

“违约所造成的损失”界定：理论与实证研究

钟瑞庆

【摘要】通过收集和分析最高人民法院在违约损失界定领域的判决,检验学界的解释学研究成果及其在裁判中的适用,可以发现,学界的解释论成果并未在法官(作为一个整体)的实践中得到适用,学界共享的解释论立场,也未为法官(作为一个整体)所采纳。与学界试图通过法教义学研究实现规则的统一性和稳定性,并缩小法官的裁量权不同,法官以扩充裁量权的方式展开推理。在这一推理模式下,表面看来相互矛盾的法律意见,均可得以正当化,并消解了学界的解释论立场及其法教义学结论。从短期看,法官的立场有其合理性,但从长期看,过多的自由裁量权导致不能实现同案同判,法官应放弃其过度泛化的裁量权主张。

【关键词】违约;损失;解释论;裁量权;实证研究

【作者简介】钟瑞庆,法学博士,浙江大学光华法学院副教授。

【原文出处】《法学家》(京),2022.3.29~43

引言

“在中国目前的法律界,至少有法律实务圈子和法律学术圈子之分别”,^①依苏力教授之见,两者的关系,从法学学术圈的视角来看,是依着理论指导实践的模式而期待“司法界皈依法学界”,^②但实际上更多的恰恰是,实务圈与学术圈不仅“两者之间的差别是相当大的,在一定程度上,还相互看不起”。^③然而,在理念上,这种隔膜本不应存在,毕竟,无论是法官还是法学家,都是所谓的法律职业共同体中的一员,本应具有“共同的知识、共同的语言、共同的思维、共同的认同、共同的理想、共同的目标、共同的风格、共同的气质”。^④尤其是对大陆法系而言,法官与法学界更应具有密切的合作关系。依拉伦茨之见,法学所作的“裁判基准的陈述”“可以转换为法律事件的裁判”。^⑤因此,法学研究并非仅具学理意义,而是同时深刻影响裁判实务。但在中国,既然形成了学界与法官“相互看不起”的格局,说明大陆法系下本应存在的学界与法官的密切合作关系可能并不存在。不仅如此,两者间甚至可能存在严重的沟通障碍。

那么,苏力教授的上述判断是否有充足的事实

上的依据?本文试图验证其真实性。本文选取“违约所造成的损失的界定”这一主题,通过验证学界的研究成果是否能在法官的裁判实践中被采纳,来验证拉伦茨所言的法学所作的裁判基准的陈述可以转换为法律事件的裁判,在中国是否存在。本文首先梳理了学术界在此领域的解释论成果,因为不确定这些研究结论能否在法官裁判中被采纳,因此称之为待验证的若干理论假说。然后,本文收集最高人民法院在此领域的判决,并分析前述理论假说在法院裁判实践中是否得到充分的适用。很显然,在《民法典》已经通过的今天,整个民法学界已从立法论转向解释论,学界基于法教义学的解释论成果能否被法官尊重和采纳,其重要性已不言而喻。在方法上,这是第一次系统地检验学界的解释论成果能否被法官的裁判实践采纳的尝试,这使得本文不同于国内目前已发表的其他法学实证研究。^⑥

一、待验证的若干理论假说

本节梳理学界在违约所造成的损失界定领域基于法教义学的研究结论。这些研究主要是对原《合同法》第113条(现《民法典》第584条)和114条(现《民

法典》第585条)进行解释的结果。^⑦对于《合同法》第113条和第114条该如何解释,学者之间的意见未必一致,这似乎为我们的研究创造了额外的障碍:如果学界的意见不一,似难以判断法官是否采纳了学界的成果。然而,后文的研究将展示,我们采取的验证策略,无须确认何种观点是学界主流,当存在正反两方不同意见时,我们对两者均加以验证,以确认正反双方的意见,不管其是否处于学界主流,是否被法官所采纳。因此,以下的梳理致力把各种可能的意见整理出来。在验证时,我们选择某个观点作为待验证假说,相反观点则作为备选假说。即使待验证假说被否决,而备选假说得到支持,也可以认为学界的成果得到法官的采纳。反之亦然。^⑧

对于违约所造成的损失,首先遇到的问题是《合同法》第113条与第114条之间的关系。根据《合同法》第113条,违约所造成的损失相当于合同的履行利益,但受到可预见性规则的限制。不过,这并非确定违约所造成的损失时唯一可能适用的条款。《合同法》第114条提供了另一种可能性,即由当事人自行约定“一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金”,或者“因违约造成的损失赔偿额的计算方法”。^⑨据此,当合同约定赔偿性违约金条款时,该合同因违约而导致的损失的确定,就涉及该适用《合同法》第113条还是第114条的问题。^⑩一种观点是,基于私法自治的原则,赔偿性违约金约定应当获得优先地位,换言之,一旦当事人约定赔偿性违约金,当事人只能请求赔偿性违约金,而不能转向通过第113条请求损害赔偿。^⑪另一种观点认为,在约定赔偿性违约金的条件下,限制债权人在违约金和损害赔偿请求权之间的选择,并无道理,应允许债权人在违约金请求权和损害赔偿请求权之间选择。^⑫据此,我们得出有待验证的假说1:

假说1:在当事人约定了赔偿性违约金的条件下,应优先适用违约金条款。

一旦确定适用违约金条款,债权人是否需要证明损失的大小作为请求违约金的前提条件?对此也有两种不同的观点,有人认为除非当事人有特别约定,“在解释上不应以损害的存在及其大小的证明为要件”。^⑬但也有学者认为需证明存在“同类合同、同

类违约情况下的典型损害”,但无须证明损害的具体数额。^⑭据此,我们得出有待验证的假说2:

假说2:请求违约金时,债权人无须证明损害的大小。

依照《合同法》第114条,“约定的违约金低于造成的损失的”,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加,“约定的违约金过分高于造成的损失”,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。据此,违约金的调整,应由当事人请求为之,法院不能依其职权自行调整。^⑮调整违约金的举证责任,在调增时由守约方举证,在调减时由违约方举证。^⑯对此,学界目前有高度共识,并未出现对立的观点。据此可得假说3和假说4:

假说3:违约金应以实际损失为基础调整,且由当事人请求后方可为之。

假说4:违约金调增时应由债权人举证,调减由债务人举证。

如果当事人没有约定违约金,那么损失的确认,是否只能转向《合同法》第113条,只能请求履行利益,还是有选择请求信赖利益的可能?这一选择是否存在,对于合同双方,显然意义重大。有学者认为,应当允许债权人在履行利益和信赖利益之间选择。^⑰据此可得假说5:

假说5:债权人可以在信赖利益(通过《合同法》第107条)和履行利益(《合同法》第113条)之间选择。

如果当事人没有约定违约金,也不涉及假说5所言的信赖利益与履行利益的选择,剩余的唯一可能性,就是《合同法》第113条的履行利益。履行利益的确定,本应先确定依据哪个标的物来衡量。例如,一个商品房买卖合同,如果卖方违约拒绝履行,理论上有两种不同的方案,一是按照房屋价值的变化(房屋价差及租金)计算,二是按照买方已付房款上的损失(即资金利息)计算。现有的研究并未涉及如何在此两种基准间选择。如果确定按房屋计算,又必须进一步确定是按市价的变动,还是按买方可能有的特殊的交易(如转卖或者签订一个特别的租赁合同)来衡量买方的损失?前者,是按照市价波动计算其履行利益,学界称之为客观计算;后者,是依债权人的特殊交易而生的损失,是属于主观计算。据此,一种观

点认为,应由“非违约方就两种计算标准作出选择”;^⑧另一种观点是对前一种观点的局部修正,同样赞成由债权人选择,但认为“可适当、有条件地赋予法官以裁量权,只是此种裁量权必须有相当的限制”。^⑨据此可得假说6:

假说6:债权人在主观计算与客观计算的选择上有选择权。

在确定采主观计算或客观计算之后,法官还必须进一步选择计算的时点或者期间。例如,确定根据房屋的价格波动来计算履行利益,法官必须进一步确定比较价格波动的时点。对于时点,有学者认为应由债权人选择,^⑩也有学者认为“原则上应以非违约方知道违约的时间”确定。^⑪据此可得假说7:

假说7:债权人享有损失赔偿计算的标准时点的选择权。

根据上述方法计算出的履行利益,依照学界通说,可能不会得到完全的赔偿,而是受到限制。限制的规则可进一步分为对违约案件具有普遍适用性的基本限定规则,即《合同法》第113条的可预见性规则以及并非在每个案件都会出现的其他限定规则,包括与有过失规则、减轻损害规则和损益相抵规则。隐含的结论是,上述限定规则是目前有效的全部限定违约损失的规则,除了上述限定规则外,不应有别的限定损害的规则。^⑫据此可得假说8:

假说8:可预见性规则、与有过失规则、减轻损害规则和损益相抵规则穷尽列举了限定损失的规则。

《合同法》第113条明确了预见的主体为违约方,预见的时点为订约时,但未明确预见的内容。通说认为,预见的内容是损害的类型而无须预见损害的程度。^⑬据此可得假说9:

假说9:可预见规则要求预见的内容为损害的类型而无须预见损害的程度。

对于上述假说,假说1、2、7学者间有相反的观点,假说3、4、5、6、8、9,学者间有高度共识。对于假说1、2、7,学术争论的存在本身,^⑭反过来折射出他们共享的立场,即都认为存在一个最优的解释论结论,而法学研究的意义即在于找到这个最优的结论。^⑮一旦找到最优的结论,那么,这一结论应在所有的同类案件中适用。依照法律职业共同体的观念,既然

法官也是共同体中的一员,我们有理由期待法官(作为一个整体)采纳同样的解释论立场。^⑯相应地,我们也有理由期待法官采纳学界有高度共识的假说。而对于学者间有争论的假说,法官(作为一个整体)理应在其中选择一种采纳,然后在同类案件中统一适用。

二、对理论假说的实证检验

(一)数据

1. 数据收集方法的可能选择

实证检验需要收集数据,而收集数据的方法,取决于待验证假说的性质,即取决于验证的任务。如果收集数据的目的是估计某个统计值,例如,估计中国人的平均身高,那么,获取的数据就必须满足随机性的要求。如果收集数据的目的是验证某一经验命题是否成立,即验证某种因果关系是否成立,随机性要求也必须满足。对于经济学、管理学和社会学而言,大部分验证都是上述两任务之一,因此,数据的随机性在大部分的实证验证中,都是必须满足的条件。然而,与经济学、管理学和社会学不同,法学处理的对象是规范性命题而非经验性命题,这意味着在实证检验时,必须采取不同的验证策略,也意味着可以采用不同的数据收集要求。

以本文期待验证的对象为例,最容易想到的方法是按照随机性要求,在案例库(例如,在北大法宝或者中国裁判文书网)简单随机抽样选取案例作为样本。这一方法的优点是,可以根据抽取样本的特征去推断被抽取的总体的特征。但是,简单随机抽样的一个问题是,它预设所有样本的同质性,尤其是预设所有法官地位的均等性。而事实是,抽取的样本并不具有同质性,法官的地位也并不均等。最高人民法院判决的影响力,不能等同于一个基层法院的判决。简单随机抽样的另一个问题是,法学研究的结论总是指向改进的对策,如果验证得出中国法官总体否认假说1-9,我们将无法提出相应的对策建议,因为对策建议总是需要针对某个具体的行动主体,而无法针对全体法官。这是法学作为规范性学科不同于经济学、管理学等经验性学科的区别所在。因此,更合理的方法是根据法院的地位选取样本,而非根据案例集的简单随机抽样。即根据法院

的地位,分别研究最高法院、高级法院、中级法院和基层法院在前述命题中的裁判实践。然而,系统地研究四级法院的裁判行为,非一篇文章所能完成。因此,本文选择验证最高人民法院在前述假说中的态度。其他审级法院的相关验证,只能留待未来。之所以先研究最高人民法院的态度,一是因为最高人民法院法官的水平应当是全国最高水平,他们应当比更低级法院的法官更为熟悉学界观点,因而更有理由期待他们采纳前述假说。二是因为最高人民法院观点的权威性。在中国,最高人民法院不仅可以通过案件的审理影响下级法院的判决,还可以通过司法解释统一全国各级法院的法律立场。

那么,对于最高人民法院案例的选取是否要满足随机性的要求呢?如果最高人民法院的案例太多,且此案例的总体又可得,按照随机性的要求在此总体中抽取案例样本,当然是最理想的结果。现在的问题是,我们并没有这样一个总体供我们随机抽样。北大法宝上的最高人民法院判决不能认为是全部判决,而中国裁判文书网上的最高人民法院判决,也同样并非全部。^②这样,所谓在总体中随机抽样,也就无从谈起。那么,以北大法宝或者中国裁判文书网上的不符合随机性要求的案例为依据验证前述假说,能否满足要求呢?这取决于验证的结果。如果根据这种不符合随机性要求的案例集验证,并发现法官的判决均符合前述假说,我们不能由此而得出结论说,最高人民法院的法官支持假说1-9,因为有可能存在未进入北大法宝或者中国裁判文书网的判决,恰恰是反对假说1-9的。然而,如果验证的结果是否定性的,那么,相应结论即可称具有充分的依据。^③仅有的案例即足以说明,最高人民法院的法官并不支持假说1-9,即使未进入北大法宝或者中国裁判文书网的判决支持假说1-9,也不会影响最终的结论。因此,不符合随机性要求的案例收集,如果验证结果是假说被证伪,其研究意义亦可符合要求。随机性的意义是消除各种偏性来提高估计和统计推断的准确性,如果不能满足随机性的要求,增加样本量并不能显著地提高结果的准确性。^④既然如此,我们就尝试以北大法宝上在此领域的案例作为我们的研究样本。

2. 收集数据的具体方法

为对上述假说进行检验,我们使用北大法宝数据库,具体方法如下:首先在北大法宝的“法律法规”一栏中搜索《合同法》,然后在《合同法》第113条和第114条的“法宝联想”中点击“案例与裁判文书”,然后再点击“审理法院”为“最高人民法院”。据此,适用第113条的案例为177个,适用第114条的案例为243个。最后点击“民事”,适用第113条的案件为171个,适用第114条的案件为239个。对于这些案件再逐个阅读筛查,将与合同的损失界定无关的案件排除,最终得到如下页表1的案例数据(截至2020年11月27日)。当然,在研究最高人民法院的观点时,因为一般情况下最高人民法院并非一审,而是二审或再审,因此,研究过程中会同时研究一审和二审法院的观点。我们实际分析时不限于表1中所列的302个判决书,而是同时涉及与这些判决相关的下级法院的判决书。

(二)验证

我们对假说1-9的验证分成两步,第一步用商品房买卖合同案例进行初步验证,第二步进行全部案例的验证。分成两步的原因是,既可以验证全面,又不乏细节:第一步验证有更多的个案细节,能更清楚地呈现验证的经验含义,弥补第二步验证中因全面验证而产生的过于抽象的问题。至于第一步验证选择商品房买卖合同而不是其他合同,是因为一方面它相对更为全面地涉及各假说,另一方面它的交易细节更容易理解,^⑤便于说明如何进行假说的验证。

1. 用商品房买卖合同纠纷案例对假说进行初步验证

在我们收集的案例中,商品房买卖合同共17个案例,涉及判决书20份。其中有两份判决书的案情、当事人完全相同,仅案涉买卖标的物不同,因此,我们将这两个当成一个案例处理。在这17个案例中,约定违约金的有13个案例,未约定违约金的有4个案例。

假说1的验证。根据假说1,约定的违约金条款应优先适用。对此,在17个案例中,我们找到3个完全相反的案例。其中1例支持假说1,在该案中,卖

表1

合同类型	适用第113条的案件数量	适用第114条的案件数量	合计
征地或拆迁	6	6	12
土地使用权出让	8	8	16
土地使用权转让	2	7	9
建设工程	20	28	48
房地产开发经营	5	5	10
商品房销售代理	2	1	3
商品房买卖	11	6	17
房屋租赁	9	4	13
加工承揽	5	5	10
投资合作(包括兼并、出售)	4	4	8
委托	5	2	7
买卖	15	26	41
技术转让	3	0	3
借款	8	26	34
股权转让	11	26	37
其他(信托、政府投资、采矿权等)	22	12	34
合计	136	166	302

方认为,因政府规划审批原因,开发期限被迫一再延迟,导致房屋开发建造综合成本及销售费用大幅提高,因而要求调高售价,但买方不愿调价,卖方遂将涉案房屋高价卖与第三人。涉案合同约定如违约不能交房或者另售的,卖方须按买方合同总金额的双倍返还给买方。守约方一审时请求违约方支付已付房款的利息,并支付高于约定违约金的房价涨价损失的履行利益。^⑩一审法院认为,在双方在合同中已对违约金作了明确约定的条件下,守约方主张房屋差价损失缺乏依据。二审同样认为应按违约金确定损失。^⑪最高人民法院再审申请审查时维持了二审的决定。^⑫另2个案例否定假说1。其中一个案例,^⑬当事人约定延迟交房违约金为每天150元,买方请求延迟交房的租金损失,以及合同解除而产生的房屋买价与现行市价的差额。一审和二审法院均依据《合同法》第113条判决支持房屋差价,既不判处迟延履行违约金,也未支持租金损失。^⑭显然,这一案例否认假说1,但并未支持债权人选择说。还有1个案例也否认假说1,这个案例也未直接支持债权人选择说,而是认为法院在确定损失上有自由裁量权。^⑮

假说2的验证。假说2认为主张违约金时无须

证明损失。在17个案例中,我们找到3个案例,完全按照违约金确定损失,没有要求守约方证明损失的大小。其中1例是买方违约,约定的违约金为每日万分之三,折合为年利率10.95%。^⑯另2例是卖方违约。其中1例,违约金为每日万分之二,折合为年利率7.3%。^⑰另外1例,约定的违约金是先按314302元/日计算30日,然后按购买金额(9840万元)计算千分之五,合计19350127.65元。^⑱如果违约期限不长,这个违约金会显得高,^⑲但如违约期间越长,折合的年利率就越低。该案例约定的交房时间为2013年12月14日,最高人民法院二审判决书载明的裁判日期是2015年6月1日,据此来计算其违约期间为533天,^⑳根据约定计算的违约金,其折算的年利率为13.46%。^㉑虽然以上3案例均支持假说2,但我们也找到1个案例否认假说2。该案例中,守约方要求按违约金赔偿损失,但最高人民法院认为,守约方并未提供充分证据证明案涉厂房应有的租金收益和市场增值情况,亦未就其遭受了相当于违约金9754040元的实际损失完成举证证明责任,因而法院按已付购房款同期银行贷款利息的2倍确定守约方的损失,属自由裁量权的正当行使。^㉒这个案例不仅否认假说

2,也同时否认假说1。

假说3和假说4的验证。假说3和假说4涉及违约金的调整。假说3认为,违约金应以实际损失为基础调整,且由当事人请求后方可为之;假说4认为,违约金调增时应由债权人举证,调减由债务人举证。我们找到1个案例否认假说3。这一案例属于卖方违约,约定违约金为按已交房款并按人民银行同期贷款利率四倍计算,违约方认为应参照争议房屋同一小区租金标准计算损失,但最高人民法院认为这一要求不符合双方约定,亦有违诚实信用,不应支持。即法官认为,约定违约金之后不能再要求调整,请求调整本身就属于违反诚实信用。但最高人民法院又认为,原审判决将违约金起算时间调整为起诉时间(而不是约定的房屋交付时间)是法院对违约金数额予以适当减少。^④也就是说,违约方不能请求按实际损失调整违约金,但法院可以,这违反了假说3。不过我们也找到2个案例支持假说3,但这2个案例恰恰反对假说4。这2个案例均为卖方违约。其中1个案例,二审法院以违约方认为约定违约金过高,且守约方未证明因违约而导致的实际损失为由,将违约金从约定的日万分之五,调整为同期贷款利率的130%,^⑤最高人民法院再审维持。据此,违约方仅需抗议违约金过高,无须承担举证责任,与假说4相悖。另一个案例,双方约定对合同解除后的违约损失按已付款的0.5%承担。守约方认为违约金约定过低,诉请按年利率24%计算。一审法院认为,其诉请的数额明显高于造成的实际损失,应调整为按人民银行同期同类贷款利率计算,最高人民法院二审维持。^⑥显然,这同样与假说4相悖。

假说5、假说6,在商品房的纠纷案例中未找到相关案例。^⑦

假说7的验证。假说7认为债权人可以选择损失赔偿计算的标准时点。我们找到1例,最高人民法院明确否认假说7。在此案例中,卖方在出让部分商铺之后,又将全部商铺整体转让与第三人,因而不得不对已售商铺进行回购。一审法院将卖方过户第三方的日期作为涉案商铺的评估基准日,而守约方认为因为违约行为一直持续,应按诉讼后的市场价格为准。最高人民法院认为,以何时点作为评估基

准日进行鉴定,系一审法院行使自由裁量权的范畴。^⑧换言之,损失赔偿计算的标准时点的选择权不属债权人,而属法院。

假说8的验证。假说8认为,可预见性规则、与有过失规则、减轻损害规则和损益相抵规则穷尽列举了限定损失的规则。我们找到1个案例否认假说8。本案例是卖方违约,购房款为950万,迟延期间为270天(约定交房日2010年12月31日,双方一致同意终止日期为2011年9月27日),在无法如期交付房产后,双方自行约定赔偿金,约定赔偿金为3250万元,^⑨折合成年利率为462.49%。其后违约方认为约定的赔偿金过高,虽然一审法院认同并改按同期银行贷款利率4倍计算违约金,但最高人民法院认为,虽然本案房价上涨的损失只有1093.8975万至1465.4975万之间,^⑩远低于双方约定的赔偿金3250万,但该案约定的赔偿金属于事后约定,因而拒绝按照《合同法》第114条之规定调整。其理由是,“当事人在合同订立时还无法准确判断因违约而产生的经济损失,毕竟在合同的履行过程中会面临许多不确定性因素,约定的损失赔偿金可能与违约事实发生后产生的经济损失存在重大出入”,^⑪因此,“为防止约定的损失赔偿金过分高于或低于因违约造成的实际经济损失,从民法的公平角度出发,有必要赋予违约方请求予以调整的救济权”。^⑫但这一理由对于事后达成的赔偿金,已不复存在。“当事人在合同解除后,对合同终止履行给守约方造成的经济损失可以有明确而具体的判断,对于当事人在自愿基础上达成的违约损失赔偿条款,法律没有进行干预的必要”。^⑬换言之,存在不确定性才能对损失进行限制,^⑭因而,不确定性就成为限制损失的一项规则,因而否认了假说8。^⑮

假说9的验证。假说9认为,可预见规则只要求预见损害的类型而无须预见损害的程度。17个案例中,有2个案例否认假说9。其中1个案例是卖方违约,在该案例中,根据评估报告,评估基准日商铺价值为1654.91万,买方的购入价为503.54万。一审法院认为卖方应赔偿买方的损失为评估价与购入价的差价,即1151.37万元。但最高人民法院二审时认为,结合买方已经实际占有案涉房产并出租获益6年

多,以及将案涉房产转售他人的背景、原因、交易价格等因素,一审判决以合同无法继续履行时点的市场价与买方购买价之间的差额作为可得利益损失,判令卖方赔偿买方1151.37万元,“导致双方当事人之间利益的显失平衡,超出了当事人对违反合同可能造成损失的预期”,最高人民法院酌定卖方赔偿买方可得利益损失503.54万元。也就是说,可预见性规则可以指违约方对涨价幅度的预期(即损害的程度而非类型)。这一对可预见性的理解,在下一案例中得到更为明确的承认。此案涉及政府出售有质量问题的大楼而产生的损失问题。一审法院认为出售有安全隐患大楼的合同无效,卖方仅需赔偿信赖利益。二审法院认为合同有效,但认为无法完全赔偿履行利益,因为“涉案房屋的价格涨幅过大,远非出卖方在订约时所能预见”。所谓上涨过快,依最高人民法院之见,是指涉案房屋买价为2810万元,在两年多的时间里上涨了4000多万元(房价上涨到6996.46万元)。最高人民法院认为,“二审判决综合本案事实,兼顾双方利益,酌定田禾公司可获得的可得利益赔偿为1900万元,并无不当。”^⑤因此,涨幅大小,即损失的程度而非损失类型,是可预见性规则的要求。这很明确地否认假说9。但是,在另一案件中,最高人民法院法官又否认根据涨价幅度认定可预见性的观点。在此案例中,违约方认为,因赔偿损失的金额达到守约方已付房款的10倍以上,^⑥故可认为已超出其可预见的范围,但法官不予认可。^⑦

根据上述分析,在我们找到的商品房纠纷案例里,除了假说5、6暂时缺乏数据外,假说1-4既有支持意见又有反对意见,而且假说1的反对意见,也未采用学界的债权人选择说。因此,任何一种学界观点均未获得统一的支持,假说7、8、9则直接被否认。据此似可认为:第一,法官(作为一个整体)的裁判实践并不持守一个统一而稳定的解释论立场,换言之,学界共享的解释论立场被否认;第二,除缺乏数据的假说5、6外,其余假说均被证伪。

接下来,我们更全面地统计法官对假说1-9的态度,去验证假说1-9能否得到支持。

2. 更全面的验证

在对收集的案例针对前述假说进行全面的统计

时,必须针对案件可能面临的问题,确定归类和统计的规则。在因违约而进行诉讼时,涉案的合同可能规定违约金,也可能未规定违约金(违约金条件未成就,统计时视同无违约金)。在合同设定违约金时,包括法院直接按违约金裁判,以及对违约金加以调整的案件,均统计入假说1的支持栏。合同约定违约金,但法院不判处违约金,而是判处损失的,或者同时判处违约金和损失的,就统计入在假说1的反对栏。合同约定违约金,法院直接按违约金判处,不进行调整,就统计入假说2的支持栏(即假说2的支持栏属于假说1支持栏的子集)。如果当事人请求违约金时,法院以未证明其损失为由拒绝,转而判处损失的,就统计入假说2的反对栏(即假说2的反对栏是假说1的反对栏的子集)。合同约定违约金,违约金的调整由当事人请求的,就属于假说3的支持栏;而当事人没有请求,法院直接调整的,就属于假说3的反对栏(即假说3的支持栏和反对栏都是假说1的支持栏的子集)。违约金的调整,如果调高时要求债权人举证,或者调低时要求债务人举证,就统计入假说4的支持栏;反之,如果调高却要求由债务人举证,或者调低却要求债权人举证,或者法院不要求当事人举证而直接调整,就统计入假说4的反对栏。简言之,假说1、2、3、4都与合同的违约金条款相关。

当涉案合同未规定违约金时,该案的判决就一般借助于《合同法》第113条,或者《合同法》第107条,即首先涉及是否可以在信赖利益和履行利益之间选择的问题,即假说5;然后涉及主观计算和客观计算的选择问题,即假说6;然后在确定损失时,又涉及时点选择问题,即假说7以及限制损失的规则,即假说8以及可预见性规则如何理解的问题,即假说9。简言之,假说5、6、7、8、9,基本上是与没有设定违约金的案件有关。针对这些假说,我们设定的统计规则是,如果法院判信赖利益加上履行利益,或者如果履行利益与信赖利益不同,债权人试图选择其中较高者而被法院否决,就属于假说5的反对栏;反之,如果履行利益与信赖利益不同,债权人试图选择其中较高者而被法院肯定,就属于假说5的支持栏。一旦出现主观损失是否赔偿的问题,而法院有时选择赔偿而有时不赔偿,就把所有的面临选择的案件都

列入假说6的支持栏。如果法官明确表达法官不能在主观损失和客观损失间选择时,就列入假说6的反对栏。当案件显现因不同时点的选择会导致损失的不同时,如果选择由债权人决定,就属于假说7的支持栏,否则就属于假说7的反对栏。如果法院引用了不同于假说8所列的各项限制性规则,就属于假说8的反对栏;如果只罗列了假说8所列的各项规则,就属于假说8的支持栏。如果法院只要求预见损失的种类,就属于假说9的支持栏,否则就属于假说9的反对栏。

还必须说明的是,一个案件可能同时对若干假说表达意见,也可能与任何假说都不相关。

根据上述统计规则,我们得到表2。

据此,对于学界的主流观点,有一部分观点得到大部分法院判决的支持,包括假说1、2、3、9,另外一部分观点,包括假说4、5、6、7、8,则被大部分法院判决所否认。这意味着假说1、2、3的反方观点得到部分法官的支持,而假说7的反方观点得到多于正方观点的支持。因此,可以认为假说1-9均未得到最高人民法院法官的支持。不过,各假说被否认的可能性并不相同。被否认最彻底的是假说5和假说6,没有找到一例支持。其次是假说8,只找到一个案例支持。

必须注意的是,前述所谓法官支持假说或者反对假说,不能等同于法官支持或者反对学界的学术观点。例如,假说9显示,学界认为可预见性仅指预见损失的种类而非其程度,而55页表3显示有5个案件要求预见损失的具体幅度或者数额,这不等于法

官反对学界的观点,因为可能法官完全不知道学界在这方面的具体观点。同样,即使假说9中全部15个案例均支持该假说,也不能理解为法官是通过获知学界的观点,然后在案件中加以采用。这是因为,表3的法官赞成或者反对某种观点,都可能是偶然或者独立发展(而不是阅读学者的著作)的结果。因此,不能把表3的结果理解成证实性的结论。也就是说,即使我们发现的案例中找到的案例均支持假说9,也不能据此认为法官采纳学界的成果并加以适用。因为在经验上我们无法获知并验证法官观点的具体来源,因此,假如样本有足够的代表性,我们只能说,未发现未采纳的证据,故可暂时认为假说9得到法官的采纳的结论为真,也可说此时假说9未被证伪。然而,表3的数据可确定地用于证伪。还是以假说9为例,5个反例的存在,足以证明法官没有采纳学界达成的关于假说9的共识,即假说9被证伪。

以此逻辑来看表3,可以发现,对于学界有争论的假说1、2、7,法官同样分成两派。因此,可以确定地说法官(作为一个整体)未支持任何一种观点,支持假说1、2、7的学界观点被证伪,与假说1、2、7相反的学界观点同样被证伪。而对于学界有共识的假说3、4、5、6、8、9,假说5、6未发现支持案例,而其余假说法官同样分成两派。因此,也可以确定地说支持假说3、4、5、6、8、9的学界观点也被证伪。必须注意,这里所言的被证伪,是指这些学界观点应被法官采纳这一意义上被证伪(即这些观点未被法官采纳),而不是指这些观点在学理意义上被证伪。同样被证伪的还

表2

假说	支持		反对	
	案件数	占比	案件数	占比
假说1	123	77.36%	36	22.64%
假说2	67	90.54%	7	9.06%
假说3	103	84.43%	19	15.57%
假说4	12	10.71%	100	89.29%
假说5	0	0	6	100%
假说6	0	0	8	100%
假说7	6	23.08%	20	76.92%
假说8	1	3.7%	26	96.3%
假说9	15	75%	5	25%

有法官在解释论本应有的统一稳定的解释论立场。除假说5、6涉及的案例外,其余假说涉及的案例,法官均在不同的案件中持相互矛盾的立场,足以证明法官未采统一稳定的解释论立场。因此,更全面的检验,其结论与用商品房买卖合同进行检验的结果相同:第一,学界共享的解释论立场被抛弃,法官(作为一个整体)并未持守一个统一而稳定的解释论立场,而是在这一案件中持这一立场,而在另一案件中持与之相反的立场;第二,假说1-9均被证伪,代表学界解释论成果均未在法官的裁判实践中得到统一的适用。

三、对验证结果的讨论

从实证检验的角度而言,本文实证分析得出一个否认性而不是肯定性的结论,使得本文在样本收集上不存在随机性不再成为一个影响本文结论可靠性的问题。^⑨这也使得本文的研究意义变得更为明显。这一否定性的结论恰好印证了苏力教授的怀疑,就法官与学界的关系而言,“结果未必就是司法界皈依法学界,而不是相反”。^⑩这一否认性结论也难免让人怀疑法教义学研究的意义:既然最高人民法院法官可置之不顾,精细的法教义学研究的意义何在?前述验证结论的含义,值得进一步探究。

前述验证的否定性结论包含两层含义,第一是代表学界观点的假说1-9,无论是持何种观点,均未得到最高人民法院法官的采纳;而产生这一结果的原因又在于:第二,最高人民法院法官(作为一个整体)并不坚守一个稳定而统一的解释论立场。据此看来,最高人民法院法官持有不断变动的解释论立场,才是导致假说1-9被否认的根本原因。然而,最高人民法院法官的这一解释论立场,与法学的规范性特征背道而驰,其负面效应也显而易见:同案同判无法实现,法官们在同类案件的审判中发表相互矛盾的法律意见。例如,对于延期付款或者延期还款产生的资金利息损失,在我们收集的案例中,法官实际选择的利率包括人民银行公布的同期存款利率,同期贷款利率,或者同期贷款利率的30%~50%、1.95倍、2倍、4倍、年利率24%、36%、日万分之五、日万分之二、日万分之三、日千分之一等等。^⑪

同案不能同判的负面效应似乎是显而易见的。

既然如此,何以法官们在同类案件中会采取相互矛盾的立场,这种立场是否有充足的法律依据?曾有当事人迫使最高人民法院法官对此明确表达其观点。该案的当事人请求最高人民法院法官同案同判,将拖欠款项的违约金,援引另一个相同情形的最高人民法院判决调为同期贷款利率的4倍,而不是按同期贷款利率确定。最高人民法院法官认为,当事人援引的最高人民法院判决“不属于有约束力的指导性案例”,另一案件按同期贷款利率4倍确定违约金与此一案件按同期贷款利率确定违约金,都是“依法裁量的结果”。^⑫这一案例提示解读前文验证结论的可能性,即法官的裁量权可以为不同案件中法官发表的相互矛盾的法律意见提供一个统一的解释,把不同的意见全部归结为法官裁量的结果。只要法官的裁量权足够大,那么,一切看来相互矛盾的意见,最终都可在裁量的名义下得以正当化。为验证最高人民法院法官对于裁量权的看法,我们使用“酌”和“裁量”去统计其使用频率及其使用场景。在适用第113条判决的案例中,我们发现“酌”字使用117次,“裁量”一词使用18次;而在适用第114条的判决中,“酌”字使用69次,“裁量”使用20次。筛除与法官的自由裁量权无关的用法,我们把与“酌”和“裁量”的相关用法统计如表3所示。

从表3可以发现,对涉及损失界定以及违约金调整的各个方面,法官均认为自己拥有自由裁量权。因此,扩张的裁量权为同案不同判提供了一个规范的基础,也为表3中为何法官在同类案件中可以采取相互矛盾的法律观点的现象,提供了一个答案。

因此,假说1-9未被最高人民法院法官采纳的原因,即在于法官采纳扩张的裁量权去应对确定损失的难题,而不是通过统一的解释论立场,进而通过细致的法教义学研究寻求结论。显然,扩张的法官裁量权消解了法官对学界知识供应的需求。由于任何结果都可以正当化为裁量权的行使,扩张的裁量权降低了法官的论证压力,法官无须借助学界的研究成果来正当化其裁判。相应地,学界的研究成果就只能用于学者间的交流或者用于课堂教学,而无法如拉伦茨所断言的,“可以转换为法律事件的裁判”,进而影响裁判实务。简言之,拉伦茨所言的学

表3

损失界定涉及的酌定事项	涉及的假说	“酌”或“裁量”使用次数
一、损失的确定		93
1. 损失的数额——直接酌定	假说8、9	38
2. 损失的数额——通过确定其各要素间接酌定		50
其中:酌定计算依据		4
确定计算依据后酌定价格或金额		8
酌定计算的起止时间或基准日	假说7	12
酌定损失计算方法 [®]		3
酌定资金损失的利率		17
酌定各方承担损失的比例	假说8	17
3. 排除市场因素的影响	假说6	5
二、违约金		85
1. 酌定维持违约金	假说2、3	5
2. 无违约金时酌定违约金	假说2、3	2
3. 直接酌定违约金	假说1、2	3
4. 酌减违约金		70
其中:酌定计算依据的转换		7
直接酌定计算依据的数额		6
酌定资金损失的利率	假说4	32
酌定双方过失比例	假说8	3
酌定违约金的计算期间	假说4	9
直接酌定违约金或酌定调减金额	假说4	13
5. 酌增违约金		5
其中:计算依据转换		1
酌情确定资金损失的利率	假说4	3
酌定违约金的计算期间	假说4	1
合计		178

界与法官的合作模式在中国并不存在。相反,苏力教授的学界与法官“相互看不起”的观点,却得到经验证据的支持。

结论

本文的经验验证,证伪了拉伦茨关于学界与法官相互合作的观点,而未能证伪苏力教授关于学界与法官“相互看不起”的结论,根据经验验证的逻辑,即可暂时接受苏力教授的观点为真。这个“暂时”的限定是必要的。这是因为,本文的验证结果是局部的,不能在有更多证据的基础上推而广之。一方面,本文仅仅验证违约损失确定这一狭小的主题,因此,在违约损失问题上双方不存在合作,不等于双方在其他领域也不存在合作。另一方面,本文仅仅验

证了最高人民法院在此领域的判决,而未能及于其他层级的法院,因此,即使在最高人民法院层面不存在合作,也不能据此认为在其他层级的法院不存在合作。

当然,仅仅是局部的经验研究,也可提供重要的启示。对本文而言,这一启示就是,对于学界和法官而言,应当寻求双方均认可的共同的解释论立场。否则,至少本文的验证结果表明,学界与法官的沟通与合作,就是困难的甚至是不可能的。而本文的经验研究恰恰显示,至少在违约损失确定这一领域,法官和学界持有不同的立场,恰像在两个平行宇宙,基于不同的公理生活:在学界看来,法官的裁量权应逐步缩小,统一而稳定的解释论立场及不断细化的法

教义学研究均可服务于这一目标。但是,法官却主张以扩充裁量权的方式解决裁判中遇到的难题,在这一模式下,即使在同类案件中发表相互矛盾的法律意见,也可得以正当化,这消解了学界的解释论立场及其法教义学研究的意义。必须承认,法官在损失界定过程中行使自由裁量权有其合理性和必要性,因为众多事项只能通过裁量解决,诸如损失确定中没有市场价格可供参照,^④可供参照的市场价格太多,^⑤无法确定双方过失比例,^⑥损失确定的基准日或者期间的确定难题等等。^⑦但从长期来看,同案同判未能实现,也会引发诸多的问题。^⑧因此,本文认为,从长期看,法官们应当放弃其过度泛化的裁量权主张,这不同于完全取消裁量权,而是对裁量权加以必要的限制。当然,法官裁量权的边界如何界定,是不容易解决的难题。我们只能期待在未来,法官和学界共同解决这一难题。

感谢南京大学法学院朱庆育,温州大学法学院钟瑞栋,北京大学国际法学院茅少伟、吴奕锋对本文初稿提出的诸多修改意见。

注释:

①苏力:“判决书的背后”,《法学研究》2001年第3期,第15页。

②同注①,第16页。

③同注①,第15页。

④强世功:“法律共同体宣言”,《中外法学》2001年第3期,第339页。

⑤[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第112页。

⑥彭中礼的“论法律学说的司法运用”(《中国社会科学》2020年第4期)一般性地考查了法律学说的司法地位及其在实践中的运用,不过,其方法并不是系统性的实证研究,而是理论梳理以及以证实而非证伪(证实与证伪研究的区别详见下文)为目的部分调查。直接以实证为目的的研究数量不多。程金华的“四倍利率规则的司法实践与重构利用实证研究解决规范问题的学术尝试”(《中外法学》2015年第3期)致力于发现民间借贷四倍利率裁判实践的经验逻辑。崔威的“中国税务行政诉讼实证研究”(《清华法学》2015年第3期)验证的也是一个经验性的命题,即“税务诉讼数量少可否归咎于司法体制或者诉讼会带来的不利后果”。黄辉的“中国公司法人格否认

制度实证研究”(《法学研究》2012年第1期)并不指向特定的规范命题或者经验命题,而是对中国公司法人格否认判决的各个方面进行描述性统计。李建伟“司法解散公司事由的实证研究”(《法学研究》2017年第4期)则是通过实证研究发现立法上的缺失(立法只考虑公司僵局未考虑股东压制)。以上各实证研究均未系统地考查学说与裁判之间的关系。

⑦因《民法典》并未对《合同法》第113条和114条作任何修改。本文的研究结论应该不会因《民法典》的通过而有根本性的差异。

⑧在统计检验中,同样会存在两个假说,一个是“原假设”,另一个是“备择假设”,所谓原假设是指可用机会变异解释的假设,而所谓备择假设是指可用设定的自变量解释的假设。也就是说,期待验证的假设是备择假设,但验证恰恰是通过原假设来展开的。如果原假设被否决,即可说明备择假设是成立的。参见[美]David Freedman, Robert Pisani, Roger Purves, Ani Adhikari:《统计学》,魏宗舒、施锡铨、林举干、李毅、吕乃刚、范正绮译,中国统计出版社1997年版,第519-520页。

⑨对《合同法》第114条所指违约金的性质,韩世远认为114条是“赔偿性违约金”,参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第825页。而王洪亮认为114条所指的违约金是“惩罚性违约金”,参见王洪亮:“违约金酌减规则论”,《法学家》2015年第3期,第143页。王洪亮承认,认为114条是赔偿性违约金是学界主流观点。王利明亦认为,“一般认为,我国《合同法》没有承认惩罚性违约金”,参见王利明:《合同法研究》(第2卷),中国人民大学出版社2015年版,第703页。崔建远认为,合同法第114条第1款和第2款规定的是赔偿性违约金,第3款的违约金可能是赔偿性的,也有可能是惩罚性的,参见崔建远:《合同法》,北京大学出版社2016年版,第393页。

⑩这当然是以违约金和第113条指向的利益是同一为前提。如果违约金与第113条指向的利益不同,则不生当适用何者的问题。

⑪此处不包括惩罚性违约金,因为约定惩罚性违约金的目的是确保合同得到履行,而非为违约所导致的损失提供界定方案,而且,依照学界公认的定义,惩罚性违约金并不影响债权人的履行利益,因此,惩罚性违约金不产生与第113条的冲突问题。更精确地说,此处的违约金仅指损害赔偿总额约定的违约金。如果约定的违约金是最低的损害赔偿额,那么,其目的也并非事先约定违约的损失,因而与第113条也不存在冲突。参见注⑨,韩世远书,第825页。

⑫参见王洪亮:《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第439页。王利明、崔建远也持同样观点,参见注⑨,王利明书,第708页;注⑨,崔建远书,第410-414页。

⑬王利明认为此乃为“一般的观点”,即通说。参见注⑨,王利明书,第712页;注⑨,韩世远书,第827页;注⑫,王洪亮书,第434页;姚明斌:“《合同法》第114条(约定违约金)评注”,

《法学家》2017年第5期,第161页。

⑭参见注⑫,王洪亮书,第428页。崔建远认为,违约方可以通过举证“没有给守约方造成损害”免除违约金责任,因而他认为“违约金不以损害为要件”的观点“不足取”,参见注⑨,崔建远书,第404页。

⑮参见注⑨,韩世远书,第830831页;注⑫,王洪亮书,第443页;注⑨,王利明书,第716页。崔建远认为违约金调减请求权在违约方,调增请求权在守约方,其观点应与其他学者同,参见注⑨,崔建远书,第405、406页。其他如注⑬,姚明斌文,第168、173页。

⑯参见注⑫,王洪亮书,第440、442页;注⑨,韩世远书,第832页;注⑬,姚明斌文,第172、174页。

⑰韩世远、王利明均持此说。在法律依据上则是通过《合同法》第107条,参见注⑨,韩世远书,第784页;王利明:“违约中的信赖利益赔偿”,《法律科学》2019年第6期,第126页。王洪亮未明确论及如何在信赖利益和履行利益间选择的问题,参见注⑫,王洪亮书,第394-395页。

⑱同注⑨,王利明书,第651页。

⑲崔建远、韩世远均采此说,参见注⑨,韩世远书,第820页;注⑨,崔建远书,第386页。王洪亮认为,“我国原则上采纳的是抽象损害计算的规则”,未明确是由谁决定采纳“抽象损害计算的规则”,参见注⑫,王洪亮书,第410页。

⑳参见注⑨,韩世远书,第822页。韩世远罗列了四种可能的日期:缔约日、违约日、裁判日、违约至裁判期间某一日。

㉑参见注⑨,王利明书,第652页。崔建远和韩世远一样罗列了四种可能的日期,但未明确如何在其中选择。参见注⑨,崔建远书,第387页。

㉒崔建远、韩世远的观点基本相同,参见注⑨,崔建远书,第375385页;注⑨,韩世远书,第792页。王利明的观点类似,参见注⑨,王利明书,第666页以下。

㉓参见注⑨,韩世远书,第796页;注⑨,崔建远书,第376页。姚明斌认为应预见损害类型及其典型范围,这一理解下损害类型与损害的典型范围其实是一体的,“很难想象违约方可能预见到某一类损害,但却无从预见其典型的范围(如租金的市场平均标准)”。根据这一理解,同样未要求预见损害的具体幅度,参见姚明斌:“《合同法》第113条第1款(违约损害的赔偿范围)评注”,《法学家》2020年第3期,第186页。徐建刚“似乎”倾向于认为应当预见损失的具体数额,但他并不特别确定,用词谨慎。参见徐建刚:“规范保护目的理论下的统一损害赔偿”,《政法论坛》2019年第4期,第83页。

㉔如韩世远与王洪亮关于违约金是否具有优先性的争论,参见注⑨,韩世远书,第838页;注⑫,王洪亮书,第439页。

㉕拉伦茨将这称之为解释的“正确性”要求,参见注⑤,拉伦茨书,第196页。德沃金认为,法律推理就是从整个法律体系角度寻求最佳解释的过程。See Ronald Dworkin, Law's

Empire, VII, Cambridge: the Belknap Press of Harvard University Press, 1986, p. 90.

㉖“法官也了解,其据以决定某一事件的标准,必须对全部同类事件均可适用”,参见注⑤,拉伦茨书,第113页。

㉗中国裁判文书网上的判决书,近年的比较全,但越往前就越少;北大法宝上,以前的判决书比中国裁判文书网的多,近年的会更少。

㉘即证实比证伪要求高。不过,即使符合随机性要求而得出肯定的结论,也不是证实,而是未证伪。这是因为,“理论在经验上是绝不可证实的”,因为总可能有未发现的反例存在,但证伪,即发现反例在经验上是可能的。参见[英]卡尔·波普尔:《科学发现的逻辑》,查汝强、邱仁宗译,科学出版社1986年版,第14页。未被证伪的理论即可先接受为真,但这些暂被接受为真的理论,又有可能在后续研究中被证伪。

㉙参见注⑧,第368-379页。

㉚在我们收集的案例中,部分类型的合同可能只涉及某一个或几个假说,如技术转让合同,另外一些合同虽然涉及的假说较为全面,但这些合同可能会涉及更复杂的专业细节,如建设工程合同对诸如停工损失、竣工日期、施工质量的确定,都存在众多行业特殊的规定,非专业人士不容易理解。

㉛本案房屋涨价损失为3578.8万元,而约定违约金按合同总金额计算为 $1180 \times 2 = 2360$ 万元。

㉜但新疆高院用的概念却不是“违约金”而是“经济损失”,最高人民法院则是用“赔偿金”。本案关于违约金的约定“合同总金额的双倍返还”,二审法院解释为违约金是合同总金额即1180万元,而最高人民法院认为约定违约金为2360万元。虽然二审法院判处的损失金额既低于双方约定的违约金,而且也低于违约方因违约而获得的收益。但因守约方未再申请再审,因而最高人民法院也未予调整。二审法院意见参见新疆维吾尔自治区高级人民法院(2015)新民一终字第408号民事判决书。

㉝参见最高人民法院(2017)最高法民申1741号民事裁定书。

㉞参见最高人民法院(2016)最高法民申1299号民事裁定书;江苏省高级人民法院(2015)苏民终字第00437号民事判决书。

㉟最高人民法院认为,依据《合同法》第114条,“违约方应承担的损失赔偿数额不以合同约定的违约责任为限,而且,违约金与合同解除导致的损害赔偿金不同,欧亚公司主张按约定的违约金计算合同解除后的损害赔偿金的理由不成立。”据此,迟延履行违约金与合同解除的损失并不矛盾,因此,法院本应判处迟延履行违约金,再加上合同解除导致的损失。然而,最高人民法院只是否定不能只判违约金,但并未回答为何不按约定判处迟延履行违约金的问题。

㊱参见最高人民法院(2017)最高法民申2783号民事裁定书。

㊲参见最高人民法院(2016)最高法民终715号民事判决书。

㊳参见最高人民法院(2005)民一终字第85号民事判决书。

③参见最高人民法院(2015)民一终字第78号民事判决书。

④例如,如果仅迟延40天,据此计算的年利率为
 $(19350127.65/98400000) \times (365/40) = 179.3975\%$ 。

④2013年为17天,2014年为365天,2015年为31+30+31+28,即120天。

④ $(19350127.65/98400000) \times (365/533) = 0.1346$ 。

④参见最高人民法院(2017)最高法民申2783号民事裁定书。

④参见最高人民法院(2016)最高法民申3103号民事裁定书。

④参见最高人民法院(2017)最高法民再312号民事判决书。

④参见最高人民法院(2017)最高法民终683号民事判决书。

④后文更全面的验证中有与假说6、7相关的案例,假说6、7均被否认,可参见后文的分析。

④参见最高人民法院(2014)民一终字第198号民事判决书。

④参见最高人民法院(2013)民申字第1714号民事裁定书。

④买卖房屋的面积为4645平方米,价格从2045元,附近房价低的上涨到4400元,最高上涨到5200元。

④李玉林:“约定损失赔偿金的调整应区分不同情形”,《人民司法》2014年10期,第65页。

④同注⑤,第65页。

④同注⑤,第65页。

④事前约定的违约金,因存在不确定性而可对其加以必要的限制。而对于未来的可得利益,同样可因不确定而不予赔偿,即因不确定而限制其可赔金额,参见刘承睦:“违约可得利益损失的确定规则”,《法学研究》2013年第2期,第88页以下。

④更全面的检验发现最高人民法院法官还提出“权利义务相一致”“损益的相当性”“权利义务对等的原则”等确定违约所导致的损失的原则,这些都与假说8并不一致。

④最高人民法院(2017)最高法民申4887号民事裁定书。

④已付房款11万,法院确定的赔偿金额是1476229.8元,是已付房款的13.42倍。参见江苏省高级人民法院(2015)苏民终字第00437号民事判决书。

④参见最高人民法院(2016)最高法民申1299号民事裁定书。

④参见前文关于如何获取数据部分的讨论。

④同注①,第16页。

④当事人在实际的案件中还会认为,拖欠货款的损失,不仅仅是按同期银行贷款计算的利息,而是必须考虑到债权人所处行业的利润率及买卖标的物的价格波动。例如,钢材的卖方认为其损失应该考虑“钢材行业资金周转快,每月资金周转四次,利润率可达192%—288%”,也应考虑拖欠期间“钢材每吨从3000多元上涨到5000多元,每吨涨幅在60%—70%”。换言之,其认为应考虑的价格是多重的,包括利润率、钢材价格波动。最高人民法院在二审中认为,考虑钢材价格

上涨等因素是适当的。参见最高人民法院(2011)民二终字第121号民事判决书。

④参见最高人民法院(2017)最高法民申56号民事裁定书。

④在一个案例中,法院认为,利润与成本不可兼得。这就是一个关于损失计算方法的裁量。参见最高人民法院(2002)民一终字第4号民事判决书。

④一些违约行为所造成的结果没有对应的市场,自然也没有可供参考的市场价格。例如,股权转让合同中的受让方以房屋抵股权转让款,已交付房屋所有权证,但迟交土地使用权证1730天。很显然,迟交土地使用权证这一违约行为,不可能存在市场价格,因为不存在“迟交交付土地使用权证”的交易市场。此时,法官只能酌定一个违约行为的价格。依据双方约定的违约金,违约方需支付23666.4万元,法官酌减为23302390元。参见最高人民法院(2016)最高法民终20号民事判决书。

④资金损失的利率即属于存在多种价格的典型情形。

④例如,虽然施工的每一步均验收合格,但工程质量最终还是出问题,施工方承担责任的,由法官裁定。参见最高人民法院(2016)最高法民再367号民事判决书。

④选择的衡量损失的基准日不同,将直接影响各方之间的损益分配,在涉及标的物价格波动极为剧烈的情形,这一问题将变得更为显著,时点的确定,将在双方当事人之间重新分配价格波动带来的损益变化。例如,开发商将本应在2003年10月30日交付给被拆迁人的房屋转售他人,双方经过多年多次诉讼,最后法院以债权人的申请鉴定日2014年11月24日为时点的价值6023元/平方米确定损失计算的基准日。如果按照违约日确定损失,该日的房价仅为1000元/平方米。因此,在房价持续上涨的条件下,基准日如果选择一个更早的时间点,就会把房价上涨带来的损失分配给债权人。反之,如果选择一个较后的基准日,就把房价上涨带来的损失大部甚至全部分配给违约方。参见最高人民法院(2015)民一终字第408号民事判决书。

④一个最为明显的不良后果就是缠讼不休。既然缺乏统一的量度,那么,进行更多的诉讼,就可能会得到一个有利于自己的结果。在本文收集的案例中,有多个案件进行了多年的诉讼,耗费了大量的司法成本。

参考文献:

- [1]苏力:“判决书的背后”,《法学研究》2001年第3期。
- [2][德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版。
- [3]王利明:《合同法研究》(第2卷),中国人民大学出版社2015年版。