



中外法学家书系

〔日〕小口彦太 〔中〕韩世远 王成 著

〔日〕濑川信久 松冈久和 渡边达德

文元春 杨远舟 译

# 中国合同法研究 中日民法学之对话

ZHONGGUO HETONGFA YANJIU  
ZHONGRI MINSHI FAXUE ZHI DUIHUA

、  
人民  
法院  
出版  
社



中外法学家书系

# 中国合同法研究 中日民法学之对话

ZHONGGUO HETONGFA YANJIU  
ZHONGRI MINSHI FAXUE ZHI DUIHUA



〔日〕小口彦太 〔中〕韩世远 王成  
〔日〕濑川信久 松冈久和 渡边达德  
著

文元春 杨远舟 译

人民法院出版社

## 图书在版编目 ( CIP ) 数据

中国合同法研究：中日民事法学之对话 / (日) 小口彦太等著；文元春，杨远舟译。—北京：人民法院出版社，2019.6

ISBN 978-7-5109-2436-1

I . ①中… II . ①小… ②文… ③杨… III . ①合同法—研究—中国 IV . ① D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 028985 号

## 中国合同法研究：中日民事法学之对话

[日] 小口彦太 [中] 韩世远 王成 著  
[日] 濑川信久 松冈久和 渡边达德  
文元春 杨远舟 译

---

责任编辑 兰丽专                      执行编辑 杨佳瑞  
出版发行 人民法院出版社  
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)  
电 话 (010) 67550638 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)  
65223677 (读者服务部)

客服 QQ 2092078039  
网 址 <http://www.courtbook.com.cn>  
E-mail courtpress@sohu.com  
印 刷 河北鸿祥信彩印刷有限公司  
经 销 新华书店

---

开 本 787×1092 毫米 1/16  
字 数 504 千字  
印 张 28.25  
版 次 2019 年 6 月第 1 版 2019 年 6 月第 1 次印刷  
书 号 ISBN 978-7-5109-2436-1  
定 价 116.00 元

---

版权所有 侵权必究

# 序一

我推荐《中国合同法研究：中日民事法学之对话》一书。该书是中日两国著名民法学者长期合作研究我国合同法的最终学术成果，于2017年由日本成文堂出版日文本。我国《合同法》起草过程中，曾经广泛参考借鉴日本的立法经验和判例学说。现今《合同法》实施已近20年，并且按照立法计划，将经过适当修改完善、编纂为中国民法典的合同编。《中国合同法研究：中日民事法学之对话》中译本，无疑对于我国《合同法》编纂为民法典合同编、对于我国合同法理论研究和裁判实务具有重大意义！

中国社会科学院学部委员



2018年5月20日于北京

## 序二

欣闻早稻田大学名誉教授、江户川大学校长小口彦太教授组织撰写的《中国合同法研究：中日民事法学之对话》近期将在华出版，这是中日民法学界交流的一项成果，我为之感到高兴。

作为日本研究中国法的代表性学者，小口彦太教授长期在早稻田大学开设比较中日民法（特别是合同法）的课程，多次组织中国民法学者赴日访问，开展面对面的法学交流。《中国合同法研究：中日民事法学之对话》一书就是小口彦太教授组织中国、日本著名学者就合同法中的一些重大疑难问题展开研究的学术成果，也是中国人民大学与日本早稻田大学展开合作研究的标志性作品。该书最初于2017年由日本著名的成文堂出版发行，现在又由人民法院出版社翻译出版中文版本。这种由中日法学家开展直接交流合作、并将相应成果分别以不同语言出版的形式，让人耳目一新，可以说开辟了中日民事比较法研究的新范式，并将使中日两国的法律学人从中受益。近年来，日本对民法典的债法内容作了大规模修改，中国也正在编纂中国民法典合同编，可以说，《中国合同法研究：中日民事法学之对话》的出版正逢其时，对两国民法的发展和完善也会起到积极的推动作用。

我与小口教授相识将近三十年，长期以来我们一直保持着密切的学术交流关系和良好的友谊，我们曾多次就中日民法问题在早稻田大学和中国人民大学美丽的校园里一边散步一边讨论，留下了许多难忘的记忆。小口教授温文尔雅，人品学识俱佳，我从他身上也学到了很多。小口教授多次邀请我到早稻田讲学，我的《合同法》一书就是由小口教授在百忙之中拨冗翻译、审校，并在早稻田大学出版社出版日文本。2016年，我也曾经邀请小口教授来中国人民大学开展中日合同法比较研究的学术专题讲座，受到了师生广泛好评。

我衷心祝愿小口教授学术之树常青，也祝愿中日两国的民法交流进一步深化，并结出硕果。

是为序。

中国法学会民法学研究会会长  
中国人民大学一级教授



2018年5月28日

# 中译本序言

本书的特色在于，完全有别于一般合著类书籍，未采用分章节执笔再予统合的方式，而采用中日两国学者共同围绕中国合同法上某个争论点询谋谘度的方式。易言之，中日学者对同一论题互换意见之后再整合梳理。作为合著者代表的我本人一直以来在早稻田大学法学院讲授中国合同法，有件小事记忆犹新。有一位同学在课程评价调查问卷中感叹：“与其说中国合同法与日本契约法相差甚远，不如说中国合同法的学习提高了对于日本民法设置条文之理由的兴趣。”这位同学虽未言明，但他恐怕是想表达通过学习他国法会更加加深对于本国法的理解吧。本书正是立足于此，希望借由本书可以让广大读者在理解他国之合同法的内容的同时，进一步加深对于本国合同法的理解。

本书的出版目的有两点。其一，助力今后日益重要的中国对日贸易。合同法是开展中日贸易最为重要的一环；正确的理解日本契约法的审判实务和学说动向对于中国的对日贸易具有举足轻重的意义。本书日方的各位执笔者，每一位都是日本代表性的著名学者，他们的真知灼见足以帮助各位读者准确地理解中日合同法的异同。此外，本书还详细介绍了2017年日本债法修正的核心——契约法修正——的内容。这

部分内容势必对中国企业的对日贸易大有裨益。

其二，希望本书可以对当下正在进行的中国民法典合同编的起草工作有所贡献。梁慧星先生赠言：“（本书）无疑对于我国合同法编纂为民法典合同编、对于我国合同法理论研究和裁判实务具有重大意义！”王利明先生亦赠言：“近年来，日本对民法典的债法内容做了大规模修改，中国也正在编纂中国民法典合同编，可以说，《中国合同法研究：中日法学者之对话》的出版正逢其时，对两国民法的发展和完善也会起到积极的推动作用”。

本书日文版刊行之时，隶属日本学士院的一位值得钦佩的友人也曾赠言：“（本书）不仅仅对涉中事务的实务家有所裨益，在反映两国法的差异这一层面，更是比较法、比较文化上的珍贵资料”。

借由本书刊行之契机，殷切盼望中日学术交流百尺竿头更进一步。

最后，谨向举荐本书得以在中国顺利刊行的中国国家法官学院副院长蒋惠岭先生和对本书刊行给予大力支持的人民法院出版社表示最诚挚的谢意。此外，《中国合同法研究》中译本的顺利刊行，有幸得到早稻田大学法学学术院的文元春副教授以及早稻田大学比较法研究所的杨远舟助手的倾力相助；二人以极高的水平翻译了本书中的日本民法条文、“问题的提出”“点评”等各个部分。在此深表感谢。

早稻田大学名誉教授  
江户川大学校长

小日考太

2019年6月25日于日本东京

# 日文原版序言

现行《中华人民共和国合同法》自实施以来已经过了16年（编者注：截至2019年已经过20年）。正如“接轨”（连接国内外市场的轨道）这一标语所示，该法着眼于21世纪全球化的市场经济而制定，并积极采纳和借鉴了国际性的最新合同立法与思想。问题在于，在立足于国际性的最新合同立法动向这一意义上属于“先进”立法的《中华人民共和国合同法》（本书以下简称《合同法》）实际上是如何发挥其功能的？我认为，在自该法颁布和实施以来已经过16年的现在，有必要暂且停下来探讨其理论与实务动向。

不过，现时日本社会存在诸如尽管中国有法也如同无法的观点，其观点果真属实吗？验证其真伪的一种手段就是审判实务，因为法被预设为最终防线是作为裁判规范而得以实现的。就中国的案件数量而言，据中国法律年鉴社2015年出版的《中国法律年鉴》的统计，与其他民事案件相比，合同纠纷案件名列前茅，2012年至2015年这四年的案件数量达到了936197件。顺便提及的是，同一时期侵权案件为125249件，2008年至2015年有关物权纠纷案件为67685件，2009年至2015年婚姻家庭与继承纠纷案件为164666件。此外，就其判决内

容而言，编者（小口）查阅到的有关合同纠纷大约 1200 件案例，均详细记载了当事人的主张、抗辩以及法院的事实认定，并在此基础上，展开法律解释进而推导出判决。也就是说，以《合同法》为限，依据法律的纠纷解决已踏踏实实地在中国扎下了根。此种事实表明，在诸如《合同法》等民事法领域，真正的法律解释学时代已到来。立足于此种认识，本书虽限于《合同法》总则部分，但以期对中国《合同法》进行综合性的研究。

不过，本书虽以合著为名，但与对每个题目采分担执笔形式的一般合著相比，其内容是不同的，本书所有撰稿人对于每个题目采用了以“问题的提出”“答复”“点评”等形式来多层次地参与其中的特殊形式。也就是说，本书为中日法学家合作之产物。之所以能够完成此种合作之著，仰赖于中方的韩世远、王成两位教授，日方的濑川信久、松冈久和、渡边达德三位教授的积极配合以及但见亮（一桥大学法学院法学研究科副教授——文注）与文元春两位在口语翻译与书面翻译等方面所付出的舍身忘我的努力。此外，我谨对在出版学术著作越发困难的当下，欣然承接本书出版的成文堂以及提供出版资助的早稻田大学孔子学院表示由衷的谢意。

编者识

## 凡 例

一、本书日文版原则上省略了教授、先生等敬称，但中文版依循中国的通常用语，原则上使用了前述敬称。

二、关于日文参考文献依循原文主义，原则上以原文标出，不另行译为中文。

三、关于《合同法》与相关法规的记载方式，首先列举 1999 年制定的中国统一《合同法》的条文，在相关各条文之后列举与该条文相关的其他法律、司法解释的条文，除情势变更原则外，将草案等参考资料列于最后。其后，一并列出与中国《合同法》相对应的日本法条文。关于日本法，只列举与中国法相对应的条文，原则上不列举只有日本法才有的条文，并在《中日条文比较》部分有所提及。

四、关于中国《合同法》条文的标题，如无特别说明，均出自简易版《公民常用法律手册》（法律出版社 2011 年版）。

五、随着日本民法（债权法）的修改工作，将现行《日本民法》中修改或新设的条文作为《日本民法修正案》（引自〔日〕商事法务编：《民法（债权关系）修正法案新旧对照条文》，商事法务 2015 年版）列举到现行《日本民法》之后，在此基础上，将对中日条文进行比较。此外，原则上对日本的《日本民法修正案》（债权法）仅标记为《日本民法修正案》。

六、本书中以下司法解释的缩略语如下：

1. 《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）》〔法（办）发〔1988〕6号，1988年4月2日公布施行〕。以下简称《民法通则意见》；

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）》〔法释〔1999〕19号，1999年12月29日公布施行〕。以下简称《合同法适用解释（一）》；

3. 《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2003〕7号,2003年4月28日公布,自2003年6月1日起施行)。以下简称《商品房买卖合同解释》;

4. 《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)》(法释〔2009〕5号,2009年4月24日公布,自2009年5月13日起施行)。以下简称《合同法适用解释(二)》;

5. 《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》(法发〔2009〕40号,2009年7月7日公布施行)。以下简称《民商事合同指导意见》;

6. 《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释〔2012〕8号,2012年5月10日公布,自2012年7月1日起施行)。以下简称《买卖合同解释》。

七、本书第二编中经常出现的主要著作的缩略语如下:

1. 王利明:《合同法研究(第一卷修订版)》,中国人民大学出版社2011年版。以下简称王利明I书;

2. 王利明:《合同法研究(第二卷修订版)》,中国人民大学出版社2011年版。以下简称王利明II书;

3. 崔建远主编:《合同法(第五版)》,法律出版社2010年版。以下简称崔建远III书;

4. 韩世远:《合同法总论(第三版)》,法律出版社2011年版。以下简称韩世远IV书。

八、有关国际货物买卖合同的《联合国国际货物销售合同公约》表述为CISG,该《公约》的日文翻译出自〔日〕甲斐道太郎等编:《注释国际统一买卖法II》,日本法律文化社2003年版。

九、本书第二编“答复”“点评”部分中括号内的补充说明如出自小口时,将注明。

## 日本的民事判例集略记（以本书引用为限）

大审院（1875 ~ 1947 年）民事判决录→民录

大审院或日本最高法院民事判例集→民集

最高法院裁判集民事→集民或裁判集民

下级法院民事裁判例集→下民集

## 判例年号简称及其计算方法（译者注）

明治→明（1868.9.8 ~ 1912.7.30）

计算方法：1867 + 年号数，如明治 45 年为  $1867 + 45 = 1912$  年

大正→大（1912.7.30 ~ 1926.12.25）

计算方法：1911 + 年号数，如大正 8 年为  $1911 + 8 = 1919$  年

昭和→昭（1926.12.25 ~ 1989.1.7）

计算方法：1925 + 年号数，如昭和 17 年为  $1925 + 17 = 1942$  年

平成→平（1989.1.8 至现在）

计算方法：1988 + 年号数，如平成 13 年为  $1988 + 13 = 2001$  年

# 目 录

## 第一编 本书的概要 / 1

- 第一章 一般规定 / 3
- 第二章 合同的订立 / 5
- 第三章 合同的效力 / 7
- 第四章 履行抗辩 / 10
- 第五章 债权的保全(1)——债权人代位权 / 12
- 第六章 债权的保全(2)——债权人撤销权 / 14
- 第七章 情势变更原则 / 16
- 第八章 风险负担 / 18
- 第九章 债权让与 / 20
- 第十章 合同的解除 / 22
- 第十一章 违约责任 / 25

## 第二编 中国《合同法》研究 / 29

- 第一章 一般规定 / 31
  - 第一节 中国《合同法》与相关法规及中日条文比较 / 31
  - 第二节 物权合同概念 / 33
  - 第三节 合同法的基本原则与公平原则的功能 / 45
- 第二章 合同的订立 / 55

	第一节	中国《合同法》与相关法规及中日条文比较 / 55
	第二节	隔地人之间意思表示的生效时期 / 63
	第三节	电子合同的普及程度及其实务中存在的问题 / 66
	第四节	缔约过失责任 / 70
	第五节	格式条款的效力 / 73
第三章	合同的效力 / 80	
	第一节	中国《合同法》与相关法规及中日条文比较 / 80
	第二节	行政机关的干预与合同的效力 / 89
	第三节	无权处分人所签订的合同的效力 / 98
	第四节	违反强制性法律法规之合同的效力 / 107
	第五节	重大误解 / 114
第四章	履行抗辩 / 132	
	第一节	中国《合同法》与相关法规及中日条文比较 / 132
	第二节	先履行抗辩权 / 133
	第三节	同时履行抗辩权中的存在效果说与行使效果说 / 140
	第四节	行使同时履行抗辩权的判决方式 / 143
	第五节	关于履行的“提出” / 148
	第六节	同时履行抗辩权与双方违约 / 150
	第七节	不安抗辩权与合同解除权 / 155
	第八节	不安抗辩权与合同解除权再论 / 159
	第九节	不安抗辩事由的发生时期 / 169
第五章	债权的保全（1）——债权人代位权 / 173	
	第一节	中国《合同法》与相关法规及中日条文比较 / 173
	第二节	债权人的被保全债权与已届清偿期要件 / 177
	第三节	行使债权人代位权的效果归属问题 / 180
	第四节	“入库规则” / 182
	第五节	关于债权人代位权的法定转移说 / 184
	第六节	关于特定债权的处理问题 / 185
	第七节	债权人代位权与民事强制执行之间的关系 / 187
第六章	债权的保全（2）——债权人撤销权 / 190	
	第一节	中国《合同法》与相关法规及中日条文比较 / 190

- 第二节 关于债权人撤销权的被告与债权人撤销权的性质问题 / 195
- 第三节 关于债权人撤销权的行使范围 / 205
- 第四节 关于债权人撤销权的要件 / 207
- 第五节 放弃继承与债权人撤销权之行使 / 209
- 第六节 债务人放弃分割家产权与债权人撤销权的行使 / 213
- 第七章 情势变更原则 / 216
  - 第一节 中国《合同法》与相关法规及中日条文比较 / 216
  - 第二节 删除《合同法草案》中重新协商义务规定的理由 / 221
  - 第三节 情势变更与不可抗力的区别 / 226
  - 第四节 司法实践中对于情势变更的处理方式 / 229
  - 第五节 出台司法解释的背景 / 239
- 第八章 风险负担 / 241
  - 第一节 中国《合同法》与相关法规及中日条文比较 / 241
  - 第二节 给付风险与价金风险 / 246
  - 第三节 合同解除与风险负担的关系 / 248
  - 第四节 实务中风险负担制度的操作 / 256
  - 第五节 关于标的物在买受人受领迟延期间因不可抗力毁损灭失情形的处理 / 259
  - 第六节 再论风险负担与合同解除的竞合 / 262
- 第九章 债权让与 / 275
  - 第一节 中国《合同法》与相关法规及中日条文比较 / 275
  - 第二节 不以通知为对抗要件的债权让与 / 279
  - 第三节 由受让人发出之通知的效力 / 281
  - 第四节 债权的二重让与 / 284
  - 第五节 中国有无债权让与担保立法化趋势的问题 / 291
  - 第六节 中国法院对未来债权让与的立场 / 295
- 第十章 合同的解除 / 303
  - 第一节 中国《合同法》与相关法规及中日条文比较 / 303
  - 第二节 合同解除的不可分性 / 309
  - 第三节 第三人的权利保护 / 311

- 第四节 关于以因不可抗力致使不能实现合同目的为由的合同解除 / 316
- 第五节 关于以履行期届满之前的违反合同为由的合同解除中是否需要催告的问题 / 320
- 第六节 以履行迟延为由的合同解除 / 323
- 第七节 关于《合同法》第 94 条第 (4) 项规定的以根本违约为由的合同解除 / 329
- 第八节 关于解除权的行使期限 / 335
- 第九节 有关合同解除程序中存在通知以及异议时确认合同解除效力的问题 / 338
- 第十节 合同解除的效力：围绕“恢复原状”与“其他补救措施”之间的关系 / 343
- 第十一节 合同解除的效力：围绕损害赔偿的范围 / 346
- 第十二节 有关合同解除效力的理论构成 / 349
- 第十一章 违约责任 / 354
  - 第一节 中国《合同法》与相关法规及中日条文比较 / 354
  - 第二节 关于《合同法》第 107 条的立法论上的评价问题 / 360
  - 第三节 关于中国《合同法》上严格责任的定位问题 / 366
  - 第四节 关于“补救措施”之内涵的理解问题 / 368
  - 第五节 关于继续履行的性质问题 / 371
  - 第六节 关于预期违约与行使不安抗辩权的关系 / 374
  - 第七节 关于物的瑕疵担保责任与违约责任之间的关系 / 376
  - 第八节 关于请求减少价款和报酬的性质问题 / 379
  - 第九节 关于《合同法》第 113 条规定的违约损害赔偿范围 / 381
  - 第十节 关于违约金的性质问题 / 388
  - 第十一节 关于定金与违约金以及损害赔偿之间的关系 / 402
  - 第十二节 关于《合同法》第 119 条规定的减损规则 / 410
  - 第十三节 关于因第三人的原因造成的违约 / 418
  - 第十四节 关于违约责任与侵权责任的请求权竞合问题 / 432