

## 论替代交易规则的适用要件

● 孙良国\*

**【内容摘要】**《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》第60条第2款明确将替代交易作为违约损害赔偿的优先计算方法予以规定,但该款并未规定替代交易规则的完整适用要件。替代交易规则有如下四个适用要件:非违约方已依法行使合同解除权、替代交易是原合同的替代、替代交易是合理的、替代交易的决定合乎善意。其中,合同解除是通常的适用要件,但基于既有的司法实践经验应设定明确的例外。替代性既可以表现为标的完全一致,在特别情形下也可以表现为标的不完全一致。合理性主要体现为价格合理性、时间合理性以及其他方式的合理性,其判断标准取决于市场语境和个案具体情形。善意包含了主观判断标准和客观判断标准。此外,为了合理分配交易风险和遏制投机行为,恰当的举证责任分配及其内容设计仍须更加精细。

**【关键词】** 替代交易 适用要件 合同解除 替代性 合理性 决定善意性

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》(以下简称《合同编通则解释》)第60条第2款规定:“非违约方依法行使合同解除权并实施了替代交易,主张按照替代交易价格与合同价格的差额确定合同履行后可以获得的利益的,人民法院依法予以支持;替代交易价格明显偏离替代交易发生时当地的市场价格,违约方主张按照市场价格与合同价格的差额确定合同履行后可以获得的利益的,人民法院不予支持。”<sup>[1]</sup>该款首次在规范层面明确规定了替代交易<sup>[2]</sup>这

\* 作者单位:大连海事大学法学院。本文为国家社科基金重点项目“基于类型化的违约损害赔偿计算的公式化研究”(项目编号:22AFX014)的阶段性成果。

[1] 这一条文之前经历了一些修改,目前的条文更简洁一些。综合考虑既有逻辑和起草思路,以及法官对条文准确理解的需要,笔者曾建议对此更简洁的表述是:“非违约方依法行使合同解除权并实施了替代交易,主张按照替代交易价格与合同价格的差额确定合同履行后可以获得的利益的,人民法院依法予以支持。”

[2] 替代交易有多重含义,既可以指救济(违约损害赔偿的计算方法),也可以指行为,还可以指减损措施中的替代安排。为聚焦主题,本文未对作为减损措施的替代交易予以讨论。

一违约损害赔偿主观(具体)计算方法<sup>[3]</sup>并赋予其优先地位,回应了学术界的普遍关注,<sup>[4]</sup>是我国民事法律制度的重要创新和重大进步。关于替代交易规则的地位,美国法学家詹姆斯·怀特等教授认为:“《美国统一商法典》(UCC)第 2-712 条(即替代交易规则——引者注)的重要性怎么强调都不为过。该条规定的损害赔偿公式接近于将作为非违约方的买方置于与继续履行相同的经济地位,而且能够使买方实现合同的主要目标,即获得所需的货物。”<sup>[5]</sup>韩世远教授也认为:“具体的计算方法最能体现保护债权人的作用,其存在价值不容忽视。”<sup>[6]</sup>《合同编通则解释》第 60 条第 2 款能够更好地实现《民法典》第 584 条有关“完全赔偿”的规定。

基于对立法传统的坚持,《合同编通则解释》第 60 条第 2 款并未规定替代交易规则的完整适用要件,而是将替代交易规则留待司法实践和学术研究充实和细化。<sup>[7]</sup>目前面临的一个棘手问题是,国内法学界对替代交易规则适用要件的研究相对比较少,<sup>[8]</sup>尚不足以以为完备的制度设计提供充分的学术支撑。而唯有完整的适用要件才能够为法官准确适用替代交易规则提供坚实的学理基础和裁判基础。替代交易在我国虽已有一定的司法实践基础,但对既有的实践经验亟需详细分析与高度提炼。比较法上有关替代交易的规定和案例相对成熟,这些规定和案例有很好的参考或借鉴价值。从既有的规则、案例以及学术文献出发,本文认为替代交易规则的适用要件<sup>[9]</sup>包括如下四个:(1)非违约方已依法行使合同解除权;(2)替代交易是原合同的替代;(3)替代交易是合理的;(4)替代交易的决定合乎善意。为更好地适用替代交易规则,下文也将对替代交易的举证责任进行初步分析。

## 一、非违约方已依法行使合同解除权

合同是否已解除是替代交易规则适用要件的一个重要问题。以下区分一般情形和例外情形对此进行分析。

### (一)在一般情形下原合同须解除

《合同编通则解释》第 60 条第 2 款中的“依法行使合同解除权”并未表述为“合同已解除”。“合

[3] 参见王利明:《合同法研究》(第 2 卷·第 3 版),中国人民大学出版社 2015 年版,第 650 页。

[4] 参见孙良国:《违约损害赔偿的具体计算方法》,载“中国法学会民法学研究会 2018 年年会会议简报第九期”,<https://www.chinalaw.org.cn/portal/article/index/id/13201/cid/>,2024 年 1 月 12 日访问。

[5] See James J. White, Robert S. Summers, Daniel D. Barnhizer, Wayne Barnes & Franklin G. Snyder, Uniform Commercial Code, Seventh Edition, West Academic Publishing, 2022, p. 249.

[6] 韩世远:《合同法学》,高等教育出版社 2022 年版,第 293-294 页。

[7] 最高人民法院 2022 年度司法研究重大课题“民法典合同编司法解释实证研究”之课题组曾对《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释(征求意见稿)》第 63 条第 2 款(即《合同编通则解释》第 60 条第 2 款)提出两个修改建议(该款的修改建议由笔者执笔):(1)对替代交易规则的适用要件进行规定;(2)对该款的结构进行调整,将分号后面的内容删除。主要理由有两个:(1)首次出现的替代交易需要明确的界定,否则无法准确适用;(2)该款分号之后的内容与同条第 3 款一致,毋庸重复。

[8] 参见孙良国:《期望损害赔偿的实现:替代交易的研究》,载《当代法学》2009 年第 6 期,第 87-94 页;张金海:《论作为违约损害赔偿计算方法的替代交易规则》,载《法学》2017 年第 9 期,第 133-144 页;王怡聪、孙良国:《作为违约损害赔偿计算方法的替代交易研究》,载《中国人民大学学报》2021 年第 2 期,第 135-144 页。

[9] 就替代交易规则的适用要件而言,学界有不同的概括模式,例如美国艾森伯格教授的“二阶段说”(即搜寻的合理性以及决定的善意性),参见[美]梅尔文·A.艾森伯格:《合同法基础原理》,孙良国、王怡聪译,北京大学出版社 2023 年版,第 277-278 页;也有学者不区分阶段而仅涉及具体要求,参见 Ingeborg Schwenzer & Ulrich G. Schroeter (eds.), Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), Fifth Edition, Oxford University Press, 2023, p. 1325-1329. 考虑到我国法学教育的特点,经过深入思考,本文采用后一种概括模式。

同已解除”作为替代交易规则的适用要件既是部分国际合同示范法、国际公约文本的一般表述,<sup>[10]</sup>也是学者的通常观点。<sup>[11]</sup>“依法行使合同解除权”这一表述的核心包括两个方面:非违约方必须在法律上享有合同解除权并且依法通知了违约方。在法律上不享有合同解除权而进行的合同解除通知并无法律意义,进行的替代交易也就欠缺法律基础。就现有规则而言,如果合同解除作为替代交易规则的适用要件,在符合《民法典》第563条规定的前提下,非违约方只需根据《民法典》第565条向违约方发出解除合同的通知,自通知到达违约方时合同解除。“合同已解除”的前提也必须是“非违约方在法律上有解除权,而且依法行使了合同解除权且合同解除通知已到达违约方”。合同解除通知的到达在即时通讯时代基本不产生争议,故在实质意义上,非违约方已依法行使合同解除权与原合同已解除在一般情形下是重合的。<sup>[12]</sup>

学界之所以将合同解除作为替代交易规则的适用要件,主要是基于以下两个原因。其一,便利裁判。在种类物交易的场合,将合同解除作为替代交易规则的适用要件有助于避免重复履行。在特定物交易的场合,合同解除的要求可指引法院审慎审查违约方的违约行为是否达到解除的程度,如未达到合同解除的要求,非违约方的替代交易则构成违约。其二,避免对非违约方的过度保护。若合同未解除,非违约方既可以作出替代交易而要求损害赔偿,又可以要求继续履行。<sup>[13]</sup>例如,A与B订立货物买卖合同,A违反合同拒绝提供货物。此时B就获得了解除权,可通知A解除合同,之后就可以进行替代交易。如果不以合同解除为替代交易规则的适用要件,在A拒绝提供货物后,B就进行了替代交易,此时合同尚未解除,合同仍有约束力,那么B依然有权利要求对方继续履行,A依然可以继续履行,替代交易加上原合同的继续履行就可能涉及重复履行。而且,这一过程还可能产生不确定性,即B获得了合同解除权,在B没有实际行使解除权时,A也面临是否继续履行的选择。而如果以合同解除作为替代交易规则的适用要件,非违约方就可以自由地进行替代交易,违约方也无需继续履行。总之,以合同解除作为适用要件就可避免重复履行,提高确定性及效率。

国际合同示范法、国际公约的相关规定以及我国既有司法实践支持了上述分析。《国际商事合同通则》(2016)(PICC)第7.4.5条<sup>[14]</sup>、《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)第75条<sup>[15]</sup>、《欧洲示范民法典草案》(DCFR)第Ⅲ-3:706条<sup>[16]</sup>均将合同解除作为替代交易规则的适用要件。对此的一般解释是,只有合同得以终止,合同义务才得以免除。在司法裁判中,仅在构成根本违约时,非违约方才能

[10] 参见《国际商事合同通则》(2016)(PICC)第7.4.5条、《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)第75条、《欧洲示范民法典草案》(DCFR)第Ⅲ-3:706条。

[11] 参见张金海:《论作为违约损害赔偿计算方法的替代交易规则》,载《法学》2017年第9期,第133页;刘承魁、吴志宇:《违约损害赔偿中的替代交易规则解释论》,载《法治研究》2024年第1期,第44-48页。

[12] 最高人民法院对此也作出相同解释。参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著:《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》,人民法院出版社2023年版,第671页。

[13] 参见刘承魁、吴志宇:《违约损害赔偿中的替代交易规则解释论》,载《法治研究》2024年第1期,第45-47页。

[14] 该条规定:“受损害方已终止合同并在合理时间内以合理方式进行了替代交易的,该方当事人可对合同价格与替代交易价格之间的差额以及任何进一步的损害要求赔偿。”

[15] 该条规定:“如果合同被宣告无效,而在宣告无效后(终止后)一段合理时间内,买方已以合理方式购买替代货物,或者卖方已以合理方式将货物转卖,则要求损害赔偿的一方可以取得合同价格和替代货物交易价格之间的差额以及按照公约第74条规定可以取得的任何其他损害赔偿。”需要特别注意的是,《联合国国际货物销售合同公约》第75条中“如果合同被宣告无效”的中文官方翻译对应的英文为“If the contract is avoided”,此处“avoided”的准确意思是“terminated”(终止)。在我国法语境下,此处“avoided”的准确意思是“被解除”。因此,本文中的“合同终止”与“合同解除”是同等使用的。

[16] 该条规定:“债权人依据第五节(即合同终止的规定——引者注)的规定解除了全部或者部分合同关系,并在合理的时间内以合理的方式进行了替代交易的,得在有权获得赔偿的范围内请求合同价格与替代交易价格之间的差额以及其他损失的赔偿。”

解除合同进而进行替代交易。例如,在德国班堡上诉法院于1999年审理的“土耳其衣服案”中,法院认为,非违约方没有首先宣告合同终止就进行了一个替代性购买,因而不能适用《联合国国际货物销售合同公约》第75条计算非违约方的损害赔偿。在宣告合同终止前就按照替代交易计算损失是不恰当的,因为“当合同被终止时,当事人失去了要求履行的权利,而且其重新获得了处置自由。直到那时,其按照合同的规定而忠实于另一方当事人的义务还一直存在”。<sup>[17]</sup>而且,《联合国国际货物销售合同公约》的咨询委员会(Advisory Council)支持此种基于文义的解释,“在替代交易进行之前,合同终止是必需的,因为正是合同终止的宣告才终止了当事人在合同项下的权利,并且赋予了当事人在其他地方寻求履行的自由”。<sup>[18]</sup>上述理由和结论在一般意义上是恰当的。

此处的合同解除既包括全部解除,也包括部分解除。在全部解除情形下,替代交易的适用不存在争议。在部分解除情形下,替代交易的适用仍然是可能的。例如,在分期交货的情况下,如果不履行某一期的交货,合同当事人可以就该期履行予以解除,而且就该期履行的货物进行替代交易。在部分货物已经交付、部分货物尚未交付的情况下,如果违约方明确拒绝交付剩余货物,那么非违约方就该剩余部分货物可以解除合同,此时就该部分货物进行替代交易也是恰当的。而在瑕疵履行情形下,如果合同标的物可分,只要满足合同解除的条件,无论全部解除还是部分解除,就合同被解除的相应部分,非违约方依然可以进行替代交易。只有此种解释才符合替代交易规则的规范目的。

然而,这种理解在标的物不可分情形下的瑕疵履行中可能会存在一些特殊问题。例如,A与B之间就一个汽车订立购买合同,A提供的汽车的四个轮胎不符合质量要求,而B已经联系不上A或者A拒绝修理。此时B自己购买了四个合格的轮胎,价格是1200元(300元×4)。假设旧轮胎没有价值(即不涉及损益相抵问题),B购买新轮胎是否是替代交易呢?本文认为,从行为角度看,这的确是替代交易,但是为便于操作和计算,受害人未必主张替代交易损害赔偿。实际上,可通过瑕疵担保责任解决此种情况,即由补救成本(cost of cure)的违约损害赔偿公式实现1200元的赔偿。此种解决方案简单、清晰、便捷,是通常的解决方案。

## (二)在例外情形下原合同无需解除

在复杂的现实交易面前,尤其是在一些情形下,非违约方没有依法行使合同解除权,或者说要求原合同解除作为替代交易规则的适用要件可能会产生不妥当的结果,有失公平,这些情形就构成了合同解除这一适用要件之例外。<sup>[19]</sup>根据既有的司法实践,如下情形可构成合同解除这一适用要件之例外。

### 1. 违约方明确拒绝履行

在我国的司法实践中,因为在《合同编通则解释》实施之前欠缺替代交易规则,所以法院未将合

[17] See Turkish Cloth Case, CISG-online 516, [https://cisg-online.org/files/cases/6484/translationFile/516\\_33750209.pdf](https://cisg-online.org/files/cases/6484/translationFile/516_33750209.pdf), last visit on Feb. 12, 2024.

[18] See CISG-AC Opinion No. 8, Calculation of Damages under CISG 75 and 76, Opinion 2.3.3, [https://www.trans-lex.org/500158/\\_cisg-advisory-council-opinionno-8--calculation-of-damages-under-cisg-articles-75-and-76/](https://www.trans-lex.org/500158/_cisg-advisory-council-opinionno-8--calculation-of-damages-under-cisg-articles-75-and-76/), last visit on Feb. 12, 2024. 这一观点也是非常普遍的。See Sad Najwyższy (Poland), CISG-online 1399, [https://cisg-online.org/files/cases/7321/abstractsFile/1399\\_96094341.pdf](https://cisg-online.org/files/cases/7321/abstractsFile/1399_96094341.pdf), last visit on Feb. 12, 2024; Audiencia Provincial de Valencia (Spain), CISG-online 1369, [https://cisg-online.org/files/cases/7291/abstractsFile/1369\\_92281920.pdf](https://cisg-online.org/files/cases/7291/abstractsFile/1369_92281920.pdf), last visit on Feb. 12, 2024.

[19] 笔者曾主张替代交易不以合同解除为要件,目前看来此观点并不妥当:其一,《合同编通则解释》第60条第2款以合同解除为适用要件;其二,“一般”与“例外”关系的误置。在替代交易规则中,“一般”是指合同解除为替代交易规则的适用要件,“例外”是指合同解除在替代交易中并非适用要件。值得赞赏的是,权威解释也看到此点,认为“不宜绝对化否认在解除合同前可进行替代交易”。参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著:《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》,人民法院出版社2023年版,第671-672页。笔者将“不宜绝对化否认在解除合同前可进行替代交易”的情形列为“例外”情形。

同解除作为适用要件。但从经验角度分析,即使不将合同解除作为替代交易规则的适用要件,通常也不会产生明显的不利后果,原因如下。其一,在拒绝履行的情形下,违约方再履行的可能性通常非常小,重复履行的概率因此也就大大降低了。其二,即使不将合同解除作为替代交易规则的适用要件,非违约方也大概率会通知对方自己不再需要继续履行或者已经作出替代交易的事实。其三,《民法典》采取通知解除的模式,在即时通讯技术如此发达的时代,该模式对解除权人施加的通知解除成本或费用是极低的或者可忽略不计的。

一种较为棘手的情况是,非违约方未与违约方达成协议解除合同或者未根据《民法典》第563条发出解除通知便进行了替代交易,违约方也未主动要求继续履行。但非违约方其后提起诉讼,主张替代交易损害赔偿。此时,法院是否应当认定此种替代交易不适当而不支持替代交易损害赔偿?法官对此的潜在考量应当是,不能仅仅因为没有进行通知解除就否定非违约方适用替代交易的损害赔偿计算公式。

在《联合国国际货物销售合同公约》的实施过程中,类似的情况和争论也是存在的。如果债务人已经明确且肯定地宣布自己不会履行合同或者不会根据合同条款履行合同,而且债权人在未终止合同时进行了替代交易,此时《联合国国际货物销售合同公约》第75条可否适用?对此,一个权威的回答是,在此种情况下不得适用该第75条的规定。因为根据该条规定,合同终止的宣告才终止了合同当事人的权利,而且赋予非违约方在其他地方寻求替代交易的自由,因此替代交易必须发生在合同终止之后。<sup>[20]</sup> 本文认为,上述结论过于武断和僵化了,并不能确保在所有情况下都产生合理的结果。其一,如前所述,在某些情况下,合同解除未必适合作为替代交易规则的适用要件。其二,“法学家设想具体场景的局限,限制了法学术语的使用和对法律规则的提炼”。<sup>[21]</sup> 简单依据文本进行法律适用可能会产生非常不适当的结果。“《联合国国际货物销售合同公约》第75条要求在替代交易之前有效地宣告合同终止。然而在实践中,在终止合同之前缔结替代交易对当事人来说也是合理的。”<sup>[22]</sup> 通过设定例外的方式解决问题,是一种非常重要的法律技术。其目的在于实现一个更妥当的结果。“适用有约束力先例的另一个替代是创设规则的例外,因此限制规则的范围……理解例外的一个方法是像除外条款(unless clause)——如果已建立的规则ABC存在例外X,该规则可以有效地被重新表述为‘ABC, X除外’(ABC unless X)。”<sup>[23]</sup>

此种设定例外的法律技术在程序和结果上都符合实质公平的要求,可以有效地保护非违约方的合理预期,进而得到了司法实践的充分支持。例如,在瑞士苏黎世商事法院于2014年审理的“中国盘条案”中,一个瑞士的卖方与一个意大利的买方缔约销售盘条(wire rod)。当载货船将货物运至意大利时,买方拒绝接货。卖方就再卖了货物,而且请求赔偿原合同价格和替代交易价格之间的差额。法院认为,即使债权人没有终止合同,《联合国国际货物销售合同公约》第75条在该例外情况下也可以适用,即在债务人慎重且确定地拒绝履行的场合,具有决定性的是通常的和慎重的商人在相同情况下

[20] See CISG-AC Opinion No. 8, Calculation of Damages under CISG 75 and 76, Opinion 2.3.2, [https://www.trans-lex.org/500158/\\_cisg-advisory-council-opinionno-8-calculation-of-damages-under-cisg-articles-75-and-76/](https://www.trans-lex.org/500158/_cisg-advisory-council-opinionno-8-calculation-of-damages-under-cisg-articles-75-and-76/), last visit on Feb. 12, 2024.

[21] 孙良国:《违约方合同解除制度的功能定位及其意义》,载《吉林大学社会科学学报》2021年第3期,第85页。

[22] See Ingeborg Schwenzer, Christiana Fountoulakis & Mariel Dimsey, *International Sales Law: A Guide to the CISG*, Third Edition, Hart Publishing, 2019, p. 609.

[23] See Melvin A. Eisenberg, *Legal Reasoning*, Cambridge University Press, 2022, p. 73.

的标准以及通常的购买和销售价格。卖方的请求得到了支持。<sup>[24]</sup>这一表述具有一般性,法律并不要求非违约方“采取其在通常的商业过程中通常不会采取的措施”。<sup>[25]</sup>

又如,在德国汉堡上诉法院于1997年审理的“铁钼案”中,一个德国卖方和一个英国买方缔结了铁钼买卖合同。在合同订立后的几天内,买方拒绝了卖方因市场价格上涨而提高购买价格的提议。卖方让买方接受交货迟延以及钼含量的降低。买方接受了但确定了一个更短的交货期间。由于卖方没有在该确定期间内履行,为了能够履行一个已经与第三方签订的合同,买方就必须以更高价格进行替代交易。买方提起诉讼请求赔偿替代交易价格与合同价格之间的差额。在该案中,法院并未像《联合国国际货物销售合同公约》第75条通常要求的那样调查如下事实,即在作出替代性购买之前买方是否已经终止合同,而是认为一个明确的终止合同宣告并非必需,因为在买方作出替代性购买之前,卖方已经非常慎重且终局地拒绝根据买卖合同履行合同了。<sup>[26]</sup>《联合国国际货物销售合同公约》本身没有对终止合同宣告作出例外规定,然而它通过适用第7(1)条在国际贸易中基于诚实信用原则实现了如下结果:如果另一方当事人确定地不会履行义务,那么终止合同的宣告就并非必需。<sup>[27]</sup>上述裁判见解依然可用。在德国慕尼黑上诉法院于2004年审理的“家具用皮革案”中,法院认为,在债务人明确宣告不会履行其合同义务时,要求债权人独立宣告合同终止是不正当的形式主义。根据法律确定性原则,确定卖方拒绝履行义务的时刻和确定买方宣告合同终止的时刻是一样简单的。基于禁止自相矛盾行为之原则,非违约方未宣告终止合同并不影响获得赔偿替代交易价格与合同价格之间的差额。<sup>[28]</sup>该规则的此种例外在最近数年获得了许多支持。<sup>[29]</sup>

《国际商事合同通则》直接对这一问题进行了更具技术性和策略性的处理,值得参考。其一,在替代交易发生于合同终止之前的场合下,此种情况并不属于《国际商事合同通则》第7.4.5条的适用范围。其二,在不履行方非常清晰地表明不会按照合同履行时,《国际商事合同通则》第7.4.5条的适用例外就产生了。违约方不能要求非违约方在缔结替代交易时通知自己解除合同,否则会被认为有违国际贸易中的“诚实信用与公平交易”(good faith and fair dealing)原则。<sup>[30]</sup>

## 2. 违约方履行不能

有学者认为,在法律上或者事实上不能履行的情形下,法律应当允许非违约方在知道违约方履行不能时实施替代交易,无需以合同解除作为替代交易规则的适用要件。其主要理由是非违约方的继续履行请求权被排除,不存在重复履行的可能了。<sup>[31]</sup>本文赞同此种观点及其理由,此处不赘。

[24] See Chinese Wire Rod Case II, CISG-online 2656, [https://cisg-online.org/files/cases/8570/fullTextFile/2656\\_94528278.pdf](https://cisg-online.org/files/cases/8570/fullTextFile/2656_94528278.pdf), last visit on Feb. 12, 2024.

[25] See Mindy Chen-Wishart, *Contract Law*, Seventh Edition, Oxford University Press, 2022, p. 559.

[26] See Iron Molybdenum Case, CISG-online 261, [https://cisg-online.org/files/cases/6235/abstractsFile/261\\_41056873.pdf](https://cisg-online.org/files/cases/6235/abstractsFile/261_41056873.pdf), last visit on Feb. 12, 2024.

[27] See Ingeborg Schwenzer, Christiana Fountoulakis & Mariel Dimsey, *International Sales Law: A Guide to the CISG*, Third Edition, Hart Publishing, 2019, p. 611.

[28] See Leather for Furniture Case, CISG-online 1013, [https://cisg-online.org/files/cases/6937/abstractsFile/1013\\_85191491.pdf](https://cisg-online.org/files/cases/6937/abstractsFile/1013_85191491.pdf), last visit on Feb. 12, 2024.

[29] See Stefan Kröll, Loukas Mistelis & Pilar Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): A Commentary*, C. H. Beck, 2018, p. 995.

[30] See Stefan Vogenauer (ed.), *Commentary of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Second Edition, Oxford University Press, 2015, p. 998.

[31] 参见张金海:《论作为违约损害赔偿计算方法的替代交易规则》,载《法学》2017年第9期,第138页。

## 二、替代交易是原合同的替代

替代交易的核心特征在于,其必须在事实上是原合同的替代。因此,替代性是替代交易的规定性要求。这意味着如果替代交易并非原合同的替代,而当事人仍主张其是替代交易,那么可以初步证明作出替代交易的缔约方是在进行投机行为。无论是基于原理分析还是根据实践需求,替代交易与原合同的具体目的或者功能指向都必须紧密相关。以替代交易的标的与原合同标的是否完全一致作为区分标准,替代交易可以区分为两种不同的形式。

### (一) 替代交易的标的与原合同的标的完全一致

从通常理解来看,替代交易的标的与原合同的标的应当是完全一致的。完全一致意味着替代交易是原合同的完全替代。在拒绝履行的情况下,替代交易是原合同的替代通常是没有争议的。例如,在“吴依绮与曹希会信息网络买卖合同纠纷案”中,原告与被告的原合同是购买99朵玫瑰,而原告与第三人订立的合同即替代交易也是购买99朵玫瑰。<sup>[32]</sup>那么,替代交易的标的与原合同的标的是完全一致的。尽管阿兰·法恩斯沃思教授认为,“法院并不一直都愿意将《美国统一商法典》中以替代交易为基础的损害赔偿延伸至不涉及货物买卖的合同”,<sup>[33]</sup>但是比较法以及美国的部分案例则认为,替代交易并不独属于货物交易,其当然也适用于服务交易。<sup>[34]</sup>我国的司法实践也认同了此种选择。最典型的是“中山市浴皇电器有限公司与广州莱欧展览服务有限公司、钟毓玲委托合同纠纷案”。在该案中,浴皇公司与莱欧公司缔约,莱欧公司为浴皇公司提供广交会的展位,然而莱欧公司违反约定,导致浴皇公司在临近展期时无法如期参展,此时浴皇公司就不得不再行订立合同获得此类展位。<sup>[35]</sup>基于后一展位而订立的替代合同显然是对原合同的替代。

如果相关商品的市场价格变动较大,买方就可能到市场上进行多次购买。判断替代交易是否是原合同的替代就成为难题。合理的理解是,替代交易作为原合同替代的判断也体现为一个合理的幅度而非仅仅是一个点,且应受到其他适用要件的限制。“一些买方可能会选择最能显著增加其损害赔偿额的合同作为替代合同。例如,如果买方知道四个潜在的卖方,四个卖方就相同商品提供的价格并不相同,如从6000美元到10000美元不等,此时若买方从要价最高的卖方处购买,法院就应当否认此种补进的索赔。理由是此种补进非善意为之。”<sup>[36]</sup>

在卖方可能多次再卖的语境下,如何认定替代交易是原合同的替代也是一个关键问题。然而,法院通常会通过善意原则等限制卖方可能产生的投机行为或者策略行为。在“爱佩思石油公司诉纽约贝尔彻公司案”中,买方违反了石油购买合同。石油已经被特定化至合同项下,而卖方在第二天就将该批石油卖出了,此次再卖的价格高于后来被特定化至合同项下石油的销售价格。卖方试图使用后来特定化至合同项下石油的更低价格来计算损害赔偿(根据合同价格减去再卖价格的替代交易损害

[32] 参见广州互联网法院(2021)粤0192民初24359号民事判决书。

[33] See E. Allan Farnsworth, *Farnsworth on Contracts, Third Edition, Vol. III*, Aspen Publishers, 2004, p. 226.

[34] 参见孙良国:《期望损害赔偿的实现:替代交易的研究》,载《当代法学》2009年第6期,第92页; Hughes Communications Galaxy v. United States, 271 F. 3d 1060 (Fed. Cir. 2001).

[35] 参见广东省广州市天河区人民法院(2019)粤0106民初24166号民事判决书。

[36] See James J. White, Robert S. Summers, Daniel D. Barnhizer, Wayne Barnes & Franklin G. Snyder, *Uniform Commercial Code, Seventh Edition*, West Academic Publishing, 2022, p. 245-246.

赔偿计算公式,卖方由此所能获得的损害赔偿额就会更高)。法院拒绝依据后来的更低价格判予更高的损害赔偿额,并且认为根据《美国统一商法典》第 2-501 条和第 2-103(2) 条的规定,卖方能够去除有形商品的特定化而且可以将其他商品特定化至合同项下。然而,此种后来新特定化的替代商品的销售价格必须准确反映合同商品的市场价值。<sup>[37]</sup>权威学者赞同此判决结果。<sup>[38]</sup>概言之,为了使自己获得更高的赔偿额而策略性地选择特定的替代交易,该特定替代交易的选择就不符合善意原则,不能以之作为替代交易损害赔偿计算的基础。

## (二) 替代交易的标的与原合同的标的不完全一致

尽管替代交易的标的与原合同的标的完全一致是常见的,但交易场景的复杂性意味着在有些交易语境下可能出现替代交易的标的与原合同的标的不完全一致的情况。这种不完全一致的原因可能是多样的,例如市场提供的标的物数量的变化,标的物所在的市场是中等异质或者高度异质市场,技术进步导致标的物的革新。当然,不完全一致也需要受到限制,即无论如何,不完全一致的替代商品在功能上必须是替代原合同标的物物的。“在诸如质量、信用或者交付时间等问题上,替代交易并不需要与原合同的条款完全一致,只要替代交易事实上是被终止交易的替代即可。”<sup>[39]</sup>

如果合同标的物在地方市场上的数量不足,或者当事人不愿意采购那么多数量的商品,此时标的物在数量上的不完全一致也是可能出现的,但只要在功能上具有替代性,基于替代交易优势特征的考量,此种交易整体上仍可被认定为适格的替代交易。

如果合同标的物已经不存在或者未形成可用市场(available market),那么可选的替代物可能与原合同标的物并不完全相同。一个情况是,原合同的货物与替代性货物在生产效率上不同。例如,当事人之间订立了一个四速食品搅拌机的买卖合同,卖方拒绝履行。此时四速食品搅拌机已经断货了,只有八速食品搅拌机可供销售,那么八速食品搅拌机当然也可成为替代物。类似的情况在我国判决中也是得到承认的。例如,“买方在卖方明确拒绝出售房屋后不久就另购了房屋,且房屋位于诉争房屋的同小区,面积相近,故二者价格具有一定的可比性……”<sup>[40]</sup>对此的专业术语表达是,替代交易的房屋是原合同房屋的替代。

如果基于技术的变化,原合同约定的货物或者部件已经被淘汰,新的功能性替代货物的生产效率更高,那么,这还是一个适格的替代交易吗?答案是明显的,这并不否认其是适格替代交易的可能。问题在于,在替代交易的标的与原合同的标的不完全一致尤其是替代物更有效率的情况下,非违约方是否还能够获得所有的差额。基于功能的考虑,同时考虑到违约方是否额外获益等因素,本文同意如下观点:“如果补进的商品所增加的质量不会使买方受益,那么就应当允许买方从违约的卖方获得全部赔偿。如果卖方能够证明由于增加的质量,买方能够从转卖中获得利润,那么根据《美国统一商法典》第 2-712 条的规定,卖方的损害赔偿额应当做相应的扣减从而将其置于如合同履行时的地位。”<sup>[41]</sup>

[37] See Apex Oil Co. v. Belcher Co. of New York, Inc., 855 F. 2d 997, 6 UCC 2d 1025 (2d Cir. 1988).

[38] See James J. White, Robert S. Summers, Daniel D. Barnhizer, Wayne Barnes & Franklin G. Snyder, Uniform Commercial Code, Seventh Edition, West Academic Publishing, 2022, p. 312.

[39] See Secretariat Commentary, art 71 [draft counterpart to CISG art. 75], <https://cisg-online.org/Travaux-preparatoires/1979-secretariat-commentary>, last visit on Feb. 12, 2024.

[40] 广东省广州市中级人民法院(2017)粤 01 民终 13079 号民事判决书。

[41] See James J. White, Robert S. Summers, Daniel D. Barnhizer, Wayne Barnes & Franklin G. Snyder, Uniform Commercial Code, Seventh Edition, West Academic Publishing, 2022, p. 246.



### 三、替代交易是合理的

替代交易的合理性是替代交易的内在要求。有学者认为,《合同编通则解释》第60条第2款并没有采取比较法上对替代交易须“以合理的方式实施”的要求,但是替代交易仍应满足特定的条件。<sup>[42]</sup>本文赞同上述观点,主要理由有三。其一,从《合同编通则解释》第60条第2款、第3款的规定来看,替代交易既有交易价格的要求,也有交易发生地的要求,并不仅限于价格。其二,《合同编通则解释》第60条第2款在立法技术上就没有采取比较法上的做法,所以很难或者不能从中得出法律对替代交易没有“以合理的方式实施”的要求。其三,合理性是替代交易的内在要求,是替代交易规则得以正当化的基础。权威解释认为,在合理时间内以合理方式作出的替代交易是适格的替代交易。<sup>[43]</sup>当然,替代交易具有语境性,即替代交易的合理性取决于个案情况。一个抽象的判断标准是,非违约方必须尊重相关贸易惯例,且像一个“自信且慎重的商人”所为的那样作出替代交易。<sup>[44]</sup>这是从积极方面所作的解释,当然也可以从消极方面进行解释,之所以要求替代交易的合理性,是因为法律要保护违约方免受如下损害,即非违约方因在市场上进行投机行为而导致违约方作出过高的损害赔偿。<sup>[45]</sup>《国际商事合同通则》第7.4.5条的官方评论1明确指出:“为了避免非履行方受到粗暴行为或者恶意行为的损害,替代交易才必须要在合理时间内以合理方式进行。”

替代交易的合理性主要体现为价格合理性、时间合理性。价格合理性与时间合理性既紧密相关,又可相对分离。一般而言,时间不合理迟延的,价格会存在不合理之处,而时间合理往往意味着价格合理。两者的相对分离体现为替代交易的时间如果非常不合理,即使替代物一样、替代交易价格合理,替代交易与原合同之间也丧失了相关性。<sup>[46]</sup>当然,时间合理性和价格合理性并非替代交易合理性判断的全部,其他方式的合理性也是重要的判断因素。

#### (一) 替代交易合理性的判断需避免上帝视角

替代交易合理性判断的根基在于其发生语境,发生语境是指替代交易是为了替代原合同而产生的交易。替代交易均是具体的且与原合同有根本关联。一旦违约发生,设定完全的“履行时状态”就是反事实的。就损害赔偿而言,从金钱角度衡量,完全赔偿尽可能达到或者接近理想的“履行时状态”。进一步的推论就是法律要避免从全知全能者的视角对替代交易作出“事后诸葛亮式”的判断,即当事人不能以替代交易不是最佳的交易为由否定其合理性。换言之,非违约方不需要在再次销售或者补进之前穷尽所有的搜索渠道。<sup>[47]</sup>

[42] 参见刘承勰、吴志宇:《违约损害赔偿中的替代交易规则解释论》,载《法治研究》2024年第1期,第48页。

[43] See CISG-AC Opinion No. 8, Calculation of Damages under CISG 75 and 76, Opinion 2.3, [https://www.trans-lex.org/500158/\\_/cisg-advisory-council-opinionno-8:-calculation-of-damages-under-cisg-articles-75-and-76/](https://www.trans-lex.org/500158/_/cisg-advisory-council-opinionno-8:-calculation-of-damages-under-cisg-articles-75-and-76/), last visit on Feb. 12, 2024.

[44] See CISG-online 2656, [https://cisg-online.org/files/cases/8570/fullTextFile/2656\\_94528278.pdf](https://cisg-online.org/files/cases/8570/fullTextFile/2656_94528278.pdf), last visit on Feb. 12, 2024.

[45] See Stefan Kröll, Loukas Mistelis & Pilar Perales Viscasillas, UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): A Commentary, C. H. Beck, 2018, p. 999.

[46] See Victor P. Goldberg, Reckoning Contract Damages: Valuation of the Contract as an Asset, 75 Washington and Lee Law Review 301, 309 (2018). 当然,这一问题也可以从因果关系的角度思考,参见崔建远:《因果关系在违约责任中的地位及其学说演变》,载《江海学刊》2022年第5期,第155-156页。

[47] See CISG-AC Opinion No. 8, Calculation of Damages under CISG 75 and 76, Opinion 2.3.1, [https://www.trans-lex.org/500158/\\_/cisg-advisory-council-opinionno-8:-calculation-of-damages-under-cisg-articles-75-and-76/](https://www.trans-lex.org/500158/_/cisg-advisory-council-opinionno-8:-calculation-of-damages-under-cisg-articles-75-and-76/), last visit on Feb. 12, 2024.

## (二) 价格合理性及其判断

价格合理性是判断替代交易合理性的最重要因素。但是基于替代交易的功能,与替代交易相关的所有因素都要进行评估,一个超过市场价格购买的交易也可能满足合理性要求。<sup>[48]</sup>至于替代交易的价格偏离或者明显偏离市场价格是否构成不合理的替代交易,则主要依据时间因素以及其他具体交易因素进行综合判断。对价格合理性的一个比较权威的解释是:“就以合理方式作出的替代交易而言……替代交易作出的合理方式必须是,能够在那一情况下以具有合理性的最高价格再次销售,或者以具有合理性的最低价格补进。因此,在诸如质量、信用或者交付时间等问题上,替代交易并不需要完全相同的条款,只要替代交易事实上是被终止的交易的替代即可。”<sup>[49]</sup>

《合同编通则解释》第60条第2款后段规定:“违约方有证据证明替代交易价格明显偏离替代交易发生时当地的市场价格,主张按照市场价格与合同价格的差额确定合同履行后可以获得的利益的,人民法院依法予以支持。”这从反面规定了替代交易价格合理性的要求。然而,不得不承认的是,目前此种立法技术有失偏颇,甚或产生不可取的后果。其一,在标的物存在全国市场或者地方市场时,替代交易必须发生于当地的要求就没有合理性了。其二,基于上一点,在相当数量的交易语境下,将替代交易限于当地的市场价格也就不符合合理性的要求了。换言之,这一规定简单地按照上述规定的文义进行适用就会产生不利的影响。价格合理性的判断在根本上取决于商品或者服务自身及其所在市场的性质。如果商品或者服务是同质的,而且它们形成了竞争市场,该市场既可能是全国市场,也可能是地方市场。在全国市场下,替代交易完全可以发生于全国,而不能限于当地,在商品价格高于或者远高于全国市场价格的情况下,替代交易发生于当地可能会被认定为不符合替代交易合理性的要求;在地方市场下,替代交易发生于该地域即可,仅在地方市场中的地域包括当地时,既有的规定才可能是合理的。

对此的一个基本立场是,法律不应当对非违约方施加苛刻的要求。如果商品或者服务所在市场为地方市场,且当地位于该地方市场,那么在当地进行的替代交易是合理的。假设A地的商人B卖给消费者C一个特定型号的电视机,但在约定交付期限之前B拒绝交付该型号电视机。如果A地的其他商城也销售此种型号的电视机,C自然可以按照该地其他商场的价格购买该型号的电视机。由于该型号的电视机是同质商品,形成了全国市场,此时C也可以从京东商城、当当网等网上购物平台进行替代性购买。法律不应当且事实上也不会以当地作为唯一选择。而在购买服务(如柜台租赁)的场合,服务的同质化或者异质化程度在价格合理性的判断中会占更大权重。而且,价格因素包括违约的时间、违约到履行的间隔长度、市场的稀缺程度、谈判能力的差别等。例如,在“中山市浴皇电器有限公司与广州莱欧展览服务有限公司、钟毓玲委托合同纠纷案”中,法院认为,由于莱欧公司违约导致浴皇公司在临近展期时无法如期参展,考虑到广交会的时效性特点,浴皇公司要在距开展不足一周的时间内寻求替代交易,无疑会导致其在选择范围及议价空间受限的情况下付出更高的代价。<sup>[50]</sup>此种司法判决就非常语境化地理解了价格合理性的考量因素,值得赞许。

[48] See CISG-AC Opinion No. 8, Calculation of Damages under CISG 75 and 76, Opinion 2.3.1, [https://www.trans-lex.org/500158/\\_cisg-advisory-council-opinionno-8--calculation-of-damages-under-cisg-articles-75-and-76/](https://www.trans-lex.org/500158/_cisg-advisory-council-opinionno-8--calculation-of-damages-under-cisg-articles-75-and-76/), last visit on Feb. 12, 2024.

[49] See United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March-11 April 1980, Official Records: Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees, New York: United Nations, 1991, p. 60.

[50] 参见广东省广州市天河区人民法院(2019)粤0106民初24166号民事判决书。

价格的合理性与商品的性质也有很大的相关性。例如,在德国杜塞尔多夫上诉法院审理的“意大利鞋子案”中,交易的标的物是季节性鞋子,被告违反合同拒绝接受鞋子。法院认为,因为季节性鞋子再次销售的可能性在宣告合同终止时比较低,所以作为非违约方的卖方以远低于合同价格的价格再次销售就是合理的。<sup>[51]</sup>然而,任何事情都不能走向极端。例如,在一个案件中,一个替代性销售的价格等于原合同价格(此价格也低于市场价格)的四分之一,该替代性销售的价格则被认为是不合理的;在另外一个案件中,替代性购买的价格是原合同价格的两倍,该替代性购买的价格被认为是不合理的。<sup>[52]</sup>我国也有类似的案例。例如,在“吴江世佳纺织涂层有限公司与上海宏达国际货运有限公司因货运代理合同纠纷案”中,法院认为,世佳公司主张的货物报关出口时价值为216255.60美元,回运后折价处理的价格为人民币479694.24元,故世佳公司系按照出口报关价约30%的价格再卖了回运货物。在涉案货物回运后经检验品质未贬损,而世佳公司对为何以如此低的价格处理货物未作出合理解释的情况下,其要求宏达公司赔偿货款差价损失缺乏法律和事实依据。<sup>[53]</sup>概言之,替代性销售以低于原合同价格70%的价格销售,且未提供如此低价处理的合理理由,那么该替代性销售的价格就是不合理的。

### (三)时间合理性及其判断

在一方当事人违约后,时间窗口一般而言比较重要,法律对非违约方的要求是无不合理延迟地进行替代交易。此种要求是抽象的,此种抽象要求只有在具体语境中才得以体现,而且在多数交易语境中法官基于生活常识以及裁判经验能够作出具体和适当的判断。如前所述,法律不对非违约方施加苛刻要求,更不能假定当事人均能够对此进行全面的精准判断。《合同编通则解释》第60条第2款在字面上未规定替代交易时间合理性的要求,尽管这是在规则设计上坚守传统进路的体现,但从法律适用的视角这确实是一个明显的缺陷。即使条文未予规定,一个自然的解释应当且实际上也是时间合理性为替代交易合理性的要素。<sup>[54]</sup>这也可以从《合同编通则解释》第60条第2款的整体结构进行反面推理。在该款“替代交易价格明显偏离替代交易发生时当地的市场价格”的规定中,“替代交易发生时”并非是指所有的替代交易发生时,因为适格替代交易的发生是有时间要求的,不符合“无不合理迟延”要求的替代交易不是适格的替代交易。

如果商品或者服务是同质的,那么“无不合理迟延”通常意味着在违约行为发生后非违约方须及时进入市场进行替代交易,此处的“及时”也称为“合理时间”。关键在于如何判断合理期间的持续时间。在一般意义上,无法或者很难将该持续期间完全具体化。对此的一个初步判断是,该持续期间既可能是在合同履行期之前,也可能是在合同履行期届满后。从经验观察,“如果货物的市场价格变动较大,合理时间的期间则会较短。相反,季节性或者独特性货物则会导致较长的合理期间”。<sup>[55]</sup>例如,在“中山市浴皇电器有限公司与广州莱欧展览服务有限公司、钟毓玲委托合同纠纷案”中,违约

[51] See Italian Shoes Case XIII, CISG-Online 119, [https://cisg-online.org/files/cases/6098/abstractsFile/119\\_31124094.pdf](https://cisg-online.org/files/cases/6098/abstractsFile/119_31124094.pdf), last visit on Feb. 12, 2024.

[52] See Stefan Kröll, Loukas Mistelis & Pilar Perales Viscasillas, UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): A Commentary, C. H. Beck, 2018, p. 998.

[53] 参见上海市高级人民法院(2010)沪高民四(海)终字第191号民事判决书。

[54] 参见张金海:《论作为违约损害赔偿计算方法的替代交易规则》,载《法学》2017年第9期,第141-143页。

[55] See CISG-AC Opinion No. 8, Calculation of Damages under CISG 75 and 76, Opinion 2.3.2, [https://www.trans-lex.org/500158/\\_cisg-advisory-council-opinionno-8-calculation-of-damages-under-cisg-articles-75-and-76/](https://www.trans-lex.org/500158/_cisg-advisory-council-opinionno-8-calculation-of-damages-under-cisg-articles-75-and-76/), last visit on Feb. 12, 2024.

方发生了预期违约,非违约方作出替代交易的时间一般是在广交会开始之前的合理期间。<sup>[56]</sup>在这一委托合同中,时间对委托方就非常重要,否则合同目的就不能实现了。而在非预期违约中,无不合理迟延的期间都是可以的。此“无不合理迟延的期间”计算的起点一般是在非违约方知道违约方违约时,同时根据标的物的特点以及标的物所在市场的性质确定合理期间。例如,在“成都天齐锂业有限公司与湖南杉杉能源科技股份有限公司、湖南杉杉新能源有限公司买卖合同纠纷案”中,最高人民法院认为:天齐锂业公司最后供货时间为2015年11月23日,二审法院认为根据双方签订的《采购合同》的约定,杉杉能源科技公司、杉杉新能源公司应当知道天齐锂业公司不再履行合同的时间为2015年12月14日,并酌定杉杉能源科技公司、杉杉新能源公司购买替代性产品及新签合同所需的合理期间为2015年12月14日至2016年1月14日,并无不妥。杉杉能源科技公司、杉杉新能源公司于2016年3月份后签订的三份采购合同从产品规格和签订时间来说均难以作为计算差价损失的依据。因此,二审法院未采用上述四份合同约定的价格作为替代性产品采购价,并无不当。<sup>[57]</sup>

如果商品或者服务为异质的,那么替代交易时间合理性的判断就更加复杂和困难。异质商品又可分为中等异质商品或者高度异质商品。中等异质商品或者高度异质商品是指市场替代性比较差的商品或者没有替代性的商品。一般而言,高度异质商品很难或者不能适用替代交易。就中等异质商品而言,由于该类商品市场比较小,替代交易的难度较大,那么替代交易的合理时间相对就会比较长一些。

#### (四)其他方式的合理性及其判断

尽管适格替代交易的核心内容是价格合理性和时间合理性,但是又不以此为限。其他方式的合理性包括交付的时间和地点、货物的类型与数量、对价的支付方式和条件等。这些因素也应当被纳入考虑范围,而且应尽可能与原合同的条款一致。相关的判断标准是,处于要进行替代交易的卖方或者买方位置的通常商人是否会缔结该交易。不仅如此,合理方式还意味着其不仅要关注替代交易缔结的方式,而且要关注替代交易的实质内容。

#### (五)内部替代交易情形下的合理性判断

通常的替代交易模型都是非违约方与第三方达成的交易。从《国际商事合同通则》第7.4.5条的文义以及官方评论看,替代交易必须是非违约方与第三方缔结的。在非违约方寻求自己履行该义务时,《国际商事合同通则》第7.4.5条是不能适用的。对此,本文认为,这一理解是狭隘的。法学家对具体交易场景的想象限制了替代交易规则的适用范围。应当说,上述官方评论适用于典型语境自然不生争议,但在特别语境下是否还应坚持如此观点则需要特别考量。此种特别语境主要指的是被称为内部替代交易(internal cover)的情况。内部替代交易不涉及非违约方与第三方的交易,而仅涉及非违约方一方。从规范意义上说,内部替代交易的合理性判断与一般所言的替代交易没有本质区别。具体而言,内部替代交易是指受害人自己生产替代品以替代原合同的交易,或者受害人自己利用库存以替代原合同的交易。“尽管《美国统一商法典》第2-712条没有明确承认被称为‘内部替代交易’的情况,但是在部分案例中‘内部替代交易’被承认了。例如,在‘杜拉-伍德处理公司诉世纪森林工业公司案’<sup>[58]</sup>中,美国联邦第五巡回上诉法院允许作为非违约方的买方获赔合同价格与自己生产替代

[56] 参见广东省广州市天河区人民法院(2019)粤0106民初24166号民事判决书。

[57] 参见最高人民法院(2017)最高法民申4368号民事裁定书。

[58] See *Dura-Wood Treating Co. v. Century Forest Industries, Inc.*, 675 F.2d 745, 3 UC 1201 (5th Cir. 1982), cert. denied, 459 U.S. 865, 103 S.Ct. 144, 74 L.Ed.2d 122 (1982).

品的成本之间的差价。缅因州最高法院也得到了一个相似的结果。在这些案件中,一个重要的问题是如何计算此类内部替代交易的价格。内部补进的买方应当按照该原料采购时的合同价格计算吗?如果当前的市场价格更高,那么该买方应当按照当前市场价格计算吗?目前为止,这些案例并没有回答这些问题。”<sup>[59]</sup>在实践中还有一种情况是,作为非违约方的买方使用既有的库存来替代违约卖方未交付的商品,难题在于买方调用之前的库存是否构成替代交易。就此既有国外的判决可资借鉴,也有国内的案例可资参考。在美国的典型案“联邦爱迪生公司诉联合化学核产品公司案”中,被告违反了其与原告订立的处理核废料的合同。原告根据《美国统一商法典》第 2-713 条诉请市场价格损害赔偿,被告抗辩原告已经从自己的库存中补进了货物,这些库存是在被告违约之前由原告从其他卖方那里购买的。法院非常恰当地认为,如果原告已经建立了一个库存,那么该库存可以作为避免其他来源损失的备选,此时买方从库存中调货构成替代交易。<sup>[60]</sup>国内的相似案例是笔者遇到的一个仲裁案件。A 是一电力企业, B 是一电缆厂。A 与 B 订立合同,由 B 向 A 提供某种特定类型的电缆。之后 B 基于各种原因拒绝提供该类型电缆。A 作为电力企业有不同的分公司,当地的分公司有此类型电缆的库存,此时 A 调取了自己分公司的库存。然而,此案的仲裁员对如何处理案件没有把握,具体困惑在于是否存在损失、损失如何计算。解决该具体困惑的前提是如何认识调货行为的性质。本文认为,非违约方的调货行为就是内部替代交易,构成适格的替代交易。

#### 四、替代交易的决定合乎善意

因为《合同编通则解释》第 60 条第 2 款没有规定替代交易规则的完整适用要件,所以从该款文义无法确定或者推论替代交易的决定合乎善意为替代交易规则的适用要件。权威解释也未涉及此问题。<sup>[61]</sup>虽然目前未见学者将替代交易的决定合乎善意解释为替代交易规则的独立适用要件,但是有学者将善意的要求纳入替代交易合理性的要件。<sup>[62]</sup>而按照艾森伯格教授的理解,替代交易的决定应当合乎善意,这是替代交易的核心要素之一。<sup>[63]</sup>问题在于,替代交易的决定是否应当是替代交易规则的适用要件。本文认为,合乎善意应当成为替代交易规则的适用要件,主要有以下四个理由。其一,替代交易通常是受害人与第三方的交易,合同的订立也是一项决定。其二,替代交易规则旨在直接妥当处理非违约方和违约方的利益平衡问题以及实现更好的合同秩序,替代交易最大的优势是能够实现或者尽可能实现“无差异原则”,即损害赔偿与继续履行的结果是一样的,这就决定了替代交易需要善意而为。其三,既有的法律制度未必能够以可接受的成本精准辨别且准确对待不适格的替代交易,不适格的替代交易会使得非违约方承担高于其本应承担的赔偿数额,这不符合《民法典》第 584 条确定的完全赔偿原则。既有的经验表明目前法律制度对虚假交易或者虚假诉讼的应对效果并不理想。其四,尽管在逻辑上“替代交易是原合同的替代”“替代交易是合理的”这两个适用要件并不直接包含

[59] See James J. White, Robert S. Summers, Daniel D. Barnhizer, Wayne Barnes & Franklin G. Snyder, Uniform Commercial Code, Seventh Edition, West Academic Publishing, 2022, p. 248.

[60] See Commonwealth Edison Co. v. Allied Chemical Nuclear Products, Inc., 684 F. Supp. 1434, 6 UCC 2d 434 (N. D. Ill. 1988).

[61] 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著:《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》,人民法院出版社 2023 年版,第 669-677 页。

[62] 如“善意地、无不合理迟延地进行替代交易”。参见刘承魁、吴志宇:《违约损害赔偿中的替代交易规则解释论》,载《法治研究》2024 年第 1 期,第 49 页。

[63] 参见[美]梅尔文·A. 艾森伯格:《合同法基础原理》,孙良国、王怡聪译,北京大学出版社 2023 年版,第 278 页。

明确的善意要求,但在某种程度上均暗含了善意的要求,虽然善意在这两个适用要件下有不同的侧重点。在前一适用要件中,善意更多地强调标的客观方面的差异性,而在后一适用要件中,善意部分强调标的主观方面的差异性。将“替代交易的决定合乎善意”抽取出来成为一个独立的适用要件,可以作为一个“兜底”式要件发挥最终的筛选作用,能够有效判断并抑制非违约方的投机性替代交易。另外,善意是对交易的基本要求,这一要求不会给非违约方施加任何额外负担。

替代交易决定的善意并非仅指主观状态,而是指主观状态与客观状态的妥当结合。正如艾森伯格教授所言:“善义务的意思很复杂。至少,一方当事人必须以其认为合适的方式行事,这是一个主观检测……这个主观检测承载了数个客观检测。首先,行为人仅仅相信自己的行为适当远不充分……他的相信必须是诚实的。其次……行为人的相信至少必须是理性的……最后,善义务应包括或附随公平交易的合理商业标准。”<sup>[64]</sup>如前所述,对替代交易决定善意的要求,主要是为了使替代交易能够实现或者尽可能实现无差异原则,同时能够更多地抑制可能发生的投机行为。一般而言,如果非违约方以明显低于市场价格的价格订立了一个买卖合同,而且还不能提供该替代交易决定的合理解释,那么该替代交易的决定就很难是善意的。<sup>[65]</sup>例如,在“拉森租赁公司诉蒂勒公司案”中,法院认为,若没有任何证据证明非违约方已经努力要实现一个不同的销售或者可能的买方不能给出更高的价格了,将卡车卖给非违约方的姐妹公司就不符合善意标准。<sup>[66]</sup>

需要强调的是,法律对善意的判断的确存在一些不确定性。例如,在买方补进商品时,一个可能的担忧就是买方可能会投机地选择镀金商品作为镀铜商品的替代品,之后谎称是善意而为。对此,不能单纯从逻辑上夸大其发生概率,进而得出“善意是一个空洞概念”的结论。这一结论脱离了当事人理性和制度语境,主要原因在于以下三点。其一,自利考虑可能会阻止买方投机性地进行过于昂贵的购买,因为诉讼涉及成本和风险,如果补进方败诉了,那么其就要自行承担这些成本。这些成本可以促使作出替代交易的买方慎重行事,将诉讼风险和结果预先考虑进来,并将其纳入替代交易决定的考虑因素。其二,适格的替代交易有合理性要求,这也可以在一定程度上控制投机行为。一方面,卖方可以通过证据解释替代交易的结果;另一方面,互联网虚拟市场的兴起使得卖方很容易确定哪些替代品易于买到。<sup>[67]</sup>其三,法官也会在具体个案中基于裁判经验,运用适当的庭审技能和裁判技术尽可能地发现买方的投机行为,否定买方基于替代交易方法计算得出的损害赔偿。此类裁判不仅有个案意义,而且可能经由成为典型案例或者指导性案例而具有示范意义。

## 五、替代交易的举证责任分配

基于替代交易规则的适用要件,法律应当对非违约方施加举证责任,“非违约方有责任证明其已经终止了合同而且有权终止合同,也已在合理时间内以合理方式实施了替代交易”。<sup>[68]</sup>目前我国,

[64] [美]梅尔文·A. 艾森伯格:《合同法基础原理》,孙良国、王怡聪译,北京大学出版社2023年版,第883页。

[65] See Stefan Vogenauer (ed.), *Commentary of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Second Edition, Oxford University Press, 2015, p. 999.

[66] See *Larsen Leasing, Inc. v. Thiele, Inc.*, 749 F. Supp. 821, 13 UCC 2d 407 (W. D. Mich. 1990).

[67] 参见[美]梅尔文·A. 艾森伯格:《合同法基础原理》,孙良国、王怡聪译,北京大学出版社2023年版,第280页。

[68] See Stefan Vogenauer (ed.), *Commentary of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Second Edition, Oxford University Press, 2015, p. 1001.

由于市场主体的信用程度整体不高,当事人从事虚假交易的可能性在一定程度上存在。尤其是替代交易涉及非违约方与第三方的交易,法院对第三方交易的认定也往往较为慎重。法院裁判针对的一种现象是,非违约方可能会缔结完全虚假的替代交易,或者在替代交易中存在一些虚假内容,例如为了增加赔偿额,刻意降低替代性销售的价格或者刻意增加替代性购买的价格等。如果这种虚假的或者不完全真实的替代交易经虚假诉讼的司法判决认可,那么问题将更加严重。一个重要的原因是,现有的诉讼程序无法将虚假诉讼均准确地识别出来。然而即便如此,也不能高估虚假交易的发生概率,更不能饮鸩止渴而否定替代交易规则的适用或者对非违约方施加过高的举证责任,例如一概要求替代交易履行完毕。立法机关已规定了虚假诉讼罪、与虚假交易相关的犯罪(如诈骗罪、合同诈骗罪等),以刑事手段打击和抑制虚假诉讼和虚假交易,为替代交易规则的适用提供了更好的制度环境。

对此,法院在举证责任的分配上作出更为灵活的应对,即“要与举证责任规则的适用相结合,原告、被告双方均有义务提供相应证据来支持自己的主张”。<sup>[69]</sup>从既有的案例展开分析,可以发现法院主要在以下三个问题上用力较多。其一,对替代交易是否真实存在的实质审查。例如当事人是否订立了合同,是否完成了交易,是否支付了价款,是否交货了,当事人之间是否存在额外关系等。法官对事实审理细节、交易惯例的把握能够发挥抑制投机性替代交易之“守门人”作用。例如,在“顺德区容桂桑田五金厂与开平市水口镇创铭五金制品厂、杨冬炉买卖合同纠纷案”中,原告主张56450元的差价损失。差价是指原告在2021年1月15日、2月25日向被告订购铜材时所约定的价格(原合同价格)与原告主张的其在2021年3月10日向案外人购买同类铜材的价格(替代交易的价格)之间的差价。原告举示了与案外人之间的微信聊天记录、对账单。但是,该对账单没有买卖双方的签章确认,原告也未能提供相应的能有效证明交易价格的发票等交易凭证予以佐证,其证据无法证实以自己主张的价格向案外人购买了涉案铜材。法院即驳回了原告的诉请。<sup>[70]</sup>其二,对替代交易是否存在不同类型证据的审查。不同类型证据的效力是不完全相同的,如果非违约方只能提供证人证言,那么法院的审查力度就更大一些。例如,在“邢义杰与朴钟范买卖合同纠纷案”中,法院认为,虽然有两位证人出庭作证原告以特定价格再卖,但他们均称未亲眼所见再卖合同或再卖过程,属于传来证据,在没有其他证据予以佐证的情况下,不能证明原告再卖货物的事实。尽管另外一位证人出具了原告以特定价格再卖涉案货物的书面证明,然而该证人并未出庭作证,原告也没有提交再卖合同、付款凭证等其他证据予以佐证,该书面证明也不能证明待证事实。最终,法院认为原告提交的证据不足以证明其再卖涉案货物存在损失的事实,进而否定了原告基于替代交易计算方法而得出的差价损失赔偿请求。<sup>[71]</sup>其三,对替代交易价格合理性的审查。典型是上文提及的“吴江世佳纺织涂层有限公司与上海宏达国际货运有限公司因货运代理合同纠纷案”,原告请求替代交易的损害赔偿,被告抗辩以合同价格的30%再行销售不合理,此时原告就需要证明替代交易的合理性。原告未能提供此种合理性的有说服力的理由,其就要承受不利的结果。<sup>[72]</sup>然而,不得不承认的是,“原告、被告双方均有义务提供相应证据来支持自己的主张”这一表达是比较模糊的,尽管有经验的法官可以在庭审中运用得当,但很难从事先视角给当事人一个明确的指引。本文认为,这一问题的解决仍然需要进一步的理论支撑和实务探索。

[69] 最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著:《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》,人民法院出版社2023年版,第679页。

[70] 参见广东省江门市中级人民法院(2021)粤07民终6968号民事判决书。

[71] 参见河北省高级人民法院(2016)冀民终494号民事判决书。

[72] 参见上海市高级人民法院(2010)沪高民四(海)终字第191号民事判决书。

## 六、结语

替代交易作为违约损害赔偿的优先计算方法,是对《民法典》第 584 条有关完全赔偿理念的完美贯彻,是《合同编通则解释》的大胆创新,也是违约损害赔偿观念的重大变革。作为一项新的规定,对替代交易规则适用要件及其内容的研究就非常必要与迫切。在吸收比较法理论成果和司法实践经验的基础上,本文尝试提炼了替代交易规则的四项适用要件,即非违约方已依法行使合同解除权,替代交易是原合同的替代,替代交易是合理的,以及替代交易的决定合乎善意。这些适用要件之间相互支撑、共同作用,不仅能够为替代交易规则提供较为详细的适用指引,而且能够为民商事交易主体提供更具确定性的指导。此外,为了辅助以上适用要件的落实,本文在一般性民事举证责任规则的基础上又总结和吸收了相关司法经验和智慧,以期替代交易规则能够植根于我国的法治土壤。随着《合同编通则解释》的实施,替代交易规则的适用将逐步增加,潜在难题也会接踵而至。本文的学术努力意在使替代交易规则落地、生根、发芽、结果,以实现更优的合同秩序。

(责任编辑:洪 玉)

---

**Abstract:** As a formula for calculating damages for breach of contract, substitute transaction rule is clearly stipulated in Article 60(2) of Interpretation of the Supreme People's Court on the General Provisions of the Contract Part of the Civil Code of the People's Republic of China, but the complete applicable elements are not specified in this article. There are four applicable elements of substitute transactions: the non-breaching party has exercised the right to discharge the contract according to law, the substitute transaction is a replacement of the original contract, the substitute transaction is reasonable, and the decision to replace the transaction is made in good faith. Discharge of a contract is a common applicable element, but an explicit exception should be made based on established experience and practice. Substitutability could be shown either as being exactly the same as the subject or as not being exactly the same as the subject under a particular part. Reasonableness is mainly reflected in price reasonableness, time reasonableness and other ways reasonableness, and the judgment standard depends on the market context and the case circumstances. Good faith includes subjective criteria and objective criteria. In order to allocate trading risk and curb speculative acts, the proper distribution of burden of proof and its content design still need to be more refined.

**Key Words:** substitute transaction, applicable element, discharge of contracts, substitutability, reasonableness, good faith of the decisions

---