

博

士



中国人民大学
博士文库

违约责任 及其 比较研究

叶林 著

文

库

违约责任 及其 比较研究

叶林 著

图书在版编目 (CIP) 数据

违约责任及其比较研究/叶林著

北京: 中国人民大学出版社, 1996

(中国人民大学博士文库)

ISBN 7-300-02310-X/D · 296

I. 违…

II. 叶…

III. 违约-民事责任-对比研究

IV. D913

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (96) 第 24093 号

中国人民大学博士文库

违约责任及其比较研究

叶 林 著

出版发行: 中国人民大学出版社

(北京海淀路 175 号 邮码 100872)

经 销: 新华书店

印 刷: 中国人民大学出版社印刷厂

开本: 850×1168 毫米 1/32 印张: 11 插页 2

1997 年 10 月第 1 版 1997 年 10 月第 1 次印刷

字数: 245 000

定价: 14.00 元

(图书出现印装问题, 本社负责调换)

中国人民大学博士文库

总序

《中国人民大学博士文库》以反映中国人民大学博士学位研究生的研究成果（博士论文），促进哲学社会科学的繁荣、发展，促进我校科学研究和教学活动，扶植学术新生力量为主要宗旨。

我国的社会主义建设，是一项空前未有的宏伟艰巨的事业。为了使这一事业能够沿着正确的轨道顺利前进，必须有马克思主义理论的指导和掌握现代科学知识。马克思主义经典作家早就指出，一个国家想要站在科学的最高峰，就一刻也不能没有理论思维。应当清醒地看到，同社会主义现代化建设发展的实践相对照，当前的理论研究，还显得很不相称。对理论的冷淡和忽视，已经给我们的社会主义建设和改革、开放带来了严重的危害。没有马克思主义理论的指导，不懂得现代科学知识，我们不但会在决策上发生这样那样的失误，甚至会让我们在社会主义的大道上迷失方向。因此，在改革开放和建设社会主义的伟大实践中，创造性地研究和发 展马克思主义理论，用现代科学知识武装我们的头脑，就具有特别重要的意义。

博士研究生，是中国人民大学最高层次的学位研究生，他们

有坚实而宽广的基础理论，系统而深入的专业知识，有较高的理论造诣和较强的分析能力。他们的许多论文坚持马克思主义的立场、观点和方法，紧密结合实际，对有关课题进行了深入的探讨，在同一课题或相关学科、相关专业的研究方面，达到了较高的学术水平。这些论文，不但在理论上具有科学性和开拓性，而且内容新颖、立论严谨，既有较高的学术价值，又有重要的现实意义。

《中国人民大学博士文库》，由中国人民大学研究生院、科研处、出版社和书报资料社共同筹集出版基金，中国人民大学出版社编辑出版。《中国人民大学博士文库》以每年答辩的博士论文为选题范围，筛选其中的优秀论文，逐年陆续编辑出版。

社会主义改革开放日新月异的发展，为马克思主义的理论上的创新，提供了广阔的天地。伟大的时代，正召唤着与其相适应的理论成果。广大中青年理论工作者，特别是获得博士学位的研究生，必将会对活跃和繁荣我国的理论研究，发挥重要的作用。当此《中国人民大学博士文库》和读者见面的时候，我衷心地希望更多的博士研究生，通过自己的辛勤劳动和刻苦钻研，写出更多、更好的学位论文，希望更多的人才脱颖而出，在我国的现代化事业中发挥应有的作用。

罗国杰

1988年10月

前 言

人们参加一项合同关系，是为满足它的某种特殊的需要。事实上，人们只有通过合同的履行才能够实现其直接的合同目的。正是在此意义上，订立合同并不是其目的，相反，消灭合同关系，才会使得其预期的目的得到实现。德国法哲学家 Radbruch 在其著名的《法哲学》一书中称“债权是法律世界中的动态因素，本身含有死亡的基因，债权目的一旦达到，债权即归于消灭”。在多数情况下，合同目的是通过履行的方式实现的。只有在合同未能获得正常实现时，才会求助于违约责任制度。

违约责任制度是合同效力问题的重要内容，也是合同法有效发挥其调整商品流转关系作用的重要手段。如果说合同法的主要作用表现为鼓励人们积极地从事交易关系，并通过合同履行实现当事人的订约目的，即建立良好和有效的经济交往关系，违约责任制度则是要借助强制性法律规范，消除阻碍正常交易关系进行的各种特殊的不正常状况。在这个意义上，违约责任制度必须反映合同法规则的全部结果。违约责任制度是以消除违约损害为己任的，在消除合同不正常履行过程所导致的损害中，它不仅要体现出一国对于此类行为的道德和社会评价，而且要公平合理地划

分违约损害后果。在此过程中，违约责任制度所要达到的结果，是使得债权人处于合同像已经获得履行那样的状态。所以，违约责任制度的作用仍然在于消灭合同关系的存在。

但是，合同法的作用是如何发挥的？到底是人们的信念促成了合同法功能的发挥，还是制度所蕴含的法律强制力促使人们使然？无疑，人们的道德观念始终在支配着合同当事人的行为。至于商人的道德观念与普通人的道德观念的差异，只是表明其道德观念的差异，而并不表明商人不受道德观念的支配。但是，如果一个社会仅仅是凭借道德观念而不是法律规范的严格实施加以维系，这个社会就无法成为法制社会，在社会经济关系进展过程中，就会不断地出现尔虞我诈和以强凌弱的现象。这种社会秩序下，就不会出现社会和经济繁荣的景象。在这个意义上，如何通过国家强制力去保证合同关系的正常建立及消灭，就成为合同制度，特别是其中的违约责任制度的重要课题。所以，违约制度虽然也是以消灭合同关系作为其最终任务的，但它与合同法上的积极或者鼓励性规则的价值是显然不同的。

在合同法的早期发展中，违约责任规则曾经是如此地零散和无序，以至于必须借助执法者个人的高尚道德水准来实现案件的公平处理。这一方面使得现代人对于古代案例中所包含的思想感到饶有兴趣，但在另一方面，它使得合同制度轻易地就成为执法者任意断案的美丽外衣。早期的合同法曾经是如此残酷和愚昧，以至于必须借助债权人对债务人的人身强制来实现债权。在此过程中，国家和法律似乎是为了使得债权人的此种强制力获得合法的形式。我认为，残酷的强制手段无疑会迫使许多债务人不致冒着巨大风险而轻易实施违约，这显然会使合同获得履行的比率大大

提高。但将人的自由和身体变成履行合同的担保，甚至授权债权人为了保护数量微小的财富而强制债务人的人身，这显然与当时对人格的低水准保护状况有直接的关系。但所有这些并不高明的规则都被包含在“合同必须严守”和诚实信用原则中。

随着时代的变迁，许多法律规则虽然保持着它的一些原始表述，但其真正的含义已经发生了重大变化，同时其理性的含义更加丰富。温故而知新，许多古代资料对于帮助我们深入理解现行的合同法规则及这些规则中所蕴含的法律观念，是颇为有益的。事实上，任何一个现代合同制度都不会是断代的，它总要直接或者间接地从历史的某个片断获得表现。就现代违约责任制度而言，其中的许多具体规则可能发轫于古代的某些规则，更甚至，现代法律的体系以及其中的许多极受重视的规则，都可以在历史的早期找到它起源的痕迹。美国学者艾伦·沃森在评价《法国民法典》时总结说，《法国民法典》在契约，无论是在契约的一般规定，还是在具体契约方面，以及所有权方面，罗马法占据统治地位。法国民法在其债法部分相当程度上继承了罗马法的具体规则，所建立的债法体系虽然经过上百年的发展而展现出自身的特点，但始终没有脱离罗马法的深重影响。德国以萨维尼为代表的历史法学派曾经自称为罗马帝国的后裔，并在罗马法的基础上提出了新的学说体系。虽然他们自封为罗马人的继承者，然而到底在哪些方面和以哪种方式继承了罗马法，显然并非没有疑问，但这种继承的结果却使得德国建立起其民法史上最辉煌的时代。在现代社会，遵守诺言和诚实信用虽然仍是合同法的基本规则，但是，这些原则下所包含的实际内容已远非昔日可比；同样，“违约责任”的概念依然得到保留，但“违约责任”这一术语所包含的实际内容已经

发生了巨大变化。在强调交易快捷和实质公平的现代经济社会,违约责任制度的具体规则在不断发展、变化和充实。

呈现在现代人面前的违约责任制度,其内容丰富多彩,各国在违约责任制度上发展出自己的规则和制度。以大陆法系国家为例,它在违约责任的基础性制度上的创建性极为显著,它构造出合同债务和责任的关系理论,并使得违约责任制度建立在一个坚实的基础上;英美合同法具有判例法特征,这使得其违约责任制度展现出实用而多样的违约责任补救手段体系。这种丰富多彩的规则设计,既有历史造就的原因,也有现代经济发展的实际需求。它既有反映社会规律性方面的原因,这使得其中的技术性因素的可借鉴性大大增强,也有其特殊的社会和经济原因,这需要通过认真的鉴别而获得其中有益的启发。无论如何,中国要发展其违约责任制度,不能置人类的历史和文明的发展于不顾,而必须借鉴国外的成熟经验。但与此同时,我们又绝不能将这种借鉴理解为简单的吸收和照搬。

在建立社会主义市场经济的过程中,我国立法机关、行政执法机关和司法机关对于合同制度,特别是其中的违约责任制度,已经给予了高度重视,颁布了以《民法通则》为基本法,以《经济合同法》、《涉外经济合同法》和《技术合同法》为羽翼的新型合同法体系,并在加紧制定统一的合同法;在行政执法过程中,我国实施了一系列提高合同履约率的措施,包括建立“重合同,守信誉”的激励制度;在司法审判过程中不断积累和总结经验,形成了特有的理论研究方法和研究体系。但现有的违约责任制度的理论研究存在一些问题。首先,我们强调违约责任制度的相对独立性,相对地忽视违约责任的基础性概念的研究,如债务的概念

和体系的研究，从而使得违约责任制度的研究缺乏债法的理论基础。在这一点上，我国违约责任制度与英美法系的实务操作特点相当接近。事实上，违约责任制度是用来反映合同法整体规则的结果性制度，它应反映出合同法所有积极规则的全部后果。在这个意义上，如果脱离债法的基础地位，就无法讨论违约责任制度的全部含义。其次，现有的研究强调违约责任制度的制裁功能，认为违约责任是对违反合同债务人的惩罚或者制裁。在国内研究的观念中，理论上始终认为强制性是保证合同得以顺利履行的基础性手段，换言之，我国违约责任的重点始终放在如何借助违约责任制度，鼓励或者刺激合同的履行上，而相对忽视违约补救体系。制裁性或惩罚性固然是违约责任制度的重要功能，但却显然不是违约责任制度的全部功能。我认为，一方面，违约责任制度作为合同法领域的一个重要问题，是合同法效力得以发挥的基本手段，在这个意义上，它使得关于合同的整体理论建立在一个完整的可运行的基础上；在另一方面，违约责任制度的实证价值也异常重大，能否设计出较为合理可行的方案，意味着能否有效地处理现实生活中大量存在的违约案件。事实上，正是因为存在精细的补救手段，才使得违约责任制度显现出它在调整合同关系上的特殊作用。

笔者的恩师赵中孚教授向来注重如何实现国内与国外、理论与实践的结合，并始终要求我如此地对待学问。我原以为这是一个简单的要求，但尝试下来却有异常艰苦的感觉。由于违约责任制度原本就无法作为完全独立的领域加以对待，想要就违约责任问题作出正确的理论归纳，就无法脱离对债的一般理论的分析 and 研究，并将其思想贯彻到违约责任的具体制度中，这无疑是极其

困难的。与此同时，现实为理论研究提供的实际素材并不多，特别是实践中的典型案例是相当贫乏的，真正寻找到反映中国实务特点的案例往往被简单的判决书掩盖掉。但违约责任制度毕竟是合同法中的重要制度，它是所有合同法规则得以展开其功能的基本制度。甚至可以说，如果脱离违约责任制度，合同法上的所有规则就将失去其意义。在我将自己的若干想法告诉我的导师时，他很高兴地鼓励我能够选择这样的研究课题，并就我研究过程中可能出现的问题，及时地提出警示，这使我在以后的研究过程中避免了许多偏误和弯路。

我非常感激我的导师赵中孚教授，是他在数年的教学和科研中支持我，鼓励我。他所传授给我的，远远超过作为一个学者的赋予，我所获得的也不仅仅是一种学问，而且还获得了一种信仰和理念。正是这种信仰和理念，使得我能够以人为本去研究法律制度，而不是沉浸在纯理论的幻想中；正是这种信仰和理念，使得我在数年的教学和科研中能够锲而不舍，始终怀着稳定的心态进行所有的科研活动。我相信，任何理论或者成果都不可能摆脱作为研究者所持的信仰和理念。正是这样一种研究之道，使得我可以从新的角度去探讨违约责任这一古老的命题，并从中有所收获和启发。

本书的写作开始于对违约责任制度的历史回顾，随后分别讨论违约责任制度的概念和范围、违约责任的构成要件理论、违约行为的特点和类型、违约责任的归责事由以及违约的补救措施。由于违约责任制度涉及面极广，在许多问题上，师长和学友们的研究成果使我受益匪浅。由于违约责任毕竟是一个学术界研究已久的问题，学说和观点纷繁复杂，为了避免“滥竽充数”，本书尽量

撇开一般常识性理论，侧重就违约责任制度中最基本和最容易发生争议的问题，加以研究和分析。在写作方法上，我也力争作出一些新的尝试。本书采取比较方法，以借鉴国外研究成果和立法经验；采用实证方法，尽力反映国内理论成果及实践经验；采取评说方法，力图在评说中树立自己的观点。我深知这种研究方法的风险，它或许会使得本书结构带有跳跃性。但愿本书能在跳跃之中，形成尽可能完整的研究结论。

作者

1995年10月1日

中国人民大学博士文库

主 编 罗国杰

副主编 周新城

王 弄
(常务)

编 委

(按姓氏笔画为序)

马绍孟 王作富

王思治 王 弄

毛佩琦 许征帆

李占祥 陈先达

杜厚文 罗国杰

周文柏 周新城

胡乃武 徐安琳

秦惠民 谢自立

目 录

第一章 违约责任制度的历史与现状·····	1
第一节 大陆法系中的违约责任制度·····	2
一、罗马私法与违约责任制度·····	2
二、法国民法与违约责任制度·····	8
三、德国民法与违约责任制度·····	17
第二节 英美法系中的违约责任制度·····	20
一、英美合同制度的产生和基本结构·····	21
二、英美合同法的特点·····	24
三、英美合同法中的责任问题·····	27
第三节 违约责任制度的新发展及现状·····	31
一、民事责任制度的地位·····	31
二、合同法所保护利益的扩张·····	33
三、经济学说对违约责任制度的影响·····	35
四、法律评价手段的多元化趋势·····	39
第二章 违约责任的概念·····	41
第一节 违约责任的固有含义和地位·····	41

一、责任的含义及其与债务的关系	42
二、违约责任在大陆法系中的地位	48
三、违约责任的特殊法律功能	51
第二节 我国合同法中违约责任的含义	55
一、现有学说观点的评价	55
二、与大陆法系违约责任概念的比较	60
三、中国合同法上违约责任的范围	64
第三节 违约责任的特征	69
一、违约责任的财产性	69
二、违约责任的赔偿性	71
三、违约责任的强制性	72
四、违约责任的相对性	75
第四节 违约责任和相关民事责任的比较	78
一、民事责任概述	79
二、违约责任与侵权责任	88
三、违约责任与侵害债权	93
 第三章 违约责任构成理论研究	 101
第一节 违约责任构成要件概述	101
一、违约责任构成要件的含义	101
二、违约责任构成要件的国外立法例	103
三、违约责任构成要件的诸学说	107
第二节 违约责任构成要件的体系特点	110
一、多个要素组成的系统性结构	111
二、具有普遍适用性的结构体系	114

三、具有独立性的责任构成要件·····	116
四、具有特殊性的责任构成要件·····	119
第三节 违约责任构成要件与相关问题的研究·····	121
一、责任构成要件体系与适用条件体系·····	121
二、责任构成要件与违约行为构成要件·····	124
三、违约责任构成要件与损害赔偿的构成要件·····	126
第四节 损害事实及因果关系的地位·····	130
一、损害的概念和特征·····	130
二、损害与违约责任构成要件的关系·····	133
三、因果关系在构成要件体系中的地位·····	137
第五节 违约责任构成要件和归责原则·····	140
一、归责原则的含义和本质·····	140
二、双轨制归责原则体系的评价·····	146
三、违约责任构成要件和归责原则的关系·····	149
 第四章 违约行为研究·····	 151
第一节 违约行为的概念和特点·····	151
一、违约行为的概念·····	151
二、违约行为的客观性·····	153
三、违约行为的欠缺性·····	155
四、违约行为主体的特定性·····	157
第二节 合同义务及其解释·····	159
一、合同义务的含义和地位·····	160
二、英美法系与大陆法系的比较·····	164
三、合同义务的类型·····	167

第三节 违约行为的违法性研究	173
一、违约行为违法性问题的提出	173
二、违约行为违法性的理论基础	174
三、违约行为与违法行为的关系	176
第四节 违约行为的分类	178
一、国外违约行为的基本形态	178
二、中外合同法关于违约形态的比较	184
三、我国确定违约形态的原则	187
第五节 积极违约	189
一、积极违约概念的提出	189
二、积极违约的学说与评价	191
第六节 先期违约	194
一、先期违约的提出	194
二、先期违约的存在依据	196
三、先期违约与不安抗辩权的关系	198
第七节 根本违约	203
一、根本违约的产生	203
二、根本违约的特征及意义	206
三、根本违约的条件	208
第五章 归责事由研究	211
第一节 归责事由的概念	211
一、归责事由及其国外立法例	211
二、归责事由与归责原则	215
三、归责事由与免责事由	220