

用法理与判例诠释正义和公平

法官办案手记

aguan Ban'an Shouji

李 扬 总主编

合 同 卷

Hetong Juan

刘敢生 宫鲁江 李双利 编著

湖南大学出版社

用法理与判例论

法官办案手记

法官办案手记

李扬 总主编

合 同 卷

Hetong Juan

刘敢生 宫鲁江 李双利 编著

撰稿法官

干朝端	贾伟杰	胡夏冰	刘芳	杨凯
郭珣	沈红	樊小娟	苏志刚	李兵
夏丽华	肖曼	林琳	田宇生	杨绮雯
程敬华	梅飏	黄宗银	许继学	曲云飞
洪腊田	强红	王涛		

湖南大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法官办案手记·合同卷/刘敢生,官鲁江,李双利编著.

—长沙:湖南大学出版社,2005.4

ISBN 7-81053-897-7

I. 法... II. ①刘...②官...③李... III. ①案例—
分析—中国②合同法—案例—分析—中国 IV. D920.5
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 026466 号

法官办案手记·合同卷

Faguan Ban'an Shouji · Hetong Juan

编 著:刘敢生 官鲁江 李双利

责任编辑:陈建华

责任校对:张建平

封面设计:张 毅

出版发行:湖南大学出版社

社 址:湖南·长沙·岳麓山 邮 编:410082

电 话:0731-8821691(发行部),8821593(编辑室),8821006(出版部)

传 真:0731-8649312(发行部),8822264(总编室)

电子邮箱:lawspark@126.com

网 址: <http://press.hnu.net.cn>

总 经 销:湖南省新华书店

印 装:湖南新华印刷集团有限责任公司(邵阳)

开本:880×1230 32开 印张:8.25

字数:229千

版次:2005年5月第1版 印次:2005年5月第1次印刷

书号:ISBN 7-81053-897-7/D·79

定价:20.00元

版权所有,盗版必究

湖南大学版图书凡有印装差错,请与发行部联系

总 序

法律是一门实践的学问。法律的进化不仅仅依赖于理性的立法活动，而且更加需要创造性的司法活动。司法，是法律获得灵魂和生命力的关键环节。从这个意义上讲，法律本身，很大程度上就是指司法活动。

在整个法律执业者当中，法官起着连接法律文本与社会生活的桥梁的作用，他们在每一个具体案件中适用法律的思维方式、推理过程，不但反映出自身的法律素养，而且反映出法律是如何具体改变复杂社会生活和当事人的命运的。更为重要的是，法官在适用法律处理具体案件的过程中所发现的问题，远比那些终日闭门造车的所谓法学家们幻想出来的假问题要深刻和有意义得多。这些问题的解决方案不但直接推动司法活动的进步，而且将直接导致成文法局限性的克服。立法活动的重要任务之一，就是搜集、整理法官所发现的问题，并寻求解决的方案。

当然，司法活动也与公平、正义紧密相连。整个法律公平、正义的实现首先得以个案中的公平、正义的实现为前提。在个别正义的实现过程中，法官显然扮演着“天使”和“恶魔”的双重角色。究竟是天使还是恶魔，不但反映在法官和当事人、律师的关系上，而且反映在法官对法律精神的理解、对证据的判断和运用上。法官在裁判案件时的推理过程最能说明问题。然而，由于种种原因，我国的司法制度长期以来并没有要求法官在制作法律文书裁判案件时写出详细的推理过程，法律文书往往只是一个极为简单的事实、法律、结论的三段论推理，这在很大程度上为司法腐败提供了掩盖工具。为了实现个别正义和整个社会正义，必须全面从制度的根上改革司法活动。其中一个急需改变的，就是法律文书的制作，应当明确要求法官写出详细的推理过程。

之所以主编《法官办案手记》丛书，主要目的就在于四个

方面：第一，让立法者转变思路，主动发现和解决法官而不仅仅是法学家们所发现的问题，从而推动立法和司法的进步。第二，推动法律文书制作的改革，从而推动整个司法制度的改革，维护法律的根本价值目标——公平与正义。第三，提高法官的素养，改变法官的形象。第四，给当事人提供一个鉴别法官的角度，以便有的放矢，维护自己的合法权利。

细心的读者将会发现，笔者的努力充满了一个知识分子的热情、良知和渴望。

李 扬

2003 年于武汉

合同法律制度研究的拓新之作

(代序)

我国的合同法律制度经历了一个从无到有、从不完善到逐渐完善的曲折发展过程。新中国成立后，我们在借鉴前苏联经验的基础上，建立了高度集中的中央集权体制。在这种计划体制下，全社会的人财物由中央统一调配，社会生产、分配、交换和消费根据中央计划进行。经济领域发生的争议或纠纷，主要由主管机关通过行政手段协调解决。这样一来，作为反映平等经济主体之间商品交换关系的合同制度也就没有存活的土壤。即使存在所谓的“合同”，其成立、内容、变更也完全依据国家计划或行政法规确定，而不是当事人在自主协商的基础上决定的。此时的“合同”实质上是贯彻执行国家计划的手段和工具，与真正意义的合同制度相距甚远。

1981年12月颁布的《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》），是建国以来我国颁布的第一部正式合同法典，在我国合同法律制度发展史上具有标志性的意义。这部《合同法》是改革开放初期，在国家实行开展和保护社会主义竞争，扩大企业自主权的政策情况下制定的。由于当时我国的改革开放刚刚启动，国家对社会经济的管理依然具有浓厚的计划经济色彩，经济体制从总体上看仍旧是计划经济体制。在这种条件下，《合同法》的内容在许多方面不可避免地带有国家干预性和管理性的烙印。该法开宗明义地规定，制定本法的目的之一是“保证国家计划的执行”，并且规定，订立经济合同“必须符合国家和计划的要求”，违反国家政策、计划的合同无效，同时强调，“属于国家指令性计划产品和项目的经济往来，

必须按国家下达的指标签订经济合同；如果在签订时不能达成一致意见，由双方上级计划主管机关处理。”“经济合同的变更或解除如涉及国家指令性计划产品或项目，在签订协议前应报下达该计划的业务主管部门批准。”该法甚至还专章（第六章）设置了对经济合同的管理制度。从《经济合同法》的内容中不难看出，20世纪80年代，我国确立的合同法律制度仍然被视为执行国家政策和计划的法律形式。不过，与过去不同的是，《经济合同法》的颁布，意味着我国经济组织和个人的自由意志和独自经济利益在一定程度上得到了国家法律的认可和保护。这是我国经济法律生活中的一个重要转变。

从总体上看，我国20世纪90年代以前的合同法律制度基本上处于一种零散状态。当时我国合同法的基本内容，除了体现在《中华人民共和国民法通则》和国务院相关行政法规（如《借款合同条例》、《工矿产品购销合同条例》、《农副产品购销合同条例》、《财产保险合同条例》等）中之外，主要集中在《经济合同法》（1982年施行）、《技术合同法》（1987年施行）、《涉外经济合同法》（1985年施行）这三部法律规范之中。因此，我国传统的合同法律制度呈现出“三足鼎立”的格局。^①应当看到，这些合同法规建构在我国对旧的经济体制进行改革而新的体制尚未形成的过渡时期，从而决定了上述合同法无论是立法目的还是立法精神，都反映和体现出原有计划经济体制的要求，如强调国家指令性计划，对当事人合同自由的限制太多，行政干预的色彩过浓等。同时由于上述合同法是由不同的国家机关负责起草制定的，这就难免导致合同法在内容上相互冲突、互不协调，以及被人为肢解分割等缺陷，内容残缺不全。如关于合同成立的要约承诺规则、关于合同履行的抗辩权、关于法定解除权、关于情事变更原则等等，都不可能在传统合同法律规范中找到其相应的规定。随着我国社会经济形势的发展，传统合同法律制度在立法体

^① 梁慧星：《从“三足鼎立”走向统一的合同法》，载《中国法学》1995年第3期。

制和基本内容方面有待大力提升。

20 世纪 90 年代是我国政治经济生活发生剧烈变动的历史时期。社会经济的发展 and 进步,进一步深化了我们对计划与市场关系的认识。1992 年召开的党的十四大提出,在国家宏观调控下,把市场作为资源配置的基础手段,并明确指出我国经济体制改革的目标是建设社会主义市场经济体制。1994 年党的十四届三中全会通过的《中共中央关于建立社会主义市场经济体制的决定》,进一步描绘了建设社会主义市场经济体制的宏伟蓝图。这标志着我们对社会主义经济体制性质的认识达到了前所未有的高度。^① 社会主义市场经济的建立和完善,需要相应设置一套保障市场经济顺畅运行的统一的法律规则。在这方面,作为调整市场交换规则的合同法与市场经济的产生和发展存在着高度的契合性。当市场在社会资源配置过程中的基础地位得到确立时,自由竞争与平等交换的经济运行规则就要求通过国家的正式法律制度反映和体现出来。马克思在谈到商品交换时曾经指出:“商品不能自己到市场去,不能自己交换,因此,我们必须找寻它的监护人,商品所有者……为了使这些物作为商品彼此发生关系,商品监护人必须作为有自己的意志体现在这些物中的人彼此发生关系,因此,一方只有符合另一方的意志,就是说每一方只有通过双方共同一致的意志行为,才能让渡自己的商品,占有别人的商品。可见,他们必须彼此承认对方是私有者。”^② 这表明,商品交换的实现需要具备三个必要前提:要有独立的商品监护人;交换双方彼此承认对方是财产的所有者;商品交换只能是双方共同一致的意志行为。这三个前提条件反映在法律中,就是民事主体制度、所有权制度和合同制度。^③ 可以说,在市场经济条件下,一切交易活动都是通过缔结和履行合同来进行的,而因为交易活

① 胡家勇:《政府干预理论研究》,东北财经大学出版社 1997 年版,第 1 页。

② 《马克思恩格斯全集》第 23 卷,人民出版社 1956 年版,第 103 页。

③ 佟柔主编:《中国民法学·民法总则》,中国人民公安大学出版社 1990 年版,第 7 页。

动乃是市场活动的基本内容，无数的交易构成了完整的市场。因此，合同关系是市场经济社会最基本的法律关系。^①从这个意义上看，合同法律制度构成了商品交换和市场经济产生和发展的基础。市场经济的产生和发展，离不开合同法律制度的保障。在某种角度上说，没有完善的合同法律制度就不可能有市场经济的存在和繁荣。1997年党的十五大将“依法治国，建设社会主义法治国家”作为治国的基本方略，这实际上对尽快建立统一的、符合社会主义市场经济发展要求的法律体系提出了更高的目标。

随着改革开放和市场经济的发展，我国公民生活资料的价格已经全面向市场开放，95%以上的生产资料完全由市场调节。在这种情况下，原有的带有强烈计划性和干预性的合同法律制度已经越来越不适应时代发展的要求，传统的“三足鼎立”的合同立法格局也无法满足市场经济发展的需要，“经济合同”这个概念在立法上已经失去意义。因此，对既成的合同法律规范进行大刀阔斧地修改，甚至从市场经济的基本要求出发，重新建构我国的合同法律制度，就成为一项十分紧迫的立法任务。1993年9月全国人大常委会第三次会议通过《关于修改经济合同法的决定》，对经济合同法作了重要的修正。这次修正的主要内容有：（1）变更立法目的，将原来规定的“保证国家计划的执行”修改为“保障社会主义市场经济的健康发展”，并删除了订立合同必须符合国家计划及违反国家计划的合同无效等规定。（2）扩大了合同法的适用范围，将合同法扩大到“平等民事主体的法人、其他经济组织、个体工商户、农村承包经营户相互之间”的合同，但仍然没有包括公民之间的合同。（3）减少行政干预，扩大合同自由，删除了由行政机关确认合同无效的制度。尽管修改后的《经济合同法》删去了带有国家计划色彩的规定，在一定程度上反映了市场经济的发展要求，但是，无论从立法体制还

^① 梁慧星主编：《社会主义市场经济管理法律制度研究》，中国政法大学出版社1993年版，第7页。

是从基本内容上看,《经济合同法》仍然存在进一步提升的空间。尤其应当看到,中国发展现代化的社会主义市场经济,与国际统一市场接轨,不仅要清除现行法中不符合现代化市场经济本质的规则和制度,而且要广泛吸收发达国家合同立法的宝贵经验和判例学说的崭新成果,实现合同法的现代化。

正是在这样的背景下,1999年,我们重新制定颁布一部结构严谨、体系合理、内容全面的统一合同法,即《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)。《合同法》充分借鉴了发达市场经济国家和地区(尤其是德国、日本、法国等国家)成功的立法经验和判例学说,反映了现代化市场经济的客观规律和共同规则,是迄今为止我国制定的最为完善的一部合同法典,在我国合同立法史上占有极其重要的地位。与原有的《经济合同法》相比,《合同法》在指导思想上把合同作为市场交易的基本法则,而不再视合同为执行国家计划的经济手段。这主要体现在《合同法》贯彻了自愿原则。《合同法》第4条规定:“当事人依法享有自愿订立合同的权利,任何单位和个人不得非法干预。”自愿原则(或称自由原则)是市场交易的基本规则,也是合同本质的体现。“合同法应以当事人意思自治和合同自由作为其基本原则。”^①《合同法》对当事人是否订立合同,与谁订立合同,合同内容的确定,合同的变更与转让,合同方式的选择,违约责任形式的选择,都给予充分的自由。与此同时,《合同法》增加规定了缔约过失责任、责任竞合、附随义务、后契约义务、第三人侵害债权等制度;在合同的履行、解除和违约责任等方面吸收了英美法的预期违约制度;在关于可撤销合同方面参考了英美法合同中“不当影响”的内容;《合同法》中规定的行纪合同则吸收了英美法中的间接代理制度的内容;关于要约承诺、有履行期间合同的解除,关于违约责任,关于合同解释,关于买卖合同等参考吸纳了《联合国国际货物买卖合同公约》的有关规定。不仅如此,我国《合同法》还增加了关于融资租赁、委托、行纪、

① 王利明:《合同法的目标与鼓励交易》,载《法学研究》1996年第3期。

居间等原《经济合同法》所没有规定的新内容。合同订立中关于数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据和电子邮件）到达期限的规定（第16条、第24条、第26条），关于出卖具有知识产权的计算机软件等标的物的权利归属的规定（第137条）、技术合同的规定（第18章），颇具时代气息。另外，我国《合同法》（第124条）还对无名合同进行了规定，这在外国民法典或合同法上是从未有过的，在世界合同法律制度上具有开创性。可以说，我国现行《合同法》的颁布，已经大大加快了与发达市场经济国家的合同法律制度和国际社会的合同规则接轨的步伐。

合同立法的发展和进步为促进我国合同法学理论研究的繁荣带来了契机。自改革开放以来，我国学术界对合同法律制度的研究就从来没有停息过。这期间，法学理论专家、学者对合同法中所涉及的基本理论问题进行了一系列卓有成效的探索，取得了令人瞩目的研究成果。一批又一批的合同法学教材和合同法理论专著不断涌现出来，形成了一股合同法理论研究的学术热潮。在民法学理论领域的研究中，合同法学的研究最受学者青睐，也是最具有学术生命力的领域。无论是在合同法学理论的宏观层面上，还是在合同法学的具体制度或规则上，都可以看到我国法学专家、学者不断探索的足迹。我国法学理论工作者在合同法学理论问题上的艰辛努力，为我国合同法学理论质量的提高，并进而开展与国际法学的交流和对话搭建了重要平台。这是值得充分肯定的。

不过，就我国合同法学研究的总体状况来看，我国在这方面的研究还很难说尽善尽美。一个明显的缺憾是，合同法理论研究与合同法的司法实践结合得尚不够紧密，甚至在个别方面还存在一定程度的脱节现象。具体地说，就是有些研究合同法的理论成果只是学者在书斋中精心构思的产物，或者是在司法实践中尚不存在的理论虚构；同时，一些司法实践中迫切需要理论解决的问题又未能进入学者的视野，无法从学者的理论中得到具有令人信服的说明和解释。当然，这其中的原因十分复杂，既有我国法学

教育体制的原因，又有审判资源在为社会利用方面存在的体制性障碍。但是，我想，造成这种现象的一个重要因素还在于法学研究范式的转换问题。我国法学研究长期以来一直奉行纯理论性研究，许多法学论著一般只注重对法学原理、制度的研究，而缺乏对解决司法实务问题的分析。在这样的研究范式下，常常导致我们在司法审判过程中面临着这样的两难困境：一方面，关于合同法的理论专著汗牛充栋，另一方面，我们往往无法在这些学说中得到解决眼前案件的逻辑自圆的理论依据。这种研究范式不仅无助于我们司法审判质量的推进，而且也制约着我国法学理论研究的繁荣。

在这个问题上，我们似乎有必要更多地学习和借鉴西方学者在法学研究方面的成功经验。外国学者在法学，尤其在部门法学的教学和研究过程中，往往采取的是从具有代表性的案件入手，分析、挖掘其中所隐含的法理，将有关的法学概念、原理、规则及制度寓于一个个鲜活的案例之中。这种研究范式和教学模式让人感到亲切自然、通俗易懂。在他们的合同法的专著中，我们常常可以看到他们在阐述合同法的基本问题时，总是首先给我们展示一个具有典型意义的案例，然后归纳案件背后的合同法的基本概念和基本原理。这样的论著读起来妙趣横生，引人入胜。在部门法的教学中，他们大都采取案例教学法，课堂上学生首先接触到的是大量的案例材料，学生在教师的指导和启发下，充分发挥自己的智慧，展开广泛的讨论。也许他们最终未能得到一个正确的标准答案，但是，在此过程中，他们却提高了自己的分析判断能力、逻辑推理能力和语言表达能力。这无疑为他们日后参加司法工作奠定了基础。反观我国的法学研究现状，学者大多采取的是从概念到概念、从原理到原理的方法，几十万字的法学著作中见不到几个具有典型意义的案例。这样的法学理论著作让人不忍卒读，勉强读下去，就如同嚼蜡，用毛泽东生前的话说，像个“瘪三”。我国在法学教育方面，也常常是对一些概念的含义、原理的内容进行简单的注释和说明，毫无生机。这样做的结果，只能培养出一些只会应付考试，而毫无创新能力和司法实务技能

的“法律人才”。虽然近年来随着西方法学研究方法的引进，我国已有部分学者开始注意到这个问题，一些高校也开始大胆采用西方法学的教育模式，但是，客观地说，我国传统法学研究范式和法学教育模式的体制性转型尚需要较长的时日。

我高兴地看到，武汉中院已经逐渐形成了一股重视法学理论学习的风气。一些年轻的法官将自己多年探索的理论成果纷纷推向社会，为我国法学理论研究开辟了新径，起到了较好的作用。这部《法官办案手记·合同卷》就是其中的代表。虽然他们的理论成果在某些地方尚显得不那么成熟，在理论体系的建构方面看上去也不够宏大壮观，但是，他们对自己审理案件的第一手资料，在一定的理论框架下，进行认真深入的分析和总结，并在此基础上提出自己的观点和看法，这种努力将理论与司法实务结合起来的研究方法是值得我们关注的，其研究问题的勇气和精神也是值得充分肯定的。从这些实实在在的学术成果中，我似乎看到武汉法官成长的希望，也看到了武汉中院的美好未来。

是为序。

周文轩

周文轩同志为武汉市中级人民法院院长，武汉大学法学院兼职教授，
武汉市法学会副会长，湖北省宪法学会常务副会长。

目 次

合同的效力

1. 拍卖合同的效力问题	1
2. 股权转让协议效力的认定	5
3. 资产置换协议的效力	12
4. 无效行为转换理论在实践中的运用	20
5. 无权代理行为的效力应如何认定	28
6. 表见代理制度的理解与适用	35

合同的履行

7. 合同当事人应如何正确行使后履行抗辩权	41
8. 诉讼时效的确定与同时履行抗辩权的适用	50
9. 信用证项下垫款无法收回与责任承担	59
10. 因将汇票收款人填写错误引起的纠纷及处理	67
11. 先履行抗辩权的适用	72

代位权与撤销权

12. 法律对代位权客体的限制	76
13. 债权人代位权的行使	82
14. 关于撤销权的成立问题	92

15. 地质公司行使撤销权请求是否应予支持 99
16. 撤销权的行使条件 107

债务加入

17. 是债务转移, 还是债务加入 112
18. 第三人承诺履行的法律效力 119

诉讼时效

19. 诉讼时效起算之日的确立 124
20. 追偿贷款的胜诉权与借款抵押物的抵押权 131

民事责任

21. 如何认定被撤销政府机构的担保责任及无效担保合同的
诉讼时效起算时间 136
22. 出借方未尽义务致借用人受损的赔偿问题 141
23. 证券保证金流失与责任承担 148

购销合同

24. 分期付款购车保险的法律性质 158
25. 代付、代收行为的认定问题 166
26. 关于转款行为在货款结算合同中的认定问题 174

借款合同

27. 同业拆借与委托贷款 181
28. 主债务延期后, 保证人再次担保的性质与法律适用问题
..... 188

29. 偿还贷款的义务主体与“涤除权”	195
30. 证据认定及“法律真实”	202

加工承揽合同

31. 合同性质的确认	209
32. 加工承揽的损失应如何赔偿	215

股权转让合同

33. 股份转让给他人后，能不能请求系股东期间的盈利分配	220
34. 有限责任公司股权转让的效力问题	229

企业改制合同

35. 企业“改制兼并”是否侵犯股东权益	233
36. 企业改制后组建的新公司应否承担原企业的债务	239

►► 合同的效力

1. 拍卖合同的效力问题

【案情介绍】

原告：鑫鑫房地产开发有限公司（以下简称鑫鑫公司）。

被告：大地拍卖有限公司（以下简称大地公司）。

被告：某资产管理公司武汉办事处（以下简称某资产武汉办）。

经审理查明：2002 年 6 月，大地公司与某资产武汉办签订一份委托拍卖合同。合同约定：某资产武汉办作为委托人委托大地公司拍卖其拥有的且无争议的土地及房产，即“鑫成大厦”项目土地和部分还建楼房。合同还约定：拍卖标的需要有关部门审批，有关手续由大地公司办理；拍卖标的由大地公司交付买受人，拍卖成交后 5 日内，某资产武汉办应将拍卖标的交付大地公司。2002 年 6 月 20 日，大地公司与鑫鑫公司签订拍卖协议。协议约定：鑫鑫公司应于拍卖会前一日向大地公司缴纳保证金人民币 200 万元，如未能成交，3 日内大地公司将保证金归还。鑫鑫公司竞拍成功后，按拍卖成交额的 5% 计算佣金，90 万元封顶。并于 6 月 29 日前将成交额的 80% 和佣金的 50% 划到大地公司指定账号，拍卖标的过户手续由大地公司负责办理，过户完毕后 5 日内，大地公司支付完拍卖成交余款和佣金等。协议签订后，鑫鑫公司即于签约当日向大地公司缴纳拍卖保证金 200 万元。2002 年 6 月 22 日，鑫鑫公司以 1 900 万元最高应价拍卖成交，后又依约缴付拍卖款 1 320 万元于大地公司指定的账户上。但某资产武汉办和大地公