

新世纪法学教材

Contract Law of China
Theory and Practice

中国合同法

理论与实践

翟新辉 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

新世纪法学教材

Contract Law of China
Theory and Practice

中国合同法

理论与实践

翟新辉 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国合同法:理论与实践/翟新辉著. —北京:北京大学出版社,2018.1
(新世纪法学教材)

ISBN 978-7-301-29021-7

I. ①中… II. ①翟… 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(2017)第 305323 号

书 名 中国合同法:理论与实践

ZHONGGUO HETONGFA: LILUN YU SHIJIAN

著作责任者 翟新辉 著

责任编辑 朱梅全 黄 蔚

标准书号 ISBN 978-7-301-29021-7

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> 新浪微博 @北京大学出版社

电子信箱 sdyy_2005@126.com

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 021-62071998

印刷者 三河市博文印刷有限公司

经 销 者 新华书店

787 毫米×1092 毫米 16 开本 17.25 印张 318 千字

2018 年 1 月第 1 版 2018 年 1 月第 1 次印刷

定 价 48.00 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

自序

从事民商法教学及实务工作近二十年,有机会总结一下自己研究合同法的心得一直是笔者的一个心愿。

“法律的生命不在于逻辑,而在于经验。”本书的一个特点是摘取了不少司法判决,这些判决的说理,显示了“活”的法律。近年来,中国的司法裁判公开制度逐步建立并越做越好,尽管还不尽如人意——不少法院还不能及时公开其应公开的司法裁判文书,但还是给民商事法律研究提供了不少素材,尤其是不少判决的说理越来越充分,展示了中国民商事司法活动的进步,体现了中国法治的进步。本书选取的判决绝大多数为最高人民法院的判决或裁定及与合同法相关的最高人民法院的部分指导案例。除非特别注明,本书选取之判决均来源于中国裁判文书网(<http://wenshu.court.gov.cn>)。另外,所摘判决中的黑体字部分,系作者特别标注。

本书选取了一些优秀学者的著作或论文的部分段落作为参考资料,在此一并致谢。本书在总论部分推荐了相关阅读文献;在分则部分,由于实务性较强,并未推荐相关阅读文献,可参阅相应的注释或判决。以后如有机会,会不断补充相关判决。

本书可以作为法学高年级本科生及研究生研习合同法的参考用书。

本书的出版,若没有北京大学出版社编辑黄蔚女士的鼓励和催促,恐难以完成。

本书的初稿,得到上海政法学院法律硕士韩冰同学的帮助,他对全书初稿进行了校对,并核对了涉及的法规,编制了“本书引用判例表”,使本书避免了不少低级错误。

另外,感谢我的太太及小仔,他们让我少操了不少心。

对于民法学者,合同法犹如一座巍峨大山,值得一生研习。由于时间仓促,水平有限,错误难免,欢迎批评指正。

翟新辉

2017年10月于上海

法规及司法解释缩略表

名称	颁布机关	颁布及修改年份	简称
中华人民共和国刑法	全国人民代表大会	1979 年颁布；1997 年修订；1999、2001、2002、2005、2006、2009、2011、2015 年分别修正	刑法
中华人民共和国中外合资经营企业法	全国人民代表大会	1979 年颁布；1990、2001 年分别修正	合资经营企业法
中华人民共和国婚姻法	全国人民代表大会	1980 年颁布；2001 年修正	婚姻法
中华人民共和国专利法	全国人民代表大会常务委员会	1984 年颁布；1992、2000、2008 年分别修正	专利法
中华人民共和国民事诉讼法通则	全国人民代表大会	1986 年颁布；2009 年修正	民法通则
中华人民共和国著作权法	全国人民代表大会常务委员会	1990 年颁布；2001、2010 年分别修正	著作权法
中华人民共和国民事诉讼法	全国人民代表大会常务委员会	1991 年颁布；2007、2012 年分别修正	民事诉讼法
中华人民共和国海商法	全国人民代表大会常务委员会	1992 年颁布	海商法
中华人民共和国消费者权益保护法	全国人民代表大会常务委员会	1993 年颁布；2009、2013 年分别修正	消费者权益保护法
中华人民共和国船舶登记条例	国务院	1994 年颁布；2014 年修正	船舶登记条例
中华人民共和国劳动法	全国人民代表大会常务委员会	1994 年颁布；2009 年修正	劳动法
中华人民共和国城市房地产管理法	全国人民代表大会常务委员会	1994 年颁布；2007 年修正	城市房地产管理法
中华人民共和国民用航空法	全国人民代表大会常务委员会	1995 年颁布；2009、2015、2016、2017 年分别修正	民用航空法
中华人民共和国担保法	全国人民代表大会常务委员会	1995 年颁布	担保法
中华人民共和国拍卖法	全国人民代表大会常务委员会	1996 年颁布；2004、2015 年分别修正	拍卖法
中华人民共和国价格法	全国人民代表大会常务委员会	1997 年颁布	价格法

(续表)

名称	颁布机关	颁布及修改年份	简称
中华人民共和国合同法	全国人民代表大会	1999 年颁布	合同法
中华人民共和国招标投标法	全国人民代表大会 常务委员会	1999 年颁布	招标投标法
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)(法释[1999]19号)	最高法院	1999 年颁布	合同法司法解释(一)
中华人民共和国立法法	全国人民代表大会	2000 年颁布;2015 年修正	立法法
中华人民共和国建设工程质量管理条例	国务院	2000 年颁布;2017 年修正	建设工程质量管理条例
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(法释[2000]44号)	最高法院	2000 年颁布	担保法司法解释
最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释(法释[2001]7号)	最高法院	2001 年颁布	精神损害司法解释
最高人民法院关于审理建设工程合同纠纷案件的暂行意见*	最高法院	2002 年颁布	建设工程纠纷暂行意见
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(法释[2003]7号)	最高法院	2003 年颁布	商品房买卖合同司法解释
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(法释[2004]14号)	最高法院	2004 年颁布	建设工程施工合同纠纷司法解释
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(法释[2004]20号)	最高法院	2004 年颁布	技术合同纠纷司法解释
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(法释[2005]5号)	最高法院	2005 年颁布	国有土地使用权合同纠纷司法解释
中华人民共和国企业破产法	全国人民代表大会 常务委员会	2006 年颁布	企业破产法
中华人民共和国劳动合同法	全国人民代表大会 常务委员会	2007 年颁布;2012 年修正	劳动合同法
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)(法释[2009]15号)	最高法院	2009 年颁布	合同法司法解释(二)

(续表)

名称	颁布机关	颁布及修改年份	简称
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*(法发〔2009〕40号)	最高法院	2009年颁布	合同纠纷指导意见
最高人民法院关于审理物业服务纠纷案件具体适用法律若干问题的解释(法释〔2009〕8号)	最高法院	2009年颁布	物业服务纠纷司法解释
最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体适用法律若干问题的解释(法释〔2009〕11号)	最高法院	2009年颁布	城镇房屋租赁合同司法解释
中华人民共和国食品安全法	全国人民代表大会常务委员会	2009年颁布;2015年修订	食品安全法
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)(法释〔2010〕9号)	最高法院	2010年颁布	外商投资企业纠纷司法解释(一)
最高人民法院关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定(法释〔2010〕13号)	最高法院	2010年颁布	旅游纠纷解释
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(法释〔2012〕8号)	最高法院	2012年颁布	买卖合同司法解释
最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释(法释〔2014〕3号)	最高法院	2014年颁布	融资租赁合同司法解释
最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的解释	最高法院	2015年颁布	行政诉讼法司法解释
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	最高法院	2015年颁布	民间借贷司法解释
最高人民法院关于适用《中华人民共和国物权法》若干问题的解释(一)	最高法院	2016年颁布	物权法司法解释一
中华人民共和国民法总则	全国人民代表大会	2017年颁布	民法总则

注:*不是司法解释,但与合同法有关,且目前仍有效。

绪论 合同法的经济意义	001
0.1 交易促进效率——自由交易促进社会财富增长	001
0.2 帕累托改进与帕累托最优	003
0.3 市场与政府管制	003
0.4 为达成自由交易,合同法可以做什么	006
0.5 科斯定理:因为交易成本的存在,制度才有意义	007
本章思考题	009
本章推荐阅读文献	009

合同法总论

1 合同与合同法	013
1.1 合同的含义	013
1.2 合同法在民法(私法)中的地位及合同法的主要内容	018
1.3 合同法与物权法	020
1.4 物权与债权、处分行为与负担行为	021
1.5 合同法的基本理念与功能	025
本章思考题	031
本章推荐阅读文献	031
2 中国合同法的过去、现在及中国未来的民法典	032
2.1 中华人民共和国成立之前的合同法	032
2.2 新中国的合同法及未来的中国民法典	034

本章思考题	040
本章推荐阅读文献	040
3 合同的种类	041
3.1 广义的合同与合同法所说的合同	041
3.2 要式合同与不要式合同	042
3.3 有偿合同与无偿合同、单务合同与双务合同	044
3.4 诺成合同与实践合同或要物合同	044
3.5 主合同与从合同	045
3.6 有名合同与无名合同、典型合同与非典型合同	045
3.7 预约与本约	046
3.8 格式化合同	048
3.9 其他合同分类	050
本章思考题	050
4 合同的成立及缔约过失责任	051
4.1 合同的成立与生效	051
4.2 合同的订立:要约与承诺	053
4.3 合同的成立	057
4.4 缔约过失责任	058
本章思考题	063
本章推荐阅读文献	063
5 合同的生效与合同的无效	064
5.1 合同生效的意义	064
5.2 合同生效的要件	064
5.3 合同的无效	068
5.4 合同的附条件与附期限	071
本章思考题	072
本章推荐阅读文献	072
6 合同的可撤销及效力待定	073
6.1 合同的可撤销	073
6.2 效力待定的合同	075

本章思考题	076
7 合同的履行	077
7.1 合同约定不明的履行规则	077
7.2 合同履行中的抗辩权	080
本章思考题	083
8 合同的担保:保证与定金	084
8.1 保证	084
8.2 定金	093
本章思考题	096
9 合同的保全:债权人的代位权与撤销权	097
9.1 合同保全制度概述	097
9.2 代位权	097
9.3 撤销权	099
本章思考题	104
10 合同的变更与转让	105
10.1 概述	105
10.2 债权让与	105
10.3 债务承担	107
10.4 合同权利义务的一并转让	107
本章思考题	108
11 合同权利义务的终止	109
11.1 概述	109
11.2 清偿、免除与混同	109
11.3 抵销	110
11.4 提存	112
11.5 解除	114
本章思考题	119

12	违约责任	120
12.1	违约的形态	120
12.2	违约责任的归责原则与免责事由	120
12.3	违约的救济——违约责任的形式	123
12.4	违约金与定金	128
12.5	违约责任与侵权责任的竞合	129
	本章思考题	131

合同法分论

13	买卖合同	135
13.1	买卖合同概述	136
13.2	买卖合同的效力	137
13.3	买卖合同中标的物所有权的移转与风险负担	137
13.4	买卖他人之物与一物数卖	140
13.5	特殊买卖合同	141
	本章思考题	146
14	其他转移财产权的合同	147
14.1	供用电、水、气、热合同	147
14.2	赠与合同	149
14.3	借款合同	153
	本章思考题	157
15	租赁合同	158
15.1	租赁合同的概念、种类、内容	158
15.2	租赁合同双方当事人的义务	164
	本章思考题	171
16	融资租赁合同	172
16.1	融资租赁合同概述	172
16.2	融资租赁合同与类似合同的比较	173

16.3	融资租赁合同的效力	177
16.4	“售后回租”型融资租赁与“自物抵押”	179
	本章思考题	183
17	承揽合同	185
17.1	承揽合同的概念	185
17.2	承揽合同的特征	186
17.3	承揽合同的种类	187
17.4	承揽合同的内容、双方当事人的义务及终止	188
	本章思考题	193
18	建设工程合同	194
18.1	建设工程合同的概念与特征	194
18.2	建设工程合同的订立	196
18.3	建设工程施工合同的无效及其处理	198
18.4	建设工程的分包与转包	199
18.5	建设工程合同的内容	201
18.6	建设工程合同双方当事人的义务	203
	本章思考题	206
19	运输合同	207
19.1	运输合同的概念与特征	207
19.2	客运合同与货运合同	208
19.3	多式联运合同	215
	本章思考题	217
20	技术合同	218
20.1	技术合同概述	218
20.2	技术合同的分类	219
20.3	技术开发合同	219
20.4	技术转让合同	224
20.5	技术咨询、服务合同	227
	本章思考题	230

21	保管合同与仓储合同	231
21.1	保管合同	231
21.2	仓储合同	233
	本章思考题	238
22	委托合同	240
22.1	委托合同概述及其特征	240
22.2	委托合同双方当事人的义务	241
22.3	间接代理(隐名代理)	245
22.4	委托合同的终止	247
	本章思考题	248
23	行纪合同与居间合同	249
23.1	行纪合同	249
23.2	居间合同	253
	本章思考题	255
	附表 本书引用判例表	256

绪论 合同法的经济意义

交易促进效率,而交易是通过合同完成的。

合同制度,经济学著作一般称之为合约或合约安排,是人类文明的重要成果。自由的交易或者说合同是双赢,改善交易双方或者说合同双方的福利、增进双方的福祉,从而促进效率,优化社会资源的配置。

我们可以从经济学的角度来理解合同法规则的重要性。

经济学原理可以帮助我们更好地理解合同法规则的意义。

0.1 交易促进效率——自由交易促进社会财富增长

一项自由交易的达成,可以促进社会财富的增加。这是自亚当·斯密以来经济学的重大发现。亚当·斯密的《国富论》就是在阐述这个道理:交易源于分工,交易产生财富。

很多人可能觉得这个道理不靠谱。怎么是交易创造财富?不是劳动或者生产活动创造财富吗?难道财富不是农民种地生产粮食、工人生产出产品创造的吗?“无商不奸”,商人在人们的心目中可一直是与奸诈、盘剥联系在一起的。在近代以前,商人的地位也不高,重商主义时期则会对商人严加管制。

但是,自由的交易确实创造财富。

让我们举一个常见的例子进行分析。小明到餐馆以1元钱买了一个包子,看看这个交易是如何促进双方的财富和社会财富增加的。

表0-1显示了交易前后小明和餐馆各自的财富:

表 0-1

小明的财富	餐馆的财富
交易前: $1\text{元}+X$	包子+Y
交易后: 包子+X	$1\text{元}+Y$

餐馆肯定是赚钱的,这一点一般不会有疑问。对于餐馆而言,这个包子的价值肯定小于1元(可以假定餐馆卖一个包子赚0.1元)。因此,通过交易,餐馆的财富增加了: $(1\text{元}+Y)>(\text{包子}+Y)$ 。

我们来看小明的财富变化。如果小明不傻的话,小明肯定是认为包子的价值对他而言至少是大于或等于1元的,否则小明不会进行这个交易。因此,小明的财富也通过交易增加了: $(\text{包子}+X)>(1\text{元}+X)$ 。这个交易的实质是,让小明在1元钱和包子之间进行选择,而且只能选一样,小明会选择对他而言价值大的东西。因为小明选择了包子,放弃了1元钱,所以包子对小明的价值大于1元钱。这一点是显而易见的,除非小明是傻瓜。新古典经济学有关于“经济人”和资源稀缺性的假定,“经济人”就是理性人的意思,即他可以判断自己的利益,如果理性有欠缺,不能独自判断自己的利益,则需要监护人来代他判断。

因此,上表的结果如下(表 0-2):

表 0-2

小明的财富	餐馆的财富
交易前: $1\text{元}+X$	包子+Y
$\wedge$	$\wedge$
交易后: 包子+X	$1\text{元}+Y$

小明和餐馆的财富都增加了,这个社会的财富自然就增加了,国家也可以通过这个交易收到税,用于增进社会公共福利。

肯定还会有人觉得迷惑,包子和1元钱只不过换了个地方,双方的财富、社会财富怎么就增加了呢?答案是确实增加了。

同样一件物品,对于不同的人,在不同的时间、地点,价值或者说效用不同,这应该是个常识。例如,你的身份证件丢了,被别人捡到,你的身份证件对你的价值和拾得者的价值肯定是不一样的。经济学认为,同样是10元钱,对于两个月收入分别是1000元和10000元的人而言,价值或效用是不同的。

受剩余价值理论及价值—价格波动理论影响的人可能会觉得这个常识很难理解。应该说,这是不同的范式系统,只有打破一个旧的范式系统,才能转过弯来。

如果说通过双方自由的交易促进了双方的财富增加有点难理解,我们可以换种说法:通过交易,资源得到了更优的配置。通过交易,一样东西到了出价更高的人那里,它就发挥了更大的效用,从而使资源得到了更优的配置。

中国自20世纪80年代以来取得的经济成就有目共睹,而这个过程是在中国的经济体制变革过程中实现的:从计划经济,到有计划的商品经济,再到市场经济。现在中国已经结束了计划与市场的争论,认为计划与市场都是配置资源的手段,而市场是配置资源更优的手段。中国正是通过市场经济改革,不断放松对经济的管制,使资源不断得到优化配置,从而使经济得到了发展,取得了今天的经济成就。

自由的交易促进资源的优化配置,改善交易双方的福利,合同就是双赢。因此,应该鼓励交易。非有重大理由,不能禁止或抑制某种交易。

0.2 帕累托改进与帕累托最优

帕累托(Vilfredo Pareto)是意大利的经济学家,“帕累托改进”与“帕累托最优”是以其名字命名的两个经济学名词。帕累托改进是指一项交易或政策,至少使一个人得益且没有任何人受损失。帕累托最优是指不可能再发生任何帕累托改进,资源得到了最优的配置。一个合同的达成及履行,就是一次帕累托改进。

帕累托最优是指一种理想状态:在一个固定区域,有一固定的人群,他们各有资源,会进行各种交易来改善各自的情况,直至不会再发生任何交易,即再进行任何交易都不会对任何人的情况有进一步的改进,换句话说,达到了“物尽其用”的状态,资源得到了最优的配置。

帕累托最优作为一种理想状态,永远不可能达到。因此,现实中,交易在不断地进行。

0.3 市场与政府管制

交易促进效率和财富,因此应当鼓励交易,而不是抑制交易。

市场经济体制,是与计划经济体制相对的配置资源的制度体系。市场经济体制通过各市场主体的自主决定和自由竞争,通过价格机制(即价高者得),实现对资源的优化配置——资源到了出价最高的人那里,自然就发挥了最高的效用,资源也就

得到了最优的配置。

但基于历史、文化及社会公共利益,政府可能禁止某种交易,或对市场进入进行限制,或对缔约自由甚至价格进行管制。比如,对持有枪支、卖淫嫖娼等,不少国家或地区可能基于公共安全及社会良善风俗予以禁止。另如我国对出租车、金融保险、电信、石油等交易比较严厉的管制;对教育、医疗服务、新闻出版等的管制;对房地产市场,包括建筑市场的各种管制;对最低工资、最长工时等劳动保障以及消费者权益保护方面的管制;等等。不过,我们也可以看到,世界不同的司法区域可能会采取不同的态度。

一般地,交易越自由顺畅,交易越频繁、容易,一个社会就越繁荣、富强;相反,一个社会条条框框过多,这也不能干,那也不能干,交易受到不正常的抑制,这个社会就会经济贫困、物资匮乏。

当然,市场也不能离开政府而自足。市场需要政府制定规则、保护产权。另外,市场需要政府的补足。比如,某些公共品的生产很难通过市场提供,需要由政府提供。又如,两个人的交易可能给第三人造成损失,即存在负的外部性,因此政府会禁止恶意串通损害他人利益的行为。

市场与管制,市场与政府,各自的边界何在,是经济学和法学的重大课题。



案例 0-1

宁夏银海保丽板厂诉内蒙古明耀特种灯具有限公司购销合同纠纷案

(宁夏高级人民法院再审案,1994)^①

本案一审原告为宁夏银海保丽板厂(下称“保丽板厂”,二审被上诉人,再审被申请人),一审被告为内蒙古明耀特种灯具有限公司(下称“灯具公司”,二审上诉人,再审申请人)。双方当事人因三合板购销合同诉至法院。

1992年7月,灯具公司作为中外合资企业经国家工商总局登记依法成立,核准的经营范围是:生产销售特种灯泡,广告、装潢装饰灯,舞台艺术灯。1993年5月,灯具公司职员获悉山东泰安某公司(下称“泰安公司”)有一批三合板待售,同时又得知保丽板厂急需三合板。灯具公司遂于5月27日与泰安公司签订合同,购进三合板2万张,每张45.5元。灯具公司依据合同规定预付总货款的30%即28万元作为定金。5月28日,灯具公司又与保丽板厂签订购销三合板合同,规定:灯具公

^① 参见最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》(1994年第3辑),人民法院出版社1994年版。文字有删改。