



合同法分则研究

上卷

Specific Provisions of Contract Laws Volume I

王利明 著



合同法分则研究

上卷

Specific Provisions of Contract Laws Volume I

王利明 著

中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

合同法分则研究. 上卷/王利明著. —北京: 中国人民大学出版社, 2012. 5
国家社科基金后期资助项目
ISBN 978-7-300-15714-6

I. ①合… II. ①王… III. ①合同法-分则-研究-中国 IV. ①D923. 64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 090796 号

国家社科基金后期资助项目

合同法分则研究 (上卷)

王利明 著

Hetongfa Fenze Yanjiu

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511398 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	涿州市星河印刷有限公司		
规 格	165 mm×238 mm 16 开本	版 次	2012 年 5 月第 1 版
印 张	46.25 插页 2	印 次	2012 年 5 月第 1 次印刷
字 数	764 000	定 价	158.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

国家社科基金后期资助项目 出版说明

后期资助项目是国家社科基金设立的一类重要项目，旨在鼓励广大社科研究者潜心治学，支持基础研究多出优秀成果。它是经过严格评审，从接近完成的科研成果中遴选立项的。为扩大后期资助项目的影响，更好地推动学术发展，促进成果转化，全国哲学社会科学规划办公室按照“统一设计、统一标识、统一版式、形成系列”的总体要求，组织出版国家社科基金后期资助项目成果。

全国哲学社会科学规划办公室

序 言

1974年，美国耶鲁大学教授吉尔莫发表了《契约的死亡》一文。针对意思自治原则和约因原则的衰落、侵权法的扩张等现象，吉尔莫感叹合同法已经死亡。但是，他也不敢肯定合同法是否已经真的死亡，所以，又自言自语道：“契约确实死了——但谁又能保证在这复活节的季节，它不会复活呢？”^①而日本东京大学内田贵教授针对该文，撰写了《契约的再生》一文，他认为，古典契约法的原理正被新的合同法理论所替代。^②应当说，吉尔莫教授和内田贵教授的观点在一定意义上都是有道理的。吉尔莫教授看到了古典合同法理论的衰落，以及现代交易形态对传统合同法理论的巨大冲击，但他没有看到取而代之的新合同法理论的兴起。而内田贵教授认为，适应社会发展的新需要，合同法会实现其理论的转型，合同法在现代社会仍然会焕发出新的生命力，而不会趋于死亡。在我看来，谈论合同法的死亡确有些言过其实了。合同法中逐步消亡的只不过是违背社会发展需要的陈规，而合同法本身永远不会消亡，相反，其将会伴随着社会演进而不断地焕发活力。

“消亡论”忽视了合同法在现代法制框架中乃至整个国家经济制度中的重要地位。一方面，合同法是整个国家基本经济制度的重要组成部分。著名经济学家熊彼特曾经有一句名言：支撑西方世界的两个支柱，一个是合同，另一个是财产。其中，财产是静态的财产，合同是让静态的财产流转的动态过程。亚当·斯密曾经宣称，合同自由将鼓励个人发挥企业家冒险精神。^③美

① [美] 格兰特·吉尔莫：《契约的死亡》，曹士兵、姚建宗、吴巍译，北京，中国法制出版社，2005，第136页。

② 参见〔日〕内田贵：《契约的再生》，胡宝海译，北京，中国法制出版社，2005，第195～200页。

③ See James Willard Hurst, *Law and Economic Growth: The Legal History of the Lumber Industry in Wisconsin*, Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1964, p. 301.

国著名法学家 Farnsworth 认为，合同自由支撑着整个市场^①，从法治的观点来定义市场，则市场就是合同法。^② 任何社会只要实行市场经济，就必然要以合同法作为其经济制度的基石。我国实行社会主义市场经济体制，也毫无例外地应当以合同法作为市场经济运行的基本规则。另一方面，合同法是任何国家法律体系中起着支架性作用的基本法律。财产权是基本人权的重要组成部分，是独立人格的基础，而物权和债权是财产权的两大最基本的形态。正如拉德布鲁赫指出的，物权是目的，债权从来只是手段。法律上物权与债权的关系，就像自然界材料与力的关系，前者是静的要素，后者是动的要素。在前者占主导地位的社会里，法律生活呈静态；在后者占主导地位的社会里，法律生活呈动态。^③ 所以，规范合同债权的合同法就是法律体系中的基础性法律。

既然契约已经完全成为我们生活的主宰，为了促成契约高效、快捷地订立，保障合同圆满、安全地履行，就必须有相应的法律规则对之加以调整。这些调整契约关系的法律规则就是合同法。“合同法的基本目标就是使人们能实现其私人目的。为了实现我们的目的，我们的行动必然有后果。合同法赋予了我们的行动以合法的后果。承诺的强制履行由于使人们相互信赖并由此协调他们的行动从而有助于人们达到其私人目标。社会的一个内容就是其自然人拥有达成自愿协议以实现其私人目标的权力。”^④ 美国学者罗伯特·考特与托马斯·尤伦这一席话的确道出了合同法的真谛。试想如果没有合同法，人们为了达成交易将不知花费多大的人力、物力；交易的当事人不能通过合同来安排他们未来的事务，允诺不能得到遵守和执行，信用经济也不可能建立，市场经济赖以建立的基础将根本不存在。所以，一个成熟的市场经济在很大程度上是以合同能否得到及时、圆满的履行，因合同而产生的争议是否会被及时、公正地解决作为标志的。虽然人们在缔约过程中不一定完全按照合同法来缔约，但“合同法是备用的安全阀”^⑤。

① See Farnsworth, *Contracts*, Second Edition, Little, Brown and Company, 1990, p. 21.

② See James Willard Hurst, *Law and Economic Growth: The Legal History of the Lumber Industry in Wisconsin*, Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1964, p. 285.

③ 参见〔德〕拉德布鲁赫：《法学导论》，北京，中国大百科全书出版社，1997，第61页。

④ 〔美〕罗伯特·考特、托马斯·尤伦：《法和经济学》，董雪兵等译，上海，上海三联书店，1994，第314页。

⑤ 〔美〕罗伯特·A·希尔曼：《合同法的丰富性》，郑云瑞译，北京，北京大学出版社，2005，第270页。

在当事人不能通过合同有效安排其事务时，就需要合同法来规范当事人的交易行为。所以，希尔曼指出，“人们应当牢记，一些断言合同法让位于其他法律或者存在诸多问题的理论，表现为一种不成熟的观点，因为他们所关注的是描述非典型的合同纠纷和合同安排破裂的司法意见”^①。

同时，“消亡论”也没有看清合同法在现代社会的发展，忽略了现代法制发展的基本规律。梅因在1861年就宣称，迄今为止，所有进步社会的运动可以归纳为从身份到契约的运动。^② 我妻荣则认为，由于近代以来财产权化的发展，债权在近代法中处于优越地位和中心地位。^③ 所以，债权已经不仅是一种法律手段，而且是现代社会中的基本组织方式。然而，这并不是说，以合同法为中心的近代债法是一成不变的。相反，法制的现代化经验表明，法律是根植于特定历史时期、特定群体的一种文化，需要充分考察和反映本土国情。^④ 因此，合同法也需要随着历史时期的推移而适时调整。20世纪以来，随着资本主义从自由竞争走向垄断，国家对社会和经济的干预不断增强，古典的合同自由理论面临着强制缔约、诚信义务等新内容的挑战。尤其是随着福利国家的发展，社会保险法、劳动法、消费者权益保护法等逐渐从公法、私法分立的二元体系中独立出来，成为了第三法域，相应地，一些传统合同法的内容被归入相对独立的社会法领域，如劳动合同、消费合同就脱离了传统合同法进入独立的劳动法、消费者权益保护法范畴。甚至出现了集体合同，使得以个别化契约为模型的传统合同理论面临严峻的挑战。“由于公共政策对契约法对象的系统性‘掠夺’所造成的……例如，劳动法、反托拉斯法、保险法、商业规则和社会福利立法等。这些特殊形态的公共政策的发展，把原本属于‘契约法’（就其抽象关系意义而言）范畴的许多交易和境况，划归到自己的调整范围之内。”^⑤再如，近几十年来，随着经济全球化的发展，资源的配置超越了国界，在全球范围内自由流动，合同法的国际化发展趋势日益明

① [美] 罗伯特·A·希尔曼：《合同法的丰富性》，郑云瑞译，北京，北京大学出版社，2005，第270页。

② 参见[英]梅因：《古代法》，北京，商务印书馆，1959，第96~97页。

③ 参见[日]我妻荣：《债法在近代法中的优越地位》，北京，中国大百科全书出版社，1999，第7页。

④ See John Henry Merryman, Rogelio Perez-Perdomo, *The Civil Law Tradition*, 3rd ed., Stanford University Press 2007. p. 150.

⑤ [美] 弗里德曼：《美国契约法》，第20~24页，转引自[美] 格兰特·吉尔莫：《契约的死亡》，曹士兵、姚建宗、吴巍译，北京，中国法制出版社，2005，第6~7页。

显，两大法系的合同法规则也因此呈现趋同趋势。随着人本主义的张扬和人权保障理念的强化，侵权法保障的范围不断拓宽，大量触及传统合同法未能触及的领域，使得合同法对这些领域的法律调整逐渐让位于侵权法。^① 随着现代科技的发展，尤其是互联网技术的迅猛发展，合同交易的形式、履行方法等都表现出了明显区别于传统合同法的新特点。凡此种种，都说明合同法是现代法制发展最为活跃的领域，可见，合同法规则不是停滞不变的、僵化的，而是开放的，是不断适应社会的需要而发展的。

合同法的这些新发展说明，当前合同法实际上是处于一个变革的时代，此种变革来自于经济、技术等多个层面，甚至来自于法律本身的变化。但我们同时也看到了合同法律制度的相对稳定性，即基本交易法则的稳定性。例如，要约、承诺的基本规则，合同的变更、解除和补救等规则仍然保持了相当的稳定性。只要市场作为资源配置的基础作用不变，只要交易仍然构成市场的基本内容，只要等价交换的价值法则仍然支配着交易过程，合同法的基本规则就不会产生实质性的变化。“消亡论”看到了合同法的变化，但其没有注意到合同法稳定性的一面以及合同法保持稳定性的原因。例如，有德国学者曾经提出了事实契约论，其认为事实行为可以替代当事人的意思表示。实际上，这只是看到了事实的表象。所谓的事实契约，不过是缔约形式发生了变化而已，就其实质而言，合同仍然是当事人合意的产物，这一基本规则并未改变。合同法的发展，仍然是在合同法基本原理基础上展开的。事实上，任何新的发展都可以根据合同法的基本原理得到解释。例如，劳动合同只不过是强调了对作为合同弱势一方的保护，但关于合同的成立、解除和基本规则等核心内容仍然是以合同法的基本原理为基础的。而内田贵教授的契约再生理论认为，合同似乎经历了凤凰涅槃的突变过程，在摧毁旧的体系后而建立了新的体系，这也是不客观的。虽然在现代社会，为适应市场经济的发展需要，产生了一些新的合同法理论，但并非是对传统理论的全面否定，而只不过是原有理论基础上的不断发展和完善。可见，无论是契约死亡理论，还是契约再生理论，其本质都是相同的，它们都割断了传统合同法理论与现代合同法发展的内在联系，忽略了合同法在当代发展的内在规律。现代合同法不是一个简单的

^① 参见〔德〕克里斯蒂安·冯·巴尔等主编：《欧洲合同法与侵权法及财产法的互动》，吴越等译，北京，法律出版社，2007，第40页。

死亡与再生的问题，而是在保证合同法基本规则的基础上，如何适应现代经济社会发展而衍生出新理论、新规则的问题。

我国《合同法》颁行以后，合同法理论得到了迅速的发展。具体来说，一方面，我国民法学界广大同仁密切关注合同法在当代的最新发展，密切把握社会的脉搏以及合同法顺应社会发展而呈现出的一种发展趋势，从中国的实际出发，对传统合同法理论进行了反思，并致力于构建自身的合同法理论。当然，任何合同法理论和规则，不过是基于新的社会问题而对传统合同法理论的修正，并不是对传统合同法理论的抛弃。因此，不能绝对地从死亡和再生的角度来观察这些问题。另一方面，我国合同立法和司法实践不断完善，1999年《合同法》的颁行，结束了由《经济合同法》、《涉外经济合同法》和《技术合同法》所形成的三足鼎立的局面，消除了因多个合同法并立而造成的合同法律彼此之间的重复、不协调甚至矛盾的现象，也改善了我国合同立法的分散、凌乱的状况，实现了合同法律尤其是合同法总则的统一化和体系化。这在完善市场经济的法律体系方面迈出了重要一步。尤其应当看到，《合同法》的内容充分反映了社会主义统一市场的需求，摒弃了反映计划经济体制本质特征的经济合同概念，充分体现了当事人的意思自治原则，该法从现代市场经济的本质需要出发，要求当事人在交易的各个环节中都必须遵循作为商业的基本道德的诚实信用原则，从而为建立信用经济奠定了基础。《合同法》既广泛参考、借鉴了两大法系成功的合同立法经验和判例学说，采纳现代合同法的各项新规则和新制度，注重与国际规则和惯例的接轨，同时也立足于中国的实际，系统、全面地总结了我国合同立法和司法实践经验。《合同法》的颁行既为合同法的研究提供了前所未有的机遇，又为当代中国民法学者研究合同制度提出了大量新课题、新挑战。在《合同法》颁布后，最高人民法院先后制定了两部司法解释，分别是1999年12月19日最高人民法院颁布的《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》、2009年4月24日最高人民法院颁布的《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》。除此之外，最高人民法院还颁布了一系列批复、意见，丰富和完善了我国的合同法律制度。这些司法解释以及批复、意见与《合同法》一起，共同构成了我国的合同法基本框架，它们的制定及颁行，将对维护市场经济的法律秩序和保护交易当事人的合法权益发挥极大的作用，也为交易的发展和市场的繁荣提供了重要的法律保障。制度的变化必然要求相应的理论支撑，总结合同法制变革中合同法理论的发展，有利于

新合同法律制度的理解与适用，也有利于进一步推进我国合同法律制度的完善。为此，本书也有必要吸收实践中形成的丰富的立法和司法实践经验，总结我国近十年来的最新的合同法理论研究成果，从而使本书在内容和体系上保持与时俱进的特点。

实践不断发展，研究永无止境。合同法理论博大精深，同时也将随着市场经济的发展而不断丰富和完善。我们所研究的合同法问题，其实不过是弱水三千中的一瓢罢了！由于个人的时间和精力所限，本书的缺点和错误在所难免，在此，我殷切希望广大读者不吝指正！

术语缩略表

一、主要法律及司法解释缩略语

1. 《民法通则》：《中华人民共和国民法通则》，1986年4月12日。
2. 《合同法》：《中华人民共和国合同法》，1999年3月15日。
3. 《民法通则意见》：最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》，1988年1月26日。
4. 《合同法司法解释二》：最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》，2009年2月9日。
5. 《融资租赁合同司法解释》：最高人民法院《关于审理融资租赁合同纠纷案件若干问题的规定》，1996年5月27日（已废止）。
6. 《技术合同司法解释》：最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》，2004年12月16日。
7. 《房屋租赁合同司法解释》：最高人民法院《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》，2009年6月22日。
8. 《审理借贷案件司法解释》：最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》，1991年7月2日。
9. 《施工合同司法解释》：最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》，2004年9月29日。

二、国际公约及示范法缩略语

1. 《销售合同公约》：《联合国国际货物销售合同公约》（United Nations Convention on Contracts of International Sales of Goods）。

2. 《商事合同通则》：国际统一私法协会起草的《国际商事合同通则》（The Principles of International Commercial Contracts）。

3. 《欧洲合同法原则》：欧洲合同法委员会（Commision on European Contract Law）起草的《欧洲合同法原则》（The Principles of European Contract Law）。

4. 《欧洲示范民法典草案》：欧洲民法典研究组与欧盟现行私法研究组编著（共同参考框架）草案（Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law），又称为共同参考框架草案。

目 录

第一章 合同法分则概述	1
第一节 合同法分则的概念和体系.....	1
第二节 合同法分则的功能	13
第三节 合同法分则的适用	19
第四节 合同法分则的发展趋势	23
第五节 合同法分则的完善	32
第二章 买卖合同	39
第一节 买卖合同概述	39
第二节 买卖合同的主要条款	50
第三节 买卖合同的效力	54
第四节 买卖合同中的标的物风险负担	77
第五节 违约形态及其责任	92
第六节 互易合同.....	102
第三章 特种买卖	108
第一节 所有权保留.....	108
第二节 分期付款买卖.....	124
第三节 凭样品买卖.....	135
第四节 试用买卖.....	141
第五节 招标投标买卖.....	148
第六节 拍卖.....	154
第四章 供用电、水、气、热力合同	160
第一节 供用电、水、气、热力合同概述.....	160
第二节 供用电合同.....	167
第五章 赠与合同	175
第一节 赠与合同概述.....	175

第二节	赠与合同的成立和生效	182
第三节	赠与合同的效力	185
第四节	赠与人的撤销权	192
第五节	特殊赠与	204
第六章	借款合同	210
第一节	借款合同概述	210
第二节	借款合同的订立和内容	221
第三节	借款合同的效力	225
第四节	违反借款合同的责任	235
第五节	民间借款合同	238
第七章	租赁合同	245
第一节	租赁合同的概念和特征	245
第二节	租赁合同的内容	253
第三节	租赁权	258
第四节	租赁合同的效力	266
第五节	承租人的优先购买权	285
第六节	租赁物的风险负担	295
第七节	租赁关系的终止	299
第八章	融资租赁	304
第一节	融资租赁合同的概念和特征	304
第二节	融资租赁合同与相关合同	311
第三节	融资租赁的历史发展	316
第四节	融资租赁合同的成立与生效	320
第五节	融资租赁合同的内容	324
第六节	融资租赁合同的效力	327
第七节	融资租赁合同的解除	338
第八节	融资租赁合同的终止	343
第九节	融资租赁合同中的违约责任	350
第九章	承揽合同	355
第一节	承揽合同概述	355
第二节	承揽合同的效力	367
第三节	承揽合同中的风险负担	381
第四节	承揽合同的终止	385

第五节 违反承揽合同的责任·····	391
第十章 建设工程合同 ·····	395
第一节 建设工程合同的概念和特征·····	395
第二节 建设工程合同的订立·····	402
第三节 建设工程合同的类型·····	412
第四节 建设工程施工合同的效力·····	421
第五节 承包人的建设工程优先权·····	432
第六节 建设工程质量不合格的责任·····	442
第十一章 运输合同 ·····	450
第一节 运输合同概述·····	450
第二节 客运合同·····	462
第三节 货运合同·····	472
第四节 多式联运合同·····	487
第十二章 技术合同 ·····	493
第一节 技术合同概述·····	493
第二节 技术开发合同·····	511
第三节 技术转让合同·····	523
第四节 技术咨询合同和技术服务合同·····	542
第十三章 保管合同 ·····	555
第一节 保管合同的概念和特征·····	555
第二节 保管合同的成立和标的物·····	560
第三节 保管合同的效力·····	564
第四节 消费保管·····	579
第五节 违反保管合同的责任·····	584
第十四章 仓储合同 ·····	590
第一节 仓储合同的概念和特征·····	590
第二节 仓储合同的成立·····	595
第三节 仓储合同的效力·····	597
第四节 仓单的法律性质及其内容·····	610
第十五章 委托合同 ·····	615
第一节 委托合同的概念和特征·····	615
第二节 委托合同的分类·····	625
第三节 委托合同的效力·····	630

第四节 转委托·····	642
第五节 间接代理中的委托·····	645
第六节 委托合同的终止·····	656
第十六章 行纪合同·····	664
第一节 行纪合同的概念和特征·····	664
第二节 行纪合同的效力·····	671
第十七章 居间合同·····	680
第一节 居间合同的概念和特征·····	680
第二节 居间合同的效力·····	688
第三节 居间合同中的违约责任·····	698
主要参考书目·····	701
后记·····	711

目 录

第一章 合同法分则概述	1
第一节 合同法分则的概念和体系	1
一、合同法分则的概念和特点.....	1
二、合同法分则的调整对象.....	4
三、合同法分则的特点.....	5
四、合同法分则的体系.....	11
第二节 合同法分则的功能	13
一、规范各类典型的交易关系.....	13
二、引导当事人正确缔约.....	15
三、降低交易费用.....	16
四、维护交易的公正.....	18
五、提供裁判规范的功能.....	18
第三节 合同法分则的适用	19
一、合同法总则和分则的关系.....	19
二、有名合同规则的适用与参照适用.....	22
第四节 合同法分则的发展趋势	23
一、限制合同自由和维护合同正义.....	23
二、国际化与自治化.....	27
三、有名合同类型的新发展.....	28
四、混合合同的产生和发展.....	29
五、示范法在有名合同中的运用.....	31
第五节 合同法分则的完善	32
一、有名合同的类型不足.....	32
二、买卖合同部分过多地借鉴联合国《销售合同公约》.....	34