

合同法重点难点问题 解析与适用

主编 陈伯诚 王伯庭

H T F

吉林人民出版社

HETONGFA

ZHONGDIANNANDIANWENTI

JIEXIYUSHIYONG

合同法重点难点问题 解析与适用

主编 陈伯诚 王伯庭

吉林人民出版社

(吉)新登字 01 号

合同法重点难点问题解析与适用

主 编	陈伯诚 王伯庭	封面设计	张 迅
责任编辑	李艳萍	版式设计	晓 君
责任校对	晓 莉		

出 版 者	吉林人民出版社 0431—5649710 (长春市人民大街 124 号 邮编 130021)
发 行 者	吉林人民出版社
制 版	吉林人民出版社激光照排中心 0431—5637018
印 刷 者	长春市第九印刷厂

开 本	850×1168 1/32
印 张	18.25
字 数	500 千字
版 次	2001 年 3 月第 1 版
印 次	2001 年 3 月第 1 次印刷
印 数	1—3 000 册

标准书号	ISBN 7-206-03349-0/D·879
定 价	36.00 元

如图书有印装质量问题,请与承印工厂联系。

作者名单

主 编	陈伯诚	王伯庭	
副主编	乔英武	杨思留	汤茂灵
撰稿人	(以姓氏笔画为序)		
	于洪文	王伯庭	王 鑫
	乔英武	李绍元	李徐州
	陈伯诚	张向东	张惠峰
	汤茂灵	周沂丽	杨思留
	郑瑞华	赵增尧	郭召利
	强晋川	董 涛	

前 言

《中华人民共和国合同法》已于1999年10月1日起实施。如何正确理解和应用好这部规范和调整市场经济关系的法律是一个十分重要的课题。为此，在主编的倡导和主持下，由长期从事司法实务并注重理论研究的资深法官、律师和高等院校专门从事法学教学、研究工作的同仁一道，从合同法的立法本意出发，从合同法设定的有关法律制度的渊源和基础关系出发，从合同法的实务操作出发，就合同法中所涉及的一系列重点、难点问题进行了深入的分析研究。不仅有相当理论深度，更注重理论联系实际，可谓熔理论研究与实务操作于一炉。本书各专题所述内容，不仅便于司法工作者的实务操作，亦对法学教学、研究具有一定的指导意义和较高的参考价值；同时对不同行业的同志，准确把握合同法的相关规定亦有较大的帮助。

由于水平所限，本书难免存在错误和不当之处，敬请专家和读者批评指正。

2000年2月

目 录

合同法的价值取向·····	1
要约概论·····	16
承诺规则·····	34
合同的形式·····	50
合同成立与合同效力的要件研究·····	59
缔约过失责任·····	71
格式条款的适应及限制·····	79
附条件、附期限合同释论·····	88
效力可追认合同·····	97
表见代理·····	105
重构无效合同制度·····	111
可变更、可撤销合同探究·····	133
合同的附随义务·····	144
合同欠缺条款的补救·····	149
涉他合同解析·····	159
双务合同履行中抗辩权的构建与适用·····	168
合同保全制度的创设与实践·····	190
完善合同转让制度·····	211
合同解除概论·····	231
合同债务抵销·····	250
合同中的提存·····	258
合同债务的免除和混同·····	264
合同责任的归责原则·····	268

预期违约制度	281
违反合同的责任形式	285
违约责任与侵权责任的竞合及其法律适用	309
情势变更的理论与实践	331
合同解释探析	344
无名合同的法律问题	353
涉外合同的法律适用	357
买卖合同标的物风险负担	362
租赁合同中的若干法律问题	379
融资租赁合同的理论与规则研究	396
承揽合同规则	412
多式联运合同的法律思考	419
委托合同研究	428
行纪合同和居间合同	439
合同诈骗罪与非罪的界限	449
附录一：国际统一私法协会《国际商事合同通则》	458
附录二：联合国国际货物销售合同公约	480
附录三：关于国际合同适用法律的美洲国家间公约	503
附录四：欧洲合同法的原则（草案）	508
附录五：中华人民共和国合同法	521
附录六：最高人民法院关于适用《中华人民共和国 合同法》若干问题的解释（一）	567
主要参考书目	572
后记	576

合同法的价值取向

《中华人民共和国合同法》已于1999年3月15日由第九届全国人民代表大会第二次会议通过，并于1999年10月1日开始施行。作为现行民商法中最具理论色彩的《合同法》，是民法分则的核心部分，它对于更好地建立社会主义市场经济体制，规范市场交易行为，保障市场经济有序健康发展，维护当事人的合法权益，均具有十分重要的意义。而任何法律制度的设立，必然追求基本价值，《合同法》亦不例外。因此，分析研究《合同法》的价值取向，则是了解立法目的，掌握基本内涵的重要环节。价值取向在客观上必然昭示着法律制度所要倡构的社会秩序，决定着审判制度的保护倾向与社会功效；在微观上决定和影响着个案司法审判行为的实际举措与全案的实际裁决结果。在规范尚不健全的情况下，价值取向的作用尤为显著，恰当的价值取向是提高司法审判实际成果的理性保障，不仅可以积极地影响对实体规范的理解，同时可以弥补规范不足所产生的缺失，直接成为司法实践的具体指导。

价值取向之一：民主立法、集思广益

1993年全国人大常委会法制工作委员会开始《中华人民共和国合同法》的起草工作。同年8月11日民法室的同志拟出《合同法主要条款》。1995年初，社科院法学所、北京大学、人

民大学、政法大学等 12 个单位的学者起草了《中华人民共和国合同法（试拟稿）》。1995 年 7 月 13 日法制工作委员会民法室起草了《中华人民共和国合同法（试拟稿）》，计 42 章 510 条，并将此稿印发，征求有关部门的意见。1996 年 8 月 15 日辽宁省大连市工商行政管理局和大连市企业合同管理协会召开了“96 大连合同法理论与实务研讨会”，就合同的行政监管“管什么、谁来管、怎么管”九个字进行了深入的研究探讨。1997 年 5 月 20 日法制工作委员会办公室将草拟的《中华人民共和国合同法（征求意见稿）》印发征求各地各部门意见。1997 年 10 月 17 日至 20 日，全国人大法制工作委员会在厦门召开合同法国际研讨会。美国福德姆大学法学院教授、美国修改统一商法典工作组成员、联合国贸易委员会国际销售方面美国代表约瑟夫·伯瑞罗；英国希里斯托尔大学法律系主任、国际商事合同通则起草组成员密歇尔·弗姆斯顿教授；德国海德堡大学私法经济法学院院长郝伯特·克朗克博士等对我国合同法的有关问题进行了讨论。1998 年 6 月 11 日再次将指令性计划、行政监管条款写入合同法草稿。1998 年 8 月 24 日召开的第九届全国人大常委会第四次会议第一次审议了《中华人民共和国合同法（草案）》。1998 年 9 月 4 日全国人大常委会办公厅发出通知，公布《中华人民共和国合同法（草案）》，向全国人民征求意见。1998 年 10 月 27 日至 11 月 4 日举行的第九届全国人大常委会第五次会议第二次审议了《中华人民共和国合同法（草案）》。1998 年 12 月 2 日至 29 日举行的第九届全国人大常委会第三次会议第三次审议了《中华人民共和国合同法（草案）》。1999 年 1 月 12 日，一直倡导立法要走群众路线的李鹏委员长，在人民大会堂主持召开座谈会，征求专家、学者和政府部门、企事业单位负责人对合同法草案的意见。第二天上午，李鹏委员长又专程赶到北京市丰台区人民法院，再次主持座谈会，听取法官和有关法律工作者对草案的意见。1999 年 1 月

29日至30日举行的第九届全国人大常委会第七次会议第四次审议《中华人民共和国合同法（草案）》，并决定将《中华人民共和国合同法（草案）》提请第九届全国人民代表大会第二次会议审议。1999年2月28日第九届全国人大常委会第八次会议通过的《第九届全国人民代表大会第二次会议议程》确定了第九届全国人民代表大会审议《中华人民共和国合同法（草案）》的议程。第九届全国人民代表大会第二次会议于1999年3月5日召开，经代表们审议，15日通过了《中华人民共和国合同法》。

上述立法民主化的过程，实际上是集中人民群众意志的过程。这在共和国立法史上写下了重重一笔。

价值取向之二：确立立法宗旨

合同法的立法宗旨与合同法的功能是一致的。合同法对市场经济的建立与发展有着自身的功能，而制订本法的宗旨正是基于维护和保障交易安全、合同自由、社会信用等客观存在的功能。

《合同法》第1条规定：“为了保护合同当事人的合法权益，维护社会经济秩序，促进社会主义现代化建设，制定本法。”依据本条的规定，合同法的立法宗旨是：一是保护作用。保护当事人的合法权益，是我国民法通则所确认的公民、法人的合法民事权益受法律保护的原则在合同法中的具体体现。保护合同当事人的合法权益乃是合同法的基本立法宗旨。而且，合同法全面保护合同任何一方当事人的合法权益，而任何强调保护其一方合同当事人的权利和利益都是片面的，都是不符合立法宗旨的。具体地讲既要保护债权人的合法利益，又要保护债务人的利益，以体现民法的公平原则和鼓励交易的原则。二是规范作用。合同法对合同应当遵守的基本规则都作了规定，包括合同订立规则；合同成立规则；合同效力规则；合同履行、解除、变更、转让和终止的规则。合同各方应当遵守这些规则，这些规则迫使合同当事人把

自己的行为拘束在其法律规范之中，并进而规范交易的有序进行，从而维护社会经济秩序。三是促进作用。合同法的制定和适用，最终是促进社会主义现代化建设，发展生产力。合同法保护了当事人的合法权益，防止和消除违约行为，促成债权的实现，其结果是鼓励了交易，加速了商品的流通，使交易的结果为合同当事人各得其所、各取其利。从而极大地调动公民、法人和其他组织这些市场主体的积极性、主动性，促进生产力的提高和社会主义现代化建设的发展。

价值取向之三：确立相对自由原则

合同法的基本原则，是合同法的核心，而相对自由原则则是合同法诸原则中的精髓。

合同自由原则历来是各国合同法的最基本的原则。合同自由原则强调社会关系的自我形成，主张把合同作为个人的自治范围来对待，其结果是极大地引发了个人主观能动性，对资本主义的发展起到了强大的推动作用。自由应该成为法律的主要价值追求。17世纪的英国哲学家约翰·洛克宣称：“法律之目的不是废除或限制自由，而是保护和扩大自由。”美国宪法起草者之一杰斐逊确信，自由乃是人类生来就有的和不可剥夺的一种权利。康德也说，自由是每个人根据其人性所拥有的一个唯一的和原始的权利。现代人通常是更为强调自由的价值而不是相反。然而，已往的哲学家多从人性之中求证自由的价值，却很少思考自由与特定时空下的制度结合同的关系。近现代，随着资本主义的高度发展，劳动者和雇主、大企业和消费者、出租者和承租者之间的矛盾开始激化，合同自由受到了挑战。基于社会经济、政治需要的压力，法律上的自由主义为逐渐增长的国家干预主义所代替。合同作为调整经济关系和其他社会关系的手段，也不可能逃避这种变化。情势变更原则的确立以及标准合同、公平原则对合同自由

的平衡都反映了过去的合同自由的原则已受到了限制。当代合同法由于国家意志的侵入，个人意愿的退缩，当事人的意愿和意志所起的作用已不像传统理论所设想的那么大了，大多数法律学者认为，合同责任大小取决于所产生的合理预期值的多少，取决于允许对这种合理的预期值的实现进行阻挠是否公平，取决于国家政策对交易的影响。在这种观点看来，当事人的允诺受到了相应的限制，合同自由的相对性受到了普遍的重视。从而成为各国立法的基本价值追求。

在美国，合同法重述和美国统一商法典都是合同相对自由的产物。如第二次合同法重述第 90 条规定：在一方当事人信赖对方当事人允诺的情况下，即使不存在合同，合同责任仍可以产生。美国统一商法典第 2—302 条规定，可以拒绝履行不合理或不公平的合同。在英国，所谓合同自由原则，是指合同当事人可就任何条款达成协议，法律承认其效力。但是该原则受以下三种限制：一是默示条款不是当事人双方协议达成的，而是来自法律或者商业习惯。法律之所以规定一些合同必须包含某些默示条款，是为了维护社会公正，保护消费者的权益。二是如果在协议中存在不公正条款或免责条款，法律可以限制这些条款的效力。三是合同形式要求，在一些领域，法律要求合同必须是书面的或有书面证据。例如，1677 年的英国诈欺法规定担保合同必须有书面证据。

在日本，主要体现在保护弱者的利益方面对合同自由加以限制。如日本民法规定的雇佣合同的雇佣期不得超过 5 年，但劳动基准法规定不得超过 1 年；没有约定雇佣期的劳动合同在民法典上是可以随时解除的，但在劳动基准法上规定解雇必须在 30 天以前告知，并且必须支付 30 天以上的工资。在社会法领域，为了平衡不动产的供求关系，保护承租人的利益，1921 年制定了供地法和供家法，规定了租赁关系的原则性更新制度、房屋租赁

权对新房主有物权性的对抗力等。同时又通过判例进一步对承租人进行保护。如日本民法典规定，在承租人债务不履行时，出租人有权解除租赁合同。而法院通过判例限制了出租人的解除权，即仅有承租人的债务不履行这一事实，出租人是不能解除合同的，只有在承租人破坏了出租人对其的信赖关系之类的违反信义行为时，出租人才可行使其解除权。

尽管从上述各国现代合同法中合同自由原则已经弱化，但它仍是合同法的最基本的原则之一。对合同自由的限制，只是表现了合同制度在现代社会的一种变革，表现了合同法的一种发展趋势。我国《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。”该条确立了相对自由原则，合同当事人在相对限制的范围内依法享有意思自治及缔结合同的自由。这样规定，不仅体现了当事人有权按照自己的意愿，自由订立合同，又明确了当事人行使这项权利时必须“依法”。依法订立合同，包括在内容上应当遵守法律、行政法规，违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效，也包括在程序上应当遵守法律、行政法规，法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续的，依照其规定。比如，金融领域发生的高息揽储现象，是违反有关金融法律、行政法规规定的，即使当事人双方自愿，该合同也是无效的，对违法者还应当依法追究法律责任。

价值取向之四：确立平等原则

合同法是通过确认和提供市场有效运行所依赖的各种基本条件来形成市场秩序的。形成完备市场的条件很多，但最基本的条件有两个：一是自由，二是平等。其它各种形式的条件无非都是这两个基本条件的深化和展开。因此平等同样是市场经济条件下合同法确定无疑的价值追求。

法律的形式特征赋予法律和以平等以一种内在的逻辑联系。法

律规范是指一套普遍适用的非人格化的抽象制度安排，意味着相同的行为将给予同样的法律待遇。虽然，这里已经包含了“平等”因素，但这种平等具有很大的局限性。它只是一种适用既定法律的平等，并不涉及法律的内容安排是否平等，即立法上的平等。如果一套既有法律制度，其内容安排并不平等，那么，适用法律的平等，不过只是以平等的形式来贯彻不平等的内容罢了。正是从这个角度，马克思说，在资本主义社会中，“法律面前人人平等”原则具有虚伪性。遗憾的是，当将这一原则引入社会主义法制中的时候，长期以来，我们依然只是将它限定于“适用法律平等”的狭隘范畴之中。

因此，如果我们要把平等作为一种价值引入法律之中，关注的焦点就必须从适用法律的平等转移到立法的平等上来，即从形式平等转移到内容平等。这就涉及到如何从内容上解释平等的问题。对此问题主要有两种不同的观点，一种将平等理解为“机会均等”，另一种则理解为“收入平等”。在一定意义上，“机会均等”与“收入平等”都是有价值的社会目标，但是，在特定的社会经济体制下，它们又是两种相冲突的价值目标。强调机会均等，就意味着收入不平等的合法化；强调收入平等，就必然要对机会均等进行限制乃至取消。每一社会都面临着一种选择，选择的结果都是只强调了平等的一个方面，并以牺牲平等的另一个方面为相应的代价。传统的社会主义计划经济的价值，不仅反映在法的体系方面，而且反映在法的内容方面。特别在法的内容方面，处处留下平均主义印迹。虽然计划经济及其相应的法律目标旨在校正市场经济造成的社会偏差，然而，完全取缔市场又造成了更大的社会偏差：资源浪费、效益低下、个性泯灭、主动性丧失……对收入平等的过份追求，结果造成了平等贫穷。这无论如何与社会主义的本质是不一致的。正如邓小平一再强调的“贫穷不是社会主义，社会主义要消灭贫穷。不发展生产力，不提高人

民的生活水平，不能说是符合社会主义要求。”因此，只有一个有效率的经济秩序中才能增进平等。从这个意义上讲，重新认识市场并在社会主义经济中引进市场机制显然是十分必要的。改革就是对这种必要性的反映，他要求社会主义经济由计划经济向市场经济进行转变，也要求法律进行新的价值评断和选择。具体到平等的问题上，意味着关注的焦点应在“机会均等”之上。

“机会均等”既是市场有效动作的前提，也是市场正义的体现。一方面，没有机会均等，尤其是没有公平竞争的环境，竞争就不会充分展开，市场就会扭曲，这是不言而喻的。另一方面，收入不平等作为市场动作的结果是否公平和正义，不应以“不平等”这一事实本身为基础，而要看这种不平等是不是一场“公平比赛”的结果。所谓“公平比赛”就是所有参赛者在出发地位上都是平等的，即都有预期取得成功的均等机会，换言之，与市场经济相适应的法律，重心既不在于对市场过程进行干预，也不在于对市场后的收入分配进行调整，而在于市场前对各类市场主体竞争地位的平等安排上。

“机会均等”对法律的具体要求表现在两个方面：一是主体法律资格平等。从法律上讲，主体资格是指（自然人和法人）享受权利、承担义务的资格。其在经济上的体现就是参与市场交易和市场竞争的法律资格，即参赛资格。机会均等首先意味着，所有的人都有通过正当的法律程序参与市场竞争的均等资格与均等机会，不能因人而异，限制乃至取消一部分人的参赛资格。其次是所有的市场参与者的法律地位平等。市场主体不应再是计划经济体制下国家机关的附属物，原则上也不应再按照国家计划的安排进行生产和经营，而应当是面对市场需求自己作出经营决策、自主经营、自负盈亏、正当竞争、优胜劣汰。没有这种独立自主的市场主体就没有市场经济。而独立自主的市场主体之间的关系只能是平等关系，如果不是平等关系，一方要听命于另一方，那

就没有独立自主的市场主体。所以说,市场主体包括合同主体之间的关系,按照市场经济的内在要求,应当是平等关系,平等协商,按照共同的意愿签订和履行合同,而不应当存在一方强迫另一方服从其意志的不平等情形。二是平等待遇。这是指在解决了主体资格问题之后,对已经进入竞争过程中的各类市场主体应提供相同的法律环境和法律待遇,应创造平等的竞争机会。任何合同主体都应当受到法律的平等保护。无论是法院还是仲裁机构,都不应当根据合同主体所有制性质的不同、经济实力的强弱或者是否有行政权力的支持来决定是否保护或者适用不同的保护措施。不仅如此,法院或者仲裁机构应当反对特权,消除不正当竞争,依法保护合同的另一方,以实现平等。

《合同法》第3条规定:“合同当事人的法律地位平等,一方不得将自己的意志强加给另一方。”该条规定具体体现了上述平等的内容,是合同法的重要价值追求。

价值取向之五:稳定和促进交易

民商法包括民商事合同法都属于私法,应当充分尊重公民、法人或者其他组织作为私权利享有的订立合同自愿的权利。基于此,合同法始终把稳定和促进交易作为其价值追求之一。

(1) 缩小无效合同的范围。一是将以欺诈、胁迫手段订立的合同加以分流,既可以是无效合同,也可以是可变更、可撤销的合同。是否无效以订立的合同是否损害“国家利益”为界限。特别是在合同被分流为可变更的情况下,使得一部分合同在权利与义务趋于一致的情况下,得以履行。极大地减少了无效合同,稳定了交易秩序。二是不以“违反法律”,而是以是否“违反法律、行政法规的强制性规定”的标准来确定合同无效。立法本意严格限制地方性法规的适用。从而极大地减少了无效合同,当事人的交易安全得到了保障。

(2) 设立效力可追认合同制度, 不仅使那些合同主体资格欠缺的情形、而且使那些权利缺陷的合同得到了补救。既维护了相对人的合同权益, 又稳定和促进了市场经济秩序。

(3) 设立合同欠缺条款补充制度。合同法第 61 条、第 62 条明确规定对空缺条款当事人可以协商补充, 也可以按合同的有关条款或者交易习惯确定, 并相对地规定了五个方面法定的补充办法, 便于合同当事人全面履行合同义务, 减少诉争。

价值取向之六: 扩大调整范围

提交全国人大常委会审议的合同法草案关于合同的调整范围是这样规定的: “本法所称合同是平等主体的公民、法人、其他组织之间设立、变更、终止债权债务关系的协议。” 在修改、审议过程中, 对“公民”和“债权债务关系”作了修改。有的委员和专家提出, 外国人对我国的投资和经济贸易往来, 也需要适用合同法, 而“公民”一词不能包括这些情况。为此, 合同法第 2 条将“公民”修改为“自然人”, 这就既包括中国人, 也包括外国人和无国籍人, 调整的主体范围扩大了。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”为好。为此, 合同法第 2 条将“债权债务关系”修改为“民事权利义务关系。”亦使合同法调整的内容有所扩大。《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。” 该条规定的适用范围与已被废止的《经济合同法》、《技术合同法》和《涉外经济合同法》相比较, 作了适当扩大。经济合同法适用范围是平等民事主体的法人、其他经济组织、个体工商户、农村承包经营户相互之间, 为实现一定经济目的, 明确相互权利义务关系而订立的合同, 不包括公民之间以及公民与法人、其他经济组织之间的合同。涉外经济合同