

民

商法学专题研究书系

ZHAIFA YUANLI YU SHIZHENG FENXI

债法原理与实证分析

熊英 罗时贵 著

知识产权出版社

—— 民法商法专题研究书系 ——

ZHAIFA YUANLI YU SHIZHENG FENXI

债法原理与实证分析

熊英 罗时贵 著

熊英 罗时贵 著

知识产权出版社

知识产权出版社

内容提要

本书以债法的基本法律概念和制度为轴线进行了基础性分析,结合案例进行实证解剖;对具体的典型之债如合同、缔约过失、无因管理、不当得利作了一些探讨,融入了著者对该典型之债的评判性探索。

读者对象:法学专业师生,法律从业者及法律研究人员。

责任编辑:黄清明

责任校对:韩秀天

装帧设计:SUN工作室

责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

债法原理与实证分析/熊英,罗时贵著. —北京:知识产权出版社,2009.12
ISBN 978-7-80247-608-0

I. 债… II. ①熊… ②罗 III. ①债权法—法的理论—中国②债权法—案例—分析—中国 IV. D923.3

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第201099号

债法原理与实证分析

熊英 罗时贵 著

出版发行:知识产权出版社

社址:北京市海淀区马甸桥马甸南村1号院

邮编:100088

网址:<http://www.ipph.cn>

邮箱:bjb@cnipr.com

发行电话:010-82000860 转 8101/8102

传真:010-82005070/82000893

责编电话:010-82000860 转 8117

责编邮箱:hqm@cnipr.com

印刷:知识产权出版社电子制印中心

经销:新华书店及相关销售网点

开本:880mm×1230mm 1/32

印张:8.875

版次:2009年12月第1版

印次:2009年12月第1次印刷

字数:220千字

定价:22.00元

ISBN 978-7-80247-608-0/D·892 (2734)

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

自序

时下债法著作，可谓汗牛充栋。今吾辈勉力为续貂之作，唯恐贻笑大方，然终成拙作，所恃者惟求学执著而已。孟德斯鸠曰：“在民法慈母般的眼神中，每个人就是整个国家。”吾辈挚爱法学，尤钟情民法，此情此爱根植于吾辈求正义、爱自由之灵魂，时时撩拨吾辈察社会感民生之心弦，乃吾辈不才勇于创作之根源。

民法关系，错综复杂，债法为其重心。现代社会交易频繁，债法之适用，日趋广泛。债之概念，源于古罗马法，时人谓之“法锁”。法学大师梅因释曰：“法锁的意象沾染和浸透了罗马‘合同’和‘侵权’法律的每一个部分。法律把各当事人拘束在一起，锁链只有通过称为消偿的程序才能解除。……债既表示权利，也表示义务。……事实上罗马人把‘法律上的锁链’的全貌放在他们眼前，对其一端的重视不多也不少于其他一端。”故鄙作循债之轨迹于罗马法，扶拣债之基本制度于实践。些微尝试，唯心尽而已。台湾王泽鉴先生曰：“在实践法之价值之外，并训练法律人的思考方法，培养个人人格自主性，维护个人的自由和平等，以及教育人民为权利而奋斗，为法律而奋斗。”其言精辟，思之慨然。吾辈难为风气之先，但求有裨于法律精神之广布、民权之昌盛。

本书起于债之概念，取债之权利义务为轴，继以债之发生—履行—消灭，成贯穿始终之逻辑链。要之，于债诸阶段所衍生之法律规则作梳理及实证分析，求理论内涵与实务实践之契合，求理论指导实践，实践反证理论，成书所为者，此乃其一。

本书之微末创见者：于本书结构体系之编排避轻就重，不拘通常编著之范式，如，于债之外延内容稍有调整，即债—债权—债务—债法，如此似更合中国学子思维逻辑；述及具体类型之债，循“债的合法—正当—非法”之序编排债之内容，即合同之债—缔约过失之债—无因管理之债—不当得利—侵权之债（侵权之债本书未涉，其缘由书中已陈），以正名典型之债孰轻孰重之地位，此点常为诸学人所忽，是以详述以补缺；剖析具体债之内容，于具体债之各制度兼作扼要之评析，以促读者深思穷究。此乃成书所为者二。

吾辈历艰涉难，戮力探求，终成此作。其间得诸多学友及同仁力助，谨致谢意。寸功既成，甚感欣慰，惟碍于才学疏浅，书中难免疏漏之处，大方之家及读者同仁批评赐正。

著 者

西元二〇〇九年五月

草于江西科技师范学院

目 录

第一章 债与债法	(1)
第一节 债	(1)
一、债的概念的学说.....	(1)
二、债的立法例.....	(2)
三、债的特征.....	(4)
四、债的要素.....	(11)
第二节 债 权	(12)
一、债权的概念.....	(12)
二、债权的特性.....	(13)
三、债权在现代各国的立法例.....	(15)
四、物权与债权的区别及相关案例探讨.....	(16)
第三节 债 务	(20)
一、债务的概念及特性.....	(20)
二、债务与责任.....	(21)
三、债务的分类.....	(23)
第四节 债 法	(26)
一、债法的概念.....	(26)
二、债法在民法典编制上的立法体例.....	(27)
三、债法在我国未来民法典编制上的定位.....	(29)
四、债法的性质.....	(31)
第二章 债的分类和类型	(33)

第一节 财物之债与劳务之债	(33)
一、财物之债	(33)
二、劳务之债	(35)
第二节 货币之债与利息之债	(35)
一、货币之债	(35)
二、利息之债	(36)
第三节 按份之债与连带之债	(40)
一、按份之债	(41)
二、连带之债	(42)
第四节 简单之债与选择之债	(45)
一、简单之债	(45)
二、选择之债	(46)
第五节 特定之债与种类之债	(48)
一、特定之债	(48)
二、种类之债	(52)
第六节 债的类型	(53)
一、典型之债	(53)
二、非典型之债	(54)
第三章 债的发生根据	(56)
第一节 债的发生根据概说	(56)
一、债的发生的概念	(56)
二、债的发生的根据	(56)
第二节 合同之债	(58)
一、合同关系	(58)
二、合同与债	(61)
三、合同的成立	(63)
四、合同的效力	(75)

五、合同的无效和可撤销·····	(83)
第三节 缔约过失责任·····	(90)
一、缔约过失概述·····	(90)
二、缔约过失责任的类型·····	(95)
三、缔约过失与其他责任的区别·····	(98)
四、缔约过失理论的评析·····	(106)
第四节 无因管理·····	(107)
一、无因管理的概念·····	(107)
二、无因管理的构成要件·····	(109)
三、无因管理的类型·····	(113)
四、无因管理的效力·····	(114)
五、无因管理制度的评析·····	(120)
第五节 不当得利·····	(121)
一、不当得利的概念·····	(121)
二、不当得利的构成要件·····	(122)
三、不当得利的类型·····	(125)
四、不当得利的效力·····	(126)
五、不当得利请求权与相关请求权的关系·····	(129)
六、不当得利制度的评析·····	(134)
第四章 债的效力·····	(136)
第一节 债的效力概说·····	(136)
一、债的效力的概念·····	(136)
二、债的效力的分类·····	(137)
三、债权的效力·····	(138)
四、债务的效力·····	(139)
第二节 债的履行·····	(139)
一、债的履行的概念·····	(140)

二、债的履行原则·····	(140)
三、债的适当履行·····	(142)
第三节 债的不履行 ·····	(144)
一、债的不履行的概念及特点·····	(144)
二、债务不履行的归责事由·····	(145)
三、债务不履行的类型·····	(147)
第五章 债的保全 ·····	(159)
第一节 债的保全概述 ·····	(159)
第二节 代位权 ·····	(160)
一、代位权的概念·····	(160)
二、代位权的性质·····	(161)
三、构成要件·····	(162)
四、代位权的效力·····	(163)
第三节 撤销权 ·····	(166)
一、撤销权的概念·····	(166)
二、撤销权的性质·····	(166)
三、撤销权的成立条件·····	(167)
四、撤销权行使的法律效力·····	(171)
第六章 债的担保 ·····	(174)
第一节 债的担保概述 ·····	(174)
一、债的担保的概念·····	(174)
二、债的担保的特征·····	(174)
三、债的担保的分类·····	(175)
第二节 保 证 ·····	(176)
一、保证的概念及特征·····	(176)
二、保证的方式·····	(177)
三、保证的范围·····	(178)

四、保证的期间·····	(179)
五、保证人与主债务人之间的关系·····	(181)
六、保证人与主债权人之间的关系·····	(181)
第三节 定 金 ·····	(181)
一、定金的概念和性质·····	(181)
二、违约定金的法律特征·····	(183)
三、定金合同的成立条件·····	(183)
四、定金罚则的适用条件·····	(185)
五、定金的效力·····	(186)
第七章 债的移转 ·····	(188)
第一节 债的移转概述 ·····	(188)
一、债的移转的概念·····	(188)
二、债的移转的原因·····	(189)
三、债的移转的法律特征·····	(190)
第二节 债权让与 ·····	(191)
一、债权让与的概念及特征·····	(191)
二、债权让与的要件·····	(192)
三、债权让与的效力·····	(194)
第三节 债务承担 ·····	(201)
一、债务承担的概念及特征·····	(201)
二、债务承担的种类·····	(202)
第四节 债权债务的概括移转 ·····	(210)
一、债权债务的概括移转的概念·····	(210)
二、债权债务的概括移转的种类·····	(210)
三、债权债务的概括移转的效力·····	(213)
第八章 债的消灭 ·····	(215)
第一节 债的消灭概述 ·····	(215)

一、债的消灭的含义·····	(215)
二、债的消灭的立法例·····	(216)
三、债的消灭的原因·····	(217)
四、债的消灭的一般效力·····	(218)
第二节 清 偿·····	(219)
一、清偿的内涵·····	(219)
二、清偿的法律性·····	(220)
三、清偿的主体·····	(221)
四、清偿标的·····	(225)
五、清偿的形态·····	(226)
六、清偿地·····	(230)
七、清偿期·····	(231)
八、清偿费用·····	(231)
第三节 提 存·····	(232)
一、提存的概念·····	(232)
二、提存的构成要件·····	(233)
三、提存的法律效力·····	(239)
四、提存机关·····	(242)
第四节 抵 销·····	(242)
一、抵销的概念及作用·····	(242)
二、债务抵销的方式·····	(243)
三、法定抵销的条件·····	(248)
四、债的抵销的效力·····	(258)
第五节 债务免除·····	(261)
一、债务免除的概念及性质·····	(261)
二、债务免除的方法·····	(262)
三、债务免除的效力·····	(263)

第六节 混 同.....	(264)
一、混同的概念.....	(264)
二、混同的性质.....	(264)
三、混同成立的原因.....	(264)
四、混同的效力.....	(265)
参考书目	(266)

第一章 债与债法

第一节 债

一、债的概念的学说

债的概念起源于罗马法，来源于拉丁文 *obligatio*，原意是约束、债务，也指债权债务关系。该拉丁文又有“法锁”（*vinculum*）的意思，意味着债像一条锁链，将特定的当事人拴在一起，互相承担义务，享受权利。梅因指出：“法锁的意象沾染和浸透了罗马‘合同’和‘侵权’法律的每一个部分。法律把各当事人拘束在一起，锁链只有通过称为消偿的程序才能解除。……债既表示权利，也表示义务。……事实上罗马人把‘法律上的锁链’的全貌放在他们眼前，对其一端的重视不多也不少于其他一端。”^①对罗马法上债的概念阐述较为周全的是意大利学者彼德罗·彭梵得在其所著的《罗马法教科书》中所说：“债是这样一种法律关系：一方面，一个或数个主体有权根据它要求一定的给付，另一方面，一个或数个主体有义务履行这种给付或者以自己的财产对不履行情况负责。”^②目前，各国学界对债的概念作出了各种各样的界定，如：债之概念，从权利面说明之，指“特定人对于特定人得请求为特定给付之权利”，此即债权；从义务面说明之，指“特定人对于特定人负为特定给付之义务”，此即债

① 梅因·古代法 [M]·沈锦一，译，北京：商务印书馆，1984：183。

② 丘汉平·罗马法（下册）[M]·上海：会文堂新记书局，1935：283。

务。其权利人称为债权人，其义务人称为债务人。^① 债是特定人之间以一定行为为内容的民事权利义务关系，又称为债的关系。在债的关系中，必须有互相对立的双方当事人，一方为债权人，一方为债务人。债的内容就是：债权人有权请求债务人为一定的行为，债务人有义务向债权人为一定的行为，债权人的这种权利就是债权，债务人的这种义务就是债务。^② 总的来讲，尽管各有差异，但目前来看，也只是存在表达方式上和阐述的角度上的些许不同而已。

二、债的立法例

有一些民法典的债编中，对“债”的概念不进行界定。如法国、日本、意大利等国家采此例。关于民法典对“债”不进行界定的原因，《意大利民法典》的立法理由书——《法典说明》是这样表述的：“这是一个‘纯理论问题’，如果法典为债下了定义，那么，‘就超出了立法的权限范围，而这一界限却是应当严格遵守的’。”^③ 从现今一些主要民法典的债编中，在有关条文中对债的定义多从对其内容的规定体现出来。主要立法例如下。

· 《德国民法典》第 241 条 [债的关系和给付义务]

债权人基于债的关系，有权向债务人要求给付。债是依照合同的约定或者依照法律的规定，在当事人之间产生的特定的权利和义务关系，享有权利的人是债权人，负有义务的人是债务人。给付也可以是不作为。

· 中国台湾地区“民法典”第 199 条

① 黄茂荣．债法总论 [M]．北京：中国政法大学出版社，2003：1.

② 朱洪超，张渝生．台湾债法 [M]．北京：中国广播电视出版社，1993：1.

③ 恺撒·米拉拜利．自然之债 [C] // 杨振山，桑德罗·斯奇巴尼 (Sandro Schipani)．丁玫，译．罗马法·中国法与民法法典化．北京：中国政法大学出版社，2001：37.

债权人基于债之关系，得向债务人请求给付。

·《中华人民共和国民法通则》第 84 条

债是依照合同的约定或者依照法律的规定，在当事人之间产生的特定的权利和义务关系，享有权利的人是债权人，负有义务的人是债务人。债权人有权要求债务人按照合同的约定或者依照法律的规定履行义务。

·我国澳门地区《澳门民法典》第 391 条

债为法律上之拘束，使一人须对他人作出一项给付。

·《越南民法典》第 285 条

民事债务是依法律规定，一个或数个主体（称为债务人）为了一个或数个其他主体（称为债权人）之利益，必须为或不得为某一事务的负担。

·《俄罗斯联邦民法典》第 307 条

由于债的关系，一方（债务人）有义务为有利于他人（债权人）的特定行为，例如，交付财产、完成工作、支付金钱等，或者不为特定行为，而债权人有权要求债务人履行其义务。

虽然债的概念在大陆法系国家广泛应用，并形成了债的一般规则，但债的称谓并没有因此而得到统一，各国均因习惯的原因而在称谓上各自为政。在瑞士、土耳其等国家仍然使用债务的概念来描述债。在另一些国家或地区则用债权的概念描述债。如我国和日本，一般都称债为债权。我国台湾地区的“民法典”则称债。尽管对债的表述相去甚远，但仅仅是各自的习惯不同而已，其内容和本质却是大体相同。在英美法上，债是指“联系两个法律人格、赋予每个法律人格以具有法律效力的相互权利、义务的约束或纽带”。^①英美法虽然一直未将债法视为一个独立的法律

^① 沃克·牛津法律大辞典 [M]。北京社会与科技发展研究所，译，北京：光明日报出版社，1988：650。

部门，却一直承认债的各种发生根据：合同、侵权行为、准合同或恢复原状，以及信托等。

在我国，债的概念自古以来就有，但是其内涵非常狭窄。在中国古代“债”、“责”通用，《正字通说》曰：“责，逋财也，俗作债。”《汉书·淮阳宪王钦传》师古注：“债，谓假贷人财物，未偿者也。”自西汉《九章律》之“户律”首次有关于债的明文规定，直至唐《贞观律》专设钱、债律，债的观念一直未见扩大，仅指欠人财物。在我国民间，债的概念往往被限于金钱之债，或者仅限于债务。^①民法上债是一个高度抽象的法律概念，西方民法中的债的概念，在我国清末《大清民律草案》才首次被引入。

我国绝大多数学者认为有必要在立法中对债的概念进行界定，从目前我国学者起草的民法典草案来看，基本上都选择了对“债”下定义的立法例，只是角度有所不同。如梁慧星教授主编的《中国民法典草案建议稿附理由》第645条规定：“〔债的概念〕债是特定当事人之间可以请求特定给付的权利义务关系。”^②王利明教授主编的《中国民法典学者建议稿及立法理由》第1148条规定：“〔债的定义〕债是因法律行为或法律的直接规定，在特定当事人之间产生的请求为特定给付的权利义务关系。”^③这两位学者都是从请求权的角度对“债”进行了界定。

三、债的特征

1. 债为财产性的法律关系

债的关系是建立在债权人与债务人之间的利益关系，这种利

^① 张广兴，债法总论[M]。北京：法律出版社，1997：16。

^② 梁慧星，中国民法典草案建议稿附理由[M]。北京：法律出版社，2006：5。

^③ 王利明，中国民法典学者建议稿及立法理由[M]。北京：法律出版社，2005：12。

益关系或直接表现为财产关系，或最终与财产有关，因而，债为财产性的法律关系。财产关系就是指主体之间基于财产而形成的一种权利义务关系。根据财产关系的内容，可将其分为静态财产关系和动态财产关系。静态财产关系又称财产支配关系，是指财产在特定民事主体支配下形成的支配者与其他民事主体之间的社会关系。静态财产关系主要解决财产的归属问题。动态财产关系又称财产流转关系，是指财产由一主体向另一主体移转时所形成的社会关系。动态财产关系主要解决财产的流转问题。动态财产关系既可以发生在平等主体之间，也可以发生在不平等主体之间。发生在平等主体间的动态财产关系（如买卖关系、赠与关系等）由民法调整，发生在不平等主体间的动态财产关系（如征纳税关系、财产征收关系等）由经济法、行政法等法律部门调整。

2. 债为当事人之间的特别结合关系

债为当事人之间的特别结合关系。这里我们重点要考察的是，立法者基于何种共同因素，将现实生活中的不同法律事实抽象出来，在当事人之间建立起债的关系？为解决这一问题，可通过下列具体案例建立相关法律模型。

(1) 甲医药公司聘用乙为化学工程师，成立聘用合同。乙得向甲提供服务，同时，乙在职及退职之后对于自己在公司所获得的知识，既不能自己利用，也不能提供给竞争者。

(2) 甲深夜路遇迷路小孩乙，主动打车将其送回家，甲无法律上的义务，而为他人管理事务，形成无因管理（《民法通则》第93条）。甲得向乙的监护人请求偿还必要的费用。

(3) 甲果树上的果实因刮风飘落到乙的果园，乙因此受益而导致甲受损。乙无法律上的原因而获得利益，形成不当得利（《民法通则》第92条）。

(4) 某公司雇员甲在工作时抽烟，烟头烧毁了顾客乙的东西。这一细小的事件引发的是侵权行为。乙得向该公司请求损害