

“合同”概念之辨析与修正

李艳秋

(北京理工大学, 北京:100081)

摘要:《民法通则》对合同概念的界定及对传统的法律行为概念的变造,得出合同不是民事法律行为的结论,这与传统法学理论及我国多数学者所持观念是不一致的。《合同法》对合同概念的界定虽然符合《民法通则》关于民事法律行为的界定,但却与自身的其他法律规定相矛盾。应梳理现有法律规定和法学理论,明确合同是包括各种效力状态合同的总概念,而不仅指合法有效合同。

关键词:合同; (民事)法律行为。

中图分类号:D923.6

文献标识码:A

文章编号:1009-3370(2003)01-0037-04

根据《民法通则》第54条的规定,民事法律行为是民事主体实施的能够引起民事权利和民事义务的产生、变更和终止的合法行为。民事法律行为以意思表示为成立的核心要件,没有意思表示,就没有民事法律行为。而根据《合同法》第2条的规定,合同是当事人之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议,是当事人意思表示一致的结果,因此合同是民事法律行为。^[1]合同是当事人在平等自愿的基础上达成的具有意思表示一致性和真实性的协议,同时合同须具有合法性、确定性和可履行性。^[2]对于此观点我国大部分学者均无异议。但对此笔者有两点致疑,其一是何谓民事法律行为,其确如我国立法及法学家所言的“合法行为”么?其二合同仅指“合法合同”么?那么非法合同如何称谓?如果做这样的区分是否符合我国现行《合同法》及相关法律法规的规定?

一、传统法学理论对合同与法律概念的界定

对于合同或法律行为的概念不同的学者所做界定不尽相同。日本权威法学家我妻荣教授将法律行为定义为:“以意思表示为要素而成立的法律要件,根据该意思表示的结合形态,可区分为单独行为、契约、共同行为三种。”^[3]我国台湾一些学者也有类似的概念界定。如史尚宽先生认为“契约(vertrag, contrat, contract)为由两个交换的所为意思表示之一致,而成立之法律行为。”“法律行为(Rechtsgeschäfte; acte Juridique; Juristic acts)者,以意思表示为要素,法律因意思表示之力量,而使发生法律上效力之私法上法律要件也。当事人所欲之法律效力,法律因当事人之所欲,故使其发生之。”^[4]梅仲协先生认为:“法律行为者,私人之意思表示,依私法之规定,可以达到所希望之法律效果也。”^[5]据此可以看出学者多将意思表示看成是法律行为的本质要素,且合同是法律行为的一种主要类型。

但作为法律行为的合同是合格主体(具有相应权利能力和行为能力)的真实、且得到法律保障实现的合法意思表示,还是只要是当事人自主自为的希望和他人按照自己的意愿成就、变更和终止某种关系状态的意思表达,不同国家不同时期的立法及法学理论的对此的界定是不同的。

允许个人自由决定法律关系的制度因素,早在罗马法就开始发展,当时称为“适法行为”(negozio giuridico),并成为私法发展最重要的动力。但专门形成“法律行为”(Rechtsgeschäft)术语,以表彰民法生活的全方位的自治气质,公认是德国法学的产物。且对于其概念的界定,不同时期不同的法学家作了不同的定义。德国启蒙时期法学家奈特尔布来德(Daniel Nettlblandt 1719—1791),在1748年的著作中借用过拉丁文“actus iuridicus”(可译法律行为)和“deklaratio voluntatis”(可译自愿表示)等,表示自由追求法效果的行为,他甚至将“actus iuridicus”定义为“设定权利和义务的行为”。但是首创德文术语,来表示这种自由设权行为的,是历史法学派的创始人胡果(Gustav Hugo, 1764—1844),他在1805年《日尔曼普通法》一书中使用德文Rechtsgeschäft一语,替代罗马法中的“适法行为”(negozio giuridico),泛指具有法律意义的一切设权行为。不过,德国法学家通常认为,法律行为概念的真正首创者,应是海瑟(Heise),他在1807年的《民法概论——Pandekten学说教程》一书,赋予Rechtsgeschäft一语以设权的意思表示行为的含义,第一次揭示了法律行为具有“意思表示”属性。这里所谓的意思表示,依胡果的说明,不是生活中普通意思的表示,而是追求私法效果的意欲意思,即法效意思的表示。即其个人之意思和意志得到法律的保障与维护。总结这些法学家关于法律行为概念的界定,从“设权”或“适法行为”等概念和词语中,似乎可以得出法律行为是设立、变更和终止民事权利义务的合法行为。

但之后,萨维尼(Savigny)在其名著《现代罗马法体系》

收稿日期:2002-12-21

作者简介:李艳秋(1971-),女,北京理工大学人文学院法学系讲师,民法硕士,研究方向为民商法。

第三卷,将法律行为界定为:“行为人创设其意欲的法律关系而从事的意思表示行为。”恩那彻鲁斯(Enneccerns)在1889年出版的法律行为论中定义为:“法律行为是指一定的法律后果的意图以及对这一意图的表示。”^[6]另一位法学家温德塞(Windscheid),于1889年的著作也定义:“法律行为是旨在法律效力的创立的私的意思宣告。”总结以上三位法学家相关学说,法律行为应是当事人表达的“意欲”或“旨在”设立、变更和终止的民法法律关系的意思表示,即民事法律行为就是意思表示。其“私的意思”是否会得到法律的保障则是另外的问题,即合法的就会得到保障,反之则否。这在台湾的民法中也有所显现,“唯我现行民法,因意思表示,系构成法律行为之最重要的事实,故有时即以意思表示一语,为法律行为之代称,如民法第75条所称无行为能力人之意思表示无效,即无行为能力人之法律行为无效之意也。”^[7]法律行为或合同以意思表示为设立、变更和终止私人关系状态的核心内涵中体现了尊重当事人自己的意思和意志的理念,即各个主体根据其意思自主形成法律关系的原则,这就是所谓私法自治(privatautonomie),私法自治以主体自由思想为基础,是自由竞争、发挥个人创造性和经济运作的最高度有效的手段,自主决定能够将劳动和资本配置到能产生最大效益的地方去。正是法律行为独有的功能和技术设计,使其被公认为“大陆法系民法学中最辉煌的成就”^[8]。但是通过法律行为的私法自治,并不意味着人们的所有意愿都会得到法律的保障和实现。对此萨维尼认为:依意思表示内容得决定法律效果的内容,但在实证法上居于构成要件的地位,本身以规范为依据,即具有经由法律肯认而被赋予的效力,所以,不能说法律行为本身就是法律。”^[9]因此《法国民法典》第1134条的规定,只有依法订立的契约,对于缔约当事人双方才具有相当于法律的效力。

德国相关理论学说对于法律行为的不同界定导致了各国立法的不尽一致及含混不清之处,1896年德国民法典采纳了萨维尼等人的观点,第305条规定:“以法律行为发生债的关系或改变债的关系的内容者,除法律另有规定外,必须有当事人双方之间的契约。”对于法律行为,德国立法理由书作了以下具体解释,所谓法律行为,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,皆因行为人希冀其发生。法律行为的本质,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表示而于法律世界中实现行为人欲然的法律判断。”^[10]从以上的立法规定及立法理由书中可知,法律行为是私人的、旨在引起某种法律效果的意思表示,意思表示是法律行为的本质要素,私人关系的变动和终止应由意思表示一致的合同确定,当事人之意思效果得以实现的前提是其应依法产生并且得到法律制度的承认。即有效的法律行为除了应具有真实的意思表示外,还具备合格的主体及内容的合法和标的确定与可履行性等要件,否则就是无效的法律行为、可撤销的法律行为和效力未确定的法律行为。其后效仿德国立法确立了法律行为制度的国家,虽然并没有给法律行为

下一定义,但均依其效力作如上的区分。在此基础上就可以得出法律行为——意思表示也,作为法律行为的合同,只要双方当事人存在形式上的意思表示一致,就形成了,只不过这个合同可能是有效的,也可能是存在效力瑕疵,根据其效力瑕疵对合同效力的影响,又存在确定无效、可撤销可变更合同和效力待定合同等。可见合同作为包括各种效力状态合同的总概念,它未必确定是合法行为,只是它的追求目标是使私人意愿得到法律保障实现,即它追求合法性,力求使自己的内容具有设定、变更和终止民事权利和义务的效力。当事人还应明白只要在客观上形成了一个合同,就是法律行为,就有法律意义,其法律意义包括两方面的可能性,有效合同产生符合当事人意愿的后果,无效合同则产生无效合同的后果,且对此后果当事人必须承受,虽然其不是当事人欲然的后果。

二、我国《民法通则》对法律行为与合同要件的界定

前已述及我国立法及法学理论认为(民事)法律行为是合法的意思表示,是合法行为,且《民法通则》第55条规定,民事法律行为应当具备下列条件: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。《民法通则》所规定的民事法律行为相当于传统法学上的“有效法律行为”。另外,《民法通则》第58条和59条分别规定了无效的民事行为、可变更或可撤销的民事行为的概念,相当于传统法学上无效法律行为和可撤销法律行为的两种类型。我国学者大多赞成《民法通则》对传统法律行为这种概念的变异创新,认为“无效法律行为”不符合逻辑用语。这种观点传承自前苏联学者阿加柯夫。阿加柯夫认为传统法律行为概念是“不科学”的,尤其是无效法律行为的说法,存在语义学的问题或者说矛盾,“法律”一语本身就有“正确、合法、公正”的含义,“把合法行为称为法律行为有助于解决无效法律行为上的矛盾”。他提出建议,主张改变德国法上法律行为概念,以新的含义加以使用,即限于有效的含义上使用,并以无效意思表示取代无效法律行为概念。他说,法律行为概念应当“专门用来表示那些不仅以达到一定法律后果为目的,而且也能产生这种结果的行为”,阿加柯夫的上述主张,在前苏联受到很多著名学者的抵制。从语义学上说,“法律”就是合法的说法,是没有支持的,“法律行为”完全可以宽泛的理解为私人的具有法律意义的行为,可能是实现当事人刻意追求的效果,也可能是相反。法律客观地说是一种规范,它可以规范正面行为,也可以规范反面行为。无效法律行为就是指该行为虽然不能实现当事人欲然的判断,但是并不是没有其他任何法律后果,即无效的只是不能实现“私的意思”方面,而不是整个行为没有任何法律意义,当事人还应承担无效法律行为的非当事人欲然的法律后果。

我国《民法通则》却接受了阿加柯夫的不成熟观点,进行了概念的变造,从而带来许多弊端。除了法律概念逻辑

辑上的问题,另一个直接弊端是,人为割裂与大陆法系法律行为概念的联系,造成了整体借鉴法律行为理论的障碍,也不利于法律交往。实际上,我国《民法通则》确实没有很好消化德国法以来的法律行为理论和法律实践的成果。今天我们梳理和思考法律行为制度,应在立足吸收传统的基础上,再进行合理的创新。

总之,根据传统的法律行为的理论,作为法律行为的合同应是平等主体的目的在于设立变更和终止民事权利义务关系的协议,即它的目的在于设立、变更和终止当事人现存的关系状态。但奇怪的是《民法通则》相关合同的界定与这个结论又是一致的,其第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。依法成立的合同,受法律保护。”有学者称“从立法本意和整体内容来看,《民法通则》和《合同法》相关合同概念的界定是一致的,并无性质上的不同。”但笔者认为两者的概念却有很大的不同,在很多学者依据传统的法律行为理论得出合同是法律行为,同时又根据我国的立法所确定的民事法律行为是合法行为的理念,得出合同是合法的具有设权效力的意思表示的结论的同时。我国《民法通则》对合同的概念的界定却只是突出了合同的意思表示特性,即合同的目的在于在私人之间发生、变更和终止“民事关系”,不是设定民事权利义务的民事法律关系,只有依法成立的合同,才会受到法律的保护和保障。在我国没有明确规定立法理由书的情况下,只能推测在当时法制不是很完备,对于私人行为的控制很严格的条件下,当时的立法者意识到合同作为一种协议,要想得到法律的保护和保障必须符合现有法律的规定,并不是所有的合同都会如人们预期的那样得到法律的保障。可见根据《民法通则》可以得出与我国多数学者所持观念截然相反的结论,合同非民事法律行为也,只有合法有效的合同的才是民事法律行为的结论。而其之所以作如此界定,笔者认为拘束和限制多于鼓励和保护,即所谓非法的合同均不受法律保护。从《民法通则》所确定的无效合同的范围非常广泛,把一些传统属于可撤销合同和效力待定的合同均归于无效合同之列的法律规定也可以得出这样的结论。这与传统的法律行为所昭章的“私法自治”和“契约自由”,即法律行为是鼓励主体依个人的意志来创造和追求自己的“幸福”生活,鼓励人们的主体性和自主性的理念是不同的。

三、《合同法》对合同概念的界定及 与自身其他法律规定的矛盾之外

首先《合同法》对合同概念的界定是值得商榷的。其认为合同是平等主体的当事人之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。所谓权利就是具有不可侵犯性的自由活动空间和利益,其得到法律的保护,其实现不允许有任何外力的非法干预,简言之权利就是法律上之力所保障实现的自由和利益。义务就是应权利人的请求,为满足权利人的利益和要求,在法律上做或不做某种行为的强制性。所谓设定

权利和义务,本身就标示着合同得到法律的承认,是合法行为,这种观点就正好符合了我国《民法通则》关于民事法律行为是合法行为的立法界定。这是从《民法通则》对法律行为的界定中必然得出的逻辑结论。但对于任何一个概念的界定,都不能想当然的从所谓概念逻辑的角度去任意界定。无论是从法典字面文义,还是以逻辑推演的方式建立概念,都不能无视法律的目的性和生活性,所谓法律的目的性和生活性,是指对于任何概念的界定,除了需要严格的逻辑推演以外,还必须符合社会生活的实际。社会生活的实际就是人们在订立合同的时候,所追求的目的当然是使合同合法有效,但是是否有效人们时常也不是很清楚,因为复杂和广泛的法律规范是人们所无法穷尽的去了解的,而社会生活中人们的利益需求确实不断更新和变化的,人们只能是希望法律对于自己的行为作一个的正面的价值判断。有学者说,可以将无效的合同称为无效的意思表示,但当人们并不知道自己的合同得不到法律承认的时候,可能会认为自己与他人订立的是(合法)“合同”,如果在发现意思表示不符合法律的正面价值判断之后,强制性要求人们改变原有的称谓,不说“意思表示”的抽象与晦涩,这样作也不符合人们的思维定式和惯性的逻辑思维。

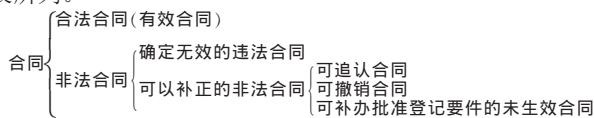
其次《合同法》对合同概念的界定虽然符合《民法通则》关于民事法律行为概念的界定,即合同为合法的意思表示——民事法律行为,但其却与自身的相关法律规定相矛盾。原因是其在立法上将合同的订立和合同的效力首次加以区分。《合同法》第三章规定了合同的订立,其第13条规定:“当事人订立合同,采取要约、承诺的方式。”根据第14条的规定,要约是要约人发出的内容具体确定、具有明确缔约意图的希望和他人订立合同的意思表示。其第21条规定:“承诺是受要约人同意要约的意思表示。”根据以上条文合同的成立主要是看当事人之间就合同的主要条款是否存在形式上的一致意思表示,而不问其意思表示的真实性和主要条款的合法性。紧接着《合同法》第三章规定了合同的效力,《合同法》没有规定合同的生效条件,只是规定效力存在瑕疵的几类合同的范围和类型,即确定无效合同、可变更可撤销合同和效力待定合同的范围和类型等,这些合同或是主体不合格、或是意思表示不真实、或是违反法律的强制性、或是欠缺法律规定的登记或批准要件,法律对其进行完全或相对否定的评价,据此可以推断有效合同应该符合《民法通则》关于民事法律行为条件的规定,即应以当事人是否具有相应法律资格、当事人意思表示是否真实及合同标的是否确定、可能及合法为判断标准。而“立法者规定(有效)法律行为之有效条件,并决定法律行为不具备此等有效要件之效力时,乃是本于价值判断及利益衡量。换言之,即:①法律行为所欠缺之要件,系关于公益(如违反强行规定或公序良俗),或为贯彻私法自治原则者(无行为能力制度,同谋虚伪表示),则使之无效。②如系关于私益(如意思错误、被欺诈、胁迫)者,则使之撤销。俾当事人得依其意思,决定欲否维持其效力,并设一定行使期间(除斥期

间),以早日确定法律关系。③如仅未得他人同意(允许)者,则使之效力未定,由第三人决定欲否使该行为发生效力,……”可见合同的成立属于事实判断问题,即在客观上判断是否存在一个形式合意的合同,而合同的效力则属于法律价值判断问题,其着眼点是判断合同是否符合法律的精神和规定,能否发生当事人欲然的法律后果。没有合同的成立就没有合同的存在,合同成立应作为合同有效的前提条件,合同效力的判定是合同成立之后的必然逻辑引申。据此可以看出合同关于合同概念的界定与其区分合同成立与合同效力的规定是矛盾的。

四、结论

通过分析《合同法》和《民法通则》相关合同概念规定的前后不一致及法学理论的矛盾之处,可以看出无论是我国的立法机构还是法学家对于相关的概念均缺乏深入细致研究和推敲,同时对于我国历史上形成的不符合传统法律观念的法学理论迁就和容忍,造成了无论是立法上还是法

学理论上对于相关问题的认识处于含混、矛盾之中。针对合同的概念,笔者认为其应是平等主体的目的在于设权,目的在于设立、变更和终止民事法律关系的协议。因此笔者赞同《民法通则》关于合同概念的界定(虽然其立法理由与鼓励私法自治的理念相悖),关于合同、有效合同、确定无效合同、可撤销可变更合同和效力待定合同等的关系,应该如下表所列。



当当事人达成一致的意思表示成立一个合同的时候,这个合同可能是符合法律关于合同生效条件的规定,也可能是不符合法律关于生效条件规定的非法合同,“非法合同”并不一定是违法的,只是不符合法律关于合同生效条件的规定,根据前述如其违反了法律关于“公益”的相关规定,即违反了法律、行政法规的强制性规定的合同则是确定无效的,如果只是涉及“私益”则根据“私法自治”和“契约自由”原则,允许当事人的自我容忍、撤销或补正。

参考文献:

- [1] 王利明,房绍坤,王轶. 合同法[M]. 中国人民大学出版社,第5页.
- [2] 周林彬主编. 比较合同法[M]. 兰州大学出版社,1989年版,第99-101页.
- [3] 中国人民大学民法教研室. 外国民法资料选编[M]. 法律出版社,1983年版,第54-55页.
- [4] 史尚宽. 民法总论[M]. 中国政法大学出版社,2000年3月第1版,第310页和297页.
- [5] 梅仲协. 民法要义[M]. 中国政法大学出版社,1998年6月第1版,第94页.
- [6] 雷桑格. 中国的民法[M]. 天津出版社,1938年英文版,转引自龙卫球:《民法总论》第475页.
- [7] 梅仲协. 民法要义[M]. 中国政法大学出版社,1998年6月第1版,第95页.
- [8] [英]梅里曼著,章孝慈译. 大陆法系之传统[M]. 台湾黎明文化事业公司1978年版,第91页.
- [9] [德]萨维尼,小桥一郎译. 现代罗马法体系(第1卷)[M]. 成文堂1993年日文版,第39-40页.
- [10] [德]迪特尔 梅迪库斯著,绍建东译. 德国民法总论[M]. 法律出版社2000年版,第142-143页.
- [11] 董安生. 民事法律行为[M]. 中国人民大学出版社,1994年第1版,第95-99页.
- [12] [苏]诺维茨基. 法律行为 诉讼时效[M]. 中国人民大学出版社,1956年中文版,第70页.
- [13] 孔祥俊. 合同法教程[M]. 中国人民公安大学出版社,1999年4月第1版,第39页.
- [14] 王泽鉴. 民法总则[M]. (台)三民书局1992年版,第387页.
- [15] “非法合同”可能用语依然不是很准确,笔者之所以采用这个词汇,是将其与违法相区别,将违反“公益”法与违反“私益”法相区别,不当之处请各位学者指正.

Analysis and Revision of the Notion of “Contract”

LI Yan-qiu

(Beijing Institute of Technology, Beijing:100081)

Abstract: The definition of “General Principles of the Civil Laws” for notion of “Contract” and its renewal of the definition of traditional legal action has drawn conclusion that any contract doesn’t bear any civil legal action. This theory doesn’t conform to the conventional law and some points of most of the Chinese scholars in the field.

Keywords: Contract; Civil legal action.