

第六章 合同法

第一节 引论

一、合同法在国际商法中的重要作用

在现代社会,合同是从事几乎一切商事活动的工具,也是进行几乎一切形式的国际商事交往的基本工具。在从事国际性的商品买卖活动的过程中,买卖双方要签署货物买卖合同,这是使交易得以完成的基础合同;在绝大多数情况下,以转移对货物的占有为目的,买方或者卖方还要与承运人签订运输合同;同时,为了使买方的收汇得到保证,他们还要与银行订立有关支付的合同;在多数情况下,为了避免货物在运输过程中可能发生的风险,其中一方还要与保险公司签署保险合同。在进行国际性的投资活动的过程中,如果投资人在东道国设立公司或建立其他形式的商事组织,或通过购买股票等其他方式成为东道国商事组织的所有者,他们的各种活动的开展同样要以合同为基本手段:他与该商事组织内部的其他成员之间的权利义务,通常决定于他们之间订立的合资、合作或其他性质的合同的规定;他与该商事组织的债权人之间的权利义务,在一般情况下,也决定于他们达成的借贷、债券购买或其他性质的合同。如果投资人不愿直接介入东道国的商事组织的经营,而仅通过不同形式的融资手段进行间接投资,投资人与接受投资的人彼此间的权利义务关系,一般而言,依然由他们之间的合同来确定。

合同的上述至关重要、无所不在的作用,决定了合同法在国际法律体系中的地位:对于这一体系中的许多部门法而言,它是基础性的法律;它的原理和原则构成这些部门法共同遵循和运用的原理和原则。例如,一方面,国际货物买卖合同是合同的一种,合同法的原理和原则大都适用于国际货物买卖合同。另一方面,国际货物买卖法是特殊的合同法,其中又包括了这一领域的特殊规则。又如,在代理法领域,法律需要处理本人、代理人、第三人这三方之间的关系。本人与代理人之间的关系,依相互间签订的代理合同调整,而代理合同属于合同的一种,既适用合同法的一般原理,又适用有关代理合同的特殊规则。然而,本人与第三人并不直接签约。双方之间的关系,受代理人以本人名义签署的合同的影 响,决定该双方之间的权利义务的法律规则,是代理法的特殊法律规则,而不同于合同法的一般原理和原则。总之,合同法构成许多商事交易的基础,其基本的制度具有广泛的适用性。因此,以国际商法——这一由许多的部门法构成的法律体系为研究对象的人,必须首先具备较坚实的合同法知识的基础。

二、合同法的历史演变

概括地说,在19世纪以前,合同法的发展,在世界范围内尚处于不发达的阶段。19世纪被称为契约的世纪。在这一历史时期,一方面,在资本主义各国,合同法的制度与过去相比有了较大的发展。另一方面,更为重要的是,合同在这一时期的经济生活中发生了至关重要的作用:这是资本主义的自由发展阶段;在这个阶段,人与人之间的关系决定于他们之间

的约定，合同一旦被签署，在缔约当事人之间即具有相当于法律的效力，合同法的基本作用，在于维护业已成立的合同关系；在绝大多数情况下，政府不能以维护社会利益为由使已经签订的合同归于无效。因此，对合同当事人自主意志的尊重成为合同法中贯彻始终的原则。

20 世纪以来，上述情况发生了根本性的转变：以维护社会的利益为目标，缔约双方共同的自由意志变得越来越仅仅具有相对重要的意义。例如，一方面，为了增加使合同得到执行的机会，保护交易的安全，缺乏真实合意的合同在许多情况下，也可以得到执行；另一方面，对于表面上并不缺乏合意的合同，为了使弱方当事人得到保护，也可以使之归于无效。从这种意义上说，合同与合同法的社会作用，与 19 世纪相比，表现出了弱化的趋势。一位从消极方面看待这种变化的英国学者感叹道：“由于现代生活和政策的发展，合同自由的观念已遭受到了严重的损害”。

然而，从不同法律相互作用的整体效应看，合同法的社会作用并没有减弱，而是强化了。上文所谓的弱化，仅指合同法上的传统观念发挥的作用的减弱以及在保护合同当事人中的强者方面的作用的减弱。就合同法与公法以及其他私法的协同作用而言，今天的合同法的社会作用并没有得到削弱。例如，根据早期的合同法，产品的卖方可以通过在他起草的格式合同中加入一个免责条款，免除其对产品缺陷引起的人身伤害的赔偿责任。今天，许多国家通过强制性的社会立法，宣布这类条款为无效。其结果是，一方面，已经订立和履行的合同在整体上依然有效，另一方面，合同中显失公平的和对社会有危害作用的成分被剔除了。

第二节 合同的订立

一、要约

（一）要约的定义

要约是具有足够的确定性并包含一旦被接受合同即成立的意图的订立合同的建议。这一定义包含了以下三个方面的意思：

1. 要约是订立合同的建议的一种

订立合同的建议并不仅限于要约一种。比如，关于开始进行订立合同的谈判的建议，关于邀请对方向自己发出要约的建议，都是订立合同的建议，但它们并不是要约。

2. 必须有足够的确定性

要约是一种意思表示。意思表示由内在的意思和外在的表示两个方面构成。要约的确定性(certainty)决定和影响要约的意思的存在。当意思表示缺乏起码的、必须具备的确定性时，从法律上看，表意人并没有成立合同的意思。在这种情况下，要约作为一种意思表示也就不可能存在。例如，关于成立货物买卖合同的要约必须包含成交的数量，否则，只能将表意人的意思理解为开始谈判的建议。又如，关于转移不动产的要约必须具体说明打算转移的是什么不动产。

要求要约有足够的确定性，体现了这样一条原则：法律为执行当事人订立的合同提供保障，但不为当事人创造合同。这是对契约自由原则的贯彻。然而，在现代的立法和司法实践中，为了使业已订立的合同得到履行，保护交易的安全，挽救确定性有瑕疵的要约，也成为重要的考虑。例如，关于成立货物买卖合同的要约，法国法并不要求其中包含所有的或内容全面的交易条件。根据《法国民法典》第 1583 条，“当事人双方就标的物及其价金相互同意时……买卖即告成立”。其中的标的物，应理解为包括了标的物的数量。因此，如果要约中包含了标的数量和价格，要约即已具有足够的确定性。而英国的判例则更进了一步：依英国上诉法院 1934 年的一项判决，在买卖双方未约定价格的情况下，成交的石油的价格为“合理的价格”(reasonable price)；在合同中包含了仲裁条款的情况下，该价格应由仲裁庭确定。类似的规则也得到了《美国统一商法典》的采纳。

要约须具有确定性的原则为中国《合同法》采纳。该法在第 14 (1) 条中规定：要约的内容须“具体确定”。

3. 必须包含一旦被接受合同即告成立的意思

要约是这样一种意思表示：它给了受要约人决定合同是否成立的权利，即承诺权。这使要约区别于要约邀请——请求相对方向自己发出要约的意思表示；也区别于开始合同谈判的意思表示。在决定表意人是否具有这种“一旦被接受，即对自己发生约束力”的意思方面，英美法院发展了一系列反映商业实践做法的规则。其中重要的有以下几个方面：

(1) 建议的语言是否表明“一旦被接受即产生约束力”

例如，作为一般规则，广告并不是要约，但是在英国法院 1893 年审理的 *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.* 案中，法官没有照搬这一原则。被告在广告中说：如果有人按被告的说明使用该公司生产的“香烟丸”，连用两星期后仍患有流感，被告将支付 100 英镑作为补偿；为表示诚意，被告已将 1000 英镑存入银行。日后，当原告真地索要该奖金时，被告称这只是一般商业上的吹嘘(puff)，而不是认真的意思表示。这一主张没有被法院接受。上诉法院判决说：该广告中“已将 1000 英镑存入银行”的用词显示了被告的“诚意”(sincerity)，这是被告意在使自己在法律上受到约束的强有力的证据。

(2) 建议是否向特定的当事人发出

一般而言，向公众提出的而不是向特定的人提出的成立合同的建议，旨在让收到建议的人向表意人发出要约。因此，这类建议一般属于要约邀请。通常，广告就具有这种性质。

在中国，《合同法》第 15 条规定：商业广告为要约邀请；“商业广告的内容符合要约规定的，视为要约”。这些规定，与英美法上的原则并没有实质性的区别。

(3) 建议包含的合同条件是否全面、具体、明确

建议的合同条件的全面、具体和明确起着双重作用：首先，包含这样的条件的建议通常不缺乏确定性；其次，建议的合同条件越详尽具体，越有可能被收到建议的一方理解为包含了一旦被接受即对建议人产生约束力的意思。进一步说，交易的标的越大、性质越复杂，法

院对要约在形式上的正规性和在内容上的具体、详尽的要求越高。例如，对于大型公司的转让，只有正规的合同文本(formal contract)才能证明当事人有正式签约的意思而不是仅有签约的意向。而对于租赁一部机器的简单交易，法院可能只要求达成简单的备忘录，其中只须包括起码的合同条件。这种做法在美国法院现代的审判实践中可以看到大量的例证。

要约须包含被接受时合同生效的意思的原则也已为中国《合同法》接受。该法第 14(2)条规定，要约须“表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束”。

复习思考题

- 1.如何理解合同法在国际商法中的重要作用?
- 2.在世界范围内，从 19 世纪到 20 世纪，合同法经历了什么根本性的变化?
- 3.要约的定义和构成要件是什么?
- 4.涉及要约的撤销，两大法系的制度有何差异?《国际商事通则》是如何调和其分歧的?
- 5.在法律上确定要约的有效期间有什么意义?在涉及这一问题时，各国法上的一般制度是什么?

(二) 要约的撤销

撤销要约的含义是：要约人在要约被受要约人接受之前向受要约人发出要约失效的通知，使其不再受要约的约束。关于要约人是否拥有这种权利，在传统上，英美法与大陆法存在着重大分歧，但时至今日，这种分歧已部分地缓解。

依普通法，要约作为一种诺言在被承诺之前没有对价，因而对要约人没有约束力。今天，英国对于这一传统规则作了某些变通。例如，根据 1948 年公司撤销认购股票或债券的要约受到一定的限制。在美国，涉及要约的可撤销性，多数州的法院的做法与普通法的原则已经有了很大的背离。例如，如果要约是限期承诺的，受要约人只要在该期限内向要约人提供了对价，该要约就成为不可撤销的。根据《美国统一商法典》第 2-205 条，关于成立货物买卖的要约，如果由一个商人发出，并且是书面的和经要约人签字的，在要约规定的承诺期内，不得以无对价为理由撤销。不过，该不可撤销的期限在任何情况下不得超过 3 个月。

大陆法系国家普遍在原则上认为，要约对要约人有约束力；要约一经生效便不能再撤销。不过为了兼顾要约人的利益，一些国家又对上述原则作了如下限制：如果要约规定了承诺期，要约人在该期限内不得撤销要约。这一限制可见于《德国民法典》第 148 条、《瑞士债务法》第 3(1)条、《日本民法典》第 521(1)条。法国法院在审判实践中也确认，如果要约中规定了承诺的期限，该方在此期限内不能撤销要约。

关于要约的可撤销性，《国际商事合同通则》兼采了两大法系的制度。它在第 2.4 条规定：“在合同订立之前，要约得予撤销，只要撤销的通知在受要约人发出承诺之前送达受要约人。(2) 但是，在下列情况下，要约不得撤销：(a) 要约写明了承诺的期限，或以其他方

式表明要约是不可撤销的；或（b）受要约人有理由信赖该要约是不可撤销的，而且已基于对该要约的信赖行事”。这一规定是采纳《国际货物销售合同公约》第 16 条的结果。中国《合同法》在第 18 条和第 19 条中吸收了该公约的规定，但是将“已基于对该要约的信赖行事”改成了“已经为履行合同作了准备工作”。

（三）要约的有效期间

要约的有效期有多长，是各国法都会面临的问题。在英美法的制度下，要约人原则上有权撤销要约，但如果他没有撤销，要约经过多久会自动失效呢？在大陆法国家，要约原则上不可撤销，那么，要约人会不会永久地受到要约的束缚呢？

一般而言，各国普遍承认以下是使要约失效的特定事由（1）要约中规定的承诺时间已过；（2）要约被受要约人拒绝；（3）受要约人提出反要约；（4）要约人死亡或丧失能力，而受要约人作出承诺之前已知道这种情况。

在没有发生上述特定事由的情况下，英国的判例规则是：要约于合理的期间过后失效。关于什么是要约失效的合理期间，取决于每一个案件的具体情况。其中，要约所采用的通讯手段的快慢是一个重要因素。如果要约用电报发出，则法院有理由认为，要约人的意思是让受要约人迅速作出承诺。在这种情况下，如果受要约人没有立即作出承诺，或没有采用快捷的方式作出承诺，要约即丧失效力。

英国法上的上述合理期间规则也为美国法所采纳，但对于货物买卖合同，《美国统一商法典》又进一步规定，在任何情况下，这一时间不得超过 3 个月。

在法国，有的法院判决，在要约中未规定承诺期的情况下，如果要约是向不特定的人发出的，要约人可不受限制地将其撤销；反之，如果受要约人是特定的当事人，法院应根据案件的具体情况，包括合同的性质和交易的习惯，确定一个合理的承诺期限。

依照《德国民法典》第 147 条，“向对话的人所为的要约，承诺应立即为之”，以电话为要约者，亦同；“向非对话人为要约，承诺仅得在通常情形可期待达到的时期内为之”。显然，这一规定与英、美、法等国的规则是类似的。

关于要约的有效期间，中国《合同法》第 23 条兼采了各国法的规定：“要约没有确定承诺期限的，承诺应当依照下列规定到达：（1）要约以对话方式作出的，应当即时作出承诺，但当事人另有约定的除外；（2）要约以非对话方式作出的，承诺应当在合理期限内到达。”

二、承诺

（一）承诺的定义

简要地说，承诺是接受要约的意思表示。更确切地说，承诺是受要约人按要约限定的方式对要约人作出的接受要约中包含的合同条件的意思表示。

依以上定义，承诺的构成须符合以下条件：

1. 须由受要约人对要约人作出

如果甲对乙说：“请问一下你哥哥，愿不愿意把他的那匹马卖给我，我出价 15000 美元”，

两天之后，乙对甲说：“我哥哥说愿意按你出的价格成交”，合同并没有成立，除非乙得到了他的哥哥（丙）的授权。在此例中，依甲的意图，乙不是受要约人，丙才是受要约人；乙无权对甲的要约作出承诺。

2. 须是对要约的回复

承诺是受要约人在收到要约并理解其内容之后同意按要约中提出的条件与要约人订立合同的意思表示，是对要约的回复。如果受要约人在不了解要约内容的情况下实施了要约所要求的行为，或者，两个内容完全相同的要约交叉地发出，则并不能使合同成立。例如，甲在他登出的悬赏广告中称：“谁能找回我的猫，谁就能得到 1000 美元的奖金”。乙没有看到这个广告。他发现了这只猫，并将它送给甲。此时，合同并没有成立。

3. 须是对要约的无条件接受

如果受要约人在收到要约之后表示接受要约，但同时又附加了一些条件，这样的意思表示就构成反要约或称附条件的要约。从性质上说，反要约不是承诺，而是新的要约。关于受要约人的意思表示未实质性地改变要约时的后果，请见本书下文有关这一问题的讨论。

4. 须采用要约限定的承诺方式，除非未采用该方式并不会损害要约人的利益

要约人有权对承诺的方式进行限定，这是为各国法律普遍接受的观点。采纳这一规则，是为了保护要约人的合法权益。例如，甲在 1 月 1 日对乙说：“如果你把我的汽车库漆成深色，我付给你 500 美元。我必须在 1 月 5 日之前得到你的答复”。乙听到之后没有作任何许诺。可是到 1 月 3 日，当甲外出时，乙开始漆甲的汽车库。1 月 6 日，甲通知乙，该要约已经撤销。这一撤销是有效的。在这个例子中，乙没有按甲限定的方式对甲作口头承诺，而是试图以行为承诺。这可能损害甲的利益，因为甲在没有得到乙的口头承诺的情况下有理由相信乙不会承诺了。他可能会另对其他人发出要约，也可能改变了主意，不再打算油漆自己的车库了。

在某些情况下，受要约人不按要约限定的方式承诺不会损害要约人的利益，反而会对要约人有利。例如，甲向乙发出要约，要求乙用信件承诺，乙用传真作了承诺。该承诺通常是有效的。

（二）承诺生效的时间

承诺生效的时间即合同成立的时间，故确定这一时间具有重要意义。关于承诺生效的时间，存在着“投邮主义”与“收邮主义”的分歧。前者指承诺于承诺的信件或电报寄出时生效，后者指承诺于承诺的文件到达要约人时生效。在英美法系国家，投邮主义几乎得到了一致的采纳。在以德国为代表的一些大陆法系国家，收邮主义得到了遵循《德国民法典》第 130（1）条规定：在相对人以非对话方式为意思表示时，意思表示于通知达到相对人时发生效力。但《瑞士债务法典》第 10 条和《日本民法典》第 526（1）条采纳的是投邮主义。法国的审判实践关于这一问题并没有创制出原则性的和一致的规定。

目前，在国际商事领域，合同法的发展更倾向于采纳收邮主义。《国际货物销售合同公

约》第 18(2)条和《国际商事合同通则》第 2.6 (2) 条都采纳了这一规则。其最重要的理由是,如果承诺的文件在中途丢失,依投邮主义,合同已成立,要约人就可能在不知情的情况下受合同的约束。这种因邮件丢失而导致的风险由受要约人承担更为公平,因为该方作为文件的投递人,可以采取防止这种风险发生。我国《合同法》第 26 条规定:“承诺通知到达要约人时生效”。

复习思考题

1. 承诺的定义和构成要件是什么?
2. 涉及承诺生效的时间,英美法与德国法的分歧何在?国际上的一般倾向是什么?中国法是否遵循了这种倾向?

第三节 合同的效力

一、缔约能力

(一) 自然人

1. 无缔约能力的分类

自然人的缔约能力是自然人的行为能力的一种,是自然人本人与他人缔结合同的资格。在英美法系国家,无缔约能力的自然人包括:未成年人(minors)、有精神缺陷的人(mentaldisorders)和酗酒人(drunkenness)。

依《法国民法典》第 488 条第 1 款,“年满 18 岁为成年;达此年龄者,有能力为一切民事生活上的行为。”依该条第 2 款和第 490 条,“功能衰退以致无法独立保障其利益”的成年人和“精神功能由于疾病,残废、年老体弱而失常”的成年人,受法律保护。另依第 488(3)条,“成年人,如其挥霍、浪费或游手好闲,以致陷入贫困或影响家庭义务者,亦同样受法律保护。”这些规定对无缔约能力的自然人的分类,与英美法大致相同。其中的由第 488 (3) 条规定的第三类人被大陆法的学者称为禁治产人,相当于英美法上的酗酒人。

《德国民法典》关于无行为能力的规定集中在第 104 条,内容与前述诸国亦无不同:“下列诸人,无行为能力:(1) 未满 7 周岁者;(2) 因精神错乱不能自由决定意志者,而按其性质此种状态并非暂时的;(3) 因患精神病而受禁治产的宣告者。”

2. 未成年人

(1) 成年的年龄。在英美法系国家,根据普通法,21 周岁以下的人为未成年人。1969 年,英国通过《家事法改革法案》(the Family Law Reform Act),将成为成年人的年龄降低到 18 岁。在美国,几乎所有的州都已通过制定法,把成年的年龄定在 18 岁。在法国,民法典第 488 (1) 条规定:年满 18 岁为成年;第 481 (1) 条又规定,未成年人解除监护后,具有与成年人同等的民事行为能力。解除监护的法定程序是:通过结婚而取得行为能力;或者,在具有合法理由的情况下,由监护法院经父母双方或其中一方的请求而宣布解除监护权。在

德国，民法典第 2 条规定的成为成年人的年龄也是 18 岁。依该法典第 106 条，7 岁以上 18 岁以下的人为限制行为能力人。

(2) 未成年人的签约的后果。在英美法国家，根据普通法院在早期的审判实践中创立的规则，当合同一方是未成年人时，该合同可以由未成年人撤销。具体地说，如果未成年人不打算履约，他可以由自己或通过其法定代理人通知另一方，合同已经失效；他也可以不发出任何通知，只是消极地不履行合同。在后一种情况下，如果另一方对他起诉，他可以以自己尚未成年作为抗辩的理由。另一方面，如果未成年人不主张撤销合同，另一方就要受到约束。如果合同已经履行未成年人还能不能撤销合同，使双方恢复原状呢？关于这一问题，英国法的原则是，如果双方均从合同的履行获得了利益，合同便不能再撤销；如果未成年履行了合同，另一方没有履行合同，未成年人可以要求另一方返还利益。与英国不同，在美国，在双方均已履行的情况下，未成年人仍可行使撤约权。

关于谁有权撤销未成年人为一方的合同，在英美法国家，这一权利只能由未成年人行使或由其法定代理人行使。此外，未成年人的遗产管理人和遗嘱执行人在未成年人死后也可以行使该权利。法院不能以一方未成年为由主动否认合同的效力。

在法国法上，未成年人为一方的合同为“相对无效”的合同，即经当事人请求方无效的合同。关于行使该权利的主体，《法国民法典》第 1125 条规定：只有无行为能力的人或其法定代理人才有权提出撤销请求，有行为能力的相对方“不得以与其订立合同的相对方无行为能力而主张合同无效”。

根据《德国民法典》未满 7 周岁的人属无行为能力人（第 104 条）；无行为能力人的意思表示应得其法定代理人的同意（第 107 条）；其未经该必要的同意而订立的合同须经法定代理人的追认始生效力（第 108(1)条）；未成年人所作的对该合同效力的追认无效，所作的否认也无效（第 108(2)条）；未成年人有完全能力后所作的追认为有效追认（第 108(3)条）；在上述追认之前，相对人有权“撤回”合同，但如在合同订立时，相对人知道与其订约的为未成年人，且知未成年人订约未征得其法定代理人同意，则相对人不得“撤回”合同（第 109 条）。这一整套规则使 7~18 岁的未成年人签订的合同成为“效力不确定”的合同。

由上文可见，关于未成年人签约的后果，英、美、法三国的制度较为接近。其基本的共同点是：未成年人可撤销合同，相对方无权这样做，而合同在被撤销之前约束着各方。这对未成年人更为有利。与这三国的制度不同，德国法的基本假定是：合同在经未成年人的法定代理人追认之后，始生效力，此前对各方并无约束力，其对各方的影响仅在于：未成年人的法定代理人有了追认或否认权，相对方有否认权，未成年人仅在其成年之后有追认权。德国学者认为：“不确定效力这一理论的最基本和最首要的原则是保护未成年人，但是，它也被精心地用来维持所有当事人的利益。”

(3) 合同被撤销的后果。如前所述，英国法的原则是，如果合同的双方均在合同项下获得了利益，未成年人就不能再撤销合同。可是，根据普通法，与长期财产权益有关的合同，

比如有关地产、股份和合伙的合同，是可以为未成年人撤销的。由此产生的问题是，如果未成年人在合同项下享有利益和欠有债务，在行使撤销权时，他还能不能再要求另一方向他返还利益？在1923年的 *Steinberg v. Scala (Leeds) Ltd* 案中，原告（未成年人）认购了被告公司的股份。她在按股票的面值缴足股金之后决定撤销合同。英国法院判决，她拥有撤销权仅仅意味着，她不再负有继续付款的义务，但她无权将已付的股金要回。因为该股金并不是完全没有对价的：她已经得到了该股票，因而已经获得了回报。

在美国，处理被撤销的合同的的基本原则是，让双方恢复原状。在恢复原状时，多数州的法律规定，未成年人可以从相对方索回其交付的财产或相当于该财产价值的价金；如果未成年人从相对方获得的财产的价值发生了减损，他不必对这一损失负赔偿责任，而只须将该财产按现有的状态返还相对方；如果他享用了由相对方提供的服务，他也不用承担任何责任。

根据《法国民法典》第1312条，合同被撤销之后，未成年人的相对方无权要求未成年人返还其所受的给付，除非后者所接受的利益依然存在。例如，当未成年人为买卖合同的卖方时，他可以要求成年的一方返还货物，而他获得的价款，如果已被花光，则不必再返还给成年的一方。

(4) 中国法中的有关规定。关于未成年人的缔约能力，中国法中的主要制度有：①依《民法通则》，公民18周岁成年；16周岁以上不满18周岁的，如以自己的劳动收入为主要生活来源，视为完全民事行为能力人（第11条）；10周岁以上的未成年人为限制行为能力人，可从事与其年龄、智力相适应的民事活动（第12条）。②《合同法》规定，限制民事行为能力人的行为，经法定代理人追认后有效，但纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应的合同不必经追认；相对人可以催告法定代理人在一个月内追认，法定代理人未作表示的，视为拒绝追认；合同被追认前，善意相对人有撤销的权利（第47条）。这些规定主要采纳了德国法上的制度。

3.其他无缔约能力或缔约能力受限制的人

(1) 能力的认定。在英国，一般来说，与有精神缺陷的人和酗酒人订立的合同为有效合同，除非在合同订立时，有精神缺陷的人没有能力理解交易的性质，而另一方知道这一情况。

在决定这类合同的效力是否存在瑕疵时，须查明的事实并不仅是一方的精神有无缺陷，比如是否患有精神病，或其智力是否不健全，而是他在签约的当时有无能力理解合同，他的行为对他的权利义务会发生什么影响等等。这种标准被称为“认识”(cognitive)标准。认识标准的合理性在于，有精神缺陷是一个含糊的概念：从严重的精神疾患可以推定当事人没有缔约能力，但是当一方的精神缺陷较轻微时，或者当他的精神状态处于不稳定状态时，他是否有缔约能力变得难以认定；此外，精神缺陷的种类很多，包括思维和行为迟钝、精神病、大脑损伤、老年性脑退化、饮酒和吸毒导致的思维障碍等。它们对缔约能力的影响，呈现复杂的情况，很难一概而论。认识标准取代了曾经为英美法院采纳的只承认有严重精神疾患的人

（如精神错乱和疯狂）无缔约能力的标准，实现了重大的进步。

在法国，涉及成年人的无行为能力或限制行为能力的认定，现代的学理和美国法十分接近。首先，该国的现代学理强调对行为作个别的、具体的评价，而不是仅依一般的、抽象的原则推定行为人是否同意。例如，对于有精神缺陷的人，不是仅凭缺陷的存在推定其无能力理解合同，而是具体考查其在个案中事实上有无理解能力，这与英美法的认识标准相接近。其次，注意对结果的公正性的考虑，例如，当能力受限制的成年人实施的行为事实上对其造成损害时，尽管其有行为能力，其行为也应无效。这与美国的客观主义有相似之处。

在德国，因精神错乱而不能自由决定意志者，如按其性质此种状态并非暂时的，则其为无缔约能力的人；此外，被宣告的禁治产人亦属这样的人（民法典第 104 条）。这是典型的依事先确定的精神状态推定行为人在个案中的认识能力的方法。

（2）无能力或只有限制能力的后果。英国法上的一般原则是，如果精神有缺陷的人和酗酒人在缔约时没有能力理解交易的性质而另一方知道这一情况，合同可以为前者撤销。根据美国的《第二次合同法重述》第 15（2）条，法官在认定合同为可撤销的的情况下可以从实现公正的原则出发不让能力有缺陷的一方撤约，而仅给予适当的救济。比如，合同条件是公平的，相对方是善意的，合同的内容是由相对方提供服务，这种服务已提供完毕且已被能力有缺陷的一方享用，法官可以不令相对方返还其收到的服务报酬。法国法处理这类问题的原则是，允许能力有缺陷的人撤销合同。在德国，依民法典第 105 条，无行为能力的人的意思表示属于无效的意思表示。其结果是，民法典第 104 条规定的精神错乱的人和禁治产人缔结的合同不生效力。

德国法的这些规定符合这样一种理性思维的逻辑：既然合同一方没有缔约能力，即不存在真实的意思表示，因而就无合意可言，故合同是无效的。这与美国法院在早期的判例中所持的立场是一致的。这样的制度在美国被放弃的原因是：一方面，它使业已签订的合同不能得到履行的机会增加了，这不利于商业的发展；另一方面，如果合同已经被全部或部分地履行，以无效为由而恢复原状很可能会导致不公平的后果；反之，如果使这样的合同成为可撤销的，无能力的一方愿意维持合同的效力时就可以使合同得到履行。这样做既促进了商业交易的发展，又保护了无能力人的利益，对公共利益也不会发生损害。

《德国民法典》确立的无效制度也受到了德国法学家的批评，并有人提出了改革的建议。例如，法学家 kipp 提出，当无效的原因和可撤销的原因都存在时，应允许使合同成为可撤销的。这一理论被德国学理接受，并为判例所援用。法院判决说，如果撤销的原因比无效的原因更容易证明，就可以主张撤销。

（3）中国法中的有关规定。《民法通则》第 13 条把有精神缺陷的人分为“不能辨认自己行为的精神病人”和“不能完全辨认自己行为的精神病人”；前者为无民事行为能力人，后者为限制民事行为能力人。该法第 58 条规定，无民事行为能力人实施的民事行为无效。

《合同法》第 47 条规定的制度亦适用于不能完全辨认自己行为的精神病人，因此，这种人

签定的合同在经其法定代理人追认之后始生效力。

复习思考题

- 1.关于未成年人缔约的后果，英美法上的制度与德国法上的制度有何不同？
- 2.依英美法和法国法，合同被撤销的后果是什么？
- 3.涉及对未成年人的保护，中国法主要受到哪国法律的影响？
- 4.关于精神有缺陷的人的能力和他们签约的后果，各国法律作了什么规定？

（二）法人

1.英美法系

在英国，公司大体上可以分为依制定法成立的公司和依英王颁发的特许状成立的公司。大多数商业公司属于前一种公司。后一类公司则主要是慈善机构和教育机构。长期以来，在决定依制定法成立的公司的缔约能力时，适用的规则是“越权”（*ultra vires*）无效的原则。其含义是，公司无权在其章程（*memorandum of association*）规定的营业目的之外签署合同，否则，该合同是无效的。创立这一规则的权威案例是 1857 年由英国上议院判决的 *Ashbury Railway Carriage and Iron Co. v. Riche* 案。在该案中，被告将他购买的建筑铁路的特许权出售给原告，后因拒绝履约而被诉。上诉院判决说，该合同涉及铁路的建筑，超出了被告的营业目的，因而是无效的。作出这一判决的理由是：首先，公司依制定法成立，其权力来自法律的授权，超越了其获得授权的范围，它没有任何权力可言；其次，为了保护投资者，必须认定越权的行为无效；再次，为了保护公司的债权人，应确立越权的行为无效的原则。

可是，上述判例规则的运用导致了大量的不公正的后果。例如，与公司签署的合同一旦越权便不能强制执行：如果与公司交易的人已经交货或提供了服务，他不能依合同获得货款；如果某人把钱借给一个公司，该公司借贷属越权行为，他通常不能将钱追回，即使他不根据合同起诉，而是提起返还不当得利之诉。英国法院在判决中说：与公司交易的人在签约之前应认真阅读公司的章程，明确公司的经营范围。可是，人们往往做不到这一点。其结果是，越权的理论对善意地与公司交易的人来说成了坑人的陷阱。越权无效的规则受到了人们的激烈批评。在英国加入欧共体之后，改革这一制度的契机终于到来。1972 年，为了贯彻欧共体 1968 年通过的一个指令（*the first Directive 68/151/EEC on Company Law, 1968 O. J. L65/7*），英国接纳了《1972 年欧共体法》。其中第 9 条使善意的与公司交易的人受到保护，只要这一交易是由公司董事在其被授权的范围决定作出的。以后，英国又通过了《1985 年公司法》和修改该法的《1989 年公司法》。这些法律规定：“由一个公司实施的行为的有效性，不能因公司章程中的任何内容所导致的能力的缺乏而受到质疑。”至此，传统的越权无效的规则被废弃了。

在美国，早期的判例也接受了越权无效的规则。然而从 19 世纪末开始，美国法院在审

判实践中已经表现出对公司章程中的营业目的条款作扩大解释的倾向。在 20 世纪，越权无效的规则在各州的制定法中已逐步被放弃。目前，美国各州的制定法几乎都废弃了这一规定。

2. 大陆法系

法国在 1969 年通过颁布第 69-1176 号法令在《商事公司法》第 49 条中增加了如下规定：对于有限责任公司，“在与第三人的关系中，经理拥有在任何情况下以公司的名义进行活动的最广泛的权力，……公司甚至应对经理的不属于公司宗旨范围的行为负责，但公司举证证明第三人已知道或根据当时情况不可能不知道该行为超越了公司宗旨范围的除外。仅公布公司章程不足以构成此种证据。限制经理根据本条所产生的权力的章程条款不得对抗第三人”。根据同一法令而在第 113 条中增加的内容规定：上述规定也适用于股份有限公司的董事会和董事长。

在德国，民法典第 26(2)条规定：对社团法人，“董事具有法定代理人的身份”；“董事会代表权的范围得以章程加以限制，限制得对抗第三人”。可是，依德国《股份有限公司法》第 82 条和《有限责任公司法》第 37 条的规定，公司章程中对公司营业目的的限制不得对抗第三人。根据特别法优于一般法的原则，至少对股份有限公司和有限责任公司而言，公司的行为越权并不会导致行为无效。

3. 中国法

在 20 世纪 90 年代之前，中国法院基本上奉行了公司的越权行为为无效行为的宗旨。例如，最高人民法院在 1987 年发布的《关于审理经济合同纠纷案件中具体适用〈经济合同法〉的若干问题解答》中说：“工商企业、个体工商户及其他经济组织……超越经营范围或者违反经营方式所签订的合同，应认定为无效合同……全部为超营项目的，全部无效，部分为超营项目的，超营部分无效。”20 世纪 90 年代以来，为了适应社会主义市场经济发展和使中国的法制环境与国际接轨的需要，上述立场已不再被坚持。1993 年，最高人民法院在《全国经济审判座谈会纪要》中指出：“合同约定仅一般违反行政管理性规定的，例如一般地超范围经营、违反经营方式等，而不是违反专营、专卖及法律禁止性规定，合同标的物也不属于限制流通的物品的，可按照有关的行政管理规定进行处理，而不因此确认合同无效。”

二、合同的形式

（一）英美法系

1. 早期的制定法的规定

涉及合同订立的形式要件，英美法系各国的制度都不同程度地受到英国 1677 年颁布的《欺诈行为法》(The Statute of Frauds)的影响。依据该法，当事人之间达成的协议或证明协议存在的备忘录或记录，必须以书面方式写成并经在诉讼中被追究责任的当事人签字，否则，当事人不能提起诉讼。这一有关合同形式的规定适用于六种合同：(1) 有关遗嘱执行和遗产管理的合同；(2) 担保合同；(3) 就婚姻的对价订立的合同如果甲对乙说：“你如娶我的女儿为妻，我将送一幢房子给你。”乙听后表示同意，双方就婚姻的对价达成协议。可是，

男女双方约定结婚，并不需要达成书面协议。(4) 不动产合同；(5) 不在一年内履行的合同；(6) 货物买卖合同。

上述制定法产生的背景是，在该法制定之前，口头协议的强制执行力得到了法院的认可，而口头协议是否存在，作为一种事实问题由陪审团裁判，而法官没有对陪审团的武断裁判进行控制的有效手段。于是，有人利用虚假的口头证据达到了“证实”本来不存在的协议的目的。为了制止这种现象，英国议会于 1677 年通过该法。

2. 英国法的发展

长期以来，对于《欺诈行为法》究竟起到了防范欺诈的作用没有，一般的看法是否定的。有人甚至认为，该法与其说防范了不诚实的交易，倒不如说鼓励了这样的交易。法官在审判实践中也总是设法绕过该法的规定。结果，到 1954 年，英国通过了《1954 年关于合同强制执行的法律改革法》[the Law Reform (Enforcement of Contracts) Act 1954]。该法规定，除了担保合同 (contracts of guarantee) 和“对土地进行买卖和其他处置的合同” (contracts for the sale or other disposition of land) 之外，1677 年《欺诈行为法》规定的对其他合同的书面要求均被废除。

今天，依英国法上的一般原则，“要使一项协议成为一个有约束力的合同，采用某种特定的书面形式并不是必须的”。不过，对于某些合同，基于种种原因，对书面的要求依然被保留下来了，或者又根据需要被重新规定了。

3. 美国法的发展

在美国，几乎所有的州都以制定法的形式采纳了英国的《欺诈行为法》。其结果是，这些州都规定，对于该法规定的六种合同，必须以书面方式订立。许多州还扩展了须以书面订立的合同的种类。与英国不同的是，在英国已大部分废除《欺诈行为法》的情况下，美国却依然保留了当初从英国继受的制度。不过随着时间的推移，该法的影响已被削弱。法院在许多情况下倾向于对该法的规定作限制性的解释。其潜在的考虑是，使已经成立的交易得到执行，不鼓励合同一方以合同在形式上存在瑕疵为由拒不履约，以保证商事交易的安全。例如，依《欺诈行为法》的“一年条款”。“不在一年内履行的合同”(contract not to be performed within a year) 须以书面方式订立。纽约州上诉法院在一项判决中的解释说：“合同可能履行多久，当事人期望它履行多久以及它实际上履行了多久都无关紧要，重要的是，根据对其条件的合理解释，这个合同是否要求它不应在一年之内履行”。根据这样的解释，如果财产的卖方拥有在 4 年中的任何时候将财产出售给买方的选择权，则合同双方并没有排除让交易在一年之内发生的可能性，即卖方可在一年之内行使出售财产的权利。因此，这一合同并不在“一年条款”的适用范围内，无须采用书面形式便可有效成立。

(二) 大陆法系

1. 法国

法国法对合同形式的要求主要分为三类：公证合同、一般书面合同和实践合同。

在法国，公证在社会生活和经济生活中起着重要作用。在这个国家，几乎所有涉及人身权利和家庭关系的行为都须具备公证形式，而这些权利和关系的认定对经济生活往往有着重要的影响。比如，亲子关系的公证确立了法定继承权的存在。在财产关系方面，处置财产的单方法律行为（如遗嘱、对继承权的放弃）必须经过公证。涉及合同关系须经公证的合同主要有：赠与合同、夫妻财产合同、代位清偿债务的合同、设定抵押权的合同和某些种类的不动产合同。

法国学者认为，公证的主要作用在于：首先，使行为的合法性受到公共权力的检验。这是其维护社会公共利益的一面。其次，公证人在进行公证时有提供咨询的义务，使当事人可以了解其行为的后果。这有助于保护一方或双方的自由意志。例如，对于出售尚在建设中的房屋合同，法律要求进行公证，因为买方对于这种合同的复杂性往往了解不够。不动产所有权的“租赁—转让合同”也具有这样的特点，因而也需要公证。

须以书面形式订立但不必公证的合同为一般书面合同。这类合同主要包括：某些劳动合同、营业资产买卖合同、房屋推销合同、发明专利的许可或转让合同、私人住宅建筑合同等。对这些合同的书面要求都是依单行的立法而提出的服务于特定的目的的。例如，要求海上劳动合同以书面方式签署可以使水手或学徒更好地了解其义务。从中可以看出，对于一般的未作特别规定的合同，法律并不要求以书面方式订立。

实践合同是当事人的意思表示于实物交付时生效的合同。因此，依法国法的理论，对于实践合同，实物的交付也是合同成立的形式要件。在传统上，借贷、寄存和质押这三种需归还原物的单务合同属于实践合同。这种传统的制度今天仍得到了保留。

关于合同在形式上不符合法律要求的后果，法国法院在实践中表现出明显的避免让这样的合同完全不发生效力的倾向。依法国的学理，须公证而未公证的合同是无效的。但法国法院判决，在涉及第三人的利益时，未经公证的诺言并非完全无法律意义；如果合同已由当事人签字盖章，当事人违背了其诺言，须为此承担赔偿责任。对于一般书面合同，立法者有时未规定违反法定形式的后果。学者对此的解释有两种：一种是，书面合同为要式合同，故不符合书面要求者无效。另一种解释是，法律的要求是以书面形式证实合同的存在，如不能依此方式证明，则合同无效，但如果经当事人承认或宣誓，合同仍然有效。法国最高法院常常

采纳的是上述第二种解释。在这里，该法院对《法国民法典》第 1341 条的规定的态度值得注意。该条写道：“一切物件的金额或价值超过 50 法郎者，即使为自愿的寄存，均须在公证人前作成证书，或双方签名作成私证书”。该条还规定，此事项不得以证人证明，但商业法律另有规定的除外。显然，法国最高法院以证人证实非书面的合同的存在做法，与这一规定是相抵触的。

2. 德国

《德国民法典》第 125 条规定：“1. 不符合法定形式的法律行为无效。2. 缺乏由法律行为约定的形式者，在发生疑问时，亦属无效。”这一规定奉行了合同形式自由的原则，即

除非法律要求或当事人约定合同的订立须按特定的方式,否则,合同的订立可采用任何方式。

德国的法学理论认为,要求合同的订立采用书面形式的优点,除了有利于避免解释上的疑难之外,更重要的还在于能避免当事人在实施法律行为时对意思的迟疑不决,同时,在证据方面也有极大的好处。

德国法对合同形式的要求分为两类:一类为基于立法者的意思而产生的要求;另一类为因当事人的意思而产生的要求。关于第一类要求,即法律规定应具备的要求,主要分为公证和一般书面形式两类。

涉及公证的方式,《德国民法典》第 129(1)条规定:“法律规定意思表示应经公证证明者,意思表示应以书面作成,并由公证人证实表意人的签名。”也就是说,公证人只须证明合同当事人的签名的真实性。这一规定后来被修改和补充了。依 1969 年 8 月 28 日的《公证法》第 17 条,公证人被要求“确定当事人的意愿,解释交易的内容,就交易的法律后果提供指导,明确地和毫不含糊地就他们的陈述进行记录”。

关于须经公证的合同的种类,《德国民法典》中的规定包括:关于现存财产的合同,包括将自己现存的财产通过立约转让给其他人(第 311 条);关于让与或受让土地所有权的合同(第 313 条);债权转移合同,即经新债权人请求,原债权人制作关于让与的公证书(第 403 条);赠与合同(第 518(1)条);通过“债务约束”实施赠与的合同,即通过订立合同无偿地独立地约定为给付(第 518(1)条和第 780 条);通过“债务承认”实施赠与的合同,即在本来无义务的情况下以赠与为目的承认债务存在(第 518(1)条和第 781 条);婚姻合同,即夫妻间订立的处理其财产的合同(第 1410 条);继承合同(第 2276 条);“抛弃继承”的合同(第 2348 条);继承人出卖属于自己的遗产的合同(第 2371 条);等等。

关于一般的书面合同的签署方式,依《德国民法典》第 126 条,书面合同须经合同双方签字;须在同一份文件之上签署;如以划押方式签约,须由公证人证明。该法典对一些须书面签署的合同作了规定,其中包括:期限超过一年的土地租赁合同(第 566 条);约定支付“终身定期金”的合同,如支付养老金的合同(第 761 条);保证合同(第 766 条);非赠与性的债务约束和债务承认合同(第 780 条和第 781 条);等等。

依《德国民法典》前述第 125(2)条,当事人有权就合同形式进行约定。其方式主要为两种:一种是在主合同的前合同中就签订主合同的形式进行约定;另一种是在主合同中就履行主合同的各种法律行为的形式作出规定,比如,在租赁合同中规定,终止租赁的通知须以书面方式发出。

依该法典第 125 条阐明的原则,不合乎法定的或约定的形式的合同是无效合同。这一规定从属于该法典明确规定的若干例外,其中包括:让与或受让土地所有权的合同,虽未公证,但让与已完成,且已完成登记的,合同有效(第 313(2)条);赠与合同虽然未经公证,但赠与已实施的,合同有效(第 518(2)条);租期一年以上的土地租赁合同,如果未以书面方式订立,视为不定期限的租赁(第 566(2)条);等等。

复习思考题

1. 公司超越其章程的规定从事经营活动的范围进行经营，会导致什么后果
2. 依英国和美国的法律，哪些合同必须以书面的方式订立？合同未依法以书面方式订立的结果是什么？
3. 法国法和德国法关于合同的形式要件的规定各具什么特色？

（三）《国际商事合同通则》和中国

1. 《国际商事合同通则》

《通则》在第 1.2 条规定：“通则不要求合同必须以书面形式订立或由书面文件证明。合同可通过包括证人在内的任何形式证明。”这一规定与《国际货物销售合同公约》第 11 条的规定保持了一致。这些规定反映了这样一种倾向：在国际性的商事交易中，应放宽对书面形式的要求。

2. 中国

中国新生效的《合同法》第 10 条规定：“当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。法律、行政法规规定采用书面形式的，应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的，应当采用书面形式。”依此规定，除非法律另有规定或当事人另有约定，否则，合同的订立以非要式为原则，即可以依包括口头形式和其他形式在内的任何方式订立。

关于书面形式的含义，该法规定：“书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式”（第 11 条）；“当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或盖章时合同成立”（第 33 条）。可见，书面形式不仅限于双方共同签署的合同书，一切可以有形地表现所载内容的形式均为书面形式。其结果可能是，合同的存在和争议的内容只要能以书面文件或其他有形载体证明，即可符合该法的要求。进一步说，为订立书面合同，签字并不是在所有的情况下都是必经程序。

《合同法》规定的须采用书面方式签署的合同包括：借款合同（第 197 条），租期 6 个月以上的租赁合同（第 215 条），融资租赁合同（第 238 条），建设工程合同（第 270 条），技术开发合同（第 330 条），技术转让合同（第 342 条）。该法没有规定赠与合同须以书面形式订立，但规定赠与人在赠与财产的权利转移之前可撤销赠与（第 186 条）。这可以被理解为该权利的转移，是此种合同成立的形式要件。

《合同法》并没有就所有种类的合同的订立形式作出规定。例如，担保合同的形式是由《担保法》规定的。该法要求保证人与债权人以书面形式订立保证合同（第 13 条）。又如，中外合资经营企业的合资各方订立的合营协议，依《中外合资经营企业法》，须报国家对外经济贸易主管部门审批（第 3 条），故该种合同必须以书面形式订立，同时，主管部门的批

准也可理解为合同成立的形式要件。

关于合同的订立不符合法定或约定的形式的后果,《合同法》第 37 条规定:“采用书面形式订立合同,在签字或盖章之前,当事人一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立。”该法未就合同形式瑕疵的后果作出全面的规定,或就此阐明一般原则。因此,这方面的规定,有待进一步补充完善。

三、合同的合法性

(一) 英国和美国

涉及合同的合法性问题,英国法和美国法上的制度有着许多基本的相似之处,故在这里一并加以介绍。

1. 合同违法的原因和表现

根据英美法的理论,合同违法的实质是违反法律背后的公共政策(public policy),即作为法律的制定和实施的依据的反映社会公共利益的政策。违法的合同,或者与制定法背后的公共政策相抵触,或者与普通法所贯彻的公共政策相抵触。

通常,如果合同的订立或履行与制定法的禁止性规定相抵触,就会导致违法的后果。比如,在美国,有些州的制定法禁止在星期日从事商事交易,当有人在星期日订立从事商事交易的合同或订立了要求在星期日从事商事活动的合同时,该合同成为违法合同。又如,在一个英国的案例中,制定法规定,出售化肥的一方应向买方提供标明产品化学成分的证明;由于卖方未能提供这样的证明,法院判决该方不能要求强制执行该合同。在后一例子中,虽然合同本身不违法,但卖方的履行与制定法的强制性规定相抵触,从而使该方不能依合同得到法律的救济。

长期以来,英美法院在司法判决中发展了一系列与合同合法性有关的公共政策,其中重要的和具有典型意义的包括:禁止从事限制贸易的活动(比如,甲付给乙一笔钱,以便让乙把乙的商店从甲的商店的对面迁走,乙表示同意;这种协议一般是违法的);禁止从事犯罪行为、民事侵权行为或欺诈行为(比如,以金钱买通他人以便让他人盗取商业秘密);禁止从事有损良好的社会道德的活动(比如,娼妓不能为得到“服务费”而到法院起诉);禁止从事危害公共安全的活动(比如,在战争期间,不准与生活在敌对国的人进行贸易);禁止从事造成公共生活中的腐败的活动(比如在英国,为取得爵士身份而向慈善机构捐款是刑事犯罪行为);禁止从事妨害司法公正的行为(比如,某人为使自己的犯罪行为不被举报而收买目击者,目击者不能依约定得到报偿);等等。

2. 合同的订立或履行违法的后果

早在 1775 年,英国历史上的著名法官曼斯菲尔德勋爵(Lord Mansfield)就在审理一个案件时指出:“公共政策上的原则是: *ex dolo malo non oritur*

actio (拉丁文:对不法诉因不准予起诉)。当一个人将其诉因建立在一种不道德的或一种非法的行为之上时,任何法院都不会向其提供援助。”在历史上,这一原则始终成为英美

法院处理违法合同的基本准则。以 1836 年的 *Cope v. Rowlands* 案为例。原告是一个股票经纪人，他在伦敦城没有获得开业的许可。被告在该地得到其服务后拒绝付费，原告提起诉讼。法院驳回了他的起诉，理由是，由于制定法禁止他作为一个纪人行事，法院不能强制执行一个与这样的行

为有关的合同。1994 年，英国法院在解释这一原则时依然说：“该原则不是一项关于公正的原则：它是一项政策性的原则；对它的运用是不倾向于任何一方的。所以，它不会在诉讼时的当事人之间造成不公平的结果。进一步说，该原则没有为法院行使裁量权以有利于一方或另一方留下任何余地。”采纳这一原则的结果是，意识到合同的违法性质的当事人不能请求强制执行合同；如果他已经付款或已转移其财产，他无权要求恢复原状。

（二）法国

1. 民法典第 6 条的规定及其适用

在法国，有关合同合法性的制度是依据《法国民法典》第 6 条规定的基本原则确立和发展的。该条规定：“当事人不得以特别约定违反有关公共秩序和善良风俗的法律。”这一规定使“合同不违背公共秩序和善良风俗”成为合同有效成立的条件。

法国法上的公共秩序分为立法上的公共秩序和司法上的公共秩序。当立法者颁布法律，禁止签订某些合同时，即直接确定了公共秩序的具体内容。这就是所谓的立法上的公共秩序。当立法者没有明确规定某些规范是否可违背时，法院可以通过审判实践就此作出回答。如果法官认为，当事人不能通过订立合同违反的规范对于维护社会秩序至关重要，他有权赋予其强制性的特征。由此确定的公共秩序被称为司法上的公共秩序。

关于善良风俗，民法典并没有就其内容作出具体的规定。而其他法律，除了刑法的某些条文外，也没有关于善良风俗的具体规定。因此在法国，这一概念所包含的具体内容是由法院确定的。法国法院在审判实践中将道德标准作为评定是否违反善良风俗的尺度。如果当事人通过订立合同所追求的目的违背道德准则，即认定该合同为违反善良风俗的合同。这类合同主要包括：（1）违反性道德的合同，比如，以卖淫为目的而租赁房屋；（2）赌博合同；（3）为获取不道德的利益而订立的合同，如约定就转让法定利益支付报酬；（4）限制人身自由的合同，比如航空公司限定空中小姐必须为未婚者；（5）违背家庭伦理道德的合同，如“出借子宫”的合同；（6）违背一般人类道德的合同，如跳脱衣舞的合同。

2. 合同违反公序良俗的后果

依多数法国学者的观点，违反公序良俗的合同是损害社会利益的合同，因而属于绝对无效的合同。对于其后果，根据法国法处理各种无效合同的一般原则，如果合同在被法院确认无效之前尚未履行，则合同不得再履行。这一结果对违反公序良俗的合同而言也不例外。依法国法，如果一个合同在被确认无效时已得到全部或部分的履行，依据一般的原则，其无效具有溯及力，即当事人订立合同前的财产状态应予恢复。可是从法国的司法实践看，这种一般的处置方法在适用于违反公序良俗的合同时却出现了大量的例外。法国法院在许多案件中

作出了不准许当事人返还财产的判决。对这方面的做法可以作如下概括：

(1) 对违反道德的合同，当事人无权要求对方返还财产。比如，法国最高法院诉状审理庭 1905 年 7 月 17 日判决，购买房屋作妓院用的买方无权要求返还已支付的价款。该法庭在 1923 年 4 月 17 日判决，向一个已婚妇女出借房屋使其离开家庭与情人相聚的出借人无权要求返还房屋。

(2) 基于维护公序良俗的需要作出处理。例如，对于借贷合同，如果允许返还财产，则合同无效与有效的结果没有区别。因此，对之不适用返还财产的原则。又如，对于赠与合同，不允许返还财产会使该合同在事实上发生效力，故对于姘居者之间的赠与行为允许返还财产。

(3) 依当事人过错的程度作不同处理。如果原告的行为“可耻”的程度低于被告，则支持其主张；反之，则不予支持。

(4) 视行为对社会造成危害的程度作不同的处理。例如，对价格超过规定价格的买卖，允许返还财产，因其对社会的危害较轻；对战争期间与敌人进行交易的合同以及对公务人员行贿的合同，不允许返还财产。

复习思考题

1. 涉及有关国际商事交易的合同的形式，国际上的一般倾向是什么？
2. 英美法处理合同违法的一般原则是什么？法院对于这种原则是如何进行变通的？
3. 对于违法合同，法国法在处理其后果时奉行的一般原则是什么？法院在实践中发展了哪些例外？

(三) 德国

1. 民法典第 134 条和第 138 条的规定及其适用

《德国民法典》第 134 条规定：法律行为违反制定法的禁止性规定时无效，除非可以从制定法推定出不同动机。该法典第 138 条规定：“(1) 违反善良风俗的法律行为无效。(2) 特别是，某人以法律行为利用他人急迫情况、无经验，缺乏判断能力或意志薄弱，使其向自己或第三人的一项给付作约定或给予财产利益，而此种财产利益与给付明显不成比例的，该法律行为无效。”

根据前一条款，一个合同如果与制定法的规定相违背，则成为无效合同。在德国的法律中，存在着许多明确的可以使与之相抵触的合同归于无效的规定。以民法典本身为例，依该法典第 224 条，当主请求权的时效消灭时，附属于它的从属给付请求权同时消灭，无论依当事人的约定，后一请求权是否消灭。由此可知，当事人不能通过订立合同，排除或延长诉讼时效。不过，涉及买卖合同，该法典在第 477 条作出了例外的规定。依该法典第 276 条，债务人因故意的行为而应负的责任不得事前免除。该法典第 310 条规定，当事人不能订立转让

其将来占有的财产的合同。该法典第 312 条禁止就现尚生存的第三人的财产订立合同。

以其他制定法为例，德国《基本法》（即宪法）第 9 条规定，限制加入工会的协议无效。因此，雇主不能在劳动合同中写入这类条款。德国《刑法典》第 259 条规定，订立买卖盗窃物的合同的行为，属于犯罪行为。将这一规定与民法典第 134 条的规定相结合，将得出该合同为无效合同的结论。同样，依《刑法典》订立洗钱的合同和行贿公共官员的合同也属于触犯刑律的行为，这些合同也属无效合同。

依民法典第 134 条的前述规定，在决定一个合同是否因为与制定法的规定相抵触而无效时，法官有权对立法者的意图进行解释。例如，根据德意志帝国民事法院 1905 年 3 月 17 日的判决，管理商店开业时间的法律并不包含使在星期日订立的合同归于无效的意图。

根据民法典第 138 条的前述规定，一个没有违反制定法的禁止性规定的合同，如果违反了善良风俗，也是无效的。依德国的法学理论和司法实践，第 138 条所指的善良风俗，包含了公共秩序的含义。德国法院在审判实践中认定的典型的违反善良风俗的合同包括：以性的需要作为交易的对象的合同，比如，妓女与嫖客之间合同；有损家庭和婚姻关系的合同，例如，夫妻双方达成的让妻在将来离婚时放弃抚养费的协议；约定不对刑事犯罪进行告发的协议；前述第 138（2）条规定的过分不公平的合同和一方通过不正当地影响另一方而签订的合同；过分地限制人身自由的合同；损害第三方利益的合同，比如，煽动某个合同的一方违反与该合同的另一方达成的协议；等等。

2.对合同的合法性及其后果的裁量

涉及合同的合法性，德国法院在现代的审判实践中注重对个案的具体情况进行分析，注重对社会利益、合同当事人的利益以及第三人的利益进行权衡。

在德国最高法院 1983 年 9 月 22 日宣判的案件中，原告为被告的房屋安装门窗。被告对施工的质量不满，因而拒绝向原告付费。当原告提出返工时，被告以原告没有获得营业执照为由，称原告没有资格纠正其工作的瑕疵。原告为得到约定的报酬而起诉。

按照一般的逻辑，在该案中，原告未获得营业执照而营业，属于违反制定法的禁止性规定的行为，故双方的合同依民法典第 134 条是无效的。另依民法典第 817 条，对于违法合同，如果合同已履行，有过错的一方不能就其在合同项下所为的给付要求返还。该案中的原告属于过错方，依该项规定不能得到补偿。可是，该法院依以下理由判原告胜诉：

（1）当事人的行为即使触犯刑律或导致罚金制裁也不会所有的情况下必然地使有关的私法上的交易无效；

（2）如果合同当事人中只有一方违反了制定法的禁止性规定，作为一项规则，合同仍是有效的，除非这样做将使制定法的目的无法实现，比如，禁止性的制定法旨在保护个别的消费者，而合同一方正是这种要保护的对象；

（3）本案所涉及的制定法，旨在保证工匠行业的操作和效率处于高水平，所体现的是整个经济的利益，旨在保护广大的公众或个人，防止不称职的专业操作招致的危险，旨在维

持和促进整个行业的工匠的健康和效率，而不是旨在否认私人交易的效力；

(4) 被告对于原告是否为一个有营业执照的工匠从未表示过关注，而原告也从未向被告表示，原告是合法的有营业资格的，因此，被告不能在后来又宣称撤销交易。

该法院在该案中表现出的倾向是，在依民法典第 134 条的规定解释立法者的意图时，不轻易作使合同归于无效的解释；在对禁止性法规中包含的社会利益与私人的合同权利以及通过确认交易的效力保护商事交易所实现的利益进行权衡时，对私人的合同权利和后一种社会利益给予必要的重视和关注。

在处理有关合同合法性的案件时，德国法院的方法和技巧在审理高利贷合同的过程得到了充分的表现。在这类案件中，对于贷款利息超过法律规定的限额的情况，如果判决合同无效，并依民法典第 812 条关于不当得利应返还的规定令借方返还借款，则借方会立即陷入经济上的困境，因为该方不得不将未来到期的借款提前偿还。如果判决贷方无权收回贷款，则让借方获得大笔的不当得利，从而有违公正。对此，德国法院在一系列的判决中将合同的利息条款与合同的其他部分分解，认定利息条款无效，合同的主体有效，然后判决该合同为一个免除利息的合同，即借方不用再偿付任何利息。

(四) 中国

中国《合同法》第 52 条规定的应认定合同无效的五种情况，均与合同的合法性有关。其中包括：(1) 一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；(2) 恶意串通，损害国家、集体或者第三人的利益；(3) 以合法形式掩盖非法目的；(4) 损害社会公共利益；(5) 违反法律、行政法规的强制性规定。

关于合同无效的后果，依《合同法》，无效的合同自始没有法律约束力（第 56 条）。在合同被认定无效之后，当事人因合同取得的财产，应予以返还；不能返还，应当折价补偿；有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任（第 58 条）。当事人恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的，因此取得的财产收归国家所有或者返还集体、第三人。

复习思考题

1. 对于合同违法的后果，德国法院对社会利益和合同当事人的利益是如何权衡的？

四、错误和误解

(一) 英国和美国

1. 概念

复习思考题

1. 依据英美法，错误和误解有什么区别？其法律后果如何？

(二) 法国

1. 民法典确定的原则

《法国民法典》第 1110 条第 1 款规定：“错误，仅在涉及契约标的物的本质时，始构成无效的原因。”这一规定为法国法发展这一领域的制度奠定了基本原则。

根据法国法院 1913 年 1 月 28 日的判决，合同标的物的本质的含义是：“物的实质性品质；没有它，当事人就不会订立合同。”在以后的司法实践中，对于什么是物的实质性品质，法国法院作了越来越宽泛的解释，其中包括广义的“客观性”的解释和受到一定限制的“主观性”解释。

2. 对于“实质性品质”的客观性解释

根据对物的实质性品质的客观性解释，如果某物的实质性品质对当事人订立合同的意愿具有决定性作用，没有这样的品质，买方就不会订立该合同，这样的品质的不存在就可构成买方主张合同因错误而无效的理由。例如，如果当事人试图交易的是一副名画，该画所具有的实质性品质就不是一件仿制品可能具有的。

长期以来，法国法院作出过大量通过对民法典第 1110 条的上述规定的客观性解释宣布合同无效的判决。其中包括这样的例子：买卖的是真古董，实际上是仿制品；买卖的是天然珍珠，实际上是人工培植的珍珠；买卖的是建筑用地，实际上，该地已被长期出租出去；买卖的是新车，实际上是二手车；用很高的租金承租了据称“很理想”的房屋，但实际上不仅房屋状况差，邻近的建筑还在施工；一项拆掉水泥建筑的工程，建筑物令人意想不到地牢固，而这种情况只有发包方知道，承包方并不知道；等等。

3. 对“实质性品质”的主观性解释

实质性品质的主观性解释，指通过考查特定的交易的买方订立合同的目的决定标的物是否具有实质性的品质。在 1932 年的一个案件中，一块土地的卖方在广告中称该土地的面积 7 800 平方米。买方的意图是将该土地分割后转售。这种意图已为卖方了解。然而这块地实际上只有 5 119 平方米，因而不适用于买方购买它的目的。法国最高法院确认了上诉法院关于合同无效的判决。最高法院在判决中说：鉴于卖方知道买方的这一意图，该财产的面积具有“实质性的品质”，因此，该错误涉及到了合同标的物的本质。

4. 动机的不相关性

依法国法，动机与标的物的实质性品质无关，除非当事人将动机通过合同条款明确地表达出来。例如，买方购买裙子的动机是为其女儿准备婚礼上用礼服，他不能以标的物不适合该用途为由，依错误的理论主张合同无效。

在法国法院 1950 年审理的一个案件中，买卖的画出自名家之手，双方对此并无争议。但买方主张，他在成交时误认为这幅画曾在这位画家的卧室里挂过，因此，他有权撤销这笔交易。这一主张没有得到法院支持，因为这只涉及到买方的动机。

5. 非错误方知悉的后果

在法国，买方有权以错误为由主张合同无效的前提是：在依客观性的解释认定标的物不

具有实质性品质时，卖方须知道标的物必须具有这样的品质；在依主观性解释认定标的物不具有实质性品质时，卖方必须知道买方购买该标的物的意图。如果卖方不知道而只有买方知道，合同不能被认定无效。

上述“卖方知道”的事实，可以通过谈判的过程、合同的明示规定等证据证实，也可以通过案件的背景情况进行推定，比如，当标的物在古玩店中出售且标价昂贵时，可推定标的物为古玩，而不是仿制品；反之，当标的物以便宜的价格从跳蚤市场购买时，卖方没有理由知道买方的目的是购买古董。

6. 错误方失误的影响

当错误方的错误不可原谅时，比如，错误由过分的轻率或疏忽所致时，该方无权主张合同无效。例如，投保人就已经保险的财产再次投保，无权要求撤销保险合同；建筑用地的买方有可能咨询有关土地能否用于建筑目的而没有咨询，无权推翻交易。

法国的学理认为，如果当事人的信念中掺杂有某种怀疑，并不影响错误的成立。巴黎上诉法院就此确定的原则是：如果当事人是基于对事物性质的猜测性认识而达成协议的，错误不能成立。

7. 救济

《法国民法典》第 1117 条规定：因错误、胁迫或欺诈而缔结的契约并非依法当然无效，而是发生请求宣告无效或撤销契约的诉权。依此规定，因错误而订立的合同属相对无效的合同，即可撤销的合同。

8. 无效性错误与障碍性错误

《法国民法典》第 1110 条规定的“错误”(erreur)被法国学者称为“无效性错误”(或译为“无效性误解”)，相当英美法上的“错误”。英美法上的“误解”这一概念在《法国民法典》中未作规定。这一概念被法国学者称为“障碍性错误”(或译为“障碍性误解”)。比如，一方认为自己是在购买房屋，另一方认为自己是在出租房屋。法国法的传统理论认为，这种错误导致合同不成立，或绝对无效，但现代理论及司法实践将因之而订立的合同视为相对无效的合同。

(三) 德国

1. 民法典的规定

《德国民法典》第 119 条规定：“(1) 在进行意思表示时，对意思表示的内容发生错误或根本不要进行该内容的表示的人，在可以认为其知悉情事并理智评价情况即不进行此表示时，可以撤销表示。(2) 关于人或物的性质的错误，以性质在交易上具有实质性为限，也视为表示内容的错误。”

2. 意思的“表达错误”和“涵义错误”

民法典 119(1)条涉及的错误分两种情况：一种是把意思的内容表述错了，即所谓的“表达错误”；另一种是对意思表示的涵义的理解错误以及由此所致的意思表示错误，即所谓的

“涵义错误”。

在发生表达错误的情况下，表意人对意思表示涵义的理解并没有错，只是在表述时发生了错误。比如，话说错了、写字或打字时发生了误差。当这种情况发生时，如果所表达的不是表意人本来想表达的意思，该意思表示依民法典第 119(1)条可以撤销。将这一规则运用于商业实践，如果某人在参观证券交易所时随意作了一个手势；依那里的习惯，该手势等于一项要约；一个股票经纪人将其作为要约接受了；该“要约”可以被撤销。

在发生涵义错误的情况下，表意人对意思表示所具有的正确涵义在理解上发生了错误，因而所作的表示并非他打算作的表示。在 1978 年的一个案例中，一所中学订购了“25 Gros Rollen WC-Papier”。该中学的真实意思是，购买 25 “大卷”厕所中的卫生纸。可是，Gros 一词在德语中的含义，按照当时的理解，不是“大号”，而是 12 打，即 144(12×12)。这样，学校订购的就是 3 600 卷卫生纸(25×144)。结果，法院依民法典第 119(1)条，允许该学校撤销该要约。

在上述运用民法典第 119(1)条的例子中，法官无须考查相对方有没有对错误方的意思表示发生信赖；如果有的话，有无理由发生这样的信赖；错误方有无不可原谅的错误；等等。这与英、美、法等国的制度显然是不同的。进一步说，德国法并没有将单方错误与共同错误加以区别：无论是单方错误还是共同错误，只要符合民法典第 119(1)条的规定，错误方就可以撤销其意思表示。

3. 关于人或物的性质的错误

依民法典第 119(2)条，如果当事人对人或物的性质在认识上发生错误，且该性质在交易上具有实质性，其意思表示可以撤销。

对人的实质性性质的错误认识，可以包含这样的情况：相对方（合同另一方）过去曾经对其他贷款人实施欺诈行为，而错误方在不知道该背景的情况下与之签约；错误方误认为相对方有提供特定服务的资格，而相对方实际上没有这样的资格。在实践中，当合同已得到履行时，法院对于以这样的理由撤销合同往往抱勉强的态度。

涉及对物的实质性性质的错误认识，德国法院在目前可见的为数不多的案例中表现出如下倾向：

(1) 古董的真假和年代、汽车的生产年代等情况具有实质性性质，而标的物的价值不具有这样的性质。在 1929 年的一个案例中，卖方将两个花瓶以 390 美元的价格出售，而它们实际上是中国明代的花瓶。判决结果，卖方被允许撤销合同。此后，这两件古董被卖方以 20 万马克的价格出售给了一家博物馆。

在这样的案例中，法院并不考虑错误是一方的还是双方的，而只关心物的性质是否有实质性。

(2) 如果错误方是买方，法院将考虑依民法典第 459 条让卖方就物的瑕疵承担责任，而不是允许买方撤销合同。在 1932 年的一个案例中，合同双方就一幅名画成交。一年之后，

买方起诉卖方,以该画不是出自那位名画家之手而是该画家的表弟所作为由,要求撤销合同。法院判决,物一旦交付,民法典第 459 条规定的救济将优先于以错误为由撤销合同的救济;由于原告没有依民法典第 477 条的规定在 6 个月的时效期内起诉,该方不能再得到任何救济

该条规定:“解约或减价请求权,以及欠缺保证品质的损害赔偿请求权,除出卖人恶意不告知瑕疵外,对于动产,自交付时起经 6 个月时效消灭……”。

以上案例表明,涉及买卖合同,错误制度在适用范围上受到很大的限制。

(3) 价值计算错误属于动机问题,不是撤销合同的理由。例如,一方误认为自己购买的物有较高的价值,并基于这样的认识而签约,他事后不能以错误为由撤销合同。

4.对不公平结果的补救

德国法与英、美、法等国的法律相比,给予了错误方更多的撤销合同的机会。这可能造成对合同另一方以及第三人不公平的后果。为此,民法典第 122 条规定,错误方在行使撤销权时,应对相对方因信赖其表示有效而蒙受的损失作出赔偿;该赔偿以该表示有效时所拥有的利益为限;但是,如果受害人明知无效或可撤销的原因,或因过失而不知,不发生赔偿义务。

还应说明的是,在许多情况下,对有关错误的案例,德国法院直接用民法典的其他规定进行了调整。比如,依民法典第 242 条规定的诚信原则,宣布合同无效或对合同条件进行调整。又如,在 1920 年的一个案例中,合同中写明的货物是鲨鱼肉,双方的真实意图是买卖鲸鱼肉,法院判决以后者为准。这是依民法典第 133 条“查明真实意思”的例证民法典第 133 条规定:“解释意思表示时,应查明真实意思,并且不得拘泥于所用词语的表面意义。”再如,当合同双方都认为合同标的物存在,而实际上它并不存在时,德国法院将其视为“履行不能”问题,认定合同无效民法典第 306 条规定:“以不能的给付为合同标的的,合同无效。”

复习思考题

1.依据大陆法,错误和误解有什么区别?其法律后果如何?

5.对合同另一方意思的误解

对于合同双方对另一方的意思发生误解的情况,如上文提到的英国法院在 *Raffles* 案中遇到的情况,德国法将其视为“隐存的不合意”,依民法典第 155 条的规定解决。依据该条,“对于应达成协议的某一点实际上未成立合意的,以可以认为合同即使不在此点作出规定仍将认为已订立为限,所进行的约定为有效”。也就是说,当涉及特定的合同条件合同双方实际上未成立合意时,该特定的合同条件不成立。此时,如果合同缺少了该条件依然能够成立,即认定合同成立;反之,则认定合同不成立。比如,双方的隐存不合意涉及到标的物的价格时,如果法院认为该价格可参考市场价加以补充,则合同成立;反之,整个合同不能成立。

（四）《国际商事合同通则》

《通则》第 3.4 条就“错误”的概念下了以下定义：“错误是合同订立时所作的关于既存的事实或法律的不正确的假定。”

关于错误的后果，《通则》第 3.5 条规定：

“（1）一方可以因错误而撤销合同，如果在合同订立时错误如此地重大，以至一个处于与错误方同等地位的合理人本想基于有重大不同的条件订立该合同，或者，如果知道情况的真相本不会订立该合同，同时，

（a）另一方有同样的错误，或导致了该错误，或者知道或应当知道该错误，并且，让错误方陷于错误的状态有违公平交易的商业准则；或者

（b）另一方在合同被撤销时尚未基于对合同的依赖而行事。

（2）然而，在以下情况下，一方不能撤销合同：

（a）该方的错误因重大过失所致；或者，

（b）该错误涉及到这样的事项：有关该事项，发生错误的风险已由错误方承担，或者，考虑到相关情况，应当让错误方承担。”

上述规定是对英、美、法、德等国有关错误的制度兼容并包的结果。一方面，它包括了英、美、法等国的基本制度及其细节，同时，它也吸收德国制度中的某些成分，即依据第（1）款（b）项，错误即使是单方的，错误方也可以撤销合同，但须以另一方没有基于对合同的信赖而行事为前提。

（五）中国

中国《合同法》第 54 条规定，合同因重大误解而订立的，合同一方有权请求人民法院或仲裁机构变更或撤销合同。这里的误解一词，应包括错误和对合同另一方意思的误解两种情况。

五、欺诈

（一）英国和美国

1. 过错

在英美法系国家，欺诈是不真实表示(misrepresentation)的一种类型。不真实表示，按表意人的过错程度分类，分为欺诈性的(fraudulent)不真实表示、过失的(negligent)不真实表示和无过错的(innocent)不真实表示。

1889 年，英国上议院在审理 Derry v. Peek 案时对欺诈性的不真实表示下的定义是：（1）表示是有意地作出的；（2）表意人不相信表示是真实的，或者，对它的真实性抱着一种无论真假都无所谓的态度。

根据英美法，当合同一方在合同订立时对他方进行欺诈性的不真实表示时，如果不真实表示的其他构成要件也得到了满足，这些构成要件包括过错、行为、因果关系等。被表示方可以对表示方提起侵权法上的欺诈(deceit)之诉。其结果是，被表示方有权依侵权法的赔偿

原则从表示方获得赔偿。侵权法上的赔偿原则是，使原告处于侵权行为实施之前所处的地位。这意味着，使原告因侵权而蒙受的全部损失都由表示方赔偿。相比之下，违约赔偿的原则是，使受损害方处于合同得到履行时本应处的地位。在特定的案件中，这两种赔偿原则可能导致差别很大的赔偿后果，且一般而言，侵权赔偿会导致更高的赔偿额参见下文中的 *South Australia Asset Management Corp* 案。

当一项表示不真实，但不构成欺诈性的不真实表示时，该表示或者是过失的不真实表示，或者是无过错的不真实表示。根据英国《1967年不真实表示法》(the *Misrepresentation Act 1967*) 第 2(1)条，作出不真实表示的一方有义务就由此所致的损害作出赔偿，无论该表示是不是欺诈性的，“除非他证实，到合同订立时为止，他始终有理由相信，并且事实上相信，所表示的事实是真实的。”这一规定产生了如下法律后果：(1)就表意人的心理状态而言，区分过失的不真实表示与无过错的不真实表示的界限在于：表意人是否有理由相信且事实上相信他表示的事实是真实的；(2)就表示的责任而言，前者发生赔偿后果，后者不发生赔偿后果；(3)证明不真实表示为无过错的不真实表示，举证责任在表意人一方。关于这两种不真实表示的赔偿责任，在上述 1967 年的制定法颁布之前，只有欺诈性的不真实表示产生赔偿责任；在该法颁布之后，欺诈性的和过失的不真实表示都产生赔偿责任，且两种赔偿责任是一样的。也就是说，根据 1967 年的制定法，无论不真实表示是欺诈性的还是过失的后果，被表示方均可提起侵权之诉，并按侵权法上的赔偿原则得到赔偿。可是，在近期的审判实践中，英国法院对过失的不真实表示采取了一种略为宽容的态度。在 1996 年的 *South Australia Asset Management Corp. v. York Montague Ltd* 案中，在原告 20 世纪 80 年代房地产业繁荣时期向一些购买商业性房地产的人进行了贷款。在此之前，原告要求被告对这些建筑物的价值进行了评估。评估的结果大大高于它们的实际价值。到 90 年代，随着财产市场的大萧条，这些财产的价格大幅度下跌，降到了其实际价值之下，致使由于相信了被告的估价而放贷的原告蒙受了严重的亏损。在这种情况下，原告以被告过失欺诈为由对被告起诉，要求就蒙受的全部损失得到赔偿。英国上诉法院支持了原告的索赔请求，理由是：该请求是贷出的款项与依市场价而转售这些房产的收入之间的差价，如果不是该错误的估价，原告本来不会进行贷款，从而蒙受该差价损失。这一判决被上议院推翻。上议院认为，被告仅应就违反其义务而导致的损害负责；该方的义务是，就这些房地产的价值提供信息；因此，该方仅应就提供错误信息的后果承担责任，而不是就原告因介入这一交易而蒙受的全部损失负责。最后，上议院判决，被告无义务就财产市场的崩溃所致的损失作出赔偿。

在美国，涉及表示者的过错，如果被表示人试图撤销合同，他需要证明表示是欺诈性的，或者证明，表示是“重大的”(《第二次合同法重述》第 164 条)。可是，如果被表示方想使表意人承担侵权法上的赔偿责任，他就要证明，表示不仅是欺诈性的，而且是重大的(《第二次侵权行为法重述》第 525 条)。所谓“重大的”，是指表示对被表示方有重大的影响，足以使一般的人相信所表示的事实是真实的。1942 年，美国肯塔基州法院在审理一个案件时

比喻说：如果一方对另一方说，“月亮是用新鲜的乳酪做的”，另一方没有理由相信这是真的。

2.行为

在英美法上，不真实表示，必须是关于事实的表示。这一规则，将不真实表示与关于表意人主观见解(*opinion*)的表示区别开来。在许多情况下，被表示人对表意人的个人见解，只应在参考的基础上形成自己独立的判断，而不应产生依赖。在这样的情况下，表示作为见解，不能成为法律意义上的不真实表述。

在特定的案件中，一项表示是关于事实的还仅仅是见解，是一个事实问题，即依据案件的具体情况由事实的裁判者(由陪审团或者在没有陪审团参加的诉讼中由法官)决定的问题。在这方面，英美法院在长期的审判实践中发展了大量的具体规则。例如，当卖方基于自己的专业知识就其出售的产品的品质或性能等发表意见时，这种意见很可能被视为对事实的表述，因为缺乏专业知识的买方对该意见很难形成自己的判断，因而往往会对其发生信赖。反之，当卖方的表示涉及产品的价值时，作为一项确定的规则，买方通常没有理由对其发生信赖。英美法院经常判决，有关货物价值的表示只构成见解。

关于不真实表示的行为构成，另一个重要问题是：保持沉默能否构成不真实表示？也就是说，一方不向另一方披露自己掌握的信息，能否构成欺诈性的或过失的不真实表示？根据英美法院采纳的拉丁语的格言——“买主自慎”(caveat emptor)作为一般原则，沉默不构成虚假表示。因此，合同一方即使知道另一方对某些情况存在误解，也不负有披露义务。

在1873年的一个案例中，一名妇女在谋职时没有披露她结过婚。在当时，这是招聘者在雇佣人时考虑的一个重要因素。但英国法院判决，这并不能构成不真实表示。

上述一般原则从属某些例外，其中典型的有以下几种：

(1) 表意人负有“最大诚信”(utmost good faith)义务的情况。这以保险合同为最典型，即投保人必须向保险人充分披露有关的事实。这样义务也适用于股票的卖方和不动产的卖方(披露影响土地所有权的情况)。

(2) 原来的陈述因情况变化而变得不真实。如果一项表示在作出时是真实的，到签约时情况发生了变化，使表示与事实不符，表意人不能保持沉默；他有义务将变化了的情况通知另一方。

(3) 因片面披露事实而不真实。如果一方披露了部分事实，掩盖了部分事实，从而使另一方对有关的整个情况作出错误的判断，其行为构成不真实表示。

(4) 因存在信义关系(fiduciary relationship)而有义务披露。信义关系是存在于特定的当事人之间的信任关系。例如，律师和当事人之间、医生和病人之间、牧师和教徒之间、委托人与代理人之间，被认为存在这样的关系。当存在信义关系时，受到信任的一方不能对影响彼此间的权利义务的事实保持沉默。

复习思考题

1. 关于错误和误解,《国际商事合同通则》第 3.5 条分别采纳了英、美、法、德等国的什么制度?

3.因果关系

在主观过错和客观行为均具备的情况下,因果关系的存在又成为被表示人主张不真实表示的诉因的不可或缺的要件。所谓因果关系,指表示引起了被表示人的信赖,成为该方对有关事实发生错误认识的原因。在以下几种情况下,这样的因果关系显然是不存在的:

(1) 被表示方知道,有理由知道或意识到表示是不真实的。可是,如果被表示方仅仅对表示发生了怀疑,或者,该方依据其掌握的信息进行调查,本来可以发现表示的不真实性,并不妨碍该方主张不真实表示成立。在 1881 年的 *Redgrave v. Hurd* 案中,一个律师将他的业务卖给了另一个律师。前者在成交前对后者说,他每年的收入能达到 300 英镑,并把有关的记录放在后者的面前。出于对前者的相信,后者没有翻阅那些记录。后来,后者发现前者作了虚假的表示,其每年的收入根本达不到前者说的数额,因而要求撤销交易。英国上诉法院判决,他有权这样做,即使他有机会发现前者的表示是不真实的。

(2) 被表示方对表示的真实性作了调查,从而形成了自己的判断。在一个英国的案例中,一个煤矿的买方对卖方声称的该煤矿的年收益水平作了调查,但进行调查的人错误地报告说,卖方的表示是真实的。上议院判决,买方是基于对自己的调查报告的依赖而签约的,故合同不能被撤销。

3.救济

在英国和美国,作为一般原则,当不真实表示欺诈性的或过失的时候,被表示人有权撤销合同。当不真实表示导致被表示人的损失的时候,该方还有权要求获得赔偿。在英国,根据《1967 年不真实表示法》第 1 条,当不真实表示的内容成为合同的条件时,被表示方有权同时提起不真实表示之诉和违约之诉,因此,原告可以一方面要求撤销合同,一方面就蒙受的损失要求另一方赔偿。

(二) 法国

1. 民法典第 1116 条的规定

《法国民法典》第 1116 条规定:在当事人一方实施“欺诈手段”(manoeuvres)时,如果没有这种手段的实施另一方显然不会签订合同,欺诈(dol)构成合同无效的原因。该条采用的 *Manoeuvres* 一词,类似于英语中的 *Artifices* (诡计)或 *Machinations* (奸计)。其中带有“不诚实”的含义。这一词语可以包含各类进行不实表示的行为,如发出包含虚假信息文件或提供假情报,但以具有使相对方发生错误的认识为共同特征。因此,该条款规定的欺诈,仅指恶意的不实表示,而不包括过失的不真实表示。

2. 过错

民法典第 1116 条规定的欺诈的构成,是以有故意的动机为前提的。进一步说,该条第

2 款规定：“诈欺不得推定，而应加以证明”。因此，除非被表示方能够证明表示方有实施欺诈的动机，否则，该方无权依第 1116 条提起欺诈之诉。

为了避免上述规定导致的不合理结果，法国法院允许当事人依《法国民法典》第 1382 条对作不真实表示的人提起侵权之诉，该条的内容是：“任何行为使他人受损害时，因自己的过失而致使损害发生之人，对该他人负赔偿的责任。”

1975 年 2 月 4 日，法国最高法院在一个案件中允许贷款人对借款人提起侵权之诉。该借款人在披露信息方面存在过失，从而使贷款人有权依第 1382 条起诉，尽管贷款人不能依第 1116 条起诉。

3.行为

同英美法一样，法国法也认为，商业上的吹嘘或夸张并不构成欺诈。卖方对其商品的品质、价值或价格的低廉，作了言过其实的描述，不一定要为此承担责任。在这里，区分欺诈与吹嘘的标准是：卖方的手法应否为习惯所容忍以及在特定的行业中当事人应有的期望是什么？在特定的案件中，法院在决定卖方对其产品的渲染性的描述是否构成了“担保”时，还要考虑买方的专业知识、年龄和经验等因素。

在法国法院的现代判决中，有大量关于保持沉默的后果的判决。长期以来，法国的判例一直奉行“不说话就不存在欺诈”的原则。其理由是，道德规范并不强迫人们作对自己不利的事情；相对方的利益，应由该方自己去保护。1971 年 1 月 15 日，法国最高法院第三民事法庭在一项判决中说：欺诈可以由一方的沉默构成，因为他向建筑商隐瞒了一项事实，而后者如果知道这一事实，本来不会签署该合同。

这一时期以及以后，法国法院在一系列判决中宣布合同一方的隐瞒构成欺诈。其中的一类情况是，对于有关的情况，相对方“不可能自行了解”。实际上，法官掌握的尺度并不是“绝对不可能”，而是有“严重困难”即可。在法国最高法院社会庭 1947 年 2 月 30 日的判决中，卖方出售的马是用于乡村工作的，但实际根本没有工作能力，这构成了欺诈。因为对于为卖方所拥有的这匹马，买方不可能了解其详细情况。类似的情况有：出售的营业资产因发明专利证书的转让而贬值；出售的土地不可能获得建筑经营许可证；出售的土地因许可过期而不能建设加油站。

另一种情况是，一方拥有相对方所没有的专业知识，而这种知识涉及合同的标的。特别是，当买方是消费者时，卖方的披露义务成为制定法明确规定的义务。根据法国 1992 年 1 月 18 日发布的第 92—60 号法律，“所有专业性的出卖人或服务的提供者都必须在合同订立之前使消费者处于知道货物或服务的实质性特征的地位。”

法院还依据诚信原则决定卖方是否有披露义务，同时，也考虑依商业习惯，让一方披露其掌握的信息是否公正。此外，相对方有无“不可原谅”的轻率和疏忽，也是考虑的因素。

4.结果和因果关系

在法国，传统的观念是，“欺诈手段”必须导致受害人主观认识的错误，才能构成欺诈。

可是，这种观点在科尔马法院 1970 年 1 月 30 日的判决中受到了挑战。在该案中，一个 75 岁的老妇被她的女儿和女婿“软禁”起来，不能外出，直至精疲力尽。在这种情况下，老妇签署了一份要式的文件，将其财产以遗赠方式给了该夫妻，从而剥夺了其儿子的继承权。法院判决，在民法典第 1116 条中并没有找到“错误”，而只提到这样的事实：“没有该欺诈手段”，另一方本来不会签署合同，因此，只要一方采用了“欺诈手段”，并具有让另一方以一种他本来不会采用的方式行事的动机，该手段就构成了欺诈。对于这一判决理由，学者的评论尚存在争议。

如果欺诈者所说的是一种赤裸裸的谎言，法院会否认欺诈成立，因为相对方没有理由对之产生信赖。换言之，相对方签约不是由于欺诈者的诱使，而是由于相对方的判断有误。

涉及欺诈手段对受害人的影响，法国法采纳了罗马法关于“主要作用”和“次要作用”的理论。所谓主要作用，指欺诈手段导致了整个合同的订立；而次要作用指欺诈手段仅影响到合同的部分条件，受害方仍愿意订立合同，只是不愿接受欺诈影响的条件。采纳这种理论的后果是，当主要作用发生时，受害方可同时撤销合同和要求得到赔偿；而当次要作用发生时，受害方的权利仅限于对合同条件进行调整。可是，法国最高法院在近期的判决（例如该院商事庭 1984 年 5 月 2 日的判决）中宣布：作这样的划分是没有必要的，应当取消；欺诈作为影响当事人一方立约意志的决定性因素一旦被证实，该方便有权决定是宣布合同无效和要求赔偿，还是对合同条件加以调整。

5.救济

依民法典第 1117 条，因欺诈而成立的合同属相对无效的合同，即可以由受欺诈的一方撤销的合同。

复习思考题

1. 什么叫欺诈？简述英美和法国有关欺诈的法律制度？

（三）德国

1. 民法典第 123 条的规定

《德国民法典》第 123 条规定：因欺诈而被诱使为意思表示的人，可以撤销表示。这一规定成为德国发展合同欺诈制度的基本依据。以后，这方面的细节主要是靠德国法院的判例发展的。

2. 过错

在德国，欺诈的成立并不以欺诈者具有损害相对方的动机为前提，只要欺诈者没有诚实地行事，即可构成欺诈。进一步说，一方让第三人帮助他进行谈判时，要就第三人的欺诈行为承担责任，不管他对该欺诈是否知情。

3. 行为

依德国法,当事人在订立合同的谈判过程中不负有将有关的信息告知另一方的一般性的义务,但是在审理案件的过程中,法院可依案件的具体情况,基于对贸易惯例、当事人之间的关系等因素的考虑,依诚信原则,决定当事人有无这样的披露义务。

对买卖合同而言,如果卖方知道货物的有关情况会影响买方作出购买的决定,并且知道,买方没有意识到该情况的存在,在当时的情况下也没有能力发现该情况,那么,法院就可能认为,卖方负有披露这一情况的义务。

当卖方拥有某种专业知识而买方没有时,法院将更有可能认为卖方有披露义务。特别是,在不披露将使买方处于危险境地的情况下,卖方有义务将全部相关的信息通知买方。比如,双方成交的是一辆二手的汽车。这使发生车祸的危险增大了。因此,卖方有义务将该汽车的缺陷告知买方,而这种通知对卖方显然是不利的:买方可能因此而拒绝签约。

如果双方都是专业人员,卖方的披露义务就减轻了。不过,如果一方过去曾经就有事实通知另一方,而这一通知是不正确的,前者有义务再发通知给予纠正。

片面地披露有利的情况而掩盖不利情况是构成欺诈的情况之一。在一个案件中,债务人本来无义务向担保人披露有关债务人财产状况的情报,但该方因片面地披露乐观的情况而构成欺诈。

4.结果和因果关系

依民法典第 119(2)条,当事人以错误为由撤销合同,必须以认识的对象(人或物)的性质在交易上具有实质性为条件。可是,欺诈的成立并不需要类似的条件,进一步说,欺诈只需影响到相对方的动机,便可以成为撤销合同的理由,而不需要导致被欺诈人认识上的错误。1989年7月7日,德国最高法院在一个案件中判决,在卖方未披露货物的瑕疵而构成欺诈的情况下,买方无需证明卖方的欺诈是构成买方错误的原因。此外,欺诈无须成为被欺诈者订立合同的唯一原因,只要是该方订立合同的原因之一即可。

5.救济

依民法典第 123 条,欺诈使合同成为可撤销的合同。此外,法院允许被欺诈人就欺诈所致的损害获得赔偿。

(四)《国际商事合同通则》

《通则》在第 3.8 条规定:“一方有权撤销合同,如果合同的订立是另一方欺诈性的表示所导致,包括语言、行为和欺诈性地不披露情况,而根据有关公平交易的合理商业标准,后者本应披露该情况。”

(五)中国

中国《合同法》第 54 条规定:“一方实施欺诈,使对方在违背真实意思的情况下订立合同的,受损害方有权请求人民法院或仲裁机构变更或撤销合同。”第 42 条规定:“一方故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况,给另一方造成损失的,应当承担损害赔偿责任。”

六、胁迫

(一) 英国和美国

1. 从人身强制和暴力威胁到经济胁迫(economic duress)

胁迫的一般情况特征是，合同一方对另一方施加压力，迫使另一方在不得已的情况下接受强加的合同条件。其结果是，后者的意思表示不能反映其真实意愿。

英美法在早期只承认合同一方只有在遭受人身强制或受到暴力威胁的情况下签署合同才有权主张合同是基于胁迫而订立的。不过，英国法院很早就在“返还法”(the Law of Restitution)中承认，如果卖方为索要更多的货款而扣留货物，买方为得到货物而多付了钱，买方有权在卖方交货之后再把多付的钱要回来。这样的救济后来发展成货物胁迫(duress of goods)的制度，并成为合同法上的诉因。其特点是，卖方利用买方对货物的急迫需要，以不交货相要挟，以索要比已经约定的合同价更高的价款，而买方无法从其他途径获得货物，因而不得不接受卖方强加的条件。这种制度为后来更加开放的经济胁迫的理论和实践的发展奠定了基础。

与货物胁迫的相似之处是，经济胁迫也是以让相对方丧失一定的经济利益作为胁迫的手段，但经济胁迫不仅限于以扣留货物相威胁，也不仅限于买卖合同的卖方对买方进行的威胁。

美国比英国更早地采纳了经济胁迫的制度。例如，早在 1942 年，联邦最高法院就在 *United States v. Bethlehem Street Corp* 案中判决，一家建造军舰的私人公司利用政府在战时对军舰的急迫需要在签约时索取高额奖金，该奖金是经济胁迫的后果。

英国法院在 1979 年通过审理 *North Ocean Shipping Co. v. Hyundai Construction Co.* 案采纳了经济胁迫构成胁迫的原则。这是第一个采用这种理论的判决。

2. 动机

在考查某一行为是否构成胁迫时，英美法最初对行为人的动机的关注并不是很多。这是因为，传统的以暴力威胁为特征的胁迫一般是以行为人的恶意为特征的。然而，在考查经济胁迫的构成时，将善意的与相对方就已签定的合同的条件重新进行协商的意思表示与胁迫的意思表示相区别，是十分重要的。在商业实践中，商人在合同签订之后常常向合同另一方提出变更合同条件的建议。如果这种建议的提出是善意的，另一方接受了这一建议，该方不能在事后以受到胁迫为由拒不执行该变更的建议。

在决定重新协商的动机是否善意时，英美的判决和学理认为，在一个具体的案件中，应注意考查以下情况：

(1) 要求重新协商的一方(要求方)是否善意地相信有权不履行原来签署的合同：如果依原来的合同履行会导致显失公平的结果，或者，会使该方面临极大的困难，就有理由认为该方是善意的

(2) 要求方所寻求的新的合同条件是否公平。

(3) 要求方所寻求的目的是否正当。依《第二次合同法重述》第 176(2)(a)条，如果一

方通过威胁另一方所寻求的合同条件是不公平的，同时，“这种威胁的行为将损害被威胁方，又不能使实施威胁的一方获得重大利益，”那么，这样的威胁就构成了“不适当的威胁”。也就是说，当进行威胁的目的与双方的交易条件没有因果联系时，应认定行为人的动机是非善意的。

3.行为

胁迫是以威胁（threat）为手段的。然而并不是所有的签约过程中的威胁都构成胁迫行为。依英国法，由合法行为构成的威胁通常不构成胁迫行为。当一方在签约之前对另一方说“如果你不答应我提出的条件，我就不跟你签约”时，前者没有胁迫后者。因为签署合同或拒绝签署合同是当事人的合法权利。

上述原则从属于某些例外：首先，关于以提起刑事诉讼相威胁是否构成胁迫，依普通法，答案是否定的；而依衡平法，答案是肯定的。今天在英国，涉及这一问题，该衡平法的规则优先。也就是说，以提起刑事诉讼相威胁是一种胁迫行为。其次，在实施海上救助的过程中，如果救助方在救助前迫使被救助方答应了某些条件，后者有权以胁迫为由拒绝兑现其许诺。再次，当合法手段被用于敲诈(blackmail)的目的时，被敲诈的一方有权主张胁迫成立。例如，把丈夫与其他女人的私通行为告之妻子，是合法行为；但以之进行要挟，以获取合同项下的利益，是一种敲诈行为，构成胁迫。

美国的学理认为，以合法不合法界定某种威胁手段是否胁迫行为是不科学的。美国采纳的标准是，“不适当的” (improper) 威胁构成胁迫行为。与英国相同的是，在美国，以提起刑事诉讼相威胁是不适当的。犹他州法院在一个案件中说，法院的刑事诉讼程序是为了保护公众，用来保护私人的利益是不适当的。当威胁的行为本身构成刑事犯罪行为或侵权行为时，该行为是不适当的威胁。另一项规则是，如果威胁构成对“诚信和公平交易” (good faith and fair dealing)原则的违反，则该威胁是不适当的。

复习思考题

1. 简述德国法有关欺诈的法律规定。
2. 什么叫经济胁迫？其法律后果如何？

4.因果关系

在英美法上，不合法的或不适当的胁迫只有在事实上导致了合同的订立或重新协商的发生时，胁迫才能成立。英国法院在决定这一问题时需考查多种因素，包括：受威胁方是否可能找到替代的合理补救方法；双方是否实现了有效的和解；受威胁方对于其受到的威胁是否提出过反对；受威胁方是否进行过独立的咨询，因而是基于其自主意志达成协议的。

在决定因果关系方面，美国法院在今天的审判实践中最为关注的是，威胁是否已经让特定的被威胁者“没合理的选择余地” (no reasonable alternative)。例如，威胁提起民事诉讼在

某些情况下是“不适当的”（比如，威胁方本来就不认为自己对方提起的民事诉讼具有合理的依据；这构成非善意地滥用司法程序），但这种不适当的威胁一般不构成胁迫，因为被威胁方可以通过辩护来维护自己的利益。可是，如果威胁方声言要扣押被威胁方的财产，就可能构成胁迫。因为财产一旦被扣押，在诉讼了解之前，就不能正常地转让，由此造成的损失不一定能得到弥补。在这种情况下，被威胁方通过参加诉讼与威胁方对抗，而不是屈从于威胁方的压力，就不再是合理的选择。1959年，加利福尼亚州法院在审理 *Leeperv. Beltrami* 案时针对这样案情就作出了这样的判决。

一个具有普遍意义的问题是，当一方对另一方施加威胁时，如果另一方可以不作让步，并通过诉讼挽回其损失，那么，诉讼是否是一种合理的选择？美国法院判决，如果一种法律救济不能马上奏效，或者，被威胁方没有把握获得这种救济，该救济就不是合理的选择。

5.救济

当合同基于胁迫而成立时，英美法的一般原则是，该合同可以被受胁迫方撤销。但依美国《第二次合同法重述》第 174 条，当胁迫表现为对人身的强制时，被胁迫的行为不发生法律效力，故合同不能成立。

（二）法国

1.民法典第 1111 条和第 1112 条的规定

《法国民法典》第 1111 条规定：“对订立契约承担义务的人进行胁迫构成无效的原因，即使胁迫由为其利益订立契约的人以外的第三人所为时，亦同。”该法典第 1112 条规定：“如行为的性质足以使正常人产生印象并使其担心自己的身体或财产面临重大且现实的危害者，即为胁迫。在这方面，应考虑到受胁迫人的年龄、性别及个人情况。”

法国的现代学理认为，上述第 1111 条所指的胁迫，并不包括对人身的强制；当一方受到这样的强制时，由于缺乏该方的同意，合同并不存在。所以，第 1111 条所包括的胁迫行为，仅指精神上的压迫，即一方或第三方对他方的威胁。根据该法典第 1112 条，此种威胁既可以作用于人身，也可以作用于财产。

2.动机

当一方对他方进行威胁的目的与该方享有的权利无关时，应认为该方的动机是不正当的。例如，根据法国最高法院诉状审理庭 1903 年 4 月 6 日的判决，丈夫以起诉其妻与人通奸相威胁，迫使其妻在未得到任何款项的情况下签署一张收据，这一行为构成胁迫。又如，依照法国最高法院第一民事法庭 1913 年 4 月 9 日的判决，债权人以起诉债务人相威胁，迫使债务人廉价出售其财产，构成胁迫。

如果威胁的目的是为了实现合法的权利，但所采用的方式是不适当的，比如对相对方进行恫吓，该行为同样有可能被视为胁迫。由此可见，动机的善意并不能排除构成胁迫的可能。

3.行为

受罗马法传统的影响，法国法认为，只有违法的威胁行为，才能导致意思表示的瑕疵和

法律的制裁。因此，一方以行使权利相威胁，不构成合同无效的原因。为了实现自己的权利，当事人可以威胁提起民事诉讼，也可以威胁提起刑事诉讼。在法国最高法院第一民事庭 1959 年 3 月 11 日的判决的案件中，雇主以起诉相威胁，迫使被非法雇用的职员同意辞职。法官认为，这并不构成胁迫。不过，当行为合法但目的不正当或方式不适当时，也会构成胁迫，上文所述的丈夫迫使妻子签署收据的案例，即是这方面的例证。

4.因果关系

在法国，如果所威胁的事项由于意外情况在客观上已经实现，或被威胁方已处于威胁所包含的危害之中，那么，除非威胁方对此一无所知，该威胁并不构成胁迫。这是传统的观点。在现代的判例中，利用他人的急需而施加压力，即使威胁的事项原来存在，仍构成胁迫。比如，在有关海难救助的案件中，遇难人所作的数额巨大的付款许诺，被判为因胁迫而无效或其金额得以减少。

依民法典第 1112 条，只有当威胁导致了重大而现实的危害时，胁迫才能发生。因此，如果威胁的事项不是近期将发生的，或是荒谬可笑的，则不能构成胁迫行为。

关于如何衡量胁迫的危害后果是否重大，民法典规定了两种标准：足以影响“正常人”的一般标准和由“个人情况”决定的个别标准。法国学者认为，在制裁有过错的行为人时，应采用该一般标准；在确定被威胁方的同意的不自由时，应采用个别标准。法国法院在实践中倾向于优先适用个别标准判定威胁是否足以使被威胁方违心地表示同意。

5.救济

依民法典第 1117 条，胁迫导致合同的相对无效。因此，胁迫的成立使被胁迫人获得撤销合同的权利。不过，该方有权仅要求变更合同的内容，同时要求损害赔偿。

（三）德国

1.民法典第 123 条的规定

《德国民法典》在原则上规定，因 *Widerrechtliche Drohung* 而为意思表示的人，可以撤销表示。按字面意思，这一德文词语可译为英文的 *unlawful threat*，即“不法威胁”（我国学者多译为“不法胁迫”）。但 *Markesinis* 等人指出：*Drohung* 应译为 *Threat*。不法威胁一词并不包含暴力在内。在德国，以暴力手段实施强制，并没有意思和意思表示可言，因而谈不上撤销合同的问题。

关于上述威胁一词的含义，德国联邦最高法院在 1988 年 6 月 7 日的判决中解释说：“威胁是关于某种未来的危害的宣告；进行威胁的人宣称，对于该危害的发生或不发生，他具有影响；而该危害将会实现，除非受到威胁的人作出该进行威胁的人谋求的意思表示。”

2.动机

依民法典第 123 条，不法威胁构成撤销合同的理由。因此，如果威胁的目的违法，则合同可撤销。不过，当这种情况发生时，合同将依民法典第 134 条（违反法律的禁止性规定）和第 138 条（违反善良风俗）归于无效，不管被威胁方是否行使撤销合同的权利。

3.行为

在德国，如果威胁的手段违法，无论目的是否合法，合同成为可撤销的合同。例如，甲对乙说：“如果你不签这张支票，我就打断你的腿。”这构成不法威胁。同样，从原则上说，如果合同一方以违约相威胁，迫使另一方让步，也构成不法威胁。违约虽然不是违反法律的禁止性规定的行为，但属于不法行为。不过，涉及这类问题，学者找不到相关的德国判例。

当威胁方寻求的利益与该方的合法权利无因果关系时，威胁成为不法行为。例如，如果甲有意地将乙家的窗户上的玻璃打碎，乙有权威胁说：“除非你赔我玻璃，否则我向警察告发你。”但乙不能以此威胁让甲偿还甲欠乙的钱。

与上述案情相似的是，乙在玻璃被打碎后，没有对甲进行威胁，而是对甲的亲属说：如果不赔偿乙的损失就去告发甲，甲的亲属同意赔偿。在这种情况下，乙的威胁也属于不法威胁。因为乙对甲的亲属本来没有合法的权利。

值得注意的是，德国最高法院在 1988 年 6 月 7 日的判决中，通过援用民法典第 138 条，对上述威胁债务人亲属的案情进行了变通的处理。在该案中，某侵权人盗用了反诉人 100 万马克；该侵权人的妻子、母亲和岳母为使他免遭反诉人的刑事起诉而作了担保，替他还这笔钱。该法院拒绝了该侵权人的亲属撤销该担保合同的诉讼请求。它判决说：在本案中，该侵权人处于被人告发的境地，他的亲属要将他从这种“急迫情况”中拯救出来，这样的事实已为这些亲属所意识到；上诉法院允许撤销该合同，因为该法院没有将“威胁”与“急迫情况”区别开来；尽管依民法典第 138 条，利用他人的急迫情况而订立的担保合同可以归于无效，但这并不是必然的；依上诉法院查明的事实，不应得出该合同依第 138 条无效的结论。

德国最高法院作出上述判决的原因显然是，允许撤销该合同会导致不公平的结果。依民法典第 138 条，利用他人的急迫情况，使其向自己对一项给付约定给予财产利益，而此种利益与给付明显不成比例的，其法律行为无效。该法院认为，本案中不存在该“明显不成比例”的事实，故这些亲属在“急迫情况”下作出的许诺是有效的。

（四）《国际商事合同通则》

《通则》第 3.9 条规定：“在以下情况下，一方可以撤销合同，合同的订立是另一方不正当的威胁所致，这种威胁在当时的情况下如此地急迫和严重，致使前者没有合理的选择余地。特别是，当某一对被威胁方进行的威胁行为或不行为本身是不法的，或者，将该威胁作为达到订立合同的目的的手段是不法的时候，该威胁就是不正当的。”

上文中的“不法”一词，从英文 wrongful 一词翻译。它包括违法、侵权和违约等各类侵犯私权和违反公序良俗的行为。

（五）中国

中国《合同法》第 54 条规定，当一方以胁迫手段使对方在违背真实意思的情况下订立合同时，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。

复习思考题

1. 从过错、行为、因果关系和救济各方面比较英、美、法、德各国关于欺诈的制度的共同点和差异，思考其中哪些制度是较好的制度。

2. 从动机、行为、因果关系和救济各方面对英、美、法、德和《国际商事合同通则》关于胁迫的制度进行比较，试在取长补短的基础上归纳出一套你认为理想的规则。

七、显失公平

(一) 英国

1. 判例法

根据普通法，已经订立的合同不能以合同的条件不公平为由不予执行（普通法仅在有关海难救助的案件中允许撤销有利于救助人的敲诈性的交易）。然而，当合同的条件显失公平时，受到不利影响的一方在一定的条件下可以获得衡平法上的救济。早在 1751 年，哈德威克(Hardwicke) 勋爵就在审理 Earl of Chesterfield Janssen 案时说：显失公平的案件“产生于缔约当事人的这样一种背景情况和条件：一方处于弱势，受到另一方重利盘剥或敲诈，或者，其弱点被另一方所利用。” 1873 年，即一个多世纪以后，塞尔伯恩(Selborne)勋爵在 Earl of Aylesford v. Morris 案中引用了哈德威克勋爵的上述观点，并进一步评论说：哈德威克勋爵所指的一方利用双方交易地位的不平等的情况“构成欺诈的推定。在这里，欺诈并不指欺骗或落入对方陷阱，而是指对产生于这样的背景和条件的权力的显失公平的利用：当各方当事人的相对地位构成导致这种推定的表面证据时，交易便不能得到维持，除非在该交易项下获得利益的一方能够证实，该交易在事实上是公平、正当和合理的，从而排除这样的推定。”

以上判决意见表明，即使在衡平法院，仅仅证实合同条件不利于自己，还不能证明显失公平的存在。1983 年，英国后座法院法官彼得·米利特(Peter Millett)在审理 Alec Lobb(Garages) Ltd.v.Total Oil (Great Britain)Ltd.案时归纳说：法院要介入当事人的交易，必须先审查三个要件是否得到了满足：首先，一方处于严重不利的地位，比如，贫困，未能意识到对自己不利的合同条件，或未能得到相关的咨询。其次，另一方以一种不道德的方式利用了这种弱势地位。再次，所产生的交易对于弱方不仅是苛刻的或“没有远见的”(improvident)，而且是极为过分的和让人不能容忍的(overreaching and oppressive)。最后一个要件意味着，当合同是一个货物买卖时，价格过低还不够，而是要实质性地过低以至于触动了法院的良知(shocks the conscience of the court)。

上述判决意见在案件上诉到上诉法院后得到确认。而这些判决表明了英国法院对以显失公平为由推翻交易的严格限制态度。

2. 制定法

英国的制定法并没有采纳显失公平的一般概念，同时，每一部制定法仅适用于一个特定的领域，但这些法律的发展对于保护弱方当事人的利益起了重要的作用。在这些制定法中，

最重要的是《1977年不公平合同条件法》(the Unfair Contract Terms Act 1977, 以下称《1977年法》)和《1994年消费者合同不公平条件条例》(the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994, 以下称《1994年条例》)。

《1977年法》的主要规定包括：(1)因过失所致的死亡或人身伤害不能免责。(2)当货物被消费者使用时，涉及货物的品质缺陷，生产者和批发商的担保责任不能被免除。(3)因违反制定法规定的默示条件而承担的责任不能被免除。(4)当合同一方为消费者时，或合同基于一方的“书面的标准商业条件”而订立时，有三种免责条款是无效的，除非它们是合理的：第一种是，免除或限制了一方违反合同的某一条件的责任。这方面的例证是，航空合同在其拟定的格式合同中规定，不就飞行的延误承担责任，或者，只承担有限的责任。第二种是，一方有权以某种方式履约，而这种方式与另一方的预料有实质性的不同。这方面的典型例子是，由旅游公司起草的合同规定，旅游公司可以任意改变旅行计划中的时间或设施等因素。第三种是，合同规定，对于某种合同义务的全部或其一部分，一方可以完全不予履行。例如，音乐会的门票上写明，主办人可以取消音乐会并返还购票款而不必给予消费者任何补偿（包括往返于音乐厅的交通费）。(5)当合同一方为消费者时，合同中包含的消费者须就其过失行为或违约行为所致的另一方的损失对另一方负赔偿责任的条款只有在合理的情况下才是有效的。

《1994年条例》是英国加入欧盟之后依照欧盟在1993年发布的《关于消费者合同中的不公平条件的指令》[the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts (1993)]而制定的。依《1994年条例》，合同中包含的不公平条件是没有强制执行效力的。关于什么合同条件构成不公平条件，该法第4(1)条规定：“不公平条件”指与诚信要求相抵触，导致当事人在合同项下的权利和义务的“重大失衡”(Significant Imbalance)，使消费者受到损害的任何条件。

该法第4(2)条规定：在决定某一条件是否具有不公平的性质时，应考虑合同所涉及的货物或服务的性质，并考虑影响合同的订立的全部情况，合同的其他条件或合同所依赖的另一个合同的条件。

为了向法院提供参考，该法的“表3”(schedule 3)列举了17类可能被法院视为“不公平条件”的合同条件。其中主要包括：(1)排除对人身伤害或死亡的责任的条件。(2)不适当地排除或限制消费者的合法权利的条件。(3)不加补偿地约束消费者的条件，而消费者在签约之前没有真正的机会了解该条件。(4)允许卖方在无合法理由的情况下变更合同的条件。(5)允许卖方在买方取消合同时扣留预付款，而当合同被卖方取消时买方却得不到同等程度的保护。

《1994年条例》是欧盟指令的翻版，反映了欧洲大陆各国消费者保护法一般的和主要的特征。在该法颁布之后，《1977年法》仍然有效，从而导致了两套制度的平行实施。

(二) 美国

1. 概说

问世于 1952 年的《美国统一商法典》的第 2-302(1) 条规定：“如果法院发现，作为一个法律问题，合同或合同的任何条款在合同订立时是显失公平的，法律可以拒绝强制执行该合同，或者，只强制执行合同中显失公平的条款之外的其他条款，或者，对显失公平的条款的适用加以限制以避免显失公平的后果。”有人认为，在美国，新的现代意义上的显失公平制度是由该法典的这一条款开创的。这一条款使法院有权对显失公平的合同或合同条款进行公开的干预，从而使原有的衡平法上的隐秘的以良心裁判为尺度的显失公平制度演变为公开的可以普遍适用的一般性制度。其发展的结果是：首先，在不存在胁迫、不正当影响等一方压迫或引诱另一方的情况下，仅仅根据显失公平的要件，就可以否认合同或其某项条件的效力。其次，为了向交易中的弱方提供保护，美国法院可以直接否认显失公平的合同或其条款的效力，而不必等待立法机关采取行动。这与英国法的保守立场形成了鲜明对照。

2. 构成要件

从总体上说，在美国，现代意义上的显失公平由两种基本因素构成，即一方面，合同的条件不合理地有利于一方而不利于一方；另一方面，另一方在合同订立时没有作出有意义的选择。前者被称为“实质性显失公平”，后者被称为“程序性显失公平”。造成程序性显失公平的原因可以归结为两个方面：一种原因是，一方由于不能归咎于自己的原因未能理解合同的内容。另一种原因是，一方由于其所处的地位完全没有同对方讨价还价的余地。这两种原因与现代社会格式合同的大量被采用和在现代的商业条件下经常出现的交易双方的“易价权”的不平等，往往有重要的关系。

关于实质性显失公平与程序性显失公平的关系。首先，实质性显失公平的存在是判定一个合同或其条款显失公平的必备条件。在所有的案件中，没有它的存在，法院就不能得出合同或其条款显失公平的结论。

其次，一个至关重要的问题是，在特定的案件中，如果只有实质性的显失公平、没有程序性的显失公平，法院能否认定合同或其条款是显失公平的？在纽约州最高法院 1969 年审理的 *Johns v. Star Credit Corp.* 案中，一家商店以 900 美元的价格将一台一般零售价为 300 美元的家用制冷设备卖给了靠社会救济金维持生活的人。法院在没有考虑有没有程序性显失公平的情况下判决：这两个数字之差真是大得不能再大了；这样的数字就足以使本法院作出显失公平的判决。然而，这样的案例为数是很少的。在多数情况下，法院都会考虑有没有程序性显失公平的因素存在。

3. 救济

从原则上说，显失公平的合同是可撤销的合同。当合同中的某一条款会导致显失公平的后果时，受到不利影响的一方通常有权否认该条款的效力，同时认可合同的其他条款的效力。如前所述，依《美国统一商法典》第 2-302(1) 条，法院有权以实现公平为出发点，限制对显失公平的条款的效力，比如对其内容作适当的调整。

（三）法国

1. 民法典第 1134 条的规定

《法国民法典》第 1134 条规定：“依法订立的契约，对于缔约当事人双方具有相当于法律的效力。”这是阐明契约自由原则的著名条款，为法国合同法在 19 世纪——契约的世纪的发展提供了基本的指导思想。根据这一规定，对于依法订立的合同，法院不应以合同的条件不公平为由而加以干预。

复习思考题

1. 在发展现代的显失公平制度方面，英、美、法、德各国的做法哪些较开放？哪些较保守？

2. 附和合同理论的产生和发展

《法国民法典》问世于 1804 年。在那个时代，合同被视为拥有平等的交易地位的当事人自由协商的结果；合同的内容通常反映了他们的自主意志；一般并不存在一方利用自己在交易中的优势地位将自己的意思强加于另一方的情况。从 19 世纪下半叶到 20 世纪初，随着工业化进程和市场经济发展的加快，合同在越来越多的情况下签署于专业人士与“门外汉”之间、商业组织与个人之间、拥有“准垄断权”的企业与消费者之间，合同各方在交易中的平等地位在通常情况下已不复存在。以此为背景，法国学者萨雷利斯(Raymond Saleilles)于 1909 年提出了“附和合同”理论。他主张，附和合同不是真正的合同，因为它并不是当事人各方的意志达成真的一致性的结果，而是起草合同的一方的单方意志的体现和另一方对它的附和。基于这样的理由，他提出，附和合同不是民法典第 1134 条规定的“当事人之间的法律”，因此，法官应拥有广泛的对这种合同中的条款进行修正的权力，只要他认为该条款是不公正的。

上述理论在 20 世纪初曾风靡一时，但是在后来受到了现代学者的批评。法国的现代学理认为，赋予法官审查附和合同的效力的自由裁量权，将使法律关系处于不安全的状态，使企业进行投资和生产的积极性受到打击。

3. 法院的立场

在附和合同的理论提出之后，法国的基层法院曾经在一个时期基于这种理论对合同进行特别的审查。但这种倾向很快被最高法院制止。结果，在司法实践中，附和合同同其他合同一样，仍适用合同法的一般规定。

不过，对于在现代生活中出现的合同显失公平的现象，法国法院也不是完全地无动于衷的。在司法实践中，附和合同要受到法律保护必须具备一个条件：受要约人在订立合同时必须有了解合同的条款。例如，运输合同中免除承运人责任的条款，如果只印在车票上，旅客在支付票价、合同成立之后才知道该条款，则该条款是无效的。这一原则也适用于附和合同之外的其他合同。比如，旅店住宿合同并不属于附和合同，但依法国土伦民事法庭 1952

年6月4日的判决,旅店将有关旅店免责的规定张贴于房间内,旅客在合同订立后才知道该规则,该规则不发生效力。

从总体上看,法国法院所抱的基本态度是,对于已经签署的合同,包括附和合同,应给予承认和执行,只要它“是清楚的和合法的,法官便有责任去实施它,尽管这样做会导致对被告极端苛刻的后果”。

4.现代立法的发展

附和合同的理论尽管没有对法国的司法实践产生直接和重大的影响,但对20世纪上半叶的法国立法活动产生了一定的影响。这一时期,受到立法干预的附和合同有劳动合同、保险合同和运输合同。例如,根据变更《法国商法典》第103条的1905年3月17日法律,承运人不得在运输合同中加入免责条款。20世纪70年代以后,法国开展了大规模的保护消费者的立法活动。有人认为,自此以后,干预附和合同的立法与保护消费者的立法已融为一体。

(四) 德国

1.法院对民法典的运用

对于已经成立的合同能否以其条件不公平为由不予履行,《德国民法典》的起草者所奉行的哲学思想是:一个人在签署合同时对于权利和义务是有适当的理解的,同时,他是有能力照顾其自己的利益的。因此,他在签约时已经表达了其自由意志。以此为指导思想,只要合同是依当事人的自主意志签署,不论其内容是否有利于一方而不利于另一方,都不应否认其效力。然而,进入现代社会,随着格式合同在产业生活被越来越多地采用,面对供货商、保险公司、银行及其他商业组织利用格式合同将消费者和其他弱方当事人置于不利地位的社会现实,德国法院意识到了将在真正自由协商的基础上订立的合同与一方强加于一方的合同区别开来的必要性。

最初,德国是通过援用《德国民法典》第138条实现其目的的。依据该条款,合同一方利用另一方的急迫情况、无经验、缺乏判断能力,使其向自己作出给付,而其所得与付出明显不成比例,从而违背善良风俗的,合同归于无效。1921年,德意志帝国民事法院在一个案件中判决,承运人加入合同的标准条款使其对它的过失责任的赔偿额限制在60马克的范围之内,这是对其垄断权的利用,明显违背了人们评判公正与公平的道德准则;因此,该条款违反了《德国民法典》第138条的规定,是无效的。该判决还补充说,如果这样的条款是自由协商的结果,其效力可以得到确认。

在后来的司法实践中,当经历了一段时间的动摇之后,德国法院又决定援用《德国民法典》第242条的规定,对合同中的标准条件进行更为积极的干预。依据该条,合同当事人必须遵守诚信原则并照顾到交易的习惯。因此,当合同一方通过其加入格式合同的标准条款免除或限制其责任,从而构成了对第242条的违反时,该条款是无效的。

与英国和法国法院相比,德国法院在干预格式合同中的标准条件方面走得更远,进入了前者不敢介入的领域。在这方面,德国法院的判决表现出一定程度的不确定性,但其突出的

贡献在于，其作出的大量判决为 1977 年问世的《标准合同条件法》（以下称《1977 年法》）的制定奠定了基础。

2. 《1977 年法》的制定

在 20 世纪 70 年代，对格式合同中的标准条件进行司法干预，已不能满足社会的要求。其中最主要的原因是，在德国人看来，快速司法干预只有在提起诉讼之后才能发挥作用，而消费者通常不愿意花费时间和金钱去法庭与同他们签约的大公司对抗。当争议的金额较低时，他们就更不愿这样做。在这一领域，制定法的优越性在于其防范作用；它使受到禁止的标准条款不会再出现在格式合同当中；或者至少，使大公司不愿冒在合同中加入这种条件而招致的风险。

现介绍《1977 年法》对合同中的标准条件进行的管理。关于什么是合同的标准条件，该法规定，它是这种条件的“使用者”为了在未来的数次交易中使用而预先单方面地确定的；它由使用者向另一方出示，以便让另一方接受；在出示时，使用者具有确定的坚持使之成为合同的基础的动机；它是否已纳入一份由双方签署的合同并不重要；合同条件如果已经由合同各方进行个别的协商，就不再是标准条件。

该法第 9 条规定了使标准条件归于无效的一般原则。该原则既适用于合同一方为消费者的合同，又适用于一般的商业合同。第 9(1)条规定：如果标准条件对另一方过分地不利，以致违背了有关诚信的要求，该标准条件无效。第 9(2)条规定：标准条件如果使另一方的基于合同的性质而固定的实质性权利或义务受到了限制，以致损害了合同的主要目的，即属于对另一方过分地不利，因而是无效的。在德国最高法院 1984 年 6 月 5 日判决的案件中，标准条件规定，为客户提供修理服务的技术人员在往返于客户的所在地的途中的单位时间收费与进行修理的单位时间的收费相同。该法院认定，该合同条件与《1977 年法》第 9 条规定的诚信标准相违背，因而无效。在德国最高法院 1996 年 5 月 7 日判决的案件中，银行加入合同的标准条件规定，储户从银行的取款机提款，需支付费用。该法院判决，该标准条件与《1977 年法》第 9(2)条相抵触，因而是无效的。

（五）《国际商事合同通则》

《通则》第 3.10 条就“重大失衡”(gross disparity)的制度作出了如下表述：

“(1)一方在以下情况下可以撤销合同或合同的某一条件：在合同订立时，该合同或条件无正当理由地给予了另一方一种过分的优惠。此时，除了其他因素之外，应考虑以下因素：

A. 另一方不公平地利用了前一方的依赖、经济上的困境或急迫的需要，或者，该方的缺乏远见、无知、缺乏经验或缺乏谈判技巧，同时，还应考虑

B. 合同的性质和目的。

(2) 依有权撤销合同的一方的请求，法院可以对该合同或条件进行调整，以使其符合有关公平交易的合理商业标准。

(3) 法院也可以依收到撤销合同或其条件的通知的一方的请求对该合同或条件进行调

整，只要该方在收到该撤约通知之后，另一方基于对该通知的依赖而行事之前，立即将此请求通知了另一方。此时，另一方撤销合同的权利即告丧失。”

（六）中国

中国《合同法》第 54(2)条规定，合同在订立时显失公平的，当事人有权请求变更或撤销。

为了对格式合同进行管理、避免显失公平的后果，《合同法》第 39 条规定：“采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。”

对于格式条款在何种情况下无效，《合同法》进一步作出如下规定：(1)当格式条款通过欺诈、胁迫等手段订立，或格式条款的目的违法，或格式条款有损社会公共利益的，该条款无效（第 40 条和第 52 条）。(2)免除对人身伤害的责任的格式条款无效（第 53(1)条）。(3)免除对故意或重大过失所致的财产损失的责任的格式条款无效（第 53(2)条）。(4)免除格式条款的提供者的责任、加重对方责任、排除对方主要权利的格式条款无效（第 40 条）。对第 40 条的规定的正确理解似乎应当是，合同当事人一方可以通过在合同中加入格式条款免除自己的某些责任，或将责任在双方之间进行分配，但不能由此而排除另一方的主要权利。

1993 年 10 月 31 日发布的《消费者权益保护法》也包含了管理格式合同的内容。该法第 24 条规定：“经营者不得以格式合同、通知、声明、店堂告示等方式作出对消费者不公平、不合理的规定，或者减轻、免除其损害消费者合法权益应当承担的民事责任。”

复习思考题

1. 简述附和合同理论的产生和发展？

第四节 合同的内容和履行

一、合同的解释

（一）英国和美国

1. 主观意思主义与客观意思主义

早在 1820 年，英国法院就对合同解释的目的作了如下表述：对一个书面协议的条件所作的全部解释的目的，是为了发现该协议的当事人的意思(intention)。今天，这一宗旨依然为英国法院所遵循。

从倾向上讲，以探求当事人的意思为目标的合同解释是主观主义的。相比之下，涉及合同解释的目的，美国《第二次合同重述》第 200 条的规定表现出了不同的倾向。该条说：“对一项诺言、一个协议或协议的一项条件的解释，是对其含义(meaning)的确定。”从该《重述》

第 201~204 条的规定看,对诺言、协议或其条件的含义进行确定的过程,还包含了对当事人的意思的补充。因此该《重述》的方法是将主观主义与客观主义相结合的方法。

以纯粹的主观主义为原则解释合同,其主要弊端在于,当涉及合同的实质性条件,当事人共同的真实意思无法查明时,只能认为当事人尚未就合同的成立达成一致。这对于保障交易的安全是不利的。进一步说,在当事人表达的意思不清,有赖于法院解释时,法官在解释合同的过程中不可能不加入法官自己的理解,而法官的理解又不可能不基于一定的外界影响而产生。因此,纯粹的仅限于对当事人的主观意思的探求的合同解释,仅在逻辑上是可行的。实际上,英国的司法实践所采用的也不是纯粹主观主义的合同解释方法。关于这一点,请看下文的进一步讨论。

2. 依合同当事人的真实意思解释合同

英国法和美国法都承认,当合同的解释涉及到特定的问题,而合同双方关于这一问题的意思是一致的时候,应依双方的一致意思解释合同。《第二次合同法重述》第 201(1)条规定:“如果当事人对一项诺言、一项协议或其一项条件赋予了同样的含义,应依该含义作出解释。”

在实践中,当合同双方的争议就合同的解释而发生,经常出现的情况是,涉及合同的某项条件,双方并没有形成一致的认识。其中的一种情况是,双方都对对方的认识发生了错误的理解。例如,对合同的一项条件,一方的理解是 A,且认为另一方的理解也是 A;另一方的理解是 B,且认为前者的理解也是 B。这种情况,被《第二次合同法重述》称为“误解”(misunderstanding)(见《第二次合同法重述》第 20 条)。另一类情况是,一方对合同的某一条件的认识为另一方所知道,或者,应当为另一方知道。关于这类情况,《第二次合同法重述》第 201(2)规定:

“如果在合同订立时,当事人对一项诺言、一项协议或其一项条件赋予了不同的含义,应依照其中一方赋予的含义作出解释,只要

- (1) 该方不知道另一方赋予了某种不同的含义,而另一方知道前者所赋予的含义;或者
- (2) 该方没有理由知道另一方赋予了某种不同的含义,而另一方有理由知道前者赋予了该含义。”

该《重述》的上述规定的合理性在于:首先,如果一方在合同订立时不知道另一方对合同条件的不同理解,则该方基于自己的理解而抱有的期望是正当的,应受到法律的保护。其次,既然另一方在合同订立时知道前者的理解而不加反对,则另一方就放弃了依不同的理解而提出异议的权利。通常,该方不提出异议是因为,从总体上考虑,他愿意按对方的理解履行合同。再次,如果另一方在合同订立时有理由知道前者的理解,则他因自己一方的疏忽而不应得到与前者同等的法律保护。

显然,《第二次合同法重述》采纳的上述依一方的真实意思解释合同的规则不是奉行主观合意理论的结果,而是以诚信原则、公平原则和保护交易安全的政策为依据的。

3. 依推定意思或合理的意思解释合同或宣布合同不存在

在特定的案件中，如果法院不能确定当事人的真实意思，因而不能依当事人的真实意思解释合同，则法院可能作出的选择是：（1）宣布合同不存在；（2）对当事人的意思进行推定；或者，（3）由法官赋予当事人一种意思。第一种选择是奉行主观意思主义的结果。第三种是奉行客观意思主义的结果。第二种则介乎两者之间。

在英国理财法院 1864 年审理的 *Raffles v. Wichelhaus* 案中法院判决，双方之间没有合意，因而不存在一个约束双方的合同。这一判决是遵循主观意思理论的结果。

Raffles 案涉及的正是误解的情况。根据《第二次合同法重述》第 20（1）条的规定：“在以下情况下，当事人并没有就一项交易表达合意：他们赋予其表示的含义有重大的不同，同时，（1）任何一方都不知道或没有理由知道另一方所赋予的含义；或者，（2）每一方都知道或有理由知道另一方所赋予的含义。”该《重述》第 204 条进一步规定：“当某一交易的当事人足够明确地表示该交易为一个合同关系时，如果他们没有就某一条件达成一致，而该条件对于决定他们的权利和义务是实质性的，那么，法院可以依情况补充一项合理的条件。”

根据该《重述》的以下规定，在 *Raffles* 案中，如果不存在第 20(1)(a)和(b)条规定的情况，是否应判决合同未成立，决定于：（1）他们的误解是不是“重大的”（material）。（2）他们是否已就合同的成立作了足够明确的表示。如果他们成立合同的意思是清楚的，即使他们之间未就一项实质性的合同条件实现合意，法院也可以为双方补充一个合理的条件，即认定其中的一条船为双方约定的船。

如果不能依当事人的真实意思解释合同，依案件的具体情况，又不宜认定合同未成立，法院就要推定当事人的意思或赋予当事人一种意思。1865 年，英国上议院在审理 *Gwyn v. Neath Canal Co.* 案时说：“所有的先例得出的结论是，一个普通法法院有权在一份契据或一份书面文据（instrument in writing）的 4 个角落之内的语言之中得出当事人明显的真实意思。在这样做时，他们只能补充某些必须补充的从当事人使用的语汇中推演出来的东西，并去除那些多余的与法官以此种方式察觉到的意思不一致的东西。他们只能以这种方式确认当事人意思的效力。”英国法学家盖斯特（Guest）在引述这段判决意见时评论说：“英国法院没有权力为了使当事人使用的词语与法院认为当事人实际所想的或理应去想的保持一致而修改这些词语，或加给它们一种含义，而不是它们通常具有的含义。”由此可以看出，英国法的一般倾向是，法院推定当事人意图的权力是有限的；它们更没有权力赋予当事人一种意思。

如上文所述，依美国《第二次合同法重述》第 204 条，法院不仅可以依合同的语言推定当事人的意思，依案件的各种情况考查当事人的意思，而且可以为当事人补充一个合理的条件。这是典型的对客观意思主义的运用。这对于保障交易的安全无疑是更为有利的。

（二）法国

1. 民法典规定的解释原则

《法国民法典》第 1156 条规定：“解释合同时，应探究当事人的意思，而不应拘泥于合

同文字的字面意思。”这一规定要求法官在解释合同时采用心理分析的方法，尽一切可能发现当事人的真实意思，体现了主观意思主义。然而，民法典第 1159 条规定：“有歧义的文字，按契约订立地的习惯解释。”第 1160 条进一步规定：“习惯上的条款，虽未载明于契约，解释时应加以补充。”这两条规定，与其说是为了探究当事人的真意，不如说为采纳推定意思打开了大门。法国学者认为，民法典第 1159 条和第 1160 条的规定，不过是法律对当事人用默示方法表达的意志的一种推定。

进入现代社会，伴随着意思自治原则的衰落，法官在司法实践中对于奉行民法典第 1156 条确定的原则采取了更为灵活的方法。如果说，在 19 世纪，法官在确定合同的内容时会尽力寻找当事人的“真实意思”，那么，在今天，法官的判决更多地是建立在“公平”的基础上。也就是说：公平即当事人最可能有的意愿。

2. 解释合同的一般规则

(1) 适合于合同的目的。这一规则由民法典第 1158 条规定。该条的内容是：“文字可能有两种解释时，应采取适合于契约目的的解释。”

(2) 作整体上的理解。民法典第 1161 条规定：“契约的全部条款得互相解释，以确定每一条款从整个行为所获得的意义。”

(3) 作有效推定。民法典第 1157 条规定：“如一项条款可能有两种意思时，宁可以该条款可能产生某种效果的意思理解该条款，而不以该条款不能产生任何效果的意思理解该条款。”这与英美法上的有效推定原则是一致的。根据这种“对已订立的合同，与其使之无效，不如使之有效”的原则，民法典第 1163 条和第 1164 条又规定了针对合同文字过于笼统或过于狭隘的情况的解释规则。第 1163 条规定：“所订立契约的文字不问如何笼统，契约之标的仅为可推知当事人有意订定的事项。”第 1164 条的内容是：“在契约中记载一种情形以解释义务时，不得以此认为当事人意在限制该项义务的范围，该项义务应包括而未列举的各种情形仍应包括在内。”这些规定要求法院对缺漏的事项尽可能予以补充。

(4) 有利于债务人。民法典第 1162 条规定：“契约有疑义时，应作不利于债权人而有利于债务人的解释。”这一规定在实践中往往演变为“作不利于起草合同的一方的解释”。例如，买卖合同多为卖方起草，应作不利于卖方的解释。法国学者认为，其理由是，该方有机会将有利于自己的内容加入合同，因此，没有加入应视其不愿加入；进一步说，如果该方因疏忽而没有加入，其后果应由该方自负。

(5) 遵循商业习惯。如上文所述，依民法典第 1159 条和第 1160 条，法院在解释合同时，应依习惯消除合同中的歧义或对合同进行补充。

复习思考题

1. 什么是合同的解释？它有哪些形式？

（三）德国

1. 民法典第 133 条与第 119 条之间的“矛盾”

《德国民法典》第 133 条规定：“解释意思表示时，应查明真实意思，并且不得拘泥于所用词句的表面意义。”依该法典第 119(1)条，当意思表示发生错误时，如果可以认为表意人如“知悉情事并理智评价情况即不进行此表示”，该意思表示可以撤销。从表面上看，这两条的规定之间存在着矛盾：第 133 条要求在确定意思表示的含义时探求当事人的意思，而依第 119(1)条，当事人有权以其意思表示依当时的客观情况不是理智的意思表示为由撤销其表示，前者以表意人的心理状态为准，属意思表示的主观主义；后者以外界的客观情况为准，反映了意思表示的客观主义。

对于上述问题，德国现代学者的解释是：解释私法律行为，应采用与解释成文法同样的方法。解释法律的一般原则是，不必探究立法的原意。因为首先，对立法者原意的探究必须确定每一个参与表决的人的意思，即从多数票的投票人的意思中找出一般意思。这是不现实的。其次，以立法者的意思为准是不能使法律的解释适应后来发生的社会变化的需要的。再次，假定法官经过复杂的调查程序能确定立法者的意思，生活在现实社会中的人们却无从知道这种意思。这样一来，法律的解释与人们的期望就会产生冲突，就不能成为人们的行为准则。因此，法律的解释应符合社会的现实需要，与现实社会的人的期望相吻合。

将上述法律解释的原则适用于意思表示的解释，法官的任务不是探求当事人的心理活动，而是确定其法律意思，即表意人创造的，在他与其利害关系人之间起法律作用的意思；这种法律意思不是对表意人内心心理的必然表达，而是为实现有关利益而创制的规范；其内容应符合这些利益的要求，并照顾到习惯、诚信的需要与公平原则。这样的意思表示解释所依据的理论不是法律心理理论，而是心理的法律形式论。所以说，现代法学夺回了被心理学夺去的地位。经过这样的对民法典第 133 条的解释，该条的规定与第 119 条的规定在实际运用中能够实现一致。

2. 民法典第 133 条与第 157 条的关系

《德国民法典》第 157 条规定：“解释合同应遵守诚信原则，并考虑交易习惯。”这是有关合同解释的特殊规则。有的德国法学家认为，第 157 条与第 133 条非但不是相互补充的，而且是相互对立的：在解释合同时，如果真实的意思违反诚信原则，应以符合诚信要求的解释为准。这反映了意思表示解释的客观主义。按照这样的主张，法官的任务不再是解释当事人的意思，而是为当事人制定规范。然而，这样的理解仅仅适合于一定的案件情况。

涉及合同的解释，对民法典第 157 条和第 133 条的含义及其相互关系的正确理解是：民法典采用的是折衷主义，即当事人真实意思与客观的符合诚信原则和交易习惯的意思的结合；结合的方式决定于案件中发生的具体情况。当双方当事人的真实意思一致时，合同的解释应依第 133 条以其一致的真实意思为准。不过，如上文所述，这里所谓的真实意思并不是通过心理分析而获得的，而是基于对全部的外界环境和一切表见的事实考查得出的。显然，

这样确定的“真实意思”已包含了客观主义的成分。在双方的真实意思不一致时，法官应依第 157 条作出平均的解释，即以双方基于诚信和交易习惯应有的共同意思进行解释。此时的解

释完全是依客观理念作出的。

3. 民法典第 154 条对合同解释的影响

如上文所述，依德国的现代法学，在解释合同时，如果合同双方共同的真实意思无法确定，法官可以依诚信原则和交易的习惯确定双方应有的意思。由此而进一步提出的问题是，如果双方未就合同中的某些事项达成协议，对双方此时的意思，应理解为：这些空缺将由法官填补呢，还是应理解为：在这些空缺为当事人自己填补之前合同尚未成立呢？关于这一问题，依民法典第 154 条第 1 款规定：“双方当事人未能就合同的所有各点成立合意，而对此所有各点即使只依一方当事人的表示仍应达成协议的，如无其他规定，合同不成立。”也就是说，如果双方当事人未对合同的所有各点成立合意，合同不成立。可是，依德国的现代学理，如果合同双方已就合同的主要点作出约定，对合同的各次要点未作出约定并不影响合同的成立。在这种情况下，应认为当事人责成法官补充合同的空缺。依今天的理论，第 154 条的法律推定是可以基于反证而推翻的。当双方已就合同的主要点实现一致时，对他们的意思，不应再解释为，对合同的次要点，双方仍准备作进一步的协商。

（四）《国际商事合同通则》

《通则》第 4.1~4.7 条就合同的解释作出了较为详尽的规定。首先，关于依双方的共同意思解释合同，第 4.1 条规定：

“（1）合同应依当事人的共同意思进行解释。

（2）如果这样的意思不能确定，合同应依与当事人同类的合理人处于同样的情况将会赋予合同的意思进行解释。”

涉及对合同一方的陈述或行为的解释，第 4.2 条规定：

“（1）对一方的陈述或其他行为，应依该方的意思进行解释，只要另一方知道或本来就应意识到该意思。

（2）如果前款不能适用，对该陈述或其他行为，应依一个与另一方同类的合理人处于同样的情况将会赋予该陈述或其他行为的含义进行解释。”

关于在解释合同以及一方的意思时是否可以采纳合同文件之外的证据以及应采纳哪些“外部证据”，第 4.3 条规定：

“在适用第 4.1 条和第 4.2 条时，应考虑所有的情况，其中包括：

- （1）当事人之间初期的谈判；
- （2）当事人在相互之间确立的习惯做法；
- （3）当事人在合同订立之后的行为；
- （4）合同的性质和目的；

(5)合同的条件和当事人的表示在相关的行业中通常具有的含义;

(6)惯例。”

第 4.4~4.7 条包括了对合同的书面文本进行解释的原则或规则, 其中包括:

(1)应从合同或当事人陈述的整体上去解释其含义(第 4.4 条);

(2)对合同条件, 应本着确认其效力的原则进行解释(第 4.5 条);

(3)当合同条件由一方提供时, 对其中的含糊之处, 应作不利于该方的解释;

(4)当合同用两种以上的语言起草时, 如其具有同等效力, 对其中相互抵触之处, 在解释时应让最初起草的文本优先。

(五) 中国

关于合同的解释, 中国《合同法》未作全面系统的规定, 但其中包含的一般原则对合同的解释将发生重要影响。该法第 5 条规定: “当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。” 第 6 条规定: “当事人行使权利、履行义务应遵循诚实信用原则。” 这两条规定阐明的公平和诚信原则, 也适用于合同的解释, 作为解释合同的重要原则。

《合同法》第 61 条规定: 当合同内容约定不明确, 当事人又不能以协议补充时, “按照合同有关条款或者交易习惯确定”。其中包含了从合同的其他条款发现或推定当事人意思的原则, 还包含了依交易习惯确定当事人意思的原则。

依《合同法》第 41 条, 在确定格式条款即预先拟定未经协商的条款的含义时, 应按通常的理解进行解释。也就是说, 不依提供条款方的意思和另一方附和的意思解释, 而依一般人的意思解释。这体现了公平和诚信的原则。当“通常的理解”应与交易习惯保持一致时, 遵守交易习惯又成为应遵循的原则。

第 41 条还规定: “对格式条款有两种以上解释的, 应当作出不利于提供格式条款的一方的解释。格式条款与非格式不一致的, 应当采用非格式条款。”

复习思考题

1. 什么是有关合同解释的主观意思主义和客观意思主义? 各国在当代的司法实践中是如何协调这两种主义的?

二、履约义务因障碍或因情况变化而免除

(一) 英国

1. 合同受控制度的演变

在英国, 使合同当事人免除合同义务的基本制度是合同受挫(frustration)。英国的权威学者认为, 这一制度是在 1863 年的 Taylor v.Caldwell 案的判决之后得到发展的。在此之前, 英国法奉行的一般原则是: 一个人受其承担的义务的绝对约束; 即使该义务的履行在后来变得不可能, 他也不能因此而被免除履行的责任。

在 Taylor 案中，原告向被告租了一个音乐厅，以便演出节目。在演出日到来之前，该音乐厅因火灾而被烧毁。对于该火灾的发生，被告没有任何过错。原告向法院起诉，以被告未能提供剧院、违反了合同为由，要求被告赔偿损失。审理该案的后座法院判决：“在我们看来，法律的原则是，在其履行取决于特定的人或物的继续存在的合同中，存在着一项默示条件(implied condition)，即因该人或物的不复存在而导致的履行的不可能应使该合同的履行得到免除。”

在上述判决之后，英国法院在一系列判决中发展了合同受挫的制度，逐步扩大了其适用的范围，所依据的理论也不仅限于“默示条件”说。

2. 合同受挫的例证

(1) 合同标的物的灭失。当特定的物对合同的履行具有实质性时，如该物的灭失造成了履约的不可能，当事人因合同受挫而无义务继续履约。上文引述的 Taylor 案即是这方面的例证。

(2) 当事人期望的事件的未发生使订立合同的目的落空。这方面的典型案例是 1903 年的 Krell v. Henry 案。在该案中，原告同意于 1902 年 6 月 26 日和 27 日将自己房子的阳台出租给被告。被告想利用该阳台观看该日举行的英王爱德华三世的加冕典礼。由于这位国王生病，该日的庆典被取消，被告拒绝支付尚未付给原告的 2/3 的租金。英国上诉法院判决，合同的目的因该典礼的取消而落空，因此，被告的义务应被解除。

不过，英国法院在类似的案件中表现出的立场并不十分确定。根据这方面的判例，在合同履行前，诱使当事人签约的因素没有发生并不会必然地使当事人的合同义务得到解除；法院免除当事人义务的前提是，该事件的发生构成合同订立的基础。

(3) 当个人性质的服务构成合同的标的时，提供服务的人的死亡或意外地生病造成履约的不可能。在 Robison v. Davison 案中，被告的妻子是一个著名的钢琴家；被告代表其妻向原告许诺，由其妻在一场音乐会上演奏。后来，这位钢琴家因生重病而未能到场演奏。原告为索要赔偿金而提起诉讼。法院判被告不承担赔偿责任。

(4) 合同订立后法律的变化使合同的履行违法。在 1943 年的 Fibrosa Spalka Akeyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd. 案中，被告应向原告交付机器设备。可是，在机器交付之前，原告的所在国波兰被德军占领，继续交货成为非法的对敌贸易。因此，合同因受挫而被解除。

(5) 使合同的履行成为不可能的其他情况。除了以上列举的几种典型的情况之外，当合同的履行因合同订立后的情况的变化而变得不可能时，英国法院也通过行使裁量权，决定合同是否已经受挫。例如，在英国上议院 1916 年判决的一个案件中，船主与承租人达成协议，将一艘船从 1912 年 12 月至 1917 年 11 月出租给承租人。然而到 1915 年 2 月，英国政府因战争需要征用了这艘船，将其用于运送军队。承租人表示，该方愿意继续向船主支付租金。实际上，政府因征用而支付的补偿金高于双方约定的租金。船主为了得到政府的补偿金，

主张该合同因政府的征用而受挫。在审理此案时，上议院的意见出现分歧，最后以 3 票对 2 票形成判决：该合同仍然有效，因为该政府征用仅持续了一段时间；在此之后，该船仍有几个月的时间可用于商业用途。这一判决表明，英国法院除了在先例确定的几类情况下认定合同受挫之外，也运用法律的原理决定合同是否受挫。

（二）美国

1. 合同受挫

合同受挫在美国又称“目的受挫” (frustration of purpose)。《第二次合同法重述》第 265 条对目的受挫的构成要件作了四点概括：(1)某一事件的发生使订立合同的主要目的“实质性地受挫” (substantially frustrated)；(2)该事件的不会发生是合同赖以订立的基本假定；(3)该受挫不是请求免责的一方的过错所导致的；(4)该方没有在法律强加的义务之外承担额外的义务。

2. 履行不能

美国法除了继受英国法上的合同受挫理论之外，还发展了履行不能的制度。目前在实践中，更容易被法院接受的是后一种制度。《美国统一商法典》第 2—615 条规定：“除非存在卖方已经承担了更多的义务的情况……，否则，如果发生了某种意外情况，这种情况的不发生是合同赖以订立的基本假定，由于这种情况的发生，合同的履行像双方协议的那样付诸实施已变得不现实，那么，全部或部分货物的交付的拖延或不交付……并不构成对依买卖合同承担的义务的违反。”这一规定得到了《第二次合同法重述》第 261 条的采纳。

上述规定中采用了“不现实” (impracticable) 而不是“不可能” (impossible) 的措辞。这是因为，法院在实践中并没有严格地要求意外事件对履约的阻碍须达到使履约不可能的程度，而只是要求该履行变得“不现实”或“极不现实” (highly impracticable)。在 *Wasserman Theatrical Enterprise v. Harris* 案中，一个演员在登台演出之前感到喉咙发紧和发痒，于是拒绝表演。法院判决，这种担心是合情合理的，他可以被免除履约义务。

美国法院通常认为，履约成本的增加不能成为免责的理由，因为额外的支出尽管是由不测事件所致，并达不到履约不能的程度。另一种情况是，通过使用替代的履约手段可以使履约的障碍得到克服。此时，法院对于免除当事人的合同义务也会抱勉强态度。

3. 两种理论的区别

合同受挫与履行不能的主要区别在于：在合同受挫的情况下，如果合同的目的实质性地落空了，当事人即可主张免责，尽管合同依然能得到履行。不过，美国法院对于依这一理由主张免责持一种限制态度。在著名的 *Lloyd v. Murphy* 案中，一个租约规定，承租人只能用租赁的房产出售新汽车和经营加油站，不能在那里卖旧汽车，也不能将房产转租他人。不久，美国政府因加入二战而颁布了限制出售新汽车的法令，该承租人因此而停止了租赁。加州最高法院判决：对于该租约的目的应作广义的解释；该出租人后来已放弃了该租约中的限制，使该房产可以用于任何合法的目的，并可转租；这种对权利的放弃不会使租约的目的因

新法令的颁布而受挫。

(三) 法国

1. 不可抗力

与英美法不同的是，大陆法在原则上承认，如果合同的不履行非因过错所致，未履行的一方可以被免除履约义务。

《法国民法典》第 1147 条规定：当债务的不履行是由于不应归咎于债务人的“外部原因”(cause étrangère) 时，债务人对之不承担民事责任。该法典第 1148 条进一步规定：“如债务人系因不可抗力或意外事件而未履行给付或作为的债务，或违反约定从事禁止的行为，不发生赔偿损失的责任。”

第 1147 条的外部原因包含了三种情况：(1)不可抗力；(2)第三人的行为；(3)债权人自身的行为。

在法国，不可抗力的构成须同时具备三个构成要件：

(1)不可预见性(imprevisibilité)。指当事人在订立合同时对于不可抗力事件的发生不可能作出预见。关于这一要件，一般的原则是，考查一个可获得充分的信息的债务人如果处于同样的情况可否预见到，而不看该特定的债务人能否预见到。这是评定可预见的客观标准。不过，在有的案件中，法院采用了主观的可预见标准决定这一问题，比如，在债务人所处的当地的条件下可否预见。

(2)不可抵卸性(irrésistibilité)。这一要件强调合同的履行已达到了不可能的程度，或者说事件的不可克服性。因此，如果事件的发生仅使履约变得更困难了或成本增加了，债务人并不能主张不可抗力。例如，根据法国最高法院商事庭 1969 年 11 月 12 日的判决，在货物的海上运输因罢工的发生而受阻的情况下，承运人有义务采用空运送货，而不能主张不可抗力。

(3)外在性(extériorité)。即事件非因债务人自身的原因而导致。所谓债务人“自身”，包括债务人雇佣的履行合同义务的人。当罢工因政府的某项决定而引发时，雇主可以主张不可抗力。但有的学者主张，对于周期性发生的罢工，不能主张不可抗力，因为这应该被预见到。

2. 第三人的行为和债权人自身的行为

当事件由第三人的行为引发时，如果该事件是不可预见和不可抵卸的，债务人可以被免除不履约的责任。在一个案件中，当列车在乡村地区行驶时，一个人突然冲上铁道。列车的紧急刹车引起了一个旅客受伤。法院判决，该承运人不承担赔偿责任。然而，在一系列案件中，铁路事故是由第三人蓄意破坏引起的，第三人事先进行了威胁。结果，承运人因对事件的可预见或可抵御而被判决违反了合同。

当事件由债权人自身的行为所导致时，债务人可否免责取决于以下几种情况：(1)如果该行为不可预见和抵御，债务人可以完全免责。(2)如果该行为并不是不可预见和抵御的，且债权人并无过错，债务人不能免责。(3)如果该行为并不是不可预见和抵御的，债权人有过错，依该过错的程度，债务人可获得全部的或部分的免责。

3.情况的变化

1876年,法国最高法院在 Canal de Craponne 案的判决中说:“在任何情况下,法院均无权为了修改现存的合同和为了用新的条款取代那些被合同当事人自由接受的合同条款而对时间因素和环境因素加以考查,无论这样做会使其判决显得多么公平。”在该案中,一条运河的建设方兼经营人根据签署于1560年和1567年的合同承担了永久性的供水以便灌溉土地。合同规定的供水价格为每190立方米15生丁(1生丁等于1%法郎)。后来,由于劳动力价格的上涨,水价上涨了4倍。于是,该方试图将水价上调至每190立方米60生丁。上诉法院判决:该合同是持续有效的;当一方定期支付的价金与另一方付出的成本失衡时,法院有权对该价格进行调整。可是,这一判决被最高法院否决了,否决的基本理由是,依民法典第1134条,依法订立的合同在缔约当事人之间具有相当于法律的效力。

上述判决,尽管受到过指责,但在法国的法理学中一直受到了维护。从法国最高法院商事庭1979年12月18日的判决可以看出,由 Canal de Craponne 案阐明的原则到现代社会依然得到了坚持。在该案中,上诉法院认为,由于经济情况的变化,该不定期的仓储合同中规定的仓储费已失去公正性。但最高法院依据民法典第1134条否决了上诉法院的判决。

复习思考题

(四) 德国

1.履约的“嗣后不能”

在德国,合同的履行因障碍的发生而受阻的后果,属于嗣后不能的理论调整的范围。《德国民法典》把违约分为“给付不能”和“给付迟延”,又把给付不能进一步分为“自始不能”与“嗣后不能”。自始不能指合同自成立起即不可能被履行,嗣后不能则指合同在成立后因出现阻碍合同履行的情况使合同无法被履行。

关于债务人在何种情况下可依嗣后不能的理由被免除履约责任,德国的法理强调过错的概念。其基本的法律依据为民法典第276(1)条的规定:“除另有规定外,债务人应对故意和过失负责。不为交易中必要之注意的人,其行为为过失行为。”依此规定,如果为债务人拥有的标的物因债务人的过失而发生损毁,债务人有义务使之得到修复。在德国最高法院1953年审理的一个案件中,一个医生因过度疲劳而没有把手术做好。该医生因过失而不能得到免责。

涉及债务履行的嗣后不能,民法典第275(1)条更明确地规定:“给付因在债务关系发生后产生的不可归责于债务人的事由而致不能的,债务人免除给付的义务”。然而,在民法典确定的制度下,债务人要以嗣后不能为由使自己免责并不是一件容易的事。

首先,依该法典第282条,“对给付不能是否因可归责于债务人的事由所致有争议的,举证责任由债务人负担。”因此,债务人要依275条获得免责,必须证明合同因缔约之后的

事由而不能履行，而自己对于该事由的发生并无过错。这是一种“推定过错”的制度，即除非债务人能证明自己无过错，否则，视其为有过错。

其次，根据民法典第 281(1)条，当合同因嗣后不能而无法履行时，如果债务人能够对“负担的标的物取得赔偿或赔偿请求权”，他必须将其获得的“作为赔偿而受领的物”或“赔偿请求权”交付债权人，只要债权人有这样的要求。也就是说，如果债务人能够从其他渠道，比如从与他签约的第三人取得替代的标的物，或者，有权从他人获得赔偿，他有义务将该替代物或索赔权转移给债权人。

再次，依民法典第 279 条，如果合同标的物是种类物，而不是不可替代物，在可能的情况下，债务人有义务交付替代物，即使原有的标的物的不能交付并不是债务人的过错所致。这一规定对债务人造成了严重的负担。不过，在该法典颁布之后，德国法院即对这一条款作了变通的解释。根据德意志帝国民事法院 1904 年的一项判决，如果可替代的货物在合同成立时可在国内市场(national market)上获得，在合同履行时，由于不可预见的意外事件的发生，该货物只能在“遥远的市场”(distant market)上获得，债务人可以免责，而不必购入替代货物交付买方。今天，这样的变通做法依然为德国法院所保留。法院的解释是，卖方就交付种类货物作了保证，但这种保证仅限于该方能够在属于当事人期待之内的市场上获得货物。

2.交易基础的瑕疵

早在《德国民法典》诞生之前，交易基础瑕疵的理论已被写入了德意志民族的成文法中。1794 年的《普鲁士民法典》规定：如果环境的不可预见的变化使当事人在合同中明示表达的或从交易的性质推定的其追求的最终目标不可能实现，任何一方均可摆脱尚未履行的合同。根据 1863 年的《萨克森民法典》，如果合同赖以订立的环境发生了改变，或者，合同的履行或对待履行变得不再对称，任何一方均有权从合同撤出。然而，1900 年《德国民法典》的起草者在经过激烈的论争之后放弃了在法典中规定交易基础瑕疵的打算。这些起草者担心，采纳这一制度会对交易的安全产生不利影响。

第一次世界大战结束之后，客观情势的巨大变化促使德国法院采用务实的观点对待战前签订的长期合同。1920 年，德意志帝国民事法院在一项判决中对一个签订于 1912 年的合同规定的蒸汽的价格进行了调整。该法院说：在蒸汽成本大幅度上涨的情况下，“不这样做，情势就会变得无法接受，从而成为对诚信原则和所有正义公平戒令的嘲弄。”

为了满足司法实践的发展对理论的迫切要求，德国学者 Oertmann 在 1920 年发表了《交易的基础：一个新的法律概念》一书，对交易基础的概念进行了重新定义。根据他的观点，交易的基础是一方的假定(assumption)，这种假定对另一方来说是显而易见的，并得到了另一方的默认；在这一假定中，特定的他们认为重要的情势或者是现存的或者将会发生；当合同订立时，在他们相互交换的明示意思中，这种假定是否被表达过，是无关紧要的。依这一定义，交易基础是事人在合同订立时关于合同赖以成立和合同条件赖以存在的背景条件的假定。

交易基础在两种情况下会出现瑕疵：一种是交易基础的事后丧失，即在合同成立之后不复存在；另一种是交易基础的自始欠缺，即在合同订立时，当事人假定其存在，但实际上并不存在。

交易基础学说在民法典中的依据是第 242 条规定的诚信原则。这实际上是用道德规范对合同双方的权利义务进行调整，即当交易基础不复存在时，如果依然坚持原定的合同条件的效力，是有违诚实信用的。在社会发生剧烈动荡的时期，比如第一次世界大战之后，1923 年货币崩溃时期，第二次世界大战以后以及东西德统一之后，这种调整，对于缓和各种社会矛盾，起了重要作用。

今天，交易基础学说也被运用于日常发生的民商事关系中。其典型的例证包括：夫妻在结婚时对未来生活作出的规划；当婚姻关系破裂时，该规划因基础丧失而对双方不再具有约束力。同样，如果两家足球俱乐部达成了让某一球员转会的协议，当该球员丧失了参赛权时，该协议的基础丧失，拟接纳该球员的一方不再负有向另一方支付高额转会费的义务。再有，合同中的违约金条款能够成立的假设前提是，当事人设制这类条款是合法的，如果这类条款后来成为违法的，该条款的基础即告丧失。

对于这一学说的适用，德国法学家关注的焦点在于如何界定它的适用范围。因为其扩大适用会导致对交易安全的不利。以下是进行这种界定的几项一般原则：

(1) 当新出现的情况处于一方分担风险的范围时，新情况的出现并不导致原有交易基础的丧失。

(2) 只有当情势出现重大变化时，才能认为原有的交易基础已经丧失。用德国最高法院的话说，必须发生了“如此深刻的变化，以致于如果恪守原来的规定，将产生一种不可承受的，与法和正义无法吻合的结果，因而，恪守原来的合同规定对相关当事人来说是不可合理期待的”。

(3) 交易基础学说的适用不得与旨在解决交易基础瑕疵问题的成文法相抵触。在《德国民法典》中，存在着许多这类的特别规定。例如，依第 519 (1) 条，当赠与人的生计发生困难时，赠与人有权拒绝履行有关赠与的约定。如果某赠与人在赠与合同签订之后自身陷入经济上的窘境，法院不应就交易基础是否已存在行使裁量权，而应直接适用民法典第 519(1) 条的规定。

(五) 《国际商事合同通则》

《通则》对于履约障碍和“情况变化”并没有分别论及，而是在“艰难情势”(hardship) 标题之下一并规定的。《通则》第 6.2.1 条规定：“当合同的履行使一方负担加重时，从属于以下有关艰难情势的条款，该方仍有义务履行其义务。”第 6.2.2 条进一步规定：“艰难情势指由于一方履约成本的增加，或由于一方所获得的履约价值的减少，而发生了根本改变合同的均衡的事件，并且，(a) 该事件的发生或受到不利影响的一方知道该事件的发生是在合同订立之后；(b) 在合同订立时，受到不利影响的一方不能合理地考虑到该事件的发生；(c) 该

事件不能为受到不利影响的一方控制；(d)受到不利影响的一方没有承担发生该事件的风险。”

(六) 中国

到目前为止，中国法仅采纳了不可抗力制度，而未规定合同当事人可因“目的受挫”或“情况变化”而被免除履约义务。《合同法》第94条第1款规定：“因不可抗力致使不能实现合同目的的”，当事人可以解除合同。

复习思考题

1.分析“合同受挫”、“履行不能”、“不可抗力”、履约“嗣后不能”和“交易基础的瑕疵”等理论的相同点和不同点，并分析它们在政策倾向上的差异。

第四十四课时

第五节 违约及其救济措施

一、实际履行和损害赔偿

(一) 英国和美国

1.两种救济手段的关系

实际履行与损害赔偿是一对相关的概念。实际履行就是令违约方实践其诺言，即让他按合同的规定履行其对受损害方承担的义务。损害赔偿是让违约方对受损害方进行金钱上的补偿，以此作为对实际履行的替代。

损害赔偿是典型的普通法上的救济方法。英国早期的普通法院在违约发生时首先考虑的就是让受损害方获得金钱赔偿。这主要是因为，金钱赔偿没有违约方的配合也能得到强制执行。

与普通法院截然不同的是，在这两种救济中，衡平法院给予的救济是实际履行的救济。在英国法发展演变的过程中，由于损害赔偿在实施上的方便，由于普通法院的管辖范围的扩展等原因，损害赔偿逐步成为主要的救济手段。后来在英美法上得到确认的原则是，当普通法的救济是“适宜的”救济时，衡平法的救济就不得采用。

2 应准予实际履行的情况

在现代社会，英美法院在运用“适宜原则”时考虑的首要问题是，采用哪一种方法可以使受损害方得到更好的保护？具体地说，在决定是否作出实际履行的判决时，法官经常考虑的因素包括：

(1) 交易的标的物是否具有独一无二、不可替代的性质。例如，在传统上，土地作为合同的标的物具有这样的性质，一件举世罕见的工艺品也具有这样的性质。对于这种情况，作金钱赔偿的判决是不适当的。

(2) 作出实际履行的判决是否会与公平、公正和诚信等道德准则相背离。这是衡平法院传统上的考虑。例如，如果原告企图利用被告的错误而获取被告的特定财产，如果实际履行会让被告陷入艰难的境地，如果这样判决会使被告承受巨大的，与其过失不相称的和无限度的损失，法院有不作这种判决的裁量权。

(3) 对涉及人身性质的服务的合同，不作实际履行的判决。例如，雇员不能被强制履行与雇主签署的劳动合同。

(4) 实际履行的判决在执行上的可能性和难度是应予考虑的重要因素。例如，对于某些合同，如建筑合同，一般认为法院是难以监督被告执行合同的。又如，当合同对履约细节规定得模糊不清时，实际履行的判决是无法得到执行的。

(5) 在被告实际履约之后，原告是否会履行对应的义务？如果被告出于对原告履约能力的担心而停止了履行，在传统上，衡平法院会考虑被告的担心是否有理由；如果确有理由，就不会作出让被告实际履约的判决。这类似于大陆法上的不安抗辩权。

3. 确定损害赔偿范围的一般规则

关于损害赔偿的范围，英美法在长期的发展过程中积累了大量的规则。现就其中最重要的一般规则介绍如下：

(1) 使受损害方在经济上处于合同得到履行时本应处的地位。例如，卖方在货物的市场价格上涨的情况下拒绝按合同规定交货，买方有权得到合同价与市场价之间的差价。这使买方在经济上处于卖方交货时同等的地位，因为如果卖方交了货，买方特有的这批货物含有相当于市场价的价值。

不过，这一一般性的规则从属于许多的限制。这些限制使受损害方实际上很难处于合同得到履行时本应处的地位。以下规则则体现了这样的限制。

(2) 损害赔偿仅限于违约方在合同订立时有理由预见到的违约的后果。这一规则源于英国理财法院 1854 年审理的 *Hadley v. Baxendale* 案。

(3) 受损害方有义务减轻损失。例如，当雇主无正当理由解除雇员时，雇员应找一份替代的工作，然后就减少的工资要求获得赔偿。如果他呆在家里，什么也不做，他无法就丧失的工资得到赔偿。

(4) 对损失的计算应具有合理的确定性。如果原告主张的利润在通常情况下是难以获得的，在法官看来，他对利润的计算具有很大的主观臆测性，其主张就不能得到支持。在这方面，英美法院在审判实践中发展了“期待利益”(expectation interests)和“依赖利益”(reliance interests)的概念。前者指当事人依合同有权期待获得的东西，如利润；后者指当事人一方基于对另一方诺言的信赖而改变了地位，该改变的地位与原来的地位在经济价值上的差异，比如他因履约而发生的成本。英美法院在许多案件中判决，如果原告主张的期待利益因缺乏合理的确定性而不能得到支持，对其主张的依赖利益至少应予支持。

(二) 法国

1. 实际履行

在法国，让债务人履行合同是债权人的基本权利。《法国民法典》第 1243 条规定：“债权人不得被强迫接受非约定应给付的其他物品，即使该物品的价值等于或大于应给付物时亦同。”依此规定，当债务人不履约时，债权人有权拒绝接受作为实际履约的替代的赔偿金。该法典第 1184 条规定：在双务合同的一方有权解除合同的情况下，该方“有权选择：或如有可能履约时，要求他方履约，或者，解除合同而请求赔偿损害。”

2. 损害赔偿

关于违约损害赔偿，《法国民法典》的规定主要见于第 1149 条、第 1150 条和第 1151 条。第 1149 条规定：违约损害赔偿应包括债权人“所受的损失和所失的可获得的利益”。根据这一条，从属于第 1150 条和第 1151 条规定的限制条件，违约方应对受损害方作出全面的赔偿，其中包括受损害方依合同有权期待的利益。

第 1150 条规定：当债务人的违约不构成欺诈时，“债务人仅就订立合同时所预见或可预见的损害负赔偿的责任”。

（三）德国

1. 实际履行

依德国法的理论，使债务人履行给付是主要的违约救济方法。《德国民法典》第 241 条规定：“债的效果是，债权人有权向债务人请求给付，给付也可以是不作为。”不过，如果合同的履行已变得不可能，比如标的物已经毁损，债权人不能提出要债务人实际履约的请求。

如果法院应债权人的要求命令债务人履约，债务人拒不执行命令，法院依《德国民事诉讼法典》第 883~890 条可采用某些具体的处置办法。如果债务人拒不交付动产，法院的执行官可以强制取得该不动产，再转交给债权人。

如果合同之债表现为由债务人为一定的行为，而该行为可以由在这一行业中具有同等技能的其他人实施，法院可授权债权人让其他人履行，由债务人支付费用，同时，可应债权人要求令债务人预先支付费用，并可在预支的费用不足的情况下令债务人支付额外的费用。

如果债务人的履行只能由他本人实施，而实施与否又完全决定于他的意愿，那么，在他拒绝履行时，法院可以对他课以罚金。从原则上说，该罚金的数额是没有上限的。法院也可对这样的债务人处以人身监禁，最多可监禁 6 个月。这样的罚金并不归债权人所有，而应上缴国库。因此，如果一个演员在演出之前突然拒绝上台演出，或者，一个俱乐部的运动员拒不参加比赛，债权人有权使他得到这样的惩处。

2. 损害赔偿

如上文所述，依德国法，当事人不履行合同义务包括三种情况：履行不能、履行迟延和积极违约。依民法典，在履行不能的情况下，如果这种结果由债务人的过错所致，债权人有权请求赔偿损失（第 280 条和第 325 条）。如果这种结果由债权人的过错所致，且合同为双务合同，债务人不仅无义务赔偿债权人，并且有权就债权人不履行对应给付从债权人得到赔

偿。此时，债务人应使自己的给付的价值与对方应付的赔偿金相冲抵（第 324 条）。如果双方对这种结果的发生均无过错，任何一方均不负赔偿责任（第 323 条）。

依民法典，在履行迟延的情况下，债权人可要求债务人继续履行，同时就迟延所致的损害要求赔偿；如果给付因迟延对债权人不再具有利益，债权人可以拒绝给付而请求不履行的损害赔偿（第 286 条）。不过，如果迟延非债务人的过错所致，债权人不能得到赔偿（第 285 条）。

如果债务人的行为构成了积极违约，比如交付了有瑕疵的货物，债权人请求赔偿的权利不受民法典的限制。

关于损害赔偿的范围，德国法没有采纳为英、美、法等国采纳的“可预见原则”（赔偿不得超出违约方在合同订立时可以预见到的损害的范围）。根据民法典第 286 条，债权人有权就债务人的迟延所致的全部损失得到赔偿。为了避免这种不受限制的赔偿可能造成不合理的结果，在德国法学中出现了“因果关系的适当性”理论。依这种理论，如果损害由这样一种行为所导致：该行为在事件发展的通常过程中客观地和严重地增加了损害发生的可能性，该损害可以得到赔偿。评价这样的条件能否成就的基础是：一个有专业知识的人，在损害发生的时候，基于他所知道的全部有关情况，包括特定债权人的知识，会作出什么评价。

（四）《国际商事合同通则》

1. 实际履行

《通则》原则上允许给予实际履行的救济，但从属于以下例外：（1）在法律上或事实上不可能；（2）会造成不合理的负担或费用；（3）可以合理地从其他渠道获得履行；（4）履行具有完全的人身性质；或者，（5）在知道或理应知道该不履行后的一段合理时间内未要求履行（第 7.2.2 条）。

如果当事人不执行实际履行的判决，法院可以令其支付罚金。该罚金应支付受损害方，除非法院所在地法另有规定；该罚金的支付并不排除损害赔偿的权利（第 7.2.4 条）。

此外，如果实际履行未得到实施，当事人可以再诉诸其他的救济手段（第 7.2.5 条）。也就是说，受损害方并不因要求实际履行而从此丧失得到金钱赔偿或其他救济的权利。

2. 损害赔偿

依照《通则》，损害赔偿适用于所有类型的违约行为（第 7.4.1 条）。这与实际履行形成了对照，后者在许多情况下不能适用。

从赔偿的范围上讲，损害赔偿原则上应使受损害方得到完全的补偿，包括蒙受的损失和丧失的利益。为了不发生重复计算，应从赔偿金中减去因合同未履行而少支付的成本以及所避免的损失。此外，因违约所致的精神或肉体上的痛苦也可以得到赔偿（第 7.4.2 条）。

上述使受损害方得到完全补偿的原则受到若干重要的限制。其中之一是，对损害的确定应具有合理的确定性（第 7.4.3 条），即那种缺乏根据的、主观臆测的损害不能得到赔偿。另一项限制是，赔偿不能超出违约方在订立合同时预见到的或应预见到的违约可能引起的损害

的范围（第 7.4.4 条）。再有，受损害方有减轻损失的义务；对于本来可由该方减轻的损失，该方无权得到赔偿（第 7.4.8 条）。

（五）中国

1. 实际履行

依中国《合同法》第 110 条，受损害方有权要求违约方实际履行合同义务，除非实际履行“在法律上和事实上不能履行”；或者，“债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高”；或者，“债权人在合理期限内未要求履行”。

依该法第 111 条，对于质量缺陷，受损害方“可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任”。这可以理解为一种变通的实际履行救济。

2. 损害赔偿

依《合同法》第 113 条，损害赔偿“应当相当于因违约造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失”。第 119 条进一步规定了受损害方“防止损失的扩大”的义务。

复习思考题

1. 涉及违约的受损害方解除合同的权利，各国法律确立的制度有哪些？这些制度的差异和共同点有哪些？

2. 关于实际履行和损害赔偿的关系，两大法系的制度存在着哪些差异？

二、违约金

（一）英国和美国

在英美法的制度下，受损害方只能要求违约方赔偿其损失，不能对之实施惩罚。这就决定了，合同中加入的旨在惩罚违约方的条款是无效的。

在决定合同中加入的违约金条款是一个无效的罚金条款，还是一个有效的、由当事人约定赔偿金的条款时，英美法院并不考虑这一条款中声明的该条款的性质。也就是说，尽管该条款冠以“违约金”（liquidated damages）的名称，或明确说明，该条款是为了实施补偿而订立的，法官仍可能得出它是罚金条款的结论。反之，即使合同双方使用“罚金”（penalties）作为该条款的标题，但其内容表明，它是补偿性的，该条款仍然是有效的。

（二）法国

在法国，基于当事人意思自治原则所处的神圣地位，当事人关于违约金的约定原则上是有效的，不论这种约定是基于补偿的目的而作出的还是为了防范违约而作出的。进一步说，在当事人已约定赔偿金的情况下，这种约定将成为确定赔偿金额的依据；依民法典第 1152 条，法官原则上不能对这种约定进行调整。

（三）德国

在德国法上，包含在合同中的具有惩罚性质的违约金条款原则上是有效的。依《德国民法典》第 340 条第 2 款，在债权人就债务的不履行享有损害赔偿请求权的情况下，他可以将违约金作为最低限度的赔偿。也就是说，如果他不向债务人主张更多的赔偿金，他不必证明他蒙受的损失有多少便可从债务人处获得合同中规定的违约金。这一款进一步规定，对违约金的主张“不排除主张其他损害的权利”。依此规定，如果债权人蒙受的实际损失超过违约金的数额，他除了主张违约金之外，还可以主张超出的部分。其结果是，在债务人不履约的情况下，即使债权人没有蒙受损失，他也可以得到违约金，此时，违约金具有惩罚的性质；如果他的损失超过了违约金的数额，而他后来得到了全部的赔偿，违约金便成为赔偿金的一部分，因而成了补偿性质的。

依民法典第 343 条，当违约金过高时，债务人可以请求法院减至适当金额，但依《德国商法典》第 348 条，如果支付违约金的诺言是由商人在经商过程中作出的，民法典第 343 条的这一规定不应适用。不过，德国法院在司法实践中依然依诚信原则对商事合同中的违约金条款进行调整，只是不像调整“标准合同”中的违约金时那么严格。

（四）《国际商事合同通则》

《通则》第 7.4.13 条规定：“(1)如果合同规定，不履行的一方应就该不履行而向受损害方支付某一特定的金额，受损害方有权获得这一金额，不论实际损害如何。(2)然而，如果参照该不履行引起的损害以及其他情况，这一金额显然过高，可将其减少至一个合理的数额，无论有无与之相反的约定。”根据这一条款，约定的赔偿金原则上是有效的，但可根据实际损失的情况进行调整。

（五）中国

中国《合同法》第 114 条作出了与《通则》相一致的规定。

复习思考题

1. 参照各国的制度，你认为对当事人约定的违约金应否加以限制和调整？在何种情况下加以限制和调整？