

“十三五”国家重点出版物出版规划项目

◎ 王利明 著

合同法研究

第四卷
(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

“十三五”国家重点出版物出版规划项目

◎ 王利明 著

合同法研究

第四卷
(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·第四卷 / 王利明著. —2 版. —北京: 中国人民大学出版社, 2017. 6
ISBN 978-7-300-23994-1

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 (2017) 第 021563 号

“十三五”国家重点出版物出版规划项目
中国当代法学家文库·王利明法学研究系列
合同法研究 第四卷 (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	版 次	2013 年 9 月第 1 版
印 刷	涿州市星河印刷有限公司		2017 年 6 月第 2 版
规 格	170 mm×228 mm 16 开本	印 次	2017 年 6 月第 1 次印刷
印 张	48 插页 3	定 价	148.00 元
字 数	706 000		

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

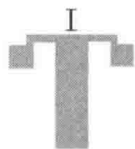


修订版序言

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。

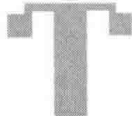
既然契约已经完全成为我们生活的主宰，为了促成契约高效、快捷的订立，保障合同圆满、安全的履行，就必须有相应的法律规则加以调整。这些调整契约关系的法律规则就是合同法。“合同法的基本目标就是使人们能实现其私人目的。为了实现我们的目的，我们的行动必然有后果。合同法赋予了我们的行动以合法的后果。承诺的强制履行由于使人们相互信赖并由此协调他们的行动从而有助于人们达到其私人目标。社会的一个内容就是其自然人拥有达成自愿协议以实现其

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.

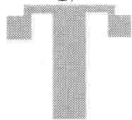


者权益保护法等逐渐从公法、私法分立的二元体系中独立出来，成为第三法域，相应地，一些传统合同法的内容被归入相对独立的社会法领域，如劳动合同、消费合同就脱离了传统合同法进入独立的劳动法、消费者权益保护法范畴；甚至出现了集体合同，这使以个别化契约为模型的传统合同理论面临了严峻的挑战。“由于公共政策对契约法对象的系统性‘掠夺’所造成的……例如，劳动法、反托拉斯法、保险法、商业规则和社会福利立法等。这些特殊形态的公共政策的发展，把原本属于‘契约法’（就其抽象关系意义而言）范畴的许多交易和境况，划归到自己的调整范围之内。”^①再如，近几十年来，随着经济全球强化的发展，资源的配置超越了国界，在全球范围内自由流动，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，此种变革来自经济、技术等多个层面，甚至来自法律本身的变化。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的原

^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。

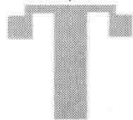
^② 参见 [德] 克里斯蒂安·冯·巴尔等主编：《欧洲合同法与侵权法及财产法的互动》，吴越等译，40页，北京，法律出版社，2007。





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。

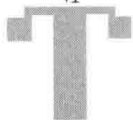
本书在2001年首次完稿并交付出版，迄今为止，已十余年。自出版以来，本书受到了不少读者的欢迎和肯定，也得到了一些读者提出的诸多宝贵意见，本人对此深表感谢。在这期间，我国合同法理论迅速发展，而针对实践中出现的诸多新情况和新问题，合同立法也随之逐步完善。具体来说，一方面，我国民法学界广大同仁密切关注合同法在当代的最新发展，密切把握社会的脉搏以及合同法顺应社会发展而呈现出的发展趋势，从中国的实际出发，对传统合同法理论进行了反思，并致力于构建自身的合同法理论。当然，任何合同理论和规则，不过是基于新的社会问题而对传统合同理论的修正，而并不是对传统合同理论的抛弃，因此，不能绝对地从再生和死亡的角度来观察这些问题。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，总结我国近十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出人们的想象力。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日经第九届全国人大二次会议通过，并于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。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年由中国政法大学出版社出版了《违约责任论》一书(该书于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。

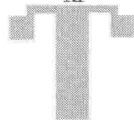
我深知,合同法理论博大精深,各种研究文献也浩如烟海,有许多未知的领域仍需要作更深入细致研究,通过近几年的研究,我对于一些长期以来琢磨不透的重大疑难的合同法理论问题逐渐产生了些许心得,并为此撰写了系列有关合同法研究的文章,现将多年的研究成果按照合同法的规定系统地汇编整理成《合同法研究》一书出版。《合同法研究》共分为四卷,前两卷主要探讨总则问题,后两卷主要探讨分则问题。我出版《合同法研究》一书的目的,是希望借此能够与广大学界同仁与实务工作者进行交流探讨,以期共同推动我国合同法的完善与理论研究的深入化、细致化及体系化。最后,需要指出的是,由于笔者才疏学浅,加之资料与时间有限,因此本书错误缺漏之处在所难免,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. 《担保法》：《中华人民共和国担保法》，1995年6月30日；
3. 《合同法》：《中华人民共和国合同法》，1999年3月15日；
4. 《物权法》：《中华人民共和国物权法》，2007年3月16日；
5. 《旅游法》：《中华人民共和国旅游法》，2013年4月25日；
6. 《保险法》：《中华人民共和国保险法》，2009年2月28日；
7. 《合伙企业法》：《中华人民共和国合伙企业法》，2006年8月27日；
8. 《信托法》：《中华人民共和国信托法》，2001年4月28日；
9. 《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；
10. 《物业服务纠纷司法解释》：最高人民法院《关于审理物业服务纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》，2009年5月15日；
11. 《区分所有权司法解释》：最高人民法院《关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》，2009年5月14日；
12. 《旅游纠纷司法解释》：最高人民法院《关于审理旅游纠纷案件适用法律





若干问题的规定》，2010年10月26日；

13. 《担保法司法解释》：最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》，2000年12月8日；

14. 《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；

15. 《商品房买卖司法解释》：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》，2003年4月28日；

16. 《合同法司法解释（一）》：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）》，1999年12月19日。

二、国际公约及示范法缩略语

《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），又称共同参考框架草案。



目 录

第一章 特别法上的有名合同概述	1
第一节 特别法上有名合同的概念和功能	1
第二节 特别法上有名合同的类型	15
第三节 特别法上有名合同的法律适用	23
第四节 特别法上有名合同的发展趋势及完善	29
第二章 商品房买卖合同	40
第一节 商品房买卖合同概述	40
第二节 商品房买卖合同的订立	50
第三节 商品房买卖合同的效力	63
第四节 商品房买卖合同中的一房数卖问题	76
第五节 违反商品房买卖合同的责任	82
第六节 商品房预售合同	95
第三章 借用合同	115
第一节 借用合同概述	115
第二节 借用合同和相关合同	119

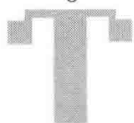


第三节	借用合同的效力	121
第四节	借用合同的终止	125
第四章	物业服务合同	128
第一节	物业服务合同概述	128
第二节	物业服务合同的主体和内容	139
第三节	前期物业服务合同	149
第四节	物业服务合同的效力	159
第五节	物业服务合同的解除	170
第六节	违反物业服务合同的责任	173
第五章	出版合同 演出合同	180
第一节	出版合同	180
第二节	演出合同	194
第六章	储蓄合同 信用卡合同	204
第一节	储蓄合同	204
第二节	信用卡合同	218
第七章	保证合同	240
第一节	保证合同概述	240
第二节	保证合同的成立和生效	252
第三节	保证合同的内容	258
第四节	保证合同的主体	267
第五节	保证合同的无效与可撤销	275
第六节	保证合同的效力	282
第七节	保证责任	293





第八节 保证期间与诉讼时效	304
第九节 共同保证	315
第十节 最高额保证	324
第十一节 独立保证	331
第八章 保险合同	341
第一节 保险合同概述	341
第二节 保险合同的历史发展	356
第三节 保险合同的成立和生效	362
第四节 保险合同的当事人与关系人	372
第五节 保险合同的内容	377
第六节 保险利益	382
第七节 保险合同的效力	393
第八节 财产保险合同中的特殊制度	404
第九节 人身保险合同中的特殊规则	416
第十节 保险合同的变更和终止	424
第九章 合伙协议	432
第一节 合伙协议概述	432
第二节 合伙协议的订立和内容	445
第三节 合伙协议的效力	451
第四节 合伙协议主体的变更	463
第五节 违反合伙协议的责任	467
第六节 合伙协议的终止	473
第十章 信托合同	476
第一节 信托合同概述	476





第二节	信托制度的历史发展	487
第三节	信托合同和相关合同的区别	494
第四节	信托合同的成立与生效	500
第五节	信托合同的效力	513
第六节	违反信托合同义务的责任	531
第七节	信托合同的解除和终止	535
第十一章	和解协议	542
第一节	和解协议概述	542
第二节	和解协议的订立	554
第三节	和解协议的效力	558
第四节	违反和解协议的责任	561
第十二章	旅游服务合同	564
第一节	旅游服务合同概述	564
第二节	旅游服务合同的性质	575
第三节	旅游服务合同的订立和内容	582
第四节	旅游服务合同的效力	588
第五节	旅游服务合同的变更、转让及解除	600
第六节	违反旅游服务合同的责任	611
第十三章	医疗服务合同	621
第一节	医疗服务合同概述	621
第二节	医疗服务合同的订立和内容	632
第三节	医疗服务合同的主体	639
第四节	医疗服务合同的效力	644
第五节	医疗美容合同	653



第六节 违反医疗服务合同的责任	662
第十四章 特许经营合同	671
第一节 特许经营合同概述	671
第二节 特许经营制度的历史发展	681
第三节 特许经营合同的订立	685
第四节 特许经营权	692
第五节 特许经营合同的效力	699
第六节 违反特许经营合同的责任	713
第七节 特许经营合同的终止	718
主要参考书目	722
后 记	734



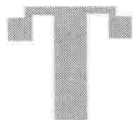
目 录

第一章 特别法上的有名合同概述	1
第一节 特别法上有名合同的概念和功能	1
一、特别法上有名合同的概念	1
二、特别法上有名合同的特点	6
三、特别法上有名合同的功能	10
第二节 特别法上有名合同的类型	15
一、特别法上有名合同的分类	15
二、特别法上的有名合同向普通法上的有名合同转化	20
第三节 特别法上有名合同的法律适用	23
一、约定优先规则	23
二、特别法优先于《合同法》适用规则	25
三、参照《合同法》分则适用的规则	26
四、《合同法》总则规定兜底适用的规则	28
第四节 特别法上有名合同的发展趋势及完善	29
一、特别法上有名合同的发展趋势	29
二、特别法上有名合同制度的完善	34





第二章 商品房买卖合同	40
第一节 商品房买卖合同概述	40
一、商品房买卖合同的概念和特征	40
二、商品房买卖合同的分类	48
第二节 商品房买卖合同的订立	50
一、商品房买卖合同的订立概述	50
二、商品房买卖合同订立的特殊问题	50
三、商品房买卖合同的主要内容	57
四、商品房预售许可对合同效力的影响	61
第三节 商品房买卖合同的效力	63
一、出卖人的义务	63
二、买受人的义务	72
第四节 商品房买卖合同中的一房数卖问题	76
一、一房数卖的概念	76
二、一房数卖情况下房屋所有权的归属	78
三、一房数卖情形下出卖人的违约责任	80
第五节 违反商品房买卖合同的责任	82
一、商品房买卖合同的违约形态及其责任	82
二、商品房买卖中的惩罚性损害赔偿	88
第六节 商品房预售合同	95
一、商品房预售合同（房屋预售合同）的概念	95
二、商品房预售合同的特征	97
三、商品房预售合同的性质	103
四、商品房预售备案与预告登记	106
五、商品房预售合同的特殊效力	109



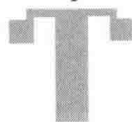


第三章 借用合同	115
第一节 借用合同概述	115
一、借用合同的概念和特征	115
二、借用合同的适用范围	117
第二节 借用合同和相关合同	119
一、借用合同和借款合同	119
二、借用合同和租赁合同	120
三、借用合同和赠与合同	120
第三节 借用合同的效力	121
一、出借人的义务	121
二、借用人的义务	122
第四节 借用合同的终止	125
一、借用合同终止的原因	125
二、出借人的任意解除权	126
三、借用合同终止后的效力	127
第四章 物业服务合同	128
第一节 物业服务合同概述	128
一、物业服务合同的概念和特征	128
二、物业服务合同与相关概念的比较	134
第二节 物业服务合同的主体和内容	139
一、物业服务合同的当事人	139
二、物业服务合同的内容	145
第三节 前期物业服务合同	149
一、前期物业服务合同的概念和特征	149
二、前期物业服务合同的约束力	152
三、前期物业服务合同的终止	157



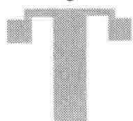


第四节 物业服务合同的效力	159
一、物业服务企业的义务	159
二、业主的主要义务	166
第五节 物业服务合同的解除	170
一、物业服务合同解除概述	170
二、物业服务合同解除后的义务	172
第六节 违反物业服务合同的责任	173
一、物业服务企业的违约责任	173
二、业主的违约责任	176
第五章 出版合同 演出合同	180
第一节 出版合同	180
一、出版合同的概念和特征	180
二、出版合同与相关合同的区别	187
三、出版合同的效力	188
四、违反出版合同的责任	193
第二节 演出合同	194
一、演出合同的概念与特征	194
二、演出合同与相关合同的区别	198
三、演出合同的效力	199
四、违反演出合同的责任	202
第六章 储蓄合同 信用卡合同	204
第一节 储蓄合同	204
一、储蓄合同的概念和特征	204
二、储蓄合同与借款合同	209
三、储蓄合同的成立	210





四、储蓄合同的效力	212
五、储蓄合同的终止	216
第二节 信用卡合同	218
一、信用卡合同的概念和特征	218
二、信用卡合同的订立	224
三、信用卡合同的法律性质	226
四、信用卡合同的效力	230
五、违反信用卡合同的责任	235
第七章 保证合同	240
第一节 保证合同概述	240
一、保证合同的概念	240
二、保证合同的属性	243
三、保证的分类	247
四、保证与履约保证金	251
第二节 保证合同的成立和生效	252
一、保证合同的成立	252
二、保证合同成立的一般要件	253
三、保证合同的生效	256
第三节 保证合同的内容	258
一、被保证的主债权种类、数额	258
二、债务人履行债务的期限	260
三、保证的方式	261
四、保证担保的范围	264
五、保证期间	266
六、双方认为需要约定的其他事项	266
第四节 保证合同的主体	267



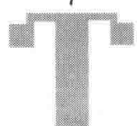


一、保证合同的主体概述	267
二、保证人资格问题	267
第五节 保证合同的无效与可撤销	275
一、保证合同无效和可撤销的原因	275
二、保证合同无效或被撤销后的责任	279
第六节 保证合同的效力	282
一、对主债权人的效力	282
二、对保证人的效力	283
第七节 保证责任	293
一、保证责任的概念和特征	293
二、保证责任的内容	295
三、保证责任的免除和消灭	297
第八节 保证期间与诉讼时效	304
一、保证期间	304
二、保证债务的诉讼时效	311
第九节 共同保证	315
一、共同保证的概念和特征	315
二、共同保证的两种形式	316
三、共同保证的效力	321
第十节 最高额保证	324
一、最高额保证的概念与特点	324
二、最高额保证所担保的债权范围	327
三、最高额保证所担保的债权的确定	328
四、最高额保证中的保证期间	330
第十一节 独立保证	331
一、独立保证的概念和特征	331
二、关于独立保证的合理性以及适用范围	335



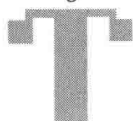


三、独立保证的效力	338
第八章 保险合同	341
第一节 保险合同概述	341
一、保险合同的概述	341
二、保险合同的特征	344
三、保险合同的分类	348
四、保险合同与相关合同的区别	355
第二节 保险合同的历史发展	356
一、国外保险合同的历史发展	356
二、我国保险合同制度的发展	360
第三节 保险合同的成立和生效	362
一、保险合同的成立	362
二、保险合同的生效	370
第四节 保险合同的当事人与关系人	372
一、保险合同的当事人和关系人概述	372
二、保险合同的当事人	373
三、保险合同的关系人	375
第五节 保险合同的内容	377
一、保险合同的内容概述	377
二、保险合同的具体条款	378
第六节 保险利益	382
一、保险利益的概念和特征	382
二、保险利益的特征	384
三、保险利益的存在时间	387
四、保险利益的认定	388
五、欠缺保险利益的保险合同的效力	392





第七节 保险合同的效力	393
一、投保人的义务	393
二、保险人的义务	399
第八节 财产保险合同中的特殊制度	404
一、保险代位求偿权	404
二、重复保险	412
第九节 人身保险合同中的特殊规则	416
一、概述	416
二、人身保险合同的特殊规定	418
第十节 保险合同的变更和终止	424
一、保险合同的变更	424
二、保险合同的解除	426
三、保险合同因其他原因终止	429
四、保险合同的诉讼时效	430
第九章 合伙协议	432
第一节 合伙协议概述	432
一、合伙协议的概念和特征	432
二、合伙协议的性质和功能	435
三、合伙协议与相关概念的区别	438
四、合伙协议的类型	442
第二节 合伙协议的订立和内容	445
一、合伙协议的订立	445
二、合伙协议的内容	447
第三节 合伙协议的效力	451
一、合伙的内部关系	451
二、合伙的外部关系	460



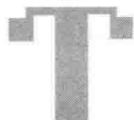


第四节 合伙协议主体的变更	463
一、入伙	463
二、退伙	465
第五节 违反合伙协议的责任	467
一、违反合伙协议的责任概述	467
二、违反合伙协议的类型	468
三、责任形态	471
第六节 合伙协议的终止	473
一、合伙协议终止的原因	473
二、合伙的清算	474
第十章 信托合同	476
第一节 信托合同概述	476
一、信托合同的概念	476
二、信托合同的特征	479
三、信托的分类	482
第二节 信托制度的历史发展	487
一、信托制度的起源与发展	487
二、大陆法国家对信托制度的继受	490
三、我国信托制度的发展	492
第三节 信托合同和相关合同的区别	494
一、信托合同与委托合同	494
二、信托合同与行纪合同	496
三、信托合同与利益第三人合同	497
四、信托合同与保管合同	499
第四节 信托合同的成立与生效	500
一、信托合同的成立	500





二、信托合同的生效	502
三、信托财产合格	507
第五节 信托合同的效力	513
一、委托人的权利和义务	513
二、信托受托人的权利和义务	517
三、信托受益人的权利和义务	527
第六节 违反信托合同义务的责任	531
一、违反信托合同义务的责任概述	531
二、归责原则	532
三、违反信托合同的典型形态	532
第七节 信托合同的解除和终止	535
一、信托合同的解除	535
二、信托合同的变更	537
三、信托合同的终止	538
四、信托合同终止的后果	539
第十一章 和解协议	542
第一节 和解协议概述	542
一、和解协议的概念和特征	542
二、和解协议的适用范围	547
三、和解协议与调解协议的关系	550
四、和解协议的类型	552
第二节 和解协议的订立	554
一、和解协议成立的条件	554
二、和解协议的无效和撤销	556
第三节 和解协议的效力	558
一、对当事人双方的效力	559





二、对第三人的效力	560
三、和解协议对执行程序的影响	561
第四节 违反和解协议的责任	561
第十二章 旅游服务合同	564
第一节 旅游服务合同概述	564
一、旅游服务合同的概念	564
二、旅游服务合同的特征	567
三、旅游服务合同的分类	572
第二节 旅游服务合同的性质	575
一、旅游服务合同的性质概述	575
二、旅游服务合同与相关合同的关系	578
第三节 旅游服务合同的订立和内容	582
一、旅游服务合同的订立	582
二、旅游服务合同的主要内容	585
第四节 旅游服务合同的效力	588
一、旅行社的义务	588
二、旅游者的义务	598
第五节 旅游服务合同的变更、转让及解除	600
一、旅游服务合同的变更	601
二、旅游服务合同的转让	602
三、旅游服务合同的解除	605
第六节 违反旅游服务合同的责任	611
一、违约形态	611
二、责任承担方式	613
三、地接社和履行辅助人的责任	618



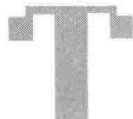


第十三章 医疗服务合同	621
第一节 医疗服务合同概述	621
一、医疗服务合同的概念和特征	621
二、医疗服务合同与相关概念	628
第二节 医疗服务合同的订立和内容	632
一、医疗服务合同的订立	632
二、医疗服务合同的内容	637
第三节 医疗服务合同的主体	639
一、医疗机构	639
二、患者	641
第四节 医疗服务合同的效力	644
一、医疗机构的义务	644
二、患者的义务	652
第五节 医疗美容合同	653
一、医疗美容合同的概念和特征	653
二、医疗美容合同的效力	658
第六节 违反医疗服务合同的责任	662
一、违反医疗服务合同的责任构成	662
二、违反医疗服务合同的违约责任的形式	665
三、违反医疗服务合同的责任与医疗损害侵权责任的竞合	667
第十四章 特许经营合同	671
第一节 特许经营合同概述	671
一、特许经营合同的概念和特征	671
二、特许经营合同的分类	677
三、特许经营合同与相关合同的区别	679
第二节 特许经营制度的历史发展	681





第三节 特许经营合同的订立	685
第四节 特许经营权	692
一、特许经营权的概念和特征	692
二、特许经营权的法律性质	694
三、特许经营权的内容	696
四、对特许经营权的侵害	699
第五节 特许经营合同的效力	699
一、特许人的义务	699
二、受许人的义务	708
第六节 违反特许经营合同的责任	713
一、特许人违反特许经营合同的责任	713
二、受许人违反合同的责任	715
三、特许经营关系的对外责任	717
第七节 特许经营合同的终止	718
一、特许经营合同终止的原因	718
二、合同终止后的后合同义务	720
主要参考书目	722
后 记	734



第一章

特别法上的有名合同概述

第一节 特别法上有名合同的概念和功能

一、特别法上有名合同的概念

所谓特别法上的有名合同，是指《合同法》之外的法律、行政法规和司法解释所规定的有名合同。《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。”这是对特别法上的有名合同在法律上的认可。在现代市场经济社会，由于交易形式日益复杂，社会关系逐渐多样化，无法通过一部合同法或民法典债编对各类有名合同作出规范^①，而需要通过特别法的形式对新型的、特殊的有名合同作出规定，特别法上的有名合同也因而成为合同法的重要内容。在现代

^① 关于成文法传统中体系性和法典化追求的局限性和实质性困难的观察，See Duncan Kennedy, “Thoughts on Coherence, Social Values and National Tradition in Private Law”, in Duncan Kennedy, *Legal Reasoning: Collected Essays*, The Davies Group, Publishers Aurora, Colorado, 2008. pp. 175-190, 206-207.





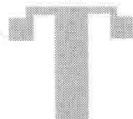
社会，大陆法系国家主要以民法典中的债法规范合同关系，但在民法典之外还存在大量的特别法，规范了许多有名合同，调整各类交易关系，实现对社会关系的专门化调整。这些规范与民法典共同构成调整交易关系的民事法律体系，特别法上的有名合同的规定还发挥着克服法典不足的作用。因为民法典的债法编所集中规定的有名合同，仍然不能完全满足经济与社会发展的要求，因而需要通过特别法的规定予以弥补。

在我国，《合同法》第123条承认特别法上的有名合同，就是考虑到实践中存在大量的未能受到《合同法》调整的交易关系，需要通过特别法予以调整，而特别法的规定与《合同法》相互结合、互相补充，共同实现对交易关系的有效调整。尤其是在合同领域，随着现代市场经济的发展，交易形态日益多样化和复杂化，民法典中的债法无法全面承担起对各种新型合同关系的规范和调整。例如，就投资合同而言，就包括商业特许经营合同、企业收购与合并协议、套期保值和大宗商品期货合同、金融合同等，其中仅就金融合同而言，又包括了信用卡合同、外汇远期合同、外汇期权合同、金融衍生品交易合同以及货币互换合同、证券合同等各类合同类型。显然，将这些新型合同关系都纳入民法典之中是不太现实的，只能交由特别法调整，这就形成了有名合同的特殊类型，在学理上可以将其称为“特别法上的有名合同”。

何谓特别法上的有名合同？笔者认为，可以从如下几个方面理解：

1. 它属于有名合同的范畴

特别法上的有名合同也属于有名合同的范畴。所谓有名合同，也称为合同的有名化，是指将各种交易关系进行类型化，归纳其特定的内容、性质和规则，并在合同法等法律上予以认可。凡是非典型的合同，一旦在法律上予以规定，就可认为其已经有名化。立法之所以要实现合同有名化，主要是考虑到交易的频发程度以及纠纷发生的几率，在法律上需要为此类合同确立一定的规则，从而为当事人缔约提供指引，并为法院裁判提供依据。有名合同都是法律针对实际存在的、具有成熟性和典型性的交易形式在法律上的确认。就有名合同的规范意旨来看，只要是法律法规及司法解释中对类型化的合同名称及当事人的权利义务作了具体



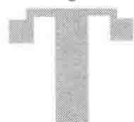


规定的，就应当认为是有名合同。

特别法上的有名合同是我国有名合同制度的重要组成部分，理由主要在于：一方面，从有名合同的概念来看，凡是法律明确规范合同都属于有名合同，此处所说的法律并不限于《合同法》。如前所述，对合同关系的调整，不可能完全由民法典承担，还必须依赖民法典之外的大量的特别法。在我国，除《合同法》外，其他如《保险法》《海商法》《著作权法》《拍卖法》等法律也规定了多种合同类型，从我国司法实践来看，凡是法律对于特定合同已经作出规定的，都作为有名合同对待，并依据该特定法律的规定确定当事人的权利义务关系。另一方面，从合同法的立法史角度考察，特别法上的有名合同和合同法（债法）分则上的有名合同的区分没有固定的界限，一些最初在特别法中作出规定的有名合同，后来也可能成为合同法分则中明确规定的有名合同类型，可见，两者是相互转化的。例如，技术合同、融资租赁合同、建设工程承包合同等早期都属于特别法规定的合同，后来逐渐被纳入《合同法》。尤其应当看到，如果不承认其他调整合同法律关系的法律法规和司法解释可以作为认定有名合同的依据，不承认特别法规定的合同是有名合同，就会割裂《合同法》与特别法的关系，导致特别法上规定的合同在法律适用上的困难。例如，关于合同的订立、履行、变更、解除、违约责任等，特别法不可能作出全面的规定，还需要适用《合同法》总则的规定，如果不承认特别法规定的合同是有名合同，就会使这些合同缺乏法律依据。因而，合同法分则只是规定了部分典型合同，实质意义上的合同法分则应当包括《合同法》分则以及特别法关于典型合同的规定。^①

特别法上的有名合同与无名合同的区别在于，其并非法律完全没有规定的合同，而是已经为法律所调整的合同。这里所说的“法律”应从广义上理解，即包括全国人大及其常委会制定的法律、国务院制定的行政法规以及最高人民法院颁布的司法解释。《合同法司法解释（一）》第4条规定：“合同法实施以后，人民

^① 参见陈小君、易军：《合同法分则整体式研究》，载梁慧星主编：《民商法论丛》，第21卷，279页，香港，金桥文化出版有限公司，2001。





法院确认合同无效，应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据。”既然地方性法规和行政规章不能作为认定合同无效的依据，那么它们当然也不能作为认定有名合同的依据。从司法实践看，司法解释在现行法没有规定的情况下，对某些合同（如物业服务合同等）所作的规定，已经成为重要的裁判依据，可见，司法解释规定的合同也属于特别法上的有名合同。所以，本书以法律、行政法规和司法解释的规定，作为判断是否属于特别法上有名合同的依据。

2. 它是由特别法所规定的合同

特别法上的有名合同是《合同法》以外的其他法律、行政法规及司法解释所规定的有名合同，因此，其不属于《合同法》分则规定的具体有名合同类型。从比较法上看，大陆法系国家通常根据是否受民法典调整，而区分普通法上的有名合同和特别法上的有名合同。例如，在德国法中，特别法上的有名合同是指《德国民法典》没有明文调整但在其他法律中作出规定的合同类型。^① 此处所说的特别法包括竞争法、知识产权法、保险法与劳动法等领域。^② 我国目前尚未颁行民法典，但已经颁布了《合同法》，其中规定了 15 类有名合同，《合同法》在性质上属于基本民事法律，在未来将会成为民法典的重要组成部分。我国《合同法》虽然规定了 15 种有名合同，但“社会生活变化万端，交易生活日益复杂，当事人不能不在法定契约类型之外，另创新型态之契约，以满足不同之需要”^③。《合同法》所规定的有名合同并不能涵盖所有有名合同的类型，因此，许多有名合同是在《合同法》之外的特别法中规定的，这些特别法不仅包括法律、法规，还包括司法解释（例如，我国相关司法解释规定了借用合同、物业服务合同等有名合同）。因此，可以说，凡是《合同法》以外的法律、行政法规及司法解释所规定的有名合同，都属于特别法上的有名合同。

^① Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 2012, Franchising, Rn. 8; Staudinger/Ferrari/Kieninger/Mankowski, Verbraucherverträge, Rn. 27.

^② Franz Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, Springer, 1996, S. 416. ff.

^③ 王泽鉴：《民法债编总论》，第 1 册，94 页，台北，三民书局，1996。





3. 它是合同法分则的重要组成部分

严格地说，合同法分则有两种含义。从形式意义上说，合同法分则仅指《合同法》中的分则部分；从实质意义上说，合同法分则是指所有规范具体类型合同的法律的总称。如果将合同法分则仅限于《合同法》分则所规定的有名合同，则特别法上的合同不属于有名合同的类型；但如果从实质意义上理解合同法分则，它是包括各种法律、行政法规及司法解释所规定的各种类型化合同的总称，而不仅仅限于《合同法》中所规定的有名合同。从这个意义上说，特别法所规定的合同也属于有名合同的类型。特别法上的合同属于合同法分则的内容，主要理由在于：

第一，从我国《合同法》第 123 条的规定来看，应当承认特别法上的合同属于合同法分则的重要组成部分。该条规定：“其他法律对合同另有规定的，依照其规定。”《合同法》明确规定“其他法律对合同另有规定”，这就意味着，《合同法》采纳了实质意义上的有名合同的概念，承认了特别法上规定的有名合同属于合同法的组成部分。它们和合同法分则中有关有名合同的规定共同组成了我国合同法分则的体系。

第二，从妥当适用法律的角度考虑，也应当将其纳入合同法分则之中。如果不承认特别法规定的合同属于合同法分则的组成部分，则会割裂合同法分则和总则的关系，从而给法律适用带来困难。如果当事人之间的约定不属于合同法分则中规定的有名合同，则应当适用合同法总则的规定。^①《合同法》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，即便是无名合同，也可以参照适用《合同法》的规定，因此对于特别法已经作出规定的有名合同，就更应当参照适用《合同法》。据此，该条实际上承认了《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。

第三，这是构建我国合同法分则的完整理论体系的要求。长期以来，我们只

^① See Tadas Klimas, *Comparative Contract Law, A Transsystemic Approach with an Emphasis on the Continental Law Cases, Text and Materials*, Carolina Academic Press, 2006. p. 639.

