

普通高等教育“十二五”规划教材



21世纪法学规划教材

合同法

Contract
Law

崔建远 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

合同法

Contract Law

崔建远 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

合同法/崔建远著. —北京:北京大学出版社,2012.6

(21世纪法学规划教材)

ISBN 978-7-301-20720-8

I. ①合… II. ①崔… III. ①合同法-中国-高等学校-教材 IV. ①D923.6

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第111860号



书 名: 合同法

著作责任者: 崔建远 著

责任编辑: 周 菲

标准书号: ISBN 978-7-301-20720-8/D·3120

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027 出版部 62754962

电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 三河市博文印刷厂

经 销 者: 新华书店

787毫米×1092毫米 16开本 39.75印张 1011千字

2012年6月第1版 2012年6月第1次印刷

定 价: 59.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

丛书出版前言

秉承“学术的尊严,精神的魅力”的理念,北京大学出版社多年来在文史、社科、法律、经管等领域出版了不同层次、不同品种的大学教材,获得了广大读者好评。

但一些院校和读者面对多种教材时出现选择上的困惑,因此北京大学出版社对全社教材进行了整合优化。集全社之力,推出一套统一的精品教材。

“21世纪法学规划教材”即是本套精品教材的法律部分。本系列教材在全社法律教材中选取了精品之作,均由我国法学领域颇具影响力和潜力的专家学者编写而成,力求结合教学实践,推动我国法律教育的发展。

“21世纪法学规划教材”面向各高等院校法学专业学生,内容不仅包括了16门核心课教材,还包括多门传统专业课教材,以及新兴课程教材;在注重系统性和全面性的同时,强调与司法实践、研究生教育接轨,培养学生的法律思维和法学素质,帮助学生打下扎实的专业基础和掌握最新的学科前沿知识。

本系列教材在保持相对一致的风格和体例的基础上,以精品课程建设的标准严格要求各教材的编写;汲取同类教材特别是国外优秀教材的经验和精华,同时具有中国当下的问题意识;增加支持先进教学手段和多元化教学方法的内容,努力配备丰富、多元的教辅材料,如电子课件、配套案例等。

为了使本系列教材具有持续的生命力,我们将积极与作者沟通,结合立法和司法实践,对教材不断进行修订。

无论您是教师还是学生,在适用本系列教材的过程中,如果发现任何问题或有任何意见、建议,欢迎及时与我们联系(发送邮件至 bjdxcbs1979@163.com)。我们会将您的意见或建议及时反馈给作者,供作者在修订再版时进行参考,从而进一步完善教材内容。

最后,感谢所有参与编写和为我们出谋划策提供帮助的专家学者,以及广大使用本系列教材的师生,希望本系列教材能够为我国高等院校法学专业教育和我国的法治建设贡献绵薄之力。

北京大学出版社

2012年3月

缩略语一览表的补充

1. 《宪法》——《中华人民共和国宪法》；
2. 《合同法》——《中华人民共和国合同法》；
3. 《经济合同法》——《中华人民共和国合同法》；
4. 《涉外经济合同法》——《中华人民共和国合同法》；
5. 《技术合同法》——《中华人民共和国合同法》；
6. 《产品质量法》——《中华人民共和国产品质量法》；
7. 《消费者权益保护法》——《中华人民共和国消费者权益保护法》；
8. 《反不正当竞争法》——《中华人民共和国反不正当竞争法》；
9. 《保险法》——《中华人民共和国保险法》；
10. 《海商法》——《中华人民共和国海商法》；
11. 《物权法》——《中华人民共和国物权法》；
12. 《城市房地产管理法》——《中华人民共和国城市房地产管理法》；
13. 《律师法》——《中华人民共和国律师法》；
14. 《水污染防治法》——《中华人民共和国水污染防治法》；
15. 《农村土地承包法》——《中华人民共和国农村土地承包法》；
16. 《建筑法》——《中华人民共和国建筑法》；
17. 《电子签名法》——《中华人民共和国电子签名法》；
18. 《票据法》(2004年)——《中华人民共和国票据法》(2004年)；
19. 《公司法》(2005年)——《中华人民共和国公司法》(2005年)；
20. 《标准化法》——《中华人民共和国标准化法》；
21. 《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》——《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》；
22. 《中外合资经营企业法实施条例》(2001年)——《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》(2001年)；
23. 《电信条例》(2000年)——《中华人民共和国电信条例》(2000年)；
24. 《关于民法通则的意见》——《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》；
25. 法释[1999]19号——《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(一)》；
26. 法释[2000]44号——《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》；
27. 法释[2003]7号——《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干

问题的解释》；

28. 法释[2004]14号——《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》；
29. 法释[2008]15号——《最高人民法院关于废止2007年底以前发布的有关司法解释(第七批)的决定》；
30. 法释[2008]11号——《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》；
31. 法释[2009]5号——《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)》；
32. 法释[2009]11号——最高人民法院《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》；
33. 法发[2009]40号——《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》；
34. 法释[2010]9号——《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定(一)》。

目 录

1 第一章 绪论

- 1 第一节 合同法的概念
- 3 第二节 合同法的历史发展
- 10 第三节 合同法的作用
- 13 第四节 合同法的原则
- 19 第五节 合同法的体系

21 第二章 合同的分类

- 21 第一节 合同分类概述
- 21 第二节 典型合同与非典型合同
- 24 第三节 双务合同与单务合同
- 25 第四节 有偿合同与无偿合同
- 26 第五节 诺成合同与实践合同
- 27 第六节 要式合同与不要式合同
- 28 第七节 一时性合同与继续性合同
- 29 第八节 主合同与从合同
- 29 第九节 束己合同与涉他合同
- 31 第十节 个别合同与框架合同
- 32 第十一节 实定合同与射幸合同
- 33 第十二节 本约与预约

35 第三章 合同的订立

- 35 第一节 合同的订立概述
- 36 第二节 要约
- 42 第三节 承诺
- 45 第四节 竞争缔约
- 46 第五节 强制缔约

- 49 | 第六节 附合缔约
- 55 | 第七节 要约和承诺程序的变异
- 60 | 第八节 合意与不合意

63 第四章 合同的内容与形式

- 63 | 第一节 合同的条款
- 65 | 第二节 合同权利与合同义务
- 72 | 第三节 合同的形式

76 第五章 合同的效力

- 76 | 第一节 合同的效力概述
- 80 | 第二节 合同的有效要件
- 83 | 第三节 合同的无效
- 92 | 第四节 合同的撤销
- 97 | 第五节 合同效力的补正
- 103 | 第六节 合同不成立、无效、被撤销或不被追认的法律后果
- 106 | 第七节 合同无效与诉讼时效

110 第六章 合同的履行

- 110 | 第一节 合同的履行概述
- 111 | 第二节 合同履行的原则
- 116 | 第三节 合同履行的规则
- 125 | 第四节 涉及履行的抗辩及抗辩权

144 第七章 合同的保全

- 144 | 第一节 合同的保全概述
- 145 | 第二节 债权人代位权
- 160 | 第三节 债权人撤销权

172 第八章 合同的担保

- 172 | 第一节 合同的担保概述
- 176 | 第二节 保证
- 204 | 第三节 定金

212 第九章 合同的变更

- 212 第一节 合同的变更概述
- 213 第二节 狭义的合同变更
- 216 第三节 合同的更改

219 第十章 合同的转让

- 219 第一节 合同的转让概述
- 220 第二节 债权让与
- 240 第三节 债务承担
- 250 第四节 合同权利义务的概括移转

253 第十一章 合同的解除

- 253 第一节 合同的解除概述
- 261 第二节 合同解除的条件
- 267 第三节 合同解除的程序
- 273 第四节 合同解除的效力

281 第十二章 合同权利义务的终止

- 281 第一节 合同权利义务的终止概述
- 282 第二节 清偿
- 285 第三节 抵销
- 290 第四节 提存
- 294 第五节 免除
- 295 第六节 混同

297 第十三章 违约责任

- 297 第一节 违约责任的概念
- 306 第二节 违约责任的分类
- 308 第三节 归责原则
- 310 第四节 违约责任的构成要件
- 319 第五节 免责条件与免责条款
- 325 第六节 违约责任与侵权责任的竞合
- 332 第七节 强制履行
- 338 第八节 赔偿损失

358 | 第九节 违约金责任

377 第十四章 合同的解释

377 | 第一节 合同解释的概念

380 | 第二节 合同解释的原则

387 | 第三节 合同解释的规则

390 | 第四节 合同漏洞的补充

394 | 第五节 格式条款的解释

398 | 第六节 免责条款的解释

403 第十五章 买卖合同

403 | 第一节 买卖合同概述

406 | 第二节 买卖合同的效力

416 | 第三节 特种买卖合同

419 第十六章 供用电、水、气、热力合同

419 | 第一节 供用电、水、气、热力合同概述

420 | 第二节 供用电合同

423 第十七章 赠与合同

423 | 第一节 赠与合同概述

427 | 第二节 赠与合同的效力

428 | 第三节 赠与合同的终止

433 第十八章 借款合同

433 | 第一节 借款合同概述

435 | 第二节 借款合同的效力

436 | 第三节 借款合同的终止

437 第十九章 租赁合同

437 | 第一节 租赁合同概述

444 | 第二节 租赁合同的效力

470 | 第三节 租赁合同中的风险负担

471 | 第四节 租赁合同的变更

476 | 第五节 租赁合同的终止

479 第二十章 融资租赁合同

- 479 | 第一节 融资租赁合同概述
- 482 | 第二节 融资租赁合同的效力
- 484 | 第三节 融资租赁合同的终止

486 第二十一章 承揽合同

- 486 | 第一节 承揽合同概述
- 494 | 第二节 承揽合同的效力
- 504 | 第三节 承揽合同中的风险负担
- 505 | 第四节 承揽合同的终止

506 第二十二章 建设工程合同

- 506 | 第一节 建设工程合同概述
- 510 | 第二节 建设工程合同的订立
- 512 | 第三节 建设工程合同的无效及其后果
- 513 | 第四节 建设工程合同的效力

521 第二十三章 运输合同

- 521 | 第一节 运输合同概述
- 522 | 第二节 客运合同
- 526 | 第三节 货运合同
- 531 | 第四节 联运合同

535 第二十四章 技术合同

- 535 | 第一节 技术合同概述
- 540 | 第二节 技术开发合同
- 549 | 第三节 技术转让合同
- 553 | 第四节 技术咨询合同
- 556 | 第五节 技术服务合同

561 第二十五章 保管合同

- 561 | 第一节 保管合同概述
- 564 | 第二节 保管合同的效力
- 571 | 第三节 保管合同的终止

573 第二十六章 仓储合同

- 573 | 第一节 仓储合同概述
- 575 | 第二节 仓储合同的效力
- 583 | 第三节 仓储合同的终止

585 第二十七章 委托合同

- 585 | 第一节 委托合同概述
- 590 | 第二节 委托合同的效力
- 598 | 第三节 间接代理制度
- 600 | 第四节 委托合同的终止

610 第二十八章 行纪合同

- 610 | 第一节 行纪合同概述
- 613 | 第二节 行纪合同的效力

619 第二十九章 居间合同

- 619 | 第一节 居间合同概述
- 621 | 第二节 居间合同的效力

第一章



绪 论

第一节 合同法的概念

一、合同

合同的类别较多,有劳动法上的合同、行政法上的合同、民法上的合同等,每类合同的含义明显不同。民法上的合同亦非千篇一律,存在着物权合同、债权合同、身份合同等种类,每种合同的界定各有区别。《合同法》所规范合同,是平等主体之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议(第2条第1款)。仅就文义而言,尚难准确地判断出此处所谓协议的类型和含义,但因《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,可知它不包含身份合同。还有,我国改革开放二十多年来,实践和《合同法》等法律没有区分过物权合同和债权合同^①,可以断言,此处所说的协议也不包含物权合同。合同法立法方案及学说认为,《合同法》规范的是债权合同。^②

由于债权合同的概念系相对于物权合同的概念而具有存在价值,由于我国现行法未采纳物权行为独立性和无因性制度及其理论^③,将我国合同法上的合同称为债权合同反倒画蛇添足。有鉴于此,除非上下文表述的需要,本书一般不采用债权合同的概念,而径称合同。

在民法及其学说史上,曾有合同和契约的区别。前者为当事人的目的相同,意思表示的方向也一致的共同行为。后者系当事人双方的目的对立,意思表示的方向相反的民事法律行为。我国现行法已不再作这样的区分,把二者都叫做合同。

我国原来的法律及其理论区分经济合同与非经济合同、商事合同与民事合同、国内合同和涉外经济合同,调整规范也有差异。《合同法》不再作如此分类,统称为合同,对它们统一规制。

合同具有如下法律性质:其一,合同是一种民事法律行为(以下径称为法律行为)。合同以意思表示为要素,并且按意思表示的内容赋予法律效果,故为法律行为,而非事实行为。

^① 见王胜明:“物权法制定过程中的几个重要问题”,载《法学杂志》2006年第1期,第37页;王胜明:“关于物权法若干问题的思考”(2005年10月25日18:30,于中国人民大学逸夫会议中心二层报告厅),载中国法学会民法学研究会、中国人民大学法学院、广东省律师协会编:《中国物权法疑难问题研讨会论文集》,2005年12月7日,第21页。

^② 见梁慧星:《民法学说判例与立法研究(二)》,国家行政学院出版社1999年版,第122页。

^③ 见梁慧星:“如何理解合同法第51条”,载《人民法院报》2000年1月8日;谢怀栻等:《合同法原理》,法律出版社2000年版,第102页以下;崔建远:“无权处分辨”,载《法学研究》2003年第1期,第5页。

其二,合同是两方以上当事人的意思表示一致的法律行为。合同的成立必须有两方以上的当事人,他们相互为意思表示,并且意思表示相一致。这是合同区别于单方法律行为的重要标志。其三,合同是以设立、变更、终止民事权利义务关系为目的的法律行为。任何法律行为均有目的性,合同的目的性在于设立、变更、终止民事权利义务关系。所谓设立,是指当事人通过意思表示,使他们之间产生民事权利义务关系的行为。所谓变更,是指当事人对于已经设立的民事权利义务关系,通过意思表示使其发生变化,形成新的民事权利义务关系的行为。所谓终止,是指当事人通过意思表示,使他们之间既有的民事权利义务关系归于消灭的行为。其四,合同是当事人各方在平等、自愿的基础上产生的法律行为。在民法上,当事人各方在订立合同时的法律地位是平等的,所为意思表示是自主自愿的。当然,在现代法上,为实践合同正义,自愿或曰自由时常受到限制,如强制缔约、格式合同、劳动合同的社会化等,为其著例。

二、合同法

合同法,即有关合同的法律规范的总称,是调整平等主体之间的交易关系的法律。它包括界定合同的法律规范,订立合同的法律规范,合同成立条件的法律规范,合同内容的法律规范,合同效力的法律规范,合同无效、被撤销、效力未定的法律规范,合同履行的法律规范,合同保全的法律规范,合同担保的法律规范,合同变更和转让的法律规范,合同解除的法律规范,合同救济的法律规范,合同消灭的法律规范,合同解释和适用的法律规范,各类合同的法律规范等。

合同法在英美法系是与财产法、侵权行为法、信托法等并列的独立法律部门,但在大陆法系,合同法的上位概念是债法,债法的上位概念是民法,故合同法为民法的组成部分,其主干被放置于民法典的债编之中。在我国,合同法也归属于民法,不是一个独立的法律部门。不过,在民法典尚未出台的背景下,《合同法》以单行法的形式存在着。

其实,《合同法》只是我国合同法的大本营,诸如《担保法》、《城市房地产管理法》、《著作权法》等许多单行法关于合同的规范都是我国合同法的组成部分,最高人民法院有关合同的司法解释同样如此,《民法通则》有关法律行为、民事行为、债权的规定,更是我国合同法律规范所不可或缺的成分,甚至于《物权法》也有若干合同规范。

在现代社会,合同法主要调整平等主体之间基于平等、自愿等原则而发生的转让物品或者权利、完成工作和提供劳务等的交易关系,故它为交易法。这些交易关系通常可用货币衡量评价,具有财产价值,故合同法为财产法。交易关系由当事人自主自愿设立、变更或终止,合同法规范多为当事人交易的模式,允许当事人依其意思加以改变,故合同法基本上为任意法。合同法直接界定市场要素,全面规制市场交易活动,它是市场经济的核心交易规则,故为市场经济的基本法律。

关于合同法的本质,可有多视角的透视。运用阶级分析的方法,可知合同法是特定社会统治阶级意志的体现。在剥削阶级社会,合同法是剥削劳动者的法律武器。在我国,合同法是发展社会主义市场经济,满足市场主体需要,获得最佳经济效益的重要工具。从经济与法的角度看,合同关系是可期待的信用,合同法保护这种信用。它首先确认让渡商品与实现价值存在时间差的合理性,确认经济利益暂时不平衡的合理性,同时又保证这种差距可以消

除。^① 从合同关系自身讲,合同及其法律所保护的是当事人之间的信赖与期待,实现意思自治的理念。^② 从当事人的目的及利益观察,合同及其法律是债权人实现其特定利益的手段。^③ 合同关系的成立,旨在达到一定的法律目的,即将债权变为物权或与物权有同等价值或相似价值的权利。^④ 债权人订立合同就在于取得这些权利,实现特定利益。尤其需要注意的是,自资本主义开始,债权不复是旨在取得物权或利用物的手段,它本身就是法律生活的目的。^⑤

第二节 合同的历史发展

一、古代合同法

合同作为财产流转的法律形式,其产生必须基于财产流转的事实。没有财产流转就没有合同及其立法。然而,有了财产流转也未必就有合同及其立法,当财产流转问题系“通过血族关系或运用宗教权力以执行个人所承担的义务”^⑥的方式解决,或者凭借财产法和侵权行为法乃至刑法处理时,也不会有合同法。^⑦

在氏族社会晚期,随着私有财产的出现,个人与个人之间的产品交换行为日益广泛,并逐渐形成了一定的规则。这些规则起初由誓言、习惯等保障实行。当誓言等不足以保障交换规则的实行时,便需要由社会共同体认可或制定的法律规范取而代之,交换规则取得了法律的规定形式。人类社会最早的合同法是由习惯发展而来的,称为习惯法。它与氏族习惯中关于交换的规则的根本区别,首先在于诉权、诉讼形式的发生上。

从总体上说,习惯法具有不稳定、不统一和不公开的特点。各种习惯前后矛盾,因时因地而有不同,于是在适用时须就某一习惯存在与否进行争论。而社会又不断发展,习惯随之变化,彼时彼地的习惯与此时此地的习惯往往相互抵触,这些都无疑地增加了习惯法适用上的困难。这决定了成文法逐渐取代习惯法的命运。^⑧ 《汉谟拉比法典》是世界上迄今为止所发现的最古老而又保存最完整的成文法典,通篇共有 282 个条文,其中直接规定合同的规范就有 80 余条。其特点是,奉行严格的形式主义;合同种类较多,适用范围较广;对违约行为进行严厉的惩罚。古罗马的《十二表法》中关于合同的规定,条文少于上述法典。尽管有学说评论“罗马法从未发展出契约的一般理论,而只是发明了契约的个别形式”^⑨,但在立法技术方面仍有进步:更接近于近代大陆法系在理性主义支配下的概念化立法方法,用抽象的、具有一般特征的概念表述合同;将合同视为当事人之间的法律,用合同作为确定当事人相互间的债权债务关系的“法锁”,以保障交易的安全;规定了物的所有权转移的条件,从而使合同可能脱离物的实际交付而单独存在,这意味着“诺成合同”开始同“实践合同”相分离,成

① 见杨振山:《社会主义初级阶段理论与我国民法学》,载《中国法学》1988年第5期。

② 见王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第1册),台湾三民书局1993年版,第2页。

③ 见王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第2页。

④ 见林诚二:《论债之本质与责任》,载林诚二:《民法问题与理论研究》,中国政法大学出版社2000年版,第206—236页。

⑤ [德]古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,第64页。

⑥ 上海社会科学院法学研究所编译:《国外法学知识译丛·民法》,知识出版社1981年版,第153页。

⑦ Michael Furmston, Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract, Butterworths, Eleventh Edition, 1(1986).

⑧ 王家福等:《合同法》,中国社会科学出版社1986年版,第20—21页。

⑨ [美]艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国政法大学出版社1992年版,第21页。

为一种新的合同形式。我们应当认识到,“许多使现代民法区别于罗马法的成分,恰恰是因现代民法吸收了罗马时代已具雏形的观念而造成的。在民法独领历史风骚的那些年代里,一种法律制度的发展会很迅速地成为依靠吸收外来影响而进行的过程……根深蒂固的影响就来自于优士丁尼法律”。^① 日耳曼法虽然晚于罗马法,其中合同规范也远不及罗马法那样巧妙精深,逻辑严密,但它也有如下优点:它体现“团体本位”的思想,这对现代社会的立法有极大的影响^②;在立法技术上注重采用业已存在的日耳曼人的习惯,尽量使法律条文通俗实用,避免用概念替代习惯做法;它在具体制度上有创新,保证、违约金制度为其著例。

古代法中的合同关系,是清一色的财产关系还是也有人格关系、身份关系?

首先,需要明确,财产权概念现在并不正面取决于财产的价值,而是从与非财产权相对(人格权、身份权)的角度,理解为一种不属于非财产权的权利,即一切可以与权利主体的人格或身份相分离,具有独立存在理由的,与非财产权相对的权利,即为财产权。^③ 如果这种观点及判断标准是正确的,那么,古代合同法时代,的确存在着非财产关系的合同关系。例如,在农业时代的庄园制度中,领主与农民之间的土地租赁关系,是一种身份关系贯穿始终的合同关系。^④

其次,从债的早期形态考察,债无必须为财产关系的本质要求,甚至并非财产关系。罗马的债(obligatio)所保留的特点使人联想到涉及人身依从关系的原始观念。扣押人质是表现原始债特点的形式。人身为债的履行承受着实际的责任约束。债保留着为履行给付责任而设置抽象的潜在约束的观念,其逻辑结果就是对债务人躯体的执行(在《十二表法》中可以见到这种执行的残酷性),这是对多少有所反抗的债务人躯体的执行。^⑤

最后,在古典时代的罗马法中,人们并不重视债的财产性,而是关注债抽象的潜在约束的观念。^⑥ 正所谓在原始社会中财产是不当什么的,被重视的只有债务。^⑦ 债是应负担履行义务的“法锁”,是法律用以把人或集体的人结合在一起的“束缚”或“锁链”,作为某种自愿行为的后果。^⑧

总的说来,奴隶社会和封建社会形成的合同法即古代合同法是简陋的,欠缺许多具体且重要的制度;合同主体仅限于少数人,不要说奴隶不得订立合同,妻子儿女在罗马法上也无人格;重形式而轻内容,只要形式符合法律要求,即使内容违反道德,合同是在欺诈或胁迫的情况下签订的,也仍然有效。所有这些,均不适应市场经济的要求,古代合同法终被近代合同法所取代。

二、近代合同法

近代合同法,是指资本主义自由竞争时期的合同法,以《法国民法典》中的合同制度为典

① [美] 艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国政法大学出版社 1992 年版,第 172 页。

② 李宜琛:《日耳曼法概论》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 11 页。

③ [日] 於保不二雄:《日本民法债权总论》,庄胜荣校订,台湾五南图书出版有限公司 1998 年版,第 20 页。

④ Gierke, Grundzüge des deutschen Privatrechts (in der Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie, 7. Aufl. Bd. I, (1915) S. 218. 转引自 [日] 我妻荣:《债权在近代法中的优越地位》,王书江、张雷译,谢怀栻校,中国大百科全书出版社 1999 年版,第 161—164 页。

⑤ [意] 朱塞佩·格罗索:《罗马法史》,黄风译,中国政法大学出版社 1994 年版,第 115 页。

⑥ 同上。

⑦ [英] 梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆 1959 年版,第 181 页。

⑧ 同上书,第 182—183 页。

型代表,以合同自由、抽象的平等的人格、个人责任诸原则为明显标志。

资本主义取代封建主义,使手工工场和工厂兴起,大大提高了社会生产力,工业逐渐取得了优势地位,进入交易市场的商品大大增加;封建制度的崩溃给广大的农奴带来人身自由,从身份到合同,劳动力成为可自由买卖的商品;民族国家和统一市场逐渐形成,交易自由通畅,政府不得妄加干预。这样的经济培育了经济自由主义。在法国,经济自由主义原则在18世纪得以确立并在大革命时期的立法中得以实现。自由经济的基本观念,是允许人们依照自己的意愿交换相互的财产或服务。换成法律上的用语,即允许人们依其意愿订立合同。为反映这种要求,《法国民法典》奉行合同自由原则。在这样的经济体制中,市民是可以自由活动的基本单位,并且表现为趋利避害、精于计算、追求利益最大化的经济人(economic man)。把这个经济人概念法律制度化,就形成了抽象的平等的人格概念,也是权利能力概念。经济自由主义必然要求经济人最大限度地发挥主观能动性,法律对它的尊重和保障就是确立个人责任原则,经济人仅对其故意或过失负责,没有故意或过失即不負責任。

《法国民法典》的上述思想影响广泛,比利时等国在编纂民法典时就受这种思想的支配。从1804年起,《法国民法典》在瑞士的日内瓦州和伯乐尼·汝拉两地适用。当瑞士各州在19世纪着手制定各自的民法典时,无不以《法国民法典》编纂作为典范。在意大利,《法国民法典》随着拿破仑军队而来。后来制定的《意大利民法典》广泛地以《法国民法典》编纂为基础。《西班牙民法典》在债法领域特别地倚重于《法国民法典》,甚至大多满足于法国法条文的翻译。《葡萄牙民法典》在内容方面主要采用了法国法律制度。法国民法的思想至今仍然不同程度地对近东、非洲、印度支那和大洋洲产生着影响。^①《德国民法典》虽然颁布实施于1900年,风格不同于《法国民法典》,但它却“与其说是20世纪的序曲,毋宁说是19世纪的尾声”^②,仍归于近代法中,依然具有自由平等的人格、合同自由、个人责任的特征。^③

三、现代合同法

近代合同法经过修正,演变为现代合同法。特别是在第二次世界大战后,近代合同法的古典理念和制度基础受到现实社会变迁的冲击,不得不随之做适当调整。调整只是调整,未发生质变,所以现代合同法和近代合同法是同质而非异质的法律,即都是资本主义社会的合同法,只不过现代合同法是资本主义垄断阶段的产物。同时,也正因为调整,现代合同法较近代合同法有如下几方面的变化:

1. 具体人格的登场。在近代合同法中,抽象的法律人格概念被作为权利主体确立下来。关于自然人与法人,大企业与中小企业,企业与消费者,经济强者与经济弱者,男性与女性,年轻人与老人均未加任何区别。作为权利能力者,各人格者的具体特性和能力等都被舍掉了。仅仅在行为能力概念和无责任能力概念中,对社会的弱者、经济的弱者给予考虑。与此相反,现代合同法则要求抽象的法律人格概念作出极大的让步。如在雇佣合同中,由于抽象的人格概念与预定调和论相呼应,产生了作为经济弱者的劳动者对作为经济强者的雇主的法律从属关系,造成了经济上和社会上的严重问题,从而形成了以劳动者人格为焦点的

^① [德]K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,贵州人民出版社1992年版,第185—201页。

^② [德]古斯塔夫·拉德布鲁赫语,转引自[德]K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,贵州人民出版社1992年版,第266页。

^③ [日]北川善太郎:《日本民法体系》,李毅多、仇京春译,科学出版社1995年版,第110—111页。