



中德私法研究

Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht

荣誉顾问 江 平 王泽鉴
主 编 王洪亮 张双根 田士永 朱庆育



元照系列

本期主题

不当得利

专题报告

慎思我国合同法上违约损害赔偿责任的归责原则 [易军]

违约责任归责原则的解释论 [戴孟勇]

关于英美法违约救济严格责任的简单思考 [刘承睦]

主题论文

萨维尼的不当得利理论及其渊源与影响 [傅广宇]

不当得利法的基本问题 [恩斯特·冯·克默雷尔 著 唐勇 译]

20世纪不当得利法理论的发展与不当得利法领域的法律文献 [格哈德·瓦格纳 著 马丁 译]

给付型不当得利返还的法律性质 [汉斯-威廉·克特尔 著 曾燕斐 译]

制度历史

失去“往日辉煌”的所有物返还请求权 [约莱·法尔尼奥利 著 王洪亮 译]

习惯法的程序意义：是事实还是法？ [沃尔夫冈·魏甘德 著 樊文 译]

法学教室

请求权基础探寻方法——以“失物招领社”案为例 [吴香香]

民法的“任督二脉”：负担行为与处分行为 [朱庆育]

典型判例

未成年人的不当得利责任：飞机航班案 [沙克/阿克曼 编 庄加园 译]

情谊行为责任 [沙克/阿克曼 编 王洪亮 译]



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

中德私法研究

Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht

总第8卷 · 2012年

荣誉顾问

江 平 王泽鉴

学术顾问

(按姓氏笔画排序)

米 健 孙宪忠 苏永钦 邵建东 黄 立 黄茂荣

Rolf Stürner[德] Rolf Knütel[德] Thomas Raiser[德]

主 编

王洪亮 张双根 田士永 朱庆育

编辑委员

(按姓氏笔画排序)

王洪亮 田士永 申卫星 朱 岩 许 兰 许德风 李 昊 沈冠伶
陈卫佐 陈自强 陈聪富 杨 继 杨淑文 张双根 金可可 涂长风
黄 卉 常鹏翱 董一梁 詹森林 蔡明诚

Thomas Rübner[德] Sebastian Lohsse[德] Beate Gsell[德]



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中德私法研究. 2012 年. 总第 8 卷/王洪亮等主编. —北京:北京大学出版社, 2012. 12
ISBN 978 - 7 - 301 - 21772 - 6

I. ①中… II. ①王… III. ①私法 - 研究 - 中国 ②私法 - 研究 - 德国
IV. ①D923.04 ②D951.63

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 301107 号

书 名: 中德私法研究 2012 年·总第 8 卷

著作责任者: 王洪亮 张双根 田士永 朱庆育 主编

责任编辑: 苏燕英

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 21772 - 6/D · 3233

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com>

新浪微博: @北大出版社燕大元照法律图书

电子信箱: yandayuanzhao@163.com

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

730mm × 980mm 16 开本 13.5 印张 272 千字

2012 年 12 月第 1 版 2012 年 12 月第 1 次印刷

定 价: 29.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

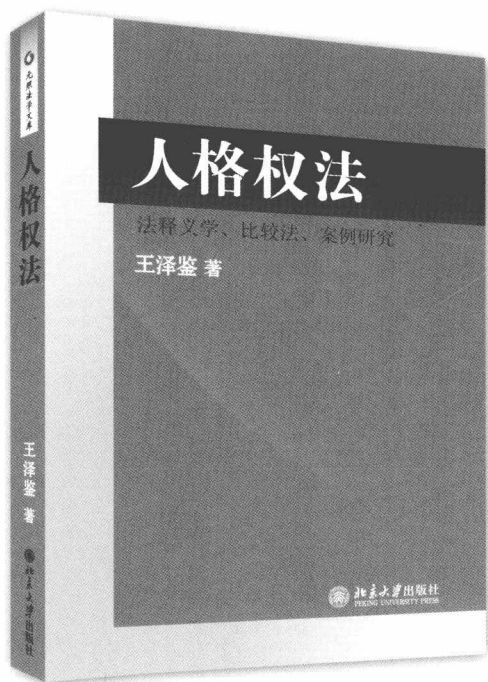
举报电话:010 - 62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

民法学家王泽鉴先生“民法研究系列”新作

《人格权法》

法释义学、比较法、案例研究

王泽鉴 著



本书重在运用法释义学、比较法及案例研究的方法，阐述人格价值理念，建构人格权法的规范体系，研讨现行法解释适用的基本问题，以及探寻人格权法的发展方向。在某种意义上，本书也可说是借着人格权法来检视反省法学方法的理论与应用，对当前我国人格权法律理论研究和立法实践具有重要意义。

本书是作者2004年版

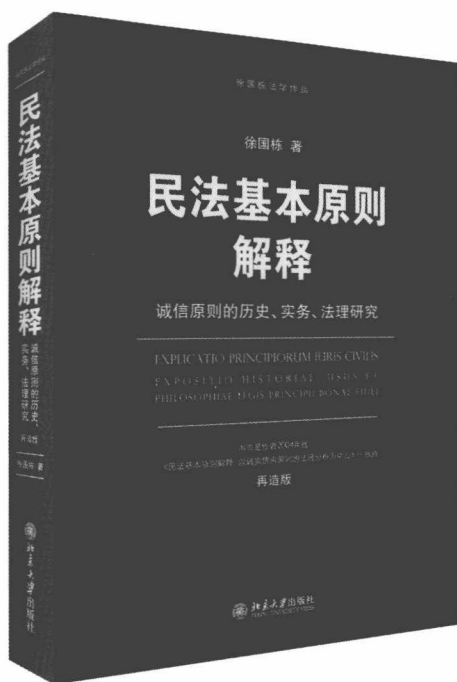
《民法基本原则解释：以诚实信用原则的法理分析为中心》一书的

再造版

民法基本原则解释

诚信原则的历史、实务、法理研究

徐国栋 著



本书是一部研究民法基本原则一般理论和诚信原则的专著。其第一、七、八、九章研究民法基本原则的立法技术特征和功能，强调其以人的因素补规则因素之不足的积极作用，以及相应的人治化危险。其第二、三、四、五、六章专门用于研究诚信原则，说明了这一原则的罗马法起源、它在大陆法系的历史发展、向英美法的扩张、运用这一原则的中国立法和司法实务等问题。强调主观诚信与客观诚信在社会契约论基础上的统一，以及伦理学上的善恶概念是法律上诚信恶信概念的基础。第十章是对全书内容的总结。

■ 专题报告

慎思我国合同法上违约损害赔偿责任的归责原则 [易 军] 3

违约责任归责原则的解释论 [戴孟勇] 29

关于英美法违约救济严格责任的简单思考 [刘承睦] 46

■ 主题论文

萨维尼的不当得利理论及其渊源与影响 [傅广宇] 51

不当得利法的基本问题 [恩斯特·冯·克默雷尔 著 唐 勇 译] 71

20 世纪不当得利法理论的发展与不当得利法领域的法律文献 [格哈德·瓦格纳
著 马 丁 译 王 倩 校] 87

给付型不当得利返还的法律性质 [汉斯-威廉·克特尔 著
曾燕斐 译] 114

■ 制度历史

失去“往日辉煌”的所有物返还请求权 [约莱·法尔尼奥利 著
王洪亮 译] 149

习惯法的程序意义:是事实还是法?

——历史传统及其在 19 世纪的变化 [沃尔夫冈·魏甘德 著 樊 文 译
王洪亮 校] 161

■ 法学教室

请求权基础探寻方法

——以“失物招领社”案为例 [吴香香] 171

民法的“任督二脉”:负担行为与处分行为 [朱庆育] 189

■ 典型判例

未成年人的不当得利责任:飞机航班案

——BGH NJW 1971, 609 = BGHZ 55, 129 = JuS 1971, 316 (Teichmann, JuS 1972, 247) [沙克/阿克曼 编 庄加园 译] 199

情谊行为责任

——BGH NJW 1956, 1313 = BGHZ 21, 102 [沙克/阿克曼 编
王洪亮 译] 207

专题报告

慎思我国合同法上违约损害 赔偿责任的归责原则^{*}

易 军^{**}

我国《合同法》第107条规定:“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,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。”我国民法学界一般将该条作为我国法上违约责任归责原则的一般规则,并普遍认为该条确立了“严格责任原则”。^[1]目前,我国学界的主流观点认为,所谓严格责任,是指债务人违约即应承担违约责任,除非存在约定或法定免责事由,而不以债务人在主观上有过错为要件。而就法定免责事由而言,除《合同法》分则在部分典型合同中设有明文外(如

^{*} 本文系中国政法大学青年教师学术创新团队资助项目成果之一。

^{**} 法学博士,中国政法大学民商经济法学院副教授。

[1] 参见顾昂然:《中华人民共和国合同法讲话》,法律出版社1999年版,第45—46页;韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年版(以下简称韩世远:《合同法总论》),第589—596页;龚赛红、李婉丽主编:《合同法》,中山大学出版社2007年版,第293页;陈小君主编:《合同法学》,中国政法大学出版社2007年版,第173页;马骏驹、余延满:《民法原论》,法律出版社2007年版,第618页;等等。当然,也有少数学者对此提出质疑,如李永军:《合同法》,法律出版社2004年版,第577页。崔建远教授在《合同法》颁行前,对我国合同法是否采纳严格责任原则提出质疑。参见崔建远:《严格责任?过错责任?——中国合同法归责原则的立法论》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第11卷),法律出版社1999年版(以下简称崔建远:《严格责任?过错责任?——中国合同法归责原则的立法论》),第197页。

《合同法》第302条、第311条有关承运人免责事由的规定),在《合同法》总则中,有关法定免责事由的规定仅有《合同法》第117条所规定的“不可抗力”。因此,在一般规则的意义上,我国合同立法有关违约责任归责原则较细致地描述为“债务人违约即应承担违约责任,除非存在免责条款或不可抗力的法定免责事由”。〔2〕

若以上所述对我国法上违约责任归责原则一般规则的刻画无误³⁾,则笔者对我国合同法所确立的一般归责原则存有疑虑。本文的任务即在对我国合同法上的违约责任归责原则予以检视,发掘问题并提出改进之策。以下先评析我国学界所提出的倡导严格责任的理由(第一部分与第二部分),再揭示现行立法存在的问题(第三部分),最后提出完善的建议(第四部分)。

在展开具体分析前,还要特别述明的是,违约责任形态各异,诸如支付违约金、继续履行、损害赔偿、解除合同、定金罚则等均属此列。诸违约责任形态之归责原则容有差异,且各自违约归责原则探讨的必要性有所不同⁴⁾,本文专以违约损害赔偿责任的归责原则为对象。

〔2〕 如全国人大常委会法制工作委员会民法室人员明确采取此项见解。由孙礼海主编的《〈中华人民共和国合同法〉立法资料选》指出:“不管主观上是否有过错,除不可抗力可以免责外,都要承担违约责任。”“这次制定的统一的合同法(草案)明确规定,违约责任采取严格责任原则,只有不可抗力可以免责。”参见孙礼海主编:《〈中华人民共和国合同法〉立法资料选》,法律出版社1999年版(以下简称孙礼海主编:《〈中华人民共和国合同法〉立法资料选》),第58页。

〔3〕 严格责任原则确立的过程大体如下:合同法立法方案关于违约责任原则,原定为过错推定责任。由全国12所法院系和研究机构的学者依据立法方案起草的《合同法建议草案》,也规定为过错推定责任。《合同法建议草案》第138条规定:“合同当事人一方不履行合同债务或者其履行不符合法定或者约定条件的,应当承担违约责任。但当事人能够证明自己没有过错的除外。”此后,在1995年4月法制工作委员会召开的讨论《合同法建议草案》的会议上,委员指出:“会议参加者充分注意到合同法建议草案明定违约责任为过错推定责任的理由,并考虑到国际公约的经验,建议更进一步将第138条的第2句‘但当事人能够证明自己没有过错的除外’删去,将合同法建议草案关于违约责任的规定由过错推定责任改为严格责任。”参见梁慧星:《从过错责任到严格责任——关于合同法草案征求意见稿第76条第1款》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第8卷),法律出版社1997年版(以下简称梁慧星:《从过错责任到严格责任——关于合同法草案征求意见稿第76条第1款》),第2页。1996年5月27日至6月7日召开的修改合同法草案的会议肯定了这一修改,作为该会议成果的《合同法草案(第三稿)》第80条第1款规定:“当事人不履行债务或者履行债务不符合合同约定或者法律规定的,应当承担违约责任。”随后的《合同法草案征求意见稿》(即第四稿)第76条第1款延续了该条。在1998年10月22日九届全国人大常委会第五次审议合同法草案的过程中,有委员认为:“应当将违约责任的方式规定得更加明确。因此,建议将草案第一百一十三条‘当事人不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,应当承担违约责任。’修改为‘当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,对方有权请求违约方履行或者采取补救措施、承担赔偿责任等违约责任。’”参见前引孙礼海主编:《〈中华人民共和国合同法〉立法资料选》,第14页。

〔4〕 如继续履行系对原合同债务的恪守,只以合同关系有效存在为前提,根本不以违约方主观上有过错为要件。合同解除亦然,不论是归责于债务人的不履行,还是由于不可抗力致履行不能,均可致合同解除。在违约责任诸形态中,唯有损害赔偿责任有专门探究可归责性问题的必要与实益。

一、理据分析

在现行《合同法》颁布前,《经济合同法》第32条明定,违反经济合同的违约责任实行过错责任,虽然《涉外经济合同法》第18条、《民法通则》第111条、《技术合同法》第17条在规定违约责任的一般条款时未使用“过错”的表述,但“一般民法教材在论述违约责任时,也都认为我国民法关于违约责任实行过错责任原则”^[5],因此,《合同法》在违约责任上实行严格责任无疑是对既往立法或理论见解的重大改变乃至颠覆。照理说,当立法或理论上就某项重要的制度设计发生重大转向时应详为阐述理由,特别是对诸如违约责任归责原则这类关乎合同法体系构造的基础性制度时更应如此。然而,十分遗憾的是,在立法过程中,学界并未就此(现行过错责任原则的弊病、严格责任原则的优势、围绕严格责任应构建的制度体系等)展开充分的讨论与论证。仅从就此发表的论文数量、研究所达到的理论深度两项指标来看,当可断言,此种转向过于轻易与轻率。

梁慧星教授于1997年在其所主编的《民商法论丛》上发表的《从过错责任到严格责任》一文,或许是仅有的例外。该文不仅是同期倡导严格责任最有力者,而且在《合同法》颁行后被其他严格责任论者广泛引用。^[6]在笔者见闻所及范围内,该文的影响力、全面性、深度是诸倡导严格责任的论著中最优者。因此,本文以此为对象予以评析。

梁慧星教授认为,主张严格责任的理由包括以下四项:

其一,《民法通则》及《涉外经济合同法》和《技术合同法》已经将违约责任规定为严格责任。

其二,严格责任是合同法发展的趋势。英美法系就违约责任采取严格责任。《联合国国际货物销售合同公约》、《国际商事合同通则》、《欧洲合同法原则》均采行严格责任。“如果说《联合国国际货物销售合同公约》采纳严格责任原则是受英美法系影响的话,则《国际商事合同通则》和《欧洲合同法原则》之采纳严格责任,应该被认为是两大法系的权威学者在经过充分的斟酌权衡之后所达成的共识,反映了合同法发展的共

[5] 参见前引梁慧星:《从过错责任到严格责任——关于合同法草案征求意见稿第76条第1款》,第1页。

[6] 全国人大常委会法制工作委员会民法室人员提出:“为什么采取严格责任?第一,有利于促使合同当事人认真履行合同义务。现在合同履行率不高,有的债务人说起来振振有词:不是我不付款,因为别人欠我的钱不还我,我没钱付,不是我的过错。采取严格责任,不管是不是你的原因,不按期履行债务的,都要承担违约责任,至于你与第三人的纠纷,那是另一个法律关系。采取违约责任有利于促使当事人积极采取措施履行义务。第二,有利于保护受害人的合法权益。第三,也符合国际条约的一般做法,各国多采取严格责任。”参见前引孙礼海主编:《〈中华人民共和国合同法〉立法资料选》,第58—59页。

同趋势。”

其三,严格责任具有显而易见的优点。“首先是在严格责任原则之下,原告只需向法院证明被告未履行合同义务的事实……既不要求原告证明被告对于不履行有过错,也不要求被告证明自己对于不履行无过错。……被告免责的可能性在于证明有免责事由。由于不履行和免责事由均属于客观存在的事实,其存在与否的证明与判断相对来说比较容易。而过错属于主观的心理状态,其存在与否的证明与判断相对来说比较困难。因此,实行严格责任原则可以方便裁判,有利于诉讼经济。其次,在严格责任原则之下,使不履行与违约责任直接联系……有利于促使当事人严肃对待合同,有利于合同的严肃性。……可以避免在过错责任原则之下违约方总是企图寻求无过错的理由以期逃脱责任的现象,有利于增强当事人的责任心和法律意识。”

其四,严格责任更符合合同的本质。“侵权行为一般发生在预先不存在联系的当事人之间……社会生活中,各人都为追求自己的利益而行动,发生权利冲突在所难免……既然权利冲突是广泛存在的,损害的发生是难以避免的,法律上要求侵权行为人承担责任就不应仅以损害发生为前提,在损害事实之外还应该另有其理由,这就是可归责性。过错就是可归责性。由于具有过错,这就使得追究一般侵权行为责任具有了合理性和说服力。……违约责任发生在预先有密切联系的当事人之间。违约方和受害方预先通过自愿协商,建立了合法有效的合同关系,商定了相互之间的权利义务。……违约责任是由合同义务转化而来,本质上出于当事人双方的约定,不是法律强加的,这与侵权责任显然不同。合同相当于当事人双方自己制定的法律。法律确认合同具有拘束力,在一方不履行时追究其违约责任,不过是执行当事人的意愿和约定而已。因此,违约责任与一般侵权行为责任比较,应该更严格。质言之,违约责任出于当事人自己的约定,这就使违约责任具有了充分的合理性和说服力,此外无须再要求违约责任具有合理性和说服力的其他理由。”〔7〕

对第一项理由,即《民法通则》、《涉外经济合同法》、《技术合同法》是否已确立了严格责任的问题,宛如陷入了罗生门。严格责任论者主张,《民法通则》第111条、《涉外经济合同法》第18条、《技术合同法》第17条均将违约责任规定为严格责任;而过错责任论者则反对此种观点。前者主要诉诸文义解释方法,即上述三个条文中均未明确要求“过错”;而后者往往诉诸体系解释、历史解释等方法。〔8〕应该说,作为两种价值判断,这两项观点均有一定的合理性。〔9〕由于此问题的主观性,及对证立严格责任抑

〔7〕 前引梁慧星:《从过错责任到严格责任——关于合同法草案征求意见稿第76条第1款》,第6—7页。

〔8〕 具体分析,可参见前引崔建远:《严格责任? 过错责任? ——中国合同法归责原则的立法论》,第197页;前引韩世远:《合同法总论》,第590—591页。

〔9〕 考虑到绝大多数民法学者在论文或著作中认为我国民法关于违约责任实行过错责任原则的现实(即使严格责任论者也不否认此点),笔者赞同后说,即过错责任说。

或过错责任不能提供实质性帮助,本文不就此专门展开阐述。就第二项理由,即严格责任是合同法的发展趋势。由于牵涉立法例甚广,阐述所用篇幅甚大,笔者在此处仅考察大陆法系诸国的立法与判例学说,而将英美法系与国际合同法统一文件的规定留待本文第二部分分析。

(一) 严格责任是否为两大法系的发展趋势

既然认为严格责任是两大法系的发展趋势,而两大法系既包括英美法系诸国,也包括大陆法系诸国,以下仅对大陆法系几个最具代表性的民法进行考察,看其是否果真确立了严格责任。

1. 法国法

《法国民法典》第1142条规定:“一切作为之债或不作为之债,在债务人不履行之场合,均引起损害赔偿。”第1145条规定:“如债务系不作为之债,只要有违反义务之事实,违反义务的人即应负损害赔偿责任。”据此,在作为之债或不作为之债的情形,只要债务人不履行,就应负损害赔偿责任,并不要求主观上有过错。第1147条规定:“债务人若无法证明不履行系由于不可归责于自己之外来原因(*cause étrangère*)时,即使其在个人方面并无恶意,债务人对其债务不履行或迟延履行行为,如有必要,应支付损害的赔偿。”该条未积极地以故意过失为要件,仅以不可归责于债务人之外在原因为免责事由。理论上一般消极地将可归责理解为无事变或不可抗力。此际,债务人仅证明自己无过失并无法免责,尚需证明其不履行系由于不可归责于己的外来原因。就“外来原因”,第1148条又规定:“如债务人系因 *force majeure* 或 *cas fortuit* 而未履行给付或作为的债务,或违反约定从事禁止的行为时,不发生赔偿损失责任。”在法国,*force majeure* 或 *cas fortuit* 具有相同的意涵,学说上一般将二者作为类似的事物而不予区分。该条之适用,应具备以下要件:第一,事由之不可抗拒;第二,事由无预见可能性;第三,为外来原因;第四,债务人无过失。但何种情形方可认为系不可抗力或意外事故而无须负赔偿责任,判例学说见解不一。^[10] 与此有异,《法国民法》第1137条第1款规定:“负责注意保管标的物之债,不论契约是仅以当事人一方之利益为目的,还是以诸当事人之共同利益为目的,均使负担此种债务的人对物之保管应尽善良家父悉心照应之义务(*diligence du bon père de famille*)。”据此,负有标的物保管义务的债务人,应尽善良管理人的注意。该条与上述诸条显有抵触。

20世纪初期,学者 René Demogue 提出了结果债务与手段债务的区分,这一区分被认为是消除上述冲突的有效方法,遂迅速成为通说并为判例所接受。其主要见解是,第1147条适用于结果债务(*obligation de résultat*),即债务人承诺发生一定的给付结果,此际,债权人仅须证明债务人为此承诺且其不履行,债务人则须证明结果不发生系出于无法预见、无法抗拒的外来事由所致,才可免责,仅证明自己无过失还不能免责。而

[10] 参见陈自强:《契约过失责任与无过失责任之间》,载《政大法学评论》第123期。

第1137条适用于手段债务(obligation de moyens),即基于当事人约定或合同旨,债务人不担保一定结果,仅承诺尽力使结果发生,此际,债权人只需证明债务人未尽到处于相同地位的一般理性之人所应为之努力,债务人即须承担责任。^[11]

由此可见,法国学说判例是根据债务的不同类型来确立违约责任归责原则的,就手段债务,明显地实行过错责任原则。因此,虽然不能说法国法上违约责任的一般归责原则为过错责任,但也绝不能就断言其违约责任的一般归责原则是严格责任。而且即使法国法上存在接近甚或等同英美法系严格责任的结果债务,法国仍有学者认为,此区别仅涉及举证责任分配,于结果债务,过失被推定,债务人须证明为外在原因方能免责,于手段债务,过错的证明由债权人负担。^[12]

2. 德国法

修正前的《德国民法典》第276条第1款规定:“除另有规定外,债务人就故意及过失可归责(zu vertreten)。违反交易上必要注意的,为过失。于此准用第827条、第828条。”此为极为典型的基于过错的债务不履行责任。当然,该条明定允许存在例外。所谓“另有规定”,不限于法律明文或当事人约定的情形,判例学说承认担保责任(Garantiehftung)、信赖责任(Vertrauenshaftung)、危险归责(Risikozurechnung)等无过失责任形态。

2002年债法现代化法将上述条文修改为“较故意或过失更重或更轻之责任,并未规定,亦无法自债之关系其他内容,尤其自行承担担保(Übernahme der Garantie)或购置风险(Beschaffungsrisiko)等情事导出者,债务人就故意或过失之行为为可归责(zu vertreten)。第827条、第828条之规定,准用之。”相较于修正前的条文,该条明确阐述了“另有规定”的含义。据此,债务人的归责事由,除故意或过失外,还有担保责任与购置义务的承担等债务人应负责任的事由。担保,是指合同的一方当事人向另一方当事人保证(zusichern)标的物具有特定品质或状况,并且是以如下方式作出保证,即如不具备此种品质或状况,则其即使无过错也将承担责任。^[13]承担购置风险意味着,一个人如果负有从某个特定种类中提供物的义务,而该义务未仅限于从某个特定的库存中购置或仅从某个特定的购置途径筹措(有限的种类之债,储备之债),一般而言,其就承担了一项与过错不相关联的保证,即保证只要市场上还能买到这种物,就可以把该物购置到手。如果购置失败,就应为无此能力而承担责任,即使没有过错也是如此。^[14]不过,上述条文变化,并不意味着德国民法新条文放弃了过错责任原则。该条只是让人们更

[11] Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., 1996, S. 499-500.

[12] Barry Nicholas, The French Law of Contract, 2nd edition, Clarendon Press Oxford, 1992. p. 52.

[13] 《德国联邦政府债法现代化法草案立法理由书》指出,承担担保是指买卖、承揽以及类似合同中的品质保证。Vgl. Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, Bundestagsdrucksache 14/6040, S. 132.

[14] 参见〔德〕迪特·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第660—661页。

清楚,除过错责任这一一般原则之外,还存在着其他违约责任归责样态。

就违约损害赔偿責任,《德国民法》第280条第1款规定:“债务人侵害由债务关系产生的义务的,债权人可以请求赔偿因此发生的损害。义务侵害不应归责于债务人的,不适用此种规定。”该条明定债务不履行行为必须能归责于债务人。该款第2句的消极表述说明,债务关系的债务人应就不可归责事由承担举证责任。

3. 日本法

《日本民法典》第415条规定:“债务人不依债务本旨为履行者,债权人得请求其赔偿因此所生之损害。因可归责于债务人之事由致履行不能者,亦同。”虽然该条仅明定履行不能损害赔偿以“可归责于债务人”为要件,但日本传统见解认为,除第415条明定的给付不能外,给付迟延、不完全给付等债务不履行形态均以归责事由为要件。归责事由是指债务人的故意、过失,或“在诚信原则上可看作与故意或过失相同程度的事由”。而“诚信原则上可看作与故意或过失相同程度的事由”,包括履行辅助人的故意过失的情形,以及因可归责于债务人的事由致履行迟延后,再因不可归责于债务人的事由而致履行不能(此际构成可归责于债务人的履行不能)的情形。日本民法在债务不履行的归责原则上采过错责任无疑。

当然,近年来,日本民法理论界发出了以“合同构成”模式取代“债权—债务构成”模式的呼声,从而出现了将合同的风险分配作为债务不履行损害赔偿责任的基思想。详言之,此种观点认为,在契约责任领域过失责任不具有妥当性。债务人之所以负担损害赔偿責任,不是因为有过失,而是因为他通过契约承接了契约债务,债务不履行本身就是可归责的。^[15]

由日本债权法领域顶尖学者组成的“民法(债权法)改正检讨委员会”于2009年5月8日出版了《债权法改正的基本方针》。该“方针”第3.1.1.62条规定,“债权人可以向债务人请求因债务不履行所生之损害的赔偿”。此为彻底的一元论,不仅不再要求归责事由,也不再根据履行不能、履行迟延等来区分债务不履行。而就债务不履行责任的范围,第3.1.1.63条规定:“(1)因债务人在契约中所未承接的事由导致债务不履行时,债务人不负担第3.1.1.62条的损害赔偿責任……”至于如何判断债务人是否在合同中承担了不履行的风险,则涉及合同的解释问题。而在判断债务不履行的事实问题上,受法国法的启发,学界认为,应根据债务为结果债务还是手段债务分别判断。^[16]不过,这种观点目前还只处于理论阶段,最终能否转化为立法而付诸实践,尚不明朗。

[15] 参见解亘:《日本契约拘束力理论的嬗变——从债权·债务构成走向契约构成》,载《南京大学学报》2010年第2期。

[16] 参见〔日〕潮见佳男:《因债务不履行的损害赔偿与债务人的归责事由》,解亘译,载渠涛主编:《中日民商法研究》(第8卷),法律出版社2009年版,第110—116页。

4. 荷兰法

“与学习《法国民法典》第1147、1148条把不可抗力作为免责事由的旧《民法》第1280、1281条相对,在新民法典中采用了德国法的过失责任主义(‘无故意、过失无责任’),采取的是企图部分地加以修正的态度。”^[17]

《荷兰民法典》第六编第74条第1款规定:“债务履行之际的所有义务违反,均使债务人负有赔偿债权人因此而蒙受的损害的义务。但是,义务违反不得归责于债务人的场合不在此限。”由此可见,要使债务人承担违约责任,债务人须存在归责事由。根据新民法典的规定,以下情形,可认定义务违反归责于债务人:(1)债务人(及履行辅助人)有责(schuld)的情形;(2)基于法律、法律行为或在社会生活中妥当的见解(in het verkeer geldende opvattingen)可归责于债务人的情形(第75、76条);(3)债务履行之际使用不适当物的情形(第77条)(但根据债务据以产生的法律行为的内容及目的、社会生活中妥当的见解和案件的其他情形认为此种归责不合理的除外);(4)履行迟延中发生不可归责于债权人的履行不能的情形(第84条)。在判断“社会生活中妥当的见解”时,若障碍是债务人缔约时可预见的障碍、债务人破产、债务人经验不足等,不能使债务人免责正当化;而障碍若系一身专属的债务中的债务人患病(但是,该疾病必须是不可预见,且不是由债务人的过失招致的。还有,如果是通常的债务人不妨碍履行的情况——例如感受度过分强烈——归债务人负担),债务人存在生命、健康、自由方面的危险(对此也附加了与患病的场合同样的限定),因法律规定的限制和政府实施的措施妨碍履行(但是,那些限制和措施是针对该债务人个人并非平等地涉及所有债务人的场合,该限制等由债务人负担)等,则会认为债务人免责正当。^[18]

5. 小结

由上举立法例可见,大陆法系诸国在违约责任归责原则上仍然固守过错责任原则的传统。法国民法的规定较为特殊,但也绝非将严格责任确立为一般归责原则。德国债法修正与荷兰民法重订虽然正处于国际性的合同法统一运动如火如荼开展的时期,但它们也未受影响,而是继续坚守过错责任的归责标准,其立场岿然不动。荷兰民法甚至放弃了旧民法上曾受法国法影响的制度,复归过错责任原则阵营。日本民法学界虽然期冀改弦易辙,但也仅处于纸上谈兵的阶段。“在大陆法系立法例中,对合同不履行采取严格责任,中国《合同法》是第一例。”^[19]因此,仅大陆法系的立法实践即可表

[17] [日]潮见佳男:《最近欧洲合同责任、履行障害法的发展——荷兰修正民法典、德国债务法修正草案、欧洲合同法原则》,于敏译,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第8卷),法律出版社1997年版(以下简称[日]潮见佳男:《最近欧洲合同责任、履行障害法的发展——荷兰修正民法典、德国债务法修正草案、欧洲合同法原则》),第312—313页。

[18] 参见前引[日]潮见佳男:《最近欧洲合同责任、履行障害法的发展——荷兰修正民法典、德国债务法修正草案、欧洲合同法原则》,第313页。

[19] 前引韩世远:《合同法总论》,第596页。