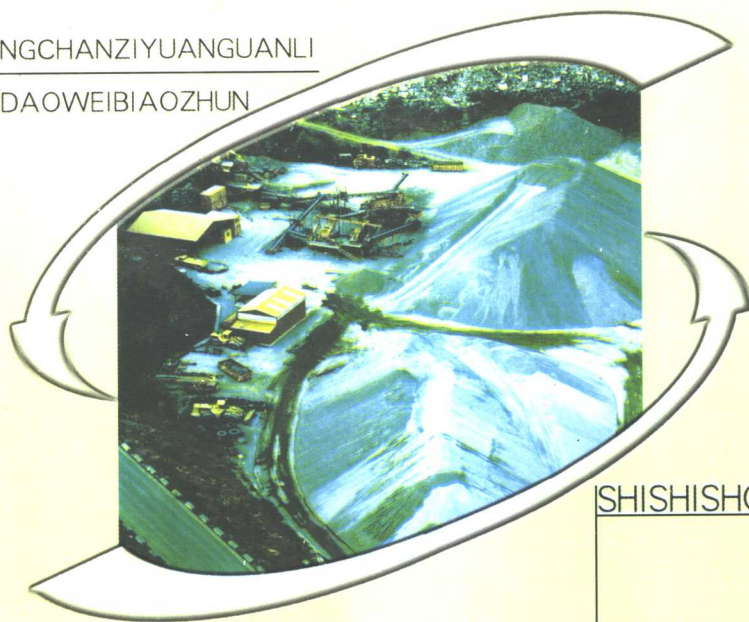


基层矿产资源管理全面到位标准

实施手册

JICENGKUANGCHANZIYUANGUANLI

QUANMIANDAOWEIBIAOZHUN



SHISHISHOUCE

基层矿产资源管理全面到位 标准实施手册

主编：赵卫国

(中)

吉林音像出版社

合理措施”，如财产保全，留置和提起诉讼都可以用于处置违约行为。

例如，在买卖合同履行中，买方迟延收取货物，或在支付价款和交付货物应同时履行时，买方没有支付价款，这是违约行为。对此，卖方可以采取合理措施，以保全货物。具体措施可将货物存入仓库，也可以再销售这批货物。保全货物，直到买方支付货物价款和买方偿付给卖方为保全货物而支付的合理费用为止。如果卖方的货物有严重质量问题，在买方行使退货权之前，可以采取合理措施，保全货物，直到卖方偿付给买方对货物的保管费用及其他合理费用为止。

4. 防止损失扩大

当事人在对方违约时，应采取防止损失扩大的措施。对方违约给一方当事人造成损失，应承担违约责任，但如果一方当事人不采取措施而使损失扩大，亦负有一定责任。损失扩大，不仅容易引起关于赔偿额等方面的争议，而且会使自己带来更大的损失。

当事人违约后，为努力减轻或免于承担违约责任的情况可能出现，其违约责任并不是十分确定的；而且，如果提起仲裁或诉讼，其仲裁机构裁决或法院判决结果也难预料，而裁决或判决的执行能否收到实效，存在两种可能。因此，应首先及时采取防止损失扩大的合理措施，尔后考虑索赔或提起诉讼等措施。

（三）违约补救

违约补救对于受害方特别重要，违约补救是指对于违约行为及其后果采用法律规定的方法加以补救。

英美法上的“救济”一词，指保证实施原告人的权利或防止、补救、赔偿对原告人权利的侵害。实际上，违约救济是一方当事人违反合同义务时，对方当事人所应有的补救方法，或者说是一方当事人对方当事人所应承担的责任。各国法律都针对不同的违约规定了相应的补救方法。我国民法通则和三部现行合同法规定了违约补救的原则和方法，与其他国家的规定大体一致。

违约补救的方法可以概括为六种方法。

1. 赔偿损失

赔偿损失是指当一方当事人不履行合同或履行合同义务不符合规定条件而违约时，另一方当事人有权要求赔偿损失，如果一方当事人采取补救措施后不能完全弥补对方当事人受到的损失，对方仍有权要求赔偿损失。这是最基本的补救方法。在我国，赔偿损失一般以金钱赔偿为原则。

在赔偿损失方法的选择上，大陆法主张当事人不自觉履行合同义务，法律应强制履行，只有当由于某种原因强制履行已不可能或不必要时，当事人才赔偿损失。显然，大陆法把实际履行放在赔偿损失之上加以考虑。英美法则首先适用赔偿损失，并不强调实

际履行。大陆法把赔偿损失方法分为恢复原状和金钱赔偿，英美法的原则是金钱赔偿，称为“金钱上恢复原状”。通过金钱赔偿，使受害方在经济利益上与履行合同得到的相同。

2. 支付违约金

在合同中规定了违约金条款，当出现违约时，支付违约金就成为违约方的责任，也就成为守约方的重要补救措施。合同中约定的违约金可视为违反合同的损失赔偿，两者具有同一清偿目的，但违约金是只要存在违约事实，不论是否遭受损失，一方当事人就有权要求支付违约金，而损失赔偿只在违约后存在实际损失的情况下适用。因此，支付违约金是一种单独的补救方法。

作为一种补救方法，支付违约金为各国法律普遍规定，但存在差异。关于违约金的性质，德国民法典规定，违约金是对不履行合同的债务人的一种制裁，法国民法典却规定，违约金是债权人因主债务不履行所受损害的赔偿。英美法的判例不承认违约金具有惩罚性质，如果法院发现双方当事人约定的违约金具有惩罚性质，则法院不予执行。

3. 继续履行

当事人一方违反合同时，除采用支付违约金或赔偿损失补救之外，对方要求继续履行合同的，应继续履行。在受害方认为合同目的没有实现，且继续履行合同有必要、有可能的情况下，受害方有权要求违约方继续履行合同，对对方违约以要求继续履行加以补救。

我国合同法上的继续履行与英美法、大陆法上的实际履行不同。英美法、大陆法的实际履行，也是一种违约补救方法，但它是指合同受损害一方向法院提起实际履行的诉讼，由法院强制违约方按照合同的规定履行合同。对于实际履行，德国法规定为主要补救方法。德国民法典第 241 条规定：“一项债务的效果是债权人有权请求债务人履行。”法国法规定为可供选择的补救方法。法国民法典第 1184 条规定：“双方契约当事人一方不履行其债务时，……债权人有权选择：或如有可能履行契约时，要求他方履行契约，或者解除契约而请求赔偿损害。”英国法和美国法则规定了限制条件，即使采用赔偿损失补救方法仍不足以补偿受害方的损失时，法院才能考虑判令实际履行。实际履行补救方法只被规定于英美衡平法，英美普通法不存在这一补救方法，普通法只承认因违约而提起的要求赔偿损失的诉讼，其实际履行的判令包括支付价金、损害赔偿金或法院认为的其他救济方法。

4. 解除合同

一方当事人违反合同时，另一方当事人在一定条件下可行使解除权，单方解除合同。解除合同，是各国普遍采用的违约补救方法。在我国，这一补救方法是被法律严格

限定的。当出现符合法律规定的法定条件的情况下，一方或双方当事人才有权解除合同；当一方违反合同以致严重影响订立合同时所期望的经济利益的情况下，非违约方才有权解除合同；当迟延履行的一方当事人在被允许推迟履行的合理期限内仍未履行合同时，非违约方才有权解除合同。合同解除后，不影响当事人要求赔偿损失的权利，就是说，非违约方所遭受的损失还可以通过要求赔偿损失的方式补救。

对于解除合同补救方法，各国法律都有规定，只是关于解除合同的条件及合同解除的后果的规定有所不同。《美国统一商法典》规定，只有合同的一方当事人有重大违约时，才有权解除合同，合同解除后，双方有相互返还义务。英国法规定，只有在一方当事人违反合同条件时，另一方当事人才可宣告解除合同。解除合同无溯及力，已履行的义务原则上不须返还。法国法规定，双务契约当事人一方不履行义务时，应视为有解除条件的约定，在此情况下，契约并不当然解除，并给当事人以对其他补救方法的选择权利。法国法认为解除合同有溯及力，已履行的义务要恢复原状。德国法规定，在一方当事人履行不可能或履行迟延的情况下，对方有权解除合同，如果发生解约，则当事人之间有义务相互返还其收到的货物。《联合国国际货物销售合同公约》规定，对于一方不履行其在合同中和本公约中的任何义务，根本违反合同时，另一方即可解除合同，既不需事先通知，也无义务给对方宽限期以进行补救。这里，行使解除权的前提是对方“根本违反合同”，对于“轻微违反合同”的合同解除权不成立。

5. 暂时中止履行合同

这是在对主违约情况下一方当事人的自我补救方法。我国民法通则、经济合同法和技术合同法没有直接规定暂时中止履行合同这一补救方法，但可以认为这一方法包含在“采取补救措施”的规定之中。涉外经济合同法第17条规定：“当事人一方有另一方不能履行合同的确切证据时，可以暂时中止履行合同。”暂时中止履行合同能使行使人暂时免除三项义务：继续履行合同的义务；为履行合同作各种准备的义务以及承担不可能得到赔偿的额外费用的义务。采用这种补救方法，一方面可以避免因继续履行合同可能造成更大的损失；另一方面使自己处于主动地位，在另一方当事人提供充足的保证后，继续履行合同。

采用暂时中止履行合同有两个前提条件：一是有对方不能履行合同的确切证据；二是将暂时中止履行合同的决定立即通知另一方当事人。如果没有掌握对方违约的确切证据而中止履行合同，很可能被对方当事人认为违约而承担违约责任。如果不立即通知对方当事人，有可能造成双方都违反合同的情况，各自承担相应的责任。

6. 其他合理补救措施

这里除上述五种法律规定的补救方法之外的补救方法。这些合理补救措施，是当事

人依照有关法律规定或合同性质要求所采取的自主补救措施。

不同种类合同有不同的补救方法，双方当事人的补救方法也是各自不同的。例如，在货物买卖合同中，买方可采用给予履行宽限期、减低货价、部分货物不符时的补救等。当卖方未按合同规定的时间履行义务并不意味着卖方不交付货物时，买方可以规定一段宽限期，让卖方履行义务。只是在买方的期待不可能实现的情况下，才考虑采取解除合同或提起诉讼方式。在卖方交付了货物，但在质量、数量、包装等某一方面不符合合同规定的情况下，买方的补救方法是减少价金。减价不论在买方付款前或付款后均可采用。卖方即使因不可抗力可以被免除损害赔偿 responsibility，但如果货物因不可抗力造成与合同规定不符，仍可要求减价。采取减价这一补救手段的条件、特点、减价的计算标准及限制等，可依法律规定或惯例。在卖方交付的货物只有其中一部分不符合合同规定时，买方可以对缺漏部分或不符部分的货物行使任何一种救济手段，如拒收不符部分、减少货价等，如果这部分货物不属于一个单独的部分，而且拒收这部分货物会严重影响其余货物的性能、价值、使用或者再销售，买方可用解除合同补救。买方违反合同的补救方法，有规定额外的履约期限、在买方应当或拒绝本应提供而为逃避合同义务未予提供货物规格的场合，卖方自己订明货物规格的补救等方法。

三、违约责任的构成要件

（一）违约责任的概念

违约责任，是指一方或双方当事人违反合同规定的义务，依照法律规定或合同约定由有过错的一方当事人所应承担的以经济补偿为内容的责任。

违约责任是违反合同义务的结果。“合同义务”与“合同责任”是两个有区别的概念。义务是责任的前提，责任是不履行义务的结果。当事人按照合同的规定正确履行义务，不存在责任问题，只有在负有义务的当事人不履行其义务时，才存在责任问题。

在我国合同法中，“违反合同的责任”包括经济责任、行政责任和刑事责任。这种涵盖其他法上的综合性责任，与合同法意义上的违约责任是不同的。应当认为，合同法上的责任，是违约责任。

“积极的债权侵权责任”是西方民法学界关于合同责任的一种定义性主张。债权不仅包括合同债权，还包括无因管理债权、不当得利债权等，因此，违约责任不等同于“债权侵权责任。”责任是基于不履行合同义务产生的，债权侵权责任仅限于侵犯债权所产生的责任。违反合同义务的构成条件、原因和结果，与债权侵权的构成条件、原因和结果不是同一的，两者之间存在若干差异。

在区别违约责任、违反合同的责任、积极的债权侵权责任概念的基础上，可以限定

违约责任的含义。

首先,违约责任不是“直接责任者个人”,“上级领导机关或业务主管机关”或任何其他第三人的责任,而是合同当事人的责任。

或业务主管机关”或任何其他第三人的责任。合同是以合同当事人的名义订立的,合同当事人是合同权利义务关系的主体。因此,违约责任的承担者只能是合同当事人。合同履行中的个人责任,是个人由于失职、渎职或其他违法行为造成了合同当事人违约或造成重大事故或严重损失,依法应负的经济责任、行政责任或刑事责任。对于合同履行中的个人责任,适用合同法之外的其他法律。在政企没能完全分开的情况下,上级领导机关或业务主管机关可能因为自己的过错造成合同当事人违约,但它们本身不存在违约责任问题。根据民法通则的规定,由这些机关对合同当事人因违约赔偿等造成的损失负责处理。这种“处理”是一种补救措施,可用减少上缴利润、减免税或提供产供销等方面的优惠措施等加以解决。其他第三人存在干涉合同关系的情况,如侵犯合同权利、诱使当事人违约等,但无论何种干涉,都是一种民事侵权行为,承担的是侵权责任而不是违约责任。

其次,违约责任是违反合同义务所应承担的责任,而不是民事赔偿责任。民事赔偿责任,是不法行为人侵害了他人所有权或人身权应承担的民事责任,当事人之间原来不存在债权债务关系,而违约责任是在双方当事人存在债权债务关系的基础上,由于一方不履行合同义务,损害了对方的合同利益而承担的。造成民事赔偿责任的原因是多方面的,即包括债务的不履行,也包括物权请求的义务不履行、产品质量担保、共同海损的分担等等,而违约责任的原因只是合同义务的不履行或不适当履行等违反合同义务的事实。在法律适用上,民事赔偿责任适用民法,而违约责任适用合同法。

最后,违约责任是以经济补偿为内容的责任。合同是基于一定的经济目的订立的,合同的内容是经济权利和经济义务。违反合同义务,承担违约责任,实际上是补偿一方当事人经济利益的一种手段,也是违约当事人的一种经济负担。两大法系关于违约责任的立法不尽相同,但都强调违约责任具有赔偿性质;强调追究违约责任旨在保护受害方在正常履行合同条件下本来可以得到的经济利益。

(二) 违约责任的性质

对于违约责任的性质是在长期的历史发展中逐渐形成的,是随着历史的变迁而不断演化的。

在习惯法时代,实行信誉责任制度,主要是用宣誓和名誉等作为义务的担保。前者如“家畜之誓”、“剑誓”,依靠对神灵的信仰及对种种惩罚的恐惧,来保证允诺的履行。后者以名誉、良心为保证,一旦违反允诺,即被当众宣布允诺人为丧失名誉信用的人。

在奴隶社会和封建社会，信誉责任发展为人身责任，即以人身作为合同义务的担保。违约责任是人身责任或人身责任随附的财产责任。罗马法的债具有严厉的人身责任性质，《十二铜表法》第三表规定，不履行合同时，原告人可以拘捕债务人，甚至拘持于住宅，带足枷手铐，直至处死。

资本主义实行财产责任制度，这是资本主义社会物化的必然结果。法国民法典规定，作为或不作为的债务，在债务人不履行的情况下，转变为赔偿损害的责任。资本主义财产责任制度的发展，使具有人身惩罚性质的责任转化为具有财产补偿性质的责任，在国家整个法律责任体系中，由一般的、处于附属民事责任的地位逐步向重要的、普遍的独立经济责任的方向发展。

我国合同法上的违约责任，是财产补偿责任，即依照法律规定或合同约定，违约当事人用财产来补偿给对方造成或可能造成的经济损失。

这种财产补偿责任不同于行政责任。行政责任是行政法上的责任，其责任措施是行政处分。这种措施只适用于自然人，而且处分可因对错误的认识程度而不同；财产补偿责任的承担者是包括法人和其他经济组织在内的合同当事人，其责任大小，并不取决于认错态度，而是取决于造成的损失的程度。财产补偿责任也不同于刑事责任。刑事责任是对罪犯人身的惩罚，其罚金和没收财产，是从剥夺犯罪分子手段的角度实施的，具有随附人身惩罚的性质且不存在协商问题；财产补偿责任不具有人身惩罚性质，在法律范围内，具体赔偿事宜可以协商议定。

哪些违约行为应导致违约人承担违约责任？这个问题主要关注的是违约方是否必须有过错以及违约是否造成了损害后果。乍一看，似乎两个问题的答案都应该是肯定的，没有过错的人却要承担责任岂不非常不公平？而既然没有造成损害又干嘛还要承担责任呢？这话并不错，但也不全对，事实上合同法在违约责任要件方面都对过错主义与损害后果主义开了一些小小但却又意味深长的例外。以下将分别描述违约责任的三个要件。

1. 违约行为

我国民法通则将违约行为分为两种，即不履行合同义务与履行合同义务不符合约定条件，分别被简称为不履行和不当履行。

(1) 不履行一般是指拒绝履行，即当履行期限届满后，债务人把不履行合同的行为，又称毁约行为。但从法律后果上讲，根本性的严重违约或重大违约为与不履行是基本相同的，我国涉外经济合同法规定：不履行合同根本性严重的违约，对方当事人都有权解除合同。

(2) 不当履行所涵盖的范围较广，它包括迟延履行、质量瑕疵给付、加害给付、部分履行、履行方法不当、履行地点不当以及其他违反合同义务的情况。

迟延履行与不履行不同，后者是债务人毫无要履行的意思，是一种公然的毁约，而迟延履行当事人并无毁约的意思，仍愿意履行，只是履行时间上有所迟延。因此，不履行和迟延履行，当事人享有合同解除权有所不同，债务人不履行的，债权人一般都可解除合同，而债务人履行迟延的，如果尚未严重到影响订立合同所期望的经济利益，那么债权人无权解除合同。

履行迟延不适当履行加以描述有时有些词不达意，特别是在当事人起诉时对方虽未履行但有表示愿意继续履行时更是如此，以不履行为由起诉不合适，以不适当履行也不妥，因为不适当履行一词有“已经履行了”的意思，所以将履行迟延分离出来作为单独的一种违约形态的呼声时有所闻。

履行迟延分为债务人给付迟延和债权人受领迟延两种情况。无论对债务人还是债权人而言，合同标的物的交接都是合同义务，即使是债权人也不能任意拖延及至放弃，否则，债权人应支付约定违约金并且赔偿债务人因受领迟延而增加的保管费、提存费、运输费等损失。

瑕疵给付是指交付的产品或提供服务有瑕疵，即在质量上不符合规定的标准，或者产品在规格、包装方面不符合标准，或者不具备应当具备的使用功能。加害给付是指因产品存在缺陷造成人身损失或缺陷产品以外的财产损失。这两种违约形式在责任形态上会引起不同的后果。根据消费者权益保护法，消费者购买的商品若仅仅是质量上存在瑕疵，如电视图像不清晰，则只能由“购买人”向商品销售者要求修理、换货、退货。若属生产者责任，销售者应先向消费者赔偿后再向生产者追偿；而若购买的商品由于缺陷造成人身及其他财产损失，如电视机爆炸造成伤亡，则“受害人”（不仅限于购买人）不仅有权向销售者而且可以直接向生产者要求赔偿损失，销售者或生产者应先向受害人赔偿后再向有过错的另一方追偿。这里就运用了瑕疵给付和加害给付两个不同的概念来区分不同的责任形态。

部分履行是指交付不足，属于不完全履行。当愤怒的消费者找到个体摊贩怒斥其缺斤短两时，在法学家眼里就是债权人因债务人仅部分履行其所付的债务而请求债务人承担其违约责任。

履行方式不当，如代办托运改为债权人自提，履行地点不当例如仓库交货改为码头交货等。

(3) 预期违约。违约严格说来应为履行期限到期后违反合同约定的行为，如果履行期限未至似乎还谈不上违约的问题。但假如当事人提前知道对方不可能履约的话，不赋予他某种自我保护的权利也并不妥当。例如卖方在交货期限届满前厂房失火导致货物灭失，而此时买方依合同应该付款，则应如何处理？买方没有理由解除合同，也还不能要求对方承担违约责任，但又实在又担心付出货款难以收回，怎么办？为此，法律特创设

预期违约度加以调整。此案中买方有权以卖方构成预期违约为由拒付货款。在我国这项制度仅见于涉外经济合同法：“当事人一方有另一方不能履行合同的确切证据时，可以暂时中止履行合同，但是应立即通知另一方；当另一方对履行合同提供了充分的保证时，应当履行合同。当事人一方没有另一方不能履行合同的确切证据，中止履行合同的，应当负违约责任。”

2. 损害后果

损害后果有可能对当事人造成或多或少的损害，因为如果假定合同是当事人为获取利益而订立的话，那么任何合同的违反都会引起损害，至少，是可期待利益的落空。尽管有些违约责任的承担并不要求首先算计好损失额，如违约金、定金等。但这些责任形式也可以看作是当事人对违约损失事先约定好的计算方法，因为毕竟，违约造成的损失远比损坏了一件东西复杂得多，估算是极困难的，在此情况下，以违约金来事先约定迟延履行一天所应赔偿的金额就是一个简便易行的办法，所以，从理念上想象出此处违约仍以损害为要件并不困难。但这仅仅是一种观念的抽象，也许在事实上违约确实没有造成损失，但这已意义不大了。

损害的程度有时对违约责任形式关系重大。例如解除合同以及定金责任只有在违约方构成根本违约时才能适用、而根本违约的重要判断标准就是看违约的后果是否足够严重，以致无法实现订立合同时所期待的利益。

损害后果必须与违约行为有因果关系，自是题中应有之意，此话不说。

3. 过错

经济合同法中对过错的阐述是：由于当事人一方的过错，造成经济合同不能履行或者不能完全履行，由过错的一方承担违约责任；如属双方的过错，根据实际情况，由双方分别承担各自应负的违约责任。

但是违约责任考虑的不仅是违约方的道德可归责性，而且还考虑到一个风险的合理分配问题。由于合同营造了一个相对独立的当事人之间的内部关系，当双方对违约的发生都无可指责时，因违约造成的损失由谁来承担实质上变成了由谁来冒违约的风险的问题，天平一味地倾向于违约方未必都是公平的，难道行为人对自己行为所造成损害的风险要由对方心惊胆颤地祷告告别出意外吗？例如某演员在去演出途中遇到车祸，尽管该演员对此毫无过错，但剧院为此受到的损失由谁来承担呢？也许你会觉得演员遇到车祸已经够不幸了，再让她承担违约责任实在于心不忍。这种考虑问题的方式或许是东方人的思路，但绝不是法学家的思路。法学家要用概念和规范给当事人树立一系列清晰的路标，使他们能循着指引找到确定的答案。本案例中如果“不幸”可以被量化并可以用明确的规则概括这一类情况的话，或许演员的违约会被得到容忍。但到目前为止，世界通

行的做法是，对违约方无过错的情况，如果违约基于第三人过失或意外事件，那么违约方仍将承担违约损害的风险，只有是不可抗力对方当事人过错造成违约的，违约责任才会得到免除。民法通则规定：“当事人一方由于上级机关的原因，不能履行合同义务的，应按合同约定向另一方赔偿损失或者采取其他补救措施，再由上级机关对它因此受到的损失负责处理。”这就反映了第三人过失引起的违约，违约方不能免责原则。涉外经济合同法对违约的定义就不再有过错的要求：“当事人一方不履行合同或者履行义务不符合约定条件，即违反合同。”在立法技术上，不再将“无过错不负责”作为原则，“无过错也负责”作为例外，而将“无过错也负责”作为原则，“无过错不负责（免责事由）”作为例外。当免责事由应被严格限定时，这种结构就会显得更加合理。

违反方是否具有过错的举证责任应由违约方自己承担，也就是说要由违约人拿出证据来证明自己没有过错，如果拿不出那么就可以直接被推定为有过错，而不必再由另一方拿出证据来证明违约方是有过错的。这种规定主要考虑到举证便利的问题，毕竟冷暖自知，内心的想法还是自己举证方便一些。

（三）免责事由

免责事由是指符合哪些条件违约方可免除责任，严格地讲，违约责任的免责事由仅限于不可抗力，免责条款和对方当事人过错实质上是个违约问题，此书只对不可抗力与免责条款作个介绍。

1. 不可抗力

不可抗力是指当事人在订立合同时所不能预见，对其发生和后果不能避免并不能克服的事件，它包括地震洪水、泥石流等自然灾害和政变、战争等社会事变。不可抗力超然于人的行为之外，不受人的意志所左右，行为人对不可抗力的发生没有任何过错。

不可抗力作为违约的免责事由已得到世界各国的公认，我国也不例外。《民法通则》规定：因不可抗力不能履行合同的，不承担民事责任，但法律另外规定的除外。经济合同法规定：当事人一方由于不可抗力的原因不能履行合同的，允许延期履行，部分履行或者不履行，并可根据情况部分或全部免于承担违约责任。涉外经济合同法规定：当事人固不可抗力事件不能履行合同的全部或者部分义务的，免除其全部或者部分责任。

不可抗力在主观状态上要求的不可预见，指的是订立合同时不可预见，例如地震，也许在中短期预报非常精确的情况下，行为人在地震前是可以预见到地震的发生的，但若在合同生效时尚未预见，就仍符合不可抗力要求。如果在订约时双方已明确知道地震很可能发生，那么就意味着行为人愿意承担由地震造成自己违约而引发的风险，因此违约方不得以此为由主张免责。

不可抗力不能简单等同于意外事件，所谓意外事件是指非因当事人的故意或过失而

偶然发生的事故，它虽也属于当事人所不可预见的，但与不可抗力的不可预见还有程度上的差别，正如整数与有理数尽管都是无限集合，但无限也存在等级一样。中国人民大学王利明教授以为：“应从主客观两个方面来区分意外事件和不可抗力。首先，从主观上看，意外事件的不可预见性是指特定的当事人尽到合理的注意而不可预见，对于不可抗力来说，即使尽到高度的注意和谨慎也不可预见，可见，不可抗力具有更强的难以预见性。其次，从客观上看，意外事件虽然有不可预见性，但它常常是能够改变和克服的，而对不可抗力来说，即使预见到也是不可避免和克服的。”简而言之，不可抗力是更加意外的意外事件，而意外事件则是相对可抗的不可抗力。之所以区分这两个概念，就在于意外事件不能成为违约方的免责事由，例如交通事故等。不可抗力与意外事件的区分有时显得相当困难，只能借助于直觉加以把握，比如洪水可成为不可抗力，而火灾一般只能算作意外事件。

不可抗力大致包括以下几种情况：①自然灾害，如海啸、龙卷风；②政府行为，例如征收私人企业为国有，频发禁令导致合同无法履行；③社会异常事件，如罢工暴乱等。

不可抗力并不包括合同当事人以外的第三人的行为。第三人行为对违约方来说有时也是不可预见并不可避免的，但第三人行为并不是有外在于人的行为的客观性的特点，不能作为不可抗力看待。在连环买卖合同中，甲约定7日将货物交付于乙，乙约定9日将货物交付于丙，结果由于甲对乙违约导致乙也对丙违约，此时乙并不能以不可抗力为由拒绝对丙承担违约责任。因第三人过错导致合同一方当事人违约的，违约人不能免责。

不可抗力可以免除违约人的责任，至于是部分免除抑或全部免除要视不可抗力对合同履行的影响而定，如果不可抗力仅导致无法全部履行但仍可部分履行或迟延履行时，不可抗力仅就不能履行的部分履行迟延免费。

按照我国法律规定，当事人一方因不可抗力事件不能履行合同的全部或部分义务的，应当及时通知另一方，以减轻可能给另一方造成的损失，并应在合理期间内提供有关机构出具的证明。如果因违约方不尽通知义务而使对方损失扩大的，违约方无权就损失扩大的部分主张免责。

鉴于不可抗力内容的模糊性，当事人在订立合同时可以事行约定不可抗力范围。

2. 免责条款

免责条款是当事人双方在合同中事先约定的，旨在限制或免除其未来责任的条款。合同法上违约责任包括实际履行、解除合同、赔偿损失、定金、违约金等形式，它就像一个武器库，可供合同当事人在一般情况下，有权就违约责任的形式及承担责任的范围

进行事先的约定，而体现在合同中的这些约定就是免责条款。

免责条款除了免除全部责任（如“货物交付，概不退换”）以外，还包括免除部分责任，即限制承担责任的范围的情况，例如约定如果一方不履行合同，只承担违约金责任，而不计算实际损失后再加以赔偿，也不适用强制履行。

免责条款在规定生活中所引起的巨大争议主要是集中在经营者和消费者订立的标准合同之中。

试举一个案例。一个摄影爱好者踏遍名山大川，集数月之心血拍摄了几十卷胶卷，交给一个照片洗印社冲洗，结果由于洗印社的过错，导致胶卷全部曝光。该顾客倍受打击，高血压发作，住院花去医疗费若干，于是状告洗印社，要求其赔偿自己在拍照期间支出的交通费、住宿费、照像费，住院期间的医疗费，以及精神损失费。而洗印社辩称：“我方在顾客须知中早已明确规定：本店冲洗事及造成照片不能使用的，只退还冲洗费并赔偿胶卷费用。此项规定属合同的免责条款，顾客在本店冲洗照片就意味着接受了此项条款，因此我方只负责退还冲洗费和赔偿胶卷价值。”

顾客那种狮子大开口式的索赔未必合理，但店家的这种免责条款乍一看也似有欠公平。至少，照相时所耗费的电池是否应在赔偿之例呢？这里就涉及到免责条款的成立和生效要件的问题。作为合同的一部分，从原则上说，免责条款应具备合同成立生效的一般要件。

（1）成立

免责条款的成立是指该条款是否已被订入合同，即当事人的双方在订约时已经意识到该条款的存在，并且就此达成了合意。如果免责条款条由一方当事人悄悄移植入合同中，对方并未意识到该条款的存在，那么免责条款就不成立。

显然，免责条款的成立，要求必须当事人在双方都意识到了该条款的存在的情况下签订了合同。因此免责条款，特别是针对方广大消费者制订的免责条款，必须能够让消费者清楚地感觉到它的存在。这就要求：

（1）免责条款在外观上要有醒目性，能够引起普通人足够的注意，如以鲜艳的字体张贴于公共场所，以个别告知方式使每位消费者引起重视，或印制在车票、机票、电报稿等必须票证上；

（2）免责条款的文字或语言必须清楚明白，不会引起误解；

（3）免责条款在订立合同前出示，不能事后追加。就上述案例而言，如果店方的这项条款以极含混的方式张贴于店堂内一处极不显眼的地方，根本不足以引起消费者足够注意的话，该条款不成立。有些洗印社的这些声明只印在洗印之后的照片纸袋上，顾客在洗印照片时根本无从知晓，那么该项免责也不能成立。

（2）生效

免责条款成立未必生效，如果不符合生效要件当事人可主张撤销或被法院宣告无效。免责条款可因为重大误解，显失公平而被撤销，一方当事人欺诈、胁迫或乘人之危与他人订立的免责条款无效，违反法律、社会公共利益的免责条款无效，无民事行为能力人订立的免责条款无效。例如在招工登记表上注明“工伤事故，用人单位不负任何责任”就因公然违反民法和法律而当然无效，劳工完全可以视其为不存在，即使签了合同也有权要求雇主承担工伤医疗费用。免责条款不能排除故意和重大过失的责任，也不得排除合同当事人应负有的基本义务，例如买卖合同卖方不得约定免除交付质量有严重问题的货物的责任。条款明显不合理可导致该条款无效，这可在英国的一个案例中得到体现。卖主向买方出售土豆种籽，合同中有一条规定：如买方在收到货物三天后没有说明货物有瑕疵，则卖方可以免责。但种籽在播种发芽后才发现染有病毒，由此引发诉讼。法官判决：该免责条款要求在三天内发现土豆种籽质量有瑕疵，属于不合理条款，条款无效。

具体到顾客诉洗印社的案例中，洗印社的免责条款是否合理的问题，应该说其基本上还是合理的，因为冲洗照片时洗印社对照片内容无从了解，也无法预见到顾客对照片所投入的成本，而“违约方只赔偿其可预见范围内的对方损失”是违约损害赔偿的一个基本原则，因此洗印社退款并赔偿胶卷费用尽管责任很小但还不至于太出格。这与邮电局发电报的那个“拍发失误只退赔电报费”不同，邮电局这项免责只承担退还价款责任而无任何损害赔偿，而且拍发电报时发报员将汉字译成电码时已经明晰电报内容，理应预见到电报错发可能造成的严重后果，因此电报的这种项空前的免责实际上免除了自己故意的重大过失责任，也对违约赔偿范围进行了大大的压缩，显失公平。但很遗憾邮电局所制作的这项颇遭非议的免责条款还堂而皇之地被法院保护着。

3. 关于情势变更

所谓情势变更是指在合同有效成立后，非因当事人双方的过错发生情况态势上的重大变化，致使当事人如果如约履行会显失公平，此时当事人可以变更和解除合同。最典型的情势变更例如合同订立后发生恶性通货膨胀，如按合同原价格交货，卖方将蒙受重大损失，此时卖方有权变更价款或解除合同。

情势变更与不可抗力都要求发生当事人无法预见到的事件，而且情势变更往往由不可抗力引起，两者区别在于情势变更后当事人不是不能履行合同，只是履行将显失公平，而不可抗力将造成当事人全部无法履行或无法全部履行，一般认为情势变更只能引起一方享有变更解除的权利，并非属于违约的免责事由。只是由于情势变更也可以使当事人免于承担继续履行的责任，学者们才常常将其称为情势变更免责；而不可抗力可使一方有权解除合同，并且是违约的法定免责事由。

情势变更与显失公平的区别在于,尽管情势变更也会引起显失公平的后果,情势变更一般是由不可抗力造成,而且主要是指市场的异常波动,而显失公平是由于一方利用优势和对方轻率、无经验而订立;情势变更使当事人享有变更解除权,而显失公平只引起撤销权的存在。

单从词汇学角度而言,不可抗力、情势变更及显失公平根本不是同一层次的概念,而是一个顺承的环节:“不可抗力”可引起(也可不引起)“情势变更”,“情势变更”可引起(也可不引起)“显失公平”。但这些词汇上升为法律语言后便有了其特定意义。不可抗力系指“不可抗力+不能履行+免责或变更、解除权”;情势变更系指“情势变更+显失公平+变更、解除权”;显失公平系指“民事行为+显失公平+撤销权”。概念的意义在于体现人类认识的深度以及将无限复杂的客体抽象化和浓缩化。概念一旦形成,人类就要小心被这一自己创设出来的工具反过来捆住自己的手脚。

我国立法上对情势变更则并无明文规定,但司法实践中已有所运用。例如最高人民法院在(1992)第27号批复中所确认的:“由于发生了当事人无法预见和防止的情势变更……仍按原合同约定的价格……显失公平”,当事人可以变更或解除合同。

但要注意的是:情势变更主要适用于市场的异常波动,使得履行已无意义。此种制度不能滥用,绝不能扩张到正常的交易风险,有时当事人把自己经营亏损也作为情势变更来请求解除合同,是不正确的。而且情势变更无论如何也不能把车祸、飞机失事等意外也囊括进去,否则意外事件就可以名正言顺地成为违约方拒绝履行的理由。

(四) 违约责任的认定

认定违约责任的标准与依据是违约责任构成要件。

在立法上、理论和实践上,都是基于违反合同的事实来确定违约责任的,但如何认定并承担违约责任,却是一个复杂的问题领域。主要涉及两个问题:一是违约程度与认定并承担违约责任的关系;二是有无过错与认定并承担违约责任的关系。

1. 违约程度与违约责任

违约的程度,可分为根本违约与轻微违约。这两种违约的不同程度,与认定并承担违约责任关系极大。《联合国国际货物销售合同公约》对根本违约的概念和构成条件作了限定。

根本违约,是一方当事人违反合同的后果,使另一方当事人遭受损失,致使合同目的不能实现,而且其后果并未预知或无理由预知。其含义是:一方存在违反合同的事实;违反合同的后果是使对方遭受损失;这种损失使履行合同的基础丧失;这种后果不被违约当事人预知。具备上述四个条件,即构成根本违约,否则,不构成根本违约。

根本违约以“违反合同的后果”作为判断标准,着眼于订立合同时约定的经济利益

能否实现，而不着眼于对某些合同条款的违反及某些合同权利是否得到充分满足。例如，一方当事人根本不履行合同义务、拒绝履行合同或不交付标的、不支付价款、超过延期履行时间仍不履行义务等等，都属于根本违约。上述违约，使合同目的无法实现，应认定并使之承担违约责任。

轻微违约，是一方当事人违反合同，给对方当事人造成轻微的损失后果，这些后果不影响合同目的的实现。轻微违约具有违反合同的事实，也给对方造成了一定损失，但其损失是轻微的，采用相应的补救方法，可以使合同继续履行，并能最后满足订立合同时规定的权利要求。很显然，轻微违约不是着眼于违反合同的后果，而是着眼于合同中个别条款、合同义务的适当履行以及合同个别权利的实现程度等等。例如，一方当事人已交付大部分货款，只剩一小部分货款未交，在收到对方当事人违约通知后，立即筹款，全部交齐。这就属于轻微违约，不应使之承担违约责任。

任何违约行为都会给对方当事人和国民经济运行带来不利影响，因此，无论是当事人或仲裁机构、人民法院都应以违约责任形式使违约当事人承担不利的法律后果。然而，合同毕竟是当事人相互满足自身利益的自主形式。在发生违约特别是轻微违约时，双方当事人应从共同利益出发，友好协商、互信互让，积极采取补救措施，使合同完满履行。

2. 有无过错与违约责任

在通常情况下，由于过错违约，承担违约责任，但在有些场合，虽然违约并不一定是过错引起的，也应承担违约责任。

这里有两种情况：一是“无过错责任”，二是“推定为过错责任”。经济合同法第30条规定，当事人一方由于不可抗力的原因不能履行经济合同的，可根据情况部分或全部免于承担违约责任；第34条规定，发包方工程中途停建、缓建，应采取措施弥补或减少损失，同时赔偿承包方由此而造成的停工、窝工、倒运、机械设备调迁、材料和购件积压等损失和实际费用。上述规定表明，由不可抗力和无法防止的外因引起的违约责任，是无过错责任。技术合同法第17条规定，当事人一方不履行技术合同或者履行合同义务不符合约定条件，即违反合同的，另一方有权要求履行或者采取补救措施，并有权要求赔偿损失。涉外经济合同法第18条规定，当事人一方不履行合同或者履行合同义务不符合约定条件，即违反合同的，另一方有权要求赔偿损失或者采取其他合理的补救措施。采取其他补救措施后，尚不能完全弥补另一方受到的损失的，另一方仍然有权要求赔偿损失。上述规定，并没显示过错责任，其违约责任的原因，存在过错与无过错的必然性。换句话说，凡造成违反合同事实的，尽管当事人主观上没有过错，也要承担违约责任。

我国的合同立法，没有“推定为过错责任”的直接规定。有些大陆法系国家对违约责任推定为过错责任。德国民法典第 282 条规定：“关于给付不能是否由于债务人的过失有争执时，债务人负举证的责任。”推定为有过错，是在发生违反合同事实的情况下，违约当事人不能证明自己无过错时，由法院或仲裁机构推定为违约当事人有过错。英美法采取“事实本身证明”原则，反映在合同法上，如果发生了损失的事实，而且是由于违约当事人造成的，但对方当事人只能证明违反合同事实的发生，不能证明发生的原因即违约当事人是否有过错，则可用违约事实本身证明违约当事人有过错。

四、违约责任的承担

（一）违约责任的承担方式

违约责任的承担方式与违反合同责任的形式不是一个概念。违约责任的承担方式，是指违约当事人违反合同后，承担法律规定或合同约定的责任措施的具体方式。

合同法上的责任措施的性质，属于财产补偿。因此，承担违约责任的方式不包括个人责任、上级领导机关和业务主管机关责任、单方解除合同、定金制裁、处置财物、价格制裁、信贷制裁等。

承担违约责任的方式，有支付违约金和赔偿金两种。

1. 违约金

（1）违约金的定义和性质

违约金，是指当事人违反合同义务，按照法律规定或合同约定，支付给对方一定数量的货币。

违约金是预先规定的货币支付，只要一方当事人因不履行或不完全履行本合同等造成违约，不论违约是否给对方造成损失，都要按规定向对方支付违约金。违约金的支付，不以造成损失而以违约行为为前提，即只要发生违约行为，不论有无损失，也不论损失是否少于违约金，都要支付违约金。一方违约，就损害了对方的经济权益，因此对这种被损害的合同权益，以违约金的方式进行补偿。

违约金的赔偿性质，表现为以违约金作为对对方造成损害的补偿。如果因违约给对方造成的损失超过违约金时，还应赔偿，补偿违约金不足的部分。

我国合同法规定的违约金，具有惩罚和赔偿双重特点。这表现为：在交付违约金之后，违约方并不能免除继续履行；即使违约未造成损失，对方也有违约金的支付请求权；造成的损失超过违约金时，就其超额部分还应赔偿。

（2）偿付违约金构成要件

承担违约金责任的前提和条件是：合同为有效合同；有不履行或不完全履行本合同义