

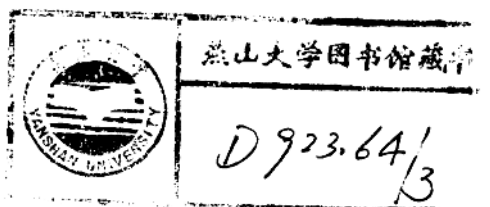
中外合同法担保法 问题研究

主 编：梁 书 文
单 长 宗

人民法院出版社

中外合同法担保法问题研究

主 编 梁书文 单长宗



0244780

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中外合同法担保法问题研究/主编:梁书文 单长宗.
—北京:人民法院出版社, 1999.6
ISBN 7-80056-839-9

I. 中… II. 中… III. ①合同法-对比研究-
中国、国外②担保法-对比研究-中国、国外 IV. D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 22332 号

中外合同法担保法问题研究

主编:梁书文 单长宗

人民法院出版社
(北京东交民巷 27 号 100745)

北京人卫印刷厂印刷

850×1168 毫米 1/32 10.125 印张 257 千字
1999 年 8 月第 1 版 1999 年 8 月第 1 次印刷
印数:1—3 000

ISBN 7-80056-839-3/D·911

定价:15.00 元

编委会主任

马 原 田忠木

编委会副主任

梁书文 单长宗 赵松岭

张泗汉 毕志强 舒慧明

编委会委员

马 原 田忠木 梁书文

单长宗 赵松岭 张泗汉

毕志强 舒慧明 王康寒

查 松

主 编

梁书文 单长宗

副主编

赵松岭 · 张泗汉

海南法学实务研究所简介

海南法学实务研究所（简称海南研究所，英文译名为 Hainan Institute for Applied Laws，缩写为：HIAL），由中国法官协会和海南省法官协会共同设立，经海南省机构编制委员会批准，于1997年9月底正式成立。中国法官协会、海南省高级人民法院聘请马原、唐德华、王家福、马克昌、迟福林为研究所顾问；海南省高级人民法院院长、海南省法官协会会长田忠木为研究所名誉所长；单长宗为所长，舒慧明、赵松岭、王康寒为副所长；中国法官协会常务副会长、中国女法官协会会长马原为学术委员会主任，回沪明、张泗汉为学术委员会副主任。

海南法学实务研究所的主要任务是：为贯彻依法治国、建设社会主义法治国家的基本方略，适应全国和海南深化改革、扩大开放、加强法制建设和司法改革的形势需要，对司法工作中面临的比较重要的理论与实践问题，特别是审判工作与经济建设有关的法律问题，进行深入的调查研究，着重研究以海南为代表的经济特区立法和司法实践中遇到的新类型案件、新情况、新问题，积极探索解决问题的对策与方法，力求提出可行性的建议，以期有助于上级人民法院对下级人民法院的审判监督和业务指导，以促进法官协会的法学实务研究活动，并为国家与地方立法提供一定的资料与意见；同时，积极开展对外和对香港、澳门、台湾地区的司法交流，开展社会性的法律咨询服务和法制宣传教育活动。

研究所内设办公室、科研（管理）部、培训部、编辑部、联络部、法律服务部、编译室等工作部门，并按照课题研究的需要设立若干课题组，积极从事课题研究工作。

研究所所址设在中国海南省海口市龙昆南路海南省高级人民法院院内。电话：(0898) 6988158 转 6054，传真：(0898) 6989023，邮政编码：570206。

目 录

关于合同法的问题 王利明 (1)

一、统一合同法的立法原则 (1)

二、违约责任与侵权责任 (32)

担保法的几个问题 梁书文 (61)

一、担保的概念、种类、适用范围和无效担保合同的
处理 (61)

二、保证的概念、种类、保证合同和保证责任 (72)

三、抵押的概念、种类和抵押合同、抵押登记 (98)

四、质押的含义及质押合同 (132)

转变传统观念 正确认定和处理无效合同 景汉朝 (158)

一、适应市场经济的要求, 转变认定合同效力的
观念 (158)

二、准确理解立法本意, 正确认定无效合同 (161)

三、树立新的司法意识, 正确处理无效合同 (177)

美国、加拿大合同法简介 (179)

一、合同自由原则和国家对合同自由的干预 (179)

二、合同的成立 (182)

三、合同的格式 (183)

61.1/

四、登记对合同效力的影响·····	(184)
五、表见代理·····	(185)
六、欺诈和胁迫对合同效力的影响·····	(186)
七、信赖利益与缔约过失责任·····	(187)
八、第三方受益人·····	(190)
九、预期违约·····	(190)
十、定金及协定违约金·····	(192)
十一、违约的救济：解除合同·····	(193)
十二、违约的救济：实际履行·····	(195)
十三、违约的救济：损害赔偿·····	(196)
十四、附和合同·····	(198)
十五、法官的自由裁量权·····	(201)
十六、合同的解释·····	(202)
美国担保法简介·····	(206)
一、保证的概念·····	(206)
二、保证的种类·····	(207)
三、保证关系的产生·····	(207)
四、几个接近的概念·····	(209)
五、保证关系中债权人的救济方式·····	(210)
六、保证人的抗辩权·····	(211)
七、保证责任的免除·····	(212)
八、反担保·····	(212)
九、担保和保证的区别·····	(213)
十、保证期限的变化对保证责任的影响·····	(213)
十一、保证人资格·····	(215)
十二、抵押和质押的关系·····	(216)

目 录

十三、动产质押·····	(217)
十四、抵押物所有权的转移·····	(218)
十五、抵押的登记注册问题·····	(219)
十六、保证人的免责条款问题·····	(220)
十七、最高额抵押·····	(221)
十八、担保物的性质·····	(223)
十九、美国担保法对保证期限的规定·····	(225)
二十、合同上的缔约过失责任·····	(226)
二十一、航空器留置·····	(227)
二十二、船舶的抵押·····	(228)
附录： ·····	(238)
中华人民共和国合同法·····	(238)
中华人民共和国担保法·····	(297)

关于合同法的问题

中国人民大学 王利明

今天我讲合同法的问题。现在正在制定一部统一的合同法，在统一合同法制定过程中；我认为最重要的是需要确定一些科学的合理的立法原则，这些立法原则是贯穿整个合同法的一些最基本的规则。所以，我首先讲统一合同法究竟应当有哪些基本原则，我们怎么能通过这些原则来理解合同法的一些重要的规则，怎么样能够将这些原则运用到司法实务中。其次讲违约责任与侵权责任问题。

一、统一合同法的立法原则

（一）诚实信用原则

简单地讲，民法中的诚实信用就是指当事人在从事民事活动的时候应当诚实守信、以善意的方式履行义务。这个原则的内容非常丰富、复杂。在现代合同法甚至整个现代民法中，诚实信用被称为是一项最重要的原则。所以很多学者把它称为“帝王规则”。为什么现代民法，特别是现代合同法这么强调诚实信用原则？

第一个原因就是只有切实地贯彻诚实信用原则，才能够真正地督促当事人自觉地履行法律和合同所规定的义务，才能够真正地形成一种交易的秩序。我们知道，即使法律规定得再完美，

合同规定得再完善，如果当事人不是切实地真正地按照诚实信用原则履行义务，那么再好的法律也会被规避，再好的合同也会被逃避合同所规定的义务。这样，交易的秩序仍然还是不能真正形成。所以诚实信用是保障义务履行的一个最基本的前提，没有诚实信用，就没有交易秩序。

第二个原因就是诚实信用也是交易得到发展、市场经济能够繁荣、经济能够有效率的一个重要保障，只有当事人切实地按照诚信原则来履行义务，讲诚实，守信用，才能够形成真正发达的信用经济，社会经济才真正是有效率的，我们实践中一些最简单的例子可以反映这一现象。比如有人订了机票，但把飞机票送到家里时，订票人说不要了。如果都是这样的话，那么航空公司取消订票，每个人都得到机场去买票，这样交易的效率就会非常低，因为大家必须到统一的地方去买票。所以只有诚实信用，才能形成发达的信用经济，才能使经济真正有效率，这是市场经济要求的必须要具备的促进经济发展的一个重要的前提。

第三个原因就是诚实信用原则提供了当事人行为的标准，这个行为标准不仅要求当事人要严格地遵守体现了伦理道德的诚实、守信、善意这些规范，而且更重要的是根据这个诚实信用原则合同法要形成一套完整的义务群。这个义务群也是现代合同法发展的一个趋向。这个义务群包括以下内容：

1. 前契约义务

所谓前契约义务就是指在合同订立前当事人所应当承担的义务，或者合同成立前当事人所应当承担的义务。可能很多人会提出疑问，合同还没有成立，当事人有什么义务？这确实是在审判实践中经常遇到的问题。举例来说，过去我们吸引外商投资，经常和外商订所谓意向性的协议，有时候我们可能把这些意向性的协议都当作我们吸引投资的成果，实际上这些意向性的协议还

不是正式的合同。那么，假如有的外商对中方讲，你们可以回去征地，搞三通一平，做一些投资性的准备，把这些做好以后，我们将来再来正式订约。如果我们相信了这种允诺，回来做了大量准备，搞了三通一平，投入了大量的人力物力，结果外商不来了。我们跟他交涉说，你当初对我们允诺得很好，现在为什么不来投资了？他说我又没有与你们订正式的合同，你对我有什么约束力，我为什么必须要来投资呢？那么我们说，你已经作出了这些许诺，你现在就单方面地违反了，你是不是违反了义务？那么外方会说，合同没订立，我违反了什么义务？对这种情况，在法律上究竟应该如何处理？能不能在法律上寻找一种救济措施？再比如说赠与，有个个体户看到一个幼儿园的房子非常破旧，想给它捐助一批财产。双方可能已经口头协商多次，而且举行了新闻发布会，说要投资100万元。然后要幼儿园也要找几十万配套资金。个体户还说到9月1号就把100万打进来。幼儿园在9月1号之前到银行借了款，房子也拆掉了。结果个体户因为搞股票期货买卖全亏了，没有钱拿出来投资。那么，幼儿园是否可以根据赠与合同要求损害赔偿呢？这种例子在实践中是非常多的，即在合同正式成立前，一方向另一方作出了允诺，后来又违反了允诺，另一方有什么样的补救措施，这是现代民法所要考虑的一个重点问题。在二战以前，也就是在缔约过失制度形成以前，民法还未考虑合同成立以前当事人还有什么义务，留下了很多法律调整的空白点，现在要考虑怎样来填补这些空白点。上面举的例子，可能有人会问，外方尽管对中方作了许诺，但是毕竟没有订正式合同，中方就开始作准备工作，是不是太性急了？换句话说，是不是有过失？第二个例子，幼儿园还没有订正式合同，或者说即使订了书面的赠与合同，那么赠与合同是实践合同，也必须赠与物实际交付，合同才成立生效，赠与物还没有交付你就开始拆房、借款，你是不是太性急了？

你是不是也有过失？这个考虑是有道理的，但是要想到，现代民法所强调的是如何保证诚实信用原则的实现。为了强化诚信原则的实现，就要给交易的当事人强加一种义务，这种义务就是依据诚实信用原则所产生的前契约义务。这个义务的内涵就是合同正式成立以前，交易的当事人也要承担一种忠实守信的义务。如果一方向另一方作出一种许诺，而且这种许诺使另一方产生了一种合理的信赖。就是说，按照一般人在这种情况下都能够相信你会履行这种诺言的信赖，那么，一方违反了这种诺言，就会产生一种责任，这种责任称之为“缔约上的过失责任”。在这种情况下，另一方当事人尽管不能根据合同请求对方承担违约责任，因为合同还没有成立、生效。但是他可以根据缔约上的过失责任，来请求对方承担因违反许诺，违反依据诚实信用原则所产生的义务而给他造成的损害，要求赔偿。缔约过失责任是新的合同法作为一个重点写进来的一个非常重要的制度。要理解缔约过失，必须真正理解这个制度背后所体现的立法精神，就是要强化诚信原则的实现。如果没有诚实信用原则，就没有办法解释在合同订立前还有什么义务。合同没有成立，当事人没有维护合同的义务，那么这个义务是从哪里来的？尽管合同没有成立，但是义务存在，这个义务是根据诚信原则产生的。你可以不负有合同的义务，但是你负有诚实信用原则所产生的义务，你违反了允诺，就是违反了诚信原则，就是违反了诚信原则所规定的义务，所以你应当承担违约责任。这是前契约阶段，这个阶段的范围是比较广泛的，不仅仅包括合同还没有正式订立这种情况，有的合同尽管订立了，但是规定了生效期。比如说，在5月1日生效。在正式生效以前，如果一方撕毁合同，因为合同还没有正式生效，适用违约责任很困难，这可以按照缔约过失责任来处理。有的合同需要审批，还没批下来，一方即违反许诺。另一方根据违约责任很难向他提出请

求，这时也可适用缔约过失。缔约过失还可以用来解释合同无效或者被撤销以后的损害赔偿。其根据是什么？是因为当事人在缔约时是有过失的，因为当事人订约时没有真正按照诚信原则来做，所以尽管合同无效，你仍然要负赔偿责任。这个赔偿责任也是根据缔约过失来要求赔偿，因为不可能根据合同责任来要求赔偿，因为合同已经无效。根据侵权来赔偿也不可能。所以，这种情况按照现在大多数人的理解也适用缔约过失。这个解释我认为是有道理的，其背后的背景就是诚信原则。

2. 是在合同履行期前的义务

履行期前是指合同正式订立了，但有一个履行期。比如说，在5月1日之前交货。合同可能是在1月1日订立的，但到5月1日还有四、五个月，这个阶段称之为合同成立以后履行期到来之前阶段。合同在履行期没有正式到来之前，当事人任何一方都不能实际地要求另一方履行义务，债权人不能实际地请求债务人履行义务，债务人也不能实际地履行义务。但是一方明确提出他不能履行合同，或者另一方根据确切的证据证明他的确在履行期到来以后不能履行合同，怎么办？我们的合同法没有规定，只是在涉外经济合同法中，考虑到国际贸易的需要，加了一条，如果有确切的证据证明另一方不能够履行合同，可以暂时中止合同的履行。举例来说，应该在12月交房，但到8、9月地基还没有打好，那么在两、三个月内肯定是不可能交房了。已经有确凿的证据证明，他在履行期到来时根本不可能实际履行义务。象这种情况，究竟债权人是应该消极地等待履行期到来然后再提出请求，还是找到一种补救的方法和措施。这就要考虑，如果消极等待，可能给债权人造成的损失是巨大的，因为等待的结果最终必然是不能履行合同。而在这个等待期间，他将支付各种费用，遭受各种损失。特别严重的是，假如他确实想在12月得到房子，那么现在不能解除

合同，他只能消极等待，不能去寻找新的卖主，因为寻找新的卖主，这个合同怎么办？这样一来把当事人捆得死死的。因此，法律上就需要采取一种措施，尽可能使债权人能够从这种合同关系中解脱出来，或者能够提供一些补救，这就出现了预期违约制度。预期违约实际上包括两种情况，一是债务人明确表示不履行合同，在履行期前就要撕毁合同，这称之为“明示的违约”。二是默示的，就是有确凿的证据证明对方将来不可能履行合同，这要求债权人一方一定要依据诚信原则，去寻找确切的证据。如果有确切的证据，就可要求对方及时作出准备履约的担保。如果对方不能作出这种履约担保，债权人一方可以解除合同，甚至可以要求赔偿损失。但是其中有一个问题就是，特别是在第二种情况下，怎样能够保障债权人合理地运用这一制度，而不是滥用这一制度。这就必须按诚信原则的要求来做，不能因为订了合同不想干了，想办法找个借口。例如对方现在稍微经济状况有点不好，马上就提出来对方将来可能不会履行合同，把合同终止。这样就会造成对这一制度的滥用，所以要求必须真正体现诚信原则。

3. 在合同履行中怎样能够切实地使当事人真正地按照诚信原则的要求履行义务

在当事人订立合同过程中，往往因为各方面的原则，合同不可能十分完善。例如，出卖人同买受人订立了一个购买黄沙的合同，合同规定交付 10 车黄沙。现在黄沙价格上涨了，出卖人不想交货，但他又不想违约，因为违约金订得很高，一旦违约，承担不起这个违约金的责任。于是他想了一个办法，从外单位借了几辆 130 汽车，拉了几车黄沙送到买受人那里。买受人接到以后，说合同规定的车是指的东风牌的大卡车，因为我们过去都是用东风牌大卡车来交付的，现在用 130 汽车拉沙，两、三辆还不抵一辆东风牌大卡车，10 车还不抵 5 车，所以不能接受。出卖人说，合

同不是明明规定的是车吗？车怎么理解都可以，可以是东风牌大卡车，也可以是 130 汽车，甚至也可以是板车、自行车，怎么理解都可以，现在用 130 汽车应该说是很不错了。象这样类似的案件一旦出现，过去我们常常认为合同规定不清楚，可能就宣告合同无效了。现在看来，是需要认真思考的。按照诚信原则，出现这类案件，法官首先需要问出卖人作为一个诚实守信的商人，应该怎样履行其交货义务。尽管合同规定的不清楚，确实没说清车是东风牌的，还是 130 的。但是作为一个诚实守信的商人，在这种情况下如何履行他的义务。过去只有东风牌大卡车，按交易惯例都是按东风牌大卡车交货，那么为什么今天突然要用 130 汽车送货？作为一个诚实守信的商人，他是否真正履行了他应该履行的义务？这样的案件，显然不是一个导致合同无效的问题，而应当认为这是由法官来解释在这种情况下依据诚信原则当事人所应当承担的一种合理的义务。作这种解释工作，正是法官所应当承担的责任。国外学者认为，在国外合同解释制度非常重要。但在我们国家，为什么合同解释这一制度非常薄弱？我认为在很大程度上是因为一旦发生条款规定不清楚的情况，都是把它作为无效来处理，而没有运用应当运用的解释的权力去解释。上述案例，根本不需要确认合同无效，当事人也不否认合同的存在。如果解释合同无效，严格地讲，也不符合当事人的真意，因为在这个案件中当事人都没有认为合同的存在有什么问题，他们都愿意受到这个合同的约束。既然这样，我们为什么简单地宣告这个合同无效？如果宣告合同无效，那么从合同自由这个角度看，也不符合当事人的真实意思。当事人只是就合同条款本身发生争议，在这种情况下，是由法官运用诚信原则来解释这个条款的真实含义的问题，而不是合同无效问题。

在考虑合同履行中的义务时还有一个很重要的规则就是情势

变更原则。所谓情势变更，就是合同有效成立以后，不是因为当事人双方的过错而发生了一种情势的变化，使合同不能履行或者这种履行将会导致利益严重失衡。这样，一方根据诚信原则要求变更和解除合同。这一制度，学者争论很大，许多人主张规定一个量化的标准，在什么情况下，这种情势的变化造成利益的失衡，而且这种利益的失衡达到什么程度，才能够主张情势变更。比如说房地产的价格上涨下跌问题，上涨、下跌到什么程度才能适用情势变更。有人说上涨一倍或者两倍，或者使另一方遭受了多大的损失，有一个量化的标准。理由就是如果没有一个量化的标准，当事人随便可以主张情势变更，而且法官如果也支持他的请求，那么就有可能把很多当事人应当承担的交易风险都当作情势变更来处理，最后合同就不能真正得到严守了。这样一来，情势变更不仅没有起到应有的效果，而且对于合同纪律的维护反而起到一种妨害作用。是不是应该规定一个量化的标准，我个人的看法，是不可能规定一个量化标准的，而且也是不必要规定一个量化标准的。因为这一原则产生的基础是诚信原则，它的适用也要依据诚信原则。诚信原则是一个体现了一种很强的道德、伦理、公平、正义这种观念的原则，没有办法给它一种量化的尺度。在什么情况下是诚信的，在什么情况下是非诚信的，是不可能有一个量化的尺度的。那么法官如何掌握？我看关键就是在具体个案的情况下，法官要把自己置于一个诚实守信商人的地位。出现了这种情况你认为是不是应当解除合同，作为一个诚实守信的商人，你觉得是不是还应当继续履行义务。关键的问题就是法官怎么样运用这种诚信的观念作出合理的判决，而不在于给一个量化的标准，而且事实上也是不可能做到的。

4. 后契约义务

后契约义务指的是合同已经终止，当事人不再发生任何关系