

内容摘要

合同赔偿制度是合同中当事人请求损害赔偿的制度基础,是合同理论中的一个重要问题。全面系统地研究基于合同的损害赔偿制度,对健全完善我国的合同法制具有十分重要的理论和现实意义。本文首先从合同责任的概念入手,对我国传统民法上关于合同责任的定义进行了反思,认为传统民法将合同责任定义为违反合同规定所应承担的责任是与民法理论中对于民事法律行为的重新认识不相协调,而且也不利于保护当事人利益,因而本文认为合同责任是指合同当事人从为缔结合同之目的接触起到合同履行完毕后一定时间内,因违反合同约定义务或依诚实信用而生之义务所应承担的民事责任,即合同责任不仅包括直接基于合同义务产生的责任,还包括间接地为合同利益实现而产生的合同责任。在此合同责任概念下,本文以对合同责任做类型化分析,作为分析路径,对合同发展不同阶段上的合同责任的概念、特征、根据、性质、构成要件、赔偿责任的适用情况及赔偿范围进行了细致及比较法上的分析,并在具体分析的基础上,对各类合同赔偿责任加以体系化的整合,从而显现合同赔偿制度内在机理上的一致性,突出合同赔偿责任制度运用于实践的功能性价值。

本文的主要内容包括:第一部分为缔约过失责任中的赔偿责任。其中又包括(1)缔约过失责任的概念和特征;(2)缔约过失责任的根据和性质(3)缔约过失责任的构成要件(4)缔约过失责任的适用情形和赔偿范围。第二部分为合同解除时的赔偿责任。其中又包括(1)合同解除的概念和特征;

(2)合同解除制度比较研究;(3)合同解除时赔偿责任的根据和性质;(4)合同解除时赔偿责任的适用情形和范围。第三部分为预期违约责任中的赔偿责任。其中又分为(1)预期违约责任的概念和特征;(2)预期违约责任制度比较研究;(3)预期违约责任的根据和性质;(4)预期违约责任的适用情形和赔偿范围。第四部分为违约责任中的赔偿责任。其中又包括(1)违约责任的概念和特征;(2)违约责任中赔偿责任的根据和性质;(3)违约责任中赔偿责任的构成要件;(4)违约责任中赔偿责任的适用情形和范围。第五部分为违反后合同义务的赔偿责任。其中又包括(1)违反后合同义务赔偿责任的特征;(2)违反后合同义务赔偿责任的根据和性质;(3)违反后合同义务赔偿责任的构成要件;(4)违反后合同义务赔偿责任的适用情形和范围。最后,文章对合同赔偿制度进行了体系化研究,强调了各种合同赔偿制度在内在机理上的一致性,突出了合同赔偿制度运用于实践的功能性价值。

Abstract

That Damages of breach of contract are awarded to the non-breaching party who suffers detriment is the foundation of the contract system, as well as a very important question of the contract theory. This paper starts with the concept of liability of contract, and then compares it with the definition which was defined in our traditional civil law. The writer thinks that it is not harmony between the definition in traditional civil law and the new understanding of civil legal action in the theory of civil law. And at the same time, it doesn't help to protect the nonbreaching party's benefit. Therefore, in the writer's mind, liability of contract is a liability the breaching party should bear if he doesn't meet the obligation required under the contract or the obligations arising from his deviation of "Bona Fide" from the parties contacted each other to come to a meeting of the minds until a certain period of time after the performance of the contract. That is, liability of contract includes not only directly arising from the obligations as to the contract, but consequential damages. Under the concept as I mentioned, the writer classifies the liability of contracts and carefully comparative.

Analyzes their concepts, characteristics, base, nature, constituent factors, the suitable situations and scopes of damages in different stages of the development of contact law. On the base of concrete analyses, the writer systematically re – arranges the liabilities of damages of all kinds of damages and shows the identity of the system and emphasize the functional value on the process of practicing the system.

前 言

合同责任是一种重要的民事责任,而合同责任中的赔偿制度又是一种弥补当事人损害的制度基础,随着市场经济的建立,民商事交易日趋频繁,如何保障契约自由,保障合同利益的实现固然是一个重要问题,但当合同利益无法实现或无法维持时,如何救济,则是另一重要问题,当然也是上一问题的从另一角度上的继续,因此对合同赔偿责任的研究具有重要的理论与实践意义。

欲研究合同责任中之赔偿责任,首先需对合同责任加以内涵与外延上的廓清。按照我国传统民法理论,通常将民事责任划分为侵权责任与合同责任,而合同责任是指合同当事人违反合同规定义务所应承担的民事责任(余能斌,马俊驹主编,现代民法原理,第690页)。然而这种关于合同责任的认识无论是在与合同的其他理论发展的协调方面,还是在保护合同当事人的利益方面,都存在着很大缺陷。首先,从与合同其他理论方面的协调上看,原有的合同责任概念与法学界对法律行为的重新认识无法融合。《民法通则》规定,民事法律行为必须是合法行为,但是现在大多数学者认为民事法律行为是否合法仅是效力判断问题,而不是成立判断问题,因而有效成立民事法律行为于无效的或被撤销的民事法律行为同受效力规则的调整^①。而合同作为最重要的法律行为,其被撤销或无效产生的责任,是否也应同合同有效成立而未被履行时产生的违约责任一样,属于合同责任呢?从逻辑

^① 见董安生,民事法律行为,第100页;周林,论法律行为的逻辑运行机制。

上看,答案是肯定的。否则,就无法与合同的效力规则的涵盖面相符合。其次,传统的合同责任概念,不利于保护当事人的利益。由于商品交易的繁杂程度越来越大,当事人从为缔结契约目的而磋商接触,到合同履行完毕之间的实践也越来越长,在此过程中,当事人的信赖关系与日俱增,并为此信赖,支付了一些合理费用,如合同不成立,因此而受的损失既无法违约责任制度夺得赔偿,又应如何弥补?鉴于此,我们有必要对合同责任重新定义。

本人认为合同责任是指合同当事人从为缔结契约之目的接触到合同履行完毕后一定时间内,因违反合同约定的义务或依诚实信用原则而产生的义务所应承担的民事责任。支撑本观点的依据有二:一是从事实上看,契约的缔约与履行在很多情况下,并非短时、一次可完成的,而是有一个发展的过程,双方当事人并非直接进入合同关系,在此之前会有一个缔约的磋商过程,而在合同履行完毕后,当事人也并非能立即切断彼此经济利益上的联系,因此可以说围绕着有效的合同关系,双方当事人的关系性质是呈阶段性发展、变化,且前后具有很强的承继性;二是,诚实信用原则在合同法中的普遍适用。诚实信用原则是合同法中的帝王条款,确立该原则的目的就是为了更好的维护合同利益,但对合同利益的维护仅有对合同有效成立阶段的法律调整还不够,因为正如上文所述,合同发展具有阶段上的承继性,所以为不确保、维持合同利益,还应对全国发展的其他阶段进行调整,从而产生王泽鉴先生所说的“债之关系上的义务群”^①,但在其他阶段,当事人的义务并非直接依据合同而产生,而是基于维护合同利益的目的,依据诚实信用的原则而产生的。因此,也有学者据此将合同责任划分为基本责任与补充的

^① 见《债法原理》,第34页。

合同责任,前者是指“对于因原始的不能,不完全履行、瑕疵担保、‘缔约上过失’等各制度的有机的构造转换而成为可能的给付义务而言(包含原始的后发的履行侵害)一体的不履行责任体系”,而后者指“以保护对给付义务所享有的合同利益为目的,形成各种附随义务、合同责任的外框、把对为确保、保全合同间接地维护合同利益之功能的注意义务的侵害纳入债权债务关系和合同责任的构造”。^①这就是说合同责任不仅包括直接基于合同义务产生的责任,还包括间接地为合同利益实现而产生的合同责任。本文对合同赔偿责任的探讨,正是在此种含义与框架下展开的。

在对合同责任做出重新定义后,我们下一步的研究工作就是在此定义下,对合同责任做类型化的分析,而这一分析路径将以合同发展的阶段性特征为切入点,对合同发展不同阶段上的合同责任的概念、特征、根据、性质、构成要件、赔偿责任的适用情形及赔偿范围进行细致、比较地分析。由于各国法律对以上内容规定存在差异,而我国在一些方面又没有明确规定,因此本文在以下论述中,将就某些问题做一下比较法的分析。

一、缔约过失责任中的赔偿责任

(一) 缔约过失责任的概念和特征

1. 缔约过失责任的含义

缔约过失责任,是指在合同订立的过程中,一方因违反诚实信用原则所生的义务,给对方造成损失所应承担的损害赔偿。缔约过失责任是介于违约责任和侵权责任之间的一种特殊的民事责任制度。其产生的基本理

^① 北川善太郎:“损害赔偿论序说(一)”,京都《法学论丛》73卷1号第6页,转引自韩世远,《违约损害赔偿研究》,第2页。

由在于：“当事人为缔结契约而接触、磋商、谈判、甚至订立契约时，已由一般关系进入某种特别结合关系，彼此之信赖随之俱增，权利义务关系亦有强化之必要”（德国著名法学家耶林）。其精义为：“从事契约缔结之人，是从契约外之消极义务范畴，进入契约上之积极义务范畴，其因此而承担的首要任务，系于缔约时善尽必要之注意。法律所保护的，并非仅是一个业已存在之契约关系，正在发展中的契约关系亦应包括在内，否则契约交易将暴露在外，不受保护，缔约一方当事人不免成为他方疏忽或不注意之牺牲品。契约之缔结产生一种履行义务，若此种效力因法律上之障碍被排除，则会产生一种损害赔偿义务。因此所谓契约无效者，仅指不发生履行效力，非谓不发生任何效力。简单言之，当事人因自己过失致契约不成立、或无效者，对信其契约为有效成立之相对人，应赔偿因此项信赖所生之损害”。

缔约过失发生在合同订立的过程中，而合同订立后当事人的过失为履约的过失，这是缔约过失责任和违约责任的基本区别。因此，确定当事人过失发生的时间，是正确适用缔约过失责任的前提和基础。只有在合同尚未成立，或者虽然已经成立但被认定为无效或被撤销时，对此有过失的一方才承担缔约过失责任。

2. 缔约过失责任的特征

第一、发生在合同订立过程中，是缔结合同中的民事责任。这种民事责任只能存在于缔约阶段，即先契约阶段，不可能存在于其他阶段。缔约过失责任与合同无效责任及违约责任的区分，在于合同是否成立。合同成立之前发生的合同责任，是缔约过失责任；成立之后发生的合同责任，则可能是合同无效责任或者违约责任。

第二，是以诚实信用原则为基础的民事责任。就民事责任承担的法律

基础而言,违约责任的法律基础基本上是双方当事人的约定,即双方一致的意思表示;侵权责任的法律基础为法律关于侵权行为的规定。而缔约过失责任的法律基础,按照通说,则是诚实信用原则。诚实信用原则赋予缔约双方当事人必须遵守的法定义务,违背这种义务,当然应承担相应的法律责任。

第三,是以补偿缔约相对人信赖利益损失为特征的民事责任。缔约过失行为人因自己未遵守法定义务,致使相对人误认为尚未成立的合同为有效成立,因而造成信赖利益的损失。这就与违约责任中的履行利益的赔偿相区别。

(二) 缔约过失责任的根据和性质

尽管基于民法诚实信用的理念,从感情上我们认为一方如在缔约中有过失导致对方损失应承担赔偿责任,但其根据为何,学理上认识却不一致。

1. 侵权行为说

该学说认为,除法定情形外,因缔约过失所致的损害属侵权行为法的范畴。即缔约过失致他人损害是一种侵权行为,并按有关侵权行为的规定追究行为人的责任。缔约过失责任从德国传到法国后,不少法国学者援引《法国民法典》第1383条:“任何人不仅对因自己的行为造成的损害负赔偿责任,而且还对因其懈怠或疏忽大意造成的损害负赔偿责任”的规定,认为据此可以追究缔约过失致相对人损失行为人的责任,《法国民法典》第1383条规定在第四编“非经约定而发生的债”的第二章侵权行为与准侵权行为里边属侵权行为,当属无异。

2. 法律行为说

耶林认为,缔约过失责任的基础在于其后所缔结的契约,即目的契约

说,即缔约过失责任的法律基础是当事人后来订立的契约;判例为克服耶林观点之不足,则认为,当事人于从事缔约行为之际,形成了“默示缔结责任契约”。该契约是缔约过失责任的法律基础。

3、法律直接规定说

该学说为布洛克所倡导。他认为,信赖利益赔偿请求权的性质,既不是法律行为的请求权,也不是侵权行为的请求权,而是基于法律直接规定的特殊请求权。德国最高法院为修正“默示缔结责任契约”的不足,遂采取类推适用方法,认为《德国民法典》第122条(撤销人的损害赔偿义务)、179条(无代理权的代理人责任)、307条(消极利益)、309条(违法合同)、523条(权利瑕疵的责任)、527条第一项(不履行负担)、600条(瑕疵责任)、694条(存放人的损害赔偿义务)等规定,会有一项基本原则,即因缔约过失损害他人者应负赔偿责任,而此原则于其他法律未规定的,亦应适用。德国有部分学者赞同德国最高法院的意见。目前,德国流行的观点认为,契约关系是一种基于信赖而发生的法律上特别结合关系,为实现或保护债权人的利益,债务人除应负担给付义务外,尚应履行诚实信用而产生的协力通知、照顾、保护、忠实等附随义务。缔约上过失责任是对附随义务的违反,以及对诚实信用原则的违反而产生的责任,因此,诚实信用原则是缔约过失责任的法律基础,即请求权基础。王利明先生认为,诚实信用原则不是缔约过失责任请求权的法律基础,他认为,诚实信用原则作为现代民法的一项基本原则,已成为各项基本民事活动的重要准则,绝大多数民事违法行为均可以视为对诚实信用原则的破坏。所以,以诚实信用原则作为缔约过失责任的请求权基础,很难体现出缔约过失责任的请求权的特点。尤其是根据诚实信用原则产生的主要是附随义务,但缔约过失不仅仅是对附随义务的违背,亦直接构成对

缔约关系的破坏,例如要约人在要约有效期内撤回其要约,就是对要约效力的直接破坏。所以,以诚实信用原则作为缔约过失责任的请求权基础是不妥当的。^①

侵权责任与缔约过失责任有很大不同,首先,从侵害对象上来看,缔约过失所侵害的对象是信赖利益,但王泽鉴先生根据《德国民法典》第 823 条(损害赔偿义务)“因故意或者过失不法侵害他人生命、身体健康、自由、所有权或其他权利者,对他人因此而产生的损害负赔偿义务”的规定,认为《德国民法典》第 823 条所保护的系生命、身体健康、自由、所有权及其他权利,财产本身并不是侵权行为所侵害的对象。^②而信赖利益从法律性质上属于相对权(对人权),信赖利益的损害体现为权利人财产的损失(所受损害与损失利益),不属于侵权行为所侵害的对象。因此,侵权行为说不能保护缔约过失行为所侵害的对象。其次,从赔偿范围来看,信赖利益中不应包括非财产损失,而在《德国民法典》第 253 条规定“损害为非物质上的损害时,仅在法律有规定的情形下,始得要求以金钱赔偿损害。”另根据《德国民法典》第 847 条第 1 项规定“在侵害身体或健康,以及在剥夺人身自由的情况下,受害人在所受损害即使不是财产上的损失,亦可以因受损害而要求合理的金钱赔偿”。可见,在侵权行为中,《德国民法典》对侵害权利主体的身体权、健康权和自由权在受到侵害时,即使没有财产上的损失,亦可以要求精神损害赔偿。此外,侵权行为损害赔偿除了上述以外,还有其他救济方式,但缔约过失责任损害赔偿不能采纳。再次,责任发生前提不同,侵权行为发生前,加害人与受害人之间通常并不存在直接的法律关系,而在缔约过失行为发生

① 王利明,《违约责任论》,第 605 页。

② 王泽鉴,《民法学说与判例研究》,第一册,第 90 页

时,加害人与受害人之间已具有缔约关系,基于此种关系,双方产生合理的信赖利益。因对信赖利益作为的损害而生的责任是缔约过失责任,因违反了法定的不作为义务,而对权利主体的损害而生的侵权损害责任。最后,构成要件不同。缔约过失责任的成立在主观上必须有过失;而某些侵权责任不以过失为要件,如《民法通则》规定的特殊的侵权责任。

而法律行为说则混淆了缔约过失责任与违约责任之间的关系,虽然缔约过失责任依据合同法而成立并发生于合同缔结阶段,与违约责任紧密联系,但缔约过失责任与违约责任是不同的。第一、产生前提不同。缔约过失责任产生的依据是合同法的具体规定,而非依据有效成立的合同。无论合同是否有效成立或存在,只要符合合同法规定的要件,就要追究缔约过失责任;而违约责任则是因违反有效成立的合同而产生,以合同关系的存在为前提。如果没有合同关系的存在,就无从谈起违约责任。第二、违约责任的当事人可以约定承担责任的方式、责任的范围以及免责条件及免责事由;缔约过失责任属于法定责任,不能由当事人约定。第三、责认形式不同。违约责任的多种形式多种多样,如损害赔偿、支付违约金、实际履行等。而根据《民法通则》和《合同法》的规定,缔约过失责任的责任形式只有一种,即损害赔偿。违约责任的损害赔偿范围既包括因违约而造成的实际损害,也包括期待利益的损害。因此,期待利益损害赔偿的结果使受害人达到了与合同已经履行一样的状态。缔约过失责任的损害赔偿范围只包括信赖利益,对信赖利益的保护旨在使非违约方因相信合同成立而支出的各种必要费用得到返还或赔偿,从而使当事人处于合同磋商前的状态。第四、有无限制不同。《合同法》113条第1款规定:“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定,对对方造成损失的,损失赔偿额应当相当于因违约所造成的

损失,包括合同履行后可以获得的利益,但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同困难造成的损失”。《合同法》对违约责任作此限制的目的在于鼓励交易。但《合同法》对缔约过失责任却无此限制。

本人认为,采用法律直接规定说解释缔约过失责任的请求权基础较妥当。因为缔约过失行为所侵害的利益是他人的信赖利益,信赖利益的损失是缔约行为所产生的结果。若无信赖利益的损失,即使存在着缔约过失,也不能使行为人负责。基于信赖利益的损失而在当事人之间直接产生损害赔偿的债的关系,受害人作为债权人有权请求有过失的行为人即债务赔偿因其行为所造成一切损失。信赖利益如上所述,既不能受侵权行为法的保护,也不能受合同法的调整。因此,在缔约阶段发生的信赖损失,必须通过独立的信赖利益赔偿请求权予以保护。此种请求权应为法律特别规定请求权,因为法律为维护交易的安全和社会经济秩序,完全可以规定一定的法律要件,而在具备此种法律要件时,直接赋予一定请求权的效果。此种请求权应独立于侵权行为、违约行为、不当得利、无因管理等产生的请求权。

(三) 缔约过失责任的构成要件

1. 当事人之间发生先合同义务

先合同义务,是指在合同订立之前,订立合同的当事人依据诚实信用原则所承担的忠实、照顾、告知等注意义务,包括互相协助、互相照顾、互相保护、互相通知、忠实等义务。由于这些义务系以诚实信用原则为基础,随着债的发展而逐渐产生的,因而在学说上又称附随义务。根据传统法中的相对性原理(即指债是特定的当事人之间的权利义务关系),注意义务从性质及强度上,超过一般侵权行为的注意义务。因为,一般侵权行为中的注意义

务是违反了不得侵害他人人身权、财产权、或其他权利的一般注意义务；而缔约过失责任构成要件中的注意义务，则是相互因为在缔约过程中形成了信赖关系而依据诚实信用原则，则必须遵守的附随义务。因而，先合同义务的发生以双方进入订立合同过程为标志。如果民事主体之间没有形成缔约关系，就不发生缔约过失问题。

2. 当事人一方违反先合同义务

当事人缔约上的过失主要表现为违反先合同义务。合同法规定的一方假借订立合同，以损害对方利益为目的，恶意进行磋商的，显然属于违反诚实信用原则的行为。例如，在房价见长之际，甲明知自己的房屋已经出售给丙，仍与乙就房屋买卖进行磋商并许诺与乙订立合同，致乙不得不以高价与他人订立房屋买卖合同，从而遭受损害。违背诚实信用原则的行为还表现为违反下列义务：及时通知的义务、协助和照顾的义务、提供必要条件的义务、使用方法告知义务、瑕疵告知义务、保密义务等。例如，合同的订立需要先检验样品，出卖人应当告知样品的使用方法或者瑕疵。如果出卖人有意隐瞒给对方造成损害的，出卖人就应当承担缔约过失责任。

3. 他人信赖利益受有损失

损害事实是损害赔偿责任的构成要件之一，缔约过失责任也不例外，即一方的缔约过失必须给对方造成了损害。只不过因缔约过失给他人造成的损失是信赖利益的损失。所谓信赖利益是指信契约有效成立或生效而实际上未成立或生效所受的损害。在大陆法系中亦称消极的行为上之利益或消极契约上之利益。在该情形下，被害人请求的赔偿，指赔偿义务人在经济上应其回复到未信赖契约成立或有效时状态。所指履行利益，系指契约有效成立，但因债务人不履行而产生的损失，又称为积极行为上利益或积极契约

上之利益。^①在此情形下,被害人请求的赔偿,系债务人依债的要求履行时其获得的利益。由此可见,信赖利益是信赖关系所产生的利益,也是信赖关系所保护的利益,缔约过失责任是建立在对信赖利益保护的基础上产生的。没有信赖利益,就没有缔约过失责任产生的基础,没有信赖利益的损失便没有缔约过失责任适用的前提。

信赖利益的损失包括直接损失和间接损失。直接损失包括:(一)缔约适用,包括邮电费用、赶赴缔约地或察看标的所支出的其他合理费用等;(二)准备履行所支出的费用,包括为运送标的物或受领对方给付所支付的其他合理费用等;(三)受害人支出上述费用所失去的利息损失;(四)其他直接的费用支出。间接损失是指丧失了与第三人另订合同的机会所产生的损失。需要指出的是,这些直接损失和间接损失必须是在可以客观预见的范围内,必须是基于信赖利益而产生的损失。如果不是基于信赖关系而产生的损失,即使一方支付了大量的费用而造成了损失,也不能视为信赖利益的损失。

4. 违反注意义务与信赖利益损失之间有因果关系

即信赖利益损失是违反缔约阶段的注意义务所引起的。关于法律上因果关系有若干学说,有代表性的有(一)相当说。该学说认为,造成损害的所有条件都具有同等价值,因而都是法律上的原因。也就是说,一切被确认为事实上原因的行为或事件都具备法律上的原因力。(二)直接因果说。该学说主张,致害人应当由他的行为或者按规定应由他负责的事件所生的一切直接后果承担责任。这就意味着非直接的损害,致害人不承担责任。缔约

^① 史尚宽,《债权总论》,第289页。

过失责任的价值倾向在于保护一方当事人的信赖利益,而信赖利益的损害是由于另一方当事人违反注意义务所引起的,缔约过失责任是磋商自由原则的例外,因此,我认为,违反注意义务与信赖利益损失之间的因果关系,应采取直接因果说为基础,以相当说为补充。直接因果说在本质上是倾向于对责任的严格限制,偏重于保护致害方的利益。因此,因果关系说在本质上有扩大归责范围的倾向,可能导致致害人过度的责任,而作为补充原则在于让法官根据个案的情况,做出违反注意义务与信赖利益损失因果关系的认定,以充分保护受害人信赖利益损失。这也是缔约过失责任是以诚实信用原则为基础的必然后果。

5. 违反先合同义务的一方有过错

过错是民事责任的构成要件,缔约过失责任作为民事责任的一种,也不例外。如果缔约过程中发生的损失是受害人、不可抗力等原因造成,则违反先合同义务的一方也不承担缔约过失责任。

(四) 缔约过失责任中的适用情形和赔偿范围

1、缔约过失适用情形:

(1)一方错误的撤销。指要约或承诺的错误撤销或传达失实;对信其意思表示有效而受信赖利益损害的相对人或第三人,应负缔约过失责任,该责任的适用必须以表意人有过错为前提。(2)标的物自始交付不能。一方因故意或过失,订立的不能为给付的契约时,致于因信其契约为有效而致信赖利益损失的,应是缔约过失责任。(3)无权代理,代理人因过失不知其代理权的,就相对人因其信其代理权,而致信赖利益损害的,负缔约过失责任,以上三种情况已为德国民法典和我国台湾地区民法典所规定,适用缔约过失责任,应当没有异议。(4)契约不成立。契约因当事人意思表示不一致而未

成立时,有过失的一方,就相对人因信赖契约成立所受的信赖利益损失,应是缔约过失责任。(5)契约无效或被撤销,契约确认无效或被撤销以后,有过错的一方应赔偿他方因此所受的损失。(6)违反附随义务。附随义务是诚实信用的必然要求,是债务人除负担给付义务即主要义务以外的义务,附随义务不仅发生在债的关系成立以后,而且在合同订立阶段,缔约人应负有告知、协助、通知、照顾、保护、保密等义务,对这些义务的违反造成相对人或第三人信赖利益损失,应承担缔约过失责任,违反附随义务的主要表现为:第一、缔约之际未尽通知义务致他方遭受的信赖利益损失。在缔约阶段,过错方因违反通知义务,使相对方或第三方遭受信赖利益的损失,过错方应当承担缔约过失责任。第二、缔约之际未尽保护义务或保密义务而致他方人身权或财产权的损失,保护义务、保密义务是附随义务的重要内容,在缔约之际,因过错方的原因造成相对方或第三方的人身权或财产权的损害,过错方应当承担缔约过失责任。第三、未尽告知义务,在缔约阶段过错方没有告知其应当告知的事项,造成相对方或第三方信赖利益的损失,过错方应当承担缔约过失责任,(7)违反初步协议,如前述。

2、关于缔约过失的赔偿范围问题

(1)、缔约过失责任只赔偿信赖利益的损失。缔约过失发生在缔约阶段,致害方所损害的是相对方或第三方的信赖利益,即致害方所造成的相对方或第三方信赖利益的损失,致害方应承担相对方或第三方的信赖利益损失的损害赔偿。因此,缔约过失责任赔偿的范围即信赖利益损失。如前所述,信赖利益是与履行利益相对应的范畴(或概念),缔约过失责任赔偿的是相对方或第三方的履行利益损失,那么缔约过失责任就与违约责任没有区别,这实际上是否定了缔约过失责任的独立性,使缔约过失责任失去了

存在的基础。因此,从违约责任与缔约过失责任的区别上分析,缔约过失责任赔偿的也只能是信赖利益。

(2)、缔约过失责任的损害赔偿范围不包括非财产上损害赔偿。因为,非财产上损害赔偿,没有法律特别的规定,不得推定。非物质上(精神上的)的损害是一种不易确定的损害,不同的人,对同一行为所生的精神上的反映程度,可能完全不同。如果有行为人故意制造假象,使人产生其精神上受到损害的现象发生,法院即判令对方承担损害赔偿责任,而法律不加以限制的话,则可能造成精神损害赔偿的滥用。这就破坏了民法平等原则,即让没有造成精神损害的相对方,承担了其本不应当承担的精神损害赔偿责任。因此,法律在没有别的选择的情况下,采用了法定方式规定了承担精神损害赔偿的原则,同时,在法定的原则中又加以必要的限制,即必须是合理的精神损害赔偿,这说明,法律对精神损害赔偿的立法态度——即限制其适用范围,禁止类推,将具体适用法定条款的权利赋予法官,(即自由裁量权),同时又加以必要的限制。

(3)、缔约过失财产损害赔偿的范围包括直接损失和间接损失,或称直接损失和可得利益损失,王泽鉴先生则称所受损害及所失利益。所受损害包括1、缔约费用损失包括邮电费用、赴订约地或察看合同标的物所支出的费用;2、准备履行所花费的费用。包括为运送标的物或受领对方给付所支出的费用;3、受害人支出上述费用所失去的利息(一般是根据法定计算)。所失利益,包括因合同未依法成立,而失去订约的机会所受到的损害。需要探讨的是间接损失。间接损失是指相对人应当得到的利益因过错方的违反注意义务的行为侵害而没有得到而造成的损失,它是一种未来的可得利益,而不是既得利益,在缔约过失行为发生时,它只有利益取得的可能性,而不

是现实性的财产利益;这种未来利益的丧失具有现实意义,是必得的利益而不是假设的利益;这种可得利益必须是在一定的范围之内,即缔约过失行为直接影响所及的范围超出该范围,不认为是间接损失。间接损失是一种未来的利益损失,该损失的不确定性是与传统民法上实际损失的确定性相冲突的,因此,从法理论及判例学说均采取限制其扩张适用的倾向。我认为,对间接损失的赔偿应采取限制,其主要理由是前述观点。另外,缔约过失责任是合同磋商自由原则的例外,也可以理解为民法自由原则的例外,是在订约阶段发生的责任,在缔约阶段,合同未成立,相对方或第三方一般不去“履行”未依法成立的“合同”,只有待合同依法成立后,方去履行,这是当事人利用合同实现其经济目的的原则方式,但法律为了保护当事人的信赖利益,而对违反注意义务的当事人承担缔约过失责任,从立法例及学说上均采用法定的方式。这说明对缔约过失责任适用的范围本身是加以限制的。传统民法上,损害赔偿的实际发生所要求的损害赔偿的确定性是原则,不确定未来利益损失是例外。损害赔偿的回复或填补特征,也应当对间接损失加以限制,因为回复可恢复原状,填补指将受到的损害填平,在其损失应恢复到何状态及损失达到何程度均不确定之时,如何恢复?如何填平呢?因此,我建议对间接损失的赔偿应采取限制为宜。否则,将导致不良的社会后果,同时,对间接损失的限制适用,反过来,会促使相对人或第三人不会轻易信赖对方之行为,以使自己的行为受到违约责任制度或其他民事制度的保护。

(4)、缔约过失责任所保护的信赖利益的财产损害,一般应以履行利益为限,但在因一方过失导致他方人身受损害的情形下,不应以履行利益为限度。缔约过失责任的事实基础是后来订立的契约,从而在适用上,必然准用契约法的有关规定,对信赖利益赔偿数额不超过履行利益的数额。但人身

受损害时如以履行利益为限则对受害人太为不利。

(5)、缔约过失责任损害赔偿适用过失相抵原则。范围的一个重大问题,是在相对人或第三人对造成信赖利益损失也有过错时,是否适用过失相抵原理?根据《德国民法典》第122条第2项、第307条、第179条第3项规定,受害人明知或可知的情况下,合同另一方不负赔偿责任。《德国民法典》的上述规定表明,缔约过失责任只适用于一方有过错,而相对方或第三方无过错的情况,如果双方均有过错,则不能适用缔约过失责任进行赔偿。这种规定过于僵硬,缺乏弹性。那么,在双方均有过错的情形下,法律将如何处理,则没有规定。同时,这种规定不公平,缔约过失责任只是为单方过错规定,试想,如果相对方或第三方对另一方的因过错而造成损失,另一方不能以缔约过失责任保护自己的利益,何说对缔约另一方公平呢?因此,王泽鉴先生认为,缔约过失责任被害人有过失者,应适用过失相抵之规定。^①

二、合同解除时的赔偿责任

(一)合同解除的概念和特征

1. 合同解除的概念

合同解除,是指在合同有效成立以后,当解除的条件具备时,因当事人一方或双方的意思表示,使合同关系自始或仅向将来消灭的行为。合同解除有单方解除与协议解除之分。前者指解除权人行使解除权将合同解除的行为,不必经对方当事人同意(合同法96条);后者指当事人双方协商一致将合同解除的行为(合同法93条1款),它不以解除权的存在为必要。所谓

^① 王泽鉴,《债法总论》,第90页。

协商一致,也就是在双方之间重新成立一个合同,其内容主要是把原来的合同废弃,使基于原合同发生的债权债务归于消灭。

合同解除还有法定解除与约定解除之分。合同解除的条件由法律直接加以规定者,其解除为法定解除。在法定解除中,有的以适用于所有合同的条件为解除条件,有的则仅以适用于特定合同的条件为解除条件。前者叫一般法定解除,后者叫特别法定解除。我国法律普遍承认法定解除,不但有关于一般法定解除的规定,而且有关于特别法定解除的规定(《合同法》第94条、95条、96条、231条等)。约定解除,的当事人以合同形式,约定为一方或双方保留解除权的解除。其中,保留解除权的合意,称之为解约条款。解除权可以保留给一方,也可以保留给当事人双方。保留解除权,当事人可以在订立合同时约定,有可以以后另订立保留解除权的合同。在用合同形式把原订的合同加以解除这点上,约定解除与协议解除相似,但二者更有不同:约定解除是以合同来规定当事人一方或双方有解除权,而协议解除是以一个新合同来解除合同,与解除权无关。

《合同法》已经承认了约定解除(93条第二款),值得肯定。约定解除是根据当事人的意思表示产生的,其本身具有较大的灵活性,在复杂的事务面前,它可以更确切地适应当事人的需要。当事人采取约定解除的目的虽然有所不同,但主要是考虑到由于主客观上的各种障碍出现时,可以从合同的拘束下解脱出来,给废除合同留有余地,以维护自己的合法权益。作为一个市场主体,为了适应复杂多变的市场情况,有必要把合同条款规定得更细致、更灵活、更有策略性,其中应包括保留解除权的条款,使自己处于主动而有利的地位。

这里所说的合同解除以有效成立的合同为对象。合同解除需要具备解

除的条件;合同解除需有解除行为。

2. 合同解除的特征

合同解除具有以下特点:

1)、合同解除适用于有效成立的合同。一般来说,依法成立的合同对双方当事人具有法律约束力,双方当事人应尽力按合同的约定履行合同。但是,在经济生活中,经常会出现各种原因,导致合同不能如约履行,因而当事人可以依约定或以法律解除合同,提前消灭合同关系,所以,合同解除制度只适用于合法有效的合同,也即有效成立后,履行完毕以前的合同。而无效或被撤销的合同,则由缔约过失制度加以调整,至于已履行完毕的合同,合同关系已经消灭,自然也不存在解除的问题。

2)、合同解除必须具备一定的条件。法律设立解除制度的重要目的就是要保障合同解除的合法性,禁止当事人在没有任何法定或约定的情况下任意解除合同。因此合同解除必须具备法定的或约定的条件,这是维护合同解除合法性的重要前提。而且根据《合同法》第96条第2款的规定:“法律、行政法规规定解除合同应当办理批准、登记等手续的,依照规定。”

3)、合同的解除必须有解除行为。我国没有像日本那样采取当然解除主义,即只要符合解除条件,合同自动解除,而不以当事人的意思表示为必要,而是必须要有解除行为。所谓解除行为,按照我国《合同法》第93条、54条应包括两种,一种是协商解除行为,一种是解除权的行使。就前者来说是以一个新的合同行为解除旧的合同,而就后者来说,则是“由使契约溯及的消灭之一方的意思表示而成之单独行为”,其性质为法律行为,不要式行为,

处分行为^①。合同解除权的行使的这一性质使其区别于合同的撤销,合同的撤销只能由撤销权人行使撤销权,且必须通过人民法院以诉讼方式行使。

4)、合同解除的法律效果是使合同关系消灭。但其消灭是溯及既往,还是仅向将来发生?各国的立法不尽相同。一类是使合同关系自始消灭,即溯及合同成立之时消灭,发生与合同从未订立相同的后果,承认合同解除有溯及力;另一类是使合同关系自解除时消灭,解除以前的债权债务关系仍然存在,不承认解除有溯及力。大陆法系区分解除和终止,解除一般适用于违反非继续性合同场合,并具有溯及力;终止一般适用于继续性合同场合,没有溯及力。前苏联民法不论非继续性合同抑或继续性合同,原则上都使解除无溯及力。在我国,解除的效力如何,法律尚无直接规定,有人认为解除无溯及力。本人认为,研究这个问题,固然不能忽视解除有溯及力较好,而有些合同的解除无溯及力更适当。如果这种观点是正确的话,解除就与无效、撤销不同,因为无效、撤销一律有溯及力。解除也与附解除条件不同,因为解除条件成就,附解除条件的民事法律行为只向将来消灭

(二)合同解除制度的比较研究

各国的合同解除制度的差别是多方面的,本文仅就与损害赔偿有关的方面进行比较。

1. 关于合同解除的概念及适用范围

大陆法系与英美法系关于合同解除的理解是不同的,大陆法系把合同解除视作对违约的一种补救方法,是一种特殊的合同责任,因而合同解除就意味着行使解除权,并以解除权的存在为必要,由于合意解除(即协议解除)

^① 史尚宽:《债法总论》,第526页。

不以解除权的存在为必要,不是解除权行使的结果,而是双方合意的,因而它不属于合同解除的范畴。而英美法系的合同解除有广义和狭义两种,其狭义的合同解除相当于大陆法系的合同解除,而广义的合同解除称为消灭,它与合同消灭是同义语,这样,合同不仅可以由于违约而解除,还可以由于双方的协议、合同落空而解除^①。我国《合同法》上合同解除的概念,不同于大陆法系,而是将协议解除也看做是合同解除,事实上,我国《合同法》上的合同解除的涵义更接近于英美法系,即不仅将之看做是违约的一种救济方式,而且将当事人的协议解除与不可抗力条件下不能实现合同目的的情况,也纳入到合同解除的适用范围。《合同法》关于合同解除制度的规定是否恰当,有学者提出疑问,认为不应把协议解除视为合同解除制度的内容,而应通过合同订立的规则协议解除,因为合同解除制度的基本规则,都是针对合同解除权的发生和行使而设的,合同解除的标的,合同解除的溯及力,以及合同解除引起的损害赔偿请求权方面的规则对协议解除是无用武之地的。^②确实,合意解除与行使解除权,不仅如前所述,性质不同,而且在涉及到合同解除后的损害赔偿上,区别更大,因为在合意解除的情况下,双方当事人可以通过协商的方式,对自己的权利义务重新进行分配,因而事实上是不存在损害赔偿的问题的。

2. 关于合同解除与损害赔偿的关系

就合同解除时,能否请求赔偿,各国立法有所不同,大体来说有三种立法例:

1)、合同解除排斥损害赔偿,这是德国民法所奉行的原则。《德国民法

^① 周林彬,《比较合同法》P322 - P323。

^② 蔡立东,《论合同解除制度的重构》。

典》第 32 条规定：“当事人的一方由双务契约所生应为之给付，因可归责于自己的事由致不能履行时，他方当事人得不履行，请求损害赔偿或解除契约。”第 326 条规定一方给付迟延时，且于对方规定的期限届满仍未履行时，对方也得因其不履行请求损害赔偿或解除契约。这种规定表明，解除契约与损害赔偿是不能并存的。德国民法理论认为，解除是以使契约恢复到与订立以前同样状态为目的的，解除契约关系溯及到成立时消灭，因不履行而产生的损害赔偿也失去存在的基础，因而也不得消灭。

2)、解除契约与债务不履行的损害赔偿并存，这主要是法国民法、日本民法、意大利民法等所采用的原则。《法国民法典》第 1184 条规定，双务契约当事人一方不履行其债务时，应视为有解除条件的约定，在此情况下，当事人可以选择要求他方履行或是解除契约，解除契约可以请求损害赔偿。法国民法理论认为，如果因债务不履行而发生的损害赔偿，在解除契约前就已存在，不能因解除契约变成不存在。因此解除契约与损害赔偿可以并存。

3)、解除契约与契约消灭的损害赔偿并存，这是瑞士民法所奉行的原则。瑞士债务关系法第 109 条规定，在解除契约的情况下，债权人可以请求因契约消灭所生的损害赔偿。这与德国民法的不允许请求，以及法国民法上可就债务不履行而请求都不相同。瑞士债务法理论认为，契约既然因解除而废弃了，就不应该再承认履行利益的赔偿，而应该承认因相信契约会继续存在但结果适得其反而遭受的损害赔偿，即信赖利益的损害赔偿，这种赔偿责任，既不是根据契约的债务不履行，也不是根据债权人行为，而是根据法律规定而发生。^①

① 周林彬书，P151 - P352

以上三种立法例存在的理论基础之不同,将直接决定合同解除时,是否损害赔偿,损害赔偿的根据性质及范围问题。我国《合同法》第97条规定,解除合同时,当事人有权要求赔偿损失,但损失的范围如何,规定赔偿的性质如何,却不明确,究竟采用法国法例,还是瑞士法例,有待理论上的探讨。比较而言,德国法更重理论逻辑之严密性,而法国法更注重实际之应用,而瑞士则属二者之折衷,因而有学者,提出我国应采瑞士法的思路。^①

(三)合同解除时赔偿责任的根据和性质

由于对合同解除与赔偿关系的认识不同,因而对于合同解除时的赔偿责任的根据和性质的理解也有不同。在承认合同解除与损害赔偿并存的立法中,对于损害赔偿的性质可以粗略地概括为两种:

1)、债务不履行之损害赔偿说,即违约损害赔偿,其理论根据在于,解除权之行使并无碍于损害赔偿之请求,可认为基于其他原因既已成立的损害赔偿请求权,不因契约之解除而失其存在。因为原状回复请求权系以给付物之返还为内容,其解除到债权人因相对人债务不履行所生损害之除去,并不包含在内。为了弥补此种损害,可认为契约解除的效力,并无使债权关系全面消灭的必要,可以视其在承认损害赔偿请求权存在的范围内继续有效。^②因而合同解除之损害赔偿请求权,是基于债务不履行之请求权,损害赔偿的性质是违约损害赔偿。

2)、契约解除之损害赔偿说,该学说又可分为两种观点:一种是履行利益说,即因期待契约不解除而可完全履行所受之损害;另一种是信赖利益

^① 蔡立东《论合同解除制度的重构》。

^② 史尚宽书, P562。

说,此即瑞士债务法所规定消极的契约上之损害。^①然而无论是期待利益还是信赖利益,都是对信赖的救济,“期待利益的保护原则实际上以信赖利益的保护为目的。”^②),只不过两者适用的场合不同,在期待利益的损害赔偿不能或无合法根据时,才适用信赖利益的损害赔偿。^③因此根据该学说,损害赔偿之根据应为对合同当事人信赖的救济,而不是基于合同本身的效力,其性质应为法定责任。

上述两种观点,哪一种观点在理论的严密性与实践的合理性上结合的更为妥当呢?本人认为,债务不履行之损害赔偿说,在实践上是能很好的弥补当事人因合同解除所遭受的损失,但在理论逻辑的严密性上未免有些牵强,因为债务不履行之损害赔偿必须以合同有效存在为前提,而合同解除溯及地消灭债权债务关系,其间的矛盾并非可以“在承认损害赔偿请求权继续存在之范围内,合同效力依然存在”解决的。而合同解除之损害赔偿说,将赔偿责任定位为法定责任,就不存在逻辑上的矛盾,而在实践中,通过将期待利益的损害赔偿与信赖利益损害赔偿的结合运用,就能充分使当事人的损害得到补偿。因此,将合同解除时的损害赔偿界定为以对信赖的救济为根据的法定责任更为妥当。

(四)合同解除时赔偿责任的对象和范围

由于我国《合同法》对合同解除定义的比较广泛,并不同于传统大陆法系关于合同解除的概念,因而并非任一情况下的合同解除都适用损害赔偿,因此必须分以下情况对合同解除时赔偿责任的对象与范围进行探讨:

-
- ① 史尚宽上书, P561。
 - ② [日],内田贵,《契约的再生》。
 - ③ 马新彦,《信赖与信赖利益考》。

1. 协议解除的情况。如果,双方当事人通过协议解除合同,那就意味着是用一个新的合同解除了一个旧的合同,当事人在新合同中就权利义务做了新的分配,所以一旦就合同解除达成协议,任何一方当事人都不能再要求损害赔偿。

2. 因不可抗力而致合同目的不能实现引起的合同解除。在这种情况下,因为不可抗力是合同负责的条件,在合同解除的情况下同样适用,任何一方都不承担损害赔偿的责任。

3. 因约定解除条件成就时,引起的合同解除。在这种情况下,应对约定解除条件进行区分:(1)如果双方并非以违约作为约定的解除条件,而仅是以一般实践的发生为解除条件,则不发生损害赔偿。如甲乙约定:“6月份,如果甲的儿子从外地回来,则甲将解除与乙之间的房屋租赁合同。”因为这时,甲行使解除权本身就是以使其利益处于圆满状态;(2)如果双方以一方的违约行为作为合同的解除条件,则有可能发生损害赔偿,其与法定解除之违约情形并无不同,在这里不作评述,将一并在下面探讨。4. 因一方违约,包括预期违约、迟延履行、根本违约,而引起的法定解除。在这种情况下,如果非违约方受有损害时,可以要求损害赔偿。但我国《合同法》却未明确规定赔偿的范围。有学者认为在这里赔偿的范围只包括信赖利益的损失,而不包括可得利益的损失。因为合同解除的效力是使合同恢复到订立到的状态,而可得利益只有在合同完全履行时才有可能产生。既然当事人选择了合同解除,就说明当事人不愿意继续履行合同,非违约方就不应该得到合同在完全履行的情况下所应得到的利益。而且,解除合同本身就是对违约方的一种制裁,因为是否选择合同解除乃是非违约方的一项权利,只有在合同继续存在对其不利的情况下才会选择解除权。所以,在由非违约方行使解

除权的情况下,解除的后果只能对违约方不利。^① 本人认为,当事人之所以选择合同解除,并非在主观上归责于自己的不愿意继续履行,而是客观上无法继续,只是为了防止更大损失的发生,才解除合同,因而不能因为违约方的过错而使其丧失合同的期待利益;另外非违约方解除合同自是对其有利,然而这并不意味其未受损失,因为有利与否只是相对于等待违约方承担违约责任而言的,同时解除的后果也未必对违约方不利,在预期违约的情况下,合同解除也许正是违约方所想要达到的目的。因此,本人认为因违约而引起的合同解除的损失应包括以下两种:1)信赖利益,包括所受损害,如因准备履约而致富的费用,和所失利益,如订约机会的丧失且信赖利益的赔偿是法定的,不受履行利益的限制;2)期待利益,即合同有效成立后当事人希望的,通过履行合同所带来的利益,^② 但期待利益又有期待法益与单纯期待利益之分,只有期待法益才受法律保护,期待利益是否为期待法益,^③ 因此并非在任何合同解除之要求损害赔偿时,期待利益都可成为赔偿对象。

三、预期违约责任中的赔偿责任

按照合同法的一般原理,合同依法成立后即受法律保护,无论在履行期界至前还是在履行期界至后均应如此。在实际生活中有这样的现象:在合同履行期到来之前,一方当事人可能面临对方不履行合同的风险。如买卖合同的卖方同意在买方支付货物前交付货物,但在交付货物之前,买方表示不支付或显示出无力支付此项货款;又如买方同意在收货前付款,但在付款

① 王利明、崔建远,《合同法新论?总则》,P469。

② 马新彦文。

③ 曾达雄,《损害赔偿法原理》。

期未到时,卖方声称将不交货或以显示出没有能力交货。对这些履行期界至前的违约行为可以统称为预期违约。预期违约是合同当事人在合同履行期界至时将不履行合同的一种实在危险,是一种可能的违约,这种可能最终可转化为实际违约或因当事人履行而归于消失。因而预期违约方并不必然承担违约责任,其违约责任只能由法律规定。

(一) 预期违约责任的概念和特征

1. 预期违约责任的概念

合同有效成立后至合同约定的履行期限界至前,一方当事人以言辞或行为向另一方当事人表示其将不按约定履行合同义务;或一方当事人的客观状况显示出其将不能依照约定履行合同义务,这两种情况就是英美法所确认的预期违约(anticipatory breach of contract)。当事人一方发生预期违约行为,其所应当承担的责任,即为预期违约责任。预期违约责任是广义违约责任中的一种特殊形式。按照我的理解,中国《合同法》规定的广义的违约责任,应当包括三种责任形式,这就是预期违约责任、加害给付责任和实际违约责任。在这三种合同责任中,加害给付责任与实际违约责任是一种竞合的形式,即加害给付是在交付合同标的物不符合合同约定的质量标准,该标的物造成债权人的履行利益之外的人身的、财产的损害,债务人所应当承担的合同责任,因此,它是实际违约责任的特殊表现形式。在时间顺序上,实际违约责任与加害给付责任是没有区别的。

预期违约责任与实际违约责任在时间界限上是可以区别的。预期违约责任与实际违约责任都是发生在合同成立并且发生效力以后,而不是发生在合同的有效成立之前。它们之间在时间顺序上的区别是,预期违约责任发生在合同成立并发生效力之后,其截止时间是合同的履行期限届至之前,

因此是“期前违约”；合同实际违约责任虽然发生在合同成立并生效之后，但是，只要合同履行期限没有届至，就不发生一般的违约责任，只有在合同的履行期限届至之后，才能够发生实际违约责任。对此，必须加以注意，不能将这两种合同责任相混淆。

预期违约根据违约方的违约表现形式可以分为明示违约和默示违约。明示毁约是指一方当事人无正当理由，明确肯定地向另一方当事人表示他将在履行期限到来之际不履行合同约定的义务。正如《美国合同法重述》第二版第 336 条规定的那样：只有在“一方当事人的行为是自愿的、确定的，而且是其义务的履行现实地明显地表现为不可能时，才构成明示毁约。”构成明示毁约，应当具备：一是毁约方必须肯定地向对方提出毁约的表示；二是必须明确表示在履行期限到来以后不履行合同义务；三是必须表示不履行合同的主要义务；四是明示毁约没有正当理由。《合同法》第 108 条的规定即是如此。在实践中确定一个当事人的行为是否构成明示毁约，应当按照这样的意见来把握。应当注意的是，明示毁约都是故意的行为，在当事人的主观上，之所以明确表示毁约，总是在另有所图；或者是为了追求更大的利益，或者是为了减少损失，或者是履行已经订立的合同将对自己带来不利益而准备撤回交易。因此，明示毁约的当事人应当在主观上具有过错。不具有过错的，不能构成明示毁约。

按照《合同法》第 108 条规定，默示毁约是指当事人一方在合同履行期限届满之前，以自己的行为表明不履行合同约定的债务的行为。与明示毁约相比，默示毁约在毁约的行为是在合同履行期限届满之前、行为的目的是不再履行合同债务、没有正当理由等方面，都是一致的；只是在毁约表现的形式上有所区别，即明示毁约是当事人公开表示毁约，即有明确的意思表

示；默示毁约则当事人没有明确的表示，只是在行为上表现出不再履行合同债务的意思。默示毁约的构成，一般认为应当具备的条件，一是一方当事人预见另一方当事人在履行期限到来时，将不履行或者不能履行合同；二是一方当事人的预见须有确切的证据；三是被要求提供履行保证的一方当事人不能在合理的期间内提供充分的保证。默示毁约尽管当事人对毁约还没有做出明确的意思表示，但是在他的客观行为上，已经有了明确的外在表现，表明了他合同期限届满时不履行合同约定的义务，因此，一般是故意的主观状态。在确定默示毁约的构成时，应当适用过错责任原则。不具有过错的，不能认定为默示毁约。

2. 预期违约责任的特征

预期违约具备以下特征：

第一，预期违约发生在合同履行期届至之前。预期违约责任发生的时间界限，以合同有效成立为起点，至合同履行期届至为终点，只有在这个期间才可能发生预期违约责任，而且在这个时期只能发生预期违约责任，不能发生其他的民事责任。

第二，预期违约行为的具体表现是未来将不履行合同义务，而不是实际的违约。在合同双方当事人订立了合同之后，虽然在它们之间已经确立了权利义务关系，但是这种权利义务关系还没有到履行的时间，债权人还不能请求债务人清偿债务，所以，债务人还没有须立即履行债务的法律依据，是可以不履行的。预期违约的明示或者默示毁约，是表示自己在合同履行期届至后，将不履行合同，因而是未来的不履行，而不是现实的不履行。

第三，预期违约侵害的合同债权是期待的债权，而不是现实的债权。一般认为，“没有到期的债权等于没有债权”，既然合同没有到履行期，债权只

能是一种期待的利益。在预期违约的场合,为了切实保护债权人的利益,避免受到债务人明示或者默示毁约的损害,法律设置预期违约制度,将债权人的期待债权置于保护之下,使这种期待的债权不至于遭受损害。

第四,预期违约不仅仅只有一种救济手段。债务人明示或者默示毁约,债权人可以在合同履行期限届满之前请求债务人承担违约责任。但是,《合同法》第108条在这里使用的是“可以”,这就意味着债权人是可以选择的,既可以选择让债务人承担违约责任,也可以等待合同履行期限届满之后,要求债务人继续履行,待其不再履行之后再起诉债务人承担实际违约责任。

(二) 预期违约责任制度比较研究

预期违约(anticipatory breach)一词来源于英美法,大陆法系没有这个概念。因而在大陆法上谈不上预期违约制度。但在双务合同的履行中,却困难出现这样的情况:一方当事人在履行期界至前,有“难于对待给付之虞”,类似于英美法中的预期不能履行。对此,大陆法通过赋予另一方当事人同时履行抗辩权和不安抗辩权的方法来解决。大陆法认为,双务合同的当事人之间有一种对价关系,即在合同中、互为债权人和债务人,甲方对乙方负有约定的债务,作为对价,一方也对甲方负有约定的债务,这就形成了合同债务的关联性。甲方如违约,没有履行对一方所负的债务,那么,一方就产生一种抗辩权,可以拒绝履行他对甲方所负债务。

在合同债务中,双方依约定可以同时履行对对方所负债务,也可以一方在时间上先履行债务,他方然后履行。区别这两种不同的情况,是决定当事人可以行使同时履行抗辩权,还是可以行使不安抗辩权的前提条件。

1. 同时履行抗辩权

大陆法各国普遍规定,在双务合同双方应同时履行对对方债务的情况

下,一方当事人于对方没有对等履行之前,当对方提出履行请求时,有拒绝履行的权利,这种权利称为同时履行抗辩权,又成不履行抗辩权。

同时履行抗辩权具有留置的抗辩权的性质,即对方不履行对自己所负债务时,可以留置自己对对方的约定给付。这样可以保证交易安全,实现法律上公平合理的目标。

同时履行抗辩权的成立要件:

(1)因双务合同而互负债务。如果双方当事人所负债务并非因同一双务合同而产生,或所负债务相互间并没有对价关系,则同时履行抗辩权不能成立。但是,如果虽不是基于双务合同而发生的债务,若当事人之间的债务在事实上有履行的关联关系,基于公平原则,也可类推适用同时履行抗辩权的规定。

(2)需双方当事人所负债务均已界临清偿期,且被请求履行的一方无先为给付的义务。换言之,有先为给付义务的一方,如果自己先为给付,却请求他方给付,他方当然可以援用同时履行抗辩权;但如果作为被请求者,有先为给付的义务,在被另一方当事人请求履行时,则不能行使同时履行抗辩权。只有在双方当事人所负债务均已界清偿期时,一方请求他方给付,他方才能请求对方同时履行。

(3)必须他方当事人没有给付。如果请求对方履行的一方当事人已按合同履行了义务,即已为给付,在被请求那方当事人即应受领给付并为对等给付,而不能援用同时履行抗辩权。只有在他方当事人没有给付时,才能拒绝自己的给付。

综上所述,同时履行抗辩权实质上是在合同履行期已界至,一方当事人没有履行合同义务时,另一方当事人可以享有的一项具有防御性质的抗辩

权,它与英美法的预期违约制度具有本质的不同,没有加以比较的必要。

2. 不安抗辩权

双务合同的一方当事人如果有先为给付的义务,在他方当事人请求给付时虽然不能主张同时履行抗辩权,但他如果在履行期界至前发现对方的经济情况恶化,有不能履行合同的可能时,他可以中止履行或延迟履行自己的债务,等对方提出履约担保后再履行其债务,以求交易上的安全。这种权利称为不安抗辩权。

A、大陆法系国家规定不安抗辩权的是德国。《德国民法典》第321条规定:“当事人之一方应向他方先为给付者,如他方之财产于订约后明显减少,有难为对待给付之虞时,在他方未为对待给付或提出担保前,得拒绝自己的给付。”

法国、奥地利、瑞士等大陆法系国家的立法也都在不同程度上确定了不安抗辩权制度。如《法国民法典》第1613条规定:“如买卖成立后,买受人陷于破产或处于无清偿能力致使出卖人有丧失价金之虞时,为给付,在上述情形下,在对方没有给付或提出担保前,可以拒绝自己的给付。”

B、必须是他方的财产明显减少有难于给付的危险。所谓难于给付的危险,无需至宣告破产或难以强制执行的程度,只要财产明显减少在客观上造成难以给付的可能即可。至于他方财产减少是否出于可归责于他方的事由,则与此无关。

一般来说,只有金钱债务或者可以变换为金钱的债务才会因他方财产的减少而出现难于给付的可能,如果是特定之债或劳务给付之债,债务的履行与债务人财产的减少无关,原则上不会发生不安抗辩的问题。但是如果他方的给付与其资力有密切的联系,即使所负债务是交付特定物或提供劳

务,也可以适用不安抗辩权的规定。

C、须他方没有给付或提供担保。不安抗辩权在他方给付或提供担保之后即归于消灭。他方当事人为消灭不安抗辩权而给付或提供担保,是对抗辩权的再抗辩,而不是他方的义务,因此,有先为给付义务的一方当事人,无权在履行其先为给付义务时,要求他方对待给付或提供担保。在他方有难于给付的可能时,只能中止自己的履行。他方当事人是否通过给付或提供担保来消灭不安抗辩权,应由其自己决定。所以,在他方当事人没有给付或提供担保时,仅仅使先为给付一方免负迟延履行,而并不使他方当事人负迟延履行,应先为给付的当事人不能以此为由来解除合同。相反,他方当事人通过提供给付或担保,可以要求先为给付的当事人履行债务。应先为给付的当事人则只有在他方当事人所负债务已至清偿期以后,才能请求其给付。

由此可见,不安抗辩权的核心是在合同履行期界至前有先为给付义务的一方当事人可以行使一种中止履行权,这与英美法中的预期违约制度有相似之处,有加以研究的必要。

3. 不安抗辩权与预期违约制度的比较研究

不安抗辩权与预期违约制度一样,都是适用于合同签订后、履行期界至前,一方当事人有不能履约的危险,都可以采取中止自己履行,要求对方提供担保的救济方法。但二者仍有很大差异:

A、适用范围不同。

不安抗辩权仅适用于预期不能履行的情形,而预期违约制度则侧重于预期拒绝履行。实际上,预期拒绝履行从主观过错上看,比预期不能履行的性质更加严重,因而更应加以规范。大陆法系国家虽有学者提出了拒绝履

行的划分并将其归入债务不履行之列^①,大陆法系国家却没有明文规定。

B、适用有无先决条件的不同。

不安抗辩制度的适用有先决条件:即双方当事人履行债务的时间有先后之别,只有在合同规定一方当事人须先为给付时,该方在一定条件下才可以行使不安抗辩权。预期违约制度则没有这个先决条件。预期违约制度与合同的关联性没有关系,即使依约双方应同时履行合同或有疑虑的一方的约定履行期在另一方之后,也可以适用预期违约制度。

C、行事权利的理由不同。

在大陆法系上行使不安抗辩权的法定事由具有唯一性。按照《德国民法典》,行使不安抗辩权的一方唯一依据的理由是他方的财产于订约后明显减少,其他大陆法系国家大致仿效德国。在英美法上行使预期违约救济权的理由有两个方面:一是预期拒绝履行,且造成的损失严重损害了合同对另一方的价值;二是一方有合理的依据证明,理发的不履行能正常完成,这里包括了他方财产于订约后明显减少的情形。总体来看,行使不安抗辩权的理由强调影响合同的客观条件,行使预期违约救济权的理由强调受主观支配的当事人的行为。

D、法律救济方法不同。

不安抗辩权的救济方法是有不安抗辩权的债权人可以中止自己对对方的给付。如果对方不能提供担保,债权人是否有权解除合同?从大陆法的规定来看,这个问题比较模糊,大陆法学者对此有很多争论^②。有的学者认为,即使对方未及时提供担保,有不安抗辩权的人也不能解除合同,如果他

① 史尚宽:《债法总论》,p393-394。

② 史尚宽:《债法总论》,p566-568

的给付期已至,可以延迟给付,而免延迟责任。有的学者认为,如果对方明确拒绝提供担保,有不安抗辩权的人可以解除合同,但对为明确给予答复的情形,可否解除合同的问题又有很多不同的意见。从法律规定上来看,有不安抗辩权的人在对方提供担保以前,只能中止自己的给付,而不能同时立刻采用其他的救济方法。

依预期违约制度,当一方当事人有不能履行的危险,且没有提供担保时,另一方当事人可以暂停自己的履行,在对方超过法定期限仍未提供担保时,可以采取包括解除合同在内的各种救济方法。

(三) 预期违约责任的根据和性质

关于预期违约的性质,理论上不同认识,具体来说有以下几种:

1)、要约承诺理论,即预期违约是一种可能被承诺方接受的接触合同的要约。该理论从对方当事人有可能接受“预期违约方”的意思表示上看,有一定的合理性,但与要约理论的其他内容并不相同。

2)、不可能履行说,即预期违约表明预期违约方不可能履行原合同义务,该理论不能解释明示违约方撤回预期违约和默示违约的情形。

3)、隐含条件理论,即预期违约行为违反了合同的隐含条件—禁止违反合同义务。该理论的缺陷在于预期违约方违反的不是合同的给付义务,而是不危害给付实现的不作为义务。

4)、实际违约理论,即认为预期违约行为本身就是实际违约,这在美国是通说。该理论忽视了预期违约与实际违约在违约时间、救济方式上的差别。

5)、保护履行期待理论,即认为双方当事人订立合同之后就产生了一种履行期待,预期违约规则保护这种期待。该理论的根基是英美法的合同涵

义,即合同是由法律保障其执行的一个允诺或一系列允诺,债务人的允诺,构成债权人的履行期待。但该理论是基于英美法的合同概念,于大陆法的合同概念难以适应。

6)、必然违约理论,即认为预期违约行为必然产生不履行行为,即不可能再履行合同义务,该理论的缺陷与不可能履行论相同。^①

本人认为,预期违约所直接违反的义务,不是给付义务本身,而是不危害给付义务实现的不作为义务,也即侵害的不是显示债权而是期待债权,预期违约方在做出预期违约的表示后,仍有可能全面履行,且在救济方法上也与实际违约不同,但是,如果非违约方拒绝接受预期违约的话,预期违约将于债务履行期届至时,成为实际违约,而且从债权人对有效成立的合同之全面履行的期待来看,即使在合同履行期届至以前,这种期待处于对有效合同的信赖也是受法律保护的,因此预期违约从损害赔偿这一角度来看,于实际违约并无不同。

(四)预期违约赔偿责任的适用情形与赔偿范围

1、适用情形:

对于一方当事人预期违约的,另一方当事人可以有两种选择:一种是拒绝接受预期违约,等待履行期届满,向预期违约方请求损害赔偿;一种是接受预期违约,先解除合同,然后要求损害赔偿。但对于后一种情况下,当事人是否享有损害赔偿请求权,意见并不一致。“其反对意见之一是该理论导致对损害赔偿的错误认定……另一个反对意见是,它导致了加速被告人债务的结果。被告人必须现在支付损害赔偿,尽管依据合同他知道将来某个

^① 杨永清,预期违约规则研究,见梁慧星编,民商法论丛,第3卷,第369-373页。

时间才履行其义务。”^①然而对于以上两种反对意见,支持损害赔偿的人认为:原告享有基于尽可能地对他在履行期届至时,可能遭受的损害查明弄清的赔偿……在履行期限届至前,违反合同的一方不能抱怨,因为他卷入这种预期行为时便承受了这种危险^②。而且法院会允许债务人对加速了的付款的减少^③。本人认为预期违约,即便是在合同解除的情况下,也是侵害了对方的合同利益,因而,非违约方有权要求损害赔偿。

2、预期违约赔偿责任的范围:

关于预期违约的损害赔偿范围,普通的观点是:(1)如果受害方并未接受违约方预期违约的表示,而是坚持要求其履行合同,直至合同规定的履行期到来,这种情况相当于不存在预期违约的情形,可按一般的违约赔偿原则计算,即赔偿受害方市场价格与合同价格之间的差价;(2)如果受害方接受了违约方的预期违约,未进行替代交易就直接诉诸法律,则受害方的赔偿金额是违约方应履行合同义务时的市场价格与合同价格的差价;(3)如果受害方接受了违约方的预期违约,并进行了符合法律要求的替代交易,则受害方可以索赔实际替代交易价格与合同价格的差价。

而美国《统一商法典》,在遵循上述计算原则外,又对买方预期违约,而卖方没有实际转售的情况,按照卖方基于合同交货期之前起诉还是合同交货期之后起诉,做了不同的赔偿计算方法。而《联合国国际货物销售合同》则规定,对没有替代交易的情况,未作上述区分,而是统一按违约受害方宣

^① G. H. Treitel, *The Law of Contract*, Sixth Edition, P643, 转引自梁海静, 预期违约及其救济方法的比较研究, 见《民商法论丛》第13卷, 784页。

^② G. H. Jackson and L. C. Bollinger, *Contract Law in Modern Society*, P1186, 转引自上书, 第785页。

^③ *The Law of Contract*, P643, 转引自上书, 第785页)。

告解除合同时的货物市场价格与合同价格之间的差价^①。

本人认为在非违约方接受预期违约,从而解除合同时,其赔偿范围应包括信赖利益与履行利益,这已在合同解除责任中述明,这里不再重复。而对于拒绝接受违约的情况,可按实际违约的赔偿范围进行计算,这在违约责任中将要论及,在这里也不详述。唯要指明的是,当相对方选择拒绝接受预期违约时,就意味着他放弃了因违约而获得救济的权利。如果在合同规定的履行时间到来之后,相对方不能证明原来曾预期违约的一方后来又一次违反了合同,他不能以原来的预期违约为理由主张获得救济^②。另外,非违约方的损害赔偿请求权,将受到减少损失义务的限制,即如果其未采取必要措施减少违约而造成的损失或防止损失扩大,他就无权就本可避免的损失向违约人进行索赔。

四、违约责任中的赔偿责任

(一) 违约责任的概念和特征

1. 概念

在我国民法领域中,违约责任通常被称为“违反合同(或经济合同)的责任”。以德国和法国为代表的现代大陆法系国家,由于建立了完整和理性化的债法体系,所以始终没有创设出违约或者违约责任的概念,而基本上把它包含在“债的不履行”之中。合同作为债发生的主要根据,合同债务的不履行当然会产生民事责任。根据大陆法系“责任为债务的担保”的理论,责任是对债务的一般担保,即债务人对到期不履行债务而发生的损害后果,应当

^① 引自上书,第786页

^② 王军编著,美国合同法,第380页。

由其全部财产来承担,债权人可以申请法院强制执行债务人的财产,以实现债权。我国合同法第一百零七条规定:“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任”。由此可以看出,我国现行法律中所称的“违约责任”,基本上是在包含在大陆法系使用的“债的不履行的民事责任”的概念之中。虽然中国法在许多场合下被认为是大陆法系的继承,但对于债的不履行的责任上,中国法律却独树一帜地发明了违约责任的概念。然而,理论界在解释违约责任时,又不得不求助于大陆法系的“债的不履行的责任”。

我国学术界一般认为,违约责任是违反合同的民事责任的简称。但在表述上,主要形成了“法律后果说”、“赔偿损失说”和“法律制裁说”等比较具有代表性的学术观点。“法律后果说”认为,合同债务人履行约定的债务是债权人实现债权的前提,债务人拒绝履行或不按照合同约定履行债务,无疑会给债权人实现债权造成困难甚至造成重大经济损失,违反合同必须承担相应的法律责任。故违约责任是“合同当事人违背合同义务所承担的法律后果。”“赔偿损失说”将违约责任主要归结为债务人赔偿债权人所受经济损失的责任。认为,违约责任是“有过错的一方当事人按照经济合同的约定和法律的规定,用给付违约金和赔偿金等方法来承担给对方造成的经济损失和责任”。“法律制裁说”认为,违约责任是“合同当事人不履行合同债务时,依照法律或合同规定所必须承受的法律制裁”^①。也有人认为,违约责任是指“合同当事人因其过错致使合同不能履行或不能完全履行时,基于法

① 崔建远:《合同责任研究》,6页,吉林大学出版社,1992年。

律规定或合同约定必须承受的法律制裁”。^①

2. 特征

(1) 违约责任的财产性

违约责任首先表现为一种财产责任,即合同债务人在不履行合同义务时,应当向债权人支付一定的金钱或者给付一定的财物,同时债权人亦得依照法律规定或者合同约定,对债务人的财产采取某种强制性措施。在我国现行合同法中,承担违约责任的方式主要有赔偿损失和强制实际履行,其核心均在于使违反合同的债务人承担违约所导致的财产损害后果。但违约责任并不等同于财产责任,它可以广泛地适用于民事责任、行政责任和刑事责任等诸多法律领域,故财产性并非违约责任所独有。但在其他法律责任形式中,财产责任经常与其他非财产责任形式合并采用,甚至主要不是财产责任,而是非财产责任。合同是反映商品流通或财产流转关系的法律表现形式,合同法所调整的是财产关系而非人身关系。合同债务除了少数情况以外,均可以采取货币形式予以体现。由于违约责任是用以保障合同债务得以履行的法律措施,是债务人不履行合同债务的法律后果,故与合同债务一样,均具有财产关系的内容。

(2) 违约责任的赔偿性

违约责任的赔偿性,是指由债务人弥补或填补违约行为所造成的损害后果。自从违约责任最终取得财产责任的表现形式以后,赔偿性就成为违约责任的基本特征和属性之一。但是,赔偿性和赔偿损失并不相同。赔偿性是对违约责任属性的描述,它反映了违反合同的债务人应负担违约后果

^① 覃有土、王亘:《我国经济合同的理论和实践》,129页,教育科学出版社,1986年。

的属性。而赔偿损失则只是承担违约责任方式的一种,它与强制实际履行等责任方式相并列,共同构成承担违约责任方式或救济措施的完整体系。就两者的关系而言,赔偿性是目标,赔偿损失只是实现赔偿性的手段。在很多情况下,实现违约责任的赔偿性,需要借助和采用多种救济措施,而赔偿损失只是诸多救济措施中的一种,而且未必是实现违约责任赔偿性的唯一或最佳措施。在此意义上讲,赔偿性是赔偿损失责任方式得以运用的最高临界点。

赔偿性是对违约责任属性的表述,是否实现了违约责任的赔偿性并不能简单地以赔偿额的多少加以判断。我国学术界的一些学者认为,当赔偿数额或赔偿金高于受害人所受实际损失时,违约责任就具有惩罚性;英美合同法也认为,当约定赔偿金过高时,就视其为罚金(penalty),债权人只能要求相当于所受损失的赔偿金。而本人同意叶林的观点,即“赔偿性是对违约责任和违约责任制度基本属性的一般规约,而不是对众多具体违约行为的个案评价,与债务人承担损害后果的具体数额没有直接联系”^①。在审判实践中违约造成的损害后果是非常复杂的,既有财产上的直接和间接损失,也有在名誉、商业信誉和社会评价上受到的损害。仅就直接损失和简洁损失来说,其数额也会因为采用的计算标准和方法的不同而有所差异。在此情况下,如果仅以损失数额与赔偿数额的比例来确定违约责任具有补偿性或惩罚性,就难免失之偏颇,使违约责任的性质在不同的案件中形成差异,将某些补偿性后果视为惩罚或者将某些真正的惩罚当作赔偿。违约责任赔偿性的基本功能在于:弥补或填补违约行为造成的各种损害后果。为此,由于

^① 叶林:《违约责任及其比较研究》,72页。

违约行为而受到损害的合同当事人有权要求违约的债务人继续履行合同,也可以同时要求采取赔偿损失等救济措施。但是,多种救济措施的并用,应当与违约行为所造成的损害后果大致相当,否则,就将悖于违约责任补偿性的本质要求。

(3) 违约责任的强制性

违约责任的强制性是指,合同债权人得依据债务人违约而请求国家审判机关、有关行政或仲裁机关强制违反合同的债务人负担违约后果。合同债务是由合同当事人约定而产生的,他本身“并不包括任何对债务人的强制,在债务人不履行义务时,强制其履行或赔偿损害,则属于民事责任问题”^①。可见,与合同债务相比,包括违约责任在内的各种民事责任具有明显的强制性特点。违约责任强制性的根本特点在于,它确立了国家审判机关、有关行政或仲裁机关在处理合同争议中的特殊地位。它们可以代表行使国家权利,采取法律规定的各种强制性手段和措施,强制债务人履行债务或者承担赔偿损失的责任。正是凭借这种强制性,违约责任才能够有效地促使债务人正确地履行债务,才能在债务人违约时,最大限度地和合理地实现违约责任的赔偿性,保护债权人的利益。“强制债务人继续履行或承担其他负担这些责任方式,是对原债权关系中之债务的‘替代’。责任是债务的转化形式,这是两者具有同一性的表现”^②。违约责任的强制性和赔偿性相互联系,强制性是实现违约责任赔偿性的基本保证。需指出,有人认为强制性就是惩罚性的另一种表述方法,进而提出违约责任具有惩罚性的特点。这种将强制性直接等同于惩罚性的观点是值得推敲的。

① 梁慧星:《论民事责任》,载《中国法学》,1990年第3期。

② 崔建远:《合同责任研究》,3页。

(4) 违约赔偿责任的相对性

违约责任就其本质来说,是特定主体之间的赔偿请求权关系。违约责任的相对性,是用来描述赔偿请求权人和被请求人之间的对应性的,与合同相对性原则有着密切的联系。合同相对性即合同效力的相对性。在合同法早期,合同被认为只在合同缔约人之间发生效力。因此,无论是合同的积极效力即缔约一方请求对方进行给付行为,还是合同的消极效力即请求赔偿,都只能发生在缔约人之间,而与任何第三人无关。但随着商品经济的不断发展,特别是伴随着保险制度、代理制度、票据制度、债的转让制度、信用证贸易的产生和发展,“第三人利益合同”的出现,无疑是对传统“合同相对性”原则的变革。这样,合同相对性和违约责任相对性就展现出不同于传统相对性原则的新特点。第三人虽然不是缔约人,但却是合同利益的享有者和当事人。合同一方当事人损及对方利益时,受害的当事人(第三人)有权提出赔偿请求。违约责任的相对性就反映为因违约行为受到损害的当事人(第三人)向违约当事人提出赔偿请求。德国法上的“附保护第三人作用的合同”和《美国统一商法典》上的“利益第三人担保责任”的规定,促进了违约责任相对性的发展,使其逐渐摆脱了合同相对性规则,并逐步形成了独立的法律领域。在德国和美国的上述制度中,第三人或特定范围第三人。

(5)违约赔偿责任的可约定性。对于违约中的赔偿责任当事人可以预先在合同中就赔偿的数额或赔偿的范围及计算方法进行约定,而在其它赔偿责任中只能依法定。

(二)违约责任中赔偿责任的根据和性质

关于违约赔偿责任究竟从何而来,传统上通常上以债的同一性理论对其加以解释。所谓债的同一性理论,是指“债务不履行之损害赔偿请求权,

为本来之债的扩张(迟延赔偿之场合)或者内容的变更(填补赔偿之场合),与本来之债具有同一性。”^①亦即,对由债务履行而引起的损害赔偿,可分为两种,迟延赔偿和填补赔偿,在迟延履行场合,迟延赔偿即意味着,给原来的债务履行请求附加上了赔偿请求权,从而扩大了原来之债,在履行不能场合,则赋予填补赔偿请求权以替代本来之履行请求权。债的同一性理论在具体法律规定中的运用表现在:附属于履行请求权的人的担保、物的担保同样及于损害赔偿请求权,损害赔偿请求权的消灭时效的起算点与本来之履行请求权的起算点相同。^②同一性理论由德国学者毛姆森确定,目列在日本及我国台湾居于通地位。但在日本,对这种理论也存在反对意见,综合起来就是认为本来之债与损害赔偿权,给付的内容不同,故此,损害赔偿权与其说是原债权的延长或扩张,莫若解释为债权发生了质变而失其同一性。另外,债务不履行责任的扩大,也对债的同一性理论构成了冲击,即由于违反了给付义务以外的附道义务、保护义务而生的损害赔偿,其请求权与合同履行请求权在时效上并不当然同一,而是应从权利可行使之日起计算。

债的同一性理论是建立在这样一个民法理论背景之下,即承认损害赔偿之债,将之视为给付义务(第一次义务)不良履行而生的次给付义务(第二次义务)。而我国的民事立法并不承认所谓的二次给付义务。违反合同义务,即产生民事责任,由此观之,损害赔偿责任与债务履行请求权于质上已发生了变化,于债务人来说,损害赔偿并非给付义务,而是责任。

① [日]我妻荣:《新订债权总论》,有斐阁1964年版,第101页,转引自韩世远书,第10页

② [日]奥田昌道:《注释民法(10)》(昭六二),第11-12页,转引自上书第11页。

(三) 违约责任中赔偿责任的构成要件

由于违约责任的承担形式不一样,因而对于某一具体形式的违约责任来说,真构成要件并不相同,因此有人将违约责任的构成要件分为一般要件和特殊要件^①。损害赔偿做为一种责任形式,有其特殊的构成要件:

1. 有违约(不履行或不适当履行合同)的行为

违约(breach of contract)和不履行(nonperformance)虽然含义不尽相同,可以在不同的条件和环境下分别采用。正如德国民法学家 Konard Zweigert 和 Hein Kots 在简单列举和分析了买卖合同和租赁合同的违约情形后所指出的,“这些情况的共性是,乙方当事人出于某种原因,没有共同或完全地在适当的时间、地点或其他方面履行合同,使得合同约定的履行的正常交换(normal exchange)受到干扰。我们将所以这些情况都置于‘违约’这一标题之下,包括事实上承担的履行与合同许诺有所不足的各种情况。在某些例外的情况下,合同当事人对该项不足之处不负责,人们可以反驳说,在该种情况下几乎不能认为有‘违约’。不过,‘违约’比‘不履行’更为可取,因为它更具弹性,并在多数法系中有此含义,而且它最佳地(perfectly)涵盖了债务人承担不履行责任的通常情况”{An Introduction to Comparative Law(volume 2: The Institutions of Private Law), P160, Great Britain, North - Holand Publishing Company, 1977}。以下采用“违约”一词。

所谓“违约”,是“由乙方当事人不合理拒绝或者不履行合法和强制性的合同义务,即完全不履行根据合同应负有的任何义务,通常表现为拒绝履行、不履行、迟延履行或者不当履行等形式”^②。违约行为应当具有客观性

① 王利明,违约责任论,第91页。

② 戴维·M·沃克:《牛津法律大词典》,110页。

(合同义务的客观存在、合同当事人没有实施履行行为)、欠缺性(合同当事人的实际行为状态和结果低于或者不足于债权实现所要求的正常程度)、主体的特定性(违约行为是由合同义务人即债务人实施的,只有合同义务人或其代理人才能充当违约行为的主体;同时,合同权利人仅限于真正的合同权利人)。

2、有损害事实

损害事实,是构成损害赔偿的客观依据,即合同不履行所造成的财产损失和人身损害的客观事实。当一方当事人违反合同的约定,侵害了另一方当事人的合法债权,使债权人的债权这种期待的财产利益造成损害,就构成违约损害赔偿的责任。在有些情况下,也可能造成其他财产和人身的损害。在违约损害赔偿中,区分财产损失的标准很多,下文将具体分析。

3、因果关系。实际违约的因果关系,就是违约行为与损害事实之间的因果关系。它指的是违约行为作为原因,损害事实作为结果,在它们之间存在的前者引起后果,后者被前者所引起的客观联系。

4、过错。对于过错是否应作为违约损害赔偿的构成要件,学者有不同认识。有学者认为应是无过错,因为从《合同法》第107条关于“当事人一方不履行合同义务或者履行义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任”来看,并未要求违约人有过错;有学者则认为违约者必须在主观上有过错,《合同法》第119条规定:“当事人一方违约后,对方应当采取适当措施防止损失的扩大;没有采取适当措施致使损失扩大的,不得就扩大的损失要求赔偿。”这里体现的,就是有过错的受害人不得就其过错所造成的损害要求赔偿。如果在违约损害赔偿中不适用过错责任原则,就无法处理这样的问题。本人认为,就补偿性的赔偿来说,过错是构

成要件,但应是推定过错,即受害人无须证明违约人有过错,且故意或者过失都可。但在惩罚性赔偿金责任中,就必须证明过错,且必须是故意。

(四) 违约责任中赔偿责任的适用情形和范围

1、适用情形

尽管任何违约行为都将给非违约方的信赖利益与期待利益造成损害,因而非违约方都可据此要求违约方赔偿损失,如实际履行、修理、改换、重作等。所以,这就产生了损害赔偿与其他救济方式能否并存的问题,也即适用情形的问题。一般说来,在采用其它救济的情况,仍可要求赔偿,只是不能再要求赔偿期待利益,只能就期待利益以外的损失要求赔偿,因为通过其它补救措施,合同的期待利益已经实现。还有一种情况就是双方约定违约金的情况,如果违约金与损害赔偿不能并用,只有在违约金不足以弥补受害人的损失时,受害人才可就不足部分请求赔偿。

2、赔偿范围

违约责任中的损害赔偿可分为约定损害赔偿和法定损害赔偿。约定损害赔偿审合同自由的有现,我国《合同法》第114条对此做了规定在约定损害赔偿情况下,赔偿范围应根据双方的约定为确定,有约定赔偿的就不能再要求适用法定赔偿,否则就是对合同自由的否定,但在混合合同中,当事人只就违反某一合同义务的行为约定了赔偿额,而对违反其它主要义务的行为没有约定,此时就可以在这些违约行为发生以后适用法定赔偿。我们在这里主要探讨法定赔偿的范围,在大多数合同纠纷的解决中,是根据法定赔偿确定赔偿范围的。

我国《合同法》第113条对于违约损害赔偿做了规定:“当事人一方不履行合同义务或者履行义务不符合约,给对方造成损失的,损失赔偿额应当相

当于因违约所造成的损失,包括合同履行后可以获得的利益,但不得超过违反合同一方订立合同时,预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”由该条规定可看出合同法所确定的赔偿范围是实际损失和可得利益损失,并对该范围以损失的可预见规则做出了限制。然而何谓实际损失,什么又是可得利益的损失,法律并未做进一步的说明,这就有待于学理上的研究,以真正准确地确定赔偿的范围。关于损害的概念,理论上有多种学说,诸如差额说(利益说)、现实的损害说、事实说^①。关于损害的种类,在学理上也有多种分法,由于篇幅所限,对上述理论不再具体评述,本文仅以对赔偿范围的确定具有实践意义的损害的分类做为分析工具以求对违约损害赔偿范围的确定有一可操作性的具体方案。

1)、财产上损害与非财产上损害,财产上损害是旨于赔偿权利人财产上发生的损害,非财产损害是指赔偿权利人财产外所受的损害,包括人身损害和精神损害。对人身损害是否可按合同违约来求偿,合同法第122条已做出了肯定,但是对于一方的违约行为引起的精神损害是否可以要求赔偿,合同法没有规定而且各国立法也各不相同,法国法不承论合同上的精神赔偿,德国立法上亦不承认,但是在判例上以“享受”之“商品化论”来扩大损害赔偿的范围,而在英国则承认精神损害赔偿,美国《合同法重述》(第二版)第353条规定:“不允许对精神损害获取赔偿,除非违约同时造成了身体伤害,或者合同或违约系如此特殊以致严重的精神损害成为一种极易发生的结果。”^②我国有学者认为,因为精神损害是合同当事人在订立合同时难以预见的,同时这种损害又难以通过金钱加以确定,因此,受害人不能基于合同

① 韩世远书,第22-35页。

② 韩世远书,第38-39页。

之诉获得赔偿,但受害人在责任竞合的情况下,为了获得精神损害赔偿,完全可以基于行为提起诉讼,而不必须提起违约立诉。假如合同责任也可以对精神损害作出赔偿,就使责任竞合失去了存在意义。^① 本人认为违约损害范围应包括精神损害,因为有些违约行为对当事人造成的损害并非仅只财产上的,还有精神上的,如果只赔偿财产上的,对当事人损害的弥补是不完全的,如摄影楼为他人的婚礼进行摄影,于冲洗却全部曝光,这时当事人的损害不仅是摄影外的问题,主要是精神上的因为婚礼不可能进行第二次,结婚乃人生大事,却无照片可留念;对当事人的精神打击是很大的,因此法律允许其向摄影楼提起精神违约赔偿是符合情理的。至于当事人可以通过侵权之外要求赔偿,本人认为由于两者的构成要件不同,提起违约之诉更有利于受害人。但是,对提起精神损害赔偿的违约之诉,应由法律做出明确的限制。

2)、积极损害和消极损害(可得利益的损失)。所谓积极损害是指因违约行为的发生赔偿权利人既有财产的减少;消极损害是指因违约行为的发生赔偿权利人财产应增加而未增加。可得利益的损失即是一种消极损害。可得利益是指合同在适当履行之后可以实现和取得的财产,从而造成消极的损害。违约损害赔偿既包括积极损害,也应包括消极损害。但当前人们关注的焦点已不再是可得利益的损失是否应当赔偿,而是如何科学地界定这部分赔偿的范围。尽管有不少学者将可得利益的损失概括为诸如利润、利息、工资、自然孳息等方面的损失,但这种列举是无法穷尽可得利益的范围的。然而如果没有一个界定,对于可得利益的赔偿就无法实际操作。

^① 王利明,崔建远书,第654页。

事实上,不同意赔偿可得利益的主要理由就是:此种损失伸缩性大,难以准确计算;要求违约方赔偿会超出其经济能力,并且有可能助长当事人一方提出非分的赔偿请求。我们认为,可得利益赔偿的合理标准是:通过赔偿使受害人处于合同已被适当履行的状态。为此,首先必须确定合同如能履行时,非违约方所应该获得的利益;其次则要确定因为违约而迫使非违约方所处的现实利益状态。二者之间的差距即为非违约方所遭受的直接损失和可得利益损失,而赔偿可得利益的极限就是合同如能履行时非违约方获得的利益。确定可得利益赔偿的范围,必须根据上述标准,而不能以受害人在合同订立之前的利益状态为标准。如果仅仅确认后一种状态,那么尽管受害人在订立合同后为准备履行或作出履行所支付的代价获得了补偿,但其订约所期待的利益并没有实现;对于违约方来说,虽然作出了赔偿,但可能并未使其承担不当得利的后果,在违约本身就是为了获得比履行所能获得的更多的利益的情况下,此种赔偿显然对违约方十分有利,其结果会诱发违约行为。所以,只有按照使受害人处于合同已被适当履行的状态的标准进行赔偿,才能维护交易秩序,防止当事人随意违约。除特定物买卖以外,此种赔偿能够实现当事人订约所期待的全部利益。

3)、直接损害与间接损害。直接损害与间接损害的划分原因与损害的因果关系的远近做出的划分,直接损害就是由违约行为直接引发,而多由其它因素媒介引发的损害,由于间接损害本身的不易确定,因而法律对此通常都有限制。有的是采用相当因果关系说,即原因与损害之间只要直接存在相当之因果关系,就可要求赔偿。我国是采用可预见说对间接损害进行限制的,即违约方只对其在订立合同时预见到或者应当预见到的损失承担赔偿责任。对于可预见性的标准,是抽象的标准还是具体标准,我国合同法未作明

确,一般说来,以抽象标准更具客观性,即以一个理性人的标准来确定债务是否应当预见。

以上关于损害的分类存在着交叉,但从明确损害赔偿的角度来看,这三种分类都必要的。在明确了违约行为所引致的损害的范围以后,还不能最终确定损害赔偿的范围,在完全赔偿原则下,我们还须从维护违约人的利益出发,对损害赔偿制定限制性的规则,除上文已提到的可预见性规则以外,还有以下规则:

1)、过失相抵规则。所谓过失相抵通常是指就损害的发生或者扩大赔偿权利人也有过失时,法院可以减轻赔偿金额或者免除赔偿责任。过失相抵并非是赔偿权利人与违约人过失的相互抵消,而是由于赔偿权利人的过失,将导致违约人赔偿责任的减轻或免除。过失相抵乃是诚实信用的具体化,因为在赔偿权利人有过失的情况下,仍让违约人承担全部责任,有失公平。

2)、减损规则,所谓减损规则是指一方违约并造成损害后,另一方面应及时采取合理的措施以防止损失的扩大,否则对扩大部分的损害无权请求赔偿。我国《合同法》第119条对此规则作了规定。根据此规则受害人负有减损义务。又称作不真正义务,即义务的违反并不产生强制执行的后果,而是丧失某种利益或权利。减损义务亦是诚实信用原则的具体化,不是当事人约定的,而是法律直接规定的。

3)、损益相抵规则。所谓损益相抵,是指赔偿权利人基于损害发生的同一赔偿原因获得利益时,应将所受利益由所受损害中扣除,以确定损害赔偿范围。损益相抵的目的在于使被害人在损害被填补之外,不能因违约行为的存在,而肥有其它利益,如因违约而减少的费用和避免的损失。损益相抵

是确定受害人“净损失”的规则，而不是减轻违约方应承担责任的规则，它与过失相抵是不同的。对方当事人因违约而未能全面、适当地履行其合同义务，则应该赔偿对方当事人因此而遭受的损失。

五、违反后合同义务的赔偿责任

(一)违反后合同义务赔偿责任的概念和特征

后契约义务不履行给对方当事人造成损害，是产生损害赔偿责任的的原因之一，后契约义务不履行或者履行不适当的，造成对方的损失，应当承担赔偿责任。这种责任称之为后契约责任。

一般认为，合同的权利义务终止之后，合同即告消灭，当事人之间不再存在任何关系。但是，按照现代合同法的观念，合同终止之后，当事人之间还存在一定的关系，这就是合同后契约阶段的附随义务。这种附随义务将合同终止后的当事人还是连接在一起，按照附随义务的要求，将附随义务履行完毕，合同当事人之间的关系才真正消灭。在后契约阶段，当事人一方不履行附随义务，给对方当事人造成损害的，就应当承担后契约的损害赔偿赔偿责任。例如当事人将标的物送到指定的交付地点，但是没有履行通知义务，对方当事人不知道债务人已经交付，致使合同的标的物受到损失，对此，可以认为这一损失是债权人的损失，但是这种损失，却应当由没有履行附随的通知义务的债务人承担。

后契约责任与违约责任界限最简明的标志，就是时间界限。合同债务履行完毕，就是这样的界限：在合同债务履行完毕之前的责任，是违约责任，不会是后契约责任；合同债务履行完毕之后，才可能产生后契约责任。因此，违约责任与后契约责任之间的界限是十分鲜明的。

后契约责任是以前的三部合同法都没有规定的合同责任形式。在新的《合同法》中,也仅仅是规定了后契约义务,并没有对后契约责任加以规定。《合同法》第14条规定:“合同的权利义务终止后,当事人应当遵循诚实信用原则,根据交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”但是在该条条文之后,并没有规定相应的违反后契约义务的责任条款。这是不应当有的疏漏。但是,不应当据此得出我国合同责任不包括后契约责任的结论。其理由是:第一,规定义务就意味着责任,因为义务的不履行必然发生责任,即使在后契约义务的规定中没有规定其责任,也应当理解后契约义务的不履行,就必然发生后契约责任。第二,《合同法》将后契约义务规定在第六章,在接下来的第七章规定的“违约责任”条款,应当理解可以对违反后契约义务的行为适用违约责任的条文规定。因此,将后契约责任作为中国合同责任的一个组成部分,是有充分理由的。

(二) 违反后合同义务赔偿责任的根据和性质

后合同义务与先合同义务一样都是因诚实信用原则而产生的义务,因为,在合同履行完毕之后,当事人之间的利益关系并不立即完全切断,一方还要倚助另一方了结一些善后事务,或一方需倚助另一方的作为或不作为以维护给付效果。

对于后合同义务,债权人可要求履行,如债务人违反后合同义务,应承担损害赔偿,此种损害赔偿与原有合同之债本身没有任何给付内容的联系,而是具有新的特定内容的损害赔偿。

(三) 违反后合同义务赔偿责任的构成要件

后契约损害赔偿责任的构成,应当与一般的损害赔偿责任的构成是一样的,都应当具备损害事实、违反义务的行为、因果关系和主观过错的要件。

1、损害事实。后契约损害赔偿责任的构成,首先必须具备损害事实的要件,只有违背后契约义务的行为造成对方当事人的损害事实,才能构成损害赔偿 responsibility。后契约损害赔偿责任的损害事实,应当是财产的损害事实,包括财产的现实减少和财产利益的丧失。

2、违反后契约义务的行为。后契约义务是法定的义务,这是《合同法》第92条规定的内容。但是,附随义务也可以约定,当事人在合同中可以约定在合同履行终结后,双方当事人还要履行某种附随义务。这种约定的附随义务,也是后契约义务。例如,在修理钟表等承揽加工合同中,可以约定合同的主义务履行完毕后,附随一定时期的保修义务,在保修期内,承揽人免费保修。这就是约定的后契约义务。后契约义务不履行,就是上述法定的或者约定的义务,当事人没有履行,或者不适当履行。如约定的保修义务没有履行,或者没有适当履行;法定的通知、协助、保密义务没有履行或者没有适当履行。这些都是违反后契约义务的行为。

3、因果关系。在后契约责任中,违反后契约义务的行为与损害事实之间必须具有引起和被引起的因果关系,只有违反后契约义务的行为是造成损害事实的原因、损害事实是该违反后契约义务行为的结果的时候,才能构成后契约损害赔偿 responsibility。

4、主观过错。构成后契约损害赔偿 responsibility,应当适用过错责任原则。在主观过错的确定上,应当实行过错推定。首先,没有过错就没有赔偿 responsibility;其次,过错是推定的,要由违反后契约义务的行为人承担举证 responsibility,证明自己对于损害的发生没有过错,证明成立的,免除其赔偿 responsibility,证明不足或者证明不能,则推定成立,构成损害赔偿 responsibility。

(四) 违反后合同义务赔偿 responsibility 的适用情形和范围

1、适用情形

违反后合同义务的赔偿责任的适用情形可分为以下两类：

(1)基于法律的特别而产生的后合同义务，如违反之，应承担赔偿责任，如台湾地区“劳动基准法”第19条规定：“劳动契约终止时，劳工如请求发给服务证明书，雇主或其代理人不得拒绝。”

(2)基于补充的契约解释而发生的后合同义务，如违反之，应承担赔偿责任。如离职的受雇人仍应保守雇主的商业秘密；房屋的出租人于租赁关系消失后，应容许承租人于适当地方悬挂迁移启事。

2、赔偿范围

王泽鉴先生认为，债务人违反后契约义务时，与违反一般契约义务同，应依债务不履行规定负其责任。（王泽鉴，债法原理，第46页）。既然按债务不履行承担责任，那么赔偿范围就应包括给债权人造成的直接损害和间接损害，财产上损害与非财产上损害，消极损害与积极损害。这里不再赘述。

六、合同赔偿责任制度之体系化

以上我们对合同发展过程中各个阶段产生的损害赔偿作了较为具体细致的分析，通过这种分析我们对各阶段具体的损害赔偿制度有了局部印象，然而就整体的合同赔偿制度，印象仍是模糊的，因此有必要对各个具体的损害赔偿制度加以体系化的整合，从而显现合同赔偿制度内在机理的一致性与协调性，突出合同赔偿制度于实践运用中的功能性价值。

1、合同赔偿责任乃是建立以合同利益实现为目的的义务群之上，该义务群之内部人有阶段性与承继性。合同赔偿责任的产生是由于合同义务

违反了某种义务,该种义务不以有现成立的合同约定之义务为限,而是于当事人双方为缔结合同的目的而接触时即产生,依次有先合同义务,给付义务,附随义务,后合同义务,对以上义务的违反将依次产生缔约过失赔偿责任,合同解除赔偿责任、预期违约赔偿责任、实际违约赔偿责任、后合同赔偿责任,也就是说合同赔偿责任是伴随合同存续发展始终的,有义务之存在,即有赔偿之可能,义务延伸所到之处,便有合同赔偿适用之余地。

2、合同赔偿责任是合同救济的最后一根稻草。合同救济可采用多种方式,然而在这些方式都不足以弥补受害人所受损失时,合同赔偿将是受害人所能采用的最后一种救济方式,损害赔偿可以和任何其它责任形式并存,如在预期违约时,非违约方可以立解除合同后,立即要求损害赔偿,在实际违约中,非违约方选择要求违约方实际履行、修理、重作等补救方式后,仍可要求其就履行利益以外的其它损失进行赔偿。事实上在英美法国家,损害赔偿几乎是合同救济的唯一方式,因此合同赔偿责任是最具功能性价值的责任形式。

3、合同赔偿责任归责原则之一元化——过错责任。在我们以上分析过的所有合同赔偿责任中,无一例外都以过错为其构成要件,订立合同乃是法律赋予当事人在某一领域内自由制订规则的权利,当事人不可滥用此种权利。由于是否滥用法律承认这些规则的效力,并对一方违反这些规则的后果予以救济,因此,完全在于当事人之主观控制,因而只有在当事人存在主观过错的情况下,法律才要求其承担赔偿责任,否则并不承担赔偿责任。如同样是法定解除,当是因不可抗力原因解除时,不履行方并不承担赔偿责任,然如果因预期违约或根本违约而解除,则违约方就必须承担责任。但须说明的是,不同的赔偿责任,其适用过错形态不一样,缔约过失责任适用一

般过错,实际违约责任与后合同责任适用推定过错,而预期违约责任则须具有故意。合同赔偿责任归其原则的一元化表明,不同的合同赔偿责任其内在机理是一致的,因而过错责任中的混合过错、过失相抵等规则可适用于任何合同赔偿责任制度中。

主要参考文献:

- 1、王利明、崔建远著:《合同法新论·总则》,中国政法大学出版社,2000年3月,修订版。
- 2、王利明:《违约责任论》,中国政法大学出版社,1996年3月版。
- 3、韩世远著:《违约损害赔偿研究》,法律出版社,1999年1月第1版。
- 4、周林彬主编:《比较合同法》,兰州大学出版社,1989年8月第1版。
- 5、尹田编著:《法国现代合同法》,法律出版社,1995年9月第1版。
- 6、关怀主编:《合同法教程》,首都经济贸易大学出版社,1999年7月第1版。
- 7、曾世雄著:《损害赔偿法原理》中国政法大学出版社,2001年10月第1版。
- 8、余能斌主编:《现代民法学》,武汉大学出版社,1995年12月第1版。
- 9、王军编著:《美国合同法》,中国政法大学出版社,1996年4月第1版。
- 10、梁慧星主编:《民商法论丛》第三卷,法律出版社,1995年10月第1版。
- 11、梁慧星主编:《民商法论丛》第十三卷,法律出版社,2000年1月第1版。
- 12、王泽鉴著:《民法学说与判例研究》,第一册,中国政法大学出版社,1998年。

- 13、王泽鉴著：《债法原理》，中国政法大学出版社，2001年7月第1版。
- 14、史尚宽著：《债法总论》中国政法大学出版社，2000年1月第1版。
- 15、杜景林，卢湛译：《德国民法典》，中国政法大学出版社，1994年8月第1版。
- 16、董安生著：《民事法律行为》，中国人民大学出版社，1994年6月第1版。
- 17、叶林：《违约责任及其比较研究》，中国人民大学出版社，1997年版。
- 18、魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社，2000年版。
- 19、王利明主编：《民法》，中国人民大学出版社，2000年版。
- 20、马新彦：《信赖与信赖利益考》，载于《法律科学》，2000年第5期。
- 21、蔡立东：《论合同解除制度的重构》，载于《法制与社会发展》。2000年第5期。
- 22、周林：《论法律行为的逻辑运行机制》，载于《法律科学》，1999年第5期。