可预见性规则的价值取向与制度安排
——以法国与英美合同法的比较为中心

张金海

摘　要：在可预见性规则方面，法国与英美国家具有代表性。它们关于该规则的正当性有协议说等不同见解，但均有说服力不足之弊，从而有必要重新评价该规则。在诸要素中，预见的对象与损失发生的盖然性程度内在地具有不确定性。在已经规定了可预见性规则的背景下，具有实际意义的是对适用例作类型化整理，以明确不同类别的损失的可赔性。法国法关于重大过错排除责任限制的规定未给债务人施加沉重的避免风险成本，也充分保障了债权人的期待利益。无论将来是否取代或修正可预见性规则，中国均有必要引入排除责任限制的规则。

关键词：可预见性规则；正当性要素；类型化；重大过错

［中图分类号］D956.536　　［文献识别码］A　　［文章编号］2096-6180（2019）06-0087-19

引言

可预见性规则源于法国，作为普通法系代表国家的英国与美国也较早采纳了该规则。它们的相关理论与实务堪称具有代表性。对其学理见解、规则的要素与类型化适用、排除规则等问题点加以研讨有裨于探究可预见性规则究竟有无正当性，以提高法律适用的确定性以及完善违约责任限制规则。

一、可预见性规则的源流

（一）法国法

一般认为，可预见性规则的创立者是 16 世纪的法国学者迪穆兰（Dumoulin，其姓的拉丁文拼法为 *Molinaeus*），而其观点的提出源于对大陆法系违约损害赔偿施加限制的经典文本《优士丁尼法典》第 7.47.1 条的解释。[1] 该条规定，在所有涉及确定的数额或物的性质确定——比如涉及

［作者简介］张金海，法学博士，四川大学法学院教授。

［基金项目］国家社科基金项目“民法典背景下违约损害赔偿制度的发展与完善研究”（项目批准号：16BFX154）。

〔1〕 Zimmermann，THE LAW OF OBLIGATIONS: ROMAN FOUNDATIONS OF THE CIVILIAN TRADITION 829（1996）．另有观点认为，古典时期的罗马法学家已经提出了和可预见性规则相似的观点。还有观点认为，迪穆兰受到了《学说汇纂》两个片段（D. 19，1，43 及 D. 19，1，44）的启发。König，Voraussehbarkeit des Schadens als Grenze vertraglicher Haftung，in：Leser/Marschall von Bieberstein（hrsg.），Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das deutsche Schuldrecht，Verlag C. H. Müller，S. 76（1973）．

的是买卖、租赁以及所有其他合同——的情况下，损害赔偿不能超出该数额的两倍。在其他数额看来不确定的情况下，负责处理争议的裁判官应仔细探究赔偿实际发生的损害。[2] 该规定将赔偿额限于标的数额的两倍的正当性何在并不清楚。[3] 迪穆兰在其出版于 1546 年的著作中以可预见性为着眼点进行了阐释。[4] 他认为，在有确定数额的案件中限制赔偿的特别理由是，很有可能没有预见到或者想到过会发生更大的损害，或者有在主要标的物之外超出主要标的物的风险。[5] 二百多年后，法国学者波蒂埃（Pothier）在其出版于 1761 年的《债法论》中将迪穆兰的观点一般化，并把该观点与《优士丁尼法典》第 7.47.1 条相分离。[6] 波蒂埃认为，如果不能被指称有任何欺诈行为，只是对于没有履行其合同义务有过错，或者是因为不谨慎地承担了不在其完成能力内的事务的履行，或者因为嗣后不小心地使自己没有能力履行诺言，债务人仅对缔约时本能得到考虑的损害与利益承担责任，因为只能认为债务人意图仅对它们负责。[7]《法国民法典》采纳了波蒂埃的观点，首度对可预见性规则作了规定。其第 1150 条为："债务不履行完全不是因债务人有欺诈时，债务人仅对在订立合同时所预见或可预见的损害与利益负赔偿责任。"[8]

（二）英国法

英国法承认可预见性规则始于 1854 年的 Hadley v. Baxendale 案。[9] 在该案之前，英国法没有明晰的、具有普遍适用性的违约损害赔偿限制规则。19 世纪早期，有观点认为应凭借因果关系要

〔2〕 Otto u.a.（hrsg.），Das Corpus Juris Civilis，Bd. 6，Verlag von Carl Focke，S. 99（1832）.

〔3〕 17 世纪的法国法学家多马（Domat）认为违约损害赔偿以标的价值的两倍为限的做法实际上是把借贷合同场合的利息累积后不得超出本金这一限制扩大适用于一切合同。*See* Domat，THE CIVIL LAW IN ITS NATURAL ORDER 758（1850）. 该观点是对两倍限制由来的推测，未涉及其正当性问题。

〔4〕该书 1546 年首版时名为《对于物的利益论》（Tractatus de eo quod interest），1555 年重印时改为《对于物的利益之谜解析》（Extricatio labyrinthi de eo quod interest）。König，Voraussehbarkeit des Schadens als Grenze vertraglicher Haftung，in：Leser/Marschall von Bieberstein（hrsg.），Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das deutsche Schuldrecht，Verlag C. H. Müller，S. 76（1973）.

〔5〕［美］戈德雷：《私法的基础：财产、合同、侵权和不当得利》，张家勇译，法律出版社 2007 年版，第 659 页。

〔6〕 Zimmermann，THE LAW OF OBLIGATIONS: ROMAN FOUNDATIONS OF THE CIVILIAN TRADITION 829（1996）.

〔7〕 Pothier，A TREATISE ON THE LAW OF OBLIGATIONS OR CONTRACTS，VOL.1，91（A. Strahan，1806）.

〔8〕《法国民法典》，罗结珍译，北京大学出版社 2010 年版，第 307 页。2016 年法国债法改革后，规定可预见性规则的条文为第 1231－3 条。该条规定："债务人仅就合同订立时所预见到的或者可以合理地预见到的损失进行赔偿。债务人对违约行为具有重大过失或故意的不在此限。"见秦立崴等译注：《〈法国民法典：合同法、债法总则和债之证据〉法律条文及评注》，《北航法律评论》2016 年第 1 辑，第 223 页。本文将该译本中的"严重过错"（faute lourde）与"欺诈故意"（dolosive）改为"重大过失"与"故意"。

〔9〕［1854］9 Exch 341，Court of Exchequer. 需要注意的是，英国法很少使用可预见性规则这一表述，而是称远隔性（remoteness）规则，有时也称考虑（contemplation）规则、Hadley 案规则（此措词通常应作广义的理解，亦即其所指的不是 Hadley 案判决书所阐释的规则，而是指 Hadley 案以及 Victoria 案、The Heron Ⅱ案、Parsons 案等四大例案所确立的规则）。至于何以称远隔性规则，当是习惯使然。在 Hadley 案之前的因果关系进路时期，"远隔的"（remote）一词指损害与被告违约间的因果关系已远，从而被告对系争损失不负赔偿责任。在 Hadley 案审理过程中，当事人也数次使用"远隔的"一词。之所以较少称可预见性规则，一是因为 Hadley 案判决书中使用的不是"预见"而是"考虑"一词；二是因为在 1969 年的 The Heron Ⅱ案中，法官认为"可以预见的"（foreseeable）一词适于表述侵权法中较低的盖然性要求，而不适于表述合同法中较高的盖然性要求。至于何以 Hadley 案判决书使用的是"考虑"而非"预见"一词，当系因为波蒂埃《债法论》英译本、《路易斯安那民法典》英文版、塞奇威克书、肯特《美国法评论》均使用了"考虑"一词。2008 年的 The Achilleas 案引入了责任承担说，但这一新规则也被涵盖在远隔性的名义下。因此，英国法传统的远隔性规则实际上就是考虑规则（可预见性规则），但在 The Achilleas 案之后兼指可预见性规则与承担责任说。为便于行文，本文也以可预见性规则称英国的远隔性传统规则。

件确定赔偿范围。比如，奇蒂（Chitty）在出版于 1834 年的《合同法》第二版中称，陪审团应考虑原告遭受的任何后果性损害，如果该损害是被告违反协议的相当的（fair）和自然的后果。[10] 此进路下的表述方式还有因违约本身而“直接地”“必然地”产生的损失等。[11] 但该进路无从在违约损害赔偿计算方面给法官、陪审团提供充分的指引。[12] Hadley 案的案情是：原告为磨坊主，被告为从事公共运输业者。原告的磨面机因机轴断裂而无法运作，遂将断裂的机轴交给被告运往原制造厂家仿制新机轴，运费为 2 英镑 4 先令。被告过失地耽搁了 5 天才将机轴送交厂家。原告诉请赔偿营业损失 300 英镑，一审时陪审团判决赔偿 50 英镑，原告遂上诉至财税法庭。奥尔德森（Alderson）、马丁（Martin）、帕克（Parke）三位法官审理了此案。由奥尔德森撰写的判决书指出：如果双方订立了合同而一方违反了它，另一方就该违约能够得到赔偿的损害应当是能够被公平、合理地认为自然地亦即根据事物的通常进程产生于该违约本身，或者能够被合理地认为处于缔约时双方当事人的考虑（contemplation）内的作为违约的很可能的（probable）后果的损害。具体就该案而言，法院认为原告请求赔偿的损害不是通常进程中的损害，被告也未被告知原告因没有机轴而无法营业，从而判令将案件发回重审。

Hadley 案判决书未提及之前的案例，也没有提及其他法律规定、法律著作或评论书[13]，但在庭审的过程中，帕克法官与原告的律师均提及了塞奇威克（Sedgwick）[14] 著《损害赔偿计算论》中的观点，亦即“应当让被告仅对可以公平地认为缔约时双方当事人考虑到的因协议的性质而很可能（likely）发生的损害负责”。[15] 而他的这一表述又借鉴了 1825 年《路易斯安那民法典》第 1928 条第 1 款的措词。[16] 此外，帕克称《法国民法典》的规则是合理的规则，并在法庭上读了由塞奇威克翻译为英文的《法国民法典》第 1149 – 1151 条。[17] 再者，在此前一年财税法庭（法官为

〔10〕 Cornish *et al.*，THE OXFORD HISTORY OF THE LAWS OF ENGLAND，VOL. XII: 1820 – 1914 PIVATE LAW 541（2010）.

〔11〕 Simpson，*Innovation in 19th Century Contract Law*，91 THE LAW QUARTERLY REVIEW 247，274（1975）.

〔12〕 König，Voraussehbarkeit des Schadens als Grenze vertraglicher Haftung，in：Leser/Marschall von Bieberstein（hrsg.），Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das deutsche Schuldrecht，Verlag C. H. Müller，S. 83（1973）.

〔13〕 Saidov & Cunnington，*Ferrari，Hadley v. Baxendale v. Foreseeability under Article 74 CISG*，CONTRACT REMEDIES: DOMESTIC AND INTERNATIONAL PERSPECTIVES 322（2008）.

〔14〕 西奥多·塞奇威克三世（Theodore Sedgwick Ⅲ），美国律师、作家，于 1847 年出版了《损害赔偿计算论》（Treatise on the Measure of Damages）第一版。在可预见性规则方面，塞奇威克除了以自己的语言进行了阐述外，还摘录了波蒂埃的相关论述、《法国民法典》的相关条文、路易斯安那州的可预见性规则案例（Williams v. Barton，1839）。在该案中，法官指出，“损害应当是缔约时在双方当事人的考虑中的”。

〔15〕 Saidov & Cunnington，*Ferrari，Hadley v. Baxendale v. Foreseeability under Article 74 CISG*，CONTRACT REMEDIES: DOMESTIC AND INTERNATIONAL PERSPECTIVES 322（2008）；Teeven，A HISTORY OF THE ANGLO-AMERICAN COMMON LAW OF CONTRACT LAW 195（1990）.

〔16〕 König，Voraussehbarkeit des Schadens als Grenze vertraglicher Haftung，in：Leser/Marschall von Bieberstein（hrsg.），Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das deutsche Schuldrecht，Verlag C. H. Müller，S. 76（1973）. 1825 年《路易斯安那民法典》英文版第 1928 条第 1 款为，“When the debtor has been guilty of no fraud or bad faith，he is liable only for such damages as were contemplated，or may reasonably be supposed to have entered into the contemplation of the parties at the time of contract”。

〔17〕 Perillo，*Robert J. Pothier's Influence on the Common Law of Contract*，11 TEXAS WESLEYAN LAW REVIEW 267，276（2005）. 塞奇威克翻译的《法国民法典》第 1150 条为，“the debtor is only liable for the damages foreseen，or which might have been foreseen at the time of the execution of the contract，when it was not owing to his fraud that the agreement has been violated”。

奥尔德森、马丁、波洛克（Pollock））审理 Water v. Towers 案时，当事人曾以肯特（Kent）著《美国法评论》[18] 中的可预见性规则论述为理由。鉴于这些因素，有法律史学者认为，波蒂埃书、《法国民法典》、肯特的评论书以及塞奇威克书共同构成了英国法可预见性规则的直接来源。[19] 另有学者认为，迪穆兰的观点因此也在英国普通法中得以贯彻，通过波蒂埃、《法国民法典》《路易斯安那民法典》并借助塞奇威克，该观点最终到达了威斯敏斯特。[20] 具体就 Hadley 案判决书中可预见性规则两个分支的表述方式而言，第一分支中的“自然地产生于”只是复述了此前的因果关系进路下的常用措词 [21]；第二分支的措词则借鉴了塞奇威克的相应表述。[22] 第一分支采用因果关系进路下的措词并非意在沿用先前的做法，而是隐然有引进的民法法系规则在通常情况下与普通法中的“自然地产生的损害”相同之意，从而创新被掩藏了。[23]

在 Hadley 案之后十余年的时间里，对其判决理由采限制立场，持怀疑态度的英国法院均有。[24] 此后，Hadley 案规则才奠定胜局。在 20 世纪，1949 年的 Victoria 案、1969 年的 The Heron Ⅱ案、1978 年的 Parsons 案先后作了调整。这四件例案所确立的英国法可预见性规则是，如果在缔约时（并且假定当事人实际预见了系争违约）一个类型或种类（type or kind）的损失在当事人的合理考虑（reasonable contemplation）内是该违约的并非不可能（not likely）的结果，该损失就不是违约的过于远隔的后果。[25] 2008 年，英国上议院审理了 Transfield Shipping Inc. v. Mercator Shipping Inc. （The Achilleas）案。[26] 该案的判决理由认为，可预见性规则体现的只是对当事人关于承担责任（assumption of liability）的意思的推定；在推定不成立的情况下，应得出与根据可预见性规则所得出的不同的结论。如此一来，英国法的远隔性规则成为由传统规则即可预见性规则与新规则即承担责任理论构成的复合体，但二者的边界并不清楚，从而英国法的远隔性规则处于不确定状态。

---

〔18〕詹姆斯·肯特（James Kent），美国律师、学者。其《美国法评论》关于可预见性规则的论述为，“Damages for breach of contract are only those which are incidental to，and directly caused by the breach，and may reasonably to have entered into the contemplation of the parties，and not speculative profits，or accidental or consequential losses”。*See* Simpson，*Innovation in 19th Century Contract Law*，91 THE LAW QUARTERLY REVIEW 247，276（1975）.

〔19〕Simpson，*Innovation in 19th Century Contract Law*，91 THE LAW QUARTERLY REVIEW 247，276（1975）.

〔20〕König，Voraussehbarkeit des Schadens als Grenze vertraglicher Haftung，in：Leser/Marschall von Bieberstein（hrsg.），Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das deutsche Schuldrecht，Verlag C. H. Müller，S. 86（1973）.

〔21〕Teeven，A HISTORY OF THE ANGLO-AMERICAN COMMON LAW OF CONTRACT LAW 195（1990）.

〔22〕König，Voraussehbarkeit des Schadens als Grenze vertraglicher Haftung，in：Leser/Marschall von Bieberstein（hrsg.），Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das deutsche Schuldrecht，Verlag C. H. Müller，S. 85.（1973）.

〔23〕Simpson，*Innovation in 19th Century Contract Law*，91 THE LAW QUARTERLY REVIEW 247，275（1975）.

〔24〕Cornish *et al.*，THE OXFORD HISTORY OF THE LAWS OF ENGLAND，VOL. XII: 1820－1914 PIVATE LAW 545（2010）.

〔25〕Beale *ed.*，CHITTY ON CONTRACTS，VOL. 1，26－111（32th *ed.*，2015）.

〔26〕［2008］UKHL 48，［2009］1 AC 61，House of Lords. 关于 The Achilleas 案以及违约损害风险分配问题上的承担责任说拟另文详述，本文只涉及英国法的远隔性传统规则即可预见性规则。

（三）美国法

美国的法院采纳波蒂埃理论实际上早于英国。最早根据可预见性规则处理违约损害赔偿的案件为 1832 年路易斯安那州的 Lobdell v. Parker 案，但该案未能成为例案。[27] Hadley 案之后，其判决理由很快被美国各州所接受。[28] 之后，1932 年《合同法重述（第一次）》规定了可预见性规则。[29]《合同法重述（第二次）》（下称《重述（二）》）第 351 条对其规定作了调整。该条为："（1）就违约方在缔约时没有理由作为违约的可能后果预见到的损失不能获得赔偿。（2）作为违约的很可能的后果的损失是可以预见到的，因为它产生于违约，（a）在事物的通常进程中，或者（b）作为事物的通常进程之外的特殊情事的后果，违约方有理由知道该情事。（3）法院可以通过排除利润损失的赔偿，允许仅就基于信赖发生的损失获得赔偿或者其他方式限制可以预见的损失的赔偿，如果其认为在个案的情事中为避免不成比例的赔偿公正如此要求。"比较可见，《重述（二）》的可预见性规则的特点是，维持了 Hadley 案判决理由区分两个分支的构造方式，对于第二分支采用了"有理由知道"的措词。另外，美国《统一商法典》第 2－715 条［买方的附随损失和间接损失］第 2 款规定，"产生于卖方的违约的后果性损失包括：（a）产生于缔约时卖方有理由知道的一般或特殊的要求和需要，并且不能通过补进或其他措施合理地避免的任何损失；以及……"。该款（a）项规定了卖方违约情形下可预见性规则的第二分支。关于第一分支的规定则分散在第 2－706、2－708 条等条文中（详见下文三（二）部分的论述）。

（四）可预见性规则的传播

法国、英美国家分别是大陆法系、英美法系的代表性国家，它们的可预见性规则在法国法系、英美法系中得到了继受。[30] 在可预见性规则的传播过程中具有重要意义的是，受法国法以及英国法可预见性规则的影响，1964 年《国际货物买卖统一法公约》第 82 条规定了该制度。1980 年《联合国国际货物销售合同公约》第 74 条沿用了该规定，从而推动了可预见性规则在更多的立法例中得到采纳。《国际商事合同通则》《欧洲合同法原则》《欧洲示范民法典草案》等国际或区域示范法均有相关规定。就我国而言，1985 年《中华人民共和国涉外经济合同法》（已失效）第 19 条首次

〔27〕 除 Lobdell 案之外，路易斯安那州 1852 年的 Rugely v. James Goodloe & Co.案、1854 年的 Goodloe v. Rogers 案也采纳了可预见性规则。这三个案例均早于 Hadley 案，佩里洛（Perillo）称它们为三重奏（trio）。不过路易斯安那州被看作民法法系司法区，这些案件对其他州没什么影响。*See* Perillo，*Robert J. Pothier's Influence on the Common Law of Contract*，11 TEXAS WESLEYAN LAW REVIEW 267，275（2005）. 如不计路易斯安那州，最早采纳可预见性规则的美国案例为 1839 年纽约州的 Blanchard v. Ely 案，但这个案例的影响也不如后来英国的 Hadley 案，未能成为美国法可预见性规则的先例。

〔28〕 O'Gorman，*When Lightning Strikes: Hadley v. Baxendale's Probability Standard Applied to Long-Shot Contracts*，47 LOYOLA UNIVERSITY CHICAGO LAW JOURNAL 859，870（2016）.

〔29〕《合同法重述（第一次）》第 330 条规定："在判决赔偿时，仅就缔约时被告有理由预见的作为其违约的很可能的后果的损害给予赔偿。如果损害是在事物的通常进程中因违约而产生的，被告有充分的理由预见它；否则，应特别证明被告有理由知道相关事实并预见损害。"

〔30〕 值得注意的是，《德国民法典》未规定可预见性规则，而是借助第 254 条第 2 款（该款规定的是受害人未提醒债务人异常大的损害的风险这一与有过错的情形）以及因果关系要件处理可预见性规则的问题。关于德国法的情况，可见 Treitel，REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT 163，189（1988）。

就可预见性规则作了规定，该规则进而也在《中华人民共和国合同法》（下称《合同法》）中得到了采纳。与可预见性规则的多数立法例一样，《合同法》关于该规则的规定也是粗略的，第 113 条第 1 款为："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，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。"

二、正当性解说及评价

迪穆兰提出可预见性规则旨在为《优士丁尼法典》的两倍赔偿限制提供正当性依据。该限制措施早已成为民法史上的陈迹，而在违约损害赔偿限制制度中具有重要意义的可预见性规则也需要有正当理由，否则其与两倍赔偿限制同样是武断的。

（一）协议说

在可预见性规则制度史上起了重要作用的波蒂埃从当事人协议的角度为该规则立论。其指出，通常应认为当事人只考虑了债权人会因债务不履行遭受的与作为债务标的的特定的物相关的损害与利益（损失）[31]，而没有考虑与债权人的其他事务相关的债务不履行偶然地造成的损害和利益（损失）。债务人因此不对后者而仅对与作为债务标的的物相关的，亦即因为未拥有物本身而遭受的损害和利益（损失）负责。[32] 波蒂埃另外指出，有时债务人也对债权人外在的损害与利益负责，看起来它们在合同中得到了考虑，并且债务人明示地或默示地在不履行其债务的情况下就它们负责的情形就是如此。[33] 他进而例示了何谓明示的及默示地就外在的损害与利益负责：卖马给一个教士，协议中有明示的条款，根据该条款卖马者有义务把马交给教士以便他能及时赶到其圣俸地（place of benefice）收取俸禄。如果卖马者不履行义务，教士无法另外找到马匹，也无别的交通方式可用，则卖马者应对未能收取俸禄这一外在损失负责。因为通过协议的条款，这种损害的风险被预见到并被表达了，应认为债务人承担了风险。[34] 此为明示地负责的案例。默示地负责的案例是：将房屋租给商人或者租给他人开旅店，因出租人欠缺资格，承租人被逐出，则出租人不仅要对搬迁费用和预付租金负责，如果承租人无法在附近找到其他合适的房屋，丧失顾客的损失也要在一定程度上加以考虑，因为为了开商店或旅店的目的租赁房屋，这种损害的风险是会被预见到

〔31〕 波蒂埃在论述中反复提到的损害与利益（damages and interest，damni et interesse）即大陆法系传统的对于违约损害的二元划分——所受损害与所失利益。为免误解，本文有时将"利益"译为"利益（损失）"。

〔32〕 Pothier，A TREATISE ON THE LAW OF OBLIGATIONS OR CONTRACTS，VOL.1，91（A. Strahan，1806）.

〔33〕 Pothier，A TREATISE ON THE LAW OF OBLIGATIONS OR CONTRACTS，VOL.1，92（A. Strahan，1806）. 现今法国学者仍有自协议说的角度证成可预见性规则的（见韩世远：《违约损害赔偿研究》，法律出版社 1999 年版，第 197 页）。另有学者主张机会公平说（见［法］泰雷：《法国债法：契约篇》，罗结珍译，中国法制出版社 2018 年版，第 1079 页；Nicholas，THE FRENCH LAW OF CONTRACT 229（2nd *ed.*，1992）），诚实信用说（Harris & Tallon *eds.*，CONTRACT LAW TODAY: ANGLO-FRENCH COMPARISONS 275（1989））。

〔34〕 Pothier，A TREATISE ON THE LAW OF OBLIGATIONS OR CONTRACTS，VOL.1，92（A. Strahan，1806）. 波蒂埃书中此例的相反情形为：如果买卖合同中并无交付马以便教士能及时赶到其圣俸地收取俸禄的条款，卖马者不对未能收取俸禄这一损失负责，因为该损失是外在于债务的损失，缔约时未被考虑到，并且不能认为卖马者有承担该损失的意思。

的，并且应认为出租人默示地承担了该风险。[35]

对于波蒂埃的上述见解需要指出两点：第一，其所说的与作为债务标的的物相关的损失与外在损失即大陆法系传统上的物上利益（interesse circa rem）损失与物外利益（interesse extra rem）损失。这一分类源自古罗马法学家保罗[36]，但是直至这一分类方式不再被重视的近代法典化时期，关于这两种损失的含义、具体所指以及物外利益损失的可赔性都有争议。就波蒂埃所举的例子来说，物上损失涉及替代交易、附带损失，物外损失涉及后果性损失。第二，波蒂埃仅就外在损失以明示或默示的合意作了解释，其推论方式为：如果当事人就某种外在损失以明示或默示的方式达成了由债务人承担风险的协议，则该外在损失就在合同中得到了考虑。据此推论方式，可以确定波蒂埃实际上也认为当事人以明示或默示的方式就与标的相关的损失达成了由债务人承担风险的协议。

（二）公平说

审理 Hadley 案的法官自公平的角度解释了可预见性规则的正当性。该案的判决书指出，如果合同订立的特殊情事被原告告知了被告从而为双方当事人所知，因违反该合同而产生的应赔损害数额——他们会合理地考虑到——就是在为当事人知道并被告知的特殊情事下违约通常会引发的损害的数额。但另一方面，如果这些特殊情事完全不为违约方所知，最多能认为他考虑到了会通常（并且在大量案件中不受任何特殊情事影响）产生于这种违约的损害的数额。因为如果知道了特殊情事，当事人本来可以依那种情况下的损害赔偿的特殊条款就违约作特别规定；剥夺当事人的这一利益非常不公平（unjust）。[37] 这一解说针对的只是非通常进程中的损失，但循其逻辑，通常进程中的损失由债务人承担是公平的，因为这种损失是债务人能够考虑到的，从而在缔约时本来就可以以特别规定加以应对。

（三）效率说

可预见性规则是有利于提高效率的违约损害赔偿限制规则可以从多个角度理解。比如，该规则作为任意性规则与当事人通常自己会达成的限制责任约定是一致的，从而在法律作了规定后避免了当事人的磋商成本。[38] 在美国很有影响的效率说则是指可预见性规则能够引导债务人披露特殊的违约损害的信息，进而由避免该损害的成本较低的一方承担风险。[39] 此种解读始于美国学者

---

〔35〕 Pothier，A TREATISE ON THE LAW OF OBLIGATIONS OR CONTRACTS，VOL.1，93（A. Strahan，1806）. 波蒂埃书中此例的相反情形为：有根据地自以为是所有权人的人将房屋出租给他人十八年，八或十年后承租人被权利优先者逐出。如果在租赁期间承租人已在房屋内进行了营业，出租人不对搬迁造成的丧失顾客损失以及营业损失负责，因为此类损失就性质而言是外在的，并且在缔约时未被预见。

〔36〕 保罗区分物上利益与物外利益的文本为 D. 19，1，21，3（见下文四（一）部分）。就其所举的例子而言，物上利益指标的物的价值，物上利益损失根据市场价格规则计算，两个例子中的物外利益损失则分别为转售利润损失、完整利益损失这两种后果性损失。

〔37〕［1854］9 Exch 341，Court of Exchequer.

〔38〕 Saidov，THE LAW OF DAMAGES IN THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS 103（2008）.

〔39〕《统一商法典》《重述（二）》均未在官方评论中阐释可预见性规则的正当性。就美国的学界情况言，除效率说的支持者外，关注该规则正当性的学者并不多，有学者从实质公平（Williston，THE LAW OF CONTRACTS，VOL. 3，2422（1920））或机会公平（Murray，MURRAY ON CONTRACTS 764（5th *ed.*，2011））的角度加以理解。

巴顿（Barton）于 1972 年发表的论文，此后数十年是合同法经济分析领域的一个热点，艾尔斯（Ayres）与格特纳（Gertner）堪称此问题上的代表性学者。[40] 他们以 Hadley 案为依托进行了阐述，认为磨坊主的后果性损害是真实存在的，而承运人很可能是这种风险更有效率的承担者。一般来说，磨坊主希望承运人赔偿后者能够以较低的成本避免的后果性损失。Hadley 案确立的缺省（default）规则可以被理解为有目的地引导作为拥有更多信息的一方的磨坊主向承运人披露该信息。告知承运人就相当于创造了价值，因为如果承运人预见了损失，他就能更有效率地避免该损失。不过与此同时，向承运人披露信息无疑会导致运费的提高。尽管如此，只要交易成本不高得令人无法承受，因违约遭受高额的后果性损失的磨坊主会因为披露该信息并就从承运人那里获得更大的保险达成协议而获益，因为承运人是最低成本的风险避免者。[41]

（四）评价

以上三种正当性解说均有缺陷。协议说的漏洞主要有两点：首先，当事人在缔约时通常并未对违约后果多加考虑，从而试图根据当事人的意思确定违约损失风险的分配会面临缺乏凭据的窘况。其次，预见（或考虑）不等于同意，认为债务人同意承担一切能够预见的违约损失忽略了债务人的真实意思，增加了债务人的负担。奥尔德森法官在 Hadley 案中阐述的公平说的缺陷在于：第一，该说的本质为机会公平说，即如果债务人能够预见到某种损失，其就有机会以特别条款的方式排除或限制就该损失承担的责任。实际上，由于双方的实力不对等、债务人因担心丧失缔约机会而未与对方磋商责任事宜等因素，债务人可能无法排除或限制责任。第二，债务人因违约而遭受的某种损失可能是多个因素共同决定的，不宜不加区分地单纯以该损失有无可预见性为标准让债务人承担多因素共同造成的不利后果。效率说的问题有：其一，即使在多数情况下债权人对于违约会造成何种损失拥有信息优势，债务人避免损失的成本未必低于债权人，从而在告知之后即由债务人承担风险未必就有效率。其二，艾尔斯与格特纳的观点作这样的调整后会增强合理性：在债权人披露信息后，债务人会着眼于可能发生的特别损失提高价格以内化避免损失的成本，进而债权人会比较自己避免损失的成本与提高的价格，然后决定是自己采取避免措施还是接受提高的价格由债务人采取避免措施。由于双方的经济实力、谈判能力不对等等因素，这种理想化的有效率的安排未必能达成。其三，与以上对公平说的批评相同，某种违约损失的发生是多种因素共同决定的，仅出于引导债权人披露信息的考虑让债务人赔偿所有可以预见的损失会导致实质性的不公平。概括而言，可预见性规则的正当性不足，有必要对影响违约损害的因素作系统的整理和评价，进而考虑有无比可预见性规则理由更充分的替代或修正措施。

---

〔40〕 Geest *ed.*，CONTRACT LAW AND ECONOMICS 226（2011）.

〔41〕 Ayres & Gertner，*Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*，99 THE YALE LAW JOURNAL 87，102（1989）.

三、要素与类型化适用

前述可预见性规则的正当性问题涉及的是应否承认该规则这一根本问题。在已经采纳了可预见性规则的情况下，具有实际意义的是确定该规则的要素并对该规则的类型化适用作系统的整理。

（一）要素

在将可预见性当作违约损害风险分配的标准之后，相应地会有预见的主体、预见的时间、预见的凭据、预见的对象及其实际发生的盖然性程度、评价标准等具体要素问题。法国与英美国家在预见的时间、评价标准方面是一致的，即预见时为缔约时，评价标准为客观标准，它们对于预见的凭据（即预见的主体知道或应当知道的据以推导出预见的对象在违约的情况下将以一定的盖然性程度发生的事实）则缺乏规定及讨论，因此以下探讨三种要素。

1. 预见的主体

《法国民法典》原第 1150 条（现第 1231－3 条）未明确规定何者为预见的主体，但长期以来法国的判例及学说均认为是债务人或处于债务人境地的理智的人。[42]《重述（二）》第 351 条的评论 a 称，不要求受损害方的可预见性。《统一商法典》第 2－715 条第 2 款针对卖方违约也明确规定“卖方有理由知道……”。英国法的情况则有所不同。奥尔德森法官在 Hadley 案中说的是“双方当事人的考虑”。对此，特雷特尔（Treitel）进行了解释。其认为，“双方当事人的考虑”这一措词针对的情形是原告为了某种特殊的目的需要合同标的物而卖方被告知了此点。在这种情况下，为了确认使用标的物的目的以及证明未能获得标的物的确使原告遭受了其所指称的损失，原告的考虑是有必要的。但是在确定该损失是否过于远隔时关键因素是被告的可预见性。Hadley 案要求双方当事人考虑的要点是强调原告方面的考虑不足以满足远隔性标准的要求。[43] 依其见解，在系争损失与原告的特殊使用目的相关时，原告的考虑是必要的，只不过被告的考虑更重要。其观点既不全面，也无实际意义。除特雷特尔之外，现今的英国合同法著述一般会就预见的主体问题表明立场，主张双方当事人或债务人一方的均有[44]，但并无详细的论证。

实际上，解决预见的主体问题的正确路径是根据可预见性规则的正当性依据加以推导。如果采协议说，预见的主体应为双方当事人，因为该说将某种损失的可预见性当作双方当事人就该损失明示或默示地达成了由债务人承担损失发生风险的协议的表征。现今法国仍有学者采纳协议说，但并未基于该说主张预见的主体为双方当事人。如果不采协议说，则可预见性规则为任意性规范性质的缺省规则，规定预见的主体为双方或被告一方均无不可，关键在于该规定与某种正当性解说是否协调。具体而言，在机会公平说的语境中，只要债务人有机会排除或限制责任，其赔偿可

〔42〕 Treitel，REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT 160（1988）.

〔43〕 Treitel，REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT 160（1988）.

〔44〕 采前一种观点者如 Beale *ed.*，CHITTY ON CONTRACTS，VOL. 1，26－111（32th *ed.*，2015）；采后一种观点者如 Burrows *ed.*，ENGLISH PRIVATE LAW 1264（3rd *ed.*，2013）。

以预见的损害就是公平的，从而只需要被告一方为预见的主体。如果采引导披露信息意义上的效率说，亦可推导出预见的主体为被告一方的结论。因为被告预见到了违约将给对方造成某种特别的损失后就能有针对性地采取预防措施，不会有防范不足或防范过度的问题。

2. 预见的对象

在预见的对象为损失的类型抑或损失的程度方面，法国与英美国家不同。在 20 世纪早期之前，法国法的立场也是只需要预见到损失的类型。比如，交付给承运人的货物可能丢失或损坏是可以预见的，承运人要对全部的损害加以赔偿，即使货物特别昂贵或者特别易于受损。[45] 在 1924 年的一个案件之后，法国的法院转而认为预见的对象为损害的程度。该案涉及的是铁路公司的责任，在旅行中运输的商品丢失，而其被宣告的价值比其实际价值要小。上诉法院在驳回上诉时阐述道："该条（即《法国民法典》原第 1150 条）对损害的原因之预见并未有任何之言及，岂能让善意之债务人负担其数额超过该债务人之预见的损害赔偿？"[46] 英国法的情况是，1978 年的 Parsons（Livestock ） Ltd. v. Uttley Ingham & Co. Ltd.案[47] 明确，预见的对象是损害的类型而不是损害的程度。就美国法来说，《统一商法典》《重述（二）》均未涉及预见的对象为何，实务及学说的立场是损害的大小无须被预见。一方如果没有将自己预期从合同中获得的利润通知对方，对方并不会因此承受不利。但是，只是可以预见到某种损失会发生是不够的，如果发生了某种特别类型的损失，它如此不同寻常以至于不能被预见，则违约方不承担责任。[48]

泰雷认为，将预见的对象确认为损害的程度更为可取，因为这样符合指导《法国民法典》原第 1150 条之规定的基本思想：应当让缔结合同的债务人知道，如果他在履行合同当中给债权人造成损害可能会面临什么样的情况，很显然，仅仅是预见他有可能会造成什么类型的损害，根本不足以让他对自己可能应当支付的损害赔偿的数额形成一个明确的认识。因此，应当让债务人知道作为合同标的之物的价值。[49] 不过，损害程度说的问题在于，当事人实际上难以精准地预见违约将造成的损失的数额，在一切案件中均要求损害的程度具有可预见性会给被告带来更多免予承担责任的机会。反之，如果一概地排除损害的程度有时应当是预见的对象，也会给债务人施加过重的负担，法院如欲给出妥当的判决有时不得不对损害类型的划分进行操作，以某种类型的损害不具有可预见性为名行排除过高的损害赔偿之实。比如，有学者指出，英国法的实际情况是，如果特定的损失可能过大，法院似乎倾向于对导致损失发生的具体情事的精确组合（precise combination）的可能性多加注意。此外，如果损失过大，法院似乎更有可能采取这样的观点，亦即认为被告接受了该损失的风险是不理智的，无论被告是否应当考虑到它并非不可能发生。[50] 故

〔45〕 Nicholas，THE FRENCH LAW OF CONTRACT（2nd *ed.*，1992）.

〔46〕 韩世远：《违约损害赔偿研究》，法律出版社 1999 年版，第 207 页。

〔47〕［1978］1 QB 791，Court of Appeal.

〔48〕［美］范斯沃思：《美国合同法》，葛云松、丁春艳译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 819 页。

〔49〕［法］泰雷：《法国债法：契约篇》，罗结珍译，中国法制出版社 2018 年版，第 1081 页。

〔50〕 Beale *ed.*，CHITTY ON CONTRACTS，VOL. 1，26－116（32th *ed.*，2015）.

此，法国与英美国家的做法均有失偏颇。较为稳妥的做法是，原则上仅以损害的类型为预见对象，并对损害的类型作明晰、合理的划分；另外也从引起特定程度损失的事项着眼，确认被告对该类损失不承担责任。

3. 盖然性程度

损失发生的盖然性程度在法国很少得到讨论，另外法国侵权法未将可预见性当作责任限制规则，从而不存在合同法与侵权法中损失发生的盖然性程度是否有别的问题。[51] 英国与美国的情况相似，在合同法中都要求比较高的盖然性程度。奥尔德森法官当初使用的是“很可能”（probable）一词。在 1969 年的 Koufos v. C Czarnikow Ltd.（The Heron II）案 [52] 中，法官们强调损失发生的盖然性程度应当比较高。在该案之后，英国实务部门及学界多采用“重大可能性”（a serious possibility）、“并非不可能”（not unlikely）、“很可能”（likely）之类的表述方式，probable 一词则较少得到采用。美国的情况是，《重述（二）》沿用了 Hadley 案判决书中的措词，称“违约的很可能的后果”。另外，英国法与美国法均认为合同法中的盖然性程度高于侵权法中的要求。[53] 关于何以二者有别，特雷特尔解释道，遭受侵权行为损害的人通常是非自愿的受害人，而合同当事人在一定程度上参与了有意识的风险承担，其有机会通过在缔约前使对方注意风险（无疑会带来附加费用）保护自己。[54]

不过，在盖然性的具体程度和如何判断盖然性是否成立方面，英国法与美国法并无明确的规则可言。就英国法而言，里德（Reid）法官在 The Heron Ⅱ案中曾举例称，一副洗好的扑克牌最上面一张是方块是很可能或并非不可能的，出现相反情况的几率是三比一。若以该例为依据，25%的盖然性就达到了要求。《重述（二）》的评论 a 也只是称所要求的不是必然的结果，而没有提及盖然性的具体程度，也没有说明如何在个案中认定系争损失的发生几率是否达到了盖然性的要求。有鉴于此，有论者指出，如果可预见性本身就是目的，则含有“重大可能性”“并非不可能”等含义不清的词语的可预见性规则固有地就是不确定的，从而在缺乏其背后的目的性原则的情况下是没有用处的。The Heron Ⅱ案中法官们花费了极大的功夫确定损失被预见的可能性的精密水准而没有解释他们以什么为基础确定该水准，从而把诉讼变成了闹剧。[55] 不过该论者赞同承担责任说，主张以当事人的意思为依据确定违约损失风险的承担，忽略了当事人对于违约后果可能考虑不足的事实，也未提供可行的认定当事人承担责任的意思的凭据，从而未能提供有价值的替代或修正方案。

---

〔51〕 Treitel，REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT 158－159（1988）.

〔52〕［1969］AC 350，House of Lords.

〔53〕 Mckendrick，CONTRACT LAW 363（11th *ed.*，2015）；Restatement of the Law of Contracts，2nd，§ 351，comment a.

〔54〕 Treitel，REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT 158－159（1988）.

〔55〕Kramer，*An Agreement-Centred Approach to Remoteness and Contract Remedies*，*in* COMPARATVIE REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT 274（Cohen & Mckendrick *eds.*，2005）.

（二）类型化适用

与法国法、英国法相比，美国法在可预见性规则的类型化适用方面做得较为细致，值得借鉴。其类型化整理以《重述（二）》第 351 条所规定的通常进程中的损失与非通常进行中的损失为依托。这一区分源于 Hadley 案判决书所说的两个分支，但英国法并未在类型化适用上作精细的整理。《重述（二）》的官方评论也分别称这两种损失为一般（general）损失与特别（special）损失。[56] 所谓一般损失是指作为违约的自然后果的损失，亦即该损失的发生与普通人的日常经验相符。[57] 但《重述（二）》并未意识到对这两类损失作进一步类型化的意义，其评论在对两种损失作了说明后进而称，为了第 351 条所规定的规则的目的区分一般损失与特别损失没有必要。[58] 在类型化方面取得了进展的是《统一商法典》。其将一般损失与特别损失的区分与损失的功能性分类联系起来，从而在很大程度上方便了可预见性规则的适用。

具体而言，《统一商法典》第 2－712 条至第 2－714 条所规定的是一般损失或者说直接损失的赔偿。[59] 第 2－715 条规定了附带损失与后果性损失的赔偿。附带损失赔偿请求通常会得到支持。比如，因对方违约而有必要支出的经纪佣金、仓储费用、广告费、拍卖商费用等附带损失可以得到赔偿。[60] 因而，附带损失也应被归类为一般损失。如此一来，在《统一商法典》的框架内，一般损失为：第一，附带损失，即为了处理对方违约事宜而遭受的损失。第二，价值损失。如果买方因卖方重大违约解除了合同，价值损失的计算方法为第 2－712 条规定的买方补进（cover）情况下的损失计算即替代交易规则以及第 2－713 条规定的市场价格规则。关于二者的关系，《统一商法典》的评论称，第 2－713 条规定的救济与前一条规定的补进是替代关系，只是在买方没有补进时并且只能在此范围内适用。[61] 与第 2－712 条、第 2－713 条相对应的情形是，在买方重大违约而卖方解除了合同的情况下，卖方可以根据第 2－706 条规定的重售（resale）情况下的损失计算方法即替代交易规则以及第 2－708 条规定的市场价格规则请求赔偿。在卖方瑕疵履行而买方保留货物的情况下，根据第 2－714 条的规定，买方可以请求赔偿实际交付的货物的价值与符合担保的货物的价值的差额。修理费也可以归入此类。在迟延履行的情况下，标的物的租赁价值（rental value）是一般损失。[62]

后果性损失包括丧失的利润、商誉损失、因买方的生产流程中断而产生的损失、丧失的利息

〔56〕在美国，一般损失与特别损失也被称为直接（direct）损失与后果性（consequential）损失。*See* Ferriell，UNDERSTANDING CONTRACTS 720，721（2nd *ed*.，2009）. 但这两种表述方式，尤其是后果性损失一词容易引起误解，因为后果性损失也是损失的功能性分类中的一种，详见下文。

〔57〕 Restatement of the Law of Contracts，2nd，§ 351，comment b.

〔58〕 Restatement of the Law of Contracts，2nd，§ 351，comment b.

〔59〕 White & Summers，UNIFORM COMMERCIAL CODE 308（6th *ed*.，2010）.

〔60〕 Calamari & Perillo，CONTRACTS 354（5th *ed*.，2010）.

〔61〕 UCC，§ 2－713，Comment 5. 根据该评论的观点，只是在买方未进行补进的情况下才能适用市场价格规则计算损失，这一见解有所疏漏。除债权人未进行替代交易外，在其进行的替代交易不合理的情况下，也有可能适用市场价格规则。

〔62〕 Ferriell，UNDERSTANDING CONTRACTS 721（2nd *ed*.，2009）.

等。[63] 此种损失属于特别损失，对其赔偿有“有理由知道”的要求。论者认为，在很多情况下后果性损失的可预见性容易举证。双方可能以前进行过交易，使得违约方知道在违约的情况下受损害方将会遭受的损失的类型，或者卖方对于其所出售的商品的可能用途有一般的商业知识。[64] 在其他情况下，违约方与对方的关系或其一般商业知识可能不足以使对方遭受的损失具有可预见性。在这些情况下，只有在受损害方在缔约时警示了违约方在违约的情况下自己将有什么利益面临危险时，损害才具有可预见性。[65] 需要注意的是，《统一商法典》未给卖方规定后果性损失的赔偿。这是因为在美国法的传统上，卖方以及其他金钱之债的债权人只能获得所欠的金钱以及应支付的利息。例外情形是，债务人应当向第三人支付价款，如果发生违约，债权人可以就遭受的特别损失（通常是信用和名誉损失）要求赔偿。[66]

（三）小结

关于可预见性规则的诸要素，法国与英美国家在预见的时间、评价标准方面是一致的，对于预见的凭据则均未作详细的探究。在预见的主体、预见的对象及盖然性程度方面，其态度有所不同。在这三个问题上，预见的主体可根据可预见性规则的正当性理据加以推导；预见的对象可以确定为原则上仅指损失的类型，例外情况下可以是损失的程度；盖然性程度则是最难处理的问题，重视该问题的英美国家均未作出精准的表述，也无切实可行的认定方法可言。预见的对象及盖然性程度这两个关键要素具有高度的不确定性是内在于可预见性规则的问题。在类型化适用方面，美国的做法值得参考。以《统一商法典》的举措为代表的立场确认一般损失具有可预见性，其具体又包括了附带损失和价值损失，价值损失分别根据替代交易规则或市场价格规则、瑕疵履行情况下的价值差或修理费用、迟延履行情况下的租赁价值加以计算，如此即能处理大量的案件。后果性损失的可预见性相对而言具有不确定性，但有时可以根据当事人之前的交易过程、标的物的用途等因素加以判断。

四、责任限制的排除

（一）排除规则的由来

法国与英美国家的一大差异是规定了排除规则，即在被告有重大过错的情况下排除可预见性规则的适用。该排除规则由波蒂埃首先提出，而其之所以提出该规则起因于调和《学说汇纂》中的两个片段。[67] 在一个片段中，保罗指出：“如果卖方对于不交付标的物负责，买方的所有利益均应得到考虑，如果该利益与标的物有紧密联系。如果他本来能够完成一个交易并且通过转售葡

〔63〕 White & Summers，UNIFORM COMMERCIAL CODE 310（6th *ed.*，2010）.

〔64〕 Ferriell，UNDERSTANDING CONTRACTS 722（2nd *ed.*，2009）.

〔65〕 Ferriell，UNDERSTANDING CONTRACTS 723（2nd *ed.*，2009）.

〔66〕 Perillo，CONTRACTS 549（7th *ed.*，2014）.

〔67〕［美］戈德雷：《私法的基础：财产、合同、侵权和不当得利》，张家勇译，法律出版社 2007 年版，第 676 页。

萄酒获得利润，这不应计算在内，正如他购买了小麦而他的奴隶因小麦未被交付而饿死这一损失不应计算在内一样，他能请求赔偿的是谷物的价值，而不是被饿死的奴隶的价值。一个债务不会因为履行迟延了而增加，虽然如果葡萄酒今天更贵的话数额会更高，这样是合理的，因为如果葡萄酒被交付了，我作为买方拥有了它，如果没有交付，债务人应就本应已被交付的标的负责。”[68] 在另一个片段中，乌尔比安阐述道：“尤里安在其《学说汇纂》第 15 卷中就买物之诉中的赔偿额区分了知情的与不知情的卖方。他说如果卖方在出售患病的牲畜或不结实的木材时是不知情的，在买物之诉中应让他对购买价格和我在知情的情况下会出的较低的价格的差价负责。但是如果他知情但保持了沉默从而欺诈了买方，应让他就买方因该买卖所遭受的所有损失负责。因此，如果建筑物因为木材不结实倒塌了，他应当赔偿建筑物计算出来的价值，如果买方的其他牲畜被患病的牲畜传染了，卖方应对其他牲畜不被传染这一利益负责。”[69]

调和这两个片段可以有两个思路。一是从不履行形态的角度着眼。在保罗的例子中，卖方未为任何履行，而在乌尔比安的例子中，不履行形态是瑕疵履行。二是从债务人的主观状态着眼。在保罗的例子中，卖方的主观状态未被提及，从而在卖方有欺诈时让其对物外损失负责是可行的。波蒂埃采纳了后一个思路，并将该思路与其可预见性理论结合起来。[70] 其主张，可预见性规则不适用于债务人的欺诈（dol）[71] 导致了债权人享有损害和利益（损失）赔偿请求权的情况。在这种情况下，债务人不加区别地对于作为其欺诈结果的所有的损害和利益（损失）负责，不仅对债权人遭受的与作为合同标的的物相关的损害，而且对所有与任何其他财产相关的损害负责，无论债务人是否能够被认为故意让自己对这些损害负责。因为从事了欺诈行为的人使自己有义务，无论他是否愿意如此，赔偿欺诈行为可能引起的所有损害。[72] 比如，有人知道母牛有瘟病还把它卖给别人，并隐瞒了该事实。隐瞒使卖牛者成立欺诈，这使其对于买牛者可能遭受的损害负责，不仅包括就该作为原合同义务的标的的特定的牛遭受的损害，也包括因买方的其他牲畜被传染瘟病而遭受的损害，因为是卖方的欺诈引起了这种损害。[73] 受波蒂埃观点的影响，《法国民法典》原第 1150 条（现第 1231－3 条）明确规定，违约方有欺诈时不适用可预见性规则。[74]

---

〔68〕D. 19，1，21，3. 本文对此片段及下一个片段的翻译以沃森（Watson）主编的《学说汇纂》英文版为依据。*See* Watson，DIGEST OF JUSTINIAN，VOL. 2（1985）.

〔69〕D. 19，1，13，pr.

〔70〕Zimmermann，THE LAW OF OBLIGATIONS: ROMAN FOUNDATIONS OF THE CIVILIAN TRADITION 831－832（1996）.

〔71〕波蒂埃所用的以及后来在《法国民法典》原第 1150 条、第 1151 条得到采用的“dol”一词本来指恶意违约，后来扩大到兼指其他故意违约的情形（见下文），因此就后来的情况而言以译为“故意”为妥。为体现早期的情况，本文有时也将其译为“欺诈”。

〔72〕Pothier，A TREATISE ON THE LAW OF OBLIGATIONS OR CONTRACTS，VOL. 1，97（A. Strahan，1806）.

〔73〕Pothier，A TREATISE ON THE LAW OF OBLIGATIONS OR CONTRACTS，VOL. 1，97（A. Strahan，1806）.

〔74〕受法国法的影响，意大利、比利时、西班牙等国的民法典也有欺诈排除限责的规定。见［德］巴尔、［英］克莱夫：《欧洲私法的原则、定义与示范规则：欧洲示范民法典草案：全译本》（第 1 卷、第 2 卷、第 3 卷），高圣平等译，法律出版社 2014 年版，第 808 页。

（二）适用范围

1. 故意

《法国民法典》原第 1150 及第 1151 条使用的欺诈（dol）一词在狭隘的意义上指恶意。法国最高法院 1969 年明确，债务人故意拒绝履行约定的债务，即使其并非出于损害对方合同当事人的意图，仍属于“欺诈性过错”（faute dolosive）。[75] 对此，学者的解读是，只要债务人肯定知道自己的作为或不作为会（给债权人）造成损害即告足够，即债务人肯定知道这种情况，这一点则是据以认定欺诈性过错所必要的。[76] 相关案例如：在转让财产之前，为了省钱，公寓房的卖方蓄意没有令人满意地处理虫害，而是采取了被证明没达到标准的便宜的处理措施。法院判决其赔偿原告遭受的全部损失。[77]

2. 重大过失

法国最高法院在 1932 年确认，重大过失视同欺诈。有重大过失的当事人不得主张限制责任条款以限制对其造成的在订立合同之时所预见或可预见的损害的赔偿责任。[78] 问题在于，在法国法上，关于重大过失有不同的理解。主观观念上的重大过失被理解为“表明债务人根本无能力完成其合同任务，近似于欺诈的极为严重的过失或懈怠行为”，而客观观念理解的重大过失则是指“违反某项根本义务”。法国最高法院混合庭于 2005 年 4 月 22 日作出的两项判决的结论是，违反根本义务不足以构成“可以排除定式合同中订立的限制责任条款的重大过失”。[79]

就法国的实务情况而言，重大过失的存在有较前易于得到承认的动向。[80] 比如，作为更宽泛地允许个人的高于平均水准的预见能力的结果，专业人员的过失趋向于被当作重大过失的一种情形。[81] 除此之外，在认定是否存在重大过失时，还会考虑其他因素。比如，债务人是否有重复发生的违反义务的行为，当涉及的利益必须得到特别保护时如保护人身安全，需要保护的财产价值较高，在对这样的利益或者对缔结的债务的重要性进行分析的基础上，也确立了相同的倾向：在存在这些因素时，同样比较容易认定存在重大过失以及这种重大过失引起的责任后果。[82] 相关案例如：销售的杀虫剂对人畜有害；夜间将装载有很高价值的货品的卡车停在无人看管的车场致使货品被盗等。[83]

---

〔75〕《法国民法典》（下册），罗结珍译，法律出版社 2005 年版，第 882 页。

〔76〕［法］泰雷：《法国债法：契约篇》，罗结珍译，中国法制出版社 2018 年版，第 1099 页。

〔77〕 Rowan，REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT: A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE PROTECTION OF PERFORMANCE 203（2012）.

〔78〕《法国民法典》（下册），罗结珍译，法律出版社 2005 年版，第 883 页。

〔79〕［法］泰雷：《法国债法：契约篇》，罗结珍译，中国法制出版社 2018 年版，第 1199 页。

〔80〕［法］泰雷：《法国债法：契约篇》，罗结珍译，中国法制出版社 2018 年版，第 1103 页。

〔81〕 Paziuc，*Remoteness of Damage in Contract and its Functional Equivalents: A Critical Economic Approach*，5（1）UCL JOURNAL OF LAW AND JURISPRUDENCE 87，113（2016）.

〔82〕［法］泰雷：《法国债法：契约篇》，罗结珍译，中国法制出版社 2018 年版，第 1103 页。

〔83〕《法国民法典》（下册），罗结珍译，法律出版社 2005 年版，第 883 页。

（三）关于排除规则的不同见解

1. 支持的见解

排除规则的提出者波蒂埃实际上没有论证该规则的正当性。《法国民法典》颁行以来，学者们从多个角度进行了解读，相关见解主要有[84]：第一，制裁说。此说在法国最有影响，认为蓄意的违约应受谴责，从而应遭受更为严厉的回应。比如，沙尔捷（Chartier）认为，蓄意的违约如此严重，以致于允诺人应被剥夺保护，不允许以不可预见性为由放纵之。[85] 第二，侵权责任说。此说认为，由于欺诈行为是故意的行为，债务人应当承担的责任属于侵权责任，而侵权责任不适用（原）第 1150 条规定的赔偿限制。[86] 第三，违反诚信说。此说认为，排除规则也可以被解释为以诚实信用观念为基础，体现了阻遏当事人违反合同义务的立法意图。[87]

2. 反对的见解

另有学者从不同的角度对法国法的排除规则提出了疑问，反对理由大致有三：第一，合同责任不宜有惩罚性。克茨（Kötz）认为，如果债权人遭受的损害是因侵权而产生的，对债务人做这种惩罚或许值得考虑，但损害产生于不履行合同债务则否，毕竟合同性的损害赔偿责任背后的理由不是威慑债务人使其不去从事特定的应受谴责的行为，而是使其就违反了其在协议中所允诺的义务负责。[88] 第二，与归责原则不协调。齐默尔曼（Zimmermann）认为，排除规则与以过错为基础的违约责任能够相符，但在不履行责任不取决于过错的法律体系中则显得奇怪。[89] 第三，过错程度与违约损害风险分配无关。齐默尔曼认为，如果责任范围取决于明示的或者默示的合同风险分配，这种分配不受后来的不履行行为是否为故意行为的影响。换言之，在不履行方的过错与可预见性问题之间没有必然联系，在不履行方的过错与被违反的义务的保护范围之间也没有必然联系。[90]

---

〔84〕除此处提到的三种正当性解说外，还有政策说、默示协议说等见解。据介绍，政策说与制裁说的边界并不明确，应属制裁说与政策性说明的并用。斯塔克（Starck）等人认为，合同法上的民事责任并不仅仅以赔偿损害为目的，它还具有预防损害的目的，亦即对无论是最轻微的过错还是重大的过错均具有抑止的功能。见韩世远：《违约损害赔偿研究》，法律出版社 1999 年版，第 214 页。默示协议说认为，可预见性规则以默示的协议为基础，而债权人不会同意就欺诈违约的情形达成不赔偿不可预见的损害的协议。*See* Treitel，REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT 147（1988）；Kramer，*An Agreement-Centred Approach to Remoteness and Contract Remedies*，*in* COMPARATVIE REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT 264（Cohen & Mckendrick *eds*.，2005）.

〔85〕Rowan，REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT: A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE PROTECTION OF PERFORMANCE 203（2012）.

〔86〕［法］泰雷：《法国债法：契约篇》，罗结珍译，中国法制出版社 2018 年版，第 1082 页。

〔87〕Rowan，REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT: A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE PROTECTION OF PERFORMANCE 203（2012）.

〔88〕Kötz，EUROPEAN CONTRACT LAW 258（2nd *ed*.，2017）.

〔89〕Zimmermann，*Limitation of Liability for Damages in European Contract Law*，18（2） THE EDINBURGH LAW REVIEW 193，209（2014）.

〔90〕Zimmermann，*Limitation of Liability for Damages in European Contract Law*，18（2）THE EDINBURGH LAW REVIEW 193，209－210（2014）.

（四）评析与建议

本文认为中国将来也应规定重大过错排除责任限制规则，现结合上文所述从以下几个方面论述。

第一，排除规则具有正当性。前述三种正当性解说均有不足。制裁说的缺陷在于，在赔偿超出了被告本应承担的范围时才有制裁或惩罚性可言。但重大过错排除限责只是意味着在以可预见性为损害风险分配基本标准的前提下，如果被告有重大过错则不再适用该基本标准，因而并无制裁可言。与此相关，克茨的反对意见未能否定排除规则的正当性。侵权责任说的问题在于，在当事人之间有合同关系的情况下以侵权责任处理期待利益赔偿应当说是错误地定性了法律关系。违反诚信说的不足在于，其以迂回的方式否定被告的限责资格，而未正面回答何以排除规则是正当的。比较而言，应从违约风险分配的角度理解排除规则为妥。如戈德雷所言，如果债务人从事了欺诈行为，其违约就是故意的并且不正当的。他可以仅仅通过决定遵守合同而消除这种违约风险。他没有理由索要额外报酬以补偿这种风险，并且要是他没有得到相应补偿，就像即使合同价格没有补偿他承担的不要毁坏原告财产的风险，他还是要因蓄意这样做而承担责任一样，认定其承担责任也没有什么不正义。[91] 相反，齐默尔曼主张单纯地根据合同义务的范围处理违约损害赔偿问题，没有注意到规避承担违约损害的风险是否困难这一因素。

第二，规定排除规则的可行性。如果中国将来规定排除规则，因现行法上的违约责任归责原则是以严格责任为一般，以过错责任为例外，从而会面临齐默尔曼所提出的问题，即该规则与严格责任是否协调的问题。实际上，采纳严格责任不等于消灭了过错概念，只是在责任成立层面上不以过错为要件，而是将不可抗力当作阻却责任成立的事由。在严格责任的框架内，在合同责任的某个方面将过错当作评价因素并非矛盾之举。

第三，关于适用范围。由上文可见，经过多年的发展，法国法的情况是债务人故意与重大过失违约均排除可预见性规则的适用。相反，意大利、比利时的民法典虽然也有排除规则，但它们的判例法均认为重大过失不履行不能被等同于故意不履行。[92] 比较而言，中国当以承认重大过失也是排除限责事由为宜，主要理由是债务人也易于避免重大过失违约。

第四，排除规则在适用中有无限度。波蒂埃认为，被告即使有欺诈行为也仅对直接损害而不对间接损害负责。此项见解为《法国民法典》原第 1151 条所采。[93] 问题在于，直接、间接损害

〔91〕［美］戈德雷：《私法的基础：财产、合同、侵权和不当得利》，张家勇译，法律出版社 2007 年版，第 670 页。

〔92〕［德］巴尔、［英］克莱夫：《欧洲私法的原则、定义与示范规则：欧洲示范民法典草案：全译本》（第 1 卷、第 2 卷、第 3 卷），高圣平等译，法律出版社 2014 年版，第 808 页。

〔93〕《法国民法典》原第 1151 条规定："即使合同不履行是由债务人的欺诈引起的，对债权人受到的损失与丧失的可得利益应当给予的损害赔偿仍然仅以因合同不履行而立即发生的直接结果为限。"债法改革后，《法国民法典》第 1231－4 条规定："即使在债务人具有重大过失或故意的场合，债务人也仅就违约的直接后果承担违约损害赔偿责任。"

的区分难以确定（elusive）。[94] 有观点认为应根据是否具有可预见性加以判断，但这样会导致可预见性与直接、间接性的混淆。另有观点认为应根据其他特殊因素确定直接、间接性。比如，损害是被告不应对之负责的外在因素的后果，或者给一个人造成的有形损害又给第二个人造成了损失，则后者遭受的损失为间接损失。[95] 但后一思路也未能清晰地确定界线。不过在法国法实务中焦点问题为区分直接、间接损害的案件并不多[96]，从而区分困难未造成很大的不利影响。如中国将来规定排除规则，也不应让具有重大过错的债务人赔偿一切损害。鉴于法国法认定直接、间接损害的困难，应将债权人遭受的特别损失一并在违约损害风险分配的框架内加以处理。

五、结语

可预见性规则始于对《优士丁尼法典》两倍赔偿限制的解读，因实际存在限制违约损害赔偿的需求，并且该规则看似简单而且合理，遂最早在《法国民法典》中得到了规定，后广为继受，兼及英美，成为最为重要的限责规则。经辨析可以发现，无论是协议说还是机会公平说、引导披露信息意义上的效率说均有说服力不足之弊，故对于可预见性规则的正当性尚须作进一步检讨。就预见的主体、预见的对象、损失发生的盖然性程度三个要素而言，法国与英美国家在是否给予了关注、采何种立场方面有程度不一的差异，但预见的对象尤其是盖然性程度的判定具有高度的不确定性是内在于可预见性规则的问题。在法律适用层面上，具有实际意义的是对案件作类型化的整理，以明确如何判断不同的损失类型是否具有可预见性，进而有助于处理违约纠纷。在此方面，美国法的做法具有参考价值。另外，债务人的重大过错排除可预见性规则的适用这一源自法国法的做法既未给债务人施加沉重的避免风险的成本，也充分保障了债权人的期待利益，具有合理性。中国将来也以规定排除规则为宜，并在违约损害风险分配的层面上处理间接损害问题。

---

〔94〕Beale *et al.*，CASES，MATERIALS AND TEXT ON CONTRACT LAW 1004（2nd *ed.*，2010）. 波蒂埃就直接、间接损害所举的例子是：其他牲畜被传染后，买方无从耕地，进而遭受了更大的损失，之后无力还债，债权人扣押了买方的财产并以远低于价值的价格处分，对此损失不应赔偿，因为它只是卖方欺诈的非常远隔的、间接的后果，与卖方的行为没有必然联系。至于无从耕地而遭受的损失，其为卖方欺诈的不那么远隔的后果，不过卖方也不应对这种损失负全部责任。*See* Pothier，A TREATISE ON THE LAW OF OBLIGATIONS OR CONTRACTS 98（A. Strahan，1806）. 从其论述可见，波蒂埃未能提出区分直接、间接损害的明晰标准，他本人对于无法耕地的损失是否为间接损失实际上也有些犹豫。其卖马案例迄今广为引用。比如：Beale *et al.*，CASES，MATERIALS AND TEXT ON CONTRACT LAW 1004（2nd *ed.*，2010）；Nicholas，THE FRENCH LAW OF CONTRACT 229（1992）；Treitel，REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT 167（1988）；Kötz，EUROPEAN CONTRACT LAW 258（2017）.

〔95〕Treitel，REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT 167（1988）.

〔96〕Zimmermann，*Limitation of Liability for Damages in European Contract Law*，18 THE EDINBURGH LAW REVIEW 193，202（2014）.

The Value Orientation and Institutional Arrangement of Foreseeability Rule

—Centered on Comparison of French and Anglo-American Contract Law

ZHANG Jinhai

Abstract: As far as foreseeability rule is concerned, French and Anglo-American laws are representative models of legislation. The justification theories in these countries such as agreement theory are not convincing, so it is necessary to reappraise this rule. The elements of the object of foreseeability and the probability of occurrence of loss are inherently indeterminate. Under the background of foreseeability rule, taxonomy of cases and determination of the compensability of different kinds of losses are of significance. The French provision on exclusion of liability limitation in the case of gross fault does not impose heavy burden of avoidance of risks on the obligor, and protects the obligee's expectation interest adequately. Whether we will replace or modify foreseeability rule in the future or not, it is necessary to stipulate exclusion rule.

Keywords: Foreseeability Rule; Justification Elements; Taxonomy; Gross Fault

（责任编辑：傅广宇）