

合同责任研究

冉富强 郭奕 著
宋新宇 张良

吉林大学出版社

合同责任研究

冉富强
郭奕
宋新宇
张良 著

吉林大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

合同责任研究/冉富强等著. —长春:吉林大学出版社,
2008.7
ISBN 978-7-5601-3887-9

I. 合… II. 冉… III. 合同法—民事责任—研究—中国
IV. D923.64

· 中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 104804 号

书 名:合同责任研究
作 者:冉富强 等著

责任编辑、责任校对:徐佳
吉林大学出版社出版、发行
开本:880×1230 毫米 1/32
印张:9.75 字数:245 千字
ISBN 978-7-5601-3887-9

封面设计:水木时代(北京)图书中心
北京广达印刷有限公司 印刷
2008 年 7 月 第 1 版
2008 年 7 月 第 1 次印刷
定价:20.00 元

版权所有 翻印必究

社址:长春市明德路 421 号 邮编:130021

发行部电话:0431-88499826

网址: <http://www.jlup.jlu.edu.cn>

E-mail:jlup@mail.jlu.edu.cn

前言

合同法是我国社会主义市场经济最基本的法律准则。市场是由无数纷繁复杂的交易构成的,而合同法正是反映交易的最基本的法律形式。我国《合同法》从现代市场经济的本质需要出发,广泛参考、借鉴两大法系成功的合同立法经验与判例学说,在采纳现代合同法先进规则和制度的同时,大量吸收了《联合国国际货物销售合同公约》和《国际商事合同通则》的有关规定。这也表明我国《合同法》注重与国际规则接轨,以实现自身现代化的决心。

合同责任是合同法的核心内容之一。把握违约行为(违反合同上义务的行为)形态与违约责任(合同责任)体系是研究合同责任的关键。这在我国统一《合同法》上突出表现为合同义务的扩张与合同责任的重构。简言之,除当事人约定的给付义务外,为了最大化实现债权目的,根据诚信原则和交易习惯,要求当事人在整个合同过程中尽必要的注意以保护相对人的人身、财产等法益,这就是附随义务(见《合同法》第60条第2款)。除这种履行过程中的附随义务外,我国《合同法》还规定了先合同义务(第42条与第43条)与后合同义务(第92条),将合同义务进一步扩张。概而言之,所谓合同义务的扩张,指的是以给付义务为核心,出现了包括附随义务、先合同义务和后合同义务在内的义务群。而在立法上一般性地规定合同关系上的义务群,大概是我国《合同法》开了历史的先河,因为在大陆法系其他国家,这方面的规范基本上都表现为判例法的形式。

与上述合同义务的扩张相对应,我国《合同法》上也出现了合同责任扩张的现象。在债之关系的有机体性及程序性理论指导下,我国《合同法》上的合同责任的扩张,主要表现为合同责任客观的、时间上的扩张。基于以上分析,本书所谓“合同责任”主要指缔约上过失责任、违约责任与违反后合同义务的责任。

关于违约形态,《合同法》肯定了先期违约作为一种违约形态(第108条及第94条第2项)。这样,违约形态按照时间标准被划为先期违约与现实违约两类。具体而言,先期违约包括“明确表示不履行”(履行期前的拒绝履行)

和“行为表明不履行”(履行期前的履行不能);现实违约分为“不履行和履行不符合约定”(第107条)，“不履行”发生在履行期后，包括履行不能和拒绝履行，“履行不符合约定”包括履行迟延和不完全履行(包括瑕疵给付与加害给付)。在合同履行需要债权人协助的场合，受领迟延也属于违约，其中拒绝受领可归属于不履行，不能按时受领可归属于履行不符合约定。对于分别来自于英美法系和大陆法系的先期违约与不安抗辩权这两种制度的异同与优劣，本书进行了极为详尽的探讨，堪称本书的一大亮点。对加害给付与责任竞合的深入研究，在同类书中亦属罕见。

关于缔约上过失责任，我国《民法通则》中已经部分地包含有对缔约上过失的规定(第61条)。《合同法》第42条、第43条等有关条款，参考了《国际商事合同通则》和《欧洲合同法原则》的规定，对先合同义务及缔约过失责任作了更为详细的规定。本书对此亦有较为深入的研究。

关于违约责任的方式，《合同法》规定了强制履行(第109条、第110条等)、损害赔偿(第113条)与违约金(第114条)，另外，作为违约的补救手段之一，还包括合同解除(第93条、第94条等)。本书对合同法上的完全赔偿原则及限制完全赔偿的规则进行了细致入微的探讨，借鉴了合同法研究的最新成果，提出了完善我国相关法律的立法建议。

必须指出，为了市场秩序的建立和守约债权人利益的维护，《合同法》特别规定了不安抗辩权、先期违约制度、法定解除权、代位权和撤销权等一系列规则和制度，体现了立法者对债权人保护的良苦用心。

本书具体编写分工如下：绪论，第一章，第三章第一节、第二节、第四节由冉富强撰写；第二章由郭奕撰写；第四章第二节、第三节、第四节、第五节，第五章由宋新宇撰写；第三章第三节、第五节，第四章第一节，第六章由张良撰写。

研究合同责任必然涉及整个合同法的理论和制度，而合同法博大精深，加上各位作者学识与时间的限制，我们虽然竭尽全力，旁征博引，但缺点与谬误仍可能存在，尚祈各位先贤不吝赐教，以便再版修正。

作 者

2008年5月

目 录

绪 论	(1)
第一章 合同责任的一般理论	(6)
第一节 合同责任概述	(6)
第二节 合同责任的构成要件及其抗辩事由	(26)
第三节 合同责任的承担方式	(39)
第四节 合同责任与侵权责任的竞合、聚合及不真正连带债务	(47)
第二章 违反先合同义务的民事责任——缔约过失责任	(53)
第一节 缔约过失责任制度的历史发展	(53)
第二节 缔约过失责任的概念和法律构成	(66)
第三节 缔约过失责任的理论基础	(78)
第四节 缔约过失责任的性质与类型	(90)
第五节 缔约过失责任的赔偿范围	(107)
第六节 缔约上过失责任制度在我国的建立	(116)
第三章 预期违约责任	(126)
第一节 预期违约制度的起源及其发展	(126)
第二节 预期违约责任的性质和特点	(128)
第三节 预期违约行为的分类及其构成要件	(129)
第四节 预期违约与不安抗辩权的关系	(136)
第五节 预期违约责任的法律后果	(155)
第四章 实际违约的法律责任	(165)
第一节 实际违约概述	(165)
第二节 实际履行	(167)
第三节 损害赔偿	(178)

第四节 违约金责任	(199)
第五节 定金责任	(222)
第五章 违反后合同义务的民事责任	(234)
第一节 后合同义务的概述	(235)
第二节 后合同义务的构成要件	(237)
第三节 后合同义务的性质及其承担方式	(239)
第六章 合同责任与其他责任的竞合——以加害给付研究为中心	(241)
第一节 德国债法中的积极侵害债权及其演进	(241)
第二节 我国台湾地区的不完全给付	(252)
第三节 大陆法与英美法上加害给付之比较研究	(257)
第四节 我国加害给付理论研究述评	(262)
第五节 我国加害给付的立法现状	(266)
第六节 我国司法实践及其问题简析	(273)
第七节 我国加害给付的立法完善	(277)
第八节 责任竞合及相关问题研究	(282)
第九节 对《合同法》第 122 条的合理解释与完善	(293)
参考文献	(300)

绪论

人类正进入一个全球化的时代,在全球经济交往过程中,法律生活世界正在出现全球性的重构趋势,中国的法制现代化运动已经逐步而且越来越深入地卷入了全球化进程,尽管在有的情况下常常表现得被动一些。在私法的形式理性化和实质理性化方面,全球性市场经济体制的确立和运行是全球性私法现代化的内在动力;各国及各地区人民,特别是法律界人士的日渐增多的交流与合作也是全球私法现代化的推动力。私法的形式理性化是指私法的法典化和客观化、规则的逻辑严谨与完整、内在结构紧密与和谐等方面。私法的实质理性化是指私法随着社会经济的发展,在形式理性的前提下,逐渐“扬弃”形式化的僵化和保守,更加符合人们对公平、正义和效率的主观权利诉求,更加符合人们的交易习惯和接近哈耶克所说的“正当行为规则”的客观化标准,同时也更加符合或接近“良法”的标准。

合同法作为财产流转的基本法律,不像物权法那样,更多的和一个国家的社会经济制度、文化传统等紧密相连,由此,和物权法相比,它的国际化成分更大,并呈现出国内法和国际法的统一。在形式理性化方面,各国民法特别是大陆法系国家的法典化都是形式理性化的标志;在国际方面,《联合国国际货物销售合同公约》《国际商事合同公约》及《欧洲合同法》等几个法律文本的出台也是例证。在实质理性方面,各国和国际契约立法的哲学基础由19世纪的实证主义法学逐渐转向新自然法学和法律现实主义。在此基础上,合同法出现下列变化:(1)形式理性法更加注意法典和社会现实的联系和发展,对那些不合时宜的规则及时地进行了清理和修正。比如,大陆法系的过错归责原则受到挑战,归责越来越强调

客观化。英美法系的对价原则同样也受到修正,无对价的信赖同样能受到司法保护。(2)合同法更加关注以诚实信用原则为基础的实质公正,合同义务的内容和范围得以扩展,先合同义务、从合同义务、附随义务和后合同义务得以关注和重视。与此相对应,合同责任也得以扩展,缔约过失责任、预期违约责任、不完全给付的责任和违反后合同义务责任出现并受到关注和规制。(3)合同法更加注意社会政策和当事人自治的统一,有名合同的数量增加,关于有名合同的大量任意性规则得以制定,以推定和补充当事人的意思表示,以实现实质正义;同时,合同自由受到进一步限制,强制性法律、法规大量增加,可被引致的公法规范越来越多,社会对合同自治保留的空间愈来愈少。(4)诚实信用和公序良俗等一般条款的作用增强,法官的自由裁量权增大。这样一来,不但合同法的开放性增强,极大地提高了合同法对社会发展的适应能力,而且还会最大限度地弥补成文法的不足和漏洞。(5)制度设计更加关注合同双方的利益衡量和各种价值的衡平。比如,“根本违约”概念的引进虽然一方面扩张了法官的裁量权,但是,能更好地保护缔约双方,特别是违约方的正当权益。再如,合同解除权行使的程序化也将会更好地保护违约方的合法权益,而不仅只关注非违约一方当事人的权益保护。

我国统一合同法是在我国实行改革开放以后,经过二十多年的商品经济的运行,在市场经济和合同法制实践都取得显著发展的前提下,在国内理论和实务界充分酝酿及合理借鉴国外合同立法经验的基础上,于1999年通过的。从总体上来说,我国的合同立法还是很成功的。王利明认为:“《合同法》具有如下特色:其一,全面而准确地反映社会主义市场经济的本质要求,面向21世纪,正确处理合同自由与合同正义之间的关系,兼顾公平与效率、交易安全与交易便捷几项价值。其二,体系完备,制度全面,填补了现行法的漏洞,新增了合同订立程序、合同保全、合同消灭等制度,以及融资租赁、能源供应等合同类型。其三,鉴于目前尚无民法典及

债法通则,《合同法》中的许多规定,使合同法总则不仅是合同制度的总则,而且是它种债的总则。其四,立法技术进步明显,不但各项合同制度均已设置,而且相互间的衔接配合比较严密。”^①实际上,也正如王利明所说,《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)的形式合理性与实质合理性确实都达到了很高的程度。

美国现实主义法学派卢埃林认为:“法律就是法官就争议所做的事情,在我的心目中,这就是法律本身。”其实,“他并不否认书本上的规则有时能够很精确地描述法官实践中的所作所为,但是,这种情形是相当罕见的”^②。现实主义法学派的观点给我们的最大启示就是客观上的、书面上的规则只是有关这一方面的最经典的表述和抽象,而法律实践是包罗万象的,有很多合同和案例可能会偏离或不能被客观法所包括,由此,法典总是滞后的,总有漏洞存在。我国合同立法虽然取得上述很大成就,但是,自合同法实施以来,在司法实践当中还是出现了一些问题。比如,不安抗辩权和预期违约如何协调问题;《合同法》第51条关于无权处分的规定是否合理问题;根本违约在司法裁判当中如何把握问题;解除权行使的程序问题;情势变更原则的适用问题;债权转让到底是有因还是无因问题,等等。这些问题的解决还有待于理论和司法实践部门的专家和学者积极地参与其中。

合同之债形成以后,债的内容能否得到满足,取决于两个方面的因素:一个是债务人的责任财产;另一个是债务人的主观履行意思。对于前者,人们设计了人的保证和物的担保制度,以保证债务的履行;对于后者,人们设计了债的保全制度和责任制度。其中,债的保全制度是债权人直接干涉债务人的主观履行意思的制度。

^① 王利明、崔建远:《合同法新论·总则》,中国人民大学出版社2000年版,第93~94页。

^② 吕世伦:《现代西方法学流派》,中国大百科全书出版社1999年版,第483页。

而责任制度是对债务人主观履行意思的间接强制。从另一方面来说,债的责任制度又是债务人不履行的一种实际后果。从间接强制的效果来看,责任制度规定得越严越好,古代罗马法的“债奴制”就是典型的例子,它能起到有效的强制作用。从实际后果来考虑,责任制度要公平、合理,不能只考虑任何一方当事人的利益。既要充分考虑双方当事人的利益,又要充分地考虑社会利益和公共利益。因为现代社会分工越来越细化,商品渗透到每一个角落,每一个人都可能成为责任一方的担当者。实际上,一个好的责任制度往往也正是要兼顾上述两个功能。研究责任制度,其目的也就是为制定一个合理的、适合国情和民情的责任制度提供理论依据。合同责任制度在合同法中居于重要地位,因此,我们决定选择合同责任问题作为我们的研究课题。

研究合同责任,首先要对合同责任进行合理界定。德国法学家鲁道夫·冯·耶林于1861年发表论文指出,当事人因缔约行为而产生了一种类似契约的信赖关系,一方因为没有尽到必要的义务而导致合同未成立或者无效,给对方造成的损失应当进行赔偿。美国学者富勒于1936年发表了《合同损害赔偿中的信赖利益》,对合同法理论的发展也产生了重大影响。他提出对于合同法而言,防止不当得利和信赖利益实际上才是更重要、更基本的,尤其是保护信赖。随着人们对信赖认识的加深,对其保护也日趋完善。更进一步,人们在合同内、合同前保护信赖的基础上又延伸到合同后的信赖保护,这就是人们常说的合同责任的时间扩张。笔者认为,这种扩张其实是合同责任的自然延伸。整个合同责任都是以信赖为总的基础,这也是合同责任区别于侵权责任的一个重要因素。其实,我们反观现实生活,就能发现很多情况下,当事人由初次接触到准备缔约、从履约准备到实际履行、从一次合作到订立继续性履行合同,都是以信赖这条主线为联结的。有的还发展为合伙、联营,甚至组建公司等。基于此,笔者认为,缔约过失责任、违反后合同义务责任也是广义上的合同责任。本书将合同责任分为缔约过

第一章 合同责任的一般理论

第一节 合同责任概述

一、合同的义务与责任

(一) 合同的义务

义务是设定或隐含在法律规范中,实现于法律关系中的、主体以相对受动的作为或不作为的方式保障权利主体获得利益的一种关系。合同义务是债务的一种,首先债务具有如下特征:第一,债务为义务的一种,在法律上具有必须为或不为一定行为的拘束力。债务人不履行债务时,债权人有权请求法院强制其履行债务,债务人应承担债务不履行的法律责任。第二,债务就其本质来说,是债务人的不利益。债务履行的结果,一方面使债权人的利益得以实现,另一方面又使债务人失去相应利益。第三,债务的内容也具有特定性。第四,它区别于物权,债务不许永久存在。

合同义务和涉及合同义务是两个不同的概念。合同义务是基于双方当事人的一致意思表示而产生的义务。而涉及合同义务的外延要广于合同义务。先合同义务、附随义务和后合同义务不一定来源于双方当事人一致的意思表示,但却可能会成为准备订立合同或者已经订立合同并受合同约束当事人的义务。因此,后者外延要大于前者。本书研究的范围是涉及合同义务所产生的责任。但是,为了行文的方便,在叙述时就不将二者进行明确区分,而以合同义务为统称。

合同义务除了具有债务的上述特征外,它还具有自己的一些特征。首先,它主要是约定义务,以此来区别于因侵权行为、不当利益及无因管理等法定原因而产生的债务。其次,大部分合同义务都可以转让,除非按照法律规定、当事人约定或者合同的性质不许转让。这一点它明显区别于因侵权行为而产生的债务。再次,合同义务如果不履行,当事人可以依照事先约定的违约责任要求不履行义务的一方承担违约金等民事责任。而其他债务由于起因于法律规定,当事人不可能实现约定违约金等违约责任。最后,合同义务和合同责任的区别比较明显,合同义务是第一性义务,而合同责任是当事人应承担的第二性义务。即使是当事人要求法院强制继续履行,它和原来的合同义务也有公权力介入的不同。而其他债务,特别是侵权之债到底是债务还是责任却容易被人们混淆。

合同义务包括给付义务和附随义务。其中给付义务又分为主给付义务和从给付义务。主给付义务是指合同关系所固有的、必须具备的,并以此来决定合同类型的基本义务。例如,在房屋买卖合同中,房屋出卖人的主给付义务是交付房屋、钥匙及协助办理过户手续。而买受人主给付义务是支付价款。对于主给付义务来说,如果是双务合同,一方不履行自己的义务,或者履行自己的义务不符合合同约定,对方可以拒绝自己的对待给付。这就是合同的中期保护制度,即履行抗辩权制度。而从给付义务一般不需适用抗辩权制度。“从给付义务就是不具有独立的意义,仅具有补助主给付义务的功能,其存在的目的,不在于合同的类型,而在于确保债权人的利益能够获得最大满足的义务。”^①从给付义务在这里要区别我国台湾地区学者所说的“次给付义务”。“次给付义务台湾学者认为原给付义务与于履行过程当中,因特定事由而演变而生的义务,其主要情形有二:(1)因原给付义务的给付不能、给付迟延或不完全给付而生之损害赔偿义务。(2)契约解除时所生回复

① 崔建远:《合同法》,法律出版社1998年版,第72页。

原状之义务。”^①注意这里的次给付义务其实就是我们所说的违约责任,和前面所说的从给付义务有明显区别。从给付义务发生的原因有基于法律的明确规定;有的是当事人的明确约定;还有的是基于诚实信用原则而作出的推定。

合同关系在其发展过程当中,不仅发生给付义务,还会发生其他义务。比如,商场应当保证顾客的人身安全,工程技术人员应当对其在工作中接触到的技术信息进行保密,不得向外人随便泄露。技术受让方应当提供安装设备所必要的场地和其他物质条件等,这就是附随义务。“附随义务,是指在契约履行过程中,基于诚实信用原则而使当事人应当负担的以保护他人之人身和财产为目的的通知、保密、保护等义务。”^②附随义务具有如下特征:“一、附随义务之法理基础在于诚信原则;二、附随义务具有不确定性,并非在契约一开始就确定下来,而是随着契约关系的发展,根据契约的性质、目的以及交易习惯而逐渐产生的义务。三、附随义务为非独立性义务。附随义务之内容即不确定,自无法通过独立诉请履行的方式实现。只有在附随义务被违反并给对方造成损害时,方可成立损害赔偿请求权。四、附随义务之目标在于保护债权人的固有益。五、附随义务不以当事人的约定和法律的规定为必要条件,但在实践当中,立法或契约却又规定或者约定附随义务的情况。六、附随义务不得由当事人实现通过约定排除。附随义务属于强制性条款。七、附随义务之形态主要为保护、通知、保密等。”^③附随义务和主给付义务的区别有三:“(一)主给付义务自始确定,并决定合同类型。附随义务则是随着合同关系的发展而不断形成的。它在任何合同关系中均可发生,不受特定类型的限制。(二)主给付义务构成双务合同的对待给付,一方在对方未为对待

① 王泽鉴:《债法原理》,中国政法大学出版社2001年版,第38页。

② 侯国跃:《契约附随义务研究》,法律出版社2005年版,第52页。

③ 同②。

给付前,得拒绝自己的给付。附随义务原则上不属于对待给付,不能发生同时履行抗辩权。(三)不履行给付义务,债权人得解除合同。反之,不履行附随义务,债权人原则上不得解除合同,但可就其所受损害,以不完全履行的规定请求损害赔偿。”^①侯国跃还认为,主给付义务的目的在于实现债权人的给付利益,而附随义务的目的则在于保护债权人的给付利益以外的其他利益,即固有利益。关于附随义务和从给付义务的区别有争论。德国通说认为,应以可否独立以诉请求履行为判断标准加以区分。可以独立以诉请求的义务为从给付义务,有人称之为独立的附随义务。不得以独立以诉请求的义务为附随义务,有人称之为不独立的附随义务。侯国跃认为,附随义务和从给付义务有以下共同点:(1)地位或作用类似;(2)都具有不确定性;(3)法律规定的方法相似;(4)都不是民法的主要规范对象。但二者有以下区别:(1)目的或作用不同。从给付义务之目的在于实现给付利益,使主给付义务更臻完善;而狭义附随义务之作用在于弥补给付义务之不足,以确保债权人固有利益之完整。(2)不确定之程度不同。从给付义务因以确保主给付之目的,故其内容在债的发生时通常可得确定绝大部分;而附随义务在债的发生时,基本不能确定。(3)法定或约定可能性不同。从给付义务法定或约定的可能性大,而附随义务法定或约定的可能性小。(4)可诉性不同。(5)违反之法律后果不同。虽然违反都可引起损害赔偿,但赔偿范围不同,一般来说,从给付义务的违反之赔偿是履行利益,而附随义务则是固有利益。不过,有一点必须说明,附随义务无论是和主给付义务还是和从给付义务的区分都是相对的,有时很难将其区分,这要根据具体合同的实践来确定。

除了上述义务以外,还有不真正义务,或者称间接义务,为一种强度较弱的义务。其主要特征在于权利人通常不得请求履行,违反它也不发生损害赔偿责任,仅使负担该义务的一方遭受权利

^① 崔建远:《合同法》,法律出版社1998年版,第73页。

减损或丧失的不利益。比如,如果一方违约,守约方则要采取适当措施防止损失的扩大;否则,无权就扩大的损失要求赔偿。

从诚实信用原则的角度来讲,合同从缔结、履行到履行利益的保持,还有先合同义务和后合同义务之分。其中,先合同义务是指当事人为缔约而接触时,所发生的说明、告知、注意及保护等义务,违反它,就要承担缔约过失责任。后合同义务是为了保持履行利益所产生的义务,违反它,则要承担债务不履行的责任。

上述义务群是合同法的核心问题。其中,主给付义务是规制的重点,而从给付义务和附随义务也是近年来合同法讨论和研究的重点。主给付义务和从给付义务都是为了债权人的履行利益或者说给付利益,而附随义务则是为了保护债权人的固有利益。先合同义务是为了保护当事人的固有利益,而后合同义务则是为了合同履行利益的进一步保持。我们在司法实践当中,首先要区分所争议的义务是什么性质的义务,为此,要把当事人的约定放在首要的地位进行考量,要把合同当事人的意思表示和客观的法律规定结合起来评价。这里一个最重要的指标是,要分析违反这个义务给当事人造成的损害的性质。其次,要分析义务被违反后的法律后果是什么。比如,能否要求履行,能否解除合同,能否产生抗辩权等。最后,要充分考虑双方当事人的利益地位和合同地位及救济途径和措施,即合同责任问题。

(二) 合同义务与责任的关系

“责任指债务人当为给付而未给付或不完全给付时,应服从债权人之强制取得之关系。由于此种强制取得的责任关系,附加于债务关系,债务才有拘束力,从而,为实现债之目的,责任乃具有担保作用。”^①罗马法不区分债务和责任。英美法对二者也不加以区

^① 林诚二:《民法理论与问题研究》,中国政法大学出版社1999年版,第209页。