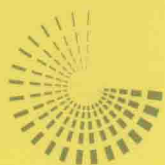


人民日报学术文库

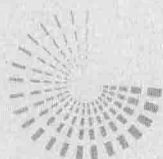


王 垚◎著

现代合同法研究 新视角

XianDai HeTongFa YanJiu XinShiJiao

人民日报出版社



王 垚◎著

现代合同法研究 新视角



人民日报出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

现代合同法研究新视角 / 王垚著. —北京: 人民日报出版社, 2015. 3

ISBN 978-7-5115-3114-8

I. ①现… II. ①王… III. ①合同法—研究—中国
IV. ①D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 055405 号

书 名: 现代合同法研究新视角

著 者: 王 垚

出 版 人: 董 伟

责任编辑: 谢广灼

封面设计: 中联学林

出版发行: 人民日报出版社

社 址: 北京金台西路 2 号

邮政编码: 100733

发行热线: (010) 65369527 65369509 65369510

邮购热线: (010) 65369530 65363527

编辑热线: (010) 65369533

网 址: [www. peopledaily. press. com](http://www.peopledaily.press.com)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京天正元印务有限公司

开 本: 710mm × 1000mm 1/16

字 数: 323 千字

印 张: 18

印 次: 2015 年 7 月第 1 版 2015 年 7 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978-7-5115-3114-8

定 价: 54.00 元

目 录

CONTENTS

第一编 合同法基础概念与相关问题研究	1
第一章 合同及合同法导论	3
第一节 合同概述	3
第二节 合同法概述	8
第三节 合同法中自由原则的国内外立法现状研究	10
第二章 合同的成立导论	22
第一节 合同成立的概念与条件	23
第二节 合同订立与合同成立的时间、地点	24
第三节 承诺与要约的概念	25
第四节 合同的内容与形式	32
第五节 合同的缔约过失责任	36
第六节 缔约过失责任效力范围内的具体情形分析	41
第七节 对我国缔约过失责任制度发展和立法完善的思考研究	43
第三章 合同的效力导论	50
第一节 合同的生效	50
第二节 无效合同	52
第三节 可变更撤销合同	54
第四节 效力待定合同	61
第五节 合同无效或被撤销的后果	62
第六节 合同效力范围研究	64
第四章 合同的履行导论	81

第一节	合同履行概述	81
第二节	合同履行障碍范围的界定与选择	83
第三节	合同履行障碍的救济	88
第五章	合同权利义务的终止导论	96
第一节	合同权利义务终止概述	97
第二节	合同解除概述	97
第三节	合同解除的行使权分析	106
第四节	合同解除与相关概念辨析	112
第六章	合同的违约责任导论	116
第一节	违约责任概述	118
第二节	违约责任的归责原则	121
第三节	违约责任的形态及其责任	122
第四节	违约责任中违约金责任与其他违约责任方式并用的研究	124
第五节	违约责任中违约金责任的国家政策干预	128
第六节	违约责任中效率违约的价值分析	132
第七节	违约责任的替代及效率违约的适用分析	135
第八节	预期违约的概念及法律价值分析	141
第九节	不安抗辩权与预期违约的比较研究	150
第二编	实务合同详解	155
第七章	买卖合同	157
第一节	买卖合同概述	157
第二节	买卖合同的主要内容	159
第三节	买卖合同的标的物	165
第四节	特种买卖合同	166
第八章	供用合同	173
第一节	供用合同概述	173
第二节	供用合同的主要内容	174
第九章	赠与合同	176
第一节	赠与合同概述	176
第二节	赠与合同的主要内容	179
第三节	赠与合同的效力	184
第四节	赠与合同的撤销	186

第十章	借款合同	189
第一节	借款合同概述	189
第二节	借款合同的主要内容	190
第三节	特殊借款合同	193
第十一章	租赁合同	197
第一节	租赁合同概述	197
第二节	租赁合同的主要内容	198
第十二章	融资租赁合同	204
第一节	融资租赁合同概述	204
第二节	融资租赁合同当事人的权利和义务	206
第三节	融资租赁合同的终止	211
第十三章	承揽合同	213
第一节	承揽合同概述	213
第二节	承揽合同的主要内容	214
第十四章	保管合同	220
第一节	保管合同概述	220
第二节	保管合同当事人的权利和义务	222
第十五章	仓储合同	226
第一节	仓储合同概述	226
第二节	仓储合同保管人和存货人的义务	228
第十六章	建设工程合同	232
第一节	建设工程合同概述	232
第二节	建设工程合同的主要内容	233
第三节	建设工程合同的效力	236
第十七章	委托合同	240
第一节	委托合同概述	240
第二节	委托合同当事人的权利和义务	242
第十八章	运输合同	246
第一节	运输合同概述	246
第二节	客运合同	247
第三节	货运合同	249
第四节	运输合同的法律适用及其诉讼时效	251
第十九章	行纪合同	254

第一节	行纪合同概述	254
第二节	行纪合同当事人的权利和义务	256
第二十章	技术合同	260
第一节	技术合同概述	260
第二节	技术合同的一般条款	263
第三节	技术开发合同	264
第四节	技术转让合同	268
第五节	技术咨询合同	271
第六节	技术服务合同	272
第二十一章	居间合同	274
第一节	居间合同概述	274
第二节	居间合同当事人的权利和义务	275

01

第一编

合同法基础概念与
相关问题研究

第一章

合同及合同法导论

第一节 合同概述

一、合同的概念

合同是指民事主体设立、变更、消灭民事权利义务关系的协议。这一概念具有以下含义：

- (1) 合同是一种双方或多方当事人的民事法律行为。
- (2) 合同当事人的法律地位平等。
- (3) 合同订立的目的是设立、变更、消灭特定的民事法律关系。
- (4) 合同是合同当事人经过协商后达成一致意见的民事法律行为。
- (5) 合同生效后在当事人之间设立、变更、消灭特定的民事法律关系。

二、合同的特征

依法成立生效的合同具有如下法律特征：

- (1) 合同是平等主体间所实施的民事法律行为。

合同主体地位的平等，是合同的本质特征。

- (2) 合同以发生一定民事后果为目的。

合同的目的在于设立、变更、消灭特定的民事权利义务关系。

- (3) 合同是当事人间的合意。

合同的成立必须具备下列条件：

合同的当事人须为两人或两人以上。

合同当事人互为意思表示。

合同当事人意思表示须一致。

(4)合同对当事人具有拘束力。

依法成立的合同,对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务,不得擅自变更或者解除合同。

三、合同的分类

为了将形式多样的合同类型化,以便于合同立法的科学性、规范化,便于法院和仲裁机关确定合同的法律适用,也便于当事人准确地订立和履行合同,我们根据不同的标准,可以将合同分为不同的种类:

(一)双务合同与单务合同

根据合同当事人是否互负对待给付义务,将合同分为双务合同和单务合同。

双务合同是指双方当事人互负对待给付义务的合同,即一方当事人所享有的权利为另一方当事人所承担的义务,如买卖合同、互易合同、租赁合同等。双务合同的特点在于当事人具有履行义务的责任和要求他方履行义务的权利,双方的关系具有相互依赖性。

单务合同是指仅一方当事人享有权利而不承担义务,而另一方当事人只负担义务而不享有权利,如赠与合同、无偿保管合同等。如果双方当事人虽然互负给付义务,但是该义务并不具有相互对待的性质,即一方当事人承担合同的主要义务,另一方则只需承担附属义务,双方的义务没有对待关系,这也属于单务合同。如在附负担赠与合同中,受赠人所负担的义务与赠与人的义务并不具有对待的性质,一方的义务并非另一方的权利。

区分双务合同和单务合同的意义在于:首先,在合同履行过程中,只有双务合同才存在履行抗辩权,单务合同没有抗辩权存在的基础。其次,在风险负担上,如果双务合同一方当事人因为免责事由导致其不能履行合同义务的,则可以免除其合同债务,但也无权要求对方当事人做出履行;如果对方已经履行的,则应当恢复原状。而在单务合同中,如果当事人一方因免责事由导致其不能履行义务,则不会发生风险负担问题。最后,在履行合同的后果上,双务合同守约方可以要求违约方承担违约责任;如果守约方依法要求解除合同的,则违约方应当将从对方取得的财产返还给守约方。如果单务合同中负担义务一方当事人违约时,则无权要求违约方对待履行或返还财产。

(二)有偿合同与无偿合同

根据当事人取得权利是否付出相应对价,将合同分为有偿合同和无偿合同。

有偿合同是指当事人基于支付相应对价而取得利益的合同,即一方当事人要

获得利益必须向对方当事人支付相应的对价;或支付对价的一方当事人必须从对方当事人处获得利益。在实践中,绝大多数合同均为有偿合同,如买卖合同、租赁合同等。有偿合同应当适用等价交换原则,但“等价”并不要求一方取得的利益与对方支付的代价在经济上、价值上完全相等,只要求双方取得的利益达到公平合理的程度,避免显失公平的后果。

无偿合同是指一方当事人取得利益但并不支付任何对价。在无偿合同中,一方当事人虽然不向对方当事人支付任何报酬,但并非不承担任何义务。如借用人无偿借用他人物品还负有正当使用和返还的义务。

区分有偿合同与无偿合同的意义在于:首先,在确定合同的性质上,有的合同只能是有偿的或无偿的,如果将有偿变为无偿或将无偿变为有偿,则合同的性质将发生根本的变化。如买卖合同是有偿的,如果将其变为无偿合同,则买卖合同就变成了赠与合同;相反,借用合同是无偿合同,如果将其变为有偿合同,则借用合同就变成了租赁合同。还有的合同既可以是有偿的也可以是无偿的,它的性质取决于法律的规定或当事人的约定,如委托合同、保管合同等。其次,在注意义务的要求上,合同义务常常受到当事人之间利益关系的影响。在有偿合同中,法律要求当事人需要承担较高的注意义务。相比之下,法律对无偿合同当事人的注意义务要求较低。如无偿保管合同中,保管人因过失造成保管物毁损或灭失时,虽不能被免除全部责任,但应酌情减轻责任;而有偿保管合同的保管人因收取了寄托人支付的保管费,如果因过失造成保管物毁损或灭失时,应负全部赔偿责任。最后,在主体要求上,订立有偿合同的当事人原则上应具备完全行为能力;而限制行为能力人非经其法定代表人同意,不能订立一些较为重大的有偿合同;但对于一些能获得法律上利益的无偿合同,如接受赠与等,限制或无行为能力人即使未取得其法定代表人的同意也可以订立。

(三) 诺成合同与实践合同

根据合同成立是否以标的物交付为要件,将合同分为诺成合同和实践合同。

诺成合同是指只要双方当事人意思表示一致即可成立的合同。诺成合同是合同的典型形态。如买卖合同、租赁合同、承揽合同、委托合同等属于诺成合同。

实践合同则指除经双方当事人意思表示一致之外,还需要交付标的物合同才告成立。保管合同一般为实践合同,但在《合同法》第367条中规定:“保管合同自保管物交付时成立,但当事人另有约定的除外。”因此,当事人可以约定将保管合同变更为诺成合同。

区分诺成合同与实践合同的意义在于:一是,在成立的时间上,诺成合同自双方当事人意思表示一致合同即可成立;而实践合同不仅需要双方当事人意思表示

一致,还需要当事人交付标的物合同才告成立。二是,在对当事人义务的规定上,诺成合同当事人交付标的物是履行合同义务的行为,如不履行或不适当履行,则须承担违约责任;而在实践合同中,当事人交付标的物是合同的生效要件,是先合同义务,如未履行,则须承担先契约义务。

(四)要式合同与不要式合同

根据合同是否应以一定形式为要件,将合同分为要式合同和不要式合同。

要式合同是指法律规定或当事人之间约定应当采取一定形式才能生效的合同。《合同法》第10条第2款规定:“法律、行政法规规定采用书面形式的,应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的,应当采用书面形式。”

不要式合同是指法律对合同形式未做要求而由当事人任意选择的合同。《合同法》第10条第1款规定:“当事人订立合同,有书面形式、口头形式和其他形式。”当事人可以根据合同的自由原则,自行约定合同的形式,而不受法律规定的限制。

我国民法理论和司法实践曾将合同形式理解为合同成立或生效要件,认为要式合同不符合法定形式时,可以导致合同无效或撤销。我国《合同法》采纳了合同形式不是合同成立的生效要件的意见,即使不符合法定形式亦并不导致合同不成立或无效的意见。但是,当事人将合同的形式特别规定为成立或生效要件的,则按照当事人的约定认定合同的效力。

(五)主合同与从合同

根据合同相互间的主从关系,将合同分为主合同与从合同。

主合同是指不依赖其他合同即可独立存在的合同。而从合同又称为附属合同,是指以其他合同的存在为前提的合同。如借款合同是主合同,为借款合同所设定的抵押、质押合同则是从合同。

区分主合同与从合同的意义在于:从合同的附属性,即从合同必须以主合同的存在并有效为前提,如果主合同不成立,从合同也不能有效存在;主合同转让,从合同也不能与主合同分开而单独存在;主合同被宣告无效或撤销,从合同也将失去效力;主合同终止,从合同也随之终止。

(六)有名合同、无名合同、混合合同

根据合同的名称是否为法律所规定,将合同分为有名合同、无名合同、混合合同。

有名合同又称典型合同,指法律已经确定了特定的名称和规则的合同。我国《合同法》分则部分规定的15种基本合同类型都属于有名合同。但《合同法》仅规范了合同的内容,并不能代替当事人订立合同。

无名合同又称非典型合同,指法律没有确定一定的名称和相应的具体规则,合同。无名合同只是法律没有确定名称,并不代表其没有名称。根据《合同法》第8条第2款规定:“依法成立的合同,受法律保护。”只要无名合同不违反法律、社会公共利益,仍然具有法律效力。如旅游合同、劳务交换合同等就属于无名合同。

混合合同是指内容包括两个以上独立的有名合同事项或有名合同与无名合同事项混杂在一个合同中的合同。如旅馆住宿合同就同时包括物品的租赁合同与雇佣服务合同两种协议。

区分有名合同、无名合同、混合合同的意义在于:不同的合同适用的法律规则不同。对于有名合同,可以直接适用法律规定;无名合同则适用于合同法总则规定以及与该合同相似的有名合同的法律规定;对于混合合同来说,情况更为复杂,由于包含了两个以上独立的合同,因此不可以单独适用某一类合同的法律,而应当根据合同的具体情况综合考虑法律及其原则的适用。

(七) 本约(本合同)和预约(预备合同)

根据订立合同是否有事先约定的关系,将合同分为本约和预约。

预约是指双方当事人约定将来订立一定合同的合同。而将来应当订立的合同则为本约。如甲公司与乙酒店预先约定,如果甲公司有客户来本地就入住乙酒店,该约定则属于预约,而甲公司客户正式入住乙酒店的协议就是本约。

区分本约和预约的意义在于:两者的订约目的和法律效力不同。预约合同的目的在于当事人应当按照约定订立本合同,而不发生当事人之间实体上的权利义务关系;而本约的效力在于确定当事人之间实体上的权利义务关系。

(八) 确定合同与射幸合同

根据合同的法律效果在订立合同时是否确定,将合同分为确定合同与射幸合同。

确定合同是指合同的法律效果在订立合同时已经确定的合同。在实践中,大多数合同都是确定合同。射幸合同是指合同的法律效果在订立合同时尚未确定的合同。射幸合同在我国《合同法》中并未明确规定,但是在《保险法》等法律规定的合同中就有射幸合同。如保险合同、购买彩票的合同等都属于射幸合同。

区别确定合同和射幸合同的意义在于:确定合同一般要求等价有偿,若不等价则可能被撤销乃至无效。射幸合同一般不能从等价与否的角度来衡量合同是否公平。

第二节 合同法概述

一、合同法的概念和特征

根据我国《合同法》的规定,合同法是调整平等主体之间设立、变更、终止财产权利义务的合同关系的法律规范的总称。这一概念包括以下三层含义:一是合同法只调整平等主体之间的关系;二是合同法所调整的关系限于平等主体之间的合同关系;三是合同法所调整的合同关系为财产性的合同关系,不包括人身性质的合同关系。据此,合同法主要具有以下特征:

(一)任意性

市场经济的本质就是自由和竞争的经济,这就要求市场主体在交易中能够独立自主,并能充分表达其意志,法律应为市场主体的交易活动留下广阔的活动空间,政府对经济活动的干预应限制在合理的范围内。合同法以调整市场交易关系为其主要内容,就需要充分尊重当事人的意思自治,因此,合同法以任意性规范为主,允许当事人通过协商确定合同的内容。只要当事人的约定不违背法律的禁止性规定和公序良俗原则,法律都承认其效力。基于此,合同法为任意法,具有任意性。

(二)财产性

合同法仅调整财产关系,而不调整人身关系。虽然当事人可以通过协议设立、变更、终止人身权利义务关系,但是这并不属于合同法调整,而是由民法中的其他法律规范调整,如关于收养的权利义务关系,由《收养法》调整。因此,合同法仅仅属于财产法,具有财产性。

(三)交易性

交易是独立的、平等的市场主体就其所有的财产或利益进行的交换,其法律形式就是合同。合同的一般规制就是规范交易过程并维护交易秩序的基本规制,而合同制度也是保护正常交换的具体准则。从这个意义上说,合同法是交易法,具有交易性。

二、合同法的渊源

合同法的渊源是指合同法律规范借以表现和存在的法律形式。我国合同法的渊源主要有以下几方面:

(一) 制定法

制定法是具有立法权的国家机关制定的法律,主要包括以下法律法规:

1. 宪法

宪法是由全国人民代表大会制定的具有最高法律效力的根本法,不仅规定了我国的经济制度和民事立法准则,而且直接规定了公民的基本权利和义务,以及民事权利义务关系的重要原则。在宪法中,与合同相关的内容则成了合同法的渊源。

2. 民事法律

民事法律是由全国人民代表大会及其常委会制定和颁布的民事立法文件,是我国民法的主要表现形式。其中,《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)是我国基本的民事法律,其效力仅次于宪法。而民法是合同法的母法,是普通法与特别法的关系,因此,《民法通则》是合同法的重要渊源。

3. 《合同法》

《合同法》是专门规范合同法律关系的立法,是我国合同法的最主要渊源。

4. 其他民事单行法

在我国有许多民事单行法与合同相关的法律规则,构成了特定合同类型的法律渊源,如《保险法》关于保险合同的规定。

5. 行政法规

国务院依照宪法和组织法有权发布决定和命令,其中具有规范性内容的,也是法律渊源。因此,行政法规中关于合同的规范也成了合同法的渊源。

6. 行政规章和地方性法规

国务院各部(委)和地方人民政府为贯彻法律、法规所制定的规范性文件,统称为规章。规章虽一般不能直接作为法院判案的依据,但在法律、法规没有具体规定时,可作为处理纠纷的重要参照规范。因此,规章中有关合同的规范亦属于合同法的渊源。

(二) 司法解释

最高人民法院本不具有立法权,但针对立法的不完备,出台了大量的司法解释文件,这些解释已远远不是被当作普通司法解释看待,而是具有法律渊源的地位,在实践中被作为法律渊源援用。其中有关合同法的《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《意见》)、《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》(以下简称《合同法解释(一)》)、《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(以下简称《合同法解释(二)》)等都是合同法的渊源。

(三) 民事习惯

习惯是一定范围、一定地域的人们长期形成的为多数人认可并遵从的行为规则。在我国《合同法》第 61 条中规定:“合同生效后,当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的,可以协议补充;不能达成补充协议的,按照合同有关条款或者交易习惯确定。”从中可以看出,合同法将交易习惯确定为填补合同漏洞的标准。

(四) 国际条约和国际惯例

国际条约是两个或两个以上的国家就政治、经济、贸易、军事、法律、文化等方面的问题确定其相互间权利义务关系的协议。《民法通则》第 142 条第 1 款规定:“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的,适用国际条约的规定,但中华人民共和国声明保留的条款除外。”可以看出,在处理涉外民事关系中,我国参加的国际条约优先于国内法使用,但如果该条约我国做出了保留的声明,则保留的条款不得适用。在我国缔结的国际条约中,与合同关系最密切的国际公约是《联合国国际货物销售合同公约》(以下简称《公约》)。

国际惯例是指国际法上被接受为法律的通常做法。《民法通则》第 142 条第 2 款规定:“中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例。与国际条约不同的,国际惯例的效力低于国内法,只能在不违背我国法律规定的前提下才能适用。”

第三节 合同法中自由原则的国内外立法现状研究

一、合同自由原则的内涵

契约自由在西方被认为是最能体现市场经济运行规律的法律原则之一,是私法自治思想的核心反映。它与私有财产神圣不可侵犯、过错责任原则共同构成近代西方国家私法的三大基本原则。《合同法》第 4 条规定:“当事人依法享有自愿订立合同的权利,任何单位和个人不得非法干预。”这就确立了合同自由原则。一般认为,契约自由原则的内涵包括下列方面:

(一) 订立合同自由

在商品社会中,人人具有订立合同的自由。合同主体不再是身份确定的少数人的特权,而是人人不可剥夺的天赋人权。身份不仅不能成为限制人们的合同主