

违约损害赔偿和特定履行的比较

陈卫国

(国际关系学院 国际经济系, 北京 100091)

[摘要] 特定履行和损害赔偿分别在大陆法系和英美法系是可以首先寻求的救济。特定履行在实施难度、对人身自由的妨碍、对经济理性的容纳度等方面, 损害赔偿在量化、预防违约、道德追求等方面存在着一些容易引起攻击的地方。两种救济在深层理念上体现了对合同制度功能的不同认识和态度。对两种救济的不同态度, 会在其他相关的法律制度形态上产生影响。实务中, 两种救济都有较大的、各自更为合适的适用空间。

[关键词] 比较合同法; 违约救济; 有效率违约

[中图分类号] D923.6 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1004-3489(2010)02-0041-08

一、问题的提出

在不同的法律体系中, 对于违约行为及其后果, “损害赔偿”和“特定履行”整体而言算得上是最常用的两种救济方式。^[1] 在一些国际性合同文件中, 也都同时规定有这两种方式(28-45 & 61 CISG 1980)。实务中, 这两种救济的应用情形到底如何? 又是什么因素决定着到底考虑选用哪一种救济方式, 两种方式各自的“优劣”是什么? 对两种方式的不同偏向, 是否与其他法律制度的选择有关系? 这些都涉及这两种救济方式的比较问题。

简单地讲, 这里所称的违约损害赔偿(damages; damages; Schadensersatz)是指对受损方因为违约而有的损失以金钱方式进行赔偿。特定履行(exécution en nature; specific performance)则又称实际履行、强制履行(enforced performance)、请求履行(Anspruch auf Leistung)等, 这里用来指经过法律途径而最终实际完成所约定的特定义务。实务中, 对

特定履行一词有不同用法。一种广义的特定履行概念, 如法国法中所用者, 既包括强制债务人自身去实际履行特定合同(exécution propre), 也包括由债务人之外的人去实际履行特定义务、但由债务人承担相关费用(exécution par un tiers)(1143 f. FCQ; cf. 633 BGB 1900)。^[2] (P.682) 另一种狭义的法, 如英美法中所用者, 则仅指前者。^[2] (P.675) 此处所用特定履行一词则兼指, 具体含义视其上下文而定。实务中, 若受损方需要违约方特定履行, 则须诉请法庭依合同向违约方作出详细的行动指示(Restatement 2d 1979, §358)。

二、两种救济的应用情况

这里先就两种救济在若干主要法律体系中的实际适用情形略做考察。

1. 罗马法

两种救济的渊源都甚古老; 在西欧大陆, 可以追溯至罗马法。不过, 据称古罗马时候, 类似要求特定

履行这样的方式,最初或许起源于私人自力救济而并不是法庭所给予者(D^B 533, VI i68 L xvj 218);^{[3] (P 497)}盖尤斯提到(Gai d 180 In st 4. 48)罗马法程式诉讼中只给出金钱判决(condemnatjo Pecun iaria),即更近于现代所称的损害赔偿。但经过中世纪罗马法学者的发挥,^{[3] (P 502 ff)}通过明确区分“做(faceŕe d o)” (如建造房屋)和“给(dare to give)” (如交货)这两种不同允诺,逐渐把特定履行这一方式“提炼”出来,并与“给”这种允诺相联系,即属“给”的允诺可以强制履行,但属“做”者则否,再揉进罗马法体系中。这一思路的经典表述是那句法谚:^{[3] (P 506)}“不可强人做特定之事”(Nemo potest Praecise cogi ad factum)。尽管现实中“做”和“给”的区分不免牵强,无论如何,经过对罗马法这样的阐释,特定履行有了重要的法律意义。

这个思路最终为后来的大陆诸法律体系整体吸收,结合其各自的法律传统,逐渐形成了特定履行救济。

2 法国法

法国民法典明文区分“给付”之债(典型如买卖和赠礼等)和“作为”之债(1126 & 1136 ~ 1145 FCC),据称这是直接继承波蒂埃(Pothier 1761)的观点而来。^{[3] (P 506)}波氏曾经明确提到,给付之债(obligation de donner)的债务人负有给付的义务,这实际相当于需要特定履行,而作为之债(obligation de faire)的债务人则在不履行时向对方负损害赔偿的义务;^{[4] (§ § 141, 146)}这一两分法很明显是转取于中世纪罗马法学者。^{[3] (P 506)}

民法典下,尽管有“债务人应善意履行其债务”的一般规定(1134(2) FCC),作为之债却是“在债务人不履行的情形,转变为赔偿损害的责任”(1142 FCC),这和波蒂埃的观点一样。而就给付之债,民法典有条文提到,“交付标的物的债务依缔约当事人单纯同意的事实而完成”(1138 FCC);比如,据称法国学者公认无论是出售货物还是土地都可直接的执行。^{[3] (P 511)}这里或许值得一提的是,民法典另有条文称,“给付的债务为交付某一物件并于交付前加以妥善保存的债务,如不履行此债务,对债权人

人负赔偿损害的责任”(1136 FCC);这样的措词,容易让粗心的读者轻轻滑过,甚至不无引发误解的可能。其实,波蒂埃的相关论述或许还是有助于理解其原意:^{[4] (§ 142)}“若因[债务人]未能注意而恰恰导致该标的物灭失,则要就由此而可能产生的损害负责”;也就是说,给付债债务人的损害赔偿原因是因为未尽“妥善保存的债务”而有,而不是因为未能“交付某一物件”。此外,民法典又提到了双务合同中,债权人有权选择或让对方给付或请求损害赔偿(1184(2) FCC)。

总结一下民法典的上引条文(尤其是第1142条)可以看到,单纯在字面上,除了对交付特定财产义务的违反之外,剩下的任何不履行都只让债权人获得损害赔偿的权利,^{[3] (P 512 ff)}这样,损害赔偿救济的应用机会不可谓不广;然而事实上并非如此。^{[2] (P 676)}比如,债权人可以在其花费会由对方承担的情形下自行获得履行(1143 f FCC)。又如,法庭亦可能令债务人交付标的物,否则加以“罚金(astreinte)”,这会起到变相强制执行的效果(33 ~ 37 Loi no91 — 650 9 vij 1991)。^{[5] (P 270)}再有,对不能交付约定货物的债务人,可强其代以同等货物(cass civ 20 1953)。^{[2] (P 675 f)}事实上,据称民法典下的作为之债(1142 FCC)只是在履行属需要债务人的个人技巧者或属不再可能者时才会引出损害赔偿的救济;这意味着,法国法实务中,特定履行救济的应用要远较民法典条文所显现的广泛,或者反过来说,损害赔偿在实务中的应用并不像民法典条文所预示的那样广泛,^{[5] (P 379)}尽管有观点称作为一般救济的特定履行的一般效果值得怀疑。^{[3] (P 524 f)}

3 德国法

经过起草时的充分讨论,^{[3] (P 525 ff)}德国民法典中规定说,“根据债务关系,债权人有向债务人请求给付的权利”(241(1) BGB);有德国学者称这一权利在整个二十世纪事实上都是德国法的一般起点,而规定了这一权利的条款所暗示的应该就是特定履行救济(cf 275(1) BGB 2002, 887 f ZPO)。^{[6] (P 10)}同时,依民法典,损害赔偿的应用则较为受限。有观点提到,德国民法典中的“损害赔偿”或称“补偿”

(Schadensersatz)条款(249 BGB),指的是要恢复原先状况,其中金钱补偿并非常规选择,而用的是诸如提供替代货物等方式,这样的方式在其他地方或许更多视作特定履行的一种。^{[1](P.44)}真正的金钱赔偿多用在特定情形下,也仍与过错有着密切联系,典型如伤人或损物时(249 II BGB),或特定履行的通知期限已过时(250 BGB 510 b ZRO),或特定履行不可能或不足以补偿债权人时(251 BGB)。实务中,涉及合同争议时,若特定履行的条件得到了满足,法庭也不享有是否给出特定履行的自由裁量权。^{[3](P.530)}由这些可以总结说,特定履行应该是德国法中首要的违约救济。

德国2002年对民法典的重大修订^{[9](P.1)}原则上并没有改变特定履行和损害赔偿的相对地位。

4 英美法

在英美法系,特定履行的考察是在衡平法庭中延续下来,从而可以视作一种衡平救济。^{[7](P.399)}而对违约(只)给予损害赔偿的救济则是通例体系应用已久的传统做法。

整体而言,损害赔偿的限制条件较少(Restatement 2 d 1979 §360),只有损害赔偿不可行或给予了损害赔偿仍会有不公时,特定履行才有适用的余地。因此,特定履行应该算是补充的救济方式,即其适用以没有适当的通例救济为前提(Restatement 2 d 1979 §359)。^{[2](P.678 ff)}而且,面对具体争议时,即使特定履行本身并无不妥,到底是否给出却在法庭的自由裁量范围之内(Restatement 2 d 1979 §357 (1)),其中要详察诸多的因素;甚至有观点提到,受允诺人对特定履行没有“权利”。^{[5](P.250)}再有,传统上,特定履行的获得条件本身又要比获得损害赔偿为高(cf Restatement 2 d 1979 §364 (1) (a)),比如通常要求受允诺人自身不能有任何的过错等。总之,损害赔偿可视为英美法中违约的缺省救济(default remedy)(cf Restatement 2 d 1979 §346 cont a)。

事实上,如上已述及,德国法和英美法中违约救济的一般原则可以算得上正好相反:德国民法典下,特定履行救济不足以弥补受损方时,可加以损害赔

偿(251 BGB);而英美法中,损害赔偿不足以弥补受损方时,特定履行才可施加。^{[8](P.1149 ff)}

5 实务中应用的比较总结

整体而言,特定履行救济的应用在大陆法系所受限制要较英美法系中为少;在大陆法系国家的司法实践中,特定履行再加上一些配套制度如减价^[9]等,至少是一种可以首先寻求及给予的救济。这在实务中的一些常见情形,如货物买卖中卖方未交货或交付瑕疵货物、建筑商未完成工程等,都是如此。^{[2](P.683 ff)}损害赔偿在英美法系则是主要救济方式。

三、特定履行的弱点与损害赔偿的优点

不管是特定履行还是现代所通行的损害赔偿计算,理论上都能让违约中的受损方得到和合同正常履行效果相同的结果,^{[10](P.226)}也就是都能合乎救济的所谓“无差别原则(indifference principle)”,^{[11](P.979 ff)}从而都是可接受的救济方式。问题是,这两种救济就真的没有区别么?如果两种救济真的是效果相同的,那为什么还会同时存在呢,选定其中的一个不就行了么?这些就要涉及两种救济的“优劣”比较了。

要注意的是,这里所用“弱点”、“优点”二词更多地是相对意义上的,是两种救济并置比较后加以适当突出的结果。另外,一者的弱点其实往往意味着另一者的优点,为简化起见,下面的分析中有的只从一面论述。

1 特定履行在实施上的困难

特定履行救济在实务中会有一些实施上的困难。

首先,一种并不罕见的情形是,某些违约中,特定履行已不可能,典型如特有标的物之灭失或当事人之丧失能力等,或虽可能,但对受损方而言,因时间来不及等原因而成为毫无意义。再有,即使承认了“不可能时不给出特定履行救济(impossibilium nulla est obligatio)”这一原则,理论和实务中还有一

个问题不易解决,即,什么样的、什么程度的不可能,才可以导致最终不判处特定履行。比如,是必须要绝对的客观不可能呢,还是对债务人而言的主观不可能、甚至是不现实以至债务人的经济极度困难就可以呢?^{[6] (P.112)}此时,若以金钱作为首要补偿,则上述问题都相对更容易解决。比如,捞出掉在湖里的戒指并实际交付给买方的可操作性远远比不上赔给买方一些金钱。^{[6] (P.12)}

其次,特定履行过程当中,也有一些实际问题不易解决。比如,合同履行毫无疑问要有当事双方的配合,而若强制违约方继续履行合同,则违约方很少有心甘情愿的,同时,受损方在对方违约后也很难再心平气和地对待之,这样,履约本身的质量实际是很难保证的,且很有可能更增当事双方之积怨,并由此再提起诉讼。比如,合资开办企业合同中,一方未如约出资且已明确表示要撤出该企业,则不宜再要求其继续履约(中国贸仲会 1991.9.18“接着剂厂合资争议仲裁案”)。再如,泰晤士报报道有判例称,法庭拒绝了特定履行一出版合同,其理由是这需要出版社和作者的合作(Malcom v University of Oxford The Times, 19 xi 1990)。又如,法院通常不愿意就长期合同处以特定履行,一个潜在原因可能是这里面会因当事人的不合作等而引发各种问题,有可能使法院深陷其中,进行监督、检验等工作,在法院必然不胜其负。这些例子中都或明或暗地顾虑到了特定履行过程需要合作,而这一合作在实务中可能并不容易实现这一因素。

2 特定履行对人身自由的妨碍

至少在理论上,特定履行或多或少有直接干涉或妨碍人之行动自由之嫌,尤其是那些所谓的人身合同(Personal contract)中。这一问题其实较为复杂,此处不赘。

3 金钱赔偿的有效性

从常识可以知道,金钱赔偿在多数情形下足以保护受损方的利益。尤其是在普遍性的市场经济体制下,标的的可替代性使得受损方较易用违约方所赔偿的金钱安排一替代交易,这样就较好地解决其损失。另外,不少合同的最终目的本来就是为了

获得利润,而利润最终也会以金钱的形式体现,这样以金钱赔偿实际就使受损方直接得到了其最终想要的东西。甚至可以说,金钱当然不能补偿所有的损失,但金钱所补偿不了的,其他办法经常更难补偿;在合同纠纷以至整个民、商事纠纷中,金钱可说是最后的有效补偿手段。

4 金钱赔偿的可操作性

金钱赔偿明确可观,易于量化分析,易于执行。这在实务中是极有吸引力的。

5 损害赔偿中的经济理性:“有效率违约”论

常见的一个说法是,特定情形下准许当事人违约,可以达到既能对当事双方不造成真正的损害,又能促使资源有效配置,从而有利于社会福利的效果。宣称这样一种经济上好处的理论通常称作“有效率违约论”。^{[10] (P.238 ff)}比如,只有在卖方的生产成本低于其及买方能从合同中所获利润的情形下,继续生产才是有效率的,若不如此则应准许卖方违约。又如,订约后又有一人欲以较合同价更高者购买同一标的物,则准许卖方违约而转售、并对原买方作出补偿,这往往是合乎经济效率的。这样的一种效率标准在经济学上或称“卡尔多—希克斯补偿”(Kaldor—Hicks compensation Principle)(参新帕尔格雷夫 1987“补偿原理”条)。^[12]损害赔偿救济有助于达到有效率违约,即可通过赔金多少的确定来间接约束当事人是否违约,因此可称得上是一种调节当事人权利义务关系的经济手段。通过违约方所给出的恰当赔偿,相当于违约成本内部化了。

以现代的经济理念对违约的“效率”作专门讨论是从美国兴起的,而且兴起的速度极快。在法学界,^{[13] (P.947)}较早的研究大概是在 1969 年,^[14]而“有效率违约(efficient breach)”这一术语的首次出现据称是在 1977 年。^[15]这样的一种有效率违约思路直接作用于其时正在起草的《合同法重述第二版》,并于其终稿中得到了充分反应和接受(Resatement 2 d 1979, note ch 4),^{[16] (P.1444)}用于支持对违约的损害赔偿救济。《重述》的这个态度又“激起”了新的广泛讨论。事实上,从与此话题相关的参考文献容易看出,在《重述》最终定稿的前后,美国法学

界有一批文献专门比较特定履行和损害赔偿的效果和条件，^{[13] (P.3)} 各有偏向，也各有其理。应当说，损害赔偿和特定履行对合同当事人违约决策的不同作用并不是传统的法学研究所特别关注的话题，不管是在英美法还是大陆法系大概都是如此。但 1960 年代法和经济学在美国逐步兴起后，这个话题成了该新兴观察角度正巧的练手对象。

但要注意，即使认同有效率违约理论，也并不是说英美合同法的基本理念中对“违约”或“有效率违约”就是明确无疑地予以认可或维护的（Restatement 2d 1979 §89 cmt. b; Bank of Nova Scotia v Helmenic Mutual War Risks Association (Bermuda) Ltd [1990] 1 QB 818 at 894）；实际上，基于交易稳定和道德操守这双重的考虑，英美传统普通法对违约、哪怕是有效率违约，同样表现出了疑惑态度，虽然或许不至于把违约看成是有法律意义的“过犯（wrong in the eye of the law）”，却也至少不视作一种“权利（right）”。^{[17] (P.220)} 比如，在主流的损害赔偿计算方法中，并未计入当事人“违约权（right to breach）”丧失之损失（尤其在承认提前违约制度的背景下）。^{[18] (P.195)}

四、损害赔偿的弱点与特定履行的优点

当然，损害赔偿也绝不是没有弱点、特定履行也绝不是没有优点的救济方法（Tito v Waddell [1977] Ch 106 at 322）。^{[9] (P.254 f6)} 否则后者也不会成为实务中的另一种重要救济方式了。^{[11] (P.977)}

1. 损害赔偿的量化难题

就经济分析角度所鼓吹的优势来说，虽然理论上损害赔偿或许确实有助于通过对受损方利益损失的金钱补偿而形成有效率的违约，但问题是，司法实践中，这个“利益损失”的量或者这个利益损失到底该包括什么很难确定。比如，或以为目前计算利益损失的办法本身大都事实上忽略了受损方在违约发生后寻找替代交易时的及索赔中的交易成本（如律师费和可能的执行费用）；^[19] 或指出在允诺人提前

弃约下受损方原本享有之违约选择时间价值损失未计入赔偿，因而双方皆有尽量提早弃约之动机、并因而造成无效率违约；^[18] 或强调因为损失的不可预见性和不确定性，受损方基本上无法得到充分赔偿。^[20] 再比如，在长期合同或关系合同中，因为当事人往往进行了较多的专用投资，这时若仅以损害赔偿救济之，可能很难完全弥补其损失；^{[21] (P.879)} 或者反过来说，在鼓励当事人作出高效的专用投资方面，特定履行救济的效果要好于损害赔偿。^[22] 再有，在若干情形下，不同的合同当事人会对某一“利益损失”的大小有不同的衡量，^{[15] (P.557)} 此时法庭应以何标准定之并不明确。特定履行能免掉此一衡量、评估的难题。这也像有观点指出的，尽管理论上两种救济绝大多数时候对受损方而言没有区别，但事实上特定履行相对更能起到近于合同照常履行的效果，也就是说更能符合违约救济的“无差别原则”。^{[11] (P.1049)}

2 特定履行的“预防”违约能力

特定履行在很大程度上起到预防违约发生的作用，从而能避免不必要交易成本的发生。比如，有观点指出“有效率违约论”鼓励当事人之间的不合作，或者说容易促成或曰间接鼓励债务人违约，反倒很可能没有效率，扩大社会资源的浪费，即违约后的交易成本不必比特定履行的交易成本低。^[13] 而特定履行的救济能在很大程度上预防违约的发生：债务人若能确切地事先知晓违约后最终还是要特定履行，则其违约的动机就会减少；进一步，在各当事人都有此期望时，还能由此促进未来合同的达成和正常履行。^[23]

对损害赔偿这一角度的疑问确实有其道理，尤其是损害赔偿额的确定是以“补偿性”为基本方针的情形下。不过，也有其他机制或通过不同的损害赔偿额确定标准，能达到和特定履行相类似的预防违约的效果。比如，在确定损害赔偿额时，可以按照对受损方的充分补偿和对违约方的“获益剥夺”这两个数额中高的那个计，这在效果上相当于以损害赔偿来达到特定履行救济的结果。^[24] 再如，当事人自身事实上可以通过设计“好的”（good）合同条款而在即使违约救济会是损害赔偿的情形下也能减少

双方违约的动机;这点有经济学上的一些实证研究支持。就像在美国,一个例子是,在建筑业者常用的标准合同中,通过定金条款可消减承包商的违约动机;^[25]再一个例子是,有观点称,煤炭长期合同中,之所以采用复杂的指数价格条款而不是直接取市价,考虑之一或许是这样做有助于让双方的违约动机减少。^[26]

3 特定履行所体现的道德感

特定履行可能更符合道德上对“约言须守”的倾向或追求。^{[5] (P.297)}甚至,从效率角度对违约和损害赔偿的辩护可能引发其他的道德和法律难题。比如,是否意味着,在愿意给他人足够补偿的情形下,就可以偷走别人的财物?^{[17] (P.223)}甚至有观点提到,是否可以比照“有效率违约”的概念,来认定“有效率盗窃”?^{[27] (P.281)}这一疑问在把约言须守的道德信念无条件地引入合同法领域时,确有其道理;不过,合同本身真的是那么“神圣”而必须切实履行的么?

其实,对上述疑问的一个可能回答,正与对待违约的态度有关。有效率违约论在道德方面的一个隐含假设是,违约本身并非道德上的恶 (immoral),而盗窃等则不然。就如同有观点所指出的,从相关调查和普通法中对待违约的救济看,至少在通例中,违约大概算不上不道德;^[28]而盗窃、伤人等则不然,受损方会有严重的被剥夺感和事实上的被剥夺。对于或许算不上恶行的违约,法律大概不宜干涉太深,亦不宜作出惩罚;这样,损害赔偿救济就是值得认同的。^[29]故此,可以接受“有效率的违约”,而不能接受、事实上也不存在着有意义的“有效率盗窃”。

五、两种救济所体现的深层理念

特定履行和损害赔偿体现了各自对“约言须守”原则、“合同神圣性 (sanctity of contract)”的不同认识态度。在特定履行救济之下,约言须守实际意味着合同的切实履行、落实,合同的神圣性体现在合同自身之中;当事人有如实完约的义务 (duty Schuld)。而在损害赔偿救济之下,约言须守更多地作为当事人必须承担相应责任 (liability Haftung)这

一点赋予了正当性,合同神圣性也并不体现为其自身的绝对不可背离;当事人可以背约,但必须承担相应的责任。很明显,如果在观念层次把合同视作一种交易的话,就像英美通例中的传统观点,则合同在道德上的神圣性就会降低,而当事人之间利益调节和风险分配的重要性则相对上升,此时损害赔偿的可适用性也相应地突显。其实,通例中对待守约和违约的态度,也许以霍姆斯氏的这句话,说的最爽快干脆了:“通例中,维持合同的义务意味着‘若未守约则须支付损害赔偿’这一预告 (prediction);除此无他”。^{[30] (P.462)}这话在技术上准确地描述了损害赔偿在英美合同法中的核心地位,在理念上深刻地反映了通例对经济理性的重视及二者事实上的内在契合。

与上一点相关,损害赔偿的出发点实际不是想去事先防止违约发生,而主要是直接针对违约后果作出救济与补偿,这是和特定履行救济重大的理据差异。^{[8] (P.1145)}很明显这更近于英美法救济体系的整体思路。这也正如美国合同法大家方兹沃斯 (Farnsworth)所说的,美国法所以取损害赔偿为主要救济方式,乃以该方式系一合乎自由市场经济要求之方式,因其给了当事人以更多的选择;^{[8] (P.1154)}而“合同法体系中,有关违约救济方面的规定最能揭示其底蕴 (underlying assumptions)”。^{[31] (P.247)}

六、两种救济对其他法律制度的作用

救济方式的选择还会在其他相关的法律制度形态上产生影响。比如,英美法中没有发展出像德国法中 (433 & 929 BGB 1900)那样的物权行为和债权行为截然分开的制度 (物权行为理论) (RG 25 v 1925 RGZE 111. 152),^[32]可能不过是在损害赔偿救济下并不急需该制度而已。注意,这里不是说在一个合同中区分物权行为和债权行为这种做法就必然与特定履行作为首要救济这一处理方式有因果关系 (不管何者为因何者为果)。但是,对物权与债权行为的区分,确实有助于让特定履行救济保持

其事实上的优先地位,能在当事人都较为期望获得该救济时较好地处理相关冲突或争议,提供便利的解决方案;或者反过来说,在特定履行作为首要救济方式的情形下,对物权和债权行为加以区分这一做法,可以显得更自然、更有意义、也能对当事人显出更多的说服力。总之,两种行为的区分和特定履行作为首要救济这二者虽然未必有出现次序上的因果关系,却在事实上形成了较好的搭配。

七、结论

上文先从历史和现实角度考察了特定履行和损害赔偿在违约中的应用情况,又主要从理论上集中对比分析了二者的相对的优缺点。整体而言,大陆法系中,特定履行是一种可以首先加以寻求和给予的违约救济方式,其适用条件限制亦相对较少,而在英美法系,则以损害赔偿为缺省救济而以特定履行为补充。实务中,在可操作性、预防违约的效果等方面,二者各有优劣。

损害赔偿中所隐藏着的较大经济理性空间,不

能成为抛弃特定履行的理由;同样,即使特定履行对受损方利益损失弥补得更为充分,也不能就此而驱逐损害赔偿。事实上,偏废任何一个都是不现实也没有充分理论依据的。一个有意思的研究是,美国某知名的法和经济学学者(Shavell 2006)用经济学工具分析后得出结论说,一般而言,违反了那些需要“生产”货物的合同,当事人更偏好损害赔偿救济,而违反那些仅仅需要“转让”已有财产的合同,则当事人更偏好特定履行救济。^[33]这一结论很容易让人想起中世纪罗马法学者的相关主张和以法国民法典为代表的有关“给付之债”和“作为之债”的规定。类似的处理方式中,并没有把两种救济的“优劣”绝对化,而是使之更加情境化。从这点上说,比较两种救济自有其意义;关键是,最好能为发现二者各自更适用的情形找到一些思路和衡量因素以至标准。^[11]上面的分析,或多或少都有助于确定并深入理解那些潜在的衡量因素,并为选择具体的救济方式起到启发思路的作用。

[参考文献]

- [1] Treitel GH. Remedies for breach of contract [M]. Clarendon P. 1988.
- [2] Beale H et al (BHKT) (eds). Cases materials and text on contract law [M]. Oregon: HartPub. 2002.
- [3] Dawson JP. Specific Performance in France and Germany [J]. Michigan Law Review. 1959 (57).
- [4] Pothier RJ. 1761. Traité des obligations. English translation: A treatise on obligations [M]. 2 v. Martin & OGDEN. 1802.
- [5] Harris D & Tallon D (eds). Contract law today: Anglo-French comparisons [M]. Clarendon P. 1989.
- [6] Zimmermann R. Breach of contract and remedies under the new German law of obligations [J]. SAGGI no 48 Roma. 2002.
- [7] Simpson AWB. 1975. A history of the common law of contract [M]. Clarendon P. 1987.

- [8] Farnsworth EA. Legal remedies for breach of contract [J]. Columbia Law Review. 1970 (70-7).
- [9] 陈卫国. 违约救济中的减价和损害赔偿扣除 [A]. 国际商法论丛(第7卷) [C]. 北京: 法律出版社, 2005.
- [10] Coote R & Ulen T. Law and economics [M]. 3rd edn. Addison-Wesley. 2000.
- [11] Eisenberg MA. Actual and virtual specific performance: the theory of efficient breach and the indifference principle in contract law [J]. California Law Review. 2005 (93-4).
- [12] Coleman JL. Efficiency, exchange and auction: Philosophic aspects of the economic approach to law [J]. California Law Review. 1980 (68).
- [13] Macneil IR. Efficient breach of contract: circles in the sky [J]. Virginia Law Review. 1982 (68).
- [14] Birmingham RL. Damage measures and economic ration.

- ality: the geometry of contract law [J]. *Duke Law Journal* 1969 (18).
- [15] Goetz CJ & Scott RE. Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach [J]. *Columbia Law Review* 1977 (77).
- [16] Farber DA. Reassessing the economic efficiency of compensatory damages for breach of contract [J]. *Virginia Law Review* 1980 (66).
- [17] Hillman RA. The richness of contract law: an analysis of critique of contemporary theories of contract law [M]. *Kluwer Academic Pub* 1998.
- [18] Triantis AJ & Triantis GG. Timing problems in contract breach decisions [J]. *Journal of Law and Economics* 1998 (41:2).
- [19] Linzer P. On the amoralizing of contract remedies: efficiency, equity and the Second Restatement [J]. *Columbia Law Review* 1981 (81).
- [20] Schwartz A. Case for specific performance [J]. *Yale Law Journal* 1979 (89).
- [21] Macneil IR. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law [J]. *Northwestern University Law Review* 1978 (72:6).
- [22] Rogerson WP. Efficient reliance and damage measures for breach of contract [J]. *RAND Journal of Economics* 1984 (15:1).
- [23] Ulen TS. Efficiency of specific performance: toward a unified theory of contract remedies [J]. *Michigan Law Review* 1984 (83).
- [24] Scott RE & Triantis GG. Embedded options and the case against compensation in contract law [J]. *Columbia Law Review* 2004 (104:6).
- [25] Chakravarty S & MacLeod WB. Contracting in the shadow of the law [J]. *RAND Journal of Economics* 2009 (40:3).
- [26] MacLeod WB & Malcolmson M. Investments, holdup and the form of market contracts [J]. *American Economic Review* 1993 (83:4).
- [27] Barnett RE. A consent theory of contract [J]. *Columbia Law Review* 1986 (86).
- [28] Shavell S. Is breach of contract immoral? [J]. *Emory Law Journal* 2006 (56:2).
- [29] Smith SA. Performance, punishment and the nature of contractual obligation [J]. *Modern Law Review* 1997 (60:3).
- [30] Holmes OW. The path of the law [J]. *Harvard Law Review* 1897 (10:8).
- [31] Farnsworth EA. Damages and specific relief [J]. *American Journal of Comparative Law* 1979 (27).
- [32] 李锡鹤. 论物权优先之所在 [J]. *法学*, 2002 (2).
- [33] Shavell S. Specific performance versus damages for breach of contract: an economic analysis [J]. *Texas Law Review* 2006 (84:4).

(责任编辑 如月)