

私法效果的弹性化机制

——以不合意、错误与合同解释为例

叶金强*

内容提要:刚性的“要件—效果”模式,易导致个案的非正义。私法效果的弹性化,可透过要件的动态化而实现。合意与否、错误与否的判断,需在信赖合理性与归责性比较权衡的基础上透过合同解释来完成。合同解释为要件的动态化提供了场域。合同解释中,通过信赖合理性和归责性要件动态化的比较权衡,可分别得出:不合意且无责任、不合意同时承担缔约过失责任、合意且有错误而可撤销、合意虽有错误但不可撤销等结论,从而实现法律效果的弹性化。

关键词:要件的动态化 不合意 错误 合同解释 弹性化

一、问题的提出

合同为当事人之间的合意,而确定当事人之间是否存在合意、以及合意的内容,则需要透过合同的解释。^{〔1〕}合意有无的判断并非纯粹事实性判断,尚涉及价值判断。在事实上的合意不存在的情况下,当事人完全可能因合同解释而受到自己意思之外的约束。而在当事人受到其意思之外的约束的情况下,是否可构成错误,同样牵涉价值判断问题。

法律中价值取向的最终实现,需要通过赋予不同的生活事实以不同的法律效果来完成。然而,生活事实千差万别,不可能采取完全个别化的调整方式。在法律技术上,通过抽象加以类型化是一种主要的方法,如此可以实现相同类型相同对待的正义目标,也即让法律效果与类型对应起来,类型构成要件具备即可发生相应的法律效果。不过,这样的方法之中,已含有对生活事实的剪裁。^{〔2〕}剪裁虽是必须的,但是,其中潜在的冲突是:由此而来的法律效果“全有或全无”模式,将无法反映对生活事实的价值评判的量度。刚性的“要件—效果”模型,可能导致个案的非正义。由此,我们感到了柔化“要件—效果”模型的必要,法律效果弹性化之需要也随之凸现出来。

这里,本文关注的是合同成立阶段中,当事人合意有无的判断以及随之而来的错误有无的判断,

* 南京大学法学院副教授。

〔1〕 王泽鉴先生认为,契约解释包括三个层面的问题:当事人订立的属何种契约类型、契约是否成立、契约条款的解释。参见王泽鉴:《债法原理》第1册,中国政法大学出版社2001年版,第210页。

〔2〕 让被切割整齐的生活事实发生相同的法律效果,是以生活事实被切割部分被评价为不重要为前提的。但是,生活绝非如此简单,复杂多变的生活事实,面对灵动的价值判断,将会展示出更为繁杂的画面。

试图通过探讨在此阶段中价值判断的实现途径,以及效果弹性化的可能,对法律效果弹性化的一般机制作出初步的分析。

二、私法效果的弹性化:透过要件的动态化而实现

正义的实现,是经由无数个案正义的叠加而完成的,正义均是具体的、于个案中展现的。在此意义上可以说,正义是具有时间性、历史性的事件。文本中的“非正义”规则,在还没有和个案结合时,尚不能谓之为非正义。个案正义的实现,需要透过法解释完成抽象规则与个案情景的沟通来达成。而抽象规则是以类型为基础的,类型则可分解为数要件事实。当个案事实被评价为具备规则要求的要件时,相应的法律效果就会发生,不具备则不发生。这样,与各要件的具备、不具备相对应的便是法律效果的全发生与全不发生。

私法的目标是要为符合个案情景的妥当判决之寻得提供可能。而法律效果的“全有全无”模式以及随之而来的效果的跳跃特征,将会挫败契合个案情景之妥当判决的探寻努力。当法律评价的量度不能在效果上加以体现时,法适用的结果就必然含有一定程度的不妥当性了。而解决该问题的可行途径是,重新赋予个案中的重要因素影响法律效果的机会,以实现法律效果的弹性化。这里,个案重要因素的纳入,实际上已涉及到要件的构成,所以,效果的弹性化,已与要件的弹性化相贯通了。

对此,Wilburg 的动态系统理论具有借鉴意义。动态系统论的基本构想是:就一定的法律领域,特定可能发挥作用的作用力,通过这些作用力的动态协同作用说明各个法律规范、法律效果及其变迁,并将其正当化。^{〔3〕}动态系统以原理的内在体系为基础,由用于衡量这些原理的实现程度或者受侵害程度的观点或因子构成。^{〔4〕}动态系统理论可塑造出极具弹性的法律制度,最大可能地实现个案判决的妥当化,但随之而来的却可能是法律安定性价值的破坏。如何实现这二者之间的平衡,成为法学永远面对的难题。考夫曼指出:“实质正义与法律安定性之间永恒不断的紧张关系是无法消解的,然而法律安定性本身就是正义的一种属性,因而这种紧张关系就是正义本身的一种紧张关系。”^{〔5〕}为此,Canaris 反对将法律体系全面地动态系统化。因为,在应当重视法的安定性和正义的一般化倾向之外,还是有必要坚持固定的构成要件。^{〔6〕}如果在所有的情形都要求具体衡量所规定的要素,对法官来说恐怕是个沉重的负担。因此,立法本身的全面动态系统化存在严重的问题,应当追求的倒是以往的构成要件体系与动态系统的恰当组合。^{〔7〕}

沿着这样的思路,笔者倾向于透过要件的动态化来实现法律效果的弹性化。立法提供的仅是一个基本的类型框架,法实现的过程中,由法官结合个案进行规则的具体化。类型框架的建立,是以要件的描述为必要的。^{〔8〕}而要件的动态化可体现在两个方面,一是放弃要件判断的隔绝模式,采行数要件综合判断模式。隔绝模式中,任何一个要件判断的结果均可以直接决定法律效果的有无,各项要件判断各自独立,彼此不发生影响。综合判断模式则是,强调各要件因素的综合考量,将各要件的满足程度综合起来,决定效果的发生与否。这里,要件的设定本来就是一种法技术措施,个案的结论应是一个整体评价的结果,不同的要件反映的往往是冲突主体不同的正当利益诉求,将各要件割裂开来,放弃比较权衡的努力,有背私法衡平的目标。而要件间的综合判断,可以将各要件的满足程度充

〔3〕 转引自〔日〕山本敬三:《民法中的动态系统论》,解亘译,载梁慧星主编:《民商法论丛》第23卷,金桥文化出版有限公司2002年版,第235页;另参见〔德〕卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》下册,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第454页。

〔4〕 同上书,第206页。

〔5〕 〔德〕亚图·考夫曼:《类推与“事物的本质”——兼论类型理论》,吴从周译,学林文化事业有限公司1999年版,第119页。

〔6〕 转引自前引〔3〕,山本敬三书,第196页。

〔7〕 同上书,第235页。

〔8〕 考夫曼认为,立法者的任务是去描述各种类型。类型无法被“定义”,只能被“描述”。参见前引〔5〕,考夫曼书,第117页。

分考虑进去。

要件动态化的另一个方面是,将各个要件背后的因素揭示出来加以考察,使要件背后的因素得以显现,纳入整个的综合考量框架中进行评价。这样,结论的妥当性就不会受到要件设定这样的技术性措施的破坏,评价活动得以回归其原本状态。如此,要件的动态化可吸纳更多的个案因素,为个案中应考量的因素进入法律视野提供管道。当个案中应考量因素均得到了恰当的评价时,个案正义的实现就会水到渠成。

对于这样的思路,在下文的讨论中将尝试着运用。合意与否、错误与否的判断中,基本的价值冲突发生在表意人的自治利益与受领人的信赖利益之间。从要件的层面看,受领人信赖之保护,系以信赖的合理性和表意人的归责性二要件之具备为必要的。但是,信赖合理性与归责性均有程度的差别,要件评价之隔绝模式将无法将二者的程度进行综合考量,从而偏离私法问题的实质。所以,需要将要件动态化,使信赖合理性程度与归责性程度的比较权衡成为可能。而在错误的场合,当错误将导致错误方的重大损失时,给付均衡原理或效率原理会壮大自治原理对信赖原理的对抗力度。下面,笔者将以合同解释为例,具体展现通过各种因素的综合考量实现法律效果弹性化的过程,并试图说明,诸如不合意且无责任、不合意同时承担缔约过失责任、合意且有错误而可撤销、合意虽有错误但不可撤销等,均是合同解释的结果,并反映了对受领人信赖的不同保护程度。合同解释为要件的动态化提供了场域,这些解释结论,正是双方归责因素之比较权衡的结果。

三、不合意、错误的理论框架及其合同解释前提

(一)合意与不合意

当表意人向受领人发出要约,而受领人又对此表示了同意时,形式上的合意就存在了。但是,表意人的内心意思与受领人的内心意思未必一致。例如,在著名的菜单案中,^[9]不仅形式上的合意存在,而且已经开始履行合同了,但双方的内心意思却并不一致。这里,私人自治需通过以意思表示取得法律效果的方式进行,而在私人间通过意思表示进行沟通的过程中,常常会因发生误解而使得沟通失败。意思表示受领人可能会对表意人的表示作出不同于表意人内心意思的理解。正如拉伦茨指出的那样,有关意思表示的问题正是缘自于下列情况:表示对于他人,可能具备不同于表意人想要表达的或者相信要表达的内容。^[10]当受领人基于对表示的不同理解而作出同意的表达时,接下来的问题便是:是否存在合意以及是否存在错误。

严格意义上而言,只要表意人的内心意思与受领人的内心意思不一致,即为不合意。此种不合意可以表现为公然的不合意,也可以是隐藏的不合意。前者双方均意识到了意思不一致的存在,而后者双方误以为已发生了合意。而在已具备“同意”的形式,且双方当事人均在同一意义上理解了对方的表示时,合意确定地存在。此时的合意,意味着双方内在意思的一致。笔者认为,这样的合意与不合意,均是从事实层面观察而得出的结论,可分别称之为事实上的合意与事实上的不合意,其判断标准为双方真实的内心意思是否可以契合。但是,内心意思虽然为真实的存在,却面临着证明的困难,而且内心意思不为他人所知时,还存在善意第三人保护的问题。所以,事实上的合意与不合意并不具有

[9] 该案的事实为:一名法学专业的大学生一家大学生餐馆用餐时,偷走了一份装饰考究的菜单。10年后,已成为检察官的这位大学生因受良心驱使,又不声不响地将这份菜单放了回去。一名顾客以为这是份现行的菜单,因对便宜的价格感到高兴,所以为自己点了一份丰盛的套餐。结账时才发现所点菜肴的价格比菜单上标明的价格已翻了不止一番。参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第240页。

[10] 参见[德]拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第454页。

决定性的意义,具有决定意义的是法律上的合意与不合意。^[11]法律上的合意与不合意,是合同解释的结果。事实上的不合意可能被解释为法律上的合意或不合意,^[12]事实上的合意也可能被解释为法律上的合意或不合意。^[13]在事实上的不合意被解释为法律上的不合意时,当事人的自由未受到其意思之外的约束;在事实上的合意被解释为法律上的合意时,当事人的自治就可以得到充分的实现;^[14]而在事实上的不合意存在时,如果一方能够预见到另一方的内心意思,就可能被确认为法律上的合意存在。这样,一方承受了其意思之外的约束。这里,显然外在表示比内在的意思与法律上的合意或不合意具有更为密切的关联。

(二)错误理论基本框架

当事实上的不合意被解释为法律上的合意时,便发生了错误。错误是以法律上的合意存在为前提的。王泽鉴先生认为,不合意指两个意思表示内容不一致,而错误则指一方的意思表示,其意思与表示不一致;不合意与错误的法律效果不同,应慎思明辨之。^[15]笔者以为,此种提法仅具有形式上的意义。法律上的合意、不合意,均是基于一定的价值取向对表示进行解释的结果,而错误应主要是指当事人内心意思与所确认的法律上合意之内容不同。^[16]有关错误的理论十分复杂,这里也无意详细展开,只作简要的讨论。

错误制度的核心问题是,什么样的错误可影响合意的效力,这涉及到错误的分类。胡长清先生认为,所谓错误包括:意思与事实不一致、意思与表示不一致。^[17]意思与事实的不一致发生在意思形成阶段,为动机错误;意思与表示不一致,为表示错误。传统理论认为,动机错误中,意思与表示是一致的;而表示错误中表意人之意思不同于其表示,故让其受表示之约束,与其意思不合,因而表示错误才需要法律的保护。而合同不会仅因“动机错误”而被撤销的原则可以追溯到萨维尼。萨维尼认为必须将当事人形成订立合同的意图阶段同他表达意图阶段区分开来:在早期阶段的错误是动机错误,没有法律意义,而意图形成没有错误但表达有错误则使人有权撤销。^[18]故在萨维尼的错误论中,严格区分“值得法律保护之表示错误”与“不值得法律保护之动机错误”,认为对法律关系之形成,具有重要性之独立事实系“意思”,而“动机”只是意思的准备过程。动机纵经表示,原则上也不受保护,之所以如此,是为了避免交易陷于无界限之不安定与恣意之中。^[19]

[11] 拉伦茨指出:通过解释所确定的当事人的表示的一致总是具有决定性的意义,相反,当事人“内在的意思”的一致或者不一致都不具有决定性意义。参见前引[10],拉伦茨书,第733页。

[12] 但公然的不合意难于被解释为法律上的合意,原因在于:内心意思不合致的公开特征减轻了举证的困难,同时语言的明晰表达也缩减了解释的空间。与此相联的是,主张相反解释之当事人的归责性(其归责性表现为,竟然如此地疏忽而将这般清晰的表达,理解成那般模样),也会构成解释为法律上合意的价值判断上的障碍。

[13] 事实上的合意被解释为法律上的不合意,主要发生在一方当事人利用表示的客观上的歧义及内心意思的证明困难,来否认内心意思一致之事实的场合。例如,瑞士人甲与法国人乙于德国订立买卖合同,约定货款为若干法郎,在合同订立之前的口头协商过程中已明确货币单位为瑞士法郎,故事实上的合意是存在的。但合同订立之后乙反悔了,主张自己以为系以法国法郎为货币单位,而甲无法证明曾形成的共识。这样,法官有可能以双方均无可归责事由为由,认定不存在法律上的合意。

[14] 在极端的案例类型中,事实上的一种合意,还存在被解释为法律上另一种合意的可能,此时,当事人的自治也会受到侵害。这主要发生在一方当事人利用表示的客观意义及内心意思的证明困难,来主张不同于事实上合意的另一种合意存在的场合。例如,“白头翁”一词通常意义上系指一种飞禽,但偶有用来指称一种蟋蟀。甲、乙订立书面合同,约定甲出售“白头翁”若干给乙,乙付款若干,双方内心意思均指向此种蟋蟀的买卖。但到履行时,乙因看到飞禽之“白头翁”价格升高转而要求甲交付此种飞禽,双方发生争议。对此,法官极有可能认定买卖飞禽之“白头翁”的法律上的合意存在。

[15] 参见前引[1],王泽鉴书,第191页。

[16] 但动机错误的场合,当事人内心意思与所确认的法律上的合意的内容是一致的,只是当事人意思形成中发生了错误,盖若非错误,其本不会形成那样的内心意思。

[17] 参见胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第238页。

[18] [德]海因·克茨:《欧洲合同法》,周忠海、李居迁、宫立云译,法律出版社2001年版,第263页。

[19] 参见周占春:《表示行为错误与动机错误》,载杨与龄主编:《民法总则争议问题研究》,清华大学出版社2004年版,第240页。

但是,这样的错误二元论受到了强烈的批判。蒂策指出:任何行为错误也是动机错误,任何动机错误也是行为错误。动机与法效意思不可分,每个人在进行法律行为时都奉行着经济性或社会性的目的,这些目的与法律目的一起在表意人的认识范围内构成了一个不可分割的统一体,因此都应当属于法效意思。不存在任何动机既导致某人发出意思表示却又在发出意思表示的那一刻不在表意人的意识之中,因而每个动机错误也必然被理解为行为错误。^[20]实际上,德国民法典也将动机错误中的性质错误例外地“视为”内容错误,而让其影响合意的效力。日本学界也基于对错误二元论的反思,鉴于表示错误与动机错误的区分困难以及二者对交易安全影响的同一性,而从解释论的立场主张不区分二者的一元论。^[21]

错误的另一项重要区分标准,为错误的重大性程度。罗马法上有“主要错误”与“次要错误”之分,而只有基于重要错误而订立之契约,始不得发生效力。^[22]此项标准为现代民法所承继,许多国家的立法均根据错误的重大性程度不同而作出不同的规定。我国民法通则第59条及合同法第54条均规定“重大误解”方才可以撤销;日本民法典第95条规定法律行为的“要素”错误才无效;意大利民法典第1428条也规定,“本质性”的错误才可以被撤销;而《国际商事合同通则》第3.5条则规定:错误须如此之重大,以至于一个通情达理的人处在与犯错误之当事人的相同情况之下,如果知道事实真相,就会按照不同的条款订立合同,或根本不会订立合同。^[23]

虽然类型化是法律实现“相同事物相同对待,不同事物不同对待”之正义目标的基本途径,但就错误制度而言,有学者指出,将错误分为人的错误、实质错误、交易错误等这些古老的分类在此处是无济于事的。相反,它们掩盖了根据另一方利益来决定是否应当允许撤销的事实,掩盖了关键问题是什么时候并在何种条件下他应当忍受合同被撤销、他的商业计划归于废弃这一事实。^[24]笔者也认为,错误是否应影响合意的效力,需要综合考虑多种要素,并非简单的分类就可以解决。尤其是动机错误与表示错误的区分,在逻辑上及价值上均不足以作为影响法律效果的基础。所谓“动机存在于内心,非他人所得窥知,自不许表意人主张撤销,而害及交易安全”的通说理由,^[25]是不能成立的,盖表示错误也非他人所得窥知。动机错误之风险应由表意人负担,故不应影响合意效力的观点,也不能成立,其不能说明表示错误之风险为何不应由表意人负担。而表示错误中存在意思与表示的不一致、动机错误中则不存在的观点,忽略了这样的重大问题:意思固然重要,但为何作为意思之基础的动机不重要?影响意思决策的动机错误对私人自治的影响,怎么就没有影响意思完成的表示错误重大呢?

实际上,自中世纪以来,部分动机错误之问题以情势变更约款理论处理,早为学者所讨论,然至18世纪末叶以降,因强调“契约拘束”与“法的安定”,动机错误适用情势变更之范围与要件即变得严格。至后普通法时期,特别至萨维尼以后,与动机错误有关之情势变更原则,已为学说所不采。^[26]但是,德国自20世纪20年代起,学说、判例已经重新采用行为基础理论解决动机错误问题。^[27]所谓行为基础,是指某种现存或者未来的事实状态,当事人预设此种事实状态现在或者将来会存在,尽管该预设未上升为合同内容,但当事人的效果意思建立在该预设基础之上。行为基础构成行为的前提是,

[20] 参见[德]马尔特·迪塞尔荷斯特:《合同缔结中的错误》,唐莹译,载邵建东、方小敏主编:《中德法学论坛》第2辑,南京大学出版社2004年版,第132页。行为错误,即是表示错误,也称内容错误。

[21] 参见[日]山本敬三:《民法讲义I:总则》,解亘译,北京大学出版社2004年版,第126页。

[22] 前引[19],周占春文,第239页。

[23] 对外经济贸易合作部法律司编译:《国际商事合同通则》,法律出版社1996年版,第54页。

[24] 参见前引[18],克茨书,第279页。

[25] 王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第373页。

[26] 参见前引[19],周占春文,第239页。

[27] 行为基础理论和情势不变条款等,均是试图正当化情势变更原则的理论。参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2004年版,第439页。

如果行为基础不存在,该法律行为也就没有存在的必要,当事人可以主张撤销该法律行为。^[28]而德国债法之修订,已将成为学说、判例中的通说的行为基础理论上升为立法,修订后的德国民法典第313条第2款规定:“已成为合同基础的根本性设想后来被发现是错误时,等同于情势变更。”这样,动机错误对合同效力的影响,也取决于错误的重大性程度。只是德国法系将该问题纳入情势变更制度中进行处理,故在法律效果上不同于错误的可撤销,而是表现为合同变更请求权以及合同解除权的发生,而且其中的解除权受到限制,仅在变更不可能或不能合理期待一方当事人接受变更的情况下,遭受不利益的当事人取得解除权。^[29]

决定错误是否影响合意效力的因素,应是多方面的。梅迪库斯认为,其中可考虑的因素包括:表意人对其错误是否有过错;错误对表示受领人来说是否具有了识别性;受领人在信任意思表示的存续性时付出了多大的代价。^[30]而科宾则列举了更多的因素:有错误想法的是双方还是一方当事人;是实质重要的事实吗;一方当事人知道或有理由知道他方的错误吗;一方当事人有意或无意地造成了他方的错误吗;发生错误的当事人有疏忽吗;任何一方当事人改变了其地位了吗;由一方当事人承担错误的风险,是根据协议还是根据习惯等。^[31]还有学者指出,在无偿交易中任何错误都能使表意人享有撤销权,只要错误涉及对相应意思表示具有决定性意义的动机。^[32]

笔者认为,错误是否影响合意的效力,首先需要看当事人之间是否存在对错误风险的协议安排;若无,则看有无风险分配的习惯;若仍无,则应是在表意人与受领人归责性程度比较权衡的基础上,主要考虑以下因素:错误的重大性程度、发现错误的可能性大小、交易系有偿还是无偿、当事人是否已基于合意而有所行为、效果维持所导致的结果的可接受程度、均无归责性时风险领域归属状况等。错误规则的真正力量,除了当事人自治之维护以外,部分来源于维持合意效力可能导致的利益失衡,或者虽然受领人未获得过分不当利益,但否定合意效力其损失很小,而维持合意效力表意人损失很大。前一种情形维持合同效力,将导致等价关系的破坏;后一种情形下维持合同效力,错误方无法实现订立合同的目的,从而出现目的不达。后者以赔偿对方信赖利益损失为代价而赋予合同撤销权之制度安排是有效率的。这样,错误的场合,在自治原理与信赖原理之外,又出现了给付均衡原理、效率原理等,错误的规则取决于这些原理的合力。给付均衡原理、效率原理可加强自治原理,来限制信赖原理,使表意人取得合同撤销权。

(三)合同解释的优先性

在不合意与错误的问题上,合同解释永远具有优先性。合意系指经由解释所认定的“表示内容的一致”,而非指内心意思的一致而言。^[33]无论如何,相对于认定公开的或者隐藏的不合意而言,解释永远具有优先性。如果仅仅是一方当事人之未经表示出来的意思旨在达成一项特别的约定,或者此项意思与另一方当事人经过解释的表示不相符合,则并不构成不合意。^[34]可见,法律上合意与否,纯粹是合同解释的结果。

错误是以法律上的合意存在为前提的,只有经先行的解释活动得出合意存在之后,是否存在错误之判断才可能进行。有学者指出:由于只有在表示的关键的、规范性的意义不同于表意人本身所指的意义时,才可能认定表意人发生了内容错误。因此,在确认存在内容错误以前,首先应对表示作出规

[28] 参见崔建远主编:《合同法》,法律出版社2003年版,第79页。

[29] 参见德国民法典第313条第3款之规定。

[30] 前引[9],梅迪库斯书,第564页。

[31] 参见[美]科宾:《科宾论合同》,王卫国、徐国栋、夏登峻译,中国大百科全书出版社1997年版,第679页。

[32] 前引[20],迪塞尔荷斯特文,第144页。

[33] 前引[1],王泽鉴书,第189页。

[34] 前引[9],梅迪库斯书,第331页。

范性解释。然后,我们应把规范性解释的结果同表意人所指的意义进行比较。^[35]在进行一切法学思考时,解释都处在很前的位置,几乎没有哪一个方面明显处于解释之前,通过解释才可得知意思表示是否真的没有表达出表意人的内心所欲。^[36]

表示错误的认定中,解释的优先性体现在,首先需要经由合同解释确定合同的内容,然后才可能通过当事人内心真实意思与解释出来的意思之比较,来判断是否有错误存在。不过,纯粹的动机错误中,由于认为意思与表示是一致的,错误仅发生在意思形成阶段,所以,无法通过内心的意思与解释结果之比较来得出结论。此时,错误的认定,系通过当事人之预想,与在一定事实基础上合同有效的结果相比较而得出结论。但是,合同解释仍然具有优先性,盖惟有经解释得出合意存在时,方才有判断是否存在错误之必要;也惟有经解释得出合意存在时,才可能通过该合意与事实相结合的思考,来发现表意人预想是否发生了偏差。

基于上述不合意、错误制度与合同解释关系的阐明,不难看出,不合意、错误等场合中合理信赖的保护问题,主要是通过合同解释之中的比较权衡来解决的。这些场合中发生竞争关系的原理主要是信赖原理与自治原理。只是在错误制度中,给付均衡原理以及效率原理等也参加了进来,最终由这些原理的合力确定具体的法律效果。

四、合同解释中的比较权衡

合同解释理论中,长期存在着意思主义与表示主义之争。从理论描述角度观察,大陆法系与英美法系均经历了由最初的严格形式主义即表示主义,到近代法上的意思主义,再到现代法上的表示主义之演变。而这样的演变背后的实质是一种视角的转换、是合同解释基准的转换。其中所反映的价值变迁,则是信赖原理与自治原理的角力过程中,信赖原理逐渐生成与发展的历程,展现了表意人自治价值与受领人信赖价值之间的冲突与协调。不过,视角的彻底转换,会形成对其中一种价值的过度贬损,也不可接受。原理之间的冲突,应是在互相妥协中寻求价值的最佳实现,故合同解释的过程最终演变成为一种目光的往返流转,并在这样的往返流转之中,求得双方利益的兼顾。而实现这样的目标所经由的途径,正是双重合理性标准的运用。^[37]

合同解释中永远存在的紧张,是表意人自治与受领人信赖之间的紧张。^[38]双重合理性标准意在协调这一紧张关系。按照双重合理性标准,合同内容应根据处于受领人地位的理性之受领人对表示的合理解释来确定,同时,所确定的受领人之理解,须为处于表意人地位的理性之表意人所可合理预见。第一个合理性标准,考察的是受领人的信赖是否具有合理性,在受领人对表意人内心意思的预见程度与其对规范意思的信赖合理性程度之间存在反相关关系。^[39]第二个合理性标准考察的是表意人是否具有归责性,在表意人对受领人理解的预见可能性程度与其归责性程度之间存在正相关关系。

[35] 前引[10],拉伦茨书,第505页。

[36] 前引[9],梅迪库斯书,第234页。

[37] 参见叶金强:《合同解释:私法自治、信赖保护与衡平考量》,《中外法学》2004年第1期。

[38] 在无法区分言者与听者的场合,可以认为紧张关系存在于双方当事人的自治之间,或也可以认为紧张关系存在于信赖之间。认为紧张关系存在于双方自治之间的观点的理解角度是,双方对合同文本的理解如果未能得到法院的支持,其自治便受到了约束,自我决定隐退,自己责任呈现,相互竞争之利益均为自治利益。认为紧张关系存在于双方信赖之间的观点的理解角度是,合同解释表现为,双方对合同文本意义之信赖合理性之间的竞争。可区分言者与听者的场合,紧张关系存在于表意人自治与受领人信赖之间的表述,更为贴切一些。这里,在合同解释的场合,信赖与自治之间的亲和关系特别明显,信赖是否受到保护直接影响着信赖者是否可以实现自我决定,自治是否受到约束同样直接影响着一方对另一方理解的信赖是否受到保护。自治问题存在于双方,信赖问题也存在于双方。之所以存在这样的现象,根本原因在于信赖保护背后的价值支撑包含有信赖者的自治利益。

[39] 表示的规范意义,类似于权利外观传递的权利信息,而表意人内心意思类似于被权利外观所遮蔽的真实权利信息。这样,对表意人内心意思的预见可能性程度,决定着受领人对表示的规范意义之信赖的合理性程度。

在双重合理性标准之下,受领人只要足够地谨慎,他的理解便不会偏离法官对合同的可能解释,他的目的便可以通过合同而实现。如果他的判断是表意人的意思可能与自己的理解之间有冲突,他可以并应当通过追问加以澄清。如果他的判断是表意人的意思和其内心想法一致,只要他的理解是在合理的谨慎基础上作出的,即使将来发生争执,法官也会按照他的理解确定合同内容。这样,双重合理性标准中的第一个标准,使得受领人可以实现自我控制。对于表意人,虽然合同是以理性之受领人的语境赋意的,但通常情况下他应当能够预见到理性之受领人对其表示的理解,他可以谨慎地判断理性之受领人会对其意思作怎样理解,并将之和自己的内心意思进行比较。如果二者不同,其可以并应当通过信息沟通,改变受领人的理解语境,进行调整。如果他虽然合理地谨慎,仍然无法预见理性之受领人的理解,则合同不会按理性之受领人的理解赋意。这样,双重合理性标准中的第二个标准,使得表意人能够自我控制,不必担心即使自己已合理地谨慎了,仍无法预见合同可能的解释结果,表意人的自由得以维护。^[40]可见,双重合理性标准,作为兼顾双方的客观解释基准,并没有将合同推离自治轨道,相反,当事人的自由更加澄净。

由于合理性永远只是程度的不同,故双重合理性标准的适用过程,就展现为一个信赖合理性程度与归责性程度的比较权衡的过程。例如,在约定以法郎为货币单位的买卖合同中,对法郎的解释,需判断一个理性之受领人处于受领人角度时会将“法郎”理解为法国法郎,还是瑞士法郎。如果得出的结论是法国法郎,则需进一步判断一个理性之表意人处于表意人的角度,能否预见到受领人的此种理解。此时,如果受领人系将“法郎”理解为法国法郎,其对表示的信赖就具有合理性,而表意人如果能够预见到此种理解,其就具有归责性。个案中需要根据具体的情景来判断受领人信赖的合理性程度以及表意人的归责性程度各有多高,并进行比较权衡以得出解释结论。就法朗案而言,其中影响合理性程度、归责性程度判断的因素可包括但不限于:当事人的国籍、合同订立地、合同履行地、付款途径、交易习惯、以往的交易情况、价格合理程度等。

实践中,存在着表意人的理解以及受领人的理解均不同于处于受领人角度的理性受领人之理解的情形。此时,需要判断的是:表意人是否应当预见到受领人的理解?受领人是否应当预见到表意人的理解?^[41]这样,比较权衡转入到双方预见可能性程度之间进行了,而对于受领人而言,预见可能性程度反映的是信赖合理性的程度,预见可能性程度越高,受领人对规范意思的信赖合理性程度就越低。对于表意人而言,预见可能性程度,反映的是归责性的程度,预见可能性越高,表意人的归责性程度就越高。而一方如果知道另一方的真实理解,则应受对方的理解的约束。盖知道与否是一个事实问题,没有比较权衡的空间,而且在知道对方意思的情况下,当事人的归责性程度极高,所以法律效果确定上没有争议。阿蒂亚认为,如果一方当事人知道另一方当事人的要约或承诺没有表达其真实意向,并不揭露错误而仍然与其交易,那么他通常应受到另一方当事人的真实意向的约束。^[42]

五、解释之结果:效果弹性化的实现

通过双方归责性程度的比较权衡,最终可以得出与个案情境契合的解释结果。^[43]具体而言,当受领人的信赖虽具有合理性,但表意人无法预见到受领人的合理解释时,合同将被解释为未成立,合

[40] 如果表意人虽然十分谨慎仍未预见到受领人的合理解释,合同仍按受领人的合理解释解释,那么,表意人便会感到处于自己无法控制的未知风险之中,手足无措,本体性安全丧失,更何谈自由。

[41] 这里存在的问题是,表示之规范意思的确定,是可能已经将受领人对表意人内心意思的预见可能性考虑进去了。立体化的理性之受领人,具有融入作为此种预见可能性的基础事实之条件。

[42] [英]P.S.阿蒂亚:《合同法导论》,赵旭东、何帅领、邓晓霞译,法律出版社2003年版,第85页。

[43] 信赖者信赖的合理性也可以理解为信赖者的归责性,不该信赖时信赖了,就具有归责性,能够预见到对方的意思,就不应对该意思之外的理解产生信赖。

意不存在。例如,瑞士商人与法国商人在中国订立并将在中国履行的买卖合同,约定以法郎付款,但瑞士商人主张系指瑞士法郎,法国商人主张系指法国法郎时,合同将会因双方均不具备受保护的基础而被认定为不合意,各自承担自己可能发生的损失。对于前文述及的菜单案,拉伦茨也是认为,本案中,由于双方理解的角度迥异,合同无法成立,双方关系按不当得利法的规则处理。^[44] 这里,不合意的结论,应是来自于理性之受领人的理解与理性之表意人可预见的理解“擦肩而过”。而在双方的理解均不同于理性之受领人的理解,且任何一方均不知道对方的理解,也无法预见到对方的理解时,也会认定为不合意。此时,不存在让任何一方受对方意思约束的基础。

在解释的结论为不合意的场合下,如果双方均不具有可归责事由,则互不承担责任。对于菜单案,梅迪库斯认为,菜单的事理应属于店主的领域,但如果认为店主应负有一种合同前的组织义务,要求他不断追缴重新出现的老菜单,则不免过分提高了对店主注意义务的要求。所以,该案无法通过缔约过错制度来解决。^[45] 但是,不合意的场合也可能发生缔约过失责任。王泽鉴先生指出:契约表面上虽已缔结,但实际上因当事人意思表示不一致而未成立时,有过失的一方,就相对人因信赖契约成立而所受的损失,应负赔偿责任。^[46] 不合意场合下的当事人过错,应是较弱的过错,以至于若让其按照对方的理解承受约束,将是一种过重的负担,与其较弱的过错不相匹配。故不合意同时承担缔约过失责任,系认为其归责性程度尚未达到让其受合意约束的程度。例如,表意人对受领人的理解虽有一定程度的预见可能性,但该预见可能性程度较弱,从价值判断上不足以让表意人受约束,故可以认定为不合意,同时根据表意人预见可能性程度,让其承担缔约过失责任。

在解释的结论为合意存在,并按照理性之受领人的理解确定合同内容后,若表意人的内心意思与该内容不一致的,表意人就受到了其意思之外的约束。该约束的正当性在于,表意人可以预见到受领人的合理理解,却没有预见到或虽预见到了却没有对自己的意思作进一步的说明,具有归责性。该约束体现的是责任原则,而责任原则是私法自治必要的纠正手段。^[47] 在双方的理解均不同于理性之受领人的理解,而一方可以预见到另一方的理解时,也会认定合意存在,合意的内容根据可被对方预见到的当事人之理解确定。^[48] 其中存在的同样是责任原则。

在合同解释的结论为有合意存在,且一方当事人的内心意思与所确定的合同内容不一致时,事实上的错误便确定地存在了。^[49] 此时,让错误方受约束,是为了保护对方的信赖,同时也是错误方自己责任的体现。但是,这样的安排在许多场合会使得错误方遭受过重的不利。于是,法律设定例外,建立法律上的错误制度,在具备一定条件时,赋予错误方以撤销权,使其仅承担赔偿对方信赖利益损失的责任。而法律所设定例外的主要标准,便是错误的重大性标准。对于重大错误,如果仍不让错误方有摆脱的机会,则可能会使得信赖方获得过大利益,或错误方遭受重大损失。由此可见,错误制度是信赖原理、自治原理、给付均衡原理等原理相互竞争与妥协的结果。不过,重大错误可以撤销的规则是否应有例外,也是值得讨论的问题。比较法上有立法例规定,错误方具有重大过失时,不享有撤销

[44] 参见前引[9],梅迪库斯书,第240页。

[45] 同上书,第241页。

[46] 王泽鉴:《民法学说与判例研究》第1册,中国政法大学出版社1998年版,第99页。

[47] 前引[10],拉伦茨书,第504页。

[48] 这里,美国第二次《合同法重述》第201条之规定颇具参考价值,该条规定:“(1)当事人已就一约定或协定或其中一条款赋予相同之意义时,该等约款应依该意义解释之。(2)当事人已就一约定或协定或其中一条款赋予不同之意义时,该等约款应依下列情形所指之该当事人所赋予之意义解释之,即于协定缔结时:(a)该当事人不知他方当事人赋予不同之意义,且后者知前者所赋予之意义。(b)该当事人无理由得知他方当事人所赋予之任何不同之意义,且后者有理由得知前者所赋予之意义。(3)除本条有规定外,纵或其结果将致合意之不成立,当事人任一方不受他方所赋予意义之约束。”参见《美国法律整编:契约法、对外关系法》,台湾政治大学法律研究所、司法院合译,司法周刊杂志社1994年印行,第320页。

[49] 错误的存在需要进行证明,错误证明之困难,使得合同解释规则更为重要,同时,错误存在之证明困难,可强化对受领人信赖的保护。

权。例如,日本民法典第95条规定:表意人有重大过失时,不得自己主张其无效。澳门民法典第240条第4款也规定:错误系因表意人之重大过错而造成,则有关法律行为不得宣告为无效或撤销。而我国台湾民法第88条则规定:以其错误或不知事情,非由表意人自己之过失者为限,得撤销。对此,有学者认为应将这里的过失解释为重大过失,但多数学者认为应指抽象轻过失,而实务上系采具体轻过失。^[50]笔者认为,错误因错误方的轻过失而发生,是很常见的现象,过失的弹性可能会使得排除具有轻过失者撤销权的规则几乎达到否定错误制度的程度。而重过失等同于故意(*culpa lata dolo aequiparatur*),^[51]系自罗马法以来通行的观念,^[52]因重大过失而发生错误者,其归责性程度极高,不具有赋予撤销权之保护的必要,故应排除具有重大过失之错误方的撤销权。^[53]

这样,合同解释中的比较权衡,就形成了与归责性程度相对应的信赖保护效果强度。具体展现为:在双方均无归责性时,解释为不合意,双方均不负责任;在一方有较轻微的归责性时,可解释为不合意而有缔约过失责任;在一方有一定程度的归责性时,可解释为存在合意,信赖者可依其意思取得相应法律效果,但错误方可通过撤销合同而仅承担信赖利益损失赔偿责任;在一方对错误的发生具有很高的归责性,有重大过失时,可解释为合意存在,同时否定错误方的撤销权,使信赖者可确定地获得生效的合同。此外,在确定具体的赔偿数额时,赔偿数额的控制,也可以配合评价活动,以得到尽可能妥适的判决。可见,合同解释领域,通过解释的弹性,透过不同制度之间的衔接,借助于各要件满足程度之间的比较,可实现与利益权衡相适应的法律效果的弹性化。

Abstract: The rigid “requirements—effects” mode sometimes leads to injustice in given cases. The flexibility of legal effects in private law could be realized by the dynamic requirements. The judgment of whether there is a meeting of minds or whether there is a mistake shall be reached by interpretation of contract on the basis of comparing and weighing the reasonableness of reliance and *zurechenbarkeit*. The interpretation of contract provides a space for the dynamic requirements. By the dynamic process of reasonableness of reliance and *zurechenbarkeit* in contract interpretation, comparing and weighing, various conclusions could be reached including non-meeting of minds and no liability, non-meeting of minds and pre-contract liability, meeting of minds with mistakes and revocable, and meeting of minds without mistake and irrevocable. Such are the realization of the flexibility of legal effects.

Key words: dynamic requirements, non-meeting of minds, mistake, interpretation of contract, flexibility

[50] 前引[25],王泽鉴书,第382页。

[51] 参见黄风:《罗马私法导论》,中国政法大学出版社2003年版,第342页。

[52] 赋予重大过失与故意相同的法律效果,一定意义上也有克服故意认定上的法技术困难之功能,使得边缘性案件中当事人是否为故意的争论失去实益,而用重大过失这一有弹性的工具来实现同样的目的。

[53] 此外,错误制度中,瑞士和意大利的一项规则颇有借鉴价值。瑞士债务法第25条第2款规定:经对方当事人同意,错误的一方应当按照其对合同的理解继续履行合同。意大利民法典第1432条也有相似的规定。笔者认为,错误制度中赋予信赖方按照错误方之理解成立合同的选择权,是一项十分妥当的制度安排。