



法学原论系列

The Law of Contract

By Han Shiyuan

# 合同法总论

(第三版)

---

韩世远 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA



法学原论系列

The Law of Contract

By Han Shiyuan

# 合同法总论

(第三版)

---



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

合同法总论/韩世远著. —3版. —北京:法律出版社, 2011. 8

(法学原论系列)

ISBN 978-7-5118-2371-7

I. ①合… II. ①韩… III. ①合同法—研究—中国  
IV. ①D923.64

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第156461号

© 法律出版社·中国

法学原论系列

合同法总论(第三版)

韩世远 著

责任编辑 刘彦洋

装帧设计 乔智炜

开本 787毫米×960毫米 1/16

版本 2011年8月第3版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 49.25 字数 885千

印次 2011年8月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-2371-7

定价:75.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 三版前言

本书初版于2004年(三次印刷),二版于2008年(两次印刷),时至今日,早已售罄。许多热心读者(在校学生、法官、律师等)对本书给予积极评价,有些法官甚至将本书当成手头常备的办案参考书。读者的厚爱给我以极大的鼓舞和动力,坚定了我将本书持续修订下去的信心和决心。

本次修订使得本书篇幅有所增加,希望阅读简明版的读者,可以阅读我写作的《合同法学》(普通高等教育“十一五”国家级规划教材,高等教育出版社2010年11月版)教科书,其中不仅有“总论”,亦有“分论”十五种具体合同。教科书是面向本科生初学者,本书则更适合有一定基础的读者。

本次修订的动因是:其一,出台了新的法律、法规和司法解释;其二,裁判实务产生了新案型、新问题;其三,学术研究在主客观方面均有新进展;其四,获得了一些新资料。

本次修订是全面的,无论是内容还是形式,均较前版有明显的进步。在内容方面,结合新的法律、法规和司法解释,特别是结合最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(二),逐处修订本书内容。另外,刊登在《中华人民共和国最高人民法院公报》上面的案例,也是本次修订关注的重点之一。在形式方面,为方便读者阅读,在每章开头制作了详细目录。另外,全面订正本书注释,引用外文文献,尽量遵循其惯常引用方法。在此过程中,清华大学法学院博士生小林正弘校订了全书日文脚注,并做文字转换处理;博士生武腾和硕士生葛江虹帮助校对,对其帮助表示诚挚的感谢!

《合同法》是比较法的产物,是典型的“混合继受”的结果。立法者的任务固已完成,留给司法者及学者的任务却异常繁重。解释论的展开必然是以“整合解释”为归趋,这也就意味着“法典继受”后,我们无法通过简单的“学说继受”来代替中国学者对《合同法》的解释论作业,我们无法通过翻译外国的教科书来代替中国的教科书。中国法官及学者,任重而道远。

书中文字观点难免存在谬误和疏漏,一如既往地欢迎学界前辈及各界贤达批评指正。

韩世远  
2011年7月8日  
于清华园

# 民法的解释论与立法论

## (代二版前言)

民法理论大致可以区分为两类:解释论与立法论。民法的解释论,是通过解释既存的民法规范而形成的理论,其目的在于正确地理解和适用民法规范。民法的立法论,是围绕着如何设计出合理的民法规范或者如何改进既有的民法规范而发表的见解、观点和理论,其目的在于指导或者影响民事立法实践。

进行民法解释论的作业,是要遵循一定的解释方法的,这些方法也就是民法解释方法,而研究这些方法的学问也就是民法解释学或者法学方法论,它大体包括狭义的法律解释方法、法律漏洞的补充方法等内容。民法解释学或者法学方法论之所以成为一门学问,当今的民法学者之所以强调这门学问,一个很重要的原因在于,要为法律的解释适用及相关问题探寻出一套大致可循的章法,并以此来确保法律的适用具有统一性和可预测性。否则,解释适用法律规范而不循章法,你这样解释,我那样理解,不免产生混乱,法制的统一也就无从谈起。

民法的解释论既强调遵循一定的章法(解释方法),从事此项作业者,发表任何言论和见解,都要强调有根有据、循规蹈矩,不能凭空而来、妄下断言。这就要求首先胸中掌握中国现行有效的民事法律体系,明了何为现行有效的民事法律规范;进而判断对于所要解决的问题,是否有现成的法律规范可以援引适用;如果没有现成的法律规范可以适用,才是探讨在现有的框架下如何填补法律漏洞的问题。

如果说民法解释论所关注的是民法规范的现实结构,民法立法论所关注的则是民法规范的理想状态。因而,与解释论相比,立法论的拘束要少一些,发表立法论见解者可以天马行空,任意发挥,只要能够言之成理、自圆其说。因而,你可以参考英美法系的做法,我可以推崇大陆法系的实践;可以公说公理,婆说婆理,不必强求意见一致、观点统一。

解释论与立法论既有上述差异,法律人就应当有鲜明的区分意识,不可乱用。

对于法官而言,作为法律的实践者,是要运用民事法律规范解决现实的纠纷和问题,因而所要运用的正是民法解释论。比如审理名誉侵权案件时,在《民法通则》及最高人民法院的相关司法解释中,均是使用“公民”(或自然人)与“法人”这样抽象的概念,特别是对于公民或者自然人,没有区分是否属于“公众人物”,更没有因为某人是所谓“公众人物”而在法律效果上有什么区别对待。既然如此,法官裁判相关案件的时候,就不应随便超越现行法的规定,直接讨论当事人是否属于“公众人物”,进而赋予不同的法律效果,这样才算是遵循解释方法,符合解释论。至于应否借鉴美国判例法限制“公众人物”名誉权及保障言论自由的做法,目前只属于立法论层面的问题,是在讨论立法问题时始应予以考虑的问题。如果作为裁判案件的法官,在头脑中缺乏这根弦,直接套用美国的做法,就是混淆了解释论与立法论,是错把中国当美国了。

读者或许会以为我视法官为“适用法律的机械”,否定司法的能动性。其实不然,关键是如何认识此处的能动性。强调司法能动性的见解,往往是以英美法作为参照的范本。普通法是由法官创造和建立起来的,法官在法律发展中发挥着引领潮流的功能。而大陆法系的司法传统展现的则是与之有着相当差异的另一图景,正如美国学者梅利曼所称,与普通法系法官相比,大陆法系法官的作用颇受限制,其地位也大为逊色。他甚至把普通法称为“法官法”,把大陆法称为“法学家的法”。我国属于大陆法系,立法与司法的分立以及“法律见于成文”的现实,决定了法官的功能就是适用法律。美国的法官有权决定立法是否违宪、是否有效,在我国就不好照搬套用。当然,我国的审判过程也并非完全被框于学究式的形式逻辑三段论之中(即成文法规范是大前提,案件事实是小前提,判决是逻辑推论的结果),在把法律规范与案件事实结合的过程中,法官仍然有着相当程度的能动性。要得出符合法意与人情的判决,很多时候要运用自己的生活经验和人生阅历,而在法律存在漏洞场合,更能体现这种能动性。即使如此,必须强调的是,填补法律漏洞仍然是一种解释论的作业,仍然必须遵循解释论的章法。

民法的解释论与立法论的区别,不仅法官应当注意,对于法学教育而言,对于法学教师和学生而言,也是必须清醒地加以区分的。教师糊涂,学生必受其影响;学生糊涂,也就难成为合格的法律人。我们有时会遇到这样的情形,有的人谈起德国民法如何、日本民法如何、英美合同法或者侵权法如何如何,头头是道,好像很是了解,一旦被问到中国法如何时,则或者茫然不知所措,或者支支吾吾,语焉难详,甚至把外国法当成中国法。如果是外国人,倒也情有可原,可惜这样的人往往是根本没有到过外国的中国人。如此嘴上夸夸其谈,其实仅有半瓶子醋,又如何称得上是个合格的法律人? 如果我们的法学教育所培养出来的多是些这样的“纸上谈兵”

之人,那我们的法学教育真的是出了问题了。

我们有时也会见到这样的情形,有的法学教师喜欢说中国法这里不好、那里不行,中国法落后,不如外国法。老师的言谈又影响到了学生,以致刚入大学校门不久的学生都跟着对新近出台的立法评头论足,一副指点江山、挥斥方遒的派头。如果这样的风气盛行,将会带来很多不良的后果。对于我们的法律,如果习法之人都不尊重,将来又如何很好地应用?敬法者始能成为护法者,法律一旦成为法律,就意味着权威,就必须得到尊重,学习之时,当有敬畏之感。学习的路径应当是由解释论入手,学习的重点也是在于解释论,适当兼及立法论。在这里,我们尤其需要强调解释论,重视解释论。毕竟,我们所要造就的法律人才,更多的都是要走上应用法律的岗位。

法律人各自应有明确的角色意识,法官的分内之事在于解释和适用法律,而不在于审查法律或者“造法”(即使是填补法律漏洞,在欠缺“先例拘束”的前提下,法官确定的规则亦非具有普遍拘束力的法)。正所谓“君子素其位而行,不愿乎其外”。不然的话,大家都来审查法律,或者大家都来“造法”,天下岂不大乱?

法律人的养成,不是几年专门的法学教育所能终结的。法律人应当长期加强自我修养,甚至这也可以说是一种“终身教育”,是一种“功夫活”。对于法官而言,就是要有意识地掌握民法解释方法、锻炼解释能力,平时多读一些解释论方面的著述(不仅限于方法论),一步一步进行,“君子之道,辟如行远,必自迩;辟如登高,必自卑。”说的就是这个道理。

(按:《民法的解释论与立法论》一文发表于2005年5月18日《人民法院报》B1版。以此短文代二版前言,并借以强调法律人区分解释论与立法论的重要性,希望能对本书读者有所启示。)



## 一版前言

这是一个“学者多如毛、著作涌如潮”的时代(高鸿钧先生语)。用这句话来描述我国近几年来合同法的研究和著述,是再恰当不过的了。《中华人民共和国合同法》颁行以来,出版的合同法著作中虽不乏佳构,但也不可否认存在泥沙俱下的情形。结果“看似一派兴旺,实则繁而不荣”(崔建远先生语)。在这种背景下,笔者不揣简陋呈献给读者诸君的这本《合同法总论》,是否会沦为泥牛入海的命运,亦未可知。

为了方便读者阅读,关于本书的特点略作几点交代:

1. 对民法书籍可作不同分类,其一可大致分为体系书、注释书、判例集及演习书。本书约略可以归入体系书之列。本书以我国《合同法》总则部分为分析对象,总体上属“解释论”的著述,唯少数地方涉及“立法论”的探讨。

2. 民法书籍又可分为入门书、基本书、讨论书及(专题)研究书。本书可归入基本书之列,同时又带有一些研究书的痕迹。本书的目标读者是大学本科生、研究生以及法律实务工作者(法官、律师等)。阅读和学习过合同法入门教科书后,仍对合同法感兴趣者,可以继续阅读本书。

3. 本书以阐释合同法原理为目的,在阐明主流学说立场的基础上,也尽可能地作者个人的认识展示出来,并力求揭示出目前学术研究的到达点。

4. 本书内容曾反复在教学中使用,教学中积累的图表有助于学习者领会和记忆相关原理,因而在本书中予以保留。

5. 本书正文部分用以阐释原理。另外,若干比较法或法制史的考察、一些问题的提示以及其他希望读者注意的方面,则以黑体列出小标题,并以楷体表示其相关内容,供希望更多地了解相关知识或信息的读者利用;时间有限的读者,可以略过这些部分。

6. 本书是作者一人独立写作完成,因而语言风格、形式体例以及内容体系比较统一。

本书如果能给研习合同法的读者提供一些帮助,则属幸甚。同时,合同法理论博大而精深,作者个人也在不断地学习中,书中的观点或有错误,或可商榷,欢迎批评指正。

韩世远

2004年3月3日

于清华大学法学院研究室

## 缩略语表

民法通则	中华人民共和国民法通则
合同法	中华人民共和国合同法
物权法	中华人民共和国物权法
担保法	中华人民共和国担保法
侵权责任法	中华人民共和国侵权责任法
婚姻法	中华人民共和国婚姻法
继承法	中华人民共和国继承法
公司法	中华人民共和国公司法
企业破产法	中华人民共和国企业破产法
保险法	中华人民共和国保险法
城市房地产管理法	中华人民共和国城市房地产管理法
农村土地承包法	中华人民共和国农村土地承包法
拍卖法	中华人民共和国拍卖法
消费者权益保护法	中华人民共和国消费者权益保护法
产品质量法	中华人民共和国产品质量法
电子签名法	中华人民共和国电子签名法
民事诉讼法	中华人民共和国民事诉讼法
仲裁法	中华人民共和国仲裁法
海商法	中华人民共和国海商法
信托法	中华人民共和国信托法
票据法	中华人民共和国票据法

# 目 录

三版前言	1
民法的解释论与立法论(代二版前言)	1
一版前言	1
缩略语表	1

## 第一章 合同与合同法概述

第一节 合同概述	2
第二节 合同法概述	13
第三节 合同的历史	21
第四节 合同的原则	34

## 第二章 合同的分类

第一节 合同的分类概述	46
第二节 典型合同与非典型合同	48
第三节 双务合同与单务合同	51
第四节 有偿合同与无偿合同	55
第五节 诺成合同与要物合同	58
第六节 要式合同与不要式合同	60
第七节 一时的合同与继续性合同	62
第八节 主合同与从合同	66

- 第九节 预约与本约 66
- 第十节 束己合同与涉他合同 68

### 第三章 合同的订立

- 第一节 合同的订立与合同的成立 71
- 第二节 要约 77
- 第三节 承诺 97
- 第四节 依要约承诺以外的方式成立合同 104
- 第五节 合同的形式 112
- 第六节 合同成立的时间与地点 121
- 第七节 缔约上过失责任 124

### 第四章 合同的效力

- 第一节 合同的效力概述 150
- 第二节 有效合同 157
- 第三节 无效合同 168
- 第四节 可撤销的合同 182
- 第五节 效力未定的合同 205
- 第六节 合同无效或被撤销的法律后果 227

### 第五章 合同的履行

- 第一节 合同履行概述 232
- 第二节 履行的主体 236
- 第三节 合同的内容 241
- 第四节 履行地点、期限和费用 254
- 第五节 涉他合同的履行 261
- 第六节 双务合同的履行抗辩权 278
- 第七节 履行的受领与拒绝 317
- 第八节 履行的抵充 320

### 第六章 债权的保全

- 第一节 债权保全概述 323
- 第二节 债权人代位权 325

### 第三节 债权人撤销权 344

## 第七章 合同履行的障碍

### 第一节 合同履行的障碍概述 366

### 第二节 不可抗力 369

### 第三节 情事变更 378

### 第四节 履行迟延 392

### 第五节 履行不能 405

### 第六节 拒绝履行 416

### 第七节 不完全履行 423

### 第八节 债权人迟延 432

## 第八章 合同的变更和转让

### 第一节 合同的变更和转让概述 448

### 第二节 合同的变更 451

### 第三节 债权让与 457

### 第四节 债务承担 485

### 第五节 合同权利义务的概括移转 495

## 第九章 合同的权利义务终止

### 第一节 合同的权利义务终止概述 500

### 第二节 解除 503

### 第三节 抵销 545

### 第四节 提存 558

### 第五节 免除 574

### 第六节 混同 578

## 第十章 违约责任

### 第一节 违约责任概述 581

### 第二节 违约责任的归责原则 589

### 第三节 第三人的行为或原因与债务人的责任 596

### 第四节 强制履行 600

### 第五节 赔偿损失 613

第六节 违约金 656

第七节 减价 676

## 第十一章 合同解释

第一节 合同解释概述 693

第二节 狭义的合同解释 702

第三节 补充的合同解释 707

第四节 修正的合同解释 711

## 第十二章 合同法及其周边

第一节 合同法与侵权法的交错 714

第二节 合同法与消费者法的交错 734

主要文献 747

法条索引 755

事项索引 759

人名索引 765

# 第一章 合同与合同法概述

## 目 录

- 第一节 合同概述 / 2
  - 一、合同、合意与契约 / 2
  - 二、合同行为、合同过程与合同关系 / 10
- 第二节 合同法概述 / 13
  - 一、合同法的含义及属性 / 13
  - 二、我国合同法的法源 / 15
- 第三节 合同的历史 / 21
  - 一、古代合同法 / 21
  - 二、近代合同法 / 24
  - 三、现代合同法 / 27
  - 四、现代中国合同法 / 30
- 第四节 合同的原则 / 34
  - 一、合同的原则概述 / 34
  - 二、法律地位平等原则 / 36
  - 三、合同自由原则 / 37
  - 四、公平原则 / 39
  - 五、诚实信用原则 / 40
  - 六、公序良俗原则 / 42
  - 七、合同神圣及合同严守原则 / 43



## 第一节 合同概述

### 一、合同、合意与契约

当今社会,以分工协作为基础,以开放交流为特点;小至个人衣食住行,大到国家经济运转,自给自足已属根本不能,闭关锁国犹如自取灭亡。惟其如此,现代社会可谓合作的社会,在其中合同几可谓无处不在,因而有人说,在商业时代里,财富多半是由允诺组成的,<sup>①</sup>正是无数的合同支撑着我们的日常经济生活。合同在现代法上居于优越地位,<sup>②</sup>其道理也正在于此。由于社会上各种各样的活动大都是通过合同制度来运营,或者可以用合同制度加以理解(比如以合同关系解释企业的经济学理论),因而又有人说这是合同时代的到来。<sup>③</sup>

尽管“合同”充斥着整个社会,成为尽人皆知的词汇,但究竟什么是法律上的合同?什么是民法上的合同,是首先应予以解明的问题。

#### (一) 合同的语义

“合同”一词具有多重意义,不仅是一个法律用语,同时也是一个日常用语,然二者的意义是不相同的;即使是在法律用语场合,也是可以有多重意义的,并不局限于一种含义;在一个国家尚且如此,国家不同,合同的含义和内容更会存在差异。

就作为法律用语的“合同”而言,有劳动法上的合同、行政法上的合同、民法上的合同,等等。本书仅在民法的范围内讨论合同问题。

在我国民法上,合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议(《中华人民共和国民法通则》,以下简称《民法通则》,第85条),依学理解释,此所谓“协议”,指的就是“合意”,<sup>④</sup>即当事人意思表示的一致。自民法理论来说,合同又有广义与狭义之分。广义的合同,指以发生民法上效果为目的的一切合意,包括以发生物权变动为目的的物权合同(比如设定抵押权的合同、移转所有权的合同)、以物权以外权利的变动为目的的准物权合同(比如债权让与)、以发生债权债务为目的的债权合同、以发生身份关系的变动为目的的身份合同,等等。狭义的合同,仅指债

① Roscoe Pound, *Introduction to the Philosophy of Law* 236 (reprinted New Haven, 1961).

② [日]我妻荣:《债权在近代法中的优越地位》,王书江、张雷译,中国大百科全书出版社1999年版。

③ 内田贵[契約の時代—日本社会と契約法](岩波書店,2000)2頁。

④ 梁慧星:“论我国民法合同概念”,载《中国法学》1992年第1期。