

民法典合同编总则的立法技术与制度安排

谢鸿飞

(中国社会科学院 法学研究所,北京 100720)

一、民法典合同编总则编纂的两个约束条件

与范式民法典编纂相比,我国民法典编纂的一大特色是:它并非从无到有地创设法典,而是以现行民事单行法为基础,对其进行深度、全面整合,构建一个逻辑层次分明、意义脉络清晰的规范化有机法典体系。按照全国人大常委会法工委的立法规划,民法典各编内容均取材于现行法,并不另起炉灶制定新法。根据我国对法律结构约定俗成的划分,民法典可分为总则和分则两部分。目前,我国《民法总则》已通过,立法机关正式启动民法典分则的编纂工作,包括物权编、合同编、侵权责任编、婚姻家庭编和继承编等。在民法典分则各编中,合同编总则部分编纂可谓难度最大、面临挑战最多。这源于两个约束条件:

一是《民法总则》关于法律行为制度的诸多规定都和现行《合同法》重复,尤其是关于意思表示瑕疵和法律行为效力的内容。这就使民法典合同编总则的编纂陷入两难:若要避免重复,其体系的完整性必然深受影响,在合同法独立成编时,这种影响尤为突出;若为了保持合同编的完整性而重复规定,又明显有违最基本的立法技术要求。

二是按照立法规划,我国民法典将不设债权总则编。在各编中,唯有合同编总则部分堪当债权总则编的重任。但合同之债只是意定之债的一种,要使合同编总则调整各种债之关系,需要足够的立法智慧。传统债法中的债之种类、内容和效力等规范,不仅适用于合同之债,也适用于侵权等原因产生的债,这些规范都需要纳入合同编。此外,虽然《民法总则》将不当得利和无因管理之债纳入“民事权利”中的债权部分,但它并没有也不适宜规定两种债的

具体内容,合同编总则还须考虑如何纳入这两种债的类型。最后,《民法总则》并未提供单方允诺的详细规则,这一任务也只能留待合同编总则完成。

目前,立法机关已经着手民法典分则的编纂工作。最高人民法院、最高人民检察院、国务院法制办、中国社会科学院和中国法学会已提交分则各编所涉现行法的问题清单。中国社会科学院民法典编纂小组也正以《合同法》为基础,提出合同编的建议条文和立法理由。本文拟提出民法典合同编对《合同法》修改的宏观思路,供同人批评。限于篇幅,本文仅讨论合同编总则部分。

二、合同编总则的立法思路与法律结构

(一)合同编总则的立法思路

与民法典其他各编相比,合同编具有两个明显特征:一是与宪法和其他部门法关系更为密切。合同关涉财货的自由流转,交易结果可能导致经济强权,加之诸多缔约所需信息不可能在当事人之间均衡分配,为强调实质公正,现代合同法中“合同正义”观念日益高涨,“合同实质化”的要求也更为严格。此外,合同法固有的契约自由观念很可能有损宪法上的平等权,故现代合同法的趋势之一也是“合同法的宪法化”。二是法律变革更为频繁。商人之间的交易创新不仅促进了公司法的变革,也促成了合同法的变革。而在整个社会商业化的大环境下,商事合同必然又对包括民事合同在内的整个合同秩序产生影响。总之,合同编总则的立法思路涉及如下问题:

1. 尊重现行法律秩序

我国现行《合同法》的立法技术、形式和内容都堪称上乘,而且清晰流畅,相当适合中国的司法实际。加之司法实践的不断改进和完善,中国合同秩

收稿日期:2017-03-18

基金项目:国家社会科学基金项目(12BFX074)

作者简介:谢鸿飞,男,中国社会科学院法学研究所研究员,博士生导师,主要从事民商法学研究。

序可谓井然有序。合同编总则修订首先应尊重现行法律秩序,尽可能维持现行合同法规范,纳入经过实践检验的司法解释、指导案例、典型案例和交易实践确立的良性规则,目的在于保持合同制度的连续性并符合合同主体的行为预期,减少规则变革带来的交易成本。既不宜僵守陈规旧制、萧规曹随,也不宜强调“非改不可、非删不可、非增不可”,毕竟民法典编纂是法律变革的难逢良机,不容错过。《合同法》依然存在“立改废”的问题,即增设《合同法》欠缺的重要制度,修改或废除与现实生活不兼容的规则和彼此矛盾的规则。

2. 重视民商合一与民商分立

民商合一或民商分立体例的区分以有无独立的商法典为标准,完全是一种形式标准,任何国家都不可能缺乏实质意义的商法。中国没有形式意义上的商法典,民法典如何处理商事关系始终是立法技术的最大难题。合同编是民商冲突最集中的领域,这是因为商事交易是通过合同来完成的。民事主体和商事主体因分工、职业和经济能力不同,缔约咨询和交易能力必然存在差异,忽视这种差异无疑将侵蚀民法的平等、公平等基本概念。从法技术层面看,民商的区别主要体现在两个方面:首先,商法兼具“管制面”及“交易面”,不仅涉及民事有名合同规则,还涉及经济、贸易、交易安排和金融秩序等较为复杂的层面,其立法密度、立法宗旨的考量与偏重“交易面”的民法不同^①。其次,民法典注重形式理性、逻辑推理和严整体系;商法以商人自我发现和创造的商事习惯为基础,基本不是体系建构和逻辑推演的结果,强调体系和逻辑反而可能遏制商法的创新和生命力^②。《合同法》采民商合一制度,并未刻意区分民事合同与商事合同,反而专门纳入了融资租赁、行纪、建设工程等商事合同。虽然它也有意识地在个别合同中区分民商关系,如借款合同、保管合同和委托合同等,但这种低度区分已无法适应现实交易的发展。

合同编的修订可从两方面入手:一是增设典型商事交易的合同类型,如特许经营合同等;二是对民商关系都适用的合同类型,应注意设计不同规则。如《合同法》第四百一十条有关委托合同当事人任意解除权的规定,就应区分民商关系。但整体上,立法上作这种区分的难度较大。合同编总则比较妥当的做法,或许是立法者在难以做出价值抉择时,并不刻意区分两者,而是交由解释论处理,通过法院在个案中判断交易主体的身份、交易目的和过程等具体情境予以处理。如违约金调整条款并没有必要刻意区分民商关系,法院完全可以在商事交易中不予调整

过高的违约金,而在民事关系中予以调整。

3. 区分普通法与特别法

民法典合同编总则中的普通法与特别法的关系主要体现为:民法典应否及应在何种程度上纳入特别法确立的合同规则?这一问题源于《德国民法典》现代化改革的立法实践,即在民法典中引入大量消费者权益保护的规定。这一方面彰显了德国法的“社会国原则”,动摇了以自由主义为基础的传统民法理念;另一方面是为了满足欧盟指令国内化的要求,而欧盟指令又基于对现实交易的观照。合同编总则涉及的这类特别法包括两类:一是涉及弱势群体保护的劳动基准法、消费者权益保护法等;二是商事领域的特别立法,如保险法中的保险合同等。民法典作为市民社会的基本法,应调整私法领域最一般、最普遍的法律关系,以保持法典的稳定性、普遍性和持续性。正是在这个意义上,民法典才具有“体制中立”的“自然法”特征,历千百年而岿然不变。因此,在消费者法等远未定型之际,合同编不宜将其纳入,以保持民法典的稳定性和对消费者法的弹性、动态调整^③。

(二) 合同编总则的法律结构

《合同法》作为合同领域的民事单行法,确立了一个系统的法律结构。其总则部分除按立法惯例设置“一般规定”申明立法宗旨、调整对象、基本原则外,又按合同从订立到消灭的过程编排结构,即合同的订立、合同的效力、合同的履行、合同的变更和转让、合同的权利义务终止和违约责任,并将合同解释和时效等问题纳入“其他规定”。

从尊重现行法律秩序的角度出发,合同编总则不宜根本性改变《合同法》的结构。如在合同编单独成编时,双务合同的履行抗辩权、合同解除和违约责任等内容都可以规定为“违约行为(债务不履行)的救济”。单从合同编总则看,这种结构更为理想。但考虑到修法的成本—收益和《民法总则》有关民事责任的规定,合同编不宜作这种选择。

合同编总则部分必须增加债权总则的规定,才能使其兼具债权总则的基本功能。这些内容包括:一是其他债的发生原因,包括不当得利、无因管理和单方允诺(或悬赏广告)。在《民法通则》的基础上,不当得利和无因管理部分主要应增加当事人权利义务的内容。二是债的种类,至少应包括种类之债、选择之债、按份之债、连带之债和不可分之债。《国际商事合同通则》和《欧洲合同法原则》均将这些内容单独作为一章。为使合同编体系更为简洁,合同编总则可以考虑将这些内容纳入“合同的履行”章。此

外,合同编还应设置一个准用条款,明确规定在不违反债的本质的前提下,合同编总则可适用于非合同之债,尤其是侵权之债,如保全规则等。

从整体上看,合同编总则可分为:第一章“一般规定”,第二章“合同的订立”,第三章“合同的形式和内容”,第四章“合同的效力”,第五章“合同的履行”,第六章“合同的保全”,第七章“合同的变更和转让”,第八章“合同权利义务的终止”,第九章“违约责任”,第十章“准合同”,第十一章“其他规定”。按这种体例,某个制度可能将分散在不同章节中,如履行不能就会被拆分为违约形态、合同解除的事由和违约责任(尤其是实际履行请求权的排除事由)三部分。这样虽然增加了找法成本,但无损合同编总则的体系性。此外,合同编应考虑增加“节”,以纳入更多新制度或对现行法进行细化。

三、合同编总则重要制度的修改建议

(一)合同的订立

1.电子商务合同

合同编总则编纂的一大任务是适应日新月异的信息技术发展。电子商务的迅速发展使得《合同法》有关电子缔约的规定不能适用。尽管电子商务合同并不构成一个独立法域,加之中国已有《电子签名法》等特别法规范,合同编总则还是应规定电子合同的最基本内容,如电子要约与承诺、合同成立的时间和地点等。此外,应明确可靠的电子签名的法律效力以及网络交易平台在不同情形下作为中介商和交易当事人的法律地位等。

2.要约和承诺规则

《合同法》有关要约和承诺的规则相对齐备,但亦存在完善的空间:(1)应明确承诺期间的起止时间,即计算的起点和终点。规定以非对话方式作出要约的,除要约明确约定外,承诺期间的起点为要约发出之日,终点为承诺到达要约人之日。(2)增设要约撤回通知迟到时自动转化为要约撤销通知的规定。要约撤回通知虽然迟到,但在受要约人发出承诺通知之前到达的,发生要约撤销效力。(3)增加要约和承诺撤回通知传递迟延的效力。撤回要约或承诺的通知,按通常情形本应先于要约或承诺到达或与其同时到达,但因传递原因迟延的,接受人明知或应当知道的,应承担及时通知对方的义务,否则视为撤回通知未迟到。(4)修改承诺传递迟延规则。在承诺传递迟延时,《合同法》第二十九条要求要约人承担“及时通知”的义务,否则承诺有效。这为缔约阶段的受要约人提供了充分保护,但对要约人附加了超出其本意的约束,也没有留下权衡双方当事人可

归责性的空间^④,权衡交易成本、合同法促进当事人合作的目的和风险负担分配原则,此时的通知义务应以接受人明知或应当知道迟延为前提。

3.预约合同

预约和本约是对合同的传统分类。预约具有锁定交易机会(类似于英美法上的“选择权合同”的功能)、降低交易失败的风险、设定磋商义务等功能,在社会生活中应用较广,尤其是在复杂交易和长期交易中。《合同法》虽未规定预约,但理论和司法实践均予承认,如《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第五条和《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》)第二条等。

合同编总则可考虑以司法解释为基础,在“合同的订立”章增加预约制度,规定预约合同的生效要件、法律效力和违约责任等内容。应明确两个重要问题:一是预约的认定。预约的核心是当事人具有在未来订立本约的明确意思。《买卖合同司法解释》第二条设定的预约条件为“约定在将来一定期限内订立买卖合同”,值得赞同。二是预约的效力。关键是权利人能否请求强制订立本约或直接请求法院按照应订立的本约内容强制执行,《买卖合同司法解释》第三条未予承认,仅规定权利人可以请求义务人承担违约责任,或解除预约合同并主张损害赔偿。这是因为强制缔约对契约自由伤害过大,而且依据预约当事人双方的利益状态,赋予其不同性质的损害赔偿(信赖利益或履行利益)通常足以保障权利,合同编总则可明确违反预约仅产生损害赔偿效力。

4.缔约时的信息披露义务

信息不对称是市场交易固有的特征,而且往往是交易得以成立的前提,缔约当事人通常应自己承担缔约信息的收集成本和信息不足的风险。但是依据契约正义和诚信原则,在特定情形下,信息优势方应承担一定的说明义务。《合同法》第四十二条第二项规定“故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况”的,构成缔约过失(无疑也与欺诈构成竞合)。这一规定存在两个问题:一是信息的范围无法界定,何为“重要”难以判断;是否只要提供虚假情况就构成缔约过失存在疑问。《欧洲民法典草案》(DCFR)第3:101规定了商人订约时的信息披露义务,采取符合相对人对合同内容“合理预期”的标准,与德国学理的“合理期待的合同”一致^⑤。合同编总则可采取合理期待标准取代“重要”标准,或以“决定是否缔约或改变缔约条件”为准来判断信息是否“重要”。在具体个案中,则由法官斟酌当事人的关系、

合同类型和当事人的教育背景、专业知识、通过其他渠道取得信息的可能性和成本等状态进行综合考量。二是排除了基于过失违反说明义务。在实践中,一方因过失违反说明义务的情况多有发生,学理称为“过失欺诈”。合同编总则不应无视这一事实。

(二)合同的形式与内容

1.要式合同的履行治愈规则

《合同法》第三十六条规定可以通过履行行为治愈书面合同缺失的瑕疵,但未区分约定和法定的书面形式要求,笼统规定“一方已经履行主要义务,对方接受的,合同成立”,缓和了形式强制的法律效力。但《合同法》第十条第二款又肯定“法律、行政法规规定采用书面形式的,应当采用书面形式”。这种规则设计明显有悖常理^⑥。而且,第三十六条会架空合同形式强制规范的立法目的,当事人可以通过实际履行规避法律对书面形式的规定。笔者建议将第三十六条的适用范围限缩为当事人约定书面形式的情形。

2.吸收条款

吸收条款(Integration Clause)又称合并条款(Merger Clause),是书面合同约定的表明该合同为当事人之间唯一和最终的合同,排除和替代双方此前就交易订立、发出或作出的一切文书和行为的条款。它解决的是当事人之间为完成交易实施的各种行为和缔约阶段性文件的效力问题。一旦使用这一条款,除当事人最终的书面合同外,当事人之间的其他所有关于交易的证据都不能用于确定合同内容,也不能用于合同解释。

《美国统一商法典》第2-202条,《美国合同法重述(第2版)》第209条、第210条等也确立了这一规则。《国际商事合同通则》(2004年版)第2.1.17条也对此作出明确规定。虽然依据契约自由也可以得出这一结论,但鉴于复杂交易的当事人从谈判到最终订立书面合同可能会签订诸多书面文件,为明确当事人的权利义务,合同编总则有必要明确这一规则。

3.格式条款的订入与内容控制

格式条款的规制是合同编体系设计的难题,因为它既涉及格式条款的订入,也涉及格式条款的内容规制。从逻辑上说,它应分散于合同订立和合同效力两部分。为保持格式合同的整体性,可维持现行《合同法》的体例,将其全部纳入“合同的订立”章。

《合同法》有关格式合同的规定似乎以消费者合同为潜在模型。但完整的格式条款应包括两部分:一是作为合同自由滥用的控制机制,适用于所有种类的民商合同;二是作为消费者保护机制^⑦。合同编总则主要应关注第一部分的内容,可增设诸如格式

之争、意外条款等规定。

在条款订入方面,《合同法》第三十九条要求格式条款的提供方“遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务”,同时对免责条款承担提请对方注意和说明的义务。违反这一规定,格式条款应发生没有订入合同的效力,因为相对人虽然对格式条款没有自由协商的权利,但也必须作出概括接受或不接受的意思表示,才能使格式条款纳入合同^⑧,合同编总则应明确这一规则以减少争议。此外,《合同法》第三十九条将提请注意和说明的对象限于免责条款,范围过窄,多为学界诟病^⑨。建议同时采用抽象规定和具体列举并用的方法,将该范围界定为“影响一方是否订立合同或影响合同的核心条款”的内容,并列举商品或者服务的数量和质量、价款或者费用、履行期限和方式、注意事项和风险警示、保修期和售后服务、发票、违约责任等事项。

在内容控制上,《合同法》第三十九条第一款通过公平原则来确定当事人之间的权利和义务,第四十条规定除援引合同无效规范和免责条款规范之外,还规定“免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的”条款无效。合同编总则可增加规定相对人有权撤销违反公平原则的格式条款,以恢复自由协商机制缺失时合同双方的利益平衡。

(三)合同的效力

在《民法总则》已较为详尽地规定法律行为效力的立法框架下,合同编总则有关合同效力方面不应重复规定,而应着眼于合同效力的特殊规定。较为重要的内容有:

1.为第三人利益合同

《合同法》第六十四条规定,当事人约定由债务人向第三人履行债务的,债务人违约的,应向债权人承担违约责任。通说认为,它并没有承认第三人对债务人的履行请求权,也没有承认真正第三人利益合同^⑩。合同编总则应承认真正第三人利益合同,这也是我国学界的共识。

第三人利益合同在体例上应如何安排,颇费思量。可供选择的做法有:一是在“合同的效力”章,单设一节“第三人利益合同”,规定真正和不真正第三人利益合同;二是将真正第三人利益合同规定在“合同的效力”章,将不真正第三人利益合同规定在“合同的履行”章;三是将两者都规定在“合同的履行”章。由于第三人利益合同主要与合同效力相关,而非单纯的合同履行问题,故第一种方案更佳。

真正第三人利益合同的重要内容包括:(1)第三人无需在缔约时明确,但应能确定。(2)采取“第三人

直接取得权利”模式,只有当事人明确同意,或依合同目的或具体情况可以认定当事人同意授予第三人权利时,第三人才能取得权利;第三人当然也有拒绝权。(3)在第三人权利确定前,债权人依合同享有撤销、变更第三人利益的权利^⑩。(4)债务人有权向第三人主张其可向债权人主张的所有抗辩。(5)第三人同意后,债务人对第三人的履行发生清偿效力。

2. 无权处分中买卖合同的效力

无权处分涉及处分行为与负担行为的区分、履行不能、权利瑕疵担保等制度,向来被称为“法学上的精灵”,《合同法》第五十一条迄今依然是合同法学的热点问题^⑪。在解释论上,基于无权处分订立的合同的效力,有效力待定说与生效说之争。在司法实践中,《买卖合同司法解释》第三条明确规定,买卖合同并不因出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权而无效。该条明确承认买卖合同有效说,出卖人的责任适用《合同法》第一百五十条、第一百五十一条关于权利瑕疵担保责任(违约责任)的规范。

认定无权处分合同中买卖合同有效的核心理由有二:(1)合同法上的合同并不因不能履行而出现效力瑕疵。买卖合同中的效力待定说实际上是以合同是否履行这一结果来判断合同是否有效,应该是受传统民法关于标的的可能性理论的影响。(2)认定该类买卖合同有效,在利益平衡上是妥当的:其一,对真实权利人没有任何损害。在动产交易中,其可拒绝追认物权变动行为;在不动产交易中,没有其配合,不动产物权是无法转让或设定的。其二,增进了买受人的利益。在无权处分中,买受人通常是值得保护的。认定买卖合同有效,买受人在无法取得标的物时,可以追究对方的违约责任,或解除合同并请求损害赔偿。这一规则再加上善意取得制度,足以使买受人放心从事交易。若买受人存在过失,也可适用违约损害的过失相抵规则,使其分担损失。其三,使出卖人充分承担其责任后果。在无权处分中,最不值得保护的就是出卖人,出卖人赔偿履行利益损失并无不公平可言。可能正基于此,即使没有明确区分债权行为与物权行为的《欧洲合同法原则》和《国际商事合同通则》也采合同有效说。

对无权处分中买卖合同的效力,合同编总则可以采取两种方式:一是废弃《合同法》第五十一条,由理论和司法实践解决这一问题。二是明确规定买卖合同有效。如“无处分权人处分他人财产的,转让合同有效”^⑫,或规定“无处分权人处分他人财产,不影响买卖合同的效力。经所有人追认或无处分权人事

后取得财产处分权的,发生权利变动效力”。为期裁判规则的统一,笔者认为宜采取第二种方案。因为合同编的无权处分规则同样适用于股权(股份)转让和知识产权转让,合同编的规定不应限于物,而应扩大到包括物和权利在内的“财产”。

3. 自始履行不能

自始履行不能制度的效力如何,《合同法》并未明文规定,但在比较法上是一个较大的争议问题。我国学界一般认为,自始履行不能的合同原则有效,债务人不能履行且无免责事由的,承担违约责任。一方在缔约时明知合同不能履行仍签订合同的,可构成欺诈;双方均不知的,可构成重大误解^⑬。德国债法改革不再将履行不能作为给付障碍的中心,规定自始履行不能的合同有效,改变了罗马法以来认定这种合同无效的陈规。《国际商事合同通则》第3.3条和《欧洲合同法原则》第4:102条等也规定这种合同有效。

合同编应明确规定自始不能履行的合同有效。若考虑减少条文,本条规范可与无权处分中买卖合同的效力合并,即参考《欧洲民法典草案》(DCFR)第2-7:102条,规定“合同订立时履行不能或当事人对合同标的无处分权的,合同效力不因此受影响”。

4. 未生效合同

传统民法理论并没有合同“未生效”这种效力形态。最高人民法院的多个司法解释针对《合同法》第四十四条第二款,即“法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的,依照其规定”,提炼了“未生效”合同的概念。整体上,司法实践的方案得到了学界的认同,未生效制度“显然是理性的方案”,因为它对合同效力留有余地,在一定期间视情况发展变化再作最终裁判,更为灵活^⑭。综合多个司法解释的规定,未生效合同的效力包括:(1)合同中的行政相对人一方(通常是出卖人)承担报批义务,违反报批义务的,应承担缔约过失责任。(2)行政相对人不报批的,合同相对人也有权报批,行政相对人应承担因此产生的费用和实际损失。这解决了行政相对人以承担缔约过失责任为代价,拒绝履行报批义务的困境。(3)在转让外商投资企业股权的合同中,若行政相对人不报批的,相对人可以解除合同,并请求损害赔偿,损害赔偿的范围为履行利益。可见,司法解释中已经形成一个关于未生效合同的规范群,其含义远远超过《合同法》第四十四条第二款的规定。

《合同法》第四十四条第二款与第五十二条第五项同样是转介条款,即将公法对合同审批、登记的要求引入私法。从体系上说,该规定应予保留。笔者建议未来作如下修改:(1)明确后果规范,即“法律、

行政法规规定应当办理批准、登记等手续合同才生效的,依照其规定”^⑩。(2)纳入司法解释关于出卖方报批义务、买受人报批权利和缔约过失责任的规定,但不宜规定“未生效”的合同可以解除。理由是:其一,无需推翻合同解除仅适用于生效合同这一前提;其二,在赋予买受人报批权利后,若买受人不报批或报批被驳回的,买受人的履行利益不值得或不应当得到保护;其三,在合同报批必然将获得批准的情形下,出卖人承担缔约过失责任的赔偿范围未必限于信赖利益,而是可扩张到履行利益。

5. 合同联立

合同联立在我国理论上被作为无名合同的一种类型。它是指为实现某种交易,不同的当事人之间订立的为实现同一、整体经济目的的多个合同^⑪。这些合同由不同当事人订立,类型也不同,但服务于同一个交易。在实践中,合同联立交易相当常见,如保兑仓交易、融资租赁中的直租交易、商品房按揭买卖等。其最重要的法律特征是对合同相对性规则的突破,即任何一个合同不成立、无效、被撤销或被解除时,其他合同的效力都可能受到影响。建议合同编总则增设这一制度,明确合同联立中的各个合同的效力相互影响。

(四) 合同的履行

1. 不安抗辩权与预期违约

《合同法》同时引入制度功能接近的英美法上的预期违约与不安抗辩权,由此造成的法律适用冲突已深为学界和实务界所体察。其关键问题是:《合同法》第六十八条列举的不安抗辩权的适用事项,如债务人“转移财产、抽逃资金,以逃避债务”以及其他事项,可能与第九十四条第二项、第一百零八条规定的当事人以自己的行为表明不履行合同义务或“主要债务”发生冲突。

学界对这一冲突提供了诸多解决思路,如主张发生《合同法》第九十四条第二项中“以自己的行为表明不履行主要债务”时,解除权的产生应以催告为前提^⑫。无疑,两者的核心差异在于债务人未来违约的确定性程度:债务人将来确定不履行,成立预期违约;将来不履行的可能性程度较高但尚非确定的,适用不安抗辩权。因此,合同编总则有必要同时纳入两者,其矛盾可通过两种方式解决:一是删除《合同法》第九十四条第二项和第一百零八条规定的默示预期违约,同时完善第六十九条,规定后履行方未在合理期限内恢复履行能力且未提供适当担保的,适用预期违约规则;二是将不安抗辩权的事由限缩为后履行方因客观原因陷入不能履行的情形,删除“转

移财产、抽逃资金,以逃避债务”等明显构成默示预期违约的情形。相比而言,第一种方案更优。

2. 情势变更与不可抗力

尽管不可抗力与情势变更并非泾渭分明,但通常可以区分,因此,我国现行法采取双轨制,同时对两者予以调整。在现行法上,情势变更发生合同变更或解除的效力;不可抗力发生合同解除和免责效力,并无变更合同的效力。合同编总则对两者的调整,首先面临的问题是体例问题,即是否将两者同时纳入“合同的履行”章。比较理想的思路是单设一节“履行不能”,纳入各种嗣后履行不能的情形,同时规定履行不能时对待给付的消灭和代偿请求权的转移。但这对现行法体系冲击太大,在《民法总则》已将实际履行作为民事责任的一种类型时,比较务实的做法是在“合同的履行”章分别规定情势变更和不可抗力,履行不能依然在实际履行部分规定。

在司法解释的基础上,情势变更制度的效力应进一步完善:(1)增设再协商义务。其性质为真正义务和双方义务^⑬,违反这一义务恶意终止磋商的,承担损害赔偿赔偿责任。(2)明确法院不仅有权决定是否解除合同,还有权决定解除的日期和条件(参照《国际商事合同通则》第6.2.3条第4款),即法院可以决定解除合同,同时判决损失分摊。不可抗力部分应作如下改动:(1)纳入《合同法》第九十四条第一项,同时明确不可抗力发生时,合同自动解除;第九十四条的法定解除限于非因不可抗力和情势变更引起的根本违约。(2)明确不可抗力也能引起合同变更效力。此外,不可抗力作为违约责任免责的事由,依然在“违约责任”部分予以规定。

(五) 合同终止

1. 合同法定解除的事由和返还规则

《合同法》第九十四条关于法定解除事由的规定,除了如何处理不可归责于当事人的履行不能,还应修改履行迟延时的解除条件。其第三项规定一方迟延履行主要债务,经催告后在合理期限内仍未履行的,对方可以解除合同。在实务中,这一条款产生了不良后果,应适当限制其适用范围^⑭,可以考虑增加“导致债权人不能实现合同目的”的限制。

《合同法》有关合同解除时的返还规则相当简略,合同编总则应考虑设计详细的规则,因为这种情形不能一概适用不当得利规则或“所有人—占有关系”(EBV)规则。规范的重点是标的物因不可归责于债务人的事由毁损灭失时的价值返还。最大的难题是如何处理因不可归责于当事人的事由导致标的物毁损灭失时,合同解除与风险负担的关系^⑮。建

议维持现行法的并存制度,合同解除之前发生的返还不能,由风险负担规则调整;合同解除后发生的返还不能,由合同解除制度调整。同时,返还规则还应涉及孳息、对物的使用收益和损耗费用等。

2. 清偿

《合同法》对清偿的规定过于简略,合同编总则可考虑增加规定清偿抵充、代为清偿、表见受领、代物清偿等制度,部分清偿和提前清偿则依然置于合同履行部分。

清偿部分最为疑难的内容是代物清偿合同的定性。传统上,它一直被视为要物合同^②,但也有学者主张其应为诺成合同^③。除当事人明确约定以新给付代替旧给付外,建议将代物清偿界定为要物合同。主要理由为:其一,代物清偿既是当事人之间的合同,也是清偿的一种方式。当事人订立代物清偿合同的真实意思是为了消灭债,所以不应不构成债的更改,当事人之间也不应产生新债。债务人不履行新给付的,原债不消灭;债务人履行新给付才导致原债消灭。其二,这种定性并不损害债权人的利益。债务人不履行合同的,债权人可以请求履行旧债。此外,还应明确债务人对新给付承担瑕疵担保责任。

(六) 违约责任

1. 归责事由

《合同法》只调整合同之债,可以不受传统债法总则“可归责于债务人”这一归责原则的约束,故第一百零七条对违约责任采取严格责任^④,但在理论上对其妥当性一直存在激烈争议,反对的方法主要是用社会伦理反对经济伦理^⑤。

合同编总则可采取如下思路缓和严格责任:(1)增加免责事由,如债权人的原因等。(2)在归责原则中设定例外条款,可借鉴《国际商事合同通则》第5.1.4条的做法,对手续债务(主要是服务合同领域)采取过错责任,或在合同法分则(尤其是服务合同)中大量设置过错责任。

2. 可预见性规则

《合同法》第一百一十三条第一款采用可预见性规则限制法定损害的范围。合同编总则可以考虑进行两方面的完善:(1)明确预见的内容。在比较法上,预见内容的差异主要在于违约方是否应预见到损害的程度或数额。合同编总则可明确规定违约方只需预见到损害的类型:一是因为违约方只要在缔约时预见到损害赔偿类型,就可以采取手段防止、分散风险;二是因为准确预见损害赔偿的数额是不可能的。(2)明确违约方故意违约或重大过失违约不适用可预见规则,债权人可以请求全部赔偿^⑥,以避免

违约方为获利而违约。

与可预见性规则密切相关的是违约责任是否可以纳入精神损害赔偿。我国学界否定违约精神损害赔偿的重要依据之一是违约精神损害难以预见。合同编应在法定损害赔偿规则中明确违约精神损害赔偿,理由是:(1)违约行为导致一方人身权益被侵害时,完全可能导致其遭受“严重精神损害”,这既可能由债务人违反合同约定义务(如在美容合同中)造成,也可能由违反法定附随义务造成;(2)违约方在缔约时完全可以预见到这种损害;(3)承认违约精神损害赔偿,可以减少违约责任与侵权责任竞合时的选择困难。除人身权益被侵害时产生的违约精神损害之外,违反以获得愉悦、享受为目的的合同义务(如旅游合同等),导致债权人精神利益未得到满足时,是否应赔偿精神损失,是违约精神损害赔偿的真正重点。如果说人身权益受损时的精神损害是存量损失,这种精神损失就是增量损失。对此,合同编可在旅游合同等中有限度地承认违约精神损害赔偿。

3. 违约金的性质及其调整

对于违约金的性质,学界关注最多的是其惩罚性和赔偿性,但两者的区分非常困难。合同编总则不应作这种区分,而应规定违约金作为法定损害赔偿金替代证据的性质,即除当事人另有约定外,违约金视为违约损害赔偿的预定总额。合同编没有必要在违约金之外,再规定约定的损害赔偿金。

《合同法》第一百一十四条规定,违约金过高时可以调整。法律界对其合理性几乎没有争议^⑦。《合同法》第一百一十四条规定违约金低于实际损害赔偿金就可以调整,并没有要求“过分低于”。学界普遍认为,这一规定可能使当事人寸利必争、缠讼不休^⑧。此外,它会使违约金的规范目的落空,因为当事人约定较低的违约金,可以解释为免责条款^⑨,由此,违约金过低时也不应调整,只要免责条款合法即可。但违约金过高未必是当事人约定的“罚款”,过低也未必是为了免责,而完全可能是当事人预期错误的结果。因此应保留对违约金过低时的调整,但应限于“过分低于”实际损失。

4. 双方违约与第三人原因违约

合同领域是否存在双方违约,在《合同法》制定时虽存在激烈争议,但《合同法》第一百二十条承认了双方违约。实际上,双方违约不仅与合同履行抗辩权冲突,而且与受领迟延、违约救济制度不协调^⑩。因此,合同编总则可将其改造为过失相抵条款,同时配合损益相抵规则,以实现损害赔偿计算的公正。

《合同法》第一百二十一条的规定,多被解释为

合同相对性规则的标志性条款。但是,在实务中,它不仅造成违约责任的过分扩大,也与《侵权责任法》第三十七条存在冲突。虽然它可以通过“第三人的原因造成违约”的文义解释、第三人原因构成不可抗力或情势变更以及过错责任情形的排除适用等方式予以限缩,但无法完全消解它与《侵权责任法》第三十七条之间的鸿沟^③。甚至有学者认为,“第三人的原因”千变万化,无法抽象出一般规则,它造成的违约是否应承担违约责任是合同内容的确定问题,不能由法律规定,因此《合同法》第一百二十一条应予废除^④。考虑到合同实践中这种情形较为普遍,合同编总则应保留这一规定,但难以类型化。此外,《侵权责任法》第三十七条应予修改,使其不仅符合侵权法理论,也与《合同法》第一百二十一条相协调。

注释:

- ①王文字:《从商法特色论民商合一制度》,《月旦法学杂志》2016年第4期。
- ②刘凯湘:《剪不断,理还乱:民法典制定中民法与商法关系的再思考》,《环球法律评论》2016年第6期。
- ③谢鸿飞:《民法典与特别民法关系的建构》,《中国社会科学》2013年第2期。
- ④叶金强:《合同法上承诺传递迟延的制度安排》,《法学》2012年第1期。
- ⑤德国法的情况,参见 Detlef Liebs, “Fahrlässige Täuschung” und Formularvertrag, *AcP* 174 (1974), 26。
- ⑥朱广新:《论违背形式强制的法律后果》,《华东政法大学学报》2009年第5期。
- ⑦王剑一:《合同条款控制的正当性基础与适用范围》,《比较法研究》2014年第1期。
- ⑧王利明:《合同法研究(修订版)》(第1卷),中国人民大学出版社2011年版,第414页。
- ⑨李永军:《合同法》(第3版),法律出版社2010年版,第252页。
- ⑩尹田:《论涉他契约——兼评合同法第64条、第65条之规定》,《法学研究》2001年第1期;薛军:《利他合同的基本理论问题》,《法学研究》2006年第4期。
- ⑪张家勇:《为第三人利益的合同的制度构造》,法律

出版社2007年版,第69页。

- ⑫争议观点的总结与评价,参见谢鸿飞:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社2013年版,第207页。
- ⑬彭诚信、李建华:《善意取得合同效力的立法解析与逻辑证成》,《中国法学》2009年第4期。
- ⑭⑮⑯韩世远:《合同法总论》(第3版),法律出版社2011年版,第413、519、662页。
- ⑰崔建远:《我国合同效力制度的演变》,《河南省政法干部管理学院学报》2007年第2期。
- ⑱⑳朱广新:《合同法总论》(第2版),中国人民大学出版社2012年版,第188、598页。
- ㉑陆青:《合同联立问题研究》,《政治与法律》2014年第5期。
- ㉒参见 Norbert Horn, *Neuverhandlungspflicht*, *AcP* 181 (1981) S. 256。
- ㉓崔建远:《合同一般法定解除条件探微》,《法律科学》2011年第6期。
- ㉔周江洪:《风险负担规则与合同解除》,《法学研究》2010年第1期。
- ㉕陈自强:《无因债权契约论》,中国政法大学出版社2002年版,第261页。
- ㉖崔建远:《以物抵债的理论与实践》,《河北法学》2012年第3期;王洪亮:《以物抵债的解释与构建》,《陕西师范大学学报(哲学社会科学版)》2016年第5期。
- ㉗《合同法》同时还规定了绝对责任(金钱债务)和过错责任(主要见于分则)。
- ㉘㉙崔建远:《合同法》,北京大学出版社2012年版,第310、371页。
- ㉚毛瑞兆:《论合同法中的可预见规则》,《中国法学》2003年第4期。
- ㉛但国外有学者认为这种以实质公正为基点的“家父主义”造成了对契约自由的不当干预。参见 Richard A. Epstein, *Unconscionability: A Critical Reappraisal*, 18 *J. L. & Econ.* 293, 294—95 (1975)。
- ㉜周江洪:《〈合同法〉第121条的理解与适用》,《清华法学》2012年第5期。
- ㉝解亘:《论〈合同法〉第121条的存废》,《清华法学》2012年第5期。