

博
學



法学系列

郭明瑞 主编

合同法学



復旦大學出版社

www.fudanpress.com.cn

etoria
Faxue



法学系列

郭明瑞 主编

合同法学



復旦大學出版社

www.fudanpress.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

合同法学/郭明瑞主编. —上海:复旦大学出版社,2005.4
(复旦博学·法学系列)
ISBN 7-309-04434-7

I. 合… II. 郭… III. 合同法-法的理论-中国
IV. D923.61

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第025139号

合同法学

郭明瑞 主编

出版发行 复旦大学出版社

上海市国权路579号 邮编200433

86-21-65118853(发行部) 86-21-65109143(邮购)

fupnet@fudanpress.com http://www.fudanpress.com

责任编辑 张永彬

装帧设计 孙曙

总编辑 高若海

出品人 贺圣遂

印 刷 上海第二教育学院印刷厂
开 本 787×960 1/16
印 张 28.25 插页 2
字 数 549千
版 次 2005年4月第一版第一次印刷
印 数 1—6000

书 号 ISBN 7-309-04434-7/D·278

定 价 39.00元

如有印装质量问题,请向复旦大学出版社发行部调换。

版权所有 侵权必究

主 编 郭明瑞

撰稿人 (以姓氏笔画为序)

马新彦 王 轶 李 霞

房绍坤 郭明瑞 温世扬

作者简介

郭明瑞 法学博士,烟台大学校长、教授、博士生导师,教育部高等学校法学学科教学指导委员会委员,中国法学会民法学研究会副会长,法学教育研究会副会长、山东省法学会副会长。代表性著作有:《民事责任论》、《担保法原理与实务》、《民商法原理》、《继承法研究》等;代表性论文有:《关于无因管理的几个问题》、《关于我国物权立法的三点思考》等。

房绍坤 法学博士,烟台大学副校长、教授,中国法学会商法学研究会常务理事、民法学研究会理事、法学教育研究会理事。代表性著作有:《中国民事立法专论》、《民商法原理》、《民商法问题研究与适用》等;代表性论文有:《民事立法瑕疵及其原因与矫正》、《用益物权三论》、《用益物权的法律属性》、《建筑物区分所有权的构造》等。

温世扬 法学博士,武汉大学法学院副院长、教授、博士生导师,教育部高等学校法学学科教学指导委员会委员,中国法学会民法学研究会常务理事,湖北省法学会常务理事、民法学专业委员会副会长。代表性著作有:《物权法要论》、《比较民法学》、《现代民法学》等;代表性论文有:《略论中国民法物权体系》、《集体土地诸物权形态剖析》、《取得时效立法研究》等。

马新彦 法学博士,吉林大学法学院教授、博士生导师,中国法学会民法学研究会常务理事,吉林省法学会民法学研究会主任。代表性著作有:《美国财产法与判例研究》、《民法的现代性与制度现代化》、《合同法》等,代表性论文有:《典权制度的法理弊端》、《论现代私法上的信赖规则》、《论既判力的溯及范围》等。

王 轶 法学博士,北京大学法学院副教授,中国法学会民法学研究会副秘书长。代表性著作有:《合同法新论·分则》、《合同法》、《物权变动论》等;代表性论文有:《所有权保留制度研究》、《论无权处分行为的效力》、《论买卖合同中债务履行不能风险的分配》等。

李 霞 山东大学法学院副教授、民商法硕士生导师,山东大学法学院博士研究生。代表性著作有:《离婚与财产分割》、《监护制度比较研究》;代表性论文有:《成年后见制度的日本法观察》、《民法亲属编三题》等。

目 录

第一章 合同与合同法概述	1
第一节 合同的含义与种类	1
第二节 合同法的概念与基本原则	12
第二章 合同的订立	23
第一节 合同订立的含义	23
第二节 合同订立的程序	26
第三节 合同成立的时间与地点	42
第四节 合同的形式与内容	44
第五节 合同的解释	54
第六节 格式条款	58
第七节 缔约过失责任	61
第三章 合同的效力	69
第一节 合同效力概述	69
第二节 合同的一般生效要件	72
第三节 附条件与附期限的合同	76
第四节 效力待定合同	80
第五节 无效合同	85
第六节 可撤销合同	92
第四章 合同的履行	99
第一节 合同履行概述	99
第二节 合同履行的原则	102
第三节 合同履行的具体规则	108
第四节 双务合同履行中的抗辩权	112



第五章 合同的保全和担保	121
第一节 合同的保全	121
第二节 合同的担保	129
第六章 合同的变更与转让	160
第一节 合同的变更	160
第二节 合同的转让	163
第七章 合同的终止	175
第一节 合同终止概述	175
第二节 清偿	177
第三节 抵消	187
第四节 提存	194
第五节 债务免除与混同	199
第六节 合同解除	202
第八章 违约责任	214
第一节 违约责任概述	214
第二节 违约形态	220
第三节 违约责任形式	229
第四节 违约责任与侵权责任的竞合	248
第九章 买卖合同	254
第一节 买卖合同概述	254
第二节 买卖合同的效力	257
第三节 特种买卖合同	270
第十章 供用电、水、气、热力合同	281
第一节 供用电、水、气、热力合同概述	281
第二节 供用电合同	283
第十一章 赠与合同	287
第一节 赠与合同概述	287
第二节 赠与合同的效力	290
第三节 赠与合同的撤销	292



第四节	附负担赠与合同	294
第十二章	借款合同	297
第一节	借款合同概述	297
第二节	金融机构借款合同	299
第三节	自然人间的借款合同	302
第十三章	租赁合同	305
第一节	租赁合同概述	305
第二节	租赁合同的效力	309
第三节	租赁合同的终止	317
第十四章	融资租赁合同	320
第一节	融资租赁合同概述	320
第二节	融资租赁合同的效力	322
第三节	融资租赁合同的终止	328
第十五章	承揽合同	331
第一节	承揽合同概述	331
第二节	承揽合同的效力	334
第三节	承揽合同的终止	340
第十六章	建设工程合同	342
第一节	建设工程合同概述	342
第二节	勘察设计合同的效力	345
第三节	施工合同的效力	347
第四节	监理合同	351
第十七章	运输合同	355
第一节	运输合同概述	355
第二节	客运合同	359
第三节	货运合同	366
第四节	多式联运合同	373



第十八章	技术合同	379
第一节	技术合同概述	379
第二节	技术开发合同	387
第三节	技术转让合同	393
第四节	技术咨询合同和技术服务合同	396
第十九章	保管合同	402
第一节	保管合同概述	402
第二节	保管合同的效力	404
第二十章	仓储合同	409
第一节	仓储合同概述	409
第二节	仓储合同的效力	411
第二十一章	委托合同	415
第一节	委托合同概述	415
第二节	委托合同的效力	417
第三节	间接代理制度	422
第四节	委托合同的终止	424
第二十二章	行纪合同	426
第一节	行纪合同概述	426
第二节	行纪合同的效力	429
第二十三章	居间合同	434
第一节	居间合同概述	434
第二节	居间合同的效力	436
参考书目	440
后 记	441



第一章 合同与合同法概述

本章要点

本章主要介绍合同的含义、合同的分类；合同法的概念、特征和适用范围、合同法的各项基本原则。

第一节 合同的含义与种类

一、合同的含义

《中华人民共和国合同法》(以下简称《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、终止民事权利义务的协议。”这是法律对合同的定义。然而,合同是一个多含义的概念,在不同的场合使用的“合同”概念有着不完全相同的含义,相互间既有联系又有区别。一般说来,合同主要有以下含义:

(一) 合同是一种法律事实

法律事实是能够引起民事法律关系发生、变更、终止的客观现象。合同首先是作为法律事实来使用的,如订立合同。《合同法》第2条规定的定义就是从这一含义上说的。这一含义上的合同具有以下主要特征:

1. 合同是平等主体之间的双方或者多方的法律行为

众所周知,法律事实有自然事实与行为之分。行为又有事实行为与法律行为之别。法律行为还有单方法律行为与双方或多方法律行为的区别。合同作为一种法律事实,属于法律行为,并且不属于单方法律行为;既不是自然事实,也不是事实行为。合同作为双方或多方的法律行为,有两个最显著的特点:

(1) 主体的平等性。合同是平等的自然人、法人、其他组织之间的协议,其主体地位是平等的。从而,合同只能是各方平等协商的结果,任何一方都不能将



自己的意志强加给他方。如果当事人之间不具有平等的地位,其相互之间达成的协议即使也称为“合同”,也不属于我们这里所说的合同。如计划生育管理部门与自然人之间的计划生育合同就不属于我们这里所说的合同。也正因为合同的主体为平等的民事主体,所以,合同法上所说的合同又称为民事合同或民商事合同。

(2) 意思表示的一致性。双方法律行为须有双方的意思表示一致才能成立。合同是平等主体之间的协议,须有当事人各方之间的意思表示的一致。意思表示的一致要求各方就协议的内容达成一致,而非要求各方所追求的经济目的的一致。也正是在这一意义上说,合同是当事人之间的一种合意。

2. 合同是以设立、变更、终止民事权利义务为目的的

法律行为是以设立、变更、终止民事权利义务为目的的,以意思表示为要素的。合同作为一种法律行为,当然须以设立、变更、终止民事权利义务为目的。换言之,只有当事人之间以设立、变更、终止民事权利义务为目的而达成的协议,才能称为合同;不是以设立、变更、终止民事权利义务为目的的协议,不能称为合同。合同的这一特征使其区别于好意施惠。好意施惠是一方当事人基于良好的道德风尚实施的使另一方受恩惠的行为。尽管在好意施惠的情形下,当事人之间也有“合意”,但当事人之间并无设立、变更、终止民事权利义务的法律目的。民事权利义务有财产权利义务与身份权利义务之分。以设立、变更、终止财产权利义务为目的的法律行为称为财产法律行为,以设立、变更、终止身份权利义务为目的的法律行为称为身份法律行为。《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。”依此规定,合同法上所称的合同仅指设立、变更、终止财产权利义务关系的财产法律行为,而不包括设立、变更、终止身份权利义务关系的身份法律行为。

(二) 合同是一种法律关系

有时候人们从合同为一种法律关系的含义上使用合同的概念,如履行合同。在此场合,合同是指依当事人双方的合意所设立的民事权利义务关系,即合同关系。

合同作为一种法律关系,其主要特征在于合同的相对性。也就是说,合同只在特定的当事人之间发生权利义务。合同的特定性主要表现在:

1. 合同主体特定

法律关系的主体包括权利主体与义务主体,任何法律关系的权利主体都是特定的,而义务主体则并非全为特定的。义务主体不特定的法律关系称为绝对法律关系,而义务主体特定的法律关系则称为相对法律关系。合同关系不仅权利主体即债权人特定的,而且义务主体即债务人也是特定的。因此,合同关系属于相对的法律关系,债权人原则上只能向特定的义务人主张权利。



2. 合同内容特定

合同当事人享有的权利和负担的义务是特定的,一般是由当事人在合同中明确约定的。

3. 合同责任是特定的

合同责任特定,一方面表现在责任的范围、形式等可由当事人约定,更重要的表现在它只发生在特定的合同当事人之间,而一般不会发生由第三人承担责任。

当然,合同的相对性也有一定例外,并非说合同对于第三人就绝对不发生效力。例如,共有人之间分管共有物的协议(合同)就有对抗第三人的效力;第三人侵害合同债权的,也应承担侵权的民事责任。

(三) 合同是一种法律文书

有时候人们是就合同为一种法律文书来使用合同概念的。如有合同为证。于此含义上,合同是指确定当事人之间权利义务的证据。在这种含义上使用合同,强调的是合同具有证明当事人之间协议真实性的证明效力。

二、合同的种类

依据不同的标准,可以将合同分为不同的种类。将合同分类的目的,是为了将各种各样的合同类型化,以正确地认识各种合同不同的特点,正确适用法律。常见的合同分类有以下几种:

(一) 双务合同与单务合同

根据合同当事人之间权利义务的分配情形,合同可分为双务合同与单务合同。

双务合同是当事人双方相互负担对待给付义务的合同,也就是说,合同的每一方既是权利主体即债权人,又是义务主体即债务人,且一方当事人所负担的义务也正是另一方所享有的权利。例如,买卖合同的出卖人负有交付出卖物并转移所有权的义务,买受人享有取得出卖物所有权的权利,从这一角度说出卖人为债务人,买受人为债权人;同时出卖人享有取得价款的权利,买受人负有支付价款的义务,从这一角度说出卖人又为债权人,买受人为债务人。在买卖中,出卖人一方的义务正是买受人一方的权利,反之亦然。

单务合同是当事人双方并不负担相互给付义务的合同。在有的单务合同中,只有一方享有权利而不负担义务,另一方仅负担义务而不享有权利。例如,在一般赠与合同中,赠与人仅负担义务而不享有权利,受赠人仅享有权利而不负担义务。在有的单务合同中,虽当事人双方也都负担义务,但其义务并不具有相互对待给付的性质。例如,在附负担赠与合同中,受赠人也负担一定义务,但该义务与赠与人的义务并不具有对待给付的性质,一方的义务并非为另一方的权利。

区分双务合同与单务合同的法律意义主要在于:第一,履行义务的顺序要求



不同。因双务合同的当事人互负对待给付的义务,因此,双方义务的履行顺序有意义,如当事人未明确义务的先后履行顺序,则双方应同时履行各自的义务,任何一方在未履行其义务前都无权要求对方履行。而单务合同因当事人相互不负对待给付的义务,因此,当事人义务的履行顺序并无意义。第二,风险负担不同。在双务合同中,非因当事人的原因致使合同不能履行的,义务人不负履行的责任,也无权要求对方履行;若一方已经履行而另一方不能履行,则不能履行的一方应将其所得返还给已经履行的一方。如买卖合同中非因当事人的原因使标的物毁损灭失的,出卖人不再负交付义务,也无权要求买受人支付价款;若买受人已经支付价款,则出卖人应将所收受的价款返还给买受人。而在单务合同中,如非因当事人的原因致使合同不能履行的,则不会发生风险负担即对方是否应履行义务的问题。第三,不履行合同的后果不同。在双务合同中因双方负有对待给付义务,一方不履行或不适当履行合同的,守约方有权要求违约方履行或者承担其他违约责任;若守约方依法要求解除合同,违约方应将从对方取得的财产返还给守约方。而在单务合同中因双方不存在对待给付义务,一方违约时不发生对方要求违约方对待履行或返还财产的问题。

(二) 有偿合同与无偿合同

根据当事人取得权利是否须偿付代价,合同可分为有偿合同与无偿合同。

有偿合同是当事人取得权利必须支付相应代价的合同。也就是,合同当事人一方取得利益,必须向对方当事人支付相应的代价;而支付代价的一方,必从对方取得相应的利益。这里的所谓代价实指财产利益的给付,可以是给付金钱,也可以是给付实物或者提供劳务。有偿合同应当适用等价交换原则,但“等价”并不要求一方取得的利益与对方支付的代价在经济上、价值上完全相等,只要求双方取得的利益达到公平合理的程度。由于商品交换遵循价值规律,因此,有偿合同是商品交易关系的最典型的法律形式,大多数合同都是有偿合同。买卖合同、租赁合同是典型的有偿合同。

无偿合同是当事人一方取得权利无须支付相应代价的合同。无偿合同因一方取得利益是不支付财产代价的,因而它不适用等价有偿原则,不属于商品交易关系的典型的法律形式。赠与合同、借用合同是典型的无偿合同。

合同是否有偿,取决于合同的性质。有的合同只能是有偿的或者无偿的,如果将合同的有偿性或无偿性改变,合同的性质也就发生根本变化。例如,买卖合同只能是有偿的,如变成无偿合同,则该合同不为买卖合同而为赠与合同;又如,借用合同只能是无偿的,如变成有偿合同,则该合同不能为借用合同而为租赁合同。有的合同可以是有偿的也可以是无偿的,是否有偿决定于当事人的约定或者法律规定。例如,自然人之间的借款合同、保管合同、委托合同,如当事人约定为有偿的,则为有偿合同;如当事人无特别约定,则为无偿合同。



合同的有偿或无偿与合同为双务或单务合同是紧密相联系的。一般说来,双务合同即为有偿合同,单务合同就为无偿合同。但是,双务合同也可以是无偿合同,如无偿的保管合同就属于双务合同;单务合同也可以是有偿合同,如有息借款合同就为有偿合同。因此,不能将有偿合同与双务合同、无偿合同与单务合同完全等同起来,合同的有偿无偿与合同的双务单务是两种不同的合同分类。

区分有偿合同与无偿合同的法律意义主要在于:第一,当事人的注意义务要求不同。在有偿合同中,当事人的义务受当事人间利益关系的影响,法律对当事人要求有较高的注意义务;而在无偿合同中,因一方仅支付代价却无利益取得,法律对其注意义务要求较低。例如,保管合同如为有偿的,因保管人收取保管费就承担较重的注意义务;如为无偿的,因保管人付出劳务却不收费,法律对保管人的注意义务要求就相对低。如我国《合同法》第374条就规定:“保管期间,因保管人保管不善造成保管物毁损、灭失的,保管人应当承担损害赔偿责任,但保管是无偿的,保管人证明自己没有重大过失的,不承担损害赔偿责任。”第二,主体资格要求不同。由于有偿合同的当事人均需支付代价才能取得利益,因此,一方面有偿合同的当事人原则上应当具备完全民事行为能力,限制民事行为能力人非经法定代理人同意原则上不能订立有偿合同;另一方面,在有偿合同中当事人的身份一般不具有特别的意义,如买受人为何人对于买卖合同的成立并无影响。而在无偿合同,由于一方取得利益不支付代价,另一方仅支付代价而不能取得利益,因此,一方面法律对于无偿合同中取得利益的当事人的主体资格要求较低,例如无完全民事行为能力人可以订立自己纯获利益的合同;另一方面无偿合同中纯受利益一方的身份对于合同的效力会有影响。例如,受赠人为何人对于赠与人是否决定赠与有直接影响,如赠与人对于受赠人误解可以构成重大误解。第三,债权人行使撤销权的条件不同。我国《合同法》第74条规定:“因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产,对债权人造成损害的,债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产,对债权人造成损害,并且受让人知道该情形的,债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。”这说明,债务人通过无偿合同将财产转让给第三人的,只要该行为有害于债权人的债权,债权人就可以撤销该行为;而在债务人通过有偿合同将财产转让给第三人的情形下,除该行为有害于债权人外,还须债务人和第三人实施交易时存在损害债权人债权的恶意,债权人才可以行使撤销权撤销该行为。第四,构成善意取得的条件不同。在无权处分人处分他人财产将财产转让给第三人时,如果通过有偿合同转让的,则受让人为善意的,可基于善意取得而取得标的物的所有权;但如果通过无偿合同转让的,则受让人不论是否为善意,均不构成善意取得,所有人有权要求受让第三人返还,第三人不能取得受让财产的所有权。

(三) 诺成性合同与实践性合同

根据合同的成立生效是否以交付标的物为要件,可将合同分为诺成性合同与



实践性合同。

诺成性合同又称为不要物合同,指只要当事人的意思表示一致就可以成立生效而不以标的物的交付为成立要件。诺成性合同为合同的典型形态。大多数合同,如买卖、租赁、承揽等都为诺成性合同,自当事人意思表示一致时即告成立。

实践性合同又称为要物合同,指除当事人意思表示一致外还须交付标的物才能成立的合同。因为在该类合同中,交付标的物为合同的成立要件,所以称为要物合同。实践性合同并非合同的常态。一个合同是否为实践性合同,需以交易习惯或法律规定是否以交付标的物为成立要件而定。如,依我国《合同法》第 367 条规定,保管合同为实践性合同,但当事人另有约定的除外;又如,依交易习惯,借用合同也为实践性合同。

区分诺成性合同与实践性合同的意义主要在于:第一,合同的成立时间不同。诺成性合同自当事人意思表示一致时即可成立生效;而实践性合同仅有当事人的意思表示一致还不能成立生效,只有一方当事人交付标的物时,合同才能成立生效。如《合同法》第 367 条规定:“保管合同自保管物交付时成立,但当事人另有约定的除外。”《合同法》第 210 条规定:“自然人之间的借款合同,自借款人提供借款时生效。”第二,交付标的物的意义不同。在诺成性合同中,当事人一方交付标的物是其履行合同的履行行为,是当事人应履行的给付义务;而在实践性合同中,当事人一方交付标的物是合同的成立生效要件。实际上,在实践性合同中,当事人一方交付标的物具有双重意义,它既是合同成立生效的条件,又是当事人履行合同义务的行为。

(四) 要式合同与不要式合同

根据合同是否以特定的形式为要件,可将合同分为要式合同与不要式合同。

要式合同,指的是须采取法律规定的特定形式才能生效的合同。要式合同的特点在于是否采取法律规定的特定形式为合同是否生效的条件。一般说来,法律所要求的形式为书面形式,但并非采用书面形式的合同就为要式合同。合同是否为要式合同,应当取决于法律的规定。

不要式合同,指的是法律没有规定须采用特定形式,而是可由当事人自行约定采用何种形式的合同。不要式合同的特点在于,当事人可以根据合同的自由原则,自行约定合同的形式,而不受法律规定的限制。

在古代法中,合同以要式为原则,以不要式为例外。而在现代法上,合同以不要式为原则,以要式为例外。因此,在实践中大多数合同为不要式合同,只有对一些特别的交易,为便于国家监督管理,法律才要求当事人须采用特定的形式。我国《合同法》第 10 条规定:“当事人订立合同,有书面形式、口头形式和其他形式。法律、行政法规规定采用书面形式的,应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式



的,应当采用书面形式。”可见,除法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式外,合同可采用任何形式。

在法律、行政法规规定合同应采用特定形式时,当事人未采用该特定形式的,其法律后果如何呢?这涉及要式合同中形式要件的效力,对此,有不同的观点。一种观点认为,法律规定的形式属于合同的成立要件,不采取法律规定的形式,合同不能成立。^①另一种观点认为,法律规定的形式属于生效要件,没有采取法律规定的形式,合同也是成立的,只是不能生效。^②还有一种观点认为,法律关于形式要件的规定是属于成立要件还是属于生效要件,应依据法律规定的涵义及合同的性质来确定。^③我们原则上赞同后一种观点。正如有些学者所指出的,立法者在规定某种合同形式为法定形式时,可以赋予该法定形式四种不同的法律效力:一是证据效力,即法定形式作为合同存在的证明;二是成立效力,即法定形式作为合同的成立要件;三是生效效力,即法定形式作为合同的生效要件;四是对抗效力,即法定形式作为对抗第三人的要件。判定未采取法定形式的后果,要探究立法者的意图。^④我国《合同法》第36条规定:“法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同,当事人未采用书面形式订立合同但一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立。”依相反解释,当事人没有采用法律、行政法规规定或者当事人约定的书面形式,也没有一方履行主要义务的,合同应为不成立。由于本条是规定在“合同的订立”一章中,按照体系解释的方法,形式要件应属于合同订立中的问题。可见,《合同法》对要式合同的形式要件采取了成立要件主义。^⑤同时,该规定也说明形式要件仅具有证据效力,如果当事人虽未采用书面的法定形式但能够证明一方已经履行主要义务且对方接受的,合同也成立。当然,若法律规定当事人未采用特定的形式,合同不生效,则法定形式也就成为合同的生效要件。

(五) 主合同与从合同

根据两个合同相互间的关系,可以将其分为主合同与从合同。

主合同是不依赖其他合同而能够独立存在的合同。主合同的特点就在于它能独立存在,不以其他合同的存在为存在前提。主合同是相对于从合同而言的,没有从合同也就无主合同,没有主合同也就无所谓从合同。从合同是指以其他合同的存在为存在前提的合同,从合同的特点就在于它不能独立存在,以主合同的存在为存在的前提。例如,为担保借款合同的履行而订立担保合同,借款合同与担保合同之间就有主合同与从合同之分:借款合同为主合同,担保合同为从合同。若未订

① 参见佟柔主编:《中国民法》,法律出版社1990年版,第342页。

② 参见隋彭生:《合同法论》,法律出版社1997年版,第27页。

③ 参见王利明、崔建远:《合同法新论·总则》(修订版),中国政法大学出版社2000年版,第42页。

④ 参见王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第305页。

⑤ 参见郭明瑞、房绍坤:《新合同法原理》,中国人民大学出版社2000年版,第23页。



立担保合同,借款合同也就不称为主合同。

区分主合同与从合同的法律意义主要在于,从合同的命运决定于主合同:主合同不能存在,从合同也就不能存在;主合同转让,从合同不能与主合同分开单独转让或存在;主合同终止的,从合同也随之终止。但是,从合同的存在与否以及是否有效,一般并不影响主合同的存在及效力。

(六) 预约合同与本合同

根据订立合同是否有事先约定的关系,可以将合同分为预约合同与本合同。

预约合同简称预约,指当事人约定将来订立一定合同的合同。本合同简称本约,指为履行预约而于将来订立的合同。预约与本约是相对而言的,没有预约也就没有本约,没有本约也就无所谓预约。例如,当事人预先约定于将来买卖商品房的协议就是预约,而将来订立的商品房买卖合同就是本约。有人认为,预约合同和本合同的分类是与诺成合同和实践合同的分类密不可分的。有诺成合同和实践合同的分类,才有预约合同和本合同的分类。反之,就不存在这种分类。^①我们不同意这种观点。诺成合同与实践合同、预约合同与本合同,这是两种不同的分类。不论诺成性合同还是实践性合同,都可以存在预约和本约。

区分预约合同和本合同的法律意义在于,两者的法律效力不同:预约合同的效力在于当事人应依约定订立本合同,而不发生当事人之间的实体上的权利义务关系;而本合同的效力在于确定当事人之间实体上的权利义务关系。

(七) 实定合同和射幸合同

根据合同订立时当事人的给付义务是否确定,可以将合同分为实定合同和射幸合同。

实定合同又称交换合同,指的是于合同订立时就已经确定当事人给付义务的合同。实定合同的特点在于,当事人的给付义务于合同订立时就已经确定地由双方负担,与其后是否发生偶然事件没有关系。大多数合同,如买卖、租赁、承揽、运输、保管、委托等合同,都属于实定合同。

射幸合同,指的是在订立合同时当事人的给付义务尚未确定的合同。这类合同的特点在于,于合同订立时虽设定当事人的给付义务,但当事人的给付义务是否发生还决定于偶然事件的出现。对于射幸合同,许多国家的立法上有明确规定,如《法国民法典》第1105条就规定:“当事人各方根据不确定事件而在取得利益或遭受损失方面存在偶然性时,此种契约称为射幸契约。”我国《合同法》上虽未明确规定射幸合同,但在《保险法》等法律中规定的合同中就有射幸合同。如保险合同就是一种射幸合同。在保险合同订立时,仅仅确定地发生投保人承担保险费的给付义务,而保险人是否承担保险金的给付义务并不能确定,还取决于保险事故是否发

^① 参见彭万林主编:《民法学》,中国政法大学出版社1994年版,第487页。

