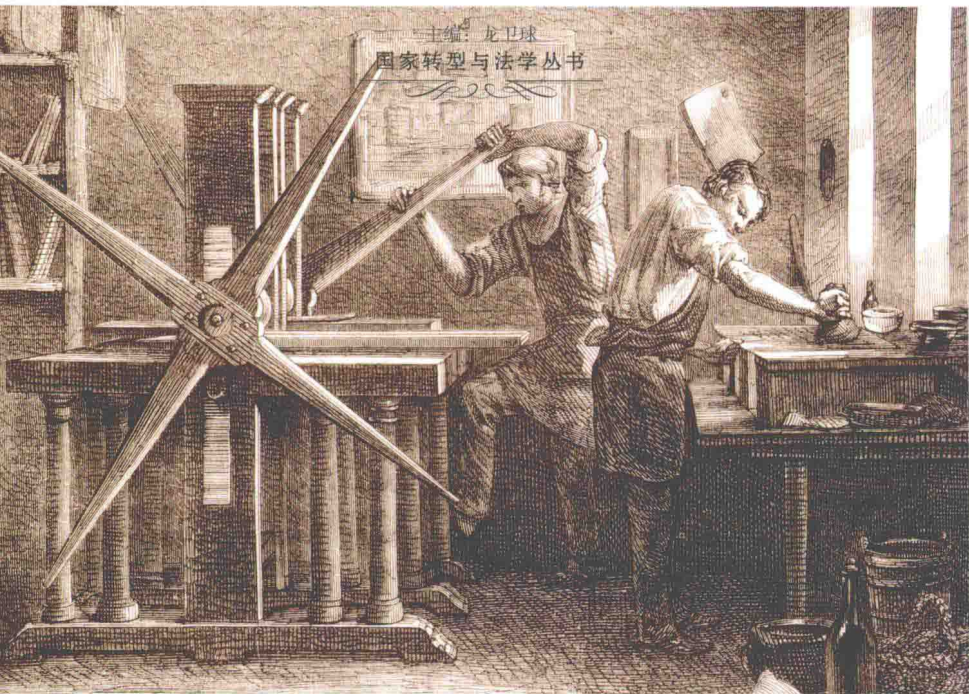


主 编：龙卫球
国家转型与法学丛书



债务不履行制度研究

历史和比较的视角

柯伟才 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

主编：龙卫球
国家转型与法学丛书

债务不履行制度研究

历史和比较的视角

柯伟才 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

债务不履行制度研究：历史和比较的视角 / 柯伟才
著. —北京：中国法制出版社，2017. 12

ISBN 978-7-5093-8682-8

I. ①债… II. ①柯… III. ①债权法—研究—中国
IV. ①D923.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 154083 号

责任编辑 靳晓婷 (tinajxt@126.com)

封面设计 周黎明

债务不履行制度研究：历史和比较的视角

ZHAIWU BULUXING ZHIDU YANJIU; LISHI HE BIJIAO DE SHIJIAO

著者 / 柯伟才

经销 / 新华书店

印刷 / 人民日报印刷厂

开本 / 880 毫米×1230 毫米 32 开

版次 / 2017 年 12 月第 1 版

印张 / 7 字数 / 162 千

2017 年 12 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-8682-8

定价：35.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址：<http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话：66033393

值班电话：66026508

传真：66031119

编辑部电话：66034242

邮购部电话：66033288

(如有印装质量问题，请与本社编务印务管理部联系调换。电话：010-66032926)

总 序

这套丛书缘起于一种思考：如何进行一种可持续的国家转型。国家转型是个大课题，并且我国超级巨大的治理规模这个事实，使得我们的转型成为一个前无古人的大课题。以一种长程的历史眼光来看，近代以来将近两百年的中国历史，整个是一个转型历史；以一种较为切近的现实眼光来看，最近三十多年的改革开放史，也是一部性命攸关的转型历史。

国家或者文明继往开来之转型，牵涉军事、科技、经济、文化、法律、政治，牵涉整个国家生存发展的方方面面。近代史给出的教训是，在这许许多多的环节中，并不存在一个固定的、能够一转百转的环节；然而同样是这段历史，总是存在一种努力，试图找到一个类似的中心，因此军事救国、实业救国、教育救国、文化改造、社会改造等主张、路线前后相继、不绝如缕，结果各个环节在同一个时空中累积、汇聚，导致批判的武器以武器的批判告终，改革的问题以革命的方式解决，文明的转型以政治的空间收尾。如此反复轮回，已一而再，可为镜鉴。因此之故，文明期待深厚的过程之积累。

另一方面，中国晚近的改革史日益明白地显示出，国家与社会之间的相互沟通，对于稳定的国家转型具有十分关键的意义。社会创造力的释放过程，是，也应当是国家获得有力建构的过程。法律恰好是国家与社会沟通的中间环节，而且法律这个中间环节在某种

意义上具有全局的地位：一方面，民主立法过程实现社会领域内的问题、意见、意义向国家的转译；而另一方面，各种社会问题产生的纠纷，又以司法作为最终的救济手段。因此，转型中的每一个难题与课题，最终也都可能或可以转化为法律的问题、法学的问题。

所以，本质上，我国的法学就是“转型中国的法学”，它在不同的时期总是遇上自己的新课题。但在应对这些新课题挑战的智识努力中，同人们或许已经发现，要释政法学的新创造力，往往还需要深挖基础理论。因此，法学发展的一般趋势一直是新课题的不断开拓，以及基础理论的不断深挖。这两个方向并行不悖，互为支援。唯有如此，才能使法学在深度、广度上获得建设和积累，向立法和司法两个方向反馈，最终将自己构建为内在于国家转型的知识通道，这是一种内在的信念。

若能对此宏大的历史进程贡献一二，岂非我辈法学人之幸事？此即为本丛书编纂之初衷。是为序。

龙卫球

2011年8月

于北京航空航天大学法学院

前 言

本书在我的博士论文基础上修订而成，考虑截至 2016 年 8 月的文献。首先要感谢我的导师龙卫球教授！老师带我走上学术的道路，并帮我挑选了这个有趣、极具挑战性的题目。在德留学期间，我的第二论文指导老师、德国柏林自由大学法学院罗马法学者柯西玛·莫勒教授（Frau Prof. Dr. Cosima Möller）为我提供了大量帮助。在她的教导下，我对罗马法有了更加深刻的理解，论文的写作也因此可以顺利进行。Multas Gratias！

在台湾访学期间，我的指导老师、台湾政治大学法学院的陈洸岳教授也给我提供了大量帮助。对于本书的写作，他不仅为我提供了很多思路，还为我提供、指引了大量的日文文献。在此致以深深的谢意！

感谢台湾东海大学的李君韬老师和江苏大学的姜海峰老师在漫长的写作过程当中经常陪我讨论，为我解答问题！

感谢中国法制出版社的马颖编辑和靳晓婷编辑在本书出版过程当中提供了大量帮助！

最后，感谢国家留学基金为本书写作提供资助！

柯伟才

2016 年 10 月 1 日

目 录

第一章 绪论	1
一、引言	1
二、研究现状及目标	4
(一) 债务不履行之类型	4
(二) 债务不履行之归责	6
(三) 解除权	9
三、研究方法 & 预期取得的效果	10
四、本书的论述计划	10
第二章 债务不履行之形态	13
一、积极违反合同	13
(一) 理论的建立	13
(二) 三分体系的确立 & 发展	21
(三) 学术上的持续争论	27
二、履行不能	33
(一) 蒙森的履行不能理论	33
(二) 履行不能的意义 & 发展	48
三、义务违反	53
(一) 债务人义务体系的形成	53
(二) “义务违反”概念中心地位的确立	60

2 债务不履行制度研究

四、债务不履行之形态体系	64
(一) 三分体系之前的形态体系	64
(二) 原因进路和救济进路	65
五、小结	70
第三章 债务不履行之归责	72
一、罗马法	72
(一) 古典罗马法之债务不履行责任	72
(二) 归责标准	75
(三) 免责	78
(四) 担保责任和过错责任	78
二、从客观过错到主观过错	79
三、潘德克顿法学	80
(一) 两种结构	80
(二) 一般过错责任	87
四、过错原则之发展	89
五、手段债务和结果债务	92
六、严格责任	100
七、小结	104
第四章 因债务不履行引起之法定解除权	106
一、从罗马法到早期潘德克顿法学	106
二、一般解除权在商法中的发展	113
三、1900 年《德国民法典》	116
四、20 世纪的发展	126
五、德国《债法现代化法》	129
六、法国债法改革	130

七、日本债法改革	136
八、小结	141
第五章 我国债务不履行制度的相关问题	143
一、我国合同法上的“不能履行”	143
(一) 履行不能的三种功能	145
(二) 不可抗力	148
(三) 履行不能和不可抗力的结合	151
(四) 《合同法》第 117 条第 1 款之前史	152
(五) 两种漏洞填补方法存在的问题	159
(六) 正确的理解	160
(七) 小结	160
二、我国合同法上的违约形态	161
三、我国合同法的违约归责原则	163
(一) 归责原则	163
(二) 免责事由	166
四、我国合同法上的解除权	169
五、我国合同法债务不履行制度的结构	173
六、改革的需要	175
结 论	178
参考文献	180
缩写表	209

第一章 绪论

一、引言

德国《债法现代化法》生效后不久，法国和日本也开始研究债法修改的问题，并陆续出现了一些修改草案，掀起了一场债法改革的浪潮。^{〔1〕} 法国关于合同法、债法一般制度及债的改革的改革法案（Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations）于2016年2月10日获得通过，经过该法案修改的《法国民法典》文本于2016年10月1日生效；日本的债法改革仍在进行当中。债务不履行规则正是这场债法改革浪潮的重点之一。在这种情况下，我们不禁要问：德、法、日三国债法到底存在什么样的问题需要去修改？我国合同法是否也存在同样的问题？或者，我国正在起草的民法典是否需要对此作出应对？如需要，如何应对？

为了回答上述问题，单纯对比我国合同法的条文以及德国新债法、法国新债法和日本的修改草案是远远不够的。因为从法条只能获知其文字表述，而无法了解其立法目的，甚至无法正确理解其所要表述的真正内容。

〔1〕 关于当代债法改革的整体观察请参见龙卫球，当代债法改革，第1—7页。（为节约篇幅，本书脚注参考的文献尽量采用简写形式，详见本书后附参考文献及缩写表。）

在我国,法律制度的历史基础一直没有得到应有的重视。就德国新债法而言,我国已经出现大量的介绍性和研究性著作^[1],但是着眼于其历史基础的著作还没有出现。然而,历史基础对于本书研究的主题尤为重要,不仅仅是因为债务不履行制度有着悠久的历史传统,而且还因为它经历了曲折的发展过程。在德国债法改革过程中发生的一件非常引人注目的事情,正好说明了历史基础对于理解当代法的重要性。这就是胡贝尔理论转向的故事。

故事要从20世纪初说起:1902年,《德国民法典》刚生效两年多,施陶布(Hermann Staub)^[2]便“发现”其中的债务不履行规则存在一个巨大的“漏洞”,即立法者只关注履行不能和履行迟延两种债务不履行形态,而没有对“积极违反合同”(positive Vertragsverletzung)的情形作出相应规定^[3]。施陶布的“发现”随后引发了讨论热潮,虽有不少学者认为所谓的“漏洞”并不存在,但认为“漏洞”存在的观点逐渐成了主流。随着讨论的进一步发展,还有更多的“缺陷”被“发现”。到20世纪80年代债法改革时,负责就债务不履行部分出具鉴定报告的胡贝尔(Ulrich Huber)列举了1900年《德国民法典》债务不履行规则的多个“缺陷”^[4]。这些“缺陷”不仅被写进债法改革委员会的《最终报

[1] 比如,邵建东等,《德国债法现代化法》;朱岩,《德国新债法——条文及官方解释》;杜景林、卢谡,《德国债法改革——德国民法典的最新进展》;杜景林、卢谡,《德国新债法研究》;杜景林、卢谡,《德国新给付障碍法研究》;杜景林、卢谡,《债权总则给付障碍法的体系建构》;杜景林,《德国债法总则新论》;卢谡,《德国民法专题研究》;齐晓琨,《德国新、旧债法比较研究——观念的转变和立法技术的提升》;陈自强,《整合中之契约法》。

[2] 施陶布是柏林的一个律师。其简要介绍、主要作品、同时代人对他的评价,参见Glöckner, S. 29, Fn. 1.

[3] Staub, 1902, S. 29 ff.

[4] Gutachten I, 1981, S. 669 ff., 757 ff.

告》^{〔1〕}，而且最后还构成了2001年颁布的《债法现代化法》的立法理由^{〔2〕}。而在《债法现代化法》还没通过之前，胡贝尔经过对19世纪潘德克顿法学文献和1900年《德国民法典》立法文献的研究，改变了自己原来的看法，他认为1900年《德国民法典》的设置相当精美，本身并无缺陷，之前提出的批判意见是在误解的基础之上形成的^{〔3〕}，如果1900年《德国民法典》按照原先的设计适用，根本就不需要改革^{〔4〕}。然而，胡贝尔的新观点提出得太晚，对《债法现代化法》的影响有限^{〔5〕}。结果，新的德国履行障碍法受到了强烈的批评^{〔6〕}。

今天，“积极违反合同”的故事成了说明“只有了解其历史基础才能正确理解《德国民法典》”的典型示例。^{〔7〕}对大陆法系而言，只有从罗马—共同法及其后续发展的历史背景出发才能理解其债务不履行制度。^{〔8〕}

因此，本书将从历史的视角对债务不履行制度的主要问题进行一种理论上的深入分析，并在此基础上思考我国合同法的相关制度

〔1〕 AbschlusBericht, S. 16 ff.

〔2〕 HKK/Schermaier, vor § 275, Rn. 90, S. 933-934.

〔3〕 Zimmermann, New Law, S. 40; Markesinis, S. 385; Huber, Leistungsstörungen I, S. 96 ff.; ders., geplante, S. 49 ff., 93 ff.

〔4〕 Markesinis, S. 385; Huber, ZIP 2000, 2137; ders., ZIP 2000, 2273.

〔5〕 Markesinis, S. 385; Hattenhauer, S. 191 ff.

〔6〕 最为激烈的批评来自罗马法学者舍迈尔（Martin Josef Schermaier），他在《民法典历史批判评注》当中说，债法现代化整体上是概念僵化和教义学贫乏的结果；而恩斯特（Wolfgang Ernst）则在《慕尼黑民法典评注》当中说，新的履行障碍法规则并没有比之前更加简单明了，也没有解决任何重大（ernsthafte）问题，更没有降低差异性的程度。Vgl. HKK/Schermaier, vor § 275, Rn. 93, S. 938; Müko/Ernst, vor § 275, S. 712。当然，也有好的评价，比如，洛伦茨（Stephan Lorenz）认为，新履行障碍法结构更加清晰，更加便于教学。Vgl. Lorenz, 10 Jahre, S. III; Erfahrungen, S. 137.

〔7〕 Vgl. Kaser/Knütel, S. 219.

〔8〕 Ranieri, S. 555.

和争议问题。

此外,我们正处在一个比较法的时代。我国作为法律继受国已经在很大程度上享受了比较法带来的好处,尤其是在民法领域,我们的概念、理论、体系几乎全部都是舶来品,而且还不是来自同一个地方。因此,比较法的考察对于本书研究的主题而言是必不可少的。

二、研究现状及目标

债务不履行制度有三个核心问题^[1]:什么情况下存在债务不履行?谁应对其负责?因此会导致原债务关系产生何种变化?对这三个问题的回答构成了债务不履行制度的基本结构。是否对这三个问题进行过深入的思考并给出明确的答案,是判断一个国家的债务不履行制度是否成熟的标志。现代法对这三个问题的回答主要以三个法律术语来表示:债务不履行之类型、债务不履行之归责原则以及解除权。^[2]

(一) 债务不履行之类型

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。”根据该条规定,我国合同债务不履

[1] HKK/Schermaier, vor § 275, Rn. 1, S. 853.

[2] 债务不履行的法律后果可以分为以下几类:(1)实际履行类。包括继续履行、采取补救措施、修理、更换、重作。(2)解除权。退货也是合同解除的一种。(3)损害赔偿类。减少价款或报酬也属于这一类。(4)中止履行类。包括同时履行抗辩权、先履行抗辩权。(5)约定类。违约金和定金属于此类。实际履行类的效果源自债本身;终止履行类的效果只是临时的抗辩;约定类的效果并非法定。因此,债务不履行法律后果的核心问题是损害赔偿和解除权。损害赔偿的条件实际上就是归责问题,损害赔偿数额的确定通常不在履行障碍法而是在损害赔偿法中处理。因此,在法律后果方面,在结构上会对债务不履行制度产生影响的只有解除权的问题。

行的形态主要为“不履行合同义务”和“履行合同义务不符合约定”。此外,第108条规定:“当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的,对方可以在履行期限届满之前要求其承担违约责任。”这种情形被称为“预期违约”。《合同法》第七章(违约责任)还提到以下几种情形:(1)不能履行(第110条第1项,第117条第1款,第118条);(2)质量不符合约定(第111条);(3)迟延履行(第114条第3款,第117条第1款)。除此之外,《合同法》第七章(违约责任)还使用了“违约”(第119条,第121条)和“违反合同”(第120条)的表述。

我国合同法教科书以及相关著作对于债务不履行的形态划分虽不统一,但大多认为包括以下几种^[1]:履行迟延(迟延履行)、履行不能(不能履行)、拒绝履行(包括预期违约)和不完全履行。有的教科书把拒绝履行和预期违约分开作为两个单独的形态^[2],有的认为还存在“提前履行”形态^[3],有的则认为履行不能不当被视为一种形态^[4]。

我国《合同法》只有三个地方使用了“不能履行”的表述,分别是第110条第1项,第117条第1款第1句和第118条。前一处与强制履行有关,后两处则与不可抗力有关。主要问题出在第117条第1款第1句,该句仅仅规定“因不可抗力不能履行合同的,

[1] 崔建远,合同法,第286页以下;韩世远,合同法总论,2011,第365页以下。

[2] 魏振瀛,民法,第422页以下。

[3] 隋彭生,合同法要义,第236页。

[4] 王利明,合同法研究(第二卷),2011,第523页以下。该书提到,“笔者认为,我国违约行为形态应当由拒绝履行、预期违约、迟延履行、部分履行、瑕疵履行组成”(第464页)。但在另一个地方又提到,“笔者认为,基本的违约形态主要是不履行、迟延履行、不适当履行、其他不完全履行四种,他们分别可以代替履行不能的概念”(第528页)。

根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外”，而没有提到“不能履行”之外的其他情形。因此，易军提出应就此专门补充规定：“因不可抗力不能按期履行合同债务的，免除迟延履行责任。”^{〔1〕}戴孟勇则提出用全部不能与部分不能、永久不能与一时不能的区分来解释第117条第1款第1句^{〔2〕}，但同时他也同意前述立法修改建议^{〔3〕}。

关于债务不履行形态的体系问题，我国学界的主流观点是我国合同法采用了“原因进路”和“救济进路”的混合体系：以“不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定”为中心，构筑违约责任的体系，具体规定了强制履行、赔偿损失、违约金等责任方式，总体上属于“救济进路”模式；但第109~111条又显然具有“原因进路”的特征。^{〔4〕}

我国《合同法》债务不履行形态到底有哪些？“不能履行”是否应该被视为一种债务不履行形态？第117条第1款第1句真的存在立法漏洞吗？我国合同法是否采取了“混合体系”？这些问题至今没有得到详细的论证。

因此，为了回答上述问题，本书将探讨：（1）划分不同的债务不履行形态的原因及意义；（2）“原因进路”和“救济进路”的区分之起源及发展；（3）我国《合同法》第117条第1款前史。

（二）债务不履行之归责

自从梁慧星教授于1997年发表《从过错责任到严格责任——

〔1〕 易军，慎思我国合同法上违约损害赔偿责任的归责原则，第22页。

〔2〕 戴孟勇，违约责任归责原则的解释论，第40页。

〔3〕 戴孟勇，违约责任归责原则的解释论，第42页。

〔4〕 韩世远，合同法总论，2011，第368页。

关于合同法草案征求意见稿第 76 条第 1 款》一文^[1]开始,违约责任之归责原则便成了我国合同法领域的一个重要争议问题。在该文当中,梁慧星教授介绍了合同法草案征求意见稿将违约责任规定为严格责任的经过和主要理由。其理由包括:(1)《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;(2)严格责任是合同法的发展趋势,英美普通法及《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》均采用严格责任原则;(3)严格责任具有显而易见的优点——方便证明,方便裁判,有利于诉讼经济,促使当事人严肃对待合同,有利于合同的严肃性;(4)严格责任原则更符合违约责任的本质——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,此外无须再要求使违约责任具有合理性和说服力的其他理由^[2]。

随后,崔建远教授逐条驳斥了上述理由^[3]:(1)《民法通则》未采用严格责任原则,中国合同法采用过错责任原则的基础并未消失。(2)关于合同法的发展趋势,应该多角度观察。《联合国国际货物销售合同公约》的适用对象是商人,适用于一般民事主体时常会产生不公平的结果。《欧洲合同法原则》虽然未采用德国式的过失责任原则,但并未抛弃过错的思想。德国、法国采用过失责任原则,1992 年生效的《荷兰民法典》采用德国法的过失责任主义,只不过其免责体系是在过失责任中加入了危险责任。由此可见,称严格责任原则是合同法的发展趋势还为时尚早。(3)严格责任原则

[1] 梁慧星,从过错责任到严格责任,第 1—7 页。

[2] 梁慧星,从过错责任到严格责任,第 3—7 页。

[3] 崔建远,严格责任? 过错责任?,第 190—197 页。

的确具有举证证明与判断相对容易的优点，但称之为有利于诉讼经济则未见得具有普遍性。(4) 把违约责任视为本质上出于当事人的约定也无法说明严格责任原则的合理性。此外，他也认为，放弃过错责任原则，改用严格责任原则，我国的法官和人民群众能否接受，成为问题；而且采用严格责任原则，在合同法内部形成许多不和谐之处。因此，“比较理想的归责原则的配置，是过错责任原则与严格责任原则的双轨体系，将严格责任原则限定在以下领域……”〔1〕

我国合同法生效之后，主流观点认为合同法的违约归责原则是严格责任原则，同时也在若干具体情形规定了过错原则，因此是以严格责任为主、过错责任为辅的二元制归责原则体系。〔2〕也有观点认为，我国合同法对于违约责任的归责原则所采取的并非严格责任与过错责任的二元制体系，而是以严格责任为主、辅之以过错责任和绝对责任的三元制体系。〔3〕

近几年，合同法的国际发展趋势又成为我国学者的重要论据。朱广新认为，国际发展趋势是过错责任与严格责任并行的二元化归责原则，即对于方法债务应当适用过错责任原则，对于结果债务应当适用严格责任原则，我国合同法也应采取同样的归责原则。〔4〕陈自强则认为，“上述英美法契约法原则（指严格责任原则），也被世界三大契约法统一文件所采，可谓世界契约法趋势”〔5〕。易军同样以考察国际发展趋势为基础，认为违约责任一般归责原则上的过

〔1〕 崔建远，严格责任？过错责任？，第197页。

〔2〕 相关文献参见戴孟勇，违约责任归责原则的解释论，第31页脚注7。

〔3〕 戴孟勇，违约责任归责原则的解释论，第38页。

〔4〕 朱广新，违约责任的归责原则探究，第76—89页。

〔5〕 陈自强，契约过失责任与无过失责任之间，第100页。