

本书是《中国民商法律丛书》中的一本，旨在系统阐述《中华人民共和国民法典》中关于债权债务的规定，并探讨其在司法实践中的应用。本书由法学专家撰写，内容详实，逻辑清晰，是法律专业人士和学生的重要参考。

债 权 法

新问题
研究

判解研究

中国民商法律丛书

人民法律出版社
Renmin Law Press

债权法新问题与判解研究

马 强 著

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

债权法新问题与判解研究/马强著. —北京:人民法院出版社, 2002. 3
ISBN 7-80161-293-0

I. 债… II. 马… III. 债权法—案例—研究—中国
IV. D923. 35

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 010845 号

债权法新问题与判解研究

马强 著

责任编辑 胡玉莹

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京东交民巷 27 号(100745)

电 话 65299075(责任编辑) 65136848(出版部)
65120825 65286879 65222201(发行部)

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市文化彩印厂

经 销 新华书店

开 本 850×1168 毫米 1/32

字 数 550 千字

印 张 22

版 次 2002 年 4 月第 1 版 2002 年 4 月第 1 次印刷

书 号 ISBN7-80161-293-0/D·293

定 价 38.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装,请与印刷厂联系调换)

序

对典型案件的判解研究是一种法学研究的新形式，它的出现反映了我国急速发展的社会生活对“补漏法律”的急切呼唤。我认为，我们所说的判解研究，是指采用法学理论对判决内容进行探究、阐释、归纳、演绎，借以发现现行法律及司法解释规定的不足，以图从立法上完善。之所以要对债权法进行判解研究，是因为债权法作为调整平等主体之间的财产关系和人身关系的民法的重要组成部分，深深植根于社会现实经济生活，它是人们每时每刻发生的、重复出现的交易活动的规律在法律上的集中体现。债法是活的法，它的规则不仅要切实反映活生生的现实生活，并且要随着现实生活的发展而不断发展和创新。同时，即使其所包含的大量规则极为抽象和艰深，但也绝不仅仅停留于理论的表象而用于满足纯粹思辨的乐趣或需要，而是完全可以用以解释经济活动和日常生活中哪怕是细小琐碎的财产争执、利益纠葛、交易行为。每一项规则其实无不是生活中故事的总结。因此，以定纷止争为己任的法官如果只能把握债权法规则的语义、演化、特征甚至规则间的联系，但并不会将特定的规则与相应的社会生活实践联系起来并进而运用规则去解释现实生活和处理各类纠纷，我认为这样的法官是不成功的，也是难以适应审判实践的需要的。法官工作在审判前沿，其在处理各种债权法新问题的同时也在不断创制新的判例，因此，法官对法律漏洞的填补最有发言权。

马强同志的新作《债权法新问题与判解研究》采用判解研究的方法对审判实践中遇到的债权法新问题进行了专门研究，读罢此书，掩卷思考，我认为本书有以下几个特点：

第一，所选案例具有典型性。案例不在大小，内容不在繁简，关键是看所选案例能否解释一个或数个债权法规则的内涵及其运用。例如，在论述劳动合同的单方解除问题时，作者援引的案例极小，寥寥数语，但对案例背后隐含的法律问题进行了旁征博引的阐述。结合新合同法、劳动法及审判实践对此类纠纷处理的不完善性，作者提出了自己独到的观点：现行劳动法第31条关于劳动合同单方解除的规定有悖合同法原理，它将用人单位置于不公平的境地，应当修正之。文章虽短，立论新颖，读罢令人深受启发！

第二，所选案例具有疑难性。在本书所选的案例中，有些情节看似十分简单的案件，但在具体处理时却意见纷呈，仁智互见。例如，在妻取夫款银行应否承担违约责任一文中，作者将本案处理中当事人双方的诉辩意见、承办案件法官的意见全面展示在读者面前。在此基础上，作者结合外国法、我国婚姻法、民法通则、合同法以及中国人民银行的有关规定对本案进行了细致入微的评析，得出了与判决不同的结论。充分显示了所选案例的疑难性，典型性。

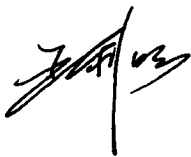
第三，案例的选用不完全拘泥于现行法的框架。在我国，由于没有统一的民法典，因此，债权法的体系是一个没有定论的问题，民法通则规定我国的债权法应当包括合同之债、侵权之债、不当得利之债、无因管理之债。作者的这本专著遵从现行法的框架，但不拘泥于现行法的框架，在许多案例的选用和评述方面对现行法有所突破。例如，婚约解除后赠与物的归属、配偶权侵权、贞操权的民法保护等问题都是现行法律没有规定但审判实践

中颇有争议的问题，作者对上述问题进行了有益的探讨，显示了作者不惟书本、只惟审判实践的务实作风。

第四，观点新颖独特。作者紧密结合审判实践，研究审判实践中出现的新问题，并善于提出自己的新观点，新见解，其中的许多观点、见解是独创性的。例如，不真正连带债务、无意思联络的数人侵权、附保护第三人作用之合同等问题在国内目前还鲜有人进行系统研究，作者跟踪这些新问题，大胆设想，小心论证，进行系统研究，提出了自己的独特观点，有些观点是具有相当的学术价值的。

当然，由于债权法问题十分复杂，需要探讨的问题很多，作者对债权法进行的判解研究，毕竟时间、资料相对有限，有的问题显得论述力度不够和深度不够。有些观点是否合理，有待于实践检验，也还需要理论界共同探讨。

马强同志是我的研究生，在中国人民大学法学院攻读硕士学位期间，在我的指导下研究物权、债权（合同）制度。攻读学位时就对判解研究的方法产生了浓厚的兴趣，曾发表了多篇学术论文。获得民商法博士学位后，马强同志到法院工作，工作之余仍坚持学习，发表了多篇判解研究方面的文章，显示了其扎实的理论功底。看到马强同志的新著出版，我由衷地高兴，遂欣然命笔为之作序。衷心希望马强同志在民商法学研究领域取得新的成绩！



2002年1月

于中国人民大学贤进楼

自序

1989年，我从辽宁大学法律系毕业，到通辽铁路运输法院经济审判庭工作。作为专门法院的审判庭，铁路运输法院经济审判庭主要受理与铁路运输有关的合同纠纷和人身、财产损害赔偿纠纷案件。在审理具体案件时，我常常遇到诸如合同的成立与无效、迟延履行与双方违约、铁路运输致人损害的归责原则究竟是过错责任还是无过错责任等问题，虽然案件最终审结了，但疑惑却越积越多，知识的浅薄也日渐突出。为了充实自己，1993年，我考入中国人民大学法学院，师从著名法学家王利明教授研习物权、债权（合同）制度。当时，王利明教授在研究生教学中引入了美国的案例教学法，这一全新的教学法不仅引起了社会的广泛关注，也深受我们研究生的喜爱。我由于来自审判实务界，具有一定的实践经验，很快就接受了这种研究法学的新方法。当时曾设想出版一本判解研究方面的书，但因能力有限，虽发表了几篇文章，终未成书。1996年，我在人民大学继续攻读博士学位。此时，我的研究方向虽然已经转为合伙法律制度，但一直未放弃对债权法的学习。1999年，合同法颁布前后，我先后参与了两本合同法著作的写作，此时，我又萌发了撰写一本债权法专著的想法。同年，我获得民商法博士学位后到北京市第二中级人民法院民事审判第一庭工作。北京市第二中级人民法院民事审判第一庭处理的是一审民事案件，其中70%是房地产案件，30%是债

债权债务案件。虽然债权债务案件所占的比例不高,但这些案件都是合同法分则规定以外的其他合同案件、不当得利案件、无因管理案件、侵权案件、消费者权益保护案件、产品责任案件、劳动争议案件和婚姻家庭案件。可以说,许多案件处理起来都是无法可依的。由于接触的案件的重大、疑难,促使我不断地学习民法理论,并将其与具体案件的处理相结合。工作之余,我采用判解研究的方法,采撷典型案例写作了《债权法新问题与判解研究》一书。

本书所选案例都是近年来人民法院审结并生效的案件,有的案例是我审结的案件。在案例的选择上,突出了典型性、疑难性和系统性,针对案件的判决结果,我发表了自己的看法。

非常感谢著名法学家、第九届全国人民代表大会代表、全国人大财经委员会委员、中国人民大学法学院副院长、博士生导师王利明教授在百忙中为本书作序。1993年至1996年间,我师从王利明教授研究物权、债权(合同)制度。虽然在攻读博士学位期间我的研究方向转为商法和婚姻家庭制度,但王教授渊博的学识、思考法学问题的独特方法使我受益匪浅。能够在王教授的指导下学习民商法是我的荣幸!非常感谢北京市第二中级人民法院的领导和同志们,他们为我将所学知识运用于审判实践提供了广阔的平台!

由于本人才疏学浅,书中缺点、谬误在所难免,恳请读者批评、指正!

马 强

2002年1月于北京

目 录

一、合同的成立与生效及在审判实践中的运用·····	(1)
一、据以研究的审判案例·····	(1)
二、问题的提出·····	(2)
三、合同成立与合同生效基本问题研究·····	(4)
四、合同成立与合同生效的联系与区别·····	(14)
五、合同不成立与合同无效的法律后果·····	(16)
六、审判实践中对合同不成立纠纷的处理·····	(17)
二、合同盖章问题引发纠纷的处理·····	(18)
一、据以研究的审判案例·····	(18)
二、问题的提出·····	(19)
三、合同盖章基本问题研究·····	(20)
四、审判实践中因合同盖章引发的纠纷类型化研究·····	(21)
五、因合同盖章引发纠纷的处理·····	(23)
三、要约效力的认定·····	(28)
一、据以研究的审判案例·····	(28)
二、问题的提出·····	(30)
三、对要约条件的分析·····	(30)
四、违反有效要约的法律责任探析·····	(33)
四、要约与要约邀请的区别·····	(35)
一、据以研究的审判案例·····	(35)



二、问题的提出·····	(36)
三、审判实践中如何正确区分要约和要约邀请·····	(37)
五、标准合同及免责条款效力·····	(41)
一、据以研究的审判案例·····	(41)
二、问题的提出·····	(42)
三、标准合同问题研究·····	(44)
六、缔约过失责任法理与适用·····	(49)
一、据以研究的审判案例·····	(49)
二、问题的提出·····	(51)
三、缔约过失责任制度的产生及比较法上的观察·····	(52)
四、我国立法和最高人民法院相关司法解释对缔约 过失责任制度的立场·····	(56)
五、我国法上缔约过失责任的概念及构成条件·····	(58)
六、缔约过失责任与违约责任的区别·····	(64)
七、缔约过失责任与侵权行为责任·····	(65)
八、缔约过失责任中信赖利益损失的认定·····	(67)
九、对审判实践中不适当扩大适用缔约过失责任制度 成因的分析·····	(68)
七、表见代理纠纷的认定与处理·····	(70)
一、据以研究的审判案例·····	(70)
二、问题的提出·····	(71)
三、表见代理问题研究·····	(72)
四、表见代理与无权代理的区别·····	(76)
八、因超越经营范围而订立的合同的效力	
——兼评越权无效理论及《合同法》第 50 条之规定·····	(77)
一、据以研究的审判案例·····	(77)
二、问题的提出·····	(79)

三、对本案判决理由的评析·····	(79)
四、越权无效理论之研究·····	(81)
五、我们的看法和结论·····	(85)
六、对《合同法》第 50 条规定的理解 ·····	(86)

九、审判实践中欺诈行为的认定

——兼评双倍索赔问题·····	(88)
一、据以研究的审判案例·····	(88)
二、问题的提出·····	(89)
三、审判实践中欺诈的认定·····	(89)
四、正确理解《民法通则》与《合同法》关于欺诈 行为效力的规定 ——对《最高人民法院关于适用〈中华人民 共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第 3 条规定的质疑·····	(95)
五、欺诈与《消费者权益保护法》第 49 条规定的双倍 索赔·····	(97)

十、乘人之危行为的认定

——《合同法》与《民法通则》对乘人之危效力 的规定评述·····	(100)
一、据以研究的审判案例 ·····	(100)
二、问题的提出·····	(101)
三、乘人之危问题研究·····	(102)
四、审判实践中认定乘人之危应当注意的问题·····	(106)

十一、以合法形式掩盖非法目的的无效合同的认定····· (108)

一、据以研究的审判案例·····	(108)
二、问题的提出·····	(112)
三、恶意串通、以合法形式掩盖非法目的签订的合同	

的效力认定·····	(113)
十二、违反公共利益的合同的效力	
——兼评赌债的性质·····	(117)
一、据以研究的审判案例·····	(117)
二、问题的提出·····	(118)
三、赌债性质探析·····	(119)
十三、显失公平的民事行为的认定 ·····	(121)
一、据以研究的审判案例·····	(121)
二、问题的提出·····	(122)
三、显失公平行为的认定·····	(122)
四、认定显示公平行为应注意的问题·····	(125)
十四、债权转让 ·····	(127)
一、据以研究的审判案例·····	(127)
二、问题的提出·····	(130)
三、对本案的评析·····	(130)
十五、无权处分还是债权转让 ·····	(135)
一、据以研究的审判案例·····	(135)
二、问题的提出·····	(137)
三、公司的股东能否在被吊销营业执照的公司为当事人 的案件中起诉、应诉·····	(137)
四、本案清算协议的性质和效力·····	(140)
十六、同时履行抗辩权制度在审判实践中的运用 ·····	(144)
一、据以研究的审判案例·····	(144)
二、问题的提出·····	(147)
三、同时履行抗辩权的概念和构成·····	(147)
四、同时履行抗辩权与留置权的区别·····	(152)
五、单方违约时同时履行抗辩权的适用·····	(154)

六、同时履行抗辩权的行使及举证责任·····	(155)
七、同时履行抗辩权经裁判的效力·····	(155)
八、同时履行抗辩权与具体双务合同·····	(157)
十七、情势变更原则的理论与实践·····	(165)
一、据以研究的审判案例·····	(165)
二、问题的提出·····	(172)
三、情势变更制度的理论基础·····	(173)
四、我国立法及审判实践对情势变更原则的态度·····	(178)
五、情势变更原则在审判实践中的具体应用·····	(180)
六、援引情势变更原则的法律后果·····	(183)
十八、不真正连带债务·····	(186)
一、据以研究的审判案例·····	(186)
二、问题的提出·····	(187)
三、不真正连带债务基本法律问题研究·····	(189)
四、不真正连带债务类型化研究·····	(197)
五、不真正连带债务的效力·····	(203)
十九、附保护第三人作用之合同·····	(208)
一、据以研究的审判案例·····	(208)
二、问题的提出·····	(210)
三、附保护第三人作用之合同制度的起源探究·····	(210)
四、附保护第三人作用之合同的发生依据 ——依诚实信用原则发生的附随义务·····	(215)
五、附保护第三人作用之合同的适用条件·····	(220)
六、附保护第三人作用之合同与合同的相对性原理·····	(220)
七、附保护第三人作用之合同与利益第三人合同的 区别·····	(223)
八、附保护第三人作用之合同与美国《统一商法典》	



第 318 条第三人受益的默示担保责任的异同·····	(224)
九、附保护第三人作用之合同与直接诉权·····	(227)
十、附保护第三人作用之合同纠纷的类型化研究·····	(228)
十一、结论·····	(229)
二十、侵权责任与违约责任的竞合 ·····	(232)
一、据以研究的审判案例·····	(232)
二、问题的提出·····	(234)
三、关于违约责任和侵权责任竞合的几个问题·····	(235)
四、我国司法实践中处理责任竞合的做法·····	(240)
五、我国民法理论界对责任竞合的看法·····	(241)
六、审判实践中常见的责任竞合的形态·····	(242)
七、结论·····	(243)
二十一、违反合同的补救措施 ·····	(246)
一、据以研究的审判案例·····	(246)
二、问题的提出·····	(247)
三、对问题的分析·····	(248)
二十二、效率违约与合同的实际履行 ·····	(252)
一、据以研究的审判案例·····	(252)
二、问题的提出·····	(254)
三、效率违约·····	(254)
四、合同的实际履行·····	(257)
二十三、出卖人违约拒不交货，买受人转购损失的认定 ·····	(261)
一、据以研究的审判案例·····	(261)
二、问题的提出·····	(263)
三、违约人应否赔偿对方的转购损失·····	(265)
四、怎样认定转购价格的合理性·····	(272)
二十四、定金与预付款的认定 ·····	(276)

一、据以研究的审判案例	(276)
二、问题的提出	(277)
三、定金与预付款的正确认定	(278)
二十五、免责事由和免责条款	(282)
一、据以研究的审判案例	(282)
二、问题的提出	(284)
三、对本案的分析	(284)
二十六、合同之诉中的精神损害赔偿	(289)
一、据以研究的审判案例	(289)
二、问题的提出	(290)
三、精神损害赔偿与合同责任的比较法观察	(291)
四、我国审判实务界对违约之诉精神损害赔偿的态度	(298)
五、现行立法是否确立违约之诉的精神损害赔偿之 评述	(301)
六、结论	(303)
二十七、出租房屋的优先购买权	(306)
一、据以研究的审判案例	(306)
二、问题的提出	(308)
三、优先购买权问题研究	(308)
二十八、居间合同的报酬及费用请求权	(313)
一、据以研究的审判案例	(313)
二、问题的提出	(315)
三、居间合同报酬及费用请求权的行使	(315)
二十九、储蓄合同挂失的效力	(319)
一、据以研究的审判案例	(319)
二、问题的提出	(322)
三、挂失止付手续生效的条件	(323)



三十、存款被冒领责任的承担	(326)
一、据以研究的审判案例.....	(326)
二、问题的提出.....	(327)
三、存款被冒领责任的承担.....	(327)
三十一、信用卡丢失后透支责任的承担	(330)
一、据以研究的审判案例.....	(330)
二、问题的提出.....	(331)
三、信用卡丢失后透支责任的承担.....	(332)
三十二、妻取夫款银行应否承担违约责任	(335)
一、据以研究的审判案例.....	(335)
二、问题的提出.....	(339)
三、刘国强名下的存款是否一定是夫妻共同财产.....	(340)
四、夫妻间是否享有相互代理权.....	(341)
五、《婚姻法》第 17 条的规定是否是夫妻相互代理权.....	(345)
六、张玉取款及转存行为是否构成无权处分.....	(347)
七、银行能否依据中国人民银行《关于执行〈储蓄 管理条例〉若干规定》第 37 条的规定为张玉办 理挂失止付手续.....	(348)
八、银行应否承担违约责任.....	(350)
三十三、汇兑合同的订立及违约责任	(351)
一、据以研究的审判案例.....	(351)
二、问题的提出.....	(352)
三、汇兑合同的订立及违约责任.....	(352)
三十四、旅游合同及违约责任的认定	(356)
一、据以研究的审判案例.....	(356)
二、问题的提出.....	(358)
三、旅游合同基本问题研究.....	(358)

四、旅游合同纠纷处理的法律适用·····	(364)
五、对本案的评析·····	(365)
三十五、关于合伙合同的若干问题·····	(368)
一、据以研究的审判案例·····	(368)
二、问题的提出·····	(371)
三、合伙合同基本问题研究·····	(371)
四、合伙合同与其他合同的异同比较研究·····	(373)
五、对合伙合同形式问题的探讨·····	(378)
六、结论·····	(380)
三十六、合伙财产法律性质初探	
——兼评我国现行法的有关规定·····	(383)
一、据以研究的审判案例·····	(383)
二、问题的提出·····	(384)
三、“合伙财产”确切含义探究·····	(384)
四、合伙财产的法律性质·····	(392)
五、结论·····	(415)
三十七、复合伙的认定及债务的处理·····	(417)
一、据以研究的审判案例·····	(417)
二、问题的提出·····	(418)
三、复合伙存废的利弊分析·····	(419)
四、审判实践中如何处理复合伙的债务·····	(422)
三十八、禁止反言合伙·····	(424)
一、据以研究的审判案例·····	(424)
二、问题的提出·····	(428)
三、禁止反言合伙的概念·····	(429)
四、禁止反言合伙的构成条件·····	(432)
五、禁止反言合伙类型化研究·····	(441)