

新合同法原理 与案例评析

奚晓明 主审
王全兴 刘建强 洪彬 主编

暨南大学出版社

新合同法原理 与案例评析

王利明 著

中国政法大学出版社

中国政法大学出版社

D923.6

W35

新合同法原理 与案例评析

奚晓明 主审
王全兴 刘建强 洪彬 主编

暨南大学出版社

前 言

新《合同法》已经颁布，并将于 1999 年 10 月 1 日正式施行。这部被认为是真正由专家起草的法律的颁行，无疑是中国立法史上的一个重要里程碑。合同法是民法的重要组成部分，是市场经济的基本法律，也是我国民法现代化的重要内容之一。无论对法律专家、公司、企业，还是普通民众，合同及合同法的重要性是无需多言的。因为在体现契约正义的现代社会中，合同法与社会的联系太密切了，正如美国著名合同法专家 A. L. 科宾所言，“合同法的主要目的是实现由允诺产生的合理预期”，其充分体现出这一内涵。

在中国的法律学术界，学者们历来十分重视对合同法理论的学习和研究。尤其是近年来，即使在“三法”（经济合同法、技术合同法、涉外经济合同法）分立的环境下，超前性的合同法理论研究已十分突出，成果也大量产出，这正是新《合同法》从立法至颁布的主要理论基础。同样，在中国的法院审判活动中，每年数百万件的合同纠纷案件，使得法律不足而带来的“困惑”时时困扰着法官，而“法官不得以没有法律而拒绝裁判”的职业要求，又迫使着法官进行积极的思考和探索，产生了众多的“没有充分法律依据”的案例。正是在这样的环境下，法官们通过审判活动，而体现出的对合同法的理解、解释等所产生的贡献也是巨大的。对社会各层面而言，即使无任何法律知识基础的人也会对合同或签订合同拥有“发言权”，他们甚至连合同在法律上是怎样一回事可能也不知道，然而正是这样的“无知”都又构成与合同、合同法密切关联的另一道风景线。中国法治环境的改善，人们普遍法律意识的增强，现在已是不争的事实，历经曲折的《合同法》的出台，无疑会对这种现

象增加新的推动力。

本书是集体合作的成果（姑且我们认为是一种成果）。我们撰写此书的目的是希望把对合同及合同法律制度的认识和理解介绍给读者，期望对大家有所启发。这种启发可以是表面上的了解，也可以是较深层次上的认知，我们正是期望通过自己的努力和服务来追求一种目标以达到体现“真正的贡献”。

自《合同法》颁布以来（甚至在颁布前），各类的有关介绍、解释合同法的书籍，不断出版。面对蜂拥而至的“合同法”，人们仿佛有点喘不过气来，人们（包括我们撰稿人，出版者自身）在惊喜之余，又不免露出一些遗憾和无奈。虽然书出了许多，然而大多是单一化的法条解释，无法体现出各自的特点，甚至有的解释还有点过时（部分法条解释是针对草案的）。抢时间、早出版、早收益的功利心态阻碍了部分合同法书的严谨和价值，以法条为准绳去杜撰相应的案例来配套，虽然能起到补充解释说明的作用，但同时它也失去了案例所体现出的真实性价值。值得庆幸的是，我们很难得地保持了一点冷静。撰写此书的初衷从一开始就已经确定，那就是借鉴已有的研究成果，结合新《合同法》以及法院已有的真实判例，进行全面的论述和对比评析，而不去添加任何的“人为”成份，“望图”给读者一种真正的认识和理解。本书也努力地去做了。

本书由三部分组成，即合同法总论、合同法分论和案例的新旧合同法比较。就内容而言，本书几乎涵盖了合同法原理的全部内容，它并不局限合同法的法条范围，第六章“合同的担保”和第二十三章“保险合同”体现了这一特点。在具体的阐述中，我们力求做到既有理论性，但又不失实践性，合同法的立法理论有的借鉴英美法系，有的借鉴大陆法系，在本书中同样会体现出这一特色，即反映中国法学界对合同法的研究成果，又表现出国际性的出发点。而新《合同法》总共 428 条的篇幅所表现出一定的超前性在本书中

也有所反映。

我们尽管认为本书有一些自己的特色，甚至包括撰稿人队伍构成的合理。他们自身的理论基础或实际经验以及担任的社会角色（法律学者、法官和律师及部分大型企业的法律顾问）都为本书的完成奠定了基础。然而，缺点甚至错误在任何时候都难以避免，例如本书名章中语言方式上的差异，案例选编上的不足，评析的深度不够等等都是本书目前及今后需要面对的。

本书请到最高人民法院经济庭的奚晓明担任顾问和主审，作为经济庭的负责人，其深厚的理论素养和丰富的审判经验以及新《合同法》立法的重要参与人之一，他为本书的完成奠定了信心。三位主编各以其自身拥有的特长，为本书的架构及最终出版提供了共同的认识和努力。本书是全体作者合作的成果。相互的信任和认同是至关重要的，全体作者希望通过本书能给读者提供一些学习合同法有限的帮助，或算是一种共勉。

作者

1999. 9

第一篇 合同法总论

第一章 导言

一、市场经济与合同法

我国经济体制改革的目标是建立社会主义市场经济。市场经济在一定意义上说就是法制经济。从法制的角度来看，建立市场经济体制的核心就是要建立和完善市场主体制度和市场行为制度。就市场主体而言，我国正在努力建立适应市场经济发展的现代企业制度。以《公司法》、《合伙企业法》和《独资企业法》等企业法律法规的颁布为标志，我国已初步建立起了符合市场经济要求的主体法律制度。就市场行为而言，它主要是指由市场主体所实施的各种交易行为。各种交易行为都应服从于一定的规定，这是交易行为得以发生、进行和完成的前提，这些交易规则的总和就是合同法，它是市场行为制度的法律表述。因此，合同法是一种直接关系到市场经济能否确立和健康运行的至为重要的法律制度。主要表现在：（1）交易行为的进行必须是在平等的基础上发生的，没有这个基础，就无自由、自主、自愿可言。如果交易不是在这个基础上进行，也就没有合同法存在的必要。在计划经济体制下，即使有些交换行为是通过合同完成的，那也只是一种形式而已，合同法名存实亡。而市场经济要求交易必须在平等的基础上自由、自主、自愿地进行，要求对是否订立合同、与谁订立主体、订立什么样的合同以及以何种方式订立合同等问题均由当事人自由决定，其他人不得干预，这正是合同法的灵魂所在。（2）市场经济是建立在公平竞争规则基础上的。而合同法则正是保障公平竞争的重要手段。首先，平等、自由、自主、自愿原则为公平竞争提供了前提和条件。没有这个前提是谈不上公平竞争的。其次，合同法通过诚实信用等原则和无效合

同等制度直接或间接维护公平竞争。(3) 市场经济是一种为追求效率, 而必然要求交易规则简化、敏捷、方便的经济。合同法在确立交易规则时, 非常注重效率。譬如, 合同法中的时效制度、合同形式制度、纠纷解决制度等制度的设立就是服务于这一原则的。(4) 市场经济是一种信用经济。为了确保交易在信用的基础上进行, 合同法中的诚实信用原则、合同的担保制度等原则和制度的设立就在于保障市场行为的良性循环。(5) 市场经济要求建立起能够保障其安全有序地进行的法律机制。合同法中的合同履行制度、合同责任制度、合同保全制度、合同担保制度等都具有保障交易安全的作用。

二、我国合同法的立法回顾

到目前为止, 合同法是我国法律体系中变化最为频繁的一个领域。从 1949 年到现在, 我国的合同法经历了至少三个阶段, 而且每一个阶段都对前一个阶段有不同程度的修正与发展。

(一) 从 1949 年到 70 年代末期

在这一阶段, 计划合同是合同的主要形式。从 1950 年到 1956 年这一期间看, 由于多种经济成分并存, 商品生产和商品交换得到了迅速发展, 国家在经济领域中广泛推行合同制度。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规章——《机关、国营企业、合作社签订合同契约暂行办法》。随后, 中央各部委相继制定了一大批合同法规章, 对买卖合同、供应合同、基本建设包工合同、加工承揽合同、运输合同、财产租赁合同、保险合同、保管合同、委托合同、信贷合同等加以规定。而从 1956 年社会主义改造以后, 由于受“左”的思想影响, 加上向前苏联学习了一套以产品经济为特征的经济体制, 商品经济及其流通的立法受到严重阻碍, 取消了合同制度。1958 年 11 月 28 日至 12 月 10 日, 党的八届六中全会通过了《关于人民公社若干问题的决议》, 批评了取消商品生产和商品交换的错误思想, 决定继续发展商品生产和继

续保持按劳分配。据此精神,1958年12月20日,中共中央和国务院发布了《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》,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。由于当时的客观情况,该《决定》并未得到认真的贯彻执行。合同制度重新推行和合同立法进一步发展是从1961年党的八届九中全会正式批准调整经济的八字方针以后才开始的。1963年8月30日国家经贸委颁布的《关于工矿产品订货合同基本条款的暂行规定》,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》等都是重要合同法规。他们并未停留在仅对合同制度作简要的原则规定上,而是进一步对合同的签订、履行、违约责任作出具体规定,并加强了对合同的行政管理。随后的“文化大革命”在经济领域藉口限制“资产阶级权利”,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”,合同法再次被废弃。

(二) 从十一届三中全会至80年代末期

这是我国合同法有实质进展的时期。党的十一届三中全会以来,中央纠正了经济工作指导思想上的左倾错误,坚决摒弃了自给自足的自然经济观点,大力发展社会主义商品生产和商品交换,执行对外开放和对内搞活经济的政策,国家在商品流通和交换领域中所进行的干预越来越小。这就为我国合同法的发展开辟了十分广阔的前景。1981年12月13日五届人大四次会议通过的《经济合同法》是我国合同立法的重大成果,标志着我国合同法进入了一个新阶段,迈出了用法律而不是用行政条例或规章来规定合同的可喜的第一步。接着,根据《经济合同法》第56条的规定,国务院于1983年至1986年间批准发布了《工矿产品购销合同条例》、《农副产品购销合同条例》、《加工承揽合同条例》、《建筑安装工程承包合同条例》、《建设工程勘察设计合同条例》、《借款合同条例》、《财产保险合同条例》、《铁路货物运输合同实施细则》、《公路货物运输合

同实施细则》、《水路货物运输合同实施细则》、《航空货物运输合同实施细则》、《仓储保管合同实施细则》等。与此同时，最高人民法院也于1984年和1987年发布了《关于贯彻执行经济合同法若干问题的意见》和《关于审理经济合同纠纷案件中具体适用经济合同法的若干问题的解答》。这些条例、细则、意见、解答与《经济合同法》相配套，形成了我国有关经济合同的立法体系。按照《经济合同法》第55条的规定，原来是要参照《经济合同法》的原则和国际惯例制定一个《涉外经济贸易条例》的，但后来为适应对外开放的需要，促进对外经济关系的发展，第六届全国人大常委会第十次会议于1985年3月通过了《涉外经济合同法》。1987年最高人民法院又按惯例作出了《关于适用涉外经济合同法若干问题的解答》。由预计制定《涉外经济贸易条例》，到实际制定《涉外经济合同法》的变化，不仅提高了立法的规格，还扩大了法律适用的范围。1986年4月12日，六届人大四次会议通过的《民法通则》，在我国立法史上具有划时代的意义，其中的合同规范虽然简洁，但意义十分重要。尤其是明确规定了债权制度，从而对合同法的体系完善起到了重要作用。与此同时，科学技术作为生产力受到了前所未有的重视，而《经济合同法》对科技协作合同的规定过于简单，满足不了在科技体制改革中发展起来的技术商品交易法律调整的要求。为推动科学技术的发展，全面规范日益增多的技术开发、技术转让、技术咨询和技术服务活动，1987年6月23日六届人大二十一次常委会通过了《技术合同法》。至此，我国合同法体系呈现出以《民法通则》为基本法，《经济合同法》、《涉外经济合同法》和《技术合同法》三足鼎立，各种实施条例、细则、适用意见和解答相配套的局面。

（三）90年代以后

90年代，特别是1992年中国政府确定以建立社会主义市场经济体制为改革的目标以来，在现行《民法通则》和三个合同法的基

基础上,制定一部统一的、较为完备的、现代化的合同法,是建立和完善社会主义市场经济法律体系的一项重要任务。1993年《关于修改经济合同法的决定》通过后不久,全国人大法工委组织学者、专家开始了《合同法》的起草工作,并于1995年1月完成了具有历史意义和较高水平的统一合同法建议草案。全国人大法工委在建议草稿的基础上形成了法工委1995年10月合同法试拟稿。该试拟稿经1996年6月、1997年5月、1998年9月三次较大的修改,终于于1999年3月15日通过,并将于1999年10月1日颁布施行。

这部合同法的起草宗旨和指导思想是明确的,即着眼于21世纪,广泛地借鉴先进市场经济国家的立法经验。从由专家学者起草的建议草案和全国人大法工委在建议草案的基础上提出的试拟稿的内容对比来看,建议草案更注重体系的建设,不愿迁就中国目前落后的市场经济状况;而试拟稿则把重点放在与过去的联系上,虽然尽可能吸收新的内容,但在制度的框架上仍然以以往的三部合同法和《民法通则》为蓝本。从颁布的法律文本上看,两种意见已得到了协调和综合,法律在整体上是统一的,较之过去,在主体、行为、责任表现等方面达到高度的规范化,而法律原则也从实质意义上得到高度的强调。

三、新合同法诞生的意义(以下称《合同法》)

(一)为全国统一市场建立一个统一市场交易规则。以前的《经济合同法》、《涉外经济合同法》、《技术合同法》针对的是三个不同关系,内容不一致,还有空白、中间地带。又由于制定在改革开放初期,很多规定已跟不上形势的发展,计划经济的内容在法律上还有相当保留,如对当事人的限制太多,甚至“经济合同”和“涉外经济合同”本身都是按指令性计划签订的合同。新合同法不分经济合同、民事合同,不分国内和涉外,只要是平等主体之间设立、变更、终止债权债务关系的协议都适用。他规定的是现代市场经济的共同规则,对社会主义市场经济全国统一的大市场的建立会

起到巨大的促进作用。

(二) 维护和保障社会经济秩序。随着社会的发展,在人们的生活当中出现了许多三大合同法尚未规定的新的合同类型,像各类居间、中介、融资、租赁等合同。这些新类型合同由于缺乏相应的法律规定,由此引发的纠纷也日益增多。新合同法采纳了司法实践的有益经验,借鉴了国外先进的立法成果,增加了法律规范的可操作性,将使市场交易行为进一步规范化、法制化,这对及时、正确地解释合同纠纷,更好地保护合同当事人的合法权益,维护社会经济秩序,将起到不可替代的重要作用。

(三) 制定现代民法典的必要准备。一个时期以来,法学界人士提出修改民法通则或制定一部符合我国国情的现代民法典的呼声很高,并认为制定民法典的社会经济条件、法律环境和理论基础等都已具备。我国立法机关本着谨慎的态度,采取分步制定合成的步骤;新合同法将与以后逐步制定的《物权法》、重新修订的《继承法》等一起有机组成我国的现代民法典。新合同法的诞生,是制定现代民法典的必要准备,预示着我国现代民法典正一步步由理想变成现实。

第二章 合同与合同法概述

第一节 合同的概念和种类

一、合同的概念和特征

合同，有日常用语和法律用语之分。在“合同王国”的现代社会，社会关系以合同媒介而成，在日常用语中，合同一词，被人们普遍使用。作为法律用语的合同，不同国家的法律对其定义的规定是不同的。

合同作为法律用语，也有广义狭义之分。广义合同，包括国际法、公法、私法上的合同，也有的主张只扩大为私法上的合同。狭义合同，限于债权论范畴，专指债权债务合同。《合同法》第2条规定：“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，”即属狭义合同。

合同属于法律事实，它以自身特征与其他法律事实相区别。这些特征是：(1) 合同是两个或两个以上当事人意思表示一致的法律行为。这是合同区别于单方法律行为的重要标志。单方法律行为成立的基础条件是当事人单方意志，如被代理人的事后追认行为，合同是基于双方（或多方）当事人的合意行为才得以成立的。(2) 合同是以设立、变更和终止债权债务关系为基本内容的协议。所谓协议就是各方当事人经过协商所达成的共向的或双向的一致意见。这一特点将合同与其他法律行为之外的一般商事行为区别开来。当事人所订协议的内容，不仅包括债权债务的设立发生，而且还包括转移、变更和终止债权债务等目的，合同才有法律意义。(3) 合同是当事人在平等自愿的基础上且意思表示一致的真实的协议。合同当

事人意思表示一致时，无论是明示或是默示，均可成立合同。但当事人意思表示一致，应建立在当事人平等自愿和意思表示真实的基础上，它有三方面的含义：其一，当事人的缔约意思是自愿而为，双方地位平等，不是对方或第三人的强行所致；其二，当事人的内心须具有追求法律效果，即发生法律上权利义务的目的性明确的意思；其三，当事人的内心意思和外在表示须具一致性。（4）合同须具有合法性、确定性和可履行性。合法性是合同作为以发生特定法律效果为目的的协议的必然要求，强调合同的当事人、内容和形式都必须合法。确定性是指合同内容必须确定，即约定明确，一为履行合同提供依据，二为对当事人意思表示解释时确立标准。可履行性是指合同标的具有履行的可能。

二、合同的法律分类

合同的法律分类，是指为适应社会经常进行经济交易活动的需要，基于法律规定将合同赋予一定名称，建立各种有名合同。我国《合同法》规定了买卖合同，供用电、水、气、热力合同，赠与合同，借款合同，租赁合同，融资租赁合同，承揽合同，建设工程合同，运输合同，技术合同，保管合同，仓储合同，委托合同，行纪合同，居间合同等 15 类有名合同。我国《保险法》规定了保险合同。本书对这 16 类有名合同将予以详细阐述。

将现实中大量出现的同类合同加以体系化的规定是合同法进步、科学化的重要标志。合同法有必要对现实中已经定型或者基本定性的同类合同加以总结，使其成为有名合同，完成合同的法律分类。

三、合同的法学分类

合同的法学分类，是指为把握各类有名合同关系的差别，认识和了解此类合同与彼类合同的相互联系，将有名合同基于学理进行的抽象分类。

在我国合同法理论中，常见的有如下几种分类：

（一）双务合同与单务合同

这是根据合同当事人双方权利义务的分担方式来划分的。双务合同，是指双方当事人都享有权利和承担义务的合同。其特点是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信赖性，呈对应状态。至于一方的权利与另一方的义务在客观的经济价值上是否等同，则在所不问。典型的双务合同有买卖、租赁、合伙、借贷、运送以及财产保险等。单务合同为一方当事人只享有权利而不尽义务，另一方当事人则只负义务而不享有权利的合同。典型的单务合同有赠与、归还原物的借用和无偿保管合同等。实践中，单务合同是合同中的例外，双务合同最为普遍。

合同的这一分类，其主要意义在于合同的履行：（1）是否适用同时履行抗辩权规则；（2）在风险的负担上的差异；（3）因一方的过错所致合同不履行的后果差异。

（二）有偿合同与无偿合同

这是根据合同双方当事人权利的取得是否付出相应代价来划分的。有偿合同，是指当事人因取得权利（包括利益）须偿付一定代价的合同。有偿合同中，双方当事人互为给付，即当事人以接受对方相应的代价为履行义务的条件，如买卖、租赁、有息借贷等。无偿合同，是指当事人一方只取得权利而不偿付任何代价的合同。如赠与合同、无偿保管合同等。有偿合同大多数是双务合同，但有例外，如有息借贷属有偿合同但却属单务合同。无偿合同原则上是单务合同，但单务合同又未必是无偿合同。

区分有偿合同与无偿合同，有利于确定合同相对于人的不同地位，确定合同当事人不同的权利义务以及违约责任的大小。此外，这两类合同在设立时主体要求也有差异。

（三）诺成合同与实践合同

这是根据合同的成立是否以交付标的物为其要件而划分的。诺成合同，是指当事人一方的意思表示一旦为对方同意即能产生法律

效果的合同，即“一诺即成”的合同。其特点在于以当事人双方意思表示一致之时合同即告成立。实践合同，是指除当事人双方意思表示一致以外，尚需交付标的物才能成立的合同。由于绝大多数合同都从双方形成合意时成立，因此它们都是诺成合同；而实践合同则必须法律特别规定，可见实践合同是特殊合同。

区分诺成合同与实践合同，对于确定两类合同的成立时间、标的物所有权、使用权转移时间以及风险转移时间有重要意义。

（四）要式合同与不要式合同

这是根据合同的成立是否需要采用特定的形式或手续来划分的。要式合同，是指合同成立时要求采用特定形式的合同。其中，根据特定形式是属法律直接规定还是属当事人自由约定又分为法定要式合同与约定要式合同。不要式合同，是指不需要特定形式或手续即可成立的合同。在我国，所谓“特定形式和手续”，主要有书面形式、公证、鉴证、审核和登记等。

要式合同与不要式合同的区别在于是否应以一定的形式作为合同成立或生效要件。法律关于形式要件的规定是属于成立要件还是生效要件的规定，应依据法律规定的涵义及合同的性质来确定。

（五）主合同与从合同

这是根据合同是否具有从属性来划分的。当两个以上的合同相互关联时，其中一个合同对另外的合同存在制约或限制时，便产生了主从合同关系。凡不以他种合同的存在为前提即不受其制约而能独立存在的合同，称为主合同。反之，必须以他种合同存在为前提，自身不能独自存在的合同，称为从合同。如信贷合同是主合同，为信贷合同所设立的抵押、质押担保合同是从合同。

主、从合同是相对而言的，没有主合同即没有从合同，没有从合同，也无所谓主合同。区分这两种合同的法律意义在于明确相互间的制约关系，从合同以主合同存在为前提，主合同变更或消灭，从合同也随之变更或消灭。