

CISG损害可预见性规则研究

王 徽

(华东政法大学国际法学院, 上海 200042)

摘 要: 作为两大法系相互交融的产物,《联合国国际货物销售合同公约》(下称“CISG”)是国际商法领域的重要成果。鉴于CISG损害“可预见性规则”本身具有一定的抽象性和模糊性,且具体规则在适用过程中存在一定难度,故该法律问题具有较高的理论和实践研究价值。本文在把握“可预见性规则”法律渊源、法理的基础之上,重点就CISG损害“可预见性规则”的“主体”、“时间”、“认识”、“主客观标准”、“因果关系”和“预见内容”要件开展了分析。并结合CISG实例,以期将抽象规则具体化,为更好地把握和适用CISG损害“可预见性规则”提供一定借鉴。

关键词: CISG; 损害赔偿; 可预见性规则

中图分类号: DF961 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095-8072(2014)05-0066-15

一、引言

《联合国国际货物销售合同公约》(下称“CISG”)是国际商法领域极为重要的一部国际公约。该公约由联合国国际贸易法委员会主持制定,于1980年在维也纳举行的外交会议上获得通过,并于1988年1月1日正式生效。CISG的重大价值在于其较好地协调了两大法系在国际货物销售法领域的法律冲突,很大程度上消除并减少了国际贸易领域的法律障碍,为国际贸易的发展做出了巨大贡献。法谚有云:“无救济即无权利。”CISG的损害赔偿制度,无疑具有核心地位。本文的研究重点系CISG整个损害赔偿制度中的损害赔偿“可预见性规则”。

选题的主要理由在于CISG损害“可预见性规则”存在理论和适用上的模糊性。^①通过《贸易法委员会关于<联合国国际货物销售合同公约>判例法摘要汇编》第74条的相关内容可得,其关于CISG损害“可预见性规则”的描述仅有3小段,且也只是简要归纳了哪些损害可以预见,哪些被认定为不可预见。但其对于该条款如何适用,如何得出损害可否预见等只字未提。^②故CISG损害赔偿“可预见性规则”具有进一步的研究价值,尤其应当结合相关理论和CISG案例。^③

① C.M. Bianca, M.J. Bonell ed., *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*. Giuffrè: Milan, 1987.

② 2012 UNCITRAL Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods Digest of Article 74 case law.

③ 笔者注:本文CISG案例主要来源于《贸易法委员会关于<联合国国际货物销售合同公约>判例法摘要汇编》。

二、损害“可预见性规则”概述

损害“可预见性规则”是指一方当事人违约给对方造成损失时，违约方承担的赔偿责任不得超过他订立合同时所预见到或者应当预见到的损失。^①该规则不仅仅体现在CISG之中，还可见于英美法系国家、大陆法系国家的国内法。更加确切地说，CISG“可预见性规则”的设立，充分考虑了两大法系相关制度的基础，付诸于协议。

（一）损害“可预见性规则”在两大法系中的体现

1.大陆法系关于“可预见性规则”的阐述和实践

违约损害赔偿的“可预见性规则”具有罗马法传统，最早由法国学者波蒂埃（pothier）在其著作《债务论》一书中提出。^②他作了如下表述：“债务人对债权人即要遭受债务不履行之损害的人仅对合同的可得预见之损害和利益负有义务，亦即债务人被看作为仅对这些受有约束”。^③这样的观点后为《法国民法典》采纳。

《法国民法典》第1150条规定：“如债务的不履行并非由于债务人的欺诈时，债务人仅就订立契约时所预见或可预见的损害和利益负赔偿的责任。”第1151条规定：“即使是在违约方存在故意或重大过失时，损害也只被限定于直接损害。”虽然法国是成文法国家，在法律解释上与判例法国家相比，一定程度上受到了法典的限制，但是就“可预见性规则”而言，案例同样具有推动法律发展的作用。1150、1151条起初只被用于限制损害赔偿的类型，但是后续的案例发展表明，它们同样可以被适用于限制损害赔偿的程度。这导致有些法国学者将损害“可预见性规则”认定为是一种在经济上限制违约方赔偿责任的规则。^④

值得一提的是，法国民法中的“可预见性规则”体现了大陆法系民法的“诚实信用原则”。根据该原则所体现的法律精神，合同的一方有义务就合同的风险向另一方释明。若一方有违告知义务在先，又怎能再要求对方在此基础上承担过于严重的违约责任呢？由此而观之，“可预见性规则”从某种程度上也正是为了配合诚实信用原则的落实而设置的。

德国民法在相同或者相类似的案件中，采取了与法国不同的做法。其采取的是完全赔偿原则，并否定了可预见性与有责性的联系。对于赔偿义务而言其仅要求责任原因的存在。^⑤确切的说，限制违约责任的唯一标准在于“因果关系”，而非法国那样

① 虞汪日.论《联合国国际货物销售合同法公约》违约损害赔偿可预见性规则[J].法政探索理论月刊,2012(11):100-104.

② Lon L. Fuller & Melvin Aron Eisenberg, *Basic Contract Law (4th ed)*, Denver: West Publishing Co. 1981.

③ 韩世远.违约损害赔偿研究[M].北京:法律出版社,1999.

④ P. Malaurie, L. Aynes and P. Stoffel-Munck, *Les obligations, (4th ed)*, Paris, Defrenois, 2009.

⑤ [日]北川善太郎.损害赔偿论序说（一）[C].京都法论丛,1999.

的“可预见性规则”。^①

德国从理论上采取本国学者冯·克里斯(Von Kris)于19世纪提出的“充分原因”理论(adequate causation theory),即违约方必须对因其不法行为而导致的具有“充分原因”的损害承担赔偿责任,然而一旦超出这一限度,则无需赔偿。其中“充分原因”指的是那些客观地造成或者增加了损害发生的危险条件。^②该理论于1878年得到了帝国最高法院的采纳。

由于界定“充分原因”并不容易,因此也可以说其很大程度上成为违约方赔偿责任的“限制闸门”。特别是对于那些可预期利益而言,在判定“充分原因”时需要就诸多事项做综合考虑,如事务的通常进程、违约方的缔约能力、交易环境是否存在特殊情势等。事实上,虽然德国民法并没有可预见性规则,但在适用“充分原因”理论时,往往也要考虑到违约方的预见性。

最后,我国《合同法》第113条也设有单独的违约损害“可预见性规则”。^③

2.英美法系关于可预见性的规则和实践

英国合同法在限制违约责任方面,在充分吸收了波蒂埃观点的基础之上,进而采取了“远隔性规则”(rule of remoteness)。简单的说,违约方仅仅对于那些不是非常疏远(not too remote)的损害承担赔偿责任,而判断疏远与否的具体标准之一便是损害的“可预见性”。^④

“可预见性规则”在英美法中最早体现在经典合同法判例,即以1854年的哈德利诉巴克森戴尔案(Hadley v. Baxendale)、^⑤维多利亚诉洗衣店诉纽曼工厂案(Victoria Laundry (Windsor) Ltd v. Newman Industries Ltd)为代表的一系列判例之中。^⑥

英国Baron Alderson勋爵认为如果不能将合同违约损害赔偿限定到可预见的范畴内,那么对违约方而言将是十分不公平及不合理的。^⑦在此基础上,他在哈德利案的判词中,在区分违约方是否能够预见的基础上,开展了严密的分类讨论,分析过程中他阐述了“可预见性”对于双方权利义务的影响,最终首次在英美法中引入“可预见性规则”。之后,在维多利亚诉洗衣店案中,阿斯奎思勋爵对哈德利案的精神制定了更细致的规范,最终树立了如下法律规则,即:

(1)如果在订立合同时,违约方没有理由预见到违约将造成的损失,守约方便

① [德]罗伯特·霍恩,海因·科茨,汉斯·G·莱塞,《德国民商法导论》[M],楚建译,北京:中国大百科全书出版社,1996.

② Donald Harris and Denis Tallon, *Contract Law Today: Anglo-French Comparisons*, Clarendon Press, 1989.

③ 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。

④ Jack Beatson, Andrew Burrows, John Cartwright, *Anson's Law of Contract*, 29th Revised Edition, Oxford University Press, 2010.

⑤ Hadley v Baxendale [1854] EWHC J70.

⑥ Victoria Laundry (Windsor) Ltd v Newman Industries Ltd [1949] 2 KB 528.

⑦ P. Malaurie, L. Aynes and P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, (4th ed), Paris, Defrenois, 2009.

不能获得赔偿。当事人对于结果的可预见性,取决于违约方的认识状况。

(2)“可预见损失”包括经常性损失和非经常性损失,前者是一目了然的,单凭借常识便可以预见的损失;而后者则针对那些在一些较为“非常见”的情况下导致的损失,这要求合同主体之间提前特别声明该合同的违约后果。换言之守约方需要负举证责任,证明其曾经告诉过违约方关于合同的违约后果。

这样的法律原则在总体上也被美国的《统一商法典》第2-715条2a,^①以及1981年发布的美国《第二次合同法重述》第351条所采纳。^②

(二)“可预见性规则”法理阐述

如上所述,不论是英美法系中,还是在大陆法系国家中,均可见到违约损害赔偿“可预见性规则”的身影。为什么要设置可预见性规则呢?该规则的法理依据又在何处?通过研究,笔者主要归纳了以下几点:

首先,“可预见性规则”的法理依据在于其契合了意思自治原则。依据法国法学家波蒂埃在《债务论》中提出的观点,既然合同之债系双方意思自治的产物,那么债务人对于债权人的义务也应当有所限定,即合同主体仅需对可预见之损害负赔偿义务,否则便会超越双方合意。^③按照这样的观点,合同违约后的损害赔偿问题,也应体现意思自治精神。换言之,如果损害赔偿问题完全没有边际,甚至完全背离了双方所能预见的结果,那么无疑是有悖于意思自治原则的。

其次,“可预见性规则”体现了保护合理“信赖利益”的精神和“公平”理念。^④“信赖利益”值得保护,但应以合理性为限。如果规则的“天平”一味向守约方倾斜,在损害赔偿上不加限制,那么合同的损害赔偿将不再符合“补偿性”的本质特征。由此一来,将导致不公平的结果,从而抑制合同的缔结,因为缔约的风险预期远远大于获利的期望值。^⑤从另一角度看,如果违约救济原则上呈现“惩罚性”,其还可能在特定案件中与主张惩罚性赔偿的侵权赔偿案产生界限上的重合。

再者,该原则起着平衡违约方与守约方利益的作用。波斯纳运用法经济分析的方法,对“可预见规则”进行了分析。他主张如果风险只为契约一方所知,那么契约另一方就不应对可能发生的损失承担法律责任。这样的安排促成了以最有效率的方法分

① UCC第2-715条2a:“未能满足买方一般的或特殊的要求和需求而造成的损失,只要在订立合同时卖方有理由知道此种要求和需求,且买方无法以补进货物或其它方法而合理地避免此种损失”。

② 第351条 不可预见性和对损害赔偿的相关限制

(1) 合同签订时,违约方当事人没有理由预见作为违约的可能后果的损失,对于该损失的损害赔偿金不可取得。

(2) 作为违约的可能后果的损失可被预见,因为该损失从该违约行为得出

(a) 在一般情况下,或

(b) 作为特别情形的结果,超过了一般情况,而违约方当事人没有理由知道。

③ 韩世远.违约损害赔偿研究[M].北京:法律出版社,1999.

④ CISG Advisory Council Opinion No. 6, Calculation of Damages under CISG Article 74, para.1.1. [2014-04-07]. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html>.

⑤ 王莉莎.《联合国国际货物销售合同公约》损害赔偿制度研究[D].复旦大学硕士论文,2011.

配风险的激励。^①除此之外,另有学者指出损害赔偿制度的设计还需要考虑“有效预防”与“有效激励”两个方面。^②“可预见性规则”设置的背后也存在这样的考量,因规则本身需要在“刺激交易”和“抑制违约动机”中寻求平衡。按照法经济学的理论,由数理模型可以推导出一个结论,即对一方的信任投资水平应予以必要的限制,从而使其符合社会最优信赖投资水平。^③

最后,通过回顾法制史,我们不难看出“可预见性规则”产生时正值特定的历史背景,即欧洲工业革命的末期。市场经济的快速发展,使得合同的种类激增,对应的风险也与日俱增。在这样的背景下,“可预见性规则”的引入,就是要防止这种风险实质性阻碍市场经济的发展。因为若无该规则,行为主体的缔约动机和效率将极可能因合同的风险过大而显著降低。^④无疑这样的政策考量(policy consideration)即使放在今天也同样具有可适用性。

通过分析,笔者认为,正是由于以上种种原因,两大法系在设置“可预见性规则”上表现出了趋同的做法。CISG作为国际货物销售领域里的核心实体法律文件之一,同样也是基于与上述相同或类似的考虑,将损害“可预见性规则”纳入其损害赔偿制度。

三、CISG中的损害“可预见性规则”

(一) CISG中损害“可预见性规则”定义

CISG之中的损害“可预见性规则”见于《公约》第74条:“一方当事人违反合同应负的损害赔偿额,应与另一方当事人因他违反合同而遭受的包括利润在内的损失额相等。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。”

(二) CISG对两大法系中损害“可预见性规则”的借鉴

从CISG损害“可预见性规则”的立法历史来看,前身《国际货物买卖统一法公约》(Uniform Law for the International Sale of Goods)(下称“ULIS”)第82条不容忽视。^⑤一方面,CISG条款设计上与ULIS具有高度的相似性,两者密切联系;

① [美]波斯纳:《法律的经济分析》[M],蒋兆康译,北京:中国大百科全书出版社,1997。

② 肖全先:《联合国国际货物销售合同公约》违约救济制度的法经济学分析[D],西南政法大学硕士论文,2010。

③ 肖全先:《联合国国际货物销售合同公约》违约救济制度的法经济学分析[D],西南政法大学硕士论文,2010。

④ 参见孙良国:《合同法中可预见规则研究》[J],国家检察官学院学报,2011(6):117-125。

⑤ Where the contract is not avoided, damages for a breach of contract by one party shall consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party. Such damages shall not exceed the loss which the party in breach ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters which then were known or ought to have been known to him, as a possible consequence of the breach of the contract.

另一方面, ULIS的立法本意也是解释CISG条款的有利补充, 因为ULIS本身也是两大法系融合的产物。在维也纳会议(Vienna Conference)上, 各国代表在CISG损害“可预见性规则”的构建上, 基本达成一致意见, 原则上采纳了ULI立法模式。因此, 从1978年CISG草案中的第70条到CISG通过时的第74条, 改动之处极少。^①

之所以CISG损害“可预见性规则”能够非常顺利地为成员国所接受, 同世界大多数法域均设有损害“可预见性规则”以及CISG充分借鉴了两大法系的制度有关。^②从法理角度看, CISG的损害“可预见性规则”无疑与“两大法系”有着“异曲同工之妙”。例如, 规则为体现合同违约救济的“填平原则”, 而对损害赔偿金作相应的平衡和限制。从法条自身的设计看, 其很好地吸收了英美法系与大陆法系在损害“可预见性规则”的内涵。^③具体而言, CISG损害“可预见性规则”体现了求同的立法模式, 即CISG并没有去触及“两大法系”国内法上的差异做法。例如, 在英美法中, 其并没有像法国民法那样区分故意违约与非故意违约; 在限制赔偿责任方面, 采取的措施也有所不同。如英国的规则单独设定损害“可预见性规则”, 而德国民法则以“因果关系”加以替代。

(三) CISG损害“可预见性规则”要件分析

虽然CISG损害“可预见性规则”同国内法制度具有莫大的渊源, 但考虑到公约的“独立性”和“跨法域性”, 规则的研究应更多的从公约入手, 国内法制度仅具有参考价值。^④通过解读CISG第74条, 笔者认为可以将CISG损害“可预见性规则”进一步划分为6个要件。它们分别是预见的主体、时间、认识、主客观标准、因果关系和内容。

1. CISG中损害“可预见性规则”主体要件

根据对CISG条文释意及司法实践中案例解读, “可预见性规则”的预见主体仅仅指违约方。事实上, 关于预见主体的认定经历有一个发展过程。在(英国)哈德利诉巴克森戴尔案中, 按照Alderson勋爵的判词, 起初预见的主体为合同双方(in the contemplation of both parties)。但是, 自维多利亚诉洗衣店诉纽曼工厂案以后, 预见性的主体由多方转变为违约者一方。CISG继承了这种观点, 不仅如此, 其它国家的内国法以及一些国际公约和示范法也采取这种模式。较为典型的有《国际商事合同通则》和《欧洲合同法通则》。例如, 与CISG相同, 《国际商事合同通则》的

① Damages for breach of contract by one party consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the including loss of profit, suffered by the other party as a consequence of the breach. Such damages may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract.

② Guide to CISG Article 74 Secretariat Commentary. [2014-04-07]. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-74.html>.

③ 李巍. 联合国国际货物销售合同公约[M]. 北京: 法律出版社, 2001.

④ J. Honnold. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*: Kluwer Law International, 2009.

第7.4.4条^①和《欧洲合同法通则》第9:503条^②同样非常明确地在法条中用文字强调了预见的主体仅为违约的一方(non-performing party)。笔者认为,这种趋同并非偶然。CISG之所以将预见主体限定为违约者一方至少有下列三个依据:

首先,我们已经知道“可预见性规则”的目的在于限制违约方的赔偿义务。事实上,需要就损害赔偿问题做出答复的也就只有违约的一方而已。^③倘若要求守约方也要就损害与违约方达成一致的可预见性,无疑“画蛇添足”且不甚合理。试问,倘若守约方没有预见到自己的损失,难道就能免除违约方的损害赔偿责任了吗?或者说,如果双方没有就可预见的内容达成一致,违约方就能藉此免除违约责任了吗?这显然是一种错误的逻辑。因为既然需要承担赔偿责任的是违约方,那么违约方的赔偿责任也应掌握在他自己手里。进一步说,因违约方的可预见性是独立于守约方的,故最终的赔偿结果也应该以赔偿方(违约方)的预见性为准。

其次,违约方较守约方往往能够更早,更全面地预知合同履行的现状。^④也就是说,违约总是有一个人先行采取行为的(无论是以作为还是不作为的方式),即违约的一方在违约问题上较守约方是主动的一方,因此其可预见性会“来得更早”。对守约方而言,因为信息延迟的缘故,他的可预见性一定会“来得更晚”。综上,若在同—一个时间点要求双方同时产生可预见性是不符合客观事实的。故可预见性规则的主体不应该包含守约方。

最后,在上述法理支持的基础之上,出于实践操作上的便利性,也应该做出如上规定,即仅仅将损害可预见性的主体限为违约一方。很显然,在司法实践中,仅仅要求违约方成为“可预见性规则”的主体是有助于提高办案效率、节约司法成本的。

为了更好地说明该要件在公约中的适用,笔者列举了如下一起适用CISG的案例,该案由中国国际贸易仲裁委员会裁决。来自中国的申请人因卖家未能及时交付货物而将争议提交至仲裁庭。在确定违约赔偿金时,仲裁庭明确地将可预见主体限定在违约方。后仲裁庭根据CISG第74条裁定申诉方胜诉,并要求被申诉方赔偿损失,其中涵盖守约方的利润丧失,理由之一便是这个损失是违约方所能预见的。^⑤本案中,我们可以十分明确地看到,即使是在实务中,CISG损害“可预见性规则”的主体也仅仅限于违约方。

2.CISG中损害“可预见性规则”时间要件

① The non-performing party is liable only for harm which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of the conclusion of the contract as being likely to result from its non-performance.

② The non-performing party is liable only for loss which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of conclusion of the contract as a likely result of its non-performance, unless the non-performance was intentional or grossly negligent.

③ Arthur G. Murphey, Jr., "Consequential Damages in Contracts for the International Sale of Goods and the Legacy of Hadley", *Wash. J. Int'l L. & Econ.*, 1989, 23: 415-474.

④ Arthur G. Murphey, Jr., "Consequential Damages in Contracts for the International Sale of Goods and the Legacy of Hadley", *Wash. J. Int'l L. & Econ.*, 1989, 23: 415-474.

⑤ 12 February 1996 CIETAC Arbitration Award [CISG/1996/08] (Art paper case). [2013-10-09]. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/960212c1.html>.

本要件旨在确定预见性规则得到适用时的起始点,该时间点至关重要,因为关于“可预见性规则”的其它要件都需要在这个限定的时间要件内开展。^①根据CISG第74条规定,这个时间应该为缔结合同之时(at the time of the conclusion of the contract)。从比较法的角度看,诸如《法国民法典》、《国际商事合同公约》在内的一系列国内法、国际法均采取了这个时间要件。为什么CISG将预见的时间要件界定在合同缔结时,而不是违约时呢?事实上这存在不同的观点。

支持“违约时”的学者认为越是临近违约时间,对违约损失的预见程度就会越高,不仅如此当事人通常只有在产生违约时才会专注地考虑法律责任,如咨询律师。故于此时来探讨违约方的认识,可以将责任更加明确化。^②

主张选取“缔约时”的学者则认为,预见规则担负着风险分担的功能,而违约方只能对其在缔约之前或同时能预见到的风险采取保护措施,将可预见的时间点规定为缔约时间更加符合公平原则。^③因为那时交易主体应该是最谨慎,且有权利视情况选择缔约与否的。CISG将时间限定在合同缔结时,也正是出于这种法理考量的。

此外,从法律实务的角度看,还有两个问题是值得注意的。首先,关于合同的生效问题。关于预见性问题的时间要件,有学者指出虽然CISG第74条有“合同缔结时”这一个术语,但事实上根据对案例的分析,此处实指合同生效时。^④这一点从CISG的案例中便能得到确认。例如,在发生于希腊雅典的一起CISG案例中,可预见性的判断便是从合同生效之时开始的。^⑤通常情况下,合同的成立和生效在同一个时间,但在一些例外的情况下,合同成立时未必生效,例如需要国家审批的合同。这就需要我们更为细致的考虑一个CISG缔约国的国内法,毕竟合同效力问题并不在CISG调整的范围之内。其次,对于某些特别的情况下,可预见的时间是会产生变化的,也就是说不仅仅刻板地严格限定于合同缔结时。例如,在修改过合同的情况下,修改的时间便应该成为预见性的“新起点。”这种判断是符合CISG第6条,即意思自治精神的,因为当事人在修改合同的同时,便重新选择了风险分担的时间点。由此而观之,时间的确定是个相对意义上的法律概念。最后,在涉及故意违约的情况下,仅仅考虑违约方在订约时的合理预见程度是不够的。因为恶意违约方的主观因素将导致其预见范围的显著性变化。实践中,这样的行为人往往具有某种特别的用意,如缔约后出于拖垮对手的目的,采取恶意违约的行为,从而断绝了对方的缔约机会或者消耗对方的现金流,以导致使其陷入经营危机。对此,CISG在立法过程中是没有涉及的。可见

① Djakhongir Saidov, December 2001, Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods, *Pace International Law Review*, Volume 14, Issue 2 Fall 2002:39.

② 虞汪日.论《联合国国际货物销售合同法公约》违约损害赔偿可预见性规则[J].法政探索理论月刊,2012(11):100-104.

③ 刘瑛.论CISG损害赔偿制度中的可预见性规则[J].广东行政学院学报,2012(4):59-66.

④ C.M. Bianca, M.J. Bonell ed., *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*. Giuffrè: Milan, 1987.

⑤ 2009 Decision 4505/2009 of the Multi-Member Court of First Instance of Athens (Bullet proof vest case), [2013-10-02]. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/094505gr.html>.

一味将时间限定在合同缔结时,有时是不利于受害方权利之保护的。

3.CISG中损害“可预见性规则”认识要件

认识要件对“可预见性规则”的适用十分重要。因为违约方对于损害结果的“可预见性”取决于违约方在合同缔结时的情况。毕竟违约方只有在知晓一定事实和情况(fact and circumstances)的基础之上,才能对损害结果有所预见。^①这正是CISG“损害可预见性规则”认识要件的核心法理,也体现了“认识论”的观点。

依循“可预见性规则”的法律渊源,即按照英国法理论,对于认识的认定可以被细分为“实际认识”(actual knowledge)和“推定认识”(imputed knowledge)。这样的分类充分体现了在“哈德利诉巴克森戴尔案”中确定下来的法律精神,而这些具体的术语则是在“维多利亚诉洗衣店诉纽曼工厂案”中得到体现的。“实际认识”是指违约方在某些比较异常的事实和情况下,所产生的真实、具体的认识;“推定认识”则指在比较常见的事实和情况下,一个理性人在特定的情况下所能够具有的认识状况,不论违约方对此是否存在真实的认识。

尽管CISG在认识要件上没有照搬英国法的法律术语,但是却设立了主、客观标准去对接“实际认识”以及“推定认识”。具体而言,CISG是通过借助“已经知道”和“理应知道”的事实和情况,来判断违约方在异常情形下的“实际认识”以及在通常情况下的“推定认识”的。从理论上讲,“已经知道”采取的是主观标准,而“理应知道”采取的是客观标准。就前者而言,其对应的是那些较为特别、异常的事实和情况;而后者,则用于对应那些较为普遍的事实和情况。

什么才是比较特别、异常的事实和情况呢?什么才是比较普遍的事实和情况呢?这确实是非常抽象的问题。在笔者看来,与其正面回答它,倒不如先理清推定认识的适用。

我们已经知道,推定认识采用的是客观标准,更加准确的说其采取的是“理性人”标准。因此,就“推定认识”所对应的那些较为常见的事实和情况而言,证明违约方“应该知道”它十分关键。具体操作中,这离不开对违约方身份因素、违约方的商业经验、对于合同交易的了解、对于标的物的掌握、商业惯例等因素的考虑。

这样的案例不胜枚举,例如在一起适用CISG的案件中,买方因卖方交付的包装设备有瑕疵,而支出了一笔额外的费用。法院最终认定,作为一家设备生产商,应该具备一定的商业经验。正是因为这一点,他对缔约时的事实和状况理应有所了解。在此认识基础上,卖家应该能预见到这笔费用。^②

就“具体认识”所对应的那些比较特殊的事实和情况而言,证明违约方“已经知道”它十分关键。根据CISG第8条的规定,一方的“声明或其他行为”可以作为判断

^① Victoria Laundry v. Newman Industries, [1949] 2KB (C.A.) 528.

^② Tee Vee Tunes Inc et al v Gerhard Schubert GmbH [C] Federal District Court: New York. E. Supp. 2d 2006, WL 2463537, Sd-NY, No 00 Civ 5189 RCC. 2006-08-23.

认识的重要考虑因素。从实践的角度看,负有举证责任的守约方需要证明,其曾经有向违约方披露过案件的特殊性,或者说违约方已实际认识到案件的特殊性,并接受了交易的特别风险。例如,在一起德国的CISG案例中,法院判决认定卖方可以预见买方将转售购得的货物,理由是买方作为经销商曾向卖方披露过交易的后续安排,这使得卖方对交易的特殊背景有着“具体认识”。^①

4.CISG中损害“可预见性规则”的主客观标准

该要件与上一要件具有紧密的联系。承接上一要件,CISG“可预见性规则”在这里实际上采取了“两步走”的逻辑,即先确定缔约时违约方的认识状况,然后在此认识基础上,再去判断违约方所可能预见到或者实际预见到的潜在的损害结果。分析CISG第74条,不难发现在预见对象的判断标准,即“第二步”上,公约又一次采取了主客观相结合的标准(foresaw or ought to have foreseen)。同理于上一要件的分析,对于较为常见的损失(usual loss),采取客观标准(理性人标准)已足够,也就是说对于受害方而言,其未必需要证明违约方具有已经实际预见到违约后果;但对于那些异常的损失(unusual loss),则需要受害方对该“特别情形”加以举证,证明违约方已实际预见到违约损失。^②

例如,在一起适用CISG的案件中,由于欧洲的卖方违约不交付货物,导致立陶宛的买方无法如期还贷从而必须支付逾期利息,后双方就罚息问题产生争议。法院判决指出,虽然欧洲的卖方可以预见到违约会导致买家被罚息,但是无法预见到买家所在国罚息数额高达每月7%。一方面,这一数额远远高于欧洲标准,另一方面,买家并没有事前向卖家披露过相关事实。故卖家无法预见该“非通常性”损失,其只需对“通常性”的损失负责。^③

实践中,对于“预见到”和“理应预见到”的区分并不像理论上那么清晰。随着技术的进步和信息交流的不断便捷化,交易双方往往可以获得比以往更多的信息,这使得违约者“理应预见”的内容日益扩大化,而这使得两者间的界限日益模糊。^④例如在一起适用CISG案件中,美国买家没有如约付款,致使中国卖方没能得到政府的出口退税。卖家以此为诉讼请求,将买家告上了仲裁庭。仲裁裁决认为,出口退税是违约方所能合理预见的,原因在于在进行交易之前,买家完全可以通过网络了解卖家所在国家的有关法律、贸易政策,因此这个损失属于应当预见的“通常损失”。^⑤

对于该结论而言,可谓“仁者见仁,智者见智。”反对的声音不绝于耳,反对者主要认为该裁定结果给违约方附加了非常不合理的枷锁,因为通常作为商人的违约

① CLOUT case No. 168 [GERMANY Oberlandesgericht Köln 21 May 1996 (Used car case)] [2013-10-09] <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960521g1.html>.

② 莫万友.CISG中损害赔偿制度评析[J].安庆师范学院学报(社会科学版),2008(10):10-15.

③ Case No95/3214 [Z]. District Court of Kuopio: Finland .[2013-10-02]. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961105f5.html>.

④ 虞汪日.论《联合国国际货物销售合同法公约》违约损害赔偿可预见性规则[J].法政探索理论月刊,2012(11):100-104.

⑤ See CIETAC Arbitration Proceeding [2013-10-02] <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030418cl.html>.

方,其往往无法像律师一样详细地解读受害方国家层出不穷的法律、政策;而支持者则认为,在贸易信息不断透明的今天,一个称职的商人,理应在做跨国交易时充分考虑对方的法律环境。

5.CISG中损害“可预见性规则”与“因果关系”的关系

毋庸置疑的一点是,“因果关系”同样具有限制违约损害赔偿金的功能,并且在一些国家的法律体系中起着重要作用。那么CISG的“可预见性规则”和因果关系之间是何种关系?对此,向来有不同的观点。有些学者认为“可预见性规则”既然已经存在于CISG之中,就没再适用“因果关系”的必要了。^①另外一些学者则认为公约本身并没有对因果关系做出详细规定,故一旦适用“因果关系”,会使问题缺乏可操作性。^②

笔者认为,尽管“可预见性规则”和“因果关系”具有某些重合之处,但是仅凭此便彻底杜绝“因果关系”适用,是不妥当的。至少从理论层面来看,“因果关系”在公约损害赔偿制度中,是有存在价值的。理由有以下几点:

首先,这两个规则适用于不同阶段。“因果关系”规则旨在人为的确定外因与相应结果之间的联系程度,即确定违约行为与所受损害之间的关联度。在完成这一环节后,才去适用“可预见性规则”确定结果的边际。形象地说,“因果关系”旨在解决“有没有赔偿义务”的问题,而“可预见性规则”旨在解决“赔偿多少”的问题,其作用正是将违约方的责任限定到小于或等于受害方所受损害的范畴里去。

其次,在一些比较棘手的案件中,单凭“可预见性规则”无法有效限制责任,这类案件的损失判定离不开“因果关系”规则。举例而言,如果导致合同受害方损害的原因不只违约行为这一项,且其中具有主导地位的因素无法确定,此时单凭违约方可以预见后果,便要求他承担所有的损失显然不公平。此时正确的做法,应该是按照上述“两步走”的逻辑,即先考虑“因果关系”,再考虑“可预见性”。这样的观点在一起英国案例中得到适用。在该案中无法认定导致土豆变质的根本原因,因为其是多种原因的共同结果。^③

最后,笔者认为“因果关系”规则本身并不依附于“可预见性规则”。而“可预见性规则”的适用建立在“因果关系”的基础上。因为,如果连法律事实会产生何种影响都不知道,又怎能谈“预见”呢?“因果关系”规则侧重解决的是一个客观事实,它是独立于一个人主观认识的。举例而言,行为人也许主观上可以不知道违反合同约定是会导致对方蒙受损失的,但是这却不会影响后续办案人员对客观事实的判

① Peter Schlechtriem ed., *Commentary on the CISG, Second Edition*, Oxford University Press, 1998.

② C.M. Bianca, M.J. Bonell ed., *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè: Milan, 1987.

③ *Mash & Murrell, Ltd. v. Joseph I. Emanuel, Ltd.* [1961] 2 Lloyd's Rep. 326, (where it could not have been established with certainty what had caused the deterioration of potatoes).

断,即守约方所遭受的损害同行为人的违约行为具有必然的因果关系。从这个角度分析,“因果关系”规则有其独立性,而“可预见性规则”是无法彻底替代“因果关系”规则的。这也就是为什么在一些国家的法律中,如法国民法中,尽管两者有重合之处,但还是被一并适用的原因。^①

就CISG而言,尽管第74条没有明确提及“因果关系”,但从理论上讲这并不会妨碍“因果关系”规则的适用。在实践中,对于一些简单的、一目了然的案例也许“因果关系”规则似乎缺乏实践价值,因为单凭“可预见性规则”便足以解决问题。但据此便断然否定“因果关系”规则被适用的可能性是不妥当的,因为实践中总有复杂的案例存在。笔者认为,公约为两者的共同适用留有足够的空间。

6.CISG中损害“可预见性规则”的预见内容

依据公约,损害赔偿不得超过损失(such damages may not exceed the loss),本身没有明示“预见”内容。就该要件而言,各国国内法做法不一。例如:英国法要求预见损失的种类即可;法国则更进一步,其不仅要求预见损失的种类,还要求预见损失的程度。^②即使是在国际法的层面上,不同的实体法也存在不同界定。例如,《国际商事合同通则》和《欧洲合同法通则》的规定就有所不同。鉴于CISG没有详细地规定“预见”内容,且在损害赔偿金的分类上又常常深受国内民法传统的影响,故实践中很容易产生争议。因此,有必要结合损失种类和损失程度两个方面对公约做更细致的研究。

笔者不赞同有些学者的观点,即只要损失的程度可预见,损失种类如何便无关紧要。^③因为,脱离损失种类来谈损失程度不切实际且不符合逻辑。只有解决了定性问题,才能进一步谈定量问题。因此,一个正常的判断逻辑也应该分两步走,即先确定预见的损失种类,再确定该损失的具体程度。

下一个问题是,何为损害种类?这实际上涉及损害的客体认定。CISG条文本身并没有做列举式的回答,其仅仅提到了可救济的损失系“经济损失”(economic loss)。从《贸易法委员会关于<联合国国际货物销售合同公约>判例法摘要汇编》第74条的相关内容可得,除为CISG第5条所明确排除的损害种类,即“因人身伤亡而导致的损害”(Losses arising from death or personal injury),为CISG所明确承认的损害种类有“因违约而导致的其它财产损失”(Losses arising from damage to other property),“因违约而导致的利润损失”(Lost Profits),“因违约而导致的费用支出”(Expenditures by Aggrieved Party)。

^① Articles 1150, 1151 of the French Civil Code.

^② B. Nicholas., *The French Law of Contract (2nd edition)*, Oxford: Clarendon Press.1992.

^③ T.A. Diamond & H. Foss., "Consequential Damages for Commercial Loss: An Alternative to Hadley v Baxendale", *Fordham Law Review*, 1995(63):665-714.

实践中,就“因违约而导致的其它财产损失”而言,在一起瑞士的案例中,货物的瑕疵最终导致了买家的房屋受损。法院最终认定,因违约而导致的财产损失可以得到赔偿;^①在“利润损失”方面,CISG也有大量案例支持。例如,在一起德国案例中,由于质量不符而导致买家无法按原计划出售货物,最终法院认定合同价格和货物现有价值之间的差额属于买家可得的救济。^②同理,在另一起瑞士案例中,由于引入的生产设备存在瑕疵,故导致生产产品的单位成本高于了应有的成本。最终法院认定,单位生产成本的差额可以得到赔偿;^③最后,在“因违约而导致的费用支出”方面,原则上只要该费用支出是合理的,那么便可归为可获救济的范畴。^④例如,在斯德哥尔摩商会仲裁院的一起案件中,仲裁庭最终认定违约方需赔偿相对方因检验不符货物而支出的费用。^⑤不仅如此,另有大量案例显示,诸如“运输、存储不符货物而发生的费用”、“退货时所导致的装运、海关费用”、“安装替代物所产生的费用”、“额外产生的银行手续费”和“第三方佣金”等也可得到救济。

但是,就“律师费”是否可以得到赔偿而言,实践中却存在争议和不同做法。例如,在一起ICC的仲裁案中,仲裁庭最终裁定违约方应该支付律师费,因为守约方的这笔费用支出由其违约而导致。^⑥但也存在相反结果的实践。例如,美国上诉法院的一起案例便不支持“律师费”的赔付。理由是一来CISG没有明示,二来这符合美国的诉讼文化,即“各请律师,自担费用”。综上,胜诉方的“律师费”支付不应该由败诉方来承担。^⑦

除上述损害种类以外,更复杂且有争议的问题是,对那些非货币损失,如缔约机会的丧失、商业信誉的损害、货币价值变动风险等是否可获救济?CISG在实践操作中对这些问题的认定存在分歧。例如,在一起德国的CISG案例中,商户的流失、商业信誉的减损、名誉损失、精神损害便被认定为可获救济的范畴。^⑧但此类情形并非总能得到支持,由于非货币损失很难用货币价值来度量,再由于存在不同的民法传统和政策考量,不同的法域往往做法不一。例如在俄罗斯的一起案例中,上述类型的损害赔偿则是被明确拒绝的,主要理由是无法估量。^⑨再以“货币价值变动”为例,在

① CLOUT case No. 196 [Switzerland Handelsgericht des Kantons Zürich 26 April 1995]. [2014-03-09]. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950426s1.html>.

② CLOUT case No. 130 [Germany Oberlandesgericht Düsseldorf 14 January 1994]. [2014-03-09]. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940114g1.html>.

③ Switzerland Zivilgericht Basel-Stadt 8 November 2006. [2014-04-11]. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061108s1.html>.

④ CLOUT case No. 235 [Germany Bundesgerichtshof 25 June 1997]. [2014-04-09]. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970625g2.html>.

⑤ Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Award of 1998(examination). [2014-04-09]. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980107s5.html>.

⑥ CLOUT case No. 301 [ICC Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce, 1992 (Arbitral award No. 7585)]. [2014-03-09]. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/927585i1.html>.

⑦ United States U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit, 19 November 2002 (Zapata Hermanos Sucesores, S.A. v. Hearthside Baking Co., Inc.). [2014-01-09]. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021119u1.html>.

⑧ EK, Land A v F Supreme Court, Switzerland. [2014-03-09]. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981028s1.html>.

⑨ RUSSIA Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce 3 March 1995 (Arbitral award No. 304/93). [2014-04-09L]. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950303r2.html>.

一起德国的案例中,法院认定如果结算货币是卖方的本币,那么因汇率波动而导致的损失不在赔偿之列。反之,如果用外币加以结算,那么违约方则应补偿相对方的汇率风险。^①虽然德国的这种实践得到了一定的认同,但是反对的做法也时有发生。如在了一起瑞士案件中,法院便认为就算汇率风险可能归属于CISG的损害赔偿种类,但考虑到汇率始终波动且难以预测未来走势,故在个案中不能得到赔偿。^②

值得一提的是,对于损害的种类,不同的损害种类在个案中往往对应着不同的可预见程度要求。^③以英国1978年的帕森斯养殖公司案为例,其中英国著名的丹宁勋爵(Lord Denning),就对不同的损失种类适用了不同的可预见程度要求。损害种类越难界定,要求的预见程度就越高。^④之所以这么做并不难理解,以无形损失为例,由于其比较难以界定,如果可预见程度要求的太低,是可能损害违约方利益,并引发滥诉风险(open the floodgate)的。因此,其比具体的物质损害要求更高的预见性程度。同样的考量也时常发生在CISG的实践适用之中。

紧接着,关于“损失的程度”,实践中同样存在不同的做法。有些案件不要求预见到损失的程度,而有些案件则不然。^⑤笔者认为,就公约第74条而言,依据其表述,如“不可超过损失”(may not exceed the loss),其本身就隐含了对“损失程度”预见的要求。回顾CISG第74条的立法历史,在CISG的草案中,“损失的性质”是被提到的,这似乎也能暗示出相同的结论。^⑥更进一步说,如果可预见的仅仅包括损失种类,那么会带来很大的不确定性,这会使得案件缺乏定量的基础。

最后,损失程度和具体的损失数额并不是一回事,公约不应该要求违约方预见到具体损失数额。回归到“可预见性规则”的法理依据,一旦连损害的具体数额都在预见的范畴之内,那么显然会施加给违约方过大的缔约风险,这是不合理且不公平的。不仅如此,从实际的角度出发,一个人的预见能力毕竟是有极限的,不可能在缔约之时便能够精确地预见到违反合同给予对方导致的损害数额。^⑦所以说,公约“可预见性规则”中,预见的对象被限于损失的类型及损失的程度业已足够。

四、结论

在理论层面上,根据条文的特征以及案例的分析,在适用CISG“损害可预见性

① CLOUT case No. 130 [Germany Oberlandesgericht Düsseldorf 14 January 1994]. [2014-03-20]. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940114g1.html>.

② See CLOUT case No. 214 [Switzerland Handelsgericht des Kantons Zürich 5 February 1997 (Sunflower oil case)] [2014-03-09]. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970205s1.html>.

③ 孙兆晖. “维多利亚洗衣店案”与“可预见性规则”的发展[J]. 中国审判. 2007(6):70-73.

④ See Parsons (Livestock) Ltd v Uttley Ingham & Co Ltd [1978] QB 791.

⑤ See ICC Arbitration Court of the International Chamber of Commerce, February 1997 (Arbitral award No. 8716). [2014-03-09]. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/978716i1.html>.

⑥ 刘瑛. 论CISG损害赔偿制度中的可预见性规则[J]. 广东行政学院学报. 2012(4):59-66.

⑦ Peter Schlechtriem, and Ingeborg H. Schwenzer, ed s., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, 2005.

规则”时,我们十分有必要就其主体、时间、认识、主客观标准、因果关系、预见内容等要件逐一开展研究。在这个过程中,我们还需要结合案例,时刻思考案例背后体现的法理。因为只有这样才能增强我们在该规则上的理论研究的深度。

在实务操作中,笔者认为争议发生前CISG的合同起草过程值得一提。合同的起草过程实际上是一个通过文字的约定来消除、减轻预知风险的过程。故好的条款设计对当事人的权利义务影响重大。作为法律从业人员,在合同起草的过程中,应当结合理论的探究及案例的把握,根据当事人的交易背景,对可能的法律风险有所评估。并在此基础上,从各要件逐一入手,借助合同条款的起草将风险化解于未然。

当然,如果是在争议环节中遇到CISG损害“可预见性规则”的问题,我们同样应充分考虑规则的构成要件,以及在特定法域的适用情况。事实上,尤其是出庭律师,有必要在庭前将该条的每一个要件做一个细致的分析和梳理,并且争取将对自己有利的论点加以强化,对不利于己方的内容加以准备。笔者认为就整个法律的分析逻辑而言,适用本文所提到的要件分析和案例研究,对于更好地适用CISG损害可预见性规则具有参考意义。

【作者简介】王徽:华东政法大学国际法研究生。研究方向:国际经济法、国际商事仲裁。

The Research on the Damages Foreseeability Rule of CISG

WANG Hui

(International Law Faculty of the East China University of Politics and Law, Shanghai 200042, China)

Abstract: As the coordinated product of two legal systems, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (hereinafter referred to as “CISG”) is an important achievement in the area of International commercial law. Since the CISG damages “foreseeability rule” is in some extent abstract and ambiguous and there exists some difficulty in its application, it is of high research value both in theory and legal practice. This article takes the damages “foreseeability rule” in CISG as the object of study and aims at providing useful reference for the understanding and application of the rule. Based on the study of the legal resources and legal rational of the damages “foreseeability rule”, combing with the case studies, the research focus on the element analysis of the CISG damages “foreseeability rule”, including the elements of “subject”, “time”, “knowledge”, “objective and subjective standard”, “causation” and “foreseeable content.”

Keywords: CISG; damages; foreseeability rule

(责任编辑:黄志瑾)