

石少侠：对我国合同立法若干争议问题的探讨 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E7_9F_B3_E5_B0_91_E4_BE_A0_EF_c122_483876.htm 在社会主义市场经济体制下制定《中华人民共和国合同法》，无疑是一件具有深远历史意义的大事。统一合同法的出台，将结束我国长期以来调整合同关系“三法鼎立”的局面，为平等主体之间的横向经济交往活动提供统一的、基本的法律依据，把社会主义市场经济全面纳入法制的轨道。为此，我们急切地期待着我国统一合同法的早日出台。为确保出台后的《中华人民共和国合同法》切实可行，真正符合中国的实际，谨就合同立法中若干有争议的问题谈几点肤浅的看法，愿与法律界同仁商榷，并供立法参考。

一、关于合同立法的指导思想 在当今时代，在改革开放的中国，起草、制定合同法，毫无疑问，必须广泛参考、借鉴世界各国合同立法的成功经验，当然也不能忽略同我国业已加入的国际公约的接轨。因而，任何闭门造车的主张和盲目排外的观点都是不能接受的。然而，在广泛参考和借鉴各国合同立法成功经验的同时，还必须明确合同立法是在制定国内法，而不是在起草国际公约。因此，不仅不能以法典草案是否与他国立法和国际公约保持一致，作为评价立法是否成功的标准，同时，还必须保留或认可那些虽与他国立法和国际公约并不一致，但符合中国国情的商事交易习惯与规则。我认为评价一部法典是否成功的标准只能是该部法典在中国的可行性，即是否准确、切实地反映了中国的具体国情，而不在于它到底接受了多少他国立法的所谓经验，因为一切经验都具有空间或地域的局限性、时间或

历史的局限性以及法律制度与法律文化背景的局限性。就立足于本国国情与吸收借鉴他国立法经验的关系而言，立足于本国国情是第一位的，而吸收借鉴则只能是第二位的。只有这样，才会不失却立法之本，才会使我国法律具有并非刻意追求的而是源于国情自然衍生的特色，并以此自立于世界各国合同立法之林。据此，笔者认为，我国合同立法必须遵循的指导思想只能是实事求是，亦即必须符合中国的实际。合同立法要成为国内法并真正符合中国的实际，首先，不能忽略对我国合同实践经验的总结。在长期的经济交往活动中，特别是在近二十年来的合同实践中，我国在合同立法、司法、执法等诸方面都已经取得了许多成功的经验，并形成了一些符合国情且行之有效的合同制度。对这些成功的经验和有效的合同制度，绝不能轻易地予以抛弃。更不能以我国的合同制度与他国合同制度的差异，便随意地否定我国的成功作法而盲从他人。历史证明，即使是商业习惯，也会因民族、地域、国情的不同而异其旨趣。中国合同立法的当务之急不仅仅是吸收借鉴他国的立法经验，更需要自我总结和自我扬弃，而后一项工作恰恰是我们的薄弱环节，亟需在合同立法的过程中予以加强。其次，合同立法要成为国内法并真正符合中国的实际，还必须总结中国的司法审判经验。自《经济合同法》实施以来，我国的各级法院和仲裁机构审理了大量的合同纠纷案件，法官、仲裁员和律师们对于中国现行合同法的成功之处及其存在的缺陷最有发言权。要制定一部切实可行的合同法，离不开各级法院的法官、仲裁员和律师的广泛参与，这是合同立法得以成功的最基本的保证。最后，合同立法要成为国内法并真正符合中国的实际，对于借鉴英美

法必须采取慎之又慎的态度。这不仅是由于我国的立法体例和立法技术与大陆法更为接近，更主要的是由于英美法的运行必须有一套与其相适应的独特的司法制度，而这一点正是我国所不具备的。各国的立法和司法实践已经证明，英美法中的许多规则离开了与其相适应的司法制度，在实践中就会扭曲变形，甚至会出现惊人的异化，与立法者的追求背道而驰。这正是许多大陆法系国家吸收英美法制度而少有建树的原因所在。由于英美法国家的合同原理、合同制度、合同规则乃至合同术语与我国反差甚大，故而在制定合同法时，不仅不宜大量借鉴，就是借鉴其某一具体规则，我认为也要放在我国的司法制度下反复推敲、权衡利弊，勿为其在特定司法制度下的灵活性所迷惑。

二、关于合同的形式在合同立法的过程中，有人主张为体现合同自由原则，对合同形式不应作出强制性规定，我认为这种观点是值得商榷的。综观国外合同立法，以法规定合同必须采取书面形式者并不少见。以大陆法系的法国为例，明文规定不具备书面形式即为无效的合同主要包括：营业资产买卖合同、房屋推销合同、发明专利的许可或转让合同、私人住宅建筑合同等。法国学者认为，法国民法典以后颁布的大量法律表明，现代立法具有重新评价形式主义的趋势，而这种趋势的目的仍在于保护一方当事人的意志，即由于书面合同较之口头合同更为具体，故有可能使当事人避免其轻率或受欺诈。〔1〕英美法系国家同样重视对合同形式的规定，例如，英国于1677年制定的迄今仍然适用的《防止诈欺条例》就明确规定：遗产管理人之约定，以婚姻为约因之契约，有关土地上裨益之出售或让与，出售货物的价格在十英镑以上者，自契约成立之日起不能

在一年内履行完毕者，均须采用书面形式。美国的《统一商法典》第2201条在形式要求、反欺诈法项下，明确规定：除本条另有规定外，价款达到或超过500美元的货物买卖合同，如果缺乏充足的书面材料，表明当事方已达成买卖合同，且合同已由被要求强制执行的当事方或其授权代理人或经纪人签名，合同即不得通过诉讼或抗辩强制执行。一份书面材料，即使疏漏或错误书写一项业经商定的合同条款，也不因此失去证明效力，但合同只能在不超出此种书面材料所标明之货物数量的范围内强制执行。我国《经济合同法》第3条规定：“经济合同，除即时清结者外，应当采用书面形式。”

合同实践业已证明，对某些合同形式作出要式的规定，既可以防止邀买证人诈欺伪证，又可避免因当事人记忆错误而延误履行，其立法意图在于凭借诉讼技术防止诈欺行为的发生。我认为我国现行的《经济合同法》关于合同形式的规定具有一定的合理性，对合同形式作出必要的强制性规定，既符合规范社会主义市场经济初期阶段主体交易的实际，又符合我国相沿成习的商事惯例，更有利于合同纠纷的解决。同时，也是对许多发达国家合同立法的有益借鉴。从我国的具体国情出发，我不仅主张对我国的合同形式应有强制性规定，而且建议对合同形式的强制性规定不应仅以是否“即时清结”为限，还应对标的达到一定金额的合同、涉外经济贸易合同、不动产转让和租赁合同、担保合同、土地使用权出让合同和转让合同等作出必须采取书面形式的规定。在立法技术处理上，既可以在合同法中作出概括性的规定，即“法律、行政法规规定必须采用书面形式的，应当采用书面形式”；亦可在合同法中作出列举性规定，还可以采用概括与列举并

用的方式作出规定。1997年5月14日的《中华人民共和国合同法（征求意见稿）》，对“涉外经济合同、不动产转让和租赁合同以及法律规定应当以书面形式订立的合同”，已经作出了“应当采用书面形式”的强制性规定。我真诚地希望在合同法草案的修改过程中，能够一如既往地坚持这一原则，并不断地加以修改和完善。对于要式合同，大陆法系一般把它作为合同成立或生效的要件，或称要件原则；而英美法系则把它作为合同成立的证据，或称证据原则。就违反法定书面形式的法律后果而言，采取要件原则的国家有的规定或解释为不具备书面形式合同不生效，有的规定或解释为不具备书面形式合同不成立；而采取证据原则的国家则认为，不合要式规定的契约既非无效，亦非得撤销，凡合法之契约而无法律救济，只得称之为“不能强制执行的契约”。对于不合法定书面形式的合同效力的认定，一直是我国司法审判实践中一个令人困惑的问题，在合同立法中应予解决。对此，我赞成采取成立要件原则，即对欠缺法定书面形式要件的合同解释为不成立。作出此种规定，既符合意思自治原则，且可为法院和仲裁机构在审理合同纠纷的案件中减去许多不必要的麻烦，还可有效地防止不法当事人利用邀买证人等手段作出合同成立的伪证。考虑到我国司法审判实践中的成功经验，为防止司法审判机关或仲裁机构将不具备法定书面要件的合同纠纷一概拒之门外，还应当规定凡应采用书面形式而未采取书面形式的合同，如当事人已经履行义务的，应视为合同成立，且只要开始履行义务即可，而无须全部义务履行完毕。采用书面形式订立合同的，当事人没有签字或者盖章但已经开始履行义务的，亦应视为合同有效成立。三、关于违

约金的性质 对于我国现行的违约金制度学界早有非议，较为一致的认识是现行的违约金制度具有两大弊端：一是具有强烈的惩罚性，因而导致了与无效合同后果的失衡。在司法审判实践中表现为违约当事人动辄主张合同无效，以此来逃避对违约责任的承担。在许多情况下，违约当事人宁肯承担合同无效的责任，也不愿承担违约责任。二是确认了不合理的“反比规则”，即当事人违约给对方造成的损失越小，违约金的惩罚性越强烈；给对方造成的损失越大，违约金的惩罚性则越小，有时甚至等于零。对现行违约金制度的上述弊端，笔者亦有同感。因而，在起草《合同法》的过程中，学者们普遍主张放弃现行的违约金制度，取消违约金的惩罚性，将违约金的性质确定为当事人预定的违约赔偿额。然而，在笔者看来，违约金制裁与合同无效后果的失衡，以及不合理的违约“反比规则”，不应导致对现行违约金制度的全盘否定，特别是不应全面否定违约金的惩罚性，而以预定的违约赔偿额取而代之。主张放弃现行违约金制度的观点主要有三点理由，一是认为取消现行违约金制度中的惩罚性规定，将会防止当事人恶意利用违约金责任的规定。我认为这不能构成废弃惩罚性违约金制度的充分理由。凡是在合同实践中能够充分利用现行违约金制度的当事人只能是守约方，守约方对惩罚性违约金制度的充分利用并无恶意可言，其所得亦非不当得利。这在一定程度上恰恰证明了惩罚性违约金制度对守约方周到的保护。一项足以令违约方望而生畏的责任制度，足以构成对违约行为的有效遏制，有利于社会主义市场经济秩序的形成。二是认为惩罚性违约金有悖于当事人地位平等的原则，平等地位的当事人不能互为制裁。我认为这一理

由同样是不能成立的，在我看来，当事人在合同中作出惩罚性违约金的约定，恰恰是体现了当事人地位的平等和意思自治。因为在合同中作出这样的约定，是当事人双方共同一致的意思表示，任何一方违反合同，都要依据合同的约定平等地承担违约金责任，这并无不平等、不公平可言。三是认为绝大多数国家都不承认惩罚性违约金。我认为这是过分夸大了英美法的代表性。其实，在大陆法系中承认惩罚性违约金责任的国家并不少见。例如，在德国民法典中就有惩罚性违约金的规定，在日本民法典中亦有类似的规定。与我国《经济合同法》的规定不同，这些国家的民法典一般都把惩罚性违约金视为约定违约金或“强制债务履行性质的违约金”，当事人如约定违约金为强制债务履行的性质，法律予以承认。〔2〕在一个刚刚实行市场经济体制的国度，在市场主体尚未普遍形成诚实信用风气的情况下，任何减轻对违约者制裁的举措，无疑都将对违约行为人起到一种放纵或纵容的负效应。这对于建立有序运行的市场经济体制，显然弊大于利。笔者认为，对于任何一项法律制度的取舍，并不完全取决于制度本身的合理性，还应充分考虑该项制度实施的社会效益。凡有利于社会正效益的制度即应坚持，凡可能带来社会负效应的制度则应废弃，这应当成为我国合同立法对合同制度抉择的重要标准。总结我国的违约金制度实践，借鉴大陆法系国家对惩罚性违约金的有条件承认，我认为我国《合同法》应当废弃现行违约金制度中不合理的“反比规则”，违约金的性质既不应是单纯的补偿性，也不应同时具有补偿和惩罚的双重性，违约金的性质应视当事人的约定内容而定，或为惩罚性，或为补偿性。凡当事人明确约定违约即应支付

违约金而不问损失的有无的，此种违约金即为惩罚性违约金，它以当事人明确约定为生效条件。当然，在违约并造成损失的情况下，此种违约金亦兼具补偿性。凡当事人未对违约金作出惩罚性约定的，违约金即应视为当事人预定的因违约造成损失的赔偿金。实践证明，只有让违约方充分认识到违约行为成本的巨大，才能有效地遏制违约行为的发生。主张违约金仅为预定的损失赔偿金，主张违约责任方式不得并用，甚至主张定金亦应计入损害赔偿额，无疑将使违约责任制度的作用在实践中大打折扣。当违约并未造成损失，或违约虽造成损失但损失的计算或举证困难时，都将加大守约方的诉讼成本，这对于守约方未免过于苛刻，而违约方无所失即有所偏得。显然这种违约责任制度在实践中的弊端更大，因而也是我们所不能苟同的。此外，我国的合同实践已习惯于将支付违约金与赔偿损失、实际履行等视为并列的承担违约责任的方式，如果将违约金仅视为预定的违约赔偿额，势必混淆违约金责任与损害赔偿责任的界限，这不仅与将违约金同损害赔偿作为并列的违约责任形式相矛盾，而且实质上等于否定了违约金作为一种独立的违约责任形式。因此，只要承认违约金是一种独立的违约责任形式，它就应当与赔偿损失等违约责任形式有所区别。基于上述考虑，我主张在相当长的一段历史时期内，仍应坚持惩罚性违约金与补偿性违约金并存、并行的违约金责任制度，即允许当事人作出惩罚性违约金的约定，法律予以认可。只有在当事人未作出惩罚性违约金约定的情况下，才将违约金视为预定的违约损失赔偿额。作出这样的规定，无疑有利于进一步培育市场主体的守约意识和诚实信用观念。同时，为防止当事人在合同中约定

的违约金数额过高或过低，还应赋予法院或仲裁机构予以适当变通的权力，以衡平违约金数额。四、关于因欺诈而订立的合同的效果自《民法通则》颁布以来，因欺诈而订立的合同究竟是绝对无效的合同，还是属于可撤销的合同类型？是由法院或仲裁机构依职权确认此类合同的效力，还是由受欺诈人自行决定此类合同的效力？在学理上一直存在着争议。在合同法起草的过程中，法学界许多同志对因欺诈而订立的合同的效果又提出了不同的看法，极力主张应将因欺诈而订立的合同规定为可撤销合同，不应将其规定为无效合同。主张因欺诈而订立的合同的效果应为可撤销合同的主要理由是：其一，无论是大陆法系还是英美法系的立法，在对待因欺诈而订立的合同的效力问题上，存在着惊人的相似之处，即都将其视为可撤销合同，而并非绝对的无效合同；其二，因欺诈而订立的合同并非都对欺诈人有利，在许多情况下，履行因欺诈而订立的合同却对受欺诈人有利。〔3〕我认为这些理由是值得商榷的。所谓欺诈，乃是一种故意的违法行为。根据最高人民法院的司法解释，欺诈是指“一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示”的行为。〔4〕因而，因欺诈而订立的合同是在意思表示不真实的基础上产生的合意，它直接违反了民法中的“帝王”原则诚实信用。因欺诈而订立的合同不仅与欺诈合同不同，而且与合同履行过程中的欺诈也有着重要的区别。欺诈合同是指双方当事人之间恶意串通，订立的旨在欺诈第三人的合同，其特点在于当事人双方在同一合同中都从事了欺诈他人的行为，属双方违法行为。对此类合同为无效合同，学界并无分歧。因欺诈而订立的合同只有

一方当事人实施了欺诈行为，属单方违法行为，而另一方当事人则是因受欺诈作出错误的意思表示的受欺诈人。显然欺诈合同与因欺诈而订立的合同迥然有别。因欺诈而订立的合同，欺诈行为发生在合同的订立阶段，这就决定了它与在合同履行阶段所发生的欺诈行为有所区别，这些都是不能混为一谈的。对于欺诈行为的性质及因欺诈行为而订立的合同的效力，我国法律历来旗帜鲜明，都把它视为违法行为和无效合同，无论是《民法通则》，还是《经济合同法》、《涉外经济合同法》、《技术合同法》，以及其它有关的法律，都无一例外地作出了同一的规定，形成了法律内部的和谐统一，并成为反欺诈行为的有力武器。在这种情况下，如仅以与他国的规定不同，便废弃在我国行之有效的制度，其理由显然是不能成立的。至于说履行因欺诈而订立的合同往往对受欺诈人有利，我对此种说法的正确性深表怀疑。不排除在极个别的情况下，可能存在着履行因欺诈而订立的合同对受欺诈人有利的事实。但是，如果把这种情况视为司法审判实践中常见的或经常发生的，则不免有以偏概全之嫌。必须承认，因欺诈而订立的合同在通常情况下都是对受欺诈人不利的，此类合同要么根本不能履行，要么履行了只能使受欺诈人蒙受损害。既然如此，与其让受欺诈人通过撤销权的行使来消除因欺诈而订立的合同的不利，倒不如由立法直接将其规定为无效合同更简捷有力，且便于操作。将因欺诈而订立的合同规定为可撤销合同，实质上是确认此类合同为效力未定的合同，其直接后果是排除了法院及仲裁机构对此类合同依职权确认无效。如果法律规定了因欺诈而订立的合同属可撤销合同，即使法院或仲裁机构在审理合同案件时发现了当事

人有欺诈行为，只要受欺诈人不行使撤销权，法院或仲裁机构也不得主动作出合同无效的裁决，这与我国的国情显然是不相符合的。由于我国是以公有制为主体的社会主义国家，这就决定了市场交易主体主要是国有企业，当国有企业对因欺诈而订立的合同因种种原因不行使撤销权时，而法院或仲裁机构却不能主动行使无效合同的确认权，这种立法对于国有资产及守法交易主体的保护不能不说是软弱无力的。凡撤销权的行使均受法定期限的制约，在法定期限内不行使撤销权，该撤销权便归于消灭。而对无效合同的确认，则无时效的规定。两项比较，将因欺诈而订立的合同规定为无效合同，显然更有利于反对和防范商业欺诈行为。特别是“在实践中利用合同形式搞欺诈，损害国家、集体和他人利益的情况较为突出，在防范合同欺诈、维护社会经济秩序上需要作出补充规定”〔5〕的情况下，将因欺诈订立的合同规定为可撤销合同，显然是不合时宜的。在笔者看来，对因欺诈而订立的合同究竟规定为无效合同还是可撤销合同，更多的是一个价值判断的问题，而不是或不仅仅是法理或学说上的考证。在讨论中，有的同志基于我国法律已规定重大误解为可撤销合同范畴，认为“若撇开原因不管，那么在表意人不知发生错误认识进而为错误表示方面，错误与欺诈并无差别。”〔6〕从而主张将因欺诈订立的合同规定为可撤销合同。对此，笔者亦不能苟同。重大误解与欺诈的区别恰恰在于原因之不同，若撇开原因只看后果，显然是对两种不同行为界限的人为抹煞，是不能容许的。因而，原因是不能撇开的，因重大误解可撤销并不等于因欺诈而订立的合同亦可撤销。1997年5月14日提出的《中华人民共和国合同法（征求意见稿）》

第32条已经明确规定受欺诈、胁迫订立的合同为无效合同，我认为这一规定是符合国情的，应该坚持，这不仅有利于规范交易秩序，而且有利于反对和防范利用合同形式所实施的欺诈行为。注：〔1〕尹田编著：《法国现代合同法》，法律出版社1995年9月版，第185页～第189页。〔2〕周林彬主编：《比较合同法》，兰州大学出版社1989年8月版，第382～384页。〔3〕王利明：《无效抑或撤销对因欺诈而订立的合同的再思考》，《法学研究》第19卷第2期。〔4〕参见1988年最高人民法院《关于贯彻执行 中华人民共和国民法通则 若干问题的意见》（试行），第68条。〔5〕《关于 中华人民共和国合同法 （征求意见稿）几个问题的说明》（1997年5月14日）。〔6〕刘守豹：《意思表示瑕疵的比较研究》，载于梁慧星主编：《民商法论丛》第一卷，法律出版社1994年版，第73页。 新闻来源:中国民商法律网

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com