

合同法学

HETONGFAXUE

主编 朱伯玉



中国人民公安大学出版社

合同法学

主 编 朱伯玉
副主编 苑全耀 吴庭刚 贾法菊

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目 (CIP) 数据

合同法学/朱伯玉主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2008. 8

ISBN 978 - 7 - 81139 - 205 - 0

I. 合… II. 朱… III. 合同法—法的理论—中国
IV. D923. 61

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 115527 号

合同法学
HETONGFAXUE
主编 朱伯玉

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市泰锐印刷厂

版 次: 2008 年 8 月第 1 版

印 次: 2008 年 8 月第 1 次

印 张: 11.75

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 318 千字

印 数: 1 ~ 2600 册

书 号: ISBN 978 - 7 - 81139 - 205 - 0/D · 179

定 价: 32.00 元

网 址: www.cpsup.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cpsu.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

目 录

第一章 合同与合同法概述	(1)
第一节 合同的概念与特征	(1)
第二节 合同的分类	(4)
第三节 合同法概述	(11)
第四节 合同法的基本原则	(16)
第五节 合同法的历史沿革	(21)
第二章 合同的成立	(26)
第一节 合同成立概述	(26)
第二节 合同订立的程序	(29)
第三节 合同的内容和形式	(39)
第四节 缔约过失责任	(44)
第三章 合同的效力	(49)
第一节 合同效力概述	(49)
第二节 合同的生效要件	(51)
第三节 合同欠缺生效要件的法律后果	(56)
第四章 合同的履行	(70)
第一节 合同履行的原则与规则	(70)
第二节 合同履行中的抗辩权	(74)
第五章 合同的担保	(78)
第一节 合同担保概述	(78)
第二节 保证	(81)
第三节 抵押	(90)

第四节	质押	(94)
第五节	留置	(95)
第六节	定金	(97)
第六章	合同的保全	(103)
第一节	合同保全概述	(103)
第二节	债权人的代位权	(104)
第三节	债权人的撤销权	(108)
第七章	合同的变更和转让	(114)
第一节	合同的变更	(114)
第二节	合同的转让	(119)
第八章	合同权利义务的终止	(140)
第一节	合同权利义务终止概述	(140)
第二节	债务已经按照约定履行	(142)
第三节	合同解除	(143)
第四节	抵消	(152)
第五节	提存	(155)
第六节	免除	(160)
第七节	混同	(161)
第九章	违约责任	(163)
第一节	违约责任概述	(163)
第二节	违约责任的归责原则	(168)
第三节	违约行为及其形态	(171)
第四节	承担违约责任的形式	(175)
第五节	违约责任的免责事由	(184)
第六节	违约责任与侵权责任的竞合	(187)
第十章	买卖合同	(190)
第一节	买卖合同概述	(190)

第二节	买卖合同的成立	(193)
第三节	买卖合同的效力	(198)
第四节	买卖合同标的物所有权的转移与风险负担	(206)
第五节	特种买卖合同	(209)
第十一章	供用电、水、气、热力合同	(214)
第一节	供用电、水、气、热力合同概述	(214)
第二节	供用电合同	(216)
第十二章	赠与合同	(221)
第一节	赠与合同概述	(221)
第二节	赠与合同的效力	(224)
第三节	赠与合同的撤销	(226)
第十三章	借款合同	(229)
第一节	借款合同概述	(229)
第二节	借款合同的形式和内容	(231)
第三节	借款合同当事人的权利和义务	(233)
第十四章	租赁合同	(238)
第一节	租赁合同概述	(238)
第二节	租赁合同的效力	(244)
第十五章	融资租赁合同	(249)
第一节	融资租赁合同概述	(249)
第二节	融资租赁合同的订立	(252)
第三节	融资租赁合同的效力	(254)
第十六章	承揽合同	(261)
第一节	承揽合同的概念和特征	(261)
第二节	承揽合同的效力	(264)
第三节	承揽合同的终止	(271)

第十七章 建设工程合同	(274)
第一节 建设工程合同概述	(274)
第二节 建设工程合同的订立	(276)
第三节 建设工程合同当事人的权利与义务	(284)
第四节 建设工程合同的违约责任	(289)
第十八章 运输合同	(291)
第一节 运输合同的一般规定	(291)
第二节 客运合同	(294)
第三节 货运合同	(300)
第四节 多式联运合同	(310)
第十九章 技术合同	(313)
第一节 技术合同的一般规定	(313)
第二节 技术开发合同	(316)
第三节 技术转让合同	(318)
第四节 技术咨询合同和技术服务合同	(322)
第二十章 保管合同	(325)
第一节 保管合同概述	(325)
第二节 保管合同当事人的义务和责任	(327)
第二十一章 仓储合同	(332)
第一节 仓储合同概述	(332)
第二节 仓储合同当事人的义务和责任	(334)
第二十二章 委托合同	(339)
第一节 委托合同概述	(339)
第二节 委托合同当事人的义务和责任	(343)
第三节 间接委托合同当事人与第三人的关系	(347)
第二十三章 行纪合同	(350)
第一节 行纪合同概述	(350)

第二节 行纪合同当事人的义务和责任	(353)
第二十四章 居间合同	(358)
第一节 居间合同概述	(358)
第二节 居间合同双方当事人的义务	(360)
主要参考书目	(364)
后 记	(365)

第一章 合同与合同法概述

第一节 合同的概念与特征

一、合同的概念

合同又称契约，是反映交易的法律形式。在英文中称为“Contract”，在法文中称为“Contrat”或“Pacte”，在德文中称为“Vertrag”或“Kontrakt”。这些用语都来源于罗马法的合同概念“Contractus”，“Con”由“Cum”转化而来，有“共”的意思，“Tractus”有交易的意思。因此，合同的本义为“共相交易”。然而，究竟应如何给合同下定义，在大陆法系和英美法系中一直存在着不同的看法。

罗马法中的合同定义为：“得到法律承认的债的协议。”大陆法系合同概念继受罗马法传统，认为合同即指债权债务关系的合同，强调债的协议及合意。如《法国民法典》第1101条规定：“契约为一种合意，以此合意，一人或数人对其他一人或数人承担给付、作为或不作为的债务。”《德国民法典》创造性地规定了法律行为，并以此来界定合同的概念，其第305条规定：“以法律行为发生债的关系或改变债的关系的内容者，除法律另有规定外，必须有当事人双方之间的契约。”

英美法系最通行的合同概念是将其定义为能够由法律强制执行的允诺，强调诺言。不同于大陆法系的是，英美法系认为合同的本质不在于合意，而在于允诺，且与大陆法系强调双方的合意不同的是，英美法系只是注重合同是一个或一组允诺，是单方意思表示，

这种允诺如果具备一定条件，通常是另一方承诺且至少具有象征性对价时，法律将给予救济。如美国《合同法重述》（第二版）第1条规定：“合同是一个诺言或一系列诺言，法律对违反这种诺言给予救济，或者在某种情况下认为履行这种诺言乃是一种义务。”由于英美法上合同的概念仅强调一方对另一方的允诺，而没有将双方当事人的合意置于重要位置，为此受到西方许多学者的批评。之后，美国《统一商法典》、英国《牛津法律大辞典》等，都将大陆法系“协议”的含义，移植到合同的概念中，形成了类似现代合同的定义，使英美法系与大陆法系在合同概念的界定上越来越接近。

在我国，无论是理论上还是立法上，接受的是大陆法系的协议说，认为合同就是一种合意或协议，对此并无分歧。但是，在合同的适用范围上，学理上存在“广义合同”、“狭义合同”、“最狭义合同”之争议。“广义合同”是指所有法律部门中确定权利、义务内容的协议，有民法的合同、行政法的合同、劳动合同、国家合同、身份合同等；“狭义合同”是指一切民事合同，即债权、物权、身份权、知识产权合同；“最狭义合同”仅指债权债务协议，即债权合同。“广义合同”概念过于宽泛，无法确定合同法特定的规范对象和内容，与将合同视为交易的法律形式、将合同法视为规范交易行为的法律的理念相冲突，故不足取。“最狭义合同”概念仅将合同限于债权合同，认为合同只是发生债权债务关系的合意，又过于狭窄，会使许多民事合同关系难以受到合同法的调整。所以，我国法律应采“狭义合同”观点，事实也是如此。《中华人民共和国民事诉讼法通则》（以下简称《民法通则》）第85条规定，合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议，依法成立的合同受法律保护。《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第2条第1款规定，本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务的协议。这是我国法律对合同的定义。

二、合同的法律特征

根据合同法的规定，合同作为一种典型的民事法律行为，具有如下法律特征：

（一）合同是两个或两个以上当事人的法律行为

这是合同区别于单方法律行为的重要标志。单方法律行为成立的基础条件是当事人单方意志，如被代理人的事后追认行为；而合同是基于双方（或多方）当事人的合意行为得以成立的。合同是法律事实之一种，非事实行为，是按意思表示的内容赋予法律效果。合同本质是双方或多方当事人的合法行为，当事人的合意内容与目的不违背法律要求即发生法律效力，受到国家强制力保护。而如果当事人作出了违法的意思表示，即使达成协议，也不能产生合同的效力。

（二）合同是以设立、变更和终止民事权利义务关系为其基本内容或目的的协议

任何法律行为都有目的性。合同的目的性在于设立、变更、终止民事权利义务关系。此目的性使其与一般商量行为区别开来。设立民事权利义务关系，是指当事人订立合同旨在形成某种法律关系，从而享有具体的民事权利，承担具体的民事义务。变更民事权利义务关系，是指当事人通过订立合同，使原有的合同关系在内容上发生变化。终止民事权利义务关系，是指当事人旨在通过订立合同，消灭原法律关系。当事人订立合同不论是出于何种目的，只要当事人达成的协议依法成立并生效，就对合同当事人产生法律约束力，当事人就要依照合同的规定享有权利和履行义务。

（三）合同是当事人在平等自愿的基础上且具意思表示一致性和真实性的协议

合同又称协议，而“协议”一词，在民法中也可以指当事人之间形成的合意，所以合同必须是当事人协商一致的产物或意思表示一致的协议。当事人各方在订立合同时的法律地位是平等的，任

何一方都不得将自己的意志强加给另一方。当事人的意思表示是自主自愿的，且内心意思与外在表示一致。当然，在现代法上为实践合同正义，自愿（自由）有时也会受到限制，如强制缔约、格式合同。当合同当事人意思表示一致时，无论是明示或是默示，均可成立合同。

（四）合同须具合法性、确定性和可履行性

合同的合法性是合同作为一种以发生法律效力为目的的协议的必然要求，我国立法者与学术上均对此予以强调。《合同法》第8条明文规定，依法成立的合同，受法律保护。合同的确定性是指合同内容必须确定，即约定明确，一为履行合同提供依据，二为当事人意思表示解释时确立标准。在我国，当事人对合同履行地、价款、期限等约定不明、内容难以确定时，可直接依据法律规定。《合同法》第125条还规定了合同解释的有关原则。可履行性与合法性有联系，是指合同标的具有履行的可能，导致合同有效，否则，不能履行的合同会导致合同的解除、无效等。当然，符合不可抗力条件的履行不能，当事人可以免责或变更合同。

除上述主要特点外，当事人具有缔约行为能力也可以作为合同的一个法律特征。

第二节 合同的分类

随着社会分工和商品交换的日益发展，交易的形式和内容出现多样性和复杂化的态势，从不同的角度出发，根据不同的标准，可将合同作出不同的分类。对合同进行科学分类，有助于建立科学的合同法立法体系；有助于司法机关正确区分案由和适用规则；也有助于指导当事人订立和履行合同。一般来说，合同可以作出如下分类：

一、双务合同与单务合同

根据当事人双方是否互负给付义务，合同可以分为双务合同和单务合同。

双务合同，是指双方当事人相互享有权利、相互负有义务的合同，即一方当事人所享有的权利为他方当事人所负担的义务，如买卖、互易、租赁合同等均为双务合同。

单务合同，是指只有一方当事人负给付义务的合同。一般包括两种情况：一种是合同一方当事人只享有权利不承担义务，另一方只负担义务而不享有权利。如赠与、无偿保管合同。另一种是一方当事人负担给付义务、对方当事人不承担对待给付义务，但承担次要给付义务。如附负担赠与合同。

区分双务合同与单务合同的法律意义在于：（1）在合同履行方面，除当事人或法律有特别规定外，双务合同的当事人享有同时履行抗辩权，在一方未履行或未提供履行担保时，对方有权拒绝自己的给付；而单务合同则无此规定。（2）在风险负担方面，单务合同中的风险由所有权人负担，但对方有过失的除外；双务合同种的风险负担有三种情况：第一，发生不可抗力而使双方不能同时履行时，任何一方均不得要求对方履行，债务人免除义务；如一方已经履行的，对方应当予以返还，否则构成不当得利。第二，由于可归责于债务人的原因而致使不能履行时，债务人无权要求对方履行，对方有权要求解除合同并请求赔偿损失。第三，由于可归责于债权人的原因而使合同不能履行时，债务人有权请求对方履行并赔偿对方因此遭受的损失。（3）在合同解除方面，双务合同中，一方不履行时，他方享有解除权；单务合同中，在义务人不履行时，权利人则为撤回，不存在解除问题。

二、有偿合同与无偿合同

根据当事人取得权益是否须负相应代价，可以将合同分为有偿

合同与无偿合同。

有偿合同，是指当事人一方取得权益，须付出一定代价的合同。在有偿合同中，双方当事人互为给付，即当事人以接受对方相应代价为履行义务的条件。有偿合同占合同中的绝大多数，如买卖、租赁、借贷、运输、保险合同等。

无偿合同，是指当事人一方享有权益，无需偿付相应代价的合同，如赠与、无偿借用、无偿的消费借贷等合同则为无偿合同的典型。无偿合同是等价有偿原则在适用中的例外现象，在实践中，其应用得较少。在无偿合同中，一方当事人虽不向他方支付任何报酬，但并非不承担任何义务。有些无偿合同，当事人也要承担义务，如借用人无偿借用他人物品，负有正当使用和按期返还物品的义务。另外，有偿合同大多数是双务合同，但也有例外；无偿合同原则上是单务合同，但单务合同又未必是无偿合同。

区分有偿合同与无偿合同的法律意义在于：第一，责任轻重不同。在有偿合同中，债务人所负的注意义务较高；在无偿合同中，债务人所负的注意义务较低。如《合同法》第374条规定，保管期间，因保管人保管不善造成保管物毁损、灭失的，保管人应当承担损害赔偿责任，但保管是无偿的，保管人证明自己没有重大过失的，不承担损害赔偿责任。第二，主体要求不同。在有偿合同中，因双方皆负代价，故当事人须为完全行为能力人，限制行为能力人非经其法定代理人同意不得订立重大的有偿合同；而作为纯获利益的无偿合同的一方当事人则无此限制，如接受赠与等，限制行为能力人和无行为能力人即使未取得法定代理人的同意，也可以订立；但在负返还原物的无偿合同中，仍然须取得法定代理人的同意。第三，可否行使撤销权不同。如果债务人将其财产无偿转让给第三人，严重减少债务人的责任财产，危及债权人的债权，债权人可以直接请求撤销该无偿行为，但对于有偿的明显低价的处分行为，只有在债务人及其第三人在实施交易行为时有加害于债权人的恶意时，债权人方可行使撤销权。第四，有无返还义务不同。在有偿合

同中，无权处分人出于善意有偿的转让给第三人的，一般不返还原物；但在无偿合同中，若原物存在，则返还原物。

三、诺成合同与实践合同

根据合同的成立是否须交付标的物，可以将合同分为诺成合同和实践合同。

诺成合同也被称为不要物合同，是指当事人各方意思表示一致就能成立的合同，即“一诺即成”的合同，如买卖合同。此种合同的特点在于，当事人双方意思表示一致之时，合同即告成立。

实践合同又被称为要物合同，是指除当事人各方意思表示一致外，尚需交付标的物才能成立的合同。在这种合同中，仅凭双方当事人的意思表示一致，尚不能产生一定的权利义务关系，还必须有一方实际交付标的物的行为，才能产生法律效果，如保管合同、借用合同等。诺成合同是一般的合同形式，实践合同是特殊的合同形式，除非有法律的特别规定，一般合同均为诺成合同。

区分诺成合同与实践合同的法律意义在于：第一，合同成立的要件不同。诺成合同自双方当事人意思表示一致时起，合同即告成立；而实践合同则在当事人达成合意之后，还必须由当事人交付标物和完成其他给付以后，合同才能成立。第二，当事人义务确定不同。在诺成合同中，交付标的物是当事人的给付义务，违反该义务便产生违约责任；而在实践合同中，交付标的物不是当事人的给付义务，而是先合同义务，违反它不产生违约责任，可构成缔约过失责任。

四、要式合同与不要式合同

根据合同的成立是否须采用法律或当事人要求的形式，可以将合同分为要式合同和不要式合同。

要式合同，是指须采用特定形式才能成立的合同。对于一些重要的交易，法律常常要求当事人必须采取特定的方式订立合同，如

《中华人民共和国城市房地产管理法》（以下简称《城市房地产管理法》）第40条规定，房地产转让，应当签订书面转让合同。如果不采用书面形式，合同就不能成立。

不要式合同，是指不需要采取特定形式就可成立的合同。不要式合同中，当事人可以采取口头形式，也可以采取书面形式。合同除法律有特别规定以外，均为不要式合同。根据合同自由原则，当事人有权选择合同形式，但对于法律有特别的形式要件规定的，当事人必须遵循法律规定。

区分要式合同与不要式合同的法律意义在于：特定的形式是否为合同成立或生效的要件。法律对形式要件的规定属于生效要件还是成立要件，学术界有不同看法。我们认为，这要根据法律的规定和合同性质来确定。如果形式要件属于成立要件，那么当事人未根据法律规定采用一定形式则合同不成立；如果形式要件属于生效要件，当事人不依法采用一定形式则已成立的合同不能生效。对于不要式合同来说，当事人可以自由采用书面、公证、登记等形式，均不影响合同的成立或生效。

五、主合同与从合同

根据合同相互间的主从关系，可以将合同分为主合同与从合同。

主合同，是指不依赖于其他合同而独立存在的合同。从合同，是指以其他合同的存在为存在前提的合同。从合同要依赖于主合同存在而存在，所以从合同又称为“附属合同”。例如，为担保借款合同而订立抵押合同，借款合同为主合同，抵押合同为从合同。

区分主合同与从合同的法律意义在于明确相互间的制约关系。从合同以主合同的存在为前提，只有在主合同有效成立以后才能成立从合同；主合同无效或被撤销，从合同也失去效力；主合同权利转让，从合同权利必须随之转让；主合同消灭，从合同随之终止。

六、束己合同与涉他合同

以是否严格遵守合同相对性原则还是涉及第三人为标准，可将合同分为束己合同和涉他合同。

束己合同，有人称为“为本人利益的合同”，是指合同当事人为自己约定并承受权利义务的合同。束己合同严格遵守合同相对性原则，第三人既不因合同而享有权利，也不因该合同而承担义务，合同仅在其当事人之间有其拘束力。

涉他合同，是指合同当事人在合同中为第三人设定了权利或义务的合同。涉他合同对合同相对性原则有所突破，使合同权利或者义务涉及了第三人，它包括“为第三人利益的合同”与“由第三人履行的合同”两种基本类型。

区分束己合同与涉他合同意义在于：一方面可以反映出两类合同的目的有所差异，另一方面是合同的效力范围上表现出差异。涉他合同虽然对合同相对性原则有所突破，却不能认为已经完全背离了这一原则。因为第三人并没有成为合同的一方当事人，在发生违约的场合，我国法仍然奉行合同相对性原则，由债务人向债权人承担违约责任，至于债务人与第三人之间的关系，则要另案处理。

七、有名合同、无名合同与混合合同

以合同在法律上是否被赋予了特定的名称为标准，可以将合同分为有名合同、无名合同和混合合同，其分类源于罗马法。

有名合同也被称为典型合同，是指法律上已设有规范并赋予一定名称的合同。我国合同法所列的买卖合同、建设工程合同、承揽合同、运输合同等 15 种合同；保险法所列的保险合同；《中华人民共和国担保法》（以下简称《担保法》）所列的保证合同、抵押合同、质押合同等，都是有名合同。

无名合同又称非典型性合同，是指法律上尚未确定一定的规范与名称的合同，如劳务交换合同、互利合同、搬迁合同等都是无名