

日本债权法的修改与合意原则

[日]潮见佳男*

徐 慧** 译

目次

- 一、前言——“合意原则”和“合意主义”
- 二、反映“合意原则”的场面
 - (一) 契约解释的准则
 - (二) 格式条款的拘束力
 - (三) 自始不能的合同的效力
 - (四) 特定物债权的保存义务
 - (五) 履行请求权的行使限制事由——履行不能
 - (六) 基于债务不履行的损害赔偿请求权的免责事由
 - (七) 基于债务不履行的损害赔偿的范围
- 三、与“合意原则”关系需要厘清的场面
 - (一) 附随义务和保护义务
 - (二) 赠与人的担保责任
- 四、代结语

关键词 合意原则 私法自治原则 合同自由原则 民法典修改

一、前言——“合意原则”和“合意主义”

我今天要演讲的内容是,在日本债权法修改的讨论过程中,基于当事人的合意或契约(或自律性

* 日本国京都大学研究生院法学研究科教授、法学博士。本文系由作者于2013年9月16日和17日分别在上海财经大学法学院、上海交通大学凯原法学院所做同名演讲稿整理而成。【为了避免日文汉字与中文汉字的混乱,本文在全部注释中的日文部分添加了下划线。】

** 上海财经大学法学院副教授、法学博士。

决定)把握契约当事人之间的法律问题,这一观点如何得到重视,以及在贯彻过程中是否存在障碍。

日本于2009年11月,设置了以修改债权法为目的的法制审议会民法(债权关系)分会。^{〔1〕}从当时到现在,基于当事人的合意或契约(或自律性决定)考量契约当事人之间的法律问题,这一观点是否妥当在各种场合成为讨论的主题。因为这一观点强调基于当事人的合意或契约(或自律性决定)把握契约当事人之间的法律问题,所以也被称为“合意原则”或“合意主义”(以下,称之为“合意原则”)。

毫无疑问,从学问的角度来说,“合意原则”,也即基于合意或契约(或自律性决定)解释契约、确定契约规范,进而寻求其他各种解决规则,这种设想不是从今天才起步,而是在历史上早已存在。正因如此,在21世纪的今天提出这样的设想时,其目标却往往被理解是要构筑一种新范式——这种新范式被认为过去未曾有过、或者说与过去有别——甚而这种范式本身还会受到严厉的批评,对此不禁让我感到惊奇。反过来说,“合意原则”受到质疑和批判,也正说明在日本,基于当事人的合意或契约(或自律性决定)把握契约当事人之间的法律问题,这一观点尚未取得足够的共识。

当然,有一种观点批评“合意原则”,将其误解为“契约书主义”,认为其主张没有写进契约书的内容就无法构成契约内容,因而无法成为调整当事人之间的规范,这种批评完全脱离靶心。还有一种批评“合意原则”的观点认为,“合意原则”的主张就是仅仅依据当事人内心的主观意思来决定契约的成立与否、契约内容以及契约规范的内容,这种批评也完全脱离靶心。

然而,即使我们可以将这些脱靶的批评置之度外,在这次债权法修改过程中,一方面,基于当事人的合意或契约(或自律性决定)考量契约当事人之间的法律问题,这一方向性得到大力彰显,另一方面,与此相反的意见也跃上案头。我今天的讲演,就是从这次法制审议会民法(债权关系)分会审议的事项中,横向抽取可以如实反映“合意原则”方向的主要领域,梳理“合意原则”在其中发挥的作用及其特征。

在演讲以下内容前,我简单介绍一下日本的债权法修改进程。日本于2009年11月,经法务大臣的咨问,在法务省设立了法制审议会民法(债权关系)分会,开始审议以契约为中心的债权关系的法律条文,^{〔2〕}其目的就是通过修改实现相关条文的现代化。此后,该分会于2011年公布《关于民法(债权关系)修改的中间论点整理》,^{〔3〕}并继续进行审议,于今年3月又公布了《关于民法(债权关系)修改的中间试案》(以下简称为《中间试案》),^{〔4〕}同时向公众征求意见。今年7月起,审议进

〔1〕 法制审议会是设立在日本法务省之内的咨询机关,基于法务省组织条例第57条设立。其职能是应法务大臣(大臣相当于我国国务院下属各部(委)的负责人)咨询,就民商事法、刑法以及其他法律事务的基本问题,进行调研和审议。法制审议会的组织包括常设机构的总会和临时机构的分会。总会在接受法务大臣提出的就制定或修改法律的咨询事项后,即设置相关分会开展具体讨论,在咨询事务结束后分会即告解散。分会的组成人员主要为法学研究人员、法律实务工作者、法务省官员以及各界代表等。目前,共设置五个分会,除民法(债权关系)分会外,其他是:生殖辅助医疗亲子法制分会、信托法分会、新时代下刑事司法制度特别分会、刑事法(裁判员制度关系)分会。——译者注。

〔2〕 本次修改的范围为,日本民法典第1编(总则)第90条至第174条之2,和第3编(债权)第399条至第696条。其中,前者具体包括,总则中有关法律行为、期间和消灭时效部分;后者则是债权编中除法定债权以外的部分,即无因管理、不当得利和侵权行为之外的债权法部分。——译者注。

〔3〕 全文见法制审议会民法(债权关系)分会网页(<http://www.moj.go.jp/content/000074989.pdf>,最后访问时间2014-02-04)。——译者注。

〔4〕 全文见法制审议会民法(债权关系)分会网页(<http://www.moj.go.jp/content/000112242.pdf>,最后访问时间2014-02-04)。——译者注。

入最后阶段。如进展顺利,将于2014年7月制定《修改要纲既定案》。之后,经法务省对其他相关法律需要配合修改之处进行调研,将于2015年1月或2月对《修改要纲》最后定稿,并有望在当年的通常国会^{〔5〕}得到通过。这里,需要指出的是,我以下演讲中所提到的《中间试案》的内容,在今后一年的审议过程中存在修改的可能性。^{〔6〕}

二、反映“合意原则”的场面

(一) 契约解释的准则

《中间试案》就契约解释的准则,提出以下方案。

第一,“当事人对于契约内容有共同的理解的,应当按照该种理解解释契约”。契约的意义,就在于基于意思表示达成一致,赋予当事人所希望的法律效果。这也意味着在意思自治原则下,当事人的自我决定应该得到尊重。因此,如果双方当事人的内心效果意思达成一致,无论契约在表层呈现何种内容,都可基于内心的效果意思达成一致,认定契约已经成立(“误表无害”)。^{〔7〕}按照这一规定,双方当事人基于自我决定的结果将得到尊重。《中间试案》明确指出了这一准则。^{〔8〕}

第二,“当事人对契约内容的共同理解不明确的,应当考量当事人所采纳的言辞和其他表述的通常含义,以及与该契约有关的所有情事,按照该契约当事人如果经过合理思考应该理解的含义,对契约做出解释”。该准则的意义在于,应当以双方当事人对表述赋予了何种含义为依据,来决定意思表示的内容(意思赋予比较说或意思赋予基准说)。^{〔9〕}具体做法是考量于该契约的情事之下,双方当事人如果经过合理思考,所理解的含义应当为哪一方当事人的理解,也即哪一方当事人所

〔5〕 日本国会根据会期、召集方法的不同,分为三种形式:通常国会、临时国会和特别国会。在日本宪法中,通常国会的正式名称是“常会”,每年须召开一次(宪法第52条)。按照日本国会法,一般应于每年一月开幕(第2条),法定会期为150天(第10条)。——译者注。

〔6〕 以下,在提到“民法”时,如无特别说明,均指日本民法。

〔7〕 日本过去有一种较有力的学说主张,即使在这种情形,也应基于表示行为的外观,客观地确定契约内容。例如,“以内心的效果意思作为意思表示的自体,原则上依此确定法律效果,这一理论可能会给相对人带来不测的损失”,而且,“如果放弃自然法意义上的个人意思自治的观念,也即个人的心理意思才是产生法律效果的主权人这种观念,承认采纳意思表示的目的在于创设恰当地调整个人之间的生活关系的规范,那么必须承认,正确的做法是以表示行为作为意思表示的自体,并对此进行客观认识”。参见我妻荣『新訂民法總則』〔岩波書店・1965年〕239頁。不过,近来通说的观点已经转变如下:如果双方当事人的内心效果意思达成一致,那么无论契约在表层呈现何种内容,都可依内心的效果意思达成一致,认定契约已经成立。参见民法(債權法)改正検討委員会『詳解債權法改正の基本方針Ⅱ』〔商事法務・2009年〕150頁(以下引用时简称为「詳解Ⅱ」)。

〔8〕 可以想见,《中间试案》采纳的第一个解释准则可能带来以下忧虑,即认为如果认可这一准则,可能会导致在解释契约时无视或者轻视契约书,最终导致实务发生混乱。就这样的忧虑,《补充说明》中的以下叙述很有针对性:第一准则“并不意味着包括契约书的记载内容在内的表述,其客观含义在契约解释中得不到重视。契约当事人依据言辞的通常意思来表达契约内容,在双方对此达成一致时契约成立,这乃是一种常态。因此,契约书的记载内容以及其他表述的内容,其客观含义是确定当事人的共同理解时最为重要的考量要素。正文1并不否定契约书所记载内容的重要性,但是如果可以认定当事人所做理解与表述的客观含义不同,则不应该按照客观的含义解释。所以,固然不可否定表述的客观含义的重要性,但其本身并不是契约解释的准则,只不过是依此可明确当事人的共同理解,并依该共同理解做出解释”。因此,对于第一准则,以下的反驳或有一面之理:“即使在内心意思一致的情形,也应该以表述层面的一致或不一致作为首要的考量要素。”但是,“如果采纳这一准则,将导致无视或轻视契约书”这样的批评完全不能成立。

〔9〕 参见磯村保「法律行為の解釈」加藤一郎・米倉明編『民法の争点Ⅰ』〔有斐閣・1985年〕32頁,山本敬三『民法講義Ⅰ(第3版)』〔有斐閣・2011年〕136頁,佐久間毅『民法の基礎Ⅰ(第3版)』〔有斐閣・2008年〕71頁等。

赋予契约的含义应当被正当化,从而确定契约内容。该准则的背景是,对于业经成立的契约,确定其内容时应该进行规范性评价,也即规范性解释,而在此过程中需考量契约谈判过程中所涉及的诸般事项(规范性解释)。^[10]《中间试案》明文规定了这一准则。

第三,“经过上述第一和第二的步骤,仍然残留不能确定事项的,如果可以确定当事人若知晓此事项,应当达成的合意内容,则应当按照该内容解释契约”。这是关于补充性契约解释的准则。当合意存在漏洞时,既然已有针对该种情况准备的任意性规定,那么适用任意性规定填补漏洞,也是一种可能的方案。但是,若要在契约的世界贯彻私法自治、贯彻对自我决定权的尊重,那么即使在合意存在漏洞的情形,也应当避开径直适用任意性规定,而是通过解析契约这一过程,判断契约当事人对没有做出合意的事项本会做出何种评价,从而确定在契约当事人之间具有妥当性的规范,方为正确。这是关于补充性契约解释准则的规定。^[11]《中间试案》明文规定了这一准则。

当然,补充性契约解释,应该在现实中已经形成的合意之框架内进行,超出合意或者与合意相矛盾的解释,已经不属于补充性契约解释的问题,而是借解释之名行规范创造之实。而且,补充性契约解释还蕴含以下两点判断:第一,尽可能尊重当事人通过契约做出的判断,从而最大限度保障自我决定权,第二,在进行补充性契约解释之际,排除任意性规定的适用。其中第二点尤其应当引起重视。换句话说,认可补充性契约解释,就意味着即使规范该种局面的任意性规定可能更加符合正义,但只要该规定不属于强制性规定,就应该劣后于当事人的自我决定。

《中间试案》所规定的契约解释准则,只不过是把日本当下民法学上的准则,通过法典的规定这一形式表现出来而已。这一见解本身既非前沿理论,也无离奇之处。

针对《中间试案》的以上内容,在法制审议会民法(债权关系)分会上出现了反对的意见,该意见也被归纳入《补充说明》。^[12]首先,有观点认为这样的规定放在民法里面并不合适,具体又可分为以下两种:①就契约解释设置规定,将会导致本应结合各个具体案件,进行弹性化操作的契约解释过程变得僵硬,因此解释这一问题应该交由个案具体决定;②关于契约解释这一过程究竟属于事实认定的问题还是法律问题,见解一直存在分歧,其法律性质并不明确,因此作为写进民事实体法里的规定是否合适,不无疑问。^[13]针对反对意见①可以提出的反驳是,把契约解释完全交给法官等解释主体的裁量,这一做法并不妥当。况且,如果不以探求当事人基于自律做出的自我决定的内容,作为首要的契约解释方针,将违反保障私法自治的民法精神。针对反对意见②,可以反驳的是,《中间试案》关于“契约解释”的方案,立足于尊重私法自治和自我决定的思想立场,其性质属于有关契约解释的一种基本思考方式,也即契约解释的方针,这与契约解释究竟是事实认定的问题还是法律适用的问题,本来就是不同层面的问题。因此,如果有批评的观点认为,作为契约解释

[10] 这一过程中,既包括法官对契约内容的认定(对意思表示的含义的认定)这一事实认定,同时也包括法官对此做出的规范性评价。

[11] 参见山本敬三「补充的契约解释——契约解释と法の適用との関係に関する一考察(1)~(5)完」『法学論叢』119卷2号1頁,4号1頁,120卷1号1頁,2号1頁,3号1頁[1986年]。

[12] 这里所说的《补充说明》,其全称是《有关民法(债权关系)的修改的中间试案的补充说明》(日文为『民法(債権関係)の改正に関する中間試案の補足説明』)。除了全文录入《中间试案》外,在每一条修改提案之后,都附加了概要说明栏目和详细说明栏目。这两个栏目由负责秘书工作的法务省民事局参事官室撰写,并不是法制审议会债权法分会的审议对象,其目的是为了便于理解《中间试案》的内容,其中,还归纳、整理了与《中间试案》提案观点不同的反对意见。该《补充说明》可以在法务审议会的网页全文检索(<http://www.moj.go.jp/content/000109950.pdf>),最后访问时间2014-02-04)。另外,如下注[13]所示,《补充说明》由日本商事法务出版社全文出版。——译者注。

[13] 参见商事法务編『民法(債権関係)の改正に関する中間試案の補足説明』[商事法务・2013年]364頁(以下引用时简称为「補足説明」)。

的一种思考方式或者说契约解释的方针,没有必要规定在民法典,那么这种批评有其一面之理。但就上述①、②两种批评来说,其主张者显然对《中间试案》规定的所含意义,或者说,对日本迄今为止民法学的成果理解不足。

以上的反驳,也可适用于认为没有必要规定第三个解释准则的批评。针对第三个解释准则,《补充说明》汇集了以下几点批评。①在事后认定当事人假设的意思,在实务中存在困难;②没有充分厘清与法律行为的内容不确定之际,该法律行为本身无效的原则之间的关系;③依照当事人假设的意思进行契约解释,在实务和学说中都没有作为一种确定的见解得到认可。^[14]在这三点批评中,批评①存在的问题,与认为没有必要规定契约解释的准则的批评相同。其次,批评②和③存在的问题,还应该从实体法上的法理出发进行讨论。就第②点来说,若要贯彻私法自治原则、自我决定原则,在“经过上述第一个和第二个步骤,仍然余留不能确定事项”这种情形下,是采取在充分考量当事人可能做出的判断后,仍然无法确定当事人可能做出的判断之际,才判定契约无效的路径,还是采取不经以上程序、径直判定契约无效的路径,这其实是一个思想理念上的选择。就第③点来说,则需要判断任意性法规与补充性契约解释,孰优孰劣、孰先孰后,这也是一个思想理念上的选择。当下主流的民法学说,就第②点、第③点两个问题,与《中间试案》持相同见解,不过与此相反的见解,在理论上也有其可行性。从这一点来说,《中间试案》关于契约解释准则的提案的特征,可以总结为将保障私法自治、保障自我决定的思想理念推向前台。

(二) 格式条款的拘束力

格式条款,在《中间试案》中被定义为“因预想与多数相对人订立契约而事先准备的契约条款的总称,其使用目的是定型化规定契约内容”。格式条款拘束力的来源何在,是经常争论的一个问题。在使用格式条款订立契约之际,当事人通常不就契约条件进行个别协商,只不过是一方当事人制作或者提供的契约条件,被相对人接受而已。相对人通常只存在接受契约条件或者不接受契约条件的自由。在这一背景下需要关注的是,在使用格式条款订立契约的过程中,即使对具体的契约条款并未达成合意,包括该条款在内的格式条款也在当事人之间具有法律拘束力,因而格式条款也成为契约内容。这里,必须回答的问题是:既然当事人就格式条款中的具体契约条款未必达成合意,为何没有达成合意的契约条款对于当事人也具有法律拘束力?

对于这个问题,早期的解答有“法规说”和“空白商习惯说”。前者认为格式条款是法规,后者认为格式条款具有拘束力是因为习惯的作用,也即在某些交易中,存在“使用格式条款”的习惯,格式条款的拘束力因为该习惯的存在而被认可。另一方面,判例(关于保险格式条款的拘束力的判决)认为格式条款的拘束力来自于顾客的意思,在此前提下,“如果双方当事人订立契约时并未特别表明不使用普通的保险格式条款,那么在没有反证的情形,可推定当事人存在采用格式条款订立契约的意思”。^[15]之后的大多数学说支持这种观点,即认为格式条款的拘束力的来源在于当事人具有把格式条款纳入契约的意思。换句话说,这种主张^[16]要求当事人具有把格式条款纳入契约的合意(即纳入合意)^[17]。

《中间试案》采纳了上文中判例的观点,将其明文规定,即格式条款拘束力的来源为上文所说

[14] 「補足説明」364頁。

[15] 大判大正4年12月24日民録21輯2182頁。

[16] 参见「詳解Ⅱ」86頁。

[17] 关于这一问题的全貌,参见潮見「約款」谷口知平=五十嵐清編『新版注釈民法(13)〔補訂版〕』〔有斐閣・2006年〕173頁。

的纳入合意。具体规定如下:“契约当事人就在契约中使用格式条款达成协议,并且在订立契约前,经提供格式条款一方(以下简称为‘格式条款提供人’^[18])的安排,相对人在采取合理行动的前提下知悉格式条款内容之机会得到保障的,格式条款即成为该契约的内容。”这里包含了两层含义。

第一层含义,格式条款拘束力的来源在于纳入合意。一方面,通过将格式条款的拘束力根植于当事人的意思,令私法自治原则得到遵守,另一方面,通过只要求当事人具有把格式条款作为契约内容的意思,并不要求其就个别条款达成合意,令使用格式条款开展交易的社会上和经济上的需求得到满足。

与此相关的问题是:对于经过个别协商的契约条款(个别合意条款,也称个别协商条款),是按照“格式条款”处理,令其成为格式条款规制的对象,还是对其适用通常的意思表示、法律行为法的一般原则?我认为对达成个别合意的条款来说,其拘束力的来源已经不存在特殊性,应该适用意思表示、法律行为法的一般原则。所以,后一种主张更为妥当。^[19]

另外一个是问题:在政府机关经过备案的格式条款,是否不需要有“纳入合意”即可认定其拘束力?从立法论来说,也是一条可行的路径,不过《中间试案》没有采纳这一路径。如下所述,通过保障对格式条款内容的知悉机会,可以解决这个问题。

第二层含义,就将格式条款纳入契约内容达成合意的前提是:格式条款提供人的相对人知悉预计使用的格式条款内容的机会必须得到保障(知悉格式条款内容机会之保障)。当事人只有在知悉作为纳入契约对象的格式条款基础之上,才有可能就格式条款纳入契约内容达成合意。因此,纳入的前提是,确保格式条款提供人的相对人了解格式条款内容的可能性,换句话说,确保其知悉被纳入契约的格式条款内容的机会。

不过需要注意的是,就格式条款提供人对格式条款的“披露”,“中间条款”并没有要求。对此,起草人的说明如下:在格式条款的定义中,已经将对象限定为使用目的是为了定型化确定契约内容的格式条款,也就是说,对预计使用的格式条款进行协商的可能性很小。因此,如果对格式条款的披露做严格要求,则会导致对相对人来说好处不大,对格式条款提供人来说又不必要地提高了交易成本。^[20]但是,我认为对格式条款的披露没有要求的理由应该这样理解:对于是否将格式条款纳入契约的意思决定来说,重要的不是格式条款是否得到披露这一客观事实,而是格式条款提供人的相对人,其知悉被纳入的格式条款内容的机会,是否得到实质性的保障。换句话说,即使格式条款的提供人没有披露格式条款,如果相对人知悉格式条款的机会得到保障,那么在后者希望了解格式条款的内容时,即可通过行动取得相关信息,这也是后者应为的行动。^[21]

(三) 自始不能的合同的效力

契约订立时就不可能履行该契约所指向的债务,这一事实被称为自始不能。就自始不能的处理,有一种观点是采纳令契约全面无效的教条,即依据罗马法中针对问答契约的格言——“对于不

[18] 原文用词是“约款使用者”,直译应该是“格式条款使用人”,但考虑到其含义与我国《合同法》第39条至第41条中“提供格式条款的一方”基本相同,故译为“格式条款提供人”。——译者注。

[19] 从立法论来说,可以不把经过个别合意的条款(个别协商条款)看作是“格式条款”,从格式条款的定义中剔除,但《中间试案》没有采取这样的观点。

[20] 参见「補足説明」370頁。

[21] 判断相对人知悉格式条款内容之机会是否得到保障,其前提是相对人采取合理行动。当然,相对人若采取合理行动即可知悉格式条款内容,这一机会是否得到确保,需要通过考量契约内容、交易形态、当事人的属性、格式条款的提示是否容易以及就格式条款内容的合理性在公法上是否存在规制等因素,加以判断。参见「補足説明」369頁。

能之情形,不存在任何债务(impossibilium nulla obligatio est)”,并将此扩大到一般契约。支撑该教条(以下简称为“自始不能的教条”)的命题有两个:一个命题是契约的对象必须是可能的——这一命题与罗马法以降,就物的转让契约来说,只有实际存在于外界的有体物才能成为契约的对象这种理解相辅相成;另一个命题是,就契约当事人的意思来说,如果其在订立契约时已经知悉给付的履行不可能,则不会约定以该给付为目的的债务。^[22]从明治末期到大正年间,日本的传统见解主要从前一命题出发,认为以自始不能的给付为标的的契约的效力归于无效,在理论上是一个必然的结果。日本民法典就此并无规定,其理由正是既然是一个理所当然的归结,所以没有必要专门规定。此后直到晚近,学说一直支持自始不能的教条。^[23]

然后再往后,对自始不能导致契约无效的主张产生怀疑的见解,逐渐成为有力学说。不过,这些批判学说在否定自始不能的教条这一点上虽然是相同的,但是详细审视,其观点多种多样。首先,有一种观点认为以自始不能的给付为标的的契约一律有效,因为就债务不履行不应该区分自始不能与嗣后不能。^[24]其次,有观点认为日本并不存在令自始不能的契约一律无效的必然性,双方当事人如果已经认识到给付存在客观不能、自始不能,应该比照虚假通谋的情形令其无效;双方当事人如果并不知道给付存在客观不能、自始不能,且在主观上对于给付是不能、还是可能也不确定,同时甘愿承受不能风险而订立契约的(一种投机行为),可以判定契约有效并认可对价给付义务的存在。^[25]第三,还有一种观点认为,自始不能的契约原则无效,但是在标的物的权利不存在的情形,契约例外有效。该观点主张原则无效的依据是,各方当事人已经通过意思表示将原因关系纳入到契约内容之中,这一见解引人注目。^[26]

在这一背景下,《中间试案》提出的方案是,“基于契约债权的履行请求权,其行使限制事由在契约成立时已经存在的,并不影响契约的效力”。该方案的含义是不能仅仅因为给付的自始不能而令契约无效,基本上采纳了应该从当事人的意思出发处理自始不能的观点,并对这种观点进行了理论上的纯化。需要注意的是,这里提出的规则,其含义并不是“以自始不能的给付为标的的契约,总是有效”,而是“不能仅仅因为给付的自始不能令契约无效”。换句话说,《中间试案》处理自始不能的出发点是,应该交给由当事人的意思和判断所决定的风险分配方式决定,所以做出了以上规定。

就以自始不能的给付为标的的契约来说,首先应该明确的是决定契约内容的基本姿态。即契

[22] 参见磯村哲「Impossibilium nulla obligatio 原則の形成とその批判理論——その1:独民法の『原始的不能』の学説史的背景」石田文次郎先生還暦記念論文集『私法学の諸問題Ⅰ』〔有斐閣・1955年〕397頁以下。另外,潮見佳男『債務不履行の救済法理』〔信山社・2010年〕55頁以下,就日本明治民法的起草起至学说继受期,围绕自始不能和嗣后不能的论争,以及该论争与客观不能、主观不能的关系,进行了整理和评析(以下引用本书时简称为「潮見・救済法理」)。

[23] 在日本采纳自始不能教条的各派学说,就其正当化依据何在,从何种观点对其定性,其说明并不相同。(a)认为当然无效的见解。参见末川博『契約法(上)』〔岩波書店・1958年〕60頁。(b)从逻辑的角度来说,有效、无效皆为可能,但从政策论出发有必要判定其无效的见解(给付为部分不能的情形,应判定为有效)。参见末弘厳太郎『債権各論』〔有斐閣・1918年〕30頁以下。(c)还有一种见解是,在双务契约的情形,因债务相互之间存在牵连关系,一方债务的不能将导致他方债务也不成立,因而契约全面无效。参见鳩山秀夫『日本債権法各論(上卷)』〔岩波書店・1932年〕118頁,我妻栄『債権各論上卷』〔岩波書店・1954年〕80頁以下。

[24] 参见北川善太郎『契約責任の研究』〔有斐閣・1963年〕278頁以下,373頁。星野英一『民法概論Ⅳ』〔良書普及会・1986年〕50頁以下,広中俊雄『債権各論講義(第6版)』〔有斐閣・1994年〕78頁。

[25] 参见奥田昌道『債権総論(増補版)』〔悠々社・1992年〕32頁,潮見佳男『債権総論Ⅰ(第2版)』〔信山社・2003年〕45頁以下。

[26] 参见三宅正男『契約法(総論)』〔青林書院・1978年〕35頁以下。

约内容不是依物理上的存在而决定,重要的是双方当事人基于契约赋予给付对象的含义何在。过去的通说抛开这一点,所以受到只注重从物质层面探讨债务理论的批判。^[27]从逻辑的角度来说,从“契约订立时给付不可能”,并不能推导出“该契约不成立(或者无效)”这一自始不能教条。同样不能推定的是,“契约订立时给付不可能的,无论何种情形,当事人的意思都是令契约不成立或者无效”,也即当事人不可能具有令合同有效的意思。这里,判断的基本过程应该是,按照一般的契约解释方法,考量当事人如何在该契约中分配自始不能的风险,也即当事人在订立契约时对于给付对象的存否以及给付的可能性持有何种见解,订立契约时预计承受何种风险。反之,放弃当事人依据何种意思和判断订立契约这一视角,一律推导出“自始不能的给付无效”这一结论,很是勉强。总之,自始不能问题的处理,应当按照由当事人的意思和判断所决定的风险分配方式处理。《中间试案》的规定以这样的理解为前提,体现了不以自始不能为唯一理由令契约无效的观点。

(四) 特定物债权的保存义务

对于特定物债权,债务人必须在交付前保存该特定物(民法第400条)。《中间试案》就债务人承担的特定物的保存义务,作了如下规定。①特定物债权基于契约债权发生的,债务人在交付前应当“采取符合‘依契约性质、订立契约的目的、促成契约订立的详细情况等有关契约的所有情况、并结合交易惯识而确定的’契约宗旨的方法进行保管”。②特定物债权基于契约以外的原因发生的,债务人应当依照“善良管理人的注意”保存该物。

现行民法第400条规定,“债权目的为特定物的交付的,债务人在交付前应当依照善良管理人的注意保存该物”。该条规定被认为存在以下问题。

首先,应该如何判定“善良管理人的注意”,并不明确。众所周知,“善良管理人的注意”是来自罗马法的概念(diligentia boni patris familias),通过法国民法典第1137条导入日本旧民法财产编第334条第1项,后被民法第400条采纳,直至今日。“善良管理人的注意”^[28]一般被定义为,合理人(平均人)在管理他人财产时应该尽到的注意。^[29]但是,就基于契约发生的特定物债权来说,债务人承担的特定物保存义务之内容,应该依据契约决定。《中间试案》为了明确此点,避开“依照善良管理人的注意”这一表述,使用了“采取符合‘依契约性质、订立契约的目的、促成契约订立的详细情况等有关契约的所有情事、并结合交易惯识而确定的’契约宗旨的方法进行保管”这一表述。^[30]因此,有关特定物的保存义务的规范,由契约确定这一认识,相比现行法得到彰显。

其次,现行法不区分契约债权和法定债权,规定了针对所有特定物债权的保存义务,并且将保存义务的程度统一规定为“善良管理人的注意”。因此,有立法论主张,就赠与契约来说,鉴于其无偿性以及赠与契约一般是在具有密切关系当事者之间订立,应该把赠与人保存标的物的义务降至“与管理自己财产相同的注意”。其背后的考量是,受赠人既然无偿接受标的物的权利转移,让其负担赠与人的注意能力可能比一般人低下的风险,也无不妥。^[31]对此,《中间试案》就契约债权的

[27] 作为德国后期普通法学说中自始不能的教条基础的,既有物质层面的契机,也有与其相并列当事人意思的契机。但在日本通说的讨论中,缺乏后者的试点。

[28] 这是一个与“与管理自己财产的相同注意”相对比的概念。

[29] 参见前注[25],奥田昌道书,第36页。

[30] 虽然《中间试案》在债权总则这一层面,对特定物的保管义务避开了“善良管理人的注意”这一表达方式,但是并不排斥在分则层面设置使用该表述的条文。例如,并不排斥依据契约类型,对保管义务的一般性标准做出规定。具体例子有:就委托契约规定的“善良管理人的注意”、就保管契约规定的“与管理自己财产的相同注意”。

[31] 参见民法(債權法)改正検討委員会「詳解債權法改正の基本方針Ⅳ」〔商事法務・2010年〕188頁以下。以下引用本书时简称为「詳解Ⅳ」。

情形,没有将特定物债务人的保存义务的内容和程度规定为“善良管理人的注意”,而是规定应依照契约宗旨,确定保存义务的内容和程度。因此,如果采纳《中间试案》的设想,对赠与契约就没有必要再设立特殊规则。^[32]

(五) 履行请求权的行使限制事由——履行不能

债务不履行发生之后,债权人被赋予履行请求权,但是该请求权的行使前提是履行必须是可能的。如果履行不可能,履行请求则得不到认可。在此情形,债权人只有通过其他救济手段获得保护。就契约债权来说,履行可能抑或不可能,需要依据发生该债权的契约内容及性质来判断。^[33]在此意义上,履行请求权的行使限制事由,也是契约内在的界限。

发生履行不能的情形,不仅仅限于物理上不可能的情形。即使履行在物理上可能,在法的世界被判定为不可能的情形也有。现行民法下的传统学说,将这种情形通过“社会通识上的不能”这一概念加以说明。^[34]

然而,就契约债权来说,希望通过“社会通识”这个概念来扩张履行不能这一概念,很成问题。判断履行可能抑或不可能,正确的做法不是采纳“社会通识”等存在于契约外部的标准,而是采纳依契约——履行请求权的发生原因——的内容和性质确定的、可期待债务人所为给付这一内在标准。换句话说,履行可能抑或不可能,必须通过对契约本身进行规范性评价后才能确定。^[35]

在这种方针下,《中间试案》设置了“履行请求权的行使限制事由”这一项目,^[36]规定“就契约债权(金钱债权除外)发生以下事由的,债权人不可以向债务人做出请求”。

- (1) 履行在物理上不可能;
- (2) 履行所需要的费用与债权人通过履行获得的利益相比明显过高;
- (3) 依照该契约宗旨,向债务人要求履行不恰当。

本规定的含义是,依据契约——履行请求权的发生原因——的内容和性质,通过确定可期待债务人所为给付这一内在标准来判断是否发生履行不能。(3)是一个兜底规定,对此作了表述。(2)是(3)的情形之一。

(六) 基于债务不履行的损害赔偿请求权的免责事由

《中间试案》就债务不履行的损害赔偿责任的要件,规定①“债务人不履行债务的,债权人可以对债务人请求因不履行发生的损害赔偿”;②“依照契约宗旨,契约债务的不履行是因不可归责于

[32] 虽然赠与是无偿契约,但是订立赠与契约的背景、情况和原因多种多样,如果一律采纳“因为是无偿的,所以依照与管理自己财产相同的注意即可”的方式,对此进行定式化、定型化,则不无疑义。

[33] 参见吉政知広『履行請求権の限界』の判断構造と契約規範——ドイツ債務法改正作業における不能法の再編を素材として——(1)(2)完『民商法雑誌』130卷1号37頁,2号250頁〔2004年〕,参见前注〔22〕,潮見・救济法理85頁以下。

[34] 参见我妻荣『新訂債権総論』〔岩波書店・1964年〕144頁。

[35] 参见「詳解Ⅱ」197頁,中田裕康「債権法における合意の意義」『新世代法政策学研究』8号19頁〔2010年〕。无须置疑,这里重要的是从契约内部出发判断履行可能抑或不能。正文所言的含义,并不是指依照债务人的主观做出判断。

[36] 《中间试案》在起草条文时,有意避开现行民法中“履行不能”这一概念,采用了“履行请求权的行使限制事由”这一表述。这一做法,具有以下意义。其目的是为了在条文中表明需要解决的问题是,采用何种路径、如何划定“履行请求权的行使限制事由”——就契约债权来说,应该依照发生该债权的契约之内容和性质,判断如何划定履行请求权的内在界限——而不是判定“债权在何种场合消灭”。在传统理论下,固然没有其逻辑上的必然性,但往往有一种倾向是把“履行不能”与“债权的消灭”这一结果联系起来,因此通过有意避开“履行不能”这一概念,可以起到否定这种观点的作用。

债务人的事由导致的,债务人对不履行不承担责任”。

此处采纳了近来的契约责任学说,其理论基础是将债务不履行的损害赔偿之正当化依据归于契约的拘束力。不过,虽然债务不履行的损害赔偿责任的依据、理念被归于契约的拘束力,但债务人仍然具有就债务不履行得到免责的余地。而且,债务不履行之事实发生后,债务人可以得到免责的正当化依据,也应当从契约内部探寻。这一见解,表达为文字就是“依照契约宗旨不可归责于当事人的事由”。在“不可归责于当事人的事由”之前加入“依照契约宗旨”作为修饰语,是为了表明对于契约债务,其债务不履行的损害赔偿因契约拘束力而得到正当化,与此同时,表明免责是否得到认可应当依据契约内容来把握。

其背后的思考如下。债务不履行发生之际,如果令其发生的原因事实(不履行原因或障碍原因,也即没有遵照契约本旨做出履行之原因)在契约中没有得到预测,而且也无法预测,换句话说,依照契约内容,导致债务不履行发生的原因是双方当事人无法预测的,那么从契约拘束力的角度来看,债务不履行带来的损害,若由债务人负担则无法得到正当化。固然契约必须得到遵守,债务人对债务不履行引起的结果必须承担,然而,对于在契约中没有设想到的事态(不履行原因、障碍原因),则不可以在契约拘束力之名义下令债务人负担。因此,在某些情形,虽发生了债务不履行,但依照契约内容债务人可以从损害赔偿上免责。这种情形下,令债务人免责的事由被称为“免责事由”。^[37]

因此,就债务不履行责任应该构筑的基本理论框架如下。首先,立足于债权人如果没有获得债务人通过契约约定的利益状态、即构成对契约的违反这一基本出发点,对契约内容进行确定,如果出现与债务内容背离的事态,即可将其判定为债务不履行。其次,只有在履行障碍超出依契约类型、或者依特别约定确定的风险分配之框架时,方才认可债务人的免责。^[38]

(七) 基于债务不履行之损害赔偿的范围

按照作为日本传统观点的相当因果关系理论,在规定损害赔偿范围的民法第416条中,蕴含有关因果关系规则。^[39] 换句话说,应该赔偿的损害是与债务不履行(债务人及其辅助人的故意或过失行为)具有相当因果关系的损害,而该条第1项,正是相当因果关系原则的规定(条文中的“通常”应该换读为“相当”)。该条第2项则指出在判断相当因果关系时应将特别情事作为考量要素。之后,相当因果关系受到保护范围论的批判,该理论指出对损害赔偿的范围,应该以依照契约规范可得到保护的契约利益为出发点,以可以令债权人实现在价值上与契约利益相同的利益为目的,来决定赔偿范围。正因如此,保护范围论又被称为契约利益说。^[40]

在理论上存在深刻对立的背景下,《中间试案》就契约债务不履行的损害赔偿范围,将民法第416条的规则修改如下:

(1) 针对契约债务不履行的损害赔偿请求,以赔偿该不履行引起的损害之中以下损害为其标的。

(a) 通常发生的损害;

[37] 参见「詳解Ⅱ」249頁,前注〔22〕,潮見・救済法理 91頁以下。

[38] 参见「詳解Ⅱ」243頁以下。此外,山本敬三「債務不履行責任における『帰責事由』」『法学セミナー』679号 13頁(2011年),将这种理论构成称为“债务的承受+履行障碍风险的承受”构成。

[39] 第416条:针对债务不履行的损害赔偿请求,以赔偿由此所生之通常损害为其标的。虽因特别情事产生之损害,但当事人预见或者应当预见该情事时,债权人也可请求赔偿。——译者注。

[40] 在现今民法学前沿理论视角下,相当因果关系与保护范围说之间存在的对立,参见前注〔22〕,潮見・救済法理 187頁。

(b) 其他债务人在不履行发生时,作为不履行可能导致的结果、预见或者依照契约宗旨应当预见的损害;

(2) 如果第1项所述的损害,属于作为不履行可能导致的结果、债务人在契约订立后才预见或者依照契约宗旨才应当预见的损害,债务人为了避免该损害采取依契约宗旨属于相当的措施的,债务人对该损害不承担赔偿责任。

该规定的本意是,企图设计一个不管从日本现有的哪种见解出发都解释得通的条文。直截了当地说,这是一个妥协的产物。结果是,其背后的思考方法、所采纳的概念的含义,反而变得不够清晰。例如,(a)提到的通常损害与(b)提到的损害之间的关系,就不好理解。再有,表述停留在“通常发生的损害”,而没有揭示其判断基准,不免有向作为评判人的法官做出空白委托之嫌。

这里,也应该与其他局面同样,基于当事人的合意或契约(或自律性决定)考量契约当事人之间的法律问题,在此前提下,《中间试案》有必要把下面提到的内容作为规则明确指出,才为恰当。我本人也是这个方向的支持人之一,我对损害赔偿范围的见解如下。

第一,双方当事人之间就实现一定利益(契约利益)达成合意,为了保障此契约利益的实现,双方当事人被课以规范性的拘束。所谓契约规范,是以保障契约利益之实现为目的的规范。因此,债务人不仅负有保障该契约确定的契约利益得到实现的义务,同样,对于该契约确定的、双方当事人约定应由债务人承担的损害,在损害因债务不履行而成为现实时,债务人也必须赔偿。^[41]

第二,既然订立契约的目的在于保障契约利益的实现,那么债务人在契约订立后,为了使债权人实现符合契约本旨的契约利益,也应当尊重契约、诚实行动。^[42]“基于契约分配损害引起的风险”这一思维样式,与“仅以契约订立时双方当事人可能预见的损害作为赔偿对象”这一时间节点(基准时)的问题之间,既无直接联系,也不应该将其直接联系。尊重契约、诚实行动之义务,其所指向的对象不仅包括债务,也包括对契约订立时无法预见的损害的发生和扩大,应该做出的认识和避免。这一点,与讨论作为债务不履行责任的免责和减责事由之一的、债权人的损害扩大避免义务之际,对债权人课加的、在契约订立(债权成立)后应采取合理行动以防止债权不履行的发生、损害的发生以及损害的扩大之义务(对此并无不同意见),恰好具有对应性。那么,为了认识和避免在契约订立时,无法预见的损害的发生以及扩大,债务人应该采取何种行为?这一问题,应该通过考量在具体的某一契约中被保障的契约利益何在、其实现方式何在,加以确定。总之,对于在契约订立时,双方当事人没有认识或者没有考虑到的债权人的损失,如果债务人在契约订立后可以预见其发生和扩大,则应该通过采纳“既然订立契约的目的在于保障契约利益的实现,那么债务人在契约订立后,为了使债权人一方实现符合契约本旨的契约利益,也应当诚实行动”这一规范,以债务人违反损害避免义务为理由认可债务人的赔偿责任。^[43]

[41] 从实现契约利益所蕴含的价值这一立场(契约利益说)把握基于契约的、对损害的风险分配,或者说基于双方当事人的合意考量对损害的风险分配,绝不意味着必须将应该得到赔偿的损害,限制于契约订立时双方当事人可能预见的损害。

[42] 此处的表述,借鉴了内田贵『民法Ⅲ(第3版)』〔东京大学出版会・2005年〕162页。

[43] 依照本文的见解,契约订立时无法预见的损害也可以成为赔偿对象,从这一点来说,本文并没有采纳将预见的时间节点限于契约订立时的观点。但是,本文见解的着眼点如下。就债务人于契约订立时无法预见、但在契约订立后预见或者可以预见的损害,应该依照契约,考量债务人应该采取何种行动,对于没有采取当为行为的债务人,应该课以赔偿该损害的责任。换言之,这一见解与放弃考量债务人在契约视角下的行为态样而仅仅以债务人在发生债务不履行时的预见可能性为基准决定赔偿范围之见解,其间的区别也属泾渭分明。

三、与“合意原则”关系需要厘清的场面

(一) 附随义务和保护义务

在契约债权关系中,债务人对债权人除给付义务之外,还负有各种各样的附随义务。为了达成契约目的而采取必要措施的义务,在履行债务时为了防止债权人的生命、身体、健康、财产受到侵害而谨慎行动的义务(保护义务),〔44〕均属此例。〔45〕

前面提到的附随义务,其依据多被归于诚信原则。学说进而强调,依据诚信原则设定的附随义务群,其基础并非根植于契约当事人之间的合意(或自律的决定)。〔46〕

就附随义务,《中间试案》提出了以下的明文规定:

“即使契约当事人在该契约没有明确约定或者默示约定,为了使相对人获得通过契约意欲获得的利益,契约当事人也应当实施依照契约宗旨,被认为是必要的行为。”

“即使契约当事人在该契约没有明确约定或者默示约定,为了使相对人的生命、身体、财产以及其他利益不受损害,契约当事人在订立契约、依照契约行使债权或者履行债务时,也应当实施依照契约宗旨,被认为是必要的行为。”

需要注意的是,这里没有出现“诚信原则”,倒是出现了“依照契约宗旨”这一语句。就附随义务的正当化,《中间试案》采纳了通过导入“契约宗旨”这一概念,从而令自律与他律融合的路径。

这种思路,与通过“制度性行为”来把握契约的观点具有协调性。该观点认为,“契约”这一“行为”本来就是以“契约制度”为前提才具有意义,以此为出发点将“契约”把握为“制度”或者“制度性行为”,将“订立契约”的内在意义解释为“实施一个其内容已经被组成契约制度的各种规则所框定的行为”。基于这样的背景,在当事人为了满足自己的需要而做出利用“契约制度”来“订立契约”这一决定(自律性合意)之际——也即订立“作为制度性行为的契约”之际,鉴于尊重这一自律性决定正是私法自治原则的当然要求,于是“组成契约制度的各种规则”(其本身是他律性规范)自然对当事人产生拘束力,也即当事人必须接受他律性规范的适用。结果就是自律与他律的视角得到了融合(又称为“融合论”)。〔47〕按照这一观点,当事人决定订立作为制度性行为的契约这一行为,可以评价为当事人的自律,因此,“组成契约制度的各种规则”就成为契约内容的一部分,而且这也被看作是契约拘束力的效果。〔48〕

与上面提到的融合论具有共同问题意识的,还有以下观点。〔49〕这一观点认为在契约规范的内部存在以下秩序构造:在当事人就决定契约类型的(客观性的)“本质的要素”达成合意时(就类型选择的自律性决定,也即类型选择的自由),属于某一类型的契约即告成立,之后,通过对契约性质的决定,所成立的契约之类型即告确定。此时,在该契约类型中,通常应当具备的契约规范(构筑契约类型框架的他律性规范)就作为契约的“本性的要素”,被补充于契约内容之中。当事人只有通过设定具体的规范(“对类型上的规范做出修改”的自律性决定),才能够对这一“本性的要素”进

〔44〕 不仅债务人,债权人根据情况也负有保护义务。

〔45〕 关于附随义务、保护义务,参见潮见佳男『契約規範の構造と展開』〔有斐閣・1991年〕52頁以下。

〔46〕 日本还有一种理论,将此种特征与关系契约理论结合,并强调其与古典契约理论之间的特异性。参见内田貴『契約の時代』〔岩波書店・2000年〕43頁。

〔47〕 参见山本敬三『契約の拘束力と契約責任論の展開』『ジュリスト』1318号101頁以下〔2006年〕。

〔48〕 参见前注〔47〕,山本・前掲論文102頁。

〔49〕 参见石川博康『「契約の本性」の法理論』〔有斐閣・2010年〕499頁以下。

行变更和排除。这里所言的“本性的要素”,不仅存在于其中蕴含一定的基于正义的指示的、关于法定的典型契约的规定之中,还存在于“以该契约关系背后的社会规范等为基础、更倾向于依存社会背景的规范”之中。后者存在的基础是现实的典型契约,即“在社会性的相互行为中自发生成,与此同时,又经现实的契约关系背后的社会规范和共同理解对其进行建构的社会性存在”,在此基础上,依据诚信原则,被加以具体化、定型化。

透过以上这些见解,可以说《中间试案》对附随义务的把握,正是通过基于当事人的合意或契约(或自律性决定)考量契约当事人之间的法律问题这一视角,也就是说通过以“合意原则”、“合意主义”为出发点的视角来进行的。

(二) 赠与人的担保责任

在赠与契约中,赠与的标的物如果存在瑕疵,现行民法的规定与买卖契约不同,原则上赠与人对赠与财产的瑕疵无须承担担保责任(民法第551条第1项本文)。其理由是既然赠与人把财产无偿转让于受赠与人,那么让赠与人承担瑕疵担保责任并不妥当。因此,在现行法下,如果没有另外的约定,赠与人按照赠与财产的现状以及其权利现状,将赠与财产移转于受赠与人,自己的债务即告履行。不过,在赠与人明知存在瑕疵却没有告知受赠与人时,例外对权利瑕疵、物的瑕疵承担担保责任(同条第1项但书)。民法第551条的这一规定,从关于瑕疵担保责任的契约责任说的观点也可说明,不过相比之下,从法定责任说(债务人把标的物交付后即可,并不负有交付无瑕疵之物的义务)的观点更加容易说明。

对此,《中间试案》的规定是:当“依照赠与契约应该交付的标的物不存在、或者不符合赠与契约宗旨”时,以及当“赠与人不享有依据赠与契约应该转让的权利,或者赠与人转让的权利附有与该契约宗旨相反的负担或者附有来自法律、法规的限制”时,赠与人原则上“不承担责任”。在此基础上,例外规定:“在赠与人明知这些事实而不告知受赠与人时,不在此限。”

按照《中间试案》的《补充说明》,该规定立足于契约责任说的思考样式。但是,我认为还不如说该规定与法定责任说更加接近。如果立足于契约责任说的思考样式,则应该做如下规定:(1)赠与人负有转让义务之物,就其权利的性质或者物的性质,应当具备何种内容,依照契约解释确定;(2)当赠与人转让于受赠与人的标的物,符合按照契约解释确定的债务内容时,该给付就是“符合契约宗旨的给付”(完全履行),如果所转让的标的物不符合债务内容,就是没有做出“符合契约宗旨的”给付(不履行)。从这一点来说,如果着眼于契约责任说的思考样式,必须认可受赠人的请求权,即其可以向赠与人请求通过契约解释确定的、基于赠与契约、并且“符合契约宗旨的给付”。

总而言之,《中间试案》有关赠与契约的规定,一方面,规定通过契约解释确定“符合契约宗旨的给付为何”,指出赠与人负有依契约确定的、履行“符合契约宗旨的给付”之义务;另一方面,又规定当被赠与人被交付“不符合契约宗旨的给付”时,既不可提出履行请求和追完(补正)履行的请求,也不可提出损害赔偿请求。这种思路与契约责任说的思考样式及性质完全不同。因此,如果按照契约责任说的思考样式把握赠与人的担保责任,那么《中间试案》的思路存在问题。

基于当事人的合意或契约(或自律性决定)考量契约当事人之间的法律关系的视点,在《中间试案》中出现倒退的场面,这是一例。

四、代结语

如上所说,抛开部分例外,《中间试案》在大多数场合,基于当事人的合意或契约(或自律性决定)考量契约当事人之间的法律关系这一视点,提出了具体方案。如我在开头所说,如果将此总结

为“合意原则”,那么可以说作为根本出发点的正是合意原则。

无须讳言,在《中间试案》的审议过程中,已经有人提出忧虑,认为该立场否定了依照无法归结于当事人意思的“诚实信用”“社会通识”“公平”等因素,来说明契约内容、契约规范以及有关契约的制度、准则(原则)的做法。就一些具体规定,基于这种忧虑提出的反对意见也有不少。如果我们把契约的自律与他律看作是互不两立之物,那么确实会有这样的忧虑。再有,如果我们把当事人的意思,不看作是在法的世界里被构造化的意思,而是将其看作心理学意义上的意思,那么对基于当事人的合意或契约(或自律性决定)考虑契约当事人之间的法律问题这一立场,确实可能会抱有过度的警惕。

鉴于此,《中间试案》在就“合意原则”存在上述对立的场合,随处采纳了“该契约的宗旨”这一表述。按照《补充说明》,“契约宗旨”的含义如下。

“所谓‘契约宗旨’,其含义是:不仅是合意的内容、契约书记载的内容,包括契约性质、当事人订立契约的目的、促成契约订立的详细情况等关于契约的所有情事都必须纳入考量要素,并结合交易通识进行评价、判断。在司法实践中,使用‘契约宗旨’这一用语时,可以说大多基于这样的含义。为了明确这一点,考虑到可以在条文中列举契约性质、订立契约的目的、促成契约订立的详细情况以及交易通识等可以推导出‘契约宗旨’的考量因素,在方案中采纳了将这些因素记载于括号内的方式。其他部分提到‘契约宗旨’这一用语时,如无特别申明,也与这里做同样理解。”

“契约宗旨”这一表述,一方面,从批评“合意原则”的观点可以进行说明;另一方面,如前所说[参见三(一)部分],这一表述中蕴含了基于当事人的合意或契约(或自律性规定)考量契约当事人之间的法律关系这一含义,所以支持“合意原则”的观点同样认可这是一个与“合意原则”相辅相成的表述。总而言之,“契约宗旨”这一表述,回避了基本理论层面的对立,是一个从任何立场都可以讲得通的圆滑表述。

但是,尽管如此,如本讲演所观察到的,关于债权法修改的《中间试案》,在设计契约法的核心制度之际,基于当事人的合意或契约(或自律性规定)考量契约当事人之间的法律关系,这一立场依然得到彰显。在近代民法导入日本 110 年后,《中间试案》提出以私法自治原则和自我决定原则为基石来构筑民法典中契约法部分的规范体系这一目标,其方向性应该获得高度评价。

在演讲的最后,我想指出的是:合意原则的这一路径,在 DCFR (Draft Common Frame of Reference, 欧洲私法共同参考框架草案)当中,也被采纳为基本出发点。DCFR 维持并强调作为其先行成果的共同研究,于 2008 年公布的《欧洲契约法指导原则》(Principes Directeurs du Droit Européen du Contrat)提出的指导原则,即“尊重契约”的原则。后者内容如下:“就解释、效力以及与履行有关的问题来说,如果令契约无效的解决方法将损害一方当事人的正当利益,那么令契约有效的解决方法将被优先采纳。”

(责任编辑:顾祝轩)