

朱伯玉 管洪彦 / 著

ZHAI YU HETONGFA ZONGZE YANJIU



债与合同法总则

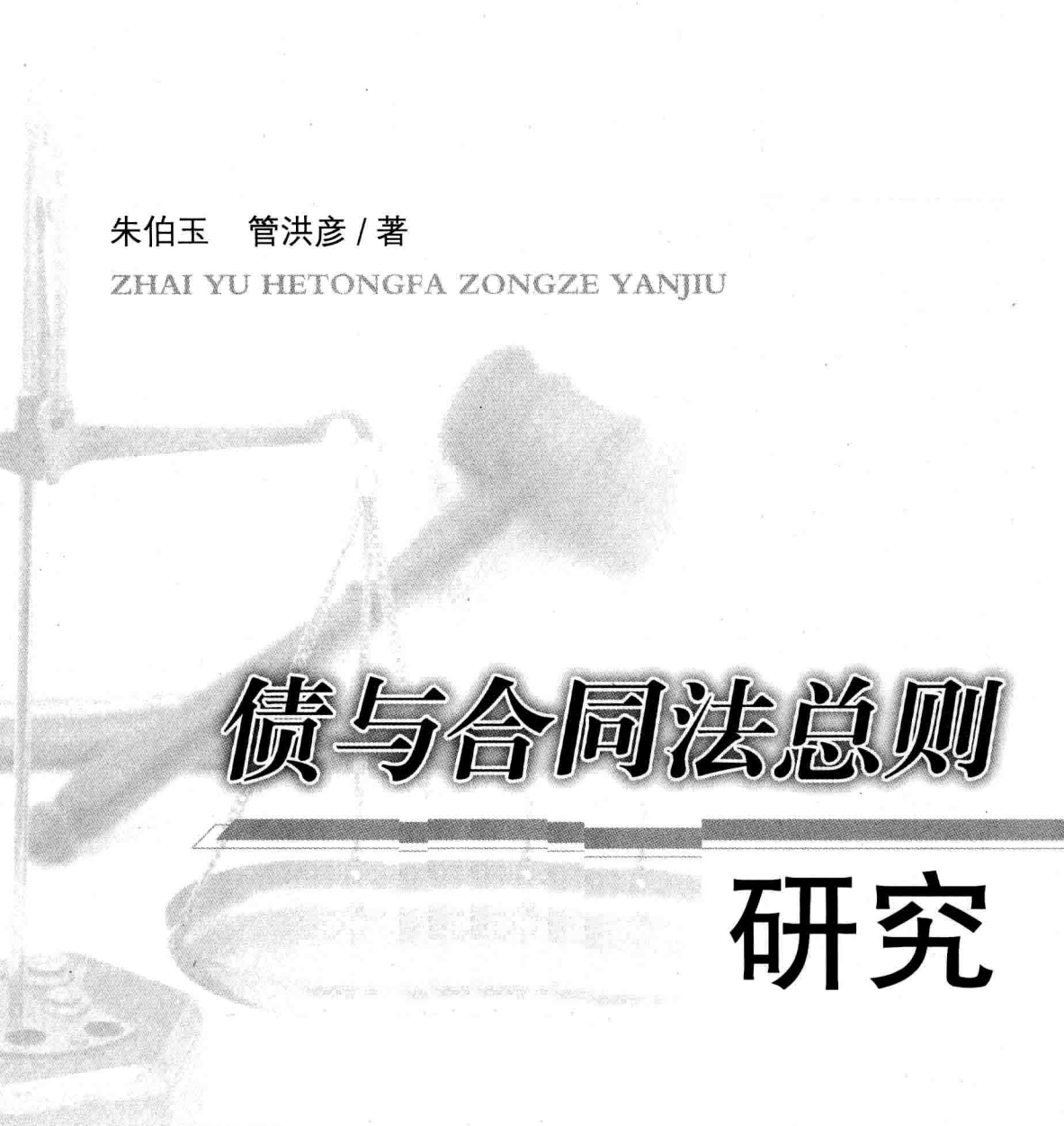
研究



人民出版社

朱伯玉 管洪彦 / 著

ZHAI YU HETONGFA ZONGZE YANJIU



债与合同法总则 研究



人民大学出版社

责任编辑:宫 共

封面设计:徐 晖

图书在版编目(CIP)数据

债与合同法总则研究/朱伯玉,管洪彦 著. -北京:人民出版社,2015.6

ISBN 978-7-01-015106-9

I. ①债… II. ①朱…②管… III. ①债权法-研究-中国②合同法-研究-中国 IV. ①D923.34②D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 174916 号



债与合同法总则研究

ZHAI YU HETONGFA ZONGZE YANJIU

朱伯玉 管洪彦 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京市东城区隆福寺街 99 号)

北京汇林印务有限公司印刷 新华书店经销

2015 年 6 月第 1 版 2015 年 6 月北京第 1 次印刷

开本:710 毫米×1000 毫米 1/16 印张:16.75

字数:270 千字

ISBN 978-7-01-015106-9 定价:42.00 元

邮购地址 100706 北京市东城区隆福寺街 99 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

版权所有·侵权必究

凡购买本社图书,如有印制质量问题,我社负责调换。

服务电话:(010)65250042

目 录

第一章 债与债法概述	1
一、债的概念和特征	1
二、债的要素	5
三、债的发生原因	11
四、债法概述	16
第二章 债的分类	19
一、法定之债和意定之债	19
二、单一之债和多数人之债	19
三、按份之债和连带之债	20
四、种类物之债和特定物之债	22
五、单一之债和选择之债	23
六、货币之债和利息之债	23
七、主债和从债	24
八、财物之债和劳务之债	24
九、作为债和不作为债	25
第三章 债的履行	26
一、债的履行概述	26
二、债的履行原则	27

三、债的适当履行	31
四、债的不履行	33
五、债的履行中的抗辩权	39
第四章 债的保全	48
一、债的保全概述	48
二、代位权	49
三、撤销权	57
第五章 债的担保	65
一、债的担保概述	65
二、保 证	68
三、定 金	79
四、抵 押	83
五、质 押	86
六、留 置	88
第六章 债的移转	90
一、债的移转概述	90
二、债权让与	91
三、债务承担	96
四、债权债务的概括承受	98
第七章 债的消灭	100
一、债的消灭概述	100
二、清 偿	101
三、抵 销	106
四、提 存	109
五、免 除	112
六、混 同	113

第八章 合同与合同法概述	115
一、合同的概念与特征	115
二、合同的分类	120
三、合同法的含义与作用	127
四、合同法的基本原则	131
五、合同法的历史沿革	137
第九章 合同的成立	142
一、合同成立概述	142
二、合同订立的程序	145
三、合同的内容和形式	165
四、缔约过失责任	174
第十章 合同的效力	186
一、合同效力概述	186
二、合同的生效要件	188
三、合同欠缺生效要件的法律后果	194
第十一章 合同的解除	207
一、合同解除的概念与特征	207
二、合同解除的类型	210
三、合同解除的程序	213
四、合同解除的效力	214
第十二章 违约责任	217
一、违约责任概述	217
二、违约责任的归责原则	222
三、违约行为及其形态	226
四、承担违约责任的形式	229
五、违约责任的免责事由	238

六、违约责任与侵权责任的竞合	241
----------------------	-----

第十三章 合同的解释	243
-------------------------	-----

一、合同解释概述	243
----------------	-----

二、合同解释的规则与方法	247
--------------------	-----

参考文献	253
-------------------	-----

第一章

债与债法概述

债是现代社会中最为重要的法律关系之一，基于债功能的重要性，债法在现代社会中处于绝对的优越地位。现代民法中，债法理论体系与构造愈发复杂、发达，且其价值取向呈现出社会化发展趋势，债法的立法体例也呈现出不断的发展变化。

一、债的概念和特征

（一）债的概念

在现实生活中，债的含义多种多样，一般认为债有三个方面的含义：其一，债是法律、宗教或道德所强加的“责任”；其二，债是“感激之情”或“道德义务”；其三，债是一种法律关系。^①只有第三种含义才是债法所讨论的债。在大陆法系中，债是一个非常严格的法律概念，它不同于人们常说的生活概念“人情债”、“孽债”等。民法中的债也不同于民间所谓的债，民间所谓的债专指债务，且多指金钱债务，如借债、欠债、还债等。在我国古代法中，债的含义也很狭窄，仅指借贷，并且自汉律以来债的概念一直未见扩大，直至清末《大清民律草案》，西方民法中债的概念才首次被引入

^① 张民安：《法国民法》，清华大学出版社2015年版，第263页。

我国。^①

现代民法中的债来源于罗马法。在罗马法上，债既指债权、债务，也指债权、债务关系，有时并称为法锁。在《法学阶梯》中债的定义是，“债是一种迫使我们必须根据我们城邦的法律制度履行某种给付义务的法律约束。”^② 现代民法中的债是指一种法律关系。一般认为，债是指特定当事人之间得请求为特定行为的法律关系。《德国民法典》第二编的标题称为“债务关系法”，债务关系所涉及的权利和义务仅存在于当事人之间，因此它是一种法律上的特殊联系。^③

我国《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。”

1. 债是特定当事人之间的民事法律关系。民事法律关系根据主体是否特定，可以分为绝对法律关系和相对法律关系。绝对法律关系如物权法律关系、人身权法律关系等，它们的权利主体一般是特定的，但义务主体是不特定的。债属于相对法律关系，即权利主体和义务主体都是特定的，这是债的相对性的重要体现。债的主体的相对性是和债权的请求权性质紧密相关的，主体的相对性为债权人行使权利提供了方便。债是一种民事法律关系，是民法调整社会关系的结果，其具有一般民事法律关系的特点。与债需要加以区别的是发生在纯属社交层面的协议。通过这种协议并不产生债务关系，而仅产生情谊关系。社会交往中的协议（如邀请参加晚餐或者烧烤聚会）以及日常生活中的情谊行为（如在邻居休假期间为其照料花草）并不成立债务关系。如果几个同事为了解决去工作场所的交通问题而建立了一个分担费用的驾驶共同体，就要认定存在债务关系（德国民法典第705条及以下条文规定的民法合伙）。相反，如果一个雇员在工作间歇将其生病的同事送回家，则仅存在情谊行为。情谊行为与债务关系的区分在个案中可能会面临困难，应通过解释来规定当事人行为是否具有受法律约束的意思，如果欠缺受法律约

① 郭明瑞主编：《民法学》，高等教育出版社2007年版，第329页。

② [意] 彼得罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社2005年版，第216页。

③ [德] 迪尔克·罗歇尔德斯：《德国债法总论》，沈小军、张金海译，中国人民大学出版社2014年版，第3页。

束的意思就不存在意思表示,因此也就不存在合同了。^①

2. 债是特定当事人之间得请求为特定行为的法律关系。债作为一种特定当事人之间的法律关系,其内容表现为当事人之间得请求为特定行为(即给付)。债的实现通过请求权来实现,即债权人有权请求债务人为一定行为或不为一定行为,例如请求给付金钱、交付财物、移转权利等。债的请求内容一般表现为积极的作为,有时也可能表现为不作为。

3. 债是依照法律行为或法律规定产生的法律关系。债产生的原因是多样的。一方面,债可以依法律行为产生,既可以是双方行为、多方行为(如合同、合伙人协议、发起人协议),也可以是单方行为(如悬赏广告、代理权授予),这种债集中体现了私法自治原则,具有自治性的特点。另一方面,债也可以依照法律规定直接产生,这种债往往体现了法律一定的立法目的,具有强制性的特点。

4. 债体现的是财产法律关系。民事法律关系根据其内容的不同,可以分为财产法律关系和人身法律关系。债本质上体现了一定的权利移转关系,其反映的是财产法律关系的内容。一般情况下,在计算民商事主体的财产时把债权称为积极财产,把债务称为消极财产。

5. 债是当事人之间的一种特别结合的法律关系。债之关系或者是基于彼此间的信赖,或者是立法者对某种社会政策的考虑。^②在债之法律关系中,当事人双方之间的结合密切,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要求较之物权关系、人身权关系等关系中对当事人的要求高些,当事人仅停留于不作为的状态并不足够,只有互负协助、照顾、保护、互通情况等项义务,才算达到要求。

6. 债是一种具有强制执行力的法律关系。依法成立的契约在当事人之间具有法律的效力。债是一种受到国家强制力保护的法律关系,当债务人不履行他们对债权人承担的债务时,基于债权人的请求,国家的司法部门有权代表国家采取强制执行措施,强迫债务人对债权人承担民事责任,这就是所

^① [德] 迪尔克·罗歇尔德斯:《德国债法总论》,沈小军、张金海译,中国人民大学出版社2014年版,第40页。

^② 张广兴:《债法总论》,法律出版社1997年版,第20页。

谓的国家制裁性。^①但是自然债务除外。

（二）债的特征

民法上的财产关系有两大支柱，一是物权关系，一是债的关系，前者调整财产的归属和利用关系，后者调整财产的流转关系。二者一静一动共同发挥着民法调整财产关系的作用。但是，这两种财产关系在本质上是不同的。

1. 债的主体是特定的。^②一般情况下，债的关系的一方仅可向特定的另一方请求为给付，而不能向债的关系之外的第三人请求为给付，它是相对法律关系。而物权关系则不同，物权具有排斥权利人以外的任何第三人的效力，是绝对法律关系。

2. 债的内容只能通过请求来实现。债的实现只能通过权利人请求义务人为给付，即需义务人的配合方可实现，因此债反映的是请求权。而物权的实现则不同，权利人完全可以通过自己对物的支配或占有来直接实现，无需义务人的积极配合。

3. 债的关系具有平等性和相容性。债的关系具有平等性，对于同一个客体，如果存在数个债的关系，它们之间是平等的，不存在优先行使的问题。债的关系还具有相容性，即在同一个客体上可以存在数个债，不必受“一物一权”的限制。

4. 债的关系可依合法行为发生，亦可依非法行为发生。引起债的关系发生的原因可以是合法行为，如法律行为（典型的如合同、悬赏广告），也可以是非法行为（典型的如侵权行为）。但是，物权关系仅可基于合法行为产生，非法行为不仅不能产生物权关系，甚至可能引发法律责任。

5. 债的关系的客体是行为（给付）。债的关系的客体是债务人的作为或不作为，而物权的客体一般是有体物。

^① 张民安：《法国民法》，清华大学出版社2015年版，第263页。

^② 债的主体是特定的，其反映的是债的相对性原理。债的相对性原理具有丰富的内涵，包括债的主体的相对性、内容的相对性和责任的相对性。我国现行《合同法》第64、65、121条的规定均反映了债的相对性原理。学者制定的《中国民法典学者建议稿》对该原理也有所体现，具体参考王利明等：《中国民法典学者建议稿及立法理由（债法总则编·合同编）》，法律出版社2005年版，第18—22页。

二、债的要素

所谓债的要素是指债的构成要件或组成成分。债的关系作为民事法律关系之一种，其要素和民事法律关系的要素一致，即包括主体、客体和内容。

（一）债的主体

债的主体又称为债的当事人，包括债权人和债务人双方。享有权利的一方是债权人，负有义务的一方是债务人。债权人和债务人在债的关系中相互对立、相互依存，不可或缺。债的主体最主要的特点是双方均是特定的。在我国，除法律规定明确者外，一切自然人、法人、合伙组织、个体工商户、农村承包经营户，都可以成为债的主体。国家在特定情况下，也可以成为债的主体。

（二）债的客体

债的客体是指债权人的权利和债务人的义务所共同指向的对象。债的客体和债的标的是否为同一概念，学者间有分歧。我国大陆学者一般认为二者属于同一概念，我国台湾学者史尚宽先生则认为债的客体与债的标的不同。对于债的客体，理论上也存在不同的认识。有人认为，债的客体包括物、行为、智力成果等；有人认为，债的客体是债务人的特定行为，债的标的，“谓构成债的关系之内容之债务人的行为，即债权人所得为请求及债务人所应实行者是也。自债务人方面言之，则为给付”^①。本书认为，债的客体应为债务人的特定行为。^② 债的关系的客体是债务人的特定行为，包括交付财物、移转权利、支付金钱、提供劳务或者服务、提交成果、不作为（如不为营业竞争、不泄露商业秘密等）等。“必须坚持债的客体是行为而不是物，才能清楚地认识物和债的基本区别，从而为债的统一性和科学性奠定

^① 史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第231页。

^② 王利明主编：《民法》，中国人民大学出版社2005年版，第403页。

基础。”^①

债的标的也称为给付。一般认为,给付应该具备以下要求:①给付应当合法。即给付不得违反法律、行政法规的禁止性规定,并不得违反公共秩序或者善良风俗,否则无效。②给付应当确定。给付可以在债的关系发生时确定,或者在履行时能够确定即可。如果给付不能确定,则债的关系归于无效。③给付是适格的。即依照事物的性质适于作为债的标的,债的标的本质上是一种行为,如与人的意识无关的事物或者与人的行为无关的事物不得作为债的标的。④债的标的需要具有法律意义。没有法律意义的活动不能成为债的标的,如一般的社交行为、男女朋友之间的约会、赴宴等活动不得作为债的标的。

(三) 债的内容

债的内容,简言之,就是在债的关系中债权人享有的债权和债务人承担的债务。

1. 债权。债权是指债权人享有的得请求债务人为一定行为或不为一定行为的权利。

(1) 债权属于请求权。民事权利根据其内容和效力的不同,可以分为支配权、请求权、抗辩权、形成权等类型。请求权是指请求他人为一定行为或者不为一定行为的权利。“以债权请求权统一债的体系,无论是侵权行为、合同、无因管理、不当得利、缔约过失,其后果都产生损害赔偿请求权,从而其统统都可归属债的体系中。”^② 债权是典型的请求权,债权人的权利只能通过请求债务人为给付来实现。但是,债权不等于请求权。一方面,请求权包括债权请求权、物权请求权、人格权法上的请求权、身份权法上的请求权、继承法上的请求权、知识产权请求权等;另一方面,债权的内容除了具有请求权权能的内容外,还具有受领、选择、解除、终止等权能,请求权权能只是债权的一种手段或作用,它是从债权中派生出来的一项权能,不能完全等同于债权。

^① 李永军:《论债的科学性与统一性》,《法律科学》2013年第1期,第132页。

^② 李永军:《论债的科学性与统一性》,《法律科学》2013年第1期,第133页。

(2) 债权是相对权。民事权利根据其效力范围,可以分为绝对权和相对权。绝对权是指其效力及于权利人之外的一切人的权利,相对权是指效力及于特定人的权利。债权是发生在特定的债权人和债务人之间的权利,它的效力及于特定的义务主体,因此债权属于最典型的相对权。但是,需要指出的是,债权虽然属于相对权,但是并不排除债权有被第三人侵害的可能性。在现代民法上,第三人恶意侵害债权的(如第三人恶意引诱债务人违约),同样构成侵权行为,这就是“第三人侵害债权理论”,它属于债权相对性的例外情形。“债的相对性原则对保护个人自由的作用卓有成效。但随着人类社会化程度提高,相互依赖性增强,限制个人自由滥用的客观要求日益迫切。为顺应上述社会需要,应突破债的相对性原则,建立侵害债权制度。”^①

(3) 债权具有任意性。根据债发生的原因,债可以分为法定之债和意定之债。意定之债是由当事人的意思决定的。意定之债的内容、形式等均由当事人在法律的限度内自由协商,法律非有正当理由不加以干涉。法定之债尽管不是当事人自由协商的结果,但是在法定之债产生后,当事人可以通过协商对债的内容作出约定,法律一般也不加以干涉。

(4) 债权具有平等性和相容性。债权的平等性和相容性是指同一标的物上可以成立内容相同的数个债权,且各个债权之间是平等的,在效力上不存在排他性和优先性,这就与物权不同。

(5) 债权属于有期限的权利。所有权、人格权属于永久性的权利,只要物在、人生,原则上没有期限。但是,债权之成立最终是为了消灭,只有债的内容得到有效履行,当事人通过债所欲实现的利益方可实现。

(6) 债权的移转一般不需要公示。债权属于相对权,一般仅存在于特定的债权人和债务人之间,具有相对的效力,较少涉及交易过程中第三人的利益,故债权的移转不需要特别公示,这和物权的移转是不同的。有学者认为债权通常兼具诉请履行力、强制执行力、私力实现力、处分权能及保持力。^②

一般认为,债权具有以下三种权能:①给付请求权,又称为债权的请求

① 佟强:《侵害债权制度法律性质考察》,《现代法学》2005年第3期,第85页。

② 王泽鉴:《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第16页。

力,即债权人享有的请求债务人按照债权的内容为给付的权利。由于债权本质上为请求权,其实现依赖于债务人的给付,故债权人欲实现其权利,必须先向债务人请求为给付。给付请求权是债权的第一权能。②给付受领权,又称为债权的保持力,即债务人为给付时,债权人有权予以接受,并保持因债务人的给付所得的利益,这是债权人所追求的最终结果,也是债权的本旨所在。③保护请求权,又称为债权的强制力,即当债务人到期不履行债务时,债权人享有的请求有关国家机关给予保护,强制债务人履行债务的权利。这是债权人实现其债权的最后途径。

2. 债务。债务是指债务人按照当事人的约定或者法律的规定为或不为一定行为的义务。因此,债务的内容可以表现为积极的作为,也可以表现为消极的不作为。

(1) 债务具有不利益性。对于债务人而言,债务本质上代表一定的负担,为了满足债权的要求,债务人就要承担一定的不利益。但是,这种不利益只是短暂的,一般情况下,债务人很快就能使这种不利益状态恢复均衡,这是由民法的公平和等价有偿原则决定的。例如在买卖关系中,买受人可以要求出卖人交付货物,出卖人此时作为债务人因交付货物承担了不利益;出卖人可以要求买受人支付价款,此时买受人作为债务人承担了不利益。买卖双方正是通过这种“不利益”的不断承担而使对方的利益获得满足的。

(2) 债务具有特定性。债务的特定性是债的特定性原理的体现,其一方面表现在义务人是特定的,另一方面表现在义务的内容是特定的。例如,在买卖合同中,谁应当承担支付价款的义务、支付多少价款都必须是特定的,否则难以确定债的内容。

(3) 债务具有受约束性。债务是为债权的实现服务的,债务人承担债务意味着就应当向债权人为一定行为或者不为一定行为,这对于债务人来说是一种约束。如果债务人违反了这种约束就要承担一定的责任,因此债务的受约束性是通过向债务人施加一定的责任来实现的。

债务本质上是指应为一定给付的义务,责任是实现义务的强制手段,可以说责任是债务实现的一般担保。罗马法与日耳曼法时代,债务人以其人身为其债务负责,即债务人不履行债务时,债权人可以对其人身直接采取强制措施。但随着社会的进步,人权保护意识的加强,债务人仅以其全部财产

为债务担保,即实现了人身责任到纯粹财产责任的转变。债务和责任在概念上应该有所区别,现实生活中存在无责任的债务如超过诉讼时效的债务,典型的是自然债务。史尚宽认为,“有债务而无责任者,称为自然债务”,并把已罹于消灭时效的债务归于自然债务之列。郑玉波也认为,“自然债务,或称无责任之债务,乃其履行与否,唯债务人意思是视,亦即纯粹听其自然,法律不加干涉者是。”这些观点,均把自然债务视为不具有完全效力的债务。正如梅仲协所言,“自然债务者,债权人不得对债务人提起诉讼及请求强制执行而获取给付的一种不完全债务也。”有学者指出,“自然债务作为一个相对于民事债务的概念,其产生的基础是社会道德义务,而不是法律义务。社会道德义务不属于国家法律调整的范围,这类义务完全由当事人自愿决定是否履行。但当事人自愿履行之后,是否可以反悔并要求返还其所给付的利益,则是法律调整的范围。”^①

在法国,根据债的强制执行力的不同或者效力的不同,债分为民事债和自然债。所谓自然债是指不具有强制执行力的债。在法国民事债和自然债的共同点有二:它们在性质上均属于法律债,不属于道德债;它们均对债务人有约束力,债务人均应当履行他们对债权人所承担的债务。差别在于是否具有强制力不同。^②

3. 债之关系上的义务群。在现代债法上,债法上的义务来源呈现出多元化态势,当事人所承担的义务不仅限于当事人意思表示合致,而且源于诚实信用原则、法律的强行性规定以及法官解释等。其原因在于现代民法对实质正义的要求,是诚实信用原则的体现。债法的发展过程就是债法上债之义务不断丰富过程,以至于形成了债之义务群,形态各异的义务满足了债之不同发展阶段中债权人的需要。

(1) 主给付义务和从给付义务。债务可以分为给付义务和附随义务,给付义务又可以分为主给付义务和从给付义务。主给付义务是指债的关系所固有的、必备的,也是决定债的类型的基本义务。例如,在买卖合同中,出卖人负有的交付标的物并移转其所有权的义务,买受人承担的支付价款的义

① 张雪忠:《自然之债的要义与范围》,《东方法学》2013年第6期,第62页。

② 张民安:《法国民法》,清华大学出版社2015年版,第272页。

务，就是主给付义务。从给付义务是指债务人负担的主给付义务以外的给付义务。从给付义务的发生原因有三：基于法律明文规定；基于当事人的约定；基于诚实信用原则及补充的契约解释。^①例如，在买卖名犬的合同中，出卖人提供该犬的血统证书的义务就是从给付义务。从给付义务虽然不决定债的类型，但却是为完全满足债权人的利益所必需的。

(2) 附随义务。附随义务是指除给付义务以外的，随债的关系发展依照诚实信用原则而产生的义务。附随义务属于法律规定的义务，一般包括注意义务、告知义务、照顾义务、说明义务、保密义务、忠实义务及不作为义务等。附随义务的功能，可以分为两类：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，花瓶的出卖人应妥为包装，使买受人得安全携回；牛肉面店的出租人不得于隔壁再行开店，从事营业竞争等。②维护他方当事人人身或财产上的利益（保护功能）。^②我国现行立法对附随义务有较详细的规定。《合同法》第60条第2款规定：“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。”这是对为实现债权人给付利益的附随义务的规定。《合同法》第92条规定：“合同的权利义务终止后，当事人应当遵循诚实信用原则，根据交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”这是对后合同义务的规定。另外，《合同法》第42、43条规定的缔约过失责任实际上是肯定了先合同义务。

(3) 原给付义务和次给付义务。给付义务还可以根据产生原因的不同分为原给付义务和次给付义务。原给付义务，又称为第一次给付义务，是指合同中原定的履行义务，如根据房屋租赁合同交付房屋或支付租金的义务。次给付义务，又称为第二次给付义务，是指在原给付义务履行过程中因特殊事由演变而产生的义务，主要有两种情形：其一，因原给付义务给付不能、给付迟延、不完全给付而产生的义务，此种损害赔偿义务替代原给付义务；其二，合同解除之后所产生的恢复原状的义务。

(4) 不真正义务。“不真正义务”是我国学者对德国法上“*obliegenheiten*”

① 王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社2009年版，第29页。

② 王泽鉴：《债法原理·基本理论债之发生》（第1册），中国政法大学出版社2001年版，第41页。