

第一章

合同與合同法概述

一 合同的概念和種類

1 合同的概念和特點

「合同」也稱「契約」。英文中的“contract”，法文中的“*contract*”或“*pacte*”，德文中的“*Vertrag*”或“*Kontrakt*”，意大利文中的“*contractio*”，都表示合同，而這些用語又都來源於羅馬法中的合同概念“*contractus*”。¹然而究竟應如何給「合同」下定義，在大陸法和英美法中一直存在不同的看法。大陸法學者基本上認為合同是一種合意或協議，而英美法學者大都認為合同是一種允諾。

合同是反映交易的法律形式，它反映的是等價交換的基本原則。在中國，千百年來，契約的含義基本上仍保持了「合意」和「拘束」的含義。古代漢語中的「契」，在古代同「鏤」，即用刀子刻的意思；「約」，「纏束也」，該詞「反映了遠古時代刻木為信、結繩記事的遺風」。²以後衍生出「合意」的意思。《說文解字》中說：「券，契也。券別之書以刀判契其旁，故曰契券。」《辭源》說：「合同即指契約文書。當事人訂立一個『約』，表示他們願意受其約束」。「契」和「約」的基本含義就是「合意」、「約束」。古代最典型的兩種契約形式「質劑」和「傅別」，都表達了相同的含義。1949年以前，民法著述中都使用「契約」而不使用「合同」一詞。自20世紀50年代初期至現在，除台灣地區之外，中國的民事立法和司法實踐主要採用了合同而不是契約的概念。³中國民事立法在合同定義上，基本繼承了大陸法的概念，認為合同是一種合意或協議。例如，《民法通則》第85條規定：「合同是當事人之間設立、變更、終止民事關係的協

1. 據學者考證，“*contractus*”一詞由“*con*”和“*tractus*”兩部分組成。“*con*”由“*cum*”轉化而來，有「共」的意思，“*tractus*”有交易的意思。因此，合同的本義為「共相交易」。參見王家福主編（1991）。《中國民法學·民法債權》。北京：法律出版社，286頁。

2. 參見葉孝信主編（1993）。《中國民法史》。上海：上海人民出版社，62頁。

3. 當然，從法律上看，合同和契約是存在區別的，契約常常指雙方的法律行為，而且強調雙方意思表示的對立性，而合同主要指多方法律行為，其主要強調各方意思表示方向的一致性。

議。」《合同法》繼續沿用《民法通則》第85條的規定。該法第2條規定：「合同是平等主體的自然人、法人、其他組織之間設立、變更、終止民事權利義務關係的協議。」根據這一規定，合同具有以下特點：

- (1) 合同是平等主體的自然人、法人和其他組織所實施的一種民事法律行為。《合同法》第3條規定：「合同當事人的法律地位平等，一方不得將自己的意志強加給另一方。」合同當事人屬平等的法律主體，應當基於自願原則訂立合同。《合同法》第2條第1款規定：「本法所稱合同是平等主體的自然人、法人、其他組織之間設立、變更、終止民事權利義務關係的協議。」合同屬合法行為，如果當事人作出的意思表示違法，即便當事人已經達成合意，也不能產生法律拘束力。
- (2) 合同以設立、變更或終止財產關係為內容。《合同法》主要調整平等主體之間的財產關係，而不調整當事人之間的身份關係。對此，《合同法》第2條第2款規定：「婚姻、收養、監護等有關身份關係的協議，適用其他法律的規定。」當事人之間有關身份關係的協議由婚姻法、收養法、繼承法等法律調整，當然，夫妻、親屬之間有關財產關係的協議，也受《合同法》調整，如夫妻約定財產的協議書，即應當適用《合同法》的規定。
- (3) 合同的成立需要當事人意思表示一致。合同又稱協議，相當於英美法上的“agreement”，「協議」一詞在民法中也可以指當事人之間形成的合意。⁴ 當事人必須在平等、自願基礎上進行協商，形成合意。如果不存在平等、自願，也就沒有真正的合意。合同是由平等主體的自然人、法人或其他組織所訂立的，因此，訂立合同的主體在法律地位上是平等的，任何一方都不得將自己的意志強加給另一方。合同是反映交易的法律形式，而任何交易都要通過交易當事人的合意才能完成，所以合同必須是當事人協商一致的產物或意思表示一致的協議。

4. 參見梁慧星（1993）。《民法學說判例與立法研究》。北京：中國政法大學出版社，242-243頁。

2 合同的種類

合同的種類是根據一定的標準對合同所作的分類。對合同作出分類並確定不同的法律規則，有助於指導當事人訂立和履行合同，也有助於人民法院或仲裁機構在處理糾紛時正確適用法律。

2.1 雙務合同與單務合同

根據當事人雙方是否存在對待給付義務，合同可以分為「雙務合同」和「單務合同」。雙務合同是指當事人雙方互負對待給付義務的合同，即雙方當事人願意負擔履行義務，旨在使他方當事人因此負有對待履行的義務。在雙務合同中，雙方當事人的權利義務是相互對應的，且是相互依賴的。單務合同是指僅有一方負擔給付義務的合同。在單務合同中，當事人雙方並不互相享有權利和負擔義務，而主要由一方承擔義務，另一方並不負有相對義務的合同。例如，在借用合同中，只有借用人負有按約定使用並按期歸還借用物的義務。

在雙務合同中，當事人一方因自己的過錯不履行或不適當履行合同時，如果非違約方已經履行合同，可以要求違約方履行合同或承擔其他違約責任；如果非違約方要求解除合同，則對於其已履行的部分有權要求未履行給付義務的一方返還其已取得的財產。但在單務合同中，因主要由一方承擔義務，如果負有履行義務的一方違反了合同義務，則無權要求對方返還財產。同時，對單務合同而言，由於只有一方負擔義務或者另一方雖負有義務但其所負擔的義務並不是主要義務，便不存在雙方權利義務的相互對應和牽連問題。因此，單務合同不適用同時履行抗辯權規則。

2.2 有償合同與無償合同

根據當事人是否從合同中獲取某種利益不同，合同可以分為「有償合同」與「無償合同」。有償是指一方通過履行合同約定的義務而給對方某種

利益，對方要獲得該利益必須為此支付相應代價。有償合同是交易最典型的法律形式，實踐中絕大多數合同都是有償的。無償合同是指一方給付對方某種利益，對方取得該利益時並不支付任何對價的合同。例如，無償借用合同、無償保管合同、贈與合同等。無償合同並非交易關係的典型形式，而是等價有償原則在適用中的例外現象。

由於合同是交易關係的反映，當事人之間的利益關係可能會影響合同義務的內容。例如，《合同法》第374條規定：「保管期間，因保管人保管不善造成保管物毀損、滅失的，保管人應當承擔損害賠償責任，但保管是無償的，保管人證明自己沒有重大過失的，不承擔損害賠償責任。」因此，無償保管合同中保管人所負擔的注意義務程度較低，保管人因過失造成保管物毀損、滅失時，雖不能被免除全部責任，但應酌情減輕責任；而在有償保管合同中，保管人則應當負擔較高的注意義務，如果因其過失造成保管物毀損、滅失時，應負全部賠償責任。

2.3 有名合同與無名合同

根據法律上是否規定了一定的名稱，合同可以分為「有名合同」與「無名合同」。有名合同又稱為「典型合同」，是指法律上已經確定了一定的名稱及規則的合同。《合同法》所規定的15類合同都屬有名合同。無名合同又稱「非典型合同」，是指法律上尚未確定一定名稱與規則的合同。例如，廣告中使用他人肖像的合同、瘦身美容、信用卡、企業諮詢等現代新型合同。⁵ 按照合同自由原則，不論是有名合同，還是無名合同，當事人原則上都可以自由約定合同的內容。

在法律規則的適用方面，對有名合同而言，可以直接適用合同法的規定或其他有關該合同的立法規定。但對於無名合同來說，《合同法》第124條規定：「本法分則或者其他法律沒有明文規定的合同，適用本法總則的規

5. 參見王澤鑒（2013）。《債法原理》。北京：北京大學出版社，137頁。

定，並可以參照本法分則或者其他法律最相類似的規定。」因此，如果合同法分則沒有相關規定，則適用合同法總則的規定。如果其內容涉及有名合同的某些規則，則可以比照適用類似的有名合同的規則，同時參照合同目的及當事人的意思等處理。

2.4 諾成合同與實踐合同

根據合同的成立是否以交付標的物為成立條件，合同可以分為「諾成合同」與「實踐合同」。諾成合同是指當事人一方的意思表示一旦為對方同意即能產生法律效果，即「一諾即成」的合同。實踐合同是指除當事人雙方意思表示一致以外，尚需交付標的物才能成立的合同。在這種合同中，僅雙方當事人意思表示一致，尚不能在當事人之間成立合同關係，還必須有一方實際交付標的物的行為。例如，《合同法》第367條規定：「保管合同自保管物交付時成立，但當事人另有約定的除外。」

諾成合同與實踐合同的生效時間是不同的：諾成合同自雙方當事人意思表示一致時起，合同即告成立；而實踐合同則在當事人達成合意之後，還必須由當事人交付標的物和完成其他給付以後，合同才能成立。諾成合同是合同的典型形態，實踐合同是合同的例外形態，除非法律有特別規定，否則合同一般屬諾成合同。

2.5 要式合同與不要式合同

根據合同是否應以一定的形式為要件，合同可以分為「要式合同」與「不要式合同」。要式合同是指必須依據法律規定的方式而成立的合同。對於一些重要的交易，法律常常要求當事人必須採取特定的方式訂立合同。例如，《合同法》第238條第2款規定：「融資租賃合同應當採用書面形式。」不要式合同是指當事人訂立的合同依法並不需要採取特定的形式，當事人既可以採取口頭形式，也可以採取書面形式。不要式合同是合同的典型形態，按照合同自由原則，除法律有特別規定以外，合同一般都是不要式的。

2.6 主合同與從合同

根據合同相互間的主從關係，合同可以分為「主合同」與「從合同」。主合同是指不需要其他合同的存在即可獨立存在的合同。例如，對於保證合同來說，設立主債務的合同就是主合同。從合同是以其他合同的存在為存在前提的合同。例如，保證合同相對於主債務合同而言即為從合同。主合同不能成立，從合同就不能有效成立；主合同轉讓，從合同也不能單獨存在；主合同被宣告無效或被撤銷，從合同也會失去效力；主合同終止，從合同亦隨之終止。但在例外情況下，從合同的從屬性也可以改變。例如，在獨立保證中，保證人的責任具有一定的獨立性。

2.7 預約（預備合同）和本約（本合同）

所謂「預約」，是指當事人之間約定將來訂立一定合同的合同；將來應當訂立的合同，稱為「本約」。如將來買賣飛機票的合同為本約，而預先約定將來購買飛機票的合同則為預約。對預約合同而言，本約合同在預約成立時尚未成立。預約合同的成立和生效僅使當事人負有將來按預約規定的條件訂立主合同的義務，而不負履行將來要訂立的合同中的義務。當然，預約在性質上應當屬獨立的合同關係，如果「預約」的一方當事人不履行其訂立本約的義務，則另一方有權請求法院強制其履行義務及承擔違約責任。

2.8 為訂約人自己訂立的合同和為第三人利益訂立的合同

根據訂約人訂立合同的目的是否為自己謀取利益，合同可以分為「為訂約人自己訂立的合同」和「為第三人利益訂立的合同」。為訂約人自己訂立的合同是指訂約當事人訂立合同是為自己設定權利，使自己直接取得和享有某種利益。為第三人利益訂立的合同是指訂約當事人並非為自己設定權利，而是為第三人的利益訂立合同，合同將對第三人發生效力。例如，甲、乙雙方約定由甲訂購乙所製作的蛋糕，由乙送給甲的朋友丙。在該合同中，丙並

未參與訂約過程，但依據該合同可享受權利，該合同即屬為第三人利益訂立的合同。

在為第三人利益訂立的合同中，第三人並非訂約當事人，其雖然可以請求債務人履行債務，但在債務人不履行債務時，該第三人無權請求其承擔違約責任。對此，《合同法》第64條規定：「當事人約定由債務人向第三人履行債務的，債務人未向第三人履行債務或者履行債務不符合約定，應當向債權人承擔違約責任。」

二 合同關係

1 合同關係的構成

1.1 合同關係的主體

合同關係的主體又稱為合同的當事人，包括債權人和債務人。債權人有權請求債務人按照法律規定和合同約定履行義務；而債務人則應依據法律規定和合同約定履行其債務。在合同關係中，債權人與債務人的地位是相對的。但在雙務合同關係中，當事人雙方互為權利義務人，即一方所享有的權利，乃是另一方所負有的義務，反之亦然。因此，雙方互為債權人和債務人。

基於合同相對性的原理，合同關係的主體都是特定的，債權人只能向特定的債務人提出請求，而不能向與其沒有合同關係的第三人提出請求，債務人也只能向債權人或者其指定的人履行債務。正是因為這一原因，合同債權又稱為「對人權」。

1.2 合同關係的內容

合同關係的內容包括基於合同而產生的債權和債務，又稱合同債權和合同債務。合同債權是指債權人依據法律或合同的規定而享有的請求債務人為

或者不為一定行為的權利。合同債權在本質上是一種請求權，而不是像物權那樣是一種支配權。在合同關係中，債權人並不享有直接支配標的物的權利，而只能請求債務人依照債的規定為一定行為或不為一定的行為。例如，買賣合同中規定，出賣人應於某年某月交貨，買受人只能在履行期到來後，請求出賣人交付貨物，而不能實際支配出賣人的貨物，只有在出賣人實際向買受人交付財產後，買受人佔有了財產，才能夠對該物享有所有權。當然，除請求權外，合同債權還包括代位權、撤銷權等法定的權利。

合同債務是指債務人所承擔的義務，即債務人向債權人為或者不為特定行為的義務。合同債務根據不同的標準有不同的分類，如主要義務和次要義務、給付義務和附隨義務、明示義務和默示義務等。無論何種義務，債務人都應按照法律規定、合同約定及誠實信用原則履行。

1.3 合同關係的客體

合同關係的客體為合同債權與合同債務所指向的對象。本書認為，合同關係的客體是行為，即債務人應為的特定行為。因為債權人在債務人尚未交付標的物之前，並不能實際佔有和支配該標的物，而只能請求債務人為或者不為一定的行為。所以，合同關係的客體主要是債務人的行為而非物。

2 合同關係的相對性

合同關係是特定當事人之間的關係，因此具有相對性。合同關係的相對性在大陸法中稱為「債的相對性」，它是指合同主要在特定的合同當事人之間發生，合同當事人一方只能基於合同向與其有合同關係的另一方提出請求，而不能向與其無合同關係的第三人提出合同上的請求，也不能擅自為第三人設定合同上的義務。合同相對性規則主要包含如下三個方面的內容：

2.1 合同主體的相對性

所謂合同主體的相對性，是指合同關係只能發生在特定的主體之間，只

有合同當事人一方能夠向合同的另一方當事人基於合同提出請求或提出訴訟。合同關係僅發生在特定的當事人之間，因而只有合同關係當事人彼此之間才能相互提出請求，與合同關係當事人沒有發生合同上的權利義務關係的第三人，不能依據合同向合同當事人提出合同上的請求和訴訟。例如，甲、乙訂立買賣合同後，甲委託丙向乙送貨，結果因為丙的原因導致貨物毀損，此時，乙只能請求甲承擔違約責任，由於乙、丙之間並不存在合同關係，因此，乙無權請求丙承擔違約責任。

2.2 合同內容的相對性

所謂合同內容的相對性，是指除法律另有規定或者合同另有約定外，只有合同當事人才能享有合同債權，並承擔合同義務，合同當事人以外的任何第三人都不能主張合同上的權利。在雙務合同中，合同內容的相對性還表現在一方的權利，就是另一方的義務，權利義務是相互對應的，權利人的權利須依賴於義務人履行義務的行為才能實現。合同規定由當事人享有的權利，原則上不能由第三人享有；合同規定由當事人承擔的義務，一般也不能對第三人產生拘束力。合同內容的相對性也存在一些例外，例如，在合同保全的情形下，法律為防止因債務人的財產的不當減少而給債權人的債權帶來損害，允許債權人對債務人和第三人的某些行為行使撤銷權及代位權，這兩種權利的行使，都涉及合同關係以外的第三人，並對第三人產生法律上的拘束力，這可以看作是合同相對性原則的例外。

2.3 合同責任的相對性

合同義務的相對性必然決定合同責任的相對性。所謂合同責任的相對性，是指合同責任只能在特定的當事人之間，即合同關係的當事人之間發生，合同關係以外的人不負違約責任，合同當事人也不對其承擔違約責任。例如，在「顧某訴交通銀行上海分行儲蓄合同糾紛案」中，法院認為，被告上海交行向原告顧某發行的太平洋借記卡，其上有「銀聯」聯網標識，能