

隋彭生 / 著

合同法论

法律出版社

合 同 法 论

隋彭生 著

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

合同法论/隋彭生著. —北京:法律出版社, 1997

ISBN 7-5036-2148-6

I. 合… II. 隋… III. 合同法-研究 IV. D913

中国版书图书馆 CIP 数据核字(97)第 08715 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/北京星月印刷厂印刷

排版/泰能照排中心

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/12.5 字数/336 千

版本/1997 年 6 月第 1 版 1997 年 6 月第 1 次印刷

印数/0,000—3,000

社址/北京市广外六里桥北里甲 1 号八一厂内(100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN -5036-2148-6/D · 1779

定价:23.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

目 录

导言	(1)
第一节 合同法概说	(1)
✓ 合同法的意义	(1)
二、我国社会主义合同法	(4)
第二节 合同正义与合同法原则	(7)
一、合同正义的基本内容和体现	(7)
二、正义要求之一：自由	(9)
三、正义要求之二：公正	(12)
四、正义实现的保障：诚实守信	(15)
第一章 合同的概念、分类和要件	(20)
第一节 合同的概念	(20)
✓ 合同是当事人之间设立、变更、终止债权债务关系 的协议	(20)
二、合同是指有效合同	(23)
第二节 合同的分类	(25)
一、合同分类的意义	(25)
二、有名合同与无名合同	(25)
三、诺成合同与实践合同	(26)
四、要式合同与不要式合同	(27)

✓ 五、双务合同与单务合同	(27)
六、有偿合同与无偿合同	(28)
七、射幸合同与实定合同	(29)
八、一次性给付合同与持续给付合同	(29)
九、主合同与从合同	(30)
十、预备合同与本合同	(31)
第三节 合同的要件	(32)
一、概说	(32)
二、当事人具有法定行为能力	(33)
三、意思表示一致	(33)
四、意思表示真实	(35)
五、不违反法律或者公共利益	(36)
六、标的可能	(37)
第二章 合同的订立	(39)
✓ 第一节 要约、承诺	(39)
一、要约	(39)
二、承诺	(47)
三、竞争性缔约程序	(50)
第二节 合同的条款	(51)
一、概说	(51)
二、实体条款与解决争议的条款	(52)
三、明示条款与默示条款	(59)
四、违约责任条款与免责条款	(61)
五、不可抗力条款与艰难条款	(64)
第三节 合同的形式	(65)
一、概说	(65)
二、口头形式	(66)

三、书面形式	(67)
四、关于“特殊书面形式”	(69)
五、默示形式	(70)
第三章 缔约责任	(72)
第一节 缔约责任的概念	(72)
一、缔约过失责任与缔约责任	(72)
二、缔约责任与合同效力	(74)
三、缔约责任与侵权责任	(75)
四、缔约责任与先合同义务	(76)
第二节 缔约责任的认定	(76)
一、缔约责任的归责原则	(76)
二、构成缔约责任的几种情况	(77)
第三节 缔约责任的承担	(81)
一、承担缔约责任的主体	(81)
二、承担缔约责任的方式	(82)
三、赔偿损失的范围	(83)
四、因违约赔偿范围与因合同无效赔偿范围的矛盾	(83)
第四章 合同的解释与补缺	(85)
第一节 合同解释	(85)
一、概说	(85)
二、合同解释的学说与原则	(87)
三、合同解释的规则	(89)
第二节 合同的补缺	(94)
一、概说	(94)
二、合同补缺与合同解释的联系和区别	(95)
三、合同补缺的步骤	(95)

四、依照推定的意图补缺	(96)
五、依照法律规定补缺	(97)
第五章 合同的解除、变更、转让和终止	(100)
第一节 合同的解除	(100)
一、合同解除的含义	(100)
二、合同解除的分类	(101)
三、合同解除的原因	(103)
四、合同解除的协议及解除权的行使	(107)
五、合同解除的效力	(109)
第二节 合同的变更	(112)
一、合同变更的含义	(112)
二、合同变更的基本条件	(112)
三、合同变更的程序和外在形式	(113)
四、合同变更的效力	(113)
第三节 合同的转让	(114)
一、合同转让的含义	(114)
二、合同转让的条件和要求	(115)
第四节 合同的终止	(116)
一、合同终止的含义	(116)
二、合同的相对终止与绝对终止	(118)
第六章 无效合同和可撤销的合同	(122)
第一节 无效合同和可撤销合同概述	(122)
一、无效合同概述	(122)
二、可撤销合同概述	(126)
三、无效合同与可撤销合同的区别	(129)
四、经公证的无效合同、可撤销的合同	(130)

五、无效合同、可撤销合同财产的返还	(132)
六、对无效合同特有的处理方法	(134)
第二节 主体不合格的合同	(136)
一、主体不合格的意义	(136)
二、自然人的主体资格	(137)
三、法人的主体资格	(140)
四、设立中的企业与破产企业的主体资格	(143)
五、领取《营业执照》的非法人经济组织的主体资格	(144)
第三节 以欺诈、胁迫手段订立的合同及乘人之危订立的合同	(145)
一、概说	(145)
二、欺诈	(147)
三、胁迫	(154)
四、乘人之危	(158)
第四节 恶意串通订立的合同	(159)
一、恶意串通的含义	(159)
二、恶意串通与行贿	(161)
第五节 因重大误解订立的合同	(164)
一、概说	(164)
二、重大误解与合同未成立、合同解释	(166)
三、构成重大误解的条件	(169)
四、双方误解和单方误解	(172)
五、误解的内容	(173)
六、不影响合同效力的误解	(176)
七、重大误解的可宽宥性	(177)
第六节 显失公平的合同	(178)
一、概说	(178)
二、显失公平合同的要件	(179)

三、强调主观要件的理由	(181)
四、意思瑕疵的原因或表现	(184)
五、对待给付是否失衡的判断	(190)
六、对风险承担是否显失公平的认定	(192)
第七节 无权代理、滥用代理权订立的合同	(195)
一、概说	(195)
二、无权代理订立的合同	(195)
三、表见代理与合同效力	(197)
四、滥用代理权订立的合同	(201)
第八节 有权利瑕疵的合同	(202)
一、概说	(202)
二、买卖合同的权利瑕疵	(207)
三、租赁合同的权利瑕疵	(210)
四、承包经营合同的权利瑕疵	(211)
五、转让知识产权合同的权利瑕疵	(211)
六、非专利技术转让合同的权利瑕疵	(214)
第七章 合同的担保	(216)
第一节 担保概述	(216)
一、《担保法》的适用	(216)
二、担保的含义	(218)
三、担保法律关系	(220)
四、担保的分类	(221)
五、反担保	(222)
六、主合同效力与担保合同效力的关系	(224)
第二节 保证	(228)
一、保证的概念和特征	(228)
二、保证人	(229)

三、保证合同	(233)
四、一般保证与连带责任保证	(236)
五、保证责任	(239)
六、保证人不承担保证责任、民事责任的情况	(247)
第三节 抵押	(249)
一、抵押的概念和特征	(249)
二、抵押物	(251)
三、抵押合同	(253)
四、抵押物登记	(256)
五、抵押的效力	(259)
六、抵押权的实现	(261)
七、最高额抵押	(263)
八、民用航空器抵押和船舶抵押	(264)
第四节 质押	(268)
一、质押概述	(268)
二、动产质押	(269)
三、权利质押	(274)
第五节 留置	(280)
一、留置的含义及性质	(280)
二、定作合同的留置权及相关问题	(282)
三、留置权的合意设定与排除	(283)
四、留置与动产质押、同时履行抗辩权的区别	(284)
五、留置权成立的条件	(285)
六、不产生留置权的几种情况	(287)
七、留置权的效力	(288)
八、留置权的消灭	(291)
第六节 定金	(292)
一、定金的概念	(292)

二、定金的成立与生效	(294)
三、定金的性质	(296)
四、对有关“特殊定金”的探讨	(300)

第八章 合同的履行..... (305)

第一节 合同履行的概念和基本要求..... (305)

一、合同履行的概念	(305)
二、对合同履行原则的简要评述	(305)
三、合同履行的基本要求	(307)

第二节 履行抗辩权..... (309)

一、概说	(309)
二、同时履行抗辩权	(311)
三、先履行抗辩权	(316)
四、不安抗辩权	(327)

第三节 情事变更原则..... (331)

一、情事变更原则的含义	(331)
二、情事变更与相关概念	(333)
三、情事变更原则的合理性	(335)
四、情事变更原则的适用条件	(337)
五、情事变更原则的效力	(339)

第九章 违约责任..... (342)

第一节 违约责任概述..... (342)

一、违约责任的概念	(342)
二、违约过错	(344)
三、违约责任与侵权责任的竞合	(346)
四、加害给付	(347)

第二节 违约行为..... (349)

一、概说	(349)
二、根本违约	(350)
三、预期违约	(351)
四、实际违约	(358)
第三节 承担违约责任的方式	(365)
一、支付违约金	(365)
二、赔偿损失	(371)
三、继续履行	(377)
四、其他责任形式	(380)
第四节 不可抗力与免责	(382)
一、不可抗力的概念	(382)
二、不可抗力事件的范围	(383)
三、不可抗力与免责	(385)
主要参阅书目	(387)

导 言

第一节 合同法概说

一、合同法的意义

合同法是以正义为最高价值目标,以原则规范为骨架的法律规则体系。合同法是通过对合同的规制,调整商品交换关系的法律。无数合同关系,构成商品交换关系的总汇。合同的总和,即市场。合同法是调整市场关系的基本法律。

合同法体现了商品交换运行的客观规律。凝聚着人类社会自有商品交换以来的经验、技巧和方法。合同法规则是实践的反映和要求,是人类哲学思想、道德思想、经济思想结晶之一。

买卖是最原始、最基本的交易形式。合同法规则,是以买卖规则为基础发展起来的。在原始社会后期,产品有了剩余的时候,就有了物物交换。买卖由物物交换发展为物与一般等价物的交换。对此《民法大全》中有一段精彩的论述:“买卖起源于交换。因为过去没有货币,因此,也就没有商品和价格的区分。每个人都是根据自己不同时期、以及对不同物品的需要,用多余的物品换取紧缺的物品。然而,并非总是、也并非轻而易举地就能遇到你有的正是我要的,而我有的也正是你愿意接受的情况。因此,要选择一种公认的,并且具有永久价值的物品,以其数量的公正来解决交换中出现的困难。这种被印上正式标记的物品是以它的量而不是以它的质供人们使用和占有。此后,不再是两种物品均被称为商品,而是其中之一被称作货币了。”^①

^① 丁玫译:《民法大全选译(债·契约之债)》,中国政法大学出版社,1992年版,第59页。

交换由于反复进行,逐渐形成了一定的规则。“当习惯和当事人的誓言不足以保障交换规则的实行时,于是需要有由全社会认可或制定的法律规范,交换规则取得了法律规定的形式,这就是合同。人类社会最早的法是由习惯法发展而来的,称为习惯法。”^① 人类社会最早的法,是以买卖规则为基本内容的。各国法设定的规则,也是在买卖规则的基础上发展起来的。有的国家法律明确规定:有关买卖合同的规定,准用于其他合同。

法,使当事人之间的合同产生了债的效果或使合同具有强制执行力。合同的订立、履行等,应当符合法的要求,当事人的行为能否产生预期的法律效果,要看合同是否合法。合法的合同,在当事人之间有相当于法的效力。法使合同“具有了法的形式”。合同是当事人确立债权债务关系的合意,这种合意之所以能够发生效力,在于法的认可和维护。反过来说,依法成立的合同,获得了强制力。这种强制力集中体现为合同的履行效力。履行效力又集中体现为双方财产依约交换,实现财产的流转。违约效力是由履行效力派生出来的,这种效力是被违约人行使相应的权利,违约人承担相应的责任。总之,没有法作为后盾,合同就将成为空言和废纸。

合同可以视作当事人进行交换的中性工具,法通过对合同的规制,调整商品交换关系。在成熟的法理论指导下,法对合同的规制目前已经趋于完善。从合同的过程看,法对合同的订立、履行到合同的消灭,都设定了轨道,从整个社会看,合同的订立、履行、消灭的过程,就是经济流转的过程,法通过对个体利益的保护,体现了对社会整体利益的保护。从对个别正义的维护,进而维护了社会正义,又以社会正义,限制了个别正义。从合同的效力看,法不仅规定了合同有效、无效的标准,还使合同具有了相当于法的效力,使合同成为当事人之间的债的锁链,当事人欲从债的锁链解

① 王家福等著:《合同法》,中国社会科学出版社,1986年版,第17页。

脱出来,正常途径就是履行。从对合同关系的保护来看,合同法建立了违约责任制度,使违约人要负担违约成本,使被违约人获得法律救济。从合同对待给付关系看,合同法肯定了平等主体等量交换的最一般法则,对显失公平的合同持否定态度。从自助手段来看,合同法赋予当事人在符合法定条件时享有解除权、履行抗辩权,使当事人有自救的手段和机会,如果一切问题都经过法院或仲裁机关,法院和仲裁机关将不堪重负,效率将大大降低,合同成本也将大大提高。从合同争议解决看,当事人可以自行和解,当事人不能自行解决争议时,法院可以作出正义的裁判,并将裁决强制执行,当事人还可以共同请求第三人(仲裁机构)居中公断,公断的结果,可由法院强制执行。

合同法高擎合同自由的大旗,同时又铸起公正的盾牌,限制合同自由并作为合同自由的补充。合同法鼓励当事人依自由意志建立合同关系,同时又在特定条件下,补充、推定、解释当事人的意思,在发生重大误解、显失公平的情况下,又给当事人撤销合同的机会。

合同法体现了对当事人周到的保护。合同法要求当事人有思维能力,能够预见合同的后果。合同法不但对合同确立的债权债务关系予以保护,还要求当事人在缔约过程中承担相应的义务。不但将已经成立的合同置于自己的保护之下,还对当事人的交易过程予以关注,要求当事人不违反合同义务。当因不可抗力、情事变更致使合同的基础丧失时,合同法使当事人有从合同中解放出来的机会。在正义目标的驱动下,当代合同法对当事人的关怀,几乎到了无微不至的地步。合同法为市场主体撑起保护之伞,同时又在违法者的头顶悬起制裁之剑。

合同法设定了一整套严密的规则,使当事人有所遵循。合同法作为法律,具有强制性。但合同法规范,大多为任意性规范,当事人可以以合意排除其适用,这并不排除合同法的倡导性和指导性。为了体现社会公正与合同本身的公正,合同法设定了当事人必须遵循的强行性规范。合同法对任何国家来讲,都是不可或缺的法律工具。有商品

流转,就有合同法。

各国的历史、文化的不同,合同法赖以存在的基础不同,致使各国合同法的表现形式不同。大陆法与英美法形成鲜明的对照。

大陆法国家虽有完整的合同法规范体系,但并没有独立的合同法典。合同法规范都包括在民法典、商法典以及单行法律之中。大陆法将调整合同、侵权、不当得利、无因管理而产生的债权债务关系法律规范的总和,称为债权法或债务关系法。脱离债的概念和与债有关的概念,就难以阐释合同法。英美合同法的规范,主要源于法院判例,有关合同的制定法也是合同法的渊源。两大法系的合同法虽然表现形式不同,但从合同的指导思想与设定的规则上看,取得了惊人的一致。大陆法有对待给付,英美法有对价;大陆法有显失公平的合同,英美法有对价不充分的合同;大陆法有不可抗力 and 情事变更,英美法有合同落空;大陆法有违约责任,英美法有违约补救;大陆法认为合同是当事人确立债权债务关系的合意,英美法则认为合同是一方当事人为另一方当事人提供的允诺;等等。概念、术语的不一致,并不妨碍规则实质的一致性。两类合同法虽表现形态差异较大,但都不妨碍其对市场交换基本规律的概括和总结,两大法系的合同法理论,对我们具有借鉴意义。不容否认,国情不同、经济基础不同、文化传统不同、市场发育程度的不同、立法技术的不同,必然导致合同法内容有所区别。我国社会主义合同法应有自己的本质特色。

二、我国社会主义合同法

对我国社会主义合同法,一般认为有过三次大的发展。“第一次大的发展从 1950 年开始到 1956 年;第二次大的发展开始于 1961 年,迄于 1965 年;第三次大的发展时期是从 1978 年党的十一届三中全会开始的。在这三次大发展时期之间的,是我国合同法停滞和遭受破坏的时期,即发生在五十年代后期的‘大跃进’、‘共产风’时期,以

及从 1966年开始的 10 年“文化大革命”时期。^① 上述发展时期的分类,无疑是很有道理的。不过法律的发展也可以法律、法规的颁布为标志。在我国,经济合同法的颁布和实施,是我国合同立法走向成熟的一个标志。

(一) 建国后至 1981 年《经济合同法》颁布以前,我国有关合同的法律规范,主要包含在法规性文件之中。法规对于合同的规制,还不够成熟。这个阶段的合同法规有它自己的特点。其一,是计划经济的产物,体现了为国家计划服务的思想,成了保护计划的贯彻、落实的工具。当事人的意思自治,受到很大限制。合同应当是自由意志的交汇,而计划体制下的合同,当事人的意志必须符合国家通过计划体现出来的意志。在这种情况下,不可能有合同自由的原则存在。其二,附属于计划经济的合同法律规范,排斥与市场经济密切相连的法律概念。比如,回避买卖的概念。法规中一般不提买卖,而称“采购”、“推销”、“交换”、“供应”、“调剂”、“购销”、“定货”、“产销”等,上述交易,均属买卖。但在法规性文件中,表现出对买卖的恐惧和回避。这与当时的意识形态也有密不可分的关系。其三,主要是对企业、事业单位的合同关系作出规定,且比较分散。

(二) 1981 年 12 月 13 日,第五届全国人民代表大会通过了《中华人民共和国合同法》。这是我国建国以来第一次以基本法律的形式对合同关系进行调整。《经济合同法》规定了十种有名合同。根据《经济合同法》制定的条例和细则主要有: 1. 《建设工程勘察设计条例》(国务院 1983 年 8 月 8 日发布)。2. 《建筑安装工程承包合同条例》(国务院 1983 年 8 月 8 日发布)。3. 《财产保险合同条例》(国务院 1983 年 9 月 1 日发布)。4. 《工矿产品购销合同条例》(国务院 1984 年 1 月 23 日发布)。5. 《农副产品购销合同条例》(国务院 1984 年 1 月 23 日发布)。6. 《加工承揽合同条例》(国务院 1984 年 12 月 20 日

① 王家福等著:《合同法》,中国社会科学出版社,1986年版,第 141 页。