



翟云岭 著

合同法总论

HETONGFA ZONGLUN

中国人民公安大学出版社

合同法总论

翟云岭 著

中国人民公安大学出版社

·北京·

图书在版编目(CIP)数据

合同法总论/翟云岭著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2003. 1

ISBN 7-81087-176-5

I. 合… II. 翟… III. 合同法-理论研究-中国
IV. D923.64

中国版本图书馆CIP数据核字(2002)第108976号

合同法总论

HETONGFA ZONGLUN

翟云岭 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省抚宁县印刷厂

版 次: 2003年1月第1版

印 次: 2003年1月第1次

印 张: 17.125

开 本: 880×1230 A5

字 数: 414千字

印 数: 0001~3000册

ISBN 7-81087-176-5/D·165

定 价: 45.00元

本社图书出现印装质量问题,由发行部负责调换

联系电话: (010)83905728

版权所有 翻印必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

作者简介

翟云岭，男，1963年7月生，山东省荣城人。1984年于华东政法学院获法学学士学位，1988年于中国政法大学获民法学硕士学位。现为大连海事大学法学院教授、副院长，中国法学会民法学研究会理事，大连仲裁委员会仲裁员、专家咨询委员会委员，大连市人民政府法律顾问，大连市法学会理事、学术委员会委员，大连市政协委员，大连市律师协会理事。获辽宁省杰出青年法学家荣誉称号，入选由国家人事部专家服务中心编辑、中国人事出版社出版的《中国专家大辞典》。主要著作：《合同法总论》（专著）、《新合同法论》（两人合著）、《中国经济法律通论》（主编）、《经济合同原理与实践》（主编）、《著作权法简论》（两人合著）、《中国民法原理与实务》（副主编）；参编《民法学》、《反不正当竞争法适用》、《工业企业法学》等7部。在《中国法学》、《法学杂志》、《政法论坛》、《政治与法律》、《法学论坛》、《社会科学辑刊》、《理论界》、《东北财经大学学报》、《法学学刊》等杂志发表论文30余篇，其中数篇文章被中国人民大

学书报资料中心《民商法学》全文转载。主持并完成辽宁省教育委员会高等学校科学研究项目“合同法律制度研究”。现承担国家社会科学基金项目“土地所有权一体保护法律制度研究”、辽宁省社会科学基金项目“现代企业制度的法律基础”、辽宁省社会科学基金项目“网络传播与著作权法律保护”、大连海事大学自选科学研究项目“建立适应 21 世纪的民法债编法律制度研究”。

前 言

市场经济条件下，尤其要倡导私法精神，而最能体现私法基本理念与精髓的法律规范为合同法。这不仅是由于作为“勃勃生机”的债法^①主体的合同法担负创造或表现社会财富的非凡使命，同时，此亦与合同法对市场经济一般规律的高度契合与尊重不无关联。

自1999年10月1日《中华人民共和国合同法》（1999年3月15日第九届全国人大第二次会议通过，以下简称《合同法》）实施以来，国内外学者对新《合同法》的研究空前活跃，并出版了一批有学术价值的著述。本人滥竽充数，亦与辽宁大学的郭洁女士合著了一部38万字的《新合同法论》，未料想，承蒙读者错爱，这部被部分读者认为是“有点自己观点”的册子未给学界同仁带来太多的反感，加上第一版印数实在有限，竟至脱销再版。鉴于《合同法》已生效3年有余，合同法的理论与实践均有所发展，本人对合同法的认识亦有所变化，以及读者的教诲与学界同仁的启发，并考虑到：

第一，我国现在正在制定《物权法》及《民法典》，这在客观上要求我们对合同法理论的研究应更为超前、理性、科学；

第二，最高人民法院对《合同法》作出第一部分的司法解释

^① [德国]曼弗莱德·魏斯用语。见其所著：《德国民法的新发展》，载《中德法治对话文集》（第16辑），《阿登纳基金会系列丛书》2002年版，第33页。

后，又对合同担保所依据的基本法律《担保法》作出了较为详尽的司法解释，而这并未为《新合同法论》所涵盖；

第三，我国已正式成为WTO的成员，“与WTO规则保持一致”、“与国际惯例相接轨”不再是时髦的宣言，而是现实要求；

第四，发达国家或地区不断变革的合同法立法与研究给予我们以新的启迪。如经过重大修改的德国债法（称为债法现代化法）已于2002年1月1日生效，统一的欧洲合同法正在酝酿之中。

所以，本人决定在对《合同法》总论部分予以较为细致分析的基础上，增加了合同担保制度，并附以本人对合同法及相关法律制度具体理论问题探讨的部分作专题研究，以成就全书的内容。本书合同担保部分依次由张佳男、杨杰、廖红伟、王帆、周媛媛、姜尧执笔，由本人修改定稿。本书分论部分由法学硕士研究生朱小檬小姐打字完成，对其所付出之辛苦，特致谢意。

最后，我依然引用本人在《新合同法论》前言部分说过的话，来表明自己并非客套的心态：“期望作者的努力得以达到读者的预期。但合同法理论博大精深，囿于作者学力所限，不当甚或谬误之处恐难避免，尚祈读者指正”。

著 者

2002年10月16日于海大凌秀园

目 录

| | |
|-----------------------------------|-------|
| 第一章 合同及合同法的一般说明 | (1) |
| 第一节 合同的界定 | (1) |
| 第二节 合同法及其适用 | (16) |
| 第三节 合同法的基本原则——合同法的灵魂 | (23) |
| 第四节 合同的解释 | (31) |
| 第二章 合同的订立 | (39) |
| 第一节 合同订立的方式 | (39) |
| 第二节 合同的成立——合同订立程序的成果 | (59) |
| 第三节 合同的内容——合同的条款 | (66) |
| 第四节 合同的形式——对合同外观的认识 | (78) |
| 第五节 缔约过失责任——法学上的发现 | (86) |
| 第三章 合同的效力——合同的法律价值说明 | (95) |
| 第一节 有效合同 | (95) |
| 第二节 无效合同 | (110) |
| 第三节 可撤销合同 | (123) |
| 第四节 效力未定合同 | (139) |

| | |
|--------------------------------|-------|
| 第四章 合同的履行——合同法的核心 | (153) |
| 第一节 合同履行及其法律意义..... | (153) |
| 第二节 合同履行的原则..... | (154) |
| 第三节 合同履行中的有关规则..... | (159) |
| 第四节 涉他合同的履行..... | (164) |
| 第五节 合同履行中的抗辩权..... | (167) |
| 第六节 合同的保全..... | (180) |
| 第五章 合同的担保——债权保障 | (201) |
| 第一节 合同担保概述..... | (201) |
| 第二节 保 证..... | (229) |
| 第三节 抵 押..... | (263) |
| 第四节 质 押..... | (290) |
| 第五节 留 置..... | (316) |
| 第六节 定 金..... | (344) |
| 第六章 合同的变动 | (370) |
| 第一节 合同的变更..... | (370) |
| 第二节 合同的转让..... | (374) |
| 第三节 合同的终止..... | (389) |
| 第七章 违约责任——违约与救济 | (414) |
| 第一节 违约责任概述..... | (414) |
| 第二节 违约行为..... | (426) |
| 第三节 违约责任的承担方式..... | (433) |

| | |
|--|-------|
| 第八章 专题研究 | (446) |
| 第一节 论买回权..... | (446) |
| 第二节 论试用买卖的法律效力..... | (458) |
| 第三节 论抵押期限..... | (466) |
| 第四节 企业法人公章与合同的法律效力 ——兼谈我国合同立法存在的问题..... | (474) |
| 第五节 市场交易安全与对善意（无过失）第三人 的保护..... | (481) |
| 第六节 论民事义务与民事责任的分离..... | (490) |
| 第七节 仲裁协议若干问题有待准确界定..... | (494) |
| 第八节 因委托书授权不明而产生的连带责任初探 | (497) |
| 第九节 论无权代理中的连带责任..... | (505) |
| 第十节 论代理人与第三人串通的连带责任..... | (514) |
| 第十一节 论因代理违法而产生的连带责任..... | (521) |
| 参考书目 | (529) |

第一章 合同及合同法的一般说明

第一节 合同的界定

一、对合同内涵的不同认识与我国立法的选择

据学者考证,英文“Contract”,法文“Contract”或“Pacte”,德文“Vertrag”或“Kontrakt”等,均源自拉丁文“Contractus”一词,汉文译作“合同”,或称为“契约”。但关于合同与契约的关系,学术界认识不一。有观点提出,这是一组含义不同的概念,应区分使用。而多数学者则认为,将两词分开并无实用价值,且易造成用语混乱。^①

大陆法系中的《法国民法典》,承继罗马法关于合同的内涵,将合同界定为一种“协议”,^②或称“合意”,该法典第1101条规定:“合同为一人或数人对另一人或数人承担的给付某物、做或不作某事的义务的合意。”同属大陆法系的《德国民法典》未给合同下定义,而是将其归于法典总则编的法律行为范畴内,视其为法律行为的一种,但德国著名法学家萨维尼认为,“契约之本质在于

① 见贺卫方:《‘契约’与‘合同’的辨析》,载《法学研究》,1992年第2期;吴卫国:《企业承包经营合同研究》,载《现代法学》1992年第1期;周林彬主编:《比较合同法》,兰州大学出版社1989年版,第20页。

② 见[意]彼德罗·彭梵得著,黄风译:《罗马法教科书》,中国政法大学出版社1992年版,第307页。

意思之合致”；^①而英美法系则将合同定义为“一个允诺或一系列允诺”，如美国《法律重述·合同》（第2版）第1条规定：“合同是一个允诺或一系列允诺，违反该允诺将由法律给予救济，履行该允诺是法律所确认的义务。”但鉴于此定义的缺憾，英美合同法学者已将“合意”的理念移植于英美法系合同法中，如《美国统一商法典》称，“合同指当事人依本法或其他法律规则达成的合意所生合理合法债务”。^②

据统计，我国学者对合同所下的定义超过20种，其中有代表性的学说有6种，即经济手段说、经济活动协议说、书面协议说、法律行为说、法律上行为说及合意说。但以其中的“合意说”为通说。^③在《合同法》的起草过程中，学术界对“合意说”又形成了三种不同的观点：^④

第一种观点认为，合同是指据以确定权利、义务为内容的协议。这被称为广义的合同概念。因此，除民商法上的合同外，行政法、劳动法、国际法等一切以权利、义务为内容的协议均属“合同”，均属于合同法的规范对象。

第二种观点认为，合同是设立、变更、终止民事权利、义务关系的协议。这被称为狭义的合同概念。该定义将合同界定为民商法上的合同，即德国部分学者所称的“私法合同”。

第三种观点认为，合同是确定债权、债务关系的协议。^⑤这被称为最狭义的合同概念。该定义为1999年1月25日以前的《中

① 见胡长清著：《中国民法债编总论》，商务印书馆1934年版，第16页。

② 见王利明：《合同的概念与合同法规规范对象》，载《法学前沿》第2辑，法律出版社1998年版，第1~12页。

③ 见隋彭生著：《合同法论》，法律出版社1997年版，第21~22页。

④ 见王利明：《统一合同法制定中的若干疑难问题的探讨（上）》，载《政治论坛》1996年第4期，第49~50页。

⑤ 见梁慧星：《论我国民法合同概念》，载《民法学说判例与立法研究》，中国政法大学出版社1993年版，第245页。

华人民共和国合同法（草案）》所采用。

《合同法》基本上采纳了第二种观点，该法第2条规定：“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。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。”

笔者认为，《合同法》的规定乃明智之选择，它为以后《民法典》的制定及学术研究留下足够的发展空间。

二、合同的法律特征

（一）合同是一种法律行为

法律行为是合同的上位概念，如前所述，《德国民法典》即将合同的概念纳入于法律行为的范畴内，故将合同定义为“民事主体之间设立、变更或消灭债权债务为目的的双方法律行为”^①的观点得到了学者的充分肯定。^②

作为最重要、最普遍的法律事实，法律行为是民事主体旨在设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。合同的性质为法律行为。

1. 合同以发生当事人预期的一定法律后果为目的。

这也是合同与事实行为的区别之一。但预期法律后果系“民事权利、义务关系”，因此：

（1）非民事权利、义务关系的行政关系、劳动关系、国家关系等，不属《合同法》规范的对象。

（2）并非所有的民事权利、义务关系，均得构成合同的内容。有学者将其限定为“动态财产关系”，^③另有学者界定为“交易关

① 见张俊浩主编：《民法学原理》，中国政法大学出版社1991年版，第577页。

② 见李永军著：《合同法原理》，中国人民公安大学出版社1999年版，第4页。

③ 见王家福等编：《合同法》，法律出版社1995年版，第12页。

系”。^①更多的学者将其定性为债权、债务关系——有学者认为，尽管通过后的《合同法》将“债权、债务关系”替换为“民事权利、义务关系”，但是，按照顾昂然《关于〈中华人民共和国合同法（草案）〉的说明》，《合同法》中的合同定义是根据《民法通则》的规定作出的，而《民法通则》对于合同的定义规定在“债权”一节里，因此，所谓“民事权利义务关系”就只能是指债权债务关系了”。^②笔者认为，《合同法》规定的民事权利义务关系，主要是债权债务关系，但也包括其他财产关系，如处于动态中的物权关系，即由此所形成的物权合同亦适用《合同法》。^③当然，为《合同法》明确予以排除的身份关系不归该法调整。

2. 这种法律后果是当事人依法产生的，属合法行为，受法律保护。

换言之，《合同法》所称的合同，在严格意义上应指合法有效合同。至于无效合同，已不是法定意义上的合同了。^④因为无效合同不具有合同应有的法律拘束力。

（二）合同是双方或多方当事人意思表示一致的法律行为

1. 合同的主体需要有两个或两个以上当事人。

单一主体不得成就合同，否则，其不仅有违“合意”之本质，且为法律所禁止。

^① 见王利明：《合同的概念与合同法的规范对象》，载《法学前沿》第2辑，法律出版社1998年版，第6页。

^② 见肖峒等著：《中华人民共和国合同法释论（总则）》，中国法制出版社1999年版，第73页。

^③ 在我国，是否存在及承认物权合同，学术界尚有争议。认为《合同法》调整债权合同与物权合同的观点，可参见江平主编：《〈中华人民共和国合同法〉精解》，中国政法大学出版社1999年版，第2页；见肖峒著：《中华人民共和国的法律论（总论）》，中国法制出版社1999年版，第76页。

^④ 见隋彭生著：《合同法论》，法律出版社1997年版，第24页。但有人认为，《合同法》所定义合同，包括有效合同、无效合同、可追认的合同等。见前引肖峒书第74页。

2. 两个或两个以上的当事人须互相或平行作出意思表示。

3. 各方当事人意思表示一致，即有所谓“合意”。^①

故合同系双方或多方共同之法律行为。

（三）合同是平等主体之间的协议

合同是当事人意思表示一致的合意。因此，合同当事人的法律地位必须是平等的，合同也只能是当事人自愿协商的结果。

关于“合同”与“协议”的关系，有学者认为，“协议”作动词时，义同“协商”；作名词时，其义有二：其一为“合意”，其二为“合同”之同义语。另有学者将“协议”与“合同”作种属概念理解。^②

新《合同法》扩大了平等主体的范围：以“自然人”取代了“公民”；以“其他组织”取代了“其他经济组织”，辅之旧有法律确认的合同主体“法人”，体现了我国合同主体多样性的特点。同时，“平等主体”质的要求，亦充分反映了《合同法》的私法性质，因此，政府依法维护经济秩序的管理活动，如所签订的所谓行政合同；法人、其他组织内部的管理关系，如所签订的内部承包合同应分别适用有关行政管理的法律及有关公司、企业内部经营管理的法律规定，而不适用《合同法》。^③

三、合同的分类

合同的形态各异，且不断发生变化，但我们可以按照一定的

① 中文著述关于合同的定义，有采用“合意”的，也有的学者使用“意思表示一致”或“意思表示合致”一词。参见马育民译：《法国民法典》，北京大学出版社，第221页；史尚宽著：《民法总论》，台北正大印书馆1980年版，第278页。

② 分别参见梁慧星著：《民法学说判例与立法研究》，国家行政学院出版社1999年版，第242页；尹田著：《法国现代合同法》，法律出版社1995年版，第4页。

③ 见顾昂然：《关于〈中华人民共和国合同法（草案）〉的说明》。关于农业承包合同，最高人民法院于1999年6月5日公布并实施了《关于审理农业承包合同纠纷案件若干问题的规定（试行）》，计40条。

标准对合同进行分类。科学的合同分类，有助于理解不同合同各自的规则，从而完善合同立法，正确适用法律。

尽管英美法的合同分类方法对我们很有借鉴意义，^①但本书对合同学理上的分类，^②以我国《合同法》为依据，基本上采用了大陆法系的合同分类方法。

（一）有名合同与无名合同

分类的标准是：法律是否为合同规定了名称和相应的规范。

有名合同，是指法律已确定了特定名称和相应规范的合作。由于这种合同是合同的常见、典型形式，故又称为典型合同。《合同法》规定的15类合同及其他法律规定的如保险合同、航次租船合同等，均系有名合同。

无名合同，又称非典型合同，是指法律尚未为其确定特定名称和相应规范的合作。根据合同自由原则，无名合同只要不违背法律的禁止性规定和社会公共利益，法律即承认其效力。^③

无名合同主要有三种类型：其一，纯粹的无名合同。即以不属于任何有名合同之事项为内容的合同。其二，混合合同。即以一有名合同之事项与他有名合同之事项为内容的合同。其三，准混合合同。即以一有名合同之事项与另一不属于任何有名合同之事项为内容的合同。^④

需予说明的是，合同（契约）之联结与混合合同并不相

① 英美合同法分类方法可参见[英]P·S·阿蒂亚著、程正康等译：《合同法概论》，法律出版社1982年版，第29～39页；也可见杨桢著：《英美契约法论》，北京大学出版社1997年版，第7～15页。

② 但也有于立法中直接对合同予以较全面分类的。参见米良译：《越南民法典》第405条，云南大学出版社1998年版，第100页；马育民译：《法国民法典》第1102条～1107条，北京大学出版社1982年版，第222页。

③ 见房绍坤、郭明瑞、唐广良著：《民商法原理（三）》，中国人民大学出版社1998年版，第171页。

④ 见史尚宽著：《债法总论》，台北正大印书馆1979年版，第10页。

⑤ 同上，第11页。

同。^⑤

区分有名合同与无名合同的法律意义在于：处理两类合同所适用的规则不同。^①对于有名合同，应当直接适用相关的法律规定；但对于无名合同，由于法律无直接、具体的规定，故如何适用法律规则，理论上尚有争议。对于纯粹的无名合同，通说认为，应当适用合同法的一般规则。我国《合同法》第124条规定：“本法分则或者其他法律没有明文规定的合同，适用本法总则的规定，并可以参照本法分则或者其他法律最相类似的规定。”^②但对于混合合同及准混合合同的适用则有不同的观点。有学者主张吸收说，即区分合同的主要内容与次要内容，由主要内容吸收次要内容，从而适用主要内容的有名合同规则；有学者主张结合说，即认为应将混合合同分解成各个部分，每个部分适用该部分有名合同的规定，并依当事人可推知的意思予以调和统一；有学者主张类推适用说，即就混合合同的各项构成类推适用各有名合同的规定。该学说为各国民法通说。但也有人认为，前述各说均有弊端，在当事人无约定时，应依其利益状态、合同目的和斟酌交易习惯决定适用何说较为合理。^③

由于有名合同系立法者斟酌典型利益和平衡各种冲突而设立，反映了社会生活对合同及其法律的本质要求，符合社会伦理观念，体现了立法者的价值追求，亦多符合当事人的利益状态，规制合同关系，解决合同案件，效果一般会理想。故有学者呼吁，应

① 见马俊驹、余延满著：《民法原论（下）》，法律出版社1998年版，第547页；房绍坤、郭明瑞、唐广良著：《民商法原理（三）》，中国人民大学出版社1998年版，第172页。

② 见《法国民法典》第1107条第1款规定：“契约不问为有名契约或无名契约，均适用本法所规定的一般规则。”载马育民译：《法国民法典》，第222页。

③ 见崔建远：《关于制定合同法的若干建议》，载《法学前沿》第2辑，法律出版社1998年版，第32页。