

合同法 总论

贾邦俊 著

HETONGFA
ZONGLUN

天津人民出版社
TIANJINRENMINCHUBANSHE

合同法总论

贾邦俊 著

天津人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

合同法总论/贾邦俊著. —天津:天津人民出版社,
2001. 6

ISBN 7-201-03865-6

I. 合… II. 贾 III. 合同法-中国
IV. D923. 6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 043243 号

天津人民出版社出版、发行

出版人:赵明东

(天津市张自忠路 189 号 邮编 300020)

邮购部电话:27314360

网址:<http://www.tjrm.com.cn>

电子信箱:tjrmchbs@public.tpt.tj.cn

天津新华印刷一厂印刷

*

2001 年 7 月第 1 版 2001 年 7 月第 1 次印刷

850×1168 毫米 32 开本 17.25 印张

字数:437 千字 印数:1-4,000

定价:28.00 元

前 言

社会的变迁,送别了中国的过去。随着我国社会主义建设的重心转移到经济方面上来,合同立法一直受到国家立法机关的特别重视。1981年颁布的《经济合同法》开创了我国现代化建设历史时期合同立法的新局面,以《经济合同法》为代表的合同法律在相当长的一段时期内成为我国合同法律的代表。此后1985年颁布了《涉外经济合同法》,1987年又颁布了《技术合同法》,与之相配套的法律、法规不断出台,司法解释填补了立法上的欠缺和不足。合同法越来越成为社会经济生活中不可替代,更不可缺少的法律规范,指导着自然人、法人和其他组织参与社会财产交易,实现债权利益,增加社会财富,促进经济繁荣,扩大了国际经济的往来。中国二十年以来改革开放和经济建设的实践一次次证实:市民的日常生计,法人的生产与经营,财产的流转和集聚,社会财富的积累,科学技术的飞速发展,经济生活国际化的大流通等方方面面都离不开合同法。合同法在规范上述一系列的交易行为,维护市场经济秩序的正常运行,保护交易主体的财产权益中,发挥着其他任何法律、政策和手段无法比拟的作用,已成为社会主义市场经济的基本法之一。

二十世纪九十年代,社会主义市场经济体制的雏形开始在我们的社会环境中生长,成熟地发展起来。市场的交易离不开对市场主体的规范化、财产交易规则的合理化、市场经济环境的法制化。八十年代先后出台的三部合同法已有诸多不能适应市场经济发展的弊病,必须进行一次合同法律体系的重大变革,“三足鼎立”的合同法律体制必须革除,社会主义市场经济发展需要一部新的、与之相适应的合同法。自1993年开始,有关专

家学者草拟的《合同法立法方案》经过了多次研究、论证,在全国广泛征求意见的基础上,一部统一的《中华人民共和国合同法》于1999年3月15日经第九届全国人民代表大会第二次会议审议通过,并于1999年10月1日起正式施行。从此,结束了合同立法“三足鼎立”的局面,开始了中国合同法律的新纪元。

与原有的三部合同法相比。新《合同法》的特点:一是立足于我国的现实经济生活,继承和保留了适用我国经济生活的合同规则,同时大胆借鉴和吸收了国际上合同立法的成功经验,丰富完善了我国合同法的内容和体系结构,创建了适应我国实际的抗辩权制度、保全制度和严格责任制度等等。二是剔除了原合同法律之间相互重叠、矛盾的法律规范,形成了体系合理、内容新颖、完整的各项合同法律制度。完成了中国合同法律统一化的大业,创立了适应国际化交易关系所需要的统一《合同法》。三是社会主义市场经济发展需要的法律原则被确定下来。比如合同自由的原则、诚实信用原则、公平的原则等等,赋予了合同主体参与市场交易更充分的自主权,个人财产的处置权。将民事主体间的信赖关系提升为诚实信用法律原则,有利于建立社会信赖交易机制。四是充分体现出合同公正、正义的鲜明特点,也兼顾了合同交易的安全、便捷、高效的价值取向,初次规定了格式条款,缔约过失责任等制度。一部具有时代感、带着全新内容的《合同法》融入我们今天现实经济生活,正在规范、约束、指导着人们的财产交易行为。发挥着法律对社会财产流转关系特有的调整功能。

作者自八十年代初期一直从事民法、合同法的教学工作,曾在1993年《经济合同法》修改时主编了《中国实用新经济合同》一书。多年以来,一直不间断地跟踪研究我国的民事合同制度,特别自《合同法》颁布后,对统一合同法的研究更倾注了特别的精力。本书的创作也是作者对多年来合同法研究的一个归纳和总结,向自己以及向挚友、社会交出的一份答卷。

本书以《合同法总论》为题,作者是基于这样的考虑:总是指概括了合同的全部内容,论是论证基本观点。希望此书能够点播、引导读者学习合同法的基本理论知识,形成合同法律思维观念,运用合同法律处理社会的财产交易关系,以每一个人的实际行动塑造全社会契约化的人际关系,最终实现社会市民生活关系的契约化,这也是作者的一个心愿。本书为合同法总则部分,在内容和体系上不拘于《合同法》条文,不作逐条解释,而着眼于《合同法》的系统化、理论化阐述;并联系司法实践中的问题力求从理论上作出由浅入深的分析、论理;在《合同法》新制度的形成上与国际法律的作了比较研究;增加了《担保法》的内容,并全面反映了最高法院关于《担保法》若干问题的解释;是对合同法律较全面、系统、深入研究的一本理论读物。

在本书稿的形成过程中,作者吸收和借鉴了同行学术观点,国内民法、合同法学界专家、学者也给予了指正,天津人民出版的编辑同志对书稿的后期修改予以了极大的关注,作出了卓有成效的工作。在本书稿完成出版之际,作者对此一并表示最衷心感谢。尽管作者已竭尽全力、努力地去完成好每一部分的写作工作,但由于本人的水平有限,恐有寡漏,不妥之处难免,尚请读者鉴明指正。

作者

2001年1月于泰达园

目 录

第一章 合同法概述	(1)
第一节 合同与合同法	(1)
第二节 合同法的形成与发展	(20)
第三节 合同法的调整对象、特点及立法目的	(26)
第四节 合同法的基本原则	(40)
第五节 合同法的法律渊源	(51)
第二章 合同的订立	(55)
第一节 合同的成立与订约资格	(55)
第二节 合同的形式	(60)
第三节 合同的内容	(66)
第四节 要约	(73)
第五节 承诺	(88)
第六节 格式条款	(105)
第七节 缔约过失责任	(114)
第三章 合同的效力	(123)
第一节 合同效力的概述	(123)
第二节 合同的生效	(127)
第三节 合同效力的待定	(140)
第四节 合同的无效	(156)
第五节 可变更和可撤销的合同	(165)
第六节 合同无效和被撤销后的效力及后果	(171)
第四章 合同的履行	(177)
第一节 合同履行的概述	(177)
第二节 合同履行的规则	(183)

第三节	合同履行中的抗辩权	(196)
第四节	合同履行中的保全	(213)
第五章	合同的担保(一)	(230)
第一节	合同担保的概述	(230)
第二节	保证	(240)
第三节	抵押	(271)
第六章	合同的担保(二)	(307)
第一节	质押	(307)
第二节	留置	(326)
第三节	定金	(343)
第七章	合同的变更和转让	(357)
第一节	合同的变更	(357)
第二节	合同债权的转让	(361)
第三节	合同债务的转移	(373)
第四节	合同债权债务的概括转移	(379)
第八章	合同的权利义务终止	(383)
第一节	合同权利义务终止的概述	(383)
第二节	合同的解除	(386)
第三节	抵销	(403)
第四节	提存	(410)
第五节	免除债务	(418)
第六节	混同	(421)
第九章	违约责任	(423)
第一节	违约责任的概述	(423)
第二节	违约责任的归责原则	(432)
第三节	违约行为及其形态	(444)
第四节	免责事由	(456)
第五节	违约责任的承担方式	(468)
第六节	违约责任与侵权责任的竞合	(499)

第十章 合同的其他规定	(508)
第一节 合同的法律适用	(508)
第二节 合同解释规则	(514)
第三节 涉外合同的法律适用	(522)
第四节 合同的管理	(528)
第五节 合同争议的解决	(533)

第一章 合同的概述

第一节 合同与合同法

一、合同的概念

关于合同的概念,古往今来,有不同的理论学说,在各国合同立法中也不尽一致。在大陆法系具有代表意义的《法国民法典》和《德国民法典》上,对合同(即契约)概念的表述也略有不同。以《法国民法典》为代表的主张“合意协议说”认为:合同是基于双方当事人一种合意的协议而产生的法律关系。如《法国民法典》第1101条:“契约,为一人或数人对另一人或另数人承担给付某物,作或不作某事的义务的合意。”^①这里所说的“合意”就是订立契约双方当事人的意思上的一致,而这种一致又是以意思自治为前提的,其实质表达了合同是一种“合意之债”。《德国民法典》给合同下定义,则从“法律行为”的角度去规定了合同的概念。如《德国民法典》第305条规定:“根据法律行为成立债的关系,以及变更债的内容的,需要双方当事人之间的合同,但法律另有规定的除外。”^②这就是说契约是发生、变更债的关系的法律行为,也被人们称为“法律行为说”。但合同的本质仍不失其意思上的合意。正如德国学者萨维尼所指出的:“契

① 马育民译:《法国民法典》北京大学出版社1982年6月版,第221页。

② 郑冲、贾红梅译:《德国民法典》法律出版社1999年5月版,第60页。

约之本质在于意思之合意。”^① 在英美法系中,对合同概念的表述,一般认为:合同是一种“允诺”。被人们广泛引用的契约之定义,为美国法律整编契约法第二次汇编的定义:“契约乃为一个允诺,或一组之允诺,违反此一允诺时,法律给予救济,或其对允诺之履行,法律在某些情况下视为一项义务。允诺者,乃一方当事人对于他方当事人负担行为或不行为义务之表示也。负担此义务者为‘允诺人’享有此权利者,为受领允诺人。”^② 英国《不列颠百科全书》给合同下定义:“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。”英美法律上对契约的“允诺说”,没能清晰全面地表达订约双方当事人的合意,不能更准确地表达合同的本质特征,因此,也遭到了包括英美法律学者的不满,许多学者力图将大陆法系的协议说的观念引入到英美契约法中去,例如:英国《牛津法典大辞典》给合同下定义时指出:“合同是二人或多人之间为在相互之间设立合法义务而达成的具有法律强制力的协议。”^③ 由此可见,英美法对合同概念的理解和认识,正在向大陆法系的合同法概念融合。我国合同的概念,基本上是继承了大陆法系合同法概念学说的影响。

中国民法学界对合同概念,长期以来有:经济说、书而协议说、经济合同协议说、法律行为说。前三种学说的主张仅停留在合同的作用上,从未在合同的本质上加以肯定。法律行为说指合同当事人之间设立、变更、终止民事权利、义务关系的法律行为,准确地揭示了合同的内核,即合意是协议的本质。

① 胡长清:《中国债编总论》商务印书馆 1934 年版,第 16 页。

② 杨桢著:《英美契约法论》北京大学出版社 2000 年 4 月版,第 1 页。

③ [英]戴维·M·沃克《牛津法律大辞典》中译本光明日报社出版社 1988 年版,第 205 页。

在合同的适用范围上,有广义合同、狭义合同、最狭义合同之分。广义合同指所有法律部门中涉及到的合同,如民法合同、行政法合同、劳动法合同、国家合同、身份合同等等。狭义合同指一切民事合同:即债权合同、物权合同、身份合同、知识产权合同。最狭义的合同指债权债务关系的协议,即债权合同。

1981年颁布的《经济合同法》第二条规定:“合同是法人之间为实现一定经济目的,明确相互权利义务关系的协议。”这一概念既没有准确揭示合同的本质,又不能涵盖基本的民事合同。

1999年3月15日九届全国人大第二次会议通过的新《合同法》,将合同视为社会主义市场交易关系的法律形式,并在《合同法》中规定市场交易行为的规则,准确地界定了合同的概念,即“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”。“婚姻、收养、监护有关身份关系的协议,适用其他法律的规定”。从新《合同法》对合同概念的界定来看,首先应分清何为民事权利、义务关系的协议,按照民法学的一般原理,如人身权、所有权、债权、债务、亲属、继承等都属于民事权利义务的范畴。由此而发生的合同就包括人身权合同、所有权合同、债权债务合同、亲属合同、继承关系中的合同。新《合同法》排除了婚姻、家庭、收养、监护、继承方面的合同关系,这类合同由其他法律予以调整。新《合同法》所指的合同仅指财产性的合同,即物权合同和债权合同。有的学者认为:从新《合同法》的具体条款上看,本《合同法》仅指债权合同。但有些学者认为:新《合同法》是指物权合同和债权合同融合或单独性的合同。理由:(1)在新《合同法》的各类具体合同中虽然主要规范了主要的债权合同,但同时也规范了租赁合同、融资租赁合同,这两类合同中的承租人在租赁期间内,对租赁物享有持续的

承租权,承租权即作为一种物权,因此租赁性的合同具有了债权和物权双重属性。(2)与新《合同法》共同构成合同法律规范的专门法律中,仍有物权合同的规范,如《房地产法》、《土地管理法》中有关土地使用权类的合同、房屋租赁合同,以及与此相连的抵押合同,仍属物权合同。因此仅将新《合同法》视为是债权合同的想法,显然是不全面的。

新《合同法》第二条对合同下的定义,是比较合适、理智的。因为:(1)婚姻性质的协议、收养协议、监护协议更有自身的特性,在立法上虽属民法,但已具有相当的独立性,在适用的原则和手段上也有别于物权合同与债权合同,将它们置于《合同法》调整范围以外,更为合理。(2)将合同界定为民事权利、义务关系的协议,将债权、物权交叉性的合同规定在《合同法》中,使合同的概念更完整。在原《合同法》草案时,曾采用过最狭义的合同概念,只限于民事债权债务关系的协议,这样的结果将承包合同、土地使用权出让合同、抵押合同、质押合同、留置合同等物权合同排除在《合同法》之外,不利于对市场交易关系的全面、系统、有效的调整,因而新《合同法》在正式颁布时,采用了民事权利义务关系的协议是完全正确的。

合同与契约的关系,合同即契约。但从历史上看,合同与契约有过不同的含义。近代中国的法学家认为合同非契约,国外的学者也将二者区分开来,认为合同是当事人之间意向一致的法律行为,为达到一个共同目的而达成的协议。如,成立社团协议、合伙协议等等。契约是当事人之间意向交叉的法律行为,如买卖协议、租赁协议、借贷协议等等。我国在解放初期,某些行政法律中,曾交替使用合同、契约的概念。到了七十年代末期,合同一词在我国得到了广泛地认同和使用,契约也被认为属于

陈旧的词语不再在立法中使用。在学术界,合同与契约被视为同一语,不再划分,以免引起用语上的混乱。所以,时至今日,合同与契约作为同一法律概念使用,无论是共同意向的意思表示,还是交叉意向的意思表示,都用合同一语加以表述。只能说明合同或契约之特点的差异,没有本质的区别。^①

二、合同的法律特征

合同作为一种民事法律关系,它有与其他行政法律关系、经济法律关系、劳动法律关系的不同之处,主要特征表现在以下几个方面:

(一)合同是当事人在平等自愿的基础上,意思表示一致的产物

合同是合同法律调整社会财产交易关系的结果,财产交易的自发性、随意性,以其不受任何人的制约的特点,反映在合同法律关系中当事人的法律地位的平等性,意思表示的自愿性、真实性。它主要体现在以下几个方面:(1)当事人缔约的意思表示是自愿的,双方地位平等,不是受对方或受第三方的强行所至。(2)当事人的意思表示是真实的,自愿去追求个人的经济利益为目的,并希望运用合同这一法律工具约束双方当事人的行为。(3)当事人的意思表示是内心意思与外在表示的统一。

意思表示除了以上的特点外,还应具有双方当事人各自的意思表示的一致性,即“合意”。只有达成合意才能产生约束双方当事人的法律协议。“协议”一词,民法中有时作为合同的同义语,也可以指当事人之间形成合意,由于合同是两个或两个以上意思表示一致的产物,因此,当事人必须在自愿基础上进行协

^① 陈小君主编《合同法》学中国政法大学出版社,1999年第4版。

商,才能使其意思表示达成一致,如果不存在平等自愿,也就没有真正的合意^①

(二)合同是双方或多方当事人的法律行为

民法原理告诉我们:单方法律行为成立的基础为当事人的单方意思表示,如,被代理人事后追认的行为,委托代理的授权行为等等。而合同必须要有双方的法律行为,或多方的法律行为,才能使合同关系成立。仅凭一方当事人的法律行为就不可能产生合同关系,因此,合同是双方或多方当事人的协议。合同是一种法律行为,在性质上它不同于民法中的事实行为。所谓事实行为是指不以意思表示为要件,并不能产生当事人预期法律后果的行为。如侵权行为,拾得遗失物行为等等。^②因而,事实行为不是法律行为,它本身不要求合法,而当事人为追求一定经济目的达成协议所为之行为,必须是合法的行为,才受法律的保护。如果当事人双方作出了违法的意思表示,即便达成了意思上的一致,也不得产生合同上的法律效力。由此可见民法中关于民事法律行为的一般规范。与《合同法》中的规范具有一致性,是相通融的。

(三)合同是以设立、变更、终止民事权利义务关系为目的的

《合同法》第二条规定:“本法所称的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。”即财产在平等主体之间流转过程中形成的权利和义务关系,如买卖合同、租赁合同、借款合同关系等。在当事人之间设立这些民事权利义务关系时,需要借助合同的法律形式;变更已存在的民事权利、义务关系,需要借助合同的法律形式;终止正

^① 王利明、崔建远著《合同法新论·总则》中国政法大学出版社,1996年版第7页。

^② 王利明、崔建远著《合同法新论·总则》中国政法大学出版社,1996年版第6页。

在履行的权利、义务关系,需要借助合同的法律形式。因此说,合同是设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。因此,《合同法》第二条中明确规定,该法所指合同不包括婚姻、收养、监护三方面的权利义务关系,仅指财产交换过程中形成的权利、义务关系。

(四)合同应具有合法性、确定性和可履行性

合同的合法性是合同设立的目的以及实现性所要求的。没有合法性,合同就得不到法律的保护,合同的预期的目的也难以实现。《合同法》第八条规定:依法成立的合同受法律的保护。合同的确定性,一是指合同的内容必须确定,即约定明确,为履行合同提供依据;二是为当事人理解合同做出解释标准。当事人对合同履行地、价款、期限等约定不明时,又不能再次协商一致的,可直接依据法律规定。《合同法》第一百二十五条还规定了合同解释的有关原则。可履行性,是指合同的标的具有可履行的必要性和价值性,通过履行达到订约双方当事人的目的。而合同不能履行,将导致合同的解除和无效。但是,对符合不可抗力条件不能履行的,当事人可以免责或解除合同。

(五)合同的主体是法人、自然人、其他组织

新《合同法》作为一部统一的《合同法》,它对合同的主体没有限制,任何自然人、法人、其他组织设立、变更、终止民事权利、义务关系而达成的协议,都受《合同法》的调整。这样的统一性,彻底改变了过去合同立法因主体不同,而分别立法的作法。过去合同法律中一直使用公民的概念,公民为宪法上的概念,不能准确反映民法上主体含义的要求,财产关系和人身关系对于各类血统、不同国籍的自然人都必然要参加,以满足其生存需要。所以在新《合同法》中,使用了自然人概念,不仅包括中国人,也

包括外国人、无国籍的人,这样更科学、准确。法人是有民事权利能力和民事行为能力的,独立享有民事权利,承担民事义务的组织。其他组织,是指那些不具备法人资格的单位或团体,如企业分支机构、从事经营活动的非法人的事业单位,科技性社会团体,非法人联营企业。合同的主体具有广泛性、平等性、财产性。

三、合同的分类

合同的分类,就是将许许多多、各式各样的合同,按照不同的标准,从不同角度进行归纳分类。其主要意义在于:(1)将纷乱复杂的具体合同划分成几大类,找出每一类合同中共同性的法律特征,加深对这一类合同总的理解和认识。(2)构建整体合同的体系结构,将合同分成几大类,在同一类合同中再分出若干个子合同,通过排列、分类,构成具体合同的结构体系,并不断地研究丰富和发展它们的内容。(3)决定合同的管理、案件的管辖以及法律的适用。

合同大致划分为以下几类:

(一)有名合同与无名合同

根据合同的名称是否由法律直接赋予而划分。凡法律赋予了一定名称,并作出了具体规定的合同为有名合同,也称为典型合同。如我国《合同法》所列出的买卖合同、租赁合同、运输合同等十五种合同;《保险法》所列的财产保险合同,人身保险合同;《担保法》所列出的保证合同。抵押合同、质押合同等等。凡法律上没有确定的名称,也没有对其作出规范,称为无名合同,也称为非典型合同。如:劳务合同、还款合同、债务抵销合同等等。依照《民法通则》第八十五条和《合同法》第八条规定,依法成立的合同,受法律的保护。也就是说合同内容只要不违反法律的规定,不违背社会公共利益,无论法律上是否赋予其名