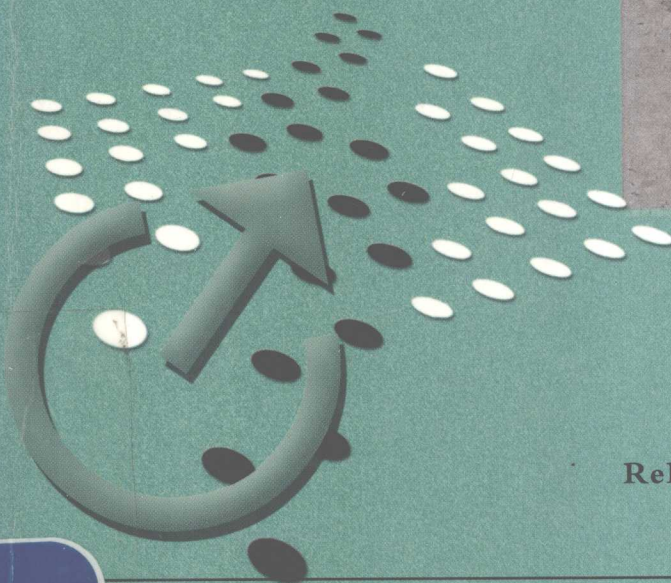


合同法热点问题研究

孙 鹏 著



HeTongFa
ReDianWenTi
YanJiu

群众出版社

合同法热点问题研究

孙 鹏 著

群众出版社
2001 年·北京

图书在版编目(CIP)数据

合同法热点问题研究/孙鹏著. —北京:群众出版社,
2001. 5

ISBN 7-5014-2490-X

I. 合… I. 孙… II. 合同法-研究-中国
IV. D923. 64

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 24056 号

合同法热点问题研究

孙 鹏 著

群众出版社出版、发行 新华书店经销

北京市白河印刷厂印刷

850×1168 毫米 32 开本 14 印张 370 千字

2001 年 5 月第 1 版 2001 年 5 月第 1 次印刷

ISBN 7-5014-2490-X/D · 1163 定价:24.00 元

印数:0001—4000 册

作者简介

孙 鹏 1971年6月生，四川省岳池县人。1993年获西南政法学院法学学士学位，1996年获西南政法大学法学硕士学位并留校执教，现为西南政法大学法学系讲师，民商法专业博士研究生。主要著作有：《担保法律制度研究》（合著）、《交易安全与中国民商法》（主编）、《中国保险市场的法律调控》（副主编），另发表学术论文数十篇。

责任编辑：张忠华 封面设计：郝大勇

序

《合同法热点问题研究》一书是青年学者孙鹏自《中华人民共和国合同法》颁布以来不断讲授合同法、研究合同法的结晶。本书与面面俱到的一般合同法著述不同,仅将笔力集中于合同法的现代发展、合同法的调整对象、合同的效力、合同的履行、违约与救济等有限的几个问题上。正是这一专题式研究方法,避免了在常识性内容上浪费笔墨,使本书对最能体现合同法本质和精神的几个问题的研究达到了相当的理论深度。我可以毫无夸张地说,本书的每一章都凝聚了作者的心力,都有作者独到和创新的见解,都是一篇完整的学术论文。正因为本书具有独步合同法书林的一些特征,我乐于为本书作序,并以此将本书介绍给广大读者,特别是大学法学专业本科生和硕士研究生这一读者层。我确信本书将是这类读者撰写学士论文或硕士论文的有益参考。

孙鹏是我西南政法大学民商法学科文才、口才俱佳的优秀青年学者之一。《中华人民共和国合同法》颁布后,他曾应邀在重庆、四川、广东各地讲授新合同法,所到之处听众交口称赞,名声与日俱增。我相信,他的这本合同法著作也会像他讲授的合同法课程一样,得到广大读者一致的认同和好评。

李开国

2001年5月2日

目 录

第一章 合同法的现代发展

——罗马法以来契约自由原则的兴衰	(1)
第一节 契约自由思想在罗马法上的起源	(1)
一、罗马市民法上之契约:形式是自由的天堂	(1)
二、罗马万民法上的诺成契约:契约自由原则的历史渊源	(4)
第二节 契约自由:近代民法的核心和灵魂	(7)
一、近代民法对罗马法的继受	(7)
二、近代主要资本主义国家法律(学说)对契约自由原则的阐述	(8)
三、契约自由原则的含义	(12)
四、契约自由原则的历史性贡献	(14)
五、奠基于契约自由原则上的近代(古典)契约模式	(18)
六、古典契约模式(契约自由思想)的深层动力	(22)
第三节 现代契约法:契约自由与契约正义的冲突与平衡	
——契约自由原则的衰落	(26)
一、引论	(26)
二、古典契约模式的突破	
——契约自由原则适用上之限制与衰落	(27)
三、契约法从近代向现代的基本走向	(34)
四、多元化的契约哲学	(43)
第四节 契约的死亡与契约的再生	(45)
一、吉尔莫宣告之“契约之死”	(46)
二、古典契约法原理,真的已经死亡	(50)

三、契约的再生发展	(51)
第五节 对我国合同法之评价	(52)
一、我国合同法的理论贡献和制度创新	(53)
二、合同法的缺陷	(62)
第二章 合同法的调整对象	(69)
第一节 合同法调整对象概述	(69)
一、合同法扩大了其适用范围	(69)
二、合同的本质为当事人之间的“合意”	(70)
三、不包括政治哲学、社会学上所谓的“社会契约”	(71)
四、不包括关于身份关系的协议	(71)
五、放弃了经济合同的概念	(72)
六、合同为民事法律行为,不包括行政合同	(73)
七、合同为最狭义合同,不包括所谓的“物权合同”	(77)
八、合同法留下了大量的无名合同	(79)
第二节 物权行为理论概述	(82)
一、物权行为理论的提出	(82)
二、我国关于物权行为理论之争概览	(84)
第三节 物权行为理论构成	(89)
一、物权行为的概念	(89)
二、物权行为的概念与物权行为的独立性	(91)
三、物权行为的独立性与无因性	(92)
四、物权行为理论与物权变动的形式主义立法	(96)
第四节 物权行为问题为一价值判断问题	(98)
一、物权行为问题并非事实判断问题	(98)
二、对物权行为理论的价值判断	(100)
第五节 物权行为理论与民法制度构造	(108)
一、物权行为理论与民事法律行为制度(民法总则)	(109)
二、物权行为理论与物权公示公信制度	(115)

三、物权行为理论与无权处分	(117)
四、物权行为理论与善意取得制度	(122)
五、物权行为理论与不当得利制度	(127)
六、物权行为理论与他物权的设定	(132)
第六节 并非结论的结论	(135)
一、对物权行为理论研究(存废之争)方法的反思	(135)
二、对物权法草案建议稿所持立场的评价	(137)
 第三章 合同的效力	(144)
第一节 合同效力概述	(144)
一、依法成立的合同,对当事人具有相当于法律的 效力	(144)
二、合同效力判断	(150)
第二节 影响合同效力诸因素	(164)
一、表见代理	(164)
二、法人越权——以公司为中心	(177)
三、无权处分	(185)
四、合同形式	(201)
第三节 对格式合同的效力控制	(221)
一、格式合同的概念和特征	(221)
二、格式合同的制度基础	(223)
三、格式条款之订入	(225)
四、格式合同的反常性	(229)
五、对格式合同的法律控制	(233)
第四节 合同效力的相对性与涉他性	(243)
一、合同效力相对性概述	(243)
二、合同相对性的突破(合同的涉他性)	(249)
三、第三人侵害债权	(256)
四、附保护第三人作用合同	(264)

第四章 合同的履行	(270)
第一节 合同履行中的抗辩权	(270)
一、同时履行抗辩权	(270)
二、不安抗辩权	(283)
第二节 合同的保全	(288)
一、债权人代位权	(289)
二、债权人撤销权	(303)
第三节 情事变更原则	(320)
一、情事变更原则的孕育与诞生	(320)
二、情事变更原则的法律适用	(324)
三、情事变更与相关概念的关系	(329)
四、情事变更原则在我国法上的适用	(332)
 第五章 违约与救济	(339)
第一节 违约责任的归责原则	(339)
一、过错责任与严格责任:两大法系的不同传统	(339)
二、我国合同法上的违约责任归责原则之争论	(342)
三、对合同法上的归责原则的思考	(346)
第二节 违约形态	(352)
一、违约形态:是否是一种有意义的区分	(352)
二、预期违约	(359)
三、加害给付	(373)
四、双方违约	(387)
第三节 违约补救	(394)
一、实际履行	(394)
二、损害赔偿	(409)
三、根本违约与合同解除	(428)
 后记	(439)

第一章 合同法的现代发展

——罗马法以来契约自由原则的兴衰^①

第一节 契约自由思想在罗马法上的起源

一、罗马市民法上之契约：形式是自由的天堂

(一)铜块和秤式(per aes et libram)

铜块和秤式是罗马法最早的契约形式,包括以移转所有权为目的的要式买卖——曼兮帕蓄(mancipium mancipatio)和用于金钱借贷的要式现金借贷(债务口约)——耐克逊(nexum)。^②其中,代表曼兮帕蓄之 mancipatio 一词系合 man(手)和 capere(攫取)二词而成,故曼兮帕蓄又称握取行为,罗马法学家盖尤士对此种古老的买卖仪式曾作有描述:买卖双方必须亲自到场(惟买主可由其家属或奴隶代表);并邀请具有行为能力的成年罗马市民六人,五人为证人,一人为司秤,然后由买主手持欲买之物或其标记(如为不动产则以土地块为象征)和一铜片行至司秤人员面前说“依照罗马法律,此物应归我所有,是我以此铜片及秤买来的”,随后以铜片在秤上敲击,交付铜片给卖主作为价金,买卖关系始告成立。^③而拉丁文中代表耐克逊的 nexum

① 本章在我发表于1998年第4期《现代法学》文《合同法的现代发展:走向21世纪的中国合同法》的基础上写成。

② 周楠:《罗马法原论》,664页,商务印书馆,1996;[意]彼德罗·彭梵得著,黄风译:《罗马法教科书》,353页,中国政法大学出版社,1992。

③ [意]彼德罗·彭梵得著,黄风译:《罗马法教科书》,212~213页,中国政法大学出版社,1992。

为拘束、连接、债之含义,其与曼兮帕蓄一样都要采取铜块和秤的形式,但在进行现金借贷时当事人所用的法定语言却已无从考证。^①很显然,无论是曼兮帕蓄或者耐克逊,均对所有权“让与”和债“契约”混淆不分,早期罗马人在观念上“把一个契约长期视为不完全的让与”,^② 契约的合意因素与履行此合意的物权移转行为在观念上是很难分开的,它们在外观上必然表现为统一的要求式交易行为。正是由于合意契约行为与物权移转行为并不具有独立的意义,意思表示必须靠即时交付来保证,二者在时空上不相分离,脱离了法律上“可期待的信用”这一命题,故早期罗马法上并未孕育出现代的契约观念,曼兮帕蓄和耐克逊也并非现代意义上的契约形态。^③

(二)要式口约(stipulatio stipulazione)

要式口约是当事人用特定的语言经问答相符而订立的单务契约,其中,要约者(stipulator)是债权人,承诺者(sponsor pro mittor)是债务人。据较为共同的观点,要式口约渊源于《十二表法》以前的神前誓约,其最初只适用于罗马市民,限于用拉丁语问答,其条件为:一是订约时双方当事人均到场以便于进行问答。二是限于用专门的语言,即拉丁语“承诺”(sponsio)。三是问答时先由债权人发问承诺否(spondesne),再由债务人回答承诺,内容两相符合,契约成立。如果问答次序颠倒,是债务人先问而债权人作答,或者问答之间当事人为其它动作、讲其它的话而使问答过程中断,或者问答不符,则契约自始无效,且不因事后改正而有效。之后,伴随罗马版图扩大和社会经济发展,大法官允许外国人用“允诺”(promisso),“给予”(datio),“作为”(facio)等形式订立要式口约,而承诺式仍保留为罗马市民沿用。帝政后期,只要当事人意思表示一致,无论采取何种形式与语言均可生效,优帝时即使用不同语种问答也能订立要式口约。由于要式口

① 周楠:《罗马法原论》,664页,商务印书馆,1996。

② [英]梅因著,沈景一译:《古代法》,181页,商务印书馆,1959。

③ 董安生:《民事法律行为》,4~5页,中国人民大学出版社,1994。

约的形式相对简便,且因其为严法契约,备受罗马人青睐,而得以普遍适用,成为最重要的口头契约。^①

(三)文书契约(contractus literis)

文书契约是因家长登记账簿而发生效力的契约。罗马古时,市民家里都置备一套账簿,主要的是“现金收支簿”(codex accepti et expensi),所有关于家庭经济的各项现金收支都登入此簿。本来,这种收支簿仅系一家庭收支证明,并非债之契约。到公元前3世纪,银行营业从希腊传入罗马,此种收支簿遂在商业上也获广泛适用,收支簿的记载,双方当事人都应记账,即债权人作为支出登记,债务人为收入登记,此双方的记载即最初的文书契约。^② 由于这种文书契约系因记账而生,故无须当事人亲自到场,也不强求双方记载数额完全一致,如果要证明债权的存在,以债权人一方提出其收支账簿为已足。但因该种契约之标的仅为确定的金钱,不适用于其它债的关系,故于公元前1世纪即已无形废止了。^③

无论是早期的铜块和秤式,或者经此发展而来的要式口约与文书契约,都特别重视套语和程式,故罗马法学家将其统称为要式契约。依照市民法理论,“契约”与“协议”并非同一概念,仅有当事人间的“协议”(或称“合约”、“允约”)并不能构成一个契约。一个完整的“契约”是一个“协议”加上“债”。^④ 而特定的仪式或形式;正是使债附加于合约上的不可或缺的纽带,没有这一纽带,当事人间的合意只能是“空虚合约”(nude contractus),而“空虚合约”在市民法上没有效力,^⑤ 英国法史学家梅因也曾指出:罗马契约之债的效力是“附着在仪式上的语言或动作……使法律执行有制裁武器的,不是一个允约,

① 周楠:《罗马法原论》,667~668页,商务印书馆,1996。

② 周楠:《罗马法》,229页,群众出版社,1991。

③ 周楠:《罗马法》,230页,群众出版社,1991。

④ [意]彼德罗·彭梵得著,黄风译:《罗马法教科书》,307页,中国政法大学出版社,1992。

⑤ 杨振山:《罗马法·中国法与民法法典化》,344页,中国政法大学出版社,1995。

而是附着一项庄严仪式的允约。仪式不但和允约本身有同样的重要性,仪式并且比允约更为重要”。^①同时,罗马市民法要式契约所体现出的形式主义,有两个显著的特点,一是在这些要式交易中采取行动和提出倡议的人均为买主,丧失物或负债的人的行为则表现为被动的允许态度,顶多是表示赞同;另一特点是契约所需形式多为口头形式,即规定的动作和套语。^②这就更加增强了市民法形式主义的僵硬性,以至于学者称“形式为自由的天堂”。^③在极度形式主义的罗马市民法下,当事人合意的因素显得无足轻重,即使固定套语式的言词并不反映当事人的真实意思,也无论当事人间的协议是否在受欺诈或胁迫的情况下达成,只要交易仪式符合要求,就不影响契约的效力;反之,如果没有履行规定的仪式,或者在规定言词的表达上出现任何微小的差错,纵然当事人已就交易内容达成协议,契约也无法成立、生效。正是由于罗马市民法上契约“合意”的因素被物权移转行为和繁琐的形式所吸收,其“粗糙形式”的“契约”和现代成熟时期的契约之间存在一段很远的距离,^④在这种完全排斥当事人合意因素的商品交易中,契约自由根本就无从谈起。

二、罗马万民法上的诺成契约:契约自由的历史渊源

(一)万民法之形成

罗马共和国中期以后,罗马统治者不断对外扩张,到元首政治时,已发展为一个地跨三洲的帝国。罗马版图的扩大使罗马市民之外的人被纳入罗马经济生活的范围,其与罗马市民之间以及其相互之间的商品交易关系必然发生,而根据罗马之属人主义原则,市民法对外邦人不能直接适用,故迫切地需要相应的法律以适应国家经济主体变化的要求。同时,军事征服所促进的商品经济的发展也呼唤

① [英]梅因著,沈景一译:《古代法》,177页,商务印书馆,1959。

② [意]朱塞佩·格罗索著,黄风译:《罗马法史》,117页,中国政法大学出版社,1994。

③ CARBONNIER, Les obligations, P. 182

④ [英]梅因著,沈景一译:《古代法》,177页,商务印书馆,1959。

着破除市民法严苛的形式主义桎梏,在这种时代背景下,罗马统治者
在市民法之外,借助于最高裁判官的审判实践,通过最高裁判官颁发
告示的方式,促成了万民法的产生与繁荣,万民法一开始就注重摆脱
市民法的狭隘和繁琐的形式主义,比较简易灵活,适应了商品经济的
发展,从而更具有生命力。在契约问题上,万民法诞生了诺成契约,
相对于市民法作出了一项革命性的变革。

(二)诺成契约的产生

如前所述,在罗马市民法早期,物权移转行为与契约合意行为统
一为一项要式交易行为,即曼兮帕蓄和耐克逊,现代意义的契约尚未
形成。之后,该种要式交易行为中的合意行为因素与物权移转行为
不断分离,一方面,意思表示行为因素被不断抽象出来,而原来作为
这种表意行为之载体的曼兮帕蓄和耐克逊逐渐丧失其存在的价值;
另一方面,万民法上的交付行为相继取代了早期的各种要式交易手
段,而作为民法物权取得制度的基本要素保留下来。^①共和国末叶,
罗马裁判官在审理对外贸易纠纷的过程中,充分地注意到此种分离
的趋势,并最终通过告示赋予非以特定形式而产生的当事人间的“协
议”以法律效力,从而导致了罗马法上诺成契约的产生。起初,诺成
契约只是万民法上的契约形式,仅适用于罗马公民与外国人间的贸
易关系,但由于它适应了罗马经济发展的需要,又符合罗马自然法的
公平、理性观念,被当时的罗马法学家认为是最符合自然状态的一种
合意,故其效力最终得到市民法的承认,成为与市民法契约并存的契
约形式。^②此种诺成契约,与市民法上的要式契约完全不同,契约的
成立无须任何形式,仅以当事人的意思为要件,契约也只有在当事人
均同意时才能解除,而缔约形式被彻底排除于契约有效要件之外,成
为当事人内任意志的象征。诚如优士丁尼《法学阶梯》所指出:“关于

^① 董安生:《民事法律行为》,7页,中国人民大学出版社,1994。

^② 杨振山:《罗马法·中国法与民法法典化》,346~347页,中国政法大学出版社,1995。

买卖、租赁、合伙、委任等契约,债务以当事人的同意而成立。上列各种契约,其债务缔结只需双方当事人同意的说法,乃是因为其缔结既不需要文书,也不需要当事人在场;此外,也没有必要给予某物,只需进行该法律行为的当事人同意即可。因此,双方不在一处,也可以缔结这种契约,例如利用信函或信使,均无不可。”^①

诺成契约的产生在契约法的发展中具有极为重要的意义,其“在契约法史上开创了一个新阶段,所有现代契约概念都是从此一阶段发轫的”,^②正是在诺成契约中,意思表示合致才具有独立的法律意义,“使契约逐渐和其形式的外壳脱离”、“心头的约定从繁文缛节中迟缓地但非常显著地分离出来,并逐渐成为法学专家兴趣集中的惟一要素”;^③正是通过诺成契约,意思表示才直接与债相联系,才产生了意思表示具有法律效力的观念基础;也正是通过诺成契约,才产生了契约意志自由的可能性,孕育了一个极富生命的合同法原理:契约成立与否取决于当事人的自由意志,契约之债的效力来源于当事人的合意,即后世概括的契约自由原则。所以,罗马万民法上的诺成契约在确立现代契约概念的同时也导源了契约自由原则,成为契约自由思想的真正历史源头。

虽然,万民法上的诺成契约孕育了契约自由思想,但这一思想在罗马法上远未成熟。毕竟,诺成契约仅仅为与要式契约相并存的契约形态,且其只适用于买卖、租赁、合伙、委任等少数契约形式,对罗马法中重形式轻意思的原则仅仅构成某种例外;再加上罗马奴隶制社会的特点,奴隶本身并非契约主体,其意志难以通过契约方式实现,更极大地阻碍了契约自由的思想。但无论如何,是万民法之诺成契约,为后世契约自由原则植下了生命之“根”,伴随着契约社会条件

① [古罗马]优士丁尼著,张企泰译:《法学总论——法学阶梯》,173~174页,商务印书馆,1989。

② [英]梅因著,沈景一译:《古代法》,189页,商务印书馆,1959。

③ [英]梅因著,沈景一译:《古代法》,177页,商务印书馆,1959。

的不断成熟,这一早已植下之“根”终于获得久盼的雨露甘霖,始自罗马万民法契约自由的星星之火,也终成燎原之势。

第二节 契约自由:近代民法的核心和灵魂

一、近代民法对罗马法的继受

公元476年,日尔曼人灭亡西罗马帝国后,在其废墟上实行属人主义,罗马人依然适用罗马法,而日尔曼人则适用自身的习惯法,在长期的发展过程中,罗马法与日尔曼法不断融合,但是,失去帝国强力支撑的罗马法已没有往昔的光彩;伴随着教会势力的增强,教会法(寺院法)之影响也甚嚣尘上,在婚姻、家庭、继承等方面甚至压倒了罗马法。无论罗马法的生命多么顽强,都不能否定这一基本的事实:在6~11世纪,从总体上看,并非罗马法的世纪,日尔曼习惯法与寺院法交相辉映掩盖了罗马法的光芒。然而,就在中世纪的黑暗中,却悄无声息地孕育着资本主义商品经济的萌芽,当其“小荷才露尖尖角”后,迫切的需要适于其生存的法律阳光普照。落后的日尔曼习惯法以及宗教因素浓厚的寺院法都不可能包含调整商品经济的一般规则,而古老的罗马法则是“商品生产者社会的第一部世界性法律”,^①虽然是“简单商品生产即资本主义前的商品生产的完善的法,但是也包含着资本主义时期的大多数法权关系”,^②故其再度成为时代的宠儿。11世纪在意大利比萨发现了失传已久的优士丁尼《民法大全》残本,顿时掀起了复兴罗马法的热潮。意大利波伦那大学教师伊纳留斯(Imerius)创立注释法学派,以在条文后注释的方式讲授和研究罗马法,并由阿佐(Azo Portius)、阿库修斯(Accursius)发扬光大,该学派成为近代西方法学的先驱,建造了由罗马法通向近代法的桥梁,伊纳留斯因此被誉为“法的明灯”。继注释法学派之后,以巴托鲁斯

① 《马克思恩格斯全集》第21卷,346页。

② 《马克思恩格斯全集》第36卷,169页。