

中青年法学文库

违约责任论

(修订版)

王利明 著

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

违约责任论/王利明著. —北京:中国政法大学出版社,
1996. 4

(中青年法学文库)

ISBN 7-5620-1212-1

I. 违… II. 王 III. 违约-民事责任-研究 IV. D913

中国版本图书馆 CIP 数据核字(96)第 07239 号

责任编辑 丁小宣

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 军事科学院印刷厂

开本:850×1168 1/32 23.625 印张 600 千字

2000 年 2 月修订版 2000 年 2 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1212-1/D·1164

印数:0001—4000 册 定价:39.00 元

社址:北京市海淀区西土城路 25 号

邮编:100088 电话:62229803 或 62228801

声明:1. 版权所有,侵权必究。

2. 如有缺页、倒装,由本社发行科负责退换。

中青年法学文库

总 序

中华民族具有悠久的学术文化传统。在我们的古典文化中，经学、史学、文学等学术领域都曾有过极为灿烂的成就，成为全人类文化遗产的重要组成部分。但是，正如其他任何国家的文化传统一样，中国古典学术文化的发展并不均衡，也有其缺陷。最突出的是，虽然我们有着漫长的成文法传统，但以法律现象为研究对象的法学却迟迟得不到发育、成长。清末以降，随着社会结构的变化、外来文化的影响以及法律学校的设立，法学才作为一门学科而确立其独立的地位。然而，一个世纪以来中国坎坷曲折的历史终于使法律难以走上坦途，经常在模仿域外法学与注释现行法律之间徘徊。到十年文革期间更索性彻底停滞。先天既不足，后天又失调，中国法学真可谓命运多舛、路途艰辛。

70年代末开始，改革开放国策的确立、法律教育的恢复以及法律制度的渐次发展提供了前所未有的良好环境。十多年来，我国的法学研究水准已经有了长足的提高；法律出版物的急剧增多也从一个侧面反映了这样的成绩。不过，至今没有一套由本国学者所撰写的理论法学丛书无疑是一个明显的缺憾。我们认为，法学以及法制的健康发展离不开深层次的理论探索。比起自然科学，法学与生活现实固然有更为紧密的联系，但这并不是说它仅仅是社会生活经

验的反光镜，或只是国家实在法的回音壁。法学应当有其超越的一面，它必须在价值层面以及理论分析上给实在法以导引。在建设性的同时，它需要有一种批判的性格。就中国特定的学术背景而言，它还要在外来学说与固有传统之间寻找合理的平衡，追求适度的超越，从而不仅为中国现代化法制建设提供蓝图，而且对世界范围内重大法律课题作出创造性回应。这是当代中国法学家的使命，而为这种使命的完成而创造条件乃是法律出版者的职责。

“中青年法学文库”正是这样一套以法学理论新著为发表范围的丛书。我们希望文库能够成为高层次理论成果得以稳定而持续成长的一方园地，成为较为集中地展示中国法学界具有原创力学术作品的窗口。我们知道，要使这样的构想化为现实，除了出版社方面的努力外，更重要的是海内外中国法学界的鼎力推助和严谨扎实的工作。“庙廊之才，非一木之枝”；清泉潺潺，端赖源头活水。区区微衷，尚请贤明鉴之。

中国政法大学出版社

目 录

导论	(1)
----	-----

第一编 违约责任的一般理论

第一章 违约责任概述	(13)
第一节 债务与责任的区别	(13)
第二节 违约责任的概念	(18)
第三节 违约责任与相关概念的区别	(27)
第四节 基于违约的请求权与债权请求权体系	(41)
第二章 归责原则	(48)
第一节 归责原则概述	(48)
第二节 过错责任原则	(61)
第三节 严格责任原则	(82)
第三章 违约责任的构成要件	(95)
第一节 概述	(95)
第二节 违约行为	(102)
第三节 过错	(107)
第四章 违约行为的分类与体系	(124)
第一节 违约形态的概念	(124)
第二节 违约行为的分类	(129)

第三节 违约形态体系	(136)
第五章 几种具体的违约形态	(141)
第一节 拒绝履行与预期违约	(141)
第二节 对履行不能作为违约形态的探讨	(164)
第三节 迟延履行问题探讨	(183)
第四节 不适当履行与瑕疵担保责任	(192)
第五节 加害给付责任	(217)
第六节 双方违约和第三人的行为	(242)
第六章 违约与抗辩权	(245)
第一节 抗辩权的概念与违约的关系	(245)
第二节 同时履行抗辩权	(248)
第三节 后履行抗辩权	(279)
第四节 不安抗辩权	(284)
第七章 违约责任和侵权责任的竞合	(295)
第一节 责任竞合的概念	(295)
第二节 侵权责任与违约责任竞合的原因	(299)
第三节 侵权责任和违约责任竞合的三种学说	(304)
第四节 责任竞合的处理	(311)
第五节 责任竞合制度的缺陷及弥补	(322)
第八章 免责事由	(326)
第一节 免责事由概述	(326)
第二节 不可抗力	(329)
第三节 免责条款	(344)
第四节 债权人的过错	(363)
第五节 对情事变更原则的探讨	(365)

第二编 违约责任形式

第九章 实际履行	(391)
第一节 实际履行的概念和性质	(391)
第二节 实际履行制度的比较分析	(398)
第三节 实际履行的构成要件	(405)
第四节 实际履行的运用及形式	(411)
第五节 实际履行的经济分析	(415)
第十章 损害赔偿	(420)
第一节 违约损害赔偿概述	(420)
第二节 违约损害赔偿与侵权损害赔偿	(430)
第三节 损害赔偿的适用条件	(442)
第四节 违约责任中的完全赔偿原则	(454)
第五节 损害赔偿的计算	(472)
第六节 约定损害赔偿	(488)
第七节 损害赔偿的限制	(495)
第十一章 惩罚性赔偿研究	(516)
第一节 惩罚性赔偿的历史发展	(517)
第二节 惩罚性赔偿的特点及与补偿性赔偿的关系	(521)
第三节 惩罚性赔偿的功能	(525)
第四节 关于惩罚性赔偿在合同责任中的运用	(529)
第五节 对《消费者权益保护法》第 49 条规定的 探讨	(541)
第十二章 违约金责任	(557)
第一节 违约金的概念和职能	(557)
第二节 违约金的性质	(566)
第三节 违约金的分类	(574)

第四节	违约金与其他补救方式的比较	(576)
第五节	违约金责任的成立与违约金条款的无效	(581)
第六节	对违约金的国家干预	(584)
第十三章	定金责任	(591)
第一节	定金的概念和分类	(591)
第二节	定金的种类	(594)
第三节	关于定金性质的探讨	(607)
第四节	定金责任的构成要件	(613)
第五节	定金责任与其他责任形式	(616)
第六节	关于定金数额的计算和责任的承担	(623)
第十四章	合同的解除	(626)
第一节	合同解除的概念	(626)
第二节	合同解除的方法	(633)
第三节	约定解除	(636)
第四节	法定解除	(640)
第五节	合同解除的程序	(653)
第六节	合同解除的法律后果	(655)
 第三编 侵害债权和缔约过失责任 		
第十五章	第三人侵害债权的责任	(665)
第一节	侵害债权概述	(665)
第二节	侵害债权制度的历史发展	(670)
第三节	债权与侵权行为对象	(677)
第四节	侵害债权的构成要件	(683)
第五节	侵害债权的责任	(689)
第六节	免责条件	(696)

第十六章 缔约过失责任	(699)
第一节 缔约上过失责任制度的发展	(699)
第二节 缔约过失的概念	(706)
第三节 关于缔约过失责任形态的探讨	(714)
第四节 缔约过失责任的类型	(720)
第五节 缔约过失与相关责任	(735)
第六节 缔约过失责任的赔偿范围	(741)

导 论

一、违约责任制度的功能

违约责任,又称为违反合同的民事责任,^{〔1〕}是指合同当事人因违反合同债务所应承担的民事责任。违约责任在英美法中通常称为违约的补救,而在大陆法中则被包括在债务不履行的责任之中,或被视为债的效力的范畴。^{〔2〕}

违约责任制度在合同法中居于十分重要的地位。许多学者曾经误认为由于合同的本质在于合意,因此“现代西方合同法的核心是承诺和合意”。^{〔3〕}实际上,当事人的意志能够产生法律拘束力是以违约责任制度的存在为前提的,正是因为有责任的强制性作为保障,当事人的合意才能够象一把“法锁”一样拘束着他们自己,“是故,在债权法之认定下,有债务必有责任,无责任之债务,系一种空洞之概念,失其法律上之价值。”^{〔4〕}所以,不以责任的存在为基础的合意,并不具有法律的拘束力。正是基于这一点,美国学者罗伯特·考特等指出,合同法的目标在于“合同法赋予我们的行动以合法的后果。承诺的强制履行由于使人们相互信赖并由此协调

〔1〕 参见:《民法通则》第六章第二节的标题。

〔2〕 参见王家福主编:《民法债权》,法律出版社 1991 年版,第 128—176 页。

〔3〕 彼得·斯坦等:《西方社会的法律价值》,中国人民公安大学出版社 1990 年版,第 280 页。

〔4〕 林诚二:“论债之本质与责任”,载《中兴法学》第 19 期,第 72 页。

他们的行动从而有助于人们达到其私人目标。”〔5〕美国学者 Arthur von Mehren 指出,合同作为一种制度不仅应被限定于由当事人之间通过订约而实现其私人目标方面,而且应确定在一方违约后的责任方面。〔6〕可见,违约责任是合同法所要解决的核心问题,违约责任制度也是合同法中一项最重要的制度。

违约意味着违约当事人对自己的允诺的违反,也是对双方的合意和信任关系的破坏。违约不仅仅使正常的交易中断,而且会给非违约方造成各种损害。所以,违约在法律上和道德上的可归责性和应受非难性历来是违约当事人应当承担责任的根据。违约对正常交易关系的破坏,以及由此产生的对整个社会经济秩序的危害使得合同法必须通过责任制度以制裁违约行为,并预防和减少违约行为的发生。对违约的制裁和对受害人的补救,充分体现了法律的公平正义的价值。然而,自 19 世纪末期以来,特别是近几十年来,许多西方学者对违约在道德上的应受非难性、违约责任对不法行为的制裁功能及责任的适用应以公平正义为目标等观念提出了不同看法,从而对违约责任的性质、功能等问题形成了挑战。

第一,关于违约行为在道德上的应受非难性,历来是合同责任存在的重要依据。古希腊哲学家苏格拉底曾经提出,任何人都必须保守诺言,这是一般的道德原则。〔7〕“在教会的影响之下,中世纪的人们把遵守自己的诺言当作道义方面的义务。”〔8〕在 18 世纪,苏格兰的班克顿勋爵曾认为:“很清楚,遵守建立在诚意和真实的自然义务基础之上的合同或约定,是自然法的要求。”然而,在 19 世纪末期,这一观点受到了美国学者霍尔姆斯 (Oliver Holmes

〔5〕 罗伯特·考特等:《法和经济学》,上海三联书店、上海人民出版社 1994 年版,第 313 页。

〔6〕 《国际比较法百科全书·合同一般·合同概述》,第 82 页。

〔7〕 何怀宏:《契约理论与社会主义》,中国人民大学出版社 1993 年版,第 21 页。

〔8〕 彼得·斯坦等:《西方社会的法律价值》,第 280 页—281 页。

1841—1935)的强烈批评。他认为,道德和法律的混淆在合同法中最为严重,违约的非道德性观点完全混淆了法律和道德问题。合同当事人并不在道德上负有一种履约的义务,所谓履约的义务本身是假想的(imaginary),“因为一个合同当事人具有一种选择——履约或在不履约时赔偿损害,缔结合同并不承担履行义务”。〔9〕“在普通法中,信守合同的义务意味着一种推断(prediction),即如果你不信守合同,必须赔偿损害,正如你侵权必须赔偿损害一样,仅此而已。”〔10〕霍尔姆斯所主张的违约不涉及道德问题的观点对普通法甚至大陆法的合同责任理论都产生了重大影响。美国经济分析法学派提出的“效率违约”(theory of efficient breach)等理论都是以霍尔姆斯的观点作为理论依据的。

第二,关于违约责任的制裁功能。责任本身具有制裁性才能体现其强制性的特点,“对应负法律责任的人来说,法律责任(按其内容来讲)意味着最终要实施法律制裁(法律规范或契约规定的制裁)”。〔11〕然而,违约责任具有制裁性的观点也受到了霍尔姆斯等人的批评。霍尔姆斯认为,违约责任只是一种“分配风险”(allocation of risk)的方式。美国学者 Dowson 指出,在普通法中违约责任并不具有制裁性,“传统合同补救法律的目标并不是强迫允诺人履行其允诺,而是补偿因违约所致的损失,因此,故意违约与其他类型的违约并无区别,惩罚性损害赔偿在违约时被禁止使用,当损害赔偿足以保护受害人时,则不采用实际履行方式”。〔12〕此种观点正是“普通法牢记合同义务的商业性质”的表现。〔13〕所以,“美国《合同法重述》第2版第355条的官方评论接受上述观点,并明确宣称:“合同救济制度的核心目的是补偿而不是惩罚。对违法者

〔9〕 Holmes: *The common law* (M. Dew Howe edn, 1963), p. 324.

〔10〕 Holmes: *The Path of the Law*, 10 Harv L. Rev 457-458-469 (1890).

〔11〕 巴格里-沙赫马托夫:《刑事责任与刑罚》,法律出版社 1984 年版,第 3 页。

〔12〕 Dowson: *Contracts*, The foundation Press, Inc., 1987, p. 31.

〔13〕 彼得·斯坦等:《西方社会的法律价值》,第 283 页。

实施惩罚无论从经济上或其他角度都难以证明是正确的,规定惩罚的合同条款是违反公共政策的,因而是无效的。”^{〔14〕}

第三,关于违约责任的适用应体现公平正义还是效率原则的问题。许多学者曾认为,公平正义是违约责任的功能和价值基础。公平正义要求责任与违法均衡相适应,既要体现对不法行为的制裁,又要充分补偿受害人所受的损失。然而,对违约责任应当主要体现公平正义价值的观点,也有一些学者持不同意见。霍尔姆斯关于违约不具有道德上的应受非难性的观点不仅使自罗马法以来所确定的“合同必须遵守”的原则受到了挑战,而且使合同责任应体现公平正义价值的观点遭到了非难。近几十年来,美国以波斯纳为代表的经济分析法学派提出“效率违约”理论,明确指出违约的补救应以效率而不是公平正义为其追求的主要目标。波斯纳指出:“如果(一方当事人)从违约中获得的利益将超出他向另一方作出履行的期待利益,如果损害赔偿被限制在对期待利益的赔偿方面,则此种情况将形成对违约的一种刺激,当事人应该违约。”^{〔15〕}由于这种有效率的违约使资源转移到最有能力利用它的人的手中,当事人从违约中获得了利益,社会也从中获利,所以,当违约能够实现价值最大化的时候,应当鼓励此种违约,而不应当考虑违约责任所体现的公平正义的问题。

上述三种观点实际上是密切联系在一起的。因为否认违约的非道德性自然否定了违约行为进行制裁的必要性;换言之,对违约的制裁失去了道德上的基础,这就必然会使违约责任单纯地表现为补偿性质,或者说仅具有商业价值,而不应当具有制裁功能。如果违约责任仅具有商业价值和补偿功能,则必然“导致当事人认为如果在违约时作出赔偿可能对其更为有利,他需要违约”。^{〔16〕}而

〔14〕 American Law Institute, Restatement (second), Contracts 355(1981).

〔15〕 Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston and Toronto(1977), p.89—90.

〔16〕 Dowson, *Contracts*, p.31.

对此种违约作出最合理的解释就是所谓的效率原则,因此,效率违约理论也是前两种理论的具体化。

我认为,构建我国违约责任理论体系必须对上述观点予以澄清。不可否认,上述观点具有一定的合理性,但它们不应被我国合同立法、司法实践和学说所采纳,其原因在于:

第一,在我国市场经济发展的初期,从维护交易秩序,保障市场经济正常发展的需要出发,必须强化人们的诚实守信的道德观念,从法律上鼓励和督促当事人严格履行合同。重合同、守信用,“言必信,行必果”是中华民族传统道德的重要组成部分,也是社会主义商业道德的主要内容。任何违约行为都是不信守诺言、不符合道德的行为,至于那种公然视合同为废纸,甚至利用合同坑蒙拐骗、坑害他人的行为,更是对法律和道德准则的严重践踏,应当受到法律的必要制裁和谴责。如果认为违约不违背道德,甚至从道义上说是正当的,只能起到鼓励违约的效果,其结果势必会对道德准则和交易秩序形成极大的破坏。

第二,为维护交易秩序,保障市场经济的正常发展,违约责任制除应担负及时、充分地补偿受害人损失的任务以外,还应当具备制裁违约行为的功能。对违约行为的制裁是对违约行为在法律上和道德上应受谴责的表现,也是纠正不法行为、预防和减少违约的发生所必需的。如果否认了违约责任的制裁功能,必然会使违约成本大大降低,诱发大量的违约的发生。目前,在实践中大量出现的违约行为已经形成了一种严重的债务危机。许多学者认为,违约成本偏低,违约的利益甚至高于履约的利益是大量违约产生的原因之一,^[17] 因此,应当强化违约责任的制裁功能。我认为,虽不可过分强调违约责任的制裁性,但如果完全否认制裁功能,其造成的不良后果是不堪设想的。

[17] 木向宏:《经济合同中若干法律责任问题研究》,中国人民大学硕士学位论文,第16页。

第三,违约责任和其他任何法律责任一样都应以公平正义作为其追求的主要目标。美国著名侵权法专家艾泼斯汀(Epstein)认为,经济分析法学只考虑到行为的经济后果而不考虑行为的正当性问题;只考虑到阻止行为的低效率而没有考虑到行为的道德性问题,这是一种非道德的分析方法,根本不符合法律维护正义的目的。^{〔18〕}从效率的角度来看,效率违约理论也并不是很严谨的,该理论并未考虑到由于许多交易是偏离市场的,因此市场价格不能准确地确定合同履行的价值以及在违约时受害人所遭受的全部损失,^{〔19〕}从而根本不能确定违约是否是有效率的。在我国当前发展市场经济的过程中,合同法所要追求的主要目标是维护交易的秩序,而不是实现对当事人的效率。即使违约对当事人是有效率的,但从社会角度来看,它都构成对社会整个交易秩序的破坏。特别是在一系列交易形成为一个相互联系的锁链的情况下,一个违约将会造成交易锁链的断裂,给多个合同关系中的当事人造成不同程度的损害,从这个意义上讲,任何违约都是低效率的,应当禁止,而不应当鼓励。

基于以上分析,我认为,我国违约责任制度除应有补偿功能以外,还应以制裁和教育违约当事人,鼓励正当的交易和竞争,维护交易秩序,醇化道德风尚作为其重要功能。违约责任的目的是合同法的目标,也是民法目标的具体体现。

当前,面临即将到来的世纪转折,我国的改革开放和市场经济建设进入一个关键时期,正如许多学者所指出的,从计划向市场的转化,在很大程度上是行政管理向契约关系的转化,“无论是从计划领域演进到市场领域的经济活动,还是改革中新生的经济活动,

〔18〕 Richard A. Epstein, Defenses and subsequent pleas in a system of strict liability, *The Journal of legal Studies* 1974, p. 151.

〔19〕 《国际比较法百科全书·合同一般·合同概述》,第88页。

基本上都具有契约化的因素”。^{〔20〕} 由于市场本身就是由成千上万以交易为内容的合同关系的总和,从这个意义上说,市场化就是契约化,市场的有序运行依赖于合同债务的严格履行和债权的充分实现,市场经济的发展也取决于作为交易基本规则的合同制度的完善。

违约责任制度作为合同制度的重要内容,对维护市场秩序,保护交易当事人合法权益至关重要。目前严重存在的债务危机、商业信用较差的现象对交易秩序构成了极大的威胁,并极大地阻碍了市场经济的发展,而债务危机产生的重要原因之一就是违约责任制度本身的不完善以及这些规则在实践中没有产生应有的效果。由于违约责任制度未产生应有的约束力,因此许多交易当事人尚未形成真正的合同观念,也就是说,还没有把自己的允诺和信誉当作自己的生命,把契约条款当作自己自愿接受的必须履行的规则,合同观点的淡薄进一步加剧了债务危机的蔓延。所以,完善并切实遵守违约责任制度、制裁并纠正各种违约,充分保障债权人的利益,是我国合同立法和司法面临的一项艰巨的任务。

违约责任制度的健全有利于强化公民合同意识,而这种意识对于促进中国民主和法制建设的发展 also 具有重要意义。因为合同是以人格的独立和平等为前提,合同关系本身是对人身依附、特权和尊卑观念的否定,合同赋予人们在法律范围内的行动自由,所以合同观念是与平等观念、独立人格意识和法定范围内的自由观念等密切联系在一起的。强化公民的合同观念也必然会为形成一个良好的民主状态和和谐稳定的社会秩序奠定基础。从这个意义上说,违约责任制度的完善将为民主与法制的大厦奠定基石。

二、我国合同法对违约责任制度的完善

1999年3月15日,九届人大二次会议通过了《中华人民共和国合同法》(以下简称合同法),该法的制定和颁布,结束了由经济

〔20〕 李仁玉等:《契约观念与秩序创新》,北京大学出版社1993年版,第1页。

合同法、技术合同法、涉外经济合同法所形成的三法鼎立的局面,在完善市场经济法律体系方面迈出了一大步,并将为维护市场经济的法律秩序和保护交易当事人的合法权益发挥极大的作用。在违约责任制度方面,合同法具有如下几个主要的变化:

第一,在归责原则方面,合同法以严格责任为一般原则,过错责任作为特殊原则。合同法仅承认不可抗力作为法定的免责事由,并对不可抗力作了限定,从而有利于督促当事人严格遵守合同,保护非违约方的利益。由于合同法建立和完善了抗辩权制度、免责条款的限制制度、对违约后的解除的限制制度等等,都有助于确定和判断违约以及过错问题。

第二,由于合同法增加了合同当事人应当承担的法定义务,特别是附随义务,促使合同义务来源的多样化,导致违约行为的概念也发生某些改变。这就是说,违约不仅仅是指违反约定的义务,还包括违反法定的义务,以及违反依据诚实信用原则所产生的附随义务。如合同法第 118 条规定在发生不可抗力的情况下,一方应当及时通知对方,以减轻可能给对方造成的损失。这些义务无论当事人是否在合同中约定,都会自动成为合同的组成部分,违反这些义务将构成对法定义务的违反,也构成一种违约。合同法中也有一些义务属于任意性规范,当事人可以在合同中改变这些规定。如《合同法》第 133 条规定:“标的物的所有权自标的物交付时起转移。”当事人完全可以在合同中约定标的物的所有权不从标的物交付时起转移,而从合同生效时起标的物的所有权转移,但如果当事人在合同中没有相反的约定,则标的物的所有权将自标的物交付时起转移。违反交付义务,当然构成违约。从诚实信用原则中产生的附随义务在合同法中得到了极大的加强。如《合同法》第 60 条规定,“当事人应当遵循诚实信用原则,按照合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务”。附随义务的设定对强化诚信观念和商业信用、维护交易安全极为有利。

第三,在一方不履行和不当履行的情况下,合同法赋予非违