

论重大误解的可变更效力

张传奇^{*}

摘要 《民法通则》第59条和《合同法》第54条规定了重大误解的可变更效力。唯对于何谓重大误解的可变更效力,学界甚少论及。通过厘定民法中“变更”一词的基本语义,结合重大误解的评价重心和制度特征,可以逐一排除将可变更效力作单方变更合同的形成权、部分撤销、补正、确认、转换等理解的可能。在此基础上,可将重大误解的可变更效力视作真意解释。

关键词 可变更效力 比例原则 意思表示解释

引言

大陆法系诸国民法典多赋予意思表示错误消除(Beseitigung)法律行为或意思表示的效力,这一消除的形式或表现为无效,或表现为可撤销。如《法国民法典》规定错误的无效效力(第1109、1110条),《德国民法典》规定错误的可撤销效力(第119、142条)。〔1〕我国《民法通则》第59条和《合同法》第54条在规定了重大误解的可撤销效力之外,还规定有可变更效力。比较法上观之,我国这一效力规定虽然有别于多数大陆法系国家,却也并非孤例。譬如《荷兰民法典》(第6章第230条)和欧洲《合同法》原则(Article 4: 105 Adaptation of contract)规定了意思表示错误在一定条件下具有变更合同效力。〔2〕

^{*} 华东政法大学博士后。本文写作受益于和朱庆育、金可可、赵文杰三位先生的讨论。感谢徐涤宇、冉昊、周江洪、薛军、金可可、赵文杰、吴香香等诸位教授对本文提出的建议。

〔1〕 意思表示错误具有可撤销效力,制度史上发育较为晚近。形成这一制度需要满足两个条件:其一,可撤销演变成为一种独立的法律行为效力形式;其二,意思表示错误导致可撤销效力,较之于无效效力,更具有合理性。而上述两项条件在《法国民法典》制定之时均不具备。

〔2〕 另外,通常也认为《奥地利民法典》第872条规定了不重要错误的合同变更效力。Peter Apathy, Bürgerliches Recht, Band I, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Wien/New York 2005, S. 149.

我国学界素来较少讨论重大误解的可变更效力。偶有学者从立法论的角度论及,见解却是全然不同。如李永军先生赞同我国法关于重大误解可变更效力的规定,其理由是:“自罗马法以来,在合同(法律行为)问题上,一直坚持‘宁可使之有效而不使之无效’的原则”。〔3〕但有学者则反对现行法规定重大误解的可变更效力,认为这一规定无异于“强迫另一方接受一个新的合同产生,与合同自由和自愿原则相矛盾”,且“有时违背公平的原则,不利于保护无过错相对人的合法权益”。〔4〕

和学界的冷漠相呼应的是,立法工作组织者和最高法院的法官们在对《合同法》第54条进行解释时也尽量避免提及可变更效力。〔5〕但另一方面,在司法实践中当事人以重大误解为由主张变更合同的情形却并不鲜见。如马翠翠等诉唐山中冶万城房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案〔6〕中被告反诉提出对商品房买卖合同存在重大误解,“请求法院对商品房买卖合同第8条交房时间进行变更”。有鉴于学理上的漠视和实践需求之间的反差,实有必要对我国重大误解可变更效力的规定予以进一步厘清。

由于传统民法原无可变更法律行为的类型,加之我国学界少有阐发且颇存歧见,因此本文参照法律关系的变更对“可变更的法律行为”中的“变更”语义加以分析,试图确定可变更效力的基本语义。在基本语义确定之后,需要厘清“法律行为的变更”和“法律关系的变更”二者之间的关系。换言之,即探讨重大误解的可变更效力中的“变更”和“合同变更”所指是否不同。如将重大误解的可变更效力理解为合同变更存在障碍,文章需要进一步检索是否存在它种解释的可能?重大误解的可变更效力应作何种解释为宜?需要说明的是,下文的讨论围绕合同这一双方法律行为展开,不特别考虑单方法律行为以及多方法律行为的情形。

一、“可变更法律行为”中“变更”的语义

(一)“变更”的语义

传统民法就法律行为的效力仅列出有效、无效、可撤销和效力待定四种,并不包含法律行为的可变更效力这一类型。尽管如此,传统民法对“变更”一词并不陌生,学说讨论“法律关系的变更”尤为深入。虽然我们尚不能确定“法律关系的变更”和“可变更的法律行为”是否同一语,但并不妨碍先从“法律关系的变更”中抽取“变更”一词的语义作为一个基本的假定。

法律关系中所谓的“变更”(Veränderung)系指该法律关系在保持同一性(Identität)的前

〔3〕 李永军:《民法总论》,中国政法大学出版社2008年版,页220。类似主张,如“变更权的规定,使权利人取得了调整当事人间利益关系的可能,符合鼓励交易的原则,并缓和了撤销权的僵硬,无疑为妥当的制度设计”。王利明主编:《民法》,中国人民大学出版社2008年版,页144(该部分为王轶先生所撰)。

〔4〕 马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社2010年版,页210。类似观点,参见崔建远主编:《合同法》,法律出版社2010年版,页115。

〔5〕 参见胡康生主编:《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社2013年版,页107—110;李国光主编:《中国合同法条文解释》,新华出版社1999年版,页116—119。

〔6〕 (2014)丰民初字第1758号判决,法宝引证码:CLLC.3121579。

提下其个别组成部分的变化。^{〔7〕} 由于民法奉行权利本位,故又多称之为权利变更。^{〔8〕} 这一定义包含两个要素,其一是组成部分的变化,其二是虽然发生变化但依旧保持同一性。其中组成部分的变化既可因法律行为引发,也可因法律行为之外的因素引发。至于法律关系变更而保持同一性的著例如债的变更(Schuldänderung),而债务更新(Novation)则导致债的同一性的变化。^{〔9〕}

至此,我们或可以得出民法中“变更”一词的基本语义,即保持某一特定对象同一性的前提下其中非必要要素的变动。换言之,旧的对象发生变化,但不至于产生新的对象。由于这一语义系从法律关系的变更中得出,我们需要进一步探究这一基本语义是否适用于“可变更的法律行为”一语中的“变更”。

(二)“可变更的法律行为”中“变更”一词的语义

为了厘定“法律行为的变更”中“变更”一词的意义,我们同样需要从“变化”和“同一性”两个角度予以考察。但由于“变化”一般较为明显而少有争议,所以重点考察的即为“同一性”。

针对我国《民法通则》和《合同法》中规定的可变更法律行为,张俊浩教授认为可以将变更分拆为“撤销”+“另行形成意思表示”。^{〔10〕}这一观点在较为早期的民法教科书中颇有代表性。如佟柔教授主编的《中国民法》一书将变更解释为“一个撤销行为和一个新的民事法律行为的结合”。^{〔11〕}无独有偶,德国《终止保护法》(Kündigungsschutzgesetz)第2条中也规定有“变更性终止”(Änderungskündigung)。该条所谓的“变更性终止”系指用工者在终止劳动关系后,向劳动者新提出一份变更了劳动条件的要约,这一意义与张俊浩教授的解释极为近似。由此,张俊浩教授的上述解释或可形象化为“变更性撤销”(Änderungsanfechtung)。

但上述解释已经大大跳脱了“变更”一词的本义,在上述意义下的“变更的法律行为或意思表示”已经不再是原来意义上的法律行为或意思表示了,而是产生了新的法律行为或意思表示。且这一解释和我国《民通意见》第73条第1句和《合同法》第54条第3款的规定明显相悖。近有学者认为,上述解释使得《合同法》第54条第3款之规定变得不可理

〔7〕 Ernst Wolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1982, S. 269.

〔8〕 Andreas von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Band 1. Hälfte, München/Leipzig 1914, S. 96. 参见芮沐:《民事法律行为理论之全部》,中国政法大学出版社2003年版,页58。

〔9〕 Arwed Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht, 4. Aufl., Berlin/Frankfurt a. M. 1969, S. 116. 古罗马法原则上无债的变更,而仅有债的更新。但例外于诚信契约可存在变更。Ludwig Enneccerus/Heinrich Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958, S. 185. Jan Dirk Harke, Allgemeines Schuldrecht, Berlin/Heidelberg 2010, S. 87.

〔10〕 张俊浩主编:《民法学原理》(修订第3版)(上册),中国政法大学出版社2000年版,页285(该部分为张俊浩先生所撰)。

〔11〕 佟柔主编:《中国民法》,法律出版社1990年版,页185(该部分为马俊驹先生所撰)。类似主张如:“这实际上是撤销原有的法律行为,在其基础上成立一个新的法律行为。”彭万林主编:《民法学》,中国政法大学出版社2011年版,页114(该部分为徐国栋先生所撰)。

解。^[12] 此解诚属的见。《民通意见》第 73 条第 1 句规定：“对于重大误解或者显失公平的民事行为，当事人请求变更的，人民法院应当予以变更；当事人请求撤销的，人民法院可以酌情予以变更或者撤销。”《合同法》第 54 条第 3 款也有类似规定：“当事人请求变更的，人民法院或者仲裁机构不得撤销。”这两则条文明确肯认了“变更”和“撤销”之间的区分，我们恰可从中导出我国语境下“可变更的法律行为”中“变更”一词也强调“同一性”的意义。是以前文对“变更”语义作出的基本假定也适用于“可变更的法律行为”。换言之，“可变更的法律行为”并不消灭原法律行为而生成新的法律行为。

二、合同之债的变更？

在确定了“可变更的法律行为”中“变更”一词的基本语义之后，我们尚需进一步追问：重大误解的可变更效力是否即为法律关系的变更。如下的讨论主要围绕合同领域展开，所以问题即为重大误解的可变更效力是否为合同之债的变更，更确切地说，是否属合同内容的变更（此处不涉及主体变更）。^[13]

（一）多数说

将可变更效力理解为合同之债的变更，于我国大多数学者而言是为当然。诸如前文提及的马俊驹教授便作这一理解。韩世远教授也将《合同法》第 54 条第 1 款第 1 项重大误解导致的可变更效力列为合同变更的类型之一，唯强调这一类型非属合同变更权。^[14] 崔建远教授、^[15] 王利明教授、^[16] 朱庆育教授^[17] 也是在合同变更的意义上理解重大误解的可变更效力。由于多数学者当然地将法律行为可变更效力中的“变更”理解为法律关系的变更（或合同变更），故而也欠缺作如是理解的说明。

我国多数学者对可变更效力作如此理解并非无由。笔者认为，导致作这一理解的理由有四点。其一，将重大误解的可变更效力理解为合同变更，可顺利和传统民法对接。传统民法尽管未规定法律行为的可变更效力，却有法律关系变更的规定，诸如《德国民法典》第 311 条（债务关系内容的变更 *Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses*）、第 877 条（土地权利内容

[12] 朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社 2013 年版，页 317。

[13] 意思表示错误除涉及意思表示之内容和客体之外，尚涉及意思表示之主体。是以在罗马法上“错误”的类型之一即为“人的错误”（*error in persona*）。我国《民通意见》第 71 条关于重大误解的定义性规定中列有关于“对方当事人”的重大误解，这在外延上较“人的错误”为窄。这一“人的错误”如涉及对方当事人，通常难有“变更”的可能，因不可能径自将合同的当事人变更为合同以外的人。唯在对方当事人为多人时，可能存在将多个当事人减少为一个或数个当事人的情形。此时最可能涉及部分撤销的问题，而与变更无关。而对于当事人以外的第三人的重大误解，似不能排除存在变更的可能。要论及这一问题，进一步牵扯对重大误解的定义，且也难谓是合同主体的变更。鉴于以上理由，下文对主体变更置之不论。

[14] 韩世远：《合同法总论》（第三版），法律出版社 2011 年版，页 453。

[15] 崔建远，见前注[5]，页 206。

[16] 王利明：《合同法研究》（第 2 卷），中国人民大学出版社 2003 年版，页 203。

[17] 朱庆育，见前注[13]，页 317。

之变更 *Änderungen des Inhalts eines Rechts an einem Grundstück*)等。其二,作这样的理解也不致于背离“变更”一词的本义。其三,这一解释兼具历史合理性。其四,解释为法律关系的变更尚有一定的体系合理性。前两点理由不难理解,下文仅就其历史合理性和体系合理性作进一步说明。

考诸新中国民法制定史,我们或能发现《民法通则》以及《合同法》规定重大误解可变更效力的端倪。我国上世纪50年代起草的民法典草案仿照当时苏俄民法典,均规定重大误解导致法律行为无效。^[18]当时草案多将“重大误解”的条文放在“法律行为”的标题下。自上世纪80年代后两稿民法典草案(《中华人民共和国民法草案(第三稿)》(1981年7月31日)第156条、《中华人民共和国民法草案(第四稿)》(1982年5月1日)第155条)开始,由于草案没有设置“法律行为”一章,关于“重大误解”的规定被移至“合同通则”一章下“合同的变更和解除”部分。进而,这两稿也不再像以前一样重申重大误解的无效效力,而是均规定“误解的一方或者双方有权提出解除合同”。这一编排体例的变动可能为后来《民法通则》直接规定重大误解的可变更效力埋下伏笔。上世纪50年代的民法典草案均有重大误解导致部分无效的规定,^[19]而在上世纪80年代的民法典草案中并无重大误解“部分解除”的规定。^[20]两相对照,规定重大误解导致合同变更的主张几乎可以呼之欲出。在1985年出版的民法教科书中,将变更和解除等同对待进而赋予“重大误解”的可变更效力的倾向已经表述的非常明显:“因重大误解而订立的合同,误解的一方或者双方有权提出解除合同。这也是合同的变更和解除的重要条件之一。”^[21]结合这一背景,如果在上世纪80年代的民法典草案中出现重大误解可变更效力的规定,我们大概不会惊讶。这样一来,尽管规定重大误解的可变更效力的初衷很大可能是为解决“部分解除”的问题,但在上述民法典草案的体例下自然很轻易地将可变更的效力和合同变更作同一理解。

1986年《民法通则》于编排体例和上列上世纪80年代的民法典草案有别,再度恢复设立了民事法律行为的章节,并首次规定重大误解的可变更的效力。由于《民法通则》(包括后来的《合同法》)将重大误解和显失公平并列规定,所以人们很自然地将重大误解的可变更效力与显失公平下的变更作同一理解。显失公平下的变更作“法律关系的变更”解并无滞碍,这与重大误解的可变更效力不同。^[22]

(二)单方变更合同的类型

如前所述,我国多数学者将重大误解的可变更效力中的“变更”理解为合同变更。根据《民

[18] 中华人民共和国民法总则草稿(1955年10月5日)第44条、债编通则第一次草稿(1955年10月24日)第22条、中华人民共和国民法典(第二次草稿)总则编(1955年10月24日)第41条、债的通则第二次稿(另案)(1957年1月9日)第68条、总则编(第三次草稿)(1956年12月17日)法律行为(另案)(六)、中华人民共和国民法典总则编(第四次草稿)(1957年1月15日)第四章法律行为(另案)(六)。

[19] 关于重大误解的可变更效力可否解释为部分无效,请参后文。

[20] 当时的草案虽有部分无效的规定,但位于“合同的订立”部分。

[21] 陶希晋主编:《民法简论》,河北人民出版社1985年版,页134。

[22] 笔者认为重大误解的可变更效力和显失公平的变更效力意义不同,这在后文将进一步论及。

法通则》第 59 条和《合同法》第 54 条的明文,当事人一方即有权请求人民法院或仲裁机关变更法律行为。虽法律条文并未明白确定享有此项权利者是否仅限于重大误解人,但通说在此遵行限缩解释,认为唯有重大误解人可得请求撤销或变更。^[23] 虽这一撤销或变更尚需“依诉”(包括求诸仲裁机关)行使,但在传统学说看来,这并不妨碍认定撤销权和变更权属于重大误解人的形成权。^[24] 是以,确切言之,上述我国多数学者的观点即为:我国《合同法》第 54 条赋予了重大误解人单方变更合同的法定形成权。^[25] 为判断这一理解是否妥适,我们不妨集合民法上可得单方变更合同的情形作统一的观察,从中抽象其共同特征,以便进一步审视这些共同点是否适用于重大误解的可变更效力。

传统民法中单方变更合同之法定形成权,以《德国民法典》为例,撮其要者有:违约金的酌减(Herabsetzung der Vertragsstrafe, § 343 BGB)、减价(Minderung, § 441 BGB)。除此之外,行为基础改变时的合同调适(Vertragsanpassung, § 313 I BGB)以及暴利行为下的变更(adaption^[26]或减轻给付^[27],《德国民法典》第 138 条第 2 款未规定变更效力)也值得一并参照。下面逐一加以说明。

和我国法上重大误解可变更效力的规定最为近似者,要属传统民法中的违约金酌减,因二者均需要“依诉”方得行使。《德国民法典》第 343 条规定了这一制度,我国《合同法》第 114 条第 2 款后半句也有所规定。违约金的酌减系对给付内容的变动,为法官干涉合同的极少例外之一。^[28] 虽《德国民法典》第 343 条第 1 款条文中“有应债务人的申请”(auf Antrag des

[23] 参见张俊浩,见前注[11],页 284;朱庆育,见前注[13],页 309—310;王利明:《合同法研究》(第一卷),中国人民大学出版社 2002 年版,页 713;马俊驹、余延满,见前注[5],页 208;张淳:“论我国民法错误制度的重构”,《江海学刊》2003 年第 6 期;谢怀栻:《民法总则讲要》,北京大学出版社 2007 年版,页 143;彭万林,见前注[12],页 114。有少数学者主张重大误解下撤销权的主体为合同双方当事人;还有学者扩张解释认为除了当事人之外,利害关系人也可作为撤销权的主体。持前一观点,如李国光,见前注[6],页 117;王家福、谢怀栻、陈汉章、苏庆、梁慧星、王晓晔、袁长春:《民法基本知识》,人民日报出版社 1987 年版,页 123。持后一观点,如佟柔主编:《民法原理》,法律出版社 1986 年版,页 110;江平、张佩霖编著:《民法教程》,中国政法大学出版社 1986 年版,页 84。

[24] “依诉”行使的形成权,通常称之为“形成诉权”(Gestaltungsklagerecht)。对于形成诉权是否属于形成权,学说史上存在争议。但通说承认形成诉权也为实体性形成权的一种类型。Emil Seckel, Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts, Sonderausgabe, Darmstadt 1954, S. 45ff. Eduard Bötticher, Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungsklagerecht, in: Ernst von Caemmerer/Arthur Nikisch/Konrad Zweigert (Hg.), Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für Hans Dölle, Bd. I, Tübingen 1963, S. 54ff.

[25] 《民法通则》第 59 条的规定不限于适用合同,但鉴于合同作为法律行为的最常见类型,下文限于讨论合同变更。

[26] DCFR Art. II—7: 207 Unfair exploitation.

[27] 我国台湾地区现行“民法”第 74 条规定暴利行为的情形,利害关系人得申请法院减轻给付。

[28] Dieter Medicus/Stephan Lorenz, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 18. Aufl., München 2008, Rn. 549.

Schuldners)的字眼,但通说仍坚持认为,违约金之酌减为一项形成诉权。^[29]

和违约金的酌减不同的是,瑕疵担保责任中的减价变更了原支付价金的数额却并不需要“依诉”行使。尽管在德国债法改革之前,德国学说就减价是否为形成权存在很大争议。德国债法改革之后,新法删除了旧法第462条“请求减价”(Herabsetzung des Kaufpreises verlangen)的字眼以及第465条关于出卖人同意减价的要件,于第441条作统一的规定。相应于此,现在德国通说认为减价权和解除权一样同属于形成权。^[30]

《德国民法典》第313条第1款规定了合同的行为基础发生变化时,得请求调适(Anpassung)^[31]该合同。所谓调适,非如违约金之酌减和减价仅限于减轻给付,增高对待给付也属应有之意。^[32]对于调适究竟是何性质,学说史上一度聚讼纷纭:德国债法改革之前,判例认为调适是依法自行发生效力的(ipso iure),无需当事人主张。^[33]现在根据《德国民法典》第313条第1款中“可请求调适合同”(kann Anpassung des Vertrags verlangt werden)的用语,虽当事人之间可以协商调适合同,但鉴于权利人也可直接向法院提起形成之诉,故不妨认定调适合同的权利可属形成权。^[34]

至于暴利行为^[35]的法律效力,从法政策到法解释上,均争论不休。《德国民法典》第138条第2款规定暴利行为无效,但《瑞士债法典》第21条第1款却规定为可撤销。仿照瑞士立法例,我国台湾地区现行“民法”第74条也规定了可撤销的效力,但额外又赋予“减轻给付”的效力。该条立法理由谓:“为保护利害关系人之利益计,应许其得为声请撤销,或减轻其数额,法院亦应依据其声请撤销此法律行为,或减轻其给付,以期事理之平。”由于“减轻给付”和撤销并

[29] Staudinger/Rieble (2009), § 343, Rn. 50f. 至于我国《合同法》规定的违约金酌减(包括酌增)是否也可作同一解释,此处不论。

[30] Hans Brox/Wolf - Dietrich Walker, Besonderes Schuldrecht, 34. Aufl., München 2010, § 4, Rn. 73f. Palandt/Weidenkaff, 70. Aufl., München 2011, § 441, Rn. 4.

[31] 于“Anpassung”一词,译名颇多:有译为“改订”(《德国民法典》,陈卫佐译,法律出版社2010年版,页118),有译作“调整”(朱岩:《德国新债法条文及其官方解释》,法律出版社2003年版,页138),有译为“调适”(彭凤至:《情事变更原则之研究——中、德立法、裁判、学说之比较》,五南图书出版公司1986年版,页55)。笔者以为“调适”这一译名最贴切传神。

[32] Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987, S. 330. Jauernig/Stadler, 15. Aufl., 2014, § 313, Rn. 28.

[33] Dieter Medicus, Bürgerliches Recht, 21. Aufl., Köln/Berlin/München 2007, Rn. 168. Felix Christopher Hey, Die Kodifizierung der Grundsätze über die Geschäftsgrundlage durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: Kontinuität im Wandel der Rechtsordnung, Beiträge für Claus-Wilhelm Canaris zum 65. Geburtstag, München 2002, S. 32.

[34] Jan Dirk Harke, a. a. O., S. 101. Felix Christopher Hey, a. a. O., S. 35.后者似乎更倾向主张调适合同是一项抗辩权(Einrede)。Felix Christopher Hey, a. a. O., S. 34.

[35] 对于“暴利行为”的称谓,姚瑞光先生认为不妥,建议采“乘机图利行为”的名称。姚瑞光:《民法总则论》,中国政法大学出版社2011年版,页182。

列,学说和司法实践一概认为该条系形成之诉的规定。^[36]

我们接下来需要进一步观察,在上面列出的四种单方变更合同背后的理由各自是什么,相互之间是否存在共通之处。首先,就违约金之酌减而言,其规范目的端在保护债务人;^[37]而法院干涉的前提是有效约定的违约金“过高”(unverhältnismäßig hoch, § 343 I BGB)。其次,在减价情形下,也是因为原来的价格和价值之间的平衡关系被打破,是以价格也应重新降到合乎比例的程度,即“于合同订立时无瑕疵之物的价值和实际价值之间的比例”(§ 441 III BGB)。复次,行为基础丧失导致可得调适合同的一项要件是,坚守原合同给付将导致不合理的期待。易言之,依照原合同为给付将使得给付和对待给付之间不成比例,有违契约正义。最后,虽然各国对暴利行为的效力存在不同规定,但无一例外的是:中外民事暴利制度均以给付和对待给付之间的重大失衡(auffälliges Missverhältnis)为要件。^[38]我们对上述四种类型的单方变更合同情形作统一的观察,可以发现其共通之处有二:其一,上述情形均背离了契约应当信守的原则(《合同法》第8条、§ 311 I BGB),^[39]因根据这一原则仅得双方当事人合意才能变更合同,而不得由单方当事人一任己意加以变更,这是承认合同效力的当然。其二,既然上述情形背离了合同必须信守的原则,需要另外具备坚强的理由方可。通过上文的简要分析,可以发现每一种情形皆满足了给付内容失衡的情况,即如果继续信守原来的合同内容将违背比例原则(Verhältnismäßigkeitsprinzip)。虽然合同系当事人的自我决定并因而本身就具有正当性(richtig),^[40]但仍应受到比例原则的限制。^[41]是以,尽管上述四种单方变更合同的类型背离了合同必须信守的原则,但由于给付内容存在失衡,单方变更合乎比例原则,因而具有正当性。

(三)理解为单方变更合同的障碍

尽管单方变更合同违背契约必须信守的原则(《民法通则》第57条、《合同法》第8条),但它可能具有其正当性,因即便意思自治也需要遵循比例原则。虽然如此,将重大误解的可变更

[36] 王泽鉴:《民法总论》,北京大学出版社2009年版,页241。于该条规定的暴利行为效力,学说意见不一:批评者如梅仲协(梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,页120,脚注2),赞同者如胡长清(胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,页204,脚注1)。

[37] MüKo/Gottwald, 5. Aufl., 2007, § 343, Rn. 1f.

[38] 我国《合同法》第54条、《民法通则》第59条也明文规定“显失公平”,我国台湾地区“民法”第74条也标明这一要件,《德国民法典》第138条用到给付和对待给付之间的“重大失衡”的表述。

[39] 以违约金的酌减为例,一般认为违约金之酌减规则和意思自治原则扞格不入,实乃《德国民法典》的异质体(Fremdkörper)。Staudinger/Rieble (2009), § 343, Rn. 12ff. 但也有学者持反对意见。MüKo/Gottwald, 5. Aufl., 2007, § 343, Rn. 1.

[40] Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg/u. a. 1992, S. 7f.

[41] 比例原则并非一项具体的法律制度,而是宪法层面一般性的原则,民法典中关于暴利行为、违约金的酌减、紧急避险等均系其具体体现。Franz Wieacker, Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung, in: Dieter Simon (Hg.), Ausgewählte Schriften, Bd. 2, Frankfurt am Main 1983, S. 228.

效力中的“变更”一词作单方变更合同解却存在障碍,于理不合。

《合同法》和《民法通则》对“重大误解”均未加定义,学界对此主要有两种见解。主流学说认为,所谓误解“既包括表意人方面的错误,也包括接受意思表示的人(受意人)的误解”。^[42]另一种观点将“误解”的意义完全等同于传统民法学中的“错误”,认为这一概念:“相当于德国、日本民法和我国台湾地区‘民法’所规定的“错误”,是指表意人所表示出来的意思与其真实意思不一致”。^[43]唯无论采何种观点,两种主张皆应承认的是:重大误解着眼于当事人(或为表意人或为意思表示受领人)的主观所想和客观现实之间的关系,原则上并不关心给付内容失衡的问题。

虽然《民通意见》第71条对重大误解的解释性条文中出现有“造成较大损失的”的表述,然因这一规定对于撤销和变更一体适用,且该语句仅仅是从重大误解人的角度而言,很难从中解读出侧重于评价给付内容失衡的问题。如前所述,恰因给付内容存在重大失衡,变更给付内容尚显合乎事理。而在重大误解的情形,观察的角度(或评价的内容)既然不关心给付内容失衡的问题,此时如果赋予重大误解人以单方变更给付内容的权利显然没有道理。

或许在发生重大误解的情形也同时存在给付内容重大失衡的现象,所以在一些判决中当事人既主张重大误解,又同时主张显失公平。那么,我们是否可以将重大误解的可变更效力作如下的限缩解释,即将重大误解的可变更效力仅限于适用于给付内容存在重大失衡的情形呢?对此,在解释论上应予以否定。如果在重大误解下的变更完全以重大误解人的真意为准,则显然对相对人不利。如果这一标准不可行,换之以诚信为原则的客观标准呢?此举虽然不致于对相对人太过不利,但另一方面不啻于一般性地在我国法上肯认了类暴利行为(wucherähnliche Rechtsgeschäfte)制度。^[44]因此,在此类案件中,如果当事人希望变更,且满足显失公平要件的话,不妨援引显失公平;如果援引重大误解,则不应判以变更合同。总之,于重大误解的情形准以变更合同,不仅使得这项制度定位不准(一考虑意思和表示之间的关系,一考虑给付内容的失衡),夹杂多重功能,也终将和其它制度纠缠不清,难免招致叠床架屋之讥。

[42] 参见张俊浩主编:《民法》,国际文化出版公司1988年版,页97(该部分为张俊浩教授所撰)。持这一见解的学者颇多。梁慧星:《民法总论》(第四版),法律出版社2011年版,页180;彭万林,见前注[12],页112;李永军,见前注[4],页213;韩世远,见前注[15],页196;龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社2001年版,页559;陈华彬:《民法总论》,中国法制出版社2011年版,页396;崔建远等:《民法总论》,清华大学出版社2010年版,页46(该部分由韩世远教授撰写);徐国栋:《民法总论》,高等教育出版社2007年版,页363。

[43] 崔建远主编:《合同法》,法律出版社2010年版,页112(该部分由崔建远教授撰写)。持类似主张的学者有:马俊驹、余延满:见前注[5],页195;邵建东:“论可撤销之法律行为——中德民法比较研究”,《法律科学》1994年第5期;朱庆育,见前注[13],页261。

[44] 《民通意见》第72条尚要求显失公平另外具备“利用优势或者利用对方没有经验”的要件。由于重大误解的情形未必满足上述要件,如果我们在此认同重大误解的可变更效力限于给付内容重大失衡的情形,那么和《民通意见》第72条在评价上难免矛盾,因为条文原来意在限缩显失公平的适用范围。

三、其它解释可能

既然将重大误解的可变更效力解释为单方变更合同的形成效力说不通,那么是否存在其它的解释可能呢?下文通过比对《德国民法典》规定的相关制度,^[45]一一检索可能的解释。

(一)意思表示的变更

既然不可将重大误解的可变更效力中“变更”一词理解为变更合同,那么是否可以将它理解为重大误解人变更其意思表示呢?要回答这一问题,应需探究“意思表示的变更”的意义。究竟“意思表示的变更”是表示本身的变更,还是负载意思表示内容的符号语义产生的变更呢?如果是后者,或可将意思表示的变更作真意解释来理解,这点在后文进一步论及。

如果作前者来理解,于我国现行法有所不合。如果表意人在相对人作出承诺之前发现重大误解,其自然可以根据《合同法》第18条的规定“撤销”其意思表示,而另外新作一份意思表示。此时,自然没有变更意思表示的必要。而如果在相对人作出承诺之后发现存在重大误解,该意思表示已经连同相对人的承诺形成了合同,具有实质性的拘束力。值得注意的是,此时所谓变更意思表示已然演变为变更合同之问题,这一问题的解决已如前述。

(二)部分撤销

重大误解的可变更效力可以理解为部分撤销么?如前所述,我国制定法的历史似乎较为支持这一观点。从我国上世纪80年代的两个民法典草案的内容来看,规定重大误解的可变更效力很可能是为解决“部分解除”的问题。奥地利学者克拉默(Kramer)似乎也倾向于将两者作同一理解。^[46]

但作部分撤销解,却非无问题。其一,部分无效或部分撤销仅限于除去无效或可撤销的部分,而并不能在此之外代之以新的内容。^[47]因此,部分撤销与变更在语义和效果上均存在不同。其二,我国《合同法》(第56条第2句)和《民法通则》(第60条)均规定了部分无效,结合

[45] 前文列明了承认意思表示错误具有可变更效力的几种立法例。在此没有比对这些立法例,而是选择比对德国的规定非无理由。一是因为《奥地利民法典》中的“意思表示错误”立法例迥异于德国等国家,我国学说受德国影响较深,学界于重大误解的解释上几无比照奥地利模式者。因重大误解解释模式之迁变牵动法律行为理论之全部,似不宜猝然照搬奥地利模式。二是1992年《荷兰民法典》受德国影响较大,所涉意思表示错误可变更的规定意在缓解无效效力的僵硬,难谓有统一的意思表示错误可变更的理论。欧洲《合同法》原则与《荷兰民法典》颇为类似。笔者在下文依然选择比照《德国民法典》所规定的类似制度,因即便新的《荷兰民法典》其制度也深受《德国民法典》的影响。

[46] 克拉默将部分撤销(partial avoidance)列作合同变更(modifications of the contract)的情形之一。Ernst A. Kramer/Thomas Probst, *Defects in the contracting process*, in: von Mehren (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. VII, Part 2, Mohr Siebeck 2008, p. 49.但是,克拉默在其专著中却并未如此处理。Vgl. Ernst A. Kramer, *Der Irrtum beim Vertragsschluss, Eine weltweite rechtsvergleichende Bestandsaufnahme*, Zurich 1998, S. 124f.

[47] Werner Flume, a. a. O., S. 582.

《合同法》第56条第1句以及《民法通则》第59条第2款的规定,自不难得我国也承认部分撤销。在此情形下,如果将重大误解的可变更效力作部分撤销解释,那么关于可变更效力的规定便不免沦为具文。以此两点,可知将重大误解的可变更效力理解为部分撤销也不妥当。

(三)补正和确认

“补正”(Heilung)一词的语义长期以来并不很确定。早在《德国民法典》制定之前,有学者用“补正”来指称“转换”(convalescenz)。^[48]《德国民法典》制定期间“补正”一词的意义涵盖了“期间经过”(Zeitablauf)、“放弃”(Verzicht)、“确认”(Bestätigung)等。^[49]但是,《德国民法典》最终并没有确立一般意义上的“补正”概念。

现行《德国民法典》通常仅限在“形式瑕疵的补正”(Heilung von Formfehlern)意义上使用“补正”一词,^[50]诸如该法第518条第2款、第766条均用到“补正”(geheilt)。就“补正”一词的语义而言,和重大误解的可变更效力相去甚远,故也可排除作这一理解的可能。

我国现行法并不存在类似《德国民法典》第141条以及第144条关于无效、可撤销法律行为确认的一般规定。由于制定《德国民法典》之时法律行为无效学说的局限性,^[51]法律行为无效的效果被视为不存在,所以针对无效法律行为的确认即被视为是重新作出一个新的法律行为。而由于可撤销的法律行为在撤销之前仍然存在,是以可撤销法律行为的确认即不存在重新作出法律行为的问题。这与已经撤销的法律行为有所不同,根据《德国民法典》第142条第1款之规定,后者应适用《德国民法典》第141条关于无效法律行为确认之规定,应无疑问。

由于针对可撤销法律行为的确认并非如无效法律行为的确认一样,需要重新作出新的法律行为,因此原法律行为保持其同一性。在这一意义上,对可撤销法律行为的确认和我国法上重大误解的可变更效力并无不同。无论是将针对可撤销法律行为的确认作“抛弃撤销权”(Verzicht auf das Anfechtungsrecht)抑或“抛弃撤销的法律可能性”(Verzicht auf die rechtliche Möglichkeit, ein Rechtsgeschäft wegen anhaftender Mängel anzufechten)来理解,^[52]还是认为系撤销权人“积极决定使得可撤销法律行为发生效力”,^[53]此处的结果是撤销权

[48] Bernhard Gottlob Schmidt, Vorlesungen über das in den Königreiche Sachsen geltende Privatrecht, Bd. 1, Leipzig 1869, S. 106.

[49] Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert (Hg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Allgemeiner Teil, 1. Teilband, Berlin/New York 1985, S. 742ff., 747ff.

[50] Dirk Looschelders, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Köln 2010, Rn. 137f.

[51] Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert, a. a. O., S. 742; Markus Müller, Die Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte nach § 141 BGB, Berlin 1989, S. 72ff.; HKK/Dorn, 2003, § § 139-141, Rn. 47. Werner Flume, a. a. O., S. 547f., 551; Hans - Martin Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, zum Verhältnis von Privatautonomie und objektivem Recht, Göttingen 1966, S. 9ff.

[52] 前者系当前德国通说。Staudinger/Roth (2010), § 144, Rn. 2.

[53] Werner Flume, a. a. O., S. 568f.

人不行使撤销权。这一点与重大误解的可变更效力也颇为近似,因为根据《民通意见》第73条第1句和《合同法》第54条第3款的规定,当事人主张变更后法院不得判以撤销。易言之,此时重大误解人也不得行使撤销权。尽管如此,于重大误解的可变更效力和可撤销法律行为的确认之间存在一项重要区别:即重大误解人以存在重大误解为由主张变更,而确认人则不论导致法律行为可撤销的原因。因此之故,重大误解的可变更效力也不得解释为是对可撤销法律行为的确认。

(四)转换

《德国民法典》第140条规定有转换制度。因为法律行为转换制度的发育比较晚近,^[54]大陆法系诸国民法典中唯受《德国民法典》影响者才规定了这一制度,法国、瑞士、奥地利均未规定转换。^[55]德国民法学对转换制度意见比较分歧。一派观点强调转换乃“转变”(Umwandlung),具有型构的功能;另一派观点则强调转换为“转义”(Umdeutung),属意思表示解释规则。^[56]这两种不同观点对于判断转换是否导致法律行为是否存在同一性有所不同。但在这里,我们并不需要深入讨论上述两种观点之优劣以及取舍。由于《德国民法典》第140条明文限定转换仅适用于无效的法律行为,并不适用于可变更、可撤销的法律行为,^[57]这于持上述任何一种观点者均无不同。而罹于重大误解的法律行为于撤销之前尚属有效,也无转换的必要。要言之,将重大误解的可变更效力作转换理解也不合适。

那么,对于已经撤销的法律行为是否适用转换呢?这一问题虽和上段所论是否可将重大误解的可变更效力作转换理解无干,却和《德国民法典》关于撤销的效力规定相关。德国学者对此问题存有争议,颇值议论。

《德国民法典》第142条第1款规定了错误表意人撤销其意思表示的法律效果,使得该法律行为自始无效。易言之,《德国民法典》并不认可意思表示错误的可变更效力。学者通常借助“撤销只破不变”(Anfechtung nur kassiert, nicht reformiert)的语句来表达这层意思。^[58]这一表述起初源自泽波尔(Siber)于1929年发表的一篇文章,这句话仅仅从解释论角度而言,并不涉及应然层面该如何规定。^[59]上述语句非常准确地描述了彼时法律行为无效学说下对《德国民法典》第142条第1款的基本认识。该语句中“kassieren”(破、灭)一词指向撤销之后的法律效果,即和法律行为无效的效果一样——仿佛法律行为未作出一般。既然撤销之后

[54] Werner Flume, a. a. O., S. 590.

[55] HKK/Dorn, a. a. O., Rn. 23.

[56] HKK/Dorn, a. a. O., Rn. 30ff. 我国台湾地区姚瑞光先生持后一见解。姚瑞光,见前注[36],页303。

[57] Staudinger/Roth (2010), § 140, Rn. 15; Jauernig/Mansel, 15. Aufl., 2014, § 140, Rn. 2; MüKo/Busche (2006), § 140, Rn. 12.

[58] Werner Flume, a. a. O., S. 421; Hans Brox/Wolf – Dietrich Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 34. Aufl., München 2010, Rn. 438.

[59] Heinrich Siber, Auslegung und Anfechtung der Verfügungen von Todes wegen, in: Otto Schreiber (Hg.), Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. 3, Berlin 1929, S. 378.

的法律行为从未存在,那么自事理而言也无从对它进行变更,毋宁只有新设一法律行为方可,这便是“reformiert nicht”(不改变)的所指。有学者以此为据,主张即便是已经撤销的法律行为也不可转换,否则无异于赋予变更效力。^[60] 依照德国现行法的规定,这一意见原应赞同。^[61] 但是,鉴于现今学说对无效的概念已作新的理解,并不继续视之为法律行为未作出,^[62] 因此有待进一步探究的是:撤销效力是否也可作新的解释,抑或在应然法层面当加以新的构建? 另外,值得指出的是,我们并不能借用德国现行法的这一说明来解释我国现行法关于重大误解的可变更效力,也不能借此来否定我国现行法的这一规定。因为很显然,我国法上重大误解的可变更效力并不如同撤销,旨在消灭(kassieren)该法律行为。无论是在变更前或变更后,该法律行为一直存续。既然该法律行为依旧存续,逻辑上便存在变更的可能,而《德国民法典》并未规定这一情形。

四、意义变更和真意解释——一种可能的解释

如前所述,将重大误解的可变更效力解释为单方变更合同的形成权、部分撤销、补正、确认或转换均会遇到或多或少的障碍,那么重大误解的可变更效力究竟应如何作解呢? 上文已经提及,此处的可变更或可作意思表示的意义变更来解释。如果要重大误解的可变更效力作这一解释,我们首先需要讨论的是,作如是理解是否跳脱“变更”一词的基本语义。

意思表示的意义需经解释方的确定,自不待言。《合同法》第125条第1款明文强调解释旨在探求“真实意思”,因这一“真实意思”究竟是通过运用诚信原则、借助交易习惯、求诸合同目的才获得的,是以和表意人的内心真意实有不同。有鉴于此,根据《合同法》第125条第1款的解释规则而获致的意思表示的意义应属客观的规范意义。相反,如果我们确立当事人的内心真意为“真实意思”,则属于上述规定的例外情形,或可谓是对意思表示规范意义的变更,^[63] 即代替规范意义以内心真意为意思表示的意义。从这一角度而言,意思表示的真意解

[60] Heinz Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl., Berlin/New York 1996, Rn. 940. 同样反对转换已经撤销的法律行为,理由是:意思表示被撤销即不复存在。Werner Flume, a. a. O., S. 592f.; Robert Siller, Die Konversion (§ 140 BGB), in: AcP 138 (1934), S. 160; Primin Spieß, Zur Einschränkung der Irrtumsanfechtung - Die Bindung des Irrenden an den fehlerfreien Teil seiner Willenserklärung, in: JZ 1985, S. 597f. 同样持反对意见,但有所保留。MüKo/Busche, a. a. O., Rn. 14.

[61] 通说赞同对已经撤销的法律行为可实施转换。Staudinger/Roth, a. a. O., Rn. 15; Jauernig/Mansel, a. a. O., Rn. 2; Manfred Wolf/Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl., München 2012, S. 681. 代表性文献,Primin Spieß, a. a. O., S. 594, Fn. 19.

[62] Werner Flume, a. a. O., S. 548.

[63] 国外立法和学说也认同在单纯计算错误的情形下意思表示解释的变更效力。如《瑞士债法典》第24条第3款用到“berichtigen”(更正)一词。弗卢梅在论及计算错误时也提及“Korrektur des Irrtums”(错误的改正)一词。Werner Flume, a. a. O., S. 470.

释也可算是对意思表示的变更,唯其变更针对的对象是意思表示的客观意义。

由于可变更效力尚属无效效力的例外,是以有理由对适用重大误解的可变更效力的情形加以限定。而真意解释也系规范解释的例外。正因为两者均属例外,所以将重大误解的可变更效力作真意解释来理解,并不需要另外特别限定于几种类型。如下两例仅具有例示意义,其中单纯计算错误系真意解释的一般情形,而后悔权的排除则属于真意解释的特别情形。

(一)单纯计算错误

计算错误情形较为复杂,德国学说认为,^[64]应区分情形作不同的对待;计算错误招致的法律效果可能涉及行为基础、缔约过失等。学说大体上将计算错误分为隐藏的计算错误(interner Kalkulationsirrtum, versteckter Kalkulationsirrtum)和公开的计算错误(externer Kalkulationsirrtum, offener Kalkulationsirrtum)。^[65]其中公开的计算错误是指,明示以计算为合同谈判对象时(尚不构成合同内容)发生的错误。^[66]《瑞士债法典》第24条第3款规定:“单纯的计算错误无碍于契约的拘束力,但应更正之。”这一条文中所谓单纯的计算错误,学说认为即为公开的计算错误。^[67]根据这一规定,单纯的计算错误无需撤销,仅需要更正数字即可,这正是真意解释的适例。

一般认为,计算错误(无论是隐藏的,还是公开的计算错误)属于动机错误。^[68]那么在我国计算错误是否属于重大误解呢?如果答案肯定,方可适用《民法通则》第59条和《合同法》第54条,发生可变更效力;而若是答案与否,自然无从适用上述条文,也不可能产生可变更效力。结合《合同法》第12、61条之规定,数量在我国法上应被看作合同的必要之点,不可或缺。我国《民通意见》第71条对重大误解的解释性规定中包括了对“数量的错误认识”,那么这一类型的重大误解是否仅限于意思表示发出过错中对数量的错误认识呢,抑或包括计算错误呢?回答以上问题根本上涉及对我国法上“重大误解”的解释,因这一问题非本文论述重点,在此权且避作详述。值得注意的是,我国法上“重大误解”一词转译自1922年《苏俄民法典》第32条,^[69]而《苏俄民法典》该条并没有照搬《德国民法典》第119条。从“重大误解”一词的渊源,我们不

[64] Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, Heidelberg/München/u. a. 2010, Rn. 762.

[65] 陈自强:“论计算错误”,《政大法学评论》1995年第53期。Bernd Waas, Der Kalkulationsirrtum zwischen Anfechtung und unzulässiger Rechtsausübung - BGHZ 139, 177, in: JuS 2001, 15f.

[66] Bernd Waas, a. a. O., S. 16; Hans-Martin Pawlowski, Die Kalkulationsirrtümer: Fehler zwischen Motiv und Erklärung, in: JZ 1997, S. 742.有将计算错误为相对人可知的情形也算作公开的计算错误。Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker (Fn. 59), Rn. 424.

[67] BSK-ORI/Schwenzer (2007), § 24, Rn. 30.

[68] Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker (Fn. 59), Rn. 424.

[69] 1922年《苏俄民法典》第32条规定:“因受欺诈、威吓、胁迫,或因其代理人与对方恶意通谋,或因有重大意义之误解而为法律行为者,得声请法院确认其法律行为之全部或一部无效。”《苏俄民法典》,王增润译,王之相校,新华书店1950年版,页15-16。该条译文,另可参见《苏俄民法典》,郑华译,法律出版社1956年版,页10。

妨推论中国法仿苏俄民法典拒斥动机错误、内容错误和表达错误的区分。事实上,我们通过比较中国法和德国法,也可以客观上作这样的解读。鉴于上论,在中国法上即便计算错误也堪为“重大误解”,〔70〕并于出现这一“重大误解”时发生可变更的效力。

计算错误在德国法上也可能构成双方动机错误,进而适用行为基础丧失之规定(《德国民法典》第313条第2、3款)。〔71〕我国目前尚无关于双方动机错误规定的明文(比较《合同法》解释二第26条),那么是否可以借助对“重大误解”以及变更效力的解释来得出呢?尽管这看起来很诱人,但是我们在解释上却不可作这样的突破。〔72〕原因主要在于行为基础丧失其重点还在于平衡给付,而不在于恢复意思表示原本的意思。况且于合同目的无法实现时,仅仅变更仍嫌不足。这也当为计算错误适用可变更效力的边界。

(二)后悔权的排除

此处的后悔权(Reurecht)并不是指撤回权(Widerrufsrecht)。后悔权也和违约金(Regeld)无关。这一术语系由德国法学家格拉登维茨(Gradenwitz)于1898年创制。〔73〕所谓后悔权,即是指:法律行为生效后,相对人获悉表意人之错误,愿意在表意人内心所欲的意义上使得该意思表示发生效力,但表意人仍以意思表示错误为由撤销其意思表示的情形。〔74〕为了具体说明后悔权这一概念的意义,格拉登维茨在其著作中提到了一则事例:医生建议某人喝波尔图酒(Portwein),但他随后在预订时写错成雪莉酒(Sherry)。在这一错误得到阐明之后,卖家愿意改送波尔图酒。然而该人拒绝了卖家的请求,主张以存在意思表示错误为由撤销其意思表示。格拉登维茨认为这种情形下后悔权掩于意思表示错误的彙旗之下。〔75〕易言之,后悔权借着意思表示错误的名义得以实现。此时表意人行使撤销权具有现实意义,如在上例中可能买受人不再适合喝酒,也可能其间他以更便宜的价格缔结了另一份买卖合同。

德国通说皆不赞成此时表意人可得行使其错误撤销权,〔76〕是为“排除后悔权”(Reurechtsausschluss)。〔77〕这属于排除撤销权的情形之一。唯学说反对后悔权的理由并不统一,意见颇为多样,有以真意解释为据,有主张适用转换,有主张诚信原则等,不一而足。〔78〕其中有学

〔70〕 德国帝国法院曾将计算错误作为扩大的内容错误而适用《德国民法典》第119条第1款。Werner Flume, a. a. O., S. 469f. 《奥地利民法典》第872条将变更的情形限于不重要的错误(Irrtum über Nebenumstand)。从《瑞士债法典》第24条第3款关于计算错误的规定,结合该条第1、2款以及第23条之规定,也应可得出同样的结论。但《荷兰民法典》第6章第230条以及欧洲《合同法》原则第4章第105条皆未设此限定。仅就此点而言,我国法的规定近乎后一种情形。

〔71〕 Jauernig/Mansel, 15. Aufl., 2014, § 119, Rn. 10.

〔72〕 如果合同当事人双方涉及共同错误(gemeinsamer Irrtum),诸如共同发生了内容错误或表示错误,自然应适用真意解释,变更意思表示的规范意义。

〔73〕 Otto Gradenwitz, Anfechtung und Reurecht beim Irrthum, Berlin 1902, Vorwort.

〔74〕 Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker (Fn. 59), Rn. 437b.

〔75〕 Otto Gradenwitz, a. a. O., S. 3. 类似的情形,Primin Spieß, a. a. O., S. 593.

〔76〕 Primin Spieß, a. a. O., S. 593, Fn. 6.

〔77〕 Thomas Lobinger, Irrtumsanfechtung und Reurechtsausschluss, in: AcP 195 (1995), S. 276.

〔78〕 Primin Spieß, a. a. O., S. 594f.; Thomas Lobinger, a. a. O., S. 275ff.

说认为：尽管后悔权发生在法律行为生效之后，但这和法律行为形成过程中适用真意解释并无不同；^[79]此时排除了错误表意人行使其撤销权，意思表示在表意人内心所欲的意义上发生效力。而意思表示相对人愿意在表意人的内心意思上使得法律行为生效可看作是放弃了规范解释。就此而言，于排除后悔权的情形，表意人的真意取代了意思表示的规范意义。然这和通常所谓的真意解释情形确有所不同，毕竟后悔权下的真意解释反而不利于表意人。因此，排除后悔权或可算作真意解释的特殊情形。

(三)正当性说明

上述两例中意思表示以表意人的真意为准发生效力已经作了说明。唯对我国法关于重大误解可变更效力作如真意解释尚缺乏进一步的说明。换言之，这一解释是否背离“变更”一词的文意？是否会导致和我国既有规定的冲突呢？是否存在滞碍之处？就这些问题，下文从支持和反对两个角度分别论及相关因素。

支持将重大误解的可变更效力作真意解释来理解的因素主要有：

其一，如此理解尚未跳脱“变更”一词的文意。虽然真意解释中变更的对象直接指向的是意思表示的意义，而非法律行为的内容或主体，但意义的变更自然进一步使得内容发生变更。另外，此时法律行为的同一性也不受破坏。因此，作真意解释来理解并没有跳脱“变更”一词的文意。

其二，如此理解并不会使得可变更效力的规定成为具文。我国《民法通则》和《合同法》并未规定真意解释规则，因此作真意解释的理解恰可填补空白。虽然即便法律不设真意解释的明文规定，也不妨碍法官适用“误述无害真意”(falsa demonstratio non nocet)一类的原则。但是有此规定终究便于当事人据此提出所请，法官据此依法作出裁判。另外，比较法上也不乏规定有部分无效、转换等制度，此类制度借助意思表示解释也不难获致。因此，尚不能以系解释规则为由否定这一规定。

其三，如此理解也暗合解释优先于撤销的原则。根据《民通意见》第73条第1句和《合同法》第54条第3款的规定，当事人请求变更时即不得判以撤销。如果我国将可变更的效力解为真意解释，那么这两则规定不啻于是解释优先于撤销的明文。

其四，如此理解不致于破坏契约必须信守的原则。最为重要的是，将重大误解的可变更效力作真意解释来理解契合法律对重大误解的评价角度。亦即真意解释也是要判断当事人的主观所想和客观事实之间的关系，这和重大误解的评价角度一致。较之于将可变更效力作重大误解人单方变更合同的形成权理解，这是作真意解释理解的真正优势所在。

另一方面，从既有规定的文意来看，也不乏一些不利于作真意解释理解的地方。但这些机阻之处有无匡正的可能呢？下文试加分析。

其一，《民法通则》和《合同法》将重大误解和显失公平的效力并于同一条文中加以规定，如

[79] Werner Flume, a. a. O., S. 422. 弗卢梅认为，表意相对人具有一项反对权(Gegenrecht)来对抗撤销权。柯罗梅(Crome)也提到反对权这一语词。Seckel, a. a. O., S. 10. 唯这一语词在不同学者中的意义不同。对弗卢梅学说的批评, Primin Spieß, a. a. O., S. 596f.

果将重大误解的可变更效力作真意解释来理解,而将显失公平的可变更效力作内容变更来理解,则违背语词文意的同一性。这并不能真正妨碍我们将重大误解的可变更效力和显失公平的可变更效力作不同的解释。因民法条文选用同一语词而意义不一的情形所在多有,亦属势所难免,此时我们尽可作合乎规范目的的解释。

其二,作真意解释理解的最大障碍在于使得可变更的效力不再属于一项权利。这一理解不免和撤销效力的解释上有所抵牾。首先,条文将撤销和变更并列,前者作形成权来理解,而后者不作这样的解释;其次,与此相关的是,“有权请求的”当事人在撤销的情形下应限于重大误解人,而一旦可变更作真意解释来理解,自然双方当事人均可主张真意解释,^[80]这于排除后悔权的情形至为明显。这两个问题和形成权的理论相关,而实际上就形成诉权是实体权利抑或程序法上的权利也非无争议。由于形成权的法律效果的多有不同,也很难得出统一的适用条件。^[81]有鉴于此,我们何须固执于这一不坚实的一般形成权理论,而硬将可变更效力和可撤销效力均归于此类权利呢?

其三,根据《民通意见》第73条第1句和《合同法》第54条第3款的规定,当事人请求变更的应予以变更,那么如果此时无从适用真意解释呢?对于《民通意见》第73条第1句中“当事人请求变更的,人民法院应当予以变更”的表述,如果是意思表示相对人请求变更,自然不成问题。如果是意思表示作出人请求变更,则可能出现无从适用真意解释的情况。此时,我们仅可以认为,如果额外符合显失公平的要件,则法院可以变更给付的内容。总之,对于上述条文规定,宜作限缩的解释。

五、结 论

综上,对重大误解的可变更效力的解释应结合“变更”一词的基本文意和重大误解规则的规范目的、评价角度进行。由于跳脱“变更”一词的文意,因此重大误解的可变更效力不得理解为“撤销”+“另行形成意思表示”。由于合同变更定位于给付和对待给付的失衡,而重大误解的视角在于判断主观所想和客观真实之间的关系,两者评价的侧重不同,功能也不同,因此也不应将重大误解的可变更效力解释为单方变更合同的形成权。此外,重大误解的可变更效力也和部分撤销、补正、确认、转换等制度有别。唯有将重大误解的可变更效力理解为真意解释才合乎规范的目的、评价的角度,也不致于和既有的法律原则和现行规范发生重大悖违,是较为可采的一种解释可能。

(责任编辑:薛 军)

[80] 我们在此不需要借助于“反对权”之类的工具,便可实现真意解释的目的。或有观点认为,即便当事人未主张,法官固当依照职权查明当事人真意,而无需当事人主张。但是,我们应予以注意的是,如果表意人不公开其真意,如果相对人不愿意在相对人的真意的意义上理解,真意解释又如何可能呢?

[81] *Kent Leverenz, Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts*, in: *Jura* 1996, S. 5.