

民商法 理论与实践

王利明 著

吉林人民出版社



D913

33

民 商 法

理论 与 实践

王利明 著

吉 林 人 民 出 版 社

(吉)新登字 01 号

民商法理论与实践

王利明 编

*

吉林人民出版社出版发行

长春市第四印刷厂印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 19 印张 450 000 字

1996 年 12 月第 1 版 1996 年 12 月第 1 次印刷

印数:1—5 300 册

ISBN 7-206-02554-4

D·719 定价:25.00 元

前 言

本书是我的第三本文集。原计划围绕违约责任问题展开研究，因考虑该题过于狭窄，不能包含更多的内容，遂在本书中将探讨违约责任的文章放在第一编，同时也收录了有关物权法、人格权法、公司法等方面的论文。本书的各篇文章都是近两年来，我在从事繁忙的教学和行政工作之余，挤出点滴时间所完成的。全书脱稿之时，心中难免有“为伊消得人憔悴”的感慨，也有作品脱稿的轻松怡悦，同时我更想提出一个应引起社会重视的问题，即民商法学的振兴和繁荣问题。

民商法作为调整各类平等主体间的交易关系、保护主体的合法权益的法律，乃是市场经济活动的最基本的规则，或者说是市场经济社会的基本法。市场经济的成熟程度是以法律特别是民商法规则的健全程度为标志的。如果我们要确认我们的经济是以平等和等价以及自由竞争为内容的，由市场引导生产要素自由流转和组合的市场经济，则必然要加强民商法的作用，尽快建立和健全物权法、债法和合同法、侵权行为法、合伙法、破产法、票据法、保险法、证券法等法律制度。没有健全的民商法律，就不可能形成市场经济赖以建立的条件，也不可能形成成熟的市场经济。

民商法的重要性不仅体现在它对市场经济关系的调整作用上，而且还表现在对法治社会的建立所产生的巨大作用方面。我国许多学者都反复证明，以市场经济关系为主要内容的民商法，以其对人格平等和自由的确认、对主体权利的平等和充分保护、对权利和义务的相互对应的要求，对交易安全的保障等为法治社会的建立形成了坚实的法律基础。中国步入法治社会和必由途径之一是民商法的完备和实行。如果我们不是把法治作为手段而是作为社会发展的目标，那么，充分体现了现代法治价值的民商法在社会生活中的地位和作用应更为突出。

我认为，无论是大学的法学教育还是全社会的普法宣传，都应当把民商法的教学和宣传工作置于重要位置。司法审判人员只有在准确掌握了一些基本的民商法律基础上，才能从事民事、经济案件等方面的审判工作；经济工作者只有在了解了最基本的民商法知识的基础上，才能说掌握了经济和经营的必备的知识。而我们的全体社会成员适当了解了一些民商法律知识，就能逐渐形成良好的权利意识、平等观念和守法意识，这些法律意识的形成，正是建立法治社会所必备的基础。

民商法在社会生活中的重要性也决定了对民商法展开全面、深入研究的必要性。我国改革开放的深入发展、市场经济的不断繁荣都极大地丰富了民商法的规则内容，拓展了民商法的调整范围，同时也提出了大量的新的疑难问题需要法学工作者对此认真研究，在理论上作出准确的回答；尤其是我国大规模的民商法立法工作的展

开、司法实践中大量的新的民商纠纷的出现，都迫切需要民商法学界提供必要的理论研究成果和对策。面对现实的需要，我作为一名从事民商法教学和研究工作的人士，一方面深感我们肩负的社会责任的重大，并愿意为祖国的民商法教学和研究事业的兴旺发达贡献自己的一切；另一方面，面对着民商法研究人才严重不足和流失现象，面对着民商法研究成果远不能满足社会需要的现象，我也深感忧虑和不安。我殷切地希望民商法的研究工作能得到社会高度的重视，那些影响研究工作者从事正常研究工作的困难能够得到及时的解决，研究人才的流失现象能得到有效的防止，从而在世纪转换来临之际，使我国民商法的研究事业蓬勃发展、繁荣昌盛。

最后，我要特别感谢最高人民检察院杨立新同志为本书的出版所提供的热情帮助。本书在内容上难免存在许多缺点和错误，我殷切地希望广大读者给予批评指正。

王利明

1995年6月20日谨识于人大林园

目 录

前 言	(1)
-----	-------

第一编 违约责任研究

论完善我国违约责任制度	(3)
论履行不能	(44)
预期违约制度的若干问题	(67)
论加害给付	(97)
瑕疵担保责任与不当履行	(127)
论根本违约	(151)
论侵害债权制度	(167)
违约金的基本问题	(204)
违约责任的完全赔偿原则	(238)
论同时履行抗辩权	(275)
论标准合同	(314)

第二编 物权制度研究

物权法中的重大疑难问题探讨	(345)
市场经济与私有财产的法律保护	(389)
建筑物区分所有问题研究	(407)

第三编 人格权制度研究

论人格权保护与舆论监督的相互关系	(415)
------------------	---------

2 民商法理论与实践

论人格权的概念和特点.....	(426)
名誉权疑难问题研究.....	(440)
新闻侵权与新闻侵权法.....	(503)

第四编 法人制度研究

公司的有限责任制度的若干问题.....	(529)
论公司所有权的二重结构.....	(556)
论建立高校法人制度.....	(573)
海峡两岸民商法律纠纷仲裁问题研究.....	(585)

第一编

违约责任研究

论完善我国违约责任制度^{*}

中国合同法从结构到内容的种种缺陷已现实地摆在人们面前多年，要求完善合同法制的呼声也长期不绝于耳。足以令人欣慰的是，旨在结束三足鼎立、支离破碎现状的统一合同法起草工作已被摆上日程，相关的工作已经或即将全面展开。我们有幸躬逢其会，共襄盛举，愿将自己在参与这项宏伟工程的过程中对违约责任若干理论和制度问题的研究心得发表于此，以求教于学术界和实务界同仁。

一、关于履行不能

履行不能（Unmöglichkeit）的概念，在德国合同法和受德国法影响的一些大陆法系国家的合同法中占据着重要地位，是合同法上核心问题之一。然而，这一概念是否应为我国合同立法和司法所借鉴，值得探讨。

履行不能通常可分为自始不能与嗣后不能，前者属于债务成立的问题，后者属于债务履行的问题。

（一）自始履行不能与合同无效

自始履行不能的概念最早起源于罗马法，但在罗马法中适用的范围极为有限。履行不能导致合同无效，是由德国学者麦蒙森（Mommson）于1853年在其有关著述中最初倡导的。麦氏强调若

* 本文系与姚辉合作，部分内容刊载于《中国社会科学》1995年第4期。

合同在订立时就已形成履行不能，则该合同应被宣告无效。该观点被德国民法典第 306 条完全采纳。依据该条规定：“以不能的给付为标的的契约，无效。”德国法的这条规定深刻地影响了一些大陆法国家和地区的法律，如瑞士债务法第 20 条、我国台湾民法第 246 条等均完全采纳这一原则。

合同因自始不能而无效，从表面上看是合乎逻辑的选择，然而实际情况并非如此，“此项规定，并非基于逻辑之必然性，盖于此情形，法律仍可承认契约有效，而令债务人员不能履行之赔偿责任。”^①德国民法典第 306 条的规定忽略了两个事实：第一，该规定未考虑导致合同无效的原因，一概将自始不能的情况宣告无效，将使无效的范围过于广泛，其结果可能会使无过错的合同当事人承担合同无效的不利后果。第二，自始不能的情况极为复杂，有些合同的履行并非绝对不可能，而只是经济上履行艰难或法律上不能强迫而已。若对自始不能均宣告无效，则可能既不利于交易安全，也未必符合合同当事人特别是债权人的利益。为了弥补第 306 条的不足，德国法院通过法律解释而提出了“客观不能”与“主观不能”的概念。然而对主观不能与客观不能应如何予以认定以及如何区分，学说上又众说纷纭，由于区分标准不明确，对判例也不无影响。因此目前德国立法正朝着取消客观不能与主观不能的方向发展。

对比法国合同法、英美合同法、《联合国货物销售合同公约》（以下简称《公约》）的规定可以发现，在对待自始履行不能上可有多种不同的立法选择，而德国法的规定确实过于简单，且将履行不能导致合同无效的范围规定得过于宽泛，因此带来一系列弊端。我们认为，我国现行民事立法和司法实践，较之于德国法关于自始履行不能的规定更为合理，因此不应采纳德国法的规定。第

① 王泽鉴：《民法学说与判例研究》，第 3 册，第 52 页。台湾，1985 年版。

一，我国民法通则规定了行为人对行为内容有重大误解的民事行为为应予以撤销，因合同被撤销，有过错的一方当事人应承担责任（第59、61条）。如果双方错误地认为标的物存在而事实上不存在，或者某种标的物存在而事实上不存在该种类型的标的物，可按重大误解处理。但发生重大误解后，应由有撤销权的当事人主张是否撤销合同，从而使合同自始失效。这就可以解决一些因误解引起的履行不能问题。

第二，如果一方（出卖人）明知自己无履行能力而故意签约，此种情况在我国司法实践中大多按欺诈处理。因此，凡属此类情况，合同当然无效。

第三，如果一方因自己的过错使标的物在订约前灭失，既无从判定标的物灭失在订约前还是合同成立后发生的，又不属于不可抗力情况，则完全可按违约行为处理。

（二）嗣后不能与违约形态

将履行不能即嗣后不能抽象化为一种违约形态，是德国债法的一大特点。其主要目的在于当事人应对履行不能的发生负有责任，这就是德国民法所提及的“可归责性”。然而“可归责性”的规则很难运用到履行不能中去，究其原因，主要在于履行不能不能作为一种独立的违约形态存在，而只不过是一种客观的事实状态。因此在任何一种违约形态中都可以发生履行不能问题，从而可以将任何一种违约形态归结为履行不能。

因此，我国合同法中不能接受履行不能这一术语来概括违约形态，而应当从中国的实际出发，构建我国合同法的违约行为体系，并针对不同的违约，确定不同的构成要件和救济方式。根据我国立法规定和大多数学者的见解，可将实际违约行为分为不履行和不完全履行两大类，而不完全履行又可分为迟延履行、不适当履行、部分履行四种，它们分别可以代替履行不能的概念。例如，因可归责于债务人的事由而致全部履行不能，债务人若不能

继续履行义务，则发生债不履行的责任，债务人虽被免除履行原债务的义务，但要承担债不履行的违约责任，显然，在此种情况下，债务人的行为已构成不履行。

总之，履行不能的概念的不合理性，也已引起德国立法者的高度重视。德国债务法修改委员会已决定摒弃自始履行不能、履行不能的类型化的做法，而吸取《公约》的经验，以“违反义务”作为确定债务人的责任的依据^①。我们认为，这种做法是有其道理的。从中国的国情出发，为督促合同当事人自觉地履行合同义务，维持正当的交易程序，我国法律也不应采纳履行不能的概念，更不应将履行不能类型化并赋予其不同的法律效果。对于自始履行不能的情况，除了属于无效合同或可撤销合同以外，均应按有效合同对待。在发生当事人不能履行合同的情况以后，首先要确定当事人一方或双方是否违反了其依法律、合同所规定的义务，无论违反义务是否造成履行不能状态，都要使债务人负债不履行的责任。如果能够确定债务人客观上违反了其应负的合同义务，则应通过举证责任倒置的办法，由债务人证明其是否存在着法定免责事由，否则，即使违约未造成损害后果，也应由债务人负违约责任。

二、关于预期违约

预期违约 (Anticipatory Breach) 亦称先期违约，包括明示毁约和默示毁约两种。所谓明示毁约，是指在合同履行期到来之前，一方当事人无正当理由而明确、肯定地向另一方表示他将不履行合同。所谓默示毁约，是指在履行期到来之前，一方当事人有确凿的证据证明另一方当事人在履行期到来时将不履行或不能履行

^① 梁慧星：《民法学说判例与立法研究》，第323页，中国政法大学出版社，1993年版。

合同，而另一方又不愿提供必要的履约担保。预期违约表现为未来将不履行合同义务，而不是实际违反合同义务，所以有些学者认为此种违约只是“一种违约的危险”或“可能违约”^①，它所侵害的不是现实债权，而是履行期届满前的效力不齐备的债权或“期待权色彩浓厚的债权”^②。正是因为预期违约的不同于实际违约，因此在补救方式上与对实际违约的补救是不同的，并且也不能将预期违约纳入到实际违约的范围之中。

预期违约是英美合同法中的特有概念，最早起源于1853年英国的霍切斯特诉戴纳·陶弗尔案。美国《统一商法典》第2610条、2609条对此作了详尽的规定。《公约》第72条吸收了英美法的经验，对预期违约作了规定。在大陆法国家，法律规定了双务合同的不安抗辩权，与预期违约制度极为相似。我国《涉外经济合同法》第17条确认了默示毁约制度，但并没有规定明示毁约，且默示毁约制度仅适用于涉外经济合同。显然，我国法律关于预期违约制度的规定是不完整的。当前建立完善我国的预期违约制度具有如下作用：第一，巩固合同效力，维护交易的安全和秩序。预期违约实际上是一种故意毁约，若不使当事人承担违约责任，则不利于鼓励当事人信守合同、维护合同效力。第二，有利于避免损失，在债务人拒绝履行以后，债权人若等到履行期到来时再去追究债务人的违约责任，将会发生实际损失或使损失扩大，预先违约制度旨在避免发生或扩大损害。第三，有利于保护债权人利益。如果对预先毁约行为不追究违约责任，则债权人必须等到履行期到来后才能提出请求或提起诉讼，将会使债权人处于极为不利的境地，因为他无法判断是否应为自己履行或接受履行作准备。

① 徐炳：《买卖法》，经济日报出版社，1991年版。

② 韩世远、崔建远：《先期违约与中国合同法》，载《法学研究》1993年第3期。

应当指出,完善预期违约制度,不仅在于认识其独到的价值,而且要明确该制度独立存在的必要性。我们认为,大陆法系国家传统上不存在着预期违约制度,主要面临如下两方面障碍,需要从理论上予以正确阐释:

(一) 拒绝履行的违约形态可否包括明示毁约

拒绝履行是指在合同履行期到来以后,债务人无正当理由而拒绝履行其义务。我国法律通常称之为“不履行合同义务”。^①在大陆法国家,学说和判例常常将明示毁约包括在拒绝履行之中,其主要理论根据在于:给付拒绝与履行期无关,履行期届满前也会发生拒绝履行问题。我们认为拒绝履行不应包括明示毁约。一方面,在债务履行期到来之前,债务人并不负实际履行的义务,如果债务人在履行期作出毁约表示以后,债权人并没有因对方毁约而取消合同,则债务人可以撤回其毁约意思表示,这样债务人便没有构成违约,同时债权人也根本不考虑债务人作出的毁约表示,而坚持待合同履行期到来时要求债务人履行合同。倘若届时债务人履行了义务,则也不构成违约。另一方面,在损害赔偿的范围上应该是有区别的。如果已到履行期后,债务人不履行债务,则应按照违约时的市场价格确定赔偿数额。如果是明示毁约,则应以毁约时的价格计算赔偿数额,而且在计算赔偿数额时,应考虑到因债务没有到履行期,债权人仍有很长时间采取措施减轻损害,因此他通过采取合理措施所减轻的损害,应从赔偿数额中扣除。可见,大陆法学者认为因为拒绝履行和明示毁约在赔偿范围上是一致的,因此前者应包括后者的观点^②,显然是不妥的。

(二) 不安抗辩制度可否代替默示毁约制度

大陆法国家的许多学说常常认为大陆法的不安抗辩权制度可

① 参见《民法通则》第111条。

② 参见顾立雄《给付拒绝》,载台湾《万国法律》第50期,第20页。

以代替英美法的默示毁约制度，因此不必单设预期违约。所谓不安抗辩权，是指双务合同当事人一方依据合同规定须先为给付，在相对人难以作出对待给付以前，有权拒绝先为给付，此种拒绝权即被称为不安抗辩权。诚然，不安抗辩权和默示毁约制度一样，都旨在平衡合同当事人双方的利益，维护公平和平等的交易。但两项制度是不能相互取代的。如果仔细比较可以看出，默示毁约制度较之于不安抗辩权制度，更有利于保护合同当事人的利益，维护交易的秩序。这具体体现在：第一，不安抗辩权的行使存在前提条件，这就是要求债务人的履行应有时间上的先后顺序，也就是说，负有先行给付义务的一方在先行给付以后，另一方才作出给付。正是因为履行时间上有先后，一方当事人先行给付时，若可能得不到另一方的对待给付，才能形成不安抗辩问题，若无履行时间的先后顺序，则仅存在同时履行抗辩而不存在不安抗辩问题。而默示毁约制度的适用不存在这一前提条件，可见赋予合同双方以预期违约救济权更有利于维护当事人的利益平衡的利益保护。第二，预期违约制度适用情形比较广泛，它不仅适用于债务人的财产减少的情况，在债务人经济状况不佳、商业信誉下降、债务人在准备履约及履行过程中的行为或者债务人的实际状况表明债务人有违约的危险等情况下均可适用^①。根据《美国统一商法典》的官方解释，对能否感到不安的理由不一定要求与合同有直接的关系。如甲和乙、丙、丁之间都订有合同，甲对乙、丙的违约可能成为丁对甲能否履约感到不安的理由。而不安抗辩权的行使范围是有限的，仅限于履行的一方财产状况恶化，有难为对待履行之虞的情况^②。可见，默示毁约发挥作用的范围更为广泛，它能够将各种可能有害于合同履行、危及交易秩序的行为，及早地加

① 参见美国《统一商法典》第 2609 条，《公约》第 72 条。

② 参见《德国民法典》第 321 条。