



二十一世纪法学精品书系
The 21st Century Elite Book Series Of Law

Quintessence
of Theory | 理论精品

21

Study On The Contract Law

合同法论

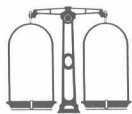
胡 卫◎著

当事人的目的是契约的灵魂

The intention of
the parties is the soul of the instrument.

——法 谚

人民法院出版社



二十一世纪法学精品书系
The 21st Century Elite Book Series Of Law

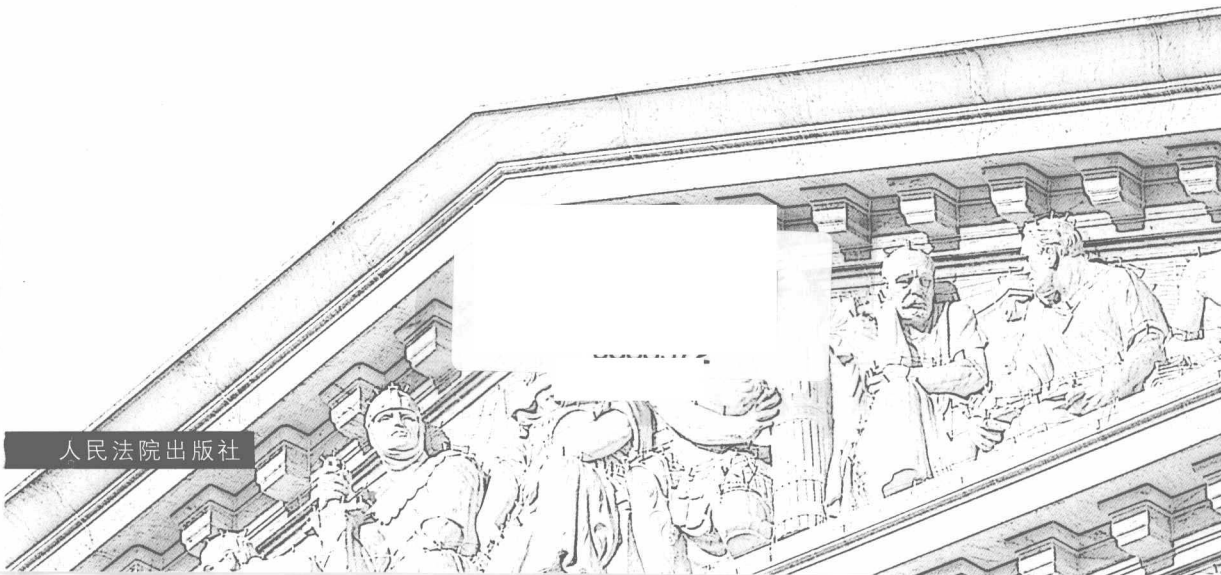
D923.6
76

Study On The Contract Law

合同法论

胡 卫◎著

人民法院出版社



图书在版编目 (CIP) 数据

合同法论/胡 卫著. —北京:人民法院出版社,
2010.7

二十一世纪法学精品书系

ISBN 978 - 7 - 5109 - 0109 - 6

I. ①合… II. ①胡… 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 (2010) 第 119153 号

合同法论

胡 卫 著

责任编辑 林志农 张承兵

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 67550567 (责任编辑)
67550516 (出版部) 67550558 (发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 三河市国英印务有限公司

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 557 千字

印 张 30.125

版 次 2010 年 7 月第 1 版 2010 年 7 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 0109 - 6

定 价 56.00 元

版权所有 侵权必究

前言

preface

合同法是交易法、财产法，在促进交易与财产流通过程中发挥着重要的作用，但真正促使合同法不断走向完善并充分发挥其调整社会功能的，除了合同法理论研究的不断深化之外，实践性、经验性的素材亦发挥着不可替代的作用。但合同法的研究者们往往会注重完美逻辑的理论推演，津津乐道于纯粹理论的研究，忽略经验对理论发展的推动作用，在合同法研究与教学中也体现出了这种倾向，这与合同法实践性较强的特点不完全相符。故而，在当今法学教育倡导理论与实践并重、培养复合型法律人才的思路下，我们要特别提倡理论与实践并重的教育思路，这种思路在合同法的教学与科研中尤其值得推广。

自2004年以来，笔者一直从事合同法的教学与研究，并从事民商事法律实务工作，经历了从学生到老师、法律实务工作者的多重角色转换，也使得笔者有充分的机会接触社会与司法实践，能使得笔者在合同法完美的理论和体系化的立法中感受到研究的乐趣，同时也使得笔者充分地领略到法律实践的魅力，更使得笔者真正地体会到“法律的生命在于经验，而不在于逻辑”的著名论断的科学性与合理性。本书的完成是笔者近年来对合同法学习、研究与运用的总结，其最大的特色在于将实践中典型司法案例所体现的法律精神与原则运用到合同法理论体系的推演之中，这对法学研究与教学来说都颇

为重要。

本书以我国现行合同法为主线，系统、全面、准确地阐述了合同法的基本原理与基本制度，并结合司法实际案例（主要从《最高人民法院公报案例》、《人民法院案例选编》中精选的案例），对合同法的有关原则、规则与制度进行了详细的阐释，以突出其理论性与实践性并重的特点，但这些典型案例的运用是为充分阐释合同法有关规则而非简单地介绍案例本身，更多的是将裁判要旨或主要裁判思维与观点有机地融入到有关问题的剖析之中，避免论述冗长、繁杂的同时，也使案例所体现的法律规则或精神自然成为相应制度的经验性支撑素材，尽量使行文和谐统一。

不仅如此，本书还充分地体现了如下特点：

第一，注重对合同法理论与制度中基础概念、基础理论与基本技能的系统介绍，同时兼顾合同法领域前沿研究视点的探讨，如无效合同的效力补正与运用、情势变更原则的适用、还有重大自然灾害对合同免责的影响力等皆体现这一特点。

第二，注重对合同法规则的深度剖析，同时全面地将与合同法配套的司法解释、政策文件进行全面梳理，把最新的司法解释与司法政策精神系统性地融入其中，使合同法相关制度的衔接更为顺畅自然。

第三，行文力求简约，结构避免繁杂。在合同法博大精深的理论体系与众多的规则之中，尽可能将相似问题一并阐释与处理，省去个别概念与理论的反复介绍，也符合合同法本身实用性的风格。例如，有关“合同内容与形式”部分就纳入“合同成立”一章进行论述；在合同法分则部分，将其分为转移财产权利的合同、完成工作成果的合同、提供劳务的合同及技术合同四章，在保证架构完整的同时，行文简练，且更加注重对相关规则的运用解读。

第四，注重比较法上的借鉴与运用。虽然合同法的立法一直被视为很成功的立法典范，但不可否认的是，合同法本身也存在一定的缺陷。例如，对悬赏广告、债务履行顺位等制度的规定不甚周密；对预期违约、不安抗辩权和合同解除制度的衔接也存在一些问题。这里我们即可借鉴国外成熟的立法、司法经验，以完善相关制度并指导司法实践。

第五，突出合同法实用强的特点，并对有关理论与制度进行适度创新，以求符合法学研究与法学教育的目的。例如，本书对形式合同与实质合同的探析、对合同解除、重大自然灾害免责的论述等部分都

体现了这个特点。

合同法理论博大精深，本书也只是笔者学习、研究与运用合同法过程中逐步积累的一些心得体会，虽然前面列举了本书的诸多特点，但在完成书稿时，笔者还是深感对有关问题的研究尚待深入，有些观点尚值得商榷或推敲，研究不周之处在所难免，还恳请广大同仁和读者批评指正。最后感谢贵州大学法学院对本书出版的支持，也特别感谢人民法院出版社林志农博士对本书出版的大力帮助！

胡 卫^①

二〇一〇年六月于贵州大学

^① 胡卫，男，1978年生，贵州省毕节市人，贵州大学法学院副教授，执业律师；在《法学论坛》、《贵州大学学报》、《贵州警官职业学院学报》和《福建政法管理学院学报》等刊物上发表论文十余篇；合著《商法原理》、《商法学》等法学著作；多次参与省部级课题研究，长期从事民商事案件的代理及非诉讼实务。

目 录/contents

第一章 合同与合同法	(1)
第一节 合同法的概念及属性	(1)
第二节 外国法中的合同概念	(6)
第三节 我国法律中的合同概念	(12)
第四节 合同法的基本原则	(20)
第二章 合同的分类	(31)
第一节 传统的合同分类体系	(31)
第二节 格式合同与非格式合同	(50)
第三节 名义合同与实质合同	(70)
第三章 合同的成立	(79)
第一节 合同成立概述	(79)
第二节 要 约	(85)
第三节 承 诺	(96)
第四节 悬赏广告	(102)
第五节 合同形式	(106)
第六节 合同内容	(110)
第七节 缔约过失责任	(115)

第四章 合同的效力	(127)
第一节 合同效力概述	(127)
第二节 合同生效	(129)
第三节 附条件和附期限的合同	(137)
第四节 效力待定的合同	(139)
第五节 可撤销可变更的合同	(152)
第六节 无效合同	(164)
第七节 合同被撤销、无效后的法律后果	(176)
第五章 合同的履行	(180)
第一节 合同履行概述	(180)
第二节 合同履行的基本要求	(182)
第三节 情势变更原则在合同履行中的运用	(185)
第四节 合同履行的具体规则	(192)
第五节 合同履行中的抗辩权	(201)
第六节 合同的保全	(209)
第六章 合同的变更与转移	(223)
第一节 合同变更	(223)
第二节 合同权利的转让	(229)
第三节 合同债务的承担	(241)
第四节 合同权利和义务的概括移转	(250)
第七章 合同的解除	(253)
第一节 合同解除的界定	(253)
第二节 合同的协议解除	(258)
第三节 合同解除权的发生	(267)
第四节 合同解除权的行使及效力	(277)
第八章 合同权利义务的终止	(285)
第一节 合同权利义务终止概述	(285)
第二节 抵 销	(287)
第三节 提 存	(296)
第四节 免 除	(305)
第五节 混 同	(309)
第九章 违约责任	(311)
第一节 违约责任概述	(311)

第二节	违约责任的归责原则	(315)
第三节	违约行为	(318)
第四节	违约责任承担方式	(334)
第五节	免责事由	(360)
第六节	违约责任与侵权责任的竞合	(372)
第十章	转移财产权利的合同	(378)
第一节	买卖合同	(378)
第二节	供用电、水、气、热力合同	(388)
第三节	赠与合同	(392)
第四节	借款合同	(396)
第五节	租赁合同	(402)
第六节	融资租赁合同	(409)
第十一章	完成工作成果的合同	(412)
第一节	承揽合同	(412)
第二节	建设工程合同	(417)
第十二章	提供劳务的合同	(425)
第一节	运输合同	(425)
第二节	保管合同	(432)
第三节	仓储合同	(435)
第四节	委托合同	(440)
第五节	行纪合同	(447)
第六节	居间合同	(451)
第十三章	技术合同	(454)
第一节	技术合同概述	(454)
第二节	技术开发合同	(459)
第三节	技术转让合同	(464)
第四节	技术咨询合同和技术服务合同	(469)

第一章 合同与合同法

第一节 合同法的概念及属性

一、合同法与立法形式

(一) 合同理念与合同法

合同的理念,或者称契约的精神,在人类历史发展中占据着举足轻重的地位。在宗教典籍里,契约确立了人与神之间正常而稳定的关系;政治学家们则指出,自愿与合意才是政治权威的合法基础,卢梭的社会契约论便是典型代表;经济生活中,人与人之间的各种交易即构成契约,如美容卡、信用卡、银行存款、商场购物、加工承揽等等莫不如此;甚至在婚姻家庭生活中,温情脉脉的两性关系面纱下也常常能捕捉到契约的身影,恋爱、结婚以及夫妻约定财产制都是合意的结果;在国际政治经济中,也可以见到合同的身影,如自由贸易区设定的协定以及多边公约等。可以说,合同的身影遍布在社会生活的方方面面,我们必须正确对待合同以及合同法律制度。

马克思在论及契约产生时就指出:先有交易,后来才由交易发展为法制——这种通过交换和在交换中才产生的实际关系获得了契约这种法律形式。^①从源头上讲,合同是商品经济发展的必然产物。因为在商品经济条件下,任何主体的财产或劳务都必须通过交换才能实现其价值,合同就是保障交换实现的法律形式。^②随着社会的发展,合同在社会生活中扮演着重要的角色。梅因指出:到目前为止,所有进步社会的运动,是一个从身份到契约的运动。^③当然,作为对社会弱者如劳动者、消费者特别保护的回应,星野英一博士指出:相对于梅因“从身份到契约”的公式,在今后似乎被反过来说成是“从契约到身份”^④。英国著名的学者阿狄亚指出,对一个活跃的人来说,他一天可能要缔结很多合同。^⑤随着社会的发展,合同也构成信用交易的基础条件,现代人的一生就是在

① 《马克思恩格斯全集》(第19卷),人民出版社1963年版,第423页。

② 徐杰、赵景文主编:《合同法教程》,法律出版社1999年版,第1页。

③ [英]亨利·梅因著:《古代法》,商务印书馆1959年版,第97页。

④ [日]星野英一著:《私法中的人》,王闯译,中国法制出版社2004年版,第84页。

⑤ [英]P·S·阿狄亚著:《合同法导论》,法律出版社2001年版,第5页。

不断地订立合同、履行合同中度过的，尤其是在市场领域，合同本身就是广阔的市场，市场化在某种程度上就是契约化，故人们将现代社会称为契约社会，将现代经济称为契约经济。

但在现代，合同制度的价值受到挑战，国家法律、社会公共政策、社会公共利益等对合同干预的程度逐步加大，作为传统民法的三大原则之一且一直统率合同领域的私法自治或称意思自治原则已遭到理论上的批判。于是美国私法学者吉尔莫在《契约之死》一书中指出，合同制度正在走向衰落、崩溃和危机，合同已死。具有讽刺意味的是，尽管契约被宣告死亡，但却带来了契约法领域的复兴。作为回应，日本学者内田贵在出版的《契约的再生》一书中指出，契约不但未死，现正处于复兴的状态。不可否认，在合同制度不断演变、发展与创新的过程中，可能会呈现许多一时难以解决的问题，但类似于合同这种与人们生活息息相关的法律规则来讲，其重要性不言而喻，是不能或缺的法律制度。因此，合同制度不可能死亡，当然也就不存在再生的问题。因而，合同制度从产生到今天，也终将延续至未来，并且合同的精神与理念将会在社会生活中扮演恒久的重要角色，而这种角色的载体就是合同法律制度。

（二）合同法的立法形式

合同法是调整平等主体之间的合同交易法律关系的法律规范，它主要规定合同的订立、效力、履行、变更、转让、终止及违反合同的责任等内容。由于各国法律制度的差异和法律文化价值取向的不同，调整合同关系的法律规范亦有不同的表现形式。

在大陆法系及受大陆法影响的地区，合同法与其他法律制度一样，以成文法为主，通常在民法典或者单行的债务法中对作为债主要发生原因的合同制度进行规定；同时，一些国家和地区也存在有法律拘束力的司法判例和习惯法等不成文法作为合同法的渊源。例如，《德国民法典》在第二编“债务关系法”中对合同制度进行了规定；^①《法国民法典》于第三编“取得财产的各种方法”中规定了有关合同制度；^②而深受法国民法影响的《最新路易斯安那民法典》于第三卷对合同法的一般规则及具体合同进行规定。^③瑞士则在《瑞士民法典》之外另行制定《瑞士债法典》对合同制度加以调整；^④《日本民法典》在第三编“债

① 参见《德国民法典》（第2版），陈卫佐译注，法律出版社2006年版，第81~314页。

② 参见《拿破仑法典》，李浩培等译，商务印书馆1997年版，第95~313页。

③ 参见《最新路易斯安那民法典》，徐婧译注，根据2006年版译，法律出版社2007年版，第215~383页。

④ 参见《瑞士债法典》，吴兆祥、石佳友、孙淑妍译，法律出版社2002年版。

权”中对合同制度进行规定;^①《意大利民法典》第四编“债”对债法总论、合同一般规定及各类具体合同进行了全面的规范;^②《俄罗斯民法典》第三编“债”分别用“关于债的一般规定”和“关于合同的一般规定”两个分编规范合同关系;^③《大韩国民民法》第三编“债权”中也对合同制度进行了全面的规定;^④我国台湾地区“民法典”深受《德国民法典》及《日本民法典》的影响,也于第三编“债编”对合同法规则进行了详细的规定。

在英美法系国家及受英美法影响的地区,既没有债的概念,也没有类似于大陆法系的债法理论与债法制度,因此,英美法系国家和地区有关合同方面的法律制度主要以判例法为主,辅以少量的单行成文法规。^⑤在美国,除了大量判例已确立的合同法规则外,尚有《美国统一商法典》及《美国合同法重述》等非正式法典规范合同关系,对交易关系的调整具有重大的实践意义,并且这些规则对大陆法系国家合同法律制度的不断发展也产生了积极的影响。

为调和各国立法差异带来的国际民商事交往的不便,1980年联合国国际贸易法委员会主持制定的《联合国国际货物销售合同公约》,1990年由欧洲合同法委员会起草的《欧洲合同法通则》,1994年由罗马国际统一私法学会通过并于2004年修订的《国际商事合同通则》,1990年国际商会制定并于多次修订的《国际贸易术语解释通则》(INCOTERMS)等国际性规范文件中,较为全面地规范了国际民商事合同法律关系,在一定程度上统一了国际经济贸易中的合同规则,对促进国际经济贸易和交往发挥了积极的作用,也对各国国内的合同立法产生了深远的影响,我国《合同法》立法也不例外。

在我国的法制建设过程中,由于历史原因,改革开放前以计划经济为主,作为调整市场关系的合同法规则无法展现其价值与功能,没有充分而迫切的合同法制需求,因而也就没有专门的合同立法,但并非意味着当时没有合同制度,只是没有真正意义上的合同法而已。^⑥改革开放后,我国十分注重作为调整交易关系的合同立法,于1981年制定了《经济合同法》、1985年制定了《涉外经济

① 参见《日本民法典》,王书江译,中国人民公安大学出版社1999年版。

② 参见《意大利民法典》,费安玲、丁玫译,中国政法大学出版社1997年版。

③ 参见《俄罗斯联邦民法典》,黄道秀等译,中国大百科全书出版社1999年版。

④ 参见周玉华主编:《韩国民商事法律汇编》,人民法院出版社2008年版。

⑤ 李双元、温世杨主编:《比较民法学》,武汉大学出版社1998年版,第511页。

⑥ 建国初起,1950年9月27日原政务院财政经济委员会颁布了我国第一部合同规章《机关、国营企业、合作社签订合同契约暂行办法》,随后中央各部委相继制定了一批关于购销合同(买卖合同)、供应合同、加工承揽合同、运输合同等的规章;文革之前,也有一些直接或间接与合同有关的规章制度,例如,1963年制定的《关于工矿产品订货合同基本条款的暂行规定》、《煤炭送货办法》、《木材统一送货办法》等;“文革”时期,法制被严重破坏,合同法律制度荡然无存;“文革”后,尤其是改革开放后,迎来了法制发展的春天,中国真正意义上的合同立法就是从改革开放才开始的。

合同法》、1987年制定了《技术合同法》，同时在1986年制定的《民法通则》中也规定了合同制度，由此建构了一个相对完整的合同法体系。但为适应市场经济发展的需要，充分发挥法律服务于经济和促进交易的功能，维护正常交易秩序的发展，我国于1999年制定了统一的《中华人民共和国合同法》并由此结束了三个合同法“三足鼎立”的局面，统一了合同的法律规则。不得不提的是，为确保《合同法》的有效实施，充分发挥其调整交易关系的功能，最高人民法院自1999年以来，连续发布了最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》[以下简称《合同法解释（一）》]、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）》[以下简称《合同法解释（二）》]两个综合性的司法解释，以及最高人民法院《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》（以下简称《商品房买卖合同纠纷解释》）、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》（以下简称《建设工程施工合同纠纷解释》）、最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《技术合同纠纷解释》）、最高人民法院《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》（以下简称《国有土地使用权合同纠纷解释》）以及最高人民法院《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》（以下简称《城镇房屋租赁合同纠纷解释》）等涉及专门类型合同的司法解释。

合同法是民法中最为重要的组成部分，其调整财产之间的交易关系，是财富创造、财产增值的基本法则。没有合同作为媒介进行交易，诸如买卖、租赁、承揽、工程建设、合伙、投资、运输、保险等等商业活动无从开展，而没有合同法的规则保驾护航则就不会有市场经济秩序的安定和有序。因此，如果说物权法主要解决的是财产的归属和利用关系，达到“定纷止争，物尽其用”的立法目的的话，那么合同法就是要在权属清晰的情况下，加速财产的流转和交易，尽可能促进交易的快捷、高效进行，促进社会财富在流转中不断被创造出来。因此，合同法与物权法是互相匹配的作为民法两大架构的基本法律。从1999年合同法定制至今十余年的时间里，丰富的司法实践证明，合同法是成功的，但也存在一定的不足，待民法典编撰时予以完善。

还必须指出的是，对合同法的界定有所谓广义与狭义之分。广义的合同法泛指一切调整平等主体之间合同交易关系的法律规范，又称为实质的合同法；狭义的合同法专指以合同法命名的法典化的法律规范，即《中华人民共和国合同法》。实践中，除非特别要求，一般来讲，我们所称的合同法主要是指狭义的合同法。但在理论研究上看，合同法的规范不仅限于《中华人民共和国合同法》，还包括其他调整合同关系的法律规范，如《保险法》关于保险合同的规

定、《农村土地承包经营法》关于农村土地承包经营合同的规定、《信托法》关于信托合同的规定、《政府采购法》关于政府采购合同的规定、《城市房地产管理法》关于房地产交易合同的规定以及《担保法》关于担保合同的规定等等，这些规范从实质意义上讲都属于合同法范畴。但必须澄清的是，相较《合同法》作为合同的一般法律规则的层面看，上述关于保险合同、信托合同、担保合同、房屋买卖合同等规定属于特别法的范畴，是一般法与特别法的关系。

二、合同法的基本属性

（一）合同法系私法、自治法

自罗马法学家乌尔比安将法律作公法和私法的基本区分后，有关合同方面的法律规范一直都归为私法领域，而且是债权法的主要部分。作为私法属性的合同法主要展现在三个方面：第一，合同法以调整平等主体之间私法主体的利益为宗旨，最大限度地维护交易当事人的合法权益。因此，在合同交易中，当事人双方无论经济地位、政治地位乃至其他方面存在多大的差距，皆不会改变双方的平等地位，并会保持某种适度的平衡。在这种平等地位被动摇的情况下，私法中就要体现国家干预，以矫正不平衡所带来的合同主体的利益损害。第二，因为私法强调尊重主体的自主意思和自由意志，因此传统民法中将契约自由、所有权绝对和过失责任奉为民法的基本原则，私法自治是整个私法精神的核心，其在合同法中体现最为明显。为了彰显合同法的私法属性，许多制度设计都考虑到了如何全面贯彻意思自治原则，其中最为典型的就是合同法规范大多以任意性规范体现出来，故而合同法又具有自治法的属性。第三，作为私法属性的合同法也充分地体现了法的社会控制属性，对涉及社会公共利益、国家利益、公共政策以及特定的法律秩序的领域，合同法制度就会预设许多强制性规范进行规制，并将此作为意思自治得以贯彻的重要保障。

（二）合同法是交易法、财产法

财产法主要在英美法系中运用，大陆法系一般使用物权法来指称有关物权制度，但财产与物权实际上不是等同的概念。一般来说，财产比物权的范畴要宽得多，财产通常包括物权、债权、知识产权等权利。由于合同法以动态交易关系为调整对象，通过规范以财产为内容的民事权利——债权，来实现保障当事人权益、鼓励交易、创造财富、维护社会交易关系顺利进行的目。因此，合同法必然在当事人之间进行必要的权利义务分配，并且这种分配不涉及人身关系，只与物权、债权和知识产权等财产权利密切相关，故而合同法属于交易法。循此交易法的思路，合同法在立法及司法过程中，极力促成合同交易的达成，尽可能减少合同无效的范畴，增加当事人自由选择与决策的空间，司法及

行政权力对合同的干预被置于十分有限的范围之内。同时,基于合同关系在当事人之间必然产生合同债权,而物权和债权是传统民法中最为重要的两项财产权,并在各国民法典中详加规定。我国1986年《民法通则》作为基本民法规则确立了财产权制度,将合同债权纳入“与财产所有权有关的财产权”的范畴;之后,1999年通过了《合同法》以规范财产流转关系,2007年通过了《物权法》以规范物权的权属与利用关系,2009年通过了《侵权责任法》以确保人身权和财产权不受非法侵犯,未来也可能制定“人格权法”以提升人格权的法律保护力度。这些立法完成后,即汇集于民法典(当然有人认为这种分步到位的立法思路反而使民法典的制定期限较长)。很显然,《物权法》和《合同法》就分别担负着调整静态和动态财产关系的功能,一静一动,有机地将财产法律制度结合在一起,共同构成财产法的范畴,故合同法当属交易法、财产法。

第二节 外国法中的合同概念

合同制度是现代市场经济下最为重要的交易制度,合同法亦成为最为重要的交易法则。而合同概念则是整个合同法理论体系的基石,利用一定的篇幅对合同概念进行全面的分析是必要的、有益的。然而,各国合同法立法例和各种合同法学说赋予该概念的含义并不完全一致。

一、罗马法中的合同概念

理论上一般认为,现代合同概念来源于罗马法。英文中“contract”,法文中“contrat”或“pacte”,德文中“vertrag”或“kontrakt”等词来源于罗马法中的合同概念“contractus”。^①据我国学者考证,“contractus”是由“con”和“tractus”两部分组成,“con”是由“com”转化而来的,有“共”的意思,“tractus”是“交易”的意思,“contractus”意为“共相交易”。中文译为合同或契约。^②在古罗马《十二铜表法》中,用来表示合同的名称称为“耐克逊”(nexum),其拉丁文本意为“拘束”、“系紧”、“处分”,在“十二铜表法”中的含义是指伴有衡具和铜片的交易行为,其形式要求十分严格,不仅要求当事人必须亲自到场,而且还需说出固定的套语,履行铜片的交易手续,除此之外,还要求五位证人和一位司秤到场作证,这样的交易方为有效。^③“耐克逊”的主要

① 王利明、崔建远著:《合同法新论·总则》,中国政法大学出版社1997年版,第1页。

② 黄右昌著:《罗马法与现代》,北平京华印书局1930年版,第408页,转引自李双元、温世扬主编:《比较民法学》,武汉大学出版社1998年版,第655页。

③ 《中国国际私法与比较法年刊》(1999年卷),法律出版社1999年版,第236页。

作用是在当时将让与的行为公式化,以使它能被重视和承认,它实际上是当事人双方同意,自觉地相互让与的协议。^①古罗马法具有重缔约的形式而轻当事人合意的特点。“仪式不但和允约本身有同样的重要性,仪式甚至比允约更为重要。”^②但后来罗马法又发展到重视合同的合意,“契约之债,或以要物方式,或以口头方式,或以合意方式设立”^③,“单纯的合意就是以产生债的关系,即使不是用语言表达的”^④,“合意的要式口约指根据当事人双方的合意而缔结的口约,既非出自审判员也非出自大法官的命令,而是根据缔约人的同意”^⑤。因此,在罗马法中,合同本质上是双方当事人的合意,是当事人间以发生、变更、担保或消灭某种法律关系为目的的协议。^⑥

罗马法不仅私法中有合同概念,而且公法和国际法中也有合同概念。在罗马私法中,凡是能发生私法效力的一切当事人的协议,都是合同。^⑦因此,在其债法、物权法、亲属法和继承法上也都有合同的概念。在罗马债法中,合同是债最重要的渊源,它可以定义为:“得到法律承认的债的协议”,债法合同由两个要件构成:一个要件是原因或客观事实,它是债的根据;另一个要件是当事人之间的协议。其中,前一个要件在罗马法中占有较重的份量和较显著的地位,这与现代法中的情况是不相同的。^⑧罗马债法中的合同定义为后来大陆法系国家的合同定义奠定了基础。大陆法系中的合同概念受到了罗马债法和教会法的巨大影响,大陆法学者将二者融合起来,一方面按罗马法要求合同必须具备一定条件,另一方面又接受了教会法有约必守的观念,^⑨从而形成了合同是具有法律约束力的当事人间的协议或合意的这一大陆法合同概念的最一般要素。

二、英美法系的合同概念

英美法系合同法是完全独立的体系,不附属于任何法律部门。在英美法系中,被普遍接受的合同定义可以归纳为二种,即允诺说与协议说。

(一) 允诺说

第一种最通行的合同概念是将其定义为能够由法律强制执行的允诺 (prom-

① 江平、米健著:《罗马法基础》,中国政法大学出版社1987年版,第237页。

② 《学说汇纂》第7章第1节第1条;第7章第52节第9条。

③ 《学说汇纂》第7章第1节第1条;第7章第52节第9条。

④ [英]梅因著:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第181页。

⑤ [古罗马]查士丁尼著:《法学总论》,张企泰译,商务印书馆1996年版,第165页。

⑥ 周相:《罗马法原论》(下),商务印书馆1994年版,第654~655页。

⑦ 周相:《罗马法原论》(下),商务印书馆1994年版,第654~655页。

⑧ [意]彼德罗·彭梵得著:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1996年版,第307页。

⑨ 周林彬著:《比较合同法》,兰州大学出版社1989年版,第78~79页。

ise) 即允诺说。《美国第二次合同法重述》第1条规定: 合同是一个允诺或者一组允诺, 违反这种允诺将由法律给予救济, 履行该允诺被法律确认为一种义务。^①《英国不列颠百科全书》对合同下的定义是: 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。对何谓允诺, 《美国第二次合同法重述》第2条采用的定义是: (1) 允诺是保证某事物应于未来发生或不发生的诺言, 不论它是如何表示的。(2) 凡明确地允诺非人力所能控制之某事件的发生或不发生, 或者现在或过去之事实状态存在或不存在的言词, 均应被解释为应当对指定事件之未发生或发生或者被主张事实状态之存在或不存在所致的最接近之损害承担责任的许诺或诺言。对此, 有关学者的解释是: 允诺是立约人关于他将于未来以特定方式实施某种行为或者引起特定效果发生的意思表示。^② 英国合同法是由英国早期的“允诺之诉”发展而来的, 英国合同法的有关规则都是针对违反允诺而制定的, 这是允诺在英美合同法中占据重要地位的历史和传统的原因, 也是合同被解释为一种允诺的原因。把合同解释为是能够强制执行的允诺的定义把重心放在具有允诺性质的同意表示上, 而且是能够由法律强制执行的允诺, 这样法律效用和法律效果便被引入合同定义中了。然而, 由于这一概念仅强调一方对另一方作出的允诺, 而没有强调双方当事人的合意, 因而受到了许多学者的批评。有学者指出, 把合同定义为能够由法律强制执行的允诺并不是很妥善的, 因为合同是各方意思表示一致的结果, 而允诺仅是一方的意思表示; 从合同订立过程看, 作出允诺只是这一过程的开始, 允诺被对方接受才是这一过程的完结, 允诺是合同产生的原因和前提, 但并不是合同本身; 而且, 能够由法律强制执行的允诺不再是通常意义上的允诺, 而已经是合同本身。用允诺为合同下定义仅强调了单方义务, 不能反映出合同的本质。^③

(二) 协议说

英美法系另一种广为流行的合同概念是将合同定义为法律上能够强制执行的协议, 即协议说。《美国统一商法典》(1950年草案)第1-201条规定: 合同是指受本法及其他任何可适用的法律影响的, 由当事人的协议所产生的全部法律上之债。1979年版《布莱克法学辞典》的“合同”词条为合同下的定义是“两个或两个以上的人创立为或不为某一特定事情的义务的协议”。英国《牛津

① 其英文原文为: A contract is a promise or set of promises, for breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty.

② [美] A·C·科宾著:《科宾论合同》, 王卫国等译, 中国大百科全书出版社1997年版, 第9页~10页。

③ 王军编著:《美国合同法》, 中国政法大学出版社1996年版, 第2~3页。关于反对允诺说定义的理由, 另可参见何宝玉著:《英国合同法》, 中国政法大学出版社1999年版, 第39页。