

[文章编号] 1672-7320(2010)04-0523-06

解除权制度的法哲学分析

方 昀 熊贤忠

[摘 要] 基于合同法的基本理念,一个合法有效的合同,应当尽可能地使之有效。然而合同缔结之后实际履行过程中,难免会出现一方当事人基于这样或那样的原因违反合同义务和出现不可预见的情形,当此种义务违反和不能预见的情形对合同目的产生严重性或根本性影响,有必要赋予当事人以合同解除权。然而,合同解除权制度的理论基础是什么,其正当性何在,这是合同法理论研究必须解决的问题。本文认为,合同自由原则是约定解除权的效力渊源;法定解除权是法律基于合同正义的要求,给予当事人摆脱已被破坏的合同关系的一种救济手段;基于维护交易安全的考量,解除权制度的构建以诚实信用原则为基础。

[关键词] 合同解除权;正当性;合同自由;合同正义;诚实信用

[中图分类号] DF5 **[文献标识码]** A

“合同是当事人之间的法律”,依法有效的合同具有法律约束力,这是世界各国或地区合同法及有关国际条约、国际惯例公认的原则。如果说约定解除权的存在是合同自由原则的当然结果,那么法定解除权的产生其正当性何在呢?“在法律体系中有一个被称为合同法的部门,其为之努力的,乃是实现由允诺之作成而产生的合理预期。无疑地,这不是激发人们创立合同法的唯一目的,但是可以相信它是主要的基本目的,并且可以相信,对许多现行规则的理解以及对它们的有效性的认定,都要求具有对这一基本目的的强烈意识”^[1](第 5 页)。既然如此,合同法关于法定解除权的规定是否是基于一方或双方当事人的“合理预期”难以实现呢?这是研究合同解除权制度之理论基础所必须回答的问题。

一、合同自由原则与解除权制度

合同自由原则,是私法自治原则在合同法领域中的具体体现,是合同法的灵魂与精髓。在德国,学者们通常将与法律关系相关的行为自由,如订立合同的自由或设立遗嘱的自由等,称为私法自治。即所谓私法自治,是指“各主体根据他的意志自主形成法律关系的原则”^[2](第 142 页)。而所谓订立合同的自由并非仅指订约自由,其具体包括订约自由、选择当事人的自由、类型自由、决定合同内容的自由和方式自由^[2](第 61 页)。在英国,阿蒂亚认为合同自由的思想包含着两种密切相关但不尽相同的概念:其一,合同是以相互之间的协议为基础的;其二,合同的订立是在不受外部力量的干预和控制的情况下由当事人自由选择的结果。此外,作为合同自由的当然推论,合同应是神圣的,如果有人违反,即应由法院强制执行^[3](第 5 页)。在美国,学者认为合同自由的概念包含两个要素:订立合同的特权和使合同得以执行的权利^[4](第 29 页)。

我国《合同法》第 4 条规定:“当事人依法享有自愿订立合同的权利,任何单位和个人不得非法干预”。依此规定,合同自由原则的内容似仅限于订立合同的自由,然依我国《合同法》第 10 条、第 12 条、

第 77 条和第 93 条等的规定,合同当事人还享有依法选择合同形式、确定合同内容、变更与解除合同等的自由。正因为如此,我国理论中通说认为合同自由原则具体包括以下内容:(1)缔约自由,即根据本人的需要和意愿而决定是否与他人缔结合同的自由。这是合同自由原则最基本的要求,是享有其他方面的决定自由的前提。(2)选择相对人的自由,即当事人享有决定与谁缔结合同的自由。(3)确定合同内容的自由,即当事人享有依法决定合同内容的自由。当事人有权通过协商改变法律的任意性规定,同时也可以在法律规定的有名合同之外订立无名合同或混合合同。(4)变更或解除合同的自由,即当事人有权通过协商,在合同成立后变更合同的内容或者解除合同。(5)选择合同形式的自由,即当事人在不违反法律、行政法规的强制性规定的情况下,有权决定合同的形式。(6)选择地域管辖的自由,即对于国内合同,除法律另有规定者外,当事人可选择地域管辖。(7)选择适用法律的自由,即对于涉外合同,除法律另有规定者外,当事人可选择适用的法律。(8)选择解决合同纠纷方式的自由,即当事人可选择调解、仲裁、诉讼等方式解决合同纠纷^[5](第 142 页)。

既然合同自由原则包括当事人确定合同内容的自由,那么当事人在订立合同之时自可约定合同解除的事由,亦即约定解除权存在的合理性在于“形成权相对人事先表示的同意”^[2](第 75 页),或者说约定解除权存在的正当性在于当事人的合意。进一步而言,合同自由原则是约定解除权产生的基础。

合同自由原则在法律上的出现始于近代民法。从 15 世纪开始,资本主义生产关系逐渐形成,封建的身份关系和等级观念不但受到了剧烈的冲击,个人亦逐渐从封建的、地域的、专制的直接羁绊下解脱出来而成为自由、平等的商品生产者,这就实现了“从身份到契约的运动”,从而使合同自由的观念得到了广泛的传播。1804 年的《法国民法典》第 1134 条规定:“依法成立的合同,在订立合同的当事人之间有相当于法律的效力。这种合同,只得根据当事人相互间的同意或法律规定的原因撤销之。”德国《魏玛宪法》第 152 条第 1 款规定:“在经济关系方面,依法实行契约自由原则。”在英美法系,也认为合同法的基本目标是实现个人的意志,合同法赋予单个公民订立合同的权利,并规定了签约程序。通过订立合同,单个公民创立了法律义务并使其目标生效。对于自愿形成的私人关系来说,合同法就像一部宪法,而具体的合同则像在宪法下颁布的法律^[9](第 314 页)。合同自由原则反映了资本主义商品关系的内在要求,它以形式上平等的合意取代了罗马法形式上不平等的合意,从而使得不同阶层的社会成员至少在形式上“是作为自由的、在法律上平等的人缔结契约的。契约是他们的意志借以得到共同的法律表现的最后结果”^[7](第 199 页)。故资产阶级学者称之为“现代私法的核心”,“个人意志自由的最高体现”,民法的“基本原则之一”等。

约定解除权的产生乃基于双方当事人的约定。而当事人就合同是否解除、在什么条件下解除、如何解除等问题达成事先的一致,乃是合同自由所蕴涵的“当事人自主决定合同内容”理念的应有之义。故自近代以来的民法,在确立合同自由原则的同时,均规定了约定解除权制度。

合同自由原则“给个人提供一种受法律保护的自由,使个人获得自主决定的可能性”,“而自主决定是调节经济过程的一种高效手段。特别是在一种竞争性经济制度中,自主决定能够将劳动和资本配置到能产生最大效益的地方去。其他的调节手段,如国家的调控措施,往往要复杂得多、缓慢得多、昂贵得多,因此总体上产生的效益也要低得多”。这是合同自由原则的优越性所在。然而,合同自由“作为一种形式上人人平等的自由,没有顾及到实际上并非人人平等的事实。人与人之间在财产、体能和精神能力,在市场地位和掌握信息以及在其他许多方面,到处都存在着差异”。“在经济地位有明显势差的交易者之间,契约自由正在变成弱肉强食的工具。强者可以藉契约自由之名逼迫弱者接受其预先拟定的契约条款;厂商们利用内容复杂的专业化契约使消费者难明其义而位居不利地位;企业主们更是以浩浩荡荡的失业大军强使雇工接受低工资、少保障的条件等等”。这就使得合同自由原则“取得的效果是否具有社会正当性”值得怀疑。“法律旨在努力寻求一种平衡,这种平衡也反映在‘社会主义市场经济’这一流行提法中。虽然自由以及私法自治是私法的出发点,但自由的行使在许多方面是受到控制和限制的”^[2](第 143 页) 也正因为如此 约定解除权制度也受到合同正义原则与诚实信用原则的限制 以达到效率

与正义、安全的和谐与兼顾。

二、合同正义原则与解除权制度

何谓合同正义?学者们认识不一。有的学者认为,合同正义系属平均正义,以双务合同为其主要适用对象,强调一方给付与他方的对待给付之间的等值性,合同上的负担和风险的合理分配^[8](第22页)。有的学者则认为,上述观点实际上是将合同正义等同于等价或对价的概念,这种看法虽不无道理,但对合同正义的内容理解得过于狭窄。合同正义既然是公平、平等、公正等伦理和道德观念的集中体现,因此它不应该仅仅限于经济上的等价,还应当包括实质的合同正义,因为“正义只能通过良好的法律才能实现”。在古代合同理论看来,合同即为正义,人们按照自己的意愿交换相互的财产或服务,以这种观念建立起来的人们之间的相互关系最为公正,于社会也最为有利,因为任何有理智的人都不会订立损害自己的合同^[5](第179页)。

上述第二种观点更为合理。然在此值得注意的是,在18、19世纪合同自由原则本身就是合同正义原则的体现,或者说合同正义被合同自由所兼容。因为根据自然法的解释,能给予个人最大限度的自由的法律,就是合乎正义的。因此,作为自然法思想产物的契约自由原则,用传统的正义观衡量无疑是符合正义原则的^[9](第27页)。“盖契约成立的过程如果无意思瑕疵,且其意思形成在私法自治容许的范围内,法律秩序原则上应尊重当事人契约规范所彰显的契约正义”^[10](第127页)。也正因为如此,虽然在判断给付与对待给付之间是否有等值性的标准问题上有客观说与主观说之争,但以主观说为通说,即以当事人的主观意愿来判断,纵使以市场标准或自理性人的角度衡量并非等值,但只要当事人具有真实的合意,在主观上愿意以自己的给付换取对方的给付,那么对双方而言就是公平合理的,至于客观上是否等值,在所不问^[11](第63页)。然而正如前述学者们对合同自由原则的“社会正当性”所质疑的理由,合同自由原则本身所体现的合同正义,严格上说只是一种形式上的正义。“向来为人们所崇尚的契约自由从一开始就存在某些缺陷”,“它很少注意到缔约人之间的不平等关系”^[3](第8页)。自20世纪以来,由于“发生了深刻变化的社会经济生活条件,迫使20世纪的法官、学者和立法者,正视当事人间经济地位不平等的现实,抛弃形式正义观念而追求实现实质正义”^[12](第242页)。从20世纪20~30年代开始,新自然法学和现实主义法学在契约哲学中占据了主流地位。“新自然法学派强调法的公平正义是法的第一要素,从而使正义受到极大重视,改变了近代契约法单纯以形式上的契约自由为最高要求的偏颇”^[13](第231页);现实主义法学认为,“法律曾经是、现在是、而且永远是含混的和有变化的”^[14](第330页)。在司法中法官应发挥最大限度的自由裁量权,从而使双方的权利义务受到契约约款以外的社会因素的影响,实现契约的实质正义^[15](第25页)。现代正义观的代表人物罗尔斯提出,要用正义观“进一步概括洛克、卢梭和康德所代表的传统的社会契约理论,使之上升到一种更高的抽象水平。藉此,我希望能把这种理论发展得能经受住那些常常被认为对它是致命的明显攻击”。并要以“公平的正义”在社会成员之间重新平等地分配基本权利和义务。“个人的自由没有必要扩及由个人组成的团体,而且政府有时甚至有责任保护个人来对付有组织的团体”^[16](第56页)。亦即要“强化弱者、弱化强者的契约自由权以弥补他们在经济上的强弱势差,实现平均正义”^[17](第107页)。从某种意义上说,“现代契约法的发展,可以归结到契约自由与契约正义间的二律背反与角力”^[10](第126页)。解除权制度是合同法中一项重要的法律制度,自然应贯彻与落实合同正义的原则。

首先,解除权制度应保障缔约当事人的平等。合同正义首先意味着当事人法律地位的平等,平等是合意主义和意思自治原则所蕴涵的“平等性”,也是解除权制度的基本价值取向。合意主义所以能够成为自由资本主义时期的基本观念,立基于一个基本的前提,即民事主体的平等。如果地位不平等,自无合意可言。正如梁慧星教授在分析近代民法时所指出的,“市场交易中,主要是农民、手工业者、小业主和小作坊相互之间进行商品交换,建立民事法律关系。而所有这些主体,在经济实力上谈不到有多大的差别,差别当然是有的,但从整个社会范围来看,差别不大,一般不具有显著的优越地位,尤其在当时

不发达的市场经济条件下,还没有发生像今天这样的生产与消费的分离和生产者与消费者的对立。”^[18] (第 167 页)与此相适应,各国法中规定双方当事人在解除权的享有和行使上没有任何不同,只要满足了法律规定的合同解除权的发生原因及条件,享有同等的合同解除权。

同时,为了追求实质平等,对于解除权产生的事由、行使的方式、行使的法律后果可能做出某些强制性规定,或者做出一些限制或排除。“只要是经济上的强大势力触及个人的关乎其生存的重大利益的地方,都非常需要由法律对合同的内容做出有约束力的规定,或者至少是规定一个最低的标准。”^[19] (第 566 页)现代民法上的平等原则在侧重形式意义上的法律地位平等对待的同时,更加重视兼顾实质意义上的平等对待。从 19 世纪末开始,人类社会生活发生了深刻的变化。作为近代民法基础的两个基本判断受到了挑战,出现了某些社会群体之间的分化和对立,其一是企业主与劳动者之间的分化和对立;其二是生产者与消费者之间的分化和对立,劳动者和消费者成为社会生活中的弱者。面对企业主与劳动者、生产者与消费者之间的分化和对立,民事主体之间普遍平等的假定也受到了挑战。仅仅坚持强式意义上的平等对待,单纯强调民事主体抽象的人格平等,已经无法在特定的领域内维持社会的和平。弱式意义上的平等对待,日渐受到重视。具体表现为在生活消费领域内,将民事主体区分为经营者和消费者;在生产经营领域内,将民事主体区分为雇主和劳动者,分别设置相应的法律规则,侧重对消费者和劳动者利益的保护。

其次,确保当事人权利义务的公平。虽然依合同自由的原则,当事人可就解除权产生的事由在合同中加以约定,但此种约定不能违背公平的原则。如果构成显失公平的,不利益的一方当事人可主张变更或撤销。

再次,提供当事人公平合理的逃逸“法锁”的机制。当事人签订合同往往是为了一定的目的或期待,然因一方当事人的违约或因不可归责于双方当事人的原因,致使一方或双方签订合同的目的不能实现时,或者致使合同基础动摇,依合同履行将导致显失公平时,合同法应提供当事人公平合理的逃逸“法锁”的机制。否则,将有违合同正义的原则。因为“如果我们把契约法视为通过鼓励人们充分信赖承诺从而导致强化交易安全的法,我们看见的只是契约实际运作的某一阶段,其他阶段是关于没有预见和提供费用的缔约当事人权利的决定。就后者而言,契约法是一种法律体制内的强制某些分配正义的方式”^[20] (第 148 页)。

对一方违约时的法定解除权而言,法律之所以赋予非违约方以法定解除权,“是对因可归责于另一方当事人的事由而造成的给付障碍所作出的反应”^[21] (第 75 页),是法律给予非违约方摆脱已被破坏的合同关系的一种救济手段,以使非违约方获得一个公平的法律地位,因为在合同一方当事人违约致使合同无法履行或者继续履行已无意义的情况下,因一方当事人行为致发生损害而对方却无端受害,显然不符合法律的公平原则。就双方均未违约时的法定解除权而言,即对于因不可抗力等所致的合同不能履行之情形下,尽管与违约情形致法定解除权发生的场合不同,合同的不履行完全是由不可抗力等所引起,但是在一点上是一致的,即在两种情形都引起了当事人一方或者双方的利益不能实现,而对这一问题的漠视必然会导致不公平结果的发生。

三、诚实信用原则与解除权制度

诚实信用原则是指民事主体进行民事活动必须意图诚实、善意、行使权利不侵害他人与社会的利益,履行义务信守承诺和法律规定,最终达到所有获取民事利益的活动,不仅应使当事人之间的利益得到平衡,而且也必须使当事人利益与社会利益得到平衡。诚实信用原则是民法的基本原则,当然对作为民法组成部分的合同法具有普遍的指导意义,解除权制度的构建自应以诚实信用原则为基础,其目的在于维护交易的安全。

首先,就解除权的主体而言,对于约定解除权的主体,尽管是由当事人在订立合同平等自愿协商确定的,但本着诚实信用的原则,通常不会约定违约一方亦享有约定解除权。即使在格式合同中,经济上

占优势的提供格式条款的一方可能规定即使其违约亦享有约定解除权,但这属于异常条款,通常并不构成合同的内容。即使相对人明确表示接受,尽管《国际商事合同通则》承认此时异常条款仍有效,但大多数国家或者地区的有关民事立法明定其无效。如德国新债法第323条第6项明确规定:“债权人对于将使自己享有解除权的事由负单独或主要责任的,或不可归责于债务人的事由是在债权人陷于受领迟延时发生的,排除解除权。”

其次,就法定解除权产生的条件而言,虽然其主要是债务人不履行或不依约履行,但这并不意味着一旦出现不履行或不依约履行的情况,对方当事人就可以享有法定解除权。因为出于对“契约神圣”原则的尊重和维护,并基于诚实信用的原则,并不是也不可能任何的给付障碍都能够引致摆脱合同“法锁”拘束这样的后果。“人们经常重述着一种学说,那就是,合同一方当事人的故意违约使他方解除进一步的义务,而不论被故意拒绝或者阻止的履行的范围或重要性。这一规则所具有的严厉性,往往容易使给他方造成轻微损害的一方当事人受到很重的惩罚”^[1](第536页)。“解除或者撤销合同经常会给过错方造成损失,但是这一损失与如过错方继续履行合同无过错方将会遭受的损失根本不成正比。……法律视这些因素为互不相关;在决定是否解除权或者撤销权时,它并不试图平衡无过错方和过错方二者的损失。这极可能是不公正的,也可能不符合公众利益。从经济学的角度上讲,这一结果是不受欢迎的,因为法律制裁对一方造成的损害,远远超过给对方带来的利益,而这可能导致纯粹的社会损失。”^[21](第432页)“最重要的原则”是“过错达到即定最低的严重程度”,各种统一买卖法都将此种基本思想固定为因“严重违约”而解除合同的前提。所有的法律体系中目前的过渡做法是此种救济假想,即在严重违反合同义务时,通过假定的关于解除条件的约定,由合同另外一方当事人解除合同。此种假定的关于解除条件的约定在19世纪被视为使得解除合同与“必须遵守合同”原则相符合的唯一可能性”。如2001年的《德国债法现代化法》便将合同义务的违反无足轻重排除在合同解除权适用范围之外,即只有在“显著违约”时始可解除合同,另外的情况下只有在确定履行期间以后且无结果的情况下才可以解除合同^[22](第159页)。《国际商事合同通则》亦采用了“根本违约”的标准,并在第7.3.1条第2款规定是否构成可以解除合同的根本违约的5种综合考虑情况:(1)不履行是否实质性地剥夺了受损害方当事人根据合同有权期待的利益,除非另一方当事人并未预见也不可能合理地预见到此结果;(2)对未履行义务的严格遵守是否为合同项下的实质内容;(3)不履行是有意所致还是疏忽所致;(4)不履行是否是受损害方有理由相信,他不能信赖另一方当事人的未来履行;(5)若合同终止,不履行当事人是否将因已准备或已履行而蒙受不相称的损失。

综上,尽管各国法律和国际条约在一方当事人违约时,出于维护合同法公平或曰正义价值的考虑,赋予另一方不经对方同意直接解除合同的权利,但基于诚实信用的原则,为了维护交易的安全,对此种法定解除权的产生作了严格限制,即要求一方违反义务的行为必须达到一定的严重程度。我国《合同法》亦借鉴了“根本违约”制度,采用了“合同目的不能实现”的具体判断标准。

[参 考 文 献]

- [1] [美] 科宾:《科宾论合同》上册,王卫国等译,北京:中国大百科全书出版社1997年版。
- [2] [德] 迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,北京:法律出版社2000年版。
- [3] [英] 阿蒂亚:《合同法概论》,程正康等译,北京:北京大学出版社1982年版。
- [4] 崔建远:《合同法总论》上卷,北京:中国人民大学出版社2008年版。
- [5] 王利明:《合同法研究》第1卷,北京:中国人民大学出版社2002年版。
- [6] [美] 罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学》,张军等译,上海:上海人民出版社1994年版。
- [7] 马克思:《资本论》第1卷,北京:人民出版社1975年版。
- [8] 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(7),北京:中国政法大学出版社1998年版。
- [9] 康德:《法的形而上学原理》,沈叔平译,北京:商务印书馆1991年版。
- [10] 陈自强《民法讲义I 契约成立与生效》北京 法律出版社2002年版

- [11] [德] 卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》上, 王晓晔等译, 法律出版社 2003 年版。
- [12] 梁慧星:《民商法论丛》(7), 北京: 法律出版社 1997 年版。
- [13] 傅静坤:《二十世纪契约法》, 北京: 法律出版社 1997 年版。
- [14] 沈宗灵:《现代西方法理学》, 北京: 北京大学出版社 1992 年版。
- [15] 苏俊雄:《契约原理及其适用》, 台北: 台湾中华书局 1978 年版。
- [16] 罗尔斯:《正义论》, 何怀宏等译, 北京: 中国社会科学出版社 1988 年版。
- [17] 哈耶克:《个人主义与经济秩序》, 贾湛等译, 北京: 北京经济学院出版社 1989 年版。
- [18] 梁慧星:《从近代民法到现代民法》, 北京: 中国法制出版社 2000 年版。
- [19] [德] 彼得·古尔莫:《市民与国家的关系: 一部现代化民法典的结构——债法》, 载孙宪忠:《制定科学的民法典——中德民法典立法研讨会文集》, 北京: 法律出版社 2003 年版。
- [20] [美] 莫里斯·科恩:《契约的基础》, 于立深、周丽译, 载《法制与社会发展》2005 年第 1 期。
- [21] [英] P. S. 阿狄亚:《合同法导论》, 赵旭东等译, 北京: 法律出版社 2002 年版。
- [22] 朱岩编译:《德国新债法条文及官方解释》, 北京: 法律出版社 2003 年版。

(责任编辑 车 英)

Jurisprudential Analysis on the Right for Discharge of Contract

Fang Yun, Xiong XianZhong

(China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

Abstract: According to the basic principles of contract law, the effectiveness of a lawful and valid contract should be maintained as far as possible. However, during the actual implementation process of a contract having been signed, it's inevitable that any party may breach the contract due to various reasons or there may be unpredictable circumstance. If the above-mentioned breach of contract and unpredictable circumstance has caused serious or fundamental impact on the purpose of the contract, it seems necessary to endow the parties with right for discharge of contract. Yet the issues concerning the theoretical basis for the right for discharge of contract and its legitimacy are the problems to be settled through research on theory of contract law. The author contends that the freedom of contract is the source for the effectiveness of the right for discharge of contract; and the legal right for discharge of contract is a remedy granted to the relevant parties for them to get away with the damaged contractual relationship, arising from the demand for equitability of contract; and in order to safeguard the security of transaction, the construct of the right for discharge of contract is based on principle of good faith.

Key words: right for discharge of contract; legitimacy; freedom of contract; equitability of contract; good faith