



新世纪高等学校规划教材·法学核心课系列

docsriver.com
商家本本店

债法总论

柳经纬◎主编



ZHAIFA

ZONGLUN



北京师范大学出版集团
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP
北京师范大学出版社

ZHAIFA ZONGLUN



新世纪高等学校规划教材·法学核心课系列

- 法理学
- 民法学
- 商法学
- 刑法学
- 经济法学
- 法经济学
- **债法总论**
- 国际法学
- 国际私法学
- 宪法学原理
- 中国法制史
- 民事诉讼法
- 知识产权法
- 民法学总论
- 刑事诉讼法
- 犯罪学通论
- 医疗侵权法
- 国际经济法学
- 国家赔偿法学
- 新编环境资源法学
- 行政法与行政诉讼法
- 劳动和社会保障法学
- 法学原理与案例讲堂—证据法



科技与经管分社



天猫旗舰店

ISBN 978-7-303-22062-5



9 787303 220625 >

定价：39.80元



新世纪高等学校规划教材·法学核心课系列

债法总论

柳经纬◎主 编

周江洪◎副主编

(按撰写章节顺序排列)

柳经纬 周江洪 谢耿亮◎撰 稿

范晓宇 吴旭莉 尹腊梅

ZHAI FA

ZONG LUN



北京师范大学出版集团
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP
北京师范大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

债法总论 / 柳经纬主编. -- 2版. -- 北京: 北京师范大学出版社, 2017.3

新世纪高等学校规划教材. 法学核心课系列
ISBN 978-7-303-22062-5

I. ①债… II. ①柳… III. ①债权法—法的理论—中国—高等学校—教材 IV. ①D923.31

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 028061 号

营销中心电话 010-62978190 62979006
北师大出版社科技与经管分社 www.jswsbook.com
电子信箱 jswsbook@163.com

出版发行: 北京师范大学出版社 www.bnup.com
北京市海淀区新街口外大街 19 号
邮政编码: 100875

印 刷: 三河市东兴印刷有限公司
经 销: 全国新华书店
开 本: 730 mm × 980 mm 1/16
印 张: 22.50
字 数: 422 千字
版 次: 2017 年 3 月第 2 版
印 次: 2017 年 3 月第 2 次印刷
定 价: 39.80 元

策划编辑: 李红芳 周彩云 责任编辑: 周彩云 李红芳
美术编辑: 刘 超 装帧设计: 刘 超
责任校对: 赵非非 责任印制: 赵非非

版权所有 侵权必究

反盗版、侵权举报电话: 010-62978190

北京读者服务部电话: 010-62979006-8021

外埠邮购电话: 010-62978190

本书如有印装质量问题, 请与出版部联系调换。

印制管理部电话: 010-62979006-8006

作者简介及分工

(按撰写章节顺序排列)

柳经纬

中国政法大学教授，博士生导师，校学术委员会委员，科研处处长。著有《感悟民法》(2006)、《当代中国债权立法问题研究》(2009)、《共和国六十年法学论争实录：民商法卷》(2009, 主编)、《当代中国民法学的理论转型》(2010)等。本书主编，撰写导论并进行全书统稿工作。

周江洪

浙江大学光华法学院副教授，法学博士(日本神户大学)。著有《服务合同研究》(2010)，曾发表《区分所有建筑物的灾后重建》《风险负担规则与合同解除》《服务合同的类型化及服务瑕疵研究》等论文。本书副主编，撰写第一章、第二章、第四章第四节，合写第三章第一、二、三节。

谢耿亮

澳门科技大学法学院助理教授，法学博士(中国政法大学)。合著有《当今与未来世界法律体系》(2010)，曾发表《诚实信用原则在新〈合同法〉中的地位及其适用的述评》(合作)、《法律移植、法律文化与法律发展——澳门法现状的批判》等论文。撰写第三章第四、五节和第五章，第三章第六节，合写第三章第一、二、三节。

范晓宇

中国计量学院讲师，南京大学博士研究生。曾发表《知识产权担保融资契约不完全性之克服》《正当程序的规则导向》《电子商务中消费者权益保护的若干问题》等论文。撰写第四章第一、二、三

节。

吴旭莉

厦门大学法学院助理教授，法学博士（中国人民大学）。著有《合同法》（2007，副主编）、《中国法律年鉴（2003 卷）——民法学篇》等。撰写第六、七章。

尹腊梅

华东政法大学讲师，法学博士（厦门大学），博士后（华东政法大学）。著有《民事抗辩权研究》（2008），曾发表《民法上的抗辩与抗辩权》《附抗辩权债权抵销问题研究》《抗辩权的法官释明权问题》等论文。撰写第八、九章。

前 言

我国现有民法教科书的体例，大体上形成于20世纪80年代。这种体例的教科书主要是关于基本原理的阐述，由“概念”“特征”“要件”“权利义务”等构成，内容平铺直叙，形式较为刻板。随着立法的完善、司法的活跃以及法学教育的进步，这种体例的教科书越来越给人以“乏味”的感觉，也越来越难以满足法学教育的需要。尝试新的民法教材体例，势在必行。北京师范大学出版社推出系列法学教材，约我主持《债法总论》，给我们提供了尝试新体例民法教材的机会。为此，我谨代表《债法总论》的全体作者向北京师范大学出版社和编辑周彩云女士表示谢意。

《债法总论》在形式和内容上均有所突破：在形式上，尽可能避免平铺直叙的单一表达方式，采取了图表、案例、设例、延伸阅读和延伸思考等多种表达方式，力求“活泼”；在内容上，尽可能避免现有民法教材“人云亦云”“千人一面”的现象，更多地突显作者对传统债法理论的感悟心得，如关于债的概念的理解、关于债的财产性的解释，“非典型之债”等，力求“新意”。

既然是“尝试”，也就意味着某种程度的不成熟，甚至存在着某些“问题”，我们衷心欢迎广大读者批评指正。

柳经纬

导论：当代中国债权立法问题

一、债法的概念

债是特定当事人之间请求为特定行为（给付）的法律关系。债的种类繁杂，各国或地区民法典债编规定的类型主要是合同之债、无因管理之债、不当得利之债和侵权行为之债，此外还有民法典其他编规定的债以及民法典以外的法律规定的债。民法典其他编规定的债，如物权编（物权法）规定的不动产相邻关系中存在的损害赔偿（或补偿）关系，^①也是一种债的关系。民法典以外的法律规定的债，如票据法规定的票据关系；证券法规定的证券发行与买卖关系，保险法规定的人身、财产保险合同关系；海商法规定的船舶租赁关系、船舶碰撞引起的损害赔偿关系等；都属于债的关系。

债法又可称“债权法”、“债务法”、“债的关系法”，是规范债的关系的法律规范的总称。一般来说，在大陆法系国家，债法的概念包含广狭两义：狭义的债法指大陆法系国家或地区民法典中的债编，如《德国民法典》第二编“债务关系法”，《日本民法典》第三编“债权”，我国民国时期的民法典（现今台湾地区“民法”）第二编“债”。广义的债法是指规范债的关系的法律规范的总和，既包括民法典中的债编（狭义的债法），也包括债编以外的民法典其他编以及其他民事特别法有关债的规定。民法典其他编以及证券法、保险法、海商法、信托法等，其关于债的规定均属于广义的债法。在大陆法系国家或地区，民法典之债编构成了广义债法的主体和核心。

^① 参考我国《物权法》第92条：“不动产权利人因用水、排水、通行、铺设管线等利用相邻不动产的，应当尽量避免对相邻的不动产权利人造成损害；造成损害的，应当给予赔偿。”《日本民法典》第209条（邻地使用的请求）：“土地所有人，在境界及其附近建造围墙或建筑物，或者修缮，可以请求在必要的范围内使用邻地。但未经邻人的承诺，不能进入其住宅。”“于前项，邻人受到损害时，可以请求补偿。”我国台湾地区“民法”第792条：“土地所有人因邻地所有人在其疆界或近旁，营造或修缮建筑物，使用其土地之必要，应许邻地所有人使用其土地，但因而受损害者，得请求偿金。”

我国尚未颁行民法典，因而没有狭义的债法，但存在广义的债法。1986年《民法通则》第五章第二节“债权”及第六章“民事责任”、1999年《合同法》和2009年《侵权责任法》构成我国现行债法的主体内容。此外，《海商法》（1992年）、《民用航空法》（1995年）、《担保法》（1995年）、《票据法》（1995年）、《保险法》（1995年）、《拍卖法》（1996年）、《证券法》（2004年修订）、《信托法》（2001年）等，其间都有许多内容是关于债的规定。尤其是《票据法》，由于票据关系本身就是债的关系，因而《票据法》的内容主要是债法。我国现行主要法律关于债的规定，参见[表1]。

表1 现行主要法律、法规有关债的规定

| 名称 (发布或修订时间) | 主要章节 | 主要内容 |
|---------------------------|------------------------|--|
| 《民法通则》 (1986年4月12日) | 第五章第二节“债权”、第六章“民事责任” | 债的概念，按份之债，连带之债，合同的履行，债的担保，合同转让，不当得利，无因管理，违约责任，侵权责任 |
| 《合同法》 (1999年3月15日) | 全部 | 合同的概念，合同法的原则，合同的订立、效力、履行（包括债的保全：代位权、撤销权）、变更和解除、终止，违约责任，合同的法律适用与解释，各类具体合同 |
| 《侵权责任法》 (2009年12月26日) | 全部 | 责任的构成与责任方式，不承担责任和减轻责任的情形，责任主体的特殊规定，产品责任，机动车交通事故责任，医疗损害责任，环境污染责任，高度危险责任，饲养动物责任，物件损害责任 |
| 《担保法》 (1995年6月30日) | 第二章“保证” | 保证合同，保证方式，保证责任 |
| 《票据法》 (1995年5月10日) | 全部 | 票据权利，票据责任，票据抗辩，汇票，本票，支票 |
| 《保险法》 (1995年6月30日) | 第二章“保险合同” | 保险合同，财产保险合同，人身保险合同 |
| 《证券法》 (2004年8月28日修订通过) | 第三章“证券交易”、第四章“上市公司收购” | 证券交易，上市公司收购 |
| 《信托法》 (2001年4月28日) | 全部 | 信托的设立、变更与终止，公益信托 |
| 《海商法》 (1992年11月17日) | 第四章“海上货物运输合同”至第十三章“时效” | 海上货物运输，海上旅客运输，船舶租赁，海上拖航，船舶碰撞，海难救助，共同海损，赔偿责任限制，海上保险，时效 |

续表

| 名称 (发布或修订时间) | 主要章节 | 主要内容 |
|----------------------------|---------------------------------|---------------------------|
| 《民用航空法》 (1995年10月30日) | 第九章“公共航空运输”、第十二章“对地面第三人损害的赔偿责任” | 航空运输合同，对地面第三人损害的赔偿责任，诉讼时效 |
| 《劳动合同法》 (2007年6月29日) | 全部 | 劳动合同的订立、履行、变更、解除与终止 |
| 《拍卖法》 (2004年8月28日修订) | 全部 | 拍卖 |
| 《招标投标法》 (1999年8月30日) | 全部 | 招投标 |
| 《现金管理暂行条例》 (1988年9月27日) | 全部 | 金钱之债 |

从上列现行法律、法规关于债的规定可知，债法的范围非常广，内容也十分庞杂。然而，从理论研究和教学规范来看，债法的体系和内容一般着眼于狭义的债法，也就是从传统民法典债编所确立的债的基本制度。其意义在于：民法典债编所确立的债法制度是构成广义债法体系的核心和基础，相对于其他法律关于债的规定来说，具有“普通法”的地位，其他法律关于债的规定则属于“特别法”，依法律适用的一般规则——“特别法”有规定的优先适用，没有规定的适用“普通法”的规定，民法典债编所确立的债法制度对于其他法律、法规所规定的债也具有适用性。由民法典债编所确立的制度与其他法律有关债的规定共同构成完整的债法体系。

二、债法的体系与内容

各国或地区民法典关于债法的内容安排并不完全相同。《法国民法典》虽然没有设立独立的债编，但其第三编“财产取得的各种方法”包含着一个完整的债法体系。《德国民法典》、《日本民法典》、《瑞士民法典》、《意大利民法典》以及我国台湾地区“民法”和澳门地区民法典均设一编安排债法的内容，《俄罗斯民法典》、《埃色俄比亚民法典》则设两编安排债法的内容，《荷兰民法典》则设三编安排债法的内容。从债法的构成来看，各国或地区民法典债编的内容也不完全相同。《瑞士民法典》、《意大利民法典》和《荷兰民法典》将部分商法的内容，如有价证券、票据、公司、合伙企业、劳动合同、保险、海商等，安排在债编，

而多数国家或地区的民法典债编一般不包括商法的内容。《俄罗斯民法典》、我国澳门地区民法典的债编包括物的担保（抵押、质押、留置），而在德国、日本和我国台湾地区“民法”，物的担保被安排在物权编，属于担保物权。^① 部分国家或地区民法典债编的结构和内容，见 [表 2]。

表 2 部分国家或地区民法典债编的体系与内容

| 名称 | 编制 | 内容 |
|--------|-------------------------|---|
| 德国民法典 | 第二编“债务关系法” | 第一章“债务关系的内容” 第二章“通过一般交易条款来形成法律行为上的债务关系” 第三章“基于合同而发生的债务关系” 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” 第八章“各种债务关系”（买卖等具体合同、无因管理、不当得利、侵权行为） |
| 日本民法典 | 第三编“债权” | 第一章“总则”（债权的标的、债权的效力、多数人之债、债权让与、债的消灭（清偿、抵销、更改、免除、混同） 第二章“契约” 第三章“无因管理” 第四章“不当得利” 第五章“侵权行为” |
| 俄罗斯民法典 | 第三编“债法总则”、 第四编“债的种类” | 第三编“债法总则” 第一分编“关于债的一般规定”（债的概念和当事人、债的履行、债的担保、债的移转、违反债的责任、债的终止） 第二分编“关于合同的一般规定”（合同的概念、合同的签订、变更和解除） 第四编“债的种类”（买卖、租赁等具体合同、无因管理、损害赔偿、不当得利） |

^① 柳经纬：《各国或地区民法典债法体系的比较研究》，载柳经纬：《当代中国民事立法问题》，厦门，厦门大学出版社 2005 年版，第 173~186 页。

续 表

| 名 称 | 编 制 | 内 容 |
|-----------------|--------------------------------------|--|
| 意大利民法典 | 第四编“债” | 第一章“债的总论”（预备性条款、债的履行、债的不履行、债消灭的其他形式、债权转让、代位清偿、承担债务、债的类型〔金钱之债、选择之债、可分之债和不可分之债〕） 第二章“契约总论” 第三章“各类契约” 第四章“单方允诺” 第五章“有价证券” 第六章“无因管理” 第七章“非债给付” 第八章“不当得利” 第九章“不法行为” |
| 荷兰民法典 | 第六编“债法总则”、 第七编“有名合同”、 第八编“运输法” | 第六编“债法总则” 第一章“债的一般规定” 第二章“债权和债务的转移和债权的放弃” 第三章“侵权行为” 第四章“侵权行为和合同意外的债”（无因管理、无因偿付、不当得利） 第五章“合同总则” 第七编“有名合同” 第八编“运输法”（海商法、内河航运法、道路运输法、航空运输法、铁路运输） |
| 中国台湾地区 “民法” | 第二编“债” | 第一章“通则”（债之发生〔契约、代理权之授与、无因管理、不当得利、侵权行为〕、债之标的、债之效力、多数债务人、债之转移、债之消灭） 第二章“各种之债”（买卖等具体合同） |
| 中国澳门地区 “民法典” | 第二卷“债法” | 第一编“债之通则”（一般规定〔债之内容、自然债务〕、债之渊源〔合同、单方法律行为、无因管理、不当得利、民事责任〕、债之类型〔不确定权利主体之债、连带之债、可分之债、不可分之债、种类之债、选择之债、金钱之债、利息之债、损害赔偿之债〕、债权及债务之移 |

续表

| 名称 | 编制 | 内容 |
|-------------|---------|--|
| 中国澳门地区“民法典” | 第二卷“债法” | 转、债之一般担保、债之特别担保 [保证、收益用途之指定、质权、抵押权、优先受偿权、留置权、债务之履行及不履行、履行以外之债务消灭原因 [代物清偿、提存、抵销、更新、免除、混同]] 第二编“各种合同” |

上述国家或地区民法典债编的体系和内容虽然有所不同，但是也有基本相同的内容。一般来说，债法的体系可分为两个部分：一是债法的一般规范，即债法总则；二是各种具体类型的债，即债法分则。在教科书体系上，前者为债法总论，后者为债法各论。

债法总则的内容一般包括：(1) 债的标的，主要内容包括给付义务、种类之债、金钱之债和选择之债；(2) 债的效力，主要内容包括债的履行原则（诚实信用）、履行的基本规范（如第三人履行、履行地、履行期限、履行方法、代物清偿等）以及债不履行（不履行、不完全履行、迟延履行等）及其后果、免责事由；(3) 债的保全，内容包括代位权和撤销权；(4) 多数人之债，内容包括按份之债、连带之债、不可分之债等；(5) 债的移转，内容包括债权转让、债务承担和债权债务概括转让；(6) 债的消灭，除履行以外，债的消灭事由包括提存、抵销、免除、更新、混同。

债法分则的内容一般包括：合同（合同总则、各类合同）之债、无因管理之债、不当得利之债、侵权行为之债以及其他类型的债。

我国目前尚未制定民法典，有关债法的内容散见于《民法通则》、《合同法》、《侵权责任法》等法律之中，且初步形成了一个包括债法总则和债法分则的规范体系。见 [表 3]

表 3 我国现行法中的债法规范体系

| | 内容 | 对应法律条文 |
|------|-------|--|
| 债法总则 | 债的标的 | 《民法通则》第 84 条（债的概念） |
| | 债的效力 | 《民法通则》第 88 条（合同的履行）、第六章第二节“违反合同的民事责任” 《合同法》第 6 条（诚信履行原则）、第 60 条至第 72 条（合同的履行）、第七章“违约责任” |
| | 债的保全 | 《合同法》第 73 条（代位权）、第 74 条至第 75 条（撤销权） |
| | 多数人之债 | 《民法通则》第 86 条（按份之债）、第 87 条（连带之债） |

续表

| | | |
|------|--------|---|
| 债法总则 | 债的移转 | 《民法通则》第91条（合同转让） 《合同法》第五章“合同的变更和转让” |
| | 债的消灭 | 《合同法》第六章“合同的权利义务终止”（合同解除、债务抵销、提存、免除、混同） |
| 债法分则 | 合同之债 | 《民法通则》第四章“民事法律行为和代理”、第85条（合同的概念） 《合同法》总则（合同的订立、合同的效力、合同的履行 [第66条至第69条：双务合同的履行]） 《合同法》分则（买卖合同等15种有名合同） 《担保法》第二章“保证”、第六章“定金” |
| | 无因管理之债 | 《民法通则》第93条（无因管理） |
| | 不当得利之债 | 《民法通则》第92条（不当得利） |
| | 侵权行为之债 | 《民法通则》第六章第三节“侵权的民事责任”、《侵权责任法》 |
| | 其他类型的债 | 如《物权法》第92条（相邻关系中的赔偿）、第112条（归还拾得物时必要费用的补偿）等。 |

三、我国民法典编纂中债的立法问题

我国曾于20世纪50年代中期、60年代前期和70年代末期三次起草民法典，但均因故而未能如愿。90年代末，随着社会经济的发展和依法治国方略的确立，我国重启编纂民法典的立法工作。2002年12月23日，《中华人民共和国民法（草案）》提请全国人大常委会审议，标志着民法典的立法工作正式进入立法程序。

在民法典编纂问题上，关于应如何安排债法的内容，学界存在着不同的主张，其主要者有三。从是否维护以德日民法为代表的传统民法债法体系的角度观察，这三种不同主张可称为“肯定说”、“否定说”和“折中说”。^①

“肯定说”主张维护传统民法的债法体系。梁慧星教授主持完成的《中国民法典草案建议稿》^②代表了“肯定说”。该草案建议稿设三编规定债，分别为债权总则（第三编）、合同（第四编）和侵权行为（第五编），由此三编构成一个完整的债法体系。该草案建议稿第651条规定：“债因合同、侵权行为、不当得利、

^① 柳经纬：《当代中国债权立法问题研究》，北京，北京大学出版社2009年版，第175～181页。

^② 梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿》，北京，法律出版社2003年版。

无因管理、单方允诺、缔约过失或者法律的特别规定而发生。”（第1款）“因合同、缔约过失发生的债，适用本法合同编的规定。”（第2款）“因侵权行为发生的债，适用本法侵权行为编的规定。”（第3款）在关于“债权总则”编的说明中，明确指出：“将‘债权法’分为‘债权总则’、‘合同法’和‘侵权行为法’三编，而以‘债权总则编’统属‘合同法编’和‘侵权行为法编’，以此维持‘债权法’内部的逻辑性和体系性。”

“否定说”主张民法典只设合同和侵权行为编，不设债法总则。2002年年底提交审议的《中华人民共和国民法（草案）》只有“合同法编”和“侵权责任编”，没有债法总则编，代表了“否定说”。目前，学界呼应“否定说”的人并不多。

“折中说”有多种情形，其主要特点是保留债法的基本结构，但主张侵权行为法独立。王利明教授是“折中说”的极力主张者。尽管在其主持完成的《中国民法典草案建议稿》^①也设立前后相接的三编，分别规定债法总则（第六编）、合同（第七编）和侵权行为（第八编），尽管在该草案建议稿第1153条也规定“债也可以基于法律规定而发生，包括无因管理、不当得利、侵权行为、缔约过失等事实。”（第2款），把侵权行为纳入债的发生原因之一，但与“肯定说”所主张的债法体系不同，在“折中说”所主张的民法典体系里，侵权行为编是独立于债法的，其目的是构建一个独立于债的责任体系。

本书的观点是维护传统的债法体系，也就是由债法总则和债法分则构成的债法体系。在这个体系里，侵权行为法作为债法分则的组成部分而存在，而不是作为独立于债法或者游离于债法的制度而存在。^②主要理由是侵权行为引起的损害赔偿，本质上属于债，把侵权行为排除在债的体系之外，理论上难以成立，且不利于法律体系的构建。

在编制问题上，是采取一编制还是多编制，主要涉及债法体系的规模，而不涉及其他方面的问题。早期的民法典多采取一编制，但由于债法的体系过于庞大，与民法典其他编很不协调，因此后来的民法典多采取多编制。这在一定程度上缓解了债编与民法典其他编的比例悬殊问题。

^① 王利明主编：《中国民法典草案建议稿及说明》，北京，中国法制出版社2004年版，第277页。

^② 有关论证，详见柳经纬：《当代中国债权立法问题研究》，北京，北京大学出版社2009年版，第145～161页，第181～192页；另见柳经纬：《我国民法典应设立债法总则的几个问题》，载《中国法学》，2007年第4期；《关于如何看待债法总则对各具体债适用的问题》，载《河南省政法管理干部学院学报》，2007年第5期；《从债的一般规范对侵权行为的适用性看债法总则的设立》，载《罗马法、中国法与民法法典化（文选）》，北京，中国政法大学出版社2008年版。

然而，采取多编制也不是没有问题。例如，《俄罗斯联邦民法典》采取两编制，第三编“债法总则”内容包括债的一般规定和合同的一般规定，前者是名副其实的债法总则，后者是合同法总则，总计147条（第307～453条）；第四编“债的种类”包括各种具体合同、侵权行为、不当得利和无因管理，总计656条（第454～1109条），约为第三编条文数的4.5倍；且是第二编“所有权和其他物权”条文数的6.7倍，后者仅有98条（第209～306条）。由此可见，采取多编制并没有真正解决债编与民法典其他编的比例失调问题。而且，多编制还可能带来债法内容分编的不合理问题。例如，上述《俄罗斯联邦民法典》将合同的一般规定置于债法总则编内，显然不合理，合同的一般规定只能构成合同法的总则，而不是债法的总则。又如《荷兰民法典》采取三编制，其第六编“债法总则”内容包括了债的一般规定和合同总则、侵权行为、不当得利和无因管理，把债的类型至于债法总则，显然欠妥。

在我国学者提出的民法典草案建议稿里，也存在上述类似的问题。梁慧星教授主持的《中国民法典草案建议稿》分三编安排债法的内容，第三编“债法总则”内容包括债的发生（即典型之债）和债的一般规范，总计192条（第645～836条）；第四编“合同”内容包括合同总则和具体合同，总计705条（第837～1541条）；第五编“侵权行为”，总计99条（第1542～1640条），其间的不成比例也是很明显的。而且，与民法典的其他组成部分的不成比例依然存在，如该建议稿的继承编仅有90条（第1835～1924条）。

因此，在编制问题上，我们认为应更多地考虑债法内容安排的科学性，应更多地考虑民法典债法体系的构建问题，而不宜单纯强调篇幅的问题。有鉴于此，我们主张，从民法典债法体系构建的科学性考虑，建议采取一编制，即只设债编，将债法的一般规范和各种典型类型的债统一在债编。采取一编制的好处在于债的法律体系一目了然，避免分编制可能导致的对债法体系的不同理解。民法典债编的结构见附录。

附录：民法典债编结构^①

民法典 债编

第一章 总则（包括一般规定、债的类型、债的效力、债的保全、债的移转、债的消灭、多数人之债）

第二章 合同（总则 [一般规定、合同的订立、格式条款、合同的效力、合同的变更和解除、违约责任]、买卖合同、水电热气供应合同、赠与合同、租赁

^① 柳经纬：《当代中国债权立法问题研究》附录一“民法典债编结构”，北京，北京大学出版社2009年版，第199～201页。

合同、融资租赁合同、借用合同、存款合同、借款合同、承揽合同、建设工程承包合同、运输合同、委托合同、行纪合同、居间合同、保管合同、仓储合同、物业管理合同、医疗合同、旅游合同、住宿合同、餐饮服务合同、技术合同、演出合同、合伙合同、和解合同、保证合同、人事保证、悬赏合同、特许经营合同、雇佣合同)

第三章 无因管理

第四章 不当得利

第五章 侵权行为 (一般规定、特殊侵权行为)

目 录

| | |
|----------------------------|-----|
| 导论：当代中国债权立法问题 | I |
| 一、债法的概念 | I |
| 二、债法的体系与内容 | III |
| 三、我国民法典编纂中债的立法问题 | VII |
| 第一章 债的概述 | 1 |
| 第一节 债的概念 | 1 |
| 第二节 债的特征 | 4 |
| 第三节 债与责任 | 16 |
| 第二章 债的客体 | 22 |
| 第一节 给付 | 22 |
| 第二节 给付的类型 | 26 |
| 第三节 金钱之债 | 34 |
| 第四节 劳务之债 | 37 |
| 第五节 种类之债 | 39 |
| 第六节 选择之债 | 43 |
| 第三章 债的发生 | 46 |
| 第一节 债的发生原因概述 | 46 |
| 第二节 合同 | 47 |
| 第三节 无因管理 | 58 |
| 第四节 不当得利 | 67 |
| 第五节 侵权行为 | 79 |
| 第六节 非典型之债 | 127 |
| 第四章 债的效力 | 134 |
| 第一节 概述 | 134 |
| 第二节 债的履行 | 137 |

| | | |
|------------|--------------------|-----|
| 第三节 | 债的不履行及其效果 | 156 |
| 第四节 | 双务合同的特殊效力 | 180 |
| 第五章 | 债的保全 | 195 |
| 第一节 | 概述 | 195 |
| 第二节 | 代位权 | 200 |
| 第三节 | 撤销权 | 209 |
| 第六章 | 多数人之债 | 218 |
| 第一节 | 多数人之债概述 | 218 |
| 第二节 | 按份之债 | 219 |
| 第三节 | 连带之债 | 222 |
| 第四节 | 不真正连带债务 | 231 |
| 第七章 | 债的担保 | 240 |
| 第一节 | 概述 | 240 |
| 第二节 | 保证 | 249 |
| 第三节 | 定金 | 271 |
| 第四节 | 违约金 | 276 |
| 第八章 | 债的变更 | 288 |
| 第一节 | 概述 | 288 |
| 第二节 | 债权转让 | 293 |
| 第三节 | 债务承担 | 308 |
| 第四节 | 债权债务的概括移转 | 317 |
| 第九章 | 债的消灭 | 322 |
| 第一节 | 概述 | 322 |
| 第二节 | 清偿 | 323 |
| 第三节 | 提存 | 323 |
| 第四节 | 抵销 | 330 |
| 第五节 | 免除 | 338 |
| 第六节 | 混同 | 341 |

第一章 债的概述

第一节 债的概念

一、债的概念

在日常生活中，债有多种含义。例如，债有时指情感上或行为上的赊欠，如“情债”、“诗债”、“文债”等；但这些均非法律意义上的债，法律意义上的债是依法成立并受法律保护的债。在我国当下，关于债的定义有两个：一是学理上的定义；二是法律上的定义。^①

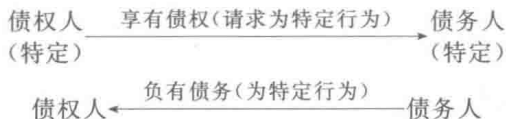
(一) 债的学理定义

学理上一般认为，债是指特定当事人之间请求为特定行为的法律关系。在这一法律关系中，当事人一方为债权人，另一方为债务人；债权人有权请求债务人为特定行为，债务人则负有为该特定行为的义务。（参见[图示 1-1]）

债的学理定义采用两个“特定”，既简明扼要地揭示了债的概念的本质内涵，同时也将债之法律关系与其他法律关系尤其是物权关系区别开来。第一个“特定”，是指“特定当事人”，用来表明债之关系的双方当事人都是特定的，即债权人和债务人都是特定的，以此区别于物权关系，后者的权利人特定而义务人则不特定。第二个“特定”，是指“特定行为”，表明债的客体是债务人的行为（即给付），债的内

^① 柳经纬：《当代中国债权立法问题研究》，第一章第二节“债的定义”，北京，北京大学出版社 2009 年版，第 20~23 页。

容是债权人有权请求债务人为或不为一定行为(相应的,债务人则有义务为或不为此一定行为),债权为请求权,以此区别于物权关系,后者的客体是物而非行为,物权是支配权而非请求权。



图示 1-1 债的关系

债的概念源自罗马法上的 *obligatio*, 既指债权、债务, 也指债权债务关系, 有时被称为“法锁”, 债是应负担履行义务的法锁, 即“一种迫使我们必须根据我们城邦的法律制度必须履行某种给付义务的法律约束。”^①现代各国各地区民法上, 尽管债的具体称谓有所不同, 但其含义是一致的。例如, 《德国民法典》第 241 条第 1 款规定: “根据债务关系, 债权人有权向债务人请求给付的权利。”我国民国时期的民法典(现行我国台湾地区“民法”)第 199 条第 1 款规定: “债权人基于债之关系, 得向债务人请求给付。”虽然表述不同, 但其意义相同, 都表达了债是特定人之间请求为特定行为的法律关系的法律内涵。

(二) 债的法律定义

法律上的定义, 指《民法通则》关于债的定义。《民法通则》第 84 条第 1 款规定: “债是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。享有权利的人是债权人, 负有义务的人是债务人。”

《民法通则》的这一定义强调的是: (1) 债是根据合同或法律规定而发生的法律关系; (2) 债是当事人之间的法律关系; (3) 债的内容特定, 即债的权利和义务特定。其中, (1) 揭示的是债的发生根据(类型)问题, 与债的概念没有直接关系。有关债的概念的内涵, 主要是(2)与(3)两点。因为这两点涉及定义所承担的揭示概念本质特征的功能问题。如果按照这两点进行分析, 《民法通则》第 84 条规定的“债”只不过是一般法律关系的概念, 并没有揭示债的关系在主体、客体和内容三个方面的本质特征, 无法获得关于债的概念的科学定义; 这一定义造成了债的关系与其他法律关系的混淆。理由如下:

其一, 依法律关系的理论, 凡法律关系都有双方主体, 即法律关系总是发生在权利人和义务人之间。债的关系如此, 物权关系、知识产权关系以及其他法律关系亦如此。不同的是, 债的关系发生在特定的当事人之间, 即债的双方当事人——债权人和债务人——都是特定的; 物权关系发生在特定的权利人和不特定的义务人之间, 即物权关系的一方当事人特定而另一方不特定。因此, 说“债是

^① [意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》, 黄风译, 北京, 中国政法大学出版社 1992 年版, 第 284 页。

当事人之间的法律关系”，所揭示的不只是债的关系的特征，而是所有法律关系的共同属性。

其二，凡法律关系都有其特定的权利义务内容，不同的权利义务内容规定了不同类型的法律关系。例如，债的主要内容是请求权，债权人有权请求债务人为或不为一行为的权利；物权关系的内容是支配权，物权人有权按照其物权对物进行支配的权利，如所有权人对物享有占有、使用、收益和处分的权利。因此，“特定的权利义务”也不是债的关系所特有的属性，而是所有法律关系共有的法律属性。

其三，法律关系的第三构成要素是客体，不同的法律关系有不同的客体。通说认为，物权的客体是物，债的客体是债务人的行为（给付），因此债权人有权请求债务人为或不为一行为。《民法通则》第84条只规定债是“当事人间产生的特定的权利义务关系”，没有揭示出债的客体的特定性。

表格 1-1 学理上的“债”、《民法通则》84 条的“债”与法律关系

| | 学理上的“债” | 民法通则 84 条的“债” | 法律关系 |
|----|---------------------|----------------------|-----------------------------|
| 主体 | 债权人与债务人均特定 | 当事人；未明确特定性 | 可以是特定的，也可以是不特定的 |
| 内容 | 特定的权利义务内容（主要内容为请求权） | “特定的权利义务”；未明确具体的权利义务 | 特定的权利义务内容；依法律关系不同，其权利义务内容不同 |
| 客体 | 债务人的行为（给付），具有特定性 | 未揭示出债的客体的特定性 | 不同的法律关系有不同的客体 |

二、广义之债与狭义之债

债作为一种法律关系，也有广义的债与狭义的债之分。狭义债的关系，是指个别的给付关系，就可以请求给付的一方当事人言，其为债权；就负有给付义务的一方当事人言，其为债务。上述债的概念系指狭义的债的关系。广义债的关系，是指包括多数债权债务（即狭义债的关系）的概括法律关系。^① 以买卖合同为例，出卖人负有的转移标的物所有权的债务，买受人受领标的物，即为狭义之债；买受人支付价款、出卖人受领价款，则是另一狭义之债。此外，当事人间还有基于买卖合同所生其他一些义务。这些狭义的债的关系，构成买卖合同之债这种广义的债的关系。（见[图示 1-2]）

^① 王泽鉴：《民法概要》，北京，中国政法大学出版社 2003 年版，第 161 页。

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>

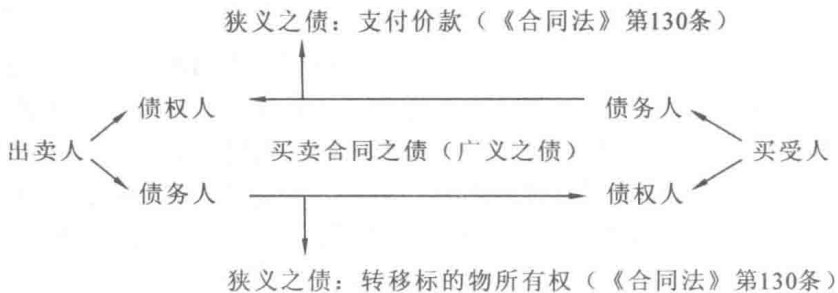


www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

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>





图示 1-2 广义之债与狭义之债

第二节 债的特征

一、债的特征

债与其他民事法律关系相比较，具有以下特征：

（一）债的财产性^①

债权和物权同为财产权，是现今民法学的通说。然而，与物权的财产性直接表现为其客体——物本身具有财产价值，能够直接用货币来评价不同，债的财产性并不是直接表现在其客体——给付之上。

无论是交付财物还是提供劳务，也无论是移转权利还是不作为，债务人所为的行为本身并不具有直接的财产价值。例如，我们不能说卖方交付一台电视机的行为值多少钱，也不能说承运人将旅客从 A 地运送到 B 地的行为具有多少财产价值，更不能说张三容忍李四使用借用的电视机又值多少钱。债的财产性并不是直接表现在其客体——给付之上。

债的财产性与其说是债的客体本身具有直接财产内容的一种属性，还不如说是债所具有的能够用财产（金钱）来评价的一种属性。在债的发展史上，债存在着一个从人身到财产的发展历程。在债的起源时期，债的效力直接指向债务人的人身，债务人不履行债务时，债权人可以对债务人的人身采取直接强制和拘束的措施，如贩卖为奴。后来，由于社会进步，对债务人直接强制，使其屈服于债权人的意思及实力的因素，渐次消逝，经过长期的发展才使债具有了财产性意义。^②“法律规定首先应当要求支付‘罚金’或‘债款’，只有当债务人的财产不能给付或

^① 柳经纬：《当代中国债权立法问题研究》，北京，北京大学出版社 2009 年版。

^② 王泽鉴：《债法原理 第一册：基本理论、债之发生》，北京，中国政法大学出版社 2001 年版，第 29 页。

清偿时，权利享有人才能通过执行方式对其人身采取行动；直到此时，债才第一次获得了新的意义，即财产性意义。”^①也就是说，在这层意义上的债的财产性，并不是指其客体本身具有直接财产内容，而是指社会意识允许对未履行的给付实行钱款转换。^②

在各种形态的给付中，交付财物、支付金钱、移转财产权、提供劳务、容忍他人使用物品可以给债权人带来直接的财产利益，因而以这些给付为客体的债具有财产性；不为竞业行为也会间接地给债权人带来财产利益，因而所成立的债也具有财产性。然而，债的财产性并非要求给付直接或间接地给债权人带来财产利益，不能直接或间接给债权人带来财产利益但能够采用财产评价的给付也可以成立债的关系。正如有学者指出的那样，“惟民法上之债，其给付虽不限于具有财产价格，但终须以有形或无形的利益为依归，且当其不履行时，须能转变为损害赔偿而后可”^③。即，债权所以是财产权，原因在于“其给付系以财产或得评价为财产者为主”^④。

[设例 1-1] 不为之债的财产性

邻里之间约定在夜间一定时间内不得弹奏钢琴，虽不能直接或间接地给债权人带来财产利益，但如果债务人违背约定，夜间弹奏钢琴，债权人可以请求金钱赔偿。即，不作为债务未得到履行时，可以转化为金钱之债，进而可以用财产评价，因此也可以成立债的关系。

（二）债的相对性

法律关系有发生在特定人与不特定人之间的，有发生在特定人与特定人之间的。债是发生在特定当事人之间的法律关系。因此，债的主体不论是权利主体还是义务主体都只能是特定的，债权人只能请求债务人为给付的义务，也只有债务人才对债权人负给付的义务。债的这种特性，学理上称为债的相对性或者对人性，债权亦因此属于相对权或对人权。

债的相对性主要包括以下内容：任何人不得擅自为他人创设权利或设定义务；债权人或债务人以外的人不得享有债权或承担债务；债务人只对债权人承担不履行债务的责任，不对债权人以外的任何人负责法上的责任；在债的关系中，即使因第三人的原因造成债务人不能履行债务，债权人也不得直接向第三人请求

① [意]彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，北京，中国政法大学出版社1992年版，第283页。

② 同上书，第288页。

③ 郑玉波：《民法债编总论》，陈荣隆修订，北京，中国政法大学出版社2004年版，第1页。

④ 邱聪智：《新订民法债编通则》（上），中国台北，华泰文化事业公司2000年版，第13页。

损害赔偿，而应由债务人承担相应的责任。^①对此，《法国民法典》第1165条明确规定：“契约只在缔约人之间有相当于法律的效力。”

然而，物权关系、知识产权关系以及继承权关系中只有权利主体是特定的，义务主体则为不特定的人，也就是说权利主体得向一切人主张权利。而且，与债的相对性强调债务人特定不同，物权的绝对性则在强调其义务主体的不特定性。（参见[案例1-1]）

以合同之债为例，我国《合同法》的多处规定也体现了合同之债的相对性。通常认为，《合同法》第64条、第65条规定的涉他合同中的违约责任承担问题，^②第121条规定的因第三人原因违约的责任承担问题，^③均属于合同之债相对性的表现。

当然，债的相对性在很多层面都有所突破（详见后述）。然而，债的相对性的突破并不构成对债的相对性的否定，它们的存在是为了更好地实现和保障债的关系，或者是为了更好地实现债的社会功能。

[案例1-1]渤海公司与金世纪公司、宝玉集团建设工程施工合同纠纷案^④

基本案情：2000年10月8日，宝玉集团与金世纪公司签订《联合建房协议书》，联合开发建设新世纪家园。2001年3月5日，渤海公司与宝玉集团签订《建设工程施工合同》，约定由渤海公司承建大连新世纪家园高层住宅楼。后因工程款纠纷，渤海公司向法院起诉请求，要求宝玉集团给付工程款，金世纪公司对此承担连带责任。

问题点：“债的相对性”的理解：新世纪公司是否应承担连带责任

判决：金世纪公司不应当对宝玉集团偿还渤海公司工程欠款承担连带责任。

法理分析：本案讼争的法律关系是施工合同纠纷，而不是合作开发房地产合同纠纷。合同是债的发生根据之一，本案施工合同引发的工程款纠纷属于债的纠纷。债的关系特征之一是当事人特定，本案施工合同的当事人为宝玉集团与渤海公司，宝玉集团为发包人，渤海公司为承包人。根据债的相对性，债只对特定的当事人发生效力，对第三人不发生效力，本案施工合同只对宝玉集团和渤海公司发生效力，对其他人不发生效力。金世纪公司与宝玉集团之间存在合作开发房地产关系，但金世纪公司不是施工合同当事人，因此不应对施工合同承担责任。

^① 潘修平等编著：《债权法：原理·规则·案例》，北京，清华大学出版社2006年版，第51~52页。

^② 关于《合同法》第64条、第65条的分析，参见本书第六章第四节“第三人参与之债”。

^③ 王利明：《合同法研究》（第一卷），北京，中国人民大学出版社2002年版，第100页。

^④ 最高人民法院（2007）民一终字第39号民事判决书，《最高人民法院公报》，2008年第11期。

(三) 债以债务人的特定行为(给付)为客体

债的客体又称债的标的,是指债权债务所指向的对象。债是特定当事人间可以请求为特定行为的法律关系。在债的关系中,债权和债务都指向一个共同的对象,即债务人的特定行为。此债务人之特定行为,民法学上称为“给付”。《德国民法典》第241条第1款规定:“依据债务关系,债权人有权向债务人请求给付。”我国台湾地区“民法”第199条第1款也规定:“债权人基于债之关系,得向债务人请求给付。”

在法律上,构成“给付”的债务人的行为包括作为和不作为,前者如交付货物、移转权利、提供劳务、交付工作成果,后者如不泄密、不喧哗、不为同业竞争。

债的客体为给付,意味着债的核心内容只是请求权,而非支配权,它既不能如同物权那样直接支配特定的物,更不能像古代法上的债权那样支配债务人。依据法律关系的客体是给付还是物或其他,我们可以将债的关系与物权等其他法律关系区别开来,同时也可以此标准对具体的法律关系加以归类。由于给付是债务人的行为,债权人只能请求债务人为给付行为,因此凡不以相对人的行为为客体,而以对物(物权)、智力成果(知识产权)、人格利益(人格权)以及身份利益(身份权)为支配对象的法律关系,均不属于债的关系。但是,凡以请求相对人完成一定行为的权利,且符合其他债的构成因素(尤其是相对性)的,则均可归入债的范畴。

[案例 1-2] 崔某与毕某财产损害赔偿纠纷上诉案^①

案情:毕某在利津县二河西岸滩投放青蛤苗进行贝类养殖。毕某所使用的二河西岸线滩上有一个因海啸而形成的自然港湾,平时有部分渔船在此停靠。2002年1月某日下午,崔某将其所有的鲁河渔1170号渔船在底部刷完防腐漆后推入该水域中。2月4日,毕某发现养殖的青蛤出现死亡现象,9日上午,毕某将崔某的渔船扣留。2月25日,毕某提起诉讼,要求赔偿经济损失3.8万元。崔某提起反诉,要求毕某赔偿因私自扣押船只造成的损失。

问题点:毕某能否私自扣押船只

判决:崔某的渔船因涂刷油漆造成涉案海域污染,且与毕某的青蛤损害事实之间有因果关系,崔某应承担相应的民事责任。毕某要求崔某赔偿经济损失,符合法律规定,予以支持。崔某虽然存在侵害毕某权益的行为,但毕某无权私自扣留崔某的船只,崔某要求毕某赔偿因扣留其船只造成的经济损失,符合法律规定,应予支持。

法理分析:本案中的环境污染侵权产生侵权之债(参见本书第三章债的发生),被侵权人可以请求侵权人赔偿其损失。但债的客体为给付,意味着债权的

^① 山东省东营市中级人民法院(2002)东民四终字第74号民事判决书。

核心内容只是请求权，而非支配权，不能直接支配债务人人身或债务人的财产，因此，除非构成法律上规定的留置权或私力救济的要件，毕某无权直接支配或扣留崔某的财产。

（四）债的任意性

债依其发生的原因有意定之债与法定之债之分。债权通常只涉及债权人与债务人之间的关系，原则上不对第三人产生影响，因此允许当事人自由设定债务的内容。^① 意定之债是由当事人的意思决定的，并且法律不会因当事人自行设定的债的关系在法律上没有明确规定而不承认其效力。

物权具有绝对性和排他性，其对世效力可能导致他人承担并非基于自身意思的义务，若允许自由创设物权，会影响潜在的不特定义务人。而且，若允许自由创设，也会在物权公示方法上面临诸多困难，因此，物权关系遵循物权法定原则。例如，《物权法》第5条规定：“物权的种类和内容，由法律规定”。但与此不同，债权通常不约束债务人以外的第三人。例如，当事人不仅可以缔结《合同法》规定的15种典型合同，也可以自由缔结典型合同以外的合同。而且，也可允许当事人通过合意改变典型合同的内容。正是基于这样的表现，以合同法规范为核心的债权法规范通常都是任意性规定。

（五）债的平等性和相容性

物权具有优先性和不相容性，在同一物上不能成立内容不相容的数个物权关系（如一物不能二主），如同一物上存在数个物权关系时，其效力亦有强弱、先后之分（如先设立的抵押权优先于后设立的抵押权而实现）。债的关系则具有相容性和平等性，在同一标的物上不仅可成立内容相同的数个债的关系，并且同一标的物上存在的数个债的关系相互间是平等的，原则上不存在优先性和排他性。

就债的平等性言，数个债权人对于同一债务人先后发生数个普通债权（指未设立担保的债权）时，各个债权具有同等的效力，不论其发生先后，均以同等地位并存。^② 也正因为债的平等性，债权法中也发展出了债权人平等原则，在债务人破产时，各个债权人不论其债权发生先后只能按其比例参加破产财产的分配。^③ 当然，法律有特别规定，或者设定有担保物权，或者是构成第三人侵害债权之情形除外。

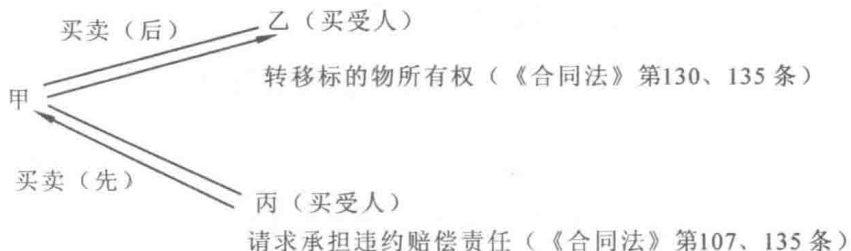
例如，在一物二卖之情形，两个买受人都取得了买卖合同上的债权，两个债权可以同时并存。但因物权具有排他性，该物的所有权只能由买受人的其中之一取得；而未能取得标的物所有权的买受人，则可以请求出卖人承担违约赔偿责

① [日]野村丰弘等：《民法Ⅲ债权总论》（第3版），日本东京，有斐阁2005年版，第3页。

② 王泽鉴：《民法概要》，北京，中国政法大学出版社2003年版，第162页。

③ [日]加藤雅信：《新民法大系Ⅲ：债权总论》，日本东京，有斐阁2005年版，第222页。

任。如[图示 1-3]所示。



图示 1-3 债的相容性：一物二买

二、债的相对性的突破

基于债的相对性，债的效力只能及于特定的债权人和债务人（即债的对内效力，与此相对的则是债的对外效力），而与第三人无关，从而决定了债是一个封闭的关系。债的相对性原则的确立，是民法体系化的一个重要步骤。从债权相对性和物权绝对性出发，引申出债权与物权在义务主体、权利客体、权利的效力、保护方法等方面的不同，大陆法系民法的发展也因此获得了强大的逻辑支持。但是，随着社会的发展，债的相对性原则也在民法促进交易发展、充分保护交易当事人、维护公平的市场竞争的某些问题上设置了障碍。近代以来的民法为适应社会生活和经济生活发展的需要，在很多方面逐渐突破了债的相对性原则。^① 即在某些情况下，债对债权人和债务人以外的第三人也发生效力——债的对外效力。

债的对外效力主要表现在以下几个方面：

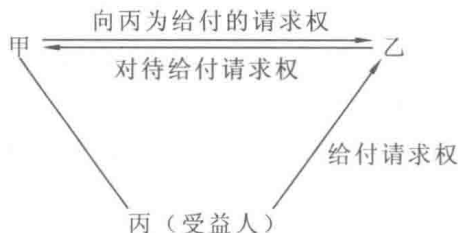
1. 为了第三人利益发生效应，使特定第三人通过债的请求权得到保护，从而使得债突破了其相对效力

例如为第三人利益合同。

[设例 1-2]为第三人利益合同

甲意欲从乙处购买动产，并将该动产赠与丙。于此情形，甲可以从乙处受领该动产后再与丙缔结赠与合同，然后为履行即可达成其目的。但此时第三人丙并未能取得直接向乙请求给付的权利。为此，也可以采取为第三人利益合同的方式。即甲与乙之间缔结合同，约定乙应向第三人丙给付该动产，并赋予第三人丙向乙直接为请求给付的权利。据此，丙就取得了以要求丙给付该动产为标的的债权。如[图示 1-4]所示。

^① 朱晓哲：《债之相对性的突破——以第三人侵害债权为中心》，载《华东政法学院学报》，1999年第5期。



图示 1-4 为第三人利益合同

[延伸思考]附保护第三人作用的合同

德国的判例及学说还发展出一种所谓附保护第三人作用的合同。即特定合同一经成立，不但在当事人之间发生权利义务关系，同时，债务人对于与债权人具有特殊关系的第三人，也负有照顾、保护等义务。债务人违反此项义务时，就该特定范围内的人所受的损害，也应依合同的原则负赔偿责任，即特定合同有保护第三人的作用。^① 例如，甲与某建筑公司缔结建设工程承揽合同，建一栋三层别墅。建成后，甲的岳母前来做客，二楼阳台因为质量问题不慎断裂，其岳母从阳台上跌下，造成伤害。在此情形，乙的岳母就是附保护第三人作用的对象，可以要求建筑公司赔偿其损害。该例子即德国法上的“附保护第三人作用之合同”判例和学说的反映。

有学者建议我国引入附保护第三人作用的合同制度，但也有学者认为，用扩大合同责任的方式解决因债务人的行为造成第三人的损害问题会遇到法律上的困难，认为不宜借鉴德国法的经验来扩大合同责任的适用范围。^② 但从我国现行法律规定来看，我国也有法律承认了这种债的对外效力。例如，依据《消费者权益保护法》第 41 条规定，经营者提供商品或者服务，造成消费者或其他受害人人身伤害的，应当予以赔偿。

应当指出的是，保护第三人作用的合同与为第三人利益的合同都是合同相对性突破的体现，而且，德国法上的“附保护第三人作用之合同”在创立当初，曾被认为是“为第三人利益合同”的一种形态，但是两种合同仍然存在一定的区别。例如，前者中的第三人乃是“债权人基于特定的客观利害关系对其须特别保护、照顾之人”，而后者中的第三人乃是“债权人与债务人约定由债务人向其履行给付义务之人”。

[延伸思考]关于《合同法》第 64 条的不同见解

一种观点是肯定说。肯定说认为，《合同法》第 64 条规定的情形是为第三人

^① 王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第 2 册），北京，中国政法大学出版社 1998 年版，第 34 页。

^② 王利明：《合同法研究》（第一卷），北京，中国人民大学出版社 2002 年版，第 104 页以下。

利益合同，第三人依合同取得了要求债务人履行义务的请求权。否则，本条规定将形同虚设。^①例如投保人与保险人订立保险合同，可以约定保险人向作为第三人的被保险人、受益人履行，被保险人、受益人享有保险金请求权。若第三人未取得请求权，则不是真正的向第三人履行的合同。^②

有观点认为，肯定说还可进一步分为宽泛的肯定说与不足肯定说。^③宽泛的肯定说认为：认为《合同法》第64条实际上包括了两种情况：一是为第三人利益合同，是指合同当事人约定由一方向合同关系以外的第三人为给付，该第三人即因此取得直接请求给付权利的合同。二是第三人代债权人接受履行，即债权人和债务人之间约定由债务人向第三人履行债务，第三人代债权人接受履行，第三人并不独立享有合同上的权利和利益，而只是代替债权人接受履行(经由被指令人而为交付)。^④不足肯定说认为：《合同法》第64条所规定的就是为第三人利益的合同，此种合同是当事人为第三人设定了合同权利，由第三人取得利益。但该规定存在着一些不足，从立法论角度讲，制定民法典时宜加以改进，其中应当规定该第三人对于债务人享有直接的请求权，等等。^⑤

另一种观点是否定说。否定说认为，仅第64条的规定来看，第三人并未取得要求债务人履行义务的请求权。如尹田教授认为，《合同法》第64条规定的情形，在理论上称为“经由被指令人而为交付”的合同，而非“为第三人利益”的合同。此类合同的请求权仍为债权人享有，债务人是基于债权人的请求(指令)而向第三人(被指令人)为给付，第三人并不能取得对债务人的直接请求权，其法律地位类似于债权人给付受领行为的代理人，一旦债务人向第三人履行义务，即发生其向债权人履行义务的同样效果，即债务人的债务因清偿而归于消灭。由于被指令的第三人不享有对债务人直接的给付请求权，所以，如果债务人未按债权人指示向该第三人为给付行为，债务人应对债权人承担违约责任，第三人无权对债务人提出履行请求，也无权对债务人主张违约责任。^⑥《合同法》第64条所规定的情形并非为第三人利益的合同。该条文未规定第三人享有请求权，而是规定“债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定，应当向债权人承担违约责任”，即此时债权人仍可向债务人主张违约责任，那么，请求权应该仍归债权人享有。如果认定债权人已经失去请求权，债务人“应当向债权人承担违约责任”则无法理解？同样，如果第三人享有请求权，债务人“应当向债权人承担违约责任”

① 李国光主编：《合同法释解与适用》(上)，北京，新华出版社1999年版，第282~283页。

② 胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，北京，法律出版社1999年版，第112~113页。

③ 韩世远：《合同法总论》，北京，法律出版社2004年版，第302页。

④ 王利明：《合同法研究》(第二卷)，北京，中国人民大学出版社2002年版，第55页。

⑤ 崔建远主编：《合同法》(第3版)，北京，法律出版社2003年版，第30页。

⑥ 尹田：《论涉他契约》，载《法学研究》，2001年第1期。

更是无法理解？失去了主权利何谈从权利？没有请求权的权利是不完全的权利，也就不能成为真正意义上的权利。《合同法》第64条规定的情形并非为第三人利益的合同，而仅仅是经由被指令人而为交付的合同或者是“向第三人履行的合同”^①，也就是说，我国的《合同法》尚未有条文对第三人利益合同进行规范。^②

显然，学者们对《合同法》第64条出现不同的理解。在此，法条的解释成为必要。

持肯定论的韩世远先生从文义解释、体系解释、法意解释以及比较法解释四个方面对该法条作了全面的阐释。^③首先文义的解释应探明立法者的真意。从立法史料来看，合同法“建议草案”第68条(向第三人履行)第1款前段规定：“合同当事人双方可以约定由债务人向第三人履行合同，第三人依此约定可以取得向债务人请求履行的权利”。1998年8月18日《合同法草案》第65条第2款前段明定：“第三人可以向债务人请求履行”。1998年12月21日《合同法草案》(第三次审议稿)及1999年1月22日《合同法草案》(第四次审议稿)的第64条第2款前段均与前者相同。前述肯定说皆为立法机关、司法机关相关代表人士所作的释义，明确肯定了第三人的履行请求权。1999年3月13日第九届全国人民代表大会法律委员会关于《中华人民共和国合同法(草案)》审议结果的报告中，第二部分“关于合同履行”只提及在草案第60条第1款中增加“全面”两字，并未提及将第64条“第三人可以向债务人请求履行”文句删除一节，也可以推测立法者删除该文句，并不具有特别的意义。^④宽泛肯定说的代表王利明先生及不足肯定说的代表崔建远先生二人均为《合同法》的主要起草人，认为《合同法》第64条可以或者应当涵盖赋予第三人以履行请求权的情形，较之其他人士所作解释，当更合乎立法之本来意图。再者从比较法来看，前文所考察过的一些可能构成《合同法》第64条的比较法立法例，大多肯定了第三人的履行请求权。

上述观点被张家勇先生一一批驳。^⑤张家勇认为，我国《合同法》立法没有全面公开所有讨论资料，所谓立法者的真实意图无从由立法史料得知，第三人权利“从有到无”的表述变化本身说明了立法者的意图，至少无从作相反推论。同时，参与立法的学者解释之间存在明显冲突，王利明教授明确认为第64条只是所谓“经由被指令而为交付”，“并未赋予第三人任何独立的法律地位”；崔建远教授虽认为第64条规定了第三人的权利，但并没有说明理由。因此，他们作为《合同

① 薛军：《论〈中华人民共和国合同法〉第64条的定性与解释——兼与“利他合同论”商榷》，载《法商研究》，2010年第2期。

② 曹家东：《为第三人利益合同之管见》，载《人民法院报》2006年10月23日。

③ 韩世远：《合同法总论》，北京，法律出版社2004年版，第309页以下。

④ 同上书，第313页。

⑤ 张家勇：《为第三人利益的合同的制度构造》，北京，法律出版社2007年版，第362～365页。

法》主要起草人所作论述，相互冲突，不能作为解释第64条在第三人权利问题上的论据。《合同法》第64条只是关于简单为第三人利益合同的一般规范，第三人并无履行请求权，我国现行法上不存在一般性的赋权型为第三人利益合同制度。

本书认为，《合同法》第64条的规定并未在我国形成第三人利益合同制度。我们应注意到该法条定位是在《合同法》第4章——合同的履行中，其在法律体系中的地位说明债务人向第三人履行债务的情况只是履行方向的变更，不影响到合同效力，而且该法条并未规定第三人向债务人的给付请求权。《合同法》第64条规定的仅是“经由指令而为给付”，而不是真正意义上的第三人利益合同。可以说，我国《合同法》事实上并未规定一般性赋权型的第三人利益合同，更谈不上形成制度。^①

但不容否认的是，我国现行法上着实存在着为第三人利益合同的法律规则，特别集中体现在保险、运输、信托、金融等多个法律领域。例如，在货运合同中，托运人与承运人双方约定由第三人为收货人的，第三人虽不是合同当事人，却可以依合同取得对承运人请求交付货物的权利，故此类合同被认为属于利他契约的一种。^②在人身保险或定期金保险以及第三人责任险中，若受益人为投保人以外之第三人时，该保险契约也被认为是第三人利益合同。《保险法》第27条规定：“人寿保险以外的其他保险的被保险人或者受益人，对保险人请求赔偿或者给付保险金的权利，自其知道保险事故发生之日起二年不行使而消灭。”由此可见，我国《保险法》不仅赋予了人身保险合同受益人直接的请求权，也承认了人身保险以外的保险合同中受益人的地位。《保险法》第49条第1款还对责任保险中第三人的请求权作了规定：“保险人对责任保险的被保险人给第三者造成的损害，可以依照法律的规定或者合同的约定，直接对该第三者赔偿保险金。”

2. 第三人侵害债权

原则上，债权的效力只及于债权人与债务人，债权的效力关注的是就债务人的债务不履行得采取何种措施，也即来自债务人的债权侵害。^③然而，问题是，除了债务人之外，其他人能否侵害债权？原则上是不可能的，但是也有例外情况。

^① 吴文娉：《第三人利益合同原理与制度论》，北京，法律出版社2009年版，第317～318页。

^② 我国《合同法》第309条规定了货物运输合同中收货人的提货权。《海商法》第46条、第50条、《铁路法》第16条也规定货运合同的收货人有直接请求权。《铁路运输合同实施细则》第18条第5款和《水路货物运输实施细则》第24条第1款均规定承运人未按规定的运行期间将货物运至到站或到达港，应向收货人偿付违约金。

^③ [日]内田贵：《民法Ⅲ债权总论·担保物权》，日本东京，东京大学出版会2003年版，第167页。