

NW



西北民商法学术文库

Northwest Academic Library of Civil and Commercial Law

英美合同法之违约 获益赔偿责任研究

陈凌云★著

★ Study on the Disgorgement Damages for Breach of Contract in Anglo-American Law of Contracts ★



法律出版社

LAW PRESS · CHINA



西北民商法学术文库
Northwest Academic Library of Civil and Commercial Law

英美合同法之违约获益赔偿责任研究

• Study on the Disgorgement Damages for Breach of Contract in Anglo-American Law of Contracts •

陈凌云*著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

英美合同法之违约获益赔偿责任研究 / 陈凌云著

. -- 北京: 法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1475 - 8

I. ①英… II. ①陈… III. ①合同法—违约—赔偿—研究—英国②合同法—违约—赔偿—研究—美国 IV.
①D956.136②D971.236

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 245584 号

英美合同法之违约获益赔偿责任研究
YINGMEI HETONGFA ZHI WEIYUE HUOYI
PEICHANG ZEREN YANJIU

陈凌云 著

责任编辑 陈 慧
装帧设计 凌点工作室

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 三河市龙大印装有限公司

责任印制 沙 磊

编辑统筹 法律教育出版分社

开本 A5

印张 6.25

字数 170 千

版本 2017 年 12 月第 1 版

印次 2017 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1475 - 8

定价:20.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

西北民商法学术文库编辑委员会

编 委 会 主 任 李少伟

编 委 会 副 主 任 高在敏 赵旭东

编委会执行主任 程淑娟

编委会成员(以姓氏笔画为序):

车 辉 李少伟 张 伟 张 翔

赵旭东 赵林青 高在敏 董少谋

韩 松 程淑娟

“西北民商法学术文库”总序

“西北民商法学术文库”是西北政法大学民商法学院从本院教师的学术研究成果中遴选、编辑,由法律出版社出版的学术丛书。该文库自 2010 年至今已出版专著、论文集、译著等学术著作十多部。

西北政法大学民商法学院是以民法学、商法学、民事诉讼法学教学和科研为主要任务的二级学院,是我国民商事法律研究和教学中规模较大、学科门类齐全、民商事实体法学和程序法学相结合的专门学院。

学院目前设有一个法学(民商法学方向)本科专业,民商法学、民事诉讼法学两个硕士学位点,现有在校学生 2100 多名。学院师资力量雄厚,50 多名专任教师中五分之四以上具有高级职称,绝大多数教师具有博士学位或正在攻读博士学位,有 15 名教师分别在全国性的各有关法学研究会担任副会长、常务理事、理事等学术职务。

学院所辖的民商法学科和民事诉讼法学科都是陕西省重点学科,并设有两个省级重点学科建设和陕西省妇女 / 性别研究与培训基地。学院设有民法学、商法学、民事诉讼法学、亲属法学等教学机构,设有民商事法律科学研究中心、私法文化与法典化研究所、物权与土地制度研究所、侵权法研究所、商事治理法律机制研究所、妇女与家事法律研究所、民商事判例研究所、民事权利救济机制研究所、民事司法改革研究所、公司纠纷法律对策研究所等学术研究机构。

经过多年建设和发展,民商法学科在民法基础理论、商法基础理论、物权法理论、债权法理论、公司与证券法理论和婚姻家庭法理论

方面,民事诉讼法学科在民事诉讼法理论、仲裁法学、公证律师法学、多元纠纷解决机制以及民事强制执行制度等方面的研究取得了丰硕的学术成果,初步形成了私法文化与法典化、物权法与土地制度、商法基础理论与公司制度、婚姻家庭事制度、侵权法律制度、多元纠纷解决机制、民事司法制度改革等领域的研究特色,在学术界具有一定影响。

目前学院承担国家社科基金研究项目 11 项,项目内容涉及集体所有权法律机制、民法价值、民法文化与民法法典化、婚姻家庭新问题、商法价值与商事制度构建、侵权责任法危险责任体系、商行为制度、侵权救济、保险制度等研究领域。

学院今后将以国家和省部级科研项目为支撑、以专门研究机构为平台、以培育和打造科研特色为目标,进一步推进学科建设和科学研究工作,为法学学术发展和国家法治建设作出积极贡献。

“西北民商法学术文库”是近期及今后一段时期我院的部分科研成果的系列展示,内容涉及民商事实体法和程序法的理论研究和实务研究成果。所选取的成果,或为国家或省部级科研项目及其他科研项目的结项成果,或为我院学科建设科研规划项目成果,或为我们认为具有学术价值且富有特色的研究成果。本文库编辑、出版的目的在于强化学术交流,为繁荣法学学术研究,进而推进我国民商事法律制度和法律实践的进步做出虽然绵薄但却应有的努力。

本文库的出版受到“陕西省重点学科建设专项资金”的资助,受到法律出版社的大力襄助,在此谨致谢忱!

“西北民商法学术文库”编辑委员会

2014 年 12 月

目 录

导 论	(1)
一、缘起:合同利益三元构造的局限性	(1)
二、研究现状及研究方法	(7)
三、论证思路	(9)
第一章 英美合同法违约获益赔偿责任的历史沿革	(11)
第一节 违约获益赔偿责任的历史渊源	(12)
一、信托法中的不法获益赔偿责任	(13)
二、侵权法中的不法获益赔偿责任	(17)
三、知识产权法中的不法获益赔偿责任	(20)
第二节 违约获益赔偿责任的产生	(23)
一、违约获益赔偿责任产生的背景	(23)
二、违约获益赔偿责任产生的途径	(25)
三、违约获益赔偿责任产生的困惑	(29)
四、违约获益赔偿责任的最终确立——Attorney General v. Blake 案	(32)
第三节 违约获益赔偿责任的发展现状	(35)
一、美国法中的违约获益赔偿责任	(36)
二、其他国家对违约获益赔偿责任的承认	(40)
第二章 英美合同法中违约获益赔偿责任之正当性	(43)
第一节 最大限度保护财产权	(44)
一、财产权为获益赔偿责任的逻辑基点	(44)
二、违约获益赔偿责任与财产权的保护	(46)

2 目 录

第二节 合理遏制效率违约·····	(49)
一、效率违约的检讨·····	(50)
二、违约获益赔偿责任对效率违约的遏制·····	(59)
第三节 丰富合同救济的功能·····	(62)
一、合同救济功能的软弱性·····	(62)
二、违约获益赔偿救济功能的威慑性·····	(67)
第四节 强化信任与合作·····	(71)
一、强化信任·····	(72)
二、促进合作·····	(74)
三、小结·····	(77)
第三章 英美合同法违约获益赔偿责任适用的合同类型·····	(79)
第一节 特定物买卖合同·····	(79)
第二节 禁止性义务合同·····	(83)
第三节 忠实义务合同·····	(85)
第四节 瑕疵履行合同·····	(87)
第四章 英美合同法违约获益赔偿责任的认定·····	(90)
第一节 违约获益赔偿责任的归责原则·····	(90)
一、英美合同法中的违约归责原则·····	(91)
二、违约获益赔偿责任的归责原则·····	(93)
第二节 违约获益赔偿责任的构成·····	(94)
一、违约方获得利益·····	(94)
二、违约方实施违约行为·····	(96)
三、违约方具有过错·····	(97)
四、违约方的获益与违约行为之间存在因果关系·····	(98)
五、期待利益损害赔偿的不充分性·····	(102)
第三节 违约获益赔偿责任的免责事由·····	(104)
一、不可抗力·····	(104)
二、原告的过错·····	(105)

第五章 英美合同法违约获益赔偿的计算·····	(106)
第一节 违约获益赔偿的主观计算标准·····	(107)
一、被告违约直接获益的计算·····	(107)
二、被告违约间接获益的计算·····	(113)
三、被告获益的分割·····	(121)
第二节 违约获益赔偿的客观计算标准·····	(128)
一、Wrotham 案的标准——解除合同的对价·····	(129)
二、因未采用其他合理替代方法而节省的成本·····	(131)
第六章 违约获益赔偿责任与我国未来民法典中违约赔偿 责任·····	(137)
第一节 我国合同法违约赔偿责任体系的现状·····	(138)
一、我国合同法违约损害赔偿 responsibility 体系的现状·····	(138)
二、我国合同法违约损害赔偿 responsibility 体系的缺欠·····	(142)
第二节 完善我国违约赔偿责任体系的理论支持·····	(148)
一、完善我国合同法违约赔偿 responsibility 体系的现实需要·····	(148)
二、完善我国合同法违约赔偿 responsibility 体系的理论根据·····	(155)
第三节 违约获益赔偿责任在我国民法典中的建构·····	(162)
一、违约获益赔偿责任在我国未来民法典中的定位·····	(162)
二、违约获益赔偿责任在我国未来民法典中的规则设计·····	(164)
三、小结·····	(178)
结 论·····	(179)
参考文献·····	(182)
后 记·····	(189)

导 论

一、缘起：合同利益三元构造的局限性

美国《合同法重述》(第二次)第344条提出了合同法保护的三类合同利益：“(a)‘期待利益’,经过协商,自己处于合同得到履行的状态下所拥有的利益;(b)‘信赖利益’,填补(reimburse)受诺人因信赖合同会得到履行而遭受的损失,使受诺人回到合同没有订立状态下的利益;(c)‘返还利益’,返还其已经支付给合同相对方的利益。”

直至今日,合同法依然仅保护此三类合同利益,且合同利益结构呈稳定存在状态。但随着英美法系《返还法》(The Law of Restitution)的迅速崛起,合同利益三元构造开始受到了质疑。根据《合同法重述》(第二次)第344条(a),期待利益赔偿规则的目的是使获得违约损害赔偿的允诺人^{〔1〕}处于合同得到正常履行的状态。而《返还法》的原则之一是某人不能从自己的错误行为中获益。^{〔2〕}一般情况下,守约方丧失的期待利益和违约方从违约中获得的利益相同,或者超过违约方的获益,那么以期待利益为基础的损害赔偿就可以剥夺违约方的全部违约获益,使守约方获得完全的补偿。此时两个原则并不矛盾。但若守约方的损失少于违约方的违约获益,那么违约方在赔偿守约方损失后,依然可以保留剩余所得。此时两个基本原则

〔1〕 为论述之便,“受诺人”、“守约方”、“原告”三词在文章中交叉使用;同理,“允诺人”、“违约方”和“被告”三者也交叉使用。

〔2〕 《返还法重述》(RESTATEMENT OF RESTITUTION) § 3 (1937):“禁止某人以他方的利益为代价,从自己的错误行为中获益(A person is not permitted to profit by his own wrong at the expense of another)。”

便出现了冲突。面对这种困境,法院更倾向于认定违约不是错误(wrong)行为,违约方保留违约获益具有正当性。

随着社会分工和专业化群体的出现,使传统民事主体呈现二分化状态。所谓平等民事主体为抽象的概念,在具体交易中又有不同角色,例如买卖合同中为出让人和买受人,委托合同中为委托人和受托人。与此同时,既有民事法律关系的交易特征也被商事交易特点所取代,例如,民事委托本为无偿合同,放置于商事交易中则为有偿合同;民事交易逐渐具有了商事交易专业性、营利性的特点。同时民法与商法的调整方法、调整手段之间的差异也越来越明显。商法将民法中的个体性特征转化为行业标准,将交易中的权利义务转化为了商事交易惯例,例如买卖合同中检验期间的约定、建设工程施工合同中竣工验收的时间规定等。在商事法律规范中管理性、强制性内容增多,很多合同要求当事人具有相应的资质,例如建设工程承包合同中的承包人、行纪合同中的行纪人等。

消费者权益保护、反垄断等法律的出现,说明平等缔约仅为一种追求,而不是当然结果。商事主体之间、商事主体与民事主体之间签订的合同都具商事特征,依照传统民法调整必然产生规制失灵的局面。例如在服务类合同中,服务提供者没有为客户如约提供服务,但并未给客户造成任何财产损失,无法主张违约救济。在不动产相关领域,此种情形更是屡见不鲜。例如,轰动全国的深圳中天事件即属此类情况:房屋中介公司要求买受人将买房款交付给中介公司,中介公司将其投资至其他行业,例如股票市场,或者购买有增值空间的房屋,待时机成熟时转让给第三人,并从中赚取差价。同样的问题也出现在以商品房为标的物的合同中,房地产开发公司在确定面积的土地上为加盖房屋而改变楼体的朝向,或者缩小楼间距;房屋装饰公司擅自更换价格更低的装饰装修材料等,业主在验收时才发现该情况,而该种履行的瑕疵既没有影响到房屋的市价,同时也难以修复(修复瑕疵的成本过高)。

在现代社会中,缔约双方的关系从利益的分割逐渐走向了利益

的分享,合同关系的对立成分逐渐减少,合作因素越来越多。而合同内容的确定出现了两个典型的趋势:格式合同、选择条款。当事人的意思自由受到形式的限制,只能在固定的框架下进行有限的选择,例如商品房买卖合同中价款的支付方式,要么选择一次性付款,要么选择按揭的方式,除此之外别无他法。另外,在一些履行时间长,标的额大的合同中,当事人的意思自由为行业惯例所代替。例如,我国住建部和工商管理总局多次联合发布建设工程施工合同范本以及总承包合同范本,其中通过专有部分的内容体现双方当事人对于合同的特殊需求。并且价值 500 万元以上的工程合同一般不采用一价锁死的方法,而是通过规定工程的进度和协商机制来决定最终的价款问题。这说明合同内容并非在订立之初就完全确定,更依赖于双方当事人在履行过程中的不断磋商,使原有的模糊条款逐渐明晰,而最终的合同内容可能与订立之初的约定相距甚远。

自 2010 年 8 月至 2014 年 6 月,因“瘦身钢筋”^[3]事件而被全国性曝光城市包括西安、昆明和南阳。^[4] 此类行为无疑已经成为建筑业追求暴利的潜规则。按照建筑施工行业的规定,盘圆钢调直只能在施工现场完成,而施工方通过贿赂工程监理人,使“瘦身钢筋”在工地外加工后进入了施工现场。钢筋经冷拔后变细、变长、变脆,直接影响到建筑物质量,尤其是抗震能力。多起楼房建筑物、桥梁倒塌案都有“瘦身钢筋”的身影。楼倒而玻璃窗无损,形成了鲜明的对比,极具讽刺意味。

[3] “瘦身钢筋”顾名思义就是指在对钢筋进行调直的过程中,通过冷拔而将钢筋拉长,破坏钢筋的延展性,导致钢筋脆而易断,若用于楼房建筑,直接影响楼房的承重力、抗震性,并且楼房越高危害越大。

[4] 参见《西安上百工地将钢筋“拉细”再建楼房》,载凤凰网, http://news.ifeng.com/mainland/detail_2010_09/04/2435349_0.shtml, 最后访问日期:2016 年 11 月 16 日;《“瘦身钢筋”混入昆明一工地,8 毫米粗拉成 6.5 毫米》,载云南网, http://house.yunnan.cn/html/2012/news_daily_1211/37974_3.html, 最后访问日期:2016 年 11 月 16 日;《南阳多家楼盘违规使用瘦身钢筋,被焦点访谈曝光》,载新浪乐居, <http://xinxiang.house.sina.com.cn/news/2014-06-26/14392793984.shtml>, 最后访问日期:2016 年 11 月 16 日。

在“瘦身钢筋”事件中,商品房的买受人不能被定性为“消费者”,所以无法获得惩罚性损害赔偿,只能请求违约救济,或者要求解除合同并退房,或者要求损害赔偿、修理、更换等。有些买受人已经将房屋以质量无瑕疵的价格转让给第三人,本身并无财产损失,但“瘦身钢筋”造成的损失通过数次买卖在市场中传递。“瘦身钢筋”中的监理人作为受托方,以不作为方式违反委托合同的“忠实义务”,但其所获利益则被相关职能部门作为违法所得而没收,委托方及商品房的买受人均无法获得充分救济。

因缔约地位不平等而产生的故意违约在商事交易中更是常见。亚冠决赛当天,恒大的胸前广告应为“东风日产启辰 T70”,结果却变为“恒大人寿”。东风日产公开声明要求赔偿。恒大挂牌新三板的恒大淘宝的招股书显示,东风日产启辰购买了广州恒大两个赛季年的胸前广告,合同期是2014年2月1日至2016年1月31日,为此东风日产共要支付给恒大1.6亿元。恒大已经多次利用大赛营销新产品。如2013年亚冠决赛第二回合,恒大冰泉广告横空出世;2014年8月,亚冠八强战,恒大曾以单场800万元的价格,回购过胸前广告,推出恒大粮油。2014年10月,广州恒大对阵北京国安,在球队第四次问鼎联赛冠军之际,恒大意欲再次通过临时回购胸前广告,以推出集团新涉足的农牧业、乳业等产品,遭东风日产拒绝。在东风日产没有同意的情况下,他们仍强行换成了旗下的奶粉广告。2016年恒大集团以39.39亿元竞得中新大东方人寿50%的股权,恒大却再次单方违约,将胸前广告更改为“恒大人寿”。〔5〕东风日产与恒大集团均为商事主体,通过双方的数次违约事件,很难看到主体间真正的平等。恒大集团因经营战略需要而故意违约,直接损害了东风日产的期待和信赖,虽然恒大愿意承担法律

〔5〕 参见韩南:《恒大悔约:赢了利益,丢了诚信和舆论》,载经济观察网, <http://www.eeo.com.cn/2015/1123/281285.shtml>,最后访问日期:2016年11月15日。

责任,但此违约损害赔偿与正常履约而产生的利益相比,却不可同日而语。有媒体人评价,恒大赢了市场却输了信誉。

因此,现阶段我国在制定民法典时必须兼顾到商法的需求,使民法真正成为商法的一般法,适当地扩大或修正民法的调整方法、民事责任的范围,甚至是民事责任的功能。若让被告继续保留违约获益,则有违救济所追求之矫正正义。^{〔6〕} 因此,从促进交易和保护信赖的立场出发,确有重新思考违约获益归属之必要。

无论从理论层面还是从现实层面来看,合同三元利益结构的稳定性和普适性都受到了质疑。学者们开始思考,除了上述三类利益外,是否还有一种隐形的且应受法律保护的合同利益?

Fuller 教授早在八十年前就发现,期待利益规则有时给予守约方的赔偿是吝啬的,是不充分的,因此提出信赖规则,以弥补期待规则的缺陷。而今人们开始在上述三种利益赔偿之外,寻找更能充分救济当事人的新利益。对这种良好愿望的追寻的观点体现如下:第一种观点可以称之为“超补偿性”损害赔偿,其充分考虑到原告所处的具体履行状态以及原告交易成本,例如诉讼费用。还有更激进的观点,认为应当用实际履行代替任何形式的损害赔偿。^{〔7〕} 第二类观点是不以原告受到的损失,而以违约方所获得的利益为标准计算损害赔偿数额。第一种观点过于绝对,且不易执行,而第二种观点较为合理,这种以被告的违约获益为计算依据的特殊违约损害赔偿制度就是本书研究的核心内容。

〔6〕 按照 Fuller 的观点,对期待的赔偿实际上是实现了分配正义的结果。参见 L. L. 富勒、小威廉·R. 帕迪尤:《合同损害赔偿中的信赖利益》,韩世远译,载梁慧星主编:《为权利而斗争》,中国法制出版社 2000 年版,第 510 页。

〔7〕 See Linzer, On the Amoralism of Contract Remedies – Efficiency, Equity, and the Second Restatement, *Colum. L. Rev.*, Vol. 81 (1981), pp. 111, 138. (在以下情况一般适用实际履行:无法计算受诺人无价的情感或者因无法履行给受诺人带来的其他成本) Schwartz, The Case for Specific Performance, *Yale L. J.*, Vol. 89 (1979), pp. 271, 306. (如果承认法律可以将失望的受诺人置于合同得到履行时其处于的状态,那么可以主张实际履行。)

20 世纪 80 年代,《合同法重述》(第二次)起草人 Farnsworth 教授在《耶鲁法律评论》上发表了《你的获益或我的损失:违约获益赔偿责任的困境》一文,将违约获益赔偿引入了合同法视野之内。而十几年后,美国另一位合同法大师 Eisenberg 教授撰写了《违约中的获益赔偿责任》,其与 Farnsworth 教授观点不同,虽然两文发表时间间隔较长,然文章论调犀利,犹若现场交锋。Eisenberg 教授明确肯定合同法应当保护第四类利益,即所获利益(disgorgement interest)。按照其观点,违约获益的权利是受诺人要求允诺人返还其因违约而获得的利益,不包括受诺人已经交付给允诺人的利益。^[8]完美的期待利益应当是:受诺人获得违约损害赔偿后与合同履行时的状态没有区别。正如 Robert Cooter 和 Thomas Ulen 所言,而完美的违约获益赔偿将允诺人置于合同得到履行时的状态。^[9]

违约获益赔偿能否打破合同法单一补偿功能,而充实违约损害赔偿责任的功能。英美法系的理论界和实务界对此问题也展开了激烈的争论,主要集中于违约获益赔偿责任的各个细节,包括违约获益赔偿的具体计算问题。事实上,违约获益赔偿与信赖利益赔偿都是为了弥补期待利益赔偿的缺陷而存在。违约获益赔偿并非否定了期待利益赔偿的主导地位。其在期待利益赔偿无法提供充分救济的情况下适用,并非公法中“没收违法所得”之处罚措施,违约获益赔偿对

[8] See Melvin A. Eisenberg, The Disgorgement Interest In Contract Law, *Michigan Law Review*, Vol. 105 (2006), p. 561.

[9] See Robert Cooter & Brandley J. Freedman, The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences, *N. Y. U. L. Rev.* Vol. 66 (1991), pp. 1045, 1051. 包含忠实义务的案例中,“完美的获益赔偿责任”是一种将错误的行为恢复没有错误的情况下的制裁(sanction),因此从不当分配中剥夺她获得的利益,使其处于和没有犯错误一样的境地。如果获益赔偿责任是完美的,对允诺人而言,履行合同、不履行合同与赔偿损失之间没有区别。这种观点存在有限的例外:如果允诺人的个人努力是其违约获益的部分原因,违约获益在允诺人与受诺人之间的分配没有反映出这种努力,那么不违约的允诺人可以比违约的允诺人更加富足。此问题见第五章的讨论。

故意违约行为的威慑性功能不容忽视。

2001 年英国上议院通过 Attorney General v. Blake 案的判决,明确承认了违约获益赔偿责任在违约赔偿体系中的合法地位。同时美国《返还法重述》(第三次)第 39 条论述了“机会违约”的条件下,可以适用违约获益赔偿责任。我国虽属大陆法系国家,合同法保护的利益虽与英美法系国家在名称上有所不同,但研究违约获益赔偿责任对我国同样具有积极的现实意义。缘于此,本书通过对该制度的理论基础和相关内容进行阐释论证,以期考察传统违约救济体系的局限性,拓展我国合同法违约损害赔偿体系的研究视野。

二、研究现状及研究方法

违约获益赔偿责任是一个反传统违约赔偿的制度,目前国内与此问题相关的文献甚少,进行专门研究的人员有限,只有吉林大学法学院孙良国教授在《法制与社会发展》2008 年第 1 期上发表过《违约责任中所获利益赔偿研究》一文,对此问题进行专门研究。与该问题有关的文献及讨论的内容绝大多数源于英美法系国家,其中以英美两国为代表,日本学者能见善久教授从理论上主张,违约获益赔偿责任可以成为特殊的违约损害赔偿方式。英国通过 Blake 案已经确立了违约获益赔偿责任的合法地位,美国和其他国家对该问题也在进行积极探讨并试图通过判例予以承认。

我国司法实务界对该问题也早有涉猎。1995 年 12 月 27 日发布的《最高人民法院关于审理房地产管理法实施前房地产开发经营案件若干问题的解答》(以下简称《解答》)第 41 条规定:“合同一方违约致使合同无法履行的,应赔偿对方的损失。实际损失无法确定的,可参照违约方所获利润确定赔偿金额。”第 44 条规定:“违约方将对方的投资款挪作他用并获利的,如所获利润高于或等于对方实际损失的,应将其所获利润作为对方的损失予以赔偿;如所获利润低于对方的实际损失的,应当赔偿对方的实际损失;如所获利润无法确定的,可按银行同类贷款利率的 4 倍赔偿对方的损失。”该司法解释明

确承认违约获益赔偿责任,但随着《房地产管理法》的实施,该《解答》失效。1995年中国尚处于房地产市场形成阶段,该《解答》规定的违约获益赔偿责任的作用在于规范房地产买卖行为,塑造房地产市场稳定的交易秩序。事实上,违约获益赔偿责任的适用范围广泛,不限于不动产买卖合同,在对很多可得利益赔偿无法提供充分救济的情况下,都有良好的适用空间。

正如博登海默教授所言:“法律是一个带有许多大厅、房间、凹角、拐角的大厦,在同一时间里想要用一盏灯照亮每一间房间、凹角和拐角是极为困难的,尤其是由于技术知识和经验的局限、照明系统不适当或至少不完备时,情形就更是如此了。”^[10]用此比喻研究方法更为妥当,单一的研究方法并不能诠释问题的全部,任何文章的论证都不可能只采用一种研究方法。一般研究方法包括历史性研究(historical)、描述性研究(descriptive)、规范性研究(prescriptive)以及解释性研究(interpretive)。

本书也充分运用了这四类研究方法。(1)历史性研究从解读违约获益赔偿责任的历史渊源入手,考察制度的起源和发展现状,从而为后文研究违约获益赔偿责任的正当性提供铺垫。(2)描述性研究则旨在客观地说明现行法律或历史上特定时期法律的内容,从而为规范性研究提供前提性说明,尤其对英美法系重要判例的分析,以及法官判决的解释,都是绝对必要的。(3)规范性研究在于探究和描述法律的应然状态——理想法。即从理论出发,如何看待一个事物;全球化条件下,尽管各个国家法治进程有所不同,但所面临社会问题却惊人的相似,当我国的市场经济面临此类问题时,也必须积极寻求更为广阔的出路。(4)采用解释性研究剖析我国现行法律,更有利于我们理性的移植违约获益赔偿责任。当然,解释性研究中还包括语义解释、体系解释、目的解释等内容。

[10] [美]E. 博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第198页。