

· 中青年民商法文丛 ·

王利明 主编

合同法分则 制度研究

易 军 宁红丽□著

人民法院出版社
THE PEOPLE'S COURT PRESS

合同法分则制度研究

易 军 宁红丽 著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

合同法分则制度研究/易军, 宁红丽著. —北京:
人民法院出版社, 2003. 7
ISBN 7-80161-583-2

I. 合… II. ①易…②宁… 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 055744 号

合同法分则制度研究

易 军 宁红丽 著

责任编辑 陈建德

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市朝阳区安慧北里(亚运村)安园甲 9 号(100101)

电 话 (010)65290566(责任编辑) 65290516(出版部)
(010)65290558 65290559(发行部)

网 址 www.courtpress.com

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 890×1240 毫米 A5

字 数 476 千字

印 张 17.125

版 次 2003 年 7 月第 1 版 2003 年 7 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80161-583-2/D·583

定 价 32.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

序

我国合同法的颁布，建立了由总则与分则构成的完整体系。如果说合同法总则是关于各种合同共性的规定的话，那么合同法分则就在于规定各种有名合同的具体内容。从总则与分则的联系来看，总则的制度显然是从分则所规定的各种合同中抽离出来的。对总则来说，分则的存在不可或缺，否则，完整的合同法体系难以建立，也无法实现对社会生活中主要交易形态的全面规制与具体调整。这也是大陆法系各国或地区的民法典债编在债法总则或债法通则之外专设“债法分则”或者“各种之债”的原因之所在。

改革开放二十多年来，我国合同法理论研究取得了长足进步。不过，相对于合同法总则制度的研究成果卷帙浩繁的局面，合同法分则的研究成果无论是在数量上，还是在理论深度上均有待提升。由于欠缺对合同法分则系统和深入的研究，不仅使我国合同法分则中的制度存在着诸多不足，而且也成为制约合同法总则研究纵深发展的瓶颈。合同法的完善与民法典的制定需要厚实的理论基础，因此，作为我国民法研究的重要组成部分，合同法分则研究的深入对民法典的编纂成功乃至我国法制的进步具有不可估量的意义。

经过数年的研究，我指导的博士研究生易军和吴汉东教授指导的博士研究生宁红丽共同完成了《合同法分则制度研究》一书，该书无疑在深化合同法分则的研究方面迈出了坚实的一步，该书的特点主要表现在：

第一，体系结构合理，内容丰富。该书按照一般原理、有名合同与无名合同的线索展开论述，脉络清晰，其中，一般原理部分揭示分则中的一些具有共性的制度或理论，反映了作者旨在尽量深化

合同法分则研究水平方面的努力。本书除了对有名合同中的制度进行研究外,还十分关注旅游合同、雇用契约、分管契约、医疗契约等无名合同的研究,这使得全书的内容较为详实。

第二,思考深入,论证较为充分有力。如对强制缔约制度进行了系统的研究,对我国合同法第195条所确立的权利在性质上究竟属于抗辩权、解除权抑或撤销权进行了深入的探讨,对合同法第229条所确立的“买卖不破租赁”作出了较犀利的批评等。这些文章不是浅尝辄止,泛泛而谈,而是重点突出。虽然一些观点,如该书提出了以有因的物权行为的物权变动模式来解释我国法上的无权处分制度的观点,不一定能为人所赞同,但这是具有启发性的。

第三,视野开阔,资料较为广泛详实。如将赠与人的撤回权置于整个民法撤销权的体系来研究,为了解释我国合同法第51条以及第132条而追根溯源的探寻德国民法以及我国台湾地区民法的相应制度体系等,该书中反映了《德国债法现代化法》、《荷兰民法典》、我国台湾地区《民法》新修正的债编以及物权编草案等最新的法律或立法草案的条文。

第四,研究手段与方法灵活多样。除了传统的规范分析、价值分析的方法以外,该书还在不少章节中运用了经济学、比较法等方法,如经济学的交易成本、效率等理论被用来分析分管契约制度的建构,在有关风险负担的文章中广泛地利用了两大法系诸国以及国际公约的立法例等。

第五,关注现实问题与我国的立法实践,着眼于合同法分则的立法完善。本书中不少篇章都是目前理论上或实践中的热点问题,如无权处分、建设工程承包人的法定抵押权等制度。这使得本书契合了社会生活或理论发展的需要,富有一定的时代气息。本书对有名合同的研究以我国现行法为基础,要么指出立法漏洞,要么揭示制度所存缺陷,对无名合同的研究也注重其具体法律制度的设计,总之,本书十分关注我国合同法分则的立法完善。

这是目前我国大陆地区较有理论深度与实践意义的研究合同法分则制度的著作。当然,由于分则制度的纷繁,包括本书在内的任

何一本书都不可能囊括所有的分则制度，本书也未能囊括其他一些较重要的分则制度。此外，本书的部分观点还有商榷与再深入探讨的余地。不过，这些问题并不足以掩盖本书所具有的优点。在我国目前合同法分则的研究较为薄弱而民法典立法工程已然启动的情况下，本书的出版以及作者的努力无疑是非常有意义的。

本书两位作者均致力于研习财产法。经过近十年的刻苦攻读，他们都已打下了较深厚的法学理论功底，这已为他们进一步的研究奠定了良好的基础。作为他们的老师，我非常欣慰地看到他们在学术上所取得的进步，并希望他们再接再厉，在这一领域里不断创造出更丰硕的成果。是为序。



2003年5月于中国人民大学

《中青年民商法文丛》编辑委员会

主任委员 王利明

委 员 (以姓氏笔画为序):

马俊驹 孙宪忠 沈四宝 吴汉东

余能斌 郭明瑞 徐国栋 崔建远

丛书策划 陈建德

作者简介

易军，男，1975年9月生，湖北仙桃人，中国人民大学法学院民商法专业博士研究生，中南财经政法大学法学院讲师。已在《法商研究》、《法学家》、《民商法论丛》、《私法研究》、《岳麓法律评论》等刊物上发表论文十多篇，参与《合同法法理与适用重述》、《合同法新制度研究与适用》、《合同法》（教育部统编教材）等书籍或教材的编写。

宁红丽，女，1975年10月生，河南商丘人，中国人民大学法学院民商法专业博士研究生，中南财经政法大学法学院讲师。已在《法学家》、《民商法论丛》、《判解研究》、《福建政法管理干部学院学报》、《山西师范大学学报》等刊物上发表论文十余篇，参与《合同法新制度研究与适用》、《合同法学》等书籍或教材的编写。

本书第一、三、四、六、九、十、十二、十三章由易军撰写，第七、八、十四、十五、十六、十七、十八章由宁红丽撰写，第二、五、十一章由两作者共同撰写。

中青年民商法文丛

总 序

随着我国市场经济的进一步发展和完善，中国加入 WTO 由理想成为现实，我国的经济生活发生了巨大变化，经济关系面临重大的调整。可以认为，信息时代的来临，标志着一场社会生活领域革命的开始。与此相对应，法律上的新问题和矛盾层出不穷，而对于一些前沿问题作出理论上的回应，是目前民商法学者面临的重大任务。

我国民商法自 20 世纪 70 年代末开始起步，至今已取得了巨大的进展。学科理论体系框架得以建立，立法活动的有效开展也丰富了理论的发展，相应地一批中青年学者脱颖而出，民商法的研究呈现出欣欣向荣的局面，这是一种可喜的现象。但是，由于历史的原因，我国的民商法学仍存在一些不足，表现为对民商法各项制度和规则的研究不够深入和系统，许多研究尚处于探索阶段；研究的方法论仍有待丰富，包括法律的经济分析法、判例研究法、分析法学方法等有待引入；在法律规制上，尤其是立法和司法中许多新问题在理论上尚未得到足够的支持。因此，提倡和支持青年民商法学者结合当代中国国情，进行民商法理论的更新和创造势所必然。我们的民商法学需要大量借鉴两大法系的先进经验，但不能完全照抄照搬和简单复制。人在天地间贵在自立，国家和民族贵在自强，我们的民商法，也应当在世界民商法之中有自己的重要地位。

对当代民商法学者而言，站在历史的十字路口，肩负着重建当代民商法的重任。现实要求我们，既要进一步了解和消化传统理论的深厚底蕴，又要在此基础上予以合理解构；既要维护已有的法律

传统，又要合理吸收两大法系中的科学制度；既要结合其他学科理论进行形而上的“应然”论述，又要基于现实需要进行“实然”的制度设计。我们主张多种民商法理论生长空间的存在，提倡各种学术观点的碰撞，以期孕育出科学而具有现实意义的理论。毫无疑问，这对于我国 21 世纪民商法理论的完善是有益的。

鉴于此，中国人民大学民商事法律科学研究中心与人民法院出版社共同组织出版《中青年民商法文丛》，旨在实现上述目的。我本人也希望借此渠道向社会推出优秀的学术著作。本丛书收录的均是中青年学者在相关领域具有开拓性和前瞻性研究的著作，这些著作将会对民商法理论的发展起到一定的作用。我热忱希望更多的中青年学者能加入其中，为 21 世纪中国民商法大厦的建立奉献自己的聪明智慧。



2002 年 4 月于中国人民大学

目 录

《中青年民商法文丛》总序·····	(1)
序·····	(1)

第一编 一般原理

第一章 合同法分则整体式研究·····	(3)
第一节 展开以分则为中心的研究的迫切性·····	(3)
第二节 合同法分则的成就与缺陷·····	(7)
第三节 分则与总则的关系·····	(17)
第四节 分则与分则外的典型合同·····	(25)
第五节 分则中若干具有共性的制度·····	(28)
第二章 合同法分则中的风险负担制度·····	(34)
第一节 风险负担的一般理论·····	(34)
第二节 买卖合同中的风险负担·····	(42)
第三节 其他合同中的风险负担·····	(70)

第二编 有名合同

第三章 德国及我国台湾地区法上的 无权处分制度·····	(79)
第一节 无权处分的一般理论·····	(80)
第二节 无权处分效力之确定·····	(88)
第三节 无权处分与不当得利·····	(103)
第四节 无权处分与相关制度·····	(110)
第五节 我国学者对无权处分制度的理解·····	(119)

第六节 对德国、台湾地区及我国法上无权处分 制度之评析·····	(129)
第四章 我国合同法上赠与合同的性质 ·····	(144)
第一节 赠与合同性质在各国立法例中之差异性·····	(145)
第二节 优遇赠与人——赠与合同性质立法之 价值判断·····	(149)
第三节 从我国现行法规定析赠与合同的性质·····	(151)
第五章 赠与人撤回权制度的置疑与辨正 ·····	(159)
第一节 赠与人撤回权的概念厘清与性质界定·····	(159)
第二节 赠与人的任意撤回权·····	(164)
第三节 赠与人的法定撤回权·····	(171)
第六章 我国合同法第 195 条所定权利的性质 ·····	(182)
第一节 赋予穷困之际的赠与人以不履行权的 缘由·····	(182)
第二节 各国或各地区立法例的考察·····	(185)
第三节 我国合同法第 195 条所定权利的适用要件·····	(186)
第四节 我国合同法第 195 条所定权利的效力 及其性质分析·····	(188)
第七章 承租人的优先购买权 ·····	(195)
第一节 承租人优先购买权的法律性质·····	(195)
第二节 承租人优先购买权行使的要件·····	(201)
第三节 承租人优先购买权与共有人优先购买权的 竞合及其解决·····	(207)
第八章 买卖不破租赁制度的反思与重构 ·····	(211)
第一节 买卖不破租赁的要件·····	(212)
第二节 租期内租赁物所有权变动行为的效力·····	(221)
第三节 买卖不破租赁的准用·····	(228)
第四节 买卖不破租赁与租赁权的性质纷争·····	(230)
第五节 我国合同法第 229 条的缺憾与完善·····	(233)
第九章 转租制度的体系性建构 ·····	(245)

第一节	转租的构成要件·····	(245)
第二节	转租的类推适用·····	(247)
第三节	转租与租赁权让与、租赁让与以及出租 他人之物·····	(249)
第四节	转租的类型·····	(254)
第五节	转租与无权处分·····	(259)
第六节	转租与不当得利·····	(264)
第十章	建设工程承包人的法定抵押权·····	(266)
第一节	赋予建设工程承包人优先受偿权的缘由·····	(266)
第二节	建设工程承包人优先受偿权性质之争的实质·····	(268)
第三节	建设工程承包人法定抵押权的成立·····	(271)
第四节	建设工程承包人法定抵押权的行使·····	(279)
第五节	建设工程承包人法定抵押权的竞合·····	(283)
第六节	建设工程承包人法定抵押权的完善·····	(286)
第十一章	强制缔约制度·····	(290)
第一节	强制缔约的概念·····	(292)
第二节	强制缔约的类型·····	(294)
第三节	强制缔约制度与民法的嬗变与革新·····	(303)
第四节	违反强制缔约义务的法律后果·····	(308)
第五节	我国法上强制缔约制度的完善·····	(311)
第十二章	保证合同·····	(314)
第一节	保证的特征·····	(314)
第二节	保证人·····	(318)
第三节	保证的形式·····	(325)
第四节	保证责任的方式、范围和期间·····	(333)
第五节	保证的法律效力·····	(343)
第六节	合同变更与保证责任·····	(352)

第三编 无名合同

第十三章	无名合同的法律问题·····	(361)
------	----------------	-------

第一节	无名合同的概念·····	(361)
第二节	无名合同的类型·····	(363)
第三节	无名合同的法律适用·····	(368)
第十四章	雇用契约·····	(372)
第一节	雇用的概念及性质·····	(372)
第二节	雇用与类似制度的区别·····	(377)
第三节	雇用契约制度的历史考察·····	(381)
第四节	雇用契约与劳动契约·····	(384)
第五节	雇用人的安全照顾义务·····	(399)
第六节	雇用契约的终止·····	(412)
第七节	结语与立法建议·····	(419)
第十五章	分管契约的一般原理·····	(421)
第一节	分管契约的概念·····	(421)
第二节	分管契约的价值·····	(424)
第三节	分管契约的性质·····	(426)
第四节	分管契约的达成·····	(429)
第五节	共有人依分管契约占有特定部分后,应当 如何使用收益·····	(433)
第十六章	我国分管契约效力的立法选择·····	(435)
第一节	基本概念的厘清·····	(435)
第二节	立法例上的考察·····	(436)
第三节	制度设计的价值判断·····	(440)
第四节	可供选择的三种方案·····	(443)
第五节	对既存物权法草案相关规定的评析·····	(452)
第十七章	旅游合同·····	(454)
第一节	旅游合同概述·····	(455)
第二节	旅游合同双方当事人的义务·····	(463)
第三节	旅游给付中的第三人·····	(468)
第四节	旅游合同的变更和解除·····	(471)
第五节	旅游合同之违反与精神损害赔偿请求权·····	(479)

第六节	旅客时间浪费请求权·····	(491)
第七节	旅游合同与格式合同·····	(493)
第十八章	医疗合同 ·····	(496)
第一节	医疗合同的性质·····	(496)
第二节	医疗合同的主体·····	(499)
第三节	医疗合同的内容·····	(501)
第四节	医疗合同与强制缔约·····	(505)
第五节	荷兰医疗服务法·····	(506)
第六节	我国关于医疗合同的立法取向·····	(511)
参考书目	·····	(513)
后 记	·····	(528)

第一编 一般原理

