我国《民法典(草案)》中 附随义务体系之重构

——以中、德附随义务学说溯源为视角

汪倪杰*

目次

一、学说史视角下附随义务问题之再理解	三、我国债法对附随义务继受之考察
(一)《民法典(草案)》中附随义务的三个基本问题	(一)第一阶段中的债法建构与附随义务问题
(二)对中、德附随义务学说溯源的必要性	(二)第二阶段中债法的割裂发展与附随义务问题的演进
二、德国法附随义务理论之考察	(三)第三阶段中的债法重建与附随义务理论的引入
(一)履约阶段行为义务理论之发展	四、我国《民法典(草案)》附随义务体系之重构
(二)先契约阶段行为义务理论之发展	(一)从附随义务到未约定义务
(三)先契约与契约关系中行为义务的重构	(二)从无过错到过错责任
整合	(三)构建广义的未约定义务
(四)保护义务的法定化及债法义务群的重构	

摘要 《民法典(草案)》合同编面临如何解释及定位附随义务的问题。基于现有立法与审判实践不一致的问题,急待厘清该义务与给付义务、债务人过错及合同外行为义务间的关系。有学者呼吁采纳德国保护义务理论,但须深入理解中、德对应学说的联系与区别。德国法上的附随义务理论脱胎于积极违约,成熟于保护义务理论,出现了义务独立化、归责标准客观化和责任性质法定化的倾向。而中国法上的附随义务为域外学说与本国立法的结合产物,存在学说概念与立法文义背离,过错原则难以统一及缔约与履约阶段责任割裂等问题。我国不妨在解释论层面抛弃附随义务概念,代以广义的未约定义务,从而构建更宽泛的契约义务,避免一刀切的归责原则以及减少契约与侵权间的二元对立。

关键词 附随义务 保护义务 缔约过失 民法典解释

*复旦大学法学院博士后、法学博士。

一、学说史视角下附随义务问题之再理解

(一)《民法典(草案)》中附随义务的三个基本问题

《民法典(草案)》中的附随义务作为重要的债法问题并未在法典编纂中受到足够重视,导致了新法典草案中的相关条文和原《合同法》高度一致。具体而言,《中华人民共和国民法典(草案)》(以下简称《民法典(草案)》)第509条第2款规定: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。该款照搬了原《合同法》第60条第2款的规定。尽管学界对附随义务的概念耳熟能详,但严格来说,我国法律并未明文规定“附随义务”,而仅在官方释法层面使用了这一术语。据全国人大法工委所编《合同法释义》,原《合同法》第60条第2款规定了诚信履行原则并间接导出附随义务,即当事人除按约定履行义务外,也须履行由诚实信用原则产生的协助、告知、保密、防止损害扩大等义务。^[1]但条文背后尚无完整学说体系的后果是实务中该术语的用法相对混乱,集中体现为如下三个问题:

1. 与给付义务间的关系不清。结合《民法典(草案)》第509条第1、2款(原《合同法》第60条第1、2款),附随义务应为给付外的其他行为义务。但在审判实践中,有判决视其为从给付义务,^[2]也有判决视其为给付与从给付外的其他行为义务。^[3]这样的理解显然是受到了相关德国民法学说的影响,却不能与我国法律完全协调。^[4]

2. 附随义务违反的归责原则并不明确。尽管主流观点认为,《民法典(草案)》第577条(原《合同法》第107条)规定违反合同义务(包括附随义务)的无过错原则,^[5]但实务中仍有相当判决将

[1] 参见胡康生编:《中华人民共和国合同法释义》(第三版),法律出版社2012年版,第123页。

[2] 如“杨怀玉与锦江麦德龙现购自运有限公司南京雨花商场买卖合同纠纷上诉案”中,江苏省南京市中级人民法院认为:“合同附随义务是指没有法律规定和合同约定,为了配合合同主给付义务的完成,保障债权人给付利益的最大化,基于诚实信用原则,根据合同的性质、目的和交易习惯而确定的债务人的从给付义务。”参见江苏省南京市中级人民法院(2014)宁商终字第1270号民事判决书。

[3] 如“安徽和县碧桂园房地产开发有限公司与李姝睿买卖合同纠纷案”中,安徽省马鞍山市中级人民法院认为:“从给付义务不是合同所必备、但有助于实现债权人利益且能够独立成为诉权标的的义务,可以独立诉请履行,也称为独立的附随义务;附随义务是指依合同关系发展情形,且根据诚实信用原则所产生的为保障债权人给付利益的实现之义务,也称为非独立附随义务。主给付义务会直接影响合同当事人的订立合同的目的的实现。从给付义务或附随义务,并不是合同所固有的义务,而是保障合同目的实现的次生义务。”参见安徽省马鞍山市中级人民法院(2016)皖05民终第281号民事判决书。

[4] 主、从给付义务的分类源于德国法。按照通说,前者为确定契约核心内容(essentialia negotii)的义务,后者为辅助实现前者而产生的义务。这两类义务均可通过诉讼请求履行。而附随义务的概念则被拆分为与给付义务相关或无关的两类义务:前者指债务人为实现给付负有的作为与不作为义务(即从给付义务),后者则指保护义务。故附随义务概念已经包含了从给付义务概念。德国旧有学说认为:独立可诉的为从给付义务,反之则为附随义务,但在现行《德国民法典》中已不存在。附随义务无论归入《德国民法典》第241条第1款或第2款,都指向《德国民法典》第280条的义务违反要件,均独立可诉。Vgl. Dirk Looschelders, Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 15. Aufl., 2018, § 1 Rn. 11-14; 韩世远:《合同法总论》(第三版),法律出版社2011年版,第247页;王泽鉴:《债法原理》(第一册),中国政法大学出版社2001年版,第40—41页。

[5] 原《合同法》第107条规定了违约责任的无过错原则。该理解为立法者所明确,也为学界广泛认可,是为通说。也有学者指出:该条或可作为可归责性的解释性规范,规避明确违反附随义务到底是无过错归责还是过错归责。但我国民事立法尚无使用“可归责性”术语的先例。我们不妨以《德国民法典》第280条第1款第2句为参考:该条为义务违反设定了可归责性(Vertretenmüssen)的标准,看似规避了过错归责。但若进一步深究,可归责与否的判断标准仍指向第276条第1款:即原则上以债务人的过错(故意或过失)为判断依据;例外则考(转下页)

违反附随义务视为过错责任。^{〔6〕} 其是否应与给付义务采相同归责原则,须深入研究。

3. 附随义务的适用范围并不统一。尽管《民法典(草案)》第509条(原《合同法》第60条第2款)将其限于履约阶段,但已有判决视其为贯穿缔约、履行、变更与终止所有情形的行为义务,^{〔7〕} 甚至将其定性为《民法典(草案)》第1198条(原《侵权责任法》第37条)的安全保障义务。^{〔8〕} 因而,附随义务的具体运用实际上突破了立法明确的履约阶段,而延伸到缔约过失乃至侵权责任的场景。更深层的问题是如何理解附随义务的性质。尤其是当附随义务违反涉及当事人固有利益,构成违约与侵权的责任竞合时,我国应如何构建恰当的合同义务体系加以调整?

(二) 对中、德附随义务学说溯源的必要性

源于理论研究的薄弱而出现的以上问题,分别对应《民法典》颁布后急待厘清的三个问题,即附随义务与给付义务、债务人过错及合同外(尤其是缔约阶段)行为义务间的关系应如何确定?如韩世远所称:附随义务理论成熟于德、日,我国制度是继受结果,使其落地生根,尚需学说与司法实践共同努力。^{〔9〕} 在此基础上,有学者提出我国应借鉴德国经验,摒弃附随义务概念,构建给付义务与保护义务并举模式。^{〔10〕}

但现行《德国民法典》所谓保护义务,是指根据具体债务关系,须顾及另一方权利、法益和利益。^{〔11〕} 这样的理解与我国的附随义务概念并不一致,在上述三对关系中呈现不同特点:第一,就保护义务与给付义务的关系而言,保护义务独立于给付,旨在保护当事人固有利益;第二,就违反保护义务之责任,采可归责性原则(Vertretenmüssen)以规避明确过错归责;^{〔12〕} 第三,就保护义务与契约外行为义务的关系,保护义务作为债法总则规范,并不限于契约关系;尤其在卡纳里斯

(续上页)察其是否接受了较为严格或较为轻缓的责任。后者主要包含两类情形:一是债务人做出保证(Garantie);二是其接受风险(Risikouübernahme)。显然,附随义务(包括保护义务)的违反问题在通常情况下并不落入以上情形。故本质上,附随义务的归责仍要落到过错问题上。可见德国债法的归责方式与我国是有本质区别的。笔者认为:原《合同法》第107条不应被视为可归责性的解释性规范,而应是立法者所明确的无过错原则。参见全国人大法制工作委员会民法室编:《中华人民共和国合同法立法资料选》,法律出版社1999年版,第58页;Wolfgang Ernst, in: Münchener Kommentar BGB, Band 2, 8. Aufl., 2019, § 280 Rn. 28-29.

〔6〕 如“上海闵星汽车服务有限公司诉万国柱等买卖合同纠纷案”中,上海市高级人民法院认为:“原告并未将相关维修情况如实告知被告,违反附随义务,具有过错。”又如“官绪群与南通申成汽车销售服务有限公司等买卖合同纠纷上诉案”中,安徽省宣城市中级人民法院认为:“被告在车辆信息的附随告知义务的履行上存在瑕疵,具有一定过错。”参见上海市高级人民法院(2018)沪民申第201号民事裁定书、安徽省宣城市中级人民法院(2017)皖18民终第409号民事判决书。

〔7〕 如“张新海与佛山市瑞卡弗家具有限公司买卖合同纠纷上诉案”中,广东省佛山市中级人民法院认为:“买卖契约中的附随义务涉及合同的订立、履行、变更和终止的整个过程,具体表现为告知义务、协助义务等。前者指合同当事人应对合同相对方利益有重大影响的事项告知对方的义务,后者指合同当事人应协助对方履行义务,以使合同目的能顺利实现的义务。”参见广东省佛山市中级人民法院(2017)粤06民终第5164号民事判决书。

〔8〕 如“宣城市永丰农资有限责任公司与陈家林买卖合同纠纷上诉案”中,安徽省宣城市中级人民法院认为:“被告采取零散销售、送货上门的方式推销化肥,货车作为销售化肥的交货地点,应视为被告经营场所的延伸。在被告的经营场所交付货物,保障货物和对方人员的人身安全是其合同中应履行的附随义务。”参见安徽省宣城市中级人民法院(2011)宣中民一终字第00394号民事判决书。

〔9〕 参见韩世远:《合同法总论》(第三版),法律出版社2011年版,第246页。

〔10〕 参见迟颖:《我国合同法上附随义务之正本清源——以德国法上的保护义务为参照》,载《政治与法律》2011年第7期,第128—138页;林慧贞:《附随义务与民事责任之发展》,台湾大学法律学研究所2005年博士论文,第16—17页。

〔11〕 参见《德国民法典》,杜景林、卢湛译,中国政法大学出版社2014年版,第53页。

〔12〕 Vgl. Wolfgang Ernst, in: Münchener Kommentar BGB (Fn. 5), § 280 Rn. 22-23.

(Canaris)“统一法定保护关系”说^[13]的影响下,对保护义务的理解具有统合缔约过失、积极违约及第三人保护之债的明显倾向。可见,中、德法律中的对应制度出现错位。鉴于我国《民法典》债法体例不同于德国法(尤其是不设债法总则,直接分立合同、侵权二编的模式),保护义务无法直接拿来。

在此背景下,我们不妨将两国法律视为动态的处理模式,从法律史的纵向视角考察制度流变,充分理解两国模式的成因、效果和局限,以期实现:第一,厘清德国法上附随义务(包括保护义务)理论的来龙去脉,精确把握其产生背景、发展脉络及立法状况。第二,将我国法上附随义务从简单继受外国制度的观念中解放出来,将其视为外来素材与本国法制结合的历史过程,从而还原出制度原貌及问题所在。与此同时,由于相关论述需要围绕上述三个基本问题进行,故不能孤立研究该义务本身,而应将其置于契约行为义务群中系统分析。尤其应注意,附随义务理论的产生、发展与缔约、履约阶段行为义务的整合密切相关。在此互动中,附随义务与给付、过错及契约关系内外行为义务的关系得以重构,进而改变债法面貌。由此,本文将两国制度梳理纳入这三对关系的具体考察,为我国《民法典》重新定位附随义务或精确解释第509条第2款提出建议。

二、德国法附随义务理论之考察

(一) 履约阶段行为义务理论之发展

1. 附随义务理论与给付外行为义务的建构

1900年《德国民法典》的债法体系基于给付概念。据第241条(旧),^[14]债权人得依债务关系请求给付(包括作为与不作为),并未顾及给付外的行为义务。^[15]围绕给付情态,在给付障碍法中仅设置了给付不能与延迟两类情形。该问题最终暴露于法律实务。律师史韬布(Staub)提出,现有给付障碍法中存在漏洞:在当事人以积极行为违约或以积极行为违反不作为义务,或当事人虽完成给付但负有瑕疵等情形下,并无条文可予救济。^[16]以上情形构成第三类给付障碍,即所谓积极违约(positive Vertragsverletzung)。他认为:构成积极违约者应负赔偿责任。但请求权基础何在?^[17]他主张类

[13] 卡纳里斯主张,应抛弃附随义务依赖于合同关系的理论外壳;尤其是义务内容的确定,不应依赖于《德国民法典》第133条及第157条的意思表示解释及合同解释;而应将附随义务、缔约过失责任(culpa in contrahendo)及合同的第三人保护理论(Schutzwirkung für Dritte)合并成依据《德国民法典》第242条诚实信用原则所确立的法定保护关系。在此意义上,附随义务就成了所谓除合同与侵权之外的第三种民事责任。尽管这一理论并未在德国债法的修订中完全体现,但仍被部分吸收。Vgl. Claus-Wilhelm Canaris, Ansprüche wegen „positive Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen — Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzung, JZ 15/16 (1965), S. 475 ff.

[14] 指1900年《德国民法典》第241条。下同。

[15] 参见1900年《德国民法典》的立法文献可知,从《第一草案》开始,立法者就将给付视为债的唯一标的。讨论记录更明确表示:债的效力取决于债权人在给付上具有的利益;进而,债权人的财产利益(Vermögensinteresse)并不属于债的本质。可见法典对债与给付的理解仍基于主观权利学说。故债务人义务仍限于债所生支配关系下的行为义务,即给付义务。除此之外的其他行为义务非债的内容。Vgl. Mot. II, S. 6, in: Benno Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 2, 1899, S. 1; Prot. I, S. 466, in: Heinrich Jakobs/Werner Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, 1978, S. 40.

[16] Vgl. Hermann Staub, Die positive Vertragsverletzungen, 1969, S. 93.

[17] 当时有两种观点:一是将第276条(旧)作为请求权基础,即只要一方因过错侵害他人利益,即负赔偿责任。但该观点违反了普赫塔(Puchta)以来广为认可的责任要件,即客观上须有义务违反,主观上须有过错。二是给付不能说。一说认为积极违约实为一时不能。因在履行期限届满后,给付无法再次成就。但史韬布认为:(转下页)

推第 286 条(旧)债务人延迟的规定,因积极违约法律后果与其相似。两者均造成契约目的落空,应比照过错情形下的延迟处理。^[18]

积极违约理论提示了给付外存在额外行为义务的可能。为此,希尔伯(Siber)提出了谨慎义务(Dilignzpflicht)。他从传统给付概念中分离出两层含义:一是给付结果(Leistungserfolg);二是达成该结果的行为。^[19]同时他意识到:依据法典,债务人过错仅在给付转化中扮演次要角色,即债务人的谨慎(Sorgfalt)要求仅针对最初给付内容,作为损害赔偿的转化条件存在。^[20]由此,他不再将谨慎要求视为主观过错(即过失)的对应物,而认为可赔偿之谨慎才是谨慎义务。^[21]违反该义务可造成独立于给付义务的额外赔偿。故谨慎义务不再充当给付转化赔偿的条件,而是给付内容的本有特征。^[22]

由此,债的本质得以改变:法典原本采潘德克顿法学通说,即债产生于债权人意志对债务人意志的支配关系;^[23]而希尔伯认为,债务关系并非必然表现为债务人的意志活动,也可视为通过意志外的其他方式实现的法律效果。^[24]但他并未将谨慎义务视为给付内容本身。由于法典将损害赔偿视为给付结果的等价利益(Äquivalentsinteresse),^[25]就会出现如下疑问,即谨慎义务对应的损害赔偿何以产生?对此,他未作回答。

由此产生了艾内克鲁斯(Enneccerus)更为系统的附随义务理论。他认为:根据诚信原则,债务人负有附随于给付的特殊行为义务,即向债权人展示或告知重要事项或维护其法益。^[26]其分

(续上页)这并非不能,而是延迟。另一种意见则是:积极违约实为不作为义务的违反。当给付义务以不作为形式存在,可因积极方式违反,变为不能。但史韬布认为:民法典中的给付不能仅指无法履行的债之标的,即标的不能。而不作为义务的违反不可视为不能,因违反该义务造成的损害已无法回复至未发生的状态。

[18] 据 1900 年《德国民法典》第 286 条及 326 条,在债务人延迟情形下,债权人有三种权利得以选择:或就局部违约请求其对应损害赔偿;或在继续履行无利益时,解除契约;或请求整个契约的损害赔偿。Vgl. § 286 a.F., 326 a.F. BGB.

[19] Vgl. Heinrich Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht, 1903, S. 171.

[20] Vgl. Siber (Fn. 19), S. 180.

[21] Vgl. Siber (Fn. 19), S. 173.

[22] Vgl. Siber (Fn. 19), S. 172.

[23] 大多数潘德克顿法学家,如早期的普赫塔、中期的温德沙伊德(Windscheid)、晚期的邓恩伯格(Dernburg)等的债法理论均建立于萨维尼主观权利学说的基础上:普赫塔认为契约义务包括债的内容及其特性,违反契约义务表现为使给付变为不能(Unmöglichkeit)对给付情态(如时间)的违反;温德沙伊德则表明债的本质是使他人意志服从(Unterwerfung fremden Willens),故给付义务是债的唯一内容;邓恩伯格则直接将债定义为债务人有义务向债权人行使给付的法律关系,给付义务则是实现债目的的工具。Vgl. Georg Friedrich Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht, hrsg. von Adolf August Friedrich Rudorff, 1847, § § 264 - 267; Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 2, Düsseldorf 1873, § § 250 - 252; Heinrich Dernburg, Pandekten, Band 2, 1900, § § 1 - 2.

[24] Vgl. Heinrich Siber, in: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1914, Vorbemerkung vor § 241 III A2.

[25] 根据 1900 年《德国民法典》的立法材料看,当事人立法者在处理给付与损害赔偿关系时,主要参考了两个标准,一是罗马法上债务持续(perpetuatio obligationis)的拟制;二是萨维尼以来的债务转化理论,即损害赔偿严格对应初始的给付内容,而不考虑其他行为义务。立法者声称:两者均不考虑。否定前者,是因为损害赔偿所涉标的本质上不同于原始给付;否定后者,是因原始给付转化的表述造成原债消灭、新债产生的错觉。由此判断,法典所持本质上仍为有机体学说下的债务转化观念,即损害赔偿落入原债关系中,不成为独立的侵权责任。而就如何转化,立法者认为:债务人的赔偿责任应以债权人主观权利的损害计算,其过错直接表现为针对债权人的主观不法(subjektive Widerrechtlichkeit)。可见,损害赔偿所涉内容限于债权人无法实现的主观权利;相对应的,即债务人未履行的给付义务。Vgl. Mot. II, S. 50, in: Mugdan (Fn. 15), S. 27.

[26] Vgl. Ludwig Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band 2, 1930, S. 13.

为非独立和独立两类：前者无独立目的，对应不作为义务，仅保障履行给付义务。后者则带有特定附随目的，确保全面实现债之结果。^[27] 区分两者的意义在于：前者无法独立请求履行，只能主张违反该义务产生的损害赔偿。因该义务不涉及给付内容，故无法视为部分不能。而后者则可独立请求履行，因其包含于给付义务，故视同部分不能。^[28] 同时，缔约时也存在此类行为义务：如买卖合同签订时，卖方须告知标的物瑕疵。^[29]

可见，独立与非独立附随义务的区分旨在理顺附随义务与给付义务的关系：前者实为辅助给付产生的行为义务，而后者则是脱离给付目的的行为义务。而就两者可否独立请求履行的划分，则表明仍依赖于将损害赔偿视为给付义务等价利益的传统理论：前者虽非给付内容，但因类似于给付，得类推适用原债法中用于给付的规则；后者异于给付，故仅产生损害赔偿。由此，以给付为主体的债法框架得以保留，附随义务从属于给付概念存在。但该理论仍未能解决希尔伯的问题，即与给付无关的行为义务何以产生独立的损害赔偿？由此催生了保护义务理论。

2. 保护义务理论的兴起与债法义务体系的严苛化

以给付为中心构建义务群的理论作业导致了附随义务定性的困难。保护义务理论可视为对附随义务性质的再探索。施托尔(Stoll)认为：须以利益法学重新认识债的性质：首先，债权人利益以债务人利益为代价得以增加。为实现该目的，出现了给付及其未履行情形下的赔偿责任。^[30] 由此产生履行义务，以实现债权人利益，即债之积极目的。^[31] 其次，在债的另一层面存在与给付无关的、直接源于诚信原则的特殊联结(Sonderverbindung)，亦即信赖关系。其加大了对对方人身、财产的伤害可能，故双方均有义务保护对方免遭损害。^[32] 此即保护义务，是债的消极目的。

在此基础上，施托尔进一步区分给付利益与保护利益。^[33] 他借用纳粹的人民共同体(Volksgemeinschaft)思潮引入了共同体说(Gemeinschaftsgedanke)，^[34] 以此作为债法的伦理基础。由此产生基础性的信赖义务(Treupflichten)，^[35] 它是指债的当事人皆从属于社会共同体，故不能只顾及自身利益，也应致力于社会整体福祉。换言之，债务人义务不再是债权人主观权利的对应物；而给付利益与保护利益分享共同源头。

[27] Vgl. Ludwig Enneccerus/Heinrich Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, 1950, S. 19 - 20.

[28] 此处不涉及部分延迟的问题。艾氏之所以认为独立的附随义务可使用部分不能的规则，是因为1900年《德国民法典》中给付不能的概念受19世纪中期蒙森债法理论的影响而过度扩张，成了不给付的代名词。故部分不能即对应于部分不给付。而独立的附随义务具有准给付义务的性质，比照不给付的规则处理。与之不同，延迟问题仅被理解为完成给付，仅构成时间性瑕疵的情形。Vgl. Friedrich Mommsen, *Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse*, 1853, S.153 ff.; Friedrich Mommsen, *Die Lehre von der mora nebst Beiträge zur Lehre von der culpa*, 1855, S.182; § 286 a.F. BGB.

[29] Vgl. Enneccerus/Lehmann (Fn. 27), S. 19 - 20.

[30] Vgl. Heinrich Stoll, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung-Betrachtungen zum dreißigjährigen Bestand der Lehre*, AcP 1936, S. 287.

[31] Ibid.

[32] Vgl. Stoll (Fn. 30), S. 288.

[33] Vgl. Stoll (Fn. 30), S. 290.

[34] Vgl. Heinrich Stoll, *Die Lehre von den Leistungsstörungen*, 1936, S. 10; Martin Schermaier, *Was schuldet der Schuldner? Die „Pflicht zur Anstrengung“ im modernisierten Schuldrecht*, Gs Mayer-Maly, 2011, S. 413.

[35] 信赖义务的概念首先出现在《告别积极违约学说》一文。根据施托尔的观点，信赖义务可视为谨慎义务(Sorgfaltspflichten)，产生于债之当事人的合作关系及其步入特定信赖关系。在随后出版的《给付障碍学说》一书中，他认为该义务从属于共同体说及由其产生的信赖关系。Vgl. Stoll (Fn. 30), S. 264; Stoll (Fn. 34), S. 25 - 26.

值得注意的是,施托尔从两方面理解给付关系与信赖关系间的关联:一方面,信赖关系独立于给付关系。前者早于后者出现,始于双方为契约目的接触之时;而晚于后者结束,止于给付关系的最终效果消灭之时。^[36]另一方面,信赖关系又服务于实现给付关系之目的。该两面性源于给付义务与保护义务的性质差异,即所谓交换说与信赖说:依据交换说,给付利益存在于恰当的交换关系中,旨在实现给付结果。^[37]而依据信赖说,保护义务与给付无关,要求当事人为实现契约目的相互合作,并保护对方固有利益。由此,给付利益与保护利益间的界限趋于严格。

概括而言,该理论有两个关键点:一是保护义务基于信赖关系产生的特殊联结独立于具体债务关系存在。二是信赖说的引入使保护义务限于排除对方固有利益的损害,而与给付义务间的界限绝对化。故与给付相关的附随义务不再属于保护义务。但特殊联结从何而来?施托尔虽提及信赖关系早于给付关系出现,但未深究缔约中保护义务的存在方式。这同缔约过失理论的发展紧密相关。

(二) 先契约阶段行为义务理论之发展

1. 有机体说与先契约阶段的孤立化

履约与缔约阶段行为义务互为对照,故缔约过失与附随义务理论形成呼应。耶林虽提出缔约过失,但适用范围限于无效或被撤销契约。莱昂哈德(Leonhard)则认为:即便契约成立,当事人也应对缔约时的过失负责;而该责任的本质为履约阶段积极违约理论的类推。^[38]而缔约到履约为连续且相互联系的过程,故缔约双方应如履约时,尽所有必要行为义务。^[39]故不仅履约时存在所谓谨慎义务,缔约时也同样存在。^[40]

但仍有新问题:若双方尚未缔约而仅准备磋商,此时责任如何确定?因契约根本不会成立,类推也无从谈起。其时帝国法院认为:源于诚信原则与交易习惯的要求,缔约前就已存在特殊行为义务。^[41]但施托尔追问:若无法律关系,如何能援引诚信原则?由此,他尝试将磋商阶段所涉利益与契约利益剥离,指出前者仅涉两类利益:一是由缔约产生的利益,其仅当契约未订立或虽订立但撤销时受损;二是与契约无关的利益,如保持人身完整性的利益。^[42]两者均与履约无关,限于信赖利益或消极利益。这表明:缔约不再被视为隶属于契约关系的特殊阶段。

但该阶段的法律性质为何?施托尔认为其是债务关系,但非源于双方合意,而是单方法律行为,即一方发出的缔约邀约或开始磋商的请求。^[43]由此,缔约虽有别于履约,但限于同一债务关系的不同表现形式,即债如有机体(Organismus)产生、变化,其内核保持一致但外部形式可任意改变。准确地说:债由一方当事人发出邀请而产生;当契约订立,仅外部形态消灭,内容随之变更,但缔约时已有的法律关系仍得保留。故先契约关系虽变更为契约,但违反缔约时行为义务产生的损害赔偿则持续存在。^[44]故缔约过失责任基础转向对磋商时行为义务的违反。而债为有机体的比喻意在两个目的:既要切断缔约对履约的依赖性,又要维持两阶段在法律上的联系。施托尔部分

[36] Vgl. Stoll (Fn. 34), S. 27.

[37] Vgl. Stoll (Fn. 34), S. 27.

[38] Vgl. Franz Leonhard, Verschulden beim Vertragsschlusse, 1910, S. 1.

[39] Vgl. Leonhard (Fn. 38), S. 27.

[40] Vgl. Leonhard (Fn. 38), S. 60.

[41] Vgl. Heinrich Stoll, Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen, LZ 1923, S. 540.

[42] Vgl. Stoll (Fn. 41), S. 542 - 543.

[43] Vgl. Stoll (Fn. 41), S. 544.

[44] Vgl. Stoll (Fn. 41), S. 546.

调和了两者矛盾,但同时强调了缔约过程的独立性,从而促成了缔约过失责任的实体化。^[45]

2. 法外义务说与缔约过失责任的法定化

施托尔的理论核心是将缔约时行为义务归于单方法律行为,以此作为磋商开始的标志。但丢勒(Dölle)认为其与实际不符:即便某人发出邀约或请求开始磋商,也未必有保护对方人身、财产利益的意思。^[46]由此,他提出了法外义务说,即义务并不源于缔约或准契约的意定法律关系,而源于社会接触(sozialer Kontakt),^[47]即缔约人为实现社会接触之目的,进入他人法律场域(Rechtssphäre)^[48]并寄予对方特殊信赖,故对方须保护、照顾其法益。^[49]

由此,丢勒将缔约时行为义务分为保护义务与告知义务:^[50]前者是与当事人意思无关的、维持或照顾对方利益或人身安全之义务;^[51]后者虽与当事人意思无关,但只能以双方当事人处于由意定行为产生的关系内或意图建立该关系为前提。^[52]但他又强调,告知义务同样源于社会接触。^[53]由此造成认识割裂,即告知义务的产生基于社会接触,但其出现却依赖于当事人意定行为所生的债务关系。^[54]

须注意的是,他对保护义务的理解受到施托尔的极大影响。两者均强调保护义务对于当事人意思的独立性。比照履约阶段给付关系与信赖关系的划分,缔约阶段也分为意定关系与社会接触所建构的信赖关系。两阶段内的保护义务性质相同;而缔约时的告知义务虽无关于给付内容,但仍与意定行为引发的接触(即契约磋商)挂钩。但该理解造成了如下困境:

首先,为何告知义务的产生与出现时间不同,即社会接触与意定接触有何区别?丢勒认为区别仅在于双方是否有磋商或缔约意思。但试问:若无该意思,谁会愿意进行所谓社会接触?此外,将社会接触视为不带目的地进入他人场域,实则等同于侵权责任的底层关系,即串联个体的社会性联结。^[55]故保护义务混同于侵权法上的行为义务。其次,保护义务与告知义务实为行为方式的划分,未考虑其对应利益。保护义务涉及当事人固有利益,但告知义务的对应利益并不明确:如卖方在缔约时未告知标的物瑕疵,导致契约未订立或被撤销,涉及消极利益;若买方人身或财产因该瑕疵受损,则涉及固有利益。可见,告知义务与保护义务所涉利益互有交错,未清晰分割。基于以上原因,丢勒的理论未受广泛认可,而需进一步解释缔约阶段行为义务的来源,并厘清其与侵

[45] 施托尔的论文《契约磋商阶段的行为责任》写于1923年,远早于他就给付障碍法中保护义务的著作。比较两者,并不能发现早期研究对后期研究的影响。但该文种缔约阶段利益与契约无关的观点符合他对于保护利益的理解,即其同样独立于债权人的给付利益。就契约利益及与契约无关利益的区分一定程度上促成了拉伦茨及卡纳里斯就缔约、履约阶段统一保护义务的构建。

[46] Vgl. Hans Dölle, Außergesetzliche Schuldpflichten, ZStW 103 (1943), S. 71.

[47] Vgl. Dölle (Fn. 46), S. 73.

[48] 按丢勒理解,所谓法律场域仅指归属于法律主体的生活范围。其大小和存在方式取决于法律主体的控制范围和交往的具体需要,故通常与其意志相关。Vgl. Dölle (Fn. 46), S. 77.

[49] 但该义务的产生并不依赖于入场域之目的,进入行为本身就已足够,因一方入场域,即授予其主人信赖,负有保护对方利益免遭损失之义务。Vgl. Dölle (Fn. 46), S. 74-75.

[50] 除保护义务与告知义务外,还存在对价义务(Vergütungspflichten),即在缺乏法定或意定基础情形下,债权人就本应获得的给付,负有提供根据约定或以其他方式确定对价的义务。该义务对应于契约关系先订立,后撤销后的返还义务。Vgl. Dölle (Fn. 46), S. 101.

[51] Vgl. Dölle (Fn. 46), S. 67.

[52] Vgl. Dölle (Fn. 46), S. 87.

[53] Vgl. Dölle (Fn. 46), S. 86-87.

[54] Vgl. Dölle (Fn. 46), S. 88.

[55] Vgl. Franz Dorn, in: Historisch-kritischer Kommentar BGB, Band 2, 2007, § 241 Rn. 103.

权、契约间的关系。但不可忽视,社会接触说使缔约过失责任法定化,进一步远离契约关系。

(三) 先契约与契约关系中行为义务的整合

由上所述,德国法上履约阶段给付义务与保护义务的区分越发严苛,而缔约阶段的行为义务则越发远离契约关系。由此产生了重新勾连两阶段行为义务的需要。较有代表性的是拉伦茨(Larenz)的“无主给付义务的法定债务关系”说及卡纳里斯的“统一法定保护关系”说。

1. “无主给付义务法定债务关系”说下积极违约与缔约过失的联结

拉伦茨认为:缔约阶段的行为义务并不源于社会接触,而源于接受契约磋商或为之准备的意定行为接触。^[56]换言之,仅当双方以特定意思进入交往(以缔约为目的的磋商或为磋商准备的早期阶段),责任才能发生;而无特定目的的社会接触仅构成侵权法上的法律效果。^[57]但意定行为接触非法律行为,而是事实行为。^[58]换言之,责任并非从意定行为建构的法律关系中产生,而植根于“不成文的客观法”即诚信原则,^[59]故称之为法定债务关系。

据此理论,在双方当事人开始契约磋商或为其准备时,出现所谓谨慎与照顾义务(Sorgfalt- und Rücksichtspflichten)。其源于双方因接触建立法律上的特别联系,产生对方须正直、忠实行为的期待。虽无给付义务,但谨慎与照顾义务成为债的内容。其分为忠实义务与保护义务:保护义务为缔约阶段行为义务的基本形式,因意定行为接触,当事人的法益暴露于对方影响;此外也出现忠实义务(具体形式包括告知、通知义务等),即当事人须告知对方阻碍缔约及契约目的之事项。

故保护义务与忠实义务的区分与整个缔约交往过程相关:保护义务具有消极属性,与磋商及其准备活动中的通常期待相匹配。随着双方互动紧密,出现了对行为更积极的要求,即忠实义务。其服务于接触及磋商之目的,即实现缔约。相应地,两类义务的违反涉及不同利益:若违反保护义务,须赔偿对方人身、财产损害,即所谓维持利益(Erhaltungsinteresse);^[60]若违反忠实义务,则须赔偿信赖利益,即相对人在磋商继续进行或契约有效订立情形下所享有的利益。^[61]

保护、忠实义务同样存在于履约阶段。但缔约前后的行为义务有何关联?拉伦茨认为:当双方未订立契约,该法定债务关系就此消灭。但当缔约成功,则由磋商关系转化为内容更广的契约关系。^[62]前一阶段既有保护义务为后一阶段吸收、补充。^[63]鉴于契约关系由合意产生,保护义务的内容和范围也相应由非强制性规范(如意思表示及契约内容的解释条款)及强制性规范(即法定禁止与善良风俗条款)共同决定,更为宽泛。在给付义务外还出现了为其准备或保障的义务,即其他行为义务(weitere Verhaltenspflichten)。^[64]其为缔约阶段保护、忠实义务的变体,以相同或变更的内容在履约阶段继续存在。即便契约被撤销,这些义务依旧存在,即双方实际履行名义上有效缔结的契约,构建起更为紧密的接触(即特殊联结),故双方仍负有保护及照顾对方法益的义务。

[56] Vgl. Karl Larenz, Schuldrecht I, Bd. 1, 14. Aufl., 1987, S. 106.

[57] Vgl. Karl Larenz, Culpa in contrahendo, MDR 1954, S. 518.

[58] Vgl. Larenz (Fn. 56), S. 109.

[59] Ibid.

[60] Vgl. Larenz (Fn. 56), S. 112.

[61] Vgl. Larenz (Fn. 56), S. 112-113.

[62] Vgl. Larenz (Fn. 56), S. 117.

[63] 履约阶段的保护义务之所以存在,是因契约关系的实施。一方当事人将其法益暴露于对方当事人的影响范围,故对方须谨慎处理对方法益,实施相关措施以避免其受损,并负有义务维持其由契约带来的益处,并使其权利实施成为可能。

[64] Vgl. Larenz (Fn. 56), S. 118.

概括而言,在拉伦茨理论中,行为义务随债的变化而变化。缔约与履约阶段的行为义务虽不完全一致,但连续、动态的变化同属于一个债务关系的发展过程。此时,履约阶段仍占有决定地位:一方面,双方合意产生更宽泛的行为义务;另一方面,与给付相关的义务内容,或通过意思表示及契约内容的解释,或通过相关条文对具体行为的控制,被更灵活地加以确定。

2. “统一法定保护关系”说下保护义务的统一

尽管拉伦茨试图串联缔约前后的行为义务,但仍有两处疑问:一是先契约关系是否真能被契约关系吸收?二是行为义务是否真能随债变化?据此,卡纳里斯提出了批判。在他看来,缔约阶段的行为义务虽指向诚信原则产生的法定信赖关系,但并不因契约成立而消灭。在履约阶段,契约双方的互动虽因给付关系的介入更为紧密,但保护义务仍与先契约阶段相同,仅涉及当事人的固有利益,与给付内容无关。^[65]故统一的债务关系被分割为信赖关系与给付关系,后者内容限于给付义务。卡纳里斯因此拒绝了拉伦茨给付义务与其他行为义务的分类,而承继了施托尔就给付义务与保护义务的二分法。其意在实现两个目的:一是构建给付关系与保护关系的绝对区分;^[66]二是统一缔约前后的保护关系。由此出现了法定信赖关系与契约关系平行存在的格局。

但既然拉伦茨已解决保护义务的来源问题,为何还要在现有法律框架外再造理论?答案与他意图解决附第三人保护效力之债中的争议相关。所谓附第三人保护效力之债,即第三人虽非契约当事人,但就其利益损害,仍享有契约或类契约的损害赔偿请求权。^[67]该理论意在克服德国侵权法范围狭窄的缺陷,尤其是《德国民法典》第 831 条中雇主只要尽到选任和监督雇员的注意义务即可免责的规定。^[68]但该学说突破契约相对性原则,争议不断。^[69]德国法一度流行的通说是将《德国民法典》第 328 条(利他契约)类推视为第三人保护效力的法律根据。但利他契约与第三人保护效力在性质上完全不同:前者所涉第三人对债权有独立请求权,而后者则完全独立于给付关系。由此,发展出了将契约双方间的保护义务类推适用于第三人的理论。^[70]但该做法仍有疑问,因第三人终非契约当事人。

卡纳里斯的解决方案是:将第三人与契约当事人间的债务关系与原有契约关系剥离。鉴于第三人未参与给付履行,其所涉损害仅限于与给付无关的人身、财产利益。故契约当事人对第三人的义务与上述情形下的保护义务完全一致。进而,各阶段(包括缔约、履约乃至契约外)中的保护义务同属统一的债务关系,即所谓保护关系,指向《德国民法典》第 242 条确定的信赖关系。^[71]由此,第三人虽在契约关系外,但为保护关系的当事人。故无须通过类推为契约债权人即可依据保护义务直接获得保护请求权。此外,与债务关系状态没有关联,即无论契约处于缔约或履约状态,或处于有效或因撤销、解除归于无效状态,信赖关系的参与者均可依据固有利益受损,追究契约当事人违反保护义务的责任。此即统一法定保护关系,所谓契约与侵权外的第三条道路。^[72]

[65] Vgl. Canaris (Fn. 13), S. 478.

[66] 给付关系与保护关系的区分一定程度上类似于负担行为与处分行为间的抽象原则,即契约无效或被撤销,并不能影响契约当事人之间的保护关系。区别仅在于:依据卡纳里斯的观点,给付关系并不作为保护关系的基础关系,即原因存在,而保护关系的出现则源于由特别联系产生的信赖关系。

[67] Vgl. Hans Brox, Allgemeines Schuldrecht, 1969, § 27 Rn. 375.

[68] Vgl. § 831 II 2 BGB.

[69] Vgl. Brox (Fn. 67), § 27 Rn. 375.

[70] 类推基于如下条件的成就:第三人靠近给付关系(Leistungsnähe)、债权人拥有保护利益、债务人对损害的可预测性以及第三人有保护之必要。Vgl. Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, Allgemeines Schuldrecht, 38. Aufl., 2014, § 33 Rn. 8ff.

[71] Vgl. Canaris (Fn. 13), S. 478.

[72] Vgl. Claus-Wilhelm Canaris, Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten, FS Larenz, 1983, S.102.

卡纳里斯继承了施托尔对给付与保护义务的严格划分,放弃了拉伦茨缔约时谨慎、照顾义务与履约时其他行为义务的构造。故辅助缔约或履约的行为义务难以被妥善归类。典型例子即卖方的告知义务:缔约时该义务不限于买方的人身、财产保护,亦涉及对成功缔约的信赖利益;若该义务在履约阶段出现,如卖方在交付标的物前就瑕疵的告知义务,则不限于买方固有利益的保护,还牵涉契约无瑕疵履行的积极利益。这在一定程度上导致德国新债法中的模糊与争议。^[73]

(四) 保护义务的法定化及债法义务群的重构

1. 保护义务理论的引入与附随义务的分裂

如上所述,附随义务(包括保护义务)学说不断迭代。德国现行民法典虽规定保护义务,但究竟引入了何种学说,唯深入法典体系与立法材料方可明确。通说认为,《德国民法典》第241条第2款规定了保护义务。^[74]但鉴于卡纳里斯为给付障碍法起草委员会的负责人,^[75]须追问:统一法定保护关系理论是否影响立法?从草案理由看,起草者虽采纳给付义务与保护义务的分类,但承认两者关系并不清晰,^[76]故称其为保护义务(或其他行为义务)。^[77]该用语模糊,表明立法者倾向于搁置争议,放弃明确保护义务性质究竟是意定还是法定。^[78]但无法否认其仍试图通过有限条文构建保护义务体系。如草案所述:第241条第2款所称保护义务通常涉及契约关系,仍存在与给付无关的保护义务,如缔约过失与附第三人保护效力之债。^[79]该内容规定于第311条。^[80]

第311条第1款规定契约之债的产生方式,第2款规定缔约过失,第3款规定附第三人保护效力之债。第2款中“具有第241条第2款所规定义务的债务关系因下列行为产生”的用语表明缔约过失与保护义务间的联系。但其1、2款之间的关系仍须推敲:将缔约过失置于契约债务关系项下并紧跟契约关系产生的规定,造成了其为准契约之债的外观。但上文已表明,缔约过失的学说定性与契约关系越发疏远。尤其第2款涵盖开始磋商或为其准备的缔约接触两类情形,与拉伦茨学说完全匹配。^[81]其背后理论实为法定债务关系说,故缔约过失的定位稍显模糊。

而据第3款,类契约之债亦可就契约外的第三人出现。^[82]但从条文看,无法证明起草者是否已采纳附第三人保护债务关系理论。据草案理由,该款特别针对代理人或合同磋商助手的自身责任。起草人认为:此类案件是否将缔约过失作为责任要件存有争议。^[83]故该款主要针对缔约过失中的第三人保护效力。这一倾向在该款第2句得到细化,即第三人能引发特别信赖,而显著影响契约

^[73] 此处所谓的模糊和争议,主要指《德国民法典》第241条第2款中的保护义务与第311a条自始不能情形下行为义务之间的不协调关系。详见下文论述。

^[74] 值得注意的是,草案最初稿中“特别照顾”(besondere Rücksicht)的表述最终为《联邦议会决议》中的“照顾”表述所替代。划去“特别”,表明立法者不希望将第241条第2款中的照顾义务与给付义务绝对分割。依据《法律委员会报告》,该款至少包含契约派生的无关于给付的附随义务以及缔约过失责任。Vgl. BT-Drucks. 14/7052, S. 182.

^[75] Vgl. Horst Ehmman/Holger Sutschet, Modernisiertes Schuldrecht: Lehrbuch der Grundsätze des neuen Rechts und seiner Besonderheiten, 2002, S. 4.

^[76] Vgl. BT-Drucks.14/6040, S. 125 - 126.

^[77] Vgl. BT-Drucks.14/6040, S. 125.

^[78] Vgl. BT-Drucks.14/6040, S. 126.

^[79] Vgl. BT-Drucks.14/6040, S. 125 - 126.

^[80] Vgl. BT-Drucks.14/6040, S. 125.

^[81] Vgl. § 311 II BGB.

^[82] Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 163.

^[83] Ibid.

磋商或订立,其与契约当事人之间互负保护义务。^[84]但何谓特别信赖?据草案理由,该条文针对缔约时的专家、鉴定人责任,即当事人因信赖其客观中立而磋商或缔约。^[85]故所谓信赖应属卡纳里斯所称之信赖关系。但第3款规定十分保守,无法解读出先契约之债第三人保护效力的一般规则。如起草者所述,缔约过失理论的发展尚未结束,立法仅反映学术、实务已认可的内容。^[86]

保护义务的引入不可避免影响到自始不能的规则,即第306、307条(旧)。该条源于蒙森的自始不能理论,^[87]但逐步被视为缔约过失情形。^[88]但为何将债务人出于主观原因的无力给付视为客观上的给付不能?这造成不合理结果:如卖方出于个人原因损毁标的物或使交付不能,仅须赔偿买方消极利益。^[89]故起草者从另一角度理解第307条(旧),即债务人责任并非源于不能给付标的物的状况,而源于检查其给付能力的先契约义务。^[90]由此,给付不能可能偶然出现,或于缔约,或于履约,确切发生时间难以证明。故义务违反虽在契约订立前发生,仍给予积极利益的损害赔偿。但该解释并不充分,对消极利益的突破更应视为法政策的考量。故起草者另有论据,即此处所谓积极利益是指未履行给付承诺的利益,而非损害因不能而排除的给付利益。^[91]在此意义上,卖方的行为义务并无拉伦茨理论中的法定性质,反而更靠近耶林创设缔约过失时的原始思想,即没有给付的契约关系。^[92]故此处履行利益,即债权人在债务人已就给付障碍或不能履行告知义务的情形下所能得到的利益。^[93]据此,第311a条的位置十分孤立。因债务人在履约阶段的行为义务并非给付内容,故自始不能不再被视为第280条以下的义务违反类型,进而与第241条第2款的保护义务无关。

2. 保护义务与给付义务在给付障碍法中的关系

法典虽认可给付义务与保护义务的区分,但两者具体关系须结合违反保护义务产生的损害赔偿加以明确。起草者试图创设统一条文,以覆盖绝大多数债的损害赔偿请求权,即第280条所谓的义务违反(Pflichtverletzung)。起草者认为:此处所谓义务既包括契约性附随义务(服务于实现给付利益),也包括纯粹保护义务。^[94]由此观之,起草者倾向于对保护义务作狭义理解。但该条毕竟仅规定了模糊的义务范围,还须结合违反保护义务产生的损害赔偿精确分析。

第282条规定:当债务人违反保护义务,债权人不仅可获得其对应损害赔偿;当给付无法苛求(zumuten)时,亦可主张替代给付的损害赔偿。^[95]由此,给付义务与保护义务得以相互勾连。但该联

[84] Vgl. § 311 III 2 BGB.

[85] Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 163.

[86] Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 162.

[87] 第306条(旧)外观上是“给付不能不成债”规则的翻版,即就不能之给付所立契约无效。具体而言:一是将引发契约无效的不能情形限缩于客观不能,主观不能并不影响契约效力;二是就客观不能,如蒙森一样分为自然与法律不能,且就两类情形同等对待。Vgl. Mot. II, S. 177, in: Mugdan (Fn. 15), S. 97.

[88] Vgl. Hugo Krefß, Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts, 1974, unveränderter Nachdruck der Ausgabe, 1929, S. 583; Heinrich Siber, in: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Fn. 24), § 275 - 293, S. 193.

[89] Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 165.

[90] Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 164.

[91] Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 165.

[92] Ibid. 该结论是耶林通过契约有效与无效情形的对比所得出。他认为:所谓无效,并不代表契约效力完全丧失。有效时,因契约目的是履行(即实现给付),故由履行形成契约拘束力;而无效时,履行虽落空,但契约仍可以其他方式产生拘束力。故契约被撤销,仅在法律上排除了履行可能,但并不否认双方已达成合意。合意之下,仍产生不以给付为目的的义务。即便契约无效,该义务仍得保留。Vgl. Rudolf Von Jhering, Culpa in contrahendo, 1969, S. 27 - 28.

[93] Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 164.

[94] Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 136.

[95] Vgl. § 282 BGB.

系究竟为何,首先须确定保护义务的范围。对比草案初稿与最终决议:第282条的初始表述“由债务关系产生的其他义务”最终为“第241条第2款之义务”取代。^[96]如《法律委员会报告》所称:此修订意在明确所谓义务即与给付无关的保护义务。^[97]鉴于两者的清晰划分,此处保护义务应做狭义理解。^[98]

其次须追问:违反与给付无关的保护义务为何会影响给付义务?如起草人所称:若继续让债务人给付,会使债权人难以忍受(unerträglich)。^[99]该标准仍显模糊。而在草案初稿中,除给付的不可苛求外另有要求,即义务违反须达严重(wesentlich)程度。^[100]尽管法律委员会以表述冗余为由删去,^[101]但严重一词暗示了违反保护义务的法律效果,即债务人行为破坏了给付义务与保护义务共同的法律基础。联系施托尔至卡纳里斯的学说:违反保护义务破坏的实为债务关系当事人间的信赖关系,致使债权人给付利益无法实现。^[102]这间接证明新债法认可了信赖关系的存在。

由上所述,德国现行债法中的变化不能以引入保护义务简单概括。原则上,给付概念仍在狭义上使用。而保护义务的含义并不统一,在给付外行为义务与纯粹保护义务间波动。根据对第280条以降的分析可知:立法者更倾向于狭义上使用保护义务。尤其从第282条的立法材料分析可知:立法者实际上认可了给付义务与保护义务同下属于信赖关系。但该设置并不符合施托尔及卡纳里斯的理解,即信赖关系平行于债务关系存在。而缔约过失则作为保护义务的特例存在,始于契约磋商与缔约接触。该规定承继拉伦茨理论,但忽略了与保护义务平行存在的其他义务。因此,自始不能不再为保护义务个案,但其理论却指向耶林所谓的无给付之债务关系。

三、我国债法对附随义务继受之考察

我国债法上的附随义务虽为继受产物,但不应被视为简单移植。从历史视角看,继受毋宁是外来制度融入本国法的过程。^[103]故附随义务的继受,应置于我国债法体系的建构过程加以把握。我国民法现代化始于清末修律,延续至今。债法体系的形成与中国社会的历次变革联动,形成层累效应。^[104]附随义务的引入同既有制度形成互动,构成现有制度的有机结构。具体而言,我国债法建构可分为三个阶段:第一阶段是清末修律至民国民法典诞生——该阶段全面效仿日、德民法,系统吸收外来制度;第二阶段则是建国后至20世纪80年代早期,该阶段表现为我国大陆与台湾地区债法的割裂发展:前者随社会变革而全面苏俄化,后者则在日、德模式下继续演进;第三阶段是

[96] Vgl. BT-Drucks. 14/7052, S. 14.

[97] Vgl. BT-Drucks. 14/7052, S. 186.

[98] 由此可知,第241条第2款与第282条中保护义务的含义及范围并不相同。准确地说,前者项下的保护义务应在广义上理解,而后者则应在狭义上理解。原因在于:第241条仍保留了狭义上的给付概念,故第241条须包含尽可能多其他行为义务,以囊括所有从债务关系中产生的义务。相反,第281条项下的损害赔偿对应于不履行或瑕疵履行的赔偿,故涵盖了所有与给付相关义务的违反。故第282条与第324条中的保护义务违反应尽可能的狭窄。由此可知,立法者整体上倾向于狭义使用保护义务的概念,即仅保护对方固有利益。

[99] Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 141 - 142.

[100] Vgl. BT-Drucks. 14/7052, S. 14.

[101] Vgl. BT-Drucks. 14/7052, S. 185 - 186.

[102] Vgl. Wolfgang Ernst, in: Münchener Kommentar BGB (Fn. 5), § 282 Rn. 5.

[103] Vgl. Martin Schermaier, Transplantation und Irritationen, Evolutionen und Diffusionen: Über Bedingungen und Konsequenzen der Rezeption fremden Rechts, in: Martin Schermaier/Werner Gephart (Hrsg.), Rezeption und Rechtskulturwandel: Europäische Rechtsstraditionen in Ostasien und Russland, 2016, S.24.

[104] 参见刘颖:《中国民法中的“层累现象”初论——兼议民法典编纂问题》,载《东方法学》2015年第2期,第38页。

《民法通则》颁布至今，立法将视野重新投向域外法制，以此重构民法体系。欲充分理解附随义务，须抽丝剥茧，还原该历史过程。

（一）第一阶段中的债法建构与附随义务问题

清末修律的直接产物是《大清民律草案》。该草案债编由日本法学家松冈义正起草，直接效仿日、德民法典。^{〔105〕}如第324条将债的标的限于给付，^{〔106〕}直接效仿《德国民法典》第241条(旧)。故在债法总则层面，无法表明起草者是否顾及附随义务问题。而《大清民律草案》第325条似乎引入就特定之债的注意义务，即债务人须负有善良管理人的注意，保存其特定物。但据草案，违反该义务并不能导致独立的损害赔偿。故此处所谓“注意”应视为债务人过错的具体标准。

在给付障碍法层面，仅引入给付不能与延迟两项标准。值得注意的是，德国法上的给付不能规则被完全接受，尤其是嗣后不能的规定与1900年《德国民法典》完全匹配：据《大清民律草案》第355条及第361条，给付不能被分为无过错与有过错两类；此情形下，债务人的责任以其过错(故意或过失)为前提。^{〔107〕}而对应的损害赔偿则被理解为债权人所受损失或可得利益，^{〔108〕}对应于《德国民法典》第249条(旧)与第252条(旧)。此外，《德国民法典》第306(旧)、第307(旧)条项下的自始不能规则被原封不动地移植到《大清民律草案》的第514、515条。可见，《大清民律草案》完全照搬了《德国民法典》的债法体例，未顾及附随义务问题。但其为《国民律草案》提供了学术基础。后者债法部分变化极小，基本维持前者体例：就债务关系及由其产生的给付的理解未产生变化，^{〔109〕}且给付障碍法体系仍以给付不能与延迟展开。^{〔110〕}但给付不能的规定在一定程度上过度简化，即仅规定嗣后不能，忽略了自始不能。故立法者同样未虑及附随义务问题。

《国民民法典》的制定由受日、德法学教育的史尚宽等人主导，^{〔111〕}更系统地吸收了两国法学。其债编保留了前两部草案的体例，而德国学说对法典体系及条文的支配也更为明显：给付仍被视为债务关系的内容，^{〔112〕}而给付障碍法仍分为给付不能与延迟。^{〔113〕}给付不能学说重新全面引入：第246^{〔114〕}、247条^{〔115〕}规定自始不能，对应《德国民法典》第306、307条(旧)；而第225^{〔116〕}、226条^{〔117〕}规定嗣后不能，分别对应《德国民法典》第275条(旧)项下无过错给付不能的给付免除及第280条(旧)项下因可归责给付不能产生的损害赔偿。

重要变化在于第227条，即债务人不为给付或不为完全之给付者，债权人得申请法院强制执行，并得请求损害赔偿。^{〔118〕}此处所谓“不完全给付”的含义存有争议，即其是否对应德国法上积极违约理论？我国台湾地区通说认为：该术语并不直接源于德国法，而是源于日本法。据1896年《日本民法

〔105〕 参见张生：《中国近代民法法典化研究》，中国政法大学出版社2004年版，第63页。

〔106〕 参见《大清民律草案》第324条第1款：债权人得向债务人请求给付。

〔107〕 参见《大清民律草案》第357条。

〔108〕 参见《大清民律草案》第572条。

〔109〕 参见《国民律草案》第286条。

〔110〕 《国民律草案》第322条以下规定了给付不能情形，第325条以下规定了延迟情形。

〔111〕 见前注〔105〕，张生书，第181—183页。

〔112〕 参见《国民民法典(1929年)》第199条。

〔113〕 《国民民法典(1929年)》第322条以下规定了给付不能情形，第326条以下规定了延迟情形。

〔114〕 参见《国民民法典(1929年)》第246条第1款。

〔115〕 参见《国民民法典(1929年)》第247条第1款。

〔116〕 参见《国民民法典(1929年)》第225条第1款。

〔117〕 参见《国民民法典(1929年)》第226条。

〔118〕 参见《国民民法典(1929年)》第227条。

典》第415条规定：如债务人未依债务本旨履行，债权人可向其主张损害赔偿。据当时梅谦次郎观点，“未依债务本旨”仅指完全不履行、延迟及其他给付情态（如时间、地点等）的不完全履行。故早于《德国民法典》颁布的《日本民法典》未曾顾及瑕疵履行。^{〔119〕}但在积极违约理论名声大噪后，日本学说随即改变，即该术语不仅指完全不履行，亦涉及给付虽成就，但不符合债务目的之情形。^{〔120〕}此类情形被称为不完全履行，被视为给付不能与延迟外的第三类给付障碍；其对应责任基于给付不能、延迟规则的类推适用。^{〔121〕}该学说后为《德国民法典》吸收，并固定为不完全给付的表述。^{〔122〕}此外，史尚宽的论著亦可佐证。在其教科书中，不完全履行与拒绝履行、给付不能及延迟作为不履行个案并存，对应瑕疵损害与瑕疵结果损害的相关情形。^{〔123〕}由此证明附随义务以积极违约的形式引起了立法者注意。但须承认，第227条在法典中为孤立条文，并未做好重构德国债法义务群体系的准备。^{〔124〕}

由上所述，自《大清民律草案》至《德国民法典》，债法体例始终以《德国民法典》为模仿对象亦步亦趋。故德国法的问题自然转嫁于中国法。对附随义务的忽视，欠缺积极违约及缔约过失相关学说等问题同样存在于两个早期草案。唯一例外是《德国民法典》因受日本法学影响间接吸收了积极违约理论，但以不完全给付的形式确定于法典内。但该趋势在随后并未能够延续，故作为积极违约理论后续发展的附随义务理论并未能持续产生影响。

（二）第二阶段中债法的割裂发展与附随义务问题的演进

中华人民共和国成立后，民法转向继受苏俄法学。^{〔125〕}但20世纪50年代至80年代三次民法典编纂留下的三组草案显示，我国债法并未完全抛弃德国法要素，而是在苏俄民法影响下改造了既有债法结构。

20世纪50年代我国民法典草案效仿1922年的《苏俄民法典》。^{〔126〕}抛开政治话语，后者基本维持了德国债法框架。最大区别是在总则部分出现了不履行的一般规定（第117条），即债务人不履行债务时，应对债权人赔偿因不履行所致之损害。^{〔127〕}由此，给付不能和延迟情形被规定为不履行的个案。^{〔128〕}这一改变为20世纪50年代的中国法学及立法草案所吸收。在当时中央政法干部学校教科书中，不履行理论已占支配地位，并细分为完全不履行与不恰当履行，^{〔129〕}而给付不能与

〔119〕 参见陈自强：《不完全履行与不完全给付》，载《北航法律评论》2013年第1期。

〔120〕 见前注〔119〕，陈自强文，第31页。

〔121〕 见前注〔119〕，陈自强文，第31页。

〔122〕 客观而言，1929年《德国民法典》引入的不完全履行概念并非成熟的学术成果。在法典颁布后，其学说随日本民法的发展继续演进。20世纪30年代，日本法学家将不完全履行分为瑕疵履行与加害履行，分别指向瑕疵损害与瑕疵结果损害。与之对应，该理论成为日后我国台湾地区的主流学说。参见史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第413页以下。

〔123〕 同上注，第413—415页。

〔124〕 在1988年我国台湾地区“民法”修订时，第227条依据史尚宽的学说加以修订和澄清，表述为：因可归责于债务人之事由，致为不完全给付者，债权人得依关于给付迟延或给付不能之规定行使其权利。因不完全给付而生前项以外之损害者，债权人并得请求赔偿。

〔125〕 参见何勤华：《论新中国法与法学的起步：以废除国民党六法全书与司法改革运动为线索》，载《中国法学》2009年第4期，第135—138页。

〔126〕 参见梁慧星：《中国民法：从何处来，向何处去》，载《中国改革》2006年第7期，第65—66页。

〔127〕 参见中央人民政府法制委员会编：《苏俄民法典》，新华书店1950年版，第65页。

〔128〕 在1922年《苏俄民法典》中，给付不能规定于第118至第120条，延迟规定于第121至122条。Vgl. Heinrich Freund, Das Zivilrecht Sowjet-Russlands, 1924, S. 184 - 185.

〔129〕 参见中央政法干部学校民法教研室：《中华人民共和国民法基本问题》，法律出版社1958年版，第183页。

延迟则全未提及。^[130] 该现象在立法上也得以体现：1956年《债法通则》(第一次草案)中，不履行不再限于给付不能和延迟，而是分为无原因的不履行、由客观困难所致的不准时履行、给付不能、给付延迟及标的物瑕疵等。^[131] 该倾向在1957年的《债篇通则》(第三次草稿)中表现更明显，即不履行被区分为不履行尚可履行的给付、因可归责债务人的事由导致的给付不能、质量存有瑕疵的履行及延迟等。^[132] 由此，德国式的给付障碍模式被解构。

20世纪60年代我国民法对债法的理解因计划经济体制的深化而产生巨大改变，即债法仅被视为财产流转关系的个案。^[133] 在债法总则层面，给付障碍的相关规定极端简化。如在1964年《民法草案试拟稿》中仅第69条规定：各种经济关系确定以后，承担义务的一方或双方须严格履行，全部或部分没有履行义务的应接受相应制裁，承担经济、行政上的责任。^[134] 可见，不仅削弱了不履行(包括瑕疵履行)概念，也取消了给付不能与延迟的分类。20世纪60至70年代，尽管我国法律建设几乎停摆，但以上趋势在80年代早期的民法典草案中得以延续。据1980年《民法典建议稿》，给付障碍的客观标准为“不能履行或不能完全按照合同履行”，其下未列具体类型。^[135] 尽管该草案未得实施，但对1981年《经济合同法》产生影响，即在该法中仍未列举具体给付障碍类型，而仅在第32条第1款设置一般条款，即由于当事人一方的过错，造成经济合同不能履行或者不能完全履行，由有过错的一方承担违约责任。

综上，建国后我国债法因全面继受苏俄法学而产生结构性改变：德国法上作为给付障碍基础类型的给付不能与延迟不再扮演重要角色；相反，不履行或不完全履行被视为违约的主要客观标准。而除给付障碍法的变化外，对债及给付的理解从20世纪50年代就十分模糊，如立法者并不确定债的标的究竟指向债务人的行为还是标的物。^[136] 而在60年代，债的概念被逐步弃用，故债务关系仅作为经济关系被重新定义。^[137] 直至80年代早期的民法典草案仍未使用债的概念，而直接与合同法、侵权法篇代替。^[138] 由此，难以判断债的基本结构及义务体系究竟发生了何种变化。

与之对照，我国台湾地区“民法”延续了继受日、德法学的道路，故积极违约后的相关理论对其法学产生后续影响。附随义务理论由史尚宽于20世纪50年代首次引入。^[139] 从论述看，他全盘采纳了艾内克鲁斯的理论，提出在诚信原则支配下还存在给付外的行为义务，即附随义务。除了以是否独立可诉为标准将其区分为独立与非独立两类外，他进一步认为：在缔约时也存在相应行为义务，典型表现为卖方在缔约时就标的物权利、品质瑕疵的告知义务。^[140] 他将此类义务的来源归结为由合同磋商所产生的类契约信赖关系。但与艾氏不同，他将其统称为附随义务。

^[130] 同上注，第180—186页。

^[131] 参见何勤华编：《新中国民法典草案总览》(上册)，法律出版社2003年版，第189—190页。

^[132] 同上注，第237页。

^[133] 20世纪60年代的民法典草案未沿用苏俄或德国民法模式，发展出了总则、财产所有权及财产流转构成的三编结构。故家庭、继承与侵权排除于民法典外，而税收、预算等被纳入。同前注[126]，梁慧星文，第66页。

^[134] 参见何勤华编：《新中国民法典草案总览》(下册)，法律出版社2003年版，第108页。

^[135] 同上注，第389—390页。

^[136] 见前注[131]，何勤华书，第186页。

^[137] 在20世纪60年代的草案中，物权与债法分别为财产关系与财产流转关系所取代。确切地说，债的分类被取消，故私法上的关系与预算、税收、信贷关系等混同。参见《中华人民共和国民法草案试拟稿(1964年)》，转引自前注[134]，何勤华书，第173页以下。

^[138] 参见《中华人民共和国民法草案征求意见稿第二稿》，转引自前注[134]，何勤华书，第436页以下。

^[139] 见前注[128]，史尚宽书，第340页以下。

^[140] 见前注[128]，史尚宽书，第348—349页。

值得注意的是,此后我国台湾地区的学说并未紧跟德国法上保护义务的发展,而是深耕附随义务理论并将之适用于司法实践。^[141] 20世纪80年代,王泽鉴在《债务关系的结构分析》一文中根据德国法的发展更新了附随义务理论。^[142] 总体上看,他接受了拉伦茨与丢勒的学说,构建起勾连缔约与履约阶段的广义附随义务概念。同时,他部分修正了史尚宽的学说,认为即便附随义务在履约阶段可分为独立与非独立两类,但前者并不等同于保护义务,而应进一步被划分为辅助给付的义务与保护维持利益的义务(即保护义务)。^[143] 值得注意的是,他接受了拉伦茨的观点,即附随义务(尤其是保护义务)存在于债务关系的所有阶段(尤其是先契约与后契约阶段)。^[144] 不同点仅在于用附随义务替换了其他行为义务概念。随后,广义附随义务学说在我国台湾地区成为主流观点,并对我国大陆地区民法学及立法产生重大影响。

(三) 第三阶段中的债法重建与附随义务理论的引入

20世纪80年代后,我国民法重新将视野投向域外。但债法的域外环境已发生巨变:一是二战后出现私法统一化趋势,《联合国销售合同公约》与《国际商事合同通则》(以下简称《通则》)对国际民商交易规则产生巨大影响。由此,欧陆债法与英美合同法在一定程度上实现融合;二是属于德国法族的各国内法分别演进,为我国民法建设提供范本。^[145] 在此复合背景下诞生了《合同法》,并首次引入了附随义务概念。但其理论内核须联系三对基本关系(即其与给付、过错、损害赔偿间的联系)来重新厘定。

1. 《合同法》第60条中给付义务与附随义务的关系

尽管通说认为,《合同法》第60条第1、2款区分了给付义务与附随义务,但该结论须依据条文表述精确把握。第1款的文义(即与合同约定相适应的义务)并不等价于给付义务的概念。故关键在于如何理解第1款的含义及其与第2款的关系。为此须考察债法总则层面对债与给付概念的把握。债的定义源于《民法通则》第84条,即债是依据约定或法定在当事人间产生的特定权利、义务关系,债权人有权要求债务人依约定或法定履行义务。该条未使用给付,而以义务概念定义债的内容。由此产生债务关系内的约定或法定义务。故《合同法》第60条第1款仅涉契约关系产生的约定义务,而第2款项下所谓义务本质上并非附随义务,而是未约定义务。

由此,两款间的关系并非给付义务与附随义务的典型区分,而是约定义务与未约定义务(确切而言是明示与默示义务)的划分。该结构可追溯于1994年《通则》第5.1及5.2条。其规定:当事人的契约义务可明示,亦可默示;^[146]而默示义务可依据契约性质、目的、当事人实际履行情况及诚信原则确定。^[147] 在此意义上,所谓的附随义务本质上对应于第5.2条的默示义务(implied obligations)。此外,附随义务概念在立法时并未使用。立法者将《合同法》第60条第2款所列义务仅称为基于诚信原则的义务。该法实施后,附随义务才引入官方释义,而后为学术著作广泛采纳。故将第60条第2款视为附随义务源于我国台湾地区法学的直接影响,亦间接表现为在释法层

^[141] 我国台湾地区在司法实践中对附随义务的认可始于20世纪90年代。因其“民法”与《德国民法典》具有相似性,审判中亦遇到与德国法院的相似问题。如买卖合同中,始终面临瑕疵担保责任与一般给付障碍法中不完全给付间的竞合困难。而法院对附随义务理论的革新不多,限于采纳与适用史尚宽与王泽鉴的学说。詹森林:《最高法院裁判与民事契约法之发展》,载《台湾法学杂志》2011年总第177期,第96—97页。

^[142] 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第四册),中国政法大学出版社2003年版,第94页以下。

^[143] 同上注,第106—107页。

^[144] 见前注[142],王泽鉴书,第108—109页。

^[145] 见前注[5],全国人大法制工作委员会民法室书,第36页。

^[146] See Art. 5.1 PICC (1994).

^[147] See Art. 5.2 PICC (1994).

面引入德国学说的学术倾向。^[148]但也由此造成流行学说与立法本意间的不协调。

2. 缔约过失与附随义务间的关系

缔约过失制度规定于《合同法》第42、43条。据第42条,若一方当事人恶意磋商,故意隐瞒与缔约有关的重要事实或提供虚假情况,或有其他违背诚信原则行为,须向对方承担损害赔偿责任。而据第43条,若一方当事人在缔约时知悉对方商业秘密,对其泄露或不当使用的,负有损害赔偿责任。其为依据1994年《通则》第2.15、2.16条改写的产物,故违反诚信原则与违反商业秘密分开处理。但如注解所述,两者均属于恶意磋商(negotiations in bad faith)。^[149]据此,《合同法》将恶意要件具体化为恶意磋商或故意隐瞒重要事项。故此处缔约过失本质上更接近缔约故意(dolus in contrahendo)。^[150]

因《合同法》第42、43条源于1994年《通则》,立法者并未考虑到缔约过失与附随义务的联系,而视其为与契约履行无关的特殊阶段。因违约责任被界定为无过错责任,而缔约过失原则上以当事人恶意为要件,缔约与履约责任的性质差异更为明显。^[151]由此,缔约过失更接近于侵权责任:一方面因我国民法并无《德国民法典》第831条项下雇主免责条款,故无论雇主是否在选任雇员时尽到注意义务,只要后者因履行职责过错导致第三人损害,即负有侵权法上的赔偿责任。^[152]另一方面,我国《民法典(草案)》第1198条(原《侵权责任法》第37条)要求:若公共场所管理人未履行安全保障义务而导致他人损害,须负赔偿责任。故缔约过失所涉固有利益的侵害(即保护义务违反)已为侵权法所包含。

但缔约过失的定性因附随义务理论抬头而改变。一些民法学者注意到,缔约过失责任源于缔约阶段行为义务的违反,同履约阶段的附随义务一样指向《合同法》第6条规定的诚信原则。故该义务亦可称为先契约附随义务。^[153]由此,附随义务的含义发生变化,被视为贯通缔约、履约阶段的一般行为义务。但不应认为已出现两阶段中行为义务的融合趋势,尤其体现于两阶段中保护义务的不同处理方式:一方面,我国侵权法的强势地位导致缔约过失限于较狭窄的范围,即违反缔约阶段保护义务并不被视为缔约过失,而归于侵权责任。^[154]这进一步导致对信赖利益(即消极利益)的狭义理解,排除了固有利益的损害赔偿。^[155]另一方面,履约阶段的保护义务不受此影响,仍属违约责任范畴。这正说明:先契约阶段的独立性阻断两阶段行为义务的互动和转化。由此,缔约过失制度落入如下困境:一方面,将缔约过失定性为侵权或准侵权;另一方面,受德国法影响,缔约阶段的行为义务越发被视为与附随义务的同种义务。该冲突导致了确定缔约过失适用边界的困难。

3. 损害赔偿与附随义务的关系

如希尔伯所称,认可附随义务的标志在于是否存在违反该义务对应的损害赔偿。故须考察《合同法》中违约责任的性质。据《合同法》第107条,当事人不履行合同义务或者履行合同义务不

[148] 根据期刊检索显示,在《合同法》颁布前少有关于附随义务问题的论文。而从该法颁布后发表的论文看,附随义务理论通常被视为源于我国台湾地区“民法”或德国民法的制度。少有作者注意到,《合同法》第60条第2款与《国际商事合同通则》间的紧密联系。显然,大部分论文对该款的认识受到官方释义的影响。参见道文:《试析合同法上的附随义务》,载《法学》1999年第10期,第23页;李伟:《德国新债法中的附随义务与民事责任》,载《比较法研究》2004年第1期,第72页。

[149] See Art. 2.15, 2.16 PICC (1994).

[150] 参见梁慧星:《中国民法典草案建议稿附理由:合同编》(上册),法律出版社2013年版,第99页。

[151] 见前注[5],全国人大法制工作委员会民法室书,第58页。

[152] 参见《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(2000)第9条第1款。

[153] 参见王利明编:《中国民法典学者建议稿及立法理由:债法总则及合同编》,法律出版社2005年版,第66—67页。

[154] 参见孙维飞:《合同法第42条评注》,载《法学家》2018年第1期。

[155] 见前注[153],王利明书,第67—68页。

符合约定,应承担赔偿损失等违约责任。不履行或不符合约定履行的表述继承第二阶段时的传统,即统一的不履行概念。故违约不再细分为给付不能与延迟,而仅区分拒绝履行(《合同法》第108条)与瑕疵履行(《合同法》第111条)。该分类似乎遗漏了延迟情形。但须注意,《合同法》第107条的不履行概念同时受到1994年《通则》第7.1.1条影响。后者规定:不履行系指一方当事人未履行契约项下的任何义务,包括瑕疵履行或延迟履行。^[156] 由此,不履行不仅涉及完全不履行,也涉及所有瑕疵情形(包括延迟)。^[157] 故德国法上的给付不能概念被弃用。其虽仍出现于《合同法》第110条,但仅限于充当非金钱债务中履行义务的免责事由。

那么,在《合同法》体系中违反附随义务是否需要承担损害赔偿?或进一步问:第60条第2款作为未约定义务,究竟仅指向合同的履行利益,抑或业已包含对固有利益的保护?若《合同法》第107条所谓的义务违反以1994年《通则》中“契约项下的任何义务”理解,则第一问应作肯定回答。尤应注意,1994年《通则》第7.4.1条就损害赔偿(damages)的注解中写明:违约造成的损害赔偿及于合同产生的所有义务,无须区分主(principal)义务与附随(accessory)义务;而就损害赔偿的范围,《通则》第7.4.2条的注解更进一步明确应对所受损失作宽泛解释,并在示例中指明应当对固有利益的损害给予救济。^[158] 故对《合同法》第60条第2款的解读,若以《通则》中的规定为基准,应认为其所涉合同义务是广义的:内容上不仅包括合同欲求实现的履行利益,也包括固有利益的保护;而在性质上其与约定义务一致,并无德国法上给付义务与附随义务(保护义务)的严格区别。

但问题在于立法者对《合同法》违约概念的解释并未完全依照《通则》,而受到我国台湾地区“民法”乃至德国民法的强烈影响。官方释义将完全不履行分为拒绝履行与履行不能,而不符合约定的履行则分为瑕疵履行与加害履行。^[159] 由此,不履行概念实际上等同为不给付,与给付不能学说紧密相连。不履行的概念虽然模糊,但仍可确定:无论依据《通则》或德国法解释,附随义务的违反问题仍为《合同法》第107条所包含。区别在于:如依前者,可解释为未约定义务;如依后者,可视为附随义务或保护义务。

但两种理解导致对损害赔偿的不同算法。根据《合同法》第113条,损失赔偿额相当于违约所致损失,包括履约后可得利益,但不得超过违约方缔约时预见或者应预见的违约损失。该条转化于1994年《通则》第7.4.2条,但略去了其全面赔偿原则(full compensation),即只要在不履行与损害间存在因果关系,则该损害须全面赔偿。^[160] 根据《通则》注解,此处损害应采广义理解,不仅包括债权人本有财产的减少,也包括额外财产损失的增加。^[161] 该原则未写入《合同法》,但为官方释义接受,^[162] 故违反附随义务应作为违反未约定义务得到赔偿。

以上理论异于德国法。1900年《德国民法典》采债务转化理论,故损害赔偿实为给付替代。违反给付外的行为义务如何对应损害赔偿始终是理论难题。积极违约理论提供了类推适用债务人

[156] See Art. 7.1.1 PICC (1994).

[157] See Art. 7.1.1 Comment PICC (1994).

[158] See Art. 7.4.2 Comment PICC (1994).《通则》中所举案例简述如下:A建筑公司向B公司租赁起重机。由于起重机的基座固定不牢,发生解体,砸坏建筑师的汽车。且施工中断八天。在该情形下,B公司不仅应赔偿A公司因施工延迟产生的损失,还需赔偿维修汽车的费用。

[159] 根据官方释义,瑕疵履行包括交付不足、标的物品质瑕疵、错误给付方式与地点以及延迟等,而加害给付则指导致债权人除标的物外的人身、财产损害。见前注[1],胡康生书,第201页。

[160] See Art. 7.4.2 PICC (1994).

[161] See Art. 7.4.2 Comment PICC (1994).

[162] 见前注[1],胡康生书,第205—206页。

延迟规则的权宜之计。而保护义务的发展则在债权人固有利益的损失与债务人义务违反之间构建起直接因果联系，故在给付等价利益外的损害赔偿得以出现。而我国的附随义务违反则归入所谓不履行范畴，故其对应的损害赔偿依据统一标准(即全面赔偿原则)加以裁量。

对债的内在机理的不同认识亦导致对过错的不同要求：《合同法》未将债务人过错作为不履行(包括违反附随义务)导致损害赔偿的必要条件；而德国法上，过错要素(尽管其多数情形下为推定存在)仍为必须。其对附随义务违反的必要性体现为对普赫塔公式^[163]缺陷的克服：因该公式本仅针对给付转化，过错要素在其中仅起次要作用，故其重要性随着违约客观化而日益式微；而其对附随义务违反依旧重要，因其仍被视为债务关系中除给付外的额外内容，故债务人的过错，确切地说是过错行为才是损害发生的实际原因。

对比之下，中国法免除过错源于对《联合国销售合同公约》及《通则》的刻意模仿，以促进契约履行与被害方的保护。^[164]但抛开法政策考量，仍须思考免除过错要求是否真与给付障碍法体系匹配：因附随义务可归入未约定义务，其违反自然视为不履行个案，过错要素遂无关紧要。但违反附随义务，侵害他人的固有利益，亦可引发合同、侵权责任竞合。据《民法典(草案)》第1165条(原《侵权责任法》第6条)，行为人因过错(含过错推定)侵害他人民事权益，应承担侵权责任，故导致同一行为由合同法及侵权法分别评价，产生截然不同的法律结果。

4. 《合同法》及《民法典(草案)》中附随义务的问题所在

《民法典(草案)》合同编基本保留了原《合同法》中有关契约当事人行为义务的规定：有关缔约过失的《合同法》第42、43条原封不动地移植到《民法典(草案)》第500、501条；关于履约阶段行为义务的《合同法》第60条原样照搬到了《民法典(草案)》第509条第1、2款。^[165]而《合同法》有关违约责任的条文也几乎原样移植到了《民法典(草案)》中：如规定损害赔偿责任的《合同法》第107条成了《民法典(草案)》第577条；规定违约具体情态的《合同法》第108条(拒绝履行)与第111条(瑕疵履行)相应照搬到了《民法典(草案)》第578条与第581条；关于损害赔偿范围的《合同法》第113条也完整保留于《民法典(草案)》第584条。故《合同法》的附随义务问题当然转嫁于《民法典》。

由此可见，我国《民法典(草案)》中的附随义务仍是《合同法》时代多重继受的产物。其问题可归结为三个方面：

(1) 鉴于我国债法义务体系并非基于给付，而是约定义务与非约定义务的区分，附随义务概念与合同法的义务体系无法完全匹配：约定义务可能包含给付外的其他行为义务，而未约定义务也通过诚信原则与交易习惯确定，而视为给付义务一部分。这就解释了审判实践中对附随义务认定的混乱：将其视为给付义务、从给付义务乃至保护义务的做法，实质是将其认定为未约定义务。

(2) 尽管附随义务的违反归于统一的不履行概念，但无过错责任掩盖了附随义务的特性，即因违反该义务产生的损害赔偿并不属于给付内容，而源于侵害行为产生的结果。故尽管全面赔偿原则的适用仍能提供相应损害赔偿，但免除过错要求仍缺乏法理基础。这解释了审判实践为何与立法不一致，强调过错。该倾向一定程度上源于《经济合同法》过错责任传统的持续影响，但更体现为法律适用时无法忽略过错要素与义务违反间的联系。

(3) 尽管《民法典(草案)》依照《合同法》采纳了缔约过失，但缔约与履约阶段行为义务间联

^[163] 该公式的具体内容详见前注[17]。

^[164] 见前注[5]，全国人大法制工作委员会民法室书，第59页。

^[165] 《民法典(草案)》第509条与《合同法》第60条的区别在于增加了第3款，即规定了当事人在履约阶段负有特定的环境保护义务。参见《民法典(草案)》第509条第3款。

系并未明确,故缔约过失更多被视为侵权及准侵权责任。而在学说构建层面,则越发受到我国台湾地区及德国法的影响,而缔约、履约阶段的行为义务则统而视之。由此解释了为何司法实践中或将附随义务理解为侵权法中安全保障义务,或又视其为贯通缔约、履约阶段的行为义务。

四、我国《民法典(草案)》附随义务体系之重构

综上所述,《德国民法典》自1900年颁布至2002年债法改革的百年学说史解释了德国法上附随义务的产生及其发展为保护义务的原因与路径。而我国自清末修律至今的债法史亦展示了我国附随义务的来龙去脉与问题所在。届时,当《民法典》颁布后,须精确解释《民法典(草案)》第509条第2款以构建我国附随义务体系时,应有三方面启示:

(一) 从附随义务到未约定义务

德国法上之所以出现给付义务与附随义务(或保护义务)的明确划分,源于民法典以主观权利学说构建的给付概念与债务关系,从而忽略了给付外的行为义务。为克服给付概念的严苛性及给付障碍法的缺陷,史韬布将积极违约作为给付不能与延迟外的第三类给付障碍类型。而给付外行为义务的发现,肇始于希尔伯的谨慎义务构想,并由艾内克鲁斯将其系统化附随义务理论。但因以上理论围绕给付义务构建,故陷入对附随义务的定性困难,由此出现了保护义务理论。随着该学说逐步完善,给付义务与附随义务间的边界不断严格化,以致统一的债务关系事实上分裂为给付关系与信赖关系。尤其在卡纳里斯统一法定保护关系理论的影响下,德国现行债法出现了将保护义务视为契约与侵权外的第三种民事责任的趋势。这不仅对德国法传统,还对于其他拥有罗马法渊源的民法体系均显陌生。

而我国虽在《合同法》时代的释法及实务层面使用了附随义务学说,但在立法层面并无相似的德国背景。相反,《合同法》受到《通则》整体契约义务观念的直接影响,更接近于约定与未约定义务的区分,该特点亦为《民法典(草案)》所继承。故从解释论的角度,不妨尊重条文原意,径直将《民法典(草案)》第509条第1、2款解释为约定义务与未约定义务。约定义务并非支配关系下的行为义务。它具有更宽泛的内容,不仅包括与具体契约类型相匹配的给付义务,亦可涵盖通过双方合意产生的其他行为义务。在此基础上,围绕诚信原则及契约的性质、目的和交易习惯而衍生出的未约定义务则不仅可包括配合、帮助约定义务实现的行为,也可涵盖与交易本身不直接相关的其他义务。在此意义上,未约定义务与附随义务相比,范围更广,内容的确定方式也更灵活。故在我国语境下,从约定义务的弹性概念出发,解释出更宽泛的契约义务内容,比单纯继受附随义务理论更贴近立法本意,也更适应既有法律的体系构造。

更重要的一点在于:以未约定义务取代附随义务的实质,是以约定与否为标准对合同义务重新划分,以取代给付义务与附随义务的二分法。其根本是有意识地扬弃带有强烈德国法色彩的给付概念,径直以双方合意产生的行为义务作为合同义务内容的逻辑起点,从而规避诞生于潘德克顿法学的给付概念片面强调债务人于债权人支配关系下行为义务的缺陷,更好地兼顾合同义务的平衡性和开放性。而以此基础衍生出的未约定义务,则作为约定义务的补充,在性质上与其保持一致,亦可有效避免现行德国法对附随义务定性时不得不将其分裂为从给付义务与保护义务的困境。由此,采用约定义务与未约定义务的模式,更有利于我国民法构建起自洽、统一的合同义务体系。

(二) 从无过错到过错责任

其次,德国法上附随义务与过错间的联系变得更为间接,甚至彼此无关。由于法典仍保留了普赫塔的责任要件公式,即要求客观上的义务违反及主观归责,故自希尔伯开始,即将谨慎(即过

错的反面)视为客观意义上的行为义务,以此构造与损害赔偿发生直接联系。行为义务理论其后的发展则越发与当事人的主观状态脱钩,而被赋予法定义务的特性。另一方面,则表现为过错要素越来越少受到关注,以至于违反限于固有利益的保护义务已近乎被视为客观不法(objektive Widerrechtlichkeit)。^[166] 但不应忘记,普赫塔公式本质上基于给付转化理论,故损害赔偿始终与给付利益(亦即债的原始内容)相匹配。故当行为义务的法律基础不再与意定法律关系(如缔约、履约)挂钩时,则造成疑问,即违反行为义务的责任究竟源于何处?

而我国出现了立法与实务就附随义务的归责标准不统一的现象:前者通说对契约义务整体采无过错归责,而后者多采过错归责。原因在于附随义务的性质并非始终与给付义务保持一致:或为其派生出的行为义务(如协助、告知义务等),或相对独立于给付,为保护对方固有利益的义务。正如有学者建议:就前者,可参照给付义务,采违约责任的客观归责;就后者,因其更类似于侵权法上的法定责任,原则上应实行过错归责(包含过错推定)。^[167] 该做法避免了一刀切的归责方式与不同性质契约义务间的错位,值得肯定。但须注意,其同时分裂了附随义务概念的统一性。然而,如代之以约定义务与未约定义务的分类,则违反约定事项的行为,可根据双方合意内容,以客观归责追究其违约责任;而就未约定义务的违反,则可联系诚信原则,参照契约具体性质评价债务人过错后归责,从而保持义务概念与归责标准的一致性。

但须指出,对于违反未约定义务采过错归责,并不意味着将其视为侵权责任。未约定义务的性质仍与约定义务一致,为合同义务。其归责之所以不同,源于违约方式的区别:对于约定义务的违反,是契约当事人对合意内容,亦即自身允诺的违反,本身即包含过错,无须另加论证;而对未约定义务的违反,则可分为违反涉及当事人固有利益的保护义务与违反配合、帮助约定义务实现的其他行为义务加以理解:在前者情形下,违反保护义务本身即侵害当事人人身及固有财产权益,构成侵权责任。故与侵权法保持一致的过错归责,即可避免合同法与侵权法对同一行为的评价差异;而在后者情形下,此类义务是由诚信原则、契约的性质、目的及交易习惯导出而额外附加于当事人,其性质更接近于违反“不成文的客观法”(拉伦茨语),具有准法定性质。故对此类行为的评价,仍须增加对行为人主观过错的考察。唯其未尽必要的注意义务时,方可对其归责。

为实现对违反约定义务与违反未约定义务的差别化归责,从解释论角度出发,无须对《民法典》既有条文做出修改,只需转变对《民法典(草案)》第577条(原《合同法》第107条)的定性,即不再视其为直接对违约责任进行无过错归责的条款,而视其为针对违约责任可归责性的解释规范,即条文中“不履行合同义务或履行合同义务不符合约定”的表述仅明确了债务人须存在合同义务违反的客观要件,而未明确其过错状态的主观要件,从而规避明确违反未约定义务所生责任究竟采取何种归责标准,为在学说和实践中采纳过错归责创造理论空间。

(三) 构建广义的未约定义务

由于保护义务的引入,德国法上先契约关系和契约关系的联系更为复杂:从耶林到莱昂哈德,先契约关系一度向契约关系靠拢,被视为后者的特殊阶段。但伴随对于先契约阶段独立性的强调,两者边界重新走向绝对。但由于缔约过失与积极违约均逐步为保护义务理论(尤其是“统一法定保护关系”说)所替代,两者又在保护关系的层面上重新统一。该既分裂又统一的悖论与德国债法始终将给付关系视为基于主观权利所构建的支配关系紧密相关。由此,德国债法改造虽意在克

^[166] Vgl. Stefan Grundmann, in: Münchener Kommentar BGB (Fn. 5), § 276 Rn. 22 - 23.

^[167] 参见张家勇:《论违反合同保护义务的归责标准》,载《西南民族大学学报(人文社会科学版)》2013年第2期,第102页。

服百年前的立法缺陷,但仍无法摆脱路径依赖的制约。

鉴于我国《民法典(草案)》只设合同编及侵权编,不设债法总则,可见我国民事责任体系仍为契约与侵权的二元结构。如全面引入“统一法定保护关系”学说,恐难与民法典协调。而考虑到我国司法实践中已有整合缔约、履约阶段行为义务,及将看管、照看义务视为侵权法安全保障义务的做法,不妨在此基础上扩张未约定义务的概念,即不再将其限于契约履行,而是依据《民法典(草案)》第7条(原《合同法》第6条)诚实信用原则,统领《民法典(草案)》第500条(缔约过失)、第501条(保密义务)、第509条(诚信履行)及第558条(原《合同法》第92条)后合同义务中的所有相关行为义务,在解释论层面构建广义未约定义务的学说体系。

值得一提的是,目前虽已有学者受我国台湾地区“民法”影响,提出广义附随义务的构想,但若严格考究,附随义务概念并不适合充当贯通缔约、履约乃至后契约阶段的广义行为义务体系。究其缘由,乃因其本意是伴随给付而生的行为义务。故在缔约或后契约阶段,均无给付关系;所谓毛之不存,皮将焉附,又何来附随义务之说?正因此,卡纳里斯才将附随义务概念一分为二,提取合同交易各阶段的保护义务以构建统一的法定保护关系,但仍无法将保护义务外的其他行为义务纳入统一的理论框架。而采取未约定义务,则可规避以上难题,即以约定与否为标准重新划分整个合同交易过程。约定本身并不框定合同关系的起点和终点,只关乎履行阶段合同双方明示义务的确定。而在更广义的范围内,合同交易关系(包括缔约、履约及后契约阶段)均囊括在未约定义务的统摄之下。由此,得以构建一个以诚信原则贯穿交易始终,而在履行阶段充分尊重当事人约定的契约义务体系,以避免严格区分契约诸阶段所致责任定性的困难,并尽可能减少契约与侵权的二元对立。

Abstract The codification of the Special Section of the Chinese Civil Code is faced up with how to build up a model of subordinated obligation, which requires to clarify its relationship with other elements such as the obligation of performance, fault and the behavior liability outside the contract. Some scholars have advocated that China should adopt the theory of obligation of protection from Germany, but it requires an in-depth understanding of the connections and differences between the Chinese and German counterparts. The theory of subordinated obligation in German law was born from the doctrine of positive breach of contract and matured in the theory of the obligation of protection, which reveals the tendency of the independence of behavior obligation, the objectification of its imputation criteria and the statutory nature of its liability. In comparison, the subordinated obligation in Chinese law combines the extraterritorial doctrines and domestic legislation, which causes the deviation of theories from legislation, the disunity of its imputation criteria and the splitting of the liabilities between the contractual negotiation and performance. We had better replace the terminology of subordinated obligation with general implied obligations in order to build up broader contractual obligations, avoid the rigorous imputation criteria and reduce the binary opposition between contracts and torts.

Keywords Subordinated Obligation, The Obligation of Protection, Culpa in Contrahendo, The Compilation of the Civil Code

(责任编辑:庄加园)