



A Propositional Version with Reasons for Civil Code Draft of China

中国民法典草案建议稿附理由

合同编 (上册)

中国民法典草案建议稿
课题组负责人 **梁慧星**



文明由例
条说理立法



条文 说明 理由 立法例

出版说明

《中国民法典草案建议稿附理由》，是由中国社会科学院学部委员、法学研究所研究员、研究生院博士生导师梁慧星主持的中国民法典立法研究课题组历时近二十年完成的重要学术成果。作为该成果的正式出版物，《中国民法典草案建议稿附理由》丛书共分八卷九册，分别是：中国民法典草案建议稿、总则编、物权编、债权总则编、合同编（上、下册）、侵权责任编、亲属编、继承编。

《中国民法典草案建议稿附理由》的出版，具有十分重要的意义。首先，作为中国民法典的专家建议稿，将成为我国未来民事立法和编纂中国民法典的重要参考；其次，本丛书集我国民法学者近二十年的学术积淀，具有非常高的学术品质，集成了民法学研究的重要成果，是推动民法学科研究的繁荣与进步的新的学术平台；最后，本丛书是我国目前民法学的集大成之作，可以向国外的同仁展示中国民法的学术研究水平。

2013年，国家出版基金规划办公室正式批准《中国民法典草案建议稿附理由》为国家出版基金资助项目。法律出版社黄闽社长任项目组总负责人、法学学术出版分社朱宁社长和高山社长助理担任该出版项目组组长、副组长，法学学术出版分社承担该书出版编辑工作。负责该项目的编辑有刘彦津、刘文科、韩满春、黄琳佳、易明群、吕丽丽、闫春晓，由刘文科负责编辑统筹。法律出版社编校部的张波主任、卞学祺主任助理负责文稿的先期统筹，杜进编辑负责书稿的校对统筹。

本书的出版得到了国家出版基金的资助与支持，得到了中国民法典立法研究课题组的鼎力相助，得到了法学界专家、学者关怀与帮助，在此表示由衷的感谢。

中国民法典立法研究课题组成员

梁慧星	研究员、博士生导师	中国社会科学院法学研究所
孙宪忠	博士、研究员、博士生导师	中国社会科学院法学研究所
尹田	教授,博士生导师	北京大学法学院
郭明瑞	博士、教授,博士生导师	烟台大学法学院
崔建远	教授,博士生导师	清华大学法学院
陈甦	研究员,博士生导师	中国社会科学院法学研究所
张新宝	博士、教授,博士生导师	中国人民大学法学院
张广兴	研究员,博士生导师	中国社会科学院法学研究所
邹海林	博士、研究员,博士生导师	中国社会科学院法学研究所
房绍坤	博士、教授,博士生导师	烟台大学法学院
刘士国	博士、教授,博士生导师	复旦大学法学院
陈华彬	博士、教授,博士生导师	中央财经大学法学院
傅静坤	博士、教授	深圳大学法学院
于敏	博士、研究员	中国社会科学院法学研究所
渠涛	博士、研究员	中国社会科学院法学研究所
陈晓	博士	原中国建设银行总行法律部部长
韩世远	博士、教授,博士生导师	清华大学法学院
关涛	博士、教授	烟台大学法学院
徐海燕	博士、教授,博士生导师	对外经济贸易大学法学院
龚赛红	博士、教授	中国社会科学院研究生院
王轶	博士、教授,博士生导师	中国人民大学法学院
薛宁兰	研究员	中国社会科学院法学研究所
王丽萍	博士、教授,博士生导师	山东大学法学院
侯利宏	博士	中国社会科学院法学研究所
谢鸿飞	博士、研究员	中国社会科学院法学研究所
李霞	博士、教授,博士生导师	山东大学法学院
李宇	博士	上海财经大学法学院

课题组负责人:梁慧星

序 言

亨利·梅因爵士在《古代法》一书中指出,人类社会法律发展的进程是,先有习惯法,然后由习惯法进到成文的法典法。据法律史学者的研究,中国法律的历史可以追溯到公元前 21 世纪的夏代。古文献记载,夏代的法律称作“禹刑”,商代的法律称作“汤刑”,周代的法律有“九刑”和“吕刑”。这些法律,应属于梅因爵士所谓的习惯法。中国法律由习惯法向成文法的演进,发生在春秋战国(公元前 770 年—公元前 256 年)时期。这一时期,适应社会发展的要求,各诸侯国纷纷编纂、公布成文法。如郑国(公元前 806 年—公元前 375 年)于公元前 536 年“铸刑书于鼎”,公布成文法。晋国(公元前 715 年—公元前 349 年)于公元前 513 年“铸刑鼎”,公布成文法。魏国(公元前 403 年—公元前 225 年)的李悝(?—约公元前 395 年)在收集整理各诸侯国法律的基础上,著《法经》六篇,被认为是体系比较完整的成文法典。公元前 221 年秦统一中国,建立中央集权的专制帝国,以魏国的《法经》为蓝本,制定“秦律”。汉代在“秦律”基础上加以增删,制定“九章律”。此后的历代王朝,均重视成文法典的编纂,产生过诸如“隋律”、“唐律”、“明律”、“清律”等杰出的成文法典,并对东北亚、东南亚诸国的法制产生过重大影响。中国法律,自春秋战国时期实现成文化,直至清代末期,经过 2 千多年的发展,形成沿革清晰、特点鲜明的法律体系,被称为世界五大法系之一——中华法系。

中国法律,从春秋战国时期魏国的《法经》,直到最后一部封建法典《大清律例》,都是以刑法规范为主,兼及民事、行政和诉讼等方面的内容。学者称为“诸法合体,以刑为主”。值得指出的是,历代成文法典,即使涉及民事生活关系,也以规定采用刑罚制裁为限,实质上仍属于刑法规范,而与现今所谓民法不同。现今所谓民法,特指近现代民法。其基

本特征是：主体地位平等、意思自治、私权不受侵犯、过失责任。中国历史上不存在现今所谓民法，是因为在漫长的封建社会，自给自足的自然经济形态始终居于主体地位，历代封建王朝始终实行“重农抑商”政策，抑制商品生产和商品交换，并在政治上实行封建君主专制主义统治，不具备产生诸如自由、平等、权利、义务等近代民法观念的条件。现今中国民法，非中国所固有，而是清朝末期从外国继受而来。

进入19世纪，中国封建社会已经腐朽没落。中国在第一次鸦片战争（1840—1842）和第二次鸦片战争（1856—1860）中战败，被迫签订割地、赔款、丧权、辱国的一系列不平等条约。鸦片战争之后，中国逐步沦为半殖民地国家。中华民族开始了一百多年屈辱、苦难、探索和斗争的历程。两次鸦片战争的失败，表明中国与西方列强之间在军事和科学技术上存在巨大差距，促使清王朝统治集团内部分化出主张学习西方先进科学技术的洋务派。19世纪60年代至90年代末，贯彻洋务派的主张，中国兴起学习西方先进技术、购买西方新式武器、创建新式军队、创办军事工业和民用工业的“洋务运动”。在不长的时间，中国创建了近代的陆军和海军，建成近代军事工业体系和民用工业体系，中国资本主义有了初步的发展。

中国在公元1894—1895年的中日战争中被东邻日本战败，宣告“洋务运动”失败。中国人终于认识到：靠学习西方先进技术不能真正实现“自强”的目的，还必须学习西方政治法律制度。但统治集团内部“后党”与“帝党”之间，对于应否废弃中国传统法制意见冲突，不能达成共识。1900年8月，英、法、德、俄、美、日、意、奥八国联军攻占北京，慈禧太后和光绪皇帝仓皇出逃。次年，中国政府被迫与英、法、德、俄、美等十一国签订不平等条约，其中规定中国政府支付赔款4亿5千万两白银。此次事变，终于促使统治集团内部达成共识：中国要富强，非学习西方法律制度不可！1902年光绪皇帝颁布诏书，宣布实行“新政改革”。1907年委派沈家本、俞廉三、英瑞为修律大臣，设立修订法律馆，“参酌西洋法制”，起草民刑各法典。由此揭开中国继受外国法的序幕。

1908年民法典起草正式开始。由日本学者松冈义正负责起草总则、债权、物权三编，由曾经留学法国的陈箴与留学日本的高种、朱献文负责起草亲属、继承两编。1910年年底，民法典起草完成，称为“大清民法草案”。设总则、债权、物权、亲属、继承五编，共1569条。1911年进入审议

程序。因同年10月爆发辛亥革命,推翻清王朝,使这一民法典草案未能正式颁布生效。但是,通过这一民法典草案,德国民法的编纂体例及概念、原则、制度和理论体系被引入中国,对现代中国的民事立法和民法理论产生了深远的影响,且充分显示中华民族在外来压力之下,毅然决定抛弃固有传统法制,继受西方法律制度,以求生存的决心、挣扎和奋斗。

中华民国建立,北洋政府设立修订法律馆,主持起草民刑法典。于1925年完成民法修正案,称为“第二次民法草案”。该民法草案,是以“大清民法草案”为基础增删修改而成,共1745条。其总则编改动较少,仅增设关于“外国法人”、“行为能力”的规定;债编改动较大,采纳了瑞士债务法的若干原则,尤其第二章关于“契约”的规定,与“大清民法草案”不同;物权编增加规定“抵押权”和“典权”;亲属编的篇目有所变动,使逻辑更清晰,并增加关于“家产”、“亲子关系”、“养子”、“照管”的规定;继承编主要是文字和结构的改动,使逻辑更清晰严密。北洋政府司法部曾经通令各级法院,在裁判民事案件时可将“第二次民法草案”作为法理引用,但最终并未成为正式法律。

1927年4月中国国民党在南京成立国民政府。1929年1月,国民政府立法院设立民法起草委员会,由傅秉常、焦易堂、史尚宽、林彬、郑毓秀五人任起草委员,从同年2月1日开始起草民法典。民法起草委员会,以“第二次民法草案”为基础,采取分编修订、分编提交立法院审议通过、分编公布实施的方式,至1930年12月26日,民法典各编先后审议通过、公布实施,称为《中华民国民法》。设总则、债、物权、亲属、继承五编,共29章,1225条。这一法典,着重参考德国民法典、日本民法典和瑞士债务法,对当时的苏俄民法典和泰国民法典也有所参考,是中国历史上第一部民法典。

近代各国制定民法典,都具有一定的政治目的。中国制定民法典的目的,在于废除领事裁判权。1843年签订的《中英五口通商附粘善后条款》和《中英五口通商章程》,开外国人在华享有领事裁判权之先例。此后法、美、挪、俄、德、荷等十七国,均通过不平等条约取得在华领事裁判权。领事裁判权的存在,严重损害中国国家主权。因此,自清末以来,中国政府一直致力于废除领事裁判权。1902年,清朝政府与英、美、日、葡续订商约,四国先后承诺:以“中国法律制度皆臻完善”为放弃领事裁判权的条件。1927年南京国民政府与比利时、丹麦、西班牙、意大利续订商

约,均规定以“1930年1月1日前颁布民商法典”为撤销领事裁判权的条件。可见,废除领事裁判权是导致中国继受西方法制、制定民刑法典的直接动因。但各国在华领事裁判权一直到抗战末期的1944年才被废除。而西洋法律之继受,对中国法制之现代化,具有深远重大的影响。

中国之继受大陆法系的德国民法,是受日本的影响。其所以不采英美法系,纯粹是由于技术上的理由。大陆法系与英美法系,并无优劣高下之分,但英美法是判例法,不适于依立法方式予以继受。德国民法典和法国民法典,是大陆法系最著名的民法典。因德国民法典公布在后,其立法技术和内容比法国民法典进步。因此中国继受德国民法。中国法制因继受德国民法而实现近代化、科学化,此为继受德国民法之真正意义。

1949年,中国共产党领导的人民革命推翻国民党领导的国民政府,建立中华人民共和国。包括《中华民国民法》在内的国民政府“六法”被废除。1950年,参考《苏俄婚姻、家庭及监护法典》,制定新中国第一部婚姻法。1954年,全国人大常委会组织民法起草,至1956年12月完成“民法草案”,分为总则、所有权、债、继承四编,共525条。此后发生整风、反右等政治运动,致民法起草工作中断。这一“民法草案”,是以1922年的苏俄民法典为蓝本。例如,四编制体例的采用,将亲属法排除在民法之外;抛弃“物权”概念而仅规定“所有权”;不使用“自然人”概念而用“公民”概念代替;仅规定诉讼时效而不规定取得时效;强调对社会主义公共财产的特殊保护;等等。表明中国由此前继受德国民法,转而继受苏联民法。值得注意的是,虽然这一“民法草案”是以苏俄民法典为蓝本,但苏俄民法典本身也是参考德国民法制定的,这就决定了新中国民事立法和民法理论仍未脱离大陆法系的德国法系。

1962年,中国在经历三年自然灾害和“大跃进”、“共产风”造成的严重经济困难之后,调整经济政策,强调发展商品生产和商品交换,民事立法重新受到重视。同年开始第二次民法典起草,至1964年7月,完成“民法草案(试拟稿)”。起草人设计了一个既不同于德国民法也不同于苏俄民法的“三编制”体例:第一编“总则”、第二编“财产的所有”、第三编“财产的流转”。草案一方面将“亲属”、“继承”、“侵权行为”等排除在外,另一方面将“预算关系”、“税收关系”等纳入其中,且一概不使用“权利”、“义务”、“物权”、“债权”、“所有权”、“自然人”、“法人”等法律概

念。显而易见,此次民法典起草,企图既摆脱苏联民法的影响,并与资产阶级民法彻底划清界限,是受当时中国共产党与苏联共产党意识形态论战的影响。

1964年起在全国范围内开展的“社会主义教育运动”(以下简称“四清运动”),导致新中国第二次民法起草工作中断。“四清运动”至1966年升级为“文化大革命”。“文化大革命”期间,各级人民法院、检察院和公安机关被撤销,称为“砸烂公、检、法”,中国大陆陷入无政府状态,包括政法学院在内的全部大学停办,法律教师和研究人員被驱赶到“五七干校”接受思想改造,致中国立法、司法、法律教学和法学研究完全中断。

1977年,中国在经历十年“文化大革命”之后实行“改革开放”,从单一公有制的计划经济体制向市场经济体制转轨,民法的地位和作用受到重视。1979年11月在全国人大法制委员会设立民法起草小组,开始新中国第三次民法典起草。至1982年5月完成“民法草案(第四稿)”,包括:第一编“民法的任务和基本原则”、第二编“民事主体”、第三编“财产所有权”、第四编“合同”、第五编“智力成果权”、第六编“财产继承权”、第七编“民事责任”、第八编“其他规定”,共8编、43章、465条。其编制体例和主要内容,着重参考1962年的苏联民事立法纲要、1964年的苏俄民法典和1978年修订的匈牙利民法典。此后立法机关考虑到经济体制改革刚刚开始,社会生活处在变动之中,一时难于制定一部完善的民法典,于是决定解散民法起草小组,暂停民法典起草,改采先分别制定民事单行法,待条件具备时再制定民法典的方针。

1981年颁布《经济合同法》,包括:第一章总则、第二章经济合同的订立和履行、第三章经济合同的变更与解除、第四章违反经济合同的责任、第五章经济合同纠纷的调解和仲裁、第六章经济合同的管理、第七章附则,共47条。该法采用“经济合同”概念,强调按照国家计划订立、履行合同,规定经济合同管理机构有权确认合同无效,及设立行政性经济合同仲裁制度,是受苏联经济法理论的影响。

1985年颁布《涉外经济合同法》,包括:第一章总则、第二章合同的订立、第三章合同的履行和违反合同的责任、第四章合同的转让、第五章合同的变更、解除和终止、第六章争议的解决、第七章附则,共43条。由对外经济贸易关系的特殊性质所决定,该法不可能以苏联经济法理论为根据。除法律名称保留了“经济合同”概念,留有一点苏联经济法理论的

痕迹外,整部法律的结构、基本原则和内容,主要是参考英美契约法和《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)。是中国民法继受英美法和国际公约的开端。

1986年颁布《民法通则》,包括:第一章基本原则、第二章公民(自然人)、第三章法人、第四章民事法律行为和代理、第五章民事权利、第六章民事责任、第七章诉讼时效、第八章涉外民事关系的法律适用、第九章附则,共9章156条。《民法通则》的起草是以“民法草案(第四稿)”为基础,但基于改革开放以来强化对私权保护的要求,该法许多内容已经超越苏联和东欧民法。例如,《民法通则》总结新中国建立以来、特别是“文化大革命”期间侵犯人民私有财产和人身权的教训,在第五章第一节专设第七十五条第二款明文规定:“公民的合法财产受法律保护,禁止任何组织或者个人侵占、哄抢、破坏或者非法查封、扣押、冻结、没收”;在第五章专设第四节明文规定人民享有“生命健康权”(第98条)、“姓名权”(第99条)、“肖像权”(第100条)、“名誉权”和“人格尊严”(第101条)。并在第六章第三节明文规定侵害财产权的侵权责任(第117条)、侵害生命健康权的侵权责任(第119条)、侵害姓名权、肖像权、名誉权的侵权责任(第120条)及国家机关或者国家机关工作人员侵犯人民合法权益的民事责任(第121条)。《民法通则》的这些规定,具有极重大深远的历史意义,被称为中国的“人权宣言”。

进入90年代,中国从单一公有制的计划经济体制,向社会主义市场经济体制转轨,与此相应,民事立法亦由继受苏联东欧民法,转向继受市场经济发达国家和地区民法。为适应发展现代化市场经济的要求,实现交易规则的统一及与国际接轨,1993年开始起草《合同法》,于1999年3月15日获得通过,同年10月1日生效(原《经济合同法》、《涉外经济合同法》和《技术合同法》同时废止)。《合同法》采用德国民法的概念体系,许多原则和制度直接采自德国民法、日本民法和中国台湾地区民法,例如,缔约过失(第42、43条)、附随义务(第60条第2款)、后契约义务(第92条)、同时履行抗辩权(第66条)、不安抗辩权(第68、69条)、债权人代位权(第73条)、债权人撤销权(第74条)、承包人优先受偿权(第286条),等等。《合同法》参考借鉴英美契约法和《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)、《国际商事合同通则》(PICC)、《欧洲合同法原则》(PECL)的内容也不少,例如,将违约责任原则从过错责任改为严格责任

(第107条),及规定预期违约(第94条第2项、第108条)、强制实际履行(第110条)、可预见规则(第113条)、间接代理(第402、403条),等等。

为了实现有形财产归属和利用关系的基本规则的完善和现代化,1998年开始起草《物权法》,经过全国人大常委会先后七次审议,于2007年3月16日经第十届全国人大第五次会议通过,同年10月1日起施行(同时废止《担保法》有关担保物权的规定)。《物权法》同样采用典型的德国民法的概念体系,其物权变动模式采法国民法“债权合意主义”与德国民法“登记生效主义”相结合的折衷主义,主要内容参考借鉴德国民法、法国民法、日本民法和中国台湾地区民法、中国澳门地区民法,也有继受英美财产法的制度。

中国之继受外国民法,迄今已逾百年。此百年继受过程,可划分为三期:从20世纪初至40年代末为第一期,其继受目标是大陆法系的德国民法,其立法成就是《中华民国民法》(迄今仅在中国台湾地区生效);从20世纪50年代初至70年代末为第二期,因为政治经济体制和意识形态的原因,将继受目标转向苏联民法和东欧民法,两次民法典起草均以失败告终;从20世纪70年代末开始为第三期,由继受苏联民法和东欧民法,主动转向主要继受市场经济发达国家和地区民法,其立法成就是《合同法》和《物权法》。自《合同法》开始,中国对外国民法的继受,从“单一继受”转向“多元继受”,使中国民法日益呈现“多元复合”的色彩,表明中国民法进入了一个新的发展阶段。

至90年代后期,中国致力于建立与社会主义经济相适应的完善的法律体系。按照构想,宪法和民法、刑法、民诉、刑诉等基本法应当制定成文法典。宪法、刑法、刑事诉讼法、民事诉讼法均已制定了成文法典,唯独民法未制定法典,只有一个《民法通则》和各民事单行法。由《民法通则》和《合同法》、《物权法》、《婚姻法》、《收养法》、《继承法》等民事单行法所构成的现行民法体系,毫无疑问在保障公民和企业的民事权利、规范市场交易秩序、维护社会公平正义和促进社会主义市场经济发展等方面,发挥了极其重大的作用。但是,《民法通则》毕竟不能代替民法典的地位和作用,且因《民法通则》和各民事单行法制定的时间和背景的差别,难免造成现行民法体系内部的不协调,不能适应市场经济和社会生活对法律调整更高的要求。于是,中国民法典编纂,再次被提上日程。

中国民法典草案建议稿附理由：合同编

1998年1月13日第八届全国人大常委会主管立法工作的副委员长王汉斌邀请民法学者江平、王家福、王保树、梁慧星、王利明座谈民法典编纂事宜，一致认为起草民法典的条件已经成就。王汉斌副委员长遂决定恢复民法典起草，并委托江平、王家福、魏振瀛、王保树、梁慧星、王利明、费宗祎、肖峒、魏耀荣九人组成民法起草工作小组，负责起草中国民法典。同年9月召开的民法起草工作小组第二次会议决议：委托梁慧星拟定“中国民法典大纲”。1999年10月，梁慧星完成《中国民法典大纲》。

2000年，梁慧星在原“中国物权法研究课题组”基础上，成立“中国民法典立法研究课题组”。课题组由中国社会科学院法学研究所、北京大学法学院、清华大学法学院、人民大学法学院、烟台大学法学院、复旦大学法学院、山东大学法学院、深圳大学法学院、北京化工大学法学院、对外经济贸易大学法学院和中国建设银行总行法律部的民法学者26人组成。课题组根据全国人大常委会法制工作委员会的委托，按照《中国民法典大纲》，起草中国民法典草案。2002年2月完成侵权行为编和继承编，4月9日完成总则编，4月13日完成债权总则编，5月中旬完成合同编，8月中旬完成亲属编，加上1999年完成的物权编（《中国物权法草案》），《中国民法典草案》（7编81章1947条）全部完成，并正式提交全国人大常委会法制工作委员会。草案完成后，课题组继续为民法典条文附加“说明、理由和参考立法例”，编撰《中国民法典草案附理由》。

《中国民法典草案》的结构，是以潘德克吞式五编制为基础稍加变化。首先，将规范民事生活关系的规则，以法律关系为标准，划分为“物权”、“债权”、“亲属”、“继承”四编；其次，采用“提取公因式”方法从四编内容中抽出共同规则，作为民法典的“总则”编，形成民法典的“总则—分则”结构；最后，考虑到现代市场经济和科学技术的发展，产生各种新的合同类型和新的侵权行为类型，致“债权编”内容膨胀而与其他各编不成比例，故参考荷兰新民法典的经验，将“债权编”分解为“债权总则”、“合同”和“侵权行为”三编，由“债权总则编”统率“合同编”和“侵权行为编”，形成民法典的“双层”结构。草案从编纂体例、章节的安排、原则和制度的设计，到法律条文的文字表述，均特别着重法典的逻辑性、体系性和可操作性，以求确保法院裁判的公正性、统一性，及人民据以预测自己行为法律后果的可预测性。

考虑到人格权的特殊性,属于主体对自身的权利,因出生而当然取得,因死亡而当然消灭,其取得与消灭均与人的意思无关,且原则上不能处分,不适用民法总则的规定,因此不采纳单独设“人格权编”的主张,而将人格权规定在总则编自然人一章。考虑到知识产权(特别是专利权、商标权)与行政程序不可分离,法律规则因科学技术的飞速发展而要求频繁修改,且现行专利法、商标法和著作权法已构成一个相对独立的知识产权法体系,因此不设“知识产权编”,而使专利法、商标法和著作权法仍作为民事特别法。考虑到涉外民事关系的法律适用规则的国际私法性质,及二十世纪以来单独制定国际私法法典渐成趋势,因此不设“涉外民事关系法律适用编”,而建议另行制定“中国国际私法法典”。

草案从中国实行改革开放、发展现代化市场经济和建立全国统一市场的实际出发,认真总结改革开放以来的立法经验、司法实践经验和理论研究成果,广泛参考借鉴发达国家和地区的立法经验和判例学说,顺应人类社会进步和法律发展潮流,并注意与国际公约和国际惯例协调一致。在价值取向上以权利本位为主,兼顾社会公共利益;兼顾对个人物质生活条件的确保与对人格尊严的尊重;充分贯彻意思自治原理,强调对人民私权的切实保护,非基于社会公共利益目的并依合法程序不得予以限制;尽量兼顾社会正义与效率,兼顾交易安全与交易便捷;切实贯彻两性实质平等与保护弱者的原则,对劳动者、消费者、妇女、儿童、老人和残疾者实行特殊保护;既着重于中国现实社会问题的对策,更着眼于中华民族的未来,旨在建立竞争、公平、统一的市场经济秩序,及和睦、健康、亲情的家庭生活秩序,为在中国最终实现人权、民主、法治和现代化奠定法制基础。

中国民法典立法研究课题组
2010年7月4日于北京

修订补记

本草案于2002年完成、提交立法机关,并公布于中国民商法律网。2003年,出版《中国民法典草案建议稿》。2004年,出版《中国民法典草案建议稿附理由:总则编》、《中国民法典草案建议稿附理由:物权编》、《中国民法典草案建议稿附理由:侵权行为编、继承编》。2006年,出版《中国民法典草案建议稿附理由:债权总则编》、《中国民法典草案附理由:亲属编》。

2010年对草案条文第一次修订,新增34个条文,删除15个条文,改动50多个条文,条文总数由1924条增至1947条。改动最大的是亲属编(第六编)。即在第七十三章,新增关于子女在家庭中的权利义务的规定;第七十六章,新增关于成年照顾制度的规定,将章名改为监护与照顾,设两节:第一节未成年人监护,第二节成年人照顾;并相应在总则编自然人一章(第二章),对自然人民事行为能力制度作相应的修改和调整。修订后的草案条文英译本(the Draft Civil Code of the People's Republic),于2010年10月由位于荷兰的博睿学术出版社(BRILL)在莱顿和波士顿出版。

2012年起对草案条文做第二次修订。新增条文186条,删除条文102条,修改条文500余条,条文总数由草案第一次修订版的1945条增至2029条。条文修订内容主要是:(1)总则编,法人目的外行为修订为原则上有效,修改法律行为生效要件、法律行为违反禁止性规定的效果、撤销权的行使与消灭,增设无效法律行为之转换、附条件利益处分及保护,修改诉讼时效一章。(2)物权编,增设习惯法为物权创设依据,缩减非依法律行为的物权变动事由,修改征收的要件,修改物权请求权一节、建筑物区分所有权一节、不动产相邻关系一节、将质权一章第一节一般

规定与第二节动产质权合并修改为动产质权,修改股权质押规定,增设基金份额质权。(3)债权总则编,增设连带债权的无涉他效力事项,修改债的履行一章的表述,修改瑕疵履行后果的规定,将关于法律行为撤销权、时效的规定统合至总则编。(4)合同编总则部分,修改对合同自由原则的表述、违反合同形式要求的后果、要约的撤销、对要约内容作实质性变更的承诺、缔约过失责任、不得解除合同的情形,删除过失相抵规则,增设定金一节。合同编分则部分,修改买卖合同标的物交付、瑕疵担保义务的规定;修改赠与合同法定撤销事由;修改租赁合同中承租人的保管义务、增设承租人的瑕疵通知义务、租赁动物饲养费负担规定,修改转租、买卖不破租赁、优先购买权、租赁默示更新等规定;重写融资租赁合同一章、存款合同一章;删除借款合同贷款人主体限制、自然人贷款资金来源限制,增设收取借款义务、无息定期借款的提前返还,修改借款费用的规定,改为仅适用于银团贷款,修改本章体例,重写关于自然人之间借款合同一节;增设借用合同中借用物费用负担、借用物改善增设之规定;增设承揽合同中承揽人对其材料的瑕疵担保义务、材料处理与返还义务,修改中途变更承揽、定作人监督检查、承揽人保管义务、工作成果验收、风险负担、定作人任意解除权等条文;修改建设工程合同中的工程验收、缺陷损害责任、承包人法定抵押权的条文;修改运输合同一章;修改委托合同中的委托事务范围与受托人权限、转委托效力的规定;修改行纪人处分权、留置权规定;修改居间费用负担规定;重写技术合同一章;修改保管合同中的保管物返还、消费保管、保管报酬、保管人留置权的规定;增设仓储合同成立时间规定,修改仓单效力、保管人容许义务、通知义务、紧急处置权、存货人说明义务的规定,增设仓储物储存期间、仓储物提取规定;修改教学培训合同中教学培训期间、教学人规章制度有效要件、教学合同终止规定;修改医疗合同中医方的注意义务、告知与同意规则、临床实验的限制、教学医疗的限制、患者隐私权保护规定;修改住宿合同中住宿人隐私权保护规定、住宿人携入物品损害赔偿规定,增设贵重物品保管责任、物品毁损灭失时通知义务;增设旅游合同中旅行社的说明、警示义务,修改旅游合同终止规定;重写演出合同一章、出版合同一章、合伙合同一章、保证合同一章;删除独立保证合同中当事人资格限制规定,增设保证人不付款决定的通知义务,修改独立性例外的条文。(5)侵权行为编,修改自助行为免责的要件,增设照顾人责任、定作人责

任、环境侵权责任的因果关系推定,修改基于公平和公序良俗的减轻赔偿规则。(6)亲属编,增补监护监督人选任监护人的职权、监护监督人的指定权,修改监护人义务规定。(7)继承编,修改遗嘱自由原则、应继份规定,将遗嘱变更与撤销改为遗嘱的变更与撤回。由李宇博士对全部条文所附说明、理由进行了审定、修改、重写,并更新相关立法例。

梁慧星

2013年8月25日于昆明

《合同编》起草人

崔建远:第二十七章通则、第二十八章合同的订立、第二十九章合同的效力、第三十一章合同的履行;

韩世远:第三十章合同的解除与终止、第三十二章违约责任;

傅静坤:第三十三章买卖合同、第三十四章供用电水气热合同、第三十五章赠与合同、第四十一章雇用合同、第四十二章承揽合同、第四十三章建设工程合同、第四十四章项目建设运营合同、第四十五章运输合同;

陈晓:第三十七章融资租赁合同、第三十八章存款合同、第三十九章借款合同、第六十一章保证合同、第六十二章独立保证合同;

王轶:第三十六章租赁合同、第四十章借用合同、第四十九章技术合同、第五十章保管合同、第五十一章仓储合同、第五十八章演出合同、第五十九章出版合同、第六十章合伙合同;

陈甦:第四十六章委托合同、第四十七章行纪合同、第四十八章居间合同、第五十二章物业管理合同、第五十三章教学培训合同、第五十四章医疗合同(条文);

渠涛:第五十五章餐饮合同、第五十六章住宿合同、第五十七章旅游合同;

龚赛红:第五十四章医疗合同(说明、理由)。

合同编统稿人:崔建远、韩世远、张广兴、李宇、梁慧星。

梁慧星负责设计民法典结构体例设计及全部条文的修改、定稿及修订。李宇负责对全部条文所附说明、理由进行审定、修改、重写,并更新相关立法例。

第四编 合 同

目 录

上 册

第四编 合同

第二十七章 通则	3
第二十八章 合同的订立	17
第一节 一般规定	20
第二节 要约与承诺	31
第三节 格式条款	71
第四节 缔约过失责任	98
第二十九章 合同的效力	105
第三十章 合同的履行	117
第三十一章 合同的解除与终止	161
第一节 合同的解除	163
第二节 合同的终止	194
第三十二章 违约责任	198
第一节 一般规定	200
第二节 继续履行与采取补救措施	216
第三节 减价	227
第四节 损害赔偿	229

第五节 违约金	245
第六节 定金	253
第三十三章 买卖合同	263
第一节 通则	265
第二节 特种买卖	317
第三十四章 供用电、水、气、热力合同	326
第一节 供用电合同	327
第二节 供用水、供用气和供用热力合同	336
第三十五章 赠与合同	337
第三十六章 租赁合同	357
第三十七章 融资租赁合同	419
第三十八章 存款合同	463
第三十九章 借款合同	499
第一节 一般规定	501
第二节 特种借款	529
第三节 自然人之间借款的特别规定	535
第四十章 借用合同	539
第四十一章 雇用合同	555
第四十二章 承揽合同	574
第四十三章 建设工程合同	605
第四十四章 项目建设运营合同	633
第四十五章 运输合同	646
第一节 一般规定	647
第二节 客运合同	653
第三节 货运合同	666

第四编 合 同

【本编说明】

合同是市场交易的法律形式,合同法是市场交易的法律规则。基于为社会主义市场经济提供法制基础之目的,本编制度设计和条文拟定遵循下述指导思想:从中国改革开放和发展社会主义市场经济、建立全国统一的大市场及与国际市场接轨的实际出发,认真总结现行合同法颁布实施以来的裁判经验和理论研究成果,广泛参考借鉴市场经济发达国家和地区的合同立法和判例学说,尽量采用反映现代市场经济客观规律的共同规则,并与国际公约和国际惯例协调一致;尊重当事人意思自治,在不违反法律禁止性规定和公序良俗原则的前提下,保障当事人享有充分的合同自由,不受行政机关或者其他组织的干预,非有重大、必要的正当理由并依法律禁止性规定,不得限制当事人的合同自由;既有利于提高经济效率,促进社会生产力的发展,又能保障社会公共利益和广大劳动者、消费者权益,维护社会主义市场经济的道德秩序;既体现现代化市场经济对交易便捷的要求,又能保障市场交易的安全,并注重法律的规范性和可操作性,以便于正确适用。本编设36章,包括总则6章,分则30章。

第二十七章 通 则

【本章说明】

本章是关于合同的一般规定。合同是自然人、法人和非法人团体之间设立、变更、终止财产性民事权利义务关系的协议,以主体的法律地位平等为前提,体现当事人的意思自治,是市场经济社会中商品交换的法律形式。合同法是调整有关合同的成立、生效、履行、消灭等方面的权利义务关系的法律规范的总称,涵盖合同关系从产生到消亡的全过程。合同法属于交易法、财产法、任意法,是市场经济的基本法律。大陆法系民法典的合同编(章),是否设合同通则,有不同立法例。德国民法典和日本民法典均无关于合同一般规定的章节,而法国民法典、意大利民法典、葡萄牙民法典和荷兰民法典均设有关于合同一般规定的章节。起草人认为,合同编专设一章规定关于合同的一般性、总括性规则,可为各项具体合同制度和各种典型合同奠定制度基础,有利于增强合同法的逻辑性和体系性。本章规定合同定义、合同法基本原则及合同的效力范围。

第八百六十四条 [合同的定义]

合同是自然人、法人、非法人团体之间设立、变更、消灭财产性民事权利义务关系的协议。

| 说明 |

依据本条规定,本法所称合同,是指自然人、法人、非法人团体之间设立、变更、消灭财产性民事权利义务关系的协议。所谓“协议”,亦称“合意”,指由两个方向相对的意思表示达成一致。如甲愿以某价格条件出卖某物的意思表示,与乙同意按该价格条件购买该物的意思表示,两个意思表示达成一致,即谓甲乙双方就买卖某物达成“协议”。按照本法第 116 条的规定,法律行为以意思表示为要素,并以设立、变更、消灭民事权利义务关系为目的。合同,即因两个意思表示达成一致而成立,并以设立、变更、消灭民事权利义务关系为目的,当然属于法律行为的一种。鉴于合同之成立须有双方当事人的两个意思表示,故在关于法律行为的分类中,属于双方法律行为,而区别于所谓单方法律行为及多方法律行为。

依据本条规定,合同既属于双方法律行为,其双方当事人,可以是自然人、法人及非法人团体;换言之,可以订立合同并享受合同权利、承担合同义务的主体,应是自然人、法人或者非法人团体。按照本法总则编第二章关于自然人的规定,凡自然人均可成为合同主体,享受合同权利或者承担合同义务,但须具有完全民事行为能力的自然人才能自己订立合同。不具有完全民事行为能力的自然人订立合同,须由其法定代理人代理。按照本法总则编第三章关于法人、非法人团体的规定,法人及非法人团体均可成为合同主体,享受合同权利或者承担合同义务,但法人、非法人团体订立合同,须由其法定代表人为之,或者由其委托代理人代理。

依据本条规定,合同须以设立、变更、消灭财产性民事权利义务关系为目的。按照本法总则编第 3 条的规定,本法调整自然人、法人和非法人团体之间的财产关系和人身关系,因此本法所谓民事权利义务关系,可区分为财产性民事权利义务关系与人身性民事权利义务关系两类。其中,财产性民事权利义务关系,具有直接的财产性内容,如物权关系、

债权关系等；人身性民事权利义务关系，不具有直接的财产性内容，如亲属关系、婚姻关系、收养关系、监护关系等。本法所称合同，限于以设立、变更、消灭“财产性民事权利义务关系”为目的。自然人之间以设立、变更、消灭人身性民事权利义务关系为目的而达成的协议，不是本法所谓“合同”，不适用本法合同编的规定。

理由

在大陆法系民法理论中，所谓合同概念，有广义概念、中义概念与狭义概念之分。所谓广义合同概念，是指发生私法上效果的一切双方法律行为。例如，我国台湾地区民法所谓契约（合同），分为财产契约与身份契约。其中，财产契约，包括债权契约、物权契约和准物权契约；身份契约，包括亲属契约和继承契约。所谓中义合同概念，指以发生财产性民事权利义务关系为目的的双方法律行为。例如德国民法所谓合同，包括物权合同与债权合同。其中，所谓物权合同，是指以直接发生物权变动为目的的双方法律行为；所谓债权合同，是指以发生债权债务为目的的双方法律行为。所谓狭义合同概念，仅指以发生债权债务为目的的双方法律行为，亦即所谓债权合同。

民法通则第 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。”依文义解释，条文既然未对“民事关系”设任何限制，无论财产性民事权利义务关系或者人身性民事权利义务关系，均包括在“民事关系”文义之内，则民法通则所谓合同，似应属于广义合同概念。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（第 1 款）。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 款）。”其第 1 款规定，与民法通则第 85 条规定并无不同，“民事权利义务关系”与“民事关系”同其意义。但其第 2 款明文规定，将“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议”排除在合同概念之外。因此，合同法所谓合同概念，非采前述广义合同概念。

须特别注意，中国民法理论和民事立法，不采德国民法物权行为（物权合同）理论。合同法第 135 条，将移转标的物所有权，直接规定为出卖人的义务。中国物权法关于物权变动，采债权合意主义与登记（交付）生

效主义相结合的模式,根据买卖合同办理不动产登记(或动产交付),即发生所有权移转的物权变动效果;凭抵押合同办理抵押登记,即发生抵押权设立的物权变动效果。由此可见,合同法第 2 条规定的合同概念,既非包括财产合同与身份合同在内的广义合同概念,亦非包括债权合同与物权合同在内的中义合同概念,而属于仅指债权合同的狭义概念。

考虑到合同法第 2 条第 1 款“民事权利义务关系”语义过宽,既包括财产性民事权利义务关系,亦包括人身性民事权利义务关系,如单看第 1 款规定,容易使人误解中国民法采广义合同概念。虽由第 2 款排除“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议”,最终限定为狭义合同概念,但在立法技术上有欠完善。有鉴于此,本条明文规定:“合同是自然人、法人、非法人团体之间设立、变更、消灭财产性民事权利义务关系的协议。”因本法总则编第三章已规定“非法人团体”具有主体资格,故以“非法人团体”取代“其他组织”一语。

| 立法例 |

中华人民共和国民法通则第 85 条

合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。依法成立的合同,受法律保护。

中华人民共和国合同法第 2 条

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。

法国民法典第 1101 条

契约是一种协议,依此协议,一人或数人对另一人或另数人负担给付、作为或不作为之债务。

意大利民法典第 1321 条 [概念]

契约是双方或多方当事人关于他们之间财产法律关系的设立、变更或者消灭的合意。

欧洲私法原则、定义与示范规则:共同参考框架草案(欧洲民法典草案)第 II. -1:101 条

1. 合同是指能够产生或者旨在产生具有拘束力的法律关系的协议,

或者是具有或者旨在具有其他法律效果的协议。合同系双方或多方法律行为。

第八百六十五条 [合同自由原则]

当事人可以在不违反法律禁止性规定的范围内自由订立合同并决定其内容及形式,不受行政机关或者其他人的干预。

| 说明 |

依据本条规定,参加民事活动的当事人在不违反法律禁止性规定的范围内享有完全的自由,按照自己的自由意思订立合同并决定合同的内容及形式,为自己设定权利或对他承担义务,任何机关、组织和个人不得非法干预。合同自由原则以主体平等为前提,以意思自由为核心,充分体现了法律对当事人自由意思的尊重。合同自由原则包括以下内容:(1)缔约自由,即当事人可以自由决定是否与他人订立合同;(2)选择合同相对人自由,即当事人可以自由决定与何人订立合同;(3)决定合同内容的自由,即当事人可以自由决定合同的内容,包括选择何种解决合同纠纷的方式;(4)决定合同形式的自由,即当事人可以自由选择合同形式,包括书面形式、口头形式等;(5)变更或解除合同的自由,即在合同依法成立后至履行完毕之前的期间内,当事人可以自由协商变更或者解除合同。须注意的是,本条规定的合同自由原则并不是不受限制的自由,条文中“在不违反法律禁止性规定的范围内”一语,即明示合同自由的范围限制,当事人超出法律允许范围、滥用合同自由,将不受法律保护。

| 理由 |

合同是商品交换的法律形式,合同自由反映市场经济的本质要求。合同自由作为一项法律原则,以市场经济为其经济基础。实行市场经济体制,就必然要承认和遵循合同自由原则;反之,实行计划经济及统制经济体制,就必然要否定合同自由原则。

合同自由原则在许多民法典上有明文规定。合同自由不仅是民法的基本原则,也是市场经济的基本原则。没有合同自由,就没有真正的民法和真正的市场经济。在现代市场经济条件下,合同自由原则虽受到

一定的限制,但作为民法基本原则的地位并未动摇。现代民法上的合同自由,是指在法律允许范围内的自由,并非不受限制的自由,不允许滥用合同自由以损害他人利益和社会公益。

中国在计划经济体制下,曾经否认当事人的合同自由,不承认合同自由原则。自改革开放以来,适应发展社会主义市场经济的要求,合同自由已为法律所认可。民法通则第 4 条规定:民事活动应当遵循自愿的原则。合同法第 4 条规定:“当事人依法享有自愿订立合同的权利,任何单位和个人不得非法干预。”条文虽未使用“合同自由”一语,但依民法学者之通说,民法通则所谓“自愿的原则”、合同法所谓“依法享有自愿订立合同的权利”,即是民法理论上所称合同自由原则。考虑到中国处在由计划经济体制向市场经济体制转轨、发展现代化市场经济的时期,各种市场主体应基于平等的法律地位,自主自愿地达成交易,有必要在本法合同编明文规定合同自由原则。民法通则所谓“自愿的原则”及合同法所谓“自愿订立合同的权利”,其文义稍嫌过窄,未能准确表达“当事人自由决定是否订立合同,同谁订立合同及决定合同的内容和形式,并不受非法干预”的含义,虽可解释为合同自由原则,但毕竟有失准确。因此,本条不再使用“自愿”一词,而规定“当事人可以在不违反法律禁止性规定的范围内自由订立合同并决定其内容及形式”,以求准确表述合同自由原则的全部含义。

| 立法例 |

中华人民共和国合同法第 4 条

当事人依法享有自愿订立合同的权利,任何单位和个人不得非法干预。

中国澳门民法典第 399 条

一、当事人得在法律限制范围内自由设定合同内容,订立不同于本法典所规定之合同或在本法典规定之合同内加入当事人均接受之条款。

二、当事人亦得将涉及两项或多项全部或部分受法律规范之法律行为之规则,纳入同一合同内。

瑞士债务法第 19 条 [合同内容的确定]

1. 在法律规定的限度内契约的内容可以自由议定。

2. (契约)条款可以背离法律规定,除非该法律规定是不可变更的,或者该条款本身违反公共秩序、善良风俗或人格权法的。

日本民法典第 91 条 [与任意规定相异的意思表示]

法律行为当事人,表示与法令中的与公共秩序无关的规定相异的意思时,从其意思。

意大利民法典第 1322 条 [契约自治]

双方当事人得在法律规定和行业规范的范围内自由地确定契约内容。

双方当事人亦得缔结未纳入特别规范规定类型的契约,但是以旨在实现法律保护的利益为限。

国际商事合同通则第 1.1 条

当事人有权自由订立合同并确定合同的内容。

欧洲合同法原则第 1:102 条

1. 当事人可以自由缔结合同并决定其内容,但要符合诚实信用和公平交易,以及由本原则确立的强制性规则。

2. 当事人可以排除本原则的适用或者背离或变更其效力,除非本原则另有规定。

欧洲私法原则、定义与示范规则:共同参考框架草案(欧洲民法典草案)第 II. - 1:102 条

1. 当事人得在遵守诚实信用与公平交易原则以及其他可适用的强制性规定的前提下自由地订立合同或为其他法律行为,并自由地决定其内容。

2. 除非有不同规定,当事人得排除有关合同或其他法律行为或者由此产生的权利和义务的法律规定的适用,或者对其效力进行限制或变更。

3. 当事人不得排除其适用或者对其效力进行限制或变更的法律规定不妨碍当事人放弃一项已经产生并为其所认识到的权利。

第八百六十六条 [公平原则]

当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。

| 说明 |

本条规定,当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。所谓

公平,指合同各方当事人之间,在权利享有与义务负担上大体平衡。所谓公平原则,是当事人确定合同内容时必须遵循的指导原则。(1)在由双方当事人确定合同内容的情形,双方当事人应当按照公平原则的要求,平等协商、共同确定各方的权利和义务。判断所确定的合同内容是否公平,应依当事人主观的判断标准。即只须双方当事人在主观上认为己方给付与对方给付大体等值即可,至于双方给付是否在客观上确实等值,则在所不问。(2)在合同内容仅由一方当事人确定的情形,该方当事人应当按照公平原则的要求,确定合同各方的权利义务。此种情形,判断合同内容之是否公平,应依客观的判断标准。(3)在由第三人确定合同内容的情形,该第三人亦应按照公平原则的要求,确定合同各方的权利义务。如其确定的合同内容显失公平,则对合同当事人不发生效力。此种情形,判断合同内容的公平与否,亦应采客观的判断标准。

须说明的是,公平原则的要求,在双务合同中体现得最为明显。不仅要求一方的给付与对方的对待给付之间大体等值,且要求在当事人之间合理分配风险和负担。而在单务合同中,由于只有一方当事人负担义务,故合同内容之是否公平,往往依当事人意思表示之是否自由判断之。

| 理由 |

公平是现代社会的核心理念,也是市场交易中应当遵循的基本准则。显失公平的市场交易,不仅严重损害一方当事人的利益,而且破坏正常的市场交易秩序,使市场经济陷于混乱。因此,当事人在订立合同时,应当遵循公平原则合理地确定各方的权利和义务,以兼顾双方当事人的利益。各立法例关于公平原则多设有明文规定。

公平原则,是当事人缔结合同关系,尤其是确定合同内容时,所应遵循的指导性原则。现代民法设立公平原则之目的,在对于市场交易的合同关系,要求兼顾双方的利益,并为诚实信用原则、情势变更原则及显失公平规则,树立判断基准。民法通则第 4 条规定:民事活动应当遵循公平原则。考虑到“民事活动”一语文义过宽,既包括合同的订立,也包括合同的履行,而公平原则的实质是要求合同当事人之间在利害关系上大

体平衡,系着重针对合同订立时权利义务的确立,至于合同的履行等则主要受诚信原则之支配,有必要将公平原则的适用范围限于“合同内容的确定”,以期明确。因此,合同法第 5 条规定:“当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。”起草人认为,该条关于公平原则的规定较为准确,故予沿用。

| 立法例 |

中华人民共和国合同法第 5 条

当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。

法国民法典第 1135 条

契约不仅对其中所表述的事项具有约束力,而且对公平原则、习惯以及法律依其性质赋予债之全部结果具有约束力。

德国民法典第 315 条 [由当事人一方确定给付]

1. 给付应由订立合同的一方当事人确定的,在发生疑问时应认定,应按公平裁量的方法加以确定。

2. 前款确定应以意思表示向另一方当事人为之。

3. 应依公平裁量的方法加以确定的,仅在该项确定符合公平原则时,始对另一方当事人有约束力。确定不符合公平原则时,由法院判决加以确定。确定迟延的,亦同。

德国民法典第 317 条第 1 款 [由第三人确定给付]

1. 应由第三人确定给付的,在发生疑问时应认定,应按公平裁量的方法加以确定。

国际商事合同通则第 1.7 条

1. 每一方当事人在国际贸易中应依据诚实信用和公平交易的原则行事。

2. 当事人各方不得排除或限制此项义务。

欧洲合同法原则第 1:201 条

1. 各方当事人均须依诚实信用和公平交易而行为。

2. 当事人不得排除或限制此项义务。

第八百六十七条 [合同的效力]

依法成立的合同,对当事人具有法律约束力,非依当事人协商同意或者法律允许的原因,不得变更或者解除。

依法成立的合同,仅在法律有特别规定的情形对第三人产生效力。

| 说明 |

所谓合同的效力,即合同的法律效力,又称合同的约束力,是指法律赋予依法成立的合同具有拘束当事人各方甚至第三人的强制力。按照民法原理,所谓合同的成立,是一种事实判断,只须当事人意思表示达成合意,合同即可成立;所谓合同的效力,是一种价值判断,是依上升为法律的国家意志对当事人的合意进行评价的结果。当事人达成的合意,于符合法律规定时,将获得法律的肯定性评价,合同因而获得相应的法律效力,并将产生当事人预期的法律后果;当事人达成的合意,于违反法律规定时,将受到法律的否定性评价,合同将不能获得明确的、肯定的法律效力,因而导致合同无效、可撤销或者效力待定的结果。可见,合同的法律效力实际上源自国家的法律,是法律对当事人的合意依法予以确认和保障的结果。

依据本条第1款,第一,依法成立的合同具有拘束当事人的法律效力,当事人应当按照合同的约定行使权利、履行义务,任何一方当事人都不得擅自变更或者解除合同。第二,依法成立的合同,在当事人协商同意或者有法律允许的原因时,可以变更或者解除其对于当事人所具有的法律效力。所谓“当事人协商同意”,是指合同当事人经协商就变更或者解除合同法律效力达成合意,实际上是当事人订立一个以变更原合同效力或者消灭原合同效力的新合同。所谓“法律允许的原因”,例如,本法“合同的解除与终止”一章关于法定解除权、终止权的规定,“租赁合同”一章关于租赁合同当事人的任意终止权的规定,“承揽合同”一章关于定作人任意解除权的规定等。第三,依法成立的合同仅在合同当事人间产生法律拘束力,而对当事人以外的第三人则不具有法律拘束力。

依据本条第2款,在法律有特别规定的情形,依法成立的合同可以对合同当事人以外的第三人产生法律约束力。显而易见,本条第1款是

原则规定,第 2 款是对第 1 款原则规定所设立的例外规定。所谓“法律有特别规定”的情形,例如,本法债权总则编关于债权人代位权、债权人撤销权的规定,本编“合同的履行”一章关于为第三人利益合同的规定,本编分则“租赁合同”一章关于买卖不破租赁的规定等。

| 理由 |

依法成立的合同应受法律保护,是现代法治国家的一项基本原则。法律对合同的保护体现在,赋予依法成立的合同拘束合同当事人的效力以及在特定情形拘束第三人的效力。基于这种拘束力的存在,才能促使合同当事人按照合同行使权利、履行义务,实现合同目的,保障市场交易顺利进行。

民法理论上,关于合同的法律效力,有所谓合同的相对性原理。按照合同相对性原理,合同的法律效力仅存在于合同当事人之间,惟有合同当事人才能享有合同关系上的权利,才应负担合同关系上的义务并对违反义务承担责任,原则上对合同当事人以外的人不具有拘束力。具体而言,合同的相对性原理,主要包含如下内容:(1)主体的相对性。合同关系只能发生在订立合同的当事人之间,惟合同当事人一方能够向另一方提出基于合同的请求或诉讼。(2)内容的相对性。合同关系上的权利和义务只能由合同当事人享有和承担,第三人既不能依据合同享有权利,也不能被强迫履行合同义务。在双务合同中,合同内容的相对性还体现为,当事人双方的给付和对待给付之间具有牵连性,一方的权利就是另一方的义务,反之亦然。(3)责任的相对性。只有违约方当事人才应向另一方当事人承担违约责任,第三人无须向合同当事人承担违约责任,违约方当事人也不得向第三人或者国家承担违约责任。可见,基于合同的相对性原理,合同效力被严格限定于合同当事人之间,使第三人免受合同的拘束,同时也使第三人不致因过失侵害合同债务人或者合同标的而对债权人承担违约责任。因而有效地保护了第三人的活动自由,维护了自由竞争的经济秩序。

合同的相对性原理滥觞于罗马法。罗马法上已有“任何人不得为他人缔约”以及“缔约行为应在要约人和受要约人之间达成”的原则。近代以来,法国、意大利等民法典,关于合同的相对性原理均设有明文规定。

其他如德国、日本等国,其民法典虽无明文规定,但在民法理论和裁判实务上,无不承认合同的相对性是基于合同本质的一项当然原则。

如前所述,合同相对性原则将合同的效力限定于当事人之间,有力地维护了第三人的活动自由和自由竞争的经济秩序。但如过分严守合同的相对性,将第三人完全排除在合同关系之外,则可能与当事人的意思不符,在某些情形还可能与保护社会弱者的法律政策相冲突。特别在人类社会进入 20 世纪以来,面对复杂的市场交易和多元化的利益追求,为弥补合同相对性原理的不足,避免严守合同相对性可能造成的不当后果,各国在坚持合同的相对性原理的同时,逐渐通过立法和判例学说发展形成若干作为例外而适用的制度。主要有:(1)买卖不破租赁。租赁物在租赁期间发生所有权变动的,不影响租赁合同的效力,租赁合同对新的所有人继续有效。其目的在于,保护处于弱勢的承租人的利益。(2)债权人代位权和债权人撤销权。法律为防止因债务人财产不当减少而危害债权的实现,允许债权人代行债务人对第三人的权利,或者撤销债务人与第三人之间的法律行为。其目的在于保护债权人的利益。(3)所谓涉他合同。如当事人在合同中为第三人设定了权利或义务,第三人可据此行使权利和履行义务。其目的在于尊重当事人的意思,简化交易环节,提高交易效率。(4)第三人侵害债权。第三人故意违背善良风俗,使债务人不能履行合同义务,损害债权人利益的,债权人可向该第三人请求损害赔偿。目的在保护债权人的利益。(5)其他如德国法上的“附保护第三人作用的合同”、美国法上的“利益第三人担保责任”以及法国法上的“直接诉权”制度,都属于为保护受缺陷产品损害的第三人的利益,而创设的合同相对性原理之例外。须补充说明的是,迄今合同相对性原理仍属于基本原则,上述制度仍属于例外,其适用范围及适用条件应以法律的特别规定为限。

现行法关于合同法律效力的规定,首先是民法通则第 57 条:“民事法律行为从成立时起具有法律约束力。行为人非依法律规定或者取得对方同意,不得擅自变更或者解除。”其次是合同法第 8 条:“依法成立的合同,对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务,不得擅自变更或者解除合同”;“依法成立的合同,受法律保护。”起草人认为,上述关于合同效力的规定未臻完善,本法合同编有必要根据民法原理并参考发达国家和地区的经验,对于合同相对性原理及其例外设

立完善准确的规定。

| 立法例 |

中华人民共和国民法通则第 57 条

民事法律行为从成立时起具有法律约束力。行为人非依法律规定或者取得对方同意,不得擅自变更或者解除。

中华人民共和国合同法第 8 条

依法成立的合同,对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务,不得擅自变更或者解除合同。

依法成立的合同,受法律保护。

中国澳门民法典第 400 条

一、合同应予切实履行,并只能在立约人双方同意或法律容许之情况下变更或消灭。

二、仅在法律特别规定之情况及条件下,合同方对第三人产生效力。

法国民法典第 1119 条

任何人,原则上仅得为自己承担义务,以其本人的名义订立契约。

法国民法典第 1134 条

依法成立的契约,对缔结该契约的人,有相当于法律之效力。

此种契约,仅得依各当事人相互同意或法律允许的原因撤销之。

前项契约应善意履行之。

法国民法典第 1165 条

契约仅在诸缔约当事人之间发生效力;此种契约不损害第三人,并且仅在本法典第 1121 条规定的情形下,才能使第三人享受利益。

意大利民法典第 1372 条 [契约的效力]

1. 契约在当事人之间具有法律强制力。该效力只有因相互同意或者法律认可的原因而解除。

2. 契约仅在法律规定的情形内对第三人产生效力。

魁北克民法典第 1440 条

合同仅在缔约当事人之间发生效力,不影响第三人,但法律另有规定者除外。

国际商事合同通则第 1.3 条

有效订立的合同对当事人均有约束力。当事人仅能根据合同条款或通过协议或根据通则的规定修改或终止合同。

欧洲私法原则、定义与示范规则：共同参考框架草案(欧洲民法典草案)第 II. -1:103 条

1. 有效的合同对当事人具有拘束力。

.....

3. 本条不禁止对根据债务人与债权人的协议或者法律的规定而产生的任何权利或义务进行变更或者终止。

第二十八章 合同的订立

【本章说明】

合同的订立,是指缔约人为意思表示并达成合意的状态。它描述的是缔约各方自接触、洽商直至达成合意的过程,是动态行为与静态协议的统一体。该动态行为包括缔约各方的接触和洽商,达成协议前的整个讨价还价过程均属动态行为阶段。此阶段由要约邀请、要约、反要约诸制度规范和约束,产生先合同义务及缔约过失责任。静态协议是指缔约达成合意,合同条款,至少是合同的主要条款已经确定,各方当事人享有的权利和承担的义务得以固定,一句话,合同成立了。由此可知,合同的订立与合同的成立不尽相同。后者仅是前者的组成部分,标志着合同的产生和存在,属于静态协议;前者的含义广泛,既包括合同成立这个环节,又包含缔约各方接触和洽商的动态过程,可谓涵盖了交易行为的大部分。

合同的订立也不同于合同的生效。尽管合同的订立也要在法律的规范下进行,但这里的法律规范是最大限度地尊重当事人意思的规范,因而合同的订立是当事人意思自治,是当事人意志的结果。合同的生效是国家通过法律评价合同的表现,是法律认可当事人的意思的结果。成立的合同只有符合法律的要求才会生效,与法律要求相抵触的会被法律否定,或者归于无效,或者得撤销,或者效力未定。可见,合同的订立与合同的生效是两个不同层次的问题,是不同的范畴和制度。

本章主要规定合同订立的要件、要约和承诺规则、对定式合同的管制和缔约过失责任等内容。合同订立中,最基本的问题是规定成立的要件和订立的方式即要约和承诺规则。这无论是在将法律行为与合同作统一规定或分别规定的大陆法立法例中,还是在并无抽象法律行为概念的英美法立法例中,均大致如此。关于定式合同和缔约过失规则,则是与合同成立有关的内容,将其置于合同成立部分规定的做法虽不普遍,但也不乏立法例,加之合同法已经这样处理,故无必要变更。合同法第二章“合同的订立”不分节。鉴于本章条文较多,规定的事项性质各异,为便于解释与适用,参考合同法建议草案与欧洲民法典草案的分节体例,将本章内容分设四节:第一节一般规定;第二节要约与承诺;第三节格式条款;第四节缔约过失责任。

本章在立法例上主要参考意大利民法典、日本民法典及荷兰民法典第六编第五章的体例,即在有关合同的一般规定(总则)中设有合同成立的内容。国际商事合同通则亦如此处理。但与上述立法例不同的是,本法关于合同的大部分内容是在独立的“合同”一编下组织的,而不是直接在形式的债编之下;另外,本法在第三编债权总则中设有“债的原因”一章,相当于瑞士债务法和我国台湾地区民法中的债的发生。后两者规定合同为债的发生原因之一,并将“合同的成立”置于“债的发生”中加以规定。本法既不在“债的发生原因”中规定合同之债的一般内容,又将“合同的订立”的实质内容规定于合同编。因此,在尽可能保持“合同编”内容完整的同时,两处在内容上的协调以便尽量减少重复,系本法需着力解决的立法技术问题。

另须说明的是,本法删除了合同法第9、33~35条和第38条;对有些条文在次序和结构上作了调整;此外还合并了一些条款,当然也新增和变更了一些条款。

合并的条款主要有:(1)将合同法第10、11条合并为一条,使合同的形式同书面形式的定义结合在一起,其意思更连贯和集中;(2)将合同法第42、43条合并为一条,由此,缔约过失责任的发生事由被统一于一条之中,避免了不同的情形有的被列

举、有的被另立他条的支离感。

次序和结构上被调整的主要有:(1)合同法第36、37条关于违反合同形式效果的规定被调整到有关合同形式的条款之后,主要是考虑到将相关内容尽量安排在一起。(2)调换合同法第25条和第26条的次序,因为只有考虑承诺生效之后,才能考虑生效的承诺是否会使合同成立。(3)将合同法第32条关于以合同书形式订立合同的特殊成立规定,提前到一般合同成立的规定之后。与这些变动相关的其他说明,和新增及变更的条款一样,在各相关条款里再作解释。下面仅就删除的条款作专门说明。

合同法第9条的删除。该条是关于合同当事人权利能力、行为能力及代理的规定。该条一方面应属法律行为生效要件和代理部分规定的内容,统一的民法典不应在此处重复,另一方面在性质上也与本章不合,因为权利能力和行为能力的一般欠缺最多只影响到合同的生效,不会影响成立,代理亦然。

合同法第33条的删除。该条是关于以确认书形式订立合同的成立时间的规定。删除的主要理由是:第一,我国实务及理论上对确认书并无一明确的含义和用法,商法中有类似于习惯的商人确认书,其含义本身也不固定,且就其形成的单方性而言也与我国合同法用词迥异;第二,第33条所述确认书可纳入事后要求签订的合同书调整;第三,欠缺相关立法例。

合同法第34、35条的删除。它们是关于合同成立地点的规定。合同成立地点不同于合同履行地点。按照民事诉讼法的规定,合同成立地点的法律意义主要体现为在程序法上作为确定管辖的标准。因而将其留待程序法规定似乎更妥。

合同法第38条的删除。该条是关于带有行政性质的合同的规定,主要调整民事合同与行政行为之间的关系,此种情形在我国现阶段虽仍然存在,但更多地已成为历史。以发展的眼光观之,其在中国的存在空间将越来越小。故本法不拟对此再作规定,并以此表明未来民法典的市场经济基础。

第一节 一般规定

第八百六十八条 [合同成立的要件和方式]

当事人双方意思表示一致,合同即成立。

该意思表示通常采用要约和承诺的方式,但也可以用其他能够充分表明合意的方式。

| 说明 |

依据本条第 1 款,合同成立须有两项要件:(1)须有双方当事人;(2)须双方当事人达成意思表示一致。所谓“意思表示一致”,亦称为“合意”。其中,双方当事人间达成合意最值得重视。因为无合意,即无合同的成立。合意须有充分性,即要求双方当事人至少须就合同的必要事项达成一致。至于哪些属于合同的必要事项,将在要约规则中规定。

依据本条第 2 款,合同成立的典型方式是要约和承诺,亦即双方当事人通常应采用要约、承诺方式达成意思表示一致。除采用要约、承诺方式外,双方当事人还可以采用非典型的订约方式。所谓“其他能够充分表明其合意的方式”,即指非典型的订约方式,如交错要约等。

| 理由 |

关于合同成立的要件和成立的方式,立法例上多有明文规定。合同法仅规定合同成立应采要约、承诺方式,而未规定合同成立的一般要件。起草人认为,为增强本法的体系性和逻辑性,为裁判实务判断合同成立提供明确标准,有必要明文规定合同成立的一般要件,并增加关于合同成立的非典型方式的规定。鉴于合同成立的非典型方式有交错要约等,难以一一列举,故仿国际商事合同通则第 2.1 条,以“其他能够充分表明合意的方式”概括之。