

C

中国民商法专题研究丛书

梁慧星 主编

契约附随义务研究

侯国跃 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中国民商法专题研究丛书
梁慧星 主编

本书系重庆市西南政法大学
市场交易法律制度研究基地项目成果

契约附随义务研究

侯国跃 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

契约附随义务研究/侯国跃著. --北京:法律出版社, 2007. 10

(中国民商法专题研究丛书)

ISBN 978-7-5036-7729-8

I. 契… II. 侯… III. 契约法—研究—中国 IV. D923.64

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第147759号

© 法律出版社·中国

**中国民商法专题
研究丛书**

契约附随义务研究

侯国跃 著

**责任编辑 刘文科
装帧设计 乔智炜**

开本/A5

版本/2007年10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/14.125 字数/360千

印次/2007年10月第1次印刷

编辑统筹/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

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

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-7729-8

定价:34.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

谨以本书献给我的导师

——梁慧星教授、李开国教授

《中国民商法专题研究丛书》总序

我于1988年起担任中国社会科学院法学研究所民法研究室主任,开始考虑学术发展和人才培养问题。时值20世纪90年代初,中国内地遭遇学术著作出版难,尤其未成名的年轻学者的学术著作出版更难。遂仿照王泽鉴先生担任台湾大学法律学系主任时编辑出版《台大法学丛书》的办法,编辑出版《中国民商法专题研究丛书》。预计用二十年时间,出版100部民商法专题研究著作。

其编辑宗旨是,从中国改革开放和发展现代化的市场经济的实际出发,广泛参考发达国家和地区民商事立法的成功经验和最新判例学说,深入研究民商法的基本理论和实践中的重大法律问题,为中国民商事立法的现代化和民商事审判实务的科学化提供科学的法理基础,提升民商法理论水平,推出民商法理论研究人才,使中国民商法理论研究尽快赶上发达国家和地区的水平。

著作之入选丛书,不论作者职称、地位、亲疏,以学术性为唯一考量。不约稿、不组稿、不需推荐,

概由作者自荐。欢迎自荐博士学位论文。丛书虽以“民商法专题研究”为名,其入选著作并不以民商法学为限。涵盖民法、商法、民事诉讼法、仲裁法、经济法、环境法、国际私法、国际经济法、民商事国际公约惯例等领域,而与广义之“私法学”概念相若。

自1994年推出第一部著作始,迄今已有十余年了,已出版著作50部。出版社方面注意到本套丛书在国内外已产生良好影响和社会效益,决定自第51部著作始,重新设计、增大开本、改变装帧、更加精编精印。特补述丛书编辑缘起及宗旨,作为总序。

梁慧星

于北京城南清芷园

2005年12月8日

内容提要

本书以“契约附随义务研究”为主题,本体部分共九章,第一章为“导论”,第二章至第八章为“本论”,第九章为“结论”。

第一章 导论

因为本书是以义务为对象所展开的研究,从表面上看似与民法之权利法属性格格不入,故而在导论中首先以说明的方式指出:在以权利为本位的民法中,债法部分却“多从债务的方面设其规定”,可以说,义务乃债法的主线,债之关系上的义务群,乃债法的核心问题;契约义务的构造,则为现代债法之重要课题。紧接着,文章介绍了引发作者感触和冲动的三个典型案例,并引出研究的缘起。本书的研究价值,可从理论与实务两个方面进行说明:(1)从理论界关于附随义务的研究现状来看,在大陆法系国家或地区不太重视对契约义务的研究之大背景下,德国民法学界对附随义务还存有较多争议,其附随义务理论“尚不成熟”;我国台湾地区对附随义务的研究,已有一些成果,但仍有较大发展

空间,而我国大陆学界对附随义务的研究,“尚无实质进展”。(2)从我国实务界对附随义务的把握来看,我国内地和台湾地区法院受理的附随义务案件数量之差异很大,而且实务界对附随义务的认识尚待提高。因此,本书研究附随义务具有重要的理论意义与实践价值。此外,本书的研究,拟从范围上进行拓宽、在程度上进行深入,以成就“开拓性研究”之课题。在导论中,还对本书研究的范围和方法作了说明:就范围而言,本书所研究者,仅为合同履行中的附随义务,即最狭义附随义务;就方法而言,本书主要采用比较分析法、历史分析法、实证分析法、法解释学的方法以及系统分析法、逻辑分析法和经济分析法等。

第二章 概念论:契约附随义务的理论界定

在德国,用以指称附随义务的词语有三个:“Nebenpflicht”、“Schutzpflicht”和“weitere Verhaltenspflicht”。三者从不同侧面对给付义务以外的契约义务进行了描述。本书经比较认为,在汉语中宜使用“附随义务”一词。

无论是德国还是我国,学者对附随义务之内涵与外延,均有不同的意见。总的来看,关于附随义务之理论界定的分歧,主要集中在六个方面。本书对这些分歧作了简单的分析,认为:(1)先契约义务、后契约义务、合同履行中的附随义务皆派生于诚信原则,可称为“诚信义务”;但不能否认的是,先契约义务和履行中的附随义务在义务类型、违反义务的后果上还存在一定区别,在研究时有必要区别对待。(2)至于附随义务与给付义务的关系,争议主要集中在附随义务与从给付义务之关系方面。就原因而言,乃在于从给付义务之“二像性”:从可否独立履行的角度看,与主给付义务相同;从是否可决定债务(契约)之类型的角度看,与附随义务相同。本书主张应当以“给付义务”之概念来包含主给付义务和从给付义务,从而使附随义务不仅与主给付义务不同,而且与从给付义务亦泾渭分明。就内容上,笔者主张把固有利益的保护之义务称为附随义务;把主给付义务之外、确保给付利益之满足的义务称为从给付义务。以这样的方法区分附随义务与从给付义务后,本书坚持把附随义务

之目标定位于固有利益之保护。(3)对于附随义务之法理基础,笔者主张将附随义务之法源基础统一到“诚实信用原则”。此外,本书还认为:法定化之趋势以及当事人在契约中的约定,均不影响对某种义务性质的认定;附随义务之不确定性使其定义中对形态的列举成为必要,但也正是因为其不确定性,这种列举只能是不完全之列举。以上述见解为基础,本书将附随义务界定为:附随义务,是指在契约履行过程中,基于诚实信用原则而使当事人应当负担的以保护他人之人身和财产利益为目的的通知、保密、保护等义务。

在把握附随义务之概念时,特别需要注意的是附随义务与保护义务的关系。保护义务为最典型之附随义务,而其他附随义务(如通知义务、保密义务及竞业禁止义务)“除了具有保护义务之色彩外,尚有违反义务之理由之成分为归类之基准”,故在解释上,“或可视为保护义务之特殊类型”。实际上,在德国,债法修订后,新《民法典》第241条第2款系对附随义务之规定,但是德国学者多视此新规定为保护义务的法定化,或是偏向用“保护义务”称之。由此可见,“保护义务乃附随义务之基础类型”。正因为如此,在一些场合,“保护义务”系指附随义务之一种,而在另一些场合,“保护义务”又系附随义务之总称。

本书还分析附随义务与先契约义务、后契约义务、给付义务、不真正义务的关系。本书特别指出:

所谓“后契约”义务,实为“主给付义务之后”的义务;笔者主张把“后契约义务”分解,将其中的“给付义务”划归到从给付义务,把其中的保护义务划归到附随义务之列。

在第二章最后一节,作者分析了王全兴教授等人提出的所谓“从民法的附随义务到经济法的基本义务”之命题。指出:(1)附随义务对应的概念是“给付义务”,而不是“非基本义务”;(2)从消费者保护法等法律的基本性质看,相关义务仍属于民法之附随义务,而非“经济法的基本义务”;(3)从法律责任的角度分析,消费者保护法等法律所规定的经营者义务乃民法之附随义务,而非“经济法的基本义务”;(4)从适用范围

看,经济法对消费者权利和经营者义务的规定无法取代民法上的附随义务理论与立法。

第三章 历史论:契约附随义务理论的形成和发展

文章首先回顾了附随义务理论产生的过程,指出:附随义务理论是德国学者在探讨契约给付义务及其履行时首先提出,并以缔约上过失、积极侵害债权为中心,逐步建立起来的。其后,又以附随义务为基础,发展出契约终了后过失、附保护第三人作用之契约等理论。此等义务,均非传统契约法上之给付义务所能涵盖,其与给付义务之共同之处在于,皆使作为违反义务的债务人(加害人)承担契约责任。也就是说,此等义务必然要提出契约责任扩大的问题。

德国附随义务之产生,并非偶然。作者认为:自由法运动及对概念法学的批判,是附随义务理论产生的法学思潮背景;现代社会生活之复杂性日趋增强,是附随义务理论产生的社会经济背景;协作关系意识的扩展,是附随义务理论产生的政治理念背景;传统侵权法与契约法的不足,是附随义务理论产生的法律制度背景;诚信原则的“超级适用”,是附随义务产生的法伦理背景;学说和判例地位的提升,是附随义务理论产生的司法文化背景。此后,附随义务理论对许多国家或地区契约法产生了深远的影响,观今日之世界,以附随义务扩大契约责任者并非德国法所独有的特殊现象。在英美法上,并无附随义务之概念,与其功能相同者,系默示条款(terms implied)。就其发展趋势而言,本书指出:随着民法一般条款的法定化与具体化,附随义务也一改其长期之“在野”地位,呈现出法定化之趋势。当然,附随义务法定化没有改变民法的权利法属性。

第四章 基础论:契约附随义务的正当性解释

在传统契约法理论上,人们几乎一致地认为,当事人之所以要承担契约义务,那是因为这些义务决定于其自由意志。然而,附随义务及相关制度的建立,使这一问题不得不重新被讨论:在当事人“合意”之外,当事人所必须承担的义务,其正当性到底是什么?经历功利理论、信赖理论之发展以及关系契约理论之洗礼,人们再次将目光聚焦于诚信原则:

诚信原则,乃契约附随义务的真正法理基础。即便是在附随义务呈现成文化趋势的情况下,诚信原则之基础地位亦未被动摇。为了说明这一结论本书还剖析了理论界的一些不同意见。

第五章 功能论:契约附随义务的价值与功能

现代契约法以安全与效率为基本价值,附随义务之价值同样体现在安全与效率两个方面。从微观方面看,附随义务的功能在于使债之关系的实现能在小心、受照顾、受担保之情形下进行。具体而言,笔者把附随义务之功能概括为:指导当事人正确履行契约;周严保障债权人的合法权益;保护交易安全,稳固债权人所取得之给付利益;整合交易道德;衡平和调节利益,实现实质公正。

如果将视野回归债法之全貌,我们发现,附随义务与契约法向侵权法之“位移”,以及契约法本身之发展与现代化均有着不可分割之关联。可以说,附随义务理念的确立,体现了现代债法的发展方向,无论在理论上还是实践上均具有重大意义。值得探讨者,是侵权法上有所谓“安全保障义务”,其与契约法上之附随义务,到底是何种关系?笔者经分析认为:就其功能与内容观之,二者无本质差异;其差异主要在于适用主体范围不同。此外,保护他人之义务,在任何人之间均存在,所不同的是,一旦进入交易接触关系,这种义务的程度得以进一步深化,因而,二者在程度方面的要求亦有区别。就契约附随义务与安全保障义务之性质与名称面言,并非实质要害,面仅技术问题而已。尽管如此,契约法的附随义务仍有其独特价值。只是,这势必为理论探讨留下一个至今仍有争议的话题:契约法保护固有利益之界限何在?

第六章 形态论:契约附随义务的类型

附随义务乃为“一种统称之概念”,故从学理上将其类型化,有助于对附随义务的理解,也有助于司法实践中法律的正确适用。但对于这一问题“至今尚未得到一个共识”。本章从简述附随义务的分类及其相对化入手,主要研究了附随义务的表现形态。笔者首先剖析了德国及我国台湾地区 and 内地理论与实务界的主要见解,指出:(1)即便是在附随义务

理论之发源地德国,对于附随义务之学理类型化方面,仍意见纷呈而未统一。(2)我国台湾地区,在附随义务分类这一问题上,同样出现了与德国一样之混乱不堪的局面,因为其研究资料主要源于德国,当然也不排除有附随义务本身特性方面的原因。(3)德国和我国学者在探讨附随义务之分类时,主要存在以下几个方面的问题:把附随义务与从给付义务混为一谈、对附随义务之内容的阐释不科学、一些用语不准确等。进而,笔者认为:应区分附随义务与从给付义务;附随义务主要有保护、通知、保密、竞业禁止等形态,而保护义务则为附随义务之基础类型。随后,笔者对这些附随义务逐一进行了研究。

第七章 适用论:附随义务的认定

附随义务之不确定性决定,在处理具体案件的时候,法官往往无法通过直接面简单的对契约条款或法律条文的检索而获得答案,他们还须进一步进行衡量和解释,以确定当事人是否负有以及负有何种附随义务。为此,有必要研究适用附随义务的原则、方法等问题。就目前国内外相关法学文献面言,理论界对附随义务的研究尚未涉及这一问题,本书则进行了尝试性、补白性的研究,结论是:认定当事人是否负有附随义务,应遵循“当事人约定和法律规定优先的原则”、“以诚信原则为基准的原则”、“顾及交易习惯的原则”、“适当限制的原则”;在个案中,确定契约附随义务的具体方法有检索契约和法条、参阅先例、斟酌法理、揣摩交易习惯等;认定契约当事人之附随义务所应考量的因素包括契约目的、利益衡平、具体情事等。

认定附随义务时,还须考虑的一个重要问题是其适用范围,即债务人是否须对某些第三人负担附随义务,或者说可否以附随义务保护契约当事人以外的第三人?为此,本书研究了德国法上的“附保护第三人作用之契约”,依本书之见,要适用“附保护第三人作用之契约”理论,应具备以下要件:第三人须处于“给付附近”或“契约附近”,即第三人一如债权人一般将遭受不良给付之危险;第三人须处于“当事人附近”,即第三人与债权人系福祸与共之特殊关系;债务人对以上两个要件的具备有认

识的可能性。

第八章 后果论:违反契约附随义务之效果分析

附随义务被违反的法律后果问题,在德国存在较多争议。本书经分析指出:违反附随义务之法律责任,在性质上仍为违约责任,在某些情况下还可能产生违约责任与侵权责任的竞合。就违反附随义务之法律责任的归责原则而言,笔者认为,适用过错推定责任更符合附随义务的本质及我国《合同法》之规定。

附随义务可否请求履行?一般持否定见解,但本书认为,对此问题不能一概而论,应视义务的性质、履行是否有意义而定。在附随义务之履行尚有意义的情况下,应强制违反义务的一方履行附随义务。违反附随义务后,债权人得否解除契约?国内外理论界有多种学说,本书采“相对否定说”,即附随义务之违反,原则上不能产生契约解除权;但若违反附随义务而足以影响契约目的之达成,则可成立解除契约权。当然,如当事人在契约中有诸如一旦违反附随义务即可解除契约之特约,则应从其约定。类似的是,附随义务原则上不属于对待给付,一般不发生同时履行抗辩权。例外情况有二:若附随义务之未履行,足以影响契约目的之达成者,则他方即得据此行使同时履行抗辩权;当事人另有以契约特别约定使附随义务与他方之对待给付立于对价关系者,亦得主张同时履行抗辩权。

附随义务之违反所造成的损害,应由债务人进行赔偿,此为各国之共同意见。按照德国新债法的规定,当债务人在债的履行过程中违反附随义务时,债权人可得请求损害赔偿的具体方式有两种:要求债务人在履行给付义务的同时,赔偿因其违反附随义务而造成的损失;要求债务人以损害赔偿替代给付。对于固有利益损失进行赔偿,是否应当适用契约法上的可预见性规则?学界多持“否定说”,笔者则主张应当适用可预见性规则方为妥当。此外,本书认为,违反附随义务之损害赔偿,应当包括但不限于履行利益之赔偿。关于非财产损害是否亦可作为契约责任上的损害赔偿的对象,在我国法律欠缺明确规定,理论上多持否定意见,本书从之。

此外,本书还探讨了附随义务之违反与不完全给付及瑕疵担保责任的关系及附随义务与民事责任体系之调整等问题。

第九章 结论

本章旨在以本书研究成果为基础,并利用外国附随义务理论所“凝结成的经验财富”,检讨和完善我国的相关规定。笔者先从契约法现代化的要求和我国原有法律的不足等方面,说明我国立法规定附随义务之必要性。其后,通过对法条的检索,笔者发现我国现行法对附随义务的规定,主要集中于《合同法》中,其他法律法规亦有少量涉及。本章的重点在于从立法体例、义务形态、归责原则、法律后果、适用范围等方面对我国相关规定进行检讨,进而指出:(1)就附随义务的法定方式而言,宜采用“一般规定+个别规定”之方式;应宜于由法律规定的,应在契约法直接明确确定;对于契约法难以直接确定的,则仅在法律中设定“一般规定”,为当事人或法院根据具体情事确定附随义务提供一个总的依据。这种“一般规定”在我国未来之《民法典》中,当置于“债权总则”或“合同总则”部分为宜。(2)建议将《合同法》第60条第2款修改为:“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保护相对人之附随义务”;同时,再增加一款,规定:“合同当事人,对于与相对人存有福祸与共之特殊关系的第三人,同样负有前款所规定的附随义务。”(3)建议将《合同法》第107条修改为“当事人一方违反合同义务的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任”;并增加一款,规定:“凡违反属于本法第60条第2款和第3款所规定的合同义务的,应当承担违约责任,但债务人能证明自己没有过错的除外。”(4)建议将《合同法》第112条“不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定”之用语,修正为“违反合同义务”;并在该条之后增加一款,规定:“当事人一方违反合同义务,使合同继续履行已陷不能或不必要时,对方可直接要求其赔偿损失。”此外,鉴于笔者主张将“后契约义务”分解为从给付义务和附随义务,本书同时对我国《合同法》第92条之规定进行了分析和评价,并提出完善建议。

目 录

第一章 导 论 / 1

第一节 契约义务的构造:现代债法之重要课题 / 1

一、以权利为本位的民法和以义务为主线的债法 / 2

二、契约义务的构造:现代债法之重要课题 / 4

第二节 本课题研究的缘起和意义 / 6

一、感触与冲动:源于三个典型案例 / 6

二、附随义务理论的研究现状 / 14

三、我国实务界对附随义务的把握和态度 / 17

四、本书研究附随义务的意义 / 20

第三节 本书的研究范围和研究方法 / 21

一、本书的研究范围 / 21

二、本书的研究方法 / 23

三、附注:有关用语的说明 / 28

第二章 概念论:契约附随义务的理论界定 / 31

第一节 契约附随义务的概念分析 / 32

一、“附随义务”用语的选择 / 32

二、关于附随义务含义的不同观点 / 35

三、笔者对争议之点的简单分析 / 41

四、本书对附随义务的界定 / 52

第二节 附随义务与先契约义务的比较 / 59

一、先契约义务概述 / 59

二、先契约义务与附随义务 / 62

第三节 附随义务与后契约义务的关系 / 63

一、后契约义务概述 / 63

二、后契约义务与附随义务 / 68

三、再思考：“后契约义务”实为“主给付义务后之义务” / 72

第四节 附随义务与给付义务的比较 / 73

一、附随义务与主给付义务 / 74

二、附随义务与从给付义务 / 79

三、附随义务与给付义务区分示例 / 86

第五节 附随义务与不真正义务的比较 / 88

一、何为“不真正义务” / 88

二、“不真正义务”之“不真正性” / 89

三、不真正义务之“人法” / 90

四、不真正义务与附随义务之区分及其相对性 / 91

第六节 附论：关于“从民法的附随义务到经济法的基本义务”之命题 / 92

一、命题的基本内容 / 92

二、对命题的简单评价 / 96

第三章 历史论：契约附随义务理论的形成和发展 / 102

第一节 过程论：积极侵害债权与附随义务理论的形成 / 102

一、德国附随义务理论的形成 / 102

二、德国附随义务理论形成之前的有关探索 / 108

第二节 原因论：附随义务理论形成的背景 / 110

一、法学思潮背景：自由法运动与对概念法学的批判 / 110

二、社会经济背景：现代社会生活之复杂性日益增强 / 113

三、政治理念背景：协作关系意识之扩展 / 115

四、法律制度背景：传统侵权法与契约法之不足 / 118

五、法伦理背景:诚信原则的“超级适用” / 124	
六、司法文化背景:学说和判例地位的提升 / 129	
七、小结 / 134	
第三节 发展论:附随义务理论的发展现状及趋势 / 135	
一、契约附随义务理论在各国确立和发展 / 135	
二、法定化:契约附随义务发展的重要趋势 / 139	
 第四章 基础论:契约附随义务的正当性解释 / 149	
第一节 契约义务之正当化根据 / 150	
一、初步尝试:意志决定论·约定理论 / 150	
二、进一步的探讨:功利理论·信赖理论 / 152	
三、法社会学的视点:关系契约论 / 154	
四、从关系契约论到诚信原则 / 160	
第二节 诚信原则:契约附随义务的法理基础 / 161	
一、诚信原则:现代契约法之基本原则 / 162	
二、诚信原则:附随义务之法理基础 / 168	
三、附随义务之法定化并未动摇诚信原则之基础地位 / 171	
第三节 反向论证:对附随义务基础之其他学说的评述 / 172	
一、交易习惯说及评述 / 172	
二、契约解释说及评述 / 176	
三、契约危险说及评述 / 178	
四、其他学说及评述 / 179	
五、小结 / 182	
 第五章 功能论:契约附随义务的价值与功能 / 183	
第一节 契约附随义务价值论 / 184	
一、现代契约法的基本价值 / 184	
二、附随义务对契约法价值的体现 / 186	
第二节 契约附随义务功能论 / 187	
一、指导当事人正确履行契约 / 188	