

法国债法改革对我国民法典 制定的启示意义

李 贝*

目次

- 一、情势变更制度
 - (一) 法国法上情势变更制度的确立
 - (二) “情势”范围的界定
 - (三) 合同变更与合同解除
 - (四) 当事人再交涉程序的设置
- 二、格式不公平条款的法律规制
 - (一) 我国合同法上格式条款规定的混乱现状
 - (二) 格式条款告知义务与不公平条款判断的分离
 - (三) 当事人身份对不公平条款认定的影响
- 三、非债清偿以及不当得利的相关规定
 - (一) 不当得利与非债清偿的两分规定
 - (二) 不当得利的特殊规则与一般性规定的并存模式
 - (三) 当事人的主观状态对返还范围的影响
- 四、合同解除制度
 - (一) 法国法合同解除的类型化
 - (二) 合同解除后返还范围的确定

摘要 2016年2月10日出台的《关于合同法、债法一般规则与证明的改革法令》对法国的债法部分进行了全面修订。在我国民法典制定的语境中,这一比较法上的最新立法例无疑具有重大的参考价值。法国新债法改革中有关情势变更中“情势”范围的界定以及合同变更或解除的选择,有关不公平格式条款的规制,有关不当得利与非债清偿的区分以及当事人主观状态对受领人返还范围的影响,有关合同解除的类型以及解除后返还范围确定等问题的规定,均对我国现有制度的完善具有借鉴意义。

关键词 法国债法改革 情势变更 不公平格式条款 不当得利 合同解除

* 上海交通大学凯原法学院博士后研究人员、法学博士。

法国债法改革历经 10 余年的酝酿终于修成正果,2016 年 2 月 10 日出台的《关于合同法、债法一般规则与证明的改革法令》已于 10 月 1 日起正式生效。这次改革整合了 1804 年以来形成的判例规则,完善了民法典债法部分的体系结构,纠正了法典中业已过时或者饱受诟病的规定,并在国外立法及学术观点的影响下引入了许多全新制度。本次改革的目的——规则的简化、交易安全的强化、法国法吸引力的重塑——在很大程度上得到实现。毋庸置疑,法国新债法作为比较法上的最新范本,对于我国民法典制定具有重大的启示意义。本文仅就法国债法改革对我国民法典制定具有直接意义的内容,择其一二进行论述。^{〔1〕}

一、情势变更制度

(一) 法国法上情势变更制度的确立

传统法国民法对情势变更制度的拒斥立场,通过 1876 年著名的克拉波尔运河案(Canal de Craponne)^{〔2〕}确立:“在任何情况下,法官都不能以客观环境变化为由变更契约,用新的条款来替代当事人之间的自由约定,不管这种变更在他们看来是多么公正。”这一裁判规则得以延续百年,其背后折射出传统法国法上关于法官与合同关系的一种特殊定位:“法国合同法对于法官权力的设定遵循了一定的模式:在合同成立阶段,法官扮演的角色非常活跃,尤其是借助合意瑕疵的概念,来严格审核合同的有效性。但是合同的有效性一经认可,法官就退居后台:原则上不支持显失公平后的合同变更,也不支持情势变更理论。另一些法律例如德国法,则遵循不同的逻辑:合同成立时法官很少介入,合同的撤销并不需要法院判决;与之相应,法官在合同履行过程中扮演着更为积极的角色,并能通过介入来保证合同的均衡。”^{〔3〕}在这一传统语境中,法官作为第三方,其根据自己的公平理念所强加给当事人的条款变更,不仅未必符合后者的预期,而且也有损交易安全:法官由此被认为是“合同法的头号公敌”。^{〔4〕}相反,当事人被认为是“自己利益的最好裁判者”,在合同履行条件出现改变的场合,他们应该通过协商完成合同内容的变更。

时过境迁,反对引入情势变更制度的理由显得不合时宜,在比较法上,法国法的立场愈显孤立,而克拉波尔运河案在学界也招致了越来越多的反对意见。关于情势变更引入方式的探讨,也成为此次债法改革讨论的重点之一。法国的两部学者草案对这一问题采取了相反的态度:《卡特拉草案》更为尊重法国法之传统,其仅仅规定了双方的再磋商义务,而在磋商失败的情况下,法院不得对合同内容进行变更,只是双方当事人获得解除合同之权利;^{〔5〕}相反,《泰雷草案》则更为激进,其尽管也将当事人的再协商作为优先考虑的手段,但在协商失败的场合,“法官可以依照当事人的合理预期变更合同,也可以按其确定的条件和时间解除合同”。^{〔6〕}

几经周折,债法改革的最终版本在其 1195 条中对情势变更制度做出了正式规定:

〔1〕 需要指出的是,一些对法国法而言具有重大意义的改革内容(例如单方买卖承诺强制履行的承认,原因理论的废除,不安履行抗辩权的引入等),由于语境的不同而在我国并无明显的借鉴作用。

〔2〕 Civ., 6 mars 1876, DP 76.1.195, note Giboulot, S.76.1.161. 本案被收入了法国民事著名裁判案例集。Henri Capitant, François Terré, Yves Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12e éd., 2008, t. 2, n°165.

〔3〕 Y. Lequette, *Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats?* RDC 2015 - 3, p.616.

〔4〕 D. Mazeaud, *L'arrêt Canal 'moins'?* D. 2010, p.2481.

〔5〕 《卡特拉草案》第 1135 - 1 条至第 1135 - 3 条。

〔6〕 《泰雷草案》第 92 条。

如果在合同订立时出现无法预见的情势变化,导致一方当事人的履行成本过于巨大,并且该当事人并未接受此种风险,则其可以请求对方与其进行新一轮的协商。其债务之履行并不得因此而中止。

在一方拒绝协商或者协商失败的情况下,双方可以共同确定合同解除的条件及时间,也可以共同请求法官对合同进行调整。如果在合理的期限内双方无法达成一致,一方当事人可以请求法官变更合同,法官也可以按照自己确定的条件以及时间解除合同。

(二)“情势”范围的界定

从上述条文我们可以看出,法国法对于“情势”(circonstances)的规定相当宽泛,法条对其未作任何限制,其既包括经济环境的变化,也同样涵盖立法、政治环境、科学技术等方面的重大变化。^{〔7〕}正如勒维教授(Thierry Revet)所说,“真正重要的是这一因素需要外在于合同当事人(其自身情况或者其财产状况),也就是说当事人对于该因素不具有直接的或者间接的掌控,并且其与合同之间具有一种紧密的联系”。^{〔8〕}换言之,一切客观变化理论上皆可归入“情势”的范畴,只需其发生必须不可归责于当事人。这种对于情势的理解,可称为广义的“情势”概念。

与之相比,我国学界与实务界对于“情势”似乎倾向于使用狭义的理解。依据这种观点,并非所有的客观事件都可以被定义为“情势”,因此对其有进行类型化的必要。^{〔9〕}最高法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第26条所引入的“商业风险”概念,便是这种狭义“情势”概念的伴生产物。

相比狭义的“情势”概念,法国法所采纳的广义“情势”概念至少具有如下几点优势:首先,广义“情势”概念在操作上更为简便。事实上,如何认定“商业风险”,一直是我国情势变更制度适用的难点,也是合同法最终没有正式规定该制度的直接原因。^{〔10〕}其次,对于“商业风险”的排除,完全可以通过情势变更的其他要件加以实现。在采纳广义概念的法国法上,商业风险并未被作为一个独立的要素而提出。但这并不意味着正常的商业风险也被纳入情势变更调整的范围。法国法通过情势变更的其他构成要件——尤其是变化的不可预见性及其导致的履约成本过大——已完全能将此类风险排除在外。我国审判实践中对于商业风险的认定也印证了我们的上述观点:多数案件均从可预见性中推导商业风险的存在,^{〔11〕}损失的大小有时也被作为其认定的

〔7〕 Etude par Ch.-É. Bucher, *Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance: il manque la notice*, *Contrats Concurrence Consommation* n° 5, Mai 2016, dossier 6; D. Bakouche, *Réforme du droit des contrats et des obligations: observations sur l'imprévision dans l'ordonnance du 10 février 2016*, Hebd Edition privé, 10 mars 2016.

〔8〕 Th. Revet, *Le juge et la révision du contrat*, *RDC* 2016 - 2.

〔9〕 参见韩世远:《合同法总论(第三版)》,法律出版社2011年版,第386页:“然而,‘情事’及其‘变更’毕竟是不确定的概念,需要加以类型化,始能从容把握”;参见韩强:《情势变更原则的类型化研究》,载《法学研究》2010年第4期。

〔10〕 王胜明:《从合同法的草案到审议通过——〈中华人民共和国合同法〉介绍》,载全国人大常委会法制工作委员会民法室编著:《〈中华人民共和国合同法〉及其重要草稿介绍》,法律出版社2000年版,第228页:“如何划分情势变更和正常商业风险的界限是十分困难的事,规定情势变更制度可能成为有的当事人不履行合同的借口,在合同法中不宜规定情势变更制度。”

〔11〕 重庆市第三中级人民法院(2015)渝三中法民终字第00894号(“租赁商铺附近的商场在双方签订《商铺租赁合同》后一直未开业及附近未形成较大人流量,应属廖磊在签订该租赁合同时能够预见的商业风险”);浙江省杭州市中级人民法院(2014)浙杭商初字第5号;广西壮族自治区崇左市中级人民法院(2015)崇民终字第32号(“作为出租方,其应当预见或者可以预见租金有可能大幅度上涨,作为承租方,其应当预见或者可以预见租金有可能大幅度下跌,双方对此两种情形都未作约定,说明双方当时均把租金的变化视为商业风险并自愿承担”);内 蒙 古 省 赤 峰 市 中 级 人 民 法 院 (2015)赤民一终字第170号(“商业风险,在签订合同时,是可以预见的”)。

外部标准。^[12] 既然商业风险并无独立于其他构成要件的特有价值,那么采用广义“情势”概念,便能一劳永逸地省去有关“商业风险”概念的无谓讨论。最后,采用狭义“情势”概念还将导致不可抗力与情势变更界限的模糊。韩强教授在《情势变更原则的类型化研究》一文中认为,“非典”作为自然灾害,应当属于不可抗力的范畴。然其法律后果,却并非总是导致合同不能履行(禁止境外旅游),也可能导致合同的履行困难(酒店承租人无法正常营业)。因此法律关于不可抗力的规定存在漏洞,对于不可抗力导致履行困难的情形,应当适用情势变更的相关规定。^[13] 作者之所以得出这一结论,源于其在事件的类型上对情势变更与不可抗力做出区分:“非典”作为自然灾害,属于不可抗力,而非情势变更。但若按照对“情势”的广义理解,自然灾害理应也在“情势变更”的调整之列。情势变更区别于不可抗力者,与其说是事件的类型,毋宁说是其对双方合同产生的效果:“不可抗力造成的结果是致使合同无法履行,情势变更造成的结果是对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的。”^[14]

综上,在狭义“情势”概念的支配下,我国学界与实务界执着于对“情势”具体范围的界定,才有了关于商业风险的激烈讨论,也造成了情势变更与不可抗力之间界限的模糊。而法国法通过对“情势”做出宽泛的规定,并借助“不可预见”“履约成本巨大”等其他要件对情势变更制度的适用范围做出限缩,这一路径简化了制度适用的认定程序,值得我国法律借鉴。

(三) 合同变更与合同解除

不管是中国法还是法国法,在情势变更发生的场合,都确立了合同解除与变更这两种不同的救济途径。但是具体到两者之间的选择取舍,两国的立场似乎存在一定的差异。关于合同变更或解除的选择,法国新债法 1195 条并未给法官的自由裁量设定任何限制,两个救济途径之间亦不存在前后的顺位关系。但法国法的这一立场却与我国民法学界关于情势变更后后果的主流表述有出入,后者采取所谓情势变更二次效力的理论,^[15] 认为合同的变更优于合同的解除,后者只有在变更合同仍无法消除不公的场合方可适用。^[16] 但是我国实务界是否采纳了“二次效力说”却颇存疑问。一方面,《合同法司法解释(二)》第 26 条并没有明确规定情势变更的二次效力性,另一方面,诚然少数判决受到学说观点的影响,承认了合同变更相对于合同解除的优先性,^[17] 但是在绝大多数的案件中,法院选择合同解除,并非因为合同变更无法产生公平结果,而是因为当事人主动选择了合同解除。^[18]

[12] 江苏省南通市中级人民法院(2014)通中商终字第 0574 号(“商业风险属于从事商业活动所固有的风险,作为合同基础的客观情况的变化未达到异常的程度”);浙江省温州市中级人民法院(2011)浙温商终字第 00714 号。

[13] 前注[9],韩强文。

[14] 沈德咏、奚晓明主编:《最高人民法院关于合同法司法解释(二)理解与适用》,人民法院出版社 2009 年版,第 202 页。

[15] 张淳教授认为,我国学者主要是从台湾学者史尚宽那里继受了这一层次理论。参见张淳:《对情势变更制度的进一步研究》,载《南京大学学报(哲学、人文、社会科学)》1999 年第 1 期。

[16] 崔文星:《论情势变更原则的适用》,载《河北法学》2013 年第 4 期;王宝发:《论我国合同法应当确立情事变更原则》,载《法学家》1997 年第 2 期;杨秋林、马士鹏:《对“情势变更原则”的检讨》,载《理论探索》2008 年第 1 期。

[17] 湖南省娄底市中级人民法院(2009)娄中民再终字第 25 号(承包人以在承包经营期间内,该砖厂取土区土质发生变化导致红砖质量差无法销售为由,要求解除承包合同,缺乏确实充分的证据证明,且即使存在申请人所述之事实,双方亦可在变更或解除合同之间进行协商解决,而承包人在变更合同也可能实现合同目的的前提下,只要求解除合同,有悖于公平原则)。

[18] 广东省中山市第一中级人民法院(2011)中一法民一初字第 180 号;湖北省石首市人民法院(2015)鄂石首民初字第 01055 号;广东省佛山市中级人民法院(2014)佛中法民一终字第 3220 号;河南省周口市中级人民法院(2014)周民终字第 941 号。

支持“二次效力说”的学者认为，合同变更相比于合同的解除，其通过契约关系的维系而保留了合同经济价值的实现。这一论据从表面上看更具说服力，事实上却存在片面性。首先，法官对合同所进行的司法变更很可能使被动接受的一方产生抵触情绪，该契约是否能够得到顺利履行，其所预期的经济功能是否能实现，充满了不确定性。其次，在某些情况下合同解除也可以发挥经济价值，它允许当事人在合同履行困难的情况下及时实现资源的再分配，从而节约了时间成本，避免了损失的扩大。因此，合同解除与变更，究竟哪种救济途径更有利于经济价值的实现，不可一概而论，而需依个案分别判断：如果一方当事人为合同的履行投入巨大，则法院往往倾向于合同的变更，^[19]相反，如果合同履行对双方而言都没有经济利益，法院则会优先考虑合同的解除。^[20]

由此可见，情势变更的二次效力性不仅没有司法实践的基础，也不存在使人完全信服的理论依据。我国应当在未来立法中借鉴法国法的经验，在个案中选择变更还是解除，需要法官结合具体事实，综合考量经济、社会等因素做出。对于当事人的选择，法官原则上应当予以支持，但在其选择的救济途径明显不合理的场合，法官可以通过释明的方式引导当事人重新选择。这样，法官在当事人自由意思和公平结果的实现之间找到了一个合理的平衡。

（四）当事人再交涉程序的设置

法国新债法第 1195 条将双方当事人的重新协商作为法官介入的必要前置程序加以规定。根据该条第 2 款，只有“在一方拒绝协商或者协商失败的情况下，双方可以共同确定合同解除的条件及时间，也可以共同请求法官对合同进行调整”。关于这一前置程序须作两点说明。首先，当事人的重新协商并非一项法定义务，拒绝对方的协商请求并不会产生民事责任。^[21]据多数学者的意见，该规定的合理性在于法官很难判断再协商“义务”是否正确履行，^[22]加之相互信任和善意是协商成功的基础，如果将协商作为义务强加给当事人，很可能适得其反。^[23]其次，协商谈判并不产生合同中止履行的效力，双方在此期间依旧需要按照原先的合同约定严格履行。官方公告指出，这一规定旨在避免一方当事人恶意拖延合同履行的伎俩，也属信守契约原则的体现。^[24]将双方当事人的二次协商规定为法官介入的前置程序，体现了法国立法者对待情势变更制度的基本立场：鼓励当事人的自主协商，限制法官在合同领域的介入。但是前置协商程序未必能达到立法者的上述预期目标。首先从鼓励当事人协商的目的来看，协商谈判对于双方当事人而言并不构成法定义务，这不可否认地给谈判的顺利开展带来了变数。另外情势变更的一些核心要件的认定——

[19] 广西壮族自治区钦州市钦南区人民法院(2013)钦南民终字第 672 号(林业承包经营合同订的过低，但是被告已经做了一定的投资，因此合同应当继续履行)；江苏省南通市中级人民法院(2013)通中民终字第 0684 号(在本案中二审法院认为，考虑双方签订的合同期限较长，且王家先租赁土地用于花木生产，实现收益的周期较长，故原审取周边土地流转的较低价格对双方土地租赁价款予以变更，应当予以支持)；江苏省南京市中级人民法院(2015)宁民终字第 2337 号。

[20] 上海市第一中级人民法院(2013)沪一中民二(民)终字第 3213 号。

[21] 事实上，第 1195 条在对双方再交涉的规定中也避免了“义务”等词语的使用。

[22] J.-S. Borghetti, *La force obligatoire du contrat, Droit et patrimoine*, mai 2016, p.67.

[23] Ph. Stoffel-Munck, *La réforme en pratique: La résiliation pour imprévision*, AJ Contrats d'affaires-Concurrence-Distribution 2015, p.262.

[24] [https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do? categorieLien=id&cidTexte=JORFTEXT000031279290&.dateTexte&.idJO=JORFCONT000031278876&.oldAction=rechJO](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?categorieLien=id&cidTexte=JORFTEXT000031279290&.dateTexte&.idJO=JORFCONT000031278876&.oldAction=rechJO)(last visited 2017-04-18).

无论是不可预见性、履行成本过于巨大,^[25]还是当事人风险的自愿承担^[26]——都存在着很大的不确定性,以至于当事人拒绝协商,很可能是因为对于本案是否成立情势变更存在异议。加之该当事人很可能会担心一旦接受对方的谈判请求,如果最终双方因谈判不成而诉诸法院,那么法官有可能从其同意协商的行为中推论出其承认情势变更事由的存在。基于这一考量,债权人更有可能拒绝进行实质性的谈判。另一方面,第1195条也很难真正实现限制法官介入的立法意图。由于是否构成情势变更,最终仍需要法院来做出裁决,而双方当事人往往无法就此达成一致,因此可以预见,在绝大多数的场合,当事人都需要诉诸法院来进行裁决。这也透露出第1195条程序设计上的重大缺陷。只要双方当事人对是否存在情势变更存在异议,在诉请法院判决之前便无法进行实质性的协商。然而一旦法官介入,就意味着当事人协商环节的终结,在情势变更事由获得司法确认的情况下,当事人也丧失了自主协商的主动权。

有关是否在我国引入当事人的再协商程序,我国主流学者持肯定立场,^[27]但其论述重点多在该义务的性质及其违反后果的界定上,鲜有对其介入节点的讨论。事实上,在我国同时存在着再协商的两种不同模式。第一种模式将当事人的重新谈判作为法官介入的前置程序,其典型者如《关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第16条^[28]以及《劳动合同法》第40条第(三)项的规定。^[29]最高法院在《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》(以下简称《指导意见》)中则体现了另一种政策倾向。根据该《指导意见》,“在诉讼过程中,人民法院要积极引导当事人重新协商,改订合同;重新协商不成的,争取调解解决”。按照这种模式,当事人之间的再协商不再是法官介入的前置程序,而是法官裁量权的组成部分:后者参与协商的发起,并为其顺利开展提供必要的支持。

通过前文对法国法的评述可以看出,如果在未来民法典的制定中有必要引入双方的再交涉程序,那么在原则上,最高院在《指导意见》中所确立的法官事前介入模式显然为更优选择。不仅仅是法国法,任何将再交涉义务作为法官介入的前提性条件的制度设计,都不可避免地存在这样的问题,因为只有法官才能就此协商成立的先决条件——即本案是否存在情势变更事由——给出具有权威性的裁决。普拉多教授在对再交涉义务作了一番比较法上的考察之后指出法官主导下的再协商程序所具有的优势:“因此我们就能知道,为什么法院在确认存在情势变更事由之后加给双方当事人的重新谈判才是有效的。它呈现出一种完全不同的驱动力,因为当事人知道一旦协商失

[25] 有学者指出,对于这一要件可以有两种不同的解读:或者从纯客观视角出发,仅仅着眼于情势变更对于履行支出与收益的影响程度;或者从主观视角来看,兼顾当事人本身的经济情况。(参见 J.D. Pellier, *Réflexions sur l'imprévision dans le projet de réforme du droit des contrats* [Observations sur l'article 1196 du projet de réforme] LPA 2015, n° 228, p.8.)如果按照后一种理解,那就意味着情势变更的认定门槛会依当事人的经济状况和社会地位而有不同。(参见 J.-S. Borghetti, *La force obligatoire du contrat Droit et patrimoine*, mai 2016, p.67.)

[26] 风险承担并不总是明示做出,而是经常需要结合具体情境与合同的目的来加以判断。(参见 J.-S. Borghetti, *La force obligatoire du contrat, Droit et patrimoine*, mai 2016, p.67.)

[27] 参见王闯:《当前人民法院审理商事合同纠纷案件适用法律若干问题》,载《法律适用》2009年第9期;韩世远:《情势变更若干问题研究》,载《中外法学》2014年第3期。

[28] “因承包方不收取流转价款或者向对方支付费用的约定产生纠纷,当事人协商变更无法达成一致,且继续履行又显失公平的,人民法院可以根据发生变更的客观情况,按照公平原则处理。”

[29] “劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化,致使劳动合同无法履行,经用人单位与劳动者协商,未能就变更劳动合同内容达成协议的”可以解除劳动合同。

败,那么等待他们的将是法官做出的变更或者解除合同的决定。”^[30]除去上述优势之外,《指导意见》所采纳的立场也能够解决法国法上的一个棘手问题:谈判期间债务人的继续履行义务。法国法之所以做出这样的规定,是为了防止债务人借谈判之名恶意拖延合同的履行。但是这种立法政策的弊端也非常明显:一方面它可能促使未受情势变更影响的当事人采取消极的谈判态度,另一方面,继续履行也将会导致债务人的损失进一步扩大。如果双方的协商谈判在法官的组织参与之下展开,那么法国学者所担心的中止履行可能带来的风险也会被降到最低,而情势变更造成的经济损失也能被控制在合理的范围之内。

二、格式不公平条款的法律规制

(一) 我国合同法上格式条款规定的混乱现状

我国现行民法有关格式条款的规定存在诸多自相矛盾之处,呈现出一片混乱局面。不少学者已经指出《合同法》第39条与第40条之间存在的张力。依据第39条,“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”。因此格式条款提供方须对免责或限责条款负说明义务。然而按照第40条的规定,“格式条款具有本法第五十二条和第五十三条规定情形的,或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的,该条款无效”。换言之,免责或者限责的格式条款,无论其提供者是否尽到告知义务,一律被认定为无效。由此,关于格式免责条款效力的认定,合同法第39条和第40条分别给出了两种互相冲突的解决方案。^[31]为了弥合两者之间的矛盾,学者提出了不同的解释路径:有的主张对适用于将来可能的责任进行免责的条款与对现在即应承担的责任进行免责的条款加以区分;^[32]有的将免责条款设立的合理性作为第39、40条适用范围的划分依据;^[33]还有一种意见则认为第39条判断的是格式条款是否订入合同的问题,而第40条所针对的则是格式条款的效力问题,因此两者在适用时具有逻辑上的先后性:对免责条款效力的判断以其订入合同为必要前提。^[34]最高法院的相

^[30] M. Almeida Prado, *Regards croisés sur les projets de règles relatifs à la théorie de l'imprévision en Europe*, RIDC 2010 - 4, pp.863 - 894, spéc., p.881.

^[31] 关于两个条文之间的矛盾,我国学者多有论述。参见梁慧星:《统一合同法:成功与不足》,载《中国法学》1999年第3期;周清林:《论格式免责条款的效力层级》,载《现代法学》2011年第4期;幸红:《格式合同基本问题探讨》,载《当代法学》2003年第10期;胡志超:《格式条款实务问题比较研究》,载《人民司法》2001年第1期。

^[32] 王利明:《对〈合同法〉格式条款规定的评析》,载《政法论坛》1999年第6期,第9页:“将格式的免责条款提请注意,是因格式条款完全是一方制定的,免责条款只是对未来可能发生的责任予以免责,而《合同法》第40条所提到的免除责任,是指条款的制定人在格式条款中已经不合理地不正当地免除其应当承担的责任。而且所免除的不是未来的责任,而是现在应当承担的责任。”对于这一观点,许多学者持保留意见。例如任华认为,“格式免责条款免除的是现在的责任还是将来的责任,本质上并无区别,对其合法性也没有根本性的影响”。(任华:《浅论格式免责条款的效力》,载《中央政法管理干部学院学报》2000年第6期,第49页。)

^[33] 参见王一德:《免除或限制责任格式条款的效力认定》,载《法学》2014年第11期,第150页:“如果通过客观解释发现格式条款的目的和意图是基于诚信原则或者公平原则,并未侵犯到相对人的合理利益,可以认为其属于《合同法》第39条规定的有效的免除或者限制责任的格式条款。如果通过客观解释发现格式条款的制定具有恶意逃避责任的倾向或者隐含逃脱合同主要义务的意思,应当将这一类格式条款的效力归为无效。”

^[34] 参见周清林:《论格式免责条款的效力层级》,载《现代法学》2011年第4期;王宏军:《论格式条款的无效情形》,载《云南财贸学院学报》2004年第6期;任华:《浅论格式免责条款的效力》,载《中央政法管理干部学院学报》2000年第6期;赵金龙:《浅谈免责条款的认定》,载《当代法学》1999年第5期。

关司法解释进一步使这一问题复杂化。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第10条的规定,“提供格式条款的一方当事人违反合同法第三十九条第一款的规定,并具有合同法第四十条规定的情形之一的,人民法院应当认定该格式条款无效”。该规定旨在对格式免责条款的无效做出限定,其用意虽好,但实际结果却有矫枉过正之嫌:非格式条款,在违反《合同法》第52、53条的情况下即为无效,而若为格式条款,则不仅需要违反上述规定,还要有条款提供方违反告知义务的事实存在,方可认定此类条款无效。换言之,格式条款相比非格式条款,在无效认定上反而采用更为宽松的标准,显然于法理不合。该司法解释的第9条又进一步规定,违反《合同法》第39条规定的说明义务的法律后果,不再是无效,而是可撤销。这一法律后果又与我国部门法的特别规定存在出入。例如《保险法》第17条规定,若对免责格式条款未作提示或说明,则“该条款不产生效力”。最后,可能造成双方权利义务失衡的约定,并非仅仅局限于免责或者限责条款。因此,“我国《合同法》第40条、第52条、第53条虽然为格式条款的效力判断提供了一些标准,但从规制技术上看,这些规定仅仅是使某些格式条款绝对无效的硬性规制技术,对于足以涵盖全部格式条款的概括规制技术未作规定,这一立法上的漏洞,造成了规制体系的不周延”。^[35]

法律规定上的混乱最终导致了司法裁判的不确定性。同一条款有时被认定为有效,有时被认定为无效。而即使是结论相同的场合,法院借以得出有效或者无效的法律依据也往往存在差异。马辉教授就机动车商业保险合同中的发动机进水免责条款为例进行实证研究,并揭露了司法实践中“同案不同判”现象的存在。^[36]

(二) 格式条款告知义务与不公平条款判断的分离

此次法国债法改革首次在民法典中引入了附和合同(contrat d'adhésion)与商议合同(contrat de gré à gré)的区分。“商议合同是指经过缔约各方自由协商达成的契约。”而“附和合同是指合同的一般交易条件由缔约一方事前拟定,未经双方协商的契约。”(《法国民法典》第1110条)附和合同的引入旨在对被动接受合同条款的一方当事人的意思表示予以特殊保护,而这种保护在两个层面上展开。首先,格式条款由于规避了传统契约缔结的协商环节,使得被动接受合同的当事人可能在不清楚条文内容的情况下完成缔约行为。因此,法律应当首先就格式合同缔结程序的单方性特征做出回应,以确保双方合意的存在。这可视为格式合同的程序性救济。其次,格式文本的存在背后,常常暗示着双方在缔约能力、专业技能、信息获取、资金情况等各方面的不对等性,相对弱势一方即便在完全知情的场合下缔约,其意思表示也不一定具有完全的真实性。法律需要进一步对合同条款的内容加以规范,以避免双方权利义务的明显失衡。这可视为格式合同的实质性救济。格式合同的这两个面向,在法国新债法中均有体现。旨在确保合意存在的程序性救济主要体现在如下两项规定之中。根据新法第1119条第1款的规定:“由缔约一方提出的一般交易条件仅在其缔约相对人知晓并接受其内容的情况下产生效力。”提供格式条款的一方,只有向对方履行了提醒说明义务的,才能产生法律效力。而在双方对于条文的内容理解发生争议时,根据法典第1190条的规定,“遇有疑问,自由协商订立的合同做出有利于债务人、不利于债权人的解释,附和合同做出不利于提供合同文本一方的解释”。第1119条确保格式合同接受方于订立合同之时对条文内容有充分了解,为事前之预防;第1190条则对接受方理解的偏差提供事后的救济,两者共同构筑了一张严密的保护之网。而格式合同中的实质性救

[35] 聂铄、胡克敏:《论格式条款的概括规制》,载《法律适用》2004年第5期,第50页。

[36] 参见马辉:《格式条款规制标准研究》,载《华东政法大学学报》2016年第2期。

济,则集中体现在法典第 1171 条上。该条文首次将消费者法上有关不公平条款(*clause abusive*)的规制引入民法典中,成为本次债法改革最引人注目的条款之一。该条规定如下:“在附和合同中,任何导致缔约各方权利义务关系过度失衡的条款均被视为未写入合同。过度失衡的评定不涉及合同的主要标的,也不涉及合同价款与对待给付之间的对等关系。”值得注意的是,在 2015 年出台的征求意见稿中,对于不公平条款的规制适用于任何形式的合同,商议合同与附和合同均在规制之列。这一文本遭到了来自学界的一致声讨,认为其构成了对交易安全的极大威胁,也是对契约自由的过度干涉。^[37] 最终的债法改革文本接受了学界的批评意见,在保留不公平条款禁止规则的同时,将其适用范围限定为附和合同。

法国法上有关格式条款的上述规定对于完善我国现有制度无疑具有启示性意义。通过对比可以发现,我国有关格式条款规定的乱象,其症结在于未能对格式条款的程序性救济与实质性救济做出明确的区分,从而导致两种逻辑互相冲突、彼此消解。事实上,将提供义务方对格式条款的提示说明义务仅仅限制在免责或者限责条款的场合,并不具有合理性。只要条文未经双方协商而出自一方之手,合同相对方均有可能忽视其存在,条款提供方自然应当尽到相应的说明义务。相比我国《合同法》第 39 条的规定,《消费者权益保护法》第 26 条的规定显然更具有合理性。这一条文所规定的说明义务的对象,包括“商品或者服务的数量和质量、价款或者费用、履行期限和方式、安全注意事项和风险警示、售后服务、民事责任等与消费者有重大利害关系的内容”。相反,格式条款的实质性救济旨在避免双方权利义务的失衡状态,其范围自然相对狭窄。即便如此,《合同法》第 40 条所规定的范围,不足以涵盖所有不公平条款的情形,法国法的相关表述显然更具有合理性。

(三) 当事人身份对不公平条款认定的影响

法国法有关不公平条款立法的特色,在于其三管齐下的“多轨制”体系。而这一体系的形成也有其历史原因。不公平条款最初作为消费者法上的一个概念进入法国法之中。1978 年 1 月 10 日颁布的法律第一次涉及对不公平条款的规制,但其 35 条对于法官的权力做了极大限制:关于此类条款的定性权力只能由行政院通过法令的形式做出,法官不得自行创设不公平条款类型。然而在该法律颁布的最初十几年时间内,行政院并未积极履行其职权,相关法令数量屈指可数。在这一背景下,最高民事法院第一民事庭在 1991 年 5 月 14 日的 *Lorthoir, Mint Foto c. Baucheron* 一案中^[38]认为,即使在没有相关行政院法令支持的情况下,法院也可以将相关条款认定为不公平条款。随后,为与欧盟 1993 年颁布的《消费者合同不公平条款指令》(93/13/EEC)保持协调,法国于 1995 年 2 月 1 日修订了消费者法典,对不公平条款作了全新的规定。消费者法典第 L132-1 条规定了三种类型的条款:被行政院法令列入“黑名单”的不公平条款,此类条款被绝对地禁止;根据消费者协会的建议而被列入“灰名单”的条款,此类条款被推定为不公平条款,但职业经营者可举证证明其不至于造成双方权利义务的失衡;尽管没有被列入“黑名单”或者“灰名单”,但是符合消费者法典第 L132-1 条的定义,造成双方权利义务显著失衡的不公平条款。由此,消费者合同中的不公平条款规制臻于完善。为了规范限制市场竞争的不正当竞争行为,法国商法典第 L442-6, I,

[37] F. Bcheron, *N'abusons pas de la clause abusive*, *Gaz. Pal.* 30 avr. 2015, p.24; R. Boffa, *Juste cause (et injuste clause)*, *Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats*, *D.* 2015.335; T. Revet, *Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés*, *D.* 2015. 1217.

[38] Civ. 1re, 14 mai 1991, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T.2, 12^e édition, Dalloz 2008, n° 159, p.137 et s.

2°中又进一步规定了职业经营者之间的不公平条款禁止规则。上述两个条文与法国新债法第1171条一起,构成了法国不公平条款规制的“三驾马车”。由于普通法优于特殊法的原则,可以预见第1171条的适用范围相当有限:其主要适用于非职业经营者之间,以及自由职业者(律师、医生)等合同关系。

法国法有关不公平条款的区分规制体系有其历史成因,其构造也过于复杂,不宜为我国所全盘继受。然而对消费者合同中的不公平条款与一般合同中的不公平条款进行区分规制,却有其合理性及可行性。这种合理性在于:相比一般合同,消费者所面临的表意不真实的风险更大,因此也要求法律更多地介入。这种强化保护在法国法上主要通过三方面实现。首先,法国法并未遵照欧盟93年指令的规定将消费者合同中的不公平条款限定在格式合同场合,任何形式的合同均在规制之列(消费者法典第L132-1条第4段)。相反在普通法上,民法典第1171条仅适用于附合合同的场合。其次在不公平条款的认定上,消费者法上采用了抽象定义与具体列举相结合的双轨模式,“黑名单”和“灰名单”的存在使得对不公平条款的规范更为便利。相反,第1171条仅有关于不公平条款的抽象定义。最后,在消费者法上,行政机关以及消费者协会均可以当事人的身份,提起不公平条款的撤销之诉,而在普通合同法上,只有接受格式条款的当事人才能以第1171条为由提起诉讼。

在我国现有关于格式免责条款的规制中,也存在着普通法(合同法)与特殊法(保险法、消费者权益保护法)并存的局面,并且两套规则体系的内容并不完全相同。在这一背景下,引入法国法的区分制具有现实的可能性。在未来的立法中,可考虑在消费者权益保护法的框架内引入“黑名单”“灰名单”的推定制度,并且赋予消费者协会更多的诉讼权利,以使对作为弱势群体的消费者保护真正落到实处。而在作为一般规范的民法典合同编中,则可沿用现有的概括式规范模式,只需对格式不公平条款的认定给出更为明确的标准。

三、非债清偿以及不当得利的相关规定

(一) 不当得利与非债清偿的两分规定

法国债法改革在不当得利(enrichissement injustifié)之外又同时规定了非债清偿(le paiement de l'indu),两者共同构成了我国法上所称的广义的不当得利制度。这一区分的形成有法国民法发展的历史原因。1804年的拿破仑法典仅仅对非债清偿做出了规定(第1376—1381条),而对于不当得利,法典虽然在财产法、婚姻家庭法等领域设置了特殊规则,但并不存在有关不当得利的一般性规定。在没有法律文本的情况下,法国的最高民事法院顺应学界的呼声,^[39]在1892年著名的“化肥商人案”中首次通过判例确定了不当得利制度。^[40]此后,法院通过一系列判决,进一步对该制度的具体规则进行细化,法国不当得利制度的规范体系逐渐成形。而此次的债法改革尽管对实体法做出了适当的调整,但大体上是对既有判例规则的继受。不当得利制度也是法国法上立法、司法、学术三个法律构成要素(legal formants)^[41]有机互动的绝佳典范。

[39] 在诸多主张确立不当得利一般条款的学者之中,奥布雷(Aubry)和劳(Rau)教授的影响最具决定性。参见C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. VI: 4e éd. 1869-1876, n° 57.

[40] Boudier c/Patureau, Cass. req., 15 juin 1892; DP 1892, n° 1, p.596; S. 1893, n° 1, p.281, note J.-E. Labbé.

[41] 此处借用了意大利比较法大师萨科的术语。关于这一概念的介绍,参见[意]罗道尔夫·萨科:《比较法导论》,费安玲、刘家安、贾婉婷译,商务印书馆2014年版。

然而,狭义不当得利与非债清偿的区分,除了其历史原因之外,在理论上也存在一定的合理依据。即使是在采纳广义不当得利概念的国家(例如德国),也不不得不在其理论构造中对不当得利情形的多样性给予重视:给付型与非给付型不当得利的区分即为明证。在法国法的语境中,非债清偿无论在其构成要件、诉讼程序以及返还范围的认定上均与狭义的不当得利存在差异。非债清偿返还旨在消除错误清偿所产生的影响,使双方当事人回到清偿做出之前所处的地位,受领人所负的偿还数额原则上等同于其错误受领的给付金额。相反,在不当得利返还的场合,返还数额的确定原则上遵循“双重限额”的原则(double plafond):受领人以剩余利益及给付人所受损失两者数额中较低者为限,承担返还义务(第 1303 条)。除此之外,不当得利之诉的提起还遵循“辅助性原则”的约束(principe de subsidiarité)。这一原则是指:“受损人如果享有另外一项诉权,或者该诉权遇到时效消灭等法律上的障碍,则其不得以此不当得利为基础行使诉权。”(第 1303-3 条)这意味着,在满足非债清偿要件的场合,当事人不得依据不当得利的相关规定要求赔偿。按照李世刚教授的看法,“设立统一不当得利概念以吸收非债清偿的做法,将人为地掩盖这种差异,在法律适用上、解决实际问题 and 理论研究时均带来不便”。〔42〕

在比较法的视域中,不少立法例承认了非债清偿制度所具有的特殊性。《意大利民法典》尽管不再采纳“准合同”的提法,但和法国法一样,对无因管理、非债清偿以及(狭义)不当得利分为独立的三章进行规定;《荷兰新民法典》的第六编第四目(不法行为与合同以外的债之渊源)中,也对无因管理、非债清偿以及(狭义)不当得利进行分别规制。其他一些立法,例如《瑞士民法典》或者《葡萄牙民法典》,其虽然采纳了不当得利的一般性条款,但都将非债清偿作为不当得利的一种特殊类型设置专条加以规定。

我国对于不当得利的规制采用了统一条款的模式,这一模式同样为《中华人民共和国民法总则》所继受。该法第 122 条规定:“因他人没有法律根据,取得不当利益,受损失的人有权请求其返还不当利益。”在未来民法典不准备设立债法总则的背景下,我国不当得利制度体系仍处于半开放的状态,仍有待于学者、司法实践以及后续的立法予以完善。目前我国学界关于不当得利类型化的讨论在很大程度上带有德国法的烙印,而对于法国法的相关制度缺乏足够的重视。此次法国债法改革使得原本的判例规则成文化,为我们了解该国立法提供了便利,以法国法为代表的“非债清偿——狭义不当得利”的区分,提供了有别于“给付型不当得利——非给付型不当得利”之外的另一条可能路径。

(二) 不当得利的特殊规则与一般性规定的并存模式

通过上文的介绍我们已经看到,法国法在很长的一段时间内均不存在有关不当得利的一般性规定,而仅仅存在特殊领域中的一些专门规定。而不当得利一般性规定的最终确立并没有废除既有的专门规定,从而形成了法国不当得利制度一般法与特别法并存的局面。有关不当得利的特殊规定,尤以婚姻法中的补偿制度(récompense),最具代表性。在婚姻关系存续过程中,夫妻一方的个人财产与夫妻双方的共同财产之间并非总是泾渭分明的,而《法国民法典》第 1433 条至第 1437 条所规定的补偿制度便旨在使得个人财产与共同财产重新回到均衡状态。具体而言,此处的补偿既可以是共同财产向夫妻一方个人财产所负的补偿义务(例如:夫妻一方通过出售自己的个人财产,将所得金额用于共有财产的修缮),也可能是夫妻一方对共有部分所负的补偿义务(例如:夫妻一方使用双方的共同财产清偿纯属于一方的个人债务)。

〔42〕 李世刚:《中国债编体系构建中的若干基础关系的协调——法国重构债法体系的经验考察》,载《法学研究》2016 年第 5 期。

囿于文章篇幅,并且婚姻补偿制度并非此次债法改革的创新内容,对该项制度的具体操作规则此处不作展开。然而法国法关于不当得利“一般规定+特殊规则”的模式在我国法的语境中具有特别的现实意义。由于我国民法总则针对不当得利采用了一般条款的规定模式,加之民法典不拟设置债法总则部分,由此可以预见,总则中有关不当得利的单一规定,远不能应对该制度中的所有问题,法律漏洞的存在不可避免。而通过在各个部门法中增设有关不当得利的特殊规定,一方面可以对该制度做出进一步细化,另一方面也能尽可能限制一般性条款的适用范围,不失为建构我国不当得利制度的另一条可行之路。

(三) 当事人的主观状态对返还范围的影响

根据前文介绍,法国不当得利返还的范围原则上遵循“双重限额”的规定:得利人仅以受损与所获利益之中数额较小者为限,向受损人承担返还义务。关于受益以及损失的具体计算方式,新债法第1303-4条做出了规定:不当得利发生之时的损失,以及在提起返还之诉时受益人剩余的利益,两者的数额大小均按照裁判之日时的价值进行评估。但是上述一般规则却可能受到当事人双方主观状态的影响。

首先,受损人自身的过错可导致其求偿数额的减少。受损人的过错对不当得利返还范围的影响,无疑是法国不当得利法最具争议的学术问题,关于这一主题的研究文献汗牛充栋,^[43]而各法院在审判实践中也长期存在分歧:最高民事法院商事庭认为受损人任何形式的过错,均导致其不得提起不当得利返还之诉;^[44]相反,民事庭则对不同的过错进行分类,受损人的疏忽或者过失不导致求偿权的丧失。^[45]本次债法改革结束了之前学界与实务的不确定状态,在第1303-2条中对该问题做出了明确规定:“如果损失来自受损人自身的过错,法官可以降低赔偿数额。”根据这一规定,受损人一方的过错不再是其行使不当得利返还之诉的阻却事由,其仅仅影响最终赔偿数额的确定。相较此前司法实践中的规则,新债法所确立的规则无疑更为简洁,同时对双方当事人也更为公平。对于过错的类型,条文并未做出特别说明,由此可知受损人任何形式的过错,主观故意或者疏忽过失,均可导致其获赔金额的减小。根据之前的司法实践,过错主要存在四种类型:1. 故意过错,例如当事人明知遗嘱伪造而利用其取得财产,并对其进行金钱投入。遗嘱被撤销后,财产的返还使得继承人因受损人的支出而获益,但受损人对不当得利事实之发生具有明知的故意;^[46]2. 重大过失,例如银行客户对此前签发的两张支票进行挂失,然而银行由于自己的原因未能注意到这一挂失请求,依旧对这两张支票予以承兑,其对损害事实的发生具有重大过失;^[47]3. 疏忽大意,例如拍卖估价人将某拍卖品标为真品,但事实上其只是后期的仿制品;^[48]4. 怠惰过失,例如合

[43] H. Périnet-Marquet, *Le sort de l'action «de in rem verso» en cas de faute de l'appauvri*: JCP G 1982, I, 3075. A.-M. Romani, *La faute de l'appauvri dans l'enrichissement sans cause et la répétition de l'indu*: D. 1983, *chron.* p.127. P. Conte, *Faute de l'appauvri et cause de l'enrichissement: réflexions hétérodoxes sur un aspect controversé de la théorie de l'enrichissement sans cause*: RTD civ. 1987, p.223. -M. Lecene-Marénaud, *Le rôle de la faute dans les quasi-contrats*: RTD civ. 1994, p.515.

[44] Cass. com., 18 mai 1999, n° 95 - 19.455; *Bull. civ.* 1999, IV, n° 104; Cass. com., 18 mars 2008, inédit. -Cass. com., 14 oct. 2014, n° 13 - 22.894; *Juris Data* n° 2014 - 024257.

[45] Cass. 1re civ., 11 mars 1997, n° 94 - 17.621; *Juris Data* n° 1997 - 001044; *Bull. civ.* 1997, I, n° 88; Cass. 1re civ., 13 juill. 2004, n° 01 - 03.608; *JurisData* n° 2004 - 024673; *Bull. civ.* 2004, I, n° 208; RTD civ. 2005, p.120, obs. J. Mestre; *De frénois* 2004, art. 38035, n° 80, obs. J.-L. Aubert.

[46] Cass. 1re civ., 18 janv. 1989, *Bull. civ.* 1989, I, n° 21.

[47] Cass. 1re civ., 19 mars 2015.

[48] Cass. 1re civ., 3 juin 1997.

同谈判破裂之后，涉案公司直到六年之后才要求谈判相对方就在此六年间继续使用其广告牌所得的收益予以返还。^[49] 在法院行使自由裁量权确定最终的返还数额时，受损人的过错程度必然会作为最主要的考量因素。需要指出的是，在涉及非债清偿时，新法第 1302-3 条第 2 款作了类似的规定。

其次，得利人的主观状态也可能对不当得利之返还范围产生影响。在传统的法国法上，得利人是否为善意，对于返还数额并无影响。但是此次的债法修订借鉴了债法改革专家意见稿《泰雷草案》的规定，^[50] 在第 1303-4 条最后一款中规定，当得利人为恶意时，其所负的返还数额将不再是受损与获益两者中较小的一个，而是两者中数额较高者。另外，本次债法改革对于返还制度 (Les restitutions) 作了统一规定，该部分规则适用于因无效、解除或者非债清偿^[51] 所产生的返还。根据这些规则，“负有物之返还义务的当事人，就导致物之价值减少的老化与毁损承担责任，其为善意并且对物之老化、毁损不存过错者除外” (第 1352-1 条)。“若当事人受领物时为善意且已经将其出售的，则其只负返还价款的义务；恶意受领者应当按照返还之日的价值返还，除非该价值低于出售的价款。” (第 1352-2 条)“恶意受领者应当返还的利或者对标的物的使用收益，应自受领清偿之日起开始计算。受领者为善意时，上述款项自提起诉讼之日起开始计算。” (第 1352-8 条)

法国法关于非债清偿、不当得利返还范围的规定颇为细致，其提供了不同于德国法、英美法的另一条路径。我国现行法上关于不当得利的返还范围问题未作处理，属于立法上之漏洞，法国法的经验无疑对于我国后续的学术讨论与法律实践具有重大意义。

四、合同解除制度

(一) 法国法合同解除的类型化

法国债法改革有关合同解除的规定吸取了先前的司法判例规则和主流学术观点，对原有民法典的规则进行了大范围的修改。其中最为显著的特点便是丰富了合同解除的类型。

众所周知，在此次改革之前，法国法以裁判解除 (或者说司法解除) 作为合同解除的基本形态。按照传统观点，合同解除必须通过诉讼方式为之，除非当事人事先有关于合同解除之约定 (即约定解除权)。这一限制性规则折射出法国法对信守契约原则近乎宗教性的推崇以及 1804 年拿破仑法典对人性的悲观主义论调。^[52] 然而司法解除由于其烦琐的程序以及高昂的成本，越来越不能满足现代社会的需求。在立法滞后的情况下，又是最高民事法院接过了改革的重任，其通过 *Tocqueville c. Clinique des Ormeaux* 一案，^[53] 确立了一方当事人的通知解除。这一裁判规则最终为此次的债法改革所采纳，新的法国民法典设置了约定解除、裁判解除、通知解除三者并存的合

[49] Cass. 1re civ., 13 juill. 2004.

[50] F. Terré, *Pour une réforme du régime général des obligations*, Dalloz 2013, pp.46-47.

[51] 新债法第 1302-3 条第 1 款规定：“返还适用第 1352 条到第 1352-9 条的规则。”

[52] 于人性持有悲观主义的看法，因此立法者要尽量避免赋予当事人逃避自身债务的手段。相关论述参见 X. Martin, *Sur l'essor et l'essence de l'individualisme libéral en France*, *Bulletin de la société d'histoire des idées et d'histoire religieuse*, vol.3, 1986, p.37 et s.

[53] Civ. 1re, 13 octobre 1998, Bull. civ. I, n°300, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, 12^e édition, Dalloz 2008, n°180, p.266.

同解除体系。^[54] 更值得一提的是,新法颠倒了原有司法判例所确定的“裁判解除为原则,通知解除为辅助”的顺位,将通知解除提升到原则的高度,而司法解除则相应地退居次席,作为当事人的备用选择而存在。根据新法第1227条的规定,“在任何情况下,合同解除请求都可以通过诉讼的方式提出”。

尽管通知解除的引入构成了此次法国债法改革的亮点,但其有关司法裁判解除的规定对我国解除制度的完善反而具有更为重要的意义。这一方面是因为通知解除早已为我国合同法所采纳,另一方面,则是由于裁判解除长期未得到学界足够的重视。对于当事人是否可以不为通知而直接起诉法院要求解除合同,学界也曾存在一定的争议。有一种观点认为,合同解除权的性质为形成权,不是请求权,而形成权的实现既不需要进行强制执行,也不需要向法院提出请求。因此,允许当事人直接诉请法院或者仲裁机构解除合同,属于对《合同法》第96条内容的误读。^[55] 然而这一观点显然与审判实践中大量存在的裁判解除案例相抵牾,^[56] 并且学界的主流观点也倾向于承认裁判解除的合法性。^[57] 然而,司法解除的可能性虽然得到承认,却依旧处于通知解除的阴影之下,其特殊性并未得到充分体现。与之相对,法国法对于司法解除的特殊性给予了充分的重视。在法国法的语境中,通过司法裁判方式解除的合同,并不被认为是行使形成权^[58]的结果,法院并非对合同的解除事实做出事后的确认,而是对合同是否解除做出综合的判断。这导致了三种解除权路径在行使方式和法律后果上均存在差异。首先,三种解除方式的前置程序不同。单方通知解除的要求最为严格:除非是在紧急情况下,解除权人必须事先对债务人做出催告,只有当债务人在催告后经过合理期间依然不履行债务的场合,才能通知解除合同。法律另外要求当事人在解除通知中明确说明其解除合同的动机及理由(《法国民法典》第1226条)。在约定解除的场合,该约定解除条款之适用也以先行催告为前提,但与通知解除不同,当事人可以通过合同约定排除催告程序的适用(《法国民法典》第1225条)。最后,在司法解除的场合,当事人无须对债务人进行催告,而可直接诉请法院提出解除(《法国民法典》第1227条)。综上,合同解除滥用风险越大,则其前置程序便越加复杂。三种解除方式的区分还体现在解除时间的确定上:约定解除的合同解除时间由解除条款进行约定,通知解除为债务人接到通知之日,在司法解除的场合,解除时间由法官确定,法官在判决中未作明确说明的,视为起诉之日解除(《法国民法典》第1229条第2款)。

司法解除与基于形成权的合同解除之间的区别,并未得到我国学者的充分重视,合同解除被总体性地定义为形成权而未作区分。这一认知导致了我国合同解除制度中的诸多困境。例如合同解除权行使期间的适用范围问题。按照《合同法》第95条的规定,“法律规定或者当事人约定解

[54] 新法第1224条规定:“合同解除可以是约定解除条款行使的结果,也可以是在严重违约的场合,通过债权人向债务人的通知或者法院裁决来实现。”

[55] 王纳新:《合同解除在实践中存在的几个误区》,载中国法院网(<http://old.chinacourt.org/public/detail.php?id=122007&k>,最后访问时间2017-02-08)。

[56] 陈坚法官曾统计了湖南省郴州市两级法院涉及合同解除的案例九千余件,其中将近九成的案件都是通过诉讼的方式解除。(陈坚:《我国合同法解除的类型化研究》,载《湖南大学学报》2012年第6期,第144页。)

[57] 杜晨妍:《论合同解除权行使的路径选择》,载《当代法学》2012年第3期;崔建远、吴光荣:《我国合同法上解除权的行使规则》,载《法律适用》2009年第11期;胡智勇:《合同解除权的行使方式——对〈合同法〉第96条第1款的理解与适用》,载《法律适用》2006年第1—2期。

[58] 严格来说,法国法上并没有“形成权”的概念,其更多使用的表述是任意性权利(droit potestatif)或者一方当事人的单方性权力(pouvoir unilatéral)。

除权行使期限,期限届满当事人不行使的,该权利消灭。法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限,经对方催告后在合理期限内不行使的,该权利消灭”。对于这一条文的理解,不同法院间存在不同的理解。部分判决忠于条文文意,认为法律未明确规定且相对方未为催告的,不适用合理期间的规定;^[59]但另一些案件则认为,第95条应当适用于所有合同解除之场合。^[60]之所以会有这种前后矛盾的立场,是由于法院一方面希望债权人及早行使权利,避免损失的扩大,另一方面又不愿意在违约情况持续存在的场合,仅仅因为债权人怠于行权而剥夺其解除权。但如果认识到合同解除与形成权解除之间的差别,上述难题便会迎刃而解。解除权的合理期间是除斥期间,其仅仅针对作为形成权的解除权而言。正如一些判决书中所指出的那样,“如果解除权人长期拥有合同解除权,但其既不行使也不放弃,则合同随时有被解除的可能,将使合同各方当事人的关系长期处于不稳定的状态,这显然是与《中华人民共和国合同法》维护交易稳定和维护社会经济秩序的立法目的相悖的”。^[61]因此,经过合理期间不行使约定解除权(约定形成权)或者通知解除权(法定形成权)的,债权人不得再通过上述两种方式单方面解除合同。然而,由于司法解除不是基于形成权的合同解除,^[62]因此当事人依然可以请求法院对合同是否解除做出认定。此时,由于当事人不再具有单方面解约的权力,因而合理期间的限制不再必要。如此理解,也有利于合同解除制度与强制履行制度之间的协调。根据《合同法》第110条的规定,债权人在合理期间内未要求履行的,不得再请求强制履行。如果认为解除权行使期间的规定适用于所有类型的合同解除,则上述两个条文的同时适用将使债权人处于十分尴尬的境地:怠于行使其权利的债权人将既不能要求合同的继续履行,也不能要求合同的解除,这在相对方违约状态继续存在的场合,难谓公平。相反,若将司法解除与形成权解除进行区分,则债权人仍得诉请法院要求判决合同之解除。

通过上文的分析可知,合同的裁判解除具有其独立的价值及意义,在未来的民法典制定中,应当对这一解除途径加以明确规定,在理论实践中对合同解除之性质进行更为细化的分析。

(二) 合同解除后返还范围的确定

合同解除后返还范围的确定,一直是学术界的一大难点,而此次法国债法改革所确立的新规则,因其原创性而颇具启示意义。传统的法国法区分了合同的解除(résolution)与合同的终止(résiliation),并使用了一时性合同与继续性合同的标准来确定返还范围:对一时性合同而言,其解除具有溯及力,双方应就合同履行过程中的所有对待给付进行返还;相反,对于继续性合同而

[59] 重庆市渝中区人民法院(2013)中区民初字第02568号;安徽省高级人民法院(2011)皖民四终字第00069号(“在法律没有规定且当事人没有约定解除权行使期限的情况下,合同解除权因经对方催告后在合理期限内不行使而消灭,如果对方不催告的,则合同解除权不会消灭”);四川省成都市中级人民法院(2008)成民终字第2437号;广西壮族自治区南宁市中级人民法院(2003)南市民三初字第44号。

[60] 浙江省安吉县人民法院(2009)湖安商初字第354号;江苏省苏州市平江区人民法院(2005)平民一初字第388号(“我国《合同法》第九十五条规定了法律规定或当事人约定解除权行使期限,或虽无法律规定和当事人约定行使期限,但经对方催告后在合理期限内不行使的,该权利消灭,但遗漏了无法律规定和当事人约定行使期限,对方又未催告的情形,如在此情形下解除权不受行使期限的限制则显然有悖法理”。

[61] 新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院(2011)乌中民四终字第370号;上海市崇明县人民法院(2010)崇民一(民)初字第308号;江苏省苏州市平江区人民法院(2005)平民一初字第388号。

[62] 本文中所述的司法解除必须作狭义的理解,其仅仅指不通过通知手段而直接诉请法院要求解除合同。实践中,有些当事人在发出合同解除的通知后,为了尽快使双方权利义务确定下来,也会诉请法院确认其通知解除的法律效力。此时的合同依然是基于形成权的解除,而不能被认为是司法解除。

言,合同的终止仅仅针对未来发生,并不具有溯及力。但这一传统论述受到了一部分学者的质疑,因为其对合同的溯及力采用了“或全有或全无”的两分对立,却忽略了一种颇为常见的中间样态:即合同的部分溯及既往。^[63] 另外,一时性合同与继续性合同的提法事实上也混合了两种对立的区分标准:定性标准强调履行内容所具有的重复性特点,而定量标准则强调合同履行在时间上的跨度。这种双重标准的存在使得上述区分具有模棱两可的属性。^[64] 作为应对,上述学者根据合同给付的性质,区分了两种类型的合同:在第一类合同中,合同对当事人的有用性(*utilité*)具有整体不可分的属性,即合同目的只有在全部履行结束之后才能一次性实现,对于此类合同的解除,应当具有完全的溯及力;而在第二类合同中,当事人在合同的履行过程中不断地实现其合同目的,直至合同完全履行结束,此时,由于部分履行的合同对当事人而言仍具有有用性,因此对其解除不宜产生完全的溯及力。而新法第1229条第2款的规定,则采纳了上述的学术观点。根据该款内容,“如果合同双方的给付只有在完全履行的场合才有意义,当事人应就合同履行所接受的全部给付向对方返还。如果在合同履行的过程中,当事人从互相的给付中逐渐地获得预期效用,则合同解除之后的返还仅仅针对没有获得对价的给付。在后一种场合,合同解除被称为合同的终止”。此条对合同解除后的返还范围设定了两个层级的判断标准:首先依据履行利益的整体性或者阶段性,来确定合同解除是否产生完全的溯及力;如果合同利益不可分,则合同解除具有完全的溯及力,双方应就合同履行过程中接受的全部给付负返还义务。相反,若合同利益之实现具有阶段性,则仅就部分内容负返还义务。而对该部分的确定则遵循第二个原则,即返还范围与合同不履行部分的挂钩。履行了合同义务的当事人有权要求违约方就其未获得对价的履行部分予以返还。相比“溯及既往或仅针对未来”的二元区分,法国新债法所确立的返还范围规则具有更大的灵活性和多样性。这一原创性的规则对我国未来立法的完善具有重要的参考意义。

(责任编辑:庄加园)

^[63] Th. Génicon, *La résolution et la résiliation dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats*, *JCP G*, 2015, p.920.

^[64] J. Rochfeld, *Les modes temporels d'exécution du contrat*, *RDC* 2004-1, 47.