



实质正义理念下的合同效力控制问题研究

黎 桦

摘 要: 合同效力控制制度的构建是契约法从形式正义发展到实质正义的必然结果。合同效力控制制度的建立看似可以从多个角度切入,结合我国当前的法律生活实际趋势,应当在病态合同的救济范畴内进行探讨。在此过程中,建立民事检察制度是一个十分关键的步骤。同时,合同备案制度和信息披露制度也不可缺少。

关键词: 合同效力控制; 形式正义; 实质正义; 病态合同救济

在市场经济背景下,契约行为无疑是极其重要的法律行为之一。契约自由是古老的契约法精神,在审计实务中,利用合同的形式正义进行利益输送违背了合同法精神。那么,当前提出对合同进行效力控制会不会在根本上是一个伪命题?在法律实务中当合同损害公共利益或国家利益时,由中立部门裁定终止合同会不会是从根本上否定了契约自由?对合同效力进行控制这样的制度理论依据又在哪里呢?笔者试图就此进行论证,认为合同效力控制有其正当性,它是后契约自由时代的一个全新命题,需法学界认真对待。

一、理论根源:社会化变迁中的契约理论

(一) 从契约自由到契约正义

在今天的社会现实中,正在经历契约自由到实质契约正义的蜕变。“契约自由究竟还能不能仍然被认可为法律制度的支柱和中心思想?如果现实中合同当事人之间缺乏谈判能力的均衡性从而使得合同平等遭到破坏,因此,保护合同当事人的弱者一方成为必要时,契约自由原则是否必须彻底地受到强制性规则的限制?现在我们是不是已经进入契约自由的原则应当被‘契约公正性’原则所替代或者进行补充这样一个时代?”^①这是德国著名法学家茨威格特在面对传统契约自由理论之时的内心激荡。实际上,“主体抽象平等的非现实性、契约自由理论假定的契约自由原则赖以生存的客观条件的丧失、政治价值观念的变化以及法律对交易公平结果的积极干预”^②,共同构成了传统契约自由理论衰落的原因。由此,现代契约法的问题已不再是契约自由而是契约正义的问题了。^③

在古典契约理论看来,契约自由即为契约正义,二者之间没有本质区别。交易双方根据自己的意愿自由地订立契约进行交易,这本身便是一种契约正义的体现,而且在这种情况下不存在不公正契约的情形。但是,该理论显然是存在其局限性的,古典契约理论中契约正义中的“正义”仅体现为抽象的形式上的正义,而非我们当前语境下的实质正义。因

① 康德拉·茨威格特、海因·可茨:《合同法中的自由与强制》,载《民商法论丛》第 9 卷,法律出版社 1998 年,第 349~350 页。

② 李永军:《合同法》,法律出版社 2010 年,第 54 页。

③ 王 晨:《日本契约法的现状与课题》,载《外国法译评》1995 年第 2 期。

此,正是从契约自由到实质契约正义的蜕变,使得通过法律技术手段对缔约自由的干预成为可能。故而,对合同效力的控制在不违背契约实质正义的条件下便具有正义性。

(二) 从合意主义理论到关系契约论

合同效力控制的另一个理论依据便是契约效力根源的社会化进程。对契约理论追根溯源必然要从罗马法谈起,但罗马法中并未出现系统的合同法理论,“罗马时代合同的历史,即是一系列有强制执行效力的特定类型允诺的发展记录,而不是创立一个强制执行允诺的一般性基础过程。”^①在此时代背景下,罗马法中契约的效力只是源于罗马法的形式主义。

随着社会的发展,全新的契约理论由合意趋向身份。与罗马法时期的神秘色彩相比,自然法典化时期的合同效力根源理论更具系统性,概括地说理性法是这一时代的特征。“理性法对欧洲私法最重要的贡献在于它的体系”,^②其理论的基点是契约的效力来源于个人的圣神私权,合意成为合同效力的来源。在契约自由日益衰落,“契约的死亡”呼声日显的大背景下,美国著名学者麦克尼尔提出了一个全新的契约理论——关系契约论。^③他指出,“如果我们要理解契约,进而言之,如果我们要真正理解契约法,首先想到的应当是交换等问题,其次才是法律”。^④“一项物质交换通常是连绵不断的社会关系中的一个短暂的事件。社会关系是支配性的,物品流动要受到现实情况的制约,是现实情况的一部分。”^⑤关系契约论认为,契约的效力源于社会关系。从合意主义理论到关系契约论,将影响交换过程的各种因素,无论是身份地位、社会习惯还是其它都涵盖到契约中来。

二、正当性判准:实质正义理念下的合同效力控制探寻

从上文的论述中,可以看出社会化变迁中的契约理论在解决现实生活中的基本问题时,其合同效力渊源不断从形式走向实质,从个人封闭的个别性交易走向社会化。在社会化的大背景下,合同有效必须取得社会正当性认可;反之,为维护合同的社会正当性,对合同效力进行控制应是题中应有之义。

深刻变化的现实因素使契约正经历着“形式正义向实质正义的转变”。^⑥从一般意义上讲,任何一个理性的人都不会与对方订立一个损害自己利益的契约,即使缔约一方接受不公正契约义务而订立契约的情况出现,也不会从根本上动摇契约的正义性。“当某人就他人的事情做出决定时,可能存在某种不公正。但当他就自己的事务做出决定时,则决不会存在任何不公正。”^⑦用一句格言来概括:“契约即公正”。^⑧但现代社会契约有可能对第三人乃至整个社会的影响抛至脑后,忽略了缔约双方有可能存在的实际的地位上的不平等。在一定程度上,对那些为了换取不足维持生计的报酬而出卖血汗的人谈契约自由,完全是一种尖刻的讽刺,越来越多的标准契约是以要么接受、要么拒绝的方式提交给当事人的。^⑨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之间经济地位不平等的现实,抛弃形式正义观念而追求实质正义。^⑩

恶性的自由和无边的权利导致对契约边界的践踏。“每一个人都在力图应用他的资本,来使其生产产品得到最大的价值。一般地说,他并不企图增进公共福利,也不知道他所增进的公共福利为多少。他所追求的仅仅是他个人的快乐,仅仅是他个人的利益”。^⑪因此,合同效力应当加以限制,否则合同中的当事人都有滥用契约权利和自由的受害者的可能性。由于在审计实务中,合同法律关系的相关因素认识提高和社会赋予的保护交易资产安全、促进经济发展提出新的任务要求,合同效力的控制引起了极大的

① E. 艾伦·范斯沃思:《美国合同法》,中国政法大学出版社2004年,第10页。

② 弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史》上,上海三联书店2006年版,第266页。

③ 李永军:《合同法》,第155~156页。

④ 麦克尼尔:《新社会契约论》,中国政法大学出版社1994年,第5页。

⑤ 麦克尼尔:《新社会契约论》,第14页。

⑥ 梁慧星:《从近代民法到现代民法》,载《中外法学》,1997年第2期。

⑦ 尹田:《法国现代合同法》,法律出版社1995年版,第20页。

⑧ 尹田:《法国现代合同法》,第20页。

⑨ 伯纳德·施瓦茨:《美国法律史》,中国政法大学出版社1997年,第210页。

⑩ 梁慧星:《从近代民法到现代民法》,1997年第2期。

⑪ 保罗·萨缪尔森:《经济学》,中国发展出版社1996年,第67页。

关注。合同效力控制机制能对审计实务中的所有法律关系进行了能动的涵盖,交易过程中能避免对既定法律规则的排斥和破坏。特别强调的是,必须正视审计资料的抽象、简单、有限与现实的具体、复杂、变化之间的差距,对审计中出现的问题寻找解决依据不能只从既定路径中寻找,应当回到交易赖以存在的合同效力控制制度中去寻求。这样,契约关系中在尊重当事人的合意因素基础上,对能够影响当事人利益或社会利益的因素纳入考虑范围,使得诚实信用、公平交易、公共利益保护等实质正义契约理念成为指导思想,最终促使审计成功成为必然。

三、定位分析:合同效力控制的范畴

(一) 合同解释的范畴

在实现合同实质正义上,合同效力控制的手段或行为可以与合同解释行为划上等号。但是,必须回答两个问题:一是合同效力控制行为固然可以归入合同解释的范畴,但究竟谁应当充当解释者呢?二是在合同缔约双方出现合谋或通过合同规避法律谋取利益损害公共利益的时候,谁作为发动主体将合同提交法院进行解释?

从美国合同法对合同解释的界定中我们发现将合同解释的权力赋予了法院。法院作为解释者无疑可以实现合同效力控制所要达到的实质正义的目的,缔约双方一方遭受不公进行权利主张后便可实现,在缔约双方通过合同损害第三人利益的情况下也可以在第三人的主张下实现。法院确定当事人意思的行为通常称为合同的解释,在没有参照当事人意思的情况下确定合同法律效力的其他行为,更准确地称为合同的“解释”。^①同时,在合同缔约双方出现合谋或通过合同规避法律谋取利益损害公共利益的时候,发动主体的确定便是一个急需解决的问题。因为在此种情况下,受害的是公共利益或国家利益,私人的个体利益并未遭受明显损害,域外普遍施行的民事检察制度可以找到答案。根据《美国法典》第28卷第547条的规定,检察官参与民事诉讼的范围比较广泛,其中对涉及联邦利益的民事案件有权提起诉讼,为联邦政府辩护。^②由此,合同效力控制制度可以比较完善地构建在合同解释的范畴内。

(二) 缔约过程控制的范畴

从动态的角度观之,缔约活动的全过程,分为前缔约阶段、缔约阶段和后缔约阶段三个阶段。其中,前契约阶段主要是指为缔约活动所作各种准备的阶段;缔约阶段是指从缔约一方发出要约始至契约成立且效力确定时止;后缔约阶段是指合同效力确定后,无论合同有效与否,缔约双方都必须承担的保密义务等随附义务的阶段。合同效力控制可以归于缔约阶段。

从缔约活动的起点出发,作为私法的范畴,首先应当遵循私法自治的原则,除非涉及公共利益或国家利益。因此,从控制行为的角度而言,不可能引入一个公权力组织来直接干预缔约过程,因为这样势必将缔约活动变成一种行政审批活动。即使出现缔约活动危害公共利益或国家利益时,也只能通过事后的措施否定该缔约活动的效力,从而实现合同效力的控制。此种控制模式是有一个假设前提的,即假设合同成立之后都是有强制执行力的,只有在出现合同危害公共利益或国家利益时才有可能最终宣布其无效。

(三) 病态合同救济的范畴

合同效力控制制度的立论之基础便是病态合同,或者至少是从合同病态的可能性出发的,否则便无所谓合同效力的控制问题了。就病态合同的病因而言,各国的规定和表述不尽相同,总结起来比较一致的特征主要有:错误、胁迫、欺诈、显失公平、不当影响、善良风俗与公共秩序和违反法律规定等几种。而对以上病态契约的救济主要有三种制定:绝对无效制度、相对无效制度(可撤销制度)及效力待定制度^③。无论是病态合同救济制度还是合同效力控制制度都反映了国家对私人契约关系的干预和评价的态度,这些都是契约社会化的产物,最终目的都是要实现契约的实质正义,从这个角度来看,合同效力控制制度可以放在病态合同救济制度的范畴内讨论,二者在本质上是具有相同点的。

^①杰弗里·费里而、迈克尔·纳文:《美国合同法精解》,北京大学出版社2009年,第229页。

^②唐伟源、谢志强:《民事检察制度比较研究》,载《河北法学》,2009年第2期。

^③李永军:《合同法》,第335页。

四、制度进路:合同效力控制制度的选择

在对合同效力控制的各种定位模式进行分析后,笔者认为我国合同效力控制制度应当在病态合同救济的范畴内进行构建。理由有二:首先,缔约过程控制的范畴的假设前提与我国合同的基本理论存在出入;其次,病态合同救济制度是大陆法系的传统,我国当前的合同立法很好地借鉴了这一制度,基本理论与制度构建与其并无二致,因而在病态合同救济的范畴内构建我国的合同效力控制制度是一个较为务实的选择。

(一) 民事检察制度

民事检察制度主要是解决在合同损害公共利益或国家利益时,实际发动主体缺失的问题。我国是严格限制法官的自由裁量权的,因而法院对合同的解释余地非常小,除了最高法可以通过司法解释的形式进行解释。下级法院很难通过合同解释的途径进行合同效力控制,因而在此范畴内构建合同效力控制制度与我国的司法实践相去甚远。在美国,民事检察制度中检察官参与与民事诉讼的范围十分广泛,凡涉及到联邦利益的民事案件均有权提起诉讼。由此,我们可以借鉴美国的民事检察制度,将涉及公共利益或国家利益合同效力控制的发动权,即提起法院确认宣告的权利交由检察官来行使。需要明确几点:(1)检察官行使的只是一个提起法院审查宣告的权利,其自身并无权直接决定合同的效力,法院才是合同效力的最终宣告者,以此避免公权力过分扩张;(2)我国法院在确认合同效力时主要是依据现行法,而无过多的合同解释权,且我国无判例传统,但可以采用当下惯用的做法,即通过最高院出具司法解释的形式来对合同效力认定的情形来进行固定,这也不失为一种解决问题的办法。(3)在合同效力控制中,法院的职责权限仅仅是对制定法进行解释。在多数案件中,必须由法院单独决定对公共政策的违反是否严重到足以判定不可强制执行。^①(4)关于由谁担任合同效力控制发动者的问题又指向了民事检察官制度,即在缔约过程控制的范畴内探讨合同效力控制问题依旧可以采取这种控审分离的模式来解决。

(二) 合同备案制度

民事检察制度显然是不能解决所有问题的,笔者认为,也不能将所有的合同效力都置于检察机关的监察之下,应当处于检察机关监督之下的只应当是直接涉及公共利益和国家利益的合同。合同效力的控制必须对合同进行备案,即对合同的订立、履行、验收、效果全程备案,杜绝合同“缺口”。一是在规定时间内对采购过程中的采购计划、采购合同副本、质量验收报告、采购发票、中标成交供应商银行账号以及付款申请书等统一备案。二是在合同履行过程中对追加合同事项与原合同不符或者追加金额较大,须经主管部门同意方可备案,防止擅自变更、中止或终止合同的情况,避免损害公共利益和国家利益,保证资金的最佳使用效益。当然,究竟哪些合同是直接涉及公共利益和国家利益的还需要法律的进一步规定和明晰。通过合同备案制度使得检察机关有效提起合同效力认定成为可能。

(三) 信息披露制度

信息披露制度在整个合同效力控制制度的构建中同样是必不可少的,主要应当包括检察机关提起阶段的信息披露和法院确认后的信息披露两个阶段的内容。提起阶段的信息披露对于检察机关来说可以防止其权力的滥用,对其构成一定的制约作用;法院确认后的信息披露阶段既是合同效力宣告的一个部分,同时也可以对公共利益和国家利益保护起到一定的促进作用。当然,这里的信息披露也应当是有一定限度的,并非任何情况下,涉及合同效力控制的任何内容都应当披露出来,至少涉及个人隐私、商业秘密或国家秘密等不宜公开内容的,便应当保密。

■作者简介:黎 桦,湖北经济学院地方法制中心主任、副教授、法学博士,武汉大学法学院博士后;湖北 武汉 430070

■基金项目:教育部人文社会科学研究规划基金项目(11YJA820034)

■责任编辑:车 英

①E·艾伦·范斯沃思:《美国合同法》。第322~323页。