

论替代交易规则

——以《民法典合同编通则解释》第 60 条第 2 款为中心

王利明*

内容提要：《民法典合同编通则解释》第 60 条第 2 款确立的替代交易规则不仅具有比较法上的基础，而且其功能具有多样性，是可得利益损失的重要计算方式。替代交易规则主要适用于以种类物为标的物的合同，在以劳务或特定物给付为内容的合同中也有适用余地，但必须以发生根本违约为前提。替代交易规则原则上以解除合同为必要，但在特殊情形下也可以不解除合同而直接进行替代交易。替代交易尚须具有合理性，从而将不具有合理性的替代交易排除于可赔偿范围之外，以此保护违约方的利益。市场价格是判断替代交易合理性的依据，但并非唯一依据。除非出于减损规则的要求，替代交易并非一项义务，非违约方可以选择进行替代交易或者依据市场价格获得赔偿。通过替代交易规则可以解决继续性定期合同中可得利益损害计算的难题。实施替代交易后，非违约方原则上不得再请求违约方履行原给付，非违约方实施替代交易后应负有减损义务。

关键词：替代交易 违约损害赔偿 减损义务 继续性合同

一、前 言

救济措施可以使受害方处于与另一方完全履行时一样的状态。^{〔1〕}相较于实际损害而言，可得利益的计算往往较为困难。如何在坚持填平原则的前提下准确计算非违约方的可得利益损失，是合同法上的重大疑难问题。从司法实践来看，由于缺乏统一的可得利益损失计算标准，可得利益

* 王利明，中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员、中国人民大学法学院教授。

本文为国家社科基金重大项目“我国民法典实施中的重大疑难问题研究”（23&ZD152）、中国人民大学重大课题“民法典新规则研究”（21XNLG01）的阶段性成果。

〔1〕 See U. C. C. § 1-106 (1) (1978).

损失在实践中经常出现偏高或者偏低的现象，这既不利于准确认定违约损害赔偿 responsibility，也不利于督促当事人严守合同。基于这一原因，《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《民法典合同编通则解释》）第60条第2款规定了“替代交易规则”，并将其作为计算可得利益损失的方式，尝试确立统一的可得利益赔偿计算标准，并赋予非违约方在替代交易法和市场价格法之间的有限选择权，由此使替代交易规则成为违约损害赔偿有效的计算方法。

所谓替代交易（substitute transaction），是指在合同一方当事人违约的情形下，另一方当事人与第三人达成取代原合同的交易。^{〔2〕} 替代交易规则得到了比较法的普遍认可，^{〔3〕} 其功能具有多样性，而且被认为是可行的损害赔偿的具体计算方法（concrete method of calculation）。^{〔4〕} 事实上，在《民法典合同编通则解释》颁布前，我国司法实践中就已经认可了替代交易规则。^{〔5〕} 《民法典合同编通则解释》第60条在总结司法实践经验的基础上，借鉴比较法经验，首次在司法解释中明确规定了替代交易规则的适用条件、方法和法律效果，这也是对我国违约损害赔偿体系的重大完善。但诚如法谚所云“适用法律某个条款，就等于在适用整部法律”^{〔6〕}，替代交易规则与既有的违约责任体系之间有着千丝万缕的联系，要准确适用替代交易规则，就需要将该规则还原到违约责任体系甚至是整个合同法体系之中，厘清其在违约责任体系中的位置。因此，本文期冀在明确替代交易功能具有多样性的基础上，探讨替代交易规则的适用条件、适用效果及其与市场价格规则之间的适用关系，从而为我国法上替代交易规则的准确适用提供参考。

二、替代交易规则在合同法中的定位

（一）替代交易规则的功能具有多样性

市场是由无数交易组成的，替代交易规则是市场经济的必然产物。从比较法上看，替代交易规则与市场经济是密切相关的，甚至可以说是市场经济条件下最基本的法律规则。^{〔7〕} 替代交易规则是两大法系普遍认可的规则，各国普遍将替代交易视为一方违约后计算损失的重要方法，《民法典合同编通则解释》第60条第2款也主要从可得利益损失计算方法的角度规定替代交易规则。但只是将替代交易规则界定为可得利益损失的计算方法，仍然不能充分彰显替代交易规则的应有地位和作用。具体而言，替代交易在违约责任救济体系中主要具有如下几项功能：

〔2〕 参见孙良国：《替代交易的中国景象》，载《财经法学》2024年第4期。

〔3〕 See O. Lando & H. Beale eds., *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, 2000, p. 448.

〔4〕 See Djahongir Saidov, *The Law of Damages in International Sales: The CISG and other International Instruments*, Oxford and Portland, 2008, p. 173; V Knapp, *Arts. 74 - 77 CISG*, in CM Bianca & MJ Bonell eds., *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè, 1987, pp. 548 - 549.

〔5〕 例如，在“诸暨市天洁建材有限公司与浙江广大建设有限公司买卖合同纠纷案”〔浙江省绍兴市中级人民法院（2008）绍中民二终字第301号民事判决书〕中，法院承认了替代交易规则。

〔6〕 Stammer, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl. 1970, S. 15. 转引自〔德〕托马斯·M.J. 默勒斯：《法学方法论》，杜志浩译，北京大学出版社2022年版，第216页。

〔7〕 参见孙良国：《替代交易的中国景象》，载《财经法学》2024年第4期。

第一，及时减轻非违约方的损失。替代交易规则不仅有利于非违约方的利益实现，而且是非违约方履行减损义务的替代性安排，也符合效率原则。在一方违约后，非违约方作为理性的交易主体，其需要考虑如何及时止损。允许非违约方实施替代交易，则可以使其根据交易情况的变化及时通过替代交易的方式减少自身损失，迅速获得救济。我国司法实践中，法院虽然没有采用替代交易的做法，但也经常从减损义务的角度理解替代交易规则，即将替代交易作为一项减损义务加以对待。^{〔8〕}换言之，与请求违约方赔偿损失相比，允许非违约方实施替代交易，有利于提高对非违约方的救济效率，并减少其因对方违约而遭受的损失。

第二，产生“拟制的实际履行”效果。在一方违约后，非违约方依法实施替代交易时，将在非违约方与第三方之间形成一种独立的合同，这将在非违约方与第三人之间形成新的权利义务关系。对非违约方而言，通过实施替代交易，可以使其达到合同能够履行的状态。^{〔9〕}替代交易包括保护性购买或者保护性销售两种方式，如果双方订立买卖合同以后，买受人无正当理由拒绝购买，出卖人可以与第三人订立保护性销售合同，如果出卖人无正当理由拒绝销售，则买受人可以与第三人订立保护性购买合同，从而使合同达到实际履行的状态。有学者指出，在大陆法系国家，实际履行请求权是“债的支柱”（backbone of obligation）。^{〔10〕}大陆法国家强调合同严守（pacta sunt servanda），在一方违约时，法律将强制当事人履行合同。^{〔11〕}因此，替代交易使得在一方违约以后，另一方所享有的实际履行请求权得以实现。如果将替代交易规则仅仅解释为可得利益损失的计算方式，则其并不具有产生新的权利义务关系的效力，也无法在原合同关系之外产生独立的法律关系。

第三，充分弥补非违约方的损失。在一方违约的情形下，不履行或者不适当履行合同义务，导致非违约方因对方不履行所产生的履行利益的损失，通常主要是指实际损失和可得利益损失。^{〔12〕}如果一方违约造成的主要是可得利益的损失，通过替代交易方式弥补非违约方可得利益损失，可以使不能得到履行的合同得到履行，从而产生履行利益。^{〔13〕}尤其是在一方违约以后出现价格变动的情形，通过替代交易可以将价格变动的风险转移给违约方。^{〔14〕}替代交易的此种替代履行的功能与拟制履行具有一定的相似性，但也存在差异。此种方式是指通过替代交易使非违约方获得可得利益赔偿，弥补其本应获得的履行利益。从这一意义上说，替代交易的主要目的是弥补非违约方的损失，而不是通过“拟制的实际履行”使非违约方获得履行利益。

第四，有效计算可得利益的损失。在一方违约的情形下，非违约方在依法实施替代交易后，可以基于替代交易价格与原合同价格的差额确定其可得利益损失数额。因此，替代交易规则本身具有计算可得利益损失数额的功能，《民法典合同编通则解释》第60条第2款正是从这一意义上

〔8〕 参见韩世远：《合同法总论》（第4版），法律出版社2018年版，第812页。

〔9〕 参见刘承魁：《〈民法典合同编通则解释〉违约责任制度的亮点与盲点》，载《浙江工商大学学报》2024年第2期。

〔10〕 Ernst Rabel, *Recht des Warenkaufs*, Vol. I, S. 357.

〔11〕 See Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem & Christ Opher Kee, *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, 2012, p. 561.

〔12〕 See Ingeborg Schwenzer ed., *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4th Edition, Oxford University Press, 2016, Art 74, para. 21.

〔13〕 参见韩世远：《合同法总论》（第4版），法律出版社2018年版，第784-785页。

〔14〕 参见孙良国：《替代交易的中国景象》，载《财经法学》2024年第4期。

规定了替代交易规则。

可见，替代交易规则在功能上具有多样性，只有从上述四个方面理解替代交易规则，才能全面理解其制度功能，从而充分发挥其在实践中的作用。

（二）替代交易规则是可得利益损失的重要计算方式

《民法典合同编通则解释》第60条第2款将替代交易规定为可得利益损失的计算方式。在可得利益损失计算方面，历来存在两种计算方式：一是抽象的计算方法，又称“市场价格法”。它是指通过比较原合同价格和所谓的“当前市场价格”之间的差额，确定非违约方应受赔偿的损害。此种方法旨在参考受害方的实际情况来评估损害赔偿，^[15] 损害赔偿就是要赔偿原合同价格与市场价格之间的差距。此种计算方法由于没有考虑非违约方的具体特点，又被称为抽象的计算方法。^[16] 在德国法中，该方式被称为差额说（Differenzhypothese），起源于蒙森（Mommsen）于1855年发表的《利益说》。蒙森认为，通过比较两种财产状况，即比较没有致损事件时的状况与事实状况，就可以确定受害人所遭受的损害，无损害时的财产状况减去事实上的财产状况，由此得出的差额，即为损害。^[17] 当然，在我国，抽象的计算方法可以从广义上理解，其并不限于市场价格，还包括非违约方上一年度或近几年的平均利润。《民法典合同编通则解释》第60条第1款承认了可得利益包括生产利润、经营利润和转售利润，但在计算生产利润时，可以考虑以客观的、能够证明的守约方可以获得的上一年度或近几年平均净利润，或者同类、同区域、同行业的经营者所能够获得的净利润为标准进行计算。^[18] 二是具体的计算方法，又称“替代交易法”，即受害方以替代违约合同的方式达成交易的情况，其实质是计算原合同中的价格与替代合同中价格之间的差额。所谓具体，就是要通过特定的替代交易所确定的价格来计算损失。^[19] 通过参考合同价格与市场价格之间的差额来评估损害赔偿的公式，或者在货物有缺陷的情况下将损害赔偿计算为合格货物的市场价值与实际交付货物的价值之间的差额。^[20]

上述两种计算可得利益损失的方法被许多国家的法律制度所确认，当事人在合同中也可能将其约定为可得利益损失的计算方法，这两种方法都旨在救济非违约方的可得利益损失，替代交易规则作为一种损害的具体计算方法，其实质是计算原合同价格与替代交易的合同价格之间的差额，与市场价格法相比，在计算非违约方可得利益损失方面具有独特的优势，具体而言：

第一，具有清晰性和确定性。进行替代交易能够降低非违约方的证明难度，以及降低损害的计算难度。获得可得利益是当事人订立合同的主要目的，从这一意义上说，可得利益也是合同法

[15] 参见韩世远：《合同法学》（第2版），高等教育出版社2022年版，第295页；G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*, Oxford University Press, 1988, p. 111.

[16] 当前《欧洲合同法原则》(PECL)、《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)、《欧洲示范民法典草案》(DCFR)等文件，都以抽象计算方法指代市场价格法，具体计算方法指代替代交易法。

[17] Vgl. Honsell (Hrsg.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, 2. Aufl., Heidelberg 2010, Art. 45, S. 475 ff.

[18] 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页。

[19] See Djahongir Saidov, *The Law of Damages in International Sales: The CISG and other International Instruments*, Oxford and Portland, 2008, p. 176.

[20] See Djahongir Saidov & Ralph Cunnington eds., *Contract Damages: Domestic and International Perspectives*, Oxford and Portland, 2008, p. 19.

的核心内容。当然，由于可得利益的证明与计算较为困难，我国司法实践长期以来对可得利益损失的救济往往较为保守和消极。在市场价格处于不断变动的状态下，依据市场价格计算可得利益损失将十分困难。同时，市场价格标准过于客观化，可能忽视当事人的主观交易需求。此外，对许多交易而言，可能并不存在市场价格，这也使得市场价格标准在客观上难以运用。因此，完全依据市场价格计算，将给损害赔偿带来很大的困难，这就有必要借助替代交易规则计算非违约方的可得利益损失。《民法典合同编通则解释》专门规定替代交易规则，旨在解决可得利益损失计算的不确定性问题。替代交易的法律实质相当于履行或准履行，有“虚拟的强制履行”之称，是解决可得利益不确定性的有效工具之一。也就是说，在合理的时间内，以合理方式进行替代交易往往能够清晰地确定受害人的损害范围。^{〔21〕}采用替代交易能够减轻非违约方证明和评估损害的困难，因为在合理的时间内进行合理的替代交易有利于准确认定非违约方的实际损害。^{〔22〕}

第二，具有一定的客观性。替代交易计算方法将非违约方的实际情况纳入考量，因为非违约方是否遭受利润损失可能同时取决于违约方的经营状况等诸多因素。例如，货物的未来价格、市场需求、待售货物的数量、买受人转售能力、相关竞争状况等，此时，根据替代交易计算方法，将这些实际情况纳入考量，就能够合理和准确地计算出损失。^{〔23〕}可见，替代交易规则的可操作性较强，因为其允许非违约方与第三人实施替代交易，并据此计算自身的可得利益损失，这就可以极大地缓解非违约方基于市场价格法等方法计算自身可得利益损失所面临的举证困难。

第三，具有一定的现实性。虽然市场价格计算方法通过计算合同价格与市场价格之间的差额，通常也能够计算出非违约方的损失数额，尤其是在买受人购买固定数量的货物以便及时转售的情况下，几乎不会出现证明损失的困难，非违约方面临的举证困难是证明标的物的当前价格。但在某些情况下，尽管非违约方已经进行了替代交易，但其仍可能有相关的利润损失。例如，季节性衣物因迟延交货，导致非违约方不得不降低转售价格，为了证明其利润损失，买受人需要证明，如果出卖人履行了合同，他本可以以更高的价格出售货物，此时，根据替代交易计算方法，则可以合理计算其损失。再如，如果出卖人提供不合格的货物，但买受人接受交货并设法以低于最初计划的价格转售货物，其也可能因此遭受一定的利润损失，此时也可以通过替代交易规则将有瑕疵的货物转售后的价格与原合同的价格相比较计算非违约方的可得利益损失数额。^{〔24〕}

第四，体现了公平和效率价值。^{〔25〕}市场价格法并没有考虑非违约方的具体特点，而替代交易规则则允许非违约方依法实施替代交易，从而可以使非违约方尽可能达到原合同得到履行时的利益状态。同时，非违约方在依法实施替代交易时，其有可能取得与原合同标的相同的给付，并

〔21〕 See Farnsworth, *Contracts*, 4th Edition, Aspen Publishers, 2004, p. 801.

〔22〕 See Djahongir Saidov & Ralph Cunnington eds., *Contract Damages: Domestic and International Perspectives*, Oxford and Portland, 2008, p. 20.

〔23〕 See S. M. Waddams, *The Law of Damages*, 4th Edition, Canada Law Book Inc, 2004, p. 517.

〔24〕 See Djahongir Saidov, *The Law of Damages in International Sales: The CISG and other International Instruments*, Oxford and Portland, 2008, p. 159.

〔25〕 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 670 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。

据此准确计算自身可得利益损失数额，从而在“质”和“量”两方面实现对非违约方提供有效救济。此外，在符合替代交易规则的适用条件时，非违约方可以直接实施替代交易，而无须取得违约方的同意，这就使非违约方能及时减轻自身损失，避免损失的扩大，并可以及时实施后续交易。可见，替代交易规则具有显著的效率价值。

第五，具有及时性和有效性，充分利用了市场机制、减少了资源浪费，提高资源利用效率。替代交易差额的金钱赔偿性质反映了市场交换的本质，体现了鼓励交易的价值。^{〔26〕}在市场经济条件下，通过金钱赔偿的方式可以使受害人获得其在交易中应得的利益，此种方式也能够有效填补受害人的损失。尤其是市场的发展为替代性购买和销售创造了有利条件，在自由竞争的市场中，大都可以从市场中购得依合同所能够得到的标的物，从而使其利益得到满足，这相较于强制由债务人履行而言更具优势。当然，以金钱确定和填补损害并不一定都精准，但金钱赔偿确实比其他方式的赔偿更为合理，且在诉讼上执行起来也不困难。随着市场的建立和完善，以金钱为标准来确定损害赔偿数额更为准确，金钱赔偿方式的合理性也不断显现。例如，就买卖合同而言，如果出卖人违约，则买受人可以通过实施替代交易，及时购买货物，保障生产、经营活动的顺利进行，并避免损失的扩大；而在买受人违约的情形下，出卖人则可以通过实施替代交易，及时将标的物转售他人，这也可以及时减轻自身损失，并避免资源的闲置。可见，与市场价格法相比，替代交易规则在确定非违约方可得利益损失方面具有一定的优势。^{〔27〕}

正是因为替代交易具有精准、便利、高效等诸多优势，域外法普遍将其作为违约损害赔偿的计算方法。^{〔28〕}在美国法上，替代交易具有特别重要的意义，《美国合同法重述（第二次）》在第347条（损害赔偿的一般规则）、第350条（减损义务）、第351条（可预见性）、第360条（损害赔偿的充分性）均提及了替代交易，少数没有明文规定替代交易规则的领域，也都通过判例认可了替代交易。《美国统一商法典》第二编“买卖合同的救济规则”更是以替代交易为核心而建构的，该法典第2—706条、第2—712条直接规定了出卖人的再次出售、买受人购买替代货物的“补救”。英国《1979年货物买卖法》第51条没有直接规定替代交易规则，只规定了不交付货物的损害赔偿应以市场价与合同价的差额为计算方式。随后判例明确替代交易可以被视为市场价格的确定方式。^{〔29〕}在大陆法系，《德国商法典》第376条规定了以替代交易差额计算违约损害数额的方式。^{〔30〕}德国法在旅行设施提供合同（Reisevertrag）中同样提到了“自助”（Abhilfe），即如果设施不符合合同规定，旅客可以采取自助措施（即购买所承诺的替代设施），并向另一合同方索要费用。在建筑施工合同（Werkvertrag）的情况下，违约方也有类似（但范围更广）的权利来弥补缺陷，费用

〔26〕 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670页。

〔27〕 See Ingeborg Schwenzer ed., *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4th Edition, Oxford University Press, 2016, Art 75, para. 1.

〔28〕 例如，《国际货物买卖统一法公约》（ULIS）第85条、《国际商事合同通则》（PICC）第7.4.5条、《联合国国际货物销售合同公约》（CISG）第75条、《欧洲合同法原则》（PECL）第9：506条以及《欧洲示范民法典草案》（DCFR）均肯定了替代交易规则。

〔29〕 See David Campbell, *Market Damages and the Invisible Hand*, in Larry DiMatteo & Martin Hogg eds., *Comparative Contract Law: British and American Perspectives*, Oxford University Press, 2015, p. 299.

〔30〕 Vgl. MüKoHGB/Grünwald HGB, § 376, Rn. 1.

由违约方承担。^[31] 日本法虽未明文规定替代交易规则，但判例学说基本也接受了替代交易规则。^[32]

现代合同法也逐渐将替代交易规则定位为可得利益损失数额的计算方法，多数国际合同法文件都对替代交易规则作出了规定。例如，《联合国国际货物销售合同公约》（以下简称《销售合同公约》）第 75 条、第 76 条就分别规定了替代交易规则和未进行替代交易时的市场价格计算法。其中，第 75 条规定：“如果合同被宣告无效，而在宣告无效后一段合理时间内，买方已以合理方式购买替代货物，或者卖方已以合理方式把货物转卖，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第 74 条规定可以取得的任何其他损害赔偿。”第 76 条第 1 款前段规定：“如果合同被宣告无效，而货物又有时价，要求损害赔偿的一方如果没有根据第 75 条规定进行购买或转卖，则可以取得合同规定的价格和宣告合同无效时的时价之间的差额以及按照第 74 条规定可以取得的任何其他损害赔偿。”^[33] 相关的示范法也规定替代交易可作为可得利益的计算方法。^[34]

三、替代交易规则的适用条件

替代交易规则作为一项违约损失的确定方法，在适用上具有一定的条件限制。替代交易规则以从他人处另行获得与原合同相同的给付为前提，由此决定了并非所有的交易客体都可以适用替代交易规则。除此之外，出于避免重复履行和资源浪费的考虑，替代交易规则还具有排斥原合同给付的性质。因此还需要对其适用条件进行适当限制，以解决违约方主张自己履行与非违约方选择由他人履行之间的冲突问题。

（一）交易客体原则上限于具有市场价格的物

非违约方之所以可以实施替代交易，主要是因为相关的标的物具有一定的市场价格。关于替代交易的客体，有观点认为，非违约方在实施替代交易时，所购买的应当是与原标的物同种类、同品质的物，否则很难被认定为“替代交易”。^[35] 例如，双方当事人约定的标的物为 A 物，但一方当事人在实施替代交易时购买的是 B 物，此种情形并不构成替代交易，其实质上是根据市场价格的差价确定非违约方的损失。替代交易的客体通常是种类物，因为替代交易差额的赔偿以存在替代交易为前提，而在实践中种类物和可替代物之上最容易寻求到替代交易。尤其是在大宗商品的买卖中，替代交易规则的适用最为频繁，其原理也在于，大宗商品通常存在成熟的市场，另行与他人订约的机会更易获得。因此，种类物、可替代物之上的交易是替代交易规则最为常见的

[31] See G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract, A Comparative Account*, Oxford University Press, 1992, p. 2.

[32] 参见〔日〕内田贵：《契约的时代：日本社会与契约法》，宋健译，商务印书馆 2023 年版，第 177-186 页。

[33] 官方译本此处的“宣告无效”（avoid）应被理解为违约解除。

[34] 《欧洲合同法原则》（PECL）第 9：506 条、第 9：507 条，《欧洲示范民法典草案》（DCFR）第 III—3：706 条、第 III—3：707 条，《国际商事合同通则》（PICC）第 7.4.5 条、第 7.4.6 条，《欧洲共同买卖法》（CESL）第 164 条、第 165 条等均有类似的规则。

[35] 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 670 页。

适用场景。

但笔者认为，不宜将替代交易的客体严格限定为种类物，只要相关的标的物具有一定的市场价格即可，主要理由在于，一方面，《民法典合同编通则解释》第 60 条第 2 款并没有将替代交易的客体限于种类物，只要相关的标的物具有一定的市场价格，从该款规定来看，替代交易的合理性需要结合市场价格予以判断，对于不具有市场价格的标的物，难以通过市场价格判断其合理性。另一方面，对于不具有市场价格的物，如允许其可以成为替代交易的标的物，并由法官衡量其价格的合理性，则可能使法官判断市场价格的权力过大。此外，对于具有市场价格的特定物而言，非违约方也应当有权实施替代交易，确定其可得利益损失数额。例如，非违约方是出卖人或者出租人等主体且对方违约时，即便标的物不是种类物，也应当允许其实施替代交易，以确定其可得利益损失数额。替代交易的客体并不一定限于种类物、可替代物，服务甚至是特定物也有可能作为替代交易的对象。^{〔36〕}就服务而言，无论是服务提供者违约，还是服务接受者违约，合同相对方都有机会寻找替代交易。而在特定物的交易中，虽然在出卖人违约时，买受人可能难以寻找替代交易机会，但在买受人违约时，出卖人却可以进行替代交易，将特定物再次出售。可见，在特定物买卖合同中，买受人和出卖人的替代交易难度可能也会有差别。

（二）违约方原则上构成根本违约

替代交易规则的最终效果通常是将更为不利的交易条件所导致的损失交由违约方承担，因此，违约方需要为标的物的价格涨落等风险承担后果。^{〔37〕}而将此种不利益归属于违约方的前提应当是违约方的违约是重大的，因此其丧失由自己继续履行的权利。换言之，如果依据既有的合同法规则，违约方仍然可以通过自己的履行清偿债务，那么就不应当允许非违约方进行替代交易并以替代交易与原交易差额计算可得利益损害。替代交易规则应当仅仅局限于非违约方因违约方的违约而使合同目的不能实现的场合，即发生根本违约的场合。因此，虽然替代交易可以适用于各种形式的违约，包括不履行、不适当履行、履行迟延等，但无论是何种形式的违约，替代交易规则适用都必须以违约方构成根本违约为前提，如果当事人不构成根本违约，当事人应当继续履行合同，而不能立即实施替代交易；只有在根本违约的情形下，继续履行原合同无法实现合同目的，此时才需要实施替代交易，以实现合同目的，换言之，非违约方因违约方的重大违约而解除了合同，就可以摆脱合同的拘束，从而实现替代交易。^{〔38〕}

在违约方不构成根本违约的情形下，非违约方通常不能进行替代交易。例如，在一方构成履行迟延时，如果其迟延是轻微的，没有给非违约方造成重大损害，非违约方不得进行替代交易。例如，出卖人快餐送货晚了几分钟，买受人就要立即另买他家，并进行替代交易，显然不符合诚信原则。同样，如果履行只是出现轻微瑕疵，也不得适用替代交易规则。^{〔39〕}因为在从事替代交易的情形下，通常以解除合同为前提，在通过法定解除方式解除合同时，尚须构成《中华人民共

〔36〕 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 238 - 243 页、第 276 - 281 页。

〔37〕 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。

〔38〕 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。

〔39〕 See Ingeborg Schwenzer ed., *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4th Edition, Oxford University Press, 2016, Art 75, para. 5.

和民法典》（以下简称《民法典》）第 563 条根本违约的情形，即只有违约方构成根本违约时，非违约方才能在解除合同后实施替代交易，如果不构成根本违约，非违约方不能解除合同，也当然无法实施替代交易。在前述快餐纠纷中，点餐是为买受人特制的，难以转售他人，在出卖人轻微迟延的情形下，如果允许买受人实施替代交易，则可能引发新的争议。

应当注意的是，从《民法典合同编通则解释》第 60 条第 2 款规定来看，非违约方实施替代交易的前提是其依法行使了合同解除权，而从《民法典》合同编的规定来看，非违约方既可能行使法定解除权，也可能行使约定解除权，在非违约方行使约定解除权解除合同时，并不要求违约方的违约行为构成根本违约，而仅需要其行为符合约定解除权的行使条件。

（三）交易合理

《民法典合同编通则解释》第 60 条第 2 款承认替代交易能作为计算可得利益损失数额的标准，但由此也可能引发一些问题。例如，在一方违约的情形下，非违约方可能与第三人恶意串通，以不合理的价格实施替代交易，从而将相关交易风险不当转嫁给违约方。^{〔40〕}为解决该问题，有必要要求替代交易具有合理性，从而将不具有合理性的替代交易排除于可赔偿范围之外，以此保护违约方的利益。这也就意味着，非违约方虽然可以以替代交易价格和原合同价格差额作为计算可得利益损失的方法，但这并不意味着非违约方可以随意实施替代交易，其实施的替代交易应当是合理的交易。替代交易是否合理应当进行个案判断，但一般而言，替代交易的合理性主要包括以下几个要点：

第一，价格合理。受害方必须作为一个谨慎的商人（a prudent business person），并且寻求合理的市场价格。^{〔41〕}对于买受人来说，《销售合同公约》秘书委员会评论认为，为了保障替代交易的合理性，出卖人在实施替代交易时，应当尽可能使标的物以最高价格出售，而在买受人实施替代交易时，则应当尽可能以最低的价格购买标的物，^{〔42〕}寻求的替代物的价格应当尽可能低。当然，对于出卖人和买受人来说，交易价格无法做到完全与潜在的替代交易相一致。^{〔43〕}需要注意的是，在一些不具备成熟二手市场的标的物的交易中，由于难以确定标的物的市场价格，很可能出现非违约方与他人恶意串通、抬高或降低价格，甚至以虚构标的物进行交易的情形。此时，就需要对该交易条件是否具有合理性进行认定，避免将不合理交易价格的损失分配给违约方。

第二，期限合理。替代交易本身之所以要求期限合理，是因为在特殊情形下，其是非违约方履行及时减轻损失义务的一种体现。在一方违约后，另一方应当与第三人及时达成替代交易合同。如果非违约方长时间不达成替代交易，相当于放任损失的扩大。在保护性销售的情形下，如

〔40〕 例如《欧洲合同法原则》第 9:506 条注释 B 认为，如果替代交易的价格与原合同在价值或者类型上如此不同，以至于不是一个合理的交易，那么受害方就不能请求原合同与替代交易之间的价格差。转引自孙良国：《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。

〔41〕 See Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem & Christ Opher Kee, *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, 2012, p. 626.

〔42〕 See Schlechtriem ed., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Clarendon Press, 1998, p. 574.

〔43〕 参见王怡聪、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。

果价格已经处于下跌趋势，如果不及时进行替代交易，将导致替代交易的价格较低，从而导致按照替代交易规则计算的损失过大，不利于保护违约方的利益。^{〔44〕}非违约方如果及时实施替代交易，则可以在一定程度上减少损失，但如果其恶意拖延，则可能导致损失的继续扩大，并可能因价格的变动而遭受损失。

当然，实施替代交易的期限的长短，应当区分不同的交易而判断。^{〔45〕}如果一些交易情况紧迫，需要及时交易，则实施替代交易的时间就应当短。如果非违约方寻找替代交易相对人的时间较短，很容易寻找交易相对人，则其实施替代交易的时间应当较短。相反，如果相关标的物的市场价格波动较小，非违约方寻找交易相对人的时间较长，则非违约方实施替代交易的时间就应当更长。

第三，交易的高度一致性。替代交易的标的与原合同的标的应具有高度关联性。这就意味着，买受人不必采购与原合同标的物完全相同的货物，但买受人（如对市场上涨作出反应）不能购买完全不同的货物，再以高于原合同的价格销售。因此，原合同的标的物与替代交易物应当具有高度的一致性。^{〔46〕}例如，在劳务合同中，原合同约定的是接送委托人，而替代交易合同约定的义务是打扫卫生，这两份合同约定的提供劳务的内容并不一致，此时不能认为是替代交易。当然，替代交易中的替代并不要求替代交易与原交易完全一致，而只需要具有高度一致性即可。高度一致性应当从交易的主给付义务、交易的标的、当事人的订约目的等多方面综合考量。

替代交易是仅仅需要订立替代交易合同即可，还是需要部分履行甚至全部履行替代交易合同？毫无疑问，替代交易部分履行甚至全部履行，当然可以证明替代交易的真实性。但是部分替代交易具有复杂性，难以在短时间内开始履行。因此，不应当将替代交易开始履行作为替代交易规则的适用条件；当然，仅仅是进入替代交易的可能性显然也不足够。^{〔47〕}有观点认为，不要求实际履行替代交易容易引发非违约方与第三人串通的道德风险。但是已经实际履行替代交易也可能存在“道德风险”。《民法典合同编通则解释》已经规定了替代交易的合理性要求，法院仅需审查替代交易的价格、方式、时间上的合理性即可预防上述“道德风险”，而不要求替代交易必须已经实际履行。

（四）一般以解除合同为前提

1. 替代交易原则上以合同解除为条件

《民法典合同编通则解释》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”，依据该规定，替代交易尚须以解除合同为条件。毕竟，替代交易针对的是根本违约，在发生根本违约的情形下，非违约方有权解除合同。考虑到解除合同有利于简化法律关系，原则上要求解除合同具有一定的合理性。但在特殊情形下，即便合同不解除，也应当允许当事人实施替

〔44〕 See Art. 7.4.5 UNIDROIT Principles 2016, Comment 1.

〔45〕 See UNCITRAL, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 2016 ed., p. 347.

〔46〕 See Djahongir Saidov, *The Law of Damages in International Sales: The CISG and other International Instruments*, Oxford and Portland, 2008, pp. 160-161.

〔47〕 *Milena Djordjević, Article 75, para. 11 in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, CISG, 2nd Edition 2018.

代交易。^[48]

关于解除合同是否为实施替代交易的先决条件，在比较法上历来存在分歧，主要有两种观点：

一是以解除为前提说。《销售合同公约》第75条规定：“如果合同被宣告无效，而在宣告无效后一段合理时间内，买方已以合理方式购买替代货物，或者卖方已以合理方式把货物转卖，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第74条规定可以取得的任何其他损害赔偿。”此处所说的“无效”实际上是指解除。^[49]因此，合同解除虽然是通常情形下替代交易的启动条件之一，但是并非不解除合同，就无法进行替代交易。此外，《国际商事合同通则》第7.4.5条、《欧洲示范民法典草案》第III—3:706中，均将“合同已解除”作为替代交易规则的适用要件。

二是不以解除为前提说。大陆法国家大多认为，实际履行请求权（claim for specific performance）是违约救济的首要方式，一旦解除合同，非违约方就无法主张实际履行，这对非违约方未必有利。因此，许多国家承认非违约方实施替代交易可不以解除合同为先决条件。^[50]英美法认为，当债务人违约时，债权人应当立即实施替代交易，这在英国法上被称为“违约一天规则”（breach date rule），美国法上则称为“履行到期日”（date for performance）。^[51]《美国统一商法典》第2—711条更是明确规定，如果出卖人一方违约，则无论合同是否已经解除，买受人都可以“补进”（cover）货物。法院认为，对非违约方的救济应当是在违约行为发生之后，而非合同解除之后。

《民法典合同编通则解释》第60条第2款将非违约方依法行使合同解除权作为替代交易的前提，有观点认为，该条要求替代交易以解除合同为条件，^[52]也有观点主张，该条只是将“依法行使合同解除权”作为替代交易的条件，而没有要求合同必须已经被解除。在违约方根本违约的情况下，非违约方已经确定无法从违约方处获得合同标的物，此时就可以进行替代交易，而不需要非违约方实际行使合同解除权。例如，有学者主张，从第60条文义本身来看，该条只是规定了“非违约方依法行使合同解除权并实施了替代交易”，其并没有严格要求必须先解除合同，后实施替代交易。实际上，非违约方可以在发出解除通知的同时进行替代交易，而非在解除通知到达后方可进行替代交易，甚至替代交易也可以发生在合同解除前。^[53]只要非违约方在主张可得

[48] 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。

[49] 当然，也有学者在《销售合同公约》的评注中指出，当违约方确定不履行合同，特别是明确且终局性地拒绝履行合同时，即使合同还未被解除，也可以依据替代交易规则进行损害赔偿计算。合同解除在此处的作用只是使违约方确定地无需继续履行，如果违约方已经确定不履行其义务，就无需再次发出解除通知。See Ingeborg Schwenzer ed., *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4th Edition, Oxford University Press, 2016, p. 1089.

[50] See Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem & Christ Opher Kee, *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, 2012, p. 628.

[51] See Mindy Chen-Wishart, *Contract Law*, 6th Edition, Oxford University Press, 2018, p. 524; Dan B. Dobb. S & Caprice L. Roberts, *Law of Remedies: Damages, Equity, Restitution*, 3rd Edition, West Academic Publishing, 2018, pp. 218 - 219, 798.

[52] 参见杨立新、庄涵麟：《可得利益损失赔偿的计算规则——〈关于适用《民法典》合同编通则若干问题的解释〉第60条解读》，载《福建师范大学学报（哲学社会科学版）》2024年第1期。

[53] 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；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。

利益损失赔偿时合同已经被解除即可。换言之，合同解除与替代交易之间并无直接的逻辑关联，只是二者常常相伴产生。笔者认为，《民法典合同编通则解释》第60条第2款规定“依法行使合同解除权”，实际上确立了将合同解除作为替代交易前提条件的规则，因为在非违约方依法行使解除权之后，合同将因此被解除，如果非违约方并不享有解除权，则即便其发出解除合同的通知，也无法产生合同解除的效力，此时其实施替代交易也缺乏法律依据。因此，从《民法典合同编通则解释》第60条第2款规定来看，非违约方实施替代交易原则上应当以合同解除为条件。该规定具有合理性，主要理由在于：

第一，避免法律关系不确定。替代交易规则以根本违约为前提，因此，此时解除权已经发生。非违约方行使解除权后再进行替代交易可以避免法律关系的不确定性，因为在一方根本违约后，原合同可能因非违约方行使解除权而被解除，也可能因其不行使解除权而继续有效，此时合同关系的效力处于不确定状态。因此，将合同解除作为替代交易的前提可以在最大程度上确保法律关系的简化和减少当事人之间的进一步纠纷。正如有学者所指出的，合同解除可以明确违约方不需要继续履行，优势在于能让当事人合同关系状态清楚了。^[54]

第二，可以避免非违约方获得两次给付。在合同未被解除的情形下，实际上将存在两个合同履行行为，这可能使非违约方获得双重利益。原合同终局地不会再获得履行，非违约方也就只能从替代交易中获得给付而不能从原合同中获得给付。这可以避免非违约方一边从替代交易中获得给付，一边又请求违约方继续履行，从而获得两次给付。同时，在一方违约的情形下，当事人之间信赖关系可能已经不复存在，非违约方可能更愿意从替代交易的相对人处获得相关的给付，而不再希望违约方继续履行债务，^[55] 要求替代交易以合同解除为条件，也符合非违约方的交易意愿。

第三，可以避免非违约方的投机行为。在根本违约发生后，货物的价格和原合同价格相比可能已经有所变化，不将解除作为替代交易的前提可能导致非违约方在面临价格涨落时的投机风险。例如，在出卖人根本违约后，买受人未解除合同即进行了替代交易，并计划视后续价格变化选择救济措施：如果货物价格上涨，则其选择主张继续履行；如果货物价格下跌，则其选择主张依据替代交易差额赔偿。此种投机做法并不值得鼓励，而将合同解除作为替代交易的前提条件，则可以避免非违约方的上述投机行为。

第四，可以更好地兼顾违约方的利益。在非违约方行使解除权的通知到达违约方后，违约方可以确切地知晓其无须再履行合同，从而可以免于陷入不知是否要继续履行合同的不确定性之中，也免于为准备合同履行而支出不必要的费用，这就可以有效兼顾违约方的利益。事实上，在合同解除前，违约方能否履行合同并不确定，如违约方虽然迟延履行数天，但其能否履行合同并不确定。此时，如果一概允许非违约方实施替代交易，则可能损害违约方的利益。^[56]

综上，将解除合同作为替代交易规则的适用前提不仅可以平衡保护违约方的利益，也可以简

[54] 参见刘承魁：《〈民法典合同编通则解释〉违约责任制度的亮点与盲点》，载《浙江工商大学学报》2024年第2期。

[55] See Donald Harris, David Campbell & Roger Halson, *Remedies in Contract & Tort*, Cambridge University Press, 2nd Edition, 2006, p. 4.

[56] 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。

化、确定法律关系。因此，原则上应当将解除合同作为替代交易规则的适用前提。需要指出的是，《民法典合同编通则解释》第60条第2款在规范替代交易规则的适用条件时，使用了非违约方“依法行使合同解除权”这一表述，如何理解该条件？笔者认为，此处的“依法行使合同解除权”并不限于非违约方行使法定解除权的情形，也应当包括非违约方行使约定解除权的情形。因为在非违约方行使约定解除权的情形下，也可以排除违约方的履行请求权，此时也有必要基于替代交易规则确定非违约方的可得利益损失。

2. 应承认在特殊情形下替代交易可不以解除合同为前提

从前述比较法的经验来看，《销售合同公约》第75条要求替代交易规则的适用原则上以合同被解除为条件，但在例外情形下也可以不以合同解除为条件。虽然《民法典合同编通则解释》第60条第2款要求替代交易以合同解除为条件，但在特殊情形下，也应当承认非违约方在不解除合同的情形下实施替代交易。司法解释的起草者也认为，不宜一概将合同解除作为非违约方实施替代交易的前提，在一方构成根本违约时，应当允许非违约方实施替代交易。^[57]此种观点具有合理性，主要理由在于：

一方面，替代交易的适用前提是一方构成根本违约，非违约方的合同目的无法实现。在一方根本违约时，非违约方虽然有权依法解除合同，但根本违约本身并不会直接产生合同解除的后果。解除权的行使应当以通知的方式，通知虽然并不复杂，但可能无法在合理期限内到达，或者对方提出异议，在此情形下，若将合同解除作为替代交易的前提，当事人将无法实施替代交易，这显然不利于保护非违约方利益。^[58]

另一方面，在非违约方对继续履行合同具有合理期待的情形下，即便非违约方实施了一定的替代交易，但其仍然在等待债务人履行债务。此时，不宜当然以合同解除作为替代履行的前提条件。有学者认为，应当区分“受害方进行替代交易以实际替代履行原合同的情形”和“在交付之前买方租用替代物”的情形。在后一种情况下，即迟延交付的情形下，暂时租用替代物，买受人仍期待继续履行，此时，解除当然是没有必要的。^[59]

还应当看到，在一方根本违约的情形下，非违约方可能需要立即实施相关的替代交易，否则可能导致其损害的扩大。例如，在非违约方出卖鲜活产品的情形下，如果买受人构成根本违约，则不宜要求出卖人必须先解除合同，并等待解除权行使的通知到达违约方后再进行替代交易，否则可能导致其损害的扩大。

由此可见，僵化地将解除作为替代交易规则的适用前提在许多情形下会违反效率原则或者造成显著的不公平，因此在原则上以解除为必要的前提下，应当同样明确在一些例外的场合，不宜将合同解除作为非违约方实施替代交易的前提条件。在出于减轻损失的考虑非违约方需要及时进行替代交易时，应当允许其在解除合同前直接实施替代交易。除此之外，如果非违约方对于合同

[57] 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。

[58] 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。

[59] See Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem & Christ Opher Kee, *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, 2012, pp. 627 - 628.

不会被履行已经具有合理的信赖，那么也同样应当允许非违约方直接进行替代交易。^{〔60〕}

另外需要探讨的是，在非违约方没有解除合同的情形下，其为实施替代交易而订立的合同本身是否无效。依据《民法典合同编通则解释》第60条第2款规定，非违约方实施替代交易的前提是其依法行使了合同解除权。有观点认为，如果非违约方没有解除合同而实施替代交易，则将影响替代交易合同的效力，甚至导致替代交易合同无效。笔者认为，此种观点值得商榷。一方面，《民法典合同编通则解释》第60条第2款主要从可得利益损失计算的角度规定替代交易规则，不宜认定其具有决定可得利益交易合同效力的作用。换言之，如果非违约方在未解除合同的情形下实施替代交易，只是影响能否适用替代交易规则确定非违约方可得利益损失的问题，而不涉及替代交易合同本身的效力。另一方面，该观点与合同无效规则存在一定的冲突。出于鼓励交易的立法目的，我国《民法典》总则编、合同编对民事法律行为、合同无效的事由进行了封闭式列举，只有符合法律规定合同无效的事由，才能宣告合同无效，否则不得随意否定合同的效力。而从《民法典》的规定来看，其并没有将未解除合同而实施替代交易规定为合同无效的事由。事实上，合同无效本质上是合同的内容违反法律、行政法规的强制性规定，而非违约方在未解除合同的情形下实施替代交易，不宜认定该合同在内容上违反了法律、行政法规的强制性规定。因此，在上述情形下，不能当然认定替代交易合同无效。

四、替代交易规则与市场价格规则的关系

（一）替代交易规则与市场价格规则的互补关系

替代交易规则与市场价格规则之间存在一定的互补关系。^{〔61〕}在替代交易规则适用的过程中，市场价格规则可以起到一定的纠偏作用。因为完全允许非违约方实施替代交易，可能导致替代交易的价格明显偏离市场价格，产生不合理的结果。例如，在买受人拒绝购买标的物的情形下，出卖人本可以按照市场价格转售标的物，但其故意压低价格，使不合理的损失由违约方承担，从而导致替代交易的不合理性。此时，按照《民法典合同编通则解释》第60条第3款规定，就可以按照市场价格规则进行修正。

《民法典合同编通则解释》第60条第2款后段明确规定了替代交易需要受到合理性的限制，如果“明显偏离替代交易发生时当地的市场价格”，将排除替代交易规则的适用，即替代交易只有具有合理性时，才可以将替代交易价格与合同价格的差额作为可得利益损失的计算标准。该规定确立了非违约方进行替代交易后，应当以“替代交易规则为原则、市场价格法则为补充”作为损害计算规则，^{〔62〕}仅在替代交易价格明显偏离市场价格时，才按照市场价格计算履行利益。而在非违约方尚未实施替代交易的情况下，《民法典合同编通则解释》第60条第3款规定此时以市

〔60〕 See UNCITRAL, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 2016 ed., pp. 346 - 347.

〔61〕 ‘Milena Djordjević, Article 76, para. 4’ in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, CISG, 2nd Edition 2018.

〔62〕 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679页。

场价格法则计算履行利益的损失。

在判断替代交易是否具有合理性时，最重要的方法就是将替代交易价格与市场价格进行比较。^[63]一方面，替代交易规则有可能被当事人滥用，出现当事人虚构替代交易的情形，然后以替代交易的价格作为认定其可得利益损失的计算标准，从而损害违约方的利益。而以市场价格法作为判断替代交易合理性的标准，则可以解决上述问题。当然，如果当事人能够证明构成虚假交易，则该交易无效。另外，替代交易必须具有合理性。所谓合理，是指应当尽可能参照市场价格，不能明显偏离市场价格。比较法普遍采用了善意标准或者审慎义务等判断替代交易的合理性。在《销售合同公约》的评注中，对替代交易的要求是非违约方进行替代交易时“如同仔细和谨慎的商人那样并且注意到了交易相关的习惯做法”。^[64]《美国统一商法典》的要求则是合格的替代交易必须以“善意并以商业上合理的方式进行”“善意且无不合理迟延”^[65]。《德国商法典》第 376 条规定：“出卖或买受非以公开拍卖的方式进行的，必须由一名经公开授权进行此种出卖或买受的商事居间人或由一名有权进行公开拍卖的人以时价进行。”可见，非违约方不需要做出过度的努力以寻求最佳交易方案。^[66]如果各项因素能够客观地体现非违约方进行替代交易时的“谨慎”或“善意”，总体上按照市场价格标准进行交易，那么就应当认为替代交易具有合理性。虽然替代交易的标的未必具有一个成熟的市场或显而易见的市场价格，但是市场价格在通常情形下是可以客观确定的。也正因为如此，市场价格才可能作为替代交易合理性的重要判断依据。

当然，市场价格只是判断替代交易是否合理的参考标准，在替代交易的价格偏离市场价格时，不宜一概认定其构成不合理的替代交易。事实上，替代交易的价格与市场价格存在一定的偏差是常见的现象。不合理的替代交易通常限于替代交易价格明显偏离市场价格，在判断替代交易是否“明显偏离替代交易发生时当地的市场价格”时，必须考虑到交易时间的有限性和替代交易本身所需的交易成本，并考虑一个正常商人（ordinary business person）在这种情况下是否会达成该交易。^[67]例如，有法院认为，在出卖人违约、买受人急需进行替代买入的场合，“替代交易时间短于 2 个月，新卖方需要重做模具”。不能苛求买受人必须以市场价格进行替代性买入，此时虽然价格高于市场价格，但是可能对于维持买受人的正常生产，并避免扩大损失仍然具有必要性。^[68]再如，如果非违约方能够证明不进行替代交易，将造成损失的进一步扩大，在此情形下，即使替代交易价格适当高于市场价格也应当允许非违约方以替代交易计算可得利益的损失。^[69]

[63] 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 675 页。

[64] See Ingeborg Schwenzer ed., *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4th Edition, Oxford University Press, 2016, p. 1089.

[65] UCC 2—706 (1), 2—712 (1).

[66] See Stefan Vogenauer ed., *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2nd Edition, Oxford University Press, 2015, p. 999.

[67] ‘Milena Djordjević, Article 76, para. 22’ in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *CISG*, 2nd Edition 2018.

[68] 参见北京市第一中级人民法院（2021）京 01 民终 8340 号民事判决书。

[69] 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 673 页。

当然，替代交易的合理性不仅仅是价格合理性，还需要综合判断交易时间、交易类型、标的物质质量、履行期限、履行地点等方面的合理性。^{〔70〕} 替代交易作为原合同的替代，其理想状态应当是标的物、履行期限等内容与原合同完全相同，但交易实践较为复杂，非违约方很难实施与原合同完全相同的替代交易。^{〔71〕} 因此，不宜要求替代交易必须与原合同完全相同，而只需要其具有合理性即可。在判断替代交易是否合理时，主要依据价格因素进行判断，除价格因素外，还需要考虑一些特殊因素，具体而言：一是替代交易的内容与原交易是否相关。例如，当事人以订立租赁合同代替原买卖合同，即难以成立替代交易。二是违约方违约的时间不同，非违约方实施替代交易的时间也会存在差别，这也会对替代交易的合理性判断产生一定的影响。三是替代交易相对方是否具有恶意。比较法上一般不认为相对人的身份会影响交易合理性判断，有的判例甚至承认特殊情况下非违约方自己履行合同义务也可被视为替代交易。^{〔72〕} 例如，买受人在出卖人违约时自己制造产品，此时的替代交易价格就是履行义务的成本。但相对人具有恶意可能影响替代交易的合理性。四是如果合同内容的差异可以转化为实际金额，那就可以在计算可得利益损失数额时考虑上述差异。例如，如果替代交易的标的物质量相比原合同约定更高或更低，此时可以将质量差异金钱化并在适用替代交易规则计算可得利益损失额时一并考虑。

（二）非违约方享有选择权

在一方违约后，关于非违约方能否在替代交易规则与市场价格规则之间进行选择，一直存在争议。从比较法上看，许多国家和地区的法律也承认非违约方在替代交易和市场价格法之间的有限选择权，即市场价格法一般都被视为替代交易的后补规则，因此，在一方违约后，非违约方通常有权在替代交易规则与市场价格规则之间作出选择，但非违约方在实施替代交易后，其一般不得主张再实行市场价格规则。^{〔73〕} 例如，《销售合同公约》第76条、《国际商事合同通则》第7.4.6条、《欧洲示范民法典草案》第III.-3:707条，以及美国《统一商法典》在官方评注中也表明了该立场。^{〔74〕} 当然，也有立法认为，即使非违约方实施了替代交易，其也仍然可以主张以市场价格法计算损害赔偿，英国《货物买卖法》第51条第3款采取了此种立场。^{〔75〕} 我国有学者主张，与市场价格规则相比，替代交易规则具有优先适用性。^{〔76〕} 联合国国际贸易法委员会《销售合同公约判例法指南》也指出，替代交易规则相较于市场价格规则被优先选择（preferred）。^{〔77〕} 但也有学者主张，市场价格规则应当优先。

从《民法典合同编通则解释》第60条第3款规定来看，非违约方有权选择适用替代交易规

〔70〕 也有学者认为，在价格合理这一关键要素满足的情况下，对于其他要素可以作相对宽松的理解。参见陈龙业：《替代交易法的司法适用——以〈合同编通则解释〉第六十条第二款规定为中心》，载《法学评论》2024年第2期。

〔71〕 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。

〔72〕 See Ingeborg Schwenzer ed., *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4th Edition, Oxford University Press, 2016, Art 75, para. 2.

〔73〕 ‘Milena Djordjević, Article 75, para. 1’, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, *CISG*, 2nd Edition 2018.

〔74〕 See UCC 2—713, comment 5.

〔75〕 See G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*, Oxford University Press, 1988, p. 114.

〔76〕 参见王怡聪、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。

〔77〕 See UNCITRAL, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 2016 ed., p. 352.

则或者市场价格规则。在一方违约之后，该解释之所以赋予非违约方选择适用市场价格规则或者替代交易规则的权利，主要是基于如下原因：

第一，替代交易规则只是计算非违约方可得利益损失的一种方法，除非非违约方负有减损义务，其并不负有实施替代交易的义务。^{〔78〕}换言之，在一方违约后，只有非违约方依法负有通过实施替代交易减轻损失的义务，此时才需要实施替代交易，并据此确定非违约方可得利益损失的数额。在非违约方并不负有通过实施替代交易减轻损失的义务时，非违约方并不负有实施替代交易的义务。《民法典合同编通则解释》第60条第3款规定：“非违约方依法行使合同解除权但是未实施替代交易，主张按照违约行为发生后合理期间内合同履行地的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，人民法院应予支持。”依据该条规定，如果非违约方不进行替代交易，就可以按照其知道或者应当知道违约行为发生后合理期间内合同履行地的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。这一规定赋予非违约方享有在替代交易规则和市场价格法则之间进行选择的权利：如果非违约方选择进行替代交易，就可以适用《民法典合同编通则解释》第60条第2款计算可得利益；如果非违约方选择不进行替代交易，就适用《民法典合同编通则解释》第60条第3款的市场价格法则计算可得利益。

第二，替代交易规则具有其局限性，难以解决所有可得利益损失计算的问题。尤其是在长期合同中，当事人的义务处于持续履行的状态，在债务人不履行合同的情形下，债权人通常难以进行替代交易，此时，即难以依据替代交易规则证明非违约方的可得利益损失数额。在长期合同中，非违约方的利润或者损失范围取决于多种因素，如货物的未来价格水平和需求、待出售货物的数量、买方转售货物的能力、相关贸易部门的竞争状况、买方未来的业务等，难以通过单次的替代交易确定其可得利益损失数额。^{〔79〕}

第三，替代交易作为计算损失的一种方法，确实以非违约方遭受损失为适用前提。但在某些情形下，市场价格变动导致非违约方获得利益，或者难以证明有实际损失发生，此时应当允许非违约方主张直接适用市场价格规则计算其可得利益损失数额。^{〔80〕}虽然按照《民法典合同编通则解释》，非违约方可以在市场价格与替代交易之间进行选择，但其在选择时应当优先考虑替代交易，通常只是在难以实施替代交易时才能适用市场价格法。《民法典合同编通则解释》第60条第3款明确指出，违约相对方不得在实施替代交易后主张以市场价格法计算损害赔偿。这不仅因为替代交易规则更有确定性，“比市场价格法更为可靠”，还因为只有这样才能符合完全赔偿原则和损益相抵规则。^{〔81〕}在两种损失计算方法中，替代交易更为客观、具体、现实，在能够实施替代交易时，应当优先适用替代交易规则，市场价格法只是一种补充性的方法。因此，应当先适用具体

〔78〕 See Schlechtriem ed., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Clarendon Press, 1998, Art. 75, para. 14.

〔79〕 See Djahongir Saidov, *The Law of Damages in International Sales: The CISG and other International Instruments*, Oxford and Portland, 2008, pp. 160 - 161.

〔80〕 See Djahongir Saidov & Ralph Cunnington eds., *Contract Damages: Domestic and International Perspectives*, Oxford, 2008, pp. 351 - 354.

〔81〕 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242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。

的替代交易规则，在无法适用替代交易规则时，再适用市场价格法。

正是因为上述原因，《民法典合同编通则解释》第60条第3款明确将“未实施替代交易”作为市场价格法则的前提。问题在于，在非违约方实施替代交易后，其还能否主张按照市场价格规则计算可得利益损失。有观点认为，在守约方已经进行了替代交易时，出于鼓励替代交易的目的，应当允许守约方在市场价格法和替代交易法之间进行选择。^{〔82〕}此种观点值得赞同，非违约方即便实施了替代交易，其也有权主张基于市场价格规则计算其可得利益损失数额，主要理由在于，一方面，在非违约方实施替代交易后，如果其获得了大于原合同的利益，该利益可能是其基于个人努力取得的结果。例如，在非违约方为卖方的情形下，其基于个人努力而将标的物卖出高于原合同的价格，或者在非违约方为买方时，其基于个人努力而以更低的价格购买了标的物。在上述情形下，不应当将非违约方基于个人努力而取得的利益归于违约方，即非违约方实施了替代交易后，也应当允许其选择依据市场价格规则计算其可得利益损失。另一方面，《民法典合同编通则解释》第60条第2款只是规定了非违约方实施替代交易后有权选择依据替代交易规则计算可得利益损失数额，而没有规定其必须依据替代交易规则提出请求。换言之，该条没有禁止非违约方在实施了替代交易后基于市场价格规则主张可得利益损失赔偿。这事实上是承认了非违约方在实施了替代交易之后的选择权。

虽然非违约方有权选择适用替代交易规则或者市场价格规则，但在特殊情形下，其选择权应当受到一定的限制，具体包括如下几种情形：一是市场价格规则无法适用。替代交易本身具有一定的私力救济色彩，各国强调其要具有合理性，无论是保护性购买还是销售，都应当参考市场价格。但在特殊情形下，可能缺乏市场价格，从而导致市场价格规则无法适用。例如，在古董交易、特定物交易、股权交易等特殊类型的交易中，即难以确定相关标的物的市场价格。此时，非违约方虽然可以从事替代交易，但无法以市场价格标准计算其可得利益损失数额，而主要应当由法官在个案中具体判断替代交易的价格是否合理。二是在标的物市场价格变动的情形下，非违约方实施替代交易使其获得了比履行原合同更多的利益，此时即难以通过替代交易规则计算非违约方的可得利益损失，而只能依据市场价格规则计算可得利益损失数额。如前所述，在此种情形下，即便非违约方已经实施替代交易，其也可以主张适用市场价格规则。三是在确定生产利润损失时，无法适用替代交易规则。替代交易主要用于确定经营利润、转售利润，生产利润并不是通过单次交易一次性予以确定的，而主要通过行业标准等予以确定，因此，替代交易规则难以用于计算生产利润损失数额。四是当事人明确约定排除选择权。如果当事人在合同中明确约定了可得利益损失的计算方法，或者通过约定限定了当事人适用替代交易规则或者市场价格规则的选择权，按照私法自治原则，该约定有效，此时，非违约方也不享有选择适用替代交易规则或者市场价格规则的权利。因此，在一方违约的情形下，虽然非违约方有权选择适用替代交易规则或者市场价格规则计算其可得利益损失数额，但在特殊情形下，其选择权也受到一定限制。

〔82〕 参见陈龙业：《替代交易法的司法适用——以〈合同编通则解释〉第六十条第二款规定为中心》，载《法学评论》2024年第2期。

五、替代交易实施的效果

在一方违约之后，非违约方有权依法实施替代交易，而依据《民法典合同编通则解释》第60条第2款规定，非违约方实施替代交易将产生如下效果。

（一）确定可得利益损失数额

替代交易的重要功能是计算可得利益损失数额，《民法典合同编通则解释》第60条第2款主要将替代交易规定为一种可得利益损失计算方法。因此，在非违约方依法实施替代交易后，依据《民法典合同编通则解释》第60条第2款规定，非违约方有权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利益的损失。当然，依据替代交易规则计算可得利益损失的前提是非违约方必须依法实施替代交易，满足替代交易规则的适用条件。例如，非违约方实施的替代交易应当是合理的交易，即依据市场价格判断其属于合理的交易。换言之，只要替代交易是依法实施的，没有偏离市场价格，由此计算出来的损失差价应当由违约方承担。再如，替代交易通常适用于根本违约的情形，但在瑕疵履行的情形下，如果可以通过修理、替换等方式解决，则非违约方不宜直接实施替代交易，并主张依据替代交易规则计算可得利益损失。需要指出的是，替代交易规则旨在计算非违约方的可得利益损失，但只要符合替代交易规则的适用条件，替代交易合同是否履行，均不影响非违约方主张依据替代交易规则计算其可得利益损失数额。

替代交易作为可得利益损失的计算方式，是违约损害赔偿的救济方式，自然应当适用于各类合同违约的场景。我国法上，就违约责任法的体系而言，违约形态包括履行不能、拒绝履行、瑕疵履行和迟延履行。在此需要讨论的是，替代交易规则与减轻损失规则的适用关系，如前所述，在非违约方负有通过实施替代交易减轻损失的义务时，其应当依法实施替代交易，否则因此导致自身损失扩大的，不得主张违约方赔偿扩大部分的损失。从这一意义上说，替代交易规则与减轻损失规则之间具有一定的交叉关系，二者也应当可以同时适用。

替代交易本身属于计算可得利益损失数额的方法，在非违约方依法实施替代交易后，其有权主张基于替代交易规则计算可得利益损失。但在其主张按照替代交易规则进行可得利益损失赔偿时，也涉及替代交易规则与违约金规则、定金规则的适用关系。笔者认为，定金规则可以与违约损害赔偿规则并用，因此，非违约方在主张按照替代交易规则计算可得利益损失时，也可以适用定金规则。但其与定金规则并用时，应当遵循填平原则，不能使非违约方获得过度救济，不能使其获得额外的利益，因此，在二者并用时，应当酌情减少违约方的赔偿数额。依据《民法典》合同编的规定，由于违约金与违约损害赔偿规则是择一适用的，如果非违约方的损失可以通过调整违约金解决，可以通过请求调整违约金数额的方式对其进行救济，不宜再适用替代交易规则。

替代交易规则虽然旨在解决可得利益损失计算的困境，但从非违约方可得利益损失的构成来看，替代交易规则仅能适用于经营利润和转售利润的计算，而通常难以用于生产利润损失的计算。依据《民法典合同编通则解释》第60条，可得利益包括如下几种：一是生产利润，即因买受人违约导致出卖人正常的生产经营计划被打乱，因此而遭受的损失。例如，在合同签订后，因买方单方面要求取消合同，而出卖人已经实际安排了生产经营计划，并购买了原材料或半成品，这时卖方即

因此遭受生产利润损失。二是经营利润。在某些合同关系（如租赁合同、提供服务的合同等）中，非违约方还可能因为对方的违约行为而遭受经营利润损失。例如，在租赁合同中，因出租人没有交付租赁物，导致承租人无法取得租赁物进行经营而遭受的损失。三是转售利润。转售利润是指因卖方违约导致买方无法及时转售货物而因此失去的可得利润。^{〔83〕}例如，在当事人以同一标的物进行买卖的系列交易中，就可能出现转售利润的问题。但在确定转售利润的损失时，要求非违约方已经订立了转售合同，或者已经有明确的转售计划，否则不得主张赔偿此种可得利益的损失。^{〔84〕}经营利润和转售利润损失原则上都可以通过替代交易规则予以确定，生产利润损失原则上很难通过替代交易规则进行确定，因为生产利润损失是产品生产出来后未来可以获得的利润，^{〔85〕}其无法通过单次的替代交易进行计算。例如，当事人违反投资合同的约定，投资可以获得的回报利润，很难通过替代交易规则予以确定。^{〔86〕}此时，需要考虑同行业的平均利润，或者以非违约方获得的上一年度的利润，或者同类、同区域、同行业的经营者所能够获得的净利润为标准，来计算可得利益的损失，^{〔87〕}或者通过非违约方之前的生产利润情况或者通过相同市场环境下的同类企业利润率进行计算。^{〔88〕}当然，在特殊情形下，生产利润损失也可以通过替代交易规则进行计算，如在生产过程中，卖方如果拒绝提供原材料、设备等，使非违约方遭受损失，此时可以通过替代交易规则确定其可得利益损失。

（二）实施替代交易后，非违约方原则上不得再请求违约方履行原给付

如前所述，替代交易一般应当以解除原合同为条件，因此，在实施替代交易后，非违约方一般不得再请求违约方履行原给付。替代交易本身就是一种拟制的实际履行，在非违约方实施替代交易后，实际上已经实现了履行利益。因此，如果仍允许其主张继续履行，不符合诚信原则。而且在非违约方已经实施替代交易的情形下，其合同目的已经实现，其损失也已经确定，此时按照替代交易的规则确定其可得利益损失即可，没有必要赋予其继续履行请求权。^{〔89〕}事实上，《民法典合同编通则解释》第60条将合同解除作为替代交易规则的适用前提，其目的也是简化法律关系，并在合同解除的情形下确定非违约方可得利益的损失数额，允许非违约方在实施替代交易后主张继续履行，有违替代交易制度的功能。

当然，在特殊情形下，如果非违约方对于原债务的履行还有期待利益，且合同没有被解除，则其在实施替代交易后，仍应当有权请求债务人履行原债务。^{〔90〕}例如，在房屋买卖的情形下，

〔83〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读》（上册），中国法制出版社2020年版，第433页。

〔84〕 参见黄茂荣：《债法通则之二：债务不履行与损害赔偿》，厦门大学出版社2014年版，第202页。

〔85〕 See Ingeborg Schwenzer ed., *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4th Edition, Oxford University Press, 2016, Art 74, para. 38.

〔86〕 See Djakhongir Saidov, *The Law of Damages in International Sales: The CISG and other International Instruments*, Oxford and Portland, 2008, p. 158.

〔87〕 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室：《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页。

〔88〕 参见王业可：《基于诉讼支持的法会计研究》，浙江大学出版社2013年版，第172页。

〔89〕 See Ingeborg Schwenzer ed., *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 4th Edition, Oxford University Press, 2016, Art 75, para. 1.

〔90〕 See Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem & Christ Opher Kee, *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, 2012, p. 632.

如果出卖人违约，买受人为了满足其临时居住需求实施替代交易而租赁房屋，没有解除合同，此时买受人也有权请求出卖人继续履行合同。再如，非违约方在对方违约后，要购买部分原材料，保障生产、经营的临时性的急迫需求，此时，即便非违约方已经通知违约方其实施了相关的替代交易，也不能认定非违约方解除了全部合同，而只能认定非违约方部分解除了合同。例如，当事人订立购买 100 吨钢材的合同，后出卖人履行迟延构成根本违约，买受人为了满足生产需求而临时从第三人处购买了 20 吨钢材，并通知了出卖人。在此情形下，只能认定买受人部分解除了原合同，即仅就 20 吨钢材的买卖解除了合同，买受人仍有权请求出卖人继续履行交付剩余 80 吨钢材的义务。

（三）非违约方实施替代交易后，违约方原则上不得主张继续履行原债务

关于非违约方实施替代交易后，违约方能否主张继续履行原债务，需要区分原合同是否已经被解除而分别予以确定。在原合同已经被解除的情形下，由于当事人之间的合同关系已经不存在，违约方当然无权主张继续履行原债务。

在原合同关系尚未解除的情形下，由于当事人之间的合同关系仍然有效，违约方有权主张按照合同约定履行原债务，非违约方也应当负有受领给付的义务。但问题在于，在违约方主张履行原债务的情形下，非违约方已经实施了替代交易，其能否主张解除合同，并拒绝违约方的履行。笔者认为，此种情形下，非违约方应当有权主张解除合同，并拒绝违约方的给付，因为在违约方主张履行时，其仍然处于根本违约的状态，合同解除的条件仍然具备，非违约方仍依法享有解除合同的权利，其应当有权解除合同，并拒绝违约方的给付。

（四）非违约方实施替代交易所负有的减损义务

非违约方实施替代交易，就是为了及时止损，防止损失的进一步扩大，以更好地实现履行利益，但这并不意味着，在实施替代交易后非违约方就不再负有任何减损义务。一方面，非违约方在实施替代交易后，如果要解除合同，按照诚信原则，其应当及时通知违约方，以防止违约方因准备履行合同等而导致损失的扩大。另一方面，非违约方在实施替代交易后，在违约方作出给付前，在其已经提出履行请求的情形下，如果非违约方告知违约方不再需要其作出给付，此时可以将非违约方的意思表示解释为其已经解除了合同，在此情形下，非违约方实施替代交易后不应再负有减损的义务。但在违约方已经准备履行并且向非违约方提出履行时，如果非违约方未做答复，且未发出解除合同的通知，后在违约方主张履行时，非违约方主张解除合同，在此种情形下，非违约方虽然仍然可以解除合同，但因其违反诚信原则的行为构成对违约方的一种“突然袭击”，导致违约方损失的扩大，该损失扩大的部分是因非违约方未尽到减损义务而导致的，其应当对此承担赔偿责任。换言之，如果非违约方在未解除合同的情形下实施替代交易，则其应当负有减损义务，其应当将实施替代交易的情形及时通知违约方，以减少违约方为准备履行合同而额外支出的费用，否则因此造成违约方损失的，非违约方应当承担赔偿责任。

六、结 语

替代交易作为国际上通行的非违约方减轻损失的方式，是一种拟制履行的方法，也是充分救济非违约方履行利益的重要方式，同时，替代交易规则也是计算可得利益损失的重要方法。《民

法典合同编通则解释》引入替代交易规则，是对我国《民法典》合同编的重大完善，也为解决实践中可得利益损失数额计算等问题提供了有效的途径。替代交易规则对合同履行制度、合同解除制度、违约责任制度、减损规则等，都会带来体系性的影响，在替代交易制度实施后，也需要相应地完善有关制度，从而使违约责任制度形成内在自洽的制度体系，进而有效维护交易秩序，为受害人提供充分的救济。

Abstract: Article 60 Paragraph 2 of the Judicial Interpretation Concerning General Provisions of Contracts Book of Civil Code establishes the rule of substitute transaction, which not only has a comparative legal basis but also serves multiple functions and is an important method for calculating the loss of profits. The rule of substitute transaction mainly applies to contracts with fungible goods as the subject matter, but it also has room for application to contracts with labor or specific goods as the subject matter, provided that it is predicated on a fundamental breach of the contract. The rule of substitute transaction generally requires the termination of the contract, but in certain special circumstances it is also possible to carry out a substitute transaction without termination. Substitute transactions must be reasonable, thereby excluding unreasonable substitute transactions to protect the breaching party. Although market price is a key factor in determining the reasonableness of a substitute transaction, it is not the sole criterion. Unless required by the mitigation rule, substitute transaction is not an obligation, the non-breaching party can choose to carry out substitute transactions or obtain compensation based on market price differences. The rule of substitute transactions can solve the problem of calculating the loss of profits in continuing contracts. After implementing a substitute transaction, the non-breaching party is generally precluded from demanding performance under the original contract and is instead subject to a duty to mitigate losses.

Key Words: substitute transaction, contract damages, duty to mitigate, continuing contract

(责任编辑:王叶刚)