



# 审理合同纠纷案件的若干问题

梁慧星\*

## 一、关于“宅基地买卖”案件

所谓“宅基地买卖”案件是指出卖人以违反宅基地禁止买卖的法律法规为由,请求法院确认房屋买卖合同无效。这类案件的实质,是城市郊区的农村为规避土地征收制度,以“宅基地”的名义将土地分配给农户建房,并以低于商品房的价格出售给城市工薪阶层。因近几年房地产市场价格猛涨,出卖人反悔,于是以违反宅基地禁止买卖的法律法规为由,诉请法院确认房屋买卖合同无效。开始时相当数量的法院死抠法律规定,支持了出卖人的请求,认定买卖合同无效,判决双方退房、退款。后来许多法官注意到这样判决不公正。因为购房人往往是城市低收入阶层,几年前按照市场价格购买了房屋,已经交房、付款,居住了好多年。原购房时1千多块钱1平方米,现在房价涨到3、4千元1平方米,法院判决退房、退款对买受人非常不利,使其无端遭受重大损失。并且这样判决支持了出卖人背信弃义的行为,也与《合同法》诚信原则相违背。于是改变裁判方案,判决认定买卖合同有效。

认定买卖合同有效,有没有理由?当然可以找到理由。一是采目的性限缩解释方法,法律法规禁止买卖的“宅基地”,是指农户现在居住的房屋的宅基地,并不包括以“宅基地”名义分配给农户建房出售的土地。二是通过解释当事人之间的合同性质,属于“房屋买卖合同”,未涉及“土地使用权问题”,不是宅基地买卖合同,当然不违反禁止宅基地买卖的法律法规。于是判决认定这类房屋买卖合同有效,避免产生不公正的结果。退一步说,即使认定合同无效,也还可以通过适用《合同法》关于合同无效的规则,判决由具有过错的出卖人承担买受人遭受的损失,实现个案的公正。<sup>[1]</sup>因为法院判决确认买卖合同无效,使违背诚信的出卖人获得不当利益,诱使许多出卖人仿效,纷纷向法院起诉,其社会效果当然是不好的。现在法院改变裁判方案,判决驳回出卖人的起诉,维护房屋买卖合同的效力,打消了其他出卖人通过玩弄法律、获得不当利益的侥幸心理,维护了当事人之间的公平正义,维护了法律秩序,得到好的社会效果。

## 二、关于第三人承诺或与债权人协议替债务人还债

### (一)合同双方约定由第三人履行

《合同法》第65条规定:当事人约定由第三人向债权人履行债务的,第三人未履行债务或者履行债务不符合约定,债务人应当向债权人承担违约责任。按照本条,双方约定由第三人履行,如第三人实际履行,则债务人免责;第三人不履行,则债务人不免责。例如“赵薇案”,电影学院与制片人订立合同,约定赵薇演出。赵薇未去演出,判决电影学院对制片人承担责任。

### (二)债务承担:第三人取代原债务人成为新债务人

《合同法》第84条规定:债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人的,应当经债权人同意。按照本条,债务承担,须经债权人同意,该第三人代替原债务人成为新债务人,原债务人退出债权债务关系,如果新债务人(第三人)不履行债务,与原债务人无关。例如乙欠甲债务,乙、丙、甲三方达成协议,约定由丙承担乙对甲的全部债务;后丙未履行,甲起诉乙,法院判决驳回甲请求。

### (三)债务加入:第三人自愿承诺替代债务人履行债务

第三人自愿承诺替代债务人履行债务,称为债务加入。第三人自愿加入,未经债权人同意,不构成债务承担,具体规定在《合同法》第84条,原债务人的债务并不免除,而由自愿加入的第三人与原债务人,成为共同连带债务人。该第三人实际履行,原债务人免责;第三人不履行,债务人不免责。债权人有权单独起诉该第三人履行债务,也有权单独起诉原债务人履行债务,还可以将该第三人和原债务人作为共同被告,在起诉该第三人不能得到清偿或者清偿不足之后,还可以再起诉原债务人。因诉讼时效起算时点不同,债权人先起诉该第三人未获得清偿,再起诉原债务人时债务人可能因诉讼时效已过而免责。第三人自愿承诺替代债务人履行债务,如经原债务人委托(同意),其履行债务后当然可以向原债务人追偿;未经原债务人委托(同意),属于无因管理。无论属于何种情形,第三人履行债务之后,均有权向原债务人追偿。<sup>[2]</sup>

\*作者为中国社会科学院学部委员。

[1]参见北京法院有关判决。

[2]具体规定参见《民法通则》第93条。

### 三、关于合同解除

有三种合同解除方式。其一,协议解除合同。《合同法》第93条1款:“当事人协商一致,可以解除合同”。其二,约定解除权。《合同法》第93条2款:“当事人可以约定一方解除合同的条件。解除合同的条件成就时,解除权人可以解除合同”。其三,法定解除权。《合同法》第94条做出了规定。

根据《合同法》第96条规定,当事人一方依照本法第93条第2款、第94条的规定主张解除合同的,应当通知对方。“合同自通知到达对方时解除。对方有异议的,可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。”依此规定,解除权(约定、法定)之行使,采通知(意思通知)方式,不采诉讼方式,通知到达对方时发生合同解除的效力。对方不同意解除,可以向人民法院提起确认之诉(确认解除的效力),法院审查是否有解除权及行使方式。如果审查结果是肯定的,即判决确认合同自通知到达之时已经解除。反之,则判决认定合同并未解除。依规定通知到达发生合同解除的效力,但因对方依法提起确认之诉,属于双方对于合同是否解除发生争议,应当认为自法院受理案件之时起,至法院作出判决,这段期间,合同处于是否解除未定状态。一旦判决确认已解除,其解除溯及于通知到达之时;判决未解除,则自始不发生解除的效力。

关于解除权行使方式,规定通知方式,并不是不可以采诉讼方式。未履行,采通知方式有利;已履行须解决返还、赔偿,采诉讼方式有利。解除权人采取起诉方式行使解除权,当然可以,对方收到起诉状副本未表示异议,则法庭应认定起诉状副本送达,发生解除的效力,这种情形法庭仅依据《合同法》第97条就恢复原状及损害赔偿作出判决。对方表示异议的,经审查原告有解除权,则判决解除合同并依97条判决恢复原状及赔偿损失。关于解除权的期限,《合同法》第95条第2款规定无约定期限的,由对方催告后在一个“合理期限”内不行使的,解除权消灭。值得注意的是,《最高人民法院公报》刊登的青民二商终字562号判决所确定的权利失效规则。该判决认定,无约定、法定期限,时隔5年之后,使相对人及第三人有正当理由信赖解除权人不欲再行使解除权,根据诚信原则,不得再行使解除权。如果有解除权人接受对方继续履行的,当然应视为放弃解除权。关于对方异议的期限,《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)》第24条规定:如未约定异议期限,于解除通知到达之日起3个月后才起诉的,人民法院不予支持。

关于解除的效果。《合同法》第97条规定:“合同解除后,尚未履行的,终止履行;已经履行的,根据履行情况和合同性质,当事人可以要求恢复原状、采取其他补救

措施,并有权要求赔偿损失。”无论判决解除合同或者确认合同已经解除,均应一并判决恢复原状(退货退款)和损失赔偿,不能死抠条文,不得要求反诉或另诉。这里有一个问题:合同解除的损失赔偿,可否适用约定的违约金条款?违约金条款不属于《合同法》第57条所谓订立的解决争议条款(仲裁条款),因合同解除而丧失效力。因此,合同解除的损失赔偿,须由当事人主张损失、证明损失。在审判中建议考虑以下问题,第一,合同解除的损失难于计算的情形下,是否可以将违约金作为计算损失的参考?第二,原合同当事人有如不能履行、无效等均应支付一定金额的违约金的意思,违约金条款是否应有效?第三,区分违约责任赔偿可得利益,与合同解除赔偿机会损失(实际损失),在商事合同有重要意义(如独立经销合同),在一般民事合同如房屋买卖并没有实质差别。

### 四、关于预约

2012年5月最高法院发布了《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《解释》),《解释》第2条规定,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。本条解释的意义在于,鉴于《合同法》未规定预约,我国实际生活中的预约的法律地位不明,对于裁判中应否认可预约有效的问题,本条解释补充了这一法律漏洞,为裁判实践提供了判断标准。

#### (一)什么是预约

契约有预约与本约之分,两者异其性质与效力。预约是双方关于订立本约(买卖合同)的合意,预约一经生效,双方即负有订立特定的买卖合同的义务。预约当事人的权利,是请求对方履行订立合同的义务,而非请求对方履行交货或者付款的义务。买卖预约,通常约定所要订立买卖合同的标的物及价金的计算标准,以作为将来订立买卖合同的依据,但不能因此认为已经成立买卖合同。简而言之,买卖预约,是双方约定在将来一定期限内订立买卖合同的合同。

#### (二)区分买卖预约与买卖本约

1.判断标准之一:是否须另外订立买卖合同?当事人所订立的合同,究竟是买卖合同,抑或是买卖预约应依当事人的意思决定。如果当事人的意思不明,则应通观合同全部内容决定。如买卖合同全部要素均已达成合意,据此双方均可履行各自义务,实现缔约目的(一方获得标的物所有权、他方获得价金),而无须另外订立合同,即应认定为本约(买卖合同)。反之,必须另行订立合同,才能实现各自的缔约目的,则应属于预约。无须另外订立合同,为



本约;反之,为预约。<sup>[3]</sup>

2.判断标准之二:交货付款义务是否直接发生?预约与本约的区别在于,依合同“直接发生”各自交货付款的权利义务是买卖合同本约;“非直接发生”各自交货付款的权利义务,必须通过一个中间环节(签订正式合同),应为预约。

3.判断标准之三:违约时对方作何请求?违反买卖预约,拒绝订立买卖合同,构成根本违约。对方可依《合同法》第107条追究违约责任,亦可依据《合同法》第94条行使法定解除权。本条解释明示预约的两种救济手段及非违约方的选择权。据此,可以合同违反后当事人作何请求,作为判断预约与本约的补充标准:请求违约方履行订立合同的义务,然后再要求依所订立的合同履行(交货、付款),为预约;请求违约方履行(交货、付款)合同义务,或请求追究违约责任,或解除合同,为本约。

4.区分买卖预约与附条件(期限)买卖合同。“非终局的直接发生”各自交货付款的权利义务,但须待一定条件成就或者某个期限到来,买卖合同生效,属于附条件(期限)买卖合同本约。如:合同须经批准,须待房屋腾空,须待出卖人取得房屋所有权。合同内容有“订立正式合同”文句,为预约;合同内容有关于“生效”约定,为附生效条件、期限买卖合同,为本约。

### (三)预约与定金

1.不能以定金收受作为判断标准。当事人由他方受有定金者,应属于已成立之契约,但究为本约抑或预约,应依其情事,解释当事人之意思定之,不得谓凡有定金授予者,概视为已成立本约。<sup>[4]</sup>

2.定金之种类:成约定金,交付定金作为成立条件(今日已无);证约定金,交付定金作为契约成立之证据(德、瑞);解约定金,作为解除契约之代价(法、日);违约定金,违约损害赔偿之预定,相当于违约金。交付方违约,丧失定金;收受方违约,应双倍返还定金。且定金之交付,有证明合同成立的功能。因此,违约定金,兼有证约定金的作用。我国台湾地区民法的定金,为违约定金。

3.我国《合同法》上的定金。《合同法》第115条规定:定金作为债权的担保,债务人履行后,定金应当返还或者抵作价款。给付定金一方违约,无权要求返还定金;收受定金一方违约,应双倍返还定金。可见,我国《合同法》上的定金,是参考我国台湾地区的定金,性质上属于违约定金,兼有证约定金的功能。此为一般原则,如有特别约定,交付定金一方可抛弃定金而解除合同,收受定金一方可

双倍返还定金而解除合同,则属于解约定金,是为例外。值得注意的是,依民法原理,违约定金为损害赔偿之预定,性质上同于违约金,因此定金与损害赔偿不得并用。但最高法院对此有不同解释,即《解释》第28条:“买卖合同约定的定金不足以弥补一方违约造成的损失,对方请求赔偿超过定金部分的损失的,人民法院可以并处,但定金和损失赔偿的数额总和不应高于因违约造成的损失”的规定。

4.交付定金情形如何判断预约与本约。不能仅根据有定金的收受而认定属于本约,预约亦可有定金。定金之收受,可以作为成立本约的证据,亦可作为成立预约的证据。区分的关键在于定金条款的内容。约定交付定金一方“不订立”买卖合同(本约),即丧失定金,收受一方“不订立”买卖合同(本约)应双倍返还定金,则属于预约;如约定交付方“不履行合同”则丧失定金,收受方“不履行合同”应双倍返还定金,则属于本约。

5.定金收受是证明合同(预约或者本约)成立的证据。判断是否成立预约,仍然应当依据要约、承诺规则,关键看受要约方的意思表示是否构成承诺,包含愿受合同约束的意思,应为承诺(实盘),和没有愿受约束的意思,为虚盘。虚盘不是有效承诺,而属于新的要约。有效承诺才成立合同。定金交付是合同成立的证明,约定违约金也是合同成立的证明,或者有定金交付,或者约定违约金,均可认定成立合同的判断标准。再看适用定金罚则或违约金的条件,以“不订立合同”为适用定金罚则的条件,是预约;以“不履行(交货或付款)义务”为适用定金罚则的条件,是本约。同样,以“不订立合同”为适用违约金的条件,是预约;以“不履行(交货或付款)义务”为适用违约金的条件,是本约。没有“愿受合同约束的意思”(既没有定金交付也没有约定违约金),是虚盘,不构成预约。

6.不能仅凭书面文件的名称而认定预约。预约系约定将来订立一定契约(本约)之契约。如将来系依所订立契约履行而无须另定本约者,纵名为预约,仍非预约。<sup>[5]</sup>

五、关于《合同法》132条反面解释、将来财产买卖的效力规则

《解释》第3条规定:“当事人一方以出卖人在缔约时对标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。出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移,买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的,人民法院应予支持。”本条是对《合同法》132条的反面解释与再创

[3]参见1976年台上字第1178号判决。

[4]参见1981年台上字第1474号判例。

[5]参见1975年台上字第1567号判例。



将来财产买卖效力规则的合并。

#### (一)《合同法》第132条的反面解释

《合同法》第132条规定：“出卖的标的物，应当属于出卖人所有或者出卖人有权处分。”《解释》第3条是对其进行的反面解释。具体包括：1.国家机关或者国家举办的事业单位处分“直接支配的不动产和动产”，不符合“法律和国务院的有关规定”（即《物权法》第53、54条）；2.抵押人出卖抵押物未经抵押权人同意（即《物权法》第191条2款）；3.融资租赁承租人出卖租赁设备（即《合同法》第242条）；4.保留所有权买卖合同的买受人在付清全款之前转卖标的物（即《合同法》134条）；5.出卖他人之物，包括恶意出卖他人之物，及误认为自己之物而出卖。其中，第5项出卖他人之物，已规定在《合同法》总则部分第51条无权处分规则（包括出卖他人之物合同、赠与他人之物合同），<sup>[6]</sup>因此本条需要解释的是前四种情形。

#### (二)将来财产买卖合同效力规则

现行《合同法》起草于中国由计划经济向市场经济转轨之初，当时将来财产的买卖还不普遍，起草人无法预见此种买卖是市场经济条件下重要的买卖合同形式，故《合同法》未设相应规则，致形成法律漏洞。此种买卖的特征在于，经销商与零售商或终端购买人签订销售合同之后，经销商自己再与上端出卖人（生产商、进口商、批发商）订立购买合同，因此经销商与终端买受人之间的买卖合同签订之时，出卖人并无标的物的所有权或者处分权。因为符合“出卖他人之物”的文义，为《合同法》第51条的适用范围所涵括，属于“隐含漏洞”。换言之，仅从《合同法》第51条文义看，将来财产的买卖合同应在《合同法》第51条适用范围之内；但《合同法》第51条立法本意，并不包括将来财产的买卖合同。由此可知，《解释》第3条系新创规则，而非对《合同法》第51条的解释，更谈不到对《合同法》第51条无权处分规则的修改。

#### 六、关于违约金调整的释明

《解释》第27条规定：“买卖合同当事人一方以对方违约为由主张支付违约金，对方以合同不成立、合同未生效、合同无效或者不构成违约等为由进行免责抗辩而未主张调整过高的违约金的，人民法院应当就法院若不支持免责抗辩，当事人是否需要主张调整违约金进行释明。”如果一审法院认为免责抗辩成立且未予释明，二审法院认为应当判决支付违约金的，可以直接释明并改判。

此项解释规则，来源于《最高人民法院关于审理民商事合同案件的指导意见（法发〔2009〕40号）》规定，“现阶段由于国内宏观经济环境的变化和影响，民商事合同履

行过程中违约现象比较突出。对于双方当事人在合同中所约定的过分高于违约造成损失的违约金或者极具惩罚性的违约金条款，人民法院应根据《合同法》第114条第2款和最高人民法院《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《合同法解释（二）》）第29条等关于调整过高违约金的规定内容和精神，合理调整违约金数额，公平解决违约责任问题。”“在当前企业经营状况普遍较为困难的情况下，对于违约金数额过分高于违约造成损失的，应当根据合同法规定的诚实信用原则、公平原则，坚持以补偿性为主、以惩罚性为辅的违约金性质，合理调整裁量幅度，切实防止以意思自治为由而完全放任当事人约定过高的违约金。”“为减轻当事人诉累，妥当解决违约金纠纷，违约方以合同不成立、合同未生效、合同无效或者不构成违约进行免责抗辩而未提出违约金调整请求的，人民法院可以就当事人是否需要主张违约金过高问题进行释明。”将本属于当事人处分权范围内的事项，即法律规定的实体权利之是否行使，纳入法庭释明权行使的范围，反映了人民法院在当前形势下，坚持实质正义，确保公正裁判，维护企业合法权益的指导思想，在司法政策上值得肯定。但是否因此动摇法院裁判的中立性原则，不无疑义。

特别值得注意的是，上述指导意见非常谨慎地采用了赋权性措辞“可以”，据此，法庭是否进行释明，属于法庭的“职权”，而非法庭的“义务”。这一点很重要，既然是法庭的职权，法庭对于是否进行释明，有充分的裁量自由；当法庭认为本案违约金约定“显然过高、过低”时，当然有权对当事人释明；反之，法庭当然有权不予释明；法庭未予释明，即使事后二审法院认为本案违约金约定“显然过高、过低”，也不得因此认定一审判决错误。假如二审法院认为，一审法院未就违约金调整进行释明，导致一审判决显失公正，可以采取两种方法予以纠正：一是发回重审，二是直接改判。理由是：合同关于违约金的约定违反《合同法》第6条关于诚信原则的规定。

而《解释》本条规定为“应当”“进行释明”，此项释明，成为法庭的“义务”，与上述指导意见截然相反。既然属于法庭“义务”而法庭未予释明，当然构成一审程序错误。

#### 七、关于抗辩和抗辩权

下面对被告可能主张的抗辩作一个分类，并介绍其大致的顺序。

首先应当考虑“适用范围抗辩”，即主张本案事实不符合原告方提出的“法律规范”的“适用范围”。例如，针对原告以《合同法》第107条为请求权基础的违约责

[6]抛弃他人之物，本属于无权处分行为，但因我国民法不承认物权行为，因此抛弃他人之物，性质上属于事实行为而非合同。故《合同法》51条不包括抛弃他人之物。



任赔偿诉讼,主张合同不成立、合同未生效、合同无效均属于“适用范围抗辩”;再如,针对原告以《消费者权益保护法》第49条为请求权基础的双倍赔偿的消费者诉讼,主张原告购买商品不是为了“生活消费的需要”;再如,针对原告以《产品质量法》第41条为请求权基础的产品责任诉讼,主张“不属于产品”,亦属于“适用范围抗辩”。如果抗辩成功,法庭将驳回原告方的“诉讼请求”。

其次应考虑“构成要件抗辩”,即主张本案事实不符合该“法律规范”的“构成要件”。例如,在违约责任诉讼中主张不构成违约;在瑕疵担保责任诉讼中主张标的物质量合格(无瑕疵),主张买受人未在约定的或者合理的检验期间内发异议通知;在过错侵权诉讼中主张“无过错”、主张“不存在因果关系”;在侵犯名誉权诉讼中,主张所传播的事实“基本真实”、主张“未造成原告社会评价降低”;在请求双倍赔偿的诉讼中,主张“不构成欺诈行为”;在产品责任诉讼中,主张“产品无缺陷”等,均属于“构成要件抗辩”。如经审查认为抗辩理由成立,法庭将认定本案事实不符合“法律规范”的构成要件,并作出原告败诉、被告胜诉的判决。

再次应考虑“免责抗辩”,即主张被告有“免除责任”的正当理由。例如,主张“诉讼时效经过”,主张“不可抗力免责”,主张合同有“免责条款”,以及主张有“法定免责事由”等,属于“免责抗辩”。如果抗辩成功,法庭将判决被告不承担责任。

最后还应当考虑“减轻责任的抗辩”,即主张被告有减轻责任的正当理由。例如,主张“受害人有过失”、“监护人有过失”,主张合同约定的“违约金过高”,主张原告为及时采取措施避免“损失扩大”,在违约责任诉讼中主张“不可预见规则”等,属于“减轻责任抗辩”。如果抗辩成功,法庭将判决减轻被告的赔偿责任。

须特别说明,主张“适用范围抗辩”和“构成要件抗辩”,是以“事实”作为“抗辩理由”,法庭有主动审查的义务,即使被告未主张“适用范围抗辩”、“构成要件抗辩”,法庭亦应主动审查本案是否符合该法律规范的适用范围,是否具备该法律规范的构成要件。如果法庭疏于审查,将构成适用法律错误,是上诉审或者再审撤销原判的理由。有鉴于此,法庭为了查明有关适用范围和构成要件的事项,可以对当事人进行“释明”,例如违约责任案件,提示当事人就违约或者不违约举证;侵权责任案件,提示当事人就是否存在因果关系、过错举证。

请注意,我所谓“适用范围抗辩”,王泽鉴先生称为“权利障碍的抗辩”;我所谓“构成要件抗辩”,王泽鉴先生称为“权利毁灭的抗辩”。王泽鉴先生指出,权利障碍的抗辩和权利毁灭的抗辩,属于诉讼上的抗辩,效力在使原告的请求权归于消灭,在诉讼进行中当事人纵未提出,法庭亦应进行审查,如认为有抗辩事由存在,应依职权作出有利于被告之裁判。<sup>[7]</sup>

而主张“免责抗辩”和“减责抗辩”,则是用另一个“法律规范”作为“抗辩理由”,法庭无主动审查义务,如被告未予主张,法庭将视为“放弃权利”而不予审查。请注意,我所谓“免责抗辩”和“减责抗辩”,王泽鉴先生称为“实体法上的抗辩权”,效力在对抗原告已经发生的请求权,既为权利则权利人是否主张有其自由,被告放弃抗辩权,法庭不得依职权审查,唯被告主张时,法庭才有审查义务。<sup>[8]</sup>

下面介绍一下德国法上的抗辩与抗辩权。如果一个对抗条款使某个权利不存在,此即抗辩。换言之,一个权利因为该条款根本未成立或者虽然成立但嗣后消灭。如果权利根本未成立,即称为阻止权利成立的抗辩;如果已成立的权利后来消灭,则称为使权利消灭的抗辩。与此相反,抗辩权并不影响权利的存在,而是阻止或限制权利的可执行性。附有抗辩权的权利虽然是存在的,但是不能实现或者不能完全实现。抗辩权的后果分为暂时的和永久的,即权利永久不能得以实现,或暂时阻止或限制权利的实现。抗辩和抗辩权的另一个区分方法是,要使对抗条款的法律后果得以发生,是否需要援引该条款。抗辩条款无须援引,而抗辩权则必须援引。抗辩的法律后果依法产生,即法官应当依职权考虑抗辩。<sup>[9]</sup>

有免责事由或者减责事由,被告在一审未主张免责抗辩或减责抗辩,一审判决被告承担全部责任,不构成适用法律错误。一审未主张免责抗辩或减责抗辩,将被视为放弃权利,此后在上诉审和再审将不得再行主张。免责抗辩和减责抗辩,实质是法律赋予当事人的某种实体权利,其是否主张,属于当事人处分范围,法庭不得进行所谓“释明”,否则构成对“中立原则”和“处分原则”。

鉴于上述原因,《解释》第27条:“买卖合同当事人一方以对方违约为由主张支付违约金,对方以合同不成立、合同未生效、合同无效或者不构成违约等为由进行免责抗辩而未主张调整过高的违约金的,人民法院应当就法院若不支持免责抗辩,当事人是否需要主张调整违约金进行释明。”是否适当,值得研究。

[7]王泽鉴:《民法思维:请求权基础理论体系》,北京大学出版社2009年版,第135页。

[8]同上注。

[9][德]彼得·格莱施勒:“抗辩和抗辩权的效力形式及援引问题”,郝丽燕译,载梁慧星主编:《民商法论丛》第50卷,法律出版社2012年版。