

高 等 院 校 法 学 教 材

合同法学

邱鹭风 叶金强 龚鹏程



南京大学出版社

267

D922.61.43

681

高等院校法学教材

合 同 法 学

邱鹭风 叶金强 龚鹏程



A0979387

南京大学出版社

图书在版编目 (C I P) 数据

合同法学/邱鹭风. —南京:南京大学出版社,
2000.6

ISBN 7 - 305 - 03558 - 0

I . 合... II . 邱... III . 合同法-中国-高等院校-
法学教材 IV . D923.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 21703 号

书 名 合同法学

著 者 邱鹭风 叶金强 龚鹏程

责任编辑 李 杏

装帧设计 朱 兰

责任校对 晓 哲

出版发行 南京大学出版社

(南京汉口路 22 号南京大学校内 邮编 210093)

印 刷 南京天文印刷厂

经 销 全国各地新华书店

开 本 850 × 1168 1/32 印张 18.125 字数 470 千

2000 年 6 月第 1 版 2000 年 6 月第 1 次印刷

印 数 1 - 4000

定 价 26.00 元

ISBN 7 - 305 - 03558 - 0/D · 411

声明:(1) 版权所有,侵权必究。

(2) 本版书若有印装质量问题,请与经销商联系调换。

发行部订购、联系电话:3592317、3593695、3596923

前 言

合同是商品交换最主要的法律表现形式。自从人类社会有了剩余产品,便有了交换,从而也就有了规范交换行为的规则。在国家产生前,这些规则表现为交易习惯,随着国家的产生,交易习惯逐渐为统治阶级所认可,成为法律规范,具有了国家强制力。因此,合同法是人类社会最古老的法律制度之一。

星移斗转,随着人类社会的变迁,合同法也经历了演变与发展的漫漫路程,从无到有,由简而繁,具体然后抽象;曾被镌刻在古老中华的竹简与古巴比伦的石碑上,也曾被集大成于厚重的古罗马法典中;曾被中世纪的黑夜遮掩,也曾在反封建的革命中发出自由、公平、正义的理性之光。赞者有之,咒者有之,惊呼其已经死亡者亦有之。然而它还是它,以自己的长篇大论,浓缩了商品经济关系的方方面面,联系着财产交换的甲方乙方,关系着信用经济的生生死死。从生产到销售再到消费,从亲朋好友间简单的金钱借贷到交易所成千上亿资金的进进出出,从农贸市场震耳欲聋的讨价还价到瞬息即成的网上交易,合同无所不在,美国著名法学家庞德以一言蔽之:“在商业时代,财富大都是由合同构成的。”既然如此,合同法的死亡又从何谈起?事实再一次说明,是社会存在决定着法律的存在而不是相反。

新中国的诞生,曾为社会主义法制的发展开创了一片新的天地。遗憾的是,计划经济过早地抑制了商品经济的发展,使合同法几番胎死腹中。十一届三中全会终于为商品经济平了反,也为合同立法创造了条件。《经济合同法》、《涉外经济合同法》、《技术合

同法》与《民法通则》的相继问世,在新中国历史上第一次构筑起了合同法体系。我国商品经济的发展从此得到了保障,改革开放的累累成果也得到了确认。十五大的召开,又促成了中国经济的进一步转型,随着社会主义市场经济体制的确立,市场经济关系也在与旧制度的碰撞中逐渐成长。新的经济关系呼唤着新的合同法的调整与保护,对外经济、技术交往的扩大也要求合同法吸纳更多国际惯例,自身亦走向现代化。经济的发展以及合同法学研究的迅速发展,均为新合同法的制定奠定了坚实的现实经济与理论基础。

1999年3月15日,第九届全国人民代表大会第二次会议终于通过了新合同法,标志着我国合同法制建设进入了一个新的历史发展阶段,也是社会主义市场经济法制建设的重大成就。鉴于新合同法较之原有的合同法在关于合同法的调整范围、合同法的基本原则、合同的订立、合同的履行、违约责任等诸方面均有重要发展,为了帮助读者更好地理解 and 掌握合同法,我们于1999年6月着手编著本书。

本书分上、下两编,共二十四章。上编为合同法总论,包括合同概述,合同法概述,合同的成立,合同的效力,合同的解释与补缺,合同的履行,合同的担保,合同的解除、变更、转让和终止,违约责任等,基本上涵盖了合同法的基本理论与主要制度。下编为合同法分论,包括买卖合同,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,基本上涵盖了《合同法》分则中列举的有名合同。

由于合同法的调整对象是财产交换关系,而财产交换关系又是最为错综复杂的社会关系之一,因此合同法的内容也是庞大而又纷繁的,有时甚至不免有些深奥难解。加上历经几千年的发展,合同法中实在已经沉淀了太多人类发展商品经济的经验和教训,沉淀了一代又一代法学家的理性和智慧,甚至沉淀了不同民族的文化、道德和习俗,因而其之博大与精深,无论如何形容总不为过。

因此,学习合同法的益处,不仅在于能够掌握合同法,为遵守和适用《合同法》奠定基础,而且能够使我们触类旁通,了解不同国家的合同法制与法律文化,了解商品经济关系的特点与商品经济发展的规律,从而扩大我们学习的视野。同时,学习合同法也应循序渐进,理论联系实际,务求正确的理解,扎扎实实地打好基础。

在本书的写作过程中,我们虽兢兢业业,力图能够最大限度地反映我国合同法研究的最新成果,能够准确地分析和解释《合同法》的规定,拿出能让所有读者满意的著作,但由于时间仓促,加上水平所限,捉襟见肘之处仍随处可见。在深表歉意的同时,我们亦希望读者们不吝赐教,以期再版时(我们希望有这样的机会)更正。

本书参加编写者及其分工如下:

邱鹭风:上编第一章;第二章;第三章;第四章第1、2节;第五章;第七章;第八章;第九章;下编第二十章;第二十一章。

叶金强:上编第四章第3、4节;第六章;下编第十章;第十二章;第十四章;第十五章;第二十二章;第二十三章;第二十四章。

龚鹏程:下编第十一章;第十三章;第十六章;第十七章;第十八章;第十九章。全书由邱鹭风负责统稿。

本书的写作得到南京大学出版社金眉副总编和李杏编辑的大力支持,在此,一并向他们致以最诚挚的感谢!

邱鹭风

2000年1月于南京大学

目 录

前言	(1)
----	-----

上 编 合同法总论

第一章 合同概述	(1)
第一节 合同的概念	(1)
第二节 合同关系	(8)
第三节 合同的分类	(25)
第二章 合同法概述	(40)
第一节 合同法的概念与适用	(40)
第二节 合同法的功能	(49)
第三节 合同的历史沿革	(57)
第四节 合同法的基本原则	(75)
第三章 合同的成立	(89)
第一节 合同成立概述	(89)
第二节 要约	(95)
第三节 承诺	(110)
第四节 合同的条款与形式	(118)
第五节 缔约过失责任	(132)
第四章 合同的效力	(141)

第一节 合同的生效	(141)
第二节 附条件合同与附期限合同的效力	(150)
第三节 欠缺生效要件之合同	(153)
第五章 合同的解释与补缺	(191)
第一节 合同的解释	(191)
第二节 合同的补缺	(200)
第六章 合同的担保	(213)
第一节 合同担保概述	(213)
第二节 保证	(218)
第三节 抵押权	(239)
第四节 质权	(264)
第五节 留置权	(276)
第六节 定金	(284)
第七章 合同的履行	(290)
第一节 合同履行概述	(290)
第二节 双务合同的履行抗辩权	(297)
第三节 合同的保全	(319)
第八章 合同的变更、转让、解除和终止	(336)
第一节 合同的变更与转让	(336)
第二节 合同的解除	(356)
第三节 合同的终止	(371)
第九章 违约责任	(384)
第一节 违约责任概述	(384)
第二节 违约行为	(397)
第三节 违约责任形式	(409)
第四节 违约责任的免除	(423)
第五节 违约责任与侵权责任的竞合	(432)

下 编 合同法分论

第十章 买卖合同	(435)
第一节 买卖合同概述	(435)
第二节 买卖合同的效力	(437)
第三节 标的物所有权转移及风险负担	(445)
第四节 特种买卖	(450)
第十一章 供用电、水、气、热力合同	(456)
第一节 供用电、水、气、热力合同概述	(456)
第二节 供用电合同的订立和效力	(457)
第十二章 赠与合同	(462)
第一节 赠与合同概述	(462)
第二节 赠与合同的效力	(463)
第三节 赠与合同的撤销	(465)
第十三章 借款合同	(469)
第一节 借款合同概述	(469)
第二节 借款合同的效力	(471)
第十四章 租赁合同	(474)
第一节 租赁合同概述	(474)
第二节 租赁合同的效力	(476)
第三节 租赁合同中的法定解除权	(481)
第十五章 融资租赁合同	(483)
第一节 融资租赁合同概述	(483)
第二节 融资租赁合同的效力	(485)
第十六章 承揽合同	(488)
第一节 承揽合同概述	(488)

第二节 承揽合同的效力	(490)
第十七章 建设工程合同	(495)
第一节 建设工程合同概述	(495)
第二节 建设工程合同的订立	(497)
第三节 建设工程合同的效力	(502)
第十八章 运输合同	(508)
第一节 运输合同概述	(508)
第二节 客运合同	(509)
第三节 货运合同	(511)
第四节 多式联运合同	(514)
第十九章 技术合同	(517)
第一节 技术合同概述	(517)
第二节 技术开发合同	(520)
第三节 技术转让合同	(527)
第四节 技术咨询和技术服务合同	(531)
第二十章 保管合同	(535)
第一节 保管合同概述	(535)
第二节 保管合同双方当事人的权利和义务	(538)
第三节 违反保管合同的责任	(541)
第二十一章 仓储合同	(544)
第一节 仓储合同概述	(544)
第二节 仓储合同双方当事人的权利和义务	(546)
第二十二章 委托合同	(550)
第一节 委托合同概述	(550)
第二节 委托合同的效力	(553)
第三节 委托合同的终止	(558)
第四节 隐名代理	(559)
第二十三章 行纪合同	(561)
第一节 行纪合同概述	(561)

第二节	行纪合同的效力	(562)
第二十四章	居间合同	(566)
第一节	居间合同概述	(566)
第二节	居间合同的效力	(567)

上编 合同法总论

第一章 合同概述

第一节 合同的概念

一、合同的概念

合同又称为“契约”，有泛称、通称与狭义之分。泛称的合同泛指以协议的方式达成的法律关系，如行政法上的行政合同关系，劳动法上的劳动合同关系，国际法上的国家合同、民事合同等；通称的合同指民事合同（又称为私法合同），包括物权合同（如承包经营合同、抵押合同、质押合同、土地使用权转让与出让合同等）、债权合同与身份合同（如婚约、收养协议、监护协议等）；狭义上的合同则仅指作为债的形式之一的民法上的债权合同。根据我国《民法通则》第85条的规定及《合同法》第2条的规定，本书所指的，主要为狭义上的合同。合同是一个古老的法律概念，又是一个至今未形成定论的概念。在罗马法中，就已有“Contractus”一词，其原意为“共同交易”，罗马法学者解其意为“得到法律承认的债的协议”。^①

① 《意）波德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，中国政法大学出版社1992年版，第307页。

在我国古代,虽然未出现“合同”这一字眼,但已有较其含义更为广泛的“契约”的概念,以此表明当事人之间的协议。

在当代各国合同法或合同法学论著中,对合同的概念则有三种不同的理解:

1. 协议说

如《法国民法典》第 1101 条规定:“合同为一种合意,依此合意,一人或数人对于其他一人或数人负担给付、作为或不作为的债务。”该定义强调了合同的本质在于其乃是一种发生债的关系的合意,当事人意思表示一致是债成立的前提。这种将合同视为合意加债的学说,乃直接继受于罗马法。

2. 法律行为说

如《德国民法典》第 305 条规定:“依法律行为设定债务关系或变更法律关系的内容的,除法律另有规定外,应依当事人之间的合同。”该定义将合同作为法律行为之一而纳入法律行为的范畴,强调了合同是当事人为了发生、变更债的关系的真实意思表示,一种本质上合法的行为。

3. 允诺说

英美法的传统理论认为,合同乃为一种允诺(promise),合同的实质在于当事人所作的承诺,而不仅仅是达成协议的事实。因此,英美法上的合同通常是指能够直接或间接地由法律强制执行的允诺。^①如美国《第二次合同法重述》第 1 条指出:“合同乃为一个允诺或一组允诺,法律因它们被违反而提供救济,或者以某种方式将其履行确认为一种义务。”但由于这种定义仅仅强调了当事人一方对另一方的允诺,即允诺方的单方意思表示,忽视了合同应为各方当事人意思表示一致的结果,不能如实地反映合同的本质特征,因而不仅受到许多学者的批评,在立法上也出现了对传统合同概念的某种修正。如美国《统一商法典》第 1—201 条(11)认为:“合同

^① (美)A.L.科宾:《科宾论合同》,中国大百科全书出版社 1997 年版,第 9 页。

指受本法及其他任何可适用的法律影响的、由当事人的协议所生的所有法律之债。”《布莱克法学词典》和《牛津法律大词典》也将合同定义为合同当事人达成的协议。因此,在当代英美合同法中,虽然其仍将允诺视为合同的必要条件,但要根据一项诺言成立合同,还须诺言人与受诺人之间发生了某种交易,合同就是当事人在彼此之间成立交易关系的协议。^①

我国民法学理论与民事立法均倾向于接受法国法上的合同概念,将合同视为一种协议或合意。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。”《合同法》第2条则规定:“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。”但《民法通则》与《合同法》给合同所下的定义又有自己的特点,即从《民法通则》第85条设置的位置与《合同法》分则列举的合同种类来看,其所定义的合同为债权合同,但从其用语看,其所定义的合同却更接近于私法合同。因此,对于我国民事立法中的合同的性质,学者历来有不同的看法。有的认为其系通称的合同,有的则认为其为狭义上的合同。

我们认为,《民法通则》与《合同法》中所指出的合同,主要为债权合同。全国人大常委会法制工作委员会主任顾昂然在阐释合同法时也曾指出,作为普通法的《民法通则》是将合同放在债权关系中规定的,因此,我国《合同法》第2条第2款明确规定,该法不适用于婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议。^②同时,我国目前并无关于物权合同的正式立法,因而根据“物权法定主义”原则,我国不存在物权合同。抵押合同、质押合同虽会导致物权的变动,但这类合同成立的目的是以设立物权为债的担保,在原债之上成立一个新的债的关系,物权变动只是债务履行的结果,所以这类合同也

① 王军:《美国合同法》,中国政法大学出版社1996年版,第4页。

② 顾昂然:《中华人民共和国合同法讲话》,法律出版社1999年版,第8页。

应属于债权合同。至于土地使用权出让合同、承包合同等,涉及的是使用权的让与,本质上仍然为债的关系,故《合同法》中虽未将其罗列规定,但根据《合同法》第124条,仍可适用该法的有关规定。

二、合同的法律特征

从《民法通则》第85条与《合同法》第2条对合同所下的定义,可见合同具有以下法律特征:

1. 合同是各方当事人的合意

“合意”又称为协议、意思合致,即意思表示一致。^①合同作为当事人的合意,首先必须有两个或两个以上的当事人,彼此互为意思表示;其次,须各方当事人的意思表示达成一致;最后还要求合同当事人的协商须建立在平等自愿的基础之上,真正反映各方当事人的意愿。

2. 合同是以设立、变更或终止民事权利义务为目的的协议

合同是当事人通过彼此之间的某种法律关系(如买卖、租赁、借贷等),获取各自的经济利益或共同利益的工具,是财产流转关系的法律表现形式。所谓民事权利义务的设立,是指当事人订立合同,形成某种民事法律关系,主要为债权债务关系,如通过买卖合同的订立,转移各自财产的所有权;所谓民事权利义务的变更,是指当事人通过合意,改变原有合同关系的内容,如合同标的数量、规格、价款上的改变,或者合同履行地点、时间的改变等;所谓民事权利义务的终止则指当事人通过合意,消灭原有的合同关系,如解除合同等。合同的这一特征,决定了其内容须为财产性的民

^① 在英美合同法中,协议(agreement)通常指合同或指当事人之间的相互同意,即合意。美国《统一商法典》第1—201条指出:“协议指事实上的合约,它见诸当事人的言语,或过程,或商业惯例,或履行过程,或者由其它情况推而知之。”(参见《科宾论合同(上册)》,中国大百科全书出版社1997年版,第20—21页)。

事权利义务关系,如买卖、租赁、加工等。而诸如协议收养,由于其内容为身份关系的规定,因此不是我们这里所指的合同。劳动合同、行政合同等,由于其内容涉及的是劳动关系、行政管理关系等,也不同于民事债权合同。

3. 合同是平等主体之间设立、变更、终止民事法律关系的协议

合同既然是财产流转关系的法律表现形式,其主体的地位就必须是平等的。首先,根据商品交换法则,财产交换主体(即商品生产、经营者)的地位如果不是平等的,他们之间就不可能进行等量劳动的交换。其次,合同主体如果不是平等的,他们就不可能自由地和真实地表达自己的意愿,在彼此间形成某种权利和义务关系并自觉地履行其所负义务。在合同法上,这种财产主体的平等性便体现为合同主体法律地位的平等性,即合同当事人彼此之间不存在隶属或从属关系,任何一方均不得强迫对方签订合同,或者强迫对方接受不公平的合同条款,双方当事人的财产交换应是等价有偿和互利的,不得以损害对方的利益来获利。而当合同当事人的合法权益受到不法侵害时,亦同等地受到法律的保护。

三、合同的本质与作用

合同本质上是商品交换最普遍、最重要的法律形式,是商品经济的内在要求在法律上的体现。

在人类社会发展的早期,随着生产力的发展和富余财产的增多,人们就已经开始实行以物易物的交换,并逐渐赋予这种不断扩大的交换以共同的规则和模式,使合同的应用逐步取代了物物交换的原始交换形式,增加了用以交换的财产的种类与数量,保障了交易的安全,拓展了交换的空间,使得交换能够打破地域的限制,不仅促进了交换规模的扩大,而且促进了原始共产制的瓦解和私有制的产生与发展。

在自由资本主义时期,合同的应用促进了信用关系的发展,组

组织了社会生产和财产的流转,规范了竞争者的行为,促进了自由竞争的有序进行。例如企业从事生产,往往需要通过订立合同,取得贷款、购买原材料等,当产品制造出来后,又需要通过订立合同将其出售,获得利润,因此合同的应用不仅成为生产的保障,而且成为取得财产,进而增加社会财富的重要手段。又如在竞争中,通过订立合同,当事人可以保护自己的技术秘密,规范对方的商业行为,还可以获得价格信息和减轻交换的风险等,增强自己的竞争能力。因此合同的应用,成为自由资本主义经济的催化剂和屏障。

现代市场经济作为信用高度发达的经济,更是离不开合同这种具有法律意义的信用工具,从金钱借贷到票据的发行和使用,从期货交易、证券交易到保险关系的建立,现代银行制度、票据制度、交易所制度、保险制度等,无不建立于合同制度之上,构成了依赖于合同制度的庞大的信用网,诚如美国法学家庞德所言:“在商业时代,财富大都是由合同构成的。”^①也正是在这个意义上,市场经济又被称为“合同经济”,现代社会也被称为“合同社会”,合同制度与法人制度和所有权制度,被视为现代民法的三大支柱。

我国正在建设社会主义市场经济,合同的使用领域越来越广泛,公民的衣食住行、企业的生产经营、科学技术的开发和科技成果的转化、对外经贸往来等,均离不开合同。据不完全统计,我国每年订立的合同大约有 40 亿份,涉及的财产额不计其数,合同制度在社会主义市场经济建设中,正起着越来越重要的作用。因此,完善和发展合同制度,对于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,有着重要的意义。

四、合同与债

合同是债发生的普遍原因,合同当事人在合同中约定的特定

① 转引自王家福主编:《民法债权》,法律出版社 1991 年版,第 264 页。