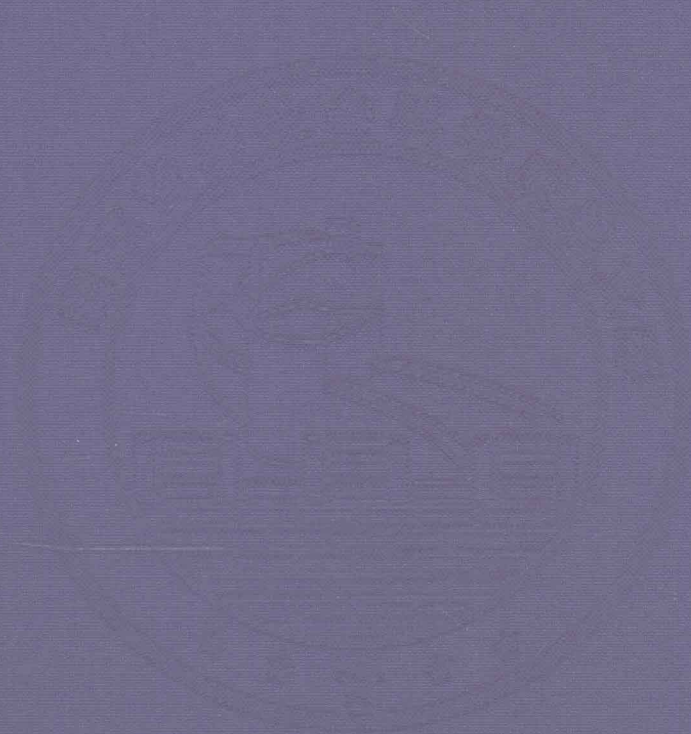


国家哲学社会科学成果文库

NATIONAL ACHIEVEMENTS LIBRARY
OF PHILOSOPHY AND SOCIAL SCIENCES

债权：借鉴与发展





国家哲学社会科学成果文库

NATIONAL ACHIEVEMENTS LIBRARY
OF PHILOSOPHY AND SOCIAL SCIENCES

债权：借鉴与发展

崔建远 著

中国人民大学出版社

策划编辑：郭 虹

责任编辑：班晓琼 徐 丽 何 娜

装帧设计：肖 辉 彭莉莉

图书在版编目 (CIP) 数据

债权：借鉴与发展/崔建远著.

—北京：中国人民大学出版社，2012

(国家哲学社会科学成果文库)

ISBN 978-7-300-15194-6

I. 债… II. 崔… III. 债权法—研究—中国 IV. D923.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 020269 号

债权：借鉴与发展

ZHAIQUAN: JIEJIAN YU FAZHAN

崔建远 著

中国人民大学出版社 出版发行

(100080 北京中关村大街 31 号)

涿州市星河印刷有限公司印刷 新华书店经销

2012 年 3 月第 1 版 2012 年 3 月第 1 次印刷

开本：710 毫米×1000 毫米 1/16 印张：42.75

字数：669 千字 印数：0,001—2,000 册

ISBN 978-7-300-15194-6 定价：168.00 元

邮购地址 100080 北京中关村大街 31 号

中国人民大学出版社读者服务部 电话 (010) 62515195 82501766



作者简介

崔建远 1956年5月生，河北省滦南县人，现任清华大学法学院教授，兼任中国民法学会副会长。被评为第二届杰出中青年法学家，荣获教育部高等学校优秀青年教师奖、霍英东教育基金会青年教师奖、宝钢教育基金会优秀教师奖。所著《准物权研究》荣获了司法部第二届法学教材与法学科研成果奖一等奖、首届中国优秀法学科研成果二等奖；《论争中的渔业权》荣获了司法部第三届法学教材与科研成果奖一等奖；《土地上的权利群论纲》荣获了教育部人文社会科学研究优秀成果奖三等奖；《侵权责任法应当与物权法相衔接》荣获了北京市第十一届哲学社会科学优秀成果奖二等奖。其主编的《合同法》（2000年）荣获了司法部第一届法学教材与法学科研成果奖一等奖、教育部全国普通高等学校优秀教材奖二等奖。作为负责人的《民法学》被批准为国家精品课程及北京市精品课程，作为负责人的民商法学被评为北京市重点学科，作为负责人的《债法》被评为北京市及清华大学精品课程。

《国家哲学社会科学成果文库》

出版说明

为充分发挥哲学社会科学研究优秀成果和优秀人才的示范带动作用，促进我国哲学社会科学繁荣发展，全国哲学社会科学规划领导小组决定自 2010 年始，设立《国家哲学社会科学成果文库》，每年评审一次。入选成果经过了同行专家严格评审，代表当前相关领域学术研究的前沿水平，体现我国哲学社会科学界的学术创造力，按照“统一标识、统一封面、统一版式、统一标准”的总体要求组织出版。

全国哲学社会科学规划办公室

2011 年 3 月

自序

《债权：借鉴与发展》原为中国人民大学出版社约稿《民法总则：具体与抽象》、《物权：生长与成型》和《债权：借鉴与发展》三卷本民法文选中的一卷。缔约后，马不停蹄地编辑整理《物权：生长与成型》。该书于2004年由中国人民大学出版社出版后，本应着手整理《债权：借鉴与发展》，但因如下原因而停顿了下来：其一，我首先步入合同法的学术殿堂，而后逐渐扩及于不当得利和无因管理的领域。也正因为是“首先步入”，知识储备不足、思考不尽全面、求变压倒继受及撰写技巧欠缺等弱点，便都反映在论文之中。例如，试图由有过错的不能履行、无过错的不能履行取代主观不能、客观不能，大幅度地放宽共同侵权行为的构成要求，以便成立更多一些的连带责任，更优惠地保护受害人，等等。随着阅历的不断丰富，思维的逐渐入轨，体系的把握凸显，对早期论文的不满意度越来越强烈，于是决定舍去若干作品，编辑整理相对满意的论文集。其二，由此决定，我暂时搁置了《债权：借鉴与发展》的编辑工作，先是整理出版了《合同法总论》（上卷），接着编写《物权法》教材，继而在此基础上补充和升华而成《物权：规范与学说》，其间三次修订了《合同法》教材，总共用去了7年的时间。其三，拟进一步完善不当得利、履行抗辩权、合同解除、物的瑕疵担保等债法论文，作为《债权：借鉴与发展》的组成部分，但因上述工作一直未能如愿。

2011年《国家哲学社会科学成果文库》项目垂青于我，促成了《债权：借鉴与发展》的完成。所以，对全国哲学社会科学规划办公室及中国人民大学出版社的感谢是双重的。没有它们的成人之美，没有它们的积极推进，就没有眼前的这本《债权：借鉴与发展》。

尽管民法总则、物权法和债法各有其边界，物权法的论文和债法的论文

可被识别，但民法作为一个整体，内部成分天然地相互联系着、影响着、衔接着和配合着。与此相适应，债法的论文未必限于纯粹的债法内容，不可避免地牵涉民法总则、物权法乃至众多学科的知识、理论及方法。《无权处分辨》、《出卖他人之物合同的效力设计》等论文，物权法和债法的味道都很浓厚，便是例证。考虑到它们系我心血的结晶，思辨性强，且有中国特色，《物权：生长与成型》没有收入它们，《债权：借鉴与发展》何不做个好人！

在《物权：生长与成型》的“自序”中，曾写有如下内容，我觉得于当下依然适应：

债权作为取得物权或者与物权价值相当的权利，反映财产流转关系的法律形式，具有普遍化的特点，共同性规范较多，且越来越国际化。在债法的建设方面，我国是后发的国家，又面对世界经济一体化的环境，因而，我国不可能抛弃人类既有的文明成果，另起炉灶制造债法，明智的选择是借鉴被实践证明是成功的债法规则及其理论，结合中国的实际翻译出债的规则乃至制度。另一方面，经济在发展，社会在进步，债权在丰富，研究在深化，由此决定，我国债权制度及其理论的创新是必要的，也是可能的。《债权：借鉴与发展》就是对这些现象的反映。

我对于民法的认识经历了由浅入深、由表及里、去粗取菁、去伪存真的过程，有必要就如何对待以往作品的态度做个交代，删去若干极不成熟的习作，对于保留者也尽可能地予以评论，对研究民法的方法和前景作出初步的预期。由于每当我遇有新材料、偶有新想法时，便对电子版的既有作品予以修正，现在若回复原状，则会耗时费力，不合效率原则，莫不如以现状示人，还可收到较少误导青年读者的效果。为方便读者，将自评放置于相应的作品之后。

中国人民大学出版社及郭虹等编辑们，为《债权：借鉴与发展》入选2011年《国家哲学社会科学成果文库》，作出了重要的贡献，必须致谢！

在整理、完善《债权：借鉴与发展》的过程中，耿林博士、戴孟勇博士、王洪亮博士等许多学者，都有求必应，翻译文献，提出意见，避免了不少错误，更有锦上添花的作用，感谢之情难以言表。

所有这些，都显现出写此序言的必要。

崔建远

2011年11月30日
于清华大学明理楼

目 录

债法总则与中国民法典的制定	(1)
债的担保探微	(25)
债的保障导论	(49)
债权让与的法律构成论	(74)
债权让与和对抗要件	(103)
债权让与续论	(126)
为第三人利益合同的规格论	(139)
强制缔约及其中国化	(148)
合同效力制度的演变	(164)
出卖他人之物合同的效力设计	(188)
合同效力瑕疵探微	(201)
无权处分辨	(215)
履行抗辩权探微	(278)
债权人代位权的新解说	(344)
合同解除探微	(355)
再论未生效合同的解除	(378)
一般法定解除条件探微	(391)
论解除权及其行使	(406)
解除权行使的法律效果	(423)
论委托合同的任意解除权及其限制	(494)

论归责原则与侵权责任方式的关系·····	(517)
物的瑕疵担保责任的定性·与定位·····	(537)
论违约的精神损害赔偿·····	(587)
免责条款论·····	(595)
不当得利研究·····	(623)
概念·特征·构成要件·价值判断·····	(657)
整体·基点·度·····	(664)

Contents

General Provision of Obligation Law and Drafting Civil Code of

P. R. China	(1)
On the Warranty of Credit	(25)
Introduction to the Protection of Creditor's Right	(49)
On the Legal Structure of the Assignment of Creditor's Right	(74)
The Assignment of Creditor's Right and the Counter Requirement	(103)
Continued Study on the Assignment of Creditor's Right	(126)
On the Criterion of the Third—Party Beneficiary Contract	(139)
Compulsory Contracting System and Its Transplant in China	(148)
The Evolution of the Contract Validity System in China	(164)
The Design for the Validity of Contract Selling the Property of	
Others	(188)
On the Defects of Contract Validity	(201)
On Unauthorized Disposition	(215)
Study on the Defenses in the Performance of Bilateral Contracts	(278)
A New Interpretation on the Subrogation of Creditor	(344)
On the Rescission of Contract	(355)
On the Rescission of Contract without Effect	(378)
The General Statutory Conditions of Rescission of Contract	(391)

On the Right to Rescind a Contract and Its Exercise	(406)
The Legal Effect of Rescission of Contract	(423)
On the Discretionary Right to Rescind a Commission Contract and Its Limitations	(494)
On the Relationship between Imputing Principles and Methods of Assuming Tort Liability	(517)
The Nature and the Location of Liability for Warranty against Defects	(537)
On the Moral Damages of Breach of Contract	(587)
On the Excluding and Limiting Terms	(595)
Research on Unjust Enrichment	(623)
Concept • Characteristic • Constitutive Requirement • Value Judgment	(657)
Entirety • Basic Point • Moderation	(664)

债法总则与中国民法典的制定

——兼论赔礼道歉、恢复名誉、消除影响的定位

一、引言

在制定中国民法典的过程中，学者们围绕着应否设立债法总则的问题展开了激烈的争论。否定论者认为，侵权行为产生责任，而不是债，侵权行为法独立成编，脱离了债法体系；合同法也独立成编，无因管理和不当得利作为准合同，归属于合同法。这样，债法已经被肢解，债法总则自然无设立的必要了。看来，若赞成设立债法总则，必须回答与评论：侵权行为能否引发债？侵权行为法独立成编是否使之脱离了债法体系？侵权行为法、合同法各自独立成编是否就在实质上肢解了债法？无因管理和不当得利归属于合同法是否科学？为了清晰，也为了增强说服力，至少须做如下工作：一是针对否定设立债法总则的观点进行评论，分析其中存在的问题；二是从正面阐明设立债法总则的必要性和可行性；三是说明设立债法总则也存在若干逻辑问题；四是在立法论的层面讨论赔礼道歉、恢复名誉、消除影响的定位。本文即为此而作，就教于大家。

二、侵权行为法独立成编是否使之脱离了债法体系

否定论者肯定地认为，侵权行为法独立成编就使之脱离了债法体系，并以下述理由作为支撑：（1）债是财产性关系，债权必须具有财产性，而侵权行为引发的赔礼道歉、消除影响、恢复名誉恰恰不具有财产性，所以侵权行为法不属于债法；（2）债的同一性理论是债与责任合一的理论根据，侵权行为引发的赔礼道歉、消除影响、恢复名誉，恰恰不符合债的同一性的要求；

(3) 责任不应是债的担保, 侵权责任不应是债的范畴; (4) 将侵权行为看做债, 从法律关系上说混淆了义务与责任的区别; (5) 传统债法通则已经远远不能适用于侵权责任。对此, 笔者分析与反驳如下:

(一) 债的关系并非一律为财产法律关系

债果真均为财产法律关系吗? 无论是从债的本质及界定方面看, 还是在民法发展史上, 抑或是在近现代民法的立法例上看, 答案都是否定的。

首先, 从债的本质及界定方面看, 债无必须是财产性法律关系的要求。在古典时代的罗马法中, 人们并不重视债的财产性, 而是关注债抽象的潜在约束的观念。^① 在原始社会中财产是不当什么的, 被重视的只有债务^②; 债是应负担履行义务的法锁; 债是法律用以把人或集体的人结合在一起的“束缚”或“锁链”, 作为某种自愿行为的后果。^③ 这种法锁, 既可以束缚住当事人之间的非财产关系, 也可以束缚住其财产关系。《法学阶梯》就把债界定为“一种迫使我们必须根据我们城邦的法律制度履行某种给付义务的法律约束”^④。在现代, 债通常被表述为, 特定当事人之间得请求一定给付的法律关系。^⑤

既然未把债特别地界定为财产性法律关系, 那么, 如何解释债在如今大多具有财产性的现实呢? 笔者认为, 债系法锁, 具有法律的拘束力, 其内容为债权债务。这些都决定了它天然地具有债权人可以请求债务人交付一定物、支付一定金钱等效力, 它适宜成为财产流转的法律形式, 从而使它具有财产性。在商品经济乃至现代市场经济的条件下, 债基本上表现为财产法律关系。同时, 债也天然地成为某些非财产关系的法律形式: 其一, 许多因约定以不作为为标的而形成的关系, 属于非财产性债的关系。例如, 一位自药厂离职的药师, 基于约定负有不以其在该厂所获知识自营企业或提供给竞争者的义务。^⑥ 又如, 根据约定, 甲在 0:00 至 6:30 不弹钢琴, 不跳迪斯科。

① 参见 [意] 朱赛佩·格罗索:《罗马法史》, 黄风译, 中国政法大学出版社 1994 年版, 第 115 页。

② 参见 [英] 梅因:《古代法》, 沈景一译, 商务印书馆 1959 年版, 第 181 页。

③ 参见 [英] 梅因:《古代法》, 沈景一译, 第 182—183 页。

④ 转引自 [意] 彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》, 黄风译, 中国政法大学出版社 1992 年版, 第 284 页。

⑤ 参见王泽鉴:《民法债编总论》(第 8 版) 第 1 册, 三民书局 1993 年版, 第 3 页。

⑥ 参见黄立:《民法债编总论》, 中国政法大学出版社 2002 年版, 第 2 页。

这种约定很有意义，也不违反公序良俗，法律上应该予以承认。它可以避免甲的午夜琴声是否违反一般禁令的争执，在举证责任的分配上也有益处。^①其二，若干无偿委托关系，也属于非财产性债的关系。例如，按照约定，教师甲将无偿地为其硕士生乙介绍工作，甲若有重大过失致使乙错过就业机会，即负民事责任。与此类似，其三，某些无偿管理、服务类关系，同样属于非财产性关系。例如：按照约定，甲每天前往乙的住宅无偿地为其浇花；依据约定，一方无偿地帮助另一方看护孩童；出租车驾驶员甲应一发烧乘客的请求而免费地将其送往医院；等等。如果非得要求债具有财产性，那么这些关系就因无财产内容而不属于债的关系，而在现代法制上，除了债的制度，尚无其他法律制度及规则使得它们具有法律拘束力。如此一来，这些，至少是一部分人必需的社会生活关系，因无相应的法律制度保障而效力减弱，以至于它们得不到遵循。其后果极为严重。

在这里，至少面临着两个不易回答的问题：一是如何界定财产性，二是如何区分施惠与债的关系。例如，按照约定甲厂为乙厂无偿培训技术人员的关系，是定位在财产性关系还是非财产性关系？一种意见认为，尽管无偿，但是此类关系同样可以用货币衡量计算，市场会形成此类培训的价格，故它们仍属于财产性关系。这确有道理。但考虑到财产性关系、非财产性关系在法律责任的配置上有轻重之别，把诸如依据约定甲工程师无偿辅导同一工厂的乙工程师有关技术之类的关系以及甲教师依约定屡次无偿地回答乙教师的法律问题的关系界定为财产性关系不合一般观念，笔者还是倾向于把它们类型化，有的界定为财产性关系，有的则界定为非财产性关系。前述甲厂为乙厂无偿培训技术人员的关系，可以认定为财产性关系。而甲工程师依约定无偿辅导同一工厂的乙工程师有关技术之类的关系、甲教师依约定屡次无偿地回答乙教师的法律问题的关系，宜被认定为非财产性关系。

这又产生了好意施惠关系与债的关系之间的区别问题，即甲教师依约定屡次无偿地回答乙教师的法律问题的关系，究竟是债的关系还是好意施惠关系？这确实需要研究。其一，应从效果意思的方面甄别。如果当事人具有发生债法效果的意思，并且达成合致，那么应该把它认定为债的关系；反之，

^① 参见黄立：《民法债编总论》，第2—3页。

则把它归为好意施惠关系。具体到该例中,如果甲、乙之间无发生债的效果意思,则回答法律问题的关系属于好意施惠关系;如果乙教师为防止甲教师胡编乱造而约定甲故意或重大过失地错答问题时须支付违约金,那么,他们之间的关系属于债的关系。又如,甲公司办理公司周年酒会,邀请函上载明“敬备薄酒点心”,乙欣然应邀出席,虽然准时与会,但鸡尾酒与点心已被一扫而空。^①因双方均无发生债权、债务的效果意思,故既不生违约问题,也不产生不完全给付,不可能有所谓故意或过失的行为,这种情形通常也不构成侵权行为^②,乙不得追究甲公司的民事责任。其二,在好意施惠场合,客观上存在着债的关系、单纯的好意施惠关系、好意施惠关系伴有法律行为的附属义务的区别。如何判断、区分?应依据一般解释规则,即解释意思表示应探求当事人之真意,不得拘泥于所用之词句,具体到这里的问题,就是应探求当事人是否愿意将其行为置于债法规范的调整范围。^③若是,则为债的关系;若否,则为好意施惠关系,不过可能是单纯的好意施惠关系,也可能依当事人的意思,虽然无请求权产生,但仍可有类似合同上的忠诚义务、保护义务、谨慎义务等。例如,在上例甲公司办理公司周年酒会而形成的关系中,如果乙在入口处将其外衣交给为赚取小费而自愿看管衣帽的来宾丙,因丙粗心大意致使乙的外衣被窃,那么甲公司便属于违反了保护义务。^④

社会生活丰富多彩,允诺的乃至法定的关系的内容也随之千差万别,财产关系不能替代一切。在人们越发重视精神感受和满足的今天,尤其如此。当相对人之间的社会生活关系在某些领域无财产性,却又需要受到法律的强制力拘束和保护时,债显然是其理想的法律形式之一。如果我们把债仅仅局限于财产法律关系,那么这就是无视社会生活对于法律的需求和决定作用,作茧自缚,这既降低了债的功能,也缩小了它的适用范围。

上述事实 and 理论反证出下述道理:债的法锁拘束力及其债权、债务的表现形式,使得债适宜成为财产关系的法律形式,而非债为财产关系的法律形式才使得它具有法锁拘束力,由债权、债务构成。如同人具有抽象思维的能

① 参见黄立:《民法债编总论》,第17页。

② 参见上注。

③ 参见上书,第18页。

④ 参见上书,第17页。

力,使得人能够进行民法分析,而不是人进行民法分析才使得人拥有抽象思维的能力。如果颠倒前因后果,就会得出这样荒谬的结论:所有权关系为财产性关系的法律形式,也应当具有法锁的拘束力,以债权、债务为内容。恐怕没有一个法律人会有此观点。这表明,债必为财产性法律关系之说,有本末倒置之嫌。

其次,从债的早期形态考察,债无必须为财产性法律关系的本质要求,甚至并非财产性法律关系。罗马的债(obligatio)所保留的特点使人联想到涉及人身依从关系的原始观念。扣押人质是表现原始债特点的形式。人身为债的履行承受着实际的责任约束。债保留着为履行给付责任而设置抽象的潜在约束的观念,其逻辑结果就是对债务人躯体的执行(在《十二表法》中可以见到这种执行的残酷性),这是对多少有所反抗的债务人躯体的执行。^①在人类文化史发展的初期,债权纯粹体现为债权人与债务人之间的人身关系,一般经济关系的性质甚微。^②债的标的,在其起源时期,也可以说是债务人的人身,因为债务人必须为债权人实施行为。^③在第一期,在不履行债务时,债务人经常将其整个人身(全人格)置于债权人的权力之下。最初,债权人简单地杀戮债务人以满足复仇感情,以后进步到幽禁、强制债务人作为奴隶而劳动,或干脆将债务人作为奴隶出卖以达到经济目的。尽管有这种进步,但从整体看来,仍未脱离人身责任的范围。^④只有到法律规定首先应当以支付“罚金”(poena)或“债款”(pocunia或res credita),仅于以债务人的财产不能给付或清偿时,权利享有人才能通过执行方式对其人身采取行动的时候,债才第一次获得了新的意义,即财产性意义。从此,诉讼(actio)和清偿(solutio)的标的变成了罚金或钱款,而不再是人(corpus),陷入受役状态变成一种次要的执行程序。债向这种财产性罚金形式转变的顶峰时期(即现代债的产生时期),我们认为其标志是《博埃得里亚法》(lex poeelia)的颁布;至于执行程序,其只是从共和国末期开始,随着财产拍卖

① 参见[意]朱赛佩·格罗索:《罗马法史》,黄风译,第115页。

② 参见[日]我妻荣:《债权在近代法中的优越地位》,王书江、张雷译,中国大百科全书出版社1999年版,第20—21页。

③ 参见丘汉平:《罗马法》下册,上海法学编译社1933年版,第285页。

④ 参见[日]我妻荣:《债权在近代法中的优越地位》,王书江、张雷译,第20—21页。

(bonorm venditio) 的引入才开始具有财产形式。^①

最后，在近现代的民法上，无财产性的债仍有其存在的价值。近代法律，不仅没有必要将债权的标的限于金钱价值，而且尚有将债权的标的范围扩大到所有领域的要求。日本民法明文规定，从立法上解决这个问题……一方面不能否认社交礼仪中赠送往来的金钱价值，他方面也不允许拒不承认无法用金钱估算的无形利益，尤其是以人格利益为标的的债权的成立（例如，终身定期金债权，道歉公告债务）。^② 虽然一方面近代法律扩大债权的范围，但另一方面也产生财产性质淡薄的债权。随之而来，法律关系与道德关系难以截然分开，双方有重复交错的关系。^③ 《法国民法典》规定，除另有约定外，委托无报酬（第 1986 条）。《德国民法典》直接把委托规定为受托人为委托人无偿处理事务的关系（第 662 条）。和解有时即为无财产性的关系（参见第 779 条）。有些无名合同，如某些广告使用他人肖像或姓名的合同，双方约定为无偿，所引发的债亦无财产性。德国著名债法权威学者卡尔·拉伦茨和曼弗雷德·沃尔夫教授指出：“债权一般被归属于具有金钱价值的财产权，它要么是直接以金钱的支付为标的，要么是将要履行的给付具有能够以金钱相衡量的价值。当然，非财产权性的债权（nichtvermogensrechtliche Forderungsrechte）也是可能的，如不得变卖祖产的义务或者不得行使特定权利的义务等。”^④ 显然，他们承认有非财产性的债权类型。

（二）债的同一性并非侵权行为法归属于债法的障碍

否定论者指出，债的同一性理论，正是对债与责任不加区分的理论根据，也是债的关系法体系构成的理论根据。侵权行为引起赔礼道歉、恢复名誉、消除影响等侵权责任，不再仅仅限于损害赔偿，于是它不具有债的同一性，所以，侵权行为法不应归属于债法。

对此，笔者持有不同意见。债的同一性理论的含义为，在债发生变更、移转等情形时，例如，房屋买卖合同关系因出卖人违约而转变成损害赔偿关

① 参见 [意] 彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，第 284—285 页。

② 参见 [日] 於保不二雄：《日本民法债权总论》，庄胜荣校订，五南图书出版有限公司 1998 年版，第 19 页。

③ 参见上书，第 20 页。

④ Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Buergerlichen Rechts, 8. Aufl., Verlag C. H. Beck, S. 298—299.