

案例教学系列丛书

Anli Jiaoxue

案例教学：

合同法

刘金祥 唐荣智 主编

Hetongfa



立信会计出版社

LIXIN KUAJ CHUBANSHE

案例教学系列丛书

案例教学：
合 同 法

刘金祥 唐荣智 主编

立信会计出版社

图书在版编目(CIP)数据

合同法/刘金祥,唐荣智主编. —上海:立信会计出版社,2002.10

(案例教学系列丛书)

ISBN 7-5429-1042-6

I. 合… II. ①刘… ②唐… III. 合同法-案例-中国-高等学校-教学参考资料 IV. D923.65

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 077682 号

出版发行	立信会计出版社
经 销	各地新华书店
电 话	(021)64695050×215 (021)64391885(传真) (021)64388409
地 址	上海市中山西路 2230 号
邮 编	200235
E-mail	lxaph@sh163c.sta.net.cn

印 刷	立信会计常熟市印刷联营厂
开 本	850×1168 毫米 1/32
印 张	11.375
插 页	2
字 数	278 千字
版 次	2002 年 10 月第 1 版
印 次	2002 年 10 月第 1 次
印 数	3 000
书 号	ISBN 7-5429-1042-6/D·0030
定 价	20.00 元

如有印订差错 请与本社联系

前 言

打开这本书,我们就进入法学教学方法改革的新领域——案例教学:“合同法”。建国以来,合同案例教材、案例选集等出版不少,但法律院校以归纳法编写教材并进行案例教学,看来还属于新的尝试。这本教材就是探索的新作。

案例教学法是引进的。其母国的国情与我国的国情不同,其法制与法学也存在差异,完全照搬照套当然行不通。如何取长补短,为我所用,需要我们摸索与创新。

万事开头难。推行案例教学法的第一步就是要编写适用的教材。这类教材同演绎法教材有很大的不同,因为它是以归纳法为主导,适当结合演绎法,因此,我们确立的编写原则是:

——学生参加课堂讨论是基本特征,课堂讨论是学生获得合同法知识的主要途径。

——研讨案例不仅是解释案例,也不是解释教师提出的原理,而是要求学生自己概括,发展法律推理能力与独立的创造思想。

——教师是对学生一般仅提出问题与假设,而不包办代替作法律规则或原则的概括。

——通过提问、讨论,引导学生解决实际问题,培养实务能力,使他们今后能像优秀律师、法官那样工作。

——选择案例有典型性、趣味性,涉及各类合同。

我们力求循此设计编写本书,效果如何,还有待于即将到来的实践。我们切望学生在实践中能理解本书的创新意图,以主人翁的姿态,敢于探索,活跃思路,精致思维,以取得案例教学法的成

功,为把自己培养成为优秀法律人才而培植坚实的基础。

作为教师,面对这个新改革,恐怕在教学方法上要有脱胎换骨的改造。多用启发式,少用灌输式;多用各类案例,启迪学生占领各种“高地”;多用各种演练方法,帮助学生多视角地理解法律精髓。诸如此类,不一而足。我们真诚希望由这本教材开出合同法的新课,开始案例教学法的新尝试,目标是双丰收。

千里之行,始于足下。这本教材的出版,尽管它还会有这样那样的不足,但是它具有创新之意,这是一个良好的开端。

本书编写人及分工(按编写章节先后为序):唐荣智,前言、第一章、第九章;李海鹰,第二章;刘金祥,第三章、第四章;孙蔚曜,第五章、第八章、第十一章;宾亭,第六章;陈建婷,第七章;黄银山,第十章。

作 者

2002年10月

目 录

第一章 导论	1
第一节 合同与合同法	1
第二节 方法论:案例教学	19
第二章 合同法的基本原则	33
第一节 平等、自愿原则	33
第二节 公平、诚实信用原则	35
第三节 遵守法律、不得损害社会公共利益原则	37
第三章 合同的订立与成立	41
第一节 合同当事人	41
第二节 合同的订立	45
第三节 合同的成立	57
第四节 招标与拍卖	62
第五节 缔约过失责任	65
第四章 合同的内容与形式	69
第一节 合同的条款	69
第二节 合同权利与合同义务	72
第三节 合同的形式	74
第四节 格式合同	78
第五章 合同的效力	84

第一节 有效合同	84
第二节 无效合同	87
第三节 可撤销合同	94
第四节 效力待定合同	100
第六章 合同的履行	103
第一节 合同履行的原则	103
第二节 抗辩权	116
第三节 合同的保全	122
第七章 合同的担保	129
第一节 合同担保的概述	129
第二节 保证	132
第三节 抵押	137
第四节 质押	140
第五节 留置	143
第六节 定金	145
第八章 合同的变更和转让	148
第一节 合同的变更	148
第二节 合同的转让	151
第九章 合同的终止	159
第一节 合同的解除	159
第二节 抵销	164
第三节 提存	165
第十章 合同的违约责任	168

第一节	违约行为·····	168
第二节	承担违约责任的方式·····	173
第三节	违约责任及其相关责任·····	187
第十一章	合同法分则·····	192
第一节	买卖合同·····	192
第二节	供用电、水、气、热力合同·····	198
第三节	借款合同·····	200
第四节	租赁合同·····	202
第五节	融资租赁合同·····	204
第六节	承揽合同·····	206
第七节	建设工程合同·····	210
第八节	运输合同·····	213
第九节	技术合同·····	216
第十节	保管合同·····	218
第十一节	行纪合同·····	219
第十二节	居间合同·····	220
第十三节	委托合同·····	222
案例参考答案·····		225
附录一	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(一)·····	330
附录二	最高人民法院关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释·····	336

第一章 导 论

本书是进行案例教学的教材,以归纳推理为主,辅以逻辑推理,因此,对合同与合同法的一般理论先作集中阐述。又因推行案例教学法在我国还是一种新的探索,为此需要作专门的介绍与说明。这两方面就构成导论的主要内容。

第一节 合同与合同法

一、合同制度的产生与发展

合同制度是人类古老的法律制度。人类在从自然经济社会向商品经济社会发展的历史过程中,由于社会分工和交易的发展,形成合同这样的联系人们生产、生活和消费的纽带。马克思对此作过论述:“先有交易,后来才由交易发展为法制。”“这种通过交换和在交换中才产生的实际关系,后来获得了契约这样的法的形式”^①。

合同,在我国古代称之为契约。人们交换产品时须凭神立誓,在兽骨或龟骨上灼刻文字或符号,称“契”。《诗·大雅·绵》中就写有:“爰始爰谋,爰契我龟。”在战国时形成的儒家经典《周礼》中记载:“听称责以傅别”,“听取予以书契”,“听买卖以质剂”。其中的“责”,即现在的债字。傅别,书契,质剂都是古时契约的书面形

^① 马克思:《评阿·瓦格纳的“政治经济学教科书”》,《马克思恩格斯全集》,人民出版社1963年第19卷,第423页。

式。唐朝贾公彦疏：“质剂傅别分支合同，两家各得其一者也。”具体来说，质剂为手书一札，前后文相同而从中分开，使合同双方各执其半札。傅别则在契券中央写一个“中”字，从“中”字中间分开，使合同双方各执其半。书契为书两札，使合同双方各执其一札。当一方要求另一方履行债务，或因纠纷涉讼事，则各方所执一札或半札合对，验契。如验契相合，债务关系即可认定，故这些契券就成为官府判断是非，认定债务关系的依据^①。由此可知，合同在古代只是验证契约的标记，犹如现时的骑缝印。它自身并非当事人之间的协议。秦汉之后，契约性质的文书一般称为契券、书券、书契、券书、文券等，直至清代民国间仍称文契，契约。中华人民共和国建国初期，在一些行政法规中，开始把契约与合同并称，逐渐把作为契约标记的合同，取代契约用词。实践中，契约也称为合同，两者已不区别使用了。

在西方，合同制度始自罗马法。从其原始形式到成熟时期之间存在漫长的历史过程。《十二铜表法》上有 nexum（“耐克逊”或译“涅克疏姆”）意谓要式契约，实际上为金钱借贷，合同的两造称为 nexi（“耐克先”）。这种合同行为开始时强调一种庄严的仪式，例如：出卖人携带他欲处分的财产——奴隶，买受人带来了粗铜块，司称人带来天平称，通过规定的铜衡仪式，奴隶交给买受人，铜块经司称人称过，然后移交给出卖人^②。如果合同仪式的动作或术语被遗漏一个细节，就导致合同无效。这种繁琐的仪式影响了商品经济的发展。随着社会分工扩大，罗马帝国国土扩张，商品交易频繁，合同理论有了进步，罗马人逐渐摆脱缔约中的形式主义，可不经任何仪式而订约，称之为“合约”（pact）或“协议”（convention）。尽管铜衡仪式被虚拟而不再举行，但是表述的词句仍然保

① 参见：《中国大百科全书·法学》，1984年版，第276页。

② 参见：[英]梅因：《古代法》，商务印书馆1984年版，第180～181页。

存下来,因此产生口头的契约(拉丁文 contractus)。口头契约的缔结采用问答方式,所用词句如下:

你承担吗?——我承担。

你承诺吗?——我承诺。

你是出于真诚而承诺吗?——我是出于真诚而承诺的。

你保证吗?——我保证。

你将给我吗?——我将给你。

你将做吗?——我将做。

这种问答不管当事人使用什么语言,只要当事人双方能互相了解,所答与所问相合即可^①。在书写技术流行后,又根据书写而假定铜衡仪式和口头表述都已完成,就产生书面合同。最后,市民法在万民法影响下,免去一切形式,承认诺成合同(又称合意合同),既适用于公民之间,也适用于外国人之间。所谓诺成,就是双方独立意志取得一致,即产生合同关系,也就是一个合约加上一个债。古罗马时代从口头合同至诺成合同的发展过程,具有典型意义,代表整个古代合同形式的发展过程。其中诺成合同的产生,标志着罗马法从重视形式转为重视缔约人的意志,从而使商品交易从繁琐的形式中解脱出来,这个原理后来就成为现代合同自由原则的历史渊源。

此后,从中世纪萌发的资本主义商品经济曾经受到封建等级和行会的束缚,起而代之的是资本主义自由竞争以及与自由竞争相适应的社会制度和法律制度。合同自由的原则就为争得统治的资本主义国家的法律所确认。最为典型的就是 1804 年的《法国民法典》,在其“契约或合意之债的一般规定”中,明确规定“契约为一种合意”,并把“负担债务当事人的同意”列为“契约有效成立的必

^① 参见:[罗马]查士丁尼:《法学总论——法学阶梯》,商务印书馆 1989 年版,第 161 页。

要条件”之首位^①。这部法典作为“典型的资产阶级社会的法典”^②,对许多资本主义国家的民法及其合同法都起了示范作用。到19世纪中期,“大工业建立了由美洲的发现所准备好的世界市场。”“由于开拓了世界市场,使一切国家的生产和消费都成为世界性的了。”^③英国古代法制史学家梅恩在时就作过这样的论述:“我们今日的社会和以前历代社会之间所存在的主要不同之点,乃在于契约在社会中所占范围的大小。”^④事实确实如此,一个半世纪以来,世界市场得到空前的发展,达到了人类历史上最大的规模,在全球范围内的各种市场上的生产、交换、分配、流通各个环节,社会生活的各个方面,几乎都采取合同这种法律形式来实现交换和交流,因而它得到最广泛的应用。

二、合同的概念和分类

(一) 合同的概念

从学理上讲,合同有广狭两义。广义泛指以发生私法上效果为目的的协议(合意),如为债的发生,为物权的设定,为物权或其他权利的转让,为亲属关系的认定,为劳动关系的确立等。狭义仅指以债的发生为目的的协议^⑤。一般认为,合同是两人或多人之间为在相互间设定合法义务而达成具有法律强制力的协议^⑥。在

① 引自:《外国法制史资料选编》(下册),北京大学出版社1982年版,第602~603页。

② 引自:《马克思恩格斯选集》第四卷,人民出版社1972年版,第248页。

③ 引自:《马克思恩格斯选集》第一卷,人民出版社1972年版,第254页。

④ 引自:[英]梅因:《古代法》,商务印书馆1984年版,第172页。

⑤ 参见:《云五社会科学大辞典·法律学》,台湾商务印书馆股份有限公司1976年,第210页。

⑥ 参见:David M. Walker:《The Oxford Companion To Law》,Oxford University Press, New York, 1980年版,第284页,原文为:“A contract is an agreement between two or more persons intended to create a legal obligation between them and to be legally enforceable”。

资本主义国家主要的两大法律体系中,对合同所下的定义并不完全相同。在大陆法国家中,《德意志联邦共和国民法典》第三百零五条规定:“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。”^①该法典采用法律行为这一抽象概念,把合同归入法律行为的范畴内,作为法律行为的一种。而法律行为包含意思表示和其他合法行为。与此不同的是,《法国民法典》就没用法律行为这一抽象概念,该法典第一千一百零一条规定:“契约为一种合意,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。”^②这里使用“合意”这个比较具体的概念,说明只要当事人之间意思表示一致,合同就成立。而在英美法国家中,对合同所下的定义与大陆法国家的定义又有不同。以美国为例,在其《合同法重述》中认定:“合同是一个允诺(promise)或一系列的允诺,对于违反这种允诺,法律给予救济(remedy)”^③。由此可见,其中心是当事人所表示的允诺,履行允诺是一项法定义务,违约者使另一方受损,则法律就给予救济,使另一方得到补偿。两大法系中,把对合同的法律强制执行力,前者放在合意上,后者放在允诺上,学理解释虽有不同,但是实际上均把双方当事人的意思表示一致作为合同的决定性因素,两者并无实质性分歧。

我国 1999 年颁布的《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第二条对合同下了定义,即“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、终止民事权利义务关系的协

① 引自:上海社会科学院法学研究所译:《德意志联邦共和国民法典》,法律出版社 1984 年版,第 70 页。

② 引自:《外国法制史资料选编》(下册),第 602 页。

③ 参见:沈达明等:《国际商法》上册,对外贸易教育出版社 1985 年版,第 43 页。其中《合同法重述》(Restatement of contract)系美国法学会组织学者、法官和律师从大量判例中归纳总结合同法的基本原理和规则,第一版在 1932 年完成,第二版在 1979 年完成。它虽无法律效力,但为美国法官经常援引,作判案的指导。

议。”这个定义的内涵与特征是：

1. 合同主体法律地位平等。当事人在合同关系上是平等的，具有同样的享受权利和承担义务的资格，任何一方不得因财产状况、经营规模、企业性质、技术高低、文化程度等不同而以特殊主体面目出现，享有特权或不承担应尽义务。当事人在自主自愿基础上订立合同，任何一方不得强迫另一方接受自己的意见；任何单位和个人也不得对当事人的意志非法干预。这种合同主体平等关系是同建立于领导者之间以命令、服从为特征的行政关系的根本区别之所在。

《合同法》规定的平等主体为自然人、法人和其他组织。其中“自然人”，是个人在民事法律关系上的称谓，通常包括本国公民以及居住在本国的外国人与无国籍人。这里改变了传统的做法，不用公民的概念。因为现代意义上的公民是指具有一国国籍的人，这是公法上的概念，不是私法概念。使用自然人的概念，就扩大了合同主体的范围，包括本国公民与非本国公民（外国人和无国籍人）均在内。其中“法人”，是自然人的对称，指具有权利能力和行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织，包括企事业单位、机关、社会团体等。其中“其他组织”，是指依法成立、有一定的组织机构和财产，但又不具备法人资格的组织，包括：依法登记领取营业执照的私营独资企业、合伙组织、合伙型联营企业；依法登记领取我国营业执照的中外合作经营企业、外资企业；经民政部门核准登记领取社会团体登记证的社会团体；法人依法设立并领取营业执照的分支机构；中国人民银行、各专业银行、中国人民保险公司设在各地的分支机构；经核准登记领取营业执照的乡镇、街道、村办企业等^①。

^① 详见：最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》的通知（1992年7月14日法发〔1992〕22号）；《审判工作常用法律司法解释汇编》（1994年修订本），人民法院出版社1995年版，第615页。

2. 合同内容是当事人的民事权利义务关系。按照合同约定,在当事人之间产生特定的权利和义务关系,就是民事上债的关系。享有权利的人是债权人,负有义务的人是债务人。债权人有权要求债务人按照合同的约定履行义务,故债权为请求权的一种,属请求给付的私权^①。具有公权力的政府,依法维护社会经济秩序的管理行为,形成行政管理关系,不是民事关系,适用有关行政管理法律,不适用合同法。至于法人和其他组织内部的管理关系,适用有关公司、企业、社会团体等法律,也不适用合同法。

3. 合同是双方或多方的民事法律行为。虽然两个或两个以上民事主体的共同客体都是为设立、变更、终止相互间民事权利和民事义务,但由于各方当事人所处位置不同,利益各异,各方当事人以不同的权利义务相对立,彼此须有对应的合意,意思表示一致,合同才能成立。这是同单方面法律行为有区别的主要标志。而且,构成意思表示一致,首先,当事人须有主观上的一致,即一方的意思表示与他方的意思表示结合,都是有发生民事法律效果的内在意思。其次,须有客观上的一致,将内在意思表现于外部的行动,相互一致,具有同一的内容^②。

4. 依法成立的合同,对当事人具有法律约束力。这里表明,合同成立首先要符合法律规定,才会对当事人具有法律约束力,受到法律保护。对当事人具有法律约束力的含义是:首先,各当事人在合同中表示共同意志,法律从维护社会经济秩序出发给予确认并赋予其法律效力,从而使合同成为约束当事人行为的规则,对当事人之外的其他人就没有约束力。其次,当合同成立并生效后,各方当事人既享有权利,又必须依照合同全面履行义务,否则会受到法律制裁。再则,合同一经订立,非经他方同意,任何一方不得擅

① 参见:史尚宽:《债法总论》,1978年版,第1页。

② 参见:史尚宽:《债法总论》,1978年版,第8页。

自变更和解除。

值得注意的是,由于我国目前处于进一步改革开放的转轨时期,在立法指导思想上将合同视为贯彻执行国家计划经济的法律形式,转变到将其作为市场交易的法律形式,因此《合同法》对合同下定义时,限定其为民事合同,即关于民事权利义务关系的协议,把原来三部合同法所下定义统一起来,以适应市场经济活动的需要,但是还显露出过渡性,表现于:既注意了吸收市场经济发达国家的先进法理与立法经验,又在对合同下定义时,未采用传统的广义或狭义的概念,留待将来市场经济成熟了,在物权法和民法典出台后,对合同下定义就更完善了。

(二) 合同的分类

随着社会经济生活的发展,交易方式的日益多样化,合同作为商品交换的法律形式也出现多种多样的类型。根据一定的标准,对合同进行分类,在改进合同立法,明确订立和履行合同,妥善处理合同纠纷以及完善合同理论等方面都有积极意义。

从传统上讲,在大陆法和英美法两大法系中,大陆法系对合同的分类比较具体细致,对我国的影响也较大。该法系对合同的分类主要有:

1. 债权合同与物权合同。根据合同的目的为标准,虽然两者都以发生私法上的效果为目的,但有区别的是:前者以债权发生为目的,一般是合意生效的合同;后者以物权设立和转移为直接目的,一般是以登记或交付标的物而生效的合同。区分债权合同与物权合同的法律意义在于债权合同一般是合意生效的合同,物权合同一般是以登记或交付标的物而生效^①。

2. 双务合同与单务合同。根据合同所产生的权利义务关系,也就是当事人双方是否负有对价义务,由此分为双务合同与单务

^① 参见:刘瑞复:《合同法通论(第二版)》,群众出版社1999年版,第52~54页。

合同。前者是当事人双方相互享有权利,承担义务,而且互为对价(valuable consideration)^①。如买卖、承揽、运输、保管、租赁等合同。在这类合同中,一方享有的权利正是另一方所承担的义务,这是合同当事人主观上的报偿关系对等,客观上的价格是否相等则在所不问,这就是对价的含义所在。后者只有当事人一方承担义务,另一方却无对价义务。如赠与、无偿借用等合同。区分双务合同与单务合同的法律意义在于:其一,履行义务的顺序不同。在双务合同中,如果法律或者合同没有特别规定,双方应同时履行,否则,一方不履行其债务,另一方可拒绝自己债务的履行(同时履行的抗辩)。单务合同中不存在互为对价,故也不存在同时履行抗辩权。其二,因不可抗力而不能履行合同时的后果不同。一方因不可抗力不能履行合同时,无权请求对方履行合同;如果对方已经履行,应将所得返还给对方。单务合同就没有返还所得问题。其三,因当事人的过错而不能履行合同的后果不同。一方履行,另一方违约而不履行,一方可请求违约方履行合同,承担违约责任或者解除合同。单务合同不存在这种后果。

3. 诺成合同与要物合同。根据合同的成立是否交付标的物为标准,分为诺成合同与要物合同。前者是指仅依当事人意思表示一致而成立的合同,如买卖、租赁、承揽、委托等合同。后者是指除当事人意思表示一致之外,因物的交付或完成其他给付才成立的合同,故又称实践合同,如赠与,借款,货物运输,保管,抵押等合同。区分诺成合同与要物合同的法律意义在于:其一,确立合同是否成立和合同生效的时间不同。其二,当事人义务的确定不同。在诺成合同中物的交付或完成其他给付是当事人的义务,违反此

^① 据陈忠诚教授在其所著《法律用语辨正词典》(法律出版社 2000 年版,第 129 页)中考证,认为英文的 consideration 应译作约因,而对价在原则上必须有金钱价值,故英文为 valuable consideration。以往中文书中把 consideration 译作对价是一种误译。