

# 合同效力问题研究

THE STUDY ON THE PROBLEM OF THE  
VALIDITY OF CONTRACT

马齐林/著

知识产权出版社

# 合同效力问题研究

THE STUDY ON THE PROBLEM OF THE  
VALIDITY OF CONTRACT

马齐林 著

知识产权出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

合同效力问题研究/马齐林著. —北京:知识产权出版社, 2005. 5

ISBN 7-80198-090-5

I. 合… II. 马… III. 合同法—对比研究 IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 045640 号

### 内容提要:

合同效力制度作为合同法的核心部分,具有复杂性、多样性以及可变性。对合同效力问题的研究,已非传统的合同法理论所能解决。我国《合同法》虽对合同效力问题作了专章规定,但仍有许多需完善之处。本书作者从比较法的视角,结合国内外学界的研究成果,根据经济学、伦理学、法哲学、法理学、民法学和商法学等学科的诸多理论对合同效力问题进行了跨文化、跨学科的多角度、多方位的系统、深入的研究。

### 合同效力问题研究

著 者: 马齐林

责任编辑: 范红延

---

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址: <http://www.cnipr.com>

电 话: 010-82000890 82000860 转 8129

印 刷: 知识产权出版社电子制印中心

开 本: 大 32 开

版 次: 2005 年 5 月第一版

字 数: 310 千字

邮 编: 100088

电子邮箱: [bod@cnipr.com](mailto:bod@cnipr.com)

传 真: 010-82000890

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 11.75

印 次: 2005 年 5 月第一次印刷

定 价: 40.00 元

ISBN 7-80198-090-5/D·252 (10013)

---

如有印装质量问题,本社负责调换。

## 前 言

合同法是现代民商法的最重要的组成部分之一,而合同效力制度则可以称之为合同法的核心部分。因为,合同的整个运行过程,实际上就是合同效力的运行过程,无非是由合同效力的生成(合同的成立)、合同效力的类型化判断、合同效力的实现(合同的履行)和合同效力的保障(违约及其救济)等几个部分构成。所以,加强对合同效力问题的研究,对合同法乃至整个民商法的理论与实践无疑具有非常重要的意义。《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)对合同效力问题专章作了规定。《合同法》关于合同效力问题的规定,与《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)和已经被废止的三部合同法相比,已有很大进步,也必将为促进我国市场经济的发展、充分尊重当事人的意思自治作出贡献。但是,由于合同效力问题本身的复杂性、多样性以及可变性,合同效力不仅仅涉及合同法本身的内容,而且更涉及经济学、法哲学、法理学、民法学和商法学等学科当中的很多重要的内容,还涉及国家干预和社会公共利益以及伦理道德等诸多重要问题。可以说,合同效力问题并不是《合同法》中简单的一章所能解决的。笔者认为,我国《合同法》在合同效力方面的规定虽然较前已有很大进步,但不能说已完美无缺,仍有许多须完善之处,需要从比较法的视角,进行跨文化、跨学科的多角度、多方位的系统深入的研究。本书将分四章就合同效力问题进行系统深入的研究。

第一章,合同效力问题研究导论。要对合同效力问题进行研究,首先面临的是如何理解“合同”与“效力”这两个概念。概念虽

然不是最重要的,但并非不重要。因为不同的概念会引发不同的研究思路,甚至会得出不同的研究结果。本章对“合同”与“效力”这两个概念进行了较为深入的研究,并以此为以后各章的研究予以铺垫。可以说,本章是全书的基点,它解决的是关于合同效力制度的基本性问题和整体性问题,是本书以后各章研究的“钥匙”。通过研究,得出以下结论:

一、我国现行立法中的合同概念,实际上是狭义而言,即合同法中的合同是一种民事权利义务关系,包括债权合同、物权合同和身份合同。合同具有以下法律特征:(1)合同是一种民事行为。正如民事行为有合法行为(即民事法律行为)和非法行为一样,合同也有合法合同(依法成立的合同或有效合同)与非法合同(无效合同)。(2)合同是一种双方或多方民事行为,是两个或两个以上当事人之间的协议。(3)合同主体具有主体的多数性、法律地位的平等性和主体的广泛性等特点。(4)合同是能够产生一定法律后果的民事行为(包括当事人预期后果和非预期后果)。我们对合同效力的研究,应该以整个私法为视角,即以狭义的合同概念(民事权利义务关系)作为研究领域,以保持我国在合同的法律适用上与西方发达国家的一致,促进我国市场经济的发展。

二、合同效力,本质上是法律基于其所体现的由一定物质条件决定的统治阶级的国家意志,以及其中所凝结的具有真理性的知识和经验,为实现效益和社会正义之价值目标,从而赋予合同当事人在一定时间上(合同成立以后)所具有的国家强制作用力以及当事人所订立合同的某种法律效果。合同效力,主要具有如下特征:第一,合同效力根源于法律的效力,是法律效力尤其是合同法效力的具体体现,是法律基于其所体现的受一定物质条件决定的统治阶级的国家意志,以及其中所凝结的具有真理性的知识和经验,为实现效益和社会正义之价值目标,赋予合同这一民事行为一定的法律效果。第二,合同效力表现为法律对特定合同主体的作

用力(包括赋予力和约束力)以及特定合同所产生的效果。第三,合同效力作用的对象,原则上局限在合同当事人之间,但在若干场合,也及于当事人以外的第三人。第四,合同效力虽属私法范畴,但具有公法色彩。如果合同存在危害行为或违法行为(如存在我国《合同法》第52条禁止的情形)时,国家就会主动进行干预,宣告合同无效。另外,国家还根据法律尤其是私法的价值趋向,针对合同成立时的不同表现,赋予合同不同的效力,如合同有效力(有效)、未生效、没有效力(无效)、效力待定、效力可撤销等。

合同效力的内容,是合同法作用于合同的一般效果,只要具备成立要件的合同,就必然产生一定的效力。效力不同的合同,其法律效力的内容是不同的。有学者认为,“合同效力,或称合同的法律效力,仅仅存在于依法成立的合同,或称仅仅存在于满足法定要件的合同。对于不成立的合同,当然谈不上其法律效力,对于不具备生效要件的合同,也不能产生法律效力。因此,合同有效成立是产生法律效力的前提”<sup>①</sup>,此观点是值得商榷的。

第二章,市场经济条件下判定合同效力的价值标准研究。传统契约法观点认为契约法的目的是执行当事人的协议或者许诺。经济分析法学则认为,法律尤其是私法是为尽可能地增加经济价值或财富而设计的。契约法的根本目的在于保护并促进合理创设的期待。经济分析法学的观点与传统契约法的观点是紧密相连的。合理的期待来自许诺,而保护及促进合理创设的期待也很大程度地涉及执行许诺。促进并保护合理信赖与经济分析论主张的促使有益信赖最大化类似。

笔者认为,在不同的经济条件下,法律判断合同效力所依据的价值标准是不同的。在计划经济条件下,合同被认为是执行国家计划的工具,法律是为实现国家意志服务的,法律对合同效力的判

---

① 柴振国等:《合同法研究》,警官教育出版社,1999年版,第112~113页。

断当然要体现国家意志,凡是违反国家意志的合同一概无效,根本不考虑法律应有的自由、正义、安全、效益等价值追求。但在市场经济条件下,合同则是当事人为达成交易、实现自己的私人目的而为的一种合意,法律对合同效力的判断应该最大可能的执行当事人的协议或者许诺,或者尽可能地为增加经济价值或财富而设计合同效力的判断标准,以保护并促进当事人创设的合理期待,充分体现法律的自由、正义、安全、效益等应有价值追求,并对这些价值进行协调和选择。合同效力的各种分类,都是法律具体价值的体现。本章从法律价值论的角度分析了法律的自由、正义、效益、安全等价值对合同效力的不同影响。

第三章,影响合同效力的因素分析。对影响合同效力的因素的分析(即合同的合法性和有效性分析)是合同法理论中的一个重大问题。根据民事行为理论,民事行为除民事法律行为以外,还包括无效民事行为、可变更可撤销民事行为和效力待定民事行为。我国大陆民法学者往往将民事行为划分为合法行为与不合法行为,然后再依此研究不同行为的效力问题。有一种观点认为,民法对不合法的民事行为主要依据的是行为的“违法性程度”而作出无效或可撤销的效力评价。按照这一观点,民法对于不合法的民事行为法律效力的规定,本质上是一种惩戒性评价,其性质类似对违法行为的责任评价;因此,视不合法程度,重者可给予无效评价,轻者可给予可撤销或效力待定之评价,至于有效评价则不在考虑之列。我们对这一观点持否定态度,并认为,民法之所以对不合法的民事行为规定不同的效力,主要是考虑以下两项立法目的:其一是保护有瑕疵意思表示的行为人,并保障交易安全;其二是实现自由、正义、效益、安全等法律价值追求,以维护社会公共秩序之稳定。对影响合同这一民事行为效力因素的分析正是为了实现这些目的。

第四章,合同的运行过程。本书认为,合同的整个运行过程,

实际上就是合同效力的运行过程,无非是由合同效力的生成(合同的成立)、合同效力的判断、生效合同效力的实现(合同的履行)和生效合同效力的保障(违约责任)等几个部分构成。

一、合同效力的生成始于合同的成立。合同在成立以后,就会在当事人之间产生某种合同效力,该种合同效力可能是无效、有效(包括有效而未生效和生效)、效力待定、可变更或可撤销等。合同的成立,是指合同当事人经过要约和承诺并达成协议而建立的合同关系。合同的成立属于一个事实判断,即在当事人之间既成合同事实,至于这个合同将来产生何种法律效力,则在所不问。

二、合同的效力判断——合同效力的制度化和类型化。关于合同效力的制度化和类型化,我国合同法学界尚未见到系统、深入的研究。笔者认为,合同效力的制度化和类型化研究,是我们全面解读合同效力制度的一把“钥匙”,也是我们研究合同效力问题的重要路径。制度不仅是正式的、理性化的、系统化的形成文字的行为规范,同时也是非正式的、非理性化的、非系统化的不成文的行为规范,如道德、观念、习惯、风俗等,还是一种动态运行中的体制架构,也即制度的实施机制。研究表明,合同效力制度是合同行为的规则和活动空间、范围,它不仅约束当事人的行为,又为当事人提供可以自由活动的空间;是一系列权利和义务或责任的集合。从狭义上讲,是制度的一个组成部分,属于正式规则;从广义上讲,由国家规定的正式规则或制度、社会认可的非正式制度及制度的实施机制构成。合同效力的制度化研究,应该从广义的角度加以理解,即不仅要研究国家立法制定的有关合同效力的正式规则(法律规定),而且还要研究影响合同效力的社会认可的非正式制度(如判断合同效力的价值标准等)及合同效力的实施机制(如同合同的履行及违约救济等)。

合同作为一种典型的民事行为,其不同效力状态是法律对当事人之间成立的合同针对不同情况予以评价的相应结果,那么,不

同的评价结果便形成合同效力的不同类型。合同法对合同效力的规定,体现了合同法(或民商法)的价值追求。关于合同效力类型的规定,在我国法律上有一个发展演变的过程。关于合同效力的类型,学界也有不同的观点。本书认为,如果笼统地说合同的效力形态,或笼统地讨论法律对合同进行评价的不同结果,而不考虑确定合同效力的时间和标准,那么,合同的效力形态,应该有合同有效(包括合同生效和合同有效而未生效两种形态)、合同无效、合同可撤销和合同效力待定四种。其实,根据评价的时间不同,对合同效力得出的结果也不一样。如在合同订立1年后评价合同,可能就没有可撤销之合同效力形态,因为《合同法》规定,在具有撤销权的当事人自知道或应当知道撤销事由之日起1年内不行使撤销权的,撤销权消失。正是由于确认合同效力的时间直接影响合同的效力形态,所以评价合同效力时,应确定一个时间标准,根据这个时间标准,依据法律的价值理念,对已成立的合同进行效力判断。

三、生效合同效力的实现——合同的履行。一个有效合同生效后,当事人按照合同规定的内容实际履行,其结果就是合同效力的实现。合同效力的实现,既是当事人订立合同的目的,也是合同法的核心所在。

四、生效合同效力实现的保障——违约责任。在合同有效成立并生效以后,如果合同当事人能够按照合同的规定履行其合同义务,实现生效合同效力的话,则一般不会发生什么问题。问题是,在合同履行过程中,如果一方当事人没有根据合同履行自己的全部或部分合同义务,那么,另一方当事人该如何维护自己的权利?这就涉及法律责任问题。违约责任,为实现生效合同效力的实现提供了有利的保障。

最后值得一提的是,确定“合同效力问题”作为研究对象,首先要感谢中国人民大学法学院副院长、博士生导师龙翼飞教授的

指导。龙老师从选题的确定,到立纲以及书稿的撰写自始至终给予有力的帮助和教诲。这本书的写作前后共用了两年多的时间,在写作过程中,也参考并引用了其他学者的研究成果,否则,不可能完成本书的写作。为了本书的出版,中国人民公安大学出版社的甄岳刚老师、知识产权出版社的范红延老师付出了很多心血,在此表示衷心的感谢。因个人学识所限,书中不足之处,望读者批评指正。

马齐林

2005年4月于浙江工商大学

# 目 录

|                                    |      |
|------------------------------------|------|
| 前 言 .....                          | (1)  |
| 第一章 合同效力问题研究导论 .....               | (1)  |
| 第一节 合同概念研究 .....                   | (1)  |
| 一、大陆法系和英美法系的合同概念 .....             | (2)  |
| 二、我国的合同概念研究 .....                  | (12) |
| 三、合同的法律特征研究 .....                  | (17) |
| 第二节 合同效力概念研究 .....                 | (24) |
| 一、何谓法律效力 .....                     | (24) |
| 二、合同效力概念之内涵研究 .....                | (33) |
| 第二章 市场经济条件下判定合同效力的<br>价值标准研究 ..... | (44) |
| 第一节 市场经济条件下法律的价值研究导论 .....         | (45) |
| 一、市场经济的内涵解读 .....                  | (46) |
| 二、何谓价值 .....                       | (51) |
| 三、法律的价值 .....                      | (54) |
| 第二节 市场经济条件下判断合同效力的<br>价值标准研究 ..... | (63) |
| 一、合同效力与自由 .....                    | (64) |
| 二、合同效力与正义 .....                    | (78) |
| 三、合同效力与效益 .....                    | (83) |
| 四、合同效力与交易安全 .....                  | (93) |

|                               |       |
|-------------------------------|-------|
| <b>第三章 影响合同效力的因素分析</b>        | (112) |
| 第一节 法律的强行性规范(强行法)             | (112) |
| 一、法律的强行性或禁止性规范的概念和性质          | (112) |
| 二、法律的强行性规范对合同效力的调整            | (116) |
| 第二节 社会公共利益和社会公德               | (128) |
| 一、关于社会公共利益和社会公德的含义            | (129) |
| 二、社会公共利益和社会公德对合同效力的影响         | (136) |
| 第三节 意思表示                      | (137) |
| 一、意思表示的概念和要素                  | (137) |
| 二、意思表示的真实性判断(或影响意思表示真实性因素的分析) | (145) |
| 第四节 缔约能力                      | (204) |
| 一、自然人的缔约能力                    | (204) |
| 二、法人的缔约能力                     | (209) |
| 三、我国缔约能力制度的立法评析               | (213) |
| 第五节 对价或原因                     | (219) |
| 一、英美法系中合同的对价                  | (220) |
| 二、大陆法系中合同的原因                  | (226) |
| <b>第四章 合同的运行过程</b>            | (228) |
| 第一节 合同效力的形成——合同的成立            | (228) |
| 一、合同成立的概念和意义                  | (228) |
| 二、合同成立的要件                     | (233) |
| 第二节 合同效力的判断——合同效力的制度化和类型化     | (240) |
| 一、合同效力的制度化研究                  | (240) |

|                            |       |
|----------------------------|-------|
| 二、合同效力的类型化研究·····          | (244) |
| 第三节 生效合同效力的实现——合同的履行·····  | (296) |
| 一、合同履行的含义及意义分析·····        | (297) |
| 二、合同履行的基本原则·····           | (301) |
| 三、合同履行的具体规则·····           | (313) |
| 第四节 生效合同效力实现的保障——违约责任····· | (317) |
| 一、违约的概念和分类·····            | (317) |
| 二、不免责违约的救济·····            | (335) |
| 参考文献·····                  | (357) |

## 第一章 合同效力问题研究导论

要对合同效力问题进行研究,首先面临的是如何理解“合同”与“效力”这两个概念。概念是很重要的,不同的概念会引发不同的研究思路,甚至会得出不同的研究结果。本章将对“合同”与“合同效力”这两个概念进行较为深入的研究,并以此为以后各章的研究予以铺垫。可以说,本章是全书的基础,它解决的是关于合同效力制度的基本性问题和整体性问题,是以后各章研究的“钥匙”。

### 第一节 合同概念研究

合同,是一个内涵非常丰富、用途十分广泛的概念。合同,不仅是私法领域最重要的法律概念之一,而且除了私法以外,公法领域也有合同概念。例如,行政法中的行政合同,国际法中的国家合同等。在合同这一概念之下,可以容纳性质不同的法律关系,包括财产关系、身份关系、劳动关系、行政管理关系乃至国家之间的关系等。即使在私法领域,在民商分离的立法体例下,合同概念也有民法上的民事合同和商法上的商事合同之分。在民法中,又有所谓债权合同(如日常生活中的买卖合同、租赁合同、运送合同、加工承揽合同等)以及身份上的合同(如婚姻、收养、监护等)。在大陆法系的德国民法及受德国民法影响的少数民法中,甚至还有物权合同的概念。

在西方国家,合同概念的运用甚至已经超出了法学领域。资

产阶级进步思想家为了同封建主义作斗争,曾经把合同概念引入到政治学领域,用来解释政治现象和社会现象。最典型的例子,当推卢梭的“社会契约论”,即国家起源于人民与君主所缔结的合同的学说。这一学说迄今仍被奉为资产阶级国家学说的奠基石。

在合同法中,合同概念,可以说是合同法理论体系的基石。对合同概念的理解,是对合同法各种原理和制度(包括合同效力制度)进行研究的“钥匙”。但由于受种种原因的影响,国际上各种立法例和各种合同法学说对合同这一基本概念的理解并不一致。

### 一、大陆法系和英美法系的合同概念

在国际上,对合同概念的理解,大陆法系和英美法系一直存在着分歧。

#### (一)大陆法系国家的合同概念

大陆法系的合同概念来源于罗马法。依罗马法,合同为双方当事人间发生债权债务的合意。罗马法上“*contractus*”一语,由 *con* 和 *tractus* 二字组合而成,*con* 由 *cum* 转化而来,有“共”字的意义,*tractus* 有“交易”的意义,合而为“共相交易”,中文译为合同、契约。<sup>①</sup>从本质上说,合同是双方当事人的合意。双方当事人以发生、变更、担保或消灭某种法律关系为目的的协议,就是合同。在罗马法上,不仅私法上有合同的概念,公法和国际法上也有这个概念。优帝《学说汇编》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,则不仅债法中有合同的概念,而且物权、亲属和继承法中也有这个概念,例如物权的设定和转移,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,就是合同。

---

<sup>①</sup> 黄右昌:《罗马法与现代》,北平京华印书局,1930年版,第408页。转引自王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社,1991年版,第255~256页。

法国民法典所规定的合同定义,即从罗马法定义承袭而来,从法国民商分离的立法传统和该民法典的规定来看,合同概念既包括民法上的合同,也包括商法上的合同。该民法典第 1101 条规定,合同为一种合意,依此合意,一人或数人对于其他一人或数人负担给付、作为或不作为的债务。这一定义包含三个要素:第一,合同为发生债的原因;第二,合同是双方行为;第三,合同是一种合意。其中第三个要素为合同概念的最一般要素。<sup>①</sup> 按照该定义,合同是特定当事人之间的一种法律关系,这种关系是基于双方当事人的合意而产生的。所谓合意,就是两个或两个以上的意思表示一致,它在双方当事人之间具有相当于法律的效力。<sup>②</sup> 上述合同定义对大陆法系民法及社会主义国家民法产生了深远影响,许多国家的民法理论都依此合同定义解释合同,甚至将其奉为合同的经典定义。受法国影响一些国家基本上都是如此定义合同的概念。例如,意大利民法典第 1321 条规定,契约是双方或者多方当事人关于他们之间财产法律关系的设定、变更或者消灭的合意。德国民法典没有直接给合同下定义,而是从法律行为的角度规定了合同的概念,该民法典认为,除法律另有规定的以外,建立在合意基础之上的双方当事人之间的合同是发生、变更债的关系的法律行为,合同是法律行为的一种。德国民法典第 305 条规定,以法律行为发生债务或变更债的关系的内容时,除法律另有规定外,应依据当事人之间的合同。根据萨维尼的观点,合同分为物权合同、债权合同和身份合同,并分别在民法典的物权编、债权编和亲属编中加以规定,同时在总则部分对合同作一般性的规定。可见,德国民法典规定的合同是指私法上的所有合同。总体而言,德国民法典比大陆法系其他国家的民法典更为抽象,它是在法律行为理论的指导

① 周林彬主编:《比较合同法》,兰州大学出版社,1989 年版,第 77 页。

② 周林彬主编:《比较合同法》,兰州大学出版社,1989 年版,第 78 页。

下来处理合同概念的。根据德国民法典的理论,合同在财产法、家庭法及继承法中都是—种重要的基本行为。因而,合同法的许多规则,包括那些调整合同形成的规则,都被认为是法律行为理论的组成部分,应将其置于法典的总论部分而不是放在债的部分。<sup>①</sup>日本等其他受德国影响的国家也采取了与德国大体相同的合同定义。日本学者认为,合同是相互对立的复数的意思表示合致而成立的法律行为,合致又被称为“合意”。而且,合同又有广义、狭义之分。广义的合同是指以发生私法上的效果为目的的合意的总称,即债权合同、物权合同、身份合同等的总称;狭义的合同专指以发生债权为目的的合意,即债权合同。德国法系国家合同的特征可以归纳为:合同是一种法律行为;合同是以两个或者多个意思表示的合致所成立的法律行为;合同是相互对立的两个或者多个意思表示合致所成立的法律行为。<sup>②</sup>

由上可见,在大陆法系,对合同概念又具体包括以法国为代表的“合意说”和以德国为代表的“法律行为说”两种不同的解释,造成这两种不同解释的根本原因是德国受法律行为制度的影响,而法国则不存在这一影响。由此也决定了法国法系和德国法系中的合同概念有着以下区别:

(1)法国法系的合同是指狭义上的合同,即以发生债权为目的的合意,或者说是债权合同;而德国法系的合同是指广义上的合同,即以发生私法上的效果为目的的合意的总称,即债权合同、物权合同、身份合同等的总称。

(2)法国法系的合同概念可以用债的概念来解释;而德国法

---

① K. Zweigert and H. Kötz (translated by Tony Weir), An Introduction of Comparative Law Volume II, The Institution of Private Law Second Edition, Clarendon Press, Oxford, 1987, p4.

② 孔祥俊:《合同法教程》,中国人民公安大学出版社,1999年版,第39页。