

民法典合同编的立法建议

刘承晔

(中国政法大学比较法学研究院 北京 100088)

内容提要: 2017年8月以来,全国人大法工委先后完成了民法典合同编的“室内稿”“征求意见稿”“一次审议稿”三个草案,草案条文较合同法增加了不少,内容也有了不小的进步,但仍然有提升改进的空间。合同编中“特定允诺构成合同条款”的规定应当予以保留。预约合同条文应当明确规定和区分违反预约合同的违约责任的形态。格式条款应当区分程序瑕疵和双重瑕疵的不同效力。悬赏广告应当明定为要约而非单方意思表示并充实完善具体规则。应当特别强调充实合同效力的内容,以此保持合同法的完整性和适用性上的便利性。情势变更规则应当强调客观情势的概念、目的不达的条件和再磋商义务的具体化。合同解除制度应当对法定解除权的情形、违约方解除权、通知解除的前提作出更加准确的规定。过失相抵规则与现行合同法理论和体系不和,应予删除。

关键词: 民法典合同编 合同订立 合同效力 情势变更 合同解除 违约责任

DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2019.03.004

2017年《民法总则》通过之后,民法典各分编也先后有了各自的草案,具有划时代意义的新中国首部民法典编纂又前进了一步。2017年8月,全国人大常委会法制工作委员会民法室首次完成了《中华人民共和国合同法编(草案)民法室室内稿》(以下简称“室内稿”,共27章559条),并向有关单位征求意见。2018年3月,全国人大法制工作委员会向有关单位发出《民法典合同编(草案)征求意见稿》(以下简称“征求意见稿”,共28章547条)以征求意见。在这个“征求意见稿”的基础上,

2018年8月,全国人大法制工作委员会将全新的《民法典各分编(草案)》提交常委会会议进行审议(以下简称“一审稿”)随后在其官网向社会公布,公开征求意见。三个民法典合同编草案一脉相承,不断改进,虽然仍以现行《合同法》为基础,但较之《合同法》有了不少进步。从目前情况来看,最终的“一审稿”合同编一共28章519条,内容比现行《合同法》更为充实和丰富,体系也更加完备。即便“一审稿”合同编压缩到了519条,其在分编中的条文数量仍然超过总数1034条的一半,可见合同编的重要

作者简介:刘承晔(1977—),男,汉族,山东潍坊人,中国政法大学比较法学研究院教授、博士生导师。

本文为国家社会科学基金项目“违约惩罚性赔偿制度研究”(项目批准号:17BFX083)的阶段性成果,并受中国政法大学青年教师学术创新团队支持计划资助。

性。合同编的总则部分既基本保持了合同法的完整性,又充分发挥了替代债法总则的功能,分则部分也增加了保证合同、物业服务合同、合伙合同三类有名合同类型,其进步是明显的。但合同编在特定允诺、预约合同、格式条款、悬赏广告、合同效力、情势变更、合同解除和违约责任等一些重要规则或制度方面尚需进一步充实和完善,这样交易法才能在民法典中占有一席之地,民法典及其合同编也才有可能成为继往开来的划时代意义的重要立法。

一、保留“构成合同条款之允诺”的规则

“一审稿”第281条规定了可以构成合同条款的允诺的概念,^①是一个重大进步。不论是作为合同构成部分的允诺,还是作为债的发生原因之一的单方允诺,在商业实践中都十分常见,也较易引发纠纷,在合同法中有明确规定的必要性。实践中的当事人允诺可能会表述为:我承诺、我保证、我允诺、我承担义务、我愿受约束等等,^②急需法律给予清晰定位和充分保护。

有学者建议删除第281条,理由是:第一,本条来自于《最高人民法院关于商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》的规定,但是该司法解释适用的范围仅限于开发商卖房的情形,现要将该适用范围拓展到所有合同,显然过度扩大了适用范围。第二,当事人在合同订立的协商过程中可能会有各种允诺,但是最终仍要以确定性的文本为准,所签订文本与之前双方意思表示不一致的,可视为是对双方先前合意的替代。任何一方当事人不能在正式文本签订后再以缔约期间的允诺来推翻正式文本的内容,否则将会徒增纠纷,影响合同的严肃性。第三,书面证据具有优先性,就是基于维

护合同严肃性的考虑所确立的证据效力规则。普通法上著名的口头证据规则(Parol Evidence Rule)即对于契约的内容应通过书面契约来确定,除此之外的证据(如口头约定等)应被排除;应禁止当事人提交其他外在的证据,尤其是口头证据,来质疑书面合同的效力或者涵义。^③

但在笔者看来,以上几点理由似乎不能成立。因为其一,商品房买卖合同司法解释的规定未必不能适用于合同法,比如过分高于造成损失违约金30%的标准就是取自商品房买卖合同的司法解释,合理的实践经验可以吸收进民法典合同编成为一般规则,并且实践中的特定允诺早已突破了买卖合同的范围,比如单方做出的愿意成为主合同内容的保证允诺等等。其二,我国并不承认美国式的口头证据规则,现实商业交往中当事人会有单方允诺等大量的意思表示文件,不能因为最终书面合同文本的存在而否定这些文件独立存在的效力,应当综合考虑缔约过程中的一系列文件确定当事人的法律关系。其三,域外立法例对单方允诺成立债之关系一般都有相应的规定。比如德国民法典、中国澳门民法典等。为完善我国民法制度,有必要借鉴其他国家和地区民法关于单方允诺之成文法经验,在合同法中对单方允诺做出明文规定。^④

其实,《民法总则》立法过程中曾经在法律行为章和民事权利章都提及和规定过单方允诺,但最终通过时都遗憾地被删除了。我们也看到,《欧洲示范民法典草案(DCFR)》在其第二卷“合同及其他法律行为”第2-1:103条第(2)项明确肯定了单方允诺的法律约束力,对于商业实践和市场交易的开展有着十分积极的

^① “一审稿”第281条:当事人一方在订立合同前向对方所作的允诺内容具体确定,对合同的订立有重大影响,对方有理由相信其为合同内容的,该允诺视为合同条款。

^② 欧洲民法典研究组《欧洲示范民法典草案:欧洲私法的原则、定义和示范规则》,高圣平译,中国人民大学出版社2012年版,第154页。

^③ 王利明《关于〈民法典分编(草案)·合同编〉的意见》,http://www.civillaw.com.cn/zt/t/?id=34837,访问日期:2018年12月10日。

^④ 梁慧星《中国民法典草案建议稿附理由(债权总则编)》,法律出版社2013年版,第58页。

意义。该项的表述是:一个单方允诺意在无须承诺即具有法律拘束力,有效的单方允诺即对做出允诺的人具有拘束力。更为重要的是,“一审稿”第281条与《美国合同法重述》第90条的允诺禁反言规则的价值有着很大程度的相似性,^⑤都是对受诺人的缔约信赖进行保护的伟大规则。第281条基于商业实践的需要,较《合同法》重述第90条更进一步,将缔约中的信赖利益升华为期待利益,扬弃了英美法的口头证据规则,代表了合同编与时俱进的开放姿态和进取精神,值得赞许。因此,鉴于允诺在商业实践中的重要性(DCFR2-1:103-E),笔者建议在合同编中明确规定构成合同条款的允诺和单方允诺的规则,以体现法典之现实回应性。

二、补充完善预约合同的规定

合同编“一审稿”第287条借鉴《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》(以下简称《买卖合同司法解释》)第2条的买卖预约,^⑥在本条规定了预约合同的一般规则,已经不限于买卖合同。此条文总体值得肯定,但个别方面需要补充完善。

首先,应将意向书排除在预约合同之外。意向书(letter of intent)只是表明双方存在缔约的意思表示,本身并未就缔约中的权利义务关系达成合意,一般情况下,意向书都不能被认定为预约。^⑦《买卖合同司法解释》除了规定认购书、订购书、预订书之外,还规定了意向书、备忘录,但其逻辑是意向书和备忘录要想产生对当

事人的约束就必须先构成预约合同,这一点是基本前提。不过实践中的意向书和备忘录通常都不是预约合同,因此将其排除在预约合同外符合商业实践的需要。

其次,应当明确预约合同效力与违约责任形态。第287条只规定了一方违反预约合同应当承担预约合同的违约责任,但对于该违约责任具体是什么语焉不详。如果按照《合同法》第107条的规定,违反预约合同的违约责任形态当然包括损害赔偿和继续履行(强制缔结本约,即强制缔约),否则《买卖合同司法解释》中也就没有必要区分“违约责任”和解除后的“损害赔偿”的概念了。但多数学者认为,不宜承认强制缔约的违约责任。因为强制当事人订立本约将剥夺当事人的意思自由,对合同自由伤害过大,与合同自由原则相悖,而且赋予当事人不同性质的损害赔偿通常足以保障其权利。^⑧强制订立本约属于《合同法》第110条第(1)项所谓的“法律上不能履行”。^⑨

笔者认为,当事人可以主张违反预约合同一方承担强制缔约的违约责任。对此笔者也曾经利用实证案例对预约合同进行过不同层次的分析,划定过预约与意向书、本约的边界,并将预约合同依内容不同区分为简单预约、标准预约和完整预约三种类型,主张对前两者类型赋予强制磋商效力,对最后一种完整预约赋予强制缔约的效力,进而提供有效的违反预约的救济。^⑩实际上,我国台湾地区裁判实务就认为预

^⑤ 美国《第二次合同法重述》第90条规定:允诺人对其允诺所引致允诺相对人或第三人的作为或不作为是可合理预见,且只有执行其允诺才能避免不公平结果的发生时,该允诺有约束力。参见刘承魁《英美契约法的变迁与发展》,北京大学出版社2014年版,第181页。

^⑥ 《买卖合同司法解释》第2条“当事人签订认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录等预约合同,约定在将来一定期限内订立买卖合同,一方不履行订立买卖合同的义务,对方请求其承担预约合同违约责任或者要求解除预约合同并主张损害赔偿的,人民法院应予支持。”

^⑦ 参见王利明《关于〈民法典分编(草案)·合同编〉的意见》,http://www.civillaw.com.cn/zt/t/?id=34837,访问日期:2018年11月18日。

^⑧ 谢鸿飞《民法典合同编总则的立法技术与制度安排》,载《河南社会科学》2017年第6期。

^⑨ 梁慧星《预约合同解释规则——买卖合同解释第2条解读》,http://www.iolaw.org.cn/showArticle.aspx?id=3462,访问日期:2018年11月18日。

^⑩ 刘承魁《预约合同层次论》,载《法学论坛》2013年第6期。

约债务人负有订立本约的义务,权利人得诉请履行,法院应命债务人为订立本约的意思表示,债务人不为意思表示者,视同自判决确定时已为意思表示。本约成立后,债权人即有请求给付的权利,基于诉讼经济原理,债权人得合并请求订立本约及履行本约。^①日本也以支持履行本约的请求承认预约合同实际上具有强制缔约的效力。^②可见,比较法上对于强制缔约义务也是有支持根据的。我国司法实践对此困惑已久,建设工程领域的中标通知书的性质和效力争议即为例证。^③

三、修正完善格式条款规则

“一审稿”第288条和第289条是对《合同法》第39条和第40条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》[以下简称《合同法司法解释(二)》]第9条和第10条的继承与发展,但三个法律文件采取三种不同的规定和态度,在法律的延续性、规则的准确性、立法的严谨性方面都不免让人生疑。

三个法律文件对于格式条款采取如下三种模式:1.《合同法》第39条、第40条规则。第39条只规定提示说明义务的行为模式,未规定违约提示说明义务的效果,第40条与第39条在免责义务等问题上出现交叉,却直接规定格式条款的无效。鉴于两个条文之间的矛盾和冲突,有学者从合同法民商合一、鼓励交易等角度出发,建议以第39条为主,出现类似情形不轻易适用第40条,从而严格适用格式条款无效规

则。^④2.《合同法司法解释(二)》第9条和第10条规则。或许是注意到《合同法》第40条过于严苛的无效规则,也注意到了第39条未规定法律效果的法律漏洞,《合同法司法解释(二)》第9条才会赋予非格式条款提供方对于格式条款的撤销权,^⑤并规定只有违反第39条第1款并具有第40条之一情形的,格式条款才会无效(第10条)。但第39条和第40条对于提供格式条款方免除自己责任的规定是有重复的,因此操作中仍有诸多模糊之处有待澄清。3.“一审稿”第288条和第289条大致相当于《合同法》第39条和第40条的结构安排,但第288条却规定未尽提供说明义务的格式条款不产生效力,既不是可撤销,也不是无效,是第三种效力模式。由于不生效与无效在法律效果上并无本质差异,第288条的规定与第289条再次发生重叠和交错的问题,所以其法律适用也再次陷入困境。

同时,这三种模式也导致司法实践做法不一。各地法院对于格式条款效力认定的理由观点各异,尤其在认定格式条款无效时法律适用不一,包括直接根据《合同法》第40条认定格式条款无效、认为有违公平原则并存在《合同法》第40条规定的情形而认定无效、认为未履行提示和说明义务并存在《合同法》第40条规定的情形而认定无效。与此相对应的,若不具备《合同法》第40条规定的情形,要么因未履行提示和说明义务,根据《合同法司法解释(二)》第9条的规定,该免除或限制责任条款

^① 王泽鉴《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第117页。

^② 按照日本的判例,如果预约义务人对于预约完结权人完成买卖的意思表示没有回应,预约完结权人可向法院请求履行正式的买卖合同,如仅请求预约义务人承诺订立买卖合同,将被认为不具有法律上的利益而不予受理。

^③ 比如,《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释(二)》(征求意见稿)第1条规定:(中标通知书的性质)招标人向中标人发出中标通知书后,一方未依照招标投标法第四十六条第一款的规定履行订立书面合同义务,对方请求其承担预约合同违约责任或者要求解除预约合同并主张损害赔偿的,人民法院应予支持。另一种意见:招投标文件与中标通知书已具备建设工程施工合同主要内容,且不得作实质性变更,即使未订立书面合同,本约亦成立。

^④ 梁慧星《读条文·学民法》,人民法院出版社2014年版,第112页。

^⑤ 《合同法司法解释(二)》第9条“提供格式条款的一方当事人违反《合同法》第三十九条第一款关于提示和说明义务的规定,导致对方没有注意免除或者限制其责任的条款,对方当事人申请撤销该格式条款的,人民法院应当支持。”

属于可撤销条款,要么因履行了提示和说明义务而属于有效条款。

为解决这一困难,笔者建议对第288条和第289条划定相对清楚的边界,第288条针对格式条款程序瑕疵的规制,第289条针对格式条款兼具程序瑕疵和实体瑕疵的规制,并分别规定如下:

第288条:提供格式条款方应当根据公平原则确定当事人之间的权利和义务,并采取合理方式提请对方注意免除或减轻其责任、加重对方责任或者排除或限制对方主要权利等与对方有重大利害关系的条款。在对方要求时,还应当对该格式条款予以说明。未尽提示或说明义务,相对方可以请求法院或仲裁机构撤销该格式条款。^⑥

之所以建议将“不产生效力”调换为“撤销”,是因为赋予当事人撤销权要比不产生效力更清楚,即赋予了当事人以选择的权利。更重要的是,不产生效力实际上就是不生效,我们可以在《保险法》第18条的规定中找到根据:“保险合同中规定有关于保险人责任免除条款的,保险人在订立保险合同时应当向投保人明确说明,未明确说明的,该条款不产生效力。”但保险法规则是消费者合同的特殊规则,规定不产生效力或无效符合法律之精神,但一般合同法(尤其是商合同法)中直接规定无效有损合同自由和鼓励交易的精神,而且这样的确也会与下文第289条的无效规定重复。

第289条:格式条款有下列情形之一的,该

条款无效:(一)具有无效合同的情形或本法第298条免责条款无效的情形;(二)提供格式条款方未尽第288条的提示或说明义务,且格式条款同时具有免除或减轻其责任并加重对方责任情形的;(三)提供格式条款方未尽第288条的提示或说明义务,且格式条款同时具有免除或减轻其责任并排除或限制对方主要权利情形的;(四)提供格式条款方未尽第288条的提示或说明义务,且格式条款同时具有免除或减轻其责任并有其他于对方重大不利情形的。^⑦

此外,鉴于2018年3月的“征求意见稿”第40条曾规定“格式之战”条款,这一规定对于格式之战采用了“相互击倒说”,属于国际上具有共识的观点。^⑧因此可以考虑在格式条款第289条之后,借鉴《国际商事合同通则》第2.1.22条的规定,^⑨增加“格式之战”的特别规则:“当事人在订立合同时各自都提供了格式条款的,合同根据当事人一致同意的内容及实质上相同的格式条款内容订立,但当事人一方事先明确表示或者事后及时通知对方其不愿意接受合同约束的除外。”^⑩这对于格式条款规则和合同缔约程序都是一个有益的补充性规定。

四、充实完善悬赏广告的规则

“一审稿”第291条是关于悬赏广告的规则。该条内容借鉴自《合同法司法解释(二)》第3条的规定:悬赏人以公开方式声明对完成一定行为的人支付报酬,完成特定行为的人请求悬赏人支付报酬的,人民法院依法予以支持。

近些年来,悬赏广告在我国社会生活中越

^⑥ 其实,2018年3月的“征求意见稿”第37条就借鉴了《合同法司法解释(二)》第9条的规定,规定了未尽提示注意和说明义务的可撤销后果。

^⑦ “于对方重大不利(益)”的概念,借鉴自我国台湾地区“民法”第247条。

^⑧ 在合同法上,疏解格式之战的主流学说有“第一枪理论”“最后一枪理论”“相互击倒理论”,另偶见“合理一击理论”“最强一击理论”“最佳一击理论”。其中,“相互击倒理论”又称剔除规则或排除异意规则,是当下国际商事争议判例中广泛采纳的通说,《国际商事合同通则》《欧洲合同法原则》《共同参考框架草案》《欧洲共同买卖法草案》皆采“相互击倒理论”,皆引入了格式之战特别规则。参见金晶《合同法上格式之战的学说变迁与规范适用》,载《环球法律评论》2017年第3期。

^⑨ 参见张玉卿《国际商事合同通则2010》,中国商务出版社2012年版,第191页。

^⑩ 王利明《关于〈民法典分编(草案)·合同编〉的意见》,http://www.civillaw.com.cn/zt/t/?id=34837,访问日期:2018年11月18日。

来越常见,发生的纠纷也越来越多,的确有在民法典合同编中专门规定的必要,而且可以有多个条文。在北大法宝数据库以悬赏广告纠纷作为案由搜索近年来的相关司法案例,截至2019年2月1日共检索到176个结果,按裁判年份筛选,其中2008年1件、2009年2件、2010年3件、2011年10件、2012年5件、2013年9件、2014年24件、2015年32件、2016年21件、2017年31件、2018年11件。由此可见,以悬赏广告纠纷作为案由进行诉讼的案件总体呈递增趋势,法律确有专门规定的必要。

对于悬赏广告笔者建议采取合同要约说,而非单方法律行为说。原因有三点:第一,从司法裁判的情况来看,司法实践对于悬赏广告大多采用“合同要约说”,即对要约、承诺进行分析来判断悬赏广告合同是否成立。^①或单纯以“悬赏广告”表述,不涉及定性问题。极少案件将悬赏广告认定为“单方法律行为”,在有限搜索结果中仅有原告王某某与被告江永县公安局悬赏广告纠纷案^②以及原告陈书文、河南省华兴铝业有限责任公司与被告义煤集团华兴矿业有限公司悬赏广告纠纷案^③这两个案件。悬赏广告需要他人的承诺和配合,将其视为要约较易理解,也算是约定俗成的观念。第二,我国悬赏广告的规则也是先后规定于《合同法司法解释(二)》和民法典合同编,从其体系位置可以判断出立法者对于悬赏广告的鲜明态度,是将其作为合同要约来看待的。第三,域外的日本、瑞士、英美国家、我国台湾地区都采取合同要约说,比较法上采合同要约说也相当常见。因此,将悬赏广告视为要约符合我国现实的需要。

当然,实际中的大多数悬赏广告,行为人都是在知道广告后才完成指定行为的,所以两种学说适用起来在实际效果上一般并无差异。差别主要在于特殊情形,如果完成指定行为的人

没有与合同相适应的民事行为能力,或者行为人在完成行为时不知有广告之存在,若依契约说,相对人没有进行有效的承诺,合同自然无法成立,广告人不发生给付报酬的义务;若依单独行为说,则进行指定行为属于事实行为,不要求相对人有民事行为能力,也无须知道广告的存在,只要完成指定行为就可以使悬赏广告的内容发生效力。

为了充实悬赏广告的规则,笔者建议增加几条或几款:

1.增加悬赏广告撤销的规定。比如《日本民法》第529条之二:悬赏广告人不得撤回已规定作出其行为期间之广告。但其广告中保留撤回之权利的,不在此限。第529条之三:无完成指定行为之人时,悬赏广告人得撤回未规定作出其指定行为期间之广告。但其广告中已表示不撤回之意思时,不在此限。再比如,《瑞士债务法》第8条第2款:广告人如在行为完成前撤回广告,除证明行为人不能完成其行为外,对于行为人因该广告善意支出的费用,应负赔偿责任,但以不超过预定报酬额为限。

2.增加数人完成悬赏行为的报酬请求权规则。悬赏广告,因其向不特定的社会公众发出,可能存在两个或者两个以上的人为同一悬赏行为的情形。数人完成悬赏行为,可以分为数人先后完成悬赏行为和数人同时完成悬赏行为。数人先后完成悬赏行为的,悬赏广告的目的已在最先完成悬赏行为时达成,因此应以最先完成悬赏行为的人为悬赏金额的受领人。而数人同时完成悬赏行为的,因悬赏行为的完成无先后之别,悬赏广告的目的达成于数人完成悬赏行为时,故原则上各行为人均有权获得悬赏金。于此种情形,如悬赏的性质决定悬赏金额不可分而只能由一人受领,或者悬赏广告已经指明悬赏金额只能由一人受领,则应当以抽签方式

^① 参见“李珉诉朱晋华、李绍华悬赏广告酬金纠纷案”,载《最高人民法院公报》1995年第2期。

^② (2016)湘1125民初514号民事判决书。

^③ (2011)豫法民三终字第96号民事判决书。

确定受领权人。^④《德国民法》第659条和《日本民法》第531条对此有明文规定。

3.增加优等悬赏广告规则。如果悬赏广告声明对于完成悬赏行为的优胜者给付悬赏金额,为优等悬赏广告。法律应对优等悬赏广告的构成、优胜者的判定等作出明确规定。《日本民法》第532条、我国台湾地区“民法”第165条都定有明文,可以为鉴。

五、充实丰富合同效力规则

合同效力历来是合同法的核心命题,合同只有在发生效力的情况下才能产生履行、变更、解除以及违约责任的承担等问题。^⑤但由于《民法总则》法律行为一章的影响,合同编的订立和效力部分的内容大幅减少,尤其是合同效力一章只剩下6个条文,而且完全不成体系。对于合同法中十分重要、日常司法裁判案件来源最多的合同效力部分只以6个条文为法律准据,这简直是不可想象的。在我国法院案件数量中,民事案件近几年每年都是1千多万件,其中合同案件占到了80%以上。可见,合同效力问题是我国司法裁判中的重中之重。如果民法典合同编仅仅设有6个条文去应对每年近千万的海量案件,毫无疑问是无法胜任的,也是不能令人信服的,实践中很多法院的法官也不断发出这样的疑问。即便《民法总则》的法律行为一章对于合同效力的案件可以起到规范基础和指引作用,但毕竟对于老百姓来说,合同就是合同,跟抽象的法律行为的概念还是有所不同的。

合同法是一个特别讲究逻辑的法律系统,针对合同的订立、合同的效力、合同的履行、合同的变更、合同的转让、合同的终止、违约责任这样一个完整过程,设定合同“从生到死”的法律规则,其对于法律体系完整性的诉求也是毋庸置疑的。如果因为过分担心其与《民法总

则》的相关内容重复而尽量减少或压缩合同法规则,合同法的体系完整性就必然会遭到破坏或妨碍,这样反而不利于合同纠纷的有效解决。一个不争的事实是,合同法越完整越有利于当事人适用法律,越有利于法官裁断合同案件。《民法总则》第134条规定了单方法律行为、双方法律行为、决议行为等多种法律行为,民法合同编应当重点规定和落实双方法律行为。当然,其中最重要的就是合同效力这一合同法的核心问题。合同效力是合同履行、变更、终止、违约责任等的基本前提,因此有关合同效力的问题应当在合同编中作出全面规定。凡是涉及双方法律行为的生效、效力瑕疵、效力瑕疵的后果等,理应规定在合同编中,以保持合同编体系的完整性。^⑥司法实务界对于合同编完整性缺失的反应更为迅速和强烈。他们普遍认为,鉴于合同无效条款在合同法律制度中是非常重要的内容,多年来在准确判定合同效力实践中发挥了积极作用,为保持合同法律制度的完整性,也便于实践中具体适用,在合同总则部分仍应规定合同无效条款。^⑦这一点值得赞同。

为了维护合同法的此种完整性,同时又不至于因大量规则重复而破坏民法典体系化的大局,笔者建议在民法典合同编“合同的效力”一章中,对于效力待定合同、可撤销合同、无效合同这三种合同效力瑕疵的内容用三个简洁的条文对民法总则法律行为规则进行合同法领域的重述或重新强调(restatement),这样既算是对民法总则规范的呼应、梳理和细化,又能消除合同编合同效力规则缺失的严重缺陷。

具体说来,可以在该章中规定三个核心条款。条款一:下列合同是效力待定的合同,需要经过权利人追认才能发生效力:(一)限制行为

^④ 梁慧星《中国民法典草案建议稿附理由(债权总则编)》,法律出版社2013年版,第66页。

^⑤ 王利明《民法分则合同编立法研究》,载《中国法学》2017年第2期。

^⑥ 王利明《民法分则合同编立法研究》,载《中国法学》2017年第2期。

^⑦ 傅成伟《贸仲委组织召开〈中华人民共和国民法典合同编草案(2017年民法室室内稿)〉专家研讨会》,http://

www.ccpit.org/Contents/Channel_3528/2017/0907/874022/content_874022.htm,访问日期:2018年12月10日。

能力人订立的合同; (二) 无权代理人订立的合同; (三) 恶意无权处分人订立的合同。^②

条款二: 当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销下列合同: (一) 重大误解的合同; (二) 显失公平的合同; (三) 欺诈的合同; (四) 胁迫的合同。

条款三: 有下列情形之一的, 合同无效: (一) 虚假表示的合同; (二) 恶意串通的合同; (三) 以合法形式掩盖非法目的的合同;^③ (四) 违背公序良俗的合同; (五) 违反法律、行政法规的效力性强制性规定的合同。

总之, 多年的实践已经证明, 站在国际统一合同法肩头上的我国现行合同法的规定是科学合理、先进成功的。可以说, 无论法学界还是实务界, 对合同法的体系架构和规则内容已经非常熟知, 潜移默化中形成了具有高度共识的规范体例和知识布局, 这是符合我国国情的宝贵经验, 应当积极发扬, 不应轻言舍弃。民法典和民法总则的存在不应当让合同法空心化, 保持合同法的完整性是必要和可行的。

六、修改完善情势变更规则

“一审稿”第 323 条规定的情势变更原则借鉴自《合同法司法解释(二)》第 26 条的规定, 但对于第 26 条的规定作出了一些调整。值得肯定之处是增加了重新协商的机制, 但调整后存在的问题似乎更多。针对这些问题, 笔者建议对该条修改如下:

^② 笔者认为仍然需要在合同编中对无权处分合同的效力进行规定。尽管《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第 3 条规定“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的, 人民法院不予支持”, 《民法典合同编》第 387 条也认可了《买卖合同司法解释》第 3 条的规定, 承认无权处分合同的有效性; 但基于非法或犯罪行为而处分他人财产的合同不可能是有效的, 有效论违背基本常识和日常经验, 有害日常正义法治观念。正因为如此, 英美法通常会认为买卖盗窃物的合同无效, 《法国民法典》第 1599 条也才会规定就他人之物成立的买卖无效。因此有学者认为应当规定恶意无权处分合同是效力待定或无效的合同, 只有未来物买卖等处分权受到限制的财产处分合同才是有效的。参见梁慧星《如何理解合同法第五十一条》, 载《人民法院报》2000 年 1 月 8 日第 3 版。

^③ 笔者赞同崔建远教授的主张, 也认为仍然需要规定“以合法形式掩盖非法目的的合同无效”。因为实际生活中确实存在以合法形式掩盖非法目的且与其他无效原因不竞存案件, 无法“借道”法定的他种无效原因认定合同无效, 《合同编》应当恢复以合法形式掩盖非法目的这种合同无效的原因规则, 以消除这些不当后果。参见崔建远《合同效力规则之完善》, 载《吉林大学社会科学学报》2018 年第 1 期。

^④ 韩世远《合同法总论》, 法律出版社 2018 年版, 第 492 页。

^⑤ 最判昭和 30 年 12 月 20 日民集 9 卷 14 号 2027 页。转引自王融肇《日本民法: 条文与判例》, 中国法制出版社 2018 年版, 第 459 页。

首先, 将“合同基础”的概念回归到“客观情势”的概念。调整的原因在于: 其一, 情势变更已经约定俗称, 我国学术界和司法界对于情势变更的概念已经普遍接受、非常熟悉, 没有必要重起炉灶, 再弄一套德国法“交易基础”的理论与话语体系。其二, 即便采取德国民法的交易基础理论, 在表述中也需要明确发生重大变化的不是基础本身, 发生重大变化的永远是合同的“客观情势或客观情况”, 客观情势的变化导致订立合同的基础丧失(或基础障碍)。也就是说, 变化的是情势, 丧失或出现障碍的是基础。更何况合同基础又可以分为主观基础和客观基础, 真正能够适用情势变更的只能是客观基础。^④ 为了避免表达分歧和逻辑关系的混乱, 用客观情势代替合同基础更为准确和有效。

其次, 增加合同目的不达的情形。如果发生客观情况的重大变化, 继续履行合同可能会导致显失公平, 同时也可能会出现合同目的不能实现的情况, 这原本是《合同法司法解释(二)》第 26 条规定的情势变更两个可能的条件。但第 323 条删除了后者, 只保留了显失公平的条件, 笔者认为这是不全面的。的确, 客观情势的变化导致继续履行合同对当事人显失公平或显著不合理,^⑤ 这是情势变更的通常情形, 但如果因客观情况变化导致一方履行合同无法实现合同目的, 当然也可以允许当事人主张情

势变更退出合同关系。合同目的不达(落空)是英美合同法情势变更的主要情形之一,规定到中国法中也应该是没有疑问的。

再次,明确区分情势变更和不可抗力,解决前后条文的重复和矛盾。“一审稿”第383条规定了不可抗力导致继续履行合同显失公平,当事人可以请求法院或仲裁机构变更或撤销。这一条从规范构成和法律后果上跟情势变更无异,只是规定为不可抗力这一不同的前提。但不可抗力导致的合同履行障碍通常都是合同不能履行,而非情势变更导致的合同履行显失公平或不能实现合同目的。^②如果出现显失公平或目的不达,那么该客观情况变化就落入了情势变更规则的范畴。正因为如此,笔者建议将第383条的规定删除,将其内容融入到第323条的情势变更规则中。

最后,实现再协商义务的具体化。第323条最值得称道的创新就是增加了当事人的再协商义务(也称再交涉义务)。再协商义务在《国际商事合同通则》(UPICC)、《欧洲合同法原则》(PECL)和我国合同法草案中均有规定。^③规定再协商义务的重要意义在于以动态视角观察合同法的世界,取代了实体法秩序的静态视角,从而使得合同关系不再只是合同成立时固定的文字表达,而是在双方当事人的相互交涉过程中形成并不断发生变化的利益状态。^④该义务是我国合同法鼓励交易宗旨和诚实信用原则的具体体现。再协商义务的法律难点在于违反该义务的法律后果是什么,这也是反对该义务入法的主要原因。笔者建议,借鉴比利时最高法院的判例规则^⑤和PECL法律文件,明确规定违反再协商义务的损害赔偿法律后果,否则情势变更规则中对再协商义务的规定就是拘束力有限的不完全法条,缺乏“法律的牙齿”。正如PECL第6:111条第3款后段规定的:在任

何一种情形,法院可以对因一方当事人悖于诚实信用与公平交易之拒绝磋商或者终止磋商而遭受的损失判予损害赔偿。笔者认为该损害赔偿数额的计算应当参照《合同法》第42条和第58条的缔约过失责任的规则加以计算,赔偿的应当是当事人的信赖利益损失。

七、合同解除制度的完善

合同解除制度是合同法中的重要问题,事关当事人摆脱合同约束的特殊情形。合同编追随合同法的相关规定,也规定了合同解除的多项内容,针对其不完善的规则,笔者建议如下:

首先,完善法定解除权规则。基于上文对于不可抗力和情势变更的区分,笔者建议删除第353条第(一)项中的“或者其他客观原因”。因为这是情势变更的内容,应由情势变更规则去处理。与此同时,将第(一)项明确为“因不可抗力导致合同不能履行”,否则无法构成不可抗力的解除权要件。这是因为,其他客观原因致使不能实现合同目的的情形很多,此种表述会使当事人的解约权过大,可能使合同的效力、合同关系的稳定性和拘束力受到影响,所以建议将其限定于致使合同不能履行。^⑥同时也无需再强调“致使不能实现合同目的”,因为只要导致合同不能履行,当事人就可以行使法定解除权了,至于是否导致合同目的不达,在所不问。这实际上明确承认了不可抗力不仅可以成为“防守之盾”(《合同法》第117条),而且也可以成为“进攻之矛”,可成为合同编的重要进步。

其次,有限承认违约方的解除权,应对合同僵局。“一审稿”第353条第3款规定“合同不能履行致使不能实现合同目的,解除权人不解除合同对对方明显不公平的,对方可以向人民法院或者仲裁机构请求解除合同,但是不影响其承担违约责任。”该款被视为关于违约方

^② 韩世远《合同法总论》,法律出版社2018年版,第498页。

^③ 韩世远《合同法总论》,法律出版社2018年版,第507页。

^④ [日]加藤雅信《民法学说百年史》,牟宪魁等译,商务印书馆2017年版,第608页。

^⑤ 比利时最高法院2009年6月19日的判决。参见韩世远《合同法总论》,法律出版社2018年版,第508页。

^⑥ 参见王利明《关于〈民法典分编(草案)·合同编〉的意见》,http://www.civillaw.com.cn/zt/t/?id=34837,访问日期:2018年12月10日。

解除权的规定,实际上是对《合同法》第110条(“一审稿”第370条)的补充和扩张规定。《合同法》第110条规定了非金钱债务的违约方可以拒绝非违约方继续履行请求的三种法定事由:(一)法律上或者事实上不能履行;(二)债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高;(三)债权人在合理期限内未要求履行。但该条通常只是被理解为针对非违约方的一种抗辩权,而非非违约方的权利。因此,当非违约方有权但不解除合同时,就容易出现所谓的“合同僵局”——非违约方主张继续履行,违约方以第110条进行抗辩,合同关系仍在延续但无法正常合作。从防止资源浪费和促进经济效率的角度来看,本条具有重要价值,事实上类似的做法已经得到了司法实践的认可。^⑤

再次,完善通知解除的规则。“一审稿”第355条规定了通知解除的规则:当事人一方依法主张解除合同的,应当通知对方。相比之前的“室内稿”和“征求意见稿”,将“依法”作为通知解除的前提有了明显的进步,但仍然不够。通知解除必须明确以非违约方的法定解除权或约定解除权为前提,仅仅是“依法”的表述失之过宽,易生误解。因此,笔者建议将本条所谓的“依法”恢复到合同法的通知解除以解除权为前提的规则上来。此外,“一审稿”第355条关于合同自动解除的规则是否合适、应否增加已成立未生效合同的解除规则等等,都有进一步探讨的余地。

八、删除过失相抵规则

“一审稿”第382条规定了过失相抵规则,应该是借鉴自《买卖合同司法解释》第30条。该条规定“买卖合同当事人一方违约造成对方损失,对方对损失的发生也有过错,违约方主张扣减相应的损失赔偿额的,人民法院应予支持。”但问题在于,过失相抵规则与我国合同法的精神和体系相违背。

首先,我国的《合同法》在第107条确立了

违约责任的严格责任归责原则,^⑥不强调过错的问题,如果规定该条,无疑是对无过错责任的违背。我国合同法由于采取《联合国国际货物销售合同公约》和英美法的立场,不承担过错责任和过失相抵。正如美国权威合同法专家范斯沃思在《美国合同法》一书中对于违约自由的专门论述。他先引用上一辈权威学者霍姆斯(Holmes)的话“合同与当事人的主观意志毫无关系,我们只能通过当事人的外部行为来判断合同的约束力问题。”“合同当事人只是或者履行合同,或者支付由此造成的损失,因此他选择支付由此造成的损失,他就没有过错。他只是在两种方式中选择一种来履行他的义务。”然后范斯沃思作出结论“无论如何,与著名的订约自由一样,也应当有相当程度的违约自由。”^⑦由此可见,按照英美合同法原理,既然当事人不仅有订约的自由,也有违约的自由,因此违约与过失无关。此区别于侵权行为。侵权行为人通常具有过失,因此可以适用过失相抵规则,以限制侵权人承担的赔偿责任,使其不至于承担过重的赔偿责任,以求侵权人与受害人之间利益关系的平衡。既然违约与过失无关,当然不能适用过失相抵规则。要限制违约方的赔偿责任,协调违约方与受害人之间的利益关系,只好采用别的方法。这就是减损规则和不可预见规则。

其次,过失相抵规则的功能已经被减损规则和不可预见规则所取代。从我国合同法的立法历史来看,不采纳过失相抵规则是经过充分的论证和长时间的研究做出的一种选择。《涉外经济合同法》《民法通则》采纳了《联合国国际货物销售合同公约》否定过失相抵规则(仅规定减损规则)的立场。在合同法草案修改讨论过程中,面对民法学者规定过失相抵规则(删除减损规则)的建议,立法机关试图采纳《国际商事合同通则》的折衷方案,并行规定减损规则和过失相抵规则,但最终放弃了这一并

^⑤ 比如南京冯玉梅案、影视行业大量演艺经纪合同案件。

^⑥ 梁慧星《从过错责任到严格责任》,载《民商法论丛》(第8卷),法律出版社1997年版,第4~5页。

^⑦ [美]E·艾伦·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750页。

行规定方案,回到《涉外经济合同法》《民法通则》和《联合国国际货物销售合同公约》的立场——否定过失相抵规则(规定减损规则和不可预见规则)。可见,我国《合同法》制定时,其否定过失相抵规则的立法意图明显,不应认为存在“立法漏洞”。^⑩

总之,我国《合同法》以“不可预见理论”和“受害人防止损失扩大义务”对违约损害赔偿

予以限制,并无所谓过失相抵规则。^⑪与损益相抵规则一样,过失相抵规则更多的是一种侵权法规则,其基本前提是承认合同当事人的过错对于损失责任的影响。在《合同法》已经改采违约损害赔偿无过错责任20年之后,无过错责任已经过实践的检验和认可,得到了法律人的充分认可,过失相抵规则更没有了“再现江湖”的空间和必要。

Legislative Proposals for the Contract Compilation of Civil Code

Liu Chengwei

Abstract: Since August 2017, Legal Council of Standing Committee of the National People's Congress has completed three drafts of the Contract Compilation of Civil Code: "Indoor Manuscript", "Draft for Comment" and "The First Review Draft". The draft provisions have been added more than the contract law, and the content has also made small progress, but there is still room for improvement. The articles that specific promises constitute the terms of the contract in the Contract Compilation should be retained. The terms of the precontract shall clearly define and distinguish the forms of breach of contract liability of the precontract. The format clause should distinguish between the different effects of the procedure and the double defect. Reward advertisements should be clearly defined as an offer rather than a unilateral expression and enriched in the specific rules. Particular emphasis should be placed on enriching the content of the effect of contract in order to maintain the integrity and suitability of the contract law. The rules of changed circumstances should emphasize the concept of objective situation, the conditions of unsuccessful purpose and the specialization of re-negotiation obligations. The rules of discharge of contract shall make more precise provisions on the circumstances of right of statutory rescission, the right of breaching party rescission, and the premise of the notice rescission. The rules of contributory negligence is not in harmony with the current theory and system of contract law, so it should be deleted.

Keywords: contract compilation of civil code; contract conclusion; effect of contract; changed circumstances; contract Rescission; liability for breach of contract

(责任编辑:李辉)

^⑩ 梁慧星《中国合同法不承认过失相抵规则》载《中国社会科学报》2013年1月9日第A07版。

^⑪ 李永军《合同法》,法律出版社2004年版,第642页。