

厦门大学硕士研究生毕业论文

现代合同法违约责任之研究

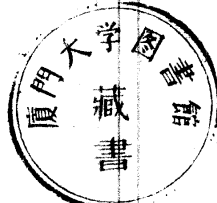
系(所室): 法律系

专业: 民法

研究方向: 中国民法

研究生姓名: 蓝燕霞

指导教师: 蔣景元 副教授



一九八九年六月

内 容 提 要

本论文以我国有关合同法关于违约责任的内容为线索,兼及国外关于违约责任的立法与实践,用比较的方法分析了中外国家关于违约责任的性质、特点、责任的构成与承担的基础以及违约补救方法的运用特点,从而对我国有关违约责任的立法提一些建议。本文共分四个部分。

第一部分阐述了违约责任立法与商品经济的关系,以便我们认识合同法违约责任制度产生发展的内在规律。

第二部分阐述了违约责任的基本特征和性质。

第三、四部分为本论文的重点,研究和述评了违约责任的构成要件及承担违约责任的原则以及违约补救方法的立法和实践,同时对我国相应的立法进行分析,指出了不足,提出了建议。



~1~

1126

目 录

引言.....	4
第一部分 违约责任的历史回顾.....	6
一 古代合同法违约责任的人身性及其成因.....	6
二 违约责任立法在资本主义社会的发展.....	9
三 我国建国后的合同法制及违约责任制度的实践.....	12
第二部分 违约责任的特征、性质分析.....	15
一 违约责任的主要特征.....	15
二 违约责任与侵权责任之比较.....	17
三 违约责任的性质——惩罚性与补偿性.....	21
第三部分 违约责任构成要件及违约责任承担之基础.....	23
一 违约责任之两要件.....	23
(一) 违约事实的存在.....	23
(二) 损害事实的存在及违约与损害事实的因果关系的存在构成 违约赔偿责任的必要条件.....	35
二 承担违约责任的基础.....	40
(一) 过错违约责任原则的含义.....	40
(二) 过错责任原则以外承担违约责任之依据.....	45
第四部分 关于违约补救方法的比较分析.....	50
一 从大陆法与英美法的主要违约补救方法看资本主义违约补救 方法的特点及成因.....	50

(一) 大陆法与英美法关于实际履行补救方法的立法与实践	50
(二) 大陆法与英美法对违约损害赔偿的立法及原则	52
(三) 关于大陆法与英美法违约金的定性与定量分析	55
(四) 大陆法与英美法对于解除合同的态度	56
(五) 小结——资本主义立法关于违约补救方法的特点及成因	58
三 苏联、东欧社会主义国家合同违约补救方法中强调实际履行特点之演变及依据	61
三 从我国的现行立法看我国主要的违约补救方式及立法之建议	63
(一) 关于我国对待实际履行立法的依据、含义及立法的评价	63
(二) 关于我国违约损害赔偿责任的标准与原则及其立法	67
(三) 我国违约金责任的特点及现行立法的问题	74
结 论	79
注 释	81
主要中文参考书目	85
主要英文参考书目	86

合同法是当代各国民事法律制度的一个重要组成部分，合同被违反时如何追究法律责任以及受害方如何获得救济等问题是合同法规定的主要内容之一。因此研究违约责任之法律问题就具有极其重要的意义。

违约责任是合同责任制的重要内容。从理论上说，责任立法就是以有效的策略通过法律这一媒介把信息（即合同责任）传递给目标对象（即当事人）。因此，有关违约责任的规定就是使持违法态度的人改变态度的一种方法。合同制作为一种法律制度，就必须有法律责任的规定。在我国，合同是连结国民经济各部门、各环节的桥梁，是沟通产、供、运、销的纽带，是形成社会主义统一市场，发展社会主义商品经济关系的法律手段，是保证国民经济计划实现的工具，是发扬社会主义经济协作，实行社会主义商品生产集体化、专业化的保障，是每个公民、法人进行经济交往的基本法律形式。严格履行合同，严肃合同纪律，这不仅是保障每个企业正常生产经营，每个公民满足生活需要的要求，而且是维护整个社会经济秩序，使整个国民经济机制正常地整体化运转的需要。如果违反合同又不承担违约责任，实质上合同成为一纸空文，失去了制约双方当事人的作用。只有规定违约责任，才使合同起到应有的作用。首先，依法制裁违约者，对于违约方也是最有效的法制教育，促使他们增强法制观念，加强经营管理，

严格履行合同，避免违约行为再次发生，切实维护合同的法律约束力。其二，合同责任制有利于增强企业活力，使企业真正成为具有自我改造能力和自我发展的独立商品生产者和经营者。根据责任制度，违反合同的当事人要自己承担违约的后果，保护了债权人的利益，使企业的经济利益和自己的经营状况联系在一起，可以正确地判断每个企业的经营状况，也可以为企业发展创造良好的社会经济环境。其三，合同责任制度有助于建立以消费影响生产的良好机制。生产、供应不合格的商品将承担民事责任，这就促使生产企业努力改善生产条件，提高商品质量。其四，合同责任制保证企业之间发展和巩固协作、联合。

自党的十三大之后，社会经济组织之间经济协作关系不断向高层次、高领域、全方位发展，作为调整管理这种协作关系的合同在促进商品经济发展方面发挥了巨大的作用。然而，人们在经济交往实践中，违反合同甚至单方撕毁合同情况还是较严重的，因此，正确解决合同违约责任问题尤为必要。

第一部分 违约责任的历史回顾

一、古代合同法违约责任的人身责任性及其成因

我们知道，从古代到十九世纪，合同法对违反合同义务的债务人不仅使其负赔偿责任，还可以判处刑罚。这是与合同法的产生及商品经济发展密切相关的。从历史上看，违约责任制是合同法律制度长期发展的结果。合同随着商品经济的发展而产生，又伴随着商品经济的变化而变化。只要社会上的经济流转按照商品交换的原则进行，就仍然需要以合同作为经济流转的法律形式。马克思在《评阿·瓦格纳的“政治经济学教科书”》中精辟地阐明了合同与商品交换之间的正确关系：商品交换是经济内容，合同是商品交换必然要采取的法律形式。

原始公社制社会，人们只为了满足自身的消费而生产，没有分工，没有交换生产，关于契约的整套制度根本就不存在。自从人类社会发生两次社会大分工以后，私有财产才出现，个人与个人之间的交换才发展起来。正如恩格斯说“自从游牧部落分离以后，我们就看到，各不同部落的成员之间进行交换以及它作为一种经常制度来发展和巩固的一切条件都具备了”⁽¹⁾。最初的交换是由习惯和誓言支配的，是一种非常原始、奇特的交换形式，因此它的实施也主要靠当事人的诚实和对神灵惩罚的畏惧。古代日尔曼人在交换产品时弯曲手指宣誓，并念一定的咒语，这是一种用债务人的誓言来拘束债务人的责任制。另还有指武器发誓的，如“剑誓”意即不履行合同时，必死于刀剑之下。也有叫“家畜

之誓”的，意即当事人违反合同时，家畜遭瘟疫而死。古代人们对神灵的信仰及对神的惩罚的畏惧足以拘束当事人履行债务，因此当事人往往又凭神宣誓，一旦违反合同时，愿受神灵的惩罚。

当习惯和当事人的誓言不足以保障交换规则的实行时，交换规则就取得法律规定的形式，即合同，因此人类社会最早的法是由习惯发展而来的，称习惯法。习惯法中央关于合同的规范与以前氏族的习惯中的交换规则根本区别在于诉权的发生，一方违反合同时，对方因而可获得诉权。由军事首长和以后国王任命的官吏依习惯法规范给违约方以制裁，对受害人予以救济，或凭国家强制力强制违约方履行合同，或令违约方赔偿对方所受的损失。至此，习惯法时期的合同法反映出一个主要特征就是违约责任上实行以债务人人身作担保的责任制，其至要内容：当合同被违反时，债权人可以直接拘禁债务人，将他沦为家庭奴隶，或出卖到外邦，甚至可以杀戮之。

奴隶社会和封建社会的法律长期以来刑事责任与民事责任不分，故此反映在古代合同法就是以刑事制裁代替民事制裁。大凡在商品经济相对较发达的国家，其合同规范较为完备，并在该国法制中占重要地位，如汉谟拉比法典和罗马法。而其他如摩奴法典，古代伊斯兰法典及我国历代封建法典，其涉及合同规范较少；相对于刑法规范则是处于次要地位。但是在古代合同法实行严酷之刑罚，却是古代合同法共通之处。债务人因不履行债务而沦为奴隶的债奴制，在古代，是盛行于各文明民族的，所以，违约责

任上的人身责任制就为最早的成文法所继承。从法典残留下来的条文可知，是极端残酷的。按照《十二铜表法》的规定，债权人可以拘禁债务人，给他带手铐脚镣，并连续在三市集日将他带到法庭审判官之前，当众宣布判决他的钱数。在公元前六世纪的希腊城邦国家雅典，由于这种人身责任制度的盛行，使得社会居民大部分沦为债奴，社会关系因此也十分紧张，因此在公元前五四九台上台的雅典执政官梭伦不得不实行改革，恢复债务奴隶的自由，由国家出钱赎回被卖到外邦为奴隶的人，并宣布禁止人身责任制。恩格斯在《家庭、私有制和国家的起源》一书中评价：“后世的立法，没有一个象古雅典和罗马的立法那样残酷无情地，无可挽救地把债务者投在高利贷债权者的脚下，——这两种立法，都是纯粹由于经济强制，作为习惯法而自发地产生的。”《汉漫拉比法典》第117条规定：一个人负债之后，可以将他的妻子，儿子或女儿卖出去换取银子，或让他们去作债务奴隶。

我国古代历史上“刑”与“法”通用，刑即法。所谓“刑书”、“刑鼎”也就是法典。其中不仅包括刑法条文，也包括民法合同法条文。我国历史上由于各种原因，特别是商品经济不发达，封建的统治者都把合同关系视为与国家生活无关的私人之间的事情，历朝法典涉及合同法的条文，只限于运用刑罚手段对违约人实施制裁的规范。社会生活中的合同关系主要由习惯法调整。中国奴隶制夏商时期，以自给自足自然经济为君主专制的物质基础，对商品经济的发展实行限制。统治者强迫奴隶以从事农业为主，而

把商品生产置于次要地位，这是商品经济发展不快的一个重要原因。另外，对土地实行以王为代表的奴隶主国家所有制，严禁私有与买卖。这样土地就不能作为商品进入流通领域。在债权债务关系上，只有奴隶主贵族与上层平民才能充当债的权利主体，债的义务主体仅限于没落贵族与下层平民。奴隶视为物，列为债权债务关系的客体，同牛马、兽皮等土特产一样，投入市场交易。当时以契约所生之债在合同法规范上还是占有一定地位的，法律上有加以管理，由诸法合体的中华法系之特点决定，总无法摆脱以刑罚手段来制裁违约人的陋习，以刑代民，自然伴之以严厉的人身制裁。在我国唐朝，注重维护出借人的合法权益，并要求借用人依约履行偿还钱物与利息的义务。“诸负责违契不偿，一匹以上，违二十日笞二十，二十日加一等，”“百匹又加三等，各令备偿。”〔2〕可见“作为债务人的平民承担的债务或责任，实际上是债务人的血和肉。”〔3〕而且，“法律的运用比法律本身还要不人道得多。”〔4〕中国历史这种以刑事处罚代替经济制裁，以身体刑代替违约金、赔偿金的缴纳，也就阻碍了债从封建向资本主义转化。封建专制主义国家的强制干预，官僚等级特权的根深蒂固，使反映商品价值规律的契约的等价性与平等性无从充分体现。

三 违约责任立法在资本主义社会的发展

人类社会的进步和合同法律制度的发展，产生了用违约金条款拘束债务人，以及合同不履行时法律给予受害人以损害赔偿请求权的财产责任制度。人身责任制渐而被废止，到了本世纪以来，

各国合同法对违反义务的债务人均无刑事制裁的规定，现代合同法律制度之违约责任纯为财产责任，其主要方式是强制依约履行，赔偿损失，支付违约金等。

以财产制裁为特征的违约责任在资本主义社会有其充分发展的空间，这是与资本主义商品经济密切相关的。在资本主义社会商品经济占统治地位，商品货币关系深入到一切领域，成为“资产阶级社会（商品社会）里最简单、最普遍、最基本、最常见、最平凡、碰到过亿万次的关系。”〔5〕资本主义商品经济是以资本家占有生产资料为基础，以剥削雇佣劳动和追求剩余价值为目的的商品经济。资本主义的“私法自治”原则，其契约自由原则就在资本主义借助民法冲破封建等级特权的洪流中诞生。首先，本着这些原则，当事人订立合同及其内容完全由当事人的意志决定，因此对于约定违约责任也从不加干涉。追究违约责任是当事人对自己权利的处分，法律一般不予过问，甚至在所谓不违背“公序良俗”的总精神下，当事人的约定可以产生比法律的具体规定还高的效力。其次，资本主义违约责任纯粹是横向制裁，即由违约方向受害方承担财产责任。还有在追究违约责任上，资本主义民法确立了过错责任原则，承担违约责任以违约方有过错为前提条件。这个原则正是资产阶级“理性”、“人性”思想的引申。这就否定了封建社会中特权阶层有过错也不负民事责任，而其他等级人无过错也要负责任的不公平现象。最后在资本主义社会商品经济和法律制度的发展上，完善了一套以金钱赔偿为主，

以实际履行为例外的违约补救方法。

当自由资本主义发展到垄断资本主义时期，社会生活出现的许多新情况反映到合同法上，资产阶级法学家也就此提出了新的原则和理论。资本主义国家标准合同法的出现冲破了原来合同绝对自由的原则，资本主义国家干预合同现象已十分普遍。对于标准合同的条款各国以立法、司法、行政各种方式加以限制，尤其是对于标准合同的免责条款有一套严格的理论和限制原则。利用标准合同的免责条款，一方可能会不合理地免除或限制其违约时的责任，从而剥夺另一方在蒙受损失时应该得到的合理补偿，限制对方依据合同所具有的权利的行使，或违反合同时，通过规定最高赔偿金额以限制救济。免责条款不是违反合同的救济方法，而是对行使救济权利，如请求损害赔偿、拒收货物或提起诉讼的权利加以的限制。普通法国家通常用以下两个规则解释确认免责条款：(1)严格说明的原则 (2)对提出免责条款的人作不利的解释。^[6]此外，制定法也会使免责条款无效。按照英国《1979年货物买卖法》第12条至第15条的规定，当买方是消费者时，卖方对所售货物的所有权，商销性和适用特定用途的默示担保义务不得予以免除或限制；^(第13条) 对非消费者，则只需对上述免责条款提出合理性证明。标准合同与免责条款的产生顺乎现代经济发展的需要，但如合同订有不合理的免责条款，会危害弱者或消费者的利益，因此，反对不公平交易、保护商业竞争中的弱者，是世界进入20世纪以来，各国立法的主要目的之一。

十九世纪末期，随着科学技术的进步，生产规模的不断扩大，机械的广泛采用，意外事故大量发生，加上工人阶级联合的斗争，在资产阶级各国的民事责任中出现了无过错责任，在德国，又称危险责任；英美法上称严格责任。无过错责任不仅广泛地用于侵权的民事责任上，而且也在契约责任上运用。在资本主义无过错责任制度确立的同时，资本家为了保障自己获取巨额利润，减少损失，利用责任保险制度将事故发生后的赔偿责任通过保险公司转嫁给各被保险人，由社会集体分担。由此，西方学者认为“民事责任没落”了，保险制度的发展在不断缩小民事责任的效力范围，使民事责任失去了从前的社会经济作用。责任保险在资本主义各国得到广泛应用，并且种类名目繁多如德国的保险契约法及法国的保险契约法都有关于责任保险的规定。所谓责任保险，即当投保人基于在保险期间内发生的事故，依法对第三人负赔偿责任应予以给付时，保险人依契约承担该赔偿义务的保险。^{〔7〕} 契约责任所产生的赔偿义务也是责任保险契约的标的。

三 我国建国后的合同法制及违约责任制度的实践

我国自1949年至1979年这三十年间，合同制度经历了由建立、发展而后衰亡的过程。在这一阶段里，合同法一直处于计划规则的状态里。重刑轻民的历史传统以及由此而形成的思维模式是我国人民对契约产生误解的根源。^{〔8〕} 自五十年代初就开始推行合同法律制度，当时既没有民法典也没有单行合同法，未能建立相应的违约责任制，理论上也未展开对该问题的研究，

由此导致实践和立法上轻视合同的违约责任制的倾向。1950年9月27日政务院颁布了第一个合同法规《机关、国营企业、合作社签订合同暂行办法》规定因合同发生纠纷由上级机关处理，处理无效时，当事人可以向人民法院起诉。而“如发现有不履行⁹合同危险时，应立即找有关方面协商，以采取有效的补救方法，必要时应迅速报告上级。如发现本单位有违反合同行为，对外必须立即接受处罚条件，对内必须追究责任，并将违反合同的原因、性质、损失、解决办法、应处分的当事人等向上级呈报。”从这些规定可见违约责任制的雏形，其轻视违约责任的倾向表现为主要靠上级机关的行政权力来维护合同的效力，不是严格追究违约方的责任，而是代之以批评教育。到50年代末，只有社会主义企业之间存在合同制度，而这种合同普遍地成为计划合同，国民经济中逐步建成了全面计划的高度集中的经济管理体制，与苏联东欧一些国家经济体制改革前的模式一样。这种高度集中的经济体制下企业并无独立的财产权，所以在生产资料所有制改造完成后，认为参加经济流转的主要是公有制单位，追究违约责任已没有必要。这种完全否认违约责任的做法导致了合同无法律效力的状况，因此给我国的经济带来了极大危害。1979年国家基本建设委员会对这期间基本建设合同制度的总结⁹就提到“……后来这项制度（指合同制度）逐渐被否定了。特别是在‘文化大革命’时期，把合同制度当作资本主义、修正主义的东西来批判，合同制度就基本上被破坏了，有的虽有合同，也是徒具形式，不

起合同作用，致使许多工程不计经济效果，工期拖长、质量下降、造价升高，分不清经济责任”〔10〕。1979年以后，改革和开放的实践终于使人们悟出：处于社会主义初级阶段生产水平还很落后的中国经济，必须发展商品经济来改变落后的现状。以有计划商品经济模式取代单纯指令性计划经济模式的新体制逐渐形成，因此离不开合同的调节和支配，合同法制就大步向前发展。

《经济合同法》及一些单行的合同条例，还有《涉外经济合同法》、《民法通则》的相继推出，对于违约责任的构成及承担条件、违约责任的方式都有了大致的规定，违约必究有法可依，不可以不讲经济效益，不辨是非，为了人情而不追究违约责任。由于法律的规定还是刚刚起步，一些原则还很不完善，因此在实践中往往执行还有困难，因此，对合同违约责任问题进行研究，借鉴国外的立法和原则，对有利于我国经济发展的加以吸收，以期完善我国的立法。从法理上说法律乃法制原则本身有其明确的继承性，近代资产阶级的许多法制原则，立法原则都被我们采纳了。法的阶级概念并不排斥具体的法律制度的借鉴和继承，一项具体的规定，如果既能为资本主义经济服务又能为社会主义经济服务的话，那么，一旦这项规定被引入社会主义法律，就理所当然地成为社会主义法律制度的组成部分。作为反映资本主义发达商品经济的合同法律制度，其必定有许多法律规定及原则值得我们加以借鉴的，将对我国现今的经济体制改革起积极的作用。

第二部分 违约责任的特征、性质分析

一、违约责任的特征

违约责任是一种民事责任，是以有效合同义务存在为前提。

由有关合同的法规加以规定或双方当事人合同中约定在不履行或不适当履行合同的行为发生时，应由违约方承担的民事责任。由此，法律视不履行合同义务为违法行为，使违约方处于受制裁的法律地位。

1. 违约责任只适用于合同当事人双方。违约责任只能由合同当事人来承担，是合同的本质决定的。在民法理论上，合同是债权债务关系，是在特定双方当事人之间产生权利义务的。违约责任是合同责任的一种，不是合同法上责任总和，还有缔约上的责任，合同的保证责任，违约责任解决的仅仅是违反合同履行义务的行为作出法律的反应，因而它只能落在负有履行合同义务的当事人身上。由此可见，我国经济合同法中，上级机关的责任及直接责任者个人责任都不是违约责任，它只是与违约责任的产生紧密相联的。

2. 可以是法定的，也可以是约定的违约责任。法律规定违约责任，对保护当事人合法权益十分重要。在我国法定违约责任是很重要的，即使合同双方在合同中没有关于违约责任的约定，依法规定还是要追究违约方的责任，从这点来说违约责任具有强制性。以法定违约金为例，在当事人未就违约金问题在合同中约定时，一旦有违约事情发生，就可以依法定违约金确定违约

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库