

普通高等教育“十二五”规划教材



21世纪法学规划教材

3rd edition

合同法 (第三版)

Contract
Law

崔建远 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

合同法

(第三版)

Contract Law

崔建远 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

合同法/崔建远著. —3版. —北京:北京大学出版社,2016.9

(21世纪法学规划教材)

ISBN 978-7-301-27408-8

I. ①合… II. ①崔… III. ①合同法—中国—高等学校—教材 IV. ①D923.6

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第194217号

- 书 名** 合同法(第三版)
HETONGFA
- 著作责任者** 崔建远 著
- 责任编辑** 周 菲
- 标准书号** ISBN 978-7-301-27408-8
- 出版发行** 北京大学出版社
- 地 址** 北京市海淀区成府路205号 100871
- 网 址** <http://www.pup.cn>
- 电子信箱** law@pup.pku.edu.cn
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
- 电 话** 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
- 印 刷 者** 北京宏伟双华印刷有限公司
- 经 销 者** 新华书店
- 787毫米×1092毫米 16开本 43.5印张 1106千字
- 2012年7月第1版 2013年7月第2版
- 2016年9月第3版 2016年9月第1次印刷
- 定 价** 68.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

丛书出版前言

秉承“学术的尊严,精神的魅力”的理念,北京大学出版社多年来在文史、社科、法律、经管等领域出版了不同层次、不同品种的大学教材,获得了广大读者好评。

但一些院校和读者面对多种教材时出现选择上的困惑,因此北京大学出版社对全社教材进行了整合优化。集全社之力,推出一套统一的精品教材。

“21世纪法学规划教材”即是本套精品教材的法律部分。本系列教材在全社法律教材中选取了精品之作,均由我国法学领域颇具影响力和潜力的专家学者编写而成,力求结合教学实践,推动我国法律教育的发展。

“21世纪法学规划教材”面向各高等院校法学专业学生,内容不仅包括了16门核心课教材,还包括多门传统专业课教材,以及新兴课程教材;在注重系统性和全面性的同时,强调与司法实践、研究生教育接轨,培养学生的法律思维和法学素质,帮助学生打下扎实的专业基础和掌握最新的学科前沿知识。

本系列教材在保持相对一致的风格和体例的基础上,以精品课程建设的标准严格要求各教材的编写;汲取同类教材特别是国外优秀教材的经验和精华,同时具有中国当下的问题意识;增加支持先进教学手段和多元化教学方法的内容,努力配备丰富、多元的教辅材料,如电子课件、配套案例等。

为了使本系列教材具有持续的生命力,我们将积极与作者沟通,结合立法和司法实践,对教材不断进行修订。

无论您是教师还是学生,在适用本系列教材的过程中,如果发现任何问题或有任何意见、建议,欢迎及时与我们联系(发送邮件至bjdxcbs1979@163.com)。我们会将您的意见或建议及时反馈给作者,供作者在修订再版时进行参考,从而进一步完善教材内容。

最后,感谢所有参与编写和为我们出谋划策提供帮助的专家学者,以及广大使用本系列教材的师生,希望本系列教材能够为我国高等院校法学专业教育和我国的法治建设贡献绵薄之力。

北京大学出版社

2012年3月

第三版序

前几天填写清华大学优秀教材奖的申请表,拜托陈进博士检索我编写的《合同法》(第二版)(北京大学出版社2013年版)的反映情况,得知“亚马逊网”上共有30个购买用户对本书进行了评价,其中28个好评,其余两个也是对于书印刷质量不满意的评价。28个好评中,最高5颗星的有24个。“当当网”上对该书评价有441条,好评率为98.6%。有的读者直接表达了对本书再版的期望,并对再版的排版等表达了自己更高的要求。“京东网”对本教材有商品评价100个,其中好评为93%,其中极少部分差评也是针对物流、包装和发票等问题的,购买此书的读者对书的内容予以很高的评价。

这些确实是对我莫大的褒奖和鼓励,同时也是对我的鞭策,还是促使我修订《合同法》(第二版)的源动力之一。

当然,没有准备,欠缺新的研究成果,仅凭修订《合同法》(第二版)的冲动,还是不会有《合同法》(第三版)的。

《合同法》(第二版)出版以来,读者们陆续地告知我书中存有某些错别字或序号排列的错位,对某些观点或阐释存有疑问甚至提出商榷意见。这些都引起我的注意,在此次修订时予以解决。所以,如果说《合同法》(第三版)的质量有所提升的话,那么,这些读者功不可没,在此谨表由衷的谢意!

由于教科书宜简洁、明快、准确,较为详细的阐释和对疑难问题的探讨以及论争留给我撰写的《合同法总论》(上卷、中卷、下卷),《合同法》(第三版)相对于《合同法》(第二版)来说仍属于“修修补补”,而非“伤筋动骨”。由于修订之处有点“遍地开花”的味道,不易在此一一指明。由此给读者带来的不便,尚祈谅解。

责任编辑周菲女士一直积极且负责地编辑本书,必须表示感谢!

崔建远

于2016年4月6日

定稿于清华大学明理楼

第二版序

北京大学出版社约稿《合同法》教材多年,我迟至2012年初才交稿,不免愧疚。承蒙读者宽容和厚爱,陆续向我反馈《合同法》(第一版)中的问题,诸如错别字、段落数字有误、注释信息不确,等等。耿林博士帮助翻译了履行期的德文文献,王洪亮博士和耿林博士分别翻译了瑕疵担保的德文文献,为本书作者厘清履行期、瑕疵担保的问题提供了重要的帮助。耿林博士校订了《合同法》(第一版)中的德文、英文注释,修正了若干错误。郑州大学法学院的陈建同学来函指出,本书作者所著《先履行抗辩权制度的适用顺序》一文,在“先履行顺序的债务”“债权人”和“债务人”诸概念的使用方面存在着不清晰的缺点,以及是否存在先履行抗辩权和《合同法》第45条第1款规定的情形竞合,在叙述方面有误。本书作者采纳了他的合理意见。河南师范大学法学院的郭元跃同学逐字校对了《合同法》(第一版),并将其校对结果电邮与我,使得《合同法》(第二版)大大减少了错别字,摆正了一些段落间的位阶。王传良君也来函指出了《合同法》(第一版)中的某些问题。所有这些都是《合同法》(第二版)质量提高的因素,特此致谢!

有错必究!正好偶遇责任编辑周菲女士,得知教材第一版基本售罄,这是修订教材、修正错误、适时完善的良机,便当即商定第二版《合同法》教材的编写和出版事宜。

当然,完成第二版《合同法》教材还有如下非常重要的原因:一是若干新的司法解释陆续出台,有些司法解释草案正在研讨过程中,需要据此修正第一版《合同法》教材中的某些观点乃至阐释;二是对某些问题又有新的更为妥适的想法及论证,将它们反映出来更有益于读者;三是在实务中遇到一些案件,启迪了思想,或者应予回应,既为实务提供参考意见,又完善民法理论。

《合同法》教材的第二版较第一版固然进步不小,但作者的学识和水平有限,社会生活又在快速演变,法学水平也在不断提升,本教材需要改进之处肯定不在少数,作者期望读者一如既往地予以批判、指正,以便作者及时修订,不断完善它。

崔建远

于2013年3月25日

定稿于清华大学明理楼

缩略语一览表

1. 《宪法》——《中华人民共和国宪法》；
2. 《民法通则》——《中华人民共和国民法通则》；
3. 《合同法》——《中华人民共和国合同法》；
4. 《经济合同法》——《中华人民共和国合同法》；
5. 《涉外经济合同法》——《中华人民共和国涉外经济合同法》；
6. 《技术合同法》——《中华人民共和国合同法》；
7. 《产品质量法》——《中华人民共和国产品质量法》；
8. 《消费者权益保护法》——《中华人民共和国消费者权益保护法》；
9. 《反不正当竞争法》——《中华人民共和国反不正当竞争法》；
10. 《保险法》——《中华人民共和国保险法》；
11. 《海商法》——《中华人民共和国海商法》；
12. 《物权法》——《中华人民共和国物权法》；
13. 《城市房地产管理法》——《中华人民共和国城市房地产管理法》；
14. 《担保法》——《中华人民共和国担保法》；
15. 《律师法》——《中华人民共和国律师法》；
16. 《水污染防治法》——《中华人民共和国水污染防治法》；
17. 《农村土地承包法》——《中华人民共和国农村土地承包法》；
18. 《建筑法》——《中华人民共和国建筑法》；
19. 《电子签名法》——《中华人民共和国电子签名法》；
20. 《票据法》——《中华人民共和国票据法》；
21. 《公司法》——《中华人民共和国公司法》；
22. 《企业破产法》——《中华人民共和国企业破产法》；
23. 《民事诉讼法》——《中华人民共和国民事诉讼法》；
24. 《标准化法》——《中华人民共和国标准化法》；
25. 《侵权责任法》——《中华人民共和国侵权责任法》；
26. 《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》——《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》；
27. 《外汇管理条例》——《中华人民共和国外汇管理条例》；
28. 《中外合资经营企业法实施条例》——《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》；
29. 《电信条例》——《中华人民共和国电信条例》；
30. 《关于民法通则的意见》——《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)》；

31. 《关于民事诉讼法的意见》——《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》;
32. 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)》;
33. 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》;
34. 法释[2001]12号——《最高人民法院关于审理涉及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案件适用法律若干问题的规定》;
35. 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》;
36. 法释[2003]20号——《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》;
37. 法释[2004]14号——《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》;
38. 法释[2004]20号——《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》;
39. 法释[2005]5号——《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》;
40. 法释[2005]6号——《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》;
41. 法释[2008]11号——《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》;
42. 法释[2008]15号——《最高人民法院关于废止2007年底以前发布的有关司法解释(第七批)的决定》;
43. 法释[2009]5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(二)》;
44. 法释[2009]11号——《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》;
45. 法发[2009]19号——《最高人民法院关于审理涉及金融不良债权转让案件工作座谈会纪要》;
46. 法发[2009]40号——《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》;
47. 法释[2010]9号——《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定(一)》;
48. 法发[2010]23号——《最高人民法院关于适用侵权责任法若干问题的通知》;
49. 法释[2011]3号——《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》;
50. 法释[2012]8号——《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》;
51. 法释[2015]18号——《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》。

目 录

1 第一章 绪论

- 1 第一节 合同法的概念
- 3 第二节 合同法的历史发展
- 11 第三节 合同法的作用
- 13 第四节 合同法的原则
- 19 第五节 合同法的体系

21 第二章 合同的分类

- 21 第一节 合同的分类概述
- 22 第二节 典型合同与非典型合同
- 24 第三节 双务合同与单务合同
- 25 第四节 有偿合同与无偿合同
- 26 第五节 诺成合同与实践合同
- 27 第六节 要式合同与不要式合同
- 28 第七节 一时性合同与继续性合同
- 30 第八节 主合同与从合同
- 30 第九节 束己合同与涉他合同
- 31 第十节 个别合同与框架合同
- 33 第十一节 实定合同与射幸合同
- 33 第十二节 本约与预约

36 第三章 合同的订立

- 36 第一节 合同的订立概述
- 37 第二节 要约
- 43 第三节 承诺
- 46 第四节 竞争缔约
- 47 第五节 强制缔约

50	第六节	附合缔约
56	第七节	要约和承诺程序的变异
61	第八节	合意与不合意
64	第四章	合同的内容与形式
64	第一节	合同的条款
68	第二节	合同权利与合同义务
76	第三节	合同的形式
79	第五章	合同的效力
79	第一节	合同的效力概述
83	第二节	合同的有效要件
86	第三节	合同的无效
97	第四节	合同的撤销
102	第五节	合同效力的补正
112	第六节	合同不成立、无效、被撤销或不被追认的法律后果
116	第七节	合同无效与诉讼时效
120	第六章	合同的履行
120	第一节	合同的履行概述
121	第二节	合同履行的原则
126	第三节	合同履行的规则
136	第四节	涉及履行的抗辩及抗辩权
164	第七章	合同的保全
164	第一节	合同的保全概述
165	第二节	债权人代位权
180	第三节	债权人撤销权
192	第八章	合同的担保
192	第一节	合同的担保概述
197	第二节	保证
225	第三节	定金

235 第九章 合同的变更

- 235 第一节 合同的变更概述
- 236 第二节 狭义的合同变更
- 239 第三节 合同的更改

242 第十章 合同的转让

- 242 第一节 合同的转让概述
- 243 第二节 债权让与
- 263 第三节 债务承担
- 273 第四节 合同权利义务的概括移转

275 第十一章 合同的解除

- 275 第一节 合同的解除概述
- 284 第二节 合同解除的条件
- 289 第三节 合同解除的程序
- 300 第四节 合同解除的效力

308 第十二章 合同权利义务的终止

- 308 第一节 合同权利义务的终止概述
- 309 第二节 清偿
- 313 第三节 抵销
- 317 第四节 提存
- 321 第五节 免除
- 323 第六节 混同

325 第十三章 违约责任

- 325 第一节 违约责任的概念
- 334 第二节 违约责任的分类
- 336 第三节 违约责任的归责原则
- 339 第四节 违约责任的构成要件
- 347 第五节 免责条件与免责条款
- 354 第六节 违约责任与侵权责任的竞合
- 361 第七节 强制履行
- 368 第八节 赔偿损失

388 | 第九节 违约金责任

416 第十四章 合同的解释

416 | 第一节 合同解释的概念

425 | 第二节 合同解释的原则

433 | 第三节 合同解释的规则

436 | 第四节 合同漏洞的补充

440 | 第五节 格式条款的解释

444 | 第六节 免责条款的解释

449 第十五章 买卖合同

449 | 第一节 买卖合同概述

452 | 第二节 买卖合同的效力

471 | 第三节 特种买卖合同

476 第十六章 供用电、水、气、热力合同

476 | 第一节 供用电、水、气、热力合同概述

477 | 第二节 供用电合同

480 第十七章 赠与合同

480 | 第一节 赠与合同概述

484 | 第二节 赠与合同的效力

485 | 第三节 赠与合同的终止

490 第十八章 借款合同

490 | 第一节 借款合同概述

492 | 第二节 借款合同的效力

494 | 第三节 借款合同的终止

495 第十九章 租赁合同

495 | 第一节 租赁合同概述

502 | 第二节 租赁合同的效力

528 | 第三节 租赁合同中的风险负担

529 | 第四节 租赁合同的变更

534 | 第五节 租赁合同的终止

537 第二十章 融资租赁合同

- 537 第一节 融资租赁合同概述
- 540 第二节 融资租赁合同的效力
- 543 第三节 融资租赁合同的终止

546 第二十一章 承揽合同

- 546 第一节 承揽合同概述
- 554 第二节 承揽合同的效力
- 564 第三节 承揽合同中的风险负担
- 565 第四节 承揽合同的终止

566 第二十二章 建设工程合同

- 566 第一节 建设工程合同概述
- 570 第二节 建设工程合同的订立
- 572 第三节 建设工程合同的无效及其后果
- 574 第四节 建设工程合同的效力

581 第二十三章 运输合同

- 581 第一节 运输合同概述
- 582 第二节 客运合同
- 586 第三节 货运合同
- 590 第四节 联运合同

594 第二十四章 技术合同

- 594 第一节 技术合同概述
- 599 第二节 技术开发合同
- 608 第三节 技术转让合同
- 612 第四节 技术咨询合同
- 615 第五节 技术服务合同

621 第二十五章 保管合同

- 621 第一节 保管合同概述
- 624 第二节 保管合同的效力
- 631 第三节 保管合同的终止

633 第二十六章 仓储合同

- 633 | 第一节 仓储合同概述
- 635 | 第二节 仓储合同的效力
- 643 | 第三节 仓储合同的终止

645 第二十七章 委托合同

- 645 | 第一节 委托合同概述
- 650 | 第二节 委托合同的效力
- 658 | 第三节 间接代理制度
- 661 | 第四节 委托合同的终止

664 第二十八章 行纪合同

- 664 | 第一节 行纪合同概述
- 669 | 第二节 行纪合同的效力

674 第二十九章 居间合同

- 674 | 第一节 居间合同概述
- 676 | 第二节 居间合同的效力

第一章

绪 论

第一节 合同法的概念

一、合同

合同的类别较多,有劳动法上的合同、行政法上的合同、民法上的合同等,每类合同的含义明显不同。民法上的合同亦非千篇一律,存在着物权合同、债权合同、身份合同等种类,每种合同的界定各有区别。《合同法》所规范合同,是平等主体之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议(第2条第1款)。仅就文义而言,尚难准确地判断出此处所谓协议的类型和含义,但因《合同法》第2条第2款规定,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,可知它不包含身份合同。还有,中国改革开放三十多年来,实践和《合同法》等法律没有区分过物权合同和债权合同^①,可以断言,此处所说的协议也不包含物权合同。合同法立法方案及学说认为,《合同法》规范的是债权合同。^②

由于债权合同的概念系相对于物权合同的概念而具有存在价值,且中国现行法未采纳物权行为独立性和无因性制度及其理论^③,将中国合同法上的合同称为债权合同反倒画蛇添足。有鉴于此,除非上下文表述的需要,本书一般不采用债权合同的概念,而径称合同。

在民法及其学说史上,曾有合同和契约的区别。前者为当事人的目的相同,意思表示的方向也一致的共同行为。后者系当事人双方的目的对立,意思表示的方向相反的民事法律行为。中国现行法已不再作这样的区分,把二者都叫作合同。

中国原来的法律及其理论区分经济合同与非经济合同、商事合同与民事合同、国内合同和涉外经济合同,调整规范也有差异。《合同法》不再作如此分类,统称为合同,对它们统一规制。

合同具有如下法律性质:其一,合同是一种民事法律行为(以下径称为法律行为)。合同以意思表示为要素,并且按意思表示的内容赋予法律效果,故为法律行为,而非事实行为。

^① 见王胜明:《物权法制定过程中的几个重要问题》,载《法学杂志》2006年第1期;王胜明:《关于物权法若干问题的思考》,载中国法学会民法学研究会、中国人民大学法学院、广东省律师协会编:《中国物权法疑难问题研讨会论文集》,2005年12月7日。

^② 见梁慧星:《民法学说判例与立法研究(二)》,国家行政学院出版社1999年版,第122页。

^③ 见梁慧星:《如何理解合同法第51条》,载《人民法院报》2000年1月8日;谢怀栻等:《合同法原理》,法律出版社2000年版,第102页以下;崔建远:《无权处分辨》,载《法学研究》2003年第1期。

其二,合同是两方以上当事人的意思表示一致的法律行为。合同的成立必须有两方以上的当事人,他们相互为意思表示,并且意思表示相一致。这是合同区别于单方法律行为的重要标志。其三,合同是以设立、变更、终止民事权利义务关系为目的的法律行为。任何法律行为均有目的性,合同的目的性在于设立、变更、终止民事权利义务关系。所谓设立,是指当事人通过意思表示,使他们之间产生民事权利义务关系的行为。所谓变更,是指当事人对于已经设立的民事权利义务关系,通过意思表示使其发生变化,形成新的民事权利义务关系的行为。所谓终止,是指当事人通过意思表示,使他们之间既有的民事权利义务关系归于消灭的行为。其四,合同是当事人各方在平等、自愿的基础上产生的法律行为。在民法上,当事人各方在订立合同时的法律地位是平等的,所为意思表示是自主自愿的。当然,在现代法上,为实践合同正义,自愿或曰自由时常受到限制,如强制缔约、格式合同、劳动合同的社会化等,为其著例。

二、合同法

合同法,即有关合同的法律规范的总称,是调整平等主体之间的交易关系的法律。它包括界定合同的法律规范,订立合同的法律规范,合同成立条件的法律规范,合同内容的法律规范,合同效力的法律规范,合同无效、被撤销、效力未定的法律规范,合同履行的法律规范,合同保全的法律规范,合同担保的法律规范,合同变更和转让的法律规范,合同解除的法律规范,合同救济的法律规范,合同消灭的法律规范,合同解释和适用的法律规范,各类合同的法律规范等。

合同法在英美法系是与财产法、侵权行为法、信托法等并列的独立法律部门,但在大陆法系,合同法的上位概念是债法,债法上位概念是民法,故合同法为民法的组成部分,其主干被放置于民法典的债编之中。在中国,合同法也归属于民法,不是一个独立的法律部门。不过,在民法典尚未出台的背景下,《合同法》以单行法的形式存在着。

其实,《合同法》只是中国合同法的大本营,诸如《担保法》《城市房地产管理法》《著作权法》等许多单行法关于合同的规范都是中国合同法的组成部分,最高人民法院有关合同的司法解释同样如此,《民法通则》有关法律行为、民事行为、债权的规定,更是中国合同法律规范所不可或缺的成分,甚至于《物权法》也有若干合同规范。

在现代社会,合同法主要调整平等主体之间基于平等、自愿等原则而发生的转让物品或权利、完成工作和提供劳务等的交易关系,故它为交易法。这些交易关系通常可用货币衡量评价,具有财产价值,故合同法为财产法。交易关系由当事人自主自愿设立、变更或终止,合同法规多为当事人交易的模式,允许当事人依其意思加以改变,故合同法基本上为任意法。合同法直接界定市场要素,全面规制市场交易活动,它是市场经济的核心交易规则,故为市场经济的基本法律。

关于合同法的本质,可有多视角的透视。运用阶级分析的方法,可知合同法是特定社会统治阶级意志的体现。在剥削阶级社会,合同法是剥削劳动者的法律武器。在中国,合同法是发展社会主义市场经济,满足市场主体需要,获得最佳经济效益的重要工具。从经济与法的角度看,合同关系是可期待的信用,合同法保护这种信用。它首先确认让渡商品与实现价值存在时间差的合理性,确认经济利益暂时不平衡的合理性,同时又保证这种差距可以消

除。^①从合同关系自身讲,合同及其法律所保护的是当事人之间的信赖与期待,实现意思自治的理念。^②从当事人的目的及利益观察,合同及其法律是债权人实现其特定利益的手段。^③合同关系的成立,旨在达到一定的法律目的,即将债权变为物权或与物权有同等价值或相似价值的权利。^④债权人订立合同就在于取得这些权利,实现特定利益。尤其需要注意的是,自资本主义开始,债权不复是旨在取得物权或利用物的手段,它本身就是法律生活的目的。^⑤

第二节 合同的历史发展

一、古代合同法

合同作为财产流转的法律形式,其产生必须基于财产流转的事实。没有财产流转就没有合同及其立法。然而,有了财产流转也未必就有合同及其立法,当财产流转问题系“通过血缘关系或运用宗教权力以执行个人所承担的义务”^⑥的方式解决,或者凭借财产法和侵权行为法乃至刑法处理时,也不会有合同法。^⑦

在氏族社会晚期,随着私有财产的出现,个人与个人之间的产品交换行为日益广泛,并逐渐形成了一定的规则。这些规则起初由誓言、习惯等保障实行。当誓言等不足以保障交换规则的实行时,便需要由社会共同体认可或制定的法律规范取而代之,交换规则取得了法律的规定形式。人类社会最早的合同法是由习惯发展而来的,称为习惯法。它与氏族习惯中关于交换的规则的根本区别,首先在于诉权、诉讼形式的发生上。

从总体上说,习惯法具有不稳定、不统一和不公开的特点。各种习惯前后矛盾,因时因地而有不同,于是在适用时须就某一习惯存在与否进行争论。而社会又不断发展,习惯随之变化,彼时彼地的习惯与此时此地的习惯往往相互抵触,这些都无疑地增加了习惯法适用上的困难。这决定了成文法逐渐取代习惯法的命运。^⑧《汉谟拉比法典》是世界上迄今为止所发现的最古老而又保存最完整的成文法典,通篇共有 282 个条文,其中直接规定合同的规范就有 80 余条。其特点是,奉行严格的形式主义;合同种类较多,适用范围较广;对违约行为进行严厉的惩罚。古罗马的《十二表法》中关于合同的规定,条文少于上述法典。尽管有学说评论“罗马法从未发展出契约的一般理论,而只是发明了契约的个别形式”^⑨,但在立法技术方面仍有进步;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;将合同视为当事人之间的法律,用合同作为确定当事人相互间的债权债务关系的“法锁”,以保障交易的安全;规定了物的所有权转移的条件,从而使合同可能脱离物的实际交付而单独存在,这意味着“诺成合同”开始同“实践合同”相分离,成

① 见杨振山:《社会主义初级阶段理论与我国民法学》,载《中国法学》1988年第5期。

② 见王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第1册),三民书局1993年版,第2页。

③ 见王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第2页。

④ 见林诚二:《论债之本质与责任》,载林诚二:《民法问题与理论研究》,中国政法大学出版社2000年版,第206—236页。

⑤ [德]古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,第64页。

⑥ 上海社会科学院法学研究所编译:《国外法学知识译丛·民法》,知识出版社1981年版,第153页。

⑦ Michael Furnston, Cheshire, Fifoot & Furnston's Law of Contract, Butterworths, Eleventh Edition, 1(1986).

⑧ 王家福等:《合同法》,中国社会科学出版社1986年版,第20—21页。

⑨ [美]艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国政法大学出版社1992年版,第21页。