

HETONGFA ANLI JINGJIE

马洪
主编

合同法案例精解

上海财经大学出版社

合同法案例精解

马 洪 主编

上海财经大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

合同法案例精解/马洪主编. —上海:上海财经大学出版社, 2001. 12
ISBN 7-81049-676-X/D · 19

I. 合… II. 马… III. 合同法-案例分析-中国 IV. D923. 65

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 084027 号

HETONGFA ANLI JINGJIE

合同法案例精解

马 洪 主编

责任编辑 江 玉 封面设计 周卫民

上海财经大学出版社出版发行

(上海市武东路 321 号乙 邮编 200434)

网 址: <http://www.sufep.com>

电子邮件: webmaster@sufep.com

全国新华书店经销

上海第二教育学院印刷厂印刷

上海市印刷七厂一分厂装订

2002 年 3 月第 1 版 2002 年 3 月第 1 次印刷

850mm×1168mm 1/32 10 印张 250 千字

印数: 0 001—4 000 定价: 19.00 元

本书编写人员

主 编:马 洪

撰稿人:潘淑娟 刘 炜 王 平

唐 棣 宫小艳 马 丹

前 言

合同是市场经济社会最基本、最普遍的社会联系形式。在我国,合同制度的建立和完善历程,是与经济社会的市场化进程同步进行的。

中共十一届三中全会作出把全党的工作重点转移到社会主义现代化建设上来的战略决策,提出改革开放的战略方针。1982年12月4日,五届人大五次会议通过新的《中华人民共和国宪法》,确立我国实行“计划经济为主、市场调节为辅”的经济运行机制。从1980年开始,以推行家庭联产承包责任制为重点的经济体制改革在农村展开。1984年10月,中共十二届三中全会通过《中共中央关于经济体制改革的决定》,提出进一步贯彻对内搞活、对外开放的方针,提出中国社会主义经济是公有制基础上的有计划的商品经济。我国合同法律制度的真正建立和发展,正是在这一背景下开始的。

合同本为平等主体之间的自由合意,从这个意义上说,合同不可能在计划经济体制内存在。随着计划与市场相结合的运行机制和有计划的商品经济的实行,从事经济活动的当事人之间的自由合意成为可能,并且也日益重要。1981年12月13日,五届人大四次会议通过了《中华人民共和国合同法》。在合同前冠以“经济”二字,除了受前苏联的影响外,根本原因还在于该法以计划经济为前提。该法明确强调经济合同既是国家计划的具体化和贯彻执行的重要形式,又是国家计划的重要制定依据和必要补充。

此后,作为配套法规,国务院先后批准发布了《建设工程勘察设计合同条例》、《建筑安装工程承包合同条例》、《财产保险合同条例》、《工矿产品购销合同条例》、《农副产品购销合同条例》、《加工承揽合同条例》、《借款合同条例》、《仓储保管合同实施细则》、《公路货物运输合同实施细则》、《水路货物运输合同实施细则》、《铁路货物运输合同实施细则》和《航空货物运输合同实施细则》等。随着对外开放政策的实施,对外贸易合同日益增多,1985年3月21日,六届人大十次会议通过了《中华人民共和国合同法》,与之相关的还有1985年5月24日实施的《技术引进合同管理条例》等。此外,为了适应技术市场开放的需要,1987年6月23日,六届人大二十一次会议通过了《中华人民共和国技术合同法》。

随着改革开放的深入发展,从事经济、社会活动的当事人的主体性及自主独立性日益增强,在法律上确立它们的地位、规范它们之间的关系成为必要。作为市场经济社会的根本大法,民法是调整平等主体之间人身关系和财产关系的法律规范。1986年4月12日,六届人大四次会议通过了《中华人民共和国民法通则》。该法确立了自愿、公平、等价有偿、诚实信用的民事活动原则,建立了公民(自然人)和法人的民事主体制度,建立了民事法律行为和代理制度,确立了所有权及相关财产权、债权、知识产权和人身权等民事权利制度,从而为我国刚刚兴起的市场经济活动提供了较为系统的、原则性的规范。其中关于合同制度的一般规定,为最为广泛的自然人之间的自由交换关系,提供了基本的法律规范。至此,我国合同制度形成一分为四的局面(即合同或民事合同、经济合同、涉外经济合同、技术合同)。一国合同制度的分裂,反映的必然是该国市场的分割或市场化的低水平。而在统一的市场条件下,要求的必然是统一的合同法律制度。

1992年,中共十四大提出我国经济体制改革的目标是建立社会主义市场经济体制。1993年3月29日,八届人大一次会议通

过宪法修正案,规定“国家实行社会主义市场经济”,从而为人们挣脱计划经济观念、逐步树立市场经济观念,大胆借鉴西方国家规范市场经济的成功立法经验,为新中国真正建立起现代意义的经济法制,提供了可能。1993年9月2日,八届人大八次会议对《中华人民共和国合同法》进行了全面修正,除保留“经济合同”名称外,计划经济的相关条款全部删除,从内容上看该法已完全属“商事合同法”。1999年3月15日,九届人大二次会议通过《中华人民共和国合同法》,对我国市场经济条件下的合同制度进行了统一规定。该法主要由学者主持起草,充分吸收了世界上先进的合同立法经验,集中体现了当代的市场经济观念,是反映目前我国合同法最高学术成就和立法水平的一部法典。它的颁布,标志着我国经济社会的市场化进程已不可逆转,同时也为我们展现出社会主义市场经济条件下主体之间如何自由交往的美好蓝图。

捧读这部法典,我们一方面为我国的立法成就而振奋,另一方面又为这部法典的命运而担忧。因为现实生活中时有发生的问题是:一方面立法越来越多,另一方面法律在现实社会中真正得以实现的难度越来越大;一方面人人期望加强法制、加快立法,另一方面已颁布的甚至正在制定的法律、法规,往往成为行政主管部门强化其职权甚至成为维护其行政垄断特权的工具等。如果进一步放开视野,审视所有接受大陆法系传统的国家,它们在民族文化传统不同,国家制度、社会制度各异的基础上,拥有一个基本相同的民商法制度(合同法律制度是其中的重要内容),但这个基本相同的民商法制度在不同国家的实施结果却千差万别。

在大变革年代,法律可以成为社会运动的前提,但从根本上看,法律只能是社会运动的结果。基于我国经济活动的现状,只能说新的合同法还只是展现我国社会主义市场经济条件下主体之间如何自由交往的美好蓝图,这一蓝图的真正实现,有赖于我们每个人的身体力行,有赖于我们每个人能真正掌握它、善用它。呈现在

读者面前的这本《合同法案例精解》，正是我们学习新合同法，阐释合同法制度、理论和适用的集体劳动的成果。我在为上海财经大学法学院 98 级硕士研究生开设“民法专题”和“商法专题”课程时，正值我国新合同法颁布，对该法的学习和研究成为我们师生的共同兴趣和任务。对该法中的重要条款，我们在讨论课中往往由一人讲授为主，以案例引出问题，对照有代表性的外国法律的相关规定以及我国相关的法律规定及司法解释，进行理论上的分析，并阐释相关制度的源流。本书的绝大部分内容都是在这一过程中形成的。本书由马洪主编，参加本书撰写的有上海财经大学法学院 98 级硕士研究生潘淑娟、刘炜、王平、唐棣和官小艳同学，99 级硕士研究生马丹同学也撰写了部分内容。希望本书能成为每一位想掌握新合同法、善用新合同法的读者的有益工具。

本书的出版离不开上海财经大学出版社的热情支持。在此对玉成此书出版的熊诗平社长、金福林副总编辑深表谢意。

马 洪
2001 年 11 月 1 日

目 录

一、诚实信用原则	(1)
二、口头合同的效力	(8)
三、要约与要约邀请	(13)
四、拍卖的法律性质	(19)
五、承诺的期限	(25)
六、悬赏广告的法律性质认定	(32)
七、悬赏广告的撤销	(37)
八、格式合同中的免责条款	(42)
九、缔约过失责任	(47)
十、缔约责任与违约责任的区别	(51)
十一、附条件合同的效力	(57)
十二、超越经营范围而订立的合同的效力	(60)
十三、对行为性质的认定	
——是表见代理还是越权行为	(70)
十四、合同的效力与合同的相对性	(77)
十五、因重大误解而订立的合同	(85)
十六、显失公平的合同	(89)

十七、由履行辅助人引起的合同义务	(101)
十八、双务合同中的同时履行抗辩权	(107)
十九、先履行抗辩权	(113)
二十、双务合同中的不安抗辩权	(118)
二十一、债权人代位权的成立	(122)
二十二、债权人代位权的行使	(129)
二十三、债权人撤销权	(137)
二十四、合同的变更对合同保证责任的影响 ...	(142)
二十五、情势变更原则在《合同法》上的应用	
——情势变更与不可抗力、商业风险的区别	
.....	(148)
二十六、合同的转让	(152)
二十七、合同的解除	(158)
二十八、预期违约	(170)
二十九、违约责任的归责原则	(178)
三十、定金与违约金可否并罚	(187)
三十一、合同的解释	(195)
三十二、所有权与风险的转移	(200)
三十三、买卖合同中的所有权保留	(205)
三十四、赠与合同	(212)
三十五、借款合同	(221)
三十六、融资租赁合同	(228)
三十七、加工承揽合同	(233)
三十八、建筑工程承包合同中的不动产留置 ...	(237)
三十九、客运合同	(245)

四十、货物运输合同承运人的合同权利义务 …	(251)
四十一、保管合同(一)	(258)
四十二、保管合同(二)	(264)
四十三、借用合同中的违约责任与侵权责任 …	(270)
四十四、行纪合同	(275)
四十五、居间合同	(284)
四十六、医疗损害赔偿案件中的违约责任	(294)

一、诚实信用原则

〔案情介绍〕

1992年2月16日,原告郭某与被告某村委会签订了一份房屋租赁合同,合同约定:房屋租赁期限5年,形势变化随时变更;年租金500元,村里将13千瓦电权借给郭某使用。1994年7月初,郭某因租赁的房屋年久失修,加之遭受水灾,屋顶漏雨,间墙倒塌,村里又无力维修,故提议出卖。村委会经研究同意将租赁房屋卖给郭某,双方协商价格为3万元,但郭某表示征求家中意见后再定。郭某征求家中意见后,口头表示价钱太贵不买。此后,张某提出购买此房,村长托人询问郭某是否购买,否则就要卖与他人,郭某仍表示不买。村委会便与张某达成协议,将此房以3.2万元的价格(包括17.2千瓦电权)卖给张某,张某预付了定金1万元。但因郭某租赁房屋未到期,郭某提出继续使用房屋,并不同意归还13千瓦的电权。村委会经研究决定,以2.85万元的价格将此房卖给张某,用电权由原定17.2千瓦变为4.2千瓦,张某必须允许郭某租用房屋到合同期满,房屋的所有权归张某。1994年9月2日,村委会和张某办理产权转移手续时,郭某也未提出异议。房屋产权转移后,张某维修了房屋。1994年9月21日,张某与郭某达成协议,郭某迁出承租的房屋,张某向其支付损失费1000元。村委会也退给郭某预交的承租费330元。

事后,郭某以村委会将争议房屋租给他,却于1994年8月未经其同意而维修了房屋,并将争议房屋出卖给张某,其是承租人,应享有优先购买权为理由,向某市人民法院起诉,请求将争议房屋

优先卖给他。

村委会答辩称:郭某提出购买争议房屋以后,双方议定价格为3万元,但事后郭某表示不买,才以3.2万元之价卖给张某。后因与郭某的合同未到期,郭某不同意迁出,村委会才以2.8万元之价将房屋卖给张某,并允许郭某使用房屋到合同期满。在买卖成交及产权转移过程中,郭某均表示不买,且村委会多次征求过意见,郭某均表示不买。故郭某现提出房屋优先购买权没有道理,不应支持。

法院经审理查明,认定上述事实属实。

[对本案的不同意见]

第一种意见认为,根据最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第一百一十八条规定:“出租人出卖出租房屋,应提前三个月通知承租人,承租人在同等条件下,享有优先购买权;出租人未按此规定出卖房屋的,承租人可以请求人民法院宣告该房屋买卖无效。”原告对被告出卖的出租房屋享有优先购买权。从本案情况来看,被告在以低于与原告事先商定的价格将房屋卖给第三人,未在同等条件下让原告行使优先购买权,违反了诚实信用原则,因此,法院应判决被告与第三人签订的房屋买卖合同无效,原告的诉讼请求应予以支持。

第二种意见认为,违反诚实信用原则的不是被告而是原告。根据有关法律规定,在同等条件下,原告的确享有优先购买房屋的权利。但是,原告在本案中实际上通过作出拒绝购买的意思表示,并且与第三人达成补偿协议,从被告处取得预付租费等行为表明其已放弃优先购买权。可以说,原告的权利得到了保障,因此,原告的诉讼请求不予支持。

[法理分析]

我们认为,第二种意见是正确的。被告的行为并未违反有关

法律规定,原告在放弃自身权利之后又要求对其权利进行保障,违反了诚实信用原则。

诚实信用,作为一个法律术语,同我国许多其他法律术语一样来自于西方立法。诚实信用用拉丁文表示为 Bona Fide,法文为 Bonne Foi,英文为 Good Faith,直译都是“善意”的意思。德语对诚实信用的表述为 Treu und Glauben(忠诚和相信),日文中则是“信义诚实”。我国近代民事立法仿效了大陆法系的传统,从德、日等国继受了这一术语,称为“诚实信用”。

对于诚实信用原则的含义,中外学者各有见解。德国学者施塔姆勒认为:诚实信用原则是“爱人如己”的人类最高理想的体现,行为符合这种理想即符合诚实信用原则。肖尔梅叶等人认为:诚实信用原则与罗马法中“一般恶意抗辩”具有同一意义,仅作为受害当事人行使撤销权的依据。^{〔1〕}我国台湾学者史尚宽认为,诚实信用原则是法官从道义衡平原则出发,站在立法者的角度决定法律关系的内容及实现的方法,以达到法律关系具体的社会公正。^{〔2〕}我国民法学界对于诚实信用原则的含义可分为“语义说”和“一般条款说”。“语义说”按照“诚实信用”的字面意义认为,诚实信用原则是民事活动参与者诚实不欺、恪守信用的要求。^{〔3〕}“一般条款说”认为,诚实信用原则是外延不十分确定,但具有强制性效力的一般条款。^{〔4〕}我国学者徐国栋对于诚实信用原则的界定较为明确:诚实信用原则就是要求民事主体在民事活动中维持双方的利益平衡,以及当事人利益与社会利益平衡的立法者意志。概言之,诚实信用原则就是立法者实现上述三方利益平衡的要求,

〔1〕 史尚宽:《债法总论》,台湾荣泰印书馆 1978 年版,第 320 页。

〔2〕 同上,第 319 页。

〔3〕 马原主编:《中国民法教程》,人民法院出版社 1989 年版,第 24 页。

〔4〕 张新宝:《民事活动的基本原则》,法律出版社 1996 年版,第 26 页。转引自徐国栋:《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》,中国政法大学出版社 1992 年版,第 74 页。

目的在于保持社会稳定与和谐的发展。三方利益平衡是这一原则的结果,当事人以诚实善意的态度行使权利、履行义务,法官根据公平正义进行创造性的司法活动是达到这一结果的手段。^{〔1〕}可以说,诚实信用原则就是公平正义的道德观在民法领域的体现。这种体现使得诚实信用原则成为私法领域的最高准则,被西方学者尊崇为“帝王法则”。

诚实信用原则渊源于罗马法学家所崇尚的“善意与衡平”的自然法思想。而在实践中的运用,首见于罗马法中的诚信契约和诚信诉讼。所谓诚信契约,是指债务人不仅要承担契约规定的义务,而且要承担诚实、善意的补充义务。由诚信契约发生的诉讼称为诚信诉讼,在诚信诉讼中,法官享有自由裁量权,不受契约字面表述的拘束,可依据公平正义的原则进行裁判,并可对当事人的约定进行干预。在近代民法阶段,以《法国民法典》和《德国民法典》为代表,尽管诚实信用原则在法律中得到了体现,但与罗马法相比,其内涵大大减少。《法国民法典》第 1134 条规定:“契约应依善意(诚实信用)履行之。”第 1135 条规定:“契约不仅因其明示发生义务,并依照契约的性质,发生公平原则、习惯或法律所赋予的义务。”《德国民法典》第 242 条规定:“债务人须依诚实与信用,并照顾交易惯例,履行其给付。”可以看出,罗马法的诚实信用要求仍被继承下来,但只有指导当事人民事活动的意义,并且被限制在债法的范围内适用,法官的自由裁量权被剥夺殆尽。^{〔2〕}在现代民法阶段,以《瑞士民法典》的问世为标志,诚实信用原则恢复为诚信要求和自由裁量权的统一。其第 1 条第 2 款规定:“如本法无相应规定时,法官应依据惯例裁判;如无惯例时,依据自己作为立法人所提出的规则裁判。”其第 2 条规定:“任何人都必须诚实、信用地行使

〔1〕 徐国栋:《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》,中国政法大学出版社 1992 年版,第 78~79 页。

〔2〕 同上,第 82、84 页。

其权利并履行其义务。”这里是把诚实信用原则作为基本原则加以规定的，它标志着现代意义的诚实信用原则的确立，它不再是仅约束债务人的原则，而成为债务人和债权人必须共同遵守的原则。换言之，它不再是仅仅在履行义务时应遵循的原则，而且也成为在行使权利时应遵循的原则，它不再是仅适用于债法的一项原则，而被扩大适用于一切民事法律关系，成为民法的一项基本原则。^{〔1〕}此后，《日本民法典》、《意大利民法典》、我国台湾地区“民法典”也均将诚实信用原则确立为民法基本原则。

既然作为民法基本原则之一，那么诚实信用原则的适用范围扩张至一切民事权利的行使和义务的履行。体现在合同法中，则要求合同当事人在订立、履行以及合同终止后的全过程中，都要本着诚实、信义、不滥用权利的态度；法官在处理合同纠纷时，也要以诚实信用为最高指导原则对合同进行解释以及裁判违约责任。具体说来：（1）在订立合同时，应当遵循诚实信用原则，公平地确定合同双方当事人的权利义务；一方当事人对另一方当事人不得进行欺诈、胁迫；双方当事人不假借订立合同进行恶意磋商，企图通过损害第三方或集体、国家的利益而获利；双方当事人不得借订立合同企图规避或违反国家法律和其他违背诚实信用的行为。（2）在履行合同义务时，当事人应当遵循诚实信用的原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行；及时通告、协助、提供必要的条件；防止损失扩大；对在履行合同过程中获悉的对方当事人的有关商业秘密、技术资料等负有保密义务等等。（3）在合同终止后，当事人也应当遵循诚实信用的原则，根据交易习惯履行通知、协助、保密等义务，这被称为后契约义务。（4）在合同的解释方面，一般而言，法律条文均极为抽象，适用于具体案件时，必须加以解释。进行法律

〔1〕 徐国栋：《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》，中国政法大学出版社1992年版，第85页。

解释,必须受到诚实信用原则的支配,使能维持公平正义。此系诚实信用原则在法律解释上的功能。^{〔1〕} 诚实信用原则具有公平正义之象征,不仅可广泛适用于权利之行使与义务之履行,而且对于法律的伦理性与当事人间利益的均衡性,具有促进与调节的作用,其具有①为解释、补充或评价法律行为的准则,②为解释或补充法律的准则,③为制定和修订法律的准则等三项功能。^{〔2〕} (5)在法官裁判违约责任时,须根据诚实信用原则,从公平的角度确认合同双方当事人的均衡之利益,从而使破坏这一均衡状态的一方承担应有的责任。

虽然诚实信用原则已成为包括合同法在内民法领域的最高准则,但遍观各国民商法,均无直接规定违反诚实信用原则所应承担的法律后果。这是因为诚实信用原则是一内涵广泛的弹性条款,法官拥有足够的自由裁量权去决定当事人是否违反了这一原则以及应承担的相应责任。那么这是否意味着在合同法中违反诚实信用原则的行为不构成违约行为呢?答案当然是否定的。违约的概念应当区分为两种:一种是狭义的违约概念,只有在违反合同所明确规定的义务的情况下才构成违约;另一种是广义的违约概念,它是指合同当事人违反各种合同义务的行为。这种义务既包括合同规定的义务,也包括依法令规定和诚实信用原则所产生的义务。^{〔3〕} 诚实信用原则的性质实质上是从补充当事人意思的任意性规定,转变为当事人不得约定排除其适用,甚至当事人不得援引可由法庭依职权适用的强制性规定。合同约定条款违背诚实信用原则,应为无效。当事人履行合同违背诚实信用原则,使对方遭受

〔1〕 杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第139页。

〔2〕 施启扬:《民法总则》,第394~396页。转引自杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第139页。

〔3〕 王利明主编:《中国民法案例与学理研究·债权篇》,法律出版社1998年版,第201页。