

新编合同法原理

主 编：齐喜三
副主编：孙欣衡

中国社会科学出版社

新编合同法原理

主 编 齐喜三

副主编 孙欣衡

撰稿人 （以撰写章节先后为序）

齐喜三 肖 鹏 孙欣衡

秦 曦 卢丹丹 齐云峰

中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

新编合同法原理/齐喜三 主编—北京:

中国社会科学出版社, 2004.9

(法律学文库) ISBN 7—5004—2907—9/D·562

I 南·… II·齐·法律学—研究—资料 IV.F069.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 56833 号

责任编辑 黄慕洁 李树琦

责任校对 陈 潇

书 名 新编合同法原理

作 者 齐喜三

出版发行 中国社会科学出版社

社 址 北京鼓楼西大街 158 号

经 销 新华书店总店

印刷装订 河南省南阳印刷总厂

版 次 2004 年 9 月第一版第一次印刷

开 本 889 × 1194 毫米 1/16

印 张 16.5

字 数 445 千字

印 数 2000 册

定 价 33.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书,如有质量问题请与本社发行部联系调换。版权所有,侵权必究。

前 言

合同，亦称契约，尽管于公元前 18 世纪就已在汉穆拉比法典（石柱法）中初见端倪，但是，只是在资本主义时期它才大显身手。合同法的产生和发展经历了一个漫长的历史时期。我们中国合同法的产生也是经历了许多的曲折和坎坷。1999 年 3 月 15 日《中华人民共和国合同法》的颁布，结束了中国合同法律三足鼎立的局面，它是我国法制建设的一件大事，也是迈向“依法治国”伟大征程的又一座丰碑。

合同法是民商法的重要组成部分，它主要调整平等主体之间的商品交换关系和无偿性民事财产流转关系，在保护合同当事人的合法权益、维护社会经济秩序和促进社会主义现代化建设中发挥着其他法律无法替代的作用。合同法作为市场经济的基本法，与每一个公民、法人和其他经济组织息息相关，学习和研究她的重要性和必要性，已是不言而喻的。合同法理论博大精深，其实践也是丰富多彩。我们编者根据自己多年的教学科研和实践经验，经过半年多的努力将《合同法原理》一书呈现在读者面前。

本书在写作时努力体现两大特点：1、编排体系简明、顺畅。一方面将本书按绪论、总论、分则划分成三大部分，并且逻辑结构严谨；另一方面，在每章之首列明了“内容提要”、“重要问题”，在该章末尾进行了简短总结，使学习研究者一目了然，轻松快捷。2、注意理论与实践结合，在整本书中不仅阐述了合同法的基本理论，而且列举了生活中最常见的实例，很适合初学者快速入门。

本书各章节的撰稿人分别是：

齐喜三：第一章、第二章

肖 鹏：第三章、第四章、第二十三章、第二十四章

孙欣衡：第五章、第六章、第九章

秦 曦：第七章、第八章、第二十章、第二十一章、第二十二章

卢丹丹：第十章、第十一章、第十二章、第十三章、第十四章

齐云峰：第十五章、第十六章、第十七章、第十八章、第十九章

全书最后由主编齐喜三修改定稿。

本书在编写过程中也参考了我国合同法研究的专家学者们的大作，在此仅表谢意。由于水平所限，时间仓促，书中的缺点和错误在所难免，恳请读者批评指正。

编者

2004 年 7 月

目 录

第一编 绪论

第一章	合同与合同法概述	1
第一节	合同的概念和法律特征	1
第二节	合同的分类	7
第三节	合同法的概念	9
第四节	合同法的调整对象	10
第五节	合同法的形成、发展与特点	13
第六节	合同法的功能	23
第七节	合同法的基本原则	26
第八节	合同法的框架体系	30

第二编 总论

第二章	合同的订立	33
第一节	合同订立的概述	33
第二节	合同订立的程序	36
第三节	合同的条款	47
第四节	合同的形式	50
第五节	合同成立的时间、地点	52
第六节	缔约过失责任	54
第三章	合同的生效	61
第一节	合同生效概述	61
第二节	合同生效的条件	64
第三节	无效合同	66
第四节	可撤销的合同	68
第五节	效力特定的合同	71
第四章	合同的履行	73
第一节	合同的履行概述	73
第二节	合同的履行的原则	74
第三节	合同的履行的一般规则	76
第四节	双务合同履行中的抗辩权	77
第五节	合同的保全	80
第五章	合同的担保	85

第一节	合同的担保概述·····	85
第二节	保证·····	88
第三节	抵押·····	95
第四节	质押·····	103
第五节	留置·····	107
第六节	定金·····	111
第六章	合同的变更和转让·····	113
第一节	合同的变更·····	113
第二节	债权的转让·····	114
第三节	移转·····	118
第四节	债权债务的概括移转·····	119
第七章	合同权利义务的终止·····	121
第一节	合同权利终止概述·····	121
第二节	合同的解除·····	122
第三节	抵销·····	126
第四节	提存·····	128
第五节	免除·····	130
第六节	混同·····	130
第八章	违约责任·····	132
第一节	违约责任的概念和特征·····	132
第二节	违约责任的归责原则·····	133
第三节	违约行为及其具体表现·····	135
第四节	违约责任的免责事由·····	137
第五节	违约责任的承担方式·····	138
第六节	责任竞合·····	142
第九章	合同的解释·····	145
第一节	合同解释的必要性·····	145
第二节	合同解释的含义·····	146
第三节	合同解释的方法·····	148

第三编 分论

第十章	买卖合同·····	152
第一节	买卖合同概述·····	152
第二节	买卖合同当事人的权利与义务·····	154
第三节	买卖合同履行中的几个问题·····	158

第四节 特种买卖合同	161
第十一章 供用电、水、气、热力合同	167
第一节 供用电合同	167
第二节 供用水、气、热力合同的法律适用	170
第十二章 赠与合同	171
第一节 赠与合同的特点与生效	171
第二节 赠与人的基本义务	173
第三节 赠与合同的撤销与赠与财产的返还	174
第四节 特种赠与	175
第十三章 借款合同	177
第一节 借款合同概述	177
第二节 借款合同的签订	179
第三节 借款合同的履行	181
第十四章 租赁合同	182
第一节 租赁合同概述	182
第二节 租赁合同当事人的权利和义务	184
第十五章 融资租赁合同	188
第一节 融资租赁合同概述	188
第二节 融资租赁合同的效力	189
第三节 融资租赁合同的特别规定	191
第十六章 承揽合同	193
第一节 承揽合同概述	193
第二节 承揽合同的内容	194
第三节 承揽合同的效力	195
第十七章 建筑工程合同	198
第一节 建筑工程合同概述	198
第二节 各类建筑工程合同	199
第三节 建筑工程合同的订立	200
第四节 建筑工程合同的效力	202
第十八章 运输合同	205
第一节 运输合同概述	205
第二节 客运合同	207
第三节 货运合同	210
第四节 多式联运合同	213

第十九章 技术合同	216
第一节 技术合同概述	216
第二节 技术开发合同	217
第三节 技术转让合同	222
第四节 技术咨询合同和技术服务合同	224
第二十章 保管合同	227
第一节 保管合同概述	227
第二节 保管人的责任	227
第三节 寄存人的义务	228
第二十一章 仓储合同	230
第一节 仓储合同概述	230
第二节 存货人的义务	231
第三节 保管人的义务	232
第二十二章 委托合同	234
第一节 委托合同概述	234
第二节 委托合同当事人的权利与义务	238
第三节 委托合同的当事人与第三人的关系	239
第四节 委托合同的终止	239
第二十三章 行纪合同	241
第一节 行纪合同概述	241
第二节 行纪合同当事人的权利与义务	242
第三节 期货行纪合同	244
第二十四章 居间合同	250
第一节 居间合同概述	250
第二节 居间合同的成立与生效	251
第三节 居间合同当事人的权利义务	252
第四节 居间合同违约责任	253
主要参考文献	255

第一编 绪论

第一章 合同与合同法概述

第一节 合同的概念和法律特征

内容提要：作为合同法的调整对象的合同是研究合同法所要着手的基本问题，通过合同概念和法律特征的了解，对合同进行了性质分类、立法分类和形式分类，使我们更加清楚了作为当事人合意一致的合同的内涵和本质。对合同的基本问题有详细的了解之后，合同法的概念也就迎刃而解。为了对合同法的基本问题作深入的研究，我们着重强调了合同法调整的具体对象；阐述了中外合同法的发展历史及其特点，分析了我国统一《合同法》的修订过程和创新之处；剖析了合同法在保护当事人合法权益、维护社会经济秩序和促进社会主义现代建设中应发挥的规范作用；揭示了使立法、执法、守法以及解释法律所要遵循了合同法十一大基本原则；介绍了合同法的框架体系。

重点问题：合同的概念及其法律特征，合同法律关系，合同按其性质进行的六种分类，合同法概念及调整对象，统一合同法的特点及创新，合同法在维护交易秩序和当事人合法权益中发挥的作用，合同法的十一大基本原则。

一、合同的概念

作为合同法调整对象的合同（Contract）也被称为契约。在以往的大陆法系法律理论中，契约与合同有着不同的含义，现今，人们在法律上将这两个概念已不作为区分。我国台湾民法典中将之称为契约，而大陆《民法通则》和《合同法》则采用合同一词，其主要原因是在现代汉语和实际生活中合同一词更符合人们的用语习惯。

在传统上，对于合同的概念向有大陆法系的合意说与英美法系的允诺说。大陆法系的合同定义来源于罗马法。依罗马法合同定义，合同为当事人间发生债权债务的合意。罗马法上 *contractus* 一语，由 *con* 和 *tractus* 二字组合而成。*Con* 由 *Com* 转化而来，有“共”字的意义；*tractus* 有“交易”的意义。合二为“共相交易”。^①法国民法典承继了这一定义，该法典第 1101 条规定：契约是一种协议，依此协议，一人或数人对另一人或数人负担给付、作为或不作为之债务。^②在德国民法中，由于创设了法律行为这一概念，故在民法典的总则编中，合同作为法律行为的一种类型（合同是第三章法律行为下的第三节）；在第二编债的关系法中，合同作为产生债的关系的一种形式（第二编第二章为因合同而产生的债的关系，德国民法典第 305 条规定：根据法律行为成立债的关系以及变更债的内容的，需有双方当事人之间的合同，但法律另有规定的除外^③）。虽然这三者对于合同概念的表述存在差别，但都明确地指示出合同的本质为合意。正如德国学者萨维尼所述：契约之本质在于意思之合致。^④在英美法系中，合同通常被视为一种“允诺”，《美国第二次合同法重述》第 1 条规定：合同是一个允诺或一系列允诺，违反该允诺将由该法律予以救济，履行该允诺或一系列允诺，是法律所确认的义务。为了使单方性质的允诺获得强制执行，英美法有要求一方允诺获得对价（或称约因，*Consideration*）的支持，于是，英美法系合同概念更为完整的表达应当是“有对价支持的一个诺言或

^① 参见王家福主编：《民法债权》，法律出版社 1991 年 9 月版，第 255—256 页。

^② 参见罗结珍译：《法国民法典》，法制出版社 1999 年 10 月版，第 282 页。

^③ 参见郑冲、贾红梅译：《德国民法典》，法律出版社 2001 年 4 月版，第 60 页。

^④ 参见胡长清著：《中国民法债编总论》，商务印书馆，1934 年版，第 16 页。

者一组诺言。”^①而 20 世纪以来,英美法学者越来越重视大陆法系合同概念中的合意因素,并力图将之运用到英美法中。具有代表性的是《牛津法律大辞典》和《美国统一商法典》对合同的定义分别是:前者认为,合同是两人或多人之间为在相互间设定合法义务而达成的具有法律强制力的协议;^②后者认为合同来源于当事人的协议的全部法律债务。由此可见,英美法系关于合同的概念正逐步与大陆法系趋于一致,我国民法采合意说属理所当然。

《民法通则》第 85 条规定:合同是当事人之间设立、变更、终止民事法律关系的协议,依法成立的合同受法律的保护。《合同法》承袭了这一表述,该法第 2 条第 1 款规定: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。

合同向有广义、狭义、最狭义之分。广义的合同泛指所有以确定权利义务内容的协议,它除了民事合同以外,还包括行政合同、国际法上的国家合同等;狭义的合同即民事合同,是以设立、变更、终止民事权利义务关系为内容的协议,包括债权合同、物权合同、身份合同等;最狭义的合同仅指债权合同。我国《民法通则》与《合同法》上的合同系指最狭义的合同即债权合同。

二、合同的法律特征

根据合同法的规定,合同作为一种典型的民事法律行为,具有如下法律特征:

(一) 合同是平等主体之间的民事法律行为

合同是设立、变更、终止民事法律关系的民事法律事实。民事法律事实是能够引起民事法律关系发生、变更、消灭的客观现象,根据其是否与当事人的意志有关,可将其分为行为与事件。而行为又分为民事法律行为与事实行为。事实行为是指不以意思表示为要件,行为人主观上并无产生民事法律关系的目的,但根据法律的规定,客观上引起了某种法律效果发生的行为,如拾得遗失物、发现埋藏物、侵权行为等。根据《民法通则》第 54 条的规定和民法理论,民事法律行为是指以意思表示为要件,民事主体实施的能够引起民事权利义务发生、变更、消灭的合法行为。很显然,合同属于民事法律行为,要遵从民事法律中关于民事法律行为的一般规定,在合同当事人所作的意思表示符合法律规定的前提下,合同方具有法律约束力,受到法律的保护。

作为合同当事人的自然人、法人、其他组织在法律地位上应是平等的,《合同法》第 2 条、第 3 条对此进行了明文规定。这里所说的平等,是指当事人之间的机会平等,而不是指实质平等,只要当事人的意思表示是根据自己的情况所作出,而并非由他人的意志强加之下所作出即可,实质平等是由《合同法》第 5 条所确立的公平原则来加以调控的。当事人平等既指自然人、法人、其他组织在合同的订立和履行过程中是平等的,也指它们相互之间的关系是平等的,即自然人与自然人之间是平等的、自然人与法人或其他组织之间是平等的,合同一方当事人不得将自己的意志强加给另一方当事人。从这个意义上讲,合同应是各方当事人自愿发生的民事法律行为。既然当事人的主体地位在法律上是平等的,法律当然不允许一方强迫另一方情况的发生,各方当事人均有权按照自己的意愿决定是否设立、变更、终止权利义务关系,这就与其他发生债权债务关系的诸如不当得利,无因管理、侵权行为等法律事实区分开来。当然,现代社会随着格式合同的大量涌现等原因,为了实现合同正义,在法律中也设置了诸多限制和禁止性条款,以限制当事人对合同自由原则的滥用,如供用电、水、气、热力合同等。

依据合同的这一法律特征,所谓行政合同显然不属于我们这里所说的合同,即行政合同不属于合同法所调整的对象。行政合同是指国家行政机关为了执行公务,以公法上的身份与他人所缔结的合同,该合同并不完全适用私法规范,签订该合同所采用的规则超越于私法之外,作为合同一方主

^① 参见孙鹏著:《合同法热点问题研究》,群众出版社 2001 年 5 月版,第 70 页。

^② 参见《牛津大辞典》(中译本),光明日报出版社 1988 年 8 月版,第 205 页。

体的国家行政机关还拥有单方变更合同权、对合同履行的监督权、指挥权、对相对方不履行合同的直接制裁权等。由此可见，行政合同之所以不属于合同法所规范合同，其主要原因在于合同当事人之间的法律地位并不平等，行政合同属于政府行为，合同相对方的权利被压缩，不能凭自己的意志行事。需要注意的是，不能仅仅依据国家行政机关为合同的一方主体就作出该合同当然属于行政合同的判断。在签订合同时，依具体情势，国家行政机关具有不同的法律地位，只有在其以公法主体签订合同时，该合同才可能是行政合同，而当其以私法主体出现时，所签订的合同是一般合同。

（二）合同是双方或多方民事法律行为

根据包含在合同中的意思表示的多寡，可将民事法律行为分为单方民事法律行为、双方民事法律行为和多方民事法律行为。单方民事法律行为是指只凭当事人一方意思表示即可成立的民事法律行为，不需要任何人的同意就能产生法律效力，它仅由一个意思表示所构成，如订立遗嘱、放弃继承、免除债务、撤销委托代理、追认无权代理等。双方民事法律行为和多方民事法律行为是指需要当事人意思表示一致方能成立的民事法律行为。这类民事法律行为又可分为两种类型：一是由两个或两个以上一致的意思表示所构成的民事法律行为，如合伙、联营、公司的设立等；二是由两个方向相对应的意思表示达成一致所构成的民事法律行为，这类民事法律行为当事人双方所追求的目标刚好相反，但能使他们的利益均得到满足，如买卖、租赁等。前者可以是多方民事法律行为，一般认为，我国《合同法》所规范合同属于后者。需要注意的是，区分单方、双方和多方民事法律行为并不是根据当事人人数的多寡。我们知道，合同的本质在于合意，由于合同的成立需要当事人之间意思表示一致，显然合同不可能是单方民事法律行为。当事人之间意思表示一致主要体现在合同的订立方面。合同的订立要经过要约和承诺两个阶段，如果当事人之间对商议的内容存在分歧，不能达成一致意见，则合同不能成立。

（三）合同是明确当事人之间权利义务的协议

合同是设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。所谓设立，是指合同当事人订立合同，从而在双方之间发生债权债务关系的行为。所谓变更，是指合同当事人在依法订立合同后，通过协商等方式，使原有的合同债权债务关系发生变化，双方形成新的债权债务关系的行为。变更有广义与狭义之分，广义的变更包括合同主体的变更和合同内容的变更；狭义的变更仅指合同内容的变更，如标的的数量或品质的变更、价款或酬金的变更等。《合同法》第五章所说的变更指的是狭义的变更。终止是指合同当事人在合同依法成立后，使合同归于消灭的法律行为。

在实际生活中，可能存在各种各样的协议或约定，那些不能在人们之间产生权利义务的约定，不属于我们这里所说的合同，不具备任何法律意义，不是法律所调整的对象，当然不受法律调控，如约定晨练、约定请客等。

《合同法》第2条第2款规定，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。这些协议主要包括结婚协议、离婚协议、收养协议、监护协议、遗赠扶养协议等。该规定意味着上述协议不由《合同法》调整，即这些协议不属于《合同法》所规范合同，这是因为：其一，合同主要是市场交易即商品交换关系的法律形式，《合同法》是直接的经济内容，与市场经济活动存在本质的区别，其自身运作的特殊性注定了对其法律调整的特殊性。其二，日前在我国，婚姻家庭法具有相对的独立性。^①我们认为，婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议仍然属于一般意义上的合同，那种认为将身份关系当作合同关系处理是将人格商品化的观点是不成立的，这种观点是建立在对合同本质误解基础上的，是将合同的本质界定为经济性，而实际上，合同的本质应为合意，从这个意义上说，身份协议当然属于合同。目前，人们普遍认为婚姻家庭关系属市民社会关系，即平

^①参见孙鹏著：《合同法热点问题研究》，群众出版社2001年5月版，第72页。

等主体之间的关系，婚姻家庭法也是传统民法的亲属编，婚姻家庭关系属于民法所调整的范畴。现行合同法是作为规范市场经济的法律而存在的，不具有直接经济内容的身份协议不由该法调整当然是合适的，否则不仅有越俎代庖之嫌，而且会导致由未来的民法典加以解决，合同法难担此重任。

（四）合同对当事人具有法律约束力

合同的法律约束力是由法律所赋予的，而不是源于当事人的意志，合同之所以具有法律约束力，是因为当事人在合同中反馈的意志与法律一致，是当事人为了满足需要寻求法律保护的结果。合同的法律约束力主要是针对当事人而言的，除此之外，还包括对第三人的法律约束力。对合同当事人的法律约束力主要体现在：当事人享有法律规定和合同约定的权利；当事人负有依照合同的约定适当、完全履行合同的义务；当事人负有依据法律规定履行义务或者履行附随义务的义务；当事人不得擅自变更或解除合同；当事人不履行义务或履行义务不符合法律规定或合同约定的，应当承担违约责任等。根据合同相对性原则，合同仅仅在当事人之间产生债权债务关系，一般不涉及第三人的利益，故此一般情况下合同不对第三人产生法律约束力，但现代国家在不同程度上对此作了修正，我国合同法也是如此。总的来看，合同对第三人的法律约束力主要体现在两个方面：一是向第三人履行合同义务和由第三人履行合同义务，这是《合同法》第 64 条和第 65 条所分别规定的，当然，这类合同并未否定合同的相对性，而仅是在合同相对性原则的基础上作出的有限度的突破，其效力来源仍是当事人之间的约定；二是第三人负有容许债权人行使代位权和撤销权的义务，这是《合同法》第 73 条和第 74 条所分别规定的。

三、与合同有关的几个概念

（一）经济合同的概念

经济合同的概念最早产生于前苏联。在本世纪 20—30 年代，随着前苏联经济法理论的提出，前苏联学者曾围绕经济法、经济合同等问题，展开了一场激烈的讨论，后由于爆发第二次世界大战而中止。^①1949 年 4 月 21 日苏联部长会议通过了一个订立经济合同的决议，从而使经济合同的概念重新出现，并得到广泛的承认，但是在理论界对于什么是经济合同一直存在争议，基本上没有就经济合同的定义达成共识。

经济合同的概念为我国有关法规和规章正式采纳始于 1956 年《商业部、地方工业部对目前有关工商计划衔接贯彻经济合同中若干问题的联合通知》。不过，该文件尽管首次使用了经济合同的概念，但并未对经济合同下定义。在 60 年代初期，中央有关文件中也曾经强调过建立经济合同制的重要性。直到 1981 年我国《经济合同法》颁布以后，经济合同的概念在立法中得以确定，并在实践中极为流行，然而自该法颁布以来，在理论界对应如何区分经济合同和非经济合同的概念一直存在着不同的看法。一种观点认为，应当根据主体是否为法人来区分经济合同与非经济合同。另一种观点认为，应该根据合同是否与国家计划有联系来区分经济合同与非经济合同。还有一种观点认为，当事人订立经济合同是为了满足生产的需要，订立非经济合同是为了满足生活的需要。这些观点尽管不无道理，但经过实践检验，按这些观点来区分经济合同与非经济合同，不仅在理论上缺乏根据，在实践中也是行不通的。原《经济合同法》第 2 条对经济合同定义为法人之间为追求一定的经济目的而订立的合同，但这一概念并未指出经济合同与其他合同相区别的特征，因为合同都是经济的，当事人订立合同都要追求一定的经济目的。经济合同与非经济合同的区分使合同法规则分为二套，这对合同法律的适用带来极大的不便。例如，由于经济合同的概念的存在，因此买卖分为购销和一般买卖，保管分为仓储保管和非仓储保管，承揽分加工承揽和一般承揽，这就不利于交易当事人和司法审判人员适用规则。诚然，某些交易具有自身的一些特点，当事人参与各种合同关系，所具体享受的权

^①参见苏惠祥主编：《经济合同法学》，辽宁人民出版社 1990 年版，第 3 页。

利和承担的义务并不相同,但任何合同都存在着共同之处。例如,当事人订立合同都必须依循平等、自愿、等价有偿、公平、诚实信用等原则,合同的订立要遵循共同的规则,不履行合同要承担违约责任等。这些共性正是合同法需要统一的根据。还要看到,由于此种分类的存在,从而使合同规则被割离为两套不同的规则,这显然与统一的市场所提出的建立统一规则的要求是相违背的。因为统一的市场是向各类商品生产者和经营者开放的市场,他们彼此间在市场中发生各类关系,需要用统一的市场规则尤其是合同法规则予以调整。只有统一的合同法规则鼓励和允许各类民事主体参加各类合法的民事流转,并保护其依自身合法行为取得的各种合法权益,才能促进我国市场经济的发展,并且可以消除因两套合同制度的存在而造成的规则的冲突和矛盾现象。

正是基于这一原因,我国统一合同法没有继续采用经济合同的概念,而将经济合同与非经济合同制度统一规定在合同法中,这是十分科学的也是符合我国市场经济的客观需要的。根据《合同法》第428条的规定,《合同法》于1999年10月1日实施,同时,《经济合同法》、《涉外经济合同法》、《技术合同法》同时废止,由此表明,经济合同作为一个特定的法律概念已不复存在,当然,这并不妨碍在学理上对这一概念进行研究。

(二) 契约

根据一些学者的考证,合同一词早在2000年以前即已存在,但未被广泛采用,而采用的是契约一词。^①在中国古代,“合同仅是契约形式之一种,严格地说,它是验证契约的一种标记,犹如今天的押缝标志,它本身不是当事人之间的协议。”^②在建国以后,有关法律文件中也曾时而使用“合同”,时而又使用“契约”,有时又将二者并用。例如,1950年9月《政务院财政经济委员会关于机关、国营企业、合作社签订合同契约暂行办法》中第2条规定:“凡机关、国营企业、合作社之间有时业务行为能即时清结者,如借贷、代理买卖、定制货物、以货易货、委托收售、委托加工、委托贷款或实物、委托运输、修缮建筑、租让经营、合同经营等必须签订合同。”这里使用了“合同”概念,而在第3条中又用了“契约”,其行文为:“机关、国营企业、合作社向银行申请贷款,应具备上级机关或主要机关批准的事业计划及财务计划并须签订契约。”可见,“合同”与“契约”并无区别。70年代以后,“合同”的概念在我国得到广泛应用,而“契约”的提法则很少为人所采用。我国民事立法也主要是采用了“合同”之概念。目前除了台湾省的法学著述以及一些译著中仍然继续使用契约的概念以外,国内著作均使用合同的概念。^③

我们认为,由于我国(除台湾省以外)现行民事立法和司法实践大都使用合同而不是契约一词,因此不必恢复使用契约的概念。当然,这并不意味着学术著作中应完全取消“契约”的概念,而应认为合同可以替代契约的概念而使用。有一种观点认为,从字面的含义上看契约的概念比合同更为确切,合同之称在实际使用中很不经济,如过去用“立约人”三个字就能表达的内容,现在却必须用“合同当事人”五个字来表达,因此应改合同为契约的概念。此种看法有一定道理。但考虑到合同一词已经约定俗成,广为流传,而“契约”、“契据”等提法已在实践中极少采用,因此我们认为区分契约与合同实无必要。当然,由于在法律上区分双方意思表示和共同意思表示,仍然具有一定意义,因而从意思表示之相互性和共同性之角度区分契约与合同,也不无意义,但在此情况下,两者都具有特定的含义。

(三) 债

我国《民法通则》第84条规定:“债是按照合同的约定或依照法律规定,在当事人之间产生的特定的权利和义务关系,享有权利的人是债权人,负有义务的人是债务人”。因此,债是特定的当事

^① 参见周林彬主编:《比较合同法》,兰州大学出版社1989年版,第79页。

^② 参见贺卫方:“契约与‘合同’的辨析”,载《法学研究》1992年第二期。

^③ 参见周林彬主编:《比较合同法》,兰州大学出版社1989年版,第79页。

人之间发生的特定的权利和义务。债的概念起源于罗马法。债可分为基于契约之债和基于不法行为之债；现代大陆法系各国民法基本上继受罗马法中债的概念和分类，将合同、侵权行为、无因管理、不当得利等作为债发生的原因，统一由债法来调整。我国《民法通则》和其他大陆法国家立法相近，将债区分为合同之债，侵权行为所生之债、无因管理所生之债与不当得利所生之债。因此，“合同是债的一种形式。各种合同关系都体现为债的单元，理应受到债权制度的确认和保护。”^①“合同也可称为合同之债或合同债”。^②同为债的种类，合同与其他债相比有明显的区别，合同与不当得利和无因管理之债最明显的区别之一是合同基于行为而产生，不当得利和无因管理是基于事实而产生；合同与侵权行为所生之债的区别之一，前者是一种合法行为，而后者是违法行为。因此，我们不赞成有的学者主张以合同代替债的概念的观点。

四、合同法律关系

在一般的合同法著述当中，论及合同法律关系并不多见，但我们认为，合同法学作为一个相对独立的学科，应有自己相对独立的法律关系。所谓合同法律关系是指被合同法确认的当事人之间订立合同而发生的权利义务关系。其基本特征在于：①合同法律关系是一种权利义务关系；②它是基于双方当事人订立合同的事实而发生的；③它是为现行合同法所确认的。合同作为民事法律关系的一种，以其他法律关系一样，也是由主体、客体、内容三个要素组成。

合同法律关系的主体，是指合同法律关系的参加者，又称合同关系的当事人，包括债权人和债务人。有权请求他方为特定行为的是债权人，有义务实施特定行为的是债务人。在单务合同中，一方当事人为债权人，另一方当事人为债务人；在双务合同中，双方当事人既为债权人又为债务人。合同关系的主体是特定的。主体的特定化是合同关系与物权关系、人身关系、知识产权关系等的重要区别。但这种特定关系有时会发生变化，如依照法律或合同规定，债权人可以将其债权全部或部分转让给第三人，债务人也可将其债务全部或部分转移给第三人，这样，第三人可以取代债权人或债务人的地位或加入合同关系，成为合同关系的主体。合同关系的主体，按其法律组织形式划分，可分为自然人、法人、合伙、个体工商户、农村承包经营户和其他经济组织等。

合同法律关系的客体，是指合同双方当事人权利与义务所指向的对象，也称合同的标的。在理论上，学者们对合同的客体存有争议。争议之一是客体与标的关系，有人认为客体与标的不同，前者指债务本身，后者指债务人的行为。还有人认为客体与标的是同一概念，均指债务人的给付。也有学者认为客体与标的是从不同角度提出的概念，从静态上看其构成要素为主体、标的和内容。争议之二是客体的内涵，有人认为是物；也有人认为是行为；还有学者认为是给付。我们认为合同关系的客体与标的是一致的，只是称谓不同，没有必要再去分开。合同关系客体的内涵是指引起合同权利与义务发生的行为。若认为合同客体是物，而有些合同涉及委托事务等。若认为合同客体是给付，同样在有些合同中并不一定涉及给付。因此，合同关系的客体应是债务人所为的行为，而这种行为内容因不同性质的合同而不同。

合同关系的内容是指在合同法律关系中当事人享有的权利和应承担的义务。即合同债权与合同债务。合同债权是指债权人依据法律或合同规定而享有的请求债务人履行合同的权力。它是一种请求权，同时又是一种接受履行的权利。当债务人根据法律规定或合同约定履行债务时，债权人有权接受并永久保持因履行所得的利益。此外，债权人债权内容还包括债权请求保护权和处分权能。合同债务是指法律规定或合同约定，合同债务人所负担的应为特定义务。这种合同债务具有特定性和履行的强制性。合同债务包括给付义务和附随义务，给付义务里按合同约定必须履行的义务，附随

^①参见王利明：《合同法新论·总则》，中国政法大学出版社，1996年版，第11页。

^②参见马俊驹：《民法原论（下）》，法律出版社，1998年版，第538页。

义务是指并非自始确定，但随着合同关系的发展，为了维护相对人的利益，在个别情况要求对方履行的义务，如注意义务、告知义务、照顾义务、说明义务、保密的义务。

第二节 合同的分类

依据不同的标准，从一定的角度切入，可以对各种各样的合同进行分门别类。分析和掌握各类合同的性质、特点，有助于我们把握各类合同的成立条件和履行要求，更好地利用合同为发展市场经济服务。

一、依合同性质分类

在合同法学理论上，常常按照合同性质的某一方面作为标准，对合同进行分类。这种学理分类，在研究、把握合同性质和正确运用合同中具有一定的意义。

（一）转移财产合同、完成工作合同和提供服务合同

这是按照合同标的不同划分的。转移财产的合同是指一方将一定的财产所有权、用益权转移给对方，由对方支付相应报酬的合同，如买卖合同、赠与合同、租赁合同、企业租赁经营合同等。完成工作的合同是指一方完成另一方交给的工作任务，另一方根据数量和质量给付一定报酬的合同，如承揽合同、农业承包经营合同、企业承包经营合同、建设工程合同等。提供服务的合同是指一方按照约定条件，使用自己的工具，为对方提供服务，由对方支付一定报酬的合同，如运输合同、委托合同、保管合同、培训合同、演出合同等。

区分转移财产合同、完成工作合同和提供服务合同的法律意义在于，不同合同的标的，履行要求和违约责任不同，买卖合同可以提供种类物，而承揽合同只能提供特定的工作成果。

（二）有名合同和无名合同

这是按照合同名称不同划分的。有名合同也称“典型合同”，指法律对其名称和内容作了特别规定的合同。如我国《合同法》规定的买卖合同等 15 种合同。无名合同，也称“非典型合同”，是指法律没有规定其名称和内容的合同。

区分有名合同和无名合同的法律意义在于，对于有名合同，除适用我国《合同法》的总则规定外，还直接适用分则中有关该合同的具体规定，对于无名合同，只能适用我国《合同法》总则的规则。

（三）诺成合同和实践合同

这是按照合同成立要求不同划分的。诺成合同，亦称“不要物合同”，是指当事人意思表示一致，就合同的主要条款达成协议，即能成立的合同，如买卖合同、租赁合同等。实践合同，也称“要物合同”，是指除合同当事人意思表示一致达成协议外，还须交付标的物才能成立的合同。实践合同当事人的承诺，属于预约，如赠与合同、保管合同等。

区分诺成合同和实践合同的法律意义在于，判别合同是否成立以及成立的时间，界定双方是否存在和何时存在权利义务。

（四）要式合同和不要式合同

这是按照合同成立是否需要特定的形式和手续划分的。要式合同是指法律要求必须具备一定的形式和手续的合同。例如，我国《合同法》规定，融资租赁合同应当采用书面形式。《中华人民共和国城市房地产管理法》第 49 条和第 61 条规定，房地产抵押，抵押人和抵押权人应当签订书面抵押合同；房地产抵押时，应当向县级以上地方人民政府规定的部门办理抵押登记。可见，融资租赁合同和房地产抵押合同都是要式合同。不要式合同是指法律不要求具备一定形式和手续的合同。

区分要式合同和不要式合同的法律意义在于，尽管现代合同法大多规定商务活动中以采用不要

式合同为原则，以采用要式合同为例外，但是，毕竟还是存在一些要式合同。在要式合同的必备形式和手续不全的情况下，可以确认合同未成立或者不具有法律效力。

（五）单务合同和双务合同

这是按照合同当事人之间的权利义务关系划分的。双务合同是指双方当事人互享权利和互担义务的合同，如买卖合同。单务合同是当事人一方只享权利不尽义务，另一方只尽义务不享权利的合同，如不附义务的赠与合同等。

区分双务合同和单务合同的法律意义在于，同时履行抗辩权和后履行抗辩权只能发生在双务合同中，不会发生在单务合同中。

（六）主合同和从合同

这是按照合同主从关系划分的。主合同是指能够独立存在的合同，如借款合同等。从合同是指以其他合同的存在为前提才能成立的合同，如保证合同、抵押合同等担保合同。

区分主合同和从合同的法律意义在于，确立合同主从关系，明确从合同的从属性及其履行的条件性，主合同的变更和终止，会引起从合同的变更和终止的后果。

（七）即时清结合同和非即时清结合同

这是按照合同履行时限不同划分的。即时清结合同是指合同成立便立即履行完毕的合同。人们在商店和集市上的即时买卖，一手交钱，一手交货，就属于这种合同。非即时清结合同是指合同成立后并不立即履行完毕的合同，如融资租赁合同、建设工程合同等。

区分即时清结和非即时清结合同的法律意义在于，根据合同的这一性质采取不同的合同形式。即时清结的合同可采用口头形式，非即时清结的合同采用书面形式。

（八）格式合同和非格式合同

这是按照合同条款的产生方式不同划分的。格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。采用格式条款订立的合同就是格式合同。例如保险公司与投保人订立的保险合同。订立合同时，条款经双方协商一致的合同是非格式合同。现实生活中的大量合同都是非格式合同。

区分格式合同和非格式合同的法律意义在于，在对合同条款的理解有分歧时，如果属于格式合同，则应当作出不利于提供格式条款一方的解释，以体现法律的公正和公平。

（九）有效合同和无效合同

这是按照合同效力不同划分的。有效合同是指主体、内容和形式皆符合法律规定要求，对当事人具有法律约束力的合同。无效合同是指不具备合同有效要件，对当事人无法律效力的合同。

区分有效合同和无效合同的法律意义在于，可以有效地维护国家利益和社会公共利益，保护诚实和守法的弱者，保护当事人的合法权益。

二、立法分类

这里的立法分类，主要是指国家立法对合同的分类。我国 1981 年 12 月 13 日五届全国人大第四次会议通过的《中华人民共和国合同法》，将经济合同分为购销、建设工程承包、加工承揽、货物运输、供用电、仓储保管、财产租赁、借款、财产保险和技术合同等种类。根据 1985 年 3 月 21 日六届全国人大常委会第十次会议通过的《中华人民共和国涉外经济合同法》的规定，经济合同可分为国内经济合同和涉外经济合同，其中中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、补偿贸易合同和涉外贸易买卖合同等是较常见的涉外经济合同。1987 年 6 月 23 日六届全国人大常委会第二十一次会议通过的《中华人民共和国技术合同法》，将技术合同分为技术开发、技术咨询、技术服务合同等种类。

1999 年 3 月 15 日九届全国人民第二次会议通过的《中华人民共和国合同法》，按照合同的内容

和效力范围为分类标准，在分则中分别用专章规定了 15 种典型合同。其中，买卖合同，供用电、水、气、热力合同，借款合同，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，仓储合同等 10 种合同，在过去的合同立法中已有所涉及；赠与合同、融资租赁合同、委托合同、行纪合同和居间合同等 5 种合同是新增加的合同。

三、依合同形式分类

合同形式是指合同当事人约定和法律规定的订立合同所采取的形式。

（一）口头合同和书面合同

口头合同是指当事人以直接对话协商（包括当面对话协商和电话对话协商等）方式进行意思表示而订立的合同。口头合同的优点是简便、易行、快捷，有利于加快民事流转速度，是即时清结合同普遍采用的合同形式。书面合同是指当事人以书面文字表达协议内容的方式订立的合同。其优点是权利义务明确，有利于防止和处理合同纠纷。它适用于非即时清结的合同关系。我国《合同法》第 11 条规定，合同书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。

区分口头合同和书面合同的法律意义在于，法律、行政法规规定以及当事人约定应当采用书面形式的，应当用书面合同明确双方权利义务。不要以为书面合同仅指双方同时上面签字的“合同书”，书面合同还包括来往信件和数据电文。

（二）当事人合意成立合同和第三方介入成立合同

这是按照合同成立要件不同划分的。当事人合意成立合同是指当事人依照法律规定就合同内容意思表示一致即成立的合同。现实生活中的大多数合同皆属于这种合同。这里的第三方介入成立合同是指按照法律、行政法规或当事人约定应当办理批准、登记和公证等手续生效的合同，如公证合同、批准合同和登记合同等。

公证合同，是指当事人约定或法律规定由国家公证机关对合同内容审查公证而成立的合同。公证是对合同真实性和合法性进行证明的行为。合同公证以自愿为原则，以法定为例外。

批准合同，是指依照国家法律、行政法规规定须经国家有关主管机关审查批准方能成立的合同。例如，中外合资经营企业合作合同、中外合作经营企业合作合同，须经国家或地方人民政府对外经济贸易管理部门的审查批准，才能生效。

登记合同，是指依照国家法律、行政法规规定应当办理登记手续才能成立的合同。例如，房地产转让合同、抵押合同、股票、商标权、专利权和著作权中的财产权质押合同应分别向国家房地产管理机关、证券登记机构、工商行政管理机关或专利管理机关等办理登记手续。

第三节 合同法的概念

合同法是什么？据学者考证，通常有两种定义：一是将合同法界定为“执行当事人允诺和协议的法律。”二是将合同法定义为“涉及财产或劳务的私人转让的法律”。按笔者的认识，有关合同法的这两个定义虽然都在一定层面上揭示了合同法，但它们各自都具有一定的片面性。前者从合同形式出发，强调合同法对当事人合同行为的规范，特别是对当事人合同发生履行行为的规范，其揭示的合同法为形式层面上的合同法；后者则从合同法调整的社会关系——财产和劳务的私人转让关系出发，强调作为上层建筑的合同法对经济基础的反作用，其揭示的合同法为实质层面上的合同法。但是合同法的这两个层面并非彼此孤立的、互相排斥的，而是相互联系的、有机统一的。因此，对合同法的概念我们既要形式、实质两个层面分别考察，又要在此基础上将这两层面联系起来，进行综合考察，才能获得较为全面的认识，作出较为全面的定义。