

FROM CLASSIFICATION OF NEW OBLIGATION TO
THE STRUCTURE OF CIVIL CODE

从『新债』的分类到 民法典的结构

中国检察出版社

◎ 廖新仲 著

新 債

FROM CLASSIFICATION OF NEW OBLIGATION TO
THE STRUCTURE OF CIVIL CODE

从『新债』的分类到 民法典的结构

◎ 廖新仲 著

新 債

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

从“新债”的分类到民法典的结构/廖新仲著. —北京:

中国检察出版社, 2009. 2

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0052 - 6

I. 从… II. 廖… III. 债权法—研究—中国 IV. D923. 34

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 012271 号

从“新债”的分类到民法典的结构

廖新仲 著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjcbs@vip.sina.com

电 话: (010)68630385(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京鑫海金澳胶印有限公司

开 本: A5

印 张: 9.75 印张

字 数: 286 千字

版 次: 2009 年 3 月第一版 2009 年 3 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0052 - 6/D · 2032

定 价: 28.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

引子

2002年12月23日，全国人大法制工作委员会将载有1209条的中国民法典草案提交全国人大常委会审议，然后发布征求意见。2003年之后，轰轰烈烈的中国民法典编纂工程终因学界各方的激烈论争和重大分歧而搁浅下来。于是，立法机关及时作出了适当的调整，将工作重心转移至物权法的制定上来。但在物权法的制定过程中，我国法学界对于物权法的一些基本问题相继又发生了一场接着一场的更为激烈的争议。“对于中国民法学人来说，物权法的学习也真的是一个最严峻的挑战。它不仅暴露了原有知识结构的欠缺，而且迫使我们不得不经历一场法律理性思维能力和水平的考验。与物权立法同时起步的民法典的起草过程中各种思想和观念的严重冲突，不过是这场考验的延伸和表现而已。”北京大学法学院的尹田教授如是界说中国民法学人和民事立法的困境。^①

^① 尹田：《物权法理论评析与思考》，中国人民大学出版社2004年版，第328页。

关于民法典编纂的争议范围既存在于基础理念、基本原则和制度设计等实体方面，也存在于法典编纂的体例和内容结构等纯粹的形式方面。但依笔者之见，在这些实体性的问题上，学界各方的主体内容还是基本相同的，真正发生激烈争议的部分占民法典全部内容的比例很小。且这些实体方面的设计从本质上讲属于立法机关的权力范围，专家学者或科研机构各自提出法律草案之后，由立法机关取舍或修改，即能解决。但在法典编纂的体例和内容结构等形式方面，从我国此前的立法例考察，似乎我国的立法机关对于学界的研究成果表现出了更强的依赖性。而且，单就民法典的编纂形式而言，我国民法学界各专家学者和科研机构之间的分歧似乎更大，论争的程度似乎比其他任何一部法典制定过程中表现出来的更为热烈。

“民法典宛如潘多拉的盒子，正义女神把它投到哪国，它就在哪国搅起一场理论风暴，直到一部精雕细琢的民法典问世或民法典计划流产。”有鉴于此，学界有人将中国民法典起草思路的论战称为“世界民法典编纂史上的第四大论战”，也许不算太过夸张。参见徐国栋：《中国民法典起草思路论战》，中国政法大学出版社2001年版，第176页。

也正是从我国学界关于民法典编纂和物权法制定的热烈讨论以及由此所产生的激烈论争过程中，笔者发现了我国学术界乃至立法界对于债的类型及债权的性质、本质等方面在认识上的某些偏差。本书即试图从对债与债权的概念、性质、本质、分类以及与之密切相关的问题入手，^① 开始考察、检索和剖析我国民法学研究领域中的债法基本理论、民法体系及其背后的思维模式，并试图以此为基础另行构建一个全新或较新的理论体系和法典体例。^②

① 并辅以注释和附录的形式附带对物权的概念及与之密切相关的几个基本概念和原理进行了探究。

② 在关于我国民法典编纂的论争过程中，学界在债法总则是否独立成编、人格权是否独立成编、物权与人格权（“物文主义”与“新人文主义”）的先后排列等问题上，同样也都出现过从法律制度的实体内容到法典编纂的体例形式“二合一”式的论争。例如，就“物文主义”与“新人文主义”的论争，有人总结道：“现在我们只有两种思路，彼此基本上还只心平气和地‘谈’到了编的层次的问题。如果‘吵’到章的层次了，民法典问题的深度就增加了一些，吵到节、目的层次，则更好。聊以自慰的是……毕竟推进到了章和节的层次。”见徐国栋：《中国民法典起草思路论战》，中国政法大学出版社2001年版，第177页。另可参见谢鸿飞：《论人法与物法的两种编排体例——兼求教于徐国栋先生》，《中国民法典起草思路论战》，中国政法大学出版社2001年版，第275—331页。

目 录

引子	(1)
第一章 债权的贫困：并非仅是代序	
——当代中国债权理论的困窘局面	(1)
第一节 我国民法学界关于债权问题的争议	(1)
一、我国民法学界关于债权性质的主流认识	(1)
(一) 我国台湾地区民法学界关于债权性质的认识	(1)
(二) 大陆地区民法学界关于债与债权的概念的认 识	(2)
(三) “债权是财产权”定性的缺陷初露	(3)
二、债权的财产权定性不断地受到各种质疑	(4)
第二节 立法过程中关于债权的“高端”争议	(9)
一、制定民法通则过程中关于债权问题的争议	(9)
二、编纂民法典过程中关于债权问题的论战	(9)
第三节 笔者眼里的债权问题	(16)
一、关于债及债权问题发生争议的原因分析	(16)
(一) 学界对债权概念自身的性质与内涵的认定， 与其外延不相吻合	(16)
(二) 学界对债权概念的错误认识根源在于对物权 及所有权概念的理解错误	(16)
二、对债权概念的认识错误必然导致诸多下位理论的错 误	(17)
(一) 关于“货币的占有与所有一致”原则	(17)
(二) 关于土地承包经营权的性质问题	(18)
(三) 关于“物权行为”理论的争议	(21)

(四) 关于“侵权不是债”	(23)
(五) “买卖不破租赁”是物权优于债权的例外吗	(24)
第四节 本书主要运用的研究方法	(28)
一、历史研究的方法	(28)
二、系统科学的方法	(28)
三、辩证法的方法	(28)
四、形式逻辑学的方法	(28)
五、类比、类推的方法	(29)
六、比较法的方法	(29)
七、数学方法	(29)
八、案例分析的方法	(30)
九、明线暗线法	(30)
本章小结	(30)
本章附件之一：关于物权概念定义的思考	(31)
本章附件之二：质疑货币的“所有与占有一致原则” ——谨向陈华彬、王利明二位教授请教	(38)
第二章 探本求源：债为何物	(49)
第一节 债的概念及本质略考	(49)
一、债的概念的合理性检讨	(50)
(一) 债的概念的检讨	(50)
(二) 本书主张的债的概念	(57)
(三) 两种类型的债之间的逻辑关系	(66)
二、债的本质	(66)
(一) 债的直接属性是一种法律关系，而非权利或 责任本身	(66)
(二) 债是特定主体之间的法律关系	(68)
(三) 债的本质是特定人之间请求为或不为某种给 付的法律关系	(69)
(四) 债不是一种自在的法律关系	(71)
(五) 债的根本属性是实现利益的一种手段	(74)
三、债的特征	(75)

(一) 债与其所由生者及其所生者三者之间的关系	(75)
(二) 债存在于特定的主体之间	(76)
(三) 债的发生具有任意性和多样性	(78)
(四) 债的客体是债务人的特定行为	(78)
(五) 债是一种“虚”的法律关系	(79)
四、债的构成	(80)
(一) 债的主体	(80)
(二) 债的内容	(81)
(三) 债的客体	(84)
五、“解债化思潮”应当终结(上)	
——从债之关系本身出发	(88)
第二节 债的种类	(99)
一、个体的源权引发的债的种类	(99)
(一) 因财产权引发的债	(99)
(二) 因人身权引发的债	(100)
(三) 因知识产权引发的债	(101)
二、归类的行为引发的债的种类	(101)
(一) 契约所生之债	(101)
(二) 侵权行为所生之债	(102)
(三) 单方允诺所生之债	(102)
(四) 无因管理所生之债	(103)
(五) 不当得利所生之债	(103)
(六) 其他原因所生之债	(103)
第三节 债的分类	(104)
一、学界的通行分类	(104)
(一) 意定之债与法定之债	(104)
(二) 特定之债与种类之债	(105)
(三) 单一之债与多数人之债	(105)
(四) 按份之债与连带之债	(105)
(五) 简单之债与选择之债	(106)
(六) 主债与从债	(106)

(七) 财物之债与劳务之债	(106)
二、本书对债的最新分类	(106)
(一) 对债的新型分类及标准	(107)
(二) 债的新型分类的意义	(109)
本章小结	(110)
第三章 透视债权	(111)
第一节 债权的性质与本质	(111)
一、债权的性质	(111)
(一) 学术界关于债权的性质通行认定	(111)
(二) 本书关于债权性质的主张	(113)
(三) 债权概念的定义及定位	(114)
二、债权的本质	(115)
(一) 债权的直接本质——对人权、请求权、“虚 权”	(116)
(二) 债权的深层本质——手段权	(125)
三、对债权的性质和本质准确界定的意义	(127)
(一) 对所有权、物权等相关概念的意义	(127)
(二) 能轻易解决物权行为理论等疑难问题	(131)
第二节 债权的特征	(137)
一、债权与各自在权的总的区别	(137)
(一) 债权是表示范围的概念，各自在权是表示个 体的概念	(138)
(二) 债权并非自在的权利，各自在权都是源权	(138)
(三) 债权附着于债的关系，各自在权无须依附	(138)
(四) 债权是“虚权”，各自在权是“实权”	(139)
二、债权与财产所有权、知识产权及人身权的比较	(140)
(一) 财产权与财产所有权的联系与区别——以 物权为代表	(140)
(二) 财产权与知识产权的比较	(151)
(三) 财产权与人身权之比较	(151)
(四) 债权与请求权之间的关系	(152)

第三节 债权的分类	(153)
一、债权的分类及标准	(153)
(一) 学界对债权的分类状况	(153)
(二) 本书对债权的两种新型分类	(154)
二、债权本质的“量化”	(157)
三、债权分类的意义	(159)
(一) 科学地划分了债权的内部结构, 清晰地分辨 了各种债权的性质	(159)
(二) 辨清了债权与相关权利之间的关系	(159)
(三) 可以揭开物权行为理论的神秘面纱	(161)
(四) “解债化思潮” 应当终结 (下) ——从债权的概念及其分类出发	(161)
(五) 对权利体系和民法典的影响	(168)
本章小结	(169)
本章附件之一: 马宏继老师对本书初稿的质疑	(169)
本章附件之二: 答马宏继老师的质疑	(172)
本章附件之三: 质疑“直接支配说” ——从形式逻辑的视角出发	(194)
第四章 民法学体系的立异与民法典结构的标新	
——债权性质分类的现实意义	(200)
第一节 一桥飞架南北: 从债权的分类到民法的体系	(200)
一、从债权的分类到全部权利的新型划分	(200)
二、依权利的新型分类重构民法学体系	(204)
三、依“法的运行阶段”原理构造民法典体系	(207)
四、债法的基本概念及其与民法体系之间的逻辑关系图 示	(208)
第二节 本座法	(210)
第一部分 本座权概论	(210)
一、本座权的概念	(211)
(一) 本座权的本质是自在权	(211)
(二) 本座权即是本座的自在权	(215)

二、本座权概述	(219)
(一) 本座权的“量”的方面的条件——未经契 约	(221)
(二) 本座权的“质”的方面的条件——未受侵 害	(222)
第二部分 本座权法各部门	(223)
章一 人身权法	(223)
章二 财产权法	(224)
章三 知识产权法	(224)
章四 继承法	(225)
第三节 契约法	(227)
第一部分 契约权概论	(228)
一、契约权的概念	(229)
(一) 契约的界定	(229)
(二) 对契约权概念的定义	(232)
二、契约权概述	(242)
(一) 契约权兴起的历史背景	(242)
(二) 契约权的实定法分析	(246)
(三) 对契约权历史价值的评价	(249)
第二部分 契约法各部门	(250)
章一 婚姻法	(250)
章二 扶养法	(252)
章三 收养法	(252)
章四 合伙法	(252)
章五 物权合同法	(252)
章六 劳务合同法	(253)
章七 技术合同法	(253)
章八 无名合同法	(253)
章九 商事法	(253)
章十 担保法	(254)
第四节 救济法	(254)

第一部分 救济权概论	(256)
一、救济权的概念	(257)
(一) 救济的形式	(257)
(二) 救济权的概念与性质	(258)
(三) 对法律关系的侵害	(262)
二、救济权概述	(264)
(一) 救济权的表现类型	(264)
(二) 救济权与自在权和契约权之差异	(267)
(三) 救济权不是财产权	(267)
第二部分 救济法各部门	(272)
章一 侵权行为所生之债法	(272)
章二 违法行为所生之债法	(274)
章三 其他法律事实所生之债法	(275)
本章小结	(275)
本章附件：学术沙龙报告会提问阶段略记	(275)
主要参考文献	(286)
后记：题外的感想	(290)

第一章 债权的贫困：并非仅是代序

——当代中国债权理论的困窘局面

第一节 我国民法学界关于债权问题的争议

一、我国民法学界关于债权性质的主流认识

（一）我国台湾地区民法学界关于债权性质的认识

在我国台湾地区的民法学界，大多数学者均将债权认定为财产权。如：

邱聪智先生认为：“〔（一）债权为财产权 财产权者，指其权利之标的有经济上价值评价为财产上价格者而言。〕债权为交换或分配生活上各种利益之法律关系，其给付系以财产或得评价为财产者为主。因此，就权利之标的而言，债权为财产权。”^①

林诚二先生认为：“债权为财产权。……债权为交换或分配生活上各种利益之法律关系，其给付系以财产或得评价为财产者为主。”^②

陈自强先生认为：“债权为财产权。……债权人基于其债权，若得请求债务人为有财产上价值的给付，债权终能获得实现的可能性本身，从经济的观点，即具有财产上价值。因此，债权不仅是单纯的债权人与债务人之间的法律关系（债之关系），也是财产权的一种。”^③

① 邱聪智：《新订民法债编通则（上）》（新订一版），中国人民大学出版社2003年版，第9页。

② 林诚二：《民法债编总论——体系化解说》，中国人民大学出版社2003年版，第9页。

③ 陈自强：《民法讲义Ⅱ契约之内容与消灭》，法律出版社2004年版，第21页。

（二）大陆地区民法学界关于债与债权的概念的认识

我国大陆地区的民法学界承袭台湾地区民法学界的“成果”，也普遍将债权一概地定性为财产权。比如，张广兴研究员认为，债权的性质为财产权，具有财产的内容。^①一方面，由于债权人的利益往往需要通过给付效果才能实现，而债务人的给付行为本身并非债权人的利益所在，因此，可以说债权“体现”着一定的财产利益（或者精神利益）；另一方面，债权，尤其是以交付标的物的债权，可以通过转让而使债权获得对价，可以用于抵销债权人向对方当事人所负的债务，可以用来作为担保（设定权利质）而取得贷款，还可以在债权人破产时作为破产加入分配等；现代企业的财产总量中，债权占有相当的比重；在市场经济发达国家，财产的流通已不限于实务的流通，也包括观念上的流通，而其流通的形式，便是债权的转让。因此，在这个意义上，又可以说债权本身即“属于”一项财产权而存在。^②

魏振瀛教授将债权定义为：“债权人得请求债务人为给付的权利”，并认为“债权为财产权，能用货币衡量和评价”。^③

王利明教授认为，债是一种财产法律关系，“是债权人与债务人之间建立的一种财产利益关系，属于财产法律关系。因此，债通常被列入财产的范围。债权称为积极财产，而债务称为消极财产。”^④并进而认为，“债法为财产交易法，以规范财产流转关系即动态的财产关系为对象。因此债法特别强调公平、诚实信用、等价有偿等民法基本原则。”^⑤

李双元、温世扬等学者认为，“债权为财产权。……债权是通过债务人的行为而使债权人享受其财产利益的权利。因此它与物权、无形财产权同属于财产权。”^⑥为论述债权是财产权，两位教授进一步申述：我国学者一般从财产法律关系与人身法律关系的划分出发，把

① 张广兴：《债法总论》，法律出版社1997年版，第21页。

② 张广兴：《债法总论》，法律出版社1997年版，第21—22页。

③ 魏振瀛：《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社2000年版，第303—304页。

④ 王利明：《民法学》，复旦大学出版社2004年版，第496页。

⑤ 王利明：《民法学》，复旦大学出版社2004年版，第501页。

⑥ 李双元、温世扬主编：《比较民法学》，武汉大学出版社1998年版，第495页。

民法上的权利区分为财产权与人身权，并把债权归于财产权的范畴。^①对此笔者认为，如果一定要对债权作一番“非此即彼”的划分的话，也许债权只能划归财产权。但是，是不是民法上所有的权利都必须进行这样一番类似于“不是人民，就是敌人”的阵线归队？若定要如此，那么，支配权是应划归何方阵营？依学界通说，支配权既可存在于财产权上，亦可存在于人身权（尤人格权）上。又比如，抗辩权、形成权等依其他标准而呈现出的各种权利是不是也一定要进行此番归类呢？如果能够确定债权确是一种“实的权利”，必须而且也能够进行归类（而其他权利不一定是“实的权利”）的话，那么，就应从逻辑上先行解决这样一个前提性的问题，即，债权究竟是不是一种“实的权利”，或者说是不是所有的债权都是实的权利？^②

张俊浩教授也把债权限定为财产性权利，认为“债权是在交换或分配各种利益时产生的权利，其给付须以财产或可以评价为财产（劳务）的利益为主要内容”。“故就权利的内容而言，债权与物权、知识产权同属财产权。”^③

崔吉子先生认为，债权与物权同属民法上的两大基本财产权，^④债法与物权法构成财产法的两大支柱……自近代经历“从身份到契约”运动以来，债法已归于纯粹的财产法领域。^⑤

（三）“债权是财产权”定性的缺陷初露

“债权是财产权”的定性是明显存在缺陷的。

1. 美国最著名的《布莱克法律词典》对财产权（property right）的定义是：“关于特定财产的权利，包括有形的和无形的两类形式。”（A right to specific property, whether tangible or intangible.）^⑥可见，财

① 李双元、温世扬主编：《比较民法学》，武汉大学出版社1998年版，第495页。

② 对于这一问题，本书拟在第三章进行系统的探讨。

③ 张俊浩主编：《民法学原理》（修订第三版），中国政法大学出版社2000年版，第618页。

④ 崔吉子：《债法通论》，北京大学出版社2006年版，第3页。

⑤ 崔吉子：《债法通论》，北京大学出版社2006年版，第10页。

⑥ BLACK'S LAW DICTIONARY（布莱克法律词典），SEVENTH EDITION，BRYAN A. GARNER，EDITOR IN CHIEF，p. 1323。此处的译文为笔者自行翻译。

产权必须限定于“特定财产”的权利，而诸救济型债权显然不应称之为关于“特定财产”的权利：（1）无论是违约之债，还是侵权行为导致的损害赔偿之债，在寻求救济过程中，债权人的债权能否最终获得实际的弥补，以及对方实际赔偿的数额，都是尚未确定的。（2）对于那些消除影响、赔礼道歉、排除妨碍等债权形式，就更谈不上“特定”了，当然也不能作为“财产”对待，因而也就不能称其为“特定财产的权利”了。能够称之为财产权的债权，仅仅是包含有标的物（含借款合同中的货币——种类物之一）的契约类债权。由此显露了我国法学界对于“债权为财产权”的定性中存在着的明显缺陷。

2. 我国大陆地区的民法学界在论述债务时认为债务就其本质来说是债务人负担的不利益。这样的解释本身就明显地揭示了关于“债权是财产权”的论证过程在形式逻辑上的矛盾。因为利益本身有金钱利益和非金钱利益之分。利益并非限于恒有财产上的价值，人身利益、精神上的利益对于任何而言也同样是利益，而且是比财产更为重要的利益。在这里，学界的上述论证过程显然是将利益等同于财产了。这在逻辑学上被称为“偷换概念”，^①“这样的推理和论证显然是不对的。”^②可见，抛开债权本身的性质究竟为何物暂且不谈，仅从逻辑学角度来看，我国法学界关于债权性质的论证过程就存在明显的错误，其结论自然也就难以令人信服。

二、债权的财产权定性不断地受到各种质疑

学界关于债权的财产权定性明显地缺乏科学性，因而，虽然我国的台湾地区和大陆地区的大多数学者均将债权定性为财产权，^③但也

^① 参见墨宜：《债，债权，财产权漫谈——对于债权是财产权的检讨》，载 <http://www.tianya.cn/New/PublicForum/Content.asp?idWriter=0&Key=0&strItem=law&idArticle=1763&flag=1>。笔者认为，将我国学术界的这种论证过程的逻辑错误评价为“以偏赅全”似乎更为准确。

^② 参见墨宜：《债，债权，财产权漫谈——对于债权是财产权的检讨》，载 <http://www.tianya.cn/New/PublicForum/Content.asp?idWriter=0&Key=0&strItem=law&idArticle=1763&flag=1>。

^③ 但无论是在台湾地区还是在大陆地区，学界上总有一些“高端学者”并未明示赞同。参见史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版；黄茂荣：《债法总论》，中国政法大学出版社2003年版。亦有个别学者明示反对，参见王泽鉴：《侵权行为法》（第一册），中国政法大学出版社2006年版，第132页；梁慧星：《松散型、汇编型的民法典不适合我国国情》，载《政法论坛》，2003年第1期，第11页。

一直不断地受到各种挑战。

在我国台湾地区，对于“债权是财产权”这一论断威胁最大的首推王泽鉴先生的学术主张。王泽鉴先生对于“债权是财产权”的定性没有予以正面反驳，但他认为，“要了解债权的性质，可从两个方面加以观察：一为债权不是什么，一为债权究竟是什么。”针对第一方面，王泽鉴先生首先指出债权非属支配权，并依次具体论述了债权人不是对物的支配权，不是人身支配权，甚至于既不是债权人对债务人行为（给付行为）的支配，也不是对于给付标的物支配。^①接着，王泽鉴先生又从正面论述了债权系将债务人的给付^②归属于债权人，债权人亦因而得向债务人请求给付，受领债务人的给付。易言之，“债权之本质的内容，乃有效的受领债务人的给付，债权得向债务人请求给付。”^③从这里我们可以清晰地看到，王泽鉴先生是将债权的本质视为一种抽象的权利（请求的权能），而丝毫未将债权与财产权联系在一起。

在我国大陆，一位署名为“墨宜”的作者最近在网上对于“债权是财产权”这一论断发难道：“债权真的都是财产权吗？”^④接着，作者这样论述道：

首先，让我们来看看债的标的。在古罗马，债的标的被归结为债务人应提供的物。只不过它把标的抽象为给付，而不是直接的财物。而给付包括给、为、供。给是转移财产的所有权；为是为一定行为，包括不作为；供是提交一定的物，如租赁。罗马法还把给付要求为：需为财产上的价值并且以有财产价值为限。而现在的一般观点认为，债的标的是给付。其内容包括实施积极的特定行为，也包括不实施的特定行为。依我国台湾地区“民法”第199条的规定：“债权人基于

① 王泽鉴：《债法原理》（第一册），中国政法大学出版社2001年版，第8—9页。

② “给付”乃是行为的抽象，区别于履行（参见魏振瀛：《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社2000年版，第306页），更非标的物。

③ 王泽鉴：《债法原理》（第一册），中国政法大学出版社2001年版，第9页。

④ 参见墨宜：《债，债权，财产权漫谈——对于债权是财产权的检讨》，载 <http://www.tianya.cn/New/PublicForum/Content.asp?idWriter=0&Key=0&strItem=law&idArticle=1763&flag=1>。