

合同法新论

吴晓明 著



NEUPRESS
东北大学出版社

合 同 法 新 论

吴晓明 著

东北大学出版社

·沈 阳·

© 吴晓明 2005

图书在版编目 (CIP) 数据

合同法新论 / 吴晓明著. — 沈阳 : 东北大学出版社, 2005.11
ISBN 7-81102-208-7

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 129646 号

出 版 者: 东北大学出版社

地址: 沈阳市和平区文化路 3 号巷 11 号

邮编: 110004

电话: 024—83687331 (市场部) 83680267 (社务室)

传真: 024—83680180 (市场部) 83680265 (社务室)

E-mail: neuph @ neupress.com

http: // www. neupress. com

印 刷 者: 东北大学印刷厂

发 行 者: 东北大学出版社

幅面尺寸: 140mm × 203mm

印 张: 16.25

字 数: 452 千字

出版时间: 2005 年 11 月第 1 版

印刷时间: 2005 年 11 月第 1 次印刷

责任编辑: 刘淑芳

责任校对: 张 宁

封面设计: 唐敏智

责任出版: 杨华宁

定 价: 25.00 元

前 言

本书写作的国内背景是统一合同法的颁布，国际背景是中国已经成为 WTO 的成员。因此，本书以《中华人民共和国民事诉讼法通则》和《中华人民共和国合同法》等相关民事法律为依托，并参考国际通行立法和惯例，结合最高人民法院的司法解释，广泛吸收国内外合同法研究的先进成果。本书详尽地阐述了合同法的基本概念，具体制度和重大原则，做到理论与实际结合，基础与前沿并重。

本书的论述脉络和行文框架与新合同法的体系基本上契合配套。全书分总论、分论两大版块。总论按照逻辑顺序阐述了合同从协商、订立、生效、履行、变更到救济的整个动态过程，对各种概念、制度、原则均有详细论述。分论以 15 个有名合同类型为论述对象，针对合同法的深入研究和实际操作，更注重对具体情况和细节问题的分析和解答。

总之，本书力求对合同法作出全面、准确、深入的阐述，尝试为中国合同法制健康、有序发展，并与国际通例接轨、融合做出一些贡献。

作 者

2005 年 10 月于沈阳

目 录

上编 总 论

第一章 合同的概述	3
第一节 合同的概念和特征	3
第二节 合同的分类	7
第三节 合同法的基本原则	15
第四节 合同的解释	24
第五节 合同法的渊源及其适用	31
第二章 合同的订立	36
第一节 合同订立的方式	36
第二节 合同的成立	58
第三节 合同的内容与形式	64
第四节 几种特殊缔约的程序	75
第三章 合同的效力	79
第一节 合同效力概述	79
第二节 附条件的合同和附期限的合同	81
第三节 效力未定的合同	83
第四节 因表见代理、表见代表订立的合同	85
第五节 无效合同	88
第六节 可撤销的合同	92

第四章 合同的履行	98
第一节 合同履行概述	98
第二节 合同的补缺(补充性解释)	99
第三节 政府定价、政府指导价的执行	106
第四节 向第三人履行与由第三人履行	107
第五节 履行抗辩权	110
第六节 提前履行与部分履行	115
第七节 合同的保全	116
第五章 合同的变更和转让	127
第一节 合同的变更	127
第二节 合同的转让	132
第六章 合同的权利义务终止	141
第一节 权利与义务终止概述	141
第二节 合同的解除	143
第三节 抵销	150
第四节 提存	155
第五节 免除	159
第六节 混同	162
第七节 导致终止的其他原因	163
第七章 合同责任	165
第一节 缔约过失责任	165
第二节 违约责任	168
第八章 合同的法律适用、合同解释及合同争议的解决	194
第一节 合同的法律适用	194
第二节 合同的解释	197

第三节 合同争议的解决	201
-------------	-----

下 编 分 论

第九章 买卖合同	207
----------	-----

第一节 买卖合同的意義和法律特征	207
------------------	-----

第二节 买卖合同的效力	214
-------------	-----

第三节 标的物所有权的转移时间与意外灭失的风险负担	227
---------------------------	-----

第四节 特种买卖	236
----------	-----

第十章 能源供用合同	240
------------	-----

第一节 供用电合同的法律特征	240
----------------	-----

第二节 供用电合同的法律效力	242
----------------	-----

第十一章 赠与合同	245
-----------	-----

第一节 赠与合同的法律特征	245
---------------	-----

第二节 赠与合同的效力	248
-------------	-----

第三节 赠与合同的撤销和拒绝履行	250
------------------	-----

第四节 附义务赠与	252
-----------	-----

第十二章 借款合同	255
-----------	-----

第一节 借款合同的性质和法律特征	255
------------------	-----

第二节 信贷合同与民间借贷合同	257
-----------------	-----

第三节 借款合同的内容和法律效力	260
------------------	-----

第十三章 租赁合同	264
-----------	-----

第一节 租赁合同的法律特征和适用范围	264
--------------------	-----

第二节	租赁合同在当事人之间的法律效力·····	271
第三节	租赁合同对第三人的法律效力·····	277
第十四章	融资租赁合同·····	280
第一节	融资租赁合同的性质和法律特征·····	280
第二节	融资租赁合同的法律效力·····	284
第十五章	承揽合同·····	293
第一节	承揽合同的分类和法律特征·····	293
第二节	普通承揽合同的效力·····	302
第三节	工作成果所有权的归属及风险负担·····	308
第四节	建设工程合同·····	310
第十六章	运输合同·····	323
第一节	运输合同概述·····	323
第二节	客运合同·····	332
第三节	货运合同·····	338
第十七章	技术合同·····	348
第一节	技术合同的一般规则·····	348
第二节	技术开发合同·····	354
第三节	技术转让合同·····	360
第四节	技术咨询与技术服务合同·····	370
第十八章	保管合同·····	376
第一节	保管合同的法律特征和分类·····	376
第二节	一般保管合同·····	384
第三节	仓储合同·····	390

第十九章 委托合同与行纪合同	400
第一节 委托合同的法律特征及分类.....	400
第二节 委托合同的法律效力.....	416
第三节 行纪合同.....	424
第二十章 居间合同	434
第一节 居间合同的定义和法律特征.....	434
第二节 居间合同的效力.....	436
参考文献	438
附录 1 《中华人民共和国合同法》	440
附录 2 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（一）	500
后 记	506

上 编 总 论

第一章 合同的概述

第一节 合同的概念和特征

一、合同的概念

合同又称“契约”。在英文中称为“contract”，在法文中称为“contrat”或“pacte”，在德文中称为“uertrag”或“kontrakt”。这些用语都来源于罗马法的合同概念“contratus”。自罗马法以来，合同一直是民法的一个重要的概念。然而，大陆法与英美法对合同的概念长期以来存在着不同的理解。大陆法系合同定义来源于罗马法。依照罗马法，合同为双方当事人间发生债权债务的合意。罗马法上“contratus”一语由“con”和“tratus”二字组成。“con”由cum转化而来，有“共”字的意义，“tratus”有“交易”的意义，合而为“共同交易”。在罗马法中，契约被定义为“得到法律承认的债的协议”。这一概念基本上为大陆法系民法所继受。《法国民法典》第1101条规定：“契约，为一人或数人对另一人或另数人承担给付某物，做或不做某事的义务的合意。”这就从债务的角度揭示了契约作为一种发生债的关系的合意的本质，成为大陆法系民法的经典定义。《德国民法典》则从“法律行为”的角度规定了契约的概念。该法第305条规定：“以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约”。因此大陆法系民法认为，“合同是一种双方的法律行为，是双方当事人的合意。与此同时，在英美法中，一般认为合同是由法律保障其执行的一个允诺或一系列允诺。美国《法律重述·合同》（第二版）第1条规定：“合同是一个允诺或一系列允诺，违反该允诺

将由该法律给予救济，履行该允诺是法律所确认的义务。”英国《不列颠百科全书》给合同所下的定义是：“合同是依法可以执行的诺言。这个诺言可以是作为，也可以是不作为。”英美法认为合同实质上是一种允诺，乃是由英国的历史习惯和诉讼程序的影响所决定的。同时也与英美法将不当得利与无因管理等关系作为“准合同”对待的做法有联系。由于允诺构成了合同的本质，因此，合同法的宗旨在于保障允诺的实现，在一方违反允诺时，如何对另一方提供补救。不过，由于这一概念仅仅是强调了一方对另一方作出的允诺，而没有强调双方当事人的合意，因此也受到许多学者的批评。许多学者力图将大陆法中“协议”的概念运用到英美法中。例如，英国《牛津法律大辞典》给契约所下的定义为：“契约是二人或多人之间为在相互间设定合同义务而达成的具有法律强制力的协议”。可见，英美法与大陆法在合同概念问题上正在不断接近。

《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）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、终止民事权利义务关系的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。”合同法所说的合同，是民事合同，是民事合同中的债权合同。《民法通则》也规定了民事合同，《民法通则》与合同法规定不一致的，依照特别法优先适用的规则，优先适用合同法。

二、合同的特征

（一）合同是当事人之间的合意

1. 两个意思表示一致即构成合意。合意是合同成立的一个标志。甲要卖给乙一头牛，乙以为甲要把这头牛送给他，就到甲的牛棚里把牛牵回了家，双方发生了争议。这是因重大误解成立的合同呢，还是合同未成立？显然是未成立的合同，不是因重大误解成立的合同。两个表示意思没有取得一致，也就是说，没有达成合意，这个合同没有成立，甲、乙双方之间的财产争议适用2年诉讼时效

的规定，而因重大误解成立的合同若撤销，适用除斥期间 1 年的规定。

2. 意思表示有瑕疵，不影响合意的存在。如甲以欺诈的手段与乙订立合同，乙的表示意思与内心意思不一致，即意思表示有瑕疵。但甲与乙的两个表示意思取得的一致，达成了意思合致，因此甲与乙之间的合同成立。包括欺诈在内的五种撤销合同，均是意思表示有瑕疵的合同，均是已经成立的合同。

3. 合意就说明合同是两个意思表示的结合。一个意思表示不能构成合同。比如说，“自己代理”是代理人以被代理人的名义同自己签订合同，它实际上是一个意思表示，不是两个意思表示，因此不能构成合同。在获得被代理人追认时，视为两个意思的结合，构成合同。如赠与合同、无偿的委托合同和无偿的保管合同，是两个意思的结合，是双方法律行为。两个意思表示的结合，还说明合同是当事人意志的产物。合意是两个意思表示一致，而意思表示一致是通过要约和承诺建立起来的。

A 公司给 B 公司发出订单买电器（要约），B 公司表示完全接受订单且签字盖章了，但是 B 公司又加了一个免责条款，这叫做附条件的承诺，就是反要约，不是承诺，A 公司遂不予理睬，合同没有成立，但 B 公司不知道，以为成立了，到期就发货，A 公司一看，货寄来了，还不错，就收了，这项合同成立了，不是通过订单成立的，是通过行为成立的。

——在上述案件中，当事人原欲采用书面形式（订单），但没有采用，不影响合同的成立。《合同法》第 36 条规定，法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。B 公司发货的行为构成要约，A 公司受领构成承诺。当事人达成合意，合同成立。

（二）合同在当事人之间是一个债的关系

1. 当事人订立合同的目的和宗旨，是要创立、变更、终止债

债权债务关系。我国《合同法》第2条给定的合同定义是民事合同，但从内容来看，实际上是讲债权合同，债权合同是民事合同的一种。当事人订立合同实际上是为了设立债权债务关系，或是为了变更已有的债权债务关系，或者是为了终止已有的债权债务关系。

2. 债权合同具有相对性。合同的相对性，是指合同这个“法锁”，只在当事人之间发生效力，第三人不受合同的拘束。合同当事人不得向第三人主张合同设立权利。但相对性是一个基本原则，不是绝对的。为了实现交易安全等价值目标，在合同法还明文规定的情况下，合同的效力及于第三人。如《合同法》第73条、第74条、第75条规定了代位权和撤销权，使合同的效力扩张至第三人。

3. 合同是商品交换的法律形式。商品交换是通过建立债的关系来实现的，所以人们常说，合同是商品交换的法律形式。从交换的角度看，合同是当事人通过自己的意志建立起来的交易关系。合同法规定的绝大多数有名合同都是有偿合同。所以说合同法是市场交易法丝毫不为过。

4. 债权合同是平等主体之间的法律关系。既然合同是商品交换的法律形式，是当事人之间的债权债务关系，那么，合同就只能是平等主体之间的法律关系。法律要求交易的双方是对等的主体，合同双方要彼此承认是平等的人。根据合同自由原则、公平原则，在合同问题上，我们要反对“所有制歧视”和“官本位”。

5. 债权合同是关于财产关系的合同。合同是商品交换的法律形式，是财产流动的法律形式。财产关系与身份关系有不同的属性和不同的规则。合同法调整债权合同，是调整市场关系的法律，是调整财产流转的法律。“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”（第2条第2款）。适龄男女之间的婚姻协议是身份合同，适用婚姻法的规定。夫妻之间的财产协议、家庭之间的分家析产协议，适用合同法的规定。收养协议，适用收养法的规定。监护适用《民法通则》的规定。

王某（男）与万某（女）是多年夫妻，但二人的财产自结婚以

来就是AA制。后二人协议离婚，王某有财产约100万元，王某只留了5万元，其余都给了万某。王某的债权人张某认为侵害了自己的债权，应当根据什么法律维护自己的债权？

——张某可以根据《合同法》第74条、第75条的规定主张保全撤销权，撤销王某对万某的赠与。

第二节 合同的分类

合同的分类有助于我们从整体上加深对合同的认识。合同的分类是一种鸟瞰式、类型化的观察、研究和学习方法。另外，不同种类的合同有不同的规则，这是我们要注意的。

一、双务合同和单务合同

双务合同是双方当事人互负义务的合同。单务合同是一方当事人承担义务，不兼有债权人的身份；一方是债权人，享有权利。有偿合同都是双务合同，没有例外，因为有偿合同存在对价。有偿合同是真正（典型）的双务合同。无偿合同一般是单务合同，但无偿合同也可以是双务合同。如无偿委托合同，委托人支付处理委托事物的必要费用的义务与受委托人完成委托事物的义务，不是对价关系，因此是不真正双务合同。无息借款合同也不是真正双务合同。

有偿合同——都是双务合同（真正双务合同，双方的义务呈对价关系）；

无偿合同——单务合同；双务合同（不真正双务合同，双方的义务不是对价关系）

区分二者的意义：

双务合同两个义务的履行是有顺序的，顺序是一种利益关系。履行顺序不仅仅是一种时间的顺序，往往是一种条件关系，即一方的履行，是另一方履行的条件。甲、乙同时履行，这就产生《合同法》第66条规定的同时履行抗辩权；甲先履行，乙后履行，乙可

以产生第 67 条规定的先履行抗辩权，甲可以产生第 68 条、第 69 条规定的不安抗辩权。而单务合同是一方履行义务，因而不存在履行顺序的问题，因而单务合同是不能成立履行抗辩权的。

二、有偿合同和无偿合同

根据当事人取得权利有无代价（对价），可以将合同区分为有偿合同和无偿合同。有偿合同是交易关系，是双方财产的交换，是对价的交换。无偿合同不是财产的交换，是一方付出财产或者付出劳务。

区分二者的意义在于以下五点：

1. 确定对价关系。有偿合同因为有对价，因此，对价要求充分对应，而且，甲方在支付对价的时候有权要求乙方支付对价，甲方不支付对价的时候，无权要求乙方支付相应的对价。显失公平的合同，主要发生在有偿合同之中。

2. 生效条件不同。法律一般把有偿合同规定为诺成合同，因为双方都负担义务，所以，在双方两个诺言取得一致的情况下，双务合同成立并生效。在一般情况下，双务合同除了要经过批准、登记的以外，成立时生效。而单务合同，因为一方要付出财产或者劳务，但没有获得对价，因此，法律在一般情况下，把无偿合同规定为实践合同，或者规定为有任意撤销权的诺成合同。其意义在于给无偿付出的一方以反悔权，以鼓励人们的无偿行为、助人行为。对于实践合同，当事人交付标的物或者开始履行的时候，才开始成立或者生效。给无偿合同债务人（付出财产、劳务的一方）通过不交付标的物、不履行合同来行使反悔权。对于有任意撤销权的诺成合同（如赠与合同），赠与人（债务人）的反悔权是通过通知对方撤销来体现的，在赠与的财产权利转移之前，赠与人可以任意撤销赠与合同（《合同法》第 186 条）。

3. 对当事人的意思能力要求不同。有偿合同，甲、乙双方都有债务人的身份，都要付出，因此，对于有偿合同的债务人，他的