

合同法总论

第二版

韩世远 著

The Law of Contract

2nd Edition



法学原论系列

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

合同法总论

第二版

韩世远 著

The Law of Contract

2nd Edition



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

合同法总论 / 韩世远著. — 第二版. — 北京: 法律出版社, 2008. 3

(法学原论系列)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8234 - 6

I. 合… II. 韩… III. 合同法—理论研究—中国 IV. D923. 64

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 022459 号

© 法律出版社·中国

法学原论系列

合同法总论(第二版)

韩世远 著

责任编辑 刘彦洋

装帧设计 乔智炜

开本/ 787 × 960 毫米 1/16

版本/ 2008 年 3 月第 2 版

出版/ 法律出版社

总发行/ 中国法律图书有限公司

印刷/ 北京北苑印刷有限责任公司

印张/ 44 字数/ 749 千

印次/ 2008 年 3 月第 1 次印刷

编辑统筹/ 法学学术出版分社

经销/ 新华书店

责任印制/ 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8234 - 6

定价:69.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

民法的解释论与立法论

(代二版前言)

民法理论大致可以区分为两类:解释论与立法论。民法的解释论,是通过解释既存的民法规范而形成的理论,其目的在于正确地理解和适用民法规范。民法的立法论,是围绕着如何设计出合理的民法规范或者如何改进既有的民法规范而发表的见解、观点和理论,其目的在于指导或者影响民事立法实践。

进行民法解释论的作业,是要遵循一定的解释方法的,这些方法也就是民法解释方法,而研究这些方法的学问也就是民法解释学或者法学方法论,它大体包括狭义的法律解释方法、法律漏洞的补充方法等内容。民法解释学或者法学方法论之所以成为一门学问,当今的民法学者之所以强调这门学问,一个很重要的原因在于,要为法律的解释适用及相关问题探寻出一套大致可循的章法,并以此来确保法律的适用具有统一性和可预测性。否则,解释适用法律规范而不循章法,你这样解释,我那样理解,不免产生混乱,法制的统一也就无从谈起。

民法的解释论既强调遵循一定的章法(解释方法),从事此项作业者,发表任何言论和见解,都要强调有根有据、循规蹈矩,不能凭空而来、妄下断言。这就要求首先胸中掌握中国现行有效的民事法律体系,明了何为现行有效的民事法律规范;进而判断对于所要解决的问题,是否有现成的法律规范可以援引适用;如果没有现成的法律规范可以适用,才是探讨在现有的框架下如何填补法律漏洞的问题。

如果说民法解释论所关注的是民法规范的现实结构,民法立法论所关注的则是民法规范的理想状态。因而,与解释论相比,立法论的拘束要少一些,发表立法论见解者可以天马行空,任意发挥,只要能够言之成理、自圆其说。因而,你可以参考英美法系的做法,我可以推崇大陆法系的实践;可以公说公理,婆说婆理,不必强求意见一致、观点统一。

解释论与立法论既有上述差异,法律人就应当有鲜明的区分意识,不可

乱用。

对于法官而言,作为法律的实践者,是要运用民事法律规范解决现实的纠纷和问题,因而所要运用的正是民法解释论。比如审理名誉侵权案件时,在民法通则及最高人民法院的相关司法解释中,均是使用“公民”(或自然人)与“法人”这样抽象的概念,特别是对于公民或者自然人,没有区分是否属于“公众人物”,更没有因为某人是所谓“公众人物”而在法律效果上有什么区别对待。既然如此,法官裁判相关案件的时候,就不应随便超越现行法的规定,直接讨论当事人是否属于“公众人物”,进而赋予不同的法律效果,这样才算是遵循解释方法,符合解释论。至于是否借鉴美国判例法限制“公众人物”名誉权及保障言论自由的做法,目前只属于立法论层面的问题,是在讨论立法问题时始应予以考虑的问题。如果作为裁判案件的法官,在头脑中缺乏这根弦,直接套用美国的做法,就是混淆了解释论与立法论,是错把中国当美国了。

读者或许会以为我是否视法官为“适用法律的机械”,否定司法的能动性。其实不然,关键是如何认识此处的能动性。强调司法能动性的见解,往往是以英美法作为参照的范本。普通法是由法官创造和建立起来的,法官在法律发展中发挥着引领潮流的功能。而大陆法系的司法传统展现的则是与之有着相当差异的另一图景,正如美国学者梅利曼所称,与普通法系法官相比,大陆法系法官的作用颇受限制,其地位也大为逊色。他甚至把普通法称为“法官法”,把大陆法称为“法学家的法”。我国属于大陆法系,立法与司法的分立以及“法律见于成文”的现实,决定了法官的功能就是适用法律。美国的法官有权决定立法是否违宪、是否有效,在我国就不好照搬套用。当然,我国的审判过程也并非完全被框于学究式的形式逻辑三段论之中(即成文法规范是大前提,案件事实是小前提,判决是逻辑推论的结果),在把法律规范与案件事实结合的过程中,法官仍然有着相当程度的能动性。要得出符合法意与人情的判决,很多时候要运用自己的生活经验和人生阅历,而在法律存在漏洞场合,更能体现这种能动性。即使如此,必须强调的是,填补法律漏洞仍然是一种解释论的作业,仍然必须遵循解释论的章法。

民法的解释论与立法论的区别,不仅法官应当注意,对于法学教育而言,对于法学教师和学生而言,也是必须清醒地加以区分的。教师糊涂,学生必受其影响;学生糊涂,也就难成为合格的法律人。我们有时会遇到这样的情形,有的人谈起德国民法如何、日本民法如何、英美合同法或者侵权法如何如何,头头是道,好像很是了解,一旦被问到中国法如何时,则或者茫然不知所措,或者支支吾吾,

语焉难详,甚至把外国法当成中国法。如果是外国人,倒也情有可原,可惜这样的人往往是根本没有到过中国的中国人。如此嘴上夸夸其谈,其实仅有半瓶子醋,又如何称得上是个合格的法律人?如果我们的法学教育所培养出来的多是些这样的“纸上谈兵”之人,那我们的法学教育真的是出了问题了。

我们有时也会见到这样的情形,有的法学教师喜欢说中国法这里不好,那里不行,中国法落后,不如外国法。老师的言谈又影响到了学生,以致刚入大学校门不久的学生都跟着对新近出台的立法品头论足,一副指点江山、挥斥方遒的派头。如果这样的风气盛行,将会带来很多不良的后果。对于我们的法律,如果习法之人都不尊重,将来又如何很好地应用?敬法者始能成为护法者,法律一旦成为法律,就意味着权威,就必须得到尊重,学习之时,当有敬畏之感。学习的路径应当是由解释论入手,学习的重点也是在于解释论,适当兼及立法论。在这里,我们尤其需要强调解释论,重视解释论。毕竟,我们所要造就的法律人才,更多的都是要走上应用法律的岗位。

法律人各自应有明确的角色意识,法官的分内之事在于解释和适用法律,而不在于审查法律或者“造法”(即使是填补法律漏洞,在欠缺“先例拘束”的前提下,法官确定的规则亦非具有普遍拘束力的法)。正所谓“君子素其位而行,不愿乎其外”。不然的话,大家都来审查法律,或者大家都来“造法”,天下岂不大乱?

法律人的养成,不是几年专门的法学教育所能终结的。法律人应当长期加强自我修养,甚至这也可以说是一种“终身教育”,是一种“功夫活”。对于法官而言,就是要有意识地掌握民法解释方法、锻炼解释能力,平时多读一些解释论方面的著述(不仅限于方法论),一步一步进行,“君子之道,辟如行远,必自迩;辟如登高,必自卑”。说的就是这个道理。

(按:《民法的解释论与立法论》一文发表于2005年5月18日《人民法院报》B1版。以此短文作为代二版前言,并借以强调法律人区分解释论与立法论的重要性,希望能对本书读者有所启示。)

一版前言

这是一个“学者多如毛、著作涌如潮”的时代(高鸿钧先生语)。用这句话来描述我国近几年来合同法的研究和著述,是再恰当不过的了。《合同法》颁行以来,出版的合同法著作中虽不乏佳构,但也不可否认地存在泥沙俱下的情形。结果,“看似一派兴旺,实则繁而不荣”(崔建远先生语)。在这种背景下,笔者不揣简陋呈献给读者诸君的这本《合同法总论》,是否会沦为泥牛入海的命运,亦未可知。

本书的写作情况已在“后记”中交代,不再多说。为了方便读者阅读,关于本书的特点还是略做几点交代:

1. 对民法书籍可做不同分类,其一可大致分为体系书、注释书、判例集及演习书。本书约略可以归入体系书之列。本书以我国《合同法》总则部分为分析对象,总体上属“解释论”的著述,唯少数地方涉及“立法论”的探讨。

2. 民法书籍又可分为入门书、基本书、讨论书及(专题)研究书。本书可归入基本书之列,同时又带有一些研究书的痕迹。本书的目标读者是大学本科生、研究生以及法律实务工作者(法官、律师等)。阅读和学习过合同法入门教科书后,仍对合同法感兴趣者,可以继续阅读本书。

3. 本书以阐释合同法原理为目的,在阐明主流学说立场的基础上,也尽可能地将作者个人的认识展示出来,并力求揭示出目前学术研究的到达点。

4. 本书内容曾反复在教学中使用,教学中积累的图表有助于学习者领会和记忆相关原理,因而在本书中予以保留。

5. 本书正文部分用以阐释原理。另外,若干比较法或法制史的考察、一些问题点的提示以及其他希望读者注意的方面,则以黑体列出小标题,并以楷体表示其相关内容,供希望更多地了解相关知识或信息的读者利用;时间有限的读者,可以略过这些部分。

6. 本书是作者一人独立写作完成,因而语言风格、形式体例以及内容体系比

较统一。

本书如果能给研习合同法的读者提供一些帮助,则属幸甚。同时,合同法理论博大而精深,作者个人也在不断的学习过程当中,书中的观点或有错误,或可商榷,欢迎学者先进不吝指正。

韩世远

2004年3月3日

于清华大学法学院研究室

目 录

民法的解释论与立法论(代二版前言) 1

一版前言 1

第一章 合同与合同法概述

第一节 合同概述 1

第二节 合同法概述 12

第三节 合同的历史 19

第四节 合同的原则 28

第二章 合同的分类

第一节 合同的分类概述 37

第二节 典型合同与非典型合同 39

第三节 双务合同与单务合同 42

第四节 有偿合同与无偿合同 45

第五节 诺成合同与要物合同 48

第六节 要式合同与不要式合同 50

第七节 一时的合同与继续性合同 52

第八节 主合同与从合同 55

第九节 预约与本约 56

第十节 束己合同与涉他合同 58

第三章 合同的订立

- 第一节 合同的订立与合同的成立 60
- 第二节 要约 64
- 第三节 承诺 83
- 第四节 依要约承诺以外的方式成立合同 90
- 第五节 合同的形式 98
- 第六节 合同成立的时间与地点 105
- 第七节 缔约上过失责任 107

第四章 合同的效力

- 第一节 合同的效力概述 129
- 第二节 有效合同 135
- 第三节 无效合同 144
- 第四节 可撤销的合同 155
- 第五节 效力未定的合同 177
- 第六节 合同无效或被撤销的法律后果 198

第五章 合同的履行

- 第一节 合同履行概述 201
- 第二节 履行的主体 204
- 第三节 合同的内容 210
- 第四节 履行地点、期限和费用 222
- 第五节 涉他合同的履行 228
- 第六节 双务合同的履行抗辩权 244
- 第七节 履行的受领与拒绝 275
- 第八节 履行的抵充 278

第六章 债权的保全

- 第一节 债权的保全概述 281
- 第二节 债权人代位权 282
- 第三节 债权人撤销权 300

第七章 合同履行的障碍

- 第一节 合同履行的障碍概述 320
- 第二节 不可抗力 322
- 第三节 情事变更 331
- 第四节 履行迟延 344
- 第五节 履行不能 357
- 第六节 拒绝履行 367
- 第七节 不完全履行 374
- 第八节 债权人迟延 382

第八章 合同的变更和转让

- 第一节 合同的变更和转让概述 396
- 第二节 合同的变更 399
- 第三节 债权让与 405
- 第四节 债务承担 432
- 第五节 合同权利义务的概括移转 441

第九章 合同的权利义务终止

- 第一节 合同的权利义务终止概述 445
- 第二节 解除 447
- 第三节 抵销 486
- 第四节 提存 497
- 第五节 免除 512
- 第六节 混同 516

第十章 违约责任

- 第一节 违约责任概述 518
- 第二节 违约责任的归责原则 525
- 第三节 第三人的行为或原因与债务人的责任 532
- 第四节 强制履行 536
- 第五节 赔偿损失 548
- 第六节 违约金 588

第七节 减价 602

第十一章 合同解释

第一节 合同解释概述 619

第二节 狭义的合同解释 627

第三节 补充的合同解释 632

第四节 修正的合同解释 636

第十二章 合同法及其周边

第一节 合同法与侵权法的交错 637

第二节 合同法与消费者法的交错 656

主要文献 669

法条索引 675

事项索引 679

人名索引 685

后 记 687

二版追记 689

第一章 合同与合同法概述

第一节 合同概述

一、合同、合意与契约

当今社会,以分工协作为基础,以开放交流为特点;小至个人衣食住行,大到国家经济运转,自给自足已属根本不能,闭关锁国犹如自取灭亡。惟其如此,现代社会可谓是合作的社会,在其中,合同几可谓无处不在,因而有人说,在商业时代里,财富多半是由允诺组成的,^①正是无数的合同支撑着我们的日常经济生活。合同在现代法上居于优越地位,^②其道理也正在于此。由于社会上各种各样的活动大都是通过合同制度来运营,或者可以用合同制度加以理解(比如以合同关系解释企业的经济学理论),因而又有人说这是合同时代的到来。^③

尽管“合同”充斥着整个社会,成为尽人皆知的词汇,但究竟什么是法律上的合同?什么是民法上的合同,是首先应予以解明的问题。

(一) 合同的语义

“合同”一词具有多重意义,不仅是一个法律用语,也是

^① See Roscoe Pound, *Introduction to the Philosophy of Law* 236 (reprinted New Haven, 1961).

^② 参见[日]我妻荣:《债权在近代法中的优越地位》,王书江、张雷译,中国大百科全书出版社1999年版。

^③ 参见[日]内田贵:《契约的时代》,岩波书店2000年版,第2页。

一个日常用语,然二者的意义是不相同的;即使是在法律用语场合,也是可以有多重意义的,并不局限于一种含义;在一个国家尚且如此,国家不同,合同的含义和内容更会存在差异。

就作为法律用语的“合同”而言,有劳动法上的合同、行政法上的合同、民法上的合同,等等。本书仅在民法的范围内讨论合同问题。

在我国民法上,合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议(《民法通则》第85条)。依学理解释,此所谓“协议”,指的就是“合意”,^①即当事人意思表示一致。自民法理论来说,合同又有广义与狭义之分。广义的合同,指以发生民法上效果为目的的一切合意,包括以发生物权变动为目的的物权合同(比如设定抵押权的合同、移转所有权的合同)、以物权以外权利的变动为目的的准物权合同(比如债权让与)、以发生债权债务为目的的债权合同、以发生身份关系的变动为目的的身份合同,等等。狭义的合同,仅指债权合同。^②本书主要讨论民法上的债权合同。

***“合同”概念:两大法系的差异与趋同** 大陆法系与英美法系的合同概念并不相同。在大陆法系传统学理上,合同被认为是一种“合意”或者“协议”。比如《法国民法典》第1101条规定:“契约为一种合意,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。”在英美法中,一般认为合同是一种“允诺”(a promise)。美国《合同法重述》(第2版)第1条规定:“合同是一种允诺或一组允诺,对于该允诺的违反,将由法律给予救济;履行该允诺,被法律以某种方式确认为一种义务。”

在英美法上,合同即 contract,其语义已如上述;另外,还有 agreement(合意)的用语,指相互的同意(mutual assent),尽管有时被作为 contract 的同义词,但二者仍有差异,比如 gentlemen's agreement(绅士协定),便不具有法律上的拘束力(不作为 contract),但仍不妨作为一种 agreement;另外,在盖章合同场合,视为 contract 成立,但此时不存在 agreement 的情形亦非没有。

在法国法上,合同的用语为 *contrat* 或 *convention*,虽然这两个词语有时被作为同义词使用,在对二者区分使用的时候,*contrat* 只是 *convention* 的一种,*convention* 是以债权债务的发生、变更、消灭为目的的二人以上意思的合致,*contrat* 只是其中以债权债务的发生为目的的 *convention* 而已。^③

以上英美法上的 contract 与法国法上的 *contrat* 或 *convention* 都限定在债权合同领域中使用。与此不同,在德国法上,“合同”(Vertrag)一语不独私法上使用,在国际法上

① 参见梁慧星:“论我国民法合同概念”,载《中国法学》1992年第1期。

② 参见史尚宽:《债法总论》,1990年台北自版,第7页;[日]松板佐一:《民法提要·债权各论》,有斐阁1993年第5版,第5页。

③ 参见[日]来栖三郎:《契约法》,有斐阁1974年版,第2页。

以及公法上也使用;即使是在私法上,也不仅限于债权合同,还有物权合同、身份合同等,它可以用来指一切意思的合致。在德国,自18世纪以来,不独法学,也包括其他的学科,盛行体系化,对概念极尽抽象之能事;18世纪末到19世纪初,德国的潘德克顿模式确立下来,同时确立了抽象的法律行为概念,形成了广义的合同概念。当时主张广义合同概念最力者为萨维尼(Friedrich Karl v. Savigny 1779~1861),其提出的广义合同概念被后来的学者所沿袭,并为《德国民法典》所采纳,“合同的成立”便是规定在了总则编,在债务关系法、物权法、亲属法和继承法的领域均可适用。^①

英美法中允诺说的形成是有其特定的历史传统的,不过,将合同视为一组允诺,这种观念实际上已经向强调双方债务间的牵连性方面转化了。尤其值得注意的是,近年来英美法系也不断有人将协议说运用到合同的定义中去,使得英美法与大陆法在合同的概念问题上正在不断接近,比如英国合同法学者特雷特尔在其《合同法》一书开篇即写道:“合同是发生可由法律予以执行或者承认的债务的合意。区别合同之债与其他合法之债的要素在于,合同之债是以合同当事人的合意为基础的。”^②美国的《布莱克法律词典》(第6版)在解释“合同”时,即谓:“发生做或不做特定事情之债务的双方或多方当事人之间的合意(an agreement)”。

我国民事法律及理论继受了大陆法系的合同概念,《民法通则》第85条中的“协议”实与“合意”同义,已如上述。惟该规定究竟是采狭义的合同概念抑或广义的合同概念,见解不一。一种解释认为,仅依该条文义尚难判定,但联系《民法通则》第84条第1款前段“债是按照合同的约定或者依照法律的规定,在当事人之间产生的特定的权利和义务关系”,可知第85条也应解释为狭义概念,其中“民事关系”一语,应作限制解释,解为债权债务关系。^③另一种解释则认为,第85条规定的合同概念是民事合同,即确立、变更、终止民事权利义务关系的合同,并不限于债权合同。^④

《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。”该法所称合同,究竟指广义的合同抑或为狭义的合同,应先予究明。在当初由学者起草的“合同法建议草案”中,第2条规定:“合同是当事人之间设立、变更、终止债权债务关系的协议。”显然采狭义的概念。《合同法》将“债权债务关系”替换为“民事权利义务关系”,由此便带来了困扰,为何替换呢?原来,在起草过程中,有的委员、部门和专家提出,鉴于对“债

① 参见[日]来栖三郎:《契约法》,有斐阁1974年版,第2~4页。

② G. H. Treitel, *The Law of Contract* 1 (10th ed. 1999).

③ 参见梁慧星:“论我国民法合同概念”,载《中国法学》1992年第1期。

④ 参见王利明、崔建远:《合同法新论·总则》,中国政法大学出版社2000年修订版,第4~5页。

债权债务关系”一词容易产生不同理解,对《合同法》调整范围的表述还是用“民事权利义务关系”为好。为此,本条将“债权债务关系”修改为“民事权利义务关系”。^①

当然,单纯从字面理解,《合同法》第2条所规定的“民事权利义务关系”与“债权债务关系”语义不同,对“民事权利义务关系”也不应当作限制解释使之与“债权债务关系”同义,^②《合同法》最终没有采纳狭义的合同概念,而是采纳了广义的合同概念,可以说,除债权合同外,还可包括物权合同及其他合同。^③只有如此,第2条第2款所作的限制才有意义,明确将身份合同排除在《合同法》的规范范围之外。此所谓广义的合同概念,具体地说,除债权合同外,尚可包括抵押合同、质押合同、国有土地使用权出让合同,^④等等。^⑤同时应当注意到,《合同法》的整个起草过程实际上都是在以债权合同为预想的模式,由此决定了《合同法》在骨骼和肌肉上是“债权合同法”,尽管第2条最终改用“民事权利义务关系”一语,但这只不过是给合同穿上了一件宽松的外套而已。即使不做这种改动,债权合同以外的其他民事合同,依然可以准用或类推适用《合同法》的相关规定。从这个角度看,上述合同概念范围的争论仅具学理意义,就实务而言,其并没有太大意义。本书以下讨论主要限于债权合同。

(二) 合同的法律性质

1. 合同是一种民事法律行为

合同以意思表示为要素,且按意思表示的内容赋予法律效果,故为民事法律行为,

^① 参见胡康生主编:《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社1999年版,第3页。

^② 亦有见解认为《合同法》中所称的合同是狭义上的合同概念,主要指债权合同。参见江平主编:《中华人民共和国合同法精解》,中国政法大学出版社1999年版,第3页。

^③ 在我国,物权行为或物权合同是敏感概念,其实正如日本民法学者我妻荣先生(1897~1973年)指出过的,所谓物权行为的独立性,意指通常必须存在仅以物权的变动为目的的法律行为,才能发生物权的变动,因而,即使不承认这种独立性,并非是要否定仅以物权的变动为目的的法律行为的存在。参见[日]我妻荣著、有泉亨补订:《新订物权法》,岩波书店1983年版,第58页。值得注意的是,我国反对物权行为理论的学者所具体反对的是物权行为的无因性理论,认可物权行为概念本身甚至其独立性。参见梁慧星主编:《中国物权法研究》(上册),陈华彬执笔,法律出版社1998年版,第188页;梁慧星、陈华彬:《物权法》,法律出版社2007年第4版,第83页。在解释上认为《合同法》第2条包括物权合同在内的见解,还可参见郭明瑞、房绍坤:《新合同法原理》,中国人民大学出版社2000年版,第7页。

^④ 我国有的学者认为它们属于物权行为或者物权契约,其中,第三人提供的抵押及国有土地使用权出让合同在实践中属于与债没有关系的纯粹的物权行为。参见孙宪忠:《论物权法》,法律出版社2001年版,第437页。另有见解认为,抵押合同与质押合同均属于债权行为。参见梁慧星主编:《中国物权法研究》(下册),邹海林执笔,法律出版社1998年版,第822、944页。

^⑤ 参见王利明、崔建远:《合同法新论·总则》,中国政法大学出版社2000年修订版,第6~7页,然其中所列合同是否均非债权合同,似不无推敲的余地。另可参阅郑成思:“融合合同还是交叉——《合同法》与知识产权法的相互影响”,载《国际贸易》1999年第9期;郑成思:“从直接走向间接——对现代合同制度再认识的三次升级”,载《国际贸易》1999年第5期。

而与事实行为不同。

2. 合同是两方或多方当事人意思表示一致的民事法律行为

合同的成立必须有两方或多方当事人,他们相互为意思表示,并且意思表示一致(合意)。这是合同区别于单方法律行为的主要标志。

* **遗赠与赠与合同** 法律行为通常可以区分为单方法律行为、双方法律行为与多方法律行为。在立遗嘱赠与与财产场合,仅依遗嘱人单方的意思表示即可成立法律行为;而赠与合同则是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人,受赠人表示接受赠与的合同(《合同法》第185条)。通常所谓赠与,多系指赠与合同而言。其特点在于:作为一种法律行为,它是由两项意思表示的一致而成立的;又合同是一种双方(或多方)法律行为,依双方合意而成立,至于是否使双方均负担义务,则属另一问题。在赠与合同场合,仅赠与人单方面负担义务,故称单务合同。

3. 合同是以设立、变更、终止民事权利义务关系为目的的民事法律行为(参照图1-1-1)

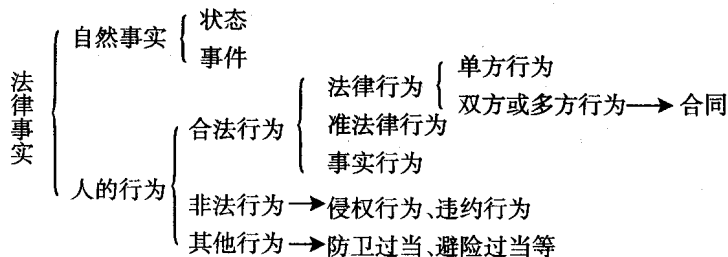


图 1-1-1

作为一种民事法律行为,合同的目的在于设立、变更或终止民事权利义务关系(《民法通则》第85条、《合同法》第2条第1款)。此所谓“设立”民事权利义务关系,指依有效成立的合同在当事人之间产生民事权利义务关系;所谓“变更”民事权利义务关系,指有效成立的合同使当事人之间的民事权利义务关系发生变化,形成新的民事权利义务关系;^①所谓“终止”民事权利义务关系,指有效成立的合同使当事人之间既有的民事权利义务关系归于消灭。^②

基于合同产生的民事权利义务关系,或者说债权债务关系,是基于约定产生的债之关系,与基于无因管理、不当得利、侵权行为等所发生的债之关系不同,后者是基于法律的直接规定而产生的债之关系,称为法定债之关系。

① 比如合同的协议变更(《合同法》第77条第1款)。

② 比如合同的协议解除(《合同法》第93条第1款)、合意抵销(《合同法》第100条)、代物清偿合同。