

王利明:合同解除与违约责任 PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E7_8E_8B_E5_88_A9_E6_98_8E__c122_485482.htm 合同的解除有狭义与广义之分，我国合同法采广义的概念，它是指在合同依法成立后二尚未全部履行前，当事人基于协商，法律规定或者当事人约定而使合同关系归于消灭的一种法律行为，包括约定解除和法定解除两种情形，其中约定解除又可分为协议解除和约定解除权。先说协议解除，它是指当事人通过事后订立一个新合同而解除原来的合同，根据合同自由原则，当事人有权通过协商解除合同，他人无权干涉。此时有一问题，即一方有违约行为，但双方当事人已达成解除协议，此时另一方是否可主张违约责任？对此观点不一，有认为此时视为非违约方抛弃请求损害赔偿的权利，因为协议解除本就是为了解决纠纷，当事人若不抛弃权利，完全可以请求损害赔偿而不与对方当事人达成解除协议，否则徒生纠纷。另一种观点则认为虽达成解除协议，但并不影响非违约方主张损害赔偿，因为权利的抛弃事关重大，应予明示，解除协议若没有对此作出明确约定，应视为没有约定。且合同解除有其内在的机能与目的，与权利抛弃无涉。相比之下，第二种观点可能更有道理一点。但是，我觉得第一种说法也要根据具体情况来考虑，确定能不能根据你的行为来推定你放弃了这个权利，这要根据具体的案情来作进一步的考查。第二个，约定解除还有一种情况《合同法》九十三条的第二款，约定解除条件主要是当事人事先约定某种条件，等待条件一旦存在，一方享有解除权。特别和大家强调一下，这种事先约定解除权

的情况和我们前面讲的附条件合同里面的约定解除条件，这是有区别的。比如双方约定，我把这个房屋租给你半年，我们达成一个协议，如果乙在单位分到房子，我们解除特定合同或者书面合同。合同里面如果这样写，如果乙方分到房子，甲方有权解除合同，这是一种写法。另一种说法就是如果乙方分到房子，甲方合同解除。这两种情况有什么区别呢？（答：第一种情况约定了解除条件，只要条件一成立，这个合同自然已经解除。另一种情况如果是约定解除权，当这个条件成立之后，有这个解除权选择是否解除这个合同。这个合同有可能解除，也有可能不解除。）对，这个区别主要在这个地方，约定解除权和约定解除的区别就在这个地方，如果合同规定的是有权解除合同，实际上约定的是一种解除权。给了你这种权利，但是这个合同还没有当然解除，合同的解除要取决于你是不是行使这个权利。《合同法》九十三条的第二款规定的含义，必须要有一个实际的行使的行为。当然不解除条件的话，就向刚才讲的标准，乙方如果分到了房子，合同解除，这指的是约定的解除条件。在约定解除条件的情况下，一旦条件成就，这个合同当然的解除，不需要行使任何权利。这个要根据（案情）合同具体怎么规定的来分析，这个在审判实践中差别是非常大的。大家注意《合同法》九十三条的第二款里面提到解除合同条件成就是解除权人可以解除合同，实际上他的含义就是有权解除合同，不是说合同自动的终止的意思。第二种就是法定的解除，法定解除可以分作两类，一类是不可抗力，另一类我们简单的概括就是根本违约。不可抗力《合同法》第二条规定不能预见、不能避免，并且不能克服的客观情况。原来的《合同法》规定

的是一旦发生不可抗力，合同当然可以解除。后来我们在讨论时感觉到这个抗力本身它对合同的影响在不同的情况下是不一样的。可能发生天灾人祸，但是并不意味着你的合同完全不能履行，也可能只导致了部分不能履行，或者导致了感知不能履行，这样就要看不可抗力它对合同的影响究竟到了什么程度。所有《合同法》用这个必须是不可抗力导致了合同当事人根本不能实现他的合同目的的时候，就是影响是重大的，是他订立合同的目的根本不可能达到，这个时候发生合同的解除，才行使法定的解除权。这个所谓不能实现合同的目的，就是指当事人在订立合同的时候，所追求的目的以及从合同中获得的基本利益和目标不能得到实现。比如买卖合同一方向订约的目的或者对方支付的价款，另一方为了获得对方标出的货物，如果支付的价款和标出的货物根本不能达到，那么就是说合同订立的目的就不能实现了。第二大类就是根本违约，所谓的根本违约也叫重大违约。为什么我们要引用根本违约这个概念，我们的《经济合同法》在93年修改的以后规定的就是一方违约，另一方就有权解除合同。这项规定是非常不好的，因为违约它的情况是非常复杂的。比如说一个案例，被告方购买马口铁，因为在这个开户行里，实际上被告已经很早就把钱汇入他的开户行里了，由于开户行的原因使被告的汇款晚到了原告的户头里三天，原告就提出来，因为你晚到了三天，我要解除合同。在这三天之内这种标的它的市场价格没有任何的影响，也没有任何的波动。原告之所以要解除合同实际上是他自己没有那么多的货物可交，他正好找到一个借口。我们过去《经济合同法》任何违约都可以解除合同，这样以来合同那怕是在轻微违约的情况下

也可以解除。所以，它导致合同关系不稳定，也会使一方非诚实守信的当事人可以利用这个轻微的违约来解除合同，滥用这个解除合同的权力。《合同法》引用了根本违约概念，根本违约按照《合同法》94条实际上应当把它看作是因为一方违约导致另一方合同的目的不能实现。我们注意一下第四项它有一个兜底性的条款，当事人一方不能履行债务或者有其他违约行为，致使不能实现合同的目的，兜底条款就表明这个。合同法实际上对根本违约的宽限就是以是否实现合同订约的目的。前面所列举的从第二项到第四项都是导致合同的根本目的不能实现，第二项讲的预期违约，包括了明示和默示的两种形式。在履行期届满前，一方明确表示不履行债务，这是明示违约，以自己的行为表明不履行主要债务叫做默示违约，这样都会使订约的目的不能实现。《合同法》94条第3款讲的是迟延履行，迟延违约怎样才能推定为是一种根本违约，这是一个很复杂的问题。我刚才讲的期限在合同里面它的意义在不同的情况下是很不相同的。在刚才的案例里面，只是晚到了三天，我们不能说它构成根本违约。但是在有些情况下，可能晚到一天就可能构成根本违约。比如说我要订购八月十五号的月饼，你八月十六号才交给我。今天结婚订了一桌酒席，你说明天来吃。不就晚了一天吗？这个时候我们不能说一天、两天不那么重要，但是在法律上我们必须形成一个判断标准。这个判断标准产生催告程序，通过一个程序来解决这个程序，就是说一旦迟延，然后催告要求你立即履行。催告的同时也要给一个合理的期限，继续履行。换言之也就是给一个宽限期，催告之后给了一个宽限期还没有在合理期限内履行，构成根本违约，不管你是不是给

我造成了重大的损害就构成根本违约。这个和大陆法系很多国家规定的不一样，德国是采取期限代之催告，就是说只要合同到期了不要催告，这个我觉得这样判断可能不明确。你说合同到期了，也许因为各种原因不能及时、马上把货物送到，比如说在送货的途中出了车祸或者交通堵塞，几百公里都走了就差几公里赶不到了，你马上打电话说，别来了合同已经到期了，合同已经解除了，这个恐怕不行。这样怎么办呢？合同规定二十号交付，我提出一个要求催告，同时再给你五天的时间，如果在这五天内还不能交付，那就对不起了，解除合同。这里面需要讨论的是这个宽限期多长时间才算是合理的，我们强调必须是合理的，究竟多长要根据每一个合同具体的情况来判断，不能由债权人和非违约方来进行确定。（问：在《合同法》94条第2项到第4项在出现这种根本违约的情况下，法律已经规定的程序了很多了，比如说违约由抗辩权等等，再规定解除权有什么必要性呢？）王利明：这个是非常重要的，我们说根本违约它是一个很抽象的概念，我们是引用了根本违约这个概念来限制解除权。但是根本违约太抽象了，法官判断的时候很难掌握。比如说延迟履行，什么叫根本违约，这个无法判断只有用一个催告程序来解决。逾期违约能不能构成，这个要加以限定。因为过去我们没有规定逾期违约能不能解除合同，刚才提问的问题也可以通过其他方法来解决，为什么一定要规定解除权呢，解除为什么要实行补救？我们的合同法里面合同责任没有规定解除，如果我们不用合同责任用补救，比如我们说甲和乙，甲是违约方，乙是非违约方，讲到责任必定是甲要承担责任，但是讲到补救权是真对乙方非违约分的，在发生解除合同的

时候，给他补救但不一定是他承担责任，这就是为什么解除不能放在责任里面的原因就在这里。但也可能是因为解除而导致责任，给他一种解除权是对他的补救，但并不意味着他行使了解除权他就要承担责任。为什么给他一个补救，原因是在于很多情况下，合同的继续履行或者继续存在对于非违约方来说是一个不堪忍受的负担。比如说，你把房屋租给我，你屋子里面到处都漏雨，因为当时租不到房子没办法租到这里来了。现在很多地方都有空房子，你的房屋到处漏雨、设施又不完备。如果我不解除这个合同我还敢和另外的房屋订合同吗？那需要等待，我可能还要求赔偿，要求赔偿同样也遇到一个问题，那个合同怎么办，因为签了一年的合同，只履行了一个月，能不能马上和别人订一个新的合同搬出去。为什么说解除是补救就在这个地方，在这种情况下你已经构成根本违约，主要义务你没有履行。包括水电。修补房屋等等，修缮义务你没有履行。这个时候我完全可以解除合同，然后去订一个新的合同。但同时我也可以保留去追究你违约责任的权利。但解除的时候你没有承担违约责任，对我来说是一个很好的补救。所以说它是一个重要的道理就在这里，是一个很重要的补救和救济。履行还有一种情况就是可以以程序来限定，但是有时候合同履行以后，他已经导致了我的合同根本目的不能实现了，就象我刚才讲的我八月十五日要月饼，你八月十六日送来，八月十六我还有没有必要再继续催告你，再给你五天的宽限期，这可不可以呢，这个也不必要了。这样的话我们不得以又规定《合同法》第九十四条、第四款，就是因为你的迟延履行已经导致了合同目的不能实现，在这种情况下不适用《合同法》第94条第3款不需要经

过催告程序，直接就可以解除合同。无论是法定的解除还是约定的解除，我们必须强调的是都是阐述一种解除权。在我们国家合同法里面没有自动解除这样一个概念，只有在双方约定解除的时候，从合同成立之日起解除合同，但是对于约定解除权以及法定解除权都规定了一个权利，这个权利是不是行使完全由解除权人自己认定。《合同法》第95条第2款规定了权利行使的期限，首先如果在法定和约定的期限内，这个权利没有行使的这个权利消灭。现在的问题就是法律目前还没有对解除权作出明确的期限限制，《合同法》第95条第2款，在没有规定的期限内怎么办，没有规定的期限经过对方催告后，在合理的期限内不行使的，该权利消灭。这句话当然也有争议，没有规定的期限是不是要完成两个条件，第一是催告，第二个条件是在合理的期限内不行使的，这个有不同的看法。比如一个案例，合同规定一方如果不能办理执照，另一方有权解除合同。在开办执照过了一年，还没有办下来，但对方提出解除合同。违约方也说现在过了一年执照也没有办下来，当然我承认，我也违约了，但是这并不影响别的条款履行，合同不应该解除。因为你已经过了有效期了，在这个一年很长的时间内你没有提出解除合同，这个合同应该不能解除了，因为现在合同继续有效的履行，现在争议的是非违约方能不能解除合同，按照《合同法》第95条已经丧失了解除权，但是非违约方提出来按照《合同法》第95条继续催告，你没有明确告诉我要不要解除这个合同。这个争论的问题，应该怎么来理解？你认为要不要继续催告？（答：我觉得应该考虑一下非违约方的意思，为了达到一种比较可行的操作程序加以确定，无论是给这种恶意提供一种保

护，经过一年双方都知道，而且还在履行合同。我觉得不能这样，因为根据《合同法》订立的原则，你已经过了合理期限了。）这个问题我个人比较倾向于解除权的合理期限履行的问题，也就是说《合同法》第95条、第2款我的理解重点就是在合理期限内没有行使权利，这个必须要进行催告程序，要根据这些情况来考虑。有些学者认为必须要完成这两个缺一不可，所以根据我刚才的这个解释总有些不理解。就是说合同履行了一年也没有提出异议，现在突然提出来要解除合同。你在合理期限内没有提出来，没有问我要不要解除这个合同。所以我就不能解除合同，这个有没有道理？下面我谈谈第二个问题就是关于实际履行，《合同法》第109条、第110条、第111条所谓实际履行就是指一方违反合同时，另一方有权要求违约方依据合同的规定继续履行。过去我们讲实际履行是把他作为应该基本原则，实际履行在计划经济时代的时候，当时合同的履行是完全计划的代替。所以合同规定完成多少，你就完成多少，这样不能用损害赔偿来代替。但是作为一种补救的方式，继续履行它是必要的。一方违反了合同，另一方有权要求你继续履行合同，这个继续履行合同就是实际履行。它的补救方式可以通过要求对方继续履行合同，从而使他订立合同的目的能够完全达到。所以为什么实际履行在合同法里面是把它放在首要的位置。大家看看《合同法》的107条原来最早的写法一直采取的是列举的方式，合并以后，还是可以看出来，继续履行就是讲的实际履行。大家要有这样应该概念，我们讲的实际履行就是继续履行，继续履行只不过是一种补救方式，而且按照《合同法》第107条是把它作为首要的方式来规定，也就是说在一方违约以后

，这个继续履行是首选的补救方式。选择补救方式这个选择权在谁于呢！是在非违约方，非违约方他有权选择可以继续履行合同，但也可以不选择它转化为其他赔偿都可以。《合同法》的107条就是赋予了非违约方一种选择的权利，因为对于违约方应当承担这些责任，但是对于非违约方选择那一种都是我的权利。其中最重要的在立法上就是实际履行《合同法》第109条、第110条的规定区分了两种情况，很多人对这两条不能理解，这个立法的意图在那里。首先我们刚才讲了合同法是把实际履行当作一种补救的方式，是非违约法继续选择的一种补救方式，当非违约方选择了这种补救方式以后，对于违约方来说，我向你提出要求你继续履行，但对于违约方他有什么样的抗辩理由。《合同法》的109条、110条的区别实际是从非违约方的抗辩角度来考虑的，按照《合同法》第109条，如果是金钱债务或者其他标的，如果一方不履行金钱和报酬，另一方要求你支付金钱或报酬，也就是要求你继续履行，在另一方要求你继续履行的情况下，债务人不得提出任何抗辩事由，必须无条件的支付，这种实际履行是没有任何抗辩理由的。原来我一直建议要把这个金钱债务写成纯粹的无过失责任，金钱债务甚至不用不可抗力来免责。意思就是说欠债必须还钱，这个道理非常简单是天经地义的。欠了别人的钱不能说发生了地震或者山洪欠的钱就一风吹了，发生了变故以后欠的钱你还是要还。比如说发生了地震，我的稻子收不上来，交不了货这个可以，但是你不能欠钱不还，我在你这打工半年了，现在地震了，你就对我说对不起你的钱我不给了，这个不行。支付财物时，这些该支付的不受任何影响。但是后来感觉这样写是不是觉得法律太残酷了

，实际上我觉得这样写有利于强化信誉。后来我这个建议没有被采纳，现在的写法就是实际履行你不得抗辩，简单的来讲你不能讲任何理由，延误了实际履行你就必须还钱。《合同法》第110条就是对非金钱债务有违约的，对方是可以抗辩的，一方要求实际履行违约方是可以抗辩的。这个第一项、第二项、第三项就是他的抗辩理由，第一项就是法律上或者事实上不能履行，这个法律上不能履行就是说在某种情况下，比如说延期合同，我现在有病了，你不能非要把我从病床拉起来去唱歌，这个是在法律上不执行的，因为这个强制债务人的人身，法律上不能履行。在事实上不能履行，比如标的物毁损灭失了，很难给你交货，但是这是一个无法替代的标的。第二项就是事实上不能成立，也许是标的不适于强制履行或者履行费用过高，当然这些指的是具有人身性质和提供服务的，这些合同但是债务的标的不适合强制履行。所谓履行的费用过高就是实际履行在经济上不合理。第三项就是债权人在合理期限内未按要求履行，就是你一直要求我赔偿损失，没有提出要求实际履行。在这种情况下，你在向我要求实际履行，我就可以提起抗辩，我认为你已经超过了这个合理期限。所以《合同法》第109条和第110条简单的区别就是，第109条是不能抗辩的，第110条是非金钱债务是可以抗辩的。《合同法》第111条、112条讲的是实际履行的一种特殊方式，就是在达成履行的情况下，可以采取修理。更换、重作等这样一种形式，质量不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。第112条是当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，在履行义务或者采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当赔偿损失。比如你没有

按时交货，我现在要求你继续履行，你现在交了，但是你在迟延履行期限内给我造成的损害，并不是你交了货就可以免除，我还可以要求你赔偿在迟延履行期限内应当向我承担的损害赔偿责任。下面我主要讲一下违约金，合同法规定的违约金制度与以前相比，有以下几点变化：第一点，就是《合同法》第114条，违约金是当事人事先约定的，在一方违约的时候，应当向对方支付一定数额的金钱。约定问题的是很复杂的，但是我主要就新的《合同法》在违约金方面的一些变化和跟大家谈一下。新的《合同法》在违约金方面和原来的相比较有哪几方面的变化，第一个变化就是合同法规定违约金必须是约定的，不承认法定的违约金，因为在新的合同法之前，我们一直有法定违约金存在。所以法官经常可以宣告当事人约定金无效，然后实行法律违约金。但是随着《合同法》颁布以后，原来的经济合同法以及相关的几个条例全部失效了，这样法定违约金就不存在了。这就恢复了违约金的本来面目，因为违约金本来就是双方当事人约定的一种条款，违约金本来就是一个从合同，是附属于合同的一个条款，违约金必须是约定的，这是违约金本来的性质。立法上之所以要废除这个法定违约金，其中一个重要的考虑就是这个法定违约金确实和计划经济联系在一起，它具有明显的惩罚性，任何法定违约金它都具有惩罚性。大家可以这样来看，法律规定都把幅度规定死了，实际上就意味着一种惩罚条款，为什么要成立这种惩罚条款，就是因为过去我们把合同的履行当作完全计划的手段。只要当事人不履行合同，就采用这种惩罚性的条款，来督促当事人履行合同。在市场经济条件下，违约金它本来的性质应该是补偿性的。所以，《合同法》基于

这种考虑删去了法定违约金。 第二点，就是因为合同法它强调违约金是一种约定的条款，因此它是优先于损害赔偿的。严格的讲《合同法》第114条应该放在第113条的前面，道理就是先有违约金，然后才有损害赔偿，也就是说我们按照合同自由原则为了尊重当事人的合同自由，合同自由其中也包括当事人自由选择合同的补救方式以及当事人约定的违约金赔偿数额。如果当事人实行了约定的违约金，首先实行当事人约定的违约金条款，区分责任的话可以简便的确立出来。在当事人没有确定违约金条款的时候，这样可以使法律上的损害赔偿责任，同时在当事人约定的违约金不足以补偿非违约方损失的时候，可以在继续使用损害赔偿。如果不存在这两种情况，那么就不用执行违约金，没有必要在考虑损害赔偿的问题。所以，违约金是优先于损害赔偿使用的。 第三点，强调违约金主要是补偿性的。大陆法系民法以违约金责任是否可与实际履行并存为准将违约金分为补偿性违约金和惩罚性违约金，前者不承认二者的并存，后者则承认二者可以并用。我国关于二者的区分标准有分歧，但新合同法强调违约金责任主要是补偿性的这一点应无疑义。但合同法114条第三款规定。“当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。”这就说明在专为迟延履行而约定违约金场合，违约金与实际履行可以并存，此时有惩罚性违约金存在的空间，但此为例外。当然，应予说明的是，这个规定基础主要在于合同在当事人，而根据合同自由的原则，当事人于此之外约定惩罚性违约金也是可以的。 第四点应予强调的是，任何违约金一经约定，都是有效的，法官、仲裁庭无权宣告违约金条款无效，否则无异是对当事人自由

意志的侵犯，不合合同自由原则。以往司法的实践很难令人满意，法官、仲裁员任意宣告违约金条款无效的做法甚为普遍，应予禁止。但对违约金进行国家干预是必要，但其干预必须要符合一定的条件，据合同法114条第二款的规定，条件有二：一是约定的违约金过分高于或低于造成的损失，二是必须要当事人请求，法院或仲裁庭无权径自作出调整。这里需要注意合同法的表述，当约定违约金低于损失时，调整的条件较为宽松，也就是说，此时只要当事人提出请求一般就可获得调整，而于高于损失场合，除非过分高于造成的损失，否则一般不予调整。再者，在“低于”场合，合同法规定当事人可请求人民法院或仲裁机构予以“增加”，而在过分高于场合，则是请求予以“适当减少”，故二者即便在调整的度上也有区别。之所以作此种规定，原因在与违约金条款是当事人意思自治的产物，它约定于违约之前，它与违约后造成的实际损失不可能一致，本属正常；加之我国合同法规定的违约金主要是补偿性违约金，故除非过分高于，否则一般不予调整，这是为了尊重当事人的意思。也正因为如此，所以其调整必须有当事人自己作出申请。而于违约金低于实际损失时，合同法虽规定此时也可以请求调整，但学界有不同观点。因为此时当事人完全可要求损害赔偿，且合同法规定的违约金如前所述多为补偿性的，而非惩罚性的，没必要非得通过违约金制度来弥补损害，因为违约金条款本来就可以不予约定，而交由损害赔偿制度来解决，我以为这种说法是有道理的。这里还需要澄清的是，调整的标准是“造成的损失”，那么它究竟指什么损失呢，是否包括可得利益的损失？根据合同法113条的规定，应该包括可得利益的损失，

使得违约责任的承担达到如同合同就像完全被履行时一样，即就像没有发生违约行为一样。下边我讲讲违约金与其他一些补救方式之间的关系。先说与实际履行的关系。违约金责任的主要目的是督促当事人履行债务并制裁违约行为，违约金的支付并没有使非违约方获得基于合同所应获得的预期利益，即使违约金客观上能够补偿非违约方的损失，非违约方仍可以要求继续履行，所以二者是可以并存的，违约金的交付并没有使债务人获得一种违约的权利。不过，是否要求实际履行的权利在非违约方，所以如果非违约方要求实际履行，则二者并存，若不提出实际履行，则违约方只承担违约金责任。但因为我国的违约金主要是补偿性违约金，故在要求实际履行时，违约金应以实际损失为标准，而不应包括可得利益的损失，否则无异于让非违约方获得不当得利。违约金与定金的关系很密切，应予区别。在我国，定金兼具担保方式与违约责任方式两种属性，当事人可以约定定金的性质，若无特别约定，定金性质为违约金。由此可见，定金与违约金都是针对违约行为的，若二者并用，则一则有悖于违约金的补偿性，使违约金具有了惩罚性，二则造成非违约方的不当得利，所以原则上二者不能并用。但若二者系针对不同的违约行为而约定的，则此时互不影响，可以并存（严格的说，此时谈不上并存的问题）。所以在同时约定违约金与定金时，原则上由非违约方选择适用哪种责任形式。当然不论哪种形式，都可与损害赔偿并用。合同法114条第一款规定了约定损害赔偿的计算方法，对其与违约金之间的关系如何理解？二者都是事先约定的，合同中约定的违约金一般来说应当视为约定的损害赔偿，但二者是有区别的。首先在能否与

损害赔偿并用上，约定的违约金的支付若不足以弥补实际损失，受害人可以再要求损害赔偿，因此违约金可与损害赔偿并用。而约定损害赔偿计算方法场合，本身就已约定了损害赔偿，谈不上再适用损害赔偿的问题。在是否允许法官或仲裁员调整上二者也有不同，对此学术界有不同观点。有一种观点认为根据合同的解释规则，应理解为在约定损害赔偿计算方法场合，不允许法官或仲裁员调整，因为114条第一款先是将约定违约金与约定损害赔偿并列，接着第二款又明确规定违约金可以调整，而对约定的损害赔偿计算方法未作规定，因而应作这样的理解。另一种观点认为此时可以调整，但准用114条。我个人以为，应该调整，因为约定损害赔偿的计算方法，既是事先的约定，理论上说，就永远不可能等于实际的损害，因而有调整的必要性。但不能依据114条的规定，因为114条规定的已经非常清楚了，若允许准用，有违法律的严肃性，而应依据合同法54条显失公平的规定，当然它适用一年的除斥期间。最后还应强调的是，不论是违约金条款还是约定损害赔偿计算方法的条款都不能单独被宣告无效，除非整个合同被宣告无效。最后我讲一下损害赔偿问题。这里首先将其与违约金责任作一区别。违约金的数额是事先约定的，当事人订立违约金条款时，难以预料到违约后的实际损失，正因为这样，前边在论述违约金责任时，我们讲到了违约金的调整，当然调整与否取决于非违约方是否提出请求。若于违约金低于造成的损失时，非违约方不请求调整违约金，则仍可请求损害赔偿。违约金条款以违约行为的发生为适用前提，而不以损害的发生为必要，所以无损失而有违约行为时同样也可执行违约金条款。这里讲的损害赔偿是指法定损

害赔偿，与前述的约定损害赔偿不同。一方面，在约定损害赔偿场合，一旦发生违约并造成受害人的损害，受害人不必证明具体损害的范围就可以依据约定损害赔偿条款而获得赔偿。此时其性质是有争议的，有认为是违约责任的承担，有认为是替代义务的履行，各有其道理，你们下边可以讨论。当然，若当事人只是约定了损害赔偿的计算方法，则受害人还应当证明损害的存在。另一方面，在确定适用时，若有约定损害赔偿，则应优先于法定损害赔偿而适用，因为合同法关于违约责任的规定本来就是任意性规定。所以，此处的损害赔偿的适用以无约定损害赔偿为前提。根据合同法113条，损害赔偿应遵循完全赔偿原则，所谓完全赔偿原则，是指因违约方的违约使受害人遭受的全部损失都应当由违约方负担。合同法113条第一款，“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定。给对方造成损失的，损失数额应相当于因违约造成的损失，包括合同履行后可以获得利益”，规定的就是完全赔偿原则。完全赔偿就是使受害人恢复到合同订立前的状态，或者恢复到合同能够得到严格履行情况下的状态。根据该原则，违约方应赔偿受害人的实际损失和可得利益的损失。所谓可得利益，是指合同在履行后可以实现和取得的利益。它具有期待性，是一种预期利益，它必须通过合同的实际履行才能实现，而在未予实际履行时，它尚未由当事人实际享有。但它不是一种不切实际的预期，而是一种现实的预期，因而它还具现实性。也就是说，只要合同如期、严格的履行，它就会由当事人享有。在赔偿可得利益的损失时，必须要注意以下几点：首先可得利益的损失赔偿旨在弥补受害人遭受的全部实际损失，而并不赔偿其因从事一

桩不成功的交易所，蒙受的损失，否则，则是将全部风险转移给违约方，这时违约方实际上充当了非违约方的保险人了。其次，在标的物价格不断波动的情况下，可得利益的最高限额应该是在合同完全履行时所应取得的利益，而不应超过此限额，否则也无异于让违约方承受了非违约方的交易风险。再次，可得利益损失必须是纯利润，而不应包括取得这些利益所支付的费用。比如说我要作一个广告，在上面租房，租到房拿去转租，转租我可以获得一万元或者十万元的利益，为了转租为支付了几千元的广告费，那么你不能说我又要你赔偿十万元转租的费用，又要你赔偿那几千元的广告费。因为如果这个合同要及时严格履行的话，你只能得到十万元的所得转租的利益，但这十万元的转租费已经包含了你的几千元的全部利益。但是有一些情况下，如果这个赔偿可得利益的损失还不能够完全弥补你的费用，你可另外要求对你费用的支付，通常涉及到交货大情况下，如果你把这批货交给我，我又转卖能够获得五万元的转卖利润，但是我在交货的过程中，我支付了一些其他费用，这个费用作为一种附带的损失，我觉得也是可以要求赔偿的。这个问题大家应该讨论一下，当时我们争论了很长时间也没有争论明白，它究竟是纯利益还是毛利润。两种说法都有，都能举出不同的例子。我是主张一种比较抽象的说法，你只要达到了你订约的目的，合同在正常履行的情况下，你获得到了，你不能再要求。这个是到现在也没有说清楚的一个问题，在合同法上能不能解决？而且很有意思的是，我问一些英美学者，他们也没有解决这个问题，看法也是不一样的。这里面谈论的是这种赔偿不能够把交易中的风险计算在里面，损害赔偿不能够要求

违约方承担交易的风险。这个比较典型的就是说，损害赔偿指弥补受害人遭受到的全部损失，但不赔偿受害人从事一桩不成功的交易所造成的损失，这种损失不能要求违约方来赔偿。我们特别强调的就是《合同法》第113条的含义，它强调了一个可预见性规则的限制，可预见规则指的是损害赔偿不能超过违约一方订立合同时，预见到或者说应当预见到的原因违反合同可能造成的损失。所以我们讲的这个合同它是一种交易，双方当事人完全是一种交易关系。为了减轻这个交易的风险，法律上鼓励交易，尽可能使未来的风险能够使当事人能够预见到，尽可能使订约的双方能够预知未来的风险。如果违约责任是无限大的，那么交易的风险是不可预测的，我们不知道将来违约以后，对我们有多大的损失。我们根本无法预测，如果这样大家谁也不敢作交易。为了帮助当事人减轻交易的风险，使当事人能够预知将来违约以后，究竟有多大的责任。这样他才敢去做交易，计算成本，违约以后预知能够支付多大的赔偿。我们为什么认为违约责任里面能规定损害性赔偿，而不能够规定精神损害赔偿，原因在于这种赔偿它的数额上无法确定的，也是当事人在订约的时候是不可预期的，所以它不具有可预见性。如果允许对精神损害赔偿的话，那么交易的风险是无限大的，这样谁也不敢投资交易。因此合同责任和侵权责任一个重要的区别就在于不能够说违约以后，造成的损失都要有违约方赔偿。侵权造成所有的损失都要赔偿，但是违约不是这样的，即使是违约造成的损失，那么还要看违约方在订约的时候，能否合理预见到或者不能合理预见到的，毕竟是他的违约造成的，那么也是不能赔偿的。它和违约是有关联的，但是按照可预见性标准

，也必须要限制，首先强调的是时间上必须是在订约时候预见，而不是违约发生的时候预见到的。预见的主体必须是违约方，而不是其他人。第113条既包括了可以预见到、应当预见到这个完全按照违约方的标准来判断。可预见性标准就是对违约损害赔偿的一个基本的限制。在我们合同责任里面，这是非常重要的，我们经常要用这样一个标准。反过来说，对于违约方也可以以这个预见性标准作为他的一个合理的抗辩理由，这要看这个是不是可预见到的，来提出抗辩。文章出处：中国民商法律网 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com