

# 论实质履行原则

杨垠红

(厦门大学法学院, 福建 厦门 361005)

**[摘要]** 实质履行的判断应区分不同情况对待, 包括一般规则和补充规则, 救济方式包括金钱损害赔偿及实际履行, 我国应借鉴外国经验, 完善相应立法。

**[关键词]** 实质履行; 建筑合同; 根本违约

**Abstract** The judgment of substantial performance should be exercised according to different situations on the basis of general rules and supplemental rules. The remedial measures include damage claim and substantial performance. The corresponding legislation in China should be revised with reference to foreign experiences.

**Key Words:** substantial performance; construction contract; fundamental breach

中图分类号: DF418 文献标识码: A 文章编号: 1000-5307(2002)04-0028-(14)

## 一、引言

为了保护交易的顺利进行, 推动经济的持续发展, 我国合同法对合同当事人的法定解除权作了限制, 即只有在一方违约致使合同目的不能实现即违约行为构成根本违约时, 对方当事人才能解除合同, 因为解除合同会带来严厉的后果, 很可能剥夺合同当事人订立合同所期待的利益。但对于如何判断“违约是否致使合同目的不能实现”即如何具体确定违约行为是否构成根本性违约, 我国合同法有关条文和司法解释均未作出明确界定, 这造成了司法实践中具体操作的困难和判决的多样性。因此有必要从外国吸取较完善的立法规定和学习其较为先进的司法判例, 以填补我国立法的不足和弥补我国司法经验的匮乏。笔者认为美国的实质履行(substantial performance)原则对此提供了一个很好的借鉴, 故借此文加以探讨, 希望能有助于我国法律制度的健全。

## 二、美国实质履行原则的解释

### (一) 涵义

实质履行原则指当一方应履行的义务是另一方承担义务的推定条件(constructive

收稿日期: 2002-04-10

作者简介: 杨垠红(1977—), 女, 福建省福州市人, 厦门大学法学院硕士研究生。

condition) 时, 虽然前者的履行存在瑕疵, 但只要他已实质履行了其合同义务, 那么他就可以依据合同获得相应的对价, 而不允许另一方利用他轻微不符合合同约定的履行, 来拒绝他方的履行并且不履行自己的义务。所谓实质履行即履行了合同的实质性条款, 虽然履行不完全符合合同的约定, 但这种不符合是微小的、不重要的, 并未严重违反合同约定的基本义务, 属非根本性违约。实质履行原则最早产生于建筑工程合同领域, 是对要求完全的、无可挑剔的履行 (Perfect tender) 原则的例外, 设立该原则的目的是为了避免承包人利益被不公平的没收〔1〕 (P232) (forfeit: 指作为惩罚拿走某物品) 和防止业主不公平的受益。

## (二) 产生背景

实质履行原则的产生背景, 与推定交换条件理论和严格履行原则的运用存在着密切的联系。所谓推定交换条件理论 (constructive conditions of exchange) 指法院可以根据当事人明显的意图和交易实质推定, 一个双诺合同中一方的履行以另一方的履行为条件或双方的履行互为推定条件, 这时, 一方的不履行可成为另一方不履行的免责理由。〔2〕 (P285—286) 它是由曼斯菲尔德法官于 1773 年在代表英国王座法庭审理具有重大影响案件——金斯顿诉普莱斯顿 (Kingston V. Preston, 99Eng. Rep. 437) 一案中创设的。合同法的早期判例认为除非缔约双方明文规定其中一方义务的履行取决于另一方的履行, 一般各方义务的履行是相互独立的, 任何一方都可以诉求另一方赔偿因其违反承诺而给自己造成的损失, 而被告无权以原告违反其承诺作为拒绝赔偿的理由。而在该案中, 曼斯菲尔德将金斯顿 (原告) 提供充分担保的允诺作为普莱斯顿 (被告) 向他转让全部生意的允诺的推定条件, 原告的不履行除了构成违约和可作为起诉的理由之外, 还可以成为被告不履行其诺言的免责理由。

严格履行原则指只要一方未完全履行其合同义务, 那么无论多么小的履行瑕疵, 对方都有任意的拒绝权, 它与“购者当心 (Caveat emptor)”原则——一旦买方购买了产品, 他就得自己承担风险, 而没有默示的适销性保证为他买入缺陷产品提供救济——是同性质的。〔3〕 (P31) 它是传统普通法的合同神圣性和形式主义的产物。这使得没有完全履行合同义务的一方丧失了对另一方起诉和获得赔偿的权利, 在一定情况下会导致没收。如当建筑合同的承包人完成的工作有瑕疵时, 业主就可以拒绝向他付款, 这会导致承包人既无法获得报酬又难以恢复原状, 相当于被没收了全部的财产。所以为避免这种不公平, 美国将衡平法原则即“非普通法法院一般之救济所可补救者, 始可享受衡平法之保护, 而予以衡平之救济”〔4〕 (P157) 引进合同法, 由衡平法官依据衡平法的格言, 给予当事人公平的救济, 以减轻普通法的严格性, 从而体现了从严格履行原则到实质履行原则的转变。

这一转变的启蒙产生于 1777 年邦尼诉伊瑞案 (Boone V. Eyre, 126 Eng. Rep. 160 (a), 1777)。原告是西印度群岛某庄园的主人, 他把庄园及其黑奴卖给了被告, 而被告以原告不拥有庄园内所有黑奴为由拒绝支付售价。曼斯菲尔德法官认为, 尽管原告转让所有权的义务与被告支付售价的义务互为推定条件, 但如果原告已实质履行了义务 (如原告转让了他的庄园和大部分奴隶的所有权, 仅未转让个别奴隶的所有权), 而且被告的损失可以用金钱弥补 (如可以从售价中扣除未转让部分的价款), 那么被告就应该

支付大部分价款。该案中提出的“实质履行”为后人所借鉴。

实质履行原则的真正创立者是本杰明·内森·卡多佐法官。他是美国历史上最有影响的法律家和法学理论家之一。他生活的年代（20世纪初）是美国工业化、城市化高速发展的社会转型时期，由于社会变化，先前在农业社会中演化形成的、主要是回应农业问题的普通法显然不能满足变化了的社会需要。〔5〕（P2）合同绝对自由日益暴露出缺陷。于是有着公平信念的卡多佐法官主张合同法是公平、正义起着重要作用的综合性规范，他将合同自由看作是合同法试图缓和的许多竞争性规则之一，并不断进行创造性的司法审判，促进普通法更多地同社会的公共政策相结合，促使合同公平和合同自由相调和。正是由于对公平的关注使得卡多佐法官在雅扬公司诉肯特（Jacob & Youngs, Inc. v. Kent, 230 N. Y. 23, Court of Appeals of New York, 1921）一案中创立了实质履行的公平原则，避免了合同履行的严格性，并给实质履行方提供了救济。

该案中，原告为被告建造了一所乡间住宅，却因疏忽未按合同约定采用“里丁公司”（Reading Company）生产的管道，而采用了与之质量、外观、市场价格和生产成本等各方面基本相同的其他管道，被告以之为由拒绝付款。卡多佐法官认为合同一方不经意造成的细小误差有时可以由他通过经济赔偿予以弥补，不必要认定这构成了根本性地违反合同，而使他遭受重大的损失。在人们的一般期待范围内，建造摩天大楼，有时认定条件不满足后果将是残酷的；对于容易退换的物品，如果欠缺，认定条件不满足则是公平合理的。〔6〕（P137）法律可以合理地认为在建筑工程合同中承诺不必彼此依赖到最细枝末节。如果当事人没有明确表达出自己的意愿，可推定他们不会愿意用严厉的方法来制裁小疏忽。所以，有些承诺是彼此独立的，有些却互为条件；当发生重大偏差时应当认为承诺彼此依赖，互为条件，而当发生细小偏差时，承诺可以看作是彼此独立的。从该案件看，卡多佐法官认为里丁公司生产的管道与因疏忽而实际采用的管道的价值差别几等于零，这种偏差是细微的，对于房的使用价值几乎没有影响。如果一定要纠正，只有彻底拆毁房子，这样办的代价极大。由原告履行的偏差所带来的后果与因此给该方可能施加的处罚相比微不足道，所以应认定原告已实质履行了其合同义务，有权要求被告支付款项，但被告亦有权要求原告赔偿因其轻微违约而给他造成的损失。

虽然实质履行原则最早产生于建筑工程合同领域，但它的适用不限于建筑工程合同，在1991年 *Elbe v. Adkins* 案中，实质履行原则的适用范围从建筑工程合同扩大到服务合同，〔5〕（P4）之后它又被广泛用于各种不同类型的合同中，如买卖土地的合同、制造合同和运送合同等等。但它不适用于美国《统一商法典》管辖的合同即大多数货物买卖合同。因为货物买卖一般要求“无可挑剔的全面的履行”，而且若买方拒收货物，卖方常常可以将货物以合理的市价转让于他人，而不会因此受到巨大的损失。总之，实质履行原则有着较广的适用范围，但它在一方提供劳务的合同特别是建筑工程合同中发挥着显著的作用。

综上所述，实质履行原则本质上是为了保护诚信的履行方利益而对双方当事人的约定作出默示的修改。〔8〕（P31）它是古典公平正义原则和诚实信用原则以及追求个案公正的新时代精神在现代合同法中的体现，是20世纪合同法公正化改革的表现之一。实质履行原则的特色在于：它是从违约方的角度出发，通过对违约方履行程度的判断，为

已经实质履行义务的违约方提供救济，从而限制非违约方合同解除权的行使，它体现了合同法的非道德化。

### （三）判断标准

在具体阐释实质履行原则的判断标准之前，得先弄清实质履行原则与根本性违约制度的关系。两者其实是一回事，实质履行原则也就是该履行不存在根本性违约，根本性违约也就是该履行没有达到实质履行的程度。但它们使用的角度不同，或者说是它们所维护的立场不同。实质履行原则一般是为了维护违约方的利益，由他主张其履行已达到实质性的程度，受损害方不能拒绝他的履行，而且应履行该方的相应的合同义务；而根本违约制度是站在受损方的立场，由他主张违约方的履行存在严重的缺陷，根本性地违反了合同，故他有权拒绝这一履行。所以两者的判断因素具有相同性，只是运用的角度不同。

在实践中，不同法院在判断是否达到实质履行时，采用的标准不尽相同，没有现成的公式可以测定履行的偏差是重大的还是细微的，而要取决于具体境况，通过综合权衡合同的目的、产生偏差的理由、当事人的主观动机和彻底纠正缺陷的难易程度等等来判断是否达到实质的履行。美国合同法学者将各种判断因素和实践操作归结整理起来，形成一个普适的详尽标准和典型的判例分析相结合的理论体系，体现在美国《合同法第二次重述》第 241 条中。笔者试对之分为两方面作一分析，同时为了论述的方便暂且将未完全履行合同义务的一方称为违约方，因该方违约而拒绝履行义务的一方称为受损害方。

1. 违约方情况分析。（1）违约是不是由当事人故意或者重大过失造成的。根据衡平法格言“请求衡平法院救济者必须自己清白”，若当事人是无意间犯了小错，而且愿意采取补救措施，那么他应得到宽恕；然因故意或者重大过失而违约的人应当受到处罚，法院不必对他设法减轻推定交换理论运用后果的严厉性。所以实质履行原则只为诚信履行的违约方提供救济。它要求未履行的细节（details）不是因为违约方的故意或者重大过失造成的。但现在这一观念已经发生了转变，违约方是否遵守诚信（good faith）与公平（fair dealing）并不是判断其是否根本性违约的决定因素。〔9〕（P241）（参见美国《合同法第二次重述》第 241 条注释 d）违约方的故意或者重大过失本身并不能排除该方已实质履行了。（2）若否认违约方已实质履行，因此可能给违约方带来损失的程度。若否认违约方已实质履行会造成对违约方严厉的制裁，那么法院会考虑适用实质履行原则。所以，违约出现得越迟，越有可能不被认为是根本性违约。已履行的部分越难恢复原状，该履行越有可能被认为已经实质性履行了。就建筑合同而言，当承包人已经完成或者大部分完成其工程，但尚未得到或仅得到很少的报酬时，若认定该方没有实质履行而无权起诉业主，就会因为已完成或者大部分完成的施工无法恢复原状而致使承包人遭受严重损失，使他得不到救济。所以在这种情况下法院会认定承包人已实质履行了其合同义务。

#### 2. 受损害方情况分析。

（1）受损害方拒绝履行的主观动机。要分析受损害方拒绝对方的履行、拒付价款是否存在主观上的恶意。如果是由于市场波动使合同履行不能给他带来预期利润或者他试

图迫使承包人降低修理费或者有意刁难对方而拒绝履行的，那么受损害方的主观是恶意的，法院一般不会支持其主张。

(2) 受损害方对已履行部分的满足程度。判断受损害方有理由期望从该交易中获得的利益已经实现了多少，也就是说他从该合同中得到了多大程度的满足。对此法院依据的标准各有不同，但基本的理论都是完成的部分必须达到使受损害方实质上获得了他期望通过合同获得的利益。这一理论并不要求每一方严格地、完全地依照合同具体的规定进行履行，而只要一方已履行了全部（full）履行合同所必要的本质性条款，那么这种履行就近似于完全（complete）履行，就足以使另一方得以实质性的满足。

法院在具体判断时，会先根据合同性质对合同作出分类。第一类是实用型的合同。对于这种合同来说，只要在操作上能满足需要，在物理上具有效用或者在实质结构上已经完成，法院将认为受损害方已得到了满足。在这种合同中，个人的感观并不是很重要的因素。所以对于实用型合同，如果存在可行的客观标准，那么法院将优先运用客观标准来判断满足程度。

第二类是审美型的合同。这种合同的目的是要求一方提供符合另一方的个人审美、感观或者品位的東西。对于这种合同的履行，权利人的审美、感观或者品味是决定满足程度的最为重要的因素，所以不宜用客观标准来衡量一方的履行是否达到了合同的基本要求。在这种情况下，若双方约定一方的履行以另一方的满意为标准，那么权利方通常被视为唯一的评判者，他可以根据自己的意愿对另一方的履行作出评价。

因此不同类型的合同，判断规则是不同的，具体分析如下：

第一，一般规则——客观标准（objective standard）

对于实用型的合同，大多数法院倾向采用客观标准，对履行采用合理性、客观性的判断，它们将实质履行等同于合理的履行，即该履行达到了一个通情达理的人能接受或所期望的履行的最低水准。

当合同约定有主观满意条款（subjective satisfactory clauses）即用一方的满意来评价履行的程度时，若双方未明确约定是以一方诚实的满意（honest satisfaction）为标准时，法院一般只要求履行达到一个通情达理的人处在权利人的地位所能接受的满意程度，即采用合理的满意之客观标准来衡量主观满意条款，这可以防止一方利用主观满意条款这一技术性漏洞来使自己免除因环境或机遇变化而导致的无利交易（bad trade）或者给对方施加过于苛刻的要求。例如海默诉莱文森案（Haymore V. levinson, Utah Supreme Court, 8 Utah 2d 66, 328 P. 2d 307, 1958）。该案中，原告（承包人）为被告建造一座房屋。合同约定该房屋的价金为 36000 美元，其中 3000 美元由第三人持有，待该工程令人满意时，再把这 3000 美元付给原告。该工程完成之后，被告以不满意工程的某些项目为由拒绝向原告支付这 3000 美元。此后，原告按被告的要求进行了重新施工。然而被告仍不满意并要求原告再作改进。在这一要求被原告拒绝后，被告以原告的工作未能完全地满足其要求而拒绝付款。原告诉之法院。法院认为：该建筑工程合同属于实用型合同。对于这种合同，仅以纯主观的含义来衡量“令人满意”这一措词可能会造成显失公平的结果。故为了保障公正，应当采用客观标准，即承包人只要按照在当地得到承认的标准以合理的技术和熟练方式来完成工作，那么该工作就足以令人满意。换句话

说，承包人履行合同只要达到一个通情达理的人的认可就足够了。最终法院认定原告已经以一种合理的令人满意的方式实质性地完成了他的义务，有权要求被告支付价款，但他给被告造成的 261 美元的损失应由被告从那 3000 美元中扣除。

若合同明确约定完全由一方的诚实的满意作为评判标准，那么一方诚实的不满意（即使是不合理的）也可以使合同条件不成熟（参见美国《合同法第二次重述》第 228 条注释 a）。但就算是在这种情况下，法院仍然愿意运用客观性的保护措施：法院虽然承认在合同自由的原则下，双方可以约定将决定满意程度的权利完全归于一方，但它们认为这种约定可能导致不公平，所以应根据客观境况对之进行衡量，也就是说即使有这种约定也并不意味着赋予一方无限制的拒绝权，而是应将一方的主观判断与客观性的限制原则相结合，不允许一方基于怪念头、奇想或一时之念作出判断，他的不满意必须是真实（genius）而非任意（arbitrary）的，仅单纯主张其不满意并不足以判定他的不满意是诚实的，客观的标准和诚信原则仍统率着满意决定权的运用。莫林建筑材料公司诉贝司通建筑工程公司（Morin Building Products Co. V. Baystone Construction Inc., 717 F. 2d 413, U. S. Court of Appeals, 7th Circuit, 1983）一案正体现了这一理论。原告为被告（生产厂）提供材料并安装锡板墙。双方约定锡板墙表面要经过碾磨处理，与已有金属墙面相协调，而且“一切工程都必须经业主代表的最后验收，他对美学效果的判定是决定性的。”原告将锡板墙安装好后，被告却以在阳光下斜看整个墙面色泽并不完全一致为由而拒绝接收，并拒绝支付原告依合同应得到的报酬。原告提起诉讼。法院认为该合同是商业建筑合同，建筑物的实用处于最重要的地位，该合同应属于实用型合同，所以该合同履行的满足与否应取决于客观的标准。根据这一标准，判断的关键问题不在于业主是不是确实满意，而在于业主作为一个通情达理的人会不会对该履行表示满意。法院在对建筑业进行实际调查后，得出结论：“锡板墙缺乏整体感对于工厂的实用性的影响微不足道，而且缺乏整体感恐怕是难以避免的”，被告的拒收是不合常理的，并非诚实的。最终法院适用客观标准判决原告胜诉。

由于客观标准忽略了个人的主观价值，所以时常受到责难，但法院倾向继续运用它对主观满意条款进行注释（gloss），从而限制合同自由。〔8〕（P6—7）

## 第二，补充规则——主观评价标准（subjective evaluation）

在审美型的合同中，对于某些带有个人审美观的要求，法律允许双方约定以一方的主观意愿来评价满足程度。例如在个人住房建筑合同中，业主对住房的某些具有个人独特的审美价值的要求可以构成合同的本质性条款。承包人履行这些条款未达到业主主观意愿要求的，该履行可被认为未实质履行。但主观评价标准只是客观标准的补充或例外，仅在某些履行带有艺术性、独一无二的合同中，法院才将一方的主观评价用作衡量该方满足程度的尺度。这表现出法院对当事人自由意志的充分尊重。

（3）受损害方的损失范围。在考虑这一问题时，有的法院采用尚未履行的部分与合同约定的全部履行的整体之间的算术比例来说明当事人履行的程度。但没有任何简单的规则可以确定两者间的具体比例达到多少时才构成实质履行。特别在建筑工程合同案件中，不易找到未履行部分与被允诺的全部履行之间的算术比例。差额可能在材料和做工的质量上，而不是在木板的尺寸和水泥的包数上。〔10〕（P102）所以法院必须考虑到其

他相关因素。如在建筑工程合同中，若违约仅仅是轻微的偏差或者疏忽，仅是细节的缺陷，则它不影响决定该方已实质履行了其合同义务，但如果工程的缺陷是结构上的并将影响到建筑物的坚固性，这种履行就不能是实质履行。

但这一标准并不带有绝对性，在审美型的合同中，对一方而言，某些特定的细节可构成合同本质性的条款，对于这些细节，法律允许双方通过约定把一方对这些细节的满足程度作为判断履行是否达到实质性程度的依据。若一方未履行这些细节，就构成根本性违约，这时对方可以解除合同，要求恢复原状，但应给予违约方应得数额的补偿（likely recovery in quantum meruit）。对于这种特定的细节是否应在合同中予以明确地约定，司法界和学术界都存在着异议。例如：业主要求承包人按他梦想已久的房屋结构建造一座房子。对业主而言，拱形门口是这座房屋的关键性因素，但他只在蓝图中标明门的具体尺寸而未在合同中明确、具体地指出。当承包人完成了该工程，却未完全依该尺寸建筑拱形门时，能否认认为承包人未实质履行？这只能依个案的具体情况进行全面地分析，一般来说，法院很可能会认为承包人已实质履行了。

(4) 受损害方的损失在多大程度上可得到金钱补偿。这就是说通过金钱的赔偿，受损害方的损失能否得到适当的弥补。受损害方通过金钱赔偿能够得到补偿的程度越高，法院越有可能认为违约方已实质履行了其合同义务。因为若违约方只是一般性的违约，他已基本完成了合同的义务，那么受损害方就很有可能通过金钱得到充分的补偿。若违约是根本性的，那么受损害方很难从金钱赔偿中得到充分救济，这时他就需要其他的手段如解除合同予以救济。就建筑工程合同来看，当承包人未完成工程或者完成的工程有瑕疵时，若业主很容易找到另一承包人继续完成该工程或者修补该工程的缺陷，而且业主能从欠前一个承包人的价款中扣除该完工费用或者消除履行瑕疵的费用，那么，法院极有可能认为前一个承包人的履行达到了实质履行的程度。反之，如果未完成的部分是重大的或者所要补救的缺陷是严重的，使金钱赔偿的数额难以计算；或者完工费用或修补缺陷的费用远超过尚未动支付的价款时，法院很可能会判决承包人没有实质履行。

(5) 受损害的实际行为。有时受损害方的实际行为也可视为他对违约方已实质履行了合同义务的承认。当涉及到个人住房缺陷问题时，该缺陷在物理上、精神上对受损害方有直接影响，判断是否达到实质履行带有很强的主观色彩，这时若受损害方以自己的行为（行为可视为主观愿意的流露）表明接受违约方的履行，法院极有可能判决给予违约方实质履行的救济。如在布鲁尔诉斯顿建筑公司（Brewer V. Custom Builedr Corp. 1976）案中，业主虽然带有强烈的不满，但他已搬入并使用该有缺陷的住房，业主这一行为可以视为他承认承包人的履行已达到了实质性的程度。

#### (四) 救济方式

##### 1. 一般原则

对于非根本性违反合同的通常救济是金钱损害赔偿。强制实际履行的衡平补救一般只在金钱赔偿不能充分弥补受损害方的损失时才成立，如在不动产买卖的场合，非违约方可主张强制实际履行的救济。此外，在个别场合，也可以使用禁止不履行的强制令来阻止违约方为一定的行为，如禁止违约辞职的雇员于一定期间内在与原公司相竞争的其他公司工作。

金钱损害赔偿是由各实际损害赔偿构成的，包括丧失的盈利，间接的、但具有因果联系的且可预见的损害赔偿（行为后果的损害赔偿），以及伴随违约而来的损害赔偿。〔11〕（P75）它仅使受损害方处于若合同已经得到履行所应处的经济状况，而无权使他处于此合同已经履行时更为优越的状态，所以损害赔偿金只在受损害方的期待利益基础上进行补偿。对于合同的期待利益的确定，美国法律明确提出了三条主要的限制原则：

（1）损害赔偿的确定性原则。受损害方获得的损害赔偿金不得超过以合理的证据加以证明的损失金额。也就是说，受损害方所主张的损害赔偿金应在计算上具有合理的确定性，而不是由他主观臆测的。

（2）损害赔偿的可预见性原则。损害赔偿不应超过违约方在订立合同时正当理由可以预见到的因自己违约很可能给另一方当事人造成的损害的范围。对预见性的判断，美国《合同法第二次重述》第351条作出如下概括：在合同订立时，违约方没有理由预见到发生的损失是违约的很可能发生的结果，损害赔偿金就不能获得；在以下情况下，损失可以作为违约的很可能发生的结果被预见到：（a）该违约是在事物发展的通常过程中发生的；或者，（b）该违约方不是在事物发展的通常过程中发生的，而是特殊情况的结果，但该违约方有理由知道该特殊情况。

（3）可避免的损失不能获得补偿。如果受损害方不采取适宜的措施减轻或者避免该方的损失，他无权就扩大的损失获得补偿。但根据美国《合同法第二次重述》第336条，法律不要求受损害方在减轻或避免损失时冒过大的风险，付出过多的费用和承受过分的耻辱。就建筑合同违约而言，传统观点认为，当业主违约时，承包人没有义务在合同约定完工时间内寻找新的工作，承担额外的经营上的风险。即使他在这时期内找到另一工作，他从该工作中获得的报酬也不能抵消业主应支付的赔偿金。

## 2 建筑合同中具体的救济方式

### 第一，金钱损害赔偿。

若一方已作出了实质履行，只是在一些细枝末节上存在着违约而另一方拒绝支付，可以认为双方均有违约行为，实质履行方应对其未履行的细节进行赔偿，而对方应继续履行付款义务。也就是说，一方一旦作出了实质履行，他就有权要求对方依照合同支付价款，而对方亦有权要求实质履行方就其不适当的履行造成的损害作出赔偿。由此得出的结论是：实质履行方有权获得依合同约定还能得到的价款，扣除因其违约而造成对方损害的赔偿金额。受损害方应得到的赔偿金额有两种计算方法：一种是完成履行或补救履行瑕疵所需的费用（cost of completing or remedying the defects）（以下简称“完工或补救费用”）。另一种是减少的市场价值（diminution in market value）。

如何在这两种损害赔偿计算方法中选择出较合理的一种，是判例法、学术研究中的一大问题。在多数案件中，法院愿意采用第一种方法，因为在建筑工程合同中，不完全或者瑕疵的履行时常发生，这时受损害方往往会另找一个承包人继续完成工程或者修补缺陷。一方面，这有利于实现他的合同目的；另一方面，在许多时候，基于业主负有的减损义务，虽然他得花费一定费用寻找其他人来继续履行合同，但这可能大大减少因半途而废该房子而造成的损失。所以法院将完工或者补救费用的补偿作为处理此类案件的通常依据。但如果完工或者补救费用会造成不合理的经济浪费，法院会将损害赔偿限定在



减少的市价范围内。所谓不合理的经济浪费，法院几乎不愿去界定，但一般认为有以下几种情况：补救费用高昂，与减少的市价差额甚大，补救并不会使财产的市价得到与之相应的提高；补救工作是对资源的浪费和不合理的使用〔12〕（P9）；补救将严重损害标的物其他部分的价值或将实质上废弃已完成的工作。这种限定标准体现在1932年的《合同法第一次重述》第346（1）条——“金钱赔偿的目的是使受损失的一方处于合同得到充分履行时他本来应处的地位。但这并不意味着他应切实地处于同样的特定地位。……在许多情况下，……在违约发生之后，完成的产品的价值比生产该产品的成本低。有时，不将一座已完成的建筑物拆掉并重新建筑，该建筑物中的瑕疵就无法得到切实的补救，支出这样的成本将是轻率和不合理的。法律并不要求以一种导致经济上的浪费的方式衡量损失。”〔13〕（P226）关于它有名的判例是雅扬公司诉肯特（Jacob & Youngs, Inc. v. Kent, 230 N. Y. 23, Court of Appeals of New York, 1921）案。

以“不合理的经济浪费原则”作为选择损害赔偿计算方法的依据，在一些情况下会导致不公平。如在彼威豪斯诉卡赖尔煤矿开发公司（Peevyhouse v. Carlsbad Coal Mining Co., 362 P.2d 705, Okla., 1962）案中，采矿公司承诺在开采彼威豪斯的土地后将其恢复原状，但后来采矿公司发现该地矿产不如预期的多，开采下去不能获利，故停止开采，但未将土地恢复原状，彼威豪斯诉求赔偿恢复原状的费用，法院认为继续完成履行的费用为\$29,000，而不采取该补救而引起土地市价减少只有\$300，故判给彼威豪斯\$300的赔偿。对此学者们展开广泛的讨论，多数认为该判决是不合理的，因为它忽视了一个事实，即标的特定特征对于不同的人价值并不总是相同的，虽然未恢复原状使土地市价减少不多，但原状的土地对彼威豪斯来说可能是很重要的。故学者倡导一个更合理的方法：允许非违约方证明就他而言合同价值的减少量，并将这一减少量作为对他们进行赔偿的依据。所谓合同价值减少量是合同完全履行时非违约方应获得的价值与对方违约时他实行得到的价值之间的差额。原则上说，这一减少量是以受损害方实际遭受的损失为标准，而不以假想的通情达理的人所认为的价值减少量或市价之差为标准，但计算时还应综合权衡受损害方的各个相关方面的因素。这一判断标准考虑到了当事人的主观评价，在合同领域是一大进步，它在1979年美国《合同法第二次重述》第348（2）条中也有体现：当施工中出现未完工或者缺陷时，或受损害方没有充分证据证明合同主观价值的减少量，可采用减少的市价或合理的完成履行或补救履行瑕疵的费用作为赔偿额，但以该费用与他可能蒙受的价值损失之间并非显然不相称为条件。由此看出：若能证明受损害方的主观价值减少量（the probable loss in value to him），那么他可依此获得赔偿。若他不能证明其主观价值精确的减少量，但一旦他能证明未履行部分或瑕疵部分构成了标的很重要的特性，那么他就可要求获得“完工或者补救费用”，只要该完工或者补救费用不明显超过可能的客观价值减少量（即使该费用很高，可能超过原定合同的价值），而不考虑所谓的不合理的经济浪费标准。换句话说，与其让受损害方因受限于减少的市价而不能获得充分的赔偿，不如采用完工或者补救费用之标准让他获得一点意外之财。但当受损害方无法确切举证其主观价值减少量时，如果完工或者补救的费用过分高于可能的客观价值减少量，给予他完工或者补救费用会使其意外发横财，那么这时损害赔偿只能限定为缺陷的建筑物与若依合同完全履行的建筑物之间的市价之差。究竟是

采用合理的经济浪费标准还是采用主观价值减少量为选择损害赔偿计算方法的依据？对此，美国的法律权威学说（authorities）主张应区别住房建筑合同与商业建房合同作出不同的选择。个人住房建筑中包含许多个性的东西，在商品房中可容忍的缺陷在自建住房中却无法容忍〔14〕（P15），个人住宅带有强烈的个人癖好色彩，这种癖好无法在市场价值中得以体现。若因不合理的经济浪费的限制而采用以市场价值减少量为基准的赔偿，这可能无法给予受损害方充分的补偿，故从个案公正的角度考虑，主观价值减少量是较为合理的衡量依据。采用主观价值标准的优点在于：它承认住房审美中的个性（the personal nature of a homes esthetics），由业主举证其确实受到的主观损害，再由法院根据具体案情分析业主主观期望的合理性，从而作出兼顾业主权利和承包人利益的判决。而且这一标准的运用会使双方在订立合同时更加注意将合同订得尽可能完善，承包人会要求业主具体确定哪些细节是本质的，哪些细节需要特别注意，从而避免违反时造成高额的赔偿，所以实践中已开始个人住房建筑合同中采用这一方法。而在一般商业性施工合同中，并不强调个人独特的审美价值，市场价值的差额往往能比较准确地反映受损害方的损失，所以若因不合理的经济浪费的限制而仅给予受损害方市场价值差额的补偿，也不会导致不公平的后果，而且有时这也有益于避免不必要的社会资源浪费。因此在一般商业性施工合同中，不合理的经济浪费仍是主要的评判标准。

综上，以“不合理的经济浪费”作为选择赔偿计算方法的标准与“新古典主义合同法”精神相符，体现了公平原则的运用，故目前为法院在多数案件中采用；但在特定情况下，特别是在具有个性特征的住房建筑合同中，个人价值观起着重要的作用，采用传统方法容易牺牲业主的利益，所以应导入主观价值判断标准，为业主提供更多保障，使其获得充分的赔偿，但又避免获得超额的利益。

## 第二，强制实际履行（specific performance）。

当承包人违约时，业主通常希望能强制承包人依合同完成履行，但传统上，法院不愿意在建筑合同中采用强制实际履行。因为对于建筑工程合同，双方相互合作很重要，若双方不能友好合作，法院就不得不过多介入工程监督等繁琐的环节，这必然增加法院的负担。在学术界，对于是否适用强制实际履行，一直存在争议。一些持反对意见的学者如 Yorio Richard Posner 等认为：强制实际履行在具体实施时会遇到许多实际困难，如双方的不合作会影响实际履行的效果等。而且有时当事人选择违约赔偿金而避免继续履行合同，是因为继续履行的费用高于违约金，这种违约金是效益违约（efficient breach），若强迫当事人继续履行合同将导致资源的浪费。另有学者如 Peter Linzer Alan Schwartz 等却主张应广泛运用强制实际履行，他们认为违约赔偿受到损失确定性、预见性等限制，不能给受损害方充分的救济，而且“效益违约”这一提法会鼓励不合作的行为，不但不会带来效益，反而会扩大社会资源的浪费。近年来，越来越多的法院开始出现愿意采纳强制实际履行的倾向。理由主要有三点：第一，强制实际履行是实现业主订立合同目的、给予业主充分救济的最好的最有效的手段；第二，由于违约赔偿的计算存在这种限制，所以违约方往往能把那些法律所忽略的费用转嫁到受损害方身上，若法院把强制实际履行作为一种救济方式，将有利于实现公平、正义的内涵；第三，它的采用可以免除法院对金钱损害赔偿额的复杂计算。

在何种情况下法院会考虑采纳强制实际履行的救济呢？最基本的判断标准是违约赔偿金能否为受损害方的损失提供充分的救济。同时法院还得考虑金钱赔偿额的计算是否具有确定性、受损害方能否用金钱赔偿获得合适的替代履行、违约方是否具有偿付能力（即受损害方能否实际获得赔偿金）、对实际履行的监督是否存在困难、受损害方能否为违约方提供对应的履行、合同条款是否确定（即违约方能否依照合同约定采取实际履行的措施）以及其他限制（如公共政策的要求）。〔15〕（P354—363）

### （五）举证责任的分担

当对于是否达到实质履行程度发生争议时，违约方通常主张他已全面地履行了合同义务，他的证据将围绕着他已经作出这样的履行而展开。因此，违约方有义务举证他已实质履行了合同，而受害方有义务举证对方未依照合同完成履行或履行存在瑕疵及因此对他造成的损失。〔16〕（P17）

综上，美国实质履行原则最大优点在于：第一，它提供了判断“实质履行”或者说是“根本性违约”的概括叙述和具体判断并举的依据，并对当事人合同解除权的行使规定了较为全面、系统和详细、通用的限制标准，即从违约方、受害方两个方面，从当事人主观意图、订立合同的期望、损害结果、金钱补偿的可能性以及当事人的实际行为五个视角提供了参考。第二，在确定违约方已为实质履行时，其救济方式除一般违约时常用的损害赔偿的救济方式外，还特别就建筑工程合同提出了详细的计算损害赔偿的标准和适用强制实际履行的建议，这一点是绝大多数国家立法所忽视的。因此实质履行原则不仅具有重要的理论价值，而且具有操作性，对实践有重大的指导意义。

## 三、借 鉴

### （一）引进的必要性和可能性

1. 我国承袭大陆法系的债法理论和框架，亦是通过对合同解除行使条件的规定来限制解除权滥用的。这体现在《合同法》第94条第3款和第4款的规定。

《合同法》第94条第3款针对迟延履行这一特定违约情形作出具体的规定，即当事人迟延履行合同的主要债务，并且在对方催告后的合理期间仍未履行其义务时，对方当事人才能解除合同。因为在合同合理的迟延期间内，一方仍未履行其主要义务的，显然剥夺了对方订立合同所期待的利益，使对方无法实现其订立合同的目的，这一迟延履行的后果具有相当的严重性，对方当然有权解除合同。

关于《合同法》第94条第4款，学者普遍认为是关于根本性违约的立法规范。它对包括拒绝履行、不当履行、履行不能和迟延履行在内的一般的违约情形作出规定，即“当事人一方迟延履行债务或者有其他违约致使不能实现合同目的”时，对方当事人有权解除合同。它提出了判断根本性违约的一般标准，即只从违约后果的严重性（不能实现合同目的）来认定根本性违约，〔17〕（P79）并且对于何谓“不能实现合同目的”也缺少进一步的立法说明和相关的司法解释。或许由于“不能实现合同目的”涉及到具体的案情，很大程度上属于法官解释合同、应用自由裁量权予以判定的问题，所以立法者和学者对此展开深入探讨的较少，未归纳出普遍适用于各种违约现象的详细的判断依据。他们或者是以“是否使受害方丧失订立合同所期待的利益”〔18〕（P642）或者“使合同

成为不必要”〔19〕(P307)或者“对受害方而言已没有意义”〔20〕(P353)等同义语进行模糊说明,或者以简单地举几个例子的方式加以阐述,〔21〕(P148—149)归纳为:对于迟延履行,若合同约定的履行期限对当事人十分重要,那么违反履行期限的行为就构成了根本性违反合同;对于不完全履行(如部分履行、瑕疵履行),主要看它的损害后果是否严重,是否会危及作为合同关系基础的依赖关系,或者看它造成的损害有无补救的可能或补救的必要;对于履行不能,除由于不可抗力或对方行为造成的外,履行不能构成了根本性违反合同;对于拒绝履行,可以直接推定为合同的履行已经为不必要,当事人的行为已构成了根本性违约。由此可以看出:我国立法仅以“不能实现合同目的”为根本性违约提供一个笼统的判断依据,而且学者们或是采用它的同义语或是针对具体的违约形态提出评判尺度。学者所提出的具体的评判尺度及涉及的违约损害后果、损害补救的可能性及合同履行有无必要性等因素,具有一定的合理性,可以对司法实践处理具体案件提供一定的指导。但它仅是针对不同的违约形态所提出,而不是通用于所有违约形态的判断标准。然而现实生活中的违约形态是多种多样的,随着社会发展还会产生新的违约形态,根据具体情形来确定判断标准的方法必有疏漏,难以对社会生活进行普遍的调整,难以应付日益复杂化、多样化的违约纠纷,所以这种评判尺度存在着弊端,不能为司法实践提供全面有效的指导。故笔者认为立法有必要借鉴美国的实质履行原则的判断要素并结合我国相关学说,对“致使不能实现合同目的”提供一个系统、概括性和具体、针对性相结合的判断依据。

从司法实践看,由于我国立法和学术理论的不完善,所以法院多凭借其自由裁量权、依个案情况对解除权的纠纷作出处理。但法院在具体判断时也运用了实质履行原则的一些判断要素,如受害方的损害程度、受害方的期望利益〔22〕(P104)等,所以引进实质履行原则不但不会与我国现有的司法实践运作相冲突,反而有利于为法院审判提供一个全面合理的参照,有利于对法官自由裁量权作出适当的限制,最终实现裁判的公正。

2. 就建筑工程合同来看,对于建筑工程合同实质履行的判断标准和违约的特殊救济方式,我国目前立法仍是一片空白,故有必要引进美国的实质履行原则的做法为解决当前日益升温的建筑工程合同纠纷提供详细、明确的法律依据。在司法实践中,法院基于保障交易稳定、安全和平衡双方利益的考虑,通常不愿意使建筑工程合同被轻易地解除,他们一般根据合同总则中诚信的精神,对于已大部分完工的工程,判定承包人已基本履行了合同义务,未根本违约,发包人不得解除合同,应继续履行自己的付款义务,但承包人对因此造成的发包人的损失应进行赔偿。在具体确定损害赔偿额时,法院多依赖有关鉴定部门对工程的评估来确定缺陷部分或未完工部分的赔偿额,从而使发包人获得缺陷部分或者未完工部分的赔偿金,使承包人获得尚未取得的剩余的合同价金<sup>①</sup>。这种操作与美国的实质履行原则的规定存在相似之处,因此将实质履行原则引入我国已具备一定的司法实践基础,而且有助于进一步指导我国的司法实践。

## (二) 立法建议

① 这是笔者对厦门仲裁委员会和厦门市中级人民法院相关案件进行调查后概括出的结论。

1. 对《合同法》总则的完善建议。笔者认为可以通过司法解释为“合同目的不能实现”提供详细的判断依据,即从受损方拒绝履行的主观动机、受损方对已履行部分的满足程度、受损方的损失范围、受损方的损失在多大程度上可得到适当的金钱补偿、受损方的实际行为以及若否认违约方已实质履行,是否会给他带来重大的损失,结合主、客观标准进行判断。同时可针对一些典型的违约情形(如迟延履行、履行不能、不完全履行和拒绝履行)提出有所侧重的评判根据,从而更以有效地指导司法审判。

2. 对《合同法》分则中建筑工程合同规定的完善建议。笔者认为对于建筑工程施工是否达到实质履行程度之具体的判断标准,可参照总则关于根本性违约的判断要素,结合我国有关司法实践经验,参考美国的合理做法以司法解释或者最高人民法院判例的方式作出补充规定,如对于实用型建筑工程合同,只要该工程的实质结构已完成,或该工程已达到一个通情达理的人处于发包人地位所期望的要求时,就应当认定承包人已实质履行了。而对于审美型建筑工程合同,法院在判断施工是否达到实质履行时应多考虑到发包人的审美、感观或品位的要求。再如:若可用金钱雇佣他人来补救工程的瑕疵或继续完成该工程,就不应给予发包人解除合同的权利。对于在实质履行情况下,违约方的责任的承担可以采用司法解释方式规定:实质履行方有权获得尚未得到的合同价款,并扣除因其违约而造成对方损失的赔偿金额。受损方的损害赔偿金的计算可采用主观价值减少量的标准,若受损方不能确切证明其主观价值减少量时,可判给继续完成工程或者补救缺陷所需的费用,若该费用与其蒙受的损失明显不相称时,则损害赔偿金应限制在减少的市场价值的范围内。此外可以结合有关案例进行阐释,以增强该规定的可操作性。

### 参 考 文 献

- [1] [英] P. H. 科林. 英汉双解法律词典(第二版) [Z]. 陈庆柏, 王景仙, 北京: 世界图书出版公司, 1998.
- [2] 王军. 美国合同法 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1996.
- [3] Larry A. Dimatteo, Equity's modification of Contract [J]. New England Law Review, Winter, 1999.
- [4] 何孝元. 诚实信用原则与衡平法 [M]. 台湾: 三民书局股份有限公司, 1978.
- [5] [美] 本杰明·卡多佐. 司法过程的性质 [M]. 苏力, 北京: 商务印书馆, 2000.
- [6] 徐昱, 等. 美国合同判例法 [M]. 北京: 法律出版社, 1999.
- [7] Richard D. Schepp, A call for recognition of owners' subjective valuations in residential construction defect cases [J]. Wisconsin Law Review, September, 1989/October, 1989.
- [8] Larry A. Dimatteo, supra.
- [9] The American Law Institute, Restatement of the Law Contracts 2nd (Vol. 2) [M]. America: American Law Institute Publishers 1981.
- [10] [美] A. L. 科宾. 科宾论合同(下册) [M]. 王卫国, 等. 北京: 中国大百科全书出版社, 1998.
- [11] [美] 彼得·哈伊. 美国法律概论(第二版) [M]. 沈宗灵, 北京: 北京大学出版社, 1997.
- [12] Carol Chomsky, Of Spoil Pits and Swimming Pools [J]. Minnesota Law Review, May, 1991.

- 〔13〕王军. 美国合同法判例选评〔M〕. 北京: 中国政法大学出版社, 1995.
- 〔14〕Richard D. Schepp supra.
- 〔15〕王军. 美国合同法〔M〕. 北京: 中国政法大学出版社, 1996.
- 〔16〕Lee H. Ayres. The Distinction Between A Building Contract And A Sale〔J〕. Louisiana Law Review, March, 1987.
- 〔17〕江平. 中华人民共和国合同法精释〔M〕. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.
- 〔18〕唐德华. 合同法案例评析(上)〔M〕. 北京: 人民法院出版社, 2000.
- 〔19〕谢良权. 合同法新释与例解(上)〔M〕. 北京: 同心出版社, 2000.
- 〔20〕郭卫华. 新合同法全方位解疑(上)〔M〕. 北京: 人民法院出版社, 1999.
- 〔21〕全国人大法工委研究室编写组. 中华人民共和国合同法释义〔M〕. 北京: 人民法院出版社, 1999.
- 〔22〕严罗兴. 官以德. 中华人民共和国合同法典型案例精析〔M〕. 北京: 中国法制出版社, 2000.

(本文责任编辑 刘克毅)