

中华人民共和国合同法的起草

张 广 兴

中国固有法虽不无调整合同关系的法律规范,但清末以前,尚无集中、统一和系统地规定合同关系的法律。清末宣统三年(1911年)制订的《大清民律草案》(史称第一次民法草案),为中国合同专门立法之肇始。其第一编第五章“法律行为”中,设“契约”一节;第二编“债权”中除债之通则外,另专门规定契约通则及买卖等19种具体合同,举凡366条。民国14年(1925年)的第二次民法草案中关于合同的规定,体例及内容大体依第一次民法草案。1930年民国政府制定的民法典债编第一章“通则”中设债之发生、债之标的、债之效力、多数债务人及债权人、债之移转、债之消灭6节,其关于合同的内容具有合同通则性质;第二章“各种之债”分24节规定买卖等24种合同。

中华人民共和国建立后,宣布废除国民党旧法统,民国政府制定的民法典也随之在中国大陆地区废止。从1950年至1956年,为了恢复国民经济,开展有计划的经济建设,适应当时多种经济成份并存的经济结构,国家在经济领域广泛实行合同制度。至1956年,中央各部委总共制订了四十多件合同法规。在1956年12月完成的民法草案中,也设有合同通则性规定及买卖等16种合同。1958年以后,生产资料所有制的社会主义改造已经完成,中国实行集中统一的计划经济体制,作为商品交换法律形式的合同制度被取消。虽然从1961年开始,中国又把恢复和推广合同制作为调整国民经济的一项重要措施,并制订了许多合同法规,但1966年以后,合同制度再次被废弃。

1978年以后,中国实行对内搞活、对外开放的经济体制改革,合同在发展国民经济中的重要作用重新被人们认识。^{〔1〕}1981年12月13日,中国制定了《中华人民共和国合同法》。此后,国务院依据经济合同法,制订和批准发布了12个合同条例或实施细则,中央各部委也制订了许多有关合同的规章。1985年3月21日,中国制定了《中华人民共和国涉外经济合同法》,1987年6月23日又制定了《中华人民共和国技术合同法》。自此,中国的合同法呈“三足鼎立”局面。除这三个合同法及一大批合同条例及规章外,1986年制定的民法通则中,也设有有关合同的内容。另外,后来的海商法、保险法、铁路法、著作权法、票据法等也设有有关合同的特别规定。

* 本文作者系中国社会科学院法学研究所副编审。

〔1〕 当时及其后较长一段时间,合同被认为是执行国家计划的工具。

上述合同法律、法规的制定和施行,并未能解决中国合同法制不完备的问题。其一,是缺少系统的合同总则性规定。民法通则中有关合同的规定,尚无法作为合同法总则适用。实际上,民法通则对于三个合同法也未起到“统”的作用。其二,是合同法的适用范围未能覆盖社会的全部经济生活,每时每刻大量发生在公民之间、公民与法人之间的合同关系缺少规范。其三,是合同法规定的合同种类过少,^{〔2〕}不足以规范各种经济交往。其四,合同法对各种合同规定得过于简略,不仅当事人在订立和履行合同时难以适用,法院在处理合同纠纷时适用合同法也时常发生困难。^{〔3〕}当然,对国家计划的过份强调、立法技术上的不成熟、许多重要制度的遗缺、各法律法规之间的不协调等等,也是中国合同法制中存在的重大问题。

1987年开始了对经济合同法的修订工作,^{〔4〕}并产生了若干个修订草案。对经济合同法的修订,主要有两种意见,一是将其修订为合同法总则(1993年春曾有过一个名为“中国合同法”的修订草案);二是以原法律为基础,删去计划性和行政干预过强,显然不适应现实经济生活的内容,俟时机成熟时,制定统一的合同法。1993年9月2日,立法机关通过的《关于修改经济合同法的决定》,采纳了后一种意见。修订后的经济合同法修改了立法目的,将其适用范围扩大到法人、其他经济组织、个体工商户、农村承包经营户之间的合同,废除了由行政机关确认合同无效的制度,改革了合同仲裁制度。对于其他内容,则无大的变动。因此,制定统一的合同法,仍是完善合同法制的迫切任务。

一、中华人民共和国合同法的 起草经过及立法方案

经济合同法修订后不久,全国人大法工委召开了一个专家研讨会。与会专家一致认为,起草统一合同法的条件已经具备,建议由专家学者承担起草工作并委托部分专家先提出一个立法方案。1993年10月18—19日,全国人大法工委邀请江平教授(中国政法大学)、梁慧星研究员(中国社会科学院法学研究所)、王利明教授(中国人民大学)、崔建远教授(吉林大学)、郭明瑞教授(烟台大学)、张广兴副编审(《法学研究》)、最高人民法院审判员李凡、北京市高级人民法院审判员何忻,研究和拟定统一合同法的立法方案。这次会议产生的立法方案包括立法指导思想、调整范围及与其他法律的关系、基本结构及起草提要、起草的技术性要求。

(一)立法方案确定的立法指导思想

其一,从中国改革开放和发展社会主义市场经济,建立全国统一的大市场及与国际市场接轨的实际出发,总结中国合同立法、司法实践经验和理论研究成果,广泛参考借鉴市场经济发达国家和地区立法成功经验和判例学说,尽量采用反映现代市场经济客观规律的共同规则,并与国际公约和国际惯例协调一致。

其二,充分体现当事人意思自治,在不违反法律和公序良俗的前提下,保障当事人享有充分的合同自由,不受行政机关及其他组织的干预。非基于重大的正当事由,不得对当事人的合同自由予以限制。

〔2〕 经济合同法规定了购销、建筑工程承包、加工承揽、货物运输、供用电、仓储保管、财产租赁、借款、财产保险9种合同,技术合同法中规定了技术开发、技术转让、技术服务3种合同。

〔3〕 为此,国家工商行政管理局曾于1990年开始推行经济合同范本;最高人民法院也制订了大量的司法解释。

〔4〕 经济合同法被视为中国有关合同的最主要法律或者“基本法”。

其三,考虑到本法制定和实施的时代特点,本法应能适应中国建成社会主义市场经济后对法律调整的要求,同时应兼顾目前由计划经济体制向市场经济体制过渡时期的特点,但对落后的现实不应迁就。

其四,本法在价值取向上应兼顾效率与社会公正、交易便捷与交易安全。即在拟定法律规则时,既要注重有利于提高效率,促进生产力发展,又要注重维护社会公益,保护消费者和劳动者权益,维护市场经济的道德秩序,不允许靠损害国家、社会利益,损害消费者和劳动者而发财致富;既要体现现代化市场经济对交易便捷的要求,力求简便和迅速,又不可因此损及交易安全,应规定必要的形式和手续。

其五,应注重法律的规范性和可操作性,条文繁简适当,概念尽量准确,有明确的适用范围、构成要件和法律后果,以便于正确适用。

(二)立法方案确定的合同法调整范围及与其他法律的关系

其一,本法调整平等主体之间的合同关系。

其二,本法仍维持狭义合同概念,即本法所称合同为债权合同。

其三,本法坚持统一的合同概念,不区分经济合同与非经济合同,商事合同与民事合同,国内合同与涉外合同。

其四,非平等主体之间的承包关系,如企业内部承包、企业承包等尽管采取合同形式,亦不受本法调整。

其五,本法在坚持民商合一体制的前提下,处理与民(商)事特别法的关系:凡特别法有规定的,适用该特别规定;凡特别法无规定的,应适用本法。这里所说的民(商)事特别法,指公司法、票据法、证券法、海商法、保险法、专利法、商标法、著作权法等。

(三)立法方案确定的合同法基本结构

分为总则、分则、附则三部分。

总则 9 章:一般规定、合同的成立、合同的效力、合同的履行、合同权利义务的转让、合同的解除与终止、合同的消灭、违约责任、合同的解释。

分则 28 章:买卖、赠与、土地使用权转让、企业经营权转让、租赁、融资租赁、借贷、借用、承揽、运送、委托、行纪、居间、保管、医疗、旅游、住宿餐饮服务、邮政通讯服务、培训、出版、演出、储蓄、结算、合伙、雇用、保证、保险、技术成果转让与使用许可。

附则 1 章。

(四)立法方案确定的立法技术要求

其一,每一个条文均要拟一个条名。

其二,每个条文均要附立法理由,内容包括现行法律法规的规定,国际公约及主要国家和地区合同法的参考条文和起草理由。起草理由中要提出实践中存在的问题、尚未解决的难点、不同学说及取舍理由。对理论上或者实践中有意见分歧的问题,还要设计不同的条文。

其三,各章节的条文安排依从一般到特殊、从抽象到具体的逻辑顺序。

其四,概念须准确,尽量使用合同法上的固有概念,新创概念要说明理由,使用同一概念,其内涵及外延应保持一致。

上述立法方案经由全国人大法工委在一定范围内征求意见并给予初步肯定后,又于 1994 年 1 月 5—7 日邀请全国十多个单位的专家学者对立法方案进行更充分的论证并获赞同。全国人大法工委委托中国政法大学、北京大学、中国人民大学、对外贸易大学、吉林大学、烟台大学、

武汉大学、西南政法学院、西北政法学院、华东政法学院、中南政法学院和中国社会科学院法学研究所等12个单位的专家学者依照立法方案分别起草各自分工的章节。1994年11月,各单位起草的合同法条文及立法理由汇总,由全国人大法工委委托中国社会科学院法学研究所梁慧星、张广兴、傅静坤三人统稿,完全成合同法建议草案,于1995年1月提交全国人大法工委。

二、中华人民共和国合同法 建议草案的主要内容

合同法建议草案是在集中了各起草单位起草的章节的基础上形成的。总的来看,各起草单位比较严格地依据立法方案的要求,草拟的条文及其立法理由,都有较高的水平。

合同法建议草案共计34章538条,分总则、分则和附则三部分。其中,总则分一般规定、合同的成立、合同的效力、合同的履行、合同权利义务的转让、合同的解除与终止、合同的消灭、违约责任、合同的解释9章,164条;分则分别规定买卖、赠与、租赁、融资租赁、土地使用权出让与转让、企业经营、借贷、借用、承揽、运送、储蓄、结算、出版、演出、委托、居间、行纪、保管、合伙、雇用、保证、技术开发与技术服务、技术商标转让与使用许可、保险等24种合同,计24章371条;附则1章3条,分别规章涉外合同的法律适用、过渡条款和施行及废止条款。

以下仅就总则各章的主要内容作一简介。

第一章为“一般规定”,规定了立法目的、合同定义和基本原则,共计7条。

第1条规定合同法的立法目的是“为了保护合同当事人的合法权益,维护社会经济秩序,促进社会主义市场经济的发展”。与经济合同法及技术合同法相比,突出地将保护合同当事人的合法权益作为首要的和直接的立法目的。

第2条规定合同的定义为“当事人之间设立、变更、终止债权债务的协议”。这个定义大致采民法通则第85条的合同定义,但将合同限定于“债权债务关系”,而不采民法通则“民事关系”的提法,同时,也与经济合同法关于经济合同的定义^{〔5〕}有别。其理由在于:民法通则第85条的合同定义本身外延过宽,从字面理解甚至可以包括有关身份的协议,^{〔6〕}而经济合同法第2条的定义显又过狭,不能涵盖所有的民事合同。在民法上,合同是债的一种重要形式,因而明确“债权债务关系”能够准确揭示合同的性质,明确合同法的调整对象。

第3条至第7条分别规定了合同自由原则、平等原则、公平原则、诚实信用原则和公序良俗原则。较之于民法通则第一章中规定的民事活动的基本原则和三个合同法规定的合同原则,^{〔7〕}有重合、交叉和增减。合同法建议草案突出了合同自由原则,并将其作为首要原则。第3条规定:“当事人在法律允许的范围内享有合同自由,任何机关、组织和个人不得非法干预。”合同法草案还对诚实信用原则作了特别规定。第6条规定:“双方当事人行使权利履行义务,应当遵循诚实信用的原则。法院于裁判案件时,如对于该待决案件法律未有规定,或者虽有规定

〔5〕 经济合同法第2条将经济合同定义为特定平等民事主体“为实现一定经济目的,明确相互权利义务关系而订立的”合同。

〔6〕 但民法通则关于合同的定义设在“债权”一节,显然亦持狭义概念。

〔7〕 民法通则第一章规定的基本原则有:平等原则,自愿、公平、等价有偿、诚实信用原则,守法原则,公序良俗原则。经济合同法第5条规定了平等互利、协商一致的原则以及守法原则(第4条)。涉外经济合同法第3、4条规定了平等互利、协商一致和守法原则。技术合同法第3、4条规定了守法原则和自愿平等、互利有偿和诚实信用原则。

而适用该规定所得结果显然违反社会正义时,可直接适用诚实信用原则。法院适用诚实信用原则裁判案件,必须报请最高人民法院予以核准。”

第二章为“合同的成立”,分要约,承诺,合同的形式、成立时间和地点,缔约过失责任 4 节,计 23 条。

关于要约,基本上采各国合同法之通例,分别规定了要约的定义、生效、撤销、失效等内容。关于要约的生效时间,采大陆法系国家合同法和有关国际公约的到达生效主义。第 12 条规定,商品带有标价陈列,自动售货机的设置,投标书的寄送,视为要约。价目表的寄送,招标公告,商品广告,视为要约邀请。在要约一节,还规定了悬赏广告。第 13 条第 1、2 款规定:“以广告声明对完成一定行为的人给予报酬的,对完成该行为的人负给付报酬的义务;对于不知有此广告而完成该行为的人,亦同。在数人分别完成该行为时,如果广告人对于最先通知的人已给付了报酬,则他给付报酬的义务即为消灭。”第 3 款规定了悬赏广告的撤销及赔偿责任。

关于承诺,建议草案规定,承诺的内容应当和要约的内容一致,否则视为新要约。但对要约表示同意而对要约的内容进行了非实质性的添加、限制或者更改,除要约人及时表示反对或者要约中明确规定其内容不许任何修改者外,承诺为有效,合同的内容以承诺的内容为准。作此规定系采纳了《联合国国际货物销售合同公约》的规定。对于承诺的生效期,建议草案采到达主义,即承诺到达要约人时生效,但承诺不需要通知的,在相当时间内有可认定为承诺的事实时,承诺生效。另外,对于承诺的期限、承诺的表示及传递方式、迟到的承诺及承诺的撤回等,也分别作了规定。

关于书面合同的成立时间和成立地点,建议草案采纳了现行司法解释的规定,即合同自当事人双方完成签字或者盖章时成立。其成立地点,依最后签字或者盖章的地点为标准而为确定。

建议草案对缔约过失责任专设一节而为规定。建议草案规定:“当事人在为订立合同而进行磋商的过程中,相互负有协力、保护、通知及其他依诚实信用原则和交易惯例所要求的义务。当事人违反前款义务,给对方造成损害的,应当承担赔偿责任。”对当事人在订立合同的过程中所负有的保密义务及违反保密义务时的赔偿责任,也设有专条规定。除此外规定缔约过失责任外,建议草案还规定了合同无效或者被撤销后的赔偿责任,这两种情形下的赔偿责任,亦属缔约过失责任。但为照顾合同法的逻辑结构,将这两种情形下的缔约过失责任规定在合同的效力一章。

第三章为“合同的效力”,分生效要件,无效合同,合同效力的补正,可撤销合同,合同无效或者被撤销的法律后果,定式合同,附条件、附期限、附获奖机会的合同 7 节,计 32 条。

关于无效合同,建议草案规定,违反公序良俗、违法、合同标的不能确定和合同标的自始不能等四类合同为无效合同;故意免除或限制故意或者重大过失的责任、人身伤害的责任、消费者权益保护法禁止免除的责任和其他违反公序良俗的责任的条款无效。对于双方代理、自己代理和狭义无权代理而订立的合同,建议草案规定为原则上无效,这几类合同可因符合商业惯例、被代理人追认或者纯使被代理人获益等情形而为有效。对于法定代表人越权而订立的合同,建议草案则规定其仅在对方当事人于订立合同时明知或因重大过失而不知该法定代表人越权时无效。对于表见代理,建议草案规定,在无权代理、代理人超越代理权和代理权终止的情况下,善意相对人有理由相信以他人名义与之订立合同的人有代理权时,其依合同取得的权利受法律保护。

关于合同效力的补正,建议草案规定,无行为能力人、限制行为能力人订立的合同,可因其法定代理人的追认而成为有效合同,同时规定了相对人的催告、撤回,法定代理人的撤销、追认等程序及其效力。对于无代理权人、无处分权人订立的合同,建议草案也规定了催告、追认、撤销的程序;同时规定,无处分权人订立的合同,即使因权利人不予追认而无效,其无效也不得对抗善意第三人。

关于可撤销合同,建议草案规定,合同可因欺诈、胁迫、重大误解、显失公平、不当影响而成为可撤销合同。与民法通则相比,欺诈、胁迫被规定为合同的可撤销原因而非无效原因,其理由在于充分尊重受欺诈、胁迫一方当事人的自由意思,由其自行选择合同的效力,同时也是为了稳定社会的经济关系,维护交易安全(撤销权自合同成立时起经一年不行使而消灭)。考虑到实践中有的合同当事人恶意主张合同无效的现象,建议草案出于设立合同撤销制度系为保护受欺诈、受胁迫、在合同中受重大不利的当事人的目的,明确规定只有受欺诈、受胁迫、重大误解、重大不利、受不当影响的一方当事人享有撤销权。

为了规范社会上大量存在的定式合同,消除定式合同中一方当事人利用定式条款损害对方当事人利益的现象,建议草案专设一节规定定式合同。建议草案规定,由一方当事人与不特定多数人订约而预先拟定的,且不允许相对人对其内容作变更的合同条款,为定式合同条款,含有定式合同条款的合同为定式合同。定式合同条款使用人负有以明示方式提请相对人注意定式合同条款,并使其能以合理方法了解定式合同条款内容的义务。定式合同条款违背诚实信用原则而予相对人不合理的不利益的无效。定式合同在解释时,应依可能订约的一般人合理的理解;遇有两种或者两种以上不同的解释时,应采纳其中最不利于定式合同条款使用人的解释。

第四章为“合同的履行”,分合同履行的原则、双务合同的抗辩权、向第三人履行的合同和由第三人履行的合同、合同约定不时明的履行、合同履行的保全等5节,计12条。

建议草案规定,合同生效后,当事人各方应严格按合同约定履行。合同应依据其性质、交易习惯及诚实信用原则履行。并规定双方当事人对于合同的履行有相互协力的义务。

借鉴大陆法系国家合同法和我国涉外经济合同法的规定,建议草案规定了双务合同的同时履行抗辩权和不安抗辩权。对于不安抗辩权的成立条件,建议草案规定为,有先为履行义务的一方当事人,有确切证据证明对方当事人已丧失履行合同债务的能力,或者没有履行诚意并且可能丧失履行能力,或者资信状况严重恶化时,可以暂时中止履行合同。中止履行合同的一方负有及时通知对方当事人的义务,当对方恢复履行能力或者提供了适当的担保时,应当履行合同。中止履行后,如果对方在合理期限内未恢复履行能力或提供相应担保,中止方可以解除合同。

较之于民法通则和三个合同法,建议草案增加了向第三人履行的合同和由第三人履行的合同,规定了合同债权人的代位权和撤销权,并在“合同约定不明时的履行”一节,增加了履行方式约定不明时,应按合同性质要求以有利于实现合同目的的方式履行等内容。

第五章为“合同权利义务的转让”,分债权让与、债务承担、合同承受3节,计20条。

关于债权让与,建议草案规定,合同债权原则上可以让与第三人,但当事人约定、法律规定和依性质不得让与的合同债权不得让与。其中,当事人约定不得让与的合同债权,其约定不得对抗善意第三人。建议草案规定,合同债权人让与债权,经让与人或者受让人通知债务人,即对债务人生效,除非法律有相反规定。此与民法通则第91条规定的“应当取得合同另一方的同

意,并不得牟利”条件不同。建议草案详细规定了合同债权让与人的义务,并分别合同债权让与系有偿抑或无偿时不同的权利瑕疵担保责任。

关于合同债务的承担,建议草案规定,合同债务转让须经债权人同意始生效力。第三人承担部分债务时,债务人对该第三人的履行负担担保责任。

第六章为“合同的解除与终止”,分合同的约定解除、法定解除、合同的终止3节,计15条。

关于法定解除,建议草案规定,合同陷于履行不能、债务人拒绝履行合同债务、债务人迟延履行、不完全履行不能补正或者补正已对债权人无利益,为合同法定解除的原因。建议草案规定,债务人拒绝履行的,无论履行期是否届至,债权人均有权解除合同;非定期债务履行迟延时,债权人应当催告,且须于催告规定的期限届满时债务人仍未履行的,始得解除合同,而定期债务则无须催告;部分债务不履行的,债权人仅得就不履行部分解除合同,但合同已履行部分对债权人已无利益时,债权人可按全部债务不履行解除合同。建议草案规定,解除权的行使应依合同约定或者法律规定的方式通知,此种通知不得撤销。解除合同的效力为恢复原状和损害赔偿。损害赔偿的范围包括因债务不履行造成的损害和因合同解除而造成的损失。

对于继续性合同,建议草案对其终止作了规定。并明确规定,继续性合同终止时,合同效力向将来消灭,终止的一般事由、终止权的行使及合同终止后的损害赔偿,适用合同解除的有关规定。

第七章为“合同的消灭”,分一般规定、清偿、抵销、提存、混同、免除6节,计28条。这一章除分别规定合同债权的消灭原因外,还规定合同消灭后,当事人在必要时应承担保密、协力、通知等义务,即所谓“后契约义务”,此系基于诚实信用原则而发生的义务。

第八章为“违约责任”,分一般规定、违约金、损害赔偿、其他责任方式、责任竞合5节,计21条。

在一般规定一节,建议草案将拒绝履行、不能履行、迟延履行和瑕疵履行规定为违约的四种形态,将不可抗力规定为免责条件,但是否全部免责,则须视不可抗力的影响程度及范围。建议草案规定,债务人明示拒绝履行的,债权人无须等待履行期届满,即可追究其违约责任;不能履行不适用于金钱债务;迟延履行的,对迟延履行后不可抗力造成的损害,债务人也应负责;因瑕疵履行而给债权人造成人身或合同标的物以外的其他财产损害的,应承担损害赔偿责任。建议草案规定,合同当事人一方因与自己有法律联系的第三人过错造成违约的,亦应承担违约责任。对于债权人迟延,建议草案规定,因可归责于债权人的原因致履行迟延的,债务人不承担迟延履行责任,因此使债务人遭受损害的,债权人应负损害赔偿责任。

对于违约金的性质,建议草案采涉外经济合同法第20条的规定,即“视为预定的违约赔偿金”,并规定债权人请求债务人支付违约金的,不得同时请求其继续履行合同或者赔偿损失,但如果违约金是专为迟延履行约定的,不在此限。如果违约金过分高于或者低于违约造成的损失,当事人可以请求法院或者仲裁机构适当予以减少或增加。

关于损害赔偿,建议草案规定,当事人可以事先约定损害赔偿金或其计算方法。当事人没有约定时,损害赔偿额应相当于债权人因对方违约所受的包括所失可得利益的全部损失,但不得超过违约方在订立合同时依其已知或应知的情况所预料到或者理应预料到的可能损失。建议草案对于过错相抵和损益同销,也做了专门的规定。

建议草案规定,债务人违约后,如债务履行仍有可能,债权人可不解除合同,而向法院申请强制实际履行。对于定金罚则,除规定了丧失或双倍返还定金外,明确规定违约方承担损害赔偿

偿责任的,定金应计入损害赔偿额,但定金数额超过损害的,执行定金。

依上述关于违约责任的规定,建议草案采取原则上各种违约责任方式不并用的做法,即在一般情形,违约金视为预定的损害赔偿,损害赔偿与定金罚则、强制实际履行择一适用,同时赋予法院或仲裁机构对于违约金酌情增减的裁量权。如此规定,一方面可以使受违约损害一方的损失得到弥补,另一方面也将违约方的违约责任限定在对方当事人的履行利益的范围之内,以防当事人恶意利用违约责任的规定。

在这一章中,建议草案还规定了第三人故意违背善良风俗侵害他人债权的损害赔偿责任和违约行为同时造成违约责任与侵权责任竞合时,受害人择一请求的权利。

第九章为“合同的解释”,用6个条文分别规定了真意解释、整体解释、目的解释、习惯解释、公平解释和诚信解释。

1995年4月18—21日,全国人大法工委邀请北京的专家学者与最高人民法院的司法工作者^{〔8〕}对合同法建议草案进行讨论和论证。在这次会议上,与会人士充分肯定了建议草案的基本内容,并逐章逐条进行了讨论,对若干具体制度、条文乃至概念、用语提出了意见。其中,经过讨论形成比较一致的有:

1. 关于总则部分,第一章中关于法官援用诚实信用原则的条文,删去“或者虽有规定而适用该规定所得结果显然违反社会正义”;将“公序良俗”一词改为“公共秩序和社会公德”;第二章增加要约邀请的定义条款;第三章第一节“生效要件”改为“一般规定”,删除“必备要件”条;无效合同中增加“以合法形式掩盖非法目的的合同”;合同无效或者被撤销的法律后果中增加“恶意串通”条款(依民法通则第61条第2款);第四章补充情事变更及合同变更;第五章进行删减;第六章将合同的“解除”与“终止”统称“解除”,而将第七章“合同的消灭”改为“合同的终止”,并将其中的“清偿”改为“履行”,以适约定俗成。

2. 关于分则,因保险法和担保法中有保险合同和保证合同的详细规定,这两部法律将于年内通过,因此合同法中对这两种合同不再规定。同时在分则中增设关于医疗、旅游、饮食住宿服务等具体合同。

会后,全国人大法工委委托梁慧星、张广兴根据讨论会上提出的意见修改总则部分,分则部分则由法工委民法室负责修改。

三、中华人民共和国合同法起草过程中对于 若干问题的不同意见

在合同法的起草过程中,人们对有关合同法的一些问题有着不同的看法。这些分歧对于合同法的通过和颁行将会造成重大影响。总的说来,参加合同法起草工作的学者更加注重合同法在体系上的完整性和结构上的逻辑性,更加注重合同法上的最新理论成果及各国合同法上的成功经验对于合同立法的指导和借鉴意义,特别是普遍存在合同法将作为未来我国民法典债编基础的共识^{〔9〕}的情形下,更是如此。司法界人士更多地注意合同法的可操作性,要求合同法

〔8〕 参加这次会议的有全国人大法工委主任顾昂然、副主任胡康生与法工委民法室的王胜明等、最高人民法院费宗伟、李凡、张永平,法学科研教学单位的江平、谢怀栻、梁慧星、王保树、张广兴、王利明、徐杰、沈达明等。

〔9〕 较为一致的看法,是将民法通则修改后作为民法典的总则,制定物权法(已列入立法规划),将合同法补充侵权行为、不当得利和无因管理的内容而修改为债编,婚姻、继承法修订为亲属编,而后将其结合为民法典。

规定得尽可能细致、具体。立法机关的人士则更多地考虑合同法与现行有关法律的衔接,要求合同法的规定尽可能与现行有关法律的规定保持一致。应当说,上述这些考虑都有其合理性,但具体到合同法的起草工作,便形成了意见冲突。

以下,仅就合同法起草过程中若干重要问题上存在的不同意见作一介绍。其中,有的意见仅是笔者个人的意见。

(一)制定合同法的着眼点

制定合同法的着眼点,是指现在制定合同法,究竟是着眼于调整我国当前的经济生活,还是着眼于调整我国建成发达的市场经济时的经济生活。由于二十一世纪即将来临,可将这种分歧称作“世纪之争”。当然,这两种意见均不存在极端化倾向,分歧只是在于对规范当前存在的某些经济现象的强调程度。

一种意见认为,法律应当反映现实,并能对现实社会生活起到调整作用。在我国现阶段的经济生活中,有大量的经济关系处于不规范状态,亟需由合同法予以调整。例如农村土地承包合同、企业承包与租赁合同、依据国家指令性计划签订的合同等,现在存在许多问题。对这些问题不予规范和调整,合同法在现实经济生活中的作用将大打折扣。我们不能设计一套只存在将来才用得着的方案,等待社会发展到预定的阶段再去适用,而不顾现实生活某些方面的需要。

另一种意见认为,法律应当有一定的稳定性和引导性,这就要求在立法时具有前瞻性。法律对社会生活的反映,并不仅仅是反映既存的现实。对于根据社会发展规律已经可以预测到的将来的社会生活,立法时也应当考虑,而且是应当考虑的重点。对于我国现阶段存在的一些不具有长久生命力的合同形式,以及国家有关行政法规或者以政策方式对这类合同作出的规定,不应当在正在起草的合同基本法中固定下来。对这些问题,可以采用其他方式(例如制订行政法规,作出立法或司法解释等)加以调整。我国的社会经济生活正处于急剧发展变化的时期,建成发达的市场经济已指日可待,对于发达的市场经济中的规律性的事物,我们已有所认识,在此情形之下,我国的合同法不应迁就现实,而应一步到位,使其成为世界上最先进的合同法。

(二)合同法与现行法的关系

现行法是指我国现行的有关合同的法律,包括民法通则中关于民事活动的基本原则、民事法律行为中有关合同的规定、债权节、民事责任一章中有关合同责任的规定和三个合同法。这些法律在规范我国的经济关系中起了重要的作用,并成为起草合同法的重要依据。但合同法建议草案中的某些规定与现行法并不一致,例如关于合同法的基本原则(前已述及),合同的形式(经济合同法规定除即时清结外,应当采用书面形式,技术合同法、涉外经济合同法均要求采书面形式,而建议草案未作强制性规定),因欺诈、胁迫而订立的合同的效力(民法通则及三个合同法均规定为无效,建议草案规定为可撤销),当事人欠缺相应行为能力订立合同的效力(民法通则规定为无效,建议草案规定其效力可以补正),表见代理(民法通则从本人明知而不作反对表示而为规定,建议草案则从相对人善意而无过失而为规定),合同债权让与(前已述及),违约金与损害赔偿的关系(经济合同法规定后者可吸收前者,建议草案则规定二者不能并用),等等。由于合同法通过后三个现行合同法将被废止,因此上述不一致将表现为合同法与民法通则规定的矛盾与冲突。

一种意见认为,现行有关合同的法律是在总结了我国合同以及司法实践的基础上制定的,并已经被证明比较适合我国的实际,广大群众也已经掌握和接受了这些法律规定,如果轻易加以改变,将会在一定程度上造成混乱。民法通则在我国现行的法律体系中,起着民法总则的作

用,在民法通则没有修改的情况下,合同法如果作出与其相矛盾和冲突的规定,也会造成法律体系上的混乱。因此,除非有特别的理由,不能突破民法通则的规定。如果确实需要突破,也应等待民法通则作了相应的修改以后再来考虑。

另一种意见认为,民法总则反映了当时我国的社会生活,具有极大的进步意义。但毋庸讳言,由于当时的社会生活条件与现在的社会生活已有很大的不同,由于当时理论上的准备不足和立法技术上原因,其中的一些规定在近十年后的今天看来已经不尽适应现实生活的需要。如果在制定合同法时对显已不适合的规定不能突破,合同法将不能与国际市场经济法律制度接轨,也将越来越脱离我国市场经济发展的需要。如果等待民法通则修订后,合同法再作修改,从立法成本上看也是不经济的。立新法而受旧法的局限,法律将难以进步,何况民法通则将要修改为民法典的总则篇。因此,制定合同法的根据,主要的应当是我国经济生活及其发展的需要,与国际市场经济法律制度接轨的需要,而不应当首先考虑是否与现行法律是否一致。

(三)对有关国际公约、发达国家和地区合同立法、学说和判例的借鉴与吸收

在起草合同法的过程中,对于借鉴和吸收有关国际公约、国际惯例中关于合同的规定,借鉴其他国家和地区合同立法的成功经验和判例、学说,充分反映现代市场经济客观规律的共同规则,同时充分考虑中国的国情,已形成共识。但对于如何借鉴、借鉴什么,则有不同看法。

一种意见认为,市场经济,特别是发达的市场经济,有一些不因社会制度不同而相异的共同规律。我国的合同法应当充分反映和遵循这些共同规律,不应过份强调中国特色,特别是不应将计划经济体制下行政机关对合同的过度干预作为中国特色而在合同法中保留。由于我国自清末以来即采纳大陆法系的立法形式及学说,因而应当在借鉴英美法系中适合我国民族文化,民众心理的合同法制度的同时,把重点放在借鉴和吸收大陆法系的合同法制度方面,其中尤以借鉴和吸收1930年民国政府制定、现在我国台湾地区适用的民法典债编中有关合同的规定为必要。理由在于:首先,该债篇吸收了当时的世界最新立法成果,其中有关合同的规定,迄今未见有多少过时。其次,该债篇是在广泛进行民事习惯调查的基础上制定的,对我国的民族文化传统及国民心理意识有较多反映。再次,我国大陆地区的合同法理论及法院既往的司法解释的理论依据,与台湾地区的合同法理论及法院判决的理论根据并无明显不同。最后,我国大陆与台湾地区的经贸交往及两岸统一后的经济发展,不能因合同法内容上的大的冲突而受影响。

另一种意见认为,要使我国的合同法成为世界上最先进的合同法,应将借鉴的重点放在英美法系国家的合同法。首先,从国际合同统一立法的趋势看,融大陆法系与英美法系的合同法规则为一体是一个潮流。许多有关的国际公约中的一些重要制度(例如《联合国国际货物销售合同公约》中的“根本违约”)已更多地采纳了英美法系的规则。其次,大陆法系国家的合同法固然有体系完整、逻辑严谨的优点,但同时有不够灵活的缺点。而这个缺点,正是我国的合同法在调整社会经济交往关系时所要求避免的。

(四)意思自治在合同法中的地位

意思自治是现代民法,特别是合同法的一项最基本的原则。但在集中统一的计划经济体制中,合同的计划性(或者行政性)占据统治地位,意思自治失去了存在的意义。中国经过了十几年的经济体制改革,对合同领域的当事人意思自治虽然有所重视,但是否将其真正上升到合同法的基本原则的地位,尚有疑问。这是一个方面。另一方面,社会主义市场经济不能放弃国家对经济生活的宏观管理,但具体到合同领域,这种管理如何体现,也是一个问题。因此,在起草

合同的过程中,也便有着对当事人意思自治与国家对合同管理相互关系的不同意见。

一种意见认为,在合同领域应当充分贯彻当事人意思自治的基本精神,合同自由的基本原则应当成为合同法的首要原则,并在合同法的各项具体制度中得到体现。例如,当事人对合同形式有选择的自由;即使合同中有待定条款,仍不影响合同的成立;不应规定合同的必要条款;不应规定合同有效的必备要件,而采除明示列举合同无效的若干情形外,合同一律有效;合同的效力有欠缺时允许当事人补正;将欺诈、胁迫、不当影响规定为合同可撤销的原因;合同权利原则上可自由转让;当事人可以预为选择违约责任形式等等。也就是说,合同法中应当有大量的任意条款,强制性条款应当缩减到十分必要的程度。国家对合同领域的干预,应以维护交易公平和安全,维护社会利益和公序良俗为目的,且主要依法院的审判程序进行。国家基于宏观调控和管理社会经济生活目的对合同实行干预,可以制订相应的行政法规。在合同法中既无必要设立合同管理机关,也无必要授权行政机关针对合同法中已经规定的合同再制订单行条例。

另一种意见认为,在现代各国,合同法领域已不再是放任当事人任意作为的天地,意思自治也已受到多方面的限制。国家出于社会利益的考虑,对合同领域进行干预是多数国家的通例。我国在建立社会主义市场经济的过程中,更有必要以国家的力量建立和维护良好的社会经济秩序。另一方面,现阶段我国的公民、法人合同法律意识不强,合同知识不足,多规定一些强制性条款更能引导当事人增强合同法律意识,也更有利于维护他们的合法权益。同时,对于大量存在的利用合同进行违法活动的现象,赋予国家有关行政机关对合同进行检查监督的权力,也是为维护社会主义市场经济秩序增设一道防线。

(五)诚实信用原则的适用

诚实信用原则已被民法通则规定为民事活动的基本原则,在合同法建议草案中也得到了充分体现。例如,建议草案规定了基于诚实信用原则而产生的先契约义务和后契约义务,在合同履行、合同解释以及有关定式合同的规定中,都规定了诚实信用原则。另外,在一些具体的合同中也有关于诚实信用原则的规定。对于诚实信用原则的不同意见,集中在对建议草案第6条关于法院直接适用该原则处理案件的规定(前已引述)是否妥当的问题上。

一种意见认为,诚实信用原则在性质上属于“一般条款”,其含义和内容没有确定。它不是直接适用于法律要件的性质的规定,因此不直接适用于解决个别法律问题,而是以对法律规定、合同的合意和惯例进行补充的形式加以适用。在有法律的个别规定、合同或惯例的情况下,法官无视之而直接适用一般条款作出判决,是不能允许的。这种作法违反了意思自治的基本原则。规定诚实信用原则作为法律渊源可以直接适用于合同问题的解决,易于产生“法官向一般条款逃避”(即对法律、合同以及惯例不去努力进行调查和解释,而是简单地依靠一般条款作出判决)的现象。^{〔10〕}有学者认为,即使法院可适用诚实信用原则处理待决案件,但“报请最高人民法院予以核准”,则是变相剥夺了当事人的上诉权,这与我国的二审终审制不符(只有极个别的案件由最高人民法院作为第一审),对当事人也不利。

另一种意见认为,诚实信用原则固然与其他基本原则一样属于一般条款,对其内容和含义难以作出确定的解释,因此,一般而言,法官于处理具体案件时不得直接援引诚实信用原则作为裁判的依据,但是,如果诚实信用原则在司法中仅有赋予法官自由裁量或者创设新规则的权

〔10〕 摘自日本著名民法学者、京都大学法学部教授北川善太郎1995年6月5日《我对中国合同法草案的意见》。北川教授针对合同法建议草案的体系安排、制度设计、条文表述等,提出了1万多字的书面意见。

力的作用,那么它仍然没有解决法官在处理案件时法律没有规定、当事人没有或者无法具体约定,同时欠缺交易习惯时的裁判依据问题。至少是在大陆法系国家,一方面要求法官不得以法无明文规定而拒绝受理案件,另一方面又要求法官依法规定裁判。当着合同当事人有约定或者有交易习惯时,法官的裁判当然不成问题,但如果既缺乏法律的个别规定,又缺乏当事人的约定及习惯,法官援引诚实信用原则作为裁判根据当是可以接受的。否则,法律中关于诚实信用的规定(例如“当事人行使权利履行义务应依诚实信用为之”)则将成为虚设,对违反诚实信用,恶意利用法律规定的行为也难以依法遏止。至于法官援引诚实信用原则而为裁判须经最高法院核准是否剥夺当事人的上诉权,则应当从法院系统最高审级机关的设置目的及其实际效果来认识。设立最高审级机关的根据,建立在这个机关的裁判不会发生错误的假定之上,国民对此应有确信。同时即使在程序上,经过最高法院核准,该待决案件的审理也同样是经过了两级审判程序,与二审终审制在实质上并不冲突,尽管最高法院的核准程序与普通二审程序会有一些区别。

在合同法起草过程中,对于合同法理论上的一些问题及合同法体例结构、制度设计、繁简详略、概念术语等,也存有一些不同意见,本文恕不一一介绍。

四、后记

本文完成时,笔者见到了经全国人大法工委修改整理后的合同法试拟稿。此稿已经下发至全国各地及有关单位征求意见。试拟稿为42章511条。

试拟稿与前边介绍的合同法建议草案相比,比较大的变动有:

1. 建议草案总则部分修改后为9章154条,除第一章“一般规定”和第九章“合同的解释”外,各章均分设若干节;而试拟稿总则部分则为7章69条,除第三章“合同的效力”下设4节外,其余各章均不分节。试拟稿总则各章依次为:一般规定、合同的订立、合同的效力、合同的履行、合同的变更和转让、合同的终止、违约责任。

2. 建议草案分则部分24章(删去保证合同和保险合同后为22章);试拟稿分则部分为34章434条,其各章依次为:买卖合同,供水、供电、供气合同,土地使用权出让与转让合同,农村土地承包经营权许可使用或者转让合同,承揽合同,工程建设合同,运输合同,邮政合同,电讯合同,租赁合同,融资租赁合同,借款合同,储蓄合同,结算合同,借用合同,保管合同,仓储合同,著作权、邻接权许可使用或者转让合同,专利权、商标权、其他工业产权许可使用或者转让合同,技术开发合同,咨询合同,姓名权、肖像权许可使用合同,赠与合同,财产分割合同,服务合同,医疗合同,旅游合同,培训合同,雇佣合同,合伙合同,合作合同,委托合同,居间合同,行纪合同。

3. 建议草案附则为3条;试拟稿增至8条,增加各条分别为:行政机关对合同的监督检查;给予合同当事人行政处罚的具体规定;合同担保的法律适用及方式;合同特别法的适用;对国务院根据本法可以制定合同条例的授权条款。

合同法由立法机关正式通过以前,相信还会有若干修改稿。即使最后提交立法机关审议的合同法草案,在审议中也会有所改动。也许,当人们看到正式通过的合同法时,会发现其内容较之于建议草案有了许许多多,甚至是重大的变化,但由中国的法律专家学者起草法律,对于中国的立法,无疑具有历史意义。

责任编辑:张 涵

责任校对:蒋 勇