

履行障碍法研究



〔中〕韩世远

〔日〕下森定 主编


法律出版社
LAW PRESS · CHINA



履行障碍法研究

韩世远 下森定 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

履行障碍法研究/韩世远、下森定主编. —北京:法律出版社,2006.1

ISBN 7-5036-6029-5

I. 履… II. ①韩…②下… 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

履行障碍法研究

韩世远 主编
下森定

责任编辑 徐雨衡
装帧设计 乔智炜

开本 787×960 1/16

版本 2006年3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 29.5 字数 389千

印次 2006年3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 7-5036-6029-5/D·5746

定价:53.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

国家社会科学基金项目
感谢国家社会科学基金的资助！
感谢北京星港环宇网络系统有限公司的资助！

序 言

——写在《履行障碍法研究》公开发行之际

[日]法政大学名誉教授、

成蹊大学法科大学院教授 下森定

2004年12月21日至22日,清华大学法学院主办召开了中日韩合同法国际研讨会。这次研讨会的记录今天终于和其他相关论文一起汇编成题为《履行障碍法研究》的论文集公开发行了,对此,我从心里表示高兴,并向主办这次研讨会的清华大学法学院及有关领导、民法研究中心主任崔建远教授、具体策划和组织召开这次研讨会的韩世远副教授以及参加本次研讨会的王家福教授、王利明教授和以韩国的韩雄吉教授为首的日韩两国的各位教授及法律界人士表示由衷的敬意。我应邀参加了本次研讨会并在会上作了报告,值本书发行之际,我能以主编之一的身份为本书写序,这些对我来说都是非常荣幸的,同时也是非常高兴的。

21世纪初可以说是一个国际性大变革的时代,一

个风云变幻的时代。从20世纪末开始形成的这一急剧变动的潮流,进入21世纪之后越来越加快了它的速度。国际社会在全球化的影响下,政治、经济、社会以及文化等各方面都被卷入了变革的风潮之中,法也不可能例外。有社会就有法,法以维护社会秩序的安定为目的,故其需要安定性。但是,另一方面,法又必须随着社会的变革而变革,随着社会的发展而发展,不允许其静止不动。美国联邦最高法院大法官、著名的社会法学家本杰明·卡多佐曾经在他的名著《法的发达》一书的开头说过这么一句话:如何协调安定和发展这一二律背反,是交给法和法律家的一个永恒的课题。

众所周知,冷战结束后,国际社会在全球化浪潮的席卷下飞速地进入市场经济社会,随着欧盟市场的统一,欧洲统一合同法的立法之路正在逐步拓展。发展中国家市场经济的扩大和发展速度也是惊人的。这些国家为了使市场交易稳步发展,正在逐步地建立和完善法律制度,特别是私法制度。而在私法制度的建立和完善以及修改当中起中心作用的,自不待言,那就是合同法,尤其是履行障碍法。2001年的德国民法典的修改,正是以履行障碍法的修改为中心而进行的,它有代表性地向我们显示了问题之所在。

19世纪中叶由弗里德利希·蒙森完成的德国民法古典合同责任体系,把合同约定的“给付结果”不能得以实现这一给付障碍或履行障碍称为“债务不履行”,作为债务不履行时的法律救济手段,首先是允许“请求履行”,其次才允许“损害赔偿”,或者通过“解除合同”从履行债务中得到解放。结果,创设了自始不能这一教义。该教义认为,无法套用“请求履行”观念的自始履行障碍(即不能)使合同归于无效,从而使履行障碍一分为二,即分为自始不能和嗣后不能,自始不能被排除到了合同责任体系之外。范围被局限于嗣后不能的债务不履行、合同责任体系固定成为一个由时间上的迟延履行和不能履行相对应而组成的结构,合同责任的主观构成要件被统一为过失责任主义。而另外两项解决履行障碍纠纷的重要制度则被安排在由过失责任主义统一构成的合同责任体系之外,并与之严加区别,那就是不以过失为主观构成要件的瑕疵担保责任和风险承担责任制度。两者都以罗马法为其渊源。潘德克顿法学的这一支配性理论被德国民法所继承,

并通过判例和学说变得更加精致。但另一方面,随着近代资本主义社会生产技术的飞跃性发展,出现了工业化社会,而工业化社会的出现又给交换对象即商品带来了质的变化(工厂的大批量生产带来了种类物、可代替物的出现,还有近年来金融资本主义的进一步发展带来了各种金融派生商品的出现就是一个例子)。再者,分工化社会的发展、组织化社会和信息化社会的出现,产生了多种多样的合同类型,特别是增大了“为的债务”的社会重要性。这些都给合同的法律保护和履行障碍法的应有状态带来了巨大的影响。具有象征意义的就是瑕疵担保责任的债务不履行责任化以及缔约过失责任理论、积极侵害债权论和不完全履行论的新展开。此外,资本主义社会人与人之间的关系绝大多数成为合同债权债务关系,并在其上构建了所有的经济社会关系,其结果使合同债权债务关系所具有的社会重要性获得了飞跃性的高涨,并出现了要在法律上对它加以巩固和保护的倾向。这样,和建立在个人合意基础之上的本来的给付债务(严格意义上的合同债务)一起,伴随合同关系产生的给付义务和注意义务作为一种法定债务,通过明文规定加在了当事人头上,或者以信义诚实的原则为依据,在解释上承认这种义务。当今合同责任中的付随义务和保护义务论的层出不穷及其扩大化现象,可以说正是体现了对合同债权债务关系中的社会关系要素的重新认识及其实现。在这么一种社会现象或者法律现象的背景下,古典履行障碍法的基本结构在这次德国《民法典》的修改中出现了很大的变革。在这场变革当中,人们也没有忽视英美法合同责任体系的法理带来的重大影响。为了从法律上解决围绕全球化国际交易而发生的纠纷,制定了联合国《国际货物销售合同公约》,这一动向也是具有启发性的。

冷战结束后,各个社会主义国家以及发展中国家加入了国际交易市场。这就需要构筑或者重新构筑进一步包含这些国家在内的国际交易中的合同责任法和履行障碍法。这次德国民法的修改是走在其前列的,这一点值得评价。但是,它的修改内容未必非常充分,即使在德国国内,也对德国新法的正当性和妥当性展开了激烈的争论,而这一争论至今仍在持续,这是一个事实。从目前这样的国际环境来看,这次的中日韩国际研讨会可以说是一个非常适合时宜的策划。

以维护社会秩序为目的的法因国家、民族、宗教和文化的不同而千姿百态,在这一点上,它是一个个别存在。同时,在追求并实现正义和公平、自由和平等这一人类共通理念上,它又是一个普遍性存在。特别是在全球化商品交易社会中的履行障碍法,它是一个适合于构建带有普遍意义的体系的领域,并且,如果国内法的个别立法和修改无视这一点,不管是喜欢还是不喜欢,恐怕早晚是要被迫变革的。历史、地理、民族、经济以及文化上有着密切关系的中、日、韩三国应该同心协力,以各个欧美先进国家的法体系、法文化作为样本,在亚洲的历史和文化传统基础之上,对它作出进一步的发展,构建一个带有普遍意义的履行障碍法体系,并完成立法和法的修改,面向世界广泛地发布信息。志向要远大,但是具体的工作要扎实,今后我们要继续努力,加强协作。迄今为止,除了这次国际研讨会外,中、日、韩三国的法学家、法律实务家之间已经在许多领域展开了多项国际性合作研究。但是,据我所知,把问题集中在履行障碍法这一点上的合作研究目前还很少。但愿本书的公开发行人能够成为一个契机,进一步深入开展共同研究,并把研究成果反映在立法和法的修改当中。

2005年9月25日

(钱伟荣 译)

目 录

序言 /1

中国的履行障碍法

韩世远 /1

- 一、引言 /1
- 二、合同义务的扩张与合同责任的重构 /1
- 三、缔约上的过失责任 /4
- 四、违约与违约责任 /6
- 五、履行请求权(强制履行) /8
- 六、损害赔偿 /10
- 七、违约金 /14
- 八、合同解除 /17
- 九、违约责任与侵权责任的竞合 /22
- 十、履行期前障碍的规制 /23
- 十一、风险负担 /25
- 十二、瑕疵担保责任与违约责任的统合 /26
- 十三、情事变更 /29
- 十四、结语 /31

履行障碍：日本法改正的课题与方向

能见善久著 于敏、韩世远译 /32

- 一、什么是履行障碍？ /32
- 二、履行障碍规定的目的与机能 /35
- 三、对债务不履行的三种救济手段的定位 /37
- 四、履行请求权 /38
- 五、损害赔偿 /44
- 六、解除 /63
- 七、合同的调整 /68
- 八、风险负担 /72
- 九、债务不履行与瑕疵担保 /75
- 十、缔约上的过失 /81

违约责任的应然状态 能见善久著 于敏译 /83

- 一、前言 /83
- 二、违约责任再构成的基本方向 /84
- 三、“合同利益的实现”与合同法 /90

履行障碍与合同救济 韩雄吉著 金玉珍译 /92

- 一、序言 /92
- 二、债务不履行与损害赔偿 /100
- 三、解除与终止 /101
- 四、瑕疵担保责任 /106
- 五、结语 /113

合同法中的履行障碍论 段匡 /115

- 一、现今在日本的履行障碍论 /115
- 二、履行障碍论的作用 /116

三、中国形成违约责任下履行障碍论的必要性 /117

构造与出路：中国法上的同时履行抗辩权

韩世远 /120

- 一、引言 /120
- 二、双务合同救济体系中的同时履行抗辩权 /121
- 三、履行期限、迟延履行与同时履行抗辩权 /127
- 四、瑕疵担保、不完全履行与同时履行抗辩权 /134
- 五、同时履行抗辩权的程序构造 /140
- 六、结论 /144

债权人代位权

钱伟荣 /146

绪论 /146

第一节 债权人代位权制度概述 /147

- 一、债权人代位权的宗旨 /147
- 二、债权人代位权制度的存在意义 /149
- 三、判例法对债权人代位权制度的发展 /150

第二节 债权人代位权的构成要件 /152

- 一、债权保全的必要性 /152
- 二、债务人自己不行使其权利 /157
- 三、被保全债权已经到期 /157
- 四、被代位权利必须是适于代位的权利 /158

第三节 债权人代位权的行使 /164

- 一、代位权行使的方式 /164
- 二、代位权行使的范围 /165
- 三、第三债务人的地位 /166
- 四、债权人可否请求第三债务人直接向自己清偿 /168

第四节 债权人代位权行使的效力 /170

- 一、债权的时效中断 /170
- 二、对债务人处分权的限制 /170
- 三、代位诉讼的效力 /172
- 四、效果的归属和事实上的优先受偿 /174
- 五、费用返还请求权 /177

第五节 债权人代位权的转用 /178

- 一、概述 /178
- 二、司法实践中出现的转用现象的主要类型 /180

第六节 结束语 /187

日本民法中的债权人撤销权制度

及其存在的问题 下森 定著 钱伟荣译 /189

引言 /189

- 一、绪论 /190
- 二、债权人撤销权的构成要件 /193
- 三、债权人撤销权的行使方法及范围 /196
- 四、行使债权人撤销权的效力和
撤销权因短期时效消灭 /199
- 五、结语：立法上应注意的地方 /200

日本民法中的合同解除法理

渡边达德著 钱伟荣译 /202

- 一、导言 /202
- 二、法定解除的构成要件及其法律后果 /204
- 三、结束语——课题的整理 /211

关于法定解除的法律效力的一个考察

冈孝著 钱伟荣译 /212

- 一、问题之所在 /212

二、日中合同法的比较 /213

三、总结与展望 /217

关于有名合同解除的规定

渡边达德著 钱伟荣译 /220

一、绪论：考察有名合同解除规定的意义 /220

二、日本民法理论及司法实践的状况及其存在的问题 /222

三、中国合同法和日本民法的异同 /231

四、结语 /232

合同解除的疑问与释答

崔建远 /234

一、关于不可抗力致使不能实现合同目的的处理模式 /234

二、关于协议解除的归属 /238

三、已经成立但未生效的合同可以作为解除的对象 /242

四、合同解除与合同撤销的竞合 /243

五、约定解除条件与法定解除条件之间的关系 /245

六、从给付义务与合同解除 /246

七、委托合同的任意解除权 /248

论解除权及其行使

崔建远 /250

一、解除权除斥期间的类型 /250

二、解除权除斥期间的起算 /252

三、解除权的行使 /255

解除权行使的法律效果 崔建远 /259

- 一、折衷说的根据不足 /259
- 二、否定物权请求权的理由不充分 /267
- 三、解除有无溯及力的设计及思维进程 /276

合同解除中的若干问题研究 于敏 /282

前言 /282

- 一、法定解除的规定及实务处理 /282
- 二、法定解除效果中的若干问题 /284
- 三、与法定解除相关的若干问题 /288

结语 /297

**瑕疵担保责任制度在履行障碍法体系中的地位
及其立法论上的课题** 下森 定著 钱伟荣译 /298

- 一、绪论 /298
- 二、日本民法典的履行障碍法结构体系及瑕疵担保
责任制度在体系中的地位 /300
- 三、给付障碍法的重组和重新构建瑕疵担保责任、
合同责任时在立法论上的课题 /305

标的物的瑕疵和出卖人的责任

冈孝 著 钱伟荣译 /312

- 一、问题所在 /312
- 二、现代化法的内容 /314
- 三、总结和展望 /335

**物上瑕疵担保责任、履行障碍法与
缔约上过失责任**

王洪亮 /338

- 一、德国法上履行障碍法与合同义务群的构建 /339

- 二、德国法上瑕疵担保责任的变化 /344
- 三、瑕疵担保责任与其他从给付义务的竞合 /351
- 四、中国法上的瑕疵担保责任、违约责任以及缔约上过失 /360
- 五、评述——体系化与救济多样化 /364

违约金的理论问题 韩世远 /366

- 一、“惩罚性违约金”语义辨析 /366
- 二、违约金责任的成立 /374
- 三、违约金数额的调整 /375
- 四、违约金与其他违约救济方式 /381

免责条款对履行辅助人之效力 解 豆 /391

- 一、问题之所在 /391
- 二、德国法的状况 /396
- 三、日本法 /403
- 四、对我国法的启示 /406

履行障碍法的理论构造与实践问题

韩世远整理 /413

- 一、履行障碍法的现实意义与理论体系 /414
- 二、双务合同履行中的抗辩权 /416
- 三、合同解除 /420
- 四、瑕疵担保 /432
- 五、错误与免责 /434
- 六、法律规范与审判实务 /437

后 记 /447

中国的履行障碍法

韩世远 著

一、引言

“履行障碍”是一个来自德国的概念,在中国基本上是不使用这个概念的,而是使用“违约”及其他概念;同时,中国也没有“履行障碍法”这么一个专门的法律。不过,由于“履行障碍”这一概念是以债务的履行为考察对象,专注于合同履行的不正常展开,实际上是一个非常重要的问题领域,因而,笔者想尝试从“履行障碍”的角度分析中国相关的法律制度。

履行障碍涉及的范围是非常广泛的,最主要的是债务不履行的责任,除此之外,还包括瑕疵担保、风险负担、情事变更等。

二、合同义务的扩张与合同责任的重构

(一) 合同义务的扩张

在以往合同法理论上,合同义务即当事人约

定的义务(给付义务)。不过,在现代合同法理论上,强调债权目的的实现,履行过程中的义务已不限于约定的给付义务,为了实现债权目的,根据诚信原则和交易习惯,还要求债务人作出必要准备,不应做破坏债权期待的行为,在整个合同过程中尽必要的注意以保护相对人的人身、健康、财产等法益,这便是附随义务。《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)接受了这一理论,规定在合同当事人之间可发生通知、协助、保密等附随义务(《合同法》第60条第2款)。除这种履行过程上的附随义务外,我国《合同法》另外又规定了先合同义务(第42条、第43条)与后合同义务(第92条),将合同义务进一步扩张。在我国法上,所谓合同义务的扩张,指的便是以给付义务为核心,出现了包括附随义务、先合同义务和后合同义务在内的义务群(参见图1)。

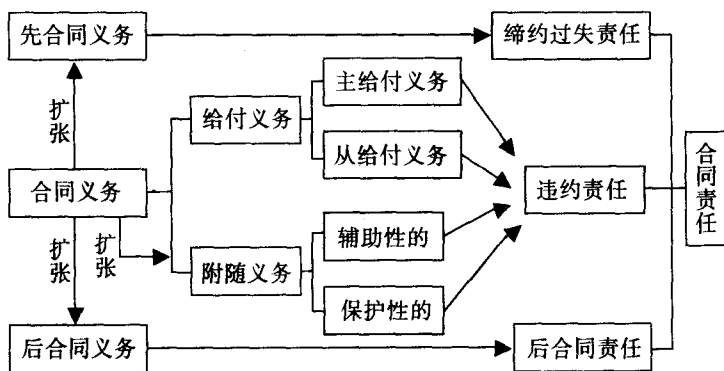


图1

在立法上一般性地规定合同关系上的义务群,大概是我国《合同法》开了历史的先河,因为在大陆法系其他国家,这方面的规范基本上都表现为判例法的形式。

(二) 合同责任的新构造

我国的学说上,“合同责任”概念本身就是一项争点。^①出于方

^① 崔建远:《合同责任研究》,吉林大学出版社1992年版,第8页;王利明:《违约责任论》,中国政法大学出版社1996年版,第26页。