

李永军 著

合同法原理

HETONGFAYUANLI

中国人民公安大学出版社

责任编辑：周兰星 封面设计：王维钢

合同法原理

ISBN 7-81059-360-9



9 787810 593601 >

ISBN 7-81059-360-9/D · 303

定价：36.00元

合同法原理

李永军 著

中国人民公安大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

合同法原理/李永军著. - 北京: 中国人民公安大学出版社,
1999

ISBN 7-81059-360-9

I. 合… II. 李… III. 合同法-法的理论 IV. D913

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 22053 号

中国人民公安大学出版社出版发行
(北京木樨地南里 邮编 100038)

新华书店北京发行所经销

北京市宏文印刷厂印刷

850×1168 毫米 1/32 22.75 印张 560 千字

1999 年 7 月第 1 版 1999 年 7 月第 1 次印刷

印数 0001—3000 册

定价: 36.00 元

梅因在说“从身份到契约”的运动到此处为止是进步社会的特征时，是很慎重的。现在有许多人在问，有的是带着怀疑，有的可以看出来是带着礼貌，究竟有没有从契约到身份的相反的运动发生过。我们可以完全的肯定，这个由19世纪放任主义安放在“契约自由”这种神圣语句的神龛内的个人绝对自决，到了今天已经有了很大的改变；现在，个人在社会中的地位远较著作《古代法》的时候更广泛地受到特别团体，尤其是职业团体的支配，而他进入这个团体并非都是出于他自己的自由选择。很可能，过去一度由家庭这个发源地担任的任务，在将来要由工团这个发源地来担任了。也可能梅因这个著名的原则，将会有一天被简单地认为是社会历史中的一个插曲。如果竟然是这样发生了，这究竟标志着社会的进步还是退化？这是一个非常适合于每一个有思想的人仔细研究的问题。

——克莱顿·垦扑·亚伦 (Carleton Kemp Allen)

自序

自从1994年以来，就一直想写一本关于合同法的理论性著作，系统阐述自己多年来对合同法学习、教学和科研的心得与观点。但是，这种想法却一直被一种担心和忧虑所困扰：合同法博大精深，而本人却不是那种能够“呼风唤雨”的大手笔，万一把握不好，就会被淹没在这浩如烟海的合同法书籍之中。但是，随着中国合同法立法工作的不断深入，对合同法的研究和讨论进入一个新的时期。按理说，我的著作与合同法的制定与否并无任何关系，因为它不是对新合同法的解释或评注。但关于合同法及合同制度的各种观点的纷纷发表，却使我觉得有必要把自己的观点公诸于众，以供批评指正，这也是我与同行和朋友交流的绝好机会。也许正是这种原因促使我下了最后的决心，在新合同法颁布的时候出版我的著作。

如何构建本书的体例，也是一个令我十分困惑的问题。就此我曾苦思良久，终成提纲。就写作提纲曾向我的导师、合同法起草小组组长江平教授和方流芳教授请教。最后决定：按专题而不是教材的体例写作，就存在理论争议的专题作深入研究，但又有必要注意到逻辑上的一致性和合同法内在联系的一贯性。正因为如此，本书对合同法分则的内容涉及得较少。

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

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。

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关于原因理论（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。如果有人感兴趣，可以评判一下本书的“契约效力的根源及其正当化说明理论”一章。

以上便是作者对《合同法原理》一书的基本构思。当然，还有其他的相关制度，在此不再赘述。

回首这些年来对契约法的教学与研究以及三年来本书的写作过程，可谓感慨良多。常觉学海之无边、学问之无限而精力之有限。人生若能在苦短之旅潜心做几件有益的事情，就是莫大的欣慰。我常常以此聊以自慰。最令我感动的是，在我遇到困难的时候，总有许多良师益友向我伸出真诚而热情的手。在本书的写作初期，我的导师江平教授对该书的提纲提出了指导性意见；方流芳教授曾对本书的提纲提出过许多宝贵的意见。在写作过程中，

曾就许多问题与杨振山教授、张俊浩教授、姚新华教授、刘新稳教授及费安玲女士作过有益的探讨。从他们那里，我得到了诸多有益的启发和帮助，同时也看到了中国学者的风范。另外，在写作过程中，也得到了民商法教研室其他同事们热情帮助和支持，深感中国政法大学民商法教研室浓厚的学术空气、团结的气氛和向上的精神。在本书的出版过程中，得到了中国人民公安大学出版社，尤其是刘振华、周兰星、杨玉生同志的支持，特别感谢周兰星编辑为本书的出版所花费的努力。帮助过我的人还有许多，在此我无法将他们一一列出，我想在本书即将出版之际，特表谢忱！

李永军

1999年4月28日

目 录

第一章 契约与契约法的一般概述	(1)
第一节 契约的概念	(1)
第二节 契约法在私法体系中的地位	(18)
第三节 契约法的性质	(25)
第四节 契约的分类	(28)
第二章 契约法的基本精神——契约自由原则	(40)
第一节 契约自由的一般概述	(40)
第二节 契约自由原则的困惑	(57)
第三节 契约自由原则在现代契约法上的地位	(72)
第三章 契约关系的确立及其程式	(80)
第一节 契约关系的私人确立及其程式概述	(80)
第二节 契约订立的一般程式	(82)
第三节 契约订立的特殊程式	(150)
第四节 契约成立的性质和要件	(156)
第四章 契约关系的法律评价及其标准——契约的生效	(158)
第一节 关于契约关系的法律评价	(158)
第二节 当事人的缔约能力	(159)
第三节 意思表示应当真实而无瑕疵	(179)
第四节 合同形式应符合法律的规定或当事人的约定	(182)

第五节	合同的标的确定、可能与合法·····	(187)
第五章	契约效力相对性原则的例外——契约的涉他性···	(191)
第一节	契约效力的相对性原则及其衰落·····	(191)
第二节	契约效力相对性的例外——契约的涉他性·····	(199)
第三节	合同相对性原则在现代合同法上的地位·····	(222)
第六章	病态契约及其救济·····	(224)
第一节	病态契约概述·····	(224)
第二节	病因之一——重大误解·····	(230)
第三节	病因之二——胁迫·····	(250)
第四节	病因之三——诈欺·····	(259)
第五节	病因之四——显失公平·····	(270)
第六节	病因之五——不当影响·····	(281)
第七节	病因之六——公共秩序与善良风俗·····	(283)
第八节	病因之七——违反法律规定·····	(292)
第九节	对病态契约的救济·····	(295)
第七章	定式合同·····	(318)
第一节	定式合同概说·····	(318)
第二节	定式合同的规制（一）——法理基础·····	(329)
第三节	定式合同的规制（二）——立法规制·····	(336)
第四节	定式合同的规制（三）——司法规制·····	(350)
第五节	我国对定式合同的规制体系·····	(358)
第八章	契约权利与义务的移转·····	(369)
第一节	契约权利与义务移转概述·····	(369)
第二节	债权让与·····	(374)

第三节	债务承担	(389)
第四节	合同权利义务的概括承受	(394)
第九章	合同债权的保全	(400)
第一节	合同债权保全概念	(400)
第二节	债权人的代位权	(401)
第三节	债权人的撤销权	(405)
第十章	合同解释规则	(409)
第一节	合同解释概述	(409)
第二节	对争议条款的解释规则	(415)
第三节	补充性解释	(435)
第十一章	契约效力的根源及其正当化说明理论	(441)
第一节	问题的提出	(441)
第二节	约定理论及其正当化 (一) ——内在的视点	(444)
第三节	约定理论及其正当化 (二) ——外在的视点	(457)
第四节	关系契约论——法社会学的新视点	(462)
第五节	英美法上的约因理论	(472)
第六节	大陆法上的原因理论	(490)
第七节	对契约效力根源的分析与思考	(499)
第十二章	契约履行中的抗辩	(504)
第一节	同时履行抗辩权	(504)
第二节	不安抗辩权	(514)
第三节	情势变更抗辩	(522)

第十三章	违约与救济	(543)
第一节	违约责任的归责原则	(543)
第二节	违约的一般概述	(550)
第三节	期前毁约在大陆法系和英美法系的救济制度对比	(556)
第四节	加害给付	(574)
第五节	救济措施	(588)
第六节	契约的解除	(603)
第七节	损害赔偿	(622)
第十四章	买卖合同特则	(663)
第一节	买卖合同与所有权移转	(663)
第二节	风险负担	(694)
第三节	瑕疵担保责任	(700)
第十五章	契约法的未来	(705)
第一节	契约法本身的未来	(705)
第二节	契约制度价值与契约制度本身的未来	(709)

第一章 契约与契约法的一般概述

第一节 契约的概念

一、契约的概念

应当说,任何概念都很难是惟一的。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。^①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,有时我们又不得不免为其难。由于契约关系的复杂性,对其定义,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

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。

础?”^① 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,我们对之进行分别的考察。

(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、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,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。

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3章第3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

① (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年第1版,第4页。

② (意) 彼德罗·彭梵得著,黄风译:《罗马法教科书》,中国政法大学出版社1992年9月第1版,第307页。

③ 周枬:《罗马法原论》,商务印书馆1994年第1版,第654页。

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。^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，法律行为的理论对其产生的极大的诱惑力，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

①（德）康伯拉·茨威格特、海因·可茨：《合同法中的自由与限制》，孙宪忠译，载于《民商法论丛》第9卷，法律出版社1998年版，第349页。

② 尹田著：《法国现代合同法》，法律出版社1995年第1版，第1页。

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。”^① 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。

法学学者的以上解释,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”^② 更为合适。因为“法律行为”是一个上阶位概念,而“合意”或“协议”是一个下阶位概念,故将其归于“法律行为”的范畴中,则更合逻辑。

(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。^③ 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,是这样一个人或者以系列许诺,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。”^④ 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

① 尹田著:《法国现代合同法》,法律出版社1995年第1版,第1~2页。

② 张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社1991年第1版,第577页。

③ 岳彩申著:《合同法比较研究》,西南财经大学出版社1995年第1版,第16页。

④ 阿蒂亚:《合同法概论》(中译本),法律出版社1982年第1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《新社会契约论》季卫东先生为中译本所作的代译序,笔者认为它更忠实于原文和法理。见麦克尼尔著:《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。