

中国当代青年法学家文库

朱广新民法研究系列

合同法总则 研究（上册）

朱广新 著

Study on General Principles
of Contract Law

 中国人民大学出版社

版权信息

书名：合同法总则研究

作者：朱广新

出版社：中国人民大学出版社

出版日期：2018-06-01

ISBN：9787300255033

价格：168元

目录

CONTENTS

总序

前言

凡例

第一章 导论

第一节 合同法概述

第二节 合同法的适用范围

第三节 合同法的基本原则

第二章 合同的成立

第一节 合同订立的方式

第二节 合同的成立

第三节 合同的内容与形式

第四节 合同的临界点

第五节 缔约责任

第三章 合同的有效性

第一节 引论

第二节 合同的生效

第三节 效力待定

第四节 可撤销

第五节 无效

第六节 无效的法律后果

第七节 附条件与附期限的合同

第四章 合同的效力

第一节 概述

第二节 合同的履行

第三节 涉他合同

第四节 债权的保全

第五章 合同的变更与转让

第一节 合同的变更

第二节 情势变更制度

第三节 债权让与

第四节 债务承担

第五节 债的概括承担

第六章 合同的权利义务终止

第一节 概述

第二节 清偿

第三节 抵销

第四节 提存

第五节 免除与混同

第七章 合同不履行的自助权

第一节 概述

第二节 合同不履行的抗辩权

第三节 不安抗辩权

第四节 合同解除权

第八章 违约责任

第一节 概述

第二节 违约责任的归责原则

第三节 继续履行

第四节 损失赔偿

第五节 违约金

第六节 定金、减价与价格制裁

第七节 预期拒绝履行

第八节 受领迟延

第九节 违约免责事由

第十节 违约责任与侵权责任的竞合

第九章 合同的解释

第一节 合同解释的目标与原则

第二节 合同解释的基本方法

第三节 合同解释的特殊规则

第四节 格式条款的解释

主要参考文献

总序

近代中国命运多舛，历经战火和民主思想洗礼的法律学科百废待兴。中华人民共和国成立后法治建设也走过了一段曲折、艰难的道路。改革开放的春风吹拂大地，万象更新。伴随着经济的飞速发展，我国在立法、司法、执法、守法等法治建设的方方面面取得了长足发展，法治在社会治理的方方面面发挥着重要的作用。我国的法律体系趋于完备，各个法律部门具有“四梁八柱”功能的规则体系已经建成，无法可依的时代已经成为历史，中国特色社会主义法律体系已基本形成。可以说，在立法方面，我们用短短几十年的时间走过了西方几百年走过的道路。与此同时，司法体系已基本完备，司法作为解决纠纷、维护社会正义最后一道防线的功能日益凸显，依法行政和法治政府建设也有长足进步。法学教育欣欣向荣，蓬勃发展，法学院从最初的寥寥几所发展到今天的六百多所，在校法学学生已逾三十万人。

中国市场经济腾飞的四十年也是我国法学研究蓬勃发展的四十年。风雨百年过，智慧树常青。得益于法学前辈融汇东西的学术积累，经过学界同仁的不懈探索和创新，各个法学学科都涌现出了一大批杰出的法学家。他们不仅躬耕学问、立身治学，而且积极为国家法治建设贡献智慧。他们严谨治学，具有深厚的法学功底，深谙各部门法的骨骼和精髓，并归纳总结出自成一派的法学观点；他们借鉴域外，精通比较法学的逻辑和方法，在博采众长之后，致力于完善我国的相关法学理论。多年的刻苦钻研早已使他们成为中国当代法治和法学教育的大梁，并在著作等身之际桃李天下，培育出更多优秀的青年学者。

当下法学发展的社会环境更是得天独厚。中国以昂扬的姿态迈入新时代，在党的领导下，我国的经济与社会发展更加繁荣昌盛，经济总量已跃居世界第二位。在习近平总书记的领导下，社会治理模式愈见清晰，“一带一路”宏伟倡议彰显大国担当，“中国梦”植根于每一个百姓的心里。全面依法治国被确立为国家治理的基本方略，建设法治中国、全面建设法治国家开始成为社会发展大方向和主旋律。党的十八大强调法治是治国理政的基本方式，并围绕全面推进依法治国、加快建设社会主义法治国家的战略目标，规定了法治建设的阶段性任务，强调要更加注重发挥法治在国家治理和社会管理中的重要作用。党的十九大报告更是以宪法为纲，突显了法治在社会发展中不可替代的基本性作用，全面依法治国使中国站在了新的历史起点。

对于我们法律人而言，这不仅是最好的时代，也是新的起点。历经半个多世纪，中国的法学发展从中华人民共和国成立初期的百废待举，学习西方的法律内容和格局，到如今逐渐形成自己的理论体系和话语体系，经历了从“照着讲”到“接着讲”的过程，法学已全面服务于国家治理，并深切关注人类命运共同体的前途和命运。随着科学技术的飞速发展和社会矛盾的日益变化，法学研究也面临着前所未有的挑战。随着我国经济转轨、社会转型，社会结构和执法环境发生了深刻变化，如何以问题为导向，如何利用法律思维解决现实社会问题，成为当代法学与实践相结合的新思路和新机遇。

法学学科以法的发展为研究对象，以公平正义为主要价值追求，不同于其他学科之处在于其实践性。“问渠哪得清如许？为有源头活水来”。法学学者要注重理论研究，但不可囿于象牙塔中，而应当走进生活、走向社会，密切关注我国的法治建设实践。法学学者需要守经，既坚守法治理念，守护法治精神，维护社会正义，也要与时俱进、不断创新，切不可因循守旧、故步自封。法学学者需要注重对域外有益经验的借鉴，但不可定于一尊，奉某一外国法律制度为圭臬，忽视本国法治实

践，照搬照抄外国的法律制度。面对任何社会问题，法学学者都有义务和责任展开相应的法治思维，以法治的方法解决我国的现实问题。在互联网和各项新的科学技术飞速发展、日新月异的今天，法学学者不仅要思考当下所遇到的法律问题，也要思考未来的法治走向和可能面临的问题。这些都对青年学者们提出了更高更新的要求。所幸我们的法学学者一直在孜孜不倦地努力，不断贡献着智慧与力量。

中国人民大学出版社邀请我组织这套“中国当代青年法学家文库”，我欣然同意。这套书收录了我国当代青年法学研究者中的佼佼者的代表作。入选著作具有以下特征：既秉持我国法学研究的脉络和精神传统，又反映我国当代法学研究的创新发展水平；既注重对基础理论的深入研究，又注重解决重大社会现实问题；既注重立足于中国学术研究，又有广博的域外研究视野；既博采众长，又立足于中国法学学科体系、话语体系的创新发展。这些作品综合运用了多种研究方法，探索了中国法学研究可能的学术转向，既有效吸收其他学科的研究方法和研究成果，也使法学研究的方法和成果能够为其他学科的学者所借鉴。我希望这套文库的问世，能够为国家法治建设建言献策，为中国法学理论的构建添砖加瓦，为世界法律文化的发展注入中国元素，为中国法治文化的传承贡献一份应有的力量。

是为序。



2018年4月

前言

合同法是民法的一部分，如果说民法为万法之母，那么合同法好比民法之心脏，其强弱、祸福和民法的功能与地位休戚相关。我国1992年正式提出建立社会主义市场经济体制后影响最大的民事立法，就是制定统一的合同法。合同法于1999年的颁行被称作我国民法获得重大发展的里程碑。更为重要的是，不仅现行合同法将被整合为民法典的独立一编，而且其总则部分将发挥债法总则的功能。合同法尤其是其总则部分在我国法律体系中实乃重中之重也。

本书是经对我2012年所著《合同法总则》（第二版）进行较大修改而来。改换书名并采用新版式，主要是听取了出版社方面的建议。该书之目的是系统、深入解释我国《合同法》总则部分，其中既有细致入微的精致分析，又有提纲挈领的简明论述。

对旧书的修改、完善主要体现在如下方面：根据《民法总则》，对合同的有效性（效力待定、可撤销、无效等）进行了大刀阔斧的增删；适应民法典合同编编纂的现实需求，对《合同法》某些条文的修改、完善提出了立法建议；根据法院判决、裁定及2012年以来的司法解释，对全书许多章节的内容作了删节、修改或补充；吸收了2012年以来关于合同法的一些中外研究成果。

《合同法》总则内容错综复杂，相关理论学说林林总总，凭一己之力予以系统阐释，难免有力有不逮之处。真诚期待饱学之士，批评指正！

朱广新

2018年4月18日

凡例

一、缩略语

（一）法律名称

1.凡中国法律、行政法规的名称，一律省略“中华人民共和国”国名，唯保留法律固有名称，例如，《中华人民共和国合同法》缩略为《合同法》。

2.凡外国法律的名称，依据习惯用法，采“国名简称+法律固有名称”的表达方式，例如，《德国民法典》《法国民法典》《美国统一商法典》等。

（二）最高人民法院司法解释名称

1.《执行民法通则意见》——《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》（1988年1月26日）

2.《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（一）》（法释〔1999〕19号）

3.《担保法解释》——《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》（法释〔2000〕44号）

4.《金融资产管理公司资产案件规定》——《最高人民法院关于审

理涉及金融资产管理公司收购、管理、处置国有银行不良贷款形成的资产的案件适用法律若干问题的规定》（法释〔2001〕12号）

5.《民事诉讼证据规定》——《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（法释〔2001〕33号）

6.《建设工程合同意见》——《最高人民法院关于审理建设工程合同纠纷案件的暂行意见》（2002年8月5日）

7.《企业改制民事纠纷规定》——《最高人民法院关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定》（法释〔2003〕1号）

8.《商品房买卖合同解释》——《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》（法释〔2003〕7号）

9.《建设工程施工合同解释》——《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》（法释〔2004〕14号）

10.《国有土地使用权合同纠纷解释》——《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》（法释〔2005〕5号）

11.《农村土地承包纠纷解释》——《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2005〕6号）

12.《诉讼时效规定》——《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》（法释〔2008〕11号）

13.《合同法解释（二）》——《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）》（法释〔2009〕5号）

14.《城镇房屋租赁合同解释》——《最高人民法院关于审理城镇

房屋租赁合同纠纷案件具体适用法律若干问题的解释》（法释〔2009〕11号）

15. 《民商事合同指导意见》——《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》（法发〔2009〕40号）

16. 《外商投资企业纠纷规定（一）》——《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）》（法释〔2010〕9号）

17. 《买卖合同解释》——《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2012〕8号）

18. 《民间借贷案件规定》——《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（法释〔2015〕18号）

19. 《婚姻法解释（二）》——《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》（法释〔2017〕6号）

二、外国法典、法律及国际性合同法文件版本

1. 《德国民法典》主要参考陈卫佐译本（法律出版社2015年第4版）与郑冲、贾红梅译本（法律出版社1999年版）。

2. 《法国民法典》主要参考罗结珍译本（中国法制出版社1999年版）与李浩培等译本（商务印书馆1979年版）。

3. 《瑞士民法典》主要参考殷生根、王燕译本（中国政法大学出版社1999年版）；《瑞士债法典》主要参考戴永盛译本（中国政法大学出版社2016年版）。

4.《日本民法典》主要参考王书江译本（中国人民公安大学出版社1999年版）与渠涛译本（法律出版社2006年版）。

5.《美国统一商法典》与《美国合同法重述（第二次）》主要由著者自译。

6.《意大利民法典》主要参考费安玲等译本（中国政法大学出版社2004年版）。

7.《韩国民法典》主要参考崔吉子译本（北京大学出版社2010年版）。

8.《联合国国际货物销售合同公约》主要参考英文版与中文版。

9.《国际商事合同通则》主要参考了原对外贸易经济合作部条约法律司译本（法律出版社1996年版）与2004年、2010年英文版。

10.《欧洲合同法原则》与《欧洲示范民法典草案》主要参考了英文版本。

三、外国人姓名译名

1.德语、法语姓名译名参照新华通讯社译名室编《德语姓名译名手册》（商务印书馆1999年版）与《法语姓名译名手册》（商务印书馆1996年版）。

2.英语姓名译名参照新华通讯社译名资料组编《英语姓名译名手册》（商务印书馆2004年第4版）。

四、拉丁语使用与翻译版本

拉丁语使用与翻译主要参考黄风编著《罗马法词典》（法律出版社2002年版）与雷立柏编《拉—英—德—汉法律格言辞典》（宗教文化出版社2008年版）。

第一章 导论

第一节 合同法概述

一、合同法的意义

合同法，是指规范合同的所有法律规定的总称。此所谓合同，包括两方面内容：一是作为一种法律事实的合同，即《民法总则》第134条第1款提到的双方或者多方民事法律行为，其所涉法律问题是，合同的成立及有效性；二是作为一种民事法律关系的合同，即由合同产生的权利、义务或者责任，其所涉法律问题是，合同的法律拘束力，未履行合同的法律效果，合同的变更与转让及合同权利、义务的消灭。

合同法有形式合同法与实质合同法之分。实质合同法，是指所有的合同法律规范，包括合同法典、特别合同法及分散在各种法律、行政法规中的合同法规；形式合同法，主要是指独立的合同法典。在我国，人们通常提到的合同法，主要是指自1999年10月1日起施行的《合同法》。在《合同法》颁布之前，我国曾并行施行过三部不同的合同法，即《经济合同法》^[1]、《涉外经济合同法》^[2]和《技术合同法》^[3]。这三部合同法，如其名称所示，分别适用于不同的交易领域。它们是对交易领域予以分割管理、区别调整的产物，合同法由此形成“三足鼎立”之势。

制定《合同法》的主要目的是，统一并完善交易行为规则，促进社

会主义市场经济的发展。^[4]因此，《合同法》具有整理旧法、促进市场融合的作用。它在制定期间曾被学界广泛称为“统一合同法”，这极其鲜明地表明它的作用。《合同法》最后一条（第428条）关于《经济合同法》《涉外经济合同法》《技术合同法》自《合同法》施行之日起同时废止的特别规定，以立法的形式显示了《合同法》的历史作用。但是，鉴于民事法律的保守性及历史延续性，三部旧合同法在解释《合同法》方面仍具有十分重要的历史意义。

《合同法》采纳了总则—分则的编纂结构。总则系统规范了如下事项：（1）合同如何订立；（2）合同的效力状况；（3）合同的约束力；（4）未履行合同的法律后果；（5）合同的变更、转让和消灭；（6）合同的解释，等等。分则对一些比较典型的合同，如买卖、租赁、承揽等，作出了特别规定。

众所周知，大陆法系国家或者地区一般通过编纂民法典或者商法典来实现对民商事生活的系统规范，合同规则只是民法典或者商法典的必要组成部分；在民法典或者商法典之外，并不另行制定一部系统的合同法。我国之所以与众不同地制定系统的《合同法》，并不是为了让合同法从民法中分离出来、自成一体，而完全是我国独特的民法典编纂策略的产物。^[5]因此，必须将《合同法》的规定纳入我国民法的整体体系中予以理解、适用。

2014年10月^[6]，我国启动第五次民法典编纂工作。^[7]按照“两步走”的编纂工作思路，《民法总则》作为第一步已于2017年3月15日颁布，民法典分则各编2018年整体提请全国人大常委会审议，经全国人大常委会分阶段审议后，于2020年将民法典分则各编一并提请全国人民代表大会会议审议通过，与《民法总则》一起形成统一的民法典。民法典编纂完成之后，《合同法》将转变为民法典的独立一编。但是，立法形式的改变，不会影响到对合同法的专门研究。

二、合同法的特性

与民法其他组成部分尤其《物权法》《侵权责任法》相比，合同法具有如下特征。

（一）是财产交换关系的基本形式

民法以民事关系为调整对象（《民法总则》第1条）。依其内容，民事关系有两大基本类型，即人身关系与财产关系（《民法总则》第2条）。财产关系又可区分为两个类型：一是因物的归属和利用而产生的民事关系；二是因财产的交换或交易而产生的民事关系。这不是依据逻辑法则对财产关系作出的一种非此即彼的划分，二者之间存在一定的交叉或混合之处。前一种财产关系主要由物权法调整^[8]，后一种财产关系是债法尤其是合同法调整的主要对象。在以自由选择为基础的市场经济体系下，自愿交换是稀缺财产资源产生最佳效率、发挥最大价值的基本途径，是社会繁荣和自由的必要条件。^[9]合同是自愿交换的基本形式，《合同法》分则规定的买卖、租赁、承揽等合同类型，体现了最为典型的自愿交换。这里所言交换是指物、劳务、智力成果、虚拟财产、财产性权利等在特定当事人之间的自由配置或流动。《合同法》既为一些典型的自愿交换确立了公平的交易规则，又为其他类型的自愿交换确立了一般规则。

另外，《合同法》是在民商合一体制下制定的，它除了调整典型的互利交换关系外，还调整一些广义的不具有互利性的交换关系，如赠与（《合同法》第十一章）、无偿借款（《合同法》第210、211条）、无偿保管（《合同法》第374条）、无偿委托（《合同法》第406条）等。

（二）多为任意性规范

任意性规范，是指其适用与否，由当事人自主取舍的法律规范。任

任意性规范可细分为两类，即补充性的任意性规范和解释性的任意性规范。前者是指，在当事人就其法律关系的某一事项未为明确约定时，法律为补充当事人意思表示的不足，特别设立的规范。合同法上的任意性规范大多属于此种性质，如《合同法》第62条的规定。后者是指，在当事人意思不明确时用以释明其意思，以便发生法律上效果的规范。^[10]解释性的任意性规范常用的表达方式为：（关于某事）有疑义时（im Zweifel, in case of doubt），推定（某一确定规则）。例如，《合同法》第78条规定：“当事人对合同变更的内容约定不明确的，推定为未变更。”所谓“对合同变更的内容约定不明确”，是指当事人对合同变更的内容存在疑义，而又无法依据解释消除此种疑义。

在法律适用上，在当事人就其法律关系的某些事项有明确约定时，依其自由约定决定该法律关系的效力，自主约定排斥补充性的任意性规范的适用。就此而言，法官不能依职权直接援引补充性的任意性规范来裁断合同当事人间的争议，必须尊重当事人的自主意思。

一般而言，法官或仲裁员裁断合同当事人之间的争议会遵循如下步骤：（1）审查合同当事人对争议事项是否预先作出了特别约定，若有特别约定，该特别约定可作为裁判依据。（2）经审查，如未发现当事人就争议事项预先作出了特别约定，应进一步审查在争议发生后合同当事人是否就争议事项达成了补充协议，若有补充协议，该补充协议可作为裁判依据。（3）经审查，如未发现当事人之间存在事后补充协议，则应进一步对当事人之间的合同进行解释，若能经由解释得出清晰、确定的结论，则该解释结论可作为裁判依据。（4）如经由解释，未能得出清晰、确定的解释结论，应更进一步审查关于争议事项是否存在特殊的交易习惯，若存在，该交易习惯可作为裁判依据。（5）经由以上四个步骤，仍未找到处理争议的裁判依据的，裁判者才可援引补充性的任意性规范作为裁判依据。^[11]

在合同当事人对相关事项约定不完备或不明确时，裁判者可以直接依职权援引解释性的任意性规范作为对纠纷进行处理的裁判规范。

由于当事人的约定可以排除任意性规范的适用，所以任意性规范显然不像禁止性规范那样具有直接的行为导向作用，它的作用更多地体现在，当裁判者不能从缔约当事人的约定中找到裁判依据时，可将之作为一种裁决依据。就此而言，合同法中的任意性规范主要发挥裁判规范的功能。因此可以说，在民事生活中，只要“不逾矩”（违背禁止性规定、公序良俗），可“从心所欲”地行为。

合同法规之所以多由任意性规范构成，在于合同法旨在确认和保护合同自由。

（三）具有多元继受性

以上两个特性是对合同法规的一种宽泛的抽象概括，如果仅就我国《合同法》来看，它具有显著的多元继受性。

对于《合同法》的多元继受性，梁慧星教授曾作如下总结：“该法采用了德国民法的概念体系，许多原则、制度和条文，可以从德国民法、日本民法和中国台湾地区‘民法’上找到它们的原型。其总则和买卖合同部分，参考了《国际商事合同通则》（PICC）、《联合国国际货物销售合同公约》（CISG）、《欧洲合同法原则》（PECL）和英美契约法。”^[12]《合同法》的此种立法特色，显现了其知识来源的复杂性，并决定了根据我国民事立法、司法现状以比较法方法对《合同法》予以规范解释、体系构造的必要性、重要性。

《国际商事合同通则》（以下简称《通则》）是国际统一私法协会（UNIDROIT）组织众多国家的合同法与国际贸易法专家、学者、律师

于1994年制定的一部关于国际商事合同的重要规则。我国于1985年加入国际统一私法协会，并派代表参与了《通则》的起草工作。《通则》不是一个国际性公约，不具有强制性，完全由合同当事人自愿选择适用。

《通则》前后发展出三个版本，即1994年版、2004年版及2010年版，最新版本是2010年版。经两次增补、修改后，《通则》的内容已由1994年版的120条扩展至2010年版的211条。《合同法》的制定主要参考了原对外贸易经济合作部条约法律司编译的1994年版。

《联合国国际货物销售合同公约》（以下简称《公约》）是联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）负责起草，并由联合国大会于1980年4月11日维也纳会议上通过的国际性公约。我国政府于1981年9月30日在《公约》上签字，并于1986年12月11日批准了《公约》。《公约》自1988年1月1日起正式生效。中文为《公约》的六种官方语言之一。^[13]

《公约》只适用于国际货物销售合同的订立及买卖双方由此种合同产生的权利和义务。

《欧洲合同法原则》（以下简称《原则》）由欧洲合同法委员会制定。欧洲合同法委员会是一些欧洲私法学者组成的非政府性组织，目标是促进欧盟各国合同法的统一化。由于丹麦哥本哈根商学院的奥勒·兰道教授（Ole Lando）在该委员会中一直发挥主导作用，因而人们一般也将该委员会称为“兰道委员会”，并将《原则》称为“兰道原则”。《原则》由三部分组成：第一部分首次出版于1995年。之后起草的第二部分与第一部分合并发表于2000年。^[14]第三部分于2003年出版。^[15]《合同法》主要参考了1998年修订完成的《原则》第一、二部分。

上述三部合同统一法文件具有紧密的渊源关系。《通则》借鉴并抄用了《公约》的某些规定，《原则》则总结了《公约》《通则》的做法。而就《公约》本身而言，它的一些规定可以从国际统一私法协会于1964年制定的两个公约——《国际货物买卖合同统一法》（ULIS）与

《国际货物买卖合同成立统一法》（ULFC）——找到源头。

三、合同的功能

《合同法》第8条第1款第一句规定：“依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。”作为民法典总则编的《民法总则》将该句规定提升到其第五章（民事权利）之中（第119条），足见其重要性。“对当事人具有法律约束力”，即是说，合同在缔约当事人之间有相当于法律的效力，或者说，合同就是当事人的法律。既然当事人可为自己立“法”，立法者为何还要耗费巨大人力、物力和精力制定合同法呢？该问题涉及合同的功能。

确实，在因合同履行发生纠纷时，当事人可以依据事先达成的协议处理彼此间的权利义务关系，法官也可以将当事人的约定作为裁判依据。但即使如此，合同法在近现代以来还是受到各国立法者的高度重视，《法国民法典》《德国民法典》《瑞士债法典》等无不以较大篇幅对合同之债作出明确规定，甚至在传统上以判例为法律表现形式的英美法系，其合同法也呈现出法典化趋势，如美国《合同法重述》《统一商法典》，英国《1979年货物买卖法》《1987年未成年人合同法》《1964年融资租赁法》《1989年雇佣法》《1977年不公平合同条款法》等。合同法深受重视之原因，在于立法者期望它能发挥如下功用。

（一）限制公权力，维护意思自由

“公域要民主，私域应自由”是现代法治国家的基本格调。自由并非自然产生，更不是源于上天的恩赐。^[16]作为近现代私法精神支柱的自由，更是经历了与皇权、神权浴血奋战的艰难历程。在轰轰烈烈的法国大革命之后迅速出台的《法国民法典》就是自由摆脱强权并最终获得独立的典型例证。^[17]该法典原第1134条第1款和第2款（现第1103条）的

规定被后世公认为对意思自治——自由——的有力确认。根据该规定，合同应完全依当事人的意愿、按当事人自愿接受的条件对当事人产生约束力。合同一经成立，在某种条件下，每一方当事人均有权排斥和拒绝公共权力的干预，合同因而具有“相当于法律的效力”。既然如此，法官就没有任何权力对有效的合同进行修改，甚至当情势变更致使双方当事人相互的给付出现严重不对称时，法官也不能变更合同的内容。同样，立法上的变化也不能对合同权利产生任何影响，在新合同法颁布之前生效的合同，继续按照合同成立时所依据的法律发生效力。^[18]

合同法对公权力的限制也可在现代合同法的形成史中找到充分的事实依据。在以合同自由为精神支柱的现代合同法诞生之前，在“公平价格理论”的指导下，法官通常可以当事人之间的交易在客观上不平等为由，干预当事人交易的具体内容。但是，随着主观价值论思想在现代合同法中的确立，交易是否公平取决于合同当事人的意愿。这在双务合同中得到充分反映：双务合同当事人之间所负对待给付义务，并非价值上应当均衡，而是只要大致相当。^[19]

相比于欧陆各国，自由在我国的生存状况则是另一番光景。在改革开放政策实施前，公权力几乎无孔不入，民间的自由贸易被定性为“投机倒把”。随着有计划商品经济的推进，尤其是市场经济体制于1993年的全面确立，公权力强加于人们的各种约束逐渐被层层剥落，自由的种子开始萌生，私域的空间一天天变大。1999年3月通过的《合同法》最终对人们的自由选择进行了确认。它不仅规定，“当事人依法享有自愿订立合同的权利，任何单位和个人不得非法干预”（第4条），而且在第8条更为明确地规定：依法成立的合同，对当事人具有法律约束力（第1款第一句）；依法成立的合同，受法律保护（第2款）。像“依法成立的合同，受法律保护”这样的特别规定，在比较法上相当罕见。它不仅意味着合同当事人之外的任何第三者不得侵犯当事人的合同权利，而且意味着公共权力机关不得干预当事人的合同内容。^[20]

合同法对公权力的制约，充分反映在合同法规范的属性上。如前所言，合同法规范多为任意性规范，法官或仲裁员在裁决案件时，须首先尊重当事人的约定，只有无法从当事人的约定中找到裁决依据时，才适用合同法的规定。

合同法的立法史也揭示了合同法对公权力的限制。颇受学者重视的“情势变更原则”最终被立法机关舍弃，充分说明了这一点。

（二）弥补自由约定的不足，提供裁判依据

为维护合同自由，法律承认当事人自由缔结的合同具有法律约束力，仅在特别规定的情形下否认合同的效力。不过，享有合同自由是一回事，能在多大程度上或者能在多大范围内行使合同自由则是另一回事，毕竟，合同自由的行使效果既与一个人的意愿、能力、资源等主、客观条件紧密相关，又难免不会受到复杂、多变的交易事项或情况的影响。即使人们完全能够充分行使合同自由，但他们在大多数情况下会简单地认为，合同会顺利、正常地得到履行，不会“防患未然”地对合同不能得到适当、完全履行的情况作出安排。有时，虽然当事人在订立合同时将合同履行过程中可能发生各种情况尽力作出了安排，但是由于交易事项实在错综复杂或者交易情势前后变化实在太出乎意料，合同的约定或条款总是不可避免地存在缺漏。因此，在民商事交易中，总是存在着大量的不完备合同。

在当事人的自由约定不完备，且当事人事后难以达成补充协议时，立法者必须居于客观第三者之地位，提供一套公平考虑当事人双方利益需求的问题解决方案，以弥补当事人约定的不足，在争议发生时作为法官裁断争议的最终依据。^[21]任意性规范在合同法上的大量存在，就是这种功能的体现。

（三）对合意进行适当管制，保障社会正义

任意性规范并非合同法的全部，除此之外，合同法还规定了许多强制性规范，典型者如：旨在保护合理信赖的第19条（要约不得撤销），旨在保护弱势缔约方的第39条（格式条款的提请注意义务），旨在保护第三人利益或社会公益的第52条（合同无效），旨在维持社会正义的第53条（无效的免责条款），等等。强制性规范在合同法上的存在，说明保护合同自由并非合同法的唯一功能，合同自由仍须经受正义的评判。^[22]

不像任意性规范须经复杂的找“法”过程后才能作为裁决依据，在当事人因强制性规范所涉事项发生争执时，裁判者可以直接援用此类规范来裁断当事人间的争议。合同法规范的裁决依据功能，在强制性规范上有充分的表现。

须注意的是，虽然合同法上的强制性规范可直接作为裁判依据，但这并不意味着，此类强制性规范亦可发挥行为规范的作用。泛泛地讲，法律规范兼具裁判规范和行为规范的双重属性，但具体到某部法律，法律规范所兼具的行为规范和裁判规范性质则有所不同。通常而言，刑法规范和行政法规规范兼具行为规范和裁判规范的双重属性。例如，根据《治安管理处罚法》（2005年，2012年修正）第43条的规定，殴打他人的，或者故意伤害他人身体的，处5日以上10日以下拘留，并处200元以上500元以下罚款；《刑法》（2015年修正）第234条第1款规定，“故意伤害他人身体的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制”。这两种规定不但可直接作为裁决依据，而且对行为人的行为构成直接强制（禁止伤害他人），行为人为人处世不得逾越法律的规定，一旦越轨，公权力机关就会主动予以处罚。

虽然《合同法》第53条明确规定，造成对方人身伤害的免责条款无效，但依据“不告不理”的民事诉讼原则，即使合同当事人约定了造成对方人身伤害的免责条款，如果他们未因此发生争议，或者虽然发生了争

议但未诉诸法院，则法院不得径直援引第53条而主动介入当事人的私人事务。另外，根据《民法总则》第153条第2款，违背公序良俗的民事法律行为无效。这种无效规定并不妨碍当事人将该民事法律行为当作有效行为对待，例如，履行毒品交易或者武器交易行为，就像这些行为是有效的一样。^[23]

由此不难看出，合同法上的强制性规范与刑法或者行政法上的强制性规范有霄壤之别。一言以蔽之，像《合同法》第53条这样的私法规范，其主要功能在于提供裁判依据，其对合同当事人的行为取舍无法构成直接强制。因此，包括合同法规范在内的私法规范主要是一种裁判规范。而且，即使私法规范能够发挥裁判规范的功能，它也并不必然发挥行为规范的作用。从行为规范的角度看，私法规范对民事主体的行为仅仅发挥着诱导或者规劝作用，是否对一个人的行为发挥作用，完全取决于当事人自己的自主选择——主动使自己的行为服从于法律规范，即使当它被用作裁判规范时也是如此。

（四）保护合理信赖，鼓励信赖投入

大多数合同的缔结不像超市购物那样一蹴而就，尤其是交易数额较大或交易事项比较复杂的合同，时常会历经长期的磋商过程。在风险自负的缔约阶段如何保护缔约当事人对未来交易的合理信赖，并由此鼓励人们进行适度的信赖投入，是现代合同法上的一个重要问题。

合理信赖，一般表现为，基于对缔约对方言辞或行为的确信，所作出的经济投入，抑或放弃的同类交易机会。合理信赖的一个重要特性是，当事人的信赖投入通常导源于另一方的言辞或行为，譬如，承诺期限内为承诺所花费的调查费、咨询费，或为履行合同而作出的必要准备等。缔约一方在激发或强化缔约另一方对未来交易的确信时，如未作必要的通知或提醒就断然中断磋商，则应负必要的赔偿义务，否则，人们对合同磋商的正当期待就得不到保护。合同法通过保护合理信赖，可达

到鼓励信赖投入的社会效果。

《合同法》第19条关于“要约不得撤销”的规定，第36条关于履行主要义务可促使合同成立的规定，以及第42条关于缔约上损害赔偿的规定，均体现了对合理信赖的保护。

[1] 1981年12月13日公布，自1982年7月1日起施行，1993年9月2日修订。

[2] 1985年3月21日公布，自1985年7月1日起施行。

[3] 1987年6月23日公布，自1987年11月1日起施行。

[4] 参见梁慧星：《从“三足鼎立”走向统一的合同法》，载梁慧星：《民法学说判例与立法研究》（二），115-129页，北京，国家行政学院出版社，1999。

[5] 在“成熟一个、制定一个”的立法原则指导下，我国不是直接编纂民法典，而是分批次对民事法律进行了规定，由此形成了在《民法通则》（1986年4月12日公布，1987年7月1日施行）统率下，《婚姻法》（1981年1月1日施行，2001年4月28日修正）、《继承法》（1985年10月1日施行）、《担保法》（1995年10月1日施行）、《合同法》（1999年3月15日通过，1999年10月1日施行）、《物权法》（2007年3月16日通过，2007年10月1日施行）、《侵权责任法》（2009年12月26日通过，2010年7月1日施行）及众多司法解释林立的民法立法体系。在民法典编纂完成前，《合同法》仍将独立存在一段时间。

[6] 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（2014年10月23日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过）。

[7] 中华人民共和国成立后，曾于1954年、1962年、1979年和2001年先后4次启动民法制定工作，但均以失败告终。

[8] 参见《物权法》第2条第1款的规定。

[9] 美国著名经济学家弗里德曼认为：一个主要以自愿交换为特征的经济体，内在地具有促进经济繁荣和人类自由的潜质；除非自愿交换成为组织的首要原则，否则没有哪个社会可以得到繁荣和自由。参见[美]弥尔顿·弗里德曼、罗斯·弗里德曼：《自由选择》，张琦译，13页，北京，机械工业出版社，2014。

[10] 参见韩忠谟：《法学绪论》，47页，北京，中国政法大学出版社，2002。

[11] 参见王轶：《民法典的规范配置——以对我国〈合同法〉规范配置的反思为中心》，载《烟台大学学报（哲学社会科学版）》，2005（3）。

[12] 梁慧星：《中国对外国民法的继受》，载《梁慧星文选》，434页，北京，法律出版社，2003。

[13] 其他五种官方语言为：阿拉伯语、英语、法国、俄语、西班牙语等。

[14] See Ole Lando and Hugh Beale (eds.), Principles of European Contract Law, Part I and II, Kluwer Law International, 2000.

[15] See Ole Lando, Eric Clive, André Prue and Reinhard Zimmermann (eds.), Principles of European Contract Law, Part III, Kluwer Law International, 2003.

[16] 卢梭云：“人是生而自由的，但却无往不在枷锁之中。”（[法]卢梭：《社会契约论》，何兆武译，8页，北京，商务印书馆，1980。）

[17] “1804年公布的《法国民法典》，也称《拿破仑法典》，是1789年法国资产阶级大革命的产物。”（《拿破仑法典》，李浩培等译，译者序，1页，北京，商务印书馆，1979。）

[18] 参见尹田：《法国现代合同法——契约自由与社会公正的冲突与平衡》，2版，21—22页，北京，法律出版社，2009。

[19] 参见徐国栋：《公平与价格—价值理论——比较法研究报告》，载《中国社会科学》，1993（6）。

[20] 该规定可追溯至《民法通则》（自1987年1月1日施行）第85条的规定：“合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。依法成立的合同，受法律保护。”

[21] 参见[德]迪特尔·施瓦布：《民法导论》，郑冲译，38页，北京，法律出版社，2006。

[22] 关于合同自由与合同正义之间的关系，参见本章第三节之二。

[23] 参见[德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，372—373页，北京，法律出版社，2000。

第二节 合同法的适用范围

一、《合同法》第2条的规范意义

合同法以合同问题为规范对象，学习、适用合同法须首先掌握合同这个概念。为方便大家理解法律，原《经济合同法》《涉外经济合同法》《技术合同法》皆开门见山，对各自调整的合同作了明确规定；此外，《民法通则》第五章第二节“债权”亦明确规定：合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。《合同法》承袭旧例，于第2条对“合同”作了两款规定：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。

从法解释的立场看，《合同法》第2条的两款规定，对于理解合同法的适用范围意义重大。第1款的新意并非表现为，将《民法通则》第85条规定中的“当事人”“民事关系”具体化为“自然人、法人、其他组织”“民事权利义务关系”，而是不再像《民法通则》第85条那样，在解释上须受“债权”之结构体系的约束，从而呈现一种开放状态。基于此，再以债权债务关系或债权行为与物权行为的区分为基础，分析《合同法》第2条第1款，等于作茧自缚。

然而，亦必须看到，《合同法》第2条第1款虽然摆脱了《民法通则》那样的债权体系限制，但同时被附加了一个新的限制，这就是第2款的规定。因此，理解第2条必须把其第2款的规定作为出发点。理清了这一款的含义，也就知道了第1款到底受到了哪些限制，而所受限制一旦界限清晰，《合同法》的适用范围自然不言自明。

（一）第2款的规范性质

所谓第2款的规范性质，主要是想提出这样的问题：第2款到底是第1款的例外性规定还是一种特别性规定：一项规定被定性为例外性规定还是特别性规定，在法律适用上差别很大。如定性为例外性规定，则意味着，婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，仅仅适用其他相关法律的规定，不适用《合同法》。如定性为一种特别性规定，则意味着，婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，仅在其他法律有规定时，才不适用《合同法》，反言之，其他法律如无特别规定，应适用《合同法》，至少可参照《合同法》。在后一种情况下，《合同法》的适用范围明显并不仅仅限于财产关系。

从目前关于《合同法》第2条的理解来看，虽然大多数学者未明确依据规范性质来分析它，但由第2条“明确将身份合同排除在《合同法》的规范范围之外”^[1]、“不包含身份合同”^[2]、“主要指财产关系”^[3]等解释意见来看，关于第2条两款规定之间的关系，第2款是第1款的例外规定，或者说第2款属于一种例外性规定，是大家较为一致的看法。这些观点虽不无道理，但仍然值得反思。不能仅仅依据文义解释来分析第2条两款规定之间的关系。要在了解第2款规定到底具有怎样的法律属性之前，有必要专门分析我国现行法是如何规范婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议的。弄清了有关身份关系的协议的法律适用基础，第2条两款之间的关系自然会显现出来。

1.有关身份关系的协议的“其他法律规定”

在理解第2款时，必须从文义解释上明确两点：一是有关身份关系的协议，应指主要以设立、变更或终止身份关系为内容的协议。因此，《婚姻法》第19条规定的夫妻财产协议或婚姻财产协议，应被排除在身份关系协议之外，因为，此类协议虽然附着于夫妻（婚姻）身份，但主要以财产关系为内容。^[4]二是有关身份关系的协议，并不限于婚姻、收

养、监护这三种身份关系的协议。《继承法》第31条规定的遗赠扶养协议，主要是为了设立扶养人与被扶养人的身份关系，也属于一种“有关身份关系的协议”^[5]。有些合同虽然以某种身份为前提，但这种身份主要体现为一种财产，故不属于第2款规定意义上的有关身份关系的协议，如基于村民身份签订的土地承包经营协议。^[6]

从我国现行民事法律看，关于身份关系协议的其他法律规定主要为：

（1）婚姻。

有关婚姻身份关系的协议，主要指离婚协议，即夫妻以终止婚姻关系为目的而达成的合意。根据《婚姻法》（2001年修订）第31条及《婚姻登记条例》（2003年）第11条的规定，离婚协议须包括三项内容：自愿离婚、子女抚养、财产与债务的处理等。自愿离婚指夫妻双方一致同意终止婚姻关系；子女抚养涉及子女由谁抚养、抚养费（生活费、教育费等）的数额和期限、探望权的行使（方式、时间）等；财产与债务的处理，主要包括夫妻共同财产的分割、共同债务的清偿等。除上述内容外，根据《婚姻法》第42条的规定，离婚协议还可能包括如下内容：对生活困难一方，给予适当帮助的协议——困难帮助协议。

综上分析，离婚协议实质上是一种以身份关系与财产关系为内容的混合协议。其中，自愿离婚的合意，属纯粹的身份关系协议；子女抚养的协议兼具身份关系与财产关系两种内容；财产分割、债务清偿、困难帮助等协议，属纯粹的财产关系协议。

由离婚协议的法律适用看，关于财产分割、债务清偿、困难帮助的协议，除《婚姻法》及其司法解释作出特别规定外，应适用《合同法》的相关规定。例如，《婚姻法解释（二）》第9条规定：“男女双方协议离婚后一年内就财产分割问题反悔，请求变更或者撤销财产分割协议

的，人民法院应当受理。”“人民法院审理后，未发现订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形的，应当依法驳回当事人的诉讼请求。”此规定显然表明，《合同法》第三章关于“合同的效力”的规定，可作为变更或者撤销离婚协议中财产分割条款的法律基础。尤其是，对于抚养费支付义务、财产分割义务、困难帮助义务，一方不按约定履行时，另一方或子女可根据违约责任的相关规定，请求强制执行。《婚姻法》第48条关于拒不执行有关抚养费、抚养费、赡养费、财产分割、探望子女等判决或裁定，由人民法院依法强制执行的规定，即体现了这一点。

不过，对于离婚协议中仅仅关涉夫妻身份关系的离婚合意，应如何确定其有效性，《婚姻法》及其司法解释皆无任何规定。终止夫妻身份关系的协议，属于民事法律行为中的合同行为，关于其有效性应根据《民法通则》与《合同法》关于民事法律行为或者合同的效力的规定进行判断；在《民法总则》施行之后，应根据该法第六章（民事法律行为）的相关规定进行裁断。

（2）收养。

与收养相关的协议，主要有两种：一是创设养父母与养子女之亲子关系的协议，即收养协议；二是解除收养关系的协议，即收养关系解除协议。《收养法》（1998年修订）对这两种协议皆有所规定。

收养协议是指在血缘关系之外创设父母与子女之拟制亲子关系的身位协议。一旦收养设立，养父母与养子女间的权利义务关系，与基于自然血亲发生的父母子女关系，应等同视之；养子女与生父母间的权利义务关系，随之消除。因此，收养对被收养人的身份影响巨大。根据私人自治的私法原则，收养行为的双方当事人只能是收养人（养父或养母）与被受收养人（养子或养女），而不能是收养人与送养人，否则，被收养人会成为被他人任意处置的客体。因此，《收养法》规定中的“送养”，应解释为被收养人的法定代理人代理被收养人实施意思表示的行

为，“送养人”应解释为代理被收养人实施收养行为的法定代理人（生父母或未成年人的监护人）。

收养是要式行为，收养自向县级以上人民政府民政部门办理登记后才能发生效力。外国人在中国收养子女的，须满足更为严格的要求。

关于收养协议，《收养法》除了对收养人与被收养人的收养行为能力、收养的生效条件、收养的效力作出规定外，还明确规定（第25条）：“违反《中华人民共和国民法通则》第五十五条和本法规定的收养行为无法律效力。”^[7]“收养行为无法律效力”是应解释为收养行为无效，还是应解释为收养行为可能无法律效力（无效、得撤销或者效力待定），应依据《民法通则》第58、59条关于民事法律行为无效、得撤销的特别规定来决定，不无疑问。根据法律行为的一般理论，后一种解释应更为可取，也就是说，法律不应不分情况地将一切违反法律行为生效条件的行为规定无效，像存在欺诈、重大误解等情况的收养行为，可由当事人自己决定行为的效力。考虑到《合同法》关于合同有效性的规定比《民法通则》第58、59条的规定更为合理，为更好地践行私人自治，关于收养行为的无效或得撤销不妨适用《合同法》的相关规定。在《民法总则》施行之后，自然应适用该法第六章的相关规定。

收养关系解除协议，是指收养人与被收养人协商一致终止拟制亲子关系的协议。该协议亦为要式行为，当事人须到民政部门办理解除收养关系的登记。《收养法》仅对可以解除收养关系的情形以及收养关系解除的后果作了概括规定，而对收养关系解除协议的成立、有效性未作任何规定。显然，对于《收养法》未作规定的事项，应适用《民法通则》的规定，当《民法通则》规定不详时，如关于解除协议的成立问题，可参照《合同法》的规定。在《民法总则》施行之后，自然应适用该法第六章的相关规定。

（3）监护。

与监护有关的协议，主要指监护委托协议（《执行民法通则意见》第22条）与监护协议（《民法总则》第33条）。这些协议是否属于身份协议，值得探究。

监护是对缺乏民事行为能力的人进行监督与照顾的一项民事法律制度。就监护制度的构建而言，法律一般并不重视监护人经由监督与照顾他人所获得的“身份”，而只是强调监护人对被监护人负有财产保护与人身照顾的职责。^[8]换言之，监护人与被监护人之间的身份关系并非监护制度的决定因素，如何保护被监护人的权益才是根本。由于法律规定监护人应尽可能由与缺乏行为能力之人具有亲属法上身份关系的人担任，所以，人们时常将监护关系看作一种亲属法上的身份关系，实际上，亲属法上的身份关系只是构建监护制度的基础，并非监护制度本身。不过，当父母、配偶、成年子女及其他近亲属担任监护人时，监护人与被监护人之间的关系因难以与亲属法上的身份关系区分开来而常常具有身份关系的色彩。^[9]而当社会机构（民政部门、居民委员会或者村民委员会）担任监护人时，将监护人与被监护人之间的关系看作一种身份关系，并无任何实质意义。

既然身份并非理解监护制度的根本，那么能否将监护委托协议、监护协议定性为一种身份协议，则不无疑问。对此可区分两种情形来加以分析。当监护人与被监护人之间无任何亲属法上的身份关系，即监护人为单位或朋友时，监护关系并非一种身份关系，或者主要不是一种身份关系，而更类似于一种委托关系。监护委托协议产生的不是一种身份关系，而是一种类似于委托合同的关系。当监护人为被监护人的父母、配偶及其他近亲属时，因监护委托协议订立后，监护人仍然具有监护权或监护职责，受托人经由监护委托协议获得的监护人身份，只是一种监督、照顾被监护人的资格或职责，因此，此种监护委托协议实质上是一种特殊的委托协议。

因被监护人上学、就医或监护人的自身原因，将监护职责委托于学校、医院或他人，是常见现象。在我国现行民事法律和司法解释中，唯有《执行民法通则意见》对委托监护作出了明确规定，具体内容为：

（第22条）监护人可以将监护职责部分或者全部委托给他人。因被监护人的侵权行为需要承担民事责任的，应当由监护人承担，但另有约定的除外；被委托人确有过错的，负连带责任。（第160条）在幼儿园、学校生活、学习的无民事行为能力人或者在精神病院治疗的精神病人，受到伤害或者给他人造成损害，单位有过错的，可以责令这些单位适当给予赔偿。显而易见，这两项规定只是确定了受托人在被监护人受到伤害或给他人造成损害时的过错责任，并未明定如何解决委托监护人与受托监护人之间的权利、义务及受托监护人不履行委托事务时的违约责任。在此情况下，对于由委托监护协议本身引起的法律纠纷，应按照《合同法》的相关规定来处理。简言之，委托监护协议是一种非常类似于委托合同的法律行为。根据《合同法》第124条关于无名合同的法律适用的特别规定，对于委托监护协议可参照《合同法》关于委托合同的规定予以规范。

根据《合同法》第33条订立的书面监护协议或者监护合同，亦非常类似于委托合同，关于其成立、生效、解除等问题，可适用或者参照适用《合同法》总则及委托合同的相关规定。^[10]

2.第2款在性质上属于特别性规定而不是例外性规定

总结以上分析，婚姻、收养等有关身份关系的协议，在法律适用上，不仅在协议订立上存在适用《合同法》的可能性，而且在合同有效性问题上也存在适用《合同法》的法律需求。与监护有关的协议，即监护委托协议，不像离婚协议、收养协议、收养解除协议那样可导致亲属法上身份关系的设立、终止，其仅仅产生将监护职责移转于他人承担的效果，所以，此种协议本质上不是一种身份协议，而是一种特殊的委托

协议。

因此，《合同法》第2条第2款在规范性质上属于一种特别性规定而不是例外性规定，也就是说，婚姻、收养等有关身份关系的协议，在其他法律对此有所规定时，应适用其他法律的规定；在其他法律无具体规定时，可参照适用《合同法》的相关规定。

（二）《合同法》的适用范围

除可适用于身份协议外，旨在“维护社会经济秩序”的《合同法》毫无疑问可适用于一切有关财产关系的协议。从财产协议的角度看，《合同法》的适用范围可以理解如下：

从合同类型上看，它适用于三类合同：（1）债权合同，如买卖、租赁、借贷等；（2）物权合同，如抵押合同、国有土地使用权出让合同、农村土地承包合同等；（3）准物权合同，如债权让与合同、债务承担合同等。《合同法》总则因此具有规范一切财产合同的功能，其他法律对特定财产合同的规定与《合同法》的规定构成特别法与一般法（特别条款与一般条款）的关系。其他法律关于特定合同的规定不完善的，可以《合同法》作为补充。对于《合同法》分则或者其他法律没有明文规定的合同（无名合同），可适用《合同法》总则的规定，并可以参照《合同法》分则或者其他法律最相类似的规定（《合同法》第124条的规定）。如此之下，像德国民法那样，合同概念在我国就成为法律行为概念的下位概念，合同概念因而应在法律行为概念的统领下加以理解，而不是在“债”的概念之下进行解释。按此思路，编纂民法典之时，合同概念及关于合同的总则性规定在民法典中的地位，就成为一个必须重新予以思考的重要问题。

从规范领域上看，它不仅适用于商事合同、民事合同，而且适用于政府采购合同。^[11]所谓商事合同，如融资租赁合同、仓储合同之类主

要适用于商人之间的合同；民事合同，如赠与合同、无偿保管合同、无偿委托合同、《合同法》第210条规定的自然人之间的借款合同、第302条规定的无偿的客运合同等纯粹不以利益交换为内容的非互惠性合同，以及其他不仅仅以商人为适用对象的合同；政府采购合同，是指各级国家机关、事业单位和团体组织使用财政性资金以合同方式有偿取得货物、工程和服务的行为，包括购买、租赁、委托、雇佣等。《合同法》因此体现了明显的“民商合一”特色，一些商事特别法中的合同，如《海商法》规定的海上拖航合同、《保险法》规定的财产保险合同、《合伙企业法》规定的合伙合同、《信托法》规定的信托合同等，均属《合同法》的规范对象。

二、合同、契约与协议

（一）合同与协议

合同是一种协议，是一种旨在产生私法效果的协议。对此，值得思考的一个重要问题是：在民商事活动中，两方或多方当事人之间达成的协议是否皆为合同？如果不全是合同，如何将合同从林林总总的协议中识别出来？该问题涉及合同概念的临界点，涉及法官应如何在合同与非合同之间作出合理判断的标准问题。

据梁慧星教授考证，作为名词使用的协议，有两种含义：其一，它等同于“合意”，相当于英美法上的agreement；其二，为“合同”之同义语。但从严格意义上讲，协议应为“合意”，我国民事立法上所使用的“协议”一词，也应解释为“合意”^[12]。的确，在汉语中，协议一词几乎渗透到社会生活的方方面面，统括了各种情形下的意思表示的一致，例如，甲邀请乙到一高级餐厅就餐，乙应允；丙请丁搭自己的便车回家，丁同意；戊与戊就戊购买戊的房屋达成初步协议，等等，无不可以协议

相称。

作为协议之一种的合同，具有相当明确的规范含义，即它是一种旨在产生私法效果的协议，双方或多方当事人皆具有受法律上约束的意旨。受法律上约束的意旨，似乎揭示了合同与协议之间的界限，但从实际看，问题并非如此一目了然。一方面，当事人并非在一切情况下，都明确表示愿受法律上的约束。譬如，甲与乙协商合伙做生意，当事人在协议达成之时，时常并不明确表示其受约束的旨意，但无论是从交易习惯上看还是从法律传统上看，合伙协议都是一种典型的合同。另一方面，当事人可能明确表达了受约束的意旨，但人们通常不把此类协议当作合同对待。例如，丙邀请丁晚7点于北京新首都影院看电影，丁应允后，丙又强调“不见不散”，如丙最终爽约，没有人认为丁可要求法院强制丙执行约定。仅就上例而言，合同与协议之间的界限并非泾渭分明。

合同与协议之区分涉及对合同成立要件的理解。从世界各地的立法、判例及学说看，合同成立要件在不同法律体系下存在显著差异。我们在此先提出问题，下文第二章第四节再加以具体分析。

（二）合同与契约

无论在学术研究上还是在生活实践中，绝大多数人常常不加区分地使用“合同”与“契约”这两个概念。但历史地看，“合同”和“契约”在中外法律文化中并非完全没有差别。

在中国古代，契约一般被称为“契”或“约”，有时也称作“券”。据清代段玉裁《说文解字》注，“契，大约也。约取缠束之义。从大。约，缠束也。束者，缚也。引申为俭约。从彡”。“契约”一词由此被后人认为，“反映了远古时代刻木为信、结绳记事的遗风”^[13]。

“券”为“契”在形式上进一步发展的产物，它由当事人双方在竹木片

侧面刻上记号，再一剖为二，双方各持一片，当两片竹木片合对无误即“合券”时，一方就必须履行义务。虽文字的发明促进了契约形式的简化，但同一内容制作两份以及在契约上刻画记号的习惯却被传承下来，西周时的“傅别”和“质剂”就是这种情况的典型表现。^[14]“魏晋以后，纸契普及，引起了契约形制的相应变化。傅别和质剂之制渐废，书契之制发展成为‘合同’形式，即在‘书两札’之后，再并和两札，于并和处骑写一个大‘同’字，后来发展为骑写‘合同’二字，或骑写一句较长的吉祥语。在买卖、赠送、赔偿等私契关系中，由于为片面义务制，所以行用单契，由义务的一方出具，归权利的一方收执。”^[15]有学者由此总结说，在我国古代，“合同仅是契约形式之一种，严格地说，它是验证契约的一种标记，犹如今天的押缝标志，它本身不是当事人之间的协议”^[16]。

中华人民共和国建立后，一些法律文件曾时而使用“合同”，时而使用“契约”，有时甚至将二者并用。^[17]20世纪70年代后，合同概念逐渐得到更为广泛的应用，尤其是《经济合同法》于1981年颁布之后，合同概念在正式法律文件中几乎完全取代了契约概念。虽则如此，在学理上，时至今日仍有许多人选择使用契约概念。

其实，合同与契约的学理分析早已有之。自德国学者孔兹（Zunze）在1892年提出合同为共同行为以来，契约是双方法律行为的观点在学理上得到很多人的赞同。

三、合同的相对性

合同的相对性（the privity of contract），是指合同是特定当事人之间的关系，除双方当事人之外，任何第三人不得享有他人特别约定的权利、负担他人特别约定的义务。即使第三人的行为致使一方当事人不能