

意思自治与合同形式自由主动限制的效力问题

廖志雄*

一、引言——问题的提出

遵循民事主体意思自治的一般原则,除非法律另有要求,合同当事人有选择订立合同形式的充分自由。这一点得到我国《合同法》的确认。该法第10条规定:“当事人订立合同,有书面形式、口头形式和其他形式。法律、行政法规规定采用书面形式的,应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的,应当采用书面形式。”如果当事人在书面合同中约定,对于已经订立书面合同的任何变更,必须并且只能以书面方式进行,否则变更无效;其后当事人以口头形式达成变更合同协议,该口头变更是否有效?法院对此等口头变更是否应当确认并支持?是无差别地确认效力,还是要视具体情况而定?或者说,在确定其效力时,应当考虑哪些因素?《合同法》没有对此明确规定。《合同法》第10条是第二章“合同的订立”的组成部分,因此其关于合同形式的规定,只适用于合同订立,而无关合同变更。但该法第2条规定:“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。”是否可以据此断言,合同变更本身也是一种合同,^[1]因而第10条的规定也适用于合同变更呢?这些问题不解决,会给合同当事人商

* 廖志雄,新西兰怀卡托大学法学院高级讲师,法学博士,研究方向为合同法、商业法、土地法。

[1] 如《法国民法典》(2016)第1101条将合同定义为“两个或以上的人意图创立、变更、转让或消灭义务的意愿一致”。由此可以推断,当事人就合同变更达成的意愿一致其本身也可以视为合同。



业活动和司法审判带来不确定性,因此有必要厘清。本文简要回溯我国《合同法》的起草历史,在比较研究不同法系有关法律和判例的基础上,结合有关合同国际公约或规则的分析,提出我国《合同法》在该等问题上的可能立场和进一步完善之方案。

二、民事主体意思自治与合同形式自由主动限制

民事主体意思自治是民法的基本原则之一。^[1]合同当事人依法享有自愿订立合同的权利。^[2]除非法律另有强制性规定,当事人可以自主决定是否订立合同,与谁订立合同,以怎样的条款订立合同,以及以怎样的形式来订立合同,等等。意思自治和合同自由也包括当事人变更合同的自由。^[3]合同自由包括合同形式自由不是绝对的,而是可以被限制的。

合同形式自由的限制有法定限制和约定限制两大类。法定限制是被动的,是当事人不得不接受的,可以称为合同形式自由的被动限制。而约定限制是合同当事人的主动选择,可以称为主动限制。这两种合同形式自由的限制,体现在我国《合同法》第10条第2款的规定之中。本文重点考察合同形式自由的主动限制,特别是合同变更形式自由主动限制条款的效力问题。

合同形式自由的主动限制,体现了当事人意思自治和合同自由原则,因为当事人有在不违反法律强制性规定的前提下订立任何内容和形式合同的自由,当然包括在合同中加入任何限制双方合同形式自由的限制性条款的自由。如此看来,问题似乎非常简单,也就是说只要法律确认合同形式主动限制条款的效力即可。然而,进一步观察,并非如此。

合同形式自由主动限制包括两种常见的情形。一是当事人约定合同订立必须以书面方式,具体表现形式多样。可能是“合同以书面方式订立”合意,即在订立正式合同之前,当事人之间就采用书面形式达成简单一致。在

[1] 《民法总则》第5条。

[2] 《合同法》第4条。

[3] 这一点,得到《合同法》第77条确认。

商业合同领域,更多的情形是当事人一致同意在书面合同中写入“完整协议条款”,如“有关本合同的所有条款、表述、合同各方权利义务的规定,已经完全包括于本书面合同文件及其附件(如有)之中;其他任何表述、表示或行为,无论明示或默示,均不构成本合同的组成部分”。二是在书面合同中写入“口头变更无效条款”,如“本合同的任何变更,必须以书面方式并经各方签署,否则不具效力”。

对于“合同以书面方式订立”或“完整协议条款”的情形,问题相对简单。也就是说,合同各方当事人达成一致意思表示,明确表明他们只愿意接受合同书面文本约束,而不受其他任何该文本之外意思表示的约束。我国《合同法》第10条已经明确确认此等条款的效力。对此等合同形式自由主动限制条款的确认,显然是对合同当事人意思自治和合同自由的尊重。这种条款处置的是合同订立之时的形式问题,应对的是合同订立之前或当时合同当事人之间该文本之外的意思表示。

对于合同变更主动限制如“口头变更无效条款”,问题则复杂得多。如此类条款效力得以确认,合同当事人就不能在合同成立之后以非他们选择的其他方式变更合同,构成对他们后来合同形式自由的限制甚至剥夺。这样一来,合同订立的形式自由得到了保障,而合同变更之时的形式自由被否定。反之,如果法律对于此类条款效力不予确认,就意味着对合同当事人在订立合同时选择加入此种主动限制自由的剥夺。这样一来,合同变更的形式自由得到了保障,而合同订立之时的合同形式自由被否定。该彼此不能兼顾之情形,至少从表面上看,是合同法必须面对的关于当事人意思自治和合同自由原则的悖论。因为无论是否确认这种条款的效力,都似乎导致对当事人某种合同形式自由的否定。

那么,我国《合同法》对此是如何规定的呢?关于合同订立形式的规定,包括合同形式自由限制的条款,是否无差异地适用于合同变更呢?《合同法》第77条规定:“当事人协商一致,可以变更合同。法律、行政法规规定变更合同应当办理批准、登记等手续的,依照其规定。”在起草《合同法》时,全

国人大法工委曾经考虑是否对合同变更形式加以限制。在统一的《合同法》之前,原有的《经济合同法》和《涉外经济合同法》曾明确要求当事人变更合同的协议及债权人发出的变更合同的通知应当采用书面形式。这一点跟当时两法对合同订立的普遍书面要求是相一致的。全国人大法工委认为,由于统一合同法典的调整范围已不局限于原有的经济合同和涉外经济合同的范围,包括了一些基于自然人所发生的合同关系,所以《合同法》未对变更合同的形式作出明确的规定。^{〔1〕}这也是与统一合同法典中不再对合同订立形式进行一般性限制相对应的。全国人大法工委建议,“但是,对当事人来说,变更合同主要内容的,还是以书面形式为宜,这样有利于明确双方的权利和义务,保证在发生纠纷时找到解决争议的依据”^{〔2〕}由此推断,并没有足够的证据证明,在《合同法》起草时,立法机关意图使关于合同订立的形式限制规定当然适用于合同变更。也就是说,《合同法》第10条第2款并不当然适用于合同变更。

然而,商业活动中涉及的大量合同可能包含要求合同变更必须采用书面形式并经各方签署方能生效的“不得口头变更”条款。所以,对此问题的研究和回答,不仅涉及民事主体意思自治与合同自由主动限制是否存在冲突等理论问题,也具有实践意义。为此,有必要回答这样一些与之相关的关键问题——合同当事人关于合同变更必须采用书面形式的约定,即合同变更形式自由的主动限制,是否可以通过当事人的口头协议或者行为而解除。如果对这一问题的回答是肯定的,那么撤除合同变更形式自由主动限制的口头约定,是否必须明示(明确指向并表明合同当事人一致同意撤除该限制),还是可以采取默示方式,即通过当事人就合同实体性权利义务达成口头变更协议本身或其他相关行为来推断。如果一方基于对他方行为的信赖而依照口头变更协议实施了履行行为,不得口头变更条款的效力又该如何。

〔1〕 参见全国人大常委会法制工作委员会编:《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社2013年版。

〔2〕 同上。

三、合同变更形式自由主动限制的效力

作为合同形式的被动限制,即法律法规对某些合同的形式自由加以限制,要求某些合同的缔结和变更必须采用书面形式,这些规定的法律效力不大招致过多质疑。从某种意义上说,合同是当事人之间的法律(A Contract is the law between the parties);合同当事人之间关于合同形式要求的约定,在合同当事人之间,具有法律上的效力,与法律关于合同形式的规定相比较,就法律上是否有效而言,似乎并无本质的不同。既然如此,为什么还存在质疑不得口头变更条款效力的主张和法院判决呢?

将不得口头变更条款认定为无效的主要理由是,对既有合同变更的本身就是一个合同,而合同形式自由意味着合同当事人可以采取任何方式缔结合同,除非法律另有限定;因此,合同当事人可以以非正式的方式撤销既有合同中关于特定变更形式的要求;合同当事人采用非正式方式变更既有正式书面合同的行为本身,应当被推定为他们是有意这样做的,即通过非正式方式撤销既有合同中关于特定变更形式的要求。^[1] 纽约上诉法院卡尔多佐法官(Cardozo J.)指出:订立合同的当事人,可以解除合同。禁止改变的条款本身,正如其他条款一样,可以被改变。对口头撤销合同的禁止本身,可以被撤销。^[2] 由此,“每一个这样的合同被一个与之冲突的新合同所终结”。^[3] 也就是说,对口头变更合同禁止的条款本身,可以随时经由任何方式由当事人一致同意(一个新的合同)而被变更或撤销,因而不可能有效。直至最近,该论断仍然得到大多数普通法系法官的支持。但英国最高法院于2018年的判决对此提出了有力的质疑,预计将对普通法系甚至其他法系在该问题上的立场产生重大影响。

[1] *Rock Advertising Limited v. MVB Business Exchange Centres Limited* [2018] UKSC 24 at para 7.

[2] *Beatty v. Guggenheim Exploration Co* (1919) 225 NY 380 at 387.

[3] *Westchester F. Ins Co v. Earle* 33 Mich 143 at 153.

合同变更形式主动限制条款,如“不得口头变更”条款等,是否应当具有法律效力,是很多法系的法院共同面对的问题。观察思考有关合同国际公约或规则以及其他国家法院如何处置这样的问题,很有借鉴意义。

我国《合同法》起草参照了《联合国国际货物销售合同公约》。该公约第29条规定:“(1)合同只需双方当事人协议,就可更改或终止。(2)规定任何更改或根据协议终止必须以书面做出的书面合同,不得以任何其他方式更改或根据协议终止。但是,一方当事人的行为,如经另一方当事人寄以信赖,就不得坚持此项规定”。由第(2)款可以看出,该公约是确认合同当事人对合同变更形式自由的主动限制条款法律效力的。值得指出的是,该公约第11条已经对合同订立的形式自由加以明确确认,尽管该条被置于第一部分之第二章“总则”,而非第二部分“合同的订立”之中。第11条规定:“销售合同无须以书面订立或书面证明,在形式方面也不受任何其他条件的限制。销售合同可以用包括人证在内的任何方法证明。”该公约同时允许缔约国对第11条、第29条保留。阿根廷、智利、亚美尼亚、白俄罗斯、爱沙尼亚、巴拉圭、越南等在加入公约时明确声明不接受第11条和第29条的约束。这意味着这些国家坚持涉及国际货物买卖的合同的订立、变更、终止必须采用书面形式。另有一些国家,如中国、匈牙利、拉脱维亚、立陶宛等先后于2012年至2015年撤回了当时对第11条和第29条效力保留的声明。^[1]这大致反映了这些国家对于当事人意思自治及合同形式自由采取了更加开放的态度。目前在91个缔约国中,绝大部分都接纳合同当事人可以以任何形式订立和变更合同,同时依据第29条,如果当事人约定合同变更必须采用书面形式的,该约定具有效力。《国际商事合同通则》的有关规则与《联合国国际货物销售合同公约》第11条和第29条的规定非常相似。^[2]正如英国最高法院大法官森

[1] 联合国官方网站:https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=X-10&chapter=10#EndDec,最后访问日期:2019年7月11日。

[2] 国际统一私法协会《国际商事合同通则》(2016年第4版)[UNIDIT Principles of International Commercial Contracts,4th ed(2016),articles 1.2 & 2.1.18]。

普逊(Lord Sumption)在洛克广告有限公司诉MWB商业交易中心有限公司(Rock Advertising Limited v. MVB Business Exchange Centres Limited)一案判决中所指出的,如《联合国国际货物销售合同公约》以及《国际商事合同通则》这样广泛使用的合同规则允许如公约第11条和第29条这样的规定并存,表明在允许合同以任何形式订立的一般规则与赋予要求合同变更必须用书面方式的条款效力的特别规则之间,并不存在“理念上的不一致”。〔1〕

对于大陆法系国家对合同形式自由的限制,或许存在误解——笼统地认为大陆法系国家的立法与司法对合同形式包括合同变更形式限制更多。对于合同形式的被动限制即合同形式的法定限制而言,或许如此。但对于合同形式主动限制未必如此。挪威、瑞典等大陆法系国家,至少在销售合同相关的法律上,采取了跟《联合国国际货物销售合同公约》第29条类似的立场。〔2〕但德国法院对于合同形式限定条款的对待不同于《联合国国际货物销售合同公约》第29条第2款的处置。一直以来,类似于对“完整合同条款”的处置,德国法院允许对既有合同以口头方式变更,即便原合同要求变更或修订须以书面方式,因为合同当事人意思自治和合同形式自由应该优先于合同形式限定条款。〔3〕这表明德国法院一般不确认“不得口头变更”条款这种合同变更形式主动限制条款的效力。

欧盟以大陆法为基础起草的《欧洲合同法原则》(Principle of European

〔1〕 *Rock Advertising Limited v. MVB Business Exchange Centres Limited* [2018] UKSC 24 at para 13.

〔2〕 Jens Christian Westly, No Oral Amendment clauses, being part of the “Anglo American Contract Models” project a University of Oslo. <https://www.jus.uio.no/ifp/forskning/prosjekter/anglo-project/>, visited 25 July 2019.

〔3〕 Heinrichs, H. in Palandt, O. (ed.) (2006) *Bürgerliches Gesetzbuch* (66th ed.) C. H. Beck at 125 para. 14; Geldsetzer *Einvernehmliche Änderung* supra fn 11 at 124 et passim. Cited in SCHLECHTRIEM, Peter Schlechtriem, Opting out of Merger and Form Clauses under the CISG—Second thoughts on TeeVee Toons, Inc. & Steve Gottlieb, Inc. v. Gerhard Schubert GmbH, in: Camilla B. Andersen / Ulrich G. Schroeter eds., *Sharing International Law across National Boundaries*; *Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing (2008) 416–424.

Contract Law)^[1]第2:106条规定,书面合同中要求变更或解除合同必须以书面方式的条款仅仅是这样一个假定(presumption)——除非变更或解除合同的协议以书面形式做出否则不具有法律约束力;合同的一方,如果其语言或行为被他方所合理信赖,可能会被排除对该等条款主张有效的资格。该条规定实质上是将变更必须以书面方式这种条款的效力限定于民事证据规则上的假定,而假定是可以被充足的相反证据所推翻的。这些相反的证据,包括(但不确定是否限于)合同一方的言行导致他方的合理信赖,认为合同已经由非书面方式变更了(通常也还需要据此作出了实质性的履行行为,这也可以看作是合理信赖的证据)。也就是说,除非有充分证据推翻,假定就继续存在,合同变更形式主动限制条款的效力就得到认可。而举证的责任,在于主张形式限定条款无效的一方。

大陆法系对于合同变更形式主动限制条款效力的不情愿完全接受态度,除了出于对合同自由的尊重和强调,也许与大陆法的诚实信用原则以及合同解释着重于寻求当事人一致合意的本身优于合同外在形式的原则有关。^[2]

普通法系国家对于合同形式自由主动限制条款的效力认定也似乎并无一致做法。《美国统一商法典》第2-209条第2款规定,排除书面并签署方式之外的变更或撤销的经签署的(书面)合同,不能以其他的方式变更或撤销。但该条第4款规定,尽管变更或撤销的尝试(attempt)不满足第2款的要求,但是该尝试可以作为对该(只能书面变更)要求的免除(waiver)。在一个美国第七巡回法庭的判决中,代表多数的波斯纳(Posner)法官认为,只有在存在信赖(reliance)时,这样的尝试才能构成免除,否则,如果第2款被理解为可以由任何口头变更而免除,那么,第2款和第4款的规定都会是多余

[1] 该原则并非强制性法律,而是“软法”(soft law),其效力更类似于《联合国国际货物销售合同公约》或者国际统一私法协会《国际商事合同通则》。

[2] 关于两大法系合同解释规则的比较研究,参见廖志雄:《合同解释之普通法——方法、演进及趋势》,载《上外法律评论》2017年卷(总第3卷),法律出版社2017年版,第39~50页;廖志雄:《合同解释之大陆法——方法、演进和趋势》,载《上外法律评论》2018年卷(总第4卷),法律出版社2018年版,第27~37页。

的。^[1]但是,作为少数的伊斯特布鲁克(Easterbrook)法官持不同看法,认为任何尝试的变更都可以构成对变更书面要求的免除,除非免除影响到合同已经履行部分的情况下信赖才需要,从而阻止合同他方撤回免除。^[2]

值得注意的是,美国的判例和《合同法重述》在该问题上所采取的立场与《统一商法典》似乎并不一致。至少早期的判例是倾向于否定合同不得口头变更条款的效力的,因为不得口头变更条款本身,正如其他合同条款一样,是可以被当事人(以任何方式)变更的。^[3]作为合同法一般规则总结或法典化尝试的《合同法重述(二)》在修订时也未引入只适用于销售合同的《统一商法典》第2-209条,而采纳了接近于传统判例的立场。

关于不得口头变更条款的效力问题,英国法最近的变化引人注目。直至2017年,尽管存在相互矛盾的判例,英国法院大体上是采取与美国法院相似的立场的,即认为合同中的不得口头变更条款是可以经由当事人以任何方式包括口头方式撤销的,因而即便存在不得口头变更或者口头变更无效这样的合同变更形式主动限制条款,当事人达成合同变更的口头协议仍然是可以有效的。这一点,可以从英国(英格兰与威尔士)上诉法院在2016年的判决中引用并肯定纽约上诉法院法官卡尔多佐在 *Beatty v. Guggenheim Exploration Co.* 一案^[4]中的司法意见(dictum)可以看到。^[5]然而,英国最高法院于2018年5月16日作出的洛克广告有限公司诉MVB商业交易中心有限公司(*Rock Advertising Limited v. MVB Business Exchange Centres Limited*)一案的终审判决或许表明了英国法对待合同变更形式主动限制特别是合同不得口头变更条款效力问题的最新进展以及重大变化。在该案中,MVB商业中心给洛克广告公司提供办公场所使用许可。2011年8月双方订立场地使用许可

[1] *Wisconsin Knife Works v. National Metal Crafters* 781 F.2d 1280(7th Cir. 1986).

[2] *Wisconsin Knife Works v. National Metal Crafters* 781 F.2d 1280(7th Cir. 1986) at 1292.

[3] *Beatty v. Guggenheim Exploration Co*(1919)225 NY 380.

[4] *Beatty v. Guggenheim Exploration Co*(1919)225 NY 380.

[5] *Globe Motors Inc and ors v. TRW Lucas Varity Electric Steering Ltd and anor* [2016] EWCA Civ 396,[2017] 1 All ER(Comm)601. 该案在上诉法院随后在 *MVB Business Exchange Centres Ltd v. Rock Advertising Ltd* [2016] EWCA Civ 553,[2017] QB 604 的判决中被引用并肯定。

可合同。该合同第 7.6 条规定:“本许可合同规定了双方同意的所有合同条款。任何其他的表述或者条件不构成本合同的任何部分。对本许可合同的任何变更,必须以书面方式,并经双方有权代表签字,方得生效。”^[1]至 2012 年 2 月,洛克广告公司已经累计拖欠使用费 12,000 英镑。该公司董事向 MVB 商业中心要求允许其延后缴付使用费并免去逾期支付利息。随后该董事与 MVB 商业中心负责债务和信用控制的经理多次通电话讨论该问题。2012 年 3 月,MVB 商业中心以洛克广告公司未能支付到期场地使用费为由封闭了许可场地,阻止洛克广告公司继续使用,终止场地许可合同,并起诉追索所欠的场地使用费。洛克广告公司提起反诉,要求 MVB 商业中心为其不当拒绝其继续使用场地赔偿损失。

初审案件的伦敦中区法院法官依提交的证据认定双方之间就场地使用许可合同的变更达成了口头协议,并且该变更有对价(consideration)支持。但是,该变更不具有法律效力,因为该变更并未采用书面形式并经双方有权代表签署。因此,MVB 有权忽略该变更,而依照原合同追索欠缴的场地使用费。上诉法院(Court of Appeal)推翻了该判决,其主要理由是双方之后达成的口头变更协议同时也构成对原合同中要求变更必须以书面方式条款的撤销。因此 MVB 商业中心受到口头变更协议的约束。MVB 商业中心上诉至英国最高法院。英国最高法院认为原合同中的关于合同变更必须采用书面形式的条款有效,双方之后达成的口头变更协议因与之不符,不具有法律效力。最高法院五位大法官一致判决撤销上诉法院的判决,恢复伦敦中区法院的判决。然而,他们给出的判决理由并不一致。森普逊大法官(Lord Sumption)的判决理由得到了其他三位大法官的支持。

森普逊大法官认为,当事人意思自治(party autonomy)只能行使到合同成立那一刻,一旦合同成立,当事人的意思自治就只能在合同允许的范围内行使了。几乎所有的合同都对当事人的行为以及之后的意思自治构成某种

[1] *Rock Advertising Limited v. MVB Business Exchange Centres Limited* [2018] UKSC 24 at para. 2.

程度的限制。如果合同当事人即使已经一致同意也不能在他们的合同中加入有约束力的关于合同变更形式限制的约定,那才是对意思自治的真正限制。^[1]再者,虽然法律不要求合同以特定的形式订立,这给当事人带来便利,但是当事人仍然在合同中加入不得口头变更条款,至少可能包括这样的理由:首先,避免试图通过非正式途径减损书面合同(口头变更如果被允许的话,可能被滥用);其次,在口头商谈易于导致误解或对他方意图误读的情形下,不得口头变更条款不仅可以避免关于是否已经达成变更的争议,还可以避免关于究竟双方达成了怎样的变更协议的争议;最后,对变更记录的形式要求使公司等机构易于管控关于限制谁有权代表机构达成变更等的内部规则。^[2]

对于否定不得口头变更条款效力的理由,森普逊大法官认为,这些理由完全是观念层面上的(entirely conceptual)。^[3]否定不得口头变更条款效力的主要理由是,合同当事人一致同意不能通过口头变更合同的协议在观念上是不可能的,因为这样的协议在被达成的时候就会被毁掉。森普逊大法官认为这个理由有着不可克服的困难——如果这是观念上不可能的,那么在法律(制定法)强制要求书面形式的时候,这样的(不得口头变更)协议就无法作出;而显而易见的是,这样的协议是可以作出的。他以《联合国国际货物销售合同公约》第11条和第29条、《国际商事合同通则》第1.2条和第2.1.18条为例,指出很多法律体系对于商业合同不以形式要求为生效要件的同时,对不得口头变更条款赋予效力。^[4]由此可见,允许合同以任意方式订立的一般规则与赋予合同变更必须以书面形式之当事人约定以效力,这两者

[1] *Rock Advertising Limited v. MVB Business Exchange Centres Limited* [2018] UKSC 24 at para. 11.

[2] *Rock Advertising Limited v. MVB Business Exchange Centres Limited* [2018] UKSC 24 at para. 12.

[3] *Rock Advertising Limited v. MVB Business Exchange Centres Limited* [2018] UKSC 24 at para. 13.

[4] *Rock Advertising Limited v. MVB Business Exchange Centres Limited* [2018] UKSC 24 at para. 13.

之间并不存在观念上的冲突。

森普逊大法官还将不得口头变更条款与完整协议条款(entire agreement clauses)进行类比并得出结论,既然法律认可完整协议条款的效力,那有什么理由不认可同为当事人约定的(合同形式主动限制的)不得口头变更条款的效力呢?〔1〕

对于主张不得口头变更条款无效的另一个理由,即在存在不得口头变更条款的情形下,合同当事人之后的口头变更行为本身,就表明他们意图撤销之前达成的不得口头变更条款,森普逊在结论中指出,在他们的合同中加入不得口头变更条款的合同当事人,他们达成一致的,并非禁止以口头方式变更合同,而只是这样的(不符合约定要求形式的)变更不会生效。因此,之后达成口头变更协议的事实本身,并非对不得口头变更条款的违背,而恰好是该条款的适用,〔2〕也就是说,这样的变更,根据当事人不得口头变更条款的约定,因为不符合约定形式而不生效,而这正是他们自己作出的主动限制,因此也正是对双方意思自治的尊重。

另一位参与庭审的大法官布里格斯(Lord Briggs)作出了相同的结论,即该案件所涉及的不得口头变更条款使得之后达成的口头变更协议不具有法律上的强制效力。布里格斯大法官赞同森普逊大法官陈述的两个要点,一是不得口头变更条款是商业合同中常见的、实用合理的条款,其效力为世界上很多成文法典所确认,故此普通法也应当在可能的情形下给它们赋予效力;二是阻碍很多普通法体系承认这种条款效力的障碍“主要是观念上的”。〔3〕然而,布里格斯大法官的相同结论却是“在不同并更狭窄的基础上”得出的。〔4〕他认为,合同当事人有完全的自由通过协议把他们从合同中

〔1〕 *Rock Advertising Limited v. MVB Business Exchange Centres Limited* [2018] UKSC 24 at paras. 14 & 15.

〔2〕 *Rock Advertising Limited v. MVB Business Exchange Centres Limited* [2018] UKSC 24 at para. 15.

〔3〕 *Rock Advertising Limited v. MVB Business Exchange Centres Limited* [2018] UKSC 24 at paras. 21 & 22.

〔4〕 *Rock Advertising Limited v. MVB Business Exchange Centres Limited* [2018] UKSC 24 at para. 20.

解脱出来,并且这种自由原则上不仅仅适用于实体上的相互义务,也适用于他们达成一致的程序性约束,包括关于如何变更他们合同关系的限制。毫无疑问,合同当事人可以经由书面协议撤除原合同中的不得口头变更条款。〔1〕问题是,他们是否可以通过口头协议的方式来撤销这样的条款呢?布里格斯大法官认为应当可以,这一点不同于森普逊大法官的观点。另一个相关的问题是,如果合同当事人可以通过口头协议方式撤除不得口头变更条款,那么合同当事人对合同实体权利义务的口头协议变更是否可以作为他们撤除不得口头变更条款的默示一致呢?布里格斯大法官认为不可以,除非合同当事人一致同意撤除不得口头变更条款,它就依然有效,使得任何以口头方式达成的对合同实体权利义务的变更不具效力,除非达成的变更协议形成书面形式,或者不得口头变更条款本身已经由当事人一致协议撤除了。〔2〕概括起来,布里格斯大法官的基本观点是,合同当事人可以以口头协议的方式撤除不得口头变更条款,但是,这样的撤除协议不能经由合同当事人达成口头合同实体权利义务变更协议本身来默示推断,而应当由明确指向或提及该条款的明示(书面或口头)协议来实现。也就是说,如果合同当事人在口头变更合同中明确提及不得口头变更条款,那么他们达成的口头变更协议就应当视为有效,因为不得口头变更条款已经由当事人之明示口头协议撤除了,故此合同的变更形式不再受该条款限制。布里格斯大法官认为,这样的处置既反映了合同当事人对于他们未来事务进行约束的意思自治,又保留了他们从此等约束中解放出来的自由。〔3〕

布里格斯大法官也不赞同森普逊大法官对于成文法典中有关书面变更规则的分析。如果制定法关于变更必须用书面形式的要求是强制性的,当事

〔1〕 *Rock Advertising Limited v. MVB Business Exchange Centres Limited* [2018] UKSC 24 at para. 23.

〔2〕 *Rock Advertising Limited v. MVB Business Exchange Centres Limited* [2018] UKSC 24 at paras. 24 - 25.

〔3〕 *Rock Advertising Limited v. MVB Business Exchange Centres Limited* [2018] UKSC 24 at para. 25.

人当然不能以口头方式变更合同。但是,如果不得口头变更条款只是成文法典中某个可供合同当事人自由选择适用于他们之间的合同的部分,那么,这样的规定就不能阻止他们通过明示的方式偏离这样的制定法限制。^[1]笔者认为这个分析有一定道理。对于合同形式的强制性要求,通常只适用于某些特定的合同,如担保合同、涉及土地交易的合同等。如《联合国国际货物销售合同公约》第29条那样的规则,当然不是强制性的,合同当事人完全有自由通过协议变更或排除公约的规定,当然也包括这一条。如果当事人不排除,这一条就适用于他们之间的合同。但是这样的适用和强制性法律法规所强加的、不允许当事人排除的合同形式被动限制显然不同。作为公约一部分的第29条,是允许当事人排除的,当事人可以在订立合同时排除,也可以之后通过一致协议来明示排除。从某种意义上说,这样的条款更像合同当事人之间以接受“示范法”或“缺省条款”而加进他们合同的一部分(*incorporated into their contract as a term*);跟其他合同条款一样,是一种基于约定而成为“当事人之间的法律”而非基于法定要求而强加于当事人之上的“公众的法律”。

四、不得口头变更条款与实际履行问题

尽管法律允许合同当事人以任何方式缔结合同,这给他们带来了便利,但是在普通法国家不得口头变更合同的条款仍然很常见,这表明了这种便利是有代价的。代价之一就是不确定性,以及在涉及合同的诉讼中的举证困难和与此相联系的诉讼成本。在原合同包含有不得口头变更合同条款的情况下,如果一方当事人认为口头变更协议是有效的,并据此履行了口头变更协议中的全部或者部分义务,合同他方是否应当履行口头变更协议的义务?也就是说,在这种情形下,口头变更协议是否应当认定为有效?

[1] *Rock Advertising Limited v. MVB Business Exchange Centres Limited* [2018] UKSC 24 at para. 27.

在大陆法系国家,合同作为民事行为之一,自当遵循诚实信用原则。^[1]该原则要求合同当事人不得滥用权利,故此很可能在此种情形下,其行为被信赖的一方不得再依赖原合同中的不得口头变更条款。普通法系国家则有近似的衡平法概念“禁止反言”(estoppel)相对应。而《联合国国际货物销售合同公约》第29条第2款规定更具体——“(合同)规定任何更改或根据协议终止必须以书面作出的书面合同,不得以任何其他方式更改或根据协议终止。但是,一方当事人的行为,如经另一方当事人寄以信赖,就不得坚持此项规定”。也就是说,如果一方当事人的行为被他方信赖,该当事人就不能依赖不得口头变更条款,从而使口头变更有效。

需要注意的是,援引诚实信用原则作为否定书面合同中的明示条款效力的理由,门槛应当是相当高的。依赖该原则的一方,负有沉重的举证义务,必须提供充足的、让法庭满意的证据,证明他方的行为并非依照原合同而是依照口头变更协议的规定而为,本方已经对此产生信赖,以及基于该信赖采取了实质性的行动。在普通法系国家,基于信赖的“禁止反言”(estoppel)作为衡平法救济措施,并非当事人的当然权利,在很大程度上是法庭的自由裁量权(discretion);并且主张信赖的一方,还必须没有过错。^[2]在涉及书面合同中存在不得口头变更明示条款的情形下,要求应当更为严格。要依赖禁止反言作为否定不得口头变更条款效力的依据,至少要满足这样两个条件:(1)必须语言或行为明确无误地表明尽管存在形式不符该变更依然是有效的;(2)该等语言或行为必须超出非正式承诺(达成口头变更协议)本身的,也就是说口头变更承诺或协议的本身,不足以作为被依赖或信赖语言或行为,还需要别的(如依照口头变更协议的实际履行行为等)。^[3]

[1] 我国《合同法》第6条明确规定:“当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。”

[2] 衡平法有法谚:“寻求衡平法(救济)者必须双手干净”(He who comes into equity must come with clean hands)。引自美国最高法院墨菲大法官(Justice Murphy)在 *Precision Instrument Manufacturing Co. et al. v. Automotive Maintenance Machinery Co.* No. 377, 324 U. S. 806(1945) at 814。

[3] *Actionstrength Ltd v. International Glass Engineering In Gl En SpA* [2003] 2 AC 541, Lord Bingham at para. 9, Lord Walker at 51.

对在信赖的基础上实际履行为作为合同因形式不符而无效的例外处理,可以类比于合同形式自由法定限制的情形。例如,新西兰《2007年物权法》(Property Law Act 2007)第24~25条规定,处置土地利益必须以书面形式并被寻求强制履行一方签署。但是,该法第26条规定,第24~25条的规定,不影响部分履行规则(doctrine of part performance)的适用。该规则的核心是,如果一方当事人基于信赖已经采取了实质性的步骤履行合同,即使该合同不合法定的形式要求,也可以要求认定为合同有效。这种处理也许并不当然适用于某些特别类型的合同,如新西兰《2007年物权法》第27条要求担保合同必须用书面方式签署,否则无效,这种无效不能够通过部分履行规则救济;这种情形下的违反强制性形式限制是不能通过实际履行行为救济的。而当事人对合同形式主动限制的情形,与有关土地交易形式要求的情形更为接近,部分履行规则应当可以同理适用。

我国《合同法》似乎是采取了类似的规则。《合同法》第36条规定,法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同,当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立。第37条规定,采用合同书形式订立合同,在签字或者盖章之前,当事人一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立。这表明,如果合同已经得到履行,即使没有以规定或者约定的书面形式订立,合同也应当是成立的。如果合同不违反法律的强制性规定,就是有效的。同样的原理也应当适用于合同当事人对于合同变更形式的主动限制情形。

五、结语

合同当事人的意思自治和合同自由包括合同形式主动限制的自由应当得到尊重。从对相关国际公约和商事规则以及对两大法系的有关判例和制定法的观察,可以看到,各国法官们比以往更加倾向于确认当事人之间达成的合同形式主动限制包括合同不得口头变更条款的效力。这样的发展或选择有其合理的公共政策考量,特别是维护合同内容确定性以及防止口头形式

变更权利滥用的需要,也为商业活动主体对于内部事务和外部事务如授权和缔约行为进行有效管控提供了便利。从英国最高法院在洛克广告有限公司诉MWB商业交易中心有限公司一案的判决,特别是以森普逊为代表的四位大法官的判词中可以看到,普通法系在确认合同形式主动限制(至少在不得口头变更条款)效力这个问题上,已经走出了实质性的一步。可以预见,其他普通法系国家甚至大陆法系国家,将会受到较大影响,最终普遍接受合同当事人对于合同形式主动限制条款的效力作为一般规则,以信赖基础上的实质性履行为例外。

我国《合同法》似乎也可以考虑一般原则与特殊例外相结合的立法思路,进行修订。作为一般原则,如果合同中已经存在合同形式主动限制如不得口头变更条款,原则上该等条款具有法律约束力,合同当事人就合同变更达成一致,应当采用原合同约定的方式如书面方式,否则口头变更协议无效。但是,作为例外,在特定的情形下,譬如,合同当事人在紧急状态下达成口头变更协议,并且有证据表明口头协议明示提及不得口头变更条款,但当时情形使得采用原合同约定的变更方式不可能或不现实(impossible, or impractical),并且一方当事人基于信赖已经采取实质性步骤履行了口头变更协议中的全部或部分义务的,该口头协议就应当被认定为有法律约束力。证明原约定方式不可能或不现实的举证责任,应由主张口头协议有效的一方承担。举证不能的,承担口头变更协议效力不被承认的后果。举证标准是比较优势证据原则,即一般民事诉讼证据的通用标准。建议我国《合同法》应当考虑接纳这样的规则,以便在尊重合同当事人意思自治、促进交易的同时,增加确定性,减少机会主义和诉讼成本。

图书在版编目(CIP)数据

上外法律评论. 2019年卷: 总第5卷 / 王静主编
-- 北京: 法律出版社, 2020
ISBN 978-7-5197-2475-7

I. ①上… II. ①王… III. ①法律—文集 IV.
①D9-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2020)第018185号

上外法律评论(二〇一九年卷·总第五卷)
SHANGWAI FALÜ PINGLUN
(二〇一九 NIAN JUAN · ZONG DI WU JUAN)

王 静 主 编
张海斌 执行主编

策划编辑 解 银
责任编辑 解 银
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京虎彩文化传播有限公司
责任校对 马 丽
责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部
开本 710毫米×1000毫米 1/16
印张 16
字数 220千
版本 2020年2月第1版
印次 2020年2月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/400-660-8393

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-8393/6393

第一法律书店/010-83938432/8433

上海分公司/021-62071639/1636

西安分公司/029-85330678

深圳分公司/0755-83072995

重庆分公司/023-67453036

书号:ISBN 978-7-5197-2475-7

定价:69.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)