

英、德对形式瑕疵合同效力之救济比较

孙朝霞

(牡丹江师范学院 政法学院, 黑龙江 牡丹江 157000)

摘要: 选取大陆法系和英美法系中的典型国家: 德国和英国, 比较其在立法和司法中如何救济在法定形式上存在瑕疵的合同效力。德国的效力设计是在一个原则性的强制性条款之下, 在实务中充分运用履行治愈规则和诚信原则进行个案的公平性校正。英美法则很宽松, 法官往往根据个案的不同情况, 灵活地运用部分履行和禁反言原则进行衡量和判决。通过对比提出, 德国模式较为适合我国的实际。因此, 中国立法中应当重新构建履行治愈原则, 司法中应谨慎运用诚实信用原则。

关键词: 合同效力; 大陆法系; 英美法系; 形式瑕疵; 履行治愈; 诚信原则

中图分类号: D923.6

文献标志码: A

文章编号: 1009-2013(2010)04-00105-04

Comparison of relieving effect between Britain flawed contract and Germany flawed contract

SUN Zhao-xia

(College of Politics and Law, Mudangjiang Normal University, Mudangjiang 157000, China)

Abstract: The article chooses one typical country from Continental and Anglo-American legal systems respectively: Germany and the Great Britain. The two countries are compared in their ways to relieve the effect of contracts that have flaws in legal forms. The German's efficacy design is under principled mandatory term, and makes full use of the discharge cure rule and good faith doctrine in practice, and conducts fairness correction to the individual cases. The British and American laws are much loose. The judge, according to the different situations of the individual cases most of the time, measures and adjudicates flexibly by The Doctrine Of Part Performance and Proprietaty Estoppel. We can conclude by contrast that the German model suits our country's reality, so we should rebuild discharge cure rule in legislation and apply the good faith doctrine cautiously in justice.

Key words: contract; continental legal system; Anglo-American legal system; formal flaw; discharge cure; good faith doctrine

合同的法定形式必须基于法律的规定, 其形式不允许当事人加以选择、变更或废止, 其效力直接源于法律的规定, 且可以对抗第三人。新《合同法》颁布后, 采用了形式自由原则, 虽然法律规定某些合同需采用特定形式在一定程度上对合同自由原则予以了限制, 但法定形式从来就没有消失, 原因在于合同的法定形式具有的重要功能。在司法实践中, 许多应具备法定形式的合同存在形式上的瑕疵, 是使其依法归于无效, 还是让它“起死回生”, 在司法界颇具争论, 但国内学者具有代表性的研究成果甚少, 仅有的研究也多以援引国外的立法和判

例为主。因此, 笔者拟选取大陆法系和英美法系中的典型国家: 德国和英国, 比较其在立法和司法中如何救济在法定形式上存在瑕疵的合同效力, 以此为我国司法实践提供借鉴。

一、大陆法系: 履行治愈论及诚信原则

随着合同法定形式的本质从“效力性方式”过渡到“保护性方式”, 现代各国合同法一方面在形式自由的前提下对某些合同类型实行形式强制, 另一方面为避免严格适用要式规则可能产生的不公平的后果, 而对形式的强制性适用的后果进行限制和突破, 使欠缺法定形式而本应无效的合同能“起死回生”, 重新成为有效。在大陆法系, 则以著名的“履行治愈论”(heilung)和诚信原则的

收稿日期: 2010-04-25

作者简介: 孙朝霞(1971—), 女, 黑龙江牡丹江人, 副教授, 研究方向为民商法。

适用为代表。

1. 履行治愈论

在制定德国民法时,立法者以无效作为法定形式欠缺的法律后果,但是不是对所有违反形式要件合同都无一例外地确定无效呢?是否允许有个案的公平性矫正?德国立法者在权衡方式强制优劣时,曾论及其有如下的缺点:对于不具备法律知识和专业经验的人来讲,形式强制可能成为一个陷阱。因为其往往只能听凭对方当事人摆布;有时,强制的书面形式也阻碍了交易的效率。德国法学界在制定要式规定之际即意识到形式强制潜在的缺陷,因而也同时制定了履行治愈(heilung)的规定。关于“heilung”一词,学者或称之为“治愈无效”,或称之为“履行治愈方式欠缺”,或称之为“因履行而治愈”等,并没有一个统一的称谓^[1]。在这里,笔者将其称之为“履行治愈”。正如卡尔·拉伦茨所表述的:“在解释形式的规定时,应当特别强调立法者所追求的目的。如果形式的目的仅仅是为了保护一方当事人免受因操之过急带来的危害,那么,如果他已经履行了他应当承担的义务,形式瑕疵即可补正。”^[2]但是,要注意的是,如果形式的立法目的在于维护社会公共利益或第三人利益,则违反合同形式就不能因为履行了合同义务而成为有效。

目前,《德国民法典》对不动产债权合同、赠与合同、保证合同、消费者信贷合同制定了治愈规定。对不动产债权合同的履行治愈,体现在德国民法典第311b条第一项:“以一方当事人承担转移或取得土地所有权的义务为内容的合同,必须取得公证书。不符合前句形式要件而订立的合同,在当事人之间达成土地所有权转移的合意并且在土地簿中登记后,该合同的内容全部有效。”德国在不动产交易合同中要求采用书面形式,主要意图在于促使当事人三思而后行,保护他免受操之过急带来的危害。在这种立法目的下,如果当事人已经履行了义务,则形式瑕疵可得以补正。《德国民法典》要求赠与合同应该做成公证书。但第518条第2款又规定了对赠与合同的履行治愈:“缺少前款规定的方式的,可以通过履行约定的给付加以补救。”关于保证合同,《德国民法典》第766条规定,“为

使保证合同有效,需以书面形式给予保证的意思表示。保证人履行主债务的,即可弥补形式上的缺陷。”关于消费者信贷合同,第494条第2款规定:“虽然依第一款规定存在形式瑕疵,在借用人已受领或使用消费借贷的范围内,消费者借贷合同有效。”

关于履行治愈的理论基础,通说主张方式目的完成论:当债权合同已经得到履行时,合同形式要追求的警示及证明等目的已经达到,则要式规定不再必要。

2. 诚信原则对形式强制性的突破

在德国,诚信可以很方便地与固有的Treu und Glauben(字面上的意思是忠诚和信任)概念融为一体。也最终成为《德国民法典》著名的第242条之一部分,“债务人义务依诚信并依交易习惯履行给付”。《德国民法典》施行后不久,德国实务即在个案中对第125条的适用效果进行限制。为了维护法律的安定性,第125条的无效效果需要稳定地适用于所有违反法定要式的情形。但是有时贯彻该条规定的无效后果,却可能造成个案上极度的不公平。因此,德国实务及学说采取了相当谨慎的态度,以把握法律安定性与个案公平正义的平衡。

在实务上,德国法院的见解经过了一个漫长的过程。直到1948年,英占区最高法院才提出了一条至今适用的规则。即:虽然存在着因无效性产生的各种请求权,包括不当得利、缔约过错产生的各种请求权,但仍可能发生某种“简直难以承受的后果”^[3]。在这种情况下,才可以适用诚信原则限制第125条的无效规定。

德国理论界通说赞同在例外情形以诚信原则限制德国民法典第125条的无效后果,但是,德国学说对司法判例的上述论证方法多持批评态度。特别是联邦最高法院提出的“简直难以承受的后果”这一判断标准,认为它“根本不具有任何论证价值,只会产生任意的、无法预料的后果”。^[3]正如梅迪库斯所说:“在我看来,简单的用结果之强或弱的可承受性来论证观点,是不适当的。他认为,在法律的评价方面,可以考察形式瑕疵产生的环境,区分三类案件:

第一,当事人一方就形式要件对对方当事人恶意欺诈,以达到不承担有效义务之目的。通说认为,

应让被欺诈人能就合同无效及合同有效进行选择。被欺诈人选择合同无效的,就只能享有赔偿消极利益的请求权。

第二,当事人双方都知道合同欠缺法定形式。德国通行学说认为,如果当事人双方在缔约时均知法定形式要求,却没有遵守,那么当事人双方均不值得保护,该合同因方式欠缺而无效。

第三,当事人一方过失造成方式欠缺。在此种情形下,该合同无效。不过此时可能发生缔约上过失责任,相对人可请求损害赔偿。

德国学者对适用诚信原则的案例进行了系统地分析和整理,并从中提炼出诚信原则的适用条件。Palandt-Heinrichs认为,能适用诚信原则的案件,应具备以下情形:1)该形式欠缺之合同内容必须明确无疑义;2)希望合同有效的一方,必须合理信赖方式有效。如果在当事人因重大过失而不知的情形,是不值得保护的;3)基于缔约上过失责任或侵权责任所生的损害赔偿不足以给当事人提供充分的保护。此时,才有诚信原则适用的必要性^[1]。

由此可见,德国对合同法定形式强制的效力设计,是以法定方式欠缺则合同无效为主轴,以履行治愈和诚信原则的适用在个案中进行公平性校正,以达到法律安定性和公平正义的平衡。对于诚信原则的运用,德国理论界和实务向来持严格和谨慎的态度。诚信原则的适用总是后于其它具体请求权的。

二、英美法系:部分履行及禁反言原则

1. 部分履行原则

英国1677年《防止诈欺法》的立法目的主要在于防止伪证及教唆伪证,因此通过书面方式的要求,来实现这一目的。但《防止诈欺法》遭到了学者广泛的批评,认为它“不是阻止了欺诈而是鼓励了欺诈”。因此,英国衡平法院通过一系列与土地有关的判决,突破了《防止诈欺法》的规定,在衡平法上创立了著名的“部分履行原则”(The Doctrine Of Part Performance)。根据此原则,在某些案件中,当想要执行合同的当事人已经根据此合同有了履行其义务的行为之时,虽然此合同本来因未做成书面形式而缺乏强制执行力,但法院会在具备某些条件时允许此合同有效并赋予强制执行力。允许这种例外的理由是,在英国,合同形式的主要功

能在于提供证据,既然当事人已经履行了义务,即是对合同内容存在的另一种证明方式。基于这一理由,只有当《防止诈欺法》规定的形式要件服务于合同成立的证明作用时,部分履行才有适用的可能;而当形式要件的要求是出于别的目的,比如在担保合同中,书面形式的要求是为了促使担保人三思,则在这种情况下就不能适用部分履行原则^[4]。

在什么样的具体条件下,法院认为可以适用部分履行原则呢?关于部分履行原则的检验标准,判例与学说均未建立起一个稳定可行的标准,在不同的案例中,法官对部分履行原则的检验标准的阐述也不相一致甚至相互矛盾。由于部分履行原则抽象又游移不定的检验标准,判例与学说一直无法建立起稳定的标准。英国1989年《财产法》(Law Of Property Act 1989)直接将该原则废止。将土地利益之买卖或其他处分合同之书面形式,从原来的证据性质改为效力性质,缺乏书面形式的合同是无效的,从而阻绝了该原则的适用。其原有的作用被禁反言原则所替代。

2. 禁反言原则

在英美法上,禁反言原则是由一系列案例累积而成的衡平原则,其基本的思想在于:一个人以自己的言语或行为导致他人对一定事实状态产生依赖,如果其事后反悔将会造成不符合正义的事情发生,则其不得出尔反尔。

英国法院最初发展出产权禁反言(Proprietary Estoppel):如果土地的所有者已经明示或默示的允诺要转移或创设土地上的某些权利,并且接受允诺者已经基于对此允诺的信任作出了使自己利益受损的行为,那么允诺者的允诺生效,即使没有符合法定形式。也就是说,一个人如果本着对他人允诺的信赖,相信自己已经或者将要获得他人土地上的权益,从而采取了对自己不利的行为,这时就可能产生产权禁反言。这类行动主要包括两类:在他人的土地上兴建新的建筑物,或者在他人所有的土地上进行其他的改进。

法院在Willmott v. Barber (1880)中就明确提出,原告要成功的利用产权禁反言原则,必须满足以下五个基本要素:1)原告必须为善意信赖合同有效;2)原告必须基于信赖而支出金钱或已经做

了一些行为;3)被告,也就是真正的权利人,必须知道自己的权利和原告诉请的权利相冲突;4)被告必须明知原告对他自己的权利发生错误的认识;5)被告必须直接或间接的鼓励原告花费一定的货币或采取其他行动^[5]。

美国法上的基本观念多源于英国法。但在禁反言原则上,美国将禁反言直接区分为衡平禁反言与允诺禁反言,并无产权禁反言的用语。其衡平禁反言的功能与英国法中的产权禁反言基本相同。因两者蕴涵的理念和精神并无根本的区别,因此在此不作专门的探讨。

三、结论及启示

分析德国的履行治愈规则和诚信原则的适用,可以看出,德国的效力设计是在一个原则性的强制性条款之下,在实务中充分运用履行治愈规则和诚信原则进行个案的公平性校正。这样一方面保持了法律的稳定性和权威性,另一方面又对个别欠缺法定形式的合同开启治愈之门,从而也坚持了法律的公正性。但德国法还是比较强调法律的安定性,立法者在进行公平性矫正时,采取的态度是相当谨慎的,并且诚信原则总是后于其他请求权适用的。

分析禁反言原则的起源和适用,可以看出,英美法在对法定形式的效力的限制上,采取的态度是比较宽松的。该原则是在衡平法的基础上发展起来的,法院已经习惯将问题的解决直接求助于衡平的思维模式,并且赋予了法官极大的自由裁量权。关于禁反言原则的适用的标准,法院也一直没有建立起一个稳定的检验标准。在不同的个案中,法官往往根据不同的情况,灵活地运用这一原则进行衡量和判决。

结合我国目前的立法状况和司法环境,德国的效力体系的设计是值得我国借鉴的。

首先,根据履行治愈的规范目的和立法精神,应该将治愈的法律效果规定为“合同有效”。从履行治愈的规范目的看,其他国家或地区的立法均规定治愈的是合同的效力。违反法定形式要求的合同本应为无效,但基于其他立法政策的考量例外地承认因履行而补正要式欠缺的瑕疵,赋予该合同法律效力。但我国的《合同法》将治愈的结果规定为合同成立,则只承认当事人达成了合意,而合同是

否有效、是否能发生当事人期望的法律后果仍是不确定的,此时治愈规定并没有任何实际意义。这与其规范目的和立法精神是不相符合的。

其次,对治愈规定的适用范围应限制于个别合同类型。至于哪些合同类型可以适用,则应该结合形式的规范功能和立法目的来判断和选择。一般来讲,如果合同只是涉及到双方当事人之间的利益,对合同形式的要求是基于警示当事人的功能或证据功能,则虽未采取法定形式,但如果当事人以实际履行的方式履行了合同,则设立形式的目的已经达到了,履行行为可使形式瑕疵得以补正,法律赋予合同以有效性。但是,要注意的是,如果形式的立法目的在于维护社会公共利益或第三人利益,则违反合同形式就不能因为履行了合同义务而成为有效。将履行治愈规则放在合同法总则中,扩展成一个原则性的规定,是不恰当的。

最后,谨慎地运用诚实信用原则。我国立法和司法实务中可借鉴德国,谨慎地尝试适用诚信原则对形式的强制性进行限制和突破。但鉴于我国目前的司法状况水平还比较低,目前只将诚信原则的适用范围限制于与不动产交易有关的合同为适宜。并且需要考虑以下几个因素:首先是一方当事人善意信赖合同有效;二是信赖一方之当事人基于信赖对自己的财产进行了处分;三是另一方当事人知道形式的欠缺,并且鼓动信赖一方进行处分;四是其他救济方式如缔约过失责任、不当得利请求权并不能给信赖方充分的救济。这一点是相当重要的,因为如果其他救济方式能够充分保护当事人的利益,则诚信原则无适用的必要。诚信原则总是后于其他请求权适用的。当然,在具体的个案中,有着不同的情况,需要考虑的因素也是多种多样的。

参考文献:

- [1] 王洪.合同的形式[M].北京:法律出版社,2005:168、220.
- [2] [德]卡尔·拉伦茨.德国民法通论[M].王晓晔等,译,北京:法律出版社,2003:563-564.
- [3] [德]迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论[M].韶建东,译,法律出版社,2000:470.
- [4] 王军.美国合同法[M].北京:对外经济贸易大学出版社,2004:111.
- [5] 何宝玉.英国合同法[M].北京:中国政法大学出版社,

1997 : 171 .

责任编辑：陈向科

湖南农业大学期刊社