

民事合同审判热点

主 编 张传读
副主编 王尚学 向韩斌 张树和 张爱阳
编 委 梅咏明 李小菊 邵震宇

人 民 法 院 出 版 社

图书在版编目 (CIP) 数据

民事合同审判热点/张传读主编. —北京: 人民法院出版社, 2000. 10

ISBN 7-80161-039-3

I. 民… II. 张… III. ①合同法-中国-学习参考资料 ②合同-民事纠纷-审判-学习参考资料 ③合同-经济纠纷-审判-学习参考资料 IV. D923. 64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2000) 第 67373 号

民事合同审判热点

张传读 主编

人民法院出版社

北京东交民巷 27 号 100745

(电话 65136849 65299981 65134290)

北京人卫印刷厂印刷

787×1092 毫米 1/32 9.25 印张 232 千字

2000 年 10 月第 1 版 2000 年 10 月第 1 次印刷

印数: 1—3000 册

ISBN 7-80161-039-3/D·039

定价: 14.00 元

前 言

《中华人民共和国合同法》是我国社会主义市场经济法律体系中的一部重要法律。《合同法》的颁布实施，为市场交易提供了统一的交易规则，对我国民事立法的完善和经济体制的畅通运行具有非常重要的意义。同时，《合同法》的颁布实施，对担负着执法重任的人民法院来说也具有重大影响。准确理解法律，正确适用法律，是人民法院义不容辞的责任。准确理解法律，首先必须学习好法律。我省从事民事审判工作的部分同志，在省法院倡导的“掀起学习之风、调研之风，争当专家型法官”活动的推动下，在学习《合同法》的过程中，对《合同法》适用中的有关问题探讨，结合审判实践写出了有一定理论深度的调研文章。我们将这些成果汇集成册，以求教于同仁，以利于我们更好地理解和掌握《合同法》的基本精神，准确地执行《合同法》。由于我们水平有限，加之时间仓促，缺点、错误在所难免，敬请广大读者批评指正。

编 者

二〇〇〇年二月二十三日

目 录

1. 适用合同法的几个问题 张树和 王立志 (1)
2. 论无权代理、表见代理与善意取得的关系
..... 王 敏 曾 群 (11)
3. 关于合同解释的几个问题 吴传华 (18)
4. 代位权的适用 涂 莉 (28)
5. 合同效力辨析 李 文 (35)
6. 浅析合同解除的适用 黄冈中院民一庭 (46)
7. 论合同的成立与生效 徐腊英 王纳新 (54)
8. 确认无效合同应注意把握的几个问题 杨忠东 (60)
9. 论合同解除的适用 卢朝辉 (67)
10. 撤销权的适用 陈发伦 (73)
11. 是实践性合同还是诺成性合同 刘卓彬 (82)
12. 浅析缔约过错责任 汪书力 (94)
13. 合同解除的适用 黄石中院民一庭 (100)
14. 试论双务合同履行中的抗辩权及其适用
..... 张学华 汪国献 (107)
15. 合同解除的适用 荆门中院民庭 (120)
16. 合同保全制度初探 廖学贵 (125)
17. 论合同的履行抗辩权 崔四星 (134)
18. 违约责任的承担方式及其相互关系 随州法院 (144)

19. 浅谈缔约过失责任及其适用问题 李海成 (152)
20. 浅谈赠与合同的性质及撤销赠与的条件与在实践中
的应用 钟祥法院民庭 (160)
21. 浅谈不安抗辩权、同时履行抗辩权和后履行抗辩权
..... 谢世林 (168)
22. 合同成立与生效的区别 孝南区法院民庭 (175)
23. 租赁合同租赁期限的规定及法律后果
..... 吴汉和 吴新贵 (182)
24. 浅谈违约责任与侵权责任的竞合 刘 强 (188)
25. 违约责任的承担方式及其相互关系 陈桥生 (194)
26. 浅析合同权利义务转让的有关问题 吕正兆 (202)
27. 对合同法第一百一十九条第一款的理解及如何
掌握“扩大损失的部分” 郑庆国 (209)
28. 违约责任的归责原则初探 云梦法院 (217)

- 附：中华人民共和国合同法..... (222)
- 最高人民法院
- 关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题
- 的解释（一）..... (283)

适用合同法的几个问题

湖北省高级人民法院民庭 张树和 王立志

《中华人民共和国合同法》(以下简称合同法)作为规范市场交易的基本法律,规范了各类合同的订立、履行和违约责任,是我国民商法的重要组成部分。人民法院正确适用合同法,对于保护当事人的合法权益,维护社会经济秩序,促进社会主义现代化建设,具有十分重要的意义。合同法施行以后,因其独特的制度设计和程序安排,虽然使之更具有操作性,但在实践中仍将有一些可能要遇到的问题有待明确。本文拟就人民法院适用合同法的几个问题进行探讨。

一、债的保全的相关程序问题

合同法规定的代位权(Subrogation)和撤销权(Right of revocation)是为防止因债务人财产的减少而给债权人的债权带来危害时,允许债权人为保全其债权的实现而采取的两项法律措施。对于债的保全,有以下几个问题应当注意把握:1. 提起债的保全的

主体资格：合同法中规定的债权人是债权已经确认的明白无误的债权人，还是主观认为其对相对人享有益权的债权人？笔者认为，应是指后者，因为后者的外延包含了前者，如果是指前者的话，则实际上只可能存在于民事诉讼执行程序中（即非典型的代位权，见最高法院《关于适用民事诉讼法若干问题的意见》第300条），显然合同法对此立法旨在于民事审判程序中行使代位权或撤销权，否则，合同法则没有必要就此再行立法，至于债权人是否真实地对相对人享有债权，应由人民法院予以审理判定。

2. 诉讼身份：债权人作为原告是无争议的，但诉讼中，债务人作被告、债务人的债务人作第三人，还是债务人及其债务人作共同被告？笔者认为，关于代位权诉讼，债务人和债务人的债务人（即次债务人）应同为被告；但如债权人仅以次债务人为被告提起代位权诉讼，未将债务人列为当事人的，人民法院可以追加债务人为第三人。而对于撤销权诉讼，则可依下列情形处理，当撤销权属形成权性质，即处分行为只达成协议而未实际转移占有时，债权人仅得使债务人与第三人之间的法律行为归于无效即达到保障自己债权实现的目的，因此债务人为被告，与债务人达成协议的一方为第三人；当撤销权以返还原物的请求权性质为主，即处分行为已实际转移占有时，该诉讼的性质为给付之诉，债权人此时还得请求受益人将其所获占有利益返还债务人，因此，债务人和受益人应为共同被告；当债权人提起撤销权诉讼时，仅以债务人为被告，未将受益人列为当事人的，人民法院可以追加该受益人为第三人。

3. 代位权的时效：合同法中没有明确代位权的诉讼时效，则按普通时效2年，债权人自其知道或者应当知道代位事由之日起二年内，行使代位权提起诉讼应视为债务人对债务人的债务人的诉讼时效中断，以此确保债权人利益。

4. 裁判文书主文表述：代位权判决可分两个方面的内容表述：一是责令债务人的债务人向债务

人履行给付义务；二是限制债务人对其受领的债权行使处分权，即“债务人对该财产仍享有占有、使用、收益的权利，但不享有处分的权利”。撤销权判决主文表述，分两种，对于撤销权仅为形成权性质表述为“债务人与受益人的协议无效”；出于债权人代位制度之价值取向就在于保障债权的实现，若允许债务人行使处分权，势必再一次造成债权之得不到保障的局面，债权人为此又得行使撤销权，这会增加成本的考虑，当撤销权以请求权性质为主时，则表述为“一、债务人与受益人的协议无效；二、受益人将所得利益返还给债务人；三、限制债务人对其返还所得的财产不得行使处分的权利。”

二、电子证据的审核和认定

合同法中规定了电子数据交换(Electronic Data Interchange, 简称EDI)和电子邮件(E-mails)等数据可以作为合同书书面形式，从而肯定了电子合同也是书面形式合同，由于该“无纸合同”具有自身的一些特点，即合同的要约、承诺、传递是通过计算机互联网的电子数据交换来进行，合同不需传统的签字，仅需各方采用电子密码“签名”；且合同成立、变更和解除也不需采用传统的书面形式，合同的内容完全可以储存在计算机的内存中，也完全可以储存在磁盘上，由于以上特征，当因电子合同发生纠纷时，人民法院为准确认定案件事实，必须借助证据手段，因此对电子证据的认定以再现合同真实面目至关重要。人们普遍认为，电子证据作为电子计算机储蓄的数据资料应归属于民事诉讼法规定的七种证据中的视听资料，而民事诉讼法第69条规定：“人民法院对视听资料，应当辨别真伪，并结合本案的其他证据，调查确

定能否作为认定事实的根据”，这一规定在审判实践中带来的后果是将电子证据的可靠性和确定力置于模棱两可中，由于这一规定对电子证据的效力作了苛刻的限制，致使在司法实践中对其运用非常困难，况且计算机中所储存的数据资料极易被伪造、篡改、删除，这也对电子证据进行全面的分析研究和鉴别虚实与真伪，认定电子证据的客观性与案件事实的必然联系增加了难度。尽管最高法院在《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》第 28 条作出“没有其他证据印证并有疑点的视听资料不能单独作为认定案件事实的依据”的规定比民事诉讼法第 69 条的规定更加具体，但对于何为“有疑点”在审判实践中仍不易把握。为此，有人建议人民法院对电子证据的认定只要其能够证明案件事实，而不必要求其与其他证据相印证；并且还对电子证据的保全和收集提出了新的看法：即电子合同的双方当事人可以约定电子合同除由双方的电脑保存外，还由中间商或网络服务商或具有公正作用的其他第三者的电脑网络来储存记录。在实践中，也是这样的，如据新闻报道，我国首例网上电子购物合同，广东省邮电管理局向斯科系统公司订购 163 广州中国网、169 多媒体信息网有关设备即采用网上签约，由第三人广东省邮电局电子商务中心实施网上数字认证进行的。

三、提存程序亟待明确的问题及其经验借鉴

提存是指债务人将无法清偿的债权的标的物提交有关机关保存而达到消灭债权的目的，合同法第 101 条规定提存适用的条件为：债权人无正当理由拒绝受领、债权人下落不明、债权人死亡未确定继承人或丧失民事行为能力未确定监护人以及由于债权人

方面的原因使合同债务无法履行。尽管一般认为，提存是市民社会生活自身无能力为债务清偿而求助于国家的一种非诉讼解决方式，但由于其是合同终止的一种主要原因，因此它也成为涉及合同终止的民事诉讼中人民法院可能要审查的重要法律事实。关于提存程序，笔者认为其中有两个与审判实践密切相关的问题尚需明确：1. 提存标的物的要求，提存标的物原则上须是依债权的规定应当给付的标的物，提存标的物还必须是依全部清偿的原则清偿全部债务，不允许部分提存。一般认为，提存的标的物只限于适宜于提存的动产，主要包括金钱、有价证券等，但笔者认为不动产也可以提存，理由是不动产在性质上为可提存之物，且不动产适于长期保存，不动产于提存期间一般不但不会损其价值，反而会增值，此无害于债权人。2. 提存机关，提存机关是经批准设立的接受提存物而为保管，并应债权人请求将提存物发还债权人的机构，对之合同法还没有就哪些机构可充任提存机关作出统一规范，有的观点认为债权人所在地银行、公安机关设立的失物招领处、公证机关或其他经法院指定的业务及条件上适于办理提存事务的单位均可成为提存机关。笔者认为，学习外国所设专门的提存所所附属于法院的经验，我国可在人民法院中设立专门的提存所，债务人进行提存需到债权人所在地人民法院提存所进行；如当事人约定合同纠纷按仲裁裁决，则可由债务人向仲裁机构申请进行提存，仲裁机构审查后，再将提存有关材料移送仲裁机构住所地人民法院提存所执行。有鉴于此，笔者认为随着合同法的实施，为了规范提存行为，建议在民事诉讼法第十五章特别程序中增设提存程序的专门规定。

四、减少违约金应以反诉为前置条件

合同法第114条第二款规定“约定的违约金低于造成的损失，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失，当事人可以请求人民法院或仲裁机构予以适当减少。”在民事诉讼中，当事人请求人民法院减少违约金，是否以反诉为前提？反诉，是指在已经提起的诉讼中，被告为了维护自己的权益，以本诉的原告为被告，向法院提出与本诉有直接联系的独立的诉讼请求，以达到抵消、动摇或者并吞本诉的目的。笔者认为，要运用好该条款首先是应对其权利性质有一个正确的认识，即赋予当事人减少违约金的权利是属于请求权还是抗辩权。抗辩权是指对抗请求权或否认对方权利的权利，若认为合同法规定的减少违约金是一种抗辩权，那么只需违约方提出约定的违约金过分高于造成的损失的事实陈述，人民法院就应予审查，作出对此有关变更判决。请求权则是请求他人为一定行为或不为一定行为的权利，此种情况下认为约定的违约金过分高于造成的损失，实际上已经侵害了违约方的合法权益，因此其应提出请求适当减少违约金的反诉，人民法院才应对此进行审理。笔者同意减少违约金应以被告（违约方）提出反诉为条件，因为首先，合同法该条款赋予了违约方在约定的违约金过分高于造成的损失可以请求人民法院予以适当减少的权利，它是一项被告（违约方）应当依法积极行使的请求权的规定；其次，对于“约定的违约金是否过分高于造成的损失”这一具体情况，违约方的感受是最深刻的，是否提起反诉由他自行即可决定方能达到维护其合法权益的目的，否则他则没有必要提起反诉。

五、类推适用的司法程序新要求

类推适用也称比照适用，是指司法机关处理案件时，在法无明文规定的情况下，可以在一定条件下比照与本案最相类似的法律条文进行处理，它是在法律适用过程中弥补法律空白的一项措施。为了在民事司法活动中能够正确运用类推，合同法第124条对合同法律规范的类推适用的条件作了具体的规定：“本法分则或者其他法律没有明文规定的合同，适用本法总则的规定，并可以参照本法分则或者其他法律最相类似的规定。”以上的规定表明：第一，依照类推处理的合同必须是属于合同法所调整的范围；第二，依照类推处理的合同必须是合同法或者其他法律没有明文规定的合同；第三，类推适用时必须或只能比照合同法分则或者其他法律中最相类似的规定处理。类推适用作为一种司法手段，在我国刑事司法领域经历了一个由保留到废除的过程，原刑事类推适用规定了应报请最高人民法院核准的刑事类推核准程序，从而避免了法官擅断和侵犯人权情况的发生。但作为民事实体法的合同法在规定了民事法律适用类推制度的同时，并未就审核程序作出规定，因此适用合同法中的法律类推只需在合同法或者其他法律没有明文规定时，可以参照合同法或者其他法律最相类似的规定执行，而无需报请上级法院核准。但就合同法律类推适用在一级法院内部应当有一定的规定，笔者认为对此应拟出如下三项规定：一、此类案件一审中应适用普通程序，而不得适用简易程序审理，因为该种案件在法律适用上具有一定难度，与之相随的是当事人双方权利义务关系模糊，当事人对案件的是非责任争议较大，故其不在简单民事案件之列；二、提交审判委员会讨论决定，

即使在事实清楚、合议庭意见一致的情况下，仍需经审委会讨论决定，这一要求是否与最高法院《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》第33条，即“事实清楚、法律关系明确、是非责任分明、合议庭意见一致的裁判，可以由审判长签发法律文书”相矛盾？笔者认为，以上两者并不矛盾，由于类推本质上是“比照适用关于类似事项的法律规定”，适用类推审理的案件仅是比照推定而非自身表现出法律关系明确、是非责任分明，相反作出上述要求，可以保证在以后遇上类似案件时同一法院对其处理适用法律一致；三、各级法院依合同法律审理案件，应将适用类推处理的案件逐级上报至最高法院予以备案，有助于最高法院总结各地实践经验，并根据新情况及时公布有关司法解释或建议立法机关作出相应的立法。从法律角度讲，法律规范类推有法律类推和法的类推两种形式，我国合同法第12条采用的是授权式的法律类推适用规定，授权法院可以将调整某一合同法律关系的法律规定适用到另一个合同法律关系上，那么在审判实践中，我们也将不可避免地遇到这种情况：即既没有直接的法律规定，也没有最相类似的法律条文可以比照的情况下，如何处理？审判人员能否根据合同法的基本原则和精神对有关问题或案件进行推定处理，即采用法的类推形式？笔者认为，对于这种情况应当禁止，而应通过逐级向最高法院予以请示，待获批复解答后再作处理。因此，我们在审判实践中要把握好合同法所肯定的法律类推以及我国民法所否定的法的类推之界限，做到正确适用法律类推。

六、冲突规范的理性认识和正确援用

冲突规范 (conflict rules) 是指明对某种涉外民事法律关系应

适用何国法律的规范，在调整涉外民事法律关系时，冲突规范并不直接规定当事人的权利义务关系，而只是一种起间接调整作用的规范，在法律效果上，冲突规范必须与它所指引的某国的实体规范（准据法）相结合，才能最终确定当事人的权利与义务，合同法第126条规定“涉外合同的当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律”，该条属于双边冲突规范，其中的“与合同有最密切联系的国家的法律”是一个需要推定的系属，因此司法中需要结合实际情况，推定适用内国法或适用外国法。但是在援用依该冲突规范的系属所确定的准据法的过程中，目前我国的立法和实践却没有关于准据法发生变动时如何处理的明确规定，表现在：1. 冲突规范指定应援用某一外国法律，而该外国是一个不具统一法律的国家，究竟适用它的哪一法域的法律作为准据法？2. 有时一个争讼案件的解决，还以应解决另外有关的问题为前提，先决问题的准据法应如何确定？3. 适用什么时候的法律做准据法？对此，有学者认为，下述因素具有决定性作用：1. 国际私法的基本原则；2. 冲突规范的目的；3. 有利于保障当事人的合法权益以及促进国际交往；4. 尊重当事人的意志及国际上通行的作法。笔者认为，在处理涉外合同纠纷案件中，审判人员避免发生外国法的错误适用应做到以下两点：第一，正确适用冲突规范，即指法官在适用内国冲突规范时，应按照冲突规范的规定正确的选择准据法予以援用；在适用合同法中，需要指出的是法官在适用冲突规范时首先对所处理的问题进行明确的定性和分类，通过识别（Characterization）将它归入一定的法律范畴中去，如所处理的问题是属于合同问题，还是属于侵权问题就很重要，合同法规定的系属是“与合同有最密切联系的国家的法律”；而民法通则第146条则规定涉外侵权问题的系属为“侵权行为地法律”，具体包括“侵权行为实施地法律”和“侵权结果发生地法律”，如果

两者不一致时，人民法院可以选择适用，由于上述两种不同涉外法律问题系属所涉及的连接点的不同，因此，识别的不同就关系到法院援用的准据法不同，从而导致类似案件的处理不一致。其次，对于最密切联系原则要有全面地认识，最密切联系原则作为美国国际私法理论争鸣的最终结论和其司法实践的成就，与传统国际私法相比，其最突出的贡献，在于以富于弹性的连结点取代单一的连结点，以灵活的法律选择方法取代国际私法的机械与盲目，从而更符合国际民商事关系的实践。但有的学者对该原则所存在的局限性的分析也不能不引起我们的重视：1. 灵活性在克服僵化的同时，因法官的自由裁量使得该原则有过分随意的危险，应采取相应措施为法律选择提供具体标准，作为判断最密切联系的依据、指导和限制。2. 它是英美法系立法与司法的产物，与法官有相当大的自由裁量权和个案审理中注重公平与正义的追求这一衡平法传统的实质相符，大陆法系法官在审理过程中法律规定的确定性是其最基本的信条和目标，审理国内案件时的“循规蹈矩”与涉外案件审理中的自由裁量如何协调，两种传统如何融合，尚需深入探索。3. 其使用中对政府利益的强调，有损于解决国际民商事法律冲突和构建合理的国际民商私法这一效果。第二，正确适用外国法，指法官在依冲突规范适用了某外国法后，应对该外国法的内容作正确的解释，并据此作出正确的判决，这就要求我国法院在审理涉外合同案件时，如需适用外国法，一方面应认真学习积累有关外国法方面的知识，同时可以主动通过包括司法协助在内的各种途径去获取相关外国法规定的内容，必要时可要求当事人协助调查。如果经过法院的努力，该项外国法的内容仍然不能查明，我国法院可以根据具体情况，按照我国的法律进行判决，这样做，有利于争议的及时解决。

论无权代理、表见代理 与善意取得的关系

武汉市中级人民法院民二庭 王 敏 曾 群

原《经济合同法》将无权代理而订立的合同视为绝对无效合同，新《合同法》则规定：无权代理人以被代理人名义与他人订立合同，是一种效力待定的合同。该条规定更有利于保护当事人的合法权益，有利于社会经济的发展。新《合同法》还首次对表见代理进行了规定，弥补了以前三个合同法的不足，为有效调整复杂的代理关系提供法律依据。本文在这里对无权代理，表见代理与善意取得三者的关系进行探讨。

一、无权代理与善意取得的关系

无权代理，又称欠缺代理权的代理，是指无代理权的人代理他人从事民事行为。无权代理的具体表现有三种：（1）没有代理权，包括没有委托代理权、没有法定代理权和没有指定代理权；（2）超越代理权，行为人虽然有代理权，但擅自超越代理权限的

范围签订合同的，属无权代理。这种无权代理行为虽然具有代理行为的表面特征，但由于行为人缺乏代理权，因而并不符合有权代理的要求，无权代理行为对被代理人不产生效力。《合同法》第48条第1款规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。”该条规定与《民法通则》第66条第1款相似。无权代理合同尽管因代理人欠缺代理权而存在着瑕疵，但这种瑕疵是可以修补的，经过被代理人的追认，可以使无权代理行为有效，追认性质上属于被授代理权的行为，能使无权代理具有与有权代理一样的法律效果。追认具有溯及力，一旦追认，因无权代理订立的合同从成立之时开始即产生法律效力。对于无权代理的追认应注意以下几点：（1）追认是被代理人享有的民事权利，即追认权，而非被代理人的义务。（2）追认是事后承认，属单方法律行为，此意思表示必须向与无权代理人实施民事行为的相对人为之，其方式可为明示或积极默示，如接受权利，履行义务等。（3）第三人为善意时，追认行为应在善意第三人催告期间届满前或其撤回意思表示之前作出，否则无权追认。

善意取得，是指无权处分他人动产的让与人，不法将其占有的他人动产交付于买受人后，若买受人取得该动产时出于善意，即取得该动产所有权，原动产所有人不得要求受让人返还。善意取得的构成要件：（1）标的物须为动产且为流通物，包括货币和无记名有价证券。禁止流通物和拾得物不适用善意取得。（2）让与人须为动产占有人。（3）让与人须无转移其所占有的动产所有权的权利。包括两种情形：一是让与人对动产无所有权；二是让与人对动产无法律上的处分权。（4）受让人须基于法律行为而占有受让动产。这里的法律行为须有“交易行为”的性质，如买卖、互易、债务清偿等。当受让人无偿取得动产所有权时，不受保护，原