

潜伏于双务合同中的等价性

朱朝晖*

摘要 双务合同涉及给付的牵连关系,但理论上始终存在一种有待明确的经济意义上的等价性诉求。这一诉求事实上隐含着制度史与比较法知识背景下的多重指向。在双务合同的概念及其相关牵连性制度中,基于历史的演进,作为要素的等价性发生了脱落。但在附负担赠与和缔约严肃性的判断中,等价性仍具有识别与定性的线索性要件意义。当代的等价性主张集中在显失公平与情事变更制度之中,但这一等价性主张不触及双务合同的概念,而是表现为合同中的常素,并体现出给付关系外部调整的现代性与谨慎性。据此,显失公平判断的动态体系化主张仍有商榷余地;情事变更制度下,共同认识错误问题应另作安排,重新协商的内容及其违反后的处理可以作更精细的设置,而合同因情事变更解除之后应考虑履行利益损害赔偿的可能性。

关键词 等价性 附负担赠与 缔约严肃性 显失公平 情事变更

引言

双务合同昭示一种以给付交换为导向的思维,因此我们也始终从给付间的依存出发,将双务合同理解为双方当事人给付间的对价或者牵连关系。^{〔1〕}但与此同时,在双务合同的阐释中似乎始终存在一种“等价性”的主张,其基本立场为,在牵连关系以外,对待给付间还应具备

* 德国莱比锡大学法律系博士研究生。本文受国家留学基金委“国家建设高水平大学公派研究生项目”(项目编号:201506320222)资助。

〔1〕 代表性观点参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第53页;张金海:“论双务合同中给付义务的牵连性”,《法律科学(西北政法大学学报)》2013年第2期,第112—113页;傅鼎生:“不安抗辩适用之限定”,《法学》2008年第8期,第153页。

经济意义上的等值关系。这一立场或从主观等价性展开,^{〔2〕}或从客观等价性着眼,^{〔3〕}抑或从原则和例外关系生发,但均表达了一种双务合同对待给付间应保有特定价值上“均衡”关系的基本立场。通说对此偶有回应,但多仍是基于自身知识体系完整性需要而作的纯粹应然陈述,^{〔4〕}对等价性诉求本身并未形成具有针对性的有效讨论。更微妙之处在于,这一主张背后似乎具有某种理论继受的痕迹,^{〔5〕}而主张者对于其理论全貌却可能处于某种无意识之中,以至于相关论述常有隔靴搔痒之感。

等价性主张本身意涵重大。对于给付关系的价值要求,一方面可能涉及到我们对双务合同概念的本体论理解,另一方面也与失衡给付关系的矫正密切相关。因此,对等价性主张的正确把握,是我们全面理解双务合同,进而合理构架合同法与民法典的基本前提。^{〔6〕}为使问题明确,本文部分地采取历史法学和比较法的方法,也试图给我们自身理解中国法上的双务合同观念提供一种视角。

一、从古典到近代:等价性要素在双务合同一般概念中的消亡

等价性的论题,首先必然会在本体论探讨中生发,即对双务合同概念而言,给付与对待给付的“等价性”是否是一种识别性的本质或“要素”(essentialia negotii)。^{〔7〕}一些观点认为,同时履行抗辩权的前提要件中存在给付等价性的要求。^{〔8〕}由于履行抗辩权成立的充分条件是双务合同的存在,因此这一要件构造的思路事实上是对双务合同概念中等价性要素的肯定。

我们的普遍认知不支持此观点,但对于本体论问题本身似乎极少深入。这种态度也许是出于对基础知识不言自明性的信赖,仿佛双务合同原本就是被这样人为设定的。然而事实恐

〔2〕 例如韩世远教授认为,双务合同中双方当事人互负具有对价意义的义务,“此处所谓‘具有对价意义’,并非意指双方的给付在客观上具有相同的价值,而是指应当作出的给付相互之间具有依存关系。是否具有对价意义,并非客观地加以确定,而是在当事人的主观上加以决定。并非指客观上具有同一的价值,而是由当事人主观上决定。不论价款定得如何低,只要当事人准备买卖,其价款便具有对价意义。”韩世远,见前注〔1〕,第51—52页。类似观点参见王泽鉴:《债法原理》(第一册),中国政法大学出版社2001年版,第74—75页。

〔3〕 例如认为“双方当事人互负的债务必须有对价关系。即双方所负的义务均有对待给付之性质,且是对价的。这种对价并不要求两债务的价值完全相等,但债务的履行对双方所带来的得失应大体均衡,才能体现公平和互利的原则”。徐智华:“同时履行抗辩权的法律适用”,《河北法学》2000年第4期,第42页。

〔4〕 “对价不以等价有限,无论互易之利益是否等价均为对价。”傅鼎生:“义务的对价:双务合同之本质”,《法学》2003年第12期,第69页。

〔5〕 尤其值得关注的是拉伦茨对于合同“均衡与公平思想”的论述对国内理论界的影响,参见(德)卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第60—64页。

〔6〕 参见张谷:“民法典合同编若干问题漫谈”,《法治研究》2019年第1期,第55页。

〔7〕 Oechsler, *Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag*, 1997, S. 200.

〔8〕 主观等价性立场参见郭明瑞、房绍坤主编:《合同法学》,复旦大学出版社2009年版,第80页;客观等价性立场参见梅夏英、方春晖:“对留置权概念的立法比较及对其实质的思考”,《法学评论》2004年第2期,第98页。

怕并非不言自明。

双务合同的概念曾经以等价性作为要素。在欧洲大规模法典化时代的前夜,格劳秀斯(Grotius)在涉及交换关系的合同中尤其强调“等价”(aequalitas)这一因子。他以等价性作为区分不同类型合同及其法律效果的要素:以是否需要考虑交易对象的等价性为标准,合同可区分为“加利的合同”(contractibus benicis)与“交换性的合同”(contractibus permutatoriis)两类,前者不以价值公平性为必要的合同条件,而在后者,“某人若承诺或者给予了某物,他就以该承诺或给予作为其所要获得之物的等价物”,〔9〕而“当某人作出了合同义务的给付,但给付款项与合同标的物不等价时,……那么多获得者应当将多获得之物返还”。〔10〕格劳秀斯的交换合同概念对后世的欧洲共同法学者产生了影响,大量18世纪学说汇纂现代运用(usus modernus pandectarum)的文本开始正式在格劳秀斯理论的基础上使用“双务合同”(contractus bilaterales aequalitas)这一术语,并以之与“不完全双务合同”(contractus bilaterales inaequales)进行对应。〔11〕

由此观之,在启蒙时期自然法学的视野中,双务合同中存在一种等价性的要素,双务合同与给付等价性之间体现出一种历史而非永恒的关联。因此,本体论的探讨似乎有必要回溯到双务合同概念发展的历史中。

(一)从给付联系到给付牵连

至少直到前古典时期,罗马法中的给付与对待给付仍处于彼此孤立的状态,更遑论产生给付牵连的双务合同。这是由此一时期罗马法的三个特征——债的形式主义、诉的严格类型化、诉与债权本身的紧密联系——所决定的。申言之,在形式主义倾向下,交易当事人间的拘束来自于仪式性的行为。〔12〕与债相联系的诉(actio)本身也被规定了具体的类型、格式和结果,诉的类型拘束原则〔13〕要求特定的债之关系必须在具备特定模板形式的诉下才能主张,〔14〕而严法诉讼(actio stricti iuris)的诉讼模式又限制了裁判官对诉讼结果的自由裁量,它要求裁判官

〔9〕 Cf. Grotius, *De iure belli ac pacis*, E.J. Brill, Lugduni Batavorum 1939, pp. 345—346.

〔10〕 Ibid.

〔11〕 在此“aequalis”是名词“aequalitas”的形容词形式。学说汇纂现代应用时期文献参见 V. Glück, *Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld*, 1833, S. 285 ff.; Weidner, *Theoretisch-praktischer Kommentar über das Schmidische Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden*, Band I, 1803, S.70 ff.; Gundlings, *Ausführliche und gründliche Discovrse über die sämtlichen Pandecten*, Band I, 1739, S. 854.

〔12〕 Vgl. Hausmaninger/Selb, *Römisches Privatrecht*, 8. Aufl., 1997, S. 276.; Siehe auch Kaser, *Das römische Privatrecht*, zweiter Abschnitt, 2. Aufl., 1975, S. 362.

〔13〕 Vgl. Kaser, *Das römische Privatrecht*, erster Abschnitt, 2. Aufl., 1971, S. 484.

〔14〕 例如,法定诉讼中的“请求仲裁性审判员诉讼”(legis actio per iudicis arbitrive postulationem)只处理誓约要式口约(sponsio-stipulatio)上的请求和分割共同继承财产的请求(actio familiae erciscundae);法定诉讼和程式诉讼上的请求给付之诉(condictio)均只适用于由消费借贷(mutuum)、要式口约和簿记合同产生的债。Vgl. Söllner, *Einführung in die römische Rechtsgeschichte*, 4. Aufl., 1989, S. 68 f.

必须严格按照诉的内容或者程式导出预设的诉的结果。^{〔15〕}另外,完整的债权不能与诉分离,每一个债均对应特定的诉,这个具体的诉规定了本债所面临判决的前提和实体法构成要件,^{〔16〕}因债所产生的争议均被以具体的形式确定在了各个诉中,当事人原则上无法超越诉所预设的债之类型另行创设新的债。这种交易模式不需要双务合同的理念,因为给付的存在、作出并不依赖于对方的给付,所有的交易行为都可以通过一系列单方负担义务的行为完成。

罗马古典时期以后,严格形式主义开始发生松动。大约在古典时期中段,合意合同(Konsensualkontrakt)开始形成规模,^{〔17〕}此类合同仅凭当事人的单纯合意(nuda consensu)即可缔结,^{〔18〕}缔约时既无需某一方当事人先行作出给付,也无需要式口约或其他特定形式。此时,双方当事人的义务不再各自独立产生,给付间开始产生一种“联系”。^{〔19〕}

问题在于,这种交易形式使得合同的缔结与履行发生了分离,无需某方当事人先行给付意味着履行顺序不能通过缔结行为事实地加以确定,而其他形式的欠缺也使得此类合同无法借助相应的特定之诉对履行顺序进行明确,这就产生了一种“谁来先为给付”的僵局。^{〔20〕}这一问题需要借助同一时期最终成熟的诚信诉讼(bona fidei iudicia)来解决。在这种诉讼形式中,裁判官通过援引诚信原则,赋予原本不可诉的交易以诉的机能,并在案件裁判中进行自由裁量。^{〔21〕}如此,给付的实际表现为在诉的过程中通过诚信考量来确定当事人的履行顺序。^{〔22〕}在这种裁量机制下,给付间单纯的联系蜕变为功能上的牵连性(funktioneller Synallagma),双务合同概念的基本框架开始形成。在之后的历史进程中,履行顺序问题的解决方案本身也发生了进化,早期注释法学家阿佐(Azo)和阿库修斯(Accursius)在罗马法的解决方案基础上进一步指出,买卖合同中的原告必须先行给付,^{〔23〕}被告则获得对于原告的不履行抗辩(excepto non adimpleti contractus),^{〔24〕}而巴尔杜斯(Baldus)再进一步,提出了“附条件判决”(sententia sub modo)的抗辩模式,据此被告在成功主张其抗辩的同时也必须向原告进行

〔15〕 例如,请求给付之诉是典型的严法之诉,据此原告得以请求给付的范围被严格确定在另一方当事人所受之加利(Zuwendung)上。Vgl. Kaser (Fn. 13), S. 485.

〔16〕 Vgl. Kaser (Fn. 13), S. 225, 483.

〔17〕 此时的合意合同,包括买卖(emptio venditio)、合伙(societas)、委任(mandatum)和借贷(locatio conductio)。Vgl. Hausmaninger/Selb(Fn.12), S. 299 ff.

〔18〕 Vgl. Kaser (Fn. 13), S. 547.

〔19〕 Vgl. Hausmaninger/Selb (Fn.12), S. 299.

〔20〕 Vgl. Pennitz, in: HKK BGB, § § 320—322, 2. Teilband, 2007, Rn. 2 f.

〔21〕 Vgl. Söllner (Fn.12), S. 76 ff.

〔22〕 Vgl. Benöhr, Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts, 1965, S. 26 f.

〔23〕 Ernst, Die Einrede des nichterfüllten Vertrages, 2000, S. 77.

〔24〕 Ernst (Fn.23), S. 80.

给付,合同履行的抗辩中就出现了一种物和价金的同时交割(tradat rem prestio)。^[25]这一路径一路演变为了今天意义上的“同时履行判决”(Verurteilung Zug um Zug)。

(二)统一合同概念的连接点:合意(consensus)

合意合同的出现及其诉讼保护的实现,预示了一个更为根本性的变革,即合同概念本身的统一化。

一方面,可诉性在越来越多非要式的当事人约定中被承认,这同时也导致了非要式合同,即“简约”(pacta)^[26]具有了拘束力,这一合同类型开始扩张。在罗马法继受层面上,注释法学家和评注法学家提出了赋予简约可诉性的建议,例如评注法学家在14世纪末期创设了一种可诉的双次简约(pactum geminatum),据此,当事人对简约的复述能够确认其承担义务意思的严肃性,由此简约可以获得可诉性。^[27]与此同时,教会法基于其“承诺信用”(Versprechens-treue)的伦理主张,进一步要求赋予包括简约在内的所有合同以可诉性。提乌托尼库斯(Johannes Teutonicus)在13世纪初提出教会法中简约可诉性的原则,^[28]他效仿罗马法上基于法律请求(法定请求权之诉,condictio ex lege),将简约中的相关诉称为“基于教会法的请求权之诉”(condictio ex canone),如此,合同不论是否具备特定形式均可得到诉的支撑。另外,中世纪商法基于交易自由导向的思维,也发展出了违背罗马法形式化要求的可诉性规则。巴托鲁斯(Bartolus)根据其观察指出,14世纪的商人法庭(curia mercatorum)在处理商人合同纠纷时,基于商事习惯和商人习惯法上的衡平考量,^[29]认定合同不会因无形式而导致拘束力不存;^[30]在诉讼程序上,合同未经要式口约而缔结这一抗辩在商事法庭没有效用,因为在商人交易中,简约似乎已经足以构成如同要式口约般严肃的“交易协商”(veritas negotii)。^[31]

另一方面,一种普遍的“合同”观念在上述趋势下开始形成,这一观念下“合意”开始成为拘束力产生的原因。经过中世纪的发展,罗马法上“通过特定形式产生诉,通过诉产生拘束力”这一模式逐步消解,一种以合意为基础统合所有合同概念的道路已经打通。这条道路绵延至19

[25] Ernst (Fn.23), S. 93.

[26] “简约”是古典时代早期开始被大量使用的概念,对应于市民法(ius civile)上受承认的、符合特定形式的合同(contractus)(借助诚信诉讼获得保障的几种特定合意合同也被归入 contractus 之列。Vgl. Kaser (Fn. 13), S. 527),是一种无需形式的约定,因而其拘束力低于“合同”,遵循“纯粹简约不生诉”(nudum pactum non parit actionem)之规则,也被叫做“裸约”(pacta nuda)。Vgl. Weller, Die Vertragstreue, 2009, S. 71. 可见,“简约”这一概念本身仍反映出前古典时期罗马法形式主义的倾向。

[27] Vgl. Nanz, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert, 1985, S. 42 f.

[28] Nanz (Fn.27), S. 52 f.

[29] Nanz (Fn.27), S. 57; Siehe auch Coing, Europäisches Privatrecht, Band I, 1985, S. 810.

[30] Vgl. Seuffert, Zur Geschichte der obligatorischen Verträge, 1881, S. 53, 60, 65.

[31] Nanz (Fn.27), S. 58 ff.

世纪,在德国历史法学派和潘德克顿法学家手中抵达了以“意思表示的合致”作为合同概念基础这一理论节点。萨维尼指出,“合同是多方通过合致的意思表示达成的约定,通过这种意思表示,法律关系得以确定”;〔32〕普赫塔也指出,“属于合同之存在的,是双方主体的意思合致,还有双方互相作出的表示”。〔33〕我们今天所理解的合同概念,至此已基本形成。

(三)等价性的排除

双务合同基本结构的成形和合同概念在“意思表示合致”意义上的统合,使得自然法视野中的“等价性要素”在双务合同中显得不再必要。

在意思表示合致这一语境下,我们必须明确双务合同以何种意思为连接点,即,需要确定意思的哪方面内容之合致,使得特定的法律交互往来被定义为双务合同。潘德克顿法学发展至后期,其法律观中有两组关系尤其值得关注。第一,生活世界中的元素经过法律思维的加工而进入法律秩序,〔34〕这种加工使得生活世界的法则与法律秩序本身发生了分化。如果说自然的因果关系处于永恒的延伸中,那么法律秩序必须在恰当的地方对这种无限延伸的因果关系作出截断,当其出于自身目的不再需要某种个别法律效果以外的其他效果时,就应当将这些不被需要的事实和结果排除出去。〔35〕第二,作为“客观法”(objektives Recht)的法律秩序与“主观权利”(subjektives Recht)存在一体两面式的互动关系。〔36〕其要义为,主观权利是客观法承认并保障的权能,故而主观权利是法律秩序中的权利。在意思表示的语境下,一方面,客观法或法律秩序仅为主观权利提供了一种框架性的认可和保障,权利的产生在实体意义上不依赖于法律秩序,而是通过行为人的意思决定,〔37〕因此主观权利最终落脚在从法律秩序中获得的意思力(Willensmacht)或意思支配(Willensherrschaft)上;〔38〕另一方面,主观权利的产

〔32〕 V. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Band III, 1840, S. 309.

〔33〕 Puchta, Pandekten, 8. Aufl., 1856, S. 383.

〔34〕 奇特尔曼(Zitelmann)认为:“我们现在称之为客观法的东西,纯粹是一种我们的精神创造(geistige Schöpfung)”,“法就是将自然重构进思维的元素中”。Vgl. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, 1879, S. 201, 203; Siehe auch v. Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, erster Teil, 2. Aufl., 1866, S. 241 ff.

〔35〕 Vgl. Zitelmann (Fn.34), S. 206.

〔36〕 基尔克(Gierke)指出:“主观权利与客观法互相补充;它们是同一共同表象的两个方面。”Gierke, Deutsches Privatrecht, Band I, 2. Aufl., 1936, S. 251.

〔37〕 “法律秩序交由该人自己决定,是否利用这种命令,尤其是,是否利用这种命令手段来对抗违反法律秩序的伤害。据此,其人的意思才是对于法律秩序所作出命令之实施最重要的因素。”Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band I, 2. Aufl., 1906, S. 156. 类似观点见基尔克,“权利是一种外化的意思力或意思拘束性(Willensgebundenheit)。如果是法是意思限制(Willensabgrenzung),那么权利的基质就只能是被决定的意志(determinierter Wille)。”Gierke (Fn.36), S. 253. 邓伯格(Dernburg)认为有一种观点是错误的,也是忽视历史的,那就是认为权利无非是法的外溢(Ausflüsse)。“法律秩序保障并形塑了权利,但是它并不是权利的创造者。”Dernburg, Pandekten, Band I, 7. Aufl., 1902, S. 85.

〔38〕 Windscheid/Kipp (Fn.37), S. 156.

生在形式上仍必须经过法律秩序,其内容和效果仍必须被限于法律秩序之内。^[39]这两种互动关系的存在意味着,意思表示中用以识别特定法律行为性质的要素,必须是当事人意思中存在于法律秩序内、导致主观权利产生的内容因素。

前述理解并未在双务合同概念中给等价性元素预留位置。首先,客观等价性无法进入双务合同概念。法律秩序与生活世界的区分,隐含着法律秩序相对于其他生活世界元素的独立性这一要求,在此,法律秩序同社会经济法则区分开来,“前者视人类为具有必然性的自然存在,后者视人类为存在于不自由的联系中的有条件的社会存在”。^[40]以某种客观性标准构建的价值理论,具有经济法上的意义,但由于其不经过意思表示这一连接点,因此不具备在法律秩序层面定义合同概念和识别合同类型的功能。^[41]其次,主观的等价性主张,即当事人就给付的等价性存在主观的设想之观点,也不符合上述语境。以意思表示为切入点来连接主观权利与客观法这一模式,将当事人的欲求以“意思”这一形式重述,这意味着意思的内容反映的不再是生活世界意义上,尤其是经济意义和社会意义的效果,而是一种法律上的效果,^[42]生活世界中的事实需要经过意思表示的过滤,成为法律秩序中的“应为”。^[43]在此种过滤过程中,当事人的等价性设想这一经济追求被排除在意思的内容之外,成为了纯粹的动机。^[44]在意思表示的形成过程中,动机若不经当事人的约定,就无法进入意思的内容。^[45]由此可知,主观等价性的设想也并非意思内容的要素,故而也就不具备成为双务合同概念内涵之的特质。

通过上文梳理可知,给付牵连性是双务合同概念产生的基础结构,因此具有成为识别要素

[39] 温德莎伊德(Windscheid)指出,主观权利中存在的意思,仅仅是法律秩序的意思,而非权利人的意思。即便法律秩序从某位当事人的欲求中提取出了命令的内容,提出命令的也仍是法律秩序,而非该人。不过为这个为权利人利益而做出的命令,法律秩序将权利人的意思设定为具有决定性。Vgl. Windscheid/Kipp (Fn.37), S. 158. 基尔克也认为,客观法虽然不是主观权利的创造者,但它是内容给予者;但是在实体上,法又受到其所形构之材料的束缚,它受限于意思的内容,不能在这个范围以外变出法律关系来。Gierke(Fn.36), S. 253.

[40] Gierke(Fn.36), S. 115.

[41] 例如洛赫尔(Locher)指出:“给付在经济意义上的同等,往往是牵连性的要求,但这并不意味着给付间需要存在一种客观的等价性:客观等价性几乎不存在于实践中”。Locher, Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck, AcP 121 (1923), 1, 70.

[42] 雷曼(Lehmann)和尼佩代(Nipperdey)均指出,即便当事人存在追求特定经济效果的动机,此种动机也必须通过法律的路径进入到法秩序,且这种经济设想并非是必须的,表意人通过法律的方式来达成其经济效果即为已足。Vgl. Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 11 Aufl., 1958, S. 258; Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, zweiter Halbband, 15 Aufl., 1959, S. 896.

[43] Vgl. Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II, 2. Aufl., 1992, S. 52.

[44] Vgl. Daele, Probleme des gegenseitigen Vertrages, 1968, S. 13.

[45] Vgl. Kegel, Empfiehlt es sich, den Einfluß grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge gesetzlich zu regeln und in welchem Sinn, in: DJT (Hrsg.), Verhandlungen des vierzigsten deutschen Juristentages, Band I, 1953, S. 147.

的天然正当性,而在以意思表示作为统一合同拘束力来源的法律秩序中,经济意义上的等价性关系不符合概念法学的构建要求,因此被排除。这一制度发展所形成的路径,使得原本在自然法意义上被视为双务合同要素的等价性最终从双务合同的概念中消失。今天我们在探讨双务合同一般概念及其下的牵连性制度时,无须也不应再带出主观或客观等价性这一“构成要件”。

二、等价性要素的个别制度孑遗

然而,本体论问题到此尚未终结。等价性要素在双务合同一般概念中的消亡肇因于概念法学体系建构对社会经济因素的排除和统一合同概念连接点的变化,但与这一过程相应的,一方面,部分合同关系因其自身特性仍得以在法秩序中保留一定经济因素,另一方面,合同概念连接点变化过程中旧理论的某些遗迹仍可能在意思表示合致的理论框架中被保留下来。这两点分别体现在附负担赠与合同与缔约严肃性问题上。在现代合同法中,此二类情形下双务合同关系存否之判断,往往仍需征引等价性这一要件。我们可以将这种现象归结为启蒙自然法式的等价性主张在现代合同法体系中的一种制度孑遗。就我国合同法而言,由于理论在否定双务合同概念中的等价性要素时往往缺乏进一步分析,反而容易忽视这类孑遗现象。

(一)附负担赠与的判断

1.加利与负担的不等价现象及其成因

在附负担赠与合同中,双方当事人也互负义务,但各国法秩序普遍将其同双务合同加以区分,例如在德国法上,受赠人所作之给付不应具有双务合同中对待给付的意义。^[46]问题在于,既然双方此时互负义务,则必然易与双务合同关系发生混淆,为使区分明确,法秩序对于双方义务的价值比对就往往难以避免了。仍以德国司法实践为例,法官在认定附负担赠与与时,需要首先判断受赠人是否存在“获利意思”(Bereicherungswille),即本方收益多于对方的主观意图,此时已必然存在一种主观上的不等价性;^[47]此外,当获利意思无法确证时,客观的给付价值比对可以提供一种补充性的解释标准,即如果加利与负担具有客观价值上的相近性,受赠人的获利意思往往可被排除,则该行为的赠与性质也就消解了。^[48]这里起作用的是等价性主张的逆否命题形式:若双方所负义务不具有等价性,则其不应构成双务合同关系。

等价性要素在附负担赠与判断中的孑遗有其必然性。第一,大多数附负担赠与都是在赠

[46] Vgl. Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, Allgemeiner und besonderer Teil, 11. Aufl., 2017, Rn. 978; Looschelders, Schuldrecht, Besonderer Teil, 5. Aufl., 2010, Rn. 330; Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl., 2017, Rn. 799.

[47] Vgl. Koch, in: MüKo BGB, 7. Aufl., 2016, § 525, Rn. 4.

[48] Vgl. BGH NJW 1982, 436 (436); Battes, in: Erman BGB, 8. Aufl., 1989, Vor. § § 320 ff., Rn. 14; Hirsch, Schuldrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl., 2016, S. 131.

与物本身之上设立负担,在此负担是对于加利价值的减损,一旦将赠与物价值完全消耗,则赠与便失去意义,因此负担的经济价值需要小于加利,这是一种典型的不等价性;第二,更重要的是,赠与合同作为一种加利行为,其基本模式就是一方财产的减少(Entreicherung)与另一方财产的相应增多(Bereicherung),^[49]可以说,这类合同的法律意义必须通过义务的价值比来实现,概念法学无法将其中的经济因素真正剔除。即便在意思表示的语境下,当事人对于这种经济意义上加利的合意也得以成为赠与合同本身的要素。^[50]在受赠人被课以负担时,赠与行为本身的加利性质并不发生变化,故受赠人的负担不应构成对于赠与人所行赠与的“价值平衡”(Wertausgleich)。^[51]需要注意的是,虽然比较法上主要在附负担赠与与这一类合同的识别上强调(不)等价性,但就上述第二点而言,在所有加利性的合同关系中,当获利人被附负担时,我们似乎都可以通过这一不等价性要件来将之与双务合同关系进行区分,例如理论上也可能存在区分“附负担的无偿委托”与作为双务合同的有偿委托之必要性。^[52]

2. 我国法上附负担赠与合同的识别

我国合同法理论似乎未对附负担赠与和双务合同的区分加以重视,一种比较普遍的观点认为,附负担的赠与合同被立法者作为双务有偿合同对待,^[53]或者,该合同中的两方给付处于一种对价关系中。^[54]这一观点的论据在于《合同法》第191条第1款为赠与人设定了一种类似出卖人瑕疵担保责任的义务。但从比较法而言这一论据并不具有绝对的说服力,典型的反例是《德国民法典》第526条第1款,该款也对赠与物的权利瑕疵和物上瑕疵进行了担保责任规定,但这并不影响德国法对附负担赠与的定性。

更重要的是,若不对附负担赠与合同进行识别,则其可直接被认定为买卖合同或者其他双务合同,进而引发问题。尤其是,司法实践中可能出现合同内容控制和负担规避的风险。例如在某些地区的房屋限购政策下,特定当事人不具备购房资格,但仍可作为受赠人获赠房屋,在“祁家祥诉黄周泉不当得利纠纷”案中,争点事实上集中在当事人约定究竟构成附负担赠与还是买卖合同上,若当事人的约定被认定为具有对价意义的合同,那么所谓的附负担赠与便瞬间跃迁为买卖合同,此时由于限购条款的限制,合同效力往往受到法院的内容控制。^[55]反过来

[49] Vgl. Koch (Fn.47), Rn. 5 ff.

[50] Vgl. Oetker/Maultzsche, Vertragliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl., 2013, S. 321.

[51] Vgl. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II BT/1.HB, 13. Aufl., 1986, S. 208; Looschelders (Fn. 46), Rn. 208.

[52] 这种区分可能导致委托人解除合同后损害赔偿主张的权能及范围之区别,参见周江洪:“委托合同任意解除的损害赔偿”,《法学研究》2017年第3期,第78页以下。

[53] 参见易军:“买卖合同之规定准用于其他有偿合同”,《法学研究》2016年第1期,第96页。

[54] 参见蒋轲:“赠与人死亡并不影响赠与合同履行”,《中国公证》2007年第9期,第42页。

[55] 参见祁家祥诉黄周泉不当得利纠纷案,上海市第一中级人民法院民事判决书,(2018)沪01民终2557号。

看,一些长期性的负担可能是受赠人希望摆脱的,此时受赠人完全可以借助上述混淆来规避此类负担,例如在附扶养义务的赠与中,受赠人通过主张赠与行为实为买卖合同以试图避免对于赠与人的长时期共同居住和照顾之负担。^[56]显然,有效地区分附负担的赠与合同与双务合同是厘清这些混乱状况的前提。正是在这个意义上,我们需要借助赠与人加利与受赠人负担间的价值比对来对合同性质进行识别。

首先,有偿合同与双务合同间本已存在区分必要。传统民法理论上,构成有偿合同的给付义务连结可以区分为三类,即牵连性连结(synallagmatische Verknüpfung)、条件性连结(konditionelle Verknüpfung)和原因性连结(kausale Verknüpfung)。^[57]双务合同下的两造给付构成牵连性的连结自不待言,但某些合同中,给付间联系的强度尚未达到互相依赖、互相牵连的程度,故只能构成条件性和原因性的连结。此时就出现了一个有偿性已经具备但双务性尚未达成的空间。因为这一空间的存在,我们必须认识到附负担赠与属于一种“有偿而非双务”的合同。^[58]

其次,加利与负担间的不等价性是识别附负担赠与的关键标准。附负担赠与的识别点是受赠人的获利意思已如上言,获利意思一旦得以确认,则加利即便在客观上数额极少,也足以排除其与负担间的等价性。若负担的实施直接涉及受赠人的自身财产或行为,获利意思存在与否的判断往往需要从给付的客观价值比对上着手进行。^[59]当加利与负担间存在客观上的等价性,而获利意思又无法通过其他方式有效证立,则附负担赠与行为不存,在德国司法实践中,此时该行为可以成立有偿的事物管理(entgeltliche Geschäftsbesorgung),如果给付接受人在此仅仅是加利的中间人,还需要将这一加利继续传递给其他人或者还需要任命他人来完成全部的负担,那么这个行为还有可能被定性为委任或者信托行为(fiduziarisches Rechtsgeschäft)。^[60]

(二) 缔约严肃性的判断

1. 缔约阶段的极低价款现象及其成因

在缔约阶段,当双方提出的给付严重不具备等价性时,双务合同关系亦有可能不被法秩序所认可,从比较法上看,法国民法围绕等价性元素构建出了一类极低价款(prix vil

[56] 参见胡梅华与金萍赠与合同纠纷案,江苏省扬州市中级人民法院民事判决书,(2017)苏01民终2752号。

[57] Vgl. Westermann, in: Erman BGB, 15. Aufl., 2017, Vorbemerkung §§ 320 ff., Rn. 9; Westermann, in: Soergel BGB, 13. Aufl., 2005, Vor. §§ 320 ff., Rn. 5 f.

[58] “有偿而非双务合同”在居间合同上的诠释意义,参见张谷,见前注[6],第77页。

[59] Vgl. Koch (Fn.47), Rn. 4.

[60] Vgl. Koch (Fn.47), Rn. 6.

ou dérisoire)问题,尤其体现了这一现象。在2016年债法改革之前,法国最高法院(cour de cassation)根据《法国民法典》第1591条对于价款的“真实、严肃、非虚假”(réel, sérieux, non fictif)之要求认定,如果合同中的对价(contrepartie)额度达到了极其低廉(dérisoire)的程度,那么这一对价无法构成牵连性的对待给付,由此合同丧失其原因,进而归于无效。^[61]2016年债法改革后,新的《法国民法典》第1169条将这一司法实践的成果直接成文法化,规定“有偿合同缔结时,一方负担的对待给付虚假或极度低廉的,该合同无效”。德国司法实践上也有类似立场,在法兰克福高等法院的一则判决中,出卖人试图以11500欧元标价出售汽车,在与一位潜在购买者磋商之后出卖人向其表示,自己可以以15欧元的价格出售此车。这一客观上的巨大差值被法院认定为出卖人在“进行一种戏谑的交谈”(Sich einlassen auf eine Scherzkonversation),由此缔结的合同也依《德国民法典》第118条的规定被宣告无效。^[62]

这两种法秩序对于极低价款现象不约而同的关注,似乎可以从统一合同概念连接点的演化中找到其根源。在意思表示理论发展之前,原因理论曾一度成为统一合同概念的连接点,并长期在法国乃至欧洲合同法体系中占据关键位置。^[63]据此,原因大致可以被理解为一种类型化的目的(but),当事人的合同义务由原因而产生,特定的合同类型具备特定原因;双务合同的拘束力来自于一种交换原因,即当事人以获得对方的给付为原因。^[64]后发的意思表示理论虽以意思合致来统合同概念,但在对双务合同意思结构的进一步阐释中,仍需明确意思中的何种内容得以进入法律秩序,这必然涉及到对当事人目的的规范分析,此时原因模式下的部分理解就得以进入意思模式对双务合同内涵的揭示中。在此,双务合同中意思的牵连性表现为一种结构上典型的目的,每一方的义务都是对方义务的首要原因,每一方承担给付义务都是因为对方承担了对应的义务,^[65]当事人处于一种终局性的互相连结(finale Gegenseitigkeitsbindung)中。从这一理论发展的惯性来看,极低价款现象表面上是对缔约时双方报价的数值比对,深层而言则是法秩序通过观察报价是否真正满足了合同拘束力产生的要求来判断合同拘束力是否产生。法律在此作出推定,当事人提出的过低给付意味着他不愿受到该合同的拘

[61] Cf. Roland/Boyer, *Obligation 2. Contrat*, 5e éd., Paris, 1995, p. 339; Ghestin, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, 3e éd., Paris, 1993, p. 843.

[62] OLG Frankfurt, BeckRS 2017, 113917.

[63] Vgl. Coing (Fn. 29), S.402 f.;另参见徐涤宇:“合同概念的历史变迁及其解释”,《法学研究》2004年第2期,第65—67页;冯洁语:“论原因在合同效力中的功能”,《华东政法大学学报》2016年第2期,第100—105页。

[64] Vgl. Westermann, *Die causa im französischen und deutschen Zivilrecht*, 1969, S. 6 f.

[65] Vgl. Klinke, *Causa und genetisches Synallagma*, 1983, S. 116 ff.

束。质言之,缔约时的给付等价性之不存,成为了当事人缔约严肃性缺失的线索性标准。^[66]

2. 缔约时过低对待给付在我国法上的定位

针对缔约时对待给付间的价值失衡问题,我们的学理往往直接从显失公平制度的角度进行评断。但显失公平制度已然涉及对法律行为的价值评价,^[67]在此之前,对于等价性存在与否的判断还可能涉及当事人受合同拘束意愿是否严肃的问题,学理的认知似乎忽略了这一点。法国法上,不论新法还是旧法,均严格区分极低对价问题与非常损失规则(*lésion*)。旧法下极低价款导致无效,理论上认为是由于合同在双方缔约人间同时缺乏标的和原因,此时原因“完全”缺失,进而导致“合同的全部内容无效”(nullité de tous les contrats),而非常损失仅仅导致部分(*partielle*)的原因缺失,反而是一种例外的情形;^[68]在新法下这一问题更是明确与非常损失规则区分加以规定。德国司法实践则更加明确地体现了这种戏谑表示同暴利行为之间的区别。

在我国未来民法典的体系定位上,缔约时双方所提出之给付在等价性上的极度缺失,可以指向表示意识之不存,进而导致意思表示以及双务合同的不成立。我国现行法上不存在类似于《德国民法典》第 118 条的戏谑行为之规定,但《民法总则》第 143 条第 2 款和《中华人民共和国民法典(草案)》(2019 年 12 月 16 日稿,以下简称《民法典草案》)同条款的“意思表示真实”的要求,为戏谑的极低对价案件预留了规范基础。就此而言,给付间的重大不合比例,应当是引致表示意识存在与否之检验的线索性情事,当相关争议案件中当事人的真实意思不明确时,法官可借助对待给付严重失衡这一因素进行意思表示解释,以此确定当事人是否存有玩笑、讽刺、吹牛、单纯的期待、挑衅等不严肃的心理状态。^[69] 基于这一逻辑,除戏谑行为外,给付的极度不等价还可以指向特定双务合同关系存在通谋虚伪表示(《民法总则》第 146 条)的高度可

[66] 这一缔约严肃性表征需要区别于英美合同法上的“约因”(consideration)问题。英美合同法上,约因是合同具备可强制执行性的前提要件,但这种约因与对方的履行价值间不需要具备经济意义上的等价性。See Sally Wheeler/Jo Shaw, *Contract Law-Cases, Materials and Commentary*, Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 318. 甚至经济价值极小的约因也能够被认可。See *Thomas v. Thomas* (1842) 2 Q.B. 851, 859. 这一认知的根源在于,约因本身并不涉及合同的实体内容,毋宁说是一种当事人实体内容承诺(promise)的形式外衣,它的价值意义体现为“法律眼中的价值”。在这个意义上,约因更近似于大陆法系合同法中,要式合同的形式强制,参见 G.H. Treitel, *The Law of Contract*, 9th ed., London: Sweet & Maxwell, 1995, pp. 63et seq. 而本处所讨论的缔约严肃性问题,涉及当事人在承诺中表明的受拘束意愿,直接与合同的实体义务相连通。

[67] 例如有主张指出,显失公平制度中给付等价性的问题涉及的是“合同的道德要求”,是“契约的伦理学层面”问题。参见王磊:“论显失公平规则的内在体系”,《法律科学(西北政法大学学报)》2018 年第 2 期,第 93 页。详见本文第三部分。

[68] Cf. Boyer, *Obligation 2. Contrat*, op. cit., p. 339; siehe auch Halfmann, *Die Lehre vom Grund der rechtsgeschäftlichen Verpflichtung (cause de l'obligation) im französischen Privatrecht*, 1965, S. 308.

[69] Vgl. Armbrüster, in: *MüKo BGB*, 8. Aufl., 2019, § 118, Rn. 5.

能性,并引发对意思表示是否真实存在的进一步判断。

需要注意的是极度低价的判断标准问题。对待给付间的价值差额应当十分巨大,但就我国合同法体系而言,由于给付金额的价值应被理解为一种线索性的标准,故原则上不应设置量化的判断额度,缔约严肃性的最终判断仍应从意思表示的真实性入手。这尤其体现在戏谑行为上,此时表意人提出的给付价值之低应使其完全有理由相信,相对人能够认识到该表示欠缺真实性。就通谋虚伪表示而言,由于双方当事人的真实意思处于一种封闭状态中,因此价值失衡的外观在判断上具有更重要的意义,此时似乎可以参考法国法,即等价性的失衡需要达致一方给付“低廉到荒谬”的程度,^[70]法国最高法院的判例中,这一给付需要接近甚至达到没有价值的状态,例如专利转让合同中出让人所提供的专利在工业生产中没有实用价值(valeur pratique)。^[71]但不论如何,此时的等价性失衡状态仅限于为法官判断意思表示存在与否提供一种线索。

三、失衡给付的矫正:现代合同法中作为常素的等价性

自20世纪中叶以来,在主要法典化国家之中,等价性主张再起。^[72]这种主张尤其体现在显失公平与情事变更制度中。^[73]似乎是由于理论发展时点的缘故,这类等价性主张对我国双务合同理论产生的影响最为直接和深远,学理上的一般立场是,合同法原则上应当遵循私法自治,但在显失公平与情事变更的例外情况下,应当按照双务合同所应然具备的客观等价性来对合同关系进行修正。^[74]普遍认为,显失公平涉及缔约之时给付关系的平衡,而情事变更则涉及缔约后给付关系的变化,尤其是给付发生等价性障碍的问题。^[75]两者本身具有对不

[70] Vgl. Babusiaux/Witz, Das neue französische Vertragsrecht, JZ 10 (2017), 496, 501 f.

[71] Cf. Ghestin, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, op. cit., p. 843.

[72] 例如意大利学者斯奇巴尼指出,“在双务合同中,公平原则首先要求双方当事人承担的给付义务是相互的。随后相互给付的等价性也被引入该原则。给付的等价性首先由当事人自由确定,在可能的情况下,由法官补充或修正”,参见(意)斯奇巴尼:“《国际商事合同通则》与罗马法”,丁玫译,《比较法研究》2000年第2期,第203页;奥地利学者比德林斯基(Bydlinski)将给付的等价关系视为除当事人合意外负担型法律行为(verpflichtendes Rechtsgeschäft)的另一基础。Vgl. Franz Bydlinski, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts*, 1967, S.122.

[73] 如魏德曼(Wiedermann)指出,“等价关系的障碍,可以引发第138条的内容控制以及基于交易基础丧失而引起的合同变更。”Vgl. Wiedermann (Fn.64), Rn. 7; 类似观点参见 Heinrich, in: Palandt BGB, 48. Aufl., 1989, Vor. § § 320 ff., S. 387 f.; Battes, in: Erman BGB, 8. Aufl., 1989, Vor. § § 320 ff., Rn. 6; Otto, in: Staudinger BGB, 12. Aufl., 1995, Vor. § § 320-322, Rn. 7.

[74] 参见韩世远,见前注[1],第39-40页;易军:“民法公平原则新论”,《法学家》2012年第4期,第60-62页;于飞:“民法基本原则:理论反思与基本表达”,《法学研究》2016年第3期,第96页。

[75] 参见韩世远,见前注[1],第198页;贺剑:“《合同法》第54条第1款第2项(显失公平制度)评注”,《法学家》2017年第1期,第158页。德语文献,参见 Emmert, *Auf der Suche nach den Grenzen vertraglicher Leistungspflichten*, 2001, S. 170.

平衡给付进行矫正的属性,对它们的主张确实需要等价性的立场阐释以为背书,由此可见,这一类等价性主张已同自然法式的双务合同本体论产生了区别,它的理论旨趣集中于为价值失衡给付的矫正提供正当性依据。需要注意的是,私法自治与给付矫正这一“原则——例外”关系虽应被认可,但国内理论常常伴生提出另一组“原则——例外”关系,即认为双务合同原则上不具等价性要件,但例外地在显失公平与情事变更中承认这一要件,^[76]这却存在不妥。这里的关键问题在于,这一现代的等价性主张已不再关注双务合同本体论问题,它具有自身独立的理论基础。

(一)现代等价性主张的理论特征

我们应当注意,这类等价性主张放弃了自然法理论中将等价性元素视作双务合同“要素”的立场,转而从“常素”(naturalia negotii)的角度展开阐述。据此,等价性被理解为与双务合同性质(而非本质)相适应的内容,是对双务合同而言具有典型性的元素,^[77]在当事人对合同的“要素”进行约定之时,这一“常素”得以“自然的方式”(natürlicherweise)进入到合同的内容中并发生效力。^[78]

“常素”一语,暗含着两个指向。其一,价值多元论的崛起。在合同关系诠释上,我们不能再简单借助“意思自治”这一前现代的“元规则”(meta-rule),^[79]来规避实体价值间的互相碰撞。在合同法层面上,“合同即正义”的理解发生瓦解,当事人合意以外的实体价值得以进入合同关系的理解和塑造中。^[80]这意味着,这一等价性主张具有一种诠释上的现代性。其二,常素这一定位在方法论上又暗示着一种合同内容填补的路径。即,由于等价性是双务合同之中“通常会存在的内容”,因此矫正的最终归宿,是借助正当的途径获取正当的结论,并将之填补到合同的缺失之中。在这一路径下,如何获得对合同进行填补的质料就显得尤为重要,换言之,我们需要确定什么才是“自然的方式”。这意味着实体价值介入合同关系的谨慎性。

(二)现代等价性主张的正当性基础

现代性与谨慎性的交互,赋予了显失公平与情事变更制度下的等价性主张以理论上的特性。

第一,这一等价性主张基本维持了概念法学对法律构建中可推演性、稳定性和制度性的要求。概念法学所要求的法律构建逻辑,即从原则不断具体化到规则并通过演绎方法获得最终

[76] 参见易军,见前注[74],第61页。

[77] Vgl. Coing, Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung, 69 (1952), 24, 32.

[78] Vgl. Flume (Fn.43), S. 80 f.; Oechsler (Fn. 7), S. 200, 202.

[79] “自由”价值在私法秩序中的“公理”(Axiom)地位之获得,参见(德)弗朗茨·维亚克尔,《近代私法史(上)》,陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年版,第339页; siehe auch Hönn, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, S. 5 ff.

[80] Vgl. Oechsler (Fn. 7), S.169.

结论的过程,此时仍然存在。在此,等价性主张仍需遵从哈贝马斯所谓的形而上学思维,即从事物或事件中抽象出一个“一者”(das Eine),再从“一者”中导出“多者”(das Viele)。〔81〕一方面,等价性所依托的公平原则需要被升格为私法秩序的一种公理,并由此成为具体相关规则的正当性基础。另一方面,论证者需要强调逻辑系统的形式性,对自然语言构成的非形式论证加以形式化,〔82〕公平原则需要被置于演绎逻辑的大前提位置,然后被进一步具体化以产生次级的原则,并最终具体化为可资适用的法律规则。〔83〕在这一进程中,承载实体价值的基本原则本身不能作为完全的衡平规范而被直接适用,但等价性又要求法官根据情事对合同进行适度的外部控制。这造就了显失公平与情事变更制度的不完全衡平规则特性。

第二,这一等价性主张缓和了概念和制度构建所附带的体系刚性过度之问题。等价性主张的现代性在传统的演绎逻辑基础上为我们补充了一种情境式、商谈式的逻辑内涵。通过立法者而确立的公理式正当性标准仍不完全可靠,〔84〕因此我们需要借助参与者在一种“理想言说情境”(die ideale Sprechsituation)下的交互和商谈,来获得对基本原则更强有力的证成。〔85〕在双务合同语境下,首先,施密特-林普勒(Schmidt-Rimpler)认为应将合同视为一种具有正当性保护作用的机制,当事人在合同提供的空间内进行充分的议价、协商,使双方的利益与不利益互相袒露,并通过对方的同意而获得正当的结果。〔86〕其次,等价性元素可以通过商谈而被纳入当事人的合同内容中。影响合同中义务安排的元素往往具备非法律的特性,〔87〕为了实现理想的商谈情境,我们对合同缔结的关注应当拓宽到当事人先法律意义上(vorrechtlich)的利益合作,在这个前提下,等价性元素虽然是一种来自生活世界的、法律秩序以外的内容,但也是一种对于双务合同的有益补充,〔88〕由此等价性元素获得了其进入双务合同关注视域的入口。再者,情境逻辑在一定程度上反对通过心理学式的、拟制的普遍情境

〔81〕“一者”往往被与普遍、必然、永恒这样的特征联系起来,它既是逻辑上的基本原则(Grundsatz, Prinzip),又是本体论上的本质基础和起源(Ursprung)。Vgl. Habermas, *Nachmetaphysisches Denken*, 6. Aufl., 2013, S. 37 f.

〔82〕S. Susan Haack, *Philosophy of logics*, Cambridge: Cambridge University Press, 1978, p. 5.

〔83〕参见方新军:“内在体系外显与民法典体系融贯性的实现”,《中外法学》2017年第3期,第583—584页;于飞,见前注〔74〕,第96页。

〔84〕哈贝马斯认为,正当性的判断标准不应被理解为通过实证科学式的研究而获得的某种免于审查的普遍解决方案。Vgl. Habermas, *Erkenntnis und Interesse*, 10. Aufl., 1991, S. 89.

〔85〕Vgl. Habermas, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, 3. Aufl., 1984, S. 174, 177.

〔86〕Vgl. Schmidt-Rimpler, *Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts*, AcP 147 (1941), 130, 151 f.

〔87〕Vgl. Oechsler (Fn. 7), S. 14.

〔88〕Vgl. Schapp, *Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre*, 1986, S. 5.

(general situation)来认知和评价人类行为,^[89]而是借助一种相对客观的方法对具体的情境进行个别的分析,从而得出理性的、经验上可批评的结论,^[90]这在私法领域也暗示了一种不同于狭义意思表示解释的思维倾向,在合同案件处理中,这意味着法官判断等价性是否存在往往需要对合同关系中具体的典型化情境进行分析。^[91]可见,情境式、商谈式逻辑的逻辑,本质上是要求合同稍稍柔化其作为一种严格“制度”的刚性。

第三,这一等价性主张调和了法律秩序中法律元素与其他社会、经济性的实质正义元素之关系,这尤其通过对程序性正义的优先保障来实现。对程序性正义的优先保障,可以在一定程度上导向对于实质正义的维护,但又能尽可能避免因实体价值冲突导致的无限价值递归。商谈理性本身就蕴含程序正义保障的要求,即便是内容控制的正当性论证,也仍需要从程序正义的维护入手。^[92]在这个意义上,所谓“主观等价性”就被赋予了理性商谈情境构建和协商能力平等性保障的程序正义功能。此时,主观等价性本身也开始具备合同矫正的意义,它既不是对当事人合意的形式化重述,也不应被客观等价性所兼并,^[93]而是通过对当事人各种评估基础(Wertungsgrundlage)^[94]的充分揭示弥合其信息乃至权力上的落差。^[95]如此,主观等价性与客观等价性不再处于一种非此即彼的状态中,客观等价性也不再是主观等价性的对立物,它们互相成为了补充性的标准。

就我国合同法而言,理论界很早就意识到合同的实质正义问题对于传统合同观念造成的影响。梁慧星教授早在1988年就指出,大陆法系的合同法理论上存在“合同法的伦理化及形

[89] 波普尔指出:“(情境逻辑的)方法在于充分地分析行动者的情境,以致能在没有来自心理学的任何进一步帮助的情况下按照情境解释这个行动。客观的‘理解’在于认识到这个行动客观上适合于情境。换言之,对情境进行非常充分的分析,以致最初似乎属于心理学的因素(例如愿望、动机、记忆与联想)被转化为情境的因素。”Popper, *The Open Society and its Enemies*, Vol. II, London: Routledge Press, 1995, p. 86.

[90] S. Popper, *The Logic of social Science*, in Karl Popper (ed.), *In Search of a Better World: Lectures and Essays from thirty years*, London/New York: Routledge Press, 1992, p. 64.

[91] 参见(美)卡尔·N·卢埃林:《普通法传统》,陈绪刚等译,中国政法大学出版社2002年版,第149、169、316页以下。

[92] Vgl. Canaris, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, *Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften*, in Jahrgang 1997 Heft 7, 1997, S. 68 ff.; Heinrich, *Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit*, 2000, S. 174 ff.

[93] 在忽视主观等价性矫正作用的理论中,有一类主张将主观等价性理解为标的物使用价值上的等价性,即交易主体通过对交易标的实用性进行主观评价,从而“将用作交换标的的价值归结为其对人的边际效用”。参见蒋大兴:“私法正义缘何而来”,《当代法学》2005年第11期,第84页。在这一理解下,个体的需求可以被抽象为宏观的需求,从而使主观的等价性被理解为市场价值上的等价关系,这无疑是混淆了主观等价性与客观等价性的矫正功能指向。

[94] Vgl. Schollmeyer, *Selbstverantwortung und Geschäftsgrundlage*, 2014, S. 61 ff.

[95] Vgl. Bartholomeyczik, *Äquivalenzprinzip, Waffengleichheit und Gegengewichtsprinzip in der modernen Rechtsentwicklung*, AcP 166 (1966), 30, 37.

式主义合同概念的扬弃”，这可能会“彻底改变民法典立法精神”。^[96]时至今日，价值多元化议题已基本成为了我们的共识，^[97]并在《民法总则》第一章与《民法典草案》第一编第一章中再次得到确认。然而需要注意的是，正因理论起点如此，我们对实体价值的重视程度往往极高，体现在司法实践中，一些法院倾向于直接以双务合同的等价性作为审判依据来判断显失公平与情事变更问题，这是一种广泛衡平的做法。^[98]但从民法典的立法取向而言，实质正义维护问题上不应矫枉过正。在显失公平与情事变更问题上，关键是要明确其不完全衡平规则的特性和程序正义保护先行的特征。

(三) 等价性在给付矫正中的具体体现

1. 显失公平：动态体系化？

伴随《民法通则》颁行以来长时间的知识结构优化，我们对于显失公平制度的认知逐渐由传统罗马法式的、单一要件的“非常损失”(laesio enormis)规则，过渡到双重要件、主客观元素兼顾的“暴利行为”(Wucher)规则，最终由《民法总则》第151条将之确认下来。新法的条文无疑更符合规则发展的世界潮流，^[99]同时也体现了现代等价性主张下给付矫正的正当性要求。一方面，主观要件的确立从主观等价性的维度对当事人的缔约能力进行了维护，使当事人得以弥合自身与其他市场参与者间的权力落差；另一方面，客观要件的存在使得失衡的给付关系在进行等价性矫正时有明确的判断标准和矫正方向。

值得注意的是，晚近，尤其是《民法总则》颁行以来，学理上出现了一类新的诠释立场，即采取“颇具弹性的‘动态体系论’”，“以满足显失公平制度之发展趋势与内在原理的潜在要求”。^[100]具体来看，我们需要关注主观要件和客观要件之间的互动关系，“一方要件高度充分时可弥补另一方要件之不充足”，甚至某一方面要件的极端严重性可以使另一要件的判断不再必要。^[101]据此我们应当区分两类情形，“行为人的主观要素较充分，可以不要求当事人之间的给付显著不当；当事人之间的给付显著不当，则可以推定主观要素的存在”。^[102]主张者同

[96] 梁慧星：“合同法上的情事变更问题”，《法学研究》1988年第6期，第42页。

[97] 参见龙卫球：“我国民法基本原则的内容嬗变与体系化意义”，《法治现代化研究》2017年第2期，第33页；谢鸿飞：“民法典合同编总则的立法技术与制度安排”，《河南社会科学》2017年第6期，第29页。

[98] 实务上的广泛衡平做法，如刘光学、苏玉良上诉陈光宝地役权纠纷案，云南省昆明市中级人民法院，(2015)昆民一终字第81号；另见重庆隆发皮革制品有限责任公司与浙江蓝鸽实业有限公司买卖合同纠纷案，浙江省湖州市中级人民法院，(2010)浙湖商终字第190号。

[99] 例如奥地利民法典虽然规定了非常损失规则(第934—935条)，但尤其自上世纪90年代以来，司法实践普遍强调主观元素的重要性，如果受损方对于给付价值失衡具有积极的认知，那么该规则的适用就应当排除。Vgl. Peter Bydliniski, Bürgerliches Recht I, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2007, S. 189.

[100] 参见王磊，见前注[67]，第93页。

[101] 参见武腾：“显失公平规定的解释论构造”，《法学》2018年第1期，第127页。

[102] 冉克平：“显失公平与乘人之危的现实困境与制度重构”，《比较法研究》2015年第5期，第41页。另参见武腾，同上注，第128—131页；王磊，见前注[67]，第93—94页。

时指出,这一做法反映了世界范围内的某种“新近动向”。^[103]

动态体系化的立场无疑从德语法域相关理论中撷取了灵感,主张的重要参考对象,也正是德国司法实践中对于双重要件认定的软化。然而依笔者观察,主张者对于该“动向”的描述和认知似乎存在一定的偏差。在此基础上,贸然的动态体系化实质上忽视了显失公平制度在等价性矫正上的若干特性。同时,这一立场也与《民法总则》的体系并不完全兼容,我们对此仍需审慎对待。

第一,动态体系的元素考量所针对的是作为基础规范(Grundnorm)的悖俗行为,而非显失公平规则本身。德国法上,暴利行为的成立必须满足第138条第2款的所有构成要件,仅仅一个构成要件,例如给付与对待给付间的重大不合比例“高度满足”(übererfüllt),不足以构成暴利行为。^[104]那么动态体系论又何以产生呢?事实上德国法上的动态体系考量仅针对悖俗(背俗)行为本身,依照《德国民法典》第138条的规范结构,第1款的悖俗行为是基础规范,第2款的暴利行为是悖俗行为的示例规范(Beispielsnorm),这是一种一般条款嵌套具体情形的规范模式。在这一结构前提下,不符合暴利行为要件的相关法律行为可以被转移到其基础规范中进行判断。^[105]但无论如何,动态体系的考量并不发生在暴利行为规则本身。《民法总则》对于显失公平行为在位置编排与法律效果上的定位,使其更接近于一种意思表示瑕疵的类型,而非悖俗行为的特例,^[106]这一点似与德国法有所不同,而《民法总则》第151条本身并无基础规范为其托底,因此也不存在将不符合显失公平要件的法律行为转移到某一般条款进行判断的直观路径,动态体系考量无由发生。

第二,悖俗行为得以适用动态体系论的前提是“善良风俗”概念的不确定性,而在现代等价性主张的理论图景中,显失公平要件仅有部分的衡平功能,而不具备这种全然的开放性。一个现代性的法律秩序必须承认,统一的善良风俗概念并不存在,故悖俗行为的规范普遍被视为一种一般条款。^[107]有基于此,对于法律行为是否悖俗的判断往往需要结合其内容、目的、动机等全盘特性作整体的观察,同时也不应当设定具体的要件来阻碍规范的开放性。^[108]正是在

[103] 参见武腾,见前注[101],第126—127页;王磊,见前注[67],第92页。

[104] Vgl. Hefermehl, in: Soergel BGB, 13. Aufl., 1999, § 138, Rn. 72; Armbrüster, in: MüKo BGB, 8. Aufl., § 138, Rn. 143; Jادل, in: BeckOGK BGB, 1.11.2018, § 138, Rn. 713. 德国司法实践中唯一的例外来自于1979年斯图加特高等法院作出的“沙堆原理”(Sandhaufen-Theorem)判决(OLG Stuttgart NJW 1979, 2409),但这一判决推论被学理和后续司法实践一致拒绝。Vgl. Canaris, Schranken der Privatautonomie zum Schutz des Kreditnehmers, ZIP 9 (1980), 709, 714.

[105] Vgl. Hefermehl (Fn.104), Rn. 86.

[106] 参见王磊,见前注[67],第94页以下;冉克平,见前注[102],第37—38页。不同立场参见贺剑,见前注[75],第166页。

[107] Vgl. Hefermehl (Fn.104), Rn. 19.

[108] Vgl. Hefermehl (Fn.104), Rn. 19.

这一要求下,动态体系理论方获得施展的余地,法官可以通过各种“元素的协力”来对善良风俗的概念进行填补,也正是在概念填补的意义上,各个元素才可以根据各自的数量、重要性来进行互相间的补充、替代。德国司法实践在所谓“类暴利行为”(wucherähnliches Geschäft)中采取的“可责难意图”(verwerfliche Gesinnung)要件,事实上是在证成行为在习俗上的可责性,这与暴利行为并不同一,毋宁说两者是一种不同层次的错位关系。再看显失公平规则,其本身并非完全的衡平规范,在对等价性进行保障之时也不应对所有情事进行广泛、全局的考量,故,一方面,程序性正义的维护在等价性保障功能的运行中始终占有重要意义,法官不应当基于对情事漫无边际的衡平而随意降格主观元素的考量,另一方面,衡平上的谦抑使得规则的要件相对明确完整,在这种情况下动态体系考量并无发挥空间。

第三,即便在悖俗行为框架内,动态体系理论是否被充分运用也有疑问。首先,类暴利行为下主观要件的弱化,本质上是一种证明责任的重新安排,^[109]即通过某种客观的不等价外观来推定获利方具有可责难的意图,这对要件本身的定性并无影响,反倒体现了程序正义维护的旨趣。其次,晚近在悖俗行为问题上明确使用了“动态体系”术语的德国法相关判例似乎也并未真正运用动态体系方法,在相关判例中,德国联邦法院虽指出应当根据“动态元素的协力”来判断,“当一种元素尤其突出,则该元素自身足以构成悖俗”,但随后又认为,“一方或是双方当事人具有一种应受指责的意图原则上并不足以构成悖俗”,该协议由于缺少客观上一方的不利益而不构成悖俗行为,^[110]可见,客观的不等价性仍是必须存在的要件。由此观之,动态体系方法是否真正构成某种“新近动向”,仍需留待时间证明。^[111]

既如此,对于那些似乎并未满足显失公平规则要件的行为究竟应当如何认定呢?笔者以为,我们仍应回到现代等价性主张对给付关系矫正的特性上。

[109] Vgl. Armbrüster (Fn.104), Rn. 116. 许德风教授对此点亦早有所指出,参见许德风:“论利息的法律管制”,《北大法律评论》2010年第11卷第1辑,第182页;另参见武腾,见前注[101],第129页。

[110] Vgl. BGH NJOZ 2013, 260 (20, 22); 对本案的批评意见,参见 Jahl (Fn.104), Rn. 104.

[111] 需要指出的是,晚近以来美国法上似乎出现了对显失公平情形的软化认定。这一软化主要有两种途径。其一是“划尺”方式(the sliding scale approach),即形式上要求同时具备程序性显失公平和实质性显失公平,但其中一种显失公平的重大显著性可以抵偿另一类的不足。其二是“单一要件”方式(the single-prong approach),即单一的程序性或实质性显失公平的极端显著性足以引致显失公平下的法律结果。这其中单一要件方式被认为缺乏足够的正当性论证,其实际效果也令人怀疑,因此实务和学理上多对其持批判态度,See Lonegrass, “Finding Room for Fairness in Formalism-The Sliding Scale Approach to Unconscionability”, 44 *Loy. U. Chi. L. J.* 1 (2012-2013), p. 22-25. 划尺方式中,程序性要件的软化认定似乎更多是对统一商法典立法者立法本意的靠拢,也并非所谓新近动向。Vgl. Lonegrass, p.14. 总体而言,由于理论体系和司法体制上的差异,国内学者在对显失公平制度进行动态体系的教义学构建时并不采用美国法的概念工具,对这一软化状态的实质仍有待进一步观察。

对行为主观要件高度满足而客观上等价性障碍似乎并不巨大的情况,可作如下处理:首先,《民法总则》第151条具有部分衡平功能,显著性要件本身并未量化,法官在审查“显失公平”要件是否满足时,仍可根据对主观情事的考量来裁量客观等价性障碍是否达到“显著”程度。^{〔112〕}其次,给付在客观上确实不足以构成显著等价性障碍时,相关行为已不符合显失公平的要件,我们就不应当拘泥于行为效力评价的分析框架,获利方主观上利用对方危困状态、缺乏判断能力而缔结合同时,涉及的其实往往是该方信息提供义务的不履行问题。此时我们仍应回到主观等价性保障,尤其是协商程序的正当性保障上来,考虑依照缔约过失责任的原理,通过损害赔偿的方式对等价性障碍予以救济。再次,主观要件的高度满足,如果已经达到了胁迫的程度,则可按照胁迫的规定进行处理,此时客观等价性障碍存在与否在所不问。

客观上给付具有高度的等价性障碍但主观要件不显著的,首先可能在极端情况下涉及缔约严肃性的问题,^{〔113〕}其次,如果主观要件确实无法证立,我们认为法官不应再作过多的任意判断以干涉当事人的意思自治。但是一些可疑的外观也不能忽视,尤其在一方当事人处于经济上的弱势或依附地位时,^{〔114〕}尤其是在诸如消费者与经营者、普通借款人与银行的贷款合同等关系下,协商中的经济地位不平等将导致公平商谈条件的缺失,而这极易引发强势方对弱势方的压制,此时法官似乎可以从这一外观入手,对当事人的主观意图进行补充性的理解。在这种情况下似乎可以允许对主观要件进行推定。

2. 情事变更下的等价性保护

情事变更问题的核心在于缔约后的给付价值失衡,同显失公平问题类似,法秩序若要对给付关系加以矫正,也需先行提供正当化论证。从法制史上看,等价性主张在双务合同理论中的现而又隐、隐而复现之态势,尤其在情事变更制度中得到体现。^{〔115〕}《中华人民共和国民法典(草案)》(以下简称《民法典草案》)现已纳入情事变更制度,这在一定程度上因应了目前世界范围内该制度的复兴之势,正因如此,我们在论证和构建情事变更制度时,需密切关注现代等价性主张所体现的理论特点。

① 共同错误的体系安排与情事变更的理论出发点。在对双方当事人共同动机错误问

〔112〕 例如在武腾文中,作者所举的此类情形之要件,难言到底什么是“利益损失程度并不十分显著”,这最后仍需要法官来进行自由心证,而在这个自由心证的过程中必然需要考虑主观方面的因素。参见武腾,见前注〔101〕,第129页以下。

〔113〕 参见本文第二(二)部分。

〔114〕 Vgl. Hefermehl (Fn.104), Rn. 86.事实上《法国新债法》第1143条将此类行为视为胁迫(violence)的一种类型,即所谓“经济上的胁迫”(violence économique)。

〔115〕 参见(德)维亚克尔,见前注〔79〕,第286—287页;另参见(德)弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史(下)》,陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年版,第460—461、499页。

题的态度上,《民法典草案》第533条延续了《合同法司法解释二》第26条的做法,即不在情事变更制度范围内规范该问题。立法者对情事变更的这一定位值得赞同。但在学理上,似乎一直存在一种将这两个问题联系起来进行思考的倾向。尤其在关于《民法总则》第147条“重大误解”的讨论中,共同错误问题似乎成为了意思表示错误与情事变更两种制度的连结点,典型的逻辑是通过情事变更制度没有明确规定共同错误而推论重大误解的意思表示包括动机错误,^[116]或者借助某种解释方法将共同错误、动机错误与情事变更整合到一个共同的上位概念中。^[117]更进一步,有理论主张认为存在一种“主观”的情事变更,亦即“不属于重大误解范畴内的、但对于合同缔结具有重要意义的双方共同动机错误”,“如果共同动机错误使得合同的履行不具有合理期待性,则可适用情势变更原则”,并且主张允许法官在此种情况下进行法律续造以弥补情事变更规则存在的“漏洞”。^[118]

这一联立情事变更与共同动机错误的思路,似乎同德国法上的交易基础理论(Geschäftsgrundlage)相关。《德国民法典》第313条前两款的安排,将上述两种情况一炉俱冶,确实具有法律理论上的独特魅力;但也正因其理论独特性,我们在学说继受过程中似有必要再三考量。事实上,这种安排恐怕并不具有逻辑上的必然性,同现代性的等价性保护亦并无必然联系。

德国法的规范模式,一定程度上可以说是受到意思自治原则一元论的“裹挟”。从制度发展史上看,最早将两种制度联立起来的主张,本身就伴随着对当事人意思的强调。16世纪初,意大利法学家阿尔恰托(Andreas Alciatus)主张,法律上行为的拘束力应当通过当事人的意志(voluntas)得到证成,在若干情形下应当承认双方行为中存在由意志导出的情事不变默示条款,其中尤其需要注意的是两类情形:其一,当事人共同的基础错误;其二,法律行为作出时相关基础情事的变化。这两种情形中,当事人都产生了错误的设想。^[119]交易基础理论的构建者们因循这一滥觞,试图以当事人意思表示中包含的“等价性设想”^[120]来解决以等价性障碍为主要情形的情事变更问题,^[121]在20世纪初的背景下,这实质上是对给付义务界限究竟来

[116] 参见冉克平:“民法典总则视野下意思表示错误制度的构建”,《法学》2016年第2期,第120页。

[117] 参见崔建远:“先签合同与后续合同的关系及其解释”,《法学研究》2018年第4期,第80页。

[118] 参见韩强:“情势变更原则的类型化研究”,《法学研究》2010年第4期,第60—61页。

[119] Vgl. Martens, Methodenfragen und die Behandlung von Grundlagenstörungen im Europäischen Privatrecht, ZEuP 3 (2017), 600, 607 f.

[120] Vgl. Enneccerus/Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., 1958, S. 177 f.

[121] 芬肯瑙尔(Finkenauer)认为,德国民法典第313条前两款的情形,涉及的均是当事人“不恰当设想的问题”(unzutreffende Vorstellung)。Vgl. Finkenauer, in: MüKo BGB, 8. Aufl., 2019, § 313, Rn. 15.

自于当事人意思还是外部情事这一论题^{〔122〕}的回应,即,基于私法自治的基本原则,给付义务的限制必须从当事人的意思层面进行正当化。^{〔123〕}这一理论倾向同时也伴生着“合同”概念本身的功能性扩张,即合同作为一种“制度”,具有保护社会经济利益的功能,^{〔124〕}给付的等价性障碍问题可以在合同框架内部得到解决,^{〔125〕}合同内容的矫正标准,能够从当事人的合意之中导出。这种模式下,“合同即正义”的理念依然可以得到维持。上述理论旨趣的存在,使得共同错误和情事变更能够被统合在意思自治与合同的框架内进行一体考量。

然而这种理论进路存在一些问题。首先,对等价性设想这一概念的强调,使得主观等价性的含义被从程序意义上再度转移回了实体意义上,即当事人需要对给付标的物的经济价值具有等价性的主观意思,这一理解几乎意味着对双务合同概念的重新定义,而重开本体论之辩显然不在交易基础理论主张者的意图中,那么如何处理这一理路与双务合同本身概念的关系问题就会变得异常复杂和不直观。这也给作为理论继受者的我们带来了许多理解上的困惑。^{〔126〕}其次,在经济理论的视野中,这种等价性设想是否存在也颇值怀疑。在市场经济中,给付交换的动机在于,交易客体的边际效用对于受让人而言要大于出让人,因此,给付交换不是因当事人双方对于给付和对待给付等价的确信,而是由于相互间的估值差距而展开,^{〔127〕}换言之,仅当双方当事人都觉得能从交易中获益时,交易才有可能展开。^{〔128〕}再者,通过合同“制度”本身在功能上的扩张来达致囊括实体价值的目的,往往会带出循环论证的风险。正如卢曼(Luhmann)所言,在实体价值的维度上,法律制度是一种自我描述(Selbstbeschreibung),它具有偶然性的形式(Kontingenzformel),因而任何一种法律秩序最终都会认为自己在全局上是合法正义的,而实体的正义只不过作为具体法律秩序的自我描述而发挥作用。^{〔129〕}如果将当事人合意本身理解为实体价值上全能的制度,那么合同关系的矫正恐怕也将陷入这种自我描述的怪圈中,而正当结论的导出途径也会显得非常可疑。正因这种理论上的不融贯,

〔122〕 19世纪的制度史中存在着一个基础性的论题,即给付义务的界限来源于何处。就此存在两个不同的基本立场,一者认为给付义务界限应当来自于当事人的意思,二者认为应当来自于客观的法律秩序。Vgl. Emmert(Fn.75), S. 4.

〔123〕 Vgl. Oechsler (Fn. 7), S. 168 ff.

〔124〕 Vgl. Raiser, Vertragsfreiheit heute, JZ 1 (1958), 1, 2 ff., insbes. S. 4.

〔125〕 Vgl. Hönn(Fn.79), S. 21 ff.

〔126〕 我国学理上,一些主张者一方面强调主观等价性仅指当事人形成合意,一方面又以这种主观等价性来论证公平原则介入双务合同当事人间给付关系的正当性,这一理解似乎不具备实践上的可操作性。代表性观点参见王轶:“论民法诸项基本原则及其关系”,《杭州师范大学学报(社会科学版)》2013年5月第3期,第95页。

〔127〕 Vgl. Oechsler (Fn. 7), S. 56 f.

〔128〕 Vgl. Daele (Fn.44), S. 12; siehe auch Wieacker, Gemeinschaftlicher Irrtum der Vertragspartner und Clausula rebus sic stantibus, FS-Wilburg, 1965, S. 249; Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, S. 321.

〔129〕 Vgl. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Suhrkamp, 1995, S. 218 ff.

《德国民法典》第313条模式在比较法上也几乎是一个孤例。^[130]

从等价性保障的要求来看,我们没有必要将情事变更强行与共同错误联系起来。一方面,在多元主义的价值基础上,情事变更制度的体系定位,不必全然追随“给付界限由意思表示确定”的古典自由主义一元论立场。《民法典草案》第533条第2款要求人民法院或者仲裁机构根据公平原则进行考量,已经明确了通过司法力量进行外部衡平的态度。至于对于法官衡平肆意进而侵扰当事人意思自治的担忧,我们可以通过强调情事变更制度的不完全衡平规则特性,以必要的要件设定来加以消解。另一方面,共同动机错误问题本身仍应回归到意思表示法的领域内进行讨论,《民法总则》第147条相对宽泛的表述事实上仍为学理预留了解释的空间。^[131]

②“重新协商”的内容与不配合之后果。《民法典草案》第533条第1款在表述上明确了当事人间的“重新协商”。不过同《法国新债法》第1195条类似,我们的规范模式也并未明定重新协商的内容以及得利一方当事人不予配合的法律后果。^[132]虽然关于重新协商或“再交涉”的探讨在我国法上已非新事,^[133]但因为这种模糊性的存在,重新协商之入典极可能不是争论的终点。事实上,“重新协商”这一论题本身似乎具有某种内在的可争议性,无论在我国法还是比较法上,重新协商所引发的诉讼效率、争议解决成本、可强制执行性以及私法自治保护等议题均有可议之处,毋宁说,由于重新协商的安排具有某种特定问题导向上的实用主义倾向,^[134]故而理论上反倒难以形成统一而融洽的整合立场。

不过,如果承认上述理论不统一的状况,那么我们的通说在理解重新协商时,一味强调其“限制私法自治”的特性,^[135]似乎就显得有些僵硬了。这一立场显然会同意思自治的原则产生冲突,为缓和矛盾,学理对于协商的内容就无法作更进一步的描述,而当事人若不配合协商,似乎也不应采取过激的制裁措施,如此,重新协商的安排就在“行为义务”的门槛上可有可无地徘徊。此外,这一立场直接与鼓励交易的目标相适配,^[136]进而又必然同当事人间的诚实信用

[130] 例如《法国新债法》第1195条仅规定情事变更问题。意大利民法典第1467条以下也仅规定基础变动问题,基础错误问题由1427条以下处理。

[131] 相关教义学立场参见郝丽燕:“重大计算错误”,《华东政法大学学报》2016年第3期,第97—98页;张金海:“论共同错误及其救济适格性”,《法学》2015年第11期,第102页。

[132] 虽然法民第1195条规定了向对方拒绝重新协商后的再商讨,但未规定最为关键的损害赔偿是否存在与否的问题。

[133] 参见韩世远,见前注[1],第389页。

[134] 在国际贸易领域,重新协商或再交涉的安排可以避免法律关系复杂、操作不经济等现实问题,因此尤其具有实际意义。参见韩世远:“情事变更若干问题研究”,《中外法学》2014年第3期,第666页。

[135] 这种立场尤其参见韩世远,见前注[1],第389页;王利明:“民法分则合同编立法研究”,《中国法学》2017年第2期,第38页。

[136] 参见韩世远,见前注[134],第666页。

相联系,有基于此,相关理论无疑会倾向于赋予法官裁量权,允许其基于诚信原则进行广泛衡平以确定当事人“违反再交涉义务”的法律后果。^[137]这固然不失为一种具有可操作性的理解,问题在于,它会导致重新协商本身的空洞化,进而有衡平泛滥的危险。

我们认为,不妨回到现代等价性保护的基本立场上来观察重新协商的安排。一方面,等价性保护不应是一种无限制的衡平,重新协商也不应在司法上产生宽泛的衡平空间,另一方面,重新协商本身应当定位为理想商谈情境的一种满足方式,当事人应当通过再协商实现良好的信息交互,由此保障给付关系的等价性。在这个基础上,我们尝试对重新协商的内容和效果进行一种类型区分式的阐释。

第一,当合同变更的指向和目标较为明确时,重新协商似乎可以转化为得利一方当事人的同意义务。某些情事变更的情形中,当事人只需借助客观等价性进行基本的判断,就能获得合同变更的明晰方向。首先,一部分合同变更,也许可以参考类似有名合同下不利一方当事人保有的法定单方变更权。例如《民法典草案》第729条前段规定了租赁合同中承租人的减价权;在建设工程合同中,勘察人和设计人有权请求发包人在特定情事下“增付费用”(《民法典草案》第805条)。若情事发生变更后之状况类似于上述法定变更权情形,则不利一方当事人的给付往往应根据对方给付的价值贬损或本方负担的增加而相应按照比例加以损益,变更的内容较为明确。其次,一部分合同变更,可以参考特定情形下当事人的单方给付确定权。在诸如医疗、艺术作品提供等合同,当事人缔约时往往无法充分认知与合同相关的情事,更谈不上预见费用的后续发展,故给付的额度只能通过后续的实际履行情况,由服务或工作的提供方根据其实际付出成本来确定。^[138]这种单方给付确定权对于因情事变更导致费用障碍(Aufwandsstörung)的情况具有一定的范例意义,只要服务提供者基于衡平的考量(billiges Ermessen)确定了实际的费用,这一费用的变更就应当受到承认。在上述变更内容基本可以明确的情形中,我们似乎可以将重新协商理解为这样一种过程:不利一方当事人向相对人提出明确变更内容,而相对人在该变更主张合乎等价性与衡平性的情况下必须加以同意。^[139]此时,相对人的“重新协商义务”事实上转化为了同意义务或缔约义务,一旦其违反该义务,不利一方当事人可以比照预约或强制缔约中,诉请法院判决相对人履行该缔约义务。合同的司法变更就以法院要求相对人履行同意义务的判决而实现。

第二,合同变更的方向不甚明确时,重新协商主要表现为当事人间信息提供义务的履行。这一情形下,重新协商的安排不仅具有实质上鼓励交易的目标,同时也是在程序上为当事人提

[137] 参见韩世远,见前注[134],第668页。

[138] 《德国民法典》第315条规定了一种一般条款,PECL第6:105条,DCFR第II-9:105条也对此作了规定。《民法典草案》对此虽未作一般规定,但在实际生活的法律交互中我们显然不能忽视这种情形。

[139] Vgl. Horn, Neuverhandlungspflicht, AcP 181 (1981), 255, 283.

供理想的商谈情境,进而为提升缔约能力创造条件。传统理论在这个问题上过于注重实质性的合义务,^[140]这反而会引发私法秩序从“自治”蜕化为“管制”的忧虑;但若转而将其定位于纯粹的行为义务,则又有鸡肋之感。需要注意,协商本身也是一种理想商谈情境的营建,据此当事人应当着力进行一种“没有支配的交流”(herrschaftsfreie Kommunikation)。^[141]情事变更中大量给付等价性障碍的情形,追根溯源,乃肇因于缔约当事人间的信息不对称,^[142]因此我们不妨以重新协商的安排为入手点,构建一种当事人(尤其是得利方当事人)的信息提供义务,从而尽可能地赋予当事人实质意义上平等的自我决定能力。在信息提供义务的内容范围上,由于原合同关系的基础条件已经发生变化,故重新协商虽然发生在合同履行过程中,但仍具有缔约时磋商活动的特性,我们可以参考《民法典草案》第500条第2项所设定的告知义务范围(“与订立合同有关的重要事实”),^[143]要求当事人在情事变更的重新协商中告知对方“与合同存续有关的重要事实”。需要注意的是,当事人的信息提供义务不应漫无边际,^[144]在将特定案件事实涵摄到“重要事实”的过程中,法官尚需平衡信息优势方的利益。^[145]在义务违反的责任承担上,由于重新协商已转化为信息提供义务,那么义务违反就表现为一方当事人应提供涉及“重要事实”的信息而未提供,此时理论上已经存在缔约过失责任的问题。然而由于重新协商本身的时点特殊性,这种过失在合同命运被确定之前往往并没有造成真正的损失,因此损害赔偿尚无从谈起。此时可以考虑由法院在诉讼过程中依职权来调查是否存在应披露而未披露的信息,若发现当事人存在信息提供义务的不履行,则由法院依照获取的信息,直接针对合同作出不利于义务违反方的变更或解除之判决。

③解除后的损害赔偿问题。情事变更的法律效果是合同的变更或解除。合同被变更后,当事人终局地按照变更后的合同关系进行履行,此点固不待言;问题在于,合同被解除之后,权利义务关系是否完全走向终结?对于这一问题我们似乎没有进行过针对性的探讨,普遍的观点是将情事变更制度理解成一种当然的免责条款。^[146]这种默认显得反常,因为,如果我们按照现行法以及《民法典草案》的规定稍加体系解释,似乎可以推导出一种解除之后主张解除一

[140] 传统法国法理论将此时的重新协商理解为互相提出要约以达成合意的义务。Vgl. Albers, Wegfall der Geschäftsgrundlage, 2015, S.105. 而德国在债法修改之前甚至有判例认为再协商义务就是对变更进行合意的义务。Vgl. Horn (Fn.139), S. 277.

[141] Vgl. Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 6. Aufl., 2011, S. 358.

[142] Vgl. Finkenauer (Fn.121), Rn. 40, 46, 49.

[143] 此范围的确定参见孙维飞:“《合同法》第42条(缔约过失责任)评注”,《法学家》2018年第1期,第188—189页。

[144] Vgl. Canaris (Fn. 92) S. 70.

[145] 例如德国法理论认为,信息提供义务仅涉及事实,不涉及对事实的分析或预测。Vgl. Henssler, Risiko als Vertragsgegenstand, S.134 ff.

[146] 参见韩世远,见前注[134],第660页。

方的损害赔偿义务。首先,根据《合同法》第97条第2分句,当事人有权在合同解除之后要求赔偿损失。学理和实务的观点比较一致地认为,这一请求权指向履行利益的赔偿,^[147]实际就是要求解除方进行替代给付的损害赔偿。《民法典草案》第566条第2款解除不影响违约责任的规定更加明确了此点。情事变更规则并未就合同解除后的法律效果作专门的安排,法律适用上似乎应当直接回溯上述关于解除效果的一般规定。其次,从履行障碍法的体系完整性上看,实际履行因法律上或事实上不能而无法作出的,将转化为金钱损害赔偿(《合同法》第110条第1项、第113条第1款,对应《民法典草案》第580条第1项、第584条),而情事变更制度的规范对象是一种经济上的不能,在“履行不能”这一上位概念下对三种不能的类型进行一体化的统合,似乎也是一种符合履行障碍法体系的理解,此时我们也能够导出实际履行给付义务免除后,义务不履行方的损害赔偿责任。再者,从规范的编排体系上看,将情事变更与不可抗力作为同质的免责事由来理解,也存在可疑之处。不可抗力规则被规定在《合同法》“违约责任”部分,并明确使用了“免除责任”的表达,因此是没有争议的免责条款,《民法典草案》第590条在框架上也维持了《合同法》对不可抗力的定位。与此相对,该案将情事变更制度安排在“合同的履行”一章以下,由于本章所涉及的均为实际的履行义务,故解除的效果似乎也应限于此,而并不当然导致当事人从损害赔偿责任中解脱。

由此观之,情事变更规则并不“当然”构成免责事由,仅从实定法规范的层面来看,肯定与否定的认知至少足以构成一组“二律背反”。^[148]此时,我们可以借助等价性保护的视角,来进一步判断此问题。

第一,两方当事人的“武器平等”考量。假定解除之后不存在进一步的损害赔偿,则其实质就是由原先的得利一方终局地承担情事发生变更之后的所有风险;相应的,变更情形中,双方当事人实质上是基于等价性要求对风险进行分担。在此,两者在合同等价性保护的效果上发生了分化。需要注意的是,《合同法司法解释二》第26条与《民法典草案》第533条所确立的救济模式,将变更与解除置于平行的可选择关系之中。^[149]在这一模式下,原先的不利一方当事

[147] 参见周江洪:“合同解除与违约金责任之辨”,《华东政法大学学报》2011年第3期,第105—108页;陆青:“合同解除效果与违约责任”,《北方法学》2012年第6期,第81—86页。

[148] 例如关于情事变更下的解除之性质,学理上存在不同的观点。其中典型性的主张是认为这一法定解除同当事人形成权意义上的合同解除存在区别,故情事变更的解除不宜适用合同解除之法律后果的规定,而是由法官依照自身衡平,在当事人间进行“合理补偿”。参见韩世远:“不可抗力、情事变更与合同解除”,《法律适用》2014年第11期,第65页;杨振山:“试论我国民法确立‘情事变更原则’的必要性”,《中国法学》1990年第5期,第60页。情事变更下的解除性质究竟如何,仍有可议之处,似乎尚无决定性的论据出现,但“合理补偿”的规范依据显然是缺乏的,此点尤值怀疑。

[149] 这一模式与德法均不相同。《德国民法典》第313条的模式,首先由法院进行变更,变更不可行时再进行解除或终止。法民第1195条的规定事实上是一个三层结构:当事人先协商;协商不成由当事人共同确定采取解除还是变更的救济方式;救济方式仍无法确定下来的,才由法院依当事人请求裁定。

人完全可以根据自己的实际需要,选择由对方完全承担风险或者以自己承担一部分风险的代价维持合同关系,可谓进退有据。反观得利一方,理智的情形下不可能考虑解除这一途径,故往往只能通过变更来缓和部分风险。总体来看,不利一方所获得的救济武器明显强于其相对人,造成了一种武器不平等的失衡状态,这与等价性保护所要求的情境理性与程序正义不符。此时,不利一方具有决定对方法律地位的较强权能,这事实上会弱化得利一方在重新协商层面的谈判能力,降低其重新协商的意愿,使其寄希望于法院不认定情事变更的存在而摆脱可能面临的风险,那么重新协商的意义也将大大降低。从这个意义上看,弥合解除与变更在等价性保护上的效果分化,似乎具有一定的必要性。

第二,“债之统一性”(Einheit der Obligation)观念下的全局等价性保护考量。从比较法上来看,传统德国民法理论认为情事变更下的解除不涉及损害赔偿问题。^[150]这一立场与德国法对于合同给付义务的定位有关。^[151]现行《德国民法典》的合同给付义务处于一种“二元体系”下,以当事人的可归责性(Vertretenmüssen)为连结点,给付义务被划分为第一性的实际给付义务和第二性的补偿义务。交易基础理论在逐渐完善的过程中,始终被通说视为“风险分配”的规定,^[152]由于“风险”本身代表“不可归责性”,^[153]那么交易基础障碍情形就因其人为定义而当然地被限定在第一性给付义务的范围内,由此也同《德国民法典》第275条第2、3款的“事实不能”情形区分开来。但我国合同法对合同之债的认知与此有所不同,无论《合同法》还是《民法典草案》均未将当事人的过错作为违约责任的连结点,这一模式更接近所谓债的统一性理论,^[154]即债务人的实际履行义务与损害赔偿义务是同一(Identität)的,合同之债是一种不以过错责任为核心,而以“担保责任附带免责可能性”的模式为中心的债务人担保义务(Einstandspflicht)体系。这一理论的规范核心,是将履行责任重新放归到合同给付的承诺中去。此时,债的内容不仅包括实际履行结果之作出,也包括替代式的、以金钱形式作出的对积极利益的满足,即所谓的“认罚金”(Geldkondemnation)。^[155]这一模式事实上并不需要区分所谓第一性与第二性的给付义务,那么法律对于给付关系等价性的保护,似乎也不应在“第一性”义务上画地为牢,而应覆盖到合同之债的全局之上。若作此理解,即便是情事变更下的解除,也

[150] Vgl. Looschelders, Unmöglichkeit—ein Störfried in der Dogmatik des deutschen Leistungsstörungsrechts? In: Remien (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht, 2008, S. 63, 74. Siehe auch Weller (Fn.26), S. 300.

[151] 值得注意的是,这种模式本身也是对普鲁士普通邦法的反思性结论。依普鲁士普通邦法 I 5 § 379, 381 的规定,当事人因情事变化而消灭合同的,该当事人负有赔偿责任。

[152] Vgl. Fikentscher, Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos, 1971, S. 22 ff.; Finkenauer (Fn.121), Rn. 2; Flume (Fn.43), S. 322.

[153] Vgl. Musielak/Hau, Grundkurs BGB, 15. Aufl., 2017, S. 230.

[154] 关于债的统一性理论之详细内容,参见 Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, 1995, S. 84 f.

[155] Vgl. Sutschet, Garantiefhaftung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag, 2005, S. 104.

并未终结全部的合同之债,基于对全局等价性的保障,仍应考虑对被解除一方当事人进行利益的补偿。值得关注的是,晚近德国法理论也出现了交易基础障碍下合同解除后的损害赔偿主张,^[156]这一主张的本质,是在二元体系无法松动的前提下,借助《德国民法典》第 313 条表述上并未明示自身风险分配性质这一点,扩张解释交易基础障碍的适用范围,并类推适用该法第 280 条以下规定,以可归责性为连结点引入第二性的给付义务。这扩张式的推论路径,在价值上也体现了对当事人合同给付进行全局等价性保障的倾向。

无论如何,损害赔偿义务存在与否关乎终局的当事人法律地位,兹事体大,是一个值得严肃考虑的问题。本文的立场倾向于承认这一损害赔偿义务,但在赔偿范围上,仍应遵循《合同法》第 113 条第 1 款(以及《民法典草案》第 584 条)的缔约时“可预见性”限制,在此基础上,基于情事变更规则在等价性保护上的部分衡平特性,法院似乎还可以综合考量缔约过程中的实际情况,尤其是缔约时的利益状态,在请求解除一方当事人可以合理承受的范围内对其课以积极利益的损害赔偿。

四、结 论

第一,历史上曾作为“要素”存在于双务合同概念中的等价性,由于合同概念在当事人意思合致这一连接点下的最终统合和法律秩序对当事人意思中经济性内容的原则性排斥,最终以双务合同中消失。这一以概念法学作为基础所构建的双务合同路径依然延续,故现代法制中的双务合同概念已不存在等价性这一要素。

第二,不能忽视的是,等价性作为要素仍例外地存在于附负担赠与合同和缔约严肃性问题的判断中。这是因为:在前者,合同性质中包含了双方当事人给付的经济价值比对,故两造意思表示中的经济性内容无法被法律秩序排除;在后者,统一合同概念演变过程中以“原因”作为连接点的模式在以意思为主导的法制中仍部分地具有“严肃缔约意思”的要件意义,而对待给付在经济上是否真实严肃存在则是判断这一要件是否满足的关键。

第三,晚近世界范围内在双务合同理论中再度流行的等价性主张,在理论旨趣上已有别于历史上双务合同的概念构建工作。一方面,它着眼于失衡合同给付的矫正,故集中在显失公平(缔约时给付失衡)和情事变更(嗣后给付失衡)制度中展开;另一方面,其理论构建呈现出现代性与审慎性,本质在于强调作为主观等价性的程序公平性和作为客观等价性的实体等价性之共同作用。

第四,在上述语境下,目前在显失公平制度诠释中流行的动态体系化主张误读了比较法上

[156] Vgl. Schollmeyer (Fn.94), S. 41 f., 377 f.

的相关倾向,其本质是忽视了程序公平性和实体等价性在显失公平制度中的共同作用。

第五,情事变更的制度安排也应强调上述共同作用。情事变更制度允许法官基于实体等价性对合同给付进行有节制的衡平,这与共同错误问题所关注的意思自治保障问题并不一致,两者在体系上应予区分。重新协商的安排,在变更方向明确时可依实体等价性演变为获利一方当事人的同意义务,此外则应基于程序公平性尽量弥合当事人间的信息不对称。而基于当事人程序上的武器平等和全局性的等价保护,应考虑合同解除后的履行利益损害赔偿之存在可能性。

Abstract: The bilateral contract involves the synallagmatic relationship of payments, but in theory there are always propositions referring to economic equivalent to be clarified. These propositions imply actually multiple orientations in the context of institutional history and comparative law. In the concept of bilateral contract and its related synallagmatic system, based on the evolution of institution, the equivalence as an essentialia negotii has fallen off. However, in the identification of the favour contract attached burden and the seriousness of contracting, the equivalence can still provide clues for judgement. The contemporary propositions about equivalence are concentrated in the institutions of explicit unfairness and change of circumstances. Such claims do not touch on the concept of the bilateral contract. They are however expressed as naturalia negotii in the bilateral contract, and reflect the modern and prudent characters in the external adjustment of the payment relationship. According to this, there is still necessity for reflection on the dynamic systematized judgement of unfairness; under the institution of change of circumstances, the problem of common mistake should be arranged separately, the content of renegotiation and its enforcement can be set more specifically, and the possibility of the damages in lieu of performance should be considered, after the contract has been terminated.

Key Words: Bilateral Contract; Favour Contract attached Burden; Seriousness of Contracting; Explicit Unfairness; Change of Circumstances

(责任编辑:贺 剑)