

对合同法可预见规则之应对措施的探讨 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/481/2021\\_2022\\_\\_E5\\_AF\\_B9\\_E5\\_90\\_88\\_E5\\_90\\_8C\\_E6\\_c122\\_481491.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/481/2021_2022__E5_AF_B9_E5_90_88_E5_90_8C_E6_c122_481491.htm) “ Hope for the best, prepare for the worst (做最好的打算，做最坏的准备) ”，正如这句谚语所述人之心态，当事人在签订合同时，无不担心对方违约从而造成自己的损失。正是基于此考虑，从考察对方的资信，到约定违约责任以及设定担保，这些措施无一不是为了给自己设置一道安全屏障。然而这些措施也仍然不能真正的防止对方违约，更何况有些违约根本就是从违约方意志以外的因素造成的。那么，在违约发生而损失也事实上因此产生后，守约方所能追求的也基本上只能是要对方赔偿自己的损失，此时就涉及到对应赔偿数额的确定。担保只是增加了守约方获得实际赔偿的可能性，与应赔偿数额的确定并不相关，而且责任也仅限定在所确定的赔偿数额的范围之内。因此，为了使自己的风险最小化，在此种情况下，合同当事人最喜欢用的一句话就是：违约方应赔偿另一方当事人因其违约所遭受的全部（直接或/和间接）经济损失。即使没有这样的约定，另一方当事人也会选择做出这样的诉讼或仲裁请求。如果法律支持这种观点，如果违约方有足够的清偿能力，对这种约定或主张的落实应当可以弥补另一方当事人因此遭受的任何经济损失。但是，“任何经济损失”或“全部经济损失”这种概念本身所具备的不确定性所产生的弊端也是显而易见的应赔偿数额会被不合理的扩大；特别是从某种意义上讲，这种方式甚至反而可能会给另一方当事人带来不应有的收益。无论其理论依据究竟是法国学者苏洛信奉的意

思说，或者是美国学者波斯纳先生运用经济分析的方法所得出的结论，或者是比斯朴先生关于信息有效传递的观点，或者是我国学者叶金强提出的利益均衡说或毛瑞兆主张的诚实信用原则，可预见规则在世界各国合同法中得到了普遍确立，而这一规则的确立无疑是对当事人所设计的这种安全措施的一种沉重打击。因为，根据可预见规则，合同当事人一方因违约给另一方当事人造成损害时，只就违约方在缔约时预见到应当预见到的因违约造成的损失负责赔偿，超过预见范围的损失不予赔偿。这显然不是“任何经济损失”或“全部经济损失”。就我国而言，除我国缔结的《联合国货物销售公约》以外，在1999年新《合同法》颁布之前，我国法律只在1985年的《涉外经济合同法》和1987年的《技术合同法》中确定了这一规则，但是在合同法理论界以及司法实践中也并未引起充分的重视。因此，在涉外经济合同和技术合同之外，我们仍然可以走老路；即使是涉外经济合同或技术合同纠纷，在由和我们一样不熟悉这一规则的部分法官或仲裁员处理时，我们也仍然有机可乘。这可能也正是这些年来合同当事人，包括我们这些为合同当事人提供法律服务的律师们仍然习惯于简单地使用赔偿“任何经济损失”或“全部经济损失”这种措词的原因。现如今，这些情况也都变了。但是，合同当事人对于交易安全的希望和要求非但没有改变，反而更加强烈。这种市场需求和我们这些专职于为合同当事人提供法律服务的律师们的工作性质决定了我们不可能只是去了解和研究这种规则，我们还得探讨在处理合同，特别是在处理涉外经济合同时，采取何种措施来应对这种规则，从而最大限度地维护自己客户的利益。那么我们究竟应当如何做

呢？笔者试做以下探讨，抛砖引玉。一、老方新用：利用可预见规则的排除适用规则，未雨绸缪 各国合同法虽然均规定了可预见性原则，但同时也大都规定了对这一规则的排除适用规则。如《欧洲合同法原则》第9：503条规定：“不履行方当事人仅对其于合同成立时预见到的或可以合理预见到的、作为其不履行的可能结果负责，除非该不履行是故意的或重大过失的”。《意大利民法典》第1225条规定：“如果不履行或者迟延并非由于债务人的欺诈或者恶意，赔偿限制于债之关系发生时本可以预见到的损害。”我国《合同法》在第113条第1款规定了可预见规则之后，也在同条第2款规定“经营者对消费者提供商品或者服务有欺诈行为的，依照《消费者权益保护法》的规定承担损害赔偿责任”。而依照《消费者权益保护法》第49条规定，经营者提供商品或服务有欺诈行为的，应双倍赔偿消费者购买商品的价款或接受服务的费用。2003年6月1日起施行的《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》也规定，由于出卖人的欺诈或不诚实行为导致商品房买卖合同目的不能实现，无法取得房屋的买受人可以请求解除合同、返还已付购房款及利息、赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任。固然，如上所述，各国立法主要是针对故意或重大过失的违约行为或者欺诈行为才排除可预见规则的适用，但是这已为我们留下了一定的余地。从应对合同法可预见规则的角度讲，我们以往所坚持的“违约方应赔偿另一方当事人因其违约所遭受的全部（直接或/和间接）经济损失”这一老方法，仍然具有一定的效力：第一，如果对方的行为属于故意或重大过失的违约行为或者是欺诈行为

，这一约定就当然适用；第二，事实上对合同当事人能造成重大损失的也基本上就是当事人故意或重大过失的违约行为或者是欺诈行为；第三，即使违约方的行为不属于故意或重大过失的违约行为或者是欺诈行为，不能因此排除可预见规则的适用从而使这一约定具有可执行性，一方面如下文所述我们可以配合其他措施来保护债权人的利益，另一方面在双方签约时谁又能“预见”到将来发生的违约行为究竟属于何等性质？因此，虽然是同样的方法，但是在合同法可预见规则在我国真正被确立起来之后，适用的基础和意义也就有所区别。正所谓老方新用，以不变应万变。

## 二、事先声明：以积极的行为使合同当事人预见

如前所述，各国立法规定可预见规则的排除适用规则是国家对民事行为的主动干预，但对其的实际适用却是消极的。同时，各国立法对于可预见规则的排除适用规则的适用范围也并不一致。尤其是我国，目前仅仅限于消费领域。那么，在处理涉外合同时，如果冲突法规范选择我国国内法，其缺陷不言自明。而选择《联合国货物销售公约》或其他国家国内法，也仍不可能通过前述方法有效应对合同法可预见规则从而解决全部违约损害赔偿问题或从根本上解决违约损害赔偿问题。因此，我们必须另辟蹊径。既然可预见规则强调的就是损害赔偿须限定在违约方在合同订立时预见或应当预见的损失范围之内。那么，一个很自然的逻辑就是：无论当事人的身份如何，无论合同的主要内容如何，无论违约时可能造成的损害究竟是什么，无论基于当事人的身份是否对合同内容和其违约行为可能造成的损害有充分的预见能力，通过“事先声明”或其他方式明确地予以告知，那么当事人就无法推诿没有“预见”。当然，对

于此类设计也须注意以下问题：1、根据可预见性规则的基本理论，事先声明要达到违约方在订约时能够确切知晓特别情事的程度；2、声明必须在合同订立之前或之时做出。3、声明须以适当的方式做出。声明并非必须采用特定形式，但至少保证违约方知道声明的内容。4、声明的内容应当具体、确切，以便违约方能够认知该特别情事，至少为同行业的智力正常的一般人所认知。但声明不应是泛泛而谈，如“会导致严重后果”。笔者认为，对此，当事人可以在谈判过程中双方往来的文件中予以说明，并不一定必须以“事先声明”的形式做出。

三、鉴于条款：在合同中确定对方已预见的证据对于国内商家，在合同的制定方面，尚未普遍地形成国外，尤其英美国家商家的习惯。因此，在合同制定时多追求简单化。但是对于一些重大合同，对于一些逐步规范化的中大型商家，对于涉外经济合同，这一情况也在渐渐地改变。同时，在多数情况下，无论是买方市场还是卖方市场，往往有一方当事人处于强势而另一方则处于劣势。而处于劣势的商家基于对合同机会的追求以及对自己履约能力的信心或者包括欺诈在内的其他考虑，对于所要签订的合同往往会做出让步。这也就是为什么会出现许多表面上看上去权利义务一边倒的合同。当然这些合同除非违反法律、行政法规的规定并不因此就构成应当被部分或全部被认定为无效的格式合同。这就为我们在合同中通过对“鉴于条款”或交货期限、质量标准、违约责任等其他条款进行设计提供了可能。如我们可以增加“鉴于”条款，并在此条款中明确此笔业务的重要性。例如，在买卖合同中，我们可以注以此类说明：本合同项目货物是XX项目中所必备的货物，此货物按照约定的期

限和质量交货，将直接影响到本项目的顺利进行和按照计划的期限试车或开工。当然对此也可以在其他条款，如交货期限条款或者在违约责任中说明。再者，除了项目的重要性，可能发生的损害的种类和损害的具体内容也是应予以说明的事项。如当事人如果以贷款开展此项目，项目的延期必然导致当事人偿还项目贷款本息的难度增大。如可能，自然是越具体越好。具体的表述方式和内容自当依不同的项目和当事人的具体需要而定，笔者在次不做更多假设。与前述“事先声明”相较，此方式最大的优点就是作为证据更为直接和有效。但具体适用时，也应当灵活处理，比如数种方式共同使用。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](http://www.100test.com)