



工程合同

分析与设计

刘鹏程 顾祥柏 编

中国石化出版社

[HTTP://WWW.SINOPEC-PRESS.COM](http://www.sinopec-press.com)

工程合同分析与设计

刘鹏程 顾祥柏 编

中国石化出版社

内 容 提 要

本书详细介绍合同法基本原理、国家关于工程建设的法律法规和规章对工程合同的要求以及不完全信息情况下对合同的影响,揭示了工程项目中事件的法律渊源和法律基础。在此基础上,结合国内外工程合同设计和管理的研究与实践,把合同的形成过程划分为总体设计、基础设计、详细设计和完工后设计四个阶段,从法律、项目管理和工程合同实践等多个视角,系统地分析介绍了合同在这四个阶段的形成机理和合同管理人员的主要工作内容。同时突出分析了合同漏洞的填补原则,缺陷合同及其法律构成要件,帮助合同管理人员掌握在工程建设中如何通过设计合同模式和条款来分散、化解、规避风险,保证工程项目的顺利执行,实现项目参与各方的效用最大化。

本书在进行理论阐述的同时,注重实用性、可操作性和知识体系的完备性,可以作为高等院校工程管理及相关专业本科生和研究生的教材和教学参考书,也可供工程咨询公司、工程勘察设计单位、工程建设公司、施工企业、建设单位的工程管理人员阅读参考。

图书在版编目(CIP)数据

工程合同分析与设计 / 刘鹏程, 顾祥柏编. —北京: 中国石化出版社, 2009
ISBN 978-7-5114-0105-2

I. 工… II. ①刘… ②顾… III. 建筑工程-经济合同-合同法-基本知识-中国 IV. D923.65

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 181451 号

未经本社书面授权, 本书任何部分不得被复制、抄袭, 或者以任何形式或任何方式传播。版权所有, 侵权必究。

中国石化出版社出版发行

地址: 北京市东城区安定门外大街 58 号

邮编: 100011 电话: (010) 84271850

读者服务部电话: (010) 84289974

<http://www.sinopec-press.com>

E-mail: press@sinopec.com.cn

北京科信印刷厂印刷

全国各地新华书店经销

*

787×1092 毫米 16 开本 23.5 印张 544 千字

2010 年 1 月第 1 版 2010 年 1 月第 1 次印刷

定价: 48.00 元

前 言

建设工程是一项复杂的经济活动，具有巨大的包容性和创新性特点，其风险存在于方方面面。建设法人(业主)以市场为载体，以合同为纽带，把建设项目的实施主体(项目利益相关者)集中到工程项目之中，形成了一个动态的、开放的项目组织。在这个组织中，合同是确定各方利益关系重要的法律文件，因此合同管理在项目管理中的地位和作用尤为重要。为更好地适应国内外工程市场日趋剧烈的竞争环境，构建与时俱进的工程合同管理的理论和方法体系，培养具有较强合同意识的工程管理人员，按照一定的方法与结构不断积累合同管理的实际经验是工程企业适应市场变化、抵御风险的重要课题。

工程合同有“工程宪法”之称，是工程建设的基础文件，也是将项目风险合理分配到参与项目各方的重要法律文件，承载着规范参与工程建设各方的责权利、平衡各方的近期与长期利益的使命。项目策划者可以将项目实施中的风险通过合同加以定义和分配，按照任何一种风险都应由最适宜承担该风险或最有能力进行损失控制的一方去承担和管理的原则，将各类风险转化为合同风险，将对风险的管理变成对合同的管理，以取得双赢或多赢的效果。从这个意义上说，风险的合理分配是确定项目合同模式的重要依据，工程合同的主旨之一就是锁定交易风险。

中国是目前世界上进行工程建设的大国，具有孕育和丰富工程哲学的土壤，诸多关于建设工程的著作在指导后续者的工程实践方面起着非常大的作用；同时，自1999年《合同法》颁布以来，关于合同法的论著是汗牛充栋，尽管如此作为

工程合同的实践者，在工作中总是被诸多的合同条款和合同基本理论所困扰，企业法律顾问的责任感总在驱使作者去探求这些合同条款的法律渊源、基本原理及应用基础。一般来讲，分析和设计是梳理各项工作的有效方法，合同的策划与形成也不例外。合同分析和设计应依据法律、法规、规定以及惯例，通过对技术和经济相关的各方面因素进行详细剖析，制定相应的合同策略，通过谈判和相互让步最终形成一份用于指导工程管理工作的合同成品。

本书在详细介绍合同法基本原理、国家关于工程建设的法律法规和规章对工程合同的要求以及不完全信息情况下对合同影响的基础上，结合国内外工程合同设计和管理的研究与实践，从工程合同的一般分析与专项分析入手，从法律、项目管理和工程合同实践的多个视角，系统地分析介绍了广义工程合同总体设计、基础设计、详细设计和完工后评价设计四个阶段的特点和主要工作内容，帮助读者通过设计合同模式和条款，使复杂、晦涩难懂的合同更好地结构化，以方便理解并进一步用于分散、化解、规避风险，力求保证参与项目各方的责、权、利明晰对等，使合同双方达到“双赢”的目的，确保项目达到预定的目标，实现项目参与各方的效用最大化，同时结构化的合同也使工程合同管理成为企业知识积累的有效途径，使工程企业能更好地通过借鉴实现可持续发展。

“勤能补拙”，为弥补合同法基本理论薄弱的缺陷，在写作过程中，作者以严谨求实的态度和创新的精神去认真翻阅学习关于《合同法》、《担保法》、《知识产权法》、《保险法》和《物权法》的理论和实践资料，为论证每一个题目跑遍北京的各个图书馆去查阅法学专家们的论著，同时结合自身在大型项目中投标策划、合同谈判和合同管理方面的实践经验，对工程实务操作进行理性总结和提炼，力求系统揭示《合同法》和建设工程相关法律的理论与实务中的核心原理。在论述

过程中尽可能做到论述全面充分，引论有据，全面揭示和解答工程合同实践者的困惑。本书既有对法律法规和规章在工程建设中的实际应用，也有合同设计的理论支持，同时更有合同分析、设计和管理的应用，这是国内外已出版同类书籍所鲜为全面涉及的内容。

本书第九章由张世文同志编写，第一章与第七章由刘鹏程同志编写，第二章中第四节由杨炯同志编写，其余章节及全书统稿、审定均由刘鹏程与顾祥柏同志共同完成。

本书在编写过程中得到作者的朋友王伟、周宏中、马跃律师慷慨提供的资料与帮助，在此深表感谢！同时感谢中国人民大学王利明教授，清华大学崔建远教授、韩世远教授，中国政法大学李永军教授、隋彭生教授，以及法学界泰斗史尚宽先生、王泽鉴先生、谢怀栻先生，是他们的著作奠定了合同法的理论基础，让无数从事具体合同管理工作的人员有了参考和解惑的依据，在此向他们表示真诚的敬意和感谢。中国石化出版社的张正威先生为本书的出版付出了许多艰辛的劳动，在此表示衷心的感谢！

本书适合于国内相关企业、大专院校以及工程建设单位的继续教育的教材，以系统地建立有关工程建设合同原理分析、合同设计与管理的知识结构，不断提高化解工程项目建设风险的能力，提高企业的竞争能力。

由于作者学识、专业水平的局限，本书中疏漏、错误在所难免，敬请读者批评指正并提出宝贵意见，以便使这本书不断完善。

目 录

第一章 合同的法律基础分析	(1)
第一节 合同法的发展基础与特征	(1)
一、合同法的概念	(1)
二、现代合同法发展的基础	(1)
三、大陆法系与英美法系	(2)
四、现代合同法的基本特征	(5)
第二节 合同和合同的分类	(10)
一、合同的定义	(10)
二、双务合同与单务合同	(11)
三、有偿合同与无偿合同	(12)
四、诺成合同与实践合同	(13)
五、要式合同与不要式合同	(13)
六、主合同与从合同	(14)
七、束己合同与涉他合同	(14)
八、非继续性合同与继续性合同	(15)
九、有名合同、无名合同与混合合同	(17)
第三节 合同的订立	(17)
一、合同的一般订立方式	(17)
二、合同的特殊订立方式	(26)
三、合同的内容	(28)
四、合同的效力	(32)
第四节 合同履行和履行中的抗辩	(37)
一、合同履行	(37)
二、合同履行中的抗辩	(42)
第五节 合同变动	(47)
一、合同转让	(47)
二、合同解除	(47)
三、合同终止	(57)
第六节 合同被确认无效或被撤销的法律后果	(58)
一、恢复原状	(59)
二、基于缔约过失而生的赔偿责任	(59)

三、行政处罚	(62)
第七节 我国建设工程的法律体系	(62)
一、我国建设工程的法律体系	(62)
二、持有设计资质法人实体执业的行政法法律责任	(63)
三、持有设计资质法人实体执业的民商与经济法律责任	(67)
四、持有设计资质法人实体执业的刑法法律责任	(69)
第二章 合同的一般分析	(71)
第一节 工程合同分析的基础	(71)
一、工程合同概述	(71)
二、合同分析的必要性及基本要求	(72)
三、合同分析阶段划分	(73)
第二节 合同总体分析	(75)
一、合同的总体策划	(75)
二、招标投标的分析	(79)
三、合同总体分析的内容	(81)
四、合同风险分析	(85)
第三节 合同基础分析	(93)
一、合同基础分析工作中的主要任务	(93)
二、合同基础分析的注意事项	(95)
第四节 合同详细分析	(98)
一、合同详细分析的工作基础	(98)
二、合同工作分解和合同责任分解	(99)
三、合同详细分析结果	(100)
第五节 特殊问题的合同解释	(102)
一、工程合同解释的主体	(103)
二、工程合同解释的原则	(103)
三、整体地解释合同	(104)
四、合同中出现歧义为解决	(105)
五、出现合同未规定情况的解释	(106)
六、出现重大法律问题的解释	(107)
第六节 合同完工后分析	(108)
一、分析方法与原则	(108)
二、合同完工后分析的内容	(109)
第三章 合同的专项分析	(113)
第一节 风险及其影响的分析	(113)
一、工程合同中的风险分析方法	(113)
二、工程合同中的风险应对策略	(121)
第二节 信息不对称及其影响的分析	(129)

一、建设工程市场信息不对称理论	(129)
二、建设工程市场信息不对称表现及影响	(130)
三、完备合同及其基本条件	(132)
四、不完备合同的成因	(133)
五、招投标过程中信息不对称风险防范措施	(135)
第三节 信用问题的分析	(139)
一、诚实信用原则的概念及功能	(139)
二、诚实信用原则在合同订立阶段的应用	(140)
三、诚实信用原则在合同履行过程中的应用	(141)
四、诚实信用原则与合同的变更和解除	(142)
五、诚实信用原则与合同终止后的后合同义务	(143)
六、诚实信用原则与合同解释	(143)
第四章 合同的总体设计	(146)
第一节 合同总体设计概述	(146)
一、合同总体设计的基本目标	(146)
二、合同总体设计中承包商的具体工作	(147)
三、合同总体设计中承包商的管理任务	(151)
第二节 合同签订依据和法律适用条款设计	(154)
一、国内工程合同签订依据条款设计	(154)
二、国际工程合同签订依据条款设计	(154)
三、国际工程合同法律适用的最密切联系原则	(155)
四、法律适用的合同准据法制度的完善	(156)
五、国际工程合同法律适用条款的选择原则	(156)
第三节 合同标的条款设计	(158)
一、合同标的条款的特性	(158)
二、技术咨询合同标的条款设计	(160)
三、技术许可合同标的条款设计	(164)
四、工程设计合同标的条款设计	(171)
五、监理合同标的条款设计	(176)
第四节 合同工作开展依据条款设计	(178)
一、中标通知书的法律效力	(178)
二、技术咨询合同工作开展依据条款设计	(180)
三、工程设计合同工作开展依据条款设计	(181)
四、工程施工合同工作开展依据条款设计	(181)
第五节 价款或酬金及其支付条款设计	(182)
一、技术咨询合同酬金及其支付条款设计	(182)
二、技术许可合同酬金及其支付条款设计	(183)
三、工程设计合同酬金及其支付条款设计	(185)

四、施工合同价款及其支付条款设计	(188)
第六节 工程合同成果交付及验收条款设计	(190)
一、技术许可合同成果交付及验收条款设计	(190)
二、施工合同成果交付及验收条款设计	(193)
第七节 合同双方责任与义务条款设计	(195)
一、技术咨询合同双方责任与义务	(195)
二、技术许可合同双方责任与义务	(197)
三、工程设计合同双方责任与义务	(199)
四、施工合同双方责任与义务	(200)
第八节 知识产权和保密条款设计	(204)
一、技术许可合同知识产权和保密条款	(204)
二、工程建设过程中形成知识产权的归属	(206)
三、著作权中人身权利让渡问题的探讨	(209)
第九节 不可抗力条款设计	(210)
一、不可抗力的定义	(211)
二、不可抗力的范围	(211)
三、不可抗力条款设计	(215)
四、不可抗力的效力	(216)
五、不可抗力损失分配原则	(217)
第十节 工程保险合同设计	(219)
一、工程保险概述	(219)
二、工程保险的种类	(221)
三、保险合同内容	(228)
四、被保险人对保险合同的管理	(229)
第十一节 合同的担保	(233)
一、合同担保概述	(233)
二、保证	(233)
三、定金	(239)
四、在建工程留置权评述	(243)
五、担保制度在工程中的应用	(247)
第十二节 合同争议解决机制的设计	(253)
一、概述	(253)
二、协商与调解	(255)
三、仲裁	(256)
四、诉讼	(261)
五、争端裁决委员会处理争议	(262)
第五章 合同的基础设计	(267)
第一节 工程合同谈判的特点	(267)

一、决标前谈判	(268)
二、决标后谈判	(268)
第二节 谈判的含义与原则	(268)
一、合同谈判的含义	(268)
二、合同谈判的性质与原则	(269)
第三节 合同谈判方案的设计与内容	(271)
一、合同谈判准备	(271)
二、合同谈判开局	(274)
三、合同谈判实质	(275)
四、签订协议	(276)
第四节 合同谈判策略与技巧	(276)
一、零和谈判和双赢谈判	(276)
二、加值谈判	(280)
第六章 合同的详细设计	(282)
第一节 合同交底	(282)
一、合同交底的必要性	(282)
二、合同交底的程序	(283)
三、合同交底的内容	(285)
第二节 合同实施与控制体系的设计	(285)
一、建立合同实施的保证体系	(285)
二、合同实施控制	(287)
三、合同实施情况偏差分析	(290)
第三节 合同变更管理	(291)
一、合同变更原因与工程变更分类	(291)
二、合同变更方式和程序	(292)
三、工程变更的管理	(294)
第四节 工程索赔管理	(295)
一、工程索赔概述	(295)
二、工程索赔的依据和程序	(298)
三、工程索赔技巧与艺术	(303)
第五节 工程反索赔管理	(305)
一、工程反索赔的主要原因	(305)
二、工程反索赔的处理事项	(307)
三、索赔与反索赔的辩证关系	(308)
第七章 缺陷合同救济的详细设计	(310)
第一节 缺陷合同及其法律构成要件	(310)
一、一方以欺诈的手段订立合同	(311)
二、一方以胁迫的手段订立合同	(314)

三、恶意串通, 损害国家、集体或者第三人利益而订立的合同	(316)
四、以合法形式掩盖非法目的而订立的合同	(317)
五、损害社会公共利益而订立的合同	(317)
六、违反法律、行政法规的强制性规定的合同	(318)
七、因重大误解订立的合同	(319)
八、显失公平的合同	(323)
九、乘人之危的合同	(326)
十、效力待定的合同	(327)
十一、合同的部分无效	(331)
第二节 合同漏洞的填补	(332)
一、由当事人达成补充协议	(334)
二、依推定的意图补充	(334)
三、依法律规定补充	(335)
第八章 合同完工后的设计	(338)
第一节 工程项目后评价	(338)
一、工程项目后评价的内容	(338)
二、工程项目后评价的目的	(341)
三、工程项目后评价的方法	(342)
第二节 合同完工后的评价	(344)
一、项目管理模式评价	(344)
二、工程建设企业信用评价	(348)
三、合同签订与执行情况评价	(351)
第九章 工程合同信息管理技术和方法	(353)
第一节 信息管理系统	(353)
一、信息和信息管理系统	(353)
二、信息管理系统的体系结构	(353)
第二节 合同管理信息系统	(354)
一、合同信息管理的重要性和特点	(354)
二、合同管理信息系统的主要功能	(355)
第三节 合同信息管理系统的应用	(356)
一、工程合同管理的业务流程	(356)
二、工程合同管理的数据流程图	(357)
参考文献	(362)

第一章 合同的法律基础分析

工程项目在实施过程中，有三个层面与法律密切相关。首先是合同条款方面，在合同条款中往往存在同义词堆砌、反复修饰；其次是合同执行中涉及的法律问题，除工程技术本身以外，税务、海关以及保险等无一不涉及法律应用，从法律的角度审视工程项目合同，虽然不能最终解决所有问题，但亦可登高望远，避免迷失于丛林广漠之中；再次是合同的诉讼与仲裁，则更需要法律专业人员，如律师等人员的参与，才能胜算在握。为此在介绍工程合同的分析与设计之前有必要介绍一下合同相关的法律基础，特别是合同法本身，更需要进行详细剖析。

第一节 合同法的发展基础与特征

一、合同法的概念

合同法是现代各国民事法律制度的重要组成部分，主要是调整财产流转关系，规制交易行为的基本法，是国家在现代经济发展时期依法管理经济的重要法律。现代合同法所规定的内容十分丰富，主要包括什么是合同，怎样订立合同，合同的履行规则，合同的法律效力，合同的担保、解除、解释或终止应具备的条件，在具体合同履行中当事人的权利与义务，违反合同时应承担的民事责任以及相对方如何获得法律救济等问题。作为一门学科，合同法还应包括对合同法的本质、功能、发展史等研究。因此，合同法是调整平等民事主体间利用合同进行财产流转或交易而产生的社会关系的法律规范的总和。从这个意义说，合同法是民法体系中一个特殊范畴。

在民法领域，合同有债权合同、身份合同和物权合同之分。《合同法》所规定的合同均为债权合同，即指使当事人之间的债权债务关系产生、变更或者消灭的合同。例如，买卖合同、租赁合同、借款合同、赠与合同、承揽合同、加工合同、建设工程合同、运输合同、保管合同、技术合同、仓储合同、委托合同、行纪合同、居间合同等均属于债权合同，其规定的是当事人的权利和义务，由此不难看出合同法实质上是私法，具有明显的自治特征。

二、现代合同法发展的基础

19世纪下半叶当代社会的飞速发展，出现了许多人们始料未及的社会、经济条件变化和司法实践的变革，使得现代合同法随之发生了一些不同的变革。20世纪，西方各主要国家进入经济垄断时期，各阶层资本家间的利益冲突表面化、白热化，为协调这种利益冲突，克服频繁和严重的经济危机，维持良好的经济秩序与交易安全，统治者在主客观上都不得不对交易自由进行限制，契约自由原则在立法上、司法上和契约的实践中均有了修正和束缚，由此给现代合同法带来了强有力的冲击。

首先是合同内容得到了前所未有的拓展，合同法调整社会交易关系的涵盖面宽广了许多，如资本主义国家在第一次大战以后出现了继续供应、分期付款、租售、售货机买卖等新的合同形式。出现了因旅游、科研、技术转让等引发的交易；国际贸易中许多新型的合

同形式也纷纷出台。针对这些情况,颁行一系列强制性的单行合同法规显得十分必要,由此,现代合同法较大地限制了合同双方当事人的自由意志。

其次,垄断经济导致了合同的格式化趋势,单方条款置对方当事人于无可选择的地位,近代合同法建立的朴素天然的公平性受到挫折。此外国家对合同关系的干预在合同法领域和其他方面均有加强,例如,大陆法系国家在司法上出现了诚实信用、情势变更原则,英美法系国家有了合同落空规则。学理上则出现了“审判官形成权”的理念,这些都使法官取得了近似于变更或解除合同的司法裁量权。合同的法律观念被冲淡了,合同自由原则受到了怀疑,甚至有人惊呼“合同死亡了”。比如在一个集团公司内部分公司与分公司之间、分公司和子公司之间合同的法律效力就值得商榷。

从近现代到现代,对合同自由的限制渐在各国中成为普遍的事实,表明了国家在法律上对经济活动的干预,法律开始注重保护经济上处于弱者的个人及中小企业的利益。这种干预当然缘于维护各国所有制的需要。

20 世纪以来,社会经济结构发生巨变,社会生产和消费大规模化,公用事业飞速发展,消费者、劳动者以及工程建设中的承包人和供应商等弱势群体的保护问题凸显,市场经济的高度发展造成了权利主体之间在交易过程中实质上的不平等,在这种情况下,各国法律在维护合同形式主义,维护合同约束力的同时,开始关注合同的实质主义,关注合同对于双方当事人是否公平,出现了诸如情势变更原则和合同落空理论等新的理论。合同法追求实质正义的努力,使现代合同法的特征主要体现在对格式合同的立法限制、合同义务的扩张、合同自由受到限制、诚实信用原则的发展,加强对消费者和劳动者以及提供服务方保护等几个方面。

三、大陆法系与英美法系

法系是欧美法学界根据法的历史、特点和渊源关系对各国法律进行分类,凡属同一历史传统并且具有相同特点的法律构成一个法系,通常以某一国家在一定时期的法律特征作为划分标准,历史上曾有中华法系、印度法系、伊斯兰法系、大陆法系和英美法系,其中中国、印度和伊斯兰法系已属法制史上的概念。目前,对世界各国法律制度影响最大的是大陆法系和英美法系。

(一) 大陆法系

大陆法系亦称民法法系、罗马-日耳曼法系和成文法系。大陆法系是在集成与发展罗马法的基础上逐渐形成与完善的,并作为一个体系在 13 世纪出现在西欧。19 世纪初,以 1804 年《法国民法典》和 1896 年《德国民法典》为代表的法律制度,以及其他国家或地区仿效这种制度而建立的法律制度,标志着大陆法系的成熟与完善。在西方法学著作中多称民法法系,中国法学著作中惯称大陆法系。它是西方国家中与英美法系并列的渊源久远和影响较大的法系。

古代罗马法反映和调整了罗马奴隶制社会高度发达的简单商品生产和商品交换的法律关系,以完备的法律形式维护私有制。中世纪中后期,罗马法在欧洲传播较广,从而产生了一些熟谙罗马法的学者和官吏。近代资产阶级在推翻封建制度以后,比较完整地采纳罗马法的体系、概念和原则,加以修改和发展,以适应资本主义的需要。1804 年拿破仑按照资产阶级的“自由、平等、博爱”口号以及私有财产不可侵犯和自由竞争的原则,亲自指导制定的《法国民法典》,就是这一法系中最典型的立法。德国统一后的法律虽然带有封建残

余性质,但是1896年的《德国民法典》在立法原则和立法技术上都更为精细完备,也是大陆法系的代表性法典之一。

大陆法系的特点包括:(1)明确立法与司法的分工,强调成文法典的权威性。强调立法是议会的权限,法官只能适用法律,决案必须援引制定法,不能以判例作为依据;(2)比较强调国家的干预和法制的统一,尤其在程序法上如此。例如,许多法律行为需要国家的鉴证、登记,检察机关垄断公诉权,庭审时采取审问制以及法院的体系统一等等;(3)重视法律的理论概括,强调法典总则部分的作用,这是罗马法的一种传统;(4)注重法典的体系排列,讲求规定的逻辑性、概念的明确性和语言的精练。当然,这些特点都只是相对而言的。

随着欧洲一些殖民国家的向外扩张,大陆法系也扩及拉丁美洲、非洲、亚洲等地。由于源流不同,大陆法系大体又可分为法、德两个支系,法国、比利时、荷兰、意大利、西班牙和拉丁美洲各国属于前者;德国、奥地利、瑞士和日本等国属于后者。在同一法系各国中,随着政治经济形势的变化和发展,有的国家具有较大的特点。例如,日本法在第二次世界大战后受到美国法很大的影响;北欧斯堪的纳维亚各国又有其某些固有的特征;荷兰则形成了所谓罗马—荷兰式法律制度。

(二) 英美法系

英美法系又称普通法系、判例法系或海洋法系,是英国在中世纪时期继承和发展日耳曼习惯法的基础上,以诺曼王朝国王法院的判例逐步形成的一种法律制度,随着历史的进程,覆盖了整个英联邦国家和曾经是大不列颠王国的附庸和殖民地的国家和地区。英美法系的范围,除英国(不包括苏格兰)、美国外,主要是曾是英国殖民地、附属国的国家和地区,如印度、巴基斯坦、新加坡、缅甸、加拿大、澳大利亚、新西兰、马来西亚等。中国香港地区也属于英美法系。

12世纪,英格兰国王亨利二世实行司法改革,加强了王室法院的权力,将重要案件收归王室法院审理。一个统一的、覆盖全国的司法体系开始成型,这个体系称为普通法。普通法视过去的习惯为法律,注重先前司法审判的判例。以前的判决结果就是习惯,就可以成为以后审判的法律依据。所以说,普通法也是一种判例法。

英美法系一般不倾向法典形式,其制定法一般是单行的法律和法规。当代英美法系虽然学习借鉴了大陆法系制定法传统,但也大都是对其判例的汇集和修订。英美法系的基本结构是在普通法和衡平法的分类基础上建立的。从历史上看,普通法代表立法机关(议会)的法律,衡平法主要代表审判机关(法官)的法律(判例法),衡平法是对普通法的补充规则。英美法系倾向于当事人主义,即控辩双方对抗式辩论,法官的作用是消极中立的,只是主持辩论、取证和询问。最后由陪审团根据控辩双方论辩的结果和事实本身,依据判例、习惯和相关法规作出有无罪的裁决。

它大致有以下特点:(1)从法律渊源看,英美法系既包括各种制定法,也包括判例,而且,判例所构成的判例法在整个法律体系中占有非常重要的地位;(2)从法律结构看,英美法系很少制定法典,习惯用单行法的形式对某一类问题做专门的规定,因而,其法律体系在结构上是以单行法和判例法为主干而发展起来的;(3)从法官的权限看,英美法系的法官既可以援用成文法也可以援用已有的判例来审判案件,而且,也可以在一定的条件下运用法律解释和法律推理的技术创造新的判例,从而,法官不仅适用法律,也在一定的范围内

创造法律；(4)从诉讼程序看，英美法系的诉讼程序以原告、被告及其辩护人和代理人为重心，法官只是双方争论的“仲裁人”，而不能参与争论，与这种对抗式(也称抗辩式)程序同时存在的是陪审团制度，陪审团主要负责做出事实上的结论和法律上的基本结论(如有罪或无罪)，法官负责做出法律上的具体结论，即判决。

(三) 大陆法系和英美法系的区别

大陆法系与英美法系最大不同是思维方式的不同。大陆法系采用的是演绎—推理的方法，即在大陆法系，是将某一种类的行为进行抽象地演绎，假设在各种情况下法律应该怎样调整和规范这一类法律行为，将其抽象地推理成一种法律规范，制定其内涵及外延，再适用到实践中去。

大陆法系和英美法系的区别可以概括为：(1)历史渊源的差别，大陆法系发源于欧洲大陆；普通法系发端于英国；(2)在大陆法系的形成过程中，法学家起了重要作用，因此又称为“法学家法”；(3)法的渊源上的差别，大陆法系以制定法为主要渊源；普通法系以判例法为主要渊源；(4)大陆法系重视有关法的实质的规定，重视实体法；普通法系对有关审判、诉讼程序、证据的规定以及有关判决的执行，对程序法较关注；(5)大陆法系的结构的基本划分是公法和私法；普通法系由于普通法起源于对王权利益的维护，公法居于重要地位，其基本分类是普通法和衡平法。大陆法系和英美法系的区别如表 1-1 所示。

表 1-1 大陆法系和英美法系的区别

项 目	大 陆 法 系		英 美 法 系	
定义	大陆法系强调成文法作用，结构上强调系统化、条理化、法典化和逻辑性，并将全部法律分为公法和私法		也称普通法系，基于以往判决的判例上逐步形成的一种在全国普遍通用的法律，分为普通法和衡平法两部分	
形成	西欧		英国	
主要代表	法国和德国		英国和美国	
其他代表国家和地区	瑞士、意大利、比利时、卢森堡、西班牙、葡萄牙、荷兰、日本、泰国、土耳其，以及过去曾是法、西、荷、葡四国殖民地的国家和地区，如整个拉丁美洲、非洲一些国家、美国路易斯安纳州、加拿大魁北克省		加拿大、澳大利亚、马来西亚、爱尔兰、新加坡、巴基斯坦，以及我国香港地区等	
法律结构	公法	指与国家状况有关的法律，包括宪法、行政法、刑法、诉讼法和国际公法	普通法	通过国王法院的判例逐步形成的一种全国普遍适用的法律
	私法	指与个人利益有关的法律，包括民法和商法	衡平法	14 世纪时为补充和匡正普通法的不足，由英国枢密大臣法院发展起来，不受普通法约束，按公平与正义原则作出判决的判例法
法律渊源	作为成文法国家，宪法、法典以及其他的法律条例等是大陆法系国家的主要渊源，判例在原则上不作为法的正式渊源		判例曾是英美法的主要渊源，其基础是“先例约束力”原则，即法院在判决中所包括的判决理由必须得到遵循。但 19 世纪末 20 世纪初成文法在英美法系国家的比重和作用不断上升，成文法也成了英美法的重要渊源	
内部分歧	大陆法各国都主张编纂法典，但各国在法典的编制体制上却不完全相同。以民商法而言，即分为民商分立和民商合一两种编制体例		作为英美法系的国家，美国比英国更重视成文法。美国不但有联邦成文法还有州成文法。还专门在商法领域，修订了《美国统一商法典》以及一系列的反托拉斯法。它们对于规范公司、尤其是大公司的行为有重要影响	

新中国成立后,我国依据大陆法系,建立了自己的法律体系。在具体法规的制定上以及程序上,遵从了大陆法系的优良传统。但是,在司法过程中,我们的法律体系按法律程序和规定办案,但在可操作性上、细节和范围方面,仍然有很大的可伸缩性,供法官自由解释和断案。

四、现代合同法的基本特征

所谓现代合同法,大体上指20世纪以来的合同法。20世纪之后,由于社会经济生活条件发生了重大变化,作为近代合同法基础的自由主义思想,不断遭受批判,西方自由主义的法律传统(包括法律制度和法律思想)不断受到挑战,近代合同理论主张绝对的合同自由和合同责任已不能适应现代社会发展的需求。这种社会经济条件的变化,导致现代合同关系已不能理解为单纯权利义务的对立关系,经济上的强者往往利用其经济上的优势来欺压经济上的弱者,当事人之间经济地位的巨大差异造成讨价还价能力的悬殊,使经济上的强者与弱者在合同利益上存在严重的不平衡,比如:在工程建设市场,业主与承包人之间,采购商与供货商之间在合同利益上都或多或少存在这样的不平衡。这样,对合同自由原则的限制,保护交易中的弱者,使合同成为达到公平、实现正义的手段是合同自由原则发展到一定阶段的必然。同时整个社会的价值观念从个人本位转变为社会本位,法律思想方法也从强调抽象个人的抽象意志转变为强调个人的具体要求^①。

事实上,对合同自由原则的限制是对合同自由的发展和完善,并使其成为更加稳固的合同法基石。梁慧星先生将近代民法向现代民法转变的理念归结为形式主义向实质主义的转变^②。这种转变在合同法上反映得尤为典型。合同正义是指合同法应当保障合同当事人在平等自愿的基础上缔结合同并履行合同,双方的所得与所失应对等等值,而不考虑其身份与地位如何^③。近代理性主义哲学认为,自由意志可以自然导向正义和公正。合同自由原则能够充分地保障合同双方当事人所认可的给付的合理性和平衡,因而合同自由与合同正义是一致的。因此,20世纪之前的近代合同法强调的是形式意义上的正义而不是实质意义上的正义。形式意义上的正义仅强调当事人必须根据法律规定订立合同,并严格按照合同的约定履行义务,从而实现合同的形式正义。

(一) 对格式条款的立法限制

格式条款的产生和发展是20世纪合同法发展的重要标志之一。无论是银行,还是保险公司或电讯公司,只要在这些公司事先拟订好了的格式合同上签字,合同即告成立,与这些公司签订合同没有接触的机会和协商的余地。格式条款的使用虽然降低了交易成本,但格式条款合同的广泛运用限制了合同自由原则。因此,20世纪中叶以来,世界各国的立法和判例对格式条款采用了限制的态度,这已经成为各国合同法发展的重要趋势。

《合同法》第39条、第40条、第41条对格式条款作了较为详细的规定。在建设工程中,办理保险、运输等业务时会涉及格式条款合同。

(二) 合同义务的扩张

“没有合同就没有义务”,即使有义务也不是合同法上的义务。但是,现代许多国家的合同法以诚实信用原则为依据,对合同义务进行了扩张,从而产生了所谓“前合同义务”与

① 郑云端:《合同法学》,北京大学出版社2007年版,第11页。

② 梁慧星:“从近代民法道现代民法”,载《中外法学》1997年第2期,第24页。

③ 崔建远:《合同法》(第4版),法律出版社2007年版,第20页。