



山东工商学院法学文库 ③

总主编 张献勇 夏凤英

合同法 基本问题研究

HETONGFA

JIBEN WENTI YANJIU

夏凤英 蒋晓玲 董书萍◎著



中国人民公安大学出版社

山东工商学院法学文库 (3)

总主编 张献勇 夏凤英

合同法基本问题研究

夏凤英 蒋晓玲 董书萍 著

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目 (CIP) 数据

合同法基本问题研究/夏凤英, 蒋晓玲, 董书萍著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2012. 8

(山东工商学院法学文库/张献勇, 夏凤英主编)

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0953 - 3

I. ①合… II. ①夏…②蒋…③董… III. ①合同法—研究—中国 IV. ①D923. 64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 191296 号

山东工商学院法学文库 (3)

合同法基本问题研究

夏凤英 蒋晓玲 董书萍 著

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: 北京泰锐印刷有限责任公司

版 次: 2012 年 8 月第 1 版

印 次: 2012 年 8 月第 1 次

印 张: 9.375

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 250 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0953 - 3

定 价: 24.00 元

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

电子邮箱: zbs@cppsup.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

教材图书分社电话: 010 - 83903259

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

总 序

山东工商学院（原中国煤炭经济学院）法学专业教育始于1993年。当年，学校首批招收了经济法专业专科学生。1999年，法学专业本科学生首批招生。在法学专业创办20年即将到来之际，我们拟以法学学科和专业教师的博士学位论文和国家社会科学基金项目、省部级科研项目为基础，推出“山东工商学院法学文库”。旨在展示山东工商学院法学研究成果，传播法学学术思想，为推动我国法学理论创新和指导法治建设实践尽绵薄之力。

“山东工商学院法学文库”能够面世，得益于山东工商学院对学科建设的高度重视。早在1999年，宪法学与行政法学就被确定为学校重点建设学科。经过努力，宪法学与行政法学又先后获批为山东省“十五”和“十一五”重点建设学科。2009年，宪法学与行政法学被学校列为校级强化建设学科，经济法学被列为校级重点建设学科。学校对法学学科的重视和支持，极大地调动了教师学科建设的积极性，也为本文库的顺利出版提供了有力的物质保障。

目前，法学学科点共有专业教师34人，其中教授7人，副教授13人，高级职称教师占全体教师的比例为59%。拥有博士学位的教师7人，在读博士5人，博士和在读博士占全体教师的比例达到35%。已经形成了一支方向稳定、结构合理、治学严谨、勤勉上进的学术队伍，特别是青年教师崭露头角，具有良好的研究潜力，实乃一件幸事。

法学学科点始终坚持以教学为中心,教学设施不断完善,教学改革扎实推进,教学质量稳步提高。建设了高标准的模拟法庭实验室,图书馆相关藏书丰富,建成了资料室和微机室。按照应用型人才培养要求,依据学科优势和学校特点,实施精细化、分方向人才培养模式改革,即在新生入学之始就为其确定四年就读期间的专业指导教师,在高级分宪法行政法和民商经济法两个专业方向实施教学。法学专业曾被评为学校优秀专业,1个教学团队被列为校级教学团队,1门课程建成了省级精品课程,3门课程建成了校级精品课程。主编教材7部,分别由法律出版社、北京大学出版社、中国民主法制出版社等出版,其中1部获得山东省普通高等学校优秀教材一等奖。1项教学成果获得山东省高等教育优秀教学成果三等奖。4篇论文被评为山东省优秀学士学位论文。截至2011年,已累计为社会培养法学本专科毕业生3000多人,得到了用人单位的普遍好评。他们正在各自的工作岗位上为法治建设增砖添瓦,为推动社会进步和实现公平正义发光发热。

法学学科点十分注重科学研究和学术交流,近年来,共主持国家社会科学基金项目4项,教育部人文社会科学研究项目、司法部法治建设与法学理论研究项目等省部级研究项目40多项,获得山东省社会科学优秀成果奖等各类奖项30余项,出版专著20余部,在《中国法学》、《法商研究》等重要学术刊物发表论文110余篇,取得了较为丰硕的研究成果。学科点先后邀请50多位知名学者来校讲学或指导,派出多名教师参加国内外重要学术会议,先后承办了2001年中国法学会行政法学会研究会年会、全省建设“平安山东”法治理论研讨会、2010年山东省法学会宪法学研究会年会、2011年山东省法学会财税金融法学研究会年会等学术会议,学术影响逐步扩大。

我们深知，我校法学学科和专业建设起步较晚，虽然取得了一定的成绩，但与国内一流法律院校相比还有不小的差距。我们期望在我国实行“依法治国、建设社会主义法治国家”的进程中，借由本文库的出版，推动我校法学学科建设和专业建设水平的进一步提高。

最后，感谢中国人民公安大学出版社对本文库的出版给予的宝贵支持。

张献勇

2011年11月10日

出版说明

《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）颁布实施已经十余年。为配合《合同法》的实施，适应审判实践的需要，最高人民法院于1999年12月19日制定了《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》，对人民法院适用《合同法》的一些问题做了较详尽的说明。随着社会环境的变化、形势的发展，合同领域新情况、新问题不断涌现。为应对金融危机、保障经济平稳较快发展，经过多方调查、深入研究、反复论证，在广泛征求社会各界意见的基础上，最高人民法院于2009年2月9日又制定了《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》，对《合同法》实施十年来以及合同审判实践中出现的问题、遇到的难题提出了指导性意见。此外，最高人民法院还对一些特殊类型合同的法律适用问题作出了明确的规定，如2003年4月28日通过的《关于审理商品房买卖合同案件适用法律若干问题的解释》，2004年10月25日通过的《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》，2007年7月23日通过的《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件适用法律问题的规定》等，合同立法不断完善。自合同法制定至颁布实施的整个过程中，学术界、实务界给予了极大的关注，有关合同问题的研究一直没有停止过。对于合同法肯定的有之，批评的有之，但更多的是对合同法中存在的问题，进行分析后提出完善的意见和建议。本书是作者对合同法问题进行多年研究的成果。

本书没有面面俱到地谈论合同法的每一个问题，对于学界争议

不大的领域，本书涉及较少，对于那些尚存在较大争议的问题，本书做了重点论述。在论述过程中，本书首先梳理了现有专家学者的观点分歧，在此基础上，或反驳其中某种观点，或赞同某种观点，或另外提出某种新的见解，并就反驳与赞同某些新观点进行论证。因此，本书具有鲜明的论辩色彩。为此，本书成为具有一定的理论厚度和深度的合同法研究心得和体会。

作为民法的重要成员，合同法主要调整民事主体之间的财产流转关系。在有中国特色的社会主义市场经济日益发达、交易行为日渐复杂之情势下，合同法的重要性不言而喻。法科学生学习合同法不仅要知其然，还要知其所以然。很明显，本书有助于法科学生提高法律素养、完善知识结构、深度理解现行合同法律规定。

本书整体上按合同法总则的前后顺序，主要针对合同法总则中的热点问题进行研究，阐述作者的观点和见解。在写作中，作者参考了许多专家学者的著作（见附录），在此表示诚挚的谢意。

由于水平所限，不当之处在所难免，敬请广大读者批评指正。

各章撰稿人按先后顺序为：蒋晓玲：第一章、第五章；董书萍：第二章、第三章、第四章；夏凤英：第六章、第七章。

夏凤英 蒋晓玲 董书萍

2012年6月

目 录

第一章 合同的概念和合同制度的沿革	1
第一节 合同的概念	1
一、合同的概念	1
二、合同的法律特征	11
第二节 合同制度的沿革	12
一、古代合同制度	12
二、近代合同制度	13
三、现代合同制度	15
四、我国合同制度的发展	17
第二章 合同的成立	29
第一节 合同成立概述	29
一、合同成立的概念	29
二、合同的成立要件	30
三、合同成立的法律意义	31
第二节 合同订立程序的若干问题	31
一、要约	32
二、承诺	45
三、合同成立的时间与地点	50
第三节 合同的内容和形式	52
一、合同的内容	52

二、合同的形式	54
第四节 缔约过失责任	65
一、缔约过失责任的构成要件	65
二、缔约过失行为的类型	67
三、缔约过失责任的承担形式	68
第三章 合同的效力	69
第一节 合同的效力和法律效力	69
一、合同的效力	69
二、合同的法律效力	70
三、合同的效力与合同的法律效力辨析	72
第二节 合同的生效	73
一、合同生效的要件	73
二、合同成立与合同生效的关系	78
第三节 无效合同	79
一、无效合同的性质	79
二、无效合同的类型	80
三、无效免责条款	83
第四节 可撤销合同	84
一、可撤销合同的性质	84
二、可撤销合同的类型	84
三、撤销权的行使	94
第五节 效力待定合同	96
一、效力待定合同概述	96
二、效力待定合同的类型	96
第六节 合同无效和被撤销的法律责任	102
一、合同无效和被撤销的处理原则	102
二、合同无效和被撤销的法律责任	103

第四章 合同的履行	105
第一节 合同履行的原则	105
一、全面履行原则	105
二、诚实信用原则	107
第二节 合同履行的规则	109
一、条款约定不明的履行规则	109
二、政府定价变动的履行规则	110
三、第三人履行规则	110
四、债务人中止履行或提存标的物规则	111
五、提前履行规则	112
六、部分履行规则	112
七、债务人同一性规则	112
第三节 合同履行中的抗辩权	113
一、同时履行抗辩权	113
二、后履行抗辩权	115
三、不安抗辩权	116
第四节 情势变更原则	118
一、情势变更原则的沿革	119
二、我国情势变更原则的司法实践	120
三、情势变更原则的立法完善	121
第五章 合同履行的担保	124
第一节 担保概说	124
一、担保合同的性质	125
二、担保合同的无效确认及其责任承担	127
第二节 保证	134
一、保证责任的形式与保证责任的方式	135
二、保证人的抗辩权	138

三、共同保证·····	143
四、主合同变更对保证责任的影响·····	147
五、保证责任的免除·····	151
第三节 担保物权·····	155
一、我国担保物权制度的产生与发展·····	155
二、担保物权的种类及其设定·····	157
三、担保物权制度的不足与完善·····	159
四、抵押担保效力认定·····	165
五、抵押登记制度研究·····	175
六、特殊抵押权·····	180
七、动产质权制度·····	189
八、权利质权的客体范围及质权设定·····	198
九、留置权·····	202
第四节 定金·····	206
第六章 合同履行的保全·····	208
第一节 合同保全概说·····	208
第二节 代位权·····	209
一、代位权的性质·····	211
二、代位权的构成要件·····	212
三、代位权的行使方式·····	217
四、代位权的效力·····	219
五、我国《合同法》对代位权制度的突破·····	221
第三节 撤销权·····	223
一、债权人撤销权的性质·····	225
二、债权人撤销权的构成要件·····	225
三、债权人撤销权的行使方式·····	231
四、债权人撤销权的行使范围·····	232
五、债权人撤销权的行使期间·····	232

六、债权人撤销权的行使效力·····	233
第七章 违约责任·····	234
第一节 违约行为的形态·····	234
一、违约形态概说·····	234
二、违约形态的种类·····	235
三、免责事由·····	247
第二节 违约责任的归责原则·····	249
一、归责原则的含义·····	249
二、从过错责任原则到严格责任原则·····	250
三、违约责任归责原则的具体分析·····	252
第三节 违约责任与侵权责任的竞合·····	256
一、违约责任与侵权责任的区别·····	256
二、责任竞合的形式·····	257
三、责任竞合的理论学说·····	259
四、各国立法对责任竞合的处理原则·····	260
五、我国立法与实践对责任竞合的处理·····	261
第四节 违约责任方式及其综合适用·····	264
一、违约责任的承担方式·····	264
二、违约责任方式的综合适用·····	274
参考文献·····	281

第一章 合同的概念和合同制度的沿革

第一节 合同的概念

一、合同的概念

合同又称契约，在英文中称为“Contract”，在法文中称为“Contrat”或“Pacte”，在德文中称为“Uertrag”或“Kontrakt”。这些用语都源于罗马法的合同概念“Contractus”。据学者考证，“Contractus”一词由“Con”和“Tractus”二词组成。“Con”由“Com”转化而来，有“共”字的意义，“Tractus”有交易的意义。因此，合同的本意为“共相交易”。^①自罗马法以来，合同就是民法中的重要概念，但民法学者对合同的概念一直有不同的理解，迄今为止，似乎并不存在一个抽象而且具有一般性的定义，反而存在着分歧。^②

① 姚辉主编：《民法教学参考书》，中国人民大学出版社2005年版，第862页。转引自范志勇：“论民事合同的概念——兼谈我国《合同法》的应然选择”，载《研究生法学》2010年第6期。

② 王利明：《合同法新问题研究》，中国社会科学出版社2010年版，第1页。

(一) 合同与契约

通说认为,合同即契约。但历史地看,合同与契约曾有不同的含义。古代有文字记载的契约制度可以追溯到西周时期的《周礼》,《周礼》大致记载了汉代及稍早以前的契约形式,合同是在契约制作形式的基础上演变而来的。古代契约制作形式有两种:一种是对某一交易关系只制作一份契书,并且契书尾部只有一方当事人签名,称为单契;另一种是对某一交易关系制作两份契书,即“书两札”,再并和两札,并于并和处骑写一个大“同”字,后来发展为骑写“合同”二字^①,合同由此得名。可见,合同是古代契约演变过程中出现的一种表现形式,是契约的下位概念。契约包括单契与合同契。单契以田房买卖、典、租佃、借贷为主要内容,合同契以分家析产、祖产管理、换产、合伙、合股等为主要内容。^②“合同”一词历史上虽早已形成,但广泛应用的却是“契约”一词。到1949年中华人民共和国成立时,无论实际生活中,还是学者写作,大都使用“契约”一词。翻译外国法律或著作也都使用“契约”而不用“合同”。^③1949年后,至20世纪50年代初中期,“契约”仍然在立法中占据主导的位置。直到1957年的各种法律文献中仍统一使用“契约”。但是已经出现“合同”与“契约”同时使用的现象。一方面,从1950年开始,苏联的各种立法文献和法学译著中已经部分地使用“合同”。另一方面,“合同”也开始在学术界和实务部门中流行。1957年以后,“契约”基本上退出

① 余江:“‘契约’与‘合同’之辩”,载《中国社会科学》2003年第6期。

② 余江:“‘契约’与‘合同’之辩”,载《中国社会科学》2003年第6期。

③ 贺卫方:“‘契约与合同’的辨析”,载《法学研究》1992年第2期,转引自余江:“‘契约’与‘合同’之辩”,载《中国社会科学》2003年第6期。

了立法文献，“合同”成为在民法中代替“契约”的词汇。^①

关于合同与契约之间关系的问题，学者们有三种不同的观点：

第一种观点认为，汉语中合同与契约是两个不同的概念，合同是契约演变过程中出现的一种表现形式，是验证契约的一种标记，合同本身并不是当事人之间的一种协议，为了准确使用法律概念，在法律中应当恢复传统用法，以“契约”取代“合同”。^②

第二种观点认为，在传统法学理论中，依据当事人双方的意向的不同，将双方法律行为区分为合同与契约。近代，合同是当事人具有共同性的意思表示一致的协议，即约定共同完成某一行为，其订约目的具有一致性，如成立社团、合伙；相反，契约则是当事人具有对应性的意思表示一致的协议，即约定相互完成某一行为，如买卖，此与 modern 人对合同的理解相同。在现代法学概念中，人们将合同与契约混为一体，严格来讲，这是适应社会习惯而非科学的法律界定，区分合同与契约，是社会生活的客观要求，也是法学研究的需要。

第三种观点认为，合同与契约的内涵与外延确有不同，但“考虑到合同一词已经约定俗成，广为流传，而‘契约’、‘契据’等提法已在实践中极少采用，因此区分契约与合同实无必要”。^③

实际上，合同与契约应否区分，不仅要看长久以来的适用习惯，更要看其区分的法律意义。立法须追求科学严谨，尤其是现代立法更应如此。如果合同外延能够涵盖我国现实中的契约的全部类型，我们可以不对此称谓进行质疑，然而，事实是合同外延小于契约，现实中一些契约不能用合同来定义，并且在合同的概念下，还

① 余江：“‘契约’与‘合同’之辩”，载《中国社会科学》2003年第6期。

② 贺卫方：“‘契约与合同’的辨析”，载《法学研究》1992年第2期。

③ 余江：“‘契约’与‘合同’之辩”，载《中国社会科学》2003年第6期。

出现了许多契约式的不和谐的规定，这不能不使我们对“合同”一词重新审视。例如，民间最常见的“借约”，它不仅没有双方当事人签字（只有借款一方当事人签字即有法律效力），并且对当事人真实意思表示的要求也不同，借款人的真实意思表示须明示，而出借人的真实意思表示只需默示，这实际上是双方当事人关系不平等的体现，因此有学者认为，不平等的具体关系是普遍存在于现代契约中的。这样，如果还要维持合同自由原则，就必须承认“合同”概念不能涵括这些不平等的具体关系。因此，维持“契约”与“合同”的区别并使“契约”作为“合同”上位概念仍属必要。^①

（二）大陆法系与英美法系关于合同概念的比较

关于合同的概念，世界上有各种理论和立法例，综观大陆法系和英美法系关于合同的规定来看，大陆法系多采协议说，而英美法系多采允诺说。二者产生之初确实存在着本质的不同，但随着世界法律一体化的发展，二者的内容也渐趋一致。

1. 协议说，即认为合同是一种协议

协议即为“合意”，认为合同是基于双方当事人的一种合意之协议而产生的法律关系。所谓合意，是两个或两个以上的民事主体意思表示一致，合意以意思自治为前提，具有法律效力。严格地说，“协议说”来源于罗马法。在罗马法中，契约被定义为“得到法律承认的债的协议”。^② 法国民法典沿用了罗马法的合同概念，把合同视为债的发生原因之一，合同与债两个概念并用，合同被称为“合意之债”。该法典第1101条规定：“契约，为一人或数人对另一人或另数人承担给付某物、作或不作某事的义务的合意。”这

① 余江：“‘契约’与‘合同’之辩”，载《中国社会科学》2003年第6期。

② 王利明：“合同的概念与合同法的规范对象”，载《法学前沿》第2辑，法律出版社1998年版，第2页。