

论附随义务及其救济方式

李大何

(北京大学法学院,北京 100871)

摘要:在债的义务群中,附随义务长期以来在学理上和实践中均未得到足够的重视,故对其概念、成立基础、具体内容乃至违反后的效果等诸方面都需要进一步深入研究。文章在目前狭义说的基础上,对于附随义务进行了进一步的界定,并厘清了附随义务与从给付义务之间的关系。对附随义务的具体内容进行了详细的分析和研究,与通说不同的是文章认为附随义务不但应当包括对当事人固有利益的保护义务,而且还应当包括令当事人实现合同利益最大化的辅助义务。基于对其内容的界定,文章指出附随义务亦得由权利人独立诉请履行,而不是仅仅于义务人违反后请求损害赔偿。换言之,附随义务违反的效果,也应当采取违约责任的救济方式,包括继续履行、解除合同、赔偿损失和采取其他补救措施。

关键词:附随义务;违约救济;诚实信用;保护义务

中图分类号:DF525 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2018)02-0065-08

DOI:10.14134/j.cnki.cn33-1337/c.2018.02.008

On the Collateral Duty and the Method to Relief

LI Da-he

(Law School, Peking University, Beijing 100871, China)

Abstract: Collateral duty is a very important problem that deserves to be deeply researched both in theory and practice. It is necessary to study the concept, the foundation, the major content, and the consequence of violation. On the basis of the current narrow-sense theory, the article defines the collateral duty and clarifies the relationship between the collateral duty and the payment duty. Then the article carries out a detailed analysis and a deep research on the specific content of the collateral duty, and pointed out that the collateral duty includes not only the duty to protect the inherent interests, but also should include the duty to achieve the maximization of the interests of the auxiliary meaning of the contract. Based on the definition of the content, the author suggested that the creditor should have rights of independent claim performance for the performance of the collateral duty, not just to claim damages after the violation. Therefore, the article believes that the effect of breach of collateral duty can also be taken as a remedy for breach of the contract, including continual performance, contract termination and loss compensation and other remedial measures.

Key words: collateral duty; remedies for breach of contract; good faith; duty of protection

收稿日期:2018-02-16

基金项目:国家社会科学基金重点项目“法学方法论视角下民法基本原则的司法适用研究”(17AFX019)

作者简介:李大何,男,北京大学法学院博士研究生,主要从事合同法、债法总则、商法学研究。

一、问题的提出

附随义务的重要性随着诚实信用原则在民法,特别是债法中地位的提升而与日俱增,这对于债之目的实现具有极其重要且不可替代的意义和价值。在合同之债中,当事人没有明确约定、法律也没有补充性规定,也没有习惯可资利用,但按照“情理”一方当事人理应为某种行为系该合同目的之实现所必须时,附随义务就会自然处于“显性”地位。而所谓之“情理”,就是根据诚实信用原则而来。大陆法系自耶林提出“缔约过失理论”之后,根据诚实信用原则产生的附随义务逐渐得到理论和判例的广泛承认和应用,在合同无效、被撤销或者不成立时,对于违反附随义务者可以依据“缔约过失责任”为请求权基础而提出损害赔偿请求。在英美法系,随着对“诚信原则”的承认,对于要约或者承诺失败而发生信赖的人也给予相应之保护,该保护实际上也是基于类似大陆法系的“附随义务”(先契约义务^[1])而产生的。因此可以说,附随义务在理论上则处于“九省通衢”的节点,能与诸如合同义务来源、违约救济体系甚至是加害给付等多个问题发生内在关联。我国民事立法,无论是民法通则,还是合同法抑或是刚刚通过并生效的民法总则,都将诚实信用原则视作最为重要的基本原则,然而我国学理及司法判例上,这一衍生于诚信原则的附随义务却并没有引起学者的充分关注,换言之对于附随义务的概念、附随义务与从给付义务的区别、附随义务的来源基础等问题尚缺乏明确的认识和共识,特别是对于违反附随义务的法律后果,即应如何救济并未展开深入的研究。违反附随义务是否构成违约并承担违约责任?在合同有效存续期间、合同未成立生效前以及合同終了后,当事人违反所谓附随义务之法律效果有何不同?因为在合同不成立或者不生效的时候,违反附随义务可能会导致缔约过失责任的赔偿,但在合同生效后违反附随义务所承担的责任究竟何属?此外,如果合同已然生效,当事人虽然没有违反主义务,但违反附随义务导致合同目的难以实现,是否可以主张违约责任而解除合同?这些问题均属于合同法理论及司法实践的重大问题,亟须予以深入研究。

二、附随义务的概念界定

(一) 附随义务的概念

附随义务的概念在我国尚存在着较大的争议,各位学者给出的概念也各有侧重。王利明教授认为:“合同附随义务是指合同当事人依据诚实信用原则,根据合同的目的、性质和交易习惯所应当承担的协助、保密、通知等义务。从性质上看这些义务具有附随于主给付义务的性质,因此称为附随义务。”^[2]台湾学者王泽鉴先生认为:“契约关系的实质是以实现特定的债权为最终目的,以当事人相互间的信赖为基础而发生的法律上的特别结合关系,以此来保护债权人的合法权益,这就要求债务人除了要履行基本的给付义务外,还要履行包括协力义务、通知义务、照顾义务、保护义务及忠实义务等。而这些以诚实信用原则为基础的义务并不是自始确定的,而是根据合同关系变动的。”^[3]林诚二先生则将附随义务界定为:“附随义务乃基于诚信原则所生,为促进实现主给付义务或维护债务人固有利益之债务类型,例如告知义务、协力义务、保密义务、通知义务或保护义务等。”^[4]关于附随义务的定义,最显著的分歧在于义务的存续期间方面:一部分学者认为附随义务贯穿于合同从接触磋商至履行終了后的始终,包括先于缔约前存在的先合同义务、贯穿于合同履行期间之附随义务以及履行合同完毕后的通知、协助与保密等后合同义务统称为附随义务,此乃广义说。持广义说的学者注意到了三个阶段义务内容的共同点,他们认为先合同义务、附随义务与后合同义务均产生于诚实信用原则,且内容基本相同,均为通知、协助、保密等类型的义务,且目的同样在于辅助当事人实现合同利益的最大化

并保护当事人既有的利益。不应仅仅因为发生于合同的不同阶段而予以区别。如王泽鉴先生认为,保护义务属于一种附随义务,是义务人履行合同义务时不得侵害合同相对人权益之义务,可在合同当事人的债权、债务关系之外独立存在,毋需其合同的成立或生效,可在契约前、中、后因合同当事人之间的信赖关系而生。持这一观点的学者无疑是受到了德国学者卡纳里斯的“一体化保护理论”的影响,这一理论认为,给付义务和保护义务不仅在结构上属于不同类型的义务,而且它们所产生的基础也有所不同,给付义务基于当事人的意愿和合同的目的而产生;而保护义务的产生与当事人的意愿和合同的目的无关,其内容由当事人之间的事实关系所决定。保护义务的产生不以给付义务的存在为必要,也不以合同的成立为必要,它基于特殊的信赖关系而产生^[5]。因此,卡里纳斯认为,缔约过程、合同履行与履行终了期间的保护义务应被纳入一个统一的法定义务中去。而另一部分学者认为附随义务仅存在于合同履行过程中,此乃狭义说。坚持狭义说的学者更加重视三者之间的区别,认为先合同义务、后合同义务和合同履行中的附随义务在义务功能、违反义务的责任等方面存在着重大差异^[6]。故上述二者并不属于附随义务的范畴。

笔者认为,采狭义的附随义务之概念,有其充足的理由:首先,附随义务不但包括对当事人固有利益的保护义务,而且还包括令当事人实现合同利益最大化的辅助义务。这一辅助义务是缔约前的先合同义务与合同终了后的后合同义务中所不曾包含的内容。从文义上看,也是最能体现“附随义务”的地方。没有了辅助义务,又何来附随义务之称呢?不如直接统一叫作保护义务来的更好。其次,即便仅仅是在保护义务的范畴内讨论,卡纳里斯的一体化法定保护义务理论也在德国遭受了广泛的质疑与批评,并且在2002年的债法现代化运动中也没有被新的德国民法典在保护义务法典化的过程中被采纳。而我国持广义说的学者在没有深入全面了解的基础上不加分辨的借鉴其理论的做法值得商榷。产生于缔约阶段以及合同履行完毕后的保护义务与合同履行中的保护义务具有本质上的不同,前两者属于直接由法律规定的义务,虽规定于合同法之中但是并不属于合同义务,而后者则以合同的有效存在为前提,基于顺应诚实信用原则的要求而被法律规定为构成合同义务的一部分。最后,从附随义务的定义出发可得,无论是持广义说还是狭义说的学者,其对附随义务的概念表述中均有“合同关系”“根据合同目的”等表达,至少也存在“当事人”的字眼,说明其本身也承认附随义务是建立在合同有效存在的基础上的,是法律对履行方式的要求。如果合同没有成立或者已经消灭,附随于其上的义务也就无法生存了。

(二) 附随义务与从给付义务的区别

正如前文所提,学界对何为附随义务以及附随义务的范畴存在着较大的分歧,我国学理上关于附随义务与从给付义务的区分问题还尚未取得一致见解,学者所提供的判断标准还是存在较大的模糊性甚至是值得商榷的。有学者从二者的概念和特征出发予以阐明附随义务与从给付义务的区别:附随义务以促进履行利益最大化为目的,而从给付义务只起到辅助履行利益实现的作用。该文对于二者的区分标准阐述的较为晦涩,而其所举的关于出卖空调之例子:一并转让合格证且为买受人进行安装属于从给付义务,而警告可能危险及注意事项则属附随义务^[7]。这让笔者产生这样的疑惑:说明特别注意事项及警告可能发生的风险难道不可被视为对履行利益实现具有帮助的从给付义务吗?

有学者则认为附随义务与从给付义务的区分标准是独立可诉性,他们声称这也是德国普遍的学说理论。能者则为从给付义务,不能够以诉请求的为附随义务。然而,这一说法在今天受到了很大的挑战:德国民法学当前的理论普遍认为,能否独立地提起诉讼并不足以成为区分附随义务和从给付义务的标志。违反附随义务亦可独立以诉请求。多数学者认为,当存在着违反附随义务而使得相对人具有承受某种不利益的现实可能性时,应当允许当事人采取防御措施,提起不作为之诉,而不仅仅是坐以待毙,仅在权利被侵犯之后才享有损害赔偿请求权。例如,当前例中出卖人未能尽到告知使用方法及

警告可能风险的附随义务,而买受人又因知识所限无法理解说明书中关于这部分的内容时,他当然可以直接提起诉讼请求出卖人予以告知和解释,而无需等到因他不当操作引起损害后才去起诉要求对方承担因违反附随的告知义务而引起的那部分损失。

还有学者试图通过义务的重要程度予以区分二者,指出从给付义务通常都是不重要的义务,而附随义务则有可能十分重要,对它的违反可能导致合同解除的严重后果^[8]。这一说法颇为独到,且在某一角度的观察极为深入,但是它依然不足以成为一条判断标准,因为还存在着大量不重要的附随义务,以及与重要性无涉,目的仅在于保护当事人之固有利益的附随义务。这一标准不足以区分他们与从给付义务。重要性更适合作为辨别主给付义务与从给付义务的标准,因为合同义务重要性的判断标准是其对合同目的实现所具有的意义。而还有学者则纯粹为了区分而区分,并没有具体的标准,但是却反对那些不予区分附随义务与从给付义务的观点,认为“从给付义务归入附随义务,人为造成附随义务与给付义务之交叉,无助于给付义务、附随义务体系的构建。而且,将从给付义务纳入给付义务的同时,又将其作为附随义务,本身便自相矛盾”按照当今流行的说法,属于“尬分”的范畴。

笔者认为,区分附随义务与从给付义务可供考虑的标准有两条:第一,附随义务不但包含了辅助义务,还包含了保护义务。那些旨在保护当事人固有的人身和财产利益的义务,甚至是仅仅表现为对未来可能构成侵权之债的避免之举,如尽到告知重要事项及可能风险之义务、为受雇人提供安全工具及工作环境之义务,均为附随义务。第二,当附随义务以辅助义务的形态呈现时,我们要清醒把握住“从给付义务也是给付义务”这一准则,凡是与合同标的相关的义务均为从给付义务,如在出卖汽车的合同中,从给付义务一定与“汽车所有权的交付”这一标的有关,如交付购置税发票与机动车登记证书。因为以上二者是买受人得以实际处分汽车例如再次出卖所必须的文件,文件的缺乏将直接导致买受人所有权的处分功能受到限制。而与标的并无直接关系的辅助义务,如及时通知买受人交易地点、向买受人说明登记手续所必须出示的文件以方便买受人一次带全并协助其办理变更登记、在当事人可以从维修保养记录查明的情况下主动说明汽车的维修情况以提醒注意等,均为附随义务。

我们虽然可以对从给付义务与辅助性的附随义务作出区分,但是值得我们审慎思考的是区分这二者的意义何在。毕竟可以诉请性这一区别已经不再被视作绝对甚至应当的了,而二者毕竟都是辅助履行并使得履行利益达到最大化的义务,将其一并归入履行义务之范畴似乎也并无不可。毕竟,附随义务与从给付义务仅仅只是学理上的概念。而2002年的德国债法现代化运动中,立法者按照保护的是合同的履行利益还是当事人固有的利益,将合同之义务予以二分,分为了给付义务与保护义务。作为学理上的概念之附随义务随即被法典所肢解,把辅助确保履行利益实现的部分并入了从给付义务,进而成为了给付义务,而把保护当事人固有利益的部分并入了保护义务的范畴。^①德国立法的做法证明了辅助性的附随义务与从给付义务的区分与否与当事人权益的保护周延性毫无关系,进而否定了区分二者的价值。

至于我国要不要学习德国,抛弃附随义务这一概念,转而代之以给付义务与保护义务的二分这一问题,笔者却持有保留态度。虽然如德国的做法对公因式的提炼更为透彻,二分也做到了对当事人利益的全面保护,但在我国社会当前诚信缺失、未建立起信用体系的情况下,附随义务这一能够直观体现诚信原则要求的规定,还是具有存在的价值的。其可以引导当事人诚信全面地履行合同义务,也可以作为请求权基础对因对方违反附随义务而导致不利益的当事人予以救济。此外,我国《合同法》对于先合同义务、附随义务、后合同义务均规定了请求权基础,这一从始至终的安排也体现了合同法对于

^①《德国民法典》241条。另:保护义务不仅限于附随义务,还包括合同缔结前的先合同义务以及对于非为合同当事人的第三人的保护。(德国民法典311条第2款、第3款)

诚信原则的贯彻,在当前形势下更适应中国的社会现实。因此,对于给付义务和附随义务还是应当予以区分的。

三、附随义务的法律基础

在对附随义务进行界定之后,接下来必须探讨的问题就是其所赖以产生的法理基础。对此问题,当前学界尚缺乏较为深入详细的研究,相反仅仅将其来源基础笼统地归入诚实信用原则,但对其赖以产生的具体的法理基础却并没有深入的思考。

绝大部分学者将附随义务视作法定义务的一种,但是在笔者看来,附随义务虽然属于法定义务,但与一般的法定义务还是存在着一定的区别的。首先,法定义务完全基于法律规定而发生,其内容、构成要件、履行期限和履行方式等都由法律予以明确的规定。附随义务是否客观存在、存在哪种类型的附随义务、违反附随义务之后采取何种救济措施均取决于当事人所达成合同的具体内容和具体客观情况而确定,并非全部由法律规定。其次,法定义务与意思自治无涉,没有适用意思表示解释规则的空间。而附随义务的种类及内容往往是需要法官依据诚实信用原则予以确认的,而确认的出发点则是对当事人的意思表示的内容以通情达理的第三人之客观标准加上诚实信用原则予以解释。再次,法定义务几乎全部是消极内容,对违反法定义务的救济方式因此也以损害赔偿为主,几乎不存在继续履行问题。而附随义务作为诚信原则的具体引申,是具有积极行为的内容的:义务人被要求按照诚信原则的行为标准全面履行其义务。

虽然附随义务与一般意义上的法定义务有着较明显的区别,但若把它视为意定(合同)义务看起来则存在着更大的甚至可以说是无法跨越的障碍:毕竟它的产生并非来自于当事人的约定,而是法律对当事人行为标准的概括同时又刚性的要求。特别是其中消极的保护义务,如果仅就义务的内容而言,其与先合同义务与后合同义务这样的法定义务并无实质上的不同。这也难怪卡纳里斯教授提出对其三者进行一体化保护的理论了。但是,卡纳里斯的学说否认了保护义务的合同基础存在的可能性。笔者恰恰认为,无论是要求义务人为积极行为的辅助性的附随义务,还是要求行为人不得违反的保护性的附随义务,在合同生效并且存续的期间里,均被合同所吸收,转化为了合同义务,构成了合同内容的一部分。这即为在德国得到广泛认同转换理论的延伸。^①换言之,附随义务的来源基础原本是法律的规定,由于诚实信用原则的要求,原本就存在的保护义务因为主体之间存在合同关系从而被提高了注意标准,而原先本不属于当事人义务的辅助义务也被纳入到了义务内容中去,从而构成了附随义务。但是随着当事人之间所缔结合同的生效,附随义务的具体形态和内容被确定下来,从而成为了合同义务的一部分,即一种合同义务中的法定义务。因此,对附随义务的违反属于违反合同义务,应当按照违约救济的手段予以救济。

四、违反附随义务救济方式

在已经明确附随义务是合同义务的基础上,需要进一步探讨的是应当采取何种措施对因对方当事人违反附随义务而导致自己受到损害或使得自己处于危险状态的当事人予以救济,其请求权基础究竟何在?当然,具体采取何种救济措施尚视个案的客观情况以定。这里仅能就其违反后的救济方式进行类型化讨论。

^①该理论认为,合同成立后,法定的保护义务转换为合同义务,此时保护义务的基础是当事人之间的合同。

（一）继续履行适用的可能性

按照我国《合同法》第110条的规定,所谓继续履行是按照合同的约定继续履行义务。以保护义务的形式存在的附随义务显然没有继续履行的适用空间,如果违反上述义务造成了损害,如违反保密义务导致机密被他人知悉、违反安全保障义务导致债权人在债务人店铺内遭受身体伤害等,采取继续履行的救济手段显然已经毫无价值且客观上不可能做到;而违反上述义务却未导致相对人损害时,此时应当认为因债务人不履行附随性保护义务而使得债权人处于可能遭受某种不利益的危险境地,构成了瑕疵履行,也就不应当适用继续履行作为救济的手段了。之所以附随义务中的保护义务没有继续履行的适用空间,是因为继续履行保护的是债权人的履行利益,而保护义务所指向的则是债权人的固有利益。而要求债务人积极行为的辅助性的附随义务,如通知、协助等,为债权人履行利益最大化考虑,在部分情形下则应当允许适用继续履行,尤其是在长期合同中。例如,当一长期供货合同的供货商因使用发送商业广告的电子邮箱向采购方以电子邮件的形式通知相关事宜而导致采购方因邮件被系统自动识别为垃圾邮件予以清除,未能及时受领通知内容时,应当要求供货商及时更换合适的电子邮箱或者采取其他方式履行通知义务,以免后期因履行通知义务不合要求而导致采购方遭受损失。

（二）采取补救措施适用的可能性

采取补救措施的请求权基础在于我国《合同法》第111条之规定,其内容中“修理、更换、重做、退货”等指向的主要是买卖合同。而这种规定,恰恰使得违约责任及瑕疵担保责任之关系变得极具讨论之余地。

有学者认为,我国合同法上,传统意义上的瑕疵担保责任被纳入了违约责任的范畴。^①而有的学者认为,尽管被我国的《合同法》规定为违约责任的一种类型,物的瑕疵担保责任是相对独立于违约责任的制度的。因为其在诸多方面均实质地区别于一般意义上的违约责任,只不过它以债务不履行说作为法理根据^[9]。

这种争论显然不是本文论述的重点,但是,“统合说”与“独立说”却显然与违约责任和违反附随义务的责任有重大关系,尤其是在合同有效的情况下,违反附随义务的责任方面关系极大(下面详细讨论)。笔者支持“统合说”,因为,既然该条的位置处于合同法总则的部分,我们就应当将其视为统摄合同法整个领域的违约救济方式而不是将它的适用范围限制在买卖合同方面。在当事人违反附随义务且合同有效的情况下,采取补救措施应当被允许适用。主要用于在因债务人未履行或未适当履行附随性保护义务而使得债权人处于可能遭受某种不利益的危险境地时,应当要求当事人予以补救以消除债权人遭受损失的风险;或当债务人不履行附随义务而导致如提供服务等合同标的的价值低于所约定的价格时,应当支持债权人提出的减少价款之请求。

（三）损害赔偿适用的可能性

损害赔偿责任是违反附随义务最可能被采取的违约救济手段,也是本文讨论的重点。赔偿损失以债权人存在实际的损失为必要之前提,该种救济措施的请求权基础并非仅仅来自于《合同法》第113条,还可能来自于《合同法》第43条的规定。当仅仅存在固有利益的损害而并无履行利益的损害时,还存在着违约之债与侵权之债的竞合。而同时造成债权人履行利益和固有利益损失的情况下,则构成积极侵害债权,即加害给付的问题,所涉请求权基础则更为复杂。关于这一部分,笔者将另行撰文予以探讨。至于赔偿范围问题,当债务人违反附随义务的严重程度足以使得继续履行合同对债权人来说不构

^①韩世远:《出卖人的物的瑕疵担保责任与我国合同法(上)》,载《中国法学》2007年第3期;王利明:《合同法研究(第二卷)》,中国人民大学出版社2011年版,第418页。

成合理期待时,应当允许债权人请求通过以赔偿损失的方式代替给付。《德国民法典》规定:债务人侵害第241条2款(即因债务关系而生之保护义务)之义务的,以不再能够苛求债权人要求债务人履行给付为限,债权人在第280条第1款的要求下,可以请求替代给付的损害赔偿。^①例如,一电子元器件供货商违反以附随义务的形式存在的保密义务向外披露了其所提供的元器件规格,从而导致作为债权人的电子产品生产商拟推出市场的新型手机的性能甚至外观被外界看透,此时无论是对供货商商业道德的信任缺失还是紧急寻找其他型号的元器件以应对竞争对手的反制措施的需要,继续履行原来的合同显然是对电子产品生产商的苛责。此时,允许债务人赔偿债权人包括可得利益在内的损失来替代其履行,无疑是合理的。

(四) 解除合同的适用可能性

一般说来,合同解除有约定解除与法定解除两种,但由于约定解除属于“契约自由”的范畴,故在此不必讨论,我们仅仅讨论法定解除。“契约必须严守”是各国契约法理论和判例的一般原则,因此,契约解除必须有重大事由。我国《合同法》第94条就规定了这些法定解除事由。^②但我国学理上对于解除合同是否属于违约救济的一种手段在认识上还存在着分歧,笔者认为合同的解除制度只有在出现当事人违约时才有其存在的价值,因此应当被视为违约救济的一种手段。那么,违反附随义务是否会成为合同解除的法定事由呢?我国《合同法》第94条第4项已经明确规定“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”的,对方可以解除合同,那么,违反附随义务当然也有可能导致合同目的不能实现。尽管这种情况与主合同义务的违反比较,导致合同目的不能实现的情形较小,但在当事人违反附随义务的情形十分严重以至于对方无法实现合同目的,即构成根本违约时,应当允许债权人行使合同解除权以实现对自己利益的救济。特别是那些具有较强人身或商誉信赖性的长期合同,当债务人违反附随义务导致债权人对其信赖丧失而对其接下来履行合同的的质量无可期待时,解除合同应当是被允许的。例如,一明星长期在某高级酒店包房居住,因酒店违反附随的保密义务导致其房号和行踪被外界得知,使其遭到了不良媒体和喜欢偷窥明星隐私的极端粉丝的骚扰,生活的安宁被打破。此时该明星无疑可以解除房屋的长期租赁合同,因为其使用该房屋安静居住生活的目的已经无法实现。《德国民法典》第324条规定:“双务契约之债务人,违反第二百四十一条第二款之义务者,遵守契约于债权人无期待可能性时,债权人得以解除契约”。我国虽未有明确规定,但结合《合同法》第94条之规定,也可以做出相同的解释。

五、结 论

合同乃当事人意思自治的产物,按照经典的理论,合同义务也均应来自当事人的意思,因而所谓的违约责任都是违反了当事人的约定。但是,自从德国学者耶林“发现”了缔约过失责任以后,为附随义务的存在开启了智慧之门。再加之各国合同法对“契约自由”进行了有效的干预后,今天的合同义务

^① 详见《德国民法典》第282条相关规定。另:280条1款规定:债务人侵害由债务关系产生之义务的,债权人可以请求赔偿因此发生的损害。义务侵害不应当归责于债务人的,不适用此种规定。

^② 该条规定:有下列情形之一的,当事人可以解除合同:

- (一) 因不可抗力致使不能实现合同目的;
- (二) 在履行期限届满之前,当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务;
- (三) 当事人一方迟延履行主要债务,经催告后在合理期限内仍未履行;
- (四) 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;
- (五) 法律规定的其他情形。

被理解为“约定义务+法定义务”。因此,合同义务既包含那些由当事人约定的给付义务,也包含出于公序良俗、诚实信用等要求因而被吸收进合同义务中的法定义务。根据诚实信用原则产生的附随义务即是其中之一。其在具体内容的解释上虽然与当事人约定的主给付义务有关,但它得以产生的根源却不是当事人的约定,而是法律的规定。我们很清楚,如果没有这些附随义务的辅助或者保护,合同的主给付义务就很难实现,即使履行了主合同义务,合同目的也难以真正彻底实现。因此,在我国目前的社会环境下,我们应该:(1)坚持狭义的附随义务的概念,发挥其保护和辅助功能以实现合同目的,保护当事人利益;(2)坚持诚实信用原则与附随义务的一体化,使诚实信用原则这一我国合同法和民法总则明确规定的原则落实到具体的裁判中;(3)在合同有效的前提下将违反附随义务纳入违约体系中去,用违约责任的方式对其加以救济;在合同无效的情况下,用缔约过失责任作为违反附随义务的请求权基础。这样就使得附随义务无论在什么情况下,都得到了全面落实。

通过上文的论述我们可以获得以下阶段性结论:首先,附随义务应当仅存在于合同履行期间。其次,对于如何区分附随义务与从给付义务,可从以下两个方向入手:一是附随义务除辅助性之外尚具有保护性;二是相比于以辅助义务形态呈现的附随义务,从给付义务与给付的关联性更加密切。再次,虽然附随义务已被德国新债法所解构,但是在当前我国的法制环境与社会环境下,保留附随义务的独立性依然具有促进当事人诚信而全面的履行合同义务的实际意义。最后,当债务人仅违反附随义务时,亦构成对合同义务的违反,应当按照违约救济的手段予以救济。包括采取补救措施、赔偿损失和解除合同。上述结论引发了笔者对附随义务以及其产生之源——诚实信用原则在合同法中的贯彻现象的进一步思考。

参考文献:

- [1] E·艾伦·范斯沃斯. 美国合同法[M]. 葛云松, 丁春艳, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 196.
- [2] 王利明. 合同法新问题研究[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2003: 19.
- [3] 王泽鉴. 民法学说与判例研究: 第一册[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1998: 96.
- [4] 林诚二. 债法总论新解体系化解说: 上[M]. 台北: 瑞兴图书有限公司, 2010: 38.
- [5] 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[J]. 政治与法律, 2011(7): 128-139.
- [6] 道文. 试析合同法上的附随义务[J]. 法学, 1999(10): 23-26.
- [7] 战翠翠. 试论合同附随义务的认定及违反合同附随义务的责任[D]. 烟台: 烟台大学法学院, 2012: 9.
- [8] 孙铭悦. 论附随义务与从给付义务[J]. 法制博览, 2017(12): 213.
- [9] 崔建远. 物的瑕疵担保责任的定性与定位[J]. 中国法学, 2006(6): 32-43.



(责任编辑 陶舒亚)