

我国合同拘束力理论的重构

解 豆^{*}

内容提要：围绕合同债权的拘束力问题，存在着债权—债务构成与合同构成两种不同的理论模式。我国合同法在总体上选择了合同构成。但由于理论上的准备不足，无论立法者还是解释者都没有清晰地意识到上述两种构成的存在和意义，而是误用了早已扭曲变形的严格责任体系和过错责任体系作为理论工具，导致合同法在立法和解释上都夹杂了很多债权—债务构成的成分，不仅造成了严重的体系矛盾，而且在一定范围内引发了法律效果的偏差。这些矛盾和偏差需要通过用纯粹的合同构成对现行的合同拘束力理论进行重构方能化解和矫正。

关键词：合同拘束力 债权—债务构成 合同构成

一、问题的提出

具有后发优势的我国合同法之所以受到学界的普遍肯定，原因之一是其起草时兼容并蓄地吸收了传统德国法和英美法（透过国际公约）的理论和制度。正因为合同法在很大程度上是比较法的产物，迄今为止围绕合同法的解释论中，有影响力的多是从比较法的视角切入，其中既有以德日债法为参照系的，也有以相关国际条约为参照系的，呈现一派繁荣的景象。

然而，这种借助英美流的法理对德国流的债法制度作部分修正的手法，也有可能给合同法埋下隐患。两种不同的成分轩轻不分自然不妥，两种成分之间是否有排异现象从而在体系上形成自相矛盾的尴尬也难说。合同法颁行至今已经过了十个年头，其间德国债务法经历了现代化，日本债权法全面修改的序曲也已奏响。这等重大事件无疑为学界彻底反思合同法的立法和理论提供了契机。本文试图作这样的努力。然而，合同法的涵盖领域十分广泛，事无巨细逐一检验，或许需要整个民法学界的投入，远非笔者一己之绵力所能胜任。为此，需要将关注的焦点对准合同法最为核心的问题，即合同债权的拘束力问题。

生效合同的债权人可以请求债务人履行合同义务，如果债务人任意地不履行合同债务，原则

* 南京大学法学院副教授。

本文是独立行政法人日本学术振兴会（JSPS）外国人招聘研究者项目“债权法的改正及其对情报交易的影响”（ID：No. S-09130）的研究成果。

上会构成违约，需要承担相应的违约责任，债权人可以借助法院强制实现给付内容，如果不能实现，则可以请求损害赔偿。至于上述法律效果的正当化基础，则是当事人之间的合意。当然，还可以作补充：债务人的义务并不都来自当事人的合意，还有一些来自诚实信用原则的要求。此外，债务人的义务并不是绝对的，因不可抗力导致无法履行的，可以免责；如果交易基础丧失，合同当事人可以通过主张情势变更从原来合同的拘束中解脱出来……这些都是合同拘束力的内涵。

不过，合同拘束力的内容还不止这些。如果既非基于可归责于债务人的原因，也非因不可抗力而导致给付不能，又当如何？如果债务人任意地不履行合同债务，债权人一定可以请求债务人实际履行吗？换言之，债务人能否以金钱赔偿等方式来代替实际履行？如果可以，又限于怎样的情形？判断基准为何？此外，损害赔偿的范围如何确定？债权人何时可以解除合同？瑕疵担保是法定责任还是违约责任？这一系列问题也可以划入合同拘束力这个命题的涵摄范围。

迄今为止，针对前述种种问题尽管不乏具有深厚比较法基础的研究成果，但目前学界的努力却普遍忽略了体系化的思维，几乎没有人追问过围绕合同拘束力的上述诸多制度及其背后的基础理论是否相互兼容，它们彼此间是否保持有一贯性。这实在是一个极其重大的问题。如果在理论体系上出现了矛盾，就意味着整个合同法的架构因为逻辑上的破绽而根基不稳。带着这样的问题意识，本文试图运用体系化的思维来检验我国合同法在有关合同拘束力的问题上是否杂糅了完全不同且彼此矛盾的理念。如果答案是肯定的，本文还将在此基础上尝试运用单一的理念来改造、纯化有关合同拘束力的制度和理论。

二、合同法在合同拘束力上的困境

为了凸显合同法在制度安排和解释论展开上可能潜藏的危机，在此先从具体问题入手，初步探明合同法在拘束力领域所面临的困境。在此基础上，再尝试运用体系化的思维来探查其中可能存在的体系矛盾。

（一）制度层面

1. 解除制度与（对价）风险负担制度的关系

当给付非因合同当事人双方的原因而陷入不能时，作为救济手段，合同法为债权人预备了解除（第94条）和（对价）风险负担（第142条以下、第231条、第338条第1款、第103条）两种制度。在（债务法现代化之前的）传统德国法上，基于履行不能的解除需要有可归责于债务人的事由，而（对价）风险负担则无此要求，因此两者分工明确，在逻辑上并行不悖。可是，我国法上的解除制度不以债务人的过错（归责事由）为要件，如此一来，两种制度在适用上势必发生重叠。或许有人认为应当允许债权人任意选择。然而，出现履行障碍后债权人的契约目的是否落空，债务人未必知晓，如果债权人选择了风险负担制度而不对债务人作解除之意思表示，那么正在为履行债务作准备的债务人可能会蒙受意想不到的不利益。^{〔1〕}可见，对于这种制度重叠不能坐视不问。

2. 因第三人原因导致的给付障碍

针对因第三人的原因致使合同履行遭遇障碍的情形，合同法第121条规定，由债务人承担违约责任，再追究该第三人的责任。该条实际上扩张了违约责任的范围。但通说对这种立法并未作

〔1〕 参见〔日〕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（2006年）；〔日〕松冈久和：《履行障碍を理由とする解除と危険負担》，ジュリスト1318号（2006年）。

任何否定性的评价。^{〔2〕}从司法实践看,法官在适用该条文时没有表现出任何的犹豫。^{〔3〕}

然而,将给付障碍的风险一律分配给债务人,无论在结果上还是理由上都过于极端。既然第121条对“第三人”的范围、导致履行障碍的原因未作任何限定,那么这种原因既可以轻微如履行辅助人的不认真行事,也可以重大到无限接近不可抗力的第三人原因,例如针对债务人的重大人身伤害、针对标的物的犯罪行为,甚至是严重危害履行环境的社会动荡、瘟疫流行、恐怖袭击等。难道合同当事人一旦订立合同就要承担如此沉重的债务?人们的直觉恐怕无法接受这样的结论。实际上,已有文献对该条作限缩解释:在债务人被他人伤害致其不能履行合同等情形,债务人不必要承担违约责任。^{〔4〕}但这种未附理由的限缩解释难免让人感到突兀:为什么仅在债务人被他人伤害的情形需要作例外处理?其他情形呢?更需要追问的是,合同法有无必要通过第121条来扩张违约责任的范围?

(二) 解释层面:违约责任的归责事由

关于违约责任的归责事由,合同法在第107条宣誓性地表明了无过错主义(也称为严格责任主义或者客观责任主义)的立场。^{〔5〕}立法者显然意识到了合同责任与侵权责任的不同。侵权责任以加害人的过错为要件(过错主义),是为了保障人们的行动自由,为了伦理上的可非难性。合同责任则不同,令违约的债务人承担责任不是因为其有过错,而是因为他没有完成自己承接的给付义务。学界的共识是,该条的制定受到了国际条约的影响,立法者经过反思毅然摆脱德国法传统的束缚,作为大陆法系的立法,此举具有里程碑式的意义。

然而通说又认为,合同法在坚持以无过错主义为原则的同时保留了过错主义的例外。这种过错主义具体体现在供电人责任(第179—181条),承租人的保管责任(第222条),承揽人责任(第262条、第265条),建设工程合同中的承包人责任(第280—281条),寄存人未履行告知义务的责任(第370条)及保管人责任(第371条)上。^{〔6〕}2005年5月公布的《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第11条、第12条更是明确地使用了“过错”这样的表述。从各种文献叙述的上下文看,可以认为,通说所理解的无过错责任是指在追究合同当事人的违约责任时,原则上只需要举证证明违约的事实即可。但是,对于涉及合同法上述例外规定的违约行为,追究债务人违约责任时不仅需要举证证明违约的事实,还需要举证证明违约一方存在过错。这不禁令人诧异:既然合同责任源于债务人没有完成自己承接的给付义务,为什么这里还要以债务人的过错作为附加要件?

在比较法上,传统德国法在债务不履行的归责事由上一一直奉行过错主义的立场。而经历现代化改革后的德国民法在这一问题上发生了松动,在坚持过错责任主义立场的同时,对于当事人明

〔2〕 参见王洪亮:《我国给付不能体系制度之考察》,《法律科学》2007年第5期;韩世远:《合同法总论》,法律出版社2008年版,第535页。

〔3〕 例如朱保文与孟凡胜、中交一航局第二工程有限公司沉箱回填砂施工欠款纠纷案,山东省高级人民法院(2009)鲁民四终字第93号。通过与一些法官的交谈,笔者发现,他们对第121条的理解非常忠实于字面,即对“第三人”的范围、导致履行障碍的原因并不作任何限定。只要履行障碍与来自第三人的事由之间存在因果关系,就判令债务人承担违约责任。

〔4〕 参见崔建远主编:《合同法》,法律出版社2010年版,第307页。

〔5〕 也有见解认为,合同法第107条不过是关于违约责任的一般规定,不能以此来推断违约责任的归责事由。人们通常所说的归责事由仅限于损害赔偿。参见朱广新:《合同法总论》,中国人民大学出版社2008年版,第412页。在承认归责二元论的立场下,上述限定对于避免不必要的误解无疑是有益的。不过,在本文所主张的归责一元论之下,这种区分并无必要。这是因为,所有的救济手段均为当事人对合同未来风险的分配,都不需要额外的归责事由。

〔6〕 参见谢怀栻等:《合同法原理》,法律出版社2000年版,第288页;崔建远:《海峡两岸合同责任制度的比较研究——海峡两岸合同法的比较研究之一》,《清华大学学报》(哲学社会科学版)2000年第2期;前引〔2〕,韩世远书,第528页;郭明瑞、房绍坤:《新合同法原理》,中国人民大学出版社1999年版,第345页。

确表示对给付结果负担担保责任的情形，实际上也采无过错责任主义的立场。^{〔7〕}显然，德国的归责二元论与国内所主张的归责二元论有着完全不同的内涵。而日本法在追究债务不履行责任的问题上，无论是以往坚持过失主义一元论的旧通说，^{〔8〕}还是主张无过失主义一元论的新通说，^{〔9〕}尽管在主张上截然相反，但共同的特点都是试图以一种理论来说明整个合同责任的归责基础，都属于一元论。那么我国在比较法上罕见的二元论究竟是一种理论的精致化还是学术史上的败笔？

仅有个别学者为我国归责事由上的二元论作辩护，且均未成功。

一种观点笼统地主张：过错主义不会被无过错主义完全取代，原因之一是分配风险的理念没有全面占据道德伦理统治的领域，以区分善恶来确定违约责任的有无仍然具有合理性和正当性。^{〔10〕}按此逻辑，合同法分则中那些被认定为采过错主义的规定都是基于道德伦理的判断。可是这一点并非无需证明的常理，却没有相关的论证。

还有学者主张在解释合同法时引入法国法上的结果债务—手段债务论，并由此认为合同法上的违约“损害赔偿”责任的归责事由是多元的，具体应依所违反的义务性质来定，违反手段债务者承担过错责任，违反结果债务者承担无过错责任，违反担保性义务者承担无过错责任。^{〔11〕}可以将该主张理解为上述二元论的理论注脚，因为被通说认定为采过错主义的合同法分则的种种规定恰好都是关于手段债务的规定。

但此种观点在证明责任问题上难以自圆其说。实际上，在手段债务的情形，手段本身就是合同的内容。因此，债权人举证证明债务人未采取合理的措施（手段），就是在证明债务人未依债务本旨提供给付。这与在结果债务的情形债权人举证证明给付结果没有实现在本质上没有什么不同。不妨以承租人的保管责任为例。如果将其解释为过错责任，那么出租人在追究承租人未妥善保管租赁物而致其毁损的责任时，首先要证明存在债务不履行的事实——债务人未妥善保管租赁物，其次还要证明债务人存在过错——未尽到妥善保管租赁物的注意义务。如此，债务不履行的证明对象会与过错的证明对象完全重合。^{〔12〕}

实际上，虽然法国学理上认为合同责任需要债务人的“fauté”（通常被译成“过错”），但依法国通说，其契约法上的fauté已经包含在债务不履行的事实中了，债务人不履行债务本身已经表明其具有fauté。因此不能将fauté理解为我国法上与“违约事实”并列的“过错”要件。在结果债务，债务人承诺要实现确定结果，因此只要非因不可抗力该结果未实现，就可以评价为债务人未遵从通过合同对自己课加的规范。而在手段债务，债务人仅须为了实现某个结果尽一定的注意谨慎行事，因此需要判断债务人的行为样态。^{〔13〕}不仅如此，法国通说也未将两者的区别绝对化。^{〔14〕}首先，结果债务和手段债务都可能因合意内容的千差万别而呈现多样性。手段债务可能

〔7〕 参见齐晓琨：《德国新、旧债法比较研究——观念的转变和立法技术的提升》，法律出版社2006年版；王洪亮：《试论履行障碍风险分配规则——兼评我国合同法上的客观责任体系》，《中国法学》2007年第5期。

〔8〕 参见〔日〕我妻荣：《新订债权总论》，王燚译，中国法制出版社2008年版，第94页以下。

〔9〕 参见〔日〕森田宏树：《结果债务·手段债务の区別の意义について——债务不履行における“归责事由”》，载其《契约责任の归责构造》，有斐阁2002年版，第49页以下（初出1993年）。这种观点也体现在日本民法（债权法）改正检讨委员会2009年公布的《债权法改正的基本方针》第【3.1.1.62】条。

〔10〕 前引〔4〕，崔建远主编书，第297页。

〔11〕 参见前引〔5〕，朱广新书，第413页。关于法国法上的结果债务与手段债务，参见尹田：《法国现代合同法》，法律出版社1995年版，第303页以下。

〔12〕 这一观点在日本学界早已成为共识。最初揭示这一点的文献，参见〔日〕中野贞一郎：《诊疗债务の不完全履行と证明责任》，载其《过失の推认》，弘文堂1978年版，第67页以下（初出1974年）。

〔13〕 参见前引〔9〕，森田宏树书，第24页。

〔14〕 法国通说认为，结果债务与手段债务的区分主要是为了便于确定合同的内容；此外，还有利于诉讼中证明对象的确定。同上书，第38页，第53页以下。

约定为最为苛刻的注意义务，这时就非常接近结果债务了；反之，结果债务也可能被缓和到尽到一定的注意义务就可以免责的程度，此时又非常接近手段债务。其次，结果债务与手段债务还会发生交错和融合的现象。如在寄存、使用借贷和租赁契约中，标的物的返还义务是结果债务，而标的物的保管义务却是手段债务。如果标的物因毁损而不能返还，债务人既构成了保管义务的不履行又构成了返还义务的不履行，此时又该如何理解 *fauté* 呢？如果按照上述观点，令违反手段债务者承担过错责任，违反结果债务者承担无过错责任，势必会出现无所适从的局面。^{〔15〕}可见，试图借助法国法上的结果债务—手段债务论来为我国法上的二元归责提供理论基础，是建立在对法国法的误解之上。

三、合同拘束力的两种理论构成模式

合同法在制度设计和法解释上遭遇上述困境，在本文看来正是缘于对合同拘束力基础理论的准备不足。鉴于合同法是比较法的产物，支撑合同拘束力的基础理论也一定来源于比较法的成果。从立法阶段至今，学界在对比、分析德国流的债法理论与英美流的合同法理论时，最常用的分析工具是最能体现两者差异的归责事由理论，即严格责任体系与过错责任体系，并将我国法定位于前者。然而，这种分析工具使人局限于违约的归责事由，并且从上文的分析可知，严格责任体系和过错责任体系在我国以一种扭曲的形态呈现，很难说我国法属于标准的严格责任体系。那么，该借助什么样的理论工具来考察合同债权的拘束力，从而体现体系化的思维呢？本文拟借用晚近日本民法学界在总结合同债权拘束力的理论基础时创设的概念：“债权—债务构成”与“合同构成”。前者代表传统的德国法、日本法的制度和理论；后者则代表了国际条约、特别是日本半官方的学术组织——民法（债权法）改正检讨委员会于2009年5月公布的《债权法改正的基本方针》及其背后的理论。^{〔16〕}

（一）债权—债务构成

所谓债权—债务构成，指在面对合同债权的拘束力问题时，不在合同总则层面，而是在其上位的债法总则层面思考。换言之，在探讨合同债权的拘束力时，作为债权发生原因的合同被完全舍弃不顾，而是将其与其他法定债权（特别是因侵权行为所生之债权）一视同仁。需要注意的是，债权—债务构成是将理论纯化到极致时衍生出的模型，现实世界中并不存在与这种构成完全吻合的“标准的”债法制度。不过传统的德国债务法、我国台湾债法以及日本债权法的构造和理论大致接近这个模型。

1. 债权的涵义

在债权—债务构成之下，债权被定义为请求债务人为一定行为的权利。债权的本质是特定行为的请求权。

2. 履行请求权的定位

由于债权被定义为特定行为的请求权，因此从债权中能够推导出来的仅有履行请求权一项。较之其他救济手段（解除、损害赔偿等），履行请求权天然地拥有优越地位。在履行请求权与损

〔15〕 参见前引〔9〕，森田宏树书，第31页以下。

〔16〕 参见〔日〕民法（债权法）改正检讨委员会编：《债权法改正的基本方针》，有斐阁2009年版；〔日〕民法（债权法）改正检讨委员会编：《详解债权法改正的基本方针Ⅰ～Ⅴ》，商事法务2009—2010年版。中译本参见《日本民法（债权法）修改草案条文》，渠涛等译，载渠涛主编：《中日民商法研究》第9卷，法律出版社2010年版。相关理论的中文介绍参见解亘：《日本契约拘束力理论的嬗变》，《南京大学学报》2010年第2期。

损害赔偿请求权的关系上，^{〔17〕}只有当给付因可归责于债务人的原因而陷入不能时，履行请求权才转化为损害赔偿请求权，两者在逻辑上不能并存。这便是学理上所谓的债务转型论：债务人原本只承诺实施特定的行为，只要还能够实施该行为，债权人就不能请求损害赔偿。^{〔18〕}

既然债权是通过债务人的特定行为获得利益的权利，而债权的发生原因（合同）又被舍弃，那么就无需判断当事人是在何种背景下承接、实际承接了多大程度的给付义务，因此履行请求权的范围便是无限的，无论债务人遇到怎样的困难债权人都可以请求“完全的”履行。如果当事人通过合意约定债务人向债权人交付某特定物，那么债权的内容便是“请求债务人交付该特定物”。从理论上讲，无论发生什么情事，债务人都要履行该债务。如欲限制履行请求的范围，只能在合同拘束力之外寻找凌驾其上的原理，如诚实信用、权利滥用等。^{〔19〕}因情势变更而导致的合同变更、因不可抗力导致的免责，都可以从这个涵义上来解读。

3. 履行障碍法的体例

由于在债权—债务构成之下实际履行请求权被赋予了优越性，只有在履行不能的情形债权人不能主张实际履行请求权，这也意味着必须区分履行不能与履行迟延，注重债务不履行的形态，分别就履行不能、履行迟延以及不完全履行设置不同的救济途径。^{〔20〕}这种注重债务不履行形态的思路便是学理上所称的原因进路：以债务不履行的形态为基点来构筑有关债务不履行规范的体系。^{〔21〕}

4. 违约责任的归责事由

既然债权的本质是履行请求权，那么除此之外的救济手段，例如解除权、损害赔偿请求权等，都意味着债务人的额外负担，从而需要另外的正当化理由——归责事由，而这个归责事由通常被理解为债务人的故意、过失或者根据诚实信用原则应当视作故意、过失的事由。^{〔22〕}其中蕴含着一种根深蒂固的观念，即要令某人（债务人）承担财产上之不利益，一定需要以过错为其提供正当化依据。至少在债权的拘束力层面，合同之债与侵权行为之债的界限是模糊的，甚至不存在。过错这个规范性的装置实际上起到了在当事人之间合理分配风险的作用。^{〔23〕}

5. 损害赔偿的范围

在违约损害赔偿的范围上，以传统德国法为代表的债权—债务构成采取的是与侵权行为法相同的“完全赔偿+相当因果关系”理论。所谓完全赔偿，是指只要构成侵权行为，加害人应当赔偿所发生的全部损害。但如果贯彻这一做法，那么不论加害人有无预见的可能，与责任原因存在因果关系的所有损害都应当赔偿，加害人的责任就会过重，不利于保护人们的行动自由。为了限制加害人的责任，就需要引入相当因果关系理论，即只有与责任原因具有“相当”因果关系的损害才需要赔偿。违约损害赔偿的此种理论表明，人们倾向于一体化地考虑合同之债与侵权之债。

6. 瑕疵担保责任的定性以及对修补请求权的态度

在一些立法例上存在的瑕疵担保责任，在债权—债务构成之下被定性为法定责任。根本原因

〔17〕 这里仅指填补赔偿，迟延赔偿与履行请求权可以并存，不存在异议。

〔18〕 有关债务转型论的历史及对其的评价，详见〔日〕森田修：《契约责任の法学的构造》，有斐阁2006年版。不过也有人认为，这种债务转型论只是“19世纪德国普通法学中发展起来的特殊历史时期的”产物，在债权—债务构成中是否具有必然性不无疑问。参见前引〔1〕，山本敬三文。

〔19〕 参见前引〔1〕，山本敬三文。

〔20〕 参见前引〔8〕，我妻荣书，第87页以下。

〔21〕 债务法现代化后的德国法告别了原因进路的立法体例，转而采用救济进路（见下文），至少在这一点上已经不再属于纯粹的债权—债务构成。有关德国法的相关情况，参见杜景林、卢谌：《论债权总则给付障碍法的体系进路》，《法律科学》2006年第1期。

〔22〕 参见前引〔8〕，我妻荣书，第94页。

〔23〕 参见前引〔7〕，王洪亮文。

在于,以特定物或者不可替代物为标的的交易(买卖、承揽等)存在所谓的特定物教条:由于标的物的性质(是否存在瑕疵)是不能为当事人的合意所左右的客观存在,因此不承认债务人一方需要负担交付无瑕疵之特定物的给付义务,特定物债权的内容仅仅是交付该特定物。因此,即便债务人交付的特定物存在瑕疵,也不构成债务不履行。瑕疵担保责任制度是在债务不履行制度之外创设的用以调整因特定物存在瑕疵造成给付不均衡结果的法定制度。基于同理,除非基于诚信原则或者交易习惯,原则上不承认债权人享有瑕疵修补请求权。

7. 解除与(对价)风险负担的关系

当给付非因债务人的过错陷入履行不能时,债权人便不能依靠解除来救济自己,而只能通过(对价)风险负担制度来应对。因此,(对价)风险负担与解除是两套平行的制度,彼此之间没有交集。

8. 情势变更和不可抗力制度的定性

从本质上讲,债权—债务构成之下的情势变更原则和不可抗力免责制度都是将合同债权首先看作是请求力无限请求权,然后再去思考如何限制它,以减轻债务人的负担,即免责问题。其中,情势变更原则被理解为对契约应当信守原则的外在制约,属于契约自由制度的例外。即当双方当事人进行交易所依赖的基础丧失致使双方的权利义务严重失衡时,赋予当事人重新交涉以变更或者解消原来的债权债务关系的权利。不可抗力制度也是对契约应当信守原则的外在制约,但它更侧重于整齐划一地划定债务人的责任边界,^[24]具有强行性,合同双方的合意内容不能撼动不可抗力规则的适用。不论合同的双方当事人如何通过约定分配风险,只要发生了不可抗力,债务人就可以获得免责。最为极端的情形,即便订立合同时债务人承诺哪怕是排除万难(地震、海啸)也要履行其债务,此约定也不能阻止不可抗力规则的适用。

(二) 合同构成

所谓合同构成的理论模式,是将合同看作双方当事人对未来种种履行障碍所引发之风险的分配;合同债权的拘束力不再被当作游离于合同之外的抽象的债权问题来看待,而是作为合同的问题来构成。换言之,合同债权的拘束力不再被定位于债权总则层面,而是定位于合同总则层面。在这种理论构成之下,合同内容的确定受到特别的重视,因为当事人的合意成为解开所有涉及合同债权拘束力的问题的关键。

1. 债权的涵义

首先,关于债权的定义,新理论不再强调其请求特定行为的特性,而是从债权人利益的角度出发,将合同债权定义为“在债权关系中可以从债务人处获得一定利益(债权人利益)之债权人的地位”。^[25]

2. 履行请求权的定位

如此一来,只有债务人依照债务本旨的自觉履行才是合同债权不依靠任何救济手段就能实现的方式,而履行请求权便与损害赔偿请求权一样,成为合同债权的救济手段。^[26]既然如此,履行请求权便不再具有优越性,而是与损害赔偿请求权并存,由债权人选择。当然,这里所说的并存并不意味着这两种救济方式在债务消灭之前始终并存,任由债权人选择行使。实际上,“履行请求权在何种原因下被排除”的问题应该分解为两个问题来探讨:①履行请求权对债权人的拘

[24] 上文曾提到,过错也是划定债权边界的装置。如此一来,过错便似乎与不可抗力等制度发生了功能上的交错。其实不然,在发生不可抗力的情形,即便其后债务人有过错,也不需要承担债务不履行责任。反过来,如果过错足以造成违约,那么即便之后发生不可抗力,依然要承担债务不履行责任。

[25] [日]潮见佳男:《债权总论I》(第2版),信山社2003年版,第4页。

[26] 同上书,第25页以下。

束力，即债权人到何时为止只能选择履行请求；② 履行请求权对债务人的拘束力，即债务人到何时为止一直要受拘束于债权人的履行请求。两个问题之解不一定一致。如果硬是要将时间点①推延到与时间点②一致，虽然有利于保护债务人的利益，却构成对债权人利益的不当制约。因此，应当根据合意的内容分别找出这两个时间点。如果时间点①早于时间点②，就意味着在时间点①之后时间点②之前的时间段内，履行请求权与损害赔偿请求权并存，处于二选一的关系，〔27〕债权人可以选择。不过，既然满足债权人的利益或者价值就可以实现合同目的，那么即使债权人选择了损害赔偿，当债务人愿意履行合同时，债权人也不得拒绝。〔28〕

履行请求权的范围也不再是无限的，需要通过契约内容来把握，即依照合同本身来确定债务人是否应当克服所面临的履行障碍而履行其债务。超过契约当事人当初通过契约所分割之利益或者价值的范围的“完全的”履行请求得不到认可。〔29〕

3. 履行障碍法的体例

由于在合同构成之下实际履行请求权作为救济手段并不具有优越地位，因此履行不能与履行迟延的区分不再重要。是否构成不遵从债务本旨的不履行，对照合同内容予以判断即可。此时，结果债务一手段债务论有助于判断合同的内容，具有重要意义。〔30〕

由此，合同构成舍弃了上述债务不履行形态的三分法，转而在债务不履行（或者义务违反）来统摄各种类型的履行障碍中需要救济债权人的情形，完全从如何救济债权人的角度来设计履行障碍法。这在学理上被称为救济进路。这种进路是世界范围的潮流，无论是《联合国国际货物销售合同公约》、《国际商事合同通则》还是《欧洲合同法原则》，都选择了这一进路。当然，救济进路未必就一定完全排斥原因进路。如果大一统的救济进路不能细微地应对各种履行障碍形态的特质，那么还可以在救济进路之下设计出第二层次的体系，以原因进路来修正救济进路。〔31〕

4. 违约责任的归责事由

在合同构成之下，过失责任在合同责任领域不具有妥当性。债务人之所以负担损害赔偿责任，不是因为有过失，而是因为他通过合同承接了债务，不履行债务本身就是可归责的。债务不履行责任或者说合同责任的核心是合同内容的解释。〔32〕损害赔偿是合同债务所产生的效果，而非不履行时的过错所产生的效果。〔33〕

5. 损害赔偿的范围

既然合同构成将合同看作双方当事人分配给付风险的工具，那么在确定违约损害赔偿的范围时，自然应当采取《联合国国际货物销售合同公约》所确立的可预见规则，而不是在侵权法中才具有妥当性的相当因果关系理论。预见的时间基准应当是合同订立之时，而预见的主体则应当是合同的双方当事人，而不能仅仅以债务人一方的可预见范围为限。〔34〕

〔27〕 参见〔日〕森田宏树：《买卖契约における瑕疵修补请求权》，载前引〔9〕，森田宏树书，第258页以下（初出1996年）。此外，按照合同构成理论设计的日本《债权法改正の基本方針》，其填补赔偿的要件就独立于排除履行请求权的要件（第【3.1.1.65】条）。

〔28〕 参见前引〔1〕，山本敬三文。

〔29〕 参见〔日〕吉政知广：《“履行请求权の限界”の判断构造と契約規範(二)》，民商法杂志130卷（2004年）2号。

〔30〕 参见〔日〕小粥太郎：《债务不履行の归责事由》，ジュリスト1318号（2006年）。

〔31〕 参见杜景林、卢湛：《债权总则给付障碍法的体系构建》，法律出版社2007年版，第20页以下。

〔32〕 参见前引〔9〕，森田宏树书，第49页以下。

〔33〕 参见〔日〕能见善久：《履行障碍》，载〔日〕山本敬三等编：《债权法改正の课题と方向——民法100周年を契機として（别册NBL51号）》，商事法务研究会1998年版，第113页。

〔34〕 在这一点上，《联合国国际货物销售合同公约》也不符合纯粹的合同构成（参见其第74条）。

6. 瑕疵担保责任的定性以及对修补请求权的态度

按照合同构成,有关特定物债权的内涵需要由合意内容来确定。在通常情形,双方当事人达成的合意内容显然不可能仅仅是特定物的交付而完全不考虑特定物是否存在瑕疵。换言之,债务人可以负担交付无瑕疵特定物的给付义务。这样,交付有瑕疵的特定物就构成了违约,而瑕疵担保责任制度则被定性为违约责任制度的特别法。

至于债权人是否享有修补请求权,也完全取决于合同的解释,即双方当事人在合同中是否就债务人应当负担实现一定之无瑕疵物状态的义务达成了合意。^[35]

7. 解除与(对价)风险负担的关系

按照合同构成,解除不再是制裁债务人的工具,而是允许丧失了维持合同利益之当事人摆脱合同拘束力的制度。既然解除制度不是追究债务人责任的制度,就不再需要归责事由。^[36]当事人订立合同原本是为了获得一定的利益,合同拘束力用来保障这种利益的获取。如果合同当事人丧失了此种维持合同之利益,也就无需再维持合同之拘束力了。

既然解除不再需要归责事由,(对价)风险负担与解除便会发生竞合,因为(对价)风险负担因不可归责于债务人的履行不能而发生。总体而言,较之于解除,(对价)风险负担可能给债务人带来意想不到的不利益,因而不再有存在的意义。当然,在给付风险采债权人主义以及继续性合同陷入履行不能的情形,(对价)风险负担制度仍有积极意义。^[37]

8. 情势变更和不可抗力制度的定性

在合同构成之下,情势变更不再是对契约自由进行约束的外在制度,而是定位于合同内容的确定:当事人在合同中承接了多大的、克服情势如此这般变动也要实现给付的债务。合同订立后有可能遭遇各种各样的给付障碍(风险)。当事人当然可以通过合意来分配这种风险,但实际上交易社会一般存在着风险分配的指针,否则交易便无法完成。当事人订立合同时,亦以该指针为前提。既然如此,情势变更制度便可以确定合同内容的作业所吸收。^[38]

不可抗力制度脱离合同内容整齐划一地确定债务人责任边界的立场也与重视当事人自主分配风险的合同构成格格不入。^[39]在合同构成下,不可抗力制度丧失了存在的意义。不可抗力是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况(合同法第117条)。既然不能预见,当事人便无从通过合意分配此风险,因此债务人不可能承接在此种环境下也要实现给付的义务。换言之,这种环境下的给付超出了合同内容的范围,债务人自然没有履行的义务。可见,不可抗力免责规则完全可以被合同内容所吸收。反过来,如果债务人在订立合同时承接了属于传统不可抗力范围的风险,只要合同的订立过程和-content上没有其他瑕疵足以否定该条款的效力,就没有理由不遵从双方当事人的合意。

从上文的对比可知,债权—债务构成与合同构成在根本理念上完全不同,在很多具体制度的立场上也彼此对立。因此,在合同拘束力问题上,无论是立法论还是解释论,都只能在两种构成中选择其一,而不存在折中的余地。接下来的作业便是对我国合同法的制度 and 学说进行检验,看其中是否蕴含了体系上的矛盾。

[35] 参见前引〔9〕,森田宏树书,第243页。

[36] 参见〔日〕山田到史子:《契约解除における“重大な契约违反”と归责事由——1980年国际动产买卖契约に関する国连条約に示唆を得て(2·完)》,民商法杂志110卷3号(1994年);前引〔25〕,潮见佳男书,第430页以下。

[37] 参见周江洪:《风险负担规则与合同解除》,《法学研究》2010年第1期。

[38] 参见〔日〕吉政知广:《契约缔结后の事情变动と契约规范の意义——事情变更法理における自律と他律(二·完)》,民商法杂志128卷2号(2003年);〔日〕山本敬三:《民法讲义IV—1契约》,有斐阁2005年版,第103页。

[39] 相同的观点参见前引〔16〕,民法(债权法)改正检讨委员会编:《详解债权法改正の基本方針Ⅱ》,第283页。

四、对我国合同法的检验

（一）合同法的体例

尽管我国民事法总体上属于德国法系，但是由于历史原因，民事立法并没有遵循先民法典后特别法的路径，而是在一部极其简略的民法通则的统领之下，分别制定单行的担保法、合同法、物权法以及侵权责任法等。我国现行的民事法律体系中至今没有完整的债法总则，传统潘德克顿体系下本属于债法总则的内容多规定在现行合同法中，如债的清偿、保全、债务不履行、债的消灭等。因此在我国，合同之债的含义在客观上存在被另眼相看的可能。实际上，在上述问题的论述方式上我国法并没有完全追寻德国法及其追随者的足迹，而是采用了“合同效力”、“违约”等下位概念。^[40]潘德克顿体系下有关债之效力的问题，在我国现行法体系中也多规定在合同法之中。而在合同总则中思考合同拘束力的诸多问题，恰恰是合同构成的特色。

不过，仅仅依据体例安排就断定合同法在合同拘束力问题上采取了合同构成，显然过于草率。因为上述体例安排更多地是出于历史的沿革。要为合同法在合同拘束力问题上的立场定性，还需要按照合同构成的理论逐一检验合同法上的各项具体制度设计以及学说的展开，看其采取的是债权—债务构成还是合同构成，抑或是混合了两种构成的矛盾体。

（二）合同拘束力的具体检验

1. 债权的含义

论及合同债权的拘束力，离不开对债乃至债权、债务的理解。尽管民法通则第84条将债定义为“按照合同的约定或者依照法律的规定，在当事人之间产生的特定的权利和义务关系”，但是学界却沿袭对债的传统理解，将债定义为特定当事人之间得请求为特定行为的法律关系，相应地债权则被定义为请求债务人为特定行为的权利。^[41]这种定义与债权—债务构成具有相当的亲和性。

2. 履行请求权的定位

通说认为，合同法在“违约责任”一章并列规定了强制履行、赔偿损失、违约金等责任方式，它们是并列关系，或主张债权人可以选择，^[42]或主张需要个案确定其适用次序。^[43]也有个别学者认为，合同法确立了实际履行（强制履行）的优越地位，因为只有当债务陷入履行不能时，原给付义务才归于消灭，因此称损害赔偿义务为“次给付义务”。^[44]

尽管通说没有阐述为何两者为并列可选择关系，但其理解与合同构成大致吻合。稍显遗憾的是，债权人究竟是在整个合同过程中还是仅限于某个时段内可以选择，学界完全没有涉及；“需要根据个案确定适用次序”的主张也失之粗糙。而少数说对第110条的理解属于标准的债务转型论，所幸其为少数说。

[40] 合同法有时表述为“不履行合同或者履行合同义务不符合约定”，如第107条、第112条。有见解将其作类似于德国新债务法上“义务违反”的理解，参见前引〔5〕，朱广新书，第411页。然而这样的理解忽略了一个前提，即德国法上的“义务违反”是债法总则上的概念，而合同法的表述始终与合同密切相关。采取上述理解，就有可能与区分债权—债务构成和合同构成来探索合同债权拘束力的机缘失之交臂。

[41] 例如张广兴：《债法总论》，法律出版社1997年版，第15页；彭万林主编：《民法》，法律出版社1999年版，第548页；杨振山主编：《中国民法教程》，中国政法大学出版社1999年版，第365页；余能斌、马俊驹主编：《现代民法学》，武汉大学出版社1995年版，第423页；王利明主编：《民法》，中国人民大学出版社2000年版，第248页；柳经纬：《当代中国债权立法问题研究》，北京大学出版社2009年版，第20页以下。

[42] 参见王利明：《合同法新问题研究》，中国社会科学出版社2003年版，第636页；前引〔2〕，韩世远书，第547页。

[43] 参见前引〔4〕，崔建远主编书，第316页。

[44] 参见前引〔2〕，王洪亮文。

3. 履行障碍法的体例

合同法在履行障碍救济问题上的立法安排比较有特色。首先,合同法对违约责任的构成要件和总体法律效果设计了一个条文(第107条)来统摄,并未区分履行障碍的原因而分别规定,从这一点可以判断其采取的是救济进路。但是,合同法紧接着又在第108条、第111条分别就拒绝履行、瑕疵履行的救济作了特别规定。因此学界认为合同法采取的是以救济进路为主、原因进路为辅的混合进路。^[45] 合同法的这种立法安排符合合同构成的逻辑要求。

4. 违约责任的归责事由

在违约责任的归责事由上,通说所主张的二元论难以定位。因为在合同构成之下,违约责任的归责采无过错主义,更准确地说,违约的事实本身就是可归责的;而被当作例外的过错责任主义只能是债权—债务构成的产物。可见,通说的立场将两种构成生硬地拉到一起。特别是那种认为在合同法中存在着道德伦理统治领域的主张,与合同构成格格不入的侵权行为法式的过错主义幽灵在其背后若隐若现。

5. 损害赔偿的范围

在损害赔偿的范围上,合同法没有沿袭我国侵权行为法上占据主导地位的相当因果关系说,而是主要采取了可预见规则(第113条第1款),刻意与侵权行为法上的损害赔偿制度保持了距离。此外,仅从该款后半段看,它在预见的时间基准上也与合同构成保持一致。

但是,合同法第113条第1款以违约方作为预见主体,这是债权—债务构成的一个典型特征,即将合同债务不履行之损害赔偿制度与因侵权行为而生之损害赔偿制度看成是同质的东西,都是为了保障义务人的行动自由。可是,既然在确定预见的时间基准时将合同看作当事人通过合意对未来不确定的风险的分配,那么在确定预见主体时也应当保持一致。学界对合同法第113条第1款的肯定,^[46] 意味着其在此问题上与合同法的起草者一样,在无意之间又掉进了债权—债务构成的范式中。

6. 瑕疵担保责任的定性以及对修补请求权的态度

合同法在不履行的一般规范(第107条)之外又规定了瑕疵担保制度(第150—152条)。由于合同法非常明确地将瑕疵担保责任纳入违约责任(第111条、第155条),所以通说认为,合同法中关于瑕疵担保的规定不过是特殊的违约责任,旨在促进交易的迅速实现。^[47]

如前文所述,对瑕疵担保责任的定性取决于是否承认债务人可以负担交付无瑕疵特定物的给付义务,而此种义务来自于当事人的合意。债权—债务构成在理解债权的效力时割舍了债权的发生原因;而在合同构成之下,合同内容的确定却是判断债权拘束力的关键。通说将瑕疵担保责任定性为违约责任,正是合同构成的归结。

合同法明确规定了债务人的修理义务(第111条、第251条、第262条、第282条)。除了第111条属于总则的规定外,其余的修理义务都是有关广义的承揽合同的,其中包含了特定物和不可替代物给付上的修理。同瑕疵担保责任一样,如果将这里的修理义务理解为法定义务,则与债权—债务构成吻合;但如果理解为确认性的规定,则与合同构成一致。遗憾的是,关于修理请求权的定性和发生要件,目前国内的研究还处于空白阶段。不过,既然通说在瑕疵担保责任的定性上采取的是违约责任说,那么在此类似问题上也没有理由采法定责任说,导致脱离合同构成。

[45] 参见前引〔2〕,韩世远书,第323页;前引〔31〕,杜景林、卢湛书,第19页。

[46] 例如毛兆龙:《论合同法中的可预见规则》,《中国法学》2003年第4期;前引〔2〕,韩世远书,第565页。

[47] 参见王利明:《合同法研究》第2卷,中国人民大学出版社2003年版,第398页以下;韩世远:《出卖人的物的瑕疵担保责任与中国合同法》,《中国法学》2007年第3期。反对意见可参见王洪亮:《物上瑕疵担保责任、履行障碍法与缔约上过失责任》,《法律科学》2005年第4期。

7. 解除与（对价）风险负担的关系

合同法将解除与（对价）风险负担并列的立场属于典型的债权—债务构成。其实，解除与（对价）风险负担制度发生的交错，在合同法施行后不久就为少数学者察觉，^{〔48〕}后来也有学者作为副产品作过探讨。^{〔49〕}直到最近日本债权法修改的浪潮波及我国，才出现了真正深入的探讨。按照新近的研究成果，既然要维持合同构成，那么在给付结果不能实现但又不构成违约的情形，为了回避解除与（对价）风险负担的交错，应当以解除为原则，仅在继续性合同陷入履行不能以及（对价）风险由债权人负担的情形，例外地回归到（对价）风险负担制度。^{〔50〕}

8. 情势变更和不可抗力制度

尽管合同法没有规定情势变更制度，但并没有人反对其合理性，最高人民法院也于2009年通过司法解释正式确立了该制度。至于该制度的理论依据，学界的观点基本上都是直接或者间接地来自于厄尔特曼的行为基础丧失理论以及经拉伦茨修正的行为基础理论，将情势变更规范定位为对契约自由的一种限制，认为它来自于诚实信用原则。^{〔51〕}《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》表述得更为直白。不可抗力制度同样被定性为对合同责任的外在制约。人们常常脱离合同当事人的合意内容抽象地讨论某一事件是否属于不可抗力或者构成情势变更，例如政策法规的变化、“非典”的流行等。

上述理解再次体现出鲜明的债权—债务构成特征：履行请求权的范围是无限的，无论债务人遭遇怎样的困难，债权人都可以请求“完全的”履行。要限制履行请求的范围，只能在合同拘束力之外寻找凌驾其上的原理——诚实信用原则、权利滥用等。而情势变更和不可抗力规范便是上述原理的具体体现。

此外，现实世界中大量的合同都会约定不可抗力免责或者不免责的条款，其中一定存在着约定的免责范围与法定的免责范围不一致的情形。如果双方的合意本身不存在瑕疵，该约定是否应该得到尊重？关于这一点，学界的立场不甚清晰。有个别学者倾向于不认可这种与法定范围不一致的约定，^{〔52〕}这种立场其实是将不可抗力规则强行化了，与合同构成不相符合。也有个别学者强调不可抗力规则的任意性，^{〔53〕}与合同构成具有亲和性。另外，合同法第110条还隐含了立法者的一个判断：对于金钱债务，不承认履行不能。由此是否可以进一步推断，合同法关于不可抗力免责的规定不适用于金钱债权？果真如此，则又属于典型的债权—债务构成，因为它排除了通过合意予以改变的可能性。^{〔54〕}

如前所述，不可抗力制度在合同构成之下其实是多余的，不可抗力规范可以被确定合同内容的作业所吸收。如此一来，学界所热衷讨论的不可抗力与情势变更、商业风险的区别问题，恐怕就不再有意义。

9. 第三人原因造成的给付不能

如前所述，合同法第121条的规定完全无视当事人通过合意达成的合同内容，强行介入对给付风险的分配。这种对债权的请求力范围不加任何限制的理解，带有较为浓重的债权—债务构成

〔48〕 参见崔建远：《合同解除的疑问与解答》，《法学》2005年第9期。

〔49〕 参见前引〔2〕，王洪亮文。

〔50〕 参见前引〔37〕，周江洪文。这种观点具有相当的说服力，可以纯化合同法的合同构成。不过，该文中的个别观点值得商榷。首先，作者对我国法的讨论忽视了我国风险负担制度的特殊性，即采取的是交付主义，而非债务人主义；其次，隔地通信的时间差问题也被忽略。

〔51〕 例如前引〔6〕，郭明瑞、房绍坤书，第221页以下。

〔52〕 参见前引〔47〕，王利明书，第472页；韩世远：《履行障碍法的体系》，法律出版社2006年版，第40页。

〔53〕 参见前引〔5〕，朱广新书，第448页。

〔54〕 参见前引〔16〕，民法（债权法）改正检讨委员会编：《详解债权法改正の基本方針Ⅱ》，第283页。

的色彩。但即便在采取债权—债务构成的立法体例之下，也找不到与该条相同或者类似的立法例和法解释。这是因为，因第三人原因导致的给付障碍中有相当一部分可以通过判定为不构成债务人的过失而被过滤掉。换言之，尽管债权—债务构成开始时不对债权的请求力范围作任何限制，但它事后通过“过失”这个装置使债务人的债务负担得以理性回归。然而，合同法的基调是合同构成，势必要坚持无过错主义的归责立场（尽管按照通说存在例外情形），一旦按债权—债务构成对债权的请求力范围不作限定，因没有“过错”这一装置来合理地分配风险，导致债务沦为除了不可抗力之外无从免责的超级债务。这里可以清晰地看到债权—债务构成与合同构成杂糅所带来的灾难。

按合同构成，当给付因第三人的原因遭遇障碍时，判断债务人是否构成违约，应当通过对合同内容的确定来判断债务人承接了多大程度的给付义务。因此，合同内容的确定才是解决问题的关键。合同法第121条完全无视合意的内容，机械地看待当事人合意的结果，完全不符合合同构成之尽可能尊重当事人对未来风险的分配的思想。在合同构成之下，该条不仅多余，而且有害。

（三）总体评价

透过前文的分析可知，合同法的立法和法解释在总体上采取的是合同构成，但无论在制度安排上还是在解释论上都混杂了相当多的债权—债务构成的成分，不能一贯到底。本应成为合同构成理论之核心的确定合同内容之作业，在我国的制度和理论上都没有得到应有的重视。因此，我国合同法在合同拘束力问题上所面临的困境，仅仅依靠解释论上的重构是不够的，^[55]还需要在立法论上按照合同构成洗心革面。

结 语

（一）选择合同构成的理由

本文从合同构成的视角对合同法中有关债权拘束力的相关制度和学说进行了清算，字里行间流露出笔者的理论取向。有学者并不认为客观责任体系优越于过错责任体系，主张两者不过是分别通过过错和免责事由等工具来调整当事人之间的利益分配。这种观点敏锐地认识到我国合同法采取的是不彻底的客观责任体系，但又认为并不需要纯化，相反却主张通过组合过错、免责事由等风险分配工具在当事人之间适当地分配风险和利益。^[56]这种只重效果无视逻辑的机能主义论调，只会加剧理论体系的混乱。

笔者之所以赞同合同构成，除了它在理论上流畅并顺应国际潮流外，另有更为重要的原因。其一是立法路径上的原因。我国合同法在总体上已经接近这种构成，尽管在立法之时起草者们没有特别清晰地意识到这一点。既然如此，就应当沿着这条道路前行，而不能轻易改弦易辙，退回债权—债务构成，否则带来的制度成本将是无法估量的。其二则是价值上的原因。表面上看，两种构成的差异只是看待合同拘束力的视角不同而已。债权—债务构成先舍弃债权发生的具体原因，孤立地看待债权，将其理解为不受任何限制的给付请求权，然后再通过外在的装置——不可抗力、情事变更以及过错来限缩合同债权的拘束力范围。而合同构成则从一开始就将当事人的合意纳入合同债权，以合同内容作为决定合同债权拘束力的关键。两者只是沿着相反的进路确定合同债权的拘束力范围，殊途同归，差异似乎仅体现在逻辑顺序上。然而在价值上，债权—债务构成过于强调意定之债与法定之债的共性，导致合同之债的本来面目被掩盖，合意的内容有可能得不到应有的重视。而合同构成以合意的内容为基准来分配未来因履行障碍而导致的风险，给契约

[55] 除了上文阐释的主题外，合同法对侵权责任与合同责任的竞合所作的明文规定（第122条）也不得不重新解释。这是因为，合同构成要在合同债权与法定债权特别是因侵权行为所生之债权之间划出一道鸿沟。

[56] 参见前引〔7〕，王洪亮文。

自由、意思自治留下了最为广阔的空间。

（二）未来的图景

既然合同法在总体上选择了合同构成，就应当在具体制度和法解释上去除债权—债务构成的影响。纯化后的合同拘束力制度和理论与目前的杂糅状态相比，首先表现为法律逻辑体系的变换，关于这一点，前文已作了全面的勾勒。此外，新旧图景的差异还体现在法律效果上。

首先，在出现履行障碍需要法官在实际履行、损害赔偿、修理等救济手段之间作选择时，其自由裁量将受到当事人合意内容的制约，因为各种救济手段仅依合意内容在一定范围内并存。

其次，在确定损害赔偿的范围时，不再以债务人的预见作为基准，而是以合同双方当事人共同的预见作为基准，其结果，损害赔偿的范围可能会缩小。

第三，鉴于在通常情况下解除制度取代了（对价）风险负担制度，因此债权人要免于对待给付的义务，就需要作解除的意思表示。

第四，与我国法的特殊规定有关，对于因第三人原因造成给付不能实现，需要结合合意的内容来判断债务人究竟承接了多大的给付义务。

第五，不可抗力制度、情事变更制度不再绝对必要。在判断债务人是否可以不受合同拘束时，不是客观地判断某项事变是否构成不可抗力或者情事变更，而是根据合意的内容判断某项履行障碍是否属于债务范围内。金钱债务也有免责的可能。即使保留这两种制度，它们也将变性为任意规范。

（三）针对可能之批判的回应

针对本文所主张的合同构成，可以想见会有种种质疑，在本文的结尾，预先作一下回应。

首先，也许会有人质疑合同构成之基础——当事人通过合意分配风险——的合理性：面对缔约后足以影响履行的千变万化的环境，当事人真的能够在缔约之时就彻底地分配所有的风险吗？即便是近代民法所预设的经济理性人也不可能做到。此外，关系契约理论的兴起似乎也在挑战上述假设的合理性。关系契约理论的倡导者们发现，许多新型契约的内容是随着契约的展开而逐渐确立的。^[57]在这种契约中，认为当事人在缔约时就通过合意分配尽未来所有风险的观点能有多大的说服力？关系契约理论对此假设一定抱有深刻的疑虑。

然而，这样的批判其实是对合同构成的误解。合同构成之所以以当事人可以通过合意分配风险为基本前提，并不是因为当事人真的能够分配尽未来所有的风险，而是借助这种思维模式帮助法官规范性地处理出现履行障碍后的风险分配。这里，真伪不是问题，体系上是否整合、逻辑上是否流畅才是关键。

其次，合同内容并非都来自当事人明示或者默示的合意，所谓“责任爆炸”、“契约死亡”的惊呼恰恰印证了合同当事人所负担的债务远远超出了其自律的范围，合同中充满了他律的成分。如前文所述，在合同构成之下违约责任的归责之所以采取无过错主义，是因为主张者认为是当事人自己作出了承诺，自己承接了债务。但既然合同中包含了那么多的他律成分，怎么还能说是债务人自己承接了债务，怎么还能坚持无过错主义呢？

合同构成对此的回答是：不应当将当事人自律的合意与来自他律的规范性补充彼此对立，而应当“融合”起来把握合同的本质。契约自由是一种制度自由，不排斥其中包含他律因素。^[58]

因此，真正致命的质询是，合同构成真的能妥当地处理涉及合同拘束力的所有问题吗？它是一个自洽的体系吗？

[57] 参见 [日] 内田贵：《契约の时代》，岩波书店 2000 年版，第 89 页以下。

[58] 参见 [日] 石川博康：《“契约の本性”の法理论(1)》，法学协会杂志 122 卷 2 号（2005 年）；前引 [1]，山本敬三文。

首先,合同订立后当事人的行为也会影响到合同债权的拘束力。^{〔59〕}例如,在确定损害赔偿范围时如果不考虑当事人的故意,就会纵容机会主义的行为。^{〔60〕}实际上,涉及一方当事人的故意或者重大过失时,我国法并未完全坚持可预见规则,如合同法第113条第2款、铁路法第17条等。^{〔61〕}在判定解除权的发生以及损害赔偿的范围时,债权人的减损行动^{〔62〕}也会起到很大的作用。承认缔约后当事人的行为可以影响到合同的拘束力,是对合同构成理论的一个重大修正。

其次,合同出现履行障碍后的再交涉义务,无论从债权—债务构成还是从合同构成都难以找到理论基础。

可见,面临着上述问题的合同构成也需要其他理论的支援。但是,任何一种理论体系都不可能解决纷繁的现实所面临的一切难题。这些缺陷的存在并不能成为维持现行合同法制度和理论两种构成混成局面的借口。较之于债权—债务构成,合同构成的优势在于从潘德克顿过分抽象的思维模式中适度地回归,还原合同之债的本来面目,给予意思自治更多的尊重。尽管存在着不足,合同构成仍然优越于债权—债务构成,更优越于杂糅两种构成的现行合同法制度与理论。

Abstract: There are two theoretical frameworks regarding to the issue of the binding effect of a contract, namely the framework of obligatory right and the framework of contractual right. These two frameworks are very different and not compatible. Due to the facts that Chinese contract law came into being without a civil code and that international current had influences on its formation, the general structure of Chinese contract law is built on the framework of contractual right.

However, due to the insufficiency in the theoretical preparation, both the legislators as well as the legal interpreters are not fully aware of the reasoning and significance behind the above two frameworks. Therefore, they misinterpret the system of strict liability and use it as a foundation of the framework of contractual right. This results in elements of the framework of obligatory right being confused with the elements of the framework of contractual right, as found in both the enactment and interpretation of the law. Confusions can be seen in the double attributive reasons of responsibility, the assessment of damages, breaching of a contract due to a third party, the relationship between the termination of a contract and the assuming of risk, and finally, the positions of the institutes of *force majeure* and substantial change of circumstances. Such confusions have led not only to contradictions in the legal structure of Chinese contract law but also to differences in the legal effect of some contracts. These confusions and deviations concerning to these issues can only be solved and corrected by restructuring the theory on the binding effect of a contract with the framework of contractual right.

Key Words: binding effect of a contract, framework of obligatory right, framework of contractual right

〔59〕 详见前引〔18〕,森田修书。

〔60〕 参见〔日〕中田裕康:《民法415·416条(债务不履行による损害赔偿)》,载〔日〕广中俊雄、星野英一编:《民法典の百年Ⅲ 个别的观察(2)债权编》,有斐阁1998年版,第48页。

〔61〕 关于例外规则的总结,参见前引〔46〕,毛兆龙文。

〔62〕 催告制度或许可以理解为债权人的法定减损义务。