

“十二五”国家重点图书出版规划

● 王利明 著


合同法研究

第三卷
(第二版)

中国当代法学家文库

王利明法学研究系列

Contemporary Chinese Jurists' Library

 中国人民大学出版社

“十二五”国家重点图书出版规划

● 王利明 著

合同法研究

第三卷
(第二版)

中国当代法学家文库
王利明法学研究系列

Contemporary Chinese Jurists' Library

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

合同法研究. 第3卷/王利明著. —2版. —北京: 中国人民大学出版社, 2015. 11
(中国当代法学家文库·王利明法学研究系列)

ISBN 978-7-300-13182-5

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 257215 号

“十二五”国家重点图书出版规划

中国当代法学家文库·王利明法学研究系列

合同法研究 第三卷 (第二版)

王利明 著

Hetongfa Yanjiu

出版发行	中国人民大学出版社	邮政编码	100080
社 址	北京中关村大街 31 号		
电 话	010-62511242 (总编室)	010-62511770 (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	版 次	2012 年 6 月第 1 版
规 格	170 mm×228 mm 16 开本		2015 年 12 月第 2 版
印 张	51.5 插页 3	印 次	2015 年 12 月第 1 次印刷
字 数	772 000	定 价	148.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换



修订版序言

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，谈论合同法的死亡也有些言过其实了。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，其永远会伴随着社会演进而焕发活力。

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

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

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，合同法是整个国家的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，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。^① 美国著名法学家 Farnsworth 认为，合同自由支撑着整个市场^②，从法治的观点来定义市场，则市场就是合同法。^③ 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。^④ 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、快捷的订立，保障合同圆满、安全的履行，就必须有相应的法律规则加以调整。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

① 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.

② See Farnsworth, *Contracts*, Second Edition, Little, Brown and Company, 1990, p. 21.

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. 285.

④ 参见 [德] 拉德布鲁赫：《法学导论》，61 页，北京，中国大百科全书出版社，1997。





私人目标的权力。”^① 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，人们为了达成交易不知将花费多大的人力、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是根本不存在的。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”^②。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”^③。

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。^④ 我妻荣则认为，由于近代以来财产债权化的发展，债权在近代法中处于优越地位和中心地位。^⑤ 因此，债权已经不仅仅是一种法律手段，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，法律是一种根植于特定历史时期、特定群体的文化，需要充分考察和反映本土国情。^⑥ 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

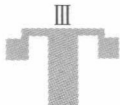
① [美] 罗伯特·考特等：《法和经济学》，314 页，上海，上海三联书店，1994。

②③ [美] 罗伯特·A·希尔曼：《合同法的丰富性》，郑云瑞译，270 页，北京，北京大学出版社，2005。

④ 参见 [英] 梅因：《古代法》，96~97 页，北京，商务印书馆，1959。

⑤ 参见 [日] 我妻荣：《债法在近代法中的优越地位》，7 页，北京，中国大百科全书出版社，1999。

⑥ See John Henry Merryman & Rogelio Perez-Perdomo, *The Civil Law Tradition*, 3rd ed., Stanford University Press, 2007, p. 150.



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，这使得以个别化契约为模型的传统合同理论面临了严峻的挑战。“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。”^①再如，近几十年来，随着经济全球强化的发展，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显，两大法系的合同法规则也因此呈现趋同之势。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。^②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，合同法的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的稳定性一面以及合同法保持稳定性

^① [美] 弗里德曼：《美国契约法》，20～24页，1965。转引自 [美] 格兰特·吉尔莫：《契约的死亡》，曹士兵、姚建宗、吴巍译，6～7页，北京，中国法制出版社，2005。

^② 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，40页，北京，法律出版社，2007。

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。合同法之所以发展，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。可见，无论是契约死亡理论，还是契约再生理论，其本质上都是相同的，它们都割断了传统合同理论与现代合同发展的内在联系，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再生与死亡的问题，而是在保证合同法基本规则基础上，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。

本书在2001年首次完稿并交付出版，迄今为止，已将近十年。自出版以来，本书受到了不少读者的欢迎和肯定，也得到了一些读者提出的诸多宝贵意见，本人对此深表感谢。在这期间，我国合同法理论迅速发展，而针对实践中出现的诸多新情况和新问题，合同立法也随之逐步完善。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，任何合同理论和规则，不过是基于新的社会问题而对传统合同理论的修正，而并不是对传统合同理论的抛弃，因此，不能绝对地从再生和死亡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》所形成的合同法三足鼎立的局面，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。尤其是

《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的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，也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1日通过的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》、2009年2月9日通过的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》。除此之外，最高人民法院还颁布了一系列批复、意见和司法解释，不断丰富和完善了我国合同法律制度。这些司法解释与《合同法》一起，共同构成了我国的合同法基本框架，它们的制定并颁行，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将发挥极大的作用，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，总结我国近年来的最新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，同时也是随着市场经济的发展而不断丰富和完善的。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！

第一版序言

合同，也称为“契约”，它在人类历史中占据着举足轻重的地位。宗教典籍认为，契约确立了人与神之间正常稳定的关系；政治哲学家们指出，自愿与合意才是政治权威的合法基础；经济生活中，人与人之间的各种交易就是契约；甚至在婚姻家庭生活中，温情脉脉的两性关系的面纱下也常能捕捉到契约的踪影。人类漫长的历史中，每天都在进行的“这种通过交换和在交换中才产生的实际关系”最终获得了马克思所说的“契约这样的法的形式”。从传统的封建时代向近代法治社会的转型中，合同对瓦解封建等级制度的身份关系的桎梏发挥了重要作用，因此梅因将进步社会的运动称为合同形态的运动。

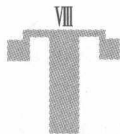
当今人类社会的发展已截然不同于早期的人类社会，在我们这一代人降临到这个世界之前的几百年里，生产与交换就在不断地和加速地把人们变为整个社会运行系统中一个个紧密结合的分子，每个人都要各司其职、各专其位。在许多市场经济社会，无论是物质产品的制造、流通，还是精神产品的创作、传播都已经被分割为无数个细微的环节，专业分工的细化程度已经超过人们的现象力。任何人在现代社会要生存下来，都不得不与他人以合同的形式相互给予信用或者取得信用，即进行交易。现代人的一生就是在不断订立合同、履行合同这样一个周而复始的过程中度过的。尤其是在经济领域，市场正是由无数纷繁复杂的交易所组



成的，这些无穷无尽的交易都要以合同作为其最基本的法律表现形式。可以说，契约本身构成了广阔的市场，市场化就是契约化。正因如此，人们才将现代社会称为“契约社会”，将现代经济称为“契约经济”。

我国早已确立了建立社会主义市场经济体制的发展目标，作为市场经济最基本法律规则的《合同法》已于1999年3月15日经九届全国人大二次会议通过，并从1999年10月1日起生效实施。《合同法》的制定并颁行，将为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，也将为交易的发展和市场的繁荣提供重要的法律保障。该法的颁行，结束了由《经济合同法》、《涉外经济合同法》和《技术合同法》所形成的三法并立的局面，在完善市场经济的法律体系方面迈出了重要一步。《合同法》的制定，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性和体系化。《合同法》的制定完善了合同法的基本规则，极大地填补了长期以来在合同立法方面的漏洞，规定了较为完备的合同法规则。尤其是《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的合同立法和司法实践经验，总之，我国《合同法》的颁布，不仅表明我国的合同法已逐渐趋于完善，而且标志着我国的民事立法进入了一个体系化的成熟的阶段。尤其在经济全球化以及我国已加入世界贸易组织（WTO）的大背景下，统一我国市场经济交易活动的基本规则，力求使我国合同法与国际惯例接轨，更有利于我国参与世界经济竞争，增强我国的综合国力。

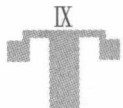
尽管《合同法》的颁布表明了我国合同法律制度已渐趋完善，也标志着我国民事立法进入了一个体系化的崭新阶段，但并不意味着合同法立法的完善及理论





研究工作就到此为止，市场经济发展过程中仍然存在大量的合同法问题有待于立法者以及民法研究者加以解决：因为现代市场经济异常迅猛的发展速度对作为成文法的合同法所固有的局限性提出了更尖锐的挑战。英国著名法学家梅因曾言“社会的需要和社会的意见常常是或多或少地走在法律的前面，我们可能非常接近地达到它们之间缺口的接合处，但永远存在的倾向是要把这个缺口重新打开来。因为法律是稳定的，而我们谈到的社会是前进的。人民幸福的或大或小，完全取决于缺口缩小的快慢程度”。尽管我国《合同法》制订时总结了多年来合同立法与司法的成败得失并吸收了现代合同法的最新发展成果，其颁布至今也不过短短的数年，但是现代市场经济发展过程必将不断出现合同法制订者所始料不及的各种新情况、新问题。使《合同法》能够及时有效地调整这些新情况，解决这些新问题，不仅是司法实践工作者的当务之急，更是每一个民法研究人员义不容辞的责任；尽管迄今为止我国合同法理论研究工作已经取得了丰硕的成果，并为立法与司法提供了大量理论支持与知识资源，但是我国合同法学研究起步较晚、基础较薄弱这一事实却无法否认。这一点既体现在学界对我国合同立法与司法得失成败经验的总结上存在欠缺，也体现在对于两大法系合同法律制度以及现代合同法新的发展趋势缺乏全面准确的理解，更表现为对合同法基本概念、制度与理论研究尚缺乏足够的深度。加强对合同法的研究是当前我国民法研究工作者的迫切任务。尤其应当看到，我国《合同法》的制定是我国正在进行的举世瞩目的民法典编纂工作的重要组成部分。民法典的制定是完善我国社会主义市场经济法律体系的重要步骤，在这一个过程中不仅要制订民法总则、物权法、侵权法等以前我们没有的法律，而且还要做到民法典内部的体系性与和谐性。由此也提出了合同法如何与民法总则、物权法、侵权法之间的协调问题。因此，唯有进一步加强我国合同法的研究，才能为将来把合同法融入民法典中的工作奠定扎实的理论基础。

作为民法教员，我多年来一直关注对合同法的理论研究以及立法、司法实践工作。早在《民法通则》颁布后不久，我就曾对合同法律制度进行过一些初步的研究，这些成果主要体现在与其他几位民法学者合作撰写的《民法新论》（上、





下)一书当中。1988年至1989年,我利用在美国访学研究的机
会,专攻了英美合同法,并撰写了一些论文将英美合同法中的若干制度,如根本违约制度、预期违约制度等介绍到国内学界。1993年10月我国最高立法机关将合同法的制订提上了议事日程,我有幸参与合同法的制订,并在此过程中,结合立法中的疑难问题,撰写了《统一合同法制订中的若干疑难问题》、《违约抑或可撤销》、《合同的解除与根本违约》等文章,对合同法制订中的一些重要问题进行了探讨。1994年我受到国家教委人文社会科学研究项目的资助,花费了两年时间对违约责任制度进行了系统化、体系化的研究。在研究违约责任的过程中,我探讨了同时履行抗辩权、不安抗辩权、违约责任与侵权责任的竞合、缔约过失责任、第三人侵害债权等合同法中的疑难理论问题,并于1995年由政法大学出版社出版了《违约责任论》一书(该书2000年修订再版)。1996年我又与崔建远教授合作撰写了《合同法新论·总则》一书,在该书中我进一步对合同法总则中的若干理论问题,例如合同的成立与生效、对合同无效范围的限制等问题做了研究。1997年我还将自己在为中国人民大学法学院民法研究生讲授合同法过程中对若干疑难合同纠纷案件的理论研究成果结集出版。

我深知,合同法理论博大精深,各种研究文献也浩如烟海,有许多未知的领域仍需要作更深入细致研究,通过近几年的研究,我对于一些长期以来琢磨不透的重大疑难的合同法理论问题逐渐产生了些许心得,并为此撰写了系列有关合同法研究的文章,现将多年的研究成果按照合同法的规定系统地汇编整理成《合同法研究》一书出版。《合同法研究》共分为四卷,前两卷主要探讨总则问题,后两卷主要探讨分则问题。我出版《合同法研究》一书的目的,是希望借此能够与广大学界同仁与实务工作者进行交流探讨,以期共同推动我国合同法的完善与理论研究的深入化、细致化及体系化。最后,需要指出的是,由于笔者才疏学浅,加之资料与时间有限,因此本书错误缺漏之处实所难免,衷心期望广大读者不吝赐教。



术语表



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适用法律问题的解释》，2014年2月24日；
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. 《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适用法律若干问题的解释》，2009年6月22日；
8. 《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；

9. 《买卖合同司法解释》：《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》，2012年5月10日；

10. 《民间借贷司法解释》：《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》，2015年8月6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 for 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	15
第三节 合同法分则的适用	21
第四节 合同法分则的发展趋势	26
第五节 合同法分则的完善	35
第二章 买卖合同	43
第一节 买卖合同概述	43
第二节 买卖合同的主要条款	56
第三节 买卖合同的效力	61
第四节 买卖合同中标的物的风险负担	86
第五节 违约形态及其责任	103
第六节 互易合同	114
第三章 特种买卖	121
第一节 所有权保留	121



第二节	分期付款买卖	138
第三节	凭样品买卖	150
第四节	试用买卖	157
第五节	招标投标买卖	167
第六节	拍 卖	172
第四章	供用电、水、气、热力合同	180
第一节	供用电、水、气、热力合同概述	180
第二节	供用电合同	188
第五章	赠与合同	197
第一节	赠与合同概述	197
第二节	赠与合同的成立和生效	205
第三节	赠与合同的效力	209
第四节	赠与人的撤销权	216
第五节	特殊赠与	231
第六章	借款合同	238
第一节	借款合同概述	238
第二节	借款合同的订立和内容	250
第三节	借款合同的效力	255
第四节	违反借款合同的责任	265
第五节	民间借贷合同	269
第七章	租赁合同	282
第一节	租赁合同概述	282
第二节	租赁合同的内容	290





第三节	租赁权	296
第四节	租赁合同的效力	303
第五节	承租人的优先购买权	325
第六节	租赁合同的风险负担	334
第七节	租赁合同的终止	339
第八章	融资租赁合同	345
第一节	融资租赁合同概述	345
第二节	融资租赁合同与相关合同	352
第三节	融资租赁的历史发展	359
第四节	融资租赁合同的成立与生效	363
第五节	融资租赁合同的内容	367
第六节	融资租赁合同的效力	371
第七节	融资租赁合同的解除	384
第八节	融资租赁合同的终止	390
第九节	融资租赁合同中的违约责任	398
第九章	承揽合同	404
第一节	承揽合同概述	404
第二节	承揽合同的效力	417
第三节	承揽合同中的风险负担	432
第四节	承揽合同的终止	436
第五节	违反承揽合同的责任	442
第十章	建设工程合同	447
第一节	建设工程合同概述	447
第二节	建设工程合同的订立	454





第三节	建设工程合同的类型	464
第四节	建设工程施工合同的效力	474
第五节	承包人的建设工程优先权	483
第六节	建设工程合同的违约责任	494
第十一章	运输合同	501
第一节	运输合同概述	501
第二节	客运合同	515
第三节	货运合同	526
第四节	多式联运合同	543
第十二章	技术合同	548
第一节	技术合同概述	548
第二节	技术开发合同	569
第三节	技术转让合同	581
第四节	技术咨询合同和技术服务合同	603
第十三章	保管合同	617
第一节	保管合同概述	617
第二节	保管合同的成立和标的物	623
第三节	保管合同的效力	627
第四节	消费保管	644
第五节	违反保管合同的责任	648
第十四章	仓储合同	655
第一节	仓储合同概述	655
第二节	仓储合同的成立	660





第三节	仓储合同的效力	663
第四节	仓单的法律性质及内容	674
第五节	违反仓储合同的违约责任	680
第十五章	委托合同	683
第一节	委托合同概述	683
第二节	委托合同的分类	695
第三节	委托合同的效力	699
第四节	转委托	712
第五节	间接代理中的委托	716
第六节	委托合同的终止	727
第十六章	行纪合同	736
第一节	行纪合同概述	736
第二节	行纪合同的效力	744
第十七章	居间合同	754
第一节	居间合同概述	754
第二节	居间合同的效力	764
第三节	居间合同中的违约责任	774
主要参考书目		778
第一版后记		788
第二版后记		789

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	6
四、合同法分则的体系	11
第二节 合同法分则的功能	15
一、规范各类典型的交易关系	15
二、引导当事人正确缔约	17
三、降低交易费用	18
四、维护交易的公正	20
五、提供裁判规范的功能	20
第三节 合同法分则的适用	21
一、合同法总则和分则的关系	21
二、有名合同规则的适用与参照适用	24
第四节 合同法分则的发展趋势	26
一、限制合同自由和维护合同正义	26

二、国际化与自治化	30
三、有名合同类型的新发展	31
四、混合合同的产生和发展	33
五、示范法在有名合同中的运用	34
第五节 合同法分则的完善	35
一、有名合同的类型不足	36
二、买卖合同部分过多借鉴《销售合同公约》	38
三、技术合同部分有待完善	39
四、某些具体规则的设计存在不足	41
第二章 买卖合同	43
第一节 买卖合同概述	43
一、买卖合同的概念和特征	43
二、买卖合同与相关概念的区别	47
三、买卖法	51
四、买卖的分类	52
第二节 买卖合同的主要条款	56
一、买卖合同的主要条款概述	56
二、《合同法》中规定的买卖合同的主要条款	57
第三节 买卖合同的效力	61
一、出卖人的义务	61
二、买受人的主要义务	79
第四节 买卖合同中标的物的风险负担	86
一、风险负担的概念和特征	86
二、我国合同法上关于风险负担的规则	89
三、交付移转风险规则在买卖合同中的具体适用	95
四、违约情况下标的物毁损、灭失的风险负担	99
第五节 违约形态及其责任	103



一、买卖合同中的拒绝履行	103
二、不适当履行	104
三、瑕疵履行	107
四、迟延履行	112
五、违反附随义务	114
第六节 互易合同	114
一、互易合同的概念和特征	114
二、互易的主要功能	117
三、互易与相关概念	118
四、互易的标的	119
五、互易合同的效力	119
第三章 特种买卖	121
第一节 所有权保留	121
一、所有权保留的概念和特征	121
二、所有权保留的功能	125
三、所有权保留与相关概念的区别	127
四、所有权保留的设立	129
五、所有权保留的效力	132
第二节 分期付款买卖	138
一、分期付款买卖的概念和特征	138
二、分期付款买卖的功能	141
三、分期付款买卖与相关概念的区别	142
四、分期付款买卖的效力	145
五、标的物毁损灭失的风险负担	149
第三节 凭样品买卖	150
一、凭样品买卖的概念和功能	150
二、凭样品买卖的成立	152



三、凭样品买卖的效力	153
第四节 试用买卖	157
一、试用买卖的概念和特征	157
二、试用买卖与相关合同	159
三、试用买卖的性质	160
四、试用买卖的成立和生效	161
五、试用买卖的效力	162
六、试用买卖中的风险负担	166
第五节 招标投标买卖	167
一、招标投标买卖的概念和特征	167
二、招标投标买卖的分类	168
三、招标投标买卖合同的成立与生效	169
四、招标投标的效力	171
第六节 拍 卖	172
一、拍卖的概念和特征	172
二、拍卖与相关概念的区别	174
三、拍卖的分类	175
四、拍卖合同的成立	176
五、拍卖的效力	177
第四章 供用电、水、气、热力合同	180
第一节 供用电、水、气、热力合同概述	180
一、供用电、水、气、热力合同的概念和特征	180
二、供用电、水、气、热力合同与买卖合同	183
三、供用电、水、气、热力合同的订立	184
四、供用电、水、气、热力合同的履行	186
第二节 供用电合同	188
一、供用电合同的概念和特征	188





二、供用电合同的订立和内容	189
三、供用电合同的效力	192
第五章 赠与合同	197
第一节 赠与合同概述	197
一、赠与合同的概念和特征	197
二、赠与的分类	201
三、赠与合同与相关概念的比较	203
第二节 赠与合同的成立和生效	205
第三节 赠与合同的效力	209
一、赠与人的主要义务	209
二、受赠人的主要义务	215
第四节 赠与人的撤销权	216
一、概述	216
二、一般赠与中的任意撤销权	217
三、法定撤销权	222
四、穷困抗辩权	227
五、撤销的效果	230
六、撤销权的行使期限	231
第五节 特殊赠与	231
一、捐赠	231
二、附义务的赠与	233
第六章 借款合同	238
第一节 借款合同概述	238
一、借款合同的概念和特征	238
二、关于借款合同在民法中的立法体例	243
三、借款合同和相关合同的区别	245



四、借款合同的分类	249
第二节 借款合同的订立和内容	250
一、借款合同的订立原则	250
二、借款合同的内容	253
第三节 借款合同的效力	255
一、贷款人的主要义务	255
二、借款人的主要义务	259
第四节 违反借款合同的责任	265
一、借款人的违约责任	265
二、贷款人的违约责任	268
第五节 民间借贷合同	269
一、民间借贷合同的概念和特征	269
二、民间借贷合同的生效	271
三、企业借款合同原则上有效	273
四、民间借贷合同的无效	275
五、民间借贷合同的借款利息	276
六、逾期利息问题	280
第七章 租赁合同	282
第一节 租赁合同概述	282
一、租赁合同的概念和特征	282
二、租赁的分类	286
三、租赁合同和相关合同的比较	289
第二节 租赁合同的内容	290
一、租赁物	291
二、租金	292
三、租赁期限	293



四、租赁物的维修条款	295
第三节 租赁权	296
一、租赁权概述	296
二、租赁权的物权化——买卖不破租赁	299
三、租赁权的保护	303
第四节 租赁合同的效力	303
一、出租人的义务	303
二、承租人的义务	314
第五节 承租人的优先购买权	325
一、优先购买权的概念和特征	325
二、优先购买权的行使条件	328
三、优先购买权的保护	333
第六节 租赁合同的风险负担	334
第七节 租赁合同的终止	339
一、租赁合同终止的原因	339
二、与承租人共同居住人的租赁权	340
三、租赁关系终止后的效力	342
第八章 融资租赁合同	345
第一节 融资租赁合同概述	345
一、融资租赁合同的概念	345
二、融资租赁合同的特征	348
三、融资租赁的标的物	351
第二节 融资租赁合同与相关合同	352
一、融资租赁合同和租赁合同	352
二、融资租赁合同与借款合同	356
三、融资租赁合同与分期付款买卖合同	357



第三节	融资租赁合同的历史发展	359
第四节	融资租赁合同的成立与生效	363
一、	融资租赁合同的成立	363
二、	融资租赁合同应当采用书面形式	364
三、	融资租赁合同生效的时间	364
第五节	融资租赁合同的内容	367
一、	融资租赁合同的主要条款	367
二、	融资租赁合同中的特别条款	370
第六节	融资租赁合同的效力	371
一、	出租人的主要义务	371
二、	承租人的主要义务	376
第七节	融资租赁合同的解除	384
一、	融资租赁合同中解除权的限制及其必要性	384
二、	违约解除的事由	386
三、	合同解除的效果	389
第八节	融资租赁合同的终止	390
一、	融资租赁合同终止的原因	390
二、	融资租赁合同终止后的效果	391
三、	融资租赁合同期限届满后租赁物的归属	394
第九节	融资租赁合同中的违约责任	398
一、	承租人的违约行为及其责任	398
二、	出租人的违约行为及其责任	399
三、	租赁物对第三人侵权的出租人免责规则	403
第九章	承揽合同	404
第一节	承揽合同概述	404
一、	承揽合同的概念和特征	404





二、承揽合同的内容	407
三、承揽合同与其他类似合同的区别	411
四、承揽合同的分类	416
第二节 承揽合同的效力	417
一、承揽人的主要义务	417
二、定作人的主要义务	426
第三节 承揽合同中的风险负担	432
一、承揽合同中的风险负担的概念	432
二、承揽合同中的风险负担规则	433
第四节 承揽合同的终止	436
一、承揽合同终止的原因	436
二、承揽合同终止的法律后果	440
第五节 违反承揽合同的责任	442
一、违约责任的归责原则	442
二、承揽人的违约责任	443
三、定作人的责任	445
第十章 建设工程合同	447
第一节 建设工程合同概述	447
一、建设工程合同的概念和特征	447
二、建设工程合同和相关概念的区别	451
第二节 建设工程合同的订立	454
一、必须遵守法定的程序	454
二、承包人具有相应的资质等级	456
三、必须经过招标与投标程序	458
四、禁止非法分包和转包	459
第三节 建设工程合同的类型	464





一、建设工程合同类型概述	464
二、勘察、设计合同	466
三、施工合同	470
四、委托监理合同	472
第四节 建设工程施工合同的效力	474
一、发包人的主要义务	474
二、承包人的主要义务	479
第五节 承包人的建设工程优先权	483
一、建设工程优先权的概念和特征	483
二、建设工程优先权的性质	487
三、建设工程优先权的适用条件	489
四、建设工程优先权的效力	490
第六节 建设工程合同的违约责任	494
一、发包人的违约责任	494
二、承包人的违约责任	495
三、施工人的违约责任	497
四、其他主体的违约责任	498
五、责任形式	498
第十一章 运输合同	501
第一节 运输合同概述	501
一、运输合同的概念和特征	501
二、运输合同与相关概念的区别	505
三、运输合同的分类	506
四、运输合同的订立	509
五、运输合同的效力	510
第二节 客运合同	515





一、旅客运输合同的概念和特征	515
二、客运合同的效力	517
第三节 货运合同	526
一、货运合同的概念和特征	526
二、货运合同的订立和变更	527
三、货运合同的效力	528
四、货运合同中的风险负担	542
第四节 多式联运合同	543
一、多式联运合同的概念和特征	543
二、多式联运合同的效力	544
第十二章 技术合同	548
第一节 技术合同概述	548
一、技术合同的概念、种类和特征	548
二、技术合同的内容	552
三、技术成果的出资及归属	557
四、职务技术成果	559
五、非职务技术成果	564
六、无效和可撤销的技术合同	565
第二节 技术开发合同	569
一、技术开发合同的概念和特征	569
二、委托开发合同	571
三、合作开发合同	577
第三节 技术转让合同	581
一、技术转让合同概述	581
二、技术转让合同的标的	585
三、技术转让合同和买卖合同	587





四、技术转让合同的效力	587
五、技术转让合同的类型	593
第四节 技术咨询合同和技术服务合同	603
一、技术咨询合同	603
二、技术服务合同	608
三、技术服务合同的效力	612
四、技术咨询合同和技术服务合同中新技术成果的归属	615
第十三章 保管合同	617
第一节 保管合同概述	617
一、保管合同的概念和特征	617
二、保管合同的分类	621
第二节 保管合同的成立和标的物	623
一、保管合同的成立	623
二、保管合同的标的物	624
三、保管合同的标的物的特点	626
第三节 保管合同的效力	627
一、寄存人的义务	627
二、保管人的义务	633
第四节 消费保管	644
一、消费保管的概念	644
二、消费保管的特征	645
三、消费保管和借款合同	646
四、消费保管的效力	647
第五节 违反保管合同的责任	648
一、归责原则	648
二、违反保管合同的行为	650





三、违反保管合同的责任形式	653
第十四章 仓储合同	655
第一节 仓储合同概述	655
一、仓储合同的概念和特征	655
二、仓储合同与保管合同的区别	658
第二节 仓储合同的成立	660
第三节 仓储合同的效力	663
一、保管人的义务	663
二、存货人的主要义务	670
第四节 仓单的法律性质及内容	674
一、仓单的概念和性质	674
二、仓单的内容	677
三、仓单的可转让性	679
第五节 违反仓储合同的违约责任	680
一、保管人的责任	680
二、存货人的责任	681
第十五章 委托合同	683
第一节 委托合同概述	683
一、委托合同的概念和特征	683
二、委托合同制度的产生与发展	688
三、委托合同与相关概念的区别	690
第二节 委托合同的分类	695
一、有偿委托合同和无偿委托合同	695
二、一般委托和特别委托	696
三、单独受托与共同受托	697



四、单独委托与重复委托	698
第三节 委托合同的效力	699
一、委托人的主要义务	699
二、受托人的主要义务	705
第四节 转委托	712
一、转委托的概念和特征	712
二、转委托的条件	713
三、转委托的效力	715
第五节 间接代理中的委托	716
一、第三人知道代理关系	716
二、第三人不知道代理关系	720
第六节 委托合同的终止	727
一、因一方行使任意解除权而终止	727
二、主体消灭或丧失行为能力	732
第十六章 行纪合同	736
第一节 行纪合同概述	736
一、行纪合同的概念和特征	736
二、行纪合同和相关概念的区别	740
第二节 行纪合同的效力	744
一、行纪人的主要义务	744
二、委托人的主要义务	750
第十七章 居间合同	754
第一节 居间合同概述	754
一、居间合同的概念和特征	754
二、居间的分类	758



三、居间和相关概念的比较	760
第二节 居间合同的效力	764
一、居间人的主要义务	764
二、委托人的主要义务	768
第三节 居间合同中的违约责任	774
一、居间合同中的违约责任概述	774
二、居间人的违约责任	774
三、委托人的违约责任	775
四、损害赔偿的范围	776
主要参考书目	778
第一版后记	788
第二版后记	789

第一章

合同法分则概述

第一节 合同法分则的概念和体系

一、合同法分则的概念和特点

合同法分则是规范有名合同的种类、订立、内容、效力以及违约责任等制度的法律规范的总称。所谓有名合同，是指法律上对其类型、内容都作出了明确规定的合同。^①有名合同是相对于无名合同而言的。所谓无名合同，又称非典型合同，是指法律上尚未确定其名称与规则的合同。在大陆法系国家，根据法律上是否规定了一定的名称，合同可以分为有名合同与无名合同。但在英美法系国家，受判例法传统的影响，其注重具体交易中当事人的权利义务安排，而不拘泥于某种抽象的典型类型，所以英美法并无严格意义上的有名合同和无名合同的

^① Pascal Puig, Contrats spéciaux, 2e éd., Dalloz, Paris, 2007, p. 20.



区分。^①

在我国，合同法分则有广义（实质意义）与狭义（形式意义）两种含义，从广义上说，所有调整各类具体有名合同的法律规范都属于合同法分则的内容。例如，《担保法》中关于保证合同、定金合同的规定，《保险法》中关于保险合同的规定，《合伙企业法》中关于合伙合同的规定，《海商法》中关于船舶租赁合同的规定等。从狭义上讲，合同法分则仅指我国《合同法》中“分则”的规定，即《合同法》第九章至第二十三章的规定。合同法分则中具体规定了 15 类典型的有名合同，包括买卖合同，供用电、水、气、热力合同，赠与合同，借款合同，租赁合同，融资租赁合同，承揽合同，建设工程合同，运输合同，技术合同，保管合同，仓储合同，委托合同，行纪合同和居间合同。这些有名合同还可以进行进一步分类，如借款合同包括金融机构和自然人之间的借款合同以及自然人之间的借款合同；承揽合同又可以具体分为加工、定作、修理、复制、测试、检验等合同；建设工程合同又分为建设工程勘察合同、建设工程设计合同以及建设工程施工合同；技术合同包括技术开发合同、技术转让合同、技术咨询和技术服务合同。

从我国《合同法》区分“总则”和“分则”、并将有名合同置于分则之中的做法来看，似乎《合同法》采取了狭义概念，将分则仅局限于《合同法》对有名合同的规定当中。但实际上，我国《合同法》中关于合同法分则的概念应从实质意义上理解，它是包括各种法律法规所规定的各种类型化合同的总称，而并不仅限于合同法分则所规定的有名合同。其原因在于：一方面，《合同法》已经确认法律法规关于有名合同的规定，都是我国合同法的组成部分。《合同法》第 123 条规定：“其他法律对合同另有规定的，依照其规定。”据此可见，合同法承认其他法律法规对有名合同的规定也构成我国合同法有名合同体系的组成部分。

^① 学上说上仍有基于合同中主要权利义务的特征而将各种合同进行类型化研究者。例如，Sweet&Maxwell 出版公司出版的久负盛名的普通法文库《合同法》一书即分为上下两卷，既有《合同法总则（General Principles）》，也有《合同法分则（Special Contracts）》，并在后书中列举了代理、仲裁、委托、票据、运输、建筑、借贷、雇用、博彩、保险、买卖、保证等各类有名合同。See H. G. Beale (eds), *The Law of Contracts*, v2, Special Contracts, London: Sweet&Maxwell, 2008.



另一方面,《合同法》对其他法律所规定的有名合同的适用规则也作出了规定,从而表明这些规则也属于合同法分则的组成部分。例如,该法第124条规定:“本法分则或者其他法律没有明文规定的合同,适用本法总则的规定,并可以参照本法分则或者其他法律最相类似的规定。”从该条规定来看,显然也承认《合同法》之外的其他法律所规定的有名合同也属于合同法分则的内容。此外,只有对法律法规中的有名合同进行全面梳理,才能对合同法分则的内容和体系进行全面认识和整体把握,并进而抽象出合同法分则的一般规律。^①

合同法分则是合同法的重要组成部分,作为调整平等民事主体之间交易关系的法律,合同法总则主要规范合同的订立、效力及合同的履行、变更、转让、保全、解除和违约责任等问题,而合同法分则的重点则是从各类类型化交易的特殊性出发,对各类有名合同的订立、内容、效力和违约责任等具体问题作出规定,从而更确定地、更具体地调整具体的交易关系。^② 合同法分则体系是以有名合同为基础、按照一定的逻辑关系形成的科学、合理的逻辑结构和制度体系。合同法分则是相对于其总则而言的,它与总则一起形成了合同法的总分结构。所谓总分结构,就是指按照提取公因式的方法(von die Klammer ziehen 或 von die Klammer setzen)形成特定法律领域中的共通性规则与特殊规则,将其中的共通性规则集中起来形成总则或一般规定,将特殊规则集中起来作为分则或作为特别规则加以规定所形成的结构。^③ 总分模式不仅是建构债法结构的技术,同时也是建构整个民法典的技术。^④ 合同法总则是关于合同法的一般规定,如合同的成立、生效以及一般合同责任等。合同法分则则规定具体的有名合同,如买卖合同、运输合同、承揽合同等。从总则与分则的联系来看,总则的制度显然是从分则所规定的各种合同中抽离出来的。由于合同法总则的规定相对抽象,难以实现对社会生活中主要交易形态的全面规制与具体调整,因而对总则来说,分则的存在不可或

① 限于篇幅,本卷仅涉及我国合同法分则中所规定的15种有名合同,其他法律法规所规定的有名合同将在本书第四卷中予以讨论和论述。

② 参见邱聪智:《新订债法各论》上,30页,北京,中国人民大学出版社,2006。

③ 参见[日]松尾弘:《民法的体系》,4版,13页,东京,庆应义塾大学出版社,2005。

④ 参见薛军:《论未来中国民法典债法编的结构设计》,载《法商研究》,2001(2)。