

合同中的保护义务研究

Studies on the Duty of Protection
in Contract Law

叶榭平 著



上海财经大学
法学文丛



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

上海财经大学法学文丛

合同中的保护义务研究

Studies on the Duty of Protection
in Contract Law

叶榭平 著



法律出版社

www.lawpress.com.cn

法律门
Access To
Law



www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

合同中的保护义务研究 / 叶榭平著. —北京:法律出版社, 2010. 5

(上海财经大学法学文丛)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0760 - 1

I. ①合… II. ①叶… III. ①合同法—研究—中国
IV. ①D923. 64

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 076779 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/贾 菲

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/学术·对外出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/7.75 字数/182 千

版本/2010 年 6 月第 1 版

印次/2010 年 6 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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636 北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0760 - 1

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《上海财经大学法学文丛》总序

溯及我中华古国之传统,于今人常用之语“经济”、“法律”,皆为先辈所融入的“经世济国”统合之术,遂成我古国之“伦理”治世的格局。及至清末修律,西学东渐,又开始导入以欧洲文明为基础之近代文明,由是我国成为以“法经融合”为表征的近现代文明之一员。

遥想公元9到11世纪的地中海沿岸,商业复兴给人类的近现代文明带来了第一缕曙光,在这一缕曙光中最亮丽的当属公元11世纪波伦亚大学之成立。波伦亚大学是以诠释罗马法而闻名于世的,当时该大学的学者们结合地中海沿岸的商业复兴,对罗马法进行了重新诠释,进而铸就了商业和法学的联姻,从而推动人类进入近代文明。法经融合的教育传统历经千年风雨而不坠,今日以财经见长的英国伦敦经济学院与日本一桥大学,其法学教育亦盛名于世。

清末修律,我国践行西制。在民国时期,法经融合体现最明。大学建制伊始,各校所设法学院,其下皆置经济科,法科与商科之毕业生皆

授为法学学士。因此,我校前身东南大学商科大学及国立上海商学院即在此大格局中开始了法经融合的教育传统,曾获法国巴黎大学法学博士学位的国立上海商学院院长裴复恒教授即执教于此。

共和国初年,上海财经学院虽受苏俄办学传统之影响,仍传承国立上海商学院之余脉,虽无专门法科教育,仍在财经教育中保存了法科教育之传统。东京审判时出任远东国际军事法庭中国检察官的向哲浚亦蛰居于此,虽以教授英文为业,但以其传奇经历昭示后人:法经融合的教育传统一旦形成,即使世事难料,仍能别样寄居!

20世纪80年代,我校在经济系中设置经济法教研室,并开始招收法科学生,据一些经济系校友云:30年过去了,虽从事的是非法律职业,但当时所受之经济法和国际法教育对日后思维大有益处,至今仍能娓娓道来法学教师作案例分析时通晓中西文之风采。其时的经济法教学点已为全国经济法教育和研究的重镇之一。

20世纪90年代,我校开设经济法系,而后建立了法学院,开始了经济法专业的硕士招生,专门的法科教育遂初具规模。

新世纪以来,我院先后获得宪法和行政法学、国际法学、民商法学、法理学专业硕士学位授予权、法律硕士专业学位授予权、法律经济学和法律金融学博士学位授予权,专门的法科教育基本成型,并且进一步凸显“法经融合”之传统优势。

近几年来,我院迅速聚集了一批法科知名学者与青年才俊,他们居于东西方文明交汇的东海之滨,见证着上海作为国际金融中心和国际航运中心之崛起,仿若感受着公元9到11世纪地中海沿岸的商业复兴;亲历着共和国一个甲子后的盛世发展,仿若感受着美国立国以后“黄金时代”的脉动。他们承继“法经融合”的传统,致力于法学教育,不懈推进法经融合的研究,形成了具有鲜明财经特色的法学作品,遂决定结集出版,以弘扬传统、面向未来,为推进

人类文明与中华民族的伟大复兴添砖加瓦！
是为序。

上海财经大学法学院院长

郑少华

2009 年 12 月 1 日

前 言

保护义务在现代民法中占有重要的地位,它主要是以保护人格完整为目的而由法官在判例中创造并发展起来的。不过,保护义务的适用完全由法官根据诚信原则自由裁量,在维护合同正义的名义之下,保护义务的迅速发展和扩张对传统的民法责任体系造成了冲击:其一,它破坏了民法理论建构和坚持的传统体系,混淆了合同责任与侵权责任的目的和功能;其二,导致合同责任不断扩张,侵权责任的实质内容被掏空;其三,由于保护义务的法律性质模糊,在相似案件的审理中,法官常常难以把握,时而将其界定为合同保护义务,时而将其界定为侵权法上的安全保障义务,导致法律适用的不统一,甚至做出相互矛盾的判决;其四,由于合同责任与侵权责任之间存在多方面的区别,保护义务的司法适用关系到当事人救济途径的选择、可主张的权利范围以及证明责任的承担等,而适用保护义务的不确定性使当事人对判决缺乏合理预期,也影响了司法的权威。

如何解决这些问题呢?目前,国内外主要存在以下几种理论:其一是侵权说。德国学者文森特·埃斯曼认为,以维持利益为保护目的的义务是侵权法上的典型义务,保护义务虽然是在合同法实践中发展起来的,但是它属于侵权法的固有领域。因此,应当将保护义务纳入侵权法,以维持传统的民事责任体系。认同此说者有法国的欧里·兰多,我国学者亦采纳此说。其二是信赖责任说。德国的卡纳里斯认为,保护义务始于交易上的接触,经由契约磋商、契约履行等各阶段而逐渐浓厚。这些义务与当事人的意志因素无关,其成立基础是当事人基于交易上的接触而发生的当事人之间的相互信赖关系。因此,这些保护义务具有法定的性质,并与给付义务共同构成一个债务关系。这两种关系各自独立发生、存续、消灭,互不干涉。因此,应以保护义务为中心,将契约前后的保护义务予以统一,建立一介于侵权责任和契约责任之间的第三种“信赖责任”。我国也有许多学者对这一学说表现出浓厚兴趣。其三为统一学说。德国的米勒·帕兰特认为,存在特别关系之场合,保护义务之违反不仅违反了合同而且也违反了法律;因此,在统一的请求权方面,合同责任和侵权责任各自法律政策上的目标结合成了相应的唯一的请求权,无论是适用合同法还是侵权法,其给付目的和数额都应该是相同的。法国的维尔皮·可科特也提出了相似的主张。

保护义务的上述理论困境与争论同样存在于我国的立法与司法实践中,并已影响了我国民事责任体系的发展与法律的适用。本书紧密结合我国的民事责任体系,从法律性质、法理基础等方面对保护义务进行界定,希望通过本课题的研究在合同责任与侵权责任之间找到适用保护义务的合理界限,以此克服因适用保护义务而造成侵权责任与合同责任的混淆,维持民事责任体系的平衡与协调。在此基础上,本课题以司法实践中的典型判例为基础,研究适用保护义务的前提、界限、标准、方法等规则,希望通过本课题

的研究为保护义务的适用归纳出一般的原则和规则,以此保障法官自由裁量权的恰当行使,增强判决的统一性与可预见性。因此,本课题对促进我国民事责任体系研究、厘清合同责任与侵权责任在人格等完整利益保护上的关系以及指导保护义务的司法适用都具有理论和实践意义。

在本书中,笔者认为,民事责任体系的历史发展表明,不应将合同责任与侵权责任的体系划分绝对化,合同责任在维持利益的保护方面占有一席之地,但是,也不能因此而盲目地将维持利益随意地纳入合同责任领域。针对保护义务给传统民事责任体系造成的理论与实践难题,关键是要找到适当的依据,以此保持合同责任与侵权责任的适当区分,既弥补传统两种责任俨然区分的民法体系所带来的法律漏洞,又不至于因承认保护义务而导致合同责任的过分扩张。

本书认为,从合同的性质与目的出发,当特定的维持利益属于合同的决定性内容时,应该接受合同上的保护义务;当保护义务与该给付目的密不可分时,它也涉及合同的履行利益。因此,在违反保护义务的情况下,履行利益也没有获得实现。相反,当维持利益没有被合同目的或者内容涵盖因此也不影响合同履行利益的完整性时,对它造成的侵害就属于侵权法上的义务之违反。因此,本书认为,在合同中认可保护义务的正当性的前提是:存在合同关系、当事人之间的相互信赖及当事人具有特别保护的必要性。这三个可以相互转化的因素说明,在有些领域当事人之间为什么存在比一般行为义务要求更高的保护义务。

在我国已经颁布《侵权责任法》的情况下,本书认为,在合同法领域认可保护义务的目的和价值应仅限于人格完整性的保护,对于财产等其他固有利益之维护,应该交由侵权法。实际上,现代判例、学说以及立法承认保护义务的目的主要在于保护当事人的人身。究其实质,乃为了保护处于相对弱势地位群体的利益,特别是

人格利益。在此基础上,本书认为,保护人格完整是保护义务的基本价值。为了保护处于相对弱势地位群体的利益,保护义务可以以法定或法官认可的方式直接进入合同,不容当事人意志协商,形成了对合同自由的干预。当然,为了使这种干预获得正当性和保障司法实践中适用保护义务的妥当性,应确立适用保护义务的一般原则或规则,减少法官的随意与擅断,增强判决的可预见性、稳定性和统一性,以维护民事责任体系的平衡。

其中,重要的原则在于,保护义务与危险的防范紧密地结合在一起,合同履行过程中存在的危险既为认定保护义务提供了正当性理由,也为保护义务的适用设置了界限。在具体合同关系中,需要结合危险的程度以及当事人对它认识的情况进行衡量。因此,考虑是否存在保护义务的重要标准就是合同履行过程中的危险性因素及当事人控制危险能力的强弱。在此基础上,可以结合危险控制原则、风险与收益相一致的原则、优化资源配置原则等方面考虑适用保护义务的正当性。

目 录

第一章 绪论 /1

第一节 我国合同法与判例中的保护义务 /1

第二节 我国保护义务的理论研究概况及评价 /3

第三节 研究意义 /7

一、研究意义 /7

二、研究范围 /8

三、拟解决的具体问题 /9

第二章 保护义务的基本概念 /10

第一节 保护义务的意义 /10

一、附随义务理论中的保护义务 /10

二、保护义务的意义 /14

三、保护义务的基本类型 /21

第二节 保护义务的特征 /24

一、保护义务以固有利益的保护为目的 /24

二、原则上保护义务不具有可诉性 /29

三、保护义务必须根据具体的个案来确定 /35

四、保护义务的债务人与债权人具有互换性 /35

第三节 保护义务与其他合同义务 /37

一、保护义务与主给付义务 /38

二、保护义务与从给付义务 /41

第四节 保护义务与安全保障义务 /45

一、安全保障义务概述 /45

二、保护义务与安全注意义务的区别 /48

第三章 保护义务的法理基础 /51

第一节 保护义务的历史概要 /51

一、保护义务的萌芽：罗马法中的诚信义务与中世纪法中的默示义务 /51

二、保护义务的产生与发展：法国法与德国法中的保护义务 /66

三、保护义务的继受：日本法与中国法中的保护义务 /81

四、总结 /87

第二节 保护义务的理论基础 /88

一、当事人之间的相互信赖 /90

二、社会性的密切接触 /92

三、当事人具有特别保护的必要性 /96

第三节 保护义务的法律基础 /98

一、诚信原则 /100

二、法律法规的具体规定 /101

三、《合同法》第60条第2款 /102

四、关于统一保护义务关系理论 /104

五、评价 /104

第四章 保护义务的法律性质 /106

第一节 研究保护义务性质的意义 /106

一、认可保护义务所带来的难题 /106

二、合同责任与侵权责任在结果上的区别 /108

三、关于保护义务性质的三个层次 /110

第二节 保护义务的强制性问题 /110

第三节 解释义务的法律性质 /112	
第四节 安全义务的法律性质 /114	
一、合同性质说 /114	
二、侵权性质说 /116	
三、本书的见解 /118	
第五节 解决保护义务性质问题的建议和思路 /120	
一、学说综述与评析 /120	
二、解决保护义务性质问题的出发点 /124	
三、解决办法：坚持两种责任的适当区分 /125	
四、以合同的性质、目的和内容为依据的理由 /127	
五、以合同的性质、目的和内容为依据的优点 /128	
六、存在的问题：纯粹财产上的利益之保护 /130	
 第五章 违反保护义务的法律后果 /131	
第一节 违反保护义务的合同责任 /132	
一、归责原则 /133	
二、合同责任的形式 /136	
三、损害赔偿 /138	
四、解除合同 /147	
第二节 违反保护义务情况下的责任竞合 /151	
第三节 证明责任 /154	
 第六章 保护义务的具体适用 /157	
第一节 安全义务的具体适用 /157	
一、安全义务概述 /157	
二、安全义务的分类 /158	
三、安全义务的界限 /161	
四、认定安全义务的标准 /162	
五、安全义务在具体合同中的适用 /166	
第二节 解释义务的具体适用 /190	
一、解释义务概述 /190	

二、我国实定法中的解释义务 /192

三、认定解释义务的前提 /193

四、解释的内容和方式 /197

五、解释义务的具体类型 /198

结论 /209

一、保护义务的目的为保护合同当事人的人身和财产权利 /210

二、保护义务是合同的重要内容 /210

三、保护义务应根据合同的性质、目的和内容确定 /211

四、违反保护义务的法律后果具有特殊性 /212

参考文献 /214

主题索引 /224

人名索引 /228

后 记 /231

第一章 绪 论

第一节 我国合同法与判例中的保护义务

1986 年的《民法通则》第 4 条确立了我国民法中的诚实信用原则。^{〔1〕} 据此,我国学界认为,当事人在履行合同的过程中,为了辅助债权人实现其利益,还应当根据诚信原则履行种种附随义务。其中包括说明义务、注意义务、告知义务、照顾义务、保密义务及忠诚义务等。不过,由于对诚信原则的具体适用以及附随义务本身缺乏深入研究,在 1999 年统一的《合同法》颁布之前,有关附随义务或者保护义务的具体规定以及司法判例都十分有限。1999 年《合同法》的颁布改变了这一状况。首先,《合同法》借鉴国外立法以及判例和学说的研究成果,在第 42 条、第 43 条、第 60 条第 2 款和第 92 条分

〔1〕 徐国栋:《民法基本原则解释——以诚实信用原则的法理分析为中心》(增删本),中国政法大学出版社 2004 年版,第 1 页。

别规定了在合同缔结过程中的先合同义务、在合同成立后履行过程中的附随义务以及在合同关系终止以后的后合同义务。^[2] 这样,伴随着合同关系从产生到终止的整个生命历程形成了一群合同义务,学说上称为“合同关系上的义务群”,从而具体地规范了合同发展过程中当事人所应当履行的义务。这些附随义务包括告知、说明、协助、保密、保护等。其次,《合同法》分则对许多典型的保护义务设有具体规定。此外,在许多相关民事法律法规中也有关于保护义务的具体内容。因此,保护义务在我国合同法中已经有了实定法基础,既有一般性的规定,也有具体的规定。这些规定必将对我国合同理论以及合同责任体系的发展产生深远影响。

《合同法》颁布之后,因违反保护义务引起损害赔偿纠纷案件逐渐增加,法院也在一系列的判例中适用关于保护义务的一般规定或者具体规定,形成了许多精彩的判例。例如,上海市第一中级人民法院终审的“王利毅、张丽霞诉上海银河宾馆赔偿纠纷案”的判决确立了宾馆对住宿旅客的保护义务;^[3] 在“李萍、龚念诉五月花公司人身损害赔偿纠纷案”中,广东省高级人民法院认可酒店等餐饮行业经营者对前来就餐的顾客负有保护义务;^[4] 以及其他判

[2] 《合同法》第42条和第43条分别规定:“当事人在订立合同过程中有下列情形之一,给对方造成损失的,应当承担损害赔偿责任:(一)假借订立合同,恶意进行磋商;(二)故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况;(三)有其他违背诚实信用原则的行为。”“当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密,无论合同是否成立,不得泄露或者不正当地使用。泄露或者不正当地使用该商业秘密给对方造成损失的,应当承担损害赔偿责任。”该法第60条第2款及第92条分别规定:“当事人应当遵循诚实信用原则,根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”“合同的权利义务终止后,当事人应当遵循诚实信用原则,根据交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”这些规定分别构成了缔约阶段、合同履行阶段及合同终止之后的附随义务的主要法律基础。参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2004年版,第283页。

[3] 乔宪志主编:《2002年上海法院案例精选》,上海人民出版社2003年版,第52~53页。

[4] “李萍、龚念诉五月花公司人身损害赔偿纠纷案”的判决书,载《中华人民共和国最高人民法院公报》2002年第2期。

例所确立的保护义务。^[5]

第二节 我国保护义务的理论研究概况及评价

首先需要说明的是,除了少数学者将附随义务与保护义务看做同一层次的两类义务分别予以讨论外,^[6]我国的判例和学说基本上将保护义务作为附随义务的一个类型予以研究和论述。

我国学界对于附随义务的理论研究基本上可以1999年《合同法》的颁布为界限分为两个阶段:在《合同法》颁布之前,我国学界对附随义务的研究基本上限于通过我国台湾地区学者的著作介绍、转述附随义务之理论。《合同法》颁布之后,一方面,由于《合同法》对附随义务做了许多规定,因而出现了许多结合我国《合同法》研究附随义务的论文,在教科书中,有关附随义务理论的篇幅也增加许多。此外,还出现了大量以附随义务为主题的硕士学位论文。^[7]另一方面,由于2002年新《德国民法典》将判例和学说中形成的保护义务法典化,出现了介绍研究《德国民法典》中保护义务的新热潮。根据有关著作,笔者将我国学界有关附随义务(包括保护义务)的主要观点归纳如下:

[5] 对于我国司法实践中涉及违反保护义务的案件,笔者无法做确切的统计。但是,通过对法院网站上公布的案例进行分析,可以看到大量因保护义务违反引起争议的案件。其内容涉及医生忠诚医疗的义务,公园管理者的保护义务,商场、银行的安全、保密义务,雇主的保护义务,运输人的保护义务,出租人的保护义务及修理商必要提示或警示的义务,等等。需要指出的是,我国实务中多数判例都采广义的附随义务概念,不分保护义务与从给付义务,都以附随义务称之。

[6] 李永军:《合同法》(第2版),法律出版社2005年版,第684页。

[7] 例如,近两年来关于附随义务研究的硕士论文主要有,田阳:“合同附随义务理论与实践研究”,四川大学2006年硕士学位论文;傅蓉:“附随义务理论研究”,南昌大学2006年硕士学位论文;朱锬:“违反附随义务的效果研究”,吉林大学2005年硕士学位论文;李大庆:“附随义务法律问题研究”,东北财经大学2004年硕士学位论文。