

全国人民代表大会九届二次会议通过

中华人民共和国

合同法实务全书

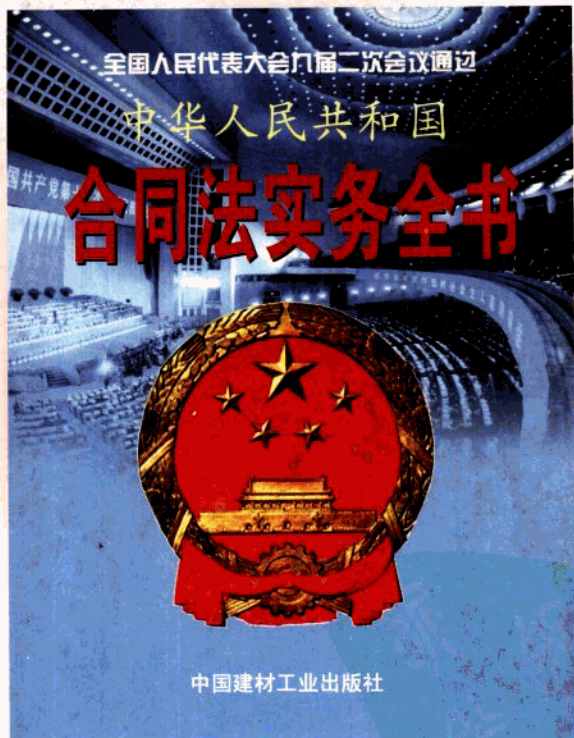


◎ 江伟 主编

中国建材工业出版社

责任编辑：高峰

封面设计：博乐



ISBN 7-80090-815-1



9 787800 908156 >

ISBN 7-80090-815-1/F · 107

定价（全三部）：680.00 元

D923.65-61

1-上

D923.65-61

1-上

全国人民代表大会九届二次会议通过

中华人民共和国

合同法实务全书

(上)

江 伟 主编

中国建材工业出版社

图书在版编目(CIP)数据

中华人民共和国合同法实务全书/江伟编. -北京:中国建材工业出版社
社 1999.3

ISBN 7-80091-815-1

I. 中… II. 江… III. 合同法-法律解释-中国 IV. D923.65

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 06755 号

中华人民共和国合同法实务全书

江 伟 主编

中国建材工业出版社出版

新华书店北京发行所发行

邮政编码:100831

北京海淀区三里河路 11 号

北京通县利民印刷厂印刷

787×1092 毫米 16 开本

1999 年 3 月第一版

120 印张 2600 千字

1999 年 3 月第一次印刷

印数 5000 册

定价(全三部):680.00 元

ISBN 7-80090-815-1/F · 107

编 委 会

主 编 江 伟(中国人民大学法学院教授 博士生导师)

执行主编 周 磊 王仁俊 万其刚

副 主 编 彭华彰 李少鹏 潘 红 毛 川 汪光宇
窦仁政 王 浩

编撰人员 彭华彰 王仁俊 潘 红 林忠益 胡建勇
刘 鹏 刘瑞霓 冷荣芝 付红杨 王士兵
邹明春 袁 睿 毛 川 胡 克 刘 实
郑春杨 马天虎 刘仕斌 汪 红 冯慧彬
金圣海 冯 刚 高毅龙 孙之斌 徐世亮
张红涛 冼宇航 周 磊 汪光宇 瞿朝旭
段广平 张永奇 徐玉群 刘玉江 李泽珍
杨东义

制定合同法的必要性、制定 过程和涉及的主要问题

(代 序 言)

随着社会主义市场经济体制的确立和逐渐完善,我国原有合同立法中一些不适应市场经济要求的因素逐渐显露出来。社会主义市场经济的快速发展迫切需要制定一部统一的比较完善的合同法。本文将就其必要性、合同法的制定过程及涉及的主要问题做一详细的叙述。

一、合同法颁行之前,我国合同立法的状况

合同法颁行之前,我国关于合同的规定,散见于如下的规定之中:

1.《民法通则》。这是我国最基本的民事法律。其中,第五章第二节“债权”,规定了合同的定义;第六章规定了违反合同的责任。

2.《经济合同法》。只适用于国内的经济合同关系,内容包括总则、经济合同的订立和履行、经济合同的变更和解除、违反经济合同的责任、经济合同纠纷的调解和仲裁、经济合同的管理、附则等。

3.《涉外经济合同法》。适用于国内的企业或其他经济组织同外国的企业、其他经济组织或者个人之间订立的经济合同,但国际运输合同除外。主要内容是:总则、合同的订立、合同的履行和违反合同的责任、合同的转让、变更、解除和终止、争议的解决、附则等。

4.《技术合同法》。适用于国内的法人之间、法人和公民之间以及公民之间就技术开发、技术转让、技术咨询和技术服务所订立的合同。包括总则、技术合同的订立、履行、变更和解除、技术开发合同、技术转让合同、技术咨询合同和技术服务合同、技术合同争议的仲裁和诉讼、附则等。

5. 其他法律中有关合同的规定。《海商法》第四章规定了海上货物运输合同,第五章规定海上旅客运输合同,第六章规定船舶租用合同,第七章规定海上拖航合同,第十二章规定海上保险合同。《著作权法》中有关于著作权使用许可合同的规定。《铁路法》对铁路运输合同作出规定。《民用航空法》规定了航空运输合同。另外,《保险法》、《票据法》、《担保法》、《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》等,也设有关于合同的特别规定。

6. 有关合同的行政法规、规章。国务院依据《经济合同法》,先后制定、批准、发布

了12个合同条例或实施细则。主要有《工矿产品购销合同条例》、《农副产品购销合同条例》，等等。《技术合同法》颁布之后，国务院制定、批准了《技术合同法实施条例》、《技术合同管理暂行规定》、《关于技术的暂行规定》等。国务院还发布了《技术引进合同管理条例》等。

7. 有关合同的司法解释。最高人民法院为适应办案的需要，先后发表了一些有关合同的司法解释。主要有：《关于贯彻执行〈经济合同法〉若干问题的意见》（1984年）和《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》（1987年）、《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法通则〉若干问题的意见（试行）》（1988年）、《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》（1990年）等。这些司法解释的内容，有些实际上也是对上述法律的补充，对全国各级人民法院都具有法律的效力。

二、合同立法中存在的主要问题

针对我国有关合同的法律、法规、规章和司法解释的现状，理论界和实务界指出其中所存在的问题，主要有：

1. 形式上的“散”、“乱”及“欠缺”问题

我国没有统一的合同法，而是相当分散，表现为：（1）缺少系统的合同总则性规定。《民法通则》中有关合同的规定，无法作为合同法总则来适用。事实上，《民法通则》没有对《经济合同法》、《涉外经济合同法》和《技术合同法》起到“统”的作用。（2）合同法的适用范围过于狭窄，现实社会经济生活中发生在公民之间、公民与法人之间的合同关系缺乏相应的规范。同时，合同法中所规定的合同种类过少，不足以调整复杂的经济交往活动。

我国的合同法律、法规，无论在形式上和内容上，都有重复、交叉、互相不一致甚至矛盾的规定。三部合同法在基本精神与原则方面也不一致。并且，经济合同法与技术合同法在一些具体合同关系上还存在明显的交叉现象，本来可适用经济合同法的，却被人特地另立一套。这给合同法的适用造成麻烦，使其实施效果不佳。而社会经济的发展，更加剧了合同法之间的不协调。如，涉外经济合同法的适用范围已经由最高人民法院加以扩大；经济合同法中的某些规定已经不起作用（如非即时清结的合同须用书面订立的规定），等等。

在我国，虽然有许多关于合同的法律、法规等，但对合同中某些根本性问题却没有相应的规定。如：关于合同成立的基本要件、要约和承诺、合同的效力、法定解除权、可撤销合同、同时履行抗辩权、损害赔偿的范围和限制等。

2. 内外两套合同法的问题

《经济合同法》和《技术合同法》是调整国内合同的，《涉外经济合同法》则是调整涉外合同的。这是一些社会主义国家在改革前的做法。这种做法只是一个封闭的计划经济的国家在不得不与外国人进行交易时，所采用的一种办法（前苏联是这样的一

个典型)。我国在 80 年代初采用这个办法,可以说也只是一种过渡措施。而现在,我国要建立和实行社会主义市场经济,这种做法的缺点就越来越明显了,不能适应社会主义市场经济的需要。表现在:

(1)把合同依照当事人的国籍而划分为国内合同和涉外合同,这样做本身就不合理,在理论上是周延的,在实践中有困难。对港澳台同胞、华侨及其开办的企业,我们一律以“外”方对待,而在合同法中却又不能这样规定,引起一些麻烦。又如当事人都是外国人或外国企业时,他们之间的合同本不属于涉外经济合同法中所规定的“涉外合同”,我国法院却又不得不把这看成是涉外合同,否则便无法办案。

(2)在 80 年代初,我国的经济是高度集中的计划经济,国内企业间的合同仍要与计划相联系(把合同看成执行计划的工具),《合同法》也必须保留与计划经济体制相适应的一些规定,如合同要根据计划订立,保证国家计划的执行等。国内企业与外方的合同则不与计划发生联系,而要尽量向国际惯例靠近或相符合,这样,便制定了《涉外经济合同法》,其中规定了与西方合同法、联合国国际货物买卖合同相接近或相符合的一些内容。但是,随着改革开放的深入,迫切需要修改、完善合同法。1993 年 9 月修改后的《经济合同法》,虽然删去了有关国家计划的规定,内外两套合同法之间的矛盾并未彻底解决。

3. 合同立法中的诸法合体问题

现行合同法仍带有“诸法合体”的印记,《经济合同法》表现得尤为明显。它既有民法的规范和制度,如合同的订立、履行、变更、解除及违反合同的责任等;又有经济法、行政法的规范和制度,如合同的监督、管理;还有程序法的规范和制度,如合同纠纷的仲裁和诉讼。《涉外经济合同法》、《技术合同法》也有类似的情况。有的学者认为,各种性质不同的法律规范混杂在一起,不能不说是立法上指导思想的混乱与盲目,在现代成文法国家的法制史上,这样的立法技术无论如何也谈不上科学、先进。

《经济合同法》、《涉外经济合同法》、《技术合同法》在制定时,为了追求各自的完整性、独立性,却对相关法律的关系考虑不周造成与其他法律、法规相交叉、重叠。

4. 缺乏合同通则的问题

所谓合同法的通则性规定,是有关各类合同的共同规定。在大陆法系国家的民法典中,这种共同性规定包括:一般规定、合同的订立、合同的形式、合同的效力、合同的履行、合同的转让与变更、合同的解除与终止、合同的消灭、违反合同的责任等。在英美法系国家则还包括合同能力、合同代理、合同的无效和撤销等。而在我国的三个合同法中,这些都是规定得不完全的。由于这些规定不完整,就不能有效调整实际生活中的种种问题。

当然,我国现行合同法中还存在着一些其他问题。

值得指出的是,尽管我国立法中存在以上问题,但经济合同法、涉外经济合同法

和技术合同法的颁布实施,对保护合同当事人的合法权益,维护社会经济秩序,促进国内经济、技术和对外经济贸易的发展,保障社会主义建设事业的顺利进行,发挥了重要作用。

三、合同法的制定过程

针对我国合同立法中所存在的上述问题,八届全国人大常委会的五年立法规划就把修改完善合同法列入其中,并组织法律专家 and 实际工作部门的同志起草统一合同法草案。

1993年春,形成了一个名为中国合同法的草案,但考虑到通过该法的修订仍然不可能解决市场经济条件下合同法的统一问题,于是改成“两步走”,将《经济合同法》的修订和一部统一的合同法的制定分开。

1993年9月2日,八届全国人大常委会三次会议通过了《关于修改〈经济合同法〉的决定》,对《经济合同法》作了重要修正。

这之后不久,全国人大常委会法制工作委员会召开了一个由法律专家学者参加的研讨会。与会人士一致认为,制定一部统一的合同法的时机已经成熟,建议由专家学者承担起草工作并委托部分专家学者先行提出一个立法方案。随后,由中国政法大学的江平、中国社会科学院的梁慧星、中国人民大学的王利明、吉林大学的崔建远、烟台大学的郭明瑞、最高人民法院的李凡、北京市高级人民法院的何忻、《法学研究》编辑部的张广兴等组成的起草小组,提出了《中国合同法立法方案》。

1993年11月4日,全国人大常委会法制工作委员会邀请北京部分专家学者参加座谈会,对《中国合同法立法方案》进行研讨。1994年1月,全国人大常委会法制工作委员会再次邀请全国10多个单位的专家学者参加讨论会,征集意见并进行论证,最后确定起草一部统一的合同法,由全国人大常委会法制工作委员会委托中国政法大学、北京大学、中国人民大学、中国社会科学院法学研究所等12个单位的专家学者分别起草一章或几章。

1994年11月,各单位起草的条文汇总,由全国人大常委会委托梁慧星、张广兴、傅静坤三人统稿完成合同法建议草案,并于1995年1月提交给全国人大常委会法制工作委员会。

全国人大常委会法制工作委员会曾多次修改合同法建议草案。1996年5月27日至6月7日,法制工作委员会在北京西郊的龙泉宾馆召开会议,以合同法建议草案(第一稿)和1995年10月全国人大常委会法制工作委员会民法室的试拟稿(第二稿)为基础,形成了统一合同法草案试拟稿(第三稿)。之后,全国人大常委会法制工作委员会多次邀请有关方面的专家学者进行研究、讨论,并走访国家计委等单位 and 部门。

1997年5月下旬,全国人大常委会法制工作委员会将《中华人民共和国合同法(征求意见稿)》印发各省、自治区、直辖市和中央有关部门及《法学研究》等单位征求

意见。根据各方面的意见,法制工作委员会又进行了修改,之后形成合同法草案。

1998年8月,法制工作委员会将合同法草案提请九届全国人大常委会第四次会议进行初次审议。全国人大常委会法制工作委员会在受委员长会议委托所作的关于合同法草案的说明中建议:鉴于合同法(草案)是一部关系公民、法人和其他组织的切身利益、完善市场交易规则、发展社会主义市场经济的重要法律草案,在本次会议之后将该草案全文公布,广泛征求意见,以便进一步研究修改。全国人大常委会作出决定,将合同法草案全文公布,广泛征求意见,先后共收到中央有关部门、地方、企事业单位和群众来访对合同法草案的意见160多份。

1999年1月12日下午,李鹏委员长在人民大会堂主持召开座谈会,征求对合同法草案的意见。来自政府部门、企事业单位负责人和法学研究等单位的17位同志发表了意见和建议。1月13日上午,李鹏委员长又专程来到北京市丰台区人民法院,再次主持座谈会,听取法官和有关的法律工作者对合同法草案的意见。

同时,全国人大法律委员会、财政经济委员会和全国人大常委会法制工作委员会联合召开了有关部门、企业事业单位和法律专家学者的座谈会,征求意见。

根据全国人大常委会组成人员的审议意见和各方面的意见,对合同法草案又作了较多的修改和补充。合同法草案经九届全国人大常委会第四次、第五次、第六次、第七次会议审议,并于第七次会议上决定提请九届全国人大第二次会议审议。

全国人大常委会法制工作委员会根据代表的审议意见,又作了修改。1999年3月15日,《中华人民共和国合同法》经九届全国人大二次会议表决通过。

四、合同法定制定过程中涉及的主要问题

合同法从起草到修改、补充,到被通过的过程中,在许多问题上都存在争议和分歧,这些问题主要是:

1. 合同的概念与合同法的目标

(1) 合同的概念。如何界定合同,直接关系到怎样制定以及制定什么样的统一合同法。一种意见认为,合同只是发生债权债务关系的合意。另一种意见认为,应当继续采纳《民法通则》第85条所规定的狭义的合同概念,并将各种反映平等主体之间以民事权利义务为内容的协议纳入统一合同法的调整范围中。如果仅限于债权合同,只包括狭义的商事规则,则范围显然过窄。这就进一步涉及到怎样看待经济合同的问题。一种观点认为,应当取消“经济合同法”这一名称。因为现行法上的经济合同概念,系从前苏联学者拉普捷夫的现代经济法学派继承而来,本属于计划经济的产物,以“计划性”为本质特征。现在中国90%以上的消费品和80%以上的生产资料完全由市场调节,由当事人自由缔结合同,不受计划管制,不受国家干预,因此,经济合同的概念在立法上已经失去意义。另一种观点认为,在合同领域,应该分清经济合同与民商事合同的界限。现行《经济合同法》已经成为调整主体间合同关系的民事合同法或商

事合同法,因此需要对经济合同进行重新定位,使经济合同与民事合同区分开。这样,经济合同是指为了实现政府的一定经济目的,直接体现政府意志,由政府规定基本合同条件的合同。经济合同的本质,是国家或政府在经济活动或经济管理活动中,将其意志直接体现到原本是私人自治的契约关系中去。所以,将拟议中的统一合同法界定为统一民(商)事合同法或债的合同法是可取的。

(2)合同法的目标。有学者认为,统一合同法应当具有保护当事人的合法权益和鼓励交易的多项规范功能。鼓励交易是指鼓励合法、正当、自愿的交易。合同法是提高效率、增进社会财富的手段,应实现鼓励当事人所从事的自愿交易行为的功能。为此,合同法应严格限制无效合同的范围;明确可撤销合同的性质与范围;严格区分合同的成立和合同的生效;规定合同订立制度,并在该制度中充分发挥鼓励交易的精神;合同形式要件只能作为证明合同存在的标准,而不是决定合同是否成立的要件;明确规定合同解释制度;严格限制违约解除的条件。总之,保障合同当事人的权益是合同法的保护功能,鼓励当事人的交易是合同法的鼓励功能,二者不能相互替代。

2. 合同法模式问题

建立新的合同法体系的争论,集中表现为建立基本合同法的模式问题。有以下四种主张:

(1)民法典式。将所有平等主体间的合同关系都纳入民法典的适用范围,这样,所有合同都是民事法律关系的体现。

(2)合同法典式。在《民法通则》指导下,制定一部统一的合同法典,将经济合同、技术合同、涉外经济合同等都纳入合同法典的调整范围。

(3)民法典、经济法典分立式。经济法学界主张,社会主义条件下的经济关系可分为社会主义组织之间的关系和法人与公民、公民与公民之间的关系两大类。对于前者,应制定经济法典来调整;对于后者,应由民事立法加以调整。反对意见则认为,以所有制形式作为划分标准是不科学的,不利于统一市场条件下合同关系的统一调整,也不利于市场经济的发展。

(4)合同立法单项式。包括三种观点:一是将经济合同划归经济法,民事合同划归民法。然后在《经济法通则》指导下制定各种经济合同法律、法规;在《民法通则》指导下制定各种民事合同法律、法规。二是把所有合同法划归民法,在《民法通则》指导下制定各种合同法律、法规。三是效仿法、德立法例,实行民商分立,将商事合同划归商法,制定商事合同法。但是,20世纪以来,民商合一已取代民商分立。

不管采用哪种模式,都应注意以下几个问题:

首先,统一合同法能否涵盖所有的合同?就国外立法例来看,一般都没有把全部合同纳入民法典的调整范围内。对是否把版权合同纳入统一合同法中,有两种不同的观点。持肯定意见的人认为,版权合同也是民事合同的一种,统一合同法应加以调整。

反对意见认为,不应将版权合同纳入统一合同法之中。理由是:版权合同本身太特殊、太复杂,具体表现为:版权合同的法条内容及术语以及版权转让合同、平行进口与版权合同等方面。总之,应充分考虑到有形物权与知识产权之间的差异。这一点也适用于技术合同。因为技术合同本质上是以完成一定技术创新活动为内容的特殊承揽合同;并且,技术合同的标的也不是有形财产,所以,技术合同法作为我国技术成果商品化的基本法律,它既是合同法,又是知识产权法。

其次,与相关法律的协调问题。一方面,统一合同法与《民法通则》的协调问题。从近几年讨论的情况看,统一合同法的一些规定,将突破《民法通则》的规定。如合同法的原则(如合同自由原则、诚实信用原则等),合同的形式,合同的效力(尤其是大大缩小了合同无效的范围),表见代理,合同债权让与等。在《民法通则》未作相应修改的情况下,将导致法律体系的混乱。另一方面,如果统一合同法所称合同为债权合同,那么,就还存在债法本身之间的协调以及与将来的民法典之间的协调问题。由于债的产生原因包括合同、侵权、不当得利、无因管理,在我国司法实践和法学理论中还包括缔约过失,在台湾则还包含代理。这样,合同之债与其他债之间有一个协调的问题。同时,就与将来制定债编及民法典也有个协调的问题。

再次,与国际通用的交易规则“接轨”的问题。一种观点认为,合同立法更应注意中国的实际情况(包括历史的与现实的实际),不必过分强调“接轨”,使立法脱离实际。另一种观点认为,制定统一的合同法,要尽量采用国际通用的交易规则,与国际立法“接轨”,使我国民事主体在与世界各国进行交易时,更规范、更方便,以便更能保护自己的利益。过于强调中国现实实际情况,忽视“接轨”而使立法脱离实际的观点,是不可取的。有的学者则认为,在借鉴、移植、“接轨”时,必须认真进行理论分析和历史考察,把握世界最新发展潮流,切不可“盲目引进”,否则,将不利于我国市场经济法律体系的建立和完善。

同时,在吸收国外的交易规则时,还应注意两大法系之间的关系。我国以往的立法(包括合同立法)更多的是承袭了大陆法系(民法法系)。所以,现在制定统一的合同法,在借鉴法、德、日、意、瑞士、我国台湾等的有关规定时,也要借鉴英、美等的规定,如预期违约(又叫先期违约)、根本违约(根本违反合同)等;但应注意协调,因为它们毕竟是不同法系中的规定。

最后,还应注意立法成本问题。有的学者认为,制定合同法的根据,主要的应当是我国经济生活及其发展的需要,与国际市场经济法律制度接轨的需要,而不应当首先考虑是否与现行法律相一致。如果等《民法通则》修订后,合同法再作修改,从立法成本上看也是不经济的。国家科委则提出,制定统一合同法不能纯粹地追求理论上所谓的完美,而不考虑立法上的成本。因为从1985年以来,全国人大常委会、国务院及有关主管部门,先后制定了《技术合同法》、《技术合同法实施条例》等一整套的法律、法

规、部门规章,30多个省市制定了地方性法规,最高人民法院发布了有关的司法解释。同时,围绕《技术合同法》的制定与实施,我国已建立了一整套技术合同执法体系,全国30多个省、自治区、直辖市和计划单列市、75%的地市、50%的县建立了技术市场监督管理机构、技术合同认定登记机构、技术交易与经营中介机构、技术市场行政执法机构等。况且,相比之下,《技术合同法》的计划色彩是很淡的,制定得较好,受到国际上广泛的赞誉。所以,应充分考虑到我国科技体制改革,技术市场的发展,科技进步和科技成果转化的促进,知识产权的保护,“科教兴国”战略的实施等实际需要,整个技术合同法体系应继续有效,而不能简单地加以废止。当然,《技术合同法》也可作相应地调整、修改。

3. 关于合同的原则

统一合同法中应规定哪些原则?怎样规定?争议较多的是合同自由原则与诚实信用原则,是否对这两项原则加以规定,以及如何规定,存在一些分歧。

(1)合同自由原则。它作为近代合同法一切制度的核心,是私法自治、意思自治在合同法中的体现,它意味着完全的、绝对的自由,即任何人都有缔约的自由,并且可以自由地缔约。合同法是否贯彻这一原则,如何贯彻,有不同意见。一种意见认为,对合同自由原则不加限制,意思自治是市场经济法律活的灵魂,意思自治的功能空间就是市场的生存空间。另一种意见认为,应对合同自由原则加以限制,这种限制又分为“适当限制”与“严格限制”。“适当限制论”认为,在合同法中应充分贯彻当事人意思自治的基本精神,合同自由原则应成为合同法的首要原则,并在合同法的各项具体制度中得到贯彻。国家对合同领域的干预,应以维护交易公平和安全,维护社会利益和公序良俗为目的,且主要依法院的审判程序进行。“严格限制论”认为,在西方,意思自治原则受到了多方面的批评与挑战,并逐渐丧失了在法律上的垄断地位。在我国,意思自治原则只是民事立法诸原则中的一项,它与公平原则、诚实信用原则、国家适度干预原则以及禁止滥用权利原则等并行不悖,相辅相成。现阶段,合同法中多规定一些强制性条款更能引导当事人增强合同法律意识,也更有利于维护他们的合法权益。同时,对于大量存在的利用合同进行违法活动的现象,赋予国家有关行政机关对合同进行检查监督的权力,也是为维护社会主义市场经济秩序增设一道防线。当然,国家对合同的管理,是根据社会主义市场经济对合同管理的要求进行的,是依法管理。

(2)诚实信用原则。一种意见认为,诚实信用原则是现代民法的最高指导原则,法院甚至能够据以排除当事人的意思自治,而直接调整当事人之间的权利义务关系。应将合同制度建立在诚实信用原则等一般原则所昭示的社会利益和公正之上,以“公正”而不是以“合意”来平衡合同当事人的权利。另一种意见认为,不能以诚实信用原则来取代合同自由原则。缺乏“合意”,即使合同内容再公正,也只是有合同之名而无合同之实。过分夸大诚实信用原则的作用与古典合同法过分强调合同自由的绝对性

一样,是不现实的。

4. 关于合同法的一些制度

(1)合同解除。什么是合同解除?一种意见认为,合同解除是在合同有效成立后,因当事人一方的意思表示,或双方的协议,使基于合同发生的债权债务关系归于消灭的行为。第二种意见认为,合同解除是在合同有效成立后,当解除条件具备时,因当事人一方或双方的意思表示,使合同关系自始消灭或转向将来消灭的行为。第三种意见认为,合同解除有广义和狭义两种。前者是在合同成立后,没有履行或未完全履行前,当事人通过双方协议或通过一方行使解除权,使合同效力消灭的一种制度,包含协议解除与狭义的合同解除。后者是在合同成立后,没有履行或未完全履行前,当事人一方行使法定的或约定的解除权,使合同效力消灭的一种单方法律行为,包括法定解除和约定解除。

对合同解除的含义理解不同,就使合同解除的效力也不同。第一种观点认为,除法律另有规定或当事人另有约定外,合同解除只能对未履行的部分发生消灭的效力。第二种观点认为,在一般情况下,解除有溯及效力,只能适用于非继续性合同,双方当事人恢复到未订合同时的地位。当然,这并不是说原合同中的一切条款都失去效力。第三种观点认为,合同解除在某些类型的合同中有溯及力:①当事人双方同意解除有溯及力,并且不因此损害国家利益和不影响国家计划的执行,法律应该允许;②违约解除又分两种情况:一是非继续性合同的解除原则上有溯及力,因为非继续性合同是履行为一次性行为的合同,在性质上,它被解除时能够恢复原状;二是继续性合同的解除,原则上没有溯及力。

(2)预期违约与不安抗辩权。预期违约又称先期违约,是英美法系中独有的制度,包含明示预期违约与默示预期违约两种。这项制度有利于债权人尽早采取对策,积极减少损失并可使双方当事人及时地从确定要死亡的合同关系中解脱出来,有利于现实的经济流转。不安抗辩权是大陆法系国家双务合同履行中的特有制度,又称拒绝权,具有留置担保的性质,目的在于贯彻公平原则,预防因情事变更一方遭受损害。在我国《民法通则》中欠缺预期违约和不安抗辩权的规定,在《经济合同法》与《技术合同法》中也没有相应规定,只有在《涉外经济合同法》第17条中有一规定。对于这一规定,有的人认为这属于不安抗辩权的规定,有的人则认为是属于默示违约。

由于预期违约与不安抗辩是不同法系中的制度,所以,如何借鉴与吸收这两项制度,有三种观点,第一种意见认为,应借鉴英美法系中的预期违约制度。因为预期违约(尤其是默示违约)较之不安抗辩更有利于保护合同当事人的利益,维护交易秩序。不安抗辩权的行使需要债务人的履行有时间上的先后顺序这一前提条件,若无这一条件,则仅存在同时履行抗辩,而不存在不安抗辩问题;默示违约制度的适用恰恰不需要这一前提。第二种看法是,应借鉴大陆法系的不安抗辩制度,尤其是德国民法的有

关规定。英美法系对预期违约救济的使用,其主观随意性较大,而不安抗辩的使用较为严格,不易造成滥用。第三种看法是,融大陆法系和英美法系合同法规则为一体是国际合同立法的大趋势。只要是适合中国国情,能公平合理地调整合同关系,我们的合同法就可以同时加以吸收。①规定双务合同应先履行义务一方当事人的不安抗辩权,并吸收英美法上默示预期违约规定的某些优点,对行使不安抗辩权的条件、法律后果作出明确规定,以便从立法上尽量缩小操作时的主观随意性;②将明示预期违约纳入我国违约责任内容之一。

江 伟 万其刚

1999年3月16日

目 录

第一卷 合同总论

第一编 合同法释义

总 则

第一章 一般规定	(3)
第二章 合同的订立	(8)
第三章 合同的效力	(20)
第四章 合同的履行	(27)
第五章 合同的变更和转让	(34)
第六章 合同的权利义务终止	(37)
第七章 违约责任	(43)
第八章 其他规定	(48)

分 则

第九章 买卖合同	(51)
第十章 供用电、水、气、热力合同	(64)
第十一章 赠与合同	(67)
第十二章 借款合同	(70)
第十三章 租赁合同	(74)
第十四章 融资租赁合同	(81)
第十五章 承揽合同	(85)
第十六章 建设工程合同	(90)
第十七章 运输合同	(96)
第十八章 技术合同	(105)
第十九章 保管合同	(118)
第二十章 仓储合同	(122)
第二十一章 委托合同	(126)
第二十二章 行纪合同	(131)

第二十三章 居间合同	(134)
附:中华人民共和国合同法	(136)

第二编 合同基础知识

第一章 合同法综述	(183)
一 引言	(183)
二 合同的概念及基本特征	(183)
三 合同制度的历史发展	(186)
四 合同的分类	(191)
五 合同法的概念、特征	(196)
六 合同法与相关法律的区别	(197)
七 合同法的渊源	(201)
第二章 合同的谈判与订立	(204)
一 合同的成立	(204)
二 合同的谈判与订立	(207)
三 合同的内容和形式	(217)
四 合同的解释及漏洞填补	(220)
第三章 合同的效力	(223)
一 合同的效力概述	(223)
二 合同的生效	(224)
三 合同的无效	(230)
四 合同的撤销	(232)
五 合同效力的补正	(235)
六 合同无效的法律后果	(237)
第四章 合同的担保	(240)
一 合同的担保概述	(240)
二 保证	(242)
三 抵押	(245)
四 质押	(249)
五 留置权	(252)
六 定金	(255)
第五章 合同的变更	(259)
一 合同的变更的概念	(259)
二 合同变更的要件	(262)