

债法专论



Topics of
Law of
Obligation

LI XIANBO

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

李先波
著

债法专论

李先波 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

债法专论 / 李先波著. —北京:法律出版社,2009.1

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8930 - 7

I. 债… II. 李… III. 债权法—研究—中国 IV. D923.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 165234 号

© 法律出版社·中国

债法专论

李先波 著

责任编辑 孙东育

装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2009年1月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 10.5 字数 261千

印次 2009年1月第1次印刷

编辑 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8930 - 7

定价:28.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

债者，乃特定当事人之间得请求为特定给付的法律关系。日本著名民法学家我妻荣先生在其著作中曾经提出一个至今仍然被奉为经典的结论：债权在近代法中逐渐占据优势地位，在经济和社会高速发展的今天，债在社会生活日益动态化的当代社会所起的作用已经发生了翻天覆地的变化，债权从原来所处的“手段”晋升到“目的”的地位。德国著名法学家拉德布鲁赫精辟地指出，债权已不是取得对物权和物利用的手段，它本身就是法律生活的目的。经济价值不是暂时静止地存在于物权的，而是从一个债权向另一个债权不停地移动。作为社会经济生活的基础性规范，随着社会交易的日益频繁，债法适用范围亦日趋广泛，债法的地位亦日渐重要。

中国民法典的制定工作开展得如火如荼，在《物权法》已经顺利颁布实施的今天，制定民法典之争议焦点无疑转移至民法中最为重要、内容最为丰富和庞杂的债权法部分。在民法典的制定过程中，关于债法的争论很多亦很激烈，特别是对于是否保留债的概念、是否设立债法总则、债法的体系究竟如何安排、侵权行为是否独立等问题，至今也没有完全达成共识。民法博大精深、浩瀚奥妙，而以债权法部分为甚。债法可以用博、精、杂三字予以概括。债法之博无论是从其在法典中所占条文的多少还是从其涉及的社会生活广度和深度而言，都是其他法律所无法比拟的，债法与我们的日常生活息息相关。债法之精主要体现在其立法技术和主要内容上，现代社会，债法是最为发达的法律，由于债法的国际性强，因此，债法的趋同化趋势在整个民法体系中也最为明显，尤其是债法中的合同法，它是使得债法的立法技术精深的的一个重要根源。债法之杂主要体现在其内容之庞杂，契约、侵权行为、

无因管理和不当得利这四种债是债法的主要内容,但这四者所规范的社会关系可谓截然不同,它们的指导原则、社会功能和构成要件各不相同,从这四种社会关系的角度窥视,债法之杂可见一斑。王泽鉴先生认为,债法之所以能够成为一个整体,最根本的因素乃是其法律效果的相同性,即债是特定当事人请求给付的行为。

我国的债法除了合同法已成体系之外,其他各种债尚很薄弱。不论是传统的不当得利抑或无因管理,我国的相关法律规定都十分粗糙和零散,完全不成系统,如不当得利和无因管理在我国《民法通则》之中各自只有一条原则性的规定,法律的可操作性也因此而大打折扣,这一现状也使得它们难以发挥其应有的作用。侵权行为在我国现行法律体系中较其他的法定之债而言内容稍显丰富,但是侵权行为的内容也不能满足时代发展的需求,现在我国正在进行侵权责任法制定的起草和研究工作,相信该法将在近两年出台。本书是作者进行多年债法学习、教学和研究的一个阶段性的成果总结。近年来,作者在民商法方面的研究主要集中于债法领域,其中以合同法最为突出,此书的集结出版仅仅是一个尝试。本书以传统债法最为主要的四种债的类型为编排体例,即合同、侵权、不当得利、无因管理。当然,债法的内容之丰富并非这四种债所能全部涵括,其他内容尚有待作者进一步进行研究。在本书合同编中对缔约中的意思瑕疵规则、缔约过失责任、预期违约、合同中意外事件的法律效力等问题进行了研究。其中,对于缔约过失责任,现在有许多学者都将其作为一种独立的债的发生原因,本书从体例安排的角度出发,仍然将其放在合同之债一编中;而且本人认为,缔约过失行为仍然产生于合同的缔结过程中,因此,将其置于广义的合同之债中亦无不可。在侵权行为编中,对一般侵权、言论自由与隐私权之协调、P2P 技术之法律保护等问题进行了研究。最后两编对无因管理和不当得利两种债的类型进行了探讨。由于作者具有较强的国际法背景,因此本书在内容上比较法的色彩比较浓厚,多个主题都是以比较法的视角为切入点,并结合我国的相关立法进行分析和阐述的。作者相信,他山之石,可以攻玉,比较法研究的深入可以推动我国法制体系的进一步完善。

债法内容博大精深,由于作者学识和水平有限,错误在所难免,敬请各位专家和学者不吝指正。

李先波

2008年8月8日于岳麓山下

目 录

第一编 合同之债

缔约中的意思瑕疵规则研究/3

预期违约/34

合同履行中意外事件的法律效力/59

缔约过失责任比较研究/90

第二编 侵权之债

一般侵权/123

言论自由与隐私权之协调/179

P2P 技术之法律保护/202

第三编 无因管理之债

无因管理制度研究/225

第四编 不当得利之债

不当得利制度比较研究/257

第一编
合同之债

缔约中的意思瑕疵规则研究

就其本质而言,合同的有效成立,是缔约当事人之间达成合法的真实合意的结果。合意存在瑕疵势必影响合同的有效成立。大陆法系国家将意思瑕疵分为错误、欺诈与胁迫三种情形,而英美法系国家则将其区分为错误(mistake)、虚伪意思表示(misrepresentation)、胁迫与不正当影响(duress and undue influence)。下面以大陆法系国家对意思瑕疵的划分为依据,对三大主要法系国家以及有关国际公约的意思瑕疵规则作一比较性的探讨。

一、错误规则之比较

何谓错误?大多数国家的立法均未界定这一概念。在大陆法系国家,错误的意思表示又称错误的法律行为或错误,主要是指当事人所为的意思表示与内心的意愿不相一致的情况,而且,这种不一

致情况的产生是由于当事人的错误所造成的。^{〔1〕}在英美法系国家,根据美国《第二次合同法重述》第 151 条和第 152 条的规定,错误是“与事实不符的信念”,是就“合同赖以订立的基本假定”而发生的。很显然,英美法上的错误指的是大陆法上的错误障碍,其内容更加丰富。^{〔2〕}

并非任何错误都能使允诺人逃避其允诺的后果,只有在例外情况下,造成错误的允诺人才能免受自身错误给自己带来的麻烦。在这一问题上,所有法律制度的认识都是一致的。各国立法均规定,对有的错误法律予以调整,而对另一些错误法律则不予调整。然而,上述两种错误的分界线究竟在哪,这是一个长期以来有争议的问题。

认定错误的意义在于,在一定的条件下,错误的发生可以使受到不利影响的一方当事人获得使合同归于无效的权利。^{〔3〕}然而,认定错误又是一个复杂的问题。这主要是因为,当面对一个涉及错误的案例时,人们有许多似是而非的观点可供采纳。假如某人有一个中国花瓶,他以为它只是一件普通的中国陶器,所以以低价出售,并交付给买方,后来他才发现那是一件价值连城的明朝陶器,卖方能以对标的物价值的认识错误而主张废除合同,要求返还花瓶吗?如果卖方是这方面的专家,应该能够判断价值但因重大过失或疏忽大意而未能正确判断,或者买方已经知道真实价值而故意隐瞒,或者卖方应该发现而没有发现,或者合同双方都是经验丰富的陶器专家,以上这些情况下,法律又该如何认定?如果买方以为他的购买行为是合法的,因而与他人签订了转让合同,或者他已经转让了花瓶并收取了价款,法院在作认定时是否应当考虑这些因素呢?假设买方本着诚信原则使卖方确认这仅是一个普通花瓶而签订了合同,交易之后彼此才发现它是贵重陶器,如果买方准备支付价差,而卖

〔1〕 参见徐国建:《德国民法总论》,经济科学出版社 1993 年版,第 107 页。

〔2〕 参见沈达明编:《英美合同法引论》,对外经济贸易大学出版社 1993 年版,第 96 页。

〔3〕 参见王军编:《美国合同法》,中国政法大学出版社 1996 年版,第 157 页。

方仍然要求返还花瓶,那么,法院又该如何处理呢?

仅仅参考一些重要原则,如真实意思原则(the doctrine of intention and expression)、私权自治原则(the principle of private autonomy)、保护交易原则(the principle of protection of commerce),是难以处理此类复杂的问题的。我们应该努力去发现正确的规范和标准,利用比较的研究方法,分析不同国家有关错误问题的特别立法,然后才能得出一个比较法上的结论。^[1]

(一) 德国法系的有关规定

德国《民法典》第119条规定:“(1)表意人所作意思表示的内容有错误,或者表意人根本无意作出此种内容的意思表示,如果可以认为,表意人若知悉情事并合理地考虑情况后即不会作出此项意思表示时,表意人可以撤销该意思表示。(2)交易中认为很重要的有关人的资格或者物的性质的错误,视为意思表示内容的错误。”根据这一规定,处理中的错误和动机的错误存在根本区别,即处理中的错误是有关的,动机上的错误是无关的。这两类错误的区别引发了非常精微的心理学思考:一是处理行为中的一种实质上的错误,即表意人的意思是根据正确的认识正确地形成的,但意思表述错误;另一种是一种动机上的错误,即意思本身是根据错误的认识而错误地形成的。

例如,某人打算为他的生日晚会购买20瓶啤酒,却错误地订了200瓶,在这种情况下他可以取消合同。但如果某人订了20瓶汽水,因为他错误地认为他的客人都是禁酒者,那么合同不能取消。正如我们将要看到的一样,区分并非总是如此容易地作出。如果一个立遗嘱人在确立他的合法继承人时,认为根据某条法规另外一些人已经当然是他的合法继承人了,却不知道该条法规已经被废除了,根据德国《民法典》第119条

[1] See K. Zweigert and H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (Volume II: The Institution of Private Law), translated by Tony Weir, Second Edition, Clarendon Press, Oxford, 1987, p. 95.

第1款的规定,这属于处理中的错误,保证人错误地认为债权人的权利要求是合法的情形也是如此。如果某人买下一片森林,他以为这片森林有10万株树,而实际上只有8万株,这也属于处理上的错误。^[1]如果这样,买方可以取消合同,而不管经过合理分析,合同是否将标的数量估计错误的风险加于买方比加于卖方要多一些。

事实上,处理错误与动机错误的区分在德国并没有很重要的实践意义。因为根据德国《民法典》第119条第1款的规定,如果可以认为,表意人若知悉情事并合理地考虑情况后即不会作出此项意思表示时,即使是动机上的错误,表意人也可以撤销该意思表示。许多判例已经赋予这一规则以更多的特殊含义。

在上述中国花瓶案中,德国法院即以对基本特征的认识错误为理由,允许卖方撤销合同。^[2]同样,基于对开发土地潜力的认识错误以及信贷交易中基于对对方信用价值的认识错误而作出的意思表示,也被允许撤销。^[3]即使在德国的收养合同关系中,经法院同意,收养人也可以以收养时没有被告知被收养人有潜在的不能用教育根除的缺陷的本质特性为理由,撤销收养合同。

德国《民法典》第119条第2款提到“交易中认为很重要的有关人的资格或者物的性质的错误”,其中的“很重要的性质”是指,从交易的角度看,对于达成交易具有重要意义的性质,^[4]它仅包括那些使交易特定化的事实上的、法律上的特性,而不包括那些仅对交易的价值有间接作

[1] See Staudinger /Coing, Bürgerliches Gesetzbuch (11th edn., 11 1957) § 119 note 14.

[2] See RGZ124, 125 (帝国法院民事案件判例 124、125; Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen 124, 125)。

[3] See RGZ61, 86 (帝国法院民事案件判例 61、86); RGZ66, 385 (帝国法院民事案件判例 66、385)。

[4] 参见徐国建:《德国民法总论》,经济科学出版社1993年版,第109页。

用的因素。^{〔1〕} 在具体的交易中,究竟什么性质才是很重要的,一般取决于具体交易的经济目的。例如,在贷款合同中,贷款人的贷款能力是交易关系中很重要的性质,而贷款人的健康状况则不是很重要的性质。此外,合同关系的长短对于“很重要的性质”的确定也具有重要意义。例如,在一个短期的雇佣合同中,妇女的怀孕便是很重要的性质;反之,在一个长期雇佣合同中,则不是很重要的性质。不过,在德国的司法实践中,对于土地交易,如果一块地不属于卖方,这被认为不是很重要的性质;^{〔2〕} 如果这块地没有买方交易时期望的那么有价值,也不属于很重要的性质。^{〔3〕}

对于错误的意思表示,从表意人的利益考虑,无疑应允许他纠正错误;但从社会利益考虑,若允许当事人出尔反尔,势必影响社会交往和损害他人利益,因此,一旦作出法律意义上的意思表示,就应依此履行。德国法中关于意思表示的错误人只有在符合特定先决条件的情况下才允许撤销其意思表示的规定,实际上是对上述个人利益与社会利益矛盾的折中处理办法。但德国关于处理中的错误和动机上的错误的规则,完全忽略允诺人在产生错误时是否有过错,或者错误可否被对方察觉或者因对方而产生,或者对方根本就是无辜的等问题。因此,该规则的合理性不能不令人怀疑。

奥地利《普通民法典》则提供了一个最原始的、最有吸引力的而又最

〔1〕 See K. Zweigert and H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (Volume II: The Institution of Private Law), translated by Tony Weir, Second Edition, Clarendon Press, Oxford, 1987, pp. 96-97.

〔2〕 See BGHZ34, 41 (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen 34, 41); 联邦法院最高法院民事案件判例集 34, 41)。

〔3〕 See RG HRR 1932 no. 224 invariable holding. See K. Zweigert and H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (Volume II: The Institution of Private Law), translated by Tony Weir, Second Edition, Clarendon Press, Oxford, 1987, p. 97.

令人满意的解决方案。^[1]该法典第 901 条规定,“合同原因的错误”原则上是不相干的。根据该法典第 871 条的规定,只有当错误涉及合同的主要内容和基本属性,并且这些都在意思表示中特别地、清楚地指出了时,这样的错误才会像《德国民法典》中的错误一样具有意义,这样的错误才是可撤销的。并且,即使允诺人犯了如上的错误,他也不能撤销合同,除非他证明存在以下三种事实之一:(1)错误由另一方当事人引起;(2)在任何情况下,这个错误都是对方显而易见的;(3)在合理的时间内(in good time)向对方提示错误。

在某些情况下,错误可能既不是当事人故意引起的也不是疏忽大意引起的。根据奥地利《普通民法典》第 871 条的规定,沉默也可能产生错误。例如,一方当事人通常会对交易的某些因素作出一定假设,对方应该告诉他而没有告知,这便产生了错误。奥地利最高法院(Oberste Gerichtshof)曾在一个买方错误地以为房子很坚固的案例中,允许买方撤销合同。法院认为根据服务情况,卖方应该提醒买方注意,房子建得并不是很坚固。所以是卖方引起了错误,撤销合同是适当的。^[2]

对于“主要条款”发生错误的合同,如果证明对方知情,或者对方尽了一般的适当的注意就应当能发现这一错误,也允许撤销合同。如果以上条件都不满足,造成错误的一方当事人应该证明他在合理的时间内通知了对方。所谓“合理的时间内”是指在对方信赖错误的允诺作出行动以前,如对方在履行合同花费费用之前。

这样,根据奥地利《普通民法典》第 871 条的规定,卖方即使在事物的特性方面有错误,甚至是奥地利《普通民法典》第 871 条意义上的“本质”特征的错误,也将丧失他的撤销权,只要买方已经转让该物或者已将

[1] See K. Zweigert and H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (Volume II: The Institution of Private Law), translated by Tony Weir, Second Edition, Clarendon Press, Oxford, 1987, p. 97.

[2] OGH 20 April 1955, SZ XXVIII 103.

其出租,或者已占有了他购买的房屋,或围绕新购进的机器已重新安排他的业务。这条规则将会被适用,除非卖方能够证明是买方引起了错误,或者买方本应已知道错误的发生。

在1932年奥地利最高法院审理了这样一个案件:一位债权人只收到了部分货款却错误地声称他已经收回了全部货款。结果法院允许他撤销了错误的意思表示。理由是:根据法律规定,只要受诺人基于对允诺人的意思表示的信赖采取一定行动或作出一定安排之前被告知其意思表示有错误,错误的一方当事人不受其错误的意思表示的约束,即使在债务人可能还不知道这个错误的情况下也是如此。^[1]

根据德国《民法典》第122条(题为“撤销人的损害赔偿义务”)第1款的规定,意思表示因错误而撤销时,如果该意思表示系应向另一方作出,表意人应赔偿另一方,其他情况下为赔偿第三人因相信其意思表示为有效而受到的损害,但赔偿不得超过另一方或者第三人于意思表示有效时所受利益的数额。这一规定表明,在德国,对因信赖后来被撤销的意思表示而受损的受约人是予以赔偿救济的。与此相反,奥地利法中却没有这一赔偿救济制度。这主要是因为,奥地利法对错误撤销的限制使这种权利要求没有存在的必要。在本来就极少见的被允许撤销的案例中,不是受约人没有遭受值得一提的信赖利益的损失,就是由于受约人要为自己引起的错误或不知情负责而得不到法律的保护。而德国《民法典》第122条第2款也规定,如果受害人明知或者因过失不知(可知)意思表示无效或者撤销的原因,表意人不负损害赔偿责任。由此可见,奥地利与德国在这一问题上并无实质分歧。

瑞士立法也对动机错误和处理错误作了根本的区分。瑞士《债务法》第23条规定,只有本质的错误法律才予以调整。并且,该法第24条第2款还特别指出,动机上的错误不是本质的错误。瑞士关于“实质”错

[1] OGH 3 March 1932. SZ XIV 40.

误的规定,似乎比德国法规定得更细致些,因为它列举了三种实质错误,包括交易属性的错误、关于对方当事人身份的认识错误或合同标的的错误。这些类型的错误使我们想起了大陆法典形成以前,德国法中所区分的法律行为性质的错误(*error in negotio*)、主体的错误(*error in persona*)、客体的错误(*error in objecto*)。^[1]根据瑞士《债务法》第24条第1款第1项的规定,合同中规定的数量的错误也属实质错误。

瑞士联邦法院判例集中有这样一个案例:^[2]一枚在商店橱窗中陈列的戒指标价为1380瑞士法郎,一位顾客支付价款并取得了这枚戒指。后来通过证实,价格标签确实贴错了,本来的标价是13800瑞士法郎。法院根据瑞士《债务法》第24条第1款第3项的规定,允许珠宝商废除了交易,但根据瑞士《债务法》第26条的规定,由于错误是由珠宝商自己的疏忽引起的,所以同时又判决珠宝商承担赔偿责任的损失的责任。

最后,还有一种错误也属实质错误。如果合同的特殊性质有错误,而这些特殊性质被有错误的一方当事人本着诚信原则和通常的商业实践认为是合同成立的基础,那么,根据瑞士《债务法》第24条第1款第4项的规定,这种错误也属实质错误。只有这些错误中的最后一种,即所谓的基本错误(*grundlagenirrtum*),在实践中是十分重要的,虽然被作为动机错误对待,但法律作为例外对其予以调整。法典的宽大的条款留给法庭决定什么时候的错误是基本性的错误的自由的空间,这也符合瑞士法对疑难问题赋予法官自由裁量的传统习惯。

令人费解的是,瑞士法中没有对单方错误的情形和那些德国法中冠名为“交易基础的缺乏”的错误情形作出明确的区分。这些错误都适用

[1] See K. Zweigert and H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (Volume II: The Institution of Private Law), translated by Tony Weir, Second Edition, Clarendon Press, Oxford, 1987, p. 98.

[2] BGE 105 II 23 (注: BGE = Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts = 瑞士联邦法院判例集)。