

高等学校法学系列教材

合 同 法

(第2版)



主编 张长青

副主编 王霞



清华大学出版社
<http://www.tup.tsinghua.edu.cn>



北京交通大学出版社
<http://press.bjtu.edu.cn>

高等学校法学系列教材

合 同 法

(第2版)

主 编 张长青
副主编 王 霞

清华大学出版社
北京交通大学出版社
· 北京 ·

内 容 简 介

合同法律制度是我国社会主义市场经济法律体系的重要组成部分,合同法的教学和研究是我国法学教学和研究的重要内容。本教材以我国《合同法》的内容为核心,按照合同法的体例,采用比较研究和理论联系实际的方法,对合同的一般规定、合同的订立、合同的效力、合同的履行、合同的变更和转让、合同的权利义务终止、违约责任及 15 种有名合同的基本内容和基本原理进行了详细的论述。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13501256678 13801310933

图书在版编目(CIP)数据

合同法 / 张长青主编. — 2 版. — 北京:清华大学出版社;北京交通大学出版社, 2012. 8

(高等学校法学系列教材)

ISBN 978-7-5121-1106-6

I. ① 合… II. ① 张… III. ① 合同法-中国-高等学校-教材 IV. ① D923.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 177938 号

责任编辑:黎 丹

出版发行:清华大学出版社 邮编:100084 电话:010-62776969 <http://www.tup.com.cn>
北京交通大学出版社 邮编:100044 电话:010-51686414 <http://press.bjtu.edu.cn>

印刷者:环球印刷(北京)有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:185×260 印张:26 字数:649 千字

版 次:2012 年 8 月第 2 版 2012 年 8 月第 1 次印刷

书 号:ISBN 978-7-5121-1106-6/D·122

印 数:1~3 000 册 定价:39.00 元

本书如有质量问题,请向北京交通大学出版社质监组反映。对您的意见和批评,我们表示欢迎和感谢。

投诉电话:010-51686043, 51686008; 传真:010-62225406; E-mail: press@bjtu.edu.cn。

第2版前言

合同法是市场经济的基本法，是我国社会主义市场经济法律体系的重要组成部分，因此合同法的教学和研究也成为我国法学教学和研究的重要内容。为了适应我国社会主义现代化建设和实施依法治国方略对法律人才的需要，我们根据高等院校法学专业本科生教学和学习的需要，结合我们多年合同法的教学经验，编写了这本教材。该教材以我国现行《合同法》的内容为核心，并按照其体例，对合同的一般规定、合同的订立、合同的效力、合同的履行、合同的变更和转让、合同的权利义务终止、违约责任及15种有名合同的基本内容和基本原理进行了详细的论述。在编写过程中，我们十分注意内容的系统性、全面性和客观性，力求将合同法的基本原理与合同法条文的释义紧密结合，并能够反映国内外合同法研究的最新成果。对于有争议的观点，我们进行了客观的介绍和中肯的评价。合同法学是应用学科，因此我们的行文也十分注意对合同法理论问题结合案例进行通俗易懂的阐释，以供学生学习和参考。

非常高兴本书能再次修订，感谢这本教材的所有读者，感谢对本书修订提出宝贵意见的所有的人。尽管作者做出了很大的努力，但不完善之处在所难免，还希望广大读者和学界同仁不吝赐教，批评指正。

作 者

2012年6月

前言

合同法是市场经济的基本法，是我国社会主义市场经济法律体系的重要组成部分，因此合同法的教学和研究也成为我国法学教学和研究的重要内容。为了适应我国社会主义现代化建设和实施依法治国方略对法律人才的需要，我们根据高等院校法学专业本科生教学和学习需要，结合我们多年合同法的教学经验，编写了这本教材。该教材以我国现行《合同法》的内容为核心，并按照其体例，对合同的一般规定、合同的订立、合同的效力、合同的履行、合同的变更和转让、合同的权利义务终止、违约责任及15种有名合同的基本内容和基本原理进行了详细的论述。在编写过程中，我们十分注意内容的系统性、全面性和客观性，力求将合同法的基本原理与合同法条文的释义紧密结合，并能够反映国内外合同法研究的最新成果。对于有争议的观点，我们进行了客观的介绍和中肯的评价。合同法学是应用学科，因此我们的行文也十分注意对合同法理论问题结合案例进行通俗易懂的阐释，以供学生学习和参考。

本书由张长青任主编，王霞任副主编，各章撰稿人如下。

王霞：北京交通大学，第1、4、6、7章

张长青：北京交通大学，第2、3、16章

白彦：北京大学，第5章

赵克祥：清华大学，第8章

韩秀桃：中国人民大学，第9章

郭宏彬：中国政法大学，第10、14章

安毓秀：北京邮电大学，第11、17章

许冰梅：中央财经大学，第12、15章

张肖华：北京科技大学，第13、18、21章

张晓永：北京交通大学，第19、20章

刘丹：中国政法大学，第22章

本书的出版得到了北京交通大学教材出版基金的资助，在此表示感谢。尽管作者做出了很大的努力，但不完善之处在所难免，还希望广大读者和学界同仁不吝赐教，批评指正。

编者

2005年6月

第1章 合同法概述	(1)
1.1 合同概述	(1)
1.2 合同法概述	(14)
第2章 合同的订立	(18)
2.1 合同的订立与成立	(18)
2.2 合同订立的过程	(24)
2.3 合同的内容和解释	(36)
2.4 合同的形式	(47)
2.5 先合同义务与缔约过失责任	(50)
第3章 合同的效力	(68)
3.1 合同效力的概念与合同相对性	(68)
3.2 合同的生效	(74)
3.3 效力待定合同	(78)
3.4 无效合同	(88)
3.5 可变更、可撤销合同	(94)
第4章 合同履行	(106)
4.1 合同履行概述	(106)
4.2 合同履行的规则	(109)
4.3 双务合同履行中的抗辩权	(114)
4.4 合同履行的债权保全制度	(121)
第5章 合同变更和转让	(128)
5.1 合同变更	(128)
5.2 合同转让	(132)
第6章 合同权利义务的终止	(142)
6.1 合同权利义务终止概述	(142)

6.2	清偿	(144)
6.3	解除	(148)
6.4	抵销	(155)
6.5	提存	(158)
6.6	免除	(163)
6.7	混同	(165)
第7章	违约责任	(166)
7.1	违约责任概述	(166)
7.2	违约行为	(170)
7.3	违约责任的归责原则	(177)
7.4	免责事由	(181)
7.5	违约责任与侵权责任的竞合	(187)
7.6	实际履行	(192)
7.7	损害赔偿	(195)
7.8	违约金	(202)
7.9	定金	(204)
第8章	买卖合同	(208)
8.1	买卖合同概述	(208)
8.2	买卖合同的效力	(211)
8.3	特种买卖合同	(221)
第9章	供用电、水、气、热力合同	(227)
9.1	供用电、水、气、热力合同的概念与特征	(227)
9.2	供电合同的订立	(228)
9.3	供电合同履行中双方的义务	(232)
9.4	供用电合同的变更和解除	(234)
9.5	供用电合同中的违约责任与免责	(235)
第10章	赠与合同	(237)
10.1	赠与合同的概念和特征	(237)
10.2	特殊类型的赠与	(238)
10.3	赠与合同的效力	(243)
10.4	赠与合同的终止	(247)
第11章	借款合同	(252)
11.1	借款合同概述	(252)
11.2	借款合同的订立	(254)

11.3	借款合同当事人的权利和义务	(259)
11.4	借款合同中的违约责任	(262)
第12章	租赁合同	(265)
12.1	租赁合同概述	(265)
12.2	租赁合同的订立	(268)
12.3	租赁合同的变更和终止	(271)
12.4	租赁合同的效力	(274)
12.5	房屋租赁合同	(283)
第13章	融资租赁合同	(286)
13.1	融资租赁合同概述	(286)
13.2	融资租赁合同的订立和生效	(293)
13.3	融资租赁合同当事人的权利和义务	(296)
13.4	融资租赁合同的解除	(302)
第14章	承揽合同	(305)
14.1	承揽合同概述	(305)
14.2	承揽合同的效力	(309)
14.3	承揽合同的终止	(313)
第15章	建设工程合同	(315)
15.1	建设工程合同概述	(315)
15.2	建设工程合同的订立	(318)
15.3	建设工程合同的效力	(320)
第16章	运输合同	(324)
16.1	运输合同概述	(324)
16.2	客运合同	(327)
16.3	货物运输合同	(335)
16.4	多式联运合同	(342)
第17章	技术合同	(346)
17.1	技术合同概述	(346)
17.2	技术开发合同	(354)
17.3	技术转让合同	(359)
17.4	技术咨询合同和技术服务合同	(364)

第 18 章 保管合同	(368)
18.1 保管合同概述	(368)
18.2 保管合同的效力	(371)
第 19 章 仓储合同	(377)
19.1 仓储合同概述	(377)
19.2 仓储合同的效力	(380)
第 20 章 委托合同	(383)
20.1 委托合同概述	(383)
20.2 委托合同的效力	(387)
20.3 委托合同的终止	(390)
第 21 章 行纪合同	(392)
21.1 行纪合同概述	(392)
21.2 行纪合同的效力	(393)
第 22 章 居间合同	(399)
22.1 居间合同概述	(399)
22.2 居间合同当事人的权利和义务	(403)
参考文献	(406)

► 第 1 章

合同法概述

“合同”又称“契约”，是一种以确定权利和义务为内容的协议。合同是随着商品交换的产生而产生的，其本质是商品交换的工具，是保障交换实现的法律形式。

1.1 合同概述

1.1.1 合同的概念和特征

在世界两大法系中，对合同概念的基本理解有所不同。大陆法系采用协议说，而英美法系采用允诺说。协议说源于罗马法，在罗马法中合同被定义为“得到法律承认的债的协议”。^①这一概念被大陆法系民法继受，如《法国民法典》第101条规定：“合同为一种合意，依此合意，一人或数人对于其他一人或数人负担给付、作为或不作为的债务。”此定义包含三个要素，即合同为双方行为、合同为双方合意、合同为发生债的原因。这里的“合意之债”实际上就是狭义的债权合同。而德国民法上的合同泛指一切以意思表示一致为要素而发生在私法上的行为，除债权合同外，还包括物权合同、身份合同，其实质在于“意思之合致”。^②与大陆法系的视角不同，英美法系强调合同是可以依法执行的诺言，如1932年美国律师学会在《合同法重述》中所下的定义为：“合同是一个诺言或一系列诺言，法律对违反这种诺言给予救济，或者在某种情况下认为履行这种诺言乃是一种义务。”该定义广泛流行，影响极大，被一些英美法学者认为是最确切的。^③可见，大陆法系和英美法系对合同的定义有较大差异。依据大陆法系，合同是一种双方的法律行为，是双方当事人的合意；但英美法系认为，合同是一个或一系列允诺，将合同归结为当事人承担债务的单方意思表示，而没有强调双方当事人的合意，因此也受到了许多学者的批评。^④但是不能据此认为，两大法系关于合同的概念截然对立，水火不容。实际上，在合同概念问题上，两大法系正在不断接近。例如，美国《统一商法典》第1-201条第11项规定：“合同指当事人依本法及其他法律

① 彼得罗·彭梵得. 罗马法教科书. 黄风, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1992: 307.

② 胡长清. 中国民法债编总论. 北京: 商务印书馆, 1934: 16.

③ 隋彭生. 合同法要义. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 23.

④ 阿蒂亚. 合同法概论. 程正康, 译. 北京: 法律出版社, 1980: 29.

规则达成的合意所产生的全部债务”；“契约是两人或多人之间为在相互间设立合同义务达成的具有法律强制力的协议”。^①

我国《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。”依据以上规定，我国合同法中的合同具有以下法律特征。

① 合同是以设立、变更和终止民事权利义务关系为基本内容或目的的协议。当事人订立合同的目的和宗旨是要创立、变更、终止民事权利义务关系，因此如果设立、变更和终止的是非民事权利义务关系，则不是合同法调整的范围。另外，我国合同法将婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议排除在该法适用的范围，这表明合同法调整的关系仅为债权合同关系。合同法是调整财产流转关系的法律，是调整市场关系的法律。当事人所订协议的内容，不仅包括民事权利义务关系的设立、发生，而且还包括变更或终止民事权利义务关系。

② 合同是双方或者多方的民事行为，是当事人意思一致的表示。合同是当事人意思一致的表示，这是区别于单方法律行为的重要标志。单方法律行为成立的基础条件是当事人单方意志（如被代理人的事后追认行为），而合同是基于双方（或多方）当事人的合意行为得以成立的。

合同是一种民事行为，有有效合同和无效合同之分。有效合同是民事法律行为，在有效合同中，当事人通过意思表示建立的合意受到法律的保护，当事人若不履行合同义务则要对由此产生的法律后果负责。无效合同则是危害了国家与社会公共利益而被法律明确认定不具有有效合同的法律效力，当事人要承担因其无效行为而引发的法律责任。无效合同的存在使我们不能将合同一概视为法律行为。

③ 合同是当事人在平等自愿的基础上，意思表示一致的协议。在当今世界各国，合同当事人意思表示一致时，无论是明示或是默示，均可成立合同。但当事人意思表示一致应建立在当事人平等自愿的基础之上，它体现了如下两方面的含义：其一，当事人的缔约意思是自愿而为，双方地位平等，不是对方或第三人的强行所致；其二，当事人的内心须具有追求法律效果，即发生法律上权利义务的目的性明确。

④ 合同主体具有特定性，合同本身具有相对性。合同主体的特定性是指合同关系仅发生在特定当事人之间，无论是债权人还是债务人都必须是确定的、具体的。如果只有一方是特定的，而另一方是不特定的，则不可能构成合同关系。合同的相对性则是指合同关系主要对特定的合同当事人产生法律约束力，除法律或者合同另有规定的除外。只有合同的一方当事人能够向另一方当事人提起请求或者提起诉讼，而第三人非依法律或者合同的规定，不享受债权，也不承担债务与合同责任。在《合同法》中，涉他合同不是主要形式，而是一种例外。合同的这项特征是合同关系不同于物权关系、人身权关系、知识产权关系等法律关系的重要特点，在合同制度中占有重要地位。

^① 牛津法律大辞典，中译本，北京：光明出版社，1988：205。

1.1.2 合同的种类

合同的种类是指依据一定的标准对合同所作的分类。合同是商品交换的法律形式，其类型因交易方式的多样化而各不相同。在合同法中，合同主要分为以下几类。

(1) 双务合同与单务合同

双务合同是指双方当事人互负对待给付义务的合同，即一方当事人之所以负给付义务，在于取得对待给付。合同法规定的大多数合同属于双务合同，如买卖合同、租赁合同、商业借款合同等。单务合同是指只有一方当事人负给付义务的合同。单务合同一般包括有两种情况：一种是只有单方承担合同义务的情况；另一种是一方承担合同的主要义务，另一方不承担主要义务，只承担附属义务。例如，在附义务赠与中，赠与人交付财产与对方承担附属义务之间不存在对价关系，因而仍然属于单务合同。

区分双务合同与单务合同的法律意义在于以下几方面。

① 在合同履行方面，除当事人或法律有特别规定外，双务合同的当事人享有同时履行抗辩权，在一方未履行或未提供履行担保时，对方有权拒绝自己的给付；单务合同因不存在对待给付关系则无此规定。

② 在风险负担方面，单务合同中的风险由所有人负担，但对方有过失的除外。

双务合同中的风险负担有以下三种情况。

- 发生不可抗力而使双方不能同时履行时，任何一方均不得要求对方履行，债务人免除义务；如果一方已经履行的，对方应当予以返还，否则构成不当得利。

- 由于可归责于债务人的原因而使合同不能同时履行时，债务人无权要求对方履行，对方有权要求解除合同并请求赔偿损失。

- 由于可归责于债权人的原因而使合同不能履行时，债务人有权请求对方履行并赔偿因此遭受的损失。

③ 解除合同方面，双务合同的债权人因可归责于对方的事由而致使合同不能履行时，有权解除合同；在单务合同中则为撤回，而不发生解除合同的问题。^①

(2) 有偿合同与无偿合同

根据当事人是否可从合同中获得某种利益，可将合同分为有偿合同与无偿合同。有偿合同是指当事人因取得权益须偿付一定代价的合同。在有偿合同中，双方当事人互为给付，即当事人以接受对方相应代价为履行义务的条件，如买卖、租赁、借贷等。无偿合同是指当事人一方只取得权利而不偿付任何代价的合同，如赠与合同。

区分有偿合同与无偿合同的法律意义如下。

① 注意义务的内容不同。在有偿合同中，债务人所负的注意事项较高；在无偿合同中，债务人所负的注意事项程度较低。无偿合同的债务人轻过失免责。

② 主体要求不同。订立有偿合同的当事人原则上应为完全行为能力人。限制行为能力人没有经其法定代理人同意不得订立重大的有偿合同。对纯获利益的无偿合同，如接受赠与等，限制行为能力人和无行为能力人即使未取得法定代理人的同意，也可以订立；但在返还

^① 周枬：《罗马法原论》，北京：商务印书馆，1994：660。

原物的无偿合同中,仍须取得法定代理人的同意。

③ 可否行使撤销权不同。如果债务人将其财产无偿转让给第三人,严重减少债务人的责任财产,害及债权人的债权,债权人可以直接请求撤销该无偿行为。但对于有偿的明显低价的处分行为,只有在债务人及其第三人在实施交易行为时有加害于债权人的恶意时,债权人方可行使撤销权。

(3) 有名合同与无名合同

根据法律上是否为某一合同确定一个特定的名称并设有相应规范,将合同分为有名合同与无名合同。有名合同与无名合同又分别称为典型合同与非典型合同。《合同法》分则规定了15种有名合同。

区分有名合同与无名合同的法律意义在于两者适用的法律规则不同。《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。”具体而言,有名合同与无名合同在适用《合同法》的一般规定(总则)上并无差别,但法律对有名合同有专门规定,这些规定适用于有名合同;而法律对无名合同没有专门规定的具体规则,则主要适用《合同法》总则的规定,并可以参照《合同法》分则或者其他法律最相类似的规定。

(4) 诺成合同与实践合同

根据合同成立或生效时间的不同,将合同分为诺成合同与实践合同。诺成合同是指当事人意思表示一致即成立的合同。实践合同,又称要物合同,是指除双方当事人的意思表示一致以外还需交付标的物才能成立或生效的合同。诺成合同是一般的合同形式,实践合同是特殊的合同形式。除非有法律的特别规定,一般合同均为诺成合同。根据《合同法》第367条、第210条的规定,《合同法》中规定的实践合同主要有一般保管合同和自然人之间的借款合同。

区分诺成合同与实践合同的法律意义如下。

① 两种合同成立、生效的要求不同。实践合同除双方当事人的意思表示一致以外,还需交付标的物才能成立或生效。

② 当事人的义务不同。在诺成合同中,交付标的物是当事人的给付义务,违反该义务便产生违约责任;在实践合同中,交付标的物不是当事人的给付义务,而是先合同义务,违反它不产生违约责任,可构成缔约过失责任。

(5) 要式合同与不要式合同

根据合同的成立或生效是否应有特定的形式,将合同分为要式合同与不要式合同。要式合同是指必须根据法律规定方式成立的合同。法律没有要求特定形式的合同为不要式合同,当事人可以自由采用书面、公证、登记等形式,均不影响合同的成立或生效。除法律特别规定以外,合同一般均为不要式合同。要式合同与不要式合同的区分意义在于是否应当以一定的形式作为合同成立或者生效的要件。

(6) 主合同与从合同

根据合同相互间的主从关系,将合同划分为主合同与从合同。主合同是指不需要其他合同的存在即可独立存在的合同。从合同是指以其他合同存在为前提的合同。从合同要依赖于主合同的存在而存在,所以从合同又称为“附属合同”。例如,主债务合同与保证合同、抵押合同、定金合同之间,前者为主合同,后者为从合同。

区分主合同与从合同的法律意义在于明确相互间的制约关系。从合同以主合同的存在为前提,只有在主合同有效成立后才能成立从合同;主合同无效或被撤销,从合同也失去效力;主合同权利转让,从合同权利必须随之转让;主合同消灭,从合同随之终止。

(7) 有效合同、无效合同、可撤销合同与效力待定合同

这是按合同效力作出的分类。有效合同是指具有充分效力、没有任何原因使之无效的合同。无效合同是指合同虽然已经成立,但因其违反法律、行政法规或者公共利益而在法律上不产生合同的效力、对双方当事人均缺乏约束力的合同。可撤销合同是指合同本身并非法律上的效力,但因合同具有瑕疵使得有撤销权的人在一定期限内,有使合同失效或者继续生效的选择权的合同。效力待定合同是指合同虽然成立,但因其不完全符合有关生效要件的规定,因此其效力能否发生尚未确定的合同。按效力对合同分类的重要意义在于是要正确确定各类合同的构成,以适用不同的效力规则。

(8) 束己合同与涉他合同

根据合同的履行是否涉及第三人,将合同分为束己合同与涉他合同。束己合同是当事人为自己约定并承受权利义务的合同。涉他合同有广义和狭义之分。狭义的涉他合同可分为两种:一种是为第三人设定债权的合同;另一种是为第三人设定债务的合同。为第三人设定债权的合同,如人身保险合同,可以第三人为受益人。为第三人设定债务的合同,要经第三人同意,否则第三人不承担债务。广义的涉他合同还包括第三人代为履行的合同和第三人代为受领的合同。第三人代为履行的合同中,第三人并不是合同的债务人,因此第三人不履行时,债权人只能起诉合同相对人,不能起诉第三人。第三人代为受领的合同中,第三人不是债权人,合同债务人不向第三人履行,第三人无权作为原告起诉,只能由合同债权人起诉。第三人代为履行的合同和第三人代为受领的合同,并未突破合同的相对性原则,所以本质上还是束己合同。区分束己合同与涉他合同的意义在于区分当事人的权利义务,确立第三人的法律地位,考察当事人是否有诉权。

1.1.3 合同关系问题与合同权利

合同关系是一种具体的民事法律关系,它包括主体、内容和客体三个要素。

1. 合同关系问题

1) 合同关系的主体

合同关系的主体又称为合同当事人,是指在合同关系中享有权利和承担义务的人。合同关系的主体包括权利主体与义务主体,也就是通常所说的债权人和债务人。债权人是有权请求对方根据合同规定履行义务的人,债务人是指根据合同的规定实施特定行为的人。

2) 合同关系的内容

合同关系的内容是指债权人的权利与债务人的义务,也就是合同债权与合同债务。合同关系是债权和债务的统一体。

3) 合同关系的客体

合同关系的客体是债权与债务共同指向的对象。一般认为,合同关系的客体可以是物,也可以是劳务,还可以是智力成果等。

有的学者指出：“合同债权人设立合同关系的目的在于为满足自己的利益需要，但债权人对于这种利益的载体，如货物、智力成果等，并不能直接加以支配，须通过债务人实施特定行为才能达到满足自己利益需要的目的。因此，合同关系的客体是债务人应为的特定行为，即给付。”^①

2. 合同权利

合同权利即合同债权，是指债权人根据法律或合同规定而享有的请求债务人实施一定给付的权利。合同权利具有以下特征。

① 合同债权是请求权。合同债权是通过请求债务人为一定行为而实现自身目的和利益的权利，区别于可以直接实施占有、使用、收益、处分行为的物权。债权人在债务人给付之前，不能直接支配给付客体，也不能直接支配债务人的给付行为，更不能直接支配债务人的身。另外，从合同债权本身观察，除请求权以外，还有选择、处分、解除等权能。

② 合同债权是给付受领权。合同债权的本质内容就是有效地受领债务人的给付，将该给付归属于债权人。

③ 合同债权是相对权。合同关系具有相对性，合同债权人仅有权向合同债务人请求给付，无权向一般不特定人请求给付，因此合同债权为相对权。但相对性原则在合同法上有所突破，如在由第三人履行的合同中，合同债权人有权请求第三人实施给付；租赁权已物权化，具有绝对性；期房债权因登记备案而有绝对效力。^②

④ 合同债权具有平等性。合同债权的平等性是指对同一客体可以成立多个合同债权，并且不论发生先后均具有同等地位。在债务人的财产不足以清偿全部债务时，各债权人依据其债权数额的比例，分享债务人可用来清偿的财产的总额。但是租赁权具有优先性，期房债权因其登记备案也具有优先性。^③

⑤ 合同债权具有请求力、执行力、依法自力实现、处分权能和保持力。所谓请求力，是指在债务人违约时，债权人须向法院诉请履行的效力。所谓执行力，是指债权人依其给付之诉取得确定判决后，须请求法院对债务人实施强制执行的效力。所谓依法自力实现，是指在合同债权受到侵害或妨碍，情势急迫而又不能及时请求国家机关予以救济的情况下，债权人自行救助、拘束债务人、扣押其财产的效力。所谓处分权能，是指抵销、免除、债权让与和设定债权、质权等决定债权命运的效力。所谓保持力，是指在债务人自动或受法律的强制而提出给付时，债权人须保有该给付的效力。^④

具备上述效力的债权为完全债权，最有利于债权的实现，以达到债权人的合同目的。在有些情况下，债权会欠缺某项效力。欠缺某项效力的债权称为不完全债权。法律对完全债权与不完全债权的保护力度、配置制度是不尽相同的。例如，不安抗辩权制度用于保护未届清偿期的合同债权，而不得适用于已届清偿期的债权；不法侵害条件未成就的附停止条件的债权，被科以信赖利益的损害赔偿，但不履行已罹诉讼时效的债务时却不产生法律责任。^⑤

① 郭名瑞，房绍坤. 新合同法原理. 北京：中国人民大学出版社，2000：38.

② 王利明，崔建远. 合同法新论·总论. 北京：中国政法大学出版社，2000：212.

③ 王利明，崔建远. 合同法新论·总论. 北京：中国政法大学出版社，2000：212.

④ 王利明，崔建远. 合同法新论·总论. 北京：中国政法大学出版社，2000：212～213.

⑤ 王利明，崔建远. 合同法新论·总论. 北京：中国政法大学出版社，2000：213.

1.1.4 合同概念的产生与发展

英国著名法学家梅因曾在《古代法》一书中批评卢梭的社会契约论时写道：“用我们自己的时代的道德观念来评价其他时代的人们，其错误正如假定现代社会机器中的每一个轮子、每一只螺钉在较原始的社会中都有其相对物的那样错误。”^①这段话精辟地道出了历史研究方法的重要性。合同也和其他事物一样，有其萌芽、发展、成熟的过程。

严格地说，以公元前 753 年罗马建国为起点的罗马法不能作为研究合同历史渊源的起点。据现有历史文献记载，公元前 20 世纪两河流域拉尔萨王国的《苏美尔法典》和埃什嫩那王国的《俾拉拉马法典》均已对买卖、租赁、收养和婚契等行为设有成文法规则。^②公元前 18 世纪巴比伦王国的《汉谟拉比法典》不仅以较大篇幅明确了买卖、租赁、雇用、借贷、收养、婚契等契约类型规则，而且对契约形式、债的效力、债的担保和无权售卖等问题做了规定。^③在我国，有文字记载的契约历史可以追溯至西周时期。当时不仅在一般动产买卖关系中使用契约，而且在抵押、典当等关系中也采取了契约的形式，并且根据合同标的将契约区分为小约剂和大约剂。前者为动产买卖契约，因流行于民间，又称“万民约”；后者主要指土地契约，因只使用于贵族领主或诸侯之间，又称“邦国约”。^④

然而，正如摩尔根所说，人类的经验差不多都是采取类似的途径而进行的，在相同的情况下人类的需要基本上是相同的。^⑤合同最早的源头虽无法确定，但这并不妨碍在另一时期、另一地方的另一群人因为相同的需要而创造出合同。古罗马人便是这样一群人，他们根据自身的需要，凭着对法律特有的崇尚和智慧，以有别于其他民族的形式，不仅给后人留下了一条合同发展的清晰轨迹，而且直接为后世提供了有关立法的丰富营养。

1. 古罗马时代的合同

根据学者见解，罗马人的契约观念发源于一种叫耐克逊(Nexum)让与财产所有权的形式。^⑥起初，这种形式多用于金钱借贷。举行这种仪式时，除当事人外，必须有 5 个证人及一名持衡器的计量人到场，由计量人用衡器权衡所贷的金属块之后，交付借用人，贷与人则应宣读固定的术语，如“借用人应负返还借用物或其他代价的义务，借用人不如期履行债务时，贷与人得收为奴隶，使役之，出卖之，杀戮之。”因该方式的履行以衡器及金块为要件，故又称为“金块与衡器方式”。^⑦依梅因分析，耐克逊的原意是一种财产让与，由于当时让与和契约在实际上是混淆不分的，从前在让与财产时所用的耐克逊形式，后来似乎就恰恰被用于缔结一个契约，直到人们在缔约和让与中采用一种不同的实践前，这两个概念的差异从未被人们所领会。后来，契约的观念逐渐从让与的观念中分离出来，并由此引起了一系

① 梅因. 古代法. 沈景一, 译. 北京: 商务印书馆, 1959: 175.

② 周林彬. 比较合同法. 兰州: 兰州大学出版社, 1989: 34.

③ 陈盛清. 外国法制史. 北京: 北京大学出版社, 1982: 21 ~ 46.

④ 张传玺. 秦汉问题研究. 北京: 北京大学出版社, 1982: 140 ~ 142, 168.

⑤ 摩尔根. 古代社会. 杨东莼, 译. 北京: 商务印书馆, 1972: 1.

⑥ 梅因. 古代法. 沈景一, 译. 北京: 商务印书馆, 1959: 177 ~ 178.

⑦ 陈朝璧. 罗马法原理. 台北: 台湾商务印书馆, 1979: 128.

列变化。“用铜片和衡器”的交易，当其目的是在移转财产时，则采用了一个新的、特殊的名称，即“曼兮帕畜”；而古代的“耐克逊”则仍旧用以表示原来的仪式，只是被用于使契约庄严化的特殊目的。^①从此，契约便从让与中分离出来，完成了被梅因称之为“契约发展的第一阶段”。

在契约成熟发展历程中，始终伴随着合同外在形式与其内在规定性的效力较量，并依次先后出现了口头契约、文书契约、要物契约、诺成契约等契约形式。

（1）口头契约

口头契约被认为是出现最早的一种契约形式，但它不是现代意义上所指的与书面契约相对的、当事人通过口头协商达成意思表示一致即告成立的口头契约，而是指当事人为设定债权通过宣称一定语言的方式成立的契约。口头契约由原始的耐克逊发展而来，但后来这种形式逐渐简化为简单的问题和回答，成为订立口头契约一种必不可少的仪式。

口头契约有多种。陈朝璧先生将其分为三种：一是为嫁资设定口头契约；二是为解放奴隶而设定的口头契约；三是要式口约，这种契约适用范围较广，是口头契约中最重要的一种，它要求当事人双方亲自到场，以一定的问答方式设立，^②梅因称这种契约为约定。具体言之，订立要式口约须先由允约人以约定人的资格把契约中所有的条款用一个问题的形式提出，然后由要约人给予回答。^③对问题的回答必须与问词吻合一致，不按秩序、迟延答复或答非所问，契约都不能视为成立。起初，按罗马市民法规定，要式口约只适用于罗马人，问答语言也只限于拉丁语。后来外国人也适用要式口约，并允许用不同语言问答。至472年，李奥王朝又明文规定，要式口约的问答不限于一定的问答形式，到优帝时代对要式口约的成立只以当事人的意思而定，至于用何种语言、如何问答在所不问。^④口头契约一直被保持到罗马法的最后时期。

（2）文书契约

文书契约是在口头契约之后出现的一种契约，是指债务基于账簿记载而成立，因而不同于现代意义上的书面契约。文书契约产生于罗马共和时期，当时古罗马人的家庭都备有一本由家父掌握、用于记载家庭收支的账簿。到公元前3世纪，罗马商业逐渐发达，家庭收支账簿也开始用于商业上，由交易双方当事人同时进行有关记载，即债权人进行支出记载，债务人进行收入记载。最初的文书契约就这样由双方记载而形成。但证明债权的存在，以债权人一方提出其收支簿足已。到公元1世纪，已没有使用收支簿的习惯，文书契约也就无形废止。优帝时虽也承认文书契约，但已非原意，仅指承认债务的书据。^⑤有学者对文书契约的性质提出不同见解，认为这种契约不是债的发生原因，而是债的更新。梅因则认为：“我们无法说明，关于原始‘文书契约’、‘债’的设定究竟是由债权人一方简单地登入簿据，还是必须获得债务人的同意或在其自己的簿据中同样登记，才能发生法律效力。这是契约法历史向前推进的另一步。”^⑥

① 梅因：《古代法》，沈景一，译。北京：商务印书馆，1959：182。

② 陈朝璧：《罗马法原理》，台北：台湾商务印书馆，1979：128。

③ 梅因：《古代法》，沈景一，译。北京：商务印书馆，1959：184～185。

④ 丘汉平：《罗马法》，上海：上海法学编译社，1993：624～625。

⑤ 陈朝璧：《罗马法原理》，台北：台湾商务印书馆，1979：130～131。

⑥ 梅因：《古代法》，沈景一，译。北京：商务印书馆，1959：187。