

ZHAI QUAN ZONG ZE JI FU ZHANG AI FA DE TI XI JIAN GOU

# 债权总则给付障碍法的 体系建构

杜景林 卢湛 著

  
法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

国家社会科学基金项目成果

# 债权总则给付障碍法的 体系建构

杜景林 卢湛 著

D913.04/84

2007

 法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

**图书在版编目(CIP)数据**

债权总则给付障碍法的体系建构 / 杜景林 卢湛著. —北京:法律出版社, 2007. 6

ISBN 978-7-5036-7440-2

I. 债… II. ①杜…②卢… III. 债权法—研究—中国 IV. D923.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 079908 号

© 法律出版社·中国

**债权总则给付障碍法的体系建构**

杜景林 著  
卢湛

责任编辑 董彦斌  
刘彦洋  
装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2007 年 7 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 永恒印刷有限公司

印张 9 字数 211 千

印次 2007 年 7 月第 1 次印刷

编辑 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 978-7-5036-7440-2

定价:21.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 前 言

本书系以民法之债法中的一般给付障碍法为根本研究内容,即是说,适用于债法分则之中的特别给付障碍法,或者称瑕疵担保责任法,并不在本书的覆盖范围之内。如果将法定债务关系的内容截取除去,那么,这大致相当于我们通常所说的违约责任法。由于给付障碍法研究的是债务人的实际给付行为背离债务关系要求的情况,也就是背离原本构想的义务方案的情况,故给付障碍问题的研究和解决一向是债法内容的一个重点。最近几十年以来,随着国际和区域统一法的制定,特别是随着国际和区域统一买卖法的制定,给付障碍法的研究再次进入一个崭新的研究发展阶段。这种新发展尤其表现在给付障碍法的体系研究和理论建构上,特别是表现在统一的核心构成问题上。

传统的给付障碍法体系以给付不能、债务人迟延等具体的障碍构成作为体系进路,1896年的《德国民法典》是这方面最具典型性的代表,然而,积极

侵害债权这一法学发现则使这种以具体障碍构成为取向的体系进路走到了终结之点。事实上,从社会生活的实际来考察,给付不能的范畴确实不应当占据核心地位,并进而屹立于给付障碍法体系的神坛之上。这从法学视角表明,人们对事物的认识是一个具有时间性质的过程。实际上,作为给付障碍的一种形态,给付不能的范畴仅应当服务于两种功能:一是排除债务人负担的原给付义务;二是作为债权人请求损害赔偿的责任基础。如果在此之外还要赋予给付不能以第三种功能,那么,这就不是很妥当了。事实已经证明,现代化的给付障碍法体系不应当再以事实构成为进路,而应当以法律效果为进路,即应当设置在一个统一的基本构成之上,这就是合同侵害、违约、不履行或者说义务侵害。如果不去考虑前二者囿于合同债务关系这一限制,而仅就统率债法整体给付障碍法的视角考察,那么应当说,这四个范畴在功能上基本上是一致的。现今,几乎全部的统一法文件,包括那些极具现代性的民族国家的债法制度,都采取这一进路。当然,这样的一个结果最终还是应当归功于德国大学者恩斯特·拉贝尔先生的卓越贡献,但这已经是另外一个层面的事情了。

除了这种体系进路自身的认识之外,还要求对那些作为障碍形态所表现出来的法律制度重新进行体系角色上的定位,这就是:给付不能在给付障碍法中不应当再占据核心地位,而仅是作为免除给付义务的构成和责任基础,并且即使在责任问题上,其亦应当被置于一个边缘的地位;应当在传统的债务人迟延之外,引入一个能够体现债法人文关怀的制度角色,即给付延迟,这并不是要求任何的给付延误都能够引起债务人迟延这一严重后果,而是只有经过催告的给付延误才能够产生债务人迟延的后果;在采取法律效果进路的框架之下,债权人迟延不应当再是一个独立的、实证化的法律制度,而应当被一体纳入到体系解决之内,以此满足体系上的要求。当然,积极侵害债权这一制度角色已经随“范式”的变更而自动地获得了体系上的终极解决,这已经无需赘言了。

本书在方法上采取的是比较研究的路径,同时兼及法律制度的历史维度,以此使研究具有更加广泛的视角和适用上的意义。事实上,比较研究的路径也应当是本书最为合适的路径。这种研究方法虽然在方法史上并不年轻,但在适用层面上仍然具有广阔的空间和土壤。一些英美法国家已经在尝试着将比较法引入到法院裁判中去,德国也有一些学者发出了这样的呼吁,这都能够说明这种方法本身具有坚实的方法论和目的论的基础。应当认识到,重新发明自行车不具意义,“创造性地”将自行车改造成三轮车同样不具意义!

本书在研究内容上更多突出的是体系和理论的视角,做出这种选择是基于下述的认识论基础,即理论和体系的研究应当是第一位的,而以“黑字母”表现出来的法律规则应当是第二位的;前者对于后者具有指导和定位的意义,但这丝毫不能够否定黑字母规则自身所具有的技术意义,因为如果没有了全部的黑字母,理论和体系又何所反映和依托?因此,离开黑字母而单纯地进行体系和学理的飘忽,注定是不妥当的;而离开体系和学理单纯地寻求技术性的解决,同样也是缺失性的举动。

本书是国家社会科学基金项目“债权总则给付障碍法的体系建构”(批准号 05BFX021)的最终成果。其中,第一章至第五章由杜景林完成,第六章至第九章由卢湛完成。书中定有不少疏漏之处,恳望专家学者批评指正。

最后要说明的是,本项目研究在完成过程中得到了很多专家和学者,特别是国家社会科学基金项目评审专家以及全国哲学社会科学规划办公室的大力支持和推动,对于他们付出的心血和努力,我们在这里谨表示真诚的感激和谢意!

著 者  
2007 年 4 月于北京

# 目 录

## 第一章 论债权总则给付障碍法的体系进路/1

### 一、问题的提出/1

#### (一) 给付义务侵害/2

#### (二) 保护义务侵害/3

### 二、经典规制体系：给付障碍的事实构成进路/4

### 三、现代规制体系：给付障碍的法律效果进路/6

### 四、法律效果进路：一个无需再行检验的范畴/7

### 五、核心构成之争：不履行、义务侵害抑或其他/9

#### (一) 不履行/9

#### (二) 义务侵害/13

#### (三) 评价/15

### 六、体系界限：修正的法律效果进路/20

#### (一) 关于给付不能/22

#### (二) 关于债务人迟延/23

#### (三) 德国现代化债法/24

## 2 债权总则给付障碍法的体系建构

### (四) 中国民法典/26

## 七、体系界限：损害赔偿及解除/29

### (一) 损害赔偿/29

### (二) 解除/30

### (三) 结论/32

## 第二章 论给付不能的基本问题及体系建构/33

### 一、给付不能的展开：一种划时代的温暖/34

### 二、给付不能的机能之一：合同效力问题/35

### 三、给付不能的机能之二：不可以归责的嗣后不能问题/38

### 四、给付不能的机能之三：可以归责的嗣后不能问题/40

### 五、跟踪发展与潮流：给付不能规则的法律政策批评/41

### 六、从事实构成进路走向法律效果进路：

#### 论给付不能的体系地位和角色/43

### (一) 法律效果进路：一种理想的体系解决/43

### (二) 统一构成问题：给付不能在法律效果进路中的地位/44

### (三) 给付义务的排除：履行请求权及其界限/45

### (四) 给付不能的法律效果/51

### (五) 中国民法典中给付不能的体系角色和地位/57

## 七、特论：自始不能责任的学理建构/60

### (一) 自始不能与合同效力：杰尔苏规则的正确理解/60

### (二) 自始不能的责任：积极利益与消极利益的赔偿/63

### (三) 自始不能责任的目的基础：趋同态势/64

### (四) 自始不能责任的学理基础：法的发现与法的发展/69

## 第三章 论给付延迟的基本问题及体系建构/75

### 一、制度发生史/76



二、从“延迟”到“迟延”：不容忽视的人文主义善举与关怀/77

三、联合国统一买卖法没有从“延迟”到“迟延”的过渡：这究竟说明了什么/79

四、“延迟”的一般法律救济与“迟延”的特别法律救济/80

五、债务人迟延的要件/81

(一) 不给付/81

(二) 给付为可能/81

(三) 给付届清偿期/82

(四) 抗辩权的效力问题/82

(五) 债权人的催告/85

(六) “延迟”与“迟延”的重合：不经催告而迟延/87

(七) 报酬债权：账单到达之后的迟延/87

(八) 给付延迟的可归责性问题/88

六、债务人迟延的开始与终结/88

七、债务人迟延的举证责任/90

八、债务人迟延的法律后果/90

(一) 延迟损害的赔偿/91

(二) 延迟利息的赔偿/91

(三) 责任严格化/92

(四) 利益丧失：替代给付的损害赔偿/93

(五) 双务合同中的迟延后果问题/94

九、不构成迟延的系属问题/94

十、从事实构成进路走向法律效果进路：论债务人迟延的体系角色和地位/95

(一) 联合国统一买卖法/96

(二) 国际商事合同原则/97

(三) 欧洲合同法原则/99

(四) 德国现代化债法/100

#### 4 债权总则给付障碍法的体系建构

#### (五) 中国民法典/101

### 第四章 论积极侵害债权的基本问题及体系建构/104

#### 一、世纪之谜：积极侵害债权是否为规制漏洞/104

#### 二、是否应当在宽泛的意义上理解给付不能？/107

#### 三、是否真的存在“法学者意识形态”/109

#### 四、积极侵害债权的要件及法律后果/110

##### (一) 构成要件/110

##### (二) 法律效果/110

##### (三) 举证责任/111

#### 五、从事实构成进路走向法律效果进路——论积极侵害债权的制度角色及地位/112

##### (一) 联合国统一买卖法/113

##### (二) 国际商事合同原则/114

##### (三) 欧洲合同法原则/114

##### (四) 德国现代化债法/115

##### (五) 中国民法典/116

### 第五章 论债权人迟延的基本问题及体系建构/118

#### 一、制度发生史/119

#### 二、制度框架选择：受领迟延、债权人迟延抑或其他/121

#### 三、债权人迟延的功能：阻却债务人迟延/122

#### 四、抽象化公式和范围说：债权人迟延与给付不能界分的出路何在/123

##### (一) 抽象化公式/124

##### (二) 范围说/124

##### (三) 出路/125

#### 五、债权人迟延的适用范围及意义/126

## 六、债权人迟延的要件/127

(一) 给付必须届清偿期/127

(二) 债务人必须具有给付能力/128

(三) 债务人必须提出给付/128

(四) 债权人必须拒绝给予协助或者拒绝提出对待给付/130

## 七、债权人迟延的效力/131

(一) 不具有清偿效力/131

(二) 责任减轻/131

(三) 危险移转/132

(四) 额外费用的偿还/133

(五) 提存及抛弃占有/133

## 八、债权人迟延的终结/134

## 九、债权人迟延的举证责任/135

## 十、给付障碍法法律效果进路中的“异类物”:论债权人迟延的制度角色/135

(一) 国际商事合同原则/136

(二) 欧洲合同法原则/136

(三) 联合国统一买卖法/137

(四) 德国现代化债法/140

(五) 中国民法典/141

## 第六章 论缔约过失的基本问题及体系建构/143

一、缔约过失学说的产生及问题/143

二、缔约过失的类型/146

(一) 身体及所有权损害/146

(二) 中断缔约/146

(三) 无效合同/147

(四) 生效、但内容上为不利的合同/147

## 6 债权总则给付障碍法的体系建构

三、缔约过失的责任要件/148

四、第三人责任/149

五、缔约过失的学理归列/150

六、缔约过失的法典化及体系建构/151

(一) 联合国统一买卖法/151

(二) 国际商事合同原则/152

(三) 欧洲合同法原则/153

(四) 德国现代化债法/154

(五) 中国民法典/155

## 第七章 论拒绝履行的基本问题及体系建构/159

一、拒绝履行的意义/160

二、拒绝履行的法律性质/161

三、拒绝履行的构成要件/165

四、拒绝履行的法律后果/166

五、先期违约/167

六、本章结论/169

## 第八章 论行为基础障碍的基本问题及体系建构/175

一、意义/175

二、制度发生史/176

三、学理基础/179

四、构成要件/181

五、法律效力/183

六、本章结论:行为基础障碍的学理及法律规制/184

## 第九章 论义务侵害及其法律救济/191

### 一、义务侵害的客观及主观构成/191

#### (一)义务侵害的客观构成/191

#### (二)义务侵害的主观构成/197

### 二、义务侵害的法律救济之一:履行请求权/201

### 三、义务侵害的法律救济之二:损害赔偿/206

#### (一)损害赔偿总论/206

#### (二)损害赔偿特论:损害赔偿的可预见性规则/209

### 四、义务侵害的法律救济之三:合同解除/218

#### (一)总论/218

#### (二)合同解除的要件/219

#### (三)合同解除的机制/225

#### (四)合同解除的法律后果——清算了结/226

#### (五)结论——合同解除的学理及法律规制/230

### 五、义务侵害的法律救济之四:减价/234

### 六、义务侵害的法律救济之五:留置权/239

#### (一)留置权总论:一般留置权/239

#### (二)留置权特论之一:同时履行抗辩权/240

#### (三)留置权特论之二:不安抗辩权/245

### 七、继续性供给合同一部障碍的法律救济/258

#### (一)总论/258

#### (二)国际统一法及民族国家法律规制状况/259

#### (三)制度问题分析/263

# 第一章 论债权总则给付障碍法的 体系进路

## 目 次

- 一、问题的提出
- 二、经典规制体系：给付障碍的事实构成进路
- 三、现代规制体系：给付障碍的法律效果进路
- 四、法律效果进路：一个无需再行检验的范畴
- 五、核心构成之争：不履行、义务侵害抑或其他
- 六、体系界限：修正的法律效果进路
- 七、体系界限：损害赔偿及解除

### 一、问题的提出

根据德国已故民法学者卡尔·拉伦茨(Karl Larenz)教授的见解,债务关系是指一种存在于特定人(债权人与债务人)之间的,具有一定时间过程,

并系指向满足债权人这一目的的法律关系的整体。此一目的地完成,即让债权人得到满足,既可能取决于债务人的自身行为,也可能取决于妨碍债务关系执行的其他情况。<sup>[1]</sup>如果债务人的行为不能够符合债务关系本身的要求,由此致使债务关系在目的地完成上出现障碍,那么债务人的行为即构成义务侵害(Pflichtverletzung)。<sup>[2]</sup>债务人的这种义务侵害既可以表现为对债务关系中存在的给付义务的侵害,也可以表现为对债务关系中存在的、那些远于给付的保护义务的侵害。

### (一) 给付义务侵害

给付义务侵害首先可以表现为给付根本不发生,或者说给付根本不完成。这种不发生或者不完成既可以是终局性质的,也可以仅具有一时的性质:前者属于给付不能,<sup>[3]</sup>后者则被称为给付延迟。民法学说上一般将此二者合并称为不给付。

给付不能是指债务关系上的给付不能够为债务人完成(主观不能),或者不能够为任何人完成(客观不能)。给付不能既可以在订约之时即已经存在(自始不能),也可以在合同订立之后始行发生(嗣后不能)。除了那些不可以克服的所谓真正不能之外,现代债务关系立法也将那些只有付诸超出债之范围的努力始能够予以克服的所谓事实不能和人身不能视为给付不能。<sup>[4]</sup>从实际效果上看,这相当于扩展了给付不能的适用范围,将这称为给付不能的重新定义或许也是可以的。

延迟给付是指债务人没有能够在该当完成给付的时点完成既定的

[1] Vgl. Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 1987, 14. Auflage, S. 275.

[2] 关于义务侵害概念的使用,见杜景林、卢湛:“论德国新债法积极侵害债权的命运”,载《法学》2005年第4期,第117页。

[3] 我国学者多使用履行不能的概念。考虑到履行可以与清偿具有同一含义,所区别者只是前者体现债的效力,后者体现债的消灭,故使用给付不能的概念范畴当属妥当。

[4] 见新文本《德国民法典》第275条第2款和第3款。

给付。这一方面可以指债务人能够完成给付而不完成给付的情形,但另一方面也可以指给付现在并且是永久性地在客观或者主观上构成不能的情形。由于构成不能的情形将适用关于给付不能的特别规定,故给付延迟在并且仅在给付于客观上尚为可能,而债务人并非永久和终局性地陷于不能的境地时,始能够予以适用。易言之,给付延迟以债务人尚能够补行自己所负担的给付为前提条件。〔5〕二者在适用上的相互排斥性是给付障碍法体系要求的结果。

除了给付不能和给付延迟这两种不给付形态之外,给付义务侵害更可以表现为不良给付或者称不良履行。〔6〕这是指债务人实际完成的给付完全或者部分不符合当事人所约定的“质”的维度。从债务关系这个上位阶视角看待,可以将这表述为债务人“不以所负担的方式履行给付”;从合同关系这个下位阶视角看待,可以将这表述为债务人“不依约履行给付”。〔7〕

## (二) 保护义务侵害

除给付义务侵害之外,义务侵害还可以表现为对那些不与给付相关连的义务所构成的侵害,这就是保护义务侵害。这是指债务人虽然及时并且无瑕疵地完成了自己依债务关系所负担的给付,但却在完成给付的过程中侵害了债权人的其他的、与原给付不相关连的权利、法益或者利益。根据现代债法观念,这种不与给付相关连的义务并非仅随当事人缔约始告成立,而是在人们开始合同接触或者缔约接触之际即已经存在。相应地,这种义务也不随订约失败或者给付义务的履行即告以结束,而是只有在当事人真正地分道扬镳之时,始最终地告以结束。现代债法学

〔5〕 Vgl. Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 1987, 14. Auflage, S. 344.

〔6〕 关于不良给付与不良履行概念的使用,见杜景林、卢谟:“论德国新债法积极侵害债权的命运”,载《法学》2005年第4期,第113页。

〔7〕 见新文本《德国民法典》第281条第1款和第323条第1款。



理将所有这些发生于债务关系不同时段的保护义务一并概括为法定的保护义务关系(gesetzliches Schutzpflichtverhältnis)〔8〕

## 二、经典规制体系:给付障碍的事实构成进路

从传统立法和学说的角度看,人们始终认为,债务关系出现障碍的情况并不能够用一种单一的法律制度来解决,而是应当采用各种各样不同的、甚至是完全异质的法律制度予以规制,以此因应社会生活实际中呈现出来的债务关系障碍渊源的多样性和当事人利益的复杂性。这一思考路径就是给付障碍法体系的事实构成进路(der tatbestandsorientierte Ansatz),又称法律原因进路或者径称原因进路。〔9〕在这种进路指导下,立法者在法律上一般仅是对给付不能和债务人迟延这两种障碍形态做出详尽规定,并将其中的给付不能提升为整个给付障碍法体系的核心范畴。〔10〕1896年《德国民法典》的制定者即持此种观念,这是因为,《德

〔8〕 Vgl. Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 1987, 14. Auflage, S. 119f. 统一法定保护义务关系学说由克劳斯-威廉·卡那里斯(Claus-Wilhelm Canaris)教授提出,依据此说,在合同有效成立的情形下,在其框架内成立保护义务和忠实义务的法定债务关系不被视为终结,而是独立地在合同债务关系,即给付关系之外继续存在。即是说,按照卡那里斯教授的理解,对于合同债务关系而言,除给付义务之外,仅还有服务于准备和保障给付义务的义务存在,卡那里斯教授将这归结于从给付义务。这意味着,保护义务,或许还有绝大多数——非是合同特定的——忠实义务,并不属于合同债务关系,而是属于在其之外继续存在的、因法律行为接触即告成立的法定债务关系。这种将迄今为止被看做一个统一的债务关系分割成为两个并相存在的债务关系的做法是否允当,尚需学者做出进一步的探讨和研究。

〔9〕 韩世远:《合同法总论》,法律出版社2004年版,第422页。

〔10〕 这种做法产生的直接后果是使给付不能范畴得到了充分的、几乎是完美无缺的发展,以至于给付不能最后在形态上竟然达到了32种之多。这不能不说是债法发展历史进程中的一个颇为壮丽的景观。从这个意义上讲,如果我们说给付不能像一种璀璨文化一样温暖了民法学者上百年的心,那么,这应当也不为过。