

《法国民法典》合同制度改革之争

秦立崑

内容提要:《法国民法典》合同制度改革已经走向深入,成为当前法国民法学界的重大事件之一。保守派和改革派围绕三部改革草案展开的激烈论战,展现出对待《法国民法典》以及由其开创的法国合同法传统模式的截然不同的两种立法思想。是修改还是重立?三部改革草案给出了不同的答案。改革背景的还原揭示了法国合同法的法典化既是出于法国民法内在的结构性和实体性需要,也与欧洲私法一体化和商业合同国际化的发展密切相关。对三部改革草案及其引发的学术争论进行剖析,可以发现经典的合同自由原则和合同强制力原则正面临深刻的危机。而合同的社会化和人道主义观念催生出对合同有用性、公正性和道德性的规则设计,并导致法官裁量权的扩张。因此,意识形态的冲突成为此次法的斗争的根源。

关键词:法国民法典 合同 意思自治 善意 原因

秦立崑,法国巴黎第二大学博士生。

众所周知,1804年颁布于世的《法国民法典》(又称《拿破仑法典》)历经两个多世纪,仍然未经全面修订,并作为基本的民事法律规范影响着法国民法其它法律渊源的存在、发展和消亡。其中,作为法国合同法基本法的《民法典》第三卷第三编的“合同或一般契约之债”,则是保留拿破仑法典原初条款最多的部分。

两个多世纪都不曾变动的合同基本制度能够维持到今天,并不意味着拿破仑法典具有永恒的适应能力。正如巴黎第二大学教授皮埃尔·卡塔拉(Pierre CATALA)所分析的那样,两个原因保持了《拿破仑法典》债法部分的长寿:“其一,单行法和特别法典(如消费法典和竞争法典等)的迅速繁殖为法国私法注入大量新观念;其二,司法判例和法律学说造就的可观成果,在不触及民法典书面措辞的前提下,通过创造性的法律解释使法典本身得以现代化。”^[1]正是这些运行在民法典之外的活的法律规范和解释保证了法国社会和个人能在一个有效的法治框架内从事正常的民事活动。但就拿破仑法典而言,这种长寿毫无疑问付出了应有的代价。因为实际上,这一法典越来越丧失了对现实生活的有效掌控和引导。面对崭新而复杂的社会和经济生活,它显得陈旧而过时了。^[2]

[1] Pierre CATALA, La genèse et le dessein du projet, RDC janvier 2006, p. 12.

[2] 相似的表达,参见 Denis MAZEAUD 和 Thierry REVET, Editorial, RDC janvier 2006, p. 4.

一 改革的背景

改革的动议曾被多次提起,但或应者寥寥或无果而终。60年代,法国法学界曾经致力于拟定一部以法律行为概念为核心的新民法典,但这项工作不幸夭折。一方面显示民法典的修订必须有一套成熟且普遍认可的替代方案;另一方面,改革的实施有赖于抱有革新思想和创新理念的法学人的集体力量的强大。而2003年,由巴黎第二大学教授皮埃尔·卡塔拉教授领衔发起的法国债法改革运动,掀开了新一轮法国民法典改革的大幕,预示着21世纪对法国民法而言必定是一个创新的世纪。

皮埃尔·卡塔拉教授主导的《债法和时效法改革草案》(简称卡塔拉草案)^[3]已于2005年9月22日正式递交法国司法部,并被不同国家的著名大学分别译成英文、德文、西班牙文、意大利文、日文和阿拉伯文。但是,该草案所体现的立法思想和改革目标却无法得到大多数法学者支持,因为正如皮埃尔·卡塔拉教授本人所说:“这部草案并不是要建议重立一部法典,而是要推荐一部修补性的法典”。结果,改革草案对拿破仑法典原意的忠诚先于创新的需要被加以关注和强调。此外,由于该草案对欧洲私法一体化运动持保留和一定程度的对抗态度,^[4]招致较多的学术批判。

在如何对待法国合同法的传统与创新的问题上,以佛朗索瓦·泰黑教授为代表的一些民法学者和法律实务工作者站在了与卡塔拉草案完全不同的立场上。他们并不忧虑欧洲合同法一体化会消灭法国合同法的优良传统。相反,在他们看来,与其人为地勉强维持《法国民法典》合同制度的传统结构,倒不如张开双臂迎接外来的法律模式,用“法律世界语”来重铸法国的合同法。^[5]因此,起草另一部建立在完全不同的意识形态上的法律草案,成为他们选择的最佳表达方式。泰黑教授领导下起草的合同法改革草案《为了合同法的改革》,^[6]在法国民法学界掀起了振聋发聩式的观念冲突,并极大地影响了法国司法部拟定的改革草案。

面对学术界对合同法改革方向和路径的激烈争论,法国司法部也组织了一部官方改革草案的拟定。既抱有一种开放的态度,但也没有轻易地放弃传统。司法部《合同法改革草案》^[7]仍然更多地体现了创新的特征。或许是受到保守势力的影响,该草案也在不少方面做出了妥协。

三部涉及民法典合同制度的改革草案,在法国民法学界掀起了前所未有的论战。这种局面的出现并不令人吃惊。因为面对具有经典历史意义的《拿破仑法典》,修补(局部增删)抑或重立(推倒重来),任何一种抉择都超出了行动本身的意义。对法国人而言,这无疑是

[3] 该草案全文见 *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, éd. La documentation Française par le Ministère de la Justice, Paris, 2006。

[4] 丹尼·马佐教授认为,这部改革草案不像是将法国合同法欧洲化,而更像是要通过重建法国法的方式来努力抵制欧洲法律一体化的趋势。参见 Denis MAZEAUD, *La réforme du droit français des contrats: trois projets en concurrence*, in *Mélanges à Ch. LARROUMET "Liber Amicorum"*, éd. Economica, 2009, p. 330。

[5] 参见 *La réforme du droit des contrats. Entretien: Trois questions à François Terré*, D. 2008, n° 42, p. 2992。

[6] 草案全文见 *Pour une réforme du droit des contrats*, sous dir. de F. TERRE, éd. Dalloz, 2009。

[7] 该改革草案全文已公开,但未编辑出版,见 *Projet de réforme du droit des contrats (juillet 2008)*, par Ministère de la justice。

一种艰难甚至痛苦的抉择。本文试图探究和剖析法国合同法改革运动中内涵丰富的理论和实践成果,并深入领会民法法典化的普遍规律。最终,若能有助于中国民法现代化及法典化的早日实现,则幸甚至哉!

二 改革要点的剖析

《法国民法典》合同制度改革所遭遇的问题和困境,在本质上并不是法律技术问题,而是涉及合同法的哲学理念、合同法的价值、合同法在社会生活中的角色和功能等等基础问题的法律观念之争。《法国民法典》所蕴含的法国传统法律文化的基本价值观和哲学观经过两个多世纪的学说注释和司法实践确认,早已被抽象为公认的法律原则,并深入到后世的每一位法律工作者和学习者的法律认知当中。但是,时代的更替和生活方式的变迁催生或造就了不同于以往的新哲学和新观念,使相同的法律原则却因时过境迁而蕴含着不同的精神特质。事实上,围绕合同法改革草案所发生的争论,究其实质在于古今不同哲学观和价值观对于既定合同基本原则的截然不同的解读,进而影响到具体法律规则的制定。笔者将通过对下面各项理念和原则的剖析,展示改革问题的尖锐性和复杂性。

(一) 愈加受约束的合同自由

《拿破仑法典》奠基于18世纪末和19世纪初兴盛的個人主义哲学。这一哲学以人人平等为价值起点,赋予个人创制约束自身的规则的权力。个人的意志成为个人自身负担法律义务与责任的合理依据,而未经个人同意的约束性规范不具有合法性。社会契约成为解释国家公权力效力来源的逻辑假设。个人主义哲学在经济领域促成了自由主义的发展。每个人就是自身利益的最好的裁断者。因此,经济交换活动在一种个人与个人之间的利益对抗游戏中发生和发展。每个人都有权利为自己尽力争取利益,同时也有义务维护自身利益不受损害;在交换中,一方缔约人不负有考量对方利益的义务,这就是合同自由所依据的伦理上的公正。学说上,被概括为缔约人的意思自治理论。

《拿破仑法典》在人类社会立法史上的巨大意义,除了法律规范得以法典化本身,还在于它里程碑式地确立了体现合同自由原则的意思自治公设。《拿破仑法典》的第1108条将缔约人的同意列为协议生效的首要条件。从第1109到第1122条构成同意制度的专节,明确错误、欺诈和胁迫成为构成缔约人同意的瑕疵,并可导致合同无效或被撤销。而第1156条要求合同解释必须探寻缔约人真实的共同意志。^[8] 虽然《拿破仑法典》没有设立合同成立的专节,也没有区分合同成立与合同生效两个概念。但是,法国经典法律学说公认的合同成立条件,仅为缔约人就合同本质要素完成了同意的交换(即意志的相遇)一项。^[9] 这种认识也源自对《拿破仑法典》第1583条的解读。该条规定:买卖合同仅因买卖双方就交易之物和价格达成合意即告成立。最具象征意义的莫过于《拿破仑法典》第1134条第1款的宣示:作为缔约人的共同意志成果,契约在缔约人之间拥有与法律同等的效力。^[10] 可见,作为合同自由原则之核心的意志主义在法国传统合同法中占据统治地位。

[8] Art. 1156, C. civ. stipule que l'.

[9] 参见 B. FAGES, Droit des obligations, 2e éd. LGDJ, 2009, n° 45; M. FABRE-MAGNAN, Les obligations, éd. puf, 2004, n° 92, pp. 239-240.

[10] Art. 1134, al. 1, C. civ. stipule que "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui est ont faites".

以个人主义哲学为逻辑基础的合同自由原则,强调个人有缔约与不缔约的自由,有选择缔约对象的自由,有决定合同内容的自由。这一经典法律论断已为世人共知,并被法国司法部改革草案和泰黑草案明确列为原则性法律规范。^[11]但是,作为法国民法伟大传统的合同自由理念和原则,历经岁月至今日,其内涵早已难负经典论断的诠释。比如正在运营的出租车驾驶员不得拒绝乘客正常的搭乘要求,即他不享有不缔约的自由;用人单位不得以性别、肤色或民族等身份特征为由拒绝与特定应聘者签约,否则会因歧视性招聘条件受到惩罚;快递公司不得在服务合同中设定不承担保证及时送货义务的条款^[12]等。除了上述出于公共利益的考虑而在法律和判例中确立的强行性规范外,行业垄断和市场价格串通等行为所导致的缔约双方经济地位和协商力不平等现象,也成为破坏经典合同自由原则的因素。在消费合同方面,普通消费者往往在客观上既无法选择更有利于自己的缔约对象,也无力改变制式合同的内容。甚至,他们的生活需要迫使他们只能与特定占据垄断地位的缔约对象签合同,从而丧失了不缔约的自由。因此,经典合同自由主义从协议的达成这一结果逆向推导出缔约人意志自由和地位平等这两个前提的逻辑公设,已经明显脱离了现实。合同不再意味着公正,意志的宣示也不必然体现自由了。

今天,法国合同法改革在合同自由问题上至少包含两个方面的任务:其一,应当保障平等协商的存在和意志表达(或称意思表示)的自由;其二,应当保障参与缔约活动的各方当事人的合理信赖。

1. 协商阶段缔约各方地位平等和意志自由的维护

在合同协商阶段,当事人是否能在彼此经济实力存在差别的情况下,自由地表达真实的意志,进而实现缔约各方在合同给付以及其他各项权利义务间的平衡,是关系到合同自由健康有度地运行和合同公正得以伸张的重要方面。当代合同法的发展,在胁迫、损害和合同条款恰当性的检验中,对传统法律概念及其制度模式提出了新的问题,并考验着合同法改革者的智慧和决心。

关于经济胁迫。《拿破仑法典》虽然在同意制度中确立了同意瑕疵的排除规范,但其经典意义仍忠诚于罗马法原意,仅指来自于人的行为所导致的忧虑或恐惧。而利用外部事件和环境要挟他人而成立之契约不构成胁迫。因此,法国民法传统上不接受经济地位和实力不平等构成胁迫。但是,司法判例和特别法从19世纪后半叶开始,出于公正的考量,逐渐确立了利用不利于他人的“必须状态”^[13]而订立之合同无效的规则。^[14]法国当代的一些法学家在“必须状态”和胁迫之间建立起逻辑联系,努力促成胁迫适用范围向缔约人外

[11] 参见法国司法部“Projet de réforme du droit des contrats”(2008年7月版草案)第二章《指导原则》第15条和第16条;泰黑草案“Pour une réforme du droit des contrats”第3条。

[12] 参见案例 Cass. com., 22 oct. 1996, Bull. civ. IV, n° 261, p. 223; D. 1997. 121 note A. SERIAUX, somm. com. p. 75, obs. Ph. DELEBECQUE。

[13] 法国法律术语 état de nécessité。

[14] 在1887年的一个著名的海洋救助判例中,法官判定施救船长利用陷入危难的另一舰船的不利形势,索取高额救援费的合同无效(参见 Req. 27 avril 1887, DP 1888, S. 87.1.1372)。此外,1947年一项司法判例确认二战期间受迫害的犹太人被胁迫低价出让其财产的合同无效(参见 T. civ. Saumur, 5 juil. 1947, Gaz. Pal. 1947. 2. 59)。而1965年,法国最高法院二审判定,一项利用个人急需用钱的情势而缔结的不平等的劳动合同,因构成道德胁迫而归于无效(参见 Soc. 5 juill. 1965, Bull. civ. IV, n° 545, p. 460)。

部环境扩张。^[15] 在经济活动方面,竞争法率先将经济依赖关系滥用列入立法规范。但民法典却仍保持沉默。21世纪初,民事司法机关终于通过两个颇具学说争议的判例,正式接纳了经济胁迫概念。^[16] 通过这两个判例,法国最高法院将“经济胁迫”定义为:滥用经济依赖关系,利用某人因合理利益遭受直接威胁而生之恐惧获取利益的缔约行为。卡塔尔草案和司法部草案也顶住保守主义学说的反对,将经济胁迫概念列入草案文本的关于同意的瑕疵一节。^[17] 但两部草案的表述呈现出不同的倾向。卡塔尔草案强调缔约一方利用受制于某种必然状态或依赖关系的对方当事人的弱势,获取明显过度的利益。而司法部草案则意在指明,弱势一方缔约人被迫接受了本来不愿意承担的合同义务。从两部草案定义经济胁迫的重心来看,司法部草案仍将经济胁迫概念严格限制在同意的瑕疵范围内。而卡塔尔草案已使经济胁迫概念超越主观意志范畴,成为具有平衡合同给付功能的客观规则。这种重心偏转和功能延伸的结果,使经济胁迫与另一个被泰黑草案所采纳的法律概念十分相近。

关于司法定性的损害。泰黑草案没有吸收司法判例和特别法确立的经济胁迫概念,却从欧洲合同法一体化立法活动和其他欧洲国家立法经验中汲取养分,试图将“司法定性的损害”引入法国合同立法。须知《拿破仑法典》已确立了损害制度,并作为对契约自由的运行结果的控制。合同法上的损害指缔约一方因始于合同成立时约定的相互给付不平等而遭受的损害。^[18] 但是,《拿破仑法典》第1118条明确规定:“损害仅仅对特定的人,并仅在特定的合同中才会导致协议的瑕疵”。根据《民法典》第1305条的规定,有权利获益于损害制度的特定人仅限未受监护的未成年人。^[19] 而民法典列明的实施损害制度的合同类型也仅为两类:遗产分割合同和不动产销售合同。^[20] 尽管后来的特别法丰富了适用损害制度的合同类型,因特殊原因而受到司法保护或财产监管的成年人也可获益于损害制度的保护,但是作为民事普通法的民法典的立场始终没有明显的变化。而法国司法判例受限于立法的刚性,即便要对合同给付的不平衡实施救济,也绕开损害制度而求助于其他概念的运用。应该明确的是,损害在本质上不属于同意的瑕疵(即一种主观瑕疵),而是一种合同订立时存在的客观瑕疵。^[21] 法国民法典将其列为同意的瑕疵一节并严加约束,反映了法典制定者对维护意志主义为核心的合同自由的鲜明立场。

泰黑草案第66条第1款规定:“不过,若缔约一方利用对方的必须状态、依赖关系或显著的脆弱性,获取明显过度的利益的,受害人可以请求法官重建合同的平衡。若合同平衡无法重建,法官应宣告合同无效。”从条款的文意来看,其设定的情形与卡塔尔草案关于经济胁迫的规定完全相同。在救济手段上,泰黑草案赋予法官修改合同内容的权利。如果这种“司法定性的损害”规则得以在未来法国民法典中确立,将意味着经典损害制度得以释放并成为普遍规则,传统的合同自由原则受到来自法官权利扩张的监控,合同给付的

[15] 参见 G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations: les sources*, 2e éd. 1988, n° 167; J. Ghestin, *La formation du contrat*, 3e éd. 1993, n° 586; J. Flour, J. -L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, 1. L'acte juridique, 13e éd., 2008, n° 224.

[16] 参见 Cass. civ. 1re, 30 mai 2000, D. 2000. 879, note Chazal, D. 2001, somme. comm., p. 1140, obs. D. Mazeaud; 3 avril 2002, D. 2002. 1860, notes Gridel et Chazal, somme. comm., p. 2844, obs. D. Mazeaud.

[17] 参见卡塔尔草案第1134-3条第1款和法国司法部改革草案第63条。

[18] 参见 G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Asso. Henri Capitant, éd. puf, 2007.

[19] Art. 1305 C. civ. stipule que “la simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé, contre toutes sortes de conventions”.

[20] 参见《法国民法典》第887条、第889条和第1674条。

[21] 相似意见参见 F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, n° 314, p. 327.

平衡将从缔约人意志的自由博弈转为由合同外部力量来实现。而且,泰黑草案将此规则置于“合同的内容”一节,纠正了现行民法典和卡塔尔草案在这一问题上的不甚恰当的设计。

滥用条款。在当代经济生活当中,存在着大量未经协商和无法协商的合同。因此,通过验证主观意志真实性的法律措施无法解决这类合同中存在的不公平的问题。损害制度也仅仅是从合同相互给付不平等的角度进行救济。但是,一个合同文本往往并不显示出缔约双方给付价值上的不平衡,而是在保障给付、实现给付或承担责任的方式上显现出巨大差别,最终导致一方缔约人的损害。为了预防和治理这一现实问题,法国消费法率先确立了滥用条款的概念和制度。法国1978年颁布的第78-23号法律的第4章设立了规制滥用条款的基本制度。该法律认为:当一项合同条款的确立,是由于作为缔约一方的职业者,为获取过度利益而滥用其经济能力,强加给作为缔约对方的非职业者或消费者的情形,就构成滥用。不过,在1995年,这一定义被旨在全面贯彻欧共体1993年《关于同消费者订立的合同中存在的滥用条款问题》的指令^[22]的另一部法律所改写。这部法律将滥用条款定义为:“在合同缔约双方的权利和义务之间建立起明显的不平衡的条款”。2008年,随着一部名为《经济现代化》立法^[23]的出台,滥用条款的定义和制度再次得到调整。已经为之更新了《法国消费法典》第L. 132-1条第1款将滥用条款定义为:“从目的和效果上看,在合同缔约双方的权利和义务之间建立起明显的不平衡,损害作为缔约一方的非职业者或消费者利益的条款”。通过这一系列的更新,法国消费立法已经将滥用条款制度建设成为集标准制定和司法操作为一体的规则系统。简言之,就是由政府、在资政院(Conseil d'Etat)和滥用条款委员会(Commission des clauses abusives)的协助下制定滥用条款的黑名单^[24]和灰名单,^[25]并通过行政法规的方式颁布。由司法机关在具体案件的审理过程中加以贯彻、执行。

但是,从立法的角度看,滥用条款的受益者始终是消费者或非职业者。尽管法国最高法院曾在1996年的一个判例中确认:若一个职业者缔结的合同的标的与其职业活动没有直接关系,他就可以作为滥用条款的受害者,获益于消费法的保护。^[26]可是,这一突破性的判例却相对孤立。随着司法政策趋向于欧共体指令的原意,法国最高法院对消费者的解释回归狭义。^[27]这种状况使遭受合同不平衡损害的从业者或非消费合同的普通缔约人均不能求助于滥用条款。难怪丹尼·马佐教授尖锐地指出:“从业者的标签并不是合同不平等、不公正的解毒药”!^[28]因此,法国民法面临着是否在民事普通法中设立一个反对滥用条款的一般性规定的问题。

在这个问题上,《欧洲合同法原则》已经做出了表率。其第4:110(1)条规定:“一个未经协商的条款,如果违背善意(诚实信用)的要求,在缔约双方的权利和义务之间建立起明

[22] Directive n° 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993.

[23] Loi de Modernisation de l' Economie (LME) du 4 août 2008.

[24] 根据《法国消费法典》第L. 132-1条第3款的规定,该名单等同于强制性法律规范,司法机关必须严格执行。被列入黑名单的合同条款必须被判定为未约定(即无效的意思)。

[25] 根据《法国消费法典》第L. 132-1条第2款的规定,该名单所列合同条款仅为推定滥用的条款,作为缔约一方的职业者必须向司法机关举证,证明该合同条款不构成滥用。否则,该条款将被视为未约定。

[26] Cass. civ. 1re, 3 janv. 1996, D. 1996. 228, note G. Paisant.

[27] 相似的观点参见 F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, n° 322, p. 338.

[28] D. Mazeaud, *l' attraction du droit de la consommation*, RTD com., 1998. 104.

显的不平衡,并损害了缔约一方利益的,受害缔约方可以请求宣告其无效。”显然,卡塔拉草案^[29]和泰黑草案^[30]受到了上述欧洲示范立法的影响。但这两部草案的起草者舍弃了“违背善意(诚实信用)的要求”的表述,或许是不想陷入这一抽象概念背后关于合同公正和合同安全的无休止的论战当中。此外,法国的这两部草案还授予司法机关修改滥用条款的权力。令人意想不到的,法国司法部改革案却没有抵抗住一些职业组织的强烈反对,删除了原本存在的反滥用条款一般规则。这些职业组织出于惧怕民法典的“左倾化转变”,以消费主义的规则不符合民法典崇尚的自由与平等传统价值为借口,威胁抵制改革草案的通过。^[31]法国司法部的妥协无疑沉重打击了合同法改革派的期待。因为,反滥用条款的一般规则非但不会破坏合同自由的精神,反而是维护了一方缔约人平等协商的权利。它是体现当代民法合同自由和合同公正内在统一性的一个典型的例子。遗憾的是,或许这一规则最终不会出现在未来法国民法典的文本中。

2. 缔约活动参与人之间合理信赖的维护

在合同成立之前的磋商阶段,缔约活动的参与者也会因彼此阶段性的意思表示或承诺产生信赖。如果法律对这种信赖加以保护,势必限制缔约人的合同自由。甚至,法律是否可以强制合同的成立,或强制取消一方的缔约人身份并赋予他人?这些问题无疑使合理信赖的保护与合同自由之间的矛盾变得极端尖锐。

关于要约撤销的滥用。虽然拿破仑法典没有设立合同成立(即要约与承诺)的规则,但是法国司法判例在实践中填补了这一缺漏。对于要约的撤销,法国法在传统上遵循合同自由原则的精神,认为要约必须是要约人真实意志的表达。在合同成立之前,要约人可以自由地撤销已经发出的要约。也就是说,在受要约人做出承诺之前,要约人撤销要约的行为一般不受约束,也不会招致法律上的不利后果。^[32]这种放纵要约人反悔行为的司法政策,致使受要约人处于非常被动的地位,并极易遭受经济损失。要约的稳定性和可信性缺乏应有的保障。对此,法国消费法从保护消费者利益的角度,强制不动产借款要约^[33]和多种信贷要约^[34]的要约人承担在法定期间内维持要约有效性的义务。否则,一旦受要约人做出承诺,撤销行为不能阻碍合同的成立。法国司法机关也通过判例对要约撤销行为进行限制:如果要约人在要约中明确表示了一个承诺期限的,要约人在该期限届满前必须维持其要约的有效性;^[35]如果要约不含有明确的期限,法官也必须研判该要约是否“隐含着合理的承诺期限”。^[36]但是,对于提前撤销要约的行为,司法判例仍持相对保守的立场,仅判令要约人因侵权责任赔偿受要约人遭受的损害,而不倾向于在受要约人承诺的

[29] Art. 1122 - 2 de l' avant-projet Catala.

[30] Art. 67 de l' avant-projet Terré.

[31] 相关介绍参见 Denis MAZEAUD, *La réforme du droit français des contrats: trois projets en concurrence*, op. préci., p. 355.

[32] 参见判例 Cass. civ., 3 févr. 1919, DP 1923. 1. 126; Civ. 1re, 13 janv. 1984, Bull. civ. I, n° 193, p. 164.

[33] 参见 Art. L. 312 - 10, al. 1er C. Consom.

[34] 参见 Art. L. 311 - 8, C. Consom.

[35] 参见 Cass. civ. 3e, 10 mai 1968, Bull. civ. III, n° 209, p. 161; 7 mai 2008, D. 2008. 1480, obs. Forest, somme. com. 2969, obs. S. Amrani-Mekki.

[36] Cass. civ. 3e, 10 mai 1972, Bull. civ. III, n° 297, p. 214.

情况下强制合同成立。^[37]

卡塔拉草案和泰黑草案在这个问题上比法国司法判例走得更远,并与欧洲合同法统一运动步调一致。卡塔拉草案第1105-4条规定:“但是,若一项寄给特定人的要约,包含有在明确的期限内维持要约有效性的表示的,无论该要约是被提前撤销,还是要约人丧失缔约资格或死亡,都不能阻止合同的成立。”泰黑草案第18条第1及第2款也表示,如果对特定人发出的含有明确承诺期限的要约被提前撤销,不能阻止合同成立的意思。但是,法国司法部草案却站在了保守的立场上,不接受一方当事人可以被法律强制订立合同。该草案第25条虽强调要约人的维持要约有效性的义务,但第26条仅仅同意对受害的受要约人承担有限的侵权性质的损害赔偿。可见,法国司法部草案一方面重视了受要约人合理信赖的维护,而另一方面仍坚持合同自由缔结的原则。

单方承诺合同的提前撤销。根据法国民法通说,单方承诺的合同指的是:承诺一方向受益一方发出的表明自己有义务与后者缔结一项已经确定了实质要素的合同的意思表示,承诺一旦受益方在约定的或合理的期限内做出同意的表示,目标合同即告成立。^[38]与要约不同,单方承诺合同本身已经构成一项目标合同的前合同,即双方当事人对其中一方首先做出承诺,以期另一方在一定期限内答复,从而对或然成立目标合同的操作方式已经形成合意。承诺方承担不得在期限届满前悔约的合同义务。因此,单方承诺合同建立的经济关系比要约关系稳固。在实践中,单方承诺合同可能出现在各个领域,但其功能多体现在针对特定客户的商业促销,以及尚需等待受益方其它条件成熟时可能与之发生的交易关系。此外,单方承诺合同往往也可间接证明受益人的商业信誉、客户关系和潜在业务等。但是,单方承诺合同并不是正常的以交易为主要内容的合同。它本质上属于单务合同,即只有承诺人单方面承担守约的义务,而另一方作为受益人,单独享有选择缔结或不缔结目标合同的自由。

也许正是由于单方承诺合同与要约的本质不同,三项合同法改革草案对提前撤销单方承诺的行为均视为无效,即只要受益人做出同意缔约的意思表示,目标合同即告成立。^[39]但是单方承诺仅仅是目标合同的前合同,或许仍然可以以承诺人缔约意志自由为准则,拒绝目标合同的强制成立。^[40]这一在司法判例中曾有的选择,遭到法国法学界几乎异口同声的批评。^[41]因为,这种处置方式将单方承诺合同与要约混淆,直接威胁到法国合同法强制缔约人信守诺言的道德规范。不管以怎样的理由解释,三个改革草案的异口同声,将使法国合同法强制合同成立的规则出现在未来民法典的条文中,这无疑是对传统合同自由原则的巨大冲击。

优先权合约义务的违反。为将来一项合同而订立的优先权合约,仍属于目标合同的前

[37] 只有非常罕见的判例确认了合同强制成立,参见 Cass. civ. 3e, 25 mai 2005, JCP 2005. I. 172, obs. P. Grosser, RDC 2006. 311, obs. D. Mazeaud.

[38] 参见 F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, op. préc., n° 191; 参见司法部改革案第34条第1款和泰黑草案第28条。

[39] 参见卡塔拉草案第1106条第2款。法国司法部改革案第34条第2款完全照搬了卡塔拉草案的上述规定。泰黑草案第29条也表达了基本相同的意思,但保留了对善意第三人与承诺人缔约有违承诺人对受益人所作承诺的合同的例外。

[40] 法国最高法院曾在1993年9月15日作出的一项判决中,确认单方承诺合同的承诺人可以撤销其承诺,只要受益人尚未做出同意的意思表示。承诺人仅需以侵权的名义赔偿受益人因此遭受的损失(Cass. civ. 3e, 15 sept. 1993, D. 1994. 507, note Bénac-Schmidt, *somm. com.* p. 230, obs. Tournafond.)。

[41] 参见 F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, op. préc., n° 192。

合同。通过这项合约,拥有缔约自由的一方承诺在其决定与他人订立合同的时候,将优先选择合约的受益方。与单方承诺合同不同,一般意义上的优先权合约仅表明了合约承诺人的优先选择某一缔约人的义务,但既未规定目标合同的实质要素,也未表达一定会与合约受益人订立目标合同的意思。因此,优先权合约不具有单方承诺合同的确定性和约束力。由于合约承诺人履行合约义务的方式,仅为优先向合约受益人发出要约,因此目标合同成立与否,还取决于合约受益人的承诺等不确定因素。甚至,合约承诺人仅仅是优先向受益人发出要约邀请。^[42] 所以,优先权合约离成立目标合同的距离还很远。

传统司法实践中,优先权合约义务的违反会导致双重惩罚。一方面,若与优先权合约承诺人缔约的第三人明知该优先权合约的存在,且优先权人仍有意行使其优先缔约权的,违约缔结的合同将被宣告无效;另一方面,若合约承诺人的违约行为给优先权人造成损失的,则须向后者履行赔偿责任。^[43] 突变发生在 2006 年,法国最高法院的一个著名的判例确认了优先权合约的受益人可以取代恶意第三人的缔约人身份,承继后者在与优先权合约的承诺人订立的合同中的权利和义务。^[44] 泰黑草案接受了这个大胆的判例的思想,并将它体现在第 31 条规则中。^[45] 卡塔拉草案第 1106-1 条并未明确这种缔约人身份的强制替代,只是笼统地表示:优先权合约的承诺人与恶意第三人缔结的合同不能对抗优先权人。而法国司法部的改革案则又一次选择了传统的救济方式,即不允许未经自由协商和意志交换而替代他人成为缔约人的强制性做法。根据该草案第 35 条第 2 款之规定,“违反优先权合约而与恶意第三人订立的合同归于无效”。司法部的立场维护了合同自由原则赋予缔约人自由选择缔约对象的经典论断。代价是,放弃了最有效率地保障优先权人的合理信赖的做法。

(二) 合同不可触动性公设的软化

依照经典意思自治理论,合同是缔约人共同意志的产物和载体。合同一旦成立,它既不应被法律改变,也不受法官的调整,而是只能由缔约人自己主宰。^[46] 《拿破仑法典》第 1134 条第 1 款确认了合法订立的合同在缔约人之间等同于法律;第 2 款规定:“契约仅因缔约各方的同意或法律许可的原因而遭撤销”。传统学说对民法典的这两个经典规则的解读,也显示出对缔约人意思自治的推崇。拉洪·皮埃尔先生曾担任过法国最高法院民庭庭长,他认为:“不是法律建立起合同义务。法律的功能仅仅在于承认、确认和保障它(合同义务)。只有缔约人自己承担履行合同的义务,因为他们这样做既是出于自愿,同时也是对合同拥有权力的表现。而合同对缔约人而言,就相当于法律。”^[47] 法国最高司法机关的判例给出了更明确的指示。通过 1860 年的一个判例,法国最高法院确认:一个经缔约各方自由协商而合法成立的合同解除条款,不仅强制缔约各方严格遵守,而且也强制法官直接(不加任何条件地)加以适用,无论适用的结果是否对合同债务人造成极为不利的后果。^[48] 1872 年的一个

[42] 参见判例 Cass. com., 12 mai 1992, Bull. Joly 1992. 782, note P. Le Cannu, RTD civ. 1993. 346, obs. J. Mestre.

[43] 参见判例 Cass. civ. 1re, 1 févr. 1962, Bull. civ. I, n° 116, p. 102; 26 oct. 1982, Gaz. Pal. 1983. 2. 661, note Marnierre; 10 févr. 1999, D. 2000, somm. com., p. 278, obs. Brun.

[44] Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, D. 2006, 1861, notes P. - Y. Gautier et D. Mainguy, panorama, 2644, obs. B. Fauvarque-Cosson; Defrénois 2006. 1207, obs. E. Savaux; RDC 2006. 1080, obs. D. Mazeaud.

[45] Art. 31 de l'avant-projet Terré.

[46] 参见 F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, op. préc., n° 462, p. 465.

[47] L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations, ou Commentaire du titres III et IV du livre III du Code Napoléon*, art. 1101 à 1386, éd. Durant & Pédone-Lauriel, t. 7, 1885, art. 1370, n° 2, p. 390.

[48] Cass. civ., 2 juillet 1860, DP 1860, 1, p. 284.

判例^[49]继续强制法官严格遵守清晰而明确的合同术语,不得通过解释技术歪曲合同的原意。法国最高法院甚至认为:法官不得在合同条款清晰、明确的情况下,依据《民法典》第1135条的规定,以平等的考量为借口修改合同的内容。^[50]很显然,判例接受了传统民法将合同自由置于合同平等之上的价值观,客观上使《民法典》第1134条的效力优于第1135条。

法国司法判例在合同的修改问题上的立场和观点体现并强化了法国传统民法思想中存在的一种合同不可触动性公设,或称为合同的强制力原则。事实上,这一公设或原则的精神本质奠基于信守诺言的道德准则。其主要目标仍是维护缔约双方业已成立的合同关系的稳定,督促合同债务人全面履行合同义务。因为,合同诉讼的提起是源于缔约一方的请求。对法官权力进行限制,其目的在于拒绝依据某一缔约人单方面意志改变或终止合同。因此,合同的不可触动性公设首先要求缔约各方严格守约和履约。从这个意义上看,法国民法的合同自由原则最终归结为双方意志主义统领下的自由,而个人的自由仅仅处于前合同期。

卡塔尔草案完整而忠实地继承了《拿破仑法典》第1134条第1和第2款的规定,对其文字表述、所处章节,甚至条款的编号均维持原状。法国司法部改革案在“指导原则”一章,专设第17条以宣示作为法国债法合同制度的支柱之一的合同强制力原则。该条规定:“合法成立的合同强制缔约人予以遵守,不得随后(擅自)解除或修改。缔约任何一方可以要求对方按照合同规定履行其义务。”通过这样强有力的表述,改革案的起草者们试图向世人彰显法国合同法的价值观。可是,这种意愿在泰黑草案中却丝毫没有显露。在该草案设立合同基本规则部分(相当于合同法的基本原则部分),经典的合同强制力原则甚至被刻意地排除了。要解释这一矛盾现象,必须从涉及合同的不可触动性公设的各项改革思想和举措入手。其中,合同强制实际履行是与这一公设最接近的规则设计。

关于合同强制实际履行。既然合法订立的合同在缔约人之间等同于法律,那么合同一经成立就必须全面履行。从逻辑上看,合同的不可触动性公设和强制力原则都自然而然地指向维护合同自身规则发挥效力的目标。当缔约一方不履行其承担的合同义务或迟延履行,法律和执法者应当首先强制债务人实际履行其合同义务,而后才考虑损害赔偿。但是,由于《拿破仑法典》在合同强制实际履行的问题上态度不甚清晰,所以学界和司法机关对此意见并不一致。缺乏一个专门的法律条款,《法国民法典》在“合同的解除条件”一节中插入了一句简短的表述,算是合同强制实际履行的立法依据。第1184条第2款规定:“在这种情况下(缔约一方没有履行其合同义务),合同并非全面解除。处于债权人地位的缔约一方有权选择:要么在可能的情况下,强制对方继续履行合同义务;要么请求法官解除合同,并索要损害赔偿。”但是,《民法典》第1142条却表达了相矛盾的意思:“一切作为或不作为的合同义务,在债务人一方不履行的情况下,均导致损害赔偿(含利息赔偿)”。这一条规则等于剥夺了第1184条赋予债权人在强制实际履行和取得损害赔偿之间进行选择的权利。究竟上述哪一条立法规则具有原则性的意义呢?事实上,无论是学说还是判例都呈现出不一致的意见。但是,结合合同强制力原则的本意,多数学者认为:只要合同的继续履行仍然可能,不

[49] Cass. civ., 15 avril 1872, DP 72. 1. 176; S. 73. 1. 232, H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, Les Grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz, 12e éd., n° 161.

[50] Cass. civ., 6 juin 1921, DP 1921. 1. 73, rapp. A. Colin.

论合同义务的标的为何类,强制实际履行应被视为民法典的原则性立场。^[51] 法国最高法院通过 2005 年和 2007 年的两个最新判例,也显示出支持合同强制实际履行成为处理违约争议的原则性选择的立场。^[52]

三个改革草案均鲜明地确认了合同强制实际履行是解决合同不履行或瑕疵履行的原则性方案。但同时也设定了不同的限制条件。卡塔拉草案强调强制履行的手段和措施不得对债务人的自由和尊严构成侵害;而如果债权人所期待的合同给付具有显著的个人特征,则不得对合同义务的实际履行施加强制措施。^[53] 这种对合同强制力的限制显示了当代人道主义思潮对法学和立法活动的影响。其核心价值在于人类身体的完整性,以及人类的基本权利和自由不受侵犯。显示了其起草者抱有的不同于卡塔拉草案的价值考量,泰黑草案第 4 条第 2 款规定:“人们只有出于必须保护一个正当、合理的利益时,才可以牺牲基本权利和自由”。基于这种合同价值观,泰黑草案仅给合同强制实际履行设定了两条技术性较强的限制条件:其一是实际履行的可能;其二是实际履行的成本与债务人可以从履行中获得的利益没有明显地不成比例。^[54] 法国司法部改革案提出的限制条件与泰黑草案相似,只是在债务人实际履行成本上笼统地强调“没有明显地不合理”。^[55]

将履约成本作为合同强制实际履行的条件加以考虑,这并非源自法国合同法的传统价值逻辑。因为合同强制力原则是以合同义务的全面和实际履行为目标,将缔约人对诺言的遵守这一道德价值置于合同的交换利益之上。而履约成本的考量是基于对合同履行结果合理对等的期待。法国合同法的传统并不是没有关注合同履行结果的公正,民法典中的损害赔偿制度正是为救济不公平情形而设计。但是法国合同法的传统是建立在合同自由的理念和原则基础之上的。只要缔约人的意志在订立合同时得以自由地表达,他(她)就必须履行已然同意承担的合同义务,遵守诺言。即便缔约人于合同成立后已经预见到合同履行结果将不利于自己,也必须继续履行合同义务并承受不利的后果。泰黑草案和司法部改革案主张的评估履约成本的思想,与法国传统合同法观念不相吻合。丹尼·马佐教授敏锐地发现,这一新规则中包含着维持法律的经济效率观念和有效违约理论的影子。^[56] 作为法律的经济分析学派的理论创见,有效违约的思想在美国合同法中已经产生巨大影响,并逐渐被其它法系所吸收和借鉴。根据这一理论,如果缔约一方预见其继续履约的成本将高于违约的成本,可以选择不继续履约。不论泰黑草案和司法部改革案中采用的评估履约成本的措施是否来自美国法的影响,这样的规则设计显然为有效违约行为开了方便之门,使合同强制实际履行的传统价值基础发生了动摇。

事实上,合同的不可触动性公设的软化主要源于 20 世纪 80 年代以来法国法律思想和司法政策的发展。法律思想的革新主要表现为对合同强制力来源的反思。最具代表性和影

[51] 参见 F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, op. préc., n° 1110 et n° 1112; J. Flour, J. - L. Aubert, Y. Flour et E. Savaux, *Les obligations: Le rapport d'obligation*, 3e éd. 2004, n° 151; D. Mazeaud, obs., RDC 2007, p. 722.

[52] 参见 Cass. civ. 3e, 11 mai 2005, pourvoi n° 03 - 21.136, RDC 2006, p. 323, obs. D. Mazeaud; Cass. civ. 1re, 16 janv. 2007, Bull. civ. I, n° 19, D. 2007, p. 1119, note O. Gout, RDC 2007, p. 719 et s., obs. D. Mazeaud.

[53] 参见卡塔拉草案第 1154 条第 1、2、3 款。

[54] 参见泰黑草案第 105 条。

[55] 参见司法部改革案第 162 条。

[56] D. Mazeaud, *La réforme du droit français des contrats: trois projets en concurrence*, op. préc., p. 359.

响力的学说,首当雅克·盖斯旦发展和体系化的合同的公正和有用性理论。^[57]他提出:合同的强制力并非源于缔约人的承诺或信赖,而是取决于合同是否具有经济有用性,并符合公正的要求。个人的意志因为有了法律的授权才成为制定合同规则的依据。因此,合同必须服从于法律,并在实践中接受法官的监督。而法官不仅承担合同合法性的监控,还必须从经济有用性和公正标准出发检验合同的社会正当性。

此外,一种重新诠释《拿破仑法典》第1134条第1款的学术努力也为思想的革新丰富了思路。其中让-帕斯卡尔·沙扎勒教授运用法律实证主义哲学的思想方法证明:将意志等同于法律是一个伪命题,《拿破仑法典》第1134条第1款的表达仅仅是一种文学意义上的暗喻。^[58]他指出:合同的强制力并非来自合同义务本身,而是存在于合同之外。这种力量属于人类的理性。现实生活中,人们行为的理性表现为对法律的尊重和服从,因为法律经公议和表决程序已被定义为公正的作品。^[59]“合同具有约束力,不是因为它是缔约人的合意,而是因为它是公正的,或被推定是公正的”。^[60]

法国合同法思想的变革并未止于对《拿破仑法典》经典含义的重新诠释。由克里斯托夫·加曼教授和丹尼·马佐教授为代表的合同团结主义学说的产生,为20世纪末的法国合同法注入了新的意识形态,并已经发展成为法国当代与传统的意志主义(自由主义)学派相对立的一个新兴学派。与追溯往昔的合同法考古不同,这个学派致力于为法国合同法揭示、确认甚至创建新的价值理念。^[61]受到社会学中连带性理论^[62]的影响,并借用了政治科学创造的“团结主义”^[63]术语,合同团结主义学说将合同关系理解为如同亚社会一般的缔约人的利益联盟。联盟的参与者(亚社会中的公民)必须承担协作的义务,即做到彼此诚信、平等、和谐、合作。在实在法上,诚实信用(善意)原则成为这一学说主要依据和演绎的法律规范。在司法实践中,该学说强调法官积极地介入到合同当中,及时有效地纠正行为滥用导致的合同中的过度不平衡现象,并避免有违人道主义的社会排斥现象或经济竞争中的市场排斥现象的发生。依照这一学说,合同的强制力来自于建立在缔约各方的共同利益之上的缔约人的合理期待。每个缔约人不仅享有争取自身利益的权利,同时也必须承担考量缔约对方的合理利益的义务。

由此可见,将合同债务人的履约成本设定为合同强制实际履行的一个实质条件,其理论基础不可谓不丰富。同时,自上个世纪80年代以来,已有大量司法判例通过对《民法典》第

[57] 参见 J. Ghestin, *L'utile et le juste dans les contrats*, *Archives de philosophie du droit*, t. 26, éd. Sirey 1981, p. 35.

[58] J. - P. CHAZAL, *De la signification du mot dans l'article 1134 alinéa 1er du Code civil*, *RTD civ.*, 2001, pp. 265 - 283.

[59] J. - P. CHAZAL, *De la signification du mot dans l'article 1134 alinéa 1er du Code civil*, *RTD civ.*, 2001, p. 277.

[60] J. - P. CHAZAL, *De la signification du mot dans l'article 1134 alinéa 1er du Code civil*, *RTD civ.*, 2001, p. 282.

[61] 关于合同团结主义学派的基本主张,参见 D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle*, *Mélanges offerts à F. TERRE*, éd. Dalloz, Puf et J. - C., 1999, pp. 603 - 634; *La réduction des obligations contractuelles*, *Droit & Patrimoine*, n°58, mars 1998, pp. 58 - 68; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *Libres propos sur la transformation des contrats*, *RTD civ.* 1997, pp. 357 - 385; Ch. JAMIN, *Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil*, *Droit & Patrimoine*, 1998, pp. 46 - 57; *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil*, *D.* 2002, pp. 905 - 907; L. GRYNBAUM, *Le contrat contingent: l'adaptation du contrat par le juge sur l'habilitation du législateur*, préf. M. GOBERT, éd. LGDJ, 2004, n° 83 - n° 101; Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, éd. LGDJ, t. 208, préf. G. COUTURIER, 1989.

[62] 参见 E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, 11e éd. Puf (1re édition en 1893), coll. Guadrigue, 1986.

[63] 参见 L. BOURGEOIS, *Solidarité*, Paris, éd. Armand Colin, 1896; C. BOUGLE, *Solidarisme et libéralisme: réflexions sur le mouvement politique et l'éducation morale*, éd. E. Cornély, 1905.

1135条(公共秩序条款)和第1134条第3款(诚实信用条款)的扩张适用,支持法官以更加积极的手段纠正各类合同滥用行为,平衡合同利益关系,努力实现合同实质公正。这种司法政策的转变使合同不可触动性公设难以为继。无怪乎学术界称之为“合同的新危机”。^[64]正是这“危机”促进了学说的继续丰富发展,为今天合同法的改革工作创造了内在条件,使《拿破仑法典》终将迎来一场脱胎换骨式的革命。

(三) 诚实信用(善意)强行性规范的扩张与限制

《拿破仑法典》抛弃了罗马法将合同分为具备严格形式的法定合同和可以灵活解释的善意合同两种的做法,采纳了以意思自治为价值基础的自由主义合同概念,即法国合同法只承认与罗马法善意合同特征相近的合同理念。^[65]传统上,由于善意的内涵始终缺乏有效的定义,而《拿破仑法典》第1134条第1款作出了强有力的合同意志主义宣示,使作为该条第3款的善意规则仅具有解释缔约人意志的辅助功能,且常常被忽略,甚至被贬低为无用的立法条款。^[66]因为如果《民法典》第1134条第3款仅涉及合同的解释的话,^[67]那么它的作用完全可以被第1156条^[68]所取代。一些学者认为第1134条第3款规定合同应当善意地履行,其意义不应仅仅理解为“解释合同”,因为履行的过程和涉及面远比解释合同复杂和宽泛。合同解释旨在确定缔约人承担什么义务;合同履行本质上是解决缔约人如何履行其合同义务的问题。^[69]合同履行中,善意表现为一种道德品质。善意要求忠诚、真诚和诚实的精神,即忠诚于自己的承诺。而善意与欺诈和虚假相对立,并排斥一切恶意。^[70]法国现代合同法理论更倾向于将善意理解为道德化的行为规范。而且这一行为规范已经超越了缔约人的意志范围,成为公共秩序性质的法定义务。正如斯道菲勒·曼克教授在他的博士论文中剖析的那样,“善意表示的这种义务,并不是产生于合同,而是社会性的要求在合同中或合同外附加的义务”。^[71]

这种观点显然是受到法国合同团结主义思潮的影响。作为这一学派的代表人之一,丹尼·马佐教授明确地指出:“善意不是一种约定的义务,而是一种公共道德义务,一种作为合同属性的前提的社会运行规则”。^[72]不仅如此,该学派的另一位代表人克里斯托夫·加曼教授认为《拿破仑法典》第1134条蕴含着彼此对立的二元哲学,即第1款宣示的合同的绝对不可触动性理念,和第3款支持的公共秩序性规则介入合同的观念。在他看来,当代合同法的发展,特别是法国判例法的发展证明了一种趋势:“《民法典》第1134条的“重心”正从第1款向第3款反转”。“如果说,在民法典制定时合同的强制力是善意的保证,那么在今天,[我觉得]善意已经成为合同强制力的保证了。”^[73]

[64] 参见 La nouvelle crise du contrat, sous dir. Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, éd. Dalloz, 2003; 参见 H. Batiffol, La crise du contrat, in *Archives de philosophie du droit*, t. XIII, éd. Sirey 1968, p. 13.

[65] 参见 A. - A. Volansky, *Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi*, thèse Paris, 1929, p. 235.

[66] 参见 R. Vouin, *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, thèse Bordeaux, 1939, p. 53 et s.

[67] 这种意见参见 J. Flour, J. - L. Aubert, Y. Flour et E. Savaux, *Les obligations: 1. L'acte juridique*, 13e éd., n° 378.

[68] 《法国民法典》第1156条是专门规范合同解释活动的统领性的条款,该条规定:“我们必须在协议中寻找缔约双方的共同意志,而不应拘泥于合同用语的文字意义上”。

[69] 参见 F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, op. préc., n° 439, p. 455.

[70] 参见 *Dictionnaire de la culture juridique*, sous dir. de D. Alland et S. Rials, éd. puf, 2003, p. 143.

[71] Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat: essai d'une théorie*, éd. LGDJ, 2000; n° 128.

[72] D. Mazeaud, note sur l'arrêt du 14 sept. 2005 de la Cour de cassation, D. 2006. 763.

[73] Ch. JAMIN, *Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil*, op. préc., pp. 49 - 50.

法国司法判例确实曾在《民法典》第1134条第3款的适用上表现出一种扩张的趋势。首先,善意规则最明显的去合同化,表现在前合同义务的司法确认方面。比如,一方当事人为阻止对方与他人缔约或出于揭露某项秘密的需要而与对方虚假磋商的,会因违反善意规则要求的诚实义务而受到惩罚。^[74]明知不会与之完成缔约,反而故意拖延协商期限的行为;^[75]在已经取得对方的合理信赖的情况下,恶意终止正在进行的磋商的行为,^[76]均违背善意规则要求的诚信义务。特别是前合同信息义务的确立、丰富和发展,掌握可能影响对方决策的重要信息的缔约一方当事人,依据善意规则的要求,负有告知、^[77]提醒、^[78]甚至提供咨询^[79]的义务。违反前合同善意规则要求的诚实信用义务,导致对方损害的,依法承担侵权赔偿责任。

合同履行阶段的善意规则是民法典确立的经典条款。这一法定义务不仅要求缔约人信守诺言、全面履约。更重要的是,这一规则在本质上应该有别于合同强制力规则的要求。因为善意规则要求的忠诚、守信义务着眼于对方缔约人的期待和合同目的的实现。即便债务人的履约行为不完全符合协议的规定,只要能够满足债权人的需要和协议目的的实现,仍不被视为违反了诚信义务。^[80]更多的情形存在于合同文本无法具体细化的履行方式部分,而依据善意规则,法官要求债务人以更符合债权人利益的方式履行其合同义务;^[81]而债权人亦须承担配合、方便债务人的履约行为的义务。^[82]因此,善意规则又可以要求一种合作的义务。^[83]甚至,当债务人陷入财务困境时,为了避免债务人被迫退出市场或丧失社会地位,债权人应本着善意承担适度宽容的义务。^[84]

善意规则在司法领域的扩张性适用催生了大量新的未经缔约人合意的强制性义务,使缔约人不得不面对一个由外在力量主导的合同权利和义务的膨胀。有专家将这一现象戏称为“合同的增肥”。^[85]由于法官掌握了灵活解释善意规则具体要求的权力,合同自身规则的安全性和可预见性就受到了威胁。加之不少依据善意规则断案的司法判决确实存在可商榷之处,法国法学界坚持传统学说的力量纷纷对善意规则的扩张和合同团结主义学说进行批判。^[86]

[74] 参见判例举例 Paris, 19 janv. 2001, D. 2001 IR, p. 677。

[75] 参见判例 Cass. com., 22 févr. 1994, Bull. civ. IV, n° 72, p. 55, RTD civ. 1994.850, obs. J. Mestre。

[76] 参见判例 Cass. com., 22 avril 1997, D. 1998.45, note P. Chauvel; 26 nov. 2003, Bull. civ. IV, n° 186, D. 2004, p. 869, note A. - S. Dupré-Dallemagne。

[77] 参见判例 Cass. civ. 1re, 7 oct. 1998, D. 1999.145, note Porchy, somm. p. 259, obs. D. Mazeaud。

[78] 参见判例 Cass. civ. 1re, 18 avril 1989, Bull. Civ. I, n° 155, p. 99。

[79] 参见判例 Cass. civ. 1re, 22 oct. 1985, Bull. civ. I, n° 268, p. 238; 13 nov. 1997, Bull. civ. I, n° 303, p. 206。

[80] 参见判例 Req. 31 janv. 1887, S. 87.1.420。

[81] 参见判例 Cass. civ. 1re, 11 juin 1996, Rép. Defrénois, 1996, 1007, obs. D. Mazeaud; RTD civ., 1997, 425, obs. J. Mestre。

[82] 参见判例 Cass. civ. 3e, 5 juin 1968, D. 1970.453, note Ph. Jestaz; Cass. com., 17 oct. 1995, Bull. civ. IV, n° 238, p. 221。

[83] 参见判例 Cass. com., 19 déc. 1989, Bull. civ. IV, n° 327, p. 220; 3 nov. 1992, RTD civ., 1993.124, obs. J. Mestre。

[84] 参见判例 Cass. civ. 1re, 30 nov. 1997, D. 1997.141, note T. Moussa, somm. comm. 179, obs. D. Mazeaud。

[85] 参见 L. Jossierand, Le contrat dirigé, D. H. 1933, chro. 89; L. Leveneur, Le forçage du contrat, in Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat, Droit & Patrimoine, mars 1998, p. 69 et s。

[86] 参见 Y. LEQUETTE, Bilan des solidarismes contractuels, Mélanges P. DIDIER, éd. Economica, Paris, 2008, p. 248; Ph. REMY, La genèse du solidarisme, in Le solidarisme contractuel, sous dir. L. GRYNBAUM et M. NICOD, éd. Economica, 2004, p. 10; L. LEVENEUR, Le solidarisme contractuel: un mythe, eod. loc., pp. 175 - 176; M. MIGNON, De la solidarité générale et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme a-t-il un rapport avec la solidarité, RRJ 2004, n° 39 et n° 40, p. 2177; J. CARBONNIER, Droit civil: Les obligations, op; préc., p. 227。

这一学术论战也使司法机关重新审视其在善意规则适用上的政策,一种趋势回调静静地展开。

法国最高法院在2005年作出的一个判例中认为:“善意之债是以合同关系存在为前提条件的”。涉案合同已经由于悬置条件无法满足而失效,则债务人无须承担善意履约的义务。^[87]这一判例对《民法典》第1134条第3款的解释又将善意规则拉回到合同范畴,否认摆脱合同的善意义务。有学者因此解读为:善意规则“不能建立普遍性的行为义务”。^[88]接着,最高法院又在2007年的一项判例中确认:“受让人,即便是专业人士,也不对财产出让人就转让标的的价值承担信息义务”。^[89]更具标志意义的判例出现在2007年,最高法院商业法庭认为:《民法典》第1134条第3款规定的“协议必须被善意地履行”规则,虽然允许法官惩罚合同特权的不正当行使,但并不授权法官破坏由缔约人合法议定的实质性的权利和义务。^[90]罗亨·阿伊奈斯教授认为:这一判例清晰地区分了合同关系中存在的两种性质不同的东西,即缔约一方单独享有的合同特权和缔约双方自由约定的给付性债权。善意规则仅仅针对合同行为,而非合同给付的交换;善意规则只能驱动合同制裁机制,而不涉及合同债权的修改。^[91]在他看来,合同特权专指缔约一方依据合同享有的能够左右合同命运的单方权力,如单方定价权、单方解约权等。只有这些特权的行使容易受到权力人恶意的驱使而被滥用,因此特权人必须服从于善意规则的指引和规范。而缔约双方自由约定的给付性的权利和义务的行使,不存在善意或恶意的问題,因此不应受到民法典善意规则的干涉。^[92]如果真如此言,那么法国司法政策就又回溯到合同不可触动的传统理念上了。而这一判例似乎修改了《民法典》第1134条第3款的文字,将其变成了“合同特权必须被善意地履行”。司法政策惊人的逆转,伴随着对民法典善意规则的大胆修改(抑或歪曲),人们看到,在欧洲乃至国际上被普遍接受并迅速发展的诚实信用原则,却在法国遭受了重大挫折。

正是在这种背景下,陆续出台的三个合同法改革草案进一步掀起了不同立场和观点之间的争论。卡塔拉草案继承了《拿破仑法典》第1134条第3款关于合同效力的经典表达,甚至条款的数字编号。但同时,该草案在合同磋商、合同单方承诺、代理制度、条件之债,以及前合同信息义务和同意的瑕疵等方面也或明示或暗示地引入了善意和诚信规则。正如草案的主起草人瑞哈赫·高赫敏教授所介绍的那样,在努力贯彻合同公正理念的条款设计中,由于善意与公正的密切相关性,而得以遍布草案各处章节。^[93]但是,丹尼·马佐教授认为,虽然卡塔拉草案确认了司法判例对善意规则的一些扩张性解释成果,但是它仅仅将善意性质的公共义务理解为法国合同法传统“刚性理念(比如:合同自由和合同的强制力原则)和抽象规则的简单的中和要素和辅助力量”。^[94]草案未将不可预见情势下司法强制的再协商义务以及合同解除条款纳入善意规则的覆盖面。更重要的是,由于卡塔拉草案没有将善意规则上升为合同法的真正

[87] Cass. civ. 3e, 14 sept. 2005, D. 2006. 761, note D. Mazeaud; RDC 2006, p. 314, obs. Y. - M. Laithier; RTD civ. 2005, p. 776, J. Mestre et B. Fages.

[88] L. Aynès, obs., Droit & Patrimoine 2006, p. 87.

[89] Cass. civ. 3e, 17 janv. 2007, D. 2007. 1051, note D. Mazeaud et Ph. Stoffel-Munck.

[90] Cass. com., 10 juil. 2007, D. 2007. 2839, note Ph. Stoffel-Munck; RDC 2007, p. 1107, obs. L. Aynès, p. 1110, obs. D. Mazeaud.

[91] L. Aynès, obs., RDC 2007, p. 1108.

[92] L. Aynès, obs., RDC 2007, pp. 1108 - 1109.

[93] G. Cornu, Introduction, in Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, éd. La documentation française par le Ministère de la Justice, Paris, 2006, p. 20.

[94] D. MAZEAUD, La réforme du droit français des contrats: trois projets en concurrence, op. préc., p. 343.

的基本原则,零散的条款无法充分体现善意作为社会基本行为规范的应有之意。^[95]

泰黑草案虽然没有设立“指导原则”一章,但是其“合同”编的四项前置条款实际上等同于基本原则的地位。草案第5条规定:“合同善意地订立和履行;缔约人不得排除和限制这项义务”。法国司法部改革案第一次鲜明地将善意规则提升为指导原则之一。该草案第18条规定:“缔约各方承担善意行事的义务”。这种简练却不失准确的文字表述,将善意原则的范围扩张至所有与缔约和缔约成果有关的行为。与卡塔拉草案不同,泰黑草案和司法部改革案体现了与欧洲立法成果接轨的政策倾向。善意的行为规范终于成为指导当事人协商、立约、履约、改约和解约等贯穿整个合同生活的所有阶段和环节的基本原则。毫无疑问,这两部草案站在了与法国最高法院近年来几个重要判例截然相反的立场上。

于是,学术界的一些批判和抵制之声随之而来。批评者指责将善意列为指导原则的做法,忧虑对指导原则无法限制的后果,断言合同的命运从此不再取决于缔约人的意志,而是掌握在法官的手里。^[96]法律实务界也发出对未来法官可能任意裁断和合同司法化的担心。^[97]而支持者则主张用设立合同法指导原则的方式,向欧洲乃至世界宣示法国特有的基本价值观和合同哲学。^[98]增强法国合同模式在欧洲和国际的吸引力,^[99]同时有效整合法国实在法和司法判例现有的成果。^[100]

其实,对合同法指导原则的争论,本质上并不在于要不要确立指导原则,而是怎样确立和确立什么指导原则的问题。因为尽管法国立法层面始终没有明确地命名什么是合同法的指导原则,但是法学理论的发展交融和司法判例实践的反复印证,已经逐渐提炼出了具有原则意义的法律规则和适用方法。在法国法学教科书当中,合同法指导原则的提法早已屡见不鲜。问题的关键仍然在于不同合同意识形态之间的交锋,合同法指导原则的讨论只不过为这种理念之争提供了一个场所罢了。保守的个人主义和意志主义者反对善意原则的确立,而开明的社会意志主义者和新兴的合同团结主义者则持拥护的立场。新法律实证主义者更是质疑合同自由作为原则在当代社会存在的现实性和合理性。^[101]如果恐惧善意原则被法官滥用的话,合同自由原则更容易被占据强势和统治地位的一方缔约人滥用,而绝对的安全原则(即合同强制力原则)只会不问是非地保护表面上成立的合同。可见,没有任何一项指导原则是绝对可靠的。特殊例外规则的设立是必要的,也不会影响指导原则的一般适用性。对合同法指导原则的苛刻要求反映出法国民法合同意识形态激烈且互不妥协的对抗局面。

(四)原因概念的危机

《拿破仑法典》第1108条确认的合同生效的四个法定条件,被传统学说誉为法国合同

[95] 相似意见参见 B. Fauvarque-Cosson, *La réforme du droit français des contrats: perspective comparative*, RDC 2006, p. 149.

[96] 参见 A. Ghozi et Y. Lequette, *La réforme du droit des contrats: brèves observations sur le projet de la chancellerie*, D. 2008, pp. 2610 - 2611.

[97] 参见 I. Trémeau et J. - F. Guillemin, *Table ronde: le regard des professionnels, La bonne foi, principes directeur*, RDC 2009, pp. 358 - 359.

[98] 参见 M. Fabre-Magnan, *Réforme du droit des contrats: un très bon projet!*, JCP, G, 2008. I. 199.

[99] 参见 D. Mazeaud, *La réforme du droit des contrats en questions...*, in *Mélange de J. Héron*, éd. LGDJ, 2009, p. 362.

[100] 参见 D. Mazeaud, *La réforme du droit des contrats en questions...*, in *Mélange de J. Héron*, éd. LGDJ, 2009, p. 362.

[101] 参见 *Observations sur le projet de réforme du droit des contrats*, sous dir. J. Ghestin, LPA, 12 févr. 2009, n° 31, *Observations de J. Ghestin* pp. 5 - 33 dont pp. 9 - 10 sur le principe de liberté contractuelle; *observations de X. Legarde* p. 75 sur le principe de non-discrimination du DCFR.

法的四大支柱。^[102] 其中关于“原因”的规则更是法国民法模式的典型徽记,今天已然成为判断《拿破仑法典》国际辐射力的历史性证据。^[103] 源自罗马法的严格形式主义的合同术语,原因理论逐步形成于中世纪教会法学家主观意志主义的重新解读,从而构成了《拿破仑法典》原因规则的两个历史背景。前者存在于缔约人意志之外,专指行为客观上满足法律规定的合同形式而获得效力,因此属于效果原因;^[104] 后者强调原因来自缔约人的主观动机,即合同关系的内在关联性决定的获得对待给付的意思。同时,这种获利的动机必须符合道德规范对平等的要求。^[105] 但是《拿破仑法典》没有全盘吸收教会法学者的主张。因为被誉为法国民法典之父的让·多玛担心原因概念的主观化会使法官的权力膨胀,从而威胁到合同的稳定。他主张必须将原因和动机区分开来:原因的有无应该以纯粹客观的相互给付作为判断的标准,且只存在于双务有偿合同关系当中;而对于无偿合同则是基于债务人的“合理和公正的动机”,或“作为赠与人而享有的荣誉,或仅仅是做好事的快乐”。^[106] 让·多玛的学说被《拿破仑法典》的起草者忠实地采纳,一方面将原因规则体现在涉及合同有效性的第 1108 条、第 1131 条,第 1132 条和第 1133 条;另一方面对赠与(包括遗赠)性质的单方法律行为不设置原因规则,而使用“条件”一词从动机上规范赠与行为的现实性和合法性。^[107]

合同中的“原因”同样面临着存在与否和合法与否的双重法律监控。《拿破仑法典》第 1131 条规定:“合同义务没有原因,或基于错误、违法的原因的,不具有任何法律效力”。但是依据传统原因理论,缔约一方承担义务的原因在于对方的对待给付。那末,原因的有无完全取决于对待给付的现实性。这样的判断结果将原因与债的标的混同为一体。而原因合法性的判断也转变成了债的标的之合法性这一命题。因此,缔约人负担义务的原因不取决于缔约人自己的意图,而取决于合同的类型。^[108] 原因“仅涉及财产不涉及人;^[109] … 只表达财产交换的平衡,不表达人格的独立”。这种纯客观理论的判断标准虽然简化了对原因的裁断,但是显然不符合缔约人真正的缔约动因,也使原因规则易被债的标的规则覆盖。原因这个词原本并非一个法律概念,^[110] 特别是在生活词汇中,原因完全没有主观与客观的区分和限制。传统法律学说人为地将其限定在纯客观要素范围内不仅脱离了语言的本意,也使无偿行为和单务行为的动机的解释因为刻意避免使用“原因”术语而变得做作。事实上,纯客观原因理论从本质上背离了中世纪教会法学把原因作为缔约人的终极目的之解读,使原因的概念重回到罗马法体现的效果原因的性质上。^[111] 因为,既然缔约一方承担合同义务的原因是获取对方的对待给付,那么同样可以解释为缔约一方承担合同义务是对方已经给付

[102] 该论断参见 G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil: Les obligations*, t. 1, *Les sources*, éd. Sirey, 1988, n° 194 et s.

[103] 目前在世界范围内还有西班牙、意大利等不少法国民法典模式继受国,在其合同立法中保有原因规则。

[104] 参见 Y. Thomas, *Causa: sens et fonction d'un concept dans le langage du droit romain*, thèse Paris II, 1976; Ph. Reigné, *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, thèse Paris II, 1993.

[105] 参见 F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, op. préc., n° 335, p. 355.

[106] 参见 J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, livre II, titre I, sec. I, n° 5.

[107] 参见《法国民法典》第三卷第二编“生前赠与和遗嘱”。

[108] 参见 B. Starck H. Roland et L. Boyer, *Obligations: le contrat*, t. 2, 6e éd., 1998, n° 822.

[109] P. Louis-Lucas, *Volonté et cause: études sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé*, thèse Dijon, éd. Sirey, 1918, p. 146.

[110] 此意见参见 F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, op. préc., n° 331, p. 351.

[111] 相似的意见参见 G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965, pp. 479 - 480; J. Flour, J. -L. Aubert, Y. Flour et E. Savaux, *Les obligations: 1. L'acte juridique*, 10e éd., op. préc., n° 257, p. 187, note 2.

或将要给付的结果。

1827年,法国地方基层法院在一个涉及附条件赠与案件的判决中,第一次使用原因的概念解释赠与行为的条件,认为该条件不构成赠与行为“动机性和决定性的原因”。^[112]这一判例将原因概念的适用范围扩展至无偿性法律行为,打破了《拿破仑法典》条文背后潜在遵循的原因排斥动机的经典理论。此后,法国的司法判例循着这项创造性的法律逻辑,不断地确认、巩固了原因概念对各类法律行为的普遍适用性,并深化了对原因概念本身内涵的解析。^[113]

原因和动机的合流促使原因理论从纯客观主义走向缔约人主观意志的探究。亨利·卡比当教授认为原因是缔约人同意承担合同义务所追求的目的。正是出于实现这一目的的主观考量促使缔约人向对方表示同意,并履行自己的合同义务。^[114]当然,他仍然坚持缔约目的具有客观性,在双务合同情况下规定性地体现为谋求对待给付的意图。而个人特殊的心理动机不构成缔约人共同意志的组成部分,只能处在合同之外。^[115]有学者评价这一观点立场又回到了中世纪教会法学家的传统学说。^[116]劳亨·饶瑟夸教授则主张,原因完全属于体现在合同中的缔约人的心理因素,即动机。^[117]飞利浦·海涅教授也站在纯主观原因的立场上,主张原因是存在于“缔约人的共同意志中,或为缔约一方追求,同时被另一缔约方考虑的合同的目的”。^[118]尽管原因的纯主观理论看似与纯客观经典理论针锋相对,但是任何一种学术主张都无法否认原因的两方面特征,即缔约人主观意志的驱动作用和财产的客观经济价值衡量。因此,雅克·牟西教授将原因定义为缔约人期待的经济平等,^[119]并主张把原因细化为债的原因和合同的原因两项功能。前者旨在维护追求平等经济利益的缔约人的个人利益,后者出于维护社会基本利益的需要用于中和被违法或不道德的动机影响了的行为。^[120]这一学说在原因缺乏和原因违法之间作出了区分,直接导致了原因理论的二元化。后代法学家进而指出:雅克·牟西主张的原因的两个功能,实际上是两个不同的原因概念,各自具备不同的功能。^[121]债的原因是客观、抽象的原因,即缔约人预期获得的对待给付,用于衡量原因存在与否;而合同的原因是主观、具体的原因,即缔约人实施相关行为的主观动机,用于检测原因的合法性和道德性。^[122]二元性原因概念逐渐被法国法学界接受,并成为占统治地位的原因理论学说。

法国司法机关对原因规则的概念性把握,长期处于传统客观主义理论和现代主观化理

[112] 参见 Pau, 2 janv. 1827, Sirey 1825 - 1827. II. 305, cité par Ph. SIMLER, in La nullité partielle des actes juridiques, thèse, Strasbourg, éd. LGDJ, 1969, p. 314.

[113] 参见判例 Req., 3 juin 1863, DP 63. I. 429; Cass. civ., 22 mai 1951, JCP 1952. II. 6416, note Cavarroc; Cass. 3e civ., 15 avril 1980, Bull. civ. III, n° 73, p. 53; Cass. 1re civ., 16 mars 1983, Bull. civ. I, n° 100, p. 88; Cass. 1re civ., 13 févr. 2001, Bull. civ. I, n° 31, JCP 2001. I. 330, obs. J. Rochfeld; Cass. 3e civ., 24 avril 2003, D. 2004. 450, notes S. Chassagnard, RDC 2003, p. 42, obs. D. Mazeaud.

[114] H. Capitant, *De la cause des obligations*, 2e éd. Dalloz, 1924, pp. 17, 19 et 27.

[115] H. Capitant, *De la cause des obligations*, 2e éd. Dalloz, 1924 pp. 23 et 24.

[116] J. Carbonnier, *Droit civil: les obligations*, t. 4, 22e éd. puf, 2000, n° 64, p. 136.

[117] L. Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, éd. Dalloz, 1928, p. 140.

[118] Ph. Reigne, *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, thèse Paris II, 1993, pp. 280 - 281.

[119] 参见 J. Maury, *Répertoire de droit civil: Cause*, éd. Dalloz, 1970, n° 67.

[120] J. Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse Toulouse, 1920, p. 256.

[121] H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Obligations: théorie générale*, 10e éd. Montchrestien, 2000, n° 253 et s.

[122] H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Obligations: théorie générale*, 10e éd. Montchrestien, 2000, n° 255.

论倾向之间摇摆。直到 1989 年,法国最高法院才通过一个典型判例明确接受了原因的二元性概念。^[123] 但是,社会生活的多样性和经济交换的不停发展、演变永远会通过各种方式和途径(包括司法途径)挑战那些已被人们习以为常的理论。自 90 年代以来,法国司法判例在原因概念和规则的适用上,出现了进一步主观化和道德化的趋势。法官对债的原因的认定,一方面不再拘泥于对待给付不存在或不可能的必要条件,而是介入到缔约双方相互给付的平衡性和成比例性的判断当中,将合同一方给付过于微薄的情形也定性为缺乏原因;^[124] 另一方面,突破传统理论将债的原因的发现局限于诉讼争议合同本身的做法,通过考虑争议合同以外的因素来确认缔约人的真实目的,从而触及缔约人的主观动机。^[125] 最值得列举的著名判例 Chronopost 邮政快递公司服务合同争议案,法官认为该快递公司服务合同中的免责条款违背了其应承担的安全、快捷递送邮件的实质性义务,剥夺了寄件人承担高额付款义务的原因,故该免责条款视为没有写(无效)。^[126] 这一判例没有将债的原因仅仅理解为传统理论主张的抽象而客观的对待给付,而是开拓性地理解为寄件人所期待的具体利益和契约的有用性,并强制缔约人承担保持合同内容和谐的义务。^[127] 在与滥用条款现象作斗争的过程中,为了维护合同关系的内在和谐,法官对合同的检测不再停留于表面上平衡的客观经济给付,也开始关注缔约人主观期待的平衡问题。^[128] 对于合同的原因的认定,二元性原因理论强调缔约人的缔约动机不得违反法律、公共秩序和善良风俗。司法实践中,只有起决定性作用的动机才能构成合同的原因,并接受合法性和道德性的检验。而只有当进入合同领域并为对方缔约人所知晓的动机^[129] 违反法律和道德规范时,才会导致合同无效。但是,随着当代合同规则道德化的发展趋势,司法机关不再要求合同无效必须以缔约一方知悉对方的违法动机为前提条件,善意一方的损失可以通过侵权性质的赔偿得到弥补。^[130] 同时,司法机关对善良风俗的把握尺度也逐步放宽,例如为了维持通奸关系而为之赠与不再被认定违反了善良风俗。^[131] 以上判例方面的发展变化,使建立在主客观原因分离基础上的二元性原因理论在司法实践中难以为继。

卡塔拉草案坚持了原因的二元性理论,并吸收了已有的判例成果,对《拿破仑法典》中的原因规则进行了温和的调整和补充。第 1108 条关于合同的法定有效条件中,用“能够证

[123] 参见判例 Cass. civ. 1re, 12 juillet 1989; Rép. Defrénois 1990. 358, obs. J. - L. Aubert; RTD civ. 1990. 468, obs. J. Mestre.

[124] 参见判例 Cass. com., 14 oct. 1997, Rép. Defrénois 1998. 1042, obs. D. Mazeaud; 8 févr. 2005, RDC 2005. 684, obs. D. Mazeaud.

[125] 参见判例 Cass. civ. 1re, 3 juillet 1996, D. 1997. 500, note P. Reigné. 这个判例涉及某些人为能在他们自己居住的村庄成立一家录像俱乐部而与他人订立了一项录像带租赁合同。但是这项计划因为俱乐部客户不足而无法落实,故请求法院判令录像带租赁合同缺乏原因而无效。法官以承租方期待的经济目的不可能导致其缺乏债的原因,而出租方在缔约时知悉承租方的真实目的为由,支持了承租方的诉求。另参见判例 Cass. civ. 1re, 1er juillet 1997, Bull. civ. I, n° 224, D. 1998. 32, note L. Aynès, somme. comm. 110, obs. D. Mazeaud. 此判例确认一项买卖合同无效可以导致为实现该买卖合同而订立的借款合同及其担保措施均丧失原因而失效。

[126] Cass. com., 22 oct. 1996, Bull. civ. IV, n° 261, p. 223, D. 1997. 121, note A. Sériaux, somm. comm. 175, obs. P. Delebecque, chron. Ch. Larroumet.

[127] 参见 D. Mazeaud, obs., Defrénois, 1997. 336.

[128] 参见 Cass. civ. 1re, 19 déc. 1990, JCP 1991. I. 3778, obs. J. Bigot; Cass. com., 15 fév. 2000, Bull. civ. IV, n° 29.

[129] 参见判例 Cass. civ. 1re, 12 juillet 1989, op. Préc.

[130] 参见判例 Cass. civ. 1re, 7 oct. 1998, D. 1998. 563, concl. Sainte-Rose, 1999 somm. comm. 110, obs. P. Delebecque.

[131] 参见判例 Cass. civ. 1re, 3 fév. 1999, D. 1999. 267, rapp. X. Savatier, note Langlade-O' sughrue.

明义务的原因”取代了《拿破仑法典》“存在于债中的合法的原因”的原始表述。第 1124 条宣示了原因包含的现实、合法二元性内涵。第 1125 条第 1 款确认了判例创造的合同对待给付的成比例性要求,第 2 款接纳了判例发展的与主导性原因现实性不和谐的合同条款无效的规则。第 1125 - 1 条确认了单方给付义务的原因可以从与其相关的独立给付行为中获得,且给付价值不对等可导致给付义务削减的结果。第 1125 - 2 条认可债的原因可以是第三人所获利益,而不要求必须是义务人自己从对待给付中获得的道德或物质利益。第 1126 条确认了合同的原因,即原因的合法性和道德性。第 1126 - 1 条接受了判例确认的违法原因必然导致合同无效的刚性结果,同时赋予善意缔约人索赔的权利。

泰黑草案的制定者站在一个完全向欧洲私法一致化靠拢的立场上,大胆而无情地将原因概念驱逐出了民法典。在这部草案中,合同的有效条件没有了原因的要求,换之以“确定和合法的内容”。^[132]但在涉及合同的内容的章节中,仍然可以发现原因二元性理论痕迹。该草案第 59 条规定:合同的内容和目的不得与公共秩序和善良风俗相抵触。这是传统理论关于合同的原因的规则。第 61 条到第 63 条分别确认双务合同无对待给付的义务(第 61 条)、缺乏射幸事实的射幸合同(第 62 条)、缺乏决定性动机和自由意志的赠与行为(第 63 条)均归于无效。这些条款涉及的是原因理论关于债的原因的现实性问题。此外该草案第 64 条也确认了司法判例利用原因理论发展出的、维护合同内部和谐的规则,规定与合同实质义务不协调的条款无效。可见,泰黑草案在删除原因术语的同时,保留了二元性原因概念下被覆盖的合同给付平衡、缔约动机和目的合法以及合同内容与缔约目的协调一致的法律理念和强制性规则。没有了原因这一抽象法律概念的统领,这些理念和规则在现实问题面前显得更加直接、具体且明晰。而且,值得一提的是,泰黑草案第 66 条建立的反“司法定性的损害”规则和第 67 条确立的反滥用未协商条款规则,成为取代原因规则救济合同不平衡问题的有效法律手段。

法国司法部改革案也对欧洲和世界同类立法持开放的态度。在原因规则存在的合理性问题上,或许是与泰黑草案的制定者抱有相似的感受,即一种孤立于欧洲和世界多数国家的国内立法或区域性、全球性立法之外的危机感,促使起草者最终决定从改革案中删除了原因的术语和概念。但是,司法部改革案的起草者们只是抹去原因这个词汇,仍保留了原因的魂。因为他们先为债的原因(客观原因)找到了另一个替身“利益”,而后把合同的原因(主观原因)并入合同合法性一般规则的庇护之下。毫无疑问,司法部改革案事实上贯彻了二元性原因理论的基本构架。原因概念的消失首先导致合同有效条件的变化。改革案第 49 条将《拿破仑法典》设定的标的和原因强制条件,置换成“确定的合同内容”与“合同的合法性”强制条件。从改革案关于合同内容的规则来看,合同义务是当然的合同内容(第 79 条和第 80 条),而合同义务的标的(第 81 条至第 84 条)和寄予合同的利益(第 85 条至第 87 条)成为起草者利用合同内容的概括力,继承传统合同标的规则和调整经典原因规则的重要部分。因此,合同有效条件的变化在本质上仅是形式上或结构上的调整。此外,用利益概念直接替换客观原因概念是着眼于利益一词相对于原因的简单和清晰,便于理解。^[133]而且,学说的发展在解析原因概念的含义方面,越来越倾向于将原因理解为“债务人寄予合同

[132] 参见泰黑草案第 13 条。

[133] 参见 D. Mazeaud, Réforme du droit contrat: haro, en Héroult, sur le projet!, D. 2008. 2679.

的利益”^[134]或“从合同中提取的利益”。^[135]茱蒂·郝施菲尔德教授在她的颇具影响力的博士论文中,除了将原因定义为“一种典型和非典型的利益期待……一种合理的利益”^[136]外,还定义了利益的概念,即“某种需要的满足”。^[137]司法部改革案正是吸收了这种学说主张,试图通过概念的转换实现最小代价的原因规则改革。正如司法部官员弗朗索瓦·昂赛勒先生解释的那样:放弃原因的概念,但却保留了原因的功能。^[138]

即便如此,原因概念的删除给法国法学界的震动仍然是巨大的。它在传统立场的学者中间造成的精神创伤,招致了后者猛烈甚至非理性的抵抗。他们抱怨这种“奇怪”的改革草案“给了法国一部不是为法国人而是为别人制定的法律”,^[139]“粗暴地用从《欧洲合同法原则》移植来的…概念”消灭了法国自己法律传统中的支柱性概念。^[140]有学者断言:原因理论从法国法上的消失将会产生“最有害和最不公正的效果”和法学自身的“巨大损失”。^[141]而“最值得关注的是,这种观念的摧毁意味着我们的合同法学的精神(原意)被完全改变”。^[142]原因概念和理论的去留一时间成为改革草案争论的焦点,甚至掩盖了草案中其它值得关注的问题。

事实上,主张废除原因概念的学术意见自19世纪末以来一直没有湮灭过。最早的反原因主义运动的提倡者是比利时黎埃日大学的法学教授恩斯特(Jean-Gérard-Joseph Ernst),他在1826年就主张合同只需缔约人基于合法的标的表达同意即告成立,故而原因概念可以被排除与民法典之外。^[143]马尔塞勒·普拉尼奥教授批判原因概念的不确切和无用,认为建立在债的相互性基础上的客观原因是一种人为的循环论证,并不符合实际。而且,无论怎样从客观和主观上进行概括,不是将原因混同于合同标的,就是使其混同于缔约人的同意。^[144]现代民法学者纷纷指出原因是一个不确定^[145]和难以理解^[146]的概念,并且可以被其它相关法律概念替代。^[147]当代学者夏维尔·拉加德教授对原因理论的有用性进行了严厉的批判,认为它是“在技术上必须商榷,在政策上不甚确切,法律上无用而多余的理论”。^[148]

但是,目前的主要问题并不是要不要保留原因概念,因为泰黑草案和司法部改革案已经做出了选择。问题的关键是如何处理原因概念消失后的法国民法典的合同制度。首先,用利益的概念简单地替代原因不是没有缺陷。因为利益这一词汇本身就缺乏严格的法律定义,^[149]既

[134] J. Carbonnier, *Obligations*, op. préc., n° 64, p. 137.

[135] M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*; 1 - Contrat et engagement unilatérale, éd. puf, p. 398.

[136] J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, éd. LGDJ, 1999, préf. J. Ghestin, pp. 71 et s.

[137] J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, éd. LGDJ, 1999, préf. J. Ghestin, pp. 89 - 92.

[138] François ANCEL, *Quel contrat pour demain: les avant-projets de réforme*, RDA, N° 1, janv. 2010, p. 63.

[139] 参见 Ph. Malinvaud, *Le “contenu certain” du contrat dans l’ avant-projet de Chancellerie: de code des obligations ou le stoemp bruxellois aux légumes*, D. 2008. 2551.

[140] 参见 Ph. Rémy, *Le projet de réforme du droit des contrats: premières impressions*, JCP 2008. I. 190, n° 10.

[141] O. Tournafond, *Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français*, D. 2008. 2608.

[142] A. Ghozi et Y. Lequette, *La réforme du droit des contrats: brèves observations sur le projet de la chancellerie*, D. 2008, p. 2613.

[143] 参见 J. Carbonnier, *Obligations*, op. préc., n° 64, p. 135.

[144] 参见 M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, éd. LGDJ, 1899, n° 1037.

[145] 参见 J. Flour, J. -L. Aubert, Y. Flour et E. Savaux, *Les obligations*; 1. L’ acte juridique, op. préc., n° 253.

[146] 参见 F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, op. préc., n° 331, p. 351.

[147] 参见 Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, éd. Defrénois, 2007, n° 207.

[148] X. Lagarde, *Sur l’ utilité de la théorie de la cause*, D. 2007. 743.

[149] 飞利浦·马洛西教授于2008年7月,在巴黎索邦大学举行的法国司法部合同法改革案发布暨研讨会上表达过相似的意见。

可以指向合同的对待给付,也可以代表缔约一方与合同相关的其它经济目的;既可以是无形的、可计算的价值,也可以是无形的、纯心理和精神上的需要。如果人们无法接受原因概念的含混晦涩或复杂艰深,那么从今以后,“利益”也可能成为第二个烦扰法国甚至世界各国法学家的一个不明朗的概念和理论。^[150]至于合同的合法性问题,同样需要进一步的细化。比如:对于违反具有公共秩序性质的强行性规范和指导性规范的行为的法律后果应加以区分。^[151]

三 反思与预测

《法国民法典》合同制度改革工作所引发的学术争论,在本质上是法律思想和理念之争,具体而言,是合同意识形态的冲突。目前看来,这种冲突的激烈程度已使改革陷入胶着状态。事实上,在保守派和改革派之间并不是没有求同存异的妥协性努力。在司法部改革草案起草过程中,法国民法学界至少从立法技术层面对法律条款的设计达成了三点共识,即保持改革草案可利用性(可认知、可理解性)、可预见性和吸引力。按照丹尼·马佐教授的解读,可利用性是指改革草案应当做到文字清晰易懂,结构简单且稳固,内容准确地体现规则背后的合同哲学和理念。^[152]可预见性是要求改革草案应当给与人们全面完整的行为指引,即必须将已经由特别法或司法判例确立的规则,以及法律学说和实践所创设的用于弥补民法典缺漏的规则全部纳入其中,并检查是否还有实际适用的基本合同规则仍存在于民法典之外。^[153]而吸引力旨在重新塑造法国民法典,强化其在欧洲乃至国际法律模式的大市场中的竞争力。为此,改革草案必须在一面继承和发扬法国合同法传统,一面吸收和引进外来思想、价值和观念两条路经之间保持和谐与适度。^[154]

以上三点共识无疑是法国合同法改革内因和外因的直接体现。它们既构成此次改革的指导思想,也是起草工作的技术标准。事实上,前两项标准体现了所有法典化工作的实质要求。但是,立法技术标准的统一仅能部分地解决法律现代化的问题,却无法弥合相互冲突的法律理念和价值上的分歧。而法的可预见性准则虽然可以促进特别法、判例法和习惯法的法典化,但又往往成为保守派抵抗法官裁量权扩张的有利依据,使诚实信用原则难以充分贯彻,实质正义的衡量也无法深入案件细节。

《法国民法典》寄托着法国人历史的光荣和对未来的梦想。因此,保持传统、维护个性是法国法学家们最自然的甚至本能的选择。如何处理开放、引进外来法律制度和继承传统法文化之间的矛盾关系,法国人似乎比我们显得更犹豫和更困惑。让·卡尔波尼埃生前曾表示:“人法的立法工作必须有一个家庭观念做指引;而合同在本质上是社会生活的经济工具,合同法只要做到有用和公正就足够了。”^[155]虽然省却了一个统一的债的观念,合同法的

[150] 持这种忧虑的学者不在少数,分别存在于革新和保守两个对立阵营当中。相关评论可参见 D. Fenouillet, *Regard sur un projet en quête de nouveaux équilibres: présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat*, RDC 2009. n° 35 et n° 36; D. Mazeaud, *op. préc.*, n° 11; A. Ghozi et Y. Lequette, *op. préc.*, n° 12 - n° 14。

[151] 参见 D. Fenouillet, *eod. loc.*, p. 300。

[152] 参见 D. MAZEAUD, *Rapport de synthèse*, in *Colloque sur le projet gouvernemental de réforme du droit des contrats de 2008*, RDC 2009, p. 398。

[153] 同上注, pp. 403 - 404。

[154] 同上注, p. 408。

[155] 此话引自 Pierre CATALA, *La genèse et le dessein du projet*, RDC janvier 2006, p. 11。

改革仍然复杂而艰难,因为持对立意识形态的两派都可以从自己的立场上解释有用和公正的含义。

当协商与调和变得困难重重时,斗争就是不可避免的选择。早在19世纪中叶,德国学者耶林曾指出:“法的思想包含一个与其不可分割的反命题:斗争与和平。和平是法的终极目的,而斗争是实现这一目的的手段。”^[156]“当出现对峙的两派时,每一方都在旗帜上书写法的神圣。一方将历史的法和过去的法誉为神圣,而另一方则把不断发展、更新的法以及人类拥有的基本且永恒的发展的权利尊为神圣。”^[157]耶林的发现在法国民法典合同制度改革中被再一次印证。如今法国民法的改革派和保守派之间的论战就是一场法律理念和价值的斗争。只有通过强大而有说服力的斗争才能实现法国民法典的现代化。即便最终的结果是相互妥协,斗争的过程也不可或缺。

展望法国合同法改革的未来,尽管仍会困难重重,但改革的大道已经拓开,法律现代化的潮流必将奔涌直下,携带着革新的法律思想,摧枯拉朽般地推动法国民法典实现历史性的浴火重生。

[**Abstract**] The reform of contract system under French Civil Code has been carried out in a thorough way and it has become one of today's major events in the field of civil law in France. The hot debate over three drafts of reforms between conservatives and reformers demonstrates two completely different legislative thinking with regard to approaches to French Civil Code and traditional model of French contract law. To repair or to reshape the existing model? Different answers have been provided by the three drafts. The background of reform reveals the fact that the codification of French contract law has not only resulted from the inherent structural and substantial needs of French Civil Law, but also stemmed from close links with the integration of European private law and the development of globalization of commercial contracts. From analysis of the three drafts and academic debate thereof, one may find a crisis that classical principles of contract freedom and compulsory force of contract are facing. And socialization and humanization of contract has generated formal design of usefulness, fairness and morality of contract. As a result, this has led to the expansion of judges' discretion. Ideological conflict, therefore, actually serves as the root of struggle in field of law.

(责任编辑:姚佳)

[156] R. JHERING, *Le combat pour le droit*, trad. de l'allemand par Alexandre-François Meydiou, éd. G. J. Manz, Vienne, Paris, 1875, p. 1.

[157] 同上注, p. 5.