

钟奇江 著

合同法责任 问题研究



经济管理出版社
ECONOMY & MANAGEMENT PUBLISHING HOUSE

钟奇江 著

合同法责任 问题研究



经济管理出版社

ECONOMY & MANAGEMENT PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

合同法责任问题研究/钟奇江著. —北京:经济管理出版社, 2006

ISBN 7-80207-614-5

I. 合... II. 钟... III. 合同法—民事责任—研究—中国 IV. D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 065068 号

出版发行: 经济管理出版社

北京市海淀区北蜂窝 8 号中雅大厦 11 层

电话: (010) 51915602

邮编: 100038

印刷: 北京国马印刷厂

经销: 新华书店

选题策划: 王光艳

责任编辑: 郭丽娟

技术编辑: 蒋 方

责任校对: 郭红生

850mm×1168mm/32

8.25 印张

193 千字

2006 年 6 月第 1 版

2006 年 6 月第 1 次印刷

印数: 1-6000 册

定价: 20.00 元

书号: ISBN7-80207-614-5/F·530

· 版权所有 翻印必究 ·

凡购本社图书, 如有印装错误, 由本社读者服务部

负责调换。联系地址: 北京阜外月坛北小街 2 号

电话: (010) 68022974

邮编: 100836

总 序

近几年，为适应我国高等教育迅速发展的新形式，湖南才专的学校领导和广大职工针对高等专科学校科研工作如何定位，怎样处理科研与教学等工作的关系问题，进行了广泛讨论和深度思考，形成了如下共识：

其一，教学与科研的关系。高等专科学校和一般普通本科学校都应应以教学为主，以应用型人才培养为主要目标，但这并不等于说教学应用型学校不需要科研。教学应用型学校同样要开展科学研究，只是在科研路径选择上可以适当突出教学的分量，即科研工作面向教育教学第一线，为教育教学实践和教育教学改革提供理论支撑。科研是基础，人才培养的学术水平源自科研，社会服务的应用成果来自科研。没有科研的支撑，人才培养和社会服务就成为无源之水，无本之木，学校的教育质量和学术地位就无从谈起。因此，科研在学校整体工作中具有不可替代的地位。

其二，学科与专业的关系。学科建设是高校建设的核心和提高教学、科研水平的重要基础，是一所院校综合实力的标志，它直接体现学校的学术水平、科研方向、办学特色及服务面向的能力和社会地位。专业建设是教学建设的重要组成部分，是学校教学基本建设中最基础的工作之一，是教学内容和教学体系改革的主要内容。因此，作为一所全力向本科院校冲刺的学校，必须正确处理专业建设与学科建设的关系，尽快实现由单一专业建设向学科建设的提升，并通过学科带动专业的建设与发展。

其三，地方性与行业性的关系。我校是一所由省厅业务部门

主管的以财经类见长的行业性学校，又是一所省管的地方院校。在高等教育大发展和全国高校管理体制深化改革不断深化的大背景下，许多高校包括一些行业性高校都纷纷亮出服务地方的底牌，制定出面向地方办学，立足地方经济与社会发展，为地方经济与社会发展培养应用型人才的发展战略，行业与地方的界线日渐模糊。我校也对这一当代高等教育发展的大趋势做出了积极回应，在科研方向上，注重科研内容的地域性，面向地方经济建设主战场，为区域经济建设和社会发展提供人才、智力支持。

基于上述办学理念，我们为加快学校发展步伐，提高科研地位，加强学科和专业建设，近年来先后启动了“教授培养工程”、“研究所建设工程”和“系列专著出版工程”等多项重要措施，为学校实现近期的“升本”目标和长远的可持续发展奠定了坚实的基础。这次首批资助出版的12本学术专著，内容涉及财政、金融、税收、会计、国际贸易、市场营销、法学、人口与社会保障、教育、计算机技术等方面，多角度、多层次地展示了财专学人的学术视野和研究旨趣。作者都是财专的业务骨干，长期工作在教学和科研第一线，既有丰富的教学经验，又有一定的学术积累和较好的研究基础。这些著作，有的是作者在博士论文的基础上加工而成，有的是作者的国家课题和省部级课题的结题成果，有的是对近年来系列论文的进一步提升。这批学术专著的问世，标志着我校的办学理念开始转变、学科建设已经起步，科研特色进一步彰显。

本次组织出版的专著，不仅承继了财专既有的科研传统，而且使之发扬光大，在研究特色上更加鲜明。其中，有关农村金融制度和农产品出口贸易的研究，与“三农”问题最为突出的湖南省情关联度极高，“地方性”应该是作者从事研究的立论基础，试图破解此类难题实则蕴含着作者对湖南地方经济、社会良性发展的某种期待。对全球化进程中的人民币汇率体制与金融安全的

研究，以及会计准则与会计制度、教育财政投入、企业并购规制、社会保障与人口发展、市场营销创新等方面的研究，既体现了财经类院校的行业性研究旨趣，也昭示出财专学人践行“三个代表”重要思想、“情为民所系，利为民所谋”的品格和经世致用的治学之道。

当然，这批专著在选题、内容等方面也存在着一些不足。对此，我们恳请学者贤达关注、批评、指正。

是为序。

伍 中 信

2006 年 5 月于湖南财经高等专科学校

目 录

第一章 预期违约	(1)
第一节 预期违约的概念、特征及法律救济	(1)
一、预期违约的概念	(1)
二、预期违约的基本特征	(3)
三、预期违约的法律救济	(5)
第二节 预期违约的法律价值及其经济分析	(9)
一、预期违约的法律价值	(9)
二、预期违约的经济分析	(12)
第三节 预期违约与不安抗辩权的比较	(15)
一、大陆法系中的不安抗辩权制度	(15)
二、预期违约与不安抗辩权的区别	(17)
第四节 我国预期违约制度的立法完善	(20)
一、我国《合同法》的现行规定及缺陷分析	(20)
二、完善我国预期违约制度的可行性思考	(26)
第二章 违约救济的主要方式及其替代	(29)
第一节 违约救济的主要方式	(29)
一、实际履行	(29)
二、损害赔偿	(32)
第二节 违约责任替代及效率违约的适用	(39)
一、违约责任替代的含义及发展趋势	(39)
二、效率违约的适用	(45)

第三章 违约金责任	(50)
第一节 违约金的性质、功能及意义	(50)
一、违约金的性质	(50)
二、违约金的功能及意义	(52)
第二节 违约金责任的理论基础和适用原则	(56)
一、违约金责任的理论基础	(56)
二、违约金责任的适用原则	(58)
第三节 违约金责任的国家干预	(61)
一、违约金责任的国家干预的国内外立法考察 ...	(61)
二、关于违约金责任的国家干预的思考	(64)
第四节 违约金责任与其他违约责任方式的并用	(67)
一、违约金与赔偿损失	(67)
二、违约金与实际履行 (含继续履行与采取补救措施)	(68)
三、违约金与定金	(69)
四、违约金与合同解除	(71)
第四章 非财产性损害的合同救济	(74)
第一节 非财产性损害合同救济的比较研究	(74)
一、英美法系的规则	(74)
二、大陆法系的规则	(76)
三、国际性规则	(77)
四、我国大陆的规则	(78)
第二节 非财产性损害合同救济的理论基础	(79)
一、对否定说的反驳	(79)
二、非财产性损害合同救济正当性的理论基础 ...	(83)
第三节 非财产性损害合同救济的一般原则和限制规则 ...	(88)

一、确立对违约非财产性损害给予救济的一般原则	(88)
二、违约非财产性损害赔偿的限制规则	(89)
第四节 非财产性损害赔偿责任的构成	(90)
一、非财产性损害事实	(91)
二、违反合同的行为	(99)
三、因果关系	(100)
四、主观方面原则上无须有过失	(100)
第五节 非财产性损害赔偿具体数额的计算	(104)
一、国内外相关立法	(105)
二、对各种计算方法的探讨	(108)
第五章 合同的解除	(117)
第一节 合同解除与相关概念辨析	(117)
一、合同解除与合同终止的关系	(117)
二、合同解除与合同无效的关系	(118)
三、合同解除与合同变更的关系	(118)
四、合同解除与合同撤销的关系	(119)
第二节 合同解除的条件	(120)
一、约定解除	(120)
二、法定解除	(125)
第三节 合同解除权的行使	(134)
一、合同解除权的行使主体	(134)
二、合同解除权的行使方式	(135)
三、解除权的行使期限及异议权的行使期限	(139)
四、合同解除权的消灭	(140)
第四节 合同解除的效力	(143)
一、合同解除的溯及力问题	(143)

二、合同解除的法律后果·····	(145)
第六章 缔约过失责任 ·····	(150)
第一节 缔约过失责任的法律属性 ·····	(150)
一、缔约过失责任理论与制度的产生及发展·····	(150)
二、缔约过失责任的概念及其理论基础·····	(156)
三、缔约过失责任的性质·····	(164)
四、缔约过失责任制度的意义·····	(167)
第二节 缔约过失责任的构成要件和适用范围 ·····	(169)
一、缔约过失责任的构成要件·····	(169)
二、缔约过失责任的适用范围·····	(174)
第三节 我国缔约过失责任制度的完善 ·····	(185)
一、我国缔约过失责任制度的不足·····	(185)
二、完善我国缔约过失责任制度的思考·····	(187)
第七章 后合同责任 ·····	(196)
第一节 后合同义务 ·····	(196)
一、后合同义务的概念和特征·····	(196)
二、后合同义务的内容·····	(199)
三、国内外后合同义务的立法现状·····	(201)
第二节 后合同责任 ·····	(203)
一、后合同责任的性质·····	(203)
二、后合同责任的理论基础·····	(206)
三、后合同责任的构成要件·····	(208)
四、后合同责任的方式和赔偿范围·····	(211)
第八章 第三人侵害债权责任 ·····	(214)
第一节 第三人侵害债权责任制度之比较法考察 ·····	(214)

一、英美法系之第三人侵害债权责任制度简介	(214)
二、大陆法系之第三人侵害债权责任制度简介	(216)
第二节 第三人侵害债权责任的理论依据和制度价值	(218)
一、第三人侵害债权责任的理论依据	(218)
二、第三人侵害债权责任的制度价值	(222)
第三节 第三人侵害债权责任的构成要件	(224)
一、被侵害的债权必须合法有效存在	(224)
二、侵害债权的侵权主体为债之关系以外的 第三人	(226)
三、侵害债权的行为在客观上造成了债权人 债权的损害	(227)
四、第三人的侵害行为与损害后果之间有因果 关系	(228)
五、侵害债权的行为人主观上必须有侵害他人 债权的故意	(230)
六、侵害行为客观上具有违法性	(231)
第四节 第三人侵害债权责任的承担和免责条件	(231)
一、第三人侵害债权的类型及责任承担	(231)
二、免责条件	(233)
第五节 我国确立第三人侵害债权责任的思考	(235)
一、关于我国第三人侵害债权责任的立法、 司法现状	(235)
二、立法建议	(241)
主要参考文献	(246)
后记	(248)

第一章 预期违约

第一节 预期违约的概念、特征及法律救济

一、预期违约的概念

预期违约 (Anticipatory Breach of Contract) 又称为先期违约或期前违约, 是首先在英美法上确立的一种违约救济制度。其含义是指: 在合同有效成立后至合同约定的履行期限届满之前, 当事人一方向对方明确表示其将不履行合同义务, 或者当事人一方的自身行为或客观事实默示其将不能依约履行合同义务, 于此情形, 对方可以在履行期届满之前要求其承担违约责任。预期违约制度是为解决合同生效后至履行期到来前发生在合同履行上的危险而建立的一项法律救济制度。由于“预期违约规则是从判例积累中归纳而成的”,^① 因此, 在处理预期违约时, 法官根据现实中发生的情形分别创制了明示预期违约规则与默示预期违约规则。

1. 预期违约的两种形态

(1) 明示预期违约规则

它是指双务合同有效成立后至履行期到来前, 一方当事人无正当理由却明确肯定地向另一方当事人表示他将不履行合同, 另

^① 杨永清. 预期违约规则研究. 载梁慧星主编. 民商法论丛. 第3卷. 法律出版社, 1995. 353~389

一方当事人可以根据自身的利益做出选择,或者视其为提前违约而解除合同,立即行使求偿权;或者置对方明示预期违约于不顾,继续保持合同的效力,等待对方到期履约,若到时仍不履约,再提起违约赔偿之诉。

(2) 默示预期违约规则

它是指双务合同有效成立后至履行期到来前,一方当事人合理地预见到另一方当事人将不会或不能履约,但后者并无任何明确表示时,他可以致函后者要求其及时履约提供充分保证;如果合理的话,在他收到此保证前,可以中止与他尚未得到约定给付的相对应的那部分给付;在被要求提供履约保证的一方未能在合理的时间内提供充分的保证时,另一方可以立即解除合同,请求赔偿。^①

2. 预期违约制度在立法上的发展

预期违约源于英国 1853 年的霍克斯特诉德拉图尔案,通过该案判决,首次在英美法系中创立了明示预期违约制度。该案中,被告于 4 月 12 日与原告约定从 1852 年 6 月 1 日起雇用原告为伴游服务员。但在同年 5 月 11 日,被告致函原告表示不再需要他的服务。原告立刻提起诉讼,请求赔偿,法院判决原告胜诉。^② 主要理由是,一方当事人明确表示将不履行合同,允许受害人缔结其他合同是合理的,如果让他坐等到实际违约的发生必将陷入无人雇用的困境。这一判决确立了预期违约受害人的诉权。此后,英美法系法院又通过一系列判例使预期违约法律制度逐步完善。1886 年,约翰斯顿诉米林案的判决,又确立了预期违约的赔偿责任。1894 年,在英国辛格夫人诉辛格案中,法院判决又确立了默示违约规则。该案中,被告在婚前向原告许诺,

① 余延满. 合同法原论. 武汉大学出版社, 1999. 440~442

② 盖斯特. 英国合同法与案例. 中国大百科全书出版社, 1998. 488

婚后将一栋房屋转归原告所有，但被告又将该房屋卖给他人，使其许诺成为不能。法院认为，尽管不排除被告重新买回该房以履行其许诺的可能性，但原告仍有权解除合同并请求赔偿。至此，英国法已形成明示预期违约和默示预期违约两种形态。

预期违约制度逐步被英美法系国家在立法中采纳，并且在各自的法典中日臻完善，其中美国《统一商法典》的立法最为完善。预期违约制度现已成为世界各国普遍接受的规则，这从《联合国国际货物销售合同公约》（以下简称《公约》）关于预期违约的规定中可以体现出来。

二、预期违约的基本特征

预期违约的两种形态都属于在履行期前毁约，而不是在履行期限到来之后的违约，所以，预期违约与实际违约的根本区别，在于它们发生的时间上的区别。正是由于预期违约发生在合同成立以后、履行期到来之前，因此，它具有如下基本特征：

1. 预期违约行为表现为未来将不履行义务

预期违约不像实际违约那样，表现为现实的违反义务，有些学者认为此种毁约只是“一种毁约的危险”，也有人称为一种“可能违约”。^① 这种看法不无道理。因为双方当事人签订合同后，相互间的权利义务虽然得以确定，但由于债务履行除即时清偿者外，都有一定期限规定，在期限到来之前债权人不能请求债务人履行债务，所以履行期限前发生的毁约是“可能的违约”。

不过，这并不意味着此种毁约就不属于违约。从债务人角度来看，履行期限不过是债务人实际从事履行行为的期限，在此期限之前，债务人已经负担了履行义务。这就是说，履行期限只是实际从事履行行为的期限，而不是债务发生期限，如果债务人单方面毁约，即使这种毁约发生在履行期前，也将会使债务人违反

① 韩世远，崔建远．先期违约与中国合同法．法学研究，1993（3）

合同规定的义务，同时表明他根本漠视了其应负的合同债务，因此应构成违约。

当然，由于这种毁约毕竟发生在履行期前，对债权人造成的损害等也是不同的。实际违约可能会造成期待利益的损失，如急待原材料投入生产，因对方到期不交付产品使其不能按时投入生产获取利益。就预期违约来说，一般造成的是信赖利益的损害，如因信赖对方履行而支付一定的准备履行的费用等。因此，在损害赔偿的范围上是不相同的。

2. 预期违约侵害的是期待的债权而不是现实的债权

有学者将其称为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”。^① 由于合同规定了履行期限，则在履行期限到来之前，债权人不得违反此条件而请求债务人提前履行债务，以提前实现自己的债权，所以在履行期限届至以前，债权人享有的债权只是期待权而不是现实债权。对债务人来说，此种期限也体现为一种利益即期限利益，该利益应当为债务人所享有。

日本民法第136条规定：“期限推定是为债务人之利益而定，期限之利益得抛弃之，但不得因此有害于相对人之利益。”因此，债权人不得在履行期前要求清偿债务。“未到期限之债务等于无债务”，这就是说，期限未到时，债务人无义务清偿，债权人也无权要求清偿。不过尽管债权人不得要求债务人提前履行，他仍然享有一种期待权利，这种权利也是不可侵害的，若债务人毁约，则使其期待利益不能实现，因此，债务人应承担毁约责任。

3. 在补救方式上也不同于实际违约

在明示毁约中，由于合同尚未到履行期，所以债权人为了争取对方继续履行合同，可以不顾对方的毁约表示，而等待合同履行期到来以后，要求对方继续履行，如对方仍不履行，则预期违

① 韩世远，崔建远．先期违约与中国合同法．法学研究，1993（3）

约已转化为实际违约,此时,债权人可采取实际违约的补救方式。

无论是实际违约还是预期违约,均构成对债权人权利的侵害和对合同效力的破坏,必将影响交易的正常进行,所以法律应使违约人承担责任。^① 不过,由于实际违约行为乃是指履行期到来后的违反义务的行为,而预期违约发生在履行期到来之前,该行为侵害的只是期待的债权而不是现实的债权,因此应将此行为作为一种特殊的违约形态对待。如果将预期违约纳入到违约形态之中,作为一种特殊的违约形态对待,则预期违约是与实际违约相对应的,预期违约包括明示违约和默示违约两种,而实际违约则包括拒绝履行、履行迟延、不适当履行、部分履行四种形态。按照这样一种分类方法,违约形态可以被分为两大类:即预期违约和实际违约,它们共同构成了我国违约形态体系和内容。^②

三、预期违约的法律救济

预期违约是相对于实际违约来说的。在预期违约中,由于一方的违约并不使合同的效力自然终止,非违约方对此违约行为有几种选择:立即解除合同,寻求救济;视合同依然有效,要求对方继续履行;暂时中止履行其义务,要求对方提供履约保证。

1. 诉讼或仲裁救济

当合同相对方以明示预期违约的方式表示自己将不履行合同义务时,受侵害一方即获得了诉权。由于预期违约方已构成了对另一方合同权利的侵害,受侵害一方有权追究预期违约方的违约责任。

2. 解除合同、终止履约

合同一方预期违约时,法律都明确规定另一方享有解除合同的权力。美国《统一商法典》第2~610条规定:“如果任何一方

① 王利明. 预期违约制度若干问题研究. 政法论坛, 1995 (2)

② 王利明. 预期违约制度若干问题研究. 政法论坛, 1995 (2)

在合同任何义务尚未到期的情况下拒绝履行合同，且造成的损失将严重损害合同相对方的价值，受损方可以：a) 在商业上合理的时间内，等待违约方履行合同义务；或 b) 寻求任何违约救济（第 2—703 条或第 2—711 条），即使他已经通知违约方将等待其履约和已经催其纠正错误；并且 c) 在上述任何一种情况下，均可停止自己对合同的履行，或根据本编关于卖方在对方违约情况下将货物特定于合同项下或救助半成品货物的规定行事（第 2—704 条）。”根据一般学理解释，上述救济方式的基本精神在于：非违约方可以选择立即行使诉权而得到救济，即要求解除合同请求损害赔偿而不必坐等履行期的到来；当然也可以不理会对方的提前违约表示而继续维持合同的效力，待到履行期到来时，按照实际违约获得救济。公约第 72 条规定，如果在合同履行期到来之前，明显看出一方当事人将根本违反合同，另一方当事人可以宣告合同无效。对于分批交货，任何一批货物的根本违反合同都可使非违约方宣告合同今后无效或对整个合同无效。宣告合同无效的效果即是解除了双方在合同中的义务，尽管仍应负责损害赔偿。无论非违约方是立即行使诉权，或是宣告合同无效，都免除了其履约的义务，实际上是赋予了非违约方实质上的终止履约权。^①

3. 等待履约

如前所述，在一方预期违约时，另一方可以不理会对方的提前违约表示而继续维持合同的效力，待到履行期到来时，按照实际违约获得救济。由于预期违约是发生在合同规定的实际履行日期之前，有时甚至发生在刚签订合同后，与实际履约日还有一段时间，非违约方无权要求对方提前履约。同时，合同并不因为一

^① 杨永清：预期违约规则研究，载梁慧星主编：民商法论丛，第 3 卷，法律出版社，1995. 353~389