

法制建设理论与实践丛书

合同法新论

施文正主编

内蒙古大学出版社

《合同法新论》

内 容 简 介

合同法调整的合同关系极为广泛，内容十分丰富，《合同法新论》以新颖的观点，比较全面扼要地论述了我国的合同法体系，力求理论联系实际，而侧重于应用。全书共分五编：第一编总论，简略回顾合同法产生和发展的历史，阐述了合同法的基础理论与通则。第二编以较多篇幅阐述了关于经济合同的法律问题，和经济合同的管理。第三编为涉外经济合同及其管理。第四编为技术合同及其管理。第五编续论，阐述了合同法中日益显示其重要性的劳动合同，综合性的委托代理、信托、居间合同，以及合同纠纷的处理。

本书编写时，郑锦春撰写了第十六章第四节和第十七章；丁文英撰写了第二十一章和第二十二章；其他章节由施文正撰写。并负责全书的统稿。

目 录

第一编 总论.....	(1)
第一章 合同与合同法.....	(1)
第一节 合同法的产生和发展.....	(1)
第二节 新中国的合同法.....	(7)
第三节 合同的概念与分类.....	(13)
第二章 合同法通则.....	(20)
第一节 合同的订立.....	(20)
第二节 合同的履行.....	(28)
第三节 合同的变更与解除.....	(31)
第四节 代理和担保.....	(34)
第五节 违反合同的责任.....	(43)
第二编 经济合同.....	(46)
第三章 经济合同与经济合同法.....	(46)
第一节 经济合同的概念与作用.....	(46)
第二节 经济合同法的调整对象与基本原则.....	(51)
第四章 购销合同.....	(60)
第一节 购销合同概述.....	(60)
第二节 工矿产品购销合同.....	(63)
第三节 农副产品购销合同.....	(77)
第五章 建设工程承包合同.....	(84)
第一节 建设工程承包合同概述.....	(84)
第二节 建设工程勘察设计合同.....	(90)

第三节 建筑安装工程承包合同	(93)
第六章 加工承揽合同	(98)
第一节 加工承揽合同的概念与种类	(98)
第二节 加工承揽合同的内容与法律责任	(100)
第七章 货物运输合同	(107)
第一节 货物运输合同概述	(107)
第二节 铁路货物运输合同	(109)
第三节 公路、水路和航空货物运输合同	(118)
第四节 联合货物运输合同	(130)
第八章 供用电(水、热、气)合同	(133)
第一节 供用电(水、热、气)合同概述	(133)
第二节 供用电合同的内容与法律责任	(134)
第九章 仓储保管合同	(140)
第一节 仓储保管合同概述	(140)
第二节 仓储保管合同的内容与法律责任	(142)
第十章 财产租赁合同	(146)
第一节 财产租赁合同概述	(146)
第二节 财产租赁合同的内容与法律责任	(147)
第十一章 借款合同	(154)
第一节 借款合同概述	(154)
第二节 借款合同的内容与法律责任	(157)
第十二章 财产保险合同	(161)
第一节 财产保险合同概述	(161)
第二节 财产保险合同的内容与法律责任	(164)
第十三章 承包经营与联合经营合同	(168)
第一节 承包经营合同	(168)
第二节 联合经营合同	(172)
第十四章 经济合同的管理	(177)

第一节	经济合同管理概述	(177)
第二节	无效经济合同的确认与处理	(181)
第三节	严禁利用经济合同进行违法活动	(184)
第三编	涉外经济合同	(187)
第十五章	涉外经济合同概述	(187)
第一节	涉外经济合同与涉外经济合同法	(187)
第二节	涉外经济合同法的基本原则	(191)
第十六章	涉外经济合同的主要类型	(198)
第一节	涉外货物买卖合同	(198)
第二节	“三来一补”合同	(210)
第三节	中外合资、合作经营企业合同	(216)
第四节	技术引进合同	(224)
第五节	国际工程承包合同与国际租赁合同	(229)
第十七章	涉外经济合同的管理	(236)
第一节	涉外经济合同管理的意义	(236)
第二节	涉外经济合同管理的内容与方法	(237)
第四编	技术合同	(242)
第十八章	技术合同概述	(242)
第一节	技术合同与技术合同法	(242)
第二节	技术合同法的作用	(245)
第三节	技术合同法的基本原则	(248)
第十九章	技术合同的主要类型	(252)
第一节	技术开发合同	(252)
第二节	技术转让合同	(258)
第三节	技术咨询合同	(266)
第四节	技术服务合同	(268)

第二十章 技术合同的管理	(276)
第一节 加强技术合同管理的意义	(276)
第二节 技术合同管理机构及其职责	(278)
第五编 续论	(286)
第二十一章 劳动合同	(286)
第一节 劳动合同概述	(286)
第二节 劳动合同的内容与法律责任	(289)
第二十二章 委托代理、信托、居间合同	(292)
第一节 委托代理合同	(292)
第二节 信托合同	(295)
第三节 居间合同	(298)
第二十三章 合同纠纷的处理	(301)
第一节 合同纠纷的协商解决和调解	(301)
第二节 合同纠纷的仲裁	(304)
第三节 合同纠纷的司法审理	(308)

第一编 总 论

第一章 合同与合同法

第一节 合同法的产生和发展

合同，又称契约。它在不同的时代不同的国家，虽然有各种不同的定义或解释，但也存在着基本的共同特征。这就是：商品交换是合同的经济内容，合同是商品交换必然要采取的法律形式。马克思说：“我在分析商品流通时就指出，还在不发达的物物交换情况下，参加交换的个人就已经默认彼此是平等的个人，是他们用来交换的财物的所有者；他们还在彼此提供自己的财物相互进行交易的时候，就已经做到这一点了。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，等等，但是这一形式既不构成自己的内容，即交换，也不构成存在于这一形式中的人们的相互关系，而是相反。”（注）

最初的物物交换，是靠当事人的誓言和习惯来保障的，当这样的规则不足以保障交换时，便需要有社会共同体（国家）认可或制定的规则，这就是关于合同的法律。合同法，是调整合同关系的各项法律规范的总称。它随着私有制和商品交换的出现而出现，随着商品生产的发展而发展。人类社会最早的合同法是由习惯发展而来的，称为习惯法。以后，才有了成文的法律规范。

经济对法律形式的形成具有决定作用，但法律对于经济又具有一种特殊的反作用，恩格斯曾指出：“青年们有时过分看重经

注：《马克思恩格斯全集》第19卷，第422—423页。

济方面，这有一部分是马克思和我自己应负其咎的。我们在反驳我们的论敌时，常常不得不强调那些被他们否认的主要原则，并且未必有充分的时间、地点和机会来把其他参与交互作用的因素也加以应有的重视。”（注一）我们研究合同法产生和发展的历史，不仅是为了瞭解社会经济制度怎样决定合同这一法律形式，还要瞭解它是怎样为不同的社会经济制度服务的。

古代的合同法，是指包括奴隶社会和封建社会两个阶段里各国和各民族有关合同的法律制度。就合同法律制度的完善程度而言，不同国家和民族的古代合同法差别很大。古代巴比伦皇帝汉谟拉比的法典，它是世界上迄今为止所发现的最古老而又保存最完整的成文法典。在整个法典现存的264个条文之中，直接规定各种合同关系的条文就有120条，占45%以上。罗马法被恩格斯称为“商品生产者社会的第一个世界性法律”（注二），它所包含的合同法规范比较完善，对买主与卖主、债权人与债务人、合同、债等作了相当明确的规定。古代合同法的理论，主要是指罗马法而言的。

我国古代，许多法律规范是包含在“礼”之中的，它也记载了关于合同法的习惯法。如《周礼》中的：“听称责以傅别”，“听买卖以质剂”。称责指借贷，借贷合同叫作傅别。傅是指约束于文书，别是指这种合同为一式两份，两家各执一份。听是处理合同纠纷，处理借贷合同纠纷需要验契，又称合契、合要。

“质剂”指“两书一札，同而别之”，即今之合同。买卖合同分别称为“质”或“剂”，因为当时大市的买卖合同用长券，谓之“质”，小市的买卖合同用短券，谓之“剂”。处理买卖合同纠纷，要以质剂作为依据。以后由习惯法向成文法转变，历朝法典涉及合同的条文，由于历史上的各种原因，主要是运用刑罚手段

注一：《马克思、恩格斯关于历史唯物论的信》，第88页。

注二：《马克思恩格斯全集》第21卷，第346页。

来对违法者实施制裁的规范。

我们将古代合同法作为一个总体来观察研究，便会发现它们的一些共同特征。第一个特征是古代合同法对合同主体（当事人）和客体（财产）都有严格的限制。法律只赋予少数人以订立合同的资格，奴隶制社会里，奴隶同牛、马、工具、物品一样，只能作为合同的标的物。奴隶制与封建制社会里，妻子或儿女也不具有签订合同的资格，而且往往将妻子儿女作为订立合同的抵押品。古代对重要财产如土地、房屋的买卖，都规定了严格的限制与特殊的程序。第二个特征是特别注重订立合同的复杂手续和庄严仪式。古代罗马，订立买卖合同时，须由一人拿着天平，买卖合同双方当事人站在五个证人面前，履行一定的仪式，合同才告成立，否则不生效力。我国唐代永徽律规定：“诸卖奴、婢、马、牛、驼、骡、驴已过价，不立市券，过三日，笞三十；卖者减一等”。要求买卖合同必须在市上签订书契，对违法的还规定了刑罚制裁。第三个特征是国家对合同的内容可以干涉和限制。例如古代合同法各国都有对借贷合同利率的限制，汉漠拉比法典规定，标的物是谷物，最高合法利率是百分之三十三又三分之一，标的物是货币（银子），法定最高利率为百分之二十。超过最高合法利率的被视为非法。我国大明律户律钱债卷“违禁取利条”规定：凡私放钱债及典当财物，每月取利，并不得过三分，年月虽多，不过一本一利，违者笞四十；以余利计赃论，罪止杖一百。”

古代合同法，以合同的法律形式反映了当时社会的经济状况。从奴隶制或封建制国家的立法者主观意图来看，是为了把商品经济限制在有利于维护现存制度的范围内，从客观方面看他们仍然创造了有利商品经济发展，并为以后的合同法所继承的一些概念、理论和规范。

资本主义社会的合同法，既与古代合同法存在着联系，因为

它们都是建立在私有制商品经济之上的，又存在着差异，则是因为生产力与生产关系发生了很大变化。奴隶制社会和封建社会的经济，主体是自然经济，虽然在那些时代里，也出现了商品交换，甚至有的地区还有相当繁荣的商品经济，但究竟局限于小商品经济。资本主义的兴起，大大提高了社会生产力，封建制度的崩溃给广大农民带来了人身自由，劳动力成为可以自由买卖的商品，民族国家和统一市场的逐渐形成，导致商品交换关系的扩大化与频繁化，使资本主义商品经济代替自然经济成为社会经济的主体。

资产阶级一旦推翻了封建制度，随着资本主义生产关系而形成的近代合同制度，立刻就被资产阶级用法律的形式固定下来。资本主义国家的第一部民法——法国民法典（拿破仑法典）中的合同法部分，就是最重要的代表。当时的法国民法典共2281条，有关合同法的规范约有1000余条，约占法典全部条文的一半。大陆法系国家大都把关于合同的法律规定放在民法典或商法典中，也有国家将合同法单独作为一个法典公布，但都另有一些关于合同的单行法规。英美法系国家，以判例来体现法律规范，但也相继制定了许多成文的法律，称为制定法。英美法系国家以为数很多的判例和一些制定法，构成合同法的体系。

与古代合同法比较，资本主义的合同法具有这样一些特征：第一个特征是适用的范围远较以前的合同法广泛，形形色色的社会关系都进入了合同法的范围，甚至连结婚、收养等关系都以合同形式出现。正如马克思对一切商品化了的资本主义社会的评价：“人们一向认为不能出让的一切东西，这时都成了交换和买卖的对象，都能出让了。”（注）第二个特征是以雇佣契约的形式把资本家对工人阶级的剥削合法化了。劳动力成为自由买卖的

注：《马克思恩格斯全集》第4卷，第79页。

商品，买卖劳动力的雇佣合同成为合同法的重要组成部分，与以转让使用权和所有权为内容的合同，共占合同法中的重要地位。第三个特征是合同自由的原则，成为资本主义国家合同法的主要原则。它反映了资产阶级反对封建特权、地方割据的胜利，并形成了这样的概念：一是就签订合同来说，除了某些公用性职业外，当事人没有一定要与谁订立合同的义务，可以任意选择对象，可以自由商定合同条款。二是就立法和司法者来说，法律不限制订立合同的权利，合同一经确立，就视为神圣不可侵犯，司法者只能以强制力保证合同的履行。从而为资本的原始积累提供了重要手段。第四个特征，作为合同自由原则的引伸，古代合同法中严格的形式主义被冲破，只要在当事人之间具备“合意”，即达成协议，合同便告成立。这就是近代合同法关于合同的概念，“合同是当事人之间的一种合意”。

合同法在资本主义国家法律中占有特殊的地位和作用，美国法律史学家威廉德·胡斯特教授写道：“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。合同法为市场的运转提供保障、秩序和必要的手段，并且提供整个体制稳定发展的活力。”建立在高度发达的商品经济之上的当代资本主义合同法，一方面就其法律本身来说，它已成为一个极其精巧的、细致的法律体系。另方面资本主义存在的不可调和的矛盾，又使合同法经常陷于内在矛盾之中。合同自由是资本主义合同法的主要原则，但是合同自由发展的结果，却走到了它的反面，实际享有合同自由的只是大资产阶级，而广大的人民甚至中小资产阶级都很少可能享有合同自由。为了维护资本主义经济的生存，合同法又必须缓解垄断与自由竞争的矛盾，出现了资本主义国家对合同愈来愈加强行政管理的趋势，提出了在“私法合同”概念之外，还有所谓“公法合同”的概念。

社会主义社会需要不需要合同法呢？这是确立了社会主义制度的国家遇到的一个十分重要的问题。在世界上第一个社会主义国家苏联刚刚诞生的年代里，由于没有建设社会主义的经验可资借鉴，由于当时反对外国武装干涉和赢得国内战争胜利的需要，包括列宁在内的马克思主义者都对商品生产和商品交换持否定态度，认为是同社会主义不相容的事物。俄共（布）中央和苏俄政府决定，取消货币，禁止商品流通，实行军事共产主义。在这一段不长的时期里，随着商品生产和商品交换的被否定，媒介商品生产和商品交换的合同法律形式自然也荡然无存，结果社会经济生活遭到了巨大损失。列宁在总结军事共产主义政策的教训时写道：“由于我们企图过渡到共产主义，到1921年春天我们就在经济战线上遭受了严重的失败，这次失败比高尔察克、邓尼金或皮尔苏茨基使我们遭受的任何失败都要严重得多，危险得多。”

（注）就在1921年苏维埃政府制定了国家承揽与供应条例，成为世界上第一个单行的社会主义合同法规。1922年为了适应和促进社会主义商品生产和商品交换，列宁又亲自主持制定了苏俄民法典，以十章的篇幅对合同的一般原则、财产租赁合同、买卖合同、交换合同、借款合同、承揽合同、委托合同、行纪合同、保险合同等作了详细系统的规定。这是社会主义新型合同法之始。

社会主义社会需要合同法，是因为在共产主义的过渡阶段仍然存在着商品生产和商品交换。社会主义的计划经济，并不能取代凭借合同实现各种商品的价值和使用价值。随着对社会主义经济认识的深化，人们也改变了计划经济与商品经济对立的看法，逐步理解了社会主义经济是计划经济与商品经济的统一，也就越来越重视合同法的作用了。

社会主义的合同法在不同的国家或在不同的历史阶段，都会

注：《列宁全集》第33卷，第44页。

存在种种差异，但是它们与资本主义合同法的本质区别，可以概括为这样两点：一是经济基础的不同，资本主义的合同法是建立在资本主义的私有制基础上的，社会主义的合同法是建立在社会主义公有制为主的基础上的。二是立法目的不同，资本主义的合同法是为保障资产阶级瓜分剥削所得和进行剥削的手段，社会主义的合同法是为了保障社会主义经济建设，实现满足人民日益增长的物质、文化生活需要。基于前述两点区别，在法律规范的具体内容上和实际运用上就必然存在差别。

第二节 新中国的合同法

新中国的合同法律制度，经历了一个曲折的发展过程，其间有过三次大的发展。第一次大的发展时期从建国初期到1956年，第二次大的发展时期自1961年到1965年；第三次大的发展时期是从1978年党的十一届三中全会以后开始的。在三次大发展时期之间的，是我国合同法停滞和遭受破坏的时期。

一、第一次发展时期与挫折

建国初期到1956年，是我们党领导全国各族人民实现从新民主主义到社会主义的转变，恢复国民经济和开展有计划的经济建设时期。在这个历史阶段中，党确定的指导方针和基本政策是正确的，其中包括发展商品生产和商品交换的方针。为了适应多种经济成份并存的经济结构，对农业、手工业和资本主义工商业进行社会主义改造的需要，国家在经济领域中广泛推行合同制度，运用合同形式以确定各种经济关系，组织生产和流通。国家机关、国营企业和合作社之间的经济活动，如借贷往来、货物买卖、委托代理、修缮建筑、承托运输、租让经营、合资经营等均

采用合同形式。同时，对资本主义工商业和个体经济通过建立合同联系，如签订加工订货合同、包销合同、预购合同等，将其纳入有计划发展的轨道。

当时合同制度的广泛运用，促进了我国合同立法的工作。1950年9月27日，政务院财政经济委员会颁布了我国第一个合同法规，即：《机关、国营企业、合作社签订合同契约暂行办法》。其中第二条规定，凡机关、国营企业、合作社之间有重要业务行为不能即时清结者，必须签订合同。为调整我国社会主义公有制经济内部的经济流转关系，提供了法律规范。它的颁布标志着我国社会主义性质的合同法的产生。

在这以后至1956年期间，中央各部委相继制定了一大批合同法规。其中重要的法规有：1950年10月3日贸易部《关于认真订立与严格执行合同的决定》、1951年5月30日政务院财政经济委员会《关于签订铁路运输合同的决定》、1953年8月19日供销合作总社颁布的《各级合作社联合社签订交易合同暂行办法》、1954年10月2日铁道部《关于签订运输合同的基本规定》、1955年11月14日建筑工程部颁发试行的《建筑安装工程包工合同基本特殊条款》、1956年6月1日起实行的中国百货公司《供应合同共同条件》、1956年7月1日起实行的重工业部《产品供应合同暂行基本条款》，等等。据统计，这一时期由中央部委一级颁布的合同法规有四十余件。至1956年，我国合同立法已初具规模，成为我国社会主义经济法律的一个重要组成部分。对于社会主义国营经济的巩固，迅速恢复在旧中国遭到严重破坏的国民经济，实现对生产资料私有制的社会主义改造和胜利完成第一个五年计划，发挥了巨大的作用。

从1957年到1960年，我国合同法经历了第一个低谷时期。由于我们对社会主义建设经验不足，对经济发展规律和中国经济基本情况认识不足，更由于一些领导同志夸大了主观意志的作用，

急于求成，在这期间发动了“大跃进”运动和农村人民公社化运动，使得以高指标、瞎指挥、浮夸风和“共产风”为主要标志的左倾错误盛行一时。有的人大肆鼓吹废除商品生产和商品交换，实行无偿的产品调拨，实行供给制。由于搞“一平二调”，不讲经济核算，否定商品生产和商品交换，作为商品交换法律形式的合同法也被抛弃了。

党中央和毛泽东同志不久便逐步觉察到“大跃进”和公社化运动的错误。例如在1958年11月召开的郑州会议上，毛泽东同志着重批评了陈伯达等人主张废除商品、货币的错误观点，指出中国是商品生产很不发达的一个国家，对商品生产不是要消灭，而是要大大发展。并强调为了团结几亿农民，必须发展商品交换；对农产品实行直接调拨，就是剥夺农民。以后，党中央通过了《关于人民公社若干问题的决议》。根据决议，1958年12月30日中共中央和国务院又发布了《关于适应人民公社化的形势改进农村财政贸易管理体制的决定》，其中规定：国家商业机构同人民公社之间，必须根据国家计划订立购销合同。除了国家规定的统购任务和统销指标外，公社与国家之间的销售与供应，都应当尽量用合同的形式规定下来。合同一经订立，双方必须保证共同执行。还强调指出，逐步推广合同制度，是加强人民公社计划性的重要方法，但由于当时的客观情况，上述规定并未得到认真的贯彻执行。

二、第二次发展时期与挫折

1961年至1965年，是合同法律制度第二次得到发展的时期。1961年党的八届九中全会决定集中力量纠正以“共产风”为主要标志的左倾错误，批准了调整经济的方针。以后党和国家陆续制定了《农村人民公社工作条例》、《关于坚决纠正平调错误，彻底退赔的规定》、《关于改变农村人民公社基本核算单位问题的

指示》、《关于改进商业工作若干规定（试行草案）》、《关于城乡手工业若干政策问题的规定（试行草案）》、《国营工业企业工作条例（草案）》等规范性文件，对国民经济进行全面调整。恢复和推广合同法律制度，是国民经济调整中所采取的一项重要措施。以《国营工业企业工作条例（草案）》为例，其中第四十六条规定，协作双方必须签订经济合同，具体规定产品的品种、规格、质量、数量、价格和交货期限，具体规定双方承担的义务。经济合同具有法律效力，必须严格执行，不准单方面废除。不执行合同，要负经济上的赔偿责任。

为了严格执行经济合同，1962年12月10日中共中央、国务院联合发布《关于严格执行基本建设程序，严格执行经济合同的通知》。《通知》责成国家经济委员会，根据本通知的精神，制定国民经济各部门严格执行经济合同的具体办法，报国务院审批。我国合同立法再次获得蓬勃发展。这一时期颁布的重要的合同法规，有1963年8月30日国家经委颁布的《关于工矿产品订货合同基本条款的暂行规定》、1963年8月5日国家经委转发的《关于物资调剂管理试行办法》、1963年1月《中国五金机械公司系统商品调拨供应暂行办法（试行草案）》、1965年5月6日和12月6日国务院批准的《木材统一送货办法》、《煤炭送货办法》等。

根据《国营工业企业工作条例（草案）》规定，企业之间，部门之间的经济合同纠纷，由各级经委设置专门机构裁决和处理。《关于严格执行基本建设程序，严格执行经济合同的通知》重申：在执行合同中发生的纠纷，由各级经济委员会予以仲裁。反映了这一时期国家加强了对合同的行政管理措施。1962年8月30日国家经委发布《关于各级经委仲裁国营工业企业之间拖欠货款纠纷的意见（草案）》。在国家经委转发的《关于物资调剂管理试行办法》中，对合同管理设专章作了规定，指出合同管理的具体内容包括：对合同的鉴证、对合同的监督检查和对合同纠纷的仲

裁。

1966年5月至1976年10月的“文化大革命”，使党、国家和人民遭到建国以来最严重的挫折和损失。在经济领域中以限制“资产阶级权利”为名批判商品生产和商品交换，各种行之有效的经济管理制度被当作修正主义的“管、卡、压”。社会主义法制遭受践踏，宪法和法律成了一纸空文，社会主义合同法律制度再次被抛弃了。

三、第三次大发展时期

1976年10月粉碎江青反革命集团以后，结束了“文化大革命”的十年动乱。1978年12月党召开的十一届三中全会，是具有深远意义的伟大转折。从此开始全面地认真地纠正“文化大革命”中及以前的左倾错误，把工作重点转移到社会主义现代化建设上来。1984年10月，党的十二届三中全会通过《关于经济体制改革的决定》，明确提出发展社会主义商品经济。1987年10月，党的十三次代表大会通过了包括一个中心两个基本点为内容的基本路线。在这样的历史条件下，迎来了我国社会主义合同法律制度的第三次大发展。

1978年中共中央《关于加快工业发展若干问题的决定（草案）》强调指出企业必须全面完成供货合同，合同一经签订，必须执行。破坏合同，就是破坏社会主义计划经济。1979年9月28日党的十一届四中全会通过了《关于加快农业发展若干问题的决定》，其中规定：粮、棉、油等统购物资和其他农副产品的统购、派购和议购都应签订合同，遵守合同，不准强迫命令。1979年8月8日国家经委、工商行政管理总局、中国人民银行联合发布《关于管理经济合同若干问题的联合通知》，指出实行合同制度，以合同形式将企业之间产、供、运、销的联系协作和相互承担的经济责任规定下来，并严肃地予以执行，是提高企业经营管理水平，