

从附随义务到合作义务

——兼论未来民法典合同编应明确规定合作义务

孟勤国 王厚伟

摘要: 陈旧的合同附随义务理论存在重大缺陷,即合同保护义务理论无法适应我国《合同法》与《侵权责任法》分置的法律体系;以诚信原则确定附随义务无法准确区分主给付义务与附随义务,且容易造成法官自由裁量权的滥用;附从义务论通常并不符合合同旨意,更不符合当代合同法发展的新方向,很难解释日新月异的新经济现象和商业模式。合同附随义务的本质是促进合作,合作义务已被众多域外合同法所确立,我国未来民法典合同编应明确规定合作义务。合作义务与约定义务处于平等地位,裁判者应以合同目的为中心对二者进行公平审查,以最终确定合同责任。

关键词: 附随义务 合作义务 民法典

中图分类号: DF51 **文献标识码:** A **文章编号:** 1673 - 8330(2019)03 - 0017 - 12

DOI: 10.13893/j.cnki.bffx.2019.03.002

现行《合同法》第42、60、92条规定了基于诚信原则在合同缔结、履行及终止后当事人应当承担的义务,理论上通常称之为合同附随义务。但由于《合同法》之规定定位不清、责任不明,实践中对违反合同附随义务的处理只能仰仗附随义务理论的指导。附随义务理论自诞生起已有将近百年历史,至今仍众说纷纭,势必导致有关合同附随义务的实务裁判亦“众判纷纭”,不利于裁判统一,也不利于合同法目的之实现。在民法典编纂的大背景下,法典各分编逻辑之协调尤显重要,此亦为编纂民法典之意义所在。有必要重新审视合同附随义务的相关理论,立足于目前民法典草案的体系结构,结合新的时代背景以及国际合同立法发展趋势,以前瞻性与时代性为指导,构造升级版的“附随义务”,并在未来的民法典合同编中作出更合理、更清晰的规定。

目前学界有关附随义务的理论观点繁多,概其要者,主要有三种观点:第一种观点认为附随义务是法定与约定义务之外,依据诚信原则产生的,旨在保护合同当事人给付利益与固有利益之义务。^①第二种观点认为附随义务的本质不在于约定抑或法定,而在于附从性,即附随义务是为确保合同目的实现,当事人应当履行的附从于给付义务的从义务。^②第三种观点认为未来民法典应借鉴《德国民法

[作者简介]孟勤国,武汉大学法学院教授,博士生导师。王厚伟,武汉大学法学院民商法学博士研究生。

① 参见王家福主编《民法债权》,中国社会科学出版社2015年版,第136页。

② 参见崔文星《对附随义务的界定》,载《西南政法大学学报》2000年第1期,第44页。

典》第 241 条的规定,依合同义务主旨之不同,分给付义务与保护义务两类,给付义务旨在实现当事人的履行利益,保护义务则旨在保护当事人的固有利益,两者泾渭分明。^③前两种观点属主流观点,但第三种观点近年来有急剧上升之趋势,已产出大量的合同保护义务研究成果,值得重视。

一、合同保护义务不适应我国法律体系

(一) 我国《合同法》并未借鉴德国债法上的保护义务

在德国新债法中,保护义务的条文依据是《德国民法典》第 241 条第 2 款,有学者认为我国合同法与之对应的条文是《合同法》第 60 条第 2 款。^④从条款文义看,两者确实具有共同点,即这些义务都具有不确定性。但两者仍有区别:首先,德国法上的保护义务是一项明确的法定义务,不以当事人的意志为转移,属当事人法律行为之外的义务,只要合同一方未顾及对方的权利、法益和利益,均应承担法律责任,裁判者并无多少自由裁量权。而我国法上的该义务必须依靠法官的解释,即法官依“诚实信用原则”对合同作出解释,鉴于法官对诚信原则的理解各异,必然存在较大的自由裁量权;而“根据合同的性质、目的和交易习惯”的表述进一步说明,该义务仍然根植于合同,与当事人的意志无法完全脱离,难言法定义务。正是从这个意义上讲,我国《合同法》关于附随义务的规定仍着眼于合同目的之实现,维护的是合同履行利益,而非当事人的固有利益。^⑤有学者甚至完全否定合同保护义务,认为在合同履行过程中造成人身、财产等固有利益损害的,必须根据侵权责任主张损害赔偿。^⑥

从司法实践来看,在最高人民法院公报案例“五月花餐饮合同案”中,法院认为,“此种侵害一旦发生,只能从经营者是否尽到合理注意义务来判断其是否违约”,“经营者必须根据本行业的性质、特点和条件,随时、谨慎地注意保护消费者的人身、财产安全”。^⑦此种义务与现行《侵权责任法》上的安全保障义务不存在本质区别,该案终审法院最终也以侵权责任法上的“公平责任条款”判决此案。须说明的是,在另外两个公报案例,即“银河宾馆案”以及“太阳城游泳池案”中,^⑧法院以承担违约责任的方式结案,似乎认可了合同保护义务,实则不然。这两个案件涉及的是住宿与游泳服务合同,无论什么级别的酒店或游泳池,保护客户的人身安全皆属合同的主要内容和目的,故属于合同本身的给付义务,而非德国法意义上的保护义务,德国债法上的保护义务特指与给付无关的保护义务。

(二) 未来的民法典合同编不宜借鉴德国债法上的保护义务

众所周知,德国没有独立的侵权责任法,亦无独立的合同法,侵权行为与合同都被视为债之原因而统一规定在其民法典债务关系篇。因此,在涉及固有利益保护的场合,若侵权行为部分保护不周,则必然需要通过合同法解决:一是德国侵权法原则上只保护生命权、身体权、物权等绝对权利,侵犯其他权益只有在满足违背善良风俗的前提下方能主张侵权责任,而合同接触过程中对他人固有利益的侵害大多并未达到侵犯法定权利的程度;二是除特别法外,德国法上的侵权行为以过错责任为原则,且由债权人承担举证责任,这在存在合同之场合并不合适,债权人往往很难证明债务人的过错;三是依据德国侵权法,在雇员侵犯顾客固有利益的场合,雇主可通过证明其选任受雇人及监督其职务之执行已尽必要之注意而免责,这也不利于保护顾客的固有利益;四是德国债法改革之前,侵权损害赔偿请求权的诉讼时效期间为三年,而合同损害赔偿请求权是三十年,此巨大差异也是德国法在合同领域

^③ 参见迟颖《我国合同法上的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135页。

^④ 参见叶金强《论侵权法的基本定位》,载《现代法学》2015年第5期,第70页。

^⑤ 参见邱雪梅《试论民法中的保护义务》,载《环球法律评论》2007年第5期,第114页。

^⑥ 参见王利明、房绍坤、王轶《合同法》,中国人民大学出版社2002年版,第285页。

^⑦ 参见“李萍、龚念诉五月花公司人身损害赔偿纠纷案”,载《中华人民共和国最高人民法院公报》2002年第2期,第62—63页。

^⑧ 参见“王利毅、张丽霞诉上海银河宾馆赔偿纠纷案”,载《中华人民共和国最高人民法院公报》2001年第2期,第55—59页;“谢福星、赖美兰诉太阳城游泳池有限公司服务合同纠纷案”,载《中华人民共和国最高人民法院公报》2003年第6期,第22—24页。

发展出保护义务理论的重要原因。为加强债权人固有利益之保护,此类问题最终从附随义务的学说判例走向了保护义务的法定化(即修订后的《德国民法典》第241条第2款),并将保护义务置于与给付义务同等重要的地位。保护义务不仅保护债权人的权利,还保护其他不构成权利的固有利益,甚至包括诸如自主抉择这样的固有利益,以弥补其侵权行为法之不足。在归责方面,也适用举证责任倒置规则,债权人无需证明债务人有过错。由于合同主体的原因,雇主也不能通过证明已尽选任和监督职责而免责。总之,德国法通过保护义务的法定化,基本避免了其侵权行为法的不足。

我国侵权责任法不存在德国法上的上述弊端,有学者从充分救济的角度论述我国原则上无需用合同法保护固有利益,并从“我国侵权法采大的一般条款且对权利与利益一体保护”,“我国合同责任所采无过错责任原则无法适用于保护义务”,“我国合同法与侵权法中替辅助人承担的责任都不以过错为要件”,“我国合同责任与侵权责任适用统一的诉讼时效制度”等五个角度予以论证。^⑨除此之外,笔者认为之所以不能用合同法保护固有利益,核心原因还在于我国债法体系与德国迥然不同。

首先,我国存在并行的《合同法》和《侵权责任法》。就法律体系而言,有学者认为我国民法体系遵循的是法律关系模式,即权利、义务和责任模式,从根本上不同于德国民法典以权利为核心的立法模式,侵权责任法因而是整个民法的权利保护法,而不再是债法的一个部分。^⑩笔者对此观点深表赞同,此种立法模式的本质不同决定了我们必须准确界分合同法与侵权责任法。德国民法将合同与侵权都置于债务关系编,必然会共享同样的规则和原理,保护义务正是德国民法典合同与侵权交融于“债务关系编”的产物。而我国未来民法典必将合同编与侵权责任编分而置之,在此情形下,两者属不同领域,故应坚持其固有区分:合同法旨在促进合作,侵权法则旨在预防和填补损害。^⑪两者功能显著不同,固有利益之保护显属侵权责任法的规范范畴。其次,我国民法一向以侵权责任法来保护合同关系(或合同接触关系)中的固有利益。早在2003年,最高人民法院就颁布了《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《人身损害司法解释》),其第6条第1款明确规定:“从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动或者其他社会活动的自然人、法人、其他组织,未尽合理限度范围内的安全保障义务致使他人遭受人身损害,赔偿权利人请求其承担相应赔偿责任的,人民法院应予支持。”适用该条规定的绝大多数案例中,受害人与加害人都存在合同关系或缔约关系,有时还只是接触关系,而这些案例在德国法上皆属适用保护义务的典型案例。2009年的《侵权责任法》第37条也明确规定了安全保障义务,只是将主体限于“公共场所的管理人或者群众性活动的组织者”,适用范围上窄了一点,根据立法释义,主要原因是要处理好尽到安全保障义务的侵权行为与其他侵权行为之间的关系,避免或减少相关法律规定间的冲突或者竞合。^⑫也就是说,对于不能适用第37条或者《人身损害司法解释》第6条的案型,只要符合《侵权责任法》第6条第1款的一般规定或其他特别规定,都可以适用侵权法来救济。在德国法上可以适用保护义务条款的其他情形,比如装修工人受雇粉刷墙壁时打翻油桶致房间的实木地板污损,雇佣合同结束以后雇主散布毁损雇员名誉的不实信息等案例,在我国也都是用侵权责任法来解决的。^⑬

总之,德国式立法模式并不具有一般性意义,我国现行立法模式与德国迥然不同。我国侵权法不仅保护权利,还保护各种合法利益;我国侵权责任法以整个法律秩序为背景,该背景当然也包括合同,^⑭合同中的固有利益理当受侵权责任法之保护。具体而言,若固有利益之保护就是合同履行利

⑨ 王文胜《论合同法和侵权法在固有利益保护上的分工和协作》,载《中国法学》2015年第4期,第208—213页。

⑩ 参见魏振瀛《民事责任与债分离研究》,北京大学出版社2013年版,第328—348页。

⑪ 参见前引④,第69页。

⑫ 全国人大常委会法制工作委员会民法室编著《中华人民共和国侵权责任法释义》,法律出版社2010年版,第200—201页。

⑬ 参见前引⑨,第219页。

⑭ 参见前引④,第72页。

益本身或者与合同履行利益密切相关,则应适用《合同法》的相关规则,此处的固有利益就是履行利益,并无独立价值;若固有利益之保护与合同的履行利益关系较远甚至没有关系,则应该适用《侵权责任法》的相关规则。不过,保护义务并非合同义务并不代表合同一方任意侵犯相对方固有利益都对合同关系不构成任何影响。比如一油漆工与业主签订承揽合同,约定油漆工为业主的房屋天花板喷涂油画,在喷涂油画过程中,该油漆工不够谨慎,偶尔污染业主其他家具或地板,此种情况油漆工负责清洗干净或赔偿业主即可;但倘若该油漆工马虎到经常污染业主其他家具或地板,以至于业主已无法忍受,失去了对油漆工的信任,此种情况业主当可解除承揽合同。就此而言,可借鉴德国法上违反保护义务可以解除合同的相关规定,即一方以自己的行为表明其将极有可能会利用双方之间的合同关系所带来的机会或便利,违反侵权法上的义务,严重侵害对方当事人固有利益的,对方当事人可解除合同。^⑮但此处解除合同并不影响履行利益的损害赔偿。

二、以诚信原则确定附随义务缺乏合理性

诚信原则一向被视为民法的“帝王条款”,却也被认为是合同法中的一个小兵——“附随义务”的学理基础。笔者认为,无论从法律规定,还是就法律适用而言,以诚信原则确定附随义务都存在较大弊端,理由如下:

第一,从法律规定来看,诚信原则是整个民法的基本原则,也是合同给付义务(约定义务)的学理基础,以诚信原则确定附随义务没有任何区分价值。诚信原则原本只是《合同法》的基本原则,但理论上一向被视为民法的基本原则,2017年施行的《民法总则》最终将其确定下来,正式成为整个民法的基本原则。在此背景下,以诚信原则确定附随义务已不具有任何意义。比如一般认为附随义务是与给付义务相对的义务,两者判然有别,但给付义务同样须遵循诚信原则,故给付义务当然也是诚信原则的体现。从《民法总则》对诚信原则的具体规定来看,此点体现得尤为充分,该条规定民事主体从事民事活动,应当遵循诚信原则,秉持诚实、恪守承诺。“恪守承诺”明显针对的是合同约定义务(主给付义务)。就普通民众而言,中华文化中的诚信观念也只是“一言既出,驷马难追”似的守信,仍然是针对约定义务的,以此来确定附随义务并不符合中国人的诚信观念,对当事人的行为亦不具有任何指引作用,即当事人无法借由诚信原则认识到附随义务异于约定义务的其他重要价值。

第二,从法律适用来看,诚信原则极为概括,具有不确定性,容易导致法官自由裁量权的滥用。诚实信用原则涵盖范围之广,大大超过了其他一般条款,学说上一般认为其属于所谓“空白条款”,有待法官在司法实践中予以填补,不过该怎么填补却没有任何说法。即使在西方国家,到目前为止,对于诚信实际上意味着什么也没有确定的理论,即使有,对于解决具体案件恐怕也没有多大帮助。在德国,诚信原则一方面被认为是能被用来动摇已确立的法律世界的“规则之王”;另一方面却也被认为是“以最恶毒的方式吞噬我们法律文化的致命祸根”。^⑯由于每个法官的价值观念、诚信理念皆有差别,适用诚信原则的结果必然带有很强的主观性。此乃诚信原则本身具有的不确定性和矛盾性所决定的,并无特别的解决办法。因此,若有更客观、更具操作性的规则,法律应限制诚信原则的过度适用。

总之,笔者认为以诚信原则确定附随义务不仅法理不当,且带有极强的主观性,基本取决于法官的诚信观念。在目前比较复杂的司法环境下,为维护法律的稳定性和严肃性,合同义务的确定应是相对客观的。笔者主张从附随义务到合作义务的制度转型,即旨在构建一种相对客观的合同义务,此种合同义务有相对确定的保护对象,有不同于约定义务的价值取向。

^⑮ 参见前引⑨,第216页。

^⑯ 参见[德]莱茵哈德·齐默曼、[英]西蒙·惠特克主编《欧洲合同法中的诚信原则》,丁广宇等译,法律出版社2005年版,第14、22页。

三、附随义务并非附从义务

此种主从义务论亦深受德国学说的影响,即《合同法》以主给付义务为规范对象,同时基于诚信原则,渐次发生从给付义务以及附随义务,组成义务体系。¹⁷然而笔者认为,将合同义务作主从划分并不科学。

首先,在手段性合同中,很难区分主从义务。给付可以与特定效果有关,也可以与特定行为有关。¹⁸对此,意大利法和法国法都将合同分为结果性合同与手段性合同。买卖合同属典型的结果性合同,即无论债务人从事了什么样的行为,只要没有发生交付买卖物或支付价金这样的结果,就没有发生给付效果,因此交付买卖物或支付价金当然是买卖合同最主要的义务,当事人从事的其他行为都为着圆满完成这个结果性义务,从这个意义上说,其他行为义务可以说都是辅助性的。然而,若给付的内容就是从事特定的工作,如服务合同、委托合同、特许经营合同等,给付行为与给付效果是同时发生的,债务人履行了符合合同的行为即发生给付效果,这类合同很难区分主给付义务和从给付义务。正是基于此,主、从给付义务的划分只是德国法的做法,英美合同法并不存在这样的划分。

其次,给付义务的主从划分很容易导致合同责任划分的失衡与裁判的任性。合同义务的主从关系是能够相互转化的,即便是在结果性合同中,当合同一方不履行从给付义务以至于对方不再信任,或者导致合同目的无法实现时,这种从给付义务与主给付义务并不存在根本区别。而目前的理论通说却认为,违反附随义务不能解除合同,也不能主张履行抗辩,实务裁判不可避免地受到此种理论的影响。比如,在“中铁五局与四川祥维钢构制造有限公司建设工程施工合同纠纷案”中,¹⁹二审法院曾认定中铁五建不交付竣工验收资料,祥维公司可以不支付余下工程款。但最高人民法院再审时认为,支付工程款与交付竣工验收资料是两种不同性质的义务,前者是合同的主要义务,后者是承包方的附随义务,二者不具有对等关系,因此不能以未交付竣工验收资料为由拒绝支付工程款。此案二审法院与再审法院持两种截然不同的观点,笔者支持二审法院的意见,认为两种义务都应履行,且双方都应享有同时履行抗辩权。合同双方在合同的履行中,均应认真而善意地关注对方的权利实现,在大多数建设工程合同中,交付各种竣工验收资料对于发包方至关重要,且这些资料主要为施工方所拥有和支配,发包方没有施工方的配合根本无法获取,而没有竣工验收资料发包方很难办理产权证,也就无法实现合同的主要目的,理论上将其认定为附随义务进而无视其法律救济是极不公平的。

再次,合同义务的主从划分有可能违背当事人的真实意愿。在真实的交易环境中,附随义务完全可以被约定为主要义务;即使不约定为主要义务,只要是合同约定的义务都应该遵守,然而实务中法院却经常以约定义务属于合同附随义务为由驳回相关当事人的主张,使得该类约定义务形同虚设。典型案例如“威海海岸置业有限公司与张兴文、刘丽娜以及上海大西洋投资有限公司合作开发房地产合同纠纷案”,以及“EV Capital Private Limited Choon Gan 与中宇建材集团有限公司居间合同纠纷案”。²⁰此类案例中,法官皆首先确定合同的性质与类型,再根据合同类型确定合同主给付义务,其余义务皆为附随义务;若合同类型与典型合同不一样,法院往往也类推适用典型合同的义务构成,此种裁判思维方式深受传统主从债务理论的影响,容易造成以“法官意志”代替“当事人意志”的结果,与现代社会合同的复杂性格格不入,容易造成司法不公。笔者认为,在试图以典型合同定性无名合同并类推适用典型合同法律规定时,应持相当审慎的态度。类推适用并非只是逻辑演绎。在运用类推适

¹⁷ 参见韩世远《合同法总论》,法律出版社2011年版,第254页。

¹⁸ 参见[德]迪尔克·罗歇尔德斯《德国债法总论》,沈小军、张金海译,中国人民大学出版社2014年版,第7页。

¹⁹ 参见最高人民法院(2014)民申字第651号民事裁定书。

²⁰ 参见最高人民法院(2013)民申字第2004号民事裁定书;最高人民法院(2014)民四终字第14号民事判决书。

用时,应着重考虑当事人意思及其经济安排,妥善衡量类推适用后所作的判断是否符合契约宗旨,是否有利于保障当事人的合同自主。^{②1}

最后,合同义务的主从划分已不符合新时代市场经济的迅猛发展,典型合同理论已受到当代商业实践的强烈冲击。简单商品经济下,大多商业交易的主要义务和次要义务较易区分,这种表象上的区别还具有一定的合理性;但在复杂商品经济下,大多数商业交易的义务很难有主从之分,如各种层出不穷的服务合同、建设工程合同、委托合同、特许经营合同、按揭购房合同、商业租赁合同等复杂合同,理论上很难区分这些合同的主从义务。一般认为,我国《合同法》总则部分的规则设计主要是以交换类合同为原型,尤以买卖合同为主。传统的主、从给付义务以及附随义务的合同义务体系也主要是以买卖合同为原型。新近有学者在论述合同法组织经济功能时,认为合同法不仅是交易法,也是自治法,未来合同法应充分认识长期性合同、继续性合同、服务合同等合同类型的特殊性,在合同归责设计及合同解释方面进行重新安排,着力强调协作义务以及信赖保护。^{②2}此论极具前瞻性。在新时代背景下,很多合同的权利义务结构都不同于《合同法》分则中的典型合同,因而在处理混合合同等非典型合同时,应优先斟酌该混合合同的目的、产业背景与交易习惯,不应以该合同某构成部分符合典型合同而当然适用其任意规定,否则将阻碍日新月异的商业环境中新型合同的产生。^{②3}

综上所述,传统债法将债务作主从划分主要针对的是交换类的典型合同,在解释上很难解释日新月异的新经济现象和商业模式。即便在传统交换类合同中,主从划分也显武断,有时亦违背当事人的真实意愿。笔者认为应以合同目的为中心,公平审查合同双方应承担的义务,传统的从给付义务、附随义务以及不真正义务只要对合同目的构成重大影响,均属重要义务。另外,我国《合同法》全篇不存在“给付”二字,主、从给付义务以及附随义务等都只是继受德国学说的理论产物。笔者主张摒弃此种理论继受,转而以我国《合同法》为依据,确定一种新的合同义务分类法。“约定”二字在《合同法》中已多处可见,但约定的漏洞及不足总是存在的,且约定义务大多为己方利益最大化而制订,故而提炼出合作义务是必要的,此乃克服契约自由之缺陷而必然会产生义务。

四、从功能超载到合作导向

(一) 合同法之目的与合作义务

《合同法》第 1 条规定了合同法的目的:一是保护当事人的合法权益;二是维护社会经济秩序。然而从目前的合同法理论来看,合同法之功能却严重“超载”,仿佛要保护合同当事人方方面面的利益,比如有学者认为合同当事人的利益起码包括返还利益、信赖利益、固有利益、履行利益、可得利益等不同类型。^{②4}然而,利益不同则权利义务内容必然不同,保护方式和归责原则也必然不同。在目前编纂民法典的背景下,民法体系内各编的分工协调变得比原来更重要,否则很难保证法典的逻辑性与体系性,故而必须重点审视合同法的目的与功能,以便将其与其他各分编区分开来。

笔者认为,合同法不应面面俱到地保护合同当事人的各种利益。合同义务的确定应着眼于维护当事人的期待利益与信赖利益,以体现合同法独特的价值与功能。就此而言,合同一方违反合同中明确约定的义务当然有损对方的期待利益。除此之外,即使合同未做明确约定,任何一方若恶意阻碍对方履行合同义务,或恶意从事其他背信行为,或对相对方可“合理期待”的事宜拒绝合作等,也都将损害相对方的期待利益或信赖利益,因而有必要将其确定为合同的重要义务,此种义务是合同双方都

^{②1} 参见王文宇:《合同解释三部曲——比较法的观点》,载《中国法律评论》2016年第1期,第74、85页。

^{②2} 参见王利明:《论合同法组织经济的功能》,载《中外法学》2017年第1期,第104页。

^{②3} 参见前引^{②1},第82页。

^{②4} 参见王轶、关淑芳:《合同当事人利益的类型化分析》,载《公民与法》2012年第10期,第2页。

应遵守的,并非专属债务人的义务,债权人也有此义务。

传统债法认为附随义务是与给付义务相对应的概念,其表现为一系列具体的义务,通常包括通知、说明、协助、保密等义务,我国《合同法》第60条第2款对此有明确的规定。该款所列通知、协助义务属同一类义务,但保密义务则明显不同:前者属于作为义务,后者属于不作为义务;前者属合同义务,后者属前文所述保护义务的一种具体类型,乃侵权法上的义务。《合同法》将两种性质不同的义务放在一起规定,使得附随义务不存在共同的价值基础,很容易导致对附随义务理解上的混乱。斥除保护义务等异质成分后,我们会发现,合同附随义务的本质都是为了促进合作。

首先,通知、协助这一类合同附随义务的本质是促进合作。协助二字本身就体现了合作精神,无需赘言。通知义务在《合同法》上多次出现,仅总则部分就有第96条规定的解除合同者应当及时向对方发出解除通知;第118条规定的债务人履行债务时发生了不可抗力,应当及时通知对方等;分则部分则更是如此。还有学理上通常会列举的,在未定履行期限的债务中,债务人虽可随时履行债务,但应给债权人必要的期间,以使其做好受领准备;有履行期限的合同,债务人也不得在凌晨三点履行,等等。总之,无论是法规,还是学理,诸如此类的通知义务目的都在于减少合同相对方的损失,是从利他的角度进行规定的,这种利他精神就是合作精神,因此附随义务的本质就是促进合作。

其次,目前有关附随义务的法律规定也存在缺陷。第一,《合同法》第60条第1款规定当事人应按约定全面履行自己的义务,紧接着第2款便是附随义务条款。而介于二者之间的其他义务,比如未约定的所谓从给付义务,还有第2款未列举的其他附随义务。按传统理论,从给付义务与附随义务的区分至关重要,然实务中裁判者并不懂得区分,理论上也未给出合理的指引。按通说,从给付义务的判断基于约定、法定和诚实信用原则,而附随义务只基于诚实信用原则。这种通说与法律规定不符,如通知义务、告知义务学说上一般认为属于附随义务,但此种附随义务不仅在《合同法》中,在《消费者权益保护法》《产品质量法》《保险法》等众多法律中都有明确的规定,属明显的法定义务。实际上,附随义务并非不能基于约定或法定,附随义务与从给付义务的本质都在于促进合作,此种合作义务的本质是指引合同双方共同协作,以最终实现合同目的。第二,此条采取的列举式规定不可能穷尽此类非约定义务的所有情形,诚信原则又包容了约定义务,因此不宜作为此类义务的概括性条款,只有以“合作义务”作为概括性条款,才能准确界定此类义务的价值基础。

(二) 比较法上的合作义务

据学者介绍,我国《合同法》广泛借鉴了发达国家和地区成功的立法经验和判例学说,²⁵但《国际商事合同通则》等国际公约有关合同义务的规定却比我国《合同法》更为合理。

《国际商事合同通则》(PICC)第五章第一节“合同的内容”第5.1.1条首先规定“当事人各方的合同义务可以是明示的,也可以是默示的”,明确了合同义务的两大类型。紧接着第5.1.2条集中规定默示义务的法源基础,规定“默示的义务源自于:(a)合同的性质与宗旨;(b)当事人各方之间确立的习惯做法,以及惯例;(c)诚实信用和公平交易原则;(d)合理性”。该条并未列举任何具体的默示义务,只阐明其法源基础,但与我国《合同法》不同的是,其将“合同的性质与宗旨”以及“惯例”等放在“诚信原则”之前,显示了“合同的性质与宗旨”等相对于“诚实信用原则”的优先性。

紧随默示义务法源规定的第5.1.3条明确规定当事人之间的合作义务,“如果一方当事人在履行其义务时,可合理地期待对方当事人提供合作,则该对方当事人应提供此等合作”。立法者在解释该条时特意强调,“合同不仅仅是相互冲突利益的交汇点,在某种程度上,也应当被视为需要当事人相互合作的共同项目。”²⁶笔者认为,虽然《国际商事合同通则》第5.1.4条也规定了取得特定结果的

²⁵ 参见梁慧星:《统一合同法:成功与不足》,载《中国法学》1999年第3期,第25页。

²⁶ 参见张玉卿主编:《国际商事合同通则2010》,中国商务出版社2012年版,第345—349页。

义务以及尽最大努力的义务,但该规定更多的是有关合同类型的规定,即将合同笼统地分为结果性合同与手段性合同。结果性合同的债务人有交付特定结果的义务,手段性合同的债务人有尽最大努力的义务。而前述第 5.1.3 条有关合作义务的规定则是对所有合同共同义务的规定,也可以理解为是第 5.1.2 条所规定的默示义务法源基础的具体化,即合作义务是所有默示义务的精神实质,更具体的默示义务则是合作义务的下位概念。依此逻辑,合作义务乃明示义务以外其他默示义务的高度概括。相对而言,我国《合同法》有关附随义务的规定显得过于单薄,且定位不明,以诚信原则作为法源基础并不足以准确地归纳附随义务的精神实质。

《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)是更为早期的一部国际合同公约,虽仅规范货物买卖合同,但该公约仍存在合作义务的规定。其第 80 条规定:“一方当事人因其行为或不作为而使得另一方当事人不履行义务时,不得声称该另一方当事人不履行义务。”一般认为,该条是关于合作义务的明确规定。²⁷ 第 79 条仅规定不可抗力情况下债务人可免责。在维也纳外交会议上有代表提出,如果合同乙方的行为阻碍了甲方履行自己的义务,比如乙方未按约定向甲方提供货物的规格或样品,致使甲方无法进行生产与履行交付货物的义务,此时甲方是否有权基于对方的行为而寻求免责呢?代表们建议增加条文,但该建议遭到另一些代表的反对,反对者认为这一问题可通过第 7 条的诚实信用原则得以解决。然而,支持方认为频繁适用诚信原则会削弱公约具体条文的效力,同时会增加法官或仲裁庭的自由裁量权,极不可取。最终大会还是决定增加上述第 80 条,以排除适用上的不确定性。根据该条规定,造成对方不能履行的当事方“不得声称另一方当事人不履行义务”,即如果卖方(买方)造成了买方(卖方)不能履行义务,则卖方(买方)不得根据公约关于“违反合同的补救办法”以及“预期违反合同和分批交货合同”的规定要求任何救济。²⁸ 这是很明显的合同合作理念。我国现行《合同法》第 120 条也规定了双方违约的法律责任,表面上看与上述公约相似,但实质却存在明显区别:首先,该条适用的情形是双方都“违反合同”,并不包括一方虽未违反合同,但阻止对方履约的行为(作为与不作为);其次,该条双方违约的责任仅是“应当各自承担相应的责任”,己方并不能因对方导致的不履行而主张免责,因而在遇到对方阻碍或是恶意干扰的情形下,己方仍须继续履行合同,否则仍构成违约。就此而言,我国《合同法》第 120 条至多只是第 117 条违约责任的自然逻辑延伸,无法体现《联合国国际货物销售合同公约》第 80 条的合同合作精神。

欧洲合同法委员会在 1996 年起草的《欧洲合同法原则》第 1:202 条中明确规定:“各方当事人,为使合同得到完全的实现,对相对方都负有予以合作的义务。”对于违反该规则的法律后果,得到的是“不履行”的评价。²⁹ 《欧洲合同法原则》第 130 条第 4 款中也有明确规定,该条对不履行的定义为:“所谓不履行,与能否免责无关,意味着不履行合同上的债务行为的所有场合,包括迟延的履行,有瑕疵的履行,以及不为合同的完全实现提供合作的情况。”可见,为了实现合同目的,合作义务被视为合同各方当事人应然的合同义务,违反该义务视为不履行合同。

《欧洲合同法原则》公布后不久,受到了许多欧洲国家的高级法院和负责国内合同法现代化的官方机构的广泛关注,《欧洲示范民法典草案》即在此背景下出台。在合作义务的规定方面,《欧洲示范民法典草案》较之《欧洲合同法原则》更进一步。³⁰ 首先在第三卷第一章“一般规定”部分的第 3—1:104 条规定:“对于债务人履行债务,如果债权人和债务人彼此合作是可合理预期的,债权人和债务人

²⁷ Thomas Neumann, *The Duty to Cooperate in International Sales*, Sellier European Law Publishers GmbH, Munich 2012, p. 10.

²⁸ 参见张玉卿《国际货物买卖统一法》,中国商务出版社 2009 年版,第 516 页。

²⁹ 参见侯国跃《契约附随义务研究》,法律出版社 2007 年版,第 136 页。

³⁰ 参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组编著《欧洲示范民法典草案:欧洲私法的原则、定义和示范规则》,高圣平译,中国人民大学出版社 2012 年版,第 62 页。

则在此种范围内负有彼此合作的义务。”其次在第四卷第三编“服务合同”、第四编“委托合同”、第五编“商事代理、特许经营及经销合同”中都明确地规定了这些合同中的合作义务。从其具体规定来看,合作义务被视为是适用于这些合同的普遍规则,其中服务合同中的合作规则相当细致,内容繁多;而商事代理、特许经营及经销合同中的合作规则则相当精炼,可资参考,比如第4.5—2:201条:“第四卷本编调整范围内的合同的当事人必须积极而诚实地合作,并协调各自的工作,以达成合同目的。”

五、未来民法典合同编应明确规定合作义务

(一) 合作义务之界定

所谓合作义务,是指基于契约结合关系而产生的,为维护和促进合同合作关系,保护合同当事人的期待利益或信赖利益,在对方合理期待的范围内,债权人与债务人彼此合作的义务。

第一,合作义务是与约定义务相对应的概念。总体上说,合作义务旨在解决约定义务之不足。合作义务旨在解决这些主要问题:首先,解决合同生效前的责任问题。现代合同法理论表明,合同生效前当事人仍负有信赖责任,这还不局限于现行《合同法》上缔约过失责任,已成立但未生效的合同也存在此种信赖责任,因而也存在合作义务,传统附随义务理论便无法解释未生效合同中客观存在的合作问题。其次,任何有效合同之约定都不可能是全面的,必然存在漏洞;即便是已约定的义务,也有可能存在约定不明的情况。合作义务一方面弥补约定义务的漏洞,另一方面在约定不明的情形下,以合作原则解释约定不明的情形也有利于制止合同投机行为,较之诚信解释更为客观。再次,约定义务多是站在己方利益最大化角度博弈的结果,在实际履行中可能会出现各种难以继续履行的局面,合同法设置合作义务可促进合同目的得以实现以鼓励交易,比如日本合同法上就存在再交涉义务,再交涉义务属于典型的合作义务。最后,现代合同法已在消费者保护、保险、租赁等多个领域突破了合同自由的理念,增加了诸多体现合同“统制主义”理念的强行规定,出台了很多单行法。然而,在这些特殊领域之外的一般合同领域,比如当代社会大量存在的特许经营合同、服务合同、长期合同、关联合同等也都同样存在信息不对称、利益失衡等问题,现行《合同法》并未作出制度上的回应,合作义务的设定可作为未来民法典合同编对新时代商业社会实践的制度回应,以体现其前瞻性。第二,合作义务是合同双方都应履行的义务。传统债法中的附随义务仅为债务人的义务,债权人并无附随义务,而合作义务是双方都应履行的义务。约定义务强调各自按约定履行义务,而合作义务强调双方当事人都应考虑他方合理的期待,禁止一切有违合同目的的恶意行为,促进更积极的合作行为。合同的概念应重新调整并转变为一种包含合作团结与公平义务的法律关系。^①第三,合作义务是存在于所有合同中的义务,并不局限于交换类合同。主、从给付义务与附随义务的合同义务体系主要适用于交换类合同,而约定义务与合作义务并行的合同义务体系适用于所有类型的合同,并不局限于交换类合同。第四,合作义务主要是手段性义务。法国法将合同义务分为结果性义务与手段性义务。如果合同要求债务人实现某一特定的结果,其承担的义务即为结果性义务;如果合同仅仅要求债务人尽一切可能取得某一特定结果,并不要求结果一定实现,则属于手段性义务。^②对于结果性义务而言,只要债务人没有实现特定的结果,若无法定免责事由,便构成违约。而对于手段性义务而言,债务人仅负“尽善良管理人之注意”义务。由此定义可以看出,违反结果性义务一般适用无过错责任原则;而违反手段性义务,则适用过错责任原则。需要注意的是,法国学者后来发现此种区分也只具有相对意义,在很多合

^① 持该观点的文献在西方学界已相当可观。具体可参见[德]海因·克茨《欧洲合同法》(上卷),周忠海、李居迁、宫立云译,法律出版社2001年版,第15页。

^② 尹田:《法国现代合同法》,法律出版社2009年版,第358—359页。

同中,同时存在手段性义务与结果性义务,二者相互渗透,特别是在债务人因其过失而未实现特定结果时,此两种类型的义务就不存在根本的区别。^③

如果说约定义务既包括结果性义务又包括手段性义务,作为约定义务之外的合作义务则主要是一种手段性义务,此种手段性义务既存在于买卖合同等结果性合同中,又广泛存在于服务合同等手段性合同中。依据《合同法》第 107 条违约责任的规定及其他有关规定,我国《合同法》上的合同义务主要指约定义务,并未注意到作为手段性义务的合作义务,故一般认为违约责任只适用无过错责任原则。但合同责任不能,也不可能只适用无过错责任原则,有学者系统总结了无过错责任说的各种缺陷,认为合同责任应适用过错责任与严格责任并行的二元化归责原则,^④笔者对此观点深表赞同。具体而言,合作义务作为手段性义务,应适用过错责任原则;而约定义务则主要适用无过错原则。二者的归责原则相互对应,以共同维护合同合作关系。但归责原则不同并不代表性质和地位不同,二者皆属于合同义务且处于平等地位,违反手段性义务当然也构成违约,且其与结果性义务并不存在主次之分,比如买卖合同中,由于合同任何一方不履行或未及时履行手段性义务,导致结果性义务无法履行时,违反手段性义务就构成根本违约。

(二) 合作义务之地位及其具体规定

笔者主张,合作义务与约定义务处于平等法律地位,而非附随抑或附属地位。现行《合同法》极为重视约定义务,违约主要针对的是约定义务。约定义务体现的是当事人之间利益的博弈,但这种博弈应以合作为导向,合同的本质乃合作而非冲突,更非利用合同的各种投机主义。将合作义务置于与约定义务平等的地位有利于平衡合同当事人之间的利益冲突。法律以维护公共利益为主旨,任何个人利益的最大化都应在法律许可的范围内,合作义务就是这种法律意志进入合同法的“管道”。在这里,代表公共利益的并非外在的诚实信用原则或者公序良俗原则,而是内涵于所有合同中的合作精神。因此可以说,合同关系中的公共利益就是“合作”,这种公共利益涉及合同公平,而非外在的强制。合作义务的“介入”亦并非一种合同统制主义,其仍然不能脱离当事人的合理期待,因此合作义务受“合理期待”规则的限制。总体上可以说,约定义务代表着自利,合作义务代表着利他;约定义务的价值基础是意思自治,合作义务的价值基础是合作共赢。二者处于平等地位,以共同体现“诚信交易”的现代商业价值观。从《民法总则》对诚实信用原则的最新表述来看,约定义务体现的是“恪守承诺”,合作义务体现的是“秉持诚实”,二者合力维护合同关系中权利义务平衡,最终体现法律的公平价值。就此而言,我国未来民法典合同编有必要在总则部分对合作义务进行规定。

2018 年 9 月 5 日,全国人大向社会公布《民法典各分编(草案)》。该草案合同编与现行《合同法》相比并无明显变化,基本沿袭了现行《合同法》的规定。就合同义务而言,存在变化的是明确规定了未生效合同中的报批义务(第 294 条),现行《合同法》第 60 条第 2 款所谓附随义务条款并无变化,但增加了履行“节约资源、减少污染”义务的新规定。应该说,前者体现了对合作义务的关注,后者则在附随义务“功能超载”的路上愈行愈远了。总体上,目前的方案仍然沿袭了现行《合同法》以约定义务为中心的模式,且掺杂了一些非合同法问题,唯独忽略合同法最重要的引导商业社会“诚信交易、合作共赢”的价值与功能。为此,笔者就《民法典各分编(草案)》合同编提出如下建议:

第一,在合同编第一章“一般规定”中增加规定合作义务。结合现行《合同法》第 8 条,将目前合同编第 256 条增加规定为:“依法成立的合同,仅对当事人具有法律约束力,但法律另有规定的除外。当事人应当按照约定履行自己的义务,不得擅自变更或解除合同(第 1 款)。为维护和促进合同合作

^③ 前引^②,第 362 页。

^④ 参见朱广新:《合同法总则》,中国人民大学出版社 2012 年版,第 541—552 页。

关系,保护合同当事人的期待利益或信赖利益,从合同缔结到合同终止的所有合同阶段,债权人与债务人在对方合理期待的范围内,有彼此合作的义务(第2款)。”笔者认为,现行《民法总则》中的诚信原则在合同法上的体现即为该条款。附随义务的本质是合作,以诚信原则确定合同非约定义务太过主观,而合作义务较之诚信原则更为客观,更具操作性,也更符合合同精神,因而更为合理。之所以在总则中规定合作义务,一是因为合作义务存在于缔约过程中,存在于未生效合同中,也存在于合同履行等合同的整个过程,而并不仅限于合同履行阶段;二是在总则中对合同义务作一总体界定,也有利于在违约责任章中对不履行“合同义务”作准确的界定。

第二,在“合同的履行”一章中,保留第300条第1款关于“当事人应当按照约定全面履行自己的义务”的规定,删掉目前草案第2款有关附随义务的规定,借鉴《国际商事合同通则》规定将其改为:“如果一方当事人在履行其义务时,可合理地期待对方当事人提供合作,则该对方当事人应提供此等合作。”与附随义务理论不同,合作义务可适用同时履行抗辩权与先履行抗辩权,因此,草案第315、316条的后段建议修改为:“一方在对方履行债务不符合约定或违反合作义务的,(后履行一方)有权拒绝其相应的履行要求。”

第三,在“违约责任”一章中,将367条违约责任条款精简为:“当事人一方不履行合同义务的,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。”目前草案的规定与《合同法》第107条完全一样,但《合同法》第107条实际上存在一定弊端。大多学者认为《合同法》第107条上的“不履行合同义务”包括约定义务和附随义务,但再结合《合同法》第8条,笔者认为第107条规定的违约责任仅指违反约定义务(实践中基本也如此认定)。只有将此处的合同义务理解为约定义务,法律规定的逻辑才是顺畅的:“不履行合同义务”指当事人完全不履行合同约定义务的情形;而“履行合同义务不符合约定”指当事人虽实际履行了合同约定的义务,但是履行义务不符合约定,比如不符合约定的时间、地点、质量等情形,实际上就是指瑕疵履行。如果将此条的合同义务理解为包括约定义务与附随义务的所有义务,由于附随义务肯定“不符合约定”,便存在语义重复的逻辑矛盾问题。因此我国违约类型实际上只包括完全不履行(拒绝履行),以及“履行合同义务不符合约定”(迟延履行、瑕疵履行)。至于《欧洲合同法原则》中的“不为合同的完全实现提供合作”并不在我国违约责任的范围。而按照笔者建议在合同编一般规定中对合同义务进行界定后,此处的“合同义务”就包括了合作义务。

第四,在合同法定解除的问题上,《民法典各分编(草案)》与《合同法》相比有一处细微变化,即将《合同法》第94条第1项“因不可抗力致使不能实现合同目的”改为了“因不可抗力或其他客观原因致使不能实现合同目的”,此处改变主要是因为《合同法司法解释(二)》已确认了情势变更原则。但基于上述同样的理由,笔者认为第94条第4项也应当予以修正,即将“当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的”修改为“当事人一方迟延履行债务或者有其他违反合同义务的行为致使不能实现合同目的”。虽然广义上的违约也包括违反合作义务,但为避免裁判实务中仅将违约理解为违反约定义务,作此修正更为妥当。

(三) 规定合作义务的价值与功能

在合同法总则部分对合作义务进行全面规定有利于倡导一种合同合作理念,引导市场主体诚信从事各种商业行为。在新的时代背景和经济环境下,合同关系不再仅仅是古典合同法上那种单纯的“物”的交换关系,而是为了实现合同目的而形成的相互协作的有机商业关系,故而合同的概念也应转变为一种包含合作、团结、公平等的法律关系,享有债权的同时也承担必要的、合理的合作义务。正如日本法学家内田贵所言,债权人与债务人之间不是单纯的权利与义务的对立,而是可以看作诚信原

则支配下的一个共同体。^⑤ 合同法原理也应从意思自治的“单核心”原理转变为合作原理与意思自治原理并重的“双核心”原理,合作义务的确立意在强调国家通过私法促进私人之间合作的功能。^⑥

此外,合作义务的确立也有利于约束法官的自由裁量权。法官必须从有利于促进合同合作以及实现合同目的的角度去审查约定义务之外的其他合同义务,而非将合同义务划为三六九等,再以诚信原则为由将原本很重要的合同义务认定为附随义务,而忽略对其的充分救济。作为诚信原则的具体化,合作义务较之诚信原则本身有相对确定的保护对象,也有明确的价值导向,有利于约束法官的自由裁量权。

From Collateral Obligation to the Duty to Cooperate—Combination with the discussion of future civil code contract compilation should clearly stipulate the duty to cooperate

MENG Qin - guo WANG Hou - wei

Abstract: The traditional theory of contractual collateral obligation has many major defects. The theory of contract protection obligation is not fit in with the needs of the legal system of the separation of contract law and tort liability law in China. And it is difficult to distinguish from the principal payment obligation by the principle of good faith, as well as easily lead to the abuse of judges' discretion. Moreover, the adjunctive deontology usually does not meet the purpose of the agreement, thus difficult to explain the ever changing new economic phenomena and business models, let alone the new direction of the development of contemporary Contract Law. The essence of contractual collateral obligation is to promote cooperation. The duty to cooperate, which has been regulated in contract law of many countries and regions, should be regulated in contract law of China's future Civil Code. The duty to cooperate and the agreed obligation are in the same legal status, the referee shall conduct a fair review of the two for the objective of the contract to finalize the contractual liability.

Key words: collateral obligation duty to cooperate civil code

^⑤ 参见[日]内田贵《现代契约法的新发展与一般条款》,胡宝海译,载梁慧星主编《民商法论丛》(第2卷),法律出版社1994年版,第151—153页。

^⑥ 参见杨晓蓉《建设工程合同的原理与实务——以关系契约理论为视角》,人民法院出版社2018年版,第103页。