

合同法比较研究

HETONGFA BIJIAO YANJIU

岳彩申 著

YUE CAISHEN ZHU
XINAN CAIJING DAXUE
CHUBANSHE



西南财经大学出版社

合同法比较研究

HETONGFA BIJIAO YANJIU

岳彩申 著

YUE CAISHEN ZHU
XINAN CAIJING DAXUE
CHUBANSHE



西南财经大学出版社

责任编辑:曾召友

封面设计:梁建成

书 名:合同法比较研究

作 者:岳彩申

出版者:西南财经大学出版社

(四川省成都市光华村西南财经大学内)

邮编:610074 电话:(028)7763785

排 版:西南财经大学出版社照排部

印 刷:成都飞机工业公司印刷厂

发 行:西南财经大学出版社

四 川 省 新 华 书 店 经 销

开 本:850×1168mm 1/32

印 张:10.5

字 数:250千字

版 次:1995年9月第1版

印 次:1995年9月第1次印刷

印 数:1000册

定 价:12.80元

ISBN7—81055—003—9/D·2

1. 如有印刷、装订等差错,可向本社发行部调换。
2. 版权所有,翻印必究。

前 言

合同文明是现代文明的最主要标志。英国法学家梅因早就指出：“我们可以说，直到现在，进步的诸社会的发展过程，是由身份到合同（契约）的发展过程。”卢梭则用合同思想分析社会关系，提出了社会契约论学说，并对后世产生了深远的影响。可以说，一个国家经济发达程度及社会文明程度，都可以淋漓尽致地反映到合同和合同法律制度中。在法律王国中，合同法则是最重要、最有生机的部分，也是最能体现法律文明的标志。因此，德国思想家马克思·韦伯指出，在私法领域里，近代社会是“合同社会”了。

我国自1982年以来，先后制定和颁布了《经济合同法》、《涉外经济合同法》、《技术合同法》、《民法通则》，基本上建立起有我国特色的社会主义合同法体系，使我国合同文明有了很大进步。但由于历史条件所限，这些合同法无法完全适应市场经济的需要，其不足之处日益暴露出来。因此，要建立和发展我国社会主义市场经济体制，必须重订合同法。许多学者对此发表了不乏真知灼见的看法，我国立法机关也已开始着手起草统一合同法的工作。这标志着我国合同法将会有较大发展。

外国推行市场经济体制比较早，在合同法制上也有很多成功的经验。我国合同法的完善，必须注重借鉴外国好的经验，以免走弯路。借鉴必须首先比较，有比较，才知优劣，才能很好地检讨我国合同法制，并以客观公正的态度吸收外国合同法的精华。这正是此书所要达到的目的。

本书在编写过程中，得到罗世英教授、覃天云研究员、黄中明

教授、武尚理教授的指导和帮助,在此一并表示感谢。由于水平所限,书中难免有不足或错误之处,欢迎批评指正。

作者

一九九五年五月

目 录

1 绪 论

- 1.1 合同法的产生及历史发展 (1)
- 1.2 比较合同法的产生和发展 (7)
- 1.3 比较合同法研究中的几个问题 (11)

2 合同的定义和分类

- 2.1 合同的定义 (16)
- 2.2 合同的分类 (21)

3 合同法的体系与原则

- 3.1 合同法的体系 (29)
- 3.2 合同法的原则 (37)

4 合同的订立

- 4.1 要约 (47)
- 4.2 承诺 (57)
- 4.3 要约与承诺制度的发展 (64)
- 4.4 合同的成立与生效 (68)
- 4.5 合同内容的准确性 (70)

4.6	完善我国要约、承诺制度的建议	(73)
-----	----------------------	------

5 缔约上的过失责任

5.1	缔约上过失责任的渊源及法理基础	(75)
5.2	缔约上过失责任的性质	(80)
5.3	缔约上过失责任成立条件及适用范围	(83)
5.4	建立我国缔约上过失责任制度	(87)

6 对价和约因

6.1	对价	(90)
6.2	约因	(98)
6.3	对价制度与约因制度的改革和发展	(101)
6.4	等价有偿原则	(105)

7 缔约能力

7.1	自然人的缔约能力	(107)
7.2	法人的缔约能力	(112)
7.3	外国人的缔约能力	(116)

8 同意的真实性

8.1	概述	(118)
8.2	不正确陈述	(119)
8.3	错误	(127)
8.4	胁迫和不正当影响	(134)
8.5	显失公平	(138)
8.6	有关我国法律制度的两个问题	(142)

9 合同条款

- 9.1 合同条款与陈述的区别 (145)
- 9.2 法定条款与约定条款 (146)
- 9.3 必要条款和非必要条款 (148)
- 9.4 明示条款和默示条款 (150)
- 9.5 免责条款 (154)
- 9.6 合同的条件 (158)
- 9.7 合同条款的证明与解释 (159)

10 合同的合法性

- 10.1 英美法的有关规定 (166)
- 10.2 大陆法的有关规定 (174)
- 10.3 我国法律的有关规定 (176)
- 10.4 反倾销法的有关规定 (178)

11 合同的形式

- 11.1 概述 (182)
- 11.2 英美法关于合同形式的规定 (184)
- 11.3 大陆法关于合同形式的规定 (189)
- 11.4 我国法律关于合同形式的规定 (192)

12 合同对第三人的效力

- 12.1 英美法的有关规定 (195)
- 12.2 大陆法的有关规定 (201)

13 合同的转让

- 13.1 合同权利的转让 (203)

13.2	合同义务的转让	(211)
13.3	依法自动转让	(214)
14	合同的担保	
14.1	保证	(216)
14.2	违约金	(220)
14.3	定金	(224)
14.4	抵押	(226)
14.5	质押	(229)
14.6	留置	(231)
15	合同的履行	
15.1	合同履行的原则	(236)
15.2	合同履行的具体要求	(241)
15.3	选择履行	(247)
15.4	替代履行	(248)
15.5	合同同时履行的抗辩权	(249)
16	合同意外履行不能	
16.1	历史沿革	(255)
16.2	适用范围	(265)
16.3	对该原则的限制	(270)
16.4	对意外履行不能的法律救济	(273)
17	违约的构成、类别和法律效果	
17.1	违约的构成	(279)
17.2	违约的类别	(282)
17.3	违约的法律效果	(284)

18 违约的救济

- 18.1 实际履行..... (291)
- 18.2 赔偿损失..... (297)
- 18.3 解除合同..... (304)
- 18.4 交纳违约金..... (307)
- 18.5 其他救济方式..... (309)
- 18.6 违约责任与侵权责任竞合时的法律救济..... (311)
- 18.7 诉讼时效..... (314)

19 合同的消灭

- 19.1 英美法关于合同消灭的规定..... (317)
- 19.2 大陆法关于合同消灭的规定..... (319)

绪 论

1.1 合同法的产生及历史发展

古代合同法

合同是商品经济的产物,是商品交换的必然结果。人类社会最早的法是由习惯发展而来的。当习惯和誓言不足以保障商品交换的安全时,就需要由社会认可或制定有强制性的规范,交换习惯便取得了法律的形式。马克思在阐述合同法与商品交换的关系时指出:“这种通过交换和在交换中才产生的实际关系,后来获得了契约这样的法的形式,等等”^①。

最早出现的具有代表性的成文法有古巴比伦王国的《汉谟拉比法典》,古雅典的德拉古立法及梭伦立法,以及古罗马的《十二铜表法》。^②此后的罗马法进一步发展了古代合同法,尤其关于合同问题的一般规定,如关于合同分类及形式等问题的法律规定已十分发达。恩格斯曾称之为“商品生产者社会的第一个世界性法律”,^③以致从古代到19世纪,罗马合同法的基本原则和理论,一直支配和影响着欧洲大陆各国合同法律制度 and 实践。

① 《马克思恩格斯全集》,人民出版社1963年版,第19卷,第423页。

② 这部法典刻在十二铜牌上,故名《十二铜表法》,是古罗马最早的成文法。

③ 《马克思恩格斯全集》,人民出版社1963年版,第21卷,第346页。

在我国,远古时代就已有合同的萌芽。至西周,合同法已有很大发展,周礼中很大部分是关于合同的规范。《周礼》记载:“听称责以傅别”,“听取予以书契”,“听买卖以质剂”。傅别、书契、质剂均是合同的早期形式。与现代合同相似的古代合同大约出现在两晋,唐朝以后得到广泛推广。^①

由于经济因素的影响和制约,不同国家和民族的古代合同法的地位及发达程度有所不同。在罗马等商品经济较发达的国家,合同法不仅较为完备,而且占有极为重要的地位。而在印度等商品经济十分落后的国家,合同法既不发达,也不占有重要地位。与现代合同法相比,古代合同法有以下特点:

首先,古代合同法严格限定主体资格,法律只赋予少数人以订立合同的权利。例如在奴隶社会,广大奴隶被看作法律关系的客体,从而丧失了成为合同法主体的资格。

其次,古代合同法十分强调合同的形式,双方当事人订立合同时必须履行严格的法律形式。按照《汉谟拉比法典》规定,订立合同必须有证人到场才能生效,并且必须采用书面形式。在古罗马,订立合同时双方当事人和证人都必须到场,并按规定的礼仪宣誓,合同才算有效。如果没履行规定的形式,即使当事人达成一致协议,合同仍不能成立。我国古代合同法也十分强调合同的书面形式。《周礼》记载:“凡买卖者质剂焉。大市以质,小市以剂,掌稽市之书契。”^②这里的质、剂与契都指合同的书面形式。汉代立契约,不仅买卖双方名注于券,中证人的姓名也须列入。^③

第三,国家对合同关系进行干涉和限制。表现在三个方面:1. 法律对价格、工资和劳动报酬作有了限制。比《汉谟拉比法典》更早

① 高恩禄、董延林主编:《经济合同法通论》,黑龙江人民出版社1990年版,第9页。

② 转引王家福等著:《合同法》,中国社会科学出版社1986年版,第27页。

③ 刘志远:《汉代市场并考》,载《文物》1973年第5期,第55页。

的《俾拉拉马法典》^①第1条规定了小麦、植物油、羊毛、盐等物品的法定价格；第7、8、11条规定了雇工的法定工资标准。《汉谟拉比法典》第215—217条规定了医师的报酬标准。2. 法律规定借贷合同利率。《汉谟拉比法典》第89条规定，谷物借贷的最高利率是33.3%，货币借贷的利率为20%，凡超过者即为非法。罗马《十二铜表法》对借贷利率也作了限制；帝政时期法定最高利率为12%，优帝时减为6%。我国《大明律·户律》钱债卷违禁取利条规定：“凡私放钱债及典当财物，每月取利，并不得过三分，年月虽多，不过一本一利，违者笞四十；以余利计赃论，罪止杖一百”。3. 法律规定签订合同的特殊程序，尤其对土地和房屋的买卖合同，各国都规定了严格的程序。《中亚述法典》^②第5条即有此规定。我国古代合同法对土地买卖也规定了较严格的程序。

资本主义合同法

近代合同法形成于资本主义国家，所以，资本主义合同法是近代合同法的主体。由于资本主义经济是典型的商品经济，合同及合同法便成了资本主义经济的一根支柱。合同法不仅保障资产阶级可以取得并享有现在的一切财富，而且使资产阶级可以取得并享有将来的各种财产。^③因此，在资本主义社会，合同关系渗透到社会的各个领域，任何人都可通过自由的合同关系来创造自己的一切。英国法学家梅因在研究了古代法与现代法的不同后指出：“我们可以说，直到现在，进步的诸社会的发展过程，是由身份到合同的发展过程。”^④德国思想家马克斯·韦伯针对资本主义社会关系

^① 两河流域阿摩利人的早期成文法典。该法典由埃什嫩那国在大约公元前20世纪制定，是世界上最早的成文法之一。

^② 古代中亚述的早期成文法，大约制定于公元前15世纪。

^③ [日]俄妻荣著：《债权在近代法中的优越地位》，昭和58年东京版，第6页。

^④ [英]梅因著：《古代法》，商务印书馆1930年中文版，万有书库第二册，第46页。又见梅因著：《民众政府》，1886年英文版，第51页。

指出,在私法领域里,近代社会是“合同社会”了。^①

资本主义合同法有以下主要特点:

首先,资本主义合同法十分发达和完备,成为法律体系中独立的一部分。英美国家将财产法、合同法、侵权法及家庭法作为法律体系的三大部分,合同法自然成为独立的一个体系。大陆法中,虽然合同法包含于民法中,但在各国民法典中都作为独立的一部分而存在。在《法国民法典》中,合同与遗嘱、时效等法律制度并列,尚未完全独立。《德国民法典》已将合同作为债的主要部分,而债法独立为一编。“这种变化不是偶然的,合同法在民法典里的地位变化正反映了合同法在整个法律体系中的地位变化。”^②此外,许多国家还制定了单行合同法律文件,标志着合同法成为资本主义法律体系中独立的法律部门。

其次,资本主义合同法强调契约自由。契约自由是资产阶级立国的基本原则,也是资本主义法律的基本原则。契约自由的核心内容是强调国家对合同不得任意干涉,当事人有权选择订立合同的对方当事人,有权选择合同的内容及订立形式。《法国民法典》甚至将合同视为法律,^③“实际上给予了合同当事人以创造法律的权利”^④,将契约自由推崇到至高无上的地位。

第三,对合同形式的规定比较灵活。由于资本主义商品经济十分发达,交易需要迅速安全。因此,除一些特别重大而易于发生争执的交易必须采用书面形式外,法律并不要求当事人必须采用某些特定形式,口头合同也受到法律保护。

第四,合同法律关系范围越来越广泛。在商品化了的资本主义社会,合同内容无所不包。合同法不仅限于调整经济关系,甚至人

① 王家福等著:《合同法》,中国社会科学出版社1986年版,第46页。

② 王家福等著:《合同法》,中国社会科学出版社1986年版,第43—44页。

③ 参见《法国民法典》第1134条。

④ 王作堂等著:《民法教程》,北京大学出版社1983年版,第197页。

格及名誉也成了交换的对象。其中最有意义的是劳动力也成了自由买卖的对象。正如马克思所说的那样：“人们一向认为不能出让的一切东西这时都成了交换和买卖的对象。”^① 美国法学家伯纳德·施瓦茨深刻地指出：“谈到 19 世纪美国法，‘可以认为，……契约法……几乎把所有制约着人类生活关系的法律包括在内了’。”^②

社会主义合同法

社会主义合同法是社会主义商品经济的产物。1917 年苏联十月革命胜利后，创立了世界上第一个社会主义国家。但由于社会主义国家刚刚诞生，没有社会主义建设经验可借鉴，马克思主义创始人也对商品经济持否定态度，所以，俄共中央和苏俄政府取消货币并禁止商品流通，实际军事共产主义政策。在此条件下，苏联没能很快建立社会主义合同法律制度。

1922 年，列宁领导苏联抛弃了军事共产主义政策，实施新经济政策，开始重视商品生产和交换。同年，列宁亲自领导制定了第一部社会主义民法典——《苏俄民法典》。该法典的诞生标志着社会主义合同法的产生。该法典以 10 章的篇幅规定了合同关系，显示了合同法对巩固公有制及调整社会主义商品经济关系的重要作用。但由于苏联在很长一个时期内否定社会主义商品经济的地位，合同法的发展十分缓慢。自 60 年代以后，苏联合同法才取得了独立的地位。50 年代建立起来的东欧各社会主义国家，借鉴了苏联的经验，一开始便承认了合同法的重要地位，并以不同的方式发展和完善了社会主义合同法。1949 年新中国诞生后，开始创立社会主义法律制度。但因受原苏联制度的影响，在相当长的时期内否认商品经济，实行高度集中的计划管理体制，没有制定合同法。直到

^① 《马克思恩格斯全集》，人民出版社 1963 年版，第 4 卷，第 79 页。

^② [美]伯纳德·施瓦茨著：《美国法律史》，中国政法大学出版社 1989 年中文版，第 65 页。

1982年我国颁布第一部合同法(即《经济合同法》),才意味着开始建立和逐步完善我国社会主义合同法律制度。

从上述社会主义初期的法制发展历史不难看出,由于社会主义国家创立初期,缺少完备的理论指导和可借鉴的成功经验,不科学地推行了高度集中的计划管理体制,而合同法的经济基础是商品经济,所以,在相当长的一个时期内,有些社会主义国家没有建立合同法律体系。即使创立了合同法的国家,也没有给予合同法以应有的地位,仅把合同看作实现计划的一种手段,仅把合同视为保证经济管理的工具。这就从根本上限制了合同和合同法的作用,大大降低了其社会调整价值,从而使合同和合同法变得面目全非。这是社会主义法制建设中失败的教训之一。

但实践证明,高度集中的计划管理体制弊端很多,60年代南斯拉夫率先改革,突破了计划管理体制。其他社会主义国家不同程度地由计划体制向市场经济过渡,开始建立和完善市场经济法律制度,包括合同法律制度。在这方面,我国的改革取得了比较成功的经验。1979年十一届三中全会提出了改革开放的基本国策,开始发展社会主义商品经济,1982年颁布了《经济合同法》,正式确认了合同的法律地位,即合同是经济活动的法律形式。此后又颁布了《涉外经济合同法》、《技术合同法》、《民法通则》等合同法文件。这一时期,合同和合同法开始深入人心,为社会主义商品经济的发展发挥了巨大作用。“经济合同已经成为目前各类经济主体开展经济活动的主要形式。”^①据统计,至1992年底,各类经济主体共订立经济合同30亿份。^②目前,我国主要的工农业产值是通过合同这一形式实现的。

合同法体系的建立,是我国社会主义法制的重大发展,但此时

^① ^② 见《完善经济合同法制,适应市场经济需要》,载《法制日报》1993年9月4日第2949期。

的合同和合同法仍带有浓厚的计划经济色彩。^① 1992年邓小平同志提出了计划经济不是社会主义经济特征的论断。^② 江泽民同志在十四大报告中明确指出这一问题,并提出了建立社会主义市场经济的目标。^③ “在现代化市场经济条件下,合同关系是最基本的法律关系,现代社会因此被称为合同社会。”^④ 因此,建立和完善社会主义合同法体系显得尤为重要。1993年9月2日通过了《关于修改〈中华人民共和国合同法〉的决定》。修改后的《经济合同法》基本上抛弃了计划管理体制的束缚,带有明显的市场经济特色。《经济合同法》的修改标志着我国市场经济中的合同法制开始建立。以后颁布的《保险法》、《对外贸易法》等法律也进一步促进了合同法的完善。

总之,社会主义需要市场经济,也需要合同法律制度。许多社会主义国家,尤其中国的改革已充分证明了这一规律。尽管社会主义合同法走过了较曲折的发展道路,但经过痛苦的挫折和探索,它最终还是发展起来了,并不断地在完善。这是社会主义法制发展的成就,也是社会主义法制发展的必由之路。

1.2 比较合同法的产生和发展

比较合同法与比较法的产生和发展经历了大致相同的过程,大体上可分为以下三个时期:

萌芽时期

比较作为人们思维和实践的方法,早已被人们运用于对法律

① 参见《1982年经济合同法》第1条、第4条、第7条、第11条、第27条等。

② 见《邓小平文选》第三卷,人民出版社1993年版,第373页。

③ 参见《江泽民同志在中国共产党第十四次代表大会上的报告》。

④ 见《建立社会主义市场经济法律体系的理论思考和对策建议》,载《法学研究》1993年第6期,第4页。