

根本违约与合同责任及其解除

卜元石

在新《合同法》制定的过程中,就合同责任应借鉴英美法还是大陆法的问题曾有过争论,有些学者认为应将借鉴吸收的重点放在英美法系的合同法上,因为从国际法律统一的趋势上看,大陆法系和英美法系正在融合,许多国际公约的内容更多地采纳英美法的制度和规则,大陆法系的规定过分强调体系性和逻辑性,容易导致规定僵化。所以在合同责任方面,我国在制定《合同法》时应该完全放弃“履行不能”概念,采纳英美法系的“根本违约”与“非根本违约”^①。本文所选定的分析出发点就是曾经引起过争论的“根本违约”制度。

一 根本违约的作用:仅是对合同解除的限制?

根本违约,又称根本违反合同,其实并不是英美法中原有的法律名词,而是《联合国货物销售合同公约》(以下简称《公约》)所创造的一个重要概念,它的重要性就在于一方的根本违约使守约方在不丧失其它救济手段的同时还获得了合同解除权;而在其它救济手段不足以保障当事人的利益时,合同解除权能给当事人提供更为充分的救济。但是为了保护合同双方的合理预期,维护交易的稳定,法律也不可能允许一方以一点小小的违约为由逃避合同,它必然要对合同解除权加以限制。《公约》中的根本违约同样也是为了这一目的而设置的制度。根本违约对合同解除权的限制主要体现在满足它的构成要件的难度上。

《公约》第 25 条是根本违约的法定定义:“一方当事人违反合同的结果,如使另一方当事人蒙受损害,以致于实际上剥夺了他根据合同规定有权期待得到的,即为根本违反合同,除非违反合同一方并不预知而且一个同等资格、通情达理的人处于相同情况中也没有理由预知会发生这种结果。”从这一定义出发可以认为,构成根本违约的客观要件是违约的严重性,主观要件则是违约后果的可预见性。

具体而言,从客观上看,违约给守约方造成的损失必须达到实际上剥夺了他根据合同规定有权期待的东西。《公约》这里所使用的“实际上”是一个十分灵活而又模糊不定的概念。联合国贸法会秘书处虽对这一概念作出了评注:“损害是否重大,是否实际上剥夺对方的经济利益,应当根据每一个事件的具体情况来确定,例如合同金额、违反合同造成的金额损失,或者违反合同对守约方其他活动的影响程度”^②,但这一评注也无非是指出对“实际上”的理由应结合个案的实际情况进行判断,并没有提供任何固定的标准。为了克服这种标准的抽象性,在英美国家法院的一些判例和学者观点的基础上形成了一些判断的因素,如违约对合同目的的影响程度^③,但这些因素对于法院判案来说仅具有参考价值。从根本违约的主观要件上看,要求违约人预见或应当预见到损害结果的发生,但以什么时间作为判断能否预知的标准,是以订立合同时,违约时还是违约行为发生时为准,公约没有明确规定,而是将裁定权交给了审理法院^④,

使得根本违约的主观要件也充满了不确定性

由于根本违约构成要件的不确定性,守约方在行使合同解除权时不得不十分谨慎,一方面对于客观要件守约方承担举证责任,对于主观要件,虽然他不承担举证责任,但他也必须要将违约方能否提出免责证据这一因素考虑在内,因为他一旦对其中的某一因素判断失误,错误地认为某一违约行为已构成了根本违约,从而行使合同解除权,反而会导致违约方要求他承担赔偿责任。通过这一分析可以推断,根据根本违约解除合同的可能性必然是相对较小的,为了稳妥起见,即便要解除合同,守约方也可以寻求其他依据来解除合同,毕竟《公约》中法定解除权的前提也不只是根本违约一种。既然如此,根本违约在《公约》中除了“备而不用”作为合同解除权的严格限制外,是否还有其它作用呢?根本违约的重要性是否是在于它创造了一种新的违约形态划分方法呢?

二 根本违约与合同责任

为了清楚地认识根本违约在合同责任中的作用,就有必要对《公约》的合同责任作一个总览。从条文上看,《公约》对合同责任采取的是这样的规定方式:首先在第三部分的总则中规定了根本违约的定义和合同解除权的行使方法;在第二章的第三节规定了卖方承担合同责任的方式;在第三章的第三节规定了买方承担合同责任的方式;在第五章规定了预期违约及各种救济手段的行使方法。《公约》在第三部分开宗明义就规定了根本违约的定义,而且根本违约贯穿了整个合同责任的部分,所以从规定的顺序可推断这一概念在《公约》整个合同责任中相当重要。但这一重要性是否是因为它起到了划分违约形态的作用呢?

有学者认为,根本违约是一种新型的以行为后果划分违约责任的方式,在《公约》中违约形态有两种,即根本违约与非根本违约^⑤。在根本违约的情况下守约方可以解除合同,而在一般违约的情况下守约方一般不能解除合同。笔者认为,这种说法没有看到《公约》中并没有与“根本违约”完全相并列的“非根本违约”这一概念。《公约》中与根本违约相对应的概念是“一般违约”,而“一般违约”是不以违约方的主观过错为构成要件的,因此所谓根本违约就是违约后果严重的违约,而“非根本违约”就是违约后果不严重的违约是不准确的。如果一个违约行为造成了严重后果,而该违约方却没有预见也不可能预见这一后果的发生,那么这一违约行为是“根本违约”还是“非根本违约”呢?如果严格按照《公约》的规定,应当认为这种违约后果严重的违约是“非根本违约”。因此,严格上不能说“根本违约”与“非根本违约”这对并不完全对等的概念构成了一种新型的违约形态划分方式。但如果我们抛开根本违约的构成要件中的主观因素,能否认为根本违约和一般违约构成的是一种新型的违约形态划分方式?如果以发展的眼光看待这一问题,可以认为这是一种违约的形态划分方式,但它们所构成的违约形态的划分方式实际上已有别于大陆法系概念法学中“违约形态划分”一词的含义。在概念法学中,违约行为的种类及其严重程度实际上都是事先预定好的,这样便于形成体系,但是难免由于时代的发展会导致原来的划分的不周延及不符合现实需要。而象美国法那样以行为后果对违约行为进行划分,更多的是对大量判例的总结,而不是为了某种体系化的需要而对违约行为的种类和法律后果作出的划分。所以说,这种以违约后果区分违约行为的作法与其说是一种违约形态的划分方式,还不如说是对违约行为划分的淡化。

从条文上看,《公约》在救济手段与违约形态的关系上,采用的是一种以补救手段为中心对合同责任进行体系化的方法,又称“补救手段途径”(remedy approach)。在传统的大陆法系国

家,因受罗马法的影响,比较强调通过对违约形态的划分而将合同责任体系化,采取的多半是“违约原因途径”(cause approach)。但是采用这种途径时,要使一切违约行为在立法中均能找到相应的救济规范,同时又能使各种不同违约行为的法律后果的本质差异在立法上得到准确的概括和反映,是非常困难的,因此一些大陆法系国家目前都放弃这种违约原因途径。比较有代表意义的德国债法修订草案和欧洲合同法原则都采用的是补救手段途径^⑥。

补救手段途径通常为英美法国家所采用,在这些国家流行的观点认为,违约形态的划分是不重要的,因为任何一种义务的违反必然会导致另一方获得补救的权利,当事人自己会寻找最佳补救方式^⑦。《公约》淡化对违约形态进行划分的作法实际上与英美法是一致的,这种做法也与《公约》的性质相符合,因为它便于当事人结合法院所在地法的规定来寻找最为恰当的救济方法,减少《公约》与缔约国国内法的冲突。

在《公约》这样一种以救济手段为中心的合同责任体系中,根本违约制度又有哪些意义呢?根据《公约》的规定,守约方原则上可以选择包括解除合同在内任何一种或多种可能的救济手段。但鉴于合同解除事关重大,必须要对此加以限制。《公约》这时就设计了根本违约制度,根据这一制度,理论上任何一种违约都可以导致守约方获得合同解除权,前提是违约后果必须是非常严重的,而且是可以预见的。这样就使得《公约》以救济手段为中心,淡化违约形态划分的合同责任体系得以坚持。由此可见,根本违约之所以重要,并不是在于它创造了一种新的违约形态划分方式,而是在于它提供了一种淡化违约形态划分的合同责任体系。

三 根本违约在《公约》整个合同解除制度中的作用

但是正如前文所说的那样,根据根本违约来行使合同解除权是要冒一定风险的,所以可以说这一制度在一定程度上对守约方的保护是不够的,所以《公约》又采取不完全列举的方法,规定了根本违约之外其他几种违约形态也会导致一方获得合同解除权。第49条第1款(a)规定卖方根本违约会导致买方合同解除权的产生,第1款(b)规定了卖方在宽限期不交货或拒绝不交货,买方可以解除合同。如果已经交货,根据第49条第2款的规定,在发生履行迟延时买方必须在知道交货后合理的时间内解除合同,如果是其它违约形态,买方必须在知道或应当知道这种情形后的一段合理的时间内行使合同解除权。第64条第1款(a)规定了买方根本违约导致卖方合同解除权的产生,第1款(b)规定了买方在宽限期内不付款或拒绝付款,卖方可以解除合同。如果已经付款,根据第64条第2款的规定,在履行迟延的情况下卖方必须在知道付款前行使合同解除权,如果是其它违约形态,卖方必须在知道或理应知道这种违约情形的一段合理的时间内行使合同解除权。

将《公约》中的合同解除制度与英美法及大陆法中关于法定合同解除权的规定作比较,就可以发现《公约》这样规定的内在逻辑。英国合同法传统上是依据所违反合同条款的性质,而不是以违约的后果来确定能否解除合同的,它将合同条款划分为条件条款和保证条款,规定只有违反条件条款才能解除合同。但这一传统的划分方式在日益复杂的现代社会已不能满足需要,因此合同条款中出现了第三范畴,即中间条款,破坏这样的条款将视条款的性质和个案中的违约结果来确定守约方能否解除合同。但实际上因违反条件条款解除合同的在实践中并不多见,很多合同的解除都发生在预期违约的情形之中^⑧。美国合同法规定的法定合同解除的前提是一方当事人的严重违约或预期违约。在发生严重违约时,受损害方有权中止履行合同,但他一般要给违约方一段“补过”的时间后才能终止合同^⑨。德国债法规定在发生可归责于一方的履

行不能;或在履行迟延时,违约方在宽限期内仍没履行或守约方对履行已无兴趣时守约方可以解除合同。在买卖合同中,当标的物有可归责于卖方的重大瑕疵时,买方可以选择解除合同或减少价金^⑩。《法国民法典》第 1184 条规定,当债务因可归责于债务人的原因而未履行时,债权人可要求债务人履行债务,也可要求解除合同,使合同关系归于消灭。根据这条规定,法国合同理论认为,双务合同一方当事人要求解除合同,必须具备两个条件:1. 相对方有过错;2. 相对方不履行义务的行为性质严重。所谓“性质严重”是指相对方未履行其基本义务^⑪。

总结各国之规定,可以发现英美法在对待合同解除问题上,比较强调这是发生预期违约时一种重要的救济手段,对于实际违约行为,它强调通过违约的后果来判断守约方能否解除合同。大陆法系中的法国法的规定在后一点上很接近英美法。德国法虽从整体上不是按照违约后果来确定是否存在解除权的问题,但其实质精神与英美法是一致的,因为法定解除的那三种情形实际上就是英美法中违约后果严重,导致一方当事人的利益不能实现的典型情形。德国法以违约形态确定合同解除权的优点就在于明确性好,缺点是涵盖性差。再看《公约》对法定合同解除权的规定,可以认为《公约》实际上结合了两种规定的优点:一方面借鉴英美法及法国法的规定,创设了根本违约制度,作为合同解除权的一般性条款;另一方面又列举了几种典型的违约后果严重的情形,在这几种情形下解除合同,守约方就不必冒那么大的风险。这种规定模式可以说是集涵盖性与明确性于一身的规定,因此可以说《公约》的合同解除制度是这方面一个成功的立法范例。

四、对我国合同责任暨合同解除制度的反思

正如我国大多数学者所指出的那样,我国即将被取代的三部合同法所确立的合同责任体系是比较混乱的。《经济合同法》认为承担违约责任的前提是因一方当事人的过错导致合同不能履行或不能完全履行。有人认为这种合同责任采取的是违约形态“两分法”^⑫,但从《经济合同法》的整体上看,这种认识可能有失偏颇,因为该法有关合同责任的一般性规定实际上并未将违约形态与救济手段挂钩,没有体现出不同的违约行为救济手段不同,只是在合同责任分别部分采取的是一种违约救济手段途径,所以严格来说,该法采取的并不是违约形态“两分法”,这里的“不能履行”和“不能完全履行”实际上是我国传统上对违约行为的总称^⑬,并没有划分违约形态的目的。《涉外经济合同法》同样也没有明确的合同责任体系,因为该法关于合同责任的一般性规定虽然表面上是“两分法”,但它实际上既不强调违约形态作为合同责任的划分依据,同时又不强调对救济手段的体系化,所以很难讲《涉外经济合同法》中的合同责任是一种什么样的体系。《技术合同法》也有同样的问题。有鉴于此,确立统一明确的合同责任体系也就成了这次新合同法立法的一个重要部分。

从条文上看,在合同责任部分,新《合同法》在第 94 条、第 109~111 条、第 113~115 条中规定了各种救济手段及其适用前提。在新《合同法》中看不到对“履行不能”、“履行迟延”等违约行为所引起的法律责任的专门规定,因此新《合同法》并未采取大陆法系的违约形态划分方法,它也没有采取以违约后果作为划分违约行为法律后果的“严重违约”与“轻微违约”这种英美法的规定方法。实际上新《合同法》对于合同责任最终采取的是救济手段途径,即淡化违约形态划分的规定方式,尽管从合同责任的一般性规定(新《合同法》第 107 条)来看仍然是“两分法”,但是这种“两分法”实际上只不过是延续了我国以往对违约行为的称呼。因此可以说,新《合同法》在违约形态和救济手段之间的关系上,最终还是借鉴以英美法“救济法”为核心的合同责任

制度^⑩,应当看到,英美法灵活、注重实际用途的特点的确代表了目前国际上合同法的发展方向。而之所以没有引进美国法的“严重违约”、“轻微违约”亦或是《公约》中的根本违约,主要是这种对违约的划分只是在于区别是否可以解除合同,而且这种划分要发挥其积极意义必须用判例的发达和法官的高素质为支撑,在我国目前尚不具备这一前提条件的情况下,完全可以用其它方式来解决合同解除的问题。更何况象根本违约的定义模糊,应用弹性太大,本身就是两大法系妥协的产物,放在国内法中并不是太恰当。

在合同解除问题上,新《合同法》采取的还是原来的列举式,但是修改了原来三部合同法中不合理、不统一的规定。原《经济合同法》《涉外经济合同法》都要求只有当不可抗力致使全部合同义务不能履行时才可以解除合同,这一规定明显过于僵化和严格,这次新《合同法》将其修改为不可抗力致使合同目的不能实现为合同解除的前提,比起原规定,这一规定显然更为合理和灵活。对于履行迟延,原《经济合同法》与《涉外经济合同法》规定不一致,前者没有要求守约方应该给违约方一定的宽限期,新《合同法》统一了它们之间的差异而且增加了有关催告的规定,规定在发生履行迟延时,只有违约方在催告后的一段合理期限内仍然没有履行,守约方才可以解除合同。另外,新《合同法》对原来三个合同法的规定有所补充,它吸收了英美法有关合同解除的规定,将预期违约的规定作为合同解除的一个前提。新《合同法》还规定了在违约导致合同目的不能实现的情况下,守约方也可以解除合同。这条规定的功能实际上就相当于根本违约,是有关于合同解除的一般条款,因为根据这条规定,任何一种违约行为都有可能导导致另一方获得合同解除权。与根本违约相比,这条规定更具有优点,一方面文字表述清楚,揭示了规定合同解除权的本质目的,另一方面它的构成要件中没有任何主观因素,这样就降低了法律的不稳定性,更有利于保护债权人。因此,新《合同法》所确立的合同解除制度无论从总体上还是在具体的制度设计上的确都是值得称道的。

注:

① 参见梁慧星《中国合同法起草过程中的争议点》,载于《法学》,1996年第2期。

② 详见陈安主编《涉外经济合同法的理论与实务》,中国政法大学出版社1994年版,第224页。

③ 详见焦洪津《论根本违约》,载于《中外法学》,1993年第1期,第46页。

④ 赵康、慕亚平《根本违反合同与中国合同法》,载于《法学研究》,1995年第4期。

⑤ 参见朱京安《国际货物买卖的法律调整》,中国统计出版社1997年版,第218页。

⑥ [日]潮见佳男《最近欧洲合同责任、履行障碍法的发展》,《民商法论丛》第8卷,法律出版社1997年版,第386页。

⑦ 王利明《试论违约形态体系》,载于《民商法研究》,第四辑,法律出版社1987年版,第615页。

⑧ 杨良宜《国际商务游戏规则——英国合同法》,中国政法大学出版社1998年版,第304页。

⑨ 徐星等《美国合同判例法》,法律出版社1999年版,第148页至第152页。但应注意这里的终止合同实际上不发生溯及效果,所以与大陆法上的合同解除还有所区别。

⑩ 参见《德国民法典》第280条,第286条,第325条,第326,第462条。

⑪ 尹田编著《法国现代合同法》,法律出版社,1995年版,第349页。

⑫ 参见王利明《试论违约形态的划分》,载于《民商法规定》第四辑,法律出版社1998年版,第620页。

⑬ 参见张礼洪《罗马法中的合同责任及其在现代中国的发展》,载于《民商法论丛》第5卷,第639页。

⑭ 参见叶林《违约责任及其比较研究》,中国人民大学出版社1997年版,第185页。

(作者单位:南京大学法学院 责任编辑:晓 华)