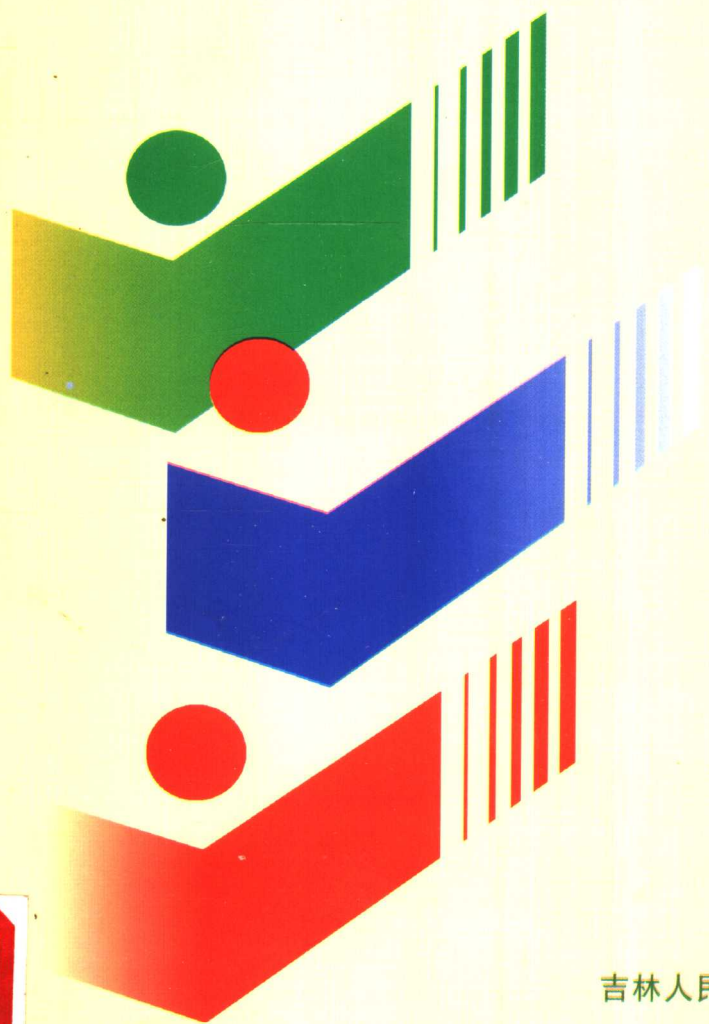


YI NAN MIN SHI JIU FEN
SI FA DUI CE

(第十一集)

杨立新/主编

疑难民事纠纷司法对策



吉林人民出版社

疑难民事纠纷司法对策

(第十一集)

主 编 杨立新

吉 林 人 民 出 版 社

(吉)新登字 01 号

疑难民事纠纷司法对策(第十一集)

主 编 杨立新
责任编辑 李艳萍
责任校对 众 成

封面设计 张 迅
版式设计 晓 君

出 版 者 吉林人民出版社
(长春市人民大街 124 号 邮编 130021)
发 行 者 吉林人民出版社
制 版 吉林人民出版社激光照排中心 0431—5637018
印 刷 者 长春市第九印刷厂

开 本 850×1168 1/32
印 张 15.75
字 数 400 千字
版 次 2000 年 10 月第 1 版
印 次 2000 年 10 月第 1 次印刷
印 数 1—5 000 册

标准书号 ISBN 7-206-03554-X/D·899
定 价 23.00 元

如图书有印装质量问题,请与承印工厂联系。

卷首语

《疑难民事纠纷司法对策》第一集从1991年出版,至今已经10年了。在这10年中,这套丛书受到了读者的广泛欢迎,成为很多法官、检察官、律师以及其他法律工作者的办案参考书。这使我这个作为主编的人,感到十分高兴,也衷心地感谢各位读者的厚爱。我愿意让这套丛书能够成为大家的好朋友,如果它能够继续为大家的工作提供一份帮助,那就是我的最大欣慰。

这次奉献给大家的《疑难民事纠纷司法对策》第十一集,主要有这样一些内容:

首先要介绍的,是我新近写成的《中国合同责任研究》。这篇文章,从《中华人民共和国合同法》所有关于合同责任的规定出发,统筹研究,精心探索,用合同责任这一个统一的红线,贯穿起来,几乎对中国合同法规定的所有的合同责任问题,都进行了全面系统地研究,提出了对中国合同责任的全面看法。这篇文章,在河南政法干校的学报上公开发表;作为讲稿,先后在北京、河南、河北、江苏、福建、兰州、重庆等地讲授过,都受到了好评。

我还要给大家介绍的,就是我对《中华人民共和国民法典》编纂的建议。民法典的制订已经提到了日程上。这是中国法制建设的一件大事,更是民商法建设的大事。作为一名民商法工作

者，理应为这部法律的制订献上自己的努力。对此，我在业余时间就民法典的制订进行了细致的思考，在编制的体例和主要内容上，提出了自己的建议。先在自己的网站（[www. yanglx. com](http://www.yanglx.com)）上广泛地征求了网友的意见，随后又进行了修改，形成了《〈中华人民共和国民法典〉编纂大纲建议稿》。目前，立法机关正在考虑制订《中华人民共和国民事诉讼法》，对专家起草的这一法律的第一次草案，最近由学者和专家进行了深入的讨论，提出了重要的意见。对会议讨论的意见，我整理了讨论意见综述，也收集在这里，供大家参考。

在合同法研究的专栏中，有高洪宾的《违约责任和履约抗辩》的文章和我的《新合同法规定的基本原则的理解和适用》的文章。这两篇文章对学习和适用合同法，会有一定的帮助。在第二编中，对于一些特别的侵权行为的法律问题，在理论上进行了深入的探讨，提出了有一定深度的见解。在第三编的事故责任研究中，对交通事故、医疗事故、失火事故以及工伤事故，进行了深入的研究，提出了在实践中的具体做法，有很好的参考意义。在第五编中，对知识产权的侵权问题进行了阐释，对实践中经常出现的一些法律问题，提出了解决的办法。

在实践中总结问题，在理论上进行论证，再对在实践中的具体应用法律提出指导性意见，是我一贯的研究方法，也是《疑难民事纠纷司法对策》的一贯风格。在编撰这套书的时候，我们还是遵循这样的方法和风格，希望能把它编得更好，为广大读者提供更好的服务。

欢迎大家对本书的编写和编辑工作提出宝贵的意见。

主编 杨立新 （[www. yanglx. com](http://www.yanglx.com)）

2000年9月4日于北京西郊

目 录

卷首语	(1)
第一编 合同法研究	(1)
中国合同责任研究	
——研究适用《中华人民共和国合同法》规定的民 事责任制度,应当从哪些方面掌握?	(3)
新合同法规定的基本原则的理解和适用	
——《中华人民共和国合同法》规定的基本原则应 当怎样理解和适用?	(57)
违约责任和履约抗辩	
——在实践中怎样掌握和适用《中华人民共和国 合同法》规定的违约责任与履约抗辩制度?	(85)
论合同相对无效	
——对新合同法规定的合同相对无效应当怎样理 解和掌握?	(105)
论合同效力待定	
——新合同法规定的合同效力待定应当怎样理解 和适用?	(116)
第二编 侵权行为法研究	(125)
侵权法中的因果关系理论	

- 在侵权损害赔偿案件中，怎样确定侵权责任
构成中的因果关系要件？ (127)

侵权法的因果关系

- 英美侵权法中的因果关系理论哪些值得我们
借鉴？ (139)

法律规避与利益衡量的解释学发现

- 冒名拒受奖学金案件在侵权行为法的实践和
理论上有哪些新的启示？ (149)

股份有限公司董事对公司的侵权责任研究

- 在实践中，股份有限公司的董事能否构成对
公司权利侵害的侵权主体？ (167)

试论滥用诉讼之侵权责任

- 具备什么要件才能构成滥用诉讼的侵权
责任？ (180)

侵权行为、归责原则及侵权责任构成辨正

- 审理侵权案件应当在理论上对侵权行为的
基本概念怎样理解？ (194)

第三编 事故责任研究 (207)

我国台湾与日本机动车事故损害

赔偿法之比较研究

- 在交通事故责任案件处理中，可以向我国台
湾和日本借鉴什么经验？ (209)

论医疗事故损害赔偿制度

- 处理医疗事故责任应当掌握哪些基本的

问题?	(220)
论失火侵权责任与火灾保险责任	
——在实践中, 处理失火损害赔偿案件, 应当注意哪些问题?	(233)
从过失责任走向社会保障	
——办理工伤事故损害赔偿案件, 在与工伤保险的关系上应当怎样处理?	(251)
 第四编 知识产权保护研究	(271)
论间接侵犯专利权的法律责任	
——间接侵害专利权的损害赔偿案件在实践中应当怎样处理?	(273)
侵犯商标权行为的特征及归责原则	
——在审判实践中怎样掌握侵害商标权行为的特征和归责原则?	(287)
侵犯商业秘密的律师专家责任	
——在执业过程中律师侵犯客户商业秘密, 应当怎样追究民事责任?	(310)
 第五编 诉讼程序研究	(325)
音像证据若干问题探讨	
——在诉讼实践中, 对音像证据的使用应当注意哪些问题?	(327)
民事抗诉案件中的证据问题	
——在民事抗诉案件的办理过程中, 怎样处理有	

关证据的几个问题?	(343)
论音像证据的审查	
——在证据运用中怎样审查音像证据?	(352)
论涉外民事诉讼法的调整对象	
——怎样理解涉外民事诉讼法的调整对象问题? ...	(359)
第六编 立法建议与讨论	(367)
《中华人民共和国民法典》编纂大纲建议稿 ...	(369)
全国人大法工委召开的专家座谈会	
《合同法》(草案)修改的基本意见	(407)
《中华人民共和国民事诉讼法证据法》(草案)	
研讨会讨论意见综述	(428)
第七编 民商法硕士论文	(445)
试论建立我国的取得时效制度	(447)

第一编

合同法研究

中国合同责任研究

——研究适用《中华人民共和国合同法》 规定的民事责任制度，应当从哪些 方面掌握？

《中华人民共和国合同法》公布实施，将中国完整的合同制度正式昭示于世界，结束了中国合同法三分天下的局面。然而，在理论上进行更深入的研究，揭示中国合同制度的全部理论内涵，则为刚刚开始。其中研究合同法的合同责任制度，也正是如此。全面研究中国合同责任的种类、内容、形式、构成，无论是对于合同法的实践和理论研究，都是十分重要的。作者立足于合同法的立法和合同法的具体实践，阐释对上述内容的基本观点。

上篇 中国合同责任概述

一、关于中国合同责任的范围

（一）关于中国合同责任范围的不同意见

在一般的理解上，合同责任就是合同制度中的违约责任，不包括其他合同责任制度，或者说其他涉及到合同的责任不属于合同责任。这种意见完整的反映，就是《民法通则》第6章的规

定。在这一章中，立法者将中国的民事责任界定为两种，即违反合同的民事责任和侵权的民事责任，没有规定其他民事责任。

《民法通则》所持的这种意见的不适当之处，早已被司法实践和理论研究所证明。问题的焦点，就是民事责任除了侵权责任和违约责任以外，还有其他民事责任形式，只规定两种民事责任，实际上是挂一漏万。对于这个问题，我不再作过多的议论。

除此之外，也正是本文所要研究的，就是《民法通则》在规定合同责任中，将合同责任仅仅规定为违约责任，也是不完整的。从严格的意义上说，违约责任仅仅是大陆法系合同法中的“合同债权的效力”，英美法系合同法中的“违约的补救”问题。^①在大陆法系的成文法典中，都在债法中规定“债的效力”，完整规定债的不履行的后果，即债权的效力，其中债权的对内效力，就包括合同不履行的法律后果。^②在英美法系，合同法将当事人违约的法律后果称之为对违约的救济或者对违约的补救，一方当事人违约，另一方当事人可以请求损害赔偿、依约履行、撤销合同、设置禁令等。^③在《俄罗斯联邦民法典》，则采用我国的习惯，将其称之为“违反债务的责任”。^④

将合同责任限定在违约责任之中，最根本的原因就是对合同概念的理解不同。在我国合同法研究中，对于合同概念的理解，有以下几种观点：

一种观点认为，合同概念不仅仅包括有效合同，而且包括无

① 参见王利明：《违约责任论》，中国政法大学出版社1996年版，第1页。

② 参见《日本民法典》债编第一章第二节“债权的效力”，《台湾民法》债编第三节“债之效力”，以及其他民法典相关的内容。

③ 参见高尔森：《英美合同法纲要》（修订版），南开大学出版社1997年版，第172页以下。

④ 《俄罗斯联邦民法典》第三编，第25章。

效合同。因为无效合同已经具备了双方当事人的合意，双方当事人经过要约和承诺，就他们之间的权利、义务关系达成了协议，因此，不管是否具备合同的有效要件，凡是已经成立的合同，都属于合同的范畴。^①

另一种观点认为，无效合同因其具有违法性，所以不属于合同的范畴。在中国，《民法通则》区分“民事法律行为”和“无效民事行为”，是将这两种概念严格加以区分的，作为民事行为的典型形式的合同，无效合同和有效合同应当严格加以区分，因此，无效合同在性质上不是合同，不具有合同所应有的拘束力，而是一个独立的范畴。^②

这些不同意见的产生，是由于对合同概念的界定标准认识不同。以狭义概念作为标准，按照后一种意见界定合同概念，并无不当，就应当限定为生效的合同才是真正意义上的合同。如果按照广义的标准界定合同概念，那么，将合同概念仅仅限定在有效合同上，就不是适当的。按照广义的理解，合同概念不仅应当包括有效合同，而且应当包括无效合同，此外，还应当包括合同的缔结阶段，以及合同消灭之后的后契约阶段。这就是将有效合同作为合同概念的基干，向前延伸，将合同无效和合同缔结的先契约阶段概括进去；向后延伸，将后契约阶段也视为广义的合同概念，也作为合同的范围。这样，广义的合同概念就是非常宽泛的概念，将整个缔结、成立、生效、履行以及后契约义务的履行都包括在内。

对合同概念作这样的理解，是有法律根据的。《中华人民共

① 参见杨立新主编：《民事审判诸问题释疑》，吉林人民出版社1992年版，第31页。

② 参见王利明、崔建远：《合同法新论·总则》，中国政法大学出版社1997年版，第242页。

和国合同法》就是按照这样的理论基础编制的，其总则部分从第二章开始至第七章，将上述内容规定得清清楚楚，尤其是在缔约、生效和后契约义务的履行上，都作了规定。如果不是将合同概念作广义的理解，而是作狭义的理解，那么，合同法岂不是只能规定合同生效之后到合同履行完毕为止吗？如果将合同法这样规定，还能叫做《合同法》吗？

（二）中国合同责任的完整内容

以上述对合同概念的广义理解为基础，我们再来研究合同责任的概念，就会发现，将合同责任仅仅限定在违约责任之中，是不正确的。违约责任仅仅是建立在狭义合同概念的基础之上，解决的是合同有效成立之后，债务人不履行合同义务，或者履行合同义务不符合约定，违约一方当事人所应当承担的民事责任，不能包括合同有效成立之前和合同履行之后的，不履行法定或者约定的其他义务的当事人的民事责任，其中包括先契约责任、合同无效责任和后契约责任。

按照这样的认识基础，合同责任应当包括以下 6 种具体形式。

1. 实际违约责任

这是合同责任的基干，是合同责任的基本形式，是债务人不履行或者不适当履行合同债务所承担的民事责任。对于这种合同责任，《合同法》在第七章中，作了详细的规定。应当明确的是，实际违约责任是广义违约责任中的一种具体形式，违约责任制度应当包括实际违约、预期违约和加害给付三种责任形式。这三种合同责任都是违约责任，但是，在其内容上各不相同，应当分别进行研究，揭示它们各自不同的特点。

2. 预期违约责任

这种合同责任，是在《合同法》第 108 条规定的。该条的内

容是：“当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的，对方可以在履行期限届满之前要求其承担违约责任。”预期违约，也称作先期违约，原是英美法合同法的制度，与大陆法的拒绝履行很相似，是指在合同履行期限到来之前，一方当事人无正当理由而明确肯定地向另一方当事人表示他将不履行合同，包括明示毁约和默示毁约。^①在我国《涉外经济合同法》第17条，对默示毁约有所规定，但不包括明示违约，因此，其内容与真正的预期违约制度相差较大。《合同法》第108条完整地规定了预期违约中的明示违约和默示违约制度，并且给预期违约做出了确切的界定，是一个很成功的立法例。预期违约作为合同责任中的一种具体的形式，应当在中国合同责任中有它自己应有的地位。

3. 加害给付责任

这种合同责任从严格的意义上说，是违约责任，但是又与违约责任有所不同。债务人履行债务所交付的标的物存在瑕疵或者缺陷，造成债权人履行利益之外的人身或者财产损害的，债务人所应当向债权人承担的赔偿责任，就是加害给付责任。它是违约责任的一个特别的表现形式。对此，从《合同法》的“专家建议稿”到全国人大常委会第四次审议稿，都作了规定。“专家建议稿”第145条的内容是：“合同债务人的履行不符合合同约定的质量标准的，应当承担瑕疵履行的违约责任。”“因瑕疵履行而给债权人造成人身或合同标的物以外的其他财产的损害的，应承担损害赔偿的责任。”第四次审议稿第112条的内容是：第一款规定，质量不符合约定的，应当承担违约责任；第二款规定：“质量不符合约定，造成其他损失的，可以请求赔偿损失。”这些内

① 参见王利明：《民商法研究》第2辑，法律出版社1999年版，第499页。

容，规定的都是加害给付责任。在最后通过的《合同法》正式文本中，将加害给付的内容予以删除。据此，有人认为中国《合同法》不承认加害给付责任。

我认为，这种理解是不正确的。理由是：第一，加害给付是违约责任中的一个特殊表现形式，尽管《合同法》中对此没有加以明文规定，但是，由于加害给付是违约责任的组成部分，为民法所确认，即使不加以规定，它也是包括在违约责任之中的。第二，《合同法》第122条规定：“因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。”这一条文规定的是责任竞合，但是在该条文中所包含的，主要就是加害给付责任，因为在合同领域中，最常见、最主要的，就是加害给付造成对方当事人的人身、财产权益的损害。所以，可以确认，《合同法》在实际上是确认加害给付责任的。加害给付是合同责任中的一种具体类型。

4. 合同无效责任

这种民事责任，《民法通则》是规定在“无效民事行为”之中，而不是规定在民事责任一章，是从民事行为无效的角度规定的。将合同概念向前延伸，必然将合同责任的概念向前延伸，合同无效责任也就必然应当作为合同责任的具体形式加以研究。合同无效责任是合同责任向前延伸的第一阶段，从合同生效开始，延伸到合同成立为止。在这一期间发生的合同责任，是合同无效责任，即由于合同无效而引发的民事责任。

5. 缔约过失责任

将合同责任从合同无效责任再向前延伸，就是缔约过失责任，也称为先契约责任。在合同的订立阶段，缔约当事人违反法定的先契约义务，造成对方当事人的损害，应当承担损害赔偿责