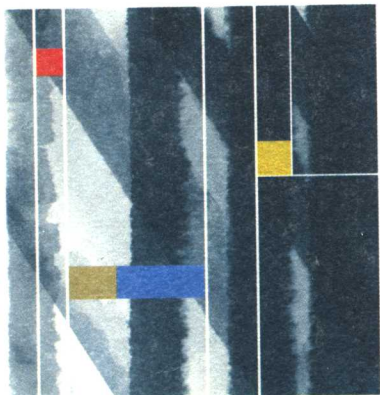


合同法总论

韩世远 著



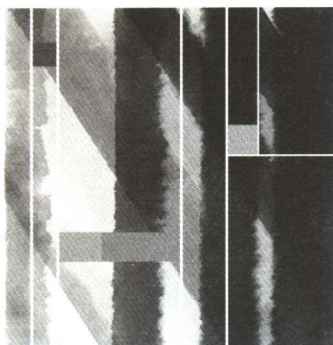
The Law of Contract



 法律出版社
LAW PRESS CHINA

合同法总论

韩世远 著



The Law of Contract



SAN89/08



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. —北京:法律出版社, 2004. 3

ISBN 7-5036-4756-6

I. 合… II. 韩… III. 合同法—研究 IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 009648 号

法律出版社·中国

责任编辑/王政君

装帧设计/于佳

出版/法律出版社

编辑/法学学术与综合出版社

总发行/中国法律图书公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/A5

印张/27.625 字数/730千

版本/2004年4月第1版

印次/2004年4月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939804

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术与综合出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939689

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.Chinalawbook.com

电子邮件/service@Chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-4756-6/D·4474

定价:39.00元

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作,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。

本书的写作情况已在“后记”中交代,不再多说。为了方便读者阅读,关于本书的特点还是略作几点交代:

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,惟少数地方涉及“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,也尽可能地将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、一些问题点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,作者个人也在不断的学习过程当中,书中的观点或有错误,或可商榷,欢迎学者先进不吝指正。

韩世远

2004年3月3日于清华大学法学院研究室

目 录

前言

第一章 合同与合同法概述

第一节 合同概述	1
第二节 合同法概述	16
第三节 合同的历史	25
第四节 合同的原则	33

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	53
第四节 有偿合同与无偿合同	57
第五节 诺成合同与要物合同	60
第六节 要式合同与不要式合同	62
第七节 一时的合同与继续性合同	65
第八节 主合同与从合同	70
第九节 预约与本约	71

2 合同法总论

第十节 束己合同与涉他合同	73
---------------	----

第三章 合同的订立

第一节 合同的订立与合同的成立	76
第二节 要约	82
第三节 承诺	108
第四节 依要约承诺以外的方式成立合同	115
第五节 合同的形式	126
第六节 合同成立的时间与地点	135
第七节 缔约上过失责任	138

第四章 合同的效力

第一节 合同的效力概述	168
第二节 有效合同	176
第三节 无效合同	188
第四节 可撤销的合同	205
第五节 效力未定的合同	235
第六节 合同无效或被撤销的法律后果	263

第五章 合同的履行

第一节 合同履行概述	266
第二节 履行的主体	270
第三节 合同的内容	277
第四节 履行的地点、期限和费用	294
第五节 涉他合同的履行	302
第六节 双务合同的履行抗辩权	319
第七节 履行的抵充	362

第六章 债权的保全

第一节 债权的保全概述	366
-------------	-----

第二节	债权人代位权	368
第三节	债权人撤销权	392
<hr/> 第七章 合同履行的障碍		
第一节	合同履行的障碍概述	420
第二节	不可抗力	423
第三节	情事变更	436
第四节	履行迟延	454
第五节	履行不能	472
第六节	拒绝履行	486
第七节	不完全履行	495
第八节	债权人迟延	506
<hr/> 第八章 合同的变更和转让		
第一节	合同的变更和转让概述	525
第二节	合同的变更	530
第三节	债权让与	537
第四节	债务承担	571
第五节	合同权利义务的概括移转	583
<hr/> 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	587
第二节	解除	589
第三节	抵销	633
第四节	提存	648
第五节	免除	668
第六节	混同	673
<hr/> 第十章 违约责任		
第一节	违约责任概述	676

4 合同法总论

第二节	违约责任的归责原则	687
第三节	第三人的行为或原因与债务人的责任	696
第四节	强制履行	701
第五节	赔偿损失	716
第六节	违约金	770

第十一章 合同解释

第一节	合同解释概述	789
第二节	狭义的合同解释	799
第三节	补充的合同解释	804
第四节	修正的合同解释	810

第十二章 合同法及其周边

第一节	合同法与侵权法的交错	813
第二节	合同法与消费者法的交错	839
主要文献		852
法条索引		860
事项索引		865
人名索引		872
后记		874

第一章 合同与合同法概述

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,^[1]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,^[2]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。^[3]

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

[2] 参见[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] 参见[日]内田贵:《契约的时代》,岩波书店2000年版,第2页。

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,也是可以有多种意义的,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〔4〕、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”,〔5〕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,仅指债权合同。〔6〕本书主要讨论民法上的债权合同。

***“合同”概念:两大法系的差异与趋同** 大陆法系与英美法系的合同概念并不相同,在大陆法系传统学理上,合同被认为是一种“合意”或者“协议”。比如《法国民法典》第1101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

〔4〕对于“行政合同”的甄别,可参阅崔建远:《行政合同之我见》,载《河南省政法干部管理学院学报》2004年第1期。

〔5〕参见梁慧星:《论我国民法合同概念》,载《中国法学》1992年第1期。

〔6〕参见史尚宽:《债法总论》,台湾地区自版1990年7刷,第7页;〔日〕松板佐一:《民法提要·债权各论》(第5版),有斐阁1993年版,第5页。

负担给付、作为或不作为的债务。”在英美法中，一般认为合同是一种“允诺”(a promise)。美国《合同法重述》(第2版)第1条规定：“合同是一种允诺或一组允诺，对于该允诺的违反，将由法律给予救济；履行该允诺，被法律以某种方式确认为一种义务。”

在英美法上，合同即 contract，其语义已如上述；另外，还有 agreement(合意)的用语，指相互的同意(mutual assent)，尽管有时被作为 contract 的同义词，但二者仍有差异，比如 gentlemen's agreement(绅士协定)，便不具有法律上的拘束力(不作为 contract)，但仍不妨作为一种 agreement；另外，在盖章合同场合，视为 contract 成立，但此时不存在 agreement 的情形亦非没有。

在法国法上，合同的用语为 *contrat* 或 *convention*，虽然这两个词语有时被作为同义词使用，在对二者作具体的区分来使用的时候，*contrat* 只是 *convention* 的一种，*convention* 是以债权债务的发生、变更、消灭为目的的二人以上意思的合致，*contrat* 只是其中以债权债务的发生为目的的 *convention* 而已。^{〔7〕}

以上英美法上的 *contract* 与法国法上的 *contrat* 或 *convention* 都是限定在债权合同领域中使用的，与此不同，在德国法上，合同(*Vertrag*)一语不独私法上使用，在国际法上以及公法上也使用；即使是在私法上，也不仅限于债权合同，还有物权合同、身份合同等，它可以用来指一切意思的合致。在德国，自18世纪以来，不独法学，也包括其他的学科，盛行体系化，对概念极尽抽象之能事；18世纪末到19世纪初，德国的潘德克顿模式确立下来，同时确立了抽象的法律行为概念，形成了广义的合同概念。当时主张广义合同概念最力者为萨维尼(Friedrich Karl v. Savigny 1779—1861)，其提出的广义合同概念被后来的学者所沿袭，并为德国民法典所采纳，“合同的成立”便是规定在

〔7〕 参见〔日〕来栖三郎：《契约法》，有斐阁1974年版，第2页。

了总则编,在债务关系法、物权法、亲属法和继承法的领域均可适用。^[8]

英美法中允诺说的形成是有其特定的历史传统的,不过,将合同视为一组允诺,这种观念实际上已经向强调双方债务间的牵连性方面转化了。尤其值得注意的是,近年来英美法系也不断有人将协议说运用到合同的定义中去,使得英美法与大陆法在合同的概念问题上正在不断接近,比如英国合同法学者特雷特爾在其《合同法》一书开篇即写道:“合同是发生可由法律予以执行或者承认的债务的合意。区别合同之债与其他法定之债的要素在于,合同之债是以合同当事人的合意为基础的。”^[9]美国的《布莱克法律词典》(第六版)在解释“合同”时,即谓:“发生做或不做特定事情之债务的双方或多方当事人之间的合意(an agreement)”。

我国民事法律及理论继受了大陆法系的合同概念,《民法通则》第85条中的“协议”实与“合意”同义,已如上述。惟该规定究竟是采狭义的概念抑或广义的概念,见解不一。一种解释认为,仅依该条文义尚难判定,但联系《民法通则》第84条第1款前段“债是按照合同的约定或者依照法律的规定,在当事人之间产生的特定的权利和义务关系”,可知第85条也应解释为狭义概念,其中“民事关系”一语,应作限制解释,解为债权债务关系。^[10]另外一种解释则认为,第85条规定的合同概念是民事合同,即确立、变更、终止民事权利义务关系的合同,并不限于债权合同。^[11]

[8] 参见[日]来栖三郎:《契约法》,第2—4页。

[9] G. H. Treitel, *The Law of Contract* 1 (10th ed. 1999).

[10] 参见梁慧星:《论我国民法合同概念》,载《中国法学》1992年第1期。

[11] 参见王利明、崔建远:《合同法新论·总则》(修订版),中国政法大学出版社2000年版,第4、5页。王利明:《合同法研究》(第1卷),中国人民大学出版社2002年版,第9页以下。

《中华人民共和国合同法》(以下简称“《合同法》”)第2条规定:“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、终止民事权利义务关系的协议。”“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议,适用其他法律的规定。”该法所称合同,究竟指广义的合同抑或狭义的合同,应先予究明。在当初由学者起草的合同法建议草案中,第2条规定:“合同是当事人之间设立、变更、终止债权债务关系的协议。”显然采狭义的合同概念。《合同法》将“债权债务关系”替换为“民事权利义务关系”,由此便带来了困扰,为何替换呢?原来,在起草过程中,有的委员、部门和专家提出,鉴于对债权债务关系一词容易产生不同理解,对《合同法》调整范围的表述还是用“民事权利义务关系”为好。为此,本条将“债权债务关系”修改为“民事权利义务关系”。^[12]

当然,单纯从字面理解,《合同法》第2条所规定的“民事权利义务关系”与“债权债务关系”语义不同,对“民事权利义务关系”也不应当作限缩解释使之与“债权债务关系”同义,^[13]《合同法》最终没有采纳狭义的合同概念,而是采纳了广义的合同概念,可以说,除债权合同外,还可包括物权合同及其他合同。^[14]只有如此,第2条第2款所作的限制才有意义,明确将身份合同排除在《合同法》的规范范

[12] 参见胡康生主编:《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社1999年版,第3页。

[13] 亦有见解认为《合同法》中所称的合同是狭义上的合同概念,主要指债权合同。参见江平主编:《中华人民共和国合同法精解》,中国政法大学出版社1999年版,第3页。

[14] 在我国,物权行为或物权合同是敏感概念,其实正如日本民法学者我妻荣先生(1897—1973)指出过的,所谓物权行为的独立性,意指通常必须存在仅以物权的变动为目的的法律行为,才能发生物权的变动,因而,即使不承认这种独立性,并非是要否定仅以物权的变动为目的的法律行为的存在。参见[日]我妻荣著、有泉亨补订:《新订物权法》,岩波书店1983年版,第58页。值得注意的是,我国反对物权行为理论的学者所具体反对的是物权行为的无因性理论,认可物权行为概念本身甚至其独立性。参见梁慧星主编:《中国物权法研究》(上,陈华彬执笔),法律出版社1998年版,第188页。在解释上认为《合同法》第2条包括物权合同在内的见解,还可参见郭明瑞、房绍坤:《新合同法原理》,中国人民大学出版社2000年版,第7页。

围之外。此处所谓广义的合同概念,具体地说,除债权债务合同外,尚应包括抵押合同、质押合同、国有土地使用权出让合同,^[15]等等。^[16]同时也应当注意到,《合同法》的整个起草过程实际上都是以债权债务合同为预想的模式,由此决定了《合同法》在骨骼和肌肉上是“债权债务合同法”,尽管第2条最终改用“民事权利义务关系”一语,这只不过是给合同穿上了一件宽松的外套而已。即使不作这种改动,债权债务合同以外的其他民事合同,依然可以准用或类推适用《合同法》的相关规定。从这个角度看,上述合同语义范围的争论,仅具学理意义,就实务而言并没有太大意义。本书以下讨论主要限于债权债务合同。

(二) 合同的法律性质

1. 合同是一种民事法律行为

合同以意思表示为要素,并且按意思表示的内容赋予法律效果,故为民事法律行为,因而与事实行为不同。

2. 合同是两方或多方当事人意思表示一致的民事法律行为

合同的成立必须有双方或多方当事人,他们相互为意思表示,并且意思表示一致(合意)。这是合同区别于单方法律行为的主要标志。

*** 遗赠与赠与合同** 法律行为通常可以区分为单方法律行为、双方法律行为与多方法律行为。在立遗嘱赠与财产场合,仅依遗嘱人单方的意思表示即可成立法律行为;而赠与合同则是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人,受赠人表示接受赠与的

[15] 我国有的学者认为它们属于物权行为或者物权契约,其中,第三人提供的抵押及国有土地使用权出让合同在实践中属于与债没有关系的纯粹的物权行为。参见孙宪忠:《论物权法》,法律出版社2001年版,第437页。另有见解认为,抵押合同与质押合同均属于债权债务行为。参见梁慧星主编:《中国物权法研究》(下,邹海林执笔),第822、944页。

[16] 参见王利明、崔建远:《合同法新论·总则》(修订版),第6、7页,然其中所列合同是否均非债权债务合同,似不无推敲的余地。另外,参见郑成思:《融合合同还是交叉——〈合同法〉与知识产权法的相互影响》,载《国际贸易》1999年第9期;郑成思:《从直接走向间接——对现代合同制度再认识的三次升级》,载《国际贸易》1999年第5期。

合同(《合同法》第 185 条)。通常所谓赠与,多系指赠与合同而言,其特点在于,作为一种法律行为,它是由两项意思表示的一致而成立的,又合同是一种双方(或多方)法律行为,依双方(或多方)合意而成立,至于是否使双方均负担义务,则属另一问题。在赠与合同场合,仅赠与人单方面负担义务,故称单务合同。

3. 合同是以设立、变更、终止民事权利义务关系为目的的民事法律行为(参照图 1.1.1)

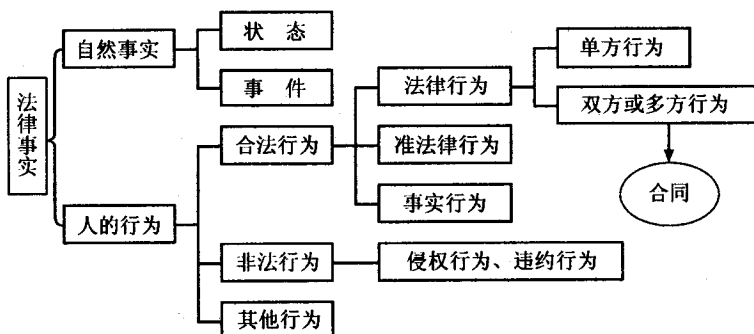


图 1.1.1

作为一种民事法律行为,合同的目的在于设立、变更或终止民事权利义务关系(《民法通则》第 85 条、《合同法》第 2 条第 1 款)。此所谓“设立”民事权利义务关系,指依有效成立的合同的效力,在当事人之间产生民事权利义务关系;所谓“变更”民事权利义务关系,指依有效成立的合同的效力,使当事人之间的民事权利义务关系发生变化,形成新的民事权利义务关系;^[17] 所谓“终止”民事权利义务关系,指依有效成立的合同的效力,使当事人之间既有的民事权利义务关系归于消灭。^[18]

[17] 比如合同的协议变更(《合同法》第 77 条第 1 款)。

[18] 比如合同的协议解除(《合同法》第 93 条第 1 款)、合意抵销(《合同法》第 100 条)。

基于合同产生的民事权利义务关系,或者说债权债务关系,是基于约定产生的债之关系,与基于无因管理、不当得利、侵权行为等所发生的债之关系不同,后者是基于法律的直接规定而产生的债之关系,称为法定债之关系。

(三)“合同”与“合意”

1. “合同=合意”公式

依前述界定,合同是一种双方或多方的意思表示一致的法律行为,其内核在于“合意”。然而,这只是一个粗略的界定,并没有非常准确全面地提示合同的内涵,如果由此得出“合同=合意”的公式,则大有误入歧途的可能。因而,有必要对这两个概念作进一步的辨析。

2. 是否所有的合同或其内容都经由合意

“合同=合意”公式的形成,可以说是“意思理论”的产物,并构成其理论的一个基本出发点。然而,这个公式的正确性却是值得怀疑的,这反映在以下几个方面。

(1)“事实合同关系”论的挑战

1941年德国学者豪普特(Günter Haupt)就任莱比锡大学教授职务,发表了一篇题为《论事实上之合同关系》的专题演说,提出一项新的理论,即在若干情形,合同关系可根据事实过程而成立,而当事人的意思如何,可不必过问。此种因事实过程而成立的合同,被他称为“事实上的合同关系”,并认为其实质并非类似合同的法律关系,而确实具有合同内容的实质,与传统合同观念不同的,只是它的成立方式,故关于其内容,合同法的规定有全部适用的余地。^[19]基于事实过程即可认有合同关系的成立,即使当事人有相反的意思,这对于个人主义的“意思理论”无疑是一个重大的挑战。

[19] 参见王泽鉴:《事实上之契约关系》,载其著《民法学说与判例研究》第1册,台湾地区自版1991年第12版,第93页以下;另可参见刘得宽:《民法诸问题与新展望》,中国政法大学出版社2002年版,第474页以下。