



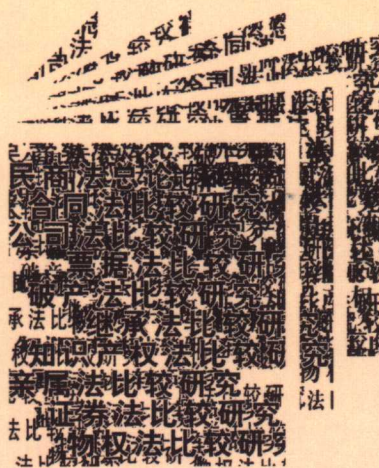
比较民商法丛书

主编/徐武生/靳宝兰

合同法 比较研究

HETONGFABIJIAOYANJIU

陈静娴/著



中国人民公安大学出版社

比较民商法丛书

合同法比较研究

陈静娴 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

合同法比较研究/陈静娴著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2004. 11

(比较民商法丛书)

ISBN 7-81087-920-0

I. 合... II. 陈... III. 合同法—对比研究—世界
IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 132878 号

合同法比较研究

HETONGFA BIJIAO YANJIU

陈静娴 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京泰锐印刷厂

版 次: 2006 年 1 月第 1 版

印 次: 2006 年 1 月第 1 次

印 张: 12.375

开 本: 850 毫米 × 1168 毫米 1/32

字 数: 306 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

ISBN 7-81087-920-0/D · 683

定 价: 22.00 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) 83903254

版权所有 侵权必究

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

www.jgclub.com.cn

编委会名单

编委会主任 赵中孚

编委会委员 (以姓氏笔画为序)

王作堂 王益英 叶 林 田建华

龙斯荣 龙翼飞 李大元 刘天兴

汤 兴 巫昌禎 赵中孚 徐武生

梁叔文 崔建远 崔洪夫 谢邦宇

靳宝兰

执行主编 徐武生 靳宝兰

总 序

比较民商法不是一种法律制度或法律部门，通常是指对不同国家或地区的民商法进行比较研究，也称比较民商法学，是比较法学的一个重要分支学科。在比较法学历史上，对民商法的比较研究是比较法学兴起的先驱和主流。自 19 世纪开始，比较法学在民法、商法等领域最为流行^①。第二次世界大战结束以后，比较法学虽然有了较大的发展，其研究范围不断扩大，但私法的比较研究仍占据主导地位，最有代表性的《国际比较法百科全书》就是以民商法为主要内容的。

比较民商法在全方位、多层面上开展对民商法的比较研究。其比较方法包括一般比较与部门比较，宏观比较与微观比较，横向比较与纵向比较，内容比较与形式比较，等等。但在诸种比较方法中，真正从方法论意义上讲的方法不外乎是两种，即“描述性比较”和“分析性比较”的方法^②。

“私法是众法之基，欲治公法必先治私法。”基于私法即民商法在世界各国法律体系中的地位，决定了开展民商法的比较研究具有重要的意义。当前，我国正在积极研究制定民法典，需要对世界上发达国家和地区调整市场经济立法中的先进法律规则和立法技术进行大胆借鉴和移植，这就要以民商法的比较研究为基

① 沈宗灵：《比较法总论》，北京大学出版社 1987 年 11 月版，第 23 页。

② 米键等译：《比较法律传统》，中国政法大学出版社 1993 年 1 月版，第 5 页。

础和前提。有比较才能有鉴别,才能择其优者而采之。在司法实践中,无论是私法的适用还是公法的适用,也都需要法律工作者开拓视野,熟悉世界上一些主要国家和地区有关民商法的基本规定和学说,掌握各法律部门之间的内在联系,从而在更高的层次上领会法的精神,不断提高执法和司法水平。对于法学教育和研究而言,开展民商法的研究更具有深远的意义。比较民商法为政法院系师生及科研人员提供了一些全新的信息,他们从中可以了解和尊重其他国家特有的民商法文化,从而更好地加深理解本国的法律,不断完善知识结构,提高研究水平,以便为本国的法制建设提供更科学、更可靠的理论指导。

目前,我国有关民商法的比较研究已经取得了一定的进展,出版了若干部比较民法的著作,有的高等院校还开设了比较民法的课程。但是,从总体上看,对于民商法的比较研究还不够全面和深入,有关比较民商法的著述亦未形成系列,这与有关本国民商法的研究是不成比例的。为此,我们编写了这套比较民商法系列丛书,期望推动法制建设和学术研究进一步发展。本套丛书包括:民法总论比较研究、物权法比较研究、合同法比较研究、亲属法比较研究、继承法比较研究、知识产权法比较研究、公司法比较研究、票据法比较研究、证券法比较研究、破产法比较研究。

本套丛书的作者分别来自中国人民公安大学、中国人民大学、对外经济贸易大学、中南财经政法大学、厦门大学以及全国人大常委会法工委及中国证监会等单位,既有理论界的专家教授,也有相关部门的法学工作者。他们均为中青年学者,大都具有博士学位,理论功底扎实,学术造诣较深;思维敏捷,锐意进取,常年活跃在相关领域的学术前沿,且熟悉具体的实务操作,为保证丛书的质量奠定了坚实的基础。

本套丛书编委会由国内若干知名民法学者组成,北京市民商

总 序

法研究会会长赵中孚教授任编委会主任，中国人民公安大学徐武生教授和靳宝兰教授任主编，统一负责书稿的审定和修改工作。

由于目前新兴法学中许多理论和实践的新问题层出不穷，囿于编者水平，定有偏颇和失当之处，敬祈读者批评和指正。

最后，由衷地感谢在本套丛书的策划、出版过程中付出了大量心血的中国人民公安大学出版社策划一部全体编辑。

编者

2004年8月

目 录

第一章 合同与合同法	(1)
第一节 合同的概念	(1)
第二节 合同的分类	(10)
第三节 合同法的概念与体系	(23)
第二章 合同的订立	(30)
第一节 要约	(30)
第二节 承诺	(48)
第三节 合同的内容和形式	(59)
第四节 缔约过失责任	(65)
第三章 合同的效力	(80)
第一节 合同效力概述	(80)
第二节 合同的生效要件	(83)
第三节 违反生效要件合同的处理	(92)
第四章 合同的解释	(103)
第一节 合同解释概述	(103)
第二节 合同解释理论的历史发展	(127)
第三节 合同解释的规则	(137)
第五章 合同的履行	(162)
第一节 合同履行概述	(162)
第二节 合同履行的具体规则	(167)
第六章 合同的变更与转让	(189)
第一节 合同的变更	(189)

第二节 合同的转让	(202)
第七章 合同的担保	(237)
第一节 合同的担保概述	(237)
第二节 保证	(253)
第三节 定金	(285)
第八章 合同的解除	(298)
第一节 合同解除概述	(298)
第二节 合同解除的形式	(304)
第三节 合同解除的程序	(324)
第四节 合同解除的效力	(329)
第九章 违约责任	(348)
第一节 违约责任概述	(348)
第二节 违约责任的归责原则	(354)
第三节 违约责任的构成要件	(360)
第四节 违约责任的形式	(372)
主要参考书目	(382)

第一章 合同与合同法

第一节 合同的概念

合同又称为契约，在英文中称“contract”，在法文中称“contra”或“pacte”，在德文中称“vertrag”或“kontrakt”。上述关于合同的用语都来源于罗马法上的合同概念——“contracts”。据学者考证，“contracts”一词由“con”和“tractus”组合而成。其中，“con”为“共”的意思，“tractus”为“交易”的意思，合而为“共相交易”。^①中文译为合同、契约。然而，数千年来，合同一词在适用中常常超出交易的范畴，甚至超出了法律和法学的范畴。古希腊的哲学家曾经以契约来解释法的起源；《圣经》曾将契约作为宗教概念来对待；19世纪启蒙时期的洛克、卢梭等人则把契约视为一种社会政治概念；20世纪的罗尔斯则将契约视为道德哲学范畴。凡此种种，表明合同是一个适用十分广泛而且极为重要的概念。

在法学领域，根据适用范围可对合同作广义和狭义两种理解。广义的合同包括一切法律部门中的合同关系，如民法中的民事合同、行政法中的行政合同、劳动法中的劳动合同、国家法中的国家合同等。狭义的合同仅指民事合同。需要说明的是，本书所研究的合同概念是狭义的合同，即民事合同。

^① 王家福主编：《民法债权》，法律出版社1991年版，第256页。

作为合同法理论体系基础的合同，是现代民法中的一个极为重要的概念。古今中外的法律对合同有着不同的理解。

一、大陆法系中的合同概念

大陆法系学者基本上认为合同是一种协议，即所谓的“协议”说。严格说来，大陆法系对合同的界定继受自罗马法。在罗马法中，合同被界定为“得到法律承认的债的协议”，^①大陆法系国家将合同定义为“一种协议”就是由此而来的。但是由于立法体例、法律传统和措辞本身的差异，作为大陆法系两大支系的法国法系和德国法系又有不同的界定方法。

《法国民法典》第1101条规定：“契约是一种合意，依此合意，一人或数人对于另一人或数人负担给付、作为或不作为的债务。”由此可见，这一定义包含三个要素：第一，合同是一种合意，即双方当事人意思表示一致的协议；第二，合同是债的根据之一；第三，合同所产生的债务内容是“负担给付、作为或不作为”。其他法国法系国家大体上都是如此界定合同的。如《意大利民法典》第1321条规定：“契约是双方或者多方当事人关于他们之间财产法律关系的设立、变更或者消灭的合意。”由于法国民法典在世界民法史上的特殊地位，其合同定义遂成为大陆法系民事立法关于合同的最传统、最经典的定义，并且对大陆法系以至社会主义国家民法产生了深远的影响。许多国家都依此来界定合同的定义。

《德国民法典》则是从“法律行为”的角度来界定合同的概念。该法第305条规定：“依法律行为发生债的关系或改变债的关系的内容者，除法律另有规定外，必须有当事人双方之间的契

① [意] 彼得罗·彭梵得著：《罗马法教科书》，中国政法大学出版社中译本，第307页。

约。”这就是说，合同是发生、变更债的关系的法律行为。这种定义方法是德国民法典创造性地引进法律行为概念的直接产物。在这一定义中，合同的本质仍然是一种意思表示的合意。而且，私法上的合同存在广义和狭义之分。广义上的合同，是指以发生私法上的效果为目的的合意的总称，外延上包括债权合同、物权合同和婚姻、婚约、收养等身份合同；狭义的合同，是指以发生债权为目的的合意，即债权合同。德国民法上的合同采用的是广义上的合同概念。由此可见，德国法系的合同有以下特征：第一，合同是一种发生法律效力的法律行为；第二，合同是依两个意思表示的合意而成立的法律行为；第三，合同是相互对立的两个以上意思表示合意而成立的法律行为。

二、英美法中的合同概念和特征

英美法系合同法是一个完全独立的体系，不从属于任何法律部门。在英美法上，对合同的界定也是众说不一，被引用得最为普遍、也最有影响的合同定义，是《美国第二次合同法重述》第1条的规定，即“合同是一个或者一组允诺（promise），违反该允诺时，法律给予救济；对允诺的履行，法律在某种情况下将其视为一种义务”。英国《大不列颠百科全书》给合同所下的定义是：“契约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。”同属于英美法系的中国香港地区，合同法专家也引述了上述定义：“合同为具有下列效果的承诺或一组承诺，例如承诺人违反了这些承诺，法律给予受诺人索取补救的权利，又或法律承认承诺人有履行这些承诺的义务。”^①一般认为，英美法中的合同定义采取的是“允诺说”，因为它有以下特征：第一，合同是一种允诺，该允诺受法律强制调整；第二，允诺由单

^① 何美欢著：《香港合同法》，北京大学出版社1995年版，第40页。

方意思表示构成，另一方的接受只是其生效的条件；第三，允诺的效果不视为一种债。

由于允诺构成了合同的本质，因此，合同法旨在保障允诺的实现，在一方违反允诺时，如何对另一方提供补救。不过，由于“允诺说”仅仅强调了一方对另一方作出的允诺却没有强调当事人双方的合意而受到许多学者的批评。英国学者阿蒂亚指出，英美法合同定义的缺陷在于“它忽略了合同中达成协议的因素。在这个定义中没有指明，典型的合同是双方的事情，一方所作的允诺或表示要做的事是对另一方所作的允诺或要做的事的报答。因此，如这个定义所述的那样说一个合同只是‘一个允诺’，这就忽视了在允诺成为合同之前，一般要有某种行为或允诺作为另一方许诺的报答这样一个事实。”许多学者力图将大陆法系“协议”的概念移植到英美法系合同法中，把合同看做产生当事人之间合法义务的合意。如《牛津法律大辞典》给合同下的定义是：“合同是二人或多人之间为在相互间设立合法义务而达成的具有法律强制力的协议。”英国学者特内托指出：“合同是产生由法律强制执行或者认可的债务之合意。”^①美国统一商法典也改变了对合同的理解，认为“合同是指当事人依本法及其他法律规则达成的合意所产生的全部合法债务”。我国香港地区的合同法理论也开始采用新的定义：“合同是两个或两个以上当事人达成的具有法律约束力的协议。”可见，英美法与大陆法在合同概念的问题上观点越来越接近。

在介绍英美法系的合同定义时，有必要就即时的现金买卖是否属于合同问题作简单讨论。商店或商场上即时的现金买卖，我国民法理论习惯将之称为“即时清结的合同”，但在英美法系国家，就其是否属于合同的范畴存在分歧。按照美国法，即时现金

^① 王家福主编：《民法债权》，法律出版社1991年版，第257页。

买卖不属于合同，其理由如下：一是合同由允诺构成，而即时现金买卖则无需任何允诺；二是合同产生对人权，而即时现金买卖产生对物权。但这个观点对英国几乎没有影响，英国将其视为合同的一种。例如，阿蒂亚认为，在合同中允诺并不需要以立约人未来的行为为出发点这一点就足够了，换句话说，允诺某种事实的客观存在，即为将来要做某某事的允诺，同样也是这一事实的客观存在的允诺。因此，甚至一种立即和完全达成了的交易，也就是说，双方均已履行了的交易，如商店中的现金销售，也是一种合同。要说这样的交易包括一种或一系列允诺，好像有点牵强附会，但当我们想到，一种允诺，即某种事态的客观存在，如所卖货物的质量是好的，就是一种合同性的允诺时，就很好理解了。^①而大陆法系各国，将即时现金买卖作为合同，在立法、司法及学说上均不存在问题。

三、我国民法中合同的概念

在中国古代，“合同仅是契约形式的一种，严格来说，它是验证契约的一种标记，犹如今天的押缝标记，它本身不是当事人之间的协议。”^②近代以来，“合同”一词才渐渐流行。新中国成立以前，立法、法学著作和习惯称谓一般都使用“契约”一词，中国台湾地区迄今仍然是一如既往。新中国成立以后，有些规范性文件也曾时而使用“合同”，时而使用“契约”，时而又两者并用。可见，“合同”与“契约”并无不同。20世纪70年代以后，“合同”一词在我国得到了广泛应用，“契约”一词则很少采用。

^① 阿蒂亚著：《合同法概论》，程正康译，法律出版社1982版（中译本），第28页。

^② 贺卫方：“‘契约’与‘合同’得辨析”，载于《法学研究》1992年第2期。

关于合同与契约概念之间的关系，自德国学者孔茨于 1892 年提出合同行为为共同行为以后，许多国外学者认为合同是共同行为，契约是双方的法律行为。我国曾有一些学者这样区分合同与契约：合同是两个以上具有同一内容、同一意义的意思表示达成一致所产生的具有私法上效果的法律行为，契约则是两个以上的具有不同方向的意思表示达成一致所产生的具有私法上效果的法律行为。其基本区别在于意思表示的方向不同。但是，我国学者在使用合同概念时，均未与契约概念作出区别。一般认为，契约就是合同，将两者进行区分，既无使用价值，又容易造成用语上的混乱。我国当前的立法、司法实践中实际上已淘汰了契约这一称谓，在日常生活和法学研究中偶尔还使用契约一词，但均作为合同的同义词而被使用。

如何界定我国民法中的合同概念，学术界有不同的认识。代表性的表述有两种：

一种认为，合同是指当事人之间设立、变更、终止债权债务关系的合意。对此观点，有人称之为“合意说”。“合意说”对合同概念采取狭义解释，即仅指债权合同。其根据是：第一，我国民法不承认所谓物权合同；第二，按照我国民事立法，非发生债权债务关系的合意（如自愿结婚和离婚等）均不属于合同；第三，我国民法通则将合同规定在“债权”一节，明文规定合同为发生债权债务关系的根据。

另一种认为，合同是当事人之间产生、变更、终止民事权利义务的意思表示一致的法律行为。对该观点，有人称之为“法律行为说”。“法律行为说”对合同概念采取广义解释，即认为合同不应仅限于债权合同，否则，将使许多民事合同关系难以受到民法的合同制度的调整。例如，在我国现行立法和司法实践中，许多合同如抵押合同、国有土地使用权出让合同、承包合同等，并非债权合同，但本质上仍然是反映交易关系的，理应受合

同法调整。又如，合伙合同、联营合同等也不是纯粹的债权行为，但本质上也仍然是反映交易关系的，当然应受合同法调整。此外，随着社会经济生活的发展，合同关系也在不断变化，许多新型合同将应运而生，为了将各种新的合同关系纳入合同法调整的范围，就必须扩大民法中的合同概念的内涵及合同法的适用范围，而不能仅仅考虑它们是否属于债权合同。

上述对合同概念的两表述的不同之处在于：第一，外延不一致。“合意说”界定的合同概念仅限于债权合同，而“法律行为说”界定的合同概念则不限于债权合同；第二，揭示内涵的侧重点不同。前者侧重于表明当事人的意思一致，而后者侧重于表明合同的法律行为性质。不过，两者的联系是显而易见的，并无本质的不同，法律行为也是以意思表示为要素的。其中，合同为一种合意或协议的观点已为我国立法所接受。如《民法通则》第85条规定：“合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。”合同法第2条也采纳了这一观点。《合同法》第2条第1款规定：“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。”在表述上，民法通则与合同法关于合同的界定似有不同，但是，从立法原意和整体内容来看，并无实质的不同，只是后者更细致具体。

孤立地看待合同法中“民事权利义务关系”的措辞，容易使人对其调整范围产生疑问。合同法第三次审议稿曾明确合同是设立、变更、终止债权债务关系的协议，其目的是将婚姻、收养等身份关系的协议排除在合同法的调整范围之外。可见，从文义解释无法将身份关系从合同法的调整范围中排除出去，除非作限缩解释，即解释为财产法律关系。如此一来，何不直接将范围限定于“债权债务关系”。为此，《合同法》第2条第2款又规定：“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。”所以，合同法规定的“民事权利义务关系”是财产关系，

且分则规定的也全部是财产合同，不适用于身份关系或身份合同。同样，从民法通则的立法体系来看，该法所规定的合同也只能是设立、变更、终止债权债务关系的协议。

根据合同法第2条的规定，合同具有如下特征：

第一，合同是一种协议。我国民法通则第85条所规定的合同定义及合同法第2条所规定的合同定义，都采用了“协议”一词。协议，是指两个以上当事人对于某种过去或将来的事实或行为，在有关权利和责任的理解和认识上相一致。在合同法乃至民法中，协议是合同的同义词，也可以指当事人之间形成了合意或达成意思表示一致。但是，将协议与合同完全等同，在法律上也是错误的。因为，并不是所有当事人之间的协议都是具有法律效力的合同。既然合同是合意的结果，就必须包括下列要素：一是合同的成立必须是两个或两个以上当事人所达成的；二是各方当事人必须互相作出意思表示，也就是说，各方当事人从自身追求的利益出发作出意思表示，并且这些意思表示是相互的；三是当事人的意思表示达成一致，也就是说当事人达成一致的协议。

第二，合同是双方的法律行为。民事法律行为作为一种最广泛、最重要的法律事实，是民事主体实施的能够引起民事权利和民事义务的产生、变更、终止的合法行为。合同作为民事法律行为，本质是合法行为。所以，只有在合同当事人所作出的意思表示是合法的情况下，合同才具有法律约束力，并受到法律的保护。如果当事人作出了违法的意思表示，即使达成了协议，也不能产生合同效力。合同作为一种民事法律行为，是一种双方的民事法律行为，因此，至少要有两方以上的当事人，并且须各方的意思表示一致，合同才能成立。只有一方的意思表示，或者虽有双方的意思表示，但各方的意思表示不一致，均达不成协议，合同也不能成立。这一点是合同区别于事实行为、单方民事法律行为的重要标志。因为事实行为不以意思表示为要素，单方民事法