



吉林大学法学院六十周年院庆纪念文集

法苑英华

【民事法学卷】

吉林大学法学院编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



吉林大学法学院六十周年院庆纪念文集

法苑英华

【民事法学卷】

吉林大学法学院编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法苑英华. 民法法学卷 / 吉林大学法学院编. —北京:
法律出版社, 2008. 9
(吉林大学法学院六十周年院庆纪念文集)
ISBN 978-7-5036-8665-8

I. 法… II. 吉… III. ①法学—文集②民法—法的理论—
文集③民事诉讼法—法的理论—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 105863 号

© 法律出版社·中国

**吉林大学法学院六十
周年院庆纪念文集**

法苑英华(民法法学卷)

吉林大学法学院 编

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

开本 A5

版本 2008 年 9 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 20 字数 491 千

印次 2008 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8665-8

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编 委 会

主 任：徐卫东

副主任：霍存福 李 洁 姚建宗

委 员：（以姓氏笔划为序）

于 莹	马新彦	马新福	邓正来	韦经建
王彦明	刘亚军	冯彦君	那 力	吕岩峰
张 旭	张文显	李韧夫	李建华	李洪明
闵春雷	赵新华	徐 岱	黄文艺	崔卓兰
傅 穹	彭诚信	蔡立东		

写在前面的话

这是一套看似寻常的法学文集。业经悉心挑选,谈不上卷帙浩繁。文集中有的文章,虽因时代久远,但仍清晰记载了吉大法学学人学术成长的历程。文集在我们全体吉大法学院人的心目中,它的分量厚重无比,它所带来的记忆永远不会被尘封。

论文的作者们,今生今世似乎都注定与吉大法学院存在割不断的渊源联系。我们在编撰进行之际,更怀着道不尽的满腔情愫。

置于本套文集目录中显要位置的,是那些已将毕生精力奉献给了法学教育和科研事业(多数则终身从教于吉林大学)的最年长一辈学者的姓名。在那政治风雨如磐且衣食住行也堪忧的往昔岁月,他(她)们曾历尽艰难困苦,为法学院奠基创业。收集于本卷中的他(她)们的论文,即便是发表于改革开放的曙光里,但也多是在一灯如豆的斗室中呕心沥血地写就。现今,作者中有的已经与世长辞,有的则带着因积劳而形成的病躯静默地度过晚年。此时此刻,放下来能拿起的,是他(她)们的文稿,而拿起来放不下的,是我们深切的怀念和敬仰。

有一些论文,观看题目就能让人记起或猜出撰写之人。在决定中国的法律究竟向何处去,而理论研究和思想解放又处于乍暖还寒的年代,这些文章对拆除法学研究的诸多藩篱和禁锢,以使中国步入真正的法治社会之路,立下了不可磨灭的功

绩。其中,那一声声深沉凝重的学术呐喊,至今在人们的心头回荡。那许多精辟、犀利又严谨的论述及观点,其影响和作用历久弥新。这些堪称法苑奇葩瑰宝的文章,连同它们的笔者一道,已经并正在引领着一批又一批的法律学子,在崎岖的科学的小路上奋力攀缘。

中青年学者的佳作令人刮目。跃然于纸上的,是喷涌敏捷的才思;而蕴涵于其中的,则是扎实的理论功底和丰厚的专业知识。论文的作者,尽管有现从教于我院的博导、教授、副教授,也有自我院博士毕业正供职于外校或科研单位的人员,但已使这种区别显得无关紧要的是:他(她)们同为出类拔萃的佼佼者、当今中国法学研究和法律事业发展的中坚力量。

被收集入卷的还有一些来自国家机关、法律实务等部门的我院毕业生的论文。这部分成果因数量极为庞大无法悉数集结。故我们只在璀璨的星群中选取一角权当代表,愿遍布天涯海角的大家,能同意我们采取的做法。

这套六卷本的法学经典文集,像一幢雄伟的大厦,由吉大法学院和曾经在这里学习和工作过的人们,齐心协力、一砖一石搭建完成。其中,在法学院工作过和正在工作的全体行政人员,也默默地为此洒下了辛勤的汗水。它可作为一个真实的见证,忠诚地记录了几代吉大法学院人刻苦钻研、潜心治学、紧密团结、奋斗不息的光辉里程。它如同一座高耸的丰碑,毫无愧色地耸立于中国法学研究的学术前沿。同时,它也是一个永恒的纪念场所,供我们所有的人:阔别多年的教师、学生、同事、故友,以及学术上的知交,在此欣喜地相逢聚首。

编委会
2008年6日

目 录

- 001 关于经济合同解除的探讨 陈国柱
- 017 我国民事诉讼法的根本特点 周元伯
- 026 特殊侵权致死赔偿之诉与保障人权 苏惠祥
- 031 论我国民法与商品经济 王 忠
- 045 《中国民法教程》财产所有权部分的几个问题 龙斯荣
- 053 评析我国婚姻法修正的得与失
——寻求婚姻家庭立法发展的新起点 李忠芳
- 065 夫妻间的侵权行为也应当承担民事责任 王卫东
- 069 论合同形式的法律演变
——兼论《合同法》对合同形式的规定 郑全慈
- 077 论保证期间与诉讼时效 奚晓明
- 093 无权处分辨
——中国合同法第 51 条规定的解释与适用 崔建远
- 144 非公有制经济法律地位的变迁及其启示 张 军
- 189 类型化与民法解释 刘士国
- 210 罗马法所有权理论的当代发展 马新彦
- 234 典权制度比较研究 王全第
- 252 论人格权及人格损害的赔偿 申政武

- 279 航班无责延误后的侵权分析 王建平
- 294 物权法与社会主义基本经济制度 沈春耀
- 308 未经授权的房地产抵押效力之考量
——关于最高人民法院(2005)民二他字第8号请示答复之解析 宋晓明、王闯
- 319 论我国证明责任理论与制度之重构
——评英美证明责任理论和制度的借鉴价值 张弢、王小林
- 341 论我国国家所有权立法及其模式选择
——一种法和经济学分析的思路 周林彬
- 363 彩礼返还制度研究
——兼论“禁止买卖婚姻”和“禁止借婚姻索取财物” 张学军
- 396 我国民法应建立禁治产人制度
——对完善自然人民事行为能力制度的思考 李建华
- 409 也谈过错责任原则 郭广辉、王玉新
- 417 法人本质学说评判
——兼论民法典法人制度设计的基本思路 蔡立东
- 434 论中国民法的现代化 韩世远
- 455 公司契约理论研究 张民安
- 479 “家庭暴力”之法律概念解析 李洪祥
- 489 形成权基本理论研究 申卫星

- 522 从一起案件看间接证据在民事审判中的运用 遇文书、
崔崇明
- 525 民法价值判断问题的实体性论证规则
——以中国民法学的学术实践为背景 王 轶
- 550 和谐社会背景下侵权行为法理念的转变 王福友
- 566 公平规范的本质 孙学致
- 581 我国物权变动理论的立法选择 彭诚信
- 620 法律硕士生知识产权法方向人才的知识结构设计 赵 军

关于经济合同解除的探讨^{*}

陈国柱^{**}

经济合同的解除,其在实践中经常发生,在经济合同法上不可或缺,在理论研究中存在分歧。适值《经济合同法》修改之际,我愿就经济合同解除的几个重要问题谈谈看法,向同行请教,为《经济合同法》的修改提供参考。

一、经济合同解除的概念和性质

什么是经济合同的解除?观点很不一致。有人认为,经济合同的解除,是指当事人之间对提前终止合同所达成的协议。这种观点的不足,一是把经济合同解除仅仅归结为协议解除,剔除了有解除权的解除,不符合《经济合同法》第44条第1款第3项、第46条第2款、《涉外经济合同法》第29条和《技术合同法》第24条规定的精神;二是把经济合同解除的效力一律视为向将来发生,绝对排斥溯及效力,有时会产生不利的后果。还有人认为,经济合同的解除,就是提前终止经济合同,使之不继续发生效力。这种观点仍然是绝对排斥经济合同解除的溯及效力,此外也没有指出解除的标的是有效成立的经济合同。我认为,经济合同解除,是指在经济合同有效成立以后,当法定或约定的解除条件具备时,因当事人一

^{*} 本文原载《吉林大学社会科学学报》1989年第4期。

^{**} 陈国柱,吉林大学法学院教授。

方或双方的意思表示,使合同关系自始消灭或向将来消灭的行为。为了进一步明确这一概念,需要阐明经济合同解除的法律性质。

1. 经济合同解除以有效成立的经济合同为标的。我国合同法承认经济合同解除制度,其目的是为了解决如下矛盾:经济合同有效成立后,由于主客观情况的变化,使经济合同的履行成为不必要或不可能,在这种情况下,再让经济合同继续发生法律效力,约束当事人,不但对当事人一方乃至双方有害无益,有时也不利于国家计划的实现,有碍于有计划商品经济的顺利发展,只有使经济合同解除,才会使局面改观。由此可见,经济合同解除的重要职能在于解决有效成立的经济合同提前消灭问题。这是它同无效、撤销、撤回的不同之处。

经济合同无效,是指徒具成立形式而严重欠缺有效要件的经济合同自始且根本不发生法律效力,不会以有效成立的经济合同为标的,只能以严重欠缺有效要件的经济合同为对象。经济合同的撤销,虽然《经济合同法》尚未承认,但《民法通则》关于民事行为撤销的规定应该适用。它是指内容有重大误解和显失公平的合同,因撤销权人行使撤销权而自始丧失法律效力的制度。可见,撤销的标的也是欠缺有效要件的经济合同,而不是完全有效成立的经济合同。在经济合同问题上,撤回是指要约或承诺撤回,而不可能是经济合同的撤回。因为经济合同以承诺生效为其成立时间,承诺一经生效便不能撤回,因而不论是要约还是承诺的撤回,都发生于经济合同成立之前,撤回是阻止经济合同有效成立的行为。总之,经济合同的解除、无效、撤销及履行等各不相同,有各自的对象和作用,共同构成经济合同消灭的体系。

2. 经济合同解除必须具备解除的条件。经济合同一经有效成立,就具有法律效力,当事人双方都必须严格遵守,适当履行,不得擅自变更或解除。这是我国法律所规定的重要原则。只有在主客观情况发生变化使合同履行成为不必要或不可能的情况下,合

同继续存在已经丧失意义,甚至会发生不适当的后果,才允许解除经济合同。这不仅是解除制度存在的依据,也表明经济合同的解除必须具备一定的条件。我国法律对经济合同解除的条件作了比较详尽的规定,《经济合同法》第27条第1款规定了适用于所有经济合同的解除条件,学说称为一般的解除条件。该法第44条、第46条、《涉外经济合同法》第29条、《技术合同法》第24条等条款规定了仅仅适用于特别合同(如财产租赁、财产保险、涉外经济合同、技术合同)的解除条件,学说称之为特别的解除条件。经济合同的解除,只有在解除的条件具备时,才有可能,否则只能是过错违约。

3. 经济合同解除必须有解除行为。解除的条件不过是经济合同解除的前提,由于我国法律并未采取当然解除主义,因此在解除的条件具备时,经济合同并不必然解除,欲使它解除,必须有解除行为。解除行为是当事人的行为,当事人是解除行为的主体。虽然业务主管部门的行政命令对于经济合同解除有时会起到重要作用,但是该行政命令并不是解除行为,仅有行政命令不能发生经济合同解除的效果。

当事人的解除行为,有的是当事人一方的行为,不需要对方的同意。学说认为这种行为是解除权的行使,这种解除必须以当事人享有解除权为前提。此外,当事人的解除行为,有的是当事人双方的行为,即只有当事人双方的意思表示一致,才能发生经济合同解除的效果,至于当事人是否享有解除权,在所不问。学说称这种解除为合意解除或协议解除。

在我国法律上,还有附解除条件的民事法律行为,解除条件成就,该民事法律行为即消灭,不需要当事人再有解除行为。就此可以看出,经济合同解除与之不同。经济合同无效是自始、绝对、当然无效,由合同管理机关和人民法院加以确认,当事人是否主张,都没关系。可见,解除和无效在这点上也是不同的。

4. 解除的效果是使合同关系消灭。经济合同解除发生什么样的法律效果呢?一般地说,是基于合同发生的债权债务关系消灭。但是这种消灭是溯及既往,还是仅向将来发生?各国立法的规定不尽相同。一种是使合同关系自始消灭,即溯及合同成立当初消灭。发生与合同从未订立相同的结果,简言之,合同解除有溯及力。另一种是使合同关系自解除时消灭,解除以前的债权债务关系依然存在。换言之,合同解除仅向将来发生效力,没有溯及力。大陆法系基本采取前者,苏联和东欧各国大多采取后者。在我国,经济合同解除的效力如何呢?法律没有直接规定,理论解释认为解除只向将来发生效力。但我们认为,经济合同解除有的只向将来发生效力,有的具有溯及力,其理由将在本文第四部分评述。如果这种观点是正确的话,解除就与无效、撤销等不同,因为无效和撤销都有溯及力;也与附解除条件的民事法律行为区别开来,因为解除条件成就,该民事法律行为只向将来消灭。

二、经济合同解除的条件

经济合同解除的条件问题内容丰富,限于篇幅,这里主要说明以下几个问题:

1. “订立合同所依据的国家计划被修改或取消”作为解除条件构成。《经济合同法》第27条第1款第2项规定,订立合同所依据的国家计划被修改或取消是解除的条件。某些论著对此解释时认为,订立合同所依据的国家计划被修改或取消,合同必定要变更或解除。但我认为,国家计划被修改或取消作为解除的条件,必须具备有解除的必要这一要件。道理如下:国家计划被取消,依该计划成立的合同失去了存在的依据;国家计划被修改,依被撤销的计划指标成立的合同也失去了存在的依据,但依被保留的计划指标成立的合同仍有存在的依据与必要。一般地说,只有失去依据的合同是新的国家计划与综合平衡不需要的合同,成为法律上的不

能履行,应予解除,而依被保留的计划指标成立的合同仍有其继续履行的必要,不能因国家计划被修改而解除。即使在依被撤销的计划指标成立的合同,也并非都成为法律上的不能履行而一律予以解除。国家计委等六家《关于国家计划调整后机电产品订货合同处理办法的通知》第2条第2款和第3款的规定就是明证,第2款规定:“属于专用设备和按需要单位提出的技术条件生产的产品,生产已接近完成,的确难以停止生产的,报经企业主管单位审查批准后,可以按原有合同继续生产交货,生产企业应将有关具体情况通知原需要单位及其主管部门。”第3款规定:“已经生产完成的专用设备和按需要单位提出的技术条件生产的产品,可以按原合同继续发货,需要单位不得拒付。”此外,国家建委等五家《关于基本建设停建缓建项目善后工作的若干规定》第3条也规定:“确系滞销设备,生产单位或供应部门无法转销、收购的,仍由停缓建单位负责收货付款。”这说明,那种认为国家计划被修改或取消,依之成立的合同即丧失存在的依据,必定要变更或解除的观点,并不科学。为明确起见,《经济合同法》第27条第1款第2项的规定应加上“合同有解除的必要”或“合同成为法律上的不能履行”这一限定要件。

2. 关于当事人关闭、停产、转产而确实无法履行经济合同这一解除条件的解释与评价。《经济合同法》第27条第1款第3项规定,当事人关闭、停产、转产而确实无法履行经济合同是解除的条件。有些论著对此解释时认为,当事人关闭、停产、转产表明当事人已经丧失了全面履行合同的能力和条件,因此合同必然要解除。这种观点忽视了《经济合同法》第27条第1款第3项规定所强调的“确实无法履行经济合同”这一限定要件,而这一限定要件是十分重要的。因为当事人关闭、停产、转产未必就使他丧失履行合同的能力和条件,当他尚有履行能力和条件时就不能基于关闭、停产、转产而主张解除合同。我们以当事人关闭为例说明之:当事

人关闭时,其清理资产和处理一切未了结的事务这种民事权利能力还存在,当该当事人是产品的经营者时,他有剩余产品能够履行合同,就不能以其关闭为由主张解除合同;只有无剩余产品可履行合同时,才可提出解除合同。当该当事人是劳务的提供者时,其关闭基本上使标的为劳务提供的合同成为无法履行,可以提出解除合同。当该当事人是工作成果的加工制造者时,如果工作成果已经完成,以该工作成果为标的合同还应履行,不能以关闭为由解除合同;只有在工作成果尚未完成的情况下,才能以关闭为由主张解除合同。其次分析当事人停产的情况:当事人停产,是当事人在其继续存在的情况下,暂时或永久地停止其一项或数项生产经营活动。当事人停产通常并不造成合同无法履行,因而往往也就不允许解除合同。例如,当事人停止的是完成工作成果的业务时,已经完成的工作成果必须交付,不能视为无法履行,因而也不能以当事人停产为由主张解除合同。再如,当事人生产经营的一项或数项产品永久停产,那么以还在生产经营的产品为标的合同尚属能够履行,不能基于当事人停产而主张解除该合同。以停止生产的产品为标的的合同,在尚有剩余产品能够得到履行时,并未成为无法履行,不得解除;在没有剩余产品可以履行时,才成为无法履行,当事人有权提出解除合同。至于停产的当事人负价款或酬金支付义务时,合同基本上都未成为无法履行,不能基于当事人停产而主张解除合同。第三,当事人转产也通常并不造成合同无法履行,只有造成合同无法履行时,才有权主张解除合同,此处不再具体分析。

应该看到,当事人关闭、停产、转产只是一种事实状态,未能反映出造成这种事实状态的原因。它有时是当事人自己的过错(如经常管理不善)造成的,有时是不可抗力或无法防止的外因造成的,有时是国家计划被修改或取消造成的,有时是上级主管机关的过错造成的。既然如此,当事人一方关闭、停产、转产而确实无法履行合同这一解除条件,就应该分别归属于“订立经济合同所依

据的国家计划被修改或取消,使合同有解除的必要”、“不可抗力或无法防止的外因造成经济合同无法履行”、“当事人一方违约,使经济合同履行成为不必要或不可能”这些解除条件中去,没有必要作为一个独立的解除条件,非但没有必要,逻辑上也不通。修改《经济合同法》应注意到这一点。

3. 履行成为不必要的涵义与认定。《经济合同法》第27条第1款第5项、《技术合同法》第24条都规定,当事人一方违约使合同履行成为不必要,是解除的条件。何谓履行成为不必要?我国法律未加规定,解释时观点也不一致。有人认为,履行成为不必要,就是合同履行对债权人来说已经不需要。这是履行成为不必要的文字解释,没有真正回答问题。有人认为,履行成为不必要,就是违约使非违约方受到重大损失而又无法弥补。这种解释体现了过分强调实际履行原则,极力限制“违约解除”的思想,是中央集权型计划经济体制的要求在法律上的反映。在中央集权型计划经济体制下,国家计划几乎无所不包,不仅社会生产过程,而且物质资料的分配、交换、消费过程,都是按计划进行的,市场机制的作用则微不足道。法人所需要的绝大部分设备、原材料、动力等从何而来,基本上都由国家计划安排,难以甚至不能从市场上购置;法人生产的产品销售给谁,也几乎全由国家计划安排,不能自找买主。在这种条件下,经济合同作为执行国家计划的工具,作为联结法人之间产供销的纽带,其实际履行就是按质、按量甚至按期地实现了国家计划,也使法人自身的再生产得以进行。而解除合同则往往使法人所需要的物质资料得不到满足,或使法人欲让渡的产品无处让与;在宏观上,则阻碍了国家计划顺利实现。因此,除非万不得已——实际履行不能或违约使非违约方受到重大损失而又无法弥补,不许解除合同。但经济体制改革发展到今天,已经确立了“国家——市场——企业”的目标模式,正在积极培育社会主义市场体系,于是,当事人所需要的设备、原材料等,往往既可以通过

债务人履行合同而得到满足,也可以借助市场从第三人处购买到。或者当事人生产的产品既可以由债权人受领而得以转让,也可以通过市场找到新的买主。既然如此,在当事人违约并超过一定期限时,假如只允许非违约方坐等到因对方违约使自己受到重大损失而又无法弥补时,才有权解除合同,就会造成如下后果:第一,非违约方受到的损失往往不能全部或全部不能得到补偿。因为法律直接规定的一些违约责任只包括直接损失的赔偿,审判实践更是很少考虑间接损失的赔偿;当事人双方约定的赔偿范围不包括间接损失;违约方的总财产不足于清偿全部债权。第二,非违约方不能及时地生产出更多的商品满足社会需要,使社会财富只是减少而未增加,甚至会阻碍国家计划的实现。如果允许非违约方有权及时解除合同,通过市场进行保护性购买或保护性销售,则会使局面改观。因此说,把履行成为不必要解释为违约使非违约方受到重大损失而又无法弥补,至少在今天看来是不科学的。

我认为,履行成为不必要,是指合同履行不能达到债权人所期望的目的,也就是不能达到合同的目的。一切合同都是当事人为达到一定目的而订立的,当这种目的已经不能达到时,它就失去了继续存在的必要,应予解除。履行成为不必要在具体的违约类型中如何认定?其一,在逾期履行时的认定。根据合同的性质和当事人的意思表示,履行期在合同内容上不特别重要时,即使债务人在履行期限届满后履行,也不至于成为不必要。但债务人在已经推迟的合理期限内仍未履行,则可视履行成为不必要,债权人有权主张解除合同。《涉外经济合同法》第29条第2款的规定体现了这一思想。根据合同性质和当事人的意思表示,履行期在合同的内容上特别重要,学说称这种合同为定期行为,在这种合同中,债务人不在履行期内履行,合同的目的即不能达到,也就是履行成为不必要,债权人有权主张解除合同。《涉外经济合同法》第29条第1款即规定了这种情况。其二,在不完全履行时的认定。不