

 世纪

高等院校法学系列

基础教材·选修课

BASIC

合同法

AW

李永军 著

 中国人民大学出版社

21 世纪高等院校法学系列基础教材·选修课

合 同 法

李永军 著

中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

合同法/李永军著.
北京:中国人民大学出版社, 2005
(21 世纪高等院校法学系列基础教材·选修课)
ISBN 7-300-04730-0

I. 合…
II. 李…
III. 合同法-中国-高等学校-教材
IV. D923.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 133297 号

21 世纪高等院校法学系列基础教材·选修课

合同法

李永军 著

出版发行	中国人民大学出版社	
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码 100080
电 话	010-62511242 (总编室)	010-62511239 (出版部)
	010-82501766 (邮购部)	010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)	010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn	
	http://www.ttrnet.com (人大教研网)	
印 刷	北京宏伟双华印刷有限公司	
开 本	787×965 毫米 1/16	版 次 2005 年 3 月第 1 版
印 张	31.75	印 次 2005 年 3 月第 1 次印刷
字 数	579 000	定 价 32.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

总 序

随着中国法治建设进程的加快,可以预见,21 世纪必将是中国法治建设取得巨大成就的世纪。然而,倘无一种良好适当的法学教育制度据以培养一批批合格的法律人才,人们很难想像中国的法治建设如何能够取得巨大进步。经过数十年的发展,中国的法学教育制度取得的成绩是有目共睹的。每年都有众多法学院系培养出来的不同层次的法律专门人才走向法官、检察官、律师、法学研究人员等各行各业,他们中的许多人已经成为所在部门的业务骨干,为我国社会主义法治建设发挥着重要的作用。

作为一名在法学教育战线工作了几十年的老兵,我为这些成绩由衷地高兴。可是,必须清醒地看到,中国目前的法学教育制度并不令人满意,大量的问题依然存在,而且非常严重。我在这里并不对中国整体的法学教育制度发表评论,只想谈谈对目前我国法学本科教育的一点意见。

首先,我国大学的法学本科教育迄今尚未树立一个明确的目标。我们现行的法学本科教育的目标究竟是发给那些花费四年宝贵青春的莘莘学子以一纸进入法律职业的许可证,还是使他们养成在未来职业中必备的常识、认识社会的原则以及作为法律职业者应有的良知?究竟是应当培养出精通某一门或几门法律科学知识的专门人才,还是具有一般性法律知识并养成法律活动者应有的良好法律思维的法学通才?我认为,法学本科教育要培养的是法律基础人才,即那些具备社会生活常识以及法律职业基本素质的法律人,就法律职业基本素质而言,作为法律人必须具备的是这样几方面的能力:第一,扎实地掌握了基本的法律概念、法律规则以及法律制度,并清晰地了解这些概念、规则及制度背后的理念与价值;第二,明晰现行法律体系的框架与结构以及司法救济程序;第三,具有清晰严谨的

法律思维能力，能够娴熟地运用法律推理，依循法律逻辑解决现实生活中的法律问题；第四，深入地进行价值与理念的考量取舍，有力地论证法律判断；第五，准确地分析案件事实，把握不同的法律关系，合理地作出法律解释，准确地适用法律规则；第六，在实践工作中具备不断自我学习以掌握法律新知识的能力。

其次，我国大学的法学本科教学方法落后。现在的多数法学本科教育采用的方法是教师在上面照本宣科，而学生在下面记笔记。教师既没有提供与学生在知识和思维上相互进行挑战与应战这一教学相长的空间，也不去引导学生运用所学知识应对实际问题，训练他们分析问题、解决问题的能力。至于考试，则多属对记忆力的单纯测试，学生只要熟练记忆笔记及教科书内容甚至作弊技巧高超便可轻松过关。我没有在英美国家求过学，不太了解它们的 Seminar，但是，我现在依然记得 20 世纪 50 年代在苏联学习法律的时候，一些法律专业课程经常都有课堂讨论，这种讨论都是小班进行，二十多人，老师出的都是案例题，要学生援引法律和法规分析案例，这对于训练学生的法律思维能力具有莫大的帮助。至于考试，当时苏联的大学全部是采用口试，通过这种考试既能真实地体现学生的水平，又能锻炼学生的口才与良好的心理素质，至今仍使我受益匪浅。

最后，法学本科教科书参差不齐。在法学教育发达的国家，只有那些对某一学科有经年累月之深入研究、全面把握之权威学者，方能编写此类教材。如德国权威民法学者 Larenz 教授所著之《民法总则》、《债法教科书》，美国权威侵权法学者 Prosser 教授所著之《侵权法教科书》等。然而，在我国，各大法律院系只要编写人马齐全就可以编写一套自己的法学教材。如此众多的法学教材中固然也有一些精品，但大同小异、雷同抄袭，概念、逻辑混乱的教材亦不少见。青年学生有如一张白纸，法学教科书就像一名画家。只有技艺高超的画家才能在白纸上作出一幅佳作。品质低劣的教科书只能使那些辨析能力差的学子受到误导，被引入歧途，此种恶劣的后果无论是对未来的中国法治建设，还是对法学研究事业都会造成莫大的危害。而受害之学生非经长年累月的努力，难以消除其影响。

我想，中国法学教育尤其是法学本科教育的改善绝非一朝一夕之事，她是一项系统工程，需要各方面多年的努力与奋斗。也许我们可以先从一些较容易着手的地方切入，比如法学教科书的改善。现在的一些出版社已经注意到了这一点，他们希望能够组织好的专家学者来编写一套完整系统的好教材以供法学本科教育使用，对此我感到非常的高兴。

中国人民大学出版社即将出版一套专门供高等院校法学专业本科生、专科生以及司法部门有关人员培训使用的大型基础教材——21 世纪高等院校法学系列基础教材。在阅读这套教材的出版计划以及相关资料后我认为，该套教材较

之于目前国内的其他一些教材而言,具有以下特点:

首先,在编写人员上,该教材由中国人民大学、北京大学、清华大学、中国政法大学、中南财经政法大学、西南政法大学、西北政法学院、武汉大学、浙江工业大学以及中山大学等校法学院系的教授担任主编,并由其组成权威的编写队伍来完成。因此,该套教材的整体特点是,体系完整、概念准确、简明扼要、深入浅出。

其次,在编写体系上,该套教材系统完整,包括专业必修课教材、专业选修课教材、案例教学用书、模拟法庭用书、学生必备法律手册等几个系列。其中,专业必修课教材严格按照教育部所确定的《全国高等学校法学专业核心课程基本要求》而精心编写。在编写内容上采用通说理论,不拘泥于一家之言,避免加入个人专著的阐述内容。同时做到学科体系完整,基本原理、基本概念和基础知识讲述清楚、准确。在编写体例上,教材由“提要”、“重点问题”、“课后复习”等部分组成。每章后的“法律应用”部分为该套教材的创新之处,它针对在司法实践中出现的疑难问题,安排由授课教师讲述解决问题的思路 and 办法,这对于培养学生分析问题、解决问题的能力具有重大的帮助。至于该套教材中的案例教学用书,显然是吸收借鉴了英美国家的案例教学法的优良经验,全部采用真实的综合判例,并针对目前法学案例教学中的新要求编写而成。其独特之处在于:对案例所涉及的法律争议焦点,从中外理论和学说的角度加以解说,同时包括各国司法发展现状,帮助学生从案例中学懂法律的基本原理、基本概念和基础知识。此外,案例教学用书设立了“课堂讨论”部分,并对课堂讨论的案例提供“重点提示”,这就为法学的案例教学提供了广阔的讨论空间。本套教材中的模拟法庭用书显然更具特色,这是一套专门为法学教育中的模拟法庭教学而设计的剧本式教材,它通过实体法与程序法在模拟法庭中的实际演示,将法律的基本原理与司法实践相结合,能够有效地培养学生运用所学的基础知识,解决司法实践问题的技巧与能力。

我相信,中国人民大学出版社即将编辑出版的21世纪高等院校法学系列基础教材,对于提升我国法学教育水平,培养出更多的合格的法律人才具有积极的帮助作用。同时,我也衷心地希望能够有更多比这套教材更好的法学教材出版,为完善我国法学教育制度,进而推动我国社会主义法治建设作出贡献。



2003年元月

中国政法大学

序

应中国人民大学出版社的邀请，我写了这本合同法教材。说实在的，在我看来，教材比专著更难写。因为教材虽然不反映最高的科研水平，但却要反映最高的教学水平，故在许多国家教材的写作由资深望重的学者才可以胜任。虽然我也出版过合同法的专著，但考虑到这一点，还是有些忐忑不安。一是因为上述的原因而恐怕力不从心，二是因为中国的教材实在是多得不可胜数，给人的感觉似乎是多一本不多，少一本也不少。更何况，在时下中国，似乎人人都可以写教材，故教材不如专著“值钱”。这种出力不讨好的事情，对于我并不是一件好差使。但中国人民大学出版社编辑的诚意又让我难以推辞，在这种景况下，我接受了这一任务。这一教材的最大特色是：由一名作者完成而一改过去一名主编多名作者的形式，避免了内容、观点的矛盾之处。我受命后，按照我十几年来的教学经验以及对合同法的理解，并按照当前的教学水平与要求，认真编写，以期能够得到同行的认同。在此，我想特别强调的是，本书是我作为一名普通的教师而不是作为学者写成的。

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忽视，在我国尤其如此。契约自由的核心是：任何人只能被他同意的义务所约束。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的，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，契约自由也应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）均规定有对因错误、胁迫、诈欺等产生的对当事人意思的扭曲进行救济的制度。我国合同法也莫不如此。

契约自由原则反映了自然法的思想，故其中也应包括正义与公平之意。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，不可能同意为对其不利的契约条款所约束。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，并生存于社会的方方面面。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，许多国家民法（或者合同法）上均有对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。我国现行合同法上的许多法定义务与赔偿责任也产生于此。

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有一个共同的出发点：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权利不被滥用的手段。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。至于过错责任，更是自治的界限：任何人在决定自己的行为而追求自身利益时，必须对他人的利益给予必要的注意，否则他具有过错，就要承担侵权责任。因此，合同法与侵权行为法具有内在的统一性。

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了特别的规定，如买卖合同、租赁合同、借款合同等等。这些类型合同规定了一般之外的特殊规则，为交易当事人及合同法的适用提供方便。

本书编写的客观要求，也许已经超出了作者的能力。我希望所有的同行与大方之家，能够不吝赐教，共同携手为中国的法学教育尽一点微薄之力。

李永军

2005年1月3日

目 录

第一章 私法体系中的合同与合同法概述	1
第一节 契约（合同）的概念与边缘界定	2
第二节 契约制度在私法体系中的地位与作用	11
第三节 契约的基本分类	17
第二章 契约自由及其在现代合同法上的地位	26
第一节 契约自由的一般概述	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	39
第三章 合同的成立及其程式	59
第一节 合同的成立及其程式概述	60
第二节 契约成立的第一步——要约	61
第三节 契约成立的决定性阶段——承诺	83
第四节 契约成立的性质和要件	92
第五节 缔约过失责任	92
第四章 契约的生效	103
第一节 契约生效的本质	104
第二节 当事人的缔约能力	104
第三节 意思表示应当真实而无瑕疵	107
第四节 合同形式应符合法律的规定或当事人的约定	109
第五节 合同的标的确定、可能并合法	117

第五章 合同的无效与可撤销	122
第一节 无效与可撤销的基本概述.....	123
第二节 可撤销合同的原因分析.....	127
第三节 无效合同的原因分析.....	167
第四节 对无效与可撤销合同的法律救济.....	180
第六章 合同债权的保全	189
第一节 合同债权保全的概念.....	190
第二节 债权人的代位权.....	191
第三节 债权人的撤销权.....	201
第七章 定式合同及其规则	205
第一节 定式合同概说.....	206
第二节 定式合同产生与存在的基础.....	208
第三节 对定式合同规制的法理基础.....	215
第四节 对定式合同的规制.....	221
第八章 契约解释规则	232
第一节 契约解释概述.....	233
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.....	239
第三节 客观主义兼主观主义原则下的解释规则.....	245
第四节 补充性解释.....	253
第九章 契约权利与义务的移转	260
第一节 契约权利与义务移转概述.....	261
第二节 合同债权的让与.....	263
第三节 债务承担.....	278
第四节 合同权利义务的概括承受.....	282
第十章 违约责任	289
第一节 违约的一般概述.....	290
第二节 违约责任.....	303
第十一章 合同的履行	319
第一节 关于合同履行的一般概述.....	320
第二节 合同履行中的抗辩权.....	321
第十二章 合同权利义务的终止	337
第一节 合同权利义务因解除而终止.....	338
第二节 合同权利义务因其他原因而终止.....	350

B

第十三章 买卖合同	360
第一节 买卖合同概述.....	361
第二节 买卖合同的法律效力.....	365
第三节 风险负担.....	370
第四节 瑕疵担保责任.....	375
第五节 特殊买卖.....	379
第十四章 赠与合同	383
第一节 赠与合同概述.....	384
第二节 赠与合同的法律效力.....	388
第十五章 借款合同	396
第一节 借款合同概述.....	397
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.....	399
第十六章 租赁合同	402
第一节 租赁合同的基本概述.....	403
第二节 租赁合同的法律效力.....	404
第十七章 融资租赁合同	410
第一节 融资租赁合同概述.....	411
第二节 融资租赁合同的法律效力.....	413
第十八章 承揽合同	416
第一节 承揽合同的一般概述.....	417
第二节 承揽合同的法律效力.....	419
第十九章 建设工程合同	423
第一节 建设工程合同概述.....	424
第二节 建设工程合同的法律效力.....	426
第三节 承包人的优先受偿权.....	428
第二十章 运输合同	434
第一节 运输合同的基本概述.....	435
第二节 运输合同的法律效力.....	437
第二十一章 技术合同	444
第一节 技术合同概述.....	445
第二节 技术开发合同.....	447
第三节 技术转让合同.....	449
第四节 技术咨询合同与技术服务合同.....	452

第二十二章	保管合同	455
第一节	保管合同的基本概述.....	456
第二节	保管合同的法律效力.....	457
第二十三章	仓储合同	461
第一节	仓储合同概述.....	461
第二节	仓储合同的法律效力.....	462
第二十四章	委托合同	465
第一节	委托合同的基本概述.....	466
第二节	委托合同的效力.....	468
第三节	委托合同的终止.....	470
第四节	委托合同与间接代理.....	471
第二十五章	行纪合同与居间合同	476
第一节	行纪合同.....	477
第二节	居间合同.....	481
参考文献		485

第一章

21 世纪高等院校法学
系列基础教材·选修课

私法体系中的合同与 合同法概述

【提要】

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，才是合同法上的合同。因此，需要对协议进行具体的分析，方可认定其为合同。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. 大陆法系与英美法系国家关于合同的概念及差别。

2. 合同在私法中的意义。
3. 合同的分类及法律意义。

第一节 契约（合同）的概念与边缘界定

一、契约（合同）的概念

（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^①也不例外。根据罗马法，契约是指“得到法律承认的债的协议”^②。在罗马法中，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，物权法、亲属法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、分割遗产的协议等，凡能发生私法效力的一切当事人的协议，就是契约……公元前2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）。^③《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远的影响。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、罗马法和教会法中都曾经被广泛使用。“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

① 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。

② [意]彼德罗·彭梵得著，黄风译：《罗马法教科书》，307页，北京，中国政法大学出版社，1992。

③ 参见周枬：《罗马法原论》，654页，北京，商务印书馆，1994。

国法律普遍承认的。^①

《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,视其为法律行为的一种,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。^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,法国学者认为,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》为何没有将合同定义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

① 参见[德]汉斯·哈腾保尔著,孙宪忠译:《法律行为的概念——产生以及发展》,载《民商法前沿》,2002(1~2),142页。

② 参见[德]康伯拉·茨威格特、海因·可茨著,孙宪忠译:《合同法中的自由与限制》,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。

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”^①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。

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、终止民事权利义务关系的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，不是我国《合同法》上所讲得合同。虽然我国《合同法》上的合同概念也包含了经典合同定义的基本要素，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，笔者在下面还要谈到。

（二）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。^②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。”^③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

① 张俊浩主编：《民法学原理》，577页，北京，中国政法大学出版社，1991。

② 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。

③ [英] P.S. 阿蒂亚著，程正康等译：《合同法概论》，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。”笔者所用的译文为《新社会契约论》中译本中季卫东先生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] 麦克尼尔著，雷喜宁等译：《新社会契约论》，代译序2页，北京，中国政法大学出版社，1994。