



高等院校法学精品课教材

债法原理

沈幼伦 著

格致出版社  上海人民出版社



高等院校法学精品课教材

债法原理

沈幼伦 著

格致出版社  上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

债法原理/沈幼伦著. —上海:格致出版社:上海人民出版社,2010
高等院校法学精品课教材
ISBN 978-7-5432-1822-2

I. ①债… II. ①沈… III. ①债权法—法的理论—高等学校—教材 IV. ①D913.01

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第165919号

责任编辑 罗 康
美术编辑 路 静

高等院校法学精品课教材
债法原理
沈幼伦 著

出版 世纪出版集团 格致出版社
www.ewen.cc www.hibooks.cn
上海人民*出版社
(200001 上海福建中路193号24层)



编辑部热线 021-63914988
市场部热线 021-63914081

发行 世纪出版集团发行中心
印刷 上海图宇印刷有限公司
开本 787×1092毫米 1/16
印张 15
插页 1
字数 270,000
版次 2010年9月第1版
印次 2010年9月第1次印刷
ISBN 978-7-5432-1822-2/D·41
定价 26.00元



作者简介

沈幼伦，华东政法大学教授，民商法专业硕士生导师。曾受美国华盛顿大学法学院邀请为该院访问学者。出版有《合同法教程》等著作。



内容简介

本书包含了作者近30年积累的教学心得，根据大量理论研究和教学资料撰写而成。本书试图跳出目前受诸法合一局限的债法研究模式，从学科的独立性和统一性出发，探索债法及债法的体系。

本书还在相关章节配置了大量与概念匹配的生活中的案例，以使初学者在充满理性的学习中增加直观的感性认识，帮助他们正确理解债学概念，掌握债学真谛。

前 言

近30年积累的教学心得与收集的教学资料,经过一年的整理、归纳和潜心思考与求证,《债法原理》一书于近日收官。收到上海世纪出版集团格致出版社麻俊生先生的约稿时,自己对所要完成书稿的构想,随着一年辛勤的耕耘而得以实现,心中充满着兴奋与快乐。

债的提法早已有之,可谓历史悠久。但由于债的立法多呈诸法合一的状态,或合于民法之中,或虽以债法为名,却又多以契约法为主。这一实体法现状,影响了债学或称债法学的研究。不论是以《德国民法典》中的债法篇作为研究对象,还是以瑞士的《债法》作为研究对象,都难以摆脱对债的片面认识。环顾当前有关债的研究成果,虽有不少顶尖之作,但总给人以盲人摸象之感。虽然研究成果中有许多关于债务的精彩论述,但却很少见到非常清晰的关于债务与义务联系与区别的分析;~~仅就合同之债与侵权之债~~,更是仁者见仁,智者见智了。然而从学科的统一性出发,这种分歧不应如此长时间地存在。再如已有著作每每将合同的履行原~~则~~视为债的效力,全不顾及这一债的效力如何体现在侵权等其他原因引起的债上。由于在涉及这些债法学基本概念上的似是而非,以至不少学生在完成课程学习后,对此类问题仍处于说不清道不明的境地。

针对债法学研究中存在的上述问题,本书试图跳出目前受诸法合一局限的债法研究模式,从学科的独立性和统一性出发,探索债法及债法的体系。本书由以下板块构成:1. 义务板块。要认识债法学,首先应区分义务与债务,本书指出义务是一国为维持社会发展之秩序,通过立法和当事人之间的约定而设立,由义务人自觉履行;债务则从属于一国为保障社会秩序,对违反义务人实施的惩罚责任体系,即让其承担不利后果。其中违反义务涉及他人人身或财产损

害,破坏了他人所享有的原权利,依据权利人的请求,违反义务人因恢复权利至被破坏前状态,而必须的特定行为,为债务。

2. 债形成的理论基础板块。要理解债学,必须了解债形成的理论基础。本书以救济权为指导,指出权利被分为原权与救济权,因自然原因而发生的救济权引发社会救助法理论;因第三人原因而发生的救济权引发债法理论。救济权是债形成的理论基础,也可以说,债学是研究人为违反义务和承担不利后果的学说。

3. 引起债的原因或称引起债的法律事实板块。基于债是违反义务的产物,因此本书对传统的合同之债予以细化,将合同分为合同设立与合同义务的违反,即违约。将合同违约定性为引起债的原因,拒绝将合同成立就视为债的不当提法,以使引起债之原因统一,凡债均因违反义务而引起。

4. 债的效力板块。依救济权,债的效力应体现为各类原因引起的债,都应具有的效力的逻辑,本书指出履行原则不是债效力的组成部分,其属于判断合同义务人是否违反义务的标准,它与侵权之债中的侵权构成要件具有相同性质,将其置于债的效力之中是不妥的。在效力板块中,本书将多数学术著作只将双务合同中抗辩权视为债的效力,扩展至全部抗辩为债的效力。债的效力在债务人方面,就是抗辩权的行使。将债务人的抗辩权作为债效力的一部分更显法律的理性、公正与科学。

5. 债务负担板块。债务负担实为违反义务人承担不利后果。该不利后果首先由违反义务人自己承担,在符合一定条件的情况下,法律将责成第三人共同承担。基于债务负担不仅涉及债权人的利益,同时任何一个对义务违反的行为,又都涉及社会秩序,据此,本书指出应区分合同义务的转让与债务承担的区别,呼吁将免责的债务承担从债务承担理论中剔除出去,以维护债务承担内涵的统一性。

6. 债权行使板块。目前债法学著作很少涉及这一内容,通常在民法学的著作中,在论述权利篇章时,偶尔会涉及私力救济的内容。即使提及,也是一笔带过。然细想起来,不论私力救济,还是公力救济,都只发生在救济权的情况下,它理应属于债学研究的范畴。本书指出债权的本质是请求权,而请求权是通过私力救济或公力救济的方式实现的。

7. 债关系消灭板块。该板块与当前已有的著作相比,无实质性的突破。

除了上述学术创新和紧扣主题、具有严密逻辑的条理特色外,本书在写作中,尤为注意学术与通俗相结合,努力实现雅俗共赏。本书在相关章节设置了

大量与概念匹配的、发生在我们生活周围的案例,让初学者在充满理性的学习之中,增加直观的感性认识。帮助他们正确理解债学的概念,掌握债学真谛。

本书虽具有上述特点,值得向读者介绍,但与债学的已知和未知知识相比,作者的阅历、经验还是非常有限的,难免会有自己尚未认识,或认识不当之处,欢迎各位同行与读者批评指正。

沈幼伦

2010年7月于华政园

CONTENTS 目 录

- 第一章 债本质之分析/1**
 - 第一节 债在外国民法语境中的词源追溯/1
 - 第二节 中国语言文字中的债概念/3
 - 第三节 源于罗马法债概念本质之分析/4
- 第二章 债与义务/6**
 - 第一节 义务的概念/6
 - 第二节 义务的由来及历史探源/8
 - 第三节 义务的要素/13
 - 第四节 义务的分类/14
- 第三章 债形成的法理基础/25**
 - 第一节 原权利/25
 - 第二节 救济权/30
- 第四章 债与责任/35**
 - 第一节 责任的词义探源/35
 - 第二节 法律责任/36
 - 第三节 民事法律责任/38
 - 第四节 债与民事责任/40
- 第五章 债法律关系/48**
 - 第一节 债法律关系的概念与特征/48
 - 第二节 债法律关系要素/49
 - 第三节 债法律关系的分类/59
- 第六章 引起债法律关系的法律事实/63**
 - 第一节 违约行为/63
 - 第二节 侵权行为/66
 - 第三节 不当得利/69
 - 第四节 无因管理/77

第五节 缔约过失/81

第七章 债的效力/85

第一节 债的效力概念与特征/85

第二节 债的效力的内容/86

第三节 债的效力的分类/89

第八章 债的保全/92

第一节 债的保全概述/92

第二节 债权人的代位权/95

第三节 债权人的撤销权/102

第四节 保全制度的入库规则与保全人之法律地位/114

第九章 债的担保/117

第一节 债的担保概述/117

第二节 债的担保各论/121

第十章 债务人的抗辩权/144

第一节 免责事由/144

第二节 抗辩权/145

第三节 永久性抗辩权及引起的原因/147

第四节 延缓性抗辩权及引起的原因/150

第五节 抗辩的连续与抗辩的切断/158

第十一章 债务自担与债务承担/167

第一节 债务自担/167

第二节 替代责任/173

第三节 债务承担/182

第十二章 债权的行使/187

第一节 债权行使的一般理论/187

第二节 债权行使的历史与演变/188

第三节 公力救济与私力救济的差异性与互补性解析/190

第十三章 债请求权的行使方式(上):私力救济/194

第一节 私力救济/194

- 第二节 私力救济的法律性质与行使限度/196
- 第三节 私力救济的种类/200
- 第十四章 债请求权的行使方式(下):公力救济/204**
 - 第一节 公力救济的概念与特征/204
 - 第二节 公力救济的规则/206
 - 第三节 公力救济的主要方式/207
 - 第四节 诉讼时效/211
- 第十五章 债的消灭/220**
 - 第一节 债的消灭概述/220
 - 第二节 引起债关系消灭的法律事实各论/223

第一章 债本质之分析

【本章学习目的】

通过本章的学习,了解债的起源与含义,了解中国古代文字中债的含义,掌握债的本质及相关学说。

第一节 债在外国民法语境中的词源追溯

“债”一词之产生,可追溯到古代罗马法时期,它被认为是一种“法锁”。《法学阶梯》认为:“债是拘束我们根据国家的法律而为一定给付的法锁。”此时的“法锁”,是指一种特定人之间封闭的人与人的关系,不能将“法锁”转让给第三人。“彼既认债之关系,乃特定人间之绝对的人的关系,则债权之让与,与债务之承担,自为罗马法所不许。”^①

探寻债的来源,罗马古代法时期,尚未出现债的概念“obligatio”一词,《十二表法》只有“nexum”一词,其含义是金钱借贷,但“nexum”一词,有时也用于移转物的所有权,而且注重形式。作为债解的“obligatio”一词,以及债法之称呼,乃是罗马法长期独立发展的结果,同时代的其他国家或地区的法律文化都未能发展出类似的概念和法律制度。

在罗马法律较为成熟时期,罗马法开始使用“obligatio”一词表示“债”,该词便因此而成为后世有关“债”概念的总词源。公元6世纪的《国法大全》文献中,有两个关于“债”的权威定义,分别来自《法学阶梯》和《法学汇纂》。这两个定义大同小异,均由债务人的义务入手,界定债为“其他人必须给我们某物或者做或履行某事”,换言之,在债权债务关系中,首先发生债务,然后才对应生出债权,是债权对应于债务,而非债务对

^① 梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第167页。

应于债权。《法学阶梯》中的债法部分,将债区分为契约和准契约之债,以及侵权之债,前者规定在第3卷第13篇,篇名为“obligatio”,后者规定在第4卷。在第13篇序言中,它对“债”进行了一般性界定,称“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城邦的法律履行某种给付”。^①《法学汇纂》定义债为:“债的本质不在于我们取得某物的所有权或者获得役权,而在于其他人必须给我们某物或者做或履行某事。”^②

《法国民法典》没有关于债的一般规则,也没有对“债”进行一般界定,而是分别针对各种具体的债做出界定。其关于各种债的定义,基本因循了罗马法的表述方式,也从债务人“应为”给付的角度入手。第1101条界定合意之债,“契约为一种合意,依此合意,一人或数人对于其他一人或数人负担给付、作为或不作为的债务”。第1370条规定,债务可基于非合意原因发生,包括法律规定以及债务人行为,此谓债务人行为又包括准契约、侵权行为和准侵权行为;然后往下,第1371条界定准契约之债,“准契约为因个人自愿的行为而对第三人发生的债务,有时于双方之间发生相互的债务”;第1382条界定侵权行为之债,“任何行为使他人受损害时,因自己的过失而致行为发生之人对该他人负赔偿的责任”;第1383条至1386条界定准侵权行为之债,也均以债务或责任为出发点。

到了1900年的《德国民法典》,关于“债”的界定似乎发生了一些变化。《德国民法典》在第2编“债务关系编”第1章第1节开篇第241条第1款称,“依据债务关系,债权人可以向债务人请求给付”。这一界定与罗马法的界定非常相似,这种相似表现为:一是两者均指出“债”属于一种关系范畴;二是均暗示“债”限于在特定当事人之间发生,并因而仅具有相对性。但德国对债的认识也有不同于罗马法的地方,德国学者在对“债”进行界定时,大多以民法典第241条第1款的描述为依据,认为基于《德国民法典》的立场,更多的应立于债权人角度来认识债的关系本质,即依“债的关系”,首先应理解为债权人可以向债务人请求给付。换言之,应站在债权人的角度描述债的关系,体现为可以请求给付,而不是从债务人方面入手,描述“债”的必须为给付的内容。由此,德国学者的结论是债务对应于债权,而非债权对应于债务。

德国学者这种有关债的债权人本位的见解,在日本和我国台湾地区学者那里得到呼应。《日本民法典》第3编,便采用“债权”作为该编总标题,而且第一章总则也都以“债权”为标题,日本学者根据这一事实,直接将债法称债权法。我国台湾地区的“民法典”虽然以“债”为第2编的总标题,但我国台湾地区学者也多倾向认为,基于第199条规定,应以债权人关系作为债的关系的本质。

① [意]彼得罗·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。

② [意]桑德罗·斯契巴尼:《民法大全选译》,丁玫译,中国政法大学出版社1992年版,第1页。

第二节 中国语言文字中的债概念

我国民间所言之债，常指欠人钱财，例如《辞海》中对“债”的解释即是“债之本义——欠人钱财也”，《说文解字》也解“债，债负也”。另外，债还常常被用来表示某种特殊的亏欠，例如“血债”、“情债”等。

古代中国，债的关系虽然很早就出现，但在先秦时期，债一般写作“责”字。《正字通》云：“责，财也，俗作债。”伴随先秦社会经济生活的发展，债的关系日趋普及，纠纷也与日递增，法律开始将其纳入调整范围。据《周礼·地官·泉府》记载：“凡民之贷者，与其有司辩而授之，以国服为之息”，即民间借贷，可视当时情况，按国家服事之各种税率计算利息。^①《周礼·秋官·朝士》还记载：“凡有责事，有判书以治，则听。”其意是如果发生借贷纠纷，需具有借据文书，官方才能受理。之后，中国历代封建王朝均如此一般地规范债的关系。由此可见，我国传统文化对汉字债的解释，仅限指借贷关系，与罗马法上使用的“债”，其含义是不相同的。

中国古代法律中与罗马法的债字概念较为相近的概念，读作“券”。券的前身，称为“契”或“约”。所谓“契刻也，从刀。”“约”字本意是缠绕，《说文解字》云：“约，缠束也，从丝。”因此，契与约，表现了远古时期，人们在从事交易时，以刻木示信和结绳记事的办事风格。随着交易数量的增加和内容的繁杂，那种简单的刻木结绳方法已难以满足人们的需求，于是，双方各执一片，刻有简单文字的，被称为“券”的竹片应运而生，从而替代了原来的“契”和“约”。《说文解字》云：“券，契也。从刀，券声。券别之书，以刀判契其旁，故曰契券。”中国社会至西周年间已出现书面契券的记载，主要有“傅别”与“质剂”两种。所谓“傅别”是将约束写于文书，然后一剖为二，双方各执一片，合券时方能通读。所谓质剂，是在竹木简的两面写上相同内容的文字，一剖为二，各执一片。长者趁质，用于奴隶、牛马之交易；短者称剂，用于兵器珍奇异物之交易。

东汉时期，造纸术发明后，人们开始用纸记载契约的内容，逐步代替了竹简。作为对过去做法的继承，便将书写的契约一式两份，将两份契约并拢，在骑缝处划上记号或写上“同”、“合同”或“合同大吉”等文字，于是就有了合同的称谓，久而久之，人们则将原本是验证契约的一种标记的合同，演变为契约的同义词了。

综上，我们看到中国文字中的债，只代表契约关系中的一种交易，而契约则包含着

^① 林伊：《周礼今注今译》，北京出版社、书目文献出版社1985年版，第154页。

各种内容的交易,普遍的用于买卖、租佃、典卖、合伙等活动中。因此,中国文字中的债,只是中国古代契约概念的外延而已。再将中国古代的契约概念与罗马法起源的债相比,同样,它也只是罗马法债概念的一个外延,因为中国古代的契约,反映的只是当事人之间的约定义务,它并不反映法定义务的内容。因此,在中国的文字系统内研究起源于罗马法的债的概念,仍需从高于中国文字“债”、“契约”的角度,予以研究。

第三节 源于罗马法债概念本质之分析

关于债的本质,主要有以下几种学说:

一、法律关系说

梅仲协先生认为:“债者,特定之人,即债权人,本诸法律上之强制力,使他特定人,即债务人为给付之一种人的关系也。”^①郑玉波先生认为:“债者何?以民法上之概念言之,即特定人间请求特定行为之法律关系也。”又说:“债即作为一种法律关系,则其内容自不离乎权利与义务,斯二者在债法上言之,即债权与债务是也。”^②王泽鉴先生也认为:“债者,之特定当事人间得请求一定给付的法律关系。”^③由此可见,凡主张法律关系者,均认为债的本质既包括权利又包括义务。

二、债务说

龙卫球先生在归纳德国法学家萨维尼的关于债本质核心观点时指出:在债的关系中,存在着紧密联系的各种关系,有债权人角度的关系,也有债务人角度的关系,但比较起来,归根结蒂作为本质构成的,不是债权或者请求,而是债务或者履行。^④崔吉子女士认为:“债权不同于物权、知识产权之处,即在于其实现不能仅靠权利人自身的行为,而必须依赖义务人的行为,即履行。履行是债的归宿。”^⑤债之目的在于债权的实现,然而债权的

① 梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第167页。

② 郑玉波:《民法债编总论》(第2版),中国政法大学出版社2004年版,第1页。

③ 王泽鉴:《债法原理(一)》,中国政法大学出版社2001年版,第4页。

④ 龙卫球:《债的本质研究:以债务人关系为起点》,《中国法学》2005年第6期。

⑤ 崔吉子:《债法通论》,北京大学出版社2006年版,第28页。

实现需要有债务人的作为,债权人仅享有请求权,仅有债权人的行为不足以实现债权,不足以达成债之目的,也就是说,债权的实现仍然表现为债务的履行。在债的关系中,起至关重要作用的,是承担义务一方。虽然债权人基于请求权的行使,可诉诸于司法机关,同样能够实现债权,但此并不是债权人最初的目的。我们有理由相信在设立债时,没有一个债权人是更倾向于借助司法机关的力量来实现债权的,他们所期待的,仍然是债务人积极主动地遵守其义务。由此可见,债务人的给付反映了债关系的本质。

三、债权说

债权的本质是一种请求权,它不像物权那样是一种支配权。债权人不是通过支配一定的物来的方式来实现自己的权利,而是通过请求债务人债的规定为特定行为来实现自己的权利。^①这一见解源于《德国民法典》,也为日本和我国台湾地区学者所赞同。

四、小结

综合各家学说,及罗马语“obligatio”和中国文字债的解释,我们认为债的本质是:一国为保障社会发展所依赖的必要秩序,通过国家立法或当事人与当事人的约定,构成了一个覆盖全社会的义务网络,每个社会成员均应为不妨碍他人的权利,自觉的履行义务,即为一定的行为或不为一定的行为。债所描述的是,当某个社会成员违反了义务,侵犯他人权利时,在侵害者和被侵害者之间便形成了债法律关系,在这一关系中,权利受到侵害之人为债权人,违反义务侵害他人权利之人为债务人,债权人可基于债,要求债务人为特定行为,以恢复或补偿自己被侵犯的权利。

【本章思考题】

1. 如何理解“债是拘束我们根据国家的法律而为一定给付的法锁”?
2. 简述有关债本质的学说。
3. 试论债的概念与本质。

^① 王利明:《中国民法典草案建议稿及说明》,中国政法大学出版社2004年版,第448页。

第二章 债与义务

【本章学习目的】

通过本章的学习,了解义务的概念及在社会中的作用。了解义务的由来及义务理论的起源,了解义务的基本要素,掌握债务与义务的关系。

第一节 义务的概念

义务本是一个伦理学的基本范畴,术语“义务”在希腊原文是“kathekon”,意为“应该完成的”、“应该做到的”。“kathekon”概念的流行代表着早期斯多葛派的道德观念,该学派认为,只有道德美及与其相对应的行为才是善,只有道德丑与其相对应的行为才是恶。善恶,美丑具有无程度差别的品质,人们只能或者具有它们,或者不具有,或者是有德性之人,或者卑劣之人。

伦理概念“kathekon”的运用,标志着在美好和卑劣之间存在着应尽的行为或称中等的、普通的行为。

“Kathekon”概念在中期斯多葛派,即罗马时期,得到了进一步的发展,即义务的内涵由抽象向具体变化。著名学者西塞罗把拉丁文的“officium”与“kathekon”相对应。在他的《论义务》一书中,并没有将“officium”作为一种普遍的人类义务予以抽象性的论述,而是以罗马公民应有的、良好的日常生活行为,应尽的日常生活义务为讨论对象,比如“执政官义务”、“元老院义务”、“裁判官义务”等。西塞罗认为,对真理的探索和认识、对人类社会的维护、心灵的伟大和坚强、行为的合适是人类的基本义务。西塞罗的义务观念虽然具有一定的局限性,但对后世的义务问题的研究,具有重要的里程碑地位。

在探究义务理论起源与演变时,还涉及另一位著名学者托马斯·霍布斯。托马斯·霍布斯的义务理论体系是近代主权论的产物。在霍布斯看来,由于人的自私本性,决定了人们之间相互敌对、战争不断。人类要摆脱这种困境,获取和平与安定的生活,“只有通过契约让渡自己的权利,建立共同的生活秩序”。根据“所定信约必须履行”的原则,定约者需对自己的承诺负担义务。霍布斯的这一见解,为日后法定义务的产生和发展奠定了坚实的基础。

“法律上所谓义务,指法律所加于当事人作为或不作为之拘束。所谓拘束,谓不问义务人意思如何,都必须遵守,不能随意变更或免除之意。”^①或者是指“法律规定的义务人为满足权利人一定的利益的意志和行为自由所受约束的无可选择性,并与一定的法律上的权利相联系”。^②

关于义务的定义可谓众说纷纭,有从规范角度定义的:“义务是义务人为实现权利人的利益而应当遵守的必要的行为尺度,具有无条件、强制性特点”;也有从责任角度定义的:“义务是行为主体就从事一定行为或不应从事一定行为的责任”;还有从负担角度定义的:“义务是人们应该、必须适应权利主体的要求,而作出或抑制一定行为的负担和约束”等等。法理学界就义务性质的探讨,就有尺度说、责任说、约束说、手段说、利益说、意思说、法律之上力说。这些学说虽未得到普遍认可,但他们对完善义务理论则都具有积极的贡献。

通过上述义务的阐述,义务是基于法律规定或当事人约定,需由义务人自觉履行。自觉履行义务,是一国社会和谐、健康发展的基础。然社会成员并不都能自觉履行义务,其中不乏不法之徒,故意或过失的违反自己的义务,破坏社会赖以存在的秩序。如不及时矫正这些违反义务的行为,无益于维持社会的和谐、健康的发展。因此,让违反义务的人承担法律规定的违反义务的后果,则是一国法律制度中不可缺失的部分。根据《国法大全》中的《法学阶梯》第13篇序言中称,“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城邦的法律履行某种给付”和《法学汇纂》定义债为:“债的本质不在于我们取得某物的所有权或者获得役权,而在于其他人必须给我们某物或者做或履行某事。”我们认为债法或债之理论,所要研究和解决的正是社会成员违反义务后所应承担的法律后果的现象,即依照法律必须为某种给付。因此,债务与义务是不同的。

① 梁慧星:《民法总论》,法律出版社2004年版,第81页。

② 乔克裕:《法理学教程》,法律出版社1997年版,第69页。