法学研究 Chinese Journal of Law
Vol.43，No.4（2021）

违约获益交出责任的正当性与独立性

吴国喆　长文昕娉 *

内容提要：违约获益是违约方因其违约行为而从第三人处获得的具体而确定的利益，其实现不是通过守约方的给付或者其他的价值移转形式。违约获益交出责任在于让违约方将其不法所得的全部利益交出，而不在于弥补守约方的损失。违约获益交出责任有特定的构成要件，特别是关于主观故意和因果关系的要求，还需要注意其适用的例外情形。其正当性论证首先需要排除效率违约的适用，其次可以从理念和原则以及排除民事收缴的适用两个视角展开。违约获益交出无法通过损害赔偿或不当得利返还来实现，与其他类似制度之间也存在一系列重要区别。违约获益交出责任无法纳入现有规则体系，承认其独立性就成为必然选择。

关键词：违约责任　违约获益　违约获益交出　损害赔偿　不当得利

关于“违约获益”及其法律处置，我国民法典并无明文。我国曾有关于违约获益赔偿的规定，最高人民法院《关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》（法发〔1996〕2 号，已失效）第 41 条、第 44 条明确将违约获益规定为损失赔偿的一种方式，但该“解答”规定，如果违约所获利益超过对方的实际损失，也“应将其所获利益作为对方的损失予以赔偿”，这显然已经超出了损失赔偿的范围。我国学者关于不法获益的研究主要聚焦于侵权领域，对违约获益的研究则很少。主流观点是将其作为损失计算的一种方式而归入损害赔偿之中，有的学者直接称之为违约获益赔偿责任，以获益交出作为损害赔偿不足的弥补；〔1〕有的学者提出在违约获益超过守约方的期待利益损失，或者守约方的损失无法计算时，直接以违约获益进行赔偿；〔2〕还有学者提出违约获益赔偿是一种独立的获益赔偿请求权制度，但仅在损害赔偿不足时才能适用。〔3〕值得注意的是，有学者提出，当守约方的合同权利无法通过损害赔偿实现时，可以请求违约方交出因违约获得的利益，〔4〕有承认违约获益交

* 吴国喆，西安交通大学法学院教授；长文昕娉，西安交通大学法学院博士研究生。

〔1〕 参见陈凌云：《论“违约方获益”之归属》，《法律科学》2018 年第 4 期，第 143 页以下。

〔2〕 参见孙良国：《违约责任中的所获利益赔偿研究》，《法制与社会发展》2008 年第 1 期，第 23 页以下。

〔3〕 参见刘承韪：《获益损害赔偿制度的中国问题与体系构建》，《陕西师范大学学报（哲学社会科学版）》2016 年第 6 期，第 125 页。

〔4〕 参见缪宇：《获利返还论——以〈侵权责任法〉第 20 条为中心》，《法商研究》2017 年第 4 期，第 90 页。

出责任之独立性的意味。我国司法实践通常也将违约获益纳入损害赔偿的范畴，加之我国民法典第 1182 条前段将侵权人的获益视为被侵权人的损失，在这种背景下，亟需研究的问题是：违约获益的交出究竟可否纳入损害赔偿的范畴？如果无法纳入，可否依据不当得利的规则来实现？违约获益交出与其他类似制度存在怎样的关系，以及其适用的基本规则如何？本文的研究重点即在于此。为了与学者通常所称的“违约获益赔偿责任”相区别，本文特意选用“违约获益交出责任”这一概念。〔5〕

一、违约获益的界定

违约获益是指违约方因为自己的违约行为而从第三人处获得的利益。合同订立后，当事人双方应当按照债的本旨履行各自的义务，但当事人违约并非鲜见（本文仅探讨单方违约的情况）。违约方往往是为了追求特定的利益而违约，但其是否因此而在事实上获益，则完全取决于个案情况。

违约所获的利益是个别、具体而确定的，而非抽象、概括地就违约方的整体财产状况加以判断，也不是根据违约方既有的受益状况、市场同类主体的受益数据或参照其他数据估算的结果。其形式可以是一定的现金、物或物的占有使用等，通常可以通过一定的方式对现金以外的获益进行货币化赋值，因而其价值也是一个确定的数额。有学者认为，“有时故意违约行为也可能没有产生获益，即获益为零甚至为负数，若此时能够证明当时有能力履行合同，并不妨碍故意的成立，此时违约获益为市场价格和合同价格之差。”〔6〕还有学者主张“拟制性所获利益”，即对违约方在正常状态下所获的利益予以假设。〔7〕这些观点都承认“可能的”违约获益，笔者对此持否定态度，认为只存在确定的违约获益，所谓“市场价格和合同价格之差”，正是守约方的期待利益损失，而非违约获益。违约获益的形态可能会发生变化，如将所获金钱用于购置特定物，或者相反。违约获益的确定以获利行为完成的时点为准，所获利益事后是否存在，则非所问。

为了使讨论的问题更加聚焦，本文所讨论的违约获益受两个条件的限制：第一，违约方的主观须为故意。这是一个非常重要的条件，留待后文详述。第二，违约获益并非来自守约方的给付或者其他价值移转行为，而是来自合同之外的第三人。典型如“一房二卖”场合出卖人从第二买受人手中获得的价款。再比如在医疗服务合同履行过程中，医生违背对患者的忠实义务，给患者开出其并不需要或更为昂贵的药物、要求患者进行不必要的检查等，而私下从药品或医疗器械代理商处收取回扣。在这个过程中，医生和患者之间并不存在价值移转，医生的获益来自第三人。之所以作上述限制，是考虑到如果违约方的获益来自于守约方的价值移转，比如在得到对方支付的价款后拒绝履行货物交付义务，那么合同法的既有违约责任规则就可以解

〔5〕 许德风和缪宇都曾提出“获益交出请求权”的概念。参见许德风：《不动产一物二卖问题研究》，《法学研究》2012 年第 3 期，第 90 页；前引〔4〕，缪宇文，第 90 页。对于不法获益，学者往往会选用“获益返还”的概念，但“返还”意味着将原本应归属于他人的权益回归至他人，在侵权场合，要么是直接取得他人的权益而获益，要么他人的权益至少是其获得利益的部分基础，因此尚可说“获益返还”。但在违约场合，违约方所获利益原本并不属于守约方，用“返还”并不准确。

〔6〕 前引〔1〕，陈凌云文，第 144 页。

〔7〕 参见前引〔2〕，孙良国文，第 27 页。

决这一问题，而无需借助于违约获益交出的相关规则。而且一般说来，由于是价值移转，违约方所获得的利益原则上等于守约方的损失，因而赔偿损失就大致可以弥补守约方，且不会使违约方额外获益。

需要指出的是，在以下几种情形，违约方虽然客观上获得了利益，但笔者不将其纳入本文的讨论范围。第一，违约方在缔结合同之后拒绝交付标的物并导致合同解除，因标的物的自然升值而获利；〔8〕第二，双方签订房屋买卖合同后，卖方违约且违反相关规划加层修建房屋而获利，〔9〕或者其他类似情形；第三，节省的费用，即在履行合同中违约使用较低价格的标的物而避免了较大费用的支出。在英国司法实践中，法官不倾向于将节省的费用纳入违约获益，当获益巨大时，法官会认为这只是基于偶然因素，并将其排除在获益交出范围之外。之所以如此，是因为其认为并不需要对节省费用的行为进行震慑与警告。〔10〕在我国，节省费用属于合同的瑕疵履行，应当在原有合同给付利益交换的框架内借助于损害赔偿或不当得利制度予以解决，加之其属于原告与被告之间直接的价值移转，故本文不将其纳入违约获益的范畴。特定法律概念的界定，并非是纯粹逻辑推演或事物本质反射的产物，而是取向于其目的，即为其设定特定的法律效果。〔11〕违约获益的界定目的在于为获益交出责任划定范围，因此必须结合这一特定目的进行分析。本文之所以将这三种客观的获益情形排除在外，主要是基于如下考虑：第一，其数额的确定需要借助于推算，而这正是违约获益交出责任制度竭力避免的。特别是在第一种场合，违约获益与守约方期待利益损失的确定方法完全相同，二者的数额也完全相同，因此损害赔偿足以解决问题。第二，维持概念内涵的一致性：违约获益来自于第三人。第三，与不当得利中的获利进行严格区分，进而实现制度之间的有效衔接。

二、违约获益交出责任的构成要件

违约获益交出，是指当存在违约获益时，守约方可以请求违约方将其获得的利益交付给自己。从守约方的角度看，这是其所享有的一项请求权，但从违约方的角度看，则是其必须应对方的请求而予承担的责任，属于一种责任形态。本文主要从责任视角展开。

（一）积极条件

1．违约方因违约而取得确定利益，与对方的损失无关

违约所获利益的全部交出，意味着违约方须取得确定利益，无需多论。违约获益交出责任以违约方已经获得的确定利益为限，不能超过这部分获益而要求更多利益的交出。值得注意的是，违约获益所关注的重点是，违约方因自身的行为而获得特定利益，对方是否因此遭受损失及其数额则不在考虑之列。如果考虑守约方的损失与违约获益之间的关系，则仍是受限于传统的以“损害赔偿”为中心的救济方式，坚守“无损失，无救济”的原则。如果仍然考虑损失，一方面会导致其宗旨的混乱：究竟在于全部获益的剥夺，还是对损害的填补；另一方面会使违

〔8〕 比如，一方违约拒绝交付股票，后该股票价格大幅上涨。参见北京万方源房地产开发有限公司与中国长城资产管理公司沈阳办事处合同纠纷案，最高人民法院（2015）民二终字第366号。

〔9〕 参见成莉与银昌公司房屋买卖合同纠纷上诉案，重庆市第一中级人民法院（2009）渝一中法民终字第355号。

〔10〕 See James Edelman, *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Oregon: Hart Publishing, 2002, p. 74.

〔11〕 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，法律出版社2007年版，第65页以下。

约获益的计算陷入“估算”这一操作模式，而这正是守约方损失计算时所面临的困境：期待利益损失的确定需要借助于“估算”。况且现实中存在的一些合同本身就无利可图，如亏损合同，守约方不会因为合同的履行而在经济上受益，对方的违约并不会使其遭受损失，相反可能会因此避免损失，如果将违约获益交出责任与损失挂钩，按照矫正正义的理论，守约方将因为没有遭受任何损失而无法得到赔偿，其结果只能是由违约方保有所取得的利益，这显然与一般的不法获益规则不符。此外，如果违约方所违反者为无法以金钱衡量或不具有财产价值的不作为义务，守约方很可能并未遭受财产损失，或其遭受的财产损失很难证明。

2．以故意特别是对忠诚义务的违反为主观条件

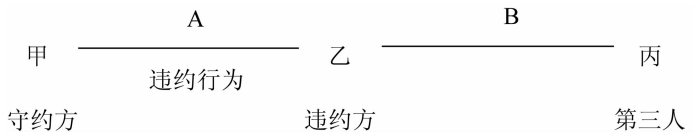
违约获益交出责任是特殊的违约责任，违约方的主观状态须为故意，即为了获益而违约。这才能够满足其行为的道德非难性及应受谴责性的要求，也才为最终的获益交出提供正当性支持：违约方的故意至少是守约方取得这些利益的正当性依据之一。

违约获益最为常见的情形是故意对忠诚义务的违反。含有忠诚义务的合同范围较为广泛，通常是一方将自己的某种事务交由另一方处理，相信对方会忠诚于自己的利益，从而赋予对方极大程度的信任，包括委托合同、信托合同、代理合同、医疗服务合同、订有保密条款或竞业禁止条款的劳动合同等，甚至包括特定情形下的买卖合同。需要说明的是，由于合同的基础原本即在于信任，可以说合同本身都存在信任和忠诚问题，只是程度存在差异，因而所谓的含有忠诚义务的合同，毋宁是法律解释和情境化的产物。在这类合同中，负有忠诚义务的一方本身就应当被严格要求，如果其为了追求额外利益而违背特殊身份赋予的义务，就应当交出因此获得的利益。德国法学家海尔姆斯认为，如果受托人违背了忠诚义务而违约，则应当剥夺其获益。[12] 其实，违约获益交出责任一直以来都与忠诚和信任有关，著名的违约获益交出案例即英国的布莱克案，[13] 就是因为被告违反所签订的保密协议而出版著作，被判决将其所获利益返还于原告。

需要指出的是，在传统法律中，违约获益常在信任关系中被要求交出，但现代理论认为，在恶意行为中，即故意的或不顾一切的违约行为中，其获益同样应当被剥夺。[14] 非故意的违约行为，因为违约方不是为了获益而违约，如因为交通不便无法按时交货，该货物很稀缺且不易保存，违约方为防止损失将该货物以超过市场价的价格转卖于他人，就属于非故意的违约行为，无需承担违约获益交出责任。

3．违约方的不法行为与其获益之间存在因果关系

在违约获益交出中，因果关系非常重要，这涉及到需要交出的利益范围。违约获益来自于第三人，但其前提是有一个违约行为。如图：



〔12〕 See Tobias Helms, *Disgorgement of Profits in German Law*, in Ewoud Hondius & André Janssen (eds.), *Disgorgement of Profits Gain-Based Remedies throughout the World*, Switzerland: Springer International Publishing, 2015, p. 233.

〔13〕 See Attorney General v. Blake, [2001] 1 AC 268. 此为英国上议院审判。英国和美国的学者认为该案例标志着英国法律正式承认了违约获益交出责任。See John D. McCamus, *Disgorgement for Breach of Contract: A Comparative Perspective*, 36 Loyola of Los Angeles Law Review 943 (2003)；参见前引〔10〕，Edelman 书，第 149 页。

〔14〕 参见前引〔10〕，Edelman 书，第 86 页。

A 是违约行为，B 是另一个行为（比如“一物二卖”），乙的获益一定程度上与自己的努力和付出相关，如果孤立地就 B 行为进行判断，通常属于一个交易，[15] 乙的获益即具有法律上的原因。但乙的获益是 A 与 B 两个行为结合的结果，在性质认定和效力判断上二者不可分割。由于先前的违约行为在伦理上和法律的价值判断上都是应当予以否定的，合同中的违约行为与民事侵权行为应当被同等对待，这一效力反射到后一行为上，会使得该整体行为具有不法性。这一结论也可以通过借鉴“法律行为一体化”理论[16] 得出，否则就会造成法效果的冲突：根据 B 行为，乙的获益应得到支持，但根据 A 行为，乙的获益应当被否定。

因此，为追求更大利益的故意违约所获得的利益属于应当交出的范围。在违约获益交出中，首先应该考虑的是直接因果关系，因为违约行为直接获得的利益，当然应当交出。借助于直接因果关系，可以排除合法获益的交出。例如，基于被告与他人共同付出的获益，就必须区分出基于他人努力的获益部分，他人不是违约的主体且不具有主观过错，这部分获益与被告的违约行为之间不具有因果关系，应当允许他人保留，但双方合谋的除外。[17] 被告为了不法获益虽然付出了努力或使用了技巧，但不应当由其继续保留因此获得的利益。如在布莱克案中，因其写作的功力与花费的时间而获得的收益，是否应排除在交出的范围之外？本案的判决结果显示没有排除，因为在违反忠诚义务的合同中，其花费的努力是为了不法获益，该获益不能允许被告保留。

实践中，因果关系的认定相当困难。[18] 除了前述因果关系的区分这一难点外，还有一个非常重要的问题，即远因获益（也可以称为间接获益）是否应当交出？远因利益也称为可追踪的利益，是指在被告因为违约而获得利益之后，又将该利益进行投资、使用进而获得的新利益。一般来说，除直接获利外的获益都属于远因获益。例如，甲违反了与丙的合同而将其标的物交付给乙，换回乙价值 3 千元的手机，之后以 5 千元将其卖出，又用这 5 千元购买了一套收藏货币，之后该收藏货币价格暴涨至 5 万元。本例中，手机的价值 3 千元为直接获益，转卖获得的额外 2 千元就属于远因获益，暴涨到 5 万元同样属于远因获益。在违约获益交出中是否可以要求交出远因获益？这里争议比较多，沃尔夫勋爵在布莱克案中坚持直接获益原则，[19] 法恩斯·沃思教授更倾向于承认间接获益，认为违约获益交出的目的在于违约方获益的强制交出，而不是对守约方本应获益的弥补，因此不适用合同法中的合理预见原则。[20] 郝思莲勋爵认为，只要远因获益与直接获益有合理联系，违约获益交出就应当包含远因获益。[21] 概括来说，英美法系国家一般情况下更倾向于通过结果的直接性来界定交出的利益范围，但不排除在某些案件中将远因获益也纳入其中，然需对其施加一定的时间限制，这段时间就是法官认为可以完全涵盖被告因为违约获得的全部收益的时间。[22] 需要特别指出的是，当被告的主观恶性

〔15〕 但不完全是，比如从第三人处接受回扣。如果该获益本身属于不法，则整体行为的不法性很容易证成。

〔16〕 参见王泽鉴：《民法物权》，北京大学出版社 2009 年版，第 68 页；王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社 2009 年版，第 387 页。

〔17〕 See Daniel Friedmann, *Restitution for Wrongs: The Measure of Recovery*, 79 (7) Texas Law Review 1889 (2001).

〔18〕 诸如有时候违约方和获益方本身并不完全同一，美国法院仅关注不法获益的实际掌控者，无论该不法获益流向何处，都应当交出。See SEC v. Contorinis, 743 F. 3d 296 (2d Cir. 2014).

〔19〕 See Attorney General v. Blake, 2 WLR 805, [1998] Ch 439, 458. 此为英国上诉法院审判。

〔20〕 See E. Allan Farnsworth, *Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract*, 94 (6) Yale Law Journal 1341 (1985).

〔21〕 参见前引〔10〕，Edelman 书，第 109 页。

〔22〕 See Ralph Cunnington, *The Assessment of Gain-Based Damages for Breach of Contract*, 71 (4) The Modern Law Review 581 – 582 (2008).

较大时，比如违反禁令或者被判刑责，美国法院往往会判决支持远因获益的交出。[23]

在我国，违约获益交出究竟应当采取何种因果关系认定标准以及最终数额如何确定，无论学界还是实务界都没有统一的答案，仍是一个需要深入研究的问题。有学者认为，原告可以要求交出远因获益，并将其类推为信托法中的归入权。[24] 笔者的基本倾向是，必须结合获益交出责任的正当性基础来决定，其是为了预防违约方投机违约以维护社会整体诚信和合同交易的确定性，因此原则上应当将违约获益（包括远因获益）全部剥夺。但需要注意的是，不能将因果关系链条拉得太长，需要综合考量原被告的具体情况，特别是被告的主观恶性、行为方式及获益的多少、原告的信任强度等因素来决定。

（二）消极条件

1．双方约定违约金

合同是充分体现意思自治的法律行为，当双方约定了违约金时，则应当尊重双方在订立合同时的意思，原告不能违反合同约定，不主张违约金而转向更为有利的违约获益交出。当然，违约方的获益可以作为请求调整违约金的依据，后文将述及。通过调整违约金，同样可以达到剥夺被告违约获益的目的。

2．守约方具有过错

守约方不能具有过错，否则违约获益归于守约方就没有正当性基础。

3．合同有履行意义且嗣后实际履行或可实际履行

违约获益交出责任是为了剥夺被告的不法获益，如果被告在违约后，合同仍有履行意义且嗣后实际履行，交易目的既已实现，就不存在违约获益交出的问题，之前的违约行为导致的损失可以通过损害赔偿予以救济，自不必多论。如果是可以实际履行，同样会排除获益交出责任的适用。在这里，“有履行意义”至为关键：因为在没有履行必要时，继续履行只会导致资源的浪费；在市场替代充足的情形下，守约方已选择与他人订立合同，如果其接受原定的给付，就会使自己陷于违约。此外，对方违约后，守约方可以选择要求实际履行或者承担违约责任，但如果合同仍有履行意义且可以实际履行，而其主动放弃主张实际履行，则违约获益交出责任同样应被排除。这是为了维护合同价值，防止其成为投机的工具。美国《利益返还与不当得利法重述（第三版）》（以下简称“利益返还法重述”）第 39 条专门规定机会主义违约获益交出责任，该条第 4 款规定这一责任适用的除外条件是：第一，双方约定守约方只能选择继续履行或者主张违约金；第二，适用获益交出将导致守约方不正当的暴利或者在个案中出现不公平。

三、违约获益交出责任的正当性

关于违约获益交出责任的正当性，需要回答两个问题：第一，违约获益为什么需要被剥夺？第二，如何剥夺：何以由守约方取得是最佳方案？

（一）效率违约的排除

我国有些学者支持效率违约，认为在赔偿了守约方的损失后，违约方如果还有利可图，即

〔23〕 See FTC v. Leshin, 618 F. 3d 1221 (11th Cir. 2010)；前引〔18〕，SEC v. Contorinis 案。

〔24〕 参见前引〔1〕，陈凌云文，第 144 页。

可违约，但同时又将机会主义违约（恶意违约）排除在外。[25] 这与违约获益交出责任直接发生冲突。对效率违约的一般性批评意见很多，[26] 兹不赘述。以色列法院认为以更高的价格将标的物卖于第三人，其获益属于违约获益，应当支持违约获益交出，否认效率违约的合法性。[27] 有学者从比较法的角度观察得出结论："自效率违约理论在美国诞生以来，其影响力虽然日益增强，但总体而言，仍局限在普通法世界内；与此同时，大陆法国家对该理论一直呈现出较为强烈的抵触状态，不论是学界、立法界还是实务界，大都对之持批判态度。"[28]

单纯从一般意义上讨论，肯定论或否定论都有相当的理由，很难说服对方，因此笔者主张回归我国实定法的具体规定。遍查我国现有法律法规，尚未见到关于效率违约的明文。韩世远认为，"效率违约"本身不具有正当性，其结论与我国现行法存在结构性冲突，所以"效率违约"概念引入中国三十余年，却从未真正进入中国合同法。[29] 从文义看，民法典第 580 条是关于实际履行责任的除外规定，但如果不加限制，就有可能导致效率违约的出现。比如，因一方将标的物出售予第三人而导致合同事实上无法履行，根据该条只须承担违约责任（通常是损害赔偿），违约方就能保有赔偿对方损失后的剩余利益，客观上实现了效率违约。但根据最高人民法院印发的《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254 号，以下简称"九民纪要"）第 48 条（该条虽针对民法典第 580 条的前身即合同法第 110 条，但对民法典第580条应作同样的解释）的规定，民法典第 580 条的适用条件之一为"违约方不存在恶意违约的情形"，在本文所讨论的问题视域范围内，违约方均为故意，故不存在适用该条的可能。此外，一些学者也主张类似的排除条件："效率违约应以违约方的主观善意为违约行为具有正当性因子的评价标准，并以此与机会主义违约进行区分。"[30] 因此在我国，在违约获益的场合，"效率违约"无法适用。

（二）从理念和原则的视角

首先，违约获益之所以应当被剥夺，从理念上看，最为重要的原因是法律不允许任何人因不法行为而获益，也不允许任何人从自己的过错中获益，这是分配正义的基本要求，也是多国所遵循的基本准则。在合同法中，违约系属不法，剥夺投机性的违约获益，是为了纠正错误。英国上议院议员格莱德韦尔法官在一个案件中表达了这样的观点：不允许从自己的不法行为中获益这一主张是具有说服力的，在相对方没有损失的情况下，允许不法行为人保留或者取回利润，显然不具有正当性。[31] 在德国法上，多数说基于"禁止主张自己之不法"或"不洁净手的抗辩"等原则，拒绝保护因不法行为而获得的利益。[32]

其次，违约获益应当被剥夺的另一原因，是当损害赔偿不足以威慑违约方时，剥夺违约获益可发挥预防或威慑功能。在普通的违约责任中，适用损害赔偿即可以达到威慑的目的，但当

〔25〕 参见贺大伟：《〈合同法〉项下的效率违约：理论反思与制度抉择——以效率违约适用性维度之审视为视角》，《河南社会科学》2018 年第 3 期，第 82 页；熊丙万：《中国民法学的效率意识》，《中国法学》2018 年第 5 期，第 91 页以下。

〔26〕 参见陈凌云：《效率违约遏制论——以完善违约损害赔偿责任为线索》，《当代法学》2011 年第 1 期，第 86 页以下；罗昆：《鼓励交易原则的反思与合理表达》，《政治与法律》2017 年第 7 期，第 30 页。

〔27〕 See Anthony Robert Sangiuliano, *A Corrective Justice Account of Disgorgement for Breach of Contract by Analogy to Fiduciary Remedies*, 29 (1) Canadian Journal of Law & Jurisprudence 149 (2016).

〔28〕 霍政欣：《效率违约的比较法研究》，《比较法研究》2011 年第 1 期，第 69 页。

〔29〕 参见韩世远：《继续性合同的解除：违约方解除抑或重大事由解除》，《中外法学》2020 年第 1 期，第 118 页。

〔30〕 前引〔25〕，贺大伟文，第 81 页。

〔31〕 See Halifax Building Society v. Thomas, [1996] 2 WLR 63, [1996] Ch 217 (CA) 229.

〔32〕 参见王泽鉴：《不当得利》，北京大学出版社 2009 年版，第 97 页。

违约方在赔偿损失后仍有额外获益时，损害赔偿就不足以达此目的，而是需要另外的方式，违约获益交出可以实现这一目标。从结果看，当违约获益高于守约方的损失时，违约获益交出具有惩罚性，此时包含了惩罚性的两个基本要素：非自愿和超额给付。但从其功能及目的看，则重在预防，当合同双方都知道违约获益会被剥夺时，就会放弃做“无用功”。有学者指出，超出受害人所受损害范围的得利剥夺，“明显服务于单极化的预防或威慑目标”。[33]

概言之，违约获益交出责任的宗旨，在于让违约方将其因违约所获的利益全部交出，其功能表现为其所具有的威慑力、防止机会主义和促进合作。

（三）排除民事收缴的适用

我国法律规定在特定情形下可以采取民事收缴，典型者如《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》（已失效）第 131 条第 2 句：利用不当得利所取得的其他利益，扣除劳务管理费用后，应当予以收缴。那么，在违约获益的场合，是否可以通过民事收缴达到剥夺不法获益的目的？有学者指出，根据其在中国裁判文书网上的初步查询，该条极少在司法实践中适用，民法典也并未吸收民法通则中与国家收缴相关的条文。[34]

在违约获益场合，如果原告同样存在过错（特别是故意），民事收缴具有一定的合理性，可以防止双方从不法行为中获益。但在违约获益交出责任的构成中，原告必须没有过错，因此不存在双方不法获益的情形，民事收缴很难适用。民事收缴是国家公权力对民事领域的介入，关乎公私分界，应当有一个严格限定的边界。现代公权力的理念以公民权利保障为核心，行为方式为服务和保护，这使公权力受到了严格的限缩。[35] 美国的民事没收仅针对具有犯罪性质的财产。[36] 我国司法实践中，民事收缴大多针对违法行为，通常不包括违约行为。[37] 违约获益是基于违约获得，其影响范围仅及于原告，即便涉及多数人，也是基于合同产生的群体。将民事收缴应用于不涉及公众利益以及一方并非违法的场合，会导致公权力越界。

由守约者获得额外利益，体现了分配正义，是价值取舍和利益衡量的结果。排除国家收缴之后，在对守约方与违约方谁更适合保有该利益进行比较权衡时，法律的选择一定是前者，因为违约者的不法行为更需要谴责。与之相对应，守约方的额外获利源于被告的行为，因此不构成机会主义获利。当然，这样的说法减弱了违约获益交出责任的其他重大制度价值。概括说来，由守约方取得违约获益，是多重因素、多重价值考量的结果，有非常丰富且有力的理由支撑。违约获益交出责任的正当性还可以通过系列具体制度来说明，对此留待后述。

四、违约获益交出与损害赔偿

（一）我国的司法实践

对于一方的违约获益，特别是为了获得高价二卖标的物的行为，我国法院历来持否定态

〔33〕 张家勇：《基于得利的侵权损害赔偿之规范再造》，《法学》2019 年第 2 期，第 63 页。

〔34〕 参见石佳友、郑衍基：《侵权法上的获利返还制度——以〈民法典〉第 1182 条为中心》，《甘肃政法大学学报》2020 年第 6 期，第 22 页。

〔35〕 参见关保英：《治理体系与治理能力现代化中的公法给付精神论》，《法律科学》2020 年第 5 期，第 22 页。

〔36〕 参见王俊梅、袁力：《美国民事没收的适用范围和适用对象》，《经济研究导刊》2013 年第 5 期，第 192 页以下；陈丹：《美国没收财产制度的类型、效益、挑战及启示》，《江苏警官学院学报》2017 年第 4 期，第 42 页。

〔37〕 例如，原被告签订“暗刷流量”的服务协议，法院判决该合同无效，且对双方的获益进行收缴。本案利益的取得以损害公共利益为条件，且行为本身违法，无论原告还是被告获得都不具有合理性，所以应当由国家收缴。参见常某某与许某、第三人马某某网络服务合同纠纷案，北京互联网法院（2019）京 0491 民初 2547 号。

度。[38] 最高人民法院支持合同的实际履行、打击一方违约获益的基本依据是诚实信用和公平原则，[39] 所采用的基本方法是强化守约方可得利益的损害赔偿与惩罚性赔偿。[40] 此外，“九民纪要”第32条、第33条的规定，意味着最高人民法院特别注意不法获益的防范，虽然并没有出现在违约责任中，但旨在通过利益分配来防止非法获益的意图非常明显，且以标的物价值的增减变化与当事人之间的关联性作为利益分配的重要考量因素，引入了因果关系。

在我国的个案裁判中，法院往往根据违约方的“违约获益”来计算守约方的可得利益损失。笔者在中国裁判文书网、北大法宝、无讼案例、法信等平台检索相关案例，发现在20个相关案例中，法院明确支持违约获益交出的仅有5个，且都是以损害赔偿的名义。这5个案例的详细情形见下表：

案件名称	审理法院	案号	裁判要点
中国人寿保险公司甘肃分公司与甘肃兰东房地产开发有限责任公司合同纠纷案	最高人民法院	（2017）最高法民终387号	甘肃人寿公司举证证明兰东公司两次交易案涉房产存在巨大差额，其可得利益损失赔偿请求权应予支持。
陈荣根诉江阴兰星房地产开发公司等商品房预约合同纠纷案	江苏省无锡市中级人民法院	（2012）锡民终字第0024号	本案中认购书属于预约合同，其具体内容确定，兰星公司在达到销售条件后即负有签订商品房买卖合同的义务，但因兰星公司已经将该房屋销售，陈荣根的损失赔偿为兰星公司实际获得的房屋差价。
董蕾蕾等与北票泓峰房地产开发有限公司房屋拆迁安置补偿合同纠纷案	辽宁省北票市人民法院	（2018）辽1381民初1687号	当原告的损失程度存在争议时，根据违约方因违约所获得的利益视为守约方损失的原理，以被告二卖的实际获益赔偿于原告。
涿州龙马铝材有限公司诉四川华西通用机器公司技术开发合同纠纷案	河北省高级人民法院	（1999）冀经二终字第24号	根据诚信、公平等价有偿原则和联合开发协议权利义务对等的精神，对于龙马公司在开发产品中的投入和贡献应当有所补偿。本院根据华西公司生产6台铝型材挤压机中自行销售所得与供应龙马公司的差价，并考虑销售成本等实际情况，依法确定53万元作为龙马公司的投入补偿。
高占领、高战举房屋买卖合同纠纷案	河北省邯郸市中级人民法院	（2018）冀04民终4501号	法院将标的物二次买卖的价格与合同约定的价格之差认定为守约人的可得利益损失，但因为原告也存在过错，所以将差价的50%作为可得利益损失赔偿于原告。

这5个案例都是将违约方的获益直接认定为守约方的可得利益损失，而判决违约方“赔偿”给守约方。在20个案件中，还有一个判决虽不支持原告的损失赔偿，但仍将违约获益视

〔38〕 参见最高人民法院民事审判第二庭编：《合同案件审判指导》，人民法院出版社2014年版，第518页。

〔39〕 参见韩延斌等：《房地产纠纷裁判思路与规范指引》，人民法院出版社2014年版，第844页以下。

〔40〕 参见《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2003〕7号）第8条、第9条。需要说明的是，根据2020年12月23日通过的《最高人民法院关于修改〈最高人民法院关于在民事审判工作中适用《中华人民共和国工会法》若干问题的解释〉等二十七件民事类司法解释的决定》（法释〔2020〕17号），这两条规定已被删除。

为可得利益损失。法院认为："由于第二次买卖的价格低于合同约定的价格，被告在一房二卖中并没有获利，故原告以房屋评估现值计算房屋的差价损失赔偿，缺乏事实与法律依据。"〔41〕除表中列举案例之外的其他 15 个案例中，10 个支持期待利益损失赔偿，〔42〕其中有 3 个还同时支持惩罚性赔偿，惩罚额度从 50% 到 100% 不等；〔43〕有 2 个仅支持惩罚性赔偿而不支持差价损失，惩罚额度分别为 80% 和 50%；〔44〕有 2 个既不支持损害赔偿，也不支持惩罚性赔偿；〔45〕有 1 个虽然在名义上并不涉及损害赔偿，但法院将违约获益作为调整违约金数额的依据，〔46〕由于违约金具有损害赔偿的性质，因此其实质仍是将违约获益作为损害赔偿的计算依据。

从上述案例可以看出，面对类似问题，法院裁判存在较大差异。主流做法是通过可得利益损失赔偿（辅以惩罚性赔偿），剥夺违约者的额外获益，但在具体数额确定以及惩罚性赔偿是否适用及额度等问题上差别较大。法院似乎陷于一种困境：一方面欲填补守约方的损失，另一方面又欲剥夺违约方的获益，而所依托的方法是损害赔偿。未能恰当分化责任及其功能，未能承认违约获益交出责任的独立性，是这一困境产生的重要原因。

（二）违约获益交出无法纳入损害赔偿的范畴

1．数额确定方式不同

违约获益最基本也是最重要的特质在于，它是违约方因为违约行为而实际取得的利益，"实际取得"是其基本属性，因而并不属于可得利益。违约获益交出责任中，应当以违约方的实际获益为限，不能适用客观市场价值估算法。在诉讼中，对数额的认定属于"事实问题"。

相反，违约损害赔偿是赔偿守约方的期待利益损失，其宗旨在于使守约方回复到合同正常履行时其本来应当所处的利益状态，因此其计算通常是用期待利益状态（假定为 C），减去其在被告违约后实际所处的利益状态（假定为 A），即 C-A。〔47〕我国学者习惯的表达是，损失赔偿就是赔偿原告遭受的实际损失和可得利益损失，从而让原告回复到合同能够得到严格履行情

〔41〕 谢栋与琼海鸿信房地产开发有限公司商品房预售合同纠纷上诉案，海南省第一中级人民法院（2013）海南一中民二终字第 38 号。

〔42〕 参见马常来与沈阳华隆基房屋开发有限公司房屋买卖合同纠纷上诉案，辽宁省沈阳市中级人民法院（2007）沈民二房终字第 9 号；张甲等与杨某房屋买卖合同纠纷上诉案，上海市第一中级人民法院（2010）沪一中民二（民）终字第 2924 号；崔某某诉某科技园公司合同纠纷案，天津市第一中级人民法院（2012）一中园初字第 0006 号；王有虎与绿地地产集团南京置业有限公司商品房买卖合同纠纷案，江苏省南京市中级人民法院（2014）宁民终字第 3032 号；郑国安与被申请人青海万通物业发展有限公司商品房买卖合同纠纷案，最高人民法院（2014）民一终字第 198 号；宋金梅与河南宏光奥林匹克置业有限公司房屋买卖合同纠纷案，河南省高级人民法院（2016）豫民终 1343 号；周星钻、周桂云等与广州市增城区荔城街城丰村新汤经济合作社等房屋买卖合同纠纷案，广东省增城市人民法院（2019）粤 0118 民初 3662 号；张翔宇与青岛五月城置业有限公司商品房预约合同纠纷案，山东省青岛市李沧区人民法院（2019）鲁 0213 民初 184 号；怀化同鑫房地产开发有限公司与彭绍飞商品房预约合同纠纷案，湖南省怀化市中级人民法院（2020）湘 12 民终 981 号；前引〔8〕，北京万方源房地产开发有限公司与中国长城资产管理公司沈阳办事处案。

〔43〕 参见上引马常来与沈阳华隆基房屋开发有限公司案、王有虎与绿地地产集团南京置业有限公司案、张翔宇与青岛五月城置业有限公司案。

〔44〕 参见朱惠清与徐州市城市建设投资总公司商品房买卖合同纠纷案，江苏省徐州市中级人民法院（2004）徐民一初字第 152 号；湖北金华实业有限公司与苏金水等商品房买卖合同纠纷案，最高人民法院（2012）民抗字第 24 号。

〔45〕 参见陈某某与上海紫旺某公司房屋买卖合同纠纷案，上海市第一中级人民法院（2011）沪一中民二（民）终字第 718 号；前引〔41〕，谢栋与琼海鸿信房地产开发有限公司案。

〔46〕 参见无锡八佰伴商贸中心有限公司与无锡五洲商业投资有限公司租赁合同纠纷案，江苏省无锡市中级人民法院（2014）锡民终字第 905 号。

〔47〕 See Richard L. Hasen, *Remedies*, 3rd ed., New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2013, p. 62.

况下的状态。[48] 我国民法典第584条对此作了明确规定。期待利益损失的计算非常困难，基于证据的不确定性和计算标准及计算方法的不确定性，只能采用推算的方式，无法做到完全的科学与确定。期待利益损失的计算通常有约定计算法、收益对比法和估算法，[49] 其计算还受到诸如可预见性规则、损益相抵规则及减少损失规则等一系列限制，自不待言。尽管在具体计算方式上各种主张存在细微差异，但可以确定的是，我国法院往往采取非常审慎的态度来确定守约方的期待利益损失。

由此可以看出，违约获益和损失的计算方式完全不同。违约获益其实并不存在计算问题，只是对违约获益的确定，是对事实的认定和判断，其重点是证据问题；而对于守约方期待利益损失的计算，是根据特定方式的一种法律认定，很难说是事实判断。试用一个案例说明二者的区别：被告是一家酒店的业主，原告长期租赁被告的30间公寓，被告违约将原告赶出公寓长达15年。由于该酒店一直处于亏损状态，因而被告并没有获益。如果原告以被告获益为标准请求获益交出，就不能得到充分救济，于是法官以市场价格为标准计算赔偿额，判决被告承担损害赔偿责任。[50] 该案中，违约获益与损害赔偿有清晰的区分，被告依正常市场价值为标准计算的经营获益为损害赔偿的范围，而被告的实际营业收入为违约获益交出的范围。如果被告因为高超的营业能力，获得超过正常市场盈利的利益，这两部分利益将同时存在。

2．目的宗旨不同

损害赔偿以“损害”为基础，旨在填补损失；违约获益交出仅关注“获益”的交出，是对违约行为的一种威慑，旨在剥夺其获益。因此，从数额来看，损害赔偿不得超过实际损失，除非是惩罚性赔偿，与之相反，违约获益交出与损失无关，而且只有在违约获益大于守约方损失的情况下，[51] 违约获益交出才真正具有意义。

正因为如此，如果将损失带入违约获益交出的场景，就会产生混乱与矛盾。例如，针对美国的“补进”或“替代购买”价格条款，[52] 以及日本法上关于“履行利益是合同如果得到履行可能得到的利益，是买主缔结转卖合同场合的转卖价格与合同价格之间的差额，而如果没有转卖合同的场合是市场价格与合同价格之间的差额”[53] 的观点，有学者认为采取以市场价格为限的损害赔偿方法，会导致超过市场价格的获益无法返还给守约方，违约方仍然因此获益，这对于守约方而言并不公平。[54] 其实这种观点忽略了该两项规定原本适用的场合：都是针对守约方的损失计算，目的不在于去除违约方的获益。在违约方未获益的场合，只需要考虑损失赔偿，只有在违约方获益时，才会发生获益交出。实际上，美国“利益返还法重述”第39条规定，在机会主义违约的情形下，违约获益交出可以成为替代合同损害赔偿的另一种救济措

〔48〕 参见王利明等：《合同法》，中国人民大学出版社2013年版，第217页。

〔49〕 参见钟淑健：《可得利益损害赔偿的确立和实现》，《山东审判》2007年第5期，第78页。有学者还提出了类型化的计算方法，参见刘承韪：《违约可得利益损失的确定规则》，《法学研究》2013年第2期，第95页以下。还有学者提出了具体计算和抽象计算的方法，参见郝丽燕：《违约可得利益损失赔偿的确定标准》，《环球法律评论》2016年第2期，第61页以下。

〔50〕 See Inverugie Investments Ltd v. Hackett [1995] 1 WLR 713 (PC).

〔51〕 这种情况，可能源于违约方更高的谈判能力，买受人的慷慨、急迫、误判，或者其他因素等。

〔52〕 英美法中，当出卖方拒绝交付货物，而买方可以在市场上找到与原合同标的物品质大致相当的货物时，买方购买该货物的行为构成“补进”或“替代购买”。

〔53〕 [日] 能见善久：《履行障碍：日本法改正的课题与方向》，于敏、韩世远译，载韩世远、[日] 下森定主编：《履行障碍法研究》，法律出版社2006年版，第56页。

〔54〕 参见前引〔2〕，孙良国文，第29页。

施。[55] 日本学者能见善久同样认可在违反忠诚义务场合可以适用获益交出责任。[56]

美国“利益返还法重述”第 39 条第 2 款（C）项规定了机会主义违约的含义：损害赔偿不足以为守约方提供充分的救济，即在损害赔偿不足时构成机会主义违约。此时可以要求违约获益的交出，从而在机会主义违约和违约获益交出责任之间建立起联系。如果损害赔偿额无法让守约方在替代交易中获得与原合同相等的履行利益，就构成损害赔偿不足。我国有学者参考上述规定，认为违约获益的交出就是为了弥补原告无损失或损失难以计算的困境。[57] 笔者认为，美国“利益返还法重述”第 39 条对违约获益交出责任的规定，并不意味着其适用受到“无损失或损失难以计算”这一前提的限制。因为其第 1 款规定，违约获益交出是一种可以替代损害赔偿的独立责任，不是后者的补充；第 3 款规定违约获益的标准，当违约方因违约而获得的利益，减去其应该承担的损害赔偿责任，仍然超过其按原合同履行所能获得的利益时，违约就是有利可图的。因此，即使在赔偿充分的场合，被告额外的获益依然需要交出。同时，“利益返还法重述”第 4 条第 2 款规定，原告不需要证明赔偿不足。美国学者在分析该第 39 条时认为，在衡平法中加入赔偿不足的条件，是对充分赔偿原则的滥用，并且重述起草者安德鲁·库尔认为该条与重述第 4 条第 2 款的一般规则无适用冲突，因此该学者认为第 39 条关于赔偿不足的规定，是在言语表述上较为保守的表现，尤其是在英国和其他国家学者都呼吁应当广泛适用获益交出责任的背景下，美国仍然选择限制性的表达，是因为美国仍不愿意突破传统的合同损害赔偿责任形式。[58] 也有学者认为，第 39 条虽然言语表达上有限制，但精神上是宽泛的，且未来会有更加广阔的适用空间。[59] 实际上，违约获益交出责任在实践和学理上处于发展阶段，已经具备了独立存在的价值。

概言之，从二者的区分中可以清晰地看出，损害赔偿之所以不能实现违约获益交出的功能，除了二者的计算完全不同之外，最突出的原因是损害赔偿旨在填补损害，因此其数额一定受到损害本身的限制。在违约获益超过守约方的损失时，损害赔偿不能实现对不法获益的剥夺。美国在司法实践中是严格区分这二者的。在 CFTC v. Wilshire Inv. Mgmt. Corp. 案中，地方法院以原告的损失为标准来计算违约获益交出的金额，巡回法院认为这不符合衡平法的要求，获益交出应仅着眼于被告的不法获益，所以驳回这部分判决，并建议将被告的交出金额减至其因不法而获得的利益。[60]

莱科克教授对美国“利益返还法重述”第 39 条进行分析时认为，在市场充分的条件下，一般情况下违约获利的机会为零，但当违约有利可图时，一定是在损害赔偿之后仍有获益，此时损害赔偿就无法取代违约获益交出完成对被告的获益剥夺。[61] 在德国，不法获益交出是对损害赔偿不足的补充，只是德国目前不法获益交出只适用于侵权行为。[62]

---

〔55〕 See Caprice L. Roberts, *Restitutionary Disgorgement as a Moral Compass for Breach of Contract*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm? abstract_id = 1232258, p. 10, last visited on March 21, 2020.

〔56〕 参见前引〔53〕，能见善久文，第 62 页。

〔57〕 参见陈凌云：《论英美合同法之违约获益赔偿责任》，《环球法律评论》2010 年第 3 期，第 87 页。

〔58〕 See Douglas Laycock, *Restoring Restitution to the Canon*, 110 Michigan Law Review 947 (2012).

〔59〕 See Caprice L. Roberts, *Restitutionary Disgorgement for Opportunistic Breach of Contract and Mitigation of Damages*, 42 Loyola of Los Angeles Law Review 141 – 142 (2008).

〔60〕 See CFTC v. Wilshire Inv. Mgmt. Corp, 531 F. 3d 1339 (11th Cir. 2008).

〔61〕 参见前引〔58〕，Laycock 文，第 948 页。

〔62〕 参见前引〔12〕，Helms 文，第 224 页。

（三）违约获益交出与损害赔偿的竞合

违约获益交出是独立于损害赔偿的一种责任形式，应根据自身的构成要件来决定是否适用。假设同时满足二者的要件，究竟是同时适用还是择一适用？二者的制度价值和功能虽有不同，但都属于对守约方的保护，因此守约方自然有权选择其一，需要讨论的是守约方可否主张同时适用。需要指出的是，承认违约获益交出责任的独立性，只是意味着其在构成要件及法律效果上完全独立，其适用并不依赖于其他责任形式，但这并不否定违约获益交出对守约方所具有的补偿性，守约方的损失在同等数额内将得到填补。如果守约方在得到违约方的获益后再主张损害赔偿，将发生双重赔偿问题，这与损害赔偿的填补性本质相冲突。此外，违约获益交出和损害赔偿一样，均是以“替代利益”来满足“原给付利益”，如果允许同时主张，就相当于允许请求双份的原给付价值，这将与守约方的对待给付义务失衡。因此，二者在性质上相互排斥，不能并用。如果交出的利益小于违约方的损失，守约方可在获得该利益的同时或之后，另行要求损失赔偿，但应扣减已经获得的获益部分。德国民法典第 285 条第 2 款规定，债权人在行使代偿请求权之后要求损害赔偿的，赔偿额按所取得的代偿利益的价额相应予以减少，是一个很好的注解。

（四）我国民法典第 1182 条不可直接适用于违约获益领域

我国法律对侵犯知识产权的责任有具体规定，〔63〕已废止的侵权责任法第 20 条与之类似。这些规定的基本特点是，将不法获益作为计算被侵权人损失的一种替代方式。民法典第 1182 条前段对此略有调整，不再将“损失难以确定”作为依侵权人的获益计算被侵权人损失的前提条件，而是可以直接选择获益返还。民法典将侵权获益作为损害计算的一般方法，是否会影响违约获益交出成为一种独立的违约责任？

对此，本文持否定观点。第一，侵权法是调整不特定陌生人之间关系的法律，与调整特定人之间基于交易形成的契约关系的合同法存在重大差异，对此无需多论。第二，民法典第 1182条并不是侵权损害计算的一般方法，而是基于特定政策考量的针对侵害人身权益而造成财产损失的特殊情形。所考虑的主要因素有：人身权益的极端重要性；人身损害本身难以计量，因此很难说存在超过实际损失的情形，换言之，法院认定为合理的任一数额都可以说是损失额；尽管针对的是财产损失，但如果考虑到是因为侵害人身权益而导致的，则前述问题仍然存在；降低损害计算的难度。第三，将侵权人的获益解释为被侵权人的实际损失，是强行建立这二者之间的联系，拟制的色彩过于浓厚，其本身的正当性也值得怀疑。反之，在违约获益的场合，所针对者为财产责任，违约获益的取得并不是建立在守约方固有的权益之上。基于这些重大差异，民法典的该条规定并不能适用于违约获益的场合。

五、违约获益交出与不当得利返还

（一）比较法上的考察

不同国家对于不当得利的理解不同，各国学者也热衷于在对违约获益交出的研究中，将其与各种类型的利益返还进行对比。比较法上的考察有助于我国学者在研究违约获益交出责任

〔63〕 参见著作权法（2020 年）第 54 条、专利法（2020 年）第 71 条、商标法（2019 年）第 63 条、反不正当竞争法（2019 年）第 17 条等。

时，清晰地知道其在国外的法律定位。

1. 认为违约获益交出属于不当得利的扩张的观点

一般来说，英美法中的“unjust enrichment”对应的是不当得利。在美国，没有将不法行为排除在不当得利的原因之外，不当得利的发生基础包括侵权等不法原因。[64] 虽然有在特定情形下须交出获益的规定（如前述“利益返还法重述”第 39 条），但美国有学者认为违约获益交出仍未独立于不当得利。[65] 在一个案件的法官说理中，提到了不当得利可以分为利益返还和获益交出。[66] 尽管如此，美国已经为违约获益交出的适用规定了相对特殊且具体的条件。爱尔兰将获益交出归入不当得利。[67] 爱尔兰有学者认为，传统的不当得利要求得利是从原告处减少而增加到被告利益中的，目的在于弥补原告的损失。违约获益交出的目的在于回复被告的原本状态，去除被告因为错误获得的利益，2000 年爱尔兰法律改革委员会将获益交出定义为不当得利的特殊适用，意味着不当得利适用范围的扩大。[68] 以色列同样将获益交出纳入不当得利之中，所有出于不正当理由的获利都被认定为不当得利，但计算标准却不固定，法官有很大的自由裁量权，如果法官认为其获益并没有导致原告的损失或者返还利益会导致不公平，则可能会免除返还责任。[69] 日本学者能见善久认为，应当打破不当得利以“损失”为标准的传统，将获益交出纳入不当得利之中。[70]

2. 认为违约获益交出独立于不当得利的观点

该观点认为，违约获益交出不应与不当得利相提并论，两者的性质不同，请求权基础自然也不相同。有学者认为这两者属于利益返还的不同计算方式。[71] 英美虽然属于同一法系，但两国关于不当得利的规定与理念均不相同，英国排除不法行为成为不当得利的基础。[72] 英国学者埃德尔曼将利益返还划分为三类：与给付型不当得利（我国最典型的不当得利）对应的是“restitution”，与侵害型利益返还及相关损害赔偿对应的是“restitution damages”，对不法行为获益的剥夺使用的是“disgorgement damages”，[73] 这三者存在明显区别。“restitution damages”更类似于我国的侵害型不当得利。在给付型不当得利中，被告没有过错，而在另外两类利益返还中，被告具有过错。该学者虽然使用了“damages”一词，但其专著第一章就对该词进行了解释，认为该词应当突破弥补损失的功能限制，而关注到被告的获益。[74] 英国学者博克斯反

〔64〕 参见前引〔58〕，Laycock 文，第 937 页。

〔65〕 See John D. McCamus, *The Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment*, 90 (2) Canadian Bar Review 445 (2011).

〔66〕 See CFTC v. Noble Wealth Data Info. Servs, 90 F. Supp. 2d 676 (D. Md. 2000).

〔67〕 See Niamh Connolly, *Disgorgement in Ireland*, 载前引〔12〕，Hondius 等编书，第 73 页。爱尔兰学者尼娅·康诺利在文中提到，《爱尔兰法律改革委员会关于加重损害赔偿、惩罚性损害赔偿与利益返还损害赔偿的报告》（Law Reform Commission, *Report on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages* (*LRC 60 – 2000*), Dublin: The Law Reform Commission, 2000）第 6.01 段认为，获益交出是不当得利原则的特殊适用。

〔68〕 同上引 Connolly 文。

〔69〕 参见前引〔27〕，Sangiuliano 文，第 149 页。

〔70〕 See Yoshihisa Nomi, *Disgorgement of Profits in Japanese Law*，载前引〔12〕，Hondius 等编书，第 440 页。

〔71〕 参见前引〔22〕，Cunnington 文，第 560 页以下。英国学者拉尔夫·坎宁顿在文中提到，英国高等法院副院长马里奥特在 Esso Petroleum Company Ltd v. Niad Ltd（[2001] EWHC Ch 458）案中，评论利益返还可以分为获益交出与基于不当得利产生的侵害型利益返还，但拉尔夫·坎宁顿不同意侵害型利益返还是基于不当得利产生的这一观点。

〔72〕 See Andrew Burrows, *The Law of Restitution*, 3rd ed., New York: Oxford University Press, 2011, pp. 4 – 5.

〔73〕 参见前引〔10〕，Edelman 书，第 66 页以下。

〔74〕 同上书，第 5 页以下。

对将基于不法行为的获益交出纳入不当得利的观点，明确指出利益返还和获益交出是完全不同的法律概念，利益返还的基础是不当得利，即原告与得利是有关系的，但获益交出的基础是不法行为，原告与得利完全没有关系，其只能将不法行为作为请求返还的理由，除此之外，原告没有其他的请求返还理由。[75]

（二）我国不当得利与违约获益交出的区别

我国的不当得利制度较多受到德国法与我国台湾地区民法的影响，以利益的不当移转为其存在的基础。在我国司法实践中，非给付型不当得利中包括侵害型不当得利，但也必须有价值的移转（包括利益归属的错位：应归属于甲的利益而由乙取得），所以非基于利益移转的违约获益，不能通过不当得利制度予以去除。

1．主观状态不同

违约获益交出责任中，原告方不能有过错，不当得利制度中则没有这一要求，给付型不当得利的发生原因是原告的错误给付。违约获益交出责任中，被告的主观状态为故意，而不当得利的成立对被告的主观状态则没有要求，尽管被告的善意与否影响其返还范围。其原因在于，受领人若相信取得的利益具有法律根据，这种信赖应受法律保护。不当得利无需“过错”以及“违法性”要件，[76] 反之，“在加害人获得‘非法利润’的情况下，过错以及违法性反而为重要的构成要件，而以无需过错和违法性为要件的不当得利制度去处理‘利润剥夺’问题，显然具有无法克服的困难”。[77]

2．利益来源不同

违约获益不要求原告与被告之间的价值移转，但不当得利一定具有利益价值的移转，包括以原告的利益为代价。有学者认为，如果是以原告的财产为代价，即使没有财产的现实移转，但因侵害应归属于他的权益而受益，可以认为基于同一原因事实“致”他人受到“损害”。[78] 这种违反利益归属秩序的不当得利中，仍然包含有利益的价值移转，因为原告权益的使用价值移转到了被告。需要特别指出的是，虽然“归属分配理论”是目前关于不当得利制度的通行理论，这意味着依据利益归属的正当秩序原本应归属于原告的利益却归属给了被告，即所谓“以原告的利益为代价”，但这丝毫不影响价值移转的基础地位。

与之相关的另一重要区别是，获利本身的确定方式不同：违约获益本身是具体的、确定的利益，而不当得利是整体计算的结果，即“因他人的给付或因其他一定的事实，致受益人的总财产有所增加”。[79]

3．功能价值不同

不当得利采取的是后果视角，旨在矫正不当的财产变动：一方面，其只适用于与财产权变动相关的情形，对无形利益或非财产权无法适用；另一方面，既然其聚焦于矫正不当的权属变动，预防和惩罚功能就不在该制度的预设功能范围内。在得利超过损失时，剥夺全部获利就同时具有补偿与预防及惩罚的双重效果。“在不当得利法中引入行为视角并扩大返还范围以发挥

〔75〕 参见［英］皮特·博克斯：《不当得利》，刘桥译，清华大学出版社 2012 年版，第 16 页。

〔76〕 参见孙良国：《论人身权侵权获益赔偿的性质、功能与适用》，《法律科学》2011 年第 4 期，第 158 页。

〔77〕 朱岩：《“利润剥夺”的请求权基础——兼评〈中华人民共和国侵权责任法〉第 20 条》，《法商研究》2011 年第 3 期，第 141 页。

〔78〕 参见前引〔32〕，王泽鉴书，第 116 页。

〔79〕 李谟、黄景柏编著：《民法债编总论》，暨南大学出版社 2017 年版，第 58 页。

其制裁功能，将扰乱其内在价值的一贯性。”[80]“基于正义观念，不当得利法还贯彻了禁止加害于善意受益人的理念：善意受益人不得因不当得利返还而蒙受不利，仅在现存利益范围内负返还义务。不当得利法允许善意受益人保留自己通过劳动和特殊技能基于法律行为获得的利润。”[81] 反之，违约获益交出旨在威慑与预防，也不存在善意保护的问题。

概言之，不当得利是对因错误发生的价值移转的回复，其法律效果乃是反向的价值移转，某种意义上是对原告损失的一种补偿，不存在对不法行为的否定性评价；违约获益交出是剥夺违约者的不法获益，法律对其行为持否定态度，并希望通过否定性评价起到预防作用。

4．法律效果不同

两者在得利方的利益返还数额与相对方的损失之间的关系上存在重大差异。前文已述，违约获益交出不考虑守约方的损失，但只有在其数额高于守约方的损失时，违约获益才具有特别的价值。反之，在不当得利，需要比较得利方的获益与对方的损失，以两者中的较小者来决定返还的数额。[82] 我国有学者明确指出，“既然不当得利返还旨在矫正权益归属的不当改变，就意味着只有在得利与损害相当的范围内，不当得利返还的构造逻辑才能得到满足。当得利超出损害时，返还的范围应以损害为准，不当得利法因此而无法发挥剥夺不法行为人全部得利的效果。”[83] 虽仍存在一定的争议，但可以肯定的是，在不当得利的基本构造中，一方得利即为一方受损，或者至少得利与受损之间具有关联性。而违约获益交出责任中无需考虑这二者的相关性。

基于我国不当得利的基本规范和制度背景，笔者认为违约获益交出不能纳入不当得利。

六、违约获益交出与其他近似制度

一方面，这些近似制度与违约获益交出具有相同的功能和法律效果，因此可以作为违约获益交出的正当性基础；另一方面，这些制度与违约获益交出之间又存在明显的差异，特别是在我国缺少具体立法的背景下，根本无法实现制度之间的相互替代。

（一）与推定信托的关系

在英美法，合同签订后被告故意违约而从事相关行为并获得利益，会被认定为在原被告之间存在推定信托关系，即在合同签订后标的物交付之前，就标的物的照管，被告应为原告的利益而非其本人的私利行事。因此，被告的获益被认定为信托的获益，原告取得该获益，属于信托法律关系的当然结果。在英国，推定信托与明示信托具有相同的效力，信托行为的结果归属于委托人。2000 年英国上诉法院在一份判决中称，推定信托和获益交出可以互为替代。[84] 但有学者指出，能否以推定信托规则为基础要求违约方交出其所获得的利益，不能一概而论，应

〔80〕 前引〔33〕，张家勇文，第 65 页。

〔81〕 前引〔4〕，缪宇文，第 83 页。

〔82〕 我国学者认为，不当得利请求返还的利益不得超过损失是通说。参见崔建远：《不当得利规则的细化及其解释》，《现代法学》2020 年第 3 期，第 188 页。另外，我国法官也持类似观点：“对于不当得利的返还范围，理论上普遍认为，当损害大于利益时，应以利益为限，当利益大于损害时，则以损害为限，反映了不当得利的利益去除功能。”参见江必新、何东宁：《最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用·合同卷二》，中国法制出版社 2012 年版，第 475 页。

〔83〕 前引〔33〕，张家勇文，第 65 页。

〔84〕 See United Pan-Europe Communications NV v. Deutsche Bank AG, 2 BCLC 461 (2000).

根据个案情况具体判断。[85] 英国主流观点认为，应当限制推定信托的适用，因为在这样的处理模式下，优待守约方会使违约方的其他债权人受到不公平对待，因此在 Marangos Hotel Co. Ltd v. Stone 案中，法院不同意适用推定信托。[86] 只有出于道义的需求，在违反信义义务的案件中，才能将被告的获益行为认定为推定信托，进而要求获益的交出。

在美国，推定信托是一种不同于明示信托的救济，即“如果允许一个人保留财产，他将不公平地得利、致富。法律认为他应把财产移转给在衡平法上有权取得的人，因此他将成为推定信托人”。[87] 可见，美国将推定信托作为矫正不当得利的救济，具有工具性的功能，对其使用态度也更为坚决。在 Timko v. Useful Homes Corp. 一案中，第一买受人要求出卖人交出其在第二次买卖中所获得的价款。为履行与第一买受人之间的买卖合同，出卖人又将土地从第二买受人处购回（即回复到可以依约履行的状态），但第一买受人拒绝接受土地而坚持其原来的主张。法院认为，出卖人属于买受人的受托人，在因受托人的过错损害委托人权利时，委托人有权（超越合同）在返还原物和交出利润间进行选择。[88] 这种做法反映出美国对第一买受人更强有力的保护。

尽管我国在法律层面存在一些类似的制度，例如委托合同中受托人交出处理委托事务所取得的财产（民法典第 927 条）、无因管理中管理人交出管理事务所取得的财产（民法典第 983 条），以及在公司内部人违反忠实义务从事短线交易时公司的归入权制度（公司法第 148 条、证券法第 44 条）等，但仅局限于特定领域且当事人间存在实质性的信托关系，因此我国并不存在一般意义上的推定信托制度，对于违约获益无法适用推定信托的规则。

（二）与对于不法管理的追认的关系

管理人明知是他人的事务，但为了自己的利益而实施管理，即构成不法管理，原则上应适用侵权法或不当得利的规定。然而，依据这两种规则请求救济，都只能以所受损失为限，如果管理事务所获利益超过受害人的损失，就会使管理人保有超过部分的利益，这不仅与事理显有未合，而且会诱导他人为侵权行为，因此就利益衡量和价值判断而言，应由受害人取得该项利益为宜。[89] 在法律有规定时，可以准用或者类推适用无因管理的规定，[90] 但以管理人“明知”系他人事务为条件。在法律没有规定时，可通过对于不法管理的追认达到相同的效果。一旦被事后追认，除非当事人有特殊意思表示，否则溯及管理事务开始时，适用有关委托合同的规定，其结果归属于被管理人，我国民法典第 984 条对此定有明文。[91] 需要指出的是，这一效果的取得需要被管理人的“追认”。追认包含明确的法效意思，通常需向相对人明示始足当之，但不排除特定情形下以行为的方式为之。在本文所讨论的问题视域，违约方违约并因此取得利益，其实质是一种为了自己利益的不法管理，事后守约方主张违约获益的交出，可以将

〔85〕 See Mathias Siems, *Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis*, 7 Edinburgh Law Review 27 – 32 (2003).

〔86〕 See Marangos Hotel Co Ltd v. Stone, 3 All ER 812 (1998).

〔87〕 沈达明编著：《衡平法初论》，对外经济贸易大学出版社 2015 年版，第 118 页。

〔88〕 参见前引〔5〕，许德风文，第 90 页。

〔89〕 参见王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社 2009 年版，第 279 页以下。

〔90〕 参见德国民法典第 687 条第 2 款、瑞士债务法第 423 条。该规则系不法管理的例外规则，理论上称为不真正无因管理。

〔91〕 亦可参见我国台湾地区民法第 178 条。王泽鉴主张该条规定仅适用于真正的无因管理，参见前引〔89〕，王泽鉴书，第 281 页。笔者认为，这一制度的目的在于让被管理人取得管理人所获得的利益，这在不法管理场合意义更为重大，而在真正的无因管理，这一问题原本可以解决，无需借助于委托制度。

其解释为是对该不法管理行为的追认。由此所生的法律效果是，违约方的行为是接受委托并为守约方的利益进行的，其结果当然应归属于委托方，因此其主张交出违约获益就是自然而然的结论。

需要指出的是，将守约方主张违约获益的交出解释为是对不法管理行为的追认，这只是一种为了剥夺其不法获益的拟制解释技术，并不意味着违约获益交出就确实是追认不法管理的结果。至为要者，违约获益交出中，违约方是为自己的利益对自己的事务进行管理，这并不符合不法管理的要求。

（三）与代偿请求权的关系

代偿请求权是大陆法系的一项基础制度。德国民法典第 285 条、法国民法典第 1303 条、意大利民法典第 1259 条以及我国台湾地区民法第 225 条第 2 项均为其典型规定。债务人因陷入给付不能而免除给付义务，但因给付不能的同一事由取得给付标的的代偿利益时，债权人可请求债务人交出该利益以代原定给付。代偿请求权的核心是“代偿利益”，“代偿利益”是债务人原定给付的替代和变形，包括替代物（如赔偿物、赔偿金、保险金等）和替代请求权（如赔偿请求权、保险金给付请求权等）。〔92〕根据合同约定，原定给付的利益应当归属于债权人，当无法履行原定给付而有替代利益时，也应当归属于债权人，即使其价值超过原定给付亦同。这与债权人遭受的实际损失无关，是正义观念的自然结果。〔93〕从法政策看，法律不允许违约方为获得转卖利润而毫无风险地违约或者投机。债务人所负担的义务，就其意愿来说，应认为延伸到其因履行不能而获得的变形物上，这毫无疑问是符合公平观念的。

我国法没有明文规定代偿请求权。另一方面，违约获益的交出与代偿请求权之间还是存在一系列重要区别，这意味着前者不能被后者所涵盖。第一，可归责性不同。前者要求违约方须为故意，但在后者，关于发生给付不能的原因，德国法和意大利法均不作限制，但法国法、我国台湾地区民法均将其限定为不可归责于债务人的事由。〔94〕该制度的发端是限于不可归责于债务人的事由，其后才逐渐放弃这一限制。〔95〕第二，利益返还范围不同。前者强调取得利益的确定性，因此仅限于实际取得的利益，并不包括替代请求权，但后者无此限制。第三，权利基础不同。前者属于违约责任的范畴，独立性较强，受原债权的影响相对较少，而后者属于“债的效力”中的给付义务范畴，与原债权具有同一性，存在债权人的对待给付、诉讼时效延续等问题。第四，权利效果不同。前者是去除违约者的不法获益，而后者主要是给予债权人与原给付价值相等的利益，但并非绝对一致。

〔92〕 我国台湾地区民法规定的代偿利益是损害赔偿请求权或赔偿物，无法涵盖债务人违约二次出卖标的物而取得的对价，但此种受益与损害赔偿在性质上都属于给付不能的代替，根据代偿请求权的立法目的，自可类推适用之。参见王泽鉴：《民法学说与判例研究》第 7 册，北京大学出版社 2009 年版，第 108 页。

〔93〕 学者对此存在争议。韩世远认为，代偿请求权的利益不得大于履行利益。参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2018 年版，第 534 页。我国台湾学者孙森焱认为：“债务人因给付而免给付义务者，如因此而获得利益，即应依债权人的请求，将此利益交付债权人，始符公平的原则。此为民法承认代偿请求权之旨趣。倘如债务人得保有此项利益，无异因给付不能反获利益，即非允当。”孙森焱：《民法债编总论》下册，法律出版社 2006 年版，第 443 页，注释 32。此外，代偿请求权的适用目的之一在于防止债务人恶意投机获利，返还所有的利益方可达此目的。故笔者赞同请求的替代利益不受原定给付的限制。

〔94〕 学者对此多有质疑，主张通过法律解释放松这一限制。参见梅仲协：《民法要义》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 236 页；林诚二：《民法债编总论——体系化解说》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 346 页。

〔95〕 参见前引〔5〕，许德风文，第 92 页。

结 语

违约获益交出属于违约责任。合同缔结后，当事人一方为了追求更大利益而恶意违约，其因此获得的全部利益应当交付于守约方。违约获益交出责任以确定的获益为基础，具有独特的构成要件，其适用受到严格的条件限制。违约获益交出责任的宗旨在于通过剥夺不法获益遏制违约行为，防止机会主义，进而促进社会诚信的构建。这是分配正义的基本要求，也是利益衡量和价值判断的结果。违约获益交出无法纳入现有的责任体系，确立这一责任的独立性，将突破以回复原状、信赖利益、期待利益以及惩罚性赔偿等以“损害赔偿”为全部金钱救济方式的违约责任，使合同法更加开放以及适应社会的发展，〔96〕同时也改变了以原告经济受损为限的救济计算标准。寻求更为合法、合理、合乎公平的责任模式是丰富违约责任理论的重要步骤。在世界范围内，“存在接受所获利益赔偿救济的趋势，但是绝大多数不是作为一般性概念来接受。至少在特定的情况下，与所获利益救济有关的原则或规范正在开始兴起。”〔97〕在我国，承认违约获益交出责任的独立性，既无需高昂的制度变革成本，亦能与现有的制度和概念体系有效衔接，是一个可行的选择。

Abstract: Benefits derived from breach of contract are the specific and definite benefits obtained by the breaching party from a third party through breach of contract, rather than through a transfer made by the non-breaching party or other forms of value transfer. The purpose of disgorgement damages for breach of contract is to make the breaching party disgorge all his illegal gains, rather than to make up for the losses suffered by the non-breaching party. The system has specific constituent elements, especially the requirements of subjective intent and causality. It is also necessary to pay attention to the exceptional circumstances for its application. In the demonstration of its legitimacy, the application of efficient breach of contract should first be excluded, and then the demonstration can be carried out from two perspectives, that is, its concept and principle, and the exclusion of the application of civil confiscation. It can't be realized through damages system or unjust enrichment system, and it is different from other similar legal systems in a number of ways. It can't be incorporated into the existing system of rules, so recognizing its independence has become an inevitable choice.

Key Words: liability for breach of contract, benefits derived from breach of contract, the disgorgement damages for breach of contract, damages, unjust enrichment

〔96〕 参见王玉梅：《合同法》，中国政法大学出版社 2014 年版，第 107 页。
〔97〕 前引〔85〕，Siems 文，第 27 页。