

# 法学前沿

JURISPRUDENCE FRONTIERS

《法学前沿》编辑委员会

第2辑

## 本辑要目

•《合同法》（草案）问题讨论•

- 王利明 合同的概念与合同法的规范对象  
杨立新 关于合同法中的债的保全问题  
崔建远 关于制定合同法的若干建议  
梁慧星 讨论合同法草案征求意见稿专家会议上的争论  
张建伟 对抗与和合  
韩世远 违约损害赔偿计算之研究

法律出版社

# 法学前沿

LEGAL FRONTIERS

总第100期 编辑委员会

第2卷

## 目录

- 论法律与道德的关系 ..... 1
- 论法律与道德的关系 ..... 2
- 论法律与道德的关系 ..... 3
- 论法律与道德的关系 ..... 4
- 论法律与道德的关系 ..... 5
- 论法律与道德的关系 ..... 6
- 论法律与道德的关系 ..... 7
- 论法律与道德的关系 ..... 8

法律出版社

# 法学前沿

JURISPRUDENCE FRONTIERS

---

(1998年)第2辑

《法学前沿》编辑委员会编辑

法律出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

法学前沿 第2辑/《法学前沿》编辑委员会编.  
—北京:法律出版社,1998.7  
ISBN 7-5036-2511-2

I. 法… II. 法… III. ①法学-理论研究-中国②合同法-研究-中国 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 15812 号

责任编辑:李克非 蒋 浩  
装帧设计:从 容

---

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/宏伟胶印厂

开本/787×1092 毫米 1/16 印张/13 字数/180 千

---

版本/1998 年 9 月第 1 版 1998 年 9 月第 1 次印刷

印数/0,001—6,000 册

---

社址/北京市广安门外六里桥北里甲 1 号八一厂内(100073)

编辑部电话/66824993

出版声明/版权所有,侵权必究。

---

书号:ISBN 7-5036-2511-2/D·2126

定价:15.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

# 《法学前沿》1998年·第2辑

## 目 录

### · 编者的话 ·

### · 《合同法》(草案)问题讨论 ·

- 王利明 合同的概念与合同法的规范对象····· (1)
- 杨立新 关于合同法中的债的保全问题····· (13)
- 崔建远 关于制定合同法的若干建议····· (30)
- 梁慧星 讨论合同法草案征求意见稿专家  
会议上的争论····· (50)

### · 理论研究 ·

- 张建伟 对抗与和合····· (57)
- 林灿铃 论跨国界环境污染的国家责任····· (84)
- 孔德周 分割所有权论····· (99)
- 也论公司财产权和股权的性质
- 韩世远 违约损害赔偿计算之研究····· (108)
- 孔祥俊 《反不正当竞争法》实施中的问题  
及其完善····· (164)

### · 判例分析 ·

- 李 琛 商标权利瑕疵的矫正与经济分析····· (172)
- 再谈《武松打虎》案

• 专家咨询 •

- 赵秉志 关于新旧刑法的选择适用问题…………… (177)  
——被告人关某被控虚开增值税专用发票  
罪案件应如何选择适用法律  
的研究

• 新书介绍 •

- 思 实 《民事证据法及其程序功能》透视…………… (190)

• 动 态 •

- 思 实 中国法学会婚姻法学研究会 98' 年会  
观点简述…………… (198)

《法学前沿》编辑委员会  
(以姓氏笔画为序)

王利明 卞建林  
朱苏力 刘春田  
何 山 李 飞  
杜钢建 陈兴良  
杨志华 赵秉志  
胡锦涛 姚 辉  
梁慧星 游 伟

## ·《合同法》(草案)问题讨论·

王利明:

### 合同的概念与合同法的 规范对象

“名者,实之宾也”,法律现象也是如此。讨论合同法的疑点及解决之道,首先必须对统一合同法中的“合同”这一概念予以澄清。讨论该问题并不在于单纯获得某种学理上和逻辑上的满足,而主要在于通过对合同的准确定义明确合同法的规范对象和内容。换言之,鉴于合同已广泛适用于社会生活的各个方面和各个领域,我们在合同法的制订中需要首先考虑合同法中的合同概念是什么?它应当包括哪些合同、规范何种合同关系?如果合同的概念不清楚,是不可能确定合同法的特定的规范对象的。

合同又称为“契约”。在英文中称为“contract”,在法文中称为“contrat”或“pacte”,在德文中为“Uertrag”或“Kontrakt”。这些用语都来源于罗马法的合同概念“Contractus”。据学者考证,Contractus由“con”和“tractus”二字组成。“con”由“cum”转化而来,有“共”字的意义,“tractus”有“交易”的意义。因此,合同的本意为“共相交易”。<sup>①</sup>然而,数千年来,合同的概念在适用中常常超出了交易的范畴。古希腊的一些哲学家曾以契约来解释法的起源;《圣经》曾经将契约作为宗教科学的概念来对待;而18世纪至19世纪的理性哲学思想家曾经把契约作为一种逻辑的抽象和理性的观念;霍布斯、洛克等人则把契约视为一种社会政治概念;

· 本文在写作中曾得到姚辉博士的大力帮助,在此谨致谢意。

① 参见王家福主编:《民法债权》,法律出版社1991年版。

至20世纪罗尔斯甚至将契约视为道德哲学的观念。凡此种种,说明合同是一个适用得十分广泛且极为重要的概念。

自罗马法以来,合同一直是民法中一个重要概念。然而,民法学者对合同的概念却存在分歧意见。长期以来,大陆法与英美法对合同的概念一直存在着如下不同的理解:

1. 协议说。大陆法学者基本上认为合同是一种协议。严格地说,“协议说”来源于罗马法。在罗马法中,契约被定义为“得到法律承认的债的协议”。<sup>①</sup>这一概念基本上为大陆法所继受。如《法国民法典》第1101条规定,“契约,为一人或数人对另一人或另数人承担给付某物、作或不作某事的义务的合意”,这就从债务的角度揭示了契约作为一种发生债的关系的合意的本质。而《德国民法典》则从“法律行为”的角度规定了契约的概念。该法第305条规定:“以法律行为发生债的关系或改变债的关系的内容者,除法律另有规定外,必须有当事人双方之间的契约。”这就是说,契约是发生、变更债的关系的法律行为。正如德国学者萨维尼所指出的:“契约之本质在于意思之合致。”<sup>②</sup>

2. 允诺说。在英美法中,一般认为合同是一种“允诺”。美国《法律重述·合同》(第二版)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给予救济,履行该允诺是法律在某些情况下所确认的一项义务。”<sup>③</sup>英国《不列颠百科全书》给合同所下的定义是:“合同是可以依法执行的诺言。这个诺言可以是作为,也可以是不作为。”<sup>④</sup>英美法认为合同实质上是一种允诺,是由英国的历史习惯和诉讼程序的影响所决定的。<sup>⑤</sup>同时也与英美法将不当得利与无因管理等关系作为“准

① (意)彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,中国政法大学出版社,1992年中文版,第307页。

② 胡长清:《中国民法债编总论》,商务印书馆1934年版,第16页。

③ Restatement, second, contracts, section.

④ 允诺为一方向他方当事人作出负担某种行为或不行为的义务的表示,作出允诺表示的人称为“允诺人(promisor)”,而享有此种权利的人称为“受允诺人(promisee)”。

⑤ 在中世纪的英国法中,并没有形成合同的概念。最初出现的,只是所谓的“允诺之诉”,即当允许人违背其允诺时,受允诺人有权向法院起诉,请求强制执行诺言。参见王军《美国合同法》,中国政法大学出版社,1996年版,第5页。

合同”对待的作法有联系。由于允诺构成了合同的本质,因此合同法的宗旨在于保障允诺的实现,在一方违反允诺时,如何对另一方提供补救。不过,由于这一概念仅仅是强调了一方对另一方作出的允诺,而没有强调双方当事人的合意,因此也受到许多学者的批评。

英国学者阿蒂亚曾经指出:美国《合同法重述》对合同所下的定义“忽略了合同中达成协议的因素。在这定义中没有指明,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所作的许诺或要做的事的报答”。将合同作为允诺,“忽视了在许诺成为合同之前,一般要有某种行为或许诺作为对另一方作出的许诺的报答这样一个事实”。<sup>①</sup>阿蒂亚的批评具有一定的道理。然而认为两大法系关于合同的概念存在着重大分歧,也与实际情况并不相符。事实上,英美传统的合同法主张合同是一种允诺,但根据合同法中的“交易原则”,并非任何允诺都是可以强制执行的,只有那些作为交易的一部分允诺在法律上才是可以强制执行的。交易可以有多种形式,如货币与诺言的交易,服务与诺言的交易等,法律只能强制实施那些存在着交易的诺言。<sup>②</sup>

所以,要约人作出一项允诺(promise)时,受要约人或受允诺人必须以其允诺或其他行为予以回报,才能构成一项有效的协议(agreement)或约定。<sup>③</sup>而法官在约定中不能找出双方的约定曾有允诺的交换时,即不会给予该允诺的强制执行的效力。<sup>④</sup>据此可见,英美合同法认为合同并非一种单方的允诺,而是以交易为基础的允诺,这就和大陆法合同的概念十分接近。

由于“允诺说”容易导致将合同视为单方允诺的误解,所以,一些英美学者也开始完全采纳大陆法关于合同的见解,将合同视为一种协议。如英国《牛津法律大辞典》给契约所下的定义为:“契约是二人或多人之间为在相互间设定合同义务而达成的具有法律强制力的协议。”<sup>⑤</sup>而美

① (英)阿蒂亚:《合同法概论》,法律出版社1980年中文版,第29页。

② (美)罗伯特·考特等《法和经济学》,上海三联书店,1994年中文版,第296—297页。

③ 参见杨桢《英美契约法论》,北京大学出版社1997年版,第2页。

④ 同注③。

⑤ 《牛津法律大辞典》(中译本),光明日报出版社1988年版,第205页。

国《统一商法典》第1201(11)条亦确认：“‘合同’指产生于当事人受本法以及任何其他应适用的法律规则影响而达成的协议的全部法律债务”。

合同的本质在于，它是一种合意或协议。实际上“协议”一词常常也就是指“合意”(mutual assent)。大陆法学者通常用“意思表示一致”或“合致”的表述来概括这种合意。<sup>①</sup> 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或两个以上的当事人。第二，各方当事人须互相作出意思表示，这就是说，当事人各自从其追求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，各个意思表示是一致的，也就是说当事人达成了一致的协议。由于合同是两个或两个以上意思表示一致的产物，因此当事人必须在平等自愿的基础上进行协商，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。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”。这一关于合同的立法定义，也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。

在合同法的制订过程中，有关合同乃是协议的问题，并不存在任何分歧。但由于在社会实际生活中，协议本身所包含的内容纷繁复杂，要约、承诺的订约方式可以广泛应用在民事、行政、劳动甚至亲属等各种关系之中，简单地以完成了要约、承诺的程序从而达成合意的事实，尚不能确定合同法所称“合同”的内容。换言之，合意的内容多种多样，并不当然都构成合同法所谓的“合同”；也并不当然都应成为统一合同法所规定的对象。那么，究竟统一合同法应如何定义合同并确定其规范对象，即成为该法制订中亟待解决的重要课题。

就目前而言，对于合同的定义及其规范对象，学界大致存在以下三种不同的理解：

1. 广义的“合同”概念。广义的合同概念是指以确定权利、义务内容的协议，例如除民法中的合同以外，还包括行政法上的行政合同、劳动法中的劳动合同、国际法上的国家合同等。可见广义的合同概念实际上

---

<sup>①</sup> 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243页。

包含了所有法律部门中的合同关系,“合同”一词中表现了各种不同的法律关系,如财产关系、行政关系、劳动关系、身份关系等法律关系。

2. 狭义的“合同”概念。狭义的合同概念是将合同视为民事合同,即指确立、变更、终止民事权利义务关系的合同。例如德国一些学者曾将合同视为“私法合同”,泛指“发生私法上之效果的一切以意思表示一致为要素的行为。这样的所谓合同,不但包括所有以债之发生为直接目的的合同,也包括物权合同、身份合同(如婚姻合同)等等”。<sup>①</sup> 目前我国学者大都采纳了狭义的合同概念,<sup>②</sup> 而我国《民法通则》第85条关于合同的概念的规定实际上也采纳了狭义的合同概念。

3. 最狭义的合同概念。此种观点认为《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,其中的合同并非泛指所有民法上的合同,此处所称的“民事关系”的规定,应仅指债权债务关系,因为《民法通则》将合同规定在“债权”一节,明确规定合同为发生债的原因(第84条),且我国民法不承认有所谓物权行为;至于那些非发生债权债务关系的合意(如自愿结婚和离婚等)在我国法律中均不称其为合同。

我们首先剖析一下广义的合同概念。此种观点把合同法的规范对象扩展为所有的合同关系。从这一规范对象出发,他们认为合同法中的合同应包括各种类型的合同。在我国行政法学界,目前一种极为流行的观点建议把行政合同列入合同法中。何为行政合同?按照应松年教授的观点,就是行政加合同。其特点在于合同的一方必须是代表公共利益的行政机关,行政机关运用行政合同的目的在于实现行政管理和公共利益的目标,而不是企业或个人的利益和目标。在行政合同的权利义务配置方面,行政机关保留某些特别的权力。从国内外的实践和法律规定看,这些特殊权力主要是:监督甚至指挥合同的实际履行情况;单方变更合同的内容;认定对方违法并给予制裁。合同法应当规范行政合同。<sup>③</sup> 我国行政法学会会员一致认为:“如果合同法不能明确规定行政合同及

① 参见周林彬主编:《比较合同法》,兰州大学出版社1989年版,第29页。

② 参见佟柔主编:《民法原理》,法律出版社1986年版,第259页。

③ 应松年:“行政合同不可忽视”,载《法制时报》1997年6月9日,第1版。

其性质和特点,就不能充分发挥行政合同在市场经济中的作用,这将关系到国家巨额投资能否得到正确合法的使用、国有资产能否增值、公共利益能否得到充分保证,国家必要的计划能否落实等重大问题。因此,建议在起草的合同法中单列行政合同一章,作为合同的特殊形态加以规定”。<sup>①</sup>

行政合同究竟如何定义,其规范的对象是什么。恐怕仍是个值得探讨的问题。即使存在行政合同,是否要由合同法调整。亦不无疑问。我们认为,合同法的主要调整对象是规范交易关系。所谓交易乃是指独立的、平等的市场主体就其所有的财产或利益进行的交换,交易包括了商品的转手、财物的互易、利益的交换等各种方式,其法律形式就是合同。正如马克思所指出的,“这种通过交换和在交换中才产生的实际关系,后来获得了契约这样的法律形式。”<sup>②</sup> 合同的一般规则就是规范交易过程并维护交易秩序的基本规则,而各类合同制度也是保护正常交换的具体准则。典型的买卖活动是反映商品到货币、货币到商品的转化的法律形式、但是商品交换过程并不只是纯粹的买卖,还包括劳务的交换(诸如加工、承揽、劳动服务)以及信贷、租赁、技术转让等各种合同形式,它们都是单个的交换,都要求表现为合同的形式,并应受合同法的规范。由于合同法只是规范反映交易关系的民事合同,而反映行政关系的行政合同、劳动关系的劳动合同等,即使在名称上称为合同,因其不是对交易关系的反映,因此不应属于合同法所称的合同范畴。尤其应看到,因为合同法是调整交易关系的法律。所以合同法构成为我国民法的重要组成部分。而广义的合同概念则将合同的调整对象扩张至行政、劳动等关系,使合同法不仅作用于交易领域,而且延伸到了民法所不能或不应当规范的领域。这不仅使合同法失去了其所应具有的性质,而且由于规范对象及内容的无法确定,也使得合同法成了无所不包、内容庞杂、体系混乱的法律。按照这样的思路构筑合同法,很难使其成为一部系统完整及科学合理的法律。我们说不反映交易关系为内容不要合

<sup>①</sup> 中国法学会行政法研究会:“建议把行政合同列入合同法”,载《法学研究动态》第7期,第7页。

<sup>②</sup> 《马克思恩格斯全集》第19卷,第422—423页。

同法调整,并非在法律上对其不予规范,甚至使这些合同在发生纠纷长期无法可循,我们认为不以反映交易关系为内容的协议,因不受合同法规范调整,可以通过制订单行行政法规的方式予以调整。例如,目前有关政府部门正在制订有关订货合同的条例,而不将其归入合同法。这是一种较为科学的立法方式。

当然,应当看到,由于合同形式复杂多样,在现实生活中常出现一些非典型的民事合同。这些合同具有民事合同的特点,也具有某些行政色彩,其中最典型的就是国有土地使用权出让合同,按照行政法学界的观点,这种合同应作为行政合同对待。我认为,此类合同确实具有行政因素,比如在发生争议时国家土地管理部门作为出让方可以直接依据法律规定对受让方实施行政制裁。在合同订立后,出让方有权监督受让人是否依据合同规定的目的使用土地。但国有土地使用权出让合同仍是民事合同而非行政合同。其根据在于:第一,国家土地管理部门以土地所有人的代表的身份与其他民事主体之间从事交易行为时,并不是以主权者和行政管理者的身份出现的,作为合同当事人,其与另一方当事人即土地使用者的法律地位是完全平等的,双方均应遵循平等、自愿、等价有偿的原则。<sup>①</sup>第二,根据《城市房地产管理法》第12条的规定,土地使用权的出让,可以采取拍卖、招标或协议的方式。而在采取拍卖、招标方式下,实际上就是要运用公开竞争的方法将土地使用权转让给他人,在这些活动中,国家土地管理部门当然应以民事主体的身份出现。否则,拍卖、招标等活动根本不可能进行。第三,过份强调土地管理部门在出让国有土地使用权过程中的主权者身份,势必会混淆土地出让与划拨之间的关系,而且也不能充分发挥出让合同在国有土地管理中的作用。从单纯行政划拨方式转向出让等方式,是有效的、合理的利用土地、促进市场经济发展的重要步骤,而土地使用权出让不同于行政划拨,在于在前一种关系中,国家土地管理部门不是以行政管理者而是合同当事人身份出现的。当然,在土地使用权出让以后,国家仍然有权

---

<sup>①</sup> 《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第11条规定:“土地使用权出让合同应当按照平等、自愿、有偿的原则,由市、县人民政府土地管理部门(以下简称出让方)与土地使用者签订。”

监督土地使用情况,当使用人不按法律规定或合同约定使用土地时,国家可以给予警告甚至无偿收回土地,但这些权利乃是土地所有权的体现,而并不是行政权力的运用。第四,即使认为出让人享有的某些权利具有行政的性质,一旦规定在合同中,便成为合同中所规定的权利。出让人行使权利不仅来源于法律规定,而是来源于合同,当出让人超越合同规定行使权利时,也将构成违约。第五,土地出让金并不是什么行政管理手段,而是土地使用权的商品价格。如果将土地出让金作为一种管理手段,其数额完全由土地管理部门来决定,则根本不可能真正实行土地使用权制度的改革,土地使用权也不可能真正进入市场进行转让并充分发挥土地的效益,国家也难以通过转让获取应有的收益,甚至极易助长管理机关的腐败行为。总之,我认为土地使用权出让合同不是什么行政合同,而是民事合同,当然应受合同法调整。

现在讨论一下最狭义的合同概念。最狭义的合同概念将合同作为发生债权债务关系的合意,这是完全符合大陆法的债法理论的。根据大陆法民法体系,合同是债的一种形式或债的发生原因,有关合同的法律与侵权行为、不当得利,无因管理等共同构成了债法体系。合同法只是债法的组成部分而不是与债法相分离的、与物权法等法律相对应的法律部门。按照这样一种体系,民事合同必然是产生、变更和终止债权债务关系的协议。所以《德国民法典》第305条的规定:“以法律行为发生债的关系或改变债的关系的内容者,除法律另有规定外,必须有当事人双方之间的契约”。

最狭义的合同概念强调了合同的债的属性,从而突出了民法的债法规范对合同法的指导意义以及合同法对债法的依存关系,也使得合同法中的一些基本特点更为鲜明突出。正是基于这些原因,这一观点对我国合同法的制定产生了较大影响。合同法的第一稿(即专家建议稿)第2条便采纳这种观点:“合同是当事人之间设立、变更、终止债权债务关系的协议。”<sup>①</sup> 理论界也大都赞同这一看法。

我认为,债作为民法中的一个重要概念,确实是一个高度抽象的科学概念,诚如王泽鉴先生所言:“在大陆法系,尤其是在素重体系化及抽

<sup>①</sup> 《民商法论丛》第4卷,法律出版社1997年版,第442页。

象化之德国法,历经长期的发展,终于获致此项私法上之基本概念,实为法学之高度成就。”<sup>①</sup>债的一般规则,不仅使除合同及侵权行为之外的债的形式在法律上有所依归,而且因对债的一般规定可适用于债的各种形式,从而避免了对各种债的形式都要规定一般规则所产生的重复现象。如无债的概念和规则,将极大影响民法规范的适用和体系的建立。正是从这个意义上,我们认为,强调合同是债的发生原因或债的形式,是极为必要的。但是,这并不意味着民事合同在内容上仅限于债权债务关系的合意。我们认为,债权债务关系是民法调整的财产关系的主要形式,但并非唯一的形式。民法所规范的平等主体之间的财产关系除债权债务外,还包括物权、人身权、知识产权等各种关系。在现实生活中,权利人行使各项民事权利,都有可能借助于合同的形式,这就使合同在内容上不仅仅是单一地确立债的关系,而有可能是通过合同产生、变更除债的关系以外的其他民事法律关系。这些合同因其仍然是就民事关系的设立等达成的合意,因此当然属于民事合同的范畴。既然合同法是民法的组成部分,当然就应统一调整这些民事合同,事实上,也不可能在合同法之外,就这些合同单独制订其他合同法律。

如果认为合同只是发生债权债务关系的合意,显然将合同的定义限定得过于狭窄。如采纳此概念将会严格限制合同法的规范对象,并使许多民事合同关系难以受到合同法的调整。具体来说:

第一,在我国现行立法和司法实践中,许多在德国民法中所称的物权合同如抵押合同、质押合同、国有土地使用权出让合同、承包合同等,并不完全是当事人之间设立、变更、终止债权债务关系的协议,因此不是典型的债权合同。严格地说,这些合同旨在设立、变更、移转物权,如土地使用权出让合同的订立旨在使国有土地所有权的权能发生分离,使受让人享有土地使用权。土地使用权在性质上并不是债权,而是物权,使用人享有该项权利以后,可以支配土地并排斥他人的干涉。尤其是土地使用权的期限较长,最多年限甚至长达70年,该项权利是长期的物权。设立物权的合同并不是典型的债权合同。在德国法中,此类合同被称为物权合同。我国民事立法和司法实践虽不承认物权合同的概念,

<sup>①</sup> 王泽鉴:《民法学说与判例研究》第4册,第87页。

但许多学者也认为这些合同确实具有不同于一般债权合同的特点。<sup>①</sup>一方面,这些合同旨在设定物权。另一方面,这些合同因在内容上涉及物权的变动,因而在法律上具有特定的形式要件的要求(如要求当事人必须办理登记或交付手续)。还应看到,这些合同不仅受合同法的规范,还要受物权法的规范。可见这些合同并非典型的债权合同,假如因此认为这些合同不属于合同法的合同范畴,不应受合同法调整,显然是不妥当的。

第二,在人格权的行使方面,也存在合同关系。一般来说,人格权具有专属性和与主体的不可分离性,即在一般情况下,人格权是不能转让的。然而,个别人格权,如法人的名称权,因其具有较强的财产属性,依法也可以转让,从而有可能在转让人与受让人间形成转让合同关系。肖像权尽管不能由权利人整体转让,但肖像权的使用权,因其具有利用价值,且这种利用不仅可由本人,亦可由他人完成,因而完全可由权利人转让给他人。这种转让必须通过订立肖像使用合同的方式来完成。按照学者的一般观点,肖像使用权转让合同,乃是当事人之间设立、变更、消灭肖像使用关系的协议,也属于典型的民事合同。<sup>②</sup>由于这些合同在内容上都涉及到人格权的全部(如名称权的转让)或部分转让问题,而人格权毕竟不同于债权,因此,很难说这些合同都是设立、变更、终止债权债务关系的合意。

第三,在亲属法领域,并非完全不存在合同关系。诚然,依据我国立法和司法实践,并不承认婚姻为一种合同,对于收养关系,也从不作为合同对待。但在婚姻家庭亲属关系中,确实会涉及到一些需用合同来规范的关系。如分家析产协议,遗赠扶养协议,夫妻财产约定等。这些协议或约定与一般民事合同并无本质差别。有关这些合同的订立、履行、变更、解除以及违约责任等,当然应适用合同法的规定。甚至连离婚协议也不能说完全不能适用合同法的规定。夫妻双方以合同的形式就解除

① 参见孙宪忠:“不动产物权取得研究”,载《民商法论丛》第3卷,法律出版社1997年版,第61页。

② 参见王利明、杨立新主编:《人格权与新闻侵权》,中国方正出版社1995年版,第279页。

婚姻关系达成协议,尤其是在协议中一般都不可避免地要涉及财产的处理,当这些协议达成以后,理所当然地对当事人双方产生约束力,任何一方不得擅自变更和解除合同。合同法的一些规则,也是可以适用于此类合同的。

第四,在知识产权法领域,也存在着一些合同,如著作权许可使用合同、专利实施许可合同、商标使用许可合同以及专利等权利的转让合同等,都具有债权合同的特点,但因其涉及知识产权的行使、转让等问题,因此也不是典型的债权合同。

第五,在民法中,一些共同行为如合伙合同、联营合同等,也不是纯粹的债权合同。早在1892年,德国学者孔兹(Kunze)提出,应将契约行为和合同行为分开,双方法律行为应为契约,而共同行为(如合伙合同)则称为合同。根据法国学者的观点,合同是双方的法律行为,它不同于共同行为,前者主要约束合同当事人,而后者产生的效力可能约束某些并未参加该行为的人,如股份有限公司的股东大会上,掌握半数以上股权的股东所通过的决议可对全体股东产生约束力。<sup>①</sup>我国一些学者也曾提出了合同行为不同于一般契约行为的特点。<sup>②</sup>我们认为,合伙合同、联营合同等不同于一般的债权合同之处在于,当事人订立这些合同的目的不在于发生债权债务关系,而在于确定共同投资、经营或分配盈余等方面的关系。然而,由于这些合同本质上仍然是反映交易关系的,因此当然应受到合同法的调整。

第六,随着社会经济生活的发展,许多新的合同关系将应运而生。例如承包经营合同、BOT合同、酒店经营管理合同、旅游合同等等。这些合同也并不完全都是设立、变更和终止债权债务关系的合同,也并非不应受到合同法的调整。即使统一合同法在分则中对这些合同未作规定,也不影响到合同法总则对其所应有的适用性。因为合同法不同于物权法的一个重要特点在于:物权法主张“物权法定”;而合同法则要贯彻“合同自由”原则,允许合同当事人在法律规定范围内自由确定合同的内容。只要合同的内容不违背法律规定和社会公共利益,法律就承认其

① 参见尹田:《法国现代合同法》,法律出版社1995年版,第4页。

② 参见汪翰章:《法律大辞典》,上海大东书局,1934年版。