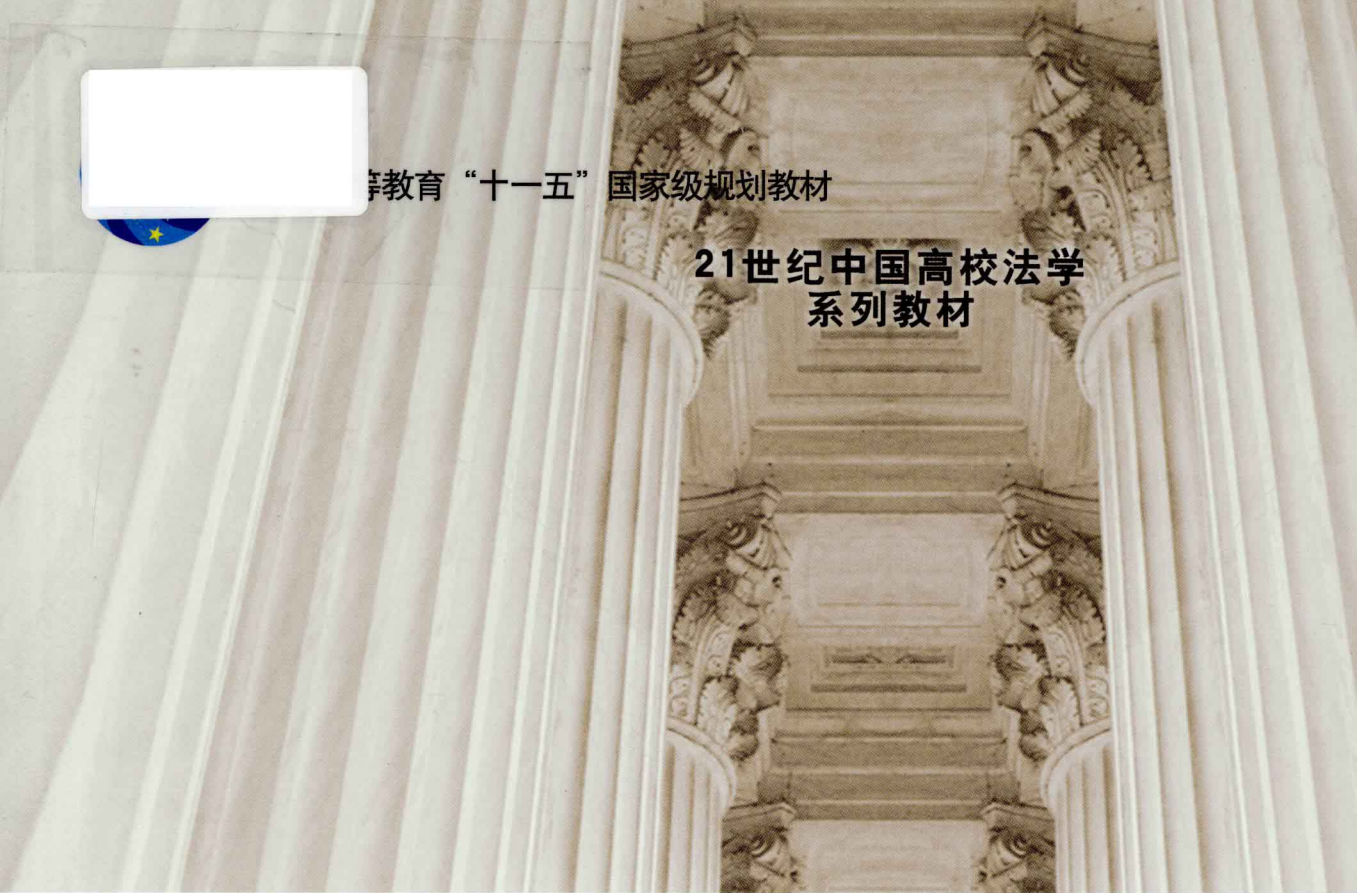




高等教育“十一五”国家级规划教材

21世纪中国高校法学
系列教材

李永军 著

合同法（第三版）

 中国人民大学出版社



普通高等教育“十一五”国家级规划教材

21世纪中国高校法学
系列教材

合同法 (第三版)

李永军 著

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

合同法/李永军著. —3 版. —北京: 中国人民大学出版社, 2012. 8
21 世纪中国高校法学系列教材
ISBN 978-7-300-16200-3

I. ①合… II. ①李… 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 173925 号

普通高等教育“十一五”国家级规划教材
21 世纪中国高校法学系列教材
合同法 (第三版)
李永军 著
Hetongfa

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)	010-62511398 (质管部)	
	010-82501766 (邮购部)	010-62514148 (门市部)	
	010-62515195 (发行公司)	010-62515275 (盗版举报)	
网 址	http://www.crup.com.cn http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	北京东方圣雅印刷有限公司	版 次	2005 年 3 月第 1 版
规 格	185 mm×260 mm 16 开本		2012 年 8 月第 3 版
印 张	23.25 插页 1	印 次	2012 年 8 月第 1 次印刷
字 数	622 000	定 价	45.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

第三版修订说明

应该说，在我国各个单行民事立法中，《合同法》相对来说是比较成功和成熟的民事立法。虽然自从其颁布后，有些条文的适用因学理上的分歧而在实践中出现争议，但总的来说，争议并不像《物权法》那样大。相应地，合同法方面的教材在内容上与几年前相比也没有太大的变化。相反，司法实践对合同法的解释却是按部就班地进行。最高人民法院继颁布了关于《合同法》的司法解释（二）后，刚刚又颁布了关于《合同法》的司法解释（三），即关于买卖合同的司法解释；并且，也相继出台了关于租赁合同的司法解释。这些司法解释不仅是司法实践经验的总结，更是这些年来学者之间因争议而后达成的共识。此次修订这本教材，主要是根据这些司法解释及学理上的最新观点。另外，民法典离我们越来越近，人们对合同法的关注又开始逐渐加强。但愿本书的此次修订能够契合这一学术研究的高峰，以期能够促进合同法理论的研究和繁荣。

《合同法》一书自2005年出版以来，承蒙各位读者的厚爱，已形成了比较稳定的读者群体。本书的此次修订并没有改变其基本的风格和框架，其仍然本着“体系统一、结构清晰、便于教学、利于接受”的基本宗旨，希望不辜负大家的期望。

李永军

2012年6月

序

我一直认为，契约自由是合同法的灵魂和生命，契约自由中的平等观，用英国著名法学家梅因的话来说，贯彻了自然法思想，但契约自由所体现的人文主义色彩却往往被人所忽视，特别在我国尤其如此。契约自由的核心是：任何人只能被他所同意的义务所约束。这就体现出契约法对人的终极关怀，体现了对人之尊严的尊重和保护，故梅因之“从身份到契约”的著名论断已经远远超出了契约法本身。

契约自由的这种价值理念也正是商品经济和自由竞争所需要的，因为自由竞争的商品经济是建立在这样一种思想之上的：市场上的每一个人均在追求利益的最大化，所以，让他按照自己的意志去行为，必然能够得到财富的最大增长。而社会的财富就是个人财富的总和，所以，个人财富的增长就是社会财富的增长。契约自由巧妙地配合了自由放任的经济政策，为资本主义的发展立下了汗马功劳，它被认为是私法的原则也就极其自然了。今天，我们也处在商品经济的浪潮之中，契约自由是我国合同法的灵魂和生命，当属无疑。

既然合同法贯彻契约自由的原则，那么必然的结论就是：如果一种义务不是来源于当事人之自由的意思，它就不能对当事人产生法律上的约束力，法律应对意思瑕疵进行救济。所以，各国合同法（或民法典）均规定了对于因错误、胁迫、诈欺等产生的对当事人意思的扭曲进行救济的制度。

契约自由原则反映了自然法的思想，故其中也应包括正义与公平。在古典契约理论家看来，契约即公正。因为平等、自由的人在为自己的利益订立契约时，不可能同意被对其不利的契约条款所约束，故契约即为公正。但随着法人制度的不断发展，自然人成了这种曾是自己创造物的真正奴隶，经济地位上严重失衡，使得定式合同大量出现，其中的不公平条款处处可见，并存在于社会的方方面面。这样，“契约即公正”的公式在大部分场合就不能认为是正确的了，故对于违背公平的条款进行规制，也就成为契约法的当务之急。所以，各国法上均对不公平条款进行规制，诚实信用原则在合同法中的地位也越来越显著。

然而，应当特别指出的是：契约自由原则总是与民主制度、过错责任及结果自负相伴而生，并如影随形。如果没有民主制度作为其政治基础，真正的契约自由也就难以贯彻。因为民主制度与契约自由具有共同的出发点：尊重个人的选择；而过错责任与结果自负则是保障契约自由不被滥用的手段。私法之所以自治，是因为无论自治的结果是利益还是不利益，均由自治人承担，所以，私法上的自治就有了坚实的基础。而公法之所以不能自治，就是因为决策人对于决策的结果之利益或者不利益不承担后果性责任。一个私法上的个人建筑房屋，无论花费多少资金，均由他个人负责，因此，他可以自由决定。而市政建设则大为不同：为此掏腰包的是纳税人而非决策人。因此，市政建设必须要讲清楚为什么建设以及需要多少费用，然后由纳税人或者其代表根据法定程序决定。至于过错责任，是自治的界限：任何人在决定自己的行为并追求自身利益时，必须对他人的利益给予必要的注意，否则，他就具有过错，就要承担侵权责任。因此，合同与侵权具有内在的统一性。

契约虽然是当事人双方意思表示一致的产物，但这种“一致”一旦形成，便成为独立于双

方当事人意思的异化物，任何一方均无权改变这个曾经是自己意志的产物，而应当遵守它，故法国民法典规定：依法成立的契约，在当事人之间具有相当于法律的效力。如果一方当事人违反它，就会受到法律的制裁，这便是违约与救济的问题了。

与英美法系不同，大陆法系在合同法的一般规定之外，还对日常经济生活中出现的许多典型合同进行了规定，如买卖合同、租赁合同、借款合同等。这些类型化的合同规定了一些合同法一般规则之外的特别规则，为交易当事人及法律适用提供了方便。

作为作者，我是从一名从事多年法学教学的一线教师而不是学者的身份写成这本教材的。本版是在上一版本的基础上修改而成，虽然关于合同法的法律及理论并没有发生大的变化，但作者还是结合这几年的教学实践，特别是《物权法》出台后，对合同法有一些影响，例如，《物权法》的“区分原则”对于无权处分人订立的合同效力的影响等，作了许多修改，读者在阅读时可能会体会到这些修改。我认为，教材反映最高的教学成果，但不一定反映最高的研究成果。因此，这一本教材的写作也许在客观上已经超出了我本人的能力，但我愿意接受同行与前辈的批评和指点，共同携手为中国的法学教育尽一点微薄之力。

李永军

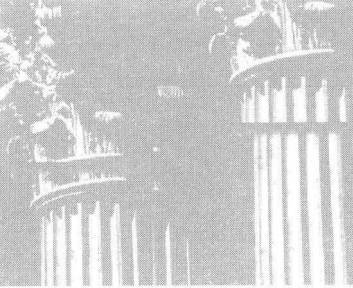
2008年3月28日

目 录

第一章 私法体系中的合同与合同法概述	1
第一节 契约（合同）的概念与边缘界定	2
第二节 契约制度在私法体系中的地位与作用	8
第三节 契约的基本分类	12
第二章 契约自由及其在现代合同法上的地位	19
第一节 契约自由的含义	19
第二节 契约自由原则的衰落及在现代合同法上的地位	23
第三章 合同的成立及其程式	36
第一节 合同的成立及其程式概述	37
第二节 契约成立的第一步——要约	38
第三节 契约成立的决定性阶段——承诺	53
第四节 契约成立的性质和要件	59
第五节 缔约过失责任	59
第四章 合同的生效	67
第一节 概述	68
第二节 当事人的缔约能力	70
第三节 合同形式应符合法律的规定或当事人的约定	71
第四节 合同标的合法	77
第五章 合同的无效与可撤销	80
第一节 合同无效与可撤销概述	81
第二节 可撤销合同的原因分析	84
第三节 无效合同的原因分析	111
第四节 对无效与可撤销合同的法律救济	120
第五节 效力待定的合同	125
第六章 合同债权的保全	129
第一节 合同债权保全的概念	130
第二节 债权人的代位权	131
第三节 债权人的撤销权	137
第七章 定式合同及其规则	140
第一节 定式合同概说	141
第二节 定式合同产生与存在的基础	142
第三节 对定式合同规制的法理基础	147

第四节 对定式合同的规制	151
第八章 契约解释规则	159
第一节 契约解释概述	160
第二节 解释的基本原则	164
第三节 客观主义兼主观主义原则下的解释规则	168
第四节 补充性解释	174
第九章 合同权利与义务的移转	179
第一节 合同权利与义务移转概述	180
第二节 合同债权的让与	181
第三节 债务承担	192
第四节 合同权利义务的概括承受	194
第十章 合同的履行	199
第一节 合同履行概述	199
第二节 合同履行中的抗辩权	200
第十一章 违约责任	217
第一节 违约的一般概述	218
第二节 违约责任	227
第十二章 合同权利义务的终止	239
第一节 合同权利、义务因解除而终止	239
第二节 合同权利、义务因其他原因而终止	248
第十三章 买卖合同	255
第一节 概述	256
第二节 买卖合同的法律效力	259
第三节 风险负担	263
第四节 瑕疵担保责任	267
第五节 特殊买卖	269
第六节 关于“一物数卖”的说明	272
第十四章 赠与合同	275
第一节 概述	276
第二节 赠与合同的法律效力	278
第十五章 借款合同	285
第一节 概述	285
第二节 借款合同的效力——一方为金融机构的借款合同的效力	287
第十六章 租赁合同	290
第一节 概述	291
第二节 租赁合同的法律效力	292
第三节 租赁合同的其他问题	295

第十七章 融资租赁合同	299
第一节 概述	299
第二节 融资租赁合同的法律效力	301
第十八章 承揽合同	304
第一节 概述	304
第二节 承揽合同的法律效力	306
第十九章 建设工程合同	310
第一节 概述	311
第二节 建设工程合同的法律效力	312
第三节 承包人的优先受偿权	314
第二十章 运输合同	318
第一节 概述	318
第二节 运输合同的法律效力	320
第二十一章 技术合同	325
第一节 概述	326
第二节 技术开发合同	328
第三节 技术转让合同	329
第四节 技术咨询合同与技术服务合同	331
第二十二章 保管合同	334
第一节 概述	334
第二节 保管合同的法律效力	336
第二十三章 仓储合同	339
第一节 概述	339
第二节 仓储合同的法律效力	340
第二十四章 委托合同	342
第一节 概述	342
第二节 委托合同的效力	345
第三节 委托合同的终止	346
第四节 委托合同与间接代理	346
第二十五章 行纪合同与居间合同	350
第一节 行纪合同	350
第二节 居间合同	354
参考文献	357



第一章

私法体系中的合同与合同法概述

第一节 契约（合同）的概念与边缘界定

- 一、契约（合同）的概念
- 二、准契约

第二节 契约制度在私法体系中的地位与作用

- 一、契约制度在私法体系框架内的地位
- 二、契约制度在私法领域中的作用

第三节 契约的基本分类

- 一、双务契约与单务契约
- 二、物权契约和债权契约
- 三、诺成契约和要物契约
- 四、有名契约与无名契约
- 五、有偿契约与无偿契约
- 六、要式契约与不要式契约
- 七、即时清结的契约和不即时清结的契约
- 八、民事契约、商事契约和行政契约
- 九、本约与预约
- 十、涉他合同与非涉他合同
- 十一、射幸合同与实定合同
- 十二、主合同与从合同

提 要

合同虽然是一种协议，但并不是所有的协议都是合同。只有那些目的在于设立平等主体之间的民事权利、义务的协议，才是合同法上的合同。因此，需要对协议进行具体的分析，方可认定其为合同。合同不仅是私法上权利、义务的重要来源，同时，也为保护私人交易及最有效地利用资源提供了有效的保障。为了对合同有更进一步的理解与掌握，应当对合同以不同的标准、从不同的视角进行分类，并指出分类的法律意义。

重点问题

1. 大陆法系与英美法系国家关于合同的概念及差别。
2. 合同在私法中的意义。
3. 合同的分类及法律意义。

第一节 契约（合同）的概念与边缘界定

一、契约（合同）的概念

（一）大陆法系国家关于契约的一般概念

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，公法和国际法上也有这个概念。优帝《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，而且物权法、亲属法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，债的协议受市民法保护的，称为契约；不受市民法保护的，称为“简约”^③（pactum）。《法国民法典》规定的契约的定义，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，这一定义遂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。^④

《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

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，307页，北京，中国政法大学出版社，1992。

③ 周枬：《罗马法原论》，654页，北京，商务印书馆，1994。

④ 参见[德]汉斯·哈腾保尔：《法律行为的概念——产生以及发展》，孙宪忠译，载杨立新主编：《民商法前沿》，2002年第1、2辑，142页，长春，吉林人民出版社，2002。

当做“债的关系”的个别形式。^① 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传统的法国学者来说,法律行为理论对其产生极大的诱惑力,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。^② 法国著名学者卡尔波尼埃(Carbocier)在解释《法国民法典》为何没有将合同规定为法律行为之一时指出:“事实上对于法律行为的一般理论的建立,《法国民法典》已提供了足够的基本材料。准确地说,由于合同以外的法律行为其相互间的差异是如此之大,以至于人们根本无法就这些行为自身的规则概括出一般的共同原理,因而建立法律行为理论的有关材料,几乎都是来源于合同法,同时,合同是最重要的法律行为,合同的有关法律准则,就是法律行为的共同准则……法律行为的特殊性与其他法律事实的区别,均在于法律行为是一种特殊的‘机制’,其目的在于引起法律效果的发生。这一机制既有差异性,又有统一性。其差异性在于不同类型的法律行为的构成及其效果是不同的,其统一性在于任何法律行为要素或原动力是不变的,亦即任何法律行为均体现了当事人的自由意志,表示了意思自治的基本原则。”^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。

法国学者的以上解释,恰好说明了《德国民法典》关于契约定义的准确性。因此,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,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。”由此可见,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+权利义务”,但却没有将合同定义到“法律行为”中去,而是将合同定义到“协议”中,这是一个很大的缺陷。关于此点,我在下面还要谈到。

(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。^⑤ 但是,英国学者阿狄亚(P. S. Atiyah)则认为,《美国合同法重述》中关于合同的定义是最确切的:“所谓契约,是这样一个或者一系列许诺,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

① 参见[德]康伯拉·茨威格特、海因·克茨:《合同法中的自由与限制》,孙宪忠译,载梁慧星主编:《民商法论丛》,第9卷,349页,北京,法律出版社,1998。

② 参见尹田编著:《法国现代合同法》,1页,北京,法律出版社,1995。

③ 尹田编著:《法国现代合同法》,1~2页,北京,法律出版社,1995。

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

⑤ 参见岳彩申:《合同法比较研究》,16页,成都,西南财经大学出版社,1995。

行为义务。”^①但是，阿狄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。”^②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。^③科宾认为，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，它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。^④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”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。”^⑤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。

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。对于商店或商场里即时的现金买卖，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，而即时现金买卖无须任何允诺；（2）合同产生对人权，而即时现金买卖属于对物权。^⑥美国学者科宾也认为，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。^⑦但在英国，则将其视为合同的一种，例如，阿狄亚认为：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。^⑧美国学者麦克尼尔的关系契约理论即把契约说成是当事人对将来关系的安

① [英] 阿狄亚：《合同法概论》，27页，北京，法律出版社，1982。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季卫东先生为《新社会契约论》中译本所作的代译序中的中文，我认为它更忠实于原文和法理。参见 [美] 麦克尼尔：《新社会契约论》，雷喜宁等译，代译序，2页，北京，中国政法大学出版社，1994。

② [英] 阿狄亚：《合同法概论》，28页，北京，法律出版社，1982。

③ 转引自 [美] A. L. 科宾：《科宾论合同》，王卫国等译，8页，北京，中国大百科全书出版社，1998。

④ 参见 [美] A. L. 科宾：《科宾论合同》，王卫国等译，8页，北京，中国大百科全书出版社，1998。

⑤ 转引自岳彩申：《合同法比较研究》，17页，成都，西南财经大学出版社，1995。

⑥ 参见梁慧星：《民法学说判例与立法研究》，238页，北京，中国政法大学出版社，1993。

⑦ 参见 [美] A. L. 科宾：《科宾论合同》，王卫国等译，11页，北京，中国大百科全书出版社，1998。

⑧ 参见 [英] 阿狄亚：《合同法概论》，28页，北京，法律出版社，1982。

排,而将即时现金买卖排除在契约的大门之外。^①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。但二者的内涵是否一致?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,例如买卖,买者为物而卖者为钱;为某共同利益而合意者,则应为合同,例如合伙合同,合伙人的利益是一致的。^②但如果考察该术语的来源并与汉语作相应的比较,或许能显示出问题的一二。现代合同的理念来源于欧陆,拉丁文为 contractus,英文为 contract,法文为 contrat,它们的前缀均为“contra”,即“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,说明的是双方的权利、义务对接而合的价值,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。若深入文化传统究之,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。^③也正因为如此,我国学理和立法对契约与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;有时用合同与用契约能达到相同的效果。

(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。因为概念绝不等于实际的存在,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,但往往在其与其他事物的连接地带就变得模糊。对于合同来说,合同与非合同的区分边缘就经常在实践中引起困惑。具体说来,在实践中我们常常当做合同来对待的东西,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,甲是否有权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五人组成一个摸彩小组。他们约定:每人每周付给E 10元钱,然后E用50元钱总金额购买彩票,并填写事先商定好顺序的数字。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?

例四:甲、乙二人为非婚姻同居的男女,双方约定在同居期间,女方应当服用避孕药。但是,女方在没有向男方发出警告的情况下停止了服用,最后女方怀孕并生下一个孩子。法院判决男方负担这个孩子的抚养费。男方则要求女方承担违约赔偿责任。法院是否应当支持?^④

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

① 参见[美]麦克尼尔:《新社会契约论》,雷喜宁等译,4页,北京,中国政法大学出版社,1994。

② 参见张俊浩主编:《民法学原理》,576页,北京,中国政法大学出版社,1991。

③ 参见张俊浩主编:《民法学原理》,575页,北京,中国政法大学出版社,1991。

④ 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,150、152、154、156页,北京,法律出版社,2000。

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，还是以实际存在的权利义务为主？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，只有在给付者具有受法律约束的意思时，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“考虑到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德国学理在主观标准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。

对于上面例一，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种请求权，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……邀请者与受邀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。在对例三的判决中，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，与摸彩共同体的性质不符。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。在摸彩案件中，一起参加摸彩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。这一理由同样适用于无偿替他人照看小孩的情形。^③

对于例四，德国联邦最高法院认为，男方没有合同上的请求权。因为非婚姻关系的伙伴，一般不愿意将其自由的伙伴关系置于法律规则的管辖之下。即使当事人例外地有受法律约束的意思，他们之间也不成立有效的合同（法律行为）。因为，此项意思涉及最为隐秘的个人自由领域，而这个领域是不容通过合同予以约束的。^④我觉得，后一个理由是重要的，即人的基本权利和自由不得通过合同而约定。

在以上案例中，行为都不是合同，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，赴宴也要支出出租车费；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

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

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

③ 参见[德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，150、152、154～155页，北京，法律出版社，2000。

④ 参见[德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，150、152、157页，北京，法律出版社，2000。

用等。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。^①我赞同这种观点。

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关系的“无人地带”,罗马人将其称为“准契约”。罗马人意识到,契约应以当事人的合意为要件,如果一方的行为并未得到他方的同意,当然不构成契约,但若其事不违法,不属“私犯”的范畴,例如,救护他人而使自己受伤、误偿不存在的债务等,当事人虽未缔结契约,但衡诸公平原则和公序良俗,其行为所发生的效果应与缔结契约相同,故优帝《法学阶梯》称此类行为为“准契约”,使之适用契约的有关规定。在罗马法上,准契约包括不当得利、无因管理和其他准契约,如监护、保佐、意外共有、继承和赠与、共同海损。这一概念同为英美法系和大陆法系所继受,但在内容上却不一致。

(一) 大陆法系的准契约概念

大陆法系上的准契约概念以《法国民法典》为代表。《法国民法典》承袭罗马法,将除契约和侵权行为以外的产生债的原因,称为准契约,并与侵权行为一起称为“非因契约所生之债”。《法国民法典》第1371条规定:“准契约,为个人纯属自愿的行为而对第三人发生的义务。”仅仅从这一条的规定来看,似乎准契约仅指无因管理,但从第四编第一章^②的规定看,显然也包括不当得利。

(二) 英美法上的准契约概念

在英美法系,准契约是衡平法上的概念,来自拉丁文的“quautummeruit”,译成英文即是“as much as he deserves”,意即“所得不应多于应得”,因此,准契约与不当得利是对同一法律原理的不同表述。^③由此可见,英美法上的准合同与大陆法系的准合同有明显的不同,它是指有关不当得利的有关规则,而大陆法系上的准合同是指无因管理和不当得利,而英美法没有相当于无因管理的制度。^④从理论上说,准契约和契约的界限是泾渭分明的,准契约的当事人之间不存在明示的合意,也不存在事实上的默示的合意,他们之间的合意是法律上的虚构,其存在的理由是允许获利者在不付报酬的情况下保留获得的利益不符合衡平原则,故不为法律所允许。也正是因为缺少合意,故难以将其归于契约的范畴中去。英国历史法学家梅因在《古代法》中对于英国人将准契约等同于默约(契约的一种)的错误进行了指正,指出默约是真正的契约,而准契约则完全不是契约,只是罗马人用以进行分类的名词。^⑤科宾也指出,准合同之债是为了正义的缘故而由法律所生的债,其发生无须任何同意的意思表示,甚至有时可以有悖于不同意的明确表示。既然如此,不使用“合同”一词也许会更确切。合同是经过同意的表示形成的,准合同则差不多是另外一回事。合同当事人的法律关系取决于对他们的同意的解释,

① 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,150、152、150、157~158页,北京,法律出版社,2000。

② 参见《法国民法典》第1376~1381条。

③ 参见王军编著:《美国合同法例选评》,7页,北京,中国政法大学出版社,1995。

④ 参见沈达明编著:《英美合同法引论》,159页,北京,对外贸易教育出版社,1993。但董安生等人编译的《英国商法》中则将英国的准合同定义为:“依照法律所确定的不当得利、无因管理等原则在相对人之间产生的一定的债权债务关系,由此所生的合同”。依此定义,则大陆法系上的准合同和英美法系上的准合同无差异。参见董安生等编译:《英国商法》,8页,北京,法律出版社,1991。

⑤ 参见[英]梅因:《古代法》,5版,沈景一译,193页,北京,商务印书馆,1996。

而在准合同中，当事人的关系并不取决于这样的解释。应当承认甚至断言，在通过事实的推断去发现允诺的过程及在未经任何这种推断而构成准合同时，对衡平和道德的考虑起了很大作用……为什么诸如此类的案件要归入合同一类并且冠以“准”字或“法律上的默示”这样的限定性修饰语？他们这样归类的主要原因是，无论在罗马法上还是在英国普通法上，找不到其他适当的描述性归类方法，而且人们希望采用那些使合同得以强制执行的补救性诉讼形式……但是，这种划分在逻辑上是正确的、必要的和有用的，而在实践中，就像法律分类中的其他大多数界限一样，合同与准合同之间的界限也是摇摆不定和模糊不清的^①，往往存在许多争议。

由此看出，准契约的概念在英美法系仍然有其意义，但已经有变化的趋势。英国学者阿狄亚指出：根据传统的观点，准合同属于完全不同的法律类别，其很少或者根本不同于真正的合同……近年来，法律工作者已经开始将准合同的旧普通法规则与包括相似基础的许多衡平法原则合并，产生了一个全新的法律，称为“偿还法”^②。“偿还法”类似于大陆法系的不当得利制度。而在大陆法系，自《德国民法典》颁布以来，已经很少适用准契约，而更多的是直接适用不当得利或无因管理的规定。在我国，“准合同”这一概念从来未被使用过，有关契约法的教科书中也很少提及，在债法制度中，我们直接称为“不当得利”与“无因管理”，故“准合同”这一概念对于我国大学中学习契约法的学生来说，甚至是陌生的。

第二节 契约制度在私法体系中的地位与作用

一、契约制度在私法体系框架内的地位

契约制度在私法体系中的地位，在大陆法系与英美法系有较大的差别。在大陆法系，因其有法典化的传统，故有关调整契约关系的法律规则多规定在民法典的“债编”中，作为债发生的原因之一，学理上多称为“契约之债”，而没有单独的契约法。法国学者莱尼·达维指出：“在现代国际贸易中至为重要的部门法为契约法，但不论在法国或其他民法法系国家都找不到特别论述这一主题的书籍。原因是在民法法系国家，契约法被看成是范围更大的分类，即称为债法的一部分……契约被认为是权利义务（债）可能的来源之一，范围涉及这种法律义务的所有方面：不仅涉及它是如何产生的，而且涉及它是如何履行的；一个人怎样才能免于履行义务，违背义务的后果如何。在民法法系国家中最基本的概念就是这种债的概念。”^③的确，在大陆法系国家，契约与债始终是联系在一起的，不产生民事权利义务的合意或协议是不能称为契约的。对此，梅因在考察罗马法契约的早期史时就已经指出了这一点：“一个‘合约’是个人间相互同意的极端产物，它显然还不能成为一个‘契约’。它最后是否能成为一个‘契约’，要看法律是否把一个‘债’附加上去。一个‘契约’是一个‘合约’（或协议）加上一个‘债’。在这个‘合约’还没有附着‘债’的时候，它成为‘空虚’的合约。”^④契约与债的这种关系自罗马法学家至今天大陆法系的民法学者均是认同的，这一点也可从大陆法系的民法典及大学教育的教科书中得到确实的认证。

在英美法系，因其没有如大陆法系的法典化体系，故其具有自己独立的合同法就极其自然。所以，在英美法系国家关于合同法的书籍处处可见。

① 参见 [美] A. L. 科宾：《科宾论合同》，王卫国等译，36～38 页，北京，中国大百科全书出版社，1998。

② [英] 阿狄亚：《合同法导论》，赵旭东等译，44 页，北京，法律出版社，2002。

③ [法] 莱尼·达维：《法国法和英国法》，中国政法大学法制史教研室译，97 页，1984（校内用书）。

④ [英] 梅因：《古代法》，5 版，沈景一译，182 页，北京，商务印书馆，1996。