



合同法

CONTRACT LAW

李永军 ◆ 著



法律出版社
LAW PRESS



LEGAL GRADUATE

合同法

CONTRACT LAW

李永军 ◆ 著



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

合同法/李永军著. —北京:法律出版社,2003.12
(法学研究生教学书系)
ISBN 7-5036-4609-8

I. 合… II. 李… III. 合同法—法的理论—中国
—研究生—教学参考资料 IV. D923.61

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 121056 号

法律出版社·中国

责任编辑/丁小宣 谭柏平 装帧设计/王际勇

出版/法律出版社·法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司 经销/新华书店
印刷/北京北苑印刷有限责任公司 责任印制/张宇东

开本/A5 印张/23.75 字数/734 千
版本/2004 年 1 月第 1 版 印次/2004 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
电子邮件/info@lawpress.com.cn 电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn 传真/010-63939622

法律教育出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
电子邮件/jiaoyu@lawpress.com.cn
读者热线/010-63939658 传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
传真/010-63939777 中法图第一法律书店/010-63939781/9782
客服热线/010-63939792 中法图北京分公司/010-62534456
网址/www.chinalawbook.com 中法图上海公司/021-62071010/1636
电子邮件/service@chinalawbook.com 中法图苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-4609-8/D·4327 定价:42.00 元



李永军，男，1964年10月生，山东人。民商法博士、博士后，教授，博士研究生导师。发表过多本专著，主要有：《合同法原理》、《破产法律制度》、《破产重整制度研究》、《票据法理论与实务》、《商法》等。学术文章主要有：《契约效力的根源及其正当化说明理论》、《我国合同法是否需要独立的预期违约制度》、《格式合同及其规制》、《论破产原因》、《破产犯罪的比较研究》、《论破产程序中的取回权》、《论破产法上的免责制度》、《中国新破产法起草中的主要问题》、《重申破产法的私法精神》、《论商法的传统与理性基础》、《论商事合伙的特质与法律地位》、《论和解与重整的差异与价值考量》等。

本人为我国《破产法》起草小组成员，1995年获得国家博士后优秀研究奖、1995年获得国家教委对优秀回国留学生科研启动资助；1995年获得政法大学曾宪梓教学奖；1998年获得霍英东科研基金资助；1997年到1998年连续被评为政法大学优秀教师。2000年6月被政法大学评为曾宪梓教学奖一等奖。2001年被列入北京“百人工程”培养人选，2002年被政法大学本科生评为“最受学生欢迎的教师”。2002年被政法大学评为“杰出青年教师”并获得“杰出青年教师基金”奖励。

出版说明

中国的法学研究生教育,如今已蔚成大观,而且依旧在前行。

同法学本科教育与法律硕士教育比起来,法学研究生教育的理论色彩甚强,未来之“法律学术人”,大抵将从这里诞生。另一方面,为数甚多的法学研究生走上法律实务岗位,其业绩亦为突出。从这里看,法学研究生教育仍是一种“宽口径”的教育。培养学生的理论素养,提升学术水平,是其主旨,而进行丰富的职业训练,亦应为培养的题中重意。“法学研究生教学书系”就是一套旨在培养法学研究生的理论素养与实务能力的教学用书。

教科书对于研究生的意义自不同于本科生。在本科生这里,教科书是其学习知识的重要依托,而在研究生这里,大量的学术论著成为研究生汲取知识的来源。但是,尽管如此,研究生毕竟是学生,对研究生来说,教科书体系化、系统化传授知识的方式,仍属不可缺少。事实上,以一本较为深入的教科书为中心传授知识,再辅之以大量的参考书,更易取得系统、深入、广博的较好结合,也更能适应研究生人数增多的现实需要。“法学研究生教学书系”的定位,正在于此。它是深入的,从更深处向学生展现法学魅力;它是系统的,避免了多花采蜜可能带来的知识混杂;它又衔接着更为广博的种种论著,不是封闭,而是将学生导向更加广阔的法学世界。

本丛书启动之时,正逢北京春日,润物春雨,细细无声。回看二十几年来中国法学研究生的培养过程,也恰如这时节、这春雨——没有席卷的风暴,也没有一夜之间骤成的成果,但长久来看,成效显著。改革与事物的生长,大抵如此。我们希望,本丛书亦然,能在为中国法学研究生服务的过程中,默默地、缓缓地、长久地、有力地发挥出它的作用。

法律出版社法律教育出版分社

序 言

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,但契约自由所体现得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“从身分到契约”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及其自然了。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、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,许多国家民法(或者合同法)上均有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。而公法之所以不能自治,就是因为决策人对与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,无论化费多少资金,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:为此掏腰包的是由纳税人而非决策人。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决定是否允许。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。

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。

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、平等和公平之价值观,常常令人感慨万千,回味无穷。我非常希望能够与读者分享这种愉悦的感觉。

李永军
2003年8月18日

目 录

第一章 私法体系中的契约制度 ·····	(1)
第一节 契约的概念与边缘界定 ·····	(1)
一、契约的概念 ·····	(1)
二、准契约 ·····	(15)
第二节 契约制度在私法体系中的地位与作用 ·····	(18)
一、契约制度在私法体系框架内的地位 ·····	(18)
二、契约制度在私法领域中的作用 ·····	(19)
第三节 契约法的性质 ·····	(24)
一、契约法应为任意法 ·····	(24)
二、契约法应为权利法 ·····	(25)
第四节 契约的分类 ·····	(26)
一、大陆法系对契约的分类 ·····	(27)
二、英美法系国家对契约的分类 ·····	(34)
第二章 契约自由及其在现代合同法上的地位 ·····	(37)
第一节 契约自由的一般概述 ·····	(37)
一、契约自由的含义 ·····	(37)
二、契约自由原则的形成 ·····	(41)
三、契约自由原则在各国法上的确立 ·····	(49)
四、契约自由与契约正义 ·····	(52)
第二节 契约自由原则的衰落 ·····	(53)
一、契约自由原则衰落的显著表现 ·····	(53)
二、契约自由原则衰落的根本原因 ·····	(62)
三、对契约自由进行限制中的问题与思考 ·····	(68)
第三节 契约自由原则在现代契约法上的地位 ·····	(69)
第三章 契约关系的确立及其程式 ·····	(76)

第一节 契约关系的确立及其程式概述	(76)
第二节 契约成立的第一步——要约	(77)
一、要约的一般含义	(78)
二、有效要约的法律构成	(78)
三、要约与要约邀请	(84)
四、要约的形式	(96)
五、要约的生效及效力	(96)
六、要约的撤回	(102)
七、要约的撤销	(103)
八、要约人死亡或者丧失行为能力对要约效力的影响	(108)
九、向不具有完全行为能力的人发出的要约之效力	(109)
十、要约效力的基础	(109)
十一、要约效力的终止	(112)
第三节 契约成立的决定性阶段——承诺	(113)
一、承诺的概念	(113)
二、一个具有法律效力的承诺应具备的条件	(113)
三、逾期承诺的法律效力	(120)
四、承诺的形式	(122)
五、沉默在何种情况下构成承诺	(125)
六、受要约人死亡的,其继承人能否有效承诺?	(128)
七、承诺生效的时间	(128)
八、合同成立的时间与地点	(135)
九、承诺的撤回	(136)
十、合同确认书及其法律效力	(137)
第四节 契约订立的特殊程式	(139)
一、交叉要约	(139)
二、事实契约	(140)
第五节 契约成立的性质和要件	(146)
一、契约成立的性质	(146)
二、契约成立的要件	(146)
第六节 缔约失败的责任基础:缔约过失责任	(147)
一、缔约过失责任的概念	(147)

二、缔约过失责任的制度基础与理论基础	(148)
三、缔约过失责任制度的核心问题	(154)
四、我国合同法上的缔约过失责任	(157)
第四章 契约效力的根源及其正当化说明理论	(159)
第一节 问题的提出	(159)
第二节 约定理论及其正当化(一)——内在的视点	(162)
一、古典私法体系与约定理论	(162)
二、约定理论及其正当化	(163)
第三节 约定理论及其正当化(二)——外在的视点	(172)
一、权利分配的社会决定论	(172)
二、富勒的信赖利益理论	(174)
第四节 关系契约论——法社会学的新视点	(178)
一、对古典契约理论的批判	(178)
二、关系契约理论能否成为实定法上的正当化说明理论?	(184)
第五节 英美法上的约因理论	(186)
一、对问题的说明	(186)
二、约因理论创立的初因及在契约法上的作用	(188)
三、约因的发展与衰落以及对契约效力的影响	(190)
四、约因理论的衰亡	(194)
五、约因的未来	(198)
第六节 大陆法上的原因理论	(200)
一、原因理论产生的历史背景	(200)
二、原因的定义	(201)
三、原因的作用	(203)
第七节 对契约效力根源的分析与思考	(207)
一、对约定理论的分析	(207)
二、对关系契约理论的评判	(208)
三、原因和约因理论的对比	(209)
四、对于契约拘束力根源的思考	(209)
第五章 契约的生效	(212)
第一节 对私人行为的法律评价的意义与标准	(212)
第二节 当事人的缔约能力	(213)

一、缔约能力要件在契约法中的价值	(213)
二、自然人的缔约能力	(215)
三、法人的缔约能力	(217)
四、非法人组织的缔约能力	(227)
五、对于行为能力的补充性说明	(230)
第三节 意思表示应当真实而无瑕疵	(231)
一、意思表示真实要件在契约法上的地位和价值	(231)
二、意思表示真实对合同效力的影响	(231)
三、意思表示真实的内在含义	(232)
第四节 合同形式应符合法律的规定或当事人的约定	(234)
一、合同形式与契约自由原则的对立和统一	(234)
二、形式的意义与分类	(235)
三、关于契约形式问题的学理和立法	(237)
四、违反法定形式的后果	(240)
五、违反约定形式的后果	(241)
第五节 合同的标的确定、可能并合法	(242)
一、合同之标的的概念	(242)
二、标的确定	(243)
三、标的可能	(244)
四、标的合法	(245)
第六节 合法的原因或者对价	(245)
一、合同的交易性本质	(245)
二、原因与约因	(246)
三、小结	(247)
第六章 定式合同及其规制	(249)
第一节 定式合同概说	(249)
一、定式合同的概念	(249)
二、定式合同的特征	(250)
三、定式合同的适用对象	(252)
第二节 定式合同产生与存在的基础	(253)
一、定式合同的经济基础	(253)
二、定式合同的理论基础	(254)

三、定式合同的法律基础	(259)
四、追索成本对定式合同的影响	(260)
第三节 对定式合同规制的法理基础	(261)
一、定式合同对契约自由的背离	(261)
二、定式合同与契约正义的冲突	(262)
三、不公平条款的表现形式	(265)
第四节 对定式合同的立法规制	(266)
一、民事一般法的规制	(266)
二、特别法上的规制	(270)
三、一般法与特别法的关系——以因错误而撤销为视角	(278)
第五节 对定式合同的司法规制	(279)
一、大陆法系国家的司法规制	(280)
二、英美法上的司法规制	(282)
第六节 对定式合同的预防性规制	(286)
一、刑事责任	(287)
二、集团诉讼	(287)
三、行政控制	(288)
第七节 我国对定式合同的规制体系	(289)
一、现行合同法颁布前我国对定式合同的规制体系的基本框架	(289)
二、我国现行合同法对定式合同规制的方法及规则	(291)
三、小结	(296)
第七章 病态契约及其法律救济	(298)
第一节 病态契约及其法律救济的一般概述	(298)
一、病态契约的基本理论	(298)
二、关于病态契约之病因的立法例	(301)
三、关于对病态契约的救济措施	(302)
第二节 病因之一——错误	(303)
一、重大误解与错误的概念辨析	(303)
二、为什么因错误而订立的合同是可以请求撤销的	(304)
三、什么样的错误是可以撤销的	(305)
四、错误发生的阶段	(311)

五、错误的类型及法律救济性	(312)
六、主要国家立法例	(315)
七、对于与错误有关的几个问题的思考	(322)
第二节 合同病因之二——胁迫	(330)
一、胁迫的概念	(330)
二、对因胁迫而订立的合同进行法律救济的法理基础	(331)
三、胁迫的法律构成	(332)
四、经济胁迫问题	(339)
第四节 病因之三——欺诈	(342)
一、欺诈概述	(342)
二、欺诈的法律构成	(346)
三、法律救济手段的竞合问题	(355)
第五节 病因之四——显失公平	(355)
一、显失公平概述	(355)
二、显失公平的法律构成	(360)
第六节 病因之五——不当影响	(365)
一、不当影响的概念及英美法系的学说与判例规则	(365)
二、不当影响在大陆法系与我国合同法上的地位	(368)
第七节 病因之六——善良风俗与公共秩序	(369)
一、作为合同法救济的善良风俗	(369)
二、公共秩序及其适用	(379)
第八节 病因之七——违反法律规定	(383)
第九节 对病态契约的救济	(385)
一、救济制度概述	(385)
二、无效制度与可撤销制度的法律适用	(388)
三、对合同绝对无效与相对无效主张权利的归属	(391)
四、合同的部分无效	(394)
五、无效合同的转换	(399)
六、无效合同的补正	(402)
七、绝对无效与相对无效的法律后果	(404)
第八章 契约权利与义务的移转	(412)
第一节 契约权利与义务移转概述	(412)

一、契约权利与义务的可移转性	(412)
二、合同权利义务移转的原因及其无因性	(415)
第二节 合同债权的让与	(416)
一、债权让与的限制	(416)
二、债权让与的效力	(422)
三、债权让与的通知及其效力	(429)
四、债权的部分让与问题	(431)
五、债权让与是否经债务人同意的问题	(432)
第三节 债务承担	(433)
一、债务承担的含义	(433)
二、免责的债务承担	(434)
三、并存的债务承担	(436)
第四节 合同权利义务的概括承受	(437)
一、概述	(437)
二、合同权利义务概括承受的法律效力	(440)
第九章 涉他性契约	(444)
第一节 契约效力的相对性原则及其衰落	(444)
一、契约相对性原则与私法体系的构建	(444)
二、契约相对性原则的衰落	(446)
第二节 契约效力相对性的例外——契约的涉他性	(450)
一、债权不可侵性理论	(450)
二、德国法上“附保护第三人作用的契约”	(457)
三、为第三人利益的契约	(460)
四、物权合同与物权化合同	(466)
五、债权人的代位权和撤销权	(467)
第三节 合同相对性原则在现代合同法上的地位	(469)
第十章 交易基础瑕疵与合同效力	(470)
第一节 交易基础瑕疵理论的基本概述	(470)
一、命题的本质所在	(470)
二、交易基础的概念与理论说明	(470)
第二节 对主观法律行为为基础瑕疵的法律救济	(477)
一、德国法上的救济	(477)

二、法国法与英美法上的法律救济	(478)
三、我国合同法应当采取的救济方法	(478)
第三节 客观行为基础瑕疵及其救济	(479)
一、对客观行为基础瑕疵救济的理论基础	(479)
二、情事变更之原则适用的条件	(494)
三、情事变更原则适用的法律后果	(499)
第四节 我国法上的情事变更原则	(500)
一、关于是否规定情事变更原则的立法争议	(500)
二、情事变更原则在我国合同法上适用的可行性	(502)
三、情事变更与交易安全	(502)
第十一章 合同债权的保全	(503)
第一节 合同债权保全的概念	(503)
第二节 债权人的代位权	(504)
一、代位权的概念与种类	(504)
二、代位权的制度价值质疑——代位权存废之争	(506)
三、债权人行使代位权的法律要件	(510)
四、代位权的行使	(511)
五、我国合同法与相关司法解释关于代位权的立法评议	(514)
第三节 债权人的撤销权	(515)
一、撤销权的概念	(515)
二、债权人撤销权的构成要件	(515)
三、撤销权的行使	(516)
四、撤销权行使的效力	(517)
第十二章 契约履行中的抗辩	(518)
第一节 同时履行抗辩权	(518)
一、同时履行抗辩权概述	(518)
二、同时履行抗辩权的适用条件	(521)
三、行使同时履行抗辩权的法律效力	(525)
第二节 不安抗辩权	(525)
一、不安抗辩权的概念	(525)
二、不安抗辩权的适用条件	(528)
三、不安抗辩权的法律效力	(531)

第十三章 契约解释规则	(533)
第一节 契约解释概述	(533)
一、契约解释的客观必要性	(533)
二、契约解释的性质	(536)
三、合同解释的目的和对象	(537)
四、合同解释与法律解释的区别	(538)
五、合同的解释与合同的可撤销性及无效性	(539)
第二节 解释的基本原则	(540)
一、主观解释规则	(540)
二、客观解释规则	(542)
三、合同解释原则的现在——主观与客观的统一	(546)
四、我国合同法规定的解释原则	(549)
第三节 客观主义兼主观主义原则下的解释规则	(549)
一、整体解释规则	(549)
二、目的解释规则	(551)
三、公平解释规则	(552)
四、交易习惯与交易前例解释	(554)
五、诚信解释规则	(558)
第四节 补充性解释	(558)
一、概述	(558)
二、依补充性法律规定的补充解释	(559)
三、法官用自己制定的规则加以解释	(562)
第五节 合同解释对意思自治的影响	(564)
一、法官通过合同解释而为当事人订立合同——合同解释的客观本质	(564)
二、客观解释对主观的替代——是否是契约死亡的新注脚	(567)
三、合同解释的客观性与对当事人意思尊重之矛盾调和的制度安排	(569)
第十四章 违约与救济	(572)
第一节 违约责任的归责原则	(572)
一、大陆法系关于违约责任归责原则的传统理论	(572)
二、我国合同法上的违约责任的归责原则之争论	(573)