

# 可预见性规则的法经济学解释<sup>\*</sup>

刘廷华

(四川宜宾学院 政府管理学院,四川 宜宾 644000)

**[摘要]**可预见性规则将违约方的违约责任限制在缔约时已经预见或应当预见到的损失范围内,学者们一般认为这是契约自由的必然要求。经济分析表明,这有悖于效率违约理论,可能导致对社会而言无效率的违约决定,除非在故意违约情况下排除可预见性规则的适用。而且,如何理解违约方的预见也是问题的关键,将其限定为缔约时违约损失的期望值,可预见性规则才是有效的。

**[关键词]**可预见性;契约自由;效率违约;期望值;法经济学

**[中图分类号]**D920.4 **[文献标志码]**A **[文章编号]**1672-0598(2010)02-0092-07

## 一、问题的提出

### (一)可预见性规则概述

法国学者波蒂埃于1761年发表的《论债权》一书,提出可预见性学说,主张违约损害责任的范围不得超过违约方在订立合同的时候已经预见或应当预见到的因违约而造成的损失<sup>[1]</sup>。该学说在1804年的《法国民法典》第1150条中得到了肯定:“如果债务的未履行并非因债务人的故意时,债务人仅就其订立契约时所预见或可预见的损害负赔偿责任。”此后,可预见性规则得到不断发展。在英国,1854年的哈德利诉巴克森德尔一案的判决将可预见性规则表述成两个规则:“哈德利规则一,对于‘一般损失’,必须是在第三方客观地看来有‘了解的’因违约而产生的损害;哈德利规则二,对于‘特殊损失’必须是受害方在订约时已经告知了违约方,是双方在订约时已考虑到的。哈德利规则的中心观点,就是坚持对实际损失和其他间接损失予以补救,只要这些损失是因违反契约而生即可。但这些损失的赔偿一方面要受预见性的限制,另一方面又要受特殊情况是否与损失存在必然联系的限制,未曾预见且与特殊情况无牵连的损失不能获得赔偿。”<sup>[2]</sup>此后,美国《合同法重述》第二版第351条对此作了更详细的规定:“(1)如果在合

同订立时,违约方没有理由预见到所发生的损失是违约很可能发生的结果,就不能获得损害赔偿金;(2)在以下情况下,损失可以作为违约的很可能发生的结果而被预见:(A)该违约是在事物发展的通常过程中发生的;或者(B)该违约虽不是在事物发展的通常过程中发生的,而是特殊情况发展的结果,但该违约方有理由知道该特殊情况。(3)于特定情事中为避免不成比例之赔偿以符合正义之要求,法院得通过排除对利润损失的赔偿、通过仅允许对信赖损失获取赔偿或其他方式,将损害赔偿限制于可预见的损失。”从上面的论述,不难看出,可预见性规则表达的中心意思是:违约人对于违约造成的必然损失,必须全部赔偿;而对于违约造成的附带损失,赔偿范围则以缔约时可预见到的为限。由于违约造成的必然损失实际上也是在缔约时可预见到的,所以人们通常也把该规则简要地表述为“违约赔偿范围以缔约时可预见到的为限”。

### (二)可预见性规则的正当理由

有学者认为可预见性规则是为了司法实践的方便才出现的。可预见性规则实际上倾向于用标准个体遭受的损害来替代真实个体遭受的实际损害,而且违约方的责任确定也完全是根据在缔约时他知道或应该知道的情况,这允许法院无视合同履

\* [收稿日期] 2010-12-12

[作者简介]刘廷华(1978-),男,汉族,四川广安人;宜宾学院政府管理学院教师,四川大学经济学院,博士生,主要从事法经济学研究。

行进程中发生的一切行为。正是由于可预见性规则的标准化处理方式和它具有的静态性特征,使得法院在运用该规则判定赔偿范围时非常方便<sup>[3]</sup>。

在更多的时候,学者倾向于从契约自由的角度来解释可预见性规则的正当性,认为这是意思自治原则在合同法中的体现和贯彻。尹田指出:“这一原则实质上反映了意思自治原则的基本要求。根据意思自治原则,当事人享有决定其合同义务范围的自由,而不履行义务所致的后果的确定,也应该有赖于当事人的意思,其首先取决于当事人的预见。这是因为,每一方当事人在订立合同时,都应当而且能够估计其承担的风险。”<sup>[4]</sup>根据意思自治原则,合同当事人的权利义务是由当事人的自由意志所决定的,换言之,当事人的合同义务范围的是由当事人自由约定的,作为合同义务之替代品的责任范围当然也取决于合同义务的范围。当事人订立合同所承担的责任只能是其所明确预见到的,若其在订立合同时并未预见到这种损失或者说是风险那么其根本不可能对此予以同意,若强行让合同当事人承担这样的风险势必违其自由意志。

法经济学兴起后,对可预见性规则的说明又多了一种路径,即从经济学角度进行解释。在《法律的经济分析》一书中,波斯纳利用摄影师和胶卷商的例子说明可预见性规则能够促使知晓风险的一方当事人自己采取适当的预防措施,或者在他相信另一方可能为更有效率的损失预防者或风险分散者(保险人)时可向该方当事人表明并向他支付代价,要求他承担这一损失风险。这样,就产生了以最有效率方法分配风险的激励<sup>[5]</sup>。文章的第二部分将循着经济分析的路径对可预见性规则进行解释。

## 二、可预见性规则的经济分析

### (一)假设

#### 1 买主对履行的估价不同而且是私人信息

为了交易,风险中性的买主和卖主缔结合同。买主有两种类型,区别于他们对合同的履行赋予或高或低的估价。特别地,用  $l$  代表低估价,满足  $l > Q$   $h$  代表高估价,且  $h > l$   $\alpha$  代表高估价买主占所有买主的比例,由于通常情况下高估价买主较少,有  $0 < \alpha < 0.5$  买主对履行的估价是私人信息,除非买主选择告诉卖主自己是  $l$  或者  $h$  否则卖主不知道买主对履行的估价。但是,卖主根据自己在商业实践中积累的经验 and 统计知识,知道  $\alpha$  比例的

买主有高估价  $h$  而  $1 - \alpha$  比例的买主有低估价  $l$ 。

#### 2 卖主可以通过改变预防水平影响履行概率

由于环境的变化,例如成本突然急剧上升等风险的出现可能使得履行合同变得无利可图,卖主可能违约。但是,卖主可以通过增加预防支出来提高履行概率。用  $x$  代表卖主预防支出,同时也代表了预防水平。 $p(x)$  代表合同履行概率,有  $1 > p(x) > 0$  并且,假设随着预防水平上升,履行概率以递减的速度增加,即  $p'(x) > 0$   $p''(x) < 0$ 。

#### 3 履行合同的社会福利依赖于合同创造的价值和为此付出的成本

合同创造的价值是  $(1 - \alpha)p(x)l + \alpha p(x)h$  相关的成本是  $x + k$ 。其中  $k$  代表买主声明自己的类型需要花费一定的成本,我们称之为沟通成本。假设用  $w$  表示社会福利,那么,  $w = (1 - \alpha)p(x)l + \alpha p(x)h - (x + k)$ 。假设违约责任规则的目标是使社会福利最大化。

#### 4 合同价格等于卖主的期望成本

假设市场是完全竞争的,卖主利润为零,合同价格  $c$  等于卖主的期望成本。如果用  $d$  表示卖主在违约情况下支付的赔偿,那么有  $c = x + (1 - p(x))d$ 。注意,理性的卖主肯定会选择合适的预防水平使得其成本最小化。因此,如果卖主知道违约责任是  $l$  他会选择预防水平  $x_l^*$ , 满足

$$m_x \ln x + [1 - p(x)]l \quad (1)$$

同理,如果买主知道违约责任为  $h$ , 那么他会选择  $x_h^*$ , 满足

$$m_x \ln x + [1 - p(x)]h \quad (2)$$

如果卖主知道违约责任是  $l$  的概率为  $1 - \alpha$ ,  $h$  的概率是  $\alpha$ , 那么他会选择  $x_{lh}^*$ , 满足

$$m_x \ln x + [1 - p(x)][(1 - \alpha)l + \alpha h] \quad (3)$$

用  $c_l$ ,  $c_h$ ,  $c_{lh}$  分别代表上述三种情况下的合同价格,同时,这也是卖主的预防成本和期望责任赔偿的总和。我们得到

$$c_l = x_l^* + [1 - p(x_l^*)]l \quad (4a)$$

$$c_h = x_h^* + [1 - p(x_h^*)]h \quad (4b)$$

$$c_{lh} = x_{lh}^* + [1 - p(x_{lh}^*)][(1 - \alpha)l + \alpha h] \quad (4)$$

显然,  $c_l < c_{lh} < c_h$ 。

### (二)分析

#### 1 社会最佳的行为

在整个过程,我们关注的行为主要是在缔约时买主沟通信息以及在履约时卖主采取预防的行为。

在履约时, 卖主可能知道也可能不知道买主的估价, 这取决于买主是否沟通。在买主已经沟通的情况下, 卖主可以分别选择  $x_l$  和  $x_h$  最大化社会福利

$$(1 - \alpha)[p(x_l)l - x_l] + \alpha[p(x_h)h - x_h] - k \quad (5)$$

由于沟通成本是固定的, 相当地,  $x_l$  和  $x_h$  决定于

$$\max_{x_l} p(x_l)l - x_l \quad (6)$$

$$\max_{x_h} p(x_h)h - x_h \quad (7)$$

分别用  $x_l^*$  和  $x_h^*$  表示 (6) (7) 的解, 显然, 它们也分别是 (1) (2) 的解。由于  $p'(x) > 0$   $p''(x) < 0$  有

$$x_l^* < x_h^* \quad (8)$$

并且

$$p(x_l^*)l - x_l^* < p(x_h^*)h - x_h^* \quad (9)$$

如果买主不沟通信息, 卖主不能区别两种类型的买主, 卖主只好为所有买主选择一个适中的预防水平  $x_b$ , 最佳水平决定于

$$\max_{x_b} p(x_b)[(1 - \alpha)l + \alpha h] - x_b \quad (10)$$

用  $x_b^*$  表示上式的解。由式 (6)、(7) 和 (10) 的一阶条件可以得出

$$p'(x_l^*) = \frac{1}{l}, p'(x_h^*) = \frac{1}{h}, p'(x_b^*) =$$

$$\frac{1}{(1 - \alpha)l + \alpha h}$$

于是有  $p'(x_b^*) < p'(x_h^*) < p'(x_l^*)$ 。再次利用  $p'(x) > 0$   $p''(x) < 0$  我们得到

$$x_l^* < x_b^* < x_h^* \quad (11)$$

不等式 (11) 表明, 在不知道买主类型时, 卖主采取的预防水平位于针对低估价买主和针对高估价买主采取的最佳预防水平之间, 反映了对两类买主的兼顾。到此, 对于什么是卖主的最佳行为, 我们已经有了答案。即, 在卖主知道买主类型时, 卖主针对不同的买主区分预防水平; 而在不知道买主类型时, 采取统一的适中的预防水平。

接下来我们需要确定的是, 什么是买主的最佳行为, 即, 买主在什么情况下应该沟通信息。答案是肯定的, 当买主沟通信息带来的社会收益超过由此产生的社会成本时, 买主就应该沟通信息。当买主沟通信息时, 买主为两类买主区分预防, 比起不区分而言, 增加的社会收益是

$$\begin{aligned} b &= (1 - \alpha)[p(x_l^*)l - x_l^*] + \alpha[p(x_h^*)h - x_h^*] \\ &\quad - \left\{ p(x_b^*)[(1 - \alpha)l + \alpha h] - x_b^* \right\} \\ &= (1 - \alpha) \left\{ [p(x_l^*)l - x_l^*] - [p(x_b^*)l - x_b^*] \right\} \end{aligned}$$

$$+ \left\{ [p(x_h^*)h - x_h^*] - [p(x_b^*)h - x_b^*] \right\} > 0 \quad (12)$$

注意式 (12) 第二个表达式, 表明信息价值来自于对两种不同类型买主的预防水平的改进。第一项是低估价买主因为沟通而增加的收益, 第二项是高估价买主因为沟通而增加的收益。因为  $x_l^*$  而不是  $x_b^*$  是 (6) 的解,  $x_h^*$  而不是  $x_b^*$  是 (7) 的解, 这表明式 (12) 第二个表达式的两项都为正, 即, 每一类买主都能够从沟通信息中得到一定的收益。

买主沟通信息可能出现三种情况: 第一, 两种类型的买主都沟通; 第二, 只有低估价买主沟通; 第三, 只有高估价买主沟通。只要任何一种类型的买主沟通, 那么保持沉默的买主可以被视为另一类型的买主。因此, 在三种情况, 卖主都可以获得区分预防的足够信息, 或者说具有同样的沟通效果。但是, 在三种情况下的沟通成本却显著不同。在第一种情况下, 信息沟通成本是  $k_0$ 。在第二种情况下, 信息沟通成本是  $(1 - \alpha)k_0$ 。在第三种情况下, 信息沟通成本是  $\alpha k_0$ 。由于我们假设通常情况下高估价买主较少,  $0 < \alpha < 0.5$ , 所以, 只有高估价买主沟通的情况成本最低。因而, 为卖主区分买主提供信息的最小成本是  $\alpha k_0$ 。因此, 沟通信息是社会最佳的, 当且仅当

$$\alpha k < b \quad (13)$$

式 (13) 两边同时除以  $\alpha$ , 并利用式 (12), 不等式 (13) 可以改写为

$$\begin{aligned} k &< \left\{ [p(x_h^*)h - x_h^*] - [p(x_b^*)h - x_b^*] \right\} + \\ &\quad \frac{(1 - \alpha)}{\alpha} \left\{ [p(x_l^*)l - x_l^*] - [p(x_b^*)l - x_b^*] \right\} \end{aligned} \quad (14)$$

(14) 式给出了买主沟通的条件。到目前为止, 我们已经知道了买主和卖主的社会最佳行为要求, 总结如下:

如果沟通买主类型的信息的最小社会成本小于由此产生的收益, 即, 如果式 (14) 成立, 那么, 社会最佳行为要求只有高估价买主沟通信息, 并且卖主区分预防水平, 为高估价买主设定高水平预防  $x_h^*$ , 而为低估价买主设定低水平的预防  $x_l^*$ 。然而, 如果不等式 (14) 不成立, 那么, 社会最佳要求任何一类买主都不进行沟通, 卖主为所有买主选择适中的预防水平  $x_b^*$ 。

## 2. 限制责任规则下的行为

这里, 限制责任规则是指, 如果买主不向卖主沟通关于自己对合同估价的情况, 那么在违约情况

下不管其实际估价如何,卖主的责任都限制在较低水平  $\downarrow$  对低估价买主而言,无论他是否选择沟通,合同的期望收益都是  $\downarrow$  支付的价格也都是  $c_0$ 。但在沟通情况下会发生不带来任何收益的沟通成本  $k_0$ 。显然,低估价买主的占优策略是不沟通。因此,在限制责任规则下,卖主倾向于将保持沉默的买主一律视为低估价买主,采取低水平的预防  $x_1^*$ ,索取价格  $c_0$ 。

对高估价买主而言,如果他不沟通,卖主采取低水平预防,合同价格为  $c_1$  在卖主违约时得到的赔偿是  $\downarrow$  合同对他的期望收益为  $p(x_1^*)h + (1 - p(x_1^*))\downarrow$  他支付的成本是合同价格,期望净收益是  $p(x_1^*)h - x_1^*$ 。如果他选择沟通,卖主采取高水平预防,合同价格为  $c_0$ 。在卖主违约时得到的赔偿是  $h$  合同对他的期望收益为  $p(x_1^*)h + (1 - p(x_1^*))h$  他支付的成本是合同价格加上沟通成本  $c_0 + k$  期望净收益是  $p(x_1^*)h - x_1^* - k_0$ 。因此,高估价买主是否沟通依赖于两种情况下净收益的对比。于是,我们有

$$k < [p(x_1^*)h - x_1^*] - [p(x_1^*)h - x_1^*] \quad (15)$$

如果不等式 (15) 成立,那么高估价买主会选择沟通。在这种情况下,只有高估价买主沟通,而且卖主也因此而区分预防,符合社会最佳的要求。但是,如果不等式 (15) 不成立,高估价买主选择不沟通,那么此时,卖主选择的预防水平是  $x_1^*$ ,低于买主不沟通情况下社会最佳要求的预防水平  $x_{1h}^*$ 。因此,在限制责任规则下,如果出现沟通均衡,那么符合社会最佳要求。如果出现不沟通均衡,则不符合社会最佳要求。

### 3 不限制责任规则下的行为

这里,不限制责任规则是指,无论买主是否沟通,在违约时他得到的赔偿都等于其实际的估价。由于沟通与否高估价买主得到的期望收益都是  $h$  但沟通情况下会多支出沟通成本,显然,他不会选择沟通。因此,在该规则下,卖主倾向于将沉默买主视为高估价买主,采取高水平预防  $x_1^*$ ,索取的合同价格是  $c_0$ 。

对低估价买主而言,合同对他的期望收益为  $\downarrow$  如果他沟通,卖主采取低水平预防,合同价格为  $c_1$  他支付的成本是合同价格加上沟通成本  $c_1 + k$  期望净收益是  $\downarrow - c_1 - k_0$  如果他不沟通,卖主采取高预防水平  $x_1^*$ ,合同价格为  $c_0$  他支付的成本是合同价格,期望净收益是  $\downarrow - c_0$ 。因此,低估价买主是否

沟通依赖于两种情况下净收益的对比。于是,我们有

$$k < c_h - c_l \quad (16)$$

(16) 式是低估价买主沟通的条件。不等式的左边代表的是沟通的成本,其右边的项目代表的是因为沟通而增加的收益。因此,在不限制责任规则下,高估价买主选择沉默,而低估价买主却为了争取较低的价格有沟通的激励。如果满足 (16), 低估价买主会选择沟通,这不符合社会最佳的要求。如果不满足 (16), 低估价买主不沟通,此时,卖主对所有买主都选择预防水平  $x_1^*$ ,高于买主不沟通情况下社会最佳要求的预防水平  $x_{1h}^*$ 。因此,在不限制责任规则下,无论出现沟通均衡还是不沟通均衡,都不符合社会最佳的要求。

### 4 可预见性规则下的行为

在可预见性规则下,卖主的违约责任限于在缔约时他所预见到的违约引起的损失。当买主沟通时,他会根据买主类型选择最佳的预防水平并索取相应的合同价格。当买主都不沟通时,根据我们的假设,卖主根据自己在商业实践中积累的经验和统计知识,知道  $\alpha$  比例的买主有高估价  $h$  而  $1 - \alpha$  比例的买主有低估价  $\downarrow$  于是,买主估价的期望值是  $(1 - \alpha)\downarrow + \alpha h$ 。因此,如果将买主估价的期望值作为卖主在缔约时应该预见到的损伤水平,那么,在买主都不沟通时,卖主只能选择预防水平  $x_{1h}^*$ ,并索取合同价格  $c_{1h}$ 。

#### (1) 对低估价买主

合同的期望收益是  $\downarrow$  如果他沟通,那么合同价格是  $c_1$  净收益是  $\downarrow - c_1 - k_0$  如果他不沟通,那么合同价格是  $c_{1h}$ ,净收益是  $\downarrow - c_{1h}$ 。因此,低估价买主是否沟通依赖于两种情况下净收益的对比。于是,我们有

$$k < c_{1h} - c_1 \quad (17)$$

仔细观察 (17) 式,当高估价买主所占比例  $\alpha$  越高,高估价  $h$  和低估价  $\downarrow$  之间的差值越大,并且,采取预防措施对提高履行水平效果不甚显著时,(17) 式容易满足,低估价买主会选择沟通。

#### (2) 对高估价买主

如果他沟通,那么期望收益是  $h$  合同价格是  $c_0$  净收益是  $h - c_0 - k_0$  如果他不沟通,在违约时得到的赔偿限于缔约时卖主预期到的损失,即,  $[(1 - \alpha)\downarrow + \alpha h]$ , 那么期望收益是  $p(x_{1h}^*)h + [1 - p(x_{1h}^*)][(1 - \alpha)\downarrow + \alpha h]$ 。支付的成本是合同价格  $c_{1h}$ , 净收益是  $p(x_{1h}^*)h + [1 - p(x_{1h}^*)][(1 -$

$\alpha) l + \alpha h] - c_h$ , 即  $p(x_h^*)h - x_h^*$ 。因此, 高估价买主是否沟通依赖于两种情况下净收益的对比。于是, 我们有

$$k < [p(x_h^*)h - x_h^*] - [p(x_{lh}^*)h - x_{lh}^*] \quad (18)$$

仔细观察 (18) 式, 当高估价买主所占比例  $\alpha$  越低, 高估价  $h$  和低估价  $l$  之间的差值越大, 并且, 采取预防措施对提高履行水平效果越是显著时, (18) 式容易满足, 高估价买主会选择沟通。

结合 (17) 和 (18), 我们可以得到有关可预见性规则的结论。当 (17) 式满足时, 低估价买主选择沟通, 这偏离社会最佳, 除非低估价买主所占比例低于高估价买主。原因有二: 第一, 沟通成本比较大, 毕竟低估价买主所占比例较大; 第二, 由于采取预防措施无甚效果, 即使沟通, 卖主也可能不会区分预防, 沟通成为一种浪费。当 (18) 式满足时, 高估价买主选择沟通, 这符合社会最佳的要求。原因也是表现在两个方面: 第一, 沟通成本较小, 毕竟高估价买主比例较小; 第二, 由于采取预防措施效果非常显著, 在沟通后卖主会区分预防。当 (17) 和 (18) 式都不满足, 例如当  $\alpha$  接近 50%, 高估价  $h$  接近低估价  $l$  时, 高估价买主和低估价买主都不沟通, 卖主不区分预防, 符合社会最佳的要求。在实践中, 由于满足 (17) 式的情况很少出现, 使得可预见性规则下的沟通均衡通常都表现为高估价买主沟通而低估价买主保持沉默, 并且卖主区分预防。因此, 在可预见性规则下, 无论是在沟通均衡还是在非沟通均衡情况下都符合社会最佳的要求。

### (三) 简要结论与扩展

通过上面的分析, 我们看到在三种规则下合同双方的行为与社会最佳的吻合情况。在不限责任规则下, 无论是沟通均衡还是非沟通均衡, 都和社会最佳相背离。在限制责任规则下, 出现沟通均衡时符合社会最佳, 出现非沟通均衡时则偏离社会最佳。只有在可预见规则下, 无论是在沟通均衡还是在非沟通均衡情况下都符合社会最佳的要求。综上, 在三种规则中, 可预见性规则最符合社会最佳的要求。另外, 考虑到故意违约、买主预防和减轻损失以及卖主忽视高估价买主的存在的情况, 结论也不会改变。

#### 1. 故意违约

在我们的模型中, 违约是因为未能针对风险采取更大的预防去提高履行概率, 而不是因为故意违约引起。考虑到故意违约, 可预见性规则导致的信息沟通仍然是有价值的。当且仅当履行价值超过

履行成本, 履行是社会所期望的。在违约方评估履行价值和履行成本时, 必须考虑双方的情况, 这需要获得非违约方的信息。在可预见性规则下, 尽管他不得不为此支付更高的价钱, 高估价买主仍然具有告知卖主其对履行的估价的激励。正是由于可预见性规则导致的信息沟通, 使得卖主在违约决定的计算时能够考虑到违约行为对高估价买主的影响, 做出符合社会期望的行为。

#### 2. 买主预防和减轻损失

模型中假设买主不能影响他们遭受的违约损失。但是, 买主有时能够减轻损失, 或者是在违约前采取预防性措施或者在违约后采取补救措施。对于后者, 法律专门规定了违约受害人减轻损失的责任。这里, 我们重点关注买主采取预防性措施以减轻损失的情况。假设在违约前, 买主可以采取很廉价的措施降低损失的水平, 例如, 通过减少信赖投资, 高估价买主可以将自己转变为低估价买主, 而可预见性规则恰好产生了这样的激励。因为高估价买主如果未能将自己转变成低估价买主, 那么他或者通过沟通并支付高价, 或者是不沟通但在违约时补偿不足。显然, 如果降低损失的成本很低, 他会将自己转变成低估价买主, 这样, 不需要沟通就能得到较低的价格。

#### 3. 卖主忽视高估价买主的存在

在模型中假设卖主注意到高估价买主的存在, 但在一些情况, 买主可能实际上没有注意到, 这种情况增加了可预见性规则的吸引力。在可预见性规则, 卖主没有注意到高估价买主的存在不会影响结果。因为在可预见性规则, 高估价买主具有识别自己的激励, 卖主也会因此而采取高水平预防, 情况和模型中卖主知道高估价买主存在的情况一样。而在不限责任规则下, 卖主疏忽高估价买主的存在会对结果有一定影响, 并且这种影响不是社会期望的。如果卖主没有意识到高估价买主的存在, 他们会认为对所有买主他们的责任都很低并因此而对所有买主都索取一个较低的价格。结果, 由于低估价买主不能通过识别自己而得到折扣, 因此他不会选择沟通。同样, 高估价买主也没有沟通的激励。这样, 在不限责任规则, 卖主不能得到信息导致他们为高估价买主提供有效的高预防。

### 三、可预见性规则的适用

#### (一) 预见的时间

预见时间即违约方应对何时预见到的损害负

赔偿责任,是订立合同时或订立合同之后,或是违约时?《法国民法典》第 1150 条、美国《合同法第二次重述》第 351 条、《联合国国际货物销售合同公约》第 74 条、《国际商事合同通则》第 744 条以及我国的《合同法》第 113 条多规定以合同订立时违约方的预见可能性为标准。以缔约时间作为预见时间的理由一般认为是出于公平的考虑。因为当事人在订立合同时要考虑风险,如果风险过大,当事人可达成有关限制条款来限制责任;如果要由当事人承担订立合同时不应预见的损失,则当事人会鉴于风险太大而放弃交易<sup>[6]</sup>。韩世远进一步指出:“合同的缔结是以当事人当时了解的情况对日后的风险所作的一种分配,而且是在这种分配的基础上讨价还价形成了合同的对价关系,如果以日后的情况加之于违约方,且又未使之有机会通过提升价格或者作其他适当安排防范风险,对他来说则是不公平的。至于日后出现的为双方所了解到的新的情况,双方本可以通过合同变更的方式加以解决,而在合同变更之前,随意地确立规则使违约方单方面承受不利的风险,则未免武断。”<sup>[7]</sup>

## (二)适用范围

虽然可预见性规则被众多国家法律所采纳,但在欺诈、故意等情况下不得适用。例如,根据法国民法典第 1150 条的规定,在债务的不履行是基于债务人的欺诈时,可预见性规则不再适用。在法国后来的司法实践中,将欺诈的例外,扩大到了重大过失,不履行因故意或者视同故意之重大过失时,并不问预见可能性之有无<sup>[8]198</sup>。在不履行因故意或者视同故意之重大过失时这种情况,适用第 1151 条的相关规定:“纵损害为违法当事人于违约时未预见或不能预见,只要该损害为故意违约之直接后果,违约人亦应负责。”再如,《欧洲合同法原则》在第 9-503 条规定:“不履行方当事人仅对于其于合同成立时预见到的或可以合理地预见到的、作为其不履行的可能结果的损失负责,除非该不履行是故意的或重大过失的。”虽然有学者认为英美法在适用上是不关乎违约人的主观状态是出于故意(欺诈)、重大过失、一般过失还是无过失,一律适用“可预见规则”,有时可能过于宽宏大量,在某些方面对受害人过于苛刻,对债权人的保护不很充分<sup>[9]</sup>。我们认为这可能是对英美法的误读。例如,根据英国《1967 年虚假陈述法》第 2 条第 1 款的规定,在一方当事人作了虚假陈述时,对方当事人的所有附带损失都应当予以赔偿,不受任何

限制<sup>[10]</sup>。

法律为何会规定在故意违约情况下排除可预见性规则的适用,除了稳定交易,我们认为可以根据效率违约理论进行解释。效率违约理论暗示,如果承诺人违约收益超过受承诺人因此而受到的损失,那么违约就可以增加社会福利<sup>[11]</sup>。需要注意,效率违约增加社会福利有一个前提,就是违约人必须能够合理地计算违约收益和损失。在可预见性规则是以缔约时间作为当事人预见的时间,但是在整个合同履行的进程中,双方掌握的信息在增加,可能对损失的预见会有很大改变。显然,效率违约要求违约方根据违约时的信息来计算违约可能产生的收益和损失,从而做出是否违约的决定。如果适用可预见性规则,那么,当事人就会根据缔约时可预见的损失做出决定,导致了无效违约的激励。

当然,在新信息出现后的重新谈判也可能避免这种无效违约的决定。例如, A 和 B 缔约,由 A 向 B 提供价格为 1000 元的履行,该履行对 B 的价值是 1200。假设在完成履行前,对该履行估价为 1400 元的 C 出现,并以 1300 元的合同价格向 A 要约。同时假设 B 的情况改变,其对履行的估价上升至 1500 元。效率要求资源转移到对其估价最高的用途上,即效率要求对 B 履行。在可预见性规则, A 完全可以违反其和 B 之间的合同并赔偿损失然后向 C 履行,这可以为 A 多带来 100 元收益(C 提供的合同价格高出的 300 元扣除给 B 赔偿的 200 元),但此时 B 损失了 300 元(新旧估价之间的差值)。果真如此?显然不是。在出现新情况后, B 完全可以和 A 谈判,重新调整合同以确保合同得到履行。但请注意,和排除可预见性规则在故意违约情况下的适用相比较,这增加了谈判的成本,导致了无谓的效率损失。而排除可预见性规则在故意违约情况下的适用后,违约人只有在第三方对履行的估价高于原合同受约人对履行的估价时才可能违约,而这正是效率所要求的。

## (三)预见的内容

对于预见范围,各国判例及学说存在不同观点,第一种观点以英国法为代表,认为预见的内容应包括引起损害的种类或类型,而不必要预见到损害的程度或数额;第二种观点以法国法为代表,认为被告不仅应当预见到损害的类型,还应预见到损害的程度<sup>[8]338</sup>。我们认为第一种观点更为可取,国际统一私法协会通过的《国际商事合同通则》也采纳了第一种观点,其在第 7-4-4 条规定:“可预见性

与损害的性质或类型有关,但与损害的程度无关,除非这种程度使损害转化为另一不同种类的损害。”

为什么只要预见到损害的种类或类型而不要求预见到损害的程度或数额?美国法学家富勒在解释时认为:“原告所遭受的损失(对期待的剥夺——违约损害赔偿是对期待利益的保护),并非一个自然的数据,而是对一种常规数据的反映,只有参照一种未与言明的应该时,它才显得是一种损失。相应的,当法律根据允许之履行的价值判予损害赔偿时,它并非单纯地计算一个总量,而是在寻求一种目的,无论这种目的可能会是怎样地被隐含着。”<sup>[12]</sup>在一般情况,特定性质和种类的损害的程度是大家所熟知的。即使并未言明,当事人双方都知道这种默认的损失的大小,不会出现很大的争议。

#### (四)预见的标准

对于预见的标准,各国法律一般都是以理性人标准结合违约当事人的实际情况来进行判定。例如,《联合国国际货物销售合同公约》第 74 条规定:“这种损害赔偿不得超过违反合同一方在订立合同时,依照他当时已知道或理应知道的事实和情况,对违反合同预料到或理应预料到的可能损失。”从中不难看出它是采取了主客观的双重标准来进行限定,即“违约方根据订约时知道的事实和情况,对预见到的违约可能造成的损失负赔偿责任,这是主观标准;违约方根据订约时‘理应知道的’事实和情况,对违约‘理应预见到的’可能损失,这是客观标准”。<sup>[13]</sup>我国合同法第一百一十三条规定了损失赔偿额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与此类似。

从上面的规定中我们看到,在判断当事人应该预见的标准时实际上应该分两步进行。先以“理性人”的标准来判定该损害是否应当预见,如果能

够预见,那么同等情况下违约人就应该预见,因此应该赔偿。如果“理性人”不能预见,那么就考虑违约的特殊情况来决定是否是可预见的。具体而言,主要考虑以下两个方面的因素:第一,主体因素,包括智力情况、受教育程度、生活经历、所具有的身份特性以及所从事的职业及从业时间等。第二,合同的主要内容,主要考虑当事人双方的权利义务的对应关系和合同标的物的性质和用途两点。

#### [参考文献]

- [1] 王利明. 违约责任论[M]. 中国政法大学出版社, 1996: 764
- [2] 格兰特·吉尔莫. 契约的死亡[M]. 曹士兵等译. 中国法制出版社, 2005: 53
- [3] Melvin A. Eisenberg. The Principle of Hadley v. Baxendale. California Law Review, 1992(3): 563-613
- [4] 尹田. 法国现代合同法[M]. 法律出版社, 1995: 300
- [5] 理查德·A·波斯纳. 法律的经济分析(上)[M]. 蒋兆康译. 中国大百科全书出版社, 1997: 161-162
- [6] 江平. 中华人民共和国合同法精解[M]. 中国政法大学出版社, 1999: 94
- [7] 韩世远. 合同法总论[M]. 法律出版社, 2004: 739
- [8] 韩世远. 违约损害赔偿研究[M]. 法律出版社, 1999
- [9] 崔建远. 合同责任研究[M]. 吉林大学出版社, 1999: 209
- [10] 何宝玉. 英国合同法[M]. 中国政法大学出版社, 1999: 680
- [11] Peter Linzer. On the Amoralty of Contract Remedies: Efficiency, Equity, and the Second Restatement. 81 Columbia L. Rev. 1981: 114-17.
- [12] L L 富勒. 合同损害赔偿中的信赖利益[M]//梁慧星. 民商法论丛(第7卷)法律出版社, 1997: 471.
- [13] 张玉卿. 联合国国际货物销售合同公约释义[M]. 辽宁人民出版社, 1988: 289

(责任编辑: 杨 睿)

## An Explanation for Foreseeable Rule based on Law and Economics

LIU Ting-hua

(School of Government Administration, Yibin College, Sichuan Yibin 644000, China)

**Abstract** The foreseeable rule limits defaulter liability on the level that he have predicted or should had predicted loss of breach of contract. The scholars generally think that it is the inevitable requirement of freedom in agreement. Economic analysis indicates that this is contrary to the theory of efficient breach, and may cause the inefficient decision in breach for society, unless we get rid of the rule under the deliberate breach. Moreover, it is the key to the question how to understand the prediction of the defaulter. If and only if we think the lost expected value as the prediction of the defaulter, the foreseeable rule is effective.

**Keywords** foreseeableness; freedom in agreement; efficient breach; expected value; lawful economics