

履行障碍法的体系

新青年

韩世远 著




法律出版社
LAW PRESS · CHINA

履行障碍法的体系

图书在版编目(CIP)数据

履行障碍法的体系/韩世远著. —北京:法律出版社,

2006. 1

(新青年法学文丛)

ISBN 7-5036-5912-2

I. 履… II. 韩… III. 合同法—研究—中国

IV. D923.64

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第158759号

© 法律出版社·中国

新青年法学文丛

履行障碍法的体系

韩世远 著

责任编辑 徐雨衡

装帧设计 乔智炜

开本 787×960毫米 1/16

版本 2006年2月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 24.5 **字数** 332千

印次 2006年2月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-5912-2/D·5629

定价:38.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

“新青年法学文丛”总序

1949年以来,中国法学可谓筚路蓝缕,艰辛历尽。20世纪90年代中期以来,法学研究及著译事业均突飞猛进,成果粲然。于此,法学诸贤可谓居功厥伟,泽被后学。

圣经云,日光之下,无新鲜事。其言所涉,应为人类心性和社会最基底的面。就细节而言,社会总随着时间的流逝而变化,留下或多或少的历史陈迹——虽然未必是线形发展。法学学科同样如此。每代人都必然希望突破前人;也唯有如此,法学的生命才可能有旺盛的活力。法律和法学虽然都注重谱系和传统,但这并不妨害每代人有自己的学术,“代有才人出”。

学术的断代,与年龄并没有必然关系,它更多取决于学术本身的风格,如陈寅恪认为:“一时代之学术,必有其新材料与新问题。取用此材料以研究问题,则为此时代学术之新潮流。”美国学者库恩也运用“范式”这一概念,来说明科学的“革命”。今天,虽然中国法学已经日趋成熟,各领域都有自己的研究模式和论证方法,但毋庸置疑,在中国处于

国家和社会两个层面急剧转型的年代,法学应是“广阔天地,大有作为。”

当此,我们推出这套“新青年”,甚望为推动法学事业略效微力。“新青年”是对作者年龄的限定,更是对研究范式的限定。数年来,我国法学研究的主要材料是域外法。本土法律素材的发掘,以及对现实问题有深厚学理的回应,目前还不是很多;原创性的思想、新颖的方法更是几稀。有鉴于此,本文丛的主旨,即在尽量体现三“新”:新思想、新方法、新材料。“新”从何而来?对此无疑仁智互见,以下略陈管见。

法学的基石是规则和制度研究。但我们应该研究什么规则、制度?对学者而言,研究生活中的规则,多半是奢侈的,多少会心有余力不足。我们可以对具体案例进行规则分析,但却很难体察日常生活中的规则。也许我们可以宽慰自己,说法律塑造了生活规则,生活依循法律规则。但这只是一个法律乌托邦,一种麻痹学者感知和心智的托词,一种让人沉迷的精神鸦片。而且,研究者还受自己的知识结构影响,而且往往会预定一些规则为真理,以此来剪裁国内法律。既然如此,我们的规则之学,至少应强调兼容并包、兼收并蓄,强调各种理论的碰撞。这需要我们的耐心、刻苦和反思,更需要来自现实生活的挑战与回应。

从法学的历史和现实看,法学对规则正当性基础的分析,一直比较薄弱。而对于规则的习焉不察,也造成了对规则的合法性的分析,尤其是对其适用语境的分析在法学著作中的缺失。虽然在学科建制意义上的法学起源甚晚,但是,一旦其成为专业,就越来越成为精英的禁脔。在社会分工越来越精密、法律职业越来越精英化的年代,这种局限更为突出。交叉学科研究、法学的社会科学化肯定无疑是很好的突破口。惜乎目前还留于拟议层面,要真正践行,还有很长的路要走。

关于思想与学术的议论由来已久。其实,思想与学术的区分本来就牵强。优秀的作品应兼具两者。海涅曾言:“思想走在行动之前,就像闪电走在雷鸣之前一样。”在一个思想贫瘠的时代,我们更需要的也许是法学思想,虽然未必是振聋发聩,但必定是理性的、论证严谨的、有现实根基的。

一代大儒顾亭林眼里的好书，是“古人所未及就，后世所不可无者。”衡诸坊间法学著作，足以当之者甚鲜。事实上，即便在法学极昌明繁荣的国家，经得起时间沉淀的作品也是极少。经典既难求，作者之勤勉、严谨至少必不可少。循此，作品可望免于“速朽”的命运。尼采云：“以血与箴言写作者，其所欲，不惟有人翻阅，更欲被人诵记。”（*Wer in Blut und Spruechen schreibt, der will nicht gelesen, sondern auswendig gelernt werden.*）读者诸君，也定不会辜负写作者的良苦用心。

人类精神导师的伟人祠中，似乎尚没有法学家的一个龛位。也许是因为法学的晚出，也许是因为法学论及的不是人生与人心，而是社会治理规则。另外，规则本身无法自身为自身提供合法性，因此，法学多附庸于道德哲学、政治学、经济学及社会学等。在转型时期的中国，如何为法学赢得学科的自尊，也许是法学应面临的任务之一。

“新青年”一语，借自中国思想史上一个气象磅礴的时期。我们无意附丽前代先贤，与他们的业绩相比，我们的所作所为无疑微不足道；我们毋宁是想彰显“新”，它意味着法学学术永远在路上，没有止歇。

谨为序。



序

本书是我由负责的国家社科基金项目《履行障碍与合同救济》(03BFX017)课题的最终成果之一。

读者可能会注意到,“合同救济论”是我近些年倾力较多的研究领域,反映在《违约损害赔偿研究》(法律出版社1999年版)、《新合同法原理与案例评释》(与崔建远教授等合作,“违约责任”部分,吉林大学出版社1999年版)、《合同法总则》(下,与张广兴教授合作,“违约责任”部分,法律出版社1999年版)、《合同法》(修订版及第三版,与崔建远教授等合作,“违约责任”部分,法律出版社2000年版、2003年版)、《合同法总论》(法律出版社2004年版)、《债权保障法律制度研究》(与崔建远教授合作,清华大学出版社2004年版)以及一些论文中。在这些年的研究过程中,我对于合同救济论的认识也在不断地加深,这本《履行障碍法的体系》可以算是对以往研究成果的一个较为系统的总结。

细心的读者可能会注意到,本书的很多内容在我的《合同法总论》中已经出现过了,我必须坦率地承认这一点。因为,在一定意义上,《合同法总论》

可以算是我对于“履行障碍与合同救济”研究的阶段性成果。同时,也想提示阅读过《合同法总论》的读者注意本书中的新内容:退货与减价、中国履行障碍法序说以及合同救济总论等部分。其中,关于减价问题的深入思考,起始于“中日韩民法趋同化道路的探索国际研讨会”(2004年11月青岛)期间梁慧星教授、崔建远教授和我与日本学者冈孝教授等人之间的讨论,双方学者在“减价权”的性质问题上存在分歧。我个人原来一直坚持“请求权说”,深入思考后的结论却转向了“形成权说”。

感谢梁慧星教授和崔建远教授两位恩师多年来的栽培!感谢王家福教授、王利明教授和郑成思教授对本项课题研究的大力支持!

感谢法律出版社社长黄闽先生、法学学术出版分社社长茅院生先生以及本书责任编辑徐雨衡女士!

清华大学法学院博士研究生李永锋以及硕士研究生向磊、王羽、戴少刚、王硕、靳静、毛海栋和温薇薇同学校对了本书的清样,戴少刚同学还为本书制作了“索引”,他们细致的工作使本书的文字错误降到尽可能小的程度,在此我也要感谢他们提供的帮助!

课题最终成果恰似一份须按时交上的答卷,等待着评判,因而,“疏漏和错误在所难免”就绝不是一句表达谦虚的客套话,而是一个需要正视的现实。我期待着广大读者的批评指正,并期待着将来有修正的机会。

韩世远

2005年10月12日

目 录

序 / 1

第一章 中国履行障碍法序说 / 1

上篇 履行障碍论

第二章 不可抗力 / 31

第一节 不可抗力概述 / 31

第二节 不可抗力的构成及范围 / 35

第三节 不可抗力的效力 / 40

第三章 情事变更 / 44

第一节 情事变更概述 / 44

第二节 情事变更的构成要件 / 53

第三节 情事变更的法律效果 / 57

第四章 履行迟延 / 62

第一节 履行迟延概述 / 62

新
出
作

第二节	债权人的催告 /70
第三节	履行迟延的法律效果 /73
第五章	履行不能 /82
第一节	履行不能概述 /82
第二节	履行不能的效力 /85
第六章	拒绝履行 /96
第一节	拒绝履行概述 /96
第二节	拒绝履行的要件 /102
第三节	拒绝履行的效力 /103
第七章	不完全履行 /107
第一节	不完全履行概述 /107
第二节	不完全履行的类型及效果 /110
第八章	债权人迟延 /117
第一节	债权人迟延概述 /117
第二节	债权人迟延的构成要件 /124
第三节	债权人迟延的法律效果 /128
第四节	债权人迟延的終了 /133

下篇 合同救济论

第九章	合同救济总论 /137
第一节	合同救济语义及类型 /137
第二节	违约责任的一般理论 /140
第三节	合同的相对性与债权的对外效力 /146

第十章 双务合同中的履行抗辩权 /150

第一节 概述 /150

第二节 同时履行抗辩权 /151

第三节 不安抗辩权 /178

第十一章 债权的保全 /188

第一节 债权人代位权 /188

第二节 债权人撤销权 /208

第十二章 强制履行 /233

第一节 强制履行概述 /233

第二节 不适用强制履行的情形 /240

第三节 强制履行与有关责任方式的关系 /243

第十三章 赔偿损失 /245

第一节 违约损害赔偿概述 /245

第二节 赔偿损失责任的构成 /250

第三节 违约损害赔偿责任的范围 /258

第十四章 违约金 /283

第一节 违约金概述 /283

第二节 违约金数额的调整 /287

第三节 违约金与其他违约救济方式 /293

第十五章 合同解除 /301

第一节 合同解除概述 /301

第二节 解除权的发生 /310

第三节 解除权的行使 /317

第四节 解除的效果 /321

履行障碍法的体系

第五节 解除权的消灭 /336

第六节 合意解除 /338

第十六章 退货与减价 /340

第一节 退货 /340

第二节 减价 /345

主要文献 /363

索引 /368

新
出
作

第一章 中国履行障碍法序说

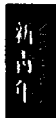
一、何谓履行障碍法

在中国,并没有一部专门的“履行障碍法”,此处所谓履行障碍法,并非立法上的用语,而纯属法学上的用语,是指与合同履行障碍及其处理手段相关的法律规范的总称。

当事人缔结合同,意在追求一定的目的,而此合同目的的实现,须借助于合同的正常履行。如果合同没有正常履行,不论表现为不能履行、迟延履行或者是不完全履行,也不论当事人对此是否有过错,均可纳入“履行障碍”范畴。因而,所谓履行障碍,指的就是合同不能够正常履行的各种情形。

合同履行遇到障碍,在法律上就应当有相应的应对措施或手段,比如承担违约责任、中止履行合同、要求提供担保、拒绝受领、解除合同等,这些法律规范合起来,在法学理论上就称为“履行障碍法”,也有人称之为“给付障碍法”。^①

^① 之所以称为“履行障碍”而不称“给付障碍”,是因为我国现行法通常使用“履行”而不使用“给付”。



二、为何研究履行障碍法

(一) 民法研究的“权利路径”与“救济路径”

民法学的研究可有不同的人手之处,称为不同的路径。不同的研究者往往有不同的偏好,因而其所采的路径往往有别。有的从权利入手,因为民法乃权利之法,权利为其核心观念,因而其研究对象选择就会表现为物权、债权、亲属权、继承权、知识产权等,或者表现为支配权、请求权、形成权、抗辩权等,这种研究路径可称为“权利路径”。有的研究者则从救济手段入手,研究各种民事责任或者其他的补救手段,比如研究违约责任、缔约过失责任、侵权责任等,这种研究路径可称为“救济路径”。

研究者的研究路径虽有不同,目标则是大致相同的,就是对民事法律进行研究,最终呈现的结果,也往往是“条条大道通罗马”,殊途同归,对民事法律有一比较透彻的理解。

(二) 为何从救济路径入手

法谚有云:有权利必有救济。说得非常有道理。仅有权利的宣言,而无权利的保障,其所谓的权利也只能是张空头支票。称某人具有某权利,不过是一个形式,更重要的则是要看对于该人,有无实质的保障。从此意义上讲,权利为外在形式,救济为实质内容,并不为过。

近年来,有一种“权利”泛滥的趋势,好像某人有某种需要或者某种主张,非冠以“××权”不足以表明其正当性,因而名目繁多的“权利”出现了,比如亲吻权、贞操权、悼念权……岂不知没有“救济”的“权利”,不过是镜中花、水中月而已。由此也不难理解为何英美法的有些学者很是强调对于救济手段的研究。出于相同的考虑,本研究也从救济入手,选择“救济路径”。

三、如何研究履行障碍法

(一) 以解释论为志向抑或以法比较为志向

研究履行障碍法,乃至研究民法,至少有两种不同的研究方法,即解释论的研究方法与法比较的研究方法。其中,法比较的研究方法,是通过不同的立法、判例及学说进行比较,以获得对于不同国家法律相关知识的认识,或者在比较的基础上,找出不同法制的共同点与差异点,或者进一步为法制的改进提供参考。此方面的代表如《国际比较法百科全书》,就履行障碍法而言,则为特雷特尔的《违约之救济》。^①

唯民法学为一实用科学,民法学研究也应当以增益实际运用为志向,因而有另外一种研究方法,即以一国的法制为对象,而研究该国民事法律的规范构成,增进人们对该法的理解和运用,这便是解释论的研究方法。它是运用民法解释方法,解析一国民事法律的规范构成及其背后的法理脉络。就履行障碍与合同救济问题而言,这方面的代表如崔建远教授的《合同责任研究》^②及王利明教授的《违约责任论》。^③

本书的研究方法,也是以法解释论为志向,力图整理中国法中与履行障碍及合同救济相关的法律规范,提示其概念体系的构成及其背后的法理脉络。

(二) 以体系化思考为志向

人的思维要想清晰,对思考的对象就要依一定的规则或线索理出一些条理;认识一个对象,就要对它有一个总体的把握,就像画素描,要找出被描绘对象的整体轮廓。法学研究的体系化思考,正是要给出研究对象的一个整体轮廓。

^① G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract*, (1988).

^② 崔建远:《合同责任研究》,吉林大学出版社1992年版。

^③ 王利明:《违约责任论》,中国政法大学出版社2000年修订版。

本书试图对中国的履行障碍法作体系化思考,并揭示其外在框架结构及内在精神内涵。

四、中国履行障碍法体系的初步构成

法学中的体系可以区分为内在体系与外在体系两个方面。“外在体系”是指对法律事实和法律制度所作的概念上的整理和阐明;而“内在体系”则是指支配整个民法的基本原则以及这些原则之间的实质联系。^① 依拉伦茨教授的意见,法规范并非彼此无关地平行并存,其间有各种脉络关联。解释规范时亦须考量该规范的意义脉络、上下关系体系地位及其对该当规整的整个脉络的功能为何。整个法秩序(或其大部分)都受特定指导性法律思想、原则或一般价值标准的支配,其作用在于:诸多规范的各种价值决定,得借此法律思想得以正当化、一体化,并因此避免其彼此间的矛盾。而法学最重要的任务之一,便是发现个别法规范之间及其与法秩序主导原则间的意义脉络,并用可以概观的方式(以体系的形式)将之表现出来。^② 对于履行障碍法而言,外在体系所提示的是法律制度的外在表现,而内在体系则是指法律制度的精神内涵。

(一) 内在体系

履行障碍法的内在体系,对于不同的法制,会有不同的具体表现。比如对于美国合同法的救济体系,其制度并非以强迫债务人免于违约为指向(或本位),而是以使债权人手段应对违约为目的。与备受赞

^① [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀斌译,法律出版社2003年版,沃尔夫序,第1页。更为详细的论述,可参阅[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第七章“法学中概念及体系的形成”。

^② [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,第316页。

誉的缔约自由相伴,尚并存有毁约自由。^①对于中国合同法以及履行障碍法而言,相应的内在体系还有待进一步揭示,但有一点似可明确,即中国的合同法以及履行障碍法不承认“毁约自由”。另外,合同法第107条规定的“继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任”,彼此居于并列地位,这与英美普通法违约救济以损害赔偿为原则存在明显的差异,与德国新债法“以指定期间保障履行请求权的优先地位”之立场相比,^②能否作同样的解释抑或二者存在实质的差异,亦需要作进一步的研究。可以获得的初步认识是,中国法的立场是富有弹性的,强制履行责任与损害赔偿责任的关系,涉及债权人的履行请求权,同时也关系到债务人何时能从履行义务中解脱出来,相关的解释论及司法立场,均在形成过程之中,尚无定论。

中国的履行障碍法的一个重要的目的,在于让债权人能够信赖合同。债权人对于合同的信心最终来自于法律对于有效成立的合同的充分保护,在于有行之有效的的手段保障债权的实现。中国现阶段的现实是,诚信的普遍缺失和债权人的弱势。^③因而,中国现行立法显然是有意加强保障债权实现的制度和规范,比如规定同时履行抗辩权、不安抗辩权;规定债权人代位权和债权人撤销权;规定约定的违约救济手段(比如违约金、定金、约定解除权)和法定的违约救济手段(比如强制履行、损害赔偿、合同解除等)。^④

① E. Allan Farnsworth, *Contracts*, Second Edition, Little, Brown and Company, 1990, p. 840. Our system of contract remedies is not directed at *compulsion of promisors to prevent breach*; it is aimed, instead, at *relief to promises to redress breach*. ... In any event, along with the celebrated freedom to make contracts goes a considerable freedom to break them as well.

② 杜景林、卢谟:《德国债法改革:〈德国民法典〉最新进展》,法律出版社2003年版,第26页。

③ 有人指出,逃避银行债务、三角债、拖欠他人或单位的货款、欠债不还等不讲信用的行为到处都有,而且成为一种常规,似乎不这么做就吃亏了。这种不讲信用的行为造成的结果不仅是银行债权人受损失,而且它打乱了中国的市场经济秩序,打击了投资者的投资热情,抑制了信用经济和市场经济的发展。参见骆汉城等:《中国诚信报告》,江苏文艺出版社2004年版,第11页。

④ 崔建远、韩世远:《债权保障法律制度研究》,清华大学出版社2004年版。