

## 論減損義務對實際履行請求權的限制\*

嚴立\*\*

<摘要>

大陸和臺灣的履行障礙法，均以實際履行作為優先的救濟手段，原則上當事人得為自己的利益計算而選擇該等救濟方式。然而在某些極端案型中，當事人不合理地堅持實際履行請求權可能引發投機、嚴重的資源浪費等問題，此時否定實際履行請求權的其他規則，如履行不能、情事變更常常無法解決之。譬如金錢債務原則上不生履行不能問題，若金錢之債的債權人（如出租人）堅持實際履行，那麼給付不能規則便束手無策；當事人終止合同的需求又常因一般商業風險而起，此際情事變更亦不敷用。故只能以減損規則限制履行請求權。

形式上，大陸的實定法之下，減損義務並非隨同明確的毀約表示立即發生，而僅在例外情形下產生限制功能；同時，並無必要為了避免非違約方遭受同時受領新舊 2 份合同之給付或者自陷於違約的危險，而構造出一種適時解除義務。判斷何時應當觸發減損義務的限制功能，應當以堅持實際履行是否造成嚴重的浪費為判斷標準。臺灣民法並無一般的減損義務條款，但並不意味著不會產生類似問題，此時經由民法第 217 條的與有過失條款可實現相同效果。在這個意義上，關於限制實際履行請求權之實質標準的討論，於臺灣法而言亦應有一定價值。

---

\* 先後數位審稿專家提出的批評意見細緻且精準，常令作者羞愧難當，在此謹致謝意！學力所限，錯漏在所難免，文責自然全在作者。

\*\* 北京科技大學文法學院講師，北京大學法學博士。

E-mail: yanlicupl@sina.com.

• 投稿日：02/07/2023；接受刊登日：09/30/2024。

• 責任校對：羅元廷、陳怡君、張馨麟。

• DOI:10.6199/NTULJ.202506\_54(2).0004

關鍵詞：履行請求權、減損義務、當事人投機、毀約表示、適時解除義務、  
正當利益、避免浪費

•目次•

壹、問題之所在

- 一、問題意識
- 二、綜述
- 三、關於術語使用的說明

貳、減損義務限制實際履行請求權的可能性與必要性

- 一、減損義務限制實際履行請求權如何可能？
- 二、限制實際履行請求權的必要性
- 三、其他規範供給的侷限性

參、減損義務限制實際履行請求權的教義學路徑

- 一、間接的限制路徑：適時解除義務
- 二、直接的限制路徑：減損義務隨毀約表示而發生
- 三、「原則一例外」的中間路徑：非違約方的選擇權
- 四、大陸法的路徑選擇

肆、減損義務限制實際履行請求權的價值衡量

- 一、普通法上的里程碑式案例：White and Carter
- 二、普通法的後續發展
- 三、使規則更具可操作性的嘗試：從正當利益到避免浪費
- 四、大陸法上的方案

伍、結語

## 壹、問題之所在

### 一、問題意識

「中華人民共和國民法典」（以下稱「大陸民法典」）第 579 條<sup>1</sup>、第 580 條<sup>2</sup>分別規定了金錢債務和非金錢債務的實際履行救濟。此外，第 580 條還規定了排除實際履行請求權的數種例外情形；按照通常的理解，金錢債務原則上不發生給付不能之問題，故第 579 條無需如第 580 條那樣設置除外條款。由此引發的思考是，是否所有的金錢債務均可獲得實際履行？是否所有的非金錢債務，除了第 580 條的例外情形，亦均可獲得實際履行？舉例言之，在金錢債務的情形，甲承租乙的房屋經營超市，為期 20 年，合同履行 10 年以後，甲因經營不景氣希望終止合同，而乙堅持繼續履行。試問乙是否可直接要求履行剩餘 10 年的租金債權（或者在每一筆債務到期後分別起訴執行）？就非金錢債務而言，甲從乙處購買一批鋼材，約定 3 個月後交貨。交付期到來前 2 個月，乙見鋼材價格飛漲三倍，明確向甲表示將不履行合同。第三人丙知悉此情事後，以合理價格向甲發出要約，此後鋼材價格繼續上漲，甲是否可以不顧價格之變動，強行等待履行期到來並要求交付？

上述 2 種情形，直接根據大陸民法典第 579 條、第 580 條第 1 款支持實際履行請求權，在很大程度上似乎違背人們的直覺正義。本文以為無論是金錢債務還是非金錢債務，除了條文明定的限制以外，至少仍須受到大陸民法

<sup>1</sup> 大陸民法典第 579 條：「當事人一方未支付價款、報酬、租金、利息，或者不履行其他金錢債務的，對方可以請求其支付。」

<sup>2</sup> 大陸民法典第 580 條：「當事人一方不履行非金錢債務或者履行非金錢債務不符合約定的，對方可以請求履行，但是有下列情形之一的除外：

（一）法律上或者事實上不能履行；  
（二）債務的標的不適於強制履行或者履行費用過高；  
（三）債權人在合理期限內未請求履行。

有前款規定的除外情形之一，致使不能實現合同目的的，人民法院或者仲裁機構可以根據當事人的請求終止合同權利義務關係，但是不影響違約責任的承擔。」

典第 591 條（減損義務）的制約<sup>3</sup>。因為合同法語境下，減損義務的重要內容就是在違約發生後，中止履行己方義務，並盡合理的努力尋求替代交易機會，如此將形成對實際履行請求權的制約。換言之，減損義務在某些例外情形下將排除請求實際履行之救濟的權利，當事人只能請求損害賠償，若其一意孤行，則法官可直接適用第 591 條否定該請求權。

本文的基本結構如下。第一部分是對兩岸既有研究的簡要綜述。第二部分討論以減損義務限制實際履行請求權的可能性與必要性。減損義務在合同法語境下的重要內容是在相對人違約後中止履行己方義務，並在合理情境下尋求替代的交易機會，從而形成對實際履行救濟的限制。其他的規範供給，如履行不能、情事變更均無法完全滿足司法實踐對限制履行請求權的需求，因此有必要通過減損規則實現此目的。第三部分從教義學的角度探討限制實際履行請求權的具體進路，包括間接限制、直接限制以及「原則一例外」的中間路徑，大陸的實定法之下，以第三種路徑為宜。第四部分則分析以減損義務限制實際履行請求權時，需要考慮的實質性的價值判斷，即應當根據何種標準判斷是否應以減損義務限制履行請求權。就此問題而言，避免嚴重的浪費，仍然是值得贊同的實質性標準。

## 二、綜述

### （一）大陸

許多著作對減損規則以及大陸民法典第 591 條的論述比較簡潔。有的學者根據比較法的經驗，明確提到中止履行、尋求替代交易安排、繼續協商等屬於減損規則之內容<sup>4</sup>；並且指出出賣人違約時，買受人應當在合理期間

<sup>3</sup> 大陸民法典第591條：「當事人一方違約後，對方應當採取適當措施防止損失的擴大；沒有採取適當措施致使損失擴大的，不得就擴大的損失請求賠償。當事人因防止損失擴大而支出的合理費用，由違約方負擔。」

<sup>4</sup> 魏振瀛（2021），《民法》，8版，頁475，北京大學、高等教育；王洪亮（2016），《債法總論》，頁286，北京大學；胡衛（2010），《合同法論》，頁348，人民法院（「這裡的合理措施包括停止工作、替代安排……」）；朱曉娟（2021），《合同法》，頁167，中國政法大學。

內尋求替代交易安排，否則不得主張有利於自己的價格變化所產生的利益<sup>5</sup>。類似的，有學者指出（預期）違約發生後，非違約方不應再增加履行費用的支出，即中止履行之謂；提供勞務之人，在合同被不法終止後，應當將勞動力合理地用於他處以獲得收入，否則就怠於取得之收入不得要求賠償，亦即替代交易<sup>6</sup>。這些觀點似乎已經注意到了實際履行請求權可能產生的債權人投機問題，並且隱含著減損規則對實際履行之救濟的限制<sup>7</sup>。但這樣的說法，終究隔著一層沒有捅破的窗戶紙，並沒有直截了當地指出減損義務可能的限制功能。

最近的研究則明顯已經注意到減損規則對履行請求權可能的限制作用。論者注意到機械地肯定實際履行請求權是不妥當的，有可能造成非違約方投機的結果<sup>8</sup>，其應受到減損義務，尤其是其中尋求替代交易之內容的必要限制。「很多情況下，買受方應根據減損原則及時選擇替代交易，以防損失進一步擴大，而非讓債務人繼續履行。<sup>9</sup>」此時應當考慮的因素包括當事人「翻悔」的意思自主，以及民事救濟與損害相協調的比例原則<sup>10</sup>。司法實踐針對當事人不合理堅持實際履行的案型，也並未盲目地予以支持，而是常常利用減損規則否定之；但就減損規則的具體適用而言遠未形成統一的認識<sup>11</sup>。武

<sup>5</sup> 崔建遠（2021），《合同法》，頁401-402，北京大學。

<sup>6</sup> 劉凱湘（2010），《合同法》，頁424，中國法制；郭明瑞（2020），《合同法通義》，頁243，商務印書館；蘇號朋（2015），《合同法教程》，3版，頁278，中國人民大學；楊巍（2021），《合同法總論》，頁349，武漢大學。

<sup>7</sup> 參見王燕霞、劉豔梅（2007），〈減損規則與債權人行使繼續履行救濟權的衝突及協調〉，《學術交流》，4期，頁66-68。

<sup>8</sup> 孫良國（2016），〈違約方的合同解除權及其界限〉，《當代法學》，30卷5期，頁53。

<sup>9</sup> 陳耀東、沈明焱（2017），〈論買賣合同中違約方的解除權及適用範圍〉，《中國應用法學》，5期，頁155。

<sup>10</sup> 張梓萱（2022），〈替代交易與繼續履行請求權〉，《南大法學》，1期，頁48-49。

<sup>11</sup> 程坦（2021），〈減損義務對履行請求權的限制及其路徑：破解合同僵局的一種思路〉，《中外法學》，33卷4期，頁894-896。

騰認為，當承租人單方面要求解約而出租人堅持實際履行時，屬於減損規則的類推適用，而非直接適用<sup>12</sup>。

關於減損義務限制履行請求權是否以合同解除為條件，有論者指出，減損義務要求非違約方負擔一種「適時解除義務」，譬如在承租人毀約後，出租人不得固執地要求繼續履行，而應當在合理期間內終止合同並尋求替代交易<sup>13</sup>，如此則可避免繼續履行請求權與替代交易之間可能發生的衝突<sup>14</sup>。

## （二）臺灣

臺灣並無一般的減損義務條款，僅「臺灣民法」（以下稱「民法」）第 217 條的與有過失提到「重大之損害原因，為債務人所不及知，而被害人不得促其注意或者怠於避免或減少損害者，為與有過失。」雖然文義上似有減損之元素，但往往僅關注非違約方的自我救助義務，例如不完全給付中採取必要措施防止標的物腐敗，計程車上受傷以後應遵醫囑等等，減損義務可能具有的中止己方履行和替代交易的內容似乎並未引起足夠重視<sup>15</sup>。

<sup>12</sup> 武騰（2021），〈民法典實施背景下合同僵局的化解〉，《法學》，3期，頁95-97。

<sup>13</sup> 郝麗燕（2020），〈走出違約方解除權的誤區〉，《南大法學》，3期，頁27-28。

<sup>14</sup> 即非違約方尋求替代交易以後，違約方又提出給付，如此則可能產生受領雙重給付的風險。

<sup>15</sup> 譬如王澤鑑教授在論述「不作為的與有過失」時，指出此等與有過失的類型之一是怠於減少損害。察其所舉具體例子，包括人身傷害中適時延醫救治，人身傷害造成收入減少時從事其他職業以減少收入損失；在物受侵害的情形，如動物受傷應儘速治療，汽車的修復亦應適時為之。惟在債務不履行的怠於減少損害之下提到「買受人因出賣人債務不履行，例如購買的原料給付遲延或給付不能時，為避免工廠生產遭受影響，應儘速購買替代原料，減少所失利益。」王澤鑑（2016），〈損害賠償法上的與有過失〉，《法令月刊》，67卷4期，頁16。可見就與有過失的關注，集中在本文所稱之「自我救助」的層面，以替代交易的方式減損，甚至限制履行請求權，尚未引起充分討論。

其他論著亦能見到相同的關注重點。例如邱聰智教授論述與有過失時所舉例為，托運易碎物品而未告知承運人，負傷後不願就醫。邱聰智（2003），《新訂民法債編通則》，頁229，中國人民大學；黃立教授所舉例為乘車未繫安全帶、支票所有人未妥善保管支票及印章。黃立（2002），《民法債編總論》，頁392，中國政法大學；曾隆興教授所舉例則包括：將鑽戒封入信封而未告知保管人內中有

在買賣原材料以供生產的情形，王澤鑑先生指出，為避免可得利益損失的擴大，依具體情形而定，買受人或應當從市場上尋求替代的產品<sup>16</sup>。給付遲延場合，非違約方是否有替代交易之義務，黃茂榮先生持否定見解。原因在於非違約方無法準確預測替代交易的價格是否將低於損害賠償；直接為替代交易也與民法第 254 條要求債權人在遲延的情形下先為附期限之催告，爾後乃可解除的意旨不符<sup>17</sup>。楊芳賢教授則明確贊同債務人於履行期到來之前預示違約時，債權人不為替代之交易可能觸發第 217 條的適用，或者至少是類推適用<sup>18</sup>。

惟民法第 487 條規定「僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，仍得請求報酬。但受僱人因不服勞務所減省之費用，或轉向他處服勞務所取得，或故意怠於取得之利益，僱用人得由報酬額內扣除之。」此處涉及非法解僱時，受僱人是否有積極尋求其他工作機會的義務，以及從他處獲得的收入是否應當予以扣減的問題，受日本法影響，對此的關注尚不算少<sup>19</sup>。但臺灣通說以此作為損益相抵的問題處理，似無法解釋怠於取得的假想收入為何也應當扣除的問題。換言之，若作為損益相抵問題處理，則受僱人並不負有一種積極尋求替代交易的減損義務，僅事實上已經獲得的收入應當扣減而已。如此則將導致怪異的局面，勤謹地尋求其他工作機會的受僱人，境遇反而不如一個「懶惰」的受僱人。

此外債法分則部分，如承攬（第 511 條）、委任（第 549 條）、寄託（第 597 條）所定之任意終止權，很大程度也可以達成限制實際履行請求權的效果，在功能上可作為減損義務之替代。

---

貴重物品，債務人給付病畜而債權人怠於將之隔離，以至傳染，發生火災能搶救而怠於搶救。曾隆興（1994），《民法債編總論》，頁320，自刊。

<sup>16</sup> 王澤鑑（2017），《損害賠償》，頁319，北京大學。

<sup>17</sup> 黃茂榮（2014），《債法通則之二：債務不履行與損害賠償》，頁107-108，廈門大學。

<sup>18</sup> 楊芳賢（2017），《民法債編總論（下）》，頁151，三民。

<sup>19</sup> 侯岳宏（2012），〈日本非法解僱期間工資與中間收入扣除之發展與啟示〉，《政大法學評論》，128期，頁351-401；徐婉寧（2017），〈論違法解僱下僱用人之受領遲延責任與危險負擔法理之交錯〉，《臺大法學論叢》，46卷1期，頁87-133。

### 三、關於術語使用的說明

因兩岸法學各自發展，術語的使用已出現一定分歧，為便利閱讀，避免誤解，宜在此稍作說明。

契約與合同。大陸法所稱「合同」與臺灣法上的「契約」係同義語，本文不刻意區分之<sup>20</sup>。臺灣法所稱之「合同行為」<sup>21</sup>，在大陸則以數方法律行為或者共同行為稱之<sup>22</sup>。

解除與終止。臺灣法嚴格區分解除與終止，解除溯及既往地發生效力，而終止則僅發生向後的效力<sup>23</sup>。大陸法統一地以解除涵蓋二種情形。本文在涉及具體合同類型時區分使用 2 個術語，譬如在租賃的場合使用終止，在買賣合同中則使用解除。惟原文引用法院觀點時，仍依其舊貌使用解除。

履行請求權與實際履行請求權。此 2 個術語也並無實質的差異，均指請求約定之原給付的權利，包括金錢債務（大陸民法典第 579 條）與非金錢債務（大陸民法典第 580 條）。冠以實際二字，也只是學說上的習慣用法，大陸民法典第 577 條則呼之為繼續履行<sup>24</sup>。本文混用此 2 種說法。需要注意的是，因實際履行請求權兼指金錢與非金錢債務，故其外延廣於英美之 Specific Performance，後者專指非金錢債務而言<sup>25</sup>。

<sup>20</sup> 就大陸的學術習慣而言，在涉及傳統大陸法系國家或地區時，常用契約，而在指稱本國及英美法國家時，慣用合同。

<sup>21</sup> 王澤鑑（2022），《民法總則》，頁256，北京大學。

<sup>22</sup> 參見朱慶育（2013），《民法總論》，頁132-134，北京大學。

<sup>23</sup> 參見史尚寬（2000），《債法總論》，頁572-573，中國政法大學。

<sup>24</sup> 王利明（2015），《合同法研究第二卷》，3版，頁563-566，中國人民大學；李永軍（2011），《合同法學》，頁158-162，高等教育。

<sup>25</sup> 英美法之所以優先選擇損害賠償之救濟方式，是因為非金錢之債的執行，很大程度上會妨害債務人的行為自由。See EDWIN PEEL, TREITEL: THE LAW OF CONTRACT 21-001 (14th ed. 2015).

## 貳、減損義務限制實際履行請求權的可能性與必要性

### 一、減損義務限制實際履行請求權如何可能？

儘管減損規則常常指向合同與侵權領域共同的自我救助義務<sup>26</sup>，但除此之外減損規則在合同法上仍有特別的適用場景，主要是：①違約發生後，非違約方是否需及時**中止履行己方義務**，換言之，他為什麼不可以按照原定計劃繼續履行義務，同時獲得合同約定的對待給付呢？②當存在替代交易的市場時，非違約方是否有一種**尋求替代交易安排**的義務，亦即存在什麼樣的理由要求非違約方放棄明定的合同權利轉而尋求替代交易？中止履行與替代交易，正是減損義務可能限制履行請求權的樞紐。試想，債之終極依歸在於因清償而獲得滿足並消滅，倘若法律要求當事人從他處獲得同類給付（替代交易），則締約目的從其他管道獲得滿足，自不必再強求原合同之履行。法官站在事後的角度，認為非違約方應當採取減損措施時，即意味著合同原定的履行請求權無法再如約實現。

大陸的司法實踐廣泛地承認這樣的替代交易義務。在一個出租人單方面終止合同的案件中，最高人民法院清晰地指出「具體到本案，亨得利和宜美多應當積極尋找替代性租賃場所，不能坐等違約損失進一步擴大。據此，從合同解除之日起至約定的期限屆滿的 7 年期間內，亨得利和宜美多所受的損失不應全部得到賠償。<sup>27</sup>」又如發包人提供的地質資料存在瑕疵導致停工時，施工人便不可放任停工、窩工的狀態持續近 2 年之久，而應當在合理期

<sup>26</sup> 例如聯合國國際貨物銷售合同公約（CISG）第86條第1款所規定的買受人保全貨物的義務，很大程度上便屬於一種防止絕對權受到侵害的制度，儘管在構成根本違約時買受人或可解除合同、拒絕受領所有權之移轉，此時所有權／絕對權仍在出賣人處。在這樣的場合下，合同法與侵權法上的減損義務高度重合。

<sup>27</sup> （2021）最高法民申1914號大連市中山區亨得利眼鏡專賣店、大連市中山區宜美多眼鏡超市房屋租賃合同糾紛再審查與審判監督民事裁定書。

間之後將設備、人力用於其他的交易，否則該合理期間之後的損失即屬於本可避免因此不應賠償的範圍<sup>28</sup>。

大陸學者實際上也已充分認識到違約發生後，非違約方可能需要採取中止履行、替代交易等典型的減損措施<sup>29</sup>。只不過尚未透徹地指出此類減損措施可能與實際履行請求權發生衝突，進而對後者產生限制功能<sup>30</sup>。近來的討論，則充分認識到了減損規則限制履行請求權的潛能<sup>31</sup>。學者指出，「減損義務的施加並不以合同解除為前提條件；在合同存續期間，減輕損害的思想亦可制約實際履行請求權的效果。<sup>32</sup>」不過此時僅僅屬於對大陸民法典第 591 條的類推適用，此時行為人僅負有不怠於取得利益之義務；而合同拘束力消解以後的直接適用，義務人需以合理人標準積極地尋求替代交易<sup>33</sup>。相反的觀點則主張，減損義務與實際履行請求權無法並存，因此減損義務只在合同解除、實際履行請求權消滅以後才發揮限制作用。換言之，減損義務中包含要求非違約方在某些情形下解除合同的內容<sup>34</sup>。

若承認減損義務對履行請求權的限制功能，將發生如下效果。第一，當事人不可堅持主張實際履行請求權，而宜在合理期間內尋求替代之交易機會。法院站在事後審查的立場，亦將以「合理期間內的替代交易」作為算定損害賠償的準據。譬如承租人毀約，出租人應在 6 個月的期間內尋求其他的出租機會，則此期間內給付租金的履行請求權可得到支持。第二，限制不僅意味著排除合理期間後非違約方的履行請求權，還意味著履行請求權派生而來的替代給付的損害賠償請求權也受到排除，否則所謂的「限制」將淪為具文<sup>35</sup>。舉例言之，出租人違反用益狀態之維持義務致使承租人的經營活動難

<sup>28</sup> 河南省偃師市鑫龍建安工程有限公司與洛陽理工學院、河南省第六建築工程公司索賠及工程欠款糾紛案，《最高人民法院公報》2013 年第 1 期。

<sup>29</sup> 前揭註 4。

<sup>30</sup> 張梓萱，前揭註 10，頁 45。

<sup>31</sup> 張梓萱，前揭註 10，頁 47 以下；程坦，前揭註 11，頁 888 以下。

<sup>32</sup> 武騰，前揭註 12，頁 95-97。

<sup>33</sup> 武騰，前揭註 12，頁 95-97。

<sup>34</sup> 張梓萱，前揭註 10，頁 56-57。

<sup>35</sup> 反過來，不贊同以減損義務限制履行請求權，同樣會反對以減損義務限制替代給

以為繼<sup>36</sup>，產生營業利潤損失。出租人請求終止合同，而承租人堅持實際履行。此類糾紛，一旦進入司法程序，標的物無法使用、營業損失持續發生的狀態必已維持相當長的時期。因期間一過，時光不可再倒流，履行請求權自然轉化成替代給付的損害賠償。若支持減損義務對履行請求權之限制，則此限制同樣應及於該替代給付的損害賠償請求權。合理期間之後的可得營業利益將不再受到支持<sup>37</sup>。第三，其他並非替代給付的損害賠償請求權是否應排除或者削減，本於損害賠償的填平原則而為判斷。譬如非違約方因尋求其他替代交易機會而支出的費用損失便與是否限制履行請求權關係不大。

---

付的損害賠償。Robert Stevens, *Damages and the Right to Performance A Golden Victory or Not?* in EXPLORING CONTRACT LAW 181 (Jason W. Neyers et al. eds., 2009). DAVID WINTERTON, *MONEY AWARDS IN CONTRACT LAW*, 165-66 (2017).

<sup>36</sup> 民法第423條，參見黃立（主編）（2002），《民法債編各論（上）》，頁302以下，元照。亦見大陸民法典第712條。

<sup>37</sup> 改編自日本平成21年的重要案例。本案涉及一個房屋租賃合同，1997年2月，標的物發生浸水事故，承租人無法繼續經營其卡拉OK廳。上述事故發生後，出租人以設備老化、事故頻發為由要求終止合同，承租人則堅持要求出租人履行其修繕義務以便重新開業。1998年9月，承租人以出租人未履行修繕義務等為由起訴，主張損害賠償，至此離事故發生已經過去了1年7個月。出租人則反訴請求終止合同。第二審法院判決支持了承租人從事故發生後1個月（1997年3月）至2001年8月間共4年5個月的期間內，因不能營業而喪失的營業損失。最高裁判所推翻了第二審法院的意見，發回重審。最高裁判所的核心要旨之一是本案標的物自1992年起即頻繁發生浸水事件，且常常無法查明原因；事故發生時，建築物建成已有約30年了，即使尚未朽壞至無法使用的地步，也需要大規模的徹底修繕；即使出租人履行修繕義務，本案標的物也需要徹底整飭，承租人無法在不徹底改造的情況下長期使用標的物達四餘年之久；在事故發生至起訴的1年7個月的期間內，承租人重新開業的可能性渺茫；與此同時承租人經營的卡拉OK業務也並非不能在其他地點從事，況且事故發生後承租人獲得了足額的保險賠付，並非沒有能力重新購置設備在其他地點開業。綜合以上事實，「承租人至遲也應當在提起本訴的時點，採取在其他場所重新經營卡拉OK業務等回避或者減少損失的措施，倘不採取該等措施，任由營業利益的損失發生，卻仍得要求出租人全部賠償，在法理（條理）上不應支持。」山田希（2001），〈民法416条1項の「通常生ずべき損害」と損害軽減義務〉，《立命館法学》，2001年3号，頁508-511。

學說上即有觀點認為，最高裁通過這一判例創設了獨立的替代交易的減損義務。野澤正充（2009），〈賃貸人の修繕義務の不履行と賃借人による損害の回避〉，《判例タイムズ》，1298号，頁67。

## 二、限制實際履行請求權的必要性

### （一）來自司法實踐的現實需求

在上文所舉的買賣和租賃的例子中，如果依循實際履行請求權的邏輯，將在很大程度上產生違背人們直覺正義的局面。譬如買受人本可在出賣人表示毀約後毫不費力地在市場上尋找其他的賣家，卻怠於為之，而仍可獲得價格飛漲帶來的利益。出租人在承租人表示毀約後，本可以相當之價格另行出租，卻怠於為之，任由房屋空置而承租人不得不給付租金。這不僅嚴重違背一般的正義觀念，也與司法實踐的實際情況不符。譬如大陸法院對承租人要求提前退租的處理方案一般是令毀約的承租人支付一定期間的租金作為損失賠償，此期間過後，雙方當事人之間的法律關係即告清理結算完成<sup>38</sup>。儘管法院一般不會援引減損義務作為規範依據，但這無疑恰恰實現了減損規則的效果；從減損規則的角度看，這一定的期間正是法院認為非違約方應當尋求替代交易措施的合理期間<sup>39</sup>。在這種債務人堅持履行己方債務以獲得約定之對待給付的案型中，既有的規則和制度，例如情事變更、履行不能等往往不能濟事，由此才產生了司法實踐中強烈的需求。

### （二）遏制投機的經濟動因

#### 1. 反對減損規則的理由不能成立

就反對適用減損規則而支持實際履行請求權的理由而言，最有說服力的是交易市場同時向違約方與非違約方開放，雙方均有獲得替代交易的可能

<sup>38</sup> 例如（2015）錫民終字第2885號胡曉明與上海克莉絲汀食品有限公司房屋租賃合同糾紛二審民事判決書。（2016）浙10民終1606號陳國正與施金祥房屋租賃合同糾紛上訴案。（2014）連民終字第0035號程曉紅與周芹房屋租賃合同糾紛上訴案民事判決書。並請參見《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國民法典〉合同編通則若干問題的解釋》第61條。

<sup>39</sup> 朱廣新、謝鴻飛（主編）（2020），《民法典評注：合同編2》，頁479（郝麗燕執筆），中國法制。

性，那麼與其要求非違約方採取減損措施進而毀傷實際履行請求權的效力，不如直接要求違約方自己去尋求替代安排。

以買賣合同為例，買受人在約定的履行期日之前表示不接受履行，而標的物價格又發生顯著下跌，出賣人則仍要求實際履行，那麼買受人便不能主張出賣人應當向替代的其他買受人及時出賣以減少損失。原因在於買受人自己也可以尋找到合適的買家，簽訂一個未來交付的買賣合同（比如在買受人宣布將不履行之時，價格尚未下跌到原約定履行期的價格，此時買受人自己也可以減損），並無理由要求出賣人承擔止損的負擔。出賣人另行訂立合同，需要運用預測市場之類的交易技能，而這些交易技能原則上僅服務於自己利益，並無理由為買受人所用<sup>40</sup>。相應的，如果價格上漲，出賣人表示將要違約，按照減損規則，似乎買受人應當儘快購買同類貨物以減少損失。但是出賣人同樣可以預先購買擬交付的貨物，或者與第三人訂立一個未來交付的合同。因此似乎並無必要強求非違約方採取減損措施<sup>41</sup>。

問題在於，雙方當事人採取替代交易的能力未必總是旗鼓相當，替代交易的便捷程度常常也不一致。以租賃合同為例，依大陸民法典第 716 條，承租人原則上並無自由轉租的權利，而是必須取得出租人同意<sup>42</sup>。欠缺同意時，

<sup>40</sup> *Contracts: Anticipatory Breach: Duty of Seller to Mitigate Damages*, 24 MICH. L. REV. 190, 191 (1925). 在很多情況下，出賣人可能確實更有售賣的經驗，這也是要求買受人毀約時出賣人減損的正當性依據之一。譬如在一個買賣口罩生產設備的案件中，合同已經履行完畢，買受人仍然仰仗出賣人的市場和交易能力，委託其代為出賣標的物。參見（2020）蘇0281民初7831號朱國忠與南昌工控機器人有限公司買賣合同糾紛一審民事判決書。

<sup>41</sup> 葛雲松（2003），《期前違約規則研究》，頁401-402，中國政法大學。最高人民法院在這個問題上有時表現出一種謹慎的態度，違約的買受人僅僅在事後證明出賣人替代交易時點的價格低於違約發生時的價格，尚不足以認定出賣人另尋交易機會屬於不合理的遲延，因此也不能直接依據事後的價格趨勢認定其違反了減損義務。（2019）最高法民申2283號翼城縣創新冶煉有限責任公司進出口代理合同糾紛再審審查與審判監督民事裁定書。

<sup>42</sup> 大陸民法典第716條：「承租人經出租人同意，可以將租賃物轉租給第三人。承租人轉租的，承租人與出租人之間的租賃合同繼續有效；第三人造成租賃物損失的，承租人應當賠償損失。  
承租人未經出租人同意轉租的，出租人可以解除合同。」

轉租合同的效力固然不受影響，出租人卻得依第 716 條第 2 款終止合同，進而依第 235 條對次承租人主張物上返還請求權，在效果上形同廢止合同。準此而言，承租人轉租標的物遭遇了法律上的障礙，此時便更需要減損規則敦促出租人尋求轉租的機會，或者迫使其同意承租人轉租——原因在於如果沒有減損規則對出租人實際履行請求權的限制，其完全可能毫不動搖地堅持履行合同，從而高枕無憂地收取租金，而不必承受次承租人為整個交易增加的風險<sup>43</sup>。由此可見，此種法律上的障礙，導致其替代交易的成本比出租人更高，以「雙方均可替代交易」為由否定出租人的減損義務或許沒有那麼堅強。相比之下，普通法上的租賃，例如租船<sup>44</sup>與房屋租賃<sup>45</sup>，原則上允許承租人轉租或者概括地轉讓承租人地位，此時承租人轉租的阻力更小，限制減損規則之適用的正當性因此略有增強。

要之，儘管違約後的市場確實向當事人雙方開放，但雙方尋求替代交易的便捷程度並不總是相同，當非違約方尋求替代交易的成本顯著低於違約方時，似乎不再有充分的理由認為「違約方自己也可以尋求替代交易」，進而否定減損義務。

## 2. 為利益分配機制的減損規則

按照上述否定減損義務的邏輯，買賣合同簽訂以後，原則上由出賣人承擔價格上漲的風險，而由買受人承擔價格下跌的風險<sup>46</sup>。如果不加限制地承

<sup>43</sup> 正是在這個意義上，有論者指出應當構建一種迫使出租人同意轉租的義務。林婷婷（2024），〈民法典視域下金錢債務合同僵局的化解〉，《經貿法律評論》，2期，頁68-69。

<sup>44</sup> The Odenfeld (1978) 2 Lloyd's Rep. 357, 374.

<sup>45</sup> See A. J. Bradbrook, *The Application of the Principle of Mitigation of Damages to Landlord-Tenant Law*, 2 SYDNEY L. REV. 15, 22-23 (1977).

<sup>46</sup> 這確實是合同，尤其是未來履行之合同的重要制度功能。比如雙方約定6個月之後交貨，如果到了約定的交付日，標的物價格根本沒有發生顯著變動，則該合同對買受人而言的經濟價值極為有限，他僅僅需要承擔以原合同價格另行訂立合同的不便而已。但如果價格上漲，則該合同對買受人的經濟價值就至少是上漲的部分。同樣的，出賣人也同樣期待用合同避免因價格下跌帶來的損失。參見E·艾倫·範斯沃斯（著），葛雲松、丁春豔（譯）（2004），《美國合同法》，頁9，中國政

認這種情況下的實際履行請求權，無疑會縱容非違約方的投機行為<sup>47</sup>。在一個買賣鋼材的案件中，買受人將部分標的物轉賣給第三人，第三人發現品質不符合約定，買受人因此對第三人承擔了違約責任。糾紛發生後買受人要求退貨，出賣人原則上同意該訴求，但認為賠償金過高，買受人遂訴至法院要求繼續履行合同，但此時距買受人與出賣人訂立合同已過去六月餘，標的物價格上漲近 60%。法院判決支持了實際履行請求權<sup>48</sup>。這樣的案件中，法院絲毫未提及買受人可能的減損措施——即使第三人已經與買受人解除合同，在價格上漲的情況下，買受人也應當有能力在市場上購入同類標的物。買受人之所以並未這樣做，是因為其係為轉賣而買入，第三人解除合同後便再無交付之需求；而在 6 個月後起訴要求實際履行，則是因為標的物價格發生了較大幅度的上漲。如此看來，支持該實際履行請求權無異於使買受人獲得了一種投機利益<sup>49</sup>。況且按照損害賠償的基本原則，應當使其恢復到合同正常履行的狀態（as good a position as the contract had been performed）——而合同倘若正常履行，此時價格上漲的部分應當歸屬於第三人，而非買受人。

但合同真的是一種針對商業風險的賭博遊戲嗎<sup>50</sup>？減損規則在很多情況下正發揮了制止賭博遊戲發生的功能<sup>51</sup>。即使在預期違約的場合，買受人

---

法大學。此外可以認為待履行合同是一種對風險的交易（an exchange of risks）——出賣人購買了市場下行的風險，同時出賣市場上行的風險。See Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *Measuring Sellers' Damages: The Lost-Profits Puzzle*, 31 STAN. L. REV. 323, 356 (1979).

<sup>47</sup> 吉川吉樹（2020），《履行請求權と損害軽減義務》，頁324，東京大学出版会。

<sup>48</sup> （2017）蘇02民終4317號無錫市金珊瑚科技有限公司與中國礦產有限責任公司無錫分公司、中國礦產有限責任公司買賣合同糾紛二審民事判決書。

<sup>49</sup> 當然買受人實際履行的請求不僅要在減損義務的層面遭到質疑，還會遭到救濟措施的選擇是否合理的詰難——大陸民法典第582條固然為非違約方提供了不同的救濟路徑，但同時存在「合理選擇」的限制。本案中，買受人起先要求解除合同，眼看價格上漲便轉而主張繼續履行，便難謂合理的選擇，可能違背第509條所要求的誠實信用。

<sup>50</sup> 正如阿蒂亞提出的假設：允諾與合同本質上都是風險分配裝置，就像簡單的賭博。See FOUNDATIONS OF CONTRACT LAW 4 (Richard Craswell & Alan Schwartz eds., 1994). 葛雲松教授也提出類似的觀點。葛雲松，前揭註41，頁403-404。

<sup>51</sup> 從另一個角度看，受到債務拘束的債務人為債權人的合同權利提供了一種「保

在價格下跌時表示將要毀棄合同，出賣人不打算等待實際違約發生，而是直接請求損害賠償，他也應當及時尋找新的買受人以避免價格下跌帶來的損失。如果他「坐以待斃」，在本可以避免的損失範圍內便喪失要求賠償的權利。如果被告明確表示違約，原告卻仍然坐等實際違約之發生，與減損規則的意旨大異其趣，且預期違約規則也有被架空的危險。要言之，一般合同雖然在一定程度上具有分配風險的功能，但雙方當事人的共同計畫（joint plan）仍然是實現一個具體的合同目標，而不是就商業風險進行賭博<sup>52</sup>。如果真的要從事這種高風險的遊戲，完全可以通過期貨等手段實現。此外，若不適用減損規則限制履行請求權及由此派生的替代履行的損害賠償，可能發生的附帶效果是當事人產生「反正無論如何都能得到賠償」的預期，從而在交易中過度投資<sup>53</sup>。

### 三、其他規範供給的侷限性

#### （一）不宜過度擴張履行不能法的適用範圍

實際履行請求權的實現處在一個連續的譜系上，履行不能制度同樣是對實際履行請求權的否定。邏輯上，既然目的是限制或者排除實際履行請求權，那麼適當地擴張履行不能的外延，似乎也能達到相同的效果。實際上法院在

---

險」，而如果一旦發生違約，所有的損失一律由債務人負擔，將製造一種道德風險：債權人無所顧忌地行事，反正損失有人埋單。具體表現為非違約方缺乏與違約方合作以減少損害的動機，也沒有動力與後者分享他掌握的資訊。Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation*, 69 VA. L. REV. 697, 980-81 (1983).

<sup>52</sup> 「與賭博相反，通常的民商事交易是排斥不確定性的。……在信用交易尤其是長期合同中，法律雖然可以規定當事人必須嚴格遵守合同的初始條件，不得進行任何事後的調整，但這樣做將迫使當事人要麼自行設計複雜的風險分配規則，要麼徹底摒棄長期合同。否則，在合同履行期間，當某些重大情況發生變化時……長期合同就成為合同雙方的一種純粹的賭博。」許德風（2016），〈賭博的法律規制〉，《中國社會科學》，3期，頁152-153。

<sup>53</sup> Alan Schwartz & Robert E. Scott, *Market Damages, Efficient Contracting, and the Economic Waste Fallacy*, 108 COLUM. L. REV. 1610, 1612-14 (2008).

承租人要求提前退租的案型中，確實常常認為租賃合同已經陷於大陸民法典第 580 條第 1 款第 1 項所稱之「事實上不能履行」或者第 2 項「不適於強制履行」的履行不能，因而排除出租人支付租金的請求。那麼在此類非金錢之債的債權人（譬如這個例子中的承租人）要求單方面終止合同的案型中，是否能夠通過拓寬履行不能的範疇以達到消滅債之拘束力的效果呢？

### 1. 不構成事實上不能

在長期的繼續性合同中，當非金錢之債的債權人拒絕受領給付，卻又不得不提出對待給付時，時間持續越久，不正義的感覺便愈來愈強烈。正如英國法官在經典的 *The Odenfeld* 案中指出的，履行期限較長的繼續性合同中，時間的流逝本身會改變當事人之間的法律狀態，當債務人的遲延曠日持久，再看不到履行合同的希望之時，繼續堅持履行就不屬於合理行為人所當為之事<sup>54</sup>。那麼此時合同是否陷於一種事實上的履行不能，從而可以消解合同的拘束力呢？

遺憾的是，在常見的非金錢之債的債權人拒絕履行的預期違約案件中（如租賃），並不存在典型意義上的履行不能事由（如標的物毀損滅失導致的物理上不能），而僅僅是當事人希望從合同的束縛中擺脫出來：他固然不想承擔合同義務，也並不欲享有合同權利。以承租人毀約為例，承租人的合同債務是支付租金，此種金錢債務原則上並不發生給付不能的問題；而他拒絕享受合同所賦予的占有、使用標的物之權利，也不涉及不能的問題，因為履行不能指向的是義務，而非權利。在這個意義上，有些法院觀點認為無法強制承租人居住到房屋內，因此構成大陸民法典第 580 條第 1 款第 2 項「不適於強制履行」的債務便屬於錯誤的理解<sup>55</sup>，此際所謂的強制履行應指強制承租人支付金錢而言，而非強制承租人占有使用標的物（從而構成一種人身性的不能）。要之，單純的拒絕受領，很難構造出典型意義上的履行不能。

<sup>54</sup> *The Odenfeld*(1978), 2 Lloyd's Rep. 357, 375.

<sup>55</sup> 參見時明濤（2020），〈動態體系論在履行費用過高判斷中的運用〉，《財經法學》，6期，頁88。

## 2. 不構成履行費用過高的不能

違約方堅持拒絕履行債務，並拒絕享有合同權利時是否可認為履行成本與收益顯著不成比例，從而構成履行費用過高的不能呢？費用過高，所比較的是債權人從履行中獲得的利益與債務人提供履行所付出的成本，需前者不成比例地小於後者<sup>56</sup>。因此合同標的之價格波動原則上不構成履行費用過高

<sup>56</sup> 迪爾克·羅歇爾德斯（著），沈小軍、張金海（譯）（2014），《德國債法總論》，頁169-170，中國人民大學。就術語選擇而言，有學者認為大陸民法典區分了法律上不能、事實上不能與經濟上不能，似以前二者對應第580條第1款第1項，而以經濟上不能對應同款第2項，也就是把經濟不能等同於履行費用過高。（王洪亮（2007），〈我國給付不能制度體系之考察〉，《法律科學》，25卷5期，頁140）謝鴻飛教授似有相同見解（參見劉貴祥（主編）（2016），《最高人民法院第一巡迴法庭精選案例裁判思路解析（一）》，頁192-193，法律）。

但實際上德國法及臺灣一般區分真正的不能與實際上不能／事實上不能。所謂真正不能是指物理上或者法律上不能，而實際不能或者事實不能則指履行費用與利益顯著不成比例從而排除實際履行請求權的情形。（迪爾克·羅歇爾德斯，頁165-172，稱之為實際上不能；迪特爾·梅迪庫斯（著），杜景林、盧湛（譯）（2004），《德國債法總論》，頁284-285，法律，稱之為事實不能；王澤鑑（2021），《債法原理》，增訂新版，頁356-358，自刊，稱之為事實不能）而經濟上「不能」則是指某一方當事人需要提出的給付與獲得的對待給付相去甚遠，由此產生一種「等價關係的障礙」；德國帝國法院起初確實以給付不能法處理此類案型，故有「經濟不能」的說法，而後來則轉由交易基礎障礙制度解決之。（迪爾克·羅歇爾德斯，頁171-172；迪特爾·梅迪庫斯，頁284-285。類似於大陸的情事變更制度，即大陸民法典第533條）準此而言，大陸民法典第580條第1款第1項之事實上不能近似於傳統大陸法上的「物理上不能」，係一種真正不能；而第2項所稱之履行費用過高則近於域外之「實際不能」或者「事實不能」。例如陳界融教授就在物理上不能的意義上使用「事實上不能」的概念。（參見劉貴祥，頁192-193）職是之故，在中文語境下提及事實不能時，可能產生不同的理解，尤其需要注意。

關於何為費用過高的履行不能學說上應無爭議，但司法實踐中並非不存在錯誤的理解。例如最高人民法院（2015）民申字第1931號民事裁定書提到「……需支付6878615元的成本費，而其依據協議……收取的租金加上補償金總共只有1575000元」，顯然這裡比較的是出租人一方的成本與收益，或許可構成經濟上不能／等價關係障礙，卻與大陸民法典第580條第1款第2項的履行費用過高的給付不能無關。參見劉貴祥，頁167。這個案例的基本案情是出租人將標的物出租給第三人，租期屆滿之前即與承租人簽訂合同，至合同履行期卻因無法自第三人處收回標的物而無法履行合同，陷於違約。實際上這樣的案情與一物數賣、一物數租極為相似，一般認為其中一個合同得到履行後，其他的合同即陷於一種真正的不能，

的事由，原因在於，不管價格如何變動，債權人從給付中獲得的收益與債務人因此負擔的成本均能以其市場價格衡量，當事人的利益與不利益則體現在另一個別給付關係中（即金錢之債）——若合同價格高於市場價格則提供非金錢給付的當事人受益，反之則接受該給付的當事人受益。

然而履行費用過高的不能旨在保護非金錢之債的債務人（如出租人），卻無法為債權人（如承租人）提供救濟。以英國著名的 *White & Carter* 案為例，其基本案情是廣告主與廣告商訂立未來 5 年投放廣告的合同後，立約當日即反悔，廣告商堅持履行自己的債務並請求支付因毀約而加速到期的價金，得到法院支持<sup>57</sup>。本案中，廣告主作為債務人的債務是支付酬金，廣告商作為債權人獲得的利益便是該酬金，此一金錢的債權債務關係中顯然不存在履行不能之問題，債務人廣告主不得以給付不能為由主張債務消滅。反過來看，作為債務人的廣告商負擔的債務是提供投放廣告的服務，債權人廣告主就此獲得的利益則是從該服務中獲得的知名度提升、產品或服務的銷售額增加等。因此，若擬投放廣告的產品或者服務已經停產或取消，合同原定履行期內因該廣告服務所獲得的收益微乎其微（例如僅僅可以使公眾知曉生產商的名號），則其所獲收益與債務人付出的成本或許可以認為顯著不成比例。然而根據履行不能法，其法律效果無非是債務人廣告商取得拒絕給付的權利<sup>58</sup>，若廣告商不主張履行費用過高則合同關係不受影響，仍然達不到使債權人廣告主從合同中解脫出來的目的。這正是履行不能法僅保護（非金錢之債的）債務人之意。

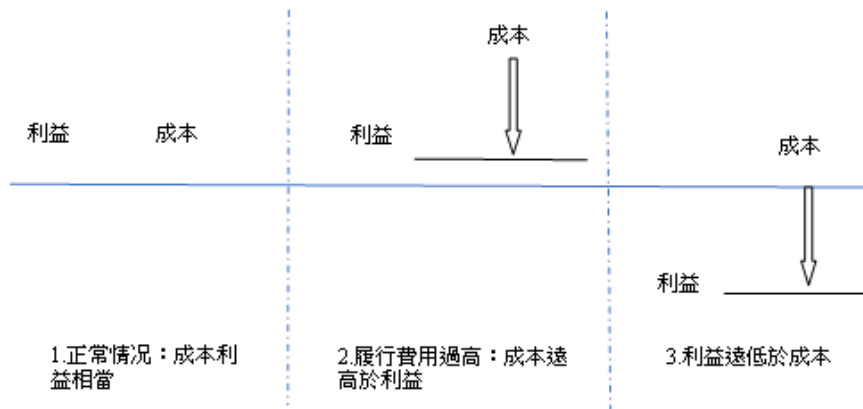
---

而不是履行費用過高的實際上不能（在這個問題上陳界融教授的觀點似更值贊同，參見劉貴祥，頁199-200）。

<sup>57</sup> See *White and Carter (Councils) Ltd v. McGregor* [1962] AC 413.

<sup>58</sup> 如德國民法典第275條第2項第1句。大陸民法典第580條的表述是「……對方可以請求履行，但是有下列情形之一的除外」，債務是否逕行消滅雖不明確，但至少在非絕對的不能時，不應排除債務人放棄該主張而自願履行之可能。參見史尚寬，前揭註23，頁378。

又以常見的租賃合同為例，作為債務人的出租人之義務是讓渡標的物的使用權，承租人從合同中獲得利益即標的物的使用價值，此二者亦不存在顯著差異，均可以租賃標的物的市場價格為度量；只不過市場價格高於合同價格時承租人較有利，反之則出租人更有利<sup>59</sup>。即使承租人預期毀約，不願意再享受標的物的使用利益，也不改變上述比較的結果，原因在於「債權人（即承租人）所獲得的利益」係指一種可能性而言，至於其事實上是否享受了該利益，則非所問。可見即使可認為存在履行費用過高的情形，也無法使預期違約中的毀約方（如承租人）取得消滅合同債務的權利，或者要求非違約方放棄實際履行之救濟的權利。



【圖一】履行不能與成本—利益關係

※ 資料來源：作者自製

要之，履行成本與收益存在巨大差異包含 2 種情形，一是成本遠高於收益，此時債務人（如出租人）亟需保護，而債權人樂見其成；二是收益遠低於成本，此時債權人與債務人的利益狀態恰好顛倒過來，反而是債權人（如承租人）更需要救濟手段。但履行不能法卻只能救濟前一種情形下的債務人，無法對第二種情形下的債權人援之以手。換言之，給付不能法適用的典型的

<sup>59</sup> 此時可能發生所謂經濟上不能或者等價關係障礙，即一方當事人「虧大了」，但應當委諸情事變更原則制度解決。

場景是債權人從履行中獲得的利益不變，而債務人的履行成本高騰，此時債務人亟需法律之保護，自不待言。然而在履行成本不變，而債權人之履行利益急劇下跌的場合，理論上仍然構成履行費用過高，此時債務人（如出租人）卻樂得履行債務從而獲得對待給付；相反，債權人只能獲得毫無價值的給付，卻仍需支付約定的對價，反而處於需要保護的狀態<sup>60</sup>。如圖一所示，正常情況下履行利益與成本大體相近；成本高騰時，構成履行費用過高，債務人得援引履行不能法以為救濟；利益下跌而債務人之履約成本不變時，「成本與利益之差的絕對值」，亦即成本與利益之間的垂直距離與第二種情形並無差異，但理性的債務人並不會援引給付不能法，故債權人並不在該規範的保護範圍之內。

## （二）情事變更原則的有限作用

情事變更原則同樣是一項突破合同拘束力的制度<sup>61</sup>——原則上合同應有令當事人依約履行的效力，而在構成合同之基礎的情事發生變化時，例外地允許對合同的內容作出調整甚至直接毀棄之。非金錢之債的債權人不會憑空地要求毀約，往往是因為存在經濟因素的驅動。此時若發生等價關係障礙，或者所謂經濟上不能，債權人因受不利影響，固然可能援引情事變更規則請求變更或者解除合同，但此種方案至少存在 2 項限制。首先，商業風險引發的等價關係障礙不適用情事變更法。例如長期的租賃合同中，承租人因經營

<sup>60</sup> 如果假設 *White & Carter* 案中，廣告主從廣告中獲得的收益寥寥無幾，則將構成典型的履行利益下跌的「履行費用過高」。

<sup>61</sup> 韓世遠（2014），〈情事變更若干問題研究〉，《中外法學》，26卷3期，頁664。羅馬法上有所謂「情事不變」原則，意指當事人簽訂合同時默示地認為當時的情況和條件直至合同履行完畢都不發生改變，一旦其發生改變則合同喪失存在的基礎。近代以來的民法典則轉而崇尚契約嚴守原則，直至20世紀才又引入情事變更原則以為緩和。參見阿爾多·貝特魯奇（著），肖俊（譯）（2016），〈羅馬法學與現代歐洲法中的情事變更制度〉，《環球法律評論》，38卷6期，頁17-20。這裡又可以看到格蘭特·吉爾莫在《契約的死亡》結尾所說的，正如音樂世界中常有古典與浪漫的興替，法律世界的風尚也常在追求謹嚴邏輯、概念，與追求實質正義而擺脫概念之枷鎖之間擺蕩。

不善意圖終止合同，則很可能屬於交易固有的商業風險，從而不適用大陸民法典第 533 條<sup>62</sup>。其次，是否構成情事變更完全繫於裁判機構的裁量，債權人地位將難以預料<sup>63</sup>。

譬如（2016）鄂 01 民終 7144 號張豔祥等與陳盛房屋租賃合同糾紛上訴案中，承租人因經營不善要求提前退租<sup>64</sup>，法院支持了合同終止前的租金，以及終止後 2 個月的租金損失。然其理由至為混沌，首先該判決書認為根據《中華人民共和國合同法》第 110 條（即大陸民法典第 580 條）的精神，違約方在履行費用過高時應可解除合同，但同時又援引了《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國合同法〉若干問題的解釋（二）》第 26 條關於情事變更的規定。實際上這裡並不存在費用過高的履行不能，因為非金錢之債的債務人係出租人而非承租人；故只有承租人一方因經營不善而發生的等價關係障礙，但是此係一般商業風險所致，亦無情事變更原則之適用。

## 參、減損義務限制實際履行請求權的教義學路徑

一般情形下，守約的當事人可以根據自身利益狀態選擇繼續履行合同，此時合同效力不受影響；或者選擇主動解除合同並請求損害賠償，此時合同由原給付關係進入到清理結算的關係。這可稱為一種選擇權規則。減損規則與這種選擇權規則的關係，可分為 2 種方案、3 種模式。

<sup>62</sup> 第533條：「合同成立後，合同的基礎條件發生了當事人在訂立合同時無法預見的、不屬於商業風險的重大變化，繼續履行合同對於當事人一方明顯不公平的，受不利影響的當事人可以與對方重新協商；在合理期限內協商不成的，當事人可以請求人民法院或者仲裁機構變更或者解除合同。

人民法院或者仲裁機構應當結合案件的實際情況，根據公平原則變更或者解除合同。」

<sup>63</sup> 例如大陸司法實踐中常見的情形是一審法院要求繼續履行合同，而二審法院改判，認為構成情事變更從而可以終止履行。參見韓世遠，前揭註61，頁660。

<sup>64</sup> 這樣的例子十分常見，也是論者在指稱合同僵局時常常援引的案型。

(一) 減損規則係選擇權規則的附庸，原則上，除非終止合同並損害賠償（從而排除繼續履行之請求權），否則不生減損義務，減損規則與選擇權規則在邏輯上有先後，僅在例外情形下才否定非違約方堅持實際履行的權利。這種思路之下又可分為 2 種具體的模式，**第一種**，為解決實際履行請求權與減損規則衝突的問題，賦予非違約方一種適時解除的義務，在邏輯上消除二者可能存在的矛盾（例如守約的買受人可能需要受領原合同與新合同下雙重的給付、並支付雙重的對價）。**第二種**，原則上承認實際履行請求權的優先地位，非違約方得選擇繼續履行抑或直接請求損害賠償（選擇權理論），僅在例外情形下否定該選擇權。其與第一種模式的差異在於，邏輯上不需要一種形式上的適時解除義務，而直接賦予減損規則否定實際履行請求權的效力；程式上，可由法院行使司法形成權判決終止合同關係。

(二) 減損規則獨立於選擇權規則，前者並非後者的邏輯結果；相反，減損義務在某些情況下將要求非違約方放棄繼續履行之救濟，而選擇損害賠償。典型者即美國法，比如論者指出「如果不接受毀約表示將導致損害累積，美國法院現代以來的多數判決都要求非違約方接受該毀約表示（請求損害賠償）」。<sup>65</sup> 彼國學者還指出，最初確立預期違約制度的判例是 *De La Tour* 案，而在這個案件之前，減損規則即已經獨立地發展起來了<sup>66</sup>。因此減損規則應當具有獨立於預期違約制度（當中非違約方之選擇權）的品格，可作為限制該選擇權的工具，而不僅僅是選擇終止合同之後才發生的邏輯結果。美國統一商法典（Uniform Commercial Code, UCC）及作為該法之前身的規範文本，最終拒絕引入英國法上的選擇權理論，重要的原因是非違約方的選擇權與美國法上歷來承認的減損義務相衝突，起草者正是基於這樣的理由作出了政策選擇<sup>67</sup>。這恰恰可以說明，減損規則未必是選擇權行使的附屬產品，而完全

<sup>65</sup> William F. Snyder, *Duty to Mitigate Damages upon Anticipatory Breach of Forward Contract of Sale*, 47 MICH. L. REV. 538, 540 (1949).

<sup>66</sup> L. Vold, *Anticipatory Repudiation of Contracts and Necessity of Election*, 26 MICH. L. REV. 502, 508 (1928).

<sup>67</sup> 吉川吉樹（2007），〈履行期前の履行拒絶に関する一考察（三）損害軽減義務と履行請求権〉，《法学協会雑誌》，124卷12号，頁2763-2764。

有可能成為獨立於選擇權甚至制約選擇權（以及實際履行請求權）的制度。這就是減損規則與實際履行請求權關係的**第三種**模式。

小稿將第一種模式稱為間接限制，第三種模式稱為直接限制，第二種模式則是介於二者之間的為「原則一例外」路徑<sup>68</sup>。以下分別討論。

## 一、間接的限制路徑：適時解除義務

### （一）債務變形論與適時解除義務

日本法與大陸法的救濟體系類似，原則上承認實際履行之救濟，因此面臨同樣的衝突困局。反對以減損義務限制實際履行請求權的觀點認為，在合同解除之前，若要求非違約方尋求替代交易，一旦違約方反悔再次提出給付，則債權人或將面臨受領雙重給付的危險。如出賣人毀約後，買受人未解除合同而直接尋求替代交易（cover），出賣人又提出給付，則買受人不得受領新舊 2 份合同下的給付。反過來，若買受人毀約，出賣人將標的物另行出賣（resale），買受人翻悔要求繼續履行時，出賣人將遭受一種自陷違約的危險。

矛盾的根源在於日本學說上長期居於統治地位的「債務變形說」（債務變形論），作為債權之一種的契約債權本身派生出實際履行請求權，只要合同存續，此請求權亦存續，而合同一經解除，原給付義務即告消滅，進而轉化成次生的損害賠償請求權。詳言之，債權的存在本身即意味著不言自明的實際履行請求權，因而只要債權尚有實現的可能，則雙方當事人皆應受其拘束——非但債務人應當按照約定提出給付，債權人也不得捨棄實際履行請求權而直接請求填補損害賠償<sup>69</sup>。在這個意義上，債之拘束力的問題可分為

<sup>68</sup> 程坦博士認為直接限制是指原則上承認實際履行請求權，但同時規定其消極要件，即替代交易可以合理獲得時排除實際履行請求權，換言之，以滿足減損義務的要求作為行使實際履行請求權的要件之一。間接限制則是指原則上承認實際履行，但因這種不恰當的堅持導致的損害擴大不得要求賠償，從而倒逼非違約方採取減損措施。程坦，前揭註11，頁897-902。

<sup>69</sup> 窪田充見（2006），〈履行請求權〉，《ジュリスト》，1318号，頁113參照。

2 個方面：一是債務人何時可從債務中脫身，二是債權人何時可不請求實際履行而逕行請求損害賠償<sup>70</sup>。只有當債權確定地無法實現之時，例如債務陷於履行不能或者債權人解除合同，實際履行請求權始轉化為填補損害賠償請求權<sup>71</sup>。正因為存在這種債務變形論的束縛，才產生了理論上的疑點，若不先解除合同似乎便不能要求非違約的債權人尋求替代交易，否則實際履行請求權對債權人的拘束力將使其陷於被動。

為了回應上述雙重受領、自陷違約的邏輯困境，於是不得不賦予減損義務一種「適時解除合同」的內容，即在適當的時機行使解除權消滅合同的原給付義務，如此則無重複交易之虞<sup>72</sup>。換言之，在這樣的理論構建中尋求替代交易安排的減損措施，在程式上以行使合同解除權為前置要件<sup>73</sup>，當事人因解除而從合同關係中脫出，從他處購買替代標的物才具備一種抽象的可能性<sup>74</sup>。甚至可以說，作為行為規範的替代交易義務天然地包含了適時解除合同的內容<sup>75</sup>。

德國法上也出現過類似的方案。德國債法現代化之前，法典並無關於期前拒絕履行應如何處理的規則。在學說與判例的協力之下，非違約方得類推適用舊德國民法第 326 條關於遲延解除的規定，直接追究債務不履行之責任<sup>76</sup>。然而此時非違約方權利發生的要件之一是相對人作出「終局」的履行

<sup>70</sup> 森田宏樹（2002），《契約責任の歸責構造》，頁258，有斐閣。

<sup>71</sup> 參見程坦（2018），〈代替取引義務（損害軽減義務）による履行請求権の限界づけ：履行遅滞の場合についての比較法的考察〉，頁236-237，北海道大学・博士（法学）甲第13286号。

<sup>72</sup> 住田英穂（2010），〈損害軽減義務に関する一考察：最高裁平成二一年一月一九日判決を素材として〉，《甲南法学》，51卷2号，頁17-20。

<sup>73</sup> 谷口知平（1957），〈損害賠償額算定における損害避抑義務：avoidable consequencesの理論の示唆〉，川島武宜（主編），《我妻先生還暦記念：損害賠償責任の研究（上）》，頁254，有斐閣。

<sup>74</sup> 斎藤彰（1990），〈契約不履行における損害軽減義務〉，石田・西原・高木三先生還暦記念論文集刊行委員会（編），《損害賠償法の課題と展望：石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集（中）》，頁74，日本評論社。

<sup>75</sup> 森田修（1993），〈損害軽減義務について〉，《法学志林》，91卷1号，頁179。

<sup>76</sup> Staub氏認為期前的拒絕履行構成積極侵害債權之一種情形，債權人得立即行使權利，而無需指定寬限期。且帝國法院通過判例發展出另一項重要規則，即一方在

拒絕表示，那麼何時才可說該毀約表示是「終局」的，遂成為問題，債權人之地位由此陷入一種不確定性，解決方案仍然是類推適用舊德國民法第 326 條<sup>77</sup>，由債權人指定寬限期，要求債務人明確自己是否將會履行的意思<sup>78</sup>。

仍然無法解決的問題是，非違約方可能堅持不解除合同，從而藉操弄解除時間獲得投機利益<sup>79</sup>。為解決債權人投機的問題，德國債法現代化的過程中確實提出過相應的解決方案，即賦予違約的債務人對守約的債權人一種指定期間的催告權，敦促債權人在此期間內及時行使新法第 323 條的解除權<sup>80</sup>。可以說，若債權人不合理地拒絕行使該解除權，至少在原理上違背了減損義務的要求。然而最終形成的方案刪除了該規定，理由在於債務人欲消除自身法律狀態的不確定性，無論何時只要按照約定提出給付即可；債務人的行為本身已經構成違約，若允許債務人獲得此種消除其自身不確定性的救濟手段，自規範評價與體系的融貫性言之，似有未協<sup>81</sup>。由是觀之，德國現行法對預期違約中可能產生的債權人投機問題，仍然奉行傳統的實際履行請求

---

期前表示違約後，守約方無需再為履行己方義務做準備，亦即可中止己方義務之履行而不致陷於違約。參見赫爾曼·史韜伯（著），金可可（譯）（2015），〈論積極違反契約〉，《華東政法大學學報》，18卷2期，頁139-141。

<sup>77</sup> 舊德國民法第326條〔遲延；附拒絕警告的期間指定〕：

「（1）在雙務合同中，一方對其負擔的給付有遲延的，另一方可以為其指定履行給付的適當期間，並表示其在期間屆滿後將拒絕受領給付。未及時進行給付的，在期間屆滿後，另一方有權請求不履行的損害賠償或解除合同；排除履行請求權。給付在期間屆滿前部分不履行的，準用第325條第1項第2款的規定。

（2）合同的履行因遲延而對另一方不具有利益的，另一方無需指定期間即享有第1項中所稱的權利。」

杜景林、盧湛（譯）（1999），《德國民法典》，頁72，中國政法大學。

<sup>78</sup> 吉川吉樹，前揭註47，頁290-291。

<sup>79</sup> 吉川吉樹，前揭註47，頁291-293。

<sup>80</sup> 1992年的委員會草案第323條第5項作了明文規定，此後2000年8月、2001年3月6日的討論草案均繼受之；但2001年5月14日的政府草案予以刪除，最終的債法現代化法因之。參見吉川吉樹，前揭註47，頁309-314、324。

<sup>81</sup> 吉川吉樹，前揭註47，頁317。

權優先的進路，如此則債權人藉操弄解除合同之時間謀求利益即成為一種「必要的惡」，似乎是此種規則體系下無可避免的了<sup>82</sup>。

## （二）適時解除義務並非唯一的路徑

這種適時解除義務的理論構造，在邏輯上確實可以回避實際履行請求權與減損義務的衝突，亦即在合同解除之後才發生終止己方履行、尋求替代交易等減損的問題。從大陸的司法實踐來看，也有一些法院觀點認為非違約方應當及時解除合同。在一個房屋租賃合同中，承租人因同類型標的物的價格下跌，經營難以盈利，遂要求提前終止合同。這顯然構成預期違約，法院認為出租人「應當及時行使合同解除權，收回租賃房屋，並重新租賃，以避免損失的擴大」<sup>83</sup>。亦有學者受到日本法影響，認為尋求替代交易之前應當先解除合同<sup>84</sup>。但其在邏輯上卻並不是唯一的路徑。

譬如美國法上，一旦債務人發出明確的毀約表示，則立即發生減損義務，其中自然包括尋求替代交易的內容<sup>85</sup>。那麼美國法同樣也會遭遇類似的問

<sup>82</sup> 吉川吉樹，前揭註47，頁324。

<sup>83</sup> （2014）連民終字第0035號程曉紅與周芹房屋租賃合同糾紛上訴案民事判決書。

<sup>84</sup> 惟在種類物買賣等替代性極強的合同中，即使不解除合同，標的物也能毫無障礙地「另尋出路」，故即使不解除，於實益也無甚妨害。程坦，前揭註11，頁893-894。

<sup>85</sup> See 11 TIMOTHY MURRAY, CORBIN ON CONTRACTS § 57.25 (rev. ed. 2023). UCC第2.713條規定出賣人不交貨或者毀約時，買受人得主張的損害賠償是合同價格與其知悉違約時（learned of the breach）的市場價格時的差額，其中暗含的邏輯自然是買受人在違約發生後立即以市場價格完成一項替代交易。但同法第2.610條則規定一方毀約後，守約的當事人得在商業上合理的期間內等待對方履行。如何解決此二條之間的衝突，可能的方案是擬制「只有在商業上合理的期間經過後，始可認為買受人知悉了違約」。拋開這種細節的不融貫之處不談，非違約方也僅僅可以等待商業上合理的期間而已，其不得堅持等到約定的履行期到來，進而主張合同約定之原給付，是沒有任何疑問的。森田氏也正確地指出，在這樣的法構造之下，以減損義務為理論前提的替代交易義務，在債務不履行發生的同時，即加諸非違約方。森田修（2006），《契約責任の法学的構造》，頁267，有斐閣。

此外，UCC的規則已不僅局限在買賣法，而是塑造了普通法的其他領域，其影響甚至及於國際公約（Keith A. Rowley, *A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law*, 69 U. CIN. L. REV. 565, 625 (2001).）。

題，若債務人變卦，又撤回毀約表示（retraction）並提出給付，已經尋找替代交易的當事人豈非將陷於同樣的尷尬境地<sup>86</sup>？其解決方案是限制債務人的撤回權，若債權人基於該毀約表示實質性地改變了自身的狀態，例如另行訂約或者逕行起訴，則排除債務人的撤回權<sup>87</sup>。如此則消除了雙重交易的可能性<sup>88</sup>。也有大陸學者指出撤回權的應有限制，例如當事人已經有了替代的交易安排<sup>89</sup>，即意味著當事人的法律狀態實質性地發生了改變。

要言之，適時解除義務並不是邏輯上避免雙重受領或者自陷違約的唯一方法。況且，作為適時解除義務之邏輯前提的債務變形論近來在日本已經受到有力的挑戰<sup>90</sup>，大陸的學說與實踐似更無步趨之理由。

## 二、直接的限制路徑：減損義務隨毀約表示而發生

減損規則直接發生對實際履行請求權的限制效力，以美國法為典型。這裡首先需要回應的疑問是，既然英美的救濟法體系原則上不認可實際履行請求權，如何會產生二者的衝突呢？這個問題看似令人困惑，實際上並不難回答，其癥結在於「實際履行」的具體語義存在差異。英美法上討論減損義務與實際履行請求權之衝突的常見案型是，非金錢之債的債權人（如承租人、

<sup>86</sup> 正因為如此，與英國法相比，美國法尤其關注什麼樣的表示構成明確且無疑問的毀約表示，原因在於一旦認定構成毀約表示，將觸發一系列的法律效果。而英國法上，毀約表示是否觸發相應效果，取決於相對人是否接受之，故表示是否清晰且無疑問，即顯得沒有那麼重要。吉川吉樹，前揭註67，頁2766。

<sup>87</sup> ARTHUR L. CORBIN, CORBIN ON CONTRACTS (ONE VOLUME EDITION) §980 (1952). 與這個問題類似，英國法上，當非違約方拒絕接受毀約表示並維持合同以後，在履行期到來之前是否仍可反悔，接受該表示進而請求損害賠償呢？有力的見解認為，若違約方根據該拒絕表示，繼續作出了履行合同的努力，應不允許反悔，但若違約方依舊故我，似乎無理由否定非違約方反悔的自由。PEEL, *supra* note 25, at 17-091.其背後的邏輯與美國法的規則不謀而合，即不可損害相對人的信賴。

<sup>88</sup> 正是在這個意義上，森田氏正確地指出，美國法上替代交易的減損義務隨同違約而發生，其理論和規範前提是非違約方可以簡便地從債之拘束中脫出，而不會遭遇債務變形論那樣的理論障礙，以及受領雙重給付或者自陷違約的現實危險。森田修，前揭註85，頁263以下。

<sup>89</sup> 蘇號朋，前揭註6，頁259。

<sup>90</sup> 森田宏樹，前揭註70，頁253以下。

廣告主)希望毀約,而債務人堅持履行己方債務以求獲得作為對待給付的價金。此時債務人希望實現其作為對待給付的金錢債權,這在傳統大陸法的語境下當然屬於實際履行的範疇(大陸民法典第 579 條),然而在普通法之下,執行金錢債權固然屬於一種特別救濟(specific relief),卻係具有特殊性的償債之訴(action for debt),原則上不受狹義實際履行救濟(specific performance)的各種限制。因此在這種情況下,普通法法域將面臨與大陸法相同的困境,其應對和處理自然也可作為他山之石而發揮借鑒的作用。

### (一) 明確的毀約直接觸發減損義務

美國法上,只要違約方的表示構成明確的、無疑義(unequivocal)的毀約,則立即發生減損義務,非違約方應當採取合理的措置避免損失擴大,否則不得就擴大之部分要求賠償<sup>91</sup>。非違約方接受或者拒絕該毀約表示在所不問,或者說美國預期違約(anticipatory breach, or repudiation)制度上<sup>92</sup>,對毀約表示的接受(acceptance)幾乎不具有法律意義<sup>93</sup>。原因在於,違約方表

<sup>91</sup> 需要注意的是,在不考慮撤回的情形中,債務人的預期違約將解消債權人對待給付的義務,若債務人起訴,則債權人可援引債務人的預期違約作為抗辯。Vold, *supra* note 66, at 509. 這是給付與對待給付之間的牽連性決定的。

<sup>92</sup> 美國法上的預期違約,不僅包括以言語清楚地表明將不履行合同,還包括其行為表明將不能履行或者顯然不能履行債務的情形。See 13 RICHARD A. LORD, WILLISTON ON CONTRACTS § 39:40 (4th ed. 2021) 而臺灣法上常見討論的拒絕給付,其構成要件,包含「表示不為給付之意思通知」,儘管明示、默示在所不問(林誠二(2003),《民法債編總論:體系化解說》,頁391,中國人民大學),但與行為這種單純的沉默究屬有別。故美國法上的預期違約與大陸民法典第578條的含義相同,而廣於預示拒絕給付。關於履行拒絕,日本法也要求債務人發出明確的意思表示(日民法第415條第2項第2款)。中田裕康(2020),《債權總論》,4版,頁130,岩波書店。

<sup>93</sup> 正因為對待毀約表示(repudiation)的技術構造不同,美國法與英國法關於減損義務發生的規則才會呈現出如此顯著的差異。See J. W. Carter et al., *Performance Following Repudiation: Legal and Economic Interests*, 15 J. CONT. L. 97, 120 (1999). 有的學者在討論減損義務時,統稱「英美法」,認為英美法上的預期違約發生後,債權人即負擔減損義務,似乎稍嫌粗放。葉金強(2002),〈我國合同法中的「預期違約」制度〉,《南京大學學報》,39卷4期,頁54。

森田氏以英美法上的土地買賣為例,論證出即使是英美法上的減損義務也不

示違約以後仍有撤回（retraction）此種表示並恢復履行的權利<sup>94</sup>，此際應當由非違約方主導事情的發展，他可以在諸多救濟途徑中選擇對自己最有利的，並無必要在接受與否之間作出選擇。非違約方可以直接起訴，也可以敦促相對人繼續履行，或者引導相對人撤回其違約的表示<sup>95</sup>。

因此尤其需關注的是當事人的表示是否構成了清晰、無疑義的毀約表示，一旦清晰的毀約表示發生，則立即成立減損義務，非違約方不得堅持履行己方義務從而獲得對待給付<sup>96</sup>。比如出賣人在標的物價格上漲時表示「我不太確定如果我們不做價格上的調整，應當怎麼交貨」，這就是一個模糊的表示，並不構成買受人採取措施減損的事由。而等到被告表示「我並沒有嘗

---

具有限制實際履行請求權的功能，（森田修，前揭註75，頁150-158）這無疑是有些荒誕不經的看法。須知普通法上的不動產買賣往往能夠獲得實際履行的救濟，而一旦認可實際履行，原則上自然排除減損義務。果如此，則以本身承認實際履行的不動產買賣來否定減損規則具有限制實際履行請求權的功能，不得不說是本末倒置了。

<sup>94</sup> 如果非違約方基於對這種預期違約之表示的信賴，實質性地改變了自己的狀態，比如將標的物另行出售，或者直接針對預期違約提起訴訟，則將排除違約方的撤回權。在某些要求特別信賴關係的繼續性之債中，一旦違約方嚴重破壞了這種人際關係，使其再無挽救餘地，則撤回權立即消滅。例如婚約、涉及緊密個人關係的僱用合同等。CORBIN, *supra* note 87, § 980. 在一個英國早期的案例中，被告承運人預期違約，原告與新的承運人訂立合同，法院即認為被告的撤回權因原告另立合同而消滅。See Rowley, *supra* note 85, at 585-86.

違約方陷於履行不能，或許也可認為是排除其撤回權的事由。在一個招標投標買賣合同的案件中，買受人在發出毀約表示後，將主要經營性資產出租給案外第三人，法院認為原框架協議已陷於履行不能。即使買受人主張其可以恢復生產，並繼續履行原合同，也可認為其因此種履行不能而喪失了撤回毀約表示的權利。參見（2019）最高法民終511號，中國鋁業股份有限公司重慶分公司、中國鋁業股份有限公司招標投標買賣合同糾紛二審民事判決書。

<sup>95</sup> 10 TIMOTHY MURRAY, CORBIN ON CONTRACTS § 54.23 (rev. ed 2020).

<sup>96</sup> 有論者批評這一規則，認為美國的法律人是通過減損義務證成此種無選擇權規則的，亦即因為立刻發生減損義務，所以喪失選擇權。（P. M. Nienaber, *The Effect of Anticipatory Repudiation: Principle and Policy*, 20 CAMBRIDGE L.J. 213, 227-28 (1962).）但這樣的批評毋寧是倒因為果，不是因為減損義務導致無選擇權，而是因為不賦予非違約方選擇權，則勢必產生減損義務。前揭Nienaber文又認為限制選擇權的真正理由在於避免無意義的浪費，而非減損義務，而正如下文將要論述的，減損義務背後又何嘗不可以找到避免浪費的正當性基礎呢？

試給你供貨，也不打算這麼做」時，原告便可以直接要求被告賠償價格上漲的損失，同時採取措施減損<sup>97</sup>。原因或許在於，如果被告的預期違約不是清楚明確的，原告貿然採取行動，很可能造成的局面是被告如約履行，並請求對待給付。這樣的風險似乎沒有理由讓原告負擔<sup>98</sup>。讓我們回想上文提到的適時解除義務，其目的在於消除債權人受領雙重給付的風險，美國法特重毀約表示之明確性，其意旨亦在於此。

值得一提的是，為了與這種重視是否構成清晰之毀約表示的規則相適應，還需要為當事人提供一種預防性的措施，即在特定情形下要求提供擔保的權利。當有不履行之虞，而當事人尚無法判斷是否構成明確的毀約時，可以書面形式要求擔保，同時中止履行己方義務（UCC 第 2.609 條）。

## （二）動產買賣中減損義務的限制功能：以日本法為例

如上文，日本法上的主流見解仍然關注所謂適時解除義務，一般不認為減損規則直接發生限制履行請求權的功能。但以內田貴教授為代表的一派觀點，可理解為減損義務對實際履行請求權具有直接的限制效力。內田氏從種類物買賣的案例出發，認為日本司法實踐實際上已經在特定案型中引入了減損義務，尤其是尋求替代交易之義務。此種義務並不以解除合同為前置要件，從而在很大程度上，減損規則具有直接限制實際履行請求權的功能<sup>99</sup>。

日本法原則上承認非金錢之債的實際履行請求權，出賣人違約時，買受人得請求強制執行。但自實際操作的角度言之，買受人為強制執行花費成本，所實現的效果竟與從市場上另行購買同類物品毫無二致。則在存在充分的替代市場，且同類標的物能夠輕易獲得時，理性的當事人似不會優先考慮強制

<sup>97</sup> Goetz & Scott, *supra* note 51, at 989.

<sup>98</sup> 例外情形是債務人在履行期前的違約並非清楚明確，而僅僅有違約之虞，此時債權人可以要求債務人提供充分保障，否則視為拒絕履行，發生預期違約的法律效果。僅在這種情況下債權人可以不要求提供充分保障，仍然繼續履行己方債務，此時亦不發生減損義務。葛雲松，前揭註41，頁79-80。

<sup>99</sup> 參見寧紅麗、肖鵬（2024），〈契約法的當代風貌：內田貴《契約的時代》述評〉，《經貿法律評論》，2期，頁9-10。

履行的選項，這符合商業判斷原則<sup>100</sup>。即使原合同的價格更低，也完全可通過損害賠償救濟彌補差額損失，而不必實際履行<sup>101</sup>。當能夠輕而易舉地以替代交易實現與原合同相同之效果時，可說根本不存在履行利益的損失，則即使確實發生了債務不履行，因不存在損失，也不必認可實際履行之救濟<sup>102</sup>。存在替代交易市場的種類物買賣無疑是社會生活中最頻繁、最典型的交易形態，在這樣的交易中實際履行常常得不到支持，則實際履行之救濟方式或許並不如想像中那樣重要<sup>103</sup>。

商事交易的語境下更是如此<sup>104</sup>，大多數案件中，當事人可能更偏好損害賠償之救濟，因為其更高效，且具有充分的確定性<sup>105</sup>。作為理性經濟人的商人更關切的是生產與營業的連續性，「商人們今天是賣家明天就成買家，在這樁案子裡是原告，另一樁案子裡又是被告。<sup>106</sup>」為了避免高昂的倉儲成本，當事人也有足夠的經濟動因減少庫存<sup>107</sup>。因此發生毀約表示時，即使法律未明確要求減損，他們也會自發地採取替代交易等減損措施<sup>108</sup>，而不會固執地要求實際履行<sup>109</sup>。可見內田說的重要特徵是減損義務直接具有限制甚至否定實際履行請求權的效果<sup>110</sup>。

<sup>100</sup> Also see Bradford Stone & Santiago Gonzalez Luna M., *Aggrieved Buyer's Right to Performance or Money Damages under the CISG, U.C.C., and Mexican Commercial Code*, 30 J.L. & COM. 23, 25 (2012).

<sup>101</sup> 內田貴（2000），《契約の時代：日本社会と契約法》，頁172-173，岩波書店。

<sup>102</sup> 內田貴，前揭註101，頁173-174。

<sup>103</sup> 內田貴，前揭註101，頁174-176。

<sup>104</sup> BARRY NICHOLAS, *FRENCH LAW OF CONTRACT* 206 (1982).

<sup>105</sup> *Id.* at 214-15. 相同見解參見王洪亮（2012），〈強制履行請求權的性質及其行使〉，《法學》，1期，頁106-107。

<sup>106</sup> Paul S. Davies, *Being Specific about Specific Performance*, 4 CONV. & PROP. LAW. 324, 327 (2018).

<sup>107</sup> Shael Herman, *Specific Performance: A Comparative Analysis: Part 1*, 7 EDINBURGH L. REV. 5, 18-19 (2003).

<sup>108</sup> Snyder, *supra* note 65, at 545.

<sup>109</sup> DJAKHONGIR SAIDOV, *THE LAW OF DAMAGES IN INTERNATIONAL SALES: THE CISG AND OTHER INTERNATIONAL INSTRUMENTS* 129 (2008).

<sup>110</sup> 森田修，前揭註75，頁148-149。

### （三）附條件的直接限制路徑

還有一種特別的直接限制路徑是指將「滿足減損義務的要求」構建為實際履行請求權的成立要件，亦即只有非違約方的行為滿足了減損規則的規範性命令，其實際履行的請求才可以獲得法院的支持。例如歐洲合同法原則（PECL）第9：102條第2項d款即規定，若受損害的當事人可以合理地從其他來源獲得替代給付，則不可請求實際履行<sup>111</sup>。程坦博士也將PECL的這種限制路徑歸為直接的限制<sup>112</sup>。

類似的是加拿大最高法院的立場。按照普通法傳統的規則，每一宗土地都具有特殊性（unique），因此原則上能夠獲得實際履行之救濟。但作為大英國協國家的加拿大，已經偏離了這樣的路徑。土地買賣中，除非原告買受人能夠證明該宗土地足夠特殊，以至於無法獲得替代標的，否則其實際履行的請求將不會得到支持<sup>113</sup>。在這樣的背景下，法院首先決定實際履行的請求是否能夠成立，若不能成立，則給予損失賠償之救濟，在確定損害賠償之額度時，有減損規則的適用空間。表面上看，這樣的規則構造之下似乎不會發生實際履行與減損義務之間的衝突，彼國最高法院在相關案例中也並未詳細

<sup>111</sup> Article 9:102: Non-monetary Obligations

- (1) The aggrieved party is entitled to specific performance of an obligation other than one to pay money, including the remedying of a defective performance.
- (2) Specific performance cannot, however, be obtained where:
  - (a) performance would be unlawful or impossible; or
  - (b) performance would cause the obligor unreasonable effort or expense; or
  - (c) the performance consists in the provision of services or work of a personal character or depends upon a personal relationship, or
  - (d) the aggrieved party may reasonably obtain performance from another source.
- (3) The aggrieved party will lose the right to specific performance if it fails to seek it within a reasonable time after it has or ought to have become aware of the non-performance.

<sup>112</sup> 程坦，前揭註71，頁247-249。不過程坦博士提出的與直接路徑相對的間接限制路徑與本文的見解不同，其認為間接的限制是指原則上可堅持實際履行，只不過因違反減損義務擴大的損失不得要求賠償。

<sup>113</sup> Mitchell McInnes, *Specific Performance and Mitigation in the Supreme Court of Canada*, 129 LAW Q. REV. 165, 165-66 (2013).

論述此二者之關聯<sup>114</sup>。但很顯然，在決定是否成立實際履行請求權的過程中，最重要的考量之一就是替代交易的可能性，這恰恰正是減損義務的實質性要素。事實上，論者指出「導致法院拒絕發出實際履行命令的因素，幾乎也確定地將導致法院認為，未能採取減損措施是不合理的。<sup>115</sup>」換言之，當替代交易的減損措施被認定為合理之時，實際履行請求權將無法實現。此時，減損義務實質上對實際履行請求權產生了限制作用。甚至有學者認為按照加拿大最高法院在 *Southcott* 案中的意見，即使在土地買賣中，減損義務甚至也可以說在違約之後即產生，而無論買受人是否主張實際履行之救濟<sup>116</sup>。

這樣的途徑與上述美國法的區別在於，後者的減損義務伴隨著毀約的發生而發生，存在合理的替代交易手段並不是減損義務成立的要件之一。只不過，如果不存在合理的替代市場，非違約方在事實上無法合理地從事替代交易，則非違約方的行為並不違反減損義務的要求，因此不觸發扣減請求權額度的法律效果。但附條件的直接限制路徑，則直接以是否可合理地獲得替代交易作為減損義務是否成立的構成性要素，若不存在替代市場，則減損義務並不發生，實際履行請求權亦不受妨害。可見這樣的區分或許僅僅具有一種邏輯上的意義，其實益有限。

### 三、「原則一例外」的中間路徑：非違約方的選擇權

居於上述間接與直接限制路徑之間的是以英國及其他大英國協國家為代表的「原則一例外」路徑。

當發生毀約時，英國法明確地賦予非違約方選擇權，若接受該毀約表示則合同終止，發生損害賠償等法律效果，同時非違約方應當承擔減損義務；若不接受，則該毀約表示不生任何效果，如同水上運筆，不留痕跡（a thing

---

<sup>114</sup> *Id.* at 168.

<sup>115</sup> *Id.* at 168.

<sup>116</sup> Janet O' Sullivan, *Mitigation and specific performance in the Canadian Supreme Court*, 72 CAMBRIDGE L.J. 253, 254-55 (2013).

writ in water)，同時也不發生減損義務<sup>117</sup>。這一規則可追溯到 1872 年的 *Frost v. Knight* 案，Cockburn 法官在該案中指出：

「受諾人可以將該意思之通知（即毀約表示）視為無效，等待合同履行之期限到來，隨即要求相對人承擔所有不履行之責任；在此種情況下，他是同時為了對方和自己的利益維繫合同之效力；他仍然受制於自己的合同債務與責任……另一方面，如果受諾人認為合適，也可將毀約表示當作終止合同的不法行為，並立即提起合同違約的損害賠償之訴……。」

在 1886 年的 *Johnstone v. Milling* 案中，法官在前一案的基礎上更進一步，認為毀約表示僅在非違約方表示接受時始構成不法（wrongful）<sup>118</sup>。早期的案例中，這一規則相當嚴苛，甚至不必考慮市場價格的波動<sup>119</sup>。

此規則背後的邏輯在於，如果法律為當事人提供了不同種類的救濟，則權利人無論選擇哪種救濟便都是合理的。例如，在買受人預期違約的場合，既然出賣人可以選擇接受或者拒絕該毀約表示，即不得強行以某種「合理的」標準要求他選擇其中之一——如果接受，立即發生減損義務，反之，則不適用減損規則<sup>120</sup>。詳言之，出賣人不接受買受人的毀約表示，合同仍然有效，同時拘束自己和買受人，並等待約定交付日的到來；若買受人仍拒絕接受標的物，則實際違約發生，出賣人直至此刻才需要採取合理的減損措施。此種情形下，就損害賠償的計算而言，若存在獲得該種類商品的市場，相關的市場價格應當以約定交付日為準；若出賣人拒絕毀約表示，則毀約表示之時的

<sup>117</sup> 英美兩國的差異，可參見吉川吉樹（2007），〈履行期前の履行拒絶に関する一考察（一）損害軽減義務と履行請求権〉，《法学協会雑誌》，124卷10号，頁2259。

<sup>118</sup> L. Vold, *supra* note 66, at 507-08.

<sup>119</sup> 舉例言之，即使買賣合同的當事人發出毀約的預先表示，且價格呈現明顯的漲跌趨勢，相對人也並無尋求替代交易以減少損失的義務，而可以在合同約定的履行期請求市場價格與合同約定價格的差額賠償。HARVEY MCGREGOR, MCGREGOR ON DAMAGES 7-021 (18th ed. 2009).

<sup>120</sup> CHITTY ON CONTRACTS 26-103 (Hugh Beale ed., 32nd ed. 2015). 這似乎是Reid法官在White and Carter案中提出的觀點，即法律並不要求權利人以合理的方式的行使自己的合同權利。

市場價格，以及自毀約表示至約定交付日期間的市場價格，無論更高或者更低，均與損害賠償無關，因為減損規則直至實際違約發生之日才適用<sup>121</sup>。相應的，若買受人選擇不接受出賣人的毀約表示，亦可等待約定交付日到來，只有此時出賣人仍未交付標的物，始構成違約。至此，減損規則才有適用餘地，而損害賠償的計算則以實際違約發生之時，而非毀約表示之時的市場價格為準<sup>122</sup>。

可見英國法上，減損規則完全從屬於預期違約制度，減損規則並不是當事人是否應當選擇接受毀約表示、終止合同的決定因素，而是明確該選擇之後的邏輯結果。這種看似符合法律邏輯的制度設計，在極端案件中顯然無法適用，因此司法實踐不得不創設例外，即在特殊情形下排除當事人的選擇權。至於如何識別出這些例外情形則是下文需要討論的問題。英國法提供的方案與上述間接路徑的差異在於：①邏輯上是否需要一種適時解除的義務，以消除雙重受領或者自陷違約的風險<sup>123</sup>。②消滅合同關係的形式，適時解除義務的構造下，仍由非違約方行使合同解除權；而英國法「原則一例外」的路徑之下，由法官決定給予何種救濟，當拒絕給予實際履行救濟時，效果上等同於法官直接終止了合同關係。

#### 四、大陸法的路徑選擇

##### （一）大陸民法典第 591 條的解釋論

僅從大陸民法典第 591 條的文義而言，似乎不易看出其對減損規則限制實際履行請求權採取何種姿態。但首先，大陸的救濟法體系終究以實際履行為核心，即使在最常見的動產買賣中，當不存在驚人的價格波動時，法院

<sup>121</sup> *Id.* at 44-381.

<sup>122</sup> *Id.* at 44-394.

<sup>123</sup> 儘管選擇權的設計在英國仍稱得上得到良好遵守的法律（good law），卻也招致了無數的批評，無怪乎英國法官以一種複雜的口吻說道：「（美國）法院採取了一種簡潔的立場，無論接受毀約之表示與否，受損害方總負有減少損害之義務。」MCGREGOR, *supra* note 119, 7-030.

一般也不會要求當事人積極地尋求替代交易，因此美國式的直接限制路徑似不足取。其次，為了避免實際履行請求權與減損義務，尤其是替代交易之間的矛盾，形式上是否需要構建一種日本式的「適時解除義務」，恐怕也無必要。原因在於大陸的學說與判例中並不存在彼國主流的債務變形說，實際履行與損害賠償之間並非嚴格的非此即彼的關係<sup>124</sup>。最高人民法院的某些裁判觀點也並不以雙重給付的風險為巨大的理論障礙，即使合同未解除也可能援引大陸民法典第 581 條證成替代交易的合理性<sup>125</sup>。

因此形式上，大陸法更宜採取原則＋例外的限制路徑，即原則上承認實際履行請求權，在例外情形下根據某種標準否定之。根據第 591 條的減損義務，當事人在例外情形下不得堅持實際履行之救濟，法院亦得在當事人拒絕放棄實際履行之救濟的情形下直接判決合同關係終止，本條賦予法官一種司法形成權。可能的反對意見是，第 591 條的法律效果僅僅是「不得就擴大的損失請求賠償」，似乎無法解釋出司法形成權的內容。考慮以下 2 種情形：①不賦予法院司法形成權，任由債之關係存續，只是債權人不得要求原定給付以及替代給付的損害賠償；②直接賦予法院司法形成權，終結法律關係。比較來看，2 種方案對當事人的實際利益而言似乎並無多大差異，比如在租賃合同當中，承租人單方毀約，出租人堅持履行，無論是否有一種司法形成權，出租人都只能獲得一定期間內的租金賠償，而不可能執行剩餘期間內的所有租金債權。後一種方案反而更能使法律關係趨於清晰穩定。

《關於適用〈中華人民共和國民法典〉合同編通則部分的解釋》（以下簡稱「合同編通則解釋」）以及編寫過程中形成的各個版本中的相關條文，更加清晰地展示了最高人民法院在此問題上採取的原則＋例外的立場。最高人民法院在 2022 年 11 月發佈《關於適用〈中華人民共和國民法典〉合同編通則部分的解釋（徵求意見稿）》，其中第 64 條規定「在租賃、合作等持

<sup>124</sup> 正如前述，債務變形說即使在日本也已經受到有力挑戰，則大陸更無步趨之道理。

<sup>125</sup> （2021）最高法民申6702號揚州龍和造船有限公司、江蘇龍力重工有限公司等船舶建造合同糾紛民事申請再審查民事裁定書。

大陸民法典第581條：「當事人一方不履行債務或者履行債務不符合約定，根據債務的性質不得強制履行的，對方可以請求其負擔由第三人替代履行的費用。」

續履行的合同中，人民法院可以根據當事人的主張，參考合同主體、交易類型、合同履行情況、履約背景等因素確定非違約方尋找替代交易的合理期限，並按照該期限對應的租金、價款或者報酬等扣除非違約方應當支付的相應履約成本後確定合同履行後可以獲得的利益。非違約方請求違約方賠償合同解除後與剩餘履行期限相應的租金、價款或者報酬等的，人民法院不予支持。」顯然，履行請求權僅在「非違約方尋找替代交易的合理期限」內才會得到支持，此期間過後的可得利益即不可再行主張。惟不無疑問的是，本條後句出現「合同解除後」的字樣，這是否意味著尋求替代交易的合理期間經過，當事人即應適時終止合同，抑或法院將行使一種司法形成權終止合同關係，則顯得尤為曖昧。

所幸，上述「徵求意見稿」公佈後，最高人民法院在向全國人大法工委報送的修改稿中（以下簡稱「法工委稿」），對該規則作了正確的調整<sup>126</sup>。依「法工委稿」第 59 條，繼續性合同中，負有支付金錢義務的當事人（如承租人）違反該給付義務時，當事人申請終止合同，人民法院認為應當終止的，可以判決合同在非違約方（如出租人）尋找替代交易的合理期間後終止，並賠償非違約方該合理期間內的可得利益損失。特別需要注意的是，這裡的「當事人」應當限縮解釋為違約方，而不是非違約方。原因在於，當一方違反其給付金錢的主給付義務時，對方直接依大陸民法典第 563 條第 1 款第 3 項享有法定終止權；其行使，依同法第 565 條第 2 句，通知到達違約方即發生終止效果。因此不需要向法院申請終止，也不存在「法院認為應當終止」的裁量空間。而違約的一方當事人又不享有終止權，故此處顯然是由法院行

<sup>126</sup> 「法工委稿」第 59 條：「在以持續履行的債務為內容的定期合同中，一方不履行支付價款、租金等金錢債務，**當事人**請求終止合同權利義務關係，人民法院經審理認為合同應當依法**終止**的，可以根據當事人的主張，參考合同主體、交易類型、市場價格變化、剩餘履行期限等因素確定非違約方尋找替代交易的合理期限，並按照該期限對應的價款、租金等扣除非違約方應當支付的相應履約成本後確定合同履行後可以獲得的利益。

非違約方主張按照合同權利義務關係**終止**後剩餘履行期限相應的租金、價款或者報酬等扣除履約成本確定合同履行後可以獲得的利益的，人民法院不予支持，但是剩餘履行期限少於尋找替代交易的合理期限的除外。」

使司法形成權，依其裁量終止合同。本條相比於「徵求意見稿」第 64 條，更是增加了「人民法院認為應當終止」的構成要件，其意正在於表明並非所有情形下減損義務都會限制履行請求權，而僅在法院認定的例外情形下如此。「法工委稿」第 59 條可為上文對第 591 條的解釋方案張目。

令人遺憾的是，最終生效的「合同編通則解釋」第 61 條在「法工委稿」的基礎上將申請解除的主體從「當事人」改為「對方」<sup>127</sup>。如此一來，改動後的第 61 條在減損義務限制履行請求權的意義上幾乎成為了一個無用條款。正如前文所述，「對方」即非違約方，本來就享有法定解除權，因此第 61 條充其量不過成為大陸民法典第 563 條（法定解除權）、第 566 條（合同解除後的法律效果）的注意性規定，而沒有明確法院依大陸民法典第 591 條享有的司法形成權。儘管如此，最終生效的文本作為一個無用條款，自然不足以推翻小稿從第 591 條中直接解釋出司法形成權的主張。

## （二）減損義務發生的時點與選擇權理論的否定

### 1. 兩種觀點

大陸民法典第 578 條確立了預期違約制度<sup>128</sup>，而根據同法第 563 條第 1 款第 2 項<sup>129</sup>，非違約方可據此解除合同。合同解除後非違約方須承擔減損義

<sup>127</sup> 合同編通則解釋第 61 條：「在以持續履行的債務為內容的定期合同中，一方不履行支付價款、租金等金錢債務，對方請求解除合同，人民法院經審理認為合同應當依法解除的，可以根據當事人的主張，參考合同主體、交易類型、市場價格變化、剩餘履行期限等因素確定非違約方尋找替代交易的合理期限，並按照該期限對應的價款、租金等扣除非違約方應當支付的相應履約成本確定合同履行後可以獲得的利益。

非違約方主張按照合同解除後剩餘履行期限相應的價款、租金等扣除履約成本確定合同履行後可以獲得的利益的，人民法院不予支持。但是，剩餘履行期限少於尋找替代交易的合理期限的除外。」

<sup>128</sup> 大陸民法典第 578 條：「當事人一方明確表示或者以自己的行為表明不履行合同義務的，對方可以在履行期限屆滿前請求其承擔違約責任。」

<sup>129</sup> 大陸民法典第 563 條：「有下列情形之一的，當事人可以解除合同：

（一）因不可抗力致使不能實現合同目的；

（二）在履行期限屆滿前，當事人一方明確表示或者以自己的行為表明不履行主

務，原則上沒有問題，惟不無疑問的是，減損義務是立即發生，還是須待債權人表示解除合同後始發生呢？換言之，減損規則是獨立於預期違約中的選擇權，還是附屬於非違約方的選擇權，尚不無研求餘地<sup>130</sup>。

依大陸民法典第 591 條第 1 款，「當事人一方違約後，對方應當採取適當措施防止損失的擴大；沒有採取適當措施致使損失擴大的，不得就擴大的損失請求賠償。」按照文義，減損義務發生在「違約後」這一時點，而大陸法上構成預期違約並不以非違約方的接受（accept）為要件<sup>131</sup>，明確的毀約表示即足以構成預期違約，即違約的一種樣態，此時應當立即發生減損義務。

相反的觀點認為：「如果對方違約，法律就施加給守約方減損義務，這與合同法規定的繼續履行的權利相矛盾。因為只要一方當事人能夠要求繼續履行就只需要等待對方履行即可，對方違約的事實不能正當化減損義務。只有在沒有繼續履行的權利的前提下，減損義務才可能發生。<sup>132</sup>」類似觀點認為債權人此時有選擇的權利，若拒絕接受，則如同英國法不構成預期違約，亦不發生減損義務<sup>133</sup>。另有觀點主張，倘若對方的實際履行仍可期待，則原

---

要債務；

（三）當事人一方遲延履行主要債務，經催告後在合理期限內仍未履行；

（四）當事人一方遲延履行債務或者有其他違約行為致使不能實現合同目的；

（五）法律規定的其他情形。

以持續履行的債務為內容的不定期合同，當事人可以隨時解除合同，但是應當在合理期限之前通知對方。

<sup>130</sup> 有論者認為大陸法上債權人固然有接受或者不接受預期違約的權利，但是出於效率的考慮，應當在明確的違約表示作出後即要求債權人承擔減損義務。劉廷華（2010），〈論預期違約情形下減損義務產生的時間〉，《福建法學》，1期，頁51。

<sup>131</sup> 韓世遠（2018），《合同法總論》，4版，頁559-560，法律；李永軍（2016），《債權法》，頁165-166，北京大學；鄭雲瑞（2018），《合同法學》，頁183-184，北京大學；王洪亮，前揭註4，頁286；柳經緯（2016），《債權法》，5版，頁120-121，廈門大學。少數意見認為僅在非違約方接受毀約表示後才發生減損義務，即便持此種觀點的學者也主張非違約方的選擇權應當受到誠實信用原則的限制。參見朱廣新（2018），《合同法總則研究》，頁760，中國人民大學。

<sup>132</sup> 孫良國（2019），〈違約方合同解除的理論爭議、司法實踐與路徑設計〉，《法學》，7期，頁49。

<sup>133</sup> 朱廣新（2008），《合同法總論》，頁438，中國人民大學。李永軍教授似乎也贊

則上債權人不負擔尋求替代交易的義務<sup>134</sup>。這樣的見解相當於在實質上認可了英國法上的選擇權規則。司法實踐中也有案件清晰地表明減損規則應在合同解除後適用。在一個租賃糾紛中<sup>135</sup>，法院認為合同解除前應嚴格履行合同義務，減損規則似僅用於限制解除後的損害賠償範圍<sup>136</sup>。

要之，這一派觀點主張，即使發生預期違約，合同解除之前也並不發生減損義務，此時大陸民法典第 591 條第 1 款無適用餘地，這意味著第 591 條第 1 款的「違約後」並不包含預期違約。

## 2. 第二種觀點與文義解釋不符

然而這樣的解釋結果似乎與第 591 條的文義不甚相合，何以該款所稱之「違約」將預期違約排除在外？這也偏離了學說與判例所公認的「構成預期違約不以非違約方的接受為要件」<sup>137</sup>，並且不符合司法實踐限制實際履行請求權的需求。司法實踐中亦可見合同解除前即發生減損義務的觀點。在一個連續供貨的買賣合同中，德聚公司作為正大公司的配套污水處理企業，從正大公司處採購污水，合同期間為 2006 年 11 月至 2013 年 2 月。出賣人 2008 年 10 月停止提供污水，買受人陷於停產，遂於 2011 年 6 月起訴要求終止合同並賠償損失。兩審法院均支持了原告買受人主張的自 2008 年停產

---

同非違約方選擇繼續履行的權利，因為當事人可能認為合同具有不可替代的主觀價值。參見李永軍（2021），《合同法》，頁241，中國政法大學。

<sup>134</sup> 葛雲松，前揭註41，頁399、406。

<sup>135</sup> （2019）最高法民再313號武漢武商量販連鎖有限公司宜昌馨安泰商貿有限公司房屋租賃合同糾紛再審民事判決書。最高院雖然認為合同解除前空置3年有餘，出租人空置房屋的行為使得損害擴大，另一方面又支持了解除後6個月的租金作為損害賠償。這說明法院表面上雖認為出租人違反了減損義務，但僅僅是以此為由限制解除後的賠償範圍，並未及於解除前的租金債權。

<sup>136</sup> 另可參見（2019）最高法民申618號廣西建工集團第五建築工程有限責任公司、貴港市華景房地產開發有限公司建設工程施工合同糾紛再審審查與審判監督民事裁定書。「關於預期利潤。由於雙方合同於2016年1月27日解除時，華景公司已多付工程進度款，合同解除的責任不可歸責於華景公司，而且建工五公司並未提供證據表明屬於完成施工必定可以獲得利潤，其對合同解除後也有減損的義務，原審法院不予支持建工五公司要求支付預期利潤的請求並無不當。」

<sup>137</sup> 因為解除合同並要求損害賠償，即可視為對毀約表示的「接受」。

至合同期間屆滿的可得利益<sup>138</sup>。關於被告所主張買受人未盡合理減損義務，山東省高級人民法院認為，一審法院僅支持了 2008 年 11 月、12 月以及 2009 年春節的工人工資，以及自 2008 年停工至 2011 年原告起訴的設備折舊費，已經充分考慮了原告負擔的減損義務，於是維持原判<sup>139</sup>。被告向山東省高院提出再審申請，因相同的理由被駁回。最高人民檢察院向最高人民法院提出抗訴，其理由分為 2 點：①停產至起訴解除合同長達 2 年多的時間內，買受人怠於履行自己的減損義務，原告請求權應予縮減；②合同可得利益應當根據商業風險酌定賠償的期間，支持整個合同期間的利潤顯屬過度。顯然最高檢認為合同解除前也應當有減損規則適用之空間<sup>140</sup>。

總而言之，應當認為大陸法上並沒有選擇權理論成立的空間，因為預期違約並不以非違約方的接受為要件。依據對第 591 條的文義解釋，減損規則在解除合同消滅原給付義務之前即有了適用的餘地，儘管這並不意味著所有情況下減損規則均有限制實際履行請求權的效力，後者仍然居於原則的、核心的地位。減損義務在何種情況下能夠限制實際履行請求權，則是後文「價值衡量」部分將要討論的問題。

<sup>138</sup> 「而就可得利益而言，考慮到德聚公司是為正大公司處理濃污水而專門成立的配套項目，其在特定時期特定地點具有用途上的唯一性，一審法院判令將可得利益支付至合同期滿並無不當。」

<sup>139</sup> （2017）最高法民再16號山東正大菱花生物科技有限公司、濟寧德聚化工有限公司買賣合同糾紛再審民事判決書。

<sup>140</sup> 但奇怪的是最高檢的抗辯理由，僅在第一點援引了合同法第119條（即大陸民法典第591條），而就可得利益的計算卻並未主張援用該規則予以限制，而是認為應當衡諸可能的商業風險，扣減部分利潤。問題在於合同解除前有減損義務，解除後則更可根據減損義務限制非違約方的損害賠償請求權，至合同期間屆滿之時的可得利潤亦應受制於減損義務，而不是根據可能的商業風險排除部分請求權。換言之，合同解除前買受人不應當坐以待斃，解除後則更是如此。最高人民法院再審維持了下級法院的意見。但即使最高檢明確援引了合同法第119條，最高院再審歸納的爭議焦點也未提及減損義務的問題，略顯怪異。

### （三）減損規則的限制功能並不會摧毀救濟法體系

需要回應的擔憂是，賦予減損規則獨立性會損傷以實際履行為核心的合同救濟體系，然而妥當的做法或許不是從根本上否定合同解除之前可能發生減損義務，而是調節減損義務的行為標準<sup>141</sup>。也就是將行為合理性的標準降低，僅在少數情況下才觸發減損規則否定履行請求權的效果，如此則可維持以實際履行為主軸的救濟法體系，同時兼顧違約方之利益。

## 肆、減損義務限制實際履行請求權的價值衡量

到此為止的結論是，減損規則對實際履行請求權的限制應當採取原則＋例外的模式，仍需要回答的問題則是依據何種實質性的標準（test），判斷減損規則是否應當限制或者排除實際履行請求權。正如上文，大陸法雖然不承認英國普通法上的選擇權理論，但本質上均屬於原則＋例外的限制模式。因此普通法上判斷何時屬於例外、何時應當否定非違約方之選擇權的標準，足以成為鏡鑒。

### 一、普通法上的里程碑式案例：White and Carter

現代以來，確立普通法上選擇權規範最重要的案例是 1960 年代的 *White and Carter* 案。後續幾乎所有相關的案例均無法繞開它，因此有必要先詳細地分析本案判決。

本案原告是廣告公司，被告是一家汽修廠，雙方於 1954 年簽訂了一個在街頭垃圾桶投放廣告的服務合同，為期 3 年。在合同將要屆滿前，被告的銷售經理又與原告續簽了 3 年合同。被告聽聞此事後，當天就向原告發出拒絕交易的信件。原告拒絕接受，並在 1957 年 11 月 2 日開始投放廣告，進而起訴請求合同約定的價款。1960 年 3 月 15 日，郡長法院作出判決，認為原

<sup>141</sup> Snyder, *supra* note 65, at 545. Also see Solène Le Pautremat, *Mitigation of Damage: A French Perspective*, 55 INT'L & COMPAR. L.Q. 205, 214 (2006).

告堅持執行合同是不妥當的 (inappropriate)，遂駁回其訴訟請求。原告上訴至蘇格蘭最高民事法院 (Court of Session)，亦被駁回。案件最終上訴至上議院，5 位法官形成了三比二的最終判決<sup>142</sup>。

*White and Carter* 案中真正的法律問題究竟是什麼？可能的說法有 3 種：

①當事人是否有保持合同效力的選擇權？②非違約方是否可以主張合同價金之實際履行？③面對相對人的毀約表示，非違約方是否可以堅持履行合同，哪怕履行將造成浪費<sup>143</sup>？但這 3 種表述所說的毋寧是一個問題——如果非違約方可以堅持按照合同履行義務，則當然可獲得合同對待給付，合同之效力自然也不受影響。

### (一) 多數意見

多數派的 Reid 法官首先申明了一般規則。「一般規則是沒有疑問的，其確立最早可以追溯到 1848 年，此後不斷為各級法院所重申。倘若契約一方當事人發出毀約表示，即表示他拒絕或者將會拒絕自己負擔的義務，則相對人，即非違約方有選擇權。他可以接受該毀約表示並訴請損害賠償，約定履行時間到來與否在所不問；也可以選擇忽略或者拒絕接受毀約表示，則合同仍保持完全之效力。<sup>144</sup>」另一位 Hodson 法官在自己的協同意見<sup>145</sup>中也援

<sup>142</sup> *White and Carter (Councils) Ltd v McGregor* [1962] AC 413.

<sup>143</sup> Qiao Liu, *The White & Carter Principle: A Restatement*, 74 MOD. L. REV. 171, 175 (2011). 作者在這裡將第一個問題，即非違約方是否有權維繫合同效力於不墜，狹隘地等同於「當一個合同與服務合同類似時，是否應當賦予預期違約直接終止合同的效力」，似難謂妥當。

<sup>144</sup> Reid 法官在這裡援引了 1848 年的 *Howie v. Anderson* (1848) 10 D. 355，這是一個股份買賣的案件。出賣人在約定交割日到來之前表示將不再履行合同，並在訴訟中主張原告應在被告發出毀約表示之日從市場上購入相同的股份。該案的法官認為「被告沒有改變合同履行時間的權力，也沒有權力影響原告之權利和主張的範圍」。即使被告發出了毀約的通知，交易仍以一種有拘束力的合同的形態存在著，就好像被告從未發出該表示一樣。*White and Carter (Councils) Ltd v McGregor* [1962] AC 428.

<sup>145</sup> Tucker 法官加入該協同意見。*White and Carter (Councils) Ltd v McGregor* [1962] AC 434.

引以往的判例重申了一般規則。「已經確立的合同法基本規則是，一方當事人毀棄合同的表示本身並不能使合同消滅。」他繼而援引了2個英格蘭判例中的論斷，並表示蘇格蘭的法律與英格蘭並無不同。「如果沒有接受毀約表示，合同仍然為了雙方的利益繼續存在；表示毀約的當事人可以改變心意，但這並不能說毀約表示的相對人應當在履行期限到來之前接受，並且只留下損害賠償的請求權。<sup>146</sup>」

Reid 法官繼而援引了另一個意見相反的先例。該案的基本案情也是雙方訂立一個服務合同，廣告商為廣告主的電影做為期一年的展出。合同成立4天後廣告主反悔，要求終止合同；廣告商拒絕接受毀約表示，並繼續展出電影廣告，進而訴請合同約定的酬勞。上訴法院的 Cooper 法官認為「除了極端例外（wholly exceptional）的情形，蘇格蘭的法律不會支持處在原告境況之人獲得他主張的救濟，而本案案卷中的訴狀（averment）並不能顯示本案屬於極端例外。如果被告已經不想要案涉為期一年的廣告服務了，原告就不能強迫他接受，儘管原告當然可以就違反合同請求損害賠償。根據訴狀，原告應當採取的唯一合理且妥當的行為，就是認為被告預期違反合同（treat……as having repudiated the contract），並因此需要承擔損害賠償責任，至於損害賠償責任的尺度當然不是本案應當討論的問題。<sup>147</sup>」但 Reid 法官在引述這個案件時，指責 Cooper 法官未能援引任何權威的先例。並且他認為 Cooper 判決所稱「認為被告預期違反合同」殊不可解，只能解釋成「接受被告的毀約表示」才說得通<sup>148</sup>。但這個案件並未上訴至更高一級的司法機關，因此 Reid 認為上議院應當在本案中決定該案的判決是否正確，從而為這種衝突的局面提供解決方案<sup>149</sup>。

<sup>146</sup> *Id.* at 444-45.

<sup>147</sup> 援引的先例是 Longford & Co., Ltd. v. Dutch (1952) S. C. 15.

<sup>148</sup> 不過值得注意的是，在另一個類似主題的案件中，法官也將 treat as repudiated 理解成（接受毀約表示，並）終止合同的含義。See *Stoczni v. Latvian Shipping* [1996] 2 Lloyd's Rep. 137. "to rescind the contract—or as I would put it, treat the contract as repudiated."

<sup>149</sup> *White and Carter (Councils) Ltd v McGregor* [1962] AC 428-430.

在批評 *Longford* 案的判決之後，Reid 提出了上述一般規則的第一項限制，並回答了為何本案不受該例外規則的制約。「倘使被告做或者接受任何事情是原告完成己方契約義務的必要條件，則原告不能、法院也不會迫使被告做或者接受之，因此合同無法完成，原告唯一的救濟方式就是損害賠償。<sup>150</sup>（以下稱為合作規則）。但 *Longford* 案的特殊之處就在於，與本案（*White and Carter* 案）一樣，原告不需要被告的任何合作就可以完全履行合同。」*Longford* 案提到「唯一合理且妥當的行為」，「我認為這一術語殊不可解。因為『人們只能以合理的方式行使自己的合同權利，或者說法院不會支持人們以不合理的方式實現合同權利』，這兩種說法或許可能成立，卻從未成為（我國的）法律。究其原因，毫無疑問是因為人們認為，如果要求法院決定，當事人堅持執行其合同項下的完整權利是否合理或者公平，將造成極大的不確定性。<sup>151</sup>」

隨後，Reid 法官提出一般規則的第二項限制，並回答為何本案也不適用此例外規則。「（被告主張的）另一種可能的基礎是，存在某種一般的衡平原則或者公共政策的因素，要求限制非違約方的合同權利。若能證明非違約

<sup>150</sup> Reid法官自己也強調，不需要債權人配合，債務人單方面就能夠完成給付，毋寧是比較少見的情形。「在大多數案件中，違約方可以通過拒絕合作，迫使非違約方限制自己的損害賠償請求權。」典型的例子比如承攬合同中，承攬人需要進入定作人的土地為其建造房屋，若定作人不予配合，則合同無法履行，原告承攬人便不具備堅持履行的事實基礎。*Id.* at 429.

<sup>151</sup> Hodson法官在協同意見中表達了相似的觀點。「上訴人為被上訴人強加了一項後者並不想要的合同，造成了顯著的時間與金錢浪費，這或許令人惋惜。毫無疑問，這一點引發了蘇格蘭最高民事法院的關切，但並無任何可以支持被上訴人的衡平法則（equity）。衡平法則不會重寫一份造成浪費的合同，除非一方當事人欠缺行為能力，這已經是老生常談了。一項正常存續合同的當事人，絕無義務按照他方當事人的要求更改合同，從而剝奪自己根據合同享有的權利。如果作出相反的判決，將得到一項怪異的衡平規則：當事人無需信守合同，除非法院在該情境下認為這麼做是合理的。在本案中，將使得一項簡單的金錢之債訴訟變成需要法院裁量救濟的請求。這將為合同法領域增加不確定性……」*Id.* at 445. Morton法官在異議意見中也提到，雖然上訴人堅持履行合同的行為不合理且具有壓迫性，但他並不贊同以這個理由否定該上訴請求。可見法律不要求當事人以合理的方式行使合同權利，確實是一項普遍承認的規則。*Id.* at 434.

方不選擇損害賠償，而是選擇實際履行，對他而言沒有正當利益（該正當利益是否為經濟利益在所不問），則不應允許他在自己得不到半點好處的情況下，為相對人增添額外的負擔，這麼說是很好理解的（以下稱為**正當利益規則**）。倘使執行一項合同約定對當事人而言沒有利益，原則上他就不能執行該約定：因此也可以說，如果堅持某種特別的救濟對他而言沒有利益，便不應允許他堅持該種救濟。進而言之，根據法律不允許當事人執行懲罰性措施之原則，倘使堅持某種救濟將形成懲罰相對人之效果，與此同時，另一種救濟對原告而言同樣有利，便不應允許其堅持該救濟。請允許我回到先前的那個例子，一家公司僱用專家撰寫一份詳盡的報告，在專家採取任何履行措施之前即表示毀約，公司或許可以證明，該專家要求實際履行而不是損害賠償，沒有重大的或者正當的利益：我認為決定他的利益是否重大，應當適用法律不理瑣事（*de minimis*）原則；而且即使沒有直接的經濟利益，他也可能具有其他的正當利益。但如果該專家全無此種利益，便可認為這是法院動用衡平裁量權的合適例子。而本案並非如此。這裡，被上訴人並未證明繼續完成合同、請求約定價金，而不直接請求損害賠償，對上訴人而言沒有正當利益，案件事實認定的部分沒有任何這樣的證據……按照我的判斷，與直接請求損害額賠償、轉租廣告位相比，上訴人從執行合同中或許能夠得到更多的利益，但不可能僅僅因為這些多出來的利益小於被上訴人因此遭受的損失，就剝奪上訴人請求合同價金的權利：而多出來的利益小於被告因此遭受的損失，已經是能為被上訴人找到的最有道理的說辭了。議會曾在許多場合下把當事人從浪費的、壓迫性的合同中解放出來，但普通法僅在極有限的情況下才可以這麼做。<sup>152</sup>」換言之，立法機關可以直接作出這樣的政策選擇，而普通法的法官卻並無此等權限。

---

<sup>152</sup> *Id.* at 431.

## （二）少數意見

Morton 法官發表了異議意見，主要的反對理由是如果允許上訴人的行為，將產生強制履行合同的的效果，而案涉合同在正常情況下根本不會獲得實際履行的救濟。

「如果上訴人是對的，那麼在所有涉及合同預期違約的案件中，只要提供服務係非違約方的義務，且他無需毀約方合作就可以提供服務，會產生怪異的後果。可以舉出很多這樣的例子。……比如僱用專家赴海外撰寫某一主題報告，並支付其費用以及不菲酬金的例子。如果上訴人在本案中勝訴，必然的結論就是，即使相對人在產生任何費用之前明確地毀棄合同，該專家也有權赴海外工作、產生費用，撰寫對方不需要的報告，然後要求支付費用及酬金。一方當事人的毀約表示確實無法終結合同，這是無可置疑的。……非違約方有權就任何因違約產生的損害獲得賠償，僅在有限的案型中法院會給予實際履行的救濟。……本案就是一個不可能給予實際履行救濟的案件，因為根據合同，被上訴人唯一的債務就是為上訴人提供的服務支付一筆錢。但上訴人在尋求一種反向的實際履行。他們首先堅持履行己方義務，哪怕這違背相對人的意志，隨即主張相對人也必須履行自己的合同義務，即為一項不再需要的服務支付合同價金。依我之見，上訴人唯一的救濟就是損害賠償，且根據久已確立的規則，有義務採取措施減少自己的損失。但上訴人沒有這樣做，即使毀約表示之時尚未實際發生任何費用，他們也沒有為尋找新的廣告主做任何的努力，反而有意支出費用，履行不需要的服務，其意無非是創設一項毀約表示之時尚未發生的金錢債務。<sup>153</sup>」

<sup>153</sup> *Id.* Also see CARTER ET AL. *supra* note 93, at 104-05. 普通法上，支付約定金錢之訴（action for the agreed sum，或稱償債之訴）可說是一種特別的實際履行，雖然也是對合同的強制執行，卻不受狹義的實際履行（specific performance，針對非金錢債務）規則的制約。美國統一商法典第2-709條也規定商品交付或者風險轉移以後，出賣人可直接請求支付價金（John M. Breen, *The Lost Volume Seller and Lost Profits under U.C.C. 2-708(2): A Conceptual and Linguistic Critique*, 50 U. MIAMI L. REV. 779, 797 (1996)），並不受非金錢債務之實際履行的限制。

但是，合同約定的金錢之債，只有在該債務產生（arise）以後才可以獲得執行，

然而從償債之訴（action for debt）不受對實際履行的一般限制來看——有的學者索性認為要求支付價金的裁判並不是實際履行的一種形態<sup>154</sup>——這樣的異議意見似乎不能成立。即使原則上不承認實際履行確實是主流規則，但要求被告支付約定的價金本身不屬於受到嚴格限制的最狹義的實際履行，而僅僅是一種特別形式的、受到較少限制的救濟形式，故不宜以此為由說，支持原告的請求就相當於變相地承認了實際履行，或者構成一種反向的實際履行。畢竟反對實際履行的主要理由之一是，不對債務人的行為自由造成過多的限制，在本案情形下債務人自願履行了自己的債務，受到強制的僅僅是支付金錢的義務而已。

## 二、普通法的後續發展

*White and Carter* 規則毋寧是十分具有爭議的。該案確立的規則對被告而言不公平，因為他被強加了一項自己不想要的給付。而且強加的履行是一種浪費，將造成經濟上的無效率。後續的案件中，法院整體上選擇狹義地解釋該規則，主要的途徑是發展 *White and Carter* 中已經提出來的 2 項例外規則<sup>155</sup>。即通過解釋合作規則以及正當利益規則，達到限制 *White and Carter* 案之適用範圍的目的。

---

例如依英國1979年《商品買賣法》第49條第1款、第2款，只有標物交付（pass to）以後，或者約定的付款日到來以後，出賣人才可以提起支付約定金錢之訴，亦即金錢債務僅在這兩種情況下才算產生並且可以獲得執行了。See J. BEATSON ET. AL., ANSON'S LAW OF CONTRACT 575-76 (31st ed. 2020). 這恐怕正是Morton法官說上訴人在尋求實際履行救濟的含義，正常情況下，如果提供非金錢給付的當事人尚未履行己方義務，則即使是金錢之債也無法獲得執行；上訴人堅持履行己方義務後，即獲得了強制執行金錢債務的權利。

<sup>154</sup> Amy H. Kastely, *The Right to Require Performance in International Sales: Towards an International Interpretation of the Vienna Convention*, 63 WASH. L. REV. 607, 634 (1988).

<sup>155</sup> EWAN MCKENDRICK, *CONTRACT LAW: TEXT, CASES, AND MATERIALS* 807 (5th ed. 2012).

### （一）後續的重要案例

從時間線索上看，在 *White and Carter* 案之後，Denning 法官首先在 *The Puerto Buitrago* 案(1976)中提出損害賠償是否足以提供充分救濟的問題<sup>156</sup>。隨後 Kerr 法官在 *Odenfeld* 案(1978)中提出損害賠償是否充分、繼續履行是否完全不合理的檢驗標準<sup>157</sup>。Timothy Lloyd 法官在 *Reichman v Beveridge* 案(2006)中重申了 Kerr 法官的闡述<sup>158</sup>。Cooke 法官則在 *Isabella Shipowner SA* 一案(2012)中提出堅持合同是否「偏執」(perverse)的表述<sup>159</sup>。可以認為，損害賠償救濟是否充分、堅持是否合理都是對 *White and Carter* 規則中正當利益要件的重述，意在使該要件更具可操作性，而並未增添實質性的內容<sup>160</sup>，或者附加新的要件。因此可以說以正當利益要件為標準，判斷實際履行請求權是否應當受到限制，在英國仍然是得到良好遵守的法律(good law)。

### （二）對兩項消極要件的闡釋：合作與正當利益

*White and Carter* 提出的 2 項消極性要件（合作要件與正當利益要件），應當依次檢索，若非違約方無法在欠缺相對人合作的情況下完成己方義務，即無需考察第二項要件是否成立了<sup>161</sup>。誠如 Reid 法官在判決中所言，在許多情況下違約方可通過拒絕合作的方式迫使非違約方接受毀約表示，請求損害賠償，而不是堅持繼續履行合同<sup>162</sup>。這裡所說的合作並不要求積極的行為，

<sup>156</sup> *Attica Sea Carriers Corporation v. Ferrostaal Poseidon Bulk Reederei G. M. B. H.* [1976] Lloyd's Law Rep. 1.

<sup>157</sup> *The Odenfeld*(1978) 2 Lloyd's Rep. 357, 374.

<sup>158</sup> *Reichman v. Beveridge* [2006] EWCA Civ 1659.

<sup>159</sup> *Isabella Shipowner SA v. Shagang Shipping Co. Ltd* [2012] EWHC 1077(Comm).

<sup>160</sup> *The Dynamic* [2003] 2 Lloyd's Rep. 22-23.

<sup>161</sup> Liu, *supra* note 143, at 184. Also see *The Alaskan Trader* [1984] All ER 129, 131-132.

<sup>162</sup> 譬如在國際貿易中，採用FOB貿易術語，而買方拒絕指定船隻，賣方即無法履行己方債務而不得不接受毀約表示，從而終止合同。Djakhongir Saidov, *Methods of Limiting Damages Under the Vienna Conventions on Contracts for the International Sale of Goods*, 14 PACE INT'L L. REV. 307, 362-63 (2002).

買受人拒絕接收標的物即屬拒絕合作的典型；此外只要違約方擁有法律上的所有權——是否具備物理上的控制在所不問——某種消極的合作（passive co-operation）即屬於非違約方履行己方債務的必要條件。因此在 *White and Carter* 案中，倘使被告擁有案涉垃圾箱的所有權，則原告很可能無法在欠缺被告合作的情況下履行債務，案件的結果便可能完全不同了<sup>163</sup>。

第二項要件是非違約方就合同繼續履行是否具有正當利益。就測試是否存在正當利益的具體標準而言，主要的 2 項指標是損害賠償是否足以提供充分救濟，以及選擇繼續履行合同是否完全不合理。法院在考慮非違約方堅持履行合同的行為是否完全不合理時，考量的因素包括<sup>164</sup>：①是否造成嚴重的浪費<sup>165</sup>，比如在 *The Puerto Buitrago* 案中，維修船舶的費用將是維修完成後船舶價值的 2 倍，法院據此否定了繼續履行合同的請求。②違約方自己是否可能採取補救措施，比如在 *Reichman* 案中，法官的理由之一就是承租人自己也可以在市場上尋求轉租或者概括轉讓的交易機會。③非違約方是否可能尋找到替代交易機會，如果替代交易機會難以獲得，則繼續履行的請求便很可能得到支持<sup>166</sup>。比如 *the Odenfeld* 案。④非違約方除了從合同中直接獲得的經濟利益，是否還具有某些非經濟利益，比如與某個知名客戶的交易，將提升自身的商業信譽。⑤終止合同是否將牽涉無辜的第三人。例如，因終止合同而不得不大量解除與第三人的合同，將對違約方造成商業上的不良影響<sup>167</sup>。此外還需要注意的是，堅持履行的繼續性合同約定的剩餘期間還有多長，也是重要的影響因子，例如 *the Odenfeld* 中的租期尚餘六年多，而 *Isabella Shipowner SA* 則只剩下 94 日，顯然這種事實上的差異決定了實際履行的結果在何種程度上違背人們的法感情，進而左右法官執行合同的意願。

<sup>163</sup> Liu, *supra* note 143, at 184.

<sup>164</sup> *Id.* at 189-92.

<sup>165</sup> 正如前文，是否造成嚴重浪費本身也是 *White and Carter* 案真正的焦點所在。

<sup>166</sup> 這樣的情況下，即使非違約方需要負擔減損義務，實際上也會因為找不到替代交易機會而無法減損。所賠償者無非還是租金的損害，甚至還會附帶因尋求替代交易（儘管失敗了）而支出的費用。因此在找不到替代交易的情況下，終止合同、積極減損與繼續履行合同並支付租金的差異似乎沒有表面上看起來那麼大。

<sup>167</sup> 在這個意義上，與第 4 種類型有相似之處，因為都涉及非直接的、非經濟的利益。

需要注意的是，*White and Carter* 案明確指出債權人行使選擇權並不需要滿足合理性的要求，而在後續的發展中卻以是否合理作為正當利益的判斷標準，這樣的語境下，選擇權是否合理的重要依據就是損害賠償的救濟是否充分。而這恰恰是 *White and Carter* 案中持異議意見的法官不斷追問的主題，在這個意義以上，後續的案例法發展反而有向少數意見靠攏的趨勢<sup>168</sup>。

### 三、使規則更具可操作性的嘗試：從正當利益到避免浪費

*White and Carter* 案提出的正當利益標準最初是從非違約方單方視角出發的考慮<sup>169</sup>，然而後續的學說與判例卻越來越傾向於認為應當考慮雙方當事人甚至是整個群體之正當利益<sup>170</sup>。這種擴張正當利益要件之範圍的發展趨勢，無疑反映了 *White and Carter* 規則之狹隘，按照該案提出的標準，非違約方的選擇權將僅在極例外的情形下才受到限制。因此學說與判例儘量擴張正當利益的範圍，以便在更多案件中獲得限制非違約方選擇權的規範工具。

普通法的研究者認為所謂正當利益要件，其核心焦點在於堅持履行合約是否將造成嚴重的浪費。但就什麼是浪費而言，也並非不存在爭議。有觀點主張若一項履行的成本超過收益，便可說是浪費的。有論者認為如何認定是否存在浪費，需結合個案事實認定之。譬如在 *White and Carter* 案中，若市場上有比違約方（廣告主）出價更高者，則非違約方堅持履行合約或許可能造成浪費<sup>171</sup>。但如果純粹以經濟效率意義上的浪費概念為準，否定合同效力

<sup>168</sup> J. W. Carter, *White and Carter v McGregor - How Unreasonable?*, 128 L.Q. REV. 490, 492 (2012).

<sup>169</sup> See Andrew Dahdal, *Good Faith and Post-Repudiation Conduct*, 40 U.W. AUSTL. L. REV. 72, 94 (2015).

<sup>170</sup> Saül Litvinoff, *Damages, Mitigation, and Good Faith*, 73 TUL. L. REV. 1161, 1168 (1999). 英國的案例也有主張以整體利益為準者，例如 *Stoczni v. Latvian Shipping* [1996] 2 Lloyd's Rep. 139. 大陸也有觀點認為合同所追求的效率不應著眼於某一方當事人，而是關切整個合同關係產生的收益。孫良國，前揭註8，頁47。亦可參見朱廣新、謝鴻飛，前揭註39，頁474（郝麗燕執筆）。

<sup>171</sup> CARTER ET AL., *supra* note 93, at 130.

的標準或許失之過寬。因為哪怕市場上存在出價更高者，也不能排除非違約方將自己不捲入締結新交易之繁瑣程序視為一種正當利益。

然而無論如何界定「浪費」，需要注意的是浪費本身尚不足以排除非違約方履行合同的權利<sup>172</sup>。所需權衡者，是合同的神聖和確定性與避免浪費的經濟效率這2種相互競爭的因素。如果將前一種因素的重要性發展到極端，便可能將效率的考量完全排除在外，無論如何都應當嚴格執行合同內容；但更妥當的思路毋寧是在有限範圍內使效率超越合同拘束力，成為案件結果的決定因素。從而，合理的測試標準就是繼續履行造成的浪費，是否嚴重到必須放棄堅持合同的神聖與確定<sup>173</sup>。換言之，僅有浪費是不夠的，尚須浪費與非違約方從履行中得到的利益之間的比例嚴重失調<sup>174</sup>。

履行成本－履行收益＝造成的浪費 v. 履行收益？

所比較的是這個公式中的差與減數，而不是減數與被減數。換言之，並不是只要差為正值（意味著將會造成浪費）就不存在正當利益，非違約方堅持履行的權利應被排除；而是成本與收益的差額過大，遠遠超過收益，因此不得不放棄對合同的堅持。日本法的研究者也指出，在限制債權人堅持實際履行的權利時，需要考慮的一個重要因素也是避免浪費<sup>175</sup>。因此可以說這樣的政策考量在某種程度上儼然已經成為一種世界性的潮流<sup>176</sup>，合同約定的權利義務不能為當事人的行為（例如固執地堅持實際履行）提供全部的正當性基礎，某些社會性的因素越來越多地進入法律和民事法官的視野。

<sup>172</sup> 正如Simon法官在*Dynamic*案中所說，「僅僅證明非違約方獲得的利益小於違約方遭受的損失，尚難謂滿足以上舉證責任。」The *Dynamic* [2003] 2 Lloyd's Rep. 22-23.

<sup>173</sup> Liu, *supra* note 143, at 181-182.

<sup>174</sup> Nienaber, *supra* note 96, at 231-232.

<sup>175</sup> 參見程坦，前揭註71，頁247。

<sup>176</sup> 法國學者的相同見解，參見馬場圭太（2014），〈損害輕減義務〉、《法律時報》，86卷5號，頁72。

## 四、大陸法上的方案

### （一）誠實信用原則的模糊性

大陸的學說上有以誠實信用原則（大陸民法典第 7 條、第 509 條第 2 款）限制實際履行請求權或者當事人在不同救濟方式之間選擇權的觀點。通說似乎主張，預期違約中非違約方固然有選擇各種救濟路徑的權利，但此種選擇權至少應當受到誠實信用原則的限制<sup>177</sup>；即使是主張減損義務僅在接受毀約表示後才發生的學者，也認同誠實信用原則的上述限制功能<sup>178</sup>。

誠然，誠實信用原則具有更大的可能性和包容性，但同時卻意味著模糊性和非決定性（indeterminacy），而人們往往期待一種相對精確的標準或者限制條件<sup>179</sup>。White and Carter 規則提出正當利益的標準，而未直接適用誠實信用，或許正是一種尋求更強確定性的努力，後世發展中提出的救濟是否充分、堅持履行是否極端不合理，無不是令正當利益標準更加具有可預測性的嘗試。因此如果復歸誠實信用原則可能與提出該標準的初衷背道而馳，也未可知<sup>180</sup>。學者為誠實信用辯護道，誠信原則必須考慮各個合同的具體語境，而不是一種無視特定合同交易的情形，直接從外部強加的力量<sup>181</sup>，多少顯得

<sup>177</sup> 王利明（2020），〈違約責任十論〉，氏著，《王利明學術文集（合同編）》，頁423，北京大學。

<sup>178</sup> 朱廣新，前揭註131，頁760。

<sup>179</sup> M. P. Furmston, *The Case of the Insistent Performer*, 25 MOD. L. REV. 364, 367 (1962).

<sup>180</sup> 須知即使是正當利益標準也並非沒有遭受過於模糊的批判。前揭Furmston文即認為Reid法官認為法律不要求當事人以合理的方式行使權利，原因在於讓法院審查當事人行為是否合理，將造成過度的不確定性，但Reid法官自己提出的正當利益標準本身也未見得有多麼精確。比如在White and Carter判決中提出的那個專家赴海外撰寫報告的假設案例，就很難說明為什麼專家沒有正當利益，而White and Carter案中的廣告商卻有正當利益。See *Id.* at 367. 又如，有論者認為若對正當利益標準作嚴格的解釋，一個可以從履行合同中獲得職業聲譽的非違約方也可能被認為欠缺正當利益；相反，若作寬泛的解釋，則即使是堅持履行合同以使違約方難堪的當事人也可能得到支持。Nienaber, *supra* note 96, at 231.

<sup>181</sup> Dahdal, *supra* note 169, at 90. 需要指出，澳大利亞通說下的誠信原則，與他國相比似乎稍顯狹窄，故這種向一般條款逃逸的傾向或許能夠得到緩和。

說服力不足。況且，即使誠實信用原則也經由「合理性」的內容引入了經濟考量等因素，這似乎又可以回到正當利益標準之下發展出的避免浪費原則<sup>182</sup>。

因此，妥當的方案或許是直接以大陸民法典第 591 條作為否定實際履行請求權的依據，而在判斷何種情況觸發第 591 條的限制功能時，仍然以避免嚴重浪費作為具有可操作性的實質標準。

## （二）避免浪費標準的具體適用

### 1. 判斷是否構成嚴重浪費的視角

首先，判斷是否造成嚴重浪費，不能僅從某一方當事人的角度出發，而應著眼於雙方當事人及整體的契約關係<sup>183</sup>。大陸的司法實踐常常根據履行成本與雙方當事人之間從履行中獲得的收益為準據，否定非違約方要求實際履行的權利。例如在「新宇公司訴馮玉梅商鋪買賣合同糾紛案」中<sup>184</sup>，法院認為出賣人新宇公司繼續履行合同構成履行費用過高的不能，因此可以排除買受人的實際履行請求權。然而其所比較的是「違約方繼續履約所需的財力、物力」與「**合同雙方**基於合同履行所能獲得的利益」<sup>185</sup>，這種整體性考量的思維值得讚賞。在後續的發展中，法院在與新宇公司案相異的案型，即非金

<sup>182</sup> 以避免資源浪費作為減損規則之正當性基礎的觀點，如劉家安、周維德、鄭佳寧（2012），《債法：一般原理與合同》，頁371，高等教育。

<sup>183</sup> Liu, *supra* note 143, at 180. 並請參見陳韻希（2023），〈論效率減損對履行請求權的限制〉，《法學》，5期，頁111。

<sup>184</sup> 本案的基本案情是新宇公司與馮玉梅簽訂商鋪買賣契約，標的物已交付，而並未辦理所有權變更登記。新宇公司將未出售的自有面積出租給案外人經營商場，但連年虧損，商場接連兩次停業，以至於購買了商鋪的小業主（包括馮玉梅）無法正常經營。新宇公司擬調整經營模式，遂與其他小業主解除買賣合同，收回已出售的商鋪以統一規劃，只有馮玉梅與另一案外人堅持要求出賣人繼續履行辦理變更登記的義務。「新宇公司訴馮玉梅商鋪買賣合同糾紛案」，《最高人民法院公報》2006年第6期。

<sup>185</sup> 「新宇公司訴馮玉梅商鋪買賣合同糾紛案」，《最高人民法院公報》2006年第6期。

錢之債的債權人（如承租人）單方要求解約的案件中也援引了這樣的實質性理由，儘管這樣的擴張從法律適用的角度而言並不正確<sup>186</sup>，但其達到的結果與避免浪費這種實質性的利益衡量卻毋寧是相得益彰的。從個別給付關係轉向整體的契約關係，從單方當事人之利益轉向綜合考察雙方之整體利益狀態，這正是科賓所稱之「社會性的制約」<sup>187</sup>。

實際上，在減損義務的語境下，我們越來越清晰地看到契約法的多維面相——除了雙方當事人之間針鋒相對的利益關係，還有共贏的合作關係。具體到救濟法，其固然保障原告之信賴與期待，同時也要兼顧被告之利益。正如學者指出的，「保護原告之期待是違約救濟的首要原則，而在實現該保護的過程中，將被告之成本最小化的合作就是第二原則。人們無法僅以第一原則解釋救濟法的基本架構。……卻可以用上述 2 項原則解釋該架構，此二原則共同解釋了違約法合作的本質。<sup>188</sup>」

其次，衡量是否造成嚴重浪費，不能侷限在法律上之利益，而是包含經濟上的成本與收益分析。仍以前揭新宇公司訴馮玉梅案為例，即有學者認為新宇公司繼續履行買賣契約之下辦理所有權變更登記的義務，不過需要負擔產權過戶的手續費、稅費等支出，根本無所謂履行費用過高的問題<sup>189</sup>。這就是典型的將成本與利益限定在法律層面的思路。實際上，本案因買受人馮玉梅堅持履行合同，近 6 萬平方米的建築物閑置，馮玉梅自己也無法使用買賣契約之下的標的物，若將此等經濟上的因素納入考慮範圍，造成嚴重的浪費可說是彰明較著的事情。這樣的思考角度，在某種程度上契合了民事救濟的比例原則<sup>190</sup>。

<sup>186</sup> 因為這裡並不存在如同新宇公司案中出現的履行費用過高的履行不能，而僅僅是債權人拒絕受領給付，並拒絕為對待給付。

<sup>187</sup> 吉川吉樹，前揭註 47，終章（內田貴補筆），頁 374。

<sup>188</sup> David Campbell, *The Relational Constitution of Remedy: Co-Operation as the Implicit Second Principle of Remedies for Breach of Contract*, 11 TEX. WESLEYAN L. REV. 455, 457 (2005).

<sup>189</sup> 孫良國，前揭註 8，頁 48；劉凝（2022），〈強制售賣與合同僵局化解：評「新宇公司訴馮玉梅商鋪買賣合同糾紛案」〉，《財經法學》，2 期，頁 103。

<sup>190</sup> 張梓萱，前揭註 10，頁 49。

## 2. 類型化的說明

判斷堅持實際履行是否構成嚴重浪費，重要的指標之一係是否將造成社會資源的閒置。司法實踐也將社會資源的有效配置與經濟的合理性，作為是否支持實際履行請求權的判斷之一<sup>191</sup>。首先需要指出的是，下文的討論係一種類型化的說明，可作為一般性的參照，但更準確的判斷仍取決於具體的案件事實（fact-specific）。

在以移轉使用收益權能，或者提供勞務為目的的契約中，常發生此類問題，此2類合同又常與繼續性契約發生重合<sup>192</sup>。譬如租賃契約，承租人在經營難以為繼，請求終止而不得時，常常直接棄之而去（普通法稱 abandonment）<sup>193</sup>。此時出租人仍堅持實際履行，便將造成標的物的無效率空置。基於相同的邏輯，在以提供勞務為目的的契約中，服勞務之受僱人即不應不合理地堅

<sup>191</sup> 劉洋（2018），〈「履行費用過高」作為排除履行請求權的界限：「新宇公司訴馮玉梅商鋪買賣合同糾紛案」評析〉，《政治與法律》，2期，頁109。儘管法院在這裡是以履行費用過高作為否定履行請求權的技術手段，本文討論的是以減損規則限制之，但避免資源浪費的實質性價值目標無疑是一致的。亦可參見劉承聰（2020），〈論違約方解除合同規則寫入民法典之必要與可行〉，《中國政法大學學報》，3期，頁41。

贊同這一實質性價值追求的觀點還有王利明（2020），〈論合同僵局中違約方申請解約〉，《法學評論》，38卷1期，頁34。

<sup>192</sup> 不得不承認，資源的閒置常常發生在履行期較長的繼續性契約中，如租賃、建設工程、僱用等契約。此時，傳統上使當事人從債之拘束中脫出的制度，如給付不能法常常捉襟見肘，無法有效地發揮作用（見上文的討論）。可能的原因是，在立法時，立法者頭腦中的「理想模型」是一時性契約，而非繼續性契約，這樣的法體系在適用於繼續性契約時，多少會顯得有些方枘圓鑿。正如學者所批評的，20世紀德國民法的履行障礙法體系是以私人間特定物的買賣為模型設計的，而債法現代化之後的法典只不過把該模型替換成了工商業產品的大規模買賣，2種方案都未充分考慮長期債之關係的特殊性，一定程度上可說歷史的錯誤重演了。柯偉才（2016），〈我國合同法上的「不能履行」：兼論我國合同法的債務不履行形態體系〉，《清華法學》，10卷5期，註腳74。韓世遠教授也認為大陸合同法對繼續性合同的特殊性關注不足。參見韓世遠（2020），〈繼續性合同的解除〉，《中外法學》，32卷1期，頁106。

<sup>193</sup> 例如（2014）連民終字第0035號程曉紅與周芹房屋租賃合同糾紛上訴案民事判決書。

持實際履行，而使其勞動力陷於閑置狀態。譬如發生非法解雇至法院／仲裁委員會認定解雇係違法，應恢復僱用關係的解雇期間內（此期間有時可長達數年），受僱人固然可請求違法解雇之人支付相當合理期間之內的工資（履行請求權）；但在該合理期間經過之後，即應當將勞動力投入其他渠道獲得收入，而不得再堅持整個解雇期間內的履行請求權。此時實際上取得之收入，與怠於取得之收入皆應自解雇期間內的工資債權中扣除<sup>194</sup>。限制解雇期間內對工資的履行請求權，其意旨正在於避免勞動力的閑置浪費。

而以移轉所有權為目的的契約（常為一時性契約），也並非不會發生資源閑置的問題，儘管其發生的可能性或許低於前兩類合同。典型者如購買原材料從事生產，出賣人違約，買受人不惜以停產為代價，堅持要求出賣人交付並移轉所有權，便將造成資源的閑置浪費。此時，法律或許將要求買受人在合理情境下從他處獲取原材料以維繫生產<sup>195</sup>。

其次，當價格出現劇烈波動時，以移轉所有權為目的的契約當事人常常出現強烈的背棄契約的經濟動機。若非違約方採取替代交易輕而易舉（easily available），而堅持實際履行，其境遇並不會發生改善，違約方的成本卻不成比例地擴大時，即可能引發嚴重之浪費。需要強調的是這一論斷的限定條件：①非違約方替代交易比較容易，譬如小稿最開始提到的例子，出現第三人丙主動發出要約或者要約邀請，這意味尋求替代交易的成本很低；②堅持實際履行與請求損害賠償相比，其境遇並無改善；③違約方的成本將**不成比例地擴大**，這意味著浪費的嚴重性。傳統上，論證減損義務的正當性，往往只強調這是一種無成本的「義務」，換言之，減損義務人的境況不會變差，違約方的境況卻會變好<sup>196</sup>。但傳統的進路之下，減損義務對履行請求權的限

<sup>194</sup> 臺灣民法第487條但書；德國民法第615條第2句，德國解雇保護法第11條，參見雷蒙德·瓦爾特曼（著），沈建峰（譯）（2014），《德國勞動法》，頁184，法律；韓國的類似做法可參見野田進（2009），〈韓国における不当解雇等の労働委員会による救済〉，《季刊労働法》，226号，頁250；義大利的類似做法參見大內伸哉（2012），〈イタリアの新たな解雇法制：2012年の労働市場改革〉，《季刊労働法》，239号，頁242-245。

<sup>195</sup> 王澤鑑，前揭註**錯誤！尚未定義書籤**，頁319。

<sup>196</sup> CHARLES FRIED, CONTRACT AS PROMISE: A THEORY OF CONTRACT OBLIGATION 131

制將漫無邊際，只要能夠採取合理的替代交易，即可能發生限制履行請求權的效果，顯然與大陸法上「原則一例外」的限制模式有所衝突，故應當限定更嚴格的條件。這裡強調出賣人責任擴大的「不成比例」，其意正在於此<sup>197</sup>。以買賣合同為例，價格高騰，出賣人毀約，若買受人能夠合理地從市場上獲得替代標的物，卻堅持要求出賣人交付，便將引致浪費<sup>198</sup>。此時通過替代交易獲得標的物，可獲得價格上漲的利益，履行期到來後，要求出賣人交付，同樣只是獲得價格上漲的標的物，兩相比較其境遇並無改善；出賣人的履約成本，無論是直接交付還是替代履行的損害賠償，卻都將隨著價格上漲而擴大。反過來，價格下跌時，買受人毀約，出賣人在能夠以更高之價格替代出賣的情形下，仍坐看價格下跌，等到約定履行期到來，要求買受人接受交付，亦屬典型的經濟浪費。然而也不宜過分誇大減損義務在此類案件中的限制功能。原因在於，此等價格劇烈變動的案型中，減損義務也僅要求非違約方採取合理的替代交易措施，換言之，減損義務僅在可採取合理之替代交易措施時才發生限制履行請求權之功能。若不可期待當事人能夠合理預測價格走勢<sup>199</sup>，譬如價格變動不居的證券，便亦不可期待其放棄履行請求權而採取替代交易。

---

(2nd ed. 2015).

<sup>197</sup> 何種情況下可說不成比例，需委諸法院裁量，自不待言。

<sup>198</sup> 相反觀點認為這樣的情形並不構成浪費。See SAIDOV, *supra* note 109, at 126.

<sup>199</sup> See JOHN O. HONNOLD, UNIFORM LAW FOR INTERNATIONAL SALES UNDER THE 1980 UNITED NATIONS CONVENTION §419.1 (3rd ed. 1999).

## 伍、結 語

金錢之債（大陸民法典第 579 條）、非金錢之債（第 580 條）均須受到減損義務（第 591 條）的限制——當堅持實際履行將造成嚴重浪費時，當事人應主動放棄該救濟，轉而尋求替代交易並獲得損害賠償；若當事人一意孤行，法官亦得直接根據本條享有一種司法形成權，逕行判決合同關係終止。形式上，減損義務並非隨著毀約表示的發生而直接產生限制履行請求權的效果（直接限制路徑），而僅在例外情形下觸發。也並無必要為了避免前一合同尚未解除，後一合同已經訂立帶來的雙重受領或者自陷違約的風險，而建構出一種適時解除義務（間接限制路徑）。為了保護當事人利益，若非違約方已基於相對人的毀約表示實質性地改變了自身狀態（尋求替代交易即為其著例），則禁止毀約方再提出給付，此係誠實信用原則的應有之義。實質上，判斷何時應當觸發減損義務對實際履行請求權的限制功能，主要的判斷標準是堅持實際履行救濟是否將造成嚴重的浪費；但合同法的豐富性與複雜性同時決定了法院依個案事實所為之權衡折衝，也異常重要。

小稿可能遭受的詬難是，以大陸實定法作為研究對象，於臺灣的學說與實踐何加焉？竊以為，這樣的研究至少具有一種比較法上的意義。無論實定法如何天差地別，人類社會面對的法律問題在絕大多數情況下是相通的，當類似的問題出現時，其他法域如何應對，即可作為一種參照系發揮作用。

## 參考文獻

### 一、中文部分

- E·艾倫·範斯沃斯（著），葛雲松、丁春豔（譯）（2004），《美國合同法》，中國政法大學（簡體字版）。
- 王利明（2015），《合同法研究第二卷》，3版，中國人民大學。
- （2020），〈論合同僵局中違約方申請解約〉，《法學評論》，38卷1期，頁26-38。<https://doi.org/10.13415/j.cnki.fxpl.2020.01.003>
- （2020），《王利明學術文集（合同編）》，北京大學。
- 王洪亮（2007），〈我國給付不能制度體系之考察〉，《法律科學》，25卷5期，頁134-144。<https://doi.org/10.3969/j.issn.1674-5205.2007.05.015>
- （2012），〈強制履行請求權的性質及其行使〉，《法學》，1期，頁104-114。
- （2016），《債法總論》，北京大學。
- 王澤鑑（2016），〈損害賠償法上的與有過失〉，《法令月刊》，67卷4期，頁1-38。<https://doi.org/10.6509/TLM.2016.6704.01>
- （2017），《損害賠償》，北京大學。
- （2021），《債法原理》，增訂新版，自刊。
- （2022），《民法總則》，北京大學。
- 王燕霞、劉豔梅（2007），〈減損規則與債權人行使繼續履行救濟權的衝突及協調〉，《學術交流》，4期，頁66-68。
- 史尚寬（2000），《債法總論》，中國政法大學。
- 朱廣新（2008），《合同法總論》，中國人民大學。
- （2018），《合同法總則研究》，中國人民大學。
- 朱廣新、謝鴻飛（主編）（2020），《民法典評注：合同編2》，中國法制。
- 朱慶育（2013），《民法總論》，北京大學。
- 朱曉娟（2021），《合同法》，中國政法大學。

- 李永軍（2011），《合同法學》，高等教育。
- （2016），《債權法》，北京大學。
- （2021），《合同法》，中國政法大學。
- 杜景林、盧湛（譯）（1999），《德國民法典》，中國政法大學（簡體書版）。
- 林婷婷（2024），〈民法典視域下金錢債務合同僵局的化解〉，《經貿法律評論》，2 期，頁 55-73。
- 林誠二（2003），《民法債編總論：體系化解說》，中國人民大學。
- 武騰（2021），〈民法典實施背景下合同僵局的化解〉，《法學》，3 期，頁 84-100。
- 邱聰智（2003），《新訂民法債編通則》，中國人民大學。
- 阿爾多·貝特魯奇（著），肖俊（譯）（2016），〈羅馬法學與現代歐洲法中的情事變更制度〉，《環球法律評論》，38 卷 6 期，頁 5-22。
- 侯岳宏（2012），〈日本非法解僱期間工資與中間收入扣除之發展與啟示〉，《政大法學評論》，128 期，頁 351-401。
- 柯偉才（2016），〈我國合同法上的「不能履行」：兼論我國合同法的債務不履行形態體系〉，《清華法學》，10 卷 5 期，頁 151-167。
- 柳經緯（2016），《債權法》，5 版，廈門大學。
- 胡衛（2010），《合同法論》，人民法院。
- 迪特爾·梅迪庫斯（著），杜景林、盧湛（譯）（2004），《德國債法總論》，法律（簡體書版）。
- 迪爾克·羅歇爾德斯（著），沈小軍、張金海（譯）（2014），《德國債法總論》，中國人民大學（簡體書版）。
- 孫良國（2016），〈違約方的合同解除權及其界限〉，《當代法學》，30 卷 5 期，頁 46-58。
- （2019），〈違約方合同解除的理論爭議、司法實踐與路徑設計〉，《法學》，7 期，頁 38-53。

- 徐婉寧（2017），〈論違法解僱下僱用人之受領遲延責任與危險負擔法理之交錯〉，《臺大法學論叢》，46 卷 1 期，頁 87-133。  
<https://doi.org/10.6199/NTULJ.2017.46.01.02>
- 時明濤（2020），〈動態體系論在履行費用過高判斷中的運用〉，《財經法學》，6 期，頁 83-97。
- 郝麗燕（2020），〈走出違約方解除權的誤區〉，《南大法學》，3 期，頁 15-32。
- 崔建遠（2021），《合同法》，北京大學。
- 張梓萱（2022），〈替代交易與繼續履行請求權〉，《南大法學》，1 期，頁 37-58。
- 許德風（2016），〈賭博的法律規制〉，《中國社會科學》，3 期，頁 147-168。
- 郭明瑞（2020），《合同法通義》，商務印書館。
- 陳韻希（2023），〈論效率減損對履行請求權的限制〉，《法學》，5 期，頁 110-124。
- 陳耀東、沈明焱（2017），〈論買賣合同中違約方的解除權及適用範圍〉，《中國應用法學》，5 期，頁 148-162。
- 曾隆興（1994），《民法債編總論》，自刊。
- 程坦（2021），〈減損義務對履行請求權的限制及其路徑：破解合同僵局的  
一種思路〉，《中外法學》，33 卷 4 期，頁 888-907。  
<https://doi.org/10.3969/j.issn.1002-4875.2021.04.003>
- 黃立（2002），《民法債編總論》，中國政法大學。
- （主編）（2002），《民法債編各論（上）》，元照。
- 黃茂榮（2014），《債法通則之二：債務不履行與損害賠償》，廈門大學。
- 楊芳賢（2017），《民法債編總論（下）》，三民。
- 楊巍（2021），《合同法總論》，武漢大學。
- 葉金強（2002），〈我國合同法中的「預期違約」制度〉，《南京大學學報》，39 卷 4 期，頁 52-59。<https://doi.org/10.3969/j.issn.1007-7278.2002.04.007>

葛雲松（2003），《期前違約規則研究》，中國政法大學。

雷蒙德·瓦爾特曼（著），沈建峰（譯）（2014），《德國勞動法》，法律（簡體書版）。

寧紅麗、肖鵬（2024），〈契約法的當代風貌：內田貴《契約的時代》述評〉，《經貿法律評論》，2 期，頁 1-18。

赫爾曼·史韜伯（著），金可可（譯）（2015），〈論積極違反契約〉，《華東政法大學學報》，18 卷 2 期，頁 126-141。  
<https://doi.org/10.3969/j.issn.1008-4622.2015.02.015>

劉廷華（2010），〈論預期違約情形下減損義務產生的時間〉，《福建法學》，1 期，頁 8-11。

劉承勰（2020），〈論違約方解除合同規則寫入民法典之必要與可行〉，《中國政法大學學報》，3 期，頁 37-46。

劉洋（2018），〈「履行費用過高」作為排除履行請求權的界限：「新宇公司訴馮玉梅商鋪買賣合同糾紛案」評析〉，《政治與法律》，2 期，頁 105-120。

劉家安、周維德、鄭佳寧（2012），《債法：一般原理與合同》，高等教育。

劉凱湘（2010），《合同法》，中國法制。

劉貴祥（2016），《最高人民法院第一巡迴法庭精選案例裁判思路解析（一）》，法律。

劉凝（2022），〈強制售賣與合同僵局化解：評「新宇公司訴馮玉梅商鋪買賣合同糾紛案」〉，《財經法學》，2 期，頁 97-113。  
<https://doi.org/10.16823/j.cnki.10-1281/d.2022.02.006>

鄭雲瑞（2018），《合同法學》，北京大學。

韓世遠（2014），〈情事變更若干問題研究〉，《中外法學》，26 卷 3 期，頁 657-675。

-----（2018），《合同法總論》，4 版，法律。

-----（2020），〈繼續性合同的解除〉，《中外法學》，32 卷 1 期，頁 104-127。

魏振瀛（2021），《民法》，8版，北京大學、高等教育。

蘇號朋（2015），《合同法教程》，3版，中國人民大學。

## 二、日文部分

吉川吉樹（2007），〈履行期前の履行拒絶に関する一考察（一）損害軽減義務と履行請求権〉，《法学協会雑誌》，124 卷 10 号，頁 2223-2280。

-----（2007），〈履行期前の履行拒絶に関する一考察（三）損害軽減義務と履行請求権〉，《法学協会雑誌》，124 卷 12 号，頁 2733-2790。

-----（2020），《履行請求権と損害軽減義務：履行期前の履行拒絶に関する考察》，増補新装版，東京大学。

窪田充見（2006），〈履行請求権〉，《ジュリスト》，1318 号，頁 103-116。

斎藤彰（1990），〈契約不履行における損害軽減義務〉，收於：石田・西原・高木三先生還暦記念論文集刊行委員会（編），《損害賠償法の課題と展望：石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集（中）》，日本評論社，頁 51-84。

山田希（2001），〈民法 416 条 1 項の「通常生ずべき損害」と損害軽減義務〉，《立命館法学》，3 号，頁 504-527。

住田英穂（2010），〈損害軽減義務に関する一考察：最高裁平成二一年一月一九日判決を素材として〉，《甲南法学》，51 卷 2 号，頁 1-67。  
<https://doi.org/10.14990/00000708>

森田宏樹（2002），《契約責任の帰責構造》，有斐閣。

森田修（1993），〈損害軽減義務について〉，《法学志林》，91 卷 1 号，頁 119-212。

-----（2006），《契約責任の法学的構造》，有斐閣。

大内伸哉（2012），〈イタリアの新たな解雇法制：2012 年の労働市場改革〉，《季刊労働法》，239 号，頁 229-249。

- 谷口知平（1957），〈損害賠償額算定における損害避抑義務：avoidable consequences の理論の示唆〉，收於：川島武宜（編），《『我妻先生還暦記念・損害賠償責任の研究（上）』》，有斐閣，頁 237-255。
- 中田裕康（2020），《債権総論》，4 版，岩波書店。
- 程坦（2018），〈代替取引義務（損害軽減義務）による履行請求権の限界づけ：履行遅滞の場合についての比較法的考察〉，北海道大学・博士（法学）甲第 13286 号。
- 内田貴（2000），《契約の時代：日本社会と契約法》，岩波書店。
- 馬場圭太（2014），〈損害軽減義務〉，《法律時報》，86 卷 5 號，頁 70-72。
- 野田進（2009），〈韓国における不当解雇等の労働委員会による救済〉，《季刊労働法》，226 号，頁 242-251。
- 野澤正充（2009），〈賃貸人の修繕義務の不履行と賃借人による損害の回避〉，《判例タイムズ》，1298 号，頁 63-68。

### 三、英文部分

- Beale, H. (Ed.). (2015). *Chitty on Contracts* (32nd ed.). Sweet & Maxwell.
- Beatson, J., Burrows, A., & Cartwright J. (2020). *Anson's Law of Contract* (31st ed.). Oxford University Press.
- Bradbrook, A. J. (1977). The Application of the Principle of Mitigation of Damages to Landlord-Tenant Law. *Sydney Law Review*, 2(15), 15-30.
- Breen, J. M. (1996). The Lost Volume Seller and Lost Profits under U.C.C. 2-708(2): A Conceptual and Linguistic Critique. *University of Miami Law Review*, 50(4), 779-918.
- Campbell, D. (2005). The Relational Constitution of Remedy: Co-Operation as the Implicit Second Principle of Remedies for Breach of Contract. *Texas*

*Wesleyan Law Review*, 11(2), 455-480.  
<https://doi.org/10.37419/TWLR.V11.I2.13>

Carter, J. W. (2012). White and Carter v McGregor - How Unreasonable? *The Law Quarterly Review*, 128, 490-493.

Carter, J. W., Phang, A., & Phang, S.-Y. (1999). Performance Following Repudiation: Legal and Economic Interests, *Journal of Contract Law*, 15(2), 97-132.

Contracts: Anticipatory Breach: Duty of Seller to Mitigate Damages. (1925). *Michigan Law Review*, 24(2), 190-191. <https://doi.org/10.2307/1280054>

Corbin, A. L. (1952). *Corbin on Contracts (one volume edition)*. West Publishing Co.

Craswell, R., & Schwartz, A. (Eds.). (1994). *Foundations of Contract Law*. Foundation Press.

Dahdal, A. (2015). Good Faith and Post-Repudiation Conduct. *The University of Western Australia Law Review*, 40(1), 72-101.

Davies, P. S. (2018). Being Specific about Specific Performance. *Conveyancer and Property Lawyer*, 4, 324-338.

Fried, C. (2015). *Contract as Promise: A Theory of Contract Obligation* (2nd ed.). Oxford University Press.  
<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780190240158.001.0001>

Furmston, M. P. (1962). The Case of the Insistent Performer. *The Modern Law Review*, 25(3), 364-367.

- Goetz, C. J., & Scott, R. E. (1979). Measuring Sellers' Damages: The Lost-Profits Puzzle. *Stanford Law Review*, 31(3), 323-374. <https://doi.org/10.2307/1228366>
- (1983). The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation. *Virginia Law Review*, 69(6), 967-1024.
- Herman, S. (2003). Specific Performance: A Comparative Analysis: Part 1. *Edinburgh Law Review*, 7(1), 5-26. <https://doi.org/10.3366/elr.2003.7.1.5>
- Honnold, J. O. (1999). *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (3rd ed.). Kluwer Law International.
- Kastely, A. H. (1988). The Right to Require Performance in International Sales: Towards an International Interpretation of the Vienna Convention. *Washington Law Review*, 63(3), 607-652.
- Le Pautremat, S. (2006). Mitigation of Damage: A French Perspective. *The International and Comparative Law Quarterly*, 55(1), 205-218. <https://doi.org/10.1093/iclq/lei072>
- Litvinoff, S. (1999). Damages, Mitigation, and Good Faith. *Tulane Law Review*, 73(4), 1161-1196.
- Liu, Q. (2011). The White & Carter Principle: A Restatement. *Modern Law Review*, 74(2), 171-194.
- Lord, R. A. (2021). *Williston on Contracts* (4th ed.). West Group.
- McGregor, H. (2009). *McGregor on Damages* (18th ed.). Thomson Reuters.
- McInnes, M. (2013). Specific Performance and Mitigation in the Supreme Court of Canada. *Law Quarterly Review*, 129, 165-169.

- McKendrick, E. (2012). *Contract Law: Text, Cases, and Materials* (5th ed.). Oxford University Press.
- Murray, T. (2020). *Corbin on Contracts*. Matthew Bender & Company, Inc.
- (2023). *Corbin on Contracts*. Matthew Bender & Company, Inc.
- Nicholas, B. (1982). *French Law of Contract*. Butterworth.
- Nienaber, P. M. (1962). The Effect of Anticipatory Repudiation: Principle and Policy. *The Cambridge Law Journal*, 20(2), 213-233.  
<https://doi.org/10.1017/S0008197300010552>
- O'Sullivan, J. (2013). *Mitigation and specific performance in the Canadian Supreme Court*, *Cambridge Law Journal*, 72(2), 253-356.
- Peel, E. (2015). *Treitel: The Law of Contract* (14th ed.). Sweet & Maxwell.
- Rowley, K. A. (2001). A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law. *The University of Cincinnati Law Review*, 69(2), 565-640.
- Saidov, D. (2002). Methods of Limiting Damages Under the Vienna Conventions on Contracts for the International Sale of Goods. *Pace International Law Review*, 14(2), 307-378. <https://doi.org/10.58948/2331-3536.1199>
- (2008). *The Law of Damages in International Sales: The CISG and other International Instruments*. Hart Publishing.
- Schwartz, A., & Scott, R. E. (2008). Market Damages, Efficient Contracting, and the Economic Waste Fallacy. *Columbia Law Review*, 108(7), 1610-1669.
- Snyder, W. F. (1949). Duty to Mitigate Damages upon Anticipatory Breach of Forward Contract of Sale. *Michigan Law Review*, 47(4), 538-547.  
<https://doi.org/10.2307/1284813>

- Stevens, R. (2009). Damages and the Right to Performance: A Golden Victory or Not? in J. W. Neyers, R. Bronaugh, & S. G. A. Pitel (Eds.), *Exploring Contract Law* (pp. 171-198). Hart Publishing.  
<https://doi.org/10.5040/9781472560445.ch-007>
- Stone, B., & González Luna M., S. (2012). Aggrieved Buyer's Right to Performance or Money Damages under the CISG, U.C.C., and Mexican Commercial Code. *Journal of Law and Commerce*, 30(1), 23-85.
- Vold, L. (1928). Anticipatory Repudiation of Contracts and Necessity of Election. *Michigan Law Review*, 26(5), 502-530. <https://doi.org/10.2307/1279115>
- Winterton, D. (2017). *Money Awards in Contract Law*. Hart Publishing.

## Fetter on Specific Relief by Duty of Mitigation

Li Yan \*

### Abstract

Specific performance is the core of the system of non-performance law both in Mainland China and Taiwan, and parties are entitled to choose this remedy on account of their own benefits and interests. But under some extreme cases, that parties insist on specific relief unreasonably may lead to speculation by non-defaulting party or enormous waste of resource, so we have to find some norms to limit the claim. Some other tools, however, such as impracticability, *rebus sic stantibus* cannot achieve this goal. For example, monetary obligation will not extinguish out of impracticability, so when the obligee (such as a lessor) of that obligation insist on enforcement of the debt, the other party cannot claim impracticability in order to get rid of it. General commercial risks which induce parties to end their contract will also exclude *rebus sic stantibus*. As a result, rule of mitigation has to play a role.

In terms of Mainland China's positive law, technically, duty of mitigation does not arise the moment the defaulting party sends a notice of repudiation or breach, but fetters the claim of specific performance only under extreme circumstances. To avoid the risk of accepting double deliveries from both the original and the substitute contract, there is no need to construct a duty to terminate the contract in time. Substantively, the test on deciding when a claim of specific relief should be turned down is whether the insistence would cause unacceptable wastefulness. There exists no general clause of mitigation in civil code of Taiwan which, however, does not mean similar problem does not exist neither. Article 217 (comparative negligence) of civil code Taiwan can realize the same effect of

---

\* Assistant Professor, School of Humanities and Social Science, University of Science and Technology Beijing.

E-mail: yanlicupl@sina.com.

limitation. No matter how different the legal systems are, people in diverse communities are confronted with similar problems. Fetter on specific performance by duty of mitigation may echo with the need of a highly commercialized world.

**Keywords: specific relief, duty of mitigation, speculation, repudiation, termination in time, legitimate interest, avoid wastefulness**