

总主编
王利明

21世纪
民商法学
系列教材

合同法总则

朱广新 著

21世纪民商法学系列教材具有以下特点：第一，选题全面，规模宏大。不仅细分了传统民商法的各个部门，也包括了许多边缘学科，共计六十余种，可供不同层次、不同需要的读者选用。

第二，体例新颖，结构完整。不仅打破传统教材的编写体例，而且还大胆引进英美法教材的编撰模式，每本教材除了体系化地讲授本门课程的基本内容之外，还穿插引用资料、案例或事例加以评析，每章之后还列出推荐学生进一步阅读的著述。

第三，理论与实践相结合。教材中特辟理论探讨与实务研究专栏，选取理论界和实务界的争议问题。

 中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

合同法总则/朱广新著.

北京: 中国人民大学出版社, 2008

(21 世纪民商法学系列教材/王利明总主编)

ISBN 978-7-300-09229-4

I. 合…

II. 朱…

III. 合同法-中国-高等学校-教材

IV. D923.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 058307 号

21 世纪民商法学系列教材

总主编 王利明

合同法总则

朱广新 著

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 三河市汇鑫印务有限公司

规 格 170 mm×228 mm 16 开本

版 次 2008 年 5 月第 1 版

印 张 31 插页 2

印 次 2008 年 5 月第 1 次印刷

字 数 619 000

定 价 45.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

序

众所周知，民商法是市场经济的基本法，它以民事主体制度、物权制度、债与合同制度、知识产权制度以及各项商事特别制度等勾勒出市场交易的基本脉络。这也正是民商法与市场经济体制之间存在密切的内在联系的原因所在。民商法是私法，它调整平等主体之间的财产关系和人身关系，强调意思自治原则的指导地位；民商法是权利法，它以权利为基本的逻辑起点，又通过权利制度确认当事人的行为规则。

我国民商事立法虽然起步较晚，但自改革开放以来却取得了长足的进步，不仅有了起着民商事基本法作用的《民法通则》，而且还制定了大量的单行法、特别法，如《婚姻法》、《继承法》、《合同法》、《著作权法》、《商标法》、《专利法》、《公司法》、《证券法》、《信托法》、《保险法》、《票据法》、《海商法》、《企业破产法》，尤其是经过 13 年的努力，《物权法》今年已获通过并即将实施。另外，《侵权责任法》、《人格权法》也已纳入立法规划。可以说，有中国特色的社会主义市场经济的民商法律框架已经初步形成，而民法典在未来的出台更将为这一框架奠定坚实的核心。

如同国外的成熟经验一样，立法的每一步进展都离不开理论研究的支撑。二十多年来，我国民商法学研究在不断探索中，逐渐走出了计划经济时代的低迷，市场经济的不断发展和完善为我国民商法学者提供了广阔的历史舞台。如今，大量民商法学者参与国家立法、司法实践，为社会主义法治建设事业作出了重要贡献。更为可喜的是，越来越多的青年才俊投身于民商法事业，新一代的青年民法学者如雨后

春笋般涌现出来，他们既有扎实的民商法功底、良好的学术素养，又有较高的外语水平，对国外的经验和最新发展动态比较了解，他们的许多研究成果令人耳目一新。从他们身上，我们看到了我国民商法学未来的希望。

中国法学会民法学研究会自成立以来，一直倡导严谨求实的学风，营造宽松的氛围，提倡百家争鸣的风气，并注重培养新人、提携后进。中国人民大学出版社立足于高等教育，以繁荣学术、服务教学为己任，是我国人文社会科学教材的出版中心。由此，这两家机构决定合作推出全部由崭露头角的青年学者所撰写的“21世纪民商法学系列教材”。我们坚信，这一合作在推动我国民商法学的发展方面将是一次有益的尝试。

这套教材具有以下特点：第一，选题全面，规模宏大。不仅细分了传统民商法的各个部门，也包括了许多边缘学科，如民法哲学、民法的经济分析等，共计六十余种，可供不同层次、不同需要的读者选用。第二，体例新颖，结构完整。不仅打破传统教材的编写体例，而且还大胆引进英美法教材的编撰模式。每本教材除了体系化地讲授本门课程的基本内容之外，还穿插引用资料、案例或事例加以评析，每章之后还列出推荐学生进一步阅读的著述，并以本章的重点难点为主，采取各种题型考查学生对本章知识的掌握程度。第三，理论与实践相结合。不仅全面反映了最新的理论发展，而且深入讨论了实务中的热点、疑点、难点问题。教材中还特辟“理论探讨”与“实务研究”专栏，选取理论界和实务界的争议问题，列举各派观点，论证自己的主张。

应当注意的是，撰写一部好的教材绝非易事，其难度之大不亚于一部优秀的专著！虽然入选本系列的教材均是相关青年学者的精品之作，但其中的缺点在所难免。我们欢迎广大读者不吝指正，这也有助于这些青年学者的学术思想更趋成熟。

衷心祝愿我们早日完成建设社会主义法治国家的宏伟蓝图！在这一过程中，我们有充分理由期待青年学者们取得的更大成就。

是为序！



2007年9月

前言

我国的《合同法》是多元继受其他国家或地区立法例的产物，其整个结构体系及许多具体规则具有明显的混血性。如何系统地理解《合同法》，如何构建适应中国社会需要的合同法体系，对于《合同法》在法学院与法院这两个不同世界的发展皆至关重要；至于如何实现合同法由继受向本土的转化（合同法的本土化），更依赖于合同法作为理解基点的支撑力。

本书试图深入审视与系统描述《合同法》“总则”的规范网络，并拟为构建本土化的中国合同法学尽绵薄之力。为实现上述目的，本书自始至终显现了两条思维取向：一是尽力将《合同法》置于中国现行合同立法及司法的宏大规则体系的变迁中，以全面了解合同法与中国社会需要之间的关联性，为此，除《合同法》外，《民法通则》、《担保法》、《物权法》等法律及最高人民法院有关合同法的众多司法解释皆被纳入本书的批判分析中；二是以比较法的功能性原则为指针，竭力探知同一（类似）问题的不同立法方案，以便为继受型的中国合同法寻找一条相对合理的本土化路线，为此，欧洲的法国、德国、英国、意大利等国家，东亚的日本、韩国及我国台湾地区的合同立法、学说及判例，以及《联合国国际货物销售合同公约》、《国际商事合同通则》和《欧洲合同法原则》皆为本书比较法解释方法的施展提供了必要的素材。

基于以上认识，本书的著述方式，既非泛泛而谈合同法的知识构成，又不拘囿于现行合同立法及司法的现状被动地陈说中国合同法的面貌；而是从规范目的出发，透过合同立法体系之表象，批判地解释

了《合同法》“总则”(第1条至第129条)各章、节、条的具体规定,对许多条文的立法瑕疵提出了解释或立法上的补救意见,并由此初步勾勒了合同法总则的规范体系。譬如,本书认为:《合同法》“总则”第三章虽名曰“合同的效力”,但实为关于“合同之有效性”的规定;第四章虽被命名为“合同的履行”,但其实规定了“合同的对内对外效力”;第六章所言“合同的权利义务终止”,实乃关于“合同的权利义务消灭”的规定;第七章规定“违约责任”,只是一种狭义的合同不履行救济观念的体现,学界通常探讨的违约责任的归责原则,实质上应为违约损害赔偿责任的归责原则,等等。

除导论之外,本书于各章之首,设置了具有导论性质的概论或引言。其旨在发挥如下功能:高度概括该章的规范意旨、规范对象及本章的体系安排;同时,出于论述的便利,对一些概念进行必要的梳理或界定。

总之,本书在很多方面不同于时下流行的合同法教科书,它摆脱了平铺直叙地介绍合同法知识或理论的著述方式,它的很多命题、见解或解说,建立在对我国二十余年来合同法研究成果的批判分析之上。因此,法学研究者与法律应用者也可通过此书获得一些领会中国合同法的见解或意见。当然,因法律规范是一种价值判断标准,本书对《合同法》“总则”的理解或解释,不可能完全“价值中立”,加之合同法所涉甚广,理论学说繁杂,武断、肤浅甚至是错误之见在所难免。真诚期待有识之士,拨冗赐教!

朱广新

2008年4月18日



缩略语表

《宪法》	《中华人民共和国宪法》
《民法通则》	《中华人民共和国民法通则》
《合同法》	《中华人民共和国合同法》
《物权法》	《中华人民共和国物权法》
《担保法》	《中华人民共和国担保法》
《婚姻法》	《中华人民共和国婚姻法》
《继承法》	《中华人民共和国继承法》
《公司法》	《中华人民共和国公司法》
《证券法》	《中华人民共和国证券法》
《海商法》	《中华人民共和国海商法》
《信托法》	《中华人民共和国信托法》
《专利法》	《中华人民共和国专利法》
《产品质量法》	《中华人民共和国产品质量法》
《民事诉讼法》	《中华人民共和国民事诉讼法》
《企业破产法》	《中华人民共和国企业破产法》
《电子签名法》	《中华人民共和国电子签名法》
《合伙企业法》	《中华人民共和国合伙企业法》
《消费者权益保护法》	《中华人民共和国消费者权益保护法》
《反不正当竞争法》	《中华人民共和国反不正当竞争法》
《农村土地承包法》	《中华人民共和国农村土地承包法》
《城市房地产管理法》	《中华人民共和国城市房地产管理法》
《民用航空器法》	《中华人民共和国民用航空器法》

《刑法》	《中华人民共和国刑法》
《治安管理处罚法》	《中华人民共和国治安管理处罚法》
《执业医师法》	《中华人民共和国执业医师法》
“民通司法解释”	《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》
“法释〔2000〕44号”	《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（法释〔2000〕44号）
“法释〔1999〕19号”	《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）》（法释〔1999〕19号）
“法释〔2001〕7号”	《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》（法释〔2001〕7号）
“法释〔2003〕7号”	《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2003〕7号）
“法释〔2001〕33号”	《最高人民法院关于民事诉讼证据若干规定》（法释〔2001〕33号）
“法释〔1998〕15号”	《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》（法释〔1998〕15号）
“法释〔2001〕12号”	《关于审理金融资产管理公司收购、管理、处置国有银行不良贷款形成的资产的案件适用法律若干问题的规定》（法释〔2001〕12号）
《公约》	《联合国国际货物销售合同公约》
《通则》	《国际商事合同通则》
《原则》	《欧洲合同法原则》
《美国合同法重述》	《美国合同法重述（第二次）》
《美国商法典》	《美国统一商法典》



目 录

第一章 导 论	1
第一节 合同概述	1
一、合同概念	1
二、协议、契约与合同	8
三、合同的类别	10
四、合同的相对性	14
第二节 合同法概述	15
一、合同法的意义、特征与功能	15
二、合同自由	20
三、合同正义	27
四、信赖保护	31
五、诚实信用	34
第二章 合同的成立	38
第一节 合同订立的方式	38
一、合同订立的一般方式：要约与承诺	39
二、合同订立的特殊方式	71
第二节 合同的成立	82
一、合同的成立	82
二、合同成立的时间	85
三、合同成立的地点	87
第三节 合同的临界点	87
一、一般理论	87
二、合同的界标	90
第四节 合同的内容与形式	92
一、合同的内容	92

二、合同的形式	93
第五节 缔约责任	106
一、缔约责任的两种思维模式	106
二、缔约责任的特征	113
三、缔约责任的形态	114
四、缔约责任的法律后果	119
第三章 合同的有效性	121
第一节 概述	121
一、合同成立的后果	121
二、“合同的效力”称谓的独特性	123
三、概念辨析	126
第二节 合同效力的根本依据	126
一、不同学说	127
二、法技术设计	128
三、余论	131
第三节 合同生效的形式要件	132
一、比较法上的观察	132
二、《合同法》对形式要件的规定	134
第四节 附条件与附期限的合同	135
一、附条件的合同	135
二、附期限的合同	137
第五节 效力未定的合同	138
一、限制民事行为能力人订立的合同	138
二、无权代理人订立的合同	142
三、无处分权人订立的合同——无权处分合同	144
第六节 可变更或可撤销的合同	160
一、变更或撤销合同的法定事由	160
二、合同变更权或撤销权的存在期限	195
三、变更或撤销合同的方式	196
四、变更或撤销合同的法律后果	197
第七节 无效的合同	202
一、概述	202
二、无效合同的类型	203
三、合同部分无效	210
四、无效合同的转换	212



五、无效合同的法律后果	213
第八节 表见代理合同与越权代表合同	213
一、表见代理合同	213
二、越权代表合同	216
第四章 合同的效力	218
第一节 概述	218
第二节 合同的履行	221
一、多义的履行概念	221
二、履行的基点——合同义务	224
三、履行的要素	231
第三节 双务合同履行中的抗辩权	245
一、概述	245
二、同时履行抗辩权	251
三、先履行抗辩权	258
四、不安抗辩权	263
第四节 涉他合同	278
一、由第三人履行的合同	278
二、利他合同	279
三、附保护第三人效力的合同	287
第五节 债权的保全	289
一、代位权	289
二、撤销权	300
第五章 合同的变更与转让	309
第一节 合同的变更	309
一、合同的变更之意义及由来	309
二、合同的变更与合同的更改	311
三、合同的变更的形式及内容	313
四、合同变更的效力	314
第二节 债权让与	314
一、债权让与的意义	315
二、债权让与合同和基础合同	316
三、债权的可让与性	318
四、债权让与的效力	319
五、债权让与对债务人利益的保护	320

第三节	债务承担	327
一、概述	327	
二、免责的债务承担	328	
三、并存的债务承担	332	
第四节	债的概括承担	333
一、合同承担	333	
二、合同的法定概括承担	336	
第六章	合同的权利义务消灭	339
第一节	概述	339
一、终止的含义	339	
二、合同的权利义务消灭的意义	341	
三、合同之权利义务消灭的一般效力	343	
第二节	清偿	344
一、清偿的独立价值	344	
二、清偿受领人	347	
三、代物清偿与新债清偿	351	
四、清偿抵充	353	
五、清偿的效力	355	
第三节	解除	356
一、概述	356	
二、解除权的发生	359	
三、解除权的行使	368	
四、解除的效力	370	
五、解除权的消灭	375	
第四节	抵销	376
一、概述	376	
二、抵销的发生要件	377	
三、抵销的方法	379	
四、抵销的效力	380	
第五节	提存	381
一、概念	381	
二、提存的原因	383	
三、提存的当事人与标的物	384	
四、提存的方法	385	
五、提存的效力	386	

第六节 免除与混同	388
一、免除	388
二、混同	390
第七章 违约责任	392
第一节 概述	392
一、债务未履行的一般效果	392
二、债务未履行的规范模式	393
三、“违约责任”的模式归属及内涵	396
第二节 违约损失赔偿责任的归责原则	400
一、违约责任归责原则的适用范围	400
二、严格责任说的问题	402
三、二元化违约损害赔偿归责原则的适用性	405
四、《合同法》应采纳的违约损失赔偿归责原则	411
第三节 违约行为的主要形态	413
一、拒绝履行	414
二、履行迟延	418
三、不完全履行	421
第四节 受领迟延责任	423
一、受领迟延的构成	423
二、受领迟延责任	425
三、受领迟延的消灭	427
第五节 违约责任形式	427
一、强制履行	427
二、损失赔偿	434
三、违约金	441
四、定金	444
五、价格制裁	445
第六节 违约的免责事由	446
一、法定免责事由	446
二、约定免责事由	448
第七节 违约责任与侵权责任的竞合	449
一、民事责任的竞合	449
二、违约责任与侵权责任竞合的构成条件	449
三、违约责任与侵权责任竞合的法律适用	450

第八章 合同的解释	452
第一节 合同解释的目标与原则	452
第二节 合同解释的基本方法	454
一、合同解释的立法模式及制度价值	454
二、主观解释方法	455
三、客观解释的方法	456
四、体系解释的方法	459
第三节 合同解释的特别要求	459
一、使条款具有效力的解释优先	459
二、不利于条款提出者的解释规则	460
主要参考文献	461
法律条文对照表	470
术语索引	472
外国人名索引	477



第一章

导论

第一节 合同概述

一、合同概念

在错综复杂的民法概念体系中，也许可以说，没有哪一个概念能像“合同”概念那样，既能为法学专业人士又能为不谙法律的普通百姓所熟知。合同概念之所以能拥有如此广泛的认知面，很大程度上应归结于它在现实生活中的广泛使用。尤其是，当市场交易成为社会经济事务的主导力量后，合同不但成为维系人们日常常用的关系纽带，而且也构成国民经济正常运行的关键要素。合同概念的广泛使用，是否意味着，存在着一个恒定不变的、普遍适用的合同概念呢？为对该问题有个比较清晰的了解，还是首先比较分析一下在当今世界法律体系中具有重要影响力的德国、法国、美国的立法、判例及学说是如何理解合同概念的。

(一) 合同在两大法系中的不同意义

1. 大陆法：协议说

法国民法典第1101条规定：“契约是一种协议（convention/agreement），依此协议，一人或数人对另一人或数人负担给付、作为或不作为之债务。”意大利民法典第

1321 条规定：“契约是双方或多方当事人关于彼此之间财产的设立、变更或者消灭的合意（agreement）。”^① 不像上述两国，德国没有在其民法典中对合同概念径直作出界定，而是规定了“除法律另有规定外，以法律行为设立和变更债务须经由合同”的原则。^② 但德国判例及学说则无不把合同界定为构造私法关系的协议，如德国法学大师萨维尼（Savigny）所言，“契约之本质在于意思之合致”^③。

协议说根源于古罗马法的契约观念，如古典罗马法时期的著名法学家乌尔比安曾言：“所有契约，无论是以口头方式设立的还是以要物方式设立的，都必须包含一项协议，否则不产生任何契约关系或债的关系。”^④

2. 英美法：允诺说或协议说

普通法最早习惯于根据允诺来界定合同，这种习惯一直保留到现在。目前在英美法系被广泛引用的合同概念主要有两个出处：一个是《美国合同法重述》第 1 条的规定，即“合同是一个或一系列允诺（promise），违反该允诺由法律给予救济，履行该允诺是法律确认的义务”。另一个是英国著名法学家弗瑞德瑞克·波洛克（Frederick Pollock）对合同所作出的简短界定，即“合同是由法律强制履行的一个或一系列允诺”。所谓允诺，是指“以特定方式为或不为一定行为的表示，以使受诺者认为允诺者已作出了一项愿承担一定义务的行为”^⑤。

对合同的这种界定方式，强调了救济的有效性，而不是当事人意思的重要性。据此定义，合同权利主要源于一方当事人的不履行。

将合同视为一种允诺与英美合同法的独特形成机制相关。现代英美合同法由英国早期的“违约赔偿之诉”（assumpsit）演化而来。^⑥ 在相当长的历史时期内，英国法有关合同的规则是针对违反允诺而制定的，而不是针对违反合同而制定。与大陆法截然不同的是，英美合同法是由法官创制出来的法律体系。在审判案件的过程中，法官关心的主要是如何为当事人提供救济。在特定案件中，违反约定的通常只是一方当事人，法官所直接观察到的是该方违反了自己许下的诺言，而不是双方之间发生的抽象权利义务关系。^⑦

① 《意大利民法典》，费安玲等译，322 页，北京，中国政法大学出版社，2004。

② 德国民法典第 305 条规定：“根据法律行为成立债的关系以及变更债的内容的，需有当事人之间的合同，但法律另有规定的除外。”

③ 胡长清：《中国民法债编总论》，16 页，上海，商务印书馆，1934。

④ D. 2, 14, 1, 3. 载《民法大全选译·契约之债与准契约之债》，丁枚译，9 页，北京，中国政法大学出版社，1998。

⑤ 《美国合同法重述》第 2 条第 1 款的规定。

⑥ 关于违约赔偿之诉的由来，请参见杨桢：《英美契约法论》，3 版，279 页以下，北京，北京大学出版社，2003。

⑦ 参见王军编著：《美国合同法》，2 页，北京，中国政法大学出版社，1996。

以允诺来定义合同所存在的明显缺陷是,“其忽略了合同中的交易因素”,即在这样的定义中,它没有指明典型合同是双边性的事项,一方的允诺或完成的事项是对另一方的允诺或完成的事项的一种回报。^①基于此种缺陷,以协议来界定合同的思路,在英美法系也得到一些人的支持。如《美国商法典》第1—201(11)条规定:合同是指产生于当事人受本法以及任何其他应适用的法律规则影响而达成的协议的全部法律上债务。英国当代著名合同法学者冈特·特雷特尔(Guenter. H. Treitel)认为,“合同是产生被法律执行或者承认的债务协议。区分合同之债与其他法定之债的要素是,合同之债建立在缔约当事人的协议(agreement)之上”^②。

3. 结语

将合同限定为一种“协议”的大陆法,强调了缔约者自主意思的重要性,把合同视为法律行为之下位概念的德国法更是充分彰显了私法自治原则对理解合同概念的必要性与重要性。英美法的“允诺说”,虽然也关注当事人的自主意思(诺言),但其标称的自主意思在形式上仅限于缔约一方的允诺,因此,为防止“允诺说”过于宽泛,英美合同法不得不在允诺概念的基础上再附加“交易”^③(bargain)这一要素。《美国合同法重述》的主持人艾伦·范斯沃斯(E. Allan Farnsworth)指出,《美国合同法重述》所规定的合同在适用范围上有两个限制:第一,合同法被限于法律将强制执行的允诺。它因此主要关注于交换(exchange),因为法院不愿意执行允诺,除非承诺者为了允诺已经给予允诺者某种回报。不给予某种回报的“裸约”(a bare or naked promise)是不可强制执行的,因此,如果在对允诺的交换中未给予任何东西,则无合同之存在。由此而言,合同法主要关注于交换。第二,合同法被限制为允诺(promises)。它因此关涉与未来相关的交换,因为允诺就是某人关于未来行为的义务承担,即时完成的此物与彼物的交换、金钱与物的交换,因交换中没有允诺被给出,不存在合同。^④由此不难理解,赠与行为为何在大陆法被视为一种重要的合同,而英美法却认为其不属于合同的范畴。

比较合同概念的两种思维方式可知,两种因素决定了对合同概念的不同理解:(1)主观要素,即当事人意思的不可替代的作用;(2)客观要素,即法律的作用。

(二)《合同法》中的合同概念

以独立法条开宗明义揭示法律的调整对象(范围),是我国民事立法的一大现

① 参见[英]P. S. 阿狄亚:《合同法导论》,赵旭东等译,38页,北京,法律出版社,2002。

② Sir Guenter Treitel, *The Law of Contract*, 11th edition, Sweet & Maxwell, 2003, p. 1.

③ 交易就是被允诺利益的一种交换,该概念意味着,所谓合同,就是指双务合同(synallagmatic contracts)。

④ See Farnsworth on Contract, volume I, Boston, Little, Brown and Company, 1990, pp. 4-5.