

- 普通法的经典判例
- 最高人民法院的案例和解释
- 以中外案例的对比来解释合同法条文

We the People

合同法（总则） ——学说与判例注释

邢建东 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

合同法（总则）

——学说与判例注释

邢建东 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

合同法(总则)——学说与判例注释/邢建东著.
—北京:法律出版社,2006.4
ISBN 7-5036-5947-5

I. 合… II. 邢… III. 合同法—案例—对比研究
—中国、外国 IV. D923.65

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 131675 号

©法律出版社·中国

责任编辑/柯 恒

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/787×960 毫米 1/16

印张/25 字数/395 千

版本/2006 年 4 月第 1 版

印次/2006 年 4 月第 1 次印刷

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 7-5036-5947-5/D·5664 定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



广东金领律师事务所（以下简称“金领所”）于2001年1月1日由广州中国法律咨询中心及广州市国际经济贸易事务所合并改组为合伙制律师事务所。广州市国际经济贸易事务所成立于1985年，是广州最早成立的律师事务所之一。广州中国法律咨询中心组建于1988年，原为中国法律咨询中心（中国法学会直属法律机构）在广州的分支机构。

金领所律师均为来自全国重点大学法学院的优秀毕业生，同时聘请了十余名北京、上海、广州的知名专家、教授、学者及司法界资深人士担任顾问。这些顾问均为各行业的翘楚，其中一些人曾参加国家法律、法规的立法工作，他们共同成为金领所坚实的法律基础和宝贵的资源。此外，金领所已经与香港、美国、澳大利亚、新加坡、新西兰等多家事务所建立了良好的合作伙伴关系。

沿袭本所的优良传统，金领所高度重视对于案件处理的团队合作精神。对于疑难复杂的案件或大型项目，金领所充分发挥整体优势，共同研讨，剖析谈判或诉讼中可能面临的问题及对策，力争为客户提供最佳的、有说服力、实际可行的方案，以最优质的法律服务使客户获得最大的利益。

今天，由于金领所持之以恒注重高质量法律服务，金领所已成为广州一家享有良好声誉的综合性法律服务机构，主要服务于：公司股权及重组、银行金融、高新技术和知识产权、房地产、交通能源及基础设施、商业贸易、诉讼与仲裁。

金领所合伙人：金久隆律师、郭学进律师、邢建东律师、谢湘辉律师、郑玉蓉律师、钟田律师、詹小彤律师、王德虎律师。

地址：广州市建设大马路三号党校大厦六F

电话：020-83814440

传真：020-83812167

电邮：jinlaw@public.guangzhou.gd.cn

序

邢建东同志著作《合同法(总则)——学说与判例注释》即将付梓,有幸先睹为快。邢建东同志作为一位从事律师工作的实际工作者,利用其余暇时间,从事著述,精神可嘉,故我乐为写序,以向读者推荐。

自1999年新合同法颁布后,关于合同法的论著渐多,学者们对合同法的研究也是极其精深:或偏重理论,或偏重实践,各有所长。

本书偏重以中外案例的对比来解释合同法条文,在此前提下,简述理论观点。本书的最大特点是在解释合同法条文时引用普通法的经典判例,同时引用最高人民法院的判例或解释。普通法经典案例,让读者从中领略大法官们在推理其判决时的方法、态度;而引用最高人民法院的判例或解释,则起到一个分析、归纳与整理的作用。此举是否正确,仍有待学者们评定。虽然中国并非判例法国家,但各种判例或解释之精神,仍然是法律工作者极为重要的参考。

1992年3月6日最高人民法院《关于武汉市煤气公司诉重庆检测仪表厂煤气表装配线技术转让合同购销煤气表散件合同纠纷一案适用法律问题的函》(法函[1992]27号),已经被许多学者认为是目前关于“情事变更”原则的经典案例。希望能有更多的学者从众多经典案例中提炼出解释相应法律条文之精髓。本书在此方面做出了尝试,是以更值得推荐。书中的一些看法,未必为同行读者完全赞同,但作者能提出这些讨论基础,也算是可贵的贡献。

端木正*
2005年4月6日

* 中山大学教授、中国民主同盟广东省名誉主席、常设仲裁法院(海牙)仲裁员。

自序

1999年回国,适逢新合同法颁布,仔细阅读,非常惊奇地发现其中内容大部分已与英美法关于合同法的理念相近,于是就在书店购买一本关于新合同法注释的书。其后联想曾经阅读的 *Adams on Criminal Law*,启遂发本人写作此书。

普通法为案例法,但近几十年来,普通法系诸多国家也已制定近似大陆法的大量法条,即制定法,如 *Crimes Act*,其条文多达几百条。就条文规定之数量及细致程度而言,与中国刑法相近。普通法系法官在运用法律判案时,首先要适用法条,在具体理解适用该法条时,则求助于传统的先例(*Precedent*),用经典案例(*Leading Cases*)诠释法条。*Adams on Criminal Law*就是在这种状况下书写的。每一法律条文所用的术语、意义,均相应地用经典案例予以阐述。如第某某条规定谋杀应当是有意(*Intent to*)杀人,那么如何理解该法条的“有意”,则在下面的案例中援引经典的有约束力的关于“有意”的案例,其中主要是法官以判词作出的定义。

用经典案例解释法律条文,实际上已不限于普通法。德国宪法第12条(*Art 12GG*)规定公民基本权利,但如何理解其范围,德国法院已经完全遵循联邦宪法法院(*Federal Constitutional Court*)在著名的 *Pharmacy* 案件中多数法官诠释的“三步原则”(three steps doctrines),即 step 1: Regulation of practice of occupation; step 2: Subjective limitation of admissibility; and step 3: Objective limitations of admissibility (Prof. Dr. Hermann Pünder, *Bucurius Summer Seminar On Selected Topics of EU and German Law*, August. 16~27, 2004, p. 8)。

本书尝试用最高人民法院历年的司法解释、请示与答复(截止到2004年10月)及一些经审判委员会公布的最高人民法院或地方法院典型案例(截止到2003年),相对应地来诠释合同法总则部分的条文,同时,将相对应的普通法经典案例(所有的案例均来自英国、澳大利亚、新西兰的权威教科书或参考书,如 *M. P. Furmston's The Law of Contract*, *Chesir & Fifoot's Law of Contract*, *Chitty on Contracts*)予以比较,有些部分直接引用经典案例的经典判词,将原文摘录作为辅助,力求读者能从原汁原味的语言中,领略体会这些大法官推理其判决的方法、态度,有助于读者在查阅条文的同时,于最短时间内接触普通法的经典案例,据此以借鉴。同时,高度概括性地介绍学界观点,以方便读者了解学界对具体条文存在的不同观点。

本书的写作,从1999年开始,由于本人还须一边工作,所以断断续续至今才完

稿,期间修改不下10次。由于不能在一段时间里集中精力完整写作,书中许多观点源自不同作者,未能很好消化、整理,甚感遗憾,唯希望能为我国在以案例解释法条方面提供裨益。

本书的完稿,首先感谢我的太太何惠玲的支持,在奥克兰3年学习及此书写作全过程中,她包揽家庭全部工作及两个小孩的教育;我在珠江实业的旧同事黄秋帆小姐利用业余时间将我都难以看懂的第一次草稿打印成印刷文字;杨国前小姐、张蓉律师百忙之中帮忙校正书稿,秦杼杨小姐则于中间几次大修改中帮忙录入;方晓丹小姐则从第三稿起直至最后定稿付印均负责录入、校正,并对最高人民法院的最新案例予以全面查寻;柯湘律师帮忙寻找相关的国内案例;陶然小姐对于全书国内案例及学说方面,协助撰写了许多部分,并对国外大法官的判决予以翻译,贡献颇大。

目 录

序	1
自序	1
第一章 一般规定	1
第一条	1
第二条	3
第三条	10
第四条	11
第五条	15
第六条	22
第七条	27
第八条	32
第二章 合同的订立	35
第九条	35
第十条	42
第十一条	45
第十二条	49
第十三条	51
第十四条	51
第十五条	56
第十六条	60
第十七条	63
第十八条	66
第十九条	67
第二十条	71
第二十一条	74
第二十二条	75
第二十三条	78
第二十四条	80
第二十五条	85
第二十六条	87
第二十七条	89
第二十八条	91

第二十九条	92
第三十条	93
第三十一条	96
第三十二条	97
第三十三条	101
第三十四条	101
第三十五条	102
第三十六条	103
第三十七条	109
第三十八条	110
第三十九条	111
第四十条	120
第四十一条	124
第四十二条	126
第四十三条	135

第三章 合同的效力

第四十四条	139
第四十五条	147
第四十六条	152
第四十七条	153
第四十八条	158
第四十九条	162
第五十条	171
第五十一条	175
第五十二条	179
第五十三条	196
第五十四条	200
第五十五条	217
第五十六条	222
第五十七条	226
第五十八条	227
第五十九条	231

第四章 合同的履行

第六十条	233
第六十一条	237
第六十二条	245
第六十三条	250
第六十四条	251
第六十五条	255

第六十六条	256
第六十七条	259
第六十八条	261
第六十九条	265
第七十条	265
第七十一条	266
第七十二条	267
第七十三条	267
第七十四条	273
第七十五条	279
第七十六条	280
第五章 合同的变更和转让	281
第七十七条	281
第七十八条	283
第七十九条	285
第八十条	291
第八十一条	295
第八十二条	298
第八十三条	299
第八十四条	301
第八十五条	303
第八十六条	304
第八十七条	305
第八十八条	305
第八十九条	311
第九十条	311
第六章 合同的权利义务终止	313
第九十一条	313
第九十二条	319
第九十三条	321
第九十四条	322
第九十五条	331
第九十六条	331
第九十七条	332
第九十八条	333
第九十九条	334
第一百条	337
第一百零一条	338
第一百零二条	341

第一百零三条	第三百三十一條	341
第一百零四条	第三百三十二條	342
第一百零五条	第三百三十三條	343
第一百零六条	第三百三十四條	344
第七章 违约责任	第三十五章	345
第一百零七条	第三百三十五條	345
第一百零八条	第三百三十六條	349
第一百零九条	第三百三十七條	350
第一百一十条	第三百三十八條	350
第一百一十一条	第三百三十九條	355
第一百一十二条	第三百四十條	356
第一百一十三条	第三百四十一條	357
第一百一十四条	第三百四十二條	366
第一百一十五条	第三百四十三條	371
第一百一十六条	第三百四十四條	374
第一百一十七条	第三百四十五條	375
第一百一十八条	第三百四十六條	379
第一百一十九条	第三百四十七條	380
第一百二十条	第三百四十八條	383
第一百二十一条	第三百四十九條	385
第一百二十二条	第三百五十條	386
	第三百五十一條	
	第三百五十二條	
	第三百五十三條	
	第三百五十四條	
	第三百五十五條	
	第三百五十六條	
	第三百五十七條	
	第三百五十八條	
	第三百五十九條	
	第三百六十條	
	第三百六十一條	
	第三百六十二條	
	第三百六十三條	
	第三百六十四條	
	第三百六十五條	
	第三百六十六條	
	第三百六十七條	
	第三百六十八條	
	第三百六十九條	
	第三百七十條	
	第三百七十一條	
	第三百七十二條	
	第三百七十三條	
	第三百七十四條	
	第三百七十五條	
	第三百七十六條	
	第三百七十七條	
	第三百七十八條	
	第三百七十九條	
	第三百八十條	
	第三百八十一條	
	第三百八十二條	
	第三百八十三條	
	第三百八十四條	
	第三百八十五條	
	第三百八十六條	
	第三百八十七條	
	第三百八十八條	
	第三百八十九條	
	第三百九十條	
	第三百九十一條	
	第三百九十二條	
	第三百九十三條	
	第三百九十四條	
	第三百九十五條	
	第三百九十六條	
	第三百九十七條	
	第三百九十八條	
	第三百九十九條	
	第四百條	

第一章 一般规定

第一条 为了保护合同当事人的合法权益,维护社会经济秩序,促进社会主义现代化建设,制定本法。

学说与判解

本条规定 1999 年 3 月 15 日通过的《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)的立法目的,即整部法律的宗旨,表明了立法者制定这部法律的根本意图,以及凭借这部法律要达到的整体目的。

《合同法》是在原《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国涉外经济合同法》和《中华人民共和国技术合同法》的基础上修改、综合而产生的结果(《合同法》第 428 条规定,《合同法》生效时,《经济合同法》、《涉外合同法》、《技术合同法》同时废止)。

最高人民法院在处理一宗房屋买卖案件时就明确提出,维护社会的安定是平衡买卖关系的一个因素。该案件中,酱醋厂向黄祖寿购买房屋,虽然没有办理房屋过户手续,物权没有转移,但酱醋厂实际已支付购房款 280 元,因 1959 年 10 月泰县没有房管部门,因此未办理过户手续,但卖方黄祖寿在两次收到卖房款时,均出具了收条,酱醋厂的账目上也有支出买房款的记载。黄祖寿在 1961 年填写房屋登记表时,在关于房屋增减变化情况栏内,写明“1959 年 11 月卖出两间”。酱醋厂买房后长期使用管理该房,黄祖寿至 1970 年死亡时也未提出异议。现卖方黄祖寿以未出卖房屋,酱醋厂拿不出合法买房手续为由,否定两间房屋买卖成立。最高法院认为,“鉴于该案的实际情况,为了兼顾国家、集体和个人的利益,稳定财产关系,维护社会安定,参照 1965 年 9 月国务院财贸办公室‘关于供销合作社购买农村生产队、社员房产问题的答复’的精神,在泰县酱醋厂向该县人民政府申请外办买房批准手续后,可承认双方的买卖关系。”〔1〕

立法的精神是考虑合同成立的另一重要因素。1992 年 6 月 5 日最高人民法院在一份关于房屋典当关系的复函中就认为,出典人谢元福、王琪 1982 年要求回赎出

〔1〕《最高人民法院关于国营企业购买私房已经使用多年经外办批准手续后可承认买卖关系有效的批复》(〔1985〕法民字第 14 号),最高人民法院研究室编:《最高人民法院精选司法文件》,中国民主法制出版社 1999 年版,第 825 页。

典房屋,一、二审法院考虑到承典人黄生彦(黄长明之父)住房困难,在解除双方房屋典当关系的同时,判决双方建立房屋租赁关系,照顾了双方当事人的合法权益,这与1929年2月2日我院《关于贯彻执行民事政策法律的意见》规定的精神并不抵触。……〔2〕

梁慧星教授在2001年8月6日对《合同法》第286条规定的优先权完全属于留置权或法定抵押权或其他权利进行的解释,就采用立法意图进行解释。〔3〕

普通法

普通法系立法实践上,对每一个法律、法规都赋予立法的目的。普通法系立法时通常非常简单,一般不会出现“维护社会经济秩序,促进社会主义现代化建设”这样过于宽泛的目的。其实立法目的是非常重要的,因为普通法系的法官都有在适用法律上相对独立的裁量权,而且法官在适用法律时,习惯上要求必须解释为什么适用这条法律而不是那条法律,因此法官就必须将其对拟适用与不适用的法律条文进行解释,表达他对该条、该法律术语的理解,必须运用分析、推理。〔4〕由于要解释、推理,运用诸如字面解释(literal rule)、同类解释(ejusdem generis rule)、黄金解释(golden rule)、目的性解释(mischief rule)等,〔5〕立法的目的就极为重要。普通法系的制定法例“如是简单者”,开始就是“标题”,以“标题”形式表达目的。如新西兰未成年人合同法(Minor's Contracts Act 1909),目的是“本法意在重述和修改有关未成年人合同的法律”(An Act to restate and reform the law relating to minors' contracts),又比如新西兰合同救济法(Contractual Remedies Act 1979),目的是“本法意在修改有关合同违约或虚伪陈述之补救的法律”(An Act to reform the law relating to remedies for misrepresentation and breach of contract)。

〔2〕《最高人民法院关于谢元福、王琪与黄长明房屋典当纠纷一案如何处理的复函》([1992]民地字第3号),同注〔1〕,第892页。

〔3〕梁慧星:“工程款的优先受偿是一种法定优先权——对《合同法》第二百八十六条的理解”,载《人民法院报》2001年8月6日B2版。

〔4〕这里解释普通法系的判决书的形成过程。普通法系的法官的判决书必须是如实写出每一位审判法官的分析、推理过程,而中国判决书则在陈述完事实就下结论(通常是这样:根据中华人民共和国×××法第××条,判决如下:××××);另外,普通法系审判庭一般来说每一位法官都必须写出自己的意见,哪怕是同意其他人的意见,因此就至少会有这样现象:我同意××法官的意见,或我的分析、推理方法不一样,我分析、推理的方法是这样的:×××,几页纸的推理后,我的结论是×××,与××法官一样。最为重要的是不同意见的法官,这通常标为dissenting judgement(异议判决)。这些判决都写在一个判决书中,让人们去比照,让法律人士去分析、批评,从而可以得出该判决书是否合理的结论。偶然情况下,一些异议判决更为人们所倚重,它可能会产生新思想、新观点,一些早期的异议观点,有可能就是后期的主流观点。英国历史上伟大的法官Lord Denning就是这样:在他早期没有升为王座法庭的勋爵大法官前,尤其在上诉庭时,他的许多观点都是异议的少数观点;当时间向前推移,他又升为王座法庭爵士法官后,他早期观点在成为主流的观点,如合同补偿范围应包括可预见的经济利益的推理方法。

〔5〕Maitland, The Forms of Action at Common Law, 1936。关于这几种解释规则内容,具体亦可参考何宝玉:《英国合同法》,中国政法大学出版社1999年版,第15~18页。何先生将mischief rule翻译成补编纠弊规则,但显得过于广泛,不能很好地反映该规则本意。

这种标题,英文叫“title”,人们一般简称“长标题”(long title)以区别法条本身一般都有的短标题(short title)。一般法条第1条是规定该法的短标题及该法生效时间。短标题是一般会格式化,其表达方式通常如第1条,短标题,本法应被引用为“×××法”。复杂一些的法律有时会表述长一些的目的。如新西兰消费者保证法(Consumer Guarantees Act 1993)是这样规定的:本法意在修正以下有关之法律:(a)向消费者提供商品或服务时做出或视为已做出之保证;以及(b)因商品或服务的任何与此等保证不符而对供应商和生产商享有之赔偿权利[An Act to amend the law relating to-(a) The guarantees given, or deemed to be given, to consumers upon the supply of goods or services; and (b) The rights of redress against suppliers and manufacturers in respect of any failure of goods or services to comply with any such guarantees]。

新西兰1993公司法的长标题则可称是“长”。1993公司法“修改有关公司的法律,特别是:

- (a) 重申公司通过集中资本用于生产而获取经济、社会利益,分摊经济风险与承担商业风险的手段的价值;及
- (b) 提供公司成立、组织和经营的可调整的基本要求;及
- (c) 规定公司与其董事、股东和债权人之关系;及
- (d) 允许董事在商业判断事务方面拥有广泛的裁量权,同时也向股东和债权人提供保护以防止管理权的滥用,藉此鼓励有效、负责的公司管理;及
- (e) 为实现和分配进入清算程序的公司的财产提供直接、公平的程序。”〔6〕

第二条 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。

学说与判解

从逻辑上讲,一部法律自颁布实施以来,遇到的首要问题就是其适用范围的大

〔6〕 Companies Act 1993.

An Act to reform the law relating to companies, and, in particular, —

(a) To reaffirm the value of the company as a means of achieving economic and social benefits through the aggregation of capital for productive purposes, the spreading of economic risk, and the taking of business risks; and

(b) To provide basic and adaptable requirements for the incorporation, organization, and operation of companies; and

(c) To define the relationships between companies and their directors, shareholders, and creditors; and

(d) To encourage efficient and responsible management of companies by allowing directors a wide discretion in matters of business judgment while at the same time providing protection for shareholders and creditors against the abuse of management power; and

(e) To provide straightforward and fair procedures for realizing and distributing the assets of insolvent companies.

小;《合同法》的司法实践也确实表明,其适用范围是首先需要明确的问题,这个问题包括两个方面:空间范围和时间范围。空间范围,即《合同法》能够调整哪些类型的合同;时间范围,即《合同法》何时生效,有没有溯及力。本条规定了它所适用的空间范围,是本书讨论的内容之一;而其时间范围由附则,即第428条规定,在此不予详述。

合同有广义和狭义之分,广义合同指“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、以物权以外权利的变动为目的的准物权合同、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;狭义的合同仅指债权”。〔7〕

大陆法传统理论上,合同是“合意”或“协议”。〔8〕《法国民法典》第1101条规定:“契约为合意,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。”法国用法用 CONTRAT 或 CONVENTION 来表达合同。《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”。韩世远认为,法国法和美国法均将合同限在债权合同领域使用。〔9〕

德国继承萨维尼的观念,主张广义的合同,认为在债务关系法、物权法、亲属法和继承法的领域均可适用。〔10〕

4

国内关于合同的适用范围,有两种解释,一为根据《民法通则》第84条第1款,“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”,故本条的“民事权利义务关系”应作限制解释,为债权债务关系;〔11〕此外,当初《合同法》的初稿表述的是“合同是当事人之间设立、变更、终止债权债务关系的协议”,仅由于担心“债权债务关系”不容易理解,才修改为“民事权利义务关系”,其内涵不变;另一种扩大解释,民事关系包括设立、变更、终止民事权利义务关系的合同,并不限于债权合同。〔12〕

第1款“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”是从正面肯定地限制其适用范围,它包括两方面的含义:首先,本法调整的是“平等主体”之间的关系,即《合同法》调整关系的主体必须是地位平等的双方当事人,不论是自然人、法人还是“其他组织”,它们的法律地位必须是平等的,在具体的法律关系中不存在监督与被监督、管理与被管理等关系。这是从关系主体的角度进行的限制。其次,上述平等主体之间关系的内容,必须是“设立、变更、终止民事权利义务”。这是从关系内容的角度进行的限制,排除了行

〔7〕 史尚宽:《债权总论》,台湾地区自版本1990年初印,第7页;〔日〕松板佐一:“民法提要·债权各论”(第5版),有斐阁1993年版,第5页,转载于韩世远:《合同法总论》,法律出版社2004年版,第2页。

〔8〕 韩世远:《合同法总论》,法律出版社2004年版,第2页。

〔9〕 同上。

〔10〕 同上。

〔11〕 梁慧星:“论我国民法合同概念”,载《中国法学》1992年第1期,摘自韩世远:《合同法总论》,同上。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。

〔12〕 王利明:《合同法研究》(第1卷),中国人民大学出版社2002年版,第9页,转摘自韩世远:《合同法总论》,法律出版社2004年版,第4页,见注〔8〕。

政、刑事关系。这里应该予以注意的是,有的主体性质上是不平等的,比如行政机关和普通公民、法人之间,一般情况下是行政管理关系;但并非它们之间在所有行为中都体现这种不平等的关系,比如,行政机关有时也需要以普通的民事主体身份订立某些合同:购买办公用品时与销售商签订的采购合同、修建办公楼时与建筑商签订的建筑工程承包合同等。在这种情况下,行政机关和采购商、建筑商等民事主体之间的合同均是民事合同而不是行政合同,因为双方主体在此类合同中的角色是平等的,且合同的内容是民事权利义务关系,完全符合上述两个条件。

第2款“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”从否定的角度,用排除法限制了《合同法》的适用范围。“设立、变更、终止民事权利义务的协议”与“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议”之间,存在包含与被包含的逻辑关系;本款规定将后者从前者当中分割了出来。有学者将此类协议被排除出《合同法》调整范围的原因概括为:首先,合同是市场交易关系即商品交换关系的法律形式,《合同法》是直接反映、规范市场经济的基本法。而与身份有关的协议缺乏直接的经济内容,与市场经济活动存在本质区别,它自身运作的特殊性,决定了其法律调整形式的特殊性;其次,在我国传统的法律观念和法律意识中,也不能接受将身份关系等同于合同关系的看法,若将身份关系纳入合同关系,相当于在一定程度上将人格商品化;最后,婚姻家庭法具有相对的独立性。虽然婚姻家庭关系是市民社会关系,属于广义上的民法范围,婚姻家庭法也是传统民法中的亲属法编,但是我国自建国以来,对婚姻家庭问题乃至其他身份问题采用单独立法的模式,即使这种模式不完全合理,也只能待未来编撰民法典时解决,而非《合同法》能堪之使命。^{〔13〕}这种说法不无道理。另外,从合同关系主体的性质来看,婚姻、收养、监护等有关身份关系的主体的范围也较为狭窄,一般情况下只有自然人之间才能产生此类身份关系,无法想像法人、其他组织之间会发生什么婚姻、收养、监护等关系。

总体上看,《合同法》的调整对象比起“三足鼎立”的《经济合同法》、《技术合同法》和《涉外经济合同法》,是大大扩展了的。《经济合同法》的适用范围,是平等民事主体之间为经济目的而订立的明确相互权利义务关系的合同;《涉外经济合同法》的适用范围,是中国企业或其他经济组织与外国企业或其他经济组织或个人之间的经济合同,但不包括我国公民同外国企业、其他组织或个人之间的经济合同;《技术合同法》的适用范围,是公民之间、法人之间或公民与法人之间订立的技术合同,但不包括涉外技术合同。而《合同法》的适用范围从两个角度扩大了原《合同法》律的适用范围:首先,合同主体,包括中国、外国自然人之间、组织之间以及自然人和组织之间的合同;其次,合同种类,由经济合同和技术合同,扩大为“设立、变更、终止民事权利义务的协议”,只要排除了规定人身关系的合同。^{〔14〕}

明确《合同法》的适用范围,对判断某案件是否可以作为合同纠纷案件进行处理具有直接的现实意义。比如,对于带有行政性质的某种合同应如何调整,最高人

〔13〕 孙鹏:《合同法热点问题研究》,群众出版社2001年版,第72页。

〔14〕 全国人大法制工作委员会民法室:《中华人民共和国合同法立法资料选》,法律出版社1999年版,第37页。

民法院的态度就经历了如下的变化:不予以调整→首先是行政调整为主→应当予以调整。

1987年8月3日,最高人民法院在一起财政支农周转金借款合同纠纷案件中的处理意见是不把这类合同视为普通的经济合同,而是认为,“由于发放和回收财政支农周转金而签订借款合同,是财政部门对这种财政资金进程管理而自行采取的一种行政管理方式。对这种管理中所引起的纠纷,目前尚无法律规定可以向人民法院起诉。……人民法院目前受理此类案件还无法律依据。”〔15〕

到了1990年3月6日,最高人民法院在一起供销社与水产公司的房屋案件纠纷中认为,“该案是由行政主管机关进行机构调研引起的房产纠纷,是行政法律关系,不是平等主体间的民事纠纷,同时,本案也不属于‘必要时可通过法院予以裁决’的案件。因此应由行政部门处理。”〔16〕

在1990年10月9日,最高人民法院在一起关于安排出国劳动合同纠纷的案件中认为,“……浙江省宁波市国际经济技术合作公司(下称‘宁波公司’)与单浩因及其担保人(单浩因之父)签订的出国劳务人员保证书,是派出单位宁波公司为保证与美国佛罗里达州奥兰多大中集团劳务输出合同的顺利实施,而依其行政职权要求派出人员单浩因对在出国期间遵守所在国法律和所在国公司各项行政规章及出国纪律等方面做出的行为保证。这是派出单位对派出人员进行管理的一种行政措施。因此,单威祥为其女单浩因提供的担保,不属于民法和经济《合同法》调整范畴。……”〔17〕

但是,到了1993年8月28日,最高人民法院改变了态度,认为这类带有行政性质的合同,同样属于经济合同,属于平等主体间的合同。并认为,“财政、扶贫办等非金融行政机构根据国家有关规定,为扶持企业和农户发展生产,通过签订借款合同,发放支农款、扶贫金等,实行有偿使用,定期归还。这类合同带有一定的行政管理性质,如果发生纠纷,由有关行政部门解决为宜。但合同双方当事人的法律地位是平等的,且合同双方约定如发生纠纷可以到人民法院起诉。因此,如行政部门未能解决而起诉到人民法院,或一方当事人直接向人民法院起诉的,人民法院依法应予受理。……”〔18〕

国家专业银行与个人、企业属于平等主体。1993年2月22日最高人民法院在一银行贷款时效问题的答复中指出,“国家各专业银行及其他金融机构系实行独立核算的经济实体。它们与借款的企业或公民之间的借贷关系,是平等主体之间的债权债务关系。国家各专业银行及其他金融机构向人民法院请求保护其追偿贷款权利的,应当适用民法通则关于诉讼时效的规定。确已超过诉讼时效期间,并且没

〔15〕《最高人民法院关于人民法院应当受理财政支农周转金借款合同纠纷案件的问题的批复》〔法(研)复[1987]29号〕,同注〔1〕,第1890页。

〔16〕《最高人民法院关于湖南省供销社等单位与省肉食水产公司房屋纠纷一案是否受理的复函》〔(89)民监字第600号〕,同注〔1〕,第1893页。

〔17〕《最高人民法院关于劳务输出合同的担保纠纷人民法院是否受理问题的复函》〔法(经)函(1990)73号〕,同注〔1〕,第1899页。

〔18〕《最高人民法院关于人民法院是否受理财政、扶贫办等非金融行政机构借款合同纠纷的批复》〔法复[1993]7号〕,同注〔1〕,第1902页。