债法讲义

许德风[[1]](#footnote-2)\*

目录

[债法讲义 1](#_Toc75880317)

[第一章 债法概述 2](#_Toc75880318)

[一、债的概念 2](#_Toc75880319)

[1．债的概念 2](#_Toc75880320)

[2．广义债与狭义债 2](#_Toc75880321)

[3．债权法与物权法的关系 3](#_Toc75880322)

[4．债的发生原因 5](#_Toc75880323)

[二、债的相对性 6](#_Toc75880324)

[1．债权是以债务人特定行为为标的的权利 6](#_Toc75880325)

[2．债权的实现以债务人一般财产为基础 6](#_Toc75880326)

[3．债权平等/物权排他或有各自的顺序 7](#_Toc75880327)

[4．债权相对性的例外 8](#_Toc75880328)

[三、债权的归属特征 9](#_Toc75880329)

[1．一般原理 9](#_Toc75880330)

[2．第三人侵害债权 10](#_Toc75880331)

[作业及解答 10](#_Toc75880332)

[问题 10](#_Toc75880333)

[解答 11](#_Toc75880334)

[第二章 债法的体系 13](#_Toc75880335)

[一、债之关系中的义务类型 13](#_Toc75880336)

[1．给付义务与保护义务 13](#_Toc75880337)

[2．原给付义务与次给付义务 15](#_Toc75880338)

[3．不真正义务 16](#_Toc75880339)

[4．自然债务 17](#_Toc75880340)

[二、债法的制度体系 17](#_Toc75880341)

[作业及解答 18](#_Toc75880342)

[问题一 18](#_Toc75880343)

[解答一 19](#_Toc75880344)

[问题二 19](#_Toc75880345)

[解答二 20](#_Toc75880346)

[**第三章 合同法概述** 23](#_Toc75880347)

[一、合同的概念 23](#_Toc75880348)

[**1．允诺** 23](#_Toc75880349)

[**2．可执行性** 23](#_Toc75880350)

[二、合同的类型 24](#_Toc75880351)

[**1．典型合同与非典型合同** 24](#_Toc75880352)

[**2．一时性合同与继续性合同** 25](#_Toc75880353)

[**3．有偿合同和无偿合同** 25](#_Toc75880354)

[**4．诺成合同与要物合同** 26](#_Toc75880355)

[**5．单务合同与双务合同** 27](#_Toc75880356)

[**6．完全合同与不完全合同** 28](#_Toc75880357)

[三、中国合同法的发展历史 28](#_Toc75880358)

[四、合同法的适用 28](#_Toc75880359)

[作业及解答 28](#_Toc75880360)

[问题一 28](#_Toc75880361)

[解答一 29](#_Toc75880362)

[问题二 31](#_Toc75880363)

[解答二 31](#_Toc75880364)

[第四章 合同法的基本原则 36](#_Toc75880365)

[一、诚实信用原则 36](#_Toc75880366)

[二、公序良俗原则 36](#_Toc75880367)

[三、合同自由原则 36](#_Toc75880368)

[（一）合同自由的含义 36](#_Toc75880369)

[（二）历史视角下的合同自由 42](#_Toc75880370)

[（三）合同自由与合同公平 43](#_Toc75880371)

[总结 47](#_Toc75880372)

[第五章 合同的成立 49](#_Toc75880373)

[一、缔约的过程 49](#_Toc75880374)

[二、合同成立的要件 49](#_Toc75880375)

[三、合同成立的意义 50](#_Toc75880376)

[四、合同的形式 50](#_Toc75880377)

[1．我国法关于合同形式的基本规则 50](#_Toc75880378)

[2．合同形式制度的目的 51](#_Toc75880379)

[3．违反合同形式的法律效果 51](#_Toc75880380)

[五、要约 53](#_Toc75880381)

[1．要约的概念 53](#_Toc75880382)

[2．要约的构成要件 53](#_Toc75880383)

[3．要约的法律效力 55](#_Toc75880384)

[六、承诺 57](#_Toc75880385)

[1．承诺的构成要件 57](#_Toc75880386)

[2．承诺的方式 57](#_Toc75880387)

[七、预约与本约 58](#_Toc75880388)

[1．预约的类型 58](#_Toc75880389)

[2．预约的拘束力 59](#_Toc75880390)

[3．违反预约的法律效果 59](#_Toc75880391)

[作业及答案 60](#_Toc75880392)

[问题 60](#_Toc75880393)

[答案要点 61](#_Toc75880394)

[第六章 缔约过失责任 67](#_Toc75880395)

[一、缔约过失责任的发展历史 67](#_Toc75880396)

[二、缔约过失责任的本质 68](#_Toc75880397)

[三、缔约过失责任的类型 68](#_Toc75880398)

[1．缔约过程中过错的损害缔约方的绝对权 68](#_Toc75880399)

[2．违反告知义务的缔约过失责任 69](#_Toc75880400)

[3．恶意进行磋商 74](#_Toc75880401)

[4．其他违背诚实信用的行为 76](#_Toc75880402)

[四、缔约过失责任的内容 76](#_Toc75880403)

[1．损害赔偿 76](#_Toc75880404)

[2．废止合同 77](#_Toc75880405)

[第七章 合同的效力 78](#_Toc75880406)

[一、合同成立与合同生效的关系 78](#_Toc75880407)

[一、不违反法律和公序良俗 78](#_Toc75880408)

[二、不损害他人的（某些）合法权利（处分行为的相对无效） 80](#_Toc75880409)

[三、合同当事人须有行为能力 81](#_Toc75880410)

[1．自然人的行为能力 81](#_Toc75880411)

[2．法人的行为能力 83](#_Toc75880412)

[四、意思表示真实 84](#_Toc75880413)

[1．欺诈 84](#_Toc75880414)

[2．胁迫 86](#_Toc75880415)

[3．重大误解 87](#_Toc75880416)

[4．虚伪表示 87](#_Toc75880417)

[5．显失公平 88](#_Toc75880418)

[6．恶意串通 88](#_Toc75880419)

[六、合同无效与撤销的法律后果 89](#_Toc75880420)

[1．因欺诈而撤销合同的法律后果 89](#_Toc75880421)

[2．合同违法无效后的返还 93](#_Toc75880422)

[作业及答案（选自历年司法考试真题） 96](#_Toc75880423)

[第八章 合同的解释 99](#_Toc75880424)

[一、合同的解释是事实问题还是法律问题 99](#_Toc75880425)

[1．司法三段论 99](#_Toc75880426)

[2．合同解释是事实问题还是法律问题？ 99](#_Toc75880427)

[第九章 侵权法概述 101](#_Toc75880428)

[一、侵权责任法的概念 101](#_Toc75880429)

[二、侵权法的功能 102](#_Toc75880430)

[1．填补损害 102](#_Toc75880431)

[2．预防损害 103](#_Toc75880432)

[三、侵权法与其他法律的关系 103](#_Toc75880433)

[1．侵权法与刑法 103](#_Toc75880434)

[2．侵权法与保险法 103](#_Toc75880435)

[3．侵权法的目的 103](#_Toc75880436)

[第十章 过错侵害绝对权的一般侵权行为 105](#_Toc75880437)

[第十一章 故意背俗致人损害的侵权责任 105](#_Toc75880438)

[第十二章 因过错违反保护他人法律的侵权责任 105](#_Toc75880439)

[第十三章 特殊侵权行为 105](#_Toc75880440)

[第十四章 侵权责任 105](#_Toc75880441)

[第十五章 无因管理 106](#_Toc75880442)

[一、概述 106](#_Toc75880443)

[二、无因管理之债的构成要件 107](#_Toc75880444)

[1．管理他人事务 108](#_Toc75880445)

[2．有管理他人事务的意思 108](#_Toc75880446)

[3．无约定或法定义务 108](#_Toc75880447)

[4．管理事务符合本人明示或可推知的意思 109](#_Toc75880448)

[5．管理人为管理事务支出了必要费用 109](#_Toc75880449)

[三、不适当管理 110](#_Toc75880450)

[四、不法管理 110](#_Toc75880451)

[五、费用支付与必要补偿 111](#_Toc75880452)

[1．费用支付 111](#_Toc75880453)

[2．适当补偿 112](#_Toc75880454)

[六、管理人的注意义务及义务违反的法律责任 113](#_Toc75880455)

[七、无因管理与委托 115](#_Toc75880456)

[作业及解答 116](#_Toc75880457)

[作业 116](#_Toc75880458)

[第十六章 不当得利概述 117](#_Toc75880459)

[一、不当得利的概念 117](#_Toc75880460)

[二、不当得利法的基本结构 118](#_Toc75880461)

[三、不当得利制度与其他法律制度的关系 118](#_Toc75880462)

[四、法律史上的不当得利制度 120](#_Toc75880463)

[五、比较视角下的不当得利制度 121](#_Toc75880464)

[六、不当得利的类型 123](#_Toc75880465)

[第十七章 给付不当得利与非给付不当得利 126](#_Toc75880466)

[一、 给付不当得利 126](#_Toc75880467)

[1．取得利益 126](#_Toc75880468)

[2．致他人受损 127](#_Toc75880469)

[3．存在给付关系 127](#_Toc75880470)

[4．没有法律根据（without legal ground, absence of basis） 128](#_Toc75880471)

[二、非给付不当得利 130](#_Toc75880472)

[1．权益侵害不当得利 130](#_Toc75880473)

[2．支出费用不当得利（内容仅供参考，我的研究尚不充分） 133](#_Toc75880474)

[3．求偿不当得利（内容仅供参考，我的研究尚不充分） 134](#_Toc75880475)

[三、三人关系不当得利 135](#_Toc75880476)

[1．指示给付的基本交易结构 135](#_Toc75880477)

[2．指示给付关系中的给付 137](#_Toc75880478)

[3．指示给付关系中的“法律上原因” 138](#_Toc75880479)

[作业及解答 138](#_Toc75880480)

[作业 138](#_Toc75880481)

[第十八章 不当得利的返还 140](#_Toc75880482)

[第十九章 债的履行 141](#_Toc75880483)

[一、履行的概念 141](#_Toc75880484)

[二、履行主体 141](#_Toc75880485)

[1．债务人 141](#_Toc75880486)

[2．债权人 141](#_Toc75880487)

[3．涉第三人合同 142](#_Toc75880488)

[三、履行的时间、地点与方式 145](#_Toc75880489)

[1．履行费用 145](#_Toc75880490)

[2．履行地点 145](#_Toc75880491)

[3．履行时间 146](#_Toc75880492)

[4．履行方式 147](#_Toc75880493)

[四、履行抗辩与留置抗辩 148](#_Toc75880494)

[1．当事人互负债务 148](#_Toc75880495)

[2．双方债务均到期（第525条）或对方债务已到期（526条） 150](#_Toc75880496)

[作业及解答 152](#_Toc75880497)

[问题 152](#_Toc75880498)

[答案（刘凝初稿） 152](#_Toc75880499)

[第二十一章 债的履行障碍 158](#_Toc75880500)

[一、履行障碍法概述 158](#_Toc75880501)

[二、不可抗力 158](#_Toc75880502)

[1．不可抗力的构成 158](#_Toc75880503)

[2．不可抗力对合同的影响 159](#_Toc75880504)

[三、情事变更 160](#_Toc75880505)

[作业及解答 166](#_Toc75880506)

[第二十章 违约责任、损害赔偿与违约金 170](#_Toc75880507)

[一、违约责任的归责原则 170](#_Toc75880508)

[1．违约责任的归责原则是意思表示解释问题 170](#_Toc75880509)

[2．合同法上不可抗力的概念应结合主客观因素加以解释 171](#_Toc75880510)

[3．合同关系中的过错既有个体因素又有一般因素 171](#_Toc75880511)

[4．小结 172](#_Toc75880512)

[二、恢复原状 172](#_Toc75880513)

[三、实际履行 173](#_Toc75880514)

[四、损害赔偿 174](#_Toc75880515)

[1．损害的概念 174](#_Toc75880516)

[2．损害的主要类型 175](#_Toc75880517)

[3．损害赔偿的计算 176](#_Toc75880518)

[五、违约金 178](#_Toc75880519)

[1．违约金的功能 178](#_Toc75880520)

[2．违约金的调增与调减 179](#_Toc75880521)

[作业及解答 179](#_Toc75880522)

[作业 179](#_Toc75880523)

[答案 180](#_Toc75880524)

[第二十二章 债的变更与债的消灭概述 184](#_Toc75880525)

[第二十三章 合同的解除后的法律效果 185](#_Toc75880526)

[一、原物返还 185](#_Toc75880527)

[二、必要费用的返还 186](#_Toc75880528)

[三、用益返还 187](#_Toc75880529)

[四、价值返还 187](#_Toc75880530)

[1．价值返还的基本规则 187](#_Toc75880531)

[2．价值返还的具体规则 189](#_Toc75880532)

[五、合同解除后的风险负担问题 189](#_Toc75880533)

[作业与解答 192](#_Toc75880534)

[作业 192](#_Toc75880535)

[解答（陈漳林初稿） 192](#_Toc75880536)

[第二十四章 债权让与 198](#_Toc75880537)

[一、债权让与的概念与特征 198](#_Toc75880538)

[二、债权让与的法律性质 198](#_Toc75880539)

[三、债权让与的限制 199](#_Toc75880540)

[四、债权的权属变动 201](#_Toc75880541)

[作业及解答 202](#_Toc75880542)

[作业一 202](#_Toc75880543)

[解答一（陈漳林初稿） 202](#_Toc75880544)

[作业二 207](#_Toc75880545)

[解答二（吴奇初稿） 207](#_Toc75880546)

[第二十五章 债的保全 213](#_Toc75880547)

[一、撤销权 213](#_Toc75880548)

[1．概述 213](#_Toc75880549)

[2．撤销的对象 213](#_Toc75880550)

[3．撤销权的构成要件 214](#_Toc75880551)

[1）存在无偿转让财产的行为 214](#_Toc75880552)

[2）影响债权实现 214](#_Toc75880553)

[3）相对人知道或应当知道影响债权实现 215](#_Toc75880554)

[4．撤销的法律效果 215](#_Toc75880555)

[二、代位权 217](#_Toc75880556)

[第二十六章 债的担保 1](#_Toc75880557)

[第二十七章 多数人之债与涉他合同 1](#_Toc75880558)

[第二十八章 买卖合同 1](#_Toc75880559)

[第二十九章 租赁合同 1](#_Toc75880560)

[第三十章 课程总结 1](#_Toc75880561)

# 第一章 债法概述

## 一、债的概念

### 1．债的概念

债权是因合同、侵权行为、无因管理、不当得利以及法律的其他规定，权利人请求特定义务人为或者不为一定行为的权利（民法典第118条），其中的权利人为“债权人”，特定义务人为“债务人”，债的客体或“债的标的”为“行为”，包括作为，也包括不作为。

法律 民法典第118条（1）民事主体依法享有债权。（2）债权是因合同、侵权行为、无因管理、不当得利以及法律的其他规定，权利人请求特定义务人为或者不为一定行为的权利。民法典第114条（1）民事主体依法享有物权。（2）物权是权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利，包括所有权、用益物权和担保物权。

### 2．广义债与狭义债

我国民法典中广泛使用“债”这个表达。有的取其广义，有的取其狭义。狭义的债指个别的给付关系，例如，出卖人负有的交付标的物的债务就是狭义之债（从出卖人的角度来看是债务，从买受人的角度来看是债权），又如“当事人互负债务，该债务的标的物种类、品质相同的，任何一方可以将自己的债务与对方的到期债务抵销”（第568条）；广义的“债”指包括多数债权、债务（即多数的狭义之债），并作为有机体而为实现特定目的的法律关系，如因买卖合同而发生的债的关系，总括地构成一个广义债的关系，又如“债权债务终止后，当事人应当遵循诚信等原则，根据交易习惯履行通知、协助、保密、旧物回收等义务（第558条）”中规定的“债权债务”。

广义债与狭义债之间的关系是：狭义债的履行，仅消灭狭义债自身，而未必影响广义债的关系，如买受人付款后其作为狭义债的付款义务归于消灭，但作为广义债的买卖合同仍然继续存在，待买卖双方履行了基于买卖合同的全部义务时，此种作为广义债的买卖合同关系始归于消灭（严格说来，买卖合同关系也不是完全不再有任何意义，而是可以作为当事人保有给付（价款或买卖标的物）的法律原因，见后文详述）。除了上述“广义”与“狭义”的区分以外，民法典中有的“债”还指债之总体，如“因共有的不动产或者动产产生的债权债务，在对外关系上，共有人享有连带债权、承担连带债务，但是法律另有规定或者第三人知道共有人不具有连带债权债务关系的除外（第307条）”。

### 3．债权法与物权法的关系

债权法调整人与人之间的关系，但其关注的核心，在于服务的提供（如委托、承揽）、财产的流转（如买卖）或利用（如租赁），即服务的提供或财产以怎样的条件由一个主体移转给另一个主体。相比而言，物权法调整的核心，在于财产的“归属”。在一个没有法律、也不承认权利的世界中，很可能任何物都处于所有人共同“拥有”的状态；而在法律承认特定人对特定物享有“所有权”时，其实是确立了该权利人与其他人的关系：物的权利人可以自主占有、使用、收益、处分该物，并排除他人的干涉。

引申这种“归属”是抽象的、“理性的”，而非具体的、“经验的”。正如康德所指出的：“一个外在物是我的，只有当这个外在物事实上不是在我的占有中，如果别人动用它时，我可以认为这是对我的侵害，至此，这个外在物才是我的。”“我没有权利把一个苹果称为‘我的’，如果我仅仅用手拿住他，或者在物质上占有它，除非我有资格说：‘我占有它，虽然我已经把它从我手中放开，不管把它放在什么地方’（康德：《法的形而上学原理》，沈叔平译，商务印书馆，1991年版，第54、57-58页）。

与上述“流转”与“归属”的特征相适应，债法与物法各司其职，分别调整不同环节的交易安排，债法聚焦于义务的负担，物法则着眼于权属的变动。

案例自然人甲与乙订立房屋买卖合同，约定甲将房屋出卖给乙，价格为1000万元。合同签订后办理过户登记手续前，出卖人甲因不履行对第三人丙的债务而被丙起诉，丙因此取得生效判决并申请对甲进行强制执行。问：法院可否应丙的申请，扣押并变卖上述甲出售给乙的房屋？

上述案例的处理，涉及物债区分的问题：甲乙之间的法律关系为房屋买卖关系，该买卖关系属于债之关系。乙作为债权人只有权请求债务人甲为特定行为，即向乙交付房屋并转移其所有权（办理过户登记）。而甲丙也是债的关系，但在丙针对甲的财产申请强制执行时，对“甲的财产”范围的判断，便需要援引物权法规则。由此可见，尽管本案可以描述为“债权人能否申请强制执行债务人（已出卖但尚未办理过户登记）的房屋”这种整体的表述，但为实现判断的精细化，仍须根据物权关系与债权关系的区分，分别适用有关两种关系的具体规则。《债权法》课所要学习的，就是关于债权/债务关系部分的法律规则。

解答法院可以扣押并变卖甲出售给乙的房屋。根据《民事诉讼法》第252条，若甲拒不执行生效判决，丙可以申请强制执行。执行的对象是甲的全部财产（被执行人及其所扶养家属的生活必需费用除外，第243条）。其原理是，债务人应以全部财产作为债务的担保（即通常所说的“一般担保”），在债务人不履行债务时，债权人有权以债权数额为限就债务人的全部财产主张权利。分析本案的关键，在于判断房屋是否属于甲的财产。若回答是肯定的，则债权人丙自然可就该房屋受偿（体现为法院拍卖变卖房屋以偿债）。本案中，虽然甲与乙订立了买卖合同，但由于尚未完成过户登记，房屋所有权尚未发生变动（见民法典第214条），故该房屋仍是甲的财产。若根据《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第25条，乙无权提出执行异议，则第三人丙可就拍卖变卖该房屋的所得受偿。

除了上述的概括之外，对于债权与物权之间的区别，金可可老师总结的萨维尼的概括也很值得参考：“现在，一切都取决于，是否物本身——而不是依赖于他人行为——就已经是我们权利的客体，或者我们的权利是否指向作为我们支配之客体的他人行为，而这种行为的目标在于为我们取得物上的权利或者对物的享用。”[[2]](#footnote-3)关于物权与债权的关系，还值得注意的是，“对债权、物权二分强调权利有无‘对第三人效力’的诠释”其实主要“源于物权为所有权的想象，而不能完全适用于定限物权。定限物权先天上即非单纯对物的支配，而与债权一样有对人请求的关系。”“所谓物权的对世性，只是交易创造的结果，交易的本质一定是‘相对’的，不能‘对世’交易，物权的创设和债权一样必然从相对的互通有无出发，诸如永佃权、建设用地使用权”等，“都只是从交易双方的债权关系‘切割’下来的一定权利义务关系。”基于此，苏永钦老师进一步深刻地指出，物权与债权分编的根本原因其实只在于其强行法与任意法的分野。很多时候，物权法不过是将“隐匿、相对的债权提升为法律秩序确定分配（定分）、公开而可对世的权利”，因此以“定分权”（Zuordnungsrecht）概括更为妥当。[[3]](#footnote-4)

法律 《民事诉讼法》第242条被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，人民法院有权向有关单位查询被执行人的存款、债券、股票、基金份额等财产情况。人民法院有权根据不同情形扣押、冻结、划拨、变价被执行人的财产。人民法院查询、扣押、冻结、划拨、变价的财产不得超出被执行人应当履行义务的范围。第256条有下列情形之一的，人民法院应当裁定中止执行：……（二）案外人对执行标的提出确有理由的异议的；《民诉法解释》第312条对案外人提起的执行异议之诉，人民法院经审理，按照下列情形分别处理：……（一）案外人就执行标的享有足以排除强制执行的民事权益的，判决不得执行该执行标的……

《执行异议规定》第24条对案外人提出的排除执行异议，人民法院应当审查下列内容：（一）案外人是否系权利人；（二）该权利的合法性与真实性；（三）该权利能否排除执行。第25条对案外人的异议，人民法院应当按照下列标准判断其是否系权利人：……（一）已登记的不动产，按照不动产登记簿判断；未登记的建筑物、构筑物及其附属设施，按照土地使用权登记簿、建设工程规划许可、施工许可等相关证据判断……

### 4．债的发生原因

#### 1）意定之债

指基于法律行为而发生的债，包括基于合同（债权合同）和单方行为而发生的债，如基于买卖（第595条以下）、租赁（第703条以下）等合同等而产生的债权债务关系，又如基于悬赏广告（第499条），遗赠行为（第1123条以下）等而产生的债权债务关系。

意定之债是发生债的主要原因。或许也正是基于这样的考虑，德国民法典原第305条曾规定有“契约原则”（Vertragsprinzip）：“因法律行为而发生债之关系及其内容之变更，除法律另有规定，以契约为必要。”[[4]](#footnote-5)我国法并无此类规定，但亦应做此种解释（当然，单独行为如遗赠应视为该契约原则的例外）。

#### 2）法定之债

指基于法律规定而发生的债（或者基于法律行为以外的原因而发生的债），如基于不当得利（第985条以下）、无因管理（第979条以下）或侵权行为（第1164条以下）而发生的债。除此以外，基于相邻关系而产生的提供必要便利的债权（第290条、第291条）、夫妻间的扶养费债权（第1059条）、遗产管理人要求获得报酬的债权（第1149条）等等，性质上也都是法定之债。

#### 3）债法的内核与延伸

债法的内核，不在于丰富多彩的发生原因，而在于这些债之原因共同的法律效果：一方可以要求另一方为特定行为。这一简单的共通性要求，让债法具有超强的概括性和延伸性，使其影响力远及商法和其他法律部门。例如，公司是建立在公司章程基础上的组织安排，而公司章程与合伙合同在性质有很大的相似性，这里的合伙合同就是一种典型的意定之债。又如，作为独立法律部门的保险法中，相当大的篇幅就都是围绕保险合同展开的。

## 二、债的相对性

案例A系无民事行为能力人，长期使用父亲（甲）的手机在“南瓜视频”平台观看游戏直播，并分100次打赏播主B共计人民币1万元（该1万元系购买打赏用“钻石”的款项，上述钻石购买自“南瓜视频”平台）。经查，“南瓜视频”的运营主体为乙公司。根据该南瓜视频平台的规则，上述1万元“钻石”打赏由主播与乙公司“分成”：40%由乙公司获得，60%由播主B获得。现A的监护人甲欲请求乙公司返还上述1万元打赏款项。

### 1．债权是以债务人特定行为为标的的权利

债权是以债务人特定行为为中心的权利。相比而言，物权的中心是特定物，虽然也涉及他人的行为，但主要是他人的不作为（容忍）。

法律 民法典第465条（1）依法成立的合同，受法律保护。（2）依法成立的合同，仅对当事人具有法律约束力，但是法律另有规定的除外。

### 2．债权的实现以债务人一般财产为基础

债务人的“一般财产”，指债务人财产的价值总和。一般财产描述的是抽象的财产，即并不指向特定的物（如汽车、房屋）或其他特定的财产形式（如存款），而是债务人各项财产的价值加总。在法律上的债权债务关系发生后，一个默示的、伦理上、经济上的约定也同时产生，就是债务人不得随意调整其一般财产以逃避债务。换言之，如果一般财产是在日常交易或正常经营的过程中发生价值变动，法律通常不会干涉，债权人也要承受这一变动的结果；但如果一般财产的价值是在债务人控制的情况下，尤其是本着以不履行特定债务为目的的意图而变动，则法律会加以干涉。债法上的代位权、撤销权等制度的根基就在于此。

与一般财产相对的是特定财产。例如在担保权人取得有效设定的担保物权时，有关担保物就转化为“特定财产”，从而与债务人的一财产区分开来（并在债务人破产程序中享有“别除权”，也就是要求区别对待的权利）。

在一般财产和特定财产之间，也存在一些模糊的地带，比如在买卖合同关系中，至少在中国法上，买受人仍享有要求债务人为实际履行的权利。也就是若出卖人拒绝交付标的物，并且履行还有可能，则买受人有权要求出卖人继续履行。这种继续履行的权利虽然是一种相对抽象的权利，也就是债权人并不能直接夺取有关标的物，而仍要通过强制执行来实现，但与特定物（买卖标的物）仍有关联。当然，这种急于特定物的权利也是有限度的——仅限于在债务人有履行能力时要求债务人为实际履行，而在债务人破产时，债权人的这项权利就会消灭，而只有权要求债务人为（按比例的）金钱给付。

### 3．债权平等/物权排他或有各自的顺序

债权具有相对性，只在债权人和债务人之间发生效力，除了要求对方为相应履行外，债之关系的当事各方不得干涉他方对财产的利用或处分。[[5]](#footnote-6)“在存在数个债权时，不论其发生先后，均以同等地位并存。”[[6]](#footnote-7)若债务人在未破产时拒绝履行债务，债权人可以个别强制执行的方式实现其权利。在有两个以上债权人申请强制执行时，基本是遵循所谓的一般优先原则，简单说就是“先来后到”：若“先来”的债权人“抢先”强制执行了债务人的某项财产，则“后到”的债权人只能求诸其他财产。所谓“勤受益，懒招损”“先来后到”是一个符合常识和社会一般认知的制度，它无损（形式）公平，同时又可敦促人们积极行动，因而多数情况下有助于效率的提高。[[7]](#footnote-8)在债务人的财产不足清偿全部债务的情况下（典型如债务人破产时），无排他性的“先来后到”原则所带来的成本负担才变得突出，因为无论人们多么勤勉，可用来清偿债务的财产总是有限的，此时债权平等原则的意义才真正地彰显。当然，强调债权平等也不仅仅是出于效率的计算，还包含保护社会公平的考量。即把破产看作是每个交易当事人都要承受的后果，各债权人应平等承受，防止资力或能力强大的债权人以损害弱小的债权人为代价获取额外优势。[[8]](#footnote-9)

债权平等原则的内容主要有以下三个方面：其一，同类债权人的受偿比例相同。其二，排除个别的强制执行。其三，债权平等是实质平等和形式平等的结合。破产债权平等原则并不意味着所有破产债权都应受到形式上的平等对待，而是“相同的相同对待，不同的不同对待”。这里的“相同”或“不同”取决于权利本身所包含的顺序性特征，取决于破产法外的实体规范或当事人的特殊约定，如劳动债权、税收债权享有较高的受偿顺位。

### 4．债权相对性的例外

债权相对性规则并非没有例外，主要体现为债权让与、涉第三人的合同及合同法与侵权法的区分等制度。

#### 1）债权让与

在罗马法上，债之关系被认为是特定人之间的关系，具有一定的人身属性，因此并不承认直接代理、利第三人合同和债权让与。[[9]](#footnote-10)但在现代民法上，一般并不禁止债权让与。

法律 民法典第545条债权人可以将债权的全部或者部分转让给第三人，但是有下列情形之一的除外：（一）根据债权性质不得转让；（二）按照当事人约定不得转让；（三）依照法律规定不得转让。当事人约定非金钱债权不得转让的，不得对抗善意第三人。当事人约定金钱债权不得转让的，不得对抗第三人。

#### 2）涉第三人合同

法律 民法典第522条（1）当事人约定由债务人向第三人履行债务，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的，应当向债权人承担违约责任。（2）法律规定或者当事人约定第三人可以直接请求债务人向其履行债务，第三人未在合理期限内明确拒绝，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的，第三人可以请求债务人承担违约责任；债务人对债权人的抗辩，可以向第三人主张。

#### 3）具有对抗力的合同

法律 民法典第522条租赁物在承租人按照租赁合同占有期限内发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。

#### 4）具有保护第三人效力的合同（德国法）

案例父亲与一名律师订立合同，委托其协助起草遗嘱。后来该律师没有按时履行自己的合同义务，以至于没能在父亲（委托人）死亡前完成遗嘱，致使女儿没能按计划继承父亲的遗产。女儿以律师为被告提起诉讼，要求赔偿因此而受到的损害。

## 三、债权的归属特征

### 1．一般原理

的确，债权是相对权，其实现取决于债务人的意志及行为，但无可否认的是，债权本身仍不失为一项独立的权利，而既然是权利，就有归属与救济的问题。债权同样可成为侵权的客体就是例证。与此相适应，取回权所关注的焦点，恰恰是权利的归属而非权利的实现或请求的对象问题。换言之，若某一权利人虽并非债之关系中名义上的债权人，不能直接基于该债之关系行使债权请求权，但若能够在归属意义上成为该债权的“所有者”，就有可能针对名义上虽是“债权人”但实质上只是债权“保管人”的破产债务人行使取回权。

与有体物有本质差异的债权如何能够为他人“所有”或“保管”？实际上，就像债权可以成为质押的标的一样，其成为所有或保管的标的也不难理解。例如，若说“甲是A债券/B票据的所有人或保管人”，通常就不会引起质疑。而既然证券化的债权可以被“所有”或“保管”，为何未被证券化的债权就不能被“所有”或“保管”呢？较有说服力的回答或许是，虽然债权亦可被“所有”或“保管”，但鉴于债权本身的特点，此种所有或保管只能通过债权让与的方式完成，而在债权让与后，“所有人”或“保管人”就成了至少是名义上的债权人，因此并不适宜再用“所有”或“保管”的表达加以描述。

在债的实际所有人与债权人相重合时，以“债权人”这一概念统一地加以描述的确是没有问题的，但就像物脱离其所有人的占有一样，在债的实际所有者与债权人相分离时，若不引入债的归属的概念，将很难阐明其中所包含的法律关系。

具体而言，至少在以下几种情形，债权的实际归属与其名义归属是相分离的，在处置时应充分考虑此种分离的背后原因，尊重债权的实际归属：在债权让与的情形下，若出让人与受让人达成了让与合意但尚未通知债务人，则在债权人（出让人）破产时，受让人可通过行使取回权阻止破产管理人收取债权；在破产管理人已收取债权后，可就所收取的标的行使代偿取回权。[[10]](#footnote-11)总之，所谓“债权为相对权”，仅是对债权实现方式的描述，单凭这一命题本身并不能否认债权作为一项权利同样有归属和排除他人干涉的特征，而其基于该特征在破产时享有取回权的地位，并未违反民法的内在体系。

### 2．第三人侵害债权

基于债权的归属性，债权也可以成为被侵害的对象。根据民法典第1165条，“行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任”。债权并非不是此处受保护的民事权利（民法典第五章，第118条），在行为人过错时，也应承担相应的赔偿责任。需要注意的是，债权不具有社会典型公开性，若像绝对权（如生命权、健康权、所有权、专利权等）一样保护，将大大限制人们的行动自由，因此，对于侵害债权的行为，一般要求行为人须有“故意”，方承担侵权责任。

案例甲欲出售某画给乙并与乙订立了买卖合同，第三人丙亦想购买该画，但资力不足，为避免同行乙取得该画，丙于该画交付前潜入甲的画廊，将该画毁损。问：乙可否向丙请求损害赔偿？变形问：甲欲出售某画给乙并与乙订立了买卖合同，第三人丙亦想购买该画，遂加价并劝说甲将画出售给自己。问：乙可否向丙请求损害赔偿？

## 作业及解答

### 问题

同事ABCD四人某日聚餐时，约定成立“彩票共同体”，根据该约定，A负责每周一从每个参与者（BCD）处收取10元，A自己出20元，并将总共50元钱用于每周二购买特定数字组合的甲体育彩票（四位同事聚餐时确定了长期使用的吉祥号码），中奖后按照A 40%，BCD各20%的比例分配。此后某周，A虽然于周一向BCD三人收取了共30元的彩票款，但并未于周二购买约定号码的甲体育彩票，而是购买了乙福利彩票。此后，甲彩票的中奖号码公布，四人约定的幸运号码中奖10万元。对此，A称自己周二当日下班较晚，甲彩票销售点距离单位较远，来不及购买甲彩票，因此选择购买了销售点在单位附近的乙彩票，但并未中奖（假设A的陈述属实）。现BCD三人请求A赔偿共计6万元的中奖损失。

问：试分析ABCD四人之间是否存在债之关系，并在此基础上回答，BCD的请求应否得到支持。请列明相应法条（如有），并做简要分析。

### 解答

1．ABCD数当事人之间成立一个民事合伙的关系。《民法典》第967条规定，“合伙合同是两个以上合伙人为了共同的事业目的，订立的共享利益、共担风险的协议。”本例中，当事人行为的目的，是集资长期购买特定号码的彩票，具有追求“共同的事业目的”意思表示，在各方达成一致时，可成立民事合伙合同。该合伙合同的内容是：（1）四方共同分担费用支出（彩票款）；（2）长期定期购买特定号码；（3）按照约定的比例分享彩票收益。上述权利义务的内容具有共担风险、共享收益的特征，尽管此处的风险不涉及对合伙债务承担连带责任，而仅仅是支付彩票款和承担未中奖的“损失”。自反面言之，若不理解成民事合伙关系，假使中奖，当事人将丧失请求分享奖金的基础；而负责购买彩票者A，也无保留另外几人所支付之彩票款的基础。

2．就该民事合伙合同的具体内容而言，是否包含事务执行人A因过错造成损失，须对其他合伙人承担赔偿责任的约定？这涉及对A与合伙关系的分析。应当认为，A与合伙（而非其他合伙人）之间存在一种委托关系，即“由受托人处理委托人事务的合同”（民法典第919条），委托人为合伙，受托人为A；又因A不收取任何酬金，而成立无偿委托。在无偿委托中，受托人除非存在故意或者重大过失，否则不对给委托人造成的损失承担责任（民法典第929条）。在本例中，A因时间仓促，就近购买彩票，应当认为受托人已经尽到了与执行自己事务相同的注意义务，尚不构成重大过失，故不应成立损害赔偿责任。另外，彩票中大奖概率极低，不应期待事务执行人能够预见此种将对其生活产生重大影响的风险（赔偿其他合伙人的奖金损失）。

3．有观点认为当事人之间的行为属于情谊行为，故不受法律拘束。这一观点经不起推敲。如上文所述，一旦理解成情谊行为，至少会产生如下结果：中奖之后当事人BCD将没有请求分享奖金的法律依据。另一种可能的解释是其他参与者与购买彩票者之间（注意与上文区分，上文是合伙与事务执行人之间的委托关系）形成一种无偿的委托关系，但从当事人之间共同支付价款、共担风险、共享收益的内容来看，并不符合委托的性质——委托是受托人应委托人之请，为后者处理事务的关系，不存在此种“共同的事业目的”的内容。

补充说明：合伙人相互之间的确有合伙合同关系，但这个关系我们通常用“信义义务关系”来描述：合伙人互相负有忠实和勤勉义务，应共同促进合伙目的的实现。这种关系和合伙作为整体委托其中的一个人（或者外人）来执行合伙事务还是不一样的——本案恰恰涉及合伙事务的执行，而不是合伙内部之间的关系。另外，在解释合伙合同的内容时，可能也要受无偿委托关系的影响——要一体评价，而不能说委托是无偿，合伙是一个大家要承担很重注意义务的安排。就像有时候我们讲当事人之间是无偿的关系时，无偿性可能可以排除侵权法的适用。

# 第二章 债法的体系

## 一、债之关系中的义务类型

### 1．给付义务与保护义务

债之关系中的义务类型，可以分为给付义务和附随义务两大类，其中，给付指债权人得要求债务人所为的特定行为，包括作为和不作为，其重心既可以是给付行为（Leistungsverhalten），如雇佣合同中雇员的给付，也可以是给付结果（Leistungserforg），如买卖合同中出卖人的给付，具体应根据债之关系的内容和目的确定。给付在功能或者效果上指向当事人之间的财产变动。

除了给付义务之外，我国债法上还有“附随义务”的说法。在范围上，附随义务除了保护他方当事人的固有利益之外，还包括通知、协助等从给付义务。附随义务可以进一步细分为与给付有关的附随义务（即从给付义务）和与给付无关的附随义务（即保护义务）。[[11]](#footnote-12)

比较而言，保护义务的对象是当事人的固有利益，确保当事人的权益仅在债之关系的限度内发生变化。某些时候，保护义务和给付义务也会有所重合，比如在买卖车床的交易中，给付义务包含要提交有关车床使用说明和安全注意事项，这项义务其实也会涉及到车床操作人的身体健康及材料安全，因此提供有关车床使用说明和安全注意事项上的义务，就既是给付义务，又是保护义务。

在比较法上，德国民法典第241条的标题是“债之关系中的义务”（Pflichten aus dem Schuldverhältnis），第1款和第2款分别规定了给付义务和保护义务（其中的第2款为2002年债法修订所加）。[[12]](#footnote-13)给付义务与保护义务的区分，可以通过以下实例加以说明。

例1：画师甲受委托为他人作画，画完成得很顺利，但因疏忽损害了定做人的其他财产；例2：出卖人甲按合同规定向购买人交付了没有瑕疵的机床并进行了安装，但忘了将使用说明书交付给购买人乙。例3：葡萄酒农甲向销售商交付其所订购的葡萄酒，但因包装的瑕疵，很多葡萄酒瓶上的标签被刮破而无法出售。例4：出卖人甲交付给买受人的饲料有毒，致买受人的马死亡。[[13]](#footnote-14)

#### 1）主给付义务

主给付义务指债之关系中用以决定债之关系类型的基本义务。例如在买卖合同中出卖人负有交付标的物并转移所有权的义务，买受人负有支付价金并受领标的物的义务（民法典第595条）。在双务合同中，一般合同当事人的主给付义务相互构成对待给付，若没有关于履行先后顺序的约定，应当同时履行，一方在对方履行之前有权拒绝其履行请求（民法典第525条）。主给付义务是合同的关键成分，一般必须由当事人在缔约时确定，否则合同就不能成立。至于何为主给付义务，应考察当事人的约定并结合合同目的综合地加以判断。如例3中的适当包装义务主要是出于确保履行的目的，因而属于与履行有关的从给付义务。

#### 2）从给付义务

从给付义务指辅助主给付义务的履行，进而促进合同目的充分实现的义务。例如在买卖合同中出卖人除了应交付标的物和移转所有权外，还应交付使用说明书和必要证明书（如名马的血统证明书[[14]](#footnote-15)）。与主给付义务相同的是，在从给付义务不履行时，另外一方当事人可以请求其履行（即具有可诉性）。但因为仅仅是从属性义务，在不履行的情况下，另外一方是否享有同时履行或先履行抗辩权以及是否可以解除合同应根据从给付义务对合同目的的影响加以判断。从给付义务首先来源于当事人的约定，但也可以基于法律的推定性条款（如民法典第784条规定的承揽人保管义务、第924条规定的受托人报告义务）。

#### 3）保护义务

保护义务，指在债之关系的发展过程中确保当事人固有利益不受损害的义务（如民法典第509条第2款规定的通知、协助、保密等义务）。其原理在于，债之关系当事人有更多机会影响对方利益，故应依诚信原则保护相对方的权益不受侵害，如运动器材的出卖人应告知买受人其危险性，商场应保护顾客购物时的人身安全。[[15]](#footnote-16)又如例1中画师保护定作人的其他财产（如定作人家中的名贵地毯）不受损害的义务（该义务与确保作品如约完成没有直接的联系，故属于与履行无关的附随义务）。

限于保护义务的特点，和给付义务不同，在当事人不履行保护义务时，另外一方当事人通常不能请求其履行（即保护义务不具有独立的可诉性），而仅能主张损害赔偿请求权。保护义务不具有对待关系，就其不履行通常无法主张同时履行抗辩权。另外，当事人不履行保护义务时，相对方能否解除合同，取决于对保护义务对合同目的的影响，若导致合同目的不能实现，也应肯定另一方的法定解除权。需要强调的是，合同法意义上违反保护义务的行为常常同时构成违反安全保障义务的侵权行为（民法典第1198条）。这种情况可能构成请求权竞合，当事人可以选择行使，如前述例4。

#### 4）给付义务与保护义务的辨识

如前所述，一般认为，履行义务是指那些将改变当事人财产现状（Verändrung der Güterlage des Gläubigers）的义务。[[16]](#footnote-17)而保护义务或附随义务是指那些维持或维护合同当事人财产现状的义务，即，在合同的订立与履行触及对方的权利领域时，应当尽到合理的注意。[[17]](#footnote-18)某些义务，既是保护义务，也是履行义务。如例2中出卖人的义务违反（未交付使用说明书的行为）就既构成有瑕疵的给付，又可能会造成买受人其他财产（如原材料）的损坏。另外，某些本来通常被看作是保护义务的义务，如果当事人对其作了特别约定，则可能成为合同的主履行义务。如在保镖合同中，保护受保护人生命安全就是一种主合同义务；在咨询合同中，提供咨询和信息也是一种主合同义务。

### 2．原给付义务与次给付义务

#### 1）原给付义务

原给付义务又称第一次给付义务，是伴随债之关系而原生的，决定债之关系内容的义务。以双务合同关系为例，合同中规定的给付与对待给付的义务为原给付义务，如出租人负有交付租赁物于承租人供其使用受益的义务，承租人负有支付租金的义务（民法典第703条）。

#### 2）次给付义务

次给付义务又称第二次义务，指因原给付义务被违反、遭遇履行障碍或解除而产生的义务。如在出卖人拒绝履行时所应当承担的损害赔偿义务或出卖人迟延履行以至于买受人因合同目的不能实现而解除合同所产生的返还义务。[[18]](#footnote-19)可以看出，次给付义务包含多种类型：一种是因原给付义务的违反或不履行而产生的损害赔偿等义务，另一种是因合同解除而产生的返还等义务。需要说明的是，原给付义务与次给付义务的区分并非完全周延，例如在出卖人拒绝交付标的物时，买受人请求实际履行并经强制执行实现该请求。出卖人最终所“履行”的，既可以说是原给付义务（该义务的内容与合同的约定没有任何出入），又可以说是次给付义务（该义务毕竟是在原给付义务拒绝履行的情况下被强制履行）。另外，在侵权法上，尽管通说[[19]](#footnote-20)认为侵权行为人所承担的是原给付义务，但是侵权行为人所应承担的损害赔偿义务源于其对他人权益的侵害，因此也可以说是次给付义务。

区分原给付义务与次给付义务的意义一方面在于，次给付义务的内容相对简单，主要体现为损害赔偿；而原给付义务的限制性条件相对复杂，如买卖合同中的交付时间、地点、检验、包装等事项；另一方面，原给付义务一般有履行期限的限制，实践中存在履行期限尚未届至的原给付义务，而次给付义务通常均在该义务产生时即到期并开始计算诉讼时效。另外，在进行请求权检索时，一般应先检查基于原给付义务的请求权，在原给付义务无法履行时，再检查次给付义务的请求权。

### 3．不真正义务

相比给付义务与保护义务，不真正义务的强度较弱。对于该项义务，“权利人”无权请求“义务人”为实际履行，在违反该义务时，义务人也无须承担损害赔偿责任，其结果只是使义务人遭受权利减损或丧失的不利。例如，我国民法典第591条关于“当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大”的规定，就确立了守约方减少损害的不真正义务：若未采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失请求赔偿。不真正义务在保险法中有特殊意义，如在投保火灾险时，火灾保险条款都会要求投保人遵守消防规范并置备充分的消防设施。投保人是否遵从该保险条款的要求，取决于投保人自己的选择权，保险人不享有履行请求权，但若因投保人原因发生火灾，投保人的保险金给付请求权就将失去或缩减。再如，根据民法典第621条，当事人约定检验期限的，买受人应在检验期限内将有瑕疵的情形通知买受人，买受人怠于通知的，视为标的物符合约定。此处买受人的检验通知义务也是一项不真正义务，出卖人固然不能请求买受人履行，但买受人不履行会产生对其不利的后果。实践中，某一义务是否属于不真正义务常常需要通过合同解释判断。

### 4．自然债务

自然债务指不为民法承认、债权人无权通过强制执行实现的债权。在债务人不履行自然债务时，债权人无权请求损害赔偿。自然债务之所以仍被称为“债”，是因为其在特定的伦理、道德语境下仍有一定拘束力。例如赌债虽然无法请求强制执行，但社会中仍有“愿赌服输”的观念；又如已罹诉讼时效的债务无法请求强制执行，但社会观念中的“欠债还钱”并无时效限制。此外，在上述两例中，若债务人主动履行自然债务，也无权要求债权人返还，在这个意义上，自然债务也并非完全没有任何法律意义，而是可以成为债权人取得相应利益的合法根据。实际上，认为赌博债为自然债务，或认为其在道德、伦理或习惯层面有拘束力的观念，也为我国刑法规则所认可。例如，行为人在为索取高利贷、赌债等法律不予保护的债务时非法扣押、拘禁他人的，一般以非法拘禁罪论处，而不认定为绑架罪。另外，我国最高法院的司法解释上认为，对于针对所赢赌债的抢劫行为，也不以抢劫罪定罪处罚。[[20]](#footnote-21)可以看出，在追讨赌债、高利贷时，刑法上选择了部分尊重通常社会惯习的做法，认为在刑法上赌债、高利贷仍部分地属于“债”，“赢家”对赌债、高利贷的“财产权”，对定罪量刑都有所影响（当然，并不是肯定这类债的合法性）。

## 二、债法的制度体系

债法调整债的发生、变更、履行、消灭等一系列过程，欲透彻掌握债法，需对债之关系的体系性有所认识。

就债之发生原因而言，合同和侵权是最为根本的两项原因。其他诸如不当得利、无因管理、缔约过失等债权债务关系在性质上都与合同密切相关，甚至被称为“准合同”（quasi-contract）。熟练掌握这些债的发生原因、构成要件和法律效果是深入理解债法内在原理、把握体系关联的关键。知识体系的建构一方面应了解制度的全貌，形成整体认识；另一反面也应准确理解制度之间的连接点，即所谓制度与制度的交汇之处。在这个意义上，重要制度的深刻领悟对体系的建构至关重要。

案例出租人甲将房屋出租给承租人乙，房屋因年久失修而漏雨，导致承租人乙的珍贵书籍遭雨淋而受损。问：乙可以寻求怎样的救济？

在这样一个简单的日常生活现象中，蕴藏着内容丰富的债之关系：乙可以基于租赁合同要求债务人甲承担违约责任（房屋失修漏雨既构成合同义务的不履行也构成对保护义务的违反），也可以基于一般侵权制度，要求侵权行为人甲赔偿因书籍遭雨淋而受到的损害（违约与侵权的竞合应如何处理也是一个重要的债法议题）。进一步，若乙要求以其书籍所受损害抵销其应支付的房租，则需动用债法中的折抵或抵销制度，而这将导致损害赔偿之债及租金债务的消灭；乙若以房屋存在瑕疵为由要求减免房租，则将构成租赁合同的变更。另外，若甲将其租金债权转让给他人，又会涉及到债的转让等问题。总之，虽然债这一概念的重心在于债的实现，但欲实现债权，仅仅关注债的实现本身是远远不够的，而应对债的体系有充分了解。

文献“债之关系自始即以完全满足债权人给付利益为目的，法律哲学家Radbruch曾谓：‘债权系法律世界中的动态因素，含有死亡的基因，目的已达，即归消灭。’由是观之，债之关系可谓系存在于时间过程上的一种程序，始自给付义务的发生，历经主体的更易，客体的变动，惟无论其发展过程如何辗转曲折，始终以充分实现债权人的给付利益为目标。债之发生及消灭反映着形形色色的经济交易活动，个人利益及社会需要皆因此而得到了满足。当事人的给付义务均已履行时，债之关系固归于消灭，但在法律规范世界中，并非消逝无踪，仍继续以给付变动的原因而存在……成为受领相对人给付的依据，此乃为‘债法’与‘物权法’功能上关联的所在：当事人依‘物权法’规定取得物权时，法律所赋予者，为形式的依据；债之关系为其得终局保有此项物权的实质基础。”王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社，2009年，第30页。

## 作业及解答

### 问题一

F是一位前足球运动员，退役后改行担任体育评论员，为此需要经常到现场看篮球比赛。在某“吐槽大会”中，他“吐槽”了CBA篮球联赛中甲乙丙三名篮球队员（分属不同的俱乐部）的表现。甲乙丙三位球员及其所在俱乐部（以下称甲乙丙俱乐部）很恼怒，为此，甲乙丙三个俱乐部经理指示售票处不向F出售门票。在下一场比赛前，F前往售票处购买甲俱乐部的门票，遭到拒绝。F于是以甲俱乐部为被告提起诉讼，要求甲俱乐部向其出售门票。请结合民法典的相关规范，运用有关合同自由的原理分析甲（拒绝售票）的主张应否得到支持（10分钟）。

### 解答一

**（1）在本案中，若甲俱乐部负有向F出售门票的法律上的义务，则甲的主张不能获得支持（甲俱乐部与F之间属无名合同关系，以购票观看体育赛事为内容，性质上与演出合同等较为接近）。合同自由属法律的基本原则，即每个民事主体都可以自由选择是否订立、订立具有何种内容的合同（所谓的“缔约自由”与“内容自由”，见《民法典》第5条）。不过，缔约自由并非毫无限制。**

**（2）《民法典》第494条第3款规定，“依照法律、行政法规的规定负有作出承诺义务的当事人，不得拒绝对方合理的订立合同要求”，该条确立了“负有作出承诺义务的当事人”与他人订立合同的法定义务。适用该条的前提是当事人负有作出承诺的义务，且此种义务源于法律或行政法规的规定。**

**（3）强制缔约义务可由特别法律规范加以确定。如《民法典》第648条规定，“向社会公众供电的供电人，不得拒绝用电人合理的订立合同要求”。此类规定的主要功能是，矫正法律特许的垄断地位（如能源供应（供电）、电信或铁路运输）。不过，本案并不涉及供用电合同，而且甲只是一个篮球俱乐部，其提供的服务与供水供电等保障生存基本需求的服务仍有所不同，因此很难类推适用上述规定。**

**（4）我国《反垄断法》第17条规定，“禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为：……（三）没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易”。在本案中，甲俱乐部对该俱乐部在其俱乐部专属场地举行的比赛具有天然的市场控制地位，在性质上属于前述“具有市场支配地位的经营者”，故其拒绝订立合同的行为应予限制。根据该条，同时结合《民法典》第494条第3款，对于F购票的要约，甲俱乐部有承诺的义务。**

### 问题二

试运用典型合同和非典型合同的区分原理，完成以下任务/问题：（1）简要概括以下争议事实及所涉合同的主要内容（150字以内）；（2）甲乙与丙之间的合同关系有几个？是典型合同还是非典型合同，为什么（100字以内）？（3）本案中，甲乙的主张应否支持（简要说明理由并列明所涉法律条文即可）（简要回答，300字以内）？

2015年9月1日，甲乙二人设立A公司。甲、乙分别出资700万元、300万元，分别持有A公司70%、30%的股权，甲为A公司法定代表人。

2015年11月1日，甲乙与丙（某房地产公司）签订了本案协议。该协议“鉴于”部分约定：“甲乙拟开发A公司的B房地产项目，因临时资金周转困难，开发经验不足，所以利用丙方的资金及项目管理优势共同开发该项目。在合作过程中各方特别约定：本协议签订之日起一年内如甲乙克服资金困难，有权偿还丙方投资，以约定的方式，回购转让给丙方的股权，自行开发该项目。丙方不得拒绝回购。如超过一年甲乙不得回购，各方无条件继续履行本协议其他条款。”该协议第五条“股权的回购”规定：“本协议签订后，一年之内甲乙按照总投资溢价年38%标准，溢价回购股权，期限不少于半年，可以按日计算。”

2015年11月1日，甲、乙与丙分别签订了《股权转让协议》。根据这两份《股权转让协议》，丙取得乙所持有的A公司30%的股权，取得甲所持有的A公司65%的股权。同日，A公司作出相关股东会决议，同意前述股权转让交易，并按照交易后甲5%，丙95%的持股比例修改了公司章程中关于公司股东名称或姓名的条款。后各方办理完成了股权转让变更登记手续。

2015年11月20日，丙通过银行转账方式向A公司支付5000万元。此后，本案协议约定的一年股权回购期限届满，甲乙未向丙回购股权。在此期间，丙部分参与了B房地产项目的经营建设。

2016年5月8日，A公司通过股东会决议，免去甲作为A公司执行董事职务，并将公司法定代表人变更为王某（王某同时担任丙公司的董事）。此后，因甲坚持管理公司，A公司经营陷入停滞，所开发的B地产项目陷入“烂尾”状态。2020年3月1日，甲乙主张归还所欠款项5000及利息（并请求由裁判者确定利率），并要求丙返还股权。

### 解答二

1. （1）甲乙丙签订的本案协议约定：合作开发B房地产项目，丙投资5千万元，甲乙将A公司股权让与给丙且一年内可按溢价年38%标准回购股权；（2）丙分别与甲乙签订的《股权转让协议》约定：转让股份数及股权变动等事项。（3）合同签订后，丙支付了5千万元，甲乙一年内未还，现甲乙欲归还资金及利息以要求丙返还股权。
2. 论证一：甲乙与丙签订的本案协议及甲与丙、乙与丙之间的《股权转让协议》是一个整体（一个合同关系），内容是丙投资5000万元用于A公司之B房地产项目，甲乙转让A公司股权给丙，且一年内有权返还投资及投资溢价以回购股份。该合同关系属非典型合同。
3. 论证二：甲乙与丙签订的本案协议及甲与丙、乙与丙之间的《股权转让协议》分别规定了借款的合同关系（5,000万元本金及年38%的利息）和担保的合同关系（股权的让与担保），二者均属于典型合同。
4. 结论一：本案甲乙与丙之间的合同属非典型合同，该合同是当事人真实意思的体现，没有违反法律和行政法规，不违反公序良俗，也不存在其他无效事由，应当予以尊重。因此，在甲乙未能于一年内回购股权的情况下，甲乙转让给丙的股权应归丙持有，甲乙无权请求返还。
5. 结论二：民法典第482条规定，“质权人在债务履行期限届满前，与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有的，只能依法就质押财产优先受偿”。本条所涉股权让与担保虽非动产质权，但可类推适用上述法律关于动产质权的规定。据此，同时根据最高人民法院“关于适用《中华人民共和国民法典》有关担保制度的解释”第68条第2款（“债务人或者第三人与债权人约定将财产形式上转移至债权人名下，债务人不履行到期债务，财产归债权人所有的……债务人履行债务后请求返还财产，或者请求对财产折价或者以拍卖、变卖所得的价款清偿债务的，人民法院应予支持”），甲乙的请求应予支持。
6. 说明：以上两种观点虽然在结论上迥然不同，但都有一定的道理。我个人更倾向于结论一中的选择，即尊重当事人的本意，赋予该非典型合同执行力。当然，实务中的情形复杂多样。在一些案件中，如果投资人借款收息的目的较为明显、参与经营的行动或表现较少，则也可以考虑确认投资人与债务人之间属于借款担保的合同关系。在这种情况下，适用“担保制度解释”第68条加以处理也是合适的选择。从上述的论证二的分析过程可以看出，强行将甲乙丙之间的合同关系区分为借款和担保两个典型合同的关系，抹去了丙参与经营管理的事实，进而抹去了丙的出资具有一定投资属性的实际情况，很可能不符合当事人的本意。
7. 补充：通过该案例的练习，希望有助于充分认识到典型合同与非典型合同区分的必要性，尤其是尊重非典型合同的必要性。实践中，任何偏离法律关于典型合同规定的约定都是非典型合同。对于此类非典型合同，除非存在有力的政策理由，原则上均应予尊重。这是一个基础的、在学习债法的早期就接触到的概念，但如果不能透彻掌握这一区分（或者以后忘了这一区分的原理），很可能在后续面临复杂问题时犯错。

**第三章 合同法概述**

一、合同的概念

合同是民事主体之间设立、变更、终止民事法律关系的协议（民法典第464条）。一般认为，合同的核心要素有二：一是对从事特定行为的允诺（promise）；二是该允诺的可执行性（enforceability），即若当事人拒绝履行该允诺，对方可通过强制执行或损害赔偿寻求救济。

**1．允诺**

允诺的核心是信用（The germ of promise was credit）。[[21]](#footnote-22)在仅存即时交易（Bargeschäft, simultaneous exchange）的世界中，诸如合同法等调整信用交易的法律并无存在的必要。[[22]](#footnote-23)例如，若无合同法，农贸市场上（典型的即时交易环境）购买人交钱后出卖人拒绝交货时，如果购买人不能自力救济，其至少也可以基于不当得利制度请求返还所付款项。与即时交易相对的，是双方均无任何履行行为的待履行合同（purely executory contract）。这类合同在法律史上产生的时间相对较晚，主要是源于人们控制未来风险和远期投资的需要；在当前的社会经济实践中，这种合同广泛存在，但其拘束力的来源和即时交易有很大差别，需要额外论证。

**2．可执行性**

合同的可执行性涉及合同拘束力的来源问题。对此，理论上有不同角度的观察。在早期的合同制度中，合同拘束力被认为是来源于行为的特定形式本身（“歃血为盟”），在这些形式背后，隐藏着神意或者某种神秘的力量。意思主义的观念认为，合同的拘束力源于当事人的自愿选择或自主意思，如康德认为试图论证“我为什么应该遵守我的诺言”是徒劳的，因为遵守允诺是一个“纯粹理性的公设”。[[23]](#footnote-24)信赖主义的观念认为，合同的拘束力源于保护信赖的需要。功能主义的观念认为，合同的拘束力源于促进经济进步或提高效率等需要。上述所有理论都涉及“合同理论”（contract theory）这一哲学问题。总体而言，在上述理论中，意思理论有较强的说服力，但意思理论仍然要面对一些需例外处理的问题，如赠与合同、暴利（usury）等有失公平的合同是否具有拘束力等。

正如学者所指出的，“没有哪个法律体系曾经鲁莽到让所有的允诺都有强制执行效力。如同一位法律哲学家所说的，改变主意的自由是‘那些非全知全能者之间的自由交流’所必不可少的，我们中的多数人‘会在这种主张面前惊恐战栗：我们的每个允诺都具有约束力，不论它多么愚蠢，我们也没有依靠智慧的增长来改正过去蠢行的机会’（Cohen, The Basis of Contract, 46 Harv. L. Rev. 553, 573 (1932)）”。[[24]](#footnote-25)

从制度的发展上看，一般合同法（general contract law）的产生是较为晚近的事情。在罗马法上，法律所执行的合同类型是相对有限的，也就是说，法律只保护特定的几种合同（要式口约，要物合同，买卖、雇佣、合伙和委托等四种诺成合同），而并不存在一般性的合同概念。在英国普通法上，违反允诺曾经需要通过侵权法寻求救济。“当一个人同意履行某项义务，可是其履行却造成了权利人的损害时，应当承担侵权责任。权利人可以根据普通法上的trespass on the case诉讼形式[[25]](#footnote-26)的一个变种而起诉，它后来被叫做assumpsit（意思是被告的许诺）。”[[26]](#footnote-27)了解这一发展过程有助于我们从历史的角度更好地理解合同法与侵权法的关系。

二、合同的类型

**1．典型合同与非典型合同**

典型合同，亦称有名合同，指法律设有规范并赋予一定名称的合同，如民法典第三编第二分编所规定的各种合同，又如保险法规定的保险合同、旅游法规定的旅游服务合同等。非典型合同与典型合同相对，指法律尚未规定亦未赋予一定名称的合同。值得强调的是，虽然法律对典型合同做了细致周详的规定，但这些规定绝大多数是任意性或推定性规范。在社会经济实践中，非典型合同的普遍应用是交易常态。典型合同存在的意义主要在于为交易当事人提供引导，并在当事人欠缺约定时补充当事人的意思。

任意性规范的功能主要在于为当事人的交易提供引导。在当事人未作出充分约定时，提供相应经过检验的、被认为是大体公平的、“若当事人对该事项进行协商，通常会如此约定”的补充性规则，从而降低交易的成本。例如，在买卖合同当事人没有就风险转移作出约定的情况下，根据民法典第604条，标的物交付之前由出卖人承担风险；标的物交付之后由买受人承担风险。

理论上，还有学者对非典型合同作进一步的分类，包括纯粹非典型合同、合同联立、混合合同等。这些分类在理论上可能成立，但实践意义是非常有限的：只要不构成典型合同，裁判者就应当仔细考察合同约定的具体内容，而不宜再套用典型合同规则来解释和评价这些非典型合同。

**2．一时性合同与继续性合同**

一时性合同指合同的目的因一次给付即可实现，如买卖、承揽、互易等。继续性合同指合同的目的需要在一定的时间跨度上持续地履行方可实现，即并非一次给付即可实现，如租赁、借款、保管、合伙、保理、特许经营、物业管理、仓储、仲裁等。

在继续性合同中，因合同履行期持续较久，当事人对合同权益常有较为长远的预期，因此一些基于继续性合同所取得的权益也被认为具有一定的物权属性。例如，在英美法上，诸如租赁（leasing）等交易形式主要在物权法（property law）层面加以讨论。在我国，建设用地使用权和土地承包经营权都建立在继续性合同之上，其之所以成为物权主要源于法律的特别规定。

区分继续性合同与一时性合同的意义在于，二者在解除规则（包括解除的原因及解除的法律后果）上有显著差别，在合同无效或撤销之后的返还上也有不同。一般认为，继续性合同终止后主要面向未来发生效力，不影响已经做出的履行（当然，租赁合同中多支付的租金在解除合同时也要返还），而一时性合同的解除则产生恢复原状的效果，合同当事人要相互返还或者至少结算后返还余额。我国民法典对于继续性合同终止的特殊规则并未作出全面规定，只在第563条第2款规定“以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方”。另外，我国民法典第566条规定“合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以请求恢复原状或者采取其他补救措施，并有权请求赔偿损失”，该规定既可适用于一时性合同的解除，又可适用于继续性合同的解除。

**3．有偿合同和无偿合同**

有偿合同指当事人需互为给付，且给付之间具有对价关系的合同，如买卖、租赁、互易、有市场利息的消费借贷等；无偿合同指只有一方当事人作出给付，或虽双方互为给付但给付之间缺乏对价关系的合同，如赠与、使用借贷、借用、无偿保管、无利息的借款合同等。

区别有偿合同和无偿合同的主要意义在于：（1）注意义务不同。在无偿合同中，债务人所负的注意义务较低，原则上只需尽到相当于处理自己事务的注意义务即可。如民法典第662条规定：“赠与的财产有瑕疵的，赠与人不承担责任。附义务的赠与，赠与的财产有瑕疵的，赠与人在附义务的限度内承担与出卖人相同的责任。”又如民法典第897条：“保管期内，因保管人保管不善造成保管物毁损、灭失的，保管人应当承担赔偿责任。但是，无偿保管人证明自己没有故意或者重大过失的，不承担赔偿责任。”（2）限制民事行为能力人可以独立从事纯获益的行为。例如民法典第19条规定：“八周岁以上的未成年人为限制民事行为能力人……可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力相适应的民事法律行为。”（3）在债务人通过无偿行为损害债权人利益时，债权人可以行使撤销权（民法典第538、539条）。（4）无偿取得财产不适用善意取得制度。如民法典第311条要求“以合理的价格转让”，受让人方可善意取得行为人无权处分的财产；又如民法典第988条规定，“得利人已经将取得的利益无偿转让给第三人的，受损失的人可以请求第三人在相应范围内承担返还义务”。

需要注意的是，无偿是一个含义较为宽泛的概念。例如，民法理论上会将赠与和借用都称为无偿，但需谨慎对待二者差别：赠与是会造成赠与人财产减少的行为，而借用仅仅是在限定时期内移转财产的使用权而已，二者虽然都是无偿，但无偿的具体内容仍存差异，这种差异在确定债权人撤销权的对象时有重要意义。又如，有学者认为[[27]](#footnote-28)保证为无偿合同，这可能是不准确的认识。考虑到保证人在承担保证责任后有权向主债务人追偿，保证责任并非是保证人对主债务人的赠与，且保证人未对外转移任何使用价值，因此简单地将其作为无偿行为对待（如允许债权人基于无偿行为行使撤销权），是有疑问的。

**4．诺成合同与要物合同**

诺成合同指仅依当事人意思表示一致即可成立的合同。要物合同又称实践合同，指除双方意思表示一致以外，还需现实给付方可成立的合同。如我国民法典第890条规定，“保管合同自保管物交付时成立，但是当事人另有约定的除外”，即保管合同成立的条件是“保管物交付”，因而保管合同是一个要物合同。又如民法典第586条规定，“定金合同自实际交付定金时成立”，这表明定金合同也是要物合同。当然，该条规定应作为任意性规范对待，当事人可以作出不同约定，改变法律关于要物性的要求。

对当代合同法而言，虽然实务价值有限，但要物合同制度是一个很好的观察合同法发展过程、透彻理解合同制度变迁史的窗口。如前所述，合同可因双方合意而订立的观念是较为晚近的发展，其中既有社会经济的实际需求，也有先验伦理哲学的出色总结。在罗马法上，法学家盖尤斯在《法学阶梯》中仅提到一种要物合同，即消费借贷：“债可以通过物（的交付）缔结，比如消费借贷。”盖尤斯在《日常事务》或《金言》中进一步认为，使用借贷、寄存、质押属于要物合同。[[28]](#footnote-29)这种观念体现了一种“无借则无还”的朴素思想。后世一些国家（如法国、意大利）继续规定要物合同，就是以此为基础的选择：“如使用借贷合同没有将物交付借用人，则该合同将难以理解……”[[29]](#footnote-30)不过，在人们逐渐承认合同的合意基础之后，“要物”这种合同成立的形式要求便日趋式微。在当代合同法下，“要物”与否应该考察交易当事人的通常选择，而不宜简单套用历史上的要物与不要物之分类。在我国法上，担保法第64条第2款曾规定“质押合同自质物移交于质权人占有时生效”，但后来为因应社会经济的需求，物权法和民法典对此作出了修改，规定“质权自出质人交付质押财产时设立”，就是很好的例证（在担保法中，质押合同在移交质物时生效，而在物权法中没有再提及质押合同生效的问题，意味着质押合同可以“诺成”）。“当代法宜从合同的无偿性出发，将合同的要物性作为赋予允诺无偿付出者以反悔权的一种手段，与任意撤销权、合同要式性等一道，共同编织起一张对具有慷慨美德者的保护之网。”[[30]](#footnote-31)

**5．单务合同与双务合同**

单务合同是指仅有一方当事人负担给付义务的合同（如赠与）。双务合同是指双方互负给付义务的合同，后者又可以区分为给付义务对等的情形（如买卖）及给付义务不对等的情形（如无偿委任）。

在典型的双务合同中，债务之间具有牵连关系，包括成立上的牵连关系、存续上的牵连关系和履行上的牵连关系。因此，双务合同在同时履行抗辩、风险负担、合同解除等规则上有特殊性。

**6．完全合同与不完全合同**

A contract is incomplete if it does not contain all rights and obligations of the parties for all current and future states of the world. This includes the obligations arising out of a breach of contract. Put differently, a complete contract does not contain any risks that may require a later amendment, cancellation or renegotiation of the contract. In addition, a contract is incomplete if it is not verifiable. A verifiable contract is a contract that is only based on verifiable elements of reference, i.e., elements that can be verified by a judge or other neutral tasked with solving a dispute between the parties.

三、中国合同法的发展历史

于1981年颁布的经济合同法，是我国第一部关于合同的法律，主要适用于法人之间的合同关系。该法第1条规定，“为了保护经济合同当事人的合法权益，维护社会经济秩序，提高经济效益，保证国家计划的执行，促进社会主义现代化建设的发展，特制定本法”。第2条规定，“经济合同是法人之间为实现一定经济目的，明确相互权利义务关系的协议”。1985年，我国颁布了《涉外经济合同法》，该法适用于我国的企业或其他经济组织同外国的企业和其他经济组织之间订立的合同（国际运输合同除外）。1986年颁布的民法通则确立了民事主体、平等关系等理念，以“合同”取代了“经济合同”一词。1987年颁布的技术合同法确认了技术的商品化和其交易规则。1999年颁布的合同法结束了先前合同法“三足鼎立”的局面。经修订，1999年的合同法被订入2020年民法典，成为该法典的第三编。

四、合同法的适用

民法典合同编有其特定的适用范围，主要调整民事主体之间的各类财产关系。根据民法典第464条的规定，婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用有关该身份关系的法律规定；没有规定的，可以根据其性质参照适用民法典合同编的规定。

## 作业及解答

### 问题一

某大学A教授，于2021年3月1日接到B出版社寄来的“P大法学百科全书”目录，载明该套全书共10册，价款5000元，并附一张订书单。A教授于3月4日填妥订书单，装入信封并贴好邮票，在课后交给学生C，嘱其在回家路上经过邮局时投寄。C离去后，A教授突然回忆起B出版社的总编D曾答应赠送一套上述百科全书，于是从办公室（位于4楼）的窗口对C呼喊“这封信不要寄了！”由于路边嘈杂，C误听为“这封信不要忘记了”，遂回答“好的”并离去，而后将信投入邮筒。此后，C于3月5日下午告诉A教授此事，A教授立刻以快递致函B出版社说明事由，并表示撤回订书单。但是由于快递公司延误，这封本应在3月6日下午到达的函件，直到3月7日上午才到达。B出版社已经在3月6日上午收到订书单，并于当日下午寄发了该套百科全书。邮局于3月9日将包裹送至A教授办公室，A教授拒绝接受。问：B出版社可以向A教授主张何种权利？（案例事实部分源于王泽鉴《民法思维》（北京大学出版社2009年版）第260页以下，葛云松老师略有修改）

### 解答一

案例解析（答案源自葛云松老师2011年“债权法”授课材料，略有修改）：B出版社欲以民法典第626条为依据请求A教授支付价款，须满足以下条件：（1）买卖合同成立；（2）买卖合同生效，A教授支付价款的义务发生；（3）（生效后的）买卖合同未消灭；（4）A教授无拒绝履行其义务的抗辩权。

**I．买卖合同的成立**

1．A教授的要约

（1）B出版社寄送的“法学百科全书”目录和订书单，究竟是要约还是要约邀请？依民法典第472条规定的要约的要件，内容须具体确定，B出版社的目录和订书单显然不满足该要件（比如，其中不含数量条款），而且，民法典第473条第1款规定，寄送的价目表为要约邀请。因此，B出版社的目录和订书单不构成要约，仅为要约邀请。

（2）A教授发出订书单是否构成要约？

意思表示的构成要素，一方面为主观要件（意思），一方面为客观要件（表示行为）。本案所涉A教授订书单的内容具体确定；A教授填妥订书单，装入信封并贴好邮票，并在课后交给学生C，嘱其在回家路上邮寄给B出版社亦表明了其受拘束的意思。问题在于，A教授对C生呼叫“不要寄了”，在法律上发生何种效果。

C生之于A教授的要约，属于理论上所说的意思表示的“使者”或者“传达人”，其地位类似于代理人，因为被授权而具有了使者的资格。我国现行法虽然没有关于使者的权限及其消灭的规定，但是民法典第173条第2项规定了代理权可以因为本人的单方行为而消灭，类推适用于此，A教授可以单方撤回C生的使者“权限”（或资格）。那么，A教授的呼叫是否构成了有效的撤回行为？C生听到了A教授的呼叫，即，意思表示也到达了相对人。问题是，C生错误领会了其意思，仍发出了订书单，故撤回并未生效。实际上，即便就上一点而言认为C生的使者权限被撤回，也并不必然导致要约不生效。因为，相对人B出版社无法了解要约是否通过使者而为、以及使者权限的问题，其合理信赖值得保护。类推适用民法典第172条关于表见代理规定，A教授不得对善意的B出版社主张使者权限上的欠缺。

总之，A教授的真实的主观意愿（具体而言，效果意思）发生了变化，已经不再愿意订立合同，但是其主观意愿的变化，并未为B出版社所知。

（3）要约是否生效？

根据民法典第474条结合第137条的规定，本案所涉的要约为以非对话方式作出的意思表示，该意思表示到达相对人时生效。在本案中，B出版社已经在3月6日上午收到订书单，故要约已到达。不过，要约是否生效，还应当考察其是否被撤回。

（4）要约的撤回？

根据民法典第475条结合民法典第141条的规定，行为人可以撤回意思表示，撤回意思表示的通知应当在意思表示到达相对人前或者与意思表示同时到达相对人。在本案中，A教授发出了撤回要约的通知，但是该通知并没有早于要约到达或者同时到达。根据民法典第475条，不发生撤回的效力。民法典并没有规定撤回要约之通知本不应迟到而迟到时的问题，但是民法典第486条规定了承诺的迟到。从该条规定的立法宗旨来看，也应当适用于撤回要约之通知的迟到。不过，A教授的撤回要约的通知按照通常情形也只能在3月6日下午到达，迟到不可避免。所以，出版社并无将迟到事实通知A教授的义务。结论：要约未被撤回。

（6）要约的撤销？

根据民法典第476条的规定，要约原则上可以撤销。A教授的信件虽然本意在于撤回要约，但是依照意思表示解释的方法，A教授的目的就是不与出版社订约，因此，假如他知道该信因为迟到而无法发生撤回的效力，一定希望该信件发生撤销的效力。因此，该信件可以被解释为撤销要约的表示。但是，且不论A教授的要约是否属于不可撤销的要约（民法典第476条），该通知直到3月7日上午才到达B出版社，而B出版社已经于3月6日寄出书籍，即，已经发出了承诺。依民法典第477条，该通知未能在受要约人发出承诺通知前到达，不生撤销的效力。

2．B出版社的承诺

B出版社于3月6日下午寄出书籍。该行为显然显示了B出版社有与A教授订立买卖合同的意思，并且在邮局请A教授签收包裹领取单之时，即可使A教授了解B出版社的订约意思。因此，B出版社的行为符合承诺的要件（民法典第479、480、481条），于3月9日到达时生效（民法典第484条）。

因此，双方的合同于3月9日成立。

II．双方的买卖合同并符合生效要件，应于合同成立时发生效力（民法典第502条）。

III．买卖合同本身并未消灭，并且，买受人A教授的付款义务也没有发生消灭事由，并且A教授并未取得任何抗辩权。

**结论：B出版社有权依照民法典第626条的规定请求A教授支付5000元价款。**

### 问题二

2021年初，R完成研究生入学考试后，觉得在准备考研期间和女友相处太少，决定周末与女友一起前往广州度假。经上网查询，R找到了一家名为“美乐园”的酒店（M酒店）。酒店主页上显示：“双人间每晚500-700元”。在这个标题下，另有一行小字：“周末特惠，请以Email直接咨询本店服务中心”，并注明了服务中心的Email地址。R于是向服务中心发送了一封Email，信中向询问2021年2月20日（入住）到22日（离店）的酒店价格。第二天，R收到回复，回信是由酒店预定中心的实习生A（17岁）撰写的，内容是确认R的预定，“按周末特惠价500元，含早餐”。在过去，A也曾经多次替她的实习指导、酒店预定中心负责人Z对外处理预定，Z虽然了解，但并未提出过异议。2月20日，R和女友赶到酒店，出示了A发送来的预定确认通知。Z见到通知后将房间的钥匙交给R。在R于22日，即星期天早上办理退房手续时，双方发生了争执：R认为按照双方的Email往来，应当为过去两天的住宿支付总计500元房费，而Z则认为按酒店的习惯，确认信中所提的价格当然是一晚的房费，R住宿两晚，应当支付1000元的房费。问：M酒店可否请求R支付1000元的房费？

### 解答二

酒店或许可以根据酒店住宿合同要求R支付1000元房费。

一、请求权之成立

房费请求权成立的前提是当事人之间成立了有效的合同关系。

（一）本案所涉合同的属性

本案所涉的争议，源于如下交易事实：R要求酒店为其预留房间供自己入住使用，酒店同意，R使用后与酒店对于价款的数额存在不同理解。入住酒店意味着获得对酒店特定房间在一定期限内的使用权，这一点和房屋租赁合同的内容有一定的相似性。不过，R所获得的，除了房间的使用权外，还包括酒店工作人员的服务如提供餐饮、清扫房间、提供水、电、暖气等。严格说来，这是买卖、承揽、服务等合同的混合，和通常而言的租赁合同还有所区别，属于非典型合同或无名合同（以下称为“酒店住宿合同”）。无名合同如何处理？基本规则是充分尊重当事人的约定，保护当事人基于自愿所达成的协议。只在当事人就有关事项未明确约定时，才参酌相应的有名合同规则加以处理。本案中的核心争议是R要为使用房间支付多少费用，为解决此项争议，首先需要判断R与酒店之间是否存在合同关系及该合同关系的内容。

（二）请求权发生

为判断酒店可以向R请求支付多少房费，首先需要判断酒店是否对R享有请求权。请求权发生的前提，在本案中是R和酒店之间成立了合同关系，即酒店和R是否就合同的主体部分达成了合意。合意的成立，须存在有效的要约和承诺（《民法典》第471条）。

1．要约

1）酒店主页上的声明

要约是一方以缔结合同为目的，向对方当事人提出合同条件，希望对方当事人接受的意思表示。其一，须对外为表示。其二，该表示原则上须向特定人作出；其三，该表示包含特定的效果意思：内容具体而确定，且要约人有受拘束的意思（民法典第472条）。据此，在本案中，酒店主页上的声明（“双人间每晚500-700元”及“周末特惠，请以Email直接咨询本店服务中心”）并不包含有“缔结合同的目的”：一方面，酒店房间有限，能否提供房间，要根据预定和实际入住情况而定，酒店不希望，也不可能直接受其网页上的声明的约束。另一方面，主页上的声明只给出了价格区间，并没有将价格确定。最重要的是，关于周末特惠，主页声明中特别强调请预订人“以Email直接咨询本店服务中心”，表明酒店并无直接受其主页内容拘束的意思。因此，酒店主页上的声明不构成要约。

2）R的Email

按照我国《民法典》第469条，电子邮件等数据电文是书面形式的一种。可以用来订立合同。不过本案中R向酒店所发的Email只是询问酒店的价格，并没有缔约的目的，内容也不具体确定，不符合《民法典》第472条的要求，因此也不构成要约。

3）A的Email

从A发给R的Email的内容上看，是确认了R的预定，外观上似乎是一个承诺。不过因为R的Email并不构成要约，A的这份Email也就无从成为承诺。从这份Email的内容上看，其有明确而具体的价格，而且从A“确认”R的“预定”的表述上看，也有受自己意思表示约束的含义。其他方面也符合《民法典》第472条关于要约的定义，因此，可以认为是要约。

有疑问的是，这份要约可否被认为是酒店发出的。在本案中，只在A的行为是有权代理时，酒店才会被要求按照《民法典》第162条对R承担履行合同的义务。

I.A实施了法律行为

本案中，A对外发出了“确认信”，从内容上看，已经构成意思表示。有疑问的是，该法律行为是否因为A只有17岁，尚属于限制民事行为能力人而不生效？我国《民法典》未对代理人的行为能力作出过明确限制。因此，关于代理人所作出的意思表示是否有效，应当参酌《民法典》关于民事行为能力的一般规定加以确认。《民法典》第19条但书规定限制民事行为能力人可以从与其年龄、智力相适应的行为。本案中A处于实习阶段，已经基本熟悉酒店预订的运作，应当认为其接受预定的行为与其年龄、智力程度相当，因此A发出Email“确认”预定的意思表示应属有效（虽然《民法典》第18条第2款规定，“16周岁以上的未成年人，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人”，但本案中对于A是否以劳动收入作为自己主要生活来源，并无进一步的说明，因此该款规定并无适用的余地）。

II.A以被代理人的名义实施法律行为

本案中，A是以酒店服务中心的名义对外发出的Email确认信。属于以他人的名义对外从事法律行为。

III.A有代理权

欲要酒店承担A代理行为的法律后果，对R承担履行合同的义务，A须有代理权。

i．本案中，A的行为可能构成了对酒店的委托代理（《民法典》第163条）。委托代理的成立，须有书面或口头的授权。不过本案中酒店并没有以书面或口头形式对A授予代理权。

ii．A可能从酒店的工作人员Z那里获得了代理权。民法典第170条规定，“执行法人或者非法人组织工作任务的人员，就其职权范围内的事项，以法人或者非法人组织的名义实施的民事法律行为，对法人或非法人组织发生效力”，Z是酒店的雇员，是根据雇佣合同的规定从事酒店服务中心预定等管理的工作的，因此有对外代理酒店的权力，其管理行为和对外授予代理权的行为能够对酒店发生效力。不过，根据《民法典》第169条的规定，转代理须经被代理人的同意或其事后之追认，特别地，为保护被代理人利益的需要，仅在紧急情况下，才能不征得被代理人同意转代理。本案中的情形，不属于《民法典》第169条所规定的“紧急情况”，也并未说明酒店同意Z对外进行转代理的授权，因此，A不能通过转代理获得代理权（另外的思路是，鉴于Z曾多次允许实习生对外发送邮件和处理预订，酒店过去并未提出异议，可推知酒店同意Z对外进行转代理的授权，此处存在酒店的默示同意；或酒店在得知Z对外进行复代理授权后，并未提出异议，构成对复代理授权的追认，进而可以认为实习生取得了代理授权）。

iii．A的代理行为可能构成《民法典》第172条规定的表见代理

欲构成表见代理，须满足以下几项条件：首先，行为人没有代理权。本案中，A既没有直接从酒店，也没有从Z处获得代理权。其次，第三人有合理理由相信行为人有代理权。本案中R写信给酒店的服务中心，A能够阅读R的邮件，并以服务中心的名义回信，对R来说，应当被认为是有合理理由相信给他回信的A有代理权。另外，根据学理，若被代理人对行为人对外以其名义从事法律行为有过错，或代理人的行为，在被代理人能够控制的风险范围之内，也可以成为成立表见代理成立的依据。本案中，在过去，实习生一直可以对外办理预定事宜，酒店对此也未加干涉，表明实习生的行为是在酒店能够控制的风险范围之内的。总之，应当认为本案中A的行为构成了表见代理。酒店应承担代理行为的法律后果。

2．承诺

根据《民法典》第471、479、483条的规定。与成立合同，除了要约外，还须有承诺。

1）R的承诺

本案中R并没有回复A的回信。根据《民法典》第480条的规定，除非法律有其他规定，承诺应当以通知的方式作出，因此R沉默的状态不应认为已构成了承诺。不过，法律并没有禁止通过行为作出承诺。本案中R星期五出现在酒店大堂并接受钥匙的行为，可以认为是以行为接受了承诺。有疑问的是，该承诺是否超出了要约中规定的期限（《民法典》第481条）？从常识看，一般酒店会将客人的预定保留到一定时间，只有超过特定时间客人仍未出现时，才会取消预定。因此只要R在星期五的适当时间出现（比如下午），就不属于超过要约中确定的期限。

2）要约和承诺相一致

要产生对双方当事人都有约束力的合意，须要约和承诺相一致。本案中有疑问的是，R与酒店是否就价格达成了一致认识。这是意思表示解释的问题。对“按周末特惠价500元，含早餐”的含义，Z主张的酒店惯例和R的理解发生冲突。Z认为是单日价格，而R认为周末特惠价指的是周末两天的价格。比较而言，Z的理解更接近日常的理解（这是个日常事理或交易习惯判断的问题，在回答时可以有不同的结论）。

3．结论

R与酒店就周末在酒店度假两晚达成了总价格是1000元的协议。

二、本案双方的酒店住宿合同符合生效要件，应于合同成立时发生效力（民法典第502条）。

三、请求权未消灭

本案合同未消灭，R的付款义务也没有发生消灭事由。

四、请求权无抗辩

本案中，对酒店的请求权，R不存在其他抗辩。

五、结论

酒店享有要求R履行支付1000元住宿费的请求权。

# 第四章 合同法的基本原则

## 一、诚实信用原则

民法典第7条规定，民事主体从事民事活动，应当遵循诚信原则，秉持诚实，恪守承诺。诚信原则的主要功能在于“行使审查”，即诚实信用原则所“审查”的对象，是“即存的权利”而不是法律行为内容。这意味着诚实信用原则仅否定各种滥用权利的行为，而并不影响产生权利的法律行为效力本身，若行为事后重新符合了诚信要求，其继续行使权利仍受尊重（于飞：《公序良俗原则与诚实信用原则的区分》，载《中国社会科学》2015年第11期）。

## 二、公序良俗原则

公序良俗原则的主要功能在于对法律行为进行效力审查或者内容审查，判断有关的法律行为是否违反社会一般观念，是否符合现行有效的法秩序或是否严重不公。公序良俗与合同自由密切相关。

## 三、合同自由原则

### （一）合同自由的含义

自由是现代社会的基石，也是私法的精髓所在。一般认为，合同自由有两层含义。第一层强调行为人的缔约行为不受国家干涉，只要双方当事人自愿且不违法，就可进行任何交易，并自主决定期限、价格等交易条件；第二层强调行为人之间的交往自由，即只有当事人真实自愿订立的合同才具有完整的效力，而在欺诈、胁迫缔约的情形下，不仅合同效力存在瑕疵，相关行为人还可能受到刑事或行政处罚。[[31]](#footnote-32)这两层含义的展开，都涉及合同自由与其他价值的关系。[[32]](#footnote-33)

#### 1．合同自由的制度内涵

强调合同由的论者通常不会把其关于合同自由的立场概括性地宣示为“只要是当事人自愿订立的合同，法律就予以保护”（自愿便合法[[33]](#footnote-34)），使法律对合同的规制止于形式；而是特别强调要根据合同法的一系列规则审查“自愿”的真实性，从而使合同自由至上的观点不再那么极端。这一解释客观上使合同自由原则的内涵扩及意思表示错误、欺诈、胁迫、显失公平等具体规则，而不是仅止步于形式的考察或抽象的法律理念。

欲理解合同自由，上述“真正”这一抽象标准应当被具体化，如合同法上有关意思表示瑕疵的制度应当被从作为合同自由关键组成部分的角度来理解。将合同自由扩张为一整套以自愿为中心的多层次规则体系，以及站在私法整体乃至法律整体的角度来理解合同自由的内涵及其限制，才是超越抽象“立场”的更客观、全面的认识，才能透析合同自由的真意。

##### 1）合同法之外私法领域中的合同自由制度

在合同法的规范体系中，有很多禁止以约定排除的强制性条款（如诚实信用原则、人身损害免责条款无效等），都体现了法律对合同自由的限制和对分配正义的维护。对此，合同自由的支持者可能认为，尽管合同法中确实存在着强制性规则，但其数量并不多，适用范围也很狭窄，因此尊重当事人的意思自治仍是合同法的主旋律。这一观点，正如学者所指出的，仅仅注意到了合同法自身，而忽略了存在于合同法之外，但同样影响合同自由（或本属于合同自由）的其他私法制度。[[34]](#footnote-35)

在私法领域，用侵权法规则来调整当事人之间合同或准合同关系的情形并不少见。例如，产品责任规则可以被视为买卖合同的特殊规范或默示条款；雇主责任规则可以被视为雇佣合同的特殊规范（雇主仅在雇员有故意或重大过失时方可向雇员追责）；医疗责任规则可以被视为医疗合同的特殊规范；安全保障义务的规则可以被视为合同关系中有关保护义务的特殊规范。这些规范独立于合同法、存在于侵权法之中的状态，无非是出于编纂、教育以及法律适用的需要，并不意味着现实世界本身存在着合同规制和侵权责任的严格二分，也不能因此认为侵权法规范与合同自由制度全然无关。

##### 2）私法领域之外的合同自由制度

对合同自由的讨论，也不能完全局限在私法领域，还应关注公法领域内的规范与制度。在构造上，市场有两个组成部分：其一是实体部分，主要包括交易场所及相关设施；其二是制度部分，主要体现为各类交易规则。必须认识到的是，“自愿交易”这一抽象宣言并不足以支撑市场的真正有效运作。[[35]](#footnote-36)市场的有效运作，除了合同自由之外，必须辅以各类配套性的规范或制度，包括必要的质量监管、安全维护、反垄断与反不正当竞争的监管等等。[[36]](#footnote-37)这些制度尽管多数体现为公法规范，没有直接规定在合同法之中，但在观察和理解合同自由时，也不能忽略。

#### 2．自由的限制

合同自由是抽象的概念，既要正面地理解其内涵，也要从反面即自由限制的角度把握其边界。自由可不可以被限制？人类为社会动物，要一起生活和交往，要沟通交流，因此一般认为个人的自由止于他人同等的自由，即人可以自由地从事一切无害于他人的任何行为。但仅强调这一点并不足以划定人与人之间自由的边界，因为“无害于他人”、“他人同等的自由”都不易明确。事实上，限制自由的讨论起点，恰恰在自由概念自身。

##### 1）放弃自由的自由？

人有没有绝对的自由？波普在研究柏拉图时提出了“自由的悖论”问题：“在批判民主，倡导专制统治的过程中，他（柏拉图）明确地提出了这样的问题：假如人民的意愿是他们不应当统治，而应由专制君主来统治，将会怎么样？”换言之，人能否民主地接受专制，或者人有没有“自愿接受专治的自由”？显然，在民主的要求下，应当对接受专制统治的自由加以限制。[[37]](#footnote-38)这一深刻的思考虽然更多着重在政治哲学的意义上，但对理解合同自由也有重要的帮助，具体表现为：应否允许通过合同放弃自由？应否允许通过合同放弃受分配的权利？对此，密尔持否定的态度，认为人并没有以合同放弃自由的自由。[[38]](#footnote-39)换言之，自由所保障的是人绝对的自由行动能力和行动空间。欲真正实现这一点，必须加上一条具有强制属性的限制：禁止放弃或者支配自由本身。

“禁止放弃自由本身”足够清晰具体以至于可以提供行为指引么？未必。一方面，怎样才构成对自由的放弃是不清楚的，或许只是程度上的差别。例如，自愿约定“愿赌服输”的赌博合同是放弃自由么？在遗嘱中声明，以后所有与本遗嘱不同的遗嘱均无效，是放弃自由么？又如，一份10年的雇佣合同与卖身为奴的合同有怎样的实质区别？另一方面，在我们以为我们似乎解决了自由含义中的悖论问题后，若仔细思考，还会发现，放弃自由的合同，并不一定就是卖身为奴的合同。尤利西斯合同[[39]](#footnote-40)（Ulysses Contract）就是典型例证。其源自荷马史诗《奥德赛》，指那些为未来的自我设限的安排，即在自己尚且理性时“自缚”手脚，以避免未来的自我毁灭。[[40]](#footnote-41)传说中，尤利西斯在航海途中会经过海妖塞壬的海域，他预见到自己将难以抵御海妖歌声的诱惑，为了防止船只偏离航道葬身大海，尤利西斯便提前命令船员将他绑在桅杆上，用蜜蜡封住他的耳朵，要求船员无论未来的他如何要求松绑，都不得听从。若宽泛地理解合同自由，非常多的民商事交易都具有尤利西斯合同的属性：例如，住房租赁合同限制了承租人和出租人在租期内对未来居住地的选择权；人寿保险合同限制了投保人未来的投资选择；雇佣合同限制了雇主和雇员（至少是雇主）未来的用工或工作选择，而这些安排很可能是对当事人（未来的自己）有益的。

对于限制自由的合同，学者波斯纳进一步运用“多重自我”[[41]](#footnote-42)（mutiple selves）理论，指出在不同时点（t1，t2）的一个人A在表面上是一个人，但若这两个时点间隔较大，则At1与At2也可以看作不同的两个人，在这一理论下，At1在缔约时表面上是限制或放弃“自己”的自由，但实际上是限制或放弃了“第三人”At2的自由，因此，放弃或限制自由的合同很可能具有外部性，或者至少引起了二人之自由此消彼长的冲突，而在这二人之间的竞争中，某些时候或许更应保护在作出决定时并无选择权的At2的利益。[[42]](#footnote-43)

可见，卖身合同和尤利西斯合同尽管在缔约动机上存在区别，但本质上都是限制自由的安排。法律否定前者而承认后者效力的不同处理，表明法律是否肯定限制自由的安排，关键还在于此类限制是否符合社会一般观念的评价，在民法上，最终要落脚于公序良俗的考量。[[43]](#footnote-44)而合同效力能否得到法律承认，将直接影响当事人法律关系的变动和财产的分配。

##### 2）于社会准则的自由限制与源于类型强制的自由限制

对自由的限制有很多种。有的着眼于资格的限制，如规定无行为能力人从事的民事行为无效，明确行为“可以”（können）从事怎样的法律行为；[[44]](#footnote-45)有的着眼于社会治理，如民商事法律中存在大量的行政的乃至刑事的规范。在限制自由的各类规范中，最重要的区分是基于社会准则的自由限制与基于类型强制的自由限制。前者指基于法律中用于维护公序良俗的、源于社会准则（social norm）的道德性规范或价值性规范而确立的自由限制，如我国民法典第153条第2款（违背公序良俗的民事法律行为无效）；后者指基于类型强制规范（Typenzwang, Typenfixierung,[[45]](#footnote-46)*numerus clausus*[[46]](#footnote-47)）而确立的自由限制，如通常被称为“物权法定”的法律关于物权类型的规定及关于物权变动形式的要求（民法典第209条：不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力……）。

违反类型强制规范与违反公序良俗规范，都会导致行为无效。不过，这两种“无效”仍有重要差别：其一，类型强制规范的违反，并不涉及道德评价，只是法律（基于交往便捷）规定必须采取的形式未被遵循，故通常并不绝对及永久无效，当事人仍可以根据类型强制的要求重做相应行为；相较而言，违反了公序良俗[[47]](#footnote-48)，则有关行为绝对及永久的无效。其二，类型强制规范并不终极地限制自由，并不是终极地不允许当事人行为，而不过是“要求”当事人必须以特定方式行为，比如当事人不喜欢公司尤其是股份公司的限制多，可以用合伙或者有限公司从事经营，当事人不喜欢动产质押的交付要求，可以用让予担保或“卖出+买回”设置担保；而公序良俗规范对自由的限制是绝对的、终极性的。

与道德规范或价值规范的长久不变或充其量缓慢演进不同，用于类型强制的规范会随着社会经济的变迁而改变，换言之，这些规则直接面临是否妥当、是否符合市场主体需求的挑战。[[48]](#footnote-49)例如，在过去的两百年间，数据及计算能力的改进，极大地影响了商事组织法（资本规则、财务规则、组织结构规则）的发展变迁。

类型强制与公序良俗对自由的不同限制程度，对于理解既有法律制度至关重要。例如，同样是民事法律行为无效而适用民法典第157条关于法律行为无效的规定，但就其无效后果而言，若所违反的是类型强制规范（如未进行抵押权登记），则很可能存在一方赔偿另一方损失的情况；而若违反的是公序良俗规范（如雇凶杀人），则往往有不法得利不得请求返还规则的适用，不仅没有一方赔偿另一方的问题，而且当事人既不得请求返还，也不得请求对方履行义务。

#### 3．市场的自由与个人的自由

用合同自由来归纳民商事交易，容易误导人们产生这样的认识——只要进行民商事交易，只要在合同法框架内讨论问题，就要强调合同自由到甚至忽略其他限制性制度的程度。但“合同法”无论是作为学术研究的对象还是作为一部法律规范（或民法典中的单独一编），都只是人为区隔出来的领域，而在真实世界中并不存在这种区隔。从这个意义上说，即便不把市场上的各种管制性规则纳入到合同自由中一并考虑，也要在理解合同自由时顾及这些事实上的限制，认识到“自由”[[49]](#footnote-50)这一概念本身的边界，以更客观地理解合同自由的制度内涵。另外，正如学者所指出的，或许合同自由还包含以“市场的自由”（freedom of market）来限制或修正“个体的自由”（freedom of individual），让个体间的交易受市场上一般交易框架制约的内涵。[[50]](#footnote-51)如在个案中是否存在欺诈、胁迫或意思表示错误时，除了要考察个体的意思状态，还要考察社会一般人的标准。

### （二）历史视角下的合同自由

将早期合同实践概括为形式正义的主张，或许是一种过度一般化的判断；而认为当时的法官仅以当事人的合同条款为断案依据，而无需考虑交易的具体情境和社会经济环境，亦可能是误读了近代合同自由制度。[[51]](#footnote-52)实际上，考察任何制度，都不能仅观察其外在形式，而不考察背后的其他制度支持和相关的社会经济因素。例如，简单地认为在期货交易所、证券交易所内缔结的合同是“形式主义”的，而在农贸市场中缔结的合同则具有更多实质主义的特征（要考察主体的行为能力、意思是否真实等诸多因素），这种概括性的描述和比较仅仅止步于对交易外在形式的讨论，而并未考察有的关交易背景：交易所内的“形式化”交易，其实建立在各种实质性审查制度如缔约主体的适格性审查、信息披露规则及相关交易规则的基础上，因而交易所内合同的“形式化”的外观，仍不足以否认其（实质上）同样具有农贸市场合同的实质性特征。

在我们讨论合同自由的变迁时，我们究竟是在讨论合同自由这项制度或规则的变化，还是在讨论其所基于的社会经济状况的变化，是一个需要辨析的问题。在绝大多数情况下，很可能是后者。例如，消费者保护法中欺诈多重赔偿、冷静期、无因退货权等制度常常被认为限制了合同自由，但这并不意味着消费者买卖时代比原始的个人交易时代的合同自由更少，具体管制规则增多，可能只是法律为应对新产生的社会经济关系而做出的相应调整，它并不能否认这样的共识：社会发展的重要成果之一，恰恰是增加人的自由。因此，认为合同自由随着时代发展式微的观点，或许是一种“关公战秦琼”式的做法，是错将社会经济的变迁等同于法律的变迁，错将现当代的特殊交易规则与近代合同法的一般规则加以对比的结果。

### （三）合同自由与合同公平

#### 1.合同自由与分配正义的制度关联

体系化、层次化的合同自由观念更可赞同，更能揭示合同自由的本质。在此基础上，本文进一步认为，即使采取“柔化”后的合同自由观点，认真对待“真正自愿”的标准、细致甄别和完善有关意思表示瑕疵的规则，仍然是必不可少的工作，甚至是合同自由制度的研究重心。

错误、欺诈和胁迫等制度是合同法中连接合同自由与分配正义的桥梁。正如克龙曼所指出的，所有不自愿的形式（无行为能力、无知；受欺诈、胁迫；受垄断的制约）都可以归结为一方当事人占另一方当事人的“便宜”（advantage-taking），利用信息、智力、资源等优势获得好处；甚至在所有看似自愿达成的互利交易中，也都存在着“占便宜”的问题，比如，在A和B的牛马互易合同中，A正是利用了B想获得牛这一“弱点”才得以换取B的马。[[52]](#footnote-53)法律所面临的任务，就是确定应予允许的“占便宜”的程度。换言之，设计合同自由制度的关键，在于如何认定那些或多或少有不自愿因素的合同的效力，这不仅取决于对当事人内心意思的判断，还包括对与缔约有关之情势的分析。[[53]](#footnote-54)在这个意义上，“真正自愿”的尺度便成了合同法中财富或资源分配的基准。[[54]](#footnote-55)如果法律认定欺诈、胁迫、错误等行为的标准过宽或者过窄，则意味着更限制或更支持合同自由。

#### 2．合同中的实质正义（合同公平）

交易的公平性是民法的内在价值之一（民法典第6条：民事主体从事民事活动，应当遵循公平原则，合理确定各方的权利和义务）。以德国民法的发展为例，在《德国民法典》制定之初，的确曾经倾向于“不考虑合同内容是否公平、合同对价是否相当等问题，而仅要求有关交易不违反法律和善良风俗；至于合同对当事人发生怎样的效果，完全由当事人自身——实践中主要是交易中的强者一方所决定”。[[55]](#footnote-56)随着社会经济的发展，这一观念逐渐发生了变化，发展出实在法上的禁止暴利规则、情事变更原则、合同补充解释等制度。[[56]](#footnote-57)

在合同自由“起起落落”（rise and fall）的发展过程中，合同的实质正义或实质公平越来越多地得到肯定，这为再向前一步的合同中的分配正义奠定了坚实的基础。在合同法理论上，关于实质正义的讨论非常多，以二手车买卖为例，表面上看，这种交易遵循买者自负的原则，即使买受人支付了高于二手车市场价的价格，买受人通常也不能主张出卖人构成欺诈等影响意思表示真实自由的行为。但这是否意味着买受人无从获得救济呢？答案是否定的。在价格与质量明显有失均衡时，裁判者会通过瑕疵责任等制度要求出卖人承担相应的义务，如在英国法上，尽管并不存在二手车质量的一般性标准，但车的质量应当满足“通常”二手车的品质要求，而“通常”的认定又反过来取决于价格：价格高则代表质量要好。[[57]](#footnote-58)可见，即便不通过调整缔约程序的相关规则（如缔约过失责任支付或不实陈述制度），法院仍然能够通过其他制度（如瑕疵责任制度）实现实质公平的目标。

合同效力内在的合法性来源于交易的互惠与公平（见下文详述），这也是人们愿意参与交易的心理前提；如果无论怎样的合同都应严守，将使许多交易约定沦为赌博。如果促进合同实质公平的制度不完善，后果之一是降低人们缔约的动力，影响人们对合同这一交易工具的使用；后果之二则是诱发背信，激励恶意违约或促使人们采取暴力等极端手段以拒绝受合同的约束。[[58]](#footnote-59)

合同法中有关实质公平的思考无处不在，即使是最基本的要约与承诺制度，也包含了这种思想。例如，法律通常规定，要约一旦到达就对要约人产生一定程度的拘束力：要约人只有在符合一定法定条件时才得撤回要约，若其撤回要约给受要约人造成了损害，还应赔偿其信赖利益损失；在受要约人为承诺后，要约人即受其要约中载明的义务内容拘束，同时，法律也明确规定承诺方同样受到这一法律行为的拘束。那么，法律可否规定承诺人承诺后只有要约人受拘束，而承诺人自己可以履行也可以不履行合同？回答显然是否定的，但法律为什么不做这样的规定？深层次的原因是，如果这样规定，则很可能会对要约方不公允。[[59]](#footnote-60)若当事人自愿接受类似的“失之公允”的安排，往往是因为存在着其他因素的影响，使合同在实质上不至于陷入不公的境地，如包需合同（requirement and output contracts）中标的物数量根据一方的需求加以确定表面上看有失公允，但接受该条款的一方通常都对此有清晰了解并在商业上作出了相应安排，法律支持此类合同的效力，便无损公平。[[60]](#footnote-61)

#### 3．实质正义与程序正义的交融（合同公平与合同自由的交融）

与通常的认识不同，更关注过程的合同自由与更关注结果的实质正义乃至分配正义之间的界限并不清晰。例如，同一个隐瞒标的物质量信息的行为，在古玩市场上往往不会被认为是欺诈，进而严格贯彻买者自负原则，买受人应当承担更多的风险（对于古玩市场上的交易，人们通常会主张由于无从鉴别，当事人要自负标的物有瑕疵或者是赝品的风险，因此似乎古玩市场也不存在宽容欺诈的情况，但事实上，古玩市场上的欺诈是广泛而普遍的，“打眼”自负的观念客观上就是一种对欺诈的包容[[61]](#footnote-62)）；而在普通的消费品市场，则可以被认为构成欺诈，进而当事人可以寻求救济。可以看出，上述结果判断上的差异是因为人们对合同自由采取了不同标准，换言之，对结果公正的判断，往往取决于人们关于程序公正的判断标准。反过来，在面对一个结果上有失公正的合同时，我们常常会不自觉地发问：“为什么当事人居然会订立这样的合同？”这一探问表明，人们往往会从结果不公推断程序不公：此种结果上的不公，虽然本身可能无不妥（“恶”，Evil），但其很可能被作为存在其他“恶”（如缔约过程的不当或意思表示的不真实）的表面证据。[[62]](#footnote-63)换言之，法律希望人们在行为时有必要的理性，在处置自己的财产时认真计算，而结果失当往往意味着行为人在行为时未必处于理性的状态。[[63]](#footnote-64)从这个意义上说，合同自由与结果公正、形式正义与实质正义（及分配正义）之间的界限并不清晰，那种“秉持程序性精神的法律并不追求特定结果，而是追问行为本身”[[64]](#footnote-65)的观点，一方面忽略了私法中大量干涉行为结果的规范，如违约金调整、利息管制、情事变更等制度；另一方面也低估了作为判断程序公正的法律概念或法律制度本身的包容性：正如私法基于“胎儿利益保护”的考量而改变“权利能力”这一形式标准（将胎儿视为具有权利能力，《民法总则》第16条），或基于信赖保护的考量而设计诉讼时效的规则一样，私法并非对“法律行为的具体内容根本不予置评”[[65]](#footnote-66)，而是常常将价值判断纳入那些看似与政治、伦理、分配正义无涉的形式标准中。

总之，既然我们持续地关注合同的缔约程序和影响合同自由的各种因素，便也有必要独立地考虑结果公正或实质正义的问题。合意本身是苍白的——如果不仔细考察达成该合意的内在原因。生活实践中我们不去探问一个人为何作出同意（缔约）的意思表示，主要是因为我们假定他的这一决定具有充分的理由，[[66]](#footnote-67)但若此种假定不成立，那么合同的拘束力就既可以从缔约过程，也可以从缔约结果的角度被重新探问。

### 总结

合同自由不是一种抽象宣示，而是一系列具体的制度，包括欺诈、胁迫（涉及意思表示自由）、错误（涉及意思表示真实）等与缔约过程有关的规则，还包括情事变更、合同解除、违约责任等与缔约结果有关的规则。这些制度当然有各自的教义学内涵，但在理解其内核，尤其是在面对规则内部的价值选择时，回归到对合同自由、实质正义、分配正义的权衡上，有助于更准确地作出判断。

认为合同自由意味着只有“真正自愿”签订的合同才有拘束力的传统观念，不能作为合同自由正当化的依据。事实上，在合同法内部，限制合同自由的制度普遍存在。合同自由的观念不仅在合同法内部受到实质公正乃至分配正义的制约；若将视野放宽到合同法之外，会发现，合同自由还受到包括侵权法、物权法中相关规则的限制，同时也受制于私法以外的管制规范。在这个意义上，合同自由作为“市场”在法律领域中的“投影”，也像市场本身一样，要受到各种规则的限制。

表面上看，实质正义与分配正义影响的是财富，但正如克龙曼所指出的，若将视野放宽，会发现，在法律禁止人们以武力胁迫他人时，其所分配的，是强壮者的武力；在法律禁止欺诈时，其所分配的，是聪明者的智力或者行为人独占的特定信息。这一认识可以推而广之——因为金钱或者其他财富既可以用来获取武力，也可以用来购买智力——限制通过财富压榨或剥削（exploit）他人与否定胁迫或欺诈具有相类似的意义：不应允许人们通过经济优势获取的好处过分超过其通过其武力、智力或信息优势获取的好处。[[67]](#footnote-68)

# 第五章 合同的成立

## 一、缔约的过程

合同的订立是一个一方提出条件、另一方讨价还价，一方改变条件、另一方继续讨价还价……最后双方就所有条件达成合意（consent）的过程，典型场景如人们在二手货市场、农贸市场进行的交易。在合同法上，人们将此种讨价还价过程结构化，将一方提出条件的行为称作“要约”，另一方讨价还价的行为称之为“新要约”，最后，一方同意另一方要约的行为称为“承诺”。当然，现代社会的缔约过程与上述过程仍有较大的差别。在复杂的合同协商中，有时要约与承诺的表现并不明显。比如在长期能源供应、房地产开发、公司并购等交易中，核心合同条款通常规定于一份或几份复杂的合同中。这些合同并非形成于简单的要约与承诺，而是成于合同各方当事人共同的磋商谈判（通常有公司高级管理人员、投行工作人员、工程师、会计师、律师等专业人士的参加）。复杂的合同协商不同于日常的“讨价还价”，也不同于要约承诺规则所假想的单一、对抗、零和博弈的交易，而是复合、多元、合作、双赢乃至多赢的磋商讨论。这一过程尽管仍然可以套用要约、新要约、反要约……等传统术语描述，但必须认识到这种描述的机械性和简单化。

## 二、合同成立的要件

合同成立的核心要件是当事人就合同事项（体现为合同的主要条款）达成一致。不过，需要强调的是，鉴于无法“侵入”他人的头脑或意识中观察其真实意思，一般认为，在判断当事人是否达成合意时，应采客观标准。所谓客观标准，指应根据正常合理人对表意人意思的理解来解读表意人的意思。

Hotchkiss v. National City Bank of N.Y., 200 F. 287, 293 (S.D.N.Y. 1911) was a landmark case in contract law articulating the Objective Theory of Contracts and dealing with the meaning of a promise in a contract. To wit, Judge Learned Hand opined: “A contract has, strictly speaking, nothing to do with the personal, or individual, intent of the parties. A contract is an obligation attached by the mere force of law to certain acts of the parties, usually words, which ordinarily accompany and represent a known intent. If, however, it were proved by twenty bishops that either party when he used the words intended something else than the usual meaning which the law imposes on them, he would still be held, unless there were mutual mistake or something else of the sort.”

需要特别说明的是，就解释当事人的意思而言，主观标准与客观标准并非处于对等的地位。错误的认识是，主观标准与客观标准相对、二者相互排斥。实际上之所以会采取客观标准，只是因为裁判者无法察知当事人的主观状态，包括表意人和相对人的主观状态。在此意义上，客观标准永远是主观标准的外在表现，客观标准的内在原理也在于主观与客观大概率的一致性。之所以采用客观标准并不是以客观代替主观，而不过是建立在“客观通常都等于主观”的经验假定之上。实践中若有任何证据可以证明当事人的主观状态，裁判者便要不遗余力地挖掘此种证据，探究当事人的主观状态，而非遁于眼前所谓“客观标准”。

## 三、合同成立的意义

一般认为，合同一经成立即发生拘束力。实践中，合同成立后完全不生任何效力的情形是很少见的（成立但不生效很难说可以构成真正意义上的“合同”）。多数情况是合同成立后至少能部分生效（“本合同自双方办理公证后生效”“本合同自甲主管部门批准后生效”“本回购协议自双方签订股权转让合同之日生效”），如合同中的争议解决条款、关于提请批准的条款或关于终止协商条件的条款等。总之，虽然合同成立后未必能即时生效或全部生效，但也至少会发生当事人不得随意变更、撤销合同的效力，很多时候还产生促进合同生效的义务。

## 四、合同的形式

### 1．我国法关于合同形式的基本规则

在我国，订立合同可以采取多种形式，包括书面、口头或者其他形式：书面形式指的是合同书、信件、数据电文等形式；口头形式指面对面或远程的各种对话或通话；其他形式如自动售货机交易中的投币与交货等交易安排。

我国民法对包括合同在内的民事法律行为形式要求相对宽松。如民法典第135条规定，“民事法律行为可以采用书面形式、口头形式或者其他形式；法律、行政法规规定或者当事人约定采用特定形式的，应当采用特定形式”，也即若无特别规定，当事人对合同形式有相对自由的选择权。此外，民法典第490条还规定，“法律、行政法规规定或者当事人约定合同应当采用书面形式订立，当事人未采用书面形式但是一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立”，这表明当事人即便未采特定形式，只要主要义务被实际履行，合同也能够成立（“履行成立规则”）。例如，虽然法律要求借款合同（民法典第668条）、建设工程合同（民法典第789条）成立应当采用书面形式，或当事人约定“本协议的变更应以书面形式完成”，但只要当事人一方实际履行且另一方接受了主要义务，合同也能够成立或变更（可以理解为有关变更协议的成立）。

### 2．合同形式制度的目的

#### 1）证据功能

相较口头形式，以书面形式订立的合同记载于特定媒介，其存在形式可感知且具有较为长久的可保存性，在发生争议时的证明力较为可靠，此为书面形式的证据功能。例如，英国于1677年制定《防止欺诈法》（An Act for Prevention of Frauds and Perjuries, Statute of Fraud），规定特定类型的合同（如保证合同、土地转让合同、订立后一年内不能履行完毕的合同）应采用书面形式，否则当事人不得就该协议提起诉讼（“no action shall be bought”），其主要目的就是为了确保证据的可靠（当时制定这一法律的特殊背景是，口头合同的当事人不被允许作证，进而陪审团可能会被代理人等的陈述误导，这一法律在英国被执行了近277年，其主体直到1954年才被废除（保留了关于保证合同、土地转让合同的规定））。在美国法上，与《防止欺诈法》类似的规则至今仍在适用（内容上有所缓和）。[[68]](#footnote-69)除了可以记录当事人的约定外，书面形式也有助于固定当事人的意思，以便于后续的解读。[[69]](#footnote-70)

#### 2）警示功能

警示功能指通过形式要求增加交易的严肃性，进而提醒当事人谨慎作出决定。如法律要求设定抵押权应订立书面的抵押合同、设定质权应订立书面的质押合同，便具有提示当事人谨慎担保的效果。

### 3．违反合同形式的法律效果

在我国法上，若不采取法律规定的形式，某些法律行为是不能生效的，例如民法典关于继承规定了自书遗嘱、代书遗嘱、打印遗嘱、录音录像遗嘱、口头遗嘱、公证遗嘱等形式，并规定了制作上述遗嘱应遵循的特殊形式。一般认为，如果没有遵循上述形式，遗嘱则不能生效。这一结论可以从诸多司法解释中推理出来，实践中也普遍采用这一做法。

如最高人民法院《关于贯彻执行＜中华人民共和国继承法＞若干问题的意见》的第35条规定，“继承法实施前订立的，形式上稍有欠缺的遗嘱，如内容合法，又有充分证据证明确为遗嘱人真实意思表示的，可以认定遗嘱有效”，这意味着遗嘱形式上的欠缺往往影响其效力。如民法典第1138条规定，“遗嘱人在危急情况下，可以立口头遗嘱。口头遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。危急情况消除后，遗嘱人能够以书面或者录音录像形式立遗嘱的，所立的口头遗嘱无效。”实际上，在2011年12月6日最高人民法院研究室对北京市高级人民法院《关于代书遗嘱虽不符合法定形式要件但确系遗嘱人真实意思表示能否认定有效问题的答复》中，明确指出：“不符合法定形式要件的代书遗嘱不宜认定为有效。”[[70]](#footnote-71)在2018年6月11日北京市高级人民法院通过的《关于审理继承纠纷案件若干疑难问题的解答》第17项也提出：“未严格按照法律规定的形式要件作出的遗嘱，人民法院应认定无效”（法宝引证码：CLI.13.1461876）。

规定不采取特定形式便无效的立法例不在少数，如我国台湾地区“民法典”第73条规定：“法律行为，不依法定方式者，无效。但法律另有规定者，不在此限。”又如德国民法典第125条规定，“欠缺法律所规定的形式的法律行为，无效。欠缺法律行为所指定之方式者，于有疑义时，亦为无效。”在英美法上，违反《防止欺诈法》而订立的合同虽然不是完全没有任何法律效力，但总体而言是“无执行力（unenforceable）”的。

在我国法上，一般认为，若不考虑遗嘱的特殊情况，根据现行法的规定（主要是反面解释民法典第490条第1句），如果没有采取法律规定或约定的形式，有关合同是不成立的。当然，既然合同不成立，也就无拘束力。严格说来，这一规定与民法典第134条（“民事法律行为可以基于双方或者多方的意思表示一致成立，也可以基于单方的意思表示成立”）相冲突，也误解了合同形式对合同效力的影响。一方面，如前所述，在判断合同是否成立时，关键在考察当事人是否达成合意，及是否有受拘束的意思，在这套成立要件的框架下，形式是无从安放的。另一方面，就其性质而言，法律对交易形式的要求，本质上是一种对交易的政策性规制（无论前面所说的证据功能还是警示功能均是如此），既然是一种政策性规制，其所影响的对象便应该是效力而不是成立——成立与否是事实问题，只有效力事项才是价值衡量或政策判断问题。

另外，正如学者所指出的，“（民法典第490条第2款）履行治愈形式瑕疵必须以合同（合意）已经存在为前提，如果合同尚未成立（不存在），权利与义务无从发生，何谈履行？”在尚无合同的情形下，“所谓‘一方已经履行主要义务’，是不符合法律逻辑的。“合同法实际上制造了一种非常奇特的立法现象：在明确规定书面形式是合同成立的要件之同时，又规定不遵守法定书面形式要件同样可以成立合同。”[[71]](#footnote-72)

进一步说，如果认为合同双方当事人达成意思表示一致合同即成立，是否采取书面形式仅影响合同的效力，将使合同形式制度的层次更加丰富，有助于更妥善地调整当事人之间的法律关系。例如，在英美法上，未按《防止欺诈法》采取特定形式的合同，尽管无强制执行力，但一方履行后仍可基于该合同请求返还（若原告履行的内容为金钱），或参酌该合同计算返还的数额（若原告履行的内容为劳务或服务）。另外，尽管合同因未采取特定的形式而未能生效，但若相对人信赖该合同而作出相应的行为，还可根据信赖或禁反言等规则承认合同的效力。[[72]](#footnote-73)

在中国现行法上，尽管不得不接受现行法中未采取书面形式合同不成立的规定，但合同不成立的法律后果并非当事人之间没有任何法律上的关联，而是一方可能因此要承担缔约过失责任。

## 五、要约

### 1．要约的概念

要约是希望与他人订立合同的意思表示。[[73]](#footnote-74)

### 2．要约的构成要件

结合我国现行法规定与学说，要约的构成要件可以归结为三个：其一，须对外为表示。其二，该表示原则上须向特定人作出（例外情形下也可以向不特定多数人作出，成为所谓“公众要约”）；其三，该表示包含特定的效果意思：内容具体而确定，且要约人有受拘束的意思（民法典第472条）（杨代雄：《<合同法>第14条（要约的构成）评注》，《法学家》2018年第4期，第177-178页）。在上述要件中，前两项较为清楚，以下着重说明第三项要件。

#### 1）内容具体确定

所谓要约内容具体确定，指一旦要约被受要约人接受，即可形成合同，产生具有可执行性的合同义务，即要约具备足以使合同成立的主要条件。至于具体到怎样的程度，应根据合同类型及交易实际情况加以确定，通常认为至少包括关于标的和数量的约定。至于交易价格，因往往可以根据市场中的合理价格确定，因此未必是要约的必备要素。当然，这也需根据交易的实际情况来做具体安排，例如买卖没有价格参照的标的物（如某些艺术品），价格可能仍然是必要条款。

#### 2）有受拘束的意思

是否存在受拘束的意思，是要约与要约邀请的重要差别。要约邀请是希望他人向自己发出要约的表示。判断某一表示究竟是要约邀请还是要约，一方面应当考察其名称、标题、表示的形式及通常的交易习惯（如超市货架上陈列商品通常可理解为要约邀请、自动售货机陈列商品可理解为要约、饭店里的菜单应理解为要约邀请等等），另一方面，也要考察当事人的具体约定。

法律 民法典第473条拍卖公告、招标公告、招股说明书、债券募集办法、基金招募说明书、商业广告和宣传、寄送的价目表等为要约邀请。

例如，在“京东商城”网络购物的格式条款中，写明有“本网站上销售商展示的商品和价格等信息仅仅是要约邀请，您下单时须填写您希望购买的商品数量、价款及支付方式、收货人、联系方式、收货地址（合同履行地点）、合同履行方式等内容；系统生成的订单信息是计算机信息系统根据您填写的内容自动生成的数据，仅是您向销售商发出的合同要约；销售商收到您的订单信息后，只有在销售商将您在订单中订购的商品从仓库实际直接向您发出时（以商品出库为标志），方视为您与销售商之间就实际直接向您发出的商品建立了合同关系……对于电子书、数字音乐、在线手机充值等数字化商品，您下单并支付货款后合同即成立”。同时鉴于《电子商务法》第49条第1款规定允许电子商务经营者与消费者对缔约安排作出其他约定，应当认为，消费者“下单”购买商品并非承诺，而只是要约（购买电子书、数字音乐例外）。

关于要约的成立，实践中讨论较多的是《电子商务法》第49条第2款的规定（“电子商务经营者不得以格式条款等方式约定消费者支付价款后合同不成立；格式条款等含有该内容的，其内容无效”），正如学者所指出的，该条的不当之处在于可能过分地限制了消费者与电子商务网站的缔约自由（主要是后者），尤其在网站因标价错误或库存管理问题而不能履行合同时，若强行规定合同成立并且要求网站承担合同不履行的责任，很可能并不会真正达到保护消费者的效果，而是“羊毛出在羊身上”，最终还是全体消费者承担因此而增加的成本（薛军：《电子合同成立问题探析》，《法律适用》2021年第3期）。比较合适的做法，还是尊重当事人按照市场规则自愿作出的约定。当然，如果网站损害消费者的权益或存在其他缔约过失行为，消费者也可以主张损害赔偿。事实上，在存在上述规定的情况下，很多网站在与消费者签订的格式条款中，特别约定了销售商可以在特殊情况下“撤销订单”，也就是通过此类约定解除条款而终止合同关系，这客观上也限制了《电子商务法》第49条第2款的应用。

### 3．要约的法律效力

#### 1）要约生效的时间

法律 民法典第474条要约生效的时间适用本法第一百三十七条的规定。民法典第137条以对话方式作出的意思表示，相对人知道其内容时生效。以非对话方式作出的意思表示，到达相对人时生效。以非对话方式作出的采用数据电文形式的意思表示，相对人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统时生效；未指定特定系统的，相对人知道或者应当知道该数据电文进入其系统时生效。当事人对采用数据电文形式的意思表示的生效时间另有约定的，按照其约定。

#### 2）要约的撤回与撤销

法律 民法典第475条要约可以撤回。要约的撤回适用本法第一百四十一条的规定。民法典第141条行为人可以撤回意思表示。撤回意思表示的通知应当在意思表示到达相对人前或者与意思表示同时到达相对人。民法典第476条要约可以撤销，但是有下列情形之一的除外：（一）要约人以确定承诺期限或者其他形式明示要约不可撤销；（二）受要约人有理由认为要约是不可撤销的，并已经为履行合同做了合理准备工作。

值得一提的是，理论上对民法典第476条的含义，有不同的理解，一种观点认为在符合第476条除外规则的情形时，要约人不得撤销要约（要约仅在相对人拒绝承诺或要约期限届满时失效）；另一种观点认为，在此种情况下要约依然可以被撤销。持后一观点的主要理由有两个，其一是当事人撤销要约并不至于违反公序良俗，因此没必要严格禁止；其二是要约相对人也应该按照减损规则的要求，采取必要的措施，在明知要约已被撤销的情况下，便不应再作出承诺并执意缔结合同（韩世远：《合同法总论》法律出版社，第4版，第136-137页）。本文倾向于认为，应采第一种观点。其一，在要约人已经声明要约不可撤销的情况下，又允许其撤销，与不可撤销的通常含义不符，会损害交易的确定性；其二，要约与承诺双方法律行为，是在要约人和承诺人之间的行为，要约人发出不可撤销的要约（或者要约人将其要约确定为“不可撤销”，常常并不是源于要约人自己给自己施加的约束，而是源于要约人与受要约人之间的协商——如经过艰难的协商，为了确定双方之间的合同内容，（潜在）受要约人要求要约人发出一个不可撤销的要约，以便自己做出承诺，并最终固定双方之间的合同关系。在这种情况下，如果允许要约人单方撤回自己发出的、说明了不可撤销的要约，就会背离双方当事人的意思。其三，在合同成立之后依然有减损规则适用的空间，扩张减损规则的适用以至于影响合同的成立本身很可能超出了减损规则的本意。最后，合同成立与否也会影响到期待利益的求偿。

法律 民法典第477条撤销要约的意思表示以对话方式作出的，该意思表示的内容应当在受要约人作出承诺之前为受要约人所知道；撤销要约的意思表示以非对话方式作出的，应当在受要约人作出承诺之前到达受要约人。”民法典第478条有下列情形之一的，要约失效：（一）要约被拒绝；（二）要约被依法撤销；（三）承诺期限届满，受要约人未作出承诺；（四）受要约人对要约的内容作出实质性变更。

案例某大学A教授，于3月1日接到B出版社寄来的“P大法学百科全书”目录，载明该套全书供10册，价款5000元，并附一张订书单。A教授于3月4日填妥订书单，装入信封并贴好邮票，并在课后交给学生C，嘱其在回家路上投寄邮局。C离去后，A教授突然回忆起B出版社的总编D曾经答应赠送一套该百科全书，于是从办公室（位于4楼）的窗口对C呼叫“这封信不要寄了！”由于路边嘈杂，C误听为“这封信不要忘记了”，遂回答“好的”并离去，而后投入邮筒。C在3月5日下午告诉A教授此事，A教授立刻以快递致函B出版社，说明事由，并表示撤回订书单。但是由于快递公司的延误，这封本应在3月6日下午到达的函件，直到3月7日上午才到达。B出版社已于3月6日上午收到订书单，并于当日下午寄发了该套百科全书。邮局于3月9日将包裹领取单送至A教授办公室，A教授拒绝接受。问：B出版社可以向A教授主张何种权利？（案例事实部分源于王泽鉴《民法思维》（北京大学出版社2009年版）第260页以下，葛云松老师略有修改）

## 六、承诺

法律 民法典第479条承诺是受要约人同意要约的意思表示。民法典第480条承诺应当以通知的方式作出；但是，根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。民法典第481条承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。要约没有确定承诺期限的，承诺应当依照下列规定到达：（一）要约以对话方式作出的，应当即时作出承诺；（二）要约以非对话方式作出的，承诺应当在合理期限内到达。

### 1．承诺的构成要件

一般认为，一项有效的承诺，应当符合以下要件：第一，由受要约人作出；第二，向要约人作出；第三，承诺的内容与要约的内容一致。值得特别说明的是上述第三项要件。

法律 民法典第488条承诺的内容应当与要约的内容一致。受要约人对要约的内容作出实质性变更的，为新要约。有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更，是对要约内容的实质性变更。民法典第489条承诺对要约的内容作出非实质性变更的，除要约人及时表示反对或者要约表明承诺不得对要约的内容作出任何变更外，该承诺有效，合同的内容以承诺的内容为准。

我国民法典第489条借鉴自《联合国国际货物销售合同公约》（CISG）第19条第2款。根据该项规定，如果承诺人并未对要约作出实质性变更，则承诺有效，当事人之间的合同关系成立。至于何为实质性的变更，应根据第488条确定。

### 2．承诺的方式

承诺的方式，指承诺人以何种方式将承诺的意思传达给要约人，一般认为，要约人对承诺方式有特别要求的，应当尊重要约人的要求；若当事人有特别约定，应当根据约定的方式承诺。如果没有特别约定，应当根据交易习惯，采取合适的方式承诺（民法典第480条）。

一般认为承诺应当以明示的方式作出，在特殊情况下，鉴于我国民法典第140条的规定，意思表示可以默示的方式作出，故承诺也可以通过默示的方式作出。注意：以默示的方式作出承诺与单纯的沉默是有区别的。以默示的方式作出承诺，主要指受要约人以行为，比如履行来表示接受要约的意思，而沉默是不作出任何行为。一般认为，沉默不构成对要约的承诺。例外的情形是在存在特定的交易习惯或双方当事人的明确约定时，受要约人可以通过沉默作出承诺。

## 七、预约与本约

法律 民法典第495条当事人约定在将来一定期限内订立合同的认购书、订购书、预订书等，构成预约合同。

当事人一方不履行预约合同约定的订立合同义务的，对方可以请求其承担预约合同的违约责任。

民法典第495条是我国民法典制定时总结此前司法解释及审判实践制定的规则。关于预约的法律制度，主要涉及以下两个争议问题：一是预约的拘束力，二是违反预约的法律后果。对前一问题，民法典做出了肯定的回答；对后一问题，民法典只是规定违约方要承担的违约责任，但并未明确责任的性质和形式。

预约与本约是缔约过程中的两个不同阶段，本约是双方最终达成一致的合同，而预约是过程性文件，因此预约的内容、效力都与本约有所差别。预约中的约定既可能涉及本约的全部内容，也可能只涉及一部分未来本约中确定的内容，或者，即便不涉及未来本约的具体内容，也会提及未来本约中交易的标的，同时就本约的协商作出约定。

### 1．预约的类型[[74]](#footnote-75)

1）存在主观未决事项的预约

所谓主观未决事项，指源于当事人的主观考虑，当时尚不能够完全达成一致的事项。这些考虑包括：其一，根据情况决定下一步的行动，如因合作项目复杂或交易前景不明等原因，当事人双方需要时间观察和评估市场情况、项目进展，或需要考察对方的资信再做下一步决定；其二，部分条款需进一步磋商，如合同内容涉及多个事项的情况下，部分条款可达成一致，但部分条款仍需进一步磋商。

2）存在客观未决事项的预约

主要是基于事实或法律的原因而无法在当时签订本约，包括：其一，基于法律上的原因暂不能签订本约，如有的合同需待有权机关批准（采矿权、探矿权交易），有的需取得行政许可（商品房预售）；其二，基于事实上的原因暂不能签订本约，如在商品房预售中，尽管已经取得商品房预售许可证，但由于商品房建造和交易的特殊性，订立预约时无法就交付时间、房屋最终面积等达成一致；其三，订立本约的相关情况尚未成熟，甲乙丙等人拟合伙经营，因尚须邀请他人加入，又如公司对外担保须经董事会、股东会或者股东大会决议（张华：《预约合同的违约救济》，载《法律适用·司法案例》2019年第2期，第69-70页）。

### 2．预约的拘束力

预约是有效成立的合同。在这个意义上，签署预约的当事人对预约的内容是有受拘束的意思的。但是拘束的程度，需结合预约内容与类型加以判断。

### 3．违反预约的法律效果

从上述讨论中可以看出，预约是在本约形成之前的法律文件，这是预约唯一确定的法律特征。而预约的法律属性不确定之处，在于预约可以存在于缔约之前的任何阶段，如在双方刚刚开始协商的阶段，或者在双方接近达成本约的阶段。这意味着，违反预约的法律后果，应充分结合预约所处的阶段确定，而不宜一揽子地加以规定。如认为违反预约时当事人只能请求信赖利益而非（相当于本约的）履行利益的损害赔偿，就是不准确的：假如预约的内容已经足够具体确定，且未签署本约源于外部的客观原因而不是当事人的主观原因，应当认为该预约事实上已经具有了与本约类似的法律效力，因此也存在支持非违约方参酌本约请求履行利益的空间（当然在性质上仍然是基于预约而不是基于本约产生的履行利益赔偿）。

需要说明的是，对于当事人在违反预约时，另外一方当事人可否请求违约方实际履行以达成本约，理论上有不同的意见，对此值得赞同的意见是：“既然最终约束的时机尚未成熟，当事人也借助纯预约性的协议将这一情况和可预见的情事变动纳入考虑，那么他们也应该接受，本约与当前合同相比可能有不同的内容。如果人们从预约中推断出借助司法认定的内容要求缔结本约这样一个请求权，也就是支持实际履行，那么也就完全剥夺了预约的意义，因为它与附继续磋商条款的本约也就没什么差别了，如果一定要说有什么差别的话，那不过是，此类“预约”在实现本约请求权之前带来了诉讼堆叠，而这些诉讼堆叠自身，都已经被认为没有什么意义了”（见汤文平论文及其参考文献：《论预约在法教义学体系中的地位——以类型序列之建构为基础》，载《中外法学》2014年第4期，第995页）。总之，判决实际履行预约进而（以法院判决代替预约违约方缔约的表示）订立本约的选择，应仅限于极个别的情形。

## 作业及答案

### 问题

甲为了小孩儿上学方便，拟在A小学附近购买一套二手房。为此，甲找到了中介公司乙并订立了房屋中介合同，乙公司指派工作人员B提供房屋买卖中介服务，中介费为“房屋成交价”的1%。B向甲介绍：丙准备以1,050万的价格出卖其一套大约100平方米的住宅（丙购买自房屋开发商，已居住满五年）。甲觉得该价格过高，询问B是否有降低价格的办法。B表示将帮助甲与丙进一步讨价还价。此后，经过几次沟通，丙都拒绝在房屋交易价格上让步。为了降低房屋购买的成本，B建议双方采取避税的方式减少购房成本。

此后，2021年1月15日，甲与丙达成如下安排：（1）双方按照北京市政府关于该房屋地区指导价（核定价）作为房屋成交价订立房屋买卖合同（假设经查该房屋的核定价为400万元）；（2）在该合同之外，甲再与丙订立“家具买卖合同”，由甲以650万元购买房屋所有人丙的家具；（3）双方口头约定房屋过户登记完成后，房屋所有人丙将房屋中的家具（假设该家具值20万元）搬走，甲拟按自己的装修喜好另行购置全新家具；（4）在过户登记当日（过户登记之前），甲支付750万元房款，剩余300万房款待丙清空房屋并移交钥匙时支付。（5）上述交易中所需支付的税款由双方根据法律的规定承担。

在上述“房屋买卖合同”“家具买卖合同”签订后，丙与甲在B的引导下到房屋登记部门办理了登记手续；办理房屋登记手续之前，甲支付了750万元房款。此后，2021年4月2日，在丙搬出房屋拟交付钥匙时，丙要求甲支付剩余300万房款，但甲拒绝支付。双方发生争议后，4月5日，甲聘请了锁匠打开房门并自行入住。甲主张：房屋已完成过户登记，故房屋归甲所有，丙无权主张任何权利。此后，丙到法院起诉，要求甲支付剩余房款，并向法院提交了“房屋买卖合同”和“家具买卖合同”作为证据。甲应诉后提出如下答辩：丙并未履行“家具买卖合同”，而是将全部家具搬走；鉴于丙未履行“家具买卖合同”，故自己也并无支付剩余家具款的义务，不仅如此，丙还应向自己返还甲已支付款项中的350万元家具款（但甲并未提出反诉）。对于乙的上述抗辩，丙回应如下：双方订立“房屋买卖合同”及“家具买卖合同”的主要目的是为了避税，但房屋交易的真实价格仍然是1,050万元，双方对此也有口头上的约定，因此，甲应按照合同约定支付剩余的房款300万元。

请结合相应法律的规则回答以下问题：

第一问：丙要求甲支付剩余房款300万元的请求应否支持？

第二问：房屋中介人乙主张以房屋实际交易价格1,050万元为基数计算1%的中介费；甲则主张房屋成交价为400万。房屋中介人乙的主张应否支持？

### 答案要点

#### 第一问

丙或许可以根据房屋买卖合同请求甲支付剩余房款300万元。

一、请求权的发生

丙的请求权发生的前提是甲丙之间存在有效的房屋买卖合同，且根据合同约定丙可以请求甲支付房款300万元。

1．合同成立

1）房屋买卖合同的内容

本案中，甲丙二人在2021年1月25日签订了案涉“房屋买卖合同”和“家具买卖合同”。但需要确定的是，甲丙之间就系争房屋达成的交易内容究竟为何。对此，甲主张“房屋买卖合同”的交易金额为400万元，而“家具买卖合同”的金额为650万元，且二者相互独立，互不影响。出卖人丙则主张双方的交易金额为1050万元，“房屋买卖合同”与“家具买卖合同”分别订立的安排不过是以逃税为目的的设计。可见，双方买卖合同交易内容的确定取决于“房屋买卖合同”与“家具买卖合同”的效力。

从本案双方争议的主要事实来看，甲丙之间的“房屋买卖合同”和“家具买卖合同”或许属于通谋虚伪表示而无效。一方面，在本案中，甲丙之所以订立数额为650万的“家具买卖合同”，其真实目的并不在于买卖家具。从案情来看，购买人甲方甚至不需要出卖人乙交付家具（双方约定丙应将家具全部搬走），可见，甲丙进行此种安排的主要目的是为了降低房屋买卖交易所应缴纳的税款。另一方面，甲丙双方也不存在以400万元买卖系争房屋的真实意思，其之所以在“房屋买卖合同”中约定此种价款，真实目的在于通过降低价款以逃避纳税义务。《民法典》第146条第1款规定：“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。”据此，本案中甲丙二人签订的以400万元为价款的“房屋买卖合同”及650万元的“家具买卖合同”均不是真实意思，根据《民法典》第146条第1款的规定，这两份合同均属无效。

就其含义而言，此种通谋虚伪表示的“无效”，意味着双方的相关约定不能对双方当事人发生法律拘束力。但是，双方虚假的行为不能发生法律拘束力，并不意味着甲丙双方之间没有任何形式的合同关系。《民法典》第146条第2款规定，“以虚假意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理”。这意味着，在双方当事人之间有隐藏的法律行为时，其行为的效力应该根据相关的效力规则处理。

从本案的实际情况（丙一直不愿减价、买卖合同和家具合同的价款总额等）以及丙在诉讼中的意见（“双方对此也有口头上的约定”，当然，丙的此种表示并不能直接说明双方之间存在口头的房屋买卖合同，但从诉讼实际的角度看，法官会考虑案件整体分析丙此种表示的可信程度）来看，应认为甲丙之间存在口头的以1050万元为价款的房屋买卖合同。

2）合同要式

《民法典》第135条规定：“民事法律行为可以采用书面形式、口头形式或者其他形式；法律、行政法规规定或者当事人约定采用特定形式的，应当采用特定形式。”一般认为，违反法定要式的法律效果为法律行为不成立。就房屋买卖合同而言，根据《城市房地产管理法》第41条的规定，房地产转让应当签订书面转让合同。

本案中，甲丙二人签订的以1050万元为交易价格的房屋买卖合同并未采取书面形式。但是，违反法定要式要求的合同并不必然不成立（或生效）。《民法典》第490条第2款规定：“法律、行政法规规定或者当事人约定合同应当采用书面形式订立，当事人未采用书面形式但是一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。”换言之，形式瑕疵可以为履行行为所补正（治愈）。此种补正在构成上要求“一方已经履行主要义务”和“对方接受”。结合案情，丙已经将系争房屋的所有权移转给甲，履行了其作为出卖人的主要义务之一（移转所有权，占有尚未转移），而甲作为买受人也已经受领了丙的给付；另外，甲已经支付大部分款项（750万元），而出卖人乙也接受了相应款项。因此，本案中甲丙二人签订的房屋买卖合同虽未采取书面形式，但该形式要件的欠缺已为履行行为所治愈，故本案甲丙之间数额为1050万元的房屋买卖合同成立。

2．合同生效

合同生效的分析可以分为积极的生效要件和无效事由两部分展开。其中，积极的生效要件主要考察法律对于合同生效是否另有规定或当事人对合同效力是否作出其他约定；而无效事由则主要分析是否存在使得合同效力归于无效的事由。

根据《民法典》第502条第1款的规定，“依法成立的合同，自成立时生效，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外”。本案中，甲丙二人签订的以1050万元为价款的房屋买卖合同不存在“法律另有规定或者当事人另有约定”的情况，因而自成立起生效。

就是否涉及合同无效事由，本案中，甲丙二人关于系争房屋的交易采取“阴阳合同”方式逃税，可能构成对《刑法》第201条第1款（逃税罪）、《税收征收管理法》第63条第1款（偷税禁止）的违反。但是，这并不足以影响双方之间以1050万元为价款的买卖合同的效力。一方面，通常并不认为逃税的违法性足够强，以至于可以影响民事法律行为的效力；另一方面，如果认为逃税行为能够影响到隐藏行为（即1050万元的房屋买卖合同）的效力，则不免产生税收征管规则适用上的矛盾，即若当事人之间真实的买卖合同因违法而无效，则双方不存在有效的房屋买卖关系，进而当事人无需再承担相应的纳税义务。基于上述分析，应当认为，本案中甲丙二人订立的以1050万元为价款的买卖合同有效。

3．合同未消灭

1）思路一：合同未消灭的分析主要涉及合同是否被撤销。本案中不存在相关事由，因此甲丙二人订立的以1050万元为价款的买卖合同未消灭。本案中甲丙双方并未明确表示如需缴纳税款，就放弃以1050万元为计税基础的交易。尽管案情中提到甲认为1050万元的价格太贵且丙不愿降价，但这更多是双方在讨价还价中的考虑，若后来B没有提出通过“阴阳合同”的方式进行交易，甲丙双方也并非不存在以1050万元的价格达成合意的可能性。考虑到甲丙已经就该买卖合同的主要内容达成合意，应当认为并无重大误解等撤销事由或情势变更等变更和解除合同的事由，至于1050万元价款下的税费缴纳义务，可以适用《民法典》第510、511条关于合同漏洞填补的规定。

2）思路二：如果因虚假行为被确认为无效而税费显著增加是甲未预料到的事项（假设甲需要承担相应纳税义务），则可认为甲就该合同的订立存在重大误解（当然，这里只是提出一种可能性，若税款负担（相对于交易总价）不高（如10万元），可能很难认为可以构成重大误解），因为甲本来期待的是不需要支付1050万元对应的税费。此时，甲可以基于《民法典》第147条（向法院）请求撤销甲丙二人订立的以1050万元交易价格的房屋买卖合同，该房屋买卖合同因被撤销而消灭，故丙基于房屋买卖合同请求甲支付房款300万元的请求权不发生（相应的，第二问中关于中介费的分析也需要更改，因为此时乙并未帮助甲达成任何房屋买卖合同，自然无权依据合同约定请求支付中介费）。

3）思路三：类似地，若因虚假行为被确认为无效而税费显著增加是丙未预料到的事项，丙也可以主张重大误解而请求撤销合同（本案事实中是丙要求甲支付剩余的300万元，表明其并未行使撤销权）。

4）思路四：若甲丙在订立合同时均未预料到需要额外缴纳税款，并且税款的数额对交易有重大的影响，那么也可以认为合同订立的基础事后发生了变化，进而适用情势变更规则，甲方或者丙方均可根据民法典第533条（合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同）请求变更或解除合同。

4．根据合同约定丙可以请求甲支付房款300万元

承继思路一：如前所述，甲丙之间房屋买卖合同约定的价款为1050万元，本案合同未消灭，甲目前仅支付了750万元，尚余300万元未支付，故丙可以基于房屋买卖合同约定请求甲支付房款300万元。

二、请求权的消灭

经检索，本案中不存在该请求权的消灭事由。

三、请求权的抗辩

在诉讼中，甲主张丙未履行“家具买卖合同”，故自己也无支付剩余家具款的义务。但如前所述，甲丙之间成立的合同关系是以1050万元买卖系争房屋，在登记完成、甲支付750万元之后，丙的义务是清空房屋并移交钥匙，相应的，甲的义务是同时支付余款300万元。《民法典》第525条规定：“当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行请求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行请求。”可见，同时履行抗辩权的成立需以对方“不履行义务或履行义务不符合约定”为前提。结合案情，丙在2021年4月2日搬出房屋并拟交付钥匙，并不存在“不履行义务或履行义务不符合约定”的情况，所以甲无权基于同时履行抗辩权拒绝支付余款300万元。

四、结论

丙可以根据房屋买卖合同请求甲支付剩余房款300万元。

#### 第二问

乙或许可以根据房屋中介合同请求甲支付中介费10.5万元。

一、请求权的发生

乙的请求权发生的前提是甲乙之间存在有效的房屋中介合同，且根据合同约定乙可以请求甲支付中介费10.5万元。

1.合同成立

根据本案案情，甲为购买学区房找到了中介公司乙并订立了房屋中介合同，尽管无从知悉甲乙双方签订合同的具体过程，但应无疑问的是，双方之间就系争房屋买卖的中介事宜成立了房屋中介合同。

2.合同生效

根据《民法典》第502条第1款的规定，“依法成立的合同，自成立时生效，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外”。本案中，甲乙二人签订的房屋中介合同不存在“法律另有规定或者当事人另有约定”的情况，因而自成立起生效。本案所涉中介合同本身也并不违反法律和公序良俗。

本案中，乙的员工B建议并帮助甲丙采取避税的方式减少购房成本，此种行为可能构成对《刑法》第201条第1款（逃税罪的帮助犯）、《房地产经纪管理办法》第25条第（五）项（禁止协助规避税费）的违反。但无论就此问题得出何种结论，均不影响甲乙之间房屋中介合同的效力，因为合同效力的判断原则上仅需考虑合同订立时的情况。

3．合同未消灭

本案并不存在消灭合同的事由。

4.根据合同约定乙可以请求甲支付中介费10.5万元

甲乙在房屋中介合同中约定中介费为“房屋成交价”的1%。需要考虑的是，“房屋成交价”应作何理解，具体到本案中应以400万元还是1050万元作为计费基础。就此可参考上一问关于甲丙之间法律关系的分析，尽管甲丙之间名义上订立的房屋买卖合同约定价款为400万元，但该买卖合同系通谋虚伪表示下的表面行为，根据《民法典》第146条第1款应属无效，甲丙之间就系争房屋交易约定的真实价款为1050万元。因此，在计算乙可得主张的中介费时，亦应以1050万元作为计费基础。基于此，根据中介费为“房屋成交价”1%的合同约定，乙可以请求甲支付中介费10.5万元。

5.结论

乙根据房屋中介合同请求甲支付中介费10.5万元的请求权发生。

二、请求权的消灭

思路一：经检索，本案中不存在该请求权的消灭事由。

思路二：在虚假行为被确认为无效后，甲需以400万元和1050万元之间的差价为基础补交税款，就该部分需补交的税款，应认为与乙未如约履行中介义务（建议并促成逃税交易）有因果关系，故甲可以向乙主张违约损害赔偿。进而甲可以基于《民法典》第557条第1款第（二）项主张乙对甲的支付中介费请求权因折抵或抵销而消灭。

思路三：若如前文所述，本案合同被撤销，则应认为中介费收取条件未成就，乙方无权请求甲方支付中介费。

三、请求权的抗辩

经检索，甲方无抗辩。

四、结论

思路一：乙可以根据房屋中介合同请求甲支付中介费10.5万元。

思路二：乙关于中介费10.5万元的请求权因甲主张抵销而消灭，故乙无权请求甲支付中介费10.5万元。

# 第六章 缔约过失责任

缔约过失责任是一种法定责任，指一方以订立合同为目的与他方接触时，基于诚实信用的要求，负有以适当方式照顾与保护他方的权利、法益与利益的义务，若故意或过失违反该义务，则应赔偿他方因此所受损害。民法典第157条（“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定”）中的“有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失”在性质上就包含因缔约过失而生的损害赔偿责任，民法典第500条、501条则是对缔约过失责任的系统规定。

法律 民法典第500条当事人在订立合同过程中有下列情形之一，造成对方损失的，应当承担赔偿责任：（一）假借订立合同，恶意进行磋商；（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（三）有其他违背诚信原则的行为。民法典第501条当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密或者其他应当保密的信息，无论合同是否成立，不得泄露或者不正当地使用；泄露、不正当地使用该商业秘密或者信息，造成对方损失的，应当承担赔偿责任。

## 一、缔约过失责任的发展历史

德国法学家耶林较早（1861年）便系统论述缔约过失责任（Rudolf v. Jhering, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, JhJb 4 (1861), 1.）。不过，在《德国民法典》制定时，立法者认为缔约过失责任只涉及不同情况，缺乏统一性，难以在《德国民法典》的责任体系中安排适当位置，因此未加规定。不过，立法者也没有完全抛弃这项重要制度。德国民法典第119条以及相关的第142条第1款、第122条第1款对因错误撤销合同造成他人损害的情况做了规定，被认为是法律关于缔约过失责任的示例性规定。自产生以后，缔约过失责任制度在德国民法上的应用范围便逐渐扩大。作为一个存在于合同法和侵权法之间的制度，其对侵权法和合同法都有至关重要的意义，以至于Canaris在解释修改后的债法时说，如果不了解德国法上的缔约过失责任，就不能很好地理解德国合同法与债法。至2002年德国修订债法时，将长期以来以判例和学说的形式适用和发展的缔约过失责任以成文法的形式固定了下来。新规定采取了规定一般条款（第311条第2款第3项）与适当列举（第2款第1项与第2项）相结合的方式，为缔约过失责任未来发展预留了空间。

缔约过失责任在合同法层面的应用，按照德国学者von Caemmerer和Medicus的归纳，主要有两个方面。一方面是因缔约过失导致合同没有成立，造成当事人的损失；另一方面是虽然合同成立了，但因缔约上的过失导致合同的内容对另一方当事人不利。

## 二、缔约过失责任的本质

文献关于缔约过失责任，德国学者耶林的著名论述，值得反复研读：从事契约缔结的人，是从契约交易外的消极义务范畴，进入契约上积极义务范畴；其因此而承担的首要义务，系于缔约时须善尽必要的注意。法律所保护的，并非仅是一个业已存在的契约关系，正在发生中的契约关系亦应包括在内，否则，契约交易将暴露于外，不受保护，缔约一方当事人不免成为他方疏忽或者不注意的牺牲品。契约的缔结产生了一种履行义务，若此种效力因法律上的障碍而被排除时，则会产生一种损害赔偿责任。所谓契约不成立、无效者，仅指不发生履行效力，所谓不发生任何效力。简单言之，当事人因自己过失致契约不成立或无效者，对信其契约为有效成立的相对人，应赔偿基于此信赖所生之损害（王泽鉴译：《债法原理》，2021年3月增订新版，第260页）。

## 三、缔约过失责任的类型

### 1．缔约过程中过错的损害缔约方的绝对权

理论上，对于缔约过失责任的讨论，常常源于这样的典型案例：甲去买东西，进入商店后，因商店地板湿滑而摔倒（保洁人员擦地后忘记进一步晾干和放置“小心地滑”提示牌），进而要求商店因承担因违反保护义务而产生的责任缔约过失责任。对于这种情形的缔约过失，在比较法，主要是德国法上适用缔约过失责任处理有其特殊的原因——德国民法典第831条规定了雇主免责的规则，即“使用人与选任被使用人时，及如使用人应装置设备或器具，或指挥事务之执行者，于为装置或指挥时已尽交易上必要之注意，或纵加注意仍将发生损害者，不生赔偿责任”，这就使受害人常常无法要求雇主承担责任，而在要求雇员承担责任时，其清偿能力又往往较弱。比较而言，德国民法典第278条规定，“债务人对其法定代理人及为自己债务履行之人之故意或过失，如同自己之故意或过失负同一范围之责任”。根据这项被概括为“债务人为履行辅助人的过错负责”的规则，受害人常常可以获得较好的救济。

同样的法律适用问题在中国并不存在。一方面，我国法有关于安全保障义务的详细规定（民法典第1198条规定，“宾馆、商场、银行、车站、机场、体育场馆、娱乐场所等经营场所、公共场所的经营者、管理者或者群众性活动的组织者，未尽到安全保障义务，造成他人损害的，应当承担侵权责任”）；另一方面，我国法也没有像德国法第831条那样的雇主免责规则（民法典第1191条规定，用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任。用人单位承担侵权责任后，可以向有故意或者重大过失的工作人员追偿。）。总之，在中国法上，对于缔约过程中一方造成他方的固有利益即绝对权的损害，并无“动用”缔约过失责任的太大必要。

### 2．违反告知义务的缔约过失责任

#### 1）概述

民法典第500条第2项规定，当事人在订立合同过程中，存在“故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况”，造成对方损失的，应当承担赔偿责任。除了上述规定外，在买卖合同中，“当事人约定减轻或者免除出卖人对标的物瑕疵承担的责任，因出卖人故意或者重大过失不告知买受人标的物瑕疵的，出卖人无权主张减轻或者免除责任（第618条）”；在保管合同中，“寄存人交付的保管物有瑕疵或者根据保管物的性质需要采取特殊保管措施的，寄存人应当将有关情况告知保管人（第893条）”（此处为不真正义务）；在赠予合同中，“赠与人故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵，造成受赠人损失的，应当承担赔偿责任（第662条）”。

以上所列的告知事项基本上是法律规定的推定性或强行性条款。这些告知义务本质上都不再是民法典第500条中规定的非典型的、概括性的“订立合同过程中”的义务，而是正式的、法定的义务。那么，民法典合同编总则部分缔约过失责任中所要求的告知义务与民法典合同编分则部分所要求的告知义务有没有区别，有什么区别？有没有必要加以区别？

一般说来，合同分则是对总则的细化，不仅仅包括特定的合同条款，也包括相应的合同订立规则和违约责任规则，因此合同分则部分中可以包含法定的先合同义务是无可非议的。不过上文引到的几项“告知义务”有的与缔约相关，有的并不直接相关。缔约中的告知义务主要强调应告知与缔约本身有关的事项，合同中的主要义务则涉及交易的核心内容——给付，规定主合同义务的条款通常也都是合同的主要条款。可见，告知义务既可以包括（1）合同订立过程中的告知义务，如告知缔约地点变更或者提醒注意安全的义务；也可以包括（2）合同本身所要求的告知义务，如保险、咨询、委托合同中的告知；还可以包括（3）合同履行中的告知义务，比如告知赠与物的瑕疵。如果立法者在合同分则部分规定了缔约中的告知义务，缔约过失责任和合同分则规定的告知义务可能会并存，不过这种情况可能并不多见，毕竟缔约过程中的告知、禁止欺诈等义务的形态是比较简单的，不必一一在每个分则条款中规定。

另外，就像合同的主要条款与次要条款常常无法区分一样，很多告知义务很难被简单地划到这三类中的某一类中，或者可能常常同时属于以上三类中的某两类。例如，在买卖合同中，当告知所及的事项与标的物、价款直接相关时，是否履行告知义务就会一方面直接影响瑕疵责任的成立，另一方面又对买卖合同关系中出卖人的最基本义务（交付标的物）的履行发生影响，从而引起与瑕疵责任竞合的问题。二者竞合的基础，建立在二者相同的基本考虑上——买卖双方的履行和对待履行应符合当事人的共同预期或特定的标准。而特定的标准又主要来自当事人的约定，或者建立在当事人特定约定的基础上。

#### 2）告知义务的来源

原则上，沉默并不构成欺诈。仅在行为人有告知义务的情况下，其不告知的行为方构成欺诈或通常所说的“故意隐瞒”。[[75]](#footnote-76)告知义务与合同的内容及目的密切相关。在买卖等交易中，虽然通常适用“买者自负原则”（*caveat emptor*），但若出卖人明知标的物有重大的、影响合同对价的瑕疵而不予告知，也可能构成欺诈。例如，A向B出售房屋，该房屋曾为“凶宅”（屋内发生过凶杀案，行凶者杀人后自杀），设该信息将导致房屋价格降低30%甚至更多，出卖人A未向B告知该信息，这在我国通常会便会被认为构成欺诈。[[76]](#footnote-77)比较法上也有类似规则：在不动产买卖交易中，若有关标的物的瑕疵是隐蔽而肉眼无法识别的瑕疵（latent defect），该瑕疵对标的物的价格有重要影响且买受人不知也不应知瑕疵的存在，则卖方对这一瑕疵负有告知的义务。[[77]](#footnote-78)如在房屋买卖交易中，卖方没有告知买方房子里满是白蚁的行为即被认定为欺诈。[[78]](#footnote-79)

信息与财富密切相关，强制分配信息无异于征收乃至征用。这意味着，在绝大多数情况下，信息优势本身并不足以证成告知义务。例如，一般认为，若表意人就某一事项询问相对方，相对方拒绝作出回答，其拒绝行为通常不构成欺诈。只有在法律明文规定行为人有如实回答（或告知）的义务时（如保险法第16条），其拒绝回答或告知的行为，方构成告知义务的违反，进而成立欺诈。[[79]](#footnote-80)总结来看，告知义务的来源主要有：法律规定、交易惯例和特殊信赖。

为了鼓励交易，法律在某些时候会明文规定信息告知义务，以减少信息不对称对市场的负面影响。例如，美国法针对二手车交易制定有“机动车信息和成本节约法”（Motor Vehicle Information and Cost Savings Act）。根据该法，若二手车经销商在销售过程中未告知购买者里程表读数不准，将违反关于告知义务的规定。另外，在经销商拥有相关知识的情况下，即使虚假陈述是其在不知道真实情况粗心作出的，也构成欺诈。[[80]](#footnote-81)这一规则很好地维护了二手车交易市场的秩序，避免其沦为“柠檬市场”。[[81]](#footnote-82)与此类似，《证券法》在很大程度上就是“公司信息与成本节约法”。

交易的性质及相关交易习惯也是判断告知义务有无的重要依据。例如，古籍图书爱好者甲从乙旧书店以2万元购买一南宋《金刚经》孤本，假如甲购买时了解该书的大致价值为200万，其是否应向出卖人乙告知相关信息？答案是否定的。在很大程度上，旧书乃至古玩的买卖是一场当事人之间的“博戏”（game），无论是买受人还是出卖人都了解并受益于“走眼后果自负”的规则。[[82]](#footnote-83)当然，值得说明的是，买方在文物市场上可以不向卖方告知其信息，并不意味着卖方可以在明知标的物为赝品时故意隐瞒。例如，在拍卖交易中，尽管有诸如《拍卖法》第61条第2款的规定（“拍卖人、委托人在拍卖前声明不能保证拍卖标的的真伪或者品质的，不承担瑕疵担保责任”），若拍卖人或委托人明知标的物为赝品或有瑕疵而仍进行拍卖或委托的，也无权援引上述法律关于免责的规定。[[83]](#footnote-84)

优势信息、信任或信赖等特殊关系的组合，也促成告知的义务。[[84]](#footnote-85)例如，一家煤矿公司雇佣地质学家探矿，在某农场地下发现了矿藏，于是在未公布该信息的情况下低价向农民购买该土地，同时向股东回购股份。一般认为，前一项交易中，公司的行为尚不构成欺诈或不实陈述，而后一项交易则可能被认定为欺诈。[[85]](#footnote-86)合理的解释是，不将前一项交易认定为欺诈，能更好地鼓励探矿，鼓励在信息上的投资；而在后一项交易中，公司与股东之间有信义关系，因此公司应当如实告知相应信息。[[86]](#footnote-87)对信义义务关系中的告知义务，波斯纳（Posner）法官在United States v. Dial判决中的说理值得借鉴：在当事人之间有信赖关系或信义义务时，应当认为一方已在交往之中“购买”了“诚实”（candor），而这是另一方承担告知义务的内在原因。[[87]](#footnote-88)换言之，在具有特殊的信赖关系（besonderes Vertrauensverhältis）的情况下，沉默本身也可以构成欺诈。[[88]](#footnote-89)

信义义务与欺诈常常相伴而生的原因在于，在信义义务关系中，一方（委托人）将自身的利益完全托付给另一方（受托人），若不提供有力的事后救济，委托人的利益将极易受损害，甚至使此种交易安排无法真正达成。这意味着信义义务在某些时候甚至是一种“利他”义务，与一般交易中的“利己”（如买卖）或“善管”（如保管）都不同，强调受托人要告知委托人全部信息，交出全部获益，不谋求任何私益。若认识到这一点，便可以更好地理解资管交易、证券交易中信息告知的严肃性，理解实践中非常多“知情权”争议所涉及的并不是无关痛痒的信息的获取与传递问题。

#### 3）告知义务与瑕疵义务的竞合

不同规则规范同一对象，便会产生竞合的问题。买卖法和告知义务都涉及标的物的品质问题。一方面，根据买卖法，在标的物实际品质与当事人约定的品质或标的物通常应具有的品质不符时，买受人可以在满足条件时解除合同，也可以根据民法典第617条要求出卖人承担修理、更换、重作、退货、违约损害赔偿等责任（第582-584条）。另一方面，如果出卖人在缔约时没有将标的物有瑕疵的情况告知给买受人，则该隐瞒的行为便同时也构成欺诈或违反告知义务，从而有民法典第500条第2项所规定的缔约过失责任适用的余地，买受人可以主张损害赔偿。

对于有体物的买卖，在买卖法与缔约过失责任竞合时，买卖法优先适用。一方面，买卖法上的某些救济措施是不以过失为前提的，适用买卖法，作为受损方的买受人便少了一层举证责任，买受人也没有必要去舍近求远。另一方面，如果买卖当事人在买卖合同中约定免责条款（针对过失责任），则尽管损害行为是在合同缔结前发生的，缔约过失责任也没有适用余地，否则免责条款也会失去其本来的作用和意义。总之，买卖法规范是立法者在总结买卖交易关系，均衡买卖双方利益后设计的一个精巧体系，缔约过失责任则是一个粗线条的解决方案，在买卖法规范可以适用时适用缔约过失规则进行调整，将会打破买卖法上固有的利益平衡。这种解释是目前的主流观点。事实上，如果一方故意隐瞒信息欺诈对方，则即便双方在买卖合同中排除了欺诈方的责任，另一方也依然可以根据买卖法本身寻求救济（如第618条规定，“当事人约定减轻或者免除出卖人对标的物瑕疵承担的责任，因出卖人故意或者重大过失不告知买受人标的物瑕疵的，出卖人无权主张减轻或者免除责任”）。

对于非有体物买卖，在质量缺乏统一标准且当事人又没有明确约定时，缔约过失责任中的欺诈和告知义务规则可以被用来处理关于标的物品质的争议。此时，买卖法因其规范的刚性及违约救济形式的（主要适用于有体物买卖的）特殊性，便不尽适合处理当事人之间的争议。

案例广东金曼集团股份有限公司（简称粤金曼，原深交所代码0588）2001年6月15日成为深市第一家退市公司。在此之前，曾经出现过一次被各方寄予厚望的重组行动——2000年3月6日，与粤金曼一直有业务关系往来、同处烤鳗行业的世纪星公司，与粤金曼第一大股东潮州市国资办签订了《关于广东金曼集团股份有限公司国家股转让内部协议书》，约定潮州市国资办将其持有的粤金曼国家股3935.43万股（占粤金曼总股本的21.87%）转让给世纪星公司，转让价格以粤金曼1999年的净资产值为依据，而截至1999年12月31日，粤金曼的净资产值为－629，785，495.97元。世纪星应该支付转让款1500万元购买2935.43万股，待财政部批复下来，再接盘潮州国资办另外的1000万股票，大约转让价500万。世纪星在支付1500万预付款后接管了金曼股份公司，并自主实施对金曼股份公司经营管理至2001年3月底。合同签订后，股权受让人世纪星公司发现，粤金曼尚有多项巨额债务及重大担保没有在其1999年年报中体现，即截止到1999年12月31日，粤金曼净资产值远远超过负6亿元。世纪星公司认为，潮州市国资办与该公司签订股份转让协议时，故意隐瞒了这些重要事实并提供虚假的会计数据，已经构成了缔约过失。一审法院判决认为：“原告主张被告国资办在签订上述协议时故意隐瞒了金曼公司多项巨额债务及重大担保事实并提供虚假的会计数据，但被告国资办在签订上述协议时已经向原告提供了金曼公司1999年年报，履行了应尽的义务，故不存在故意隐瞒金曼公司多项债务及重大担保的事实，上述协议也没有约定被告国资办必须向原告提供这些事实”。“原告不了解上述事实，并不是被告国资办的过错；对于被告国资办提供虚假的会计数据，原告对此未能提供相应的证据予以证明，所以，原告的上述主张理由及证据均不充分，本院不予采纳。”

### 3．恶意进行磋商

“假借合同订立恶意进行磋商”，指当事人并无订立合同的真实意思，但又诱使他方与自己协商谈判，进而造成他人时间与机会成本上的损失。例如，在一个案件中，收购人甲意图购买食品连锁企业，同时与具有相似业务内容的两家企业进行协商，收购人更中意其中的A企业，但是持续与A、B两家企业协商。甲与B企业的谈判协商一直持续至与A企业签约之日，甚至在其内部确定与A企业签约的情况下，还展开对B企业的尽职调查。在与A企业完成签约的当天，甲通知B企业不再继续协商。在本案中，B并未与甲约定协商终止条款（一般而言，当事人会约定无故终止协商的损害赔偿或“分手费”）。B事后了解到甲收购A企业的情况，遂依据民法典500条第1项，要求收购人甲赔偿其损失。这个案件中，自甲确定与A企业签约时起，其再与B企业进行协商的行为，很可能就构成“假借订立合同，恶意进行磋商”的行为（当然，还需要其他具体案件事实的支持）。

应当强调的是，在谈判阶段或者订约准备的阶段，当事人通常并不希望受到法律行为的拘束。如果某一方在刚刚与另一方开始接触时就作了相当的付出（如购买机器的协商刚刚开始，就购置原料准备生产），只能被看作是一种过于轻率的举动，其因合同最终未能订立而受到的损害也应由其自行承担。也就是说，在缔约协商阶段，当事人实际上仍保留着是否订立合同的权利（有权随时中断协商），这也是合同的基本自由之一：缔约自由。实践中违反缔约自由的情况很多，比如强买强卖：一方只是问了价格，或者更进一步，讨价还价了一会儿，想不买，便要遭辱骂或拳脚。

按照合同法的基本原理，要约的成立，需要满足多项要件，报价和还价本身都不能构成要约。比如出卖人在服装市场上卖一件衣服，要价100元，买主问：“50元卖不卖？”对此，不能认为买方有民法典第472条第2项中规定的“受该意思表示拘束的意思”，这句问话，很可能充其量只是在探询卖主的反应，以便用于估计标的物的真正价值。也就是说，即便卖主在这时候说：“好，50元卖给你了”（这可以看作是一个要约），买方还是可以拒绝（当然，具体应如何认定，也要参酌当地市场中的交易习惯）。

双方当事人的讨价还价，可能只是某种暂时性、试探性的策略行为——探察对方的底线、了解其是否急于订立合同（比如是否急需某种产品），同时尽量掩盖自己的某些弱势（比如商店面临拆迁，必须将货物清仓出手；或者唯一的一双鞋坏了，必须尽快买一双新鞋）。一般这些行为也都不能构成民法典第500条第2项所规定的“故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况”。

德国学者Ballerstedt这样归纳缔约过失责任的特点：缔约过失责任就是这样一个悬在“有”和“无”之间的制度：一方面，当事人之间并没有法律行为关系；另一方面，当事人之间又不是毫无瓜葛，互不关联。这意味着缔约过失责任是一个在内容上不断变动的制度：当事人们越接近他们的最终目标（达成合同），其关系便越紧密，就负有越多的照顾对方当事人以及不随意中断协商的义务，其缔约自由也便受到越多的限制。合同义务的履行，最终将导致合同的终止；相对而言，前合同义务的履行，将导致当事人之间产生越来越紧密的缔约关系（Ballerstedt, AcP 151 (1951), 501 (504.)）。

一般认为，缔约过失责任的成立，不在于当事人是否愿意受此约束，而在于法律或习惯法的规定（要求当事人必须以特定的方式行为）。在这个意义上，缔约过失责任的本质在于缔约协商当事人之间的信赖关系。以及，更深层的，在于当事人对此种信赖关系的认知（知道他人信赖自己）以及在此基础上预期承担相应后果的意思。

### 4．其他违背诚实信用的行为

民法典第500条第3项中的“其他违背诚实信用的行为”是一项“兜底”性质的规定，其具体内容应参酌该条第1-2项，并结合交易中的具体情况加以确定。

## 四、缔约过失责任的内容

### 1．损害赔偿

缔约过失责任的法律效果主要是损害赔偿，使受害人的财产状况恢复到损害事件发生前的状态。在具体确定损害赔偿的范围时，首先要找到损害事件，即导致损害发生的原因，然后再确定假设没有这种损害的状态。债务人应赔偿现实状态（损害后的状态）与假设状态的差值。

缔约过失责任的承担，常常体现为对信赖利益损害的赔偿。值得注意的是，并不是缔约过失责任天然排斥对履行利益的赔偿，而是因果关系、预见性等要件限制对履行利益的赔偿。以欺诈为例，欺诈行为对合同关系的影响和受欺诈人的不当期待都决定了受欺诈人难以请求期待利益的赔偿。在这一问题上，欺诈和错误是类似的。错误的相对方不能请求履行利益赔偿的原因在于，相对方没有正当理由期待可以按照错误的内容订立合同。例如，在表意人错把价值1万元的戒指以1千元的价格出售时，相对方并不能合理期待可用1千元购买价值1万元的物品，即赔偿履行利益在构成要件上的要求是有关的损害具有可预见性，在欺诈的情形中，非常多的情况是受欺诈人出于侥幸心理而行为，如购买“包治百病”的床垫，或投资“一本万利”的项目，这些“期待利益”通常都不是可以合理预见的。另外，在欺诈人承诺标的物具有通常的质量水准，受欺诈人支付了相应对价，而欺诈人在履行上以次充好时，受欺诈人可以通过其他法律制度获得履行利益的损害赔偿。具体而言，受欺诈人有多种可供选择的制度安排：其既可以保有履行而（根据瑕疵责任制度）请求欺诈人承担违约责任，也可以在构成根本违约的情况下解除合同。换言之，受欺诈人在撤销的情况下只能请求信赖利益的赔偿，未必一定是限制了行为人对履行利益的权利。[[89]](#footnote-90)

### 2．废止合同

除损害赔偿外，缔约过失责任的承担，还会导致合同的废止（Aufhebung），从而使合同关系恢复到缔约前的状态。

# 第七章 合同的效力

## 一、合同成立与合同生效的关系

如前所述，合同成立指双方当事人达成意思表示一致的状态；合同生效则是法律经过对合同的评价，肯定其具有法律上的拘束力。根据私法自治原则，对当事人达成一致的意思表示，法律通常都会肯定其拘束力，也是基于这样的原因，民法典第502条第1款规定，“依法成立的合同自成立时生效”。不过，在某些情况下，或者源于当事人的意思（如附生效条件的合同或附生效期限的合同），或者源于国家的管制需求（如需要批准生效的合同），合同成立与合同生效之间会存在时间差。

需要说明的是，一般认为合同成立后就会产生某种程度的拘束力。合同生效之前，尽管合同的主给付义务尚不能发生拘束力，但总会在当事人之间产生一定的权利义务关系，在这个意义上，认为合同成立后、生效前的阶段没有任何拘束力的观点是不能成立的。例如，附生效条件或附期限的合同，事实上产生了当事人不能单方阻止条件成就的义务（民法典第159条）；以批准作为生效条件的合同，通常也会产生当事人协力批准的义务以及违反该义务的违约责任（或者认为有关批准义务的条款可以单独生效）。另外，合同成立后，有关合同主体内容的争议解决条款等约定，通常自成立时起即发生拘束力。

## 一、不违反法律和公序良俗

所谓“违反法律和公序良俗”，就是通常所说的“合同违法无效”。在我国从管制主导的计划经济走向自由约定主导的市场经济的过程中，随着改革的推进，大量管制规范逐渐无法适应社会经济的发展（某些管制规范在制定后也并未严格执行）。而若在社会变迁之后仍依这些规范认定合同无效，便有可能破坏双方当事人缔结合同时达成的互信，甚至使其中某一方当事人因为合同无效而获益。

法律 城市房地产管理法（2009）第39条以出让方式取得土地使用权的，转让房地产时，应当符合下列条件：（一）按照出让合同约定已经支付全部土地使用权出让金，并取得土地使用权证书；（二）按照出让合同约定进行投资开发，属于房屋建设工程的，完成开发投资总额的百分之二十五以上，属于成片开发土地的，形成工业用地或者其他建设用地条件。转让房地产时房屋已经建成的，还应当持有房屋所有权证书……

典型者如我国房地产管理法第39条第2项规定，土地转让时，应当完成开发投资总额的25%以上。适用该项规则的可能情境是：出让人与受让人自愿订立房地产转让合同后，土地价格上涨，出让人欲索回土地，遂援引上述第39条第2项，认为投资开发总额未达到25%，故转让合同无效。这一主张虽有悖于双方当事人通过合同建立的互信，但是该合同毕竟违反了上述房地产管理法的规则，有违当时的一般社会政策（限制炒卖土地），因此也确实存在认定为无效的空间。

对于此种合同，究竟应否认定为无效，在一定程度上也取决于该规则执行的“力度”：如果该规则被严格执行（如严格管制违规转卖土地使用权的行为，并且市场上此种“倒卖地皮”的现象也较为少见），则违反该项规定便很可能有被认定为无效的空间；而若该规则很少被执行，或者此种转卖土地的行为在市场中普遍存在，则通过援引该规则以谋取更大利益的行为便较少具有正当性。

在上述背景下，我国的学说与司法实践又提出了“效力性强制性规范”与“管理性强制性规范”的区分，认为违反管理性强制性规范一般不导致合同无效，仅在违反效力性强制性规范时合同才会陷于无效。这种区分是模糊的。其根本原因在于法律限制合同效力的条款一方面或多或少往往都有一定的管理性，另一方面也会涉及合同的效力。因此，正如学者所总结的，法官裁判时的思维过程往往并不是先明确某一规范属于效力性规范还是管理性规范，进而以演绎的方式推理出合同的效力；而毋宁是先判断双方当事人之间的利益格局及其与公共政策之间的关系，决定合同是否应当无效，进而再在此判断的基础上，得出某一规范属于效力性规范还是管理性规范的结论。换言之，某一规范究竟属于效力性抑或管理性强制性规范，往往并不来源于规范本身的性质，而不过基于法律事实和双方之间的权利义务关系加以判断的结果。这也从侧面表明，效力性强制性规范和管理性强制性规范的区分并不严谨，也不能使合同违法无效制度更趋精细。在上述背景之下，作者个人更倾向于认为效力性强制性规范和管理性强制性规范的区分是没有必要的，某一行为是否应当认定为无效，应当综合案件的各方面信息，同时结合法律规范本身的目的综合判断。如果一定要说这种区分有什么价值的话，那就是它使人们认识到“并非所有违反强行法的合同都应当无效”这一命题本身。

文献与其说强制规范（不）属于“效力性”故而（不）导致合同无效，不如说是综合衡量多方因素后（比如兼并方显无安置职工的能力或承包合同已顺利履行），决定了合同（不）应该无效，相应的强制规范也就（不）属于“效力性”规范（姚明斌：《“效力性”强制规范裁判之考察与检讨》，《中外法学》2016年第5期）。

## 二、不损害他人的（某些）合法权利（处分行为的相对无效）

处分行为的相对无效（relative Unwirksamkeit einer Verfügung, Larenz, BGB AT, § 23 IV, S. 471-476），指的是这项行为仅相对于某个特定的人才不生效力，而相对于其他人则是有效的，从而与绝对的不生效力形成对照（梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2013年版，第375页）。

法律 民法典第305条按份共有人可以转让其享有的共有的不动产或者动产份额。其他共有人在同等条件下享有优先购买的权利。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国物权法》若干问题的解释（一）第12条按份共有人向共有人之外的人转让其份额，其他按份共有人根据法律、司法解释规定，请求按照同等条件购买该共有份额的，应予支持（第1款）。其他按份共有人的请求具有下列情形之一的，不予支持：（一）未在本解释第十一条规定的期间内主张优先购买，或者虽主张优先购买，但提出减少转让价款、增加转让人负担等实质性变更要求；（二）以其优先购买权受到侵害为由，仅请求撤销共有份额转让合同或者认定该合同无效（第2款）。

以共有为例，在共有人处分自己的共有份额而未通知其他共有人行使优先购买权时，其他共有人有权主张共有人处分共有财产的行为无效（即对该其他共有人不发生效力）而实现其优先购买权。具体而言，优先购买权的行使，只是处分行为不能对其他共有人生发生效力，而“无权处分”共有人与第三人之间的合同（负担行为）有效，从而形成一种处分行为相对于特定第三人不生效力的法律现象。例如，甲乙按份共有房屋，甲未通知乙即将房屋转让给丙，并办理了过户登记，若乙行使优先购买权，将导致甲丙之间的物权变动无效；若乙不行使优先购买权，则甲丙之间的物权变动有效。另外，无论乙是否行使优先购买权，甲丙之间的合同效力都不受影响。

法律 最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定(四)第21条有限责任公司的股东向股东以外的人转让股权，未就其股权转让事项征求其他股东意见，或者以欺诈、恶意串通等手段，损害其他股东优先购买权，其他股东主张按照同等条件购买该转让股权的，人民法院应当予以支持，但其他股东自知道或者应当知道行使优先购买权的同等条件之日起三十日内没有主张，或者自股权变更登记之日起超过一年的除外（第1款）。前款规定的其他股东仅提出确认股权转让合同及股权变动效力等请求，未同时主张按照同等条件购买转让股权的，人民法院不予支持，但其他股东非因自身原因导致无法行使优先购买权，请求损害赔偿的除外（第2款）。股东以外的股权受让人，因股东行使优先购买权而不能实现合同目的的，可以依法请求转让股东承担相应民事责任（第3款）。

类似的情形，在有限公司股东对外转让股权而损害其他股东优先购买权时，同样存在。依“公司法司法解释四”第21条，在其他股东行使优先购买权的情况下，转让股东与受让人之间的股权转让合同的效力不受影响，但是在转让股东与受让人之间股权变动不能发生效力。即通过行使股份的优先购买权，其他股东可以取得有关股份，而受让人可请求转让股东承担违约责任。

总之，需要说明的是，处分行为相对无效制度所描述的，是有关处分行为能不能发生相应的法律效果，主要是能否产生物权变动或其他权属变动效力的问题，而并不涉及国家基于公共政策对该行为的评价，和通常所说的违法无效制度还有所区别。

## 三、合同当事人须有行为能力

### 1．自然人的行为能力

人与自然界中物或者动物的差别，在于人有（人自己定义的）理性能力而其物或者动物没有该能力。但是，在现实世界中，不同人的理性能力是有差别的：全知全能者固然拥有最完全的理性能力（如上帝），而普通人却常常会因年龄、智力、身体等原因而存在某些理性能力上的不足。不过，在强调“人权天赋”“人生而平等”的观念之下，法律又不能简单地规定存在理性能力不足的人不具有权利能力；为了解决理性能力事实上存在差异的问题，法律又“发明”了“行为能力”这一概念，即将行为能力与特定的认知能力相关联。譬如，法律规定限制行为能力人只能从事纯获利益的行为或者与其年龄、智力相适应的行为（民法典第19条后段），而对于超出其认知能力或理性能力的行为，须由其代理人代为进行。可以看出，法律对限制民事行为能力人订立的超出其智力范围的合同无效的规定（或无民事行为能力人从事的法律行为无效的规定），是一种保护此类行为人权益而非限制其权益的规则。不承认此类行为的效力也不意味着该类型违反了公序良俗，因而应予否定评价。在这个意义上，我们甚至可以把行为能力制度理解为是一种“社会化”的考量，其客观上具有弱者保护的功能。基于这一原因，即便其最终的结果都是行为无效，也仍然有必要将此类关于自然人主体资格或能力的规范与法律行为的效力性规范相区分。

文献事实上，被康德哲学称为“理性”、被滕尼斯称为“选择意志”、被雅科布斯称为“任意”的东西，对于生物人而言并非是必然能达到的，而生物人离这个“彼岸”的距离，则只是或近或远的差别。所以，实定法规定的法律中的人，只能无限接近、而无法真正达致此种思辩中的人。虽然法律假定每个成年生物人都拥有理性，但是这种庸俗化了的理性可能掺杂了个人的任性、意愿、欲望，从而与道德哲学中的人仍然有着不小的差距。如果情况是这样，那么区分理智健全的成年人与成年痴呆者，就仅是一个理性的程度即量的规定性的问题，而非有无理性即质的规定性的问题。这或许是后者也被承认具有权利能力的一个更为有力的原因。申言之，既然每个生物人都无法达致那个理想的、思辩中的自由而理性的人的状态，那么法学在通过权利能力将生物人构造为自然人时，就无法作质的规定性上的区分，而应按照伦理的要求，一律予以承认。换言之，自由究竟是何时获得的，又是何时失去的，实难有准确的标志和计量方法，所以，权利主体的这种扩大化也不是完全没有基础和依据的。……权利能力（拥有权利的可能性）和行为能力（获得和行使权利的可能性）两个概念相分离之后，分别与民法学的不同制度相勾连。具体而言，权利能力仍然被作为民事主体的本质属性，成为实定法承认或赋予某存在以主体资格的标志；而行为能力则是法律行为的一个生效要件，行为能力不足者所为的法律行为无效或者效力待定，从而行为能力被限缩到了法律行为领域（冯珏：《自然人与法人的权利能力——对于法人本质特征的追问》，《中外法学》2021年第2期）。

文献行为能力要件规范……无意禁止行为能力不足者参与交易，只是若合同未满足相应要件，出于私法内部固有的限制不允许其发生效力。相比之下，“强制规范违反禁止规则”所涉的强制规范，因其目的在于“强行”或“禁止”某一行为而带有“行为规范”的品格，一旦违反，合同无效作为一种私法上的制裁，具有辅助实现公法规范目的的作用。在法技术上，前者是决定合同效力是否发生的“能为规范”，后者则是评价合同是否无效的“许为规范”。落实到司法适用中，当合同因一方当事人无行为能力而被认定无效，通常会表述为该合同不“符合”行为能力方面的要求，而不会认为该合同“违反”了行为能力要件规范（姚明斌：《效力性强制规范裁判之考察与检讨——以<合同法解释二>第14条的实务进展为中心》，《中外法学》2016年第5期）。

### 2．法人的行为能力

限制法定代表人权限的规则（民法典第504条）运行的结果，是法定代表人超越权限订立的合同对法人不生效力；在严格限制法人目的范围的历史时期，法人超越其目的范围所为之行为对其也不生效力（民法典第505条（及此前的合同法司法解释之一）改变了此种效果，规定此类行为有效）。人们在描述此类状态时，虽然都使用了“效力”或者“无效”等表达，但其所处理的核心问题仍然是法人独立意志的问题，即法人的意志在何种程度上独立于自然人，换言之，这两条规则对合同效力的影响与法律基于公序良俗对合同效力的评价仍存在差异。

当然，就这一问题而言，可能存在的模糊边界在于：如果法人在行为中违反法律关于经营范围特殊管制的规定，如进入需要经过特别批准并颁发牌照的金融、保险、电信、危险品处置等特殊行业并从事相应经营，则行为无效。这类管制虽然也具有限制法人目的范围的特征，但其主要功能仍在于保护社会公共利益，故违反此类规范的行为可能被认定为无效。

总之，法人是一个经由法律拟制的虚拟存在，法人的意思来源于其代表机关（成员）的意思，在这个意义上法人的理性能力是健全的，某种意义上甚至是完美的。这也就意味着任何法人都既具有权利能力（源于人类的法律对法人的承认），又具有完美的行为能力。就法人主体资格对行为效力的影响而言，法律需要解决的核心问题毋宁是自然人与法人之间的关系问题，即法人这一虚拟体应当在多大程度上独立于自然人。在这个意义上，关于法人行为的规则，例如法定代表人超越代表权限订立的合同效力如何，法人超越经营范围所为之经营行为是否有效，本质上处理的都是法人独立性的问题。因此与合同效力制度所关注的核心——公序良俗对行为的评价——仍有所差别。

文献在权利能力、行为能力的构建上，法人面临的主要问题，是在自然人普遍成为权利主体的前提下，法人与其内外自然人的关系如何构建的问题，即法人的民事主体地位问题主要在于其相对于自然人的独立地位的构建。这样，就可以理解拉伦茨在《德国民法通论》中，对于法人独立性的讨论为何着墨那么多。拉伦茨一方面承认权利能力是法人的本质属性，另一方面，在给法人下定义时，却只字不提权利能力，而是着眼于法人独立于其成员的这一性质。……总体而言，法人也是法学构建的结果。与自然人需要不断磨砺自己在法律交往中的目的导向理性能力不同，法人需要磨砺的是其相对于自然人所取得的独立性。按现代观念，凡生物人都具有权利能力，存在疑问的是其行为能力；而现代组织是一个目的性的构造，所以原则上都具有行为能力，存在疑问的是其是否独立于组织内的成员。法人的主体资格的核心，即在于其是否为独立的实体，从而可以与相关的自然人相分离，拥有自身的法律范围或权利范围。与自然人领域的行为能力不完全对应于其在现实中的理性能力类似，法学对于法人之独立性的构建，也不完全对应于这个组织相对于其成员的事实上的独立性。正如法律对自然人的行为能力的规定，在某种意义上“强迫”自然人成为一个自负责任的人，法律对于法人之独立性的构造，也在一定程度上要求和促使法人相对于其成员取得事实上的独立性。换句话说，法人的形式为组织提供了活力（冯珏：《自然人与法人的权利能力——对于法人本质特征的追问》，《中外法学》2021年第2期）。

## 四、意思表示真实

### 1．欺诈

欺诈、真意保留与错误是三个涉及行为人内心意思与其外在表示的制度。若从法律效果的相互关系上观察,真意保留和欺诈各据两端,而错误居中：在真意保留的情况下，表意人的真意被忽略，相对人的信赖受到保护；在欺诈的情况下，表意人可以请求撤销其意思表示以回复未受欺诈状态，相对人不仅不能取得权利，还应赔偿受欺诈人的其他损害；在真意保留和欺诈之间是错误制度，相对人的信赖是否应获得保护或表意人可否撤销其意思表示，要考察有关错误是否满足特定内容的要求（有些国家还会要求表意人无重大过失）。

欺诈与错误密切相关，那么，既然欺诈的结果是受欺诈人产生错误认识并在此基础上为意思表示，可否用错误制度替代欺诈（值得一提的是，在通常的民法教科书中，一般将意思表示瑕疵区分为“意思表示不一致”和“意思表示不自由”两类情况，这显然并不是基于同一标准所做的分类，前者强调结果，后者强调原因，因此这二者常常会有所重合：很多情况下意思表示不自由会导致当事人的真意和表示不一致）？一般认为，在欺诈中，相对人的错误可以是民法错误制度下的“内容错误”，但主要是民法错误制度原本不提供救济的“动机错误”。后者如公司（管理层）发布虚假信息，导致投资者因此买卖股票（证券欺诈）。对于动机错误，民法上并非完全不提供救济，只是相比内容错误而言要求更为严格的要件。因此，可认为欺诈是错误制度的例外：法律提供此种例外性救济的正当性在于恶意欺诈对意志自由的严重侵害。除此以外，欺诈恶意的存在，还使法律在其他构成要件上往往采取相比诸如错误制度等更为宽松的标准，以下详述之。

首先，因受欺诈而撤销意思表示不要求内容上的实质性。在法律行为的视角下，因为欺诈将导致合同的撤销，似乎要达到类似解除合同制度中“根本违约”的程度，或者达到错误制度中足以影响交易基础的程度，但欺诈恶意的存在，降低了法律在实质性（materiality）要件上的要求。具体而言，只要行为人不实陈述了任何能引起或影响交易的情事，就足以构成欺诈，受欺诈人进而可寻求撤销合同等救济。这是欺诈与其他类似法律制度的重要区别。其考量在于，影响表意人作出决定的因素很多，其中不乏一些主观的、个人化的因素，如果采取一般化的“实质性”标准，很可能会忽略这些个人的因素，这在错误的情况下尚有合理性，但在有欺诈恶意的情况下，很可能过于宽纵欺诈人而损害受欺诈人。

其次，欺诈恶意导致因果关系认定上的放宽。欺诈是典型的故意行为，在其构成之因果关系的判断上，这一观念具有重要指导意义：欺诈制度的规范重心在于行为人欺骗他人的故意行为，对于受欺诈方的意思状态，应持宽容的态度。换言之，行为人的欺诈可以将相对人的“重大过失”正当化。某些时候，欺诈人的谎言可能相当拙劣，一般理性人并不会相信，但这一合理理性人的标准并不能完全适用于对欺诈的判断。这也是各国普遍确立的法律原则：在行为人欺诈时，相对人存在重大过失而不知，受欺诈人的撤销权不受影响，即就撤销权的取得而言，相对人的过失不在欺诈认定的考虑之内。除可以正当化受欺诈人的重大过失外，欺诈恶意还会导致因果关系判断标准在其他方面的放宽，具体体现在以下几个方面。其一，欺诈导致必要因果关系的放宽。很多国家在规范撤销因欺诈而订立的合同时，都放宽了对因果关系要件的要求。例如，在普通法上，要确立责任，欺诈只要构成受欺诈人行为的原因之一（furnish a reason）即可，而不要求其构成“主要的”（main）或“实质的”（substantial）“引致”（inducement）。又如，在英国法上，撤销因欺诈而订立的合同时，必要条件即“要不是”检验（but for test）并不适用。具体来说，即便被告欺诈人的抗辩“如果没有我的欺诈，原告也会订立合同”成立，也不影响原告撤销合同的主张，只要原告证明自己受到了被告欺诈的影响即可。其二，特定领域内的欺诈可豁免对因果关系的考察。如证券欺诈中的因果关系推定规则，其根源仍在欺诈制度的一般原理中。总之，欺诈制度各构成要件相互影响，此消彼长。在发生欺诈时，因行为人主观恶意明显，不仅导致前文所述不要求欺诈内容上的实质性，也很大程度上降低了考察因果关系这一要件的必要性。即不要求行为人做出意思表示时的误解全部由欺诈引起，只要欺诈是引发该错误认识的共同原因即可。在判断因果关系时，只要欺诈引起的错误在效果上“加速”了缔约决定的过程即可，例如行为人的欺诈导致受害人不再进一步协商有关合同的价格条件。

### 2．胁迫

法律 民法典第150条一方或者第三人以胁迫手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受胁迫方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

文献胁迫制度由来已久，但法律对胁迫的态度几无变化：即胁迫行为的无效化（invalidation）。最著名的范例来自乌尔比安对裁判官告示的援引：“因恐惧而做的事情，我将不允许其产生效果。”这一判定在后世从者甚众，如格劳秀斯在16世纪的《荷兰私法导论》中写道：“胁迫属于债务（全部）不生效力的内部原因之一，会引发恢复原状之救济，并会终结债务。”《德国民法典》第123条、《日本民法典》第120条以及我国民法典第150条和《合同法》第54条持相同的态度。与此相应，美国《第二次合同法重述》第175条也做了类似的规定，学者并据此总结了构成胁迫的四个要件：存在胁迫；胁迫为法律所禁止；胁迫诱发了受害人的同意表示；并且足够严重（张凇纶：《胁迫制度的经济分析》，《中外法学》2018年第3期，第632-650页）。

我国法对于何为胁迫并未作出明确的规定。“民通意见”第69条例示性地提及了胁迫——“以给公民及其亲友的生命健康、荣誉、名誉、财产等造成损失或者以给法人的荣誉、名誉、财产等造成损害为要挟，迫使对方作出违背真实的意思表示的，可以认定为胁迫行为”，但这一定义并不能涵盖胁迫的全部类型。

胁迫的具体表现是“要挟”，即胁迫人使被胁迫人认识到，若不按胁迫人的要求从事特定行为，将产生对其不利的后果。胁迫通常体现为间接的意志压力而不是直接的物理强制（如抢劫）。例如，强行抓住他人的手在文件上签字便不属于法律上的胁迫，而应认为该他人并未作出任何意思表示，这与受胁迫情形下作出一个“不真实”或者“不自由”的意思表示仍有所差别。

通过威胁对他方施加压力本身尚不足以构成胁迫，只在使某人违背其意愿且无合法理由的情况下，才可能成立胁迫，换言之，欲构成胁迫，还须具有违法性。对此，学者关于“目的违法”（如胁迫他人从事违法行为）、“手段违法”（如于欢案中催债者逼迫他人还债；比较而言，在债务人拒绝支付修理费，承揽人行使留置权的行为，便不构成手段不法）或“二者结合的违法”（如与他人车辆剐蹭后发现对方饮酒，便以报警为要挟，要求对方赔偿自己损失，此时报警这一手段和要求赔偿这一目的都可能是合法的，但将其结合便有可能构成不法）的分类值得借鉴。

鉴于胁迫并不是彻底剥夺行为人的意志自由，而是对其意志自由施加了不当影响，而此种不当影响在多大程度上干扰了当事人的自主决定，是一个需要结合多种因素综合判断的事项。例如，双方约定出卖人为买受人提供一批零部件，在合同签订后履行前，出卖人得知买受人急需该零部件以维持生产，遂提出涨价的要求并声称如果不涨价将拒绝供货（将造成买受人巨额的损失）。在这种情况下，出卖人提出涨价的主张违反了合同义务，并无合法依据，因此具有一定的不法性，但是否构成胁迫并不能简单下结论。

最后，还需要说明的是，胁迫的认定也不应仅仅考察意志自由受干涉的情况，还可能要考察胁迫行为引发的结果不公正（将严重失衡的合同关系作为当事人意志不自由的证明）。另外，在胁迫行为严重违法时，有关行为也可能构成违反公序良俗而无效。

### 3．重大误解

法律 民法典第147条基于重大误解实施的民事法律行为，行为人有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

### 4．虚伪表示

法律 民法典第147条行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效（第1款）。以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理（第2款）。

### 5．显失公平

法律 民法典第151条一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使民事法律行为成立时显失公平的，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

合同的显失公平，主要是指合同一方当事人利用自身优势，或者利用对方没有经验等情形，在与对方签订合同中设定明显对自己一方有利的条款，致使双方基于合同的权利义务和客观利益严重失衡，明显违反公平原则。

### 6．恶意串通

恶意串通是我国民法上历史较久的制度，1986年的民法通则就有恶意串通的民事法律行为无效等规则。

法律 民法典第154条行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效。合同法第52条有下列情形之一的，合同无效：……（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；……民法通则第58条第1款下列民事行为无效：……（四）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的；……

恶意串通究竟是不是一项独立的合同无效事由，值得仔细探讨（茅少伟：《论恶意串通》，《中外法学》2017年第1期）。本文倾向于认为，恶意串通订立合同损害第三人利益的情况，常常可理解为恶意串通的双方当事人构成故意悖俗侵权，此处所侵害的对象是受害人的债权。在满足侵权法构成要件的情况下，被侵权人有权请求侵权行为人赔偿损害以最终恢复原状。而恢复原状的直接效果，就是废止恶意串通而侵害他人权利的合同。若做此种理解，恶意串通将不再是一项独立的合同无效事由，而仅仅是一种故意悖俗的侵权行为。此时的“合同无效”，只是通过承担侵权责任而废止合同的效果。

法律 最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释第7条买受人以出卖人与第三人恶意串通，另行订立商品房买卖合同并将房屋交付使用，导致其无法取得房屋为由，请求确认出卖人与第三人订立的商品房买卖合同无效的，应予支持。

## 六、合同无效与撤销的法律后果

### 1．因欺诈而撤销合同的法律后果

意思表示的撤销属于财产规则（property rule）[[90]](#footnote-91)类的救济。与其他意思表示撤销制度类似，欺诈撤销是一项“全有全无”的制度——如果合同当事人因受欺诈而行使了撤销权，则合同自始不发生效力，且当事人已经做出的履行须全部返还。[[91]](#footnote-92)比较而言，在瑕疵担保制度下，退货或解除合同等彻底取消交易的安排只是选项之一，除此以外当事人还可以选择修理更换、损害赔偿等救济方式。

与通常的认识不同，撤销之后的相互返还并不是中性的，目的并不是真正使当事人回到“未缔约之前的状态”。其原因在于，尽管适用不当得利的返还规则，但欺诈人因其恶意须返还全部获益，而受欺诈人仅须返还现存利益。如标的物非因受欺诈人的过错而毁损灭失，则受欺诈人不再负担返还义务，但受欺诈人对欺诈人的返还请求权不受影响。比较法上甚至还存在这样的规则：即使在因受欺诈人过错而致标的物毁损灭失的情况下，法院也应根据诚信原则，权衡欺诈行为的严重程度和受欺诈人的过错程度加以判断，必要时仍可免除受欺诈人的返还义务。[[92]](#footnote-93)这些返还规则意味着欺诈人要承受其自己履行的损耗乃至贬值和灭失的风险。还值得一提的是，若区分负担行为与处分行为，则在买卖交易中存在欺诈时，负担行为的效力原则上都是自始无效，但处分行为的效力应分别讨论：若出卖人欺诈，在买受人撤销后，负担行为无效，但处分行为效力不受影响；若买受人欺诈，则在出卖人撤销后，负担行为无效，处分行为也无效。[[93]](#footnote-94)

我国民法上对欺诈撤销权的限制主要体现在除斥期间规则上。即受欺诈人应在知悉受欺诈1年之内行使撤销权，且最长不超过5年，以避免当事人之间的权利义务关系长期处于不稳定状态。在比较法上，在除斥期间经过的情况下，受欺诈人固然不能行使撤销权，但受欺诈人可取得“恶意抗辩权”（exceptio doli），拒绝欺诈人的履行请求而无需承担违约责任（如德国民法典第853条），且这一抗辩不受时效期间的限制。[[94]](#footnote-95)换言之，即便撤销权的时效经过或者欺诈侵权损害赔偿的时效期间经过而使受欺诈人无法摆脱合同关系，受欺诈人仍可以拒绝欺诈人的履行请求。这是对欺诈撤销、欺诈侵权制度的重要补充，事实上也贯彻了惩罚欺诈的价值选择：只要有关权利或合同是通过欺诈的方式取得的，则尽管针对欺诈的积极救济权消灭或无法行使，欺诈行为人仍不能实现其非法取得的权益（如履行请求权）。[[95]](#footnote-96)当然，作为平衡，受欺诈人在行使恶意抗辩权时，尽管无需履行自身的义务，但应返还其已经从欺诈人处获得的对待履行，除非有关交易满足不法得利的要件。[[96]](#footnote-97)

需要说明的是，总体而言，实务中恶意抗辩的制度应用较少。[[97]](#footnote-98)原因在于，受欺诈后，要么受欺诈人及时发现了欺诈而拒绝履行并请求撤销其意思表示；要么受欺诈人已因欺诈做出了相应履行而无从行使恶意抗辩权。至于受欺诈后当事人既未撤销又未履行的情况，少之又少。除此以外，一个重要的原因是基于不当得利的侵权损害赔偿制度的存在。如我国民国“民法”第197条规定，“因侵权行为所生之损害赔偿请求权，自请求权人知有损害及赔偿义务人时起，二年间不行使而消灭，自有侵权行为时起，逾十年者亦同。损害赔偿之义务人，因侵权行为受利益，致被害人受损害者，于前项时效完成后，仍应依关于不当得利之规定，返还其所受之利益于被害人。”根据该条规定，在受欺诈的情况下，即便不能撤销，受欺诈人仍然可以根据侵权法，经由不当得利法而请求返还欺诈人因欺诈获得的利益，同时享有十年的时效期间保护。[[98]](#footnote-99)

商法上关于欺诈撤销权也有一些值得注意的特别规定。我国《保险法》第16条第3款就是一例。该条规定，在投保人故意或者因重大过失未履行告知义务的情况下，若“自合同成立之日起超过二年的”，则保险人不得解除合同。[[99]](#footnote-100)上述“不可抗辩条款制度”设计的主要目的有二：（1）促使保险人尽职地调查投保人的健康状况，并为其保留相对充分的调查时间（两年）。（2）为投保人提供稳定的预期。我国司法实务中多认为《保险法》关于合同解除权的规定为特别法，优于合同法关于欺诈撤销权的规定。实践中仅有个别判决认为二者在法律适用上并不冲突而支持适用《合同法》第54条。[[100]](#footnote-101)这意味着若保险公司不能在两年内发现欺诈行为，则需要履行有关保险责任。在欺诈行为较为隐蔽时，此种规定势将影响保险公司的风险测算。[[101]](#footnote-102)即便保险公司可以通过增加保费而避免此种不当欺诈的损害，也不过意味着由更多人分担了欺诈行为带给保险人的负面影响。另外，与过失的不实陈述相比，欺诈行为人可能会更加仔细地谋划其欺诈安排，导致保险人在短时间内无法发现有关欺诈行为。比较而言，在德国《保险合同法》上，尽管也规定了不可抗辩条款，但对欺诈的情形设置了例外。一方面，保险人的合同解除权在欺诈情形下10年不行使方消灭（第21条第3款）；另一方面，除了可行使解除权外，保险人还可以根据民法一般规则撤销其意思表示，进而摆脱合同关系的拘束（第22条）（而根据德国《民法典》第124条，撤销权自欺诈行为发生时起10年内不行使而消灭）。不可抗辩条款在英美保险法上也有广泛的应用。[[102]](#footnote-103)但在成文法与判例法相互作用的情况下，在英国或美国都不乏因欺诈而否定不可抗辩条款应用的裁判。[[103]](#footnote-104)例如，在Paul Revere Life Insurance Co. v. Haas一案[[104]](#footnote-105)中，投保人故意隐瞒了其视网膜色素变性的疾病，并于投保两年后要求保险公司赔偿。在这个案件中，保单里一方面约定了不可抗辩条款（当然，这也是成文法的要求），另一方面也约定“首次显现”条款（first manifest clause）：保险公司承保的有关疾病必须是在承保期间首次显现。原告认为首次显现条款与不可抗辩条款相冲突，因此应认定为无效。上诉法院支持了原告的主张，新泽西州最高法院在分析了不可抗辩条款的立法历史并进行政策考量后，认为有关的政策不得用于鼓励或宽恕欺诈行为，进而支持了保险公司的主张。[[105]](#footnote-106)

还值得一提的是，在法律效果上，通常所说的“欺诈—撤销—相互返还”的规则（如《民法总则》第149条、第157条）并不总是成立。例如，在《保险法》上，若投保人故意隐瞒事实而违反告知义务，保险人不仅有权排除保险合同对其的约束力（解除合同），免除支付保险金的责任，而且也不需退还保险费（第16条第4款），相当于受欺诈人可以“没收”欺诈行为人的履行（保费）。“没收规则”是对欺诈行为的有力惩罚。为什么这样的规则仅停留在商法规范之中，而未成为民法的一般性规则？或许只是通常的欺诈中欺诈一方往往并未作出过履行，即受害人一方手中并不握有欺诈一方的财产，因此即便规定“没收”也于事无补。但这不是这一安排不能成为原则性安排的理由。

### 2．合同违法无效后的返还

对于《合同法》第58条第1句所确立的合同违法无效后相互返还的法律效果规则，学说上并未有过多质疑。[[106]](#footnote-107)关于此种返还的法律性质，主流学说[[107]](#footnote-108)认为首先是物的返还请求权，仅在原物不存在时方转换为不当得利返还请求权。[[108]](#footnote-109)

“合同无效”是一个评价性概念，其意味着法律对合同本身及双方当事人的缔约行为和履行行为（若已经履行完毕或部分履行）均持否定意见，即不保护当事人按照其原本预期实现各自的权利。换言之，在合同被认定为无效的情况下，合同本身便不能再作为当事人请求返还的基础，欲支持当事人的返还请求，必须在合同之外另寻其他正当化依据。

本文赞同比较法上多数国家的选择，即“合同违法无效之后的返还”问题（recovery under illegal contracts[[109]](#footnote-110)）主要适用不法得利制度调整。[[110]](#footnote-111)这一选择并不是完全排除所有物返还请求权制度的适用，而是将不当得利制度“前置”，作为判断是否返还及如何返还的基准。在这个意义上，无论我国是否采纳物权行为无因性理论，这一选择都不受影响。

之所以强调所有物返还制度要受不法得利制度的限制，主要源于体系一致的考虑，即就实质相同的主张（返还），不同制度在处理效果上不应有实质性的差异。例如，M长期在银行担任柜员，利用职务之便贪污了银行的财产，后被审计人员F发现，为阻止F举报，M决定将一处不动产赠与给F并办理变更登记，此处的赠与行为显然无效（在采无因性原则的国家如德国，该处分行为也因违法而无效）。后事情败露，M请求F返还有关不动产。对此，或许有人主张，在合同违法无效的情况下，即便不得依不当得利法请求返还（见下文详述），M亦可因所有权未发生变动而请求返还所有物（在中国法下，因不承认物权行为的无因性，合同无效时，M的所有权不发生变动）。这一主张能否成立呢？在规定“不法得利不得请求返还”的国家中，对于该不当得利法规则可适用于所有物返还请求权，并无太大争议。如在德国法上，目前主流学说认为应将不法得利不得返还制度（第817条第2款）扩张适用于不当得利返还以外的请求权，包括所有物返还请求权之上。[[111]](#footnote-112)在英国法上，尽管判例法上认为不法得利并不影响所有权的变动，但对不法得利不得返还制度可适用于所有物返还请求权上，亦无异议。[[112]](#footnote-113)我国学说上认为合同无效后的返还在原物存在时为物上请求权的观点并不为错，但一定程度上阻碍了对这一问题基于不法得利制度的观察。[[113]](#footnote-114)

现行法简单规定“相互返还”的合理性似乎在于：通过相互返还让当事人之间的履行恢复原状，可达到阻却不法交易、使当事人不法目的落空的效果，如当事人交易法律禁止流通的物品，相互返还的效果恰好可以达到管制的目的。[[114]](#footnote-115)不过，现实的情况极为复杂，一方面，当事人主张合同因违法而无效，除了自愿“纠正”其违法行为外，更多还可能是源于其他动机（如前文提及的通过确认合同无效而谋求更大的利益）；另一方面，在一些情况下，若支持违法无效后的相互返还，也会起到鼓励违法即为不法行为提供支持的效果。

在我国法上的一个案件[[115]](#footnote-116)中，原告因其女儿报考上海戏剧学院，请求被告帮助办理入学事宜。为此，原告的妻子张C出具委托书一份，载明：“兹委托王A老师负责本人女儿刘B此次艺术院校高考专业辅导事项，并根据专业需要邀请其他老师共同配合。……特决定……向王A和其他有关老师一并支付人民币贰拾万元整。若本届考试结束未能录取，以不超过以上款额50％为限支付，仍表示对老师们所付心血的感谢和尊敬。”此后被告未完成委托事项，依约退还了10万元，原告则主张合同无效，请求全部返还有关费用。法院支持了原告关于合同无效的主张，认定当事人的约定并非“辅导”而是“扰乱高考录取正常竞争秩序”的行为，但仍根据“原、被告双方的过错程度，酌定由被告归还原告人民币6万元”。类似的，在另一个案件[[116]](#footnote-117)中，原告与被告订立委托合同，委托被告代为办理“采矿许可证延期”事项，并为此支付“活动经费”60万元。法院认为，“办理采矿许可证延期申请是不收费的，原告却愿意为此支付被告高达60万元的‘活动经费’，明显超出正常办理委托事项的劳务报酬及交通、食宿等必要费用的合理限度，结合原告、被告在接受公安机关调查及本案庭审中的陈述，可以认定双方达成的合意包括通过贿赂等违法手段获得采矿许可证的延期批文，该约定明显悖于法律的禁止性规定，依《合同法》第52条第4、5项，应认定双方的委托合同无效”，并据此判决被告退还原告已付“办事费”30万元。上述判决都支持了当事人在合同违法无效时的返还请求，为作出履行的一方提供了司法救济。由此可以看出，在未规定不法得利不得返还制度的情况下，国家甚至要为当事人从事违法行为做出的支付提供返还支持，殊为不当。

在民法上，不当得利制度与合同制度虽有一定关联，但因构成要件和法律效果均不同，加之我国通说不承认物权行为的无因性（合同无效后所有权复归），人们容易忽略两项制度的内在联系。实际上，给付不当得利与合同之间是有密切联系的，其桥梁，正是不法得利制度。在这座桥梁上，不当得利法以正当性为基础的制度理念（不法故不再有履行或返还的正当性）与合同法以意思自治为基础的制度理念（自主选择，有约必守）相互交融。法律一方面要通过合同效力制度做出是否赋予当事人之自由约定以拘束力的决定，另一方面又要在是否应予返还的问题上动用正当性的理念，合理地权衡管制目的与手段的比例关系。在这个意义上，不法得利下返还与不返还的规则，正是合同法与不当得利法妥协与碰撞的结果。这种碰撞的直接起因是管制，其突出体现是守约、守信与管制的冲突。

## 作业及答案（选自历年司法考试真题）

1．张三的A房屋系“红星小学”的学区房，王五（为孩子上学四处奔走多日）提出依市价购买A房屋，张三拒绝。张三提出将房屋出租给王五，但在形式上作成出卖给王五，王五同意。张三与王五约定：“张三假装将该房屋出卖给王五，并登记在王五名下。”双方为此签订了书面买卖合同，并将房屋登记到王五名下。同时，张三、王五又达成口头协议：“张三将该房屋出租给王五，租期6年。前三年租金每月13000元，后三年租金每月15000元（均略高于市场价格）。”三年后，张三、王五对房屋所有权的归属以及租金的支付发生争执。对此，下列表述正确的是：

A．该房屋的所有权人为张三

B．该房屋的所有权人为王五

C．张三有权请求王五按照约定支付租金

D．张三无权请求王五按照约定支付租金

答案：AC。双方虚假行为无效，房屋买卖合同无效，不能发生物权变动的效力，所以房屋所有权人仍然为张三；租赁合同无效力瑕疵，是有效的，可以主张合同债权，所以张三有权要求王五按照约定支付租金。

2．小红、小黄、小蓝等额按份共有一房屋。2020年6月1日，小红将其份额转让给小绿，并于同日为小绿办理了移转登记，但未通知小黄和小蓝。小黄、小蓝于2020年7月1日知道后，均于2020年9月1日对小红主张由自己以同等条件优先受让小红转让给小绿的份额，但无法确定小黄、小蓝知道或者应当知道小红将其份额转让给小绿之最终转让条件的具体时间。对此，下列表述正确的是：

A．小黄、小蓝优先受让权的存续期间为自2020年7月2日起15天

B．小黄、小蓝优先受让权的存续期间为自2020年6月2日起6个月

C．小黄、小蓝诉请法院确认小红、小绿转让合同无效的，应予支持

D．若小黄、小蓝不能达成协议，小黄只能主张以同等条件优先受让小红转让给小绿之份额的二分之一

答案：BD。按照最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》物权编的解释（一）第十一条：优先购买权的行使期间，按份共有人之间有约定的，按照约定处理；没有约定或者约定不明的，按照下列情形确定：（一）转让人向其他按份共有人发出的包含同等条件内容的通知中载明行使期间的，以该期间为准；（二）通知中未载明行使期间，或者载明的期间短于通知送达之日起十五日的，为十五日；（三）转让人未通知的，为其他按份共有人知道或者应当知道最终确定的同等条件之日起十五日；**（四）转让人未通知，且无法确定其他按份共有人知道或者应当知道最终确定的同等条件的，为共有份额权属转移之日起六个月。**第十二条：按份共有人向共有人之外的人转让其份额，其他按份共有人根据法律、司法解释规定，请求按照同等条件优先购买该共有份额的，应予支持。其他按份共有人的请求具有下列情形之一的，不予支持：（一）未在本解释第十一条规定的期间内主张优先购买，或者虽主张优先购买，但提出减少转让价款、增加转让人负担等实质性变更要求；**（二）以其优先购买权受到侵害为由，仅请求撤销共有份额转让合同或者认定该合同无效。**

3．民法典第144条规定，“无民事行为能力人实施的民事法律行为无效”，请问该条规定的属性是：

A．效力性强制性规范

B．管理性强制性规范

C．关于主体资格的规范

D．因法定代表人仍有权追认，因此该规范属于效力未定的规范。

答案：C

4．2020年10月17日，小甲接到某商城销售经理小乙电话，请他帮忙发送商城的销售广告，约定一条短信0.3元。后小甲在朋友的介绍下花3万元购买了伪基站设备，并驾驶面包车携带该设备在市区范围内群发广告。10月19日下午，小甲还没有拿到自己的工钱就被公安机关抓获。经查，小甲已群发短信30万条，并获取30万个手机用户信息并将该信息出卖给了一家科技公司，获益1万元。关于本案，下列哪些说法是正确的?

1. 小甲和小乙之间的约定无效

B. 小甲和小乙之间的约定效力待定

C. 小甲可以请求小乙给付自己3万元报酬

D. 小甲侵害了他人对其个人信息享有的民事权益

答案：AD。本题中，双方在对所发送的电子信息的性质（垃圾短信）充分知情的情况下，无视手机用户群体是否同意接收商业广告信息的主观意愿，强行向不特定公众发送商业广告，违反网络信息保护规定，侵害不特定公众的利益，约定应属无效。因二者约定无效，小甲当然不可以请求小乙给付违法所得的3万元,该3万元法院应依法予以收缴。故A项说法正确。B、C项说法错误，不当选。D项考查自然人的个人信息保护。根据《民法典》第111条的规定,自然人的个人信息受法律保护。任何组织和个人需要获取他人个人信息的，应当依法取得并确保信息安全，不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息，不得非法买卖、提供或公开他人个人信息。本题中，小甲爱出卖30万个手机用户的个人信息，依法应承担民事责任。故D项正确。

5．下列哪些情形属于无效合同?

A．A医院以国产假肢冒充进口假肢，高价卖给B

B．AB双方为了在办理房屋过户登记时避税，将实际成交价为3000万元的房屋买卖合同价格写为70万元

C．有妇之夫A委托未婚女B代孕，约定事成后A补偿B80万元

D．A父患癌症急需用钱，B趁机以低价收购A收藏的一幅名画，A无奈与B签订了买卖合同

答案：BC。A项考查可撤销的民事法律行为,关键词为“冒充”。A医院以国产假肢“冒充”(表明A医院构成欺诈)进口假肢,构成欺诈,合同可撤销而非无效。故A项错误。B项考查无效的民事法律行为。AB双方签订的70万元的房屋买卖合同（阳合同）属于双方当事人虚假的意思表示，无效。故B项正确。C项考查无效的民事法律行为，“代孕”行为因违背公序良俗而无效。故C项正确。D项考查可撤销的民事法律行为。A父患癌症“急需”用钱，B“趁机”以低价收购A收藏的一幅名画，A“无奈”与B签订了买卖合同。AB之间的买卖合同因显示公平而可撤销。故D项错误。

# 第八章 合同的解释

## 一、合同的解释是事实问题还是法律问题

### 1．司法三段论

按照司法三段论的推理（杀人者应当承担刑事责任（大前提）；张三杀了人（小前提）；张三应当承担刑事责任（结论）），法官在进行司法裁判时，应先观察作为小前提的案件事实（张三做了什么），再确定相应大前提（寻找相关之法律规范），并最终做出裁判。这是一个“目光在事实与法律之间往返流转”的过程。例如，裁判者看到某项事实，即张三杀人后，可能会“转头”寻找有关“杀人”的规则（第一次目光流转）；在阅读刑法规范后，发现，刑法中有关于故意杀人的规则，也有关于过失杀人的规则，这使得裁判者认识到仅仅看到张三杀人的事实并不足以确定准确的大前提，于是要对事实做进一步的探究，判断张三是故意杀人还是过失杀人（第二次目光流转）；在做了判断确定张三为故意杀人（如以向饮水机投毒的方式杀人）之后，法官会再回到法律规则，发现比如法律关于故意杀人还有一些不同的规定（如专门的“投放危险物质罪”），这又会使法官再次将目光流转到事实，判断张三的行为是否符合该罪名的构成要件（第三次目光流转）。只有经过如此多次的“目光的往返流转”（“学神”法官除外），才能最终确定相应的大前提和小前提，并且在此基础上做出结论。这也是通常所说的，司法三段论过程并不是简单的形式逻辑过程，而是需要结合法律规则、事实乃至价值衡量等综合判断的过程。

### 2．合同解释是事实问题还是法律问题？

常有学者认为，合同解释就是确定司法三段论中小前提的步骤，这是不准确的认识。仔细思考可发现，鉴于当事人自愿订立的合同具有法律上的拘束力（即法律行为中包含了效果意思，及法律对该种效果意思的肯定），合同本身而不是法律规定，才是当事人的请求权基础，也就是说，在判断当事人可否基于合同主张权利时，合同是大前提，当事人的（履行或不履行）行为是小前提，是否承担违约责任是结论。按照这样的思路，确定合同内容的过程，实际上就是确定当事人之间请求权基础的过程，而请求权基础规范本身就是三段论的大前提，这意味着，合同解释在性质上更接近法律解释，是一个法律问题（与严立讨论中，严立同学的观点，表示赞同）。

退一步讲，即使不认为合同可以作为请求权基础，当事人合同项下请求权的终极来源仍旧是法律，那也不能认为合同解释是一个纯粹的事实问题。解释者的目光需要在事实和法律之间不断流转，在这种流转和相互参照的过程中（比如将当事人使用的生活语言转换成法律上的概念，便很难说是只是一个事实问题），合同解释也具有了某种法律问题的属性。

当然，即便合同是司法三段论的大前提，在法律推理中具有相当于法律的地位，这个意义上的“法律”也需要加一个引号，合同与法律的区别在于，合同的内容源于当事人的约定，探寻合同这个大前提的过程，就是探求当事人约定的过程。从这个意义上讲，探求当事人约定的内容或者内心真意这样一种事实的工作，也包含了法律问题的因素。

例如，双方约定，若买卖的土地使用权在一年之内未变更为住宅用地，则“双方解除买卖行为及合同，并且出卖人应当退还购买土地使用权的价款”。这究竟是约定解除权，还是约定合同附解除条件？如果解释为约定解除权，则需要确定哪一方当事人享有解除权。比如这项交易中，合同约定的“解除”后果是出卖人应当退还价款，若认为合同约定了解除权，则或许应当认为只有买受人享有解除权。但假如现实情况是出卖人因未能在一年之内成功办理变更土地用途的批准，欲解除买卖合同，是否应允许？可见，如果认为合同约定了买受人的解除权，则出卖人自然不得解除合同。但如果双方关于“解除”的约定实际上是为合同附加了解除条件，则只要条件成就合同便自然解除，无需当事人额外主张（换言之，任何一方都可主张合同关系已终止）。在这个例子中，判断出卖人究竟能否主张合同“解除”，就需要我们的目光在双方的合同约定（事实）与约定解除权、合同附解除条件等规则（法律）之间“往返流转”。

# 第九章 侵权法概述

## 一、侵权责任法的概念

侵权行为，指行为人实施的侵害他人人身、财产等民事权益，依法应由行为人或相应的民事主体承担侵权责任的行为。在比较法如德国法上，一般认为侵权行为的法律后果主要是损害赔偿，因此侵权法被认为是债法的重要组成部分，作为债发生的原因之一，在“债之关系法”（Recht der Schuldverhältnisse）一编中统一地加以规定。在我国法上，一般认为侵权行为或违约行为的法律后果是“民事责任”，包括损害赔偿这一具有债之属性的责任，也包括停止侵害、排除妨害等民事责任，即损害赔偿只是侵权行为责任的一种形式，因此将侵权行为规定在债法中，理由便欠充分。基于这一原因，我国制定了单行的《侵权责任法》，并在编纂民法典时将其置于民法典最后一编，统括规定各种民事责任的类型。本书认为，尽管侵权行为的法律后果存在多样的表现形式，但其主体仍然是损害赔偿，因此尽管民法典将其成编地加以规定，也仍有必要将其在债法体系下加以理解和研究。在上述背景下，侵权行为可以分为三个层次：广义的侵权行为、狭义的侵权行为及最狭义的侵权行为。广义的侵权行为指任何损害民事权利和法益的行为；狭义的侵权行为，指以损害赔偿为后果的损害他人民事权利和法益的行为。

文献从法律规范结构整体上看，权利、义务、责任三者缺一不可，从民法结构整体上看，也是如此。采取债务与责任结合的民法模式并不意味着民法上没有责任，只是立法表现形式不同而已。采取债务与责任结合模式对区分完全的债务与不完全的债务有意义，实际上不采取这种模式也不会发生问题，因为过了诉讼时效期限的债务不受法律保障，对此各国法律规定没有实质差别。采取债务与责任区别的民法模式可以使义务与责任的关系清晰。在社会生活中，义务与责任有时不作区分，但是在法律上应当将二者严格区别开来。义务与责任有以下区别：一是性质不同。义务是“当为”，反映正常的社会秩序。当为而不为产生责任。“义务乃为责任之原因，责任乃为违反义务之结果。”责任反映不正常的社会秩序，责任人承担责任是恢复正常的社会秩序。二是功能不同。义务是权利主体实现权利的必要条件，通常权利人实现权利与义务人履行义务同时存在，二者互为条件。责任是促使义务人履行义务，保证权利人实现权利的辅助条件。三是拘束力不同。义务和责任均具有拘束力，但是拘束的程度和方式不同。义务的拘束力是指义务人为权利人行使权利创造必要的条件，不得侵害权利人的权利。义务人不履行义务或者侵害权利人的权利，义务人就变为责任人。对责任人的拘束力表现为责任人应承担不利的后果，必要时司法机关会对责任人采取强制手段。……随着社会经济和法学的发展，民事权利的类型有所发展，人格权和知识产权的种类逐渐增多。由于高科技的发展，侵权的方式、方法变换无穷，民事权利受侵害的范围扩大，程度加深。在这种情况下，让侵权责任限于损害赔偿，不能充分保护民事权益，难以适应当代社会的需要，停止侵害、排除妨碍、消除危险、恢复名誉等侵权责任方式对于保护多种民事权益就显得特别重要。《民法通则》因此规定了多种承担民事责任的方式，《侵权责任法》把侵权责任从债法分离出来，规定了多种侵权责任方式，这是责任与债务分离，侵权责任法与债法分离的实践根据。

魏振瀛：《侵权责任法在我国民法中的地位及其与民法其他部分的关系——兼与传统民法相关问题比较》，《中国法学》2010年第21期，第27页以下。

## 二、侵权法的功能

### 1．填补损害

填补损害，指对受害人所受的损害进行赔偿或其他形式的救济，使其回复到侵权行为未发生时的状态。在这个意义上，侵权法使加害人就侵权行为所造成的损害负赔偿责任，并不含有惩罚加害人的内容。

### 2．预防损害

预防损害，指通过要求侵权人承担损害赔偿责任，以阻吓未来侵权行为的发生。

## 三、侵权法与其他法律的关系

### 1．侵权法与刑法

法律对侵权行为和犯罪行为曾经一体处理，不加区分。近现代社会，刑法与侵权法逐渐区分开来。刑事责任的目的主要在于制裁损害社会公共利益的犯罪行为，强调预防犯罪发生，关注行为人的主观状态，以处罚故意为原则，过失为例外。相比而言，侵权责任的主要目的在于填补损害，原则上不区分故意和过失，有时甚至不以故意和过失为条件。

### 2．侵权法与保险法

对侵权法与保险法关系的讨论，源于如下理论思考：尽管个别侵权行为的发生源于个人过错，但从社会整体的角度来看，工业社会中的某些侵权行为如生产事故、交通事故、产品责任、食品安全责任等等都有其必然性，并且以一定的概率存在于社会生活之中。在这个意义上，侵权所发生的损害可能就是日常经济的必然结果，因此应由社会而非个人承担损失。就一般的侵权责任而言，承担责任的结果体现为受害人的损害得以填补，但若把加害人也纳入考察的视野，可以看到，“受害人所得到的，正是加害人所被剥夺的”，即损害的填补，本质上其实是损失的转移，从社会化考量的角度来说，适当考虑加害人与受害人之间的平衡也是必要的。[[117]](#footnote-118)在上述背景下，可以说，社会经济的发展导致侵权责任泛滥，促进了责任保险制度的发达，而保险制度的发展削弱了侵权责任中过错的要素，影响了侵权责任的构成要件（如因果关系要件上的改变）和归责原则（如危险责任的兴起），甚至也改变了侵权责任纠纷的样态，如机动车强制责任保险的发展在很大程度上减少了机动车交通事故的侵权诉讼。

### 3．侵权法的目的

如前所述，侵权法的目的首先在于填补损害，但一味强调损害的填补，也会限制人们的行为自由，因此侵权法的目的应着眼于权利保护与行动自由之间的平衡。

文献法律所应当赋予人们的自由，也包括了一定范围内损害他人的自由。其中，不仅仅包括进行正当竞争行为这类被认为对社会有益的活动的自由，也包括轻率而为、鲁莽行事而给别人带来的诸多不便和损害的自由。关于这一问题，苏永钦教授有一个非常精彩的分析。他认为，民事侵权行为制度的基本功能在分配社会行为的风险，最终追求的主要是财产利益完整的维护。在现代社会，人与人高度地相互依存，侵权行为制度的设计如果不作一定的选择，每个人都将处于动辄得咎的窘境，自由意志很难挥洒，社会也将因无穷的相互诉追而秩序大乱。所以关于一般侵权行为的规定，重点就在对无数造成财产利益减少的行为中，筛选出适合由受害人究责、可以吓阻不当行为，而不至于对自由意志和社会秩序造成不当影响的类型。那么如何筛选呢？首先，私人之间追究责任必须从“期待可能性”着眼：只有对加害于人的结果有预见可能者要求其防免，而对未防免者课以责任，才有意义。法律若课以行为人不得作为或为一定作为的义务，通常会尽力使潜在的行为人有预知的可能，从而对于违反义务者在命其排除违法状态以外，附带地追究财产损害的责任，这样，并未大幅增加“守法成本”，也就有合理的期待可能性。狭义的法律是最清楚的，善良风俗是被普遍认同的伦理价值或行为方式，即使非本地人也不难感受查知。而权利之中，必须区分绝对权和相对权。因为债权一般都不具公示性，从而不能合理地期待第三人去防免加害。所以，原则上只有绝对权才构成侵权法上的“权利”。因此，一般侵权行为包含这三种类型是妥当的。一个人的行为有时使他人得利，有时使他人受害；有时，甚至同一行为一方面使他人得利，一方面使他人受害。在相当多的情况下，行为人使人得利时却无法收取报酬，假如要求其对每一个致人损害的行为承担责任，不仅不公平，而且常会阻吓人们为此类行为。葛云松：《纯粹经济损失的赔偿与一般侵权行为条款》，《中外法学》2009年第5期。

# 第十章 过错侵害绝对权的一般侵权行为

# 第十一章 故意背俗致人损害的侵权责任

# 第十二章 因过错违反保护他人法律的侵权责任

# 第十三章 特殊侵权行为

# 第十四章 侵权责任

# 第十五章 无因管理

法律 《民法典》第979条管理人没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失而管理他人事务的，可以请求受益人偿还因管理事务而支出的必要费用；管理人因管理事务受到损失的，可以请求受益人给予适当补偿（第1款）。管理事务不符合受益人真实意思的，管理人不享有前款规定的权利；但是，受益人的真实意思违反法律或者违背公序良俗的除外（第2款）。《民法典》第980条管理人管理事务不属于前条规定的情形，但是受益人享有管理利益的，受益人应当在其获得的利益范围内向管理人承担前条第一款规定的义务。《民法典》第981条管理人管理他人事务，应当采取有利于受益人的方法。中断管理对受益人不利的，无正当理由不得中断。《民法典》第982条管理人管理他人事务，能够通知受益人的，应当及时通知受益人。管理的事务不需要紧急处理的，应当等待受益人的指示。《民法典》第983条管理结束后，管理人应当向受益人报告管理事务的情况。管理人管理事务取得的财产，应当及时转交给受益人。《民法典》第984条管理人管理事务经受益人事后追认的，从管理事务开始时起，适用委托合同的有关规定，但是管理人另有意思表示的除外。

## 一、概述

我国《民法典》对无因管理作出了较为全面的规定，改变了此前无因管理规则较为简略（《民法通则》第93条、《民法总则》第121条）的状况，也体现了立法者对这项制度的重视。无因管理是一种法定之债，在性质上是一个准合同制度：虽然被称为“法定之债”，但其实是一个存在于合同与侵权（未经允许干涉他人的事务）之间制度，只是与合同所调整的法律关系更接近（与委托近似）。也是基于这样的原因，我国《民法典》在体系上将无因管理制度规定在“合同编”。

无因管理制度的价值焦点在于平衡“保护本人”与“鼓励互助”之间的关系（“尽管在无法定或约定义务时帮助他人可能出自友情，但法律也须警惕于这种‘帮助’所可能造成的对本人的不当干涉”，见吴训祥：《论无因管理本人的偿还义务》，《法学家》2019年第2期），除了可以用来理解“事务管理”行为之外，其原理还延伸到民法的其他部分，包括救助及保护行为（第183条）、连带债务、保证等制度。例如，在保证关系中，保证人与被保证人之间固然未必有合同关系，但保证人在承担了保证责任之后，可以向被保证人追偿。为什么可以向被保证人追偿？一定程度上或许可以认为保证人代替主债务人清偿债务的行为具有无因管理的属性：相当于保证人作为管理人管理了被保证人的事务（替被保证人偿还了债务），因而可以要求本人偿还所支出的必要费用（当然，保证人和被保证人的关系也可以用其他的制度加以解释，比如将保证人解释为主债权的受让人（法定的债权让与），或者将保证人对被保证人的追偿权理解为不当得利返还请求权，或者，更为“直接”地认为此种追偿属于法定之债）。

文献《新约·路加福音》中记载了耶稣所讲的这样一个故事：某人从耶路撒冷去耶利哥，途中遭强盗打劫，身受重伤，倒在路旁。先后有一位祭司和一个利未人经过，见到他都绕道而行。然后来了一个赶路的撒玛利亚人，对他施以救助，把他扶上自己的牲口，送到客栈，悉心照料。次日临行时又拿出两个银币，交给店主，托他照管伤者，并承诺日后偿还店家多出的费用。耶稣用这个故事解释了何谓“邻人”：他不见得是你的同宗同族之人，而很可能是一位异乡异族的行路客。只要他心怀善念，扶危济困，他就是你的好邻人。郑戈：《助人何以为乐》，《财新·新世纪》2011年第34期。

好撒玛利亚人的故事也体现了无因管理制度与侵权责任制度的内在关联：在侵权法上涉及不作为是否构成侵权的问题。对此，诚如王泽鉴老师所阐述的，“好撒马玛利亚人显现着对悲惨垂死遭难者的怜悯，亲切和温暖的照顾，将崇高的教道德标准表现到极点，但从法律的观点言，我们一方面仍应宽容祭司及利未人的无情，另一方面应认为好撒马利亚人怜爱受伤的人，乃个人道德的实践，不应成为法律强制的对象”（王泽鉴：《侵权行为》，北京大学出版社，2016年版，第108-109页）。

文献在无法律上义务而管理他人事务时，首先必须考虑的是，此乃干预他人事务，原则上构成侵权行为。“唯人之相处，贵乎互助，见义勇为，乃人群共谋社会生活之道”。因此，法律一方面需要维护“干涉他人之事为违法”的原则，另一方面又要在一定条件下，容许干预他人事务得阻却违法，以调和“禁止干预他人事务”及“奖励人类互助精神”两项原则。王泽鉴：《债法原理》（第二版），北京大学出版社2013年版，第310-311页。

## 二、无因管理之债的构成要件

通常所说的无因管理之债，指的是管理人管理他人事务，而要求他人支付必要费用的债权。依《民法典》第979条，无因管理之债的成立需要具备以下要件：（1）管理他人事务；（2）有为他人管理事务之意思（“为避免他人利益受损失”，以下简称“管理意思”）；（3）无法定或约定义务；（4）管理事务符合本人明示或可推知的意思；（5）管理人支出了必要费用。

### 1．管理他人事务

他人事务，指有关事务客观上属于“他人”，而不是管理人自己的事务，如清偿他人债务，修缮他人房屋。如果管理人以为在管理他人的事务，但实际上是自己的事务（“幻想管理”），则其管理行为便不构成无因管理（如因遭遇沙尘暴，汽车被黄泥覆盖，行为人以为是邻居的汽车而将其清洗，但事后发现是自己的汽车，自然无权请求邻居支付必要费用）。

案例甲在火车上被车匪殴打抢劫，乘客乙前往救助，虽制服车匪但却被其殴打致伤。问：乘客乙管理谁的事务？乘客乙与乘客甲是怎样的法律关系？缪宇：《论被救助者对见义勇为者所受损害的赔偿义务》，《法学家》2016年第2期。

### 2．有管理他人事务的意思

管理意思，指管理人知道其事务管理涉及他人利益（认识因素），且具有使管理利益归于本人的意思（意愿因素）。对于管理意思，以下几个方面值得仔细分析：

1）混合管理问题：一般认为，在有关他人事务既涉及本人的利益又涉及他人的利益时，只要客观上有为他人利益管理的意思，如扑灭邻居住宅的火情，便可认为有管理意思。又如前方道路因大风刮倒树木砸中汽车而中断，为了自己通过而协助前车救援。

2）中性事务的举证问题：若依外部标准难以判断事务是否归属于他人，则为中性事务（主观他人事务），欲成立无因管理，须管理人证明其有管理意思（如得知他人欲观看歌手A的演唱会，但无时间排队买票，于是早起为其购买该演唱会门票）。

### 3．无约定或法定义务

所谓约定义务，是指当事人之间有合同等其他基于法律行为而产生的义务。如乙接受甲委托修理甲之汽车，应认为此时乙在履行承揽合同项下的义务；所谓法定义务，指源于法律规定的义务，如父母教育和抚养未成年子女；或消防队接到报警后救火。当然，完全将无因管理限于“鼓励互助”，过分强调管理人无约定或法定义务，也可能会人为地限制无因管理的适用范围。例如，“渣土车在雨天漏洒渣土，导致路面泥泞湿滑不堪，环卫部门紧急出动清理路面，既是其职责所在，又为渣土车运输公司管理了事务，可以依据无因管理要求其负担清理费用”（缪宇：《论被救助者对见义勇为者所受损害的赔偿义务》，《法学家》2016年第2期），类似地，若企业污染了土地，环卫部门代为清理，也应当认为构成无因管理。

### 4．管理事务符合本人明示或可推知的意思

“受益人真实意思，应包括明示的意思与可推知的意思两种情形。明示的意思是受益人事实上已表示的意思，如落水者高呼救命。受益人若曾明示其意思，则以该意思为准。明示意思仅指受益人曾明示希望为特定行为的意思，而非指受益人明示希望管理人为其管理事务的意思表示，否则，双方可能因要约与承诺意思表示一致而成立委托合同等法律关系。若受益人未曾明示意思，则应以受益人可推知的意思为准。受益人可推知的意思是指依管理事务在客观上加以判断的受益人的意思，如见邻居家煤气泄漏，破门而入施救，再如见人昏倒路中而施以救助，可认为管理人的行为符合受益人可推知的意思（刘凝：实践中考察本人可推知意思的场合，常常出现在紧急管理的情况下，如救人、救灾等）。此外，若受益人为无行为能力或限制行为能力人，则应以受益人的法定代理人的意思为准。”易军：《无因管理制度设计中的利益平衡与价值调和》，《清华法学》2021年第1期。

“例如，顾客甲在去银行办理业务时遇到银行抢劫，银行职员告知大家按照劫匪的指示行事，切勿冒生命危险违背歹徒的意思，但是甲仍然与歹徒搏斗并遭受严重人身损害。此时，甲违背了银行明示的意思，无法与银行之间成立真正适法无因管理，不能基于无因管理要求银行负赔偿责任。不仅如此，即使银行职员没有明确提示，也难以认定顾客与银行之间成立无因管理，因为顾客以自己的人身安全受到威胁为代价来挽救银行的经济损失，即牺牲高位阶的民事权益来保护低位阶的民事权益，有违反比例原则之嫌，并不符合银行的利益（缪宇：《论被救助者对见义勇为者所受损害的赔偿义务》，《法学家》2016年第2期）。”

“所谓本人意思悖俗或违法，主要涉及拯救自杀者、代履行本人私法义务（如亲属法上扶养义务或安全保障义务）或公法义务等，若本人表示不愿接受救助或不愿履行上述义务，其此种意思无须予以尊重，管理仍属适法（金可可：《<民法典>无因管理规定的解释论方案》，《法学》2020年第8期）。”

### 5．管理人为管理事务支出了必要费用

民法典第979条中规定的“必要费用”，指用管理人为管理事务所做出的必要支出。这一概念与占有返还制度、合同解除返还制度中所使用的必要费用、有益费用乃至奢侈费用等概念仍有所区别（若准用上述概念，应包括必要费用和有益费用，具体应以支出时的实际情况综合地加以确定）。

案例某甲清晨下班回家途中，在桥上见某乙跳河自杀，甲识水性，即跃入水中，挣扎良久，成功救乙上岸。此后，甲叫出租车送乙前往附近医院治疗，支出车费、医院挂号费、药费共计3000元，衣服清洗费100元。另外，甲还以自己名义雇用护理人员为必要照顾，费用1000元（尚未支付）。此后，因河水冰冷，甲跳河救人后感冒并转成肺炎，为此，甲支出医药费3000元，三天不能上班，减少收入3000元；另外，甲所戴名贵手表在救助中也不慎掉落河中。问：甲乙之间法律关系如何？引自王泽鉴：《债法原理》（第二版），北京大学出版社2013年版，第319页（略有调整修改）。

## 三、不适当管理

不适当管理，指违反本人明示或可推知的意思而管理他人事务。考虑到此种管理通常不利于本人，因此管理人无权要求本人支付必要的费用，此外还要对本人承担不适当管理的责任。具体而言，在适法无因管理的情况下，本人与管理人之间存在法定之债的关系，法律通过该法定之债的规则（例外性地允许管理人未经他人同意管理他人事务），排除了管理人行为的违法性，进而使管理人不必承担侵权损害赔偿责任。

而在不适当管理的情况下，管理人虽管理了他人事务，但违反本人明示或可推知的意思，属于不当干涉他人事务，故具有违法性，若管理行为造成他人损害，则管理人应向本人承担侵权损害赔偿责任，如不专业地修复他人之珍贵油画而导致其毁损或明知他人旧宅（危房）为文物而拆除重建。

## 四、不法管理

不法管理，指明知是他人的事务，仍将其作为自己的事务而管理，如无权处分（出租、出卖）他人的物（汽车、房屋）或无形财产（如专利权）。不法管理一般会构成侵权，因此权利人可以寻求侵权法上的救济。此外，因不法管理人取得利益无法律上依据，因此权利人还可以要求行为人返还不当得利（权益侵害型不当得利）。

不法管理制度的意义在于，无论是主张侵权损害赔偿还是请求返还不当得利，原则上均不应超过财产本身的价值，即受害人因此所受的损害。但是，在不法管理人通过无权处分将特定财产转卖出高价时（将市场价为5000元的物，卖出8000元的价格），若不允许权利人要求返还超出财产价值的部分，将导致不法管理人获得不当收益，在法律评价难谓妥当。因此，或许这种情况可以类推适用无因管理中受益人请求管理人交还相应财产（民法典第983条：管理人管理事务取得的财产，应当及时转交给受益人）。

如果充分发挥其功能，不法管理制度的适用范围很可能更宽泛，例如在几乎所有无权处分他人财产导致第三人善意取得的情况下，原所有权人都可以根据该规则要求行为人返还超过财产价值的利益。当然，实践中怎样的收益是超出有关财产市场价值的收益，是值得讨论的问题（也常常是争议的焦点，如一房二卖中的交易价格），一般认为，在管理人通过正常市场渠道无权处分有关财产时，其转卖所得本身就是通常的市场价格。

中国法或德国法上的上述不法管理制度，和英美法上的“衡平信托”（equitable trust）或“推定信托”（constructive trust）等制度具有功能上的一致性：当行为人非法占有、使用或处分他人财产时，基于衡平的考虑，可以推定行为人和财产真正权利人之间存在信托的关系，进而权利人可以像委托人一样请求行为人即受托人（不法管理的人）交出相应的财产收益（Bergmann, Die Geschaeftsfuehrung ohne Auftrag als Subordinationsverhaeltnis, Mohr Siebeck, 2010, S. 441 f.; Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations, Cape Town/Wetton/Johannesburg: Juta & Co, Ltd, 1990, p.446; 吴训祥：《论无因管理本人的偿还义务》，《法学家》2019年第2期（“无因管理制度的范式主要包括两种：源自罗马法的一般情况下的财产管理和信托，以及与此相对的、源自近代自然法的紧急情况下的互助行为”）。

## 五、费用支付与必要补偿

### 1．费用支付

1）费用的必要性

民法典第979条规定的“因管理事务而支出的必要费用”，在性质上系管理人自愿的财产牺牲，包括管理人实际付出或支出的财产或金钱，也包括管理人因此所负担的债务。在前述案例中，无论是已经实际支出的费用（如送医产生的费用3000元和衣物清洗费100元），还是尚未支付、但已经形成的债务（雇佣护工的费用1000元）都可能属于支出的必要费用。某项费用是否属于必要费用，应根据案件的实际情况，综合各种因素判断。

2）偿还费用的条件

无因管理人基于无因管理行为取得的费用支付债权，该债权在形成基础上源于无因管理这一行为之债。在这个意义上，欲取得“无因管理之债”（欲获得必要费用），首先需要有相应的“给付行为”，即有管理行为并支出费用。也就是只要管理人按照本人明示可推知的意思，进行了适当的管理，无论产生相应的管理效果与否，管理人均应支付相应的费用，这在一定程度上意味着应当由本人而不是管理人承担管理失败的风险，例如，在前述案例中，若甲在将乙送至医院后，医院未能抢救成功，此时甲依然有权要求乙的遗产管理人以乙的遗产为限偿还相应费用。在学理上这一理念被称为“本人负费用风险”规则。无因管理与委托类似：在委托关系中，受托人债务的性质也是行为义务而不是结果义务，即除非特别约定，应当由委托人而不是受托人承担管理事务的费用风险。

3）管理人并非完全不能请求支付报酬

无因管理制度本身并非绝对排斥本人的报酬支付义务。一般认为，在事务处于管理人的营业范围、或管理人因事务管理而错过营业机会的情况下，本人应当对管理人支付报酬，紧急管理的情况尤其如此。教学中常提的例子如某医生在上班途中因施救突发疾病的路人而耽误工作时（德国的医生多为独立执业），本人应支付相应误工费，客观上相当于向医生支付了报酬（吴训祥：《论无因管理本人的偿还义务》，《法学家》2019年第2期）。

### 2．适当补偿

就其类型而言，无因管理可以被分成两大类，一类是“紧急情况的无因管理”，一类是“非紧急情况的（一般情况）无因管理”。结合无因管理制度的发展过程，一般认为，我国法和德国法上无因管理制度的原型是一般情况的管理。在这类事务的管理中，管理人因管理事务受到损害的情形并不常见，就像在委托关系中受托人遭受损害的情形并不常见一样。因此，非紧急无因管理制度与“见义勇为”（民法典第183条）仍有所不同，对于管理过程中的损害问题关注较少。

紧急情况的无因管理与“见义勇为”有很大的相似性。根据民法典第183条，“因保护他人民事权益使自己受到损害的，由侵权人承担民事责任，受益人可以给予适当补偿。没有侵权人、侵权人逃逸或者无力承担民事责任，受害人请求补偿的，受益人应当给予适当补偿”。此种受益人的补偿显然不是侵权损害赔偿责任，因为受益人并未从事侵权行为。就其性质而言，此种补偿是基于鼓励互助的观念以及考虑到受益人的受益可能而确立的一种法定之债。

损害补偿问题产生的根源主要在于管理事务的紧迫性，如紧急情况下的救人、救火、救灾等。因为情况紧急，管理人常常难以事先做出周全的准备，只能因陋就简采取措施，因而难免会受到一定损害。这种损害应如何处理是值得思考的教义学问题。一方面，这是管理人自身财产所遭受的的损失，存在损害结果；另一方面，该损害由管理人自身行为造成而非因本人行为发生。另外，无因管理是管理人的行为，本人并没有造成管理人损失的过错。在这种情况下，很难认为本人行为构成侵权并应承担侵权责任。

在教义学上，在紧急管理时，德国法院和学界通过扩张解释“必要费用”的内容，而将损害赔偿纳入本人偿还义务。这样一来，本人的义务依然是“必要费用偿还义务”，而非真正的“损害赔偿义务”，因此债法总则中关于损害赔偿的部分在此不能适用（吴训祥：《论无因管理本人的偿还义务》，《法学家》2019年第2期）。比较而言，我国民法典第979条第1款第2句相当于是确立了一项独立的损害补偿义务。在我国无因管理人所受损害的赔偿问题上，“民通意见”第132条曾规定本人要赔偿管理人所遭受的“实际损害”，这条规定客观上让本人承担完全的损害赔偿义务，对本人的要求过于严苛。在此后制定民法典979条第1款第2句中，法律规定了适当补偿的规则，从而使我国无因管理制度的适当补偿义务和“见义勇为”（民法典第183条）中受益人的补偿的义务相一致，在体系评价上更为统一。

就其属性而言，本人适当补偿管理人所受损害的义务和侵权损害赔偿有较大的不同，和民法上基于公平责任进行损害赔偿也有所差异。原因在于，基于公平责任而进行损害赔偿的本质，依然是侵权损害赔偿，而无人管理中的补偿在性质上并不是源于侵权行为的责任。

就补偿的具体构成要件而言，一般认为，除了管理人须遭受损害外（通常是绝对权损害），还要求有关损害源于事务管理的特有风险，即该致害风险内蕴于事务本身、与事务管理具有关联，而非一般生活风险。“换言之，任何人在没有处理该事务时也可能遭受的损害风险，即不属于事务管理的特有风险。比如，见义勇为者在救火时被大火烧伤的，烧伤即属于救火特有的风险，见义勇为者可以要求损害赔偿；但具有心脏病史的救助者在救火过程中突发心脏病去世的，其家属不得依无因管理主张损害赔偿。类似的，管理人为了管理事务而驾车出门遭受的交通意外，不属于事务管理的特殊风险（缪宇：《论被救助者对见义勇为者所受损害的赔偿义务》，《法学家》2016年第2期）。”

## 六、管理人的注意义务及义务违反的法律责任

无因管理人的注意义务因有关的管理是紧急无因管理还是非紧急无因管理而有所不同。对于紧急无因管理，无法苛求管理人进行周全的计划和考虑，因此一般认为只在管理人有故意或重大过失时才构成对管理人注意义务的违反，而对于一般的无因管理，管理人则须尽到相当于善良管理人的注意。理由在于，其一，“无因管理是管理人明知管理他人事务，却令其负与处理自己事务为同一的注意义务，在逻辑上不同一，对管理人也有放纵之嫌”（崔建远：《无因管理规则的丰富及其解释》，当代法学2020年第3期）。其二，在无偿委托中，注意义务程度降低源于无偿，同时，委托人基于合意选择了受托人，应承担受托人“相当于处理自己事务的注意”之不足的风险。但是无因管理恰好不同，本人是被动进入这个法定之债，没有选择的余地，因此，不能把这个风险转给本人承担（与缪宇老师讨论时，缪宇老师的观点）。

我国《民法典》第184条（因自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的，救助人不承担民事责任）可以被理解为法律关于紧急无因管理的规定。类似的规定，如《德国民法典》第680条（“管理事务以避免本人遭受急迫之危险为目的者，管理人仅就故意及重大过失负责”）、《日本民法典》第698条、《瑞士债务法》第420条、我国台湾地区“民法”第175条等）。当然，根据上述比较法的规定，管理人仅在没有故意或重大过失时方可免责，但我国《民法典》第184条并没有此类限制，其与第181条、第182条在价值上并不统一，在解释时须谨慎处理（易军：《中国法上无因管理制度的基本体系结构》，《政法论坛》2020年第5期）。

《民法典》关于无因管理的规则并未规定管理人违反注意义务时应当承担何种责任。我们认为，虽然尚无定论，但或许可以考虑通过适用《民法典》第468条结合第577条要求管理人赔偿本人的损失。如此一来，第577条将取得类似于1986年《民法通则》第106条第1款的地位，成为义务违反时债务人承担责任的规范依据。而如此理解的《民法典》第577条，在债法体系上也将和《德国民法典》第280条具有相近的地位。

法律 民法典第468条非因合同产生的债权债务关系，适用有关该债权债务关系的法律规定；没有规定的，适用本编通则的有关规定，但是根据其性质不能适用的除外。民法典第577条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的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。民法通则第106条第1款公民、法人违反合同或者不履行其他义务的，应当承担民事责任。德国民法典第280条债务人违反债之关系所生义务者，债权人得请求损害赔偿。债务人就义务违反不可归责者，不适用之（第1款）。债权人请求给付迟延之损害赔偿者，应另符合第286条之要件（第2款）。债权人请求替代给付之损害赔偿者，应另符合第281条、第282条或第283条之要件（第3款）。

## 七、无因管理与委托

我国民法典第984条规定，“管理人管理事务经受益人事后追认的，从管理事务开始时起，适用委托合同的有关规定，但是管理人另有意思表示的除外”。该条揭示了无因管理制度和委托合同之间的关系。

在教义学上，管理人的追认是一种单独行为、不要式行为，具有形成权的性质。管理人的此种追认具有拟制的效力，使当事人之间的关系可以“适用”委托合同的规定，注意这并不意味着管理人与本人之间成立了委托合同的关系（以便维护合同法制度的体系严整）。当然，即便如此，第984条的规定，也让我们认识到：通过委托合同制度，无因管理与合同制度建立起了关联。

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | 委托合同 | 无因管理 | 比较与借鉴 |
| 必要费用 | 第921条：受托人为处理委托事务垫付的必要费用，委托人应当偿还该费用并支付利息。 | 第979条第1款：管理人没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失而管理他人事务，可以请求受益人偿还因管理事务而支出的必要费用。 | 均应支付必要费用；无因管理中，本人似也应支付利息。 |
| 委托人或本人义务：赔偿与补偿 | 第930条：受托人处理委托事务时，因不可归责于自己的事由受到损失的，可以向委托人请求赔偿损失。 | 第979条第1款第2分句：管理人因管理事务受到损失的，可以请求受益人给予适当补偿。 | “赔偿损失”与“适当补偿”；无因管理中“补偿”也应要求不可归责于管理人。 |
| 报酬 | 第928条：受托人完成委托事务的，委托人应当按照约定向其支付报酬。 | 无明确规定，或可计入“必要费用”。 | 无因管理原则上不承认报酬请求权，仅当管理行为属于管理人职业范畴时例外承认。 |
| 受托人或管理人的注意义务：赔偿 | 第929条第1款：有偿的委托合同，因受托人的过错造成委托人损失的，委托人可以请求赔偿损失。无偿的委托合同，因受托人的故意或者重大过失造成委托人损失的，委托人可以请求赔偿损失。 | 无明确规定，或可基于《民法典》第468条准用《民法典》第577条。 | 委托的归责标准区分有偿无偿，无因管理区分非紧急管理与紧急管理。 |

## 作业及解答

### 作业

年龄为13周岁的初中生甲于2021年5月1日随父亲回故乡探望爷爷奶奶。因父亲须于2021年5月3日赶回P大学授课，甲于5月5日自行乘坐飞机返回北京。在抵达北京首都机场后，甲误入中转通道，并在中转乘机区发现有飞往日本东京的航班。因一直渴望去东京迪士尼乐园玩耍，甲成功躲过机票查验，乘坐A航空公司的飞机飞往东京。到达东京后，甲因未办理签证而被日本边检拒绝入境。在这种情况下，甲在东京机场找到A航空公司柜台，A航空公司在得知情况后将甲带回北京。现A航空公司要求甲的监护人乙支付北京—东京航段（10000元）及东京—北京航段（12000元）的机票费用（按经济舱现价（即机场柜台价）计算）。问：在上述A航空公司关于两项机票费用的主张中，哪一项是基于979条第1款前半句关于无因管理费用的请求权（或者两项均是？或者两者都不是？请简要说明理由）？

# 第十六章 不当得利概述

法律 民法典第122条 因他人没有法律根据，取得不当利益，受损失的人有权请求其返还不当利益。第985条 得利人没有法律根据取得不当利益的，受损失的人可以请求得利人返还取得的利益，但是有下列情形之一的除外：（一）为履行道德义务进行的给付；（二）债务到期之前的清偿；（三）明知无给付义务而进行的债务清偿。

## 一、不当得利的概念

不当得利法涉及的范围与事项非常宽泛。按照现行法的规定，不当得利指“得利人没有法律根据”取得的“不当利益”，对此，“受损失的人可以请求得利人返还取得的利益”（民法典第985条）。其中的“法律根据”、“损失”、“得利”等都与其字面含义有出入，如其中的“法律根据”并不是法律本身，而还包括依法成立的合同，而其中的“损害”也和日常理解中的损害观念不同，如甲在乙并不使用的房屋墙壁上喷涂广告，在日常观念之下，在乙并不使用的情况下，并不足以构成“损害”（例示如王泽鉴：《不当得利》，北京大学出版社，2015年第2版，第58-59页；“民法所谓损害一般多用与损害赔偿（Schadensersatz），系指权益受侵害时所生的不利益。易言之，损害发生前的状态，与损害发生后的情形，两相比较，被害人所受之不利益，即为损害之所在”，而不当得利法上所称之损害，“绝非损害赔偿法上的损害”）。那么，究竟什么是法律上所说的“不当得利”？这一制度的产生背景是什么？

通常的观念认为，不当得利在本质上是矫正当事人之间的不当利益转移，体现了矫正正义（corrective justice）。但这是一个需要在理论上谨慎对待的命题。首先，矫正正义观念的前提，是就每个当事人而言，存在着应然的、确定的权利归属状态。其次，就矫正正义的运行而言，需要存在两个相连的权利与义务，即原告的请求与被告的责任。第三，矫正正义的观念与私法自治的观念密切相关，其假定当事人处于平等的地位，在这一结构中，法律并不强制性地要求一方低于另一方。[[118]](#footnote-119)也就是说，矫正正义的观念，特别强调权利与义务的关联项。但是，就不当得利而言，某些类型的不当得利关系中，当事人之间并无相互关联的状态。如甲在鱼池中饲养的鱼因大雨而混入乙的鱼塘，甲乙之间在此前并无互动的关系，或者说，乙在这种情况下，纯处于被动的地位，乙并无过错，并不是一个因违反了某种义务而对原告承担特定责任的行为人。在这个意义上，不当得利的责任，是一种严格的责任，与当事人的过错无关，而这是与通常所说的矫正正义的观念有出入的。[[119]](#footnote-120)

还值得说明的是，从内容上说，实现矫正正义的具体方式是返还财产或返还权利，而在有关不当得利的非常多场景下，当事人已因交易或因事变而丧失了其原本享有的权利，因此，事实上并不能请求返还（如原物）。也正是基于这样的原因，很大程度上，应当认为不当得利的性质与同属对人权的合同权利是相类似的。[[120]](#footnote-121)

## 二、不当得利法的基本结构

我国不当得利法的规则在民法典上主要体现为第122条和第29章即第985条-第988条的规则。在性质上，这些规范可以分为两类：第985条规定了不当得利的构成要件，即在何种条件下成立不当得利；第986条-第988条则规定了返还的范围，据此，得利人的返还范围受到其主观状态（善意或非善意）、获益状态（存在或不存在）的影响，另外第988条又进一步规定了在特殊情况下第三人（转得人）的返还义务。

## 三、不当得利制度与其他法律制度的关系

不当得利法的相关规则，在民法典上有广泛的应用。例如，我国民法典第1141条规定，遗嘱应当为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。在被继承人立遗嘱时，如果未为上述继承人保留必要的遗产份额，则上述继承人可请求遗产管理人或者已取得遗产的继承人或受遗赠人返还，该“返还”在性质上便属于不当得利返还（在德国民法典上便通过第2329条结合第818条，处理相应的返还事项）。总结来看，不当得利法与以下民法制度存在密切的关系（Dannemann, The German Law of Unjusfitied Enrichment and Restitution, Oxford University Press, 2009, pp.13-18.）。

第一，不当得利制度与合同解除制度密切相关。在合同解除时，通常认为一方获得的利益（对方的给付）便失去了法律上的根据，因此应当予以返还；其内在的机理仍然是不当得利返还制度（包括返还的内容、方式、范围等）。当然，不同国家会用不同的规则来处理合同解除之后的返还问题，比如在德国法上会适用《德国民法典》第346条以下的规则处理合同解除之后的返还（“清算关系说”，我国台湾地区亦同，见王泽鉴：《不当得利》，2015年版，第96页以下）；在我国法上，民法典第566条处理合同解除之后的返还，关于返还的属性固然应采清算关系说，但不当得利法的影响是难以完全排除的。

第二，不当得利制度与无因管理制度（*negotiorum gestio*）也有密切的关联。在无因管理人为本人的利益管理本人的事务时，客观上其实也可以认为本人有所获益，故应返还受益。虽然在教义学上一般（没有实质理由地）认为，“对不当得利而言，无因管理系为他人支出费用的法律上原因”，因此不成立不当得利（王泽鉴：《不当得利》，2015年版，第7页），但在“误信管理”的情况下（管理人误以为他人的事务为自己的事务而为管理，如继承人误以为他人的汽车为被继承人遗产而为修理改进），便不能基于无因管理而请求本人支出费用，而只能依不当得利请求受益人返还获益，此处构成通常所说的支出费用不当得利，这就在很大程度上也反映了无因管理制度与不当得利制度的内在关联。

第三，不当得利法与侵权法有密切关系。在权益侵害型不当得利的情况下，一般会产生不当得利返还请求权与侵权损害赔偿请求权之间的竞合。实际上，在知识产权侵权的情况下，法律规定赔偿数额“按照权利人因被侵权所受到的实际损失或者侵权人因侵权所获得的利益确定；权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该专利许可使用费的倍数合理确定（专利法第71条）”，而侵权人因侵权所获得收益的返还既可以用侵权制度加以解释（加害人的收益是受害人本应获得收益），也可以用不当得利制度加以解释（注意，在我们前述的授课中，专利侵权人就其所获得的收益所应负担的赔偿责任，一定程度上也可以用不法管理的制度加以处理）。

第四，在所有人、占有人关系之中，也存在不当得利法与其他制度相关联的问题。例如占有人没有依据取得他人所有物，一般认为占有人应当负有占有的返还义务，即返还占有的不当得利（当然，在这种情况下一般所有权人会直接行使所有物返还请求权，而不需要通过占有不当得利的返还寻求救济）。但在另外的所有人与占有人关系中，如所有人也可以要求占有人返还其在占有期间所获得的相应的利益或者收益（占有人无权占有他人的房屋并出租，所有人请求占有人返还相应的租赁利益）（民法典第460条前半句），这种返还在性质上与不当得利的也存在内在一致性。同样，占有人在对有关标的物进行必要改进的情况下，占有人也可以请求所有人返还所有人因此所获得的收益（民法典第460条后半句），这种“返还”也具有不当得利返的性质。

第五，不当得利法也可用来处理追偿权的事项。例如，在保证人承担了保证责任，或者保险人承担了责任保险中的赔偿责任之后，有权向被保证人或者责任人追偿，此种追偿在性质上也具有不当得利返还的属性。不过，各国通过法定的追偿权制度（*cessio legis*）或者通过无因管理制度加以处理，但是其与不当得利法有内在的相关性是不能否定的（例如，在英国，就是通过返还法（law of restitution）处理相关问题：“It has long been held that at law and in equity sureties, joint-contractors, trustees, directors, insurers, mortgagors and co-owners can as general rule claim contribution from the co-obligors if they satisfied more than the proper share of the common debt.”Jones et al., ed., The Law of Restitution, 7. Edition, p. 385.）。

第六，不当得利法在所有物返还请求权因所有物毁损、灭失而无法行使的情况下，也具有重要的意义。在所有物毁损、灭失的情况下，权利人有权请求返还替代物，比如所有物被无权处分或获得的对价，或在毁损、灭失时取得的相应补偿（或保险金）。在这种情况下，所有权人请求返还上述对价或补偿，该返还也具有不当得利的性质。

总之，了解上述不当得利与其他法律制度之间的关系，对理解不当得利法有重要帮助。从现行不当得利法的规则来看，我们剔除了合同解除之后基于清算关系而产生的相互返还的请求权，剔除了部分所有人与占有人关系所解决的事项，将无因管理单独构建为一项独立的制度，还将保证人的追偿权构建为一项独立的制度等等，缩减了不当得利这一制度的适用范围，有助于法律制度的精细化。不过，即便如此，为了有更好的体系观念，不当得利制度与上述制度的内在关联，仍然需要有所了解。

## 四、法律史上的不当得利制度

不当得利制度源远流长，罗马时期与现行不当得利制度相对应的制度，为condictio制度，属于对人诉讼（actio in personam），主要有如下几类：其一，非债清偿的返还（condictio indebiti）；其二，基于目的不达而产生的不当得利（condictio ob rem）；其三，基于窃盗的不当得利（condictio furtiva）；其四，基于不道德行为的不当得利（condictio ob turpem causal），如向绑匪请求返还赎金，其内容与类似；其五，基于不法原因的得利返还（condictio ex injusta causa），即违反强行法而为给付。[[121]](#footnote-122)关于不当得利，公元3世纪时，罗马法学家Pomponius曾提出著名的“损人利己违反衡平”的法谚（Jure aequum est neminem cum alterus detrimento et iniuria fieri locupletioren），对不当得利制度作出了概括说明。[[122]](#footnote-123)

## 五、比较视角下的不当得利制度

在英国法上，所有的返还（restitution）救济都建立在不当得利（unjust enrichment）之上，而unjust enrichment的唯一救济就是restitution。比较而言，在德国法上，不当得利（ungerechte Bereichung）只是返还（Restitution）的依据之一。而在发生ungerechte Bereichung的情况下，除了返还之外，还有费用补偿乃至损害赔偿。[[123]](#footnote-124)

在英国的不当得利法上，“不当”（unjust）是核心性构成要件。与此相对，在德国法上，尽管也对应地将其称为ungerechte Bereicherung（即中文的“不当得利”），但在构成要件上，“不当”或“不公”并不是主要被考虑的因素，取而代之的核心要件是“没有根据”。这可以说是英国法和德国法在不当得利构成要件上的关键差别。[[124]](#footnote-125)近些年，英国也有学者提出英国法应借鉴德国法，放弃“不当”这一要件，转而采纳“没有合法根据”。

德国法上一般认为，“不当得利制度就像双头罗马神祗雅努斯（Janus），其一头朝向合同，尤其是在合同关系终结时，会适用不当得利的制度;另外一个头则朝向侵权法，在侵权制度中被用于处理一方侵害他方的权益而产生之利益的返还，某些时候还被会延伸用于物权法。”[[125]](#footnote-126)在这个方面，英国法和德国法也有较大的差别，英国法常常将不当得利看作是某种默示合同（implied contract[[126]](#footnote-127)），进而很大程度上与合同制度关联。

在德国法上，不当得利被视为债法的组成部分，“不当得利返还”本身也被视作债的一种类型。而在英国法上，不当得利可能会被看作是一项物权（right *in rem*）。尽管英国法上依据物权性的不当得利返还会体现为金钱的给付，但是在性质上被会被看作是某种物权，这也是和德国法的重要差别。[[127]](#footnote-128)

德国的不当得利法制度源于对罗马法的继受和发展，尤其是和萨维尼等学者关于处分行为与负担行为之区分的思想相关连。但德国民法典的制定，很大程度上改变了罗马法上的不当得利制度。具体表现是罗马法上的不当得利制度主要体现为某些具体的返还安排，而德国法上设置了一般性的不当得利返还条款（即《德国民法典》第812条）。[[128]](#footnote-129)比较而言，在英国法上并没有一般性的不当得利返还制度，尽管近些年已有了进一步的发展，人们试图总结一般性的不当得利返还规则。对此，学者总结认为，“德国法这种设置一般性不当得利返还条款的模式，可以将原本容易被忽略的不当得利的类型被囊括在内，但其缺点可能是覆盖面过宽而把一些本来不属于不当得利的制度纳入进来”。[[129]](#footnote-130)

关于不当得利和返还（restitution）之间的关系，德国法和英国法也有较大的差别。英国法上所有的返还都建立在不当得利的基础上，而返还是所有不当得利的唯一的救济措施。但在德国法上，不当得利仅仅是返还救济的类型之一，返还救济还有很多其他形式。[[130]](#footnote-131)

“总体而言，德国的返还法体系相对复杂，不当得利只是返还法体系的一个组成部分。因此，人们在理解德国返还法体系时，应当注意德国的返还法体系并不是多个铁片无意义的堆砌，而是一个精妙复杂的钟表。这是不应忽视的：假如不采取这样的规制方式，会出现非常多漏洞。当然，需要注意的是，德国不当得利法是一个精密复杂的钟表，并不意味着其一定准时，事实上，某些时候也会有走时不准的问题。”[[131]](#footnote-132)

进一步讲，在德国法上，不当得利是各种返还制度中的一项。如果想更好地理解不当得利制度，需要了解返还制度的全貌。德国的返还法体系大致是由不当得利制度、合同终止制度（如《德国民法典》第346条以下的规则）、无因管理制度、侵权制度，“所有人-占有人”责任制度、替补赔偿或者利益交出制度、追偿制度（cessio legis）等七项制度共同组成的。[[132]](#footnote-133)

按照我国《民法总则》的规定，“因他人没有法律根据，取得不当利益，受损失的人有权请求其返还不当利益（第122条）”。那么，什么是不当得利法中“利益”呢？这应当区分给付不当得利与非给付不当得利加以判断。

在《德国民法典》上（第812条第1款第1句），不当得利人所获得的，并未被严格地限定为“利益”或“获益”（Bereicherung），而是“获得了些什么”（etwas erlangt），基于此，通说认为可以基于不当得利请求返还的，不仅是财产性的利益（Vermögensvorteile），还可以是不具有显著财产价值的事物，如个人书信或家庭照片。[[133]](#footnote-134)即只要某项财物原来归属于债权人，现无法律依据地存在于债务人的财产之中，债权人即有权依不当得利请求返还。[[134]](#footnote-135)

注意，在确定应予返还的范围时，要结合取得相应利益时的基础法律关系加以判断。例如：出卖人甲将他的金表出售给乙并交付，现甲撤销合同请求乙返还金表。问：依不当得利请求权，应如何请求？在这个简单的例子中，最常犯的错误是回答“乙取得了甲的手表，为获有利益，应予返还”，或“甲可请求乙返还金表”。正确是分析，应当是首先判断有关交易在撤销之后的状态，例如，在采德国民法上物权行为无因性的理论时，若只是因为意思表示错误等原因而撤销合同，并不导致标的物所有权的复归，故甲应“请求返还金表之占有及移转金表之所有权”。[[135]](#footnote-136)比较而言，在中国法上，在合同被撤销的情况下，一般认为标的物所有权复归于出卖人，则甲应“请求乙返还金表之占有”。

## 六、不当得利的类型

在大陆法（尤其是德国法）上，不当得利一般被区分为给付不当得利和非给付不当得利，这一区分也值得我国法采纳。如前所述，在这一区分形成之前，并不存在一般性的不当得利法规则，而只存在不同类型的condictio制度，人们基于不当得利的这些类型而区分具体的诉由（from Roman condictiones to a general unjustified enrichment clause）。在这个意义上，“给付不当得利”与“非给付不当得利”的分类本身就代表了一种一般化的努力，只不过没有一般化到极致、乃至采取“统一说”——将所有的不当得利都归咎为因“不当”或“没有合法根据”而请求返还（Dannemann, 2009, p. 10.）。

关于不当得利的类型，有统一说与非统一说两种不同的观点。非统一说认为，各种不当得利应有其各自的基础，不能在构成要件上做统一的规定，而应区分不同类型的不当得利加以判断；统一说则认为一切不当得利均应有统一的概念，因此不当得利的构成应当有统一的含义（当然，不当得利在具体构成要件上究竟建立在公平、正义抑或某项权利的基础上，统一说内部还有不同的意见）（王泽鉴：《不当得利》，北京大学出版社，2005年，第30-31页）。

在给付不当得利与非给付不当得利中，给付不当得利显然是不当得利制度应用的主体。比较而言，非给付不当得利，主要用于调整那些没有办法简单用给付不当得利处理的事项（非给付不当得利的“查余补漏”功能）。在当事人之间具有某种给付关系时，关照当事人的给付关系、并在此基础上处理不当得利的返还，可以更好地平衡当事人之间的利益。也是在这个意义上，当某一不当得利返还关系既具有给付属性又具有非给付属性时，给付不当得利规则应优先适用，即给付不当得利优先原则（或非给付不当得利“辅助”原则，principle of subsidiarity）（Dannemann, 2009, pp. 25, 32.）。

假如在出租人和某潜在承租人之间并无关于修理玻璃的约定（双方并未订立租赁合同关系，只是约定承租可以先拿到出租人房屋的钥匙，并明确约定承租人可以（只能）无偿自行修理玻璃），潜在承租人请玻璃工替换了新玻璃。在这种情况下，因为出租人取得替换后的新玻璃并无合同依据，因此出租人获得的利益并无法律上的原因，进而在出租人与玻璃工之间便存在非给付不当得利的关系。即便在这种情况下，根据给付不当得利优先于非给付不当得利的原则，玻璃工也只能要求与其有给付关系的承租人返还，而不能要求出租人返还。

同样，在甲因受乙欺诈而将自己的古董卖给乙，乙再以市场价转卖给善意之第三人丙的情况下，甲撤销合同后，也只能根据给付关系请求乙返还（在甲受乙的指示向丙为履行亦同：向丙的履行不过是在履行甲对乙的合同，因此即便丙是实际受领人，甲也无权请求丙返还）。在这个意义上，所谓的“给付不当得利优先于非给付不当得利”，并不意味着在存在两种不当得利返还可能的情况下，一种不当得利的返还优先于另外一种不当得利的返还，而是在存在给付关系时，要根据该给付关系处理（如根据相应合同关系处理），或者（在合同撤销或无效时）充其量只能成立给付不当得利，而排除非己不当得利的适用。在这个意义上，学者以二重买卖的例子论证非给付不当得利的辅助性（王泽鉴：《不当得利》，2015年，199页），可能会误导理解。

# 第十七章 给付不当得利与非给付不当得利

## 给付不当得利

一般认为，无法律上原因，因他人之给付，致他人受损害，而取得利益者，负有返还相应利益的义务，该义务即基于给付而产生的不当得利返还义务。

### 1．取得利益

欲理解给付不当得利中“取得利益”的含义，首先需要理解给付的概念。在法律层面，给付包含体现给付目的的意思表示和增益他人财产的给予行为两大要素。可见，给付概念本身即包含有增益他人财产的因素。也是基于给付的此种含义，一般认为在给付不当得利中，我们说得利人取得的“利益”，指的就是给付本身，而不是民法在其他领域中所使用的“利益”的通常含义：（积极的）财产增加或（消极的）财产不减少。

在给付不当得利之下，若有关给付可原样返还，则合同项下的所有给付均可视为所取得的利益，如各种动产、不动产、债权、知识产权、期待权甚至权属登记本身等等。在不能原样返还时，应对有关的得利折价，以确定应返还的内容。这一过程是更为客观化的过程，若标的物没有客观价值或不能折价，则不属于“取得利益”（Dannemann, 2009, pp. 26-30）。关于取得利益的判断，需要注意以下几点。

其一，不当得利法下的所谓取得利益，指的是因特定给付行为而取得具体的、个别的利益，而不是就当事人整体的财产状态抽象地计算和判断，例如，“甲以5万元向乙购买大英百科全书，甲所受利益为乙移转的百科全书所有权，不能认为甲因需支付价金，故就整个财产而言并未受有利益”。当然，买受人是否应当返还上述大英百科全书，除了要考察其是否取得利益外，还要考察不当得利返还的其他构成要件，在买卖合同成立并生效的情况下，买受人取得出卖人的该履行具有法律上的原因，因此不成立不当得利返还义务（王泽鉴：《不当得利》，北京大学出版社，2015年，第34页）。同样的，在雇佣、租赁等继续性合同关系中，若合同无效或被撤销，在确定不当得利返还时，仍需自始计算诸如承租人所取得使用房屋的利益，因此也有返还的问题。

其二，就取得利益的判断而言，若原物存在，则并无判断“客观价值”的必要。例如，某卖家（通过如拼多多平台）错误地将价值为2000元的笔记本电脑发送给并非购买人的收货人甲，而甲有更为高端的电脑，即并不需要该2000元笔记本电脑，故将该货物存放于储藏室。在这一交易中，尽管从收货人主观的角度来看，有关货物对其并无价值，但其毕竟收到了货物，故发货人仍然有权请求其返还。

其三，虽然在定义上，“给付”概念本身原则上包含“使他人财产增益”的因素，但也并非全无例外：有的给付可能服务于某一整体的财产变动或移转目标，但就单项给付而言，可能并不均存在客观价值。例如，企业买卖双方订立了关于尽职调查的合同。合同订立后买方开展了尽职调查，查阅了卖方账簿和其他文件。此后，合同被确认为无效。此处卖方允许（容忍）他方查阅的“行为”，便难以确定价值进而要求返还。

### 2．致他人受损

给付不当得利的主要功能在于将当事人之间的法律关系恢复到给付之前的状态，因此，在给付不当得利中，所谓“致他人受损”，所描述的并不是给付人遭受了财产的毁损或事实上的减损，而是给付人做出了给付行为或者说受益人的受益是建立在给付人所付出的代价上的（at the expense of the claimant, auf dessen Kosten）。在这个意义上，民法典第985条所规定的“损失”并不能根据其字面含义来理解，而是应将其等同于给付人的给付行为。

文献 我国台湾地区“最高法院”曾作出如下决议：“因欺诈而为之买卖，在经依法撤销前并非无效之法律行为，出卖人交付货物而获有请求给付价金之债权，如其财产总额并未因此减少，即无受损害可言，即不能主张买受人成立侵权行为而对之请求损害赔偿，或依不当得利之法则而对之请求返还所受之利益”。正如王泽鉴所指出的，这一决议的主要错误在于将给付不当得利中的损害理解为当事人整体财产价值的减少。正确的认识，是一方所受的损害是取得了他人的给付，并且取得有关给付没有合法依据。如前所述，此种损害指具体的、个别的损害：在买卖合同中，买受人受到的利益，其实就是出卖人所交付的货物。在本案中，之所以不构成不当得利的原因，并不在于没有损害的发生，而是买受人在有关买卖合同被因欺诈而撤销之前，其受有利益具有法律上的原因。王泽鉴：《不当得利》，北京大学出版社，2015年，第92-93页。

### 3．存在给付关系

在给付不当得利中，给付关系是构成要件中的核心因素。不过，从受益人的角度来说，给付关系体现为受益人的受益，而从给付人的角度来说，则体现为给付人的受损。因此，给付关系本身是否有设置为独立要件的必要性便值得讨论。鉴于前文已经从受益和受损的角度观察和讨论了给付关系，此处不再将其独立列为要件。当然，不同交易类型中给付关系的具体内容会因诸如买卖、借款、承揽、租赁等基础交易关系而有所差别。

### 4．没有法律根据（without legal ground, absence of basis）

#### 1）无法律根据的一般原理

##### i）无偿合同可作为法律根据

如前所述，就不当得利的构成而言，“不当”二字强调的主要是没有法律上的原因，而不是取得利益在道德上的可责难性。一般认为，“没有法律上的原因”是指得利人没有保有相应利益的法律依据。这种法律依据通常是当事人基于合同所取得的债权。值得特别强调的是，这里的合同也包括各种类型的无偿合同。例如，受赠人可以基于赠与合同而占有和取得有关财产，即在有赠予合同的情况下，受赠与人所获得的利益不构成不当得利。此外，法律所承认的各种无偿合同如借用、无息借款、无偿委托、无偿承揽等均可以作为权利人取得相应利益的依据。

##### ii）自然债可作为保有利益的法律根据

除无偿合同可成为取得利益的依据外，不当得利法意义上的“法律依据”还有更宽泛的含义。例如，债权人无法强制债务人履行的“自然债”便可以成为不当得利法意义上的“法律依据”：在诉讼时效期间经过的情况下，如债务人向债权人履行，债权人便有权取得相应的利益，而无需依不当得利的规则向债务人返还（民法典第192条第2款）。更有甚者，在德国法上，“因博弈或赌博不生债务”，但“基于博弈或赌博所为之给付不得因债务不存在而请求返还”。也使赌博（赌赢）成为一种取得利益的法律上原因。

##### iii）作为一般法的不当得利法受制于特别法

需要特别强调的是，不当得利法上所说的“无法律根据”，主要强调的是获得相应的给付没有合同的或其他的依据。该要件所着眼的是取得利益整体的依据，而不关注给付与对待给付之间的对等关系。例如，买受人购买出卖人的汽车，双方约定价款为10万元，但汽车存在瑕疵，实际只值5万元，买受人可否请求出卖人返还5万元已支付价款的不当得利？答案是否定的。理由在于：出卖人取得作为交付汽车对待给付的价款，是存在买卖合同的根据的，即在买卖合同被撤销或解除之前，出卖人保有相应的价款并非无理由。在这个意义上，王泽鉴老师透彻地指出，合同法上关于买卖标的物瑕疵的规定或者关于不完全履行时违约责任的规定，在理论上都可以看作是不当得利法的特别法。但是，鉴于当事人之间给付和对待给付之间的对等关系已有合同法调整，若通过不当得利法加以处理，将架空整个瑕疵制度乃至违约责任制度（王泽鉴：《不当得利》，北京大学出版社，2015年版，第94页）。此种做法的内在原因在于尊重当事人的意思自治，即究竟何为瑕疵，存在瑕疵之后如何补救赔偿，合同的约定要比法定规则更精细、也更契合当事人的自主选择。实际上，也是基于同样的原因，我们认为在一方当事人违约时，合同规则排斥侵权规则：即便是故意拒绝履行合同，非违约方也只能寻求合同救济而不能谋求侵权法救济（在合同履行过程中过错侵害绝对权除外）。

#### 2）无法律根据的具体类型

##### i）无给付义务（fehlende Verpflichtung）

在给付不当得利之下，最典型的“无法律上的原因”的情形是无给付义务情况下的履行。包括自始无给付义务，如非债清偿；也包括因合同无效或被撤销而导致的有关义务溯及地消灭（德国民法典第812条第1款第1句前段，condictio indebiti）。

##### ii）法律上原因嗣后不存在

较为少用的给付不当得利的一个类型是法律上的原因嗣后不存在（德国民法典第812条第1款第2句前段）。例如，在财产险的投保人投保了遗失险后，有关财产遗失，保险公司继而承担了给付保险金的义务。嗣后，该标的物重新被找到。在这种情况下，应当认为受益人取得相应保险金的法律上的原因嗣后消灭，因此应向保险公司返还相应的利益（严格说来，该“法律上原因嗣后不存在”的类型可以被《德国民法典》第812条第1款第1句前段所包含，但源于法律历史承继的原因，condictio of causam finitam被作为独立的类型保留了下来，并保有其自身的特殊含义）。

##### iii）

这也是德国法上受罗马法影响而保留的一种特殊的不当得利类型（condictio ob rem, condictio causa data causa non secuta）。典型例子如妻子侵占了公司的公款，为了避免妻子被起诉，丈夫向公司作出经公证的单方债务承认，允诺向公司支付妻子所贪污的款项，双方均同意，此种支付的目的是为了防止公司向警察举报妻子侵占。然而，此后公司依然向警察举报，导致妻子被起诉。在该案中，应当认为丈夫的单方债务承认不能实现所欲达成的目的，因此或许可以请求公司返还已作出的给付（至于是否构成不法得利进而不能请求返还，仍需结合不法得利的规则进一步讨论，本案中是丈夫为妻子开罪，似不直接构成不法）。值得一提的是，在本案中，如果认为丈夫与公司之间曾将“公司不举报妻子”作为丈夫单方承认债务的“交易基础”，则（《德国民法典》第313条规定的）情事变更制度也有应用的空间。

#### 3）小结

总结来说，给付不当得利的典型类型，是合同等给付关系无效、撤销之后的给付返还。至于其他的法律上的原因，均属给付不当得利的特殊类型。值得特别强调的是，诸如“给付原因嗣后不存在”、“给付目的不达”等一方面并不是给付不当得利的构成要件，另一方面这些类型的给付不当得利应用范围较窄。在理解不当得利尤其是给付不当得利的规则时，应当将其作为给付不当得利的特殊类型来对待。

## 二、非给付不当得利

一般认为非给付型不当得利主要包括三种类型：权益侵害型不当得利、支出费用不当得利、求偿不当得利。需要说明的是，权益侵害不当得利规则和“所有人—占有人关系”中占有人收益返还规则有密切关联。以德国为例，《德国民法典》中关于占有人收益返还设有细致的规定（第987条-1003条），一般认为，这些规则相对于不当得利法属于特别法，如同合同、无因管理制度之于不当得利法的关系。我国民法典物权编第5分编中规定了有关占有的规则，该章从第458条到第462条分别规定了占有人的各项义务，其中第460条规定了占有人原物与孳息的返还义务。

比较而言，我国民法典关于“所有人—占有人关系”的规定并不细致周延。在这一背景下，遵循德国法上的安排，以“所有人—占有人关系”优先于不当得利规则适用，未必有太多好处。或许在不当得利制度上进行类型构建，扩张不当得利在此种关系下的应用，是更优的路径。类似的，在英美法上也并没有与“所有人—占有人关系”类似的规则，而是都统一通过返还法加以处理。当然，在这种情况下，受益人的过错便也需要通过适当的要件纳入进来（restitutionary claim based on another tortious act, benefits accruing to a criminal from his crime）。

### 1．权益侵害不当得利

欲构成权益侵害不当得利，通常需要满足以下三项要件。

#### 1）取得利益

受有利益，即得利人取得一定具有经济价值的财货移转或其他的利益（如无权占有他人之物本身就可以看作是一项利益，所有权人可以基于不当得利请求占有的返还）。

#### 2）侵害归属于他人的权利

受侵害的权益应归属于“受损人”，是构成权益侵害不当得利的一项关键要件。在这一点上，权益侵害不当得利和侵权有重大的区别：权益侵害不当得利在构成上并不要求违法性，而侵权责任的承担通常要求有关侵权行为具有违法性。

例如，在一个案件中，原告的建筑位于私人的土地上，被告为了制作明信片，在该私人土地上拍摄了原告的建筑，然后制作成明信片并销售。原告认为该建筑的照片里有应归属于自己，并要求被告停止侵害。德国联邦最高法院（BGH）在1974年的裁判中认为，利用私人土地拍照及在此情形下取得的建筑物外观的照片是一项归属于所有权人的权益，因此支持了原告的请求。在这个案件中很难认为使用私人建筑的照片具有违法性，但被告的行为侵害了建筑物外观的归属性利益，因此原告可以寻求救济。在另外一个案件中（1989年），建筑物的所有权人要求出售该建筑明信片的被告返还不当得利，因该建筑是一个在公共空间中就可以拍摄到的建筑（任何人均可拍摄）的，法院认为在这种情况下，该建筑的照片或外观就不是一项归属于建筑所有权人的权益，因此建筑所有权人无权请求返还不当得利。

某一项权利是否具有归属性，是判断是否构成权益侵害不当得利的关键之一。在一个案件中，原告研发了某种除草剂，该除草剂使用了两个重要的除草原料。对于该两种原料的性质和机理，原告曾经公开发表过专门的研究报告。被告借鉴了该研究报告的内容，并制作了自己的除草剂。原告要求被告返还销售除草剂的利益。原告的主张未得到法院的支持，法院认为公开文献中的观点并不是具有财产归属性的权利，将该文献的内容转化为产品及销售获利，并不构成对归属于他人的权益的侵犯。

在权益侵害不当得利中，有些获益（行为）虽然不具有违法性，但是依然可能存在不当得利返还的问题。例如，甲将自己对乙的债权让与给丙，乙作为债务人在接到丙的让与通知前向甲为清偿，甲受领该给付便并不当然具有违法性（王泽鉴：《不当得利》，北京大学出版社2005年版，第141页）。但是，因甲已经将债权让与给丙，甲保有乙的给付客观上构成了对归属于丙的权利的侵害，因此对丙成立不当得利。可见，违法性理论主要关涉法律对特定行为的评价或判断，并不足以说明行为人（侵害人）保有相应权利是否具有正当性。

值得说明的是，权益侵害不当得利在构成要件上的确要求权利人遭受“损害”，但是，此种损害是一种抽象的损害，并不一定与具体的财产损失相关联。换言之，这种“损害”并不是损害赔偿法意义上的“损害”。例如，在音乐盒案中（RGZ 35, 63），不知名的作曲家甲谱写的曲子被音乐盒生产商A制作为音乐盒，因该音乐盒被广泛销售，甲的知名度大增，反而获得相应的（名誉和演出）收益而非损害。但是，尽管未受损害，音乐家甲依然可以请求音乐盒制造商返还不当得利。同样的例子如作家乙的小说未经允许被改编成剧本并排成电影，在电影大卖时，作家也因小说销售大增而获利。在这个例子中，乙并未因为小说被拍成电影而受损失，但即便如此，他依然可以请求返还不当得利（在这个意义上，知识产权法中要求著作权的侵害人返还相应的利益，其在性质上也不是严格的损害赔偿，而可能只是是权益侵害不当得利的返还）。

法律 著作权法第54条侵犯著作权或者与著作权有关的权利的，侵权人应当按照权利人因此受到的实际损失或者侵权人的违法所得给予赔偿；权利人的实际损失或者侵权人的违法所得难以计算的，可以参照该权利使用费给予赔偿。对故意侵犯著作权或者与著作权有关的权利，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下给予赔偿。

总之，“权益侵害不当得利”中“权益侵害”的表述易生误解，从上述分析可以看出，权益侵害不当得利并非以得利人“侵害”请求权人的权利为要件，而是强调得利人的得利改变了有关财产归属于权利人的状态（一般来说，相对人取得财产权利并无权利人的参与或给付行为）。这意味着，无论得利是基于得利人自身行为（如无权处分或使用他人之物）、第三人行为（如甲将乙之肥料添附于丙之土地）抑或自然事件（如洪水将甲鱼塘之鱼冲入乙鱼塘）。

#### 3）没有法律上原因

一般认为在行为人的行为侵害归属于他人的权利时，该行为本身即可反映或证成“没有法律上原因”。在这个意义上，不当得利法上的“没有法律上原因”和侵权法上的违法性的构成要件有相似的原理：若侵害了绝对权，一般认为侵权行为本身就包含了违法性的要件。当然，需要特别强调的是，“没有法律上原因”和侵权法上的违法性是有重大差别的。如前所述，权益侵害不当得利的发生并不要求违法性。此外，“没有法律上原因”还包括一些排除性的要件。如得利人可以善意取得有关的财产，因已经构成善意取得，故其获得利益并非没有法律上的原因。另外，一些法律上的特别规定，比如时效取得的规则、先占的规则也可能构成取得利益的法律上原因。

#### 4）权益侵害不当得利的主要类型

源于自然事件：甲之牛误食乙之饲料。

源于他人行为：甲盖房时误取乙之砖石并砌入丙之墙中。

源于行为人自身的行为：得利人无权处分他人之物，第三人善意取得物之所有权，得利人获得的转让价款为权益侵害不当得利（在判断不当得利的损益变动关系时，应当着眼于有关交易的经济效果，而不应受解释该交易的法律技术因素的影响，如在区分负担行为、处分行为的情况下，认为得利人获益的原因在于获取价款的处分行为，因此与权利人的损害无因果关系，便是不正确的认识，详见王泽鉴：《不当得利》，北京大学出版社，2015年版，第155页）；出租他人房屋：出租他人的房屋并收取租金，与无权处分他人之物在法律性质上并无本质差别，因此所有权人也有权请求承租人返还不当得利（当然，除了适用不当得利法请求返还不当得利之外，能否适用不法管理制度，请求承租人返还所获得的收益，也值得讨论）。

### 2．支出费用不当得利（内容仅供参考，我的研究尚不充分）

在一个案件中，原告从他的姑姑处租赁了土地，并且向律师事务所支付了相应的服务费用，期待律师事务所协助其姑姑制作将该土地留予自己继承的遗嘱。基于上述期待，原告在租赁的土地上新建了建筑物。但此后姑姑改变了主意，将土地交由他人继承。姑姑去世后，侄子诉至法院。德国联邦最高法院允许侄子从继承人处请求返还建筑物的价值。这就是一个典型的支出费用不当得利的情形。此时所有人占有人关系并不适用，因为在进行建设时，侄子是有权占有人；同样的，侄子是在管理他自己的事务，所以也不成立无因管理。

在另外一个案件中，父母将别墅赠予给儿子，同时约定了相应的条件，包括父母可以使用别墅中的游泳池、地下室中的个别房间等。而儿子则同意每月向父母的养老金中支付1200马克。此后父母和儿子之间的关系恶化，儿子没有履行相应的义务，如不允许他父母使用相应的房屋设施。因此父母根据德国民法典第531条（如同中国民法典第663条第3项的规则）撤销了这一附条件的赠与。赠与合同被撤销后，儿子请求返还其改造别墅而支出的装修费用。这些费用无法通过所有人占有人的规则请求返还，因为儿子是以别墅所有人的身份进行的改造；同时，儿子改造别墅也并非意图向父母转移相应的利益，因此也不构成给付不当得利；另外，儿子是为自己的利益而进行改造，因此也不适用无因管理的制度。综上，只能通过费用支出不当得利请求返还。

### 3．求偿不当得利（内容仅供参考，我的研究尚不充分）

求偿不当得利，指清偿他人债务并使该他人免除债务而产生的不当得利请求权。关于求偿不当得利，需要特别强调的是，作为非给付不当得利的一种类型，在适用的顺序上，求偿不当得利后位于给付不当得利，也后位于其他因法律规定而形成的独立求偿权制度，如连带债务人之间的求偿权、无因管理人关于支出费用的求偿权。换言之，仅在不存在法定求偿权或追偿权制度的情况下，才有求偿不当得利制度适用的可能性。

一个典型（但奇葩的德国法）案例是，某园艺公司向草坪购买人出卖了确保没有蘑菇的草坪卷儿，在购买人将该草坪铺设后不久，草坪上冒出了非常多蘑菇，影响了草坪的外观。购买人于是要求出卖人清除草坪上的蘑菇。在购买人的要求下，出卖人以100元的成本清除了草坪上的蘑菇。事后，出卖人发现草坪上的蘑菇并不是草坪自带的，而是购买人从第三人处购买的草坪肥料中包含了蘑菇的菌种。在这种情况下，出卖人去除蘑菇是以清偿自己的债务为目的的行为，因此出卖人对购买人有基于给付不当得利而请求返还100元清除费用的权利。这是一个通常的给付不当得利。而购买人对于出卖肥料的第三人，有请求支付100元的清除费用的权利（可以说是草坪的修理费用），在本案中体现为买受人自己为修理而要求出卖人支付相应的对价。但是，如果在清理完草坪后，草坪出卖人发现，在上述的关系中，肥料出卖人应当承担最终的责任，而草坪出卖人拟向肥料出卖人请求支付上述的费用，则草坪出卖人可以向肥料出卖人请求的，便是求偿不当得利。在这种情况下，肥料购买人（即草坪购买人）对肥料出卖人的权利便消灭，而是由草坪出卖人对肥料出卖人取得100元的求偿不当得利请求权，因为草坪出卖人清偿了肥料出卖人的债务，而在草坪出卖人和肥料出卖人之间，并无追偿的法律关系（草坪出卖人以为自己利益的目的清理蘑菇，故不构成无因管理）。

需要说明的是，在本案中，草坪出卖人原本可以请求草坪购买人返还基于非债清偿而产生的给付不当得利，按照给付不当得利优先于非给付不当得利的规则，草坪出卖人应当向草坪购买人主张权利，而不是向肥料出卖人基于求偿不当得利请求返还有关费用。但是此种“给付不当得利优先于非给付不当得利”规则也不是完全没有例外。某些时候，为了公平的考虑或许也有允许在存在给付不当得利请求权的情况下，允许非给付不当得利的返还。例如，在一个案件中，提供责任保险保险公司向9岁的小女孩儿支付了医疗费，事后，保险公司基于求偿不当得利请求小女孩父亲返还不当得利，并要求小女孩父亲返还相应的费用。该案也涉及求偿不当得利和给付不当得利关系的问题，在这个案件中，BGH在裁判中支持了保险公司的主张，理由是基于公平的考量，在特殊情况下允许求偿不当得利不受应优先适用给付不当得利规则的影响。

## 三、三人关系不当得利

在一个真实的案件中，甲为贷款中介人，通过联络有借款和贷款需求的当事人获利。一日，甲向B虚构某地方政府直属企业C有借款需求，利率为年3.45%，一年后本息一并归还，借款总额1亿元；甲同时告知B，可将款项支付给自己，自己再拨付给C。一年到期前三日，甲联系了A，告知A：某地方政府直属企业C需要借款1.0345亿，年利率为3.45%，期限为60日，到期本息一并归还。A表示愿意放款，但坚持直接支付给C。甲遂冒用C的名义通知A：因为C对B负有债务，因此A应直接向B支付相应款项。三日后，A向B支付了1.0345亿元。[[136]](#footnote-137)此后，甲挪用款项的行为败露，A请求B返还不当得利，问：可否？

这是个在法律技术层面和价值判断层面均非常难裁断的案件。在技术层面涉及非典型的三人关系不当得利返还问题：该案所涉交易安排一方面具有指示给付的形式（即从B的角度看是C指示A向自己付款），另一方面又与典型的指示给付有所差别（即付款人A以为其是在清偿自己的债务）。在不当得利法上，指示给付中的不当得利返还问题已然异常复杂，此处又增加了冒名的因素，更加剧了法律技术上的复杂程度。在价值层面，该案所涉及法律问题的核心在于，究竟应由B还是A承担贷款中介人甲的破产风险。我国学说上对“三人关系不当得利”及破产风险的分配均有一些研究，本文拟在此基础上深入探讨这一主题。

### 1．指示给付的基本交易结构

对于前述冒名指示的案例，在法律技术层面应当逐层加以分析：首先需要分析指示给付中不当得利返还的基本规则；其次需要分析“冒名”的因素对指示给付关系的影响；最后要结合“冒名”与“指示给付”两个因素，回答冒名指示情况下的不当得利的返还问题。

指示给付的基本模型：P对X负债、X对R负债，X指示P直接对R偿付。此时，P和X之间的关系被称为补偿关系（cover relation，又称资金关系或基础关系），X和R之间的关系被称为对价关系（value relation）。[[137]](#footnote-138)P对R给与的目的是清偿自己对X的债务；而从R的视角来看，R的接受给付是基于自己和X之间的对价关系。这两项关系都可能是有偿合同或赠与。第三人清偿（清偿他人债务）与指示给付最重要的区别在于，给付人P向R清偿不是基于自己的选择，而非X的指示，目的也非消灭P与X之间的债权债务关系，而是为了消灭R和X之间的债务。在清偿他人债务的情况下，倘若X对R的债务被有效清偿，给付人P不得对R请求返还，原因在于，P对于债务清偿本身并无错误认识，至于其与X之间的关系，乃是给付人P与受给付人R之外的X之间的关系，不应影响R获得清偿的预期。即鉴于P的错误发生在P与X之间，因此P应向X而非R寻求救济。至于学者[[138]](#footnote-139)所说，R无需返还的原因在于，R的债权已消灭，因此R并无获益，更多是循环论证，是难以成立的。因为即便R对P返还，R对X的债务仍可恢复，即R也不会因为返还而受损，在这个意义上，R应否返还，无法用“受损”或“受益”的要件来判断。[[139]](#footnote-140)在此情形下之所以要保护受领人R，是一种对债的实现规则的贯彻，试想，若债务人自己为清偿之后，后悔作出该清偿，显然是无权请求返还的。在这个意义上，第三人本着消灭主债务人X对R债务的目的为清偿，与X自己对R为清偿是没有本质区别的。实际上，如果清偿人P可以随意基于其与X之间的法律关系瑕疵而请求R返还，将破坏R对第三人清偿制度本身的信赖，甚至拒绝任何形式的第三人清偿。

指示关系不当得利的处理如何与既有不当得利制度体系相结合，也是值得认真对待的问题。其一，给付不当得利的制度原型是，在给付人与受领人之间存在给付行为及基础关系，后因基础关系瑕疵，给付人请求受领人返还；而在指示关系中，给付人与受领人之间通常并无基础关系，给付人对受领人为给付仅仅是因为接受了指示人的指示，在这种情况下，给付人所为的给付还能否被称作“给付”，进而适用不当得利法中有关给付不当得利的规则？其二，在通常的给付关系中，受领人（即给付关系的相对人）是明确的，而在指示关系中，受领人既可以是指示人（从给付人的视角来看），也可以是形式上的受领人（从受领人自身的视角来看）。在学理上一般认为，就不当得利法体系而言，给付不当得利与非给付不当得利的划分本身，有重要价值，有利于法律关系的明晰，但这种区分更多是体系上的人为安排，不能有效处理全部类型的不当得利，这一点在指示关系不当得利中体现得尤为突出。由此可见，学者将多人关系不当得利与给付型、非给付型不当得利并列地加以讨论，的确有其深意及合理性。[[140]](#footnote-141)

### 2．指示给付关系中的给付

#### （1）是否存在给付

指示关系中，对于是否存在给付，通常采“受损人视角”原则，即判断应否以给付不当得利处理相关问题时，应从受损人的角度出发，观察受损人是不是做出了相应的给付。例如牛的主人丢失了一头牛，小偷偷走牛以后将牛出卖给善意的、已经支付对价的第三人，第三人买得牛后将牛做成了牛肉和香肠。此时应当认为，牛的主人虽然丢失了牛，但并没有做出给付，尤其是没有对最终的第三人作出给付，因此牛的主人并无主张给付不当得利的余地。

#### （2）返还关系的确定

指示关系中，返还请求权人的确定通常采“受益人视角”原则，即确定存在给付后，应从受益人的角度确定是谁对其作出了给付。例如，在多重买卖的情况下，买受人与分销商订立合同，而分销商指示生产者直接将标的物交付给买受人，嗣后发现买受人与分销商之间合同、生产者与分销商的合同都归于无效。从买受人的角度来说，作出给付的人是分销商而非生产者，因此生产者要求买受人返还不当得利的主张是不能成立的。

以受益人为中心确定返还关系，也暗合债法的两项基本原理。

其一是债的相对性原理。即在连环交易中，不当得利返还关系应当在有直接合同关系的当事人之间发生，而不应跳跃式地确定（rule against leapfrogging）。卡纳里斯教授将这一原则背后的理念总结为三方面，一是在任何情况下，具有法律上履行关系的双方当事人对对方的抗辩权，不应在不当得利返还制度之下被剥夺；二是任何一方当事人不应对方当事人主张其对第三人的抗辩，也就是，如果当事人对第三人享有抗辩，其只能针对第三人行使，而不得对对方当事人行使；三是不当得利制度的安排不应改变既有的风险分配格局，即不能让某方当事人承担比在实际的交易中更大的风险，而尽可能在给付关系中处理不当得利，能使当事人既不过多也不过少地负担债务人的破产风险。[[141]](#footnote-142)对破产风险的理解可以结合玻璃安装案，在该案中，玻璃工和承租人订立了合同，但玻璃实际上被安装到了出租人的房屋上，在合同出现瑕疵的情况下，如果允许玻璃工直接对出租人主张不当得利返还请求权，很可能就改变了本来应当由玻璃工所应当承担的承租人破产的风险、使其获得了某种优待，而这恰恰是处理多人关系不当得利问题时应予避免的。

其二是合同关系优先的原理。在区分给付和非给付不当得利的前提下，当某一不当得利返还关系既具有给付属性又具有非给付属性时，给付不当得利规则应优先适用，这就是给付不当得利优先规则（principle of subsidiarity）。[[142]](#footnote-143)

### 3．指示给付关系中的“法律上原因”

在指示给付关系中，受领人R获得给付，既有受领人R与主债务人X之间的对价关系基础，又有给付人P与主债务人X之间的补偿关系基础。理论上，构成“无法律上原因”的情况，至少包括（1）仅对价关系瑕疵，（2）仅补偿关系瑕疵，以及（3）对价关系与补偿关系均有瑕疵三种情形。那么，究竟何种瑕疵可以构成指示关系中的“无法律上原因”呢？

## 作业及解答

### 作业

经过长时间没有休假地工作，甲到 K旅行社预定了14天“草原—农场休闲游”。甲与K约定，甲可到B农场度假14日， K负责安排B农场提供三餐，并提供骑马课程，甲总计须支付人民币6000元。K同时向甲提供了B农场的地址，并告知甲不需要担心，他已经和B农场联系好，甲直接到B农场休假即可。之后，甲按照约定的度假计划准时抵达农场，说明是K告诉自己来该农场度假。 B农场工作人员看上去了解有关事宜，为甲安排了食宿和课程。度假结束后，B农场要求甲支付6000元的度假费用。甲大惊。此后，经过甲与B的沟通，发现K曾经告知B农场甲将要来B农场度假，甲将向B农场支付6000元。现在B农场坚持要求甲向自己支付6000元。问：B农场的主张应否支持？

# 第十八章 不当得利的返还

# 第十九章 债的履行

## 一、履行的概念

债的履行，指债务人或第三人为履行债务的内容而为给付，并通过该履行行为使债权实现，并最终消灭债之关系。履行与清偿具有类似的含义，但清偿更关注给付结果的发生，履行则强调债权实现的过程和履行行为。我国民法典合同编第一分编第四章承继了原来合同法关于合同的履行的相关规定，但其中大部分规则也可以经由第468条适用于各类债的履行。

就其内容而言，债的履行涉及有关履行主体、履行内容、履行方法、履行的受领与拒绝、履行的抵冲等规则，以下分别加以说明。

## 二、履行主体

### 1．债务人

一般而言，债务人是债之关系中履行义务的当然主体。值得一提的是履行辅助人。所谓的“履行辅助人”并不是严格意义上的法律概念，而是学理上对协助债务人履行义务的各类行为人的概括，包括帮助债务人从事法律行为的代理人（代为订立合同），也包括协助债务人完成特定事实行为（代为运货）的其他辅助人。《德国民法典》第278条明文规定了债务人和其履行辅助人之间的关系，“债务人对其法定代理人及为自己债务履行之人之故意或过失，如同自己之故意或过失负同一范围之责任”，值得参考。对于债务人与第三人之间究竟是属于履行辅助人还是其他关系，判断的核心在于履行辅助人在履行时究竟是以债务人的名义还是以自己的名义进行，如在第三人清偿时，第三人是以自己的名义进行清偿，只不过清偿的是债务人的债务，在保证关系中，保证人对主债权人的履行不是以债务人而是以保证人的名义进行。

### 2．债权人

在债之关系中，履行受领人原则上是债权人。在特殊情况下，受领人可以是债权人以外的人，或者在特殊的情况下，债权人的受领权要受到限制。对此，韩世远老师在《合同法总论》中提及三种情形（《合同法总论》，第四版，第334-335页）：第一种情形是在债权人行使代位权的情况下，债务人的次债务人应当向债权人而非债务人履行义务（第537条）。第二种情形是债权人被申请破产，则该债权人的债务人便不得向债权人履行义务，而应当向破产管理人或破产财团交付财产。第三种情况是债权被质押的场合，自债务人收到质押通知时起，债务人便不得向债权人履行义务，而是应当向质权人履行义务，或者采取提存等措施，以保护质权人的权利。

注意：债权的质押在性质上更接近债权让与，要适用债权让与的规则。这也就意味着，在设定质押之后，无论是应收账款债权人还是应收账款债权的受让人都不能再行使或取得债权（即在债权没有被让与的情况下，应收账款债权人也就是质押人只是名义上的债权人），只有在应收账款质权消灭之后，比如通过清偿实现应收账款债权所担保的主债权，应收账款债权的受让人才能取得债权。具体规则可参考德国民法典1281条（被担保的债权到期以前，债务人必须向质权人和债权人共同履行（提存和共管））及第1282条1款的规定（被担保的债权到期以后，质权人有权收取债权，债务人只能向质权人履行）。

### 3．涉第三人合同

#### 1）真正利他合同

民法典第522条第2款在《合同法》第64条的基础上，确立了真正利他合同制度。“历史”上，《合同法》第64条规定“当事人约定由债务人向第三人履行债务的，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定，应当向债权人承担违约责任”。对于该条是否确立了真正利他合同制度，在民法典颁行之前学说上曾有激烈的讨论（韩世远：《合同法总论》，第四版，第365-370页（在对相关引注中的观点评论中，倾向于赞同韩世远老师、崔建远老师的观点，比较而言，张家勇老师等的观点，似难成立））。其根源在于，根据《合同法》的上述规定，第三人可以享受合同利益，但是否享有对债务人的直接请求权（至少在法条文义上）并不明晰。“基于此，合同编增加规定：法律规定或者当事人约定第三人可以直接请求债务人向其履行债务，第三人未在合理期限内明确拒绝，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的，第三人可以请求债务人承担违约责任；债务人可以向第三人主张其对债权人的抗辩（第522条第2款）。该规定确立了‘真正的利第三人合同’制度（石宏：《合同编的重大发展和创新》，《中国法学》2020年第4期）。”

真正利第三人合同的主要效果在于，在成立真正利第三人合同的情况下，债权人固然可以请求债务人向第三人履行，第三人也会基于法律的规定或合同的约定而取得请求债务人向自己履行的权利（假如第三人未在合理期限内对债权人与债务人之间的安排予以拒绝），而在债务人未向第三人履行义务的情况下，债权人可以要求债务人对自己承担赔偿责任，第三人也可以要求债务人对第三人自己承担赔偿责任。

真正利第三人合同的原理，在民法典规定的有名合同中有所体现（如运输合同中便常常会存在享有履行请求权的第三人（收货人）），在其他法的领域中也有应用，如根据《公司法》第28条第2款规定，在股东不履行出资义务的情况下，其他“已按期足额缴纳出资的股东”可以请求该股东向其“承担违约责任”。在这个意义上，股东协议或公司章程中关于股东缴纳出资义务的规定便是一个利第三人（公司）的合同，股东不履行该义务，其他股东也可以请求该股东向公司履行。

在第三人为受益的意思表示之前，若债务人不履行，则债务人仍然仅对债权人负迟延履行等违约责任；而在第三人作出了受益的意思表示之后，债务人的不履行便会同时也构成对第三人的违约。

值得一提的是，在第三人作出了接受有关利益的表示后（该表示属于民法典第19条、第22条规定的“纯获利益”的行为），第三人便因此产生了受领的义务（当然，仍然是一个不真正义务），若第三人此后无合法依据拒绝受领，会发生第三人的受领迟延。另外，第三人若只是表示拒绝接受有关利益，一般认为尚不能导致债务人无法履行，只有在第三人事实上不受领时，方会导致债务人无法履行。

实践中还值得讨论的问题是，在债务人违约的情况下，债权人可否不经第三人的同意，或者在第三人反对的情况下解除合同？对此，主流学说的主张值得赞同：应允许债权人解除合同。“第一，解除权乃关涉合同能否继续存续的权利，这一决定通常须由当事人作出，换言之，除非合同另有约定，构成债权的让与，事实上所有事关合同整体存废的权利，如撤销、撤回、解除、终止等，都只能归属于债权人。第二，解除以消灭给付与对待给付为目的，而给付与对待给付的牵连关系通常仅仅存在于债权人与债务人之间，不存在于给付与对待给付牵连关系中的第三人，自然无权决定给付和对待给付消灭与否。第三，债权人与第三人之间通常存有原因关系，第三人可以依据原因关系向债权人请求损害赔偿，即使不赋予其解除权也并不会造成显著不公（潘重阳：《论真正利益第三人合同中第三人的违约救济》，《东方法学》2020年第5期）。”

#### 2）担保第三人履行的合同

民法典第523条规定，“当事人约定由第三人向债权人履行债务，第三人不履行债务或履行债务不符合约定的，债务人应当向债权人承担违约责任”。该规则具有两层含义：一种含义是由第三人向债权人履行债务人的债务（此时该第三人可能具有履行辅助人的身份）；另一种含义是由债务人担保第三人履行合同，比如“电影学院与制片人订立演出合同，约定由电影学院的某个学生出演电视剧中的角色”或“建筑单位与建筑公司订立建设工程承包合同，约定由与建筑公司有挂靠关系的某个施工队承建”（韩世远：《合同法总论》，第四版，第375页）。前一种情形适用民法的一般原理（如履行辅助人制度）加以处理即可，后一种情形则是一种特别的交易安排，在实务中值得重视。在第三人不履行义务时，应当由债务人根据合同的约定承担违反该担保的责任，当然该担保责任和担保法中的担保责任（例如保证合同项下保证人所承担的履行主债务的义务）又有所不同。

除上述涉第三人合同的规则以外，在法律有明确规定时，也可能成立特殊的法定责任。例如，我国《旅游法》71条规定：“（1）由于地接社、履行辅助人的原因导致违约的，由组团社承担责任；组团社承担责任后可以向地接社、履行辅助人追偿。（2）由于地接社、履行辅助人的原因造成旅游者人身损害、财产损失的，旅游者可以要求地接社、履行辅助人承担赔偿责任，也可以要求组团社承担赔偿责任；组团社承担责任后可以向地接社、履行辅助人追偿。但是，由于公共交通经营者的原因造成旅游者人身损害、财产损失的，由公共交通经营者依法承担赔偿责任，旅行社应当协助旅游者向公共交通经营者索赔”。在上述规定中，包价旅游组团社为与旅游合同密切相关之第三人（如作为合同权利义务（部分）承受人的地接社）的不当行为负担的合同责任中，有一部分是无法从合同责任的一般规定中得到正当化的，从而成立一种特殊的法定责任。反过来，在上述规定中，履行辅助人承担的侵权责任也和通常侵权责任制度中的雇主责任或劳务关系中劳务接受者责任不同，《旅游法》71条第2款也可以视为侵权法关于替代责任制度的例外。

“另外，法国、日本的有力说认为，在包价旅游中，运输人、旅馆等服务提供者往往是与旅游者而不是组团社订立运输、住宿等合同，组团社在合同的订立过程中仅仅充当旅游者的代理人而已。运输人、旅馆等提供圆满的服务、保障旅游者的安全，都是在履行自己直接对旅游者的债务，而不是在完成组团社在包价旅游合同中所承接的债务。既然如此，在这类合同中的运输人、旅馆等常常不能被定性为履行辅助人（当然不排除例外的情形）。令组团社对这些主体的不当行为向旅游者负担合同责任，是无法从债务不履行（违约责任）的一般条款中获得支持的。但在法国便存在有关判例：游客在旅馆中被带刺植物刺伤，法院裁判组团社和旅馆一同承担侵权责任。进而突破了传统上履行辅助人的责任边界，为组团社施加更为沉重的责任（解亘：《再论合同法第121条的存废》，《现代法学》2014年第6期）。”

## 三、履行的时间、地点与方式

### 1．履行费用

民法典第511条第6项规定，“履行费用的负担不明确的，由履行义务一方负担；因债权人原因增加的履行费用，由债权人负担”。这里的履行费用包括包装费、登记费、运送费、通知费等履行过程中实际发生费用。一般认为，履行费用与主合同义务相比，并不占主合同义务的主要部分（应当根据合同的内容判断，例如在运输合同中运费便是合同项下的主义务）。因此，法律一方面规定由债务人负担履行费用，另外一方面也规定，若由于债权人的原因导致履行费用增加，应由债权人负担相应增加的费用。例如，因债权人变更住所（导致运费增加）或债权人受领迟延（导致保管费的支出）而导致履行费用的增加，债权人应当承担相应的费用，但不能因此免除债务人的履行义务。这意味着，在履行费用增加的情况下，（若增加的费用并不显著）债务人一般无权提出履行抗辩而拒绝自己的履行（债务人可以履行后请求债权人承担相应的履行费用）。

### 2．履行地点

债之履行地的确定，首先取决于当事人的约定，在没有约定的情况下，应根据履行的性质、交易习惯、法律的推定性规则加以判断。

具体而言，民法典第511条第3项规定，履行地点不明确，给付货币的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。在这个意义上，我国民法典采取了“往取主义”的原则，即应当以债务人的所在地作为履行的地点（除非当事人有其他约定，或法律有例外规定）。需要说明的是，履行地既是合同履行的方式之一，同时也是一个法律概念，在诉讼法上，履行地会影响合同争议的管辖。例如在买卖合同中，虽然付款的行为在出卖人所在地，交货的行为也在出卖人所在地，但是双方可以额外约定，“本合同的履行地在第三地X”（以确定管辖为目的）。这意味着，合同中关于履行地的约定究竟属于何种含义，应结合合同的上下文，尤其是当事人做此种约定的目的加以判断。

合同履行地的确定还会影响交易中履行风险的负担。例如，在双方没有特别约定的情况下，支付价款当在收款人一方的所在地进行，这意味着，如果付款人采用汇款或人工送款的方式履行义务，付款人要承担款项于途中丢失的风险。

### 3．履行时间

一般认为，履行时间或履行期限包括两种含义，一种是到期时点，另一种是可履行时点（王洪亮：《债法总论》，北京大学出版社，2016年，第108页），前者如“债务人应于3月1日履行义务”，后者如“债务人可以在3月1日到5月1日之间履行义务”中的“3月1日”或“本合同生效后，债务人应于5月1日前履行义务”中的“本合同生效后”。就前者（到期时点）而言，在这个时点到来时，债权人即可请求债务人履行义务，若过了该时点仍未履行，则债务人陷入迟延；就后者而言（可履行时点），在该时点到来后，债务人即可向债权人履行，只有经过期限最后一日（如前述5月1日），债务人方陷入履行迟延。值得注意的是，当履行期限被确定为特定时点时（如前述“债务人应于3月1日履行义务”），则该时点一般同时具有可履行时点和到期时点两个含义。

履行期限的确定，原则上应当遵循当事人的约定，当事人不能达成一致的，应当以法律的补充规则加以确定，如民法典第511条第4项规定，“履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时请求履行，但是应当给对方必要的准备时间”。当然，在适用第511条之前，应当首先适用第510条，判断当事人是否有相应约定，是否能达成补充协议，以及是否有相关的交易习惯。例如，在租赁合同履行期届满后，出租人应当返还承租人交纳的押金，该押金返还的履行期限可能并非租赁合同到期日，而是到期日之后（租赁合同中的出租人对房屋进行必要的检视以确定损害的合理期限）。

对于法定之债，一般认为法定之债发生后，债务人即应履行相应的义务。换言之，若在法定之债发生后债务人未履行义务，债权人即可请求相应的迟延利息或迟延损害。

当事人基于履行期限所享有的利益称为期限利益。一般认为，期限利益可以放弃。另外，在合同一方享有期限利益时，合同另一方也可以根据实际情况补偿该方的期限利益，而提前履行义务（民法典第530条第1款规定，“债权人可以拒绝债务人提前履行债务，但是提前履行不损害债权人利益的除外”，这意味着，如果债务人补偿债权人的期限利益，通常便可以提前履行）。例如，在借款合同中，双方约定借款合同的期限为一年，同时约定，在该期限到来之前，债务人不得提前归还相应款项。对此，若债务人提前归还并向债权人清偿未到期期间利息，便应认为债务人有权作出相应的履行。

债的履行期限在形式上只是某种期限利益，但是该种期限利益有的时候会有重要的价值。例如，在互负债务的当事人进行抵销时，原则上需要两个债务均届履行期。在有些国家的破产法上（如《德国破产法》第94条），若债权人对债务人的债权尚未届履行期，而债务人对债权人的债权已经到了履行期，则在债务人破产时，债权人不得请求抵销，这意味着，债权人要如约履行对债务人的全部债务，而债权人对债务人的债权只能按比例受偿。

### 4．履行方式

民法典第511条第5项规定，“履行方式不明确的，按照有利于实现合同目的的方式履行”。这是一个语焉不详的规范（“合同目的”含义不清，见后文详述）。在实践中，会存在这样的情形：各债权人为连带债权人，共同享有债权（5000万元），但各债权人彼此缺乏信任，担心债务人向其中一个债权人履行全部义务后，该债权人拒绝向自己分配属于自己的份额。于是，在合同有关履行方式的部分约定，债务人应将5000万支付至各债权人控制的共管账户或公证部门的提存账户，日后再决定有关债权的分配问题。这是当事人就履行方式所作出的特别约定，债务人履行义务时应当遵守该方式。有疑问的是，若此后债权人变更其履行方式，要求债务人分别按比例向各债权人履行义务，债务人可否拒绝？对此，应当分析有关的履行方式究竟属于债权人的利益还是属于债务人的利益。上述案例中的履行方式条款是各债权人相互之间缺乏信任背景下的选择，此后的变动同样是债权人自主选择的安排，并不会给债务人造成额外的履行负担。因此，在债权人变更履行方式时，通知债务人即可，而无需与债务人达成新的协议。

## 四、履行抗辩与留置抗辩

法律 民法典第525条当事人互付债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行请求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行请求。民法典第526条当事人互负债务，有先后履行顺序，应当先履行债务一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行请求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行请求。

同时履行抗辩权主要指双务合同中负有义务的一方在对方未为履行或者履行不符合约定的情况下，有权拒绝给付。同时履行抗辩权又称为“不履行抗辩权”或“拒绝履行权”。后一概念含义更宽，履行中的抗辩权不仅适用于合同中约定同时履行的情况（第525条），而且也适用于双方的履行有时间上先后顺序的情形（第526条）。鉴于两者在性质和原理上的共通性，以下关于同时履行抗辩权（第525条）的说明，也适用于先履行抗辩权（第526条）。

就其性质而言，一般认为，民法典第525条规定的一方“有权拒绝”他方“相应的履行请求”是一种抗辩权。既然是抗辩权，就需要当事人主张。在当事人主张的情况下，该方拒绝他方的履行请求而暂时不履行自己的义务便不构成履行迟延。同时履行抗辩权的成立一般需要满足以下要件。

### 1．当事人互负债务

#### 1）双务合同

同时履行抗辩权适用的典型情形是：有关合同为双务合同。即一方负有义务，另一方也同时负有相应的义务，当事人之间的义务具有牵连关系。典型的双务合同如买卖、承揽、租赁、运输、融资租赁、有偿保管等等。值得注意的是，一些合同虽然在名义上为双务合同，如无偿委托（受托人须办理事务并交付成果，委托人须支付必要费用）、使用借贷（即借用合同），但因双方当事人的义务并无“相应的”对价关系，故并不适用同时履行抗辩权。

值得一提的是，附条件的赠与合同一般被认为属于单务合同。但赠与所附义务的不履行也常常可以正当化赠与人赠与义务的拒绝履行。因此可以认为，民法典第525条、第526条关于双务合同的规则，也可以例外的扩张至附条件的赠与安排之上。

#### 2）其他债之关系

当事人互负债务的情况不仅发生在合同关系之中，在非合同债之关系中，也存在同时履行抗辩制度适用的余地。

其一，在合同无效或被撤销的情况下，双方当事人须相互返还，此种相互返还在性质上也有适用同时履行抗辩权的必要。对此，有学者认为合同无效是自始无效，合同并不存在，因此并没有适用同时履行抗辩权的空间（王洪亮：《债法总论》，北京大学出版社，2016年，第119页）。若将民法典第525条的适用前提限于合同关系，这一观点有一定的合理性。但严格限制民法典第525条的适用范围，并不妥当。

本文倾向于认为，我国民法典第525条虽然规定在合同编，但也有适用于其他法定之债的余地。一方面，该条在文义上仅以“当事人互负债务，没有先后履行顺序”作为适用前提；另一方面，在相互负担给付义务而各给付义务又存在“自然的或经济的”关联时，允许一方在履行自己的义务之前要求对方履行，也与社会一般观念或诚信原则不符。在这个意义上，我国民法典第525条可以作为债法上一般性的履行抗辩权的规范依据（该条适用于合同关系之外的履行拒绝时，内容上类似于德国民法典第273条（若我国没有现行法第525条526条的规定，此种“我有权在对方履行之前拒绝自己履行”的观念，也可以从诚实信用原则中推理出来，实际上，德国民法典第273条也被看作是第242条的引申规定，Palandt, § 273 Rn. 1）。我国有学者将该条翻译为“留置抗辩权”，但需要注意该规则与留置权的制度的差别：后者在牵连关系上要求更为严格（商事留置权例外），另外留置权人有优先受偿权而“留置抗辩权人”没有）。例如，在合同无效或被撤销时，在对方履行返还义务之前，一方可援引该条拒绝履行自己的返还义务（无论有关义务的品质是否相同）（在出卖人有退还货款的义务而买受人有退还标的物的义务时，尽管出卖人享有所有物返还请求权，买受人只享有请求退还价款的不当得利返还请求权，但二者依然可以形成同时履行抗辩权）。又如，当二人在餐厅错拿对方的衣服而相互返还时，应当认为尽管这两个返还义务（可以是不当得利返还，也可以是所有物返还）是两个独立的义务，但是仍然具有社会交往意义上的“自然的或经济的”关联，因此可以在对方履行前拒绝自己的履行。又如，在借款合同中，债务人归还借款，同时要求债权人涂销有关担保物上的抵押登记，二者之间也构成具有法律所认可的关联。

其二，一些法定之债的关系（如无权代理人与相对人之间的债之关系）也有适用同时履行抗辩权的余地。例如，根据民法典第171条，在无权代理的情况下，行为人实施的行为未被追认的，善意相对人有权请求行为人履行债务。在善意相对人请求行为人履行债务的情况下，在二者之间虽然并不成立合同关系，但是基于法律的该项规定形成一项特殊的法定之债的关系，该法定之债通常来说也具有双务的属性，因此也可以适用同时履行抗辩权。

其三，在一方的债务因债务不履行而转化为损害赔偿债务的场合，也有适用同时履行抗辩的余地。

其四，债权人或债务人变更时，原债之关系仍然存在，变更前后的债权人或债务人均有权向对方主张原债权关系中的抗辩。

#### 4）共同行为

同时履行抗辩权成立的前提是当事人互负债务，但在某些时候也有一些例外。例如，当二人组成合伙时，虽然每个人均有义务向合伙（而不是向对方）履行出资的义务，但是在合伙人为两人时，一方不履行出资义务，另外一方也可以提出同时履行抗辩，以便督促各合伙人共同履行出资义务并实现合伙目的。不过，当合伙人为三人或三人以上时，合伙财产以及合伙作为主体的独立性便因人数的增多而增强，在这种情况下，便不宜支持同时履行抗辩权的应用，以免某一个合伙人不履行出资义务的行为影响全体合伙人出资义务的履行。

#### 5）债务之间的相应性

一般来说，如果双方互负的债务是基于双务合同而产生，该两项义务之间，自然会存在着对价关系。不过，仍然需要强调的是，一般认为，在主给付义务和从给付义务（包括附随义务之间），并不存在典型意义上的相应性，仅在例外情形方可认可存在相应性。

### 2．双方债务均到期（第525条）或对方债务已到期（526条）

此处所谓到“到期”，指的是有关债务届至“到期时点”。在双务合同中，一方请求另一方给付时，该给付请求权须已可行使（即债务已到履行期），否则，另一方自可拒绝履行，而不必行使先履行或同时履行抗辩权。

值得研究的是下述情形：“A与B约定，A向B出售汽油100吨，价格为每吨6900元，A的履行期限是1月30日至4月30日，在履行期限内，B可到A的营业地自提。B支付价款义务的到期日为3月1日。此后，若B在3月1日并未付款，而是迳行于3月5日到A的营业地提货”。问：A可否以B尚未支付货款为由拒绝B的履行请求？或A有怎样的权利：可否要求B先付款，再提货，或要求B付款的同时提货（韩世远：《合同法总论》，第4版，第387-388页）？

对于这一交易，应当分析双方此种约定中的权利义务关系。从该约定来看，A某种程度上授予了信用给B，允许其在1月30号到3月1号之前提货而不需要付款。但是如果B未行使该项权利，而是到3月1号以后才提货，按照双方的约定，因为B放弃了A授予给B的信用，此时双方的关系便又应当回到同时履行的框架下来。注意，在上述案件中，3月1日以后，A有没有要求B先履行的权利呢？从双方的约定来看，A也不享有这样的权利，因为A应当接受B在1月30号到4月30号期间内任意时点的交货要求（B提出了提货主张，A的义务即到期），故综合案件的交易情况，应当认为A只享有同时履行抗辩权，适用民法典第525条的规定加以处理（至于B的履行迟延责任，A可以另外提出主张，比如要求B支付迟延的利息等，但并没有要求B先履行的权利）。

在这个案件中，A无权要求B先付款，等5日（到3月10日），实现自己的期限利益后，再提货。原因在于，己方义务已到期的情况下，合同对方当事人的迟延并不当然赋予己方拒绝履行（主张履行抗辩）的权利：当合同对方当事人陷入迟延时，未迟延的一方当事人有权要求迟延的一方承担违约责任，也有权在严重迟延导致合同目的不能实现时解除合同。但是要求对方承担违约责任，并不意味着己方的义务可以不履行——只有迟延足够严重，以至于达到根本违约进而可解除合同的程度（非违约方可以主张解除合同进而免除履行义务），非迟延的一方才能（通过解除合同而）免除履行义务。在迟延并不严重（如本案中的B）或程度很轻的情况下（迟延5日），A可以要求B承担违约责任，但相应性要求的存在，意味着A无权在自己义务已到期的情况下（B要求提货）拒绝履行自己的全部义务。当然，A仍可以在B迟延损害赔偿范围内“相应”地拒绝自己的履行。另外，若迟延非常严重以至于非违约方遭受重大损害时，非违约方或许也可以因此主张违约反损害赔偿责任与己方义务的同时履行（类似地，德国民法典第320条第2款规定，拒绝给付与比例原则不合，或拒绝给付违反诚实信用的，亦不得行使）。

当然在双方在约定了履行的先后顺序的情况下，有时通过合同解释可以确定后履行一方有基于特别约定或者源于事理的期限利益，对于这种期限利益，法律也应当予以保护，此时双方关于到期日的约定，便要受制于双方关于履行间隔或者期限利益的安排。如双方约定1月1号交货，买受人在两周之内完成检验，在1月15号付款。出卖人显然不能在1月20号自己未交货的情况下要求买受人付款（并且即便出卖人交货，也应当顺延15日，待买受人完成检验后再付款）。又如零售商与批发商约定，鉴于零售商还需要一定时间完成货物的销售和取得转卖利润，因此，零售商应于批发商交付标的物后两周后支付货款（韩世远：《合同法总论》，第4版，第392页）。

除了上述处理履行顺序的规则之外，还要考虑交易本身的性质：在某些合同安排中，一方的履行是另外一方履行的前提。如修理合同需要委托人交付修理的标的；代驾合同需要委托人提供代驾的汽车。这类合同中，履行的先后关系源于交易的自然属性，因此甚至并不存在同时履行抗辩制度适用的问题。

## 作业及解答

### 问题

买受人甲与出卖人乙约定，出卖人乙以3000元的价格将其电动车卖与买受人甲。买受人甲（当场）支付了500元，同时约定，买受人甲应在第2天交付电动车时向出卖人乙支付剩余价款。不料，当天夜里电动车被第三人从出卖人乙处偷走。因不可能再将电动车找回，买受人甲于是拒绝支付剩余价款，并要求出卖人乙返还已支付的部分。然而，出卖人乙已于收款当晚将钱花光，因此拒绝向买受人甲返还。其同时认为，对于电动车被盗，自己无能为力，买受人甲应支付剩余价款。因为电动车已出卖给买受人甲，故买受人甲应独自承担全部风险。问：1．买受人甲是否应支付剩余价款？2．买受人甲可否要求出卖人乙返还已支付的价款（请回答问题，说明理由并准确引用法条）？

在前述案例中，买受人甲除了购买电动车外，还一并购买了电动车的后备箱（带后备箱的电动车价格仍为3000元）。经查，与后备箱一起出卖时，该电动车的市场价为3200元，若不带后备箱，电动车市场价则为2800元。问：1．若在交付电动车的前夜，后备箱被盗，设买受人甲尚未支付任何付款，出卖人乙对买受人甲享有何种请求权（请回答问题，说明理由并准确引用法条）？2．若在交付电动车的前夜，后备箱被盗，买受人甲可否解除整个合同（请回答问题，说明理由并准确引用法条）？3．设后备箱未被盗，在电动车及后备箱交付后，买受人甲发现电动车的制造年份并非出卖人乙所主张的2020年，而是2019年（假设都符合国家标准），应如何处理（请回答问题，说明理由并准确引用法条）？

### 答案（刘凝初稿）

**1-1：买受人甲无需支付剩余价款2500元。具体分析如下：**

出卖人乙请求甲支付剩余价款2500元可能的请求权基础是甲乙之间的买卖合同。

**1.请求权的发生**

甲想要基于其与乙之间的买卖合同请求乙支付剩余价款2500万元，需要满足以下构成要件：（1）买卖合同成立；（2）买卖合同生效；（3）买卖合同未消灭（实质是未被撤销）。

结合案情，甲乙二人约定以3000元买卖系争电动车，故二人之间成立买卖合同。《民法典》第502条第1款规定，“依法成立的合同，自成立时生效，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外”。该买卖合同不存在特殊生效事由或无效事由，且未被合同当事人撤销，后两个构成要件亦符合。又因为甲已经支付了500元，尚余2500元未支付，所以乙基于买卖合同可向甲请求支付的具体数额为2500元。

**2.请求权的消灭**

本案中，甲或许可以基于《民法典》第580条第1款第1项主张乙的前述请求权消灭。

根据《民法典》第580条第1款第1项，非金钱债务的履行构成“法律上或者事实上不能履行”时，债权人的履行请求权被排除。甲乙二人买卖电动车的关系性质上属于特定之债，在第三人从乙处偷走电动车，且不可能再将电动车找回时，就交付电动车并移转所有权的义务而言，乙对甲构成法律上的履行不能（“不可能再将电动车找回”是此处可以认定为法律不能的关键，否则，即使第三人将电动车偷走，债务人最多也只能主张《民法典》第580条第1款第2项的履行费用过高抗辩权），该给付义务消灭。但需要注意的是，不同于德国法就对待给付义务承认所谓牵连规则（《德国民法典》第326条第1款第1句，给付义务免除的效果是对待给付义务同时消灭），中国法上，对待给付义务中的一项义务消灭并不必然导致另一项义务也消灭。所以，尽管乙交付电动车并移转所有权的义务消灭，但并不影响甲对乙支付价金的义务存续。

**3.请求权的抗辩权**

本案中，甲或许可以基于《民法典》第525条对抗乙的前述请求权。

《民法典》第525条包括以下构成要件：（1）基于同一双务合同，双方互负债务，且具有对待给付的关系；（2）双方债务的履行没有先后顺序；（3）清偿期届满；（4）对方没有履行其债务，或者部分履行或者履行不适当。本案中，甲支付价金的义务和乙交付电动车并移转所有权的义务属于买卖合同项下的主给付义务，构成对待给付关系。由案情可知，双方约定在合同成立后的第二天甲支付余款2500元，同时乙交付电动车并移转所有权，所以前述两项义务在履行上没有先后顺序，且乙对甲的义务履行期限已经届至清偿期。因为第三人将电动车偷走且无法追回，所以乙未能向甲履行其作为出卖人的义务。但需要注意，在价金风险已经移转的情况下，即使因不可归责于双方当事人的原因导致出卖人最终未履行其义务，亦不妨碍出卖人向买受人请求支付价金。而根据《民法典》第604条的规定，标的物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买受人承担。本案中电动车尚未交付，所以价金风险仍由出卖人乙承担。

所以，《民法典》第525条的四个构成要件均满足，甲可以基于《民法典》第525条规定的同时履行抗辩权对抗乙的支付价款请求权。

**4.结论**

乙可以基于甲乙之间的买卖合同请求甲支付余款2500元，但甲可以主张同时履行抗辩权对抗乙的请求。案情中已经说明甲拒绝支付剩余价款，所以应认为甲已经行使了该抗辩权，进而无需向乙支付余款2500元。

**1-2：以解除合同为前提，买受人甲可以要求出卖人乙返还已支付的价款500元。具体分析如下：**

甲或可基于《民法典》第566条第1款请求出卖人乙返还500元。

**1.请求权的发生**

《民法典》第566条第1款规定，“合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以请求恢复原状或者采取其他补救措施，并有权请求赔偿损失”。就解除后已履行义务的返还而言，应认为包括以下构成要件：（1）合同成立；（2）合同生效；（3）合同未消灭；（4）一方根据法律规定或者约定而取得了解除权；（5）该方当事人行使了解除权；（6）请求人已经履行了合同义务；（7）请求人所履行的合同义务是一次性债务，而不是继续性债务。

第1-3个构成要件均成立，前已述及，此处不赘。

就甲是否享有解除权这一问题，首先，甲乙二人就合同解除问题并无约定，因此甲不享有《民法典》第562条第1款上的约定解除权。其次，根据《民法典》第563条第1款第4项，如果当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的，当事人可以解除合同。本案中，乙作为出卖人在合同约定的期限内并未交付电动车并移转所有权于甲，构成迟延履行债务。并且，由于第三人将该电动车偷走且无法追回，导致乙无法履行该义务。对于买受人甲，其订立该买卖合同的目的即是取得该电动车的占有及所有权，当相关义务发生履行不能时，应认为该买卖合同的目的确定不能实现。所以，甲可以基于《民法典》第563条第1款第4项主张其享有法定解除权。

以甲行使解除权为前提，由于甲已经支付了部分价款（500元）且支付价金的义务性质上属于一次性债务，所以，就已经履行的部分，甲基于《民法典》第566条第1款请求出卖人乙返还500元的请求权发生。

**2.请求权的消灭**

本案中，出卖人乙主张其已于收款当晚将钱花光。但是，当返还义务的内容为一定数额金钱时，此种义务的履行本就不要求当初支付的金钱和返还的金钱系同一笔金钱，而只要求价值上的相同。所以，乙不能基于《民法典》第580条第1款第1项主张返还已支付价款的义务因事实不能而消灭。

**3.请求权的抗辩权**

经检索，本案中不存在该请求权的抗辩权。

**4.结论**

以甲行使解除权为前提，其可以向乙请求返还已经支付的500元价款，请求权基础为《民法典》第566条第1款。

**2-1：乙对甲享有请求支付2625元的请求权。具体分析如下：**

与前述1-1所涉问题类似，乙基于甲乙之间的买卖合同可以请求甲支付价款3000元。但是，就后备箱所对应的价款部分，甲有权主张《民法典》第525条规定的同时履行抗辩权对抗乙的履行请求。就后备箱对应的价款部分，不能直接按照有无后备箱的电动车市价差值计算，该部分价款的计算而应以双方约定的价款为基础，根据后备箱价值占总价款的比例相应进行扣减，即（3200-2800）\*（3000/3200）=375。这一做法背后的道理在于，（对于不可归责于双方当事人的给付不能）既然双方对于整体交易的定价低于市场价，则就交易中具体部分的定价也应认为成比例地低于市场价。所以，乙对甲享有的支付价款的请求权具体数额应为2625元。

**2-2：甲不能解除整个合同，具体分析如下：**

结合案情，后备箱在交付电动车的前夜被盗，就后备箱的交付及所有权移转，出卖人乙构成法律上的履行不能（《民法典》第580条第1款第1项）。根据《民法典》第563条第1款第2项，如果在履行期限届满前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务，则对方当事人可以解除合同。就这里的“明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务”应如何理解，学理上有观点认为此时需以履行仍具可能性为前提（韩世远，合同法总论，页660），但从相对人救济和利益衡量的角度而言，此种立场未必妥当。当债务人在履行期限到来之前陷入履行不能时，不履行的结果已经最终确定，如果由此产生的影响与《民法典》第563条第1款第4项中的“合同目的不能实现”无异，则不必迨至构成实际违约时才允许债权人解除合同，仅凭发生时间在履行期限之前还是之后就区别对待履行不能也并无道理。此时，应当允许债权人不经催告直接解除合同。

所以，在后备箱部分的买卖合同出现履行不能时，买受人甲可以《民法典》第563条第1款第2项主张解除该部分的买卖合同。但根据《民法典》第631条第2款的规定，“因标的物的从物不符合约定被解除的，解除的效力不及于主物”。后备箱部分的买卖合同解除并不影响其余部分的效力。

此外，在本案中，因被盗取而履行不能的仅涉及后备箱的交付及所有权移转，从一般交易观念出发，后备箱的存在与否原则上不影响整体交易的进行，甲完全可以更换其他的后备箱。鉴于后备箱的交付及所有权移转对于甲乙之间的买卖合同并非主要债务，因此甲不能独立地基于《民法典》第563条第1款第2项解除整个买卖合同。

**2-3：甲可以选择：（1）请求乙承担违约责任，具体形式可以是赔偿损失或减价后返还一部分价款；（2）解除该买卖合同；（3）撤销该买卖合同。具体分析如下：**

在进行具体分析前，首先有必要对甲乙之间的交易情况进行说明。如果甲乙之间的交易是未指定任何电动车并约定买卖一辆2020年产的电动车，由此形成的债之关系在性质上应属于种类之债。但本案中更可能的情况是，双方在进行交易时已经确定了标的物，即乙的某一辆电动车，而乙宣称该电动车系2020年生产。

**（1）承担违约责任**

根据《民法典》第577条，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的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。本案中，双方原本约定买卖的是2020年生产的电动车，但乙最终交付的是2019年产的电动车，尽管该电动车同样符合国家标准，但考虑到未来使用年限、既有损耗等因素，应认为乙实际交付的标的物不符合合同约定。所以，甲可以请求乙承担不完全履行产生的违约责任，就违约责任的具体形式而言，如果甲已经支付了价款，则既可以主张替代给付的损害赔偿（《民法典》第577条第3种类型，具体数额为两种情况下电动车价值的差额），也可以主张减价后（《民法典》第582条）请求乙返还超额支付的价金。

**（2）解除该买卖合同**

根据《民法典》第563条第1款第4项，如果当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的，当事人可以解除合同。本案中，双方原本约定买卖的是2020年生产的电动车，但乙最终交付的是2019年产的电动车，尽管该电动车同样符合国家标准，但考虑到未来使用年限、既有损耗等因素，应认为乙实际交付的标的物不符合合同约定，存在明显的品质瑕疵，构成根本违约。因此，甲可以基于《民法典》第563条第1款第4项主张解除双方之间的买卖合同。

**（3）撤销该买卖合同**

根据《民法典》第148条，“一方以欺诈手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销”。本案中，乙主张其出卖的电动车产于2020年，但实际生产日期却为2019年。此种对于生产日期的错误陈述，属于故意告知对方虚假情况，构成欺诈行为。如果欺诈所要求的其他构成要件亦符合（主观上的故意、因果关系），则甲还可以基于《民法典》第148条请求人民法院或者仲裁机构撤销该买卖合同。

# 第二十一章 债的履行障碍

## 一、履行障碍法概述

债之关系的履行障碍（Leistungstörungen），指债履行过程中各种阻碍债权实现的情况。包括导致债无法实现的各种原因如不可抗力、拒绝履行，也包括这些原因对债之关系的各种影响，如履行不能、履行迟延、受领迟延、不完全履行等形态，还包括一些即包含障碍原因，又包含法律后果的履行障碍制度，如情事变更。以下分别加以说明。

## 二、不可抗力

### 1．不可抗力的构成

我国民法典（第180条第2款）承继了《合同法》第117条的规定，借鉴了联合国国际货物销售合同公约（CISG）[[143]](#footnote-144)、国际商事合同示范法（如国际商事合同通则[[144]](#footnote-145)）等规定，将不可抗力定义为“不能预见、不能避免并不能克服的客观情况”，将其结果规定为“不承担民事责任”（第180条第1款）或“部分或者全部地免除责任”（第590条第1款）。第180条第2款这一定义性规定的主要问题是在表述上过于严格，忽略了交易本身的要素和行为人的主观要素。

具体而言，第180条第2款中的“不能避免”，很可能被认为指该客观情况的发生具有必然性，是无可回避的；而“不能克服”，很可能被认为指该客观情况无法抗拒。如此一来，绝大多数自然灾害、社会异常事件与政府行为都可划入不可抗力的范畴。但这显然与有关条文的立法目的不符。实际上，法律上所讲的不可抗力，从来不是从“外力”本身加以判断的，而是要考虑“外力”与有关交易的关系。即，法律在判断是否构成不可抗力时，不应着眼于外力本身是否能避免或克服，而应以外力对合同的影响是否能够避免或克服为着眼点。如地震、火山爆发等自然现象固然不可避免和克服，但若对合同无实质影响，便不应认为是不可抗力。从这个意义上，在判断能否避免或克服的问题时，几乎毫无例外地要从个体的角度观察。

另外，将不能预见理解为不可抗力的构成要素，同时持客观化的预见标准，亦容易引发误解。法律上所说“客观”，通常是确立一个正常合理人的标准，然后再以该标准而不是当事人自身加以判定。不过，这种客观程度有多强，取决于我们采纳一个怎样具有一般化的“正常合理人”标准。在丰富多样的社会生活中，很难存在完全一般化的标准，例如，关于天气的认识，对于普通人而言，就是通过天气预报或视觉、身体感受判断；而对渔民而言，则会关注详尽一些的海况预报；对火箭发射、飞机空管等，则应考察实时雷达、卫星等专业数据。在这个意义上，所谓“客观说”“主观说”可能只是并不是真实存在的理论，以此为基础的“折中说”的说法也不合适，可能原本就不存在“主观说”或者“客观说”。以实践中经常发生的建筑工程纠纷为例，很多“不可抗力”的情形往往是建筑企业未能在订立合同时考虑周全，未能达到成熟的建筑商人的预见程度所引发的（如地基勘探）。此时，如果以专业化的预见标准来加以确定，便常常难以达到不可抗力的程度。不过，在实践中，考虑人们缺乏交易经验的实际状况，将一些事变认定为不可抗力，允许当事人适当免责仍是必要的。

在上述背景下，在判断是否构成不可抗力时，既要考虑事件本身的性质，又要考虑当事人的预见能力、预防能力和应对能力，还要进行价值衡量。即应当结合“应否承担责任”这种法政策考量加以分析，一方面考虑具体事件的类型，另外一方面考虑支持行为人承担债务违反责任是否符合法政策要求。这也意味着，那些属于外来因素并且当事人尽最大努力仍不能预见和避免的事件，为不可抗力。

### 2．不可抗力对合同的影响

发生不可抗力后，当事人一方面不履行合同义务不需要承担相应的违约责任（第590条第1款），另一方面，因为不可抗力导致合同目的不能实现的，任何一方当事人均可主张解除合同（第563条第1款第1项）。此外，如果不可抗力同时构成情事变更，受不利影响的当事人还可以基于情事变更的规则主张变更或解除合同（第533条第1款）。当然，如果不可抗力是在一方当事人履行迟延期间发生的，当事人并不能因此免除相应的责任。

法律2020年2月10日全国人大常委会法工委就疫情防控有关法律问题答记者问时指出，“当前我国发生了新型冠状病毒感染肺炎疫情这一突发公共卫生事件。为了保护公众健康，政府也采取了相应疫情防控措施。对于因此不能履行合同的当事人来说，属于不能预见、不能避免并不能克服的不可抗力。”法发〔2020〕17号最高人民法院印发《关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见（二）》的通知：为进一步贯彻落实党中央关于统筹推进新冠肺炎疫情防控和经济社会发展工作部署，扎实做好“六稳”工作，落实“六保”任务，指导各级人民法院依法妥善审理涉新冠肺炎疫情合同、金融、破产等民事案件，提出如下指导意见。……5.承租房屋用于经营，疫情或者疫情防控措施导致承租人资金周转困难或者营业收入明显减少，出租人以承租人没有按照约定的期限支付租金为由请求解除租赁合同，由承租人承担违约责任的，人民法院不予支持（第1款）。为展览、会议、庙会等特定目的而预订的临时场地租赁合同，疫情或者疫情防控措施导致该活动取消，承租人请求解除租赁合同，返还预付款或者定金的，人民法院应予支持（第2款）。6.承租国有企业房屋以及政府部门、高校、研究院所等行政事业单位房屋用于经营，受疫情或者疫情防控措施影响出现经营困难的服务业小微企业、个体工商户等承租人，请求出租人按照国家有关政策免除一定期限内的租金的，人民法院应予支持（第1款）。承租非国有房屋用于经营，疫情或者疫情防控措施导致承租人没有营业收入或者营业收入明显减少，继续按照原租赁合同支付租金对其明显不公平，承租人请求减免租金、延长租期或者延期支付租金的，人民法院可以引导当事人参照有关租金减免的政策进行调解；调解不成的，应当结合案件的实际情况，根据公平原则变更合同（第2款）。

## 三、情事变更

法律 民法典第533条合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同（第1款）。人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际情况，根据公平原则变更或者解除合同（第2款）。

#### 1．发展过程

在我国《合同法》制定时，并未规定情事变更原则。2009年，最高人民法院在《关于适用<中华人民共和国合同法>若干问题的解释（二）》第26条中规定了情事变更原则：“合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求人民法院变更或者解除合同的，人民法院应当根据公平原则，并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。”为了限制情事变更原则的过多适用，在该司法解释发布三天后，专门发布了法［2009］165号通知，要求法院在适用情事变更规则的时候，应呈报高级人民法院审查批准，以避免对交易安全和市场秩序造成大的冲击，防止个别企业假借情事变更规则逃避债务或者正常的市场风险，同时提倡当事人先进行充分协商，协商不成的，由法院按照调解优先的原则进行调解，将调解贯穿到诉讼工作的全过程。

台湾地区“民法”在1999年进行修订时，于第227条之2规定了情事变更的规则，具体内容是，“契约成立后，情事变更，非当时所得预料，而依其原有效果显示公平者，当事人得声请法院增、减其给付或变更其他原有之效果。（第1款）前项规定，于非契约所生之债，准用之（第2款）”。类似的，在2002年德国债法现代化法修订中，《德国民法典》第313条也增加了情事变更的规则。“成为行为基础之情势，于契约制定后发生重大变更，且双方当事人预见该变更，将不至于制定该契约或该内容之契约，如斟酌个案所有情事，特别是契约或法律之风险分配，不能期待一方当事人严守原订契约者，得请求调整契约。（第1款）成为契约基础之重要认识有误者，与情事变更相同。（第2款）契约调整之不能，或于当事人之一方无期待可能性者，受不利之当事人得解除契约。于继续性债之关系以终止权取代解除权（第3款）”。

#### 2．情事变更与不可抗力

关于情事变更与不可抗力的关系，简言之，一般认为，不可抗力是导致情事变更的一种原因，但并非是唯一的原因。另外，不可抗力常常会导致履行不能，而在情事变更的场合，当事人并不存在履行不能，只是要求债务人履行将会造成债权人和债务人之间的关系严重失衡。也是基于这样的原因，《民法典》修改了原来《合同法司法解释（二）》的规定，该司法解释第26条将情事变更原则成立的基础限制为“非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化”，将不可抗力排除在导致情事变更的事由之外，但这是错误的安排。现在的《民法典》第533条第1款改变了前述司法解释第26条的规则，删去了“非不可抗力”的表述，只是规定“合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化”。该规定更契合情事变更制度的本意，也澄清了情事变更和不可抗力之间的关系。

法律最高人民法院关于武汉市煤气公司诉重庆检测仪表厂煤气表装配线技术转让合同购销煤气表散件合同纠纷一案适用法律问题的函（法函［1992］27号）湖北省高级人民法院：你院鄂法［1992］经呈字第６号关于武汉市煤气公司诉重庆检测仪表厂煤气表装配线技术转让合同、购销煤气表散件合同纠纷一案适用法律问题的请示报告收悉。经研究，同意你院的处理意见。本案由两个独立的合同组成。鉴于武汉市煤气公司与重庆检测仪表厂签订的技术转让合同已基本履行，煤气表生产线已投入生产并产生了经济效益，一审法院判决解除该合同并由仪表厂拆除煤气表装配生产线，是不利于社会生产力发展的。就本案购销煤气表散件合同而言，在合同履行过程中，由于发生了当事人无法预见和防止的情事变更，即生产煤气表散件的主要原材料铝锭的价格，由签订合同时国家定价为每吨4400元至4600元，上调到每吨16000元，铝外壳的售价也相应由每套23.085元上调到41元，如要求重庆检测仪表厂仍按原合同约定的价格供给煤气表散件，显失公平，对于对方由此而产生的纠纷，你院可依照《中华人民共和国经济合同法》第二十七条第一款第四项之规定，根据本案实际情况，酌情予以公平合理地解决。

公报案例被告砂办在“中国投资在线”网站发布的公开拍卖《推介书》中介绍，开采期200天。经合同解释，最高人民法院认为《采砂权出让合同》系限时不限量合同。鹏伟公司在2006年5月10日签订《采砂权出让合同》后即开始采砂工作，至2006年8月18日停止采砂，共计开采100天。经认定，停止采砂的原因是：自2006年7月以后，江西省持续高温干旱天气，降雨偏少，长江江西段出现同期罕见枯水位，鄱阳湖水大量流入长，水位急剧下降，出现自20世纪70年代初期以来罕见的低水位。因鄱阳湖水位过低造成运砂船难以进入采区，鹏伟公司被迫停止采砂。鉴于此，最高人民法院裁决认为：“这一客观情况是鹏伟公司和采砂办在签订合同时不可能预见到的，鹏伟公司的损失也非商业风险所致。在此情况下，仍旧依照合同的约定履行，必然导致采砂办取得全部合同收益，而鹏伟公司承担全部投资损失，对鹏伟公司而言是不公平的，有悖于合同法的基本原则。鹏伟公司要求采砂办退还部分合同价款，实际是要求对《采砂权出让合同》的部分条款进行变更，符合合同法和本院上述司法解释的规定，本院予以支持。”

#### 3．情事变更制度的候补性

情事变更制度具有补充性或“候补”性。德国学者在谈及该原则时，大多反复强调这是合同救济的“最最后”（alle Letzte）选择。情事变更制度的补充性具体有以下两个表现。其一，意思自治优先。作为一种在当事人自由约定之外对合同关系进行干预的措施，情事变更制度的适用不能在本质上违背当事人的自由约定。也就是说，若当事人已对有关情况的发生及其处理方法作了明确约定，就不能适用情事变更制度得出相反或不同的结论。其二，合同法上原有的风险分配规则优先。在订立大多数双务合同时，每一个理性的合同当事人都希望自己能从合同中获得好处。但在实践中，这样的希望并不总能实现。不能实现的原因有很多，其中一个重要的原因是，当事人原来订立合同时所预期或者认识到的外界环境并不存在或者这些情况在订立合同之后发生了改变，即，发生了不可预见的风险。合同法的基本功能之一就是在当事人之间分配这些风险，很多规则就是为此而设计的。因此，在涉及风险分配时，应当先适用这些规则，只有在适用了这些规则仍不能合理分配风险时，才有适用情事变更制度的余地。总之，在适用情事变更制度时，须明确以下原理：（1）风险永远是交易的（潜在）客体；（2）在情事变更制度（乃至错误制度）适用之前，应先通过意思表示解释探求当事人的风险分配安排。例如，当事人可以在合同中设定生效或解除条件，在合同中约定解除权、设定担保或者约定价款调整条款（如并购交易中的估值调整或交割回调）等。在这些情况下，某些“情事”的存续便不再是合同的基础，而是合同约定的一部分了。

案例 在一个股权转让纠纷中，2012年2月3日，A公司与B公司签订股权转让协议，由A受让B持有的C公司100%股权，C公司实际拥有资产C煤矿。协议约定股权转让价格7亿元，分四次付款。2012年3月30日，C公司股东变更登记为A公司。2012年3月5日至2012年7月4日，A向B付款总计4.5亿元。合同约定的最后一期付款时间为2014年10月31日前。2015年，B向法院起诉，要求A支付剩余价款（设为2.5亿元）并承担违约损害赔偿责任。A公司主张，2014年政府新出台的文件将导致C煤矿关停，使其受让股权目的无法实现，因而主张依情事变更解除合同（林剑：《论我国错误制度和情事变更制度的关系》（北京大学硕士论文，2020年））。

在这个案件中，虽然有关交易发生在合同订立之后，买方的价款（完全）支付之前，但出卖人已经交付了全部股权，买受人已经接受并获得了控制，或许要求买受人承担标的物价格下跌的风险，更为妥当（另外，所谓的“煤矿关停”，或者源于煤矿经营审批手续的违法，或者（在均合法的情况下）国家的关停仍会给与相应补偿，也未必会造成当事人权益的显著失衡）。

#### 4．情事变更的构成要件

关于情事变更的构成要件，须说明的是，对于这样一个衡平性的、具有标准（standard）属性的制度，是很难简单地概括构成要件的——或者说不应简单、绝对化地区分各构成要件，而是应结合案件的实际情况综合考虑。

##### 1）须有情事变更的事实

所谓“情事”，泛指一切与合同有关的客观事实，如战争、经济危机、政策调整，又如货币贬值、法律变动或行政行为（限购等应根据实际情况考察）、灾难（地震、火灾）、外部市场环境的剧烈变化（芯片产能紧张）等等。其中非常重要的一点是“与合同有关”，即构成合同的基础，这种相关性一方面来自合同的约定；另一方面也来自（虽未被明确约定，但）被当事人作为合同基础条件的客观状态。

关于构成情事变更原则的事实，立法例上，有的存在主观情事和客观情事的区分（如前述德国法第313条），不过，正如学者所指出的，“客观行为基础”与“主观行为基础”只是类型的描述而已，二者不仅界限是流动的，而且结构上也相互限制（Soergel/Teichmann, § 313 Rn.16 f. 吴从周：《从工程承揽契约的两个实务案型再思考情事变更原则之适用要件——以“物价涨跌型”及“工期延展型”之相关判决为中心》，《政大法律评论》第一五三期，第11页；详见林剑：《论我国错误制度和情事变更制度的关系》（北京大学硕士论文，2020年））。

情事变更与错误的关系值得深入探究。一般认为，“错误制度和情事变更制度的主要区别在于当事人意思清晰度的不同。在错误制度中，‘当事人不具有这样的意思’在大多数时候可能是更明确的，而在情事变更中则显模糊一些。但是可以肯定的是，很难认为可以用主观和客观的区分来分割错误制度和情事变更（林剑：《论我国错误制度和情事变更制度的关系》（北京大学硕士论文，2020年）。”例如，双方当事人签订了租赁合同，标的物是一个处于城郊的餐厅（房屋及相关设施）。餐厅位于某军营旁边，因此虽然餐厅离市中心很远，但仍有可观的收入。双方约定每月租金是50000元。合同签订后不久，军营迁走，餐厅的经营受到严重影响。在这个案件中，双方并未将军营持续驻扎于餐厅附近的状态写入合同，当事人对于此种状态的意思并不明确，更多是因为军营过去一直驻扎于此且可见的将来未必搬走而成为合同的基础。在这种情况下，适用情事变更而不是错误制度加以处理，一方面，可以避免过分拟制地“解释”当事人的意思；另一方面，如下文所述，在法律效果上情事变更制度可以适当在当事人之间分担风险，也比“全有全无”的错误制度更为合适。

##### 2）情事的变更发生在合同成立之后，履行之前

所谓的情事变更，强调有关交易基础发生了缔约当时无法预见的变化，如果有关情事在订立合同时就存在，或者可以认为当事人自愿承担相应风险，或者，在双方当事人均未认识到时，构成双方动机错误，可适用我国的重大误解制度加以解决。另外，从比较法（如德国法）的规则来看，在合同关系的影响和效果延续至合同履行之后时，情事变更原则也不是完全没有适用的空间（应仅限于数量较少的例外情形）。

##### 3）情事变更不可预见

在合同成立时，依照客观事实状态，情事变更的发生为受不利益者所处行业、工作等具体条件下的客观理性人无法预见。“最高人民法院要求，‘对于涉及石油、焦炭、有色金属等市场属性活泼、长期以来价格波动较大的大宗商品标的物以及股票、期货等风险投资型金融产品标的物的合同，更要慎重适用情势变更原则。’这类合同标的价格易于波动，尽人皆知，这类交易参与者对于市场通常的风险应有预见，其可能的商业风险已经被当事人自甘承受（韩世远：《情事变更若干问题研究》，《中外法学》2014第3期）。

##### 4）维护原有合同效力对于当事人而言明显不公平

此处的“明显不公平”，主要指在发生情事变更的情况下，给付和对待给付之间不对等，且一方当事人难以承受的状况，如在前述“煤气表案”中，因铝价格上涨而发生原材料价格急剧升高的情况。

##### 5．情事变更的法律效果

根据民法典第533条的规定，在构成情事变更时，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。

##### 1）重新协商

在我国法上，民法典只是规定当事人“可以”重新协商，并未施加严格的再协商义务。在比较法上，根据诚实信用原则，在综合各方面因素认为当事人应当重新协商而未协商有违诚实信用的情况下，有些国家会对未积极协商的当事人课以损害赔偿责任（韩世远：《合同法总论》，第四版，第508-510页。）。

##### 2）变更与解除

民法典第533条确立了形成诉权，即在当事人提出请求的情况下，法律可以根据当事人的请求，依其确定的日期和条件解除合同，或者为恢复合同的均衡而变更合同。在变更合同时，应在当事人之间合理分配有关风险，避免一方当事人通过情事变更制度推卸其本应承担的商业风险。民法典第533条虽未明确区分变更和解除的先后顺序，但从解释上，似应认为在可行的情况下，变更优先。

### 作业及解答

#### 作业

A公司组织全体员工进行团队建设，中途在C湖畔用D餐厅午餐。按原计划，午餐后员工将乘坐A公司此前预定好的B公司之邮轮进行环湖游（大湖，不是某校未名湖等小湖）。但不幸的是，全体员工在餐后因食物沾染诺如病毒而腹泻发烧，不能继续参加环湖游活动。A公司通知B取消环湖游安排，B则要求A公司支付除去其（因活动取消）所节约的费用之外的约定报酬。A公司拒绝支付任何费用，其理由是，对环湖游不能成行一事，公司本身与公司员工均无责任。问：A公司应否支付约定报酬？

#### 解答

**B公司或许可以基于AB两公司之间的合同请求A公司支付约定报酬。**

**1.请求权的发生**

B公司想要基于其与A公司之间的合同请求A公司支付约定报酬，需要满足以下构成要件：（1）合同成立；（2）合同生效；（3）合同未消灭（实质是未被撤销）。

结合案情，AB两公司就使用B公司之邮轮进行环湖游达成了合意并约定了相应的报酬，“合同成立”这一构成要件满足。《民法典》第502条第1款规定，“依法成立的合同，自成立时生效，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外”。该合同不存在特殊生效事由或无效事由，且未被合同当事人撤销，后两个构成要件亦符合。所以，B公司基于其与A公司之间的合同请求A公司支付约定报酬的请求权发生。

**2.请求权的消灭**

A公司可能基于《民法典》第557条第2款主张B的请求权消灭。

《民法典》第557条第2款规定：“合同解除的，该合同的权利义务关系终止。”本案中，AB两公司在合同中并未就合同解除问题进行约定，因此A公司不享有《民法典》第562条第1款上的约定解除权。就法定解除权而言，本案中，A公司可能主张自己基于《民法典》第563条第1款第1项享有解除权，或基于《民法典》第533条第1款享有请求法院或者仲裁机构解除合同的权利。

（1）《民法典》第563条第1款第1项上的解除权

严格说来，A公司并不是不能履行合同，因为A公司的主要义务就是支付价款的义务。在本案中并无履行不能的问题，A公司所主张的其实是受领不能，即A公司员工因为感染诺如病毒而无法乘船，进而无法享受乘船游览的服务。但是，受领不能的直接后果，是A公司的履行并不能使其享受对待履行所带来的收益，进而不能实现预定B公司邮轮游览的目的（该目的也为B公司所知晓），因此也同样有基于不可抗力而解除合同，同时参酌第580条关于不可抗力免责的规则免除A公司支付价款义务的余地。

根据《民法典》第563条第1款第1项，当“因不可抗力致使不能实现合同目的”时，当事人可以解除合同。并且，该项所对应的情况中，“当事人”应理解为合同双方当事人均可解除合同。

就不可抗力的判断，《民法典》第180条第2款规定，“不可抗力是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况”。本案中，A公司员工因诺如病毒中毒而无法参加环湖游。就诺如病毒这一事件而言，A公司确实难以预见。尤其是，食客往往仅能根据外观上的卫生情况判断餐厅的卫生程度，但即使是有些看起来还挺干净的餐厅，也曾发生过诺如病毒导致食客患病的事件（如某校食堂）。诺如病毒的临床症状主要包括恶心、呕吐、腹痛、腹泻等，需要及时送医（自然无法继续参加环湖游），所以，从事变对于交易本身的影响而言，员工因诺如病毒患病应认为属于不能避免、不能克服的客观情况。此外，在游玩地选择餐厅用餐也是集体出游的常见之举，因此也很难认为A公司可以采取事先的预防手段避免这一结果。但是，在判断是否构成不可抗力时，除了考虑事变对于合同履行的影响外，还（首先）需要从当事人明示或默示约定乃至法律推定性规则的角度，分析由此带来的不利益应如何在当事人间分配。AB两公司间合同的主要内容接近承揽合同，但也有运输合同的属性，对此，《民法典》的相关规定可资参照。

其一，基于承揽合同即《民法典》第775条和第777条的规定，“定作人提供材料的，应当按照约定提供材料”，“定作人中途变更承揽工作的要求，造成承揽人损失的，应当赔偿损失”。这意味着，承揽人可以要求定作人在未履行义务时，支付承揽人的为准备履行所支付的费用及提供此次服务所可得的收益。本案中A公司组织“提供”员工乘船游览，B公司提供运输、餐饮、表演等服务，与承揽合同的安排类似，在定作人未能如约提供材料时，应承担相应责任，并支付承揽人为准备提供服务而支付的必要费用及相应报酬。

其二，《民法典》第816条规定，“旅客因自己的原因不能按照客票记载的时间乘坐的，应当在约定的期限内办理退票或者变更手续；逾期办理的，承运人可以不退票款，并不再承担运输义务。”实践中，旅客办理退票，应当根据退票的实际情况如退票时间等，缴纳相当于部分票款或全部票款的“手续费”，实质上是向承运人支付必要的补偿和报酬。这一规则背后的道理在于，旅客可能会因为各种原因错过出行时间，若凡是遇到不可归因于旅客的原因即可主张因不可抗力而解除合同（并相应的依据《民法典》第590条第1款主张在解除合同外不承担违约责任），很可能破坏承运人的运输规划，影响承运人的正常经营，最终增加所有潜在乘客的运输费用。并且，在因他人原因导致旅客不能按时受领承运人给付的情况下，旅客往往也可以向第三人主张法律上的救济（违约责任/侵权责任）。

总之，从当事人间利益衡量的角度出发，应认为除系统性的外力影响外，旅客原则上不得基于不可抗力主张解除合同。基于上述分析，应当认为，因诺如病毒不能乘船游览是AB合同关系中A方应承担的风险，A公司职员感染诺如病毒的情况不属于可根据《民法典》第590条免责的不可抗力，A公司不能基于《民法典》第563条第1款第1项解除AB之间的合同，也无权根据此主张免责。

（2）《民法典》第533条第1款上的解除权

《民法典》第533条第1款规定，“合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同”。尽管该款规定的“解除合同”在性质上应解释为形成诉权而非一般形成权，但在法律效果上，尤其是消灭未履行债务这一点上与一般解除权并无区别。

本案中，A公司员工在D餐厅用餐后因食物沾染诺如病毒而腹泻发烧，导致无法按照约定计划乘坐B公司的邮轮进行环湖游。就诺如病毒中毒这一事件而言，其确实属于当事人在订立合同时难以预见的事变，但基于以下原因，不用认为该事变可构成情事变更。

其一，如前所述，有关诺如病毒引起的员工不能乘船游览，属于A公司因自身应承担的风险。其二，就“继续履行合同对于当事人一方明显不公平”这一构成要件而言，尽管员工诺如病毒中毒使得A公司难以受领给付，但此种受领不能并不影响合同约定义务之间的对价均衡关系。情事变更的制度目的在于对使得对待给付关系失衡的情事变化进行调整，在判断是否“明显不公平”时，也常以约定给付之间关系是否失衡为判断依据。本案中，双方原本约定的给付义务是B公司向A公司提供环湖游服务，A公司向B公司支付服务报酬，B公司现已备船待用，其收取报酬并不会导致二者关系失衡。所以，本案中A公司不能以其员工诺如病毒中毒而不能受领给付主张构成情事变更。

综上，本案中不存在该请求权的消灭事由。

**3.请求权的抗辩权**

经检索，本案中不存在该请求权的抗辩权。

**4.结论**

B公司可以基于AB两公司之间的合同请求A公司支付约定报酬。

# 第二十章 违约责任、损害赔偿与违约金

## 一、违约责任的归责原则

### 1．违约责任的归责原则是意思表示解释问题

在讨论违约责任归责原则时，首先需要明确的是违约责任和侵权责任的差别：侵权责任是法定责任，因此需要划定行为人承担责任的基准（比如侵权法的一般归责原则是过错责任原则，只是在一些特殊情况下适用无过错责任及过错推定责任（本质上是过错责任的一种）等），以便妥善平衡行为人的行动自由和受害人的法益保护；比较而言，合同责任是约定责任，合同当事人的义务内容是双方协商确定的，其实并没有统一适用某个“归责原则”的可能。假如某一个义务人愿意承担“上刀山下火海”的义务（假设不违反公序良俗），义务人就不能主张“刀山火海”对他而言构成不可抗力或者主张自己上不了刀山下不了火海无过错。从这个意义上说，合同责任究竟采取怎样的归责原则（如究竟是过错责任还是严格责任）是个伪问题。

在一些行为内容确定的合同中（特别是有名合同），会规定一些行为的标准，当事人违反了特定义务就要承担责任，我们有时可以从一些法律关于有名合同的规定中，推论此类合同中的当事人承担的究竟是严格责任还是过错责任。但这可能只是一种并不现实的拟制：拟制地认为行为人会按照法律关于有名合同的规定确定他们合同的内容。实践中，完全遵从法律中确立的有名合同规则的合同是不多见的，在这个意义上，以法律关于有名合同的推定性规则为中心论证合同法采取了怎样的归责原则（如以严格责任为原则，以过错责任为例外，或者相反），是没有太大意义的。

总之，某一个合同中采取了怎样的归责原则其实不是法律规定的问题，而是合同解释、当事人意思解释的问题。这个问题的本质在于：合同是什么？合同为什么有拘束力？如果认为合同是当事人之间自愿达成的一致意思表示，那么其实就不存在法定的归责原则的问题。如果说注意标准就是归责原则的核心的话，不同的合同可能有不同的归责原则，而有名合同只是根据当事人的习惯确定了某些推定性、任意性的注意标准。

文献 关于违约责任的归责事由，合同法在第107条宣示性地表明了无过错主义（也称为严格责任主义或者客观责任主义）的立场。立法者显然意识到了合同责任与侵权责任的不同。侵权责任以加害人的过错为要件(过错主义)，是为了保障人们的行动自由，同时考虑加害人伦理上的可非难性。合同责任则不同，令违约的债务人承担责任不是因为其有过错，而是因为他没有完成自己承接的给付义务。学界的共识是，该条的制定受到了国际条约的影响，立法者经过反思毅然摆脱德国法传统的束缚。解亘：《我国合同拘束力理论的重构》，《法学研究》2011年第2期，第73页。

### 2．合同法上不可抗力的概念应结合主客观因素加以解释

前文已有所提及，我国民法上不可抗力的概念，应当结合主客观因素加以解释，这意味着，在不可抗力其实要考虑主观因素的情况下，所谓“严格责任”的表达，可能只是一种“标签”或“概念”而已，其字面含义与当事人之间真实的利益关系并不相符。

### 3．合同关系中的过错既有个体因素又有一般因素

我国民法典中很多涉及有名合同的条文提及了过错，如第714条（承租人的保管义务）、第784条（承揽人的保管义务）、第800条（勘察设计人的义务），但这里“过错”并不能等同于仅考虑行为人个体因素的主观过错。

文献 德国债务不履行法的体例，通常被视为实行过错责任原则的典型代表。2002年债法改革修订后的《德国民法典》，基于债务不履行的损害赔偿责任原则上需要具备“义务违反”和“可归责”两个基本要素。“义务违反”是指债务人必须违反了债务关系中的义务，包含了给付不能、迟延、积极侵害债权等情形。“可归责”要件即损害赔偿责任的归责事由，“过错”是其中的一项基础性事由。但是，该过错要件实际上是被推定的，债权人证明债务人存在义务违反，由债务人承担自身无过错的举证责任。在举证的负担上与严格责任的安排基本一致。不仅如此，德国法上的“过错”要件还采取客观化的过错标准。《德国民法典》第276条第2款规定：“疏于尽交易上必要义务的人，即系有过失地实施行为。”客观化的过失标准，意味着法律并不会考虑具体的债务人在主观上履行合同的实际能力，而只需要判断债务人是否达到了行业或交易中的一般行为标准（Stefan Grundmann, The Fault Principle as the Chameleon of Contract Law: A Market Function Approach, Michigan Law Review, Vol. 107, No. 8, 2009, pp. 1587-1588.）。这一观念背后的基础在于，一个在社会交往中作出承诺缔结合同的人，通常都默示地担保其具有履行合同的一系列必要技能，而不能在债务不履行的事实发生后以自己实际上并不具备足够的能力因而无过错为由请求免责。过错标准的客观化，实际上已经构成了对过错责任的偏离，使得一些原本没有主观上过错的情形也被认为具有过错。刘庆文：《合同法上严格责任归责原则的再阐释》，北京大学硕士学位论文，2020年3月。

### 4．小结

出卖人答应出卖10斤JJJ级车厘子，此后在运输过程中遭遇病虫害而未能如约交付标的物，自然需要赔偿买家的损失，对于出卖人的赔偿责任，既可以说是源于合同的约定（严格责任），也可以说是出卖人未能如约促成交付合格的车厘子的结果，因此有过错（过错责任）。类似地，在承租人使用租赁物期间，租赁物遭遇地震毁损灭失，既可以说承租人尽到了妥善保管义务（无过错）；也可以说确保租赁物不因地震而毁损的义务根本就不是合同义务，因此无需承担责任（严格责任）。

总之，违约（损害赔偿）责任的归责原则问题，与合同拘束力理论（为什么合同有拘束力？）密切相关。如果认为合同的拘束力在于“允诺”（promise），那么，损害赔偿的责任既可以说是缘起于对该允诺的违反（严格责任），也可以说因为违反了允诺，所以有过错。这种文字游戏表明，其实违约损害赔偿的根源，就在于违约本身，在此之外，无需再施加额外的“过错责任”或“严格责任”的标签。

## 二、恢复原状

无论是德国民法还是英美法，在违约救济时都有同样的目标：使受害人恢复到合同已经得到完全正确履行的状态（Farnsworth, Contracts, Third Eidtion, Aspen Law & Business 1999, New York, pp. 755-756; G. H. Treitel, Remedies for Breach of Contract, A Comparative Account, Clarendon Press, 1988, Oxford, p. 76. 德国《民法典》第280条-284条，第249条）。但是，合同已经得到履行的状态是什么样的？历史是无法假设的，法律人在这里的任务是找到一个合适的方法，使这种假设尽量合理地得到满足。方法之一是“采取补救措施”（修理、重做）和“继续履行”，同时赔偿履行迟延的损失；方法之二是彻底放弃履行的尝试，通过“损害赔偿”来弥补非违约方所遭受的损害。和前两个救济措施不同的是，损害赔偿虽然也着眼于最终恢复履行的状态，但却不是通过履行行为来实际完成这个任务，而是通过鉴别、确认损失（原因、大小），再用金钱弥补这个损失来“虚拟地”达到这个目的。但即便如此，其终极目标也依然是恢复原状。在这个意义上，我国法虽然没有类似于《德国民法典》第249条第1款的明文规定（“负损害赔偿义务者，应恢复至如同使赔偿义务发生之情事未发生时之状态”），但诸如第584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，造成对方损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失”），应当说充分体现了此种意旨。这意味着，（如民法典第566条中规定的“恢复原状”）；而作为民事责任形式的“恢复原状”（民法典第179条），则可能不过是“修理”（民法典第582条）等的另一种表达。

文献 需要特别指出的是，支付恢复原状费用并不是与恢复原状、价值赔偿并列的第三种赔偿损害的方式。德国民法典第249条第2款第1句赋予了受害人自主实施恢复原状、对抗恶意的赔偿义务人的权能(Ersetzungsbefugnis)。因此，支付恢复原状费用只是一种特殊形式的恢复原状，它与德国民法典第249条第1款规定的恢复原状的区别仅仅在于具体实施的主体不同——一个是由受害人或者受害人指定的人实施，而另一个则是由侵害人或者侵害人指定的人实施。到底是由受害人一方还是由侵害人一方实施恢复原状，取决于受害人的意志，侵害人没有决定权。也就是说，如果受害人没有行使这项权能，那么侵害人就必须负责完成恢复原状，而不能只是支付恢复原状费用；反之，如果受害人行使了这项权能，那么侵害人就不能主张由自己一方完成恢复原状。在这两种恢复原状中，支付恢复原状费用在侵权损害赔偿实务中的意义远远大于由侵害人一方实施的恢复原状，因为在人身伤害和物的损害案件中，恢复原状几乎毫无例外地掌握在受害人手中。尽管如此，德国民法典第249条第1款作为损害赔偿法基本条款的地位并未改变，在适用第249条第2款第1句时，同样要以第249条第1款为基础。根据第1款，恢复原状是侵害人的义务，而不是受害人的义务，这一点并不因为受害人行使了第2款第1句规定的权能而改变。这一点对理赔实务具有非常重大的意义。首先，因为恢复原状从一开始就是侵害人的义务，所以，受害人虽然决定由自己一方实施恢复原状，却没有垫付费用的义务。其次，受害人根据法律赋予的权能将恢复原状掌握在自己的手中，并不是说恢复原状就一定由受害人亲自实施。第2款第1句规定的权能在实务中的意义主要体现在，亲自实施恢复原状的第三人由受害人指定，而不是由侵害人指定。但是，正因为恢复原状自始至终都是侵害人的义务，所以，受害人指定的具体实施恢复原状的第三人并不是受害人的“履行辅助人”，他在具体实施恢复原状的过程中由于自己的过错所造成的损失，不是由受害人来负责，而应当由侵害人来负责。李承亮：《损害赔偿与民事责任》，《法学研究》2009年第3期。

## 三、实际履行

实际履行是违约救济方式之一。在债务人不主动履行合同的情况下，债权人经诉讼或仲裁等程序，通过国家强制力强制债务人按照合同的约定履行相应义务，为实际履行。从比较法的视角来看，一般认为德国等大陆法国家的违约救济以实际履行为原则，而英国、美国等普通法国家的违约救济则以损害赔偿为原则。不过，尽管有所差别，但总体而言，当债务内容是给付特定财产时（如土地、房屋等不动产，又如书画等动产），因债之标的具有唯一性，替代交易并不可行，有关标的的金钱价值也难以准确评定，故各国大多支持此类债的实际履行；另外，当债之标的为特定不作为时（如竞业禁止义务），也有实际履行的必要和可能（冀放：实际履行制度规范模式研究，《法学论坛》，2020年第6期）。

在我国法上，在满足条件时，民法典第580条排除了特定非金钱债务的实际履行：法律上或者事实上不能履行；债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；债权人在合理期限内未请求履行。

就实际履行的方法和形态而言，根据我国学者的总结，包括直接强制如直接强制交付财产（“生效法律文书确定被执行人交付特定标的物的，应当执行原物。原物被隐匿或非法转移的，人民法院有权责令其交出”，见最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）（2020修正）第41条），也包括代替执行如法院委托其他人完成有关履行（民法典第581条规定，当事人一方不履行债务或者履行债务不符合约定，根据债务的性质不得强制履行的，对方可以请求其负担由第三人替代履行的费用），还包括设定罚款、迟延利息等形式的间接执行（韩世远：《合同法总论》，第四版，第761-766页）。

## 四、损害赔偿

### 1．损害的概念

在理解债法上的损害的概念时，首先要区分自然的损害与应然的损害。自然的损害将其理解为一个纯客观的事实，它着眼于具体权益事实上所遭受的破坏，强调损害的微观层面（与微观的角度相对，宏观、抽象角度的损害将受害人所享有的全部权益看作一个整体，这导致损害只是意味着数字的变化，受害人所享有各项具体权益有什么变化则被忽略）。随着社会经济的发展和法律的进步，人们逐渐认识到，某项自然的损害，在多大程度上应予赔偿，既要考虑损害的客观事实，又要考虑法律政策与价值衡量，于是产生了“应然损害”或“规范损害”的概念，即究竟是否构成损害，既要考虑事实本身，也要考察法律在规则层面是否予以救济（李承亮：《损害赔偿与民事责任》，《法学研究》，2009年第3期）。

应然损害的概念与“差额假定”（Differenzhypothese）密切相关，根据该“假定”，损害指（法律允许赔偿的）两种状况，即实际财产状况与若致损事件未发生时的假设财产状况之间的差额。差额假定的特点在于，其一，其损害限于财产损害；其二，其损害系指整体损害，而非单个、具体的损害；其三，其损害系指主观损害；其四，以差额取代损害类型如直接损害与间接损害等的区分（徐建刚：《民法典背景下损害概念渊流论》，《财经法学》2021年第2期）。

差额假定是确定损害赔偿数额的基本规则，尽管存在不同评价，但作为一种基本的思考方法（无论人们是否将自己的思考方法称作差额假定），是难以被否定的。不过，值得注意的是，确定损害赔偿数额的依据不仅仅只有差额假定，在此之外，还包括可预见规则、减损规则、与有过失、损益相抵等进一步明确乃至限制损害赔偿数额的规则。

### 2．损害的主要类型

#### 1）财产损害与非财产损害

法律 民法典第996条 因当事人一方的违约行为，损害对方人格权并造成严重精神损害，受损害方选择请求其承担违约责任的，不影响受损害方请求精神损害赔偿。

#### 2）履行利益损害与信赖利益损害

案例 原告订购了被申请人的光刻机（100亿元），一年后到货，为此，原告购置了土地，修建了厂房（支出50亿元），该支出为信赖利益上的支出。

在违约损害赔偿中，如果合同成立后一方违约，则导致损害的原因是违约行为，假设没有违约行为，合同将会得到履行（而不是合同自始就不存在），因此，按这样的推理，债权人可请求履行利益的损害赔偿。在债务人因错误或债权人因受欺诈、胁迫而撤销其所为的法律行为时，导致损害发生的事件是错误、欺诈、胁迫以及后来的撤销行为。债权人因相信法律行为的有效成立所支出的费用和成本（如交通费），是债务人的错误与欺诈、胁迫行为所引起的——假设没有这些行为，双方就不会进行合同协商，从而也不会支出有关的费用，因此债权人可以请求赔偿。注意，为缔约和准备履行而支出的费用，造成了债权人财产的减少：如果以债权人原来的财产状况为数轴的原点，则这些支出是在负的方向上的支出，所以被称作是负的（negativ）损害，也就是我们所说的消极利益（negatives Interesse）的损害。这种损害的根源在于债权人对债务人的合理信赖（假如债权人没有相信债务人，就不会支出费用，从而不会有损害）未能得到公平的回报：如果合同得以履行，则这些支出可通过相应收入而获得弥补，基于此，这种损害又叫做信赖利益（Vertrauensinteresse）的损害。相对而言，履行利益是一种在债权人原有财产基础上增加的利益，是债权人财产在正（positiv）方向的增长，而“positiv”又有“积极”的意思（和“negativ”同时也有“消极”的意思一样）。这也就是为什么履行利益（Erfüllungsinteresse）又叫积极利益（positives Interesse）的原因。

案例 申请人订购了被申请人的光刻机（100亿元），一年后到货，预计此后五年内，每年有300亿元销售额，其中30亿元净利润，该收入属履行利益。

在英美法上，富勒与帕迪尤较早详细阐释了普通法上reliance interest的概念，该概念后来被美国合同法重述（第二版）所引用（Fulle & Perdue, The Reliance Interest in Contract Damages (I), 46 the Yale Law Journal 52 (1936). The Reliance Interest in Contract Damages (II), 46 Yale L.J. 373 (1936). 中译本见：富勒、帕迪尤：《合同损害赔偿中的信赖利益》，韩世远译，载梁慧星主编：《民商法论丛》，法律出版社，第7卷，1997年，页411以下，以及第11卷，1998年，页198以下）。富勒将合同损害分成三种，一是返还利益（restitution interest），指在合同中原告交付给被告一定价值的财产，但因被告没有履行承诺，为了防止被告获得不当得利，要求被告予以返还的利益。二是信赖利益（reliance interest），指原告因相信被告的许诺而改变了自己原来的状态。保护信赖利益，就是要使原告回到原来没有相信被告许诺的状态。三是期待利益（expectation interest），即原告根据有关许诺而可能从中获得的利益。需要注意的是，上述概念在普通法下有其特定的含义；同时，英美法学者发展出信赖利益的理念也有一般合同理论上的考虑，即在以往的对价/约因（consideration）理论之上为合同拘束力确立新的基础。因此，并不能将富勒等人的reliance interest与德国法上的消极利益/信赖利益等概念完全等同。

### 3．损害赔偿的计算

#### 1）基本公式

综合差额假定及其他限制损害数额的规则，计算损害赔偿的基本公式是替代交易价格与合同价格的差值，即在计算损害时，要比较合同正常履行时非违约一方的财产状态与违约时该当事人的财产状态，同时考虑其他限制损害的安排。

例如，若承租人违约，出租人一般应当按照减损规则的要求，在合理期限内将租赁物转租于他人，此时合同约定的租金与转租的差价，以及因转租所增加的额外成本便是出租人可以要求承租人赔偿的数额。譬如甲以10万元每年的价格将房屋出租与乙，租期届满之前乙表示将搬走并不再继续租用，甲无奈将该房屋另行出租于丙（租金为每年9.5万元），并为此另行支出0.2万元的中介费。合同价格与另租价格之间的差额是0.5万元，另行订立租赁合同的成本为0.2万元，甲可要求乙赔偿0.7万元。又以买卖合同为例，基于相同的逻辑，出卖人违约时，买受人根据减损规则的要求，一般应从市场上另行购买同类标的物，则另行购买的费用与合同价格之间的差额，以及重新缔约支出的成本，即属于买受人得要求赔偿的范围。

需要注意的是，损害赔偿数额的计算，应根据有关交易的实际情况确定，在不同的交易安排中，会因合同内容的差别（如服务的提供、货物的买卖等等）而有所不同。

#### 2）可预见性规则

如前所述，在民法上损害的概念，一般采规范说或应然说，而可预见性规则便是确定损害赔偿范围的重要制度。

文献 可预见性规则的正当化基础何在，比较法上有不同的回答。其一，法国学者Nicholas认为，可预见性规则的正当性在于，当事人可被合理地认为是基于可预见的风险而进人合同关系的。该观点潜在地将可预见性规则和当事人意思联系了起来。英国学者Chitty也认为，遥远性（remoteness）标准最终建立在当事人明示或默示的意思之上。但默示合意（tacit-agreement）的观点往往失于过分拟制而不为主流观点所采纳。其二，许多学者从公平的角度来正当化可预见性规则。Atiyah认为，让被告在正常的或可预见的基础上，而不是不正常或不可预见的基础上负责，有着坚实的理性基础；合同价格是以可预见之结果为基础来确定的，让当事人对不可预见之结果负责是不公平的。其三，另有学者从效率的角度来正当化可预见性规则。波斯纳认为，如果风险只为契约一方所知，那么契约另一方就不应对可能发生的损失承担法律责任；这一原则促使知晓风险的一方当事人采取适当的预防措施，或者在他相信另一方可能为更有效率的损失预防者或风险分散者时，可向该方当事人表明并向他支付代价，要求他承担这一损失风险；这样，就产生了以最有效率的方法分配风险的激励。

就具体的可预见性标准而言，应当结合交易的具体情况，综合各种主客观因素，整体地判断。在这个意义上，一些绝对化的观点值得商榷，如有学者认为可预见性规则只要求非违约方预见到损害的类型，而不需要预见到损害的具体数额，这是不能完全成立的：很多时候，质与量之间并没有明显的界限，比如出卖人可以预见到买受人将遭受转卖收益的损失，但若该等转卖收益过高，或许就不能简单地就认为违约方应当预见到非违方会遭受如此严重的损害。

#### 3）与有过失

我国民法典第592条第2款规定了与有过失制度，该制度与第592条第1款规定的双方违约有所差别。

法律 民法典第592条 当事人都违反合同的，应当各自承担相应的责任（第1款）。当事人一方违约造成对方损失，对方对损失的发生有过错的，可以减少相应的损失赔偿额（第2款）。

#### 4）减损规则

法律 民法典第591条 当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失请求赔偿（第1款）。当事人因防止损失扩大而支出的合理费用，由违约方负担（第2款）。

普通法上的减损规则一般被概括为三项子规则：其一，被告的违约行为发生后，原告须采取合理的措施减少损失，否则不得要求赔偿本可以合理避免的损失；其二，原告采取合理措施减损发生的成本或者损失由被告负担，即使减损并不成功（损害反而扩大）也是如此；其三，若原告采取规则一要求以外的减损措施（超出了一般合理的范围，即更“努力”地减损），则成功避免的损失也不得要求被告赔偿，损害赔偿的范围以最终实际发生的损失为准。

文献 “需要注意的是，我国的履行障碍法系以实际履行为核心构建，即原则上可以请求法院强制执行合同义务，除非发生民法典第580条第1款规定的除外情形。而减损义务要求非违约方另行寻找交易机会——例如上文的例子中，要求出租人另行出租、买受人另行购买——便可能与守约方的实际履行请求权发生冲突，毕竟出租人原则上应当可以要求强制执行租金，买受人原则上亦得要求强制交付并移转所有权。最低的共识应当是，减损义务在某些例外情形下应当可以限制或者排除守约方的实际履行请求权（严立：《减损规则研究》，待刊稿）。”

## 五、违约金

### 1．违约金的功能

一般认为违约金有两种功能：其一是威慑或者履约担保，即通过约定违约金向债务人施压，以便督促其履行合同。其二是补偿或者损害赔偿的预定，即通过约定违约金而使当事人免于额外举证证明违约时所遭受的损害。

### 2．违约金的调增与调减

民法典第585条第2款规定：“约定的违约金低于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少。”该款前半句规定的核心含义是在违约金低于造成的损失时，当事人的请求并不以违约金为限，如有其它损失仍可请求赔偿，即规定了“违约金+损害赔偿”的计算规则，以便实现对当事人所受损害的完全赔偿。而第585条第2款下半句的规定则是公平原则、诚信原则的应用，核心在于实现合同正义，即当违约金过分高于所造成的实际损害时，法院动用裁量权予以适当减少。另外在文字上，相比于增加违约金，违约金减少的表述为“适当减少”，增加了适当性的限制，也就意味着法院在确定减少数额时还要考虑交易的实际情况、当事人约定违约金条款的主要目的等因素。总之，第585条第2款前半句和后半句的立法政策是完全不同的，前半句着眼于损害实际赔偿的基本法理，而后半句着眼于诚信、公平的考量。当然，第585条第2款前半句中使用的是“可以增加”的字样，也表明法院在违约金的“振幅”内有适当的裁量权，但赔偿实际损失的法律政策依然是该条的主线。

## 作业及解答

### 作业

甲与某婚庆公司订立婚庆服务合同，约定由婚庆公司预定酒店场地，并安排婚庆活动。为此，甲支付服务费10万元。双方同时约定：所有婚庆所需场地费、节目道具、宣传画册、餐饮费，礼品鲜花等费用由甲另行承担。合同订立后，甲向婚庆公司支付了10万元服务费。此后，婚庆公司告知甲，其已联系了A五星级酒店，甲对A酒店表示认可，并将婚庆时间确定为2021年5月20日。由于婚庆公司员工沟通上的失误（X员工以为Y员工已订妥，Y员工以为X员工已订妥），未及时与A酒店敲定相关日期。至2021年4月20日时，婚庆公司方与A酒店联系，A酒店表示有关场地已经预定给其他人。为此，甲解除与婚庆公司的合同，同时要求婚庆公司赔偿如下损失（设所支出的费用均属实）：1）精神损失费20万元；2）为婚礼而支出的礼服制作费5万元（请设计师专门设计并制作）；3）为婚礼而准备的结婚戒指5万元；4）联络通知亲友费用1万元；5）为拍摄结婚照而支付的摄影费5万元；6）婚礼后结婚度假旅行费用15万元（已支付给B旅行社，且无法改期退还）。问：甲的上述损害赔偿请求应否支持？依据是什么？

### 答案

甲或可依据《民法典》第577条向乙请求违约损害赔偿。根据请求权基础的框架，分析如下。

一、请求权的发生

1．合同成立生效

本案甲欲婚庆公司就婚庆服务合同达成意思表示一直，无违法事由，属有效合同（就答题而言，合同成立生效较为明显，点到即可，无须多论）。

2．债务人存在违约行为

合同的拘束力来自于当事人在合同中的允诺，在判断债务人是否违约时，关键需要考察合同约定。本案中，甲和婚庆公司订立了婚庆服务合同,在该合同中，婚庆公司承担预定酒店场地的义务。在后来的沟通中，甲和婚庆公司确认了A酒店场地的选择,婚庆公司预定酒店的义务被具体化为A酒店2021年5月20日婚礼场地。婚庆公司因自身过错没有按照约定提供场地服务，且接近婚期方知晓未成功预定的事项，导致替代安排难以实现，构成违约。

3．受害人受有损害

这是本案的焦点问题，需要讨论的是，甲所受损害究竟为何。在具体分析之前，需要首先决定损害的概念及计算思路。就损害的概念而言，一般采差额说，即比较被害人在损害事故发生后的财产状况及假设损害事故不发生时被害人应有之财产额，计算上的大小即为损害数额（曾世雄：《损害赔偿法原理》，中国政法大学出版社，第118页以下）。虽然差额说在后来受到了各种批评、修正，但是这一思路本身仍然是值得采纳的。结合本案的具体情况，在使用差额说分析甲的损害时，需要注意以下问题：1）损害的主观化：从差额说的基本概念界定可知，其为了计算被害人二财产状况之差额，势必衡量斟酌所有的有利不利因素，甚至包括被害人的特殊情事（曾世雄：《损害赔偿法原理》，中国政法大学出版社，第120页以下）。当然，斟酌考虑并不意味着全盘纳入损害的计算，仍需要根据个案情形、公平正义的观念加以取舍（王泽鉴：《损害赔偿》，北京大学出版社，第68页）。2）应然的损害概念（损害的规范化）：对于一些特殊的情形，如损益相抵、假设因果关系等情形，差额说确实难以周全的进行处理，此时应认识到损害概念中的应然因素或价值衡量因素，换言之，自然损害只是思考的出发点，该概念仍需应然地、政策地调整（罗歇尔德斯：《德国债法总论》，中国人民大学出版社，第7版，319页）。

本案中，甲可能受到的损害包括以下几种：

（1）精神损失费20万元。精神损害应否赔偿，涉及到“财产损害”与“非财产损害”的分类。本案中甲是基于其婚礼延期而发生的精神痛苦损失主张精神损失费，这一痛苦本身难以用金钱计算，属于非财产上损害。非财产损害的可赔偿性在学界有较大争议。有学者认为，《民法典》第577条中“赔偿损失”不仅包括财产上损害，还包括非财产上损害，应肯定合同中的精神性履行利益（《论精神性履行利益的违约损害赔偿——从62份婚礼摄影合同判决展开的理论建构》，《华东政法大学学报》，2019年第4期。）。这样的解释路径能够更好的保护追求精神利益的合同当事人（典型地如旅游合同、婚庆合同等）。从体系解释的角度来说，我国《民法典》第996条规定：“因当事人一方的违约行为，损害对方人格权并造成严重精神损害，受损害方选择请求其承担违约责任的，不影响受损害方请求精神损害赔偿。”可以认为，该条实际上也支持了将精神损害赔偿纳入违约责任的立场。就这一解释，也有学者持相同观点（薛军：《<民法典>对精神损害赔偿制度的发展》，厦门大学学报2021年第3期，需要特别注意的是，薛军老师虽然也认为《民法典》第996条将精神损害赔偿纳入了违约责任的范畴，但在具体的构成要件上采取了不同的解释路径）。综上，我国法下承认合同的精神性履行利益，可以作为合同履行利益的一部分加以主张（当然，需要结合具体情形对当事人的意思表示进行解释）。在本案中，甲与婚庆公司订立合同的目的是举行婚礼，从我国传统习俗、一般人的观念来看，此类婚庆合同的目的通常为对喜庆、吉祥氛围的追求，履行该合同使得甲可以完成人生的一大喜事，甲在该合同中具有相当的精神性履行利益，可以向婚庆公司请求赔偿，到但具体数额尚需根据个案细节酌定。

（2）为婚礼而支出的礼服制作费5万元（请设计师专门设计并制作）；

涉及到履行利益和信赖利益的分类。该购置礼服的费用属于因信赖合同可以有效履行而支出的费用，属于信赖利益。在合同有效存续，只是主张替代给付的损害赔偿时，原则上应只赔偿履行利益（罗歇尔德斯：《德国债法总论》，中国人民大学出版社第7版，320页），这一方面是全面赔偿原则的要求，另一方面也是因为合同有效时，即使对方依约履行，也会存在信赖利益的支出。只是在合同无效、撤销的情形才例外地存在信赖利益的赔偿问题。本案中，为婚礼而设计制作的礼服非一方面在合同履行地情况下也会支出，另一方面，礼服通常有较长的使用期，仍可在婚礼改期后继续使用，并不因婚庆公司违约而失去价值，因此无权请求婚庆公司赔偿。类似地，为婚礼而准备的结婚戒指5万元、为拍摄结婚照而支付的摄影费5万元也可以做相同处理。比较而言，为联络通知亲友而支出的费用1万元会因为婚礼不能如期举办而枉费，故可请求婚庆公司赔偿。

（3）就婚礼后结婚度假旅行费用15万元（已支付给B旅行社，且无法改期退还），需要从差额说的角度出发，考虑其在甲的财产状态（包括精神利益的层面）上产生了何种影响。应认为，蜜月旅行的一项主要目标是享受新婚的快乐，但是由于婚庆公司的违约行为，婚礼不能如期进行、甲无从在蜜月旅行中享受同等的快乐，在精神利益上有所损失。进一步说，这种精神利益上的损失对于婚庆公司来说是可预见的。从一般人的角度来说，新婚之后往往会进行蜜月旅行，而对于婚庆行业的从业者而言，这一风俗习惯显然更为其所明知。因此，其在订立合同时能够合理地遇见婚礼取消、影响蜜月旅行的风险，让其承担相应精神利益减损的损失并不超过其预期的范围。综上，甲的损失包括婚礼取消导致的婚庆合同中精神性履行利益的减损、蜜月旅行合同中精神性履行利益的减损（具体数额可根据案件实际情况酌定）。

4．违约行为与损害存在因果关系。由题意，婚庆公司的违约行为导致了婚礼取消，进而致使甲的精神利益受损。如果没有该违约行为，就不会产生相应的精神损失，满足了条件说的要求；同时，也显然满足相当性的要求。因果关系的要件满足。

5．违约人没有免责事由。该要件满足，违约人没有免责事由。

二、请求权的消灭

需要说明的是，根据《民法典》第566条的规定，婚庆合同的解除并不影响甲向婚庆公司主张违约损害赔偿，请求权不因此消灭，也无其他消灭事由，该要件满足。

三、对请求权的抗辩权

不存在对请求权的抗辩权。

结论

综上所述，婚庆公司应赔偿甲因婚礼取消而发生的精神损害（或可酌定为5万元）、联络通知亲友费用1万元、婚礼后因结婚度假旅行受婚礼取消而发生的影响（或可酌定为3万元）。

# 第二十二章 债的变更与债的消灭概述

# 第二十三章 合同的解除后的法律效果

合同解除，是在合同有效成立之后，一方或双方当事人通过意思表示而使合同终了，不履行的部分不必继续履行，已履行的部分依据具体情况相互返还或清算的制度。根据我国《民法典》第五百六十六条的规定，“合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以请求恢复原状或者采取其他补救措施，并有权请求赔偿损失。”可以看出，在我国法上，合同解除后的法律效果有三个，其一为终止履行；其二为恢复原状，在无法恢复原状的情况下，采取包括金钱补偿在内的其他补救措施；其三为赔偿损失，即弥补他方当事人的其他损失。目前，理论上对于和解除后返还的具体法律性质、返还规则的研究已有相当进展（崔建远：《解除效果折衷说之评论》,《法学研究》2012年第2期，第52-70页；韩世远：《合同法总论》，法律出版社2011年版，第523页以下；赵文杰：《论不当得利与法定解除中的价值偿还》，《中外法学》2015年第5期，第1171页以下）。从历史发展来看，早期的（德国法）观点曾认为合同解除后，当事人之间的返还义务如同合同撤销一样，合同关系消灭而转化为法定的不当得利的返还关系（Schwaenn, AcP 153, 97, 105 ff.; Mezger, JZ 1953, 67, 71）。此后，判例和学说上接受了Heinrich Stoll的观点，认为合同解除后，合同关系并未消灭，而不过是从相互履行的关系，转化为相互返还的清算关系（Heinrich Stoll, Rücktritt, 1921, S. 9 ff.; Wolff, Wolf, Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden, AcP 153, 97, 105 ff.）。晚近，一些关于将合同解除后法律效果与合同无效、撤销等相统一的建议，也被提出并被进一步讨论（汤文平：《法律行为解消清算规则之体系统合》，《中国法学》2016年第5期，第132-155页；梅耶：《失败合同的返还清算：欧洲的新发展》，冯德诠译，《南京大学法律评论》2019年秋季卷，第100-136页）。

## 一、原物返还

在合同解除后，对于一时性合同，一般认为解除具有消灭双方当事人继续占有对方当事人履行之权利基础的效力，故应向合同相对人返还所获得的履行。就返还的具体方式而言，我国《合同法》第58条的规定可资类推适用，“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿”，这意味着在合同关系的拘束力丧失后，返还因履行获得的财产原状具有优先性，只在原状返还不能时，方有价值补偿的适用。

在原物返还时，返还的费用（包括运输费用、公证及证明费用等）原则上应由返还义务人承担。但有如下例外，其一，若双方当事人在合同中约定，合同的履行地为债务人所在地，则解除时应由返还的债权人承担有关运输的交通费用；若合同的解除是因为返还义务人一方的迟延等违约行为（买受人付款迟延、出卖人交付瑕疵标的物）造成的，则违约方应承担有关返还费用（MüKoBGB/Gaier, 7. Aufl. 2016, BGB § 346 Rn. 17-19.）。当然如果是债权人一方违约而导致合同解除的，应当由债权人承担返还的费用。

## 二、必要费用的返还

但在经济实践中，从履行到合同的最终解除总要持续相当的时间。在这一过程中，接受履行的一方难免要对标的物进行维护乃至改进。在合同解除具有溯及力的情况下，对为维护和改进费用的返还，便成为一个棘手的法律问题。

例1：出卖人甲将一辆二手车卖给买受人乙。汽车目前的市场估值为80000元，乙愿意出价90000元购买，条件是交车当日先付30000元，一个月后再付60000元。交车后，乙未支付剩余60000元，甲催告后乙在合理期限内仍未履行，甲解除合同，要求返还汽车。问以下费用/支出/价值是否应返还：（A）乙使用期间造成汽车的正常损耗（如每1000公里占车价的1%计算）；（B）原刹车片已磨薄报警，更换新刹车片，材料与人工共计2000元；（C）为车美观而喷涂金属漆，材料及人工共2000元；（D）乙用车所节省的交通费用（设租同类车每月3000元）。

在这个案件中，一般认为，B项费用为维持汽车使用及保障汽车安全的必要支出，出卖人在取得汽车时也取得了该价值，故应予返还（通常新刹车片可使用10万公里）。相比而言，C项支出便更多属于维护汽车正常使用之外的费用支出，出卖人无需返还。

可以看出，对于用来维护标的物或为发挥物的经济价值客观上所必须的支出，为必要费用（Notwendige Verwendungen），该项费用的支出直接使接受返还一方受益，故受益人应予返还。比较而言，对必要费用以外的其他费用，若要求返还，将造成“强迫得利”（aufgedrängten Bereicherung），故准用不当得利的法理（如德国民法典第818条第1款和第3款），无权请求返还。对此，一般认为，在认定是否构成强迫得利时，应当根据主观而非客观标准加以判断。例如，若出卖人是普通消费者，则不宜认为其受有利益。而若本案中的出卖人是专业的二手车经销商，该金属漆有助于汽车卖出更高的价格，则应返还该笔费用的支出。

## 三、用益返还

当然，尽管这里强调“原状返还”，但需要明确的是，任何物品随着时间的经过和使用消耗，尽管在形式上为“原状”，但总会有一些消耗，因此，仍需明确有关消耗的价值补偿问题。我国《合同法》第58条第一句的后半句规定“不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿”，此处的“折价补偿”在含义上既包括用益返还，也包括对价值减损的补偿。以下先举例说明用益返还的规则。

在前述例1中，本案在原物返还之外，A问涉及用益返还的问题。对于乙使用期间造成汽车的正常损耗，就上述汽车的正常损耗而言，因已无法返还，故买受人乙应予折价补偿。在补偿的具体范围上，应当根据一定使用期限内正常的价值减损状况加以确定。鉴于汽车通常以使用期限及行驶里程计算价值减损，本案中按照每1000公里占车价的1%计算，应属合理。本案中，A项下“乙使用期间造成汽车的正常损耗”被返还后，便可实现“恢复原状”的目的。因此，D项下乙用车所节省的费用，不在返还之列。事实上，乙有多重可能的替代交通方式，如乙原本可以步行或骑车，即其无需为交通而支付任何对价，而使用汽车反而增加了交通成本，从这个意义上说，乙用车是否能够节省费用并不确定，即很难构成得利。另外，从甲的角度来说，其也并未因此而受损，换言之，其所受损害已获得填补。总之，对于D项所列的“收益”，乙无需返还。

## 四、价值返还

### 1．价值返还的基本规则

在合同解除的情况下，若标的物的毁损灭失源于返还义务人的轻过失（如买受人天生鲁莽，不注意爱惜物品），买受人是否应当承担价值返还的义务？例N：买受人乙从出卖人甲处购得一辆二手大众高尔夫车（40000元）。购买时，出卖人表示车况良好。但乙在购买后的驾驶中，总觉得刹车有杂音，经检查，发现有质量问题，遂要求甲在两周内修好，甲置之不理。在乙提出解除合同之前（在该两周内），乙开车赴超市购物。因乙平素驾驶技能较差，在路上遇到小狗横穿马路时，错把油门当做刹车，同时打方向盘过猛，汽车装上路边石墩而全损。现乙要求甲返还价款，甲则要求乙返还车之价值。问：应支持谁的主张？

在比较法上存在这样的规定：若返还义务人因轻过失（行为人尽到了相当于处理自己事务的注意，但因其自身的能力/习惯所限而未达到正常合理人的注意标准）致标的物毁损灭失，其不负担返还的义务。根据《德国民法典》第346条第2款第3项：“在行为人尽到了相当于处理自己事务的注意仍无法避免标的物的灭失时，不负标的物的返还义务且无需承担责任”。其内在的合理性在于：在合同履行后，取得对待履行的一方，往往会形成自己可按照个人习惯自由使用标的物的信赖。此时，若要求其承担过高的注意义务，在行为人不了解有关返还事由（如合同解除事由）时，将构成对其过苛的负担（PdW, Schuldrecht I, S. 245.）。这一规则与民法上“所有人—占有人制度”中的占有返还规则同源。例如，《日本民法典》第191条后段、我国台湾地区“民法”第953条、第956条都明确规定，善意之自主占有人就占有物灭失或毁损承担赔偿责任，需要满足“可归责性”这一要件（第953条：善意占有人就占有物之灭失或毁损，如系因可归责于自己之事由所致者，对于回复请求人仅以灭失或毁损所受之利益为限，负赔偿之责；第956条：恶意占有人或无所有意思之占有人，就占有物之灭失或毁损，如系因可归责于自己之事由所致者，对于回复请求人，负赔偿之责。谢在全：《民法物权论》（下册），中国政法大学出版社2011年版，第1209页）。换言之，只要自主占有人尽到了处理自己事务的注意，即不可被归责。在前述案例中，买受人乙是典型的自主善意占有人，其并不了解解除的事由，因而仅以相当于处理自己事务的注意使用标的物，若法律要求其承担赔偿责任，或返还物的价值，将过于严苛。事实上，我国《物权法》242条规定的规定也有类似考虑：“占有人因使用占有的不动产或者动产，致使该不动产或者动产受到损害的，恶意占有人应当承担赔偿责任。”其内在原理在于，善意占有人在使用占有物时即被法律推定为物的权利人，具有占有、使用的权利，因此，对于使用被占有的物而导致的物的损害，不应负赔偿责任（全国人大常委会法工委民法室编：《中华人民共和国物权法：条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2007年版，第429页；王胜明主编：《中华人民共和国物权法解读》，中国法制出版社2007年版，第514页）。惟该规定未明确区分自主善意占有和他主善意占有，在他主善意占有时，占有人明知物非自己所有，自应至少按照正常合理人的标准照管标的物，而不能以已尽到相当于处理自己事务的注意为由主张免责。

例N：出卖人甲将一辆二手车卖给买受人乙。汽车目前的市场估值为10万元，乙同意出价9万元购买，甲急用钱，遂同意，条件是交车当日先付3万元，一个月后再付6万元，甲对此表示同意。交车后，乙未支付剩余6万元，甲催告后解除合同，要求返还汽车。在解除通知发出后，汽车因不可抗力而灭失。问：乙应按10万元的价格返还汽车，还是按9万元的价格返还汽车？在该案中，若将返还义务确定为9万元，则意味着虽然乙有违约行为，但其依然可以享受合同中的好处。这显然有失公允。这表明，不当得利的返还制度和合同解除之后的清算制度之间的具有密切的相互关联，究竟应当以合同约定的相应条件作为返还的依据，还是以不当得利返还的基本规则作为法律依据，便是一个事件中有待澄清的问题。一般认为，不宜允许违约方在合同解除的情况下，享受其原本在合同存在时方享有的合同利益，应当按照10万元的价格返还相应价值（Canaris, FS Wiedemann, 2002, S. 3, 23; Köhler/Lorenz, Prüfe dein Wissen, Schuldrecht I, 21 Aufl., S. 233 (Fall 123); Leenen, BGB AllgemeinerTeil: Rechtsgeschäftslehre, DeGruyter, 2011, S. 217f.）。比较而言，在合同无效或撤销时，若无效或撤销事由影响对价关系形成及内容的，则应以客观价值为计算基准，如行为人欠缺行为能力而缔结合同，或因受欺诈而订立合同；而若无效或撤销事由不影响对价关系形成及内容的，则应以合同价值作为确定返还的依据（赵文杰，第1176页。）。总结而言，如果合同解除的事由是因为一方的违约行为造成的，则违约方在返还时，就不应享有合同中取得的利益。或者说，一般而言，在合同解除的情况下，折价补偿应当以合同约定的价格条件为准，但在法定解除中，若解除是由于一方的违约行为造成的，那么违约方便不能再享受合同条件给他带来的好处，而应根据市场的客观价值来返还，以便充分保护非违约方的利益。这种安排可能一定程度上是一个矫枉过正的安排，让非违约方得到了更多的保护，兼顾了惩罚非违约方违约行为的效果。即，一般而言，对于合同的无效、撤销或解除，在一方可归责时，该方便不应再享受合同赋予其的高于客观价格的利益。

### 2．价值返还的具体规则

## 五、合同解除后的风险负担问题

合同解除时，一方或双方当事人通常都已经做出了履行，在这种情况下，自解除通知到达相对人之日起至相互返还之前，往往还要经过一段时间，若标的物在该期间内因意外事故而灭失，便构成一个风险负担的问题；另外，因合同解除通常具有溯及力，标的物在交付后，行使解除权之前因不可抗力而灭失，亦有风险负担的问题。考虑到约定解除时，双方往往会对解除之后的风险做出约定处理，因此实践中主要争议的是法定解除的情形。以下先阐述基本原理，再比较合同解除与不当得利返及其他相关制度加以分析。

对此，较为妥当的政策选择是：若合同一方当事人（如出卖人）根本违约而导致另一方当事人（如买受人）行使解除权；则标的物灭失的风险将一直停留在违约一方（出卖人），或者回溯到一开始即由违约方承担。

例2：买受人乙从出卖人甲处购得一辆二手大众高尔夫车（40000元）。购买时，出卖人表示车况良好。但乙在购买后的驾驶中，总觉得刹车有杂音，但未在意。两周后，在一次正常驾驶中，刹车完全失灵，汽车滚下路肩全损。乙遂解除合同，要求甲返还价款，甲则主张乙交还汽车之价值才返还价款。哪一主张应予支持？在这个案件中，乙可以不解除合同，而依合同要求其承担瑕疵责任，赔偿乙的损失。在其不选择维持合同效力的情况下，便会产生合同解除后，返还不能风险如何分担的问题。

本案中，返还不能的原因是汽车存在瑕疵，而买受人乙对于汽车的毁损及因此导致的返还不能并无过失（无可归责事由）。相反，汽车灭失的原因源于甲所控制的风险范围内的因素，故在免除返还义务的同时，返还义务人乙亦无须承担返还不能的责任（根据《德国民法典》第346条第2款第3项，买受人附有折价补偿的义务。但是，该条第3款第2项同时规定，若标的物毁损灭失可归责于出卖人（解除相对方）或有关标的物即便在出卖人处也会毁损灭失，则解除权人的折价补偿义务消灭。注意，这里的“可归责”比违约责任中的可归责性（第276条）的范围更宽，强调有关风险在解除相对人的可控范围之内PdW, Fall 128.）。对上述情况，我国《合同法》第148条作出了规定，“因标的物质量不符合质量要求，致使不能实现合同目的的，买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同。买受人拒绝接受标的物或者解除合同的，标的物毁损、灭失的风险由出卖人承担”。据此，在因标的物质量不符合约定而解除合同时，出卖人承担标的物毁损灭失的风险（如胡康生主编：《中华人民共和共合同法释义》，法律出版社2013年版，第254-255页；其他文献详见刘洋：《根本违约对风险负担的影响》，《华东政法大学学报》，2016年第6期，第177页（注13））。

上述两例均涉及标的物瑕疵与标的物的灭失无因果关系情形下的风险负担处理问题。按照不当得利的法理，在返还义务人善意时，其仅附有返还现存利益的义务。而在标的物因不可抗力而灭失时，返还义务人并无任何收益，故无需承担相应的返还义务。

另外，参酌《美国统一商法典》（UCC）第2-510条第（1）（2）款的规定，在标的物非因自身瑕疵而灭失，以及标的物在合同解除之前灭失，出卖人也应承担相应的风险。正如有研究所指出的，合同法就风险分配规则的设置，并非简单地将占有事实与风险负担相挂钩。比较而言，“风险利益相一致原则”，才是更具关键性的价值考量。在买受人作出解除通知时，出卖人即取得了对其已履行部分的全部权益（不当得利或所有物返还请求权），因解除的法律效果具有溯及力，故出卖人应承担自合同订立起发生于标的物上的风险（刘洋：《根本违约对风险负担的影响》，《华东政法大学学报》，2016年第6期，第186页）。这一观点可资赞同。合同法上“风险”这一制度所调整的是因不可抗力造成的标的物毁损灭失后果的承担问题。传统理论中的风险随“占有”转移的认识是不妥当的：既然是由不可抗力造成的毁损灭失，意味着纵然当事人进行了妥善照管，也无法避免，因此“占有”与否并非关键（赵家仪：《我国买卖合同中的“交付”与“风险转移”》，《法商研究》2003年第2期）。至于为了履行而转移占有（如A地之出卖人将标的物交付给B地之买受人），乃是出卖人自己选择的结果，并不能改变上述分析的结论。据此，上述两个案例中，在合同解除时，汽车毁损灭失的风险均应由出卖人承担。

从规范层面看，我国《合同法》第143条规定：“因买受人的原因致使标的物不能按照约定的期限交付的，买受人应当自违反约定之日起承担标的物毁损、灭失的风险。”这意味着，在买受人违约导致标的物无法按期交付的场合，风险负担仍然移转由买方承受。同样，根据《合同法》第117条的规定，“当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任”，也表明了违约方应当承担风险的价值取向。除了我国法自身的规则外，在比较法上，标的物毁损灭失的风险，无论解约之前抑或其后发生，均回溯自始由可归责的出卖人承担的观念，亦有充分的支持。对此，CISG第70条第82条、DCFR第III-3:509条以下诸条均作出了与我国法类似的规定（刘洋：《根本违约对风险负担的影响》，《华东政法大学学报》，2016年第6期，第183页）。

总之，合同解除规则与风险负担规则之间常常会相互作用而引起法律适用上的困难。在理解我国《合同法》第148条时，应当认为，在买受人有权解除合同时，应由出卖人承担标的物的风险，至于风险发生在解除合同之前还是之后，在所不问（周江洪：《风险负担规则与合同解除》，《法学研究》2010年第1期，第86页）。

## 作业与解答

### 作业

甲公司为了生产疫情防控物资（N95口罩）的需要，向乙公司购买超声焊接系统。双方于2020年4月2日签订了一份《销售合同一》，该合同约定，基于生产疫情防控物资的需要，乙公司应尽可能按甲公司的需求交付货物，并约定交货时间为2020年4月7日至2020年5月10日。

其后，双方就交货期限问题又进行了协商，并将原来的订购数量由500套调整为250套。在此基础上，双方于2020年4月13日又签订了一份《销售合同二》，将交货期限约定为2020年4月15日至2020年5月10日，“随产随发”。在该4月13日合同签订前，4月12日，在甲公司采购人员X与乙公司负责销售的工作人员Y的微信聊天中，X询问“能否做到每天交付10套左右”，Y表示“基本可以”。《销售合同二》签订后，甲公司支付了2500万元。收到款项后，乙公司展开生产，至2020年4月23日，交付了20套超声焊接系统。该日，Y对X表示，“生产元器件的丙公司因疫情原因不能及时交付超声元器件，预计5月初能大批到货”。此后，2020年4月24日，甲公司致函乙公司，“鉴于贵公司未能按照合同约定交货，本公司须从其他公司加价购买超声焊接系统，现通知贵公司解除合同”，并要求退还全部货款2500万元，同时通知乙公司，将拒收后续的交付。在收到甲公司函件后，乙公司未继续交货（亦未退款），但于2020年5月10日要求甲公司提货（剩余230套）。问：甲公司要求退款的主张应付支持？（由于2020年《民法典》尚未投入运行，实践中应适用《合同法》等处理；但本次作业分析适用《民法典》并无实质区别）

### 解答（陈漳林初稿）

甲公司或许可以基于《合同法》第97条（《民法典》第566条第1款）请求乙公司退还货款。一、请求权的发生

《合同法》第97条（《民法典》第566条第1款）规定，“合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失”。依据合同解除性质之清算关系说，恢复原状请求权为债权性质的请求权，本条为独立的请求权基础。在解释上，应当认为《合同法》第97条（《民法典》第566条第1款）规定的恢复原状请求权构成要件包括：（1）合同成立；（2）合同生效；（3）合同未消灭；（4）一方根据法律规定或约定取得解除权；（5）该方当事人行使了解除权；（6）请求人已经履行了合同义务；（7）请求人所履行的合同义务是一次性债务，而不是继续性债务。（1）合同成立

甲乙公司约定买卖超声焊接系统，二者间成立买卖合同。值得关注的是：①2020年4月2日签订《销售合同一》与2020年4月13日签订的《销售合同二》之关系；②4月12日甲乙双方工作人员XY微信聊天与买卖合同内容之关系；以及③买卖合同之内容。

《合同法》第77条（《民法典》第543条）“当事人协商一致，可以变更合同”。2020年4月2日，双方就超声焊接系统买卖基本事项（“4月7日至5月10日交货”“500套”“乙公司尽可能按甲公司需求交付”“生产疫情防控物资的需要”）达成一致，《销售合同一》成立。而后，甲乙公司就交货期限、订购数量等问题综合协商，再次于4月13日签订《销售合同二》。与前一合同相比，该合同减少了给付标的数量（500套→250套）、改变了交货期限（4月7日至5月10日→4月15日至5月10日）、具象化了“甲公司需求”（“随产随发”），但未失去债之同一性，应当理解为债的变更。

《民法总则》第170条第1款（《民法典》第170条第1款）规定，“执行法人或者非法人组织工作任务的人员，就其职权范围内的事项，以法人或者非法人组织的名义实施的民事法律行为，对法人或者非法人组织发生效力。”在甲公司采购人员X与乙公司负责销售的工作人员Y微信聊天的情境下（X询问乙公司供货能力，Y对其进行回复），应当认为双方均以己方公司的名义与对方交涉。值得思考的是，X询问“能否做到每天交付10套左右”而Y表示“基本可以”的对话内容是否属于合同约定之一部，抑或不产生拘束力？需要特别注意的是，XY聊天的日期系签订《销售合同二》的前一天，即4月12日；而此轮沟通后，双方即签订了《销售合同二》，并将《销售合同一》中“基于生产疫情防控物资的需要，乙公司应尽可能按甲公司的需求交付货物”的表述转化为“随产随发”。可见甲公司得知乙公司生产能力后，对每日交付设备的数量也相应作出要求。在学理和比较法上，支持其成为合同内容的依据可能在于“特定允诺之被视为合同条款”规则，这在“民法典一审稿”中亦有出现：“当事人一方在订立合同前向对方所作的允诺内容具体确定，对合同的订立有重大影响，对方有理由相信其为合同内容的，该允诺视为合同条款。”（也有学者表示，此类条款目前在实务中主要适用于商品房买卖场合，是否能对所有合同类型普遍适用有待观察。但即便认为“基本可以”的表述不够肯定，或者“特定允诺被视为合同条款”不尽公平合理，也应当将双方在沟通中明确的乙公司产能作为解释甲公司要求“随产随发”的重要依据。）

综上，甲乙公司间成立买卖合同，其内容为甲公司支付2500万元，乙公司于4月15日至5月10日间均匀、持续交付设备，每日十套左右，“随产随发”。（2）合同生效及（3）合同未消灭《民法典》第502条第1款规定，“依法成立的合同，自成立时生效，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外”。该销售合同不存在特殊生效或无效事由，且未被合同当事人撤销，故满足要件（2）（3）。（4）一方根据法律规定或约定取得解除权

根据案情无法得出双方在合同中对解除权有所约定的信息，故主要考察是否满足可能相关法律规定。《合同法》第94条（《民法典》第563条第1款）对法定解除权的产生情况出规定，此处主要讨论第一、二、四项所涉情况。①因不可抗力致使不能实现合同目的

《合同法》第117条第2款（《民法典》第180条第2款）规定，不可抗力是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。由于不可抗力系规范性概念，在判断是否构成不可抗力时要结合事件本身性质，当事人预见能力、预防能力与应对能力等综合考量。“丙公司因疫情原因不能及时交付超声元器件”是否属于不可抗力呢？实际上，双方在《销售合同一》中即明确，“基于生产疫情防控物资的需要”签订该合同，且2020年4月属于新冠疫情范围广、影响非常大的时期，故双方对疫情可能对生产造成的影响都有所预估，丙公司因疫情影响不能按时交付材料不构成不可抗力，也就不涉及是否导致不能实现合同目的的判断。②履行期限届满前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务第二项规定之情况为预期违约（先期违约），即债务人在债务到期前明示或默示地表示拒绝履行。

2020年4月23日，Y对X表示“生产元器件的丙公司因疫情原因不能及时交付超声元器件，预计5月初能大批到货”。该表示除了说明客观情况（疫情影响器件生产）外，还明确表示乙公司（因丙公司不能提供材料）在五月初之前均不能如双方签订合同时所预期、按时按量交付超声焊接系统。此外，在4月15日至4月23日这9天内，乙公司只向甲公司交付了20套设备。前文已述，案涉合同为规定交付期限、方式的买卖合同，按时、稳定交付显然系“主要债务”。Y作为乙公司的工作人员向甲公司之工作人员X明确表示5月初才能大批到货，且乙公司此前交付设备的情况也有违约定，破坏了甲公司相信乙公司会履行的合理期待，符合该项规定之情况。③当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的

双方曾于2020年4月2日签订《销售合同一》，并规定乙公司应当尽可能按甲公司需求交付货物；其后又就交货期限进行协商，并将订购数量从500套调整为250套，足见甲公司对超声焊接系统需求之急迫，且乙公司对此明知。虽然“随产随发”这一对乙公司交付货物的约定不甚明确，但根据双方工作人员在签订《销售合同二》前日微信沟通的内容、《合同法》第61条并结合一般交易习惯，乙公司应当在合同约定的交货期限内持续、匀速履行交货义务，而非仅在5月10日前完成全部交付即可。这一约定接近“相对定期行为”。

但乙公司自4月15日至4月23日只交付了20套系统，与4月15日至5月10日交货、总量250套的约定相去甚远。这严重影响了甲公司可能的疫情防控物资生产计划，导致其必须从其他公司加价购买超声焊接系统投入生产，以免错过该防疫物资紧缺时机（参考：实践中，超声焊接系统市场价格波动大。这在疫情期间尤为凸显，买家愿意加价购买、卖家能抬价出售的基础也在于防疫物资短缺时期生产时机的紧迫性。）可见，乙公司不按照约定“随产随发”、迟延履行债务，导致合同目的无法实现。

此外，《最高人民法院关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见（二）》中亦指出，“疫情或者疫情防控措施导致出卖人不能按照约定的期限完成订单或者交付货物，继续履行不能实现买受人的合同目的，买受人请求解除合同，返还已经支付的预付款或者定金的，人民法院应予支持”。综上，甲公司可以基于《合同法》第94条（《民法典》第563条第1款）第2、4项取得解除权。

值得进一步思考的是，能否参照《合同法》第166条（《民法典》第633条）对分批交付标的物的合同解除做出的特别规定（如第1款“出卖人分批交付标的物的，出卖人对其中一批标的物不交付或者交付不符合约定，致使该批标的物不能实现合同目的的，买受人可以就该批标的物解除”），认为解除权辐射范围仅限于未履行之部分？首先，应当一般性地承认部分解除之存在必要以尽可能维系合同、防止缔约成本浪费。其次，部分解除的必要条件为对待给付标的在客观上可分；但这并非充分条件。当事人“容许部分解除”的意愿才是重中之重。只有通过合同解释得出部分解除不违背当事人之意愿，部分解除方显其合理性。否则即便给付在客观上可分，但双方当事人将交易标的视为整体，仍不宜部分解除。

甲公司与乙公司就订购数量、交付期限等内容反复进行协商，甲公司还在乙公司不能按时供货的情况下加价向他方购买。可见，若非乙公司保证能够持续、稳定地供应货源，甲公司可能会早早“另谋出路”，也很可能不会按照合同约定的单价100万（总价2500万元）购买设备；另外，加工设备的特殊性也可能导致从他方买得的超声焊接系统与从乙公司处购买的超声焊接系统所加工之产品规格不同，难以适配、不利于统一批发、销售；同时，甲公司要求乙公司退还全部货款的主张也进一步佐证对交易整体性的理解。故其解除权辐射范围应当包括已履行和未履行之部分。（补充：甲公司已接收的设备如何处理及是否存在使用设备得来的利益，则并非此处应解决之问题。此外，若甲公司已将20套设备投入运营、返还将涉及拆除等事项，双方协商后，甲公司重新主张仅退款2300万元或以其他方式计算，也未尝不可。）（5）该方当事人行使了解除权

《合同法》第96条第1款（《民法典》第565条第1款）规定，“当事人一方依照本法第九十三条第二款、第九十四条的规定主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。对方有异议的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。”甲公司已经向乙公司发出通知，行使了解除权。（6）请求人已经履行了合同义务

签订《销售合同二》后，甲公司已经支付全部货款2500万元，履行完合同义务。（7）请求人所履行的合同义务是一次性债务，而不是继续性债务。甲公司支付价款系一次性债务。二、请求权消灭

无请求权消灭事由。三、被请求人的抗辩

乙公司或可依据《合同法》第66条（《民法典》第526条）主张同时履行抗辩，要求甲公司返还20套设备。但此种抗辩需要具有相应性，即便抗辩得以成立，也只针对甲公司应返还设备对应之部分（约200万）。四、结论

在返还20套设备后，甲公司可以基于《合同法》第97条（《民法典》第566条第1款）请求乙公司退还2500万元货款。（或，甲公司可选择不返还设备，基于《合同法》第97条（《民法典》第566条第1款）请求乙公司退还2300万元货款）

补充：若甲公司返还20套设备前已将其投入使用且产生收入，则可能涉及不当得利等问题。若乙公司行使抵销权，则互负的债务在抵销数额内消灭。）

# 第二十四章 债权让与

## 一、债权让与的概念与特征

债权既是一项可以要求义务人为或不为特定行为的、以请求权为中心的权利，同时也具有归属性特征，具有财产权的属性，在这个意义上，债权作为买卖、质押等交易的标的，也很常见。所谓债权让与，就是不改变债的内容而将债权转让给他人，使他人可以取得作为财产性权利的债权。基于此，民法典第545条规定，“债权人可以将债权的全部或者部分转让给第三人”，且该转让无需征得债务人的同意，而只需通知债务人即可对债务人发生效力（民法典第546条）。

在社会经济发展中，债权可基于多种原因而让与。最常见的是基于法律行为而让与，如基于债权的买卖或基于遗嘱行为而发生。除此以外，债权还可基于法律的规定而发生概括的转移，如法定继承、债权债务的概括承受、连带债务的特别规则等。另外，债权让与还可以基于裁判命令而发生，如《民事诉讼法司法解释》（2015年）第501条第1款规定，“人民法院执行被执行人对他人的到期债权，可以作出冻结债权的裁定，并通知该他人向申请执行人履行”，即所谓通常的“转付命令”（韩世远：《合同法总论》（第4版），第593页）。

## 二、债权让与的法律性质

债权让与是依法律行为而移转债权，债权的权利主体直接变更，债权的内容不受影响。此种法律行为是使债权发生变动的行为，使债权人由转让人变动为受让人，性质上属于处分行为。在这个意义上，债权让与与有体物的转让在性质上并无区别。

债权人将债权让与给受让人通常源于一定的考虑或动机，可以是基于赠与的目的，也可以是基于买卖的目的，还可以是基于让与担保的目的。这些目的或考虑一般称为债权让与的原因。在承认处分行为独立性后（债权让与和债权让与原因之区分），一般认为，处分行为的效力不应受原因行为的影响（当然允许一些例外），这就是所谓的债权让与行为的无因性。

既然债权让与行为是处分行为，便意味着这些让与需要有让与债权的意思或债权人让与的合意。另外，债权人需要有处分权，债权让与方才能发生效力。在这个意义上，在债权多重让与的情况下，因为债权人已将债权让与给他人，原债权人便已不再是债权的权利人。因此，在将债权第二次让予给他人时，应成立无权处分。此处需要特别说明的是，因债权无公示方式，故原则上并不适用善意取得制度，这意味着第二受让人将无从取得有关债权。

我国虽然有学者主张不承认处分行为的无因性，但还是应当认可债权让与作为一项独立的处分行为而存在。至于原因行为的无效是否影响债权让与的效力，应当结合交易的实际情况加以分析。一般性地主张债权让与受原因行为的影响，同时指出若干的例外（票据债权的让与无因），有时并无太大意义。另外，认为我国法不承认处分行为无因性的主张，本身也并无法律的明文规定，因此充其量只能是学理上的见解。

法律 票据法第13条票据债务人不得以自己与出票人或者与持票人的前手之间的抗辩事由，对抗持票人。但是，持票人明知存在抗辩事由而取得票据的除外（第1款）。票据债务人可以对不履行约定义务的与自己有直接债权债务关系的持票人，进行抗辩（第2款）。本法所称抗辩，是指票据债务人根据本法规定对票据债权人拒绝履行义务的行为（第3款）。

需要指出的是，和有体物所有权的变动不同，债权的让与并不需要通过登记或交付等公示手段完成，债权让与通常和让与债权的原因行为，也就是负担行为同时发生。因此，在负担行为有意思瑕疵的情况下，债权让与的效力也常常会受到影响。在这个意义上，债权让与的效力与原因 行为的效力常常结合在一起。

## 三、债权让与的限制

法律 民法典第545条债权人可以将债权的全部或者部分转让给第三人，但是有下列情形之一的除外：（一）根据债权性质不得转让；（二）按照当事人约定不得转让；（三）依照法律规定不得转让（第1款）。当事人约定非金钱债权不得转让的，不得对抗善意第三人。当事人约定金钱债权不得转让的，不得对抗第三人（第2款）。

我国民法典第545条第2项规定，债权人与债务人可以约定债权不得转让。存在此种约定时，该条第2款规定，如果第三人出于善意而不了解该项约定时，应当认为该项约定不得对抗善意第三人，该规定的主要目的在于保护作为第三人的受让人对债权可让与性的信赖。具体而言，债权的可让与性是经过长期发展确立的法律制度，第545条所确立的原则也是债权可以被全部或部分转让。因此，在面对债权时，一般人的出发点是该债权可以转让。而此种相信债权可以转让的信赖，法律应当予以保护。值得特别强调的是，此处的善意第三人，一般应限于受让该债权的第三人，而不包括原债权人的其他债权人。

至于当事人是否构成善意，应当根据实际情况来判断。一般认为，如果第三人阅读合同中有关禁止债权转让的条款，应当认为受让人将构成恶意。

我国法该项规定的主要目的仍然是强调债权的可让与性，强调债权的流通性，同时尊重当事人关于禁止债权让与的特别约定。另外，我国法第545条第2款第2句的规定，即当事人约定金钱债权不得转让的规定，特别强调了金钱债权的可让与性。这一规定与《国际商事合同通则》第9.1.9条、《应收账款转让公约》第9条、《联合国国际贸易法委员会担保交易示范法》第13条的内容基本一致，体现了最新的立法趋势。

德国民法典第137条第1句明文规定，“对可让与的权利进行处分的权限，不得以法律行为排除或限制”。根据该条，即便第三人明知处分权限制的存在，有关处分也仍有效（葛云松：《过渡时代的民法问题研究》，北京大学出版社，2008年，第7页）。在社会历史层面，该条被认为是资本主义革命的重大胜利，是个体行动自由的重要保障，其与后续立法一起，破除了封建法定继承制和封建家族财产制，为彻底打破法典制定前的封建体制确立了规范基础（实际上，我国近代法上祭田的处置问题，一定程度上也具有相似的性质。见李启成：《法律近代化过程中的外来规则与固有习惯》，《中国社会科学》，2008年第3期）。在微观层面，该条的功能有三：其一，保障包括所有权在内的各种财产权利的流通；其二，保障强制执行实现，即无论合同当事人之间如何约定处分权之限制，均不影响第三人对标的物的强制执行；其三，维护交易的安全。本文认为，这一理论对我国可同样适用，即签订买卖合同本身乃至关于所有人不得随意处分的约定，都不导致出所有处分权的丧失。当然，出卖人有权在未移转所有权前为自由处分，并不意味着其可不承担违反合同的责任。

文献 权利内容理论是德国法上的通说。当事人根据《德国民法典》第399条第2支项约定的禁止特约本质是当事人通过禁止特约，对权利内容之决定(Rechtsinhaltbestimmung)，这并非是第137条规定的对当事人处分权的限制，而是因禁止特约产生了一个自始不具让与性的债权。禁止特约并非是对债权附加了一个异于其本质的让与禁止，而是使得债权自发生时，即成为了一个自始不得让与的权利（或者当事人在债权发生之后达成禁止特约，嗣后将其变更为不得让与的权利）。在这种观点下，第399条第2支项并非是137条的特别法，二者规定的内容完全不同。第399条第2支项并非是违反了第137条，在适用第137条之前，第399条第2支项创造了一种可能性，使得当事人得通过法律行为性质的合意，改变权利的性质（可让与性）。第137条涉及的是当事人对特定权利的处分权，相反，第399条第2支项涉及的是权利本身内容的确定问题。所谓的不具让与性意味着债权因（法律所顾及到的）当事人的意思，而完全不得进行法律交易。权利内容理论的前提是债物二分，在物权法领域贯彻物权法定，在债权法领域贯彻意思自治。当事人不能约定一个没有处分权限的所有权，但是可以约定一个没有处分能力的债权。并且此种约定不是处分行为，而是创设权利的负担行为。这就意味着处分行为的优先规则不能适用。冯洁语：《论禁止债权让与特约效力的教义学构造》，《清华法学》2017年第4期。

## 四、债权的权属变动

作为处分行为，债权让与导致债权的权属变动。一般认为，此种变动于转让人和受让人达成债权让与合意时完成。在没有有效登记制度的情况下，以合意完成债权权属变动的规则是合理的选择：债权和动产、不动产等有体物可以通过登记、移转占有等公示有所差别，也和通过登记确定其存在的权利如商标权、专利权等有所差别。

不过，在登记制度、登记手段日益成熟的背景下，认为债权让与应通过登记确定其变动，在存在多重让与的情况下，通过登记的顺序来确定受让人的优先地位，便有其合理性。

法律 民法典第768条 应收账款债权人就同一应收账款订立多个保理合同，致使多个保理人主张权利的，已经登记的先于未登记的取得应收账款；均已经登记的，按照登记时间的先后顺序取得应收账款；均未登记的，由最先到达应收账款债务人的转让通知中载明的保理人取得应收账款；既未登记也未通知的，按照保理融资款或者服务报酬的比例取得应收账款。

例如，在民法典关于保理的规定中，第768条便规定了多重让与情况下多个保理人的先后顺序：有登记，以登记为准；无登记的，以通知为准。尽管并未提及登记与债权变动的关系，但这一规则客观上意味着在保理这种有登记（可能性）的交易中，债权受让人的权利将受到登记时点的影响。当然，在保理中，人们依然可以说只有第一重债权让与是有权处分，而后续所有的多重让与均为无权让与，即后续无权受让人均基于善意取得规则取得相应债权。但是，这样的解释路径将需要进行复杂价值判断的善意取得制度纳入进来，会徒增保理制度的复杂性，不利于交易的效率。因此，对于保理制度，合适的解释是：在登记的情况下，债权让与至少通过登记取得了对抗效力。

文献 甲公司将其应收账款转让给乙工厂用于抵债，后又将该应收账款重复转让给保理商丙银行。因甲乙之间的交易并非保理合同且不以融资为目的，无须登记亦无法登记（或虽可登记但无涉法定登记效力），故自让与合同生效时起，应收账款即转移于乙工厂。甲和丙之间的重复让与属无权处分，因债权不适用善意取得制度，丙不能取得该应收账款，即使丙已办理应收账款让与登记亦无济于事(登记仅用于决定保理人之间的顺序)。从事前视角观之，由于让与人和保理人以外的受让人之间的债权让与无须通过登记确保优先顺序，则保理人无法事先通过查询登记预知有无在先的让与，故此种让与登记制度对于保理人并不具有充分确保交易安全的功能。此种背离体系性所导致的意外后果，恐为力图促进保理交易的立法者始料不及！李宇：《保理合同立法论》，《法学》2019年第12期。

## 作业及解答

### 作业一

A向债务人S出借50万元，约定1年后归还。该50万元出借后，A也陷入周转不灵的状态，于是A找到N，与N约定将对S的50万债权转让给N，并约定N可以到期向S请求清偿，N为此向A支付45万元。对于该项转让，A和N都没有通知S。此后，在A和S之间的债权即将到期时，A找到S，要求S提前清偿50万元，S感谢A的帮助，对A进行了提前清偿。债权到期时，N通知S有关债权转让的事项，向S出示债权转让的合同，并要求S向自己履行。收到N的通知后，S告诉N，其已经向A进行了提前清偿，自己对N无清偿义务。问：N可寻求怎样的救济？

### 解答一（陈漳林初稿）

**0.债权让与生效**

《民法典》第545条规定，“债权人可以将债权的全部或者部分转让给第三人，但是有下列情形之一的除外：（一）根据债权性质不得转让；（二）按照当事人约定不得转让；（三）依照法律规定不得转让。当事人约定非金钱债权不得转让的，不得对抗善意第三人。当事人约定金钱债权不得转让的，不得对抗第三人。”在解释上应认为，债权转让的成立与生效要件须（1）具备一般法律行为和处分行为的成立和生效要件；（2）有债权存在；（3）债权具有“可让与性”（除外情况：《民法典》第545条）；（4）让与人对债权有处分权；（5）让与人与受让人达成让与合意；（6）特别生效要件：双方约定的停止条件等。

A向S出借50万元，该债权存在且A对该债权有处分权，满足要件（2）（4）。A找到N，与其约定将对S的50万债权转让给N，N接受并向A支付45万元，满足要件（5）。该债权系金钱债权，具有可让与性，满足要件（3）。A、N之间的债权转让具备一般法律行为和处分行为的成立和生效要件，且无具有特别生效要件的限制，满足（1）（6）。故债权让与生效，受让人N将成为新债权人。

**1.N对S的请求权**

**（1）N可能基于AS签订的借款合同请求S清偿欠款**

债权转让的效力分为债权让与（合同）当事人间（对内效力），与对债务人及第三人的效力（对外效力）。《民法典》第546条第1款规定，“债权人转让债权，未通知债务人的，该转让对债务人不发生效力。”尽管受让人N已成为新的债权人，但若想使该债权转让对债务人发生效力，还需具备第546条第1款规定的“将让与的事实通知给债务人”。

就该项转让，A与N均未通知债务人S，故该转让对S不生效力。该债权即将到期时，A要求S提前清偿50万元，S在不知让与事实的情况下，同意并向让与人（原债权人）A履行，应当发生清偿效力。此后，虽然N于债权到期时对S通知债权让与事项并出示债权让与合同，债权已然消灭。

故N不能基于A、S签订的借款合同请求S履行清偿义务。

**2.N对A的请求权**

**（1）N可能基于《民法典》第577条向A请求违约损害赔偿X万元**

《民法典》第583条规定，“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的，在履行义务或者采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当赔偿损失”。解释上一般认为，该条是主张违约上损害赔偿请求权的一般法律依据。该条构成要件应解释为：（1）债务人有违约行为。（2）债务人的违约行为具有违法性；（3）债务人没有免责事由（结合《民法典》第590条第1款，就结果性义务而言，应为不可抗力所造成的履行不能）；（4）债权人发生损害；（5）债权人的损害与债务人的违约行为之间有因果关系。

让与人A不协助受让人N通知S债权让与事实、在受让人N行使债权前抢先要求S向自己清偿的行为，违反了主合同项下不损害债权受让人已获得的相应履行的义务（或者确保受让人可获得相应履行的义务，如出卖人将货物运送至买受人处，卸车后又重新装车拉回，可构成注给付义务的未履行），也违反了以诚实信用原则为基础、参酌交易习惯产生的通知、协助等附随义务。在明知债权已经转让的情况下，A提前要求S清偿债务的行为显然具有违法性且无免责事由。受让人N无法要求S向自己清偿欠款、可得之履行利益落空，且该损害系A提前要求S清偿、发生清偿效力所致，故存在因果关系。故N可以基于《民法典》第577条向A请求违约损害赔偿，范围为50万元。

值得参考的是，A之行为在德国法上违反了“诚信履行义务”，N可以根据德国民法典第280条1款1句（“债务人违反债之关系所生之义务者，债权人得请求损害赔偿”）结合第249条1款（“负损害赔偿义务者，应恢复至如同使赔偿义务发生之情事未发生时之状态”）请求让与人A赔偿损害50万元；或者，直接根据德国民法典第285条第1款（“债务人因依第275条第1至3款无须提出给付之事由，就给付之标的取得赔偿或赔偿请求权者，债权人得请求交付期所受领的赔偿物，或请求让与其赔偿请求权”）的代偿请求权（A自行收取债权，构成事实上不能履行），请求让与人A交出从债务人S处受领之“赔偿”（即50万元）。

**（2）N可能基于《民法典》第983条（结合第980条）向A请求返还管理利益50万元**

《民法典》第983条规定，“管理结束后，管理人应当向受益人报告管理事务的情况。管理人管理事务取得的财产，应当及时转交给受益人。”在解释上，无因管理需要（1）无法定或约定的义务；（2）为他人管理事务；（3）有为他人谋利益的意思；（4）管理事务有利于本人四个构成要件。

A以自己名义向S收取债权，系无权处分已经转让给N的债权。所有的无权处分情况都存在无因管理请求权，A作为“管理人”管理N的事务的行为显然违反要件（3）（4），即构成以自行取得管理效果为目的，主观上为自己而管理（A找到S要求其清偿“对自己”的债权）、客观上将管理利益管属于自己而对本人造成损害（A将S所为清偿占有，使得N无法基于债权转让合同与AS原合同请求S清偿债务）的不法管理。为避免不法管理人获得不当收益，可参照第980条规定，类推适用第983条受益人请求管理人交还相应财产的规定。故N可以基于《民法典》第983条（结合第980条）请求A返还从S处获得之管理利益（即50万元）。

这点在德国法上有明文规定，可资借鉴。德国民法典第687条第2款规定，“虽明知无权将他人事务当做自己事务而管理，但仍为之者，本人得行使第677条、第678条、第681条及第682条所生请求权。本人行使其请求权者，对管理人负第684条第1段规定之义务”。而第667条即规定返还义务（“受任人负有将其因执行委任事务所收取者，及因处理事务所取得者，悉数返还委任人之义务”），第681条即规定管理人之附随义务（“管理人应将管理事务之承担尽速通知本人，如迟延不生危险者，应等待本人之决定。于其他情事者，管理人之义务，准用第666至668条关于受任人之规定”）。

**（3）N可能基于《民法典》第1165条第1款向A请求侵权损害赔偿50万元**

《民法典》第1165条第1款规定，“行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任。”在解释上，应当认为可以将该款所规定的一般侵权行为解释为包括三种独立的请求权基础：（1）因过错侵害他人绝对权而致人损害的，应承担侵权责任（“狭义侵权”）；（2）违反保护他人的法律而致人损害的，应承担侵权责任（“违法侵权”）；（3）故意违反善良风俗致人损害的，应承担侵权责任（“背俗侵权”）。本案可能涉及狭义侵权和背俗侵权之竞合。

首先，就狭义侵权而言，其构成要件包括（1）加害行为；（2）行为侵害他人之绝对权；（3）他方因为绝对权受侵害而发生损害；（4）因果关系；（5）加害行为具有违法性；（6）加害人有故意或过失。让与人A在债权即将到期前提前联络债务人S，误导其向自己偿债，此为行为；在A、N的债权让与合同中，案涉债权作为财产性权利、买卖的标的而存在，属于第1165条第1款所规定之“民事权益”；该财产性权利因让与人A要求S提前清偿的行为而消灭，S无法要求N向自己为履行；A的行为与损害的结果间存在因果关系，A之行为显然不存在违法阻却事由（值得注意的是，如果A构成真正的无因管理，可能成为违法阻却事由。但即便构成无因管理，其作为违法阻却事由也仅仅指“管理行为承担”不具有违法性；若在进行管理的过程中，因过错侵害他人权利，则该具体行为的违法性不能被阻却），且A存在故意。故N可基于《民法典》第1165条第1款向A请求狭义侵权损害赔偿。该请求权对应德国民法典规定第823条第1款（“因故意或过失，不法侵害他人之生命、身体、健康、自由、所有权或其他权利者，对于该他人，负赔偿因此所生损害之义务”）。

其次，就背俗侵权而言，其构成要件包括（1）侵害他人权益的行为；（2）权益受到侵害；（3）损害；（4）背俗行为与权益侵害之间有因果关系（责任成立因果关系）、权益侵害与损害之间有因果关系（责任范围因果关系）；（5）违背善良风俗；（6）故意。前文已述，A故意要求S提前清偿“对自己的债权”，导致N无法要求S向自己履行、债权消灭，行为与损害间存在因果关系；此外，A在明知债权已经转让给S的情况下故意对其造成损害，违背善良风俗。故N可基于《民法典》第1165条第1款向A请求背俗侵权损害赔偿。该请求权对应德国民法典规定第826条（“故意以背于善良风俗之方法，加损害于他人者，对该他人负损害赔偿之义务”）。

（值得说明的是，一般在故意侵害绝对权时，狭义侵权与背俗侵权都能构成竞合。）

**（4）N可能基于《民法典》第985条向A请求返还权益侵害不当得利50万元**

《民法典》第985条规定，“得利人没有法律根据取得不当利益的，受损失的人可以请求得利人返还取得的利益，但是有下列情形之一的除外：（一）为履行道德义务进行的给付；（二）债务到期之前的清偿；（三）明知无给付义务而进行的债务清偿。”在解释上，不当得利实质上采纳非统一说，即分为给付不当得利和非给付不当得利，后者又可分为权益侵害不当得利、支出费用不当得利和求偿不当得利。

N与A之间不具有给付关系（N向A所为之给付系“购买”债权之对价，该给付存在法律上原因，并非该请求权之下不当得利的对象），较符合案涉情形的系权益侵害不当得利。其构成要件为（1）取得利益；（2）侵害归属于他人的权益；（3）取得利益与侵害他人权益具有因果关联；（4）无法律上原因。A请求S向自己履行债务，获得价款50万元，取得了利益。由于S已经清偿，N对S的债权消灭，价值上受有的损失为50万元，侵害了归属与N的权益。A取得利益与N权益受侵害有因果关联。N、A已将债权让与给N，A处分属于N的债权也并无任何法律上原因。故N可基于《民法典》第985条向A请求返还权益侵害不当得利50万元。这与二重让与情况下，第一受让人系真正债权人、债务人向第二受让人为清偿、第一受让人对第二受让人请求不当得利返还具有一致性（即将让与人看作“第二受让人”；在未为通知的情况下，让与人在债务人面前甚至更具可信度）。

### 作业二

乙购买甲的汽车。甲出卖车时，陈述说该车车龄四年，里程为1万公里，甲同时对乙说，甲平时主要开电动车，汽车很少使用，因此里程数较少。乙并非专业人士，对车外观做了初步检查后，同意以10万元购买该车（设四年1万公里的该型二手车，市场价为10万元）。付款后，乙发现每日开车上班拥堵严重，汽车并不实用，便将汽车以10万元价格出卖给第三人丙。在丙欲付款时，乙告诉丙说，乙尚欠（第四人）丁10万元借款，一周后到期。乙询问丙是否同意代乙承担对第四人丁的上述债务，丙表示同意。此后，乙丙就丙代替乙承担对丁的债务事项共同征询丁的意见时，丁见丙资力雄厚且为人守信，也表示同意丙代乙承担债务，日后不再向乙求偿。三日后（乙对丁的债务到期前），丙发现汽车实际的公里数为20万公里，经查系甲在出售该车给乙时篡改了里程表，即现在的1万公里系甲出卖给乙时伪造，乙对此并不知晓（设车龄4年、里程为20万公里的该车价格为3万元）。另外，丁在丙承诺承担乙债务后，将其债权转让给善意第三人戊（某资产管理公司）。戊现通知丙履行10万元债务，丙以车质量存在严重瑕疵为由，主张解除其与乙的合同，同时拒绝履行对戊的债务。问：戊的债权到期后，可否请求丙向戊履行10万元债务？

### 解答二（吴奇初稿）

前置分析：乙丙之间的买卖合同

一、买卖合同与债务承担

本案中，乙丙之间首先达成的合同内容为：乙向丙给付标的车辆，丙向乙给付价金10万元。之后，乙丙合意变更了价金的支付方式，改为丙免责承担乙对丁债务的方式。此处值得探究的问题是，乙丙变更价金支付方式的合意与原买卖合同的关系。虽然从双方意思表示一致的角度来说，乙丙之间就债务承担事项作出了独立的约定，但并承担债务的目的仍存在于原买卖合同之中，具体而言，丙承担债务的目的在于履行丙于原买卖合同中丙的付款义务，该义务在丙承担债务后转为承担乙对丁债务的义务。

二、买卖合同的效力状态

根据我国民法典第610条，因标的物不符合质量要求，致使不能实现合同目的的，买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同。本案乙交付的车辆里程数达到了20万公里，显然远低于合同约定的质量要求（10万元的二手车应当具备的一般标准），属严重瑕疵，丙依据《民法典》第610条取得解除权。在该案中，丙（对乙）主张解除与乙订立的二手车买卖合同，行使了解除权，买卖合同已经被解除。《民法典》第566条规定了合同被解除之后的效果，据此，买卖合同在被丙解除之后，就其已经履行的部分发生返还义务：丙有义务将乙交付的车辆返还给乙（包括占有和所有权），乙有义务返还丙（通过债务承担形式所）支付的价款。但是，鉴于债务承担的特殊性，合同的解除并不意味着债务承担失效，不意味着乙复归为丁（或戊）的债务人（见下文详述）。

三、共同动机错误问题

另外需要注意的问题是，虽然本案中丙是基于汽车里程表的瑕疵（对乙）主张解除权，但是这并不能排除买卖合同具有效力瑕疵的其他可能性。本案中，乙、丙双方对于标的车辆的里程数均出现了认识错误（注意乙为善意），在我国重大误解的法理之下，这就属于典型的重大误解；在传统的区分表示错误与动机错误的框架下，这属于双方动机错误。一般认为，双方动机错误是法律保护动机错误的例外情形，在存在双方动机错误时，双方当事人被认为应共同承担该法律行为基础不存在的风险，根据诚实信用原则调整合同：或解除，或根据合同的补充解释进行变更（王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社，2015年版，第352-353页）。在德国法上，这一问题通常被通过交易基础丧失规则（德国民法典第313条）处理（梅迪库斯：《德国民法总论》，法律出版社，第660页），在我国法中，也有类推适用情势变更的可能。考虑到上述情况，本案中，汽车里程表的瑕疵可能构成解除事由（源于瑕疵）和可撤销事由（源于错误）。这要求我们在评价丙主张解除权的后果和丙主张撤销权的后果时统一对待：在没有特别理由时，一般不应因当事人主张的救济途径不同而区分评价当事人之间的权利义务关系。

四、丙的债务承担行为

本案中，戊对丙的债权经历了两次主体变更，第一次为丙对乙的债务承担，第二次为丁对戊的债权让与。就后一次而言，其所涉及的争议较小，戊对丙的通知履行即完成了新债权人对债务人的通知，其余要件也都满足，该债权让与对丙生效不生疑义。对于戊的请求而言，所涉及的核心争议是围绕着丙对乙债务的承担展开的，因此，在借用请求权基础框架对戊的请求进行分析之前，我们需要先对丙的债务承担行为进行考察。

从题设条件可知，丙代乙承担债务后，丁不再向乙追偿。此时，新债务人即承担人丙取代了原债务人乙的地位，乙完全脱离了债权债务关系，属于免责的债务承担（《民法典》第551条）。对于免责的债务承担而言，理论上又可以根据债务承担的行为主体不同而分为两种形式：（1）债权人与承担人订立合同（具体内容可以理解为：承担人对债权人负担债务，债权人负担免除原债的义务（负担行为）；债权人免除对原债务人的债权（处分行为），见刘恩志：《第三人介入债务问题研究》，北京大学硕士论文，2021年）；（2）原债务人与承担人订立合同，并征得债权人同意（具体内容为：本案中为乙丙之间做了有关债之更改的约定（负担行为层面）；原债务人无权处分债权人的债权，事后获得债权人的追认（处分行为））。

在前一种情况下，债权人与承担人存在独立的有关债务承担的合同关系，该合同不受第三人（如债务人）的影响。换言之，债务承担合同是在承担人与债权人之间达成的，承担人与债务人之间的关系不是债务承担的基础行为（本案乙丙之间的买卖合同），仅仅属于动机。即便承担人与债务人之间的合同存在瑕疵而无效或被撤销，也不会改变承担人与债权人的关系（这是合同相对性的体现）（肖俊：《合同法第84条（债务承担规则）评注》，《法学家》2018年第2期）。而在后一种情况下，通说认为属于原债务人对债权人债权的无权处分（罗歇尔德斯：《德国债法总论》，中国人民大学出版社，第7版，第409页），需要债权人的追认。此时，债务承担这一处分行为的基础行为是原债务人与承担人之间的合同关系，有必要考虑该基础行为对债务承担的影响。

对于债务承担行为究竟是否受到承担人与原债务人之间基础法律关系的影响，我国法并无明文规定。本文认为，债务承担应独立于其基础行为，具有无因性。注意，此处无因性的选择，并不是逻辑推理而是基于法律政策考量的结果。主要有如下理由。

其一，在免责的债务承担中，债权人免除了原债务人的清偿义务并且承担人知情，这意味着债权人对承担人有合理的信赖，而承担人也了解债权人的此种信赖。在这样的情况下，应当认为承担人无权援引其与原债务人之间的事由对抗债权人。甚至在承担人受原债务人欺诈时，根据民法典第149条的规定，第三人（债务承担关系中的原债务人）实施欺诈行为，使一方（承担人）在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，仅在对方（债务承担关系中的债权人）知道或者应当知道该欺诈行为的，受欺诈方（承担人）才有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。这样的选择一方面在于保护债权人的信赖，另一方面也是免责的债务承担制度得以实行的重要前提。如果免责的债务承担受原债务人与承担人基础关系的影响，那么，很难想象会有债权人愿意接受这样的安排——债权人会迳行选择通过三方协议，或与承担人订立双方协议的方式确定债务承担。换言之，当事人根本不会选择所谓有因的免责债务承担，从而其也失去了存在的意义。

其二，免责的债务承担之所以应当为无因，还涉及究竟由谁来承担原债务人破产或者不能清偿的风险的问题。在免责的债务承担中，若承担人与债务人存在有偿的交易关系，即若承担人原本对原债务人负有债务，如本案中丙应当对乙支付汽车买卖的价款（丙甚至已经做好了向乙支付汽车价款的准备），若丙已向乙支付了汽车买卖的价款，嗣后发现汽车存在里程表上的瑕疵，丙能够寻求救济的方式，也不过是解除合同并要求乙返还相应的价款；而在免责的债务承担中，丙对丁或者对本案中的戊履行义务后，再要求乙返还相应的价款，并没有使丙的法律地位更不利。因此，免责的债务承担，不应受原债务人与承担人之间基础关系的影响。

其三，在物权行为的无因性理论中，一个重要的例外是所谓的“共同瑕疵“理论，也就是，如果买卖合同中的买受人通过欺诈出卖人，与之订立买卖合同、并受让标的物的所有权，理论上认为该欺诈行为既影响了负担行为（即买卖合同）的效力，又影响了出卖人移转标的物所有权意思的真实性，因此移转标的物所有权的合意（处分行为）与买卖合同（负担行为）有共同瑕疵，出卖人可以基于该共同瑕疵主张撤销处分行为，进而回复所有权，要求买受人返还占有。但值得注意的是，在前述买卖合同的背景下，有关物权行为无因性、及作为其例外的共同瑕疵理论的讨论，是在交易双方当事人之间的讨论，而在有关交易涉及第三人时，根据前述《民法典》第149条的规定，受欺诈人并不能够以受第三人的欺诈为由主张撤销与相对人订立的合同，除非相对人了解有关欺诈的事由。换言之，在涉及第三人时，物权行为无因性理论中的“共同瑕疵”例外，并无适用的空间。总之，即便在债务人和承担人订立债务承担合同的情境下，原债务人相对于承担人和债权人之间的债务承担关系（该债务承担关系因债权人追认而在债权人和承担人之间有效成立）也是“第三人”而不是当事人，因此也有上述“第三人欺诈”理论适用的空间。

五、案例分析

（一）请求权的发生

1、戊对丙享有10万元的债权

戊之所以可能取得对丙的10万元债权，需要经过两个步骤：

1）丙承担乙对丁的10万元债务

就免责的债务承担而言，需要满足以下要件：

（1）债务具有移转性：就本案而言，乙对丁的债务属金钱债务，也不存在法定/约定的不可移转事由，满足该要件。

（2）存在债务承担合同：乙丙之间成立了债务承担合同。该合同（也可以理解为乙丙之间买卖合同的更改）为丙设立了承担乙对丁10万元债务的义务，同时以该义务取代了买卖合同中丙原有的支付10万元价金的义务。

（3）债权人同意：本案中丁同意丙承担乙对丁的债务。

2）丁将自己对丙的10万元债权让与给戊

《民法典》第545条、第546条对债权让与进行了规定，其要件包括：1）具备一般的法律行为的成立和生效要件；（2）有债权存在；（3）债权具有“可让与性”；（4）让与人对债权有处分权；（5）让与人与受让人达成让与的合意。根据题意，上述要件显然满足，具体讨论略去。此外，戊对丙的通知履行即完成了新债权人对债务人的通知，该债权让与对丙生效。

综上，戊对丙享有10万元的债权。

2、戊对丙的10万元债权没有消灭

就该债权本身而言，不存在消灭事由。唯需考虑的是，丙的债务承担行为这一处分行为是否可能存在消灭事由：

（1）基础行为对该处分行为的影响

首先，从上述合同解除部分的分析可知，买卖合同解除之后，关于丙承担乙对丁债务的约定也一并被解除，进而产生了相应的返还义务。本文认为乙丙之间的法律关系不应影响丙对丁承担债务（采无因性理论，注意，倾向于觉得此处的“无因性”描述是个不准确的描述），因此买卖合同的解除并不会影响债务承担行为的效力。

值得考虑的问题是，如果丙依据错误制度主张撤销合同，是否可能对债务承担产生影响。如前所述，即便承认物权行为无因性理论中的共同瑕疵例外，该例外也不适用于三方关系的债务承担，故即便丙存在重大误解或乙丙有双方动机错误，债务承担的效力也不受影响。

综上，戊对丙的债权没有消灭。

3、戊对丙的债权不存在其他条件，履行期届至。

依题意，该要件成就。

（二）请求权未消灭

不存在请求权消灭的事由。

（三）对请求权无抗辩

不存在对请求权的抗辩权。

综上，戊可以向丙请求履行10万元的债务。

# 第二十五章 债的保全

## 一、撤销权

法律 民法典第538条债务人以放弃其债权、放弃债权担保、无偿转让财产等方式无偿处分财产权益，或者恶意延长其到期债权的履行期限，影响债权人的债权实现的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。民法典第539条债务人以明显不合理的低价转让财产、以明显不合理的高价受让他人财产或者为他人的债务提供担保，影响债权人的债权实现，债务人的相对人知道或者应当知道该情形的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。

## 1．概述

在债权债务关系中，债务人应以其一般责任财产担保其义务的履行。既然是仅仅以“一般责任财产”做“担保”，则其“正常”增减，债权人通常不得干涉。不过，若债务人以逃避偿债为目的，操控其一般责任财产的变动，人为地使自己陷入丧失清偿能力或资不抵债的境地，则其行为便有被限制的必要。此为撤销权制度（包括债权人撤销权制度）设计的出发点。法律关于债权人撤销权的规定，在性质上可以理解为是确立了一项合同默示条款。该制度的久远历史说明，其描述了真实的交易习惯（即多数交易中当事人的意愿），具有强大的生命力（Baird et al., Fraudulent Conveyance Law and Its Proper Domain, 38 Vanderbilt L. Rev. 829, 835 (1985)）。

除了第538-543条的规定以外，撤销权的思想在民法典中还有很多体现。例如，在抵押权实现的制度中，“债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人可以与抵押人协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。协议损害其他债权人利益的，其他债权人可以请求人民法院撤销该协议”（民法典第410条，物权法第195条），便也体现了撤销权的思想。

## 2．撤销的对象

根据我国民法典第538条，可以撤销的对象，是各种“无偿处分财产权益”的行为。这里的“行为”与民法上的“法律行为”不同，应做广义理解（如理解为“法律上的行为”），债务人、债权人甚至第三人的行为。其中积极行为如订立合同等负担行为、债权让与等处分行为、行使撤销权等行使形成权的行为，以及具有实体性内容的诉讼行为如和解、承认对方的诉讼请求等；消极行为如债务人放任诉讼时效经过、放弃诉权、（在付款人拒绝承兑或承兑人拒绝付款时）放弃进行票据保全手续、（在买卖交易中约定检验期间时）放弃对标的物数量、质量上的异议，或在诉讼程序中放弃抗辩等行为；第三人行为如第三人申请个别的强制执行等行为。

## 3．撤销权的构成要件

### 1）存在无偿转让财产的行为

“无偿”这一概念所描述的，是合同签订时给付和对待给付之间超出市场限度的不对等状态。按照这一概念，不要求任何回报的赠与自然属于无偿行为，而不等价的交易，就其不等价的部分，如前所述，亦属于“无偿”。具体而言，债务承担、将第三人（如妻子、子女等）指定为人身保险的受益人、附条件赠与、低价转让所持有的股票等，都（至少是部分地）属于无偿行为。值得注意的是，我国民法典区分单纯的无偿转让财产和以不合理价格转让（购买）财产两种情形，对于前者，不要求撤销相对人的主观要件，而对于后者，则要求“债务人的相对人知道或者应当知道”有关影响债权人债权实现的情形，以避免损害善意相对人的利益。

对于破产债务人为第三人提供担保的行为是否属于“无偿转让财产”，认识不统一。有学者认为，“在担保人真的需要代债务人清偿时，往往债务人已丧失清偿能力，虽然可以行使代位求偿权，但其权利实现的可能很小”，所以应将其解释为无偿行为（王欣新：《破产撤销权研究》，载《中国法学》2007年第5期，第156页）。本文认为，这一结论是建立在“担保人履行义务时，债务人往往已丧失清偿能力，代位权实现可能性小”这一并不准确的外在推测的基础上的。更严谨的分析应当是区分不同的情形分别加以讨论。在贷款与担保互为条件、同时履行时，担保人（之后的破产债务人）提供担保的同时，担保权人（债权人）向第三人支付了相应的款项，因此担保权人并未“无偿”取得“财产”（担保权），而担保人即便承担了担保责任，也仍可向第三人追偿，故在此意义上也不构成“无偿”转让“财产”，即便第三人在借款后陷入破产的困境，使得担保人无法追偿，这也只是担保人应当承担的正常风险（即其只能作为普通债权人受偿）。比较而言，若行为人明知第三人无力偿还而仍为其借款提供担保。在该种情形下，虽然担保人形式上享有对第三人追偿的权利，但因该追偿权不可能实现，故仍构成无偿转让财产。

### 2）影响债权实现

即有关可撤销行为减少了债务人的一般财产，给债权人造成不利益，使其债权不能完全实现或不能按时实现。

在理论与实务上，无偿行为发生时点的确认，颇值斟酌。如可能存在这样的情形：作为买受人的债务人在签订买卖合同时，价款与标的尚处于对等的状态，而在履行时，合同约定的价格已只及标的物市场价格的一半，此时债务人的履行，是否属于“无偿”？对该问题的回答，应当分解为以下两个层次加以判断：层次一，应确定无偿性的判断时点；层次二，应确定无偿转让财产行为作出的时点。就层次一而言，在一项交易乃是由负担行为（原因行为）及其后的处分行为（结果行为）构成时，判断交易是否属于“无偿”，以负担行为做出当时为准是恰切的选择——即此类交易中的“无偿”指负担行为成立时当事人的权利义务严重不对等，或者债务人义务的承担未获得任何对价。就前述层次二而言，一般应以处分行为的做出时点为准。

### 3）相对人知道或应当知道影响债权实现

对于这一要件，一般认为，知道债务人有害于债权即可，不要求撤销相对人与债务人恶意串通。

## 4．撤销的法律效果

对于撤销的法律效果，曾有“物权说”、“债权说”和“责任说”三种不同观点。其中“物权说”为早期观点。认为被撤销人取得标的物的行为是有瑕疵的，该瑕疵的确认，或者来自撤销权人（通常的撤销权人）的撤销声明，或者来自法律的强行性规定，其结果是导致负担行为和处分行为均无效，撤销权人有要求返还原物的物上请求权。

相比“物权说”，“债权说”充分尊重了债务人与撤销相对人之间的法律关系。与“撤销”因错误、欺诈等原因而为的法律行为并消灭其效力不同，“撤销”（或债权人“撤销”）的正当性来源是债务人行为（甚至是第三人的行为）的“反射效果”（即行为所产生的债务人财产减少的结果）对债权人的损害，而不是该行为本身的效力瑕疵。因此，即便特别规定有关的行为对债权人不生效力，也无法否认其在当事人（债务人与撤销相对人）之间的有效性。在这个意义上，行使撤销权的债权人（撤销权人）并无要求撤销相对人向自己或向债务人返还的权利，而充其量只有权要求第三人以其所获得的财产对债权人承担（债务人本应承担的）一般担保责任。而请求他人以某财产承担一般担保责任是怎样的权利呢？当然是债权。这就是所谓“债权说”的由来。按照该学说，撤销权人的权利，当然无法用不当得利或侵权请求权来描述，而只能是一个“具有自身独特性的法定之债”。其实现，也无法用“给付之诉”来完成，而是“承受强制执行之诉”（Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung）。

与“物权说”相比，“债权说”的优点是将对转得人的影响降至最低限度，维护了交易安全。不足之处是“债权说”中“债权”在定性与内容上与既有法律教义相冲突：其一，若该“债权”是私法意义上的债权，则权利实现的第一层保障（primärer Schutz）应是债务人的自愿履行，如合同之债常常体现为义务人的自愿履行，侵权之债也有义务人的主动赔偿，但上述撤销的概念并未给撤销相对人主动履行提供渠道，其只能坐等撤销权人的诉讼与强制执行。其二，既然是债权，其实现方式应当是给付之诉，即以国家力量强制债务人履行义务，而不应是所谓的“承受强制执行之诉”。其三，对于仅需撤销有关行为即可达到保护债务人财产目的的情形（如债务承担或债务免除等），“债权说”也缺乏合理的解释。除此以外，在价值选择上，撤销相对人破产时，“债权说”的必然结论是撤销权人的权利属普通破产债权，只能按比例受偿，这也与通常的民众认知或“法感”有所冲突。

在这一背景下，到20世纪50年代，德国学者保罗斯（Paulus）在“债权说”的基础上提出了“责任说”。该说首先认可“债权说”的基本推理，即认为撤销权的行使既不导致（债务人与撤销相对人之间的）负担行为无效，也不导致处分行为无效。但与“债权说”凭空拟制的“法定之债”理论不同，Paulus提出以“责任之延伸”来解释撤销相对人所获得的财产的性质，以期更好地与诉讼法上“承受强制执行之诉”相协调。根据该说，撤销权的行使，既不导致负担行为无效，也不影响撤销相对人取得所有权（或其他财产权利），而只是导致处分行为“责任法上物权性地无效”（haftungrechtlichdingliche Unwirksamkeit）。即有关财产要继续承载原债务人对他人（债权人）的责任。据此，即便撤销相对人未破产，符合法理的第一层次的救济也不是返还该财产，而是从使债务人之一般责任财产恢复圆满的角度，要求撤销相对人以该财产的价值为限，对（债务人的）债务承担责任。依该说，在债务承担中，若债务人尚未履行所承担的债务，并不像“债权说”那样“请求”对方不再要求自己履行义务，而是直接产生拒绝履行相应债务的抗辩，在撤销相对人破产时，撤销权人则可以通过行使“责任法层面的取回权”，避免有关财产被撤销相对人的债权人分割受偿（即便撤销权的行使时点位于撤销相对人破产开始之后）。就行使方式而言，撤销相对人所取得的财产，在破产开始后，即自动处于为债务人的债务负责的状态。据此，撤销权人可通过请求强制执行该财产来直接实现该责任关系，而无需（请求）相对人将该财产实际返还给债务人。这一理论在性质上是“债务人一般财产作为其偿债一般担保”这一基本原理中“担保”二字的延伸。即，当债务人的一般财产非正常地、有损债权人的方式发生变动时，其变动虽然有效，但是其上的“担保”负担保持不变。当然，若撤销权人欲自行将标的物变现，则仍需通过行使请求权要求撤销相对人返还标的物的“责任价值”——原物存在时，应返还原物，原物有变形，则应交付变形物。实践中，多数破产撤销需要通过“给付之诉”（Leistungsklage）完成。

需要注意的是，在我国法上，从程序法可能提供的救济工具来看，一般债权人撤销权的行使，还是使撤销权人因此取得了要求撤销相对人返还相应财产的权利，即仍需要通过行使请求权（给付之诉）完成。不过，即便如此，责任说的原理仍有认真对待的必要，尤其是在撤销相对人破产的情况下。

## 二、代位权

法律 民法典第535条因债务人怠于行使其债权或者与该债权有关的从权利，影响债权人的到期债权实现的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人对相对人的权利，但是该权利专属于债务人自身的除外。代位权的行使范围以债权人的到期债权为限。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。相对人对债务人的抗辩，可以向债权人主张。

# 

# 第二十六章 债的担保

# 第二十七章 多数人之债与涉他合同

# 第二十八章 买卖合同

# 第二十九章 租赁合同

# 第三十章 课程总结

1. \* 北京大学教授。讲义撰写于2020-2021年度第2学期，授课对象为北京大学法学院2020级本科生，具体内容仍待进一步完善。本课程的助教为柳昊芃、刘凝、严立、林剑、崔梦溪、蔡云飞、吴奇、陈漳林八位同学，作业的答案初稿主要由八位同学撰写。 [↑](#footnote-ref-2)
2. 金可可，《私法体系中的债权物权区分说——萨维尼的理论贡献》，载《中国社会科学》2006年第2期，第147页；还可参见王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社，2009年版，第7页。 [↑](#footnote-ref-3)
3. 苏永钦：《寻找新民法》，元照出版公司，2008年版，第235页。德国也有学者对物、债二分的体系进行重新思考，如Füller教授认为物权这一概念无法充分揭示用益物权的特征，对很多权利如期待权、取回权，规范内容的设计与该权利的（名义）属性并无实质性的关联。Jens Thomas Füller, Eigenständiges Sachenrecht?, Mohr Siebeck, 2006, S. 526 ff. [↑](#footnote-ref-4)
4. 王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社2009年版，第5页。 [↑](#footnote-ref-5)
5. Fikentscher, et al., Schuldrecht, De Gruyter, 2006, S. 2. [↑](#footnote-ref-6)
6. 王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社2009年版，第8-13页。 [↑](#footnote-ref-7)
7. 如着眼于鼓励创新的专利制度就是一个典型的“先来后到”的制度。又如法律上通常并不要求合同当事人在缔约时承担全面宽泛的告知义务，也是同样的道理：“应当允许那些在智力或经验上有优势的人在合同协商时获益，从而鼓励人们去努力获取知识和技能”。Beatson, Anson’s Law of Contract, 27. Edition, 1998, Oxford, p. 257; Atiyah, An Introduction to the Law of Contract, 5th Edition, Clarendon Press, 1995, Oxford, pp. 246-247; Ward v. Hobbs (1878) 4 App.Cas. 13. [↑](#footnote-ref-8)
8. Keay et. al., The Preferential Debts Regime in Liquidation Law: In the public Interest?, Company Financial and Insolvency Law Review 84, 95 (1999). [↑](#footnote-ref-9)
9. Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations, Juta & Co Ltd, 1990, p. 34. [↑](#footnote-ref-10)
10. MünchKomm-Ganter,§ 47 Rn. 212 f InsO. [↑](#footnote-ref-11)
11. 2002年的德国债法修订者也采用了这个分类，并在立法理由书中指出，违反与给付有关的附随义务，适用第241条第1款；违反与给付无关的附随义务，适用第2款。BT-Drucks. 14/6040, S. 141; Medicus, Schuldrecht I, 13. Aufl., C. H. Beck. 2003, S. 138. [↑](#footnote-ref-12)
12. 第241条第1款：根据债的关系，债权人可以要求债务人履行。履行也可以采取不作为的形式。第241条第2款：根据债之关系的内容，每一方当事人都可能负有注意他方的权利、法益和利益的义务。 [↑](#footnote-ref-13)
13. RGZ 66, 289. [↑](#footnote-ref-14)
14. 王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社，2009年，第29页。 [↑](#footnote-ref-15)
15. 王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社，2009年，第33页。 [↑](#footnote-ref-16)
16. BT-Drucks. 14/6040, S. 125. [↑](#footnote-ref-17)
17. Münchener Kommentar-Kramer, 4. Aufl., Band 2a, Verlag C. H. Beck 2003, § 241 Rn. 1. [↑](#footnote-ref-18)
18. Larenz, Schuldrecht I AT, 14. Aufl., Verlag C.H. Beck, 1987, S. 9. [↑](#footnote-ref-19)
19. 王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社，2009年，第30页。 [↑](#footnote-ref-20)
20. 《最高人民法院印发<关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见>的通知》（2005年6月8日），法发［2005］8号。 [↑](#footnote-ref-21)
21. Farnsworth, Contracts, Aspen Publishers, 3rd Edition, 2004, p. 8. [↑](#footnote-ref-22)
22. Atiyah et al., Atiyah’s Introduction to the Law of Contract, Clarendon Press, 6th Edition, 2005, pp. 3-4. [↑](#footnote-ref-23)
23. 康德：《法的形而上学原理：权利的科学》，沈叔平译，商务印书馆，1991年，第90页。 [↑](#footnote-ref-24)
24. 范斯沃思：《美国合同法》，葛云松等译，中国政法大学出版社，2004年，第11-12页。 [↑](#footnote-ref-25)
25. 这一侵权类型与通常的trespass相比，不以侵权行为的直接性及暴力性为要件。王泽鉴：《侵权行为》，北京大学出版社，2016年，第51-52页。 [↑](#footnote-ref-26)
26. 范斯沃思：《美国合同法》，葛云松等译，中国政法大学出版社，2004年，第14-15页。 [↑](#footnote-ref-27)
27. 王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社，2009年，第112页。 [↑](#footnote-ref-28)
28. 张金海：《论要物合同的废止与改造》，《中外法学》2014年第4期，第1003页。 [↑](#footnote-ref-29)
29. 刘家安：《“要物合同”概念之探究》，《比较法研究》2011年第4期，第35页。 [↑](#footnote-ref-30)
30. 刘家安：《“要物合同”概念之探究》，《比较法研究》2011年第4期，第38页。 [↑](#footnote-ref-31)
31. “Freedom of contract is freedom of the parties from the state as well as freedom from imposition by one another.” Kennedy, Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power, 41 Md. L. Rev. 563, 570 (1982). [↑](#footnote-ref-32)
32. 我国有研究认为将合同或法律行为的效力基础归结为法律规定不妥，认为应将合同效力归结于当事人的自由意志，这一观点是值得肯定的，但可能忽略了合同法等法律背后的价值多元性。“制定法赋予（法律行为）效力时须尊重行为人的意志”。进一步讲，“所谓自由形成法律关系，是指每个人都可以按照自己的意思决定法律关系”。朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社2013年版，第112页。在这个意义上，法律行为“即是依照当事人自由之意思发生其意愿的法律效果的行为。”王洪亮：《法律行为与私人自治》，《华东政法大学学报》2016年第5期，第53页。 [↑](#footnote-ref-33)
33. 较有代表性的经济学者如哈耶克也相当激烈地质疑对市场交易进行正义与否的判断，“人们在市场中获得的份额乃是一个过程的结果，而这个过程的结果对于特定人的影响则是任何人在这种制度最初出现的时候所无法欲求或无力预见的——此后，人们之所以允许这些制度持续存在，实是因为人们发现这些制度为所有的人或者大多数人满足自己的需求提供了更为广阔的前景。对这样一个过程提出正义的要求，显然是荒谬的；而且，从这样的社会中挑选出某些人并认为他们有资格获得特定的份额，也无疑是不正义的。”哈耶克：《法律、立法与自由》，邓正来等译，中国大百科全书出版社2002年版，第2卷第120页。 [↑](#footnote-ref-34)
34. Kennedy, Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power, 41 Md. L. Rev. 563, 590-596 (1982). [↑](#footnote-ref-35)
35. “我们常假定市场是充分竞争的、信息是足够完备的、交易活动是没有负外部性的，但事实并非如此。”茅少伟：《合同自由的限制：目标、方法与后果》，《经济法研究》第13卷，第281页。 [↑](#footnote-ref-36)
36. 反垄断与反不正当竞争法在形式上限制了个别市场主体的自由，但在实质上是促进了市场的竞争，增进了整个市场的自由度。“…freedom of contract can be used in many ways which actually limit freedom of contract. So laws which appear to restrict freedom of contract may actually be designed to enhance other areas of freedom of contract.” Atiyah, An Introduction to Contract Law, Clarendon Press, 1995, p. 34; Posner et al., Radical Markets: Uprooting Capitalism and Democracy for a Just Society, Princeton University Press, 2018, Introduction. [↑](#footnote-ref-37)
37. 波普尔：《开放社会及其敌人》，郑一明译，中国社会科学出版社，2016年，第227页以下（第7章）。 [↑](#footnote-ref-38)
38. “The principle of freedom can not require that (a person) should be free not to be free.” Mill, On Liberty, 1859/1997, p. 125; Papp, Die privatautonome Beschränkung der Privatautonomie, AcP 2005, 342, 343; Radin, Market Inalienability, 100 Harv. L. Rev. 1849, 1902 (1987). [↑](#footnote-ref-39)
39. Elster, Ulysses Unbound, Cambridge University, 2000, pp. 167-177. [↑](#footnote-ref-40)
40. 田雷：《“五十年不变”的三种面孔》，《中外法学》2018年第3期，第790页。宪法学者在讨论作为“先定承诺”的宪政及其正当性时，也用到了尤利西斯合同这一概念：宪法学者面临的难题是所谓的“杰斐逊命题”，即“一代人是否有权制定宪法约束另一代人”的问题。杰斐逊曾认为，每一代人都应有自己的宪法，当代人无权制定永久宪法以控制未来世代。在代际交替之际，权力应移交到新一代人手中，这意味着宪法政治要从头再来。对此，当代关于宪法承诺的研究认为，一个民族的政治生活要基于历史上形成的承诺来加以安排，而不是以时刻随波逐流的民众意见为治理指标，即要以“过往自我订立的承诺”（self-given commitments laid down in the past）作为“面向未来的法律”（law for the future）。Rubenfeld, Revolution by Judiciary: The Structure of American Constitutional Law, Harvard University Press, 2005, pp. 96-98. 田雷：《宪法穿越时间：为什么？如何可能》，《中外法学》2015年第2期，第395页。 [↑](#footnote-ref-41)
41. Posner, Are We One Self or Multiple Selves? Implications for Law and Public Policy, 3 Legal Theory 23, 33 (1997). [↑](#footnote-ref-42)
42. Papp, Die privatautonome Beschränkung der Privatautonomie, AcP 2005, 342, 351. 作家西莉亚·弗雷姆林在其小文“尘封的信件”（The Letter）中描写一位年轻的母亲给30年后的女儿写信，嘱托女儿在自己老了以后，一定要把自己送到养老院，免得干涉女儿的生活，也涉及年轻的自己能否为年老的自己的选择生活方式的问题（轻松调频网站：http://chinaplus.cri.cn/podcast/detail/1/222122）。 [↑](#footnote-ref-43)
43. 在这个意义上，学者关于“事前弃权”问题的讨论，虽然可以尝试列出若干似是而非的标准，但因未触及根本，或许既不能使有关判断更准确，又不能使思考更清晰。参见叶名怡：《论事前弃权的效力》，《中外法学》2018年第2期，第327页。 [↑](#footnote-ref-44)
44. 这类行为能力规范与其他强制性规范有重要差别：法律并不是基于这类行为的“违法”而否定其效力，也不是禁止当事人实施这些行为，而只是行为人不具有相应的认知能力，而暂时不承认此类行为的效力。谢鸿飞：《论法律行为生效的“适法规范”》，《中国社会科学》2007年第６期，第127-128页；姚明斌：《“效力性”强制规范裁判之考察与检讨》，《中外法学》2016年第5期，第1267-1268页。 [↑](#footnote-ref-45)
45. Baur/Stürner, Sachenrecht,18. Aufl., C. H. Beck, 2009, § 1 Rn. 7. [↑](#footnote-ref-46)
46. Davidson, Standardization and Pluralism in Property Law, 61 Vand L Rev 1597 (2008); Hansmann et al., Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights, 31 J. Legal Stud. 373 (2002). [↑](#footnote-ref-47)
47. “公序良俗作为法律行为的一个限度，表明国家授权社会在重大道德事务上有判断权，体现了国家和社会有效的沟通。”谢鸿飞：《论法律行为生效的“适法规范”》，《中国社会科学》2007年第６期，第140页。或许“国家授权社会”的判断是方向错误，其实国家中或公法上最基本的禁止性规范，仍然源于社会，源于私人生活，惟其如此，国家才有真正的合法性，法律才有正当性，也是在这个意义上，公法和私法其实并无实质性的区分（容后文详述）。 [↑](#footnote-ref-48)
48. 算法对精准性的要求一定程度上“强迫”我们必须做出伦理上的选择（当然，人们也仍然可以在算法上设置随机数，进而由机器而不是程序设计者做出选择），将我们原来试图回避的伦理抉择显性化，不过，总体来说，相对类型强制规则而言，道德伦理规则的演进还是缓慢的。Anderson, How Machines Might Help Us Achieve Breakthroughs in Ethical Theory and Inspire Us to Behave Better, in: Anderson et al. (ed.), Machine Ethics, Cambridge University Press, pp. 524-530; Casey et al., The Death of Rules and Standards, 92 Indiana Law Journal 1401, 1448 (2017)。 [↑](#footnote-ref-49)
49. 周振权：《自由的可能性问题：从康德到胡塞尔》，《哲学研究》2015年第1期，第80页以下；方博：《自由、公意与社会契约》，《哲学研究》，2017年第10期，第102页以下；丁三东：《自由的逻辑：康德背景下的黑格尔逻辑学定位》，《哲学研究》2016年第12期，第85页以下。 [↑](#footnote-ref-50)
50. “It was not yet fully recognized that the freedom of the ‘market’ was essentially a freedom of individuals and groups to coerce one another, with the power to coerce reinforced by agencies of the state itself. Even though the larger implications of this idea were by no means understood, one simple and quite obvious deduction had already been made-that is, that if the ‘market’ was to be free, any form of external regulation was objectionable.” Dawson, Economic Duress, 45 Mich. L. Rev. 253, 266 (1947); “The agreement must be made ‘freely’ and without ‘pressure’ but these concepts are very narrowly interpreted, for they must not conflict with the rule of the market place; and in the market place pressures are themselves a normal part of the scene.” Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract, Oxford University Press, 1979, p. 403. [↑](#footnote-ref-51)
51. “民法本身…当然贯穿着对社会正义的追求。…而作为近代民法理念的社会正义，只是形式正义。例如按照契约自由原则，自由订立的契约就等于法律，当事人必须严格按照契约的约定履行义务，即所谓契约必须严守…”梁慧星：《从近代民法到现代民法》，《中外法学》1997年第2期，第21、24-26页。 [↑](#footnote-ref-52)
52. Kronman, Contract Law and Distributive Justice, 89 Yale L.J. 472, 480 (1980). [↑](#footnote-ref-53)
53. “In assessing the voluntariness of an agreement, it is not enough merely to determine that the agreement was motivated by a deliberate decision of some sort; we also want to know something about the circumstances under which it was given.” Kronman, Contract Law and Distributive Justice, 89 Yale L.J. 472, 478 (1980). [↑](#footnote-ref-54)
54. Kennedy, Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power, 41 Md. L. Rev. 563, 583 (1982). [↑](#footnote-ref-55)
55. Bydlinski, Privatautonomie und objekive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, Springer, 1967, S. 103. 就矫正正义而言，因为所言及的是分配上数值的平等，因此似乎确定起来并不难。不过，即便如此，判断合同的价格是否妥当，赔偿能否填补损害等，依然要借助于外力，而这种判断本身仍与政治体制密切相关（如采取怎样的司法体制和裁判标准）。 [↑](#footnote-ref-56)
56. RG 150, 1; Heinrich Stoll, Die Bedeutung der Entscheidung des Großen Senats für Zivilsachen über Wucher und berteuerung (RG 150, 1), AcP 1936, 333, 334; Reinhard Zimmermann, Civil Code and Civil Law, The Europeanization of Private Law Within the European Community and the Reemergence of a European Legal Science, 1 Columbia Journal of European Law 63, 102 (1994/95).  [↑](#footnote-ref-57)
57. Atiyah, Contract and Fair Exchange, 35 University of Toronto Law Journal pp. 9-10 (1985); 许德风：《论瑕疵责任与缔约过失责任的竞合》，《法学》，2006年第1期，第87-94页。 [↑](#footnote-ref-58)
58. 许德风：《论合同违法无效后的获益返还》，《清华法学》2016年第2期，第74-93页。 [↑](#footnote-ref-59)
59. Atiyah, Contract and Fair Exchange, 35 University of Toronto Law Journal 1, 7 (1985). [↑](#footnote-ref-60)
60. U.C.C. 2-3o6 (i). [↑](#footnote-ref-61)
61. 出卖人明知标的物为赝品，买受人则不准确了解标的物究竟为真品还是赝品，此种情形仍然应当认为出卖人构成欺诈。 [↑](#footnote-ref-62)
62. Gordley, Equality in Exchange, 69 California Law Review 1586, 1587 (1981). [↑](#footnote-ref-63)
63. Atiyah, Contract and Fair Exchange, 35 University of Toronto Law Journal 1, 6 (1985). [↑](#footnote-ref-64)
64. 易军：《私人自治与私法品性》，《法学研究》2012年第3期，第75页。 [↑](#footnote-ref-65)
65. 易军：《私人自治与私法品性》，《法学研究》2012年第3期，第77页。 [↑](#footnote-ref-66)
66. Atiyah, Contract and Fair Exchange, 35 University of Toronto Law Journal 1, 24 (1985). [↑](#footnote-ref-67)
67. “…it is wrong to think of money-wealth in the narrow sense-as anything other than a transactional advantage, an advantage which gives its possessor a leg up in the exchange process. Money enables an individual to acquire other transactional advantages (for example, superior information), to withstand pressures that might otherwise force him to make agreements on less favorable terms, to outbid competitors, etc.” Kronman, Contract Law and Distributive Justice, 89 Yale L.J. 472, 496-497 (1980). [↑](#footnote-ref-68)
68. Farnsworth, Contracts, Aspen Publishers, 3rd Edition, 2004, pp. 102-107. [↑](#footnote-ref-69)
69. 学者引用耶林的比喻（“形式之于法律行为，犹如印纹之于钱币”），提出，“有了印纹，就不用称量金属的重量，亦即不用理会金属本身的价值。同理……假如法律没有规定任何形式，判断当事人真意可能就很困难”。唐晓晴：《论法律行为的形式》，《法学家》2016年第3期，第37页。 [↑](#footnote-ref-70)
70. 陈龙业：《<最高人民法院研究室关于代书遗嘱不符合法定形式要件但确系遗嘱人真实意思表示能否认定有效问题的答复>的解读》，沈德咏主编：《司法研究与指导》（第4辑），人民法院出版社，2014年，第125页。 [↑](#footnote-ref-71)
71. 朱广新：《书面形式与合同的成立》，《法学研究》2019年第2期，第59页以下。 [↑](#footnote-ref-72)
72. Farnsworth, Contracts, Aspen Publishers, 3rd Edition, 2004, pp. 190 ff. [↑](#footnote-ref-73)
73. 比较而言，要约邀请并不是意思表示，因为其中并不包含效果意思。也是基于此，民法典第473条第1句修改合同法第15条第1句，将要约邀请定性为“表示”而非“意思表示”。 [↑](#footnote-ref-74)
74. 张华：《预约合同的违约救济》，载《法律适用·司法案例》2019年第2期，第69-70页。 [↑](#footnote-ref-75)
75. Eisenberg, Disclosure in Contract Law, 91 Cal. L. Rev. 1645, 1652 (2013). [↑](#footnote-ref-76)
76. 肖宇、潘丽与杜海荣房屋买卖合同纠纷一审民事判决书，（2015）浦民一（民）初字第3599号；魏婷婷：《房屋买卖合同中的信息披露义务》，《人民司法》2016年第23期。类似案件如洪某诉王某等房屋买卖合同纠纷案（2012）浙杭民终字第360号；彭倩等与陈元会等房屋买卖合同纠纷上诉案（2015）高新民初字第1921号，（2015）成民终字第7099号；张春梅与崔军辉等房屋买卖合同纠纷一审民事判决书（2014）朝民初字第28410号。 [↑](#footnote-ref-77)
77. In re Bryant, 241 B.R. 756 (Bankr. M.D. Fla. 1999); 26 Williston on Contracts § 69:19 (4th ed.). [↑](#footnote-ref-78)
78. Obde v. Schlemeyer, 56 Wash. 2d 449, 353 P.2d 672 (1960). [↑](#footnote-ref-79)
79. RGZ 9, 237; VersR 1988, 479; Mankowski, Arglistige Täuschung durch vorsätzlich falsche oder unvollständige Antworten auf konkrete Fragen, JZ 2004, 121, 124. 总体而言，在保险法这种以最大诚信原则（*uberrimae fidei*）为基础的交易安排中，当事人的披露义务要比其他交易安排高。而在不同的保险类型中，火灾险、海事险对披露义务的要求要比人身险高。26 Williston on Contracts § 69:20 (4th ed.). [↑](#footnote-ref-80)
80. Jones v. Fenton Ford Inc., 427 F. Supp. 1328, 1334. [↑](#footnote-ref-81)
81. Akerlof, The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, 84 Quarterly Journal of Economics 488-500 (1970). [↑](#footnote-ref-82)
82. Eisenberg, Disclosure in Contract Law, 91 Cal. L. Rev. 1645, 1686 (2013). [↑](#footnote-ref-83)
83. 武腾：《拍卖人的信息提供义务与担保责任》，《法律科学》2017年第6期，第156页。 [↑](#footnote-ref-84)
84. “A duty to speak arises from a fiduciary or confidential relationship or where a person is, ‘by force of circumstances’, under a duty to speak.” Boyd v. Boyd, 67 S.W.3d 398 (Tex. App. Fort Worth 2002); “…it is not one party’s possession of superior information alone that generates the duty, but the possession of such information coupled with either a relationship involving a degree of trust and confidence, or the fact that the information in question was not reasonably available to the other party.” 26 Williston on Contracts § 69:17 (4th ed.). [↑](#footnote-ref-85)
85. Kronman, Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts, 7 J. Legal Stud. 1, 9 ff. (1978); 当然，在合同法上，有关信息是如何获取的，也会影响人们对是否构成欺诈的判断。例如，在“美国合同法重述（第二次）”第161条的第2个例示中，便提及和上文相同的例子，差别在于购买人是通过不法侵入（trespass）获得有关出卖人土地下有矿藏的信息。对此，该“重述”认为，购买人购买时未披露有关信息的行为构成了不实陈述。换言之，法律虽然通过承认信息利益以鼓励人们投资于信息的发现或获取，但如果获取信息的方式本身违法，则不能得到法律的“鼓励”。Eisenberg, Disclosure in Contract Law, 91 Cal. L. Rev. 1645, 1661-1681 (2003). [↑](#footnote-ref-86)
86. 相反，在以下例子中：C公司遭受严重损失后，A在明知B不知道C的损失的情况下，将C的股票卖给了B。A与B没有信托关系，因此A没有义务向B披露C的损失，其行为不是欺诈。Restatement (First) of Contracts § 472 (1932), Comments d, Illustration 4. [↑](#footnote-ref-87)
87. 757 F.2d 163, 168 (7th Cir. 1985); Eisenberg, Disclosure in Contract Law, 91 Cal. L. Rev. 1645, 1682 (2003). [↑](#footnote-ref-88)
88. Palandt-Ellenberger, § 123 Rn. 5c. [↑](#footnote-ref-89)
89. 我国法上有学者认为“只有合意无瑕疵的合同，才能准予期待利益的赔偿……当合同存在意思表示瑕疵时，如合同系因欺诈、胁迫、乘人之危、错误等原因而被撤销时，均不发生期待利益的赔偿问题”（张家勇：《论前合同损害赔偿中的期待利益》，《中外法学》2016年第3期），或许是不准确的。 [↑](#footnote-ref-90)
90. Ayres et al., Insincere Promises, Yale University Press, 2005, p. 80; Craswell, Property Rules and Liability Rules in Unconscionability and Related Doctrines, 60 U. Chi. L. Rev. 1, 7-8 (1993). [↑](#footnote-ref-91)
91. 需要注意的是，如果欺诈行为使某人同意为某种其在了解真相的情况下不会同意的行为，则其行为是可撤销的，这也是我们通常所讨论的欺诈。而若欺诈行为使被欺诈人不知道其将为何种行为，或者行为人本以为订立了A合同，但因为欺诈行为签署了B合同，应认为双方意思表示并未达成一致，进而合同自始不成立。在我国《票据法》上，对于以欺诈等手段获得的票据，持票人是“不得享有票据权利”的（第12条）。其背后的原理就是：那些因受欺诈而从事的票据行为，是出票人、承兑人根本不想从事的行为，即并未作出意思表示或达成一致，故该行为根本不能成立而不生效力，而不是可撤销行为。 [↑](#footnote-ref-92)
92. BGH NJW 1972, 36, 39; Palandt-Sprau, § 818 Rn. 49. [↑](#footnote-ref-93)
93. Staudinger/Singer/Finckenstein, BGB § 123 Rn. 91. [↑](#footnote-ref-94)
94. 在德国制定民法典时，起初Planck曾提出应规定恶意抗辩制度，遭拒绝，理由是对于欺诈已规定了撤销权的救济，如果在此之外规定恶意抗辩的制度，将会掏空时效制度。但此后的《德国民法典》第二草案中，还是接受了恶意抗辩的制度并沿用至今。Palandt-Sprau, § 853 Rn. 1; BGH NJW 1969, 604. [↑](#footnote-ref-95)
95. 我国民国“民法”第198条规定了恶意抗辩制度（“因侵权行为对被害人取得债权者，被害人对该债权人之废止请求权，虽因时效而消灭，仍得拒绝履行”），在我国台湾的司法实务中，亦有过针对该抗辩的裁判。如台湾“最高法院”1957年台上字第1228号判决、2001年台上字第399号判决。 [↑](#footnote-ref-96)
96. MüKoBGB/Wagner, § 853 Rn. 3. [↑](#footnote-ref-97)
97. BeckOGK/Eichelberger BGB, § 853 Rn. 4. [↑](#footnote-ref-98)
98. 关于第197条第二项请求权的性质，台湾司法实务及学者曾多采“构成要件准用说”，认为其系不当得利请求权，得与侵权行为损害赔偿请求权竞合并存，参见史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社，2000年版，第226页。需要注意的是，台湾“民法”第197条第2项系仿自《德国民法典》第852条的规定，而近年来，德国学者则采“法律效果准用说”，认为该请求权的行使，不以具备不当得利的要件为必要，乃是基于侵权行为的要件，以不当得利法的规定确定损害赔偿义务人的赔偿范围。在BGH裁判的一个案件中（BGHZ 71，86），BGH认为，即便难以认定受益和受损之间存在因果关系，也应保护受损一方的返还请求权，从而确立了和不当得利返还请求权不同的构成要件（原则上要求损害与受益之间存在因果关系）。即，只要存在侵权行为，并且该行为造成了损害，当事人就可以请求侵权行为人返还其得利，即便在该损害与得利之间仅存在间接的因果关系。详细案例，可参见王泽鉴：《不当得利》，北京大学出版社，2015年，第2版，第288页。德国法上的相关研究，参见如Ebert, Der deliktische „Rest-Schadensersatzanspruch“ nach der Schuldrechtsreform, NJW 2003, 3035。 [↑](#footnote-ref-99)
99. 见“某保险公司北京分公司与王某等健康保险合同纠纷上诉案”，北京铁路运输中级人民法院民事判决书，（2014）京铁中民（商）终字第211号。另见“中国平安人寿保险股份有限公司内江中心支公司与曾友荣保险合同纠纷上诉案”，四川省内江市中级人民法院民事判决书（2016）川10民终972号。 [↑](#footnote-ref-100)
100. 相关案例详见武亦文：《投保欺诈的法律规制路径》，《法学评论》2019年第5期，第63页。 [↑](#footnote-ref-101)
101. Newkirk, An Economic Analysis of the First Manifest Doctrine, 76 Neb. L. Rev. 819, 839 (1997). [↑](#footnote-ref-102)
102. Kan. Life Ins. Co. v. First Bank of Truscott, 124 Tex. 409, 78 S.W.2d 584, 586 (1935); Whitaker, Rescission of Life Insurance Policies in Texas, 59 Baylor L. Rev. 139, 140 (2007). [↑](#footnote-ref-103)
103. Googins, Fraud and the Incontestable Clause: A Modest Proposal for Change, 2 Conn. Ins. L.J. 50, 51-52 (1996); Fioretti v. Mass. Gen. Life Ins. Co., 53 F.3d 1228, 1237 (1lth Cir. 1995); Ledley v. William Penn Life Ins. Co., 651 A.2d 92, 95 (N.J. 1995); Whitaker, Rescission of Life Insurance Policies in Texas, 59 Baylor L. Rev. 139, 162 (Fn. 124) (2007). [↑](#footnote-ref-104)
104. 644 A.2d 1098 (N.J. 1994). [↑](#footnote-ref-105)
105. “We believe that insurers should compensate victims to the extent that compensation will not condone and encourage intentionally wrongful conduct.” 644 A.2d 1098, 1107 (N.J. 1994). [↑](#footnote-ref-106)
106. 韩世远：《合同法总论》，法律出版社2011年第3版，第227-229页；崔建远：《合同法总论（上）》，中国人民大学出版社2008年版，第357-359页；朱广新：《合同法总则》（第2版），中国人民大学出版社2012年，第295页。 [↑](#footnote-ref-107)
107. 崔建远：《合同法总论（上）》，中国人民大学出版社2008年版，第358页。 [↑](#footnote-ref-108)
108. 也有学者认为第58条确立了独立的请求权基础，特殊情形下可参酌不当得利法的相应规范。“对于合同无效导致的财产返还之债，《合同法》第58条构成独立的请求权基础。当第58条在处理当事人之间的财产返还关系存在欠缺时，可以参照使用关于不当得利的有关规范或司法解释。”朱广新：《合同法总则》，中国人民大学出版社2012年第2版，第295页。 [↑](#footnote-ref-109)
109. Hugh Beale (ed.), Chitty On Contracts (Volume I, General Principles), 30th Edition, § 16-177 ff. [↑](#footnote-ref-110)
110. Staudinger/Lorenz, 2007, § 817 Rn. 1 ff. BGB; Palandt/Sprau, § 817 Rn. 1 ff. BGB. [↑](#footnote-ref-111)
111. Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl., C. H. Beck, § 5 Rn. 52; Flume, Das Rechtsgeschäft, Springer, 1979 § 18, 10; Medicus, Bürgerliches Recht, Carl Heymanns Verlag, 2007, § 27 Rn. 696-698.k, 2009, § 5 Rn. 29, 52. 这些学者均认为应将不法得利不得请求返还的规则扩张适用于所有物返还请求权。同样的思考，在我国主流学说不采物权变动无因性原则的情况下，更为重要。 [↑](#footnote-ref-112)
112. “As a general rule, title passes at law to the recipient notwithstanding the illegal purpose for which the transfer was made.” Goff et al., The law of Restitution, 17th Edition, Sweet & Maxwell Limited, 2007, § 24-010; Sajan Sigh v. Sadara Ali [1960] A.C. 167, 176-177; Tribe v. Tribe [1995] 4 All E.R. 236, 251; Belvoir Finance Co. Ltd. v. Singleton [1971] 1 Q.B. 210. [↑](#footnote-ref-113)
113. 如前所述，我国有学者认为，在合同无效且原物尚存的情况下，当事人可依所有物返还请求权请求返还有关财产。这一主张涉及重大的理论争议即物权行为是否具有无因性的问题。目前多数学者主张现行法无需承认物权行为的无因性（不承认物权行为无因性的观点如梁慧星等：《物权法》，法律出版社2010年第5版，第83-84页；崔建远：《物权法（第2版）》，中国人民大学出版社2011年版，第47-48页；主张应承认无因性的论者如田士永：《〈物权法〉中物权行为理论之辨析》，《法学》2008年第12期，第98-99页）。其中一个重要的理由是：在合同无效而债务人破产的情况下，债权人的利益无法得到保护。对此，我国已有学者提出了有力的反驳意见。参见朱庆育：《物权行为的规范结构与我国之所有权变动》，《法学家》2013年第6期，第72页以下）。本文此处的分析表明，在相当一部分违法无效合同中，从政策判断的角度上看，当事人请求返还的权利，即使是所有物返还请求权，也不应当予以支持。在这种特殊情况下，无因性会导致当事人（如出卖人）损失的理由便不再有说服力。 [↑](#footnote-ref-114)
114. 值得特别指出的是，基于意思表示瑕疵而发生的“无效”与基于违法交易而发生的无效是不同的。在前一种情形下，法律使有关交易不发生效力，乃是不使其产生当事人本不欲追求的效果，故有依据；而在后一种情形下，意思表示本身并无瑕疵，当事人也期待此种交易的法律后果，但交易本身是违法的。在这种情况下，法律允许当事人请求返还，便需要额外的论证。 [↑](#footnote-ref-115)
115. 刘A诉王A委托合同纠纷案，［2012］闵民一（民）初字第9413号。 [↑](#footnote-ref-116)
116. 王建伟与刘党生委托合同纠纷案，［2014］厦民终字第3544号。 [↑](#footnote-ref-117)
117. 刘凯湘、曾燕斐：《论侵权法的社会化——以侵权法与保险的关系为重点》，《河南财经政法大学学报》2013年第1期，第24页以下。 [↑](#footnote-ref-118)
118. “First, corrective justice, reflecting the bipolar nexus of plaintiff and defendant, signifies a normative structure in which the parties are correlatively situated. Second, because this structure requires a content that is itself informed by correlativity, the organizing features of the parties' relationship are the plaintiff's right and the defendant's correlative duty. Third, rights and their correlative duties imply a conception of the parties as persons who interact with each other as free and equal agents, without the law's subordinating either of them to the other.” Weinrib, Correctively Unjust Enrichment, in: Chambers ed., Philosophical Foundations of the Law of Unjust Enrichment, Oxford University Press, 2009, p. 32. [↑](#footnote-ref-119)
119. Weinrib, Correctively Unjust Enrichment, 2009, p. 33. [↑](#footnote-ref-120)
120. Weinrib, Correctively Unjust Enrichment, 2009, p. 33. [↑](#footnote-ref-121)
121. 王泽鉴：《不当得利》，北京大学出版社，2015年，第2版，第10页。 [↑](#footnote-ref-122)
122. Zimmermann, The Law of Obligations, 1992, pp. 838-921. [↑](#footnote-ref-123)
123. Dannemann, The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution, Oxford Univerity Press, 2009, p. 11. [↑](#footnote-ref-124)
124. Dannemann, The German Law of Unjusfitied Enrichment and Restitution, Oxford University Press, 2009, p.3-4. [↑](#footnote-ref-125)
125. Dannemann, The German Law of Unjusfitied Enrichment and Restitution, Oxford University Press, 2009, p.7. [↑](#footnote-ref-126)
126. Goff et al., [↑](#footnote-ref-127)
127. Dannemann, The German Law of Unjusfitied Enrichment and Restitution, Oxford University Press, 2009, p. 7; [↑](#footnote-ref-128)
128. Dannemann, The German Law of Unjusfitied Enrichment and Restitution, Oxford University Press, 2009, p. 9; Chapter 6, Section 1. [↑](#footnote-ref-129)
129. Dannemann, The German Law of Unjusfitied Enrichment and Restitution, Oxford University Press, 2009, p.10. [↑](#footnote-ref-130)
130. Dannemann, The German Law of Unjusfitied Enrichment and Restitution, Oxford University Press, 2009, p.11; Zimmermann, [↑](#footnote-ref-131)
131. Dannemann, The German Law of Unjusfitied Enrichment and Restitution, Oxford University Press, 2009, p.13. [↑](#footnote-ref-132)
132. Dannemann, The German Law of Unjusfitied Enrichment and Restitution, Oxford University Press, 2009, p.13-18. [↑](#footnote-ref-133)
133. Canaris JZ 1971, 560, 561; Kohler, AcP 190, 496, 531; Wieling, Bereicherungsrecht, Springer, 2007, 4. Aufl., S. 7. [↑](#footnote-ref-134)
134. MüKoBGB/Schwab, 7. Aufl. 2017, BGB § 812 Rn. 3. [↑](#footnote-ref-135)
135. Wieling, Bereicherungsrecht, Springer, 4. Aufl., S. 7. [↑](#footnote-ref-136)
136. 德国法上的类似案例，如BGHZ 152, 307; Dannemann, The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution, Oxford University Press, 2009, p. 57. 英国法上的类似案例，见R.E. Jones v. Waring and Gillow, [1925] 2 K.B. 612, [1926] A.C. 670; Meier, Mistaken Payments in Three-Party Situations: A German View of English Law, 58 Cambridge L.J. 567, 579 (1999). 在中国法上，P2P借款平台盛行时，类似的交易安排也不在少数。 [↑](#footnote-ref-137)
137. Meier, Mistaken Payments in Three-Party Situations: A German View of English Law, 58 Cambridge L.J. 567, 570 (1999)；王泽鉴：《不当得利》，北京大学出版社，2015年版，第212页。 [↑](#footnote-ref-138)
138. 王泽鉴：《不当得利》，北京大学出版社，2015年版，第234页。 [↑](#footnote-ref-139)
139. “…a creditor should not be disadvantaged simply because someone other than the debtor paid the debt: he is not concerned whether the payer had other aims and whether he achieved them.” Meier, Mistaken Payments in Three-Party Situations: A German View of English Law, 58 Cambridge L.J. 567, 568 (1999) [↑](#footnote-ref-140)
140. 例如，尽管王泽鉴老师赞同不当得利的“非统一说”，区分给付型和非给付型不当得利，但在其《不当得利》著作中具体阐述时，乃是将多人关系不当得利（第四章）与给付型不当得利（第二章）、非给付型不当得利（第三章）并列而论的。王泽鉴：《不当得利》，北京大学出版社，2015年版。 [↑](#footnote-ref-141)
141. Dannemann, The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution, Oxford University Press, 2009, pp. 51-54. [↑](#footnote-ref-142)
142. Dannemann, The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution, Oxford University Press, 2009, p. 32. [↑](#footnote-ref-143)
143. CISG第79条第1款规定：“当事人对不履行义务不负责任，如果他能证明此种不履行义务，是由于某种非他所能控制的障碍，而且对于这种障碍，没有理由预期他在订立合同时能考虑到或能避免或克服它或它的后果。” [↑](#footnote-ref-144)
144. 国际商事合同通则第7.1.7条第1款规定：“若不履行的一方当事人证明，其不履行是由于非他所能控制的障碍所致，而且在合同订立之时该方当事人无法合理地预见，或不能合理地避免、克服该障碍及其影响，则不履行一方当事人应予免责。” [↑](#footnote-ref-145)