

学校编码：10384

分类号_____密级_____

学号：12020051402810

UDC_____

廈門大學

博士学位论文

契约效力的国家评价

On the State Evaluation of the Effect of Contracts

李 玲

指导教师姓名：朱崇实 教授

专业名称：民商法学

论文提交日期：2012年4月

论文答辩时间：2012年 月

学位授予日期：2012年 月

答辩委员会主席：_____

评 阅 人：_____

2012年4月

厦门大学学位论文原创性声明

兹提交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文产生的权利和责任。

声明人（签名）：

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人完全了解厦门大学有关保留、使用学位论文的规定。厦门大学有权保留并向国家主管部门或其指定机构送交论文的纸质版和电子版，有权将学位论文用于非赢利目的的少量复制并允许论文进入学校图书馆被查阅，有权将学位论文的内容编入有关数据库进行检索，有权将学位论文的标题和摘要汇编出版。保密的学位论文在解密后适用本规定。

本学位论文属于

1、保密（ ），在 年解密后适用本授权书。

2、不保密（ ）

（请在以上相应括号内打“√”）

作者签名：

日期： 年 月 日

导师签名：

日期： 年 月 日

内容摘要

本文试图从民法基础理论的角度对契约和契约效力的问题进行综合而深入的阐述，由此不得不突破民法的边界进入公法与私法交叉与接轨的领域，甚至在规范与事实的二元结构中展开论述。本文的基本结论是，所谓契约，不过是特定的法律规范体系所容许的私人之间的合意，它本身之所以能够成立和有效乃是国家评价之后的结果，因此，所有的关于契约的法律规则在最终意义上都是由个人和国家所处的社会历史事实所决定着的。相应地，契约的效力是指国家对契约进行的肯定、积极、消极、否定或不置可否的评价。契约效力的类型与范围均取决于国家强制的界限。因此，从法律形式上看，契约和契约效力并不仅仅局限于私法领域，而是具有公法与私法相结合与交叉的特征。

在第一章引论中，笔者结合契约效力及国家评价问题的研究现状，提出本问题的研究意义，并总体上阐述了本文的研究进路和研究方法，即将公私法结合在一起的规范分析的路径，并同时辅之以比较法方法、规范与事实之对立与冲突的历史法学与社会法学视角。

在第二章中，笔者试图从国家评价的思路出发来界定契约和契约效力的概念。本章并不是简单地归纳关于契约和契约效力的各种学术观点，而是从国家评价的角度来认识契约和契约效力的本质定义，发掘契约与契约效力之概念的国家因素，这构成了全文的前提和基础。从本章的分析可以看出，无论是契约的定义——甚至名称表述本身，还是契约的效力，都具有浓厚的“国家”和“国家强制”的因素与意味，因此，契约的问题自始至终都不局限于私法，而是被打上了国家干预的烙印，对契约效力的认识也必须突破单纯的私法框架来进行。

在此基础上，笔者在第三章中分析和归纳私法理论中关于契约效力根源的各种学说，诸如意志决定论、原因理论和约因理论以及其他新兴的学说，并对这些学说的不足进行了系统的方法论批判。这些学说的不足在根本上是受限于其既定的单纯私法的视角，并进而被这种单纯的视角所蒙蔽。因此，一种更为全面、多元和规范的视角是必要的。

据此，笔者在第四章中从公法与私法相结合的视角提出关于契约效力的规范等级理论。笔者认为，从规范的立场出发，契约的效力来自于民事法律，而民事

法律的效力又来自于既定的宪法规范。如果进一步超出规范的层次进而追问实定法关于契约效力的各种规则的根源，则不得不进入到事实的层面，得到关于契约之所以有效或无效的社会历史基础，以及关于契约效力的历史法学与社会法学的观点。

在第五章中，笔者分析了国家评价契约的效力样态，即民法理论在传统上所理解的契约的有效、契约的可变更可撤销、契约的效力待定和契约的无效四种效力层次。笔者进一步为这种民法上的契约效力形态找到了宪法的框架，即宪法上国家对契约所作的尊重与保护、容忍、否定的评价。由此，笔者打通了关于契约的不同层次法律规范之间的隔膜，将不同规范层面上的契约效力样态串连在一起。当然，国家在宪法上对契约的不同评价是受既定的社会历史事实所决定的，由此在规范与事实之间亦存在某种深切的关联。

最后，在全文论述的基础之上，笔者尝试着从综合的角度出发来重新定义契约和契约效力的概念。契约虽然在表面上是当事人之间的合意，但它绝不仅仅是当事人之间的合意，它本身，尤其是契约的效力在很多情形下来自于国家的评价，这其中包含着“法律父爱主义”、国家强制等多种多样的考虑。虽然亦应警惕将契约与国家评价本身相混同，但是在现有国家日臻完备的法律体系之下，只有认识到契约本身被打上的国家评价的烙印，才能为寻找真正的契约自由，为击碎束缚当事人意志自由的镣铐指明努力的方向。

关键词： 契约； 契约效力； 国家评价

ABSTRACT

The author attempts to discuss, in a synthesized and thorough way, the issue of contracts and their effects from the perspective of civil law basic theory, by doing this, the boundary of civil law has to be overturned and replaced by a public and private law crossed and integrated fields, and even the normative-fact dual structure. The conclusion in this paper is that, the contract is nothing but the consensus acquired by individuals within certain normative system, and the contracts is of itself valid only because it is the result of the evaluation of the state, and all the legal norms concerning contract is determined by the social-historic facts which the individuals and the state are situated. Correspondently, the effects of contracts are the affirmative, positive, passive, negative or noncommittal evaluation of the state. The type and limit of the effects of contracts are determined by the limit of state compulsions. Therefore, the contracts and their effects are not limited to the field of private law, instead, they bear a private law and public law combined characteristics.

In chapter one, the author summarizes the current research situation of contract effect and state evaluation, sets forth the basic research route and methods of this paper, that is, the normative analyzing approach combined public law and private law. What's more, the author also undertakes the comparative law approach, the normative-fact dual structure with the historic and social perspectives.

In chapter two, the author defines the concept of contract and the effect of contracts from the perspective of state evaluation. It is not to simply sum up the variant academic viewpoints on contract and contract effect, but to quest and search the essential definition of contracts and contracts effect, which constitutes the prerequisite and base of the whole paper. The analysis in this chapter shows that, both the definition, even the expression of contract itself, and the effect of contracts are endowed with the state or state compulsion factors.

On the base of chapter two, the author moves further into the origin of contract effect. The author evaluates the existed different theories, such as the will-determining theory, the reason theory, the consideration theory and other newly developing theories, and criticizes the methodology of these existed theories. The shortcomings and weaknesses of these theories result from their pure private law perspective which

prevents themselves from the all-around analysis. Therefore, a more thorough and synthesized analysis is completely necessary.

In chapter four, the author sets forth a normative hierarchical theory of contract effect from a public law and private law combined perspective. The author believes that the effect of a contract comes from civil legislation, and the effect of a civil legislation comes from the existed constitutional norms, and if we inquire beyond the limit of positive legal system, then they all come from a certain social historical base. Therefore, there exists a historic and social academy of contract effect.

In chapter five, the author analyzes the types in which the state evaluates the effect of contract. In the language of civil law theory, they are being valid, to be repealed or changed, the uncertain status, and being invalid. The author searches the constitutional law basis for these civil law types of effect, that is, the respect and protection of state, the tolerance of state and the negation of state. Therefore, the author connects the civil law type with their constitutional law basis. Certainly, these different types of state evaluation are deeply rooted in the existed social facts.

In the end, the author tries to redefine the contract and the effect of contract based on the analysis of the whole paper. The contract is superficially the consensus of parties, but in essence, the contract is not merely the consensus, but also, especially its effect comes from the state evaluation based on the considerations such as legal paternalism, although we should not mix the contract up with the state evaluation itself. In the context of the more and more complex and perfect modern legal system, the freedom of contract can be found and realized only when the state evaluation is recognized.

Key Words: Contract; Effect of Contract; State Evaluation

案例表

Table of Cases

- [1] Adkins v. Children's Hospital, 261 U.S. 525 (1923).
- [2] Fletcher v. Peck, 10 U.S. 87 (1810).
- [3] Lochner vs. New York, 198 U.S. 45 (1905).
- [4] Muller v. Oregon, 208 U.S. 412 (1908).
- [5] Stilk v Myrick [1809] EWHC KB J58.
- [6] Trustees of Dartmouth College v. Woodward, 17 U.S. (4 Wheat.) 518 (1819).
- [7] West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379(1937).
- [8] D écision n °82-144 DC du 22 octobre 1982 du Conseil Constitutionnel.
- [9] D écision n °2005-522 DC du 22 juillet 2005 du Conseil Constitutionnel.
- [10] D écision n °93-325 DC du 13 août 1993 du Conseil Constitutionnel.
- [11] D écision n °2006-542 DC du 09 novembre 2006 du Conseil Constitutionnel.
- [12] D écision n °89-265 DC du 09 janvier 1990 du Conseil Constitutionnel.
- [13] D écision n °2000-437 DC du 19 décembre 2000 du Conseil Constitutionnel.
- [14] D écision n °2002-465 DC du 13 janvier 2003 du Conseil Constitutionnel.
- [15] D écision n °2011-141 QPC du 24 juin 2011 du Conseil Constitutionnel.
- [16] 黄启祯译:《关于“吕特事件”判决》,载于《西德联邦宪法法院裁判选辑(一)》,司法
院 1992 年印行.
- [17] 伊朗王妃案,34 BverfGE 269.

厦门大学博硕士论文摘要库

目 录

第一章 引论	1
一、问题的提出与意义.....	1
二、研究现状.....	3
三、研究进路.....	5
四、研究方法.....	7
第二章 契约与契约效力之概念的国家之维	11
第一节 契约之界定	11
一、契约的定义.....	11
二、契约与相关概念之辨析.....	17
三、作为本文研究对象的契约.....	20
第二节 契约效力之界定	23
一、契约效力的定义.....	24
二、统一合同法之前的契约的效力.....	29
三、统一合同法对契约效力的规定.....	32
第三节 小结	35
一、契约的“国家”因素.....	35
二、契约效力的“国家”因素.....	36
第三章 契约效力根源的学说批判	39
第一节 “意志决定论”的兴衰	39
一、意志决定论的兴起.....	39
二、对意志决定论的攻伐.....	41
三、小结.....	42
第二节 原因理论与约因理论	43
一、大陆法系的原因理论.....	43
二、英美法系的约因理论.....	45
三、原因理论检讨.....	46
第三节 新兴学说评介	48
一、新兴学说的类型.....	48
二、新兴学说——全是浮云？.....	49
第四章 契约效力根源的规范等级理论	52
第一节 民事法律的效力根源	52

一、民事立法权的来源.....	52
二、民事法律的内容依据.....	61
第二节 契约效力的根源	72
一、契约效力的形式根源与民事法律.....	73
二、契约效力的形式根源与宪法规范.....	79
三、契约效力的实质根源与基础规范.....	85
第三节 小结	88
一、契约效力根源的规范等级理论.....	88
二、若干补充.....	89
第五章 国家评价契约效力的样态	91
第一节 国家评价的民事法律框架	91
一、契约的有效.....	91
二、契约的可撤销可变更.....	92
三、契约的效力待定.....	94
四、契约的无效.....	94
第二节 国家评价的宪法框架	97
一、契约作为自由权与国家的尊重与保护.....	97
二、契约自由作为双向权利与国家的容忍与否定.....	101
三、仅作为自由权的契约自由与国家的否定.....	104
四、国家评价之限制.....	110
第三节 国家评价的社会历史基础	115
一、尊重与保护契约的社会历史背景.....	115
二、契约自由之限制与社会环境的演变.....	122
三、契约效力的历史法学与社会法学.....	125
第四节 小结	127
一、国家评价契约效力的样态构造.....	127
二、若干补充.....	128
结语 契约与契约效力的再定义	129
一、契约绝不仅仅是当事人之间的合意.....	129
二、契约绝不等于国家评价本身.....	132
三、契约与契约效力是什么.....	134
参考文献	137
后记	145

CONTENTS

Chapter 1 Preamble	1
Section 1 The background and significance of research	1
Section 2 The current research situation	3
Section 3 The route of research	5
Section 4 The method of research	7
Chapter 2 The State Perspective of Contract and its Effects	11
Subchapter1 The notion of contract	11
Section 1 The definition of contract	11
Section 2 Contract and other similar concept	17
Section 3 Contract as subject of this research	20
Subchapter2 The notion of contract effect	23
Section 1 The definition of contract effect	24
Section 2 Contract effect before the unified contract law	29
Section 3 Contract effect in the unified contract law	32
Subchapter3 Conclusion	35
Section 1 The state elements of contract	35
Section 2 The state elements of contract effect	36
Chapter 3 The Criticism on Traditional Contract Effect Theories ..	39
Subchapter1 The ebb and flow of will theory	39
Section 1 The ebb of will theory	39
Section 2 The criticism on will theory	41
Section 3 Conclusion	42
Subchapter2 The reason and consideration theory	43
Section 1 The reason theory in continental law	43
Section 2 The consideration theory in common law	45
Section 3 The self-criticism of reason and consideration theory	46
Subchapter3 The Newly developed theories	47
Section 1 The types of newly developed theories	48
Section 2 The newly developed theories: being floating clouds	49
Chapter 4 The Normative Hierarchy Theory of Contract Effect ...	51
Subchapter1 The source of civil legislation effect	51

Section 1 the source of civil legislative power	51
Section 2 the content foundation of civil legislation	60
Subchapter2 The source of contract effect	71
Section 1 The form source of contract effect and civil legislation	72
Section 2 The form source of contract effect and constitutional norms	78
Section 3 The substantial source of contract effect and basic norms	84
Subchapter3 Conclusion	87
Section 1 The normative hierarchy theory of contract effect	87
Section 2 Some supplements	88
Chapter 5 The Type of State Evaluation on Contract Effect	89
Subchapter1 The state evaluation in civil law context	89
Section 1 Status of being valid	89
Section 2 Status to be repealed or changed	90
Section 3 Status to be ascertained	92
Section 4 Status of being invalid	92
Subchapter2 The state evaluation in constitutional law context	95
Section 1 Contract as a freedom and the respect and protection of state	95
Section 2 Contract freedom as one-another right and the tolerance and negation of state	99
Section 3 Contract as sole freedom and the negation of state	102
Section 4 The limit of state evaluation	108
Subchapter3 The state evaluation in its social-historic base	113
Section 1 The social-historic context of respect and protection of contract	113
Section 2 Limit of contract freedom and social change	120
Section 3 The historic and social law theory of contract effect	123
Conclusion	125
Section 1 The structure of state evaluation of contract effect	125
Section 2 Some supplements	126
Conclusion Redefining Contract and Contract Effect	127
Section 1 Contract is not only the consensus	127
Section 2 Contract is not only the state evaluation	130
Section 3 what are contract and contract effect	132
Bibliography	135
Postscript	143

第一章 引论

依靠汉斯·凯尔森（Hans Kelsen）的名声，若站在其众所周知的法律阶层构造的思考立场上来看，宪法位居至高无上的地位，它的下面有各种法律以及命令。从宪法的法律条文上来看，这似乎不存在问题。但是，最近对此也有尖锐的批评，东京大学教授长谷部恭男说：

难道只要宪法有明文规定，就一定是理所当然的吗？^①

这一声喊，振聋发聩，在研习民法的问题当中，也不仅让笔者产生了一个疑问，有关于契约效力的问题，国内各个版本的通行教材与专著中均高举“契约自由”的大旗，呼吁当事人意思自治，却对契约效力的来源问题视若无睹，或者认为理所当然而欣然接受，在这里，不禁要问：

难道只要民法有明文规定，就一定是理所当然的吗？

这正如陷入泥沼中的人不能通过自己的力量来使自己得以解脱那样，契约效力看似一个纯粹的民法问题背后，若运用其他的方法从其他的视角来研讨一番，使我们得知民法的法律条文理应有某种支撑的东西存在。并且，以此为契机，揭开公法规范与私法规范在现代法律体系日益庞大宏伟的背景下交错纵横的壮观图景。

一、问题的提出与意义

契约效力是个老问题，对于这个问题的解决，本已有定论，但是随着人类历史翻开 21 世纪的初叶，社会生活的变迁和法学理论的发展，使得旧枝发新芽，本文所要讨论的主题，在以下两个前提下，成为了具有理论与现实意义的问题。

第一，在契约法内部，“私法自治”已经无法完满地解决契约效力的问题。

在这个世纪之初，当我们回顾一下上个世纪契约法的发展时，会不容置疑地肯定，20 世纪是一个各种契约法理论百花齐放的时代。原来洋溢着“意志自由”的契约法理论，已经不能完全贯穿现代的契约法律制度，“私法自治”这一契约法的基本理念已经无法解决契约效力的所有问题。

^① [日]星野英一. 民法的另一种学习方法[M]. 冷罗生、陶芸、黄育红译, 北京: 法律出版社, 2008. 45.

具体到法律规范、制度层面，作为私法自治最集中体现的领域——契约的效力，其评价标准历经演变，无论是纯粹着眼于当事人的自由意志的主观主义，还是重点关注合意载体外观的客观主义，这两种典型的解释方法，已经无法对契约评价标准进行完全性的说明。因为，评价标准已经也从内部视角转向外部视角，各国的契约法不仅以不同的方式对契约自由表现出了充分的尊重和保护，同时也设置了当事人的纯粹意志不可跨越的禁区——即当事人的契约不得损害公序良俗，不得违反法律的强行性规定。

第二，从契约法外部，公法性质的规范不断地向民事领域进行渗透，引发所谓“私法公法化”的问题。

在民法基本原则的层面，已经有学者提出，原本占主流地位的“意思自治原则”应当被“意思自治与国家的保护性干预相结合原则”所取代。“意思自治与国家的保护性干预相结合原则要求民法在可能的范围内保障当事人从事民事活动时的意志自由，不受国家权力机关的非法干预，且不受来自其他当事人的非法干预，但在当事人不能做出正确决定的事项上，又承认国家做出保护性干预措施的必要与合理。”^①这一取代，在契约法领域尤其突出，契约自由原则本是意思自治要素的最经常运用形式，在现代社会，它正受到各种法律规定的限制，这些具有强制性规范意味的法律规定，正是公法性质的规范向民事领域渗透的具体外在表现。

在这样的前提下，各种公法性质的规范通过两种途径渗透入传统的私法领域，具体到契约法这一法律部门，例如，从《中华人民共和国合同法》（下文简称《合同法》）第52条关于“无效合同”的规定，就可以窥见这两种途径，即一是具有禁止性或强制性特征的公法规范已经成为契约法的内容，该条第三项规定，以合法形式掩盖非法目的的合同无效；二是通过契约法中设立的外接型通道，公法性质的规范得以介入，如该条第五项规定，违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效。由此，“私法公法化”成为一股势不可挡的潮流，冲击着传统的民法理论，如何抗击这股思潮，在契约法理论之私法自治否定之否定后，急需要新的视角来解析契约效力的问题。

正是在这样的背景之下，本文重提契约的效力问题，并从国家评价的角度切

^① 徐国栋. 民法总论[M]. 北京: 高等教育出版社, 2007. 140.

入主题，试图结合规范与事实，并在公私法交叉与结合的基础之上，提出关于契约效力的新理解。

二、研究现状

关于契约效力的研究，尤其是效力根源的研究，正如国内学者李永军教授所言：在我国，关于契约产生效力的根源是什么这个问题，学理几乎是将其忽视了，而代之只是接受现成的定论——当事人订立的契约在当事人之间有相当于法律的效力，很少有人去问：为什么契约会在当事人之间产生相当于法律的效力？^①私法自治作为一种法律上的意识形态至少在学界被普遍信仰膜拜，而缺乏对之进行质疑追问以及重视审视阐明的声音。

截止 2012 年 2 月份，以“合同效力”为书名并于其中探讨契约效力之根源的著作有：李永军著《合同法》（法律出版社 2004 年版）、李仁玉著《合同效力研究》（北京大学出版社 2006 年版）、徐涤宇著《原因理论研究：关于合同（法律行为）效力正当性的一种说明模式》（中国政法大学出版社 2005 年版）、陈融著《解读约因：英美合同之效力基石》（法律出版社 2010 年版），其他的探讨契约效力的书目，多定位于研究强制性规范与无效合同的居多，如耿林著《强制规范与合同效力——以合同法第 52 条 5 项为中心》（中国民主法制出版社 2009 年版）、黄忠著《违法合同效力论》（法律出版社 2010 年版），等等。

其中，李永军教授认为契约的效力根源于两个方面的因素：自律和他律，自律指利益的期待辅之以道德因素是当事人受自己意思的约束、自觉遵守契约的真正原因；他律指法律对于当事人通过契约追求的合理利益进行保护，使契约得以强制履行。而二者均来自于物质利益，所不同的是，前者是个人利益，后者是社会利益。^②李教授分析的方法仍坚守于契约法领域中，所提的内在的视点和外在的视点仅指契约当事人和法律规范两个层面，相对而言，分析偏浅显，只是以往观点的综合，并且将契约效力的根源归结为自律、他律和物质利益仍有值得商榷的空间。

《合同效力研究》一书认为合同效力问题始终是合同法的核心问题，以此为中心，该书对合同效力问题进行全面撒网，从合同效力范围研究、合同成立研究、

^① 李永军. 契约效力的根源及其正当化说明理论[J]. 比较法研究, 1998, (3): 225.

^② 参见李永军. 合同法[M]. 北京: 法律出版社, 2004. 210—211.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士学位论文摘要库