

(第二集)

疑难经济纠纷司法对策

主编 杨立新

吉林人民出版社

疑难经济纠纷司法对策

(第二集)

主编 杨立新

吉林人民出版社

(吉)新登字 01 号

疑难经济纠纷司法对策 (第二集)

主 编 杨立新
封面设计 尹怀远
版式设计 晓 君

责任编辑 李艳萍
责任校对 晓 丽
责任排版 李冬梅

出 版 者 吉林人民出版社
(长春市人民大街 124 号 邮编 130021)

发 行 者 吉林人民出版社

制 版 吉林人民出版社激光照排中心 0431—5637018

印 刷 者 长春市第九印刷厂

开 本 850×1168 1/32

印 张 11.125

字 数 260 千字

版 次 1999 年 3 月第 1 版

印 次 1999 年 3 月第 1 次印刷

印 数 1—5 100 册

标准书号 ISBN 7-206-03122-6/D·809

定 价 16.80 元

如图书有印装质量问题,请与承印工厂联系。

作者名单

主 编 杨立新

副主编 杨明刚 高晓莹

撰稿人 (以姓氏笔画为序)

于 明	王天颖	王利明	王 丽
王 轶	伍治良	牟 军	汤 琼
吴兆祥	杨立新	杨明刚	高晓莹
崔建远	程合红		

内容介绍

该书由我国著名应用法学家杨立新同志主编。作者从理论与实际相结合入手,依据民商法的规定和原则,以及民商法原理,总结司法实践经验,对经济纠纷中的合同、担保、公司法、产品质量、海商法、知识产权等法律问题进行了透彻的分析、研究,并提出了人民法院处理经济纠纷的具体办法,用以提供解决疑难经济纠纷的司法对策。

作者介绍

杨立新，1952年1月生于吉林省通化市。历任通化市中级人民法院副院长，最高人民法院民事审判庭审判员，烟台大学法律系副教授，最高人民检察院民事行政检察厅检察员、副厅长。自1980年以来研修民法理论，在侵权行为法、人身权法和债法领域有深入研究，著有《人身权法论》、《民法判解研究与适用》（1—3集）、《侵权法论》（上下）等专著。



吉林人民出版社
彩色制版中心
电话：0431—5637018
电脑制作：杨世超

目 录

第一编 经济合同纠纷·····	(1)
1. 在实践中如何适用积极侵害债权制度？ ——论加害给付 ·····	(3)
2. 在当事人双方互负对待给付义务合同中 如何行使同时履行抗辩权？ ——论同时履行抗辩权 ·····	(35)
3. 处理经济纠纷案件时怎样确认无效民事 行为的违法性？ ——论无效民事行为的违法性 ·····	(76)
4. 没有设置担保的债务人逃避债务的行为 应采取何种方法对债权人予以救济？ ——论债的保全 ·····	(87)
5. 债务人为逃避债务而放弃其债权应采用 何种方法保全债权？ ——论债权人代位权 ·····	(94)
6. 债务人为逃避债务而积极处分其财产应 采取何种方法保全债权？ ——论债权人的撤销权 ·····	(101)
7. 怎样审理涉及第三人的合同纠纷？ ——论合同第三人的法律地位和法律特征 ·····	(110)
8. 合同是否对第三人发生效力？	

——关于第三人利益合同的探讨 (125)

9. 如何掌握预售房屋合同的公平性及其合同转让的问题?

——预售房屋合同探微 (136)

10. 认定技术合同的效力应注意哪些问题?

——正确确认技术合同效力的若干问题 (142)

11. 构成恶意串通应当具备哪些要件?

——恶意串通的构成要件 (154)

12. 对当前大量出现的金融借款合同纠纷应当怎样进行审理?

——金融借款合同纠纷审理规范 (159)

13. 拒绝履行合同债务应当怎样进行制裁?

——预期违约与履行拒绝 (193)

14. 在司法实践中应如何适用显失公平?

——论显失公平 (198)

第二编 担保法律问题..... (231)

15. 在审判中如何适用抵押的法律规定?

——关于抵押权的几个法律问题 (233)

16. 审理保证合同纠纷时如何正确适用法律?

——关于保证合同的若干问题探讨 (247)

第三编 知识产权纠纷..... (259)

17. 对商标侵权应如何进行法律救济?

——论商标侵权与救济机制的完善 (261)

第四编 产品质量法律问题..... (325)

18. 在审判实践中怎样区分产品质量纠纷
和产品侵权纠纷以及处理产品侵权纠
纷的要点是什么?
——论产品侵权责任 (327)

第一编 经济合同纠纷

1. 在实践中如何适用积极侵害债权制度？

——论加害给付

加害给付制度是各国合同法发展的新问题，也是我国合同立法所迫切需要解决的重大课题。加害给付作为交易中严重违约、损害消费者合法权益的行为，对市场经济秩序形成极大危害，也给广大用户和消费者造成了极大的损害，因此通过加强合同立法，完善加害给付责任制度，从而严格保护消费者和用户的合法权益，维护交易的正常秩序，十分必要。本文拟就此谈几点粗浅的看法。

一、加害给付的概念

加害给付在德国法中称为积极侵害债权。在德国，该理论最早由德国律师史韬伯（Hermann Staub）于1902年提出，以弥补传统的违约形态划分的缺陷。该理论自从问世以后，受到广泛的重视，德国学者多勒（Dölle）认为该理论乃是“法学上的伟大发现”。^①它不仅对德国的判例和学说产生了巨大的影响，而且也深刻影响了属于德国法系的其他国家的民法。

何为加害给付，学者对此有不同的看法。一种观点认为，加害给付是指未能按照债的规定作出给付或履行，也就是说，债务人虽然履行了债务，但履行行为不符合债的规定。如台湾

^① 王泽鉴：《民法学说与判例研究》第4册，第16页，台湾，1986年版。

学者郑玉波先生指出：“加害给付也称为不完全履行（Ungehörige Erfüllung），乃债务人未依债之本旨，所为之给付也。”[●]如给付腐蚀的水果或者有传染病的家畜、白皮鞋误擦黑油、修脸时刮掉眼眉、包办酒席致食客中毒等均属此列。[●]第二种观点认为，加害给付不仅仅是指债务人履行债务的行为不符合债务的规定，而且是指此种不符合债的规定的履行行为造成了履行利益以外的其他损害。例如台湾学者钱国成认为：“债务人所为不合债务本旨之给付，除发生债务不履行之损害外，更发生履行利益以外之损害，亦即债务人所为给付，因不合债务本旨，非仅使债权人受有原来债务不履行之损害，更蒙受超过履行利益范围以外之损害。”[●]这两种看法都有一定的道理，但我们认为第一种观点未能将加害给付行为与一般的瑕疵履行行为相区别。因为在瑕疵履行的情况下，同样存在履行行为，但此种履行行为不符合债的规定。而加害给付作为一种特殊的违约行为，表现在债务人不仅实施了不符合债的规定的履行行为，而且此种履行侵害了债权人履行利益以外的其他权益（übererfüllungsmässiges Interesse），德国学者称之为附带损害。所以我们认为应采纳第二种观点，即加害给付乃是指因债务人的不当履行造成债权人的履行利益以外的其他损失。

加害给付具有以下几个特点：第一，债务人的履行行为不符合债的规定。加害给付首先要求存在着给付行为。给付是大陆法中的一个概念，它具有两种含义：一是指给付行为（Leistungsverhalten），二是指给付效果（Leistungserfolg）。有时候给付也可以作为债的标的来对待。[●]与履行的概念相比较，给付

● 郑玉波主编：《民法债编论文选辑》，第717页，台湾，1984年版。
● 郑玉波主编：《民法债编论文选辑》，第718页，台湾，1984年版。
● 郑玉波主编：《民法债编论文选辑》，第726页，台湾，1984年版。
● 史尚宽：《债法总论》，第223页。

的内涵更为广泛，给付除包括合同义务的履行以外，还包括各种非基于合同而实施的给付行为，如误以为存在合同债务而作出的清偿，不知道欠债已经还清而仍然作出清偿等都可以称为给付。但是履行主要是指履行合同义务的行为，在债法中履行总是与合同义务及附随义务联系在一起的。给付往往是债务人一方的义务，“自债务人方可言之，则为给付”。给付乃是一方的义务即债务人的义务，而履行则强调是双方的义务，即双方当事人均负有按法律和合同的规定履行的义务。确切地讲，履行的概念比给付的概念更能准确地表达当事人双方的义务，所以我国《民法通则》和《经济合同法》均使用了履行的概念。但由于加害给付已经形成一个约定俗成的概念，所以我们认为也不宜将加害给付改为加害履行。但是应该指出这里所说的给付实际上是履行，也就是说是指债务人实施了一定的履行行为，但此种履行不符合债的规定。

加害给付只能在履行有效合同义务的过程中发生，也就是说，合同已经成立并生效，但债务人所作出的履行行为不符合合同的规定。如果合同不能成立或者应被宣告无效，或被撤销，在此种情况下，只能产生不当得利的返还责任和缔约过失责任，而不产生加害给付责任。还应当看到，加害给付的主体只限于合同关系中的债务人，也就是说，只有当债务人实施的不符合合同规定的履行行为造成对债权人的损害，才有可能构成加害给付。如果是合同关系以外的第三人实施一定行为，造成对债权人的损害，则不属于加害给付。

第二，债务人的不当履行行为造成了对债权人的履行利益以外的损害。

加害给付与瑕疵给付是相对应的概念，二者的主要区别体现在后果上，瑕疵给付侵害的是债权人的履行利益

(Erfüllungsinteresse), 致使该给付本身的价值或效用减少乃至丧失; 而加害给付所侵害的是履行利益以外的其他权益 (übererfüllung smässiges Interesse), 德国学者称之为附带损害。

所谓履行利益损失, “乃指法律行为 (尤其指契约) 有效成立, 但因债务不履行而使之损失, 于此情形, 债权人得请求赔偿者, 系债务人依债之本旨履行时其可获得之利益。”^① 换言之, 在债务人依照合同规定履行时, 债权人从中所得到的利益就是履行利益; 在债务人未依合同的规定履行时, 债权人依合同本来应该得到的利益因为债务人不履行或不适当履行而没有得到, 这就是履行利益的损失。也就是说, 债务人本应依约定给付无瑕疵的财产或劳务, 但债务人实际上没有履行这一义务, 从而使债权人蒙受了损失。对于债权人来说, 因为产品有瑕疵, 致使其不能获得履行利益, 因此产品有瑕疵就意味着履行利益的损失。法律对履行利益的保护实际上是为了保护合同在严格履行的情况下债权人所获得的全部利益。

所谓履行利益以外的其他利益, 学理上又称为固有利益或维护利益, 是指债权人享有的不受债务人和其他人侵害的现有财产和人身利益。此处所称的现有财产是指履行标的物以外的财产, 或称为履行利益以外的财产利益。所谓履行利益以外的损失, 《产品质量法》第 29 条称为 “人身、缺陷产品以外的其他财产损害”, 应该说后一种表述更为明确。它是指产品和劳务瑕疵以及违反附随义务等造成债权人遭受人身伤亡和给付标的以外的其他财产损害。

第三, 加害给付是一种同时侵害债权人的相对权和绝对权的不法行为。从上述分析可见, 债权人享有的履行利益实际上

① 顾立雄:《给付拒绝》, 载《万国法律》第 50 期, 1990 年, 第 20 页。

是债权人享有的债权，而债权人享有的履行利益以外的其他利益，乃是债权人享有的绝对权，这两种权利分别受到合同法和侵权法的保护。由于加害给付的行为将同时构成违约行为和侵权行为，因此该行为同时侵犯了债权的相对权和绝对权。此种行为既可以是以积极的方式实施（如医院医生的误诊），也可以是以消极的方式实施（如故意不告知产品不合格的危险而使买受人遭受伤害）。加害给付行为可以是因为交付的标的物因质量不合格而造成债权人固有利益的损害，同时也可以是因为交付行为本身不符合合同规定，直接造成债权人的固有利益的损害（如因承运人的重大过失致使旅游车翻车，使旅客遭受伤害）。无论在何种情况下，加害给付都会导致违约责任和侵权责任同时产生，因此，加害给付是产生违约责任和侵权责任竞合的重要原因。

值得注意的是，在德国的判例和学说中，虽将加害给付作为一种特殊的违约行为来对待，但加害给付制度只是作为一种辅助性的制度而存在的。按德国学者的观点，“凡是既不导致给付不能，又不能导致给付迟延的均是积极侵害债权”。● 换言之，积极侵害债权处于辅助型（residual, subsidiary）的位置，“要是非给付不能与给付迟延的其他给付障碍形态的均称为积极侵害债权”。● 德国判例中也认为积极侵害债权是除给付不给、给付迟延以外的第三种债务不履行形态，此种形态只有在给付不能、给付迟延均不构成时，始有适用。德国法中将加害给付作为一种辅助性的制度对待，主要是因为加害给付又没有在法典中规定，所以它只是通过判例学说所发展起来的、旨在填补立法不足的一项制度，因此应作为辅助性的制度。

● Enneccerus - Lehman Schuldrecht, 2Band, 1954.
● Enneccerus - Lehman, Supra P225.

在我国是否应该借鉴德国法的经验，将加害给付制度作为一种辅助性的制度对待，在理论上值得探讨。根据《产品质量法》第31条：“因产品存在缺陷造成人身、他人财产损害的，受害人可以向产品的生产者要求赔偿，也可以向产品的销售者要求赔偿。属于产品的生产者的责任，产品销售者赔偿的，产品销售者有权向产品的生产者追偿。属于产品销售者的责任，产品生产者赔偿的，产品生产者有权向产品销售者追偿。”此处所说的向产品生产者和销售者追偿，既包括了侵权责任，也包括了违约责任在内。侵权责任实际上是产品责任，^①而违约责任则主要是指不履行合同债务产生的责任。根据《民法通则》第111条的规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定条件的，另一方有权要求对方采取补救措施。此处所说的履行合同义务不符合约定条件的行为包括了加害给付行为。从我国立法和司法实践来看，并没有将加害给付作为一种特殊的违约形态对待，而是将其包括在不适当履行合同的违约行为之中的。我国法律既不强调单纯以合同责任来处理加害给付案件；也不认为加害给付只是一种辅助性的制度，而为了保护债权人和消费者，对他们在因加害给付受到侵害后，提供了充足的补救措施，允许债权人直接以加害给付为根据提起侵权或违约之诉。当然，现行法律对在加害给付条件下是否允许受害人选择请求权，如何保障请求权的正当行使等等还缺乏明确的规定，因此加害给付制度还有待于进一步完善。

二、加害给付的构成要件

所谓加害给付的构成要件，是指符合何种条件才能使债务

① 史树林：《企业产品责任指南》，第25—30页，人民法院出版社，1994年版。