

2014
第4辑

总第70辑

判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心◇主办

王利明◆主编

本辑要目

【法学专论】

杨立新 / 合同无效责任及承担方式
——《中华人民共和国合同法》第58条评注

姚 辉 王毓莹 / 虚假广告的侵权责任承担

付 荣 麻锦亮 / 独立保函若干问题研究

【司法解释之窗】

陈龙业 / “对《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》
第24条理解与适用的请示的答复”的解读

【判例评析】

梁展欣 黎晓燕 / 因配偶一方行为而形成的夫妻共同债务的认定

李震东 张 磊 / 夫妻个人债务的衡平认定

玄玉宝 季 磊 / 论双方违约时定金罚则的适用规则

中文社会科学引文索引（CSSCI）来源集刊

人民法院出版社

2014 年第 4 辑

总第 70 辑

判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办

王利明·主编

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

判解研究. 2014年第4辑:总第70辑/王利明
主编. —北京:人民法院出版社, 2015. 8

ISBN 978-7-5109-1310-5

I. ①判… II. ①王… III. ①判例-研究-中国-丛刊
②法律解释-研究-中国-丛刊 IV. ①D920.5-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 185516 号

判解研究

总第 70 辑(2014 年第 4 辑)

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办
王利明 主编

责任编辑 兰丽专
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 邮编 100745
电 话 (010)67550626(责任编辑) 67550558(发行部查询)
65223667(读者服务部)
客服 QQ 2092078039
网 址 <http://www.courtbook.com.cn>
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷 三河市国英印务有限公司
经 销 新华书店
开 本 787×1092 毫米 1/16
字 数 234 千字
印 张 14.75
版 次 2015 年 8 月第 1 版 2015 年 8 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5109-1310-5
定 价 38.00 元

加強判解研究
推進司法改革

肖揚

二〇〇三年

七月一日

《判解研究》丛书编委会

编委会主任:王利明

编委会副主任:杨立新

编委会成员:(按姓氏笔画排序)

孔祥俊 王 轶 龙翼飞 刘春田

刘贵祥 刘德权 张勇健 宋晓明

吴汉东 罗东川 郑学林 姚 辉

郭明瑞 董安生

主 编:王利明

执行主编:姚 辉 吴秀军

编 辑:兰丽专 麻锦亮 梁展欣 雷震文 张 璇

目录 CONTENTS

◇ 法学专论

合同无效责任及承担方式

——《中华人民共和国合同法》第 58 条评注 杨立新(1)

虚假广告的侵权责任承担 姚 辉 王毓莹(18)

“婴儿安全岛”设立的合宪性分析

——以生命权的宪法保护为视角 王 旭 孙如意(36)

独立保函若干问题研究 付 荣 麻锦亮(52)

论美术作品著作权对作品原件所有权的限制 郭 堃(74)

◇ 司法解释之窗

“对《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》

第 24 条理解与适用的请示的答复”的解读 陈龙业(85)

◇ 判例评析

因配偶一方行为而形成的夫妻共同债务的认定 梁展欣 黎晓燕(95)

夫妻个人债务的衡平认定 李震东 张 磊(108)

论双方违约时定金罚则的适用规则 玄玉宝 季 磊(128)

对致丈夫丧失性能力是否侵犯其妻人格权的认定 陈建华(139)

论疫学因果关系的适用范围及其要件 孙剑履(150)

论破产法第 18 条中“合同”的界定

——以美、德、日的判例与学说为借鉴 刘 颖(165)

◇ 调查与研究

案由制度:让司法更加接近大众 曹明明 罗 源 杨晓玲(179)

◇ 海外案例选介

商标合理使用与混淆可能性:美国的争议与中国的实践 赵建良(196)

◇ 编辑后语 (225)

编者按：编纂《中华人民共和国合同法评注》是中国民法学研究会当前正在进行的一个重大课题的研究，即集全国民法学专家的力量，对我国合同法的条文进行注释性的研究，对正确理解和适用合同法具有重要的理论意义和实践价值。本刊选登杨立新教授对合同法第58条所作的评注，借以展示合同法评注的基本形式和具体内容，并请读者提出意见，以推进合同法评注工作的进行，并保证合同法评注的准确性和权威性。合同法评注的格式与本刊刊登的论文有所不同，请读者见谅。

合同无效责任及承担方式

——《中华人民共和国合同法》第58条评注

杨立新*

合同法第58条规定：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。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。

一、合同无效责任的性质及与相关合同责任的区别

（一）合同无效责任的概念、性质和范围

1. 合同无效责任的概念

合同无效责任是合同成立之后，由于合同无效或者被撤销或者不被追认，以及合同成立后欠缺生效要件而未生效，致使合同在其成立时起即为无效，对造成合同无效后果负有责任的一方或者双方当事人应当承担的责任。合同法第58条规定的就是合同无效责任的承担规则。它源于民法通则

* 中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员、中国人民大学法学院教授。

第61条第1款规定,并将合同无效责任与缔约过失责任相分离,合同无效责任规定在合同法本条,缔约过失责任规定在合同法第42条。

2. 合同无效责任的性质

对于合同无效责任究竟应当怎样称谓,学者有不同主张,有的称为合同无效后的责任;^①有的称为合同无效责任;^②有的称为合同无效的法律后果。^③这一分歧涉及对合同无效责任性质的认定问题。

合同无效责任究竟是不是一种合同责任,多数学者在研究合同法的著述中仅仅阐释合同无效或者被撤销的法律后果,而不说是合同无效责任。^④合同无效责任与合同无效后的责任这两个概念的差别正在于此。而无论将其称作合同无效责任还是合同无效后的责任,其实都是合同无效的法律后果,自无异议,关键要对合同无效的法律后果究竟是合同责任之一种,还是不承认其为合同责任之一种,应当进行分析。

合同无效的法律后果就是合同无效责任,属于我国合同责任体系中的一种形态。我国合同责任体系包括缔约过失责任、合同无效责任、预期违约责任、加害给付责任、实际违约责任和后契约责任,合同无效责任是其中之一。^⑤将合同无效责任纳入整个合同责任体系中进行研究和适用,具有重要意义。

3. 合同无效责任的适用范围

合同无效责任中的合同无效是广义概念。狭义的合同无效仅指合同的绝对无效。广义的合同无效是指绝对无效的合同被宣告无效、相对无效的合同被撤销、效力待定的合同未被追认或者被撤销,以及合同成立之后欠缺合同生效条件而未生效。因此,广义的合同无效实际上就是合同绝对无效、被撤销以及未生效。故合同无效责任的范围包括合同无效、被撤销、

① 王利明:《合同法研究》(第一卷),中国人民大学出版社2011年修订版,第663页。

② 杨立新:《合同法》,北京大学出版社2013年版,第371页。

③ 李宏伟、李冬云:《合同无效的法律后果研究》,载《海南大学学报(人文社会科学版)》2001年第1期。

④ 参见崔建远主编:《合同法》,法律出版社2003年版,第85页。

⑤ 杨立新:《合同法》,北京大学出版社2013年版,第372页;《中国合同责任研究》,载《河南政法管理干部学院学报》2000年第1~2期。

未被追认以及合同成立后未生效的合同责任,而不是合同绝对无效责任。

(二) 合同无效责任与相近合同责任的区别

1. 合同无效责任与缔约过失责任的区别

合同无效责任与缔约过失责任都是合同生效之前发生的合同责任,并且很多学者都将这两种合同责任归到一起,作为同一种合同责任,即缔约过失责任。^①这种看法不够准确。

合同无效责任和缔约过失责任是两种不同的合同责任形态,他们之间有严格的区别:第一,两种责任发生的时间不同。合同无效责任与缔约过失责任发生的时间界限在于,缔约过失责任发生在合同订立阶段,即缔约阶段,而合同无效责任发生在合同生效阶段。以合同的成立为界限,之前发生的合同责任是缔约过失责任,之后发生的合同责任是合同无效责任。第二,两种责任发生的原因不同。合同无效责任发生的原因是合同订立后,由于违反法律或者缺少合同生效要件而无效或者被撤销等,因而发生合同责任。缔约过失责任的发生原因是缔约中一方或者双方缔约人违反先契约义务造成对方损害,因而发生合同责任。第三,两种责任的构成要件不同。构成合同无效责任,只要合同无效或者被撤销以及合同成立后未生效就可以构成,合同无效损害赔偿责任的构成要有过错要件,属于推定过错;其他责任方式无须过错要件。缔约过失责任的构成必须具备过错要件,没有过错不构成缔约过失责任。第四,两种责任的方式不同。合同无效责任的方式包括返还财产、折价赔偿、损害赔偿。缔约过失责任只有损害赔偿一种责任方式。

两种合同责任的最重要区别是,合同法对缔约过失责任和合同无效责任分别作出规定,前者规定在“合同成立”一章中的第42条,后者规定在“合同生效”一章的第58条,立法者的意图显而易见。

2. 合同无效责任与预期违约责任的区别

合同无效责任与合同法第108条规定的预期违约责任,是两种不同的合同责任,很容易发生混淆。这两种合同责任的区分是:第一,两种合同责任发生时间不同。这两种合同责任是在时间上前后相序、相互衔接的。

^① 焦富民:《中国合同责任研究》,江苏人民出版社2003年版,第171页。

两者之间衔接的标志是合同是否发生效力。合同生效之前只能发生合同无效责任,合同生效之后到合同履行期届满(或者履行期届至)之前发生的合同责任,是预期违约责任。第二,两种合同责任的发生原因不同。合同无效责任的发生原因是因为合同成立之后没有发生预期的效力或者被撤销,因而发生合同责任。而预期违约责任则是合同有效成立,但由于当事人一方故意毁约而发生的合同责任。第三,两种合同责任的归责原则不同。对合同无效责任的归责原则,应当分别情况适用无过错责任原则和过错责任原则。预期违约责任适用过错责任原则,不适用其他归责原则。第四,两种合同责任适用的责任方式不同。合同无效责任的方式为返还财产、折价补偿和损害赔偿,而预期违约责任的方式主要是损害赔偿和给付违约金。

二、引起合同无效责任的原因

合同无效的法律后果是合同无效责任。发生合同无效责任应当具有法定原因,凡是具有合同绝对无效、相对无效而被撤销,效力待定未被追认或者被撤销,或者未生效的,都是引起合同无效责任的原因。合同法规定,合同效力的状态有三种形式,即合同绝对无效、合同相对无效与合同效力待定。除此以外,在其他一些相关法律以及最高人民法院的司法解释中还存在其他类型的合同效力,比如相对特定第三人无效的合同以及尚未完全生效的合同,^①也都发生合同无效责任。

引起合同无效责任的具体原因有以下几种:

(一) 绝对无效合同被宣告无效

合同绝对无效是指合同由于具有法律所规定的合同无效的事由之一,自始就不发生合同的效力。凡是具有合同法第52条规定情形之一的,合同一律无效,发生合同无效责任。

合同法没有规定无民事行为能力人订立的合同的效力问题,既没有在合同效力待定中规定,也没有在合同绝对无效和相对无效中规定。对此究竟应当怎样认识,有不同看法。一般认为,这不是合同法对无民事行为能

^① 王轶:《合同效力认定的若干问题》,载《国家检察官学院学报》2010年第5期。

力人订立合同的效力的遗漏,而是应当直接适用民法通则第58条第(1)项规定,即认定无民事行为能力人订立的合同为绝对无效合同,发生合同无效责任。^①不同的意见认为,有的国家规定无民事行为能力人订立的合同无效,有的国家规定为可撤销的合同。我国民法通则第58条规定无民事行为能力人订立的合同一律无效,颇值探讨,而应当属于可撤销、可变更的合同。^②主要理由是,无民事行为能力人订立的合同,个别存在有效的情形,例如无民事行为能力人纯粹获得利益的合同。但是,由于民法通则规定无民事行为能力人的年龄界限在10周岁,显然过高,并且存在修改的可能,因此可以将该种合同界定为绝对无效,其他情形作为特例规定。不过,这个问题尽管在对确定无民事行为能力人订立合同的效力问题上具有重要意义,但在适用合同法第58条时,由于将其认定为无效合同或者认定其为可撤销、可变更合同在撤销后,均发生合同无效责任,因而在此处争论没有实际意义。

合同被宣告无效后,发生合同无效责任。

(二) 相对无效合同被撤销

合同相对无效是指合同在成立之时还是有效的,但是由于该合同在订立时具有法定情形之一,由于一方当事人的原因,而使对方当事人的意思表示违背了其真实意思,致使其利益受到损害,因此对方当事人可以请求撤销或者变更该合同。凡是符合合同法第54条规定情形之一的,都属于相对无效合同。相对无效合同被当事人请求撤销后,原合同无效。

合同被撤销后发生合同自始无效的后果,因而与合同绝对无效的后果是一样的,同样发生合同无效的法律后果,当事人应当承担合同无效责任。

(三) 合同效力待定未被追认或者被撤销

限制民事行为能力人、无权代理人订立的合同,由于其订立合同的资格受到限制,他们订立的合同的效力是不能确定的,因此称作效力待定合

① 杨立新:《合同法》,北京大学出版社2013年版,第373页。

② 马强:《无民事行为能力人订立合同效力之研究》,载《浙江社会科学》2007年第2期。

同。合同效力待定说明合同的效力还没有确定,按照规定,一是由法定代理人和被代理人追认,或者经过相对人催告,法定代理人或者被代理人追认;二是善意相对人撤销;三是法定代理人或者被代理人拒绝追认。

在上述情形下,有两种情形发生合同无效的后果:一是在善意相对人撤销效力待定合同,即上述合同的效力在被追认前,善意相对人对该合同请求撤销的,该效力待定合同被撤销,归于无效;二是法定代理人或者被代理人拒绝追认效力待定合同,即上述合同的效力由享有追认权的人在除斥期间内拒绝追认或者未作表示,明示或者默示拒绝追认合同效力的,效力待定合同归于无效。

效力待定合同具有以上情形的,发生合同无效的法律后果,应当承担合同无效责任。

(四) 因欠缺生效条件而不生效和相对特定第三人无效的合同

合同成立之后,由于欠缺生效条件而使该合同不生效,其效果既不是合同不成立,也不是合同无效。合同成立之后不生效,法律效果与合同无效责任基本相同,也发生合同无效责任。

相对特定第三人无效的合同。欺诈系由第三人所为的,对于另一方所作的意思表示,只有当另一方明知或者可知欺诈事实时,始得撤销。应向其作出意思表示的相对人以外的人,因意思表示而直接取得权利时,只有当权利取得人明知或者可知欺诈事实时,始得撤销该意思表示。我国现行民事立法未设类似一般规定,但依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第40条的规定,如果主合同债务人采取欺诈、胁迫等手段,使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的,债权人知道或者应当知道欺诈、胁迫事实的,保证人不承担民事责任。这是关于第三人欺诈的具体规定,发生保证合同无效的法律后果,^① 承担合同无效责任。

^① 王轶:《论合同行为的一般生效条件》,载《法律适用》2012年第7期。

三、合同无效责任的归责原则与构成要件

(一) 合同无效责任的归责原则

合同无效责任的归责原则,是指当事人在合同成立后至生效前的过程中违反约定或者法定义务,致合同无效、被撤销、未被追认或者不发生合同效力,确定合同无效责任适用的基本准则。

1. 对合同责任归责原则的不同意见

学者对合同法规定合同责任适用何种归责原则,认识分歧。

“统一严格责任说”认为,合同法规定的合同责任的归责原则是无过错责任原则即严格责任,与一般侵权责任比较应该更严格,违约责任出于当事人自己的约定,这就使违约责任具有了充分的说理性和说服力,此外无须再要求使违约责任具有合理性和说服力的其他理由。^①故合同法规定的就是绝对的无过错责任原则。^②

“有主有从的归责原则体系说”认为,在合同责任中,单一的归责原则是不适当的,应当在一种归责原则作为主要归责原则的前提下,还要有补充性的归责原则,以适应合同责任的不同情况。一种意见认为,合同责任归责原则以过错责任原则为主,以无过错责任原则为辅;^③另一种意见认为,以无过错责任原则为主,以过错责任原则为辅,^④虽然有些合同责任适用过错责任,却不应以之为与严格责任原则相并列的过错责任原则。^⑤

“过错责任原则适合中国国情说”质疑合同法第107条规定合同责任为严格责任,认为实行单一的严格责任调整合同责任,难免会导致合同法内部体系的矛盾,法官和民众也难以接受,因而应当考虑对严格责任的规定慎重适用,终究要以过错责任原则作为主要的归责原则,调整合同责任

① 张广兴、韩世远:《合同法总则》(下),法律出版社1999年版,第86~87页。

② 刘景一:《合同法新论》,人民法院出版社1999年版,第468页。

③ 参见河山、肖水:《合同法概要》,法律出版社1999年版,第127页。

④ 房维廉:《中华人民共和国合同法实用讲座》,中国人民公安大学出版社1999年版,第161~163页。

⑤ 韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第23页。

的归属问题。^①

“合同责任原则三元说”认为,我国合同法的归责原则体系是由严格责任和过错责任原则构成的,仅在例外情况下实行绝对责任。所谓严格责任,是指无论违约方主观上有无过错,只要其不履行合同债务给对方当事人造成了损害,就应当承担合同责任。^②绝对责任,是依据当事人的特别约定以及法律在例外情况下的特殊规定,债务人也需要对事变负责,这就是所谓的例外情况下的无过错责任,适用于金钱债务的迟延履行、迟延履行期间的责任、对第三人的严格责任,以及关于旅客运输合同中的严格责任。^③

笔者认为,我国的合同责任归责原则是三元化体系,过错责任原则、过错推定原则和无过错责任原则并存,各自调整不同的合同责任。主张合同责任单一归责原则的理由不充分。

2. 合同无效责任的归责原则

依照我国合同责任的三元化体系学说的解释,以及合同法第58条内容的结构,应当确定我国合同无效责任的归责原则不是单一归责原则,而是由两个归责原则构成的归责原则体系。

第一,合同无效责任的返还财产和折价补偿责任适用无过错责任原则。合同法第58条前段规定:“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。”这个规定没有提出对过错要件的要求,也不适用过错推定原则,明确规定适用无过错责任原则。这样的规定是正确的,原因是,当合同无效之后,包括合同被宣告无效,或者被撤销,或者未被追认,或者不具备生效要件而未生效,因合同被宣告无效或者被撤销或者未被追认以及合同未生效之前,当事人一方占有他方的财产就成为无权占有,依据不当得利的原因,占有他方财产的一方都应当将该财产返还给他方;如果不能返还或者没有

① 崔建远主编:《新合同法原理与案例评释》,吉林大学出版社1999年版,第499~501页。

② 王利明:《合同法研究》(第二卷),中国人民大学出版社2011年修订版,第435页。

③ 王利明:《合同法研究》(第二卷),中国人民大学出版社2011年修订版,第446~448页。

必要返还的，应当将占有的财产予以折价，补偿他方的财产损失。承担这样的合同无效责任无须具备过错要件，不问过错即应承担。

第二，合同无效责任的损害赔偿适用过错责任原则。合同法第58条后段明确规定，“有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任”，明白无误地将合同无效损害赔偿规定为过错责任，适用过错责任原则。这里适用的究竟是过错责任原则还是过错推定原则，似乎并没有说明，但应当看到的是，在法律没有明确规定一个过错责任是过错推定原则的时候，就应当是过错责任原则。这里说的过错责任，当然不是过错推定原则的要求。因此，合同无效责任的损害赔偿适用过错责任原则，不适用过错推定原则，也不适用无过错责任原则。合同无效，无论是一方有过错还是双方都有过错，都应当适用过错责任原则确定损害赔偿。

可以确认，合同法第58条规定的合同无效责任的归责原则体系，包括两个归责原则：一是过错责任原则；二是无过错责任原则。分别调整不同的合同责任，即过错责任原则调整无效合同责任的赔偿责任，无过错责任原则调整合同无效的返还财产和折价补偿责任。

合同在成立之后由于欠缺生效条件而使其不生效，其效果既不是合同不成立，也不是合同无效。合同成立之后不生效，法律效果与合同无效责任基本相同，也发生合同无效责任。

相对特定第三人无效的合同，也发生合同无效后果。欺诈系由第三人所为的，对于另一方所作的意思表示，只有当另一方明知或者可知欺诈事实时，始得撤销。应向其作出意思表示的相对人以外的人，因意思表示而直接取得权利时，只有当权利取得人明知或者可知欺诈事实时，始得撤销该意思表示。依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第40条的规定，如果主合同债务人采取欺诈、胁迫等手段，使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的，债权人知道或者应当知道欺诈、胁迫事实的，保证人不承担民事责任。反之，保证人则发生保证合同无效的法律后果，^① 承担合同无效责任。

① 王轶：《论合同行为的一般生效条件》，载《法律适用》2012年第7期。

(二) 合同无效责任的构成要件

合同无效责任的构成应当具备合同责任构成的一般要件,但有自己的特点,并以这些特点与其他合同责任构成相区别。

1. 造成合同无效的行为

在合同绝对无效、相对无效和效力待定三种情况中,法律都规定了具体事由。由于已经成立的合同具有这些事由,才造成了合同无效的后果。此外,合同未具备生效条件等,也是构成合同无效责任的要件。

(1) 合同绝对无效的行为

这种合同绝对无效的行为包括:第一,一方以欺诈、胁迫的手段订立损害国家利益的合同;第二,恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益的合同;第三,以合法形式掩盖非法目的的合同;第四,损害社会公共利益的合同;第五,违反法律、法规的强制性规定的合同。订立这些合同的行为,都属于合同绝对无效的行为。

(2) 合同相对无效被撤销的行为

合同相对无效被撤销的行为包括:第一,因重大误解订立的合同被撤销;第二,在订立合同时显失公平的合同被撤销;第三,一方以欺诈手段订立,没有损害国家利益的合同被撤销;第四,一方以胁迫手段订立没有损害国家利益的合同被撤销;第五,乘人之危订立的合同被撤销。

(3) 效力待定的合同没有被追认或者被撤销

效力待定的合同没有被追认或者被撤销,致使合同无效的行为有两种:第一,善意相对人撤销效力待定合同,使合同归于无效的;第二,法定代理人或者被代理人以明示或者默示方式拒绝追认效力待定合同,致使合同无效的。

(4) 相对特定第三人无效的合同行为

主合同债务人采取欺诈、胁迫等手段,使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的,债权人知道或者应当知道欺诈、胁迫事实的,保证人不承担民事责任。反之,保证人应当承担保证合同无效的责任。

(5) 欠缺合同生效要件

合同成立之后,由于欠缺生效要件而使该合同不生效的,发生合同无效责任。