

■ 李克武 / 著
Hetongfa Zhuanti Yanjiu



合同法专题研究



■ 李克武 / 著

Hetongfa Zhuanti Yanjiu

合同法专题研究

新出图证(鄂)字 10 号

图书在版编目(CIP)数据

合同法专题研究/李克武著. —武汉:华中师范大学出版社, 2011. 12

ISBN 978-7-5622-5351-8

I. ①合… II. ①李… III. ①合同法—研究—中国 IV. ①D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 281053 号

合同法专题研究

© 李克武 著

责任编辑:叶 桦 冯会平

责任校对:易 雯

封面设计:甘 英

编辑室:文字编辑室

电话:027-67863220

出版发行:华中师范大学出版社

社址:湖北省武汉市珞喻路 152 号

邮编:430079

电话:027-67863040(发行部) 027-67861321(邮购)

传真:027-67863291

网址:<http://www.ccnupress.com>

电子信箱:hscbs@public.wh.hb.cn

印刷:华中理工大学印刷厂

督印:章光琼

字数:360 千字

印张:20.75

开本:710mm×1000mm 1/16

版次:2011 年 12 月第 1 版

印次:2011 年 12 月第 1 次印刷

定价:47.00 元

欢迎上网查询、购书

敬告读者:欢迎举报盗版,请打举报电话 027-67861321

前 言

合同法是调整合同关系的法律规范的总称,而合同关系是商品交换关系在法律上的表现形式,是市场经济社会最基本、最普遍的社会关系之一,因此合同法是市场经济社会最基本的法律规范之一。合同法对于建立商品交换规则,规范市场交易秩序,保障社会经济的安全,促进经济和社会的发展等具有十分重要的作用。

合同法渊源久远。在大陆法系,自罗马法始,合同法一直被置于民法之中,作为民法的重要组成部分,纳入民法的债法范畴。在英美法系,由于没有统一的民法部门,合同法是一个独立的部门法,如同侵权法和财产法一样,是英国最古老的部门法之一,早在中世纪时期英国就已经出现,且理论丰富、内容充实、体系完备。在一些国家,合同法在诸多方面为民法(私法)基本理论体系的形成和丰富做出了重大贡献,如意思自治与契约自由原则、债的相对性理论、法律行为理论、民事责任制度等。甚至可以说,没有合同法,就没有近现代民法(私法)。合同法具有强大的现实生命力。百姓日常的衣、食、住、行,企业的投资融资和生产经营,不可须臾离开合同法律规范。不管人们愿意或不愿意,合同法如影随形,一直伴随在人们的身边。

新中国的合同立法经历了从无到有、从分别立法到统一立法、从不完善到逐步完善的过程。1981年出台的《中华人民共和国合同法》是新中国的第一部真正的合同法,此后我国于1985年制定了《中华人民共和国涉外经济合同法》,于1987年颁布实施了《中华人民共和国合同法》。至此,我国合同法领域的三大合同法“三足鼎立”的格局形成。三大合同法对于推动我国由计划经济体制向有计划的商品经济体制进而向社会主义市场经济体制转轨、对于推动我国的改革开放顺利进行功不可没。但是,三大合同法“三足鼎立”的格局无疑存在着很多问题,不能适应我国建立和进一步发展市场经济体制的需要。1999年《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)颁布实施,结束了合同法领域“三足鼎立”的格局,实现了我国合同法的统一,标志着新中国合同法的发展进入了一个新的阶段。

笔者在高校从事合同法的理论与教学实践 20 年有余,也多年坚持在法律服务第一线从事企、事业单位法律顾问和律师实务,保持着对鲜活法务的亲身感受。为了能给我国的法学教育和合同法研究提供一些借鉴,也为了方便求教于各方家、朋友,特梳理、整合本人 20 余年在合同法领域的所学、所思、所悟,以《合同法专题研究》为名出版,希望能够得到读者朋友的善意批评和指教。

本书根据专题研究的体例,本着不求全面无遗、但求有所创新的原则,共设计了十四个专题,对合同法研究领域内的重要理论、基本原理、前沿问题和部分具体合同种类分别进行深入研讨。本书可以作为高校民商法和经济法专业研究生合同法课程教学的教材或参考资料使用,也可以作为合同法研究、司法审判和律师实务参考用书。

李克武

2011 年 11 月于桂子山

目 录

第一题 合同与合同法概论	1
一、合同的外延与内涵分析	1
二、合同法及其与相邻法律的关系	9
三、我国《合同法》的制定及适用	17
第二题 从近代合同法到现代合同法	
——现代合同法的若干重要变化与发展	24
一、格式合同的出现	25
二、强制缔约义务的确立	26
三、合同相对性原则的突破	27
四、合同义务与合同责任的扩张	29
五、电子合同的广泛应用	31
六、违约效率论的提出	33
七、合同立法的国际化	39
第三题 契约自由论	41
一、契约自由的含义及契约自由原则的形成	41
二、契约自由原则的理论基础、经济基础和政治基础	45
三、契约自由原则在现代社会:困境与地位	48
四、契约自由原则在我国	54
第四题 合同订立若干问题研究	56
一、合同订立的主体	56
二、合同订立的基本程序:要约与承诺	59

三、合同的形式与内容	62
四、合同的成立	64
五、关于要约邀请	66
六、关于预约	71
七、关于事实合同	75
第五题 合同的形式研究	77
一、概说	77
二、合同形式的历史考察	78
三、两大法系及《联合国国际货物销售合同公约》对合同形式的有关规定	80
四、对我国合同形式立法的评析	81
五、关于电子合同	82
六、关于“其他形式”	90
第六题 合同效力论	92
一、合同效力概述	92
二、合同效力的发生:合同的生效	95
三、合同效力的变动	96
四、合同效力的终止	102
五、合同的无效	113
六、合同的效力待定情形	116
第七题 合同履行若干问题研究	120
一、合同履行的概念和原则	120
二、合同约定不明的履行规则	121
三、合同履行中的抗辩权	123
四、合同履行中债权的保全	127
五、情势变更、合同落空与合同的履行	133
六、合同履行的担保	137
七、定金	183

第八题 违约责任论	188
一、违约责任的概念与立法意义分析	188
二、违约责任的归责原则之比较及我国《合同法》的选择	190
三、违约责任的构成要件	194
四、违约责任的方式及其适用	198
五、预期违约及其责任	206
六、可得利益及其违约赔偿——兼评我国《合同法》第 113 条	211
七、违约赔偿的“可预见性”限制规则质疑	217
八、信赖利益之违约赔偿	222
九、违约责任与侵权责任的竞合	229
第九题 合同纠纷的解决与合同的解释	235
一、合同纠纷的解决	235
二、合同的解释	238
第十题 转让财产所有权合同研究	246
一、买卖合同	246
二、赠与合同	258
三、供用电、水、气、热力合同	263
第十一题 转让财产使用权合同研究	265
一、租赁合同	265
二、融资租赁合同	270
第十二题 劳务服务合同研究	279
一、承揽合同	279
二、运输合同	283
三、仓储合同	289
四、保管合同	291
五、建设工程合同	295
六、委托合同	298
七、行纪合同	302

八、居间合同	304
九、旅游合同	306
第十三题 金融服务合同研究	308
一、借款合同	308
二、保险合同	311
三、储蓄合同	315
第十四题 技术合同研究	317
一、技术合同概述	317
二、技术开发合同	318
三、技术转让合同	321
四、技术咨询合同与技术服务合同	323

第一题 合同与合同法概论

一、合同的外延与内涵分析

什么是合同？回答这一问题似乎非常简单，因为几乎随便翻开任何一本有关合同法的教科书，均能找到关于合同的定义。而且，在社会经济生活中，合同可以说是无处不在、无时不有，它实实在在地存在于我们的现实生活中，为我们一般人所熟悉。但是如果再深入一步，对于在法律范畴内的合同的具体内涵和外延，则不仅非法律专业人士不一定了解，就是法律专业人士也不一定能准确理解和把握。

（一）合同法中的合同的外延

“合同”这一术语的使用范围是非常广泛的，既有在法律范畴内使用的，也有在非法律领域内使用的。如在宗教领域，《圣经》曾将契约作为宗教概念使用；在政治学领域，启蒙思想家卢梭提出了“社会契约论”；在哲学领域内也经常能见到契约术语的使用。很显然，合同法中的合同，作为一个法律概念，应是指在法律范畴内的合同。因此，一切非法律领域内所使用的合同，均不是合同法中所指代的合同。那么，是否一切在法律范畴内的合同都是合同法中所指代的合同呢？也不是。在法律领域，既有民法中的民事合同，也有行政法中的行政合同、劳动法中的劳动合同、国际法中国家与国家所订立的国际合同以及其他合同。我们认为，合同法中的合同，在外延上仅指民法（或曰私法）中的民事合同，而不包括行政合同、劳动合同、国际法中的国际合同以及其他合同。理由主要有如下几点：

第一，从“合同”一词的词源来看，合同的原意就在于体现主体之间的商品交易关系。“合同”一词，在英文中为“contract”，在法文中为“contrat”或“pacte”，在德文中为“uertrag”或“kontrakt”。这些用语都来源于拉丁文“contractus”。而据学者考证，“contractus”一词由“con”和“tractus”两部分组成。“con”由“cum”转化而来，有“共”的意思，“tractus”有交易的意思。两者结合起来，即意

为“共相交易”^①。因此，从原始含义来看，合同是指主体之间的商品交易关系。

第二，在罗马法中，“契约”概念是在私法范畴内使用的。学界一般认为，在西方法制史中，最早使用“契约”概念的是罗马法。罗马法有公法和私法之分，其中以私法最为发达。我们一般说的罗马法即指罗马私法。在罗马私法中，有“契约之债”和“准契约之债”。其债被称为“法锁”，契约被定义为“得到法律承认的债的协议”^②。由此可见，在被公认为合同法源头的罗马法中，其契约被界定在私法（民法）的范畴内。

第三，从现实的立法来看，也需要将合同法中的合同限定为民事合同。法律依其性质和功能不同，有公法和私法之分，有民法、刑法、行政法、劳动法、国际法等部门法之分。如果将所有法律范畴内的合同都作为合同法中的合同，则合同关系同时包容了民事关系、行政关系、劳动关系的国际关系等完全不同性质的法律关系。这样一来，就使得作为一个部门法的合同法的调整对象变得不确定，从而也就使得合同法变成无所不包、内容庞杂、体系混乱的法律。这显然不科学，也不符合各国的通例。

那么，对于非法律范畴内使用的合同概念以及在法律范畴内（但非民法领域内）所谓的合同，该作何解释呢？我们的解释是，在非法律范畴内所使用的合同概念，不具有合同应有的法律意义，它们只是对民法合同的某种或某些含义的借用；在法律范畴内（但非民法领域内）所谓的合同，亦是对民法合同某些含义的借用，虽然这些合同也具有法律上的意义，但是已经有别于合同的原意。

另有一点需要说明的是，这里所谓的民事是广义的民事，这里所谓的民法是广义的民法，是以平等主体之间的法律关系为考察基点的。因此，这里的民事合同，当然包括所谓的商事合同。在学界有“民商分立”和“民商合一”两种主张，我们赞成“民商合一”说。我们认为，在现行社会，民事行为和商事行为、民法和商法、民法学和商法学，只有相对区分意义而没有绝对区分意义。商法只是民事特别法。

（二）两大法系关于合同内涵的不同理解和认识

如前所述，我们这里所谓的合同是指合同法中的合同，而合同法中的合同是民事合同。然而，即使在民事合同的范围内，由于法律传统等的不同，大陆法系和英美法系两大法系对合同内涵的认识和理解也存在较大的差异。

大陆法系将合同理解为“合意”。大陆法系对合同含义的理解承袭了罗马法，是

^① 参见王家福主编：《中国民法学·民法债权》，法律出版社1991年版，第257页。

^② [意]彼德罗·彭凡得：《罗马教科书》（中文版），中国政法大学出版社1992年版，第307页。

从“协议”的角度来理解的，将合同解释为当事人之间的“合意”。其立法代表是《法国民法典》。《法国民法典》第1101条规定，契约“为一人或数人对另一人或数人承担给付某物、做或不做某事的义务的合意”。其他大陆法系国家的民法（包括德国民法）则一般对合同定义不作规定，但理论上均依《法国民法典》的规定进行解释。例如，德国著名的法学大儒萨维尼就曾指出：“契约之本质在于意思之合致。”^①

英美法系则将合同理解为“允诺”或“许诺”。英国《不列颠百科全书》将合同表述为：“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。”《美国法律重述·合同》（第2版）则将合同定义为：“合同是一个或一系列允诺，违反该允诺将由法律给予救济，履行该允诺是法律所确认的义务。”^②

比较两大法系关于合同含义的理解和表述，我们认为大陆法系的“合意说”更为科学和可取。因为“合意说”至少表明了合同的“双方性”和“协议性”特征。而英美法系将合同理解和表述为“允诺”或“诺言”，则实际上只表明了当事人一方的意思，而未能体现出“双方性”和“协议性”。在此我们想再补充说明两点：

其一，英美法系的“允诺说”只能存在并运行于英美法系特有的法律制度条件下，如果引入到大陆法系中，则是难以成立和施行的。英美合同法中有对价制度，对价制度也被称为约因制度，它是英美合同法中所特有的一项制度。在英国，根据对价制度，除“正式合同”（也称为“签字蜡封式合同”）以外，其他合同必须具有对价才能在法律上被要求强制执行，所谓无对价即无合同，虽然对价无须相等。这里的对价，可以简单地理解为针对允诺人的允诺，受允诺人应付出的对应的代价。由此可见，在英美法中，虽然将合同理解为允诺，只表示出了一方当事人的意思，而未能体现其“双方性”和“协议性”，但在对价制度的配合作用下，仍然能够得以施行。但在大陆法系中，则不仅于法理不通，而且由于没有对价制度的作用，也是难以实际施行的。

其二，对于英美法系中的“允诺说”的不足，实际上近来已为部分英美法系学者所认识，他们还试图引入大陆法系中的“合意说”进行改造。例如，英国学者特内脱（Treitel）在其所著《合同法》一书中将合同定义为：“合同是产生由法律强制执行或者认可的债务之合意。”^③再如，英国《牛津法律大词典》给合同作出如下定义：“契约是二人或多人之间为在相互之间设定合同义务而达成的具有法律强制力的

① 胡长清：《中国民法债编总论》，商务印书馆1934年版，第16页。

② 王利明、崔建远：《合同法新论·总则》，中国政法大学出版社2000年版，第2页。

③ 王家福主编：《中国民法学·民法债权》，法律出版社1991年版，第258页。

协议。”^①

由此可见，两大法系在关于合同含义理解上的差异正在逐渐缩小，正在朝着“合意”的方向趋同。

（三）我国合同法理论对合同含义的理解和立法对合同含义的规定

我国合同法理论对合同本质含义的理解，完全接受了大陆法系的影响，即将合同理解为当事人之间的合意。这一点从我国现有的关于合同法的教科书和著作中很容易得到印证，笔者在此不加以例举。但在立法上对合同定义的表述，则又明显受到苏联立法风格的影响。根据《苏联大百科全书》的规定，“合同是指两个或两个以上的公民或法人关于设定、变更或消灭民事权利和义务的协议”。我国《民法通则》基本上照搬了《苏联大百科全书》的定义，其第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。”我国现行《合同法》则在坚持对合同的本质含义作“合意”理解和保留苏联立法风格的同时，对《民法通则》的规定略作修改。其第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。”

分析我国现行合同法理论对合同的“合意”理解及立法所具有的苏联风格的原因，可从我国近现代法制发展的历程中找到答案。在漫长的封建社会时期，我国一直固守自己的法律传统。但是，在近代以后，由于西方列强的入侵，我国被迫打开国门，接受西方各方面的冲击，包括法律文化方面的影响。从清末民初进行法制改革时起，我国即走上了以德国法为代表的大陆法系传统之路，直至中华民国均循此不改。新中国成立后，曾一度转入全面学习苏联法。在苏联法中，至少包含了两个因素：其一是作为社会主义国家法的一些创造，另一因素是对大陆法系的部分承袭。因此，从20世纪50年代起我国对苏联法的学习，一方面借鉴了苏联法的一些东西，包括其立法表达风格和某些法律观念；另一方面我们仍在学习大陆法。改革开放以后，特别是自建立社会主义市场经济体制以来，我国民法学界转而又直接步入主要学习以德国法为代表的大陆法系之路。在这一过程中，我们从苏联法中学习的东西，有些被淘汰掉了，有些则仍旧被保留下来。也就是说，我国自近代以来法制发展的特殊历程，直接导致了我国现行合同法理论和合同立法对合同含义的上述理解和立法表述。

^① 《牛津法律大词典》（中译本），光明日报出版社1988年版，第205页。

（四）合同的特点分析

理解合同的含义，应把握其以下主要特点：

第一，合同在形式上表现为一种协议或“合意”。这是合同的本质含义的要求和体现。合同必须经由当事人互为意思表示并形成一致才能成立。如果只有一方当事人为意思表示，或者虽然当事人互为意思表示，但并未达成“合意”，形成协议，则无合同可言。

第二，合同表示一种民事法律行为。其理由主要有两点：一是合同的成立是以意思表示为要素的，无当事人的意思表示并形成一致，则不能成立合同；二是合同对当事人具有法律约束力。因此，合同在性质上是民事法律行为，且是最为典型、最为重要的民事法律行为，而非事实行为。

第三，合同表示一种双方或多方民事法律行为。这里主要包括两层含义：其一，合同的主体（即当事人）必须是两人或两人以上（依《合同法》第2条的规定，该主体可以是自然人、法人或其他组织）。如果只有一方主体，则不能成其为合同；其二，合同必须是两个或者两个以上的当事人之间的意思表示一致。这一点是合同与单方法律行为相区别的主要标志。单方法律行为只需当事人一方的意思表示即可。

第四，合同的目的和功能在于设立、变更、终止民事权利义务关系。从这个意义上看，合同具有目的性、手段性和工具性特征。换句话说，合同不过是当事人为了达到或设立、或变更、或终止一定民事权利义务关系的目的的手段或工具。

第五，合同的当事人法律地位平等。这是民法对民事合同的基本要求，也为我国《合同法》第2条所明确肯定。因此，尽管合同的当事人可能存在自然人、法人与其他组织之分，存在规模大小和经济实力强弱之别，但其在法律上的人格是平等的。

（五）合同与契约的关系

为了准确理解和把握合同的概念，有必要对合同与契约两个概念的关系进行分析和说明。

在我国，“合同”一词早在两千余年前即已出现，但一直未被广泛采用，倒是“契约”一词使用比较普遍。据贺卫方先生考证，在我国古代，“合同仅是契约形式之一种，严格地说，它是验证契约的一种标记，犹如今天的押缝标志，它本身不是当事人之间的协议”^①。在我国近代以及现今的台湾地区，也有人将两者作出区分，

^① 贺卫方：《“契约”与“合同”的辨析》，载《法学研究》1992年第2期。

概括地说，其区别在于：契约是指当事人之间的逆向意思表示一致；合同则是指当事人之间的同向意思表示一致^①。按此理解，当事人之间就货物买卖达成的合意是契约，而当事人之间就共同投资经营事业或就相互合伙经营事业达成的合意则是合同。在国外，自1892年德国学者孔兹提出合同行为为共同行为以来，也有学者对合同与契约加以区分，他们认为契约是双方的法律行为，而合同是双方的共同行为^②。

但是，在我国大陆地区，学者一般将契约与合同两个概念的区别忽略不计，而将两者等同使用，认为将合同与契约分开既无实际价值，也容易引起用语上的混乱。故我国现行的一般教科书均解释说合同也称为契约。我国现行有关立法则统一采用“合同”一词。至于有部分学者在其著作或文章中仍采用“契约”一词，可能只代表这少部分学者的个人爱好而已，从学术的角度上讲，也是允许的。因此，我们主张不加区分合同与契约，但应以合同作为正式用词，特别是立法上的正式用词。

（六）合同的分类

合同广泛地存在和应用于社会经济生活的各个方面。由于社会经济生活的复杂性和多样性，因而导致了合同的多样性和复杂性。为了准确把握不同样态的合同的特性，正确适用法律以确定当事人之间的权利和义务，解决合同纠纷，并为理论研究和立法提供依据，根据不同的标准对合同进行分类是颇有意义的。合同主要可作如下分类：

1. 双务合同与单务合同

这是以合同的义务主体是单方或是双方为依据进行的划分。

双务合同，是指当事人各方在互享权利的同时，也相互负担义务的合同。双务合同的各方当事人互为债权人和债务人。一方当事人所享有的权利和承担的义务即另一方所承担的义务和享有的权利。买卖合同、租赁合同和承揽合同都是典型的双务合同。

单务合同，是指当事人一方只享有权利而不相应承担义务，另一方只承担义务而不相应享有权利的合同。典型的单务合同有赠与合同和借用合同。

2. 有偿合同与无偿合同

这是以当事人取得合同权益是否支付相应代价为依据进行的划分。

有偿合同，是指当事人双方均以向对方支付一定代价才能取得一定权益的合同。实践中的绝大部分合同如买卖合同、租赁合同、承揽合同、保险合同、运输合同等，

^① 参见周林彬主编：《比较合同法》，兰州大学出版社1989年版，第79页。

^② 参见王利明、崔建远：《合同法新论·总则》，中国政法大学出版社2000年版，第12页。

均是有偿合同。

无偿合同，是指当事人一方享有一定权益而不向对方支付相应代价的合同。赠与合同、借用合同是典型的无偿合同。但委托合同、保管合同、借款合同、寄存合同等，既可能是有偿合同，也可能是无偿合同，具体应依其内容而定。

3. 要式合同与不要式合同

这是以法律对合同的成立是否规定有一定的形式要求为依据进行的划分。

要式合同，是指法律规定必须采用一定的形式才能成立的合同。例如，根据有关法律的规定，当事人订立中外合资经营企业合同必须报经有关主管部门批准才成立。因此，中外合资经营企业合同即为要式合同。

不要式合同，是指对于合同的成立法律没有规定特定的形式要求的合同。由于法律对这种合同的成立没有规定特定的形式要求，因而对这种合同，当事人可以采取任何法律所认可的形式，该形式均不影响合同的成立。

从现实的合同实践和有关立法看，不要式合同是大量的、普遍的，而要式合同只是少量的、特殊的。

4. 诺成合同与实践合同

这是以合同的成立除意思表示一致以外，是否还需要以实际交付标的物为要件进行的划分。

诺成合同，也称为不要物合同，是指当事人各方的意思表示一致即成立的合同。如买卖合同、租赁合同、承揽合同、委托合同、雇佣合同等均属于诺成合同。诺成合同最主要的特点是合同的成立只需要当事人之间经意思表示并且达成一致即可，而无须在意思表示之外再实际交付某物或实施某行为。

实践合同，也称为要物合同，是指除当事人意思表示一致以外，还必须实际交付标的物或履行特定行为才能成立的合同。实践合同的最主要特点在于其“实践性”。在传统民法中，赠与合同、借用合同、保管合同、借贷合同、运送合同等属于实践合同。但是，随着商品经济的发展和人们法律观念的进步，为了稳定商品交易关系，更好地保障交易的安全，传统民法中的部分实践合同已在现代法中被规定为诺成合同，如赠与合同中的特殊赠与合同、保管合同中的仓储保管合同、借款合同中的银行借款合同以及航空运输合同和铁路运输合同等，已不再属于实践合同，而是诺成合同。

5. 有名合同与无名合同

这是以法律、法规对某种合同是否进行了具体规定并给出了名称为依据进行的划分。