

民商事合同中的“过度履行”研究

乔木

澳门城市大学

DOI:10.32629/ej.v3i1.384

[摘要] 合同是契约精神的产物,从该角度来讲,合同之约定应当被双方所严格履行。但是实践中会出现一种情况,合同之债务人因种种原因而履行了优于原约定的商品或行为。在这种情况下,对于这种“过度履行”应如何定性,法律又应对其如何评价,该问题深值得探讨。本文拟在通过对合同及契约精神的介绍,结合不同学者对该问题的认识,来对合同的“过度履行”做定性分析。同时为了让本文之研究结果可以更好的回归实践,本文后部分亦有对研究结论中的适用条件之举证责任做补充研究。对日后有关过度履行的相关研究及立法有很大意义。

[关键词] 过度履行; 契约精神; 举证责任分配

1 “过度履行”的定义及其观点之争

合同是社会民商事交往中常见的形式。同大多数民事行为一样,其亦需受到国家公权力的规范,在古巴比伦汉谟拉比法典中就已经可以看到国家公权力对商事交往行为的约束。这种约束看似一种对私法自由的侵犯,实则是一种对市民生活交往的保障。

“合同法”更多的是反应人类的一种契约精神,即某一个体与另一个体接触并许诺,然后严格遵守该诺言。

而依约履行是合同履行的原则之一,指合同全面履行的原则首先强调当事人必须依据合同约定全面履行义务,即要求合同当事人必须按照合同规定的履行主体、标的、时间、地点、方式等履行其义务。按照合同全面履行的原则,债务人的履行在质量、数量、履行方法、地点等方面都必须符合合同的约定,否则均可构成违约。^①

对于这种在合同订立后严格按照原条款履行合同的行为,笔者本文称其为合同的“严格履行”。

但是实践中会遇到这样一种情况,即当债务人因为种种情况,最终所履行的标的要比合同先前所约定之标的更好,比如“约定买一羊,羊无货,交付一只牛。”基于上面的逻辑,笔者这里称这种高于原约定的履行为“过度履行”。^②

鉴于过度履行是本文之研究核心,故而笔者在此部分对该概念进行定义,合同的过度履行是指合同债务人因某种意料之外的原因,无法按照原合同的约定或法律的规定,无法全面、适当地完成合同义务时,其根据自己的判断,使用更高标准的交付物来完成原合同的行为。^③

那么这种情况下所进行之履行算不算合同的“履行”呢?采用不同的角度会有不同的看法。根据契约精神,履行必须要求严格按照合同所规定之义务。即当所履行之标的大于合同所约定之标的时,即便这种更好的交付标的亦可以完成合同最初签订时的目的,债权人仍有权利拒绝,要求按原合同所规定之标的履行;而根据意思自治原则或法的价值说则会持相反之观点,认为民法领域,法律的价值主要仍在于“定纷止争”。如债务人依照自愿原则用比原标的更高的要求所履行原义务,那么只要这种履行没有给债权人造成不必要的损失,那么就应当将这种优于原履行的“履行”视为合同已履行。

这两派学者之所以会持截然相反的观点,是因为其第一本位的价值不同。认为过度履行不属“履行”的学者认为法的价值在于其评价客观性,约定的存在是为了给予双方一个“期待”或“预测”,法律要对这种“期待”给与肯定评价,当某一方之履行不符合原定之“期待”,则认为该行为违反了法律;而认为“过度履行”亦属履行之学者,则认为法的最高价值是社会的秩序维护,当一人履行之义务,虽同先前之约定不符,但亦能满足

对方之需要,那么法律就应该对这种履行行为持肯定态度,同时消除其因与原合同之约定不相同而出现的非法性。

2 由“过度履行”所引发的法律问题

对于常见的瑕疵履行,其履行之标的确实不同于原约定之标的,并且实际履行之标的不能完成合同之目的,故而容易被债权人所主张违约,且这种主张亦容易被法官所接受。然而不同于瑕疵履行,过度履行的标的或许优于原约定之标的。那么对于这种过度履行所引发的法律问题,便需要继续进行分析。

做为法学研究者,向来没必要回避人性之恶。对于债务人的过度履行,可能存在下述几种风险:

2.1 过度履行之标的或许不能很好地实现最初的目的

“过度履行”中的实际履行之标的要优于原履行之标的。然而对于“优于”这个词的定义,判断中是很主观的。在市民生活中,任何客观事物必然有其主观价值,即便是随处可取的新鲜空气,对于一个充满活力可以四处走的青年与躺在病床上奄奄一息的老人其主观价值必然不同。故而对于定义中的过度履行,其“优于”的标准之确定究竟取决于债权人还是债务人必然是很重要的问题。

而结合这里所研究的合同过度履行之语境,如果是由债权人认定的“优于”,那么本篇之文章便成为伪命题;这里的过度履行必然是标的物在债务人看来是优于原定履行物,而债权人又一时间无法界定其好坏便选择接受。在接受之后,债权人使用时,也许会发现这里履行物并不能很好的适用于最初之目的。比如在债务人看来或许陶瓷餐具要好于金属餐具,然而如果是应用于学校食堂,易坏的陶瓷餐具显然不能同金属餐具一样经久耐用。

那么过度履行之“更优”标的便不能很好的适用于原定合同之目的。

2.2 在心灵上给予债权人不适之感

心理学家佛洛伊德说过,人类进行一切行为的动力便是性与变得伟大。教育学家杜威亦说过,人类最深沉的愿望便是变得重要。在一场合同履行中,如果债务人将其履行与最初之标的不相符。即便这种“不同标的物”客观上亦可完成或者更好完成合同目的。但是因为债权人参与过程中参与度过小,可能认为该结果为对方“擅作主张”,从而内心产生不愉快感,影响整体的社会生产率。

部分人可能会认为这种心理上的不适感不能做为一个法律问题。但就像宋功德学者在其早期的著作《法学的坦白》中所说的,法律分为法科学与律学,律为一棵大树的枝叶,法学则为其根。我们所说的法律问题,绝不仅局限于树枝,还要挖掘其根基所涉及到的问题。对于内心的情感,其很大影响到“幸福度”。这涉及到立法中的幸福度问题。即债务人的过度履行给

予了债权人心理上的不适感,这种不适感的降低必然不符合边沁的“幸福度追求”,故而这也实为一大法律方面的风险。

2.3 给债务人留有提高价金的空间

在世界多数地区的立法中,皆把公平原则设为合同法的核心原则之一。

而目前对公平的定义趋向去认定其为“正义”。其内涵为当合同显失公平时,要由司法强有力地涉入到个人的意思自治中,通过公权力来让显失公平的合同重新变得正义。这或许涉及到一个“为什么法律有时不尊重当事人的选择”^④方面的论理问题,鉴于该问题不是本文研究重点,本文只直接使用该研究结论。

基于这种公平原则,在本文所研究的过度履行情况下,如果一方实际履行合同同当初订立合同之时所预设的费用明显不同,债务人甚至可以要求债权人多出部分进行补偿。而这额外的花销必然会产生一系列的法律风险。

3 实践中的处理态度

法律存在滞后性,故而社会中必然是先出现问题,后出台相应立法。我国实践中亦遇到过类似问题。比如买卖合同中,因原货物已告罄,商家为了不损失店铺信誉,将价格及质量高于原合同所规定的货物用以交付,然而购买者对其所交付的物品不满,将其诉诸于法院。

实践中,我国法院其对于民事案件仍持“定分止争”为主要目标。故而会对这种过度履行的行为,在其满足合同目的的情况下,予以肯定。如在“青海海源工贸有限责任公司、青海华谊房地产开发有限责任公司建设用地使用权转让合同纠纷”^⑤一案中,一审二审法院皆认为其变更交付的商铺及其所承诺的安置房构成了“替代履行”,即在“功能、用途、目的一致”的前提下肯定了这种过度履行。

通过实践中法院的处理可以看到,法官其所持观点仍是较多考虑到民法的定分止争功能,即对我国市场秩序的维护。这种符合经济效率的做法,虽然可以解决实践中的问题,但其背后的理论依据还需继续分析。

4 定性合同的“过度履行”

笔者看来,之所以会对处理合同“过度履行”问题产生争论,是因为我国目前还没有对合同的“过度履行”做一个清楚的定性。

那么这一问题的解答关键便是在于对合同的“过度履行”性质进行分析。合同行为中的“履行”指合同所规定的债务人向合同所规定的债权人履行合同所规定之权利与义务。传统法学思想认为订立合同是人类契约精神的一种表现,市场经营活动亦需要合同的严格履行来得到保障。“进入到市场经济社会,市场正是由无数的交易组成,只有当事人之间订立的合同能够得到履行,才能保障交易的有序进行。”^⑥但是这一思想已经在上世纪60年代后遭到现代法学的挑战。

现代法学摒弃了传统法学较单一的研究方法,转而使用多种学科交融关联的综合研究方法。从市场社会交易^⑦的角度,认为既然合同是当事人自由的一种表现,那么如果合同有违约条款或不履行条款,那么违约或不履行合同便也是自由的一种表现,只要其可以支付相应赔偿金,那么法律就要对这种行为持肯定评价。

将这种学说做延伸,既然连不履行合同都可以算作自由的一种表现,那么“过度履行”亦可以算作自由的一种表现。故而其合理化了债权人“事先已知”的情况,即当事人事先或事后已经对“过度履行”的情况达成了共识,或者说形成了新的合同,那么法律就应该对这种情况下的“过度履行”持肯定态度。

对另外一种情况,即当事人无法就“过度履行”达成一致认识时需要法院继续审判,使用上面的思路,站在债务人的角度分析,当其可以预知其在规定时间无法履行合同义务,其为了不破坏债权人的利益,使用

高于原约定的商品或行为代替原履行,这是一种符合经济价值的行为。只要债务人可以证明“较多履行”不是为了损害债权人利益,而债权人的利益又的确没有因此行为受到损害。那么法律就应该对这种行为给与肯定评价。

同样的,使用相反逻辑,从债权人角度思考。合同的履行是为了实现债权人最初签订合同的目的,如果债务人所履行的义务更好的实现了最初的目的,那么债权人就不能因这种更好的结果不是最初约定的结果而进行违约之诉。这是对司法成本的一种浪费,同样也有悖于市民社会的基本逻辑。

故而笔者的观点是认为合同的过度履行应属于合同的“严格履行”中的一种情况。

综上所述原因有三:其一,“合同法”的存在价值是维护市场交易,那么如果将债务人面临无法履行的困难时所做的“自力弥补”所禁止,显然同“合同法”的基本价值相悖;其二,如果“过度履行”没有给债权人造成损害,那么对于这种“更好的结果”,如果仍给予当事人任意起诉的权利,那么显然对司法资源是一种浪费;其三,站在法哲学的角度,允许债务人对债权人进行“更多履行”,是对市民社会生活成员自由的一种肯定。

不过,如果将其明确立法化,也必须对其适用条件进行详细规定。因为究其根本原因,“过多”履行还是源于债务人的原因。所以其必须明确两大关键条件,即是否给债权人造成了损害以及债权人过度履行之缘由是否属正当。那么为了让本文的研究结果可以更好的适用于实际问题。本文下面还将继续研究对于上诉两条件的举证责任分配。

5 过度履行过程中的举证责任分配补充说明

法律作为一门实践的科学,其研究应当是可以回归实践的,能够为实践所解决问题,或为立法提供指引。对于民事合同的过度履行问题,必须明确其出现问题时的举证责任。

因该问题涉及面较大较广,如果学理详细研究该章节,即便成为一篇独立之文章亦不为过。受篇幅所限,故而这里只做简单结果性论述。主要叙述笔者所支持的观点。

按照危险负担说的观点,举证责任既不是权利亦非义务,而是一种败诉的危险负担,即不履行举证责任者就可能承担不利于己的诉讼结果。^⑧按照这个思路,首先可以明确对于举证责任的承担要从“败诉危险承担”方来考虑。

同时法学一大基本逻辑就是,无过错行为则不应承担负担。显然举证责任是一种负担,那么在合同行为中,债务人的“过错行为”带来的举证责任便不能强加于债权人。故而面对前述研究所要求的过度履行行为属“合理原因”的举证问题,便应将其分配于债务人,由债务人来承担无法举证时的“危险”——败诉责任。

但是对于另一条件,对存有损害事实的证明责任。按照上述推理,亦应将该举证责任交予债务人。但笔者认为应将其责任转分配给债权人,原因是因为我们无法证明一件事情不存在,只能证明一件事情存在。故而要想证明的确存在损失,必须由“被损失者”所举证。这也是法治秩序维护的需要,避免权利被滥用。即主张因过度履行而受到了损失的举证责任应分配于债权人。

6 研究之结论

综合全文之研究,对于合同的过度履行,只要债务人可以证明其过度履行的原因属合理正当,而债权人又无法证明其因过度履行行为而出现损失,那么过度履行便应定性为合同的严格履行,即债务人已通过“过度履行”而履行完成了合同义务。

对集团性企业内部审计外包的思考

余沐华

华电四川发电有限公司

DOI:10.32629/ej.v3i1.351

[摘要] 随着企业规模的扩大和业务领域的拓展,内部审计外包逐渐成为不少集团的选择。本文在研究内部审计外包理论和开展方式的基础上,分析集团内部审计外包存在的有益和不利作用,探讨在内部审计外包中应注意的问题及解决措施,以期有效的利用外包资源,更好的发挥内部审计作用。

[关键词] 集团性企业; 内部审计; 外包

我国于1983年颁布了《审计署关于内部审计的若干规定》,开始对内部审计进行规范,标志着我国内审制度的建立。30多年来,我国内部审计逐步壮大,根据审计署统计数据,截至2017年底,全国共建立内部审计机构7万多个、配备内部审计人员26万人。与此同时,企业特别是集团性企业也往往基于多种考虑,越来越多的选择内部审计外包方式。内部审计外包,是一把双刃剑,如利用不好,反而会给企业造成损害。要运用好内部审计外包,需要根据企业的实际情况,合理选择外包策略。

1 相关理论综述

内部审计外包是指组织将其内部审计职能部分或全部通过契约委托给组织外部的机构执行,简单理解,就是组织为完成某项内部审计工作,将其交给外部人员来做。内部审计外包只是改变了具体实施审计工作的主体,但并没有改变内部审计的实质。西方国家较早开展内部审计外包研究和应用,根据全球内部审计知识共同体2015年的调查结果,有近4成的组织将内部审计外包。在我国,并无法律限制企业的内部审计外包,2018年1月,国家审计署署长胡泽君签发中华人民共和国审计署令第11号,颁布新修订后的《审计署关于内部审计工作的规定》,《规定》明确除涉密事项外,企业可以根据内部审计工作需要向社会购买审计服务。

一般普遍认为,内部审计外包有两种方式:

全部外包,这种模式下,企业将全部内部审计工作全部委托外部单位实施,企业一般不设置专门的内审部门,或者设置的内审部门规模很小,只负责委托、不单独组织开展内部审计项目,主要负责监督外包单位的工作,并在管理层与外包单位之间充当沟通的润滑剂。

部分外包,一般又分为:咨询式外包,即外包单位充当顾问,不直接参与企业内部审计工作,只是提供相关建议;补充式外包,即把特定的一些项

目委托外部单位实施;联合式外包,内部审计部门统一负责项目的具体实施,审计组成员包括内部审计师和外部审计师,共同协作完成审计任务等。

目前,除少数中小型企业采用全部方式外,绝大多数企业一般采用部分外包方式。需要强调的是,《规定》明确指出,内部审计机构应对采用的外包单位的审计结果负责,因此业务外包不能改变内部审计机构的监督和应承担的责任。外包单位开展工作时,也必须遵守国际内部审计师协会发布的《国际内部审计专业实务标准》,并配置具有胜任能力的专业人员。

2 内部审计外包的利弊分析

企业将内部审计外包的动因有多种,比如:弥补内部审计资源的不足、降低企业成本、增强专业能力、提高独立性等。内部审计外包,其优点和风险也较为明显。

内部审计的优点在于:一是独立性更强,外包单位受委托开展活动,与被审计单位无直接利益冲突、不受被审计单位其他部门制约,外包审计人员不受被审计单位领导的权力压迫,因此将更具有独立性。二是可以充分利用专业人才,随着企业规模的扩大和业务领域的愈加多元,对内部审计提出了更高要求,要求需精通各个方面的专业知识,能够站在组织整体的高度发现问题提出建议,但一般企业内部这方面的人才较为缺乏,而外部单位,如会计师事务所、税务师事务所、评估机构等,拥有在各方面有专业人员,可以根据审计项目配备专业的审计人员。三是缓解资源不足的矛盾,内部审计越来越成为企业治理的重要部分,地位愈发重要,对集团性企业来讲,经济责任审计、项目审计、专项审计等已成为日常工作,如全部依赖内部审计资源,企业需要维持一支规模很大的审计队伍,对企业来讲不经济,所以一般集团性企业内部审计的资源往往难以应对日益繁多的审计任务,外包就成为缓解资源不足的必然选择。

注释:

①王利明,王叶刚.合同法[M].香港:香港城市大学出版社,2016:154.

②笔者通过查阅资料得知,对于文中提到的“过度履行”,虽已有学者进行研究,但其皆只是浅尝即止。并没有知名学者对其下定义,故而笔者这里通过自己的行文逻辑对其下定义,并进而在此文正文中使用该名词“过度履行”。

③一些学者使用名词“替代履行”,但该名词语外延过于模糊,且内涵并没有形成普遍共识。故而笔者本文不使用该种名词。

④(加拿大)Peter Benson,易继明译.合同法理论[M].北京:北京大学出版社,2004:312.

⑤(2018)最高法民终1269号.青海海源工贸有限责任公司、青海华谊房地产开发有限责任公司建设用地使用权转让合同纠纷二审民事判决书。

⑥王利明.法平如水[M].香港:中华书局有限公司,2016:22-23.

⑦这里需要注意,“市场社会交易”的概念不等于法学概念中的“交易安全”。

前者指的是一整个动态的交易过程,而后者则单指法律价值中的“社会秩序保护”这一层面。

⑧齐树洁主编.民事程序法 第四版[M].厦门:厦门大学出版社,2006:154-155.

【参考文献】

[1]王利明,王叶刚.合同法[M].香港:香港城市大学出版社,2016:154.

[2](加拿大)Peter Benson,易继明译.合同法理论[M].北京:北京大学出版社,2004:312.

[3]王利明.法平如水[M].香港:中华书局有限公司,2016:22-23.

[4]齐树洁主编.民事程序法 第四版[M].厦门:厦门大学出版社,2006:154-155.

作者简介:

乔木(1995--),男,汉族,内蒙古人,澳门城市大学法学硕士(LLM)在读,研究方向:比较民事法。