

合同法新论·总则

王利明 崔建远 著
中国政法大学出版社

413850

合同法新论·总则

王利明 崔建远 著



00413850

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

合同法新论·总则/王利明,崔建远著
—北京:中国政法大学出版社,1996.11
ISBN 7-5620-1513-9

I.合… II.①王… ②.崔… III.合同法—概论 IV.D91
2.29

中国版本图书馆 CIP 数据核字(96)第 18493 号

责任编辑	丁小宣
装帧设计	何欣
出版发行	中国政法大学出版社
承印	北京市巨山印刷厂

850×1168毫米 32开本 26.25印张 680千字
1996年12月第1版 1998年3月第2次印刷
印数:8,001—14,000册 定价:36.00元

社址:北京市海淀区西土城路25号
邮编:100088 电话:62015577-2803或2463

版权所有 侵权必究

本书法律顾问:北京市地平线律师事务所律师 夏卫民 吴允

导 言

本书旨在探讨合同法总则问题。合同法作为调整平等民事主体之间的交易关系的法律，主要规范合同的订立、合同的有效或无效及合同的履行、变更和解除、保全、违反合同的责任等问题。^{〔1〕}在我国，合同法并不是一个独立的法律部门，而只是我国民法的重要组成部分。

讨论合同法，首先需要回答的问题是合同法与债法的关系。按照大陆法的民法体系，合同法是债法的组成部分。所谓债法，是指调整特定当事人之间请求为特定行为的财产关系的法律规范的总称。^{〔2〕}债的概念始于罗马法。罗马法将债分为契约之债和不法行为之债（*ex delicto*），从而形成了一套较为完备的债法制度。现代大陆法国家基本上采纳了罗马法的债的概念和分类方法，将合同、侵权行为、不当得利和无因管理等作为债的发生原因；有关合同、侵权行为、不当得利、无因管理的法律规范统称为债法或债权法、债务关系法。根据这一体系，合同法是债法的组成部分，而不是与债法相分离、与物权法等法律相对应的法律部门。在英美法中，并无债法的概念，合同法和侵权法都是独立的法律。当然，这并不意味着英美法中不存在着实际意义的债法，英美法中的合同法、侵权行为法、衡平法的许多内容，基本上都属于大陆法中债法的规范，只是未采用债法的概念使其系统化。^{〔3〕}

〔1〕 参见王家福等：《合同法》，中国社会科学出版社1996年版，第1页。

〔2〕 参见王家福主编：《民法债权》，法律出版社1991年版，第1页。

〔3〕 参见王家福主编：《民法债权》，第1页。

我国传统上属于大陆法系，因而民法中一直继受大陆法的债的概念。清朝末年制定的《大清民律草案》中就单设了债权篇，其中包括了合同、不当得利、无因管理和侵权行为。北洋军阀政府制定的第二次民律草案，在第二编中设立了债编。而国民党政府于1929—1930年制定的民法典，基本上仿照德、日两国民法典，单设了债编。新中国成立后，国民党制定的民法典在大陆被废除，而自1954年开始起草的第一部民法草案，就有关于债的规定。自1981年《中华人民共和国合同法》颁布以后，债法的立法进入了一个新的阶段。尤其是1986年颁布的民法通则，在其第五章中专设了“债权”一节，尽管其条文比较简略，但它标志着我国债权制度在立法上的正式确立，使我国民法在体系完善的途径上迈进了一大步。

既然我国民法通则也规定了债权制度，则意味着我国民法仍然认为合同是债的一种形式，并应适用债的一般规则。那么，这是否意味着我国民事立法完全继承了大陆法模式，已建立完整的债法体系，并在债法中包含合同法？换言之，这是否意味着合同法不应摆脱债法相对独立，并成为一门体系完整的法律？

我们认为，传统的大陆法使用债的概念，概括各种债的形式（如合同、侵权行为、不当得利、无因管理所生之债）的共性，并形成了债的一般规则，不仅使除合同及侵权行为之外的债的形式在法律上有所依归，而且因对债的一般规定可适用于债的各种形式，从而避免了对各种债的形式都要规定一般规则所产生的重复现象。尤其是债权制度的设立，沟通了票据法、破产法、保险法等民事特别法对民法通则的依存关系，并为这些民事特别法确立了一般适用的准则。如果取消债权制度，将妨碍民事特别法对民法通则的依存关系，使这些民事特别法缺乏一般适用的准则。

然而，传统大陆法模式又确有不够完善之处。一方面，由于债的一般规则是对各种债的形式的共同规则的概括，极富有抽象

性，从而难以考虑到各种债的形式所应当要求的具体规则。债法的一般规则，在适用中显然不如具体针对各种债的形式而确定的各项债的规则更为实用，更具有针对性。正如有的学者所指出的，大陆法试图用一个抽象的债的概念和体系来包罗所有在实践中可能出现的问题，这不免与实际相脱节。^{〔1〕}另一方面，债的一般规则只是考虑到了各种债的共性，而未能考虑各种债的个性。尽管有关债的担保、债的履行、债的转让、债的保全、债务不履行的责任等，可以适用于各种债的关系，但严格地说，各种债的担保、履行、转让、保全等是各不相同的。仅就债务不履行的责任来说，违约责任与其他债务不履行的责任彼此也存在着明显的区别。违约责任可以由当事人事先约定，而其他债务不履行的责任，都是根据法律规定而产生的。在责任形式方面，违约责任除损害赔偿方式以外，还采取了支付违约金、修理重作、更换、定金制裁等方式，这些责任形式显然不能由其他债务不履行的责任形式所包括。除这些区别以外，在归责原则、责任的范围、诉讼时效等方面，违约责任与其他债务不履行的责任也存在着诸多区别。所以，我认为，在讨论债务不履行的责任时，认为只要有债务不履行责任的共同规则，就不必另设违约责任制度的观点显然忽视了违约责任与其他债务不履行责任的区别，因此是不可取的。

考虑到合同之债的特殊性以及所应有的规则的特殊性，尤其是考虑到合同关系作为交易关系的法律形式在市场经济社会中的极其复杂性和重要性，应当对其设置专门的、体系和内容完整的法律予以调整。这个法律就是合同法。合同法作为调整交易关系的法律，它是市场经济社会最基本的法律规则。正如美国学者福斯特所指出的：“市场活动只在得到确实保证的情况下才会进行，作为一个整体，法律秩序对于一个市场的存在是必不可少的，合

〔1〕 参见周林彬主编：《比较合同法》，兰州大学出版社1989年版，第56页。

同法为市场的运转提供保障、秩序和必要手段，并且提供整个体制稳定发展的活力……法律并不产生市场，但是法律规定市场存在的基本条件。无论对于伐木业或者其他营业，合同法规定合理的有保障的希望框架，在其中人们可以进行计划和冒险。”〔1〕合同法的特殊性和极端重要性，是合同法应当作为一门相对独立的法律而存在的根本原因，只有作为一门相对独立的法律存在，合同法才能形成一套有效调整各种合同关系的特殊规则，逐步形成自身的逻辑体系，并在适用中不断完善。

从我国合同立法的现状来看，为适应我国市场经济发展及改革开放的需要，我国已先后颁布了三个合同法律和一大批有关合同的法规、规章。目前，我国立法机关为尽快完善合同法律，正在加快进行规模宏大的《统一合同法》的制定工作。合同法在我国民法、乃至整个调整市场经济的法律中的地位，都是极为突出的。由此可见，我国现行立法，已经专门对合同问题颁布了一大批法律、法规，从而初步形成了合同法的内容和体系，合同法事实上已独立于债法而成为一个专门法律。

合同法应成为相对独立的部门，并不意味着要以合同法完全取代债法。有一些学者曾经认为，既然债是由合同和侵权行为构成的，侵权行为又可以作为独立的制度存在，那么，债的概念和内容完全可以由合同来代替。尤其是我国民事立法并没有单独制定债法典，有关合同方面的立法采取了制定单独合同法律法规的方式，因此合同法应该完全摆脱债法的体系或者替代债法而存在。我认为这一观点尽管有一定道理，但仍然是值得商榷的。

从民法上看，合同之债不可能概括除侵权之债以外的债的类型，因为这些非合同之债都是因法律规定，而非当事人约定而产生

〔1〕（美）法斯沃思·柏格：《合同法》序言，转引自王家福等：《合同法》，中国社会科学出版社1986年版，第7页。

生的,它们所要求适用的规则与合同之债的规则存在着诸多区别;如果以合同之债代替债的概念,将会使这些非合同之债难以受到法律调整。而且,以合同的概念替代债的概念,实际上是要取消债的制度,这必然妨碍民法内在体系的和谐统一,妨碍民法与民事特别法之间的内在联系,从而对整个民商立法都会产生不利影响。还要看到,随着违约责任与侵权责任竞合现象的发展,第三人侵害债权制度的确立,缔约过失责任制度的形成等等,都使合同法与侵权法具有相互渗透和影响的趋势,同时也产生了一些不能完全由合同法或侵权法调整的领域,这就需要通过完善债的规则解决各个法律所不能解决的问题。

从合同法与债法的相互关系来看,债权制度较之于合同法更为抽象,它对合同法具有重要的指导作用,任何合同都只是构成债的单元之一,应适用民法关于债权的规则。我国民法赋予当事人在合同领域内,依法具有一定的行为自由,当事人有权订立一些法律定有名称的合同,即有名合同,也可以订立一些法律未规定名称的合同,即无名合同,或无法确定属于哪一类有名合同的“混合型”合同。在这些合同产生以后,如果现行的合同法对此又未作出规定时,应适用民法通则有关债的规定,从而使无名合同在法律上有所依循。可见,合同法虽可以相对独立,但又不能完全摆脱债法而独立。当然,我们强调债法对合同法的指导作用,也不能忽视合同法的相对独立性,正象我们在强调法律行为制度对合同的指导的同时,不能将合同法完全作为法律行为制度的一部分而不能相对独立的道理一样。

诚然,英美法中并不存在债法的抽象概念和体系,而是将合同法视为一个独立存在的法律部门,并以此调整各种交易关系,在实践中也具有很好的效果。然而英美法律制度是一套完整的体系,并且深深植根于其历史传统和文化,根据一些学者的考证,英美法之所以未采用债的概念,是因为历史上英国曾使用各种不同的

诉讼程序规范各种不同的债务，因此设有通过抽象化而得出债的概念。^{〔1〕}英美法将不当得利、无因管理之债作为“准合同”与英美法的合同及对价等概念是密切联系在一起的。因此英美法本身是一个体系。简单地照搬其体系，将会对整个民商法体系造成冲击。即使是就合同法自身的内容来看，英美法不采用债法的概念，也与合同法中一些独特的制度是有关系的。例如大陆法的债的概念强调当事人之间所承担的权利和义务，强调债对当事人的拘束力。而英美法更注重违约后的补救，“英美法的名谚‘救济走在权利之前（remedies precede right）’仍然指导英美法学界的思路”。^{〔2〕}尤其应当看到，尽管英美法中不存在债的一般规则，但由于英美法主要是判例法，通过法官的大量判例大大弥补了债的一般规则的不足，并且显示了英美合同法极强的灵活性和实用性。

总之，我们主张仍然保留债法的概念，并强调债的一般规则对合同法的指导作用，但不能否认合同法本身应当具有自身的内容和体系、独特的发展规律和性质，不能使内容极为丰富和复杂的合同法制度因受到债法体系的束缚而难以形成一套有效调整交易关系的完整体系和规则。总之，合同法应当在债法的指导下成为一门相对独立的法律。这也是本书为什么专门研究合同法总则的原因。

〔1〕 参见沈达明编著：《英美合同法引论》，对外贸易教育出版社1993年版，第66页。

〔2〕 同上注书，第18页。

目 录

导言

第一章 合同概述	(1)
第一节 合同的概念.....	(1)
第二节 合同与债	(13)
第三节 合同关系	(22)
第四节 合同的分类	(36)
第二章 合同法概述	(51)
第一节 合同法的概念和特征	(51)
第二节 合同法与相关法律的区别	(58)
第三节 合同法的渊源	(67)
第四节 合同法的功能	(70)
第三章 合同的历史发展	(82)
第一节 古代合同法	(82)
第二节 近代合同法	(87)
第三节 现代合同法	(90)
第四节 我国合同的历史发展	(92)
第四章 合同法的基本原则	(98)
第一节 合同法基本原则概述	(98)
第二节 合同自由原则.....	(104)
第三节 诚实信用原则.....	(115)
第四节 鼓励交易原则.....	(127)
第五章 合同的成立和生效	(133)

第一节	合同成立的概念和条件	(133)
第二节	要约	(139)
第三节	承诺	(165)
第四节	合同成立的其他问题	(176)
第五节	合同的生效	(181)
第六章	合同的内容	(199)
第一节	合同权利和合同义务	(199)
第二节	合同条款	(204)
第三节	免责条款	(209)
第七章	合同的形式	(216)
第一节	合同形式的历史发展	(216)
第二节	我国立法对合同形式的规定	(222)
第三节	口头形式	(224)
第四节	书面形式	(226)
第五节	定式合同	(231)
第八章	违反生效要件合同	(240)
第一节	无效合同	(240)
第二节	可撤销的合同	(262)
第三节	效力待定的合同	(290)
第四节	合同被确认无效和被撤销的后果	(306)
第九章	合同的履行	(317)
第一节	合同履行概述	(317)
第二节	合同履行的原则	(319)
第三节	双务合同履行中的抗辩权	(335)
第四节	合同履行与权利移转	(365)
第五节	合同履行与风险负担	(370)
第十章	合同保全	(375)
第一节	合同保全制度概述	(375)

第二节	债权人的撤销权·····	(383)
第三节	债权人的代位权·····	(394)
第十一章	合同的变更和转让 ·····	(403)
第一节	合同的变更·····	(403)
第二节	合同转让概述·····	(411)
第三节	合同权利的转让·····	(419)
第四节	合同义务的转让·····	(434)
第五节	合同权利和义务的概括转让·····	(443)
第十二章	合同的解除 ·····	(445)
第一节	合同解除的概念和特征·····	(445)
第二节	约定解除·····	(454)
第三节	法定解除·····	(457)
第四节	合同解除的程序·····	(469)
第五节	合同解除的法律后果·····	(471)
第十三章	合同的解释 ·····	(481)
第一节	合同解释的概念分析·····	(481)
第二节	合同解释的历史发展·····	(484)
第三节	合同解释的基本原则·····	(488)
第四节	合同解释的规则·····	(495)
第五节	合同漏洞的补充·····	(496)
第六节	定式合同的解释·····	(498)
第七节	免责条款的解释·····	(501)
第十四章	合同的担保 ·····	(504)
第一节	合同担保概述·····	(504)
第二节	保证·····	(513)
第三节	抵押权·····	(545)
第四节	质权·····	(603)
第五节	留置权·····	(618)

第六节	定金	(624)
第十五章	合同的消灭	(629)
第一节	合同的消灭概述	(629)
第二节	清偿	(630)
第三节	抵销	(645)
第四节	提存	(651)
第五节	免除	(660)
第六节	混同	(662)
第十六章	违约责任的一般理论	(665)
第一节	违约责任概述	(665)
第二节	归责原则	(670)
第三节	违约责任构成要件	(684)
第四节	免责事由	(706)
第五节	责任竞合	(717)
第十七章	损害赔偿及其他责任形式	(740)
第一节	违约损害赔偿	(740)
第二节	实际履行	(787)
第三节	违约金责任	(796)
第四节	定金责任	(811)
主要参考书目		(821)
后记		(824)

第一章 合同概述

第一节 合同的概念

一、合同的一般概念

合同又称为“契约”。在英文中称为“contract”，在法文中称为“Contrat”或“Pacte”，在德文中为“Uertrag”或“Kontrakt”。这些用语都来源于罗马法的合同概念“Contractus”。据学者考证，“Contractus”由“con”和“tractus”二字组成。con由cum转化而来，有“共”字的意义，“tractus”有“交易”的意义。因此，合同的本意为“共相交易”。^{〔1〕}然而，数千年来，合同的概念在适用中常常超出了交易的范畴。古希腊的一些哲学家曾经以契约来解释法的起源；《圣经》曾经将契约作为宗教科学的概念来对待；而18世纪至19世纪的理性哲学思想家曾经把契约作为一种逻辑的抽象和理性的观念；霍布斯、洛克等人则把契约视为一种社会政治概念；至20世纪罗尔斯则将契约视为道德哲学的观念。凡此种种，说明合同是一个适用得十分广泛且极为重要的概念。

自罗马法以来，合同一直是民法中一个重要概念。然而，民法学者对合同的概念并非不存在分歧意见。长期以来，大陆法与英美法对合同的概念一直存在着如下不同的理解：

1. 协议说。大陆法学者基本上认为合同是一种协议。严格地说，“协议说”来源于罗马法。在罗马法中，契约被定义为“得到

〔1〕 参见王家福主编：《民法债权》，第256页。

法律承认的债的协议”。〔1〕这一概念基本上为大陆法民法所继受。如《法国民法典》第1101条规定，“契约，为一人或数人对另一人或另数人承担给付某物、作或不作某事的义务的合意”，这就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。而《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。”这就是说契约是发生、变更债的关系的法律行为。正如德国学者萨维尼所指出的：“契约之本质在于意思之合致。”〔2〕

2. 允诺说。在英美法中，一般认为合同乃是一种“允诺”。美国《法律重述·合同》（第二版）第1条规定：合同是一个允诺或一系列允诺，违反该允诺将由该法律给予救济，履行该允诺是法律所确认的义务。英国《不列颠百科全书》给合同所下的定义是：“合同是可以依法执行的诺言。这个诺言可以是作为，也可以是不作为。”〔3〕英美法认为合同实质上是一种允诺，乃是由英国的历史习惯和诉讼程序的影响所决定的。同时也与英美法将不当得利与无因管理等关系作为“准合同”对待的作法有联系。由于允诺构成了合同的本质，因此合同法的宗旨在于保障允诺的实现，在一方违反允诺时，如何对另一方提供补救。不过，由于这一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，因此也受到许多学者的批评。〔4〕许多学者力图将大陆法中“协议”的概念运用到英美法中。例如，英国《牛津法律大辞典》给契约所下的定义为：“契约是二人或多人之间为在相互间设

〔1〕（意）彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》（中文版），第307页。

〔2〕胡长清：《中国民法债编总论》，商务印书馆1934年版，第16页。

〔3〕（意）彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，第307页。

〔4〕参见（英）阿蒂亚：《合同法概念》（中文版），法律出版社1980年版，第29页。

定合同义务而达成的具有法律强制力的协议”。〔1〕可见，英美法与大陆法在合同的概念问题上正在不断接近。

我国民法理论在合同定义上，基本继承了大陆法的概念，一般都认为，合同在本质上是一种协议。合同为一种合意或协议的观点，已为我国立法所确认和接受。如民法通则第85条规定：“合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议；依法成立的合同，受法律保护。”这一定义强调了合同本质上是一种协议，是当事人意思表示一致的产物。

我国学者对合同的概念有各种不同的观点，归纳起来，大致有所谓经济合同协议说、经济手段说、书面协议说、法律行为说。所谓“经济合同协议说”认为，合同只是经济合同的协议，一般由两个企业或事业单位按照商定的内容写成；所谓“经济手段说”则把合同视为一种经济手段，认为合同是在生产各环节之间及企业与企业之间进行经济活动的经济手段；所谓“书面协议说”则把合同看成是一种书面文字性的协议，认为合同是双方或多方当事人为达到一定的经济目的而以法定形式签订的协议；所谓“法律行为说”则认为合同是当事人之间设立、变更、终止民事权利义务关系的法律行为。〔2〕比较上述诸种观点，我们认为前三种观点都仅仅只是着眼于合同在经济生活中的作用来给合同定义，而并未揭示出合同的法律性质，甚至将法律对某些合同的形式要件的要求视为所有合同的本质特征，这显然是不妥当的。只有第四种观点从合同的法律性质角度准确地给合同作出了定义。

在讨论合同的概念之时，还必须明确合同的适用范围。由于合同在实践中和理论上都运用得十分广泛，因此从适用范围上对合同可以有三种不同理解：

〔1〕《牛津法律大辞典》（中译本），光明日报出版社1988年版，第205页。

〔2〕关于上述各种观点，请参阅王家福等：《合同法》，第151、158页。

1. 广义的“合同”概念。广义的合同概念是指以确定权利、义务内容的协议，例如除民法中的合同以外，还包括行政法上的行政合同、劳动法中的劳动合同、国际法上的国家合同等。可见广义的合同概念实际上包含了所有法律部门中的合同关系，“合同”一词中表现了各种不同的法律关系，如财产关系、行政关系、劳动关系、身份关系等法律关系。

2. 狭义的“合同”概念。狭义的合同概念是将合同视为民事合同，即指确立、变更、终止民事权利义务关系的合同。例如德国民法中的“合同”概念，将合同视为“私法合同”，泛指“发生私法上之效果的一切以意思表示一致为要素的行为。这样的所谓合同，不但包括所有以债之发生为直接目的的合同，也包括物权合同、身份合同（如婚姻合同）等等”。^{〔1〕}目前我国学者大都采纳了狭义的合同概念，^{〔2〕}而我国民法通则第85条关于合同的概念的规定实际上也采纳了狭义的合同概念。

3. 最狭义的概念。此种观点认为民法通则第85条关于“合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议”的规定，并非认为合同泛指所有民法上的合同，此处所称的“民事关系”应仅指债权债务关系，因为民法通则将合同规定在“债权”一节，明定合同为发生债的原因（第84条），且我国民法不承认有所谓物权行为；至于那些非发生债权债务关系的合意（如自愿结婚和离婚等）在我国法律中均不称其为合同。^{〔3〕}

应当指出，尽管合同的概念存在各种观点，但是由于我们将合同视为交易的法律形式，将合同法视为规范交易行为的法律，因

〔1〕 参见周林彬主编：《比较合同法》，兰州大学出版社1989年版，第29页。

〔2〕 参见佟柔主编：《民法原理》，法律出版社1986年版，第259页。

〔3〕 参见王家福主编：《民法债权》，第262页；梁慧星：《民法学说判例与立法研究》，第244页；王家福主编：《合同法》，中国社会科学出版社1986年版，第159页。