

## Is the Law of Contract Seriously Defective if the Court is Unable to Award Restitutionary Damages for Breach of Contract?

## Est-ce que le droit des contrats est défectueux si le tribunal est dans l'impossibilité d'accorder la restitution des dommages et intérêts pour la rupture de contrat?

如果合同的被違約方得不到返還性損害賠償，  
合同法就是有缺陷的嗎？

ZHENG Xia

鄭 夏

**Abstract:** It is commonly believed that the general rule is that damages for breach of contract are compensatory not restitutionary.<sup>1</sup> So, the damages are measured by the loss to the plaintiff not by the gain to the defendant.<sup>2</sup> However, there are many academic writings which have advocated that restitutionary damages should be available as general default rule in breach of contract, because it is able to provide adequate remedy to plaintiff when compensatory damages are inadequate. The *A-G vs. Blake*<sup>3</sup> is the remarkable case which embodied by *Hendrix*<sup>4</sup> case, posits the general restitutionary remedy. *Blake* has challenged the traditional approach of damages and signaled a trend of establishing restitutionary damages. The proponents of this point always purport 'the interests of justice' for plaintiff,<sup>5</sup> however, they misunderstand the purpose of law of contract which is to balance the interests between claimant and defendant so that to maximize the social profits.<sup>6</sup> Accordingly, the restitutionary damages are an objection to efficient breach in economic view because the restitution and account of profit (disgorgement) will deprive the defendant's incentive to maximize profits and the claimant's desire to minimize loss. So, the virtue of damages for breach of contract would be diminished if the general restitution relief is established.

<sup>1</sup> *Tito v. Waddell* (No. 2), [1977] 1 Ch. 106, 332 (Ch. App.)

<sup>2</sup> Margaret Halliwell, 'Profits from Wrongdoing: Private and Public Law Perspectives' [1999] M.L.R. 62(2), pp271-280.

<sup>3</sup> *A-G v Blake (Jonathan Cape Ltd Third Party)* [1997] Ch84 (ChD)

<sup>4</sup> *Experience Hendrix LLC v PPX Enterprises Inc, Edward Chalpin*[2003] EWCA Civ323(CA)

<sup>5</sup> D Campbell and J Devenney, 'Damages at the borders of Legal Reasoning' [2006] Cambridge Law Review 209

<sup>6</sup> D Harris, D Campbell and Roger Halson. *Remedies in Contract and Tort*, 2<sup>nd</sup> edn, Cambridge, Cambridge University Press, 2002. Ch 1, pp 11-21.

**Key Words:** Restitutionary damages; Compensatory damages; Freedom of contract; Efficient breach

**Résumé:** Il est indéniable que pour la rupture de contrat, on applique en général l'indemnisation des dommages et intérêts plutôt que la restitution des dommages et intérêts. Ainsi, les dommages sont évalués par la perte pour la partie demanderesse plutôt que par le gain de la partie défenderesse. Toutefois, certaines thèses ont plaidé pour que la restitution des dommages et intérêts soit appliquée en tant que la règle générale, car elle peut fournir une compensation adéquate au demandeur lorsque des l'indemnisation des dommages et intérêts ne sont pas suffisantes. Le cas de l'AG contre Blake a imposé la restitution des dommages et intérêts en tant que la règle de secours pour la rupture de contrat. Le cas de Blake a contesté l'approche traditionnelle de dommages et intérêts et a montré une tendance de l'établissement de la règle de la restitution des dommages et intérêts. Les partisans de ce point prétend protéger «l'intérêt de la justice» pour le demandeur, toutefois, ils se méprennent sur l'objectif du droit des contrats qui est d'équilibrer les intérêts entre le demandeur et le défendeur de façon à maximiser les bénéfices sociaux. Par conséquent, la restitution des dommages et intérêts est une objection à l'efficacité de la violation du point de vue économique, parce que la restitution des dommages et intérêts et le renoncement à tous les profits (les remboursements) après la rupture priveront le défendeur de l'incitation à maximiser les profits et le demandeur de la volonté de minimiser les pertes. Ainsi, l'objectif de l'indemnisation des dommages et intérêts pour rupture de contrat serait distordu si le système de la restitution des dommages et intérêts est établi.

**Mots-clés:** la restitution des dommages et intérêts, l'indemnisation des dommages et intérêts; la règle de secours pour la rupture de contrat, la liberté du contrat

**摘要:** ...不可否認，對於合同違約的一般賠償方式是賠償性損害賠償（compensatory damages）而不是返還性損害賠償（restitutionary damages）。所以，計算違約是以原告的損失為標準而不是以被告通過違約的所得為標準。然而，有一些學術著作主張將返還性的損害賠償作為通用的損害賠償規則，因為當賠償性損害賠償不能充分補償原告的損失時，它卻能使原告獲得充分補償。The *A-G vs. Blake* 一案將返還性賠償定位為一個通用的違約救濟方式。*Blake* 案挑戰傳統的違約救濟觀念，嘗試建立返還性損害賠償制度。這個觀點的擁護者站在原告方支持“維護正義（the interests of justice）”，然而，他們錯誤的理解了合同法的目的，合同法的目的是平衡原告和被告的利益，從而達到社會財富最大化。因此，從經濟學的觀點看，返還性損害賠償與有效違約觀點（efficient breach）相違背，因為返還性損害賠償和完全交出違約後所獲利益（disgorgement）這兩種規則會使被告失去使利益最大化的動力，也削弱了原告控制損失的責任。所以，如果返還式損害賠償制度建立起來，損害賠償的目的就會被扭曲。

**關鍵詞:** 返還性損害賠償；賠償性損害賠償；違約救濟；合同自由

## 前言

在本文中，返還性損害賠償並沒有被全盤否定。事實上，在一些特殊的案子中它是適用的，但是依據普通法的有效違約原則（efficient breach）它只能是一種例外的救濟方式。本文重在分析返還性損害賠償作為一般救濟方式的不合理性，就算合同法不能給予原告返還性損害賠償，法律也不存在缺陷。第一部分分析在給予返還性損害賠償案子中所宣稱的“正義（justice）”是否合理---

有效違約需要得到鼓勵。第二部分討論合同自由應該被優先。第三部分對於賠償性損害賠償和返還性損害賠償的合理性進行討論。第四部分分析為何是賠償性損害賠償作為通用的合同違約救濟規則，而返還性損害賠償則作為例外方式。

### 1. 要求被告返還違約後所獲利益的觀點所維護的“正義”真的合理嗎？

## ---道德觀念上的錯誤並不是經濟 觀念上的過錯。

在 *Blake* 案中，上訴法院屈服於“維護公正 (temptation to do justice)”的觀念，給予原告所有被告違約後所獲利益作為賠償。<sup>7</sup>這裏的“公正”的本質涵義應該是剝奪違約方因過錯行為獲得的利益。<sup>8</sup>為了保護合同的有效性，這個觀點的維護者認為所有的違約行為都是有過錯的，而且沒有人應該從過錯中獲得利益。<sup>9</sup>這一理論組成了返還性損害賠償的基礎。

明顯地，這一懲罰過錯的概念過多的關注對於原告利益的保護。這種維護正義的作法在道德上當然是正確的。然而，辨別對錯的標準在不同的環境下是相異的。尤其是在資本主義經濟體制下，商業組織的唯一目的是使剩餘價值最大化。<sup>10</sup>所以，合同一方遇到了一個更有效益的機會而終止目前的合同，只要能夠給予相對方承諾的補償就是合理的。有時，合同一方可能遇到很大的困難而不能很好的履行合同。這種情況下，合同方選擇違約以減少損失的行為是合情合理的。以上的兩項是有效違約的精髓，也就是說，違約方不僅是為了實現利益最大化，同樣有權使自己的損失降到最低。<sup>11</sup>這是經濟學觀點上的公正，有效違約可以從整體上最大化社會利益。然而，如果法庭只專注於對“過錯”的懲罰，而不考慮有效違約，社會資源的浪費就不可避免。<sup>12</sup>

道德是主觀概念，尤其是在商業交易行為中。一直關注道德上的“過錯”，得出的結論是沒有說服力的。這種觀點的立足點是保護原告的利益，所有的違約方都被視為有罪的。<sup>13</sup>顯而易見，被

告被假設為“有罪”，他所處的位置一開始就是不公平的。但是，應當注意這一觀點與合同建立的前提相違背：合同雙方地位平等。為了維護這種平等，法院必須認識到競爭是殘酷的，不應給予被違約方過多的保護。另一方面，即使是道德上，並不是所有的過錯都是違約方造成的。法院需注意那些沒有得到賠償的損失是由於原告自己的行為造成的情況，例如消極處理等等。

*Robinson v. Harman* 案確立了賠償合同違約的基本規則，損害賠償的目的是使原告處於合同被履行的狀態。<sup>14</sup>原告想要得到的就是預期利益 (expectation interests) 和期待利益 (reliance interests)。因此，如果原告得到了充分賠償，就不存在錯誤，就是一個有效違約。

總之，因為本文所討論的合同法是建立在資本主義經濟基礎之上，所以“公正”也要從經濟的角度解釋。法律支持有效違約，據此就不涉及道德上的對錯。

## 2. 為何合同自由總是處於優先地位？

合同是當事各方之間承諾的憑證。合同的條款取決於合同各方的意願，而合同的目的是當出現違約時提供救濟。<sup>15</sup>換句話說，各方都是持有自己的目的進入合同，他們期待著通過合同的履行實現自己的預期。為了實現他們的預期利益，合同當事方可能會更改合同內容，只要相對方能夠按 *Robinson v. Harman* 中的規則得到充分的補償，他們有時甚至選擇違約。<sup>16</sup> Harris 教授說過：“合同只是一個指導交易的法律結構，而不是交易的實質內容。”<sup>17</sup>顯然，合同自由應當得到尊重。

然而，返還性損害賠償的功能與合同自由原則是相反的，因為它削弱了合同方停止履行的動力。如果通用的救濟規則以返還為底線，對於履行利益 (performance interest) 的討論就是不可避

<sup>7</sup> D Campbell and J Devenney, 'Damages at the borders of Legal Reasoning' [2006] Cambridge Law Review pp208

<sup>8</sup> D Harris, D Campbell and Roger Halson. *Remedies in Contract and Tort*, 2<sup>nd</sup> edn, Cambridge, Cambridge University Press, 2002. Ch 1 pp262-268.

<sup>9</sup> *Halifax Bldg. Soc'y v. Thomas*, [1995] a All E.R. 673,682(C.A.)

<sup>10</sup> D Harris, D Campbell and Roger Halson. *Remedies in Contract and Tort*, 2<sup>nd</sup> edn, Cambridge, Cambridge University Press, 2002. pp5.

<sup>11</sup> D Harris, D Campbell and Roger Halson. *Remedies in Contract and Tort*, 2<sup>nd</sup> edn, Cambridge, Cambridge University Press, 2002. , pp 11-13, 264-265.

<sup>12</sup> 同上, pp 222-226.

<sup>13</sup> 同上, pp 266.

<sup>14</sup> [1848] 1 Exch 850 at 855

<sup>15</sup> D Campbell, Lecture 1 Note

<sup>16</sup> [1843-60] All ER 383.

<sup>17</sup> D Harris, 'Incentives to Perform, or Break, Contracts' [1992] 45 (2) Current Legal Problems

免的。從經濟學的角度，這一底線是低效的。

## 2.1 合同所保護的是“預期利益”而不是“履行利益”

Friedmann 教授堅持這樣的觀點：“合同的本質是履行...履行利益...是唯一的合同利益。”<sup>18</sup>如我們在第一部分討論的，這是追尋道德上的“公正”，依據這一點，Nicholls 法官在 *Blake* 案中總結：“如果要給予原告返還性損害賠償，必須看原告是否有法律上的權利去阻止被告的贏利行為，進而，剝奪被告所獲的利益。”<sup>19</sup>

可是，回到資本主義經濟基礎這個大前提下，Friedmann 教授明顯是模糊了法律的最終目的。在資本主義經濟體制下，商業組織進入合同的唯一理由就是為了獲得剩餘價值。<sup>20</sup>所以合同只是一個工具。合同各方是為了預期利益而依合同行事的。如果法院一味的堅持合同的履行，合同的目的就會被扭曲，而單純的要求當事人履行合同。法律所鼓勵的有效違約將被違背。通過有效違約，原告的預期利益可以得到很好的滿足，就如同合同被履行了一樣。所以，重心應放在實現預期利益，而不是履行利益。

Oliver Holmes 合理的定義了合同概念：“普通法下的合同履行責任是指當你不能按約定履行合同時，你必須賠償對方的損失，僅此而已。”<sup>21</sup>然而，返還性損害賠償強迫被告履行合同，所以它與合同的本質相矛盾。

## 2.2 合同自由原則的本質

普遍認為合同關係中存在兩個不同的義務，即主要義務（primary obligation）是合同雙方在交易中的義務，和次要義務（secondary obligation）是當主要義務不能實現時提供救濟的義務。<sup>22</sup>從這個觀點來看關於合同違約救濟的法律不是為了

強制合同履行而是規範違約行為，換句話說，也就是提供一個法律框架在利益最大化的前提下允許違約的發生。這是合同自由的一個表現形式---有效違約。合同法必須平衡原告和被告間的利益。<sup>23</sup>所以法律的功能就是塑造一些條款使得違約可以在法律的規範下進行。<sup>24</sup>這一論斷在主要義務變的不可履行或者被承諾方沒有遭受任何損失的情況下顯得尤為合理。如果 *pacta sunt servanda* 理論被放在優先的位置，合同自由就可能被違反，造成社會財富的浪費。

普通法有個傳統--個人自由是優先的。<sup>25</sup>合同當事方有權選擇救濟方式（不管是返還性的還是賠償性的），法院應該尊重合同方的意願。然而，這正是返還性論調所沒有做到的。<sup>26</sup>理論上，合同方僅受他們所協商同意的規則的約束。例如，在 *Wrotham Park Estate Co Ltd v. Parkside Homes Ltd* 案中，被告違反了合同中的限制性條款--土地的開發必須要與土地出賣方或原告（土地繼受方）的規定相一致。<sup>27</sup>此案法院認為，因為在賠償性損害賠償觀念上原告沒有損失，而僅僅給予原告名義上的賠償不能夠實現“公正”。<sup>28</sup>所以，法院判給原告被告可能支付的用以脫離這些限制條款的金額作為損害賠償（hypothetical release damages）。從合同自由的觀點看，此案中的法院沒有認識到合同不是為了實現所謂“正確”的結果而是為了實現合同方的意願。<sup>29</sup>如果此案的原告不願意讓被告從限制性條款中解脫，那麼法院的判決就與原告的意願相違背。D Campbell 教授的認為，如果不尊重合同方的意願，誰也不能做出這樣的判定。<sup>30</sup>事實上，這樣的損害賠償是重寫了合同，而沒有遵照合同方的意願。目前，通用的救濟規則是賠償性損害賠償，所以讓原告得到一筆以假設為前提的量化賠償（a price by a quantification rules）是不合理的。<sup>31</sup>

<sup>18</sup> D Friedmann, 'The Performance Interest in Contract Damages' [1995] 111 Law Quarterly Review 628, p629.

<sup>19</sup> [2001] 1 AC 268 (H.L.), 285.

<sup>20</sup> D Harris, D Campbell and Roger Halson. *Remedies in Contract and Tort*, 2<sup>nd</sup> edn, Cambridge, Cambridge University Press, 2002. pp5.

<sup>21</sup> O.W. Holmes, 'The Path of the Law' (1987) 10 HARV. L. REV.457,462.

<sup>22</sup> D Harris, D Campbell and Roger Halson. *Remedies in Contract and Tort*, 2<sup>nd</sup> edn, Cambridge, Cambridge University Press, 2002. pp7.

<sup>23</sup> D Harris, D Campbell and Roger Halson. *Remedies in Contract and Tort*, 2<sup>nd</sup> edn, Cambridge, Cambridge University Press, 2002. pp272-282.

<sup>24</sup> 同上, pp10.

<sup>25</sup> 同上, pp 164.

<sup>26</sup> D Campbell, 'The Extinguishing of Contract' (2004) 67 Modern Law Review pp828.

<sup>27</sup> [1974] 1 WLR 798.

<sup>28</sup> D Harris, D Campbell and Roger Halson. *Remedies in Contract and Tort*, 2<sup>nd</sup> edn, Cambridge, Cambridge University Press, 2002. pp256.

<sup>29</sup> 同上, pp828.

<sup>30</sup> 同上, pp826.

<sup>31</sup> 同上, pp827.

雖然在 *Blake* 案之後有建立通用的返還性救濟方式的趨勢，但是合理的判決仍是建立在控制損失 (diminution in value) 的基礎上的。在 *Surrey County Council v. Bredero Homes Ltd* 案中，十分相似的案情下，上訴法院僅僅給了原告名義上的損害賠償。因為原告拖了太長時間才起訴要求法院頒佈強制性禁令，所以原告僅能得到普通法上的損害賠償。看起來似乎當原告意識到了違約發生時，並不想阻止它。此案沒有判給返還性損害賠償是因為法院注意了原告所表現出的意願，所以做出的判決尊守了合同自由，而不是單純的追求道德上的“公正”。

在幾個案子中，被告違約所獲得的利益中的一部分 ('good slice') 被判給了原告，這種判決以合同自由的觀點來看是不合理的。<sup>32</sup>這些判決的發生時因為接受了返還性救濟的理論，而這種理論會削弱合同自由，因為它意圖糾正所謂的錯誤而不是遵循合同方所達成的協議。<sup>33</sup>

### 2.3 返還性損害賠償的實質---原告發的橫財

合同法的第一救濟規則是由 *Robinson v. Harman* 案設立的，是將原告放在一個和合同被履行相同的狀態。<sup>34</sup>同時，第二條救濟規則，在被告花費最少的前提下給予原告救濟。<sup>35</sup>

而返還性損害賠償則是與第二條救濟規則相矛盾。我們的整個討論是建立在資本主義經濟的基礎上，它的唯一目的是追尋剩餘價值，所以有效違約被鼓勵。當違約方決定違反一個合同時，他承擔著來自賠償被違約方和新合同失敗兩方面的風險。例如，一個有效違約下的貨物不是不可替代的，賣方找到了另一個機會從中他可以比原合同獲得更多的利益。而且通過賣方從新合同獲得的利益，原來的買方可以得到很好的賠償。不可否認，賣方盡了努力去找到更好的機會而且承擔了風險。所以，如果第二個合同更為有利，賣方有權去保有多得的利益。如果要求賣方承擔更多的風險顯然是不公平的，然而，返還性損害賠償正是這樣做了。返還性損害賠償會阻止被告違

約的意願，而給予原告被告經過努力所獲得的財富。

D Campbell 在他的文章裏舉了一個很好的例子，在這個案子中，合同價格是 100 萬英鎊，當違約發生時市場價格和合同價格是相同的。然而，如果賣方要履行此合同，他就必須花費 150 萬英鎊。顯而易見，每個人在此情況下都會選擇違約。如果原告得到了多於名義上的損害賠償，被告違約的目的就不會實現。事實上，原告沒受到損失，所以名義上的損害賠償已經足夠了，被告所節省下來的 50 萬英鎊從經濟學的角度看是合理的。被告只需要賠償預期利益損失，而不應再多追加賠償。否則，原告將違背合同法原則而得到一筆橫財。

### 3. 為何返還性損害賠償不能作為通用的救濟方式？

當選擇合適的救濟方式時，法院不僅需要注意合同法的第一規則，也要關注第二規則，將被告的賠償花銷降到最低。也就是說，原告有減少損失的義務 (requirement of mitigation)。

在傳統的賠償性損害賠償下，減少損失的規則貫穿於整個違約過程中。<sup>36</sup>在銷售合同中，買方往往有機會去減少因違約所造成的損失，除非合同標的是不可替代的。減少損失規則和有效違約一樣要求原告在意識到違約情況後盡自己最大努力將損失降到最低。然而，返還性損害賠償正好與此規則的要求相違背。就如同 *Blake* 案中，買方不需要控制損失，而只需將賣方從出版合同中所獲利益通過訴訟而佔有。相同的情況在 *The W. Park* 案中也發生了。所以，通用的返還性救濟措施將削弱減少損失規則的作用。從經濟的角度來看，賠償性損害賠償更適合作為合同違約的一般救濟方式。

可能僅用減少損失規則一點並不能充分說明建立通用的返還性救濟方式的不合理性。下面，對於實踐中給予返還性損害賠償所存在的問題進行討論。

<sup>32</sup> 同上，pp827

<sup>33</sup> 同上。

<sup>34</sup> [1843-60] All ER 383.

<sup>35</sup> D Campbell, Lecture 7 note.

<sup>36</sup> D Harris, D Campbell and Roger Halson. *Remedies in Contract and Tort*, 2<sup>nd</sup> edn, Cambridge, Cambridge University Press, 2002. pp109.

### 3.1 返還性損害賠償的例外性本質是得它的應用變得不確定

在 *Blake* 案中, Nicholls 法官說過, “返還性損害賠償只能是一個有限的, 例外的救濟, 而且不會引起不確定。”<sup>37</sup>然而, 他自己卻沒對這些例外情況做出界定, 而只是說: “沒有確定的規則可以被列出來, 法院需要考慮所有的情況...”<sup>38</sup>這一陳述自身就顯得這麼的不清晰, 因為實踐中是很難辨別例外狀況的。

*Blake* 案明確了, 如果原告想得到返還性損害賠償, 他必須以“沒有充分履行合同”或“被告是通過違反其許諾不做的事情而獲得了利益”。<sup>39</sup>然而, 這些並不能構成偏離賠償性損害賠償的充分理由, 而且所有這些論點已被上議院所否認。<sup>40</sup>下面, 對這些問題進行分析。

對於“沒有充分履行合同”, 最好的例子是 *City of New Orleans v. Firemen's Charitable Association* 一案, 此案中被告從原告處得到了價款卻沒有充分的提供服務。<sup>41</sup>此案原告並沒有遭受實際損失, 在給予返還性損害賠償之前, 幾個問題需要提出: “沒有充分履行”的部分怎麼界定? 怎麼將“沒有充分履行”與“履行缺陷”相區分? 在返還性救濟方式中這些都不清晰。<sup>42</sup>

在 *Blake* 案中, 返還性救濟方式的第二個缺陷也有所體現。有一個論點是, 所有的合同違約中都伴隨著被告做了一些他在合同中約定不做的事情。然而, 如果這一解釋成立, 返還性損害賠償就會成為合同違約的通用規則, 這就會與上訴法院將返還性損害賠償作為例外救濟方式的意願相矛盾。

*Blake* 案承認了賠償性損害賠償是合同違約通用救濟方式, 而返還性損害賠償只在例外情況下適用, 在實際運用中, 返還性救濟方式充滿了不確定性。<sup>43</sup>

### 3.2 哪一種才是合適的計算損失的方式?

即使法院判了返還性損害賠償, 當計算損害賠償額時也會遇到問題。

對於將被告因違約所獲利益全部返還的案子 (disgorgement), 雖然對於計算此種利益的方法有嚴格的規定—“由違約直接造成的 (occasioned directly by the breach)”, 爭議仍然存在。在 *Blake* 案中, 這個方法當然是合理且有效的, 因為被告是通過違反限制性條款而獲得利益。然而, 在 *Teacher v. Calder* 案中, 被告違反合同約定將 15,000 英鎊移出了特定交易, 但是被告是在隨後的另一交易中贏利, 返還救濟方式在這裏不適用。雖然從返還的角度看不給予原告賠償是不公平的, 但依據關聯程度 (remoteness) 法院也必須從賠償性損害賠償的角度作出判決。從這兩個案子我們可以看到, 所謂嚴格規定的計算方法顯得自相矛盾。

當返還是以支付解約花費 (cost of release) 的方式進行時, 情況就更為複雜。以何種比例支付解約花費? 為何在 *Blake* 案中, 被告要吐出全部的利益, 而在 *W. Park* 案中被告卻只需要吐出所獲利益的 5%? 如果返還性損害賠償目的是將“過錯 (wrongdoing)”糾正過來, 為什麼支付解約花費的賠償方式只將部分利益剝奪而不是全部的利益? D Campbell 教授指出: “從預期利益訴訟轉為計算違約所獲利益訴訟, 就如同從煎鍋跳進了火裏; 但如果是轉為計算解約費用, 情況將會更糟。”<sup>44</sup> 在 *The W. Park* 案中, Brightman 法官作出了十分溫和的決定, 他指出: “我將給予原告合理的數額作為賠償。”但是, 多少是合理的數額卻不清楚。在大多數的支付解約花費案件中, 對於被告得到多少利益是沒有證據可言的, 所以返還性損害賠償在這裏純粹是以猜測的方式進行。<sup>45</sup>

### 3.3 在返還性損害賠償中是被告承擔著計算因違約所得利益的責任

當原告得到了返還性損害賠償, 他的計算喪失預期利益損失的義務就轉變成了被告計算違約

<sup>37</sup> [2001] 1 AC 268 (H.L.) 285F.

<sup>38</sup> [2001] 1 AC 268 (H.L.) 285F.

<sup>39</sup> D Harris, D Campbell and Roger Halson. *Remedies in Contract and Tort*, 2<sup>nd</sup> edn, Cambridge, Cambridge University Press, 2002. pp610.

<sup>40</sup> 同上, pp610.

<sup>41</sup> [1891] 9 So 486 (Sup Ct Louisiana).

<sup>42</sup> D Harris, D Campbell and Roger Halson. *Remedies in Contract and Tort*, 2<sup>nd</sup> edn, Cambridge, Cambridge University Press, 2002. pp830.

<sup>43</sup> [2001] 1 AC 268,282B (H.L.).

<sup>44</sup> D Harris, D Campbell and Roger Halson. *Remedies in Contract and Tort*, 2<sup>nd</sup> edn, Cambridge, Cambridge University Press, 2002. pp 624.

<sup>45</sup> 同上

所獲利益的責任。這一理論是由 *Hendrix* 一案創立的，它統一了返還性救濟的處理方式。<sup>46</sup>

我們需要注意，在 *Hendrix* 案中，原告想要得到來自法院的幫助從而保證計算中資訊的準確性。<sup>47</sup>也就是說，原告不信任被告提供的計算資料。一方不相信違約方所做出的行為是可以理解的。D Harris 在其文章中對這一問題進行了討論：“當提出返還之訴，原告必須證明被告從過錯中得到了利益，這會遇到和預期利益之訴相似的證據困難問題，因為證據是由被告提供，所以情況會更加困難，因為沒有哪個被告願意提供對自己不利的證據。”<sup>48</sup>

原告選擇返還性損害賠償而不選賠償性損害賠償的原因之一是其不能證明有預期利益或期待利益的損失。然而，當進入返還之訴，原告必須面對證據可信度的問題。明顯地，這與原告的意願相違背。所以，返還性損害賠償又一次被證明是自相矛盾的。

返還性救濟的支持者會主張合同雙方將此條款依據合同自由在合同中予以規定。在這種情況下，法院需注意合同各方的真實意願。在返還性損害賠償的救濟方式之下，被邀約方面臨著更高的商業風險和不確定性，這可能造成被邀約方不願締結這個合同。另一方面，如果邀約方堅持通過協商將此條款注入合同，被邀約方可能會要求更高的合同價格，因為他將承擔更多的風險。高的交易成本會使邀約方考慮預期利益和合同價格間平衡與否，從而終結合同的締結。因此，將返還性救濟條款注入合同的設想同樣會引起不確定。如果合同方沒有將返還性損害賠償規定為救濟方式，合同違約的救濟方式就應當是 *Robinson v. Harman*<sup>49</sup>一案確立的賠償性損害賠償。這是因為有效違約原則要求合同方需盡力制定合同。如果損失只是名義上的或者根本不存在，原告必須承擔其沒能很好規定合同的後果。假設在這種情況下法院判給原告返還性損害賠償，不僅是合同自由，就連有效違約的宗旨也被違反了。

<sup>46</sup> *Experience Hendrix LLC v. PPX Enterprises Inc, Edward Chalpin* [2003] EWCA Civ 323.

<sup>47</sup> D Harris, D Campbell and Roger Halson. *Remedies in Contract and Tort*, 2<sup>nd</sup> edn, Cambridge, Cambridge University Press, 2002. pp623.

<sup>48</sup> D Harris, D Campbell and Roger Halson. *Remedies in Contract and Tort*, 2<sup>nd</sup> edn, Cambridge, Cambridge University Press, 2002. pp 571.

<sup>49</sup> [1843-60] All ER 383.

### 3.4 返還性損害賠償只能作為賠償性損害賠償的例外情形

就如在文章開頭所說的，適用返還性損害賠償的案件是可以發生的，但只能是例外情況。

最為顯著的就是 *Blake* 案。*Blake* 的案情非常的特殊，它是一個關係到國家安全的案子。到目前為止，只有一個案子可以與其相比較，*The Spycatcher* 案，該案中原告得到了相同的返還性損害賠償。所以，*Blake* 案之後基本沒有與其相似的案件發生。<sup>50</sup>

*Blake* 案開啟了返還性損害賠償，它自身的特殊性決定了此種救濟方式的例外本質。而且上訴法院對於 *Surrey Country Council v. Bredero Homes Ltd* 一案的判決更加强了傳統英國法所確認的合同違約的損害賠償是建立在原告的損失之上而不是被告所獲得的利益。<sup>51</sup>所以，結論是通用的救濟方式應當是賠償性損害賠償，而返還性損害賠償次之。<sup>52</sup>

並不是說賠償性救濟方式就是完美的，當原告不能將自己的利益和合同的履行結果相聯繫時，“沒有得到賠償的損失”的問題也同樣會產生。然而，“沒有得到賠償的損失”並不是由法律的缺陷造成的。從經濟學的角度看，賠償性損害賠償已經給予了原告充分的保護。“沒有得到賠償的損失”是由合同本身造成的，而不是合同法的問題。合同是當事各方所達成協議的書面憑證，所以，當事方應注意在履行過程中可能發生的任何狀況。是合同當事方承擔著協商相關條款，從而保護自身利益的義務。“一個盡職的合同方有機會在協商過程中將不同的保護條款注入合同，而不是在違約行為發生後。”<sup>53</sup>

總之，如果返還性損害賠償成為通用救濟方式，必將削弱經濟行為積極性。<sup>54</sup>所以，返還性救濟只能是例外救濟方式。這是資本注意經濟市場下的常見風險，合同各方應當盡力注意將所有

<sup>50</sup> D Harris, D Campbell and Roger Halson. *Remedies in Contract and Tort*, 2<sup>nd</sup> edn, Cambridge, Cambridge University Press, 2002. pp618.

<sup>51</sup> Peter Birks, 'Profits of breach of contract' [1993] L.Q.R. 109(Oct), 518-521.

<sup>52</sup> D Harris, D Campbell and Roger Halson. *Remedies in Contract and Tort*, 2<sup>nd</sup> edn, Cambridge, Cambridge University Press, 2002. pp629.

<sup>53</sup> 同上, pp824.

<sup>54</sup> *Surrey County Council v. Bredero Homes Ltd.* [1993] 1 W.L.R. 1361.1370. (C.A.).

的保護條款注入合同。合同法以平衡原告和被告利益為目的已經給予了原告充分的保護。因此，即使法院不能給予原告返還性損害賠償，合同法也不存在缺陷。

## 結語

本論文是從經濟學的角度分析問題。因為英國合同法並沒有將合同本身放在很高的位置，法院還是將返還性損害賠償作為例外救濟方式應用。<sup>55</sup>也就是說，並不是所有沒有得到充分保護的原告都應當得到返還性損害賠償，也並不是所有的被告應當交出他們的所得。<sup>56</sup>

還有許多原因不能將返還性損害賠償作為通用的救濟方式，因為如果返還性損害賠償是合同違約的一般救濟手段，合同提供的賠償式救濟，幾種利益關係的平衡--避免社會資源浪費、執行對於被告十分困難、原告得到橫財、合同自由原則都將會被違反。這與市場的本質—使社會利益最大化相矛盾。

爭論的中心問題就是使得原告得到更好的保護，同時不挫傷違約方尋求更好的交易機會的動力—有效違約。<sup>57</sup>如果只是一味的追隨 *Blake* 案所設立的救濟方式，結果將會是原告得到了更好的保護，但是沒有考慮到這一平衡。

在資本主義市場裏，商業組織必須要充滿競爭力才能夠生存。法律僅僅是市場自身管理的輔助。所以，賠償性損害賠償已經很好的平衡了各方的利益。在這一救濟方式下，合同當事方可根據實際情況選擇終止合同或者履行合同。因此，即使法院不能給予原告返還性損害賠償，也不能說是合同法的缺陷。

pp271-280

•D Campbell and J Devenney. (2006). Damages at the borders of Legal Reasoning. *Cambridge Law Review*, 209.

•D Harris, D Campbell and Roger Halson. (2002). *Remedies in Contract and Tort*, 2<sup>nd</sup> edn, Cambridge, Cambridge University Press.

•D Harris. (1992). Incentives to Perform, or Break, Contracts, *Current Legal Problems*, 45 (2) , pp 29.

•D Friedmann. (1995). The Performance Interest in Contract Damages. *Law Quarterly Review*,(111) 628.

•James Edelman.(2002). *Gain-based damages*. Hart Publishing Oregon, pp162-163.

•O.W. Holmes, (1987). The Path of the Law. *HARV. L. REV.* (10) 457,462

•D Campbell. (2004). The Extinguishing of Contract. *Modern Law Review*, 67.

•D Campbell and P Wylie. (2003). Ain't No Telling (Which Circumstances are Exceptional). *Cambridge Law Journal*.

•James Edelman. (2000). Restitutionary Damages and Disgorgement Damages for Breach of Contract. *R.L.R.* 2, 129-151.

•Mindy Chen-Wishart. (1998). Restitutionary damages for breach of contract. *L.Q.R.* 114(Jul). 363-370

•Martin Graham.(2004). Restitutionary damages: the anvil struck. *L.Q.R.* 120(Jan), 26-30

•S. Worthington. (1999). Reconsidering Disgorgement for Wrongs. *M.L.R.*,62, 218.

•S.Worthington, and R. Goode. 'Commercial Law: Confining the Remedial Boundaries' in D. Hayton (ed.), *Law's Future(s)*. (Oxford 2000). Ch.15

•Peter Birks. (1993). Profits of breach of contract. *L.Q.R.* 109(Oct), 518-521.

•Andrews Burrows.(2004). *Remedies for Torts and Breach of Contract*, 3<sup>rd</sup> edn, Oxford, Oxford University Press.

**The author:** ZHENG Xia (鄭夏), 英國杜倫大學國際商法研究生。

## REFERENCES

Margaret Halliwell. (1999). Profits from Wrongdoing: Private and Public Law Perspectives.*M.L.R.*, 62(2),

<sup>55</sup> *Co-operative Insurance Society Ltd v. Argyll Stores Ltd* [1997] 2 W.L.R. 898.

<sup>56</sup> D Harris, D Campbell and Roger Halson. *Remedies in Contract and Tort*, 2<sup>nd</sup> edn, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

<sup>57</sup> D Campbell and J Devenney, 'Damages at the borders of Legal Reasoning' [2006] *Cambridge Law Review* 209

<sup>57</sup> D Harris, D Campbell and Roger Halson. *Remedies in Contract and Tort*, 2<sup>nd</sup> edn, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.