

第一章 绪论

在民法理论体系上，合同法总则与侵权行为法一直是债法总论的重要内容。司法部法学教材编辑部在确定教材书目时出于平衡各本教材的内容及字数的考虑，且作为债法上的具体制度的合同法与侵权行为法也具有自己的体系，将“合同法”与“侵权行为法”另定为两本单独的教材。因此，本书的体系结构及章节安排均受到一定影响，希望读者予以谅解。

还应注意者，为我国目前的债法还相当不完备。但现代债法系建立在较为发达的市场经济基础之上，各国债法制度多有共同之处。因此，本书系以各国普遍设立的制度及其理论为基本材料，并尽可能反映我国现行的债法制度与债法规范，以建立债的理论体系。对此，读者不可不查。

第一节 债法概说

债法指调整债权债务关系的法律规范的总称。形式上的债法，仅指有关债事的法典或民法典中的债编。前者如瑞士债务法，后者如大陆法系国家民法典中的债编。实质上的债法，除形式上的债法外，尚包括有关债事的单行法、其他法律和法规中有关债事的条款、立法与司法解释、有约束力的判例以及司法中适用的有关国际公约等一切债的规范。在大陆法系国家，债法主要表现为法典和单行法的形式，在普通法系国家，债法主要表现为单行制定法和判例。

自罗马法以来，对于债法的名称，各国多有不同。有称为债务法的，如瑞士、土耳其、前南斯拉夫等；有称为债权债务关系法的，如德

国民法典第二编；有称为债权法的，如日本民法典第三编、苏俄民法典第三编；也有的称为债法，如泰国民商法第二编、我国民国时期制定的民法典。我国民法通则未设单编或专章规定债权债务关系，而是于第五章“民事权利”之第二节“债权”中规定有关债的主要内容。

在立法编制上，大陆法系国家的立法例约有两种：一种系以债法为民法典中的独立一编，或制定债务法典；另一种为在民法中不分物权法与债法，而将其一并规定于财产法之中，如普鲁士民法典、奥地利民法典，或者将债与继承等同规定为财产取得的方法，如法国民法典、意大利民法典、葡萄牙民法典等法国法系的民法典。英美法系国家则多制定有合同法、侵权行为法和其他单行法，其私法上的普通法和衡平法，也多为债法的内容。

我国目前尚无统一的债法。1929年“民国政府”制定的民法典（在本书中称为1929年民法典）自1949年起，仅在我国台湾省适用。我国有关债权债务关系的法律规范，集中规定于民法通则中的“债权”一节和“民事责任”一章、合同单行法规、其他单行民事法律（如保险法、担保法）中的有关部分以及最高人民法院的司法解释。

第二节 债法在民法中的地位

债法为民法的一个重要组成部分。民法是调整平等主体之间财产关系与人身关系的法律，属于法律体系中的一个重要的法律部门。民法以社会关系为自己的调整对象。依照社会生活中人们相互之间所发生的社会关系的性质，大致可以将其划分为财产关系与人身关系两大类。反映在民法上即为财产法律关系与人身法律关系。其中，财产法律关系是指人们相互之间因财产的归属和交换而发生的关系，表现为物权法制度和债法制度。人身法律关系包括人们相互之间因血缘、婚姻而发生的关系与基于尊重和保护他人人身与人格的义务而发生的关系，表现为婚姻家庭制度和人格保护制度。

近现代大陆法系国家的民法典，在内容上一般分为总则、物权、

债、亲属、继承等几个主要部分。这种内容的安排贯彻了理论上分类的一般原则。其中总则规定民事主体的资格、民事法律行为、时效等等通用性条款；物权法主要规定物的享有与支配；亲属法主要规定人在婚姻家庭中的地位及其相互关系；继承法主要规定人死亡后其财产的处理；而债法则主要规定财产的交易与民事主体的财产或人格受到不法侵害时的救济，即以债权人与债务人之间的利益关系为规制对象。在英美法系国家，虽然没有成文的民法典，民法体系和理论体系也不如大陆法系严密，但上述几类法律规范依然存在。

民法总则中规定的内容为民法各项制度共同性规则的抽象。例如，民法总则规定的民事主体人格平等、诚实信用等原则是人们在债事活动中应当遵守的基本原则；民法总则关于行为能力的规定被用来作为判定人们在债事活动中的行为是否有效及确定行为人责任时的法律根据；民法总则中关于法律行为特别是意思表示的规定被用来作为判定人们债事行为是否成立及是否发生效力的法律根据；民法总则关于消灭时效的规定涉及到债权债务的存续或消灭等等。因此，民法总则中的有关规定，成为债法的基础性规定；债法与民法总则的关系，为一般与特殊的关系。

依传统民法理论，债法为财产法律制度。这是因为债法所调整的内容或者直接具有财产性质（例如合同）或者最终与财产有关（例如侵权行为的损害赔偿）。在民法产生之初，债法就以交易的保护和人格的保护为其主要内容。在这个意义上，债法所调整的关系既有财产法律制度上的关系，又有人身法律制度上的关系。由于债法调整人身法律制度上的关系最终与财产有关，而且债法的发达与商品经济的发达密不可分，因而人们通常把债法归为财产法，即债法为调整当事人之间利益关系的法律。

在财产法律制度上，物权法主要规定物的享有与支配，旨在维护财产的“静的安全”；债法主要规定交易规则和财产与人身受到不法侵害时的救济，旨在维护社会的“动的安全”。一般来说，债法上债权债务的发生以物权法和人格法的规定为根据。例如，债法上的交易法

以规范物的交易为内容，而交易的客体通常以属于交易主体所有为必要；是否构成侵权行为，须以受害人享有物权法或人格法上的权益为要件。这些均须物权法或人格法作具体规定。但债法并不因此而附属于物权法或人格法。在民法的体系中，债法有其独立的地位。例如，物之交易具有独立存在于物的享有和支配之外的意义，作为交易的规则，债法上有关交易的规范也就具有独立存在于物权法之外的意义。同理，民法如果只规定财产和人格利益的享有与支配，而无其受到侵害时的救济方式，其规定也将没有规范上的意义。

前已述及，在大陆法系国家民法典的编制体例上，有将债法单独规定为一编，有将债法与物权法共同规定为财产法，有将债法与继承共同规定为财产的取得方法。自理论而言，应以第一种立法为合理。因为债法与物权法虽然同为财产法，但物权系支配物的权利，债权系请求特定人为特定行为的权利，二者性质不同，同规定于财产法而不为区分实不妥当；债权关系与继承关系虽均与取得财产有关，但继承须以一定的身份关系为前提，二者性质迥然相异，将其同规定为取得财产的方法更为不妥。我国第一、二次民律草案及 1929 年民法典仿德国民法典体例 将债法规定为一编 突出债法的独立性 甚为妥当。

第三节 债法的体系

世界各国民法上的债法为一抽象的体系，尽管这个体系在大陆法系国家以民法典的方式表现出来。所谓抽象，是指债法所调整的社会关系在性质上并非单一的关系。依债法的内容 债权债务关系大致可分为：当事人双方互相享有权利、又互相负有义务的关系和当事人一方享有权利、仅他方负有义务的关系。依债的发生原因，可分为因人的行为引起的债权债务关系和因事件引起的债权债务关系；而债的关系系因人的行为所引起时，其行为又可分为当事人一方的行为与双方的行为，自己的行为、对方的行为以及第三人的行为等等。对于这些纷繁复杂的情形，唯有予以高度的抽象，才能将其纳入债法的

范畴之内，构成一个和谐的体系。

债法中的主要制度包括合同、无因管理、不当得利、侵权行为、缔约上过失和单方允诺等。合同因当事人意思表示一致而成立，旨在实践私法自治理念，其所保护的是当事人之间的信赖和期待；侵权行为法制度旨在填补因故意或过失不法侵害他人权益所造成的损害，并兼顾加害人行动自由及被害人保护的必要；无因管理制度旨在适当界限禁止干预他人事务和奖励互助行为两项原则使法律上无义务而为他人管理事务者在一定要件下享受权利、负担义务；不当得利制度旨在使无法律原因而受有利益，致他人损害者，负返还不当利益的义务；缔约上过失制度旨在保护当事人之间的信赖和交易安全，因此信赖而受损害时能够得到补救；而单方允诺制度则在于贯彻诚实信用原则，保护社会的道德观念和信用。这些制度有不同的构成要件，有不同的社会功能，看似零乱，但其具有共同的特征，即它们都能发生相同的法律关系，引起共同的法律效果，即在当事人之间发生以给付为标的的关系。一方当事人基于此种给付关系，取得请求对方当事人履行义务的权利（债权），对方当事人须承担应为或不为特定行为的义务（债务）而不问其发生原因如何。例如，在合同，一方当事人向对方履行是为自对方当事人处获得利益的对价；在侵权损害赔偿，一方当事人向对方履行是为恢复对方受到损害的权利或利益；在无因管理，当事人向对方履行是为弥补善意为他人管理事务者所受损失以及使因管理事务而取得的利益归属于本人；在不当得利，受益人向对方履行是为消除无合法原因取得利益同时使他人受损的事实状态；在缔约上过失，当事人向对方履行是为补偿因其违反照顾、保护等义务而给对方造成的损害；在单方允诺，允诺人向对方履行是为履行诚实信用的义务。尽管上述情形债务人给付的原因各不相同，但在须为给付方面，其所负义务并无不同。

即以履行而言，债务人的行为或者为交付财产，或者为提供劳务，或者为移转权利，或者为完成事务，或者为作其他的行为，甚至可以是不作为。无论债务人的履行行为有何不同，但都可以抽象为债务

人应为之特定行为。而这种特定行为，便成为债的标的，即给付。依据“给付”这一债法上特有的抽象概念，债法上的各项具体制度得以成为一个和谐的共生体，容纳于债法这个上位概念的法律制度之中。同时围绕着给付法律设计了一系列的规则例如债的效力、债的转移与变更、债的担保、债的履行、债的消灭等等 这些规则构成了债法上的一般和共同规则。

第四节 债法的性质与功能

债法既为民法的组成部分，民法所具有的性质自然也为债法所具有。例如，民法为市民社会的法、民法为私法、民法为实体法、民法以权利为中心等，对债法当然适用。除此以外，债法还具有自己的一些特点。

（一）债法为任意法。债法调整的社会关系为存在于特定人之间的关系，与社会利益不具直接的联系。在不违反法律强制性规定和公序良俗的前提下，法律充分尊重当事人的自由意思。债的具体内容及其形式，允许当事人自由商定，国家并不积极干预。因而债法上的规范多为任意性规范，当事人可依约定而排除其适用。侵权行为之债的发生及其内容虽由法律直接规定，但受害人对其债权，仍可任意处分。私法上的意思自治原则，多体现在债法之中。现代立法对个人的意思自由虽加以诸多限制，私法公法化的影响日益增强，但意思自由原则的地位并未动摇。

（二）债法富于科学性。债法在民法的各种制度中最具实用性和工具性。债法的各项制度和具体规范的设计，均系为了解决社会生活中的具体问题。这就要求债法具有高度的科学性。在现代社会，社会分工日趋细密，民事主体间的关系空前密切，财产交易频仍，物资融通纷繁复杂，财产的利用多赖债的关系进行。交易的标的已不限于现存之物，将来可能取得之物也包括在内。为规范此类如此复杂的社会关系，债法必有极为抽象的原则和严密的逻辑体系方能胜任。即如在

侵权行为法除通常的过失责任外，又因科学的发达，大工业的出现，在公害及产品损害等情形，产生无过失责任。其责任构成上的因果关系，也须借助于现代科学而为确定。因此可以说，现代科学方法的运用见之于法律者，以债法尤甚。

（三）债法具有国际化的趋势。一方面，现代各国多实行市场经济，其财产交易上的规范因工具性的特点而具有共性，对此各国无原则性差别；另一方面，现代交易不仅发生于国内，在国际间也大量存在，国际经贸关系愈见扩张，涉外交易日渐增多。为此，各国的债法规范事实上已扩大其适用范围。《联合国国际货物买卖合同公约》、《国际商事合同通则》的制定，地区性的债法统一活动，国家间民事交易双边或多边公约的大量签订，即显示了债法国际化的趋势。

债法虽系调整特定主体之间特定的社会关系，但其意义决不限于在当事人之间实现利益的平衡。对于社会生活而言，债法具有下列功能：

（一）为社会活动提供行为规范和行为预期。所谓法治社会，即是使社会成员依一定的法律规则进行社会活动，对不违反此种规则的行为，法律予以承认并加以保护，对违反规则者，给予法定的制裁。债法在其调整范围内，规定人们的行为规则，即规定何种行为为合法，可给行为人带来何种利益；何种行为为不法，将给行为人带来何种不利益，从而为社会成员提供行为规范和行为预期。

（二）为社会经济和社会生活提供法律保障。债法中的交易法（合同法）规定了财产交易的法律形式，并规定其效力及法律后果，故国家可以凭借债法来规范交易活动，制约与引导民事主体的交易行为，使市场经济能够有序地发展。债法中的不法行为法（侵权行为法）以强制加害人向受害人负担债务的方式使受害人所受损害得以补偿，具有对侵权行为人进行惩戒的作用，可以维持社会的平和与安宁。

（三）实现并维护社会公平正义。公平正义为现代法律的第一要义，并为法律所追求的最终目标。由于债法所调整的对象为当事人之间的利益变动关系，因而较之于其他民法制度，债法上的各项制度和

具体的法律规范，与公平正义有着更直接的关系。民法上的平等、公平、诚实信用等原则，在债法上有着最普遍和最经常的适用。债法通过平衡合同当事人之间的利益；使侵害他人权益者赔偿受害人所受的损害；使无合法根据而取得利益者返还其不当利益等方式来实现或者恢复被破坏了的社会公平正义。

债法与物权法虽同为财产法，但在现代社会，工商业高度发达，财产的流转和利用，已成为社会发展必不可少的要素。而财产的流转和利用，有赖于债的关系，财产的保护，也有赖于债法制度。现代财富的重心，已由物权转向债权；人们行为的重要性，也已由物权行为移向债权行为。物权法虽仍有其重要地位，但债法的重要性已超过物权法。这种社会经济的现实，要求法律调整和保护的重心，从财产的“静的安全”移向财产的“动的安全”。近现代各国法律制度的进步历史也说明，在各种法律制度的发展中，尤以债法制度的发展最为显著。

第五节 债法的发达史

债法作为民法上的一个重要组成部分，其发展的历史与整个民法的发展不可分离。在古代，世界各国的法律均具有诸法合体的特点，民法尚未与其他法律分野，债法当然也不可能作为调整私的关系的法律而存在。例如，现代的侵权行为在古代法上，一律被作为犯罪处理。民法成为独立的法律部门后，债法才随着民法的发展而逐渐发达。但在民法上的各项法律制度中，债法与其他民法制度的发达并不同步；即使债法中的各项具体制度，其发达的历史也各不相同。

在民法发达史上，有关交易的债法制度的产生一般要晚于物权（所有权）法律制度。人类社会早期，生产力低下，人们所关心的只是对财产的占有和对这种占有的保护。在这种需要基础之上制定的早期法律，多为关于物之享有和保护这种享有不受他人侵害的规范。随着生产力的发展，出现了物的交换，随之产生了一些简单的交换规则，即交易习惯。这些规则后来获得了法律形式，构成了最初的调整

商品交换关系的债法。它与习惯法的区别，在于诉权的发生，当事人可通过行使诉权，寻求国家保护。在简单商品经济条件下，商品交换相对较少，故规范交换的债法相对简陋，且债事违制与刑事违法的责任也混而不分。但在商品经济比较发达的国家，其法律中的债法规范较多。古巴比伦王国的汉穆拉比法典中，直接规定合同的条文几近一半。罗马十二表法第三表为债务法，其他表中也有关于债的规定。查士丁尼国法大全中，已有契约、准契约等债的分类，并对买卖、租赁、合伙、委任有详细规定。古雅典执政官梭伦改革时期，法律上已有自由之债、合同之债、和不自由之债、侵权之债的规定，对债的担保如质、抵押、保证等也有规定。其他商品经济不发达国家的法律，如亚述法典、萨利克法典、摩奴法典及古伊斯兰法等，有关债的规定则较少。在欧洲中世纪，封建领主经济阻碍了商品经济的发展，债法的发展陷于停滞。到了资本主义社会，自然人成为平等的商品交换的主体，迅速发展的法人组织逐渐在商品交换中取得重要地位；机器的使用、大工业的出现、社会分工的日益细密，提高了人们相互之间的依赖程度，商品交换空前频繁，商品经济迅速发达，债法制度也随之获得了迅速的发展。

作为近现代债法重要组成部分的侵权行为法，在古代法律中占有相当重要的位置。对于侵害人身或生命的行为，最初允许受害人及其家族采用复仇形式自力救济。此后因复仇制度对社会具有破坏作用，遂以国家公力加以限制，最后发展成为赔偿制度，或者由加害人向受害人或其家族缴纳赎罪金以求和解，或者规定各种诉讼，使被害人获得金钱赔偿。对于财产的伤害亦复如此。根据现存最早的法律，侵害他人人身和侵害他人财产的，除了构成犯罪要由国家给予惩罚外，加害人还须赔偿受害人的损失。到了罗马法时代，侵权行为与合同已被认为债的两种主要发生原因。但在古代各国，侵权行为的责任与犯罪行为的责任尚难以区分。

在外国法律史上，无因管理制度和不当得利制度在罗马法即有规定，并且被认为属于“准契约”。但当时法律上并无一般规定，而以

赋予当事人各别的诉权加以适用。直至 19 世纪初的法国民法典 仍未将此两种债法上的制度作一般性的规定。例如，无因管理还是沿袭罗马法，被规定为准契约，不当得利也仅就非债清偿作出规定。至德国、瑞士民法 对此两种制度始有一般性规定。此后 经过学者研究及判例上的发展，无因管理和不当得利两项制度才得以体系化。

缔约上过失虽然自罗马法起即为法官和学者所关注，并一直有所争论 但直至 19 世纪中叶才被引起广泛注意。其后的一个半世纪，尽管各国立法或司法实务对缔约上过失理论多有参酌，但至今除了个别国家的民法，仍少有一般性规定，其制度也尚未体系化。至于单方允诺，立法和学说上也还未将其作为债的发生原因中的一个类型，尽管悬赏广告自古有之，且在法律上认其效力。

总体而言，债法的历史发展大致经历了三个阶段。

第一个阶段（自由资本主义以前），为债法的初创到基本成型阶段。表现为 在合同法方面 完成了从“口头契约”到“诺成契约”的发展过程。合同的成立从依附于严格的仪式，发展到仅有当事人的合意即可有效成立，为现代合同法奠定了基础。但因古代社会重视家族或者家庭在社会生活中的作用，故合同的主体仍受到较严格的限制。同时，法律对于合同的限制和干涉也比较多。由古代法律的严酷性所决定，债务人不履行合同时，一方面要由国家对其实施刑事处罚，另一方面也允许债权人对债务人私力惩罚。在侵权行为法方面，远古时代的同态复仇已为由国家给予惩罚和对受害人进行赔偿所取代，但基本上仍实行结果责任。此一阶段，以罗马法学家为代表而提出的债法理论，有许多成为近代甚至现代债法制度的理论基础。

第二个阶段（自由资本主义时期）为债法的全面发展阶段。资产阶级取得政权以后，在经济上实行自由放任主义，法律上以私法自治为指导思想。为达人人得以参与自由竞争的目的，法律一方面取消封建社会对于人格和交易上的种种限制，另一方面确立了人格平等、意思自治、尊重私有权、自己责任与过失责任等法律原则，建立了个人本位和权利本位的法律制度。其中，在合同法上实行较彻底的意思自

治 即实行契约自由原则。依此原则 每个人对自己参加的法律关系，有选择的充分自由；一个人只有在其自由选择下并依其自愿，才能受到拘束 对于个人的自由意思 任何人(包括国家 均须尊重 国家不主动干预个人之间的私法关系 仅充当“公断人”的角色。在侵权行为法上，因经济交往日趋频繁，工业化进程加快，为保护人们的积极性和创造性，不使其动辄即为自己造成的损害负责，建立和实行过失责任原则 即“无过失者无责任”。行为人对损害负责的根据 在于有可归咎于行为人的故意或过失，因而具有道德上的可非难性。而行为人若尽相当注意 不具故意或过失)即可不必对损害负责。

在此阶段，法典编纂蔚然成风。以法国为代表的法国法系国家相继制定了民法典。法国民法因深受罗马法的影响，关于债法的规定较为分散 体系也不尽合理 但债法的有关内容均得到反映。例如 在其第一编中规定了与债法有关的人的能力，第三编规定了契约或合意之债的一般规定、非因合意所发生之债（包括无因管理、不当得利和侵权行为、准侵权行为）以及各种具体的合同。此一阶段 债法理论的研究全面展开并日益深入，法官的大量判例也为债法的发展作出了重要贡献。

第三个阶段为债法的现代化阶段。 20世纪以来 自由竞争造成了垄断，资本主义经济中出现了一些新情况，对债法制度和债法理论形成了冲击。首先 由于法人在法律上得到确认 交易空前复杂化 其次，大企业的大量存在，使合同出现定型化的趋势，其中的定式合同条款对相对人极为不利 契约自由受到限制 再次 生产、交通、医疗事故和公害的频频发生，采用过失责任已导致对受害人不公平的结果；最后，资本主义国家改变了不干预私人事务的态度，对经济实行干预。与此相适应，各资本主义国家的债法发生了一些重大变化。表现在：在法律上规定诚实信用的基本原则，并以此作为判定行为效力以及解释合同、确定当事人义务的重要依据；国家对契约自由加以限制，特别是对大企业制定的定式合同条款和大企业之间以限制竞争、实行垄断的合同予以规制，以保护经济上的弱者；标准合同条款大量

出现，并被作为法院处理合同纠纷的依据；依法律上的诚实信用原则和情势变更或合同落空规则，法院取得了近乎变更或者解除当事人之间的合同的权力，当事人的意思越来越不重要；在侵权行为法上，各国或制定单行法，或对民法典的规定作扩大解释，或以判例，创设了无过失责任；债法出现国际统一的趋势，等等。

20世纪以来 债法理论有了引人注目的发展 如缔约上过失、债权之不可侵性、积极侵害债权、契约对第三人的效力、租赁权物权化、情势变更等理论的提出与发展及其在司法实务上的应用，弥补了法律规定的不足，适应了现代社会生活的需要；英美法上的默示条款、合同落空学说，为法院干预私权关系提供了理论依据，根深蒂固的约因学说日益失其重要性。

第六节 我国债法的发展

我国经历了几千年的农业社会。在自给自足的自然经济条件下，民法 尤其是债法 不具发达的可能。清末以前 我国一直不存在形式意义上的债法。法律典籍中涉及民事的规范数量甚少。历代律例中虽有关于田宅、钱债的零星规定，但其只是对民事违法行为的刑事处罚，性质上实为刑法规范。古代有关财产关系的规范，更多地反映在我国特有的“礼制”以及民间习惯之中。因此可以认为 我国古代的债法乃是习惯法，其表现形式，为礼制中的有关内容和民事习惯。

我国古代的债法，大致包括合同法和侵权行为法。对侵权行为，周代已确立公刑罚权，对违法行为，由官加以处罚，原则上不许私和或调处。依《周礼》(地官·调人)：凡过而杀伤人者 以民成之。鸟兽亦如之。”秦汉以后 因侵权行为而生的损害赔偿制度渐次确立。“争罪曰狱 争财曰讼”民刑渐告分化。^①但对侵权人的处罚仍兼有刑事与民事两种性质。故意杀伤人者，依律不许私下和解，但民间有受财

潘维和：《中国民事法史》第 286 页。

私下和解的，官府也并不过问。

合同契约在古代早已运用。《诗·大雅·绵》：“爰始爰谋 爰契我龟”；《易》：“后世圣人 易以书契”；《礼记》：“执右契”（注曰：“契 券要也”亦称“契照”）；《周礼》：“听称责以傅别”，“听取予以书契”，“听买卖以质剂”等 足以证明。此后 各种具体的合同形式多有存在。违反合同的，秦以前实行债奴制，秦以后除国家给予刑事处罚，并令其赔偿 备偿 外 还允许债权人将债务人或其子女收为奴婢或“役身折酬”。唐以后禁止拘禁债务人 明清律禁止更严。与此同时 法律对于债务人也给予一定的保护 例如《唐律》规定 债权人“不告官司而强牵财物过本契者，以坐赃论”。

我国固有法上 关于无因管理，《尚书大传》曰：“非事之事入不义道义”非事而事之者 关于不当得利，《汉律》有“不当得为”，《唐律》有“不应得为”引申其意 即因“不当得为”而致“不当得利”^① 至清末第一次民律草案，始自他国民法引进此两项法律制度。

清朝末年，西方资产阶级民主思想影响日盛，国民渐树变法图强之心。清朝政府不得不顺其潮流，于光绪二十八年（1902年）四月初六日 由光绪下诏参酌外国法律 改定律例。宣统三年（1911年）完成大清民律草案 史称第一次民律草案。草案分总则、债权、物权、亲属、继承五编。其中债权编分 8章 26节 计 654条。债权编仿德、日法例，引进诸多新概念、新制定 如债权的效力、无因管理、不当得利、侵权行为、债的消灭方法等。民国 7年（1918年）司法部设立修订法律馆，以第一次民律草案为蓝本，调查各省民事习惯，参酌各国最新立法例 于 1925—1926年先后完成第二次民律草案，因政治时局变化，该草案未能正式公布实施，仅被各级法院作为法理引用。第二次民律草案第二编编名为“债” 隐寓保护债权人与债务人双方的含义 系受瑞士债务法的影响。债编共 4章 计 521条。1928年 民国成立立法院，次年该院设立民法起草委员会。在民法总则起草完成后，开始起

潘维和：《中国民事法史》第 283、284页。

草债编。1929年通过并公布,次年施行。债编共2章,604条。债编以前两次民法草案为蓝本,以德国、瑞士法为主要参考,并受苏俄民法和泰国新民法的影响。既有意思自由和契约自由的规定,又对契约自由及权利行使设有许多限制性规定,将社会本位的思想贯彻其中,成为我国第一部现代债法。

自1911年制定出第一次民律草案,到1929年民法典通过并公布,此20年为我国民事立法的重要时期。它完成了我国民事习惯法向成文法的过渡,同时也完成了我国债法由习惯法向成文法的过渡。

新中国成立后,宣布废除国民党旧法统,1929年民法典随之予以废除,至今仅在台湾地区施行。

因我国长期实行高度集中统一的计划经济,真正意义上的合同在社会经济生活中成为不必要。直至1978年以后才开始进行合同立法工作。1981年、1985年和1987年,我国相继制定了经济合同法、涉外经济合同法和技术合同法;1986年我国制定了民法通则,其中的民事法律行为、债权、民事责任等章节和三个合同法以及国务院制定的若干合同条例,构成了我国债法上合同法的基本内容。其他一些民事单行法以及司法解释中,也有若干关于合同的规定。至于侵权行为法,虽然在较长的时期没有法律规定,但各级法院依照民事政策也一直进行审理。至民法通则制定后,其中关于民事权利和民事责任的规定以及司法解释,即成为审理侵权案件的法律依据。此外,民法通则中还规定了无因管理和不当得利制度,并吸收了国外债法上的新理论和新制度,例如缔约上过失、无过失责任、精神损害赔偿等。

总的来说,目前我国的债法体系尚不完备,债法的规范数量不足且较为简疏,尚需不断完善,以适应社会主义市场经济发展的需要。在此方面,统一合同法的制定将是一重大成就,民法典的制定也将提上议事日程。我国债法制度的完善,相信为期不远。

第二章 债的概述

第一节 债的概念

债为特定当事人之间得请求为特定行为的法律关系。

债的关系自权利方面而言为债权关系,自义务方面而言为债务关系。因此,债的关系也称为债权债务关系。在债的法律关系中,享有权利的一方当事人为债权人,负有义务的一方当事人为债务人。债权人有权请求债务人为特定的行为,债务人有义务为满足债权人的请求而为特定的行为。债权人享有的权利即为债权,债务人承担的义务即为债务。

现代民法上债的概念源自罗马法。罗马法上的债(oblitio)既指债权、债务,也指债权债务关系,有时并称之为“法锁”(juris vinculum)。优帝《法学阶梯》称:“债是依国法使他人一定给付的法锁。”^①在优帝《学说汇编》中,法学家保罗将债解释为:“债的本质不在于我们取得某物的所有权或者获得役权,而在于其他人必须给我们某物或者做或履行某事。”^②依罗马法上债的概念,债不仅是一种以权利义务为内容的法律关系,而且这种法律关系因系请求与履行的关系而与物权关系有别。虽然在罗马古代把债的关系视为人身

^① 转引自周枏:《罗马法原论》,商务印书馆1994年版,第628页。对此,梅因在其著作《古代法》中说:“法锁的意象沾染和渗透了罗马‘契约’和‘侵权’法律的每一个部分。……‘债’既表示权利,也表示义务。……事实上罗马人把‘法律上的锁链’的全貌放在他们的眼前,对其一端的重视不多也不少于其他一端。”沈景一译,商务印书馆1984年中文版,第183页。

转引自〔意〕彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第283页。

关系，债务人不履行债务，债权人可以拘押债务人，从而以人身作为债的担保，但债权人和债务人在法律上仍然是平等的，没有权力与服从的性质。^①

在英美法上与债相当的概念为 obligation。依 1980 年版《牛津法律大辞典》的解释，债这个法律概念指联系两个法律人格，赋予每个法律人格以具有法律效力的相互权利、义务的约束或纽带。在英美法上，债法并非一个独立的法律部门，不过其一直承认能引起债发生的各种原因。

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。我国民间所称之为债，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，债的含义也至为狭窄，所含范围极小。在我国古代，“债”、“责”通用。《正字通说》：“责，财也，俗作债。”《汉书·淮阳宪王钦传》师古注曰：“债，谓假贷人财物，未偿者也。”债之别义即为“假”、“贷”。《周礼·天官冢宰·小宰》中有“听称责以傅别”，称责即指借贷。

我国固有法上原无统一的债法，仅在刑事法律中规定有债事违制之处罚条款。例如《唐律》“负债违契不偿”条规定，对违反契约的，要给予刑事上的惩罚，同时令其赔偿。历代律令中对债设有明文规定或特设专章的，滥觞于西汉《九章律》之“户律”。唐《贞观律》设钱债律。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。

近现代民法上债的概念与我国固有法上债的概念相比，其范围要广泛得多。首先，近现代民法上的债，不仅指债务，而且包括债权，它表示的是以债权债务为内容的法律关系。其次，近现代民法上的债，不仅指金钱之债，还包括以转移权利、交付财物、提供劳务为标的的债，甚至还包括以不作为形式存在的债。再次，近现代民法上的债，不仅指因合同所生之债，而且包括因侵权行为、无因管理、不当得利等

^① 参阅周枏：《罗马法原论》第 628 页。

所生之债 而且在现代 债的发生原因的种类逐渐扩大 缔约上过失、单方允诺等也被包括在内。

1986 年制定的《中华人民共和国民法通则》采用了债的现代概念 并于第五章“民事权利”中专设“债权”一节。该法第 84 条规定：“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。”“债权人有权要求债务人按照合同的约定或者依照法律的规定履行义务。”这表明我国民法上关于债已使用了大陆法上的概念。但在民法通则的规定体例上，“债权”一节中只规定了合同（第 85 条）、不当得利（第 92 条）和无因管理（第 93 条）而将侵权行为规定在第六章“民事责任”之中 其意在于突出法律对于侵权行为的法律制裁。根据民法通则第 84 条规定的内容以及参与民法通则立法人士的解释，侵权行为仍为债的概念所包容。^①

第二节 债的本质

在传统民法上 债法包括合同（契约）、侵权行为、无因管理和不当得利四项基本制度。^② 此四项制度的构成要件、指导原则及社会功能虽然各不相同，但其各种法律事实在形式上均产生相同的法律效果，即使一方当事人得向他方当事人请求为特定行为。此种特定当事人之间得请求特定行为的法律关系，即为债的关系。

大致而言，可以从以下几个方面理解债的本质：

一、债为民事法律关系之一种

依通说，民事法律关系是指民事法律所规范和调整的社会关系。

穆生秦主编：《民法通则释义》：“这里讲的债 包括因合同、侵权、不当得利和无因管理而产生的债。”法律出版社 1987 年版 第 100 页。

在罗马法上，此四项制度被称为契约、准契约（包括无因管理和不当得利）、私犯（即侵权行为 和准私犯 特殊侵权行为）英美法上虽然没有“债”的上位概念 但分别有与此四项制度相对应的 contract、torts、negotiorum、restitution(unjust enrichment) 等制度。