

Theory & Practice

3

民商法理论与审判实务研究丛书

债法理论与适用 I

(总论及合同之债)

主 编 / 万鄂湘

人民法院出版社

民商法理论与审判实务研究丛书

债法理论与适用 I

(总论及合同之债)

主 编 万鄂湘

副主编 金俊银 吴光荣

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

债法理论与适用 I, 总论及合同之债/万鄂湘主编.
—北京: 人民法院出版社, 2005.1
(民商法理论与审判实务研究丛书)
ISBN 7-80161-928-5

I. 债… II. 万… III. ①债权法-法的理论-中国-文集②债权法-法律适用-中国-文集
IV. D923.34-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 137997 号

民商法理论与审判实务研究丛书

债法理论与适用 I (总论及合同之债)

主编 万鄂湘

责任编辑 陈建德 赖佐夫
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010)85250566 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)
网 址 www.courtpress.com
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷 保定市印刷厂
经 销 新华书店

开 本 890×1240 毫米 A5
字 数 390 千字
印 张 14.625
版 次 2005 年 1 月第 1 版 2005 年 1 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-80161-928-5/D·928
定 价 232.00 元 (全 8 册)

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

前言

为了适应我国经济建设和加入世界贸易组织的需要，加强全国法院对民商事法律问题的研究，最高人民法院全国法院学术讨论组织委员会于2003年1月决定以“民商事法律理论与审判实务研究”为中心议题召开全国法院第十五届学术讨论会。此届学术讨论会共收到全国地方各级法院和社会各界人士报送的参赛论文共1289篇，依照论文评选规则，经过评选委员会严格、公正、公开、规范的评选，共评出一等奖论文5篇，二等奖论文92篇，三等奖论文186篇。这些论文的选题涉及民商法总论、人身权、债权、物权、知识产权、亲属和继承、商主体和商行为以及涉外民商事法律等各个领域，具有相当的广度和深度，这无疑将对我国民商事审判实践和民商事立法产生积极的影响。为此，组委会已将获得一、二等奖的论文结集出版，定名为《民商法理论与审判实务研究》（人民法院出版社2003年11月出版）。

为了进一步将此届学术讨论会的研究成果推向社会,系统总结全国法院近年来民商事审判经验,并在司法界和学术界展开更深入的交流和讨论,活跃法院系统的学术研究气氛,提高法官队伍理论素养和司法水平,我们决定将部分获得此届论文评比三等奖的论文,以及少数没有获奖,但论文涉及的问题较有理论和实践价值,且论证比较出色的论文汇集成《民商法理论与审判实务研究丛书》出版。全套丛书共8本具体包括《债法理论与适用 I (总论及合同之债)》、《债法理论与适用 II (侵权之债)》、《物权法理论与适用》、《知识产权法理论与适用》、《婚姻法理论与适用》、《商主体法律理论与适用》、《商行为法律理论与适用》以及《民商法总论及涉外民商法理论与适用》。

一年一度的全国法院学术讨论会迄今已举办了十五届,全国法院第十六届学术讨论会的论文征集工作也正有序地进行。16年来,全国法院学术讨论会已成为全国法院系统广大法官进行理论研究和学术交流的正式舞台,并以其规格高、组织严密、公平、公正、透明被誉为法院系统的“奥林匹克竞赛”。因此,希望各级法院高度重视这一学术交流形式,一如既往地支持并参与到这一盛大的学术活动中来,为提高广大法官的业务素质和理论修养,为践行“公正与效率”的世纪主题而奋斗;也希望全国的广大法官能充分利用这一平台,广泛交流和总结所取得的审判经验,为国家的法制建设和司法实践贡献自己的力量。我们期望本套丛书的出版,能够进一步激起司法实务界和理论界对民商事法律理论研究的热潮。

全国法院学术讨论组织委员会办公室

二〇〇四年七月十日

目 录

前言	(1)
----------	-------

第一编 债法总论

撤销权制度中的几个法律问题及完善	赵九重 (3)
代位权诉讼既判力之作用范围	李小明 (14)
是债务承担? 还是第三人代为履行?	耀振华 (23)
试谈违约责任与侵权责任竞合以及当事人的 选择权困境	单 昱 (41)
产品责任与合同责任竞合之研究	王庆丰 (54)
试论非典对我国合同法律制度提出的问题 及对策	任 飞 (71)
违约与精神损害赔偿 ——一起扩印照片赔偿案引发的法律思考	秦永慧 (81)

第二编 合同总论

从周立太诉银行借款案看格式合同的司法审查	谢 侃 (99)
重新解读表见代理之要件	王宇华 (112)
网络交易中 ISP 的法律责任问题探析 ——兼议杨某诉易趣网络信息服务 (上海) 有限公司买卖纠纷案	余冬爱 (136)
也论保证期间	刘明生 王国林 (149)
论保证人的先诉抗辩权	周 臻 (161)

2 债法理论与适用 I (总论及合同之债)

合同法上的附随义务及违反附随义务之责任

- 形态研究 方龙华 (171)
- 论合同解除责任性质及其救济
- 兼评《合同法》第 97 条 王惠玲 (189)
- 可得利益损失确定及赔偿 王文起 (205)
- 论缔约过失责任中的保护义务
- 以强化消费者权益的保护为中心 ... 王连国 汤文元 (224)
- 论合同上的非财产损害赔偿 周吟春 (238)
- 《合同法》预期违约制度之检讨 纪红广 (256)
- 试论减损规则在预期违约中的适用问题 陈茂和 (272)

第三编 合同分论

买卖合同质量异议期的法律性质

- 兼评《合同法》第 158 条引申的
法律问题 蔡东辉 (287)

房屋承租人的优先购买权

- 《合同法》第 230 条规定的解释与适用 徐 力 (305)

融资租赁合同风险责任负担法律

- 适用初探 杨进元 张 泽 (320)
- 确立我国的有限合伙的立法思考 张保利 苏 红 (330)
- 赠与合同中的信赖利益 满洪杰 (342)
- 承揽合同定作人瑕疵担保请求权行使顺序研究 戴 国 (360)
- 论储蓄合同存款兑付效力和违约责任确定 王建平 (377)
- 对房屋合建合同法律属性及审判实务的反思 王振宏 (399)

第四编 其他相关问题

免费乘坐公共交通车的老人应否视为消费者

——从道德与法的视角出发 董嘉敬 梁伟芳 (417)

关于村民集体分配纠纷的法律思考 张 箭 (430)

寻找法的精神和劳动法立法宗旨的最佳阐释

——审理单方解除劳动合同争议的若干

实体法难题探讨 赵 端 杨 凯 (445)

第一编

债法总论

撤销权制度中的几个法律问题 及完善

江西省高级人民法院 赵九重

债权人的撤销权，是指债权人对于债务人所为有害及债权的行为，得申请人民法院撤销的权利。依据《合同法》的规定，债务人放弃其到期债权或无偿转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为；债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可请求人民法院撤销债务人的行为。由于债权人行使撤销权必须由债权人向人民法院起诉，并由人民法院作出撤销债务人行为的判决才能发生撤销的法律后果。正是从这个意义上撤销权被称为撤销诉权或废罢诉权。^①《合同法》设立撤销权制度，填补了长期以来我国合同法在债权保全制度方面的空白，为解决实践中存在的债务人随意处分财产、隐匿资产、逃避债务等行为，起到了重要作用。撤销权制度作为一项新制度，已突破了传统的合同相对性原则，将债的效力扩张至第三人发生效力。我国《合同法》虽然设立了债权人撤销权制度，为债权人行使撤销权提供了法律上的依据。但由于《合同法》只有两条，对撤销权制度的规定过于原则，而最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释》（以

^① 王利明：《撤销权的若干问题探讨》，载《民商法研究》（第3辑），法律出版社2001年版，第628页。

下简称《合同法解释》)中关于撤销权制度的规定也只有四条,许多问题没有具体规定或规定不明确,在理论与实践仍需进一步研究,尤其是关于撤销权的性质、效力,撤销之诉当事人及撤销权的客体等问题。这些问题有的在理论上有必要进一步澄清,有的需要进一步完善配套程序。本文结合相关学者的观点,就这些问题提出一些个人见解,与大家共同探讨,以寻求完善这一制度的方法。

一、关于撤销权性质问题

债权人撤销权的行使虽以债权人向人民法院提起诉讼为必要,但债权人撤销权非为诉讼法上的权利,而为实体法上的权利。债权人撤销权为附属于债权的权利,法律通过赋予债权人以撤销权,从而扩张了债权的权能,使得债权在一定程度上具有了物权的功能。关于撤销权的性质,目前学理上有三种学说,即请求说、形成说以及折中说。请求权说认为,债权人撤销权的本质是对于因债务人的行为受有利益的第三人,债权人可以直接请求受益人返还其因债务人的处分财产行为所获得的财产。^①形成权说认为,债权人撤销权具有实体上形成权的性质,债权人可以自己的意思表示,以诉的方式使债务人与第三人之间的法律行为的效力溯及的消灭。由于撤销权人必须通过诉讼途径行使撤销权,因此可以将撤销权之诉称为形成之诉。^②折中说认为,债权人撤销权兼具请求权与形成权两种性质,就其撤销债务人与第三人之间的行为而言,为形成权,具有形成之诉的性质;就其得请求第三人将财产返还于债务人而言,则为

① 史尚宽:《债法总论》,荣泰印书馆 1978 年版,第 458 页。

② 同上书,第 475 页。

请求权，具有给付之诉的性质。该说为理论界的通说。^①我国《合同法》第74条规定，债权人在法律规定的特定条件下依其单方意思表示行使撤销权以使债务人与第三人的行为归于无效，但未规定撤销权人可以请求受益人返还财产，立法者实际是采用了形成权说对撤销权的性质作出了界定。虽然该条规定了债权人行使撤销权必须向人民法院提出请求，由人民法院判决撤销债务人处分财产的行为，但不能以此认为撤销权就有请求权的性质。该条规定中的“请求”并非实体法中的请求权，而是指债权人请求人民法院撤销债务人与第三人之间转让行为的权利并无要求债务人或第三人返还财产的权利。不难看出，根据该条的规定，债权人没有任何实体法上的权利。因此，《合同法》第74条对撤销权性质的界定值得商榷。撤销权在性质上并不是债权的请求权，但由于债权人在请求撤销债务人处分财产的行为后，也要向第三人提出返还财产的请求，该请求虽然不同于一般的债权请求，但仍具有请求权的内容，是一种特殊的请求权。同时撤销权也不是单纯的形成权，债权人行使撤销权的目的不仅仅是撤销债务人处分财产的行为，而在于要求第三人返还所得的财产，从而使债务人的责任财产得以恢复，债权人的债权得以保全。所以债权人行使撤销权撤销债务人处分财产行为的同时又必须对第三人提出返还财产的请求。

从以上分析可以看出，撤销权的主要目的是撤销债务人处分财产行为，而第三人返还财产是基于债务人处分财产行为被撤销所产生的法律后果。如果债权人不能向第三人提出返还财产的请求，则撤销权行使的目的就没有真正达到。因此，撤销权兼有特殊的请求权和形成权的特点，撤销之诉不仅包括撤销债务人行为的内容，还

^① 采折中说我国台湾地区学者张龙文：《民法债权实务研究》，汉林出版社1977年版，第26页；史尚宽：《债法总论》，荣泰印书馆，第479页；钱国成：《民事判决评释选集》，汉林出版社1977年版，第43页；欧阳经宇：《民法债编通则》，汉林出版社1977年版，第231页。

包括请求受益人返还财产的内容。

二、关于债权人撤销权的效力问题

关于撤销权行使以后的效力，是绝对无效还是相对无效，在学理上一直存在争议，并有两种不同的观点。绝对无效说认为，债权人行使撤销权，旨在撤销债务人所为的诈害行为后，将使原有属于债务人的财产自动回归债务人。因此，债务人的行为一经撤销，财产的所有权仍属于债权人，即使相对人破产，债务人对该财产仍享有取回权。相对无效说认为，债权人撤销权行使的目的在于保全债权，撤销的效力仅在债权人和第三人之间发生效力，撤销的发生虽然会产生溯及既往的效力，但仅对债权人的关系发生效力。绝对无效说和相对无效说的主要区别在于如何确定撤销以后对受益人和转得人的效力。^①我国《合同法》第74条对此未作规定，而《合同法解释》只是规定“依法撤销的，该行为自始无效。”从这一规定可以看出，司法解释采取无效说即债务人的有害债权人的行为一旦被撤销，就从行为发生时起失去法律效力，但仍未规定该行为是绝对无效，还是相对无效。因此在司法实践中难以把握，同时也遇到一些问题。

(一) 问题之一——撤销权对于受让人（受益人）的效力

《合同法解释》只是规定“该行为自始无效”，但未对“自始无效”产生的法律后果作出进一步解释。按照民法的一般原理，处分行为无效应是恢复原状，即对于无偿转让财产，受让人（受益人）应该向债务人返还原物；债务人以不合理的低价转让财产，债务人与第三人应相互返还财产。如果按照这一处理原则，债权人行使撤销权只能使债务人与受让人（受益人）之间的行为归于无效，不能产生受让人（受益人）向债权人返还财产的法律效果。在目前的审

^① 王利明：《撤销权的若干问题探讨》，载《民商法研究》（第3辑），法律出版社2001年版，第668页。

判实践中,大多数案件是按上述原则处理。笔者认为,债权人撤销权可以对第三人发生效力主要是针对受让人(受益人)。也就是说,在债权人行使撤销权时可以请求受让人(受益人)返还财产。如果不能返还其财产和收益,也可以采取补偿原则。这主要是基于两方面的原因考虑:一是债权人撤销债务人无偿处分财产的行为,使受益人承担返还的义务,仅仅是使受益人返还了无偿获得的利益,并没有真正对受益人造成损害;二是对于债权人撤销债务人低价转让财产的行为,《合同法》要求债权人必须承担受让人主观上存在故意的举证责任。既然受让人存在恶意,受让人承担返还义务就是必然的结果。如果债权人不能向受让人(受益人)提出返还的请求,将使债权人为了达到保全债权的目的,除了行使撤销债务人处分行为外,还必须要求债务人向受让人(受益人)提出因处分行为被撤销而返还财产的诉讼即给付之诉或债权人自己提出代位权诉讼,请求受让人(受益人)返还财产。这种机制显然不利于保护债权人的利益,不仅增加了诉累,而且也不符合设立债权保全制度的目的,更不能凸显债权保全制度的独特价值功能。

(二) 问题之二——债权人能否向转得人提出返还财产的请求

有学者认为,如果允许债权人对转得人提出请求,将会使债权的效力过于膨胀,作为一种债权功能的撤销权,事实上将发生一种物权的效力。尤其是在受让人与转得人发生交易以后,转得人也会与其他人再发生交易,如果允许债权人向转得人提出请求,必然可以向其其他人提出,这将严重损害交易安全和秩序。^① 这种观点与民法界大多数学者认为,在撤销以后,也可以对转得人产生效力,如果不能请求转得人返还财产则不利于保护债权人利益的观点存在较大的分歧。从我国《合同法》第74条规定的内容来看,撤销权的效力仅及于受让人(受益人),并没有允许其效力及于受让人(受

^① 王利明:《撤销权的若干问题探讨》,载《民商法研究》(第3辑),法律出版社2001年版,第654页。

益人)以外的转得人。笔者认为,为了维护交易安全和秩序,维护转得人及与转得人发生交易的当事人利益,应当限制债权人向转得人提出返还财产的请求。同时也应当考虑到《合同法》设立债权保全制度的目的在于维护债权人的利益,恢复债务人的责任财产,打击债务人及协助债务人恶意逃避债务、隐匿财产的行为。因此,在对受让人行使撤销权后,其效力能否直接影响到转得人的问题上,应当兼顾转得人及债权人的利益,综合考察债务人处分财产的行为性质和转得人的主观态度等因素,决定转得人应否负返还责任。对此问题可以采取以下规则处理:债务人的行为是无偿的,若受益人为恶意的,转得人为善意的,应保护善意转得人的利益,撤销权人不得要求转得人返还财产,而应由受益人负责赔偿;若受益人、转得人均均为恶意,撤销权人可以直接请求转得人返还财产。债务人的行为是有偿的,若受让人是善意的,不论转得人有无恶意,其均系从正当权利人处取得权利,不负返还的责任;若受让人为恶意,转得人为善意,则应由受让人负赔偿责任;若受让人与转得人均均为恶意,撤销权人可以直接请求转得人返还财产。

三、关于撤销之诉当事人问题

关于撤销之诉的被告,是撤销权制度中的一大难题。学者对此有不同的观点:有的根据撤销权的性质和效力来确定撤销之诉的被告;有的以行为当事人为被告;有的根据诉讼的性质确定被告。^①《合同法解释》第24条规定:“债权人依照《合同法》第74条的规定提起撤销权诉讼时,只以债务人为被告,未将受益人或者受让人列为第三人的,人民法院可以追加该受益人或受让人为第三人”。同时根据《合同法解释》第25条第2款的规定,“两个或两个以上债权人以同一债务人为被告,就同一标的提起撤销权诉讼的,人民

^① 王利明:《撤销权的若干问题探讨》,载《民商法研究》(第3辑),法律出版社2001年版,第632页。

法院可以合并审理”。由此可见，最高人民法院的司法解释将撤销之诉的被告仅限于债务人，至于受让人或受益人则只能作为诉讼中的第三人。上述规定有一定的道理，但仍有值得商榷之处。在债务人实施单独行为即放弃到期债权或无偿处分财产时，仅以债务人为被告是合理的，因为受益人从债务人处直接取得财产并没有实施一定的积极行为，只是消极地接受了财产。此时受益人获得的利益与债务人处分财产的效力息息相关，如果债务人处分财产的行为被撤销，受益人所获得的财产利益自然就失去了法律依据。此种情况下的撤销之诉，由于受益人对债务人处分的标的物没有独立的请求权，但又与撤销之诉的判决结果具有利害关系，因此不应将受益人列为被告，而只能列为撤销之诉的无独立请求权的第三人。在债务人以明显不合理的低价转让财产时，受让人与债务人形成了合同关系，而且受让人在取得债务人财产时具有主观上的恶意，债务人和受让人实际是共同实施了侵害债权的行为。在此种情况下，由于债权人与受让人无合同关系，在撤销债务人与受让人合同前，债权人不可能请求受让人返还财产。因此，债权人提起的撤销之诉应当以债务人与受让人为共同被告。如果有转得人存在，因其与撤销之诉的判决结果具有利害关系，应将转得人列为无独立请求权的第三人。《合同法解释》虽然对撤销之诉的当事人作出了规定，但未将撤销之诉的被告及第三人的情况细化，仍存在不明确和不完善之处，建议尽早予以完善。

综上，笔者认为，在债务人为单独行为时的撤销之诉，应以债务人为被告，以受益人或转得人为无独立请求权的第三人；在债务人为契约行为时的撤销之诉，应以债务人与受益人为共同被告，有转得人的，应将转得人列为无独立请求权的第三人。

四、关于债务人可撤销行为（撤销权客体）认定问题

《合同法》第74条规定的可撤销行为包括债务人放弃到期债权、无偿转让财产和有偿低价转让财产三种行为，这些行为均是与