

第四辑

民商法 判解研究

杨立新 著

吉林人民出版社

民商法判解研究

第四辑

杨立新 著

《民商法判解研究》第四辑 目 录

第一编 侵权行为法判解研究·····	(1)
债权侵权行为及其损害赔偿研究·····	(3)
论道路交通事故赔偿责任及其处理规则·····	(23)
中国古代侵权法研究·····	(43)
唐代侵权损害赔偿制度初探·····	(71)
论《清律》的侵权损害赔偿制度·····	(82)
第二编 人身权法判解研究·····	(99)
论名誉权及其法律保护·····	(101)
侵害自由权及其民法救济·····	(146)
第三编 债权法判解研究·····	(169)
债权人撤销权及其适用·····	(171)
对完善我国债的保全制度的构想·····	(179)
奖券纠纷的性质及对策·····	(192)
论重大误解·····	(207)
定金的若干理论与实务问题研究·····	(223)
关于合同订立的几个问题·····	(259)
关于合同无效的法律后果·····	(283)

论合同履行中的变动·····	(293)
第四编 诉讼法判解研究·····	(305)
代理诉讼制度·····	(307)
第三人制度·····	(310)
诉讼强制措施·····	(313)
使用民族语言、文字进行诉讼的制度·····	(317)
独立审判制度·····	(318)
两审终审制度·····	(320)
公开审判制度·····	(323)
审判委员会制度·····	(325)
合议制度·····	(327)
独任审判制度·····	(329)
人民陪审员制度·····	(332)
回避制度·····	(334)
诉讼证据制度·····	(338)
举证责任制度·····	(343)
证据保全制度·····	(348)
审查证据制度·····	(350)
审判管辖制度·····	(353)
传唤制度·····	(361)
拘传·····	(363)
起诉制度·····	(365)
答辩制度·····	(369)
开庭审理·····	(371)
第一审程序·····	(374)
第二审程序·····	(380)

第一编

侵权行为法判解研究

债权侵权行为及其损害赔偿研究

随着我国侵权行为法理论研究的不断深入发展,对债权侵权行为及其损害赔偿责任的研究,已经受到学者一定程度的重视,陆续发表了数篇论文,在侵权法著作中也有专题研究。^①就现有学者著述而论,对债权侵权行为均持肯定意见,尚未发现有反对者。然就债权侵权行为及其损害赔偿的具体问题进行分析,见解并非相同。因而,作者拟在本文中不再就建立债权侵权行为的制度展开讨论,而就债权侵权行为及其损害赔偿责任的具体问题,在分析、研究、比较的基础上,提出个人看法。

一、债权侵权行为的概念及其立法根据

(一) 关于债权侵权行为的概念

在大陆民法学者中,较早提出债权侵权行为概念的,是赵勇山在《论干涉合同履行行为及其法律责任》中提出的。他把债权

① 这些论文是:王建源:《论债权侵害制度》,《法律科学》1993年第4期;赵勇山:《论干涉合同履行行为及其法律责任》,《法学研究》1991年第5期;蒋贤争硕士研究生毕业论文《民事损害赔偿问题研究》中的第二节《债权损害问题研究》;著作主要是王利明等:《民法·侵权行为法》,中国人民大学出版社1993年版。另外,欧锦雄《损害债权罪的立法研究》,《中南政治学院学报》1993年第1期,亦颇值得参考。

侵权行为称之为干涉合同履行行为,并定义为:“是指合同当事人以外的第三人违反法律规定,故意阻止、妨碍合同履行的行为。”王建源将债权侵权行为称之为侵害债权,认为“侵害债权是指债的关系以外的第三人故意实施妨碍债权的存续、实现的,债权人因此遭受损害的行为。”^①蒋贤争将债权侵权行为称为债权损害,认为“所言债权损害,是指债务人以外的第三人故意妨碍了债权人债权的实现,债权人因此遭受的损害。”^②欧锦雄在研究损害债权罪的研究中,提出了一个一般正常损害债权行为的概念,并认为这种行为“是债务人在合法经营过程中,无意损害债权人的利益,只是由于经营不善造成无法偿还债权的后果的行为。”^③

应当说明,“一般正常损害债权的行为”并不是指的债权侵权行为,因为根据上述定义分析,它完全不具有债权侵权行为的特征;同时,它也不是一个准确的民法概念,因为它既不能概括违约行为,又不包含债权侵权行为。

如何确定债权侵权行为的称谓,颇值斟酌。在上述三种称谓中,“干涉合同履行行为”十分通俗,但缺少侵权行为的特点,且未包括侵害其他债权的内容,似不可取。“损害债权”从外延考察自无问题,但以“损害”命名,终嫌没有突出其侵权行为的特点。“侵害债权”的提法是比较准确的,且日本学说通说采此称谓,似可采用,但未突出“行为”,尚觉遗憾。综合比较分析,以称其为“债权侵权行为”,更觉妥当。

关于如何界定债权侵权行为的概念,上述学者的定义均有可取之处。值得研究的有以下几点:

-
- ① 王建源:《论债权侵害制度》。
 - ② 蒋贤争:《民事损害赔偿问题研究》。
 - ③ 欧锦雄:《损害债权罪的立法研究》。

1. 行为的方式为阻止，还是为妨碍，抑或妨害？

比较而言，应以“妨害”为妥。理由是，阻止、妨碍均可被妨害所概括，且阻止没有单列的必要，妨碍虽与妨害意义相近，但不如妨害的外延宽。

2. 妨害债权的结果，应为妨害债权的存续、实现，还是单提实现？

实际上，债权的不存续，其后果同样是债权的不能实现，且称不存续者，往往不是指债权，而是指债权债务关系。故以仅提“妨害债权实现”作为结果，更为妥当。

3. 所致损害是否应限于财产利益范围？

上述定义对此均未限制。事实上，侵害债权主要的是造成财产利益的损害；尽管在侵害以给付扶养费用的债权，“第三人侵害扶养义务人之生命、身体、自由时，对于扶养权利人负赔偿义务”，对扶养义务人负人身侵权责任，均“另有其他救济方法”，^①不应包括在债权侵权行为之内。因此，界定债权侵权行为应将所致损害限定在财产利益范围之内。

4. 应否强调债权侵权行为是依法应负损害赔偿等责任的行为？

对此，上述定义均未提及。凡侵权行为，必以损害赔偿等民事责任相联系，并以其作为法律后果。定义对此未予明确，似为不妥。

综上，对债权侵权行为应当作如下的界定，即：债权侵权行为是指债的关系当事人以外的第三人故意实施妨害债权实现，造成债权人因此遭受财产利益损害，应当承担损害赔偿等民事责任的行为。

① 史尚宽：《债法总论》，荣泰印书馆，1978年版，第136页。

（二）关于债权侵权行为的范围

确定债权侵权行为的范围，有以下三种标准：

1. 以合同之债为限；仅承认侵害合同之债的行为为债权侵权行为。对此，赵勇山持此种意见；英国确立、被美国沿用的债权侵害制度，实际上就是侵害合同债权。

2. 以典型债权即合同之债、侵权之债、无因管理之债、不当得利之债的债权作为债权侵权行为的侵害对象，确定其范围。

3. 除上述四种典型债权之外，还应包括侵害其他非典型债权的行为。

笔者认为，债权侵权行为的范围，应包括所有的债权，前文已经提到的法律另有保护规定的债权，可以除外。如果仅以合同之债确定债权侵权行为，范围显系过窄，对于侵害其他债权的行为，则无法予以法律制裁；如果仅保护四种典型债权，将侵害这四种债权的行为作为债权侵权行为，尽管已经保护了绝大部分的债权，但仍有少数的其他非典型债权遭受损害时，得不到侵权行为法的救济。因而，债权侵权行为的外延是：

- （1）侵害合同债权的侵权行为；
- （2）侵害侵权债权的侵权行为；
- （3）侵害无因管理债权的侵权行为；
- （4）侵害不当得利债权的侵权行为；
- （5）侵害其他债权的侵权行为。

（三）债权侵权行为的立法根据

在我国，确立债权侵权行为制度的立法根据究竟是什么，学者意见不一致。

一种观点认为，《民法通则》第116条及其他合同法律、条例的相应规定，对上级机关干涉合同债权的行为作了规定，除此

之外，并无调整债权侵权关系的法律规范。^①

另一种观点认为，确立债权侵权行为的法律根据，是《民法通则》第5条关于“公民、法人的合法权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯”的规定和《经济合同法》第5条关于“订立经济合同，……任何单位和个人不得非法干预”的规定，而前述《民法通则》第116条等规定，不能作为确立债权侵权行为的法律根据。至于具体的立法根据，尚不明确。^②

第三种观点认为，《民法通则》第61条第2款关于“双方恶意串通，实施民事行为损害国家的、集体的或者第三人利益的，应当追缴双方取得的财产，收归国家、集体所有或者返还第三人”的规定，为确立债权侵权行为提供了部分法律根据，至于《民法通则》第116条由于经济合同法修正案已将其原则上废除，不能成立立法根据。^③

从比较法的角度分析，作为债权侵权行为的立法根据，有三种立法例：

1. 英美法直接以判例法确认债权侵权行为制度，赋予其受害人以损害赔偿请求权。

2. 德国法和台湾法原则适用关于侵权行为的一般规定，再创设保护债权的具体规定，在《德国民法典》为第281条，在《台湾民法》为第225条。

3. 日本法直接依侵权行为的一般规定即《日本民法》第709条，确立债权侵权制度。

在我国，确立债权侵权制度有足够的立法根据。其内容是：

① 赵勇山：《论干涉合同履行行为及其法律责任》。

② 王建源：《论债权侵害制度》。

③ 蒋贤争：《民事损害赔偿问题研究》。

1. 《民法通则》第4条关于诚实信用原则的规定。诚信原则不仅仅是一个对民事活动参加者不进行任何诈欺行为，恪守信用的要求，而且是补充立法不足的补充性、不确定性、衡平性的一般条款，^①不仅是道德规范，还是法律规范。^②据此原则，可以扩大解释现行法的规定，补充立法的不足。

2. 《民法通则》第106条第2款规定。其内容规定了侵权行为的一般原则，可以借鉴日本立法例，将债权侵权行为概括在该条文之中。该条款的内容是“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任。”其中过错侵害国家、集体、他人财产中的“财产”二字，是一个相当宽泛的概念，包括一切积极的、消极的财产。债权基本上属于预期的财产利益，是消极财产，应当包括在上述“财产”的概念之内。侵害债权，造成债权人预期的财产利益即消极财产的损失，完全涵括在该条文之中，应当将此条文作为债权侵权行为的最基本的立法依据。有人对此有异议，认为上述条文中的财产仅指财产权，而债权在立法上是与财产权分别确立的，因而不能将债权侵权行为概括在上述条文之中。应当注意的是，该条文中提到的两个“财产”概念，都只讲财产，而未限定为财产权。这一立法方法为其涵括债权侵权行为创造了良好基础。

3. 同理，《民法通则》第117条规定中的第3款，自然也成为债权侵权行为损害赔偿责任的直接立法根据。

因此，笔者认为，建立我国的债权侵权制度，现行立法已经提供了充足的法律根据，并非没有立法根据或者立法根据不足。依据上述立法条文，借鉴日本等国立法例，完全可以建立我国的

① 杨立新：《论债的保全》，《法学与实践》1990年第2期。

② 吴金利：《试论我国民法的诚实信用原则》，《东岳论丛》，1987年第4期。

债权侵权行为制度。王利明主编的《民法·侵权行为法》一书将“侵害债权”置于“侵害财产权”一章，就是采用这种意见。

二、作为侵权行为客体的债权

在理论上一般认为，侵权行为以绝对权作为侵害客体，“侵权行为的责任系由违反法律事先规定的义务引起，此种义务针对一般公民而言，违反此种义务的补救办法，就是对未清偿的损害赔偿的诉讼。”^①换言之，侵权行为是违反了法律规定的、针对一般人的义务，而不是违反了由当事人自行协议所规定的、针对一特定人的合同义务。^②既然如此，债权不是绝对权，而是相对权，除特定的债权债务关系以外，其他第三人没有法定的义务，因而，债权何以成为侵权行为的客体，第三人何以能对债权的损害而构成侵权行为呢？

（一）债权作为侵权客体不是源于债的对内效力

债权，是指债的关系中享有权利的一方当事人对另一方当事人享有的请求特定给付行为的权利。债的概念最早见于罗马法，查士丁尼《法学总论——法学阶梯》认为：“债是法律关系，基于这种关系，我们受到约束而必须依照我们国家法律给付某物的义务。”^③《德国民法典》第241条规定：“债权人因债的关系得向债务人请求给付。给付也可以是不作为。”我国《民法通则》第84条则给债下了一个准确的定义：“债是按照合同的约定或者

①（英）温菲尔德和约瑟威茨：《侵权法》，伦敦史威特和马克斯威尔出版公司，1971年版，第77页。

② 王利明主编：《民法·侵权行为法》，第12页。

③ 查士丁尼：《法学总论——法学阶梯》，商务印书馆，1989年版，第158页。

依照法律的规定，在当事人之间产生的特定的权利义务关系。”

债的效力，原则上是指“使实现给付或填补其给付利益之作用，包括债之履行及债务不履行之效果而言”。^①在《法国民法典》看来，依法订立的契约，对于缔约当事人双方具有相当于法律的效力。这种效力仅在缔约当事人之间发生，且不得损害第三人。^②债的这种效力，学说上称之为债的对内效力。它只对于债的关系中双方当事人发生作用，对双方当事人发生法律上的拘束力。债的关系成立之后，债权人有权请求债务人履行债务，债务人依法负有履行债务的义务。如果债务人不履行债务，因其违背特定义务，因而依法应当承担相应的责任，在合同之债，应承担违约责任，在其他之债，则依民事责任制度，应予以强制执行。

从某种意义上说，债务人不履行债务，也是对债权人享有的债权的侵害。但是，这种对债权的侵害，是发生在债的关系的内部，是受债的对内效力所约束的内容，对此，债法设有完备的规定加以规范，勿需也不能用侵权行为法来调整，不能将违约行为或其他债务的不履行行为认作侵权行为。因而债的对内效力产生的是对债务人不履行债务的强制性拘束，不产生侵权行为的法律后果。债权作为侵权客体，显然不产生于债的对内效力。

（二）债权作为侵权客体亦非源于债的对外效力

债的对外效力，也称作债的保全，是指法律为防止债务人财产的不当减少给债权人的债权带来损害而设置的债的一般担保形式。“债务人之一般财产为债权人之一般担保，民法为防止其财产之不当的减少，而认有债权人代位权及债权人撤销权。此两种手段，前者在于债务人听任其一般财产之减少时，债权人代债务

① 史尚宽：《债法总论》，第315页。

② 《法国民法典》第1134条第1款和第1165条。

人讲求防止其减少之处置。后者在于债务人积极地为减少其一般财产之行为时，夺去该行为效力而防止其减少。两者皆系债权人基于债之效力对于债务人以外之人所及之一种法律的效力，故称为债之对外效力。”^①

债的对外效力是否为债权成为侵权客体的来源，有的学者对此持肯定态度，认为债的对外效力是债的效力不断向外扩张的表现，因此债的对外效力是债权侵权客体的来源之一。这种观点值得商榷。债的对外效力是指债的保全制度，而非指债权的对抗其他人的一般效力。严格地说，债的对外效力产生的根源，仍在于债的关系内部，是债务人积极或消极地处分其财产而降低对债权的一般担保力时，债权人基于此种处分而产生对该处分的受益人的权利，并非指对一般第三人的效力。从债的对外效力制度的产生看，债权人撤销权（即保留期之诉）产生于罗马法中期，与债的制度同产生于罗马法；即使债权人代位权，很多学者也认为产生于罗马法的后期。因而，认为债的对外效力就是使债权成为债权客体的根源，就等于说基于债权人撤销权制度和债权人代位权才使债权成为侵权客体，这显然是不正确的。同时，将产生于罗马法时期的债权制度和债的保全制度说成是后者或前者效力不断向外扩张的表现，也难说正确。

（三）债权作为侵权客体的真正来源是债权的不可侵性

债权作为一种基本的民事权利，其本身就具有不可侵性。《民法通则》第5条明确规定：“公民、法人的合法的民事权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯。”可见，债权作为民事权利，这种不可侵性是法律赋予的，而不是人们所臆造的，而法律的规定，恰恰反映了客观生活的规律。

^① 史尚宽：《债法总论》，第444页。

债权的不可侵性，既不是指债的对内效力，也不是指债的对外效力，而是指债权对抗债的关系当事人以外的其他第三人的效力。众所周知，债权不是绝对权，而是相对权，债权人只能向与其相对的债务人请求履行债务，而不能向其他第三人提出这种请求。但是，债权人作为权利主体，既然享有这种债权，就可以基于债权的不可侵性，对抗其他第三人侵害其债权的行为。法律在一方面赋予所有的民事权利包括债权在内具有不可侵犯性，又强调对其予以法律保护，实际上就赋予了债权关系以外的第三人都负有不得侵犯债权的义务。《民法通则》第5条关于“任何组织和个人不得侵犯”的强制性规定，难道不是规定第三人不得侵犯债权的法定义务吗？因而，不能说债权是相对权就使债权关系当事人以外的其他任何第三人对债权不负有任何义务，恰恰相反，对于债权这种相对权，任何人都都负有不得侵犯的义务，侵害债权，就违背了这种法定的不作为义务，构成侵权行为。

现代各国民事立法的一个显著特点，就是物权和债权有相互借鉴各自的保护手段以保障自身权利实现的趋势，因而形成物权债权化和债权物权化的趋向。债权物权化的趋向不断发展，就使债权的不可侵性更加强化，使债权对抗第三人侵害其债权行为的效力更接近于物权的对世权、绝对权的性质，几乎具有相同的内容。在这样的情形下，债权成为侵权客体，是必然的。因此，债权的不可侵性，即债权对抗债的关系当事人以外的任何第三人的效力，是债权成为侵权客体的真正来源。

（四）作为侵权客体的债权的特点

债权作为侵权行为客体，有两个最重要的特点，一是它的财产性质，二是债权关系以外的其他第三人所负的义务的不作为性质。

债权反映的社会关系与所有权反映的社会关系既有相同之处，又有不同之处。前者反映的是动态的财产关系，即财产的流

转关系，后者反映的是静态的财产关系，即财产归谁所有的关系、财产的归属关系。从反映财产的社会关系这一点来看，二者是一致的。从债权所反映的动态财产关系来看，其最终结果，还是要确定财产及财产利益的归属关系。这种动态的财产流转关系，一方面最终要确定财产归谁所有，另一方面，则要决定财产利益，即财产的使用、占有所产生的收益归谁所有。因此，债权的基本性质仍是财产和财产利益的权利。侵害债权仍然会造成财产的损失或者造成财产利益的损失。

按照《民法通则》第5条的规定，债权关系以外的其他第三人都负有不得侵害这种民事权利的义务。尽管这种义务与财产所有权的义务人所负的绝对义务有所不同，但它的义务仍然是不得侵犯债权的不作为义务。这种不作为义务就其特点而言，与财产所有权的义务人所负的不作为义务并没有原则的区别。因此，侵害债权行为的特点，原则上应以作为的方式为其表现形式。

三、债权侵权损害赔偿责任的构成

债权侵权行为的法律后果，是侵权人应当承担赔偿损失、返还原物、恢复原状、停止侵害等民事责任，其中以赔偿损失为其最基本、最主要的民事责任形式。研究债权侵权行为民事责任，主要是研究它的侵权损害赔偿赔偿责任。

关于债权侵权损害赔偿责任的构成，学者持有不同的意见。一种意见是三要件说，认为构成债权侵权责任须具备：

- (1) 侵权行为人仅限于第三人；
- (2) 第三人主观上出于故意；