

合同法研究

HETONGFA YANJIU

○柴振国 何秉群 等著

书馆

警官教育出版社

合同法研究

柴振国 何秉群 等著

警官教育出版社

·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

合同法研究/柴振国 何秉群等著. - 北京: 警官教育出版社, 1999.6

ISBN 7-81062-170-X

I. 合… II. 柴… 何… III. 合同法-研究 IV. D923.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 28380 号

合 同 法 研 究
HETONGFA YANJIU
柴振国 何秉群 等著

出版发行: 警官教育出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里公安大学 368 信箱

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷 厂: 河北省抚宁县印刷厂

版 次: 1999 年 6 月第 1 版

印 次: 2000 年 6 月第 3 次

印 张: 19.75

开 本: 850 毫米 × 1168 毫米 1/32

字 数: 496 千字

印 数: 4001 册 - 6000 册

ISBN 7-81062-170-X/D·90

定 价: 30.00 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) 63274348

版权所有 翻印必究

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

序

浏览商品经济发展的历史，很容易发现：合同乃商品流转手段之最；在法的王国，合同法又是动态过程的民法之最；作为调整平等的交换关系的法律规范，合同法一直是债法最具生机的代表。在内容极为庞杂的市场规则、规范中，合同法是其最主要、最有权威的组成部分。随着我国社会主义市场经济体制的确立，市场经济是契约经济的观念日渐为人们所接受，而契约意识的提高，契约观念的扩充，必然对市场经济发展的环境和条件提出更高的要求，而创造这种良好环境和条件，不仅需要完善的合同法律制度，而且要从理论与实践上对这些法律制度进行研究和探索，使之能更好的为人们所接受并自觉遵守。

法学需要实践，因为法学本身是一门应用科学，法律的每一个规范都来源于社会生活并服务于社会。法学需要理论，因为只有正确的理论指导才能使法律的实践不致出现大的误差。我国的合同立法由建国初期的单行法规，到《经济合同法》、《涉外经济合同法》、《技术合同法》三足鼎立，再到目前统一《合同法》的颁布，合同立法实践经历了曲折而辉煌的历程。同我国合同立法实践相比，合同法理论研究似乎并未随着实践的发展而深入下去，很长时间里，学者们多从债的角度来分析合同，单独研究合同法的专著并不多见；因新的《合同法》刚刚颁布，从理论上对其进行系统研究的著述更为鲜见。这本书是新《合同法》颁布之后，较早系统阐述合同法理论与实践的著作。

本书作者对合同法的研究，依新《合同法》体系为框架，但

超出了对现行合同法的注释、解释的范畴，而从法理的角度进行探索；在对各种不同学术观点进行分析研究的基础上，在某些方面提出了自己较新的见解，如：对合同法原则的认识、对合同订立的认识、缔约责任的认识、履行抗辩的认识及合同归责原则的认识等；在研究方法上，以比较研究为基础，对不同国家的立法规范进行分析比较，从而得出可能适合于我国立法及实践的结论。

本书的作者是长期从事合同法、经济法教学与科研工作的中青年教师，该书是他们长期教学、科研与社会实践成果的总结。毋庸讳言，该书在某些方面存在着不足，需要作者去努力提高，但作为新《合同法》颁布之后较早系统探讨合同法理论与实践的著作，值得推荐；特别是作者对合同法理论勇于探索的精神和勇气，值得提倡和鼓励。

是为序。



1999年5月1日

序者为我国著名民法学家、中国政法大学教授、博士生导师、《中华人民共和国合同法》起草小组组长。

目 录

| | |
|---------|-----|
| 序 | (1) |
|---------|-----|

第一部 总

| | |
|----------------------------|-------------|
| 第一题 合同法一般问题研究 | (3) |
| 一、合同的内涵与外延 | (3) |
| 二、合同法的内涵与体系 | (14) |
| 三、合同法的原则及评价 | (20) |
| 四、合同法的历史与未来 | (28) |
| 第二题 合同分类的研究 | (39) |
| 一、合同分类的意义和标准 | (39) |
| 二、对国外立法合同分类的考察 | (40) |
| 三、我国立法对合同的分类 | (49) |
| 第三题 合同订立研究 | (54) |
| 一、合同订立的含义与要件 | (54) |
| 二、合同订立的主体与客体 | (57) |
| 三、合同订立的规则与方式 | (61) |
| 四、竞争缔约与强制缔约 | (74) |
| 五、标准合同与事实合同 | (78) |
| 六、缔约责任 | (82) |

| | | |
|------------|-------------------------|--------|
| 第四题 | 合同的内容与形式研究 | (88) |
| 一、 | 合同的权利与义务..... | (88) |
| 二、 | 合同的主要条款与普通条款..... | (93) |
| 三、 | 合同的一般形式与特殊形式..... | (100) |
| 第五题 | 合同效力研究 | (112) |
| 一、 | 合同效力的含义与评价..... | (112) |
| 二、 | 合同的生效要件..... | (113) |
| 三、 | 附条件和附期限的合同..... | (118) |
| 四、 | 无效合同及评价..... | (121) |
| 五、 | 可撤销合同及评价..... | (133) |
| 六、 | 效力待定合同及评价..... | (139) |
| 七、 | 无效合同、可撤销合同的法律后果..... | (142) |
| 第六题 | 合同履行研究 | (146) |
| 一、 | 合同履行的学说与评价..... | (146) |
| 二、 | 合同履行的原则与评价..... | (148) |
| 三、 | 条款约定不明的补缺性法律规定..... | (153) |
| 四、 | 合同解释..... | (158) |
| 五、 | 合同履行中的抗辩权..... | (160) |
| 六、 | 合同履行中的第三人..... | (168) |
| 七、 | 合同的保全..... | (170) |
| 八、 | 合同履行中的其他问题..... | (177) |
| 第七题 | 合同担保研究 | (179) |
| 一、 | 合同担保的界定与评价..... | (179) |
| 二、 | 保证..... | (185) |
| 三、 | 定金..... | (194) |
| 四、 | 抵押与质押..... | (199) |
| 五、 | 留置..... | (207) |

| | |
|----------------------------|--------------|
| 六、反担保探讨 | (211) |
| 第八题 合同变更与转让研究 | (214) |
| 一、合同变更的界定 | (214) |
| 二、情势变更与合同落空规则评介 | (221) |
| 三、合同转让的界定 | (235) |
| 四、合同权利让与 | (239) |
| 五、合同义务的转移与债务加入 | (247) |
| 六、合同承受 | (252) |
| 第九题 合同解除研究 | (255) |
| 一、合同解除的界定与比较 | (255) |
| 二、合同解除的种类及原因 | (261) |
| 三、合同解除的程序 | (268) |
| 四、合同解除的效力及后果 | (273) |
| 第十题 合同终止研究 | (278) |
| 一、合同终止的界定 | (278) |
| 二、清偿与解除 | (282) |
| 三、提存与抵销 | (292) |
| 四、免除与混同 | (300) |
| 第十一题 违约责任研究 | (304) |
| 一、违约责任的界定和分类 | (304) |
| 二、无过错责任原则与过错责任原则 | (310) |
| 三、预期违约与实际违约 | (316) |
| 四、违约责任构成要件与免责条件 | (325) |
| 五、承担违约责任的方式 | (327) |
| 六、违约责任与侵权责任的竞合 | (332) |
| 第十二题 合同管理研究 | (336) |
| 一、合同管理的界定与评价 | (336) |

| | |
|------------------------|-------|
| 二、对利用合同进行违法行为的查处 | (345) |
|------------------------|-------|

第二部 分 则

| | |
|-----------------------------------|--------------|
| 第十三题 买卖合同研究 | (351) |
| 一、买卖合同的界定 | (351) |
| 二、买卖合同当事人的权利与义务 | (356) |
| 三、样品买卖与试用买卖 | (372) |
| 四、招标投标买卖与拍卖 | (375) |
| 五、分期付款买卖与易货贸易 | (380) |
| 第十四题 供用电、水、气、热力合同研究 | (383) |
| 一、供用电、水、气、热力合同的界定 | (383) |
| 二、供用电、水、气、热力合同的订立 | (386) |
| 三、供用电、水、气、热力合同当事人的权利与 义务 | (390) |
| 第十五题 赠与合同研究 | (392) |
| 一、赠与合同的界定 | (392) |
| 二、赠与合同的成立与效力 | (397) |
| 三、附义务赠与 | (403) |
| 第十六题 借款合同研究 | (405) |
| 一、借款合同的界定 | (405) |
| 二、借款合同的订立 | (412) |
| 三、借款合同当事人的权利与义务 | (417) |
| 四、借款合同的责任 | (418) |

| | |
|----------------------------|-------|
| 第十七题 租赁合同研究 | (423) |
| 一、租赁合同的界定 | (423) |
| 二、租赁合同的订立 | (428) |
| 三、租赁合同当事人的权利和义务 | (431) |
| 第十八题 融资租赁合同研究 | (441) |
| 一、融资租赁合同的界定 | (441) |
| 二、融资租赁合同的内容 | (447) |
| 三、融资租赁合同当事人的权利和义务 | (449) |
| 第十九题 承揽合同研究 | (459) |
| 一、承揽合同的界定 | (459) |
| 二、承揽合同的内容与当事人的权利、义务 | (466) |
| 三、承揽合同的终止 | (474) |
| 第二十题 建设工程合同研究 | (478) |
| 一、建设工程合同的界定 | (478) |
| 二、建设工程合同的订立 | (483) |
| 三、勘察、设计合同 | (492) |
| 四、施工合同 | (496) |
| 第二十一题 运输合同研究 | (502) |
| 一、运输合同的界定 | (502) |
| 二、旅客运输合同 | (504) |
| 三、货物运输合同 | (510) |
| 四、多式联运合同 | (515) |
| 第二十二题 技术合同研究 | (520) |
| 一、技术合同的界定 | (520) |
| 二、技术合同的形式与内容 | (524) |
| 三、技术开发合同 | (530) |

| | |
|---------------------------|--------------|
| 四、技术转让合同 | (537) |
| 五、技术咨询合同 | (549) |
| 六、技术服务合同 | (550) |
| 第二十三题 保管合同研究 | (552) |
| 一、保管合同的界定 | (552) |
| 二、保管合同当事人的权利与义务 | (557) |
| 第二十四题 仓储合同研究 | (566) |
| 一、仓储合同的界定 | (566) |
| 二、仓储合同当事人的权利和义务 | (570) |
| 第二十五题 委托合同研究 | (578) |
| 一、委托合同的界定 | (578) |
| 二、委托合同当事人的权利与义务 | (585) |
| 三、委托合同的终止 | (592) |
| 第二十六题 行纪合同研究 | (596) |
| 一、行纪合同的界定 | (596) |
| 二、行纪合同当事人的权利与义务 | (601) |
| 第二十七题 居间合同研究 | (608) |
| 一、居间合同的界定 | (608) |
| 二、居间合同当事人的权利与义务 | (613) |
| 附：主要参考书目 | (618) |
| 后 记 | (620) |

第一部 总 则

第一题 合同法一般问题研究

一、合同的内涵与外延

(一) 合同的基本内涵

合同又称“契约”，其内涵十分丰富，应用十分广泛。从理论上对合同内涵的解释，各国学说及立法因其角度不同而不同。

就大陆法系而言，以法国、德国、瑞士、日本、意大利为代表的大陆法系合同法的形成，受到了罗马法和教会法的巨大影响，形成了不同的学说。^①其一，“合意之债”说。《法国民法典》给合同所下的定义是：“契约，为一人或数人对另一人或数人承担给付某物、作或不作某事的义务的合意”。依此解释，合同是特定当事人之间的一种法律关系，这种关系是基于双方当事人的合意而产生的，即双方当事人之间的意思表示一致。而这种合意是由当事人在意思自治的前提下达成的。合同的基本内容是给付，而这种给付要具有一定的原因。其二，“私法合同”说。在《德国民法典》中，同时存在着法律行为、债和合同三个概念，合同是各具体合同种类的抽象，债是合同、侵权责任、不当得利的抽象，因而，合同是债的种概念。但其与法国合同含义不同的是，法国的合同仅指债权合同，不包括其他合同关系，德国的合同则是广义上的私法合同，它是一种双方法律行为，是指发生私法上效果的一切以意思一致为要素的行为。《德国民法典》第305条规定：“以法律行为发生债的关系或改变债的关系的内

^① 周林彬：《比较合同法》，兰州大学出版社，1989年版，第77页。

容者，除法律另有规定外，必须有当事人双方之间的契约。”因而契约是发生、变更债的关系的法律行为。当然，这种“契约之本质在于意思合致”。^① 在德国这种合同中，不但包括所有以债的发生为直接目的的合同，也包括物权合同、身份合同等。

就英美法系而言，把合同看作是可依法执行的诺言，即“合同是一种允诺”学说。认为合同是“按照充分的对价去做或不去做某一特殊事情的协议”。^② 美国《法律重述·合同》（第二版）第1条规定：合同是一个允诺或一系列允诺，违反该允诺将由该法律给予救济，履行该允诺是法律所确认的义务。英国《不列颠百科全书》给合同下的定义是：“合同是可以依法执行的诺言。这个诺言可以是作为，也可以是不作为”。^③ 因此，在英美法系，合同是一种允诺，而这种允诺又是以对价为前提的。一方的意思并不能形成合同，互为对价的两个诺言，才能成立合同。按照传统的观点，对价是指要约人获取的利益，或者受约人承受的损失。这种对价学说是英美合同法和大陆合同法最显著的差别之一。英美法在合同含义方面的另一个特点是不太注重合同是一种协议，强调合同是“一个许诺”，这也许是一种缺陷，实际上合同是“一个许诺报答另一个许诺”或“一种行为报答一个许诺”这样一种关系。另外，在英美法系法律理论中，并没有民法、债法等概念，合同法是与侵权法、财产法并存的法律制度，而大陆法中的合同是债的一种，而且把无因管理、不当得利与合同一起概括为债，这也是二者的区别所在。这种合同立法归属与划分的不同，也对合同涵义的不同产生影响。当然，当代英美法系的一些学者已经注意到了合同定义的缺陷，并力图将大陆法系合同涵义移植到英美法系合同法中，把合同看作产生债的双方当事人的

① 胡长青：《中国民法债编总论》，商务印书馆，1934年，第16页。

② 高尔森：《英美合同法纲要》，南开大学出版社，1984年版，第3页。

③ （意）彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，第307页。

合意，而将诸如记录合同、盖印合同、准合同等，从合同涵义中排除出去，这就使得两大法系的合同涵义正趋向统一。^①

我国的合同法理论研究中，对合同概念的定义和特殊的历史背景有关，近代中国的民法理论和民事立法主要受到德国、日本和瑞士法的影响；现代中国的民法和合同法理论主要受苏联立法的影响。因此，我国早期的合同含义，大体和苏联法学观点相同，一般都认为合同在本质上是一种协议，是双方当事人为实现一定目的而达成的协议。在我国合同法理论研究初期，学者们从不同的角度对合同的涵义进行论述，形成了多种不同的观点，主要有：（1）经济手段说。该学说认为，合同是生产环节之间以及企业与企业之间进行经济活动的经济手段。（2）经济活动协议说。该学说认为，合同是一种经济活动协议，一般由两个企业或单位按照商定的内容写成。（3）书面协议说。该学说认为，合同是双方当事人为达到一定的经济目的而以法定的方式签订的书面协议。（4）法律行为说。认为合同是当事人之间设立、变更、消灭民事权利义务关系的意思表示一致的法律行为。（5）法律上行为说。认为合同是当事人之间关于设立、变更、终止民事权利义务关系上的一种法律上的行为。^②（6）合意说。认为合同是当事人之间设立、变更、终止债权债务关系的合意。^③ 1981年颁布的《经济合同法》，给经济合同下的定义是：经济合同是法人之间为实现一定的经济目的，明确相互权利义务关系的协议。1993年重新修改的《经济合同法》，将经济合同定义为：平等民事主体的法人，其他经济组织、个体工商户、农村承包经营户相互之间，为实现一定经济目的，明确相互权利义务关系的协议。从现

① 马俊驹等：《民法原论（下）》，法律出版社，1998年8月版，第534页。

② 《新中国民法学研究综述》，中国社会科学出版社，1990年版，第411、412页。

③ 梁慧星：《民法学说判例与立法研究》，第245页。

行民事立法来看,《民法通则》给合同下的定义是:合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。

研究合同的涵义,或给合同下定义,往往要涉及到合同的适用范围。我国学者在讨论制定统一的合同法过程中,因涉及到合同的适用范围不同,而形成了不同的观点。其一,广义的合同概念。广义的合同是指以确定权利、义务为内容的协议,即指当事人之间为实现一定目的,明确相互权利义务关系的协议。这种合同除民事合同外,还包括行政法上的合同、劳动法上的合同、国际法上的国家合同等。其二,狭义的合同概念。狭义的合同是将合同视为民事合同,一般指确立、变更、终止民事权利义务关系的合同。目前我国许多学者采纳这种狭义的概念。^①但也有些学者在此基础上个别地方作了补充,认为“我国合同法上的合同是指当事人之间设立、变更、终止财产性的民事权利义务关系的协议”。^②或认为“合同是当事人之间产生、变更、终止民事权利义务关系的意思表示一致的法律行为”。^③其三,最狭义的合同概念。认为民法学说通常所说的合同是“平等主体之间设立、变更、终止债权债务关系的协议”。^④有的学者认为《民法通则》给合同所下的定义,并非指民法上的合同,其所述“民事关系”仅是指债权债务关系。且我国民法不承认物权行为,那些非发生债权债务关系的合意(如自愿结婚和离婚等)在我国法律中均不称为合同。^⑤合同的内涵仅包括因债权债务关系而形成的合意。

我国的合同立法如何给合同的内涵作出准确的界定,有的学者指出:“最狭义的合同概念将合同视为民法范畴,这无疑是正

① 佟柔主编:《民法原理》,法律出版社,1986年版,第259页。

② 马俊驹:《民法原论》,法律出版社,1998年8月版,第535页。

③ 王利明等:《合同法新论·总则》,中国政法大学出版社,1996年版,第6页。

④ 崔建远:《合同法》,法律出版社,1998年版,第1页。

⑤ 王利明:《统一合同法制定中的若干疑难问题的探讨(上)》,《政法论坛》,1996年第4期。