



普通高等教育“十一五”国家级规划教材

21世纪普通高等教育
法学规划教材

合同法

(第五版)

李永军 著

中国人民大学出版社
· 北京 ·

第五版修订说明

《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)已经于2020年5月28日通过,自2021年1月1日起施行,届时,1999年的《合同法》将废止。应该说,在此次《民法典》的编纂中,合同部分有以下几个特点:(1)独立成编,1999年的《合同法》经过编纂后作为第三编进入《民法典》。(2)变化最大,与以前的《合同法》单行法比起来,大大小小的变化有三百多处,增加了保证合同、合伙合同、保理合同、物业服务合同。具体来说,在合同编的典型合同中,为适应现实需要,在现行《合同法》规定的买卖合同、赠与合同、借款合同、租赁合同等15种典型合同的基础上,第二分编增加了4种新的典型合同:一是吸收了担保法中关于保证的内容,增加了保证合同(第三编第十三章);二是适应我国保理行业发展和优化营商环境的需要,增加了保理合同(第三编第十六章);三是针对物业服务领域的突出问题,增加规定了物业服务合同(第三编第二十四章);四是增加规定合伙合同,将《民法通则》中有关个人合伙的规定纳入其中(第三编第二十七章)。将原来的居间合同更名为“中介合同”;把传统民法上的无因管理和不当得利冠以“准合同”放在合同编的最后两章;增加了很多条款,例如,在总结司法实践经验的基础上增加规定了情势变更制度(第533条),完善代位权、撤销权等合同保全制度,进一步强化对债权人的保护,细化了债权转让、债务移转制度,增加了债务清偿抵充规则,完善了合同解除等合同终止制度(《民法典》第三编第五章、第545条至第556条、第560条、第563条至第566条),通过吸收现行担保法有关定金规则的规定,完善违约责任制度(第586条至第588条)。第三编还在总结现行《合同法》实践经验的基础上,完善了其他典型合同:一是通过完善检验期限的规定和所有权保留规则等完善买卖合同(第622条、第623条、第641条至第643条)。二是为维护正常的金融秩序,明确规定禁止高利放贷,借款的利率不得违反国家有关规定(第680条第1款)。三是落实党中央提出的建立租购同权住房制度的要求,保护承租人利益,增加规定房屋承租人的优先承租权(第734条第2款)。四是针对近年来客运合同领域出现的旅客霸座、不配合承运人采取安全运输措施等严重干扰运输秩序和危害运输安全的问题,为维护正常的运输秩序,细化了客运合同当事人的权利义务(第815条第1款、第819条、第820条)。五是根据经济社会发展需要,修改完善了赠与合同、融资租赁合同、建设工程合同、技术合同等典型合同(第三编第十一章、第十五章、第十八章、第二十章)等。(3)合同编在功能上不仅仅规范合同的内容,还包括传统债法总则的内容,像债的保全、债的消灭、债的一般理论等统统规定在合同编。(4)条文最多,共29章,526条,约占整个条文总数1260条的41.75%。从中足以看出,合同编在我国《民法典》中的重要性。

此次教材的修改完全根据《民法典》的上述变化,并且照顾到了自1999年以来合同法学理上的变化。最重要的是,本教材是按照民法典体系来阐述合同编的基本内容的,反映了体系化的思想和思维模式。例如,在合同与法律行为的关系上,必须按照体系化的思维来整体解释什么是合同、法律行为的规则如何适用于合同;无效和可撤销、合同解释等必须与《民法典》的总则编协调才能理解。

尤其需要指出的是，尽管我国《民法典》总则编有“法律行为”的概念，但关于双方法律行为的“合意规则”却没有规定在总则编。我国《民法典》除了合同编之外，再没有关于合同或者合意的一般规则，因此，可以说，合同编关于“合意”的一般规则适用于所有的合同，不仅是债合同，还包括物权合同、扶养协议、离婚协议等。尽管我国《民法典》的合同编很难说不是债合同。这是理解和适用合同编的重要一环。

当然，“准合同”根本就不是合同，但由于我国《民法典》没有债法总则，合同与侵权责任独立成编，所以，从体系上说，无因管理与不当得利就无处安身。从《民法典》第118条之规定看，合同、无因管理和不当得利、侵权行为都属于债的发生原因，衡量起来，规定在合同编更合适。因此，我国不得不借用了一个罗马法上的概念——准合同来囊括无因管理和不当得利（尽管我国的学理和立法一般不这样称呼无因管理和不当得利）。这样看起来，“准合同”就更接近于合同。

《民法典》出台后，此次合同法教材的再版，非常感谢中国人民大学出版社各位编辑，尤其是郭虹主任的鼓励和支持。同时，也感谢广大读者的热情支持。当然，书中的不当和错误，也恳请大家批评指正。

李永军

2020年8月20日北京抗疫阶段性胜利之际

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们所忽视，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。

契约自由原则因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，我是以一名多年从事法学教学的一线教师而不是学者的身份写成这本教材的。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 民法典体系中的合同与合同法	1
第一节 我国民法典下合同法的基本构造	1
第二节 合同的概念	3
第三节 比较法上的合同概念	7
第四节 合同制度在私法体系中的地位	10
第五节 合同在人民生活和经济发展中的作用	11
第六节 合同的分类	14
第二章 契约自由及其在现代合同法上的地位	27
第一节 契约自由的含义	27
第二节 契约自由原则的衰落及其在现代合同法上的地位	32
第三章 合同的成立及其程式	44
第一节 合同的成立及其程式的概述	44
第二节 合同成立的第一步——要约	45
第三节 契约成立的决定性阶段——承诺	60
第四节 契约成立的性质和要件	66
第五节 缔约过失责任	67
第四章 契约的生效	74
第一节 契约生效概述	74
第二节 当事人的缔约能力	76
第三节 合同形式应符合法律的规定或当事人的约定	77
第四节 合同不违反公序良俗且标的合法	83
第五节 影响合同效力的其他因素	84
第五章 合同的无效与可撤销及效力待定	87
第一节 民法典中关于合同效力瑕疵的救济制度构造	88
第二节 无效与可撤销的基本概述	88
第三节 可撤销合同的原因分析	91
第四节 无效合同的原因分析	117
第五节 对无效与可撤销原因的合同的法律救济	133
第六节 效力待定的合同	137

第六章 合同债权的保全	140
第一节 合同债权保全的概念	140
第二节 债权人的代位权	141
第三节 债权人的撤销权	148
第七章 定式合同 (格式条款) 及其规制	151
第一节 定式合同概说	151
第二节 定式合同产生与存在的基础	153
第三节 对定式合同规制的法理基础	158
第四节 对定式合同的规制	161
第八章 合同解释规则	169
第一节 契约解释概述	169
第二节 解释的基本原则概述——主观主义与客观主义的历史与现在	174
第三节 客观主义兼主观主义原则下的解释规则	178
第四节 补充性解释	183
第九章 合同权利与义务的移转——债权转让	188
第一节 合同权利与义务移转概述	188
第二节 合同债权的让与	190
第三节 债务承担	200
第四节 合同权利义务的概括承受	203
第十章 合同的履行	208
第一节 关于合同履行的一般概述	208
第二节 合同履行中的基本原则和具体规则	209
第三节 利他合同	215
第四节 合同履行中的抗辩权	218
第五节 合同履行的定金担保	232
第十一章 违约责任	236
第一节 违约及违约形态的一般概述	236
第二节 几种特别的违约形态	239
第三节 违约责任	247
第十二章 合同权利、义务的终止	261
第一节 合同权利、义务终止概述	261
第二节 合同权利、义务因解除而终止	262
第三节 合同权利、义务因其他原因而终止	270
第十三章 买卖合同	279
第一节 买卖合同概述	279
第二节 买卖合同的法律效力	283
第三节 风险负担	287
第四节 瑕疵担保责任	291

第五节 特殊买卖	295
第六节 关于“一物数卖”的说明	299
第十四章 赠与合同	302
第一节 赠与合同概述	302
第二节 赠与合同的法律效力	305
第十五章 借款合同	311
第一节 借款合同概述	311
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	313
第十六章 保证合同	316
第一节 保证合同概述	316
第二节 保证的成立	318
第三节 保证合同的效力	318
第十七章 租赁合同	323
第一节 租赁合同的基本概述	323
第二节 租赁合同的法律效力	325
第三节 租赁合同的特别问题	329
第十八章 融资租赁合同	335
第一节 融资租赁合同概述	335
第二节 融资租赁合同的法律效力	337
第三节 融资租赁合同的终止及后果	339
第十九章 保理合同	342
第一节 保理合同的概述	342
第二节 保理合同的基本效力	345
第二十章 承揽合同	347
第一节 承揽合同的一般概述	347
第二节 承揽合同的法律效力	349
第二十一章 建设工程合同	352
第一节 建设工程合同概述	352
第二节 建设工程合同的法律效力	354
第三节 建设工程合同的其他问题	355
第二十二章 运输合同	360
第一节 运输合同的基本概述	360
第二节 运输合同的法律效力	362
第二十三章 技术合同	368
第一节 技术合同概述	368
第二节 技术开发合同	370
第三节 技术转让合同与技术许可合同	372
第四节 技术咨询合同与技术服务合同	374

第二十四章 保管合同	377
第一节 保管合同的基本概述	377
第二节 保管合同的法律效力	379
第二十五章 仓储合同	382
第一节 仓储合同概述	382
第二节 仓储合同的法律效力	383
第二十六章 委托合同	385
第一节 委托合同的基本概述	385
第二节 委托合同的效力	387
第三节 委托合同的终止	388
第四节 委托合同与间接代理	389
第二十七章 物业服务合同	393
第一节 物业服务合同概述	393
第二节 物业服务合同的效力	395
第三节 物业服务合同的终止和物业服务人的解聘	396
第二十八章 行纪合同与中介合同	398
第一节 行纪合同	398
第二节 中介合同 (居间合同)	401
第二十九章 合伙合同	405
第一节 合伙合同概述	405
第二节 合伙合同的内部与外部关系	407
第三十章 准合同	409
第一节 无因管理	410
第二节 不当得利	418

第一章

民法典体系中的合同与合同法

提 要

在我国民法典体系下，合同是法律行为的一种，也是最重要的双方法律行为。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，才是民法典上的合同。因此，需要对协议进行具体的分析，方可认定其是否为合同。预约本身不是要约或者要约邀请，而是一种真正的合同。违约也要承担违约责任。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. 我国民法典中合同与债的关系。
2. 合同在私法中的意义。
3. 合同的分类及法律意义。
4. 预约与本约之区别。

第一节 我国民法典下合同法的基本构造

一、我国民法典下合同法的构造

（一）合同法的构造

应该说，在有民法典的国家，基本上是不可能独立的合同法的。因此，我们很少看到大陆法系国家，例如，德国或者法国的学者关于合同法的专著。合同法规都是民法典中“债”的组成部分，属于债的发生原因。

在我国《民法典》诞生之前，关于合同法的著作可谓汗牛充栋。造成这种局面的原因主要是：我国自1999年开始就有独立的合同法。因此，在1999年至2020年这二十几年的时间内，以此为基础，学者出版了大量的著作和教材。这种局面的好处是：对合同法的研究比较充分，使得合同法的体系比较完美。缺点是：由于合同法自身体系完美，因而如何处理它与民法典的

体系协调就出现了重大问题。如果你仔细阅读中国的民法典就会发现，合同法实际上是游离于民法典之外的——如果今天把合同编从民法典中脱离出来，它仍然是完整的。从这一点就可以看出，这种局部的完整破坏了民法典的体系完整。其实，合同编仅仅是我国民法典的一个问题的缩影，物权编、继承编、婚姻家庭编和侵权责任编哪一编不存在这样的问题？先前的单行民事立法各自独立、自成体系，给民法典的编纂带来了极大的困难。因此，此次民法典是对以往民事立法的编纂还是汇编，在学者之间存在不同的看法。至少在笔者看来，不是名副其实的编纂。

（二）合同与法律行为的关系

在民法典的编纂模式中，以《德国民法典》为代表的法典模式中，多带有“总则编”，而总则编通过提取“公因式”的方式，从合同、遗嘱和婚姻中提取了“法律行为”这一概念，并规定了“法律行为”的一般规则，共同适用于“合同、遗嘱和婚姻”。因此，可以说，合同是一种重要的法律行为。而法律行为又分为单方法律行为与双方法律行为，合同就是典型的双方法律行为。而合同不仅仅在债法编中存在，在物权法及其他特别法中也都存在。因此，从逻辑上说，合同的“通则”应该规定在民法典的总则编。但遗憾的是，我国的民法典并没有处理好二者之间的关系，甚至在很多方面是脱节的。这也进一步证明，我国民法典的此次编纂在体系化上，尚不和谐。

（三）合同法与债法的关系

在我国民法典的体系中，从结构上说，有下列问题应当引起我们的高度注意，否则很难理解债法和合同法的关系：

（1）我国的合同编并不是传统民法典中的纯粹的合同法律规范。在我国的民法典中，没有规定传统民法的“债法总则”，而是把债法总则的内容规定进了合同编中，当然，也有极少部分内容规定在了民法典的总则编。因此，我们会不时地发现，在合同编中经常会出现“债权债务关系”的字样，例如，《民法典》第517条规定：“债权人为二人以上，标的可分，按照份额各自享有债权的，为按份债权；债务人为二人以上，标的可分，按照份额各自负担债务的，为按份债务。按份债权人或者按份债务人的份额难以确定的，视为份额相同。”甚至合同编的第五章内容“合同的保全”实际上就是“债的保全”。

我们必须从一种“先验的知识”来总结我国《民法典》关于债的规定：我国《民法典》的“合同编”+“侵权编+总则编的部分内容”=传统民法债的内容的整体。

（2）我国《民法典》合同编中所谓的“合同”看起来似乎应该解释为“债合同”，即仅仅产生债的合同，而且总则编第118条第2款规定：“债权是因合同、侵权行为、无因管理、不当得利以及法律的其他规定，权利人请求特定义务人为或者不为一定行为的权利。”从合同编的基本内容和立法目的来看，也应该解释为“债合同”。但是，《民法典》合同编的基本规则却不能理解为仅仅适用于产生债的合同，其规则可以适用于物权、婚姻、继承以及特别法上的合意。对此，《民法典》第464条第2款规定：“婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用有关该身份关系的法律规定；没有规定的，可以根据其性质参照适用本编规定。”第467条规定：“本法或者其他法律没有明文规定的合同，适用本编通则的规定，并可以参照适用本编或者其他法律最相类似合同的规定。”第468条规定：“非因合同产生的债权债务关系，适用有关该债权债务关系的法律规定；没有规定的，适用本编通则的有关规定，但是根据其性质不能适用的除外。”

（四）合同与准合同

合同是意思自治的产物，而准合同与意思自治毫无关系，因此，可以准确地说，准合同根本就不是合同。按照传统民法的一般理解，准合同包括无因管理和不当得利。由于我国民法典

体系上的结构安排，没有办法处理无因管理和不当得利在民法典中的位置，因而，将其以“准合同”的概念安排进了合同编。这可以说是不伦不类——无论从体系上还是内容上，准合同根本与合同无任何相同的规则和制度。

二、合同法的概念

在作了上述澄清之后，再来看看我国合同法的概念如何界定。我国《民法典》合同编第463条规定：“本编调整因合同产生的民事关系。”如果按照这一规定，我国的合同法当然应该界定为：“合同法是调整因合同产生的民事关系的法律规范的总称。”但事实上，我国《民法典》第463条的这一界定是不准确的：因为在合同编中，还有准合同的规范，而准合同规范的对象却不是因合同产生的民事关系。

另外，我国《民法典》的合同编中有很多传统民法的债的内容，这些也不能说是因合同产生的民事关系。

因此，我国《民法典》中关于合同法（合同法律规范）的概念应该界定为：我国合同法律规范是规定债的一般规则及调整除侵权行为之外的债的关系的法律规范。

第二节 合同的概念

一、我国民法典上合同的概念

《民法典》第464条第1款规定：“合同是民事主体之间设立、变更、终止民事法律关系的协议。”根据这一规定，我们可以从以下几个方面理解我国民法典上合同的基本内涵：

（一）合同是一种“协议”

这一含义使得合同与单方法律行为相区别：合同必须是一种“合意”，而不仅仅是单方法律行为。根据我国《民法典》合同编，任何单方法律行为都不能构成合同：它要么是要约或者承诺，要么是其他单方允诺。

（二）合同的目的在于设立、变更、终止民事法律关系

合同必须有民法上具体法律效果的目的，也就是说，合同必须旨在设立、变更或者终止民事法律关系。这里要注意两点：

（1）如果没有这样目的的纯粹的“合意”，就不是民法典上的合同。关于这一点，在整个自罗马法开始的大陆法系的民法传统中，一直没有发生过变化。甚至在罗马法上，契约与纯粹的“合意”是完全不同的：契约=合意+债。

在罗马法上，“债”的这种效果要想加到“合意”上从而成为契约，必须采取特定的形式或者具备特定的原因，否则便不能成为契约。因而，从历史源头上来看，“合意”“契约”和“债”并非同一概念：合意并不当然产生债，从而成为契约。^①

（2）这种目的必须能够产生民法上的权利义务。如果合意的目的是产生民事权利义务之外的关系，也不能作为民法典上的合同对待，例如，行政合同就是如此。

（3）广义的合同与狭义合同。这种区分主要在于如何理解合同目的之“设立、变更、终止民事法律关系”。如果说，将这种“民事法律关系”理解为“债的关系”，那么，就是狭义的

^① 参见[英]梅因：《古代法》，沈景一译，184页，北京，商务印书馆，1995；[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。

的合同概念；如果还包括债的关系之外的民事权利义务关系，就是广义的合同概念。法国民法典上的合同基本上是作狭义理解的。^①但《德国民法典》却不能这样理解，因为《德国民法典》是把合同作为法律行为中的双方法律行为对待，而双方法律行为有可能是债权行为，也可能是物权行为，还有可能是收养行为等基于身份关系的行为。因此，其合同当然不可能仅仅指产生债权债务关系的合同。

对于我国民法典上的合同，学者之间存在争议。有学者认为，民法典上的合同是指广义上的合同。^②从我国《民法典》第464条第1款的规定看，确实是明文规定为“设立、变更、终止民事法律关系”，看似是广义的。但是，从其后面第464条第2款及第468条的规定看，专门指出其他关系的参照适用，实际上我国民法典上的合同就是指狭义的债合同。仅仅是说，债合同的一般规则在其他民事合同中可以适用而已。这也许就是我国《民法典》合同与法律行为脱节的后遗症之一。

因此，可以这样说，尽管合同是一种协议，但并非任何协议都是合同。

（三）合同权力要受到诸多因素制约

合同尽管是民事主体之间的协议，但要发生预期的法律效果，还要受到各种因素的制约，例如，法律的效力性强制性规定、善良风俗和公共秩序等。当任何一方的意思表示受到影响从而使得其意思表示不真实时，还可以撤销合同等等。这其实是非常正常的现象，因为任何合同当事人都处在国家和社会之中，故他们之间的合意就不可能离开国家的政治体系和经济体系、社会道德和风俗的影响和制约。这些制约实际上也为合同当事人的自由约定划定了界限。

（四）合同具有相对性

由于合同是当事人意思自治的产物，因此，合同的效力仅仅在参与合同的当事人之间才有效力，是为合同的相对性。既然合同遵循当事人的约定，那么只有自由参与约定的人才受到合同的约束，这才符合契约自由和意思自治的宗旨。对此，我国《民法典》第465条第2款规定：“依法成立的合同，仅对当事人具有法律约束力，但是法律另有规定的除外。”因此，合同以相对性为原则，而以涉他性为例外。

二、合同与相关概念的区别

（一）合同与决议的区别

合同是所有当事人之间的“合意”，任何一方的意思表示必须得到尊重。合同当事人不可能被一种他没有同意的合同义务所约束（根据法律规定的义务除外，例如，根据诚实信用原则发生的附随义务等）。但决议就完全不同：决议一般是按照“多数决”作出的，例如，股东会决议就是按照“少数服从多数”的原则作出的。在决议中，决议的参与者很可能被自己不同意甚至反对的义务所约束。这是合同与决议的根本区别。就如法国学者所言，合同仅创设由其当事人负担的义务，而集体性质的法律行为，则可以强加于某些对该法律行为并未同意的人，这种法律行为对这些人同样具有强制效力。^③

（二）合同与法律行为的区别

从我国《民法典》关于合同与法律行为的定义看，其区别甚微，我们不妨来比较一下：《民法典》第133条规定：“民事法律行为是民事主体通过意思表示设立、变更、终止民事法律

① 参见 [法] 弗朗索瓦·泰雷等：《法国债法：契约篇》，罗结珍译，42页，北京，中国法制出版社，2018。

② 参见王利明：《合同法研究》，第1卷，3版，12~13页，北京，中国人民大学出版社，2018。

③ 参见 [法] 弗朗索瓦·泰雷等：《法国债法：契约篇》，罗结珍译，99页，北京，中国法制出版社，2018。

关系的行为。”第464条关于“合同”的定义是：“合同是民事主体之间设立、变更、终止民事法律关系的协议。”从这两条规定来看，两者的差别仅仅是“行为”与“协议”的区别，其他在实质上都是一样的。也许其差别就在这里——协议与行为的区别。第134条就明确了这种差别：民事法律行为可以基于双方或者多方的意思表示一致成立，也可以基于单方的意思表示成立。单方行为可能是法律行为，但却不可能成为合同。

（三）合同与契约的区别

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阐释，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；为谋共同利益而合意者，则应为合同，例如合伙合同，合伙人的利益是一致的。^① 还有的学者列举了合同与契约的三个不同点，认为合同与契约有本质不同。^② 但如果考察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*，他们的前缀均为“*contra*”，即为“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，突出的是双方的权利义务对接而合的说明价值，似与汉语中“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和合同不为区别而为同义的使用。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；有时用合同比用契约能达到更好的效果。

（四）合同与准合同的区别

准合同在我国民法典上，包括无因管理和不当得利。准合同根本就不是合同，与合同相比，除了能够与合同一样能够产生债的后果以外，本质上不同。我国《民法典》将其放在合同编中规定，是出于目前我国《民法典》体系结构中的无奈。关于准合同的具体内容，我们将在本书的最后一章论述。

三、合同概念的边缘界定

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，但往往在与其他事物的连接地带就变得模糊不清。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作合同来对待的东西，往往不是《民法典》合同编上的合同，不应当受到《民法典》合同编的调整。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？

① 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。

② 参见王利明：《合同法研究》，第1卷，3版，16页，北京，中国人民大学出版社，2018。

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。

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，导致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？^①

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：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。^②德国学理在主观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项请求权，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。邀请者与被邀请者均没有要受法律约束的意思。^③这里显然是主观标准。

在例二与例三中，则采取客观标准。在例三的判决中，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例二中无偿替他人照看小孩

^① 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。

^② 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。

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

的情形。^①

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。^② 笔者觉得，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约定。

在以上行为中，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用；等等。这些纠纷如何处理？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。^③ 笔者赞同这种观点。

第三节 比较法上的合同概念

一、罗马法上的契约概念

在大陆法系，民法的许多原则均源于罗马法，契约^④也不例外。根据罗马法，契约是指“得到法律承认的债的协议”^⑤。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（convention）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、亲属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。公元前二世纪以后，债的协议受市民法的保护，成为契约；不受市民法保护的，称为“简约”（pactum）^⑥。

二、法国法上的合同概念

《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”，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

① 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。

② 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。

③ 参见 [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，150、152、157~158 页，北京，法律出版社，2000。

④ 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。

⑤ [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。

⑥ 周相：《罗马法原论》，654 页，北京，商务印书馆，1994。

各国法律普遍承认的。^①

三、德国法上的合同概念

《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，放在总则编第三章第三节中。德国法学家茨威格特指出，《德国民法典》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，合同仅仅被当作“债的关系”的个别形式。^②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的传统的法国学者来说，法律行为的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。^③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……法律行为的特殊性及其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。”^④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”^⑤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，则更合逻辑。

四、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·布莱克斯通（William Blackstone）在其 1756

^① 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》，第 1、2 辑，长春，吉林人民出版社，2002。

^② 参见 [德] 康伯拉·茨威格特、海因·克茨：《合同法中的自由与强制》，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。

^③ 参见尹田：《法国现代合同法》，1 页，北京，法律出版社，1995。

^④ 尹田：《法国现代合同法》，1~2 页，北京，法律出版社，1995。

^⑤ 张俊浩主编：《民法学原理》，577 页，北京，中国政法大学出版社，1991。

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。^①但是，英国学者阿狄亚（P. S. Atiyah，有译为阿蒂亚，本书正文中统一译为阿狄亚，注释保持原译文不变——编者注）则认为，《美国合同法重述》中的关于合同的定义是最确切的：“所谓契约，是这样一个人或者一系列许诺，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行为义务。”^②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。”^③安森（Anson）给合同下的定义是：一种法律上能够强制执行执行的协议，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。^④科宾（Corbin）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。^⑤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。”^⑥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。商店或商场上即时的现金买卖，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，而即时现金买卖则无须任何允诺；（2）合同产生对人权，而即时买卖属于对物权。^⑦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。^⑧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

① 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。

② [英]阿蒂亚：《合同法概论》，程正康等译，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，笔者认为它更忠实于原文和法理——见麦克尼尔：《新社会契约论》，雷喜宁等译，代译序第2页，北京，中国政法大学出版社，1994。

③ [英]阿蒂亚：《合同法概论》，程正康等译，28页，北京，法律出版社，1982。

④ 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。

⑤ 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。

⑥ 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。

⑦ 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。

⑧ 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。

客观存在，既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，好像有点儿牵强附会，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。^① 美国学者麦克尼尔的关系契约理论即将契约说成是当事人对将来关系的安排而将即时买卖排除在契约的大门之外。^② 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。

第四节 合同制度在私法体系中的地位

一、比较法上的合同制度的私法地位

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于民法典的“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，不产生民事权利义务的合意或协议是不能被称为契约的。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上得到确实的认证。

由于大陆法系的多数国家，例如德国与法国、瑞士等，其民法典中都有关于“债”的一般概念，因此，合同法律制度仅仅是这种“债”的制度下的一种规范制度。甚至在《德国民法典》中，合同制度虽然比较典型地反映了意思自治的基本原则，但也不是意思自治的全貌。

英美法系国家的合同制度与大陆法系国家就有很大的差别：因其没有如大陆法系的法典化体系，也没有关于“债”的一般概念和制度，因此，合同与侵权甚至可以说是两个不同的法律部门。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。

二、合同制度在我国司法体系中的地位

（一）合同制度在我国民法典中的地位和作用

以下两个主要的原因导致了我国合同制度在民法典中的定位比较困难：（1）在民法典中没

① 参见 [英] 阿蒂亚：《合同法概论》，程正康等译，28页，北京，法律出版社，1982。

② 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。

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》，沈景一译，182页，北京，商务印书馆，1995。

有“债法总则”；(2)在民法典中合同制度独立成编。

我们先来分析第一个原因导致的问题。由于没有“债法总则”，传统民法中的债的一般规则和制度分别规定在了合同编和总则编中，因此，合同制度在我国民法典中的地位就与大陆法系国家及英美法系国家不同，具有双重地位和作用：一是民法债法总则的地位和作用，二是作为债的发生根据的作用。但是，它不能取代债法，毕竟侵权责任还独立成编。

我们再来看第二个原因导致的问题。合同制度独立成编，而且把无因管理与不当得利纳入其中，这样一来，我国《民法典》中债的制度被分割为三大块：一是总则编中关于债与法律行为的规定；二是合同编中关于债的规定；三是侵权责任编中关于债的规定。

因此，可以说，尽管我国民法典上的合同制度仍然不失为意定之债的本质，但其作用和地位，从民法典的结构看，就不同于《德国民法典》。

从法律适用上来说，适用逻辑显得有些违背民法典的初衷。由于合同（合意）规则不仅仅是债法上才有，而是在物权法、婚姻法、继承法等领域都能够适用，因此，关于“合意”的一般规则应该规定在总则编，在适用上才能符合逻辑。但我国《民法典》却把这些规则规定在了合同编。这样一来，合同编就不得不规定“其他编的适用甚至是准用”。这其实就已经有悖民法典体系本身。

（二）合同制度在我国私法体系中的地位

民法典中的合同制度不仅仅在民法典中作为基础规则的发源地，而且也能够为特别法上的合意甚至债提供一般规则，成为这些特别法的发源基础。尤其是在我国，民商合一的立法体例下，商法作为民法的特别法，毫无疑问适用《民法典》合同编的基础制度，当然，商法规范本身有自己特别规定的，应优先适用特别规定。

第五节 合同在人民生活和经济发展中的作用

法国学者指出，即使不是法学家也可以看到，合同是社会生活中的一个根本环节，除了完全实行自给自足的社会状态之外，每一个人的日常生活均是由各种合同编制而成：一个人要想吃饭、穿衣、有住房、获得收入、获得资讯，要想休闲、出行或者治病，总需订立这样那样的合同。仅以常见的为例，就有买卖合同、租赁合同、劳动合同、承包合同、运输合同、医疗合同等。如果我们考察一下企业的运作，也会看到类似情况：企业本身往往就产生于一个合同——公司发起契约。对于公司来说，无论是日常运作还是购置设备、获得原材料或者经营产品，都需要订立合同；委托、借贷、代理、销售或者特许经营等，也都需要订立合同。^①也就是说，合同对于人民生活和社会的经济发展来说，都是十分必要和重要的。其具体作用可以概括为：

一、契约是产生私法上权利义务的最重要的依据

如果把私法从实质上进行划分，可分为静态的主体、静态的权利（义务）以及使权利（义务）与主体相结合的法律事实。法律事实可分为法律行为和非法律行为，而法律行为是主体主动的、积极的对权利（义务）的承担，非法律行为是主体对权利（义务）的消极的、被动的承受。而法律行为中最主要的是双方法律行为，也即契约。在专制制度下，契约被允许使用的范围是极其有限的，故梅因在论述其所处的时代与专制时代的不同，指出：“我们决不会毫不

^① 参见 [法] 弗朗索瓦·泰雷等：《法国债法：契约篇》，罗结珍译，41页，北京，中国法制出版社，2018。

经心地不理睬到：在无数的事例中，旧的法律是在人出生时就不可改变地确定了一个人的社会地位，现代法律则允许他用协议的方法来为自己创设社会地位。”^①的确，梅因所处的时代，正是资产阶级发展和上升时期，整个资本主义社会正处在一个从“身份到契约”的发展过程中，年轻的资本主义在封建制度下萌芽时，就深感专制的窒息和压迫对其经济发展带来的影响，故极力主张将社会分为政治国家和市民社会，将法律领域分为公法和私法，以限制国家权力对私人生活的干预。在私法领域中，允许当事人根据契约自由的原则设定自己的权利义务，因此，契约就成了私法上权利义务的最重要依据（虽然不是唯一的依据）。

在英美法系国家，虽然不存在大陆法系上的明确的债的概念，但合同是私法上权利义务赖以产生的根据这一点，是不容置疑的。也就是说，大陆法系与英美法系的契约在与权利义务的关系上，结果是相同的，只是在过程上有较大的区别。但在英美法系固有的约因理论已失去其昔日在古典契约法上的地位的情况下，二者的差异已变得越来越小。《美国统一商法典》第1-102条的总定义中第11项给合同下了一个这样的定义：“合同是指由双方依本法和其他有约束力的法律达成的合意而引起的全部法律上的债务。”从而，明确了合同为双方合意而引起的债权债务关系。并且，在第2-609条之后的评释中，起草人进一步指出合同的本质特征在于确定相对人的相互依赖关系。这样，简单地说，合同就是因合意而产生的债的关系。^②

二、保护交易进而促进实现私法上的目标

英国历史法学家梅因在比较进步社会与以前历代社会的不同时，认为契约法领域的扩大和强行法领域的缩小是一个重要的标志。他说：“关于我们所处的时代，能一见而立即同意接受的一般命题是这样一种说法，即我们近日社会和以前历代社会之间存在的主要不同之点，乃在于契约在社会中所占的范围的大小。”^③阿狄亚认为，在市民社会中，起码是由于下述两个原因，对合同法的需要变得越来越迫切了。首先是劳动的分工，这是现代社会非常重要的基本特征。它产生了一种不断的和日益增多的要求，要求将财产从社会的一部分人手中转移到另一部分人手中，以及社会的一部分成员为另一部分成员服务。这些财产的流转和服务的提供赖以实施的法律手段，就是广义上的契约法。社会之所以非常需要一种适当的合同法的第二个原因，是信贷制度的发达。复杂的信贷经济的出现，意味着在财产流转和提供服务的过程中，人们比以前在更大的范围内依赖于许诺与协议……所有这一切，就它们的价值而言，都取决于这个事实：说到底，合同法将使他们能够行使他们的权利。^④罗斯科·庞德有一句名言：“在商业时代里，财富多半是由许诺组成的”。我国合同法（《民法典》合同编）的目的也是保护合同当事人的合理预期，促进私主体（民商事主体）目的的实现。

在大陆法系国家，物权和债权有着严格的区分。所有权是目的和基础，而债权（契约）是所有权人之间沟通的桥梁。“所有权绝对”固然必要，但社会的分工及各所有权人为满足自己的需要而相互让渡财产的需要也不可或缺，而契约是满足这一需要的最合适的手段。关于这一点，黑格尔指出：“契约关系起着中介作用，使在绝对区分中的独立所有人达到意志的同一。它的含义是：一方根据其本身和他方的共同意志，终止为所有人……它作为中介，使意志一方面放弃一个单一的所有权，他方面接受另一个所有权。”^⑤也正因为如此，所有权绝对和契约自由同为西方民法的

① [英] 梅因：《古代法》，沈景一译，172页，北京，商务印书馆，1995。

② 参见傅静坤：《论美国契约理论的历史发展》，载《外国法译评》，1995（1），80页。

③ [英] 梅因：《古代法》，沈景一译，172页，北京，商务印书馆，1995。

④ 参见[英]阿狄亚：《合同法概论》，程正康等译，3页，北京，法律出版社，1982。

⑤ [德]黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，81页，北京，商务印书馆，1995。

两大基本原则。当然，这种交换应有两个最基本的前提：其一是国家对私人财产所有权的承认和保护；其二是完备的市场。所有权是交换的起点和基础，而交换中最活跃的是私人财产所有权。如果不承认私人财产所有权，那么，交换的范围和频率就会大大地降低，契约在社会中的作用也就微不足道；如果没有完备的市场，而是靠计划去调节个人的需求，则契约就无存在的必要。我国从新中国成立到今天的发展历史足可以从正反两个方面来对此作出令人信服的说明。

在英美法系国家，没有物权和债权的概念和区分，合同法是独立的法律部门，故与大陆法系国家不同的是，在英美国家中关于合同法的著作比比皆是，并且有许多我们所熟悉的合同法专家。契约法是调整交易的最重要的法律，所以，英美法系的合同法理论在某种程度上与交易理论是作为同义语而使用的。罗伯特·考特指出：“在合同法里，典型的事件为交易，而其基本的要素是报价、接受和对价。将这些要素提高到法律原则的水平上，交易原则便断言这些要素是一个承诺得强制履行的充分条件。”^① 迈克尔·D·贝勒斯（Michael D. Bayles）将交易关系区分为“正值的”“零值的”和“负值的”三种。^② 在这种划分的基础上，给契约法下了一个这样的定义：“契约法可被视为关涉相互期待的正值交易关系的法律。而契约法的主要功能则在于调整这些在私人之间转让财产或劳务的交易关系，并于事有不济的场合下给予救济。”^③ 也就是说，契约法的基本目标在于保护合理的正当的交易，进而达到私人的目的。对此，罗伯特·考特指出：“合同的本质目标是使人们能实现其私人目的。为了实现我们的目的，我们的行动必然有结果。合同法赋予我们的行动以合法的后果。承诺的强制履行由于使人们相互信赖并由此协调他们的行动，从而有助于人们达到其私人的目标。社会的一个内容就是公民拥有达成自愿协议以实现其私人目标的权利。合同法为单个公民提供了一个达成彼此自愿关系条款的制度。”^④

正是因为人们为实现自己的私人的目的而订立契约，立约人便有了自己的期待，而期待是因信赖而产生的，故由正常的信赖而产生的合理的期待应当受到法律的保护。

三、最大限度地增加经济价值和资源的有效利用

法国学者托尼·威尔（Tony Weir）指出：“侵权之债的规则主要起保护财富的作用，合同之债的规则的作用则应具有创造财富的功能。”^⑤ 只有通过交易的方式，才能实现资源的优化配置，实现资源的最有效的利用。英国学者阿狄亚指出：自由交易在很大程度上决定了如何根据不同可能的用途来分配社会资源。在一个自由的社会中，并不是国家或者政府来决定应当生产多少汽车、应向娱乐业投入多少资金、是否应在一个新的地点创办超市或者街角店等等，而是通过市场来决定，通过自由交易为媒介来运作，也就是合同。^⑥ 按照美国经济分析法学派的观

① [美] 罗伯特·考特、托马斯·尤伦：《法和经济学》，张军等译，312页，上海，上海三联书店、上海人民出版社，1994。

② 在正值的交易关系中，交易完成后存在的价值较前增多，即价值增加。一个正值的交易关系的一般概念包括如下三种具体情形：一方当事人或许受到损失，但对方之所得大于该方之所失；一方维持原状而另一方获有利益；双方当事人均获益。在零值的交易关系中，交易过后，存在的价值数量同先前相同。在负值的交易关系中，交易过后存在的价值少于先前，其情形为：或者一方价值不变，另一方减少；或者双方的价值均减少。当然，人们对价值本身或许有不同的看待。参见迈克尔·D·贝勒斯：《法律的原则——一个规范的分析》，张文显等译，169页，北京，中国大百科全书出版社，1996。

③ [美] 迈克尔·D·贝勒斯：《法律的原则——一个规范的分析》，张文显等译，172页，北京，中国大百科全书出版社，1996。

④ [美] 罗伯特·考特、托马斯·尤伦：《法和经济学》，张军等译，313页，上海，上海三联书店、上海人民出版社，1994。

⑤ 转引自王利明：《合同法的目标与鼓励交易》，载《法学研究》，1996（3），94页。

⑥ 参见 [英] P.S. 阿狄亚：《合同法导论》，赵旭东等译，4页，北京，法律出版社，2002。

点，有效率地使用资源必须借助于交易的方式。只有通过自愿交换的方式，各种资源的流向才必然趋于最有价值的利用。波斯纳认为，法律，尤其是私法是为尽可能地增加经济价值而设计的，法律强制的主旨或标准在于为促进将来价值最大化的行为创造动因。^① 依照经济分析法学派的观点，契约的自由是附随于增加财富的目的的，当事人的自由就自由本身的目的而言并不重要，它之所以重要，乃是因为其价值以及确立契约条款方面的自由选择权是很重要的，因为它可以确保当事人期待从契约中获得利益，并因而使其价值提高。^② 经济分析法学派的这种观点在契约履行问题上的必然结论是：当契约不能增加财富时，即为零值交易或负值交易时，当事人有违约的自由。如果一方当事人发现在支付了违约金后，他仍可在另一笔交易中有利可图，即会取得更大的利益时，则当事人有违约的自由。同样，如果一个人在订立合同时对期待利益有错误，并且履行契约给其带来的损失会超过其应支付的违约费用时，他可在支付违约费用后而违约。从这种分析来看，这是微观经济学的必然结论。的确，从微观的角度出发，即仅仅从交易双方的利益来看，这种违约的理由有足够的说服力。但若从社会的宏观角度看，则未必是令人信服的。也正因为如此，无论是英美法系国家，还是大陆法系国家，在对违约问题的救济上，并不仅仅以经济利益作为唯一的考虑因素，实际履行作为非常的救济手段在两大法系都是被承认的。但经济分析法学派对违约自由的理由的分析，对理解当事人的违约动机方面，有极大的帮助。

四、契约可以使私法主体依照自己的意志对私人事务作出合理的安排

我们常常讨论计划经济与市场经济的区别，实际上，市场经济也是“计划经济”，市场经济中的任何一个参与者都不会盲目生产而是按计划生产，只不过其计划就是私人订立的合同（订单）。所以，在某种意义上说，合同本身就是计划，它使私法主体能够主动与积极地对自己的事务作出合理的安排和计划。在这一点上，关系契约论者关于“合同是对未来事务的安排”的观点，具有较强的说服力。而这种通过合同对个人事务的未来安排，就是对他人履行义务的合理期待，故合同双方当事人的相互合理的期待是合同法保护的根本所在。美国学者迈克尔·D. 贝勒斯指出：契约法的根本目的在于保护并促进合理创设的期待。这一观点强调：一方当事人应对合理信赖其言行的对方当事人负责，如果一方当事人知道或者可得而知其行为将使对方产生合理的期待，则其就须负责实现这些期待而不是使其落空。^③ 所以，“契约必须履行”是实现私人“计划经济”的重要途径，是对私人对未来事务安排的保护，进而是使市场经济有序运行的保障。同时，当一方违约时，法律保护对方对合理的“期待利益”的请求也就有了合理的根据，因为这种利益本身就是在其期待之中的。

第六节 合同的分类

无论是大陆法系国家还是英美法系国家均存在按不同标准对契约所进行的分类，但是，大陆法系国家的契约分类既有学理上的分类，也有法典上的分类。如要式合同与非要式合同、即

^① 转引自 [美] 迈克尔·D. 贝勒斯：《法律的原则——一个规范的分析》，张文显等译，174页，北京，中国大百科全书出版社，1996。

^② 参见 [美] 迈克尔·D. 贝勒斯：《法律的原则——一个规范的分析》，张文显等译，174页，北京，中国大百科全书出版社，1996。

^③ 参见 [美] 迈克尔·D. 贝勒斯：《法律的原则——一个规范的分析》，张文显等译，176页，北京，中国大百科全书出版社，1996。

时清结的合同与非即时清结的合同、有名合同与无名合同、单务合同与双务合同、有偿合同与无偿合同等均为学理上的分类；诸如买卖合同、租赁合同、融资租赁合同、赠与合同、借款合同、委托合同等则属于法典上的分类。而英美国家对合同的分类多为学理上的分类，这种分类对掌握各种合同的不同性质和特征，从而更好地适用法律，大有裨益。我们在此仅仅就大陆法系学理对合同的分类作简要的阐述。

一、双务合同与单务合同

（一）分类的标准与概念

这是依照当事人双方是否互负义务为标准而作的分类。单务合同是指一方当事人负担义务而他方当事人不负担义务的合同，如《法国民法典》第1103条规定：“如果一人或数人对于另一人或数人承担义务而后者不承担义务时，此种合同为单务合同。”

双务合同是当事人双方互负义务的合同，如《法国民法典》第1102条规定：“如缔约人双方相互负担义务时，此种合同为双务合同。”在现代社会中，双务合同是最常见、最重要、最活跃的合同，而单务合同则逊色得多。德国学者海因·克茨指出：在对方既没有给予也没有允诺给予任何东西作为回报的情况下，为什么某人就必须允诺付款、转让土地、提供咨询或者提供代理呢？所有法律制度，特别是普通法，是很怀疑只约束一方的协议的。^①的确，在市民社会中，提供无偿的付出毕竟是例外和非非常的，而典型的合同关系应为有偿和互利的，所以，英国学者阿狄亚说：在过去单务合同的地位是很低的，它一般被限制去处理一些特别的案例，比如为了获得信息或者失物的找回而提供报酬，根本不适合传统合同法理论。^②

但我们必须强调，单务合同与单方法律行为不同，它仍然是合同，具有双方的合意，仅仅是义务的负担方面为一方负有义务，例如，赠与合同即是如此。

（二）分类的意义

将合同分为双务合同和单务合同的意义主要体现在以下几个方面：

1. 在合同的生效方面

双务合同要求缔约当事人应当具有相应的行为能力；而在单务合同，仅仅要求承担义务的一方具有相应的行为能力，而不要求对方，例如，赠与合同就是如此。

2. 在合同的履行方面

（1）除当事人或法律有特别规定，双务合同以同时履行为原则，即双务合同的当事人享有同时履行抗辩权，在一方未履行或未提供履行的担保时，对方有权拒绝自己的给付；在单务合同则不存在这一问题。

（2）在发生不可抗力而使双方不能同时履行时，任何一方均不得要求对方履行，债务人即免除义务；如一方已经履行的，对方应当予以返还，否则，就构成不当得利。

（3）由于可归责于债务人的原因而致使不能同时履行时，债务人无权要求对方履行，对方有权要求解除合同并请求赔偿损失；

（4）由于可归责于债权人的原因而使合同不能履行时，债务人有权要求对方履行并赔偿因此遭受的损失。

3. 在合同变更或者撤销方面

在双务合同，一方当事人可以“显失公平”为由而主张撤销或者变更合同；而在单务合同则不发生这种问题。

^① 参见 [德] 海因·克茨：《欧洲合同法》（上），周忠海等译，4页，北京，法律出版社，2001。

^② 参见 [英] 阿狄亚：《合同法导论》，赵旭东等译，43页，北京，法律出版社，2002。

二、物权契约和债权契约

（一）分类的标准及概念

这是以合意的内容以及效果为标准所作的分类：如果合同当事人合意的内容是关于物权变动，并且其效果意思也是直接旨在发生物权变动的，该合同即为物权合同；如果双方的合意内容仅仅是关于对相对人的请求权，并且效果意思也是直接产生请求性权利义务的，便是债权合同。

曾经有学者认为，这种“物权合意”是虚拟的，物权变动根本不需要意思表示和合意，进而反对物权合同的存在。但这种观点实际上是对德国民法立法和理论的误解，物权变动的合意是实际存在的。例如，A与B签订房屋买卖合同。合同签订后，房屋所有权没有发生变动。这时候这个房屋买卖合同对于A与B发生的直接效果是什么？产生了A对B的房屋请求权、B对A的价款支付请求权。因此，这个合同就是债权合同。如果双方要达到交易的目的，还需要两个处分行为——B与A就房屋所有权移转达成合意并且同意登记，房屋所有权才发生变化。这就如婚姻登记一样：双方在登记结婚前先有一个关于婚姻的合同（订婚，尽管我们不承认其约束力，但可以作为例子说明），但要去结婚机关登记的时候，登记员还要当面问你：是否愿意结婚？双方就此达成一个合意并登记。即使是承认婚姻合同效力的国家，在真正成立婚姻的时候，无论你是采取教会方式还是世俗方式，合意是必要的。

动产所有权人的移转也是一样：合意+转移占有。因此，萨维尼才说：交付是一个真正的契约。

当然了，对此，我们国家民法理论争议很大，立法含糊不清。即使在民法典本身，也有很多解释的余地。

（二）分类的意义

赞成和反对这种分类的学者都有自己的理由，而这些理由也已经为学者们所熟知。在此，笔者赞成这种分类，其分类意义在于：

1. 有利于保护非违约方

尽管反对者认为，保护非违约方有很多方法，这种分类能够被替代。但笔者认为，在大多数情况下确实可以被其他方案替代，但在“无权处分”的情形下，对非违约方的保护是无法替代的。

例如，A与B订立了一个电脑买卖合同，约定A将租赁来的电脑出卖给B。这时，买卖合同的效力是什么呢？如果按照反对这种分类的观点：这个买卖合同效力待定——除非出租人追认或者A事后取得处分权。但肯定的观点则不同：买卖合同有效。这两种观点对当事人的影响或者说法律后果是什么呢？

根据赞同说的观点，合同有效，B可以根据有效的合同追究A的违约责任。根据否定说的观点，A仅仅是承担合同无效后的过错责任——缔约过失责任。

这两个责任的差别有多大呢？（1）责任构成不同：违约责任，至少按照我国学界的同行观点是无过错责任，而缔约过失责任则是过错归责。在现实生活中，两者的差别就很大。（2）合同有效的情况下，B可以请求“可得利益损失”的赔偿，而在合同无效的情况下，一般是消极利益的赔偿，只有在极少数情况下，缔约过失的赔偿有可能等于可得利益——很多国家法律规定合同无效的情况下赔偿的数额不得超过合同有效时对方可以获得的利益。

最高人民法院的有些司法解释是承认这种分类的，例如，《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）第3条规定：“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。出卖人因未

取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移,买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的,人民法院应予支持。”

2. 有利于民法典的构建

如果一个民法典有物权与债权的区分,特别是有“物权编”与“债编”的规定,再有“总则编”的法律行为的规定,那么,区分债权合同与物权合同似乎应该是一个必然的结果。因为合同是双方法律行为,而这种合同(合意)有可能发生在债编,也有可能发生在物权编。

我国《民法典》既然有物权编,也有合同编,还有规定有“法律行为”的总则编,承认债权合同与物权合同也应该是一个必然的结果。

三、诺成合同和要物合同

(一) 分类的标准及概念

这是以契约的成立于当事人的意思表示外是否尚需要交付标的物为标准所作的划分。诺成契约是指当事人意思表示一致契约即告成立的契约,无须为实物的交付;要物契约是指除当事人意思表示一致外,尚需交付标的物的契约。诺成契约与要物契约的分类是一种古老的分类,从梅因对早期契约史的考察中可知,诺成契约是在罗马后期作为最后一种契约成立的方式而产生的,但是一种主要的形式,并且是对后世影响较大的契约,罗马人将其归于“万民法”中。^①实际上是对罗马法契约严格形式的一种补充。在传统民法中,买卖契约、租赁契约、雇佣契约、承揽契约、委托契约等属于诺成契约;借用契约、借贷契约、保管契约等属于要物契约。^②

在我国民法典上,有三种合同属于要物合同:定金合同(第586条)、个人借款合同(第679条)^③与保管合同(第890条)。

为什么会有要物合同这种类型呢?梅因在论述罗马法的要物契约时认为,这是伦理道德因素被纳入契约法的产物。因为,在要物契约产生前,即使借贷双方当事人有了合意,而且交付了金钱,但如果缔约由于疏忽而忽视了法定手续,该行为将不被法律所承认,即借钱的人是不能诉请返还的。但在要物契约发明后,仅仅一方实际交付金钱的履行,就能使他方负担债务。这是基于伦理的根据,第一次把道德上的考虑认为是契约中的一个要素。^④在今天,要物法律行为的数量比罗马法时代有所减少,其原因何在呢?因为,按照梅因的说法,它仅仅是诺成契约发明前的产物,但在诺成契约产生后,它为什么没有消失呢?笔者认为,要物法律行为之所以被保留下来,主要是基于以下两个原因:

1. 基于道德的因素

在现有的要物法律行为中,有些法律行为人们之所以以交付标的物为成立要件,是基于道德上的考虑,如民间借贷、借用等,这些法律行为都是无偿的(例外的情况下借贷可以是附加利息的),而且是多基于互助而为之。而对方没有对应的义务,故若达成协议就给借用人以法律诉求力,便与这些行为的基础不符。因此,将之定为要物法律行为,即只有交付才成立,不交付标的物则不成立法律行为,从而免除了出借人的仅仅因许诺而产生的义务,符合无偿且互

① 参见[英]梅因:《古代法》,沈景一译,188页,北京,商务印书馆,1995。

② 参见王家福主编:《中国民法学·民法债权》,274页,北京,法律出版社,1991。

③ 我国《民法典》第586条规定:“当事人可以约定一方方向对方给付定金作为债权的担保。定金合同自实际交付定金时成立。”第679条规定:“自然人之间的借款合同,自贷款人提供借款时成立。”第890条规定:“保管合同自保管物交付时成立,但是当事人另有约定的除外。”我国《民法典》编纂过程中,对于这一类合同究竟是交付成立还是生效,经过多次讨论,最后在提交第十三届全国人大第三次会议讨论的过程中,才改为“成立”,这是正确的。

④ 参见[英]梅因:《古代法》,沈景一译,187页,北京,商务印书馆,1995。

助的道德基础。

2. 基于这些特殊法律行为本身的性质

有些要物合同，对方承担法律义务的根据就是交付标的物，因而，“合意+标的物交付”更明确了义务人的义务，如借用合同与保管合同，借用人与保管人的主要义务就是对标的物的到期返还，而这种返还的义务是以标的物的交付为根据和前提的。对此，意大利学者在谈到消费借贷时指出的：物的交付，即对物之所有权的转移，是债务人承担义务的根据，债务人恰恰是按照其所接受的数量来承担义务的。如果未发生所有权的转移，则不产生消费借贷。^①

这些要物合同都有一个共同的特征，即针对相对方的交付承担义务，如：借贷合同是到期返还借款；保管合同的保管人的义务是到期返还保管物；借用合同的借用人的义务是到期返还借用物；定金合同的接受人之义务是返还定金（合同履行后）或者返还双倍定金（合同不履行）。若对方不实际移交这些标的物，对方则无法返还之。因此，对方的义务或者权利直接以标的物的交付为条件或者基础。这与买卖合同显然不同，出卖人与买受人形成对价关系，即使出卖人不交付标的物，买受人仍然可以履行自己的义务，而请求对方履行对待给付。但在要物法律行为中，如果对方不交付，本方将无法履行义务。因此，这些合同本身的属性就决定了其必然是要物性的，即以标的物的实际交付为成立要件。所以，这些合同属于特殊法律行为，而不是如有的学者所说的“合同成立的特殊要件”。

（二）分类的意义

区分要物契约和诺成契约的意义在于：

（1）二者成立的要件不同：在诺成契约当事人一经合意契约即告成立；要物契约除此之外，尚要交付标的物。

（2）二者成立的时间不同：诺成契约成立的时间即是合意达成的时间；而要物契约成立的时间为物的交付时间。

四、有名合同与无名合同

（一）分类的标准和概念

这是以契约类型是否在民法典或者特别法中被赋予一定的名称并且有独立的法律规范规定为标准而作的分类。有名契约又称典型契约，是指法律对这类契约赋予一定的名称并且对这一类型设有专门的规范规定的合同，如买卖合同。买卖合同不仅在我国《民法典》合同编中有其类型名称，而且有详细的规则。

无名契约又称非典型契约，是指法律未对其类型特别加以规范规定也未赋予其特定名称，而是由当事人自由创设的契约，如在我国普遍存在的饮食合同、服务合同等。无名契约并非没有自己的名称，而是法律对这类契约类型未明确规定，故其无自己独立的规则，只能适用合同法的一般规则。法国学者指出，所谓有名契约是指法律、法规或者习惯已经赋予其名称，并且有关条文已经赋予其法律制度的合同。这类合同对应的是已经有准确定义的特定活动，如买卖、租赁、委托等。所谓无名合同，是指法律未使用特定名称对其作出规范，因此主要是受普通规则调整的合同。具体来说，无名合同所包含的各种合同并不具有同一性质，但它覆盖了具有各自特性的各种合同。无名合同也是人们在实践中创设的各种合同。合同在“有名”与“无名”之间的归属站队并非永恒不变，有许多原先属于无名合同的合同，一旦经过立法机关规范，便成为有名合同。^② 例如，在我国《民法典》之前，保理合同、合伙合同等都属于无名合

^① 参见 [意] 彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，363页，北京，中国政法大学出版社，1992。

^② 参见 [法] 弗朗索瓦·泰雷等：《法国债法：契约篇》，罗结珍译，120~121页，北京，中国法制出版社，2018。

同，但我国《民法典》将其变为有名合同了。

那么，以什么为标准来决定什么合同属于有名合同或者无名合同呢？我觉得有以下几个标准：

1. 重要性及普遍适用性

如果一种合同在现实生活中被人们普遍使用，而且具有重要性，则可以考虑将其纳入有名合同中，对其规则专门规定。例如，我国《民法典》此次专门将“物业服务合同”规定为有名合同，就是因为这种合同在实践中非常普遍，而且与广大人民的生活息息相关。

2. 特殊性

即使一种合同对于广大人民的生活具有息息相关的重要性和普遍性，但如果其规则没有特殊性，利用合同的一般规则或者其他合同的一般规则就可以很好地解决的，也没有必要规定为有名合同。例如，尽管我国《民法典》规定了“供用电、水、气、热力合同”为有名合同，但笔者始终认为，这种合同的唯一特殊性就在于其供用主体具有“强制缔约义务”，但这种强制缔约义务完全可以在合同编的通则部分解决。其他的问题利用买卖合同完全可以解决。因此，根本不应该规定为有名合同。保理合同也是如此，其特殊性根本算不上特殊。

但物业服务合同确实具有特殊性：签订物业服务合同的人恰恰不是合同当事人，而业主不是合同签订人，却是义务的实际履行人。

（二）分类的意义

有名契约与无名契约的分类起源于罗马法。在罗马法上，有名契约的成立要件、内容、效力、当事人的权利义务，法律均有具体的规定。在历史上，有名合同与无名合同的区分曾经起到了非常重要的作用。在罗马法上，只有按照有名合同的模式铸就时，合同才具有强制力，才可能产生诉权。如果不具备有名合同形式，均不能产生效力。这就是所谓“无形式的简约不能产生任何诉权”。后来，这些合同，在一方当事人已经履行的情况下，通过对待给付之诉，对相对人产生强制力。^①

在今天，有名合同与无名合同的区分，当然不再具有罗马法上的那种意义。其区分主要是在法律适用方面：有名合同首先适用法律为其专门制定的规则。只有在自己的规则没有规定时，才适用合同编的一般规则及民法典的其他规则。例如，我国民法典上的保理合同，在发生纠纷时，先适用《民法典》第761~769条对其作出的特别规定。当没有规定时适用《民法典》合同编及其他各编的规则。例如，保理合同的无效、可撤销、合同债权转让等，适用《民法典》总则编和合同编的一般规定。

在无名合同，因为法律并没有赋予其自己的特别规则，只能适用《民法典》合同编及《民法典》其他各编的一般规则。

五、有偿契约与无偿契约

（一）分类的标准及概念

这是以当事人之间有无对价的给付为标准而作的分类。有偿契约是指当事人双方为取得利益而须支付对价的契约，如《法国民法典》第1106条规定：“当事人双方相互承担给付某物或做某事的义务时，此种契约为有偿契约。”无偿契约则是当事人从对方取得利益而无须支付对价的契约，《法国民法典》将之称为“恩惠契约”，如该法典第1105条规定：“当事人一方无代价给付他方利益时，此种契约为恩惠契约。”在实践中，多为有偿契约，而无偿契约极少，康

^① 参见 [法] 弗朗索瓦·泰雷等：《法国债法：契约篇》，罗结珍译，121页，北京，中国法制出版社，2018。

德认为, 无偿契约主要有三种: (无偿) 保管、借用和捐赠。^①

(二) 分类的意义

区分有偿契约与无偿契约的意义在于:

(1) 对有偿契约的调整如法律无特别规定时, 适用买卖契约的规定; 无偿契约则不然, 其债务人不负标的物的权利瑕疵担保和品质瑕疵担保责任 (特殊情况例外)。

(2) 当事人所负的过失责任的程度不同: 在无偿契约中, 给付只对一方有利, 对债务人自身无利益, 所以债务人只负故意和重大过失责任; 在有偿契约中, 给付对债务人和债权人均有利益, 债务人对此应负抽象的轻过失责任。

(3) 限制行为能力人未经其法定代理人的同意一般不能订立有偿契约, 但可订立无负担的无偿契约, 接受他人给付的利益。^②

六、要式契约与不要式契约

(一) 分类的标准及概念

这是以契约的成立是否要求履行一定的形式和手续所作的分类: 法律要求必须具备一定的形式和手续的契约为要式契约; 法律不要求必须具备一定的形式和手续的契约为不要式契约。美国著名合同法学者科宾指出, 要式合同是指这样一种合同: 其法律效果依赖于它的作成形式或者表示方式, 而不依赖于交换中给付的充分对价, 也不依赖于信赖它的受要约人的任何地位变化。而不要式合同其法律效果不依赖于其作成形式或者表示方式, 大多数这类合同的法律效力都依赖于为换取允诺而给付的充分对价。^③ 科宾显然是从英美合同法理论来分析的, 但其“法律效果是否依赖于其作成形式或者表示方式”的标准, 与大陆法系是一致的。在契约法的发展初期, 对契约成立的形式有较严格的要求, 以要式契约为原则。^④ 在现代各国, 以契约自由为基本原则, 故以不要式契约为原则而以要式契约为例外, 但为保护交易的安全, 对特殊财产, 如不动产契约仍规定为要式契约。我国《民法典》合同编规定的要式契约有: 不动产买卖合同、非自然人之间的借款合同、租赁合同、建设工程合同。

(二) 分类的意义

对契约进行这种分类的意义在于区别形式对不同类型契约的效力。在这个问题上, 各国的规定各有不同, 有的国家的民法典规定契约不具备法律规定的形式不生效力; 有的则规定不具备法定形式契约不成立。

违反法定合同形式的合同是否一律无效, 就要遵循《民法典》第 153 条的规定, 判断形式是否是指向合同效力的强制性规定。另外, 我国《民法典》第 490 条第 2 款规定: 法律、行政法规规定或者当事人约定合同应当采用书面形式订立, 当事人未采用书面形式但是一方已经履行主要义务, 对方接受时, 该合同成立。由此可见, 我国民法典并不采取不具备法定形式的合同不成立或不生效的原则, 而是采取较为灵活的原则。

七、即时清结的合同和不即时清结的合同

(一) 分类标准及意义

这是以给付是否具有连续性为标准所作的分类。即时清结的合同又称一次性给付的合同,

^① 参见 [德] 康德:《法的形而上学原理——权利的科学》, 沈叔平译, 106 页, 北京, 商务印书馆, 1997。

^② 参见周相:《罗马法原论》, 661 页, 北京, 商务印书馆, 1994。

^③ 参见 [美] A. L. 科宾:《科宾论合同》, 王卫国等译, 13 页, 北京, 中国大百科全书出版社, 1998。

^④ 参见 [英] 梅因:《古代法》, 沈景一译, 184~185 页, 北京, 商务印书馆, 1995。