



根本违约论

——以合同义务理性化发展为视角



GENBEN WEIYUELUN

YI HETONG YIWU LIXINGHUA FAZHAN WEI SHIJIAO

徐玉梅◇著

◎ 内涵论

◎ 生成论

◎ 基础论

◎ 类型论

◎ 效果论

◎ 改进论



法律出版社

LAW PRESS·CHINA

根本违约论

——以合同义务理性化发展为视角



GENBEN WEIYUELUN

YI HETONG YIWU LIXINGHUA FAZHAN WEI SHIJIAO

徐玉梅◇著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

根本违约论:以合同义务理性化发展为视角 / 徐玉梅著. —北京:法律出版社,2013.10

ISBN 978-7-5118-5438-4

I. ①根… II. ①徐… III. ①违约—研究 IV.
①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 228066 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/彭 雨

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社上海出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/张建伟

开本/A5

印张/9 字数/198 千

版本/2013 年 10 月第 1 版

印次/2013 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-5438-4

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

内容提要

“意思自治”理论下,合同义务主要源于当事人的约定,即约定义务,国家或第三人无权干涉。“意思自治”虽然为合同当事人约定合同义务提供了一个平等的机会,给当事人提供了一种受法律保护的自由,但这种平等仅是一种形式意义上的平等,而非实质意义上的平等。主要源于当事人约定的合同义务不再单纯是当事人“意思自治”的产物,因此,“意思自治”对约定义务的关爱受到了质疑,这必然要求国家参与到私人领域,对合同义务进行干预,使合同义务走向理性化,其显见的结果必然是法定义务的增加,从而使得合同义务不再单纯是当事人“意思自治”的产物,它更多地体现出一种社会意志,其实质是以权利本位为主兼顾社会本位,催生了合同义务理性化发展。合同义务不限于约定义务,出现了向前、向后的扩展态势,即产生了先合同义务、合同履行中的附随义务、后合同义务,甚至合同义务突破合同相对性理论,出现了对第三人合同义务及不真正义务等一系列法定义务,进而组成了约定义务和法定义务相结合的义务群或义务网。

合同义务理性化发展情形下,违约应重新界定,即违约是指合同当事人违反约定义务及基于诚实信用原则而产生的法定义务的行为,此种义务不仅包括主给付义务、从给付义务,还包括先合同信息义务、合同履行中的附随义务以及后合同义务。由此,作为违约的下

位概念——根本违约应被理解为:当事人一方的违约行为,严重影响了另一方订立合同时所期待的利益,使另一方当事人通过订立和履行合同,最终期望获得的利益、享有的权利、得到的东西、达到的结果或状态不能实现,另一方当事人据此可以诉请赔偿,并有权解除合同。可见,根本违约与不履行及毁约非常相似,但却存在实质区别。

根本违约理论与制度早在罗马法上就有其雏形,其发端于英国普通法,后被美国法和大陆法所采纳,并被重要的国际公约所吸收,目前已经成为现代合同法的一项重要法律制度。本书以合同义务理性化发展为视角,以理论研究和制度研究为主线,重点研究了根本违约的内涵、基础理论、类型、效果及我国根本违约制度的理性构建问题。合同义务理性化发展视角下,根本违约的上位概念——违约内涵的重新理解关涉到根本违约的类型及判断标准等问题。本书分析了合同义务理性化发展下,违约内涵的再理解;在借鉴《联合国国际货物买卖合同公约》规定及学理解释的基础上,科学界定根本违约的概念,并剖析根本违约与不履行、毁约间的区别与联系。

自罗马法中根本违约理论与制度的萌芽开始,根本违约作为一种重大违约与合同解除密切相关,各大法系及国际公约均将根本违约作为债权人解除合同的法定事由。本书通过对根本违约发生史的考察及比较分析,探寻了根本违约理论及制度的发展趋势。根本违约制度有其深厚的理论基础。“自治”与“管制”语境下,根本违约体现为“护权”与“限权”双重制度功能,终以“自治”为目标。根本违约制度以伦理学、哲学、法学、经济学为其理论基础。在价值层面上,根本违约制度即为多元价值体系,以正义、自由、公平、安全与效益诸项价值为其追求的价值目标,但以正义价值为其核心价值,以自由、公平、安全与效益价值为其基本价值。在方法上,根本违约的研究应坚持类型涵摄的方法。在合同义务理性化发展视域下,根本违约可以

分为违反约定义务之根本违约和违反法定义务之根本违约。法定义务之根本违约的实证分析表明了根本违约出现了向前、向后扩张的态势。类型是建构根本违约形态体系的一种非常有效的方式。科学地构建根本违约形态体系,有利于当事人自身利益及交易安全的维护。一方当事人的违约构成根本违约时引起的法律效果包括:解除权抑或抗辩权以及根本违约对免责条款的效力阻却。解除权与抗辩权虽不同,但二者相互配合却是守约方权利实现的途径。“效力阻却论”兼顾了“契约自由”原则,同时又对当事人行使自由的权利予以合理限制,充分体现了诚实信用原则。因此,是判断根本违约发生后免责条款效力的一种较灵活的方法。中国的根本违约理论与制度是不完备的。从“完全理性”——“有限理性”透视我国根本违约理论与制度的“不完备性”主要表现为:根本违约概念的缺失、合同目的理解的限缩性及根本违约判断标准的模糊性几个方面。本书在构建统一的根本违约概念、理性解读合同目的及判断标准之重构几个方面对其进行理性矫治和改进,以期我国根本违约制度得以理性回归。

Contents

目录

绪论	1
一、选题目的与意义	1
二、研究综述	5
三、内容安排与研究方法	13
第一章 内涵论	21
第一节 违约内涵	21
一、传统理论下的违约内涵	21
二、合同义务理性化发展之考察	22
三、合同义务理性化发展与违约内涵之重新理解	39
第二节 根本违约内涵	51
一、多维视域下根本违约含义的学理界定	51
二、根本违约含义的科学界定	52
第三节 根本违约与相关概念辨析	53
一、根本违约与不履行	53
二、根本违约与毁约	54
第二章 生成论	57
第一节 根本违约的历史概要	57

一、罗马法中的根本违约理论与制度	57
二、英美法系的根本违约理论与制度	61
三、大陆法系的根本违约理论与制度	68
四、国际公约中的根本违约理论与制度	73
第二节 比较分析	76
一、根本违约与法作用之倚重	76
二、思维方式的变迁	78
三、“原因途径”到“救济途径”的发展	80
第③章 基础论	83
第一节 “自治”与“管制”语境下根本违约的双重制度功能	83
一、“自治”理论	83
二、“管制”理论	86
三、“自治”——“管制”变迁的实质——权利观念的转变	90
四、根本违约制度的“护权”与“限权”功能	93
第二节 根本违约制度之理论基础	96
一、根本违约制度之伦理基础	96
二、根本违约制度之法理基础	104
三、根本违约制度之经济学基础	110
第三节 根本违约制度法价值诉求	118
一、正义价值	120
二、自由价值	124
三、公平价值	127
四、安全价值	129
五、效率价值	132

第四章 类型论	138
第一节 根本违约类型化思维的法律意义	138
一、类型化思维的缘起	138
二、根本违约抽象概念式思维之检讨	140
三、类型化思维对根本违约研究的意义	142
第二节 合同义务理性化发展语境下根本违约类型新解	145
一、违反约定义务之根本违约	145
二、违反法定义务之根本违约——附随义务根本违约	159
第三节 类型化视野下根本违约形态体系的构建	175
一、体系的内涵	175
二、以类型构建根本违约形态体系	176
第五章 效果论	179
第一节 解除权——守约方的补救措施	179
一、解除权的产生	179
二、解除权的限制	181
第二节 抗辩权——守约方的私力救济措施	186
一、根本违约与同时履行抗辩权	188
二、根本违约与不安抗辩权	196
三、根本违约与后履行抗辩权	200
四、解除权与抗辩权相互配合:守约方权利实现的保障	201
第三节 根本违约与免责条款	203
一、根本违约时免责条款效力界说	203
二、根本违约阻却免责条款效力的法理基础	207
三、根本违约情形下免责条款效力的具体践行	209

第六章 改进论	213
第一节 从“完全理性”——“有限理性”透视法律理论与制度的“不完备性”	213
一、“完全理性”——“有限理性”的变迁	213
二、有限理性下法律理论与制度的“不完备性”	215
第二节 有限理性视角下我国根本违约理论与制度“不完备性”的具体体现	217
一、我国根本违约理论与制度的现状	217
二、我国根本违约理论与制度“不完备性”的表现	220
第三节 我国根本违约理论与制度“不完备性”的理性矫治	225
一、构建统一的“根本违约”概念	225
二、“合同目的”的理性解读	227
三、根本违约判断标准之重构	234
结语	253
参考文献	263
致谢	272

绪 论

一、选题目的与意义

根本违约作为在债务人违约的情况下,“赋予”和“限定”债权人合同解除权的具体规则,在协调社会利益与个人利益、普遍利益与特殊利益,面临不同的利益主张和权利要求彼此交融而又相互竞争的情况时,具有重大意义。该制度源于英国普通法,确立于《联合国国际货物买卖合同公约》(以下简称《CISG 公约》)。根本违约影响力之大在各大法系、重要的国际公约中均有体现,这充分证明了根本违约的理论与制度具有极大的合理性和巨大的存在价值。笔者以“根本违约论——以合同义务理性化发展为视角”作为本书的题目,该研究具有以下目的和意义:

其一,有利于该制度在适用上充分发挥其应有功能。

根本违约制度已成为现代合同法中一项重要的制度,但在根本违约的判定标准上,各大法系及国际公约则存在严重的区别。英美法系经历了“条款主义”到“结果主义”的发展过程,目前主要以违约后果的严重程度作为根本违约的最终判断标准;在大陆法系,虽然没有根本违约的概念,但各国的债务不履行制度在具体的规定上,存在与根本违约相类似的内容。在德国,债务人积极侵害债权(positive Forderungsverletzung)时,债权人可以因此享有解除权。可否解除合同的判断标准是合同的履行是否对其“不具有利益”。这

里所谓“不具有利益”是指因违约使债权人已不能获得订立合同所期望得到的利益,^①这就表明违约造成的后果是重大的。因而,德国法的规定与英美法中“根本违约”的概念是极为相似的。^②由此可见,在德国,根本违约的判断标准也是根据违约后果的严重程度来确定,与英美法系基本相同。在我国,学者们对于根本违约的判断标准观点不一,主要存在以下两种观点:单一标准和双重标准。如何构建根本违约的判断标准问题,不仅是理论界面临的一个重要问题,更是实务界如何认定及适用的问题。判断标准问题导致这一制度在适用上受到严重影响,限制了其应有功能的发挥。有鉴于此,本书以合同义务理性化发展为视角,对根本违约的上位概念“违约”进行重新界定,进而对根本违约的具体类型进行分析,在类型划分的基础上,构建根本违约的判断标准。这种判断标准的构建可以弥补单一标准的笼统性、含糊性的缺点。由于在“私法公法化”和“公法私法化”两股思潮共同作用下,“自治”与“管制”对“民法私法观”和“民法公法观”进行了折中和扬弃。故,根本违约兼有“自治”与“管制”双重功能——“护权”与“限权”。在合同义务理性化发展的语境下,对根本违约的基本理论进行梳理以及构建根本违约的判断标准,有利于该制度在适用上发挥其“护权”与“限权”的制度功能,对我国实务必将有所助益。

其二,有利于我国合同法的进一步完善。

我国合同法在一般性违约、违约责任、违约救济方面规定得相对翔实,而根本违约的规定仅体现在个别条款中,这显然对根本违约重视不够。尤其合同义务理性化发展后,根本违约形态体系的扩大牵动了一系列问题,如法律效果的增加、判断标准的变化等。

① G. H. Traital, *Remedies for Breach of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 1988, p. 355.

② 王利明:“论根本违约与合同解除的关系”,载《中国法学》1995年第3期。

该研究将充实缔约上过失的法律效果,突破了传统的缔约过失责任主要体现为赔偿责任——其实除此之外,个别场合也可体现为解除合同等其他法律效果。^①这对构建我国合同法中的附随义务责任体系具有重要意义。明确附随义务之根本违约类型,就使受损害方在对方违反了附随义务后,可以在各种救济途径之间进行有利的选择。附随义务之根本违约的类型分析突破了传统违反附随义务的思维模式,以丰富的合同内容为视角,构建健全的附随义务责任体系,也为法官正确适用法律、保障司法的统一性提供了重要的依据;有利于维护合同法内在体系的和谐。完善的内容与和谐的体系是合同法切实维护合同的正确、有效履行并保护当事人的合法利益的前提。根本违约制度是现代合同法的重要内容之一,如果对根本违约的类型语焉不详,势必会影响当事人权益的维护。因此,对根本违约进行具体类型的划分,是成熟的合同法的内在要求和必然发展。

总之,以合同义务理性化发展为视角,对根本违约进行体系化研究,将会促进我国合同法的进一步发展。根本违约具体类型的划分赋予了当事人更多的救济途径,该救济途径不具有排他效力。在多数情况下,债权人往往可以行使一项或几项权利使自己获得全面救济。合同义务的违反致使契约目的落空的,当事人自然可以解除合同,但解除合同只是法律赋予当事人的一种救济手段,并非解除合同对当事人最有利,相反有时行使抗辩权或主张损害赔偿最为有利。法律的目的在于提供多种救济手段以供当事人选择,以更好地维护当事人利益。

其三,有利于中国民法典根本违约理论与制度的构建。

① 韩世远:“我国合同法中的缔约上过失问题研究”,载《法学家》2004年第3期。

从民法典的角度看,根本违约的理论与制度是不可缺少的,如果不规定根本违约必然造成合同解除权发生事由的缺失。在民法典中,规定根本违约制度不仅是合同解除制度所必需的,更是完善的民法典债篇所必需的。我国民法典构建根本违约的必要性主要体现在以下两个方面:

第一,在法律文化的传播与交流的过程中,各个主权国家的法律制度蕴含着世界法律文明进步大道上的共同的基本法律准则,使各国的法律制度在某些方面彼此接近乃至融合,进而形成一个相互依存、相互联结的国际性的法律发展趋势。^①目前,根本违约已成为合同法重要制度之一,更是《CISG 公约》的支柱,这充分显示了该制度的合理性。我国已于 1988 年加入《CISG 公约》,成为该公约的缔约国。为了更好地推动我国法律的改革和发展,我国应借鉴《CISG 公约》中有关根本违约的规定来弥补我国根本违约理论与制度的缺陷。根本违约理论与制度是未来民法典债篇的重要内容,然我国学者对此制度的研究仅限于相关问题的研究,许多观点尚达不成一致意见,使得该制度缺乏系统的理论指导。本书“根本违约论——以合同义务理性化发展为视角”的研究,必然有利于中国民法典根本违约制度的构建。

第二,根本违约的理论与制度扮演着一个矫正专家的角色,即矫正正义的专家。它使私人交易中的不公平、不合理的状态得以纠正,从某种意义上说,根本违约对合同解除权的限制是防止利益在契约当事人之间的不公平、不合理的分配,从而使因契约当事人的违约行为导致的合同缺陷得以纠正,这正是亚里士多德的矫正正义在根本违约内的践行。此外,根本违约的理论与制度注重保护和促

^① 公丕祥:“国际化与本土化:法制现代化的时代挑战”,载《法学研究》1997 年第 1 期。

进有效率的合同行为,并赋予这种行为发生的权利。根本违约制度体现的效率价值,源于对有限的资源进行合理配置的结果。可见,根本违约的理论与制度具有重要的价值。在我国《合同法》已经规定了根本违约的情况下,继承根本违约制度是制定中国民法典的最佳选择。

二、研究综述

(一)国内研究现状

我国学者对根本违约的研究应该始于1988年,很大原因在于1980年联合国制定了《CISG公约》,我国于1988年批准了该公约,成为该公约的缔约国。我国学者对根本违约的研究仅限于个别的、具体问题的研究。对这些文献逐一梳理比较困难,但对其中一些重要观点进行整理是非常必要的。

1. 构成要件或判断标准的研究

根本违约的构成要件或判断标准是根本违约的重要问题之一,关系到该制度的实务操作问题,因此,比较受学者们的青睐。我国学者对于根本违约的判断标准观点不一。概括而言,主要存在以下两种观点:其一,单一标准,即以违约严重性作为依据。对于如何判断违约的严重性,王利明教授认为:“将合同后果与合同目的实现结合起来,以此作为确定依据。”^①其二,双重标准。双重标准又具体表现为两种情形:一是以违反义务的类型及违约后果的严重程度双重标准进行判断。如韩世远教授认为:“在判断是否构成根本违约时,可以结合大陆法的特点,从所违反的义务的类型加以判断。现代债权法的一个重大发展是表现在债之关系上义务群的不断发

^① 王利明:“论根本违约与合同解除的关系”,载《中国法学》1995年第3期。

和扩张,在判断是否构成根本违约时,可以与此相结合,如果违反的是主给付义务,通常可以断定构成根本违约;如果违约从给付义务、附随义务等,通常并不能因此而解除合同,只有当对此类义务的违反危及作为合同基础的信赖关系时,可以此为由解除合同。”^①二是主观标准兼客观标准。客观标准即违约的严重性标准,主观标准即是《CISG 公约》中确立的可预见性(foreseeability)标准。通过上述根本违约判断标准的比较法分析,各大法系及国际公约对根本违约的判断标准基本相同,主要区别在于可预见性(foreseeability)要件上。可预见性(foreseeability)要件的设定是否必要?我国学者对此也存在不同的观点。一是否定说。如王利明教授认为,我国涉外经济合同法在此问题上没有采纳可预见性(foreseeability)标准,这实际上是抛弃了主观标准,减少了因主观标准的介入而造成在确定根本违约方面的随意性现象以及对债权人保护的不利因素。^②二是肯定说。肯定说主要是从根本违约的制度功能角度进行论述,认为根本违约制度的功能在于对债权人解除合同的权利进行限制。因此,主观要件的设立自然能够达到这样的目的。如有学者认为,在现代立法中可预见性规则适用于违约损害责任范畴的做法非常普遍,而解除合同属于对违约行为的救济方式之一,不考虑违约当事人对违约后果的预见,实难赞同。^③

2. 法律效果的研究

根本违约的法律效果是指根本违约对法律关系的影响,即根本违约行为发生后引起合同法律关系的变化。我国学者对于根本违约发生时,根本违约行为所引起合同法律关系的变化主要有三种观

① 韩世远:“根本违约论”,载《吉林大学社会科学学报》1999年第7期。

② 王利明:《违约责任论》,中国政法大学出版社2000年版,第541~542页。

③ 解冲:“根本违约问题研究”,载《西北第二民族学院学报》2003年第2期。

点:一是债权人可以解除合同,但合同解除权应受到限制。正如王利明教授所言,违约是一个含义非常广泛的概念,从广义上理解,任何与法律、合同规定的义务不相符合的行为,均可以被认为是违约。然而,轻微违约常常并未使非违约方遭受重大损失,亦未动摇合同存在的基础,倘若允许债权人随意解除合同,必将消灭许多本来可以达成的交易,造成许多不必要的浪费和损失。^①二是根本违约发生导致免责条款无效。根本性违约使合同目的落空,在违约方有过失的情形下,必须坚决加以否定,不允许当事人以协议免除根本性违约所生的合同责任。^②三是如果存有免责条款则在解释上通常阻却债务人援引该免责条款。有学者认为:“如果当事人的语言明白无误,且系真实的意思之表示,欲免除一方根本违约的责任,也并非绝对不可以,因为这种情况在风险承担社会化背景下是可能发生的,这时就应该尊重当事人的意思,让免责条款发挥免责功能。”^③以根本违约作为免责条款功能的阻却事由,即谓在发生根本违约时,原则上违约方当事人不得援引该条款寻求免责,因为根本违约破坏了合同的根基,如果允许这种免责条款发挥效力,即等于允许一方当事人说:我缔结合同要做如此如此之事,但如果我没有做如此之事,我不负责任。依通常观念,甚不合于公平理念。^④

3. 根本违约的类型化研究

类型化的方法是“寻找通过区分事件或活动在一个关系模型中

① 王利明:“论根本违约与合同解除的关系”,载《中国法律》1995年第3期。

② 王利明、崔建远:《合同法新论·总则》,中国政法大学出版社2000年版,第211页。

③ 韩世远:“免责条款研究”,载《民商法论丛》(2),法律出版社1994年版,第516页。

④ 韩世远:“根本违约论”,载《吉林大学社会科学学报》1999年第4期。