

合同法研究丛书
HETONGFA YANJIU CONGSHU



中国合同法制 比较研究

刘汉山 张际信

傅冰 姜德鑫 等 著

ZHONGGUO HETONG FAZHI
BIJIAO YANJIU

新疆人民出版社

自治区 2002 年社科基金资助课题
新疆财经学院管理研究院资助出版



中国合同法制

比较研究

ZHONGGUO HETONG FAZHI
BIJIAO YANJIU

刘汉山 张际信 傅冰 姜德鑫 等 著

江苏工业学院图书馆
藏书章

新疆人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国合同法制比较研究/刘汉山,张际信等著. —乌鲁木齐:新疆人民出版社,2004.4

(合同法研究丛书)

ISBN 7-228-08720-8

I.中... II.①刘...②张... III.合同法—对比研究—中国 IV.D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 033662 号

合同法研究丛书

中国合同法制比较研究

刘汉山 张际信 傅冰 姜德鑫 等著

出 版	新疆人民出版社
地 址	乌鲁木齐市解放南路 348 号
邮 编	830001
电 话	0991-2825887 2816212
印 刷	新疆地理研究所公共事业服务公司
发 行	新疆人民出版社
开 本	850×1168 1/32
印 张	13.75 印张
字 数	350 千字
版 次	2004 年 4 月第 1 版
印 次	2004 年 4 月第 1 次印刷
印 数	1-500 册

ISBN 7-228-08720-8

总定价:65.00 元

《中国合同法制比较研究》

课题组成员名单

- 刘汉山 新疆财经学院法学系教授、硕士生导师、
课题主持人
- 张际信 新疆财经学院法学系教授
- 傅 冰 新疆财经学院法学系副教授、系主任
- 姜德鑫 新疆财经学院法学系副教授、硕士生导师、
系副主任
- 张 丽 新疆财经学院法学系副教授、商法教研室
主任
- 赵 俐 新疆财经学院法学系副教授、硕士研究生、
国际法教研室主任
- 李旭东 新疆职业大学法学教师
- 陈晓风 新疆财经学院法学系副教授

前 言

1999年3月15日《中华人民共和国合同法》(以下简称新合同法)颁布后,在全国法学界、法律界以及实际工作部门引起了强烈的反响。一场学习、研究、贯彻、落实新合同法的热潮在全国迅速兴起。

新合同法总结了新中国成立以来特别是改革开放以来我国立法和司法实践的经验,借鉴不同法系发达国家的有关规定,是继往开来面向21世纪的崭新的合同法。具体表现在:

第一,是合同立法的新发展。以统一的合同法取代分散、并存的多个合同立法,结束了我国合同立法长期存在的“三足鼎立”的被动局面。新合同法源于现实经济生活,又积极指导经济实践。新合同法的五条原则的规定以及与此相呼应的对格式条款的订立、免责与争议的规定,对现实经济生活有着重要的指导意义。合同形式多样,反映了时代特点。新合同法体现了继承、借鉴、融合相统一的精神。新合同法继承了我国民法理论和立法司法成就,借鉴不同法系发达国家的有关规定,把英美法的合同原理与实践融合在一起。

第二,为法院审理合同案件提供了新的法律依据。新合同法是我国第一部完整的、系统的、统一的适应社会主义市场经济发展需要的合同法,内容广泛,覆盖面宽,提供的法律依据更充分。新合同法是在《中华人民共和国合同法》(以下简称《经济合同法》)、《中华人民共和国合同法》(以下简称《涉外经济合同法》)和《中华人民共和国合同法》(以下简称《技术合同法》)基

础上修改、补充而成的,增加了大量的新内容,由三部合同法共计 145 个条文增至 428 条,既有总则,又有分则。总则对合同的概念、原则、订立、效力、履行、变更、转让、权利义务终止、违约责任等共同性问题作了规定。在每个共同的问题中,又包括诸多制度。分则对实践中常用合同形式作了规定,即 15 种有名合同,对无名合同法律也作了明确的规定,为法院审理合同案件提供了更加充足的法律依据;三部合同法的统一,减少了法院适用法律的难度。原来三部合同法对合同的概念、主体、原则、形式、违约责任等很多问题规定不尽一致,增加了法院适用法律的复杂性。现在合同法作了统一的规定,减少了法院适用法律的难度,有利于法院统一适用法律。新合同法把原三部合同法规定的“协商一致”具体化为要约、承诺,并对其概念、构成要件、方式、期限、生效、撤回、变更等问题作了详细的规定,便于具体操作。

第三,在合同订立方面有新的突破。原三部合同法都强调书面形式,而新合同法第 10 条规定,合同成立以不要式为原则,要式为例外。新合同法第 11 条还借鉴了联合国贸易法委员会的《电子商务示范法》规定,书面形式包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮电。合同的内容采用“一般包括”的表达方法,避免了过去三部合同法“应当包括”“必须包括”“应当具备”那种列举内容为合同主要条款的观点和误解;对合同订立要约和承诺的规定,对电子商务以及国际互联网上签订合同的情况也作了规定;关于格式条款处理方法以及缔约过失责任的规定都是在合同订立方面的新突破。

第四,进一步完善了合同效力制度。合同效力制度是合同法的核心内容。新合同法对合同的效力问题作出了更科学、合理的规定。明确了合同成立与合同效力之间的关系。合同成立只是合同生效的逻辑前提,合同生效是法律对当事人之间意思表示的合法性认可;赋予了合同的条件性与期限性;建立了有效合同、无效

合同、可撤销合同和效力未定四种合同效力形态,从而使合同成立后的效力判断体系科学化。

第五,债权人代位权、撤销权新制度的确立。以前三部合同法均未对代位权和撤销权制度作出规定,有些单位趁机钻法律空子,低价出售财产或者将财产无偿转让给关联企业,以逃避债务。代位权和撤销权制度在法律层面上堵塞了漏洞,对消除社会中存在的“三角债”和“连环债务”将发挥积极作用。

第六,完善了违约责任制度。在违约责任的归责原则上,采取了无过错责任原则与过错责任原则相结合的归责原则立法方式;完善了违约责任形式的具体适用条件。在赔偿损失责任形式中,确立了“可预见规则”确定赔偿数额的原则。在违约金规定中赋予法官自由裁量违约金数额的权力;新合同法中明确规定了违约责任与侵权责任竞合的处理准则。

第七,完善了符合国情的合同解释规则。

第八,进一步完善了买卖合同。科学确定了买卖合同的适用范围;摒弃了因主体不同而区分不同买卖合同的做法;明确规定了所有权保留的条款;明确规定了标的物发生意外灭失的责任;充分借鉴国外有关合同标的物的法定质量担保义务。

第九,确立了无名合同的法律地位。在审理无名合同纠纷案中,应遵循以下原则:应遵循《民法通则》及新合同法的一般规定;应遵循平等、自愿、公平原则;客观、公正的审判、解释原则;采用类推适用原则;尊重当事人自由意志,慎用“无效条款”。

第十,提高了行政监管的地位。工商行政管理机关是国家主管市场的监督管理和行政执法机关,承担着监管合同关系的重要职责。与《经济合同法》相比,新合同法对工商行政管理机关的监管内容和地位的规定都发生了实质性变化。一方面,新合同法拓宽了行政监管领域。工商行政管理机关原来只监管经济合同关系,现在三部合同法合为一起并将民事合同纳入其中,从而大大拓

宽了工商行政管理机关的监管领域。另一方面,新合同法提高了工商行政管理机关的监管地位。在原《经济合同法》中,合同监管制度规定在附则中,现在新合同法规定在总则中。

二

本书运用了对比分析的方法,共分为五大部分:

第一部分是原则比较篇。本篇共设计 3 章。通过对 WTO 的基本内容、基本原则与新合同法基本原则的相似性、原则的差异性和原则的借鉴性三方面进行了比较,提出了新合同法基本原则与 WTO 基本原则接轨、借鉴的具体建议。

第二部分是新旧比较篇。本篇共设计 11 章。主要包括:合同法概述比较研究;合同的订立比较研究;合同效力的比较研究;合同履行的比较研究;合同担保的比较研究;合同的变更和转让比较研究;合同权利义务终止的比较研究;违约责任的比较研究;合同的解释比较研究;合同法律适用与争议解决比较研究;几种重要合同的比较研究。通过新合同法与原三部合同法及《民法通则》规定的比较研究,说明我国合同立法在与 WTO 接轨、借鉴国际准则方面前进了一大步。

第三部分是内外比较篇。本篇共 10 章。除合同法律适用与争议的解决一章没有设计外,其余十章均与第二部分相对应,每章每个问题均按英美法系的规定、大陆法系的规定和中国合同法的规定进行比较研究,阐明了我国合同立法的特点。

第四部分是借鉴完善篇。本篇共 2 章。通过对新合同法实施现状的分析,通过与外国合同立法的比较,提出完善我国合同法制的建议。

第五部分附录作为应用实务篇。通过对缔约过失责任、后契约义务、代位权、撤销权、抗辩权、法定解除权、预期违约责任、严格责任原则、违约责任形式、违约损害赔偿规则、责任竞合等有关典

型案例的评析,说明新合同法是一部适应市场经济要求的、面向 21 世纪的崭新的合同法,它有较强的先进性、科学性、适用性和操作性。

三

本书通过原则比较篇、新旧比较篇、内外比较篇、借鉴完善篇、应用实务篇的全面分析研究,其学术价值在于:

第一,对深化合同法理论研究有一定的现实意义。新合同法是一部比较完善的、现代化的合同法。它把总结与借鉴有机地结合起来,根据市场经济发展的需要,在认真总结原三部合同法经验的基础上,大胆地吸收借鉴国外发达国家合同立法经验和判例学说,并注意与国际公约和国际惯例协调一致。对有关合同法的基本理论、基本原理有了较全面、系统、深刻的探讨,对其他同仁深化合同理论的研究无疑提供了方便,奠定了基础。

第二,对深刻理解新合同法鼓励交易与意思自治的理念有一定的指导作用。合同法是民法的组成部分,主要是保护“私”权利,私法观念要求较高。新合同法在内容上鼓励交易、指导交易的同时,充分体现当事人意思自治的现代私法理念。通过对新合同法基本原则的研究,扩展到与 WTO 基本原则、与英美法系和大陆法系合同法基本原则的对比分析,无不贯穿着一条“意思自治”“自愿平等”的红线。只要双方当事人不违背法律和公序良俗的前提下,享有充分的合同自由,不受行政机关及其他组织的干预。对广大的市场参与主体与有关工商行政管理部门的合同监管干部树立意思自治理念,依法行使监管职权有一定的指导意义。

、第三,对具体运用比较分析的方法进行法学研究提供了先例。“不比不知道,一比就明了”。本书五篇其中有三篇在研究过程中把比较分析法贯穿于始终。原则比较篇、新旧比较篇、内外比较篇都较成功地适用了比较分析法,开阔了视野,增加了知识面,发现

了新的知识点,为借鉴完善我国合同法制建设引发了新的思路。

本书的实践意义在于:

第一,有利于与 WTO 基本原则、国际公约、国际惯例和市场经济发达国家合同立法接轨。

第二,有利于健全合同法制建设。新合同法是根据我国的国情和借鉴外国发达国家合同立法经验制定的,具有一定的先进性、科学性和时代性。但由于我国市场经济尚不成熟,经济体制正处于转型时期,合同立法或多或少地带有转型时期的特点。本书在新旧比较篇、内外比较篇、借鉴完善篇中都提出了健全我国合同法制建设的建议,供立法部门参考。

第三,有利于加强地方合同法制建设。新疆是多民族聚居的地区,加强新疆地方的合同法制建设对实施中央的西部大开发战略,发展民族区域经济,全面实现小康有着重要的意义。本书在重视合同理论研究的同时,还十分关注新合同法在新疆的实施情况,并针对存在的问题提出了有效的对策措施,对加强新疆地方合同法制建设有着重要的指导意义。

四

本书的研究有一定的难度,特别是内外比较篇需要大量的参考资料,英美法系一般是判例法,有关合同的理论问题比较分散。书稿撰写者克服一切困难,充分利用网络条件,发挥留学归国人员及研究生的骨干作用,对重点难点问题加强研究攻关,理清思路,统一认识,发挥了群体智慧和力量。

由于难度较大,本书尚有许多不尽人意的地方,望有关专家批评指正。

《中国合同法制比较研究》课题组

二〇〇三年八月七日

目 录

前 言	(1)
-----------	-----

第一部分 原则比较篇

第一章 中国合同法的基本原则研究	(1)
一、合同法的基本原则概念、功能	(1)
二、合同法的基本原则研究	(2)
第二章 WTO 的基本原则研究	(5)
一、WTO 概述	(5)
二、WTO 的基本原则研究	(5)
第三章 WTO 的基本原则与合同法基本原则比较研究	(16)
一、原则的近似性	(16)
二、原则的差异性	(18)
三、原则的借鉴性	(19)

第二部分 新旧比较篇**——新合同法与原三部合同法比较研究**

第一章 合同法概述比较研究	(21)
一、合同的概念比较研究	(21)
二、合同法的适用范围比较研究	(23)
三、合同的分类比较研究	(25)
四、合同法的基本原则比较研究	(29)
第二章 合同的订立比较研究	(31)

一、合同订立的比较研究·····	(31)
二、合同订立程序的比较研究·····	(32)
三、合同条款的比较研究·····	(38)
四、合同的形式比较研究·····	(40)
五、合同成立的要件、时间、地点等问题比较研究·····	(41)
六、缔约过失责任的比较研究·····	(47)
第三章 合同效力的比较研究·····	(50)
一、合同的生效要件比较研究·····	(50)
二、合同欠缺生效要件的法律后果比较研究·····	(51)
三、合同被确认无效和被撤销后的法律责任比较研究·····	(56)
四、合同的特别效力比较研究·····	(59)
第四章 合同履行的比较研究·····	(61)
一、合同履行概念的比较研究·····	(61)
二、合同履行的原则与规则比较研究·····	(63)
三、合同履行中的抗辩权比较研究·····	(66)
四、合同履行的保全规则比较研究·····	(71)
第五章 合同担保的比较研究·····	(76)
一、担保概念的比较研究·····	(76)
二、合同担保的形式比较研究·····	(77)
第六章 合同变更和转让的比较研究·····	(82)
一、合同变更的比较研究·····	(82)
二、合同转让的比较研究·····	(84)
第七章 合同权利义务终止的比较研究·····	(89)
一、合同终止概念的比较研究·····	(89)
二、合同终止的原因比较研究·····	(90)

第八章 违约责任的比较研究	(95)
一、违约责任概念的比较研究	(95)
二、违约责任的归责原则比较研究	(97)
三、违约行为及其表现的比较研究	(100)
四、合同免责事由的比较研究	(103)
五、违约责任的承担方式比较研究	(105)
六、责任竞合的比较研究	(109)
第九章 合同的解释比较研究	(113)
一、合同解释含义的比较研究	(113)
二、合同解释方法的比较研究	(113)
第十章 合同的法律适用和争议的解决比较研究	(117)
一、合同的法律适用比较研究	(117)
二、合同争议的解决比较研究	(123)
第十一章 几种重要合同的比较研究	(125)
一、买卖合同比较研究	(125)
二、赠与合同比较研究	(130)
三、借款合同比较研究	(134)
四、租赁合同比较研究	(138)
五、融资租赁合同比较研究	(141)
六、行纪合同比较研究	(145)
七、居间合同比较研究	(148)
八、技术合同比较研究	(150)

第三部分 内外比较篇

——新合同法与英美法系和大陆法系合同法比较研究

第一章 合同法概述比较研究	(156)
---------------------	-------

一、合同的概念比较研究	(156)
二、合同分类的比较研究	(159)
三、合同法的基本原则比较研究	(166)
第二章 合同成立的比较研究	(176)
一、合同成立的要件比较研究	(176)
二、合同订立的程序比较研究	(177)
三、合同的条款比较研究	(186)
四、合同的形式比较研究	(188)
五、缔约过失责任的比较研究	(190)
第三章 合同的效力比较研究	(191)
一、合同生效的要件比较研究	(191)
二、合同效力类型的比较研究	(194)
第四章 合同履行的比较研究	(202)
一、合同履行概念的比较研究	(202)
二、合同履行原则的比较研究	(203)
三、合同履行的法律补缺规则比较研究	(204)
四、合同履行中的抗辩权比较研究	(208)
五、合同履行中的保全规则比较研究	(212)
第五章 合同的担保比较研究	(215)
一、合同担保的立法体例比较研究	(215)
二、合同担保形式的比较研究	(217)
三、完善我国担保制度的若干设想	(225)
第六章 合同的变更与转让比较研究	(228)
一、合同的变更比较研究	(228)
二、合同权利转让的比较研究	(231)

三、合同义务转让的比较研究	(238)
第七章 合同权利义务终止的比较研究	(243)
一、合同权利义务终止概念的比较研究	(243)
二、合同权利义务终止原因的比较研究	(243)
第八章 违约责任的比较研究	(247)
一、违约责任概念的比较研究	(247)
二、违约行为比较研究	(248)
三、违约责任的归责原则比较研究	(249)
四、免责事由比较研究	(251)
五、违约责任承担方式的比较研究	(253)
六、责任竞合的比较研究	(257)
第九章 合同的解释比较研究	(259)
一、合同解释概念的比较研究	(259)
二、合同解释理论的比较研究	(259)
三、合同解释原则比较研究	(264)
第十章 几种重要合同比较研究	(269)
一、买卖合同比较研究	(269)
二、赠与合同比较研究	(279)
三、借款合同比较研究	(283)
四、租赁合同比较研究	(285)
五、融资租赁合同比较研究	(287)
六、行纪合同比较研究	(288)
七、居间合同比较研究	(292)
八、技术合同比较研究	(295)

第四部分 借鉴完善篇

第一章 新疆实施新合同法的现状及对策	(301)
一、新合同法实施的现状	(302)
二、实施新合同法面临的突出问题	(304)
三、深入实施新合同法的对策	(306)
第二章 借鉴与完善	(311)
一、英美法系和大陆法系可借鉴的制度	(311)
二、完善我国合同法的具体建议	(320)

附录 应用实务篇

——合同法新制度典型案例评析	
案例 1 缔约过失责任案	(330)
——王某诉某村民委员会损害赔偿纠纷案	
案例 2 某电信局不履行后契约义务案	(336)
——某建行支行诉某电信局损害赔偿纠纷案	
案例 3 代位权纠纷案	(342)
——某信托投资公司与某股份有限公司、某集团财务 公司代位权纠纷案	
案例 4 债权人依法行使撤销权案	(351)
——债务人低价转让财产给债权人造成损害纠纷案	
案例 5 先履行一方行使不安抗辩权案	(357)
——某热电厂诉某煤业公司买卖合同纠纷案	
案例 6 某皮革制衣厂行使法定解除权案	(364)
——某进出口公司诉某有限公司货物买卖合同产品 质量纠纷案	

案例 7 预期违约责任案	(372)
——周某诉某有限公司养殖承包合同纠纷案	
案例 8 违约赔偿范围(违约责任)案	(379)
——某集团公司诉某房地产公司商品房预售合同纠纷案	
案例 9 责任竞合案	(389)
——丁某诉某市电信局损害赔偿纠纷案	
案例 10 情势变更案	(402)
——黄某诉某村委会果树承包合同纠纷案	
案例 11 格式条款理解发生分歧案	(414)
——衣物损害赔偿纠纷案	
后 记	(423)