

中国法学教科书·原理与**应用**系列

Contract Law

合 同 法 学

李永军 主 编

朱庆育 副主编



高等教育出版社
HIGHER EDUCATION PRESS

中国法学教科书·原理与应用系列

Contract Law

合 同 法 学

HETONG FA XUE

主 编 李永军

副主编 朱庆育

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

李永军 朱庆育 甄增水

于 飞 田士永



高等教育出版社·北京
HIGHER EDUCATION PRESS BEIJING

内容提要

本书以《中华人民共和国合同法》为主要阐述对象,章节内容亦大致按照《合同法》体例编排,并适当兼顾学术体系。

全书分总、分论两编。总论九章,包括合同制度概述、合同的订立、合同的效力、合同的解释、合同的履行、合同权利义务的移转、合同的保全、违约责任及合同的终止等内容;分论六章,依次论述了旨在移转标的物所有权的合同、旨在移转标的物使用权的合同、旨在完成工作成果的合同、旨在提供服务的合同、旨在提供智力成果的合同以及其他合同。每章前设“本章导学”,后设“引导案例”、“练习案例”、“测试题”与“延伸阅读”。

本书编写理念是:以我国现行实证法律规范为轴,向上探求法律规范背后的基本原理,向下展示法律规范的具体适用。撰写时,各章作者在尽可能简明扼要地阐述基本法学原理的同时,更在正文与章后辅以大量教学与实际案例,以便培养读者将法律规范应用于实际生活的法律思维,并重视与司法考试的对接。

本书适于法学本科程度的读者,亦可供法学研究者参考之用。

图书在版编目(CIP)数据

合同法学/李永军主编. —北京:高等教育出版社, 2011. 2

ISBN 978 - 7 - 04 - 031267 - 6

I. ①合… II. ①李… III. ①合同法—法的理论—中国—高等学校—教材 IV. ①D923. 61

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 251433 号

出版发行	高等教育出版社	购书热线	010 - 58581118
社 址	北京市西城区德外大街 4 号	咨询电话	400 - 810 - 0598
邮政编码	100120	网 址	http://www.hep.edu.cn http://www.hep.com.cn
经 销	蓝色畅想图书发行有限公司	网上订购	http://www.landaco.com http://www.landaco.com.cn
印 刷	河北新华第一印刷有限责任公司	畅想教育	http://www.widedu.com
开 本	787 × 960 1/16	版 次	2011 年 2 月第 1 版
印 张	27.75	印 次	2011 年 2 月第 1 次印刷
字 数	520 000	定 价	40.60 元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

物料号 31267 - 00

作者简介及编写分工(以撰写章节先后为序)

李永军 男,1964年生。民商法博士、博士后,现为中国政法大学民法研究所教授,博士生导师,中国政法大学民商经济法学院副院长,中国法学会民法研究会常务理事。无党派,现任北京市政协常委;1995年获得国家博士后优秀研究奖、1995年获得国家教委对优秀回国留学生科研启动资助;1995年获得政法大学曾宪梓教学奖;1998年获得霍英东科研基金资助;1997年到1998年连续被评为政法大学优秀教师;2000年6月被政法大学评为曾宪梓教学奖一等奖;2001年被列入北京“百人工程”培养人选、2002年被政法大学本科生评为“最受学生欢迎的教师”;2002年被政法大学评为“杰出青年教师”并获得“杰出青年教师基金”奖励;2005年获得教育部“新世纪优秀人才支持计划”资助并获得20万元资助经费;2006年获得司法部教学与科研成果奖二等奖;2007年获得佟柔民商法发展基金首届青年优秀研究成果奖一等奖;2008年获得钱端升科研成果二等奖。2009年获得教育部宝钢优秀教师奖。主要研究方向:民法总论、物权法、合同法、破产法等。主要代表著作:《合同法》、《民法总论》、《破产法律制度》、《破产重整制度研究》、《票据理论与实务》、《破产法》、《契约效力的根源及其正当化说明理论》、《我国合同法是否需要独立的预期违约制度》、《私法中的人文主义及其衰落》、《论商法的传统与理性基础》、《从契约自由的基础看其在现代合同法上的地位》、《非财产性损害的契约性救济及其正当性说明》、《物权与债权的二元划分对民法内在与外在体系的影响》、《破产法的程序结构与利益平衡机制》等。

撰写本书第1章、第8~9章。

朱庆育 法学博士,中国政法大学民商经济法学院教授,兼任中国法学会民法研究会理事。曾出版个人专著《意思表示解释理论——精神科学视域中的私法推理理论》,在《读书》、《中外法学》、《比较法研究》、《政法论坛》、《法学研究》、《法哲学与法社会学论丛》、《北大法律评论》等刊物发表文章二十余篇。

撰写本书第2~7章。

甄增水 法学博士,华北电力大学副教授,硕士生导师。在《私法研究》等杂志上发表论文多篇,参编多部教材,个人负责部分总计达20万字以上。

撰写本书第10章。

于飞 法学博士,中国政法大学副教授。代表性著作:《公序良俗原则研

究——以基本原则的具体化为中心》；《基本权利与民事权利的区分及宪法对民法的影响》。

撰写本书第11~12章、第14章。

田士永 法学博士,中国政法大学副教授,曾出版《物权行为理论研究》等作品。

撰写本书第13章、第15章。

目 录

第一编 总 论

第一章 合同制度概述	3
第一节 合同的概念与边缘界定	3
第二节 契约制度在私法体系中的地位与作用	11
第三节 契约的基本分类	17
第二章 合同的订立	26
第一节 概说	26
第二节 要约	27
第三节 承诺	31
第四节 合同的成立	33
第五节 合同的生效	37
第三章 合同的效力	45
第一节 合同债权的效力	45
第二节 合同效力瑕疵及其事由	47
第三节 行为能力与合同效力	53
第四节 意思保留与合同效力	57
第五节 单方错误与合同效力	59
第六节 表意自由与合同效力	64
第七节 行为主管与合同效力	70
第八节 强制秩序与合同效力	73
第四章 合同的解释	83
第一节 概说	83
第二节 阐释性解释	85
第三节 补充性解释	89
第五章 合同的履行	94
第一节 给付义务	94
第二节 合同履行主体	99
第三节 给付的时空属性	102
第四节 给付内容	105
第五节 双务合同的履行抗辩权	113

第六章 合同权利义务的移转	120
第一节 概说	120
第二节 债权让与	122
第三节 债务承担	126
第七章 合同的保全	133
第一节 债的相对性与合同保全	133
第二节 债权人代位权	134
第三节 债权人撤销权	138
第八章 违约责任	146
第一节 违约的一般概述	146
第二节 违约责任	158
第九章 合同的终止	176
第一节 合同因解除而终止	176
第二节 合同因其他原因而终止	187

第二编 分 论

第十章 旨在转移标的物所有权的合同	201
第一节 买卖合同	201
第二节 赠与合同	235
第三节 借款合同	245
第四节 供用电、水、气、热力的合同	251
第十一章 旨在转移标的物使用权的合同	258
第一节 租赁合同	258
第二节 融资租赁合同	289
第三节 借用合同	299
第十二章 旨在完成工作成果的合同	308
第一节 承揽合同	308
第二节 建设工程合同	326
第十三章 旨在提供服务的合同	344
第一节 运输合同	344
第二节 保管合同	355
第三节 仓储合同	360
第四节 委托合同	366
第五节 行纪合同	374
第六节 居间合同	380
第十四章 旨在提供智力成果的合同	391
第一节 技术合同	391
第二节 商标使用许可和转让合同	410

第十五章 其他合同	420
第一节 概说	420
第二节 保证合同	420

第一编 总 论

第一章 合同制度概述

【本章导学】

本章是学习合同法的关键和起点,应重点掌握以下几个问题:(1)合同的概念,掌握大陆法系与英美法系关于合同的区别;(2)合同与法律行为的关系,从体系上把握合同的坐标;(3)如何在实践中认定合同,有些虽然名称不冠以“合同”字样,但可能是合同;有些虽然冠名为“合同”,但不一定是合同。认定是否为合同,要看其内容而非形式。

第一节 合同的概念与边缘界定

一、合同的概念

(一) 大陆法系国家关于合同的一般概念

在大陆法系,民法的许多原则均源于罗马法,契约^①也不例外。根据罗马法,契约是指“得到法律承认的债的协议”^②在罗马法上,不仅私法上有契约的概念,公法上也有这个概念。《学说汇纂》就把协议(CONVENTIO)分为国际协议、公法协议和私法协议三种。在私法上,不仅债法中有契约的概念,而且物权、亲属和继承法上也有契约的概念,例如,物权的设定和移转、婚姻关系的成立、分析遗产的协议等,凡能发生私法效力的一切当事人的协议,就是契约……公元前2世纪以后,债的协议受市民法的保护,成为契约;不受市民法保护的,称为“简约”(PACTUM)^③。《法国民法典》规定契约的定义,即是从罗马法承袭而来,依照该法典第1101条的规定,契约,为一人或数人对另一人或另数人承担给付某物、作为或不作为义务的合意。由于《法国民法典》在世界民法史上的特殊地位,这一定义逐渐成为大陆法系民事立法关于契约的最传统的经典性定义,对许多国家的民事立法和民法理论产生了深刻的影响。这一定义中包括了两个要素:其一为双方的合意;其二为发生债权债务关系的依据或原因。德国学者汉斯·哈腾保尔指出:人们很早就已经知道,一个合同的成立至少需要两个协商一致的意思和法律目的必须同一的行为,这种观念从“合同”一词的意义就可以看

① 本书将“契约”与“合同”作为同义语使用,若无特别说明,契约即为合同。

② [意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第307页。

③ 周相:《罗马法原论》,商务印书馆1994年版,第654页。

出来。“合同”一词如果作为动词,其意思就是相互之间在某种事情上协商一致,合同的内容就是两个以上当事人的“意思表示一致”,即“合意”。“合意”一词在古代日耳曼法、古罗马法和教会法中都曾经有广泛的使用。“全体人所要做的事情,必须有全体人的同意”,这句话是一条著名的教会规则……。只有全体当事人的意思一致,即合意才能缔结合同,之后才能产生新的法律关系。这一规则是教会法和中世纪时代各国法律普遍承认的^①。

在此,《法国民法典》在对契约下定义时,使用了“合意”这一术语,而《德国民法典》将契约归入法律行为的范畴之中,视为法律行为的一种,放在总则第三章第三节中。德国法学家茨威格特指出,德国民法典的立法者一再认为,把合同法规定为一个独立的部分是不必要的,在民法典的总则编,合同只是表现为“法律行为”的一种类型;而在民法典的第二编中,合同仅仅被当作“债的关系”的个别形式^②。分析造成这种差别的原因,不难看出,由于《德国民法典》设立了“总则”,为了使总则与各部分有机地联系起来,创造性地抽象出“法律行为”这一概念,故德国民法典的这种安排也属当然。而《法国民法典》没有设立总则,也没有“法律行为”这一概念。但这并不说明二者有着实质性的差别,法国学理认为,历史上法律行为的理论是德国学者在合同理论的基础上所创立的。对于与德国人具有同样严格的逻辑思维习惯以及崇尚理性的传统的法国学者来说,法律行为的理论对其产生的极大的诱惑力,是极其自然的事情。因此,长期以来,有关法律行为的许多概念,如意思表示及其瑕疵、行为能力、代理、期限与条件、无效等被许多法国学者所使用。这些概念不仅被运用于合同,而且被运用于遗嘱等^③。由于意思表示是法律行为的基本要素,故法律行为的基本分类就是单方法律行为与双方法律行为,而契约为双方法律行为。

正因为合同是双方法律行为,故若将契约定义为“民事主体之间以设立、变更或消灭债权债务为目的的双方法律行为”^④更为合适。因为“法律行为”是一个上位阶概念,包括单方法律行为与双方法律行为,而“合意”则突出了契约之双方法律行为的旨意而作为法律行为的下位阶概念。故将其归于“法律行为”的范畴中,则更合逻辑。

我国《合同法》第2条规定:“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。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协

^① [德]汉斯·哈腾保尔:《法律行为的概念——产生以及发展》,孙宪忠译,载《民商法前沿》2002年(1、2辑),第142页。

^② [德]康拉德·茨威格特、海因·可茨:《合同法中的自由与限制》,孙宪忠译,载于梁慧星主编:《民商法论丛》第9卷,法律出版社1998年版,第349页。

^③ 尹田:《法国现代合同法》,法律出版社1995年版,第1页。

^④ 张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社1991年版,第577页。

议,适用其他法律的规定。”从这一规定看,虽然我国《合同法》上的合同概念也包含了经典合同的基本要素,即“合意+财产性权利义务”,但却没有将合同定义到“法律行为”上去,而是将合同定义到“协议”中,是一个很大的缺陷。

(二) 英美法系中关于契约的一般概念

就英美法系国家来说,流行较早的是威廉·布莱克斯顿(WILLIAM BLACKSTONE)在其1756年出版的《英国法律释义》中对合同所作的定义:合同是“按照充分的对价去做或者不去做某一特殊事情的协议”,该定义中包括了两个最基本的要素:对价与协议。^①但是,英国学者阿蒂亚(P. S. ATIYAH)则认为,《美国合同法重述》中的关于合同的定义是最确切的:“所谓契约,是这样一个或者以系列许诺,法律对于契约的不履行给予救济或者在一定意义上承认契约的履行为义务。”^②但是,阿蒂亚也同时指出了这一概念中的不足:“《美国合同法重述》中的缺点是,它忽略了合同中达成协议的因素。在这一定义中没有指明,典型的合同是双方的事情,一方所作的许诺或表示要做的事是对另一方的许诺或要做的事的报答。因此,如这个定义中所述的那样,说一个合同只是一个许诺,这就忽视了在许诺变成合同之前,一般要有某种行为或许诺作为对另一方许诺的报答这样一个事实。即使说一个合同可能包括一系列的许诺,也并没有说明,这些许诺通常是对他方许诺的报答。”^③安森(ANSON)给合同下的定义是:一种法律上能够强制执行的协议,依据它,一方之一人或数人有权要求他方之一人或数人为行为或不行为^④。柯宾认为,对通行用法的研究可以表明,“合同”一语一向被用于指代有着多种组合方式的三种不同事物:(1)当事人各方表示同意的一系列有效行为,或者这些行为的某一部分;(2)当事人制作的有形文件,其本身构成一种发生效力的事实,并且构成他们实施了其他表意行为的最后证据;(3)由当事人的有效行为所产生的法律关系,他们总是包含着一方的权利与他方的义务的关系。每个人可以随意从中选择,只有在满足我们的需要和方便的范围内,一种用法才优于另一种用法而被采用^⑤。但是,概念虽然不可能是唯一的,但应当是被普遍认同的,否则,人们便没有对话的基础。美国法院在贾斯蒂斯诉兰格

① 岳彩申:《合同法比较研究》,西南财经大学出版社1995年版,第16页。

② 阿蒂亚:《合同法概论》(中译本),法律出版社1982年版,第27页。但笔者没有采用译者的中文翻译,原译文为“一个合同是这样一种或一系列许诺,违背它,法律将给予救济;履行它,法律将通过某些方式确认是一种义务。”笔者所用的中文翻译文字为《新社会契约论》季卫东先生为中译本所作的代译序中的中文,笔者认为它更忠实于原文和法理——见《新社会契约论》,麦克尼尔著,雷喜宁等译,中国政法大学出版社1994年版,第2页(代译序)。

③ 阿蒂亚:《合同法概论》(中译本),法律出版社1982年版,第28页。

④ 转引自[美]A·L·柯宾:《柯宾论合同》,王卫国等译,中国大百科全书出版社1998年版,第8页。

⑤ [美]A·L·柯宾:《柯宾论合同》,王卫国等译,中国大百科全书出版社1998年版,第8页。

案中对合同所下的定义普遍被人们所接受。在该案中,法院认为:“合同是两个或两个以上有缔结合同能力的人以有效的对价自愿达成的交易或协议去执行或者不执行某个合法的行为。”^①这一概念可以说是在英美法系国家较有权威并被人们所普遍接受的概念。

在介绍英美法系国家关于合同的定义时,有必要对即时的现金买卖是否属于合同问题作一简单的讨论。商店或商场上即时的现金买卖,在我国民法理论中,习惯地将之称为“即时清结的合同”,但在英美法系国家,其是否属于合同的范畴,则是一个问题,并且,在英国法和美国法上有极大的不同。按照美国法,即时现金买卖不属于契约的范畴,其理由是:(1)合同由允诺(promise)构成,而即时现金买卖则无须任何允诺;(2)合同产生对人权,而即时买卖属于对物权^②。美国学者柯宾也认为,就一次清结的不动产或动产交易来说,其中并不存在当事人作出的在法律上能够强制执行和能够被违反的允诺。这种一次清结的交易,尽管并不包含各方当事人的任何能够强制执行的允诺,仍产生出许多法律关系。但是,这些关系是财产所有关系而不是合同关系^③。但在英国则将其视为合同的一种,例如,阿蒂亚认为:在合同法中的允诺并不需要以立约人未来的行为为出发点这一点就足够了。换句话说,允诺某种事实的客观存在,即是为将来要做某某事的允诺,同样也是为这一事实的客观存在的允诺。因此,甚至一种立即和完全达成了的交易,也就是说,双方均已履行了的交易,如商店中的现金销售,也是一种合同。要说这种交易包括一种或一系列允诺,好像有点牵强附会,但当我们想到,一种允诺,即某种事态的客观存在,如所卖货物的质量是好的,就是一种合同性的允诺时,就好理解了^④。美国学者麦克尼尔的关系契约理论即将契约说成是当事人对将来关系的安排而将即时买卖排除在契约的大门之外^⑤。但在大陆法系各国,将即时交易包括在契约的范畴之中,在立法、司法及学说上均不成问题。

(三) 契约与合同的语源考察

在日常生活中,人们对“契约”和“合同”这两个概念并不陌生,而且经常交互使用。但二者的内含是否一致?有的学者对二者的区别作过尝试,认为:为谋不同利益而合意者应为契约,如买卖,买者为物而卖者为钱;为某共同利益而合意者,则应为合同,如合伙合同,合伙人的利益是一致的。^⑥现代合同的理念来

① 转引自岳彩申:《合同法比较研究》,西南财经大学出版社1995年版,第17页。

② 梁慧星:《民法学说判例与立法研究》,中国政法大学出版社1993年版,第238页。

③ [美]A·L·柯宾:《柯宾论合同》,王卫国等译,中国大百科全书出版社1998年版,第11页。

④ 阿蒂亚:《合同法概论》(中译本),法律出版社1982年版,第28页。

⑤ 麦克尼尔:《新社会契约论》,雷喜宁等译,中国政法大学出版社1994年版,第4页。

⑥ 张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社1991年版,第576页。

源于欧陆,拉丁文为 *contractus*, 英文为 *contract*, 法文为 *contrat*, 他们的前缀均为“*contra*”, 即为“相反”之义, 其突出的是双方权利义务以相反的内容对接的说明价值, 似与汉语中的“契约”相近; 而德文以“*Vertrag*”来表示这一含义, 其前缀“*ver*”却是“合在一起”的意思, 突出是双方的权利义务对接而合的说明价值, 似与汉语中的“合同”一词的含义相同。故欧陆国家中契约和合同并无实质意义上的区别。若深进文化传统究之, 以“*CONTRA*”说明契约, 体现了罗马法以个人本位对契约的定位, 而以“*VER*”说明契约, 则体现了日耳曼法以团体本位对合同的定位。它们之间的差异, 表现了不同文化圈中理念上的差异^①。正因如此, 我国学理和立法对契约和合同不为区别而为同一的使用。本书也不为区别而以同义使用, 也可能交互使用, 因为有时用契约可能更合习俗, 如“契约自由”要比“合同自由”在语感上更顺畅; 有时用“合同”也能和用“契约”达到相同的效果。

(四) 契约概念的边缘界定

我们必须明白, 如果仅从概念去理解合同, 对于实践而言, 往往是不够的。因为概念不等于实际的存在, 而且, 对于任何一个概念来说, 其中心地带是非常清楚明了的, 但往往在其与他事物的连接地带就变得模糊不清。对于合同来说, 合同与非合同的区分边缘就经常在实践中产生困惑。具体说来, 在实践中我们常常当作合同来对待的东西, 往往不是合同法上的合同, 不应当受到合同法的调整。所以, 有必要对合同边缘作出适当的界定。让我们来看以下几个典型的例子:

例一: 甲盛情邀请乙共进晚餐, 乙愉快地答应。二人之间是否成立合同? 如果乙没有依约赴宴, 甲是否可以要求乙承担违约责任?

例二: 甲是一位小孩的母亲, 与邻居约定由邻居来无偿暂时照看其小孩。甲与邻居之间是否成立合同?

例三: A、B、C、D、E 五人组成一个买彩票小组。他们约定: 每人每周付给 E10 元钱, 然后 E 用 50 元钱总金额购买彩票, 并填写事先商定好的顺序的数字。有一次, E 没有如约填写彩票, 而是填写了自己确定的彩票。但是, 事先商定好应填写的数字却中了一个 1 万元的奖。A、B、C、D 要求 E 赔偿其应得的份额。那么, A、B、C、D、E 之间是否成立合同? E 的行为是否为违约而应当赔偿?

合同与非合同的主要区别是双方当事人是否以共同的意思(合意)追求某种具有民法意义的后果(权利义务), 也就是我们前面已经详细论述过的“合意 + 权利义务”公式。在判断一行为是否为合同时, 应当同时采用两个标准。但是, 在不容易判断时, 应当以“合意”为主, 还是以实际存在权利义务为主? 在具体的规范性标准上, 德国的学理与判例有两种不同的观点: 即主观标准与客观

^① 张俊浩主编:《民法学原理》, 中国政法大学出版社 1991 年版, 第 575 页。

标准。

主观标准认为,区分一种行为是法律行为(合同)抑或非法律行为(非合同)应当以当事人的意思为标准。一种行为,只有在给付者具有法律受约束的意思时,才具有法律行为(合同)的性质。这种意思表现为:给付者有意使他的行为获得法律行为(合同)上的效力,而且受领者也是在这个意义上受领这种给付的。如果不存在这种意思,则不得从法律行为(合同)的角度来评价这种行为。而客观标准则认为,在通常情况下,当事人一般不会对法律约束作出实际的思考,只有出现了麻烦,特别是一方当事人不自愿履行义务或者一方当事人受到了损害时,法律约束问题才具有重要意义。但是,当事人一般是不会想到今后会出现麻烦的。如果想到,就不会有这种行为了(例如,替他人暂时无偿照看小孩)。因此,通常情况下是无法认定当事人具有一项明示的或者默示的受法律约束的意思。所以,认定当事人具有受法律约束的意思,是一种欠缺实际基础的拟制。所以,应当采取客观标准来认定,即应当“考虑双方当事人的利益状态,依据诚实信用原则及交易习惯”来判断是否存在法律义务^①。德国学理在主观与客观标准上多有争议,但学理与判例在具体问题上呈现出灵活性。

对上面例一中,学者认为,如果有人邀请另一人共进晚餐,显然并不想给对方一项可以诉请的履行请求权,而被邀请者显然也没有当成一项请求权来接受。即使被邀请者享有这样一者请求权,也没有什么意义。因为邀请他人用餐旨在社交和娱乐,而社交和娱乐是无法通过法律来请求的。……邀请者与被邀请者均没有要受法律约束的意思^②。这里显然是主观标准。

在例二与例三中,则采取客观标准。对例二的判决中,法院认为E没有赔偿义务,理由是:由一个人来承担某种可能危及其生存的责任,与买彩票共同体的性质不符。如果事先对这一问题进行考虑,并作过明确的讨论,大概就不会有人愿意承担这样一种风险。学者解释说:在不能认定当事人具有真正的意思的情况下,应当根据客观标准来判断是否存在受法律约束的义务。客观标准主要涉及两个方面:一个方面是风险,另一个方面是能否苛求有关当事人对这种风险承担责任。在买彩票案件中,一起参加买彩票的人不能期望此次会中奖,而受托人E则可能承担一项危及其生存的义务,而且他也没有因此而获得任何回报。从这个角度来看问题,同样会使人得出无偿行为不产生法律约束力的结论。这一

^① 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第150、152、153~154页。

^② 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第150、152、150页。

理由同样适用于无偿替他人照看小孩的情形^①。

在以上行为中,都不是合同,但是均有财产上的支出或者损失,例如,请人赴宴要支出费用,赴宴也要支出出租费、替人暂时无偿照顾小孩可能会造成孩子的伤害而支出医疗费用等,之间纠纷如何处理?德国学者认为,应当以侵权行为来对待,但在通常情况下对侵权人应当减轻责任,对于轻微过失造成的损害应当免除赔偿责任^②。我们赞同这种观点。

另外,需要指出的是,在实践中,认定是否为契约(或者合同)并非是以名称为标准的。也就是说,人们在实践中对契约的语词表达并不一致:有的叫“契约”,有的叫“合同”,有的叫“合同书”,有的叫“协议”,有的叫“协议书”,还有的叫其他五花八门的称呼。但这些对于司法实践对是否为合同的认定并不起实质和决定的作用,真正起作用的是它的内容。也就是说,认定是否为合同的唯一标准是内容而非名称,只要内容中的权利义务明确,就可以认定为合同。河南省某法院曾经判决过这样一个案件:某甲为一小学的教师,退休后对学校一直非常关心,他为学校从香港引进了一笔资金,学校非常高兴。某乙时为该校的校长,当即答应返聘某甲,让他来监督该款的使用及与香港方面沟通,并答应给某甲每月1200元报酬。某甲因与某乙为师生关系(某甲是某乙的老师)不好意思说要签订一个合同,于是提出要写一个“说明”,由双方签字学校盖章。在该“说明”中,将双方的权利义务写得非常明确。等到香港方面将捐款汇入学校账户后,学校及校长某乙不再履行承诺,没有返聘某甲,也没有支付报酬。某甲找学校多次交涉无果后,将学校诉至法院,要求履行承诺。学校抗辩说,双方签字盖章的仅是一个“说明”,而不是“合同”,对双方没有约束力。但法院判决认为,虽然是“说明书”,但权利义务明确,应当认定为合同。学校方应履行“说明”中的承诺。因此,有时双方签订的名称为“意向书”、“备忘录”等,只要内容中的权利义务明确,也不妨碍认定为合同。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)》第1条第1款就规定:“当事人对合同是否成立存在争议,人民法院能够确定当事人名称或者姓名、标的和数量的,一般应当认定合同成立。但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”这一司法解释不仅是对我国司法实践和理论的总结,也符合合同的本旨。

二、准契约

应该说,准契约起源于罗马法。被商品经济所熏陶并极具理性的罗马人早就认识到,在契约责任和侵权责任之间,有一个处于中间的能引起民事权利义务

^① 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第150、152、154~155页。

^② 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第150、152、150、157~158页。