

“十二五”国家重点图书出版规划

◎ 崔建远 著

债权：借鉴与发展

(修订版)

中国当代法学家文库

崔建远民法研究系列

Contemporary Chinese Jurists' Library

 中国人民大学出版社

“十二五”国家重点图书出版规划

ISBN 7-300-15555-9

债权：借鉴与发展

(修订版)

中国当代法学家文库

崔建远民法研究系列

Contemporary Chinese Jurists' Library

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

债权: 借鉴与发展/崔建远著. 2 版 (修订本). —北京: 中国人民大学出版社, 2013. 12
(中国当代法学家文库·崔建远民法研究系列)
ISBN 978-7-300-18438-8

I. ①债… II. ①崔… III. ①债权法-研究-中国 IV. ①D923.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 299295 号

“十二五”国家重点图书出版规划

中国当代法学家文库

崔建远民法研究系列

债权: 借鉴与发展 (修订版)

崔建远 著

Zhaiquan: Jiejian yu Fazhan

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511398 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	涿州市星河印刷有限公司	版 次	2012 年 3 月第 1 版 2014 年 1 月第 2 版
规 格	170 mm×228 mm 16 开本		
印 张	56.25 插页 3	印 次	2014 年 1 月第 1 次印刷
字 数	840 000	定 价	168.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换



[illegible]

毋庸讳言，书价昂贵在一定程度上遏制了读者的购书热情。出版简装本显然是个简便易行的解决问题之道。中国人民大学出版社决定如此行事，并将《债权：借鉴与发展》纳入“中国当代法学家文库”之“崔建远民法研究系列”，并允许适当地扩充篇幅。笔者心领出版社的美意，将《未生效合同及其法律后果之辨》等5篇判决评释，以及《合同解释与法律解释的交织》一文，编入《债权：借鉴与发展》一书之中，同时借机对原已收入的论文予以修订、补充，供读者批评指正。

中国人民大学出版社对于法学著作的出版具有前瞻性，法学编辑们策划并建议作者撰写有价值的作品，导引和催生了一批有分量的著作面世。在一定意义上可以说，没有出版社，没有法学编辑们，就不会有若干受读者欢迎的著作。《债



权：借鉴与发展》入选“国家哲学社会科学成果文库”及“中国当代法学家文库”之“崔建远民法研究系列”，实乃源自中国人民大学出版社及郭虹女士对笔者申报的鼓动。责任编辑精心编辑，适中校订，功不可没。在此，再一次地对她们表示感谢！

是为序。

崔建远

于2013年10月8日

定稿于清华大学明理楼

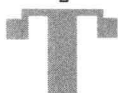


目 录

债法总则与中国民法典的制定	1
债的保障导论	27
债的担保探微	54
债权人代位权的新解说	80
债权让与的法律构成论	93
债权让与和对抗要件	126
债权让与续论	151
为第三人利益合同的规格论	166
强制缔约及其中国化	176
合同效力制度的演变	193
出卖他人之物合同的效力设计	219
合同效力瑕疵探微	233
未生效合同及其法律后果之辨	248
无权处分辨	291
无权处分合同的效力及其动态表现	361
一房成为数个权利标的物时的紧张关系及其理顺	385



履行抗辩权探微	402
先履行抗辩权制度的适用顺序	473
代物清偿与保证的联立分析	483
合同解除探微	501
再论未生效合同的解除	525
一般法定解除条件探微	539
论解除权及其行使	557
解除权行使的法律效果	581
论委托合同的任意解除权及其限制	661
论归责原则与侵权责任方式的关系	686
物的瑕疵担保责任的定性与定位	707
精神损害赔偿绝非侵权法所独有	763
免责条款论	780
合同解释与法律解释的交织	809
不当得利研究	832
概念·特征·构成要件·价值判断	869
整体·基点·度	876



Contents

General Provision of Obligation Law and Drafting Civil Code of	
P. R. China	(1)
Introduction to the Protection of Creditor's Right	(27)
On the Warranty of Credit	(54)
A New Interpretation on the Subrogation of Creditor	(80)
On the Legal Structure of the Assignment of Creditor's Right	(93)
The Assignment of Creditor's Right and the Counter Requirement	(126)
Continued Study on the Assignment of Creditor's Right	(151)
On the Criterion of the Third—Party Beneficiary Contract	(166)
Compulsory Contracting System and Its Transplant in China	(176)
The Evolution of the Contract Validity System in China	(193)
The Design for the Validity of Contract Selling the Property of	
Others	(219)
On the Defects of Contract Validity	(233)
On the Contract Not Yet Effective and Its Legal Consequences	(248)
On Unauthorized Disposition	(291)



The Validity of Contract of Unauthorized Disposition and Its Dynamic Manifestation	(361)
On the Conflict as a House Becomes the Objects of Different Rights and Its Clarification	(385)
Study on the Defenses in the Performance of Bilateral Contracts	(402)
The Order of Application of Defense of Later Performance	(473)
The Conjoint Analysis of <i>datio in solutum</i> and Warranty	(483)
On the Rescission of Contract	(501)
On the Rescission of Contract without Effect	(525)
The General Statutory Conditions of Rescission of Contract	(539)
On the Right to Rescind a Contract and Its Exercise	(557)
The Legal Effect of Rescission of Contract	(581)
On the Discretionary Right to Rescind a Commission Contract and Its Limitations	(661)
On the Relationship between Imputing Principles and Methods of Assuming Tort Liability	(686)
The Nature and the Location of Liability for Warranty against Defects	(707)
Compensation for Emotional Distress is Not Peculiar to Tort Law	(763)
On the Excluding and Limiting Terms	(780)
The Overlap between Contract Interpretation and Legal Interpretation	(809)
Research on Unjust Enrichment	(832)
Concept • Characteristic • Constitutive Requirement • Value Judgment	(869)
Entirety • Basic Point • Moderation	(876)



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

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。





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。^①又如，根据约定，甲在0：00至6：30不弹钢琴，不跳迪斯科。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。^②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

① 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。

② 参见黄立：《民法债编总论》，第2—3页。





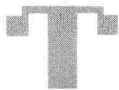
重之别，把诸如依据约定甲工程师无偿辅导同一工厂的乙工程师有关技术之类的关系以及甲教师依约定屡次无偿地回答乙教师的法律问题的关系界定为财产性关系不合一般观念，笔者还是倾向于把它们类型化，有的界定为财产性关系，有的则界定为非财产性关系。前述甲厂为乙厂无偿培训技术人员的关系，可以认定为财产性关系。而甲工程师依约定无偿辅导同一工厂的乙工程师有关技术之类的关系、甲教师依约定屡次无偿地回答乙教师的法律问题的关系，宜被认定为非财产性关系。

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，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，故既不产生违约问题，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

① 参见黄立：《民法债编总论》，第17页。

② 参见黄立：《民法债编总论》，第17页。

③ 参见黄立：《民法债编总论》，第18页。





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。^①

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。

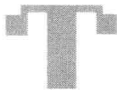
上述事实 and 理论反证出下述道理：债的法锁拘束力及其债权、债务的表现形式，使得债适宜成为财产关系的法律形式，而非债为财产关系的法律形式才使得它具有法锁拘束力，由债权、债务构成。如同人具有抽象思维的能力，使得人能够进行民法分析，而不是人进行民法分析才使得人拥有抽象思维的能力。如果颠倒前因后果，就会得出这样荒谬的结论：所有权关系为财产性关系的法律形式，也应当具有法锁的拘束力，以债权、债务为内容。恐怕没有一个法律人会有此观点。这表明，债必为财产性法律关系之说，有本末倒置之嫌。

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。^② 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。^③

① 参见黄立：《民法债编总论》，第17页。

② 参见〔意〕朱赛佩·格罗索：《罗马法史》，黄风译，第115页。

③ 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。





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。^① 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。^② 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 poetelia）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（bonorm venditio）的引人才开始具有财产形式。^③

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一定限于金钱价值，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）。^④ 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。^⑤ 《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）。

① 参见丘汉平：《罗马法》下册，上海法学编译社1933年版，第285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，第20—21页。

③ 参见〔意〕彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，第284—285页。

④ 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。

⑤ 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20页。





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。”^① 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系时，债的关系不失其同一性，其法律效力依旧不变，不仅其原有利益及各种抗辩不因此而受影响，而且其从属权利（如担保）原则上亦仍继续存在。^② 显然，该理论是在揭示债在发展变化过程中，处于不同阶段的、表现形式不同的债相互之间的关系，并且是在肯定它们之间具有质的同一性，只是其表现形式不同而已。该理论是否适用于侵权行为场合呢？这需要进行类型化的分析。

在侵权行为人不法侵害物权、人身权、知识产权的情况下，侵权行为实施前的法律关系为绝对权关系，其后的法律关系为侵权责任关系。它们为绝对权关系与侵权责任关系之间的关系，并非债的关系与侵权责任关系的关系，二者不具有质的同一性，不存在适用债的同一性原理的余地。在这里，以债的同一性理论来否认侵权行为法的债法属性，文不对题。

^① Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Buergerlichen Rechts, 8. Aufl., Verlag C. H. Beck, S. 298—299.

^② 参见郑玉波：《民法债编总论》（第 15 版），三民书局 1996 年版，第 461 页。

