

高等院校
法学案例教学丛书

合同法 要义与案例 析解 (总则)

主编 王利明

中国人民大学出版社

高等院校法学案例教学丛书

合同法要义与案例析解

(总 则)

主 编 王利明

撰稿人(以姓氏笔画为序)

王利明 王 新 尹 飞

叶 军 李建伟 吴兆祥

施 洋 姚欢庆 程 啸

中国人民大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

合同法要义与案例析解(总则)/王利明主编

北京:中国人民大学出版社,2001

(高等院校法学案例教学丛书)

ISBN 7-300-03729-1/D·546

I. 合…

II. 王…

III. ①合同法-中国-高等学校-教学参考资料

②合同法-案例-分析-中国-高等学校-教学参考资料

IV. D923.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 10824 号

高等院校法学案例教学丛书

合同法要义与案例析解(总则)

主 编 王利明

出版发行:中国人民大学出版社

(北京中关村大街 31 号 邮编 100080)

邮购部:62515351 门市部:62514148

总编室:62511242 出版部:62511239

E-mail:rendafx@public3.bta.net.cn

经 销:新华书店

印 刷:三河市新世纪印刷厂

开本:787×980 毫米 1/16 印张:33.5

2001 年 4 月第 1 版 2001 年 4 月第 1 次印刷

字数:614 000

定价:40.00 元

(图书出现印装问题,本社负责调换)

序 言

当今全球法治发展的趋向表明,两大法系呈现一种相互融合的状态,表现之一就是,判例在大陆法系各国法律的创制、解释以及漏洞填补方面发挥着愈来愈重要的作用。尽管因受历史传统、司法体制及法官素质等诸多因素的影响,我国在短期内无法创建判例法制度,但可以肯定的是,无论在研究工作、学院教育还是法官培训中,对案例的研究以及案例教学法的运用都是极为迫切、非常重要的。

我认为我国的法学教育尽管已经取得了相当的成就,但在教学方法与手段方面仍然需要改进,而案例教学法则是法学教育改革的重要步骤。

法学院需要培养德才兼备的法律人,从专业素质上来看,作为法律人必须具备以下五方面能力:(1)扎实地掌握基本法律概念、法律规则;(2)清晰地明了现行法制体系框架、司法救济程序;(3)熟练地运用法律推理,依循法律逻辑,解决实际问题;(4)深入地进行价值考量,有力地论证法律判断;(5)准确地分析案件的事实,把握各种法律关系,合理地作出法律解释,准确地适用法律规则。而要获得这些能力,仅依靠照本宣科式的课堂讲授是难以做到的,因此,需要借鉴国外特别是英美法系国家的案例教学法。

1990年我在美国密歇根大学法学院进修期间,美国“案例分析法”曾给我留下了深刻的印象。回国后,我在给中国人民大学法学院的研究生和高级法官进修班讲授民法课程中曾尝试运用了案例教学法,学员们对这种新的教学方式感到满意。

1996年在美国福特基金会的大力支持下,我约请了民法学界几位同仁共同撰写了一套司法官培训教材——《中国民法案例与学理研究》丛书(分总则、侵权行为、亲属继承、债权以及物权等五册)。但该套系列教材依然存在体系欠缺、系统性不足等缺点。如何才能编写出一套系统、全面、深入、务实的、可读性强的案例教科书,是我一直在思考的问题。

1999年我在美国哈佛大学进修期间,对哈佛法学院的教材编写体例进行了一些思考,我认为其中很多内容值得我们借鉴。我的初步设想是,在这样一套案例教科书中,首先,理论体系必须完整清晰,基本的法律概念、法律规则、所涉相应法律条文以及争议问题中的主流观点等等都要明确地告诉学生。然后,将典型的案例与所讲述的理论密切结合,这不是一个机械的、“两张皮”式的拼凑,而是有机的引导性的结合。在案例的分析过程中应当展示严密的逻辑推理以及分析过程,法律

条文内涵的解释以及与案例事实的联结性。最后,还应该给使用该套教材的授课教师留下组织课堂研讨的空间,给学生提供进行深入思索的线索,因此,在相应章节之后要设定相当难度的案例研讨题以及理论思考题。

中国人民大学出版社的两位编辑邀请我组织撰写一套合同法方面的案例书,我就将上述想法告诉她们,并希望组织有关人员尝试编写该套合同法案例书,两位编辑对此表示了完全的同意与支持,于是原本停留在脑海中的东西开始付诸实施了。

当然,本书的内容和体例完全是一种探索性的,它究竟能在多大程度上对我国案例研究与案例教学起到推动作用,尚有待时间检验。本书《合同法要义与案例析解》分为总则和分则两卷,总则卷由我本人担任主编,分则卷由房绍坤和郭明瑞担任主编。既然是探索,则错误缺点在所难免,我们殷切地希望广大读者能提出批评并指正,从而共同为我国民法案例教学法的推广应用作出贡献。

王利明

2001年1月

目 录

第一章	合同概述	(1)
第一节	合同的概念和特征	(1)
第二节	合同与契约	(6)
第三节	合同法调整的对象	(11)
第四节	合同的相对性	(18)
第五节	合同关系中的第三人	(23)
第六节	关于合同债权与物权的关系	(30)
第二章	缔约过程(一)	(37)
第一节	要约的概念及与要约邀请的区别	(37)
第二节	要约生效及撤销、撤回	(43)
第三章	缔约过程(二)	(55)
第一节	承诺的概念及其效力	(55)
第二节	承诺的内容及对要约的变更	(62)
第三节	合同的成立	(68)
第四节	要式合同的形式欠缺	(72)
第四章	缔约过失责任	(78)
第一节	缔约过失责任的概念	(78)
第二节	缔约过失责任的构成	(83)
第三节	缔约过失责任的类型	(86)
第五章	格式条款	(93)
第一节	格式条款的概念及与示范合同的区别	(93)
第二节	格式条款的无效	(99)
第三节	格式条款的撤销和变更问题	(103)
第四节	格式条款的解释	(109)
第六章	可撤销的合同	(116)
第一节	可撤销合同的概念和特征	(116)
第二节	可撤销合同的原因	(120)

	第三节 可撤销合同的效力·····	(128)
第七章	合同无效·····	(135)
	第一节 因欺诈、胁迫无效的合同·····	(135)
	第二节 恶意串通损害国家、集体或者第三人利益的无效合同·····	(139)
	第三节 以合法形式掩盖非法目的的无效合同·····	(143)
	第四节 损害社会公共利益的无效合同·····	(146)
	第五节 违反法律、行政法规的强制性规定的无效合同·····	(148)
	第六节 合同无效的法律后果·····	(151)
第八章	效力待定的合同·····	(160)
	第一节 效力待定的合同概述·····	(160)
	第二节 限制民事行为能力人订立的合同·····	(163)
	第三节 无权代理订立的合同·····	(168)
	第四节 无处分权人订立的合同·····	(172)
第九章	免责条款及其无效·····	(179)
	第一节 免责条款概述·····	(179)
	第二节 免责条款的效力·····	(182)
	第三节 免责条款的解释·····	(186)
第十章	合同履行的基本原则·····	(194)
	第一节 全面履行原则·····	(194)
	第二节 诚实信用原则·····	(199)
	第三节 情事变更原则·····	(203)
第十一章	同时履行抗辩权·····	(211)
	第一节 同时履行抗辩权的行使条件·····	(211)
	第二节 同时履行抗辩与双方违约·····	(216)
	第三节 根本违约与同时履行抗辩·····	(219)
第十二章	预期违约·····	(226)
	第一节 预期违约概述·····	(226)
	第二节 明示毁约与履行拒绝·····	(233)
	第三节 默示毁约与不安抗辩权·····	(237)
第十三章	第三人履行·····	(243)
	第一节 第三人履行概述·····	(243)
	第二节 第三人履行的法律效果·····	(248)
	第三节 第三人履行与合同债务的转让·····	(251)

	第四节 第三人履行之拒绝·····	(255)
第十四章	代位权·····	(260)
	第一节 代位权概述·····	(260)
	第二节 代位权的标的、行使及其效力·····	(267)
第十五章	撤销权·····	(282)
	第一节 撤销权的概念、特征与成立要件·····	(282)
	第二节 撤销权的行使与撤销之诉·····	(297)
第十六章	合同的变更·····	(307)
	第一节 合同变更的概念与构成·····	(307)
	第二节 合同变更的协议与效力·····	(311)
第十七章	合同权利义务的转让·····	(318)
	第一节 合同权利的转让·····	(318)
	第二节 合同义务的转让·····	(323)
	第三节 合同权利义务的概括移转(一)·····	(327)
	第四节 合同权利义务的概括移转(二)·····	(331)
第十八章	合同解除·····	(339)
	第一节 协议解除·····	(339)
	第二节 约定解除·····	(342)
	第三节 法定解除·····	(347)
	第四节 合同解除的法律后果·····	(354)
第十九章	合同的消灭·····	(362)
	第一节 清偿·····	(362)
	第二节 抵销·····	(367)
	第三节 提存·····	(371)
	第四节 其他合同消灭的方式·····	(375)
第二十章	损害赔偿的原则·····	(379)
	第一节 完全赔偿原则概述·····	(379)
	第二节 所受损害与所失利益·····	(390)
	第三节 完全赔偿原则的例外·····	(395)
第二十一章	损害赔偿的限制·····	(403)
	第一节 可预见性规则·····	(403)
	第二节 减轻损失规则·····	(409)
	第三节 过失相抵规则·····	(414)

	第四节 损益相抵规则·····	(420)
第二十二章	违约损害赔偿的计算·····	(427)
	第一节 违约损害赔偿计算的一般原则·····	(427)
	第二节 损害赔偿额确定的具体规则·····	(435)
第二十三章	违约金·····	(451)
	第一节 约定违约金·····	(451)
	第二节 违约金与损害赔偿金的关系·····	(454)
	第三节 违约金与定金责任的关系·····	(459)
第二十四章	定金·····	(465)
	第一节 定金的概念、种类及与预付款的区别·····	(465)
	第二节 定金合同的成立与先行给付的效力·····	(471)
	第三节 定金责任的构成与限额·····	(479)
	第四节 定金责任与违约金等责任的并存·····	(486)
第二十五章	民事责任竞合·····	(494)
	第一节 责任竞合概述·····	(494)
	第二节 违约责任与侵权责任的竞合·····	(500)
第二十六章	合同解释·····	(512)
	第一节 合同解释概述·····	(512)
	第二节 合同解释的规则·····	(516)
主要参考书目·····		(525)
后 记·····		(526)

第一章 合同概述

第一节 合同的概念和特征

一、法律条文

《民法通则》

第 85 条 合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。依法成立的合同，受法律保护。

《合同法》

第 2 条 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。

二、法律要义

合同也称为契约。我国民法理论在合同定义上，基本上继受了大陆法的概念，一般都认为，合同在本质上是一种协议。合同为一种合意或协议的观点，已为我国立法所确认和接受。例如，我国《民法通则》第 85 条规定，“合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。依法成立的合同，受法律保护。”这一定义强调了合同本质上是一种协议，是当事人意思表示一致的产物。我国《民法通则》第 85 条关于“合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议”的规定，实际上是狭义的概念。合同是当事人之间产生、变更、终止民事权利义务关系的意思表示一致的法律行为。无论何种形态的合同，只要它是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议，都可以被看做是我国合同法的有机组成部分，并可以适用我国合同法的规定。我国合同法继续沿用了《民法通则》第 85 条的规定。《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、终止民事权利义务关系的协议。据此可见，合同具有以下法律特点：

(一) 合同是平等主体的自然人、法人和其他组织所实施的一种民事法律行为

民事法律行为作为一种最重要的法律事实，是民事主体实施的能够引起民事权利和民事义务的产生、变更或终止的合法行为。合同既然是一种民事法律行为，则在性质上不同于事实行为。^①所谓事实行为，是指不以意思表示为要件、并不能产生当事人预期法律效果的行为。如侵权行为、拾得遗失物、加工等。事实行为并不是法律行为，因此与合同是不同的。合同作为民事法律行为，在本质上属于合法行为，这就是说，只有在合同当事人所作出的意思表示是合法的、符合法律要求的情况下，合同才具有法律约束力，并应受到国家法律的保护。而如果当事人作出了违法的意思表示，即使达成协议，也不能产生合同的效力。由于合同是一种民事法律行为，因此民法关于民事法律行为的一般规定，如民事法律行为的生效要件、民事行为的无效和撤销等，均可适用于合同。合同是由平等主体的自然人、法人或其他组织所订立的，这就是说，订立合同的主体在法律地位上是平等的，任何一方都不得将自己的意志强加给另一方（参见《合同法》第3条）。

(二) 合同以设立、变更或终止民事权利义务关系为目的和宗旨

这就是说，一方面，尽管合同主要是有关债权债务关系的协议，但也不完全限于债权债务关系，而要涉及整个民事关系。另一方面，合同不仅导致民事法律关系的产生，而且可以成为民事法律关系变更和终止的原因。所谓产生民事权利义务关系，是指当事人订立合同旨在形成某种法律关系（如买卖关系、租赁关系），从而具体地享受民事权利、承担民事义务。所谓变更民事权利义务关系，是指当事人通过订立合同使原有的合同关系在内容上发生变化。变更合同关系通常是在继续保持原合同关系效力的前提下变更合同内容。如果因为变更使原合同关系消灭并产生一个新的合同关系，则不属于变更的范畴。所谓终止民事权利义务关系，是指当事人通过订立合同，旨在消灭原合同关系。无论当事人订立合同旨在达到何种目的，只要当事人达成的协议依法成立并生效，就会对当事人产生法律效力，当事人也必须依照合同的规定享有权利和履行义务。

(三) 合同是当事人协商一致的产物或意思表示一致的协议

合同是交易的法律形式，由于它是当事人自愿达成的协议，因此应受法律的

^① 参见梁慧星：《民法学说判例与立法研究》，241页，北京，中国政法大学出版社，1993。

保护。^① 由于合同是合意的结果，因此它必须包括以下要素：第一，合同的成立必须要有两个以上的当事人。第二，各方当事人须互相作出意思表示。这就是说，当事人各自从追求自身的利益出发而作出意思表示，双方的意思表示是交互的才能成立合同。第三，各个意思表示达成一致，也就是说当事人达成了一致的协议。协议一词，在民法中有时作为合同的同义语，也可以指当事人之间形成的合意。由于合同是两个或两个以上的意思表示一致的产物，因此当事人只有在平等、自愿基础上进行协商，才能使其意思表示达成一致，如果不存在平等自愿，也就没有真正的合意。

由于合同在本质上是一种协议，因此合同与能够证明协议存在的合同书是不同的。在实践中，许多人将合同等同于合同书，认为只有存在着合同书才有合同关系的存在，这种理解是不妥当的。合同书和其他有关合同的证据一样，都只是用来证明协议的存在及协议的内容的证据，但其本身不能等同于合同关系，也不能认为只有合同书才有协议或合同关系的存在。

三、案例析解

（一）案情

1992年7月5日河北某毛纺厂与山东某制衣厂签订了购销洗净改良羊毛合同的意向书，其中规定：“制衣厂向毛纺厂购买60支洗净改良羊毛95吨，由制衣厂到毛纺厂验货并带款提货，提货时有关价格问题面议”。该意向书签订以后，毛纺厂多次去电催告制衣厂提货，制衣厂一直以资金短缺为由未提货。1992年12月底，毛纺厂将95吨羊毛派车送往山东，制衣厂收到货后提出原先签订的协议只是一份意向性的合同，且该货物质量存在问题，因此拒绝收货。后制衣厂同意将该货暂时存放在制衣厂的仓库，10天后毛纺厂来检查货物时发现该货已短缺10吨，制衣厂承认其因急需原料已用了10吨，另外85吨拒绝接受。毛纺厂认为制衣厂已经构成违约，于是向法院提起诉讼，要求制衣厂支付全部的95吨羊毛的货款并承担违约责任。

本案在审理中有不同的意见。一种观点认为，制衣厂与毛纺厂先前所签订的虽然在名称上是意向性合同，但实际已经生效，毛纺厂已经按照该协议履行了合同，制衣厂屡次违约，因此制衣厂应当承担违约责任。另一种观点认为，制衣厂与毛纺厂先前所签订的合同只是意向性合同，并未实际生效，但在毛纺厂将羊毛

^① See E. Farnsworth, *Contracts*, 2th ed, Little, Brown and Company, p.8.

送到以后，制衣厂一旦接受了其中的部分货物，无论多少都视为就全部的货物买卖达成了协议，制衣厂拒绝就另外的 85 吨货物支付货款已经构成违约。还有一种观点认为，制衣厂与毛纺厂先前所签订合同并没有生效，当毛纺厂将 95 吨货送到以后，制衣厂有权接受部分货物，也有权拒绝接受全部货物，制衣厂仅仅接受 10 吨并不构成违约。

（二）作者的观点

本案主要涉及到双方当事人是否就购买 95 吨羊毛的问题达成了协议。从法律上来看，合同在本质上是一种协议，它是当事人之间设立、变更、终止民事关系的一种合意。合同并不等于合同书，合同是一种合意关系，合同书仅仅是用来证明这种合意关系的存在及其内容的证据而已。因此，确定一方是否违约的关键在于，首先要明确合同是否实际成立并且已经发生效力。

最初，毛纺厂与制衣厂签订了购销洗净改良羊毛合同的意向书，其中规定：“制衣厂向毛纺厂购买 60 支洗净改良羊毛 95 吨，由制衣厂到毛纺厂验货并带款提货，提货时有关价格问题面议”。显然该意向书并不能等同于合同，因为双方并没有真正完成合意，其原因在于：第一，该文件名称为“意向书”而非“合同”，所谓意向书是指当事人之间用以表达合作交易意愿的文件，也就是说它仅仅表达了当事人愿意在今后达成合同意愿，即表明当事人具有订约意图，但并没有形成能够对当事人产生约束力的合同。第二，该意向书内容也不具备买卖合同成立所必须具备的条款，所谓合同的主要条款是指，依据合同的性质所必须具备的条款，换言之，如不具备该条款将使合同不能成立。一般来说，合同的主要条款是由合同的性质所决定的。由于买卖合同本质上是一方交付标的物，另一方支付价款的协议，因此买卖合同的成立必须具备标的与价金的条款，在该意向书中尽管已经确定了标的条款，即购买 95 吨羊毛，但双方却并没有就价格条款达成协议，文件中只是规定，“提货时有关价格问题面议”。可见，并不具备买卖合同成立所必须具备的价格条款。第三，意向书中规定：“提货时有关价格问题面议”，由此也表明，该文件只是一个初步的协议，正式的合同实际上是以当事人提货时，就价格问题达成协议以后，合同才能正式宣告成立。如果当事人在提货时不能就价格问题达成协议，合同因不具备主要条款而仍然不能成立。

在意向书签订以后，毛纺厂多次去电催告制衣厂提货，制衣厂一直以资金短缺为由未提货。由此就表明双方并没有达成正式的合同，也就是说并没有就购买该羊毛的问题达成合意。

至 1992 年 12 月底，毛纺厂将 95 吨羊毛派车送往制衣厂，制衣厂拒绝收货。

后制衣厂同意将该货暂时存放在制衣厂的仓库，对该行为在法律上应如何认定？我们认为，既然制衣厂与毛纺厂在此之前没有就羊毛买卖达成任何合意，因此毛纺厂将 95 吨羊毛送到制衣厂并不是一种履行合同的行为，而只是一种要约行为，这种要约行为的特征是，表意人以实际送货的行为发出要约，在法律上称为现货要约。而制衣厂在该要约行为作出以后，实际上已经处于一种承诺人的地位，如果它同意接受该货物则可以认为其已经作出了承诺，双方就该 95 吨羊毛的购买已经达成了合意，合同已经成立。如果制衣厂拒绝收货，则可以认为双方并没有就该羊毛的买卖达成合意，合同仍然没有成立。所以在制衣厂拒绝收货时，双方并未存在任何买卖合同关系，至于制衣厂同意将该货暂时存放在仓库里，这种行为只是表明了当事人达成了借用仓库存放货物的保管合同，但此种合同与羊毛买卖合同的成立没有关系。

在制衣厂拒绝收货 10 天后，毛纺厂来检查货物时发现该货已短缺 10 吨，制衣厂承认其因急需原料已用了 10 吨，另外 85 吨拒绝接受。对这种行为，我们认为可以分为两点加以探讨：首先，制衣厂未经毛纺厂同意擅自使用 10 吨羊毛，这种行为已经构成了无权处分，由于羊毛买卖合同根本没有成立，因此存放在制衣厂仓库中的羊毛在产权归属上仍然属于毛纺厂所有，制衣厂无权处分该批羊毛，否则构成对毛纺厂财产所有权的侵害。因此，在本案中制衣厂未经毛纺厂同意擅自使用 10 吨羊毛，毛纺厂完全可以据此请求法院判令制衣厂承担侵权损害赔偿赔偿责任。其次，由于制衣厂未经毛纺厂同意擅自使用 10 吨羊毛，构成无权处分，而这种无权处分行为在法律上属于效力待定的行为，我国《合同法》第 51 条规定：“无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效。”由于毛纺厂事后在法院提起诉讼时要求制衣厂接受全部的 95 吨羊毛并支付全部货款承担违约责任，这就表明毛纺厂事后同意制衣厂使用其羊毛，并愿意受到该买卖合同的拘束，在此情形下，毛纺厂就不能再以侵权提起诉讼。

从制衣厂未经毛纺厂同意擅自使用 10 吨羊毛的行为中可以认为，双方至少已经就购买这 10 吨羊毛的问题达成了合意。一方面，我国合同法完全承认当事人可以通过事后的履行行为来成立合同，也就是说，尽管当事人先前并没有达成协议，但可以通过事后的履行行为而使合同成立。《合同法》第 37 条规定：“采用合同书形式订立合同，在签字或者盖章之前，当事人一方已经履行了主要义务，对方接受的，该合同成立。”因为，如果双方当事人已经履行了主要义务，可以据此认为双方已经就合同的主要条款达成了合意。在本案中，毛纺厂已经将货物送到了制衣厂处，而制衣厂已经实际接受了 10 吨货物，由此也表明双方已

经就 10 吨货物的问题作出了实际履行，从而促使合同成立。另一方面，制衣厂也承认其因急需原料已经用了 10 吨羊毛，并愿意就此支付货款表明其愿意就此达成协议，而毛纺厂也同意其使用该批货物，表明双方就此已经达成了协议。

本案争议的焦点在于，对另外 85 吨货物的买卖是否已经达成了协议？我们认为，双方并没有就此达成协议，因为在毛纺厂以送货的方式发出要约的时候，并未声明使用任何 1 吨羊毛就意味着对整个 95 吨羊毛的买卖达成了协议。因为买卖合同的订立过程中要约人就某种货物的买卖向受要约人发出要约，受要约人完全可以只是就部分货物的买卖作出承诺，但这已经不是一种真正意义上的承诺，而只是一种反要约。因此本案中，毛纺厂送货的行为是一个要约，而制衣厂只使用其中的 10 吨是一个反要约，毛纺厂事先并没有声明该批货物一旦接受部分就必须全部接受，而事后又同意制衣厂使用该批货物中的 10 吨，因此可以认为双方只是就这 10 吨羊毛的买卖达成了协议，并没有就其他的 85 吨羊毛的买卖达成协议。

第二节 合同与契约

一、法律条文

《合同法》

第 2 条 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。

二、法律要义

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

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

② 贺卫方：《“契约”与“合同”的辨析》，载《法学研究》，1992（2）。

关、国家企业、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、信用社之间有重要业务行为不能即时清结者，如借贷、代理买卖、定制货物、以货易货、委托收售、委托加工、委托贷款款项或实物、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、国家企业、合作社向银行申请贷款时，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。^①

关于“合同”与“契约”概念的关系，自德国学者孔兹（Zunze）于1892年提出合同行为为共同行为以来，许多国外学者认为契约是双方的法律行为，合同是共同行为。我国曾有一些学者也认为，契约为“二人以上的同一内容同一意义之意思表示之合致，而生私法上效果之法律行为也。合同行为，在以二个以上意思表示合致之点，与契约之合致同，其与契约之不同意者，盖契约乃由两人以上之不同方向的意思表示而成立，合同行为则由学者在使用合同这个概念时，都未与契约的概念作出区别。一般认为，将合同与契约分开，既无实用价值，也容易造成用语上的混乱。”^②

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，这并不意味着在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，现在却必须以“合同当事人”五个字来表达，因此应改合同为契约的概念。^③此种看法有一定道理。但考虑到合同一词已经约定俗成，广为流地，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，两者都具有特定含义。

① 参见周林彬主编：《比较合同法》，79页。

② 周林彬主编：《比较合同法》，80页。

③ 参见贺卫方：《“契约”与“合同”的辨析》，载《法学研究》，1992（2）。

三、案例析解

(一) 案情

原告新成公司与被告富华公司合伙建造某市新华广场 D 楼, 双方签订了正式的共同投资协议, 协议约定该楼由双方合建, 各出资 50%, 楼宇建成后各享有 50% 的产权, 原告首期投入 1 000 万元, 被告投入土地使用权 10 亩。在第二期原告再投入 2 000 万元, 被告应投入 500 万元, 如在第二期资金仍不够的话, 则由双方各投入一半将楼宇建成。在第一期被告已将土地使用权移转给双方注册登记的新华物业 (性质上为合伙企业), 但原告仅投入 800 万元, 原告向被告去函告知由于资金周转困难将剩余的 200 万元与第二期的资金一起投入。被告对此并未表示异议。在第二期原告立即投入了 1 200 万元, 而被告迟迟未投入 500 万元, 原告催促被告尽快投入资金, 被告提出原告前期已经迟延, 因此自己也有权迟延, 后原告发现被告正与他人组建一个股份公司, 已将投入到新华广场 D 楼的权益作为出资投入到该公司之中, 而且在该股份公司的账上将投入到新华公司的土地使用权作为其出资记载下来, 原告认为被告拒不出资并抽逃资金, 已经构成违约, 因此向法院起诉, 请求其承担违约责任。

本案在审理中有两种不同的观点。第一种观点认为, 被告的行为确实已经构成违约, 因此应向原告承担违约责任。第二种观点认为, 被告作为共有人有权转让其应有的份额, 至于其将土地使用权作为出资记载在股份公司的账上, 也因为土地使用权已经办理登记过户给新华公司, 所以不能构成抽逃资金。至于迟延投入第二期款项, 也是正当行使抗辩权的表现。

(二) 作者的观点

我们认为, 本案中原告与被告之间就建筑新华广场 D 楼已经形成了一种合伙关系, 所谓合伙合同是指两人以上相互约定共同出资、经营共同事业、共享利益共担风险的合同。双方签订了正式的共同投资协议, 此种协议已经成立并生效, 合伙合同与一般的债权合同一样, 都要体现当事人平等和意思自治的原则, 合同的订立与变更、终止等也应适用合同法的规定, 尤其是如果一方违反合同的规定也构成违约, 另一方有权请求其承担违约责任。但合伙合同与一般的债权合同不同, 表现在: 第一, 在合伙合同中当事人的利益是共同的而不是相对的, 也就是说在一般的双务合同中当事人的利益是相互对应的, 一方的权利就是另一方的义务, 当事人都以追求对价作为目的。然而合伙合同是一种共同行为, 合伙人订立合同的目的在于经营共同的事业, 所以基于合伙合同可以产生合伙组织, 该