

合同法原论

余延满 著

武汉大学出版社

合 同 法 原 论

余延满 著

武 汉 大 学 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

合同法原理/余延满著. —武汉: 武汉大学出版社, 1999. 12
ISBN 7-307-02850-6

I. 合… II. 余… III. 合同法—法的理论 W. D913. 01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 50744 号

责任编辑: 许光耀 责任校对: 杜 强 版式设计: 支 笛

出版: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: epd@whu.edu.cn 网址: www.wdp.whu.edu.cn)

发行: 新华书店湖北发行所

印刷: 湖北省黄冈日报社印刷厂

开本: 850×1168 1/32 印张: 25.375 插页: 2

版次: 1999 年 12 月第 1 版 1999 年 12 月第 1 次印刷

字数: 669 千字 印数: 1~5000

书号: ISBN 7-307-02850-6/D·409 定价: 30.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购买我社的图书, 如有缺页、倒页、脱页等质量问题者, 请与当地图书销售部门联系调换。

目 录

第一章 合同法概述.....	(1)
第一节 合同法的概念与特征.....	(1)
第二节 合同法的历史发展.....	(8)
第三节 合同法的原则	(16)
第四节 合同法的适用	(22)
第二章 合同概述	(35)
第一节 合同的概念与特征	(35)
第二节 合同的分类	(46)
第三节 合同关系	(66)
第三章 合同的成立	(76)
第一节 合同的成立概述	(76)
第二节 合同成立的方式	(83)
第三节 合同的条款.....	(121)
第四节 合同的形式.....	(152)
第五节 合同成立的时间和地点.....	(162)
第六节 缔约上的过失责任.....	(168)
第四章 合同的效力.....	(178)
第一节 合同的效力概述.....	(178)
第二节 合同的有效要件.....	(183)

第三节	附条件与附期限的合同·····	(200)
第四节	无效合同与可撤销合同·····	(208)
第五节	效力未定的合同·····	(235)
第五章	合同的担保·····	(254)
第一节	合同担保的概述·····	(254)
第二节	保证·····	(261)
第三节	抵押·····	(308)
第四节	质押·····	(365)
第五节	留置·····	(390)
第六节	定金·····	(399)
第七节	物的担保的竞合·····	(407)
第六章	合同的履行·····	(413)
第一节	合同履行概述·····	(413)
第二节	合同履行的规则·····	(418)
第三节	双务合同履行中的抗辩权·····	(430)
第四节	合同履行的保全·····	(445)
第七章	合同的变更和转让·····	(460)
第一节	合同的变更·····	(460)
第二节	合同转让概述·····	(463)
第三节	债权让与·····	(466)
第四节	债务承担·····	(470)
第五节	合同承受·····	(471)
第八章	合同的权利义务终止·····	(478)
第一节	合同权利义务终止概述·····	(478)
第二节	合同解除·····	(479)

第三节	清偿	(495)
第四节	抵销	(503)
第五节	提存	(508)
第六节	混同	(512)
第七节	免除	(513)
第九章	违约责任	(516)
第一节	违约责任的概念与特征	(516)
第二节	违约责任的归责原则	(521)
第三节	违约形态及其法律后果	(530)
第四节	违约责任的形式	(539)
第五节	免责事由	(553)
第六节	保证责任与违约责任的竞合	(563)
第十章	转让财产所有权的合同	(572)
第一节	转让财产所有权的合同概述	(572)
第二节	买卖合同	(573)
第三节	供用电、水、气、热力合同	(591)
第四节	互易合同	(595)
第五节	赠与合同	(596)
第六节	借款合同	(601)
第十一章	使用财产的合同	(605)
第一节	使用财产的合同概述	(605)
第二节	租赁合同	(606)
第三节	融资租赁合同	(615)
第十二章	完成工作的合同	(622)
第一节	完成工作的合同概述	(622)

第二节	承揽合同·····	(623)
第三节	建设工程合同·····	(633)
第十三章	提供服务的合同·····	(644)
第一节	提供服务的合同概述·····	(644)
第二节	运输合同·····	(645)
第三节	保管合同·····	(668)
第四节	仓储合同·····	(675)
第五节	委托合同·····	(684)
第六节	行纪合同·····	(697)
第七节	居间合同·····	(705)
第十四章	技术合同·····	(709)
第一节	技术合同概述·····	(709)
第二节	技术开发合同·····	(716)
第三节	技术转让合同·····	(728)
第四节	技术咨询合同和技术服务合同·····	(738)
附一：中华人民共和国合同法	·····	(746)
附二：中华人民共和国担保法	·····	(791)

第一章 合同法概述

第一节 合同法的概念与特征

一、合同法的概念

关于合同法的概念，学者们认识不一。如有的学者认为合同法是执行当事人的允诺和协议的法律。该种观点显然失之过窄，因为它认为合同法只规范合同的成立、生效、履行和违约等方面，并不包括合同不成立、无效或被撤销等情况；有的学者认为合同法是调整交易关系的法律^①。该种观点虽揭示了合同法产生与发展的本质特点，却没有反映合同法调整对象的全部外延，因为合同法虽然主要是调整交易关系，但又不限于交易关系，如赠与关系、使用借贷关系、保证合同关系、合伙合同关系等都不属于交易关系，但从传统合同法调整的范围来看，它们都属于合同法调整的对象；有的学者认为合同法是调整涉及财产或劳务的私人转让的法律。该种观点又失之过宽，因为它将属于劳动法调整的劳动合同也纳入合同法调整；有的学者认为合同法是调整动态的财产关系的法律。该种观点也失之过宽，因为动态的财产关系虽主要由合同法调整，但不都能由合同法调整。

^① 王利明、崔建远著：《合同法新论·总则》，中国政法大学出版社1996年版，第51页。

我们认为,根据《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第2条的规定,合同法是调整平等主体之间财产流转关系的法律,它主要规范合同的订立、合同的有效和无效及合同的履行、担保、解除、终止、违反合同的民事责任等问题,是我国民法的重要组成部分。

首先,合同法只调整平等主体之间的关系。合同法是我国民法的重要组成部分,而民法只调整平等主体间的财产关系与人身关系,因而合同法也只调整平等主体之间的关系。非平等主体之间的关系,诸如行政合同、劳动合同等应由行政法或劳动法来调整。

其次,合同法只调整平等主体之间的财产流转关系。合同法虽调整平等主体之间的关系,但并非所有平等主体之间的关系都由合同法来调整,诸如婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议,就只能由亲属法来调整;平等主体之间的静态财产关系由物权法来调整。而合同法只调整平等主体之间的财产流转关系,即动态的财产关系。这里的财产流转关系,不仅可以是有偿的,也可以是无偿的;合同法调整平等主体之间财产流转关系的结果,不仅可以导致设定、变更、终止一定的债权债务关系(债权合同关系),而且也可以引起物权的变动(物权合同关系)。

再次,合同法作为调整平等主体之间财产流转关系的法律,并非只是调整财产流转关系的某个或某些阶段,而是涉及到其整个过程。即合同法不仅要规范合同的成立、生效、履行、担保、违约责任等方面,还应包括合同不成立、无效或被撤销等情况。

二、合同法的特征

合同法是调整平等主体间财产流转关系的法律,这决定了合同法具有区别于民法其他组成部分的法律特征。这些法律特征主要有:

1. 任意性。保障平等主体间财产流转的自由,或者说保障其

当事人意志的自主，是市场经济发展的客观要求。因而，作为调整平等主体间财产流转关系的合同法，充分尊重当事人的意志，允许当事人依法充分地表达其意思。法律并不明确规定合同的内容，而允许当事人协商决定合同的内容。只要当事人所协商的内容不违反法律，就在当事人间具有法律的效力。同时，法律往往并不限制合同的具体类型，而准许当事人在实践中创造出新的合同类型，并承认其效力。合同法的规定大多是任意的，当事人可通过协商而加以改变。

2. 易变性。合同法调整的是平等主体间的财产流转关系，而平等主体间的财产流转关系总是处于不断变化和发展的过程中，合同法为了适应这种变化与发展，也不得不随之作出修改或变动。因此，合同法的内容相对于物权法和亲属法、继承法等而言，更富有变化性。

3. 自治性。合同法所调整的平等主体间的财产流转关系，是当事人平等、自愿协商的产物，因而合同法更加强调平等自愿的原则。当事人不仅可以通过平等协商确定合同的内容，而且也可通过平等协商改变法律的规定，并可约定管辖的法院或适用的法律。只要合同不违反法律的强制性规定，从某种意义上说，合同就是调整当事人之间关系的法律，即“合同就是法律”。

4. 趋同性。随着“冷战”时代的结束，“和平与发展”成为全人类的共同任务，更加之市场经济已是当今世界各国生产资料与劳动力合理配置的主旋律，使得主要调整商品交换关系的各国合同法日趋互相融合、互相渗透、互相借鉴，呈现出趋同的特点。

5. 国际性。合同法所调整的平等主体间的财产流转关系，主要是商品交换关系，而在改革、开放和科学技术高度发展的当今时代，商品交换关系不仅发生于国内，在国际间也大量存在。随着世界经济贸易的一体化，国际间的经济贸易关系日愈扩张，具有涉外因素的商品交换关系日趋增多。为适应此种情形，合同法在国际间经济贸易交往中已扩大其应用范围。《联合国国际货物销

售合同公约》的制定，地区性的合同法统一活动，国家间经贸关系双边或多边条约的签订，即显现出合同法的国际化趋势。

三、合同法的立法体例

在大陆法系国家，合同法是债法的组成部分。所谓债法，是指调整特定当事人之间请求为特定行为的财产关系的法律规范的总称。由于将合同、侵权行为、不当得利、无因管理等作为债的发生原因，因而，债法包括了所有的调整合同、侵权行为、不当得利、无因管理等民事法律规范。在英美法系国家，合同法是与侵权行为法、财产法等并列的一个法律部门。

我国《民法通则》基本上继承了大陆法系民法的传统作法，也将合同、侵权行为、无因管理、不当得利等作为债发生的原因，合同法只是债法的一部分。然而值得注意的是，《民法通则》又将民事责任从债法中独立出来，这是否意味着对传统债法的体系与结构要进行改革呢？这个问题的实质涉及到债法的存废问题，或者说合同法、侵权行为法与债法的关系问题。

关于债法的存废问题，我国学者有两种截然对立的认识。

一种观点认为要保留传统的债法，合同法虽应成为一个相对独立的部分，但这并不意味着要以合同法完全取代债法。其理由主要有：（1）从民法上看，合同之债不可能概括除侵权之债以外的债的类型，因为这些非合同之债都是因法律规定，而非当事人约定而产生的，它们所要求适用的规则与合同之债的规则存在着诸多区别，如果以合同之债代替债的概念，将会使这些非合同之债难以受到法律调整。而且，以合同的概念替代债的概念，实际上是要取消债的制度，这必然妨碍民法内在体系的和谐统一，妨碍民法与民事特别法之间的内在联系，从而对整个民商立法都会产生不利影响。还要看到，随着违约责任与侵权责任竞合现象的发展，第三人侵害债权制度的确立，缔约过失责任制度的形成等等，合同法与侵权法呈现出相互渗透和影响趋势，同时也产生

了一些不能完全由合同法或侵权法调整的领域，这就需要通过完善债的规则解决各个法律所不能解决的问题。(2) 从合同法与债法的相互关系来看，债权制度较之于合同法更为抽象，它对合同法具有重要的指导作用，任何合同都只是构成债的单元之一，应适用民法关于债权的规则。合同法虽可以相对独立，但又不能完全摆脱债法而独立。当然，我们强调债法对合同法的指导作用，也不能忽视合同法的相对独立性，正像我们在强调法律行为制度对合同的指导的同时，不能将合同法完全作为法律行为制度的一部分而不能相对独立的道理一样。(3) 英美法中并不存在债法的抽象概念和体系，而是将合同法视为一个独立存在的法律部门，并以此调整各种交易关系，在实践中也具有很好的效果。然而英美法律制度是一套完整的体系，并且深深植根于其历史传统和文化，根据一些学者的考证，英国历史上曾使用各种不同的诉讼程序来规范各种不同的债务，因此没有通过抽象化而得出债的概念。英美法将不当得利、无因管理之债作为“准合同”与英美法的合同及对价等概念是密切联系在一起的。因此英美法本身是一个体系。简单地照搬其体系，将会对整个民商法体系造成冲击。即使是就合同法自身的内容来看，英美法不采用债法的概念，也与合同法中一些独特的制度是有关系的^①。

另一种观点认为，应当废除传统债法，取而代之的是合同法与侵权行为法。其理由主要有：(1) 德国式的债法体例并非无懈可击。将合同作为债的发生根据之一，与无因管理、不当得利、侵权行为并列，难免使债法体系有臃肿和不成比例之感。更确切地说，债法中的通则或总则实际上主要是在合同关系中适用的，无因管理和不当得利因为在实践中很少发生，且是因非合意发生的债，其地位就无法与合同相比；侵权行为则因其独特的构成要件

^① 参见王利明、崔建远著：《合同法新论·总则》，中国政法大学出版社1996年版，第4～6页。

和损害赔偿责任归责原则的特殊性而逐渐发展成为独立的部门法。这些情况使债法在运用中严重地脱离了实际,造成了合同法和债法有两个体系却基本是同一内容的反常现象。(2)除了民法典中规定有合同之外,商法典和其他一些单行商事法规也规定了合同,民事合同与商事合同同时并举,绝难分清孰主孰从,谁优谁劣,于是合同法本身也有了两个系统,给合同法的实际施行带来了困难^①。(3)如果我们在合同法编中对债权债务关系作出一般规定,则无须再为债权法设立专编,否则难免叠床架屋,而且合同通则又明显单薄^②。(4)从现代法律责任概念与理论观察,民法学上强调责任是债的担保的观点,与法律责任的本质属性相矛盾。将侵权行为作为债的发生原因之一,侵权行为责任(损害赔偿)转化为债的观念已与现代发展的多种民事责任形式相抵触,侵权行为的本质属性是责任而不是债。将侵权行为看作是债,从法律关系上说混淆了义务与责任的区别;因民事责任形式的发展,债的请求权同一性理论已与实践相抵触。严格意义上讲,侵权行为所产生的民事责任不能与债相提并论。债是法的当为,责任为法的强制,二者相区分的思想已被越来越多的国家的民事立法所接受。我国《民法通则》对债务与责任即持区分态度,侵权行为问题不放在债权中规定,而是放在第六章民事责任中规定。此外,传统债法通则已远远不能适用于侵权责任。如以《德国民法典》为例,债编第一章为“债的关系内容”,第一节为“给付”,其中第242条规定:“(依诚实和信用为给付)债务人应依诚实和信用,并参照交易上之习惯,履行给付。”这就是著名的诚实信用原则的规定。这条规定从性质看与侵权之债不相容。侵权本身是违法行为,是严重违反道德的表现,谈何诚实信用?从形式上看侵权之后应为之给付也可以适用诚信原则,但这种给付已具有惩罚性,是承

① 周林彬主编:《比较合同法》,兰州大学出版社1989年版,第52~53页。

② 王作堂、魏振瀛等著:《民法教程》,北京大学出版社1983年5月版,第14页。

担责任的问题，实质上并不体现侵权人的诚实信用。第二章“因契约而产生债之关系”，仅适用于契约之债，而不适用于其他债。第三章为“债之关系之消灭”，有清偿、提存、抵销、免除四节。侵权责任如果是损害赔偿，可适用清偿与提存的规定，但不完全适用抵销的规定。该法典明文规定：“因故意侵权而产生的债权不得抵销。”（第393条）《日本民法典》则进一步规定：“债务因侵权行为而产生时，其债务人不得以抵销对抗债权人。”（第509条）除损害赔偿责任外，其他侵权责任形式，完全不适用清偿、提存、抵销的规定。关于债的免除，侵权之债不同于合同之债务。合同当事人在合同中可以约定免责条款，侵权责任的性质决定了不能事先约定免除。法国法认为，任何侵权行为责任，“无论是为自己行为所负的责任还是为他人行为所负的责任，无论是为牲畜还是因本人失去谨慎和控制所发生之事件所负的责任，免责条款的协议都是无效的。”^①第四章为“债权之移转”，第五章为“债务之承担”。侵权行为责任如仅是损害赔偿，从给付形式上看似可“移转”、“承担”，对此各国民法典未作禁止规定，但不无疑问。对侵犯人身权的责任特别是精神损害赔偿，重在对受害人人身的保护和对侵害人的制裁。如侵害人身权的债权可以转让，或者允许侵权人的债务转归他人承担，既不利于保护受害人，对侵权人也起不到制裁作用，并且还可能导导致人身利益商品化。至于其他侵权责任形式，更不能适用债的“移转”、“承担”^②。

笔者认为，第二种观点更为合理。当然债权法不设专编并不等于废弃债权、债务的概念。在我国，合同的性质主要是债权债务合同，它的定义就与设立、变更、终止债权债务密切相关。我们设立合同法专编，至少有以下意义：（1）突出合同法在民法典中的地位，符合现实经济活动和法律生活的实际；（2）集中规定合同

① 中国人民大学法律系：《外国民法论文选》，1983年，第419页。

② 魏振瀛著：《论债与责任的融合与分离》，《中国法学》1998年第1期。

债权债务关系的一般规则，有利于民法体系的完善和法律上的适用；(3) 摆脱传统民法体系的束缚，适应现代合同法的发展趋势；(4) 便于民法教学。传统债权法体系中，无因管理、不当得利均属缺乏主观要件的事实行为，没有必要专章规定，可以依其主要特征分别放在侵权法通则或合同法分则中规定，如将不当得利放在无过错责任的侵权行为之后规定，将无因管理放在委托合同之后规定，也能够为受损害的一方提供适当的法律救济，实现法律上的公正^①。

第二节 合同法的历史发展

一、古代合同法

私有制产生后的相当一个时期，商品交换刚刚发生，调整商品交换的规则，只是原始社会长期形成的习惯，尚无现代意义上的合同法。

人类社会的第二次大分工，促进了商品交换的发展。当原始社会的习惯和人们交换时的誓言不足以保障交换的安全时，就产生了社会共同体认可或制定的法律规范，即合同法。最早的合同法系对交易习惯的认可，为习惯法，它与习惯的区别，在于诉权的发生，当事人可诉请法官或国家官吏，对违法者实施制裁，以获得救济。随着成文法的出现，一些国家早期法典中规定了有关合同的内容。公元前 20 世纪两河流域用楔形文字刻在泥板上的《俾拉拉马法典》和《李必特·伊丝达法典》，是合同成文立法的最早渊源。

在汉谟拉比王朝时期，为了刺激并保护以自由民经营为主的小生产经济的发展，出现了完善表述古典合同一般条件的立法

^① 参见马俊驹、余延满著：《民法原论》，法律出版社 1998 年版，第 13～14 页。

——《汉谟拉比法典》，并且巩固了合同制度在成文立法中的地位。该法典通篇共有 282 个条文，其中直接规定合同或买卖交换行为的有关规定就有 150 余条，占法典全部内容的一半以上。其特点主要是：（1）强调合同的形式，奉行严格的形式主义。如法典规定，订立合同时，须有证人在场合同才能生效；有关买卖土地、房屋等主要财产的合同，须采取书面形式，所谓的“泥板契约”即是指此。（2）合同种类较多，适用范围较广。法典中明文规定了土地买卖、房屋买卖、奴隶买卖、财产互易、委托、保管、实际借贷、金钱借贷、土地抵押、雇佣、承揽、果园和实物租赁、土地和房屋租赁等。这些合同不仅适用于自由民之间，而且也适用于自由民和外来人以及本国商人和外国商人之间。（3）对违反合同行为进行严格的惩罚。违反合同的行为有两类：一是不严守合同形式的行为。如第 7 条规定：“自由民从自由民之子或自由民的奴隶买得或为之保管银或金、或奴隶、或女奴、或牛、或羊、或驴、或不论何物，而无证人及契约者，是为窃贼，应处死。”二是在合同履行过程中造成对方当事人损害的行为。如医人造成对方残废或死亡的，适用“以牙还牙、以眼还眼”的同态复仇原则。《汉谟拉比法典》虽然对合同由交易习惯演变为法律规范带来了历史性变革，但是它仍然处于成文法和习惯法的交替时期。法典中尽管有为数众多的有关合同的条文，但其在合同法的立法技术上却处于原始的阶段。

到了罗马时期，合同法得到了进一步的发展，其代表是《十二铜表法》中有关合同的规定：（1）合同规范更接近于近代大陆法系在理性主义支配下的概念化立法方法，用抽象的、具有一般特征的概念表述合同，而不是泛泛地规定各种合同的具体条件，从而使合同上升为民事法律行为，具有了明文规定的法律效力。（2）将合同视为对双方当事人均有约束力的“法锁”，与法律有同等效力，以保证交易的安全和稳定。（3）规定了物的所有权转移的条件，“诺成合同”成为一种新的合同形式，现代合同的概念从

此发轫。《十二铜表法》中的上述内容，勾画出了最基本的合同法制度的概貌，为近代、现代合同法理论奠定了基础。

公元5世纪，随着日耳曼人的入侵和罗马帝国的灭亡，在罗马领土上建立了诸蛮族国家，各王国根据本部族的习惯编纂了各自的法典，如《萨利克法典》、《尤利克法典》等，这些法律都有合同法规范。日耳曼法中的合同法规范虽远不及罗马法那样巧妙精致、逻辑严密，但从实践的角度对合同法作了贡献。（1）在立法指导思想强调个人权利对公共利益的服从，对现代合同立法有极大的影响。（2）立法技术上注意采用业已存在的日耳曼人习惯，尽量使法律条文通俗易懂，这种经验主义立法方式对近代英美法系产生了深远影响。（3）摒弃了罗马法的严格形式主义。（4）担保制度已相当发达，除了扣押财产、设定质权、宣誓等保证方式外，还有所谓自身抵押方式极为流行。（5）合同法的具体制度上进行创新，如同担保的保证人制度、违约金制度都可以从日耳曼法中找出其原型。

与历史上西方国家合同立法的发达状况相比，古代东方国家的立法就显得黯然失色。在西亚，《古兰经》中的契约已和罗马法中的合同含义相去甚远；在南亚，《摩奴法典》由于将神事和民事相结合，因而也没有真正意义上的合同法规范；在中国，由于奉行“重刑轻民、民刑不分”的指导思想，尽管在历史上也曾出现过一些调整契约关系的规范，但仍主要是刑法规范，而非合同法规范。

总之，与自然经济与专制制度相适应的古代合同法，虽具有了近、现代合同法的雏形，并以不完善的体系、初步的理论和基本内容为近、现代合同法的全面形成奠定了基础，但仍简单、落后，抹不去时代的烙印：（1）注重合同形式，轻视合同内容；（2）强调义务为本位；（3）合同主体受到严格限制；（4）法律对合同的内容加以干涉和限制；（5）法律对债务人的制裁比较严酷；（6）虽承认诺成合同的存在，但对其适用范围严加限制。