

中国债编体系构建中 若干基础关系的协调

——从法国重构债法体系的经验观察

李世刚*

内容提要：中国编纂民法典需要在合同法、侵权责任法已自成体系的现状下重构债法规范体系，协调若干基础关系，包括将法律行为还是合同作为规范的中心，债法总则应否与合同法总则并存，如何处理不同原因所生之债的特殊规范与共同规范的体例关系，如何安置无因管理与不当得利等债的渊源等问题。这也是以法国民法为代表的欧陆法系在重构债法体系时所面临的难题。2016年2月，法国债法改革重构了法国民法典的债法体例，为中国立法提供了参考范例。法国债法的新体系以合同规则为中心，其规范准用于其他法律行为；债法一般性规则从合同规范体系中分离出来，设立债法通则；债法体系按照“债之渊源”、“债之通则”、“债之证明”以及特别合同的顺序展开；“债之渊源”囊括合同法总则、侵权责任法以及其他债的渊源（无因管理、非债清偿与狭义不当得利三种传统的“准合同”）规则。这一立法经验凸显了债的渊源在债法体系构建中的主导地位以及合同中心主义。

关键词：债法总则 债的渊源 法律行为 法国民法典 法国债法

债编体例的构建是民法典结构设计的核心环节。比较法学家达维德教授曾指出，“罗马日耳曼法系各国法的学说从罗马法的资料出发，创立了债法，债法可以视为民法的中心部分”。〔1〕在中国民法典编纂的过程中，债编体例“直接关系到整部民法典的结构体例”，〔2〕是中国民法典编纂的“关键所在”，〔3〕持续成为学界关注的焦点。

一般说来，债编体例构建会涉及如下四个基本关系的处理：一是“法律行为”概念与

* 复旦大学法学院副教授。

本文为2016年国家社会科学基金一般项目“法国新债法对中国民法典债编制定的启示与比较研究”的阶段性成果，并得到教育部人文社会科学研究青年基金项目“法国侵权责任法改革：传统特色与欧洲私法一体化的冲突与协调”（11YJC820060）的资助。

〔1〕 [法] 勒内·达维德：《当代主要法律体系》，漆竹生译，上海译文出版社1984年版，第79页。

〔2〕 参见柳经纬：《我国民法典应设立债法总则的几个问题》，《中国法学》2007年第4期，第3页。

〔3〕 参见王利明：《债权总则在我国民法典中的地位及其体系》，《社会科学战线》2009年第7期，第225页。

合同的关系,即如何对待“法律行为”概念的地位;二是合同法总则与债法总则的关系,即如何处理合同法在债法体系中的地位;三是合同之债、侵权之债与其他原因(如无因管理与不当得利)所生之债的关系,即如何安置无因管理、不当得利等合同、侵权以外其他债之渊源的规范;四是债法共性规则与不同原因所生之债的特殊规则的关系。而中国编纂民法典更面临着合同法、侵权责任法已自成体系且较发达的现状,这加深了协调上述关系的难度,对债编体系的构建提出了新时代的挑战。2016年初法国新债法出台,清楚地表明中国所面临的问题也是以法国为代表的大陆法系国家所面临的问题。

根据法国议会授权,^[4]法国政府于2016年2月10日颁布了《关于合同法、债法一般规则与证明的改革法令》(以下简称“法令”),^[5]并决定于同年10月1日生效。需要说明的是,“法令”以此前的两套学者草案为基础。一套是全面涉及除特别合同法以外的所有债法内容的《卡特拉草案》(2005年)。另一套是由法国司法部支持、由法兰西学院院士泰雷(François Terré)主持并完成的《泰雷合同法草案》(2008年)、《泰雷侵权责任法草案》(2012年)和《泰雷债法草案》(2013年)。^[6]

经过十余年的准备与争论,法国债法改革取得了实质性成果。法国民法典债法部分(特别合同法、侵权责任法除外)被全面修订,迎来了1804年以来的首次“颠覆性”变化。它明确给出了在合同法、侵权责任法完备的前提下处理前述四个基本关系的思路,提供了一份难得的、可供检讨的范例,可成为我们思考中国问题的切入点。

中国在设计债编体例时所面临的现状与问题,与法国债法改革之前的情况十分相近。

首先,中国债法规范的渊源十分松散且欠缺通则性的规定。现行债法分布在民法通则第五章第二节“债权”与第六章“民事责任”、合同法、侵权责任法、担保法以及最高人民法院针对上述法律所发布的司法解释中。其中,债法通则性的规范数量少又不成体系:民法通则中唯有第86条(按份之债)和第87条(连带之债)起到“无可取代”的债总规范的地位,^[7]其他的债法通则规范存在于合同法之中。

再者,在现行的松散体系下,中国债法以债的渊源为基本分类方法,对待每种债的态度轻重有别,设置的规范繁简不一。^[8]如合同法、侵权责任法及相关配套解释的规范颇为充实,而无因管理之债和不当得利之债仅在民法通则中各有一个条文。

可以说,在合同法与侵权责任法发达、通则规范薄弱的情况下,如何重建债法体系,处理好前述四个关系,是中国债法体系构建所面临的基本问题。

[4] 2015年2月,法国议会授权政府以“法令”的方式修订法国民法典债法部分(特别合同法、侵权责任法除外)。参见2015年2月16日《关于简化与现代化国内商业与司法领域的法律与程序之法律》(Loi n°2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures)第8条。随后法国司法部于2015年2月25日向社会公布了《关于合同法、债法一般规则与证明的改革法令(草案)》(以下称“法令草案”)。

[5] L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a été publié ce matin au Journal Officiel. <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/2/10/JUSC1522466R/jo/texte>.

[6] 法国司法部早些时候(2013年10月)曾在这两套学者草案的基础上形成了一份《(司法部)债法改革草案》,因其内容与“法令草案”大体一致,本文不再对其作特别说明。

[7] 参见朱广新:《论债法总则的体系地位与规范结构》,《北航法律评论》2013年第1辑,第70页。

[8] 参见崔建远:《中国债法的现状与未来》,《法律科学》2013年第1期,第135页。

而法国于2016年的修法所面临的也是类似问题。法国民法典原有的债法规范非常“散漫”，具体表现在：一方面，债法规范和“继承”等其他性质的规范并列出现在第三卷（“取得所有权的不同方式”）中。另一方面，债法规范之间的逻辑层次不明显，合同之债、非合同之债、产品责任以及买卖合同等特别合同，不论繁简并排罗列在第三卷中，而债法通则的规范隐匿在合同规范之中，难以区分一般规则与特殊规则。

重构债法规范体例成为法国各方高度认同的事项，只是方案有所不同。例如，泰雷曾建议，先将第三卷改名为“债法”，剔除与之无关的“继承”和“生前赠与和遗赠”等规范（民法典新增第五卷以吸纳此二者）；^{〔9〕}之后将第三卷分成“债之渊源”、“债之通则”、“债之证明”以及各种特别合同等多个单元。而《卡特拉草案》认为应维系第三卷的名称和基本构造，但建议其中新设“债”编（统摄三个副编：“合同及一般契约之债”、“准合同”、“民事责任”），之后罗列既有的各种特别合同规范。

“法令”采折中方案，一方面，维持了第三卷的名称和包罗万象的“箩筐”模式，另一方面对该卷内部的债法规范进行整合。据此，第三卷（“取得所有权的不同方式”）前五编为：第一编“继承”、第二编“无偿处分”、第三编“债之渊源”、第四编“债之通则”以及第四编（二）“债之证明”；之后是各种特别合同的规范部分。其中，第三编“债之渊源”分成“合同”、“非合同责任”与“其他债之渊源”三个单元；第四编“债之通则”分成“债的类型”、“债的运转”、“债权人的诉权”、“债的消灭”与“返还”五个单元。

上述体例安排实际上展现了处理前述四个基本关系的思路。

一、法律行为与合同的关系

我国民法通则第四章“民事法律行为和代理”集中规范了包含合同在内的所有法律行为的生效与效力规则，确立了法律行为的法典化、普适性和中心化。但情况随着1999年合同法的出台发生了极大的改变，法律行为规则和合同规则之间的关系变得颇为特殊。

虽然与民法通则第四章第一节（“民事法律行为”）面对着大量的同类问题（例如合同无效的判断标准及其效力等），但是合同法没有任何一个条文指向或援引该章节的法律行为一般规范，也没有任何一个条文触碰过“法律行为”的表述。我们看到的是，民法通则第四章（尤其第一节）规范的众多事项被合同法再次调整。就这些重复的事项，合同法中的某些规则还与民法通则出现了矛盾之处，导致了一种特殊的法律冲突现象，即合同的规则与合同以外的法律行为的规则相冲突。^{〔10〕}如今，合同这种法律行为的规则已自成体系，部分规定还是对民法通则的法律行为规范的修改。这使得合同脱离法律行为，不再以民法通则的法律行为规则为水之源头、木之根本。被抽掉合同这一类最为基本的法律行为，民法

〔9〕 法国2006年6月23日颁布、2007年1月1日生效的第2006-728号“关于改革继承与无偿处分的法律”（Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités）对这两编进行了全面修订，第二编的题目也由原来的“生前赠与和遗赠”变更为“无偿处分”。

〔10〕 例如，根据民法通则，“一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为的”法律行为，绝对无效（第58条第1款第3项）。而根据合同法，“一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益”，合同绝对无效（第52条第1项）；“一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销”（第54条第2款）。

通则关于法律行为的规定其实也“被封杀”了。^[11]

可见，民法通则所确立的法律行为中心化，在事实上已经或多或少被合同法所虚化。应如何解释这种现象呢，我国在编纂民法典时又应如何处理法律行为概念与合同规则的关系呢？

这实际上触及了大陆法系债法体系构建的首要与核心问题，即意定之债的规则是以合同法规则为中心，还是以法律行为（一个可以涵盖合同、单边、多边法律行为的更为宽泛的上位概念）规则为中心。^[12]对此，国内学者少有深度论述，虽然答案可以从权威学者对民法典的设计以及最近提请全国人大常委会进行审议的《民法总则（草案）》^[13]中得出，即法律行为规范将成为民法典总则的核心内容，但这种操作或者说“共识”，被学者推测为“很大程度上是集体无意识的成分，而不是有意为之”，因此“从问题意识上讲”，“仍值得深入研究”。^[14]

面对同样的问题，法国曾两次尝试在法典中明确二者的关系。第一次尝试拟以法律行为为中心（接近德国法模式），未能成功。第二次则以合同为中心、法律行为为辅（避开德国法模式），此为法国新债法所采纳的方案。这种变化，反映了法国法律界在半个多世纪的时间里对法律行为立法的反思结果。这种反思对中国有很强的参考意义。

（一）法国五十年前的尝试：法律行为的法典化与中心化

1. “民法典改革委员会”草案

上个世纪，法国临时政府任命了学者组成的“民法典改革委员会”（1945—1964）。^[15]名为“改革”，实际工作却是制定一部新民法典。委员会在1953年向政府提交了草案初稿（1955年出版）。按照该草案的设想，^[16]民法典第四卷（“法律行为与法律事实”）第一编命名为“法律行为”，包含两章，第一章规范法律行为有效的条件，^[17]第二章规范法律行为的无效。两章之前设有三个一般性条文，分别界定了法律行为的定义、^[18]法律适用范围^[19]以及“意思”与法律行为的关系。^[20]尽管规范“法律行为”的编章处于法典的中间位置，但它内容详尽且涉及包括合同在内的所有类型的法律行为，在起草者看来是具有总则意义

[11] 参见张俊浩主编：《民法学原理》上册，中国政法大学出版社2000年版，第238页。

[12] C. Witz, *Contrat ou acte juridique?*, in *Pour une réforme du droit des contrats* (sous la direction de F. Terré), Dalloz, 2009, p. 51 - 65, spéc. 51.

[13] 即于2016年6月27日提交十二届全国人大常委会第二十一次会议审议的《中华人民共和国民法总则（草案）》。

[14] 前引[7]，朱广新文，第73页，第77页。

[15] 该委员会在1964年召开了最后一次会议，同年卡尔波尼埃（Carbonnier）被委任领衔法国民法典中人法与婚姻家庭法的修订工作，此后该委员会未再召开任何会议。J. Beauchard, *Classification des sources des obligations dans les projets de codes contemporains*, in *L'enrichissement sans cause. La classification des sources des obligations, études réunies par V. Mannino, C. Ophèle*, LGDJ, 2007, p. 171 - 184, spéc. 177.

[16] 该草案将民法典的结构规划为：预备卷，第一卷：自然人和家庭，第二卷：继承与无偿处分，第三卷：财产、物权和知识产权，第四卷：法律行为与法律事实，第五卷：债，第六卷：某些合同，第七卷：法人。Commission de réforme du code civil, *Avant-projet de code civil présenté à M. le Garde des sceaux, ministre de la Justice*, I, Livre préliminaire, Livre premier, Sirey, 1955.

[17] 该章第一节到第七节分别涉及意思、能力、代理、客体、原因、目的以及形式条件。

[18] “法律行为是一个或者多个以创设、变更或者消灭权利为效果的意思表达。”

[19] “法律行为，无论称谓如何，适用本部分的一般规定，除非法律有相反的规定。”

[20] “无意思即无法律行为。订立法律行为的所有参与者的意思是必须的，除非有相反的规定或者约定。”

的规范，具有普遍适用性。^[21]从这个意义上讲，草案与德国民法典的模式已颇为接近。

虽然面临着外部强大的反对声音以及内部意见的分化，该委员会透过草案明确表达了两点意见：一是在民法典中对法律行为进行规范化、法典化；二是法律行为中心化，而将合同规范放到次要地位。

法国学界围绕这两点意见的争论从未休止过，但在今天有了比较趋同的认识：一方面，不排斥法律行为的法典化，有关支持的理由和论据在过去的半个多世纪中变化不大。另一方面，排斥法律行为的中心化，相关的论证来自于对引入德国法模式的反思。

2. 支持法律行为法典化与中心化的理由

(1) 法律行为是法国法律工作者熟悉的概念和常见的法学工具

1804年法国民法典中未曾出现过“法律行为”。最初是学界受德国的影响，于19世纪末开始使用这一术语。“似乎最早的推动者是布福努瓦（Bufnoir）教授”，他在19世纪60年代的一次学术会议中以及后来的作品中^[22]时常使用“法律行为”的术语，不过没有对其进行确切的解释。^[23]“尽管早期法国学者已经能比较好地掌握法律行为这个概念，但是对这个德国舶来品还是比较敏感，加之法国民法典没有总则性的规定，因此其使用范围主要限于债法领域。”^[24]例如，1890年萨莱耶的专著《关于债法的一般理论：基于德国民法典草案的研究》出版，^[25]该书对法律行为概念在法国的发展具有重要的作用，但从题目即可知晓其内容集中在债法领域。

由于法律行为作为概念与法律事实相对，其所依托的“意思优先”使得法国的笛卡尔主义者以及“第三共和国的康德主义教授们”感到高兴。^[26]后来，在众多学者以及重要博士论文的推动下，其使用范围得到扩张。^[27]20世纪中叶“民法典改革委员会”推出的草案

[21] R. Houin, La technique de la réforme des codes français de droit privé, Revue internationale de droit comparé, 1956, Vol. 8 N° 1, p. 9 - 27, spéc. 22.

[22] V. C. Bufnoir, Théorie de la condition dans les divers actes juridiques, suivant le droit romain, Paris, Cotillon, 1866.

[23] P. Ancel, Acte juridique et déclaration de volonté: la greffe allemande sur le droit français des obligations, in Traditions savantes et codifications, Colloque ARISTEC des 8, 9 et 10 septembre 2005, LGDJ, 2007, p. 161 - 186, spéc. 166.

[24] D. Deroussin, Histoire du droit des obligations, Economica, 2007, p. 99 - 100.

[25] R. Saleilles, Essai d'une théorie générale de l'obligation: d'après le projet de Code civil allemande, Paris, F. Pichon, 1890.

[26] P. Remy, Plans d'exposition et catégories du droit des obligations, in Pour une réforme du droit des contrats (sous la direction de F. Terré), Dalloz, 2009, p. 92, note 30.

[27] 按时间顺序，在此方面具有重要历史地位的代表性法国法学教程有：H. Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, t. I, 1898；M. Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. I, 1^{er} éd., 1899；J. Bonnet, Précis de droit civil, 1^{er} éd., 1934；L. Josserand, Cours de droit civil français, t. II, Théorie générale des obligations, 1^{er} éd., 1930；J. Carbonnier, Droit civil, t. IV, Obligations, 1955；G. Marty et P. Raynaud, Droit civil, Introduction générale à l'étude du droit, 1^{er} éd., 1961, et 2^e éd., 1972；Droit civil, Les obligations, t. I, Les sources, Sirey, 1^{er} éd. 1967, et 2^e éd., 1988. 参见前引 [23], Ancel文, 第167页以下。博士论文如, A. Rieg, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français (《法国私法领域法律行为中的意思之角色》), préf. R. Perrot, LGDJ, 1961；G. Roujou de Boubée, Essai sur l'acte juridique collectif (《集体法律行为论》), préf. G. Marty, Libr. générale de droit et de jurisprudence, 1961；J. Hauser, Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique: contribution à la théorie générale de l'acte juridique (《法律行为的客观主义与主观主义: 关于法律行为的一般理论》), sous la direction de P. Raynaud, 1971, Libr. générale de droit et de jurisprudence；R. Cabrillac, L'acte juridique conjonctif en droit privé français (《法国私法上的多人法律行为》), sous la direction de P. Catala, LGDJ, 1990；G. Wicker, Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique (《法律的虚构: 关于法律行为的分析》), préf. J. Amiel-Donat, LGDJ, 1997.

标志着其发展的一个高峰。^[28]如今,在法国法学教育与研究领域(尤其是债法方面),法律行为仍是非常重要和常见的概念。^[29]

(2) 德国经验的影响

众所周知,受19世纪历史法学派的影响,德国民法典成为第一部以“法律行为”而非合同为核心要素的现代民法典。其“总则”中的“法律行为”一章,涉及行为能力、意思表示、合同、条件与期限、代理等方面,体系全面、内容细致,尤其吸引人的是有关法律行为的核心要素(意思表示)的详细规范。^[30]法律行为本是一个法学概念,但德国法学家们已经成功地验证了将其法典化的可能性。

尽管德国民法典来得有些晚,不能像法国法那样被广泛模仿,其高度技术性和对所有类似情况的网状结构造成了直接转接到外国法域的障碍,德国民法典的模式仍产生了重要的影响,不少国家或地区竞相效仿把法律行为和意思表示放到核心位置,成为总则的一个部分。比如,西欧1940年希腊民法典、1966年葡萄牙民法典、1992年新荷兰民法典^[31];东欧1964年波兰民法典、1964年捷克民法典、1994年俄罗斯联邦民法典;亚洲1898年日本民法典以及受日本民法影响深远的1960年韩国民法典、1929年中华民国民法;美洲2003年新巴西民法典等,均属于此类。后来跟进的国家或地区进一步验证了将法律行为法典化和中心化的可行性。^[32]

(3) 法律行为的普遍适用性

法律行为概念具有高度抽象性,可以囊括所有类型的意思表示,由此具有普遍适用性,这是法律行为法典化的最大好处。在私法领域内,法律行为理论允许将一般规则适用于所有的法律行为。德国民法典将法律行为规定在总则部分,可以很自然地适用于所有私法领域(债法、物权法、婚姻家庭法和继承法),不论当事人的数量(合同、单方法律行为或者集体法律行为),也不论追求的法律效果的内容(创设债务、转移、消灭或者变更权利等)。与之相比,法国民法典在合同订立、单方法律行为等方面规范欠缺的缺点更为突显。^[33]

如果法典规范了法律行为,法官只需要运用法律行为的一般规定,就可以直接解决合同以外的法律行为(意思表示)的规范问题,尤其是便于处理单方法律行为的法律效果。比如,有法国学者指出:须在某一特定日期之前向相对人作出一个法律行为,那么该行为应当在该日期之前发出还是该日期之前到达呢?再比如,如何对待一项表意具有瑕疵的受害人所为的 unilateral 行为呢?以合同为基础的法典(如法国民法典)对于上述单方法律行为所引发的问题常常不能提供直接的答案,需要类推适用关于合同的规范。这里就可以看出规

[28] 前引[24], Deroussin书,第99页以下。

[29] A. Bénabent, *Droit civil, les obligations*, 9e éd., Montchrestien, 2009; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, 9e éd., Dalloz, 2010; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les obligations (1): L'acte juridique*, 14e éd., Sirey, 2010.

[30] V. Lasserre-Kiesow, *La technique législative: étude sur les codes civils français et allemande*, 2002, LGDJ, p. 127 et s.

[31] 该法典较为特殊,未设总则,有关法律行为的详细规范出现在第三编“财产法一般规定”中,覆盖了财产法部分而没有包含非财产法部分。不过该法典规定,“在财产法之外的其他领域,只要法律行为或者法律关系的性质不相对抗,也可以类推适用”(第三编第59条)。

[32] M. A. Glendon, M. W. Gordon, and P. G. Carozza, *Comparative Legal Traditions*, 3rd ed., 2007, Thomson West, p. 69 s.

[33] 前引[23], Ancel文,第161页以下。

范法律行为的优点了。^[34]

此外，法律行为规范不仅可以适用于私法的各个领域，还可以延展到公法领域。这正是上世纪50年代法国学者期望在民法典中引入法律行为概念的一个基本认识。^[35]当时，面对法律行为法典化尤其是中心化的方案，“民法典改革委员会”内部争论巨大，草案最后之所以能够在委员会层面得以通过，来自行政法院的委员在投票过程中起了很大作用，因为他们希望看到行政行为能从中找到有用的渊源。^[36]

（二）对法律行为中心化方案的反思

半个多世纪前“民法典改革委员会”对法律行为法典化和中心化所作的努力，使得法国学者有了更为丰富和直观的反思素材，不过反思的重点集中在“中心化”上。

1. 法律行为中心主义的不足

在德国民法典中，法律行为被放置在第一编总则部分而非债法编，这意味着相关规定涉及到第二编到第五编的全部内容甚至是整个私法领域。德国模式的特点是法律行为为中心化。

上个世纪的法国“民法典改革委员会”就意识到，按照这种模式，关于法律行为的一般规范与各个种类的行为尤其是合同的自有规范同时存在，似乎是不可避免的。这首先意味着将增加立法或修法的工作量和规则协调的难度。最初负责总则和债法的是两个不同的分委员会，有关法律行为的一般规范主要由前者负责，但是基于协调之困难，两个分委员会最后合并成立一个新的法律行为委员会。可以说，法律行为规则的中心化导致了修法工作的拖延。再者，同类内容的立法重叠在实务上会有两种不利的后果：一方面导致法官得援引内容重复的法律规范而毫无必要；另一方面，两套规范易带来解释上的冲突与困难。^[37]

而如果立法者试图避免重复立法，则又容易导致逻辑上的跳跃。比如，荷兰新民法典将欺诈和胁迫放置在有关法律行为的规范中（第三编第44条），而将错误放置在有关合同的规范中（第六编第228条），^[38]原因非常简单：错误是否导致合同无效须考察合同相对人的表现（错误是否由相对人引起的或者是他所知道的或者他也犯有同样的错误）。相反，对于以合同为基础的法典而言，上述情况处理起来就比较简便，只需要查询有关合同有效性的规范即可。由此，法国学者指出，如果认同“合同是最为基本的债之渊源”、“大多数的法律行为是合同”之假定，那么法律行为法典化尤其是中心化的优点也被其严重的缺点所抹平。^[39]

[34] 前引〔12〕，Witz文，第56页以下。

[35] 前引〔21〕，Houin文，第22页。

[36] L. Julliot de La Morandière, Le rapport au garde des Sceaux, in Avant-projet de code civil présenté à M. le Garde des sceaux, ministre de la Justice, I, Livre préliminaire. Livre premier, par Commission de réforme du code civil, Sirey, 1955, p. 26 et s.

[37] 前引〔12〕，Witz文，第62页以下。

[38] 其第六编第228条（实质错误）规定，“基于事实或权利的错误而订立合同的，如果知道事实真相将不会订立合同者，于下列情形可主张撤销合同：（1）错误可归责于相对人提供的信息，但即使无此信息也会订立合同者除外；（2）相对人订立合同时知道或者应当知道该错误信息，并应予以告知的；（3）相对人在订立合同时与错误一方有相同的错误认识，但他本认为即使错误一方不发生该错误认识也会订立该合同除外。”“如果实质性错误系对在合同订立时单纯将来事实的错误认识，或者依据合同性质、社会一般观念或案件相关情况完全归责于错误一方的，不得以错误为由撤销合同。”

[39] 前引〔12〕，Witz文，第56页以下。

此外,如果承认物权行为,那么设立法律行为的一般规则或者中心主义将具有超越债法的普遍意义,否则,法律行为所涉问题主要是在合同法领域或单方意思表示方面。如今“采信如此方式来修订法国民法典也被视为一种冒险,现在对设立民法总则给予的赞美比起20世纪初期已经大为减少”。〔40〕

2. 法国法学对“法律行为”概念的功能持保留意见

“法律行为”的一般理论先于合同,这正是20世纪前期接受科学法学派〔41〕和德国潘德克吞模式影响的部分法国学者所倾向的。但是深层的变革需要一个文化适应的过程,在法国,这个过程因为萨莱耶的辞世(1912年)而中断。〔42〕今天德国法律行为理论对法国学界的影响仍然有限。〔43〕

安塞尔指出,(在法国)法律行为难以脱离既有的地位——债之渊源的分类的一个要素,至少在私法领域,它还没有成为可以替代合同的、真正的一般理论的支撑,也没有侵入到合同的一般理论。〔44〕

按照威茨的观点,退一步讲,即使法律行为理论影响深刻,也并不必然需要通过法典予以影印;德国民法典以法律行为和意思表示为中心的方案,远没有使20世纪欧洲法典化的国家都为之倾倒。例如,1942年新意大利民法典仍然坚持以合同为核心,尽管意大利学界对法律行为理论也曾热衷一时。〔45〕正如来自意大利的比较法学家萨科所言:“新法典通过以后,意大利学生的经验仍将永久延续下去:在考试中以良好的素养谈及法律行为,却不能在法典中发现这个词语。”〔46〕

上个世纪40、50年代支持法律行为中心化的法国学者们希望完成一个体系化和科学化的巨著,这样的路径将给民法典带来“理论化的风气”。〔47〕普拉尼奥乐(M. Planiol)曾批判说,“教学需要特别的方法,因为这是一种启蒙。而法典是给那些已经完成学业的人、对法律熟悉的人准备的。因此只要论题以清晰、适当的方式展开即可。”〔48〕而即使认同法典“理论化的风气”,其最终目的也应当服务于法律规范的易读性和适用的简便性,法律行为中心化在此方面似乎人为增加了复杂性,是不是一件值得炫耀或鼓励的事情,法国人打上

〔40〕 前引〔26〕, Remy文,第95页。

〔41〕 科学法学派(Ecole scientifique)的代表人物是萨莱耶(R. Saleilles, 1855 - 1912)和惹尼(F. Geny, 1861 - 1956),他们虽重视成文法,但批判传统的注释法学派方法僵化并常滥用抽象原则。作为科学法学派创始人,萨莱耶强调法律是历史的、变化的,应适应时代的发展,用“进化”的观念来解释法条。惹尼认为,法条与习惯均是法源;在成文法与习惯不能解决社会问题时,应进行“科学的自由探究”去寻找规范。在科学法学派的引导下,法国学者开始在法条之外运用历史的、社会学的、比较的方法寻找解决现实法律问题的原则和规范,使得法国私法学在19世纪末进入了一个新的发展时期。参见何勤华:《西方法学史》,中国政法大学出版社1996年版,第146页以下。

〔42〕 前引〔26〕, Remy文,第94页。

〔43〕 F. Limbach, Les consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales, De l'utilité du concept de déclaration de volonté, LGDJ, 2004, n° 48, p. 343.

〔44〕 前引〔23〕, Ancel文,第166页。

〔45〕 前引〔12〕, Witz文,第54页。

〔46〕 R. Sacco, Modèles français et modèles allemands dans le code civil italien, Revue internationale de droit comparé, 1976, Vol. 28 N° 2, p. 225 - 234, spéc. p. 233.

〔47〕 前引〔36〕, Julliot de la Morandière文,第26页。

〔48〕 M. Planiol, Traité élémentaire, t. I, 5e éd., 1950, 转引自 K. Zweigert, H. Kötz, *Introduction to Comparative Law* (translated from German by T. Weir), 3rd ed., 1998, Clarendon Press, p. 93.

了问号。“众所周知，即使在德国，法律行为这个概念也遭遇了批评：它降低了有效性，将理论与实际脱离，并在教学领域内带来了困难。”〔49〕德国民法典公布以后，其高度的抽象性与实际情况之间的巨大差异，促使德国学者将精力集中在“通过解释晦涩的条文使法典可适用于实际情况”的任务上，但对抽象概念作严格形式主义的解读在19世纪末迎来了耶林的尖锐批判：“无人可以承受法律概念的重负，除非他放弃对真实世界的全部记忆”；德国学者不断地“利用抽象推理能力发展一系列方法去桥接法学思想与纷杂、顽固的现实主义”。〔50〕茨威格特与克茨也指出，“德国民法典就是潘德克吞学派的亲骨肉，拥有其所有的优缺点”；“其总则部分常会误导新手，有时也包括专业人士”。〔51〕法国学者认为，“在‘教授法’国家，人们指责法国民法典科学性太弱曾超过一个世纪；但今天与德国民法典的抽象技术相比，人们似乎更认可法国民法典的特点。”〔52〕

此外，另有法国学者对概念的“正统性”也提出质疑：法律行为概念出现在18、19世纪，经德国潘德克吞法学家的努力而发展起来。他们通过研究罗马法的经典《学说汇纂》，从中发现出了这个所谓的共同基础概念，以便构建一个先总则后各个特别部分的法律体系。“这不仅仅是一个悖论，因为这个概念对古罗马人而言是陌生的。”〔53〕

现在，法国的主流观点认为，法律行为的理论，正如德国法所展示的，意味着意思表示的一般规则。〔54〕

3. 意思表示概念与理论研究在法国的新崛起

法国学者强调，法律行为（Rechtsgeschäft）肇端于意思表示（Willenserklärung）概念。萨维尼在其著作《当代罗马法体系》（1804）中将“意思表示”和“法律行为”当成同义词来使用。这两个词在概念上的差异于后来出现：这归功于19世纪后期德国罗马法学家贝克尔（Ernst Immanuel Bekker）。早在1794年，普鲁士邦普通法典就曾使用“意思表示”的概念，并将其规定在合同订立之前，旨在将其作为要约和承诺的共同规范。在这里，意思表示多少起到了后来法律行为概念在潘德克吞法典中所起到的功能。德国民法典虽未界定何为法律行为，但通过解读不难得出法律行为的本质就是意思表示的结论。比如该法典第154条第1款规定：“双方当事人未能就合同的所有各点成立合意，而对此所有各点即使只依一方当事人的表示仍应达成协议的，如无其他规定，合同不成立。”也就是说，合同是当事人在实质要素上存在意思表示的吻合。法律行为似乎只是在意思表示之外添加了一些要素（如形式、物的交付、登记、授权等）：一项意思表示，只要法律规则愿意，即构成法律行为或者构成法律行为的一个要素。〔55〕因此，意思表示概念才是有关法律行为有效性规则的支撑。这个概念在法国曾长期被法律工作者所遗忘，〔56〕但今天它则处于一个再次激活活

〔49〕 前引〔23〕，Ancel文，第171页。

〔50〕 前引〔32〕，Glendon等书，第65页。

〔51〕 前引〔48〕，Zweigert等书，第93页。

〔52〕 前引〔26〕，Remy文，第94页。

〔53〕 前引〔24〕，Deroussin书，第99页。

〔54〕 前引〔30〕，Lasserre-Kiesow文，第129页。

〔55〕 G. Wicker, Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique, préf. J. Amiel-Donat, LGDJ, 1997; 前引〔43〕，Limbach文，第101页以下；前引〔12〕，Witz文，第52页以下。

〔56〕 F. Ferrand, Droit privé allemand, Dalloz, 1997, n° 182.

力的阶段。^[57]

法国学界关于法律行为规范化的争议一直持续到今天。比较趋同的认识是,一方面,不排斥法律行为的法典化,实际上法国民法典也已经在证明规则、合同形式等某些具体领域使用了法律行为的表述;^[58]甚至也不排斥继续扩大其使用范围,使之不局限于证据规则或形式规则方面而成为民法典中的普适性概念。另一方面,排斥法律行为的中心化。这些观念体现在如今的法国新债法上。

(三) 法国新债法的方案: 合同的中心化与一般准用条款

如果说法律行为概念的主要功能是可以全面规范所有类型意思表示尤其是单方意思表示,那么可否将合同规则中心化同时针对单边行为等制定特别的法律适用规范援引合同规则呢?这正是法国新债法所采用的路径。

区别于五十年前的方案,“法令”一方面在法国民法典债法部分确立了法律行为为合同的上位概念,另一方面否定了法律行为中心化的方向,仍然坚持合同规则的中心地位,设立了一般类推适用规则。“法令”把界定法律行为放在“债”编开始的地方,明确法律行为系债产生之主要渊源的地位,^[59]随后界定了法律行为的一般概念以及契约法律行为和单方法律行为两种类型,最后重点指出:合同规则可适用到其他法律行为。^[60]纵观法国新债法,使用“法律行为”术语的地方屈指可数,主要集中在证明规则单元。^[61]由此,有关合同的一般规定将超越合同的范围全面发挥其效力。例如,判定向相对人非即时作出单方法律行为的生效时间、单方法律行为人的意思瑕疵的法律后果等,法国法官均将援引合同的一般规则。

“法令”的方案得到了学界较为广泛的肯定。“合同当然是一种法律行为,但在主流观点看来,合同现在是、将来仍是最为核心的。这就是为什么‘债’编的第一个副编集中规范合同。”^[62]“只需要一个简单的规范规定,有关合同的规定类推适用到其他法律行为,就可以解决最为实质的问题”,“这一规范并不排斥以特别规范的补充规定,尤其是关于表示和行为的解释”。^[63]实务界对此也持肯定态度。^[64]

[57] 前引 [23], Ancel 文, 第 179 页。

[58] 例如,根据 1980 年 7 月 12 日第 80—525 号有关“法律行为之证明的法律”,法国民法典第 1326 条经修订后出现了“法律行为”的表述。又如,根据 2004 年 6 月 21 日有关采用电子形式订立合同的法律,“法律行为”的概念出现在契约有效要件的章节与法律规范中(如第 1108—1 条规定“法律行为有效,应采用书面形式”),这已经是进入了合同法的核心地带。前引 [23], Ancel 文, 第 173 页。

[59] 法国民法典新修订的第 1100 条第 1 款规定:“债产生于法律行为、(狭义)法律事实(fait juridique)或法律的直接规定。”

[60] 法国民法典新修订的第 1100—1 条规定:“法律行为是旨在产生法律效果的意思表示。它可以是合意的或单方的”;“依情形,就其(法律行为)有效与效力,适用有关合同的规则”。“法令”的内容主要借鉴了《卡特拉草案》第 1101 条和第 1101—1 条。

[61] 如其新修订的第 1359 条、第 1364 条、第 1367 条涉及法律行为在证人证据或书面证据方面的特殊要求。

[62] 见《卡特拉草案立法理由书》之相关部分说明(G. Cornu, Source des obligations-Définitions: art. 1101 à 1103)。

[63] 前引 [12], Witz 文, 第 63 页以下。

[64] 例如,法国最高法院组成的工作组在审议《卡特拉草案》之后,对其就法律行为、事实行为等给出定义一事持肯定态度,认为界定法律术语的做法有利于法律概念的清晰与适用,符合欧洲立法的发展方向等。这从一个侧面反映出,其并没有反对法律行为概念的法典化与对合同规则的准用。参见《法国最高法院〈债法和时效制度改革草案〉工作组报告》(2007 年 6 月 15 日)(“Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation Sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription”)。

（四）比较法上的印证

从比较法的角度看，很多民法典如意大利、西班牙、奥地利、瑞士、魁北克民法均采合同中心主义，更值得注意的是近年来蓬勃发展的比较私法也展示出这一方向。

魁北克民法典使用了“法律行为”的表述，例如其在第五卷第一编“债的一般规定”中规定，“法律行为”可以产生债（第1371条）。但是一方面，该法典并没有集中规定法律行为的生效与效果规范，有关制度仍以合同规范为基准，另一方面，在法典其他地方偶然看到的法律行为的表述多出现在证据规范或国际私法规范中。^[65]

与之类似的是瑞士债务法。其第1条规定，“如果当事人已经以相互而一致的方式显示出他们的意思”，则合同订立。这里没有涉及到法律行为，也没有涉及到意思表示，有的仅是合同。按照瑞士学者泰尔西耶（P. Tercier）的解读，合同是最为重要的也是法典唯一给予详细规范的。正因如此，与之有关的规定原则上适用到所有的法律行为。而实际上，诞生于1883年的该法典在1907年修订之际（后于1912年1月1日生效）本可以接受德国民法的影响，但瑞士仍然坚持以合同为中心。^[66]法典中偶有条款使用法律行为的术语，^[67]但均以补足合同规则为目的。

此外，1811年奥地利民法典虽历经多次修改，仍然坚持以合同为轴心。如今其第十七章的名称从“合同的一般规定”变更为“合同和法律行为的一般规定”，该章之下有法律行为的一般性规定，法律行为也已经成为贯穿整个法律体系的要素，但在规范体例上仍以合同规则为主，有关法律行为的规则系对合同规则空缺之处的填补。^[68]

可见，以合同为中心的法典并不排斥使用法律行为的概念（法典化），通常会将其限定在有限的范围内，欠缺普适性（如法国、瑞士、魁北克），或者虽具有普适性但在规范体系中仅具有补充地位（如奥地利）。

模范法中三份重要的合同法范本均未背离合同中心主义。其中，统一私法协会的《国际商事合同通则》（PICC）比较谨慎，它将调整对象严格限定在合同关系领域，仅涉及了合同领域内的单方意思表示。其第3.20条（单边表示）规定：有关合同效力的“各项规定，经适当修改后适用于一方当事人向另一方当事人传达的任何意思表示”。根据起草者对该条的说明，这里的单边意思表示仅限于围绕着合同关系单方作出的意思表示（例如有关放弃权利、请求履行等），而非所有的单方行为。类似地，《欧洲合同法典（草案）》^[69]在第一卷第一编具有总则性的规定中指出，该法典的规则原则上适用于与合同有关的单方行为。^[70]

[65] 如其第七卷“证明”（第2811条、第2826条、第2829条、第2831条、第2860条到第2864条等）和第十卷“国际私法”（第3087条、第3109条、第3111条、第3112条等）。

[66] 前引〔12〕，Witz文，第54页。

[67] 如第33条到第35条（行为能力）、第77条（债务履行期限）、第396条（委托范围）和第216C条（不动产出售优先购买权）等。

[68] J. Fortunat Stagl, La réception de la théorie de l'acte juridique (Rechtsgeschäft) en Autriche grâce à J. Unger, in Traditions savantes et codifications, p. 187 - 208, spéc. 203.

[69] 《欧洲合同法典（草案）》（European Contract Code/ECC，法文名称 Code européen des contrats/CEC）系由甘德尔菲（Giuseppe Gandolfi）教授参与领导的“欧洲私法人学院”（Académie des privatistes européens）起草的，现在已经公布了前两卷（总则、买卖合同）。

[70] 其第4条（规则适用于单边行为）规定：“对于旨在签订合同或者进入到该进程中完成的单边行为，包括以合同的消灭或者不生效力为目的的此类行为，本法典有关合同的规则作为与之相适应的规则予以适用。本法典、欧盟法律或者各成员国国内法上强制性规范另有规定的除外。”

而《欧洲合同法原则》(PECL)较为大胆地突出了合同规则的中心地位,比如该范本在“一般规定”部分指出,其内容也可类推适用到单边允诺以及其他表示意图的陈述和行为。^[71]此外,该范本还通过特别规范认可了“无须接受即具有拘束力的允诺”可发生效力:“一项意欲无须接受即具有拘束力的允诺是有拘束力的”(第2:107条)。虽名为合同法,其规范的对象已不仅仅是合同。显然,起草者希望范本能在合同领域之外发挥一般法则的作用。^[72]

就民法示范法而言,《欧洲私法共同参考框架草案》(DCFR)虽然使用了“法律行为”的表述,但仍是以前述为中心。这首先体现在其第二卷的命名上:“合同与其他法律行为”。更为重要的是,范本没有采用诸如“其他法律行为类推适用合同规范”的一般规范,而是在合同法体系框架之中,不时地、有针对性地强调,某些合同法的规范可以适用到其他法律行为。^[73]或者,偶尔地,仅使用法律行为的表述涵盖合同在内的所有法律行为。^[74]起草者之所以不设立“类推适用”的一般规范,是因为在他们看来,这样简单的规定不能凸显合同规则的“适当修订”。^[75]这很好地说明了起草者以合同规范为中心的立法初衷。^[76]

比较明显的结论是,在合同与其他法律行为的关系方面,所有的模范法均反映了合同规则的中心化,普遍认同援引合同规范的立法技术。原因很简单,法律行为中心化的做法不利于不同国家之间的私法统一或协调。重复规范同类事件,只会导致协调更加困难。而且很难想象英美法系的法律工作者接受以欧陆法学概念为基础构建的示范法。如此只能是破坏性远超建设性,且不说理解和掌握这个极具抽象性的概念的难度。

有学者指出,法律行为的概念尽管具有“科学”的一面,但在欧洲层面现在还没有任何一个范本旨在重绘一个德国民法体系。其中,或许最为“科学的”是《欧洲私法共同参考框架草案》,不过这个还不确定的草案并不会比其他欧洲范本带来更大的实用方案。^[77]

(五) 对中国民法典编纂的启示

如前所述,民法通则所确立的法律行为中心化,在事实上已被合同法所虚化。究其原因,有学者认为是观念缺位所引起的必然现象,是由于不懂得法律行为在民法中的地位所引起的。^[78]本文以为,一方面,这与合同法的发展有关。制定统一合同法时,合同法的比较研究成果丰硕,尤其是前述《国际商事合同通则》和《欧洲合同法原则》,成为当时立法中的重要参考范本,合同中心化已经在事实上成为比较法的发展趋势,而这一现象在民法通则制定时期尚未出现。另一方面,也可以从法国学者对法律行为法典化、中心化的反思

[71] 第1:107条(本原则的类推适用):“本原则经适当修正适用于变更或解除合同的协议、单方允诺和其他的表示陈述和行为。”

[72] 前引[12], Witz文,第58页。

[73] 例如,在有关“订立”的第四章中,专设第三节特别规范合同之外的“其他法律行为”。在关于“无效原因”的第七章中,强调该章有关规则类推适用到其他法律行为(第II-7:101条第3项)。在有关“解释”的第八章中,先设第一节规范“合同的解释”,再设第二节特别规范“其他法律行为的解释”。

[74] 参见其第六章“代理”的具体规范。

[75] Study Group on a European Civil Code, Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group) (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, DCFR, Sellier, 2008, p. 25.

[76] 前引[12], Witz文,第59页以下。

[77] 前引[26], Remy文,第95页。

[78] 前引[11], 张俊浩主编书,第237页。

中寻找原因。

中国在编纂民法典时是否应设置法律行为制度，若规定这一制度，又该在多大程度上将合同法总则中的相关规定整体抽出？目前，中国立法可有多种选择：第一种路径，基本维持现有的叠加重复立法模式。^[79] 第二种路径，突出以法律行为为中心，简化或压缩合同法。例如，可将合同区别于其他法律行为的特殊规则（尤其是要约与承诺）排除在民法总则的法律行为规则之外，规定在分则部分，而将合同法中凡与意思表示相关的规则全部规定在法律行为部分，即将合同法总则编的“合同的订立”（第二章）与“合同的效力”（第三章）整体搬到民法总则编之中。^[80] 第三种路径，是中国未来若坚持合同中心主义，民法典总则的有关规范应酌情缩减，利用一般性的“准用”条款指向合同规范。这种技术方案类似法国法，优点在于合同法总则不作大幅调整，原则上保持既有的立法状态，且符合当下全球私法的发展趋势，但与中国现有的众多民法草案出入较大。

二、合同法与债法通则的关系

中国在债法领域也出现了所谓的合同中心主义：债法一般规则主要在合同规范中展开。相比民法通则中本来数量就少的债法一般规则而言，合同法中有不少规范具有债法通则的性质。例如，合同法第73条和第74条（债权人的代位权与撤销权）、第80条到第87条（债权或债务的转让）、第100条（债的抵销）、第101条到第104条（债务提存）、第105条（债务免除）等，所确立的均是债法一般性规则。编纂民法典，是维持合同法既有体系，还是对其进行调整、将债法一般性规则剥离出来并设立“债法通（总）则”？

这个问题是当下中国学界讨论的重要问题之一。^[81] 尤其是2002年12月提请九届全国人大常委会审议的《中华人民共和国民法（草案）》，在总则之外设立了八编：物权、合同、人格权、婚姻、收养、继承、侵权责任、涉外民事关系的法律适用，明显采纳了否认债法通则的方案，一个主要的理由就是合同法和侵权责任法已经较为完备。^[82] 而反对设债法通则的学者常引原来的法国民法典作为比较法上的例证。^[83]

其实，此次法国债法修订与中国编纂民法典面临着极为类似的问题。按照法国法的传

[79] 如2002年12月23日提请第九届全国人民代表大会常务委员会第三十一次会议审议的《中华人民共和国民法（草案）》。

[80] 参见前引[7]，朱广新文，第77页。

[81] 赞成中国民法典设立债法总则者，如梁慧星（《中国民法典编纂的几个问题》，《山西大学学报（哲学社会科学版）》2003年第5期，第13页以下）、王利明（《论债法总则与合同法总则的关系》，《广东社会科学》2014年第5期，第224页以下）、崔建远（《编纂民法典必须摆正几对关系》，《清华法学》2014年第6期，第43页以下）、郭明瑞（《关于编纂民法典须处理的几种关系的思考》，《清华法学》2014年第6期，第34页以下）、孙宪忠（《我国民法立法的体系化与科学化问题》，《清华法学》2012年第6期，第46页以下）、杨立新（《论民法典中债法总则之存废》，《清华法学》2014年第6期，第81页以下）、柳经纬（前引[2]文，第3页以下）、薛军（《论未来中国民法典债法编的结构设计》，《法商研究》2001年第2期，第50页以下）、朱广新（《超越经验主义立法：编纂民法典》，《中外法学》2014年第6期，第1422页以下）等。持不同意见者，如王胜明（《制订民法典需要研究的部分问题》，《法学家》2003年第4期，第9页以下）、覃有土和麻昌华（《我国民法典中债法总则的存废》，《法学》2003年第5期，第101页以下）、许中缘（《合同的概念与我国债法总则的存废——兼论我国民法典的体系》，《清华法学》2010年第1期，第150页以下）等。

[82] 参见上引王胜明文，第10页。

[83] 参见前引[81]，覃有土等文，第102页。

统,合同规则不仅是所有法律行为的基本规范,还是其他原因所生之债的基本规范:债法一般规范“隐匿”于合同法规范之中。不过,按照2015年法国议会授权政府修法的法律(第8条第10项)之规定,将债法一般规则与合同法在形式上相互分开成为一项重要的改革内容。

(一) 将债法通则从合同规则中剥离

与中国合同法极为类似,1804年法国民法典在债法结构方面有两个相互关联的特点,首先是以债之发生原因为出发点构建债法的框架,然后将债法一般规则放在契约之债规范中展开。这从法典第三卷第三编的名称(“合同与一般契约之债”)即可看出。它高度展现了合同为债法中心的理念。

《卡特拉草案》试图维持这种传统结构,^[84]其原因并不仅是基于忠诚于民法典的方法或者基于便利的考虑,也是基于合同为债法中心的传统理念。契约之债是所有债的一般模式,位居首位,这是自然法学派留下的遗产。

但此种模式会大大减损“债”这一法学概念在立法体系上的积极作用。“债”因具有高度抽象性,可以将基于合同、侵权、不当得利、无因管理等不同原因产生的法律关系网罗在一起,从而形成一个与物权制度相互并列的财产法部门,成为民法规则体系化和法典化的有力工具。德国民法典的五编制体例之所以能在很长一段时间内成为竞相模仿的典范,与此不无关系。相比较而言,法国民法典没有充分利用“债”的高度抽象性囊括相关规则,它先以债之发生原因为出发点构建债法的框架、将不同原因之债并排罗列,然后再将债法一般规则内嵌在契约之债中展开,缺乏“交集”性的债法总则,整体结构松散。

最终通过的“法令”参照《泰雷债法草案》,决定对这种合同中心主义的传统做法进行微调,按照现代法国学术风格改造法国民法典债法体系:先后设置了“债之渊源”与“债之通则”两个单元。将有关债法的一般性规定从合同法中搬迁出来归入“债之通则”单元,包含“债的类型”、“债的运转”、“债权人的诉权”、“债的消灭”与“返还”五方面的内容。在“债之渊源”部分规范合同(总则)以及侵权、准合同等债的渊源。合同单元包含四章:“一般规定”(主要涉及合同类型与合同法的基本原则)、“合同的订立”、“合同的解释”以及“合同的效力”(该章又分五节,分别为“合同对当事人的效力”、“合同对第三人的效力”、“合同期限”、“合同转让”和“合同的不履行”)。

(二) 特别合同与债之渊源、债之通则并列

不仅如此,法国此次债法修订的另外一个重要特点是,在“债之渊源”、“债之通则”之后规范所有的特别合同。但由于特别合同法将成为下一阶段修法的对象,目前暂时尚无法确切知道这些特别合同最终是按照既有的体例依次并排展开,还是会集中在一个新设的诸如“合同分则”的单元中。可以确定的是,特别合同与“合同(总则)”单元分离、附在所有债法规则之后。这种立法体例可以带来一些比较明显的好处。

首先,具有形式美。它减少了编章节目等的层级设置。如将其与合同总则并列放置在“合同”标题之下,那么“债”编之下设债之分则(或债之渊源),之下再设合同法,后者又包含总则与分则,分则之下始见大量的各类有名合同,过于繁杂。同时,考虑到特别合

[84] 《卡特拉草案》设计的“债”编的第一副编为“合同及一般契约之债”。

同内容庞杂，这种编制可从合同规则中分流大量规范，使得“债之渊源”部分的条文数量较为均衡。加之特别合同的修法频繁，附于债法最后部分，可避免日后修法对其他部分的构造产生影响。

再者，从逻辑上讲，特别合同既可能表现在其产生的原因特殊，更是债的内容具有特殊性。其规则不仅仅构成合同法一般规则的特别法，也是债法一般规则的特别法。将特别合同规范放置在“债之渊源”与“债之通则”之后，完全符合其“特殊性”。

此外，这种结构也很好地兼顾了既有的法典体系，降低了修改法典的工作量与难度，因为法国民法典既有第三卷之下直接罗列了大量的特别合同，现在只需要维持原样或者将其一同放置到“特别合同”的标题之下即可。

（三）比较法上的印证

如前所述，模范法展示了合同中心主义的一个方面：合同规范是所有法律行为的基准规范。其实，模范法也证实了合同中心主义的另外一个方面：合同规范是其他渊源所生之债的基准规范，是债法的基准规范。推动设立债法通则的法国学者也承认，欧洲层面的合同法重新回到这一传统。自从《欧洲合同法原则》和《欧洲合同法典（草案）》以来，将债的一般规则嫁接到合同规范中不能再被认为是具有仿古气质的法国法所特有的现象。^[85]

不过，此次修订使得法国债法转向了大多数民法典的做法：将债法通则与合同法相分离。这又有两种体例：一种是设立独立的“债法总则”单元集中所有的一般性规则。例如，意大利民法典第四卷“债”第一编“债之通则”收纳了大量的债法一般性规范。^[86]日本民法典第三编“债权”第一章为债法“总则”、韩国民法典第三编“债权”第一章为债法“一般规定”，均为典型。

另一种是将债法一般规范分类展开与合同法总则等并排放置，如德国、荷兰、魁北克。现在德国民法典第二编“债法”所含的八章中，有五章为债法通则性单元，^[87]三章为分则性单元。^[88]新荷兰民法典债的规范由两个部分构成：“债法总则”（第六编）与“特别合同”（第七编）。“债法总则”包含五章：前两章具有债法通则性质，^[89]后三章规范债的渊源。^[90]此外，魁北克民法典第五卷“债”包含两个部分：“债的一般规定”（第一编）和“特别合同”（第二编）。前者下设九章，依次是“总则”、“合同”、“民事责任”、“部分其他债之渊源”、“债的种类”、“债的履行”、“债的转让与变更”、“债的消灭”、“给付的返还”。除第一章“总则”属于预备性规定外，^[91]剩余八章自然地形成两个群体：债的渊源与债法通则。

[85] 前引〔26〕，Remy文，第90页；P. Remy, Réviser le Titre III du Livre III du Code civil?, RDC 2004. 1176.

[86] 该编下设七个单元，分别涉及“预备性规定”、“债的履行”、“债的不履行”、“除履行以外导致债消灭的方式”、“债权让与”、“委任债务人、代位清偿和债务承担契约”以及“债的类型”。

[87] 即第一章“债务关系的内容”、第四章“债务关系的消灭”、第五章“债权的转让”、第六章“债务承担”、第七章“多数债务人和债权人”。

[88] 即第二章“通过一般交易条款订立的债务合同”、第三章“因合同而发生的债务关系”、第八章“特别类型的债务关系”。

[89] 即第一章“债的一般规定”、第二章“债权让与、债务承担与债权抛弃”。

[90] 即第三章“侵权行为”、第四章“侵权行为和合同以外其他渊源所生之债”、第五章“合同法总则”。

[91] 第一章“总则”共7个条文（第1371条到第1376条）且内容较为简要，主要界定了债及其客体，指明了善意原则和债法对公法人的适用性。

由此可见,不论是否设立债法“总则”,大陆法系国家普遍将债法一般性规则从合同法中分离出来,没有印证合同法模范法的发展方向。这主要是因为,模范法要兼顾英美法系,而后者欠缺大陆法系的债法概念,无法完成此类通则的抽象工作。^[92]相反地,大陆法系国家普遍认可债法概念,而其所囊括的规范类型必然有一般与特别的区别。

法律行为可以便利地准用合同规范,是因为它具有与合同相同的实质要素(意思表示)。但是,产生债的其他原因(多为事实行为)与合同则有着根本性的差异,将债法通则从合同法中剥离出去,能够很好地区分出不同原因所生之债的共性与个性。此外,在形式上也可避免合同法条文数量比重过大。

简言之,法国债法修订所选取的将债法通则从合同法中剥离的方案,形式上平衡法典结构,内容上可更好地发挥债的抽象作用,与大陆法系其他国家更为接近,同时操作并不复杂。当然,它并不意味着否定了自然法学派留下的“合同中心主义”的遗产,因为合同之债仍是首要的、典型的债。

(四) 对中国的借鉴意义

中国债法未臻完善,也出现了所谓的合同中心主义:债法一般规则主要在合同规范中展开。其实,认为不宜设立债法总则的立法方案或者学者,正是看到了债法领域的合同中心主义,强调我国合同法“总则性的规定将传统债法总则的内容几乎已经全部涵盖”。^[93]但实际上,从民法通则专设“债权”一节起,债(权)的概念在反映市场经济本质、连接民法与市场经济上发挥了重要的社会作用,它已“不仅仅是民法财产法的基本概念,而且是整个民商事法律的基础概念”,成为中国法律工作者重要的法律思维工具。^[94]合同法总则部分扮演债法总则的角色系特定历史条件下的产物,在编纂民法典时应将本属于债法总则的内容从合同法中剔除,“归还”本属于债法总则的制度及规范。^[95]

法国债法修订的经验告诉我们,是否设立债法总则无非是一个在多大程度上发挥“债”的抽象作用的决定,答案决定了与大陆法系和英美法系的亲疏关系。法典编纂无论是法学阶梯式的还是学说汇纂式(即潘德克吞式)的,都要对繁杂的“民事关系进行规范抽象的作业”,这是必要的、最基本的作业,只是抽象程度不同而已。^[96]可以说,这次法国民法典的修订是在债法领域内将规范抽象的作业推进了一层。在今天看来,大陆法系民法典的“标配”不是民法总则,而是债法总则。

三、债之通则与债之渊源的关系

如果立法者决定不在合同规范中展开债法一般规则,那么必然会有类似于债法总则(共同规则)与分则(特殊规则)的构造。对此,中国学界聚焦在两个具体问题上,一是如何安置侵权责任法,二是如何安置无因管理与不当得利的规则。

[92] 正因为如此,DCFR体现了很强的大陆法系特点,其第二卷实质为债法的一般通则。

[93] 前引[81],许中缘文,第155页。

[94] 前引[81],梁慧星文,第18页。

[95] 前引[8],崔建远文,第138页。

[96] 前引[2],柳经纬文,第4页。

关于侵权责任法，有的方案建议设立“债法分则”单元，并排安置侵权责任法与合同法；^[97]但更多方案鉴于侵权责任法已单独立法，建议在民法典中独立成编，顺接合同法编，不再设置所谓的“债法分则”。^[98]就无因管理、不当得利等其他债的渊源，考虑其条文数量，多数学者建议将其放在债法总则中，例如梁慧星主持的《中国民法典草案建议稿》在“债权总则”编的“债的原因”一章中规定了不当得利、无因管理和单方允诺。^[99]王利明主持的《中国民法典学者建议稿》在“债法总则”编的“债的发生”一章中规定了无因管理、不当得利、悬赏广告和缔约过失行为。^[100]对此，崔建远指出：把不当得利、无因管理规定于债法总则编的方案，其实“是个无奈的办法”。“因为按照一般的逻辑，债法总则是要普遍适用于各种类型的债的，不当得利、无因管理的规范显然不具有这样的属性和功能”，而“只要将债法分解为若干编，只要顾及编章的形式美，无论不当得利、无因管理放置于何处，都不会令人满意。不过，这并不意味着不当得利、无因管理被规定在债法总则编不能容忍”。^[101]

可见，立法者必须在逻辑与形式美之间作出艰难的选择。而法国债法修订也面临类似的情形。一方面，法国侵权责任法已较成熟。侵权责任规范将成为法国下一步的民法改革对象，从现有草案来看，将会自成体系且条文数量达数十条（例如《泰雷侵权责任法草案》设计了69个条文）。另一方面，法国有关无因管理、不当得利等其他债的渊源的规范数量也颇为单薄（经本次债法修订后，相关条文共16个）。在设置债法通则的情况下，如何设计分则的规范，如何平衡逻辑与形式美的关系，就此法国债法修订有两个特点。

（一）以“债之渊源”命名债法分则部分

法国民法典债法体系的传统结构是建立在债的渊源之上。此次债法体系重构以“债之渊源”组建分则部分，按照三分法集中规定债的渊源。

不同的原因会导致债的具体内容出现较大差异。例如违约的救济与侵权的救济、无因管理本人的债务与不当得利获益人的返还债务，均有较大的出入。因此按照债的渊源安排债法规则是自罗马法以来的传统。

早期罗马法学家盖尤斯采用三分法，认为依罗马法编制债的原因大体分为契约、侵权、其他复类原因（*variae causerum figurae*）三项。“所谓其他复类原因，指债之原因不属于契约或侵权者而言”，监护、共有、无因管理、不当得利等项均属之。^[102]三分法遂成为所有大陆法系国家共通的传统和相关理论演变的来源。^[103]

后来注释法学派的罗马法学者将《学说汇纂》和《法学阶梯》结合起来，通常认为债的渊源有四项：合同、准合同、侵权和准侵权。1804年法国民法典则按照起草人波蒂埃

[97] 前引〔81〕，薛军文，第56页。

[98] 如梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿（第二版）》，法律出版社2011年版；王利明主编：《中国民法典学者建议稿及立法理由：侵权行为编》，法律出版社2005年版。

[99] 参见上引梁慧星主编书。

[100] 王利明主编：《中国民法典学者建议稿及立法理由（债法总则编、合同编）》，法律出版社2005年版。

[101] 崔建远：《债法总则与中国民法典的制定——兼论赔礼道歉、恢复名誉、消除影响的定位》，《清华大学学报（哲学社会科学版）》2003年第4期，第73页。

[102] 参见陈朝璧：《罗马法原理》，法律出版社2006年版，第112页。

[103] J.-M. Augustin, *Les classifications des sources des obligations de Domat au Code civil*, in *L'enrichissement sans cause. La classification des sources des obligations*, études réunies par V. Mannino C. Ophèle, LGDJ, 2007, p. 119 - 129.

(Pothier)的设计,在这四项之外加入了“法律”(第1370条第2款)。这一规定虽毫无问题,但并无太多的实际意义。受到攻击的主要是法国民法典在形式上保留了侵权和准侵权的区分(即第1382条和第1383条)。来自自然法学派的批判最为直接:既然“侵权”由过错构成,那么它应当包含了“准侵权”,后者也以轻率或疏忽过错(faut d'imprudence、faute de negligence)为内容,相应地,前述四项主要渊源被自然法学派减少为三种。这种合二为一的理念在法国学界得到了广泛的认可。经过两个世纪,除了法定之债,法国民法典中债的渊源实际上已经被压缩成三种:合同、侵权以及准合同。^[104]法国债法体系重构正是遵循三分法整合出“债之渊源”单元。

(二) 先分则,后通则

在“债之渊源”(特别规则)之后规制“债之通则”(共同规则),是本次法国债法修订的另一个特点。这个顺序符合债之关系的内在逻辑,也遵从了法国晚近以来的学术习惯。

就时间而言,先有法律事实作为原因使当事人之间建立起债之关系,然后当事人依据债的规则实现债权、变更或消灭债之关系,这是实现债的功能的基本过程。从原因开始,是一个自然而逻辑的过程。就重要性而言,债的渊源应是安排债法体系时的主导要素。而“先原因、后通则”的模式,有利于突出不同原因之债的差异性。

正是由于时间在先且决定了债的基本内容,债的原因也成为人们逻辑思维的起点。大陆法系法律工作者在处理债权债务关系的案件时,首要出发点是判断产生债的原因(合同、侵权抑或其他),然后据此找寻相关的特别规定,之后才可能到债法的一般规则中寻找技术支持,处理未尽事宜。

这种思维也通过法国法学研究与教育的变迁得以印证。1804年法国民法典第三卷第三编将债法通则混同在合同规范中,在一个世纪之前曾受到科学法学派的激烈抨击。为了教学之便利,法国学界于是按照当时流行的潘德克吞模式自由设计债法学的体例。20世纪初,法国有影响力的债法教科书通常先讲述债的一般理论,然后再论述不同渊源之债的具体制度。^[105]但是最近半个多世纪,法国学界的习惯发生了变化,债法教程普遍将债法总则的内容置于债的渊源之后。^[106]这种变换的原因也是基于教学的考虑:实际上债法总则非常抽象和艰涩,不适宜直接讲授,而学生们似乎更容易凭借直觉掌握什么是合同、损害的补救、不当利益的返还。^[107]

(三) 比较法上的印证

法国债法修订方案的形式特点可以简明地概括为:强调债的渊源对债法体系的根本影

[104] 前引[26], Remy文,第85页以下。

[105] 例如,1913年普拉尼奥乐所著的债法教程(M. Planiol, *Traité élémentaire*, t. II, 9e éd., 1913, *Libr. générale de droit et de jurisprudence*)依次由“证明”、“债的一般理论”、“合同”、“先取特权与抵押”四部分组成;1928年科兰和卡皮唐合著的债法教程(A. Colin和H. Capitant, *Cours élémentaire de Droit civil français*, t. II, 5e éd., 1928, *Dalloz*)依次由“债的一般理论”、“债之渊源”和“担保”三个部分组成。

[106] 例如,1954年普拉尼奥乐与里贝尔合著的债法教程(M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI et VII, *Obligations*, 2e éd., 1954, *Libr. générale de droit et de jurisprudence*)非常明显地在合同、侵权、准合同规则之后讲述债法通则。又如G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil*, t. II, *Les obligations*, 1962, *Sirey*; J. Dupichot, *Le droit des obligations*, 5e éd. corrigée, 1997, *PUF*; 前引[29], Bénabent书; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Cours de droit civil: Les obligations*, 5e éd., 2011, *Dalloz*.

[107] 前引[26], Remy文,第89页以下。

响力。这除了顾及法国法的传统与修法的简便，也符合比较法的发展趋势。

有关“债的渊源”，大陆法系民法典有两种立法体例。第一种，债的渊源分布比较紧凑，多是受法国法影响较深的民法典。比如，1942年意大利民法典第四卷“债”共九编，在规定了债法通则（第一编）之后，按照债的渊源依次规范了契约总论、各类契约、单方允诺、有价证券、无因管理、非债清偿、不当得利以及不法行为。而晚近以来新制定的法典更凸显了债的渊源在债法体系构建上的地位。1992年新荷兰民法典依据三分法将债的渊源并排罗列。其第六编债法总则下设五章，前两章具有债法通则性质，后三章对应了债的渊源的三分法。^[108]不过该法典仍是先总后分的模式，将债的渊源位于一般性规则之后。

到了1994年魁北克民法典，债的渊源不仅按照三分法并排出现，而且位于一般性规范之前。如前所述，其第五卷“债”第一编“债的一般规定”所含的九章中，第一章为引论性规范，第二章到第四章对应债的渊源三分法（合同、民事责任、部分其他债之渊源），第五章到第九章属于债法通则性单元（债的种类、债的履行、债的转让与变更、债的消灭、给付的返还）。法国债法修订的方向与之颇为接近。

另一种立法例，债的渊源分布比较松散，多为受德国法影响较深的民法典。德国民法典第二编“债法”所含的八章中，合同总则位于第三章（“因合同而发生的债务关系”），合同分则、无因管理、不当得利、侵权行为等则散见于第八章（“特别类型的债务关系”）。尽管如此，不可否认的是，在欧洲层面，债的主要渊源都肇端于罗马法，在法典化时代之前在欧洲大陆已被广泛传播，并扩展至所有的大陆法系国家。相应的债法研究与教育也以债的渊源作为基本和首要的逻辑起点。^[109]

这种分类方法不仅是传统大陆法系的经典之处，英美法国家对此也有相通之处。虽然对于债的概念不太热衷和熟悉，^[110]但英美法系的传统并未忽视其主要的渊源——合同、侵权。晚近以来，更有学者在“返还法”方面进行了体系化的工作，^[111]大陆法系“债”的概念也越来越多地被利用，^[112]呼应了从罗马法传承下来的债的三分法。此外，如今涉及债法规范的模范法，其逻辑的起点正是债的渊源（众多的合同法、侵权责任法模范法范本即是例证）。

[108] 第三章“侵权行为”；第四章“侵权行为和合同以外其他渊源所生之债”，包括无因管理、非债清偿、不当得利；第五章“合同法总则”。

[109] 如下两位德国教授展示德国债法的英文著作即是很好的例证。R. Zimmermann, *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, 2005; G. Dannemann, *The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution: A Comparative Introduction*, Oxford University Press, 2009.

[110] “在每位普通法律人的头脑中并不存在‘债’这个分类。大学课堂也没有以此命名的课程。随着罗马法教学的弱化，人们听说合同与侵权被关联在一个超大大概念之下越来越感到吃惊。”P. Birks, *An Introduction to the Law of Restitution* (revised edition), 1989, Clarendon Press, p. 28.

[111] 例如 R. Goff, G. Jones, *The Law of Restitution*, 1st ed. (1966), 7th ed. (2009), Swert & Maxwell; 上引 P. Birks 书; A. Burrows, E. McKendrick, J. Edelman, *Cases and Materials on the Law of Restitution*, 1st ed. (1997), 2nd ed. (2005), Oxford University Press 等作品，针对大量的“返还”案例进行了学术上的研究，其分类方法对传统大陆法系学者而言非常熟悉。博克斯（Birks）教授在《返还法入门》（*An Introduction to the Law of Restitution*, p. 17）一书中指出，“返还与不当得利（unjust enrichment）针对完全相同的法律领域”，只是角度不同而已，“后者从原因角度，前者从结果角度”。在其著作中，我们还可以看到债法与物权法分类方法的影子。

[112] 例如布鲁斯主编的《英国私法》（A. Burrows (ed.), *Oxford Principles of English Law: English Private Law*, 1st ed., 2000, and 3rd ed. 2013, Oxford University Press）高度体现了大陆法系债的分类方法。

（四）对中国的借鉴意义

似受模范法的影响，不经意间，中国现在的债法体系与法国民法典已颇为近似，也以债的渊源为出发点安排债的规则。合同法、侵权责任法各自已经形成了完备的体系，与民法通则第92条（不当得利）、第93条（无因管理）以及少量存在于民法通则第五章（民事权利）第二节（债权）的一般规则（关于债的定义的第84条、按份之债的第86条和连带之债的第87条）共同搭建起十分松散的债法体系。

民法典的债编体系结构必然要逻辑清晰地展示所有债的共性规则以及不同渊源之债的特殊规则。法国债法修订方案所选取的“先债之渊源、后债之通则”的债法框架，简便、逻辑，并很好地顾及了原有的法律体系以及比较法的发展趋势，也不失形式美。中国未来的债法体系可在债法总则之外，按照债的发生原因依次规范不同渊源之债的特殊规则，以充分展现债法的抽象作用和法典的逻辑体系。同时，考虑到债之原因的开放性以及法条数量的平衡，可以设“其他债的渊源”以规范无因管理、不当得利等合同与侵权行为以外可引起债的原因。

四、准合同及其类型

在设计中国债法体例时，不乏建议使用“准合同”概念统筹无因管理、不当得利的观点。例如，有学者为了避免无因管理、不当得利等本属于债法的内容出现在民法总则中，保持债编的独立，建议在合同分则部分利用“准合同”的概念吸纳前述两种债的原因。^[113]不过国内法学界较少使用这一概念。我们借着此次法国债法修订的契机，检讨“准合同”概念在其发祥地的使用情况及其所含类型在债法体系中的位置。

1804年法国民法典使用“准合同”的概念，^[114]设立专章并在体例上不加区分地规定了两种类型的“准合同”：无因管理和非债清偿（第1371条到第1381条）。^[115]后在学理的影响下，法国最高法院于1892年6月通过判例适用了罗马法上的“转用物诉权”（*action de in rem verso*），自此（狭义）不当得利成为又一类“准合同”。^[116]最终“法令”集中规定了这三种渊源，且保留了“准合同”的概念。

（一）“准合同”概念的虚化

是否要保留“准合同”概念，在法国学界一直是个颇有争议的话题。

1. 反对使用“准合同”概念的理由

反对者认为，“准合同”概念的产生系一种历史的误读，它在罗马法中并不存在。当时债的主要渊源是侵权（非法的事实）以及按照一定形式而发生的债务（合法的事实）。后来，随着合同系当事人合意之观念的确立，人们发现在此之外存在其他的、可以产生与之同样效力的合法行为。罗马法学家盖尤斯（公元二世纪）在其所著的《法学阶梯》中曾表

[113] 参见前引〔81〕，覃有土等文，第104页。

[114] 法国民法典对准合同的定义：“准合同是人完全自愿之行为，并因此产生对他人的义务，有时双方互负义务”（第1371条）。

[115] “非债清偿”为我国学界通用之术语，法文术语为“*payment de l'indu*”，亦可翻译成“不当支付”、“非债支付”等。

[116] 参见刘言浩：《法国不当得利法的历史与变革》，《东方法学》2011年第4期，第133页以下。

述说，某些债务的渊源并非来自于合同，但是却和合同所生之债类似，债务人承担一种准来自合同（quasi ex contractu）的义务。“这（段话）仅是一种类比，强调两种不同渊源的债具有相似性”，但被后世解读为某些债的渊源系来自于“准合同”。在查士丁尼时代（公元六世纪），“准合同”成为债的渊源。后在法国旧法时代得以发展，那时人们认为“准合同”是一种虚拟合同或者推定合同，如无因管理被认为是一种推定委托。这种观点因符合意思主义（即使是虚拟的，债务也是来自于当事人的意思）而被1804年法国民法典所采纳。^[117]

反对者还指出，在民法典制定前期，本有两派观点相互对立。一方以波蒂埃（Pothier）为代表（其对准合同概念贡献巨大），他认为“准合同”是一种类似合同，无因管理是准委托合同，非债清偿是一种准借款合同。另一种观点以庞波尼乌斯（Pomponius）为代表，认为所谓“准合同”实质是一种不当利益变动的恢复机制，其基础为“任何人不得在没有权利的情况下损害他人而使自己获利”的原则。法国民法典最终采纳了波蒂埃的理论，定义“准合同”的第1371条与不正当利益返还的理念毫无瓜葛。相关债务来源于“类似合同”的假象掩盖了其本质（乃是对不当利益变动的恢复机制）。^[118]

反对者还认为，“准合同”概念本身是不合逻辑的：要么有合意，要么没有合意，不会存在“准合意”；债或者来自于合同，或者来自于法律的直接规定。这个概念也没有任何价值：“准合同”的制度（如能力、证据）更接近于侵权之债而非合同之债，^[119]其产生均是基于事实行为而非法律行为。^[120]

《泰雷债法草案》采上述反对观点，使用“其他债之渊源”替代“准合同”概念。

2. 支持保留“准合同”概念的理由

支持者认为，反对“准合同”概念始于普拉尼奥乐，在其所处的时代（19世纪末20世纪初），债务自由的概念处于发展阶段，债务区分较为简单，或者是合同的，或者是法定的。而今天自由主义以及国家干预经济均有所后退，越来越多的债务虽然来源于法律规定或者判例，但其制度与合同之债更为接近。^[121]例如，立法者赋予商业租赁合同的承租人续租的权利，但有关租金的调整权利在法官手中（1953年9月30日指令）；法律确立的夫妻离婚后的“强制租赁合同”（1975年7月11日法律）；现在所谓的强制缔约以及事实行为缔结合同似乎也与合同系当事人自愿之结果的本质相互冲突；有些志愿行为或者免费搭便车等行为（即理论上所谓的“帮助契约”）虽产生于自愿但并不以产生债务为目的。这些情形被认为是属于“准合同”的范畴，只是通常将其放置在相关的合同法部分予以研究和解释。^[122]法国判例所承认的表见理论，经过发展已经趋向于一般化而不仅限于表见代理这种情况，^[123]法国学理也普遍认为它相当于一种典型的法律在当事人之间确立的准合同

[117] 前引〔106〕，Maurie等书，第557页以下。

[118] P. Remy, Des autres sources d'obligations, in Pour une réforme du régime général des obligations (sous la direction de F. Terré), Dalloz, 2013, p. 31 - 50, spéc. p. 34 - 36.

[119] H. Vizoz La Notion de quasi-contrat, étude historique et critique, Thèse pour le doctorat, Bordeaux, Y. Cadoret, 1912.

[120] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Les obligations, 10^e éd., Dalloz, 2010, n° 1026, p. 1029.

[121] 前引〔106〕，Maurie等书，第558页。

[122] 前引〔29〕，Bénabent书，第296页；前引〔106〕，Maurie等书，第558页。

[123] A. Danis-Fatôme, Apparence et contrat, préf. G. Viney, LGDJ, 2004.

关系。^[124]

这些特殊现象或新事物，似乎可以很好地由“准合同”予以囊括，因为当初法国民法典在定义“准合同”时（原第1371条）并没有限定其构成要件或其类型。当然，此时“准合同”概念已经不限于不当利益返还的范畴，与1804年民法典最初使用“准合同”所含类型的共同属性已不可同日而语了。

《卡特拉草案》采信了支持者们的观点，使用“准合同”作为标题。

3. 官方意见

最终“法令”按照法国司法部的建议采用了折中的方案。一方面，使用“其他债之渊源”作为相关单元的标题；另一方面，在此单元开篇即界定了所谓的“准合同”及其包含的三种类型。^[125]如果说“准合同”的主要价值在于允许以开放的方式容纳不同类型的债的渊源，那么相关单元使用“其他债之渊源”的标题已严重削弱了这一功能。“准合同”概念已经被虚化，以后人们更关注“其他债之渊源”的具体类型与制度。

（二）“其他债之渊源”（“准合同”）的三种类型

此次法国债法修改，集中规定了“准合同”的三种主要类型：无因管理、非债清偿和（狭义）不当得利。

1. 坚持非债清偿与（狭义）不当得利二元区分主义

法国判例与法学研究的长期积累表明：非债清偿与（狭义）不当得利相比，无论在构成上还是效果上界限均比较清晰、易于判断。非债清偿在构成上限于当事人本不应当向他人支付（没有法律或契约上的义务）却直接对其支付并使得该他人获利的情况，获利者得利的不正当性、得利与受损之间的因果关系均非常清楚；在效果上，返回的客体即是当事人已经支付的内容。而（狭义）不当得利则是涵盖除非债清偿以外的其他一方受损他方获益的情况；在构成要件上，得利的不正当性具体从两个层面进行判断，一是要核查得利没有原因，二是适用“辅助性原则”（Subsidiarité）；^[126]在效果上，返还受制于双重限制规则。

2. 吸纳无因管理

法国债法修订将无因管理和（狭义）不当得利、非债清偿放在一起，是两部学者草案和“法令”共同的做法，而未采纳多数法典常见的将无因管理与委托关系相互临近的做法。除了兼顾历史的考虑以外，这种安排体系上比较合理、清楚。这几种制度有共通之处，具有相同的目的，即将不正当（即没有原因）的利益破坏回复到平衡状态；将同类制度放在一起，可以明确它们之间的区别与联系，有利于理顺彼此关系。例如，法国债法改革相关的几个方案中均有条文明确指出它们之间的关系：如果不能满足无因管理的要件，当事人可以依据（狭义）不当得利提出主张（法国民法典新修订的第1301—5条；《卡特拉草案》第1329—1

[124] M. Douchy, La notion de quasi-contrat en droit positif français, préf. Alain seriaux, Economica, 1997, n° 93, p. 211 - 212.

[125] 第三副编（其他债之渊源）开篇即规定：“准合同是完全自愿之行为，由此给本无权利获取利益却获得利益之人产生义务，有时行为人也对他人负有义务”；“本副编所规范的准合同有无因管理、非债清偿和不当得利”（第1300条）。

[126] 辅助性原则是指，如果有其他诉权可以行使、予以救济，受损人原则上不能适用（狭义）不当得利返还。该诉权既可以是针对受益人的，也可以是针对第三人的（例如保证人）。

条；《泰雷债法草案》第19条）；无因管理要求管理人主观上为本人利益计，否则属于（狭义）不当得利的范畴（法国民法典新修订的第1301条，《泰雷债法草案》第14条）等。

（三）比较法上的印证

晚近以来大陆法系的立法趋势很明显，曾受法国法影响深远的意大利、荷兰、魁北克均在其民法典中放弃了“准合同”的表述，立法重点已经转向规范合同、侵权以外的其他债的渊源。由此，就体例方面在比较法上有两个重要的议题。

1. 非债清偿与（狭义）不当得利的关系

是区分非债清偿与（狭义）不当得利，还是就不当获得利益设立一般条款，比较法上有三种模式。

第一种，曾受法国模式影响深远的民法典普遍坚持二元区分主义。如意大利民法典在第四卷“债”之下并列规范了无因管理、非债清偿、不当得利（第六编到第八编）；魁北克民法典在“其他债之渊源”一章中分别规定了无因管理、非债清偿以及不当得利（第一节到第三节）；新荷兰民法典在“侵权行为和合同以外其他渊源所生之债”一章分别规定了无因管理、非债清偿、不当得利（第一节到第三节）。

第二种以瑞士债务法为代表，规定了广义不当得利（第一卷第一编第三章），设立了不当得利的一般条款（第62条），同时非债清偿作为一种特殊的返还情形得以保留（第63条）。

第三种是受萨维尼理论影响的德国民法典，就从他人处不当获得利益设立了一般条款，即采用广义不当得利的一般条款（第812条到第822条），不再单独规定非债清偿。^[127]《欧洲私法共同参考框架草案》与此类似，设立不当得利的一般条款（第VII-1:101条），没有对非债清偿设立特别规定。

2. 无因管理规范的位置

与上一个议题相关联，设立（广义）不当得利一般条款的法典，通常会将无因管理与不当得利彻底分割，作为一种无授权的类似委托关系。瑞士债务法在第二卷“各类合同”之中，先规定了“委托”（第十三编），后规定了“无因管理”（第十四编）。德国民法典在第二编“债法”第八章“特别类型的债务关系”之中，也是于委托之后规定了没有委托的无因管理（第十三节），远离了“不当得利”（第二十六节）和“侵权行为”（第二十七节）。《欧洲私法共同参考框架草案》亦然，在特别合同（第四卷）之后规定了无因管理（第五卷），在侵权之债（第六卷）之后规定了不当得利（第七卷）。

（四）对中国的借鉴意义

“准合同”的概念虽有一定的概括性，但价值非常有限，因此在以法国为代表的大陆法系国家中逐渐被弱化，让位于“其他债之渊源”，立法者更关注于明确哪些债属于这个“其他”的范畴。

中国民法通则已经将无因管理（第93条）、不当得利（第92条）放在一起规范；中国学界也普遍认为应当区分给付型不当得利与非给付型不当得利，此与法国债法体系重构的方向一致。法国法对待三种渊源的体例安排与具体内容，尤其是重视非债清偿的特别立法，值得关注。

[127] 前引[109]，Dannemann书，第6页以下。

非债清偿与（狭义）不当得利具有非常明显的差异。设立统一不当得利概念以吸收非债清偿的做法，将人为地掩盖这种差异，在法律适用上、解决实际问题 and 理论研究时均带来不便。众所周知，区分给付型不当得利和非给付型不当得利，是德国学者根据德国民法典第812条第1段努力构建的方法，^[128]也是采用不当得利一般规则的国家或地区的民法学者在研究不当得利制度时的首要工作。所有的付出正是试图剥去掩盖着差异的一般规则所造成的假象。与之形成对比的是，基于同样的原因，法国二元区分主义至今仍存在于众多民法典中，且毫无被吞并的迹象和可能。

Abstract: Based on the present self-contained and relatively well-developed system of contract law and tort law, the codification of China's Civil Code requires the reconstruction of law of obligations and the coordination between some primary relations, such as the relationship between legal acts and contract, and answers such questions as what should be the core of the civil law, should the general principles of the law of obligations coexist with the general principles of contract law, how to manage the relations between general rules and special rules of obligations arising from different causes, and what is the proper position of the "minority" sources of obligations, such as *negotiorum gestio* and unjust enrichment. The French civil law, as the representative of continental legal system, has also encountered these questions while reconstructing its own law of obligations. In February 2016, France reconstructed the system of law of obligations in the French Civil Code, thus has given clear answers to the above questions and provided Chinese legislature with useful experiences in this field. The core of the French law of obligations are contractual rules, which can be applied to other legal acts. The general rules of obligations are separated from the system of contractual rules and become general principles of obligations. The structure of the law of obligation unfolds itself in the following order: "Sources of Obligations", "General Principles of Obligations", "Prove of Obligations" and special contracts. "Sources of Obligations" include general principles of contract law, tort law and other sources of obligations (the three traditional quasi-contracts: *negotiorum gestio*, *condictio indebiti* and unjust enrichment in a narrow sense). The French experiences highlight the importance of sources of obligations in the structure of the law of obligations and the centralism of contract.

Key Words: general principles of law of obligations, sources of obligations, legal acts, Civil Code of France, Law of Obligation of France

[128] 有德国学者指出，定义不当得利的第812条第1段“是否真的是一般条款还是（规定了）两种类型，在德国法上是有争论的”，但通过条文比较，尤其和1804年法国民法典比较，它的确是个一般条款。见前引[109]，Dannemann书，第9页。