



李永军 | 著

# 合同法

CONTRACT LAW

| 第三版 |



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA



李永军 | 著

# 合同法

CONTRACT LAW

| 第三版 |



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

合同法 / 李永军著. —3 版. —北京:法律出版社, 2010. 6  
(研究生教学书系)  
ISBN 978 - 7 - 5118 - 0912 - 4

I. ①合… II. ①李… III. ①合同法—中国—研究生—教材 IV. ①D923. 6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 121181 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社  
总发行/中国法律图书有限公司  
印刷/永恒印刷有限公司

编辑统筹/法律教育出版分社  
经销/新华书店  
责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16  
版本/2010 年 6 月第 3 版

印张/39.25 字数/757 千  
印次/2010 年 6 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 重庆公司/023-65382816/2908  
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0912 - 4

定价:54.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 第三版序

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所忽视,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。

契约自由的这种上述价值理念也正是商品经济和自由竞争所需要的,因为自由竞争的自由经济是建立在这样一种思想之上: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。故它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,契约自由作为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)均规定有对于因错误、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之义。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,各国法上均设定了对于不公平条款的规制原则,诚实信用原则在合同法上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。如果没有必要的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，因此，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：因为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。

但是，为什么契约一旦形成，便会对当事人具有法律上的约束力？对此问题，大多数人只接受现成的定论，而很少去研究它。但我认为，这恰恰是契约法的核心问题。我常常想：为什么当事人一旦约定便会对其产生约束力？为什么大陆法系国家的民法典中还有关于契约效力的反对物——同时履行抗辩权、不安抗辩权等？为什么大陆法系国家的合同法上有原因理论（如法国民法典、意大利民法典等），而英美法系国家的合同法上有约因理论？有的学者，如美国的弗利得教授认为，契约的生命正是约定。但这仅仅是表面上的，如果果真如此的话，就无法解释原因与约因理论。我认为，契约效力的根源在于物化意志的交换，这是契约当事人自律的根本。而法律对当事人合理之期待利益的保护，则是契约效力的他律原因。其基础是交易，契约仅仅是这种交换的形式而已。以上便是作者对《合同法原理》一书的基本构思。

非常感谢广大读者对本书及本人的厚爱，自本书出版五年多来，得到了许多读者的指教和教诲，在此，我表示衷心的感谢。这五年多的时间，我国的经济和法制取得了巨大的进步，合同法理论和实践也有了长足的进步，尤其是最高人民法院出台了合同法的司法解释（二），因此，需要对我的合同法专著进行修订。此次修订，内容涉及大部分章节。从结构上看，删除了原来的第十六章（买卖合同特别），使本书成为真正的合同法总论。希望读者能够从中受益。

当然，我会继续对合同法的研究及对本书的修改，套用一句广告中的话作为我个人努力的目标：“没有最好只有更好。”对契约法的研究，依我个人的感觉，实际

上是与人文主义的对话。契约法中所蕴涵的自由、平等和公平的价值,常常令人感慨万千,回味无穷。我非常希望能够与作者分享这种愉悦的感受。我也真诚希望广大读者及学界同仁对本书提出批评与指教,你们的批评与指教是对我的帮助与关爱,也是推动我进步的另一声音。

李永军

2010年4月

# 目 录

<b>第一章  私法体系中的契约制度</b> .....	( 1 )
第一节  契约的概念与边缘界定 .....	( 1 )
第二节  契约制度在私法体系中的地位与作用 .....	( 16 )
第三节  契约的分类 .....	( 21 )
<b>第二章  契约自由及其在现代合同法上的地位</b> .....	( 33 )
第一节  契约自由的一般概述 .....	( 33 )
第二节  契约自由原则的衰落 .....	( 47 )
第三节  契约自由原则在现代契约法上的地位 .....	( 60 )
<b>第三章  契约关系的确立及其程式</b> .....	( 66 )
第一节  契约关系的确立及其程式概述 .....	( 66 )
第二节  契约成立的第一步——要约 .....	( 67 )
第三节  契约成立的决定性阶段——承诺 .....	( 97 )
第四节  契约订立的特殊程式 .....	( 121 )
第五节  契约成立的性质和要件 .....	( 127 )
第六节  缔约失败的责任基础——缔约过失责任 .....	( 128 )
<b>第四章  契约效力的根源及其正当化说明理论</b> .....	( 139 )
第一节  问题的提出 .....	( 139 )
第二节  约定理论及其正当化(一)——内在的视点 .....	( 141 )
第三节  约定理论及其正当化(二)——外在的视点 .....	( 150 )
第四节  关系契约论——法社会学的新视点 .....	( 155 )
第五节  英美法上的约因理论 .....	( 162 )
第六节  大陆法上的原因理论 .....	( 174 )
第七节  对契约效力根源的分析与思考 .....	( 180 )
<b>第五章  契约的生效</b>	
——对私人行为的法律评价及其标准 .....	( 184 )
第一节  对私人行为的法律评价的意义与标准 .....	( 184 )
第二节  当事人的缔约能力 .....	( 185 )
第三节  意思表示 .....	( 200 )

第四节	合同形式	(202)
第五节	合同标的的确定并合法	(210)
第六节	合法的原因或者对价	(212)
<b>第六章</b>	<b>定式合同及其规制</b>	<b>(215)</b>
第一节	定式合同概说	(215)
第二节	定式合同产生与存在的基础	(218)
第三节	对定式合同规制的法理基础	(225)
第四节	对定式合同的立法规制	(230)
第五节	对定式合同的司法规制	(241)
第六节	对定式合同的预防性规制	(247)
第七节	我国对定式合同的规制体系	(249)
<b>第七章</b>	<b>病态契约及其法律救济</b>	<b>(259)</b>
第一节	病态契约及其法律救济一般概述	(259)
第二节	病因之一——错误	(263)
第三节	病因之二——胁迫	(286)
第四节	病因之三——欺诈	(296)
第五节	病因之四——显失公平	(307)
第六节	病因之五——不当影响	(316)
第七节	病因之六——善良风俗与公共秩序	(319)
第八节	病因之七——违反法律规定	(331)
第九节	对病态契约的救济	(335)
<b>第八章</b>	<b>契约权利与义务的移转</b>	<b>(358)</b>
第一节	契约权利与义务的移转概述	(358)
第二节	合同债权的让与	(362)
第三节	债务承担	(376)
第四节	合同权利义务的概括承受	(379)
<b>第九章</b>	<b>涉他性契约</b>	<b>(386)</b>
第一节	契约效力的相对性原则及其衰落	(386)
第二节	契约效力相对性的例外——契约的涉他性	(392)
第三节	合同相对性原则在现代合同法上的地位	(407)
<b>第十章</b>	<b>交易基础瑕疵与合同效力</b>	<b>(409)</b>
第一节	交易基础瑕疵理论的基本概述	(409)
第二节	对主观法律行为基础瑕疵的法律救济	(414)
第三节	客观行为基础瑕疵及其救济	(416)
第四节	我国法上的情事变更原则	(433)



<b>第十一章</b>	<b>合同债权的保全</b> .....	(439)
第一节	合同债权保全的概念 .....	(439)
第二节	债权人的代位权 .....	(440)
第三节	债权人的撤销权 .....	(449)
<b>第十二章</b>	<b>契约履行中的抗辩</b> .....	(453)
第一节	同时履行抗辩权 .....	(453)
第二节	不安抗辩权 .....	(462)
<b>第十三章</b>	<b>契约解释规则</b> .....	(468)
第一节	契约解释概述 .....	(468)
第二节	解释的基本原则 ——主观主义与客观主义的历史与现在 .....	(474)
第三节	客观主义兼主观主义原则下的解释规则 .....	(482)
第四节	补充性解释 .....	(490)
第五节	合同解释对意思自治的影响 ——一个契约死亡的新的注脚 .....	(494)
<b>第十四章</b>	<b>违约与救济</b> .....	(501)
第一节	违约责任的归责原则 .....	(501)
第二节	违约的一般概述 .....	(506)
第三节	期前毁约在大陆法系和英美法系的救济制度对比 ——对我国合同法引进英美预期违约制度的必要性的质疑 .....	(510)
第四节	加害给付 .....	(521)
第五节	救济措施(一)——实际履行 .....	(531)
第六节	救济措施(二)——契约的解除 .....	(541)
第七节	救济措施(三)——损害赔偿 .....	(555)
第八节	免责事由 .....	(584)
<b>第十五章</b>	<b>因违约而产生的非财产性损害之合同救济</b> ——违约与侵权二元救济体制下的非财产性损害之 合同性赔偿的正当性 .....	(589)
第一节	违约与侵权二元救济体制的历史与现状 .....	(589)
第二节	对非财产性损害给予合同救济的理论依据与实证法依据 .....	(598)
第三节	对非财产性损失进行赔偿的限制 .....	(603)
第四节	我国学理判例与立法对于非财产性损害的合同救济的态度 .....	(605)
<b>第十六章</b>	<b>契约法的未来</b> .....	(611)
第一节	契约法本身的未来 .....	(611)
第二节	契约制度价值与契约制度本身的未来 .....	(614)

# 第一章 私法体系中的契约制度

## 第一节 契约的概念与边缘界定

### 一、契约的概念

应当说,任何概念都很难是唯一的。美国著名学者柯宾指出,有一种非常普遍的错误假设,即认为法律术语(例如合同)一定有一个绝对正确和永远正确的定义。而事实是,所有这样的术语都有许多用法,每一个人都可以从中选择。……应当看到,没有一个定义可能是独一无二的“正确”的,这是一个用法和便利的问题。<sup>〔1〕</sup>所以对概念进行界定是一件十分困难的事。但为了论述的方便,有时我们又不得不勉为其难。由于契约关系的复杂性,对其下定义,更得谨慎。凯尔森教授关于如何给“法”下定义的原则,为我们提供了有益的启示:“对一个概念下定义的任何企图,必须要将表示该概念的这个词的通常用法当作它的出发点。在对法的概念下定义时,我们必须从考察下述问题开始:一般称为‘法’的这些社会现象是否提供了使它们区别于其他同类社会现象的一个共同特征?这一特征在人的社会生活中是否重要到这样的程度,即可能成为有助于认识社会生活中各种概念的基础?”<sup>〔2〕</sup>由于历史的原因和司法制度的不同,大陆法系和英美法系关于契约的概念有极大的不同,我们对之分别进行考察。

#### (一)大陆法系国家关于契约的一般概念

在大陆法系国家,民法的许多原则均源于罗马法,契约也不例外。根据罗马法,契约是指“得到法律承认的债的协议”。<sup>〔3〕</sup>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(*conventio*)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,而且物权法、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

〔1〕 [美] A. L. 柯宾:《柯宾论合同》,王卫国等译,中国大百科全书出版社1998年版,第8—9页。

〔2〕 [奥] 凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第4页。

〔3〕 [意] 彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第307页。

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,都是契约……公元前2世纪以后,债的协议受市民法的保护,称为契约;不受市民法保护的,称为“简约”(pactum)。<sup>[4]</sup>《法国民法典》规定的契约的定义,即从罗马法承袭而来,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,这一定义逐渐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”,这句话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各国法律普遍承认的。<sup>[5]</sup>这也就难怪美国学者詹姆斯·高德利对《法国民法典》的创新性提出质疑。<sup>[6]</sup>

对于一个合同而言,仅仅有合意是不够的,还必须有特定的目的。合同法上合意的本质或者目的是什么呢?对此,康德认为,通过契约,我获得了另一个人的允诺,它不同于被允诺的对象……通过取得一种主动的责任,我能够对另一个人的自由和能力施加压力。于是,我的占有就变得多了一些。我的这种权利只不过是一种对人权,它的效力只能影响到某个特定的具体的人,特别是影响到他意志的因果关系,于是,他必须为我做一些事情。<sup>[7]</sup>康德所说的“合意的目的”实际上就是我们所说的合同的第二个要素——债权债务关系(财产性的权利义务关系)。德国学者解释合同正是这样一个过程:个人通过自己的行为将自己的自由交由他人支配,即按照他自己的意思承担向他人“给付”的义务。也正是这样,合同成了法律自由权利王冠上的宝石。<sup>[8]</sup>

[4] 周枏:《罗马法原论》,商务印书馆1994年版,第654页。

[5] [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《民商法前沿》2002年第1、2辑,第142页。

[6] [美]詹姆斯·高德利:“法国民法典的奥秘”,张晓军译,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第5卷),法律出版社1996年版,第562页以下。

[7] [德]康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆1997年版,第91页。

[8] [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《民商法前沿》2002年第1、2辑,第143页。

在此,《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。<sup>[9]</sup>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。<sup>[10]</sup>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种时指出:“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。”<sup>[11]</sup>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”<sup>[12]</sup>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

[9] [德]康伯拉·茨威格特、海因·科茨:“合同法中的自由与限制”,孙宪忠译,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第9卷),法律出版社1998年版,第349页。

[10] 尹田:《法国现代合同法》,法律出版社1995年版,第1页。

[11] 尹田:《法国现代合同法》,法律出版社1995年版,第1—2页。

[12] 张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社1991年版,第577页。

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。

根据我国《合同法》第2条的规定,合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议,不是我国合同法上所讲的合同。虽然我国《合同法》上的合同概念也包含了经典合同的基本要素,即“合意+财产性权利义务”,但却没有将合同定义到“法律行为”上去,而是将合同定义到“协议”中,是一个很大的缺陷。关于此点,我在下面还要谈到。

## (二)英美法系国家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·布莱克斯顿(William Blackstone)在其1756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。<sup>[13]</sup>但是,英国学者阿蒂亚(P. S. Atiyah)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。”<sup>[14]</sup>但是,阿蒂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。”<sup>[15]</sup>安森(Anson)给合同下的定义是:一种法律上能够强制执行的协议,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。<sup>[16]</sup>柯宾认为,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

[13] 岳彩申:《合同法比较研究》,西南财经大学出版社1995年版,第16页。

[14] [英]P. S. 阿蒂亚:《合同法概论》(中译本),法律出版社1982年版,第27页。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。参见[美]麦克尼尔:《新社会契约论》,雷喜宁等译,中国政法大学出版社1994年版,代译序,第2页。

[15] [英]P. S. 阿蒂亚:《合同法概论》(中译本),法律出版社1982年版,第28页。

[16] 转引自[美]A. L. 柯宾:《柯宾论合同》,王卫国等译,中国大百科全书出版社1998年版,第8页。

系,他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。<sup>[17]</sup>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。”<sup>[18]</sup>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概念。

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。<sup>[19]</sup>美国学者柯宾也认为,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。<sup>[20]</sup>但按照英国法则将其视为合同的一种,例如,阿蒂亚认为: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,允诺某种事实的客观存在,即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,好象有点牵强附会,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。<sup>[21]</sup>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。<sup>[22]</sup>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。

应当特别指出的是,目前英美法系国家的学理和司法判例关于契约的概念与大陆法系呈现融合的趋势,如特内脱在其《合同法》一书中将契约定义为“产生由

[17] [美] A. L. 柯宾:《柯宾论合同》,王卫国等译,中国大百科全书出版社1998年版,第8页。

[18] 转引自岳彩申:《合同法比较研究》,西南财经大学出版社1995年版,第17页。

[19] 梁慧星:《民法学说判例与立法研究》,中国政法大学出版社1993年版,第238页。

[20] [美] A. L. 柯宾:《柯宾论合同》,王卫国等译,中国大百科全书出版社1998年版,第11页。

[21] [英] P. S. 阿蒂亚:《合同法概论》(中译本),法律出版社1982年版,第28页。

[22] [美] 麦克尼尔:《新社会契约论》,雷喜宁等译,中国政法大学出版社1994年版,第4页。

法律强制执行或认可的债务的合意”<sup>[23]</sup>,约翰·怀亚特则认为“合同就是关于去做或避免去做某件合法的事情的具有约束力的协议”<sup>[24]</sup>。《布莱克词典》、《牛津法律大词典》对契约所作的定义均与此相同。究其原因,主要是因为英美法系中关于“约因”的传统理论发生了极大的改变<sup>[25]</sup>。在英国法的历史上,哪些当事人的合意法院给予强制执行,哪些不给予,约因就是一个区别的标准。以约因的存在作为确定允诺具有强制性的标准有两大优点,即满足商业上的需要,避免法律与道德的冲突。但是,随着判例法的不断发展,约因理论越来越混乱,甚至很难有统一的规则。对此,阿蒂亚指出:“关于‘约因学说’的法律是十分困难、混乱且处处自相矛盾的……如果认为能将这种学说压缩成一套前后一致的规则或者认为这种学说从一开始就是那种‘终极的’形式而没有发生过变化,那似乎也是错误的。”<sup>[26]</sup>关于约因的理论和学说我们在下面还要提及,在此仅就与契约的概念变化相联系的有关约因的问题作一说明。引起英美法契约概念发生变化的约因学说的发展和变化主要表现在:

其一,在历史上经典的契约法理论是关于纯粹的交易理论,约因是其核心,即具有经济价值的约因的当事人之间的合意才能发生法律上的拘束力,道德上的义务不能作为约因,如古典契约理论的完成者威灵斯顿认为,拘束力的有无必须明确加以定义,反对将道德上的义务作为约因。<sup>[27]</sup>但是,在美国的司法实践中,道德上的义务作为约因的判例却屡见不鲜,例如韦布诉麦克商文案(Webb v. McGowin 232 Ala. 374. 168 So. 199 [1936])便是一例。<sup>[28]</sup>

其二,“没有约因的许诺是不能被执行的”,是英美契约法的一般规则,但英美判例法却创造了改变这一传统原则的许多例外的规则,如“信赖利益原则”<sup>[29]</sup>由丹宁(Denniny)法官创立的并被其称为是“习惯法和衡平法相融合的自然结果”的“约定禁止翻悔”的原则<sup>[30]</sup>等,使得根本无约因的当事人的许诺也得到了法院的强制执行。

[23] 梁慧星:《民法学说判例与立法研究》,中国政法大学出版社1993年版,第238页。

[24] [美]约翰·怀亚特、麦迪·怀亚特:《美国合同法》,汪仕贤等译,北京大学出版社1980年版,第1页。

[25] 正是由于传统的约因理论的改变,使得关于约因的规则已无法遵循,故引起了传统的契约理论的改变。也正是由于这种改变,使美国学者格兰特·吉尔默(Grant Gilmore)发出了“契约的死亡”(death of contracts)的惊呼,而在法学界引起了极大的波动。

[26] [英]P. S. 阿蒂亚:《合同法概论》(中译本),法律出版社1982年版,第74页。

[27] [日]内田贵:“契约的再生”,胡宝海译,载梁慧星主编:《民商法论丛》,法律出版社1995年版,第303页。

[28] [日]内田贵:“契约的再生”,胡宝海译,载梁慧星主编:《民商法论丛》,法律出版社1995年版,第302页。

[29] 沈达明:《英美合同法引论》,对外贸易出版社1993年版,第66页。

[30] [英]丹宁(Denniny):《法律的训诫》,法律出版社1983年版,第177页。

其三,在英美法系契约法的发展历史上,特别是英国契约法的历史上,有相当长的一段时间内,唯一被承认的约因是已经履行了的约因,如果债务人没有得到约因他就没有义务,换句话说,债权人只有在已履行了约因的情况下才能起诉<sup>[31]</sup>。但是,现在“尚未履行的允诺”也构成约因已成为英美法契约理论的定论,这样,双方的合意就是可被强制执行的合同,结果与大陆法系上契约的概念并无不同。

正是由于以上的原因,弗利得(Fried)教授指出:“判例充满矛盾,约因理论也表现出没有形成一贯的理论。最终我的结论是契约的生命正是约定。”<sup>[32]</sup>也正是由于约因理论的不一致,就使得许多英美法系的学者直接用当事人的约定来定义契约,结果是其关于契约的概念与大陆法系上的契约概念逐渐融合。

### (三)关系契约论关于契约的概念

关系契约由苏格兰出身的美国契约法学界的风云人物——麦克尼尔创立,并集中体现在其广为注目的著作《新社会契约论》<sup>[33]</sup>中。关系契约理论关于契约的概念是什么呢?麦克尼尔试图把关系契约法与古典契约法进行对比而提出契约的概念。他认为,“古典契约法”是指威灵斯顿(Williston)契约法和《第一次契约法重述》(1932年)所体现出来的契约法;而所谓的“新古典契约法”具体是指《统一商法典》第二编和《第二次契约法重述》(1979年)所体现出来的契约法。<sup>[34]</sup>但这些均为个别性契约,而契约必然含有关于未来的合意的性质。从社会学的角度看,所谓契约“不过是有关规划将来交换的过程的当事人之间的各种关系”<sup>[35]</sup>。作者认为,仅仅通过合意这一范畴并不能适当地把握当事人之间的契约关系的整体结构,应强调契约的基本根源在社会之中,因此,如果把单纯最大限度地追求私益的孤立的个人作为当事人的典型,会妨碍正确地认识契约的本质。

[31] 沈达明:《英美合同法引论》,对外贸易出版社1993年版,第39页。

[32] [日]内田贵:“契约的再生”,胡宝海译,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第4卷),法律出版社1996年版,第201页。

[33] 本书的题目很容易使人误解为麦克尼尔要提倡一种法哲学意义上的新“社会契约论”。作者之所以采用这样的标题当然有一番考虑,他要告诉读者:尽管这里讨论的是契约法领域内的事,但却是从社会学的角度入手的。正如作者在该书的导言中所指出的那样:“本书的书名是一个隐喻,对此不必太认真,就如对格兰特·吉尔默《契约的死亡》一样。‘社会契约’这一术语已有约定俗成的用法,一些同事劝我不要使用它做书名,以免引起误解。经过认真的考虑,我还是保留了这个题目,我希望书中的目录会避免这种歧义。”但是,另一方面,作者选用这个书名,也确实意味着与卢梭的“社会契约”的概念有某种联系,因为作者自己认为“现代契约关系从总体上说是卢梭的概念的活生生的翻版”,并引用1979年撒切尔夫人在与英国工会的争议中获胜的例子,说明其获胜的原因主要是因为英国工会违反了“社会契约”,来说明“社会契约”理论在现实生活中的再现。

[34] [日]内田贵:“契约的再生”,胡宝海译,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第4卷),法律出版社1996年版,第222页。

[35] [美]麦克尼尔:《新社会契约论》,雷喜宁等译,中国政法大学出版社1994年版,第4页。



在这里,麦克尼尔把契约的内容理解为“对未来交换的安排”,这与美国传统契约法不承认即时交易为契约的理论是一致的。他认为,一种选择意识和对未来的认识通常促使人们为未来进行活动制定计划。当这些行动和计划关系到交换时,这种交换就被规划到以后了。也就是说,某种交换的因素,不是立即发生,而是要将来才能发生,而这种安排人们将来交换的规则,就是契约<sup>[36]</sup>。那么,这些规则,即契约究竟应当是什么呢?作者对美国《契约法重述》(第2版)对契约的定义进行了批评,指出这不过是法律上的契约的概念,而不是事实上契约的定义。它把一些特定的关系排斥在外,而法律只不过是全部契约关系的内在的组成部分,不可忽视的一部分,但法律不是契约的全部,要理解契约法,首先要想到的必须是交换问题,其次才是法律。因此,契约是包括法律在内的各种关系,如习俗、身份、习惯及其他为人所内化的东西,这些关系都可规划未来的交换。<sup>[37]</sup>这一观点,可以说与凯尔森的观点不谋而合。<sup>[38]</sup>

除此之外,麦可尼尔将关系契约与古典契约法进行了对比,他把契约现象分为两种理想的状态:“个别性契约”和“关系性契约”。个别性契约即传统的契约,它意味着除了物品的单纯交换之外,当事人之间不存在任何关系,它的模式就是新古典微观经济的模式。个别性交易的性质形成了对这样一个事实的明确认识:交换是要进行的,交换具有得失所系的特性。每个当事人都企图用另一方当事人的代价最大限度地扩大自己的所得。因此,个别性交易突出的是交换固有的分离性和自利性,而不是它的凝聚性和合作性。<sup>[39]</sup>正如日本提倡关系契约理论的内田贵所总结的那样,在个别性契约上,共同规范中的“计划的实行”和“同意的实现”两种规范尤其被强调。所谓“计划的实行”是指要求忠实地实行在契约当初所策划的计划的规范;所谓“同意的实现”是指当事人同意的内容自始至终受到尊重。由此产生了个别性契约特有的规范的“现代化”(Presentitation)和“个别性”

[36] [美]麦克尼尔:《新社会契约论》,雷喜宁等译,中国政法大学出版社1994年版,第4页。

[37] [美]麦克尼尔:《新社会契约论》,雷喜宁等译,中国政法大学出版社1994年版,第7页。

[38] 凯尔森也认为,法是人的行为的一种秩序。一种秩序是由许多规则组成的一个体系。法并不是像有所说的一个规则,它是具有那种我们理解为体系的统一性的一系列规则。如果我们将注意力局限于个别的孤立的规则,那就不可能了解法的本质。将法律秩序的各个特殊规则连接起来的那些关系,对法律性质来说,也是必不可少的。他举例说,一个人之清偿债务的法律义务,往往不是因为他希望避免法律规定的对不清偿债务的人的制裁,而是因为他明白如果他注意清偿债务,他的信用便会增高;如果他不清偿债务,他便会失去信用,法律并没有将信用的利益规定为履行自己义务的一种奖赏。这种利益是事实上与合法行为连在一起的一种好处,而合法行为的动机往往是取得这种好处的希望。如果我们从一般人依法律规则行为这一事实,就得出结论说,这种结论是由法律秩序的观念,对法律秩序制裁的恐惧所施加的精神强迫而造成的,那是没有理由的。参见凯尔森:《法与国家的一般理论》,中国大百科全书出版社1996年版,第1页,第25页。

[39] [美]麦克尼尔:《新社会契约论》,雷喜宁等译,中国政法大学出版社1994年版,第17页。