

# 债法总论要义

赵廉慧 著

应用法学  
精品教材

*Yingyong Faxue Jingpin Jiaocai*

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



应用法学  
精品教材

*Yingyong Faxue Jingpin Jiaocai*

# 债法总论要义

赵廉慧 著

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

## 图书在版编目 (CIP) 数据

债法总论要义/赵廉慧著. —北京: 中国法制出版社,  
2009. 4

ISBN 978 - 7 - 5093 - 1162 - 2

I. 债… II. 赵… III. 债权法 - 法的理论 - 中国  
IV. D923. 31

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 042657 号

## 债法总论要义

ZHAIFA ZONGLUN YAOYI

著者/赵廉慧

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2009 年 4 月第 1 版

印张/10.75 字数/212 千

2009 年 4 月第 1 次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1162 - 2

定价: 28.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 66070046

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

## 序

80年前，东京大学民法教授我妻荣首次发表了他的著作《债权在近代法中的优越地位》。文章以连载方式，历时三年，分14期刊出。这是一部划时代的法学文献。10年前，这部著作被译成中文出版。这件翻译工作，就是由江平先生主持的《外国法律文库》组织完成的。作为该文库的编委会成员，我曾参加过当年的选题会议。当时，谢怀栻先生是这一译事的推动者，也是这部译著的审校人。多年来，我一直将该书作为推荐给研究生的必读书，自己也时常品读。这部书给我的启示，就是深刻认识债法在现代社会中的特殊意义。在他的启发下，我通过对金融经济中的财产法现象的观察，认识到，在以金融经济为主导的时代，以债权为载体的信用交易和信用资产已经成为经济生活的重要支柱。在今天，债不仅是法律关系，而且是财产。由于债权在现代社会中的重要地位，我们比过去任何时候都更加需要加强债法的知识传承和学术研究。

我妻荣先生给我另一个重要启示，就是教授的为学之道。先生有一名言：“大学教授有两大任务：一是写出自己熟悉的专业及学术领域的讲义乃至教科书；二是选择自己最有兴趣、最看重的题目，集中精力进行终生的研究。”我相信，这一名言不仅是许多日本民法学家的治学座右铭，也是许多中国民法学者所赞佩的学术境界。

我的同事赵廉慧博士，新近撰写了《债法总论要义》一书。这

## 2 债法总论要义

是他在留学日本东京大学做博士后研究归来后潜心工作的成果。我曾笑言：赵廉慧博士留学于我妻先生当年执教之所，必得先生学术遗风之真传。读过本书文稿，始信此言不谬。

本书试图以新的理念和新的形式对债法基本理论进行新的解说。论其特点，大抵有如下几端：

第一，在整体观念上，以“问题”和“规范”为核心，而不囿于概念之演绎。本书除了力求理论体系的自治和逻辑的周延，更重视法学理论与法律规则的结合，并关注法律制度所面对的现实问题。作者以民法学者特有的体系感，十分注意在财产法的制度体系中把握债法总论诸种制度的功能。本书力图帮助读者发现债法总论中的各个制度之间新的联系点。书中常以交叉参引的方法，揭示法律制度之间的联系和配合。一个典型的例子是，在作为财产法的债法制度中，将“转让性”作为核心概念，使债的移转、债的保全以及债的消灭中的第三人清偿等制度中都能适用财产转让的共通原理。

第二，在内容上推陈出新，对债法总论的若干重要理论问题提出独到的理解。例如，承认产生于诚实信用原则的债的独立性，并揭示基于诚实信用原则的债不同于法定之债和约定之债的独特之处。本书还有颇多匠心独具之处。如，关于多数人之债的内部划分，特别是连带之债和“不真正连带之债”关系的讨论；对利率管制的讨论；关于有限责任之债的讨论；关于债的保全所涉及多方主体利益平衡的讨论；关于债的移转制度之功能的讨论；关于禁止转让约定效力的讨论；关于债的消灭制度功能的讨论；关于无因管理和不当得利作为救济手段的讨论等。本书吸收了我国最新的立法成果，并借鉴了日本法的最新研究成果以及英美法的成果。

第三，在结构形式上，虽然还不能也不必突破按“定义”、“特征”、“构成要件”和“意义”表述的教科书传统定式，但其结构安

排、语言风格等都有所更新。书中以“延伸思考”、“延伸阅读”、“注意问题”等板块，将一般内容与重点内容、基础内容和拓展内容相区分，便于读者阅读。而且，本书力求用简洁的语言切入实际问题，避免核心观点和体系感因繁琐的学说引用和素材堆砌而被淹没。本书还运用案例解说法，便于读者把握抽象理论所指向的现实问题。

民法是一门有着数千年超越国界的知识积累的学科。做一个民法学者，首先应该有一种对学科知识体系的敬畏感和忠诚感。任何的知识创新，都必须建立在精心维护已有知识的纯正性的基础上。因此，研习民法是长期艰苦的修行，而传授民法更是殚精竭虑的劳作。愿我国的民法新彦，以担当大任为志，以严谨治学为励，为吾国法治之振兴，创作出更多的好作品。

是为序。

王卫国

2009年4月3日

# 目 录

序	1
第一章 债与债法	1
第一节 债的发生和债的概念	1
一、债的发生	2
二、债的定义	9
三、债的要素	10
第二节 债的本质	16
一、债的本质	16
二、债权的特点	21
三、债权与物权	25
四、债的效力之扩张	30
第三节 债    法	37
一、债法主要是任意性规范	37
二、债法具有普遍性的特征	39
三、债权法由诚实信用原则所支配	39
第二章 债的类型	42
第一节 根据债的客体（给付）所作的划分	43

## 2 债法总论要义

一、根据给付的内容所进行的分类	43
二、根据债的客体可否选择而进行的分类 ——选择之债、简单之债和任意之债	61
三、根据给付的方式分类 ——一时之债和继续之债	67
第二节 按照债的强制执行力所作的划分	69
一、自然之债和法定之债	69
二、主债和从债	71
第三节 多数人之债（根据主体人数进行的分类）	72
一、可分之债和不可分之债	73
二、连带之债和按份之债	75
三、不真正连带之债（责任）	95
四、补充责任	100
第三章 债的效力——对内效力	105
第一节 债权的效力	105
一、简说	105
二、债权的请求力	106
三、债权的执行力	109
四、债权的保持力	111
五、处分权限	112
六、不完全债权（债务）	112
七、债权效力的阻却	114
第二节 债务的效力	114
一、以给付义务为中心的义务群	114
二、债务与责任	122



第三节	债务不履行	127
	一、概说	127
	二、履行不能	128
	三、给付拒绝	134
	四、不完全给付(不完全履行)——债的干扰	135
	五、给付(履行)迟延(特指债务人迟延)	138
	六、受领迟延	139
第四节	不履行债务的效力——债不履行的救济	142
	一、强制实际履行	142
	二、损害赔偿	146
第四章	债的担保和保全	156
第一节	广义的债的担保之一般理论	156
	一、一般担保及其局限	157
	二、特别担保	157
第二节	债的担保之一——保证	162
	一、前提问题	162
	二、保证和保证合同	166
	三、保证的分类	175
	四、债权人与保证人之间的关系	179
	五、保证人与主债务人间的关系	181
	六、保证责任的消灭	185
	七、保证与物保	189
第三节	其他债的担保	191
	一、定金	191
	二、违约金	194

#### 4 债法总论要义

第四节	债的保全——债的对外效力	197
一、	债的保全概述	197
二、	债权人的代位权	201
三、	债权人的撤销权	209
第五章	债的移转	216
第一节	债的移转概述	216
一、	债的移转的意义	216
二、	债的移转的概念和特征	220
三、	债的移转的特征	221
四、	债的移转原因	223
第二节	债权让与	225
一、	债权让与的概念、特征和方式	225
二、	债权让与的条件	227
三、	债权让与的效力	237
第三节	债务承担	242
一、	债务承担的概念、特征和方式	242
二、	债务承担的种类	243
三、	债务承担的条件	246
四、	债务承担的法律效力	247
第四节	债的概括承受	249
一、	概念	249
二、	种类	249
第六章	债的消灭	253
第一节	概    述	253

一、合同法规定的债的消灭原因	253
二、理论上存在的债的消灭原因及其分类	253
三、简单说明	254
第二节 债的清偿	255
一、清偿的概念	255
二、受领人与清偿人	257
三、第三人清偿	258
四、代物清偿、部分清偿	263
五、清偿地、清偿期和清偿费用	266
第三节 提    存	269
一、提存的概念和功能	269
二、提存的条件	271
三、提存的效力	273
第四节 抵    销	274
一、抵销的概念、分类与功能	274
二、抵销的条件	278
三、抵销的效力	283
四、约定抵销	285
第五节 混    同	287
一、混同的概念与原因	287
二、混同的效力	289
第六节 债务免除	289
一、概念和性质	289
二、免除的效果	290
第七节 债务更新	292
一、概念确定	292

6 债法总论要义	
二、债务更新制度的存在意义	293
三、成立要件	293
四、性质和效力	294
第七章 无因管理和不当得利	296
第一节 无因管理	296
一、无因管理的概念	296
二、无因管理的构成要件	300
三、无因管理的效力	303
四、无因管理的理论分类	306
第二节 不当得利	311
一、不当得利的概念	311
二、不当得利的成立要件	314
三、不当得利的基本类型	316
四、不当得利的效力	318
五、给付不当得利返还的排除和缩减	320
常用法律缩略语	324
主要参考著作	326
法律人需要的是什么样的创新（代后记）	329

# 第一章 债与债法

## 第一节 债的发生和债的概念

“债”是民法中十分抽象、但也十分重要的概念，必须从生活中的实态来说明〔1〕，所以我们首先讨论债的发生。我们知道，民法为权利法，是围绕权利而构建的体系，但是，要具体理解权利的内容，从义务或者债务的角度来观察可能是有益的。债的发生，最根本的一个问题是要考察债务（义务）的来源。从债权人的角度来看，取得债权必须是有依据的，或者说是经过正当化的；而从义务人的角度看，他之所以要承担义务，也需要正当化的理由。我们在讨论债的发生原因的时候，是从债务产生的原因来看的，即主要看一方当事人在什么情况下会对另外一方当事人负有特定的债务或义务。

---

〔1〕 王泽鉴：《债法原理》（第一册），中国政法大学出版社2001年版，第4页。

## 一、债的发生

### (一) 债的发生原因及其正当化论证〔1〕

权利概念的一个重要的内涵是正当性。一个人在享有针对别人的债权之时需要有正当的理由；而反过来，一个人对别人承担义务也需要正当化的理由。我们在讨论债的發生的原因的时候，也是在讨论债的正当化。

#### 1. 合同和其他法律行为

合同、遗嘱以及团体设立行为〔2〕等是意定之债（或者约定之债）发生的原因，其中，合同是最主要的原因。

例：乙聘任甲为自己酒店的总经理，并约定乙在去职后两年内不得从事类似酒店的管理工作。

约定之债来自当事人的约定。这是自己为自己设定的、经自己同意而正当化的义务。我之所以要承担某一债务是因为我“愿意”这样，是我的“自由意志”选择（意思自治）的结果。即当事人自己的“同意”为其承担债务提供了正当性理由。

当事人通过合同等积极地为自己设定义务、取得权利，安排自己未来经济生活。这是债产生的积极的方式。庞德说过：财富，在一个商业的时代，大部分是由允诺所构成。法律执行当事人自愿为自己设定的义务，为财富的流转和增长提供了一个根本性的机制。

---

〔1〕 国内民法学者比较早地研究权利和义务的“正当化”的著作，请参见李永军：《合同法原理》，中国人民公安大学出版社1999年版。

〔2〕 团体设立行为等在传统民法上被称为“合同行为”。由于我国立法使用“合同”的概念来指称传统民法中的“契约”概念，所以这里使用描述性的“团体设立行为”指代传统上的合同行为，以避免混淆。

注意：

(1) 这里存在两个层次的债（义务）。首先有一个约定的、具体的义务（债务），这个义务使一方产生对另一方的请求权。若义务人违反约定、不履行请求，就产生另外一种债，叫债务不履行之债。

(2) 约定或者说是当事人的合意是合同上义务产生的主要方式，但是，并不意味着合同上的义务全部是约定的义务。<sup>〔1〕</sup> 这一点必须强调。

(3) 当事人积极为自己设定的义务可以是作为义务，也可以是不作为义务。

## 2. 侵权行为

侵权之债为法定之债。

设例：同学甲把自己使用完毕的墨水瓶随手从窗口扔到教学楼下砸到乙，乙因此头部受伤。

侵权之债是指债务人违反了社会一般的、不得侵犯别人权利的义务。这里首先要有一个法定的、一般的义务的存在。不过要注意的是，一般社会义务本身并不自然产生债，该一般社会权利的“权利人”并不享有针对所有其他一切人的请求权。实际上，只有受害妄想狂才会“请求”世界上的其他一切人不要侵害自己。当某一特定的主体违反这一义务，使得原本抽象的、一般性的权利义务关系特定化之后，权利被侵犯的人才产生针对侵害行为人的一种请求权，这种请求也被称为“债”。由此也可以认为，债法所讨论的是特定的、具体的义务。

---

〔1〕 赵廉慧：《财产权的概念——从契约的视角分析》，知识产权出版社2005年版，第206-208页。

#### 4 债法总论要义

##### 延伸思考：自愿的债权人 vs 非自愿的债权人

与约定之债的债权人为自愿的债权人 (voluntary creditor) 相对, 侵权之债的债权人一般被认为属于被动的、非自愿的债权人 (involuntary creditor)。合同是自愿交易的法律结构, 合同法保护的是经过当事人同意而设定的权利; 与此相对, 侵权则被比喻为非自愿的、强制进行的“交易”。

##### 3. 无因管理

设例: 甲全家到外地长期旅游, 他家的房顶为暴风所破。甲的邻居乙花钱请工匠修缮甲的房屋, 以避免即将到来的梅雨给甲家带来损害。

在现代社会, 一般而言只有本人对自己的事务有管理权, 别人无权置喙。一方去管理别人的事务, 若没有法律直接规定的权能 (例如监护人) 或者当事人之间的事前约定 (例如受托人), 则构成干涉对方事务, 一般会构成侵权行为。但是, 在某些特定情况下, 这种干涉如果具备了某种理由和必要性, 符合了法律规定的条件, 这样, 一个看似干涉他人事务的行为就被正当化, 从而产生阻却侵权之效力。同时, 管理别人事务的人取得了一种类似受托人 (“准受托人”) 的地位, 并基于这种准受托人的地位可以就“管理”过程中所产生的必要的费用向被管理人请求返还, 借以调整二者的关系。这种财产返还关系并非基于当事人的约定而产生, 因此, 无因管理之债属于法定之债的一种。

##### 4. 不当得利

设例: 甲使用银行卡在中国工商银行的 ATM 机上取钱 1000 元, ATM 机吐出了 1 万元。银行 (乙) 事后要求甲返还多领的 9000 元。

没有法律上的根据, 因他人受有损失而使自己得利的人, 负有返



还所得利益的义务。受有损失的人对取得利益的人有请求权，因此而产生的债的关系为不当得利之债。不当得利也属于一种法定之债。

#### 5. 其他法律直接规定的债

法律还另外规定了一些单独的债发生的原因。例如，因为债务不履行而产生的损害赔偿请求权、因合同解除而产生的恢复原状请求权、无权代理人的债务（责任）等。由于合同并非这些请求权发生的原因，民法的相关的条文直接规定了这些情形下的法律效果，因而它们也应属于法定之债。另外有观点认为：债权人的撤销权、代位权、第三人清偿之后的代位权等也可以被归类到债的类型之中。不过，上述这几种类型都可以理解为对原来独立存在之债权的救济或者其权能，所以，学者怀疑其是否能作为债发生的独立原因。

#### 6. 根据诚实信用原则而产生的债

在债（主要是合同之债）的关系成立前、中、后的各个阶段，为了债的目的（给付结果）的实现，即使没有法律的规定和当事人的约定，也需要认可各种不同类型的附随义务，以及以保护债的当事人的生命财产安全为目的的安全保护义务等，这些都属于债之关系上的义务群。不过，这些义务的产生虽一般都有合同关系的背景，但并不是直接根据合同约定产生的，而是根据诚实信用原则而产生的义务。在这种意义上，在现代法上，诚实信用原则这样的一般原则也可以作为债发生的一个原因。

#### 延伸阅读：债的概念小考

阿狄亚在其《合同法导论》中，把合同法、侵权法和返还法共同称为“law of obligations”<sup>[1]</sup>，而“obligation”一词来自罗马法上

---

[1] P. S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 1.