

● 杨振山 主审

新合同法论

● 翟云岭 郭 洁 著

XINHE
TONGFA
LUN

大连海事大学出版社

杨振山 主 审

新 合 同 法 论

XIN HE TONG FA LUN

翟云岭 郭 洁 著

大连海事大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

新合同法论/翟云岭,郭洁著. —大连:大连海事大学出版社,2000.5

ISBN 7-5632-1393-7

I. 新… I. ①翟… ②郭… II. 合同法-研究-中国 IV. D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 21798 号

大连海事大学出版社出版

(大连市凌水桥 邮政编码 116026 传真 4727996 电话 4728394)

<http://www.dmupress.com>

E-mail: cbs@dmupress.com

大连海事大学印刷厂印装

大连海事大学出版社发行

2000年5月第1版

2000年5月第1次印刷

开本:850×1168 1/32

印张:15.25

字数:383千

印数:0001~1500册

责任编辑:张宏声

封面设计:王艳

定价:23.00元

内容提要

本书以新颁布的《合同法》为依据,结合我国司法实践的具体经验,借鉴学界最新学术研究成果,并参照发达国家的成熟立法与理论,着重从理论上阐释合同法的各项基本法律制度,并提出了作者自己的学术观点。全书内容主要包括:合同的确定及分类、合同法的适用及基本原则、合同的解释、合同的订立、缔约过失责任、合同的效力、合同的履行、合同履行中的抗辩权、合同的保全、合同的变更、转让及终止、违约责任;同时对《合同法》列举的有名合同,特别是对其中最为典型与常见的买卖合同、赠与合同、租赁合同、加工承揽合同、运输合同、委托合同、行纪合同等作了较为详尽的论述。

全书分成总论与分论两编。总论部分系对合同共性的阐释,分论部分系对具体合同应用规则的分析与说明。

前 言

市场经济的实质是平等主体之间的交换关系,以此为切入点,可将规范这种关系的立法分为主体法与实体法。如果说私法是调整这种关系的最基本手段,则私法自治规则集中体现于行为法,而主体法多呈现强制性的法定主义。行为法是涉及所有市场交易行为的法律,尤指合同法。《中华人民共和国合同法》反映了国际合同立法规则的最新发展趋向,是我国立法机构奉献新世纪的力作。集学术精义、司法实践和中国法律文化于一身的合同法,科学地设计了市场交易的最基本规范,将私法的基本理念发挥得淋漓尽致,系社会经济生活不可或缺的基本指南。

本书以合同法的基本理论为逻辑线索,通过诠释和分析《合同法》规则,弘扬合同法的基本原则与理念,力求突出如下特色:

第一,忠实于立法原义。任何规范的设计均依存于各自不同的立法背景和价值取向。本书作者广泛收集了足以包容如上信息的立法机构的立法议案,对规范形成的立法理由作了较翔实的记载、分析与评价,可使读者在了解规范表层含义的同时,较深刻地领悟规范的合理性与不足。掩卷思索,犹如与立法者倾心交流。

第二,注重学术创新。合同制度源远流长,历经更迭。但任何新规则的发现莫不追随着新思维的诞生。20世纪乃至21世纪被称为“合同死亡与再生”的重建契机,以自由合意构架的合同机制,在以诚实信用这一普遍的合同义务为基础而引入的新概念、新原则、新理念面前遭受严重挫折,几近瓦解。但有如凤凰涅槃,合同及其相应的法律规范并未就此完结。对此,学界众说纷纭。但不容置疑的是,传统的合同法理论及其观念正面临全新的挑战。本书参阅了大量的资料、文献,在系统阐释合同规则的基本沿革、理论基础

及最新学术观点的同时,特别强调作者的独立分析判断,学术个性鲜明,理论品味浓重。

第三,便于规则操作。在注重理论阐释的同时,本书亦特别关注中国司法实践的现实,期望读者在接受私法基本理念的同时,获得或提高应用规则 and 解决个案的能力。

本书的分工为:翟云岭:上编(第一章~第六章);郭洁:下编(第七章~第十八章)。本书由作者导师,中国法学会民法学经济法学研究会副会长、中国政法大学民法研究中心主任、博士研究生导师杨振山教授主审。本书书稿上编部分由研究生刘兴章同志打字完成,十分辛苦,特致谢意。

期望作者的努力得以达到读者的预期。但合同法理论博大精深,囿于作者学力所限,不当甚或谬误之处恐难避免,尚祈读者指正。

作者

2000年3月18日

目 录

上 编 总 论

第一章 导 论	(1)
第一节 合同的确定	(1)
第二节 合同的分类	(4)
第三节 合同法及其适用	(13)
第四节 合同法的基本原则	(18)
第五节 合同的解释	(25)
第二章 合同的订立	(32)
第一节 合同订立的方式	(32)
第二节 合同的成立	(50)
第三节 合同的内容	(56)
第四节 合同的形式	(67)
第五节 缔约过失责任	(73)
第三章 合同的效力	(80)
第一节 有效合同	(80)
第二节 无效合同	(93)
第三节 可撤销合同	(102)
第四节 效力未定合同	(115)
第四章 合同的履行	(127)
第一节 合同履行及其法律意义	(127)
第二节 合同履行的原则	(128)
第三节 合同履行中的有关规则	(132)

第四节	涉他合同的履行·····	(137)
第五节	合同履行中的抗辩权·····	(139)
第六节	合同的保全·····	(150)
第五章	合同的变动·····	(165)
第一节	合同的变更·····	(165)
第二节	合同的转让·····	(168)
第三节	合同的终止·····	(181)
第六章	违约责任·····	(201)
第一节	违约责任概述·····	(201)
第二节	违约行为·····	(211)
第三节	违约责任的承担方式·····	(216)

下 编 分 论

第七章	买卖合同·····	(228)
第一节	买卖合同的意義和法律特征·····	(228)
第二节	买卖合同的效力·····	(235)
第三节	标的物所有权的转移时间与意外灭失的风险负担 ·····	(249)
第四节	特种买卖·····	(258)
第八章	能源供用合同·····	(263)
第一节	供用电合同的法律特征·····	(263)
第二节	供用电合同的法律效力·····	(265)
第九章	赠与合同·····	(268)
第一节	赠与合同的法律特征·····	(268)
第二节	赠与合同的效力·····	(271)
第三节	赠与合同的撤销和拒绝履行·····	(274)
第四节	附义务赠与·····	(276)
第十章	借款合同·····	(279)

第一节	借款合同的性质和法律特征·····	(279)
第二节	信贷合同与民间借贷合同·····	(281)
第三节	借款合同的内容和法律效力·····	(285)
第十一章	租赁合同·····	(289)
第一节	租赁合同的法律特征和适用范围·····	(289)
第二节	租赁合同在当事人之间的法律效力·····	(296)
第三节	租赁合同对第三人的法律效力·····	(304)
第十二章	融资租赁合同纠纷·····	(307)
第一节	融资租赁合同的性质和法律特征·····	(307)
第二节	融资租赁合同的法律效力·····	(311)
第十三章	承揽合同纠纷·····	(320)
第一节	承揽合同的分类和法律特征·····	(320)
第二节	普通承揽合同的效力·····	(330)
第三节	工作成果所有权的归属及风险负担·····	(336)
第四节	建设工程合同纠纷·····	(338)
第十四章	运输合同纠纷·····	(351)
第一节	运输合同概述·····	(351)
第二节	客运合同纠纷·····	(362)
第三节	货运合同纠纷·····	(368)
第十五章	技术合同纠纷·····	(379)
第一节	技术合同的一般规则·····	(379)
第二节	技术开发合同纠纷·····	(385)
第三节	技术转让合同纠纷·····	(391)
第四节	技术咨询与技术服务合同纠纷·····	(402)
第十六章	保管合同纠纷·····	(409)
第一节	保管合同的法律特征和分类·····	(409)
第二节	一般保管合同纠纷·····	(417)
第三节	仓储合同纠纷·····	(423)

第十七章 委托合同与行纪合同	(433)
第一节 委托合同的法律特征及分类.....	(433)
第二节 委托合同的法律效力.....	(449)
第三节 行纪合同.....	(457)
第十八章 居间合同	(467)
第一节 居间合同的定义和法律特征.....	(467)
第二节 居间合同的效力.....	(469)
主要参考书目	(471)

上编 总论

第一章 导论

第一节 合同的确定

一、合同的概念

据考证,英文“Contract”,法文“Contract”或“Pacte”,德文“Vertrag”或“Kontrakt”,均源自拉丁文“Contractus”,汉文译作合同,或称为契约。^①以法国民法典、德国民法典为代表的大陆法系,承继罗马法中关于合同的规定,将合同界定为一种“协议”,^②或称“合意”;而英美法系则将合同定义为“一个诺言或一系列诺言”,但鉴于此定义的缺憾,英美合同法学者已将“合意”的理念移植于英美法系合同法中,如《美国统一商法典》称,“合同指当事人依本法或其他法律规则达成的合意所生合理合法债务”。^③据统计,我国

^① 合同与契约的关系,学界观点不一。有观点认为,这是一组含义不同的概念,应区分使用。但多数学者认为,将两词分开无实用价值,且易造成用语混乱。参见:贺卫方“契约”与“合同”的辨析,《法学研究》,1992年第2期。再见:吴卫国:“企业承包经营合同研究”,《现代法学》,1992年第1期;周林彬主编:《比较合同法》,兰州大学出版社,1989年版,第20页。

^② [意]彼德罗·彭梵得著:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社,1992年版,第307页。

^③ 详见王利明:“合同的概念与合同法规范对象”,《法学前沿》,1998年第2辑,法律出版社,第1~12页。

学者对合同所下的定义超过二十种,但以其中的“合意说”为通说。^①近年来,学界对“合意说”又形成了三种不同的观点^②:

第一种观点认为,合同是指据以确定权利、义务为内容的协议。这被称为广义的合同概念。因此,除民商法上的合同外,行政法、劳动法、国际法等一切以权利、义务为内容的协议均属“合同”,均属于《合同法》的规范对象。

第二种观点认为,合同是设立、变更、终止民事权利、义务关系的协议。这被称为狭义的合同概念。该定义将合同界定为民商法上的合同,即德国部分学者所称“私法合同”。

第三种观点认为,合同是确定债权、债务关系的协议。^③这被称为最狭义的合同概念。该定义为1999年1月25日以前的《合同法(草案)》所采用。

《合同法》基本上采纳了第二种观点,该法第2条规定:“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、终止民事权利义务的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议,适用其他法律规定。”

二、合同的法律特征

(一)合同是一种民事法律行为

作为最重要、最普遍的法律事实,民事法律行为是民事主体旨在设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。合同的性质为民事法律行为,则:

1. 合同以发生当事人预期的一定法律后果为目的。这也是合

^① 其中有代表性的学说有六种,即经济手段说、经济活动协议说、书面协议说、法律行为说、法律上行为说及合意说。参见隋彭生著:《合同法论》,法律出版社,1997年版,第21、22页。

^② 详见王利明:《统一合同法制定中的若干疑难问题的探讨(上)》,《政治论坛》,1996年第4期,第49、50页。

^③ 梁慧星:“论我国民法合同概念”,《民法学说判例与立法研究》,中国政法大学出版社,1993年版,第245页。

同与事实行为的区别之一。但预期法律后果系“民事权利、义务关系”，因此：

第一，非民事权利、义务关系的行政关系、劳动关系、国家关系等，不属《合同法》规范的对象。但是，

第二，并非所有的民事权利、义务关系，均得构成合同的内容。有学者将其限定为“动态财产关系”^①，另有学者界定为“交易关系”。^②更多的学者将其定性为债权、债务关系——有学者认为，尽管通过后的《合同法》将“债权、债务关系”替换为“民事权利、义务关系”，但是，按照顾昂然《关于〈中华人民共和国合同法（草案）〉的说明》，《合同法》中的合同定义是根据《民法通则》的规定作出的，而《民法通则》对于合同的定义规定在“债权”一节里，因此，所谓“民事权利义务关系”就只能是指债权债务关系了。^③本书作者认为，《合同法》规定的民事权利义务关系，主要是债权债务关系，但也包括其他财产关系，如处于动态中的物权关系，即由所形成的物权合同亦适用《合同法》。^④当然，为《合同法》明确予以排除的身份关系不归该法调整。

2. 这种法律后果是当事人依法产生的，属合法行为，受法律保护。换言之，《合同法》所称的合同，在严格意义上应指合法有效合同。至于无效合同，已不是法定意义上的合同了。^⑤

(二)合同是双方或多方当事人意思表示一致的法律行为
因此：

① 王家福等编：《合同法》，法律出版社，1995年版，第12页。

② 王利明：“合同的概念与合同法的规范对象”，《法学前沿》第2辑，法律出版社，第6页。

③ 肖峒等著：《中华人民共和国合同法释论（总则）》，中国法制出版社，1999年版，第73页。

④ 在我国，是否存在及承认物权合同，学界尚有争议。认为《合同法》调整债权合同与物权合同的观点可参见江平主编：《中华人民共和国合同法精解》，中国政法大学出版社，1999年版，第2页；前引肖峒书第76页。

⑤ 参见前引隋彭生著：《合同法论》，第24页。但有人认为，《合同法》所定义的合同，包括有效合同、无效合同、可追认的合同等，见前引肖峒书第74页。

1. 合同的主体需要有两个或两个以上当事人；
2. 两个或两个以上的当事人须互相或平行作出意思表示；
3. 各方当事人意思表示一致，即有所谓“合意”。^① 故合同系双方或多方共同之法律行为。

(三) 合同是平等主体之间的协议^②

合同是当事人意思表示一致的合意。因此，合同当事人的法律地位必须是平等的，合同也只能是当事人自愿协商的结果。

新《合同法》扩大了平等主体的范围：以“自然人”取代了“公民”；以“其他组织”取代了“其他经济组织”，辅之旧有法律确认的合同主体“法人”，体现了我国合同主体多样性的特点。同时，“平等主体”质的要求，亦充分反映了《合同法》的私法性质，因此，政府依法维护经济秩序的管理活动，如所签订的所谓行政合同；法人、其他组织内部的管理关系，如所签订的内部承包合同应分别适用有关行政管理的法律及有关公司、企业的法律规定，而不适用《合同法》。^③

第二节 合同的分类

合同的形态各异，且不断发生变化，但我们可以按照一定的标准对合同进行分类。科学的合同分类，有助于理解不同合同各自的规则，从而完善合同立法，正确适用法律。

^① 中文著述关于合同的定义，有采用“合意”的，也有的学者使用“意思表示一致”或“意思表示合致”一词。参见黄右昌：《罗马法与现代》，第408页；马育民译：《法国民法典》，北京大学出版社，第221页；史尚宽：《民法总论》，第278页；郑玉波：《民法总论》，第214页。

^② 关于“合同”与“协议”的关系，有学者认为，“协议”作动词时，义同“协商”，作名词时，其义有二：其一为“合意”；其二为“合同”之同义语。另有学者将“协议”与“合同”作种属概念理解。参见前引梁慧星：《民法学说判例与立法研究》，第242页；尹田：《法国现代合同法》，法律出版社，1995年版，第4页。

^③ 参见顾昂然：《关于〈中华人民共和国合同法（草案）〉的说明》。关于农业承包合同，最高人民法院于1999年6月5日公布并实施了《关于审理农业承包合同纠纷案件若干问题的规定（试行）》计40条。

尽管英美法的合同分类方法对我们很有借鉴意义^①，但本书对合同学理上的分类^②，则以我国《合同法》为依据，基本上采用了大陆法系的合同分类方法。

一、有名合同与无名合同

分类的标准是：法律是否为合同规定了名称和相应的规范。

有名合同，是指法律已确定了特定名称和相应规范的合同。由于这种合同是合同的常见、典型形式，故又称为典型合同。《合同法》规定的15类合同^③及其他法律规定的如保险合同、航次租船合同等，均系有名合同。

无名合同，又称非典型合同，是指法律尚未为其确定特定名称和相应规范的合同。根据合同自由原则，无名合同只要不违背法律的禁止性规定和社会公共利益，法律即承认其效力。^④

无名合同主要有三种类型：一是纯粹的无名合同，即以不属于任何有名合同之事项为内容的合同；二是混合的无名合同，即以一有名合同之事项与他有名合同之事项为内容的合同；三是准混合的无名合同，即以一有名合同之事项与另一不属于任何有名合同之事项为内容的合同^⑤。

区分有名合同与无名合同的法律意义在于：处理两类合同所适用的规则不同。^⑥对于有名合同，应当直接适用相关的法律规

^① 参见[英]P. S. 阿蒂亚著，程正康等译：《合同法概论》，法律出版社，1982年版，第29～39页；杨桢著：《英美契约法论》，北京大学出版社，1997年版，第7～15页。

^② 但也有于立法中直接对合同予以较全面分类的。参见：米良译：《越南民法典》第405条，云南大学出版社，1998年版，第100页；马育民译：《法国民法典》第1102条～1107条，北京大学出版社，1982年版，第222页。

^③ 《合同法》删除了《合同法》建议稿中的雇佣合同、合伙合同、储蓄合同、结算合同、旅游合同等，被学者认定为《合同法》的“不足与遗憾”。参见梁慧星：“统一合同法：成功与不足”，《中国法学》，1999年第3期，第25页。

^④ 参见房绍坤等著：《民商法原理（三）》中国人民大学出版社，1998年版，第171页。

^⑤ 参见史尚宽著：《债法总论》，台北版，1979年，第10页。

^⑥ 参见马俊驹 余延满著：《民法原论（下）》，第547页；房绍坤等著：《民商法原理（三）》，第172页。

定;但对于无名合同,由于法律无直接、具体的规定,故如何适用法律规则,理论上尚有争议。对于纯粹的无名合同,通说认为,应当适用合同法的一般规则。我国《合同法》第124条规定:“本法分则或者其他法律没有明文规定的合同,适用本法总则的规定,并可以参照本法分则或者其他法律最相类似的规定。”^①但对于混合合同及准混合合同的适用则有不同的观点。有学者主张吸收说,即区分合同的主要内容与次要内容,由主要内容吸收次要内容,从而适用主要内容的有名合同规则;有学者主张结合说,即认为应将混合合同分解成各个部分,每个部分适用该部分有名合同的规定,并依当事人可推知的意思予以调和统一;有学者主张类推适用说,即就混合合同的各项构成类推适用各有名合同的规定。该学说为各国民法通说。但也有人认为,前述各说均有弊端,在当事人无约定时,应依其利益状态、合同目的和斟酌交易习惯决定适用何说较为合理。^②

由于有名合同系立法者斟酌典型利益和衡平各种冲突而设立,反映了社会生活对合同及其法律的本质要求,符合社会伦理观念,体现立法者的价值追求,亦多符合当事人的利益状态,规制合同关系,解决合同案件,效果一般会理想。故有学者呼吁,应全面规制业已普遍化的合同类型。^③

二、诺成合同与实践合同

绝大多数学者认为,诺成合同(又称非要物合同)是指当事人意思表示一致即成立的合同;而实践合同(又称要物合同)是指除

^① 《法国民法典》第1107条第1款规定:“契约不问为有名契约或无名契约,均适用本法所规定的一般规则”。马育民译,《法国民法典》,第222页。

^② 崔建远:“关于制定合同法的若干建议”,《法学前沿》第2辑,法律出版社,1998年版,第32页。

^③ 崔建远:“关于制定合同法的若干建议”,《法学前沿》第2辑,法律出版社,1998年版,第31页。

当事人意思表示一致之外,还必须交付标的物才能成立的合同。^①事实上,这确是传统合同法理论的一致观点。但是,本书作者认为,只要双方当事人达成“合意”,合同即告成立,因此,这种分类的意义不在于确定合同是否成立,而在于确定合同是否生效。即对于实践合同而言,除应具备其他一般生效要件外,还必须交付标的物才能生效。实际上,该观点亦为我国立法所采纳,如对“公认”的实践合同——定金合同,《担保法》第90条规定,“定金合同从实际交付定金之日起生效”。

诺成合同与实践合同的划分,应根据法律规定和交易习惯予以确定。例如,根据传统民法,买卖、租赁、雇佣、承揽、委托等属于诺成合同,而借用、借贷、保管、运送等属于实践合同^②。但是,随着社会经济生活的变化,许多实践合同逐渐演变为诺成合同。新《合同法》则区分不同情形,对同一合同赋予其不同的性质:如对法人之间及法人与自然人之间的借款合同规定为诺成合同,而对于自然人之间的借款合同,规定为实践合同;对仓储合同规定为诺成合同,而对保管合同规定为实践合同。^③另有学者认为,具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质或经公证的赠与合同为诺成合同,而除前述情形之外的赠与合同为实践合同。其理由为,对后一种合同,《合同法》规定“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与”。^④本书作者认为,这种观点是错误的,因为合同可以被“撤销”本身即表明此合同是有效成立的。因此,新《合同法》所规定的赠与

^① 参见彭万林主编:《民法学》,中国政法大学出版社,1999年版,第617页;王家福主编:《中国民法学·民法债权》,第274页;尹田编著:《法国现代合同法》,法律出版社,1995年版,第10页;王利明、崔建远著:《合同法新论·总则》,中国政法大学出版社,第45页。

^② 王家福主编:《中国民法学·民法债权》,第274页。

^③ 《合同法》第367条规定:“保管合同自保管物交付时成立,但当事人另有约定的除外”,此处用语为“成立”,这与该法其他类似条款用语“生效”不同。但本书作者认为此属用语不当或为“笔误”。

^④ 参见徐景和主编:《中华人民共和国合同法通解》,中国检察出版社,1999年版,第289页。