

中国当代合同法论

● 苏惠祥 主编

● 吉林大学出版社



中国当代合同法论

苏惠祥 主 编

吉林大学出版社

中国当代合同法论

苏惠祥 主编

责任编辑：李万生

封面设计：张沐沅

吉林大学出版社出版
(长春市东中华路29号)

吉林大学出版社发行
长春市东方印刷厂印刷

开本：850×1168毫米

1/32

1992年12月第1版

印张：11.5

1992年10月第1次印刷

字数：293千字

印数：1—6000册

ISBN 7-5601-1264-1/D·226

定价：6.00元

前 言

在改革开放起步不久的1981年，我国立法机关按照客观形势的要求，以空前的速度制订了《中华人民共和国合同法》。随之，又分别制订了《中华人民共和国涉外经济合同法》、《中华人民共和国技术合同法》。这三个合同法的发布与实施，向全世界郑重宣告了我国全面发展商品经济的决心，在国内外产生巨大反响，收到了极为可喜的效果。就合同法而言，这样的举动在全世界并不多见。

浏览商品经济的发展史，很容易发现：合同乃商品流转手段之最；在法的王国，合同法又是动态过程的民法、经济法之最，一直是债法最有生机的代表。在内容极为庞杂的市场规则、规范中，合同法是其最主要、最有权威的组成部分。改革开放以来的种种经历，可以最有力地说明这一点：今后我国改革开放登上新台阶，实行社会主义市场经济的历程，将会进一步说明这一点。在当今的中国，人们（自然人、法人、准法人）对合同的接触、参与及关切程度，大大超过了在此之前的任何时期，合同以及与之有关的各种事务，越来越受到全社会的瞩目。在我们这样一个人口众多，市场经济不发达，合同文明水平不高的国家，各种合同主体对于合同法及其理论的兴趣和要求，从来也没有象现在这样浓厚、迫切。我们深深感到，民法、经济法的教学科研人员，正在面临繁荣中国合同法学的光荣而又艰巨的任务。

我国现行的三个合同法，是在改革开放的头一个10年制订的。这个历史背景决定了它们自身不可避免地要存在这样那样的局限；由于它们是分别出台的，各自具有不同的特点，从而自然存在相互衔接与协调问题；改革开放已经把我国推入国际范围的商品经济大潮，跨国法律冲突与日俱增，也必然发生如何加快

沟通，切实缩小中外合同法差异的课题；加之我国现阶段的合同法理论，无论是研究的深度与广度，还是结合实际的程度，都存在明显不足，跟不上时代发展的步伐……所有这些，都需要根据当今的形势和任务，着眼于发展社会主义市场经济的前景，对现行的三个合同法加以综合研究，并把它们（包括与之配套、与之相关的数以千计的各类法规、法律解释，下同）作为一个整体，同他国合同法进行分析对比，探索符合中国特点的理论体系。本书就是基于这些想法撰写的。它是根据社会主义商品经济的本质要求，以马克思主义为指导，全面研究当代中国合同法理论的一种尝试，也是我们所承担的国家教委“七五”重点科研项目《经济合同法的理论与实践》系列成果的概括与总结。我们期望，我们在这方面所作的努力能够为完善我国的合同法制，同时也能为提高各个领域的合同实务水平，作一点微薄的贡献。

组织撰写过程，我们仔细研究了以下几个关系并确立了下列指导思想：其一，突出重点与保持体系完整之间的关系。本书有别于教材，在内容及结构上都是按专著的规格安排的。对学术界已取得共识的观点和结论，一般只作简要介绍；力求较多地阐述我们自己的观点，以探索为主。在体例上，一是不搞大而全，二是在上述主次关系的前提下，保持体系上的相对完整。本书所列合同效力、缔约上的过失责任、合同解释等章节，均为此种方针的集中体现。对于合同形式、合同解除、合同担保、合同履行、违约责任等章节，我们也致力于多提自己的看法，争取有所新意。其二，解释现行法与评论现行法之间的关系。对现行的合同法，一方面强调理解、体会其立法宗旨，努力寻求它们的特点，把握它们的理论依据及其与相关法律法规的联系，揭示它们的合理性、合法性；另方面又不局限于简单地解释，而是实事求是地加以评论，指出其不足，同时博采众家之长，以积极地参与姿态，认真探讨现行合同法的修订及完善问题，对一些较成熟的内容，则基于社会主义市场经济的内在要求，提出不同形式的立法

建议。按照这个宗旨，我们十分关注《经济合同法》的修订。在国家有关部门的支持下，我们及时获取了涉及修订工作的比较完整的资料和信息，基本掌握了修订工作的全过程。从而决定，我们现在献给读者的这个本子，不仅可以满足研究现行《经济合同法》的需要，而且也可以适应学习、把握修订后的《经济合同法》的需要。其三，反映中国特点与借鉴外国立法及法学成果之间的关系。我们国家的合同法，第一位的应该是符合中国的情况，满足中国的实际需要；我们的合同法理论，必须具有明显的中国特色。这是我们的首要任务，应贯穿于全书的始终。但又不能搞封闭主义，而是把我国的理论放到世界范围的合同法律文化中加以考察，通过比较和借鉴，取人之长，补我之短。只有这样，才有充分反映中国特点之可言，也才能真正完成对当代中国合同法之探讨。其四，研究理论与解决实际问题之间的关系。合同法及其理论，均有很强的实践性，此为合同法的生命之所在。从而决定，我们的研究必须联系不同形式的合同实务。我们在这方面的原则是，不搞实用主义，不搞就事论事，而是努力展示其中的规律性，透过对实际问题的解决，进一步验证、丰富我们的理论。

在我们对全书进行最后斟酌之际，全国各地的改革开放工作不断传来喜讯，各行各业为登上经济发展新台阶所表现的积极性令人振奋。我们深信，在中国社会主义市场经济的发展历程，我国当代的合同法及合同法学也一定会达到一个新的阶段，我们将为此继续进行新的探索。

目 录

第一章 我国合同法的体系

- 第一节 合同法体系概述…………… (1)
- 第二节 我国合同法体系的现状及发展…………… (7)
- 第三节 我国现行合同法体系的缺陷…………… (12)
- 第四节 我国合同法体系的完善…………… (18)

第二章 合同法基本原则

- 第一节 对合同法基本原则界定的考察评释…………… (22)
- 第二节 合同法基本原则的确立基础…………… (29)
- 第三节 合同法基本原则的内容…………… (34)
- 第四节 合同法基本原则的效力…………… (41)

第三章 合同与计划的法律关系

- 第一节 合同与计划关系的一般考察…………… (45)
- 第二节 计划合同的性质…………… (50)
- 第三节 计划合同责任问题…………… (58)

第四章 合同订立

- 第一节 合同订立概述…………… (64)
- 第二节 合同订立主体…………… (67)
- 第三节 合同订立过程…………… (72)
- 第四节 对标准合同与事实合同的思考…………… (80)

第五章 合同形式

第一节 对合同形式的基本认识	(85)
第二节 合同形式的历史演进及规律	(88)
第三节 当代合同实务中的特殊形式	(92)
第四节 合同形式的立法思考	(94)

第六章 合同的法律效力

第一节 合同法律效力概述	(97)
第二节 合同的生效要件	(104)
第三节 合同欠缺生效要件的法律后果	(110)
第四节 公平原则对合同效力的限制	(116)

第七章 缔约上过失责任 200

第一节 考察与评论	(122)
第二节 缔约上过失责任的性质	(128)
第三节 缔约上过失责任的成立要件	(131)
第四节 缔约上过失责任的效果	(137)

第八章 合同履行

第一节 合同履行概述	(140)
第二节 合同履行的基本原则	(147)
第三节 合同履行的具体规则	(159)

第九章 合同担保

第一节 合同担保的一般理论	(172)
第二节 保证	(180)
第三节 抵押	(190)
第四节 定金	(200)

第五节 留置	(205)
--------	-------

第十章 合同解除

第一节 合同解除概述	(214)
第二节 合同解除的条件	(221)
第三节 合同解除的程序	(233)
第四节 合同解除的效力	(238)

第十一章 合同解释

第一节 合同解释的基本问题	(245)
第二节 合同解释理论的发展及立法述要	(251)
第三节 合同解释的基本原则	(256)
第四节 定型化合同条款和免责条款的解释	(266)
第五节 改进我国合同解释工作的若干构想	(275)

第十二章 违约责任

第一节 违约责任概述	(282)
第二节 违约责任的确定	(292)
第三节 不履约而无责任问题	(299)
第四节 双方违约	(309)
第五节 违约责任的形式及适用	(314)
第六节 违约责任与侵权责任的竞合	(322)

第十三章 合同管理

第一节 合同管理概述	(331)
第二节 经济合同管理主体	(339)
第三节 经济合同管理的内容和手段	(343)
第四节 经济合同管理体制	(350)

第一章 我国合同法的体系

第一节 合同法体系概述

一、合同法体系的概念分析

学术界关于合同法体系（也包括相关部门法体系）的观点，从主要方面看基本一致，但具体分析也有若干差异。由于合同法的理论著述比较少，这里只能借助有关经济合同法体系、或与之关系密切的民法、经济法体系的论述，作一些简要的对比研究。

其一：高等学校法学试用教材《经济合同法基本原理》，对经济合同法的体系没有单独设立章节，只在“经济合同法的概念和体系”（第一章第二节的第二个问题）的标题下，作了简短说明：“商品生产和商品交换中经济关系的重要性和复杂性，促使经济合同法的加强，并且在经济法体系中使经济合同法又形成了自己的体系。”“1981年12月13日，五届四次人大会议通过的《中华人民共和国经济合同法》，是经济合同法体系中的基本法。”接下来，该书一一列举了《经济合同法》发布后，国家有权机关制定的与《经济合同法》配套的各种法规。并指出：“涉外经济合同法是我国经济合同法体系中的重要组成部分，是经济合同法体系中相对独立的一个分支。”^①根据上述内容可见，所谓经济合同法的体系，主要指调整经济合同关系的各种法律法规的集合。

其二：全国统编教材《民法原理》在第一章绪论的第三个问题中，在扼要介绍了权利主体制度、所有权制度、债和合同制度

^①参见徐杰主编《经济合同法基本原理》，法律出版社1986年版，第12—13页。

以及知识产权制度等内容后，指出：“以上所述应该是民法体系的全部。总的说来，这些制度都是我国商品关系在法律上的表现。”^①很明显，《民法原理》对民法体系的含义，基本限于各项民事制度的总和。

其三：几位青年学者在《民法新论》的第一章《民法的概念和对象》，单独设立一节，集中讨论民法的体系。他们指出：“我国民法的体系是指在我国民法中具有逻辑联系的各项民事法律制度以及这些制度的系统结构。”他们的结论是：适应商品交换关系的内在需要，形成了各项民事制度所组成的具有内在联系的我国民法体系。^②这表明，《民法新论》的民法体系观与《民法原理》的看法基本相同，但又有重要补充：民法体系不仅包括各种民事制度，而且包括各种制度的系统结构。

其四：中国人民大学法律系的《中国经济法教程》，也有专节论述体系问题（第一章的第五节），认为：“在经济法所调整的关系中，按其性质的异同，关系的疏密，排列组合成有机结构体即为经济法体系”。“还可以从各种经济法规的法律性质上，建立经济法体系。”^③

综上所述，我们大体上可以概括出这样几个基本看法。（1）合同法（或民法、经济法）体系，在一定意义上，可以指各种合同制度的总和，但合同法体系不能简单等同于合同法律制度体系。

（2）合同法体系也不能简单等同于合同法规体系，二者有密切联系，又有重要区别。（3）合同法体系除应包括合同法规、以及主要由合同法规组成的合同法律制度外，还应包括其他要素，包括合同规范、制度相互间的组合关系……。在此基础上结

^①参见佟柔主编《民法原理》，法律出版社1986年版，第11页。

^②参见王利明等著《民法新论》（上册），中国政法大学出版社1988年版，第23页。

^③参见中国人民大学法律系经济法教研室编著《中国经济法教程》，中国人民大学出版社1985年版，第19—21页。

构起来的整体，才能称之为合同法体系。

受上列著述各种提法及观点的启发，我们认为，对合同法体系的理解，应着重把握以下几个要点。

其一，合同法体系应以各项合同法规及合同法律制度为基础。其中的规范、制度，又应以基本可以满足客观需要为必要。只有当合同法规及制度在数量及质量上达到一定程度，初具规模，才有合同法体系之可言。合同法体系不仅是对合同法规及制度的静态描述，也是对它们的动态概括和反映，体现为一定的形成完善过程。

其二，合同法体系并非合同法规及制度的随意堆积，而是各项规范制度的合理连接、有序排列及最佳组合，是包含这些关系的基本格局。在这个意义上讲，合同法体系应指规范制度比较完整，结构比较合理的组合。否则，不能构成具有相当容量的“体”，也不能构成各项规范制度逻辑结构起来的“系”，体系应指二者的统一。

其三，合同法体系不同于合同法的立法体系，而是以立法为基础和前提，并适当扩展所形成的统一体。这里的扩展是指，由立法活动、立法结果、而及于执法、司法过程。故作为合同法体系前置词的“合同法”，当指它的广义，不仅包括调整合同关系的法律法规、规范性文件，而且包括司法解释，甚至应该包括有权机关公布的具有指导意义的案例。

其四，基于上列认识，作为合同法体系基本要素的法规及制度，还应该具有不同的层次及类别，这也是构成合同法规及制度逻辑组合所不可缺少的。其中包括：法律与法规、基本法与特别法、行政法规与地方法规、法规范与法解释、实体规范与程序规范（如同仲裁程序规范）等等；也应该包括，按不同合同类型组合的法律规范（制度）系列；在法律规范中，既有反映法律原则的规范，也有一般性的规范。其间有贯彻、体现关系，补充、完善关系，也有平衡、制约关系。没有如上的层次及类别，及其

相互间的作用，各项法规及制度就无法形成有机的序列，也就不会形成合同法体系。

按照这些思考，我们认为，所谓合同法体系应指，以现行调整合同关系的各项法律原则、制度和规范为基本要素，以这些原则、制度、规范的有机结合为主要形式，使所有的原则、制度和规范都能充分发挥功能而构成的统一整体。

合同关系是各种财产流转关系最基本的表现形式，所以它必然表现出纷纭复杂的特性。从横的角度看，由于标的的不同，合同关系可划分为不同的种类；从纵的角度看，每一类的合同关系又都存在合同的订立、履行、变更、解除等多方面的问题。与此相适应，必然要求调整合同关系的所有法律规范组合成一张结构合理、层次清楚、可以覆盖各类合同关系的各个环节的无形的网络——合同法体系。这一体系的核心应为合同法的基本原则，它们适用于各类合同关系、适用于各类合同关系的各个环节。在合同法基本原则之下，体现合同法基本原则的，则是一系列比较具体的合同制度。每一合同制度的基本内容，可以适用于各类合同关系的相应环节，但特殊种类的合同关系，可能对某一特定的合同制度予以变通式的适用。在合同制度之下，则是各类具体的合同规范，它们在合同法基本原则的统辖之下，在某一特定的合同制度之内，调整具体合同关系的各个侧面。

一国合同法体系的内容和模式，是由该国统治阶级以立法的形式予以表现的。但是，正如人们不能随心所欲地制定法律一样，人们也不能凭空确定合同法的体系。合同法体系的内容和模式，从根本上说，是由某一社会特定的生产方式所决定的，尽管它也受着其他因素的一定程度上的影响。在商品经济尚不发达的条件下，人们不可能设计出一套完善的合同法体系；在依旧存在商品经济的社会主义社会，即使人们对合同法体系抱以冷漠，它也要顽强地要求人们予以“发现”和关注。我国合同法体系的建立和完善过程，已充分说明了这一点。

正因为合同法体系在表面上看似似乎是由人们主观确定的，而实质上却存在着客观上的必然要求，所以，研究合同法体系，主要应探讨特定社会条件对合同法体系的内容和模式的客观要求，从而使人们的主观认识与客观要求最大限度地接近，不断地健全和完善现存合同法体系，使其发挥出更大的功效。也就是说，研究合同法体系，不仅在于告诉人们这一体系目前怎样，更重要的是要揭示出为什么这样，以及还应该怎样。

合同法体系与合同法渊源，虽然有密切的联系，但不是同一概念。合同法渊源通常指的是合同法的形式渊源，它告诉人们合同法表现为什么形式，到哪里寻找合同法规则；而合同法体系的研究，则是要探讨为什么以各种特定的形式，表现各种特定的内容。在研究合同法渊源的时候，人们只能依据既存的立法；而在研究合同法体系时，人们不仅要概括既存的立法，更须揭示“应存”的立法。

二、合同法体系的内在要求

一个完善的合同法体系至少应有以下三方面的内在要求，即：全面的制度、多样的形式和应变的机能。

第一，全面的制度是指合同关系的各个方面、各个环节都应存在相应的合同法律制度，而且各项合同制度中各个方面的具体规范都应该健全，同时这些合同制度对各类合同关系都可适用或有变通性的规定。

每一合同关系都有其产生、发展和消灭的过程，相应地，合同法体系中就应该建立合同订立制度、合同效力制度、合同履行制度和合同变更、转让、解除、终止制度及违约责任制度等。任何一项制度的空缺或不完善都会导致合同关系的不稳定。

在保证各项基本制度到位的情况下，还必须注意每一项具体制度的内容的完善。例如，我国很早就确立了合同订立制度，但对合同订立过程中的要约和承诺却迟迟未做规定。尽管由于我们

加入了《联合国国际货物销售合同公约》，可以根据公约有关规定弥补一定的缺陷，但是对那些不适用该公约的合同关系，我们对要约的约束力、承诺生效的时间等问题，就拿不出确定的法律依据，这就在一定程度上影响了合同的功效。

此外，要求各种类型的合同适用完全相同的合同制度，可能是不适宜的。例如，书面形式作为合同的有效要件对某些合同是必要的，而要求所有的合同都必须以书面形式订立则未必合理。

衡量合同制度是否全面，只能以合同实践作为标准，而不能凭空构想或盲目照搬他国的模式，否则便是一种本末倒置。当然，根据当前的合同实践及对未来合同关系的预测，进行一些有选择的“超前”立法也是一种可取的方法，但必须以相应的合同关系必然出现的合理预测为前提。

第二，由于完善的合同法体系要求健全的合同制度和严密的合同法规，而人们对这种客观要求的认识又不可能一次完成，所以，合同法体系必然会在法的渊源方面存在明显的多样性。在英美法系国家，除以判例法形式存在的合同制度、规范外，还存在着大量的成文法；在基本以制定法为渊源的大陆法系国家，除其成文法具有不同的表现形式外，也存在着以判例补充成文法不足的情况。在我国，合同法的渊源也分为若干层次。合同法律通常规定合同法的基本原则，各项合同制度的基本内容；合同行政法规通常是对某类合同进行细则性的规定；而合同立法解释和司法解释则通常是为解决某类具体的合同问题而作出的。由于行政法规的制定、司法解释的制作具有较大的灵活性，因而可以根据合同实践的具体要求，在合同法律设置的基本框架之下，补充法律规定的不足，使整个合同法体系更能充分发挥调整所有合同关系的作用。

需要指出的是，合同法体系中的各类渊源，在效力上是有等级之分的。下一级规范的效力只能来自上一级规范的授权。即使上一级规范存在不合理之处，也只能通过正常的立法程序予以修

正，而不能以下一级规范予以变通。否则，法出多门，顺位颠倒，必然使整个合同法体系的功能陷入紊乱。

第三，由于合同实践随着生产方式的运动而不断地变化，所以合同法体系也绝不能是一个封闭的、僵硬的体系。它本身也必须是一个运动的过程。首先，在合同法体系的建立、健全过程中，我们不能要求其尽善尽美。在考察我国现存的合同法体系时，不能忘记它所赖以产生的特定的历史条件。如果不是这样地看待问题，不仅会对我国现存的合同法体系作出不公正的评价，而且会影响对今后的合同法体系的内容及模式的认识。其次，由于合同法体系在本质上是一个运动的过程，这就要求我们根据合同实践的要求，根据立法程序适时地对合同法规进行修改、增删。在这里，必须平衡好法的稳定性和法的适应性二者之间的关系。合同法的基本原则、基本制度经过一定时间的检验，应保持相对稳定，而有关特定种类的合同或某一合同制度的具体规定，则需要根据合同实践的变化予以适时的调整。为了保证合同法体系的相对稳定和适应性，可考虑适当增大合同法的弹性，例如强调合同法基本原则（诚信原则、公平原则等）在具体案件中的适用，以及将更多的合同法规制定为任意性规范。我国的某些合同法规，对当事人权利义务的规定过于具体和确定，这自然会使得规范本身的适应性受到很大影响。

第二节 我国合同法体系的现状及发展

我国合同法体系，是近10年来随着经济体制改革的不断深化而逐步发展起来的，目前仍处于不断完善之中。改革开放以来，由于国家有权机关的共同努力，先后制定了一系列调整合同关系的法律、法规、规范性文件及司法解释，基本建立起一套比较有效的合同法律制度，已初步形成比较完整的合同法体系。这个体系可以概括为：我国现阶段的合同法，是社会主义民事经济法律的重

要分支，它以《民法通则》为基本依据，以《经济合同法》、《涉外经济合同法》、《技术合同法》为基础，以从属于《民法通则》及三个合同法、并与之配套的数以百计的条例、办法、细则为主要规范，以国家及地方有权机关发布的有关规章为主要补充，渊源比较齐全，内容比较实用，规范日趋完备，结构大体合理，基本符合调整商品经济流转关系的客观需要。

在《民法通则》颁行之时，我国的合同法体系实际上是实行一种多轨制，整个合同制度是由经济合同制度、民事合同制度和涉外经济合同制度共同组成的。1986年颁布的《民法通则》规定：

“中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。”确认了以民法统一调整横向的商品交换关系的原则。这在实质上是否定了我国合同法中的多轨制，但多轨制的改变仍需要一定的过程，也存在不小的难题。

我国最早制定的调整合同关系的大法，是《中华人民共和国经济合同法》（以下简称《经济合同法》）。该法的实施，巩固了我国当时经济体制改革的成果，并为确认和发展社会主义的商品经济体制，发挥了重要的推动作用。但这项法律也同时确立了我国合同法的多轨制。《经济合同法》第二条规定，经济合同法主要调整法人之间的经济合同关系，这样就把经济合同从一般的合同中划分出来，由专门的法律制度加以规范；非经济合同（民事合同）关系，由民事合同法律规范（尽管当时还没有统一的民事合同法律）加以调整。考虑到涉外经济合同的特殊情况，《经济合同法》第55条规定“涉外经济贸易合同条例参照本法的原则和国际惯例另行制定。”可是后来，我国立法机关放弃了制定涉外经济贸易合同条例的设想，而于1985年制定了《中华人民共和国涉外经济合同法》（以下简称《涉外经济合同法》）。由于经济合同法仅要求“参照”（而不是依据）其原则制定涉外经济合同条例，后来实际是以制定涉外经济合同法取代了制定涉外经济合