



湖南工业大学法学论丛

法学论丛

厚德 弘毅

# 合同法要论

杨海涌 石纪虎◎著

CBS

湖南人民出版社



湖南工业大学法学论丛

法学 尚法

厚德 永明

# 合同法要论

杨海涌 石纪虎◎著

CS

湖南人民出版社

本作品中文简体版权由湖南人民出版社所有。  
未经许可，不得翻印。

### 图书在版编目（CIP）数据

合同法要论 / 杨海涌，石纪虎著. —长沙：湖南人民出版社，2015.5  
ISBN 978-7-5561-0862-6

I. ①合… II. ①杨… ②石… III. ①合同法—研究—中国  
IV. ①D923.64

中国版本图书馆CIP数据核字（2015）第095851号

HETONG FA YAOLUN

## 合同法要论

---

著 者 杨海涌 石纪虎  
责任编辑 邓胜文 谢 喆  
装帧设计 杨辉辉

---

出版发行 湖南人民出版社 [<http://www.hnppp.com>]  
地 址 长沙市营盘东路3号  
邮 编 410005

---

印 刷 长沙宇航印刷有限公司  
版 次 2015年5月第1版  
2015年5月第1次印刷  
开 本 710 mm × 1000 mm 1/16  
印 张 18  
字 数 260千字  
书 号 ISBN 978-7-5561-0862-6  
定 价 36.00元

---

营销电话：0731-82683348 （如发现印装质量问题请与出版社调换）

# 合同法理论体系构建的知识论思考

(代前言)

“一”与“多”，“共相”与“殊相”，或者说一般与个别的关系问题，对于哲学学科来说是个理论问题，但对于法学尤其是合同法学科的理论教学来说则是个极为重要的实践问题。合同法学科的理论教学，首先需要解决的便是合同法理论体系的逻辑建构问题。合同法理论体系的逻辑建构，有认识论和知识论两种不同的视角。知识论不同于认识论，认识论偏重于主体的视角，强调的是主体认知的动态过程，知识论偏重于认知对象，强调的是认知对象的静态结构。<sup>①</sup>认识论的视角也可以说是合同法知识学习者的视角，显然必须坚持个别到一般（具体到抽象）的路径。因为无论是从人们接触、认识合同的生活逻辑还是合同发展的历史逻辑，个别的合同先于一般的合同，具体的合同先于抽象的合同。在实际生活中，没有一般的合同、抽象的合同，只有个别的合同、具体的合同。可以说，现实生活中没有合同，只有买卖合同；甚至可以说没有买卖合同，只有房屋买卖合同；没有一般的房屋买卖合同，只有具体的房屋买卖合同。对于合同法知识的学习者来说，如果先学习具体的合同法知识，例如，买卖合同法知识，无疑比先学习合同法总论的内容要轻松些。正如台湾地区著名学者陈自强教授针对民法课程的教学所言：“现在大学法律系课程安排的现状下，法律系的新生最先接触民法总

<sup>①</sup> 高秉江：《西方知识论的超越之路——从毕达哥拉到胡塞尔》，人民出版社2012年版，第1页。

则，……将民法总则置诸法律学习伊始，虽然有点先苦后甘的味道，但也使法律的学习，容易让人感到挫折。大一新生可能枯坐窗前，冥想一个民法总则教科书所提到的法律概念或者术语，百思不得其解，……如果要使民法的学习更有效率，难道非从民法最难理解的部分开始，不能由浅入深？”<sup>①</sup>但是，从知识论的视角言之，则合同法理论体系的建构应当走一般到个别（抽象到具体）的路径。因为按照知识论的要求，合同法理论体系作为知识，必须具有普遍性和必然性，必须是可以分析，并且能够被言说、被传达、可交流。显然，一般相对于个别，抽象相对于具体来说更容易被言说、被传达，更容易在主体之间交流。因此，无论是作为合同法理论的传授者还是合同法知识的学习者，所传授、所学习的都是一般合同，都是抽象合同，只有在实务中，才能真正接触到具体的合同。所以，从这种意义上来说，一般的合同法理论相对于个别的合同法理论，抽象的合同法理论相对于具体的合同法理论更具有价值，更具有适用性。由此，对于合同法理论的传授者而言，必须向合同法知识的学习者传授具有严密逻辑体系的合同法理论知识，为合同法知识的学习者搭建好合同法理论大厦的“框架结构”，以避免学习者只能获得“只见树木不见森林”的非体系化的零散知识。

知识理论体系建构的实质便是将“多”归为“一”，对于建构者而言，核心任务是将“多”转化为“一”。当然，社会生活是复杂的，完全将“多”转化为“一”也是不可能的，理想的状态是“多”无限地趋向于“一”。显然，依据这一要求，我们认为，合同法理论体系的建构必须坚持两个基本原则：一是合同法理论体系内部的章节划分应当尽可能简化；二是应当尽可能寻找到合同法理论体系建构的基础，即“一”，或者说合同法理论体系建构应当尽可能走“基础论”（foundationalism）的知识路径。基于这一认识，本书将合同法理论体系划分为合同成立、合同生效、合同履行、合同解释、合同变动和合同类型六个部分。这六个部分存在逻辑递进关系，即后者以前者为基础，没有前者便没有后者，但有前者并不一定有后者。合同生效以合同成立为基础，合同履行以合同生效为基础，合同解释贯彻于合

<sup>①</sup> 陈自强：《民法讲义I：契约之成立与生效》，法律出版社2002年版，第2页。

同成立、生效、履行全过程。合同变动是只针对部分合同而言的，并不是所有合同都会发生变动问题，因此，合同变动在逻辑体系上应当居于合同解释之后而不是合同解释之前。几乎所有的合同法论著均将合同法理论体系划分为总论和分论两部分，而且认为合同法总论在合同法理论体系中居于核心地位，故现在几乎所有的合同法论著均将合同法总论作为论述重点，对合同法分论部分则采漠视态度。但是，正如前面分析合同法理论体系建构的认识论路径所言，现实生活中所有的合同都是具体的合同，都是个别的合同，并不存在一般的合同、抽象的合同。对于实务应用而言，最为需要的是买卖合同法知识，而不是一般抽象的合同法知识。因此，相对于合同法总论来说，合同法分论知识更为重要。从合同法理论的逻辑本源来说，合同法总论和合同法分论乃是人为建构的结果，并不是合同法理论体系的逻辑必然，为此，本书并不遵循总论—分论的合同法传统理论体系，而是将分论的内容整合为合同类型一章，置于合同法理论体系的最后。如果说将本书区分为六章是坚持化“多”为“一”的知识论原则，则明确买卖合同在合同法理论体系中居于核心地位是在寻找合同法理论体系建构逻辑起点。正如本书在“买卖合同的地位”相关章节中写道：“总之，在合同类型中，买卖合同居于最为核心的地位，以买卖合同为中心，以租赁合同、借款合同、劳务（雇佣）合同、承揽合同和赠与合同等五种合同为骨架，以其他合同为枝叶，形成一个枝繁叶茂，众星拱月，逐渐向外发散的开放合同形态系统。在这一合同类型体系中，租赁合同、借款合同、劳务（雇佣）合同和承揽合同以买卖合同为中心，形成有偿合同族群。赠与合同则成为无偿合同的典型，除此之外，无偿合同这一合同族群还包括无偿劳务合同（例如无偿委任合同）、无息借款合同等。”“多”归于“一”的合同法理论体系建构的努力不仅体现在本书将合同法理论体系区分为六个部分的章目划分中，也同时体现在每章内部的节的划分中。一般认为，每章区分“三”节的节划分是较为恰当的，但是，按照黑格尔辩证法的要求，最为严密的逻辑划分是“二分法”，即A与非A的划分，并不是A与B的划分。本书每章严格遵循这一标准，将相关内容整合为两部分，首先从正面论述，然后从反面论述。例如，对于合同成立，首先论述合同的缔约程式，然后论述缔约失败，两者构成一个有机整体。

从本体论的角度来说，合同法理论体系为“在”，但从认识论的角度来说，对于合同法理论体系的“在”需要主体去认识。主体认识“在”则需要以人的理性为前提，而人的理性具有有限性，从这种意义上来说，主体认识“在”并将认识结果向他人“言之”，则只可能永远在路上，在通向语言的途中。因此，本书对于合同法理论体系的逻辑建构的探索，实乃是盲人摸象之举，亦未可知。

# 目 录

## 引言 认识合同 / 1

- 一、合同的语词 / 1
- 二、合同的判定 / 2
- 三、合同的概念 / 4
- 四、合同的根源 / 5
- 五、合同的过程 / 6

## 第一章 合同的订立 / 8

### 第一节 缔约程式 / 8

- 一、一般方式 / 9
- 二、特殊方式 / 25

### 第二节 缔约失败 / 31

- 一、缔约过失责任的概念 / 31
- 二、缔约过失责任的类型 / 32
- 三、缔约过失责任的效果 / 33

## 第二章 合同的生效 / 35

### 第一节 合同有效 / 35

一、有效要件 / 36

二、合同生效 / 44

三、合同权利 / 48

四、合同义务 / 52

五、合同关系 / 56

### 第二节 合同瑕疵 / 57

一、合同的无效 / 57

二、合同的撤销 / 68

三、合同的追认 / 73

四、瑕疵的效果 / 77

## 第三章 合同的履行 / 80

### 第一节 合同履行 / 80

一、履行原则 / 81

二、履行规则 / 83

三、履行保全 / 88

四、履行抗辩 / 97

### 第二节 履行障碍 / 102

一、履行障碍界定 / 103

二、履行障碍形态 / 110

三、履行障碍救济 / 116

## 第四章 合同的解释 / 130

### 第一节 合同解释理论 / 130

#### 一、诠释学一般理论 / 131

#### 二、合同解释的界定 / 139

#### 三、合同解释的界限 / 146

### 第二节 合同解释规则 / 151

#### 一、一般规则 / 151

#### 二、具体规则 / 156

#### 三、特殊规则 / 158

## 第五章 合同的变动 / 161

### 第一节 合同变更 / 162

#### 一、内容变更 / 162

#### 二、债权让与 / 163

#### 三、债务承担 / 173

#### 四、概括转移 / 175

### 第二节 合同终止 / 176

#### 一、合同解除 / 176

#### 二、债的消灭 / 180

## 第六章 合同的类型 / 187

### 第一节 学理上的特殊合同 / 187

#### 一、无偿合同 / 188

#### 二、单务合同 / 189

#### 三、要物合同 / 190

#### 四、要式合同 / 191

五、射幸合同 / 192

六、无名合同 / 195

七、涉他合同 / 197

八、其他情形 / 199

## 第二节 立法上的典型合同 / 201

一、合同类型的定性 / 202

二、财产转移型合同 / 204

三、财产利用型合同 / 239

四、劳务行为型合同 / 252

五、劳务成果型合同 / 263

参考文献 / 269

后 记 / 277

## 引言 认识合同

当今社会，人们几乎每天都要与他人订立并履行合同。例如，早上到早餐店买早餐就是订立并履行了买卖合同，坐公交车去上班就是订立并履行了运输合同。由于合同与人们的生活密切相关，所以对于“合同”这一术语，大家并不陌生，而且从日常经验的角度来看，人们对于合同的理解似乎并不困难。但是，常识与理论总存在着差距，常识的理解不能代替理论的分析。

### 一、合同的语词

在合同法理论著作中，大多数学者使用“合同”这一语词，但也有学者使用“契约”这一语词，那么，“合同”与“契约”作为合同法理论术语是否存在区别呢？或者说在合同法理论著作中，“合同”与“契约”这两个词是否可以无条件地相互替换呢？对此，学界通行的见解是，在合同法理论著作的表述中，两者的法律含义并无差异，“合同”就是“契约”，“契约”也就是“合同”；但是，从语词表达的角度而言，基于语言使用习惯，两者并不能完全替换。例如，“违约责任”不宜替换为“违反合同责任”，而“缔约过失”就根本不能用“缔合同过失”替换。本书对于这两个语词的使用，亦不作特别区分，根据语境的需要，有时使用“合同”，有时使用“契约”。

当然，在民法学术史上，“合同”和“契约”作为法律客体，还是存

在一定的区别：合同指当事人的目的相同，且意思表示的方向一致的共同行为，如合伙协议；契约是指当事人的目的对立，意思表示方向相反的法律行为，如买卖合同。但是，我国现行法律对此已不再进行区分，统称为合同。

## 二、合同的判定

大陆法系对合同概念的界定采“合意”说，认为合同是当事人双方所达成的协议（合意）。合同以合意为前提，无合意无合同。合意是合同的必要要件而非充分要件，合同必定是合意，但合意不一定是合同。在实践中，人们对于某个合意是否为合同的判定常常产生困惑。合意是否为合同的判定在民法理论上就是“情谊行为”的认定问题。也就是说，某个合意被判定为情谊行为，就不是合同；反之，如果被判定为合同就不是情谊行为。

情谊行为，也称“好意施惠”，是指人们在生活事实中所达成的合意但不能被认定为合同的情形。情谊行为与合同最主要的区别在于，情谊行为中虽然当事人双方达成了一致，形式上形成了合意，但实质上并没有缔结法律关系的意图。例如，刘备请孙权吃晚饭，孙权答应后却并不赴约，或者孙权按时达到后刘备却将之拒之门外。这是典型的情谊行为而非合同，刘备或者孙权均不能以答应为由而提起诉讼，要求对方承担责任。法律将此类行为认定为情谊行为的理由在于，法律应具有谦抑性，不能将所有的社会生活事宜都纳入自己的调整范围，而只应当调整具有重大意义的社会生活。此外，从实践层面考量，任何国家的司法系统都不可能管辖所有的日常生活纠纷，而只能对较为重要的社会生活纠纷进行干预。这实际上也是法律和道德的分工问题，将此类行为排除在法律的管辖之外，交由道德调整也许更符合行为人的本意，如果法律强行进行调整，明显违反人们的法律感情。

情谊行为与合同的区分以当事人是否具有缔结法律关系的意图为判断基准。有学者指出，在通常情况下，当事人一般不会对法律约束作实际的思考，“只有在出现了麻烦，特别是一方当事人不自愿履行义务，或者一方当事人受到了损害时，法律约束的问题才具有重要性。不过当事人一般是不会想到今后会出现这些麻烦的。如果他们想到了这一点，那么他们就不会去做这种情谊行为了。……因此，在许多情况下，认为当事人具有受法律约束的

意思，是一种缺乏实际基础的拟制。”<sup>①</sup> 当事人的意图属于主观范畴，必须通过客观标准进行认定。情谊行为认定虽然应当依据客观标准进行，但是，客观标准及其认定本身又具有主观性，所以，从最终意义上来说，情谊行为与合同的区分还是具有主观性。在民法学说史上，比较典型的情谊行为认定案件有“摸彩共同体案”“婚外同居案”等。<sup>②</sup> 在“摸彩共同体案”中，ABCDE五人共同组成一个摸彩共同体并约定：每人每周付给A10元钱，由A负责按照事先商定好的数字购买彩票。但有一次，A并没有按照事先商定好的数字购买彩票，而是填写了自己个人选定的彩票。可是，此次彩票最终出来的结果是摸彩共同体选定的数字中奖，其他四人以A未按照约定数字购买彩票为由而要求其赔偿损失。对此案件，理论上应当认定为情谊行为而非合同行为，A并不需要向其他4人承担赔偿责任。理论上将此案件认定为情谊行为的主要理由在于：第一，A的行为具有无偿性，他没有因此而获得任何回报，不具有代理其他四人摸彩的商业目的；第二，如果要求A对此承担赔偿责任，将可能危及其生存，这与五人组成摸彩共同体的性质相悖；第三，当事人如果事先对此进行约定的话，显然A不可能愿意承担此种风险。在“婚外同居案”中，甲男与乙女约定，双方在婚外同居期间，乙女应当按时服用避孕药，以避免意外怀孕。但是，乙女在没有告知甲男的情况下擅自停止了服用避孕药，从而导致自己怀孕并生下一小孩。乙女要求甲男负担小孩的抚养费而甲男则要求乙女承担违约责任。对此案件，理论上认定甲男请求不能得到法律的支持，甲男没有合同上的请求权。理论上将此案认定为情谊行为而非合同行为的主要理由在于：第一，非婚同居者，一般不愿意将此种关系置于法律的管辖之下；第二，是否服用避孕药的行为属于个人最为隐秘的领域，不应由法律进行干预。

总之，在实践中，对于某项合意是否为合同的判定属于利益衡量问题，并没有绝对的标准，而需要依据社会生活观念作出判定。

① [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第154页。

② [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第150—156页。

### 三、合同的概念

对于合同概念的界定，大陆法系采“合意”说，英美法系采“允诺”说。“合意”说认为合同是当事人双方所达成的合意；“允诺”说认为，合同是依法可以执行的允诺。我国属于大陆法系国家，对合同概念的界定采“合意”说。《民法通则》第85条将合同界定为“当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议”。《合同法》第2条则从正反两面对合同的概念进行界定：第1款从正面将合同界定为“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”；第2款从反面将“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议”排除在合同范畴之外。对此，有学者认为，与其这么繁琐地从正反两面对合同进行界定，不如直接将合同定义为“财产性民事权利义务关系的协议”。<sup>①</sup>

合同作为“设立、变更、终止民事权利义务关系的协议”，有三种形态，即“设立”、“变更”和“终止”。“设立”与“终止”相对应，“设立”是指当事人之间的某种“民事权利义务关系”由无到有，即因合同订立而导致当事人双方之间发生某种本来没有的民事权利义务关系；“终止”是指当事人之间的某种“民事权利义务关系”由有到无，即因合同的订立而导致当事人之间已经存在的某种民事权利义务关系不再存在。例如，当事人订立了合同后经协议一致同意解除合同，这种解除合同的协议本身就是合同，双方签署解除合同的协议就是一种订立合同的行为。“变更”是指当事人之间存在的某种民事权利义务关系发生“变化”，即民事权利义务关系的某些方面发生变化。例如，当事人之间签订无息借款合同后，再签订一份补充协议将无息借款变更为有息借款，这种补充协议本身就是一份新的合同。

从法理学的角度来看，合同并不以民法上的合同为限，除了民法上的合同之外，还有行政法上的合同，劳动法上的合同。为了将民法上的合同与其他部门法上的合同进行区分，在表述上，通常将行政法上的合同称为行政合同，劳动法上的合同称为劳动合同，而民法上的合同则称为合同。民法

<sup>①</sup> 余延满：《合同法原论》，武汉大学出版社2000年版，第42页。

上的合同又可以进一步划分为不同类型的合同。例如，可以划分为身份合同和物权合同、债权合同、民事合同和商事合同等。由于民法上的合同可以进一步划分，因此，对于《民法通则》和《合同法》中所规定的合同仅指债权合同还是不以债权合同为限，即是否包括物权合同的问题，理论上有不同的见解。由于《民法通则》第85条对合同的规定是置于第84条关于债的规定之后，因此，有学者从体系解释的角度认为，第85条所规定的合同应仅指债权合同，不包括物权合同，该条所使用的民事关系应当理解为债权债务关系。<sup>①</sup>另一种观点则认为，《民法通则》第85条所使用的法律概念是民事关系而非债权债务关系，故应当认为该条所规定的合同并不以债权合同为限，而应当理解为包括物权合同在内的民事合同。<sup>②</sup>有学者认为，《合同法》第2条虽然使用了民事权利义务关系而非债权债务关系的概念，似乎意味着《合同法》中的合同并不以债权合同为限，而是囊括物权合同和债权合同，但是实际上整个《合同法》条文都以债权合同为预想模式，《合同法》第2条将本应为债权债务关系表述为民事权利义务关系仅仅是为合同穿上了一件宽松的外套而已。<sup>③</sup>《合同法》虽然不以抵押合同、国有土地使用权出让合同等物权合同为规范对象，这些物权合同由相应的《物权法》《土地管理法》规范，但并不排除可以类推适用或者准用《合同法》的相关规定。

在合同法理论著作中，如果没有特别说明，合同通常仅指债权合同，而不包括抵押合同、国有土地使用权出让合同等物权合同。

#### 四、合同的根源<sup>④</sup>

合同，从哲学上分析，是当事人双方关于行为的约定，一方当事人通过约定将自己的自由交由另一方进行支配。那么，为什么一方当事人要将自己的行为交由他人支配呢？或者说，在人类历史发展的长河中，合同为什么会诞生，合同存在的根源是什么呢？麦克尼尔认为，合同产生的根源有社会、

① 梁慧星：《论我国民法合同概念》，《中国法学》1992年第1期。

② 王利明，崔建远：《合同法新论》，中国政法大学出版社2000年版，第4页。

③ 韩世远：《合同法总论》，法律出版社2004年版，第6页。

④ （美）麦克尼尔：《新社会契约论》，雷喜宁译，中国政法大学出版社1994年版，第1—11页。

劳动的专业化和交换以及选择和未来意识四个因素。

合同必定存在于社会之中，没有社会就不可能有合同。社会是合同产生的首要根源。社会作为合同产生的根源主要表现在如下几个方面：第一，社会创造了需要，人们为了满足自己的需要而需要与他人进行交换，从而为合同的诞生提供了初始动机。第二，社会创造了语言，为人们相互交流提供了有效手段。合同的订立以语言为媒介，没有语言，人们相互之间就不可能进行谈判，也就不可能订立合同。第三，社会创造了秩序，为合同的订立、履行提供了秩序保障。合同必须在稳定的社会秩序中才能有效地发挥作用，没有稳定的社会秩序，合同的订立、履行就成为空中楼阁。同时，合同制度本身属于社会制度的组成部分，反过来对社会秩序的稳定具有促进作用。第四，社会创造了货币，货币的产生大大扩张了交易的范围，促进了合同制度的发展。

合同的经济本质在于交换，交换以劳动的专业化为前提。没有劳动专业化，就不存在交换，没有交换，也就没有合同。因此，劳动的专业化和交换是合同产生的另一重要根源。

合同的法律本质在于合意，合意的前提是意志自由，意志自由的表现形式是选择。没有自由意志，就没有选择，没有选择就没有合同。因此，选择成为合同产生的第三个根源。

合同的订立到履行有个时间过程，也就是说，相对于合同订立的时间点来说，合同的履行时间点属于未来。由此合同表现出当事人对自己未来的一种规划，这种规划以未来意识为前提，人们如果没有未来意识，就不可能与他人订立合同。因此，未来意识便成为合同产生的第四个根源。

## 五、合同的过程

合同从缔结前当事人双方开始接触时起，到履行完毕时止，需要经历一个连续的过程。这个连续过程可以进行如下逻辑划分。自缔约双方开始接触到合同签署时止，这是合同订立阶段。合同订立阶段结束后存在两种可能：一是合同成立，二是合同未成立。合同未成立，合同过程到此结束。合同成立，即进入合同过程的第二个逻辑阶段——合同效力的判定阶段。成