

债法专论

崔文星·著

ZHAI
FA
ZHUAN
LUN



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

债法专论

崔文星·著

ZHAI FA ZHUAN LUN



图书在版编目(CIP)数据

债法专论 / 崔文星著. —北京:法律出版社,

2013. 11

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5505 - 3

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 242340 号

债法专论

崔文星 著

责任编辑 周丽君

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 16.375 字数 402 千

版本 2013 年 11 月第 1 版

印次 2013 年 11 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 独立项目策划部

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5505 - 3

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

第一编 债法总论

第一讲 论债的内涵 / 3

- 一、债的产生和发展 / 3
- 二、债务与责任的关系 / 6
- 三、债权的内涵 / 9
- 四、债的格局 / 13

第二讲 债的相对性规则辨析 / 19

- 一、债的相对性内涵 / 19
- 二、债的相对性规则的表现形态 / 25
- 三、债的相对性规则的例外 / 28
- 四、债的相对性规则的根基无法动摇 / 37

第三讲 不当得利之债 / 40

- 一、不当得利的一般规则 / 40
- 二、给付不当得利 / 44
- 三、非给付不当得利 / 52
- 四、不当得利的效力 / 58
- 五、不当得利请求权与相关请求权的关系 / 62

第四讲 无因管理之债 / 68

- 一、无因管理的内涵 / 68
- 二、无因管理的历史演进 / 72
- 三、无因管理的构成要件 / 74
- 四、管理人的义务、责任和权利 / 79
- 五、特殊的无因管理 / 84

第五讲 单方允诺之债 / 86

- 一、单方允诺的内涵 / 86
- 二、悬赏广告 / 88
- 三、“假一罚十”的性质是单方允诺 / 97

第六讲 债权人撤销权 / 101

- 一、债权人撤销权的内涵 / 101
- 二、撤销权的成立要件 / 102
- 三、撤销权的行使 / 108
- 四、撤销权行使的效果 / 112

第七讲 抵消 / 115

- 一、抵消的内涵 / 115
- 二、合意抵消 / 117
- 三、法定抵消 / 119
- 四、抵消权的行使 / 124

第二编 合 同 法

第八讲 强制缔约规则 / 133

- 一、强制缔约的内涵 / 133
- 二、强制缔约的法理基础 / 136
- 三、强制缔约的类型 / 138
- 四、违反强制缔约义务的法律后果 / 140
- 五、强制缔约规则的不足及其完善 / 143

第九讲 格式条款的效力及其规制 / 145

- 一、格式条款的内涵 / 145
- 二、格式条款的历史演进 / 148

三、格式条款订入合同 / 152

四、格式条款的效力 / 155

五、格式条款的规制 / 168

第十讲 合同法上的附随义务 / 179

一、附随义务的内涵 / 179

二、附随义务法定化的合理性评价 / 185

三、附随义务的类型 / 189

四、附随义务的具体形态 / 191

五、附随义务与相关概念的区别 / 193

六、违反附随义务的民事责任 / 195

第十一讲 无权处分合同的效力 / 198

一、无权处分的内涵 / 198

二、《合同法》第51条关于无权处分的规定及其争议 / 201

三、否定区分原则的观点:债权合同效力待定 / 201

四、肯定区分原则的观点:债权合同效力已定,物权合同效力待定 / 203

五、关于合同效力待定的两个认识误区及其矫正 / 208

六、关于无权处分争议的启示 / 211

第十二讲 强制性规定的适用规则 / 212

一、问题的提出 / 212

二、关于强制性规定的立法例考察 / 212

三、《合同法》上的强制性规定的基本内涵 / 214

四、关于相关法律的强制性规定的适用评析 / 221

五、在认定合同效力时应综合考量公序良俗原则 / 225

六、结论 / 231

第十三讲 情事变更原则的适用 / 232

一、情事变更原则的历史沿革 / 232

二、情事变更原则在我国法律上的确立 / 237

三、情事变更原则的适用条件 / 239

四、适用情事变更原则的效力 / 244

五、情事变更与相关规则的区别 / 246

第十四讲 合同解除权的内涵及其行使规则 / 252

- 一、合同解除权的内涵 / 252
- 二、合同解除权的性质 / 254
- 三、合同解除权的类型 / 259
- 四、合同解除权的行使期限 / 265
- 五、解除权的行使方式 / 268
- 六、解除权的消灭 / 273
- 七、解除权的限制 / 276

第十五讲 定金罚则 / 278

- 一、定金的内涵 / 278
- 二、定金的种类 / 280
- 三、定金罚则的适用规则 / 284

第十六讲 违约损害赔偿范围的界定 / 288

- 一、违约损害赔偿的内涵 / 288
- 二、违约损害赔偿范围的基本界定及其类型化 / 290
- 三、期待利益(履行利益) / 294
- 四、关于积极损失的界定 / 299
- 五、关于可得利益损失的界定 / 300
- 六、确定违约损害赔偿范围的规则 / 302

第十七讲 违约精神损害赔偿 / 311

- 一、违约责任与精神损害赔偿具有相容性 / 311
- 二、司法实践的现实运作及其启示 / 314
- 三、否定违约精神损害赔偿的观点并不妥当 / 319
- 四、结论:立法应确立违约精神损害赔偿规则 / 325

第十八讲 违约金的惩罚性 / 327

- 一、违约金的内涵 / 327
- 二、违约金的惩罚性是违约金不可或缺的本质属性 / 334
- 三、确立惩罚性违约金的意义 / 337
- 四、惩罚性违约金的适用规则 / 339
- 五、关于违约金与赔偿金的关系 / 341
- 六、违约金数额调整的认识误区及其矫正 / 342

第十九讲 违约责任与侵权责任的竞合 / 349

- 一、关于责任竞合的基本界定 / 349
- 二、违约责任与侵权责任的差异性 / 354
- 三、关于《合同法》第 122 条的理解及其适用 / 358

第二十讲 瑕疵担保的基本问题 / 363

- 一、瑕疵担保的内涵 / 363
- 二、关于瑕疵担保的性质的争论 / 364
- 三、瑕疵担保的性质是义务而不是责任 / 366
- 四、瑕疵担保义务的内容 / 369
- 五、违反瑕疵担保义务的民事责任 / 370

第二十一讲 买卖合同标的物的风险负担规则 / 374

- 一、风险负担的内涵 / 374
- 二、关于风险负担的不同规则 / 376
- 三、《合同法》关于买卖合同标的物风险负担的一般规则 / 383
- 四、不动产交付主义的困境及其出路 / 385

第三编 侵权责任法

第二十二讲 侵权行为违法性要件的独立性 / 391

- 一、违法性的内涵 / 392
- 二、侵权行为违法性要件的比较法考察 / 396
- 三、违法性应成为侵权责任的构成要件 / 403
- 四、结论 / 407

第二十三讲 纯粹经济损失的一般规则 / 408

- 一、纯粹经济损失的内涵 / 408
- 二、纯粹经济损失的基本类型 / 412
- 三、对纯粹经济损失不予赔偿规则的理论基础及其缓和趋势 / 414
- 四、应对纯粹经济损失进行有条件的保护 / 419

第二十四讲 共同危险行为 / 424

- 一、共同危险行为的内涵 / 424
- 二、共同危险行为中的因果关系推定 / 428
- 三、共同危险行为的责任承担 / 430

四、共同危险行为人的免责规则 / 432

五、共同危险行为与相关的共同侵权行为的区别 / 434

第二十五讲 网络侵权责任 / 441

一、网络侵权责任的内涵 / 441

二、网络侵权的归责原则 / 444

三、网络侵权责任的类型 / 446

四、网络服务提供者的义务范围 / 456

第二十六讲 教育机构的侵权责任 / 460

一、教育机构的侵权责任的内涵 / 460

二、教育机构与学生关系的性质 / 462

三、教育机构侵权责任的类型 / 466

四、教育机构的责任与监护人责任的区别 / 468

五、结语 / 469

第二十七讲 产品责任的责任主体及归责原则 / 470

一、产品责任的内涵 / 470

二、产品责任的主体 / 472

三、产品责任的责任主体承担责任的归责原则 / 474

四、与产品责任相关的其他民事主体的责任 / 479

第二十八讲 机动车交通事故责任配置规则的 / 483

一、关于机动车交通事故责任的一般规定 / 483

二、由保险公司首先向受害人赔偿 / 485

三、适用过错推定责任的一般情形 / 489

四、适用无过错责任的特殊情形 / 492

五、适用过错责任的情形 / 493

六、关于过失相抵规则的适用 / 495

第二十九讲 医疗损害责任归责原则 / 497

一、《侵权责任法》结束了二元化的医疗损害赔偿制度 / 497

二、《侵权责任法》确定的医疗损害责任的归责原则体系 / 498

三、医疗损害责任采取过错责任原则之批判 / 502

四、医疗损害责任应确定过错推定责任 / 506

后记 人间正道是沧桑 / 510

第一编 债法总论

第一讲 论债的内涵

一、债的产生和发展

(一) 罗马法上的债

债的概念来源于古罗马。查士丁尼认为：“债是法律关系，我们受到约束而必须依照我们国家的法律给付某物的义务。”^① 保罗认为：“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履行某事。”^② 债是这样的法律关系，“一方面，一个或数个主体有权根据它要求一定的给付，即要求实施一个或一系列对其有利的行为或者给予应有的财产清偿；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。债的特有构成要件是对某一主体的法律约束。但后来人们也用它表示负债人的义务，有时还指权利人享有的权利。”^③ 债是依法使他人一定给付的“法

① [古罗马]查士丁尼著：《法学阶梯》，张企泰译，商务印书馆1989年版，第158页。

② [意]彭梵得著：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1992年版，第283页。

③ [意]彭梵得著：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1992年版，第283页。

锁”，所谓“法锁”，即指特定的当事人之间的法律关系。^① 罗马法上的债，“是指当事人之间的羁束状态”。^② 罗马法将“法锁”视为债的本质所在，在债的关系中，或在由“法锁”确定的特定当事人双方相互联结的关系中，约束力仍然是关键因素。^③ 从上述界定可以看出，罗马法上的债是以给付为内容的法律关系，这种给付是给付某物或履行某事，并在当事人之间产生法律约束。罗马法上的债，既指债权、债务，也指债权债务关系。

平等主体之间的法律关系虽然具有强制效力，但其强制性不能及于人身，这是随着历史的演进而产生的法律观念。“在早期罗马法中，债的关系具有鲜明的人身强制性，这特别表现为：债的义务是以债务人的人身作为履行保证的，不能履行清偿义务的债务人将以身偿债，沦为债权人的债务奴隶或者处于受役状态。”^④ 在罗马法上，债起源于对私犯的罚金责任；契约责任在初期从属于这一概念。无论是小偷还是债务人，首先均以自己的人身负责并陷入受役使状态。可以说，债的标的是债务人的人身。后来法律规定首先应当要求支付罚金或债款，只有当债务人的财产不能给付或清偿时，债权人才能通过执行方式对其人身采取行为；直到此时，债才第一次获得了新的意义，即财产性意义。从此，诉讼和清偿的标变成了罚金或债款，而不再是人身，陷入受役状态变成一种次要的执行程序。^⑤ “即使以债务人的人身作为债的担保时期，债权人和债务人在法律上仍是平等的，债务人是自愿接受此项约束，是基于债权人对他的信任，二者之间并无权力服从性质。”^⑥

（二）近现代民法上的债

近现代民法上的债的概念源自罗马法，其内涵仍然是债权、债务

① 周相：《罗马法原论》（下），商务印书馆2004年版，第677页。

② 李宜琛：《日耳曼法概说》，中国政法大学出版社2003年版，第101页。

③ 江平、米健：《罗马法基础》，中国政法大学出版社2004年版，第280页。

④ 黄风：《罗马法》，中国人民大学出版社2009年版，第175～176页。

⑤ [意]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。

⑥ 周相：《罗马法原论》（下册），商务印书馆2004年版，第677页。

或者债权债务关系,但法律规范关于债的表述略有不同。有的称为债务关系法,如《德国民法典》第二编;有的称为债权法,如《日本民法典》第三编、《苏俄民法典》第二编;有的称为债务法,如瑞士、土耳其等国的立法;有的称为债法,如《泰国民商法》第二编。我国《民法通则》未设单编或专章规定债的关系,而是于第五章《民事权利》之第二节《债权》中规定有关债的主要内容。^①“大陆法系国家沿用了罗马法关于债的概念,但它们逐渐摒弃了其中对人身采取强制措施的救济方式。”^②近现代债法彻底摒弃了古代法的债务奴役制,继承和发展了后期形成的债的标的观念,以给付为基础构件债的关系。作为债的客体的给付,只是债务人的行为,这意味着债权人所能做的,既不是自己实施一定行为,也不是通过强制手段强制债务人为一定行为,而只能是请求债务人为或不为一行为,债权人才能实现债的目的。^③德国法学家首先提出了关于债的一般学说。《德国民法典》鉴于债的特殊性,将债权和物权加以区分,专设了债的关系一编,其第241条规定:“(1)依债务关系,债权人有权向债务人请求给付。给付也可以表现为不作为。(2)债务关系,依其内容的不同,可以使任何一方当事人负有顾及另外一方当事人权利、法益和利益的义务。”

在我国,通说认为,债,是指特定当事人之间请求为特定给付的民事法律关系。其中,可以请求他人为给付的权利为债权;享有债权的当事人,叫做债权人;应债权人的请求而负有的给付义务为债务,负此债务的当事人,叫做债务人;给付则为债的标的,包括作为、不作为。^④债是一种法律关系,是指存在于特定的当事人之间的权利义务关系。

① 王家福主编:《民法债权》,法律出版社1991年版,第1页。

② 林旭霞主编:《债权法》,厦门大学出版社2010年版,第4页。

③ 柳经纬:《当代中国债权立法问题研究》,北京大学出版社2009年版,第28页。

④ 王泽鉴:《债法原理》(第1册),中国政法大学出版社2001年版,第4页。张广兴:《债法总论》,法律出版社1997年版,第15页。史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第1页。郑玉波:《民法债编总论》,陈荣隆修订,三民书局2004年印行,第1页。王伯琦:《民法债编总论》,台北“国立”编译馆1962年版,正中书局1993年印行,第3页。黄茂荣:《债法总论》,中国政法大学出版社2003年版,第1页。

“债务关系者,法律之关键,拘束吾人按照国法而为一定给付(包括作为、不作为)也。”^①它不同于我国固有法上的债。通常所说的欠债还钱、负债累累、债台高筑等内容仅指金钱之债,而民法上的债发生在特定的当事人之间,且权利义务内容具有多样性,不仅包括金钱之债,还包括交付财物、提供劳务等为内容的合同之债以及侵权行为之债、不当得利之债、无因管理之债等内容。

一方享有债权,另一方负担相应债务而组成的债之关系,即个别给付关系,叫做狭义的债的关系。与此有别,包括多数债权债务以及附随义务等因素的概括法律关系,则为广义债的关系。例如,买卖合同关系,包含有移转买卖物的占有和所有权的狭义债的关系、支付价款的狭义债的关系以及瑕疵担保的狭义债的关系,告知买卖物存在不易识别的危险的义务,出卖人对于在风险移转后、买卖物交付前所支出的必要费用的偿还请求权,买受人对其逾期支付价款而承担的利息义务等。所有这些,都构成广义债的关系。^②“个别债权得让与于第三人,债务得由第三人承担,买卖契约(广义债之关系)的同一性并不因此而受影响。”^③

二、债务与责任的关系

在罗马法上,没有区分债务与责任。“法锁”之义,“不仅意味着债务人应履行给付的义务,债权人有权接受此给付而获得一定的利益;而且意味着当债务人不履行债务时,债权人可以拘押债务人,加以奴役、买卖甚至将其杀死。”^④可见,罗马法没有将债务与责任严格区分,而是将责任融入债的范畴,作为债的内容而统一规定在债的概念中。确立债务与责任区分的观念是日耳曼法的贡献,该法认为债务属于法的“当为”,不包含法的强制性,而责任是债务人当为而不为给付

① 黄右昌:《罗马法与现代》,中国方正出版社2006年版,第265页。

② [德]梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢湛译,法律出版社2004年版,第8~9页。

③ 王泽鉴:《债法原理》(第1册),中国政法大学出版社2001年版,第6页。

④ 周相:《罗马法原论》(下册),商务印书馆2004年版,第1008~1009页。

时,应服从债权人的强制取得的关系,其性质上是一种给付代价。这种强制取得的给付关系,附加于债务,债务才有拘束力,从而实现债的目的,责任乃具有担保的作用。^① 罗马法上并不区分债务与责任,认为债务系由债务和责任二者融合而成,凡有债务,必有责任,债务当然包括责任在内。英美法认为,责任系债务不履行的当然结果,债务与责任结合而为一法律关系,因此,对债务与责任也不加区分。但在德国的固有法,债务与责任则有明确区别。债务属于“当为”,而责任属于“替代”,具有担保债务履行的作用。责任附加于债务,债务才具有必须履行的强制,即债务不履行时,发生责任。^② “债务指依照当事人的约定或者法律的规定,债务人所负担的应为特定行为的义务。债务的内容包括实施特定的行为,也包括不实施特定的行为。在债的关系中,债务与债权相对应并相互依存。没有债权,就无所谓债务;没有债务,债权也就失去了存在的法律依据。”^③

关于责任的含义,在法律上有多种意义。第一种含义为职责,第二种含义为义务,第三种含义为法律责任或民事责任等,其意指不履行法律义务而应受某种制裁。罗马法中不区分民事义务与民事责任。日耳曼法确立了与民事义务概念相区别的民事责任概念。现代大陆法系民法严格区分民事义务和民事责任。^④ 我国《民法通则》对民事义务和民事责任严格予以区分,在第六章的规定中使民事责任成为了一项统一的民法制度。《民法通则》第106条规定:“公民、法人违反合同或者不履行其他义务的,应当承担民事责任。公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产,侵害他人财产、人身的,应当承担民事责任。没有过错,但法律规定应当承担民事责任的,应当承担民事责任。”如果义务人违反民事义务,则导致权利人的利益不能实现,因此,法律要求违反义务的人承担相应的民事责任,以维护正常的法律

① 林诚二:《民法债编总论》,中国政法大学出版社2003年版,第216页。

② 张广兴:《债法总论》,法律出版社1997年版,第30页。

③ 张广兴:《债法总论》,法律出版社1997年版,第29页。

④ 梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,第74~76页。

秩序。也就是说,民事责任以民事义务为前提条件。一般认为,民事责任是指民事主体因违反民事义务依法应当承担的法律后果。^①

民事权利、民事义务和民事责任之间存在着密不可分的逻辑关系,一方面,民事权利与民事义务是相对应而存在的,有民事权利,就存在民事义务;没有无权利的义务,也没有无义务的权利。另一方面,存在民事义务是承担民事责任的必要条件,没有义务则一定没有责任,有义务未必有责任,有义务而违反义务时才产生民事责任。也就是说,无之必不然,有之未必然。可以说,民事义务是民事权利和民事责任之间的纽带,履行了民事义务时,便没有民事责任的产生;违反民事义务时,权利人有权要求义务人承担相应的民事责任。民事权利、民事义务和民事责任之间的逻辑关系可做如下表述:(1)有民事义务不一定有民事责任,民事义务已经履行的,便没有民事责任;民事义务没有履行的,才会产生民事责任。(2)没有民事义务的,便不能产生民事责任。民事责任是违反民事义务而应承担的法律后果。(3)权利人要求他人承担民事责任的依据仍然是民事权利,承担民事责任的人实质上仍然是义务人,因为义务人违反了义务,此时义务形态转化为责任形态,权利的性质由原权利转化为救济权。

民事权利、民事义务和民事责任三者是对立统一地存在于同一个民事法律关系之中的概念。“按照现代大陆法系民法思想,民事责任为民事法律关系之构成要素。民事法律关系是由民事权利、民事义务和民事责任三者结合而成。权利、义务为法律关系之内容,责任则是权利、义务实现的法律保障。民事权利、民事义务唯有与民事责任结合,民事权利才受到责任关系的保护。但须注意,民法理论在论述民事法律关系的要素时,大多未直接指明民事责任为要素之一,而仅指出权利义务为民事法律关系的内容。实则,因民事责任与民事权利义务之密切关系,民事权利义务之违反即发生民事责任,民事法律关系

^① 郭明瑞主编:《民法学》,北京大学出版社2001年版,第38页;王利明主编:《民法学》,复旦大学出版社2005年版,第125页;王卫国主编:《民法》,中国政法大学出版社2007年版,第47页。