

# 自始不能责任的学理建构

卢 湛 杜景林<sup>\*</sup>

---

**内容提要:**自始不能责任渊源于罗马法上的杰尔苏规则,对其的正确理解应当是仅排除债权人的实际履行请求权,而不是整个合同一起归为无效,这就意味着应当向债权人赔偿积极利益。自始客观不能与自始主观不能在目的上并不存在根本不同,因此应当为二者规定相同的法律效果。自始不能与嗣后不能在准据时点上存在着偶然性,因此同样应当为二者建立相同的责任后果。为此,应当以债务人不履行给付允诺解决传统框架下体系违反与学理不规则的问题。立法与学理应当通过互动而实现统一,单纯地突出学理的服务功能并不妥当。

**关键词:**自始不能 积极利益 体系违反 学理

---

在将给付不能置于边缘化地位的现代给付障碍法体系中,给付不能问题特别突出地表现在自始不能责任的目的基础和学理建构上。这就需要对其罗马法上的渊源杰尔苏规则(Celsus - Regel)的适用范围进行反思,从而将自始客观不能与自始主观不能以及自始不能与嗣后不能在责任上统一起来。进一步,在此基础上我们可借以反思传统框架下的体系违反与学理不规则问题,正确地处理立法与学理发展二者之间的辩证关系。

## 一、自始不能与合同效力:杰尔苏规则的正确理解

依据古典罗马法上著名的杰尔苏<sup>[1]</sup>规则(Celsus - Regel),“给付不能不构成债”(impossibilium nulla est obligatio),即任何因客观原因不能给付的物品不应当成为债的标的。<sup>[2]</sup>这一后来在债法上获得重要发展的原则表明,债的标的应当是能够得到履行的。乌尔比安在《论告示》中说,“那些不能给付或自然界不存在的物品不能成为交易的标的”;保罗在《论普拉蒂》中说,如果我买了一栋房子,但

---

\* 卢湛,对外经济贸易大学中德学院副教授;杜景林,对外经济贸易大学中德学院教授。

[1] 尤文第·杰尔苏(Iuventius Celsus),公元2世纪著名的罗马法学家。其以卓越的语言才能创造了大量精练的法律格言,如“法是善良和公正的技艺”、“通晓法律不在于了解它的文字表述,而在于掌握它的精神和实质”以及“给付不能不构成债”等。参见黄风:《罗马法词典》,法律出版社2002年版,第50页。

[2] 参见上引,黄风书,第125页。

我和卖方都不知道房子已经被火烧了,那么,有关的买卖交易无效。〔3〕 这些都是在尝试着说明“给付不能不构成债”这样一种情况。然而应当认识到,就是在创制“给付不能不构成债”这一著名法谚的古典罗马法土壤上,杰尔苏规则的适用范围也仅是限定于那些自身不具有标的和内容以及那些从一开始起就不具有任何意义的合同。〔4〕“如果某人通过要式口约被允诺给付依事理之性质不存在或不可能存在的物,例如已死亡却被认为仍活着的斯提古,或不可能存在的人马兽〔5〕,要式口约无效。”〔6〕 这能够特别清楚地表明杰尔苏规则的适用范围。

然而这一重要规则在后世并没有能够得到正确的理解。1896年的德国民法典在第306条规定,以自始客观不能的给付为标的的合同为无效,〔7〕应当是近代法制史上最为著名的误解杰尔苏规则的产物。这一规定将自始不能的适用范围远远地扩展到了其原本的疆界之外,因此对契约神圣原则构成了严重的、没有任何正当化理由的限制。虽然在后来,法院裁判对这一规定采取了限定性的适用,如认定债务人对能够给付承担了特别的担保,以此求得一个较为妥适的结果,但德国民法典的制定者们没有能够正确理解杰尔苏规则这一历史性的真实,则是永远也不能够改变的了。〔8〕 现在,在2001的债法现代化进程中,德国的立法者已经彻底地革除了这一恶名昭著的弊端。〔9〕 虽然在一个法典中明文规定“给付不能不妨碍合同效力”多少让人有些奇异之感,因为法典通常并不规定一个合同在何时为有效,而仅是规定合同在何种情况下为无效,但纯从阐明和清楚化的视角看待,这种奇异应当还是必要的,对于一个在法律效果上曾经有无效“前科”的法律制度来说,就更加显得有必要了。〔10〕 这符合现代合同法的发展趋势。〔11〕

其实,在一个以不能的给付为标的的合同中,虽然原本的给付请求权不能够为债务人所履行,但请求损害赔偿或者请求交付替代利益等次级权利还是能够存在的,并且也是完全应当存在的,也就是说,合同的效力原则上并不应当因给付不能而受到妨碍。实际上,这种不言而喻与杰尔苏规则并不存在矛盾,而更应当是杰尔苏规则的应然结果:与合同在嗣后不能的情形并不丧失效力一样,杰尔苏规则所反映出来的法律思想只是要排除合同上的原级履行请求权,而非是要排除次级的损害赔偿的请求权。〔12〕 显见,这一法律思想是将从一开始之时起即无法履行的合同做成了债务人负担合同义务的“悬挂点”,在这一悬挂点之下,虽然债权人的给付请求权已经被排除,但必须承认,债权人的期待利益

〔3〕 转引自黄风:《罗马私法导论》,中国政法大学出版社2003年版,第256页。〔意〕桑德罗·斯契巴尼选编:《契约之债与准契约之债》,丁玫译,中国政法大学出版社1998年版,第395页以下。

〔4〕 Vgl. Volker Emmerich, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 5. Auflage, 2003, S. 24.

〔5〕 拉丁文为 hippocentaurus, 一种人首马身、半人半马的怪物。

〔6〕 见〔古罗马〕查士丁尼:《法学阶梯》,徐国栋译,中国政法大学出版社2005年版,第359页。

〔7〕 参见《德国民法典》,杜景林、卢谟译,中国政法大学出版社1999年版,第68页。

〔8〕 参见杜景林、卢谟:《给付不能的基本问题及体系建构》,《现代法学》2005年第6期。

〔9〕 德国民法典新债法第311a条第1款规定:债务人依第275条第1款至第3款不需要给付,并且给付障碍在订约时即已经存在的,不妨碍合同的效力。参见杜景林、卢谟:《德国债法改革》,法律出版社2003年版,第205页。

〔10〕 Vgl. Barbara Grunewald, *Bürgerliches Recht*, 6. Auflage, 2003, S. 71.

〔11〕 国际统一私法协会1994年的《国际商事合同通则》(当前为2004文本)在第3.3条中规定,合同订立时不能履行所承担义务的事实本身不影响合同的效力。参见张玉卿主编:《国际商事合同通则2004》,中国商务出版社2005年版,第255页。欧洲合同法委员会1998年制定的《欧洲合同法原则》在第4:102条中规定,仅仅由于合同成立时所负债务的履行不能,或者由于一方当事人无权处分合同关涉的财产,合同并不无效。参见《欧洲合同法原则》,韩世远译,载梁慧星主编:《民商法论丛》第12卷,法律出版社1999年版,第845页。

〔12〕 Vgl. Claus - Wilhelm Canaris, ZRP 2001, 329(331); dens., in: Reiner Schulze und Hans Schulte - Noeke (Hrsg.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, 2001, S. 49.

已经得到了反射。<sup>[13]</sup>这时债权人与债务人之间的关系主要表现为一种赔偿性质的给付关系。<sup>[14]</sup>

## 二、自始不能的责任：积极利益与消极利益的赔偿

将以自始不能之给付为标的的合同规定为有效，似乎尚没有为下述问题提供一个正当的答案：即在此种情形，债务人是应当向债权人赔偿消极利益还是积极利益？然而如果认真地思考一下，则会发现其实答案已经蕴涵于上述解决方案之中：因为如果仅仅为了达到保障债权人获得维持利益这样的一个目的，根本就没有必要维持合同的存在，迳行规定合同无效即已经能够顺利无阻地达到这一目的。那么，既然立法者或者规则的制定者仍然坚持将这种合同规定为有效，即将合同做成债务人责任的渊源和基础，在这种情况下，赔偿积极利益就不再是方法上的一种拟制，而应当是学理上的一个必然结果了。<sup>[15]</sup>从经济的视角看，或者说从财产的视角看，这种做法是要将债权人放置到合同得到正常履行的境况之下，而这就特别意味着，债权人的丧失利益也将能够得到相应的赔偿。<sup>[16]</sup>

如果说这种解决方案也存在着一定的问题，那么这主要是见于下述情况：即根据人们当前对科学技术发展水平的认识，有些给付在可以预见的时间之内尚不能够得到完成，如制造永动发动机、永动机械、超音速列车。这里涉及的是这些给付的实际计算问题：由于这种给付不具有市场价值，又或者说如果这种给付真的能够顺利地生产出来的话，那么它无疑具有难以估量的市场价值，因此会给人以给付的损害赔偿的计算造成无法克服的巨大困难。这意味着，这里仅能够顺利地完成任务的设定，但却不能够顺利地完成任务的填补。<sup>[17]</sup>然而应当认识到，这些仅构成例外情形，并且这些例外情况在理性的当事人之间几乎也是不可能出现的，亦即从通常的情况出发，其虽然能够使赔偿积极利益的立法观念打上一定的折扣和减损，但必须承认，在大多数的情况之下，人们所忧心的上述问题是不会出现和存在的。

## 三、自始不能责任的目的基础：趋同规制

### （一）自始客观不能与自始主观不能责任的统一

从目的论的视角看待，在自始不能的框架之下，单纯的主观不能与单纯的客观不能之间并不存在

[13] Vgl. Eike Schmidt, Das Schuldverhältnis, 2004, S. 108.

[14] 在自始不能不妨碍合同效力的情形中，作为原权利的履行请求权是在一个法学瞬间已经成立而后又被排除，还是自始即根本没有产生，也即债务人的抗辩是属于权利毁灭的抗辩，还是属于权利障碍的抗辩，论者见解并不一致。2001年德国债法现代化法的制定者们认为，在此种情形，原给付请求权自从一开始即不在考虑之内，但这在学理上与合同发生效力并非不一致，其仅是意味着，这里成立的是无原给付义务的合同，这是一个长时期以来即已经得到承认的学理范畴(Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 14/6040, S. 164)。本文认为，存在无原给付义务的合同，并且其已经成为一个公认的学理范畴，这是不可否认的，但将这一学理转移适用到自始不能合同发生效力的情形，并不妥当：同在嗣后不能的情况下一样，随着合同的订立和生效，原级给付层面上的履行请求权即已告成立，只是出于给付不能的原因而不能得到实现，故其仅能够被“排除”。

[15] Vgl. Eike Schmidt (Fn. 13) S. 109.

[16] 应当认识到，赔偿积极利益或者赔偿消极利益的争执是具有实践意义的，具体见于债权人的消极利益超出合同积极利益的情形，如债权人因信赖能够获得合同给付而没有实施一个对于自己更加具有利益的抵偿行为。有学者认为，针对此种情形，债权人应当能够利用缔约过失责任制度获得消极利益的赔偿(Vgl. Volker Emmerich (Fn. 4) S. 71)。但这种见解也许并不妥当，理由是合同当事人是根据自己的意思订立合同法律行为，而法律规定合同为有效则正是要表明当事人应当受到自己的订立行为的约束，故不应当存在与缔约过失责任制度的竞合问题(Vgl. Stephan Lorenz, Karlsruher Forum 2005, Schuldrechtsmodernisierung - Erfahrungen seit 1. Januar 2002, S. 34)。

[17] Vgl. Eike Schmidt (Fn. 13) S. 110.

着重大的不同。试想一下,能够将出卖的物已经发生灭失或者出卖的物已经被窃盗作为一种区分标准吗?在前者情形,灭失引起客观不能;在后者情形,窃盗仅能够引致债务人的主观不能,原因是处于债务人之外的标的物的现实占有人是能够完成给付的。但显然,无论从债权人的利益情况出发,还是从债务人的利益情况出发,二者都没有什么实质的不同。<sup>[18]</sup>在这样一种情况下,如果再在法律上对两者做出不同的对待和处理,既不具有任何的说服力,也将会引起无法忍受的价值判断上的矛盾。

1896年德国民法典中的给付障碍法对自始不能的规定最能够体现这种价值判断上的矛盾:自始客观上的给付不能以无效论,故应赔偿消极利益;而自始主观上的给付不能则被认为在法典中没有得到相应规定,一般认为,此种情形之下的合同为有效,债务人应当负担不履行的损害赔偿,并且这种损害赔偿并不要求存在归责事由。<sup>[19]</sup>具体到上述示例,这意味着:如果出卖物已经灭失,如出卖的汽车已经不复存在,那么合同归于无效,出卖人应当赔偿消极利益;如果出卖物并没有灭失,而仅是被窃盗,如出卖的汽车尚存在于世间,那么合同发生法律效力,并且无论出卖人是否具有过错,其都应当向买受人负担积极利益的赔偿。<sup>[20]</sup>事实上,对于这种更多地是由偶发因素决定的事态,原则上法律应当做出同等程度的处理。2001年的德国债法现代化法就在法律效果上对自始客观不能和主观不能做出了统一的处理和规制。<sup>[21]</sup>从视觉效果上看,这相当于一方面将自始主观不能从原来的担保责任降格成为现在的、由过错决定的积极利益责任,另外一方面则将自始客观不能从原来的信赖损害责任升格成为现在的履行利益赔偿责任。<sup>[22]</sup>

## (二) 自始给付不能与嗣后给付不能责任的统一

在买卖合同中,出卖的汽车是在合同订立之前即已经被窃盗,还是在合同订立之后被窃盗,又或者出卖的房屋是在合同订立之前即已经发生灭失,还是在合同订立之后发生灭失,常常都是由一些纯系偶发的因素所决定的,如果因此而在法律上对二者做出完全不同的处理,那么同样将产生价值判断上的矛盾。这里应当考虑两个方面的问题:一是给付不能的准据时点在发生上存在着偶然性,以此决定损害赔偿责任的严重程度无疑是不妥当的,此种充满价值判断矛盾的后果理应予以避免;二是在发生给付不能的确切时点上存在着很大的不确定性,由此将会产生法律适用上的困难,这同样是应当予

[18] Vgl. Claus - Wilhelm Canaris, Festschrift fuer Andreas Heldrich, 2005, S. 17.

[19] 在德国民法典中,自身主观不能的法律效果是通过“既威名卓著又恶名远扬”的双重反面推论来完成的:一是依据第 275 条,嗣后客观不能和主观不能得到了同等化处理,但由于在法典中没有与此相应的规定,故此推论,自始客观不能与主观不能不能够被置于同一地位,考虑到第 306 条规定自始客观不能为无效,那么自始主观不能即应当为有效;第二,反推第 306 条即应当能够得出,以自始主观不能为标的的合同当为有效,并且债务人应当给付不履行的损害赔偿,即应当赔偿积极利益。Vgl. Claus - Wilhelm Canaris (Fn. 12) 331.

[20] 德国当代著名民法学者迪特尔·梅迪库斯(Dieter Medicus)教授在其经典债法教科书《债法总论》中说,“我在当学生时就不理解这些常常仅系偶然的同缘何会引起如此完全不同的法律处理”。此语完全能够反映出法典规定的不足。Vgl. Dieter Medicus, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 16. Auflage, 2005, S. 179, Rn. 492. 对于德国民法典给付障碍法中存在的这一问题,德国著名民法学者克劳斯·威廉·卡那里斯(Claus - Wilhelm Canaris)教授更是认为,“总体上说,对于民法典的制定者而言,像自始主观不能这样一个如此基本问题的解决,连在思路上都未获得成功,哪怕是一半的成功……最近意外出现的在给付障碍法立法品质方面给予民法典的大肆褒奖,基本上都是不正当的。”Vgl. Claus - Wilhelm Canaris (Fn. 12) 331.

[21] 德国民法典新债法第 311a 条第 2 款规定:“债权人可以根据自己的选择而请求替代给付的损害赔偿,或者在第 284 条规定的范围内请求偿还自己支出的费用。债务人在订约时不知给付障碍,并且也不应当对自己的这种不知情负责任的,不适用此种规定。”前引[9],杜景林、卢湛书,第 205 页。

[22] Vgl. Martin Schwab/ Carl - Heinz Witt, Examenswissen zum neuen Schuldrecht, 2. Auflage, 2003, S. 78.

以避免的。<sup>[23]</sup>如果在法律效果上将自始不能与嗣后不能置于同等的地位,则可以轻松地解决下述问题:在不能够认定给付不能时点的情形,通过采取“选择性认定”的方法而将积极利益的损害赔偿请求权建立在自始不能和嗣后不能的基础之上。<sup>[24]</sup>当然,在此种情形,为能够使自己从损害赔偿的责任中解脱出来,债务人不仅应当对自始不能提出成功的免责证明,而且还应当对嗣后不能提出成功的免责证明。在这种责任制度之下,给付不能发生时点的问题已经不再具有任何的意义。

从制度发生史的角度看,对于1980年《联合国买卖法》第79条免责条款<sup>[25]</sup>是否应涵盖自始给付障碍尽管尚有争论,<sup>[26]</sup>并且该条文中所使用的“impediment”一语从文义上应当更加适合于嗣后发生的给付障碍,<sup>[27]</sup>然而应当承认,在适用第79条时,原则上并不存在充分的理由对自始给付障碍做出不同于嗣后给付障碍的处理,否则将会使自始给付障碍例外于免责条款的适用范围之外,使债务人永远都不会得到免责。<sup>[28]</sup>

### (三)应当归责

在责任问题上将自始不能与嗣后不能置于同等地位,尚不意味着债务人责任问题的最终解决。与之最为密切地联系在一起的还有一个债务人责任的归责问题,即应当按照什么样的原则而将债务责任归结到债务人的名下,又或者债务人究竟应当对什么负责任。对于这一问题的回答,只要有充分的理由存在,那么无论采取何种归责原则,原则上都是可以的。本着同等对待的考虑,自然应当对自始不能和嗣后不能采取同一的归责原则。然而应当注意的是,风险原则将会引起特别严格、有时甚至是难以接受的法律后果,因此常常需要通过目的限缩之途径进行限制;过错原则则虽然已经将那些必要的限制蕴涵于自身,<sup>[29]</sup>但在无数场合中仍然需要通过严格化的路径来扩展责任。<sup>[30]</sup>这种相互

[23] Vgl. Claus - Wilhelm Canaris (Fn. 19) S. 20.

[24] Vgl. Stephan Lorenz (Fn. 16) S. 33.

[25] 《联合国买卖法》第79条第1款规定:当事人对不履行义务不负责任,如果他能够证明此种不履行义务是由于某种非他所能控制的障碍,而且对于这种障碍,没有理由预期他在订立合同时能考虑到或能避免或克服它或它的后果。

[26] Vgl. Peter Schlechtriem. Internationales UN - Kaufrecht, 3. Auflage, 2005, S. 193.

[27] 《联合国买卖法》中译文将之处理为“障碍”,似非完全妥适。国内一些大型工具书也是循例将其处理成为“障碍”,如薛波主编:《元照英美法词典》,法律出版社2003年版,第665页。

[28] Vgl. Peter Schlechtriem/ Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN - Kaufrecht, 4. Auflage, 2004, S. 753, Rn. 12.

[29] Vgl. Claus - Wilhelm Canaris (Fn. 19) S. 23.

[30] 《联合国买卖法》第79条第1款、《国际商事合同通则》第7.1.7条第1款、《欧洲合同法原则》第8:108条第1款以及我国合同法第117条第1款,都能够表明对风险原则所进行的目的限缩。德国民法典一向以实行过错原则而著称,学者也一贯坚持使用过错原则的概念,但正如乌尔里希·胡贝尔(Ulrich Huber)教授所言,“民法典第276条中所表述出来的过错责任的原则在某种程度上仅反映了一半的真实”(Ulrich Huber, Leistungsstörungen, Band I, 1999, S. 78)。另外一半的“不真实”至少可以表现在下述方面:第一,德国民法上的过失概念是在客观上确定的,而不是在主观上确定的,即其已经被客观化;第二,作为劳动分工的受益者,债务人必须对自己所使用的履行辅助人的过错负责任;第三,债务人一旦陷于迟延,即应当对迟延期间所发生的一切给付不能负责任;第四,种类之债的债务人应当对自己可能面临的给付不能危险负责任;第五,金钱之债的债务人应当对自己的给付能力负责任;第六,债务人常常应当对自始客观不能负担保证责任,而对于自始主观不能则始终应当负担保证责任;第七,由于实行举证责任倒置制度,故只要债务人不能够成功地提出相应的证明,其即已经应当承担保证责任,等等。在德国民法典新债法中,由于补充设置了“承担担保”和“承担置备风险”制度,并因此开启了为法律政策所需的责任严格化“隘口”(Peter Schlechtriem, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 2003, S. 179),故从实质内容上看,德国新债法已经十分接近国际上运作的统一法规文件。在这一背景之下,如果再一般性地突出和强调过错责任原则的地位和作用,甚或认为其具有“法律伦理上的确信力”(rechtsethische Ueberzeugungskraft)(Vgl. Peter Schlechtriem aaO S. 168),将不仅是过时的,而且也是非常不恰当的。

接近的情况<sup>[31]</sup>应当能够用“应当归责”<sup>[32]</sup>来概括和涵摄:即只要给付障碍可以归责于债务人,债务人就应当对给付障碍承担责任。

相对于嗣后出现的给付不能而言,自始不能在“应当归责”的关连点上发生了移动。之所以会这样,是因为在前者情形,给付不能的责任是以给付障碍可以归责于债务人为连结根据,而在后者情形,即在自始不能的情形,由于债务人在给付障碍事由发生之时尚根本不负有给付的义务,故其给付障碍的原因并非为“应当归责”的关连点,而是债务人对给付障碍的知情或者过失的不知情。<sup>[33]</sup>在这一语境中应当特别强调的是,这里所论及的“应当归责”仅涉及最终的给付不能,也就是说,无论是对给付障碍的知情,还是对给付障碍的应当知情,都仅涉及下述事实:在合同订立之时存在的给付障碍事由并不能够为债务人所除去。<sup>[34]</sup>

#### 四、自始不能责任的学理基础:法的发现与法的发展

##### (一)体系违反与学理的不规则

通过法律规定以自始不能为内容的合同仍然具有效力,并且债务人应当向债权人赔偿积极利益,这在学理上似乎存在着一定的困难:因为与嗣后不能的情形不同,在合同订立之前,债务人的给付义务尚没有被设定,故债务人并不负有给付的义务,其先契约过错仅在于在合同订立之时没有了解或者查明自己的给付能力情况,反而言之,如果债务人充分地尽到了自己的这种先契约资讯义务,那么债务人根本就不会订立这一合同。因此,本着损害学理的一般规则,这种义务侵害的损害赔偿仅应当将债权人置于致害事由没有发生时所应处在的境地之上,即仅应当引起消极利益的赔偿,而不应当引起积极利益的赔偿。在这样的背景之下,法律赋予债权人于此时的积极利益赔偿请求权,似乎就意味着一种“完全的体系违反”(voellig systemwidrig)<sup>[35]</sup>和“学理的不规则”(dogmatische Unregelmaessigkeit)。<sup>[36]</sup>

另外一种思路则认为,在侵害先契约义务的情形,在确定损害赔偿范围的问题上,关键是看受到侵害的义务具有何种保护范围:<sup>[37]</sup>如果债务人在订约之前没有充分地了解自己的给付能力就订立了合同,但自己并不能够履行这一合同,那么这种先契约调查义务应当可以覆盖合同对方当事人对该合同所具有的履行利益。这种义务首先应当能够保护对方当事人以防支出无谓的费用,同时还应当能够保护对方当事人以防其选择不具有给付能力的合同当事人,并与之订约;就此而论,其亦完全应当能够保护对方的履行利益。<sup>[38]</sup>由于这里涉及到的仍然是债务人应当在订约之前调查自己给付能力的义务,因此在当前损害赔偿法的体系框架之下,这种看待维度虽然将考察点移置到了义务的“保护范围”之上,但仍意味着体系的违反或者说学理的不规则。之所以这样讲,是因为在侵害先契

[31] 这或许能够表明,作为一门科学的法学正在走向其最高境界——归一(unisson)。参见王伯琦:《近代法律思潮与中国固有文化》,清华大学出版社2005年版,第134页。

[32] Vgl. Peter Schlechtriem (Fn. 31) S. 167.

[33] Vgl. Stephan Lorenz, NJW 2002, 2497 (2500).

[34] Vgl. Stephan Lorenz (Fn. 16) S. 33.

[35] Vgl. Martin Schwab/ Carl-Heinz Witt (Fn. 23) S. 78.

[36] Vgl. Dieter Medicus, in: Haas/ Medicus/ Rolland/ Schaefer/ Wendtland, Das neue Schuldrecht, 2002, S. 97.

[37] Vgl. Peter Schlechtriem, in: Privatrecht in Europa, Festschrift fuer Hans Juergen Sonnenberger, 2004, S. 132.

[38] Vgl. Peter Schlechtriem, in: Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001, S. 21.

约义务的情形中,债务人仅是应当将债权人置于义务事由不发生时原应存在的状态,而这当然是指当初双方当事人根本就不订立合同时状态。

## (二) 给付允诺的不履行

究竟应当如何除去这种体系违反或者说学理的不规则呢?也就是说,在将给付不能的责任规定为赔偿积极利益后,债务人的责任原因或者称责任事由究竟何在?又或者说在此之外是否还存在着其他的因果关系认定路径?应当认识到,在给付不能的情形,债务人的给付义务是被排除的,从债权人的视角看待,实际履行的请求权是被排除的,然而这并不当然意味着债务人在合同上向债权人做出的给付允诺也因此而被排除,恰恰相反,其应当像合同自身那样仍然存在,并且仍然在发生效力。这乃是法律规定自始不能的合同为有效的根本意旨,同时也应当是契约神圣原则的必然要求:[39]如果有谁允诺了一项给付,那么他就必须要完成该项给付,或者至少应当将债权人置于在合同得到正常履行时所应处在的位置之上。因此,在自始不能的情形,合同的内容从一开始之时起即仅是指向以金钱赔偿债权人的履行利益。这也就是说,债务人不履行给付允诺[40]应当能够构成债务人赔偿积极利益的责任事由。[41]

以不履行给付允诺为责任事由的学理思考,依照下述路径或许能够得到较为理想的解释:即在那些根本性的、并且最终构成合同典型特征的原给付义务成立之前,完全可以存在一些前期的准备性义务或者称注意义务。例如,出卖人为完成自己交付和转移标的物所有权的义务,首先应当置备标的物,在已经拥有标的物的情况下,则应当将标的物置于符合合同规定的状态之下,并且应当保持这一状态。如果出卖人违反了这样的义务,无疑将会妨碍义务的正常履行,并因此引致给付的不能、延迟或者是有瑕疵,最终引致合同的不履行。对于这种情形,债务人理应承担替代给付的损害赔偿。[42]长时期以来即为人们所熟知的承担性过错同样能够说明这一问题,即债务人不能够履行合同上所缔结的义务,原因是其自己根本就不具有这样的能力。在此种情形,债务人没有尽到往来中必要的注意,具体表现就是在缔结合同之前,也就是在承担原本的给付义务之前,没有审查自己是否具有相应的给付能力。在这里,给付障碍并非表现为先契约义务的违反,而是表现为合同中给付义务的违反,更加确切一点讲,是“应当归责”的准据时点向前移动的给付义务违反。[43]按照这一思维模式,嗣后出现的履行瑕疵,如给付的不能、延迟或者是有瑕疵,完全可以归结于债务人在此之前的义务违反:即如果债务人能够充分地履行自己的准备性义务、注意义务,或者调查了解义务,那么根本就不会发生不给付、合同不完成或者给付允诺不履行这样的后果,从而也就谈不上积极利益赔偿的问题。在这里,赔偿积极利益不仅合理和正当,而且能够最好地符合自始不能情形合同仍然发生效力这样的法律设计。相较于体系违反和学理不规则的诠释而言,这完全采取的是另外一种因果关系认定途径。

[39] Vgl. Martin Schwab/ Carl-Heinz Witt (Fn. 23) S. 78.

[40] 这里从侧面间接地涉及到给付障碍法的体系问题,更进一步地讲是涉及到同一基本责任构成的问题。不难看出,如果以不履行给付允诺为债务人赔偿积极利益的责任事由,那么不履行的范畴应当能够优越于义务侵害。关于这一问题的讨论,详见卢谟、杜景林:《论债权总则给付障碍法的体系进路》,《法律科学》2006年第1期。

[41] Vgl. Claus-Wilhelm Canaris (Fn. 12) 331; dens. (Fn. 19) S. 23ff. 这里必须指出的是,在这一问题上,2001年《德国债法现代化法立法理由书》在同一个上下文,即在相邻的两个自然段中,既认为自始不能情形之下的积极利益赔偿系基于先契约义务的侵害,又认为系基于给付允诺的不履行。这种认识上的不一致应当属于立法理由书制定上的重大错误,对于任何立法者都具有重大的警示意义(Vgl. Begründung (Fn. 14) S. 165)。

[42] Vgl. Dieter Medicus, JuS 2003, 527; dens. (Fn. 21) S. 180, Rn. 496.

[43] Vgl. Peter Schlechtriem (Fn. 38) S. 132.

### (三)与撤销权法的关系

在法律规定自始不能情形应当赔偿积极利益的情况之下,“应当归责”的关连点是债务人的知情或者是可以归责的不知情。这就产生了下述的问题:[44]在不可以归责的不知情的情形,债务人的责任应当如何认定?赔偿积极利益已经不在考虑范围之内了,那么是否至少还应当赔偿消极利益?这个问题之所以有意义,是因为在撤销权法上,一个自身没有过错而发生错误的人,在撤销自己因错误而做出的意思表示时,必须要向合同的对方当事人进行信赖损害赔偿。能够进行此种类推适用的理由是,这里的情况与因错误而撤销的情况并不存在什么不同,二者完全可以被置于同等的地位:[45]如果债务人自己并没有过错而对债务标的在往来上的重要性质发生了错误,如将一个原本属于第三人的标的物看作是自己的标的物,那么债务人能够以赔偿信赖损害为代价而摆脱合同的拘束,并因此摆脱自己负担的给付义务。本着这样一种认识,对于债务人不知悉自己的给付能力,并且又属于是不可以归责的不知情这一在类型上具有相似性的情形,自然没有理由做出另外的与之不同的处理。

然而应当认识到,类推适用的前提要求是存在法律漏洞,而在自始不能情形赔偿积极利益这一法律体系建构之下,并不存在法律漏洞:对于在合同订立之前即已经存在的给付障碍,如果债务人在订约之时是知情的,或者是应当知情而不知情的,那么债务人就应当承担积极利益的损害赔偿;而债务人如果不知情、并且是属于不可以归责的不知情,则是作为免责事由出现的。这其实也是在自始给付障碍情形规定以知情作为“应当归责”连结点的必然结果。既然在制度建构上并不存在法律漏洞,那么自然也没有必要人为地去“撕开”一个在法律体系上本不存在的法律漏洞。[46]如果一定要认为这是法律漏洞,那么这恐怕也应当是“有认识的法律漏洞”,而非是“无认识的法律漏洞”。[47]

### (四)学理的服务功能

如上所述,在自始给付不能的情形,如果法律规定债务人对此承担积极利益的损害赔偿,将会引起体系的违反与学理的不规则。进一步就引出了另外一个重大的问题:即立法与学理二者之间究竟应当具有何种关系?是依从关系?服务关系?指导关系?制约关系?又抑或是其他某种关系?

应当认识到,虽然立法的本旨是创制法律规定,而非在于规定学理,但却能够间接地为学理预置出运行的轨迹和界限,因为学理在具体表现形态上总是以现行法为客体和内容的,并且是以在体系上相一致的方式来对现行法进行说明和解释的。[48]然而同样应当认识到的是,在立法的框架之下,学

[44] Vgl. Martin Schwab/ Carl-Heinz Witt (Fn. 23) S. 80.

[45] Vgl. Stephan Lorenz (Fn. 16) S. 34.

[46] Vgl. Dauner-Lieb/ Heidel/ Lepa/ Ring (Hrsg.), Anwaltkommentar, Schuldrecht, 2002, S. 385, Rn. 18.

[47] 德国著名民法学者克劳斯·威廉·卡那里斯教授即认为应当类推适用撤销权法的规定。对于卡氏的这一解决方案,2001年德国债法现代化法的制定者表现出了极大的“同情”,这就是:“本草案认为这是一个可行的解决进路。但这不应当在法律上做出规定,原因是为此还需要审查第119条第2款的规定,而这样将会突破本次立法委托的范围。因此,这一问题应当继续交由判例去解决,但判例则可以在卡那里斯教授的意义上来解决这一问题”(Begründung (Fn. 14) S. 166)。这里又牵涉到另外一个问题:一部法律或者法典的立法理由书究竟应当如何撰写?道纳-利普(Dauner-Lieb)教授即认为,这“可能是在向给付障碍法委员会的一个核心角色鞠躬”(Dauner-Lieb/ Heidel/ Lepa/ Ring (Hrsg.) (Fn. 47) S. 384, Rn. 17);同为2001年德国债法现代化法制定者的沃尔夫冈·恩斯特(Wolfgang Ernst)教授也认为,这是“一个让人费解的建议”(Vgl. Kurt Rebmann/ Franz Juergen Saecker/ Roland Rixecker (Hrsg.), Muenchener Kommentar zum Buergerliches Gesetzbuch, Band 2a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 2003, S. 1562, Fn. 44)。本文认为,在立法理由书中融入或者结合学说上的考虑是可行的,而且也是必要的。法的创制不是独立完成的,而需要判例和学说的共同努力,这是不言而喻的。然而应当如何将学说上的观点和判例上的做法付诸于立法理由书之中,值得立法者和学者进一步地研究和思考。

[48] Vgl. Claus-Wilhelm Canaris (Fn. 19) S. 23f.



理建构也会影响到一个规范的内容形成,亦即在法的获得阶段,二者之间存在着某种程度的交互作用。〔49〕

从外部关系的视角考察,更为确切地说,是从相对发展进程的角度来看待,则可以将立法与学理之间的关系划分成为下述三个层面:一是立法与学理获得同等程度发展的相对稳定阶段,二者之中不存在何者在先、何者在后的问题,呈现出来的是一种和谐的并行存在;二是立法落后于学理的相对发展层面,此时应当及时修正法律,使之能够适合于学理的发展,并进而达到和实现与学理的和谐一致;〔50〕三是立法先进于学理的相对发展时期,此时则应当尽快地调整学理,使其能够适应于现行的法律情况。〔51〕

---

**Abstract:** The liability of initial impossibility originates in Celsus – Regel in Roman law, which should be properly understood as the elimination of obligee's claim for specific performance, rather than the invalidation of the whole contract, thus the positive interests of the obligee shall be compensated. There isn't substantial difference between the aim of initial subjective impossibility and that of initial objective impossibility, so the liabilities of these two kinds should be unified, i. e. providing same legal effect for the two situations. The happening of initial impossibility or subsequent impossibility depends on the occasionality of their judging time point, so they should assume same liability too. Thus, we should take the obligor's nonperformance of their promises as the base to solve the systematic wrong and theoretical irregularities in the traditional structure.

**Key words:** initial impossibility, positive interest, systematic wrong, theoretical

---

〔49〕 Vgl. Claus – Wilhelm Canaris (Fn. 19) S. 24.

〔50〕 例如,德国旧民法规定,解除使债务关系溯及地归于消灭,这意味着,债权人仅能够择一性地请求不履行的损害赔偿或者解除(详见旧法第 325 条和第 326 条),这当然与旧的学理是一致的。但后来的学理发展已经突破了这一限制,即认为解除并不使合同溯及地消灭,而是将合同转换为一种清算了结的债务关系。受这一学理的指导,2001 年的德国债法现代化法做出了相应的修正,即允许损害赔偿和解除这两种法律救济手段在行使上进行“累积”(详见新法第 325 条)。

〔51〕 在 2001 年的德国债法现代化进程中,针对自始给付不能情形应当赔偿积极利益的问题,卡那里斯教授提出了“学理的服务功能”这一见解,认为学理的任务在于对法律上的规定进行定性,而非是法律应当趋向于学理,对于法律上出现的学理矛盾应当予以接受,或者应当相应地改变学理,一句话,立法可以以牺牲“内在逻辑”为代价(Vgl. Stephan Lorenz (Fn. 16) S. 4; Claus – Wilhelm Canaris (Fn. 19) S. 23f. )。本文认为,这过多地突出和强调了立法的单向性作用,并非完全妥当。事实上,任何一般性地突出一种作用的行为,都意味着一种妥当性的缺失。