

# 论减轻损失规则

崔建远

**摘要：**减轻损失规则的重要内容是减轻损失义务，包含两方面的意思：第一，原告有义务采取积极措施（positive steps）将被告违约所致损失降至最低范围；第二，在被告适当履行合同的情况下，原告实施某些行为是适当的，但在被告已经违约的场合，原告倘若再实施这些行为，就会不公正地扩大违约造成的损失（unjustifiably augment the loss）。减轻损失义务大多源自法律的规定，也有基于当事人的约定产生的情形。减轻损失的措施可以类型化为停止履行、替代安排、守约方与违约方再协商、继续履行。守约方应当采取什么样减轻损失的措施，要取决于周围情事。其措施是否适当，宜以一个理性人、经济人的认识作为判断标准比较合理，并且对这种适当的要求不宜太高。在程序方面，要根据双方当事人提供的证据做出事实的认定。是否需要将选择措施之事预先通知违约方，主流观点主张，虽然通知并非“坏事”，但这充其量只是看整个行为是否合理的其中一个因素，而且不一定是重要因素。守约方采取减轻损失的措施支出的合理费用，应由违约方负责赔偿。守约方违反减轻损失的义务，不向违约方就此承担违约责任，但由此扩大的损失无权请求违约方予以赔偿。

**关键词：**减轻损失义务；不真正义务；停止履行；替代安排；再协商

**中图分类号：**D913 **文献标识码：**A **文章编号：**1000—8691（2024）01—0002—11

## 一、减轻损失规则的由来、意义与见解

### （一）减轻损失规则的由来

减轻损失规则最先是来自英国普通法上发展出来的。在美国，《合同法重述》（第2版）第350条规定了该规则。在英美法上，减轻损失规则虽系由合同法发展出来的，然其适用领域并不局限于合同，对于侵权行为亦有其适用。

在中国，《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第591条第1款关于“当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失请求赔偿”的规定，是对减轻损失规则的承认。鉴于该项规则在中国民法上尚属年幼还未积累起丰富的经验的领域，本文主要是借鉴境外的法律规定、判例和学说，以供中国民法及理论借鉴。

### （二）减轻损失规则的意义

从合理减少损失的实际效用——受害人如不采取合理措施，就产生额外（本不该产生）的损失不能获得赔偿——来看，减轻损失规则可被视为一种防止整体经济资源浪费的有效手段。从这个意义上说，减轻损失规则是对“效率违约”（efficient breach）的鼓励，符合发挥社会或全世界总体经济效益的要求。<sup>①</sup>

**基金项目：**本文是教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“民法典违约责任规则的体系化审视研究”（项目号：22JJD820015）的阶段性成果。

**作者简介：**崔建远，男，清华大学法学院教授，清华大学谭兆讲席教授，主要从事民法学研究。

<sup>①</sup> 杨良宜：《损害赔偿与救济》，北京：法律出版社，2013年，第352页。

减轻损失规则鼓励了受害人把浪费降至最低，从而符合经济效率原则。<sup>①</sup>实际上，如果违约方在依法按照合同赔偿受害人的损失后，还能从另一交易中获取比原合同履行“更大的效益”（a greater benefit），或可避免比赔偿受害人的损失更大的损失，那么，在整体的经济活动等于取得了更好的效益。这是事物的一方面，另一方面则是，由于受害人应当合理减轻损失这个对损害赔偿的限制，在商业社会的实务中不必太墨守合同严守的信条，为获得更大的利益，在可行的情况下违约也无妨。<sup>②</sup>

### （三）减轻损失规则的三种见解

1. 原告对其应当避免的损失不得获得赔偿。美国法认可这样的原则：受损一方当事人只可获得违约所造成的“损害”的赔偿。受损一方当事人本可通过其合理行为而避免的损害视为并非由违约所造成的损害。<sup>③</sup>在这个范围内，减轻损失（mitigation）常常被看作原告所负减轻损失的“义务”（the duty to mitigate damages）。<sup>④</sup>不过，这种表述已经受到批评：“‘义务’一词的使用自然是不严格的，因为原告不可能对他自己负有义务，他当然也不对被告负有义务。”<sup>⑤</sup>范斯沃思（Farnsworth）教授指出：“有人说在这类案件中受害方有一种‘义务’去采取合理措施减轻损失，但这易于误导，因为受害方不采取这类措施并不就此对违约方负任何责任。只是受害方若采取了这类措施即可以避免损失却未采取，就不得就这样的损失获得损害赔偿。”<sup>⑥</sup>尽管如此，减轻损失义务仍成为广为使用的习惯用语，它可以“作为一个便利的（尽管不准确）速记符号来描述依据减损原则违约受害人所应有的行为”<sup>⑦</sup>。按照德国民法学说关于义务的界定和分类，减轻损失的义务属于“不真正义务”（Obliegenheit）。不仅如此，在极端的情况下，债权人本无义务而是在行使权利，法律却仍要债权人承受未采取减轻损失措施造成的额外损失。

2. 如果原告因被告违约而获得了利益，那么，在计算违约所致损失时必须将该项利益考虑在内，要减轻被告的损害赔偿数额。因为作为被告违约的结果，原告的债务已不再履行，这便节约了履行费用；由于被告违约，原告能够取得另外的利益。这种意义上的减轻损失，并非原告是否有义务减轻其损失，而是它在事实上是否减轻了损失。<sup>⑧</sup>

在普通法系上，上述两种含义均属减轻损失概念的内涵，但在德国法则被精细地区分，第一种意义上的减轻损失，被冠名为 Mitverschulden，意指双方当事人均有过失，属于与有过失规则或曰过失相抵规则的范畴；第二种意义上的减轻损失，名为 Vorteilsausgleichung，属于损益相抵规则的内容。<sup>⑨</sup>

第二种见解下的减轻损失，在中国现行法及其理论上，也作为损益相抵规则看待。第三种见解牵涉的减轻损失，按照中国民法学界的多数说，也叫与有过失或过失相抵，《民法典》第592条第1款规定的“双方违约”为其特殊表现。因其为独立于与有过失规则的限制损害赔偿范围的规则，故本部分亦不叙述。第一种见解下的减轻损失规则，被规定在《民法典》第591条，也就是说，在我国法上，减轻损失规则是狭义的。以下所论就是这种狭义的减轻损失规则。

3. 第三种见解牵涉的减轻损失，在普通法系叫作与有过失（contributory negligence），在德国法上叫作

① See generally Charles J.Coetz & Robert E.Scott, “The Mitigation Principle:Toward a General Theory of Obligation” ,69 Va.L.967(1983).

② 杨良宜：《损失赔偿与救济》，第352页。

③ [美]杰弗里·费里尔、迈克尔·纳文：《美国合同法精解》（第4版），陈彦明译，北京：北京大学出版社，2009年，第540页。

④ Guenter H. Treitel, Remedies for Breach of Contract(Courses of Action Open to a Party Aggrieved), International Encyclopedia of Comparative Law(Chapter 16), Mouton, The Hague, and J.C.B. Mohr(Paul Siebeck), Tübingen, 75(1976).

⑤ F. H. Lawson, Remedies of English Law, Butterworths,67 (2d ed., 1980).

⑥ E. Allan Farnsworth, Farnsworth on Contracts, Vol.III, Little, Brown and Company,220(1990).

⑦ Edward Yorio, Contract Enforcement: Specific Performance and Injunctions, Little, Brown and Company, 175(1989).

⑧ Guenter H. Treitel, Remedies for Breach of Contract(Courses of Action Open to a Party Aggrieved), International Encyclopedia of Comparative Law(Chapter 16), Mouton, The Hague, and J.C.B. Mohr(Paul Siebeck), Tübingen, 75,79-80(1976).

⑨ Guenter H. Treitel, Remedies for Breach of Contract(Courses of Action Open to a Party Aggrieved), International Encyclopedia of Comparative Law(Chapter 16), Mouton, The Hague, and J.C.B. Mohr(Paul Siebeck), Tübingen, 75,79-80(1976).

Mitverschulden, 在法国法上名叫 victim。在后两个立法例上, 都指双方当事人均有过失的情形, 属于与有过失规则或曰过失相抵规则的范畴。<sup>①</sup> 笔者已经另著专文讨论过与有过失规则, 本文原则上不再介绍和分析这种意义上的减轻损失。

## 二、减轻损失义务的内容

减轻损失规则的重要内容是减轻损失义务, 其大多源于法律的直接规定, 有的可能基于当事人的约定。属于后者的, 也可能是对法定的减轻损失义务进一步明确其限度、范围。例如, 某《经销协议》第 18.2 条规定: “对不可抗力事件的救济, 须在合理范围可行限度, 在合理范围内尽快恢复义务的履行。不得要求一方违反其意愿解决任何劳动争议, 不得要求其检验或不让其检验任何法律、命令、规则或义务的效力。”

减轻损失义务包含两方面的内容: 第一, 原告有义务采取积极措施 (positive steps) 将被告违约所致损失降至最低范围; 第二, 在被告适当履行合同的情况下, 原告为某些行为是适当的, 但在被告已经违约的场合, 原告倘若再实施这些行为, 就会不公正地扩大违约造成的损失 (unjustifiably augment the loss)。有鉴于此, 在被告违约的情况下, 原告有义务不为这些行为。<sup>②</sup> 可见, 减轻损失义务包含着作为义务和不作为义务两大类。

所谓原告有义务采取积极措施, 是依据客观标准和公平正义来判断, 原告确有采取积极措施为前提的, 若不具备该种前提, 则不应认定原告负有减轻损失的义务。例如, 在演唱、绘画、技术咨询或服务等行为之债中, 原告不具备实施相应行为的能力, 遇有被告拒不履行等违约行为发生, 就应认定原告不负减轻损失的义务。再如, 在已签订专用设备的买卖合同的情况下, 出卖人 (制造人) 拒不制造、拒不交货时, 买受人因不具有制造专用设备的能力而不负减轻损失的义务。还如, 减轻损失需要具备对冲等特种交易知识和能力, 守约方恰不熟悉此类特种交易的, 也不成立减轻损失的义务。

从另一个视角看待原告是否负有减轻损失的义务, 也受制于定期行为和非定期行为。在非定期行为的情况下, 对履行期限的要求相对宽松, 原告采取减轻损失的措施相对从容和必要, 故减轻损失的义务容易产生。而在定期行为的场合, 履行期限处于非常关键的地位, 债务人违约时常即刻导致合同目的落空, 守约方采取减轻损失的措施没有必要, 或者未留给守约方采取减轻损失措施的机会, 于此场合就不应产生减轻损失的义务。

有必要指出的是, 减轻损失作为一种义务, 即使其为不真正义务, 对守约方 / 义务人也是一种负担。在条件具备时, 允许守约方 / 义务人依法、依约予以抗辩, 不承担减轻损失的义务, 除去负担, 也是公平正义的体现。此处所谓依法予以抗辩中的依法, 包括守约方 / 义务人依据《民法典》第 580 条第 1 款第 1 项、第 2 项关于 “当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的, 对方可以请求履行, 但是有下列情形之一的除外: (一) 法律上或者事实上不能履行; (二) 债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高” 的规定。在减轻损失成为法律上或事实上的不能履行, 或者减轻损失所需费用过高的情况下, 守约方 / 义务人有权拒绝采取减轻损失的措施。

减轻损失规则适用的例证之一是, 在买受人失之受领 (failure to accept) 或出卖人失之交付 (failure to deliver) 的情况下, 受害人已经在市场上签订了一份替代合同, 作为违约的救济, 其后因市场变化而肇致损失。对此损失, 受害人不得请求赔偿。<sup>③</sup> 另一个广泛适用的例证是, 雇主过失地终止了雇佣合同, 雇员应努力求职, 与另外的雇主签订类似的雇佣合同。否则, 对被解雇者能够就业而因其过错地不签订替

① Guenter H. Treitel, Remedies for Breach of Contract(Courses of Action Open to a Party Aggrieved), International Encyclopedia of Comparative Law(Chapter 16), Mouton, The Hague, and J.C.B. Mohr(Paul Siebeck), Tübingen, 76(1976).

② Guenter H. Treitel, Remedies for Breach of Contract(Courses of Action Open to a Party Aggrieved), International Encyclopedia of Comparative Law(Chapter 16), Mouton, The Hague, and J.C.B. Mohr(Paul Siebeck), Tübingen, 76(1976).

③ Guenter H. Treitel, Remedies for Breach of Contract(Courses of Action Open to a Party Aggrieved), International Encyclopedia of Comparative Law(Chapter 16), Mouton, The Hague, and J.C.B. Mohr(Paul Siebeck), Tübingen, 76(1976).

代合同而形成的损失，雇主不承担赔偿责任。<sup>①</sup>在判断被解雇者丧失签订替代的雇佣合同是否适当时，法院适用的是理性标准（standard of reasonableness）。需要特别注意的是，被解雇者签订替代的雇佣合同，不得降低其身份。<sup>②</sup>

此外，在承揽合同中，减轻损失规则也有适用的余地。例如，甲公司作为定作人和乙公司作为承揽人订立毛衣针织品加工合同，约定甲公司提供生产设备和原材料，专项用于生产加工合同项下的毛衣针织品；乙公司为甲公司每年制作完成120万件毛衣针织成品。实际上，甲公司未能提供足够的原材料，这会导致乙公司无法完成120万件毛衣针织成品。在此背景下，乙公司自第三人处采购原材料，为甲公司加工毛衣针织品。在甲公司指责乙公司此举时，乙公司辩称它是按照《民法典》第591条的规定，在采取减轻损失的措施。笔者认为，乙公司的抗辩成立，必须是其自第三人处采购的原材料在品种、质量方面不低于甲公司提供的原材料。

转移有瑕疵的财产/货物，损失的期限是到受害的买受人能够修复或买进替代货物的一天为止。在这段期限内，受害方负有合理减少损失的义务。<sup>③</sup>

有关的财产/货物存在“可供买卖市场”（available market）可以立即买进替代，受害的买受人就应去市场马上购进替代货物。于此场合，买受人负有合理减少损失的义务。<sup>④</sup>

在出卖人违约的情况下，买受人会蒙受的使用/营运利润或额外支出的损失，通常被认为是买受人在合理减少损失时无法避免的。这在不存在市场或即使存在市场也不容易寻觅到替代之物的情况下，是显而易见的。<sup>⑤</sup>

如果对冲（hedging）交易可能会避免或减轻实际买卖所带来的损失，该种对冲交易的好处可否被视为受害人合理减少损失的结果，应在实际损失（按照市场规则）中减去？又或是，如果对冲交易加大了实际损失，那么，实施对冲交易的债权人可否将该损失作为违约所致损失的一部分一并向违约方索赔？<sup>⑥</sup>事实上，对冲交易即使针对实际买卖，也不一定能够起到完全对冲的作用。一种风险是对冲并购交易的对象可能不可靠，如在2008年年底对上了雷曼兄弟就会倒霉；另一种风险是，对冲市场毕竟与实际市场有所不同，对冲市场只是反映了大部分在进行交易的人士对将来市场走势的预测或猜测<sup>⑦</sup>，预测或猜测错误就起不到对冲的效果。

对冲交易损失只会与损失计算有关。作为受害人的船东进行对冲，可否作为其合理减少损失的措施，要看每一个理性人的船东作为受害人是否都会这样做，若是，则会被认定其为合理减轻损失的措施；若否，则可能被认定为措施失当。<sup>⑧</sup>

### 三、减轻损失的措施

#### （一）停止履行（stop to performance）

一旦一方当事人有理由知道对方的对待给付将不会被提供，通常就应当停止履行，避免进一步的损失。根据美国《统一商法典》的规定，一个销售自己制造的货物的出卖人，可以停止制造并且通过转卖而取得残余价值或废品价值，其请求的赔偿额可以包括所失利润（第2-704条第2款、第2-708条第2款）。

① Guenter H. Treitel, Remedies for Breach of Contract (Courses of Action Open to a Party Aggrieved), International Encyclopedia of Comparative Law (Chapter 16), Mouton, The Hague, and J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 75,79-80(1976).

② Billeter v. Posell, 94 Cal.App.2d 858, 211 P.2d 621(1949); cf Edwards v. Society of Graphical & Allied Trades, [1971]Ch.354(C.A).

③ 杨良宜：《损失赔偿与救济》，第117页。

④ 杨良宜：《损失赔偿与救济》，第123页。

⑤ 杨良宜：《损失赔偿与救济》，第124页。

⑥ 杨良宜：《损失赔偿与救济》，第203页。

⑦ 杨良宜：《损失赔偿与救济》，第203—204页。

⑧ Andrew Baker, LMAA Law Review 2010-2012. 转引自杨良宜：《损失赔偿与救济》，第210—211页。

但是，受害人如果可以合理地期待违约方履行，比如，违约方于其违约时仍然表示嗣后会履行，那么受害人可以继续履行其债务。<sup>①</sup>

### （二）替代安排（make the substitute contract）

这通过守约方与第三人之间的交易行为来实现。关于通过替代性交易而“避免的损失”，债权人通常不仅应当停止履行以避免支出，而且应当采取合理的积极措施来安排适当的替代性交易以避免损失。<sup>②</sup>受害人是受领人时，他常常可以从市场上获得适当的替代性安排。比如，出卖人没有交付货物，买受人可以替代性购买货物来代替出卖人原本应当交付的货物。如果买受人本可以采取适当措施来达成替代性购买，却没有这么做，那么本可避免的损失要从对买受人的赔偿额中扣除（美国《统一商法典》第2—715条）。或者，如果受雇人离职，雇主可以另找一个适宜的受雇人来代替。如果雇主本可以采取适当的措施找到替代之人，却没有这么做，那么他本可避免的损失应从其应获得的赔偿额中扣除。类似的，如果受害人是供应方，他常常可以将原本应当根据合同提供的给付在市场上处理。比如，一个被解雇的受雇人常常可以找到另一份适当的工作作为替代。如果他怠于这么做，他可以避免的损失要从其应得的赔偿额中扣除。<sup>③</sup>当然，也有相反的判例。<sup>④</sup>替代性安排的时间为，受害人应当在知道违约方不会履行后立即开始行动（参见美国《统一商法典》第2-712条第1款、第1-713条之评注第1条）。如果在迟延期间发生了有利的市场变化，则由买受人享受其利益，因此，如果买受人不合理地迟延购买替代性货物，则他可以获得的赔偿额应当根据他原本应当进行替代性购买时的、可用于替代的货物的市场价格来计算，即使在迟延期间市场价格下跌并使得买价可以低于该价格。<sup>⑤</sup>

### （三）守约方与违约方再协商（renegotiation）

守约方与违约方再协商可有若干表现形式，其中之一是重述原合同（reinstate original contract），但会对原合同的条文做些修改，即变更合同（contract be modified）；其中之一是订立一个新合同来替代原合同以求较为理想的结果，这要经过要约、承诺的程序。<sup>⑥</sup>如果此处所谓要约由违约方发出，且为减轻损失的有效措施，那么，债权人不合理地拒绝之，就属于没有合理地减轻损失的行为，这在日后的违约损害赔偿数额方面会受到限制。一些个人服务合同因涉及个人尊严和感受，在判断违约方应否接受债权人为减轻损失而发出新要约时应考虑这些因素。如果一个雇员被雇主当众斥责为“内鬼”“窃贼”后遭到不当解雇，之后雇主又提出聘回他，那么，该雇员拒绝受聘，就是合理的。此外，如果要求此类雇员在重新受聘时放弃向雇主追究此前其不理解的雇的责任，那么，该雇员不接受新要约具有正当性。与此有别，依法律视野，商事合同不应涉及感情因素或个人尊严。如果债权人没有一个说得过去的理由就拒绝违约方的新要约，就会有危险。但这并非在说新要约可以漫天要价，相反，新要约的条件必须合理，如新要约不得要求债权人放弃对违约行为所致损失的索赔，再如，在交付的货物存在瑕疵的违约案件中，出卖人要求买受人接受减价作为和解，就是要求买受人放弃其索赔权。但是，如果非因货物质量问题导致的合同终止，那么，出卖人要求买受人接受减价作为和解，就没有要求买受人放弃任何权利。<sup>⑦</sup>债权人发出新要约、与违约方订立新合同被视为减轻损失的合理措施，由此带来的损失被视为原来的违约行为造成

① [美] E. 艾伦·范斯沃思：《美国合同法》（原书第3版），葛云松、丁春艳译，北京：中国政法大学出版社，2004年，第802页。

② 应当注意，并非总是应当进行替代性购买。参见 *Leinenger v. Sola*, 314 N.W.2d 39 (N.D. 1981) (“把未曾交配的母牛留下来，然后购买一头公牛与之交配，这样做比起把这些母牛卖掉作宰杀之用，然后购买合同约定的已经怀孕并且临近分娩的母牛，要便宜得多”)。参见 [美] E. 艾伦·范斯沃思：《美国合同法》（原书第3版），第803页。

③ [美] E. 艾伦·范斯沃思：《美国合同法》（原书第3版），第803页。

④ *Gandall v. Pontigny*, 171 Eng. Rep. 119 (K.B. 1816); [美] E. 艾伦·范斯沃思：《美国合同法》（原书第3版），第803页。

⑤ [美] E. 艾伦·范斯沃思：《美国合同法》（原书第3版），第804页。

⑥ 杨良宜：《损失赔偿与救济》，第330—331页。

⑦ 杨良宜：《损失赔偿与救济》，第330—333页。

损失的组成部分，由违约方予以赔偿。<sup>①</sup>

#### （四）继续履行（continuing with performance）

在有些场合，继续履行也是比较合适的减损措施。例如，货物出卖人依约应为买受人特别制造 A 产品，那么，在买受人违约时，“在为了避免损失以及有效变现的目的而进行合理的商业谈判时，可以完成 A 产品的制造并把约定的标的物完全特定化出来”<sup>②</sup>。

### 四、减轻损失的措施适当与否之判断

#### （一）比较、借鉴

减轻损失规则要求减轻损失的措施要适当，《民法典》第 591 条第 1 款的用语是“采取适当措施”。何谓适当措施？可以借鉴英美法的经验，细化和丰富中国法上的规则及理论。

首先，适当与否的判断是着眼于守约方一侧还是从违约方一侧看？一种意见是从守约方的视角观察，而不是从违约方的一侧审视。<sup>③</sup>另一种观点则认为，不但要着眼于守约方的利益，而且要考量违约方的利益<sup>④</sup>。在笔者看来，以一个理性人、经济人的认识作为判断标准，比较合理。在程序方面，要根据双方当事人提供的证据作出事实的认定。<sup>⑤</sup>

其次，对这种适当的要求不宜太高，毕竟始作俑者是违约方，其违约行为已使债权人处于不同程度的困难境地。因此，针对受害人所作出的救济行为，法院或仲裁庭通常会以非常宽松的态度对待。有人说，受害人无需做任何特别的事情减少损失，除非这是他平时也会做的。只要债权人采取了一些看来适当与不可解释得过去的救济措施，就被视为尽到了减轻损失的义务。试举几例如下：（1）守约方采取减轻损失的措施以达最佳效果（如最大限度地降低了违约所致损失，所付成本最低），固然求之不得，但在有些情况下即使所付成本并非最低、止损也未达最低，只要守约方尽到了最大努力，也就算作尽了减轻损失的义务。

（2）守约方对减轻损失的方式的选择，不要求守约方采取向第三人提出诉讼；不过，如果守约方向第三人提出索赔不太困难，所需费用不太高，并且不采取诉讼方式就会导致较重的负面后果，那么，只有向第三人通过诉讼方式索赔，才算尽到了减轻损失的义务。（3）守约方对减轻损失的方式的选择，不要求其对该第三人一定放弃权利。例如，次承租人丙严重损坏承租的房屋，须承担损害赔偿赔偿责任，承租人乙无必要为了减轻丙的损害赔偿数额而解除其与出租人甲之间的房屋租赁合同，换言之，不得认定乙没有履行其对丙的减轻损失的义务。（4）守约方对减轻损失的方式的选择，量力而行即可，不得强求守约方超越合理期限地采取减轻损失的措施，不得要求守约方投入过分的精力，如不得要求买受人必须在全世界寻觅蛇皮。（5）守约方对减轻损失的方式选择，不得要求守约方以损害自己的名誉或影响商业关系为代价，以达减轻损失的结果。例如，在某 EPC 承包合同的案型中，分包人丙公司延期开工，总包人乙公司即刻解除其与发包人甲公司之间的 EPC 承包合同，可防止丙公司依约所负违约金的数额不断累积，不过，这会影响到乙公司和甲公司之间的 EPC 承包合同关系，也降低了乙公司在甲公司甚至其他人心目中的形象。于此场合，不得强求乙公司解除其与甲公司之间的 EPC 承包合同，以示其履行了减轻损失的义务。其实，在个案中会有很多变数，适当与否本身就是个非常不确定的概念。每个人（包括法官和仲裁员）对适当的看法是有差异的。<sup>⑥</sup>

最后，受害人应当采取什么样的减轻损失的措施，要取决于周围情事<sup>⑦</sup>，包括受害人将获得的给付以

① 杨良宜：《损失赔偿与救济》，第 342 页。

② 美国《统一商法典》第 2-704 条第 2 款；[美] E. 艾伦·范斯沃思：《美国合同法》（原书第 3 版），第 809 页。

③ 杨良宜：《损失赔偿与救济》，第 314 页。

④ See *Smailes v. Hans Dessen* (1906) 94 LT 492; *Darbishire v. Warran* (1963) 1 WLR 1067.

⑤ *McAuley v. London Transport Executive* (1957) 2 Lloyd's Rep. 500; 杨良宜：《损失赔偿与救济》，第 315—316 页。

⑥ 杨良宜：《损失赔偿与救济》，第 313 页，第 317—326 页。

⑦ 美国《合同法重述》（第 2 版）第 350 条第 1 款；1980 年《联合国国际货物销售合同公约》（CISG）第 77 条；[美] E. 艾伦·范斯沃思：《美国合同法》（原书第 3 版），第 801 页。

及提供给付的时间和地点是否类似<sup>①</sup>。如果就这些方面而言,两个交易的差异点可以用金钱赔偿来弥补,那么,这个替代性的交易可被视为一个部分的替代,差异部分可以判给赔偿金来弥补。<sup>②</sup>

在英国普通法上,一方面违约方不负担因债权人没作为理性人本应做的事情而造成的额外费用,另一方面,债权人亦没有任何义务去做任何在正常经营过程之外的事情。如果因违约而身陷困境并本身负有某种义务的当事人在采取补救措施上已合理的作为,这即已合法,他不会仅仅因为违约方能指出本应采取对他而言省钱的其他措施而被认为无权就此措施的费用获取赔偿。依据普通法,原告没有任何义务拿他自己的金钱去冒险,或是采取会危害其自身商誉的措施,或是对第三人提起一项既复杂又困难的诉讼,即使原告可能从中受有某种赔偿;原告也不能被要求为减轻损失而牺牲自己的财产或权利。<sup>③</sup>况且,在发生违约时,受害人往往是无法看到全局的市场情况的,所以,受害人不会被视为是没有合理减轻损失,因为事后看,受害人是可能找到比较便宜的替代物,但并非表示受害人不合理。<sup>④</sup>

在美国,《合同法重述》(第2版)总结道:“受害人应当采取什么样的措施取决于周围的情事。”受害人本可以在不承担风险、负担或屈辱的情况下避免的损失,不能获得赔偿(第350条第1款)。如果一个人买油时发现油桶正在漏油,如果他本可以把油转而装到另一个可以利用的油桶却没有这么做,那就不能获得赔偿(第350条之实例解说第3条)。一个面包师如果明明知道面粉质量存在着严重缺陷却仍然使用,当客户不满而对其提出主张时,他不能从面粉的出卖人处获得赔偿(第350条之实例解说第4条)。但是,受害人并不被要求去避免不可预见的风险,也不必采取那些会使其承受不适当的负担、风险或屈辱的措施。<sup>⑤</sup>此外,如果当事人采取的措施在当时看来具有合理性,那就不能以事后诸葛亮的方式来判定其不具有合理性。<sup>⑥</sup>在出卖人违约、买受人实施替代性交易作为减轻损失的方式的情况下,判断适当与否的标准,《美国统一商法典》评注认为是“就当时、当地而言,买受人的行为是否基于善意并且方式合理。即使事后发现替代性购买并非最为便宜或者最有效,那也无关紧要”。替代性购买的货物也许“和合同标的并不一致,但是只要根据周围情事它在商业用途上是合理的替代物即可”。常识告诉我们,如果受害人进行了合理的(但是在某种程度上不成功的)努力来避免损失,那么,他不应当受到惩罚——假如他采取的措施更为成功,那么本来可以避免的损失,不应被排除在损害赔偿的范围之外。<sup>⑦</sup>

受害人由于穷困而没有采取减轻损失的措施,由此带来的额外损失,应否由违约方或侵权行为人负责赔偿,对此见仁见智,且视角不同。有的判例从因果关系的角度入手,对遥远的损失不给予赔偿;有的判例从合理预见规则的视角着眼,对违约方于缔约时不能合理预见的损失,不给予赔偿;有的判例从减轻损失规则的方面分析,如果因穷困而无力采取减轻损失的措施,这相较于违约或侵权的严重程度,可以有所宽宥,那么,违约方或侵权行为人应予赔偿,否则,不予赔偿;有的判例依据公共政策来衡量,再下结论。<sup>⑧</sup>

在先期违约(预期违约或期前违约)的情况下,如果债权人立即接受债务人违约之意并追究其违约责任,则减轻损失的措施适当与否的判断没有特别之处;但在债权人拒绝接受债务人的违约之意并请求债务人应当实际履行的场合,判断有无减轻损失的义务,就变得困难。有判例及观点认为,事情演进至债务人真正违约时,债权人开始负有减轻损失的义务。买受人先期违约,出卖人对此予以接受,买卖合同即告解除,如果案涉货物的价格于此前一直呈现下跌的趋势,而且以一个理性人、经济人的判断价格还会持续下跌,

① [美]E. 艾伦·范斯沃思:《美国合同法》(原书第3版),第807页。

② Neumiller Farms v. Cornett, 368 So.2d 272 (Ala. 1979).

③ Guenter H. Treitel, Remedies for Breach of Contract (Courses of Action Open to a Party Aggrieved), International Encyclopedia of Comparative Law (Chapter 16), Mouton, The Hague, and J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 77 (1976).

④ 杨良宜:《损失赔偿与救济》,第318页。

⑤ Bank One, Texas v. Taylor, 970 F.2d 16 (5th Cir. 1992).

⑥ [美]E. 艾伦·范斯沃思:《美国合同法》(原书第3版),第802页。

⑦ 美国《合同法重述》(第2版)第350条第2款;《美国统一商法典》第2-712条之评注第2条;[美]E. 艾伦·范斯沃思:《美国合同法》(原书第3版),第809页。

⑧ 杨良宜:《损失赔偿与救济》,第343—348页。

那么，出卖人有义务立即把案涉货物出卖与第三人，即产生减轻损失的义务。与此不同，如果案涉货物的价格呈现上涨的态势，则出卖人不负有将案涉货物出卖给第三人的减轻损失的义务，因为是否将之出卖给第三人、何时出卖，出卖人有选择的自由。转换案型，出卖人先期违约，买受人接受之，买卖合同即告解除。如果案涉货物的价格于此前一直呈现下跌的趋势，而且以一个理性人、经济人的判断价格还会持续下跌，那么，不应认定买受人于此时负有减轻损失的义务，也就是不应马上自第三人处购买案涉货物。与此有别，如果案涉货物的价格一直呈现上涨的大势，则买受人负有尽快自第三人处购买案涉货物的义务，即产生减轻损失的义务。在合同约定的履行期限届满之前，法律认为合同如常，不产生债权人减轻损失的问题。<sup>①</sup>这种理念及观点有些优惠于债权人，也有严格要求债权人的判例及观点。White and Carter(Councils)Ltd.v. McGregor<sup>②</sup>先例对债权人自由选择是否接受先期违约、终止合同加了两个限制：第一个限制是受害人若再也没有“重大与合法利益”(substantial and legitimate interest)，就不得再坚持拒绝接受先期违约。第二个限制是债权人可以单方面履行合同，不需要违约方的合作，才可以坚持履行，并且把先期违约本该带来的损失计算变为在履行后“债务”(debt)的索赔，进而避开了减轻损失的“责任”。但这种做法在很多需要双方合作才能履行的合同中是不可行的。<sup>③</sup>所谓重大与合法利益，要看损害赔偿作为救济方法是否足够，与债权人不接受先期违约是否完全不合理。极端的例子是，损害赔偿减为足够的救济，而选择让合同继续有效是完全不合理的。如果是这样，则债权人不接受先期违约就没有做到减轻损失。<sup>④</sup>

美国法虽然也有先期违约需要合理减轻损失之论，但却不区分受害人有没有接受先期违约，反正之前与之后都应该合理地减轻损失。<sup>⑤</sup>

至于是否需要将选择措施之事预先通知违约方，主流观点主张，虽然通知并非“坏事”，但这充其量只是看整个行为是否合理的其中一个因素，而且不一定是重要因素。但也有先例认为，债权人在采取减轻损失的措施时不预先通知违约方，是一种不合理的做法。<sup>⑥</sup>事实上，自债务人先期违约被债权人拒绝至债务人实际违约止这段期间，即使债权人有另订合同以获取较佳的期待利益，他也不敢或不该订立该合同。因为债权人这样做十分危险，他会夹在两个合同中间，极有可能无力履行这两个合同，酿成违约，得不偿失。<sup>⑦</sup>

## (二) 关于减轻损失的措施是否适当的案例分析

甲塑料制品厂与乙新型建材有限公司于2014年8月12日签订《购销合同》，约定了如下内容：标的物为法国英世力石墨660吨，单价20,000元人民币每吨，总金额为13,200,000元人民币，质量要求为符合国家B1级标准，交货地点为乙新型建材有限公司的仓库，货物到港后30日提清，缔约后3日付总金额的15%定金，其后60日内甲塑料制品厂到货，货物到港后30日内全部提清。

2014年9月10日，乙新型建材有限公司依甲塑料制品厂的指示到案外人丙国际贸易有限公司仓库提取了4.4吨石墨，并支付了相应货款88000元人民币。其后，乙新型建材有限公司认为甲塑料制品厂交付的货物不符合质量要求且存在欺诈行为，不再提取剩余货物，亦不支付剩余货款。

双方就此各执一词，甲塑料制品厂作为原告于2015年4月13日向TZ人民法院提起诉讼。于庭审中，甲塑料制品厂主张诉争货物的保质期至2015年7月10日，但未提供证据予以证实；乙新型建材有限公司明确表示不再需要诉争货物。于是，TZ法院多次告知甲塑料制品厂有义务在诉争货物保质期限内处置货物，以减轻损失的发生。2015年11月10日，甲塑料制品厂与案外人丁公司签订石墨《购销合同》，约定甲塑料制品厂将389.4吨石墨出卖与丁公司，单价为12000元人民币每吨，总金额为4672800元人民币。

① Shindler v.Northern Rainco at Co.Ltd(1960)2 All ER.239; 杨良宜：《损失赔偿与救济》，第350—351页，第838页。

② White and Carter(Councils)Ltd.v.McGregor (1962) A.C.413.

③ 杨良宜：《损失赔偿与救济》，第351页。

④ “Odenfeld”(1978)2 Lloyd’s Rep.357; 杨良宜：《损失赔偿与救济》，第356页。

⑤ 杨良宜：《损失赔偿与救济》，第361页。

⑥ The “Asia Star”(2010)2Lloyd’s Rep12; 杨良宜：《损失赔偿与救济》，第327页。

⑦ 杨良宜：《损失赔偿与救济》，第351页。



2015年11月16日,甲塑料制品厂与案外人戊公司签订石墨《购销合同》,约定甲塑料制品厂将270.6吨石墨出卖与戊公司,单价为11000元人民币每吨,总金额为2976600元人民币。就这两份石墨《购销合同》的实际履行,包括付款情况、交货情况、纳税情况,甲塑料制品厂均未举证证明。

TZ人民法院(2015)二中民二初字第326号民事判决书认为:“因原告已履行了购销合同义务,被告应当按照合同约定履行提取货物并支付货款的义务,现因被告未及时提取货物,导致涉诉合同无法继续履行,原告在诉讼期间已对诉争货物进行了处分,主张涉诉合同已经解除,对此被告不予认可。对此本院认为,涉诉合同项下标的物已由原告进行了处分,双方无继续履行合同的可能,原告主张涉诉合同解除,符合本案的实际情况,亦不违反法律、法规的强制性规定,应当予以承认,据此本院认定涉诉合同权利义务终止。原告主张赔偿差价损失,应当予以支持。关于损失的计算,原告主张按照涉诉合同项下的金额扣除其处分价格进行计算,被告对此不予认可,认为应当按照原告在购买价格作为计算损失的依据。对此本院认为,原告按照涉诉合同金额计算损失符合其与被告订立涉诉合同的目的,并无不当,应当予以支持,被告的抗辩理由无事实及法律依据,本院不予采信,原告的损失中还应扣除被告已支付的货款88000元,故原告的差价损失为 $13200000\text{元} - 12000\text{元/吨} \times 389.4\text{吨} - 11000\text{元/吨} \times 270.6\text{吨} - 88000\text{元} = 5462600\text{元}$ 。”

应当说,TZ人民法院(2015)二中民二初字第326号民事判决书存在的问题较多。例如,系争《购销合同》约定的交货地点是被告即乙新型建材有限公司的仓库,这意味着是原告即甲塑料制品厂送货,而非被告提货,可是没有证据证明原告送过货。如此,似乎是原告违约。但TZ人民法院(2015)二中民二初字第326号民事判决书却认定被告违约。这有些武断,因其并未查清是被告违约还是原告违约。此其一。退一步说,即使认定被告违约,该违约行为是否构成了《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第94条(相当于《民法典》第563条第1款,下同)规定的解除条件?此其二。再退一步说,假如认定被告违约,原告是否行使了解除权?此其三。假如行使了,是在何时行使的?此其四,等等。此处暂且不论这些问题,重点辨析TZ人民法院(2015)二中民二初字第326号民事判决书关于差价损失及其赔偿的判决。

在笔者看来,TZ人民法院(2015)二中民二初字第326号民事判决书如此认定差价损失,必须以它认定原告处分涉案石墨是在适用《合同法》第119条(相当于《民法典》第591条第1款,下同)规定的减轻损失规则为前提,才有可能成立;否则,构成原告违约。

笔者注意到,《合同法》第119条第1款前段的用语是“采取适当措施防止损失的扩大”,具体到系争案件,原告与案外人先后签订两份《购销合同》必须属于“采取适当措施防止损失的扩大”,才有可能依照TZ人民法院(2015)二中民二初字第326号民事判决书列举的计算公式,计算差价,并责令被告予以赔偿。

可是,在笔者看来,原告与案外人先后签订两份《购销合同》并非“采取适当措施防止损失的扩大”,而是构成违约,无权就此差价损失请求被告全部赔偿。理由如下:(1)原告自认涉案货物的保质期至2015年7月10日,但其援用《合同法》第119条的规定,与案外人先后签订两份《购销合同》的时间却在2015年11月。此时,因涉案货物已过保质期,价格显然不会高。由此造成的损失显然是可归责于原告的,应当类推适用《合同法》第119条第1款后段关于“没有采取适当措施致使损失扩大的,不得就扩大的损失要求赔偿”的规定,由原告自食其果,不得转嫁给被告。(2)原告在诉讼过程中采取减轻损失的措施,应与被告沟通,洽商价格合理与否。但实际情况是,原告完全是自行其是。由此造成的原告将涉案货物出卖与案外人的价格偏低,不得全部由被告承受。(3)仅仅有《购销合同》尚难以证明原告确实将涉案货物售出了,换言之,尚未证明原告损失了这么多的差价。原告有义务举证其收到付清货款的发票,甚至举证案外人已经收到了涉案的货物。就现有的证据来看,原告没有举证其付清货款的发票,亦未举证证明案外人已经收到了涉案的货物。在这种背景下,TZ人民法院(2015)二中民二初字第326号民事判决书单凭涉案《购销合同》约定的价格就判决被告据此赔偿,明显武断。

## 五、余 论

### （一）减轻损失与举证证明责任

违约方若认为债权人未采取适当的减轻损失措施，应负举证证明责任。<sup>①</sup>《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》（法发[2009]40号）即采此种观点（第11条）。可是，如果存在着一个常规的市场，则证明市场价格的责任要由受害人承担。<sup>②</sup>鉴于《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》（法发[2009]40号）第11条的措辞是“违约方一般应当承担”，表明它承认这种例外。

### （二）减轻损失支出费用应否赔偿？

采取减轻损失的措施会产生费用，只要支出是合理的，债权人就可以请求违约方予以赔偿。甚至在减轻损失的过程中发生了额外的损失、无意地扩大了损失，仍不让有过错的违约方逃避赔偿责任。<sup>③</sup>

### （三）减损规则和与有过失规则之间的关系

1. 根据与有过失规则，债权人就引起损失也有过失时，承担相应的责任，或者说部分地承担责任，从实际操作的最终结果看，就是违约方少承担一些违约责任。债权人的过失可能加大了违约致害的数额，也可能没有加大，无论加大与否，只要债权人的过失助成违约致损的发生，就要负责。依据减轻损失规则，债权人未采取适当的措施致使违约造成的损失扩大了，就该扩大部分的损失，债权人不得请求违约方予以赔偿，由他“自食其果”。<sup>④</sup>不仅如此，债权人未采取适当的措施，也可能没有过失，但在一定情况下仍然负有减轻损失的责任。例如，在先期违约的情况下，债权人拒绝接受先期违约，表示坐等履行期限届至、届满，视情况而发生法定的、约定的后果。这本为债权人的权利，无可非议，但在“损害赔偿是足够的救济，而选择让合同继续有效时完全不合理的”情况下，债权人却负减轻损失的责任。

2. 在减轻损失规则中，债权人对于债务人的违约行为没有采取适当措施以减轻损失，违反的是不真正义务，甚至未违反义务，如前述“1”所举先期违约的例子。在与有过失规则中，债权人的过失，依规则的本质是非固有意上的过失，当然，在个案中也有固有意上的过失（真正义务）。

3. 在减轻损失规则中，债权人违反的是法定义务，即使当事人约定了减轻损失的义务，也不过是在重复法定义务，且在实务中不多见。在与有过失规则中，债权人违反当事人约定的义务所占比重要多些，更常见些。

4. 在减轻损失规则中，债权人的过失，必定发生于债务人违约之后，实际违约的场合如此，先期违约的领域亦然。在与有过失规则中，债权人的过失，既可以发生在债务人违约之后，也可以发生在债务人违约之前。“在区别与有过失和减轻损失时，记住下面一条是会有帮助的，即原告的减损义务的产生系后于违约而且后于原告意识到被告的不法行为已造成了损失；原告的与有过失的发生系先于或同于损失的发生。关键的区分事实是时间。”<sup>⑤</sup>例如，某汽车买卖合同约定，交车地点另行约定，买受人甲公司先提出意见，出卖人乙公司再核实确定。买受人甲公司的营业地是济宁，交车地点亦应是济宁，但它告知出卖人乙公司的却是集宁，出卖人乙公司本应依约核实而未核实，将车托运到了集宁。这应当属于出卖人乙公司与有过失，不适用减轻损失规则。

① 参见杨良宜：《损失赔偿与救济》，第341—342页；Cates v. Morgan Portable Bldg Corp., 780 F.2d 683(7th Cir.1985); [美] E. 艾伦·范斯沃思：《美国合同法》（原书第3版），第801页。

② Lewis v. Nine Mile Mines, 886 P.2d 912(Mont.1994).

③ 杨良宜：《损失赔偿与救济》，第310页，第341—342页。

④ Guenter H. Treitel, Remedies for Breach of Contract(Courses of Action Open to a Party Aggrieved), International Encyclopedia of Comparative Law(Chapter 16), Mouton, The Hague, and J.C.B. Mohr(Paul Siebeck), Tübingen, 76(1976).

⑤ Harvin D. Pitch, Damages for Breach of Contract, Toronto, Canada: The Carswell Company Limited, Toronto, Canada, 150(1985).

其实，德国民法和我国台湾地区的“民法”不设合理预见规则和减轻损失规则，这两项规则负责解决的问题交由因果关系、与有过失和损益相抵诸项规则解决；英美法系不单独地彰显与有过失和损益相抵的规则，因果关系也不显赫，特别依赖合理预见和减轻损失的规则。这样，在它们那里，大大减少了辨析它们、给它们划界的烦恼。

#### （四）探讨

甲作为A房的出卖人与作为买受人的乙于2002年7月6日订立A房买卖合同I，房价200万元人民币。甲的代理人自作主张于2002年12月7日将A房出卖给丙，房价250万元人民币。乙于2004年2月16日起诉至人民法院，以甲违约为由请求其赔偿损失150万元人民币，依据之一是此时此地的房地产市场价格是A房价值350万元。甲仅同意以其多卖出的50万元人民币赔偿乙。

处理该案需要考量的因素有若干，但其中之一是乙何时知晓或应当知晓甲一房二卖，乙于其知晓或应当知晓时有义务采取减轻损失的措施，即当即积极寻觅房源，以合理价格购买，以替代甲和乙所订合同的履行。乙陈述其知晓甲将A房出卖给丙的时间是2003年8月9日，此时此地房地产市场价格已经高涨了许多。甲不同意乙的陈述，同时能够举证证明乙于2003年1月1日知晓A房已经卖给丙（如乙看见丙装修A房，经询问得知丙购买了A房），那么，因此时此地的房屋市场价格没有明显波动，乙自此时有义务采取减轻损失的措施，另购其他合适的房屋，其损失至多是50万元人民币，故可对抗乙的诉讼请求。如果甲未能举证证明成功，只得采信乙的主张，乙自2003年8月9日开始采取减轻损失的措施，需要花费350万元人民币才可买到类似A房的房屋，那么，乙的诉讼请求就应当得到支持。

### On the Mitigation Rule

CUI Jian-yuan

(School of Law, Tsinghua University, Beijing, 100084)

**Abstract:** The obligation to mitigate the loss is an important part of the mitigation rule, which contains two aspects: first, the plaintiff is obliged to take positive steps to mitigate the loss caused by the defendant's breach of contract to the minimum. Second, if the defendant performs the contract properly, the plaintiff's actions are appropriate; but if the defendant has already breached the contract and the plaintiff continues to perform these actions, it will unjustifiably augment the losses caused by the breach of contract. The obligation to mitigate the loss arises mostly from the law and may also arise based on the agreement of the parties. Mitigation measures can be typified as the stopping of performance, making the substitute contract, renegotiation between the breaching party and the non-breaching party, and continuation of performance. The type of mitigation measures taken by the non-breaching party depends on the circumstances. The appropriateness of such measures should be judged based on the perception of a rational and economic person, and the requirement for such appropriateness should not be too strict. In terms of the procedure of judgment, findings of fact should be made based on the evidence provided by the parties. As to whether the non-breaching should make advance notice about the choice of measure to the breaching party, the prevailing view is that although notice is not fully negative, it is at best only one of the factors, and may not be crucial in determining the reasonableness of overall conduct. Reasonable costs incurred by the non-breaching party in taking mitigation measures should be compensated by the breaching party. If the non-breaching party fails to fulfill the obligation to mitigate, it won't be responsible for default but forfeits the right to claim enlarged damages from the breaching party.

**Keywords:** Obligation to Mitigate, Obliegenheiten, Stopping of Performance, Making the Substitute Contract, Renegotiation

[责任编辑：陈慧妮]