

清华大学法学系列教材

债法

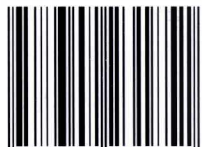
崔建远 韩世远 于敏 著

清华大学出版社



清华大学法学系列教材

ISBN 978-7-302-23185-1



9 787302 231851 >

定价：65.00元

崔建远 韩世远 于敏 著

债 法

清华大学出版社
北京

内 容 简 介

本书依据我国合同法等债法的规定,阐释了债的概念、义务群、债权及其实现、债的类型等基本理论,介绍了债法及其请求权基础,讨论了债的履行及抗辩权,分析了债的保全和担保,研究了债的移转,描述了债的消灭;本书介绍和讨论了不当得利、无因管理、合同概念、合同的订立、合同的变更、合同的解除、违约责任、合同的解释,以及买卖合同、供用电等合同、赠与合同、借款合同、租赁合同、融资租赁合同、承揽合同、建设工程合同、运输合同、技术合同、保管合同、仓储合同、委托合同、行纪合同、居间合同,解读了我国刚颁布不久的《侵权责任法》。本书的特色在于,贯彻了解释论,辅之以立法论,较为简明,难易适中。

本书适合法律大专院校本科生、研究生,从事研究和教学工作的教师、研究人员,及法律实务界人士。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

债法/崔建远,韩世远,于敏著.--北京:清华大学出版社,2010.12

(清华大学法学系列教材)

ISBN 978-7-302-23185-1

I. ①债… II. ①崔… ②韩… ③于… III. ①债权法—中国—高等学校—教材 IV. ①D923.3

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第122509号

责任编辑:方 洁

责任校对:宋玉莲

责任印制:李红英

出版发行:清华大学出版社

地 址:北京清华大学学研大厦A座

<http://www.tup.com.cn>

邮 编:100084

社 总 机:010-62770175

邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 刷 者:清华大学印刷厂

装 订 者:北京市密云县京文制本装订厂

经 销:全国新华书店

开 本:185×230 印 张:49.75 插 页:2 字 数:973千字

版 次:2010年12月第1版 印 次:2010年12月第1次印刷

印 数:1~4000

定 价:65.00元



Contents

目 录

第一章 债的基本理论	1
第一节 债的概念与性质	1
第二节 债的义务群	5
第三节 债权及其实现	12
第四节 债的有机体性、程序性、手段性和目的性	19
第五节 债的发生原因	21
第六节 债的分类	22
第七节 债法	34
第八节 债法上的请求权基础	38
第二章 债的履行	42
第一节 债的履行概述	42
第二节 债的履行的原则	43
第三节 债的履行的规则	48
第四节 双务合同履行中的抗辩权	51
第五节 债的履行与权利转移	61
第三章 债的保全	65
第一节 债的保全概述	65
第二节 债权人的代位权	66
第三节 债权人的撤销权	72
第四章 债的担保	81
第一节 债的担保概述	81
第二节 保证	84
第三节 定金	114



第五章 债的移转	123
第一节 债的移转概述	123
第二节 债权让与	124
第三节 债务承担	144
第四节 债的概括承受	152
第六章 债的消灭	154
第一节 清偿	154
第二节 代物清偿	162
第三节 抵销	164
第四节 提存	171
第五节 免除	179
第六节 混同	181
第七章 不当得利	183
第一节 不当得利的概述	183
第二节 给付不当得利	184
第三节 非给付不当得利	192
第四节 不当得利的效力	198
第五节 不当得利返还请求权与有关请求权之间的关系	205
第八章 无因管理	209
第一节 无因管理概述	209
第二节 无因管理的基本类型	213
第三节 无因管理的构成要件	215
第四节 无因管理之债的内容	218
第五节 无因管理之债的消灭	225
第九章 合同概述	227
第一节 合同的概念	227
第二节 合同的分类	231
第十章 合同的订立	241
第一节 合同的订立概述	241
第二节 要约	244
第三节 承诺	252
第四节 依要约承诺以外的方式成立合同	257



第五节 合同的形式	261
第六节 合同成立的时间与地点	265
第十一章 合同的变更	268
第一节 合同变更的概述	268
第二节 合同变更的条件	269
第三节 合同变更的效力	270
第十二章 合同的解除	272
第一节 合同解除的概述	272
第二节 合同解除的条件	283
第三节 合同解除的程序	287
第四节 合同解除的效力	293
第十三章 违约责任	301
第一节 违约责任的概述	301
第二节 违约责任的归责原则	312
第三节 免责条件与免责条款	315
第四节 违约责任与侵权责任的竞合	321
第五节 强制履行	327
第六节 赔偿损失	331
第七节 违约金责任	355
第十四章 合同的解释	367
第一节 合同解释的概念	367
第二节 合同解释的原则	371
第三节 合同解释的规则	382
第四节 合同漏洞的补充	388
第五节 格式条款的解释	391
第六节 免责条款的解释	395
第十五章 买卖合同	400
第一节 买卖合同概述	400
第二节 买卖合同的条款	404
第三节 买卖合同的效力	406
第四节 特种买卖合同	431
第十六章 供用电、水、气、热力合同	434



第一节	供用电、水、气、热力合同概述	434
第二节	供用电合同	436
第十七章	赠与合同	439
第一节	赠与合同概述	439
第二节	赠与合同的效力	444
第三节	赠与合同的终止	446
第十八章	借款合同	450
第一节	借款合同的概述	450
第二节	借款合同的效力	452
第三节	借款合同的终止	453
第十九章	租赁合同	454
第一节	租赁合同概述	454
第二节	租赁合同的成立、效力评价和存续期间	456
第三节	租赁的效力	460
第四节	租赁的终止	473
第二十章	融资租赁合同	476
第一节	融资租赁合同概述	476
第二节	融资租赁合同的成立和生效	479
第三节	融资租赁合同的效力	481
第四节	融资租赁合同的终止	486
第二十一章	承揽合同	488
第一节	承揽合同的概述	488
第二节	承揽合同的效力	493
第二十二章	建设工程合同	505
第一节	建设工程合同概述	505
第二节	建设工程合同的订立与效力评价	507
第三节	建设工程合同的效力	509
第二十三章	运输合同	514
第一节	运输合同概述	514
第二节	客运合同	516
第三节	货运合同	518
第四节	多式联运合同	520



第二十四章	技术合同	523
第一节	技术合同概述	523
第二节	技术开发合同	530
第三节	技术转让合同	540
第四节	技术咨询合同	545
第五节	技术服务合同	548
第二十五章	保管合同	555
第一节	保管合同概述	555
第二节	保管合同的效力	557
第二十六章	仓储合同	563
第一节	仓储合同概述	563
第二节	仓储合同的效力	565
第二十七章	委托合同	568
第一节	委托合同概述	568
第二节	委托合同的效力	574
第三节	间接代理制度	584
第四节	委托合同的终止	586
第二十八章	行纪合同	598
第一节	行纪合同概述	598
第二节	行纪合同的效力	602
第二十九章	居间合同	608
第一节	居间合同概述	608
第二节	居间合同的效力	610
第三十章	侵权行为法概述	613
第一节	侵权行为法的概念和性质	613
第二节	侵权行为的分类	624
第三十一章	侵权行为法的归责原则	628
第一节	侵权行为法的归责原则概述	628
第二节	过错责任原则	631
第三节	无过错责任原则	635
第三十二章	加害行为的违法性与加害行为的类型	640



第一节	加害行为的违法性	640
第二节	加害行为的类型	647
第三十三章	侵权责任的构成要件	672
第一节	侵权责任构成要件概述	672
第二节	一般侵权责任的构成要件	673
第三十四章	抗辩事由	691
第一节	抗辩事由概述	691
第二节	正当理由的抗辩	693
第三节	不可抗力	697
第四节	受害人的过错与第三人的过错	700
第三十五章	侵权行为的效果	705
第一节	侵权行为的效果概述	705
第二节	损害赔偿请求权	708
第三节	损害赔偿的范围和计算	714
第四节	精神损害赔偿与惩罚性损害赔偿	724
第五节	侵权的损害赔偿请求权的消灭时效	725
第三十六章	特殊侵权行为	727
第一节	特殊侵权行为概述	727
第二节	赔偿义务人为非直接行为人的特殊侵权行为	729
第三节	物的因素致害的特殊侵权责任	747
第四节	高度危险责任和环境污染责任	761
第五节	医疗损害责任	772
第六节	共同侵权行为	778
参考文献	788
后记	789

债的基本理论

第一节 债的概念与性质

一、债的概念

（一）民法通则对债的界定

债是按照合同的约定或依照法律的规定,在当事人之间产生的特定的权利和义务关系。这是《中华人民共和国民法通则》(以下简称为《民法通则》)第 84 条第 1 款前段关于债的界定。从完善的角度着眼,在债的发生原因方面,该界定忽略了单独行为可以引起债这一事实;在债作为一类民事法律关系方面,将“特定的权利和义务关系”作为债区别于物权关系、人格权关系等民事法律关系的特征,难以达到目的。其原因在于,物权关系中,物权是特定的,物权所对应的义务也是特定的,不特定的是义务人。同理,人格权关系中,人格权是特定的,人格权所对应的义务同样是特定的,不特定的是义务人。可见,物权关系、人格权关系都是“特定的权利和义务关系”,它们在这方面难以同债区别开来,但在义务人不特定上却表现出与债的不同。

（二）借助归纳法认识债

债,作为民法上的现象,是由单独行为、合同、无因管理、不当得利、侵权行为和缔约上的过失等法律事实引起的。其中,单独行为是表意人作出的为自己设定某种义务的意思表示。合同则为当事人各方的合意。这两种法律行为都旨在实践意思自治的理念,它们所保护的,是当事人之间的信赖和期待。无因管理制度旨在适当界限“禁止干预他人事务”与“奖励互助义行”两项原则,使无法定或者约定的义务而为他人管理事务之人,在一定要件下享有权利承担义务。不当得利制度旨在调整无法律根据的财产变动,使受益人向受害人返还该项利益。侵权行为制度旨在填补不法侵害他人权利或者法益所生的损害,以期能兼顾加害人的行为自由和受害人保护的需要。在缔约上的过失的场合,存



在过失的当事人就其过失给相对人造成的损失要承担损害赔偿责任。可见,单独行为、合同、无因管理、不当得利、侵权行为和缔约上的过失,在指导原则、社会功能以及构成要件方面存在着不同,不足以作为债的共同构成因素。其构成债的内在统一性的,乃其法律效果的形式相同性。也就是说,它们在形式上均产生相同的法律效果:一方当事人可以向对方当事人请求特定给付。这种特定当事人之间请求为一定给付的民事法律关系,就是债。其中,可以请求他人为给付的权利为债权;享有债权的当事人,叫做债权人;应债权人的请求而负有的给付义务为债务,负此债务的当事人,称做债务人;给付则为债的标的,包括作为、不作为。^①

(三) 通过排除法理解债

诚然,特定人之间请求为一定给付的法律关系,未必都是债的关系。例如,继承关系为特定人之间的法律关系,婚姻关系为特定人之间的法律关系,但它们均非债的关系。之所以如此,是因为法律基于身份、血缘等理由而不允许或者原则上禁止它们适用债法,从而不把它们作为债或者将其从债的体系中排除。

按照我国学界的多数说,劳动合同关系受基于特定的社会政策而制定的劳动法调整,不适用《中华人民共和国合同法》(以下简称为《合同法》)的规定,不作为债看待。

物权请求权关系虽然符合债的关系的规格,但倘若将其作为债的关系,会面临着物权请求权可否与物权本体相脱离、是否适用诉讼时效、是具有平等性还是呈现优先性等一系列困扰我们的难题;而如果将其作为物权的效力,这些问题就容易解决。

(四) 从广义和狭义的角度了解债

一方享有债权,另一方负担相应债务而组成的债之关系,即个别给付关系,叫做狭义债的关系。与此有别,包括多数债权债务以及附随义务等因素的概括法律关系,则为广义债的关系。例如,买卖合同关系,包含有移转买卖物的占有和所有权的狭义债的关系,支付价款的狭义债的关系,以及瑕疵担保的狭义债的关系,告知买卖物存有不易识别的危险的义务,出卖人对于在风险转移后、买卖物交付前所支出的必要费用的偿还请求权,买受人对其逾期支付价款而承担的利息义务等。所有这些,都构成广义债的关系。^②

相较于狭义债的关系,广义债的关系至少具有两个特点,一是它系一个极其复杂的架构,由众多的债权债务以及权能、拘束以及衍生出来的责任等组成;二是它并非静态地凝固于一个一成不变的状态之中,而是随着时间的推移不断地以多种形态发生变化:它

^① 王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第1册),2页,台北,三民书局,1993。

^② [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢湛译,8~9页,北京,法律出版社,2004;王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第1册),4页,台北,三民书局,1993。



犹如一个“有机体”，存在着出生、成长、衰老，直至最后死亡的现象。^①

（五）从债的称谓理解债

近现代民法上债的概念源自罗马法。罗马法上的债(*obligatio*)，既指债权、债务，也指债权债务关系，有时并称之为“法锁”(*juris vinculum*)。

民法上债的概念不同于民间所谓的债，也不同于中国固有法上的债。我国民间所称之债，专指债务，且专指金钱债务，如借债、欠债、还债等。在我国固有法上，债的含义也很狭窄，指借贷等。自汉律以来，债的概念一直未见扩大，仍仅指欠人财物。至清末《大清民律草案》，西方民法中债的概念才首次被引入我国。^②在我国现行法上，债的概念不仅指债务，而且包括债权，表示的是以债权债务为内容的民事法律关系。

二、债的性质

（一）债为特定当事人之间的民事法律关系

债的当事人为债权人和债务人，它们都是特定的人。因为债权具有依附或归属于某一特定当事人的固有性质，当它归属于某一当事人时，势必使其特定化。债权乃一种对人的请求权，请求必须有对象才不至于落空，这就要求债务人必须特定。尤其是债权的实现一般须有债务人履行债务的积极行为，债务履行的结果是使债务人蒙受不利益，因此，惟有与债权人有特别结合关系的特定之人，才能成为向债权人履行义务的债务人。除此而外的他人因与债权人无上述关系，不对债权人负担债务，被排除于债的关系之外。

在物权关系、人身权关系和知识产权关系中，其权利人虽然特定，但其义务人却是不特定的一切他人。在这些民事法律关系中，因权利人的权利只需要他人消极地不加侵害即可实现，而且立法者也难以预料权利人的权利在何时、何种情况下会受到侵犯，所以法律赋予这些权利以排除他人侵害的效力，使不特定的一切他人负担消极义务。这与债务人须特定化的特征明显地不同。虽然现代侵权行为法已经有条件地承认行为人在特定场合下负有交易安全义务，或曰安全保障义务，使人格权、物权等绝对权于特定场合具有要求行为人负担积极作为义务的效力，但这毕竟属于特例，尚未从根本上动摇绝对权与相对权的分类。

诚然，债的当事人特定化不是债权人和债务人的僵死化，仅具有债权人和债务人之间形成相对关系的意义。债权人的更换，债务人的替代，并不与债的当事人特定化相矛盾。此外，在现代民法上，债的效力在某些情况下延伸至有关第三人，例如，债权人的代位权、债权人的撤销权等。

^① [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国债法总论》，杜景林、卢谟译，9页，北京，法律出版社，2004；王泽鉴：《民法债编总论·基本理论·债之发生》（总第1册），4页，台北，三民书局，1993。

^② 佟柔主编：《民法原理》，179～182页，北京，法律出版社，1983。

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>





（二）债为当事人之间的特别结合关系

债权人和债务人结合在一起形成债的关系,或者是基于彼此间的信赖,或者是立法者出于某种社会政策的考虑。在这类关系中,当事人双方之间结合得密切,任何一方的疏忽或不注意,都易于给他方造成损害,因此法律对当事人课以的注意义务高于物权关系、人身权关系中的注意义务,当事人仅仅停留于不作为的状态并不足够,只有互负通知、协助、保密等项义务,才算达到要求。对此,《合同法》第60条第2款已经做了明确规定。

物权关系、人身权关系属于一般关系,也叫普通关系,在一般情况下,义务人只要不作为,就算尽到了注意义务。由此可见债的关系与物权关系、人身权关系的不同。

应当指出,在现代侵权行为法上,规定物权人、人身权人在极少数情况下承担积极的义务。德国法称之为社会安全义务(Verkehrspflichten),英美法上的注意义务(duty of care)中增加了此类内容,我国司法解释及有关学说叫做安全保障义务。就此看来,债的关系与物权关系、人身权关系似乎具有了相同点。对此,应当如何认识?分析《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(以下简称为法释[2003]20号)第6条关于“从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动或者其他社会活动的自然人、法人、其他组织,未尽合理限度范围内的安全保障义务致使他人遭受人身损害,赔偿权利人请求其承担相应赔偿责任的,人民法院应予支持。因第三人侵权导致损害结果发生的,由实施侵权行为的第三人承担赔偿责任。安全保障义务人有过错的,应当在其能够防止或者制止损害的范围内承担相应的补充赔偿责任。安全保障义务人承担责任后,可以向第三人追偿。赔偿权利人起诉安全保障义务人的,应当将第三人作为共同被告,但第三人不能确定的除外”的规定,可知法律配置此类安全保障义务的着眼点,不在于物权人、人格权人及其相应的绝对权关系,而在于营业者或者其他的社会活动者及其相应的特别结合关系,加之配置此类义务的情形十分有限,因而尚难由此得出债的关系与物权关系、人格权关系趋同的结论。《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)确认了这种思想(第37条)。

（三）债为当事人实现其特定利益的法律手段

虽然在债法史上曾有过分强调国家利益,忽视债的当事人的利益,将债的成立、债权的行使和债务的履行视为当事人对于国家应尽的义务的情形,但从总体上说,债法的基本功能仍然是为当事人实现其特定利益提供法律途径。不可否认,法律之所以赋予债以强制执行力,之所以要维护债的关系正常地发生与消灭,当然有其促进财产流通、充分利用资源、保护公民不受非法侵害、维持良好的社会秩序和道德风尚等社会政策的考虑,但法律保护债的关系的根本目的,始终在于使当事人的利益得到满足,或者使当事人受到损害的利益得到补偿。^①

^① 张广兴:《债法总论》,21页,北京,法律出版社,1997。

（四）债主要表现为但不限于财产法律关系

在近现代民法上,债基本上表现为财产法律关系。这是商品经济发展的要求,道德伦理也起了相当的作用。此外,债系法锁,具有法律的拘束力,其内容为债权、债务,这些都决定了它适宜成为财产流转的法律形式,从而使它具有财产性。但是,债就其本质及界定而言,并无必须是财产法律关系的要求。^①在古典时代的罗马法中,人们并不重视债的财产性,而是关注债抽象的潜在约束的观念。^②在现代,通常把债表述为,特定当事人之间得请求一定给付的法律关系。^③其实,债也天然地成为某些非财产关系的法律形式。诸如甲在 0:00 至 6:30 不在卧室弹钢琴之类的约定,大多属于非财产性债的关系。这种约定很有意义,也不违反公序良俗,法律上应该予以承认。它可以避免甲的午夜琴声是否违反一般禁令的争执,在举证责任的分配上也有益处。^④

还须注意,财产权的概念现在并不正面取决于财产的价值,而是从与非财产权相对(人格权、身份权)的角度,理解为一种不属于非财产权的权利,即一切可以与权利主体的人格或身份分离,具有独立存在理由的,与非财产权相对的权利,即为财产权。^⑤

（五）债系有期限的民事法律关系

债的关系自始即以完全满足债权人的给付利益为目的,“债权系法律世界中的动态因素,含有死亡的基因,目的已达,即归消灭”^⑥。可见,债是有存续期限的民事法律关系。

第二节 债的义务群

债的关系区别于物权关系、人格权关系、知识产权关系的明显之点,在于其义务群。在一定意义上说,理解了债的关系上的义务群,就基本上把握了债的关系。

一、给付行为与给付效果

所谓给付,是指债的关系上特定人之间得请求的特定行为。给付,在多数情况下表现为作为,个别场合也有不作为的形态,并且不以有财产价值为限。给付,具有双重意

① 崔建远:《债法总则与中国民法典的制定》,载崔建远主编:《民法九人行》第2卷,193~194页,香港,金桥文化出版(香港)有限公司,2004。

② [意]朱赛佩·格罗索:《罗马法史》,黄风译,115页,北京,中国政法大学出版社,1994。

③ 王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第1册),3页,台北,三民书局,1993。

④ 黄立:《民法债编总论》,2~3页,北京,中国政法大学出版社,2002。

⑤ [日]於保不二雄:《日本民法债权总论》,庄胜荣校订,20页,台北,五南图书出版有限公司,1998。

⑥ Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 1963, S. 243; 转引自王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第1册),52页,台北,三民书局,1993。



义,有时指给付行为(Leistungeverhalten),有时则指给付效果(Leistungserfolge)。^①在某些债的关系中,其给付仅指给付行为,即使未得出预期的给付结果,只要没有可归责于债务人的事由,就不构成债务不履行责任,不影响债务人获得相应的对价。技术开发合同、技术服务合同等关系为其代表。在技术开发合同中,技术开发方的给付为从事合同约定的技术开发活动,至于是否获得成熟的技术成果,则在所不问。与此不同,某些债的关系不但关注给付行为,而且要求给付结果,若无给付结果,一般要构成债务不履行责任。承揽合同关系为其典型。承揽人必须完成合同约定的工作成果,才算适当履行了给付义务。买卖、赠与、租赁等债的关系都以给付效果为内容。^②

二、义务的类型

(一) 主给付义务与从给付义务

合同义务包括给付义务和附随义务。给付义务分为主给付义务和从给付义务。

所谓主给付义务,简称为主义务,是指合同关系所固有、必备,并用以决定合同类型的基本义务。例如,在买卖合同中,出卖人负交付买卖物及移转其所有权的义务,买受人负支付价款的义务,均属主给付义务。就双务合同而言,此类主给付义务,构成对待给付义务,在对方未为对待给付前,得拒绝履行自己的给付,因不可归责于双方当事人的原因致一部或全部不能履行时,当事人一方减为或免为对待给付义务。发生不能履行、逾期履行、不完全履行时,如不具有免责事由,债务人便应承担违约责任。^③须注意,虽然主给付义务大多由主要条款规定,但并非存在着主要条款一定产生主给付义务的铁律。例如,在一份房屋租赁合同中,承租人出于行业的特殊需要,特意在合同中约定“出租人必须对租赁物享有所有权”,“在合同订立后30日内,出租人不能向承租人出示该租赁物的所有权证,视为出租人违约”。该约定形成的条款属于主要条款,可是它产生的义务不能决定合同的类型,即根据它尚难断定究竟是买卖合同,还是租赁合同,抑或赠与合同等,因而该项义务不属于主给付义务。至于它是从给付义务还是附随义务,需要探讨。鉴于它含有给付的内容,本书赞同从给付义务的见解。

《合同法》第94条第3项使用了“主要债务”的概念,该主要债务与主给付义务的关系如何?一种观点认为,它主要是指双务合同中立于对价关系的债务,即给付义务。^④另一种观点主张,主要义务是实现合同目的必须履行的义务。^⑤本书作者认为,前者有可取之处,即把主要义务与给付义务联系起来,不过,需要做些修正,明确主要义务原则上不

① 王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第1册),25页,台北,三民书局,1993。

② 王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第1册),25~26页,台北,三民书局,1993。

③ 王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第1册),26~27页,台北,三民书局,1993。

④ 韩世远:《合同法总论》,606页,北京,法律出版社,2004。

⑤ BGH(13. 3. 56)BB56/577. 578 Sub6;转引自金勇军:《一般交易条款的解释》,载《法学》,1997(5),43页。



包括从给付义务,这不仅是因为在双务合同中,从给付义务与主给付义务不构成对价关系,在单务合同中从给付义务不可能是“主要债务”,还因为主要债务“类似于英美法上的根本契约义务(fundamental terms and condition)”^①。此其一。主要义务不仅存在于双务合同中,而且存在于单务合同中。此其二。

所谓从给付义务,简称为从义务,是不具有独立的意义,仅具有补助主给付义务功能的义务。其存在的目的,不在于决定合同的类型,而在于确保债权人的利益能够获得最大满足的义务。

从给付义务发生的原因如下:①基于法律的明文规定。如《合同法》规定:“承揽人应当按照定作人的要求保守秘密,未经定作人许可,不得留存复制品或者技术资料。”(第266条)“出卖人应当按照约定或者交易习惯向买受人交付提取标的物单证以外的有关单证和资料。”(第136条)再如,《保险法》规定:“保险人依照合同的约定,认为有关的证明和资料不完整的,应当及时一次性通知投保人、被保险人或者受益人补充提供。”(第22条第2款)保险人向第三者行使代位请求赔偿权利时,被保险人应当向保险人提供必要的文件和其所知道的有关情况(第63条)。②基于当事人的约定。如甲企业兼并乙企业,约定乙企业应提供全部客户关系名单。③基于诚实信用原则及补充的合同解释。如汽车的出卖人应交付必要的文件,名马的出卖人应交付血统证明书。

应予指出,房屋出卖人未办理房屋所有权过户登记手续而不交付房屋所有权证,系不履行主给付义务,而非不履行从给付义务;但若已经办理完毕过户登记手续而未交付房屋所有权证,则为不履行从给付义务。

一般认为,违反主给付义务,可发生解除权,而违反从给付义务的场所,守约方原则上不得解除合同。但是,存在着例外,即违反从给付义务给相对人造成重大损失或不能实现合同目的时,相对人可解除合同。通常,不履行从给付义务,相对人不得援用同时履行抗辩权或先履行抗辩权,但亦有例外。在日本,在租赁合同中,出租人不履行修缮义务,致使出租人不能享受租赁物使用、收益的,出租人可以行使同时履行抗辩权,拒付租金。^②但在未达到不能使用收益或者未产生重大障碍的情况下,不得拒付全部租金^③,只能拒付与不能使用收益部分比例相当的租金。^④再如,有判决确认,清偿债务与受领证书

① 金勇军:《一般交易条款的解释》,载《法学》,1997(5),43页。

② 《大判》,1915年12月11日,《民录》,2058页(因洪水而水车不能使用,判定其后可以拒付租金);《大判》,1921年9月26日,《民录》,1627页,《判民》,135我妻案件(租屋因遭水灾重创而不能使用,判定可以拒绝预付租金);转引自[日]星野英一:《日本民法概论》(IV),姚荣涛译,刘玉中校订,40页,台北,五南图书出版有限公司,1998。

③ 《最判》,1963年11月28日,《民集》,1477页;《最判》,1968年11月21日,《民集》,2741页,《判民》,124加藤雅信案件,载《法协》,87卷4号(认可解除);转引自[日]星野英一:《日本民法概论》(IV),姚荣涛译,刘玉中校订,40页,台北,五南图书出版有限公司,1998。

④ 《大判》,1916年5月22日,《民录》,1014页(池沼承租人请求七折支付租金,遭拒绝而并被解除合同的案件);转引自[日]星野英一:《日本民法概论》(IV),姚荣涛译,刘玉中校订,40页,台北,五南图书出版有限公司,1998。

的债务之间构成同时履行关系。^①至于债权证书的返还与清偿债务之间,一般认为不构成同时履行关系。^②

(二) 原给付义务与次给付义务

给付义务,包括主给付义务和从给付义务,可分为原给付义务和次给付义务。原给付义务,又称第一次给付义务,是指合同上原有的义务。如名马的出卖人交付该马并转移其所有权(主给付义务),交付该马的血统证明书(从给付义务),均为原给付义务。

次给付义务,又称第二次给付义务,是指原给付义务在履行过程中,因特殊事由演变而生的义务。它主要包括以下两类:(1)因原给付义务不能履行、逾期履行或不完全履行而产生的支付违约金、损害赔偿的义务。(2)合同解除时产生的回复原状义务。上述次给付义务系根基于合同关系,合同关系的内容虽因之而改变或扩张,但其同一性仍保持不变。^③

区分原给付义务和次给付义务具有如下价值:(1)原给付义务受制于履行期限、债的存续期限,而与诉讼时效制度不直接发生联系;次给付义务恰恰受诉讼时效制度的管辖。不过,保险合同中保险人向被保险人或受益人理赔的责任若作为原给付义务,则适用诉讼时效制度。再就是保证场合,按照《中华人民共和国担保法》(以下简称为《担保法》)等现行法的规定,保证人没有违约,保证债务有时也适用诉讼时效制度。上述第一类次给付义务产生的次日,为诉讼时效期间的起算点;第二类次给付义务成立之时,诉讼时效并不立即适用,只有它被违反时(次日),诉讼时效期间才起算。(2)原给付义务属于中性状态,不含有道德和法律谴责与否定的因素,因而不存在着支付违约金、损害赔偿等责任;而第一类次给付义务则大多含有这种因素。

(三) 附随义务

合同关系在其发展的过程中,不仅发生给付义务,还会发生其他义务。例如,出租车主应为其所雇司机投保人身险(照顾义务),出卖人在买卖物交付前应妥善保管该物(保管义务),技术受让方应提供安装设备所必要的物质条件(协助义务),工程技术人员不得泄露公司开发新产品的秘密(保密义务),医生手术时不得把纱布遗留病人体内(保护义务)等。此类义务称做附随义务,它们是以诚实信用原则为依据,随着合同关系的发展,逐渐发生的。

在我国现行法上,附随义务不仅基于诚实信用原则而发生,而且有些是根据法律的直接规定而发生的。《合同法》第60条第2款概括地确认了附随义务的地位并列举了重

^① 《大判》,1941年3月1日,《民集》,163页11来栖案件;转引自[日]星野英一:《日本民法概论》(IV),姚荣涛译,刘玉中校订,42页,台北,五南图书出版有限公司,1998。

^② [日]星野英一:《日本民法概论》(IV),姚荣涛译,刘玉中校订,42页,台北,五南图书出版有限公司,1998。

^③ 王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第1册),28~29页,台北,三民书局,1993。

要的类型,第 68 条规定了主张不安抗辩权的当事人举证对方当事人已经丧失了或者可能丧失履行债务能力的证明义务,第 69 条规定了行使不安抗辩权的通知义务等。《保险法》第 16 条第 1 款规定了投保人的如实告知义务,第 24 条规定了保险人向被保险人或者受益人发出拒绝赔偿或者拒绝给付保险金通知书的义务,第 52 条第 1 款规定了被保险人就保险标的增加了危险程度及时通知保险人的义务,第 56 条第 1 款规定了重复保险的投保人将重复保险的有关情况通知各保险人的义务,第 32 条规定了人身保险的投保人申报被保险人真实年龄的义务等。

附随义务和主给付义务的区别有三:(1)主给付义务自始确定,并决定合同类型。附随义务则是随着合同关系的发展而不断形成的。它在任何合同关系中均可发生,不受特定合同类型的限制。(2)主给付义务构成双务合同的对待给付,一方在对方未为对待给付前,得拒绝自己的给付。附随义务原则上不属于对待给付,不能发生同时履行抗辩权或先履行抗辩权。日本判例认为,继续性合同的一方当事人所承担的不是中心债务时,如租赁合同,即特别规定出租人有协助对方进行租赁权登记的义务,但该义务与租金支付义务之间不构成同时履行关系。^①至于日本的不动产买卖中,协助登记义务与货款支付义务有同时履行关系^②,需要透过表象看到本质,即协助登记义务在表面上是附随义务,实质上为主给付义务,准确地说是主给付义务的前奏。具体到中国法,《合同法》规定出卖人负有转移买卖物所有权的义务的规定(第 130 条),《物权法》采取房屋等不动产的物权变动以登记为生效要件的模式第 9 条等,房屋出卖人不协助办理移转登记手续,房屋所有权就不会移转给买受人,这就意味着出卖人没有履行移转房屋所有权的义务。就是说,出卖人协助办理移转登记的义务,在形式上为附随义务,实质上是移转买卖物所有权的主给付义务,准确地说是该项主给付义务的前奏。既然如此,买受人有权拒付房款,行使同时履行抗辩权。由此看来,仅仅是单纯的附随义务,恐怕尚难构成同时履行抗辩权。(3)不履行给付义务,债权人得解除合同。反之,不履行附随义务,债权人原则上不得解除合同,但在有违约金的约定场合,可请求债务人支付违约金;或者就其所受损害,依不完全履行的规定请求支付违约金或者损害赔偿。应当注意,不履行附随义务,在严重影响对方当事人的合同利益等情况下也会产生解除权。例如,《保险法》规定,投保人故意隐瞒事实,不履行如实告知义务的,或者因过失未履行如实告知义务,足以影响保险人决定是否同意承保或者提高保险费率的,保险人有权解除保险合同(第 16 条第 2 款)。投保人申报的被保险人年龄不真实,并且其真实年龄不符合合同约定的年龄限制的,保

^① 《最判》,1968 年 11 月 28 日,《民集》,129 中山事件(承认以不付租金为理由的解除合同),载《法协》,87 卷 4 号(有反对意见);转引自[日]星野英一:《日本民法概论》(IV),姚荣涛译,刘玉中校订,39 页,台北,五南图书出版有限公司,1998。

^② 《大判》,1917 年 8 月 14 日,《民录》,1650 页(以不支付剩余货款为理由的解除合同,被判定有效);转引自[日]星野英一:《日本民法概论》(IV),姚荣涛译,刘玉中校订,39 页,台北,五南图书出版有限公司,1998。

险人可以解除合同,并按合同约定退还保险单的现金价值(第32条第1款)。

当然,有些合同上的义务,究竟属于给付义务抑或附随义务,尚有分歧。例如,在买卖合同中受领买卖物的义务,是属于给付义务还是附随义务,便有争论。^①

附随义务与从给付义务的区别,也存在争论。德国通说认为,应以可否独立以诉请求履行为判断标准加以区分。可以独立以诉的形式请求的义务为从给付义务,有人称之为独立的附随义务;不得独立以诉请求的义务为附随义务,有人称之为不独立的附随义务。在有些案件中,还可以基于该义务是否因约定而产生的事实,判断出该义务属于附随义务还是从给付义务。例如,甲出售A车给乙,交付该车并移转其所有权,为甲的主给付义务;提供必要文件(如驾驶证或保险单)为从给付义务;告知该车的特殊危险性,则为附随义务。^②

应当注意,还有学说从价值取向的角度区分从给付义务和附随义务,认为从给付义务仅限于在有效合同关系中促使履行利益得到基本满足,是为了实现债权利益的最大化;附随义务则是为了确保合同双方当事人的固有利益不受损害,强调不会使当事人因为合同的履行而使固有利益受到损害,因此它更多的是一种保护性义务。当然,在合同的履行过程中,可能会有从给付义务和附随义务交叉的情况,这时我们应当从义务的目的角度观察,如果这个义务是为了辅助主给付义务的,应当认定是从给付义务;如果该义务是为了保护当事人的固有利益不受损害的,则认定为附随义务。^③

以附随义务的功能为标准,可将附随义务分为两类:(1)促进实现主给付义务,使债权人的给付利益获得最大可能的满足(辅助功能)。例如,花瓶的出卖人妥善包装该瓶,使买受人安全携带,该义务属之。(2)维护对方的人身或财产的利益(保护功能)。例如,独资企业主应注意其所提供工具的安全性,避免工人受伤害。应注意的是,有的附随义务兼具上述两种功能。例如,锅炉的出卖人应告知买受人使用锅炉的注意事项,一方面,使买受人的给付利益获得满足;另一方面,也维护买受人的人身或财产上的利益不因锅炉爆炸而遭受损害。^④

把握附随义务的上述功能具有积极的意义。例如,在住房买卖合同中,开发商交付的住房在结构、面积方面都符合约定,但室内散发的氨气过高,损害了买受人及其亲属的健康,买受人就此请求开发商承担违约责任,开发商以法律、法规、规章当时对建筑物残留的氨气标准并无规定为由予以抗辩,拒绝承担违约责任。本书作者认为,如果法律文件明确规定有建筑物残留的氨气标准,自然能容易地判断出开发商违约与否,即使欠缺

① 王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第1册),30页,台北,三民书局,1993。

② 王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第1册),31页,台北,三民书局,1993。

③ 贾若山:《论合同法上的附随义务》,26页,北京,清华大学法学院法律硕士专业学位论文,2005。

④ 王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第1册),31页,台北,三民书局,1993。



法律的明文规定,基于住房买卖合同的特殊性质,开发商负有保证所交付的住房适合于居住的附随义务,挥发的氨气过高达到严重的程度,致人伤害,就是开发商违反了附随义务,应当就此承担违约责任,尽管住房的结构符合要求。

(四) 不真正义务

除上述给付义务及附随义务以外,合同关系上还有不真正义务,或称间接义务。其主要特征在于权利人通常不得请求履行,违反它也不发生损害赔偿赔偿责任,仅使负担该义务的一方遭受权利减损或丧失的不利益。^①《民法通则》第114条关于“当事人一方因另一方违反合同受到损失的,应当及时采取措施防止损失的扩大;没有及时采取措施致使损失扩大的,无权就扩大的损失要求赔偿”的规定中,守约方采取措施防止损失扩大的义务,就是不真正义务。它在法律上虽未负有不损害自己权益的义务,但因自己的过失造成损失扩大,则按公平原则要求,应依其程度承受减免赔偿额的不利益。

(五) 先合同义务与后合同义务

就整个《合同法》而言,尚有先合同义务和后合同义务。先合同义务,是指当事人为缔约而接触时,基于诚实信用原则而发生的各种说明、告知、注意及保护等义务。^②违反它即构成缔约过失责任。《合同法》第60条第2款关于“当事人应当遵循诚实信用原则,根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务”的规定,不但应当解释为肯定了附随义务,同时也可解释为承认了先合同义务。《合同法》第42条关于恶意缔约、欺诈缔约及其他违背诚实信用原则的场合,恶意的行为人应负赔偿责任的规定,从构成此类责任的原因角度考察,就是承认了先合同义务。《合同法》第43条关于在缔约过程中泄露或者不当使用商业秘密时应负赔偿责任的规定,同样是对先合同义务的确认。

合同关系消灭后,当事人依诚实信用原则应负有某种作为或不作为义务,以维护给付效果,或协助对方处理合同终了的善后事务,学上说称为后合同义务。^③《合同法》第92条规定了这种义务。违反后合同义务,与违反一般合同义务相同,产生债务不履行责任。^④违反者对由此产生的费用和给相对人造成的实际损失,承担赔偿责任(法释[2009]5号第22条)。

^① 王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第1册),34~35页,台北,三民书局,1993。

^② Esser-Schmidt, *Schuldrecht*, Bd. I, S. 91f., 435; 转引自王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第1册),33页,台北,三民书局,1993。

^③ Esser-Schmidt, *Schuldrecht*, Bd. I, S. 91f., 435; 转引自王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第1册),33~34页,台北,三民书局,1993。

^④ Erman-Sirg, s242 Rdnr. 58; 转引自王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第1册),33页,台北,三民书局,1998。



三、体系构成

上述义务群,是债法的核心问题。处理债的问题,首先需考虑的是债务人负何种义务,可否请求履行,违反义务时的法律效果如何。现行法以主给付义务为规律对象,基于诚实信用原则,由近而远,逐渐发生从给付义务,以及其他辅助实现给付利益及维护对方人身和财产上利益为目的的附随义务,组成了义务体系。现代债法的发展,在一定意义上可以说是债的关系上义务群的发展。^①

第三节 债权及其实现

债务的对面就是债权,正确理解债权不仅为把握债的关系所必需,而且有助于深化对上述义务群的认识。

一、债权的概念分析

债权,是指债权人根据法律或合同的规定向债务人请求给付并予以保有的权利。对此,宜从以下角度把握。

1. 债权是请求权

债的关系是具有特定性的法律关系,债权人在债务人给付之前,不能直接支配给付客体,也不能直接支配债务人的给付行为,更不许直接支配债务人的人身,只能通过请求债务人为给付,达到自己的目的。^②就此看来,债权不是支配权,而是请求债务人为一定给付的权利,即请求权。但债权与请求权并非同一概念,因为从请求权方面看,除债权的请求权以外,尚有物上请求权、人格权请求权、知识产权请求权;从债权本身观察,债权除具有请求权的权能以外,尚有选择、处分、解除等权能。^③

2. 债权是给付受领权

权利的基本思想,在于将某种利益在法律上归属某人。债权的本质内容,就是有效地受领债务人的给付,将该给付归属于债权人。

3. 债权是相对权

债的关系具有相对性,债权人仅得向债务人请求给付,无权向一般不特定人请求给付,因此,债权为相对权。但相对性原则在现代民法上已被部分突破,如在由第三人履行

^① 王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第1册),36页,台北,三民书局,1993。

^② [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),287~288页,北京,王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译,谢怀栻校,北京,法律出版社,2003。

^③ 王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第1册),17页,台北,三民书局,1993。

的合同中,债权人有权请求第三人为给付;租赁权已物权化,具有对抗效力;期房债权因预告登记而有否定其后产生的抵押权、所有权的效力。

4. 债权具有平等性

债权仅有相对性,没有排他性,因此对同一客体可成立多个债权,并且不论发生先后均以同等地位并存。这种平等性在债权人参加强制执行、破产程序时明显地表现出来。在债务人破产或其财产被法院依诉讼程序强制执行又不足以清偿全部债务时,依债务人的总财产数额,在数个债权人之间按各个债权数额的比例分配。不过,在没有欺诈行为的情况下,如果其他债权人没有向债务人主张其债权,或者是虽然主张了,但债务人的一般财产足以清偿这些并存的债权,债务人任意清偿,先接受清偿的债权人保持该给付,并不违反债权的平等性。还有,债权人行使代位权或撤销权的情况下,债权人通过将其应当向债务人返还的债务与自己所享有的债权相抵销,事实上做到了优先受偿,债权在实际上呈现出了优先性。^①

债权的平等性可以通过法律规定的或者认可的程序和途径加以改变,在我国现行法上主要有如下情形。

1. 租赁权因法律将其物权化而有优先性

《合同法》第 229 条关于“租赁物在租赁期间发生所有权变动的,不影响租赁合同的效力”的规定,赋予了租赁权对抗租赁物所有权的效力,在对租赁物的占有、使用、部分收益的享有方面,租赁权具有优先于租赁物所有权的效力。

《担保法》第 48 条关于“抵押人将已出租的财产抵押的,应当书面告知承租人,原租赁合同继续有效”的规定,使租赁权具有对抗后于自己设定的抵押权的效力,也具有对抗因此类抵押权行使而取得的抵押物所有权的效力。

2. 债权因有抵押权、质权、留置权的担保而具有优先受偿的效力

按照我国现行法的规定,债权因有抵押权、质权、留置权的担保而具有优先受偿的效力(《物权法》第 179 条第 1 款、第 181、189 条、第 191 条第 1 款、195 条第 1 款、第 199、208、216、219、225、226、227、228 条、第 230 条第 1 款、第 236 条。《担保法》第 33 条、第 43 条第 2 款、第 49、53、54、63、68、70、77、82、87 条,《中华人民共和国城市房地产管理法》第 46、50 条)。

3. 职工的工资债权优先权(《企业破产法》第 113 条第 1 款)、承包人的工程款债权的优先权(《合同法》第 286 条),使债权具有了优先性。

4. 被拆迁人请求拆迁人移转安置房屋所有权的债权优先于一般债权

《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(以下简称法释[2003]7号),第 7 条规定:“拆迁人与被拆迁人按照所有权调换形式订立拆迁

^① [日]於保不二雄:《日本民法债权总论》,庄胜荣校订,167、191页,台北,五南图书出版有限公司,1998。

补偿安置协议,明确约定拆迁人以位置、用途特定的房屋对被拆迁人予以补偿安置,如果拆迁人将该补偿安置房屋另行出卖给第三人,被拆迁人请求优先取得补偿安置房屋的,应予支持。”这体现了对于事关被拆迁人生活、生存方面权益的特别保护,有利于城市发展建设及房屋拆迁工作的顺利进行,值得肯定。

5. 债权人已经履行了土地使用权出让金支付的义务,先行合法占有投资开发土地的,其债权具有优先于尚未合法占有投资开发土地的债权人的债权的效力

《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》(以下简称为法释[2005]5号)第10条第2项规定,土地使用权人作为转让方就同一出让土地使用权订立数个转让合同,且转让合同有效,均未办理土地使用权变更登记手续的情况下,已先行合法占有投资开发土地的受让方请求转让方履行土地使用权变更登记等合同义务的,应予支持。这体现了效率原则和优惠保护完全履行义务者的精神,具有正当性。但毕竟突破了债权平等原则的大原则,应当严格限定其适用条件。分析该条项的规定,可知包括如下条件:占有人已经履行了土地使用权出让金的支付义务,占有人已经对其受让的宗地有所投资,占有人已经请求转让方履行土地使用权变更登记等合同义务,其他受让人完全没有履行其义务或者履行的程度和力度不及占有人的履行。

6. 债权人已经履行了土地使用权出让金支付的义务,其债权具有优先于尚未支付土地转让款的债权人的债权的效力

法释[2005]5号第10条第3项规定,数个受让人均未办理土地使用权变更登记手续,又未合法占有投资开发土地,先行支付土地转让款的受让方请求转让方履行交付土地和办理土地使用权变更登记等合同义务的,应予支持。该条项规定的债权的优先效力,其正当性弱于前述法释[2005]5号第10条第2项规定的类型,更应当严格其适用条件。分析该条项的规定,可知包括如下条件:受让人已经履行了土地使用权出让金的支付义务,该受让人已经请求转让方履行土地使用权变更登记等合同义务,其他受让人完全没有履行其义务或者履行的程度和力度不及该受让人的履行。

7. 依法成立在前的债权在效力上优先于成立在后的债权

法释[2005]5号第10条第4项规定,土地使用权人作为转让方就同一出让土地使用权订立数个转让合同,且转让合同都有效,各受让人均未履行义务,却都要求转让方履行合同的,法院应当支持依法成立在前的合同受让方的请求。

该规定确立了依法成立在前的债权优先于成立在后的债权的规则,剥夺了其他已经主张自己权利的债权人取得标的物权利资格,破坏了债权平等原则。而破坏的唯一根据就是合同成立在先,其正当性显然严重不足。因为债权平等原则是由债权的本质属性所决定的,是立法者权衡方方面面的利益关系,基于民事权利体系的合理设置而确立的,轻易不许破坏。所以,法释[2005]5号第10条第4项的规定实在不足取。

8. 《物权法》承认了预告登记(第20条第1款),也使债权具有优先性。

二、债权的实现

债权人达到债的目的需要债权的实现,而债权的实现有赖于债务的履行。在债务人不履行其债务的情况下,债权人若欲实现其债权,既可以直接向债务人主张,也可以诉请向法院获得救济,无论何者,都是债权具有法律效力的表现。债权的法律效力,在正常情况下兼有请求力、强制执行力、依法自力实现力和处分权能。

1. 有学说认为,所谓请求力,又称诉请履行,是指在债务人不履行其债务时,债权人得向法院诉请履行的效力。法院作出给付判决,以约定的给付为内容,此类给付可以表现为金钱的支付,也可以表现为有体物的交付,还可以表现为劳务的付出等,即实际履行约定给付的原则。例如,出卖人被判处将出卖的品牌为 X、车架号为 Y 的小汽车连同车辆的有关证件交付给买受人,并移转所有权。^①

本书认为,对于债权的请求力,可作宽泛的解释,即,债权人可以向法院诉请债务人履行债务,固然是债权请求力的表现,债权人不通过诉讼的方式,而是直接向债务人请求其履行,也应当是债权的请求力的题中应有之意。其道理在于,(1)完全债权或者说效力齐备的债权含有请求力、强制执行力、自力实现和保持力等许多效力形式,债权人未向法院诉请履行,债务人主动给付,债权人有权受领和保有,表明不经诉讼程序债权也有保持力。更有甚者,债权人在特殊情况下还有自力实现的权能,这种债权效力与诉讼程序更是远隔万水千山。都是债权的效力,为何单单强调请求力必须表现为诉讼请求?(2)实际情形是,债权大多是通过债权人直接向债务人请求而得以实现,债务人之所以承受了负担还应此种请求而履行债务,实际上是因为法律之力支撑着债权,债务人不履行债务可能招致更大的负担。有鉴于此,本书作者坚持债权的请求力有两种形态,一是债权人直接向债务人请求之力;二是债权人向法院诉请债务人履行之力。在第一种形态下,国家的强制力隐而未露,在第二种形态下,国家的强制力赤裸裸地表现出来。

2. 所谓执行力,又称强制执行力,是指债权人在依其给付之诉取得确定判决之后,得请求法院对债务人为强制执行的效力。现代法律奉行对物执行主义(Realexekution),执行只针对债务人的财产,通常涉及债务人财产中作为债务标的的给付。但是,如果债务人对这种执行行为实施抵抗,那么,在德国,法院可以对其人身实施暴力,甚至可以以拘留的方式实施强制执行。^②但在我国,《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)未规定人民法院可以对债务人的人身实施暴力,或以拘留的方式实施强制执

^① [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢谌译,16页,北京,法律出版社,2004;王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第1册),39页,台北,三民书局,1993。

^② [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢谌译,16~17页,北京,法律出版社,2004;王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第1册),39页,台北,三民书局,1993。

行。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(以下简称《关于民事诉讼法的意见》)规定,强制执行的标的应当是财物或者行为(第254条前段)。有学者认为,我国法律禁止直接以强制债务人的人身来迫使其履行债务。^①

3. 所谓依法自力实现,是指在债权受到侵害或妨碍,情事急迫而又不能及时请求国家机关予以救济的情况下,债权人自行救助,拘束债务人,扣押其财产的效力。^②

自力实现之所以被允许,是因为公力救济会引起费用,同时也需要很长、有时甚至是几年的时间。因此,自行获取自己应得的给付,对于债权人来说是不言而喻的。但是,为维护秩序的平和,这种自力实现仅在特定的情况下才被允许,即,在不能够及时取得国家机关援助,并且不实行自力实现就有可能无法实现或者严重妨碍实现请求权时,才是被容许,公力救济为实现债权的基本途径。^③只有这样,才能使弱者相对于强者实现其权利;也只有这样,才能避免私人之间出现武力斗争及与之俱来的可怕现象。^④

正当防卫、紧急避险等作为自力救济的手段,已经得到了《民法通则》的承认(第128条、129条)。它们尽管在一定意义上也起到了债权保障的作用,如保护住了债的标的物或者保护了债务人及其清偿能力,但时常不够直接,有时干脆与债权保障无关。直接且有效地保全债权的自力救济方式,当属自助行为。所谓自助行为,是指债权人为了保护自己的权利,对于他人的自由或财产直接施以拘束、扣押或毁损的行为。^⑤这种自力救济方式在我国现行法上尚付阙如。

除此以外,法律还规定了一种债权人不依诉讼、判决及强制执行即可实现其债权的途径,这就是抵销(《合同法》第99条)。实行抵销只需要债权人作出抵销的意思表示。

4. 所谓处分权能,是指抵销、免除、债权让与和设定债权质权等决定债权命运的效力。^⑥

5. 所谓保持力,是指在债务人自动或受法律的强制而提出给付时,债权人得保有该给付的效力。从法律技术上看,这是因为就给付而论,债权即为债权人受领给付的根据,德国民法称之为“法律上的原因”,即使债务人因此而受到损害,仍不发生不当得利返还

① 邵明:《民事诉讼法理研究》,456页,北京,中国人民大学出版社,2004。

② [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢谌译,18页,北京,法律出版社,2004;王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第1册),39页,台北,三民书局,1993。

③ [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢谌译,18页,北京,法律出版社,2004;王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第1册),39页,台北,三民书局,1993。

④ [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢谌译,121页,北京,法律出版社,2004。

⑤ 王泽鉴:《民法总论》,610页,台北,三民书局,2000。

⑥ [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢谌译,18~19页,北京,法律出版社,2004;王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第1册),40页,台北,三民书局,1993。

的效果,因而,债务人无权请求债权人返还此类给付。^①此外,承认债权具有保持力,对于取得时效制度、方便债权人抗击第三人不法侵害受领的标的物等,都具有积极的意义。

三、债权效力的排除

具备上述效力的债权为完全债权,最利于债权的实现,达到债权人的目的。不过,在有的情况下,债权会欠缺某项效力,例如,债权因罹于诉讼时效而使其请求力减损,某画家不履行其为乙画像的义务时难被强制执行,某公司被宣告破产时无处分破产财产之权。欠缺某项效力的债权叫做不完全债权。但是债权必须具有保持力,否则,便不再是债权。

法律对完全债权与不完全债权的保护力度、配置的制度不尽相同。例如,不安抗辩权制度用于保护未届清偿期的债权,而不得适用于已届清偿期的债权;不法侵害条件未成就的附停止条件的债权,被课以信赖利益的损害赔偿,但不履行已届清偿期的债务时则可产生期待利益的损害赔偿,不履行已罹诉讼时效的债务时却不产生法律责任。总而言之,不完全债权不利于债权的实现,甚至使债权人的目的落空。

(一) 债务的排除

按照德国法,赌博、打赌、差额交易、约定婚姻居间报酬等均不设定“债务”。^②

与此有所不同,在我国,奉行赌债非债、媒婆对于介绍男女恋爱无债权等规则,在这些情况下债务被排除了,债权不成立。至于赌徒偿付赌债、恋爱男女付给媒婆报酬,可否请求返还的问题,取决于立法政策,需要研究。本书认为,对于“婚姻既成,当事人致送报酬,乃属人之常情,宜认为系属履行道德上之义务之给付,而不得请求返还”^③的观点,可资赞同;对于赌债等“不法原因给付所以不得请求返还,并非系债权人本于权利而受领,具有法律上的原因不成立不当得利;而是受领‘赌债’之给付,虽属不当得利,但因属不法原因,故不得请求返还”^④的意见,需要有条件地借鉴。详细些说,适用《民法通则》第134条第3款的规定处理赌债案件,收缴赌徒的非法所得,表明受领赌资的赌徒无权请求、保有赌债的给付,给付赌资的赌徒无权请求返还;处理赌债案件若不适用《民法通则》第134条第3款,则受领赌资的赌徒有权保有赌债的给付,给付赌资的赌徒无权请求返还。

^① [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢湛译,19页,北京,法律出版社,2004;王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第1册),40页,台北,三民书局,1993。

^② [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢湛译,19~20页,北京,法律出版社,2004。

^③ 王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第1册),43页,台北,三民书局,1993。

^④ 王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第1册),42~43页,台北,三民书局,1993。

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



（二）请求力的排除

债权不具有请求权，婚约最为典型。《德国民法典》规定，不得基于婚约提起成婚之诉（第 1297 条第 1 项），约定于不履行结婚时支付违约金者，无效（第 1297 条第 2 项）。对于不顾该条的规定（如在国外）作出的缔结婚姻的判决，《联邦德国民事诉讼法》规定不予执行（第 888 条第 2 项）。如此规定的原因并非不赞同人们缔结婚约，相反，只是要使缔结婚姻的决定不受阻碍，原因是被迫成立的婚姻是不会让人期待有美好未来的。^① 我国台湾地区“民法典”第 975 条规定，婚约不得请求强迫履行，法院判决认为，所谓婚约不得请求强迫履行，系指不得提起履行婚约之诉而言，结婚须由当事人以绝对的自由意思予以决定，义务人若甘受违反婚约的制裁，其履行与否，法律不应加以强制。^②

已罹时效的债权虽然在架构上有所不同，但结果是相似的：在这种情况下，债权人可以提起诉讼。如果债务人不援用时效，那么，债权人便获得成功。如果债务人援用时效，拒绝履行其债务，债权的请求力因而减损，难以依诉的方式强制债权实现。^③

债权的请求力被排除，在破产制度中有所体现。《破产法》第 56 条第 2 款规定：“债权人未依照本法规定申报债权的，不得依照本法规定的程序行使权利。”

当事人可否以协议排除诉请履行力？按照德国民法通说，如果双方当事人可能会处分请求权，特别是会免除请求权，则准予通过协议排除。相反的见解则认为，只有在严格的条件下，才可以约定仲裁；应当将完全排除一切诉讼管辖的行为限制在一个更加严格的范围之内，才是正确的。^④ 我国法承认当事人约定的仲裁条款的效力，但未允许当事人以协议同时排除权利人起诉和申请仲裁的权利。

（三）强制力的排除

债权具有请求力，欠缺执行力的情形有二，一是根本就没有执行力；二是不得就应履行的给付为强制执行。关于根本就没有执行力，如夫妻履行同居义务的判决，在德国，认为这种判决宣告的是婚姻共同生活义务（《联邦德国民事诉讼法》第 1353 条第 1 项前段）。在这种情况下，必须放弃执行，原因是与缔结婚姻一样，被迫实行婚姻是没有任何意义的。^⑤ 在中国，有判例谓：“命夫妻一方同居之判决，即不得拘束身体之自由而为直接之强制执行。民事诉讼执行规则第八十八条第一项所定间接强制之执行方法，依同条第

① [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国债法总论》，杜景林、卢谔译，21 页，北京，法律出版社，2004。

② 中华民国最高法院 1938 年上字第 695 号判例；戴炎辉、戴东雄：《中国亲属法》，54 页，台北，自版，1986；转引自王泽鉴：《民法债编总论·基本理论·债之发生》（总第 1 册），41 页，台北，三民书局，1993。

③ [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国债法总论》，杜景林、卢谔译，22 页，北京，法律出版社，2004；王泽鉴：《民法债编总论·基本理论·债之发生》（总第 1 册），41 页，台北，三民书局，1993。

④ [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国债法总论》，杜景林、卢谔译，22 页，北京，法律出版社，2004。

⑤ [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国债法总论》，杜景林、卢谔译，22 页，北京，法律出版社，2004。

二项之规定又属不能适用,此种判决自不得为强制执行。”^①

关于不得就应履行的给付为强制执行,在德国,因雇用合同而判决给付不可替代的劳务的情形,《联邦德国民事诉讼法》第 888 条第 2 项规定,禁止强制执行,但依据同法第 326 条的规定,债权人可以转而主张损害赔偿请求权。^② 王泽鉴教授举例说,甲约定为乙绘像,却不为履行时,不能强制使甲为绘像的行为,其行为可代替者,执行法院得以债务人之费用,命第三人代为履行(中国台湾地区“强制执行法”第 127 条),其行为非为他人所能代替者,则仅能使其负不履行之损害赔偿(中国台湾地区“强制执行法”第 128 条第 1 项)。^③

(四) 处分权能的排除

《破产法》规定,人民法院受理破产申请后,债务人对个别债权人的债务清偿无效(第 16 条)。人民法院受理破产申请后,有关债务人财产的保全措施应当解除,执行程序应当中止(第 19 条)。人民法院受理破产申请后,已经开始而尚未终结的有关债务人的民事诉讼或者仲裁应当中止;在管理人接管债务人的财产后,该诉讼或者仲裁继续进行(第 20 条)。人民法院受理破产申请前一年内,涉及债务人财产的下列行为,管理人有权请求人民法院予以撤销:无偿转让财产的;以明显不合理的价格进行交易的;对没有财产担保的债务提供财产担保的;对未到期的债务提前清偿的;放弃债权的(第 31 条)。人民法院受理破产申请前六个月内,债务人有本法第 2 条第 1 款规定的情形,仍对个别债权人进行清偿的,管理人有权请求人民法院予以撤销。但是,个别清偿使债务人财产受益的除外(第 32 条)。简言之,破产企业对于破产财产的处分权能被排除了。

当事人约定债权不得转让,《合同法》承认其约定(第 79 条第 2 项)。《担保法》规定,最高额抵押的主合同债权不得转让(第 61 条)。所有这些,都意味着债权的处分权能受到了限制。值得注意的是,美国和国际上的某些法律文件奉行当事人关于债权不得转让的约定不发生法律效力原则。^④

第四节 债的有机体性、程序性、手段性和目的性

一、债的有机体性

债权和债务,以及选择权、解除权和追认权等,并非单独存在,毫不相关,而是为满足

^① 中华民国最高法院 1938 年抗字第 63 号;转引自王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1 册),41~42 页,台北,三民书局,1993。

^② [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢谟译,22 页,北京,法律出版社,2004。

^③ 王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第 1 册),42 页,台北,三民书局,1993。

^④ 《美国统一商法典》第 9~406(d)条;《联合国国际贸易应收款转让公约》第 9 条第 1、2 款;《国际保理公约》第 6 条;《欧洲合同法原则》第 11:301 条第 1 款等。

债权人给付利益,尤其是双务合同上的交换目的而相互结合的,组成了一个超越各个要素而存在的整体。^① Siber 教授称之为有机体。^②

债的关系在其发展过程中可以产生各种义务。个别的给付义务可因清偿而消灭,形成权可因其行使或不行使而失去效能,债的标的可因当事人的约定或法律规定而变更,债的主体也可因法律行为或法律规定而更易,整个债的关系更可因概括转让而移转。无论哪一种情况,债的关系的要素发生变更,但债的关系仍继续存在,不失其同一性。^③ 准确地说,是债的关系未发生更改时,不失其同一性。

所谓债的关系不失其同一性,是指债的效力依旧不变,不仅其原有利益(如时效利益)及瑕疵(如各种抗辩)均不受移转的影响,即其从属的权利(如担保)原则上亦仍继续存在。^④

二、债的程序性

债的关系自始即以完全满足债权人的给付利益为目的,因“债权系法律世界中的动态因素,含有死亡的基因,目的已达,即归消灭”^⑤,故它可谓存在于时间过程上的一种程序,始自给付义务的发生,历经主体的更易,标的的变动,惟无论其发展过程如何辗转曲折,始终以充分实现债权人的给付利益为目标。当事人的给付义务已适当履行时,债的关系归于消灭,债权人却因此而取得了物权或与物权价值相当的权利,在法律规范世界中,归于消灭的债的关系并非消逝无踪,仍继续以给付变动的原因存在着。^⑥

三、债的手段性与目的性

债的关系及其债权在满足债权人的利益方面,其地位和作用随着社会的发展而有一个变化过程。在中世纪和近代,劳动秩序建立在物法基础上,物权是目的,债权开始不过是手段。^⑦ 人类在仅依物权形成财产关系、仅以物权作为财产客体时代,可以说只能生活在过去和现在。^⑧ 不过,市场经济制度下,债权及其利息的享有是所有经济的目的,债权

① 王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第1册),51页,台北,三民书局,1993。

② Siber, *Schuldrecht*, 1931, S. 1; 转引自王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第1册),52页,台北,三民书局,1993。

③ 王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第1册),51~52页,台北,三民书局,1993。

④ 郑玉波:《民法债编总论》(修订2版),陈荣隆修订,431页,北京,中国政法大学出版社,2004。

⑤ Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 1963, S. 243; 王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第1册),52页,台北,三民书局,1993。

⑥ 王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第1册),52~53页,台北,三民书局,1993。

⑦ [德]古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,64页,北京,中国大百科全书出版社,1997。

⑧ [日]我妻荣:《债权在近代法中的优越地位》,王书江、张雷译,谢怀栻校,6页,北京,中国大百科全书出版社,1999。

不复是旨在物权或物之享有的手段,而本身就是法律生活的目的。^① 债权制度可以使将来的给付预约变为现在的给付对价价值。信用即债的发生,使“过去可为将来服务,将来可为过去服务,时间障碍被打破,人类可以自由地征服时间与空间”^②。

第五节 债的发生原因

债的发生原因,是指债产生的法律事实。它包括以下几种。

一、合同

合同是当事人之间设立、变更、终止债权债务关系的协议。它产生债的关系,是合同债。合同是产生债的最常见的最重要的原因。

二、缔约上的过失

缔约上的过失,指当事人在缔约过程中具有过失,使他方当事人受有损害的情况。于此场合,具有过失的一方应赔偿对方受有的损失,由此形成法定债的关系。《合同法》第 42、43、58 条以及法释[2009]5 号第 8 条都对此作了规定。

三、单独行为

单独行为,又称单方行为,或者单务约束,是指表意人向相对人作出的为自己设定某种义务,使相对人取得某种权利的意思表示。它之所以能够引起债的关系,在于依意思自治原则,当事人可基于某种物质或精神上的需要,为自己设定单方义务,同时放弃对于相对人给付对价的请求。第三人向债权人表示愿意履行债务人尚欠债权人的借款,属于单独行为。

四、侵权行为

侵权行为,指不法侵害他人的合法权益,应承担民事责任的行为。侵权行为发生,侵权人有义务赔偿受害人的损失,受害人有权请求侵权人予以赔偿或承担赔礼道歉、恢复名誉、消除影响的责任(《民法通则》第 134 条第 1 款等,《侵权责任法》第 15 条等),形成债的关系。

^① [德]古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,64页,北京,中国大百科全书出版社,1997。

^② Josef Kohler, *Enzyklopadie der Rechtswissenschaft*, 7 Aufl. Bd. I. 1915, S. 38; 转引自[日]我妻荣:《债权在近代法中的优越地位》,王书江、张雷译,谢怀栻校,6页,北京,中国大百科全书出版社,1999。