

# 民事(法律)行为语境下合同成立与生效的基础性思考

鲁世平<sup>1</sup>, 孙晓珍<sup>2</sup>

- (1. 长安大学 人文社会科学学院, 陕西 西安 710064;  
2. 渭南师范学院 政治经济系, 陕西 渭南 714000)

**摘要:**为了合理地确定合同的成立要件和生效要件,对合同的性质进行科学定位。分析认为,根据民法理论和中国现行立法的规定,合同的性质在不同的情况下可能会被认定为本原民事法律行为、传统民事法律行为和中国立法下的民事法律行为;相应地,合同的成立要件与生效要件不同的性质定位下也会有所不同。

**关键词:**合同;民事(法律)行为;合同的成立;合同的生效

**中图分类号:**D923.1

**文献标志码:**A

**文章编号:**1671-6248(2008)04-0056-07

合同的成立和生效是合同法理论中两个重要的法律制度。然而,学界关于这两项制度的理论分歧较大,原因在于学界探讨合同的成立与生效制度时仅仅围绕其本身就事论事,结果谁也说服不了对方,最终仍是异议纷呈。本文针对该项制度,从其基础理论——合同和作为合同行为基础理论的民事法律行为制度进行研究。

## 一、合同的性质

合同的性质是什么?实际上这是回答合同是否是一种民事法律行为,是否是合法行为?对此,学界通说认为,合同是一种民事法律行为,在本质上属于合法行为。对于合同的合法性问题,相关著述认为其立法依据是《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第54条的规定:“民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为”。所以,既然民事法律行为是合法行为,而合同又是一种民事法律行为;那么“合同是合

法行为”就是逻辑发展的必然结果。现在需要追问的是“合同是一种民事法律行为”吗?

中国的法学论著在论述合同的特点时都会提到合同是一种民事法律行为,那么为什么合同是一种民事法律行为?这些论著并无下文。笔者猜测,理由可能是《民法通则》第85条规定:“合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议”;《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第2条规定:“本法所称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”;再有上述《民法通则》第54条的规定,那么合同就是民事法律行为。笔者认为,这样的逻辑推理是有瑕疵的。因为上述法条之间并不存在能将“合同”与“民事法律行为”联系起来的纽带。当然,学者们可能会从“法律规范所规定的、能够引起法律关系变动的法律事实”出发,认为合同既然不是法律事实中的法律事件,合同就只能是法律事实中的法律行为;进而言之,在法律行为的种属系统中,合同就是“民事主体以意思表示为要素变动民事法律

收稿日期:2008-07-01

作者简介:鲁世平(1972-),男,陕西渭南人,讲师,法学博士。

关系”的民事法律行为这个属概念了。那么,在中国民事立法中,民事法律行为究竟处于何种地位?

实际上在《民法通则》中,立法选择的是“民事行为”作为“民事主体以意思表示为要素变动民事法律关系的行为”的属概念。在民事行为这个属概念下有4个种概念:民事法律行为、可变更和可撤销民事行为、效力未定的民事行为以及无效民事行为。换言之,中国立法中“民事行为”取代了国际上通行的以“民事法律行为”(以下简称传统民事法律行为)作为属概念的地位。而对于这个具有中国特色的立法取舍,学界在专门研究民法总论时是很清楚的,但在民法分论中具体运用这项制度时又不自觉地用传统民事法律行为这个属概念取代立法中“民事行为”这个属概念。进而言之,学界一方面固守传统民事法律行为属概念的地位;另一方面不由自主地用中国立法中民事法律行为这个合法性行为种概念的内涵代替传统民事法律行为的内涵。在实际研究中,既在中国民事法律行为的封面上贴上行为“属概念”的标签,又在其内涵上赋予“合法性”,以达到偷梁换柱的效果,从而得出“合同是一种民事法律行为,在本质上是合法行为”的结论。但是,严格按照中国目前的立法,合同是一种民事行为而非民事法律行为。那么,什么是民事行为呢?立法上未作明确规定,学界通说认为:民事行为是以意思表示为要素发生民事法律后果的行为<sup>[1]</sup>。可见,民事行为是一个中性概念,而并非必然就是合法行为。换言之,民事行为可能是合法行为,也可能是违法行为。这时如果再说“合同是合法行为”显然是不正确的。由于中国立法是用“民事行为”取代了“传统民事法律行为”这一属概念的地位,那么传统民事法律行为具有什么性质?实际上,“法律”是用来修饰“行为”的中性定语<sup>[2]</sup>,所以,传统民事法律行为如同中国的民事行为一样是一个中性概念,其中包含合法行为和违法行为。那么,中国为什么将民事法律行为界定为合法行为呢?

中国将民事法律行为界定为合法行为的观念,源于前苏联民法理论。早在20世纪20年代末,苏联民法学者就对法律行为概念究竟仅指合法行为,还是涵盖一切旨在变动民事法律关系的行为这一问题展开争论。但是值得重视的是,尽管前苏联学者对法律行为概念的认识长期存有分歧,然而立法机构始终坚持传统民事法律行为概念的理解。1922年《苏俄民法典》第26条规定:“法律行为是设立、变更或者终止民事权利义务关系的行为”;1961年

《苏联民法纲要》第14条第1款和1964年《苏联民法典》第41条第1款也规定,“法律行为是公民和组织旨在设立、变更或终止民事权利和民事义务的行为”。它们均保留了传统民法中的“有效法律行为”和“无效法律行为”等概念。由此可见,在前苏联的立法中,法律行为是兼容合法行为和违法行为的概念。而一些民法学者无视这一立法现实,基于“法律行为唯有合法才有效”的观念,做出了“法律行为只能是合法行为”这一与立法精神相矛盾的论断。实际上,通过该观点在前苏联民法理论中的萌生与传播的事实可知,这种观点虽然仅有观点展示,但没有确切形成依据,但是,由于有“意志法”理论的支持以及计划经济体制推行的实际需要,该观点得到维持而且有相当大范围的扩散<sup>[3]</sup>。

令人遗憾的是,中国在建国后相当长的时期里,法学理论和立法的绝大部分领域实行“一边倒”的观念,《民法通则》接受了上述前苏联学者不成熟的观点,进行了概念变造。中国立法在对传统民事法律行为作了变造后,又不得不创造出“民事行为”这一属概念。有学者指出,“民事行为”这一概念的提出具有以下意义:它能使人们避开以往法学界对法律行为一词所持多种理解而造成的歧义<sup>[4]</sup>。事实上,在大陆法系各国民法理论与实践,对于法律行为概念的理解,极少存在类似前苏联与中国学者间那样的分歧。《德国民法典》所称的“法律行为”,是指一个人或多个人从事的行为或若干具有内在联系的行为,其目的是引起某种私法上的法律后果,亦即使个人与个人之间的法律关系发生变更<sup>[5]</sup>。有人主张法律行为是指,“私人的、旨在引起某种法律效果的意思表示。此种效果之所以得依法产生,皆因行为入希冀其发生。法律行为之本质,在于旨在引起法律效果之意思的实现,在于法律制度以承认该意思方式而于法律世界中实现行为入欲然的法律判断”。简言之,法律行为即旨在引起法律后果的行为<sup>[6]</sup>。“关于何谓法律行为亦无明文,学者所下定义,基本上均属相同,即认法律行为者,以意思表示为要素,因意思表示而发生一定私法效果的法律事实”<sup>[7]</sup>。另外,中国台湾学者对法律行为的分类中,还有完全行为与不完全行为之分。完全行为,谓发生完全无缺有效之法律行为,否则为不完全行为<sup>[8]</sup>。可以看出,无论是德国学者,还是中国台湾学者,均没有赋予法律行为以合法性。而“法律行为合法性说”之所以在新中国民法理论界成为通说,除前述原因外,还有一定的思想基础,即他们在逻辑推理上

进入了一个误区:将“法律行为不违背法律规范”作为行为人预期法律效果得以实现的条件,又将行为人所预期的法律效果得以实现作为法律行为概念的应有之义;也就是说,先入为主地认为“法律行为是能够实现行为人所预期法律效果的行为”,因而必须是合法的行为。但是,依据传统民事法律行为理论,并不能演绎出中国民法中的民事法律行为概念。一言以蔽之,将民事法律行为界定为“合法性质”,缺乏理性,因而是科学的。

前已述及,将民事法律行为界定为合法行为,纯属历史的失误。中国立法界尽管将民事法律行为界定为合法行为,但其在中国立法中并不处于传统民事法律行为这一属概念的地位,处于该地位的是“民事行为”。所以,如果按照中国立法中的将民事行为作为属概念,而将上述几种行为作为种概念来架构中国的理论体系,就会得出“合同是一种民事行为,包括合法行为和违法行为。”相反,如果不是按照中国的理论体系,而是按照传统民事法律行为制度,仍然认为“合同是一种民事法律行为,在本质上属于合法行为”,这就说明中国学者具有传统民事法律行为的思维惯性,对传统民事法律行为制度有着无法释怀的情结。至此,必须重新检讨中国立法的科学性,是否是中国的立法迫使中国学者患此精神分裂症呢?

中国立法的这一取舍是否科学?学界褒贬不一。实际上,这一立法技术缺乏深思熟虑。《民法通则》所采用的“法律行为是合法行为说”应在未来制订的民法典中予以扬弃,而采纳国际通行的关于法律行为的定义:“法律行为,是民事主体基于意思表示,设立、变更或终止民事法律关系的行为”<sup>[9]</sup>。法学界甚至认为,由于传统民事法律行为的行为分类是有缺陷的,应从行为的本原出发,将民事法律行为界定为“能使平等主体之间民事权利义务关系得以产生、变更和消灭的行为”<sup>[10]</sup>。这样,这种本原意义上的民事法律行为的基本内涵就是一切具有民事法律意义或能够引起一定民事法律后果的行为,其外延不仅包括传统民事法律行为,而且包括准法律行为和事实行为,比传统民事法律行为更前进了一大步,也更统一了。至此,关于民事法律行为内涵的理解就有三种:中国的民事法律行为合法性说、传统民事法律行为说和本原意义的民事法律行为说。

(1)在中国立法中民事法律行为合法性说下,合同是一种民事法律行为,是合法行为。但在中国立法下,不能用“民事法律行为”与其他两种意义的

民事法律行为进行类比,因为中国的民事法律行为是徒有传统民事法律行为之名而无其实的。所以,在中国说“合同是民事法律行为,是合法行为”,无任何理论价值。甚至可以说,在中国的立法体系下,这一结论是错误的。因为在中国立法中,与其他两种意义的民事法律行为处于同等属概念地位的是民事行为。在中国的民事行为属概念下得出的结论为:合同是一种民事行为,包括合法行为和违法行为,即它是一个中性行为。

(2)在传统民事法律行为下,由于传统法律行为处于同中国立法中民事行为同等的地位,这样经过代换得出的结论是:合同是一种民事法律行为,包括合法行为和违法行为。

(3)在本原民事法律行为下,得出的结论是:合同是一种民事法律行为,包括合法行为和违法行为。

可以看出,传统民事法律行为下和本原民事法律行为下得出的结论是一样的。这是因为尽管它们的内涵和外延不同,但合同都是含有意思表示的意定行为,而不是事实行为和准法律行为这种法定行为。这里应该指出的是,上述中国立法下得出的结论在本文至关重要,因为它是以下讨论的基础。同时,持“合同是合法行为”观点的学者指出,“应该提及的是,在我国民事立法和理论中,仍然存在着‘无效合同’等概念,这并不意味着由于合同行为是合法的,这个概念就是矛盾的。应该将这个概念作为特殊的名词对待,在本质上视为违法的民事行为”<sup>[11]</sup>。在这里,既认为合同是合法行为,又认为“无效合同”不矛盾而须视为特殊名词,这实际上是该种观点走入了死胡同而给自己凿了一个逃出来的偏门,以便“自圆其说”。如果按照笔者认为的“合同是一个中性行为,包括合法行为和违法行为”来看,“无效合同”这个概念并不矛盾,也无须作特殊名词对待。从行为的合法性看,合同行为可能是一个违法行为即违法合同行为,违法合同行为最终可能产生有效合同和无效合同等两种法律效力。这样,作为合同中性行为说形态之一的“违法合同行为”就可能产生“无效合同”。相反,合同合法行为说是绝对不可能产生“无效合同”的,此时还需将“无效合同”作为一个特殊名词对待,且必须指明其违法性。这或许算是合同中性行为说的一个不小的意外收获。最后,顺便提及的是,令人可喜的是中国还有坚持传统民事法律行为内涵的学者。所谓民事法律行为,是指以发生私法上效果的意思表示为要素之一法律事实<sup>[12]</sup>。这一观点值得称颂。

## 二、合同成立与合同生效的内涵及其区分的必要性

学界通常认为,合同成立制度主要表现了当事人的意志,体现了合同自由原则,而合同生效制度则体现了国家对合同关系的肯定或否定的评价,反映了国家对合同关系的干预<sup>[13]</sup>。许多学者认为,合同的成立与合同的生效在性质上没有分别,因此认为合同的生效要件就是合同的成立要件。这种观点是不妥的。从实践看,如果当事人依据法律的规定订立合同,合同的内容和形式又都符合法律规定,则这些合同一旦成立自然产生法律约束力。正如《合同法》第44条规定:“依法成立的合同,自成立时生效。”正是因为这一原因,中国法律和司法实践中,长期以来没有区分合同成立与生效的问题,也没有进一步区分合同的无效和不成立问题<sup>[14]</sup>。

对于上述合同成立和合同生效的内涵及其区分之必要性的检讨,还应当结合中国立法来分析。尽管有学者建议将来制订民法典应采用传统民事法律行为的内涵或本原民事法律行为的内涵,又有学者主张采纳现行的民事法律行为合法性说,就要改变一个学理概念的内涵以及采用了这一内涵的其他法律文件。应当注意,中国的民事法律行为并不具有传统民事法律行为或本原民事法律行为的地位,而是具有中国立法特色的“民事行为”才具有这种地位。从上述民事行为角度可以得出“合同行为包括合法行为和违法行为”的结论看,中国民法中的民事行为立法体系同样可起到传统民事法律行为和本原民事法律行为同等效果的功能。可见,中国现行立法创设“民事行为”并非不能自圆其说。当然,这样可能会产生一些不利的方面,如破坏法学整体理论的内部和谐、扰乱民法内部的整体逻辑考虑、给社会主体的理解和运用以及国际学术交流带来不便。

对于合同成立与合同生效本身的内涵,如果将学界主流观点仅仅视作纯学理探究,并不与某种具体法律制度相结合而得出的结论,我们认为是可行的,所以对此不作探讨。在这里主要探讨在具体的法律制度下,它们有无区分的必要。由于在前文讨论中得出了与主流观点不同的结论,所以笔者将从主流观点和笔者的结论两个方面来分析合同成立与合同生效区分的必要性。

主流观点认为,合同是一种民事法律行为,在本质上是合法行为。从此观点可以看出,合同双方经

过平等协商只要成立了一个合同,这个合同就是合法的,也肯定是有有效的。此时合同行为的效力已先定了,合同概念已内含了合法有效的内容。这样,合同成立制度和合同生效制度的区分已变得相当模糊和毫无必要。同时,合同成立制度也不像主流观点所说的它主要体现了当事人的意志;相反,它也体现了国家对合同关系肯定或否定评价。

同时,主流观点将合同成立与合同生效在理论研究和司法实践中长期不区分的原因归结为《合同法》第44条,笔者认为这值得商榷。因为《中华人民共和国合同法》第6条明确规定:经济合同依法成立,即具有法律约束力。合同的法律约束力就是法律效力。主流观点对合同成立与合同生效内涵的理解和对合同成立与合同生效应予区分的观点,在“合同是合法行为说”观点下是不成立的。笔者认为,其原因在于严重无视中国立法中民事行为属概念的地位和过分钟情于传统民事法律行为属概念的地位。质言之,这种对合同成立与生效要件不加区分的做法,乃是中国民法学界长期通行的合同合法性说的必然产物——既然合同在本质上是合法行为,则合同行为均属有效行为;换言之,合同一旦成立,即为有效,合同的“成立”与“生效”成了同义语,其成立要件与生效要件自然就毫无二致、合为一体了。因此,在“合同合法行为”观念下,区分合同的成立要件与生效要件已毫无意义,在理论上和立法上只需阐明合同的成立要件即可。同理,在中国现行立法框架下,强调树立民事法律行为属概念观念,区分民事法律行为的成立要件与生效要件,同样毫无意义,在理论上和立法上只需阐明民事法律行为的成立要件即可。事实上,只需阐明民事法律行为成立要件的结论已在《民法新论》<sup>[15]</sup>一书中得到体现。但笔者不明白的是,到了论述合同的成立与生效时,该书作者执意要求区分两者,究其原因,恐怕是没有把“民事法律行为合法性说”贯彻到底。

合同是一种民事行为,包括合法行为和违法行为。这是笔者在现行立法环境下得出的结论。从这一观点可以看出,合同双方在订立过程中所体现的合同行为是当事人充分发挥合同自由原则的过程,尽管法律要求当事人订立合同应当遵守法律规范,但出于种种考虑和某种客观条件,当事人所成立的合同仍可能是违法合同,这时合同是否能生效并产生法律约束力,需要法律对其进行评价。法律在实现了保护有瑕疵意思表示的行为人并保障交易安全,同时维护社会公共秩序和公平诚心宗旨的情况

下,作出无效合同、可变更或可撤销合同或效力未定合同等决定,后两类又可以经过当事人的参与,最终确定为有效合同或无效合同。由此看来,违法合同的法律后果并非一定就是无效合同,而这是必须经过法律评判得出的结果。在这种情况下,上述主流观点是完全正确的,原因如上所述。值得说明的是,从中国“民事行为”出发得出的结论与从传统民事法律行为和本原民事法律行为出发得出的结论完全一致,因为它们处于同等属概念的地位。

还必须指出的是,学界在论述区分法律行为成立与生效的必要性时,往往引用董安生教授所著《民事法律行为》一书。该书指出:“在相当一段时期内,我国民法理论与实践曾对法律行为的成立要件与生效要件不加区分。……从理论上说,法律行为成立与法律行为生效是应当明确区分的。法律行为成立与否是一事实判断问题,其着眼点在于:某一法律行为是否已经存在,行为人从事的某一具体行为是否属于其他表示行为。而法律行为有效与否则是一法律价值判断问题,其着眼点在于:行为人从事的某一法律行为(或表意行为)是否符合法律的精神和规定,因而能否取得法律所认许的效力”<sup>[16]</sup>。作者得出这一经典理论的前提是,作者用了相当篇幅回顾了民事法律行为的历史后指出,“本文倾向于维护传统民法中法律行为的原有含义”<sup>[16]</sup>;同时指出:“按照传统民法学者的认识,法律行为成立是法律行为生效的逻辑前提,一项法律行为只有成立后,才谈得上进一步衡量其是否有效的问题”<sup>[16]</sup>。由此看来,作者得出两者应该区分的结论是从传统民事法律行为制度出发的,而这是绝对不能生搬硬套到中国现行法律理论中去。

### 三、合同的成立要件与生效要件

对于合同的成立要件和生效要件,学界一般认为,合同成立要件和合同生效要件不同。合同的成立要件为:(1)订约主体存在双方或多方当事人;(2)订约当事人对主要条款达成合意;(3)合同的成立应具备要约阶段和承诺阶段。以上只是合同的一般成立要件。实际上由于合同的性质和内容不同,许多合同还可能具有其特定的成立要件(如要物、要式、登记等)。合同的生效要件为:(1)行为人具有相应的民事行为能力;(2)意思表示真实;(3)不违反法律和社会公共利益;(4)合同必须具备法律所要求的形式(如书面、批准、登记等)。

因此,必须弄清楚合同成立与合同生效制度的内容,因为它们之间是形式与内容的关系。内容决定形式、形式表现内容的辩证关系要求我们必须弄清合同成立与合同生效的内涵。笔者认为,合同的成立是指符合合同构成要素的客观情况;合同的生效是指已经成立的合同因符合法律有效要件而取得法律许可的效力。相应地,合同的成立要件是指合同所包含的最基本部分,即合同的构成要素;合同的生效要件是指有效合同应具备的最基本条件,也称合同的有效要件。这只是从纯学理角度而得出的结论,但具体要件究竟有哪些,必须与具体的法律制度相结合来说明。

#### (一) 中国立法下合同的成立要件与生效要件

在“合同合法行为”说下,前述讨论表明合同的成立与生效没必要区分,即“统一论”。所以,根据《民法通则》和《合同法》,合同的成立要件与生效要件基本相同。合同的成立要件,即生效要件,分一般要件和特别要件。一般要件为:(1)主体适格;(2)意思表示真实一致;(3)不违反法律和社会公共利益。特别要件为:(1)形式合法,如书面形式等;(2)作为行为合法,如要物合同中标的物的交付,《合同法》第367和293条规定的保管合同中保管物的交付和客运合同中客票的交付。

因立法上的规定,合同的生效要件还包括以下两种情况:(1)《合同法》第44条所规定的批准、登记等手续的办理;(2)《合同法》第45和46条所规定条件的成就和期限的届满。但必须指出的是,这两项不是合同的成立要件。这是“统一论”的例外。

其实,如果严格遵守中国法律,在“合同合法行为说”下得出的“统一论”已无理论价值,因为前文已经证明“合同合法行为说”在中国并不正确。笔者之所以将其罗列出来,只是为持“合同合法行为说”者提供一个与他们从其逻辑起点推理所得结论进行比较的参照物。

在“合同民事行为说”下,前述表明合同的成立与生效实有区分之必要,即“分离论”。合同的成立要件分为一般要件和特别要件。一般成立要件为:(1)主体适格;(2)意思表示一致。特别成立要件为:(1)形式合法,如书面形式等;(2)作为行为合法,如要物合同中标的物的交付,《合同法》第367和293条规定的保管合同中保管物的交付和客运合同中客票的交付。合同的生效要件分一般生效要件和特别生效要件。一般生效要件为:(1)意思表示

真实;(2)不违反法律和社会公共利益。特别生效要件为:(1)手续合法,《合同法》第44条所规定的批准、登记等手续的办理;(2)《合同法》第45和46条所规定的条件的成就和期限的届满。

需要说明的是,这里的结论是在严格遵守中国现行法律的情况下得出的。但从学理上分析,现行法律仍有不尽人意之处。第一,合同的成立既然是当事人的事,是一事实判断问题,法律评价属合同生效范围,那么《合同法》第9条将主体适格要求规定在“合同的订立”一章似值商榷;同理,《合同法》第10条形式要求的规定、第293条客运合同中客票的交付和第267条保管合同中保管物的交付等都应属合同生效要件,这是因为合同属意定行为。就意定行为来说,其实质就是双方当事人所意求的权利义务关系的外在体现。只要行为人表示出足以外界识别的具有法律意义的必要内容,对当事人来讲就是成立的,除此之外不应再有其他决定合同是否成立的要件;否则,也有违私法意思自治的基本理念,而在意思表示内容之外干涉,法律只能有衡量该行为是否生效的效力。所以,除当事人意思表示一致外,其他的法律要求(要式、要物、交付、登记等)应在生效要件中规定,不应也不能在合同成立要件中规定。第二,《合同法》第210条规定自然人之间的借款合同以贷款人提供借款为生效要件。该条不知是歪打正着,还是于理有据。因为该条按上述法理讲,立法是完全准确的。但如果将其视为实践合同中的作为行为,似乎又不准确。因为实践合同中的作为行为是合同的成立要件。这是应当注意的。

## (二)传统民事法律行为制度下和本原民事法律行为制度下合同的成立要件与生效要件

在这两种情况下讨论合同的成立要件和生效要件,对中国目前来说只具有学理上的意义,因为中国目前立法选择的是民事行为这一理论。但由于它们在立法中的地位相同,所以上述关于民事行为下要件探讨的理论同样适用于传统民事法律行为下和本原民事法律行为制度下要件的讨论。同时,尽管传统民事法律行为和本原民事法律行为的内涵和外延正如前述均不相同,但在两种情况下,合同行为皆为意定行为,所以这两种情况下合同的成立要件和生效要件是相同的。

合同的成立要件只有一个,即意思表示一致。至于有些论著所说的当事人等,理应包含于意思表示一致这一要件中。合同的生效要件分为一般生效

要件和特别生效要件。一般生效要件为:(1)主体适格;(2)意思表示真实;(3)不违反法律和社会公共利益。特别生效要件为:(1)形式合法,如书面形式等;(2)手续合法,如登记、批准等;(3)作为行为合法,如要物合同中的要物行为,客票的交付等;(4)附款的满足,如条件的成就和期限的届满等。当然,随着个人权利意识的增强、社会的进步和国家公权力的渗透,还可增加其他特别生效要件。

## 四、结 语

根据中国现行立法,本文主张“合同是一种民事行为,是一中性行为”。这是本文论述的基础和关键。如果中国未来民法典采纳传统民事法律行为制度或本原民事法律行为制度,则“合同是一种传统民事法律行为(相应地,如果采用本原民事法律行为,则是一种本原民事法律行为),是一中性行为。”当然,那时就应当称为“民事法律行为”。

现行主流观点主张,“合同是一种民事法律行为,在本质上属于合法行为”。在该观点下,区分合同的成立与生效实无必要,两者的要件基本一致。合同的成立要件(即合同的生效要件),分为一般要件与特别要件。一般要件为:(1)主体适格;(2)意思表示真实一致;(3)不违反法律和社会公共利益。特别要件为:(1)形式合法,如书面形式等;(2)作为行为合法,如要物合同中的要物行为,客票的交付等。同时,作为“统一论”的例外,除上述要件外,根据中国现行法律,合同的生效要件中还应该包括两项特别生效要件:(1)手续合法,如批准、登记等手续的办理;(2)附款的满足,如条件的成就和期限的届满等。值得注意的是由于根据现行法律得出的“合同合法行为说”根据不充分,所以这里列举的要件只有参考作用,没有理论价值。

本文主张“合同是一种民事行为,是一中性行为”。在该观点下,区分合同的成立与生效大有必要。主流观点可以适用到该观点下。合同的成立要件分一般成立要件与特别成立要件。一般成立要件为:(1)主体适格;(2)意思表示一致。特别成立要件为:(1)形式合法,如书面形式等;(2)作为行为合法,如要物合同中的要物行为,客票的交付等。合同的生效要件分一般生效要件与特别生效要件。一般生效要件为:(1)意思表示真实;(2)不违反法律和社会公共利益。特别生效要件为:(1)手续合法,如批准、登记手续的办理;(2)附款的满足,如条件的

成就和期限的届满等。需要说明的是,中国立法下内容的总结,都严格遵守中国现行法律的规定。由于两种观点的前提不同,所以要件也不同。同时,由于现行法律存在一些值得商榷之处,所以笔者提出了要件的看法。

传统民事法律行为制度下和本原民事法律行为下主体内容要件完全相同。合同的成立要件为意思表示一致。合同的生效要件分为一般生效要件和特别生效要件。一般生效要件为:(1)主体适格;(2)意思表示真实;(3)不违反法律和社会公共利益。特别生效要件为:(1)形式合法,如书面形式等;(2)手续合法,如登记、批准等手续的办理;(3)作为行为合法,如要物合同中的要物行为,客票的交付等;(4)附款的满足,如条件的成就和期限的届满。将来还可以增加新的特别生效要件。需要说明的是,这两种情况下主体内容的总结,目前在中国只具有学理意义,如果未来中国民法典能够真正确立“合同自由原则”,这部分内容将成为中国未来立法理论的设计。

#### 参考文献:

- [1] 魏振瀛.民法[M].北京:高等教育出版社,2000.
- [2] 张文显.法哲学范畴研究[M].修订版.北京:中国政法大学出版社,2001.
- [3] 高在敏.法律行为本质合法说观点源头考:对民事法律行为本质合法说质疑之三[J].法律科学,1999,17(6):56-65.

- [4] 佟 柔.中国民法学:民法总则[M].北京:中国人民公安大学出版社,1990.
- [5] 卡尔·拉伦茨.德国民法通论(下)[M].王晓晔,邵建东,程建英,等,译.北京:法律出版社,2004.
- [6] 迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论[M].邵建东,译.北京:法律出版社,2001.
- [7] 王泽鉴.民法总则[M].修订版.北京:中国政法大学出版社,2001.
- [8] 史尚宽.民法总论[M].北京:中国政法大学出版社,2000.
- [9] 彭万林.民法学[M].北京:中国政法大学出版社,2002.
- [10] 张文显,彭诚信.回归本原:论民事法律行为制度的重新建构和实践运作[C]//中国政法大学民商法教研室.民商法纵论:江平教授70年华诞祝贺文集.北京:中国法制出版社,2000.
- [11] 王利明,郭明瑞,方流芳.民法新论(下)[M].北京:中国政法大学出版社,1988.
- [12] 梁慧星.民法总论[M].北京:法律出版社,2001.
- [13] 陈 安.涉外经济合同的理论与实务[M].北京:中国政法大学出版社,1994.
- [14] 王利明,崔建远.合同法新论:总则[M].修订版.北京:中国政法大学出版社,2000.
- [15] 王利明,郭明瑞,方流芳.民法新论(上)[M].北京:中国政法大学出版社,1997.
- [16] 董安生.民事法律行为[M].北京:中国人民大学出版社,1994.

## Some thoughts on the formation and effect of the contracts under the context of civil (juristic) act

LU Shi-ping<sup>1</sup>, SUN Xiao-zhen<sup>2</sup>

- (1. School of Humanities and Social Sciences, Chang'an University, Xi'an 710064, Shaanxi, China;
2. Department of Economics and Politics, Weinan Teachers College, Weinan 714000, Shaanxi, China)

**Abstract:** In order to properly determine the formation and effect conditions of the contract, the conclusion on the nature of the contract should be given. The analysis shows that the nature of the contract under different conditions should be taken as the civil juristic act in origin, that in tradition and that in Chinese legislation according to civil theory and Chinese legislation. Accordingly, the formation and effect conditions of the contract vary with the nature of the contract.

**Key words:** contract; civil (juristic) act; formation of contract; effect of contract