

金陵法学论丛(8)

中国合同法论

黄和新 著

南京师范大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国合同法论 / 黄和新著. — 南京: 南京师范大学出版社, 1999. 12

(金陵法学论丛; 8 / 公丕祥主编)

ISBN 7—81047—450—2/D·43

**I. 中… II. 黄… III. 合同法—研究—中国
IV. D923.64**

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 12397 号

南京师范大学出版社出版发行

(江苏省南京市宁海路 122 号 邮编 210097)

江苏省新华书店经销 南京气象学院印刷厂印刷

开本 850×1168 1/32 印张 15.375 字数 389 千

1999 年 12 月第 1 版 1999 年 12 月第 1 次印刷

印数 1—2000

定价: 22.00 元

(南京师大版图书若有印、装错误可向承印厂退换)

目 录

总序	(1)
序	(1)
第一章 合同和合同法概论	(1)
1.1 合同的概念和特征	(1)
1.2 合同与债的关系	(7)
1.3 合同的分类及其意义	(11)
1.4 合同法的概念与本质	(25)
1.5 合同法的历史发展	(29)
1.6 合同法的地位和功能	(46)
1.7 合同法的基本原则	(51)
1.8 合同法律关系	(72)
1.9 合同法的体系	(78)
第二章 合同订立论	(81)
2.1 合同订立概论	(81)
2.2 合同订立的形式	(83)
2.3 合同的内容	(88)
2.4 合同订立的方式	(96)
2.5 合同成立的要件、时间和地点	(106)
2.6 格式条款	(108)
2.7 缔约过失责任	(113)

第三章	合同效力论	(119)
3.1	合同效力概论	(119)
3.2	合同生效的条件	(121)
3.3	合同的生效时间	(128)
3.4	附条件和附期限的合同的效力	(129)
3.5	效力待定的合同	(132)
3.6	可撤销合同	(136)
3.7	无效合同	(142)
3.8	合同无效或被撤销的后果	(145)
第四章	合同履行论	(149)
4.1	合同履行概论	(149)
4.2	合同履行的主要规则	(157)
4.3	双务合同履行中的抗辩权	(171)
4.4	权利移转、风险负担与合同履行.....	(184)
4.5	合同履行中的保全制度	(192)
第五章	合同担保论	(211)
5.1	合同担保概论	(211)
5.2	保证	(220)
5.3	抵押	(232)
5.4	质押	(252)
5.5	留置	(262)
5.6	定金	(271)
第六章	合同变更和转让论	(275)
6.1	合同变更与转让概论	(275)
6.2	合同变更	(276)

6.3	合同权利的转让	(283)
6.4	合同义务的移转	(291)
6.5	合同权利和义务的一并转让	(295)
第七章	合同终止论	(299)
7.1	合同终止概论	(299)
7.2	清偿	(307)
7.3	合同解除	(310)
7.4	债务相互抵销	(334)
7.5	债务人依法将标的物提存	(347)
7.6	债权人免除债务	(357)
7.7	债权债务混同	(358)
第八章	违约责任论	(360)
8.1	违约责任概论	(360)
8.2	违约责任的归责原则	(368)
8.3	违约责任的形态及其法律后果	(377)
8.4	违约责任的形式	(389)
8.5	免责事由与免责条款	(403)
第九章	合同法适用论	(408)
9.1	合同法的适用范围	(408)
9.2	合同的解释	(411)
9.3	涉外合同的法律适用	(424)
9.4	合同的监管	(429)
9.5	合同争议的解决	(434)
9.6	合同争议的诉讼或仲裁时效	(443)

第十章 合同法分则略论	(448)
10.1 买卖合同.....	(448)
10.2 供用电、水、气、热力合同	(452)
10.3 赠与合同.....	(454)
10.4 借款合同.....	(455)
10.5 租赁合同.....	(457)
10.6 融资租赁合同.....	(459)
10.7 承揽合同.....	(461)
10.8 建设工程合同.....	(463)
10.9 运输合同.....	(465)
10.10 技术合同	(469)
10.11 保管合同	(471)
10.12 仓储合同	(472)
10.13 委托合同	(474)
10.14 行纪合同	(476)
10.15 居间合同	(477)
后记	(479)

金陵法学论丛

总 序

21 世纪正在快速地向我们的世界走来。

在即将迈向另一个新世纪的时候,我们大家都在深深地关切着我们国家社会变革的进程,关切着伴随社会转型而展开的走向现代法治国家的时代趋势,也关切着当代中国法制现代化在新旧世纪交替之际所出现的机遇和面临的挑战。为了进一步推动我校法学研究工作的开展,为繁荣和发展中国法学尽绵薄之力,我们编辑出版了这套法学研究丛书。

《金陵法学论丛》的学术宗旨和研究范围是:顺应世界法律发展的进程和规律,探讨法律发展与社会进步的互动关系及其社会哲学基础;建构法制现代化的理论逻辑系统;比较不同国家法律文明成长的独特道路,以及法制现代化的多样化模式和发展趋势;研究现代市场经济条件下法律发展的基本原理、目标模式,揭示法制转型的基本条件、动力及规律;深入研究法律传统与中国法制现代化的内在关联及其机制;考察依法治国进程中部门法制的发展、完善乃至现代化的基本特征、走向及实现途径;组织翻译出版外国学者在法律发展和比较法律文化方面的有代表性的力作,以借鉴吸收世界法律的文明成果,为建设社会主义法治国家进行既具理论

价值又有实践意义的学术探索。

《金陵法学论丛》是一套以法哲学、法社会学、比较法律文化、法制现代化和部门法学研究为主要内容的学术丛书。这套丛书以江苏省人民政府重点学科——南京师范大学法学理论学科为依托,以法律系全体教学科研人员的长期学术积累为基础,由南京师范大学法律系和法制现代化研究中心组织编撰。我们计划每年推出若干本专著,认准方向,坚持不懈,使论丛成为我校高层次法学理论成果荟萃的一方学术园地。我们深知,要使这样的构想成为现实,除了仰赖海内外法学界专家学者的指导和帮助外,仍需我校全体法学同仁的努力拼搏和严谨踏实的学术研究工作。

《金陵法学论丛》的顺利出版,得益于江苏省人民政府对我校法学理论重点学科的支持和资助,也得到了海内外友人的关顾与帮助,南京师范大学出版社的领导和同志们也给予了全力支持,付出了辛勤的劳动。在此,谨向他们表示诚挚的敬意和谢忱。我们坚信,伴随着当代中国法制现代化的伟大进程以及法学研究工作的深入拓展,我们一定会以学术研究的有价值的成果,促进中国建设社会主义法治国家的时代进程,回应新的世纪、新的时代对中国法学工作者的历史期待。

法 律 系
南京师范大学
法制现代化研究中心
1997 年 12 月 8 日

序

公丕祥

合同法是能够彰显现代市场经济法律基本理念和价值基础的重要法律门类,它所在的民法法域一直是法哲学的重要观念的发祥地。从一定意义上说,合同法的理论研究状况可以视作反映一国民商法学研究总体水准的晴雨表。因之,以《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)的颁行为契机,紧紧围绕营造符合社会主义市场经济本质要求的市场秩序这一主题,进一步拓展中国合同法的理论研究,依然是今后相当长时间我国法学界需要重视并扎实为之的一项具有重要学术价值和实践意义的法学理论工程。

一定社会的经济文明体系与作为制度安排的法律之间的联系,应当是显而易见的。传统的经济文明与人治主义亦步亦趋,市场经济则与法治密切相联。只有深刻把握社会主义市场经济的法权关系上的规定性,才能真正领悟完善合同法律体系、深化合同法学理论研究,进而推动合同法制现代化进程的重要意义。社会主义市场经济法权关系主要有以下三个方面的规定性:

第一,它反映了社会经济生活中的契约关系。市场经济关系实际上是一种契约关系。在契约关系中,当事人双方充分认识到自己的独立存在及其价值,对自己的行为在不受到外来干涉的条件下自由地加以选择,懂得这种选择的内容和意义。因此,契约关

系中的当事人在地位上是平权的,法律假定所有人都是平等的,并依此赋予人们同样的权利能力,要求一视同仁地对待每一个人。这种契约性的社会关系体现了以物的依赖性为基础的人的独立性。“物的依赖关系无非是与外表上独立的个人相对立的独立的社会关系。”^①这种社会关系是各个独立的参加者以商品货币为媒介而结成的分工合作关系。随着市场经济的广泛发展,人的依赖关系被粉碎了,个人从这种关系下解放出来,成为相对独立的个人。但是,从物质生活的生产来看,他们又是不独立的,存在着以货币为媒介的生产和消费需要上的全面依赖性,发生着经济生活中的社会分工关系。因此,在这种契约社会关系中,一方面使个人从人的依赖关系下解放出来,成为相对独立的个人;另一方面又以物的交换为媒介,把各个社会成员在社会的范围内结合起来。在这里,主体以自然人或法人的身份进入交换领域,各种让渡和取得商品所有权的债权形式得到充分发展,由商品的价值所决定的商品价值权以有价证券的形式表现出来,并且成为社会普遍承认的财产。在商品生产和价值规律起作用的条件下,用于创造商品的耗费,是通过根据等价原则出售商品得到补偿的;活的劳动和物化劳动消耗的等价补偿,通过市场交换关系来实现。由于市场主体是作为自主的、财产上独立的主体进行活动的,所以如果主体不用契约的形式达成协议,商品交换的行为就不能发生。这就充分表明,市场经济关系的契约形式,是市场经济本身属性的产物和表现。

第二,它体现了市场主体的自主性要求。在一定的客观条件下,人的意志具有相对独立性和自由。“人的类特性恰恰就是自由自觉的活动。”^②黑格尔指出:“自由是意志的根本规定。”“自由只

① 《马克思恩格斯全集》第46卷(上),第196页。

② 《马克思恩格斯全集》第42卷,第96页。

有作为意志,作为主体,才是现实的。”^①在社会主义市场经济条件下,商品交换的过程是主体双方意志表示共同一致的过程,契约是交换主体的意志自由的载体。商品交换作为意志表示的一种特定表现形式,乃是一种蕴含着交换主体的自由要求的意志关系。在交换过程中,“尽管个人 A 需要个人 B,但他并不是用暴力去占有这个产品,反过来也是一样,相反地他们互相承认对方是所有者,是把自己的意志渗透到商品中去的人。因此,在这里第一次出现了人的法律因素以及其中包含的自由的因素”。^②只有交换主体拥有对自己的行为进行选择的自由,并且能够自由地表达自己的交换意愿,成为相互离异的、独立的主体,商品交换才能得以发生。市场经济主体的意志自由,充分体现了主体自身的自主性、能动性和创造性。它是主体支配自己的活动所应有的权能要求。在市场经济生活中,离开了主体的意志自由和自主性,就不可能对自己的活动实现自我意识、自我支配、自我控制 and 自我调节,因而也就谈不上主体的能动性。而市场主体的积极性、能动性和首创精神,是促进社会主义市场经济蓬勃发展的强大推进器。因之,法律作为应当确认主体在市场经济中所享有的广泛意志自由,允许主体在具体的经济活动过程中拥有广泛的行动方案的选择自由,使主体能自由地表达自己的经济意愿,实施自己的经济行为,根据市场的需要,独立自由地处分自己的财产,从而成为真正的市场经济主体。

第三,它具有明确系统的规范化构架。市场经济的运行过程交织着各种矛盾或冲突。这种复杂性要求必须对市场经济活动进行规范性调整,建立起市场经济运行的一整套规则体系。没有这一套调整规则,就不可能实现对市场经济关系的统一调整,就不能

① 黑格尔:《法哲学原理》,商务印书馆 1961 年版,第 11~12 页。

② 《马克思恩格斯全集》第 46 卷(上),第 195~196 页。

排除主观随意性,也就无法保障一个巩固的、稳定的市场经济秩序。市场经济关系的规范性调整体系,决不是杂乱无章的东西,而是一个结构严谨、层次分明、内在联系紧密的有机整体。在这个有机整体中,每个要素不仅相互联系着,而且都具有各自不同的法律属性和职能,发挥各不相同但又相互影响的作用。这个规范调整系统的内容十分广泛,但从规范调整的对象来看,主要有市场规范、企业行为规范和政府经济行为规范等三个方面系列的规范集合体。在这一规范系列中,市场规范居于基本的主导的地位。这是因为,在市场经济运行机制中,市场发挥着一种特殊的效能。这是商品货币关系的总和与枢纽,是利用竞争机制合理配置经济资源的有效形式。在国家、市场与企业这三者关系中,市场是联系国家与企业的关键性环节。建立有效、有序、合理的市场规则体系,是促进市场发育和成长,加速市场机制形成,理顺中央与地方、政府与企业之间权益关系的基础性环节。只有建立市场规范制度,才能使企业在市场中的经营行为趋向合理化,并且依据市场化原则调整企业的规模结构,理顺产权关系,有效地改善企业经营机制,从而奠定企业行为规范的基础。也只有建立发达的市场规则体系,才能切实地改变国家宏观调控方式,遏止不规则、不合理的政府经济行为,使市场成为国家间接向企业表达意向的有力杠杆,进而使政府经济行为的规范制度获得可靠的保障。

《合同法》确立了市场交易的基本规则,明确了合同关系是市场经济关系的基本形态,承认了市场主体的平等性、市场行为的自主性及利益交换的合理性。因此,这部法律在价值取向上与社会主义市场经济法权关系的要求是吻合的。合同法的出台部分地应归功于我国民商法学界二十多年来的理论准备,但它的诞生并不意味着合同法学术研究及争论的终结。事实上,围绕合同法的实施及进一步完善尚有很多课题值得研究,诸如:合同法与未来民法典之债权制度的协调问题;合同自由与合同正义的内在统一问题;

中外合同法的比较问题;合同法制现代化的标准问题;诚实信用原则的司法适用问题;合同形式与合同效力的关系问题;合同订立方式的多样性问题;过于原则的履行规则的细化及操作问题;情势变更原则的确立问题;法定解除权的行使问题;合同终止的效力问题;损失赔偿中信赖利益的估量问题;合同监管的主体、方式及“度”的问题;合同解释问题;合同法分则的增补问题,等等。所有这些问题的研究水平及解决程度是衡量合同法学乃至整个民商法学精神走向的重要尺度之一。

黄和新同志在多年的合同法学教学研究工作中,不仅有着令人满意的教学业绩,而且积累了一定的理论研究成果,还在合同法律实务方面有一定专长。《中国合同法论》是其在硕士研究生课程的讲稿《合同法专题研究》、合同法实务研究著作《怎样排解合同纠纷》、对合同法作理论诠释的《新合同法详解与应用》以及近年来发表的合同法学研究论文的基础上撰写的理论专著。从全书合理的布局、多角度的引述论证及作者对比较研究的重视及对合同法实施过程中有关问题的关注和分析来看,作者为著就本书倾注了不少心血。具有较高的学术水准。我对此诚致学术上的热忱祝贺。不过,书中的见解难谓尽皆允当,有些问题尚有反复推敲、深入研究的广阔余地。当然,做学问不可能毕其功于一役,只要作者克服困难,奋进不止,勇攀高峰,就一定会取得更大的学术成就。只要学界同仁共同努力,我国的民商法学术园地必将枝繁叶茂,我们也便无愧于正朝着依法治国目标迈进的这个伟大时代。

一九九九年十二月

后 记

后记照例是宣泄著书劳顿感受之篇幅,但我在此只想表达一个意思,那就是衷心感谢所有对我关心、支持和帮助的人们。

我的博士生导师公丕祥教授作为南京师范大学的党委书记、校长,党政事务十分繁重,但他仍在百忙之中为本书作序,这也是公师第三次为拙著写序。每个序言都是富有学术见地的精彩篇章,每个序言都充满了公师对我的殷切期望,每个序言都让人领略到公师令人敬慕的学术风范。

南京师范大学经济法政学院的领导、老师及同仁,多年来对我关爱有加,他们的鞭策和鼓励无疑是我尽力做点尚不能称为学问的学问的重要动力。

近几年来,许多听过我讲授《合同法专题研究》的硕士研究生及研究生课程班的学员们经常与我探讨合同法中的一些理论及实务问题,协作研究,提出了诸多颇有价值的教学、研究意见和建议,他们促使我对有关问题作深入思考和潜心研究。这是地地道道的教学相长,应当说拙著也融入了他们的智慧。

江苏正达律师事务所的律师们常就因合同引发的经贸纠纷与我商讨,协同办案,这使我有更多的从现实生活中汲取理论营养的机会。越是疑难复杂的案件越有讨论的必要,而讨论的过程往往是一个理论探索的过程,如此,我在研究过程中便有了更多的理

论上升华和理论联系实际的可能。

没有南京师范大学出版社总编辑李晏墅教授和徐蕾老师的大力支持和辛勤劳动,本书很可能在 21 世纪方得付梓。

我的爱人秦美琴副教授不惜牺牲自身的教学科研时间,承揽了很多该由我做的家务,还为本书做了大量的资料整理及校订等方面的工作。要不是爱女黄臻小朋友在学校和家中有良好的表现,恐怕又会牵扯我不少的精力。

最后,我要感谢的是将对本书提出真诚批评、指正的读者,他们肯定是本书修订再版的始作俑者。

黄和新 谨识

一九九九年十二月二日

于南京南阴阳营寓所

第一章 合同与合同法概论

1.1 合同的概念和特征

一、合同的概念

据学者考证,英文中的“Contract”、德文中的“Kontrkt”、法文中的“Contrat”等表示合同或契约的用语,均来源于罗马法中的合同概念“Contractus”。“Contractus”由“con”和“tractus”二字组成。con 由 cum 转化而来,意为“共同”,tractus 则是“交易”的意思。因此,合同的本意为“共相交易”。^① 然而古往今来,合同的概念在适用上往往超出交易的范畴,在合同这个概念项下可以包括诸种互异的社会关系和观念。古希腊的哲学家曾用契约解释法的起源;18 至 19 世纪的理性哲学家曾经把契约作为一种逻辑的抽象和理性的观念;启蒙思想家卢梭用契约解释社会政治现象;20

^① 参见王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社 1991 年版,第 255~256 页。

世纪杰出的伦理学家罗尔斯则将契约看作是道德哲学的观念。^①可见,合同或契约概念的运用远远超出了法律和法学的领域。

在民法学上,合同一直是民法中最重要的概念之一。然而,立法上和学术上对合同概念的规定和解释分歧颇多,其中要数大陆法系和英美法系对合同的不同理解最为典型。大陆法系的立法深受罗马法“协议说”的影响,将合同视为“合意”。领导 19 世纪潮流的《法国民法典》第 1101 条规定:“合同为一种合意,依此合意,一人或数人对于其他一人或数人负担给付、作为或不作为的债务。”这一定义后来成了 19 世纪大陆法系民法典的经典定义,该定义从债务的角度揭示了契约作为一种发生债的关系的合意的本质。作为 20 世纪典范的《德国民法典》则从“法律行为”的角度规定了契约的概念。该法第 305 条把契约说成是发生、变更债的关系的法律行为,但从本质上看,该法没有游离于合同是合意的主旨,正如德国著名学者萨维尼所说:“契约之本质在于意思之合致。”^②英美法系的立法及学说把合同看作是“允诺”。美国《法律重述·合同》(第 2 版)第 1 条规定:“合同是一个允诺或一系列允诺,违反该允诺将由法律给予救济,履行该允诺是法律所确认的义务。”英国的权威著作《不列颠百科全书》也持这种看法。英美法上之所以把合同的本质归结为允诺,是因为受了英国的历史习惯和诉讼程序的影响,同时也与英美法上将不当得利和无因管理等关系作为“准合同”对待的做法有关。不过,由于英美法上的合同概念仅仅是强调了一方对另一方作出的允诺,而没有强调双方当事人的合意,因此

① 参见王利明、崔建远著:《合同法新论·总则》,中国政法大学出版社 1996 年版,第 1 页。

② 转引自[意]彼德罗·彭梵得著:《罗马法教科书》(中文版),中国政法大学出版社 1992 年版,第 307 页。