



普通高等教育“十一五”国家级规划教材

21世纪高等院校法学系列

基础教材·选修课

asic

合同法

(第二版)

李永军 著

AW

中国人民大学出版社

D923.6/96

2008

普通高等教育“十一五”国家级规划教材
21世纪高等院校法学系列基础教材·选修课

合 同 法

(第二版)

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. 2 版.
北京: 中国人民大学出版社, 2008
普通高等教育“十一五”国家级规划教材
(21 世纪高等院校法学系列基础教材·选修课)
ISBN 978-7-300-09289-8

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 (2008) 第 061886 号

普通高等教育“十一五”国家级规划教材
21 世纪高等院校法学系列基础教材·选修课
合同法 (第二版)
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)		010-62511398 (质管部)
	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)		
经 销	新华书店		
印 刷	三河市汇鑫印务有限公司	版 次	2005 年 3 月第 1 版
规 格	170 mm×228 mm 16 开本		2008 年 5 月第 2 版
印 张	28.5	印 次	2008 年 5 月第 1 次印刷
字 数	566 000	定 价	43.00 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,人们很难想象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,还是使他们具有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，它是一项系统工程，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方面切入，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，对此我感到非常地高兴。

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。在认真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

Basic

21 世纪高等院校法学系列基础教材·选修课

Law 2

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

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1月

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，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，因为自由竞争的自由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、詐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,各国法上均对不公平条款进行规制,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: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了规定,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,我是作为一名从事多年法学教学的一线教师而不是学者写成这一本教材的。本版是在上一版本的基础上修改而成,虽然关于合同法的法规及理论并没有发生大的变化,但还是结合这几年的教学实践,特别是《物权法》出台后,对合同法有一些影响,例如,《物权法》的“区分原则”对于无权处分人订立的合同效力的影响等,作了许多修改,读者在阅读时可能会感觉到这些修改。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,这一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

Basic

21世纪高等院校法学系列基础教材·选修课

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	(10)
第三节 契约的基本分类	(15)
第二章 契约自由及其在现代合同法上的地位	(23)
第一节 契约自由的含义	(24)
第二节 契约自由原则的衰落及在现代合同法上的地位	(28)
第三章 合同的成立及其程式	(45)
第一节 合同的成立及其程式的概述	(46)
第二节 契约成立的第一步——要约	(47)
第三节 契约成立的决定性阶段——承诺	(66)
第四节 契约成立的性质和要件	(74)
第五节 缔约过失责任	(75)
第四章 契约的生效	(85)
第一节 概述	(86)
第二节 当事人的缔约能力	(88)
第三节 合同形式应符合法律的规定或当事人的约定	(91)
第四节 合同标的合法	(98)
第五章 合同的无效与可撤销	(101)
第一节 无效与可撤销的概述	(102)
第二节 可撤销合同的原因分析	(106)
第三节 无效合同的原因分析	(141)

第四节 对无效与可撤销合同的法律救济	(154)
第五节 效力待定的合同	(159)
第六章 合同债权的保全	(164)
第一节 合同债权保全的概念	(165)
第二节 债权人的代位权	(166)
第三节 债权人的撤销权	(175)
第七章 定式合同及其规则	(178)
第一节 定式合同概说	(179)
第二节 定式合同产生与存在的基础	(181)
第三节 对定式合同规制的法理基础	(187)
第四节 对定式合同的规制	(192)
第八章 契约解释规则	(202)
第一节 契约解释概述	(203)
第二节 解释的基本原则	(208)
第三节 客观主义兼主观主义原则下的解释规则	(213)
第四节 补充性解释	(221)
第九章 契约权利与义务的移转	(227)
第一节 契约权利与义务移转概述	(228)
第二节 合同债权的让与	(229)
第三节 债务承担	(243)
第四节 合同权利义务的概括承受	(247)
第十章 合同的履行	(253)
第一节 关于合同履行的概述	(254)
第二节 合同履行中的抗辩权	(255)
第十一章 违约责任	(270)
第一节 违约的一般概述	(271)
第二节 违约责任	(283)
第十二章 合同权利义务的终止	(296)
第一节 合同权利义务因解除而终止	(297)
第二节 合同权利义务因其他原因而终止	(308)
第十三章 买卖合同	(317)
第一节 概述	(318)
第二节 买卖合同的法律效力	(321)
第三节 风险负担	(326)
第四节 瑕疵担保责任	(331)

第五节 特殊买卖	(334)
第十四章 赠与合同	(338)
第一节 概述	(339)
第二节 赠与合同的法律效力	(342)
第十五章 借款合同	(350)
第一节 概述	(351)
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	(353)
第十六章 租赁合同	(356)
第一节 概述	(357)
第二节 租赁合同的法律效力	(358)
第十七章 融资租赁合同	(363)
第一节 概述	(364)
第二节 融资租赁合同的法律效力	(366)
第十八章 承揽合同	(369)
第一节 概述	(370)
第二节 承揽合同的法律效力	(371)
第十九章 建设工程合同	(376)
第一节 概述	(377)
第二节 建设工程合同的法律效力	(379)
第三节 承包人的优先受偿权	(380)
第二十章 运输合同	(386)
第一节 概述	(387)
第二节 运输合同的法律效力	(389)
第二十一章 技术合同	(395)
第一节 概述	(396)
第二节 技术开发合同	(398)
第三节 技术转让合同	(400)
第四节 技术咨询合同与技术服务合同	(402)
第二十二章 保管合同	(405)
第一节 概述	(406)
第二节 保管合同的法律效力	(407)
第二十三章 仓储合同	(411)
第一节 概述	(411)
第二节 仓储合同的法律效力	(412)
第二十四章 委托合同	(415)

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

一、合同的概念与特征

合同，是指平等主体之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。合同具有以下特征：

（一）主体的平等性。合同主体必须是平等的民事主体，不存在隶属关系。

（二）意思表示真实。合同必须是当事人真实意思表示的结果，不存在欺诈、胁迫等情形。

（三）内容的合法性。合同内容不得违反法律、行政法规的强制性规定，不得损害社会公共利益。

（四）形式的多样性。合同可以是书面形式，也可以是口头形式，还可以是其他形式。

二、合同的分类

根据合同主体的数量，合同可以分为单务合同和双务合同。根据合同内容的性质，合同可以分为诺成合同和实践合同。根据合同是否具有强制性，合同可以分为强制合同和任意合同。

三、合同的订立

合同的订立是指当事人就合同条款达成合意的过程。合同的订立应当遵循自愿、公平、诚实信用原则。

（一）要约。要约是当事人一方以缔结合同为目的，向对方当事人提出合同条款，希望对方当事人接受的意思表示。

（二）承诺。承诺是当事人一方对要约表示同意的意思表示。承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。

（三）合同的成立。合同成立是指当事人就合同的主要条款达成合意，合同即告成立。

【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，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2世纪以后，债的协议受市民法的保护的，称为契约；不受市民法保护的，称为“简约”^③（pactum）。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。这一定义中包括了二个要素：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。^④

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

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：《罗马法教科书》，黄风译，307页，北京，中国政法大学出版社，1992。

③ 周枬：《罗马法原论》，654页，北京，商务印书馆，1994。

④ 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》，2002年第1、2辑，142页，长春，吉林人民出版社，2002。

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。^①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。^②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规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。”^③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”^④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,更合逻辑。

我国合同法第2条规定:“……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

① 参见[德]康伯拉·茨威格特、海因·克茨:《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,349页,北京,法律出版社,1998。

② 参见尹田编著:《法国现代合同法》,1页,北京,法律出版社,1995。

③ 尹田编著:《法国现代合同法》,1~2页,北京,法律出版社,1995。

④ 张俊浩主编:《民法学原理》,577页,北京,中国政法大学出版社,1991。

协议,适用其他法律的规定。”由此可见,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。^①但是,英国学者阿狄亚(P. S. Atiyah)则认为,《美国合同法重述》中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。”^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,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。^⑤但是,概念虽然不可能是唯一的,但

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]阿狄亚:《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,我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,代译序,2页,北京,中国政法大学出版社,1994。

③ [英]阿狄亚:《合同法概论》,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。

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”案中对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。”^①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。

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。对于商店或商场里即时的现金买卖,在我国民法理论中,习惯地称之为“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,而即时现金买卖无须任何允诺;(2)合同产生对人权,而即时现金买卖属于对物权。^②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。^③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——某种事实的客观存在,即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。^④美国学者麦克尼尔的关系契约理论即把契约说成是当事人对将来关系的安排,而将即时现金买卖排除在契约的大门之外。^⑤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。

(三) 契约与合同的语源考察

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尝试,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;为某共同利益而合意者,则应为合同,例如合伙合同,合伙人的利益是一致的。^⑥但如果考察该术语的来

① 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。

② 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。

③ 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。

④ 参见[英]阿狄亚:《合同法概论》,28页,北京,法律出版社,1982。

⑤ 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。

⑥ 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。