

《国际商事合同通则》与中国合同法的发展

韩世远

内容提要:《国际商事合同通则》作为国际统一私法潮流的代表,在中国引起了立法者、司法者以及学者的高度重视,对于中国合同法的发展产生了巨大的和积极的影响。通过整理立法史料,运用比较方法,以合同标的自始不能、缔约过失责任、先履行抗辩权、违约责任归责原则以及强制履行六个问题为例,具体比较《国际商事合同通则》与我国《合同法》,揭示前者对后者的实际影响,以及中国立法者所作的变动,并尝试分析立法继受的成因。相较于法条的拷贝,理解和把握法条背后的精神更难。立法者在未对比较法有透彻把握和充分论证的情况下,擅自调整改动,容易造成不良后果。在立法完成之后,对立法的解释适用需要进一步参考比较法,准确理解法条背后的精神。本文以无权处分和违约场合的精神损害赔偿为例,进一步说明了《国际商事合同通则》对于《合同法》在解释适用方面的影响。在准备起草新的民法典的当下,需要加强对《国际商事合同通则》的研究。

关键词:国际商事合同通则 自始不能 缔约过失责任 履行抗辩权 违约责任归责原则 强制履行

韩世远,清华大学法学院教授。

一 引言

国际统一私法协会(UNIDROIT)自1994年公布《国际商事合同通则》(Principles for International Commercial Contracts, PICC)以来,又分别于2004年和2010年公布了两个《国际商事合同通则》修订增补版。《国际商事合同通则》作为由多国专家学者共同努力工作的比较法结晶,作为国际层面对合同法的“重述”,^[1]意在成为反映世界上所有主要

[1] M. J. Bonell, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG—Alternatives or Complementary Instruments? 1 *Unif. L. Rev.* n. s. 26, 29, 1996. 该文有梁慧星先生自日译本转译的中译本,见[意]米切尔·波乃尔:《国际商事合同通则与国际货物销售合同公约——是二者择一或相互补充》,梁慧星译,《外国法译评》1999年第2期,第12页以下。

法系状况的“现代共同法(modern *ius commune*)”,^[2]自公布之初,便引起了全世界广泛的关注,作为“软法”,凭借其自身的说服力,取得了巨大的成功。这种成功,一如波乃尔(Michael Joachim Bonell)教授评介 2004 版《国际商事合同通则》时所概括的,为学术界所接纳、为国内立法者作示范、作为合同谈判的指南、由当事人选作为规范其合同的法律以及在司法程序中适用。^[3] 1996 年 8 月,《国际商事合同通则》中译本在中国出版,^[4]自此,《国际商事合同通则》正式进入中文世界,并影响到了中国《合同法》的起草。

中国目前的《合同法》在 1999 年通过和生效,而该法的起草则可以回溯至 1993 年。1993 年底,中国立法机关委托部分学者先提出一个关于统一合同法的立法方案,该方案由中国社会科学院法学研究所的梁慧星研究员等专家学者起草完成,在 1993 年 11 月 4 日法制工作委员会邀请北京部分专家出席的研讨会及 1994 年 1 月法制工作委员会邀请全国 10 多个单位的专家出席的讨论会征求意见和论证,最后确定下来,并由法制工作委员会委托 12 个单位的学者分别起草一章或几章。1994 年 11 月,各单位起草的条文汇总,由梁慧星研究员等人统稿完成合同法建议草案,共 34 章 528 条,于 1995 年 1 月提交全国人大常委会法制工作委员会。^[5] 这个草案被称为“合同法建议草案”(试拟稿)。在此之后,还出现过其他重要草案,包括 1997 年 5 月 14 日“征求意见稿”和 1998 年 8 月 20 日“合同法(草案)”。如今,人们并不质疑《国际商事合同通则》影响了中国《合同法》,但《国际商事合同通则》如何影响了中国《合同法》? 对此,则需要作具体的比较和分析。另外,《国际商事合同通则》不仅影响了中国《合同法》的起草,在一定程度上也影响了《合同法》的解释适用,这种影响是持续存在的,甚至可以说,对于将来的民法典,也会发生影响。本文拟就上述前两个方面作分析,揭示《国际商事合同通则》与中国合同法的关系。

二 《国际商事合同通则》与中国合同法的制定

(一) 合同标的自始不能

“合同法建议草案”(试拟稿)第 36 条规定:“合同标的自始不能的,合同无效。但其不能的情形可以除去,且当事人于订立合同时预期能为履行的,合同有效。”“合同标的一部分不能时,合同就其他部分有效。”这样的规定,应该说是追随了《德国民法典》原第 306 条^[6]

[2] M. J. Bonell, *Unification of Law by Non-Legislative Means: The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts*, 40 *Am. J. Comp. L.* 617, 618, 1992.

[3] M. J. Bonell, *UNIDROIT Principles 2004—The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law*, 9 *Unif. L. Rev.* n. s. 5, 7-17, 2004. 该文中译本,见张玉卿主编:《国际统一私法协会 UNIDROIT 国际商事合同通则 2004》,中国商务出版社 2005 年 1 月版,第 3 页以下。

[4] 对外贸易经济合作部条约法律司编译:《国际统一私法协会国际商事合同通则》(中英文对照),法律出版社 1996 年版。

[5] 梁慧星:《从“三足鼎立”走向统一的合同法》,《中国法学》1995 年第 3 期。另外,《中华人民共和国合同法(建议草案)》可见于梁慧星主编:《民商法论丛》第 4 卷,法律出版社 1996 年版,第 439-539 页。该草案亦可见于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 1 月版,第 15-100 页,被该书编者称为“合同法试拟稿(合同学者建议稿)”。

[6] 《德国民法典》原第 306 条(不能给付):“以不能给付为标的的契约,无效。”2002 年后,该条已被删除。

和我国台湾地区“民法”第 246 条第 1 款,^[7]今天看来属于比较老旧的规则,但在当时的背景下起草者则认为这是该草案“注重法律的科学性和实用性”的表现。^[8]另外,查看“合同法建议草案”(试拟稿)第十章“买卖合同”关于风险负担的规定,仅于第 169 条规定了一般规则,采交付主义立场,并没有像《联合国国际货物销售合同公约》(以下简称《公约》)那样具体规定在途货物买卖的风险负担规则。

上述内容在“征求意见稿”(1997 年 5 月 14 日)中没有规定。依立法机关人士所作说明,所谓“不能”的确切含义是什么?订立合同时还没有标的是不是就是“不能”?与错误的问题如何划清界限?从国际上合同制度的趋势上看,标的不能一般不作为合同不成立或者合同无效来处理,交不了货就是违约,承担违约责任。^[9]由此可见,立法者这时已经具有了相应的问题意识。

放弃自始不能合同无效规则的现代发展趋势至少从《公约》便已呈现,尽管《公约》并不规定合同效力问题,但《公约》第 68 条关于在途货物买卖的风险负担规则,实际上是以自始不能合同有效为前提的。1994 版《国际商事合同通则》第 3.3 条(自始不能)第一款规定:“合同订立时不可能履行所承担之义务的事实本身不影响合同的效力。”该款规定系顺应现代发展趋势,即使与合同相关的财产在合同订立时已经灭失,合同仍然有效,自始履行不能与合同订立后发生的履行不能其结果是一样的。当事人因一方(或甚至是双方)不能履行而产生的权利和义务根据有关不履行的规则确定。

《国际商事合同通则》上述明确的规定,反映了合同法的现代发展趋势,无疑对中国立法者产生了影响,最终放弃“合同法建议草案”(试拟稿)第 36 条的老旧规则。中国《合同法》并没有明确规定像《国际商事合同通则》第 3.3 条那样的内容,以至于在《合同法》颁布后学者多数说仍持传统观点,^[10]但《合同法》第 144 条关于在途货物买卖的风险负担规则学习了《公约》第 68 条,理应以标的自始不能合同依然有效为前提。另外,《合同法》第 117 条第 1 款前段规定因不可抗力不能履行合同的,根据不可抗力的影响,部分或者全部免除责任,但法律另有规定的除外。对于该条的解释,也应参考《公约》第 79 条相应的解释,不区分不可抗力究竟是在合同成立之后发生的抑或在此之前业已发生。^[11]对于

[7] 我国台湾地区“民法”第 246 条(契约标的不能给付之效力):“1 以不能之给付为契约标的者,其契约为无效。但其不能情形可以除去,而当事人订约时并预期于不能之情形除去后为给付者,其契约仍为有效。”

[8] 梁慧星:《从“三足鼎立”走向统一的合同法》,《中国法学》1995 年第 3 期,第 16 页。

[9] 杨明仑:《从合同法试拟稿到征求意见稿——〈中华人民共和国合同法(征求意见稿)〉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 106-107 页。围绕履行不能问题,在《合同法》制定过程中的争议,可参阅王利明:《合同法研究》第二卷,中国人民大学出版社 2011 年修订版,第 537-538 页。

[10] 比如梁慧星:《民法总论》,法律出版社 2001 年第 2 版,第 188 页;龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社 2002 年第 2 版,第 466 页及第 479 页;孙宪忠主编:《民法总论》,社会科学文献出版社 2004 年版,第 211 页;徐国栋:《民法总论》,高等教育出版社 2007 年版,第 362 页;魏振瀛主编:《民法》,北京大学出版社、高等教育出版社 2007 年第 3 版,第 157 页;陈华彬:《民法总论》,中国法制出版社 2011 年版,第 376 页。

[11] See H. Stoll, in P. Schlechtriem (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2nd ed., Translated by G. Thomas, Clarendon Press Oxford, 1998, p. 609; M. J. Bonell, *An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 3rd ed., Transnational Publishers Inc. 2005, p. 115.

《合同法》上述规则背后的这层精神,如果没有很好地领会,在解释适用上难免出现偏差。有观点认为,合同标的须确定和可能,按照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 1 条的规定及其精神,已经划归合同的成立要件范畴,而不在合同的有效要件中探讨。按照这种观点,如果合同标的自始不能,似乎合同便不成立。果如此,与《合同法》第 144 条及《公约》第 68 条等规定的精神显有不符。细看上述司法解释第 1 条第 1 款,“人民法院能够确定当事人名称或者姓名、标的和数量的,一般应认定合同成立”。提到的是标的的“确定”,并未言及“可能”与否问题,如此简单地将标的可能(或者自始不能)问题划入合同成立要件范畴,似有不妥。不过,随着对于比较法研究的深入,传统的“自始不能”观念现在已为越来越多的学者所放弃。^[12]

(二) 缔约过失责任

“合同法建议草案”(试拟稿)第 29 条和第 30 条规定了缔约过失责任。“合同法建议草案”(试拟稿)第 29 条(缔约过失)规定:“当事人在为订立合同而进行磋商的过程中,相互负有协力、保护、通知及其他依诚实信用原则和交易惯例所要求的义务。”“当事人违反前款义务,给对方造成损害的,应当承担赔偿责任。”第 30 条(保密义务)规定:“在为订立合同而进行磋商的过程中,若一方当事人提供信息时要求保密,则另一方当事人有义务不泄露或者不得不正当使用这些信息。如违反上述义务,受损害的当事人有权请求损害赔偿。”第一个条文规定了协力、保护、通知等具体的先合同义务,违反诸此义务,发生损害赔偿。两个条文的文字表述,透露着比较鲜明的德国法学的影响痕迹。这一点参照《〈中华人民共和国合同法〉立法方案》就会更加明确,略谓:“采纳德国法上的缔约过失责任制度。可规定缔约之际,当事人负有相互保护、通知义务;并规定相应的责任。此所谓缔约过失责任包括合同不成立时对先期履行的返还及所发生损害的赔偿。”上述规范的特点在 1996 年 6 月的“合同法草案第三稿”中也得到维持,尽管两个条文被合并成为一个条文。相应地,缔约过失责任被作为“合同义务的扩张”的典型事例,“第三稿明定诚实信用原则是所谓前合同义务、附随义务和后合同义务根据,更加突出了诚实信用原则的地位,使条文的法理逻辑更为严谨,并符合了现代民法扩张合同义务及强调诚实信用原则的地位和作用的发展潮流。”^[13]

1996 年 8 月《国际商事合同通则》中译本出版,其中第 2.15 条规定“恶意谈判”,1994 版《国际商事合同通则》第 2.15 条(恶意谈判)规定:“(1)当事人可自由进行谈判,并对未达成协议不承担责任;(2)但是,如果一方当事人以恶意进行谈判,或恶意终止谈判,则该方当事人应对因此给另一方当事人所造成的损失承担责任;(3)恶意,特别是指一方当事人在无意与对方达成协议的情况下,开始或继续进行谈判。”第 2.16 条规定“保密义务”。1994 版《国际商事合同通则》第 2.16 条(保密义务):“在谈判过程中,一方当事人以保密性质提供的信息,无论此后是否达成合同,另一方当事人有义务不予泄露,也不得

[12] 比如梁慧星先生在 2011 年出版的著作中,便修正了从前的立场,主张标的是否可能,不再是影响法律行为效力的要件。我国《民法通则》及《合同法》均不以标的可能为法律行为生效要件。梁慧星:《民法总论》,法律出版社 2011 年第 4 版,第 172 页。另外,可参见马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社 2010 年第 4 版,第 189 页。

[13] 梁慧星:《民法学说判例与立法研究》(二),国家行政学院出版社 1999 年版,第 141 页。

为自己的目的不适当地使用这些信息。在适当的情况下,违反该义务的救济可以包括根据另一方当事人泄露该信息所获得之利益予以赔偿。”第 2.15 条并不是规定当事人在磋商过程中具体的行为义务,而是规定具体的行为方式,使之直接发生赔偿责任。

“征求意见稿”(1997 年 5 月 14 日)虽维持第三稿以一个条文规定缔约过失责任的特点,第 24 条规定:“当事人在订立合同过程中,因违背诚实信用原则或者交易习惯给对方造成损害的,应当向对方赔偿因此而受到的实际损失。当事人在订立合同过程中,因泄露或者不正当地使用对方秘密造成损害的,应当承担赔偿责任。”值得注意的是,起草者已经开始放弃规定具体的先合同义务,转向规定具体的发生损害赔偿责任的行为方式。这一特点,恰恰与《国际商事合同通则》一致。对该规定,有意见提出,“征求意见稿对缔约过失责任的规定比较原则,建议进行具体化,划清缔约过失与正当的缔约权之间的界限,防止实践中滥用这一制度。”^[14] 此后的草案及最终的立法将这样的条文分解成两个条文,由列举先合同义务的类型转为列举具体的发生责任的行为方式,这种转变,究其原因,可以说是为了增强规定的可操作性,《国际商事合同通则》的规定方式在这点上恰恰优于单纯地列举先合同义务的类型。

《合同法》第 42 条和第 43 条规定缔约过失责任和保密义务。^[15] 第 42 条规定了三项内容,均是针对具体的行为,而没有再出现具体的先合同义务。当然,在学理解释上,这些行为背后均可体现出某种行为义务。学者公认,这样的规定受到了《国际商事合同通则》的影响,^[16] 又在《国际商事合同通则》基础上有所发展,即第二项和第三项,使得缔约过失责任的发生场景进一步拓展。第 43 条是专门针对保密义务,也与《国际商事合同通则》的规定有很大的相似性。二者的差异在于,《合同法》第 43 条没有具体化损害赔偿的内容,而《国际商事合同通则》规定的依泄露秘密方所获利益确定损害赔偿(所谓 disgorgement),对于实务操作,很有助益,尤其值得我们在解释适用第 43 条时借鉴吸收。^[17]

(三) 先履行抗辩权

在双务合同场合,一方当事人可否基于双方债务之间的牵连关系而在特定情形下享有中止履行债务的权利,是一项重要问题。在大陆法传统中,有所谓 *exceptio non adimpleti contractus* 的概念,可译作“不履行合同的抗辩”,典型代表如《德国民法典》第 320 条(不履行合同的抗辩权 *Einrede des nichterfüllten Vertrags*)。此外,还有另外一种抗辩,即《德国民法典》第 321 条(不安抗辩权 *Unsicherheitseinrede*)。西法东渐,这两个概念便分别被转

[14] 杜涛:《从合同法征求意见稿到合同法草案——〈中华人民共和国合同法(草案)〉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 164 页。

[15] 《合同法》第 42 条:“当事人在订立合同过程中有下列情形之一,给对方造成损失的,应当承担损害赔偿责任:(一)假借订立合同,恶意进行磋商;(二)故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况;(三)有其他违背诚实信用原则的行为。”第 43 条:“当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密,无论合同是否成立,不得泄露或者不正当地使用。泄露或者不正当地使用该商业秘密给对方造成损失的,应当承担损害赔偿责任。”

[16] “我国合同法第 42 条的规定完全借鉴了国际商事合同通则的经验。”王利明:《合同法新问题研究》,中国社会科学出版社 2003 年版,第 131 页。

[17] 谢怀栻先生也曾注意到这一点,参见谢怀栻:《民法总则讲要》,北京大学出版社 2007 年版,第 198 页。

换为“同时履行抗辩权”和“不安抗辩权”，这样的概念，在东亚地区（包括日本、^{〔18〕}韩国、^{〔19〕}台湾地区以及中国大陆）被普遍使用。从“不履行合同的抗辩权”到“同时履行抗辩权”的词语转换，不意间带出了一系列无谓的误读、误解和误判，这一点从立法机关“释义”时所作的说明可见一斑，略谓“同时履行指双方当事人同一时间同时相互对待给付”；“同时履行的情形是不多的”。^{〔20〕}

“合同法建议草案”（试拟稿）第四章“合同的履行”第二节“双务合同的抗辩权”以两个条文分别规定了同时履行抗辩权和不安抗辩权。其中，第 66 条第一款规定双务合同的同时履行原则；第二款规定了同时履行抗辩权，即：“双务合同中双方债务均已到履行期，一方当事人在对方未履行或者提出履行之前有权拒绝其履行请求，对方当事人仅履行部分或者履行不适当的，则仅得在未履行或不适当履行的范围内拒绝对方的履行请求。”实际上其中根本没有“先履行抗辩权”（或称“后履行抗辩权”）概念。

讨论中有人认为应当规定后履行抗辩权，因我国司法实践中存在一方当事人因先履行的另一方当事人不履行而没有履行，有的法院认为后履行的当事人也有违约的情况。也有人提出，后履行抗辩权可以包括在同时履行抗辩权范围以内，还有人认为后履行抗辩权与同时履行抗辩权可以细分出来，并且有针对性地规定。对这一问题，《国际商事合同通则》第 7.1.3 条第（2）款规定：“凡当事人各方应相继履行合同义务的，后履行的一方当事人可在应先行履行的一方当事人完成履行之前拒绝履行。”考虑到讨论中的意见和《国际商事合同通则》的规定，在规定了同时履行抗辩权的同时，“征求意见稿”第 47 条规定了后履行抗辩权：“按照合同约定或者交易习惯应当首先履行债务的当事人未履行债务，另一方当事人可以中止履行自己的债务。”^{〔21〕}

值得注意的是，1994 版《国际商事合同通则》第 7.1.3 条（Withholding performance）规定了两款内容，其“注释”明确指出，“本条须与第 6.1.4 条（履行顺序）结合起来理解。本条与救济方法有关，并且实际上是与大陆法的不履行合同的抗辩（*exceptio non adimpleti contractus*）的概念相一致的。”由此可见，“不履行合同的抗辩（权）”本身包括两方面的内容，其一针对同时履行情形；其二针对异时履行情形。这两种情形被统一在“不履行合同的抗辩（权）”概念下，到了东亚被称为“同时履行抗辩权”。

中国的立法者似乎并未充分注意上述制度内涵以及术语转换的特点，而是“望文生义”地理解“同时履行抗辩权”只是针对同时履行的情形，不包括异时履行的情形。进而，在借鉴《国际商事合同通则》第 7.1.3 条时，将这样一个条文人为地拆解为两个条文，以

〔18〕 参见〔日〕大村敦志：《基本民法Ⅱ债权各论》，有斐阁 2010 年第 2 版，第 40 页以下；〔日〕山本敬三：《民法讲义Ⅳ-1 契约》，有斐阁 2010 年版，第 74 页以下。

〔19〕 参见〔韩〕金相容：《债权各论》（改订版），法文社 2004 年版，第 86 页以下；〔韩〕池元林：《民法讲义》，弘文社 2010 年第 8 版，第 1325 页以下。

〔20〕 胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，法律出版社 1994 年版，第 115 页。

〔21〕 杨明仑：《从合同法试拟稿到征求意见稿——〈中华人民共和国合同法（征求意见稿）〉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 107 - 108 页。

“创新”的姿态,创制出一个全新的权利:先履行抗辩权(或称“后履行抗辩权”^[22])。然而,这样的“创新”,在中国也带来了解释上的麻烦,因为人们须先行确定双方债务的履行顺序:究竟是同时抑或是异时?由此给下述情形的处理带来分歧:双方互负债务且有先后履行顺序,双方债务均已到期,后履行一方未履行而要求对方履行,此时,对方可否以后履行一方未履行而拒绝自己的履行?由于双方债务有先后履行顺序,故无法适用《合同法》第66条,因为该条要求“没有先后履行顺序”。而第67条只是规定后履行一方有权拒绝先履行一方的履行要求,没有规定先履行一方可否拒绝后履行一方也该履行却未履行时的履行要求。第68条规定的不安抗辩权,也无法解决上述问题。因而有学者指出《合同法》存在法律漏洞。^[23]另有学者持相反的意见,认为不存在法律漏洞。篇幅所限,此问题不在本文中展开。这种争议的发生,基本上可归结于如何理解“同时履行抗辩权”及“先履行抗辩权”。表面上看,只不过是将一个事物一分为二并给予两个不同的“名字”,无关宏旨,其实不然。先履行抗辩权的分立,一方面增加了解释或者界定的成本,另一方面,两种抗辩权背后的实质却是一样的,即一时性地拒绝履行(中止履行),故未因此带来相应的收益,反而创制出了一处法律漏洞,实属无益的“创新”。这也提示人们,确有必要反思这样的“创新”,谨慎对待类似的“创新”。

(四)提前履行与部分履行

“合同法建议草案”(试拟稿)第63条规定“严格履行”作为合同履行的原则,在第四章“合同的履行”中并没有任何关于提前履行与部分履行的规则,而按照严格履行原则,显然不可以提前履行与部分履行。

“征求意见稿”第49条规定了提前履行问题,即:“债权人可以拒绝债务人提前履行债务,但提前履行不给债权人增加负担的除外。”“债权人可以请求债务人支付因提前履行债务增加的费用。”关于部分履行,没有专门规定。

“合同法(草案)”(1998年8月20日)第72条规定提前履行,将“征求意见稿”第49条第一款“但书”修改为“但提前履行不损害债权人利益的除外”;第二款修改为“债务人提前履行债务给债权人增加的费用,由债务人负担。”第73条分两款新增规定部分履行,即“债权人可以拒绝债务人部分履行债务,但部分履行不损害债权人利益的除外。”“债务人部分履行债务给债权人增加的费用,由债务人负担。”最终,这两个条文成为了《合同法》中的第71条和第72条。

从上述立法草案的变化过程引出一个基本的追问:为何会从“严格履行”(作为“契约严守”的当然结果)转变为有条件地接纳提前履行与部分履行的规则呢?这种规则是从哪里来的呢?查看1994版《国际商事合同通则》,第6.1.5条(提前履行)和第6.1.3条(部分履行)的规定,第6.1.5条(提前履行)规定:“(1)债权人可拒绝接受提前履行,除非债权人这样做无合法利益。(2)一方当事人接受提前履行并不影响其履行自己义务的时间,如果该时间已经确定,而不管另一方当事人义务的履行如何。(3)因提前履行给债

[22] 比如王利明教授认为,此种抗辩权是我国《合同法》在同时履行抗辩权和不安抗辩权之外新增加的一种抗辩权,也是一项为我国《合同法》所独创的抗辩制度。王利明:《合同法研究》(第二卷),中国人民大学出版社2011年修订版,第82页。

[23] 韩世远:《构造与出路:中国法上的同时履行抗辩权》,《中国社会科学》2005年第3期。

权人带来的额外费用应由债务人承担,并且不得损害任何其他救济方法。”第 6.1.3 条(部分履行)规定:“(1)当履行到期时,债权人有权拒绝任何部分履行的请求,无论该请求是否附有对未履行部分的担保,除非债权人这样做无合法利益。(2)因部分履行给债权人带来的额外费用应由债务人承担,并且不得损害任何其他救济方法。”由此我们不难看出,1994 版《国际商事合同通则》上述两个条文对于中国立法起草者所产生了影响,^[24] 尽管在条文的具体文字表述上有所变动。至于接受提前履行及部分履行的规则的原因,应该说当时中国民法理论也有了相应的基础,认为“债务人无任意为一部履行的权利。因而对债务人的一部履行,债权人自得拒绝受领,并不负受领迟延责任。但依诚实信用原则,有时一部履行对债权人并无不利或不便时,债权人不得拒绝受领。”^[25] 有学者指出这种理论是受台湾地区法学理论的影响,并被《合同法》的起草者所吸收。^[26] 这种评论,虽有一定的道理,但并不全面或者并不确切,因为“合同法建议草案”(试拟稿)毕竟没有规定部分履行和提前履行,尽管那时已有上述理论,而且其作者本人直接参与了“合同法建议草案”(试拟稿)的起草和统稿工作。^[27] 通过立法史料的分析,可以看出,恰恰是在《国际商事合同通则》的中译本出版后,相关的规定才逐渐出现在《合同法》的草案及最终立法当中的。《国际商事合同通则》关于提前履行以及部分履行的明确规定,遇上了相对应的理论,才最终使之在《合同法》中确立下来。

(五) 违约责任(归责原则)

“《中华人民共和国合同法》立法方案”第八章“违约责任”第一节“一般规定”中,关于责任原则,有如下明确表述:“违约责任虽为过失责任,但并不要求受害人对违约方的过失举证,而是允许违约方证明自己无过失而获免责。实际上为过失推定责任。因此,本法应明文规定,采过失推定责任原则。”

“合同法建议草案”(试拟稿)第 138 条规定:“合同当事人一方不履行合同债务或者其履行不符合法定或者约定条件的,应当承担违约责任。但当事人能够证明自己没有过错的除外。”^[28] 该稿确定的是过错责任原则。在“征求意见稿”中,上述归责原则发生了变化,第 76 条第一款规定:“当事人不履行债务或者履行债务不符合合同约定或者法律规定的,应当承担违约责任。”转变为“严格责任”原则。^[29] 其变化的理由之一在于,“国际上,在规定违约责任时一般也不规定过错问题。”^[30] 作为参照,被提及的有《公约》第 45 条

[24] 全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《〈中华人民共和国合同法〉与国内外有关合同规定条文对照》,法律出版社 1999 年版,第 59-60 页,与《合同法》第 71 条和第 72 条所对照的比较法只有《国际商事合同通则》第 6.1.5 条和第 6.1.3 条。

[25] 王家福主编:《中国民法学·民法债权》(张广兴执笔),法律出版社 1991 年版,第 197 页;张广兴:《债法总论》,法律出版社 1997 年版,第 264 页。

[26] 薛军:《部分履行的法律问题研究——〈合同法〉第 72 条的法解释论》,《中国法学》2007 年第 2 期,第 67 页。

[27] 梁慧星:《从“三足鼎立”走向统一的合同法》,《中国法学》1995 年第 3 期,第 12 页。

[28] 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 40 页。

[29] 梁慧星:《从过错责任到严格责任》,载其主编:《民商法论丛》第 8 卷,法律出版社 1997 年版,第 1-7 页。

[30] 杨明仑:《从合同法试拟稿到征求意见稿——〈中华人民共和国合同法(征求意见稿)〉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 109 页。

和第 61 条,1994 版《国际商事合同通则》第 7.4.1 条以及《欧洲合同法原则》(PECL)第 101 条。赞同这一修改的意见认为,“如果说《联合国国际货物销售合同公约》采纳严格责任原则是受英美法的影响的话,则《国际商事合同通则》和《欧洲合同法原则》之采纳严格责任,应该被认为是两大法系的权威学者在经过充分的斟酌权衡之后所达成的共识,反映了合同法发展的共同趋势。”^[31]

如今,《合同法》第 107 条的规定,没有采纳以过错为违约责任构成要件的立场,确立了严格责任原则的基本地位,这确实受到了包括《国际商事合同通则》在内的合同法国际发展趋势的影响。

(六) 履行请求权(强制履行)

关于履行请求权(强制履行),我们也可以看出中国《合同法》受到了 1994 版《国际商事合同通则》的影响。

“《中华人民共和国合同法》立法方案”第八章“违约责任”分为五节,分别为第一节“一般规定”;第二节“违约金”;第三节“损害赔偿”;第四节“其他方式”(拟规定强制实际履行;定金制裁;修理、更换、重作。);第五节“责任竞合”。这样的设计呈现出“违约金及损害赔偿优位、强制实际履行劣后”的思想。另外,“立法方案”明确了强制实际履行的条件:受害人请求;合同有履行可能;有强制履行必要;法院认为适于强制履行。

“合同法建议草案”(试拟稿)第 154 条规定强制实际履行,即:“债务人违约后,如债务履行仍有可能,债权人可不解除合同,而向法院申请强制实际履行,但下列情形除外:(一)强制债务人实际履行合同费用过巨的;(二)依合同性质不宜强制实际履行的。”第 142 条(不能履行)第 3 款规定:“本条规定不适用于金钱债务。”前者是作为违约责任方式,后者则是出现在违约责任的一般规定。从第 154 条规定的“但书”(负面清单),反映出实际的起草者并未完全遵循“立法方案”的要求。

“征求意见稿”在“违约责任”章中删除了对于违约形态的具体规定,于第 84 条细化了对于强制实际履行责任的规定,即:“当事人一方违约后,有下列情形之一的,另一方可以请求人民法院强制实际履行:(一)依照法律或者根据国家计划管理需要订立合同的;(二)标的物为不动产的;(三)标的物在市场上难以购买的;(四)其他确有必要强制实际履行的。”“强制实际履行不影响当事人请求支付违约金或者赔偿损失。”与前一草案相比,关于强制实际履行,由规定不适用强制实际履行的例外情形(负面清单),回归到“立法方案”的要求,并在某种程度上,体现出受英国衡平法影响的痕迹。^[32] 而关于金钱债务,没有特别规定。

“合同法(草案)”(1998 年 8 月 20 日)则又是一变,此时一度呈现的“违约金及损害赔偿优位、强制实际履行劣后”思潮已然退却,关于违约责任的规定依次呈现为强制履行、补救措施、违约金、损害赔偿等。关于强制履行,分别金钱债务与非金钱债务,用两个

[31] 梁慧星:《从过错责任到严格责任》,载其主编:《民商法论丛》第 8 卷,法律出版社 1997 年版,第 5 页。

[32] G. Treitel and E. Peel, *The Law of Contract*, 12th ed., Sweet & Maxwell 2007, p. 1100; E. McKendrick, *Contract Law: Text, Cases, and Materials*, 6th ed., Oxford University Press 2014, p. 917.

条文加以规定,分别是第 115 条和第 116 条。第 116 条放弃正面规定强制履行,改采负面清单。查看两个条文的内容,可以看出受 1994 版《国际商事合同通则》第 7.2.1 条(金钱债务的履行)和第 7.2.2 条(非金钱债务的履行)的影响。《合同法》第 109 条和第 110 条继续保持了这样的规定。

《合同法》在履行请求权(强制履行)问题上为何要学习《国际商事合同通则》呢? 这要回归到制定统一合同法的立法指导思想。其中之一便是要与国际接轨,与国际公约和国际惯例协调一致。《公约》第 28 条迁就普通法传统,规定“除非法院依照其本身的法律对不属本公约范围的类似销售合同愿意这样做”,法院没有义务做出判决,要求具体履行合同义务。而普通法对于强制履行往往要求苛刻的条件,比如合同标的物具有“商业上的独特性”。^[33] 《公约》第 28 条的折中立场显然难以被国内立法效仿。《国际商事合同通则》的出现,恰好填补了《公约》的上述问题。《国际商事合同通则》以两个条文分别规定金钱债务与非金钱债务的履行请求权,成功调和两大法系在履行请求权(强制履行)问题上的尖锐对立,很快便被中国《合同法》的立法者所相中;另外,由于它自身的说服力,在被继受时基本没有遇到什么阻力。

依《国际商事合同通则》对于第 7.2.1 条的“注释”,该条中的“要求”一词既指一方当事人向另一方当事人提出的要求,又指必要时由法庭对这一要求作出的强制履行。^[34] 从第 7.2.1 条和第 7.2.2 条的文字表述看,也符合其所在节的标题“要求履行的权利”。反观中国《合同法》第 109 条和第 110 条,其条文的文字表述也是关于权利的,是对于“履行请求权”的规定,严格来说并非是对强制履行责任的表述,直接置于《合同法》第七章“违约责任”标题之下,似有不当。^[35] 这一问题,将来制定民法典时,宜有所调整。

以上从六个方面,比较《国际商事合同通则》与中国《合同法》,揭示后者具体地是如何受到了前者的影响。当然,对于二者,还可以作更多的比较,二者之间还有更多的相似之处,比如,对于意思通知采到达主义,在这点上 1994 版《国际商事合同通则》(第 1.9 条)与中国《合同法》(第 16 条关于要约;第 26 条第 1 款关于承诺;第 96 条第 1 款关于解除通知)是共同的。与此有别,《公约》对于宣告合同无效的声明则是采发出主义(第 26 条及第 27 条),尽管对于要约(第 15 条第 1 款)和承诺(第 18 条第 2 款)是采到达主义。限于篇幅,不再作进一步的比较。

三 《国际商事合同通则》与中国合同法的解释适用

(一) 无权处分

《国际商事合同通则》不仅影响到了中国的立法,同样也影响到了中国法的解释适用,一个典型的事例是关于无权处分问题。

[33] Vgl. P. Schlechtriem/U. G. Schroeter, Internationales UN-Kaufrecht, 5. Aufl., Mohr Siebeck, S. 156.

[34] 《国际商事合同通则》第 7.2.1 条“注释”。对外贸易经济合作部条约法律司编译:《国际统一私法协会国际商事合同通则》(中英文对照),法律出版社 1996 年版,第 147 页。

[35] 韩世远:《合同法总论》,法律出版社 2011 年第 3 版,第 602-603 页。

尽管关于自始不能问题中国《合同法》符合了国际潮流,但关于无权处分,立法者起初确是悖于该潮流的。《合同法》第51条规定:“无处分权的人处分他人财产,经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的,该合同有效。”立法之初,尽管有不同的解释论构成,^[36]主导性的意见是就该条作反面解释,即无权处分若未经权利人追认或者无处分权的人订立合同后未取得处分权的,该合同无效。^[37] 尽管善意取得制度可以在某种程度上对善意相对人有所帮助,在无法构成善意取得场合,上述解释论的构成,其不足显而易见,在合同无效场合,相对人无法主张无权处分人承担违约责任,只能主张其承担合同无效场合的缔约过失责任。

1994版《国际商事合同通则》第3.3条(自始不能)第2款规定:“合同订立时一方当事人无权处置与该合同相关联之财产的事实本身不影响合同的效力。”其解释谓:一些法律体系对于在这种情况下订立的销售合同宣告无效。但考虑到“自始不能”和其他正当理由,本条第二款认为这种合同有效。实际上,签约人的确经常在合同订立之后获得对财产的合法权利或处分权。若签约人事后未获得这些权利,则可适用有关不履行的规则。^[38] 《欧洲合同法原则》第4.102条的立场与此相似,该条规定:“仅仅由于合同成立时所负债务的履行不能或由于一方当事人无权处分合同关涉的财产,合同并不无效。”^[39]

2012年最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第三条规定:“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的,人民法院不予支持。”“出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移,买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的,人民法院应予支持。”至此,关于无权处分问题,由学说争论到司法解释的明确规定,基本上为此划上了一个句号。在这样的一个转变过程中,应该说《国际商事合同通则》第3.3条的基本规定,发挥了重要的示范作用。^[40]

(二) 违约场合的精神损害赔偿

因一方当事人违约导致另一方遭受精神损害,可否在合同诉讼中对此主张损害赔偿,在中国向来存在不同意见。早在《合同法》出台之前,中国便有学者基于比较法的考察以及中国的司法裁判情况,主张立法肯定违约场合的非财产损害赔偿。^[41] 但是,《合同法》并未对此明确表态,以致于这个问题需要留给学说作进一步的解释论展开。在司法裁判方面,多数持保守立场,比如2010年《最高人民法院关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》第21条规定:“旅游者提起违约之诉,主张精神损害赔偿的,人民法院应告

[36] 注意到上述国际潮流,在《合同法》出台后,中国便开始有学者尝试新的解释论展开,比如韩世远:《无权处分与合同效力》,《人民法院报》1999年11月23日第3版。

[37] 梁慧星:《如何理解合同法第五十一条》,《人民法院报》2000年1月8日第3版。

[38] 对外贸易经济合作部条约法律司编译:《国际统一私法协会国际商事合同通则》(中英文对照),法律出版社1996年版,第54页。

[39] 见《欧洲合同法原则》(韩世远译),载梁慧星主编:《民商法论丛》第12卷,法律出版社1999年版,第845页。

[40] 参见最高人民法院民事审判第二庭编著:《最高人民法院关于审理买卖合同司法解释理解与适用》,人民法院出版社2012年版,第79页以下。

[41] 韩世远:《非财产上损害与合同责任》,《法学》1998年第6期。

知其变更为侵权之诉；旅游者仍坚持提起违约之诉的，对于其精神损害赔偿的主张，人民法院不予支持。”不过，司法裁判中仍可发现一些裁判事例，法院支持了违约场合的精神损害赔偿，反映出司法界的固有成见业已冰泮，在诸如婚庆服务合同^[42]（骨灰）保管合同^[43]等案型中支持了精神抚慰金。

反观 1994 版《国际商事合同通则》的规定，其第 7.4.2 条（完全赔偿）第（2）款规定：“此损害可以是非金钱性质的，例如包括肉体或精神上的痛苦。”其“注释”写道：“本条第（2）款明确规定对非金钱性质的损害也可赔偿。这可能是悲痛和痛苦，失去生活的某些愉快，丧失美感等等，也指对名誉或荣誉的攻击造成的损害。”^[44]时至今日，应该在既有立法框架下，参考《国际商事合同通则》等国际潮流的示范，思考如何作新的解释论构成。笔者认为，自解释论立场看违约案件中的非财产损害赔偿，宜注意以下几点：

其一，将保护合同当事人的人身和财产利益作为我国合同法的目的之一，乃是我国合同法秩序应有的要求。^[45]《合同法》第 1 条明确了其立法目的之一即是“为了保护当事人的合法权益”；第 53 条明定免除造成对方人身伤害责任的条款无效；《合同法》明确承认先合同义务、附随义务和后合同义务（参见第 43、60、92 条等的规定），具体包括通知、协助、保密等义务，由此可以看出，我国合同法所保护的合同当事人的合法权益，并不以财产利益或者履行利益为限，除此之外，尚包括固有利益，其内容并不限于财产利益，尚得包括非财产利益（生命、健康、身体、人格等）。在审判实务中，我国法院对于宾馆向入住宾馆客人作出的“24 小时的保安巡视，确保您的人身安全”的服务质量承诺，也是积极认可；在宾馆违反其承诺的义务场合，法院肯定了相应的损害赔偿。^[46]《合同法》虽未明确使用“非财产损害”或“精神损害”用语，但第 112 条中的“其他损失”可以包括非财产损害。^[47]

其二，《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（法释[2003]20 号）第 1 条第 1 款规定：“因生命、健康、身体遭受侵害，赔偿权利人起诉请求赔偿财产损失和精神损害的，人民法院应予受理。”而依同条第 2 款，“本条所称‘赔偿权利人’，是指因侵权行为或者其他致害原因直接遭受人身损害的受害人、依法由受害人承担扶养义务的被扶养人以及死亡受害人的近亲属。”依同条第 3 款，“本条所称‘赔偿义务人’，是指因自己或者他人的侵权行为以及其他致害原因依法应当承担民事责任的自然人、法人或者其他组织。”显然，对于人身损害赔偿诉讼的提起，并非以“侵权行为”为限，另外尚有“其他致害原因”，应理解为可以包括“违约行为”。如此，因违约行为导致非财

[42] 如山东省东营市中级人民法院民事判决书（2002）东民三终字第 97 号；北京市房山区人民法院民事判决书（2014）房民初字第 03282 号；河北省邢台县人民法院民事判决书（2014）邢民初字第 501 号。

[43] 如湖南省怀化市中级人民法院民事判决书（2012）怀中民二终字第 42 号。

[44] 对外贸易经济合作部条约法律司编译：《国际统一私法协会国际商事合同通则》（中英文对照），法律出版社 1996 年版，第 171 页。

[45] 从合同法保护的利益角度分析问题，可参见 Christian von Bar, *Vertraege mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, Drittschadensliquidation and extension of duty of care*, in: *Toward Comparative Law in the 21st Century: The 50th Anniversary of The Institute of Comparative Law in Japan Chuo University*, Chuo University Press 1998, p. 4.

[46] 参见《王利毅、张丽霞诉上海银河宾馆赔偿纠纷案》，载《中华人民共和国最高人民法院公报》2001 年第 2 期。

[47] 实务中已有法院援引该条支持精神损害赔偿请求，比如北京市房山区人民法院民事判决书（2014）房民初字第 03282 号。

产损害,依本条第1款,人民法院应当受理提起精神损害赔偿请求的违约诉讼。

其三,关于违约诉讼中的精神损害赔偿,法院可以类推适用《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》(法释[2001]7号)，“类推适用”作为法律解释方法,其灵活运用,可以理清在合同纠纷案件中何以依据侵权法规范进行裁判的问题,^[48]同时,也可以避免当事人以违约起诉、法院以侵权判决的不合理现象。

四 结 语

《国际商事合同通则》作为国际统一私法运动的最新成果,以其自身的说服力,在中国引起了立法者、司法者以及学者的高度重视,并对于中国合同法的发展,产生了巨大的和积极的影响。本文试图结合中国《合同法》的立法史料,对《国际商事合同通则》与《合同法》作初步的比较分析,以合同标的自始不能、缔约过失责任、先履行抗辩权、违约责任归责原则以及履行请求权(强制履行)六个问题为比较对象,具体分析《国际商事合同通则》对于《合同法》立法的影响。另外,以无权处分和违约场合的精神损害赔偿为事例,进一步说明了《国际商事合同通则》对于《合同法》在解释适用方面的影响。

比较法的研究在根本上是要服务于对本国法的理解。中国合同法在起草过程中,自始便确立“广泛参考借鉴市场经济发达国家和地区立法的成功经验和判例学说,尽量采用反映现代市场经济客观规律的共同规则,并与国际公约和国际惯例协调一致”为立法指导思想,《国际商事合同通则》本质上是对于国际惯例的“重述”,受到中国立法者重视,丝毫不觉奇怪。相较于法条的拷贝,对法条背后精神的理解和把握更难,而不理解法条背后的精神实质,所拷贝的法条也难以发挥其应有的作用。本文所举合同标的自始不能的例子,反映出我国学者多数说至今仍未能够把握《合同法》应有的精神内涵,“得形忘意”,而不自知,说明在做细致具体的比较法研究方面,我们依旧任重而道远。在立法中参考比较法已经成为立法者标准作业的今天,操立法权柄者应依比较法应有的方法作业,在未对比较法有透彻把握和充分论证的情况下,擅自“拍脑袋”调整改动,极易造成不良后果,不可不慎。本文分析的“先履行抗辩权”一例,毋庸讳言,便是一个反面典型事例。法学的发达与昌明,需要日积月累。GDP可以在短时间内提上去,学识和见解却不是短时间内可以突击上去的。在提倡创新的当下,对于法律及法学领域的创新,则应保持一颗冷静的头脑。

合同法是市场交易规则,中国人不仅要着眼于中国统一的大市场,更要放眼于全球化时代下的全球大市场。因而,研究合同法,不可将目光限制在一国之内,不能把合同法当成是一种纯粹的地方性知识;解释和适用合同法的学人及法官,应能把握时代的精神和脉搏,具有开放的胸襟和国际的视野。最高人民法院在无权处分问题上做到了这一点,值得

[48] 实务中法院常不作区分,比如河北省邢台县人民法院民事判决书(2014)邢民初字第501号,便是直接表述为,“依据《中华人民共和国合同法》第×条,《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第×条之规定,判决如下:……”。

赞扬!《国际商事合同通则》作为一项持续进展的国际统一私法事业,还将持续地对中国的民事立法及司法产生积极的影响。目前中国正在准备起草新的民法典,《国际商事合同通则》作为统一私法国际潮流的代表,仍将持续不断地受到中国法律人的重视。

[**Abstract**] As an achievement of the movement of international unification of private law, the UNIDROIT Principles have attracted the attention of Chinese law-makers, judges and scholars, and exerted a huge and positive impact on the development of Chinese contract law. By taking the concepts of initial impossibility, culpa in contrahendo, right to withhold performance, earlier performance and partial performance, general principle of the right to damages and right to performance as examples, this article compares the UNIDROIT Principles with Chinese Contract Law to show how the former have influenced the drafting of the latter. Moreover, by taking unauthorized disposition and compensation for non-pecuniary harm as examples, the article goes further to show how the UNIDROIT Principles have influenced the interpretation and application of the Chinese Contract Law. At present, when China is preparing for the codification of the civil law, it is still necessary for us to strengthen the study of the UNIDROIT Principles.

(责任编辑:姚 佳)