

# 合同法 · 新问题研究

HETONGFA  
XINWENTI  
YANJIU

王利明/著



中国社会科学出版社

# 合同法新问题研究

王利明 著

中国社会科学出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

合同法新问题研究/王利明著. -北京: 中国社会科学出版社, 2003.4

ISBN 7-5004-3883-4

I. 合… II. 王… III. 合同法-研究-中国  
IV. D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 027411 号

责任编辑 郭沂纹  
责任校对 林福国  
封面设计 彩林  
技术编辑 郑以京

---

出版发行 中国社会科学出版社

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010-84029453

传 真 010-64030272

网 址 <http://www.csspw.com.cn>

经 销 新华书店

印 刷 保定市印刷厂

版 次 2003 年 4 月第 1 版

印 次 2003 年 4 月第 1 次印刷

开 本 850×1168 毫米 1/32

印 张 26.75

字 数 650 千字

定 价 66.00 元

---

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换  
版权所有 侵权必究

## 前 言

1999年3月15日九届人大二次会议通过了《中华人民共和国合同法》(以下简称合同法),该法已于1999年10月1日开始生效实施。合同法的制定并颁行,对维护市场经济的法律秩序和保护交易当事人的合法权益将发挥极大的作用,也为交易的发展和市场的繁荣提供了重要的法律保障。该法的颁行,结束了由经济合同法、涉外经济合同法和技术合同法所形成的三法并立的局面,在完善市场经济的法律体系方面迈出了重要一步。合同法的制定,消除了因多个合同法并存而造成的合同法律彼此之间的重复、不协调、甚至矛盾的现象,改善了我国合同立法的分散、凌乱的状况,实现了合同法律尤其是合同法总则的统一和体系化。合同法的制定完善了合同法的基本规则,填补了长期以来在合同立法方面的漏洞,规定了较为完备的合法规则。尤其是合同法的内容充分反映了社会主义市场经济统一市场的需求,摒弃了反映计划经济体制本质特征的经济合同概念,充分体现了当事人的意思自治原则,该法从现代市场经济的本质需要出发,要求当事人在交易的各个环节中都必须遵循作为商业的基本道德的诚实信用原则,从而为建立信用经济奠定了基础。合同法广泛参考、借鉴了两大法系成功的合同立法经验和判例学说,采纳了现代合同法的各项新规则和新制度,注重与国际规则和惯例的接轨。总的来说,合同法继承了大陆法债法制度的框架和模式,其基本的概

念和规则也主要来源于大陆法。但合同法也广泛借鉴了英美法以及国际公约中的一些先进的经验，例如预期违约制度、根本违约的概念等，因此，合同法是两大法系经验的总结。合同法还立足中国的实际，系统全面地总结了我国合同立法和司法实践经验。总之，我国合同法的颁布，不仅表明我国的合同法已逐渐趋于完善，而且标志着我国的民事立法进入了一个体系化的成熟阶段。

尽管合同法的颁布表明了我国合同法律制度已渐趋完善，也标志着我国民事立法进入了一个体系化的崭新阶段，但并不意味着合同法立法的完善及理论研究工作就到此为止。事实上，合同法的颁行既为合同法的研究提供了前所未有的机遇，也为当代中国民法学者对合同制度的研究提出了大量崭新的课题和挑战。我认为，对合同法新问题展开深入研究的必要性在于：

正确适用合同法，就需要准确阐释合同法确定的各项新规则。合同法将原有的三个合同法统一为一部新的法律的同时，吸纳了大量的新规则和新制度，例如，缔约过失、合同成立、合同解释、履行中的抗辩权、合同的保全、抵销、提存、风险负担、预期违约、根本违约、间接代理。尽管这些制度已经在法律上加以确认，而且合同法颁布以后，最高人民法院出台了有关司法解释，但对于其适用范围、内涵甚至合理性，都需要进行实证的研究。因为其中不少制度都是我们前所未有的，有些制度（如缔约过失）甚至在世界范围内立法都很少予以规定。因此，对合同法中所确认的这些新规则做出合乎立法本意以及实践需要的阐释，从而准确地适用合同法，是十分必要的。

世界经济的一体化，也需要加强对合同法新问题的研究。市场经济发展过程中仍然存在大量的合同法问题有待于立法者以及民法研究者加以解决，因为现代市场经济异常迅猛的发展对作为成文法的合同法所固有的局限性提出了更尖锐的挑战。在过去的

一年里，中国成功地加入了世界贸易组织（WTO），这是我们经济生活中的一件大事，它意味着我国经济生活领域将更加全面地对外开放，并进一步融入全球经济一体化的浪潮之中，而且还将对我国法治建设产生极其深远的影响。从长远来看，加入世界贸易组织为我国法治建设提供的最大机遇就是，将极大地推动我国社会主义市场经济法律体系的建立与完善。就调整市场经济关系的基本法——合同法而言，加入世界贸易组织所带来的挑战更为空前。因为市场的全面开放，将促使我国经济进一步融入世界市场，这就更需要我国法律制度尤其是反映市场流转需要的合同法进一步与国际接轨。加入世界贸易组织后我国必须开放相应的国内市场，以前一些由政府运用行政手段管制的领域将变成内资外资都能平等参与、自由竞争的市场，市场的范围会不断扩大，社会分工的深度会逐步增加，交易活动也将高度复杂化。此时，惟有运用完善健全的体现意思自治的民法规则，方能更为有效地调整市场经济生活，适应未来我国经济、社会发展的客观需要。

及时弥补成文法的缺陷，需要加强合同法理论的研究。英国著名法学家梅因曾言“社会的需要和社会的意见常常是或多或少地走在法律的前面，我们可能非常接近地达到它们之间缺口的接合处，但永远存在的倾向是要把这个缺口重新打开来。因为法律是稳定的，而我们谈到的社会是前进的。人民幸福的或大或小，完全取决于缺口缩小的快慢程度”。尽管合同法制订时总结了多年来合同立法与司法的成败得失，并吸收了现代合同法的最新发展成果，其颁布至今也不过短短的数年，但是现代市场经济发展过程必将不断出现合同法制订者所始料不及的各种新情况、新问题。及时有效地调整这些新情况，解决这些新问题，不仅是司法实践工作者的当务之急，更是每一个民法研究人员义不容辞的责任；尽管迄今为止我国合同法理论研究工作已经取得了丰硕的成

果，并为立法与司法提供了大量理论支持与知识资源，但是我国合同法学研究起步较晚、基础较薄弱这一事实却无法否认。这一点既体现在学界对我国合同立法与司法得失成败经验的总结上存在欠缺，也体现在对于两大法系合同法律制度以及现代合同法新的发展趋势缺乏全面准确的理解，更表现为对合同法基本概念、制度与理论的研究尚缺乏足够的深度。所以，加强对合同法的研究是当前我国民法研究人员的迫切任务。

从民法整体的内容和体系来看，也需要加强对合同法新问题的研究。我国合同法的制定是我国正在进行的举世瞩目的民法典编纂工作的重要组成部分。民法典的制定是完善我国社会主义市场经济法律体系的重要步骤，在这一过程中不仅要制订民法总则、物权法、侵权法等以前我们没有的法律，而且还要实现民法典内部的体系性与和谐性。由此也提出了合同法如何与民法总则、物权法、侵权法协调的问题。因此，惟有进一步加强我国合同法的研究，才能为将来把合同法融入民法典中的工作奠定扎实的理论基础。

# 目 录

## 前言

## 第一章 合同的相对性与合同法的新发展

第一节 合同相对性原则····· ( 1 )

第二节 合同法的新发展····· ( 16 )

## 第二章 合同法的基本原则

第一节 合同自由原则····· ( 38 )

第二节 诚实信用原则····· ( 52 )

第三节 鼓励交易原则····· ( 68 )

## 第三章 电子合同的法律问题

第一节 电子合同的概念····· ( 78 )

第二节 电子合同是否为书面形式····· ( 82 )

第三节 签字问题····· ( 89 )

第四节 电子合同的成立····· ( 95 )

## 第四章 缔约过失责任

第一节 缔约过失的概念和构成要件····· (114)

第二节 缔约过失责任的形态····· (124)

第三节 缔约过失责任的类型····· (131)

第四节 缔约过失责任与相关责任的区别····· (147)

第五节 缔约过失责任的赔偿范围····· (154)

## 第五章 格式条款

第一节 格式条款的概念和特征····· (157)



---

|            |                               |       |
|------------|-------------------------------|-------|
| 第二节        | 格式条款订入合同·····                 | (163) |
| 第三节        | 格式条款的解释·····                  | (166) |
| 第四节        | 格式条款的效力·····                  | (171) |
| <b>第六章</b> | <b>合同的解释</b>                  |       |
| 第一节        | 合同解释的概念和目的·····               | (177) |
| 第二节        | 合同解释的主体·····                  | (186) |
| 第三节        | 合同解释与合同漏洞的填补·····             | (189) |
| 第四节        | 合同解释的规则·····                  | (203) |
| <b>第七章</b> | <b>效力待定合同</b>                 |       |
| 第一节        | 效力待定合同的概念·····                | (222) |
| 第二节        | 限制民事行为能力人依法不能独立订立的<br>合同····· | (228) |
| 第三节        | 无权代理合同·····                   | (236) |
| 第四节        | 无权处分合同·····                   | (252) |
| <b>第八章</b> | <b>无效合同</b>                   |       |
| 第一节        | 无效合同的概念和特征·····               | (285) |
| 第二节        | 合同无效与时效规则的适用·····             | (294) |
| 第三节        | 无效合同的种类·····                  | (297) |
| 第四节        | 合同无效与恶意抗辩·····                | (324) |
| <b>第九章</b> | <b>可撤销合同</b>                  |       |
| 第一节        | 可撤销合同的概念和特征·····              | (327) |
| 第二节        | 无效和可撤销制度的比较·····              | (332) |
| 第三节        | 可撤销合同的类型·····                 | (345) |
| 第四节        | 撤销权的行使·····                   | (372) |
| 第五节        | 合同被确认无效或被撤销的后果·····           | (378) |
| <b>第十章</b> | <b>向第三人给付的合同和由第三人给付的合同</b>    |       |
| 第一节        | 向第三人给付的合同·····                | (390) |

---

|             |                     |       |
|-------------|---------------------|-------|
| 第二节         | 由第三人给付的合同·····      | (393) |
| <b>第十一章</b> | <b>合同履行中的抗辩权</b>    |       |
| 第一节         | 抗辩权的概念及其与违约的关系····· | (402) |
| 第二节         | 同时履行抗辩权·····        | (406) |
| 第三节         | 后履行抗辩权·····         | (434) |
| 第四节         | 不安抗辩权·····          | (439) |
| <b>第十二章</b> | <b>代位权</b>          |       |
| 第一节         | 代位权的概念和特征·····      | (451) |
| 第二节         | 代位权的客体·····         | (457) |
| 第三节         | 代位权行使的要件·····       | (462) |
| 第四节         | 代位权诉讼的主体·····       | (475) |
| 第五节         | 代位权行使的范围·····       | (478) |
| 第六节         | 代位权行使的效力·····       | (480) |
| 第七节         | 针对代位权的抗辩权·····      | (485) |
| <b>第十三章</b> | <b>撤销权</b>          |       |
| 第一节         | 撤销权的概念·····         | (488) |
| 第二节         | 撤销权的成立要件·····       | (492) |
| 第三节         | 撤销权的行使范围·····       | (509) |
| 第四节         | 撤销权诉讼的主体·····       | (512) |
| 第五节         | 撤销权行使的效果·····       | (517) |
| 第六节         | 撤销权行使的期限·····       | (521) |
| <b>第十四章</b> | <b>合同的解除</b>        |       |
| 第一节         | 合同解除的概念和特征·····     | (522) |
| 第二节         | 合同解除与相关制度的区别·····   | (525) |
| 第三节         | 约定解除·····           | (531) |
| 第四节         | 法定解除·····           | (538) |
| 第五节         | 合同解除的程序·····        | (553) |

|             |                              |       |
|-------------|------------------------------|-------|
| 第六节         | 合同解除的法律后果·····               | (560) |
| <b>第十五章</b> | <b>提存</b>                    |       |
| 第一节         | 提存的概念和特征·····                | (569) |
| 第二节         | 提存的性质·····                   | (573) |
| 第三节         | 提存的条件·····                   | (575) |
| 第四节         | 提存人和提存机关·····                | (582) |
| 第五节         | 提存的效力·····                   | (584) |
| <b>第十六章</b> | <b>抵销</b>                    |       |
| 第一节         | 抵销的概念·····                   | (591) |
| 第二节         | 法定抵销·····                    | (594) |
| 第三节         | 约定抵销·····                    | (605) |
| 第四节         | 抵销权行使的效力·····                | (607) |
| <b>第十七章</b> | <b>预期违约</b>                  |       |
| 第一节         | 预期违约的概念和特征·····              | (610) |
| 第二节         | 明示毁约·····                    | (617) |
| 第三节         | 默示毁约·····                    | (624) |
| <b>第十八章</b> | <b>损害赔偿</b>                  |       |
| 第一节         | 违约损害赔偿概述·····                | (633) |
| 第二节         | 违约损害赔偿与其他类型的损害赔偿的<br>关系····· | (644) |
| 第三节         | 损害赔偿的适用条件·····               | (650) |
| 第四节         | 违约责任中的完全赔偿原则·····            | (664) |
| 第五节         | 各种违约中的损失计算·····              | (672) |
| 第六节         | 完全赔偿的具体运用·····               | (679) |
| 第七节         | 约定损害赔偿·····                  | (683) |
| 第八节         | 损害赔偿的限制·····                 | (685) |
| 第九节         | 违约损害赔偿与精神损害赔偿·····           | (704) |

---

---

|                            |       |
|----------------------------|-------|
| <b>第十九章 违约金责任</b>          |       |
| 第一节 违约金的概念和职能·····         | (713) |
| 第二节 对违约金性质的探讨·····         | (720) |
| 第三节 违约金与其他补救方式的比较·····     | (725) |
| 第四节 违约金责任的成立·····          | (730) |
| 第五节 对违约金数额的调整·····         | (732) |
| <b>第二十章 违约责任与侵权责任的竞合</b>   |       |
| 第一节 违约责任和侵权责任竞合的概念·····    | (739) |
| 第二节 允许受害人选择请求权的必要性·····    | (741) |
| 第三节 违约责任与侵权责任竞合的条件·····    | (749) |
| <b>第二十一章 风险负担</b>          |       |
| 第一节 风险的概念·····             | (759) |
| 第二节 风险负担与违约责任制度的关系·····    | (768) |
| 第三节 风险移转的几项标准·····         | (773) |
| 第四节 我国合同法中关于风险负担的一般原则····· | (782) |
| 第五节 交付主义的例外情况·····         | (797) |
| <b>第二十二章 间接代理制度</b>        |       |
| 第一节 间接代理的概念·····           | (806) |
| 第二节 间接代理制度设定的合理性及适用范围····· | (811) |
| 第三节 合同法关于间接代理的规定·····      | (821) |
| 第四节 间接代理与行纪的关系·····        | (835) |
| <b>后记</b>                  |       |

# 第一章 合同的相对性与合同法的新发展

## 第一节 合同相对性原则

### 一、合同相对性原则的历史

合同是当事人之间设立、变更或终止民事权利义务关系的协议。作为一种民事法律关系，合同关系不同于其他民事法律关系（如物权关系）的重要特点，在于合同关系的相对性。合同关系的相对性是合同规则和制度赖以建立的基础和前提，也是我国合同立法和司法所必须依据的一项重要规则。

合同的相对性，在大陆法中称为“债的相对性”，该规则最早起源于罗马法。在罗马法中，债（obligatio）被称为“法锁”（*juris vinculum*），意指“当事人之间之羁束（*Gebundenheit*）状态而言”<sup>①</sup>。换言之，是指债能够且也只能对债权人和债务人产生拘束力。由于债本质上是当事人之间一方请求他方为一定行为或不为一定行为的法律关系，而物权是支配权（*Herrschaftsrecht*），所以债权不能像物权那样具有排他性，而只能对特定人

---

<sup>①</sup> 李宜琛：《日耳曼法概说》，第72页，商务印书馆，1944年版。

产生效力。尤其是在对两种权利的侵犯和司法保护之上，债权和物权是不同的。“物权可能受到任何人的侵犯，但是人们不可能预先（ab inito）准确地知道谁可能侵犯它，也没有想到必须通过诉讼来保护自己的权利；相反，债权则可能受到同其发生关系的人的侵犯，而且一开始（ab origine）就知道将可能针对该人行使诉权。”<sup>①</sup> 在罗马法中，物权的绝对性决定了维护物权的诉讼是绝对的，它可针对一切人提起诉讼，且是对物的诉讼（actio in rem）；而债权的相对性决定了债权乃是对人权（jus in personam），并且维护债权的诉讼只能针对特定的并在原告请求中提到的人，这种诉讼叫做对人的诉讼（actio in personam）。<sup>②</sup> 然而，随着交易的发展，罗马法逐渐承认了一种适用债的相对性规则的例外情况，即当缔约人与第三人有利害关系时，更准确地说应当向第三人给付是一种本来就应该由缔约人履行的给付时，合同当事人为第三人利益缔约是有效的。<sup>③</sup>

罗马法确立的债的相对性规则对现代大陆法系的债法产生了重大影响。《德国民法典》第 241 条规定：“债权人因债的关系得向债务人请求给付。”《法国民法典》第 1134 条规定，“依法订立的契约，对于缔约当事人双方具有相当于法律的效力”。债的相对性，概括了债的本质特征，并且与物权关系的绝对性形成了明显的区别。正如王泽鉴先生所指出的：“债权人得向债务人请求给付，债务人之给付义务及债权人之权利，乃同一法律上给付关系之两面。此种仅特定债权人得向特定义务人请求给付之法律关系，学说上称之为债权之相对性（Relativitaet des Forderung

<sup>①</sup> [意] 彼得罗·彭梵得：《罗马法教科书》，第 285 页，中国政法大学出版社，1992 年版。

<sup>②</sup> 同上。

<sup>③</sup> 陈朝壁：《罗马法原理》上册，第 197 页，商务印书馆，1936 年版。

srechts), 与物权所具有得对抗一切不特定人之绝对性 (Absolutheit) 不同。”<sup>①</sup> 由于债权是相对权, 因此债权人只能请求特定的债务人为一定行为或不为一行为, 这种请求不能对债务人以外的第三人主张, 即使第三人的行为使债务人无法履行债务, 债权人也仅得依侵权行为请求损害赔偿。<sup>②</sup> 而由于物权乃是由特定主体所享有的、排斥一切不特定人侵害的绝对权, 因此除权利人以外, 任何不特定人都负有不得侵犯权利人对某项财产所享有的物权之义务, 即不特定人都是义务主体。任何人侵害物权人享有的物权, 权利人可以向侵害人提出请求和提起诉讼。

在大陆法中, 债权的相对性与物权的绝对性原理, 不仅确定了债权与物权的一项区分标准, 而且在此基础上形成了债权法与物权法的一些重要规则。例如, 债权法中有关债的设立、变更、移转制度均应适用债的相对性规则, 而物权法中的登记制度、物上请求权等制度是建立在物权的绝对性基础上的。可见, 不理解债权的相对性, 也就不可能理解债权法与物权法的各自特点及内在体系。尤其应当看到, 债权的相对性与物权的绝对性, 决定了侵权行为法的内容、体系及与合同法的根本区别。由于合同债权乃是相对权, 而相对权仅发生在特定人之间, 它不具有“社会典型公开性” (sozialtypische of fenkun digkeit), 尤其是权利的实现须借助于义务人的履行义务的行为, 因此合同债权人只能受到合同法的保护。而物权作为一种绝对权, 能够而且必须借助于侵权法的保护才能实现, 所以物权乃是侵权法的保障对象。侵权法正是在对物权等绝对权的保障基础上, 形成了自身的内容和体系。

应当指出, 现代大陆法国家, 债权的相对性和物权的绝对性

① 王泽鉴:《民法学说与判例研究》第四册,第109页,1991年版。

② 参见王家福主编:《民法债权》,第5页,法律出版社,1991年版。

的区分只是相对的，随着债权的物权化、责任竞合等现象的出现，合同相对性受到了冲击和突破。各国法上关于合同相对性原则的例外规定，都是为了弥补其不足而带来的结果。例如关于为第三人利益的契约，为保全债权而赋予债权人的撤销权和代位权，附保护第三人契约等都体现了对合同相对性的突破。

在英美法中，因为法律上并不存在债的概念及体系，所以大陆法中的“债的相对性”规则在英美法被称为“合同的相对性”(privity of contract)。其基本内容是：合同项下的权利义务只能赋予给当事人或加在当事人身上，合同只能对合同当事人产生拘束力，而非合同当事人不能诉请强制执行合同。<sup>①</sup> 这一规则最早起源于1860年的一个案例。在该案中，甲与乙订立一个合同，甲同意支付给丙200英镑，乙同意支付给丙(Tweddle)100英镑，当时丙(乙的儿子)与甲的女儿有婚约。合同有条款规定丙有权在普通法法院或衡平法法院向甲或乙提出诉讼，追讨承诺的款项。甲死后，其遗产管理人(Atkison)拒付该款，后来丙控告甲，法院裁定丙败诉，认为“现代的案件推翻了旧的判例，约因必须由有权就合同提出诉讼的人提供”。<sup>②</sup> 在英美法中，合同相对性规则包含几项重要内容：

第一，只有合同当事人可以就合同起诉和被诉。由于合同通常被界定为“(对同一权利或财产)有合法利益的人之间的关系”，因此“合同权利只对合同的当事人才有约束力，而且，只有他们才能行使合同规定的权利。”<sup>③</sup> 例如在1915年的一个案例中，原告公司作为轮胎的制造商，将其轮胎出售给批发商。合同

<sup>①</sup> 沈达明编著：《英美合同法引论》，第205页，对外贸易教育出版社，1993年版。又见董安生等编译：《英国商法》，第175页，法律出版社，1992年版。

<sup>②</sup> Tweddle v. Atkison (1861) 1B. & S. 393, 398.

<sup>③</sup> [英]阿蒂亚：《合同法概论》，第262页，法律出版社，1980年版。



中要求批发商不得低于某价格转售，并要求批发商以原告代理人身份从买方取得书面承诺，同意维持原告的标价。被告从其批发商购入一批货物，签署了承诺。原告就被告违反承诺、以低于指定价格出售货物为由提出诉讼。法院判决原告败诉，因为原告与被告之间并无合同关系，原告对被告的行为没有提供约因，所以无权对被告提出请求。<sup>①</sup>

第二，合同当事人可以为第三人设定权利，但第三人不能请求合同当事人履行合同。<sup>②</sup> 在这一点上与大陆法的规则是不同的。<sup>③</sup> 形成此种规则的原因在于，第三人与合同当事人之间不存在对价关系。当然，当事人一方可以为第三人利益而申请强制执行合同，但第三人只能通过合同当事人一方提出请求，而自己并不能够以合同当事人的名义向义务人提出请求。<sup>④</sup> 1937年，英国的一个法律委员会曾建议：“假如合同明文声称直接授予第三者某些利益，第三者可以以自己的名义强制执行合同，但受制于合同当事人之间的可以援引的任何抗辩。”但迄今为止，英国法对此并未做出改革。<sup>⑤</sup> 不过近几十年来，英国法发展了第三人引诱违约制度，允许第三人依据侵权行为法对合同一方当事人提起诉讼，从而可以避免使用第三人不能申请强制执行的“合同相对性原则”。

第三，如果订立合同的允诺是向多人做出的，则受允诺人或

① See *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. Selfridge and Co Ltd* (1915) AC 847.

② See *Beswick v. Beswick* (1968) AC 58.

③ 参见董安生等编译：《英国商法》，第175页，法律出版社，1992年版。

④ 不过，合同当事人一方是否能替第三人提起损害赔偿之诉，在英国学者中一直存在争议。参见沈达明编著：《英美合同法引论》，第207页，对外贸易教育出版社，1993年版。

⑤ 参见何美欢：《香港合同法》上册，第483页，北京大学出版社，1995年版。