

◆ 王 洪 / 著

合同形式研究

Researches on Contract Form



法律出版社
LAW PRESS CHINA

◆ 王 洪 / 著

合同形式研究

Researches on Contract Form

图书在版编目(CIP)数据

合同形式研究/王洪著. —北京:法律出版社,
2005.6

ISBN 7-5036-5701-4

I. 合… II. 王… III. 合同法—研究—中国
IV. D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 060918 号

©法律出版社·中国

责任编辑/朱 荃

装帧设计/王旭林

出版/法律出版社

编辑统筹/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/北京市丰永印刷厂

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/7 字数/190 千

版本/2005 年 6 月第 1 版

印次/2005 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

销售热线/010-63939792/9779

传真/010-63939777

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5701-4/D·5418

定价:15.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

内 容 提 要

要式合同的研究主要涉及三个根本问题:第一,法律为何要针对某些合同制定形式强制规范;第二,在诸多合同形式的种类中,应当选择何者作为规范的手段;第三,合同如果欠缺法定形式,应如何评价其效力。而形式强制之目的取向是这三个根本问题的核心所在。立法者在决定某一法律行为是否应予形式强制时,应考虑其究竟欲达到什么样的目的,以及法定形式是否能发挥该功能;立法者在决定该法律行为应以何种形式作成时,应考虑各种不同的形式所各自具备的功能为何;立法者在评价欠缺法定形式的法律效果时,应考量其通过形式强制所欲追求的目的为何,以及如何的法律效果评价始能恰如其分地表达立法者对于该目的未被满足时所感受到的“不满”。

本书围绕上述要式合同的基础性问题展开研究。全文分为四章:一、合同形式的罗马法基础及其现代发展;二、要式合同的当代面貌及其面临的困境;三、要式欠缺的补正:履行治愈论;四、要式欠缺的限制适用及其突破。

第一章讨论合同形式的罗马法基础及其现代发展。简短地勾勒了合同形式这一概念及制度的简史,分析合同形式的本质如何从古典罗马法视形式为法律行为本身转变为合意之外的只是影响合同效力状态的因素。

在罗马法初期,“耐克逊”、“要式买卖”与“拟诉弃权”等要式行为是一种取得所有权的方式,《十二表法》将其纳入到“所有权和占有”一节之中。在古典法时期,当“契约”的观念被从一个财产“让与”的观念中分离了出来,当“债(obligatus)”从对人身实质拘束转变为抽象、观念上的拘束时,为确保该法律拘束力,债权人须践行一定的

仪式,合同的拘束力仅能经由具备一定方式的行为而产生。要式口约与文字契约作为典型的要式合同,显示出罗马法严格的形式主义特征。实物契约和合意契约等合意契约由于受到类型法定化及其效力上的限制,不过是形式主义的例外。至后古典法时期,当要式口约完全失去了一问一答的典型口头形式,而蜕变为在场者之间根据达成要式口约的意图缔结的单纯协议,古典罗马法所奉行的严格形式主义事实上开始衰落。随着后来非要式契约的兴起和简约的成长,所有契约之债的效力基础发生转变,从一定的方式或仪式变为当事人间的合意。至此,方式的本质发生转变,其与行为分离,而仅是该行为发生效力的一个“附加要件”。

中世纪教会法扩展了合意契约的范围,认为承诺是一个良心问题,无需特别的形式(人之言辞即为契约),是契约的基础和契约效力的来源。每一项承诺无论其形式如何,都具有约束力(*pacta sunt servanda*,协议必须恪守)。后注释法学派以此为基础发展出契约的合意理论,“单纯合意即形成债”成为了建立新的契约体系,并最终形成摆脱法定形式约束的统一契约概念。中世纪教会法和罗马法学家发展出新的学说最终奏响了合同形式主义的挽歌。

在近代法,契约自由作为私法自治的核心内容,强调契约拘束力的根源在于当事人双方的意思或意愿。在契约自由原则指导下,各国法律纷纷打破形式主义桎梏而普遍改采同意主义原则,据此合同经过意思表示合致即可成立,合同的法律效力直接渊源于当事人的自由意志,至于特定的形式要求仅是例外。

近代各国合同法普遍认可的形式自由原则,历经一百多年的实践,对发展人文主义伦理观和促进市场经济经济的发展都起到了积极促进作用,因而迄今仍被现代合同法所遵循。20世纪中叶以来,现代合同法理论对于形式主义的价值进行了重新评价,并由此引发合同形式立法的耐人寻味的两种发展趋势。一是一些国家开始重新重视合同形式所具有的证据、防止欺诈、警示、提供交易信息等诸多价值与功能,越来越多的合同被要求“应当”采用书面形式,尤其是

被用于保护消费者或交易弱势之一方,形式自由原则被适当限制,合同形式大有峰回路转之势,学者称之为“形式主义的复兴”。但是,合同形式强制仍然是形式自由原则的例外,它不过是立法者用以满足一定目的和法律政策的工具,其本质已从“效力性方式”演变为“保护性方式”或者说是“目的性方式”。二是国际合同法仍坚持形式自由原则。1980年《联合国国际货物销售合同公约》、1994年《国际商事合同通则》(2004年修订)以及1998年《欧洲合同法原则》都采取“无形式要求”原则,不要求合同必须以特定的形式订立或证明。它可以通过包括证人在内的任何形式证明。

第二章讨论要式合同的当代面貌及其面临的困境。本书首先分析了要式合同的多样化功能及其本质目的。当代法之所以要求某些合同需要具备特定的形式,是因为立法者欲借助形式以满足一定的目的。最初,该目的主要着眼于形式的证明功能,后来,形式在法律秩序上的角色不再限于证明一隅,而具备多样化的功能,主要有:证据功能、警示功能、信息透明化与信息提供功能、区隔功能以及其他功能(比如便于对某些特定合同的审查、管理等)。法律制定形式规定的目的是为了维护一方当事人的利益,或者是为了维护某项公共利益,或维护第三人要求这类法律关系具有清晰度和公开性的利益。在解释形式规定时,立法者所欲追求的目的是否具有正当性,形式强制能否达成该立法目的,是值得进一步审视的重大理论问题,否则,动辄以达成合同形式的某一功能为目的而实行形式强制,将动摇合同自由、私法自治的根基,因而必须小心调和形式强制与合同自由之间的冲突关系。本书一一剖析了要式目的与形式强制间的对应关系,以说明在哪些情形实行形式强制才是正当的。

“维护当事人利益”是支持形式强制最重要的理由之一。形式强制维护当事人利益之功能主要分为三个方面:保存证据、督促当事人谨慎交易和信息透明化、说明功能。这些功能只是涉及合同当事人的私人利益,与国家社会公共利益以及第三人的利益没有直接的关联,对于这样的规范目的之达成,不宜采取形式强制的手段,而应当

通过倡导性规范,只是提倡和诱使合同当事人采取特定的行为模式,以求最大限度地实现自身的利益,犹如危险路段提醒司机和行人小心的提示牌。否则,如果仅仅为了维护合同当事人的利益,即实行形式强制,势必与私法自治理念相背离。此外,法定形式之遵守固然可能在一定程度上维护第三人利益,但它与法定形式强制之联系极为微弱,也难以形成有说服力的论证。一般而言,只有合同关系逾越了单纯的当事人利益较量而牵涉到社会公共利益时,才有必要引入特定形式要求,体现法律对社会公共利益的尊重。

对于要式目的与形式强制之间关系的分析,表明在现代社会,问题已不在于是否对合同形式自由加以限制,而在于在什么范围内、在多大程度上、用什么形式对合同形式自由加以限制。虽然抽象的论理颇具“可看性”,但面对某一特定类型的合同应否实行形式强制时,仍显得判断标准过于模糊而缺乏可操作性。在此,本书尝试着引入公法领域中的比例原则,或许有助于这一难题的解决。比例原则就其功能而言体现了平衡的正义,即用平衡目的与手段来体现法的正义。按照这一理性思考法则,形式强制应从三个方面加以验证:(1)要式目的正当性;(2)形式强制的必要性;(3)要式目的与形式强制间符合比例关系,即得考量对于要式欠缺的制裁手段不得与达成目的之需要程度不成比例。由于要式目的的多样化,在对要式欠缺进行法律效果评价时,采取单一的合同不成立或者合同无效规范模式就有失妥当。

在上述理论分析的基础上,本书接着从比较法的角度观察英美法、大陆法系(以德国法和法国法为主要观察对象)以及我国法有关要式合同的运用范围及其形式选择,讨论形式强制所面临的难题。从比较法观察可知,各国法律就法定形式的运用范围差异颇大,在这背后反映出各国对要式目的与功能的认识差异。各国法在合同必须要以特定形式来表示的情况下,现在所要求的形式主要是书面形式。在交易一方是消费者或处于弱势的情形,消费者或弱势一方特别需要的是一定交易信息的揭示,因此,如果相关要式规定仅单纯要求应

以书面形式订立,但却未进一步要求该书面应记载一定的基本事项,则将无助于消费者或弱势一方辨明该交易的权利义务关系。就此,一些国家要求对这些合同应当采取标准化的示范合同订立,当事人双方只是就这些条款概括地表示接受或者不接受,如果要排斥个别条款的适用必须要个别协商。由于这些示范合同是政府制定或经政府同意并正式公布的其中就充分考虑到了消费者的利益。

在合同形式的种类选择中,我国《合同法》还存在一个特殊问题:登记和批准形式是否应当为合同的形式?就登记而言,我国民法学说已正确地指出债权合同的形式与物权变动及物权公示的方式之间的本质差异,现行法中有关登记的规定应为物权变动或物权公示的形式。但是却忽略了对债权合同本身应否为要式合同以及应采取何种形式进行讨论。本书认为,不动产合同应当为要式合同,否则物权变动公示之规范目的难以达成,但登记为不动产物权变动的方法,不宜同时作为不动产合同的形式,应以书面形式作为此类合同的法定形式。至于批准,则是公法上的行政行为,与当事人的意思表示无关,不是合同内容的表现形式,因而不属于合同形式的范畴,只是影响合同效力的因素。

最后,本章从比较法观察各国民法对于违反要式规定的法律效果的不同规范模式。英美法对于要式合同基本上着眼于要式的证据功能,故在诉讼上处理此一问题。要式欠缺的后果并非是导致合同无效,而是导致其“不可强制执行”(无诉请履行力)。德国民法强调要式的慎重功能,并从实体法着手,以无效作为规范手段,且无效系整个法定形式欠缺效力评价的核心。法国法则对法定要式区分为两种基本情形:一种是遵循某些形式是法律行为有效的前提;另一种是未具备形式的行为虽有效,但是该法律行为在法庭上不能用证据加以证明,或者只能通过有限的证明形式加以证明。我国法没有就要式欠缺的法律后果作出明确的一般性规定,而相关法律、行政法规就个别类型合同的法定形式的效力又作出了各种不同的规定,由此造成理论与实务对于合同法定形式的效力问题一直争论不休,呈现出

混乱、矛盾的评价状态。本书分别评析了我国学者提出的成立要件说、生效要件说、证据效力说、不可强制执行说、对抗效力说、多元效力说等观点,认为合同形式在近代转变为目的取向的性质后,违反法定要式规定的效果,应紧扣各该要式规定背后所欲追求之目的。由于形式本身具备多重目的与功能,相对应地应在效果评价上呈现多元化,即对法定形式规范区分为倡导性规范与强行性规范,前者之违反不影响合同的成立和效力,后者之违反则合同无效。

第三章讨论要式欠缺的补正。由于要式规范目的可能因某些行为或事实而丧失其规范的必要性,严格适用要式规则可能产生不公平的后果,因而对某些个别要式合同有必要另启治愈之门,承认在一定条件下合同形式瑕疵可以得到补正。这在大陆法系以肇始于《德国民法典》的履行治愈规则为代表,在英美法系则为著名的“部分履行原则”。本章的重点有三:

第一,德国学说对治愈规定的阐释。由于《合同法》第36条新增的履行治愈方式欠缺之模式系源自德国,故对其学说的研究,应是法律继受后所需要的后续工作。德国民法在方式欠缺之治愈的问题上,一方面就法定方式欠缺的法律效果系以无效作为单一的核心评价,拒绝一般性的治愈规定,另一方面却在不动产债权合同等个别情形,制定履行治愈规定。德国学者对于该治愈规定的理论基础提出了方式目的完成说、法律安定性说和信赖保护说等学说。德国学说与实务对于治愈规定的类推适用,采取相当谨慎保守的态度,通说认为德国民法典有关个别治愈规定不得作整体类推适用,即不能从这些个别治愈规定中抽离出“履行治愈方式欠缺”的一般性原则。

第二,探讨英美法上的部分履行原则。部分履行原则的观察价值在于其与德国法及我国法的治愈规定,有观念相似之处。本书对该原则的历史背景、发展过程与在当代的面貌作了介绍,这部分的比较法研究,将有助于理解当事人一方或双方的全部或一部履行,在法定方式欠缺效力评价上所存在的意义。

第三,探讨《合同法》第36条。《合同法》颁布后,如何理解第36

条的规定成为学者们争论合同法定形式效力的核心问题,从现有的论著来看,对该条主要有以下几种理解:合同成立说、合同有效说、缔约方式说、履行治愈说。本书认为,从合同法条文的语义解释,该条显然是针对法定合同形式之欠缺所作的规定,而非缔约方式之规定,该条的实质应当解释为履行治愈形式欠缺的特别规定。但是,我国《合同法》第36条虽然借鉴《德国民法典》中关于履行治愈的规定,然而在规范模式上却不同于《德国民法典》,采取了一般性的治愈规定,并非仅限于个别的要式合同类型。本书认为,《合同法》第36条采取一般性的治愈规定是立法政策上的错误决策,应予以重新检讨。这是因为,当立法者决定对要式合同另启治愈之门时,必须非常小心谨慎地平衡形式强制与形式自由之间、当事人的信赖利益与其他社会公共利益之间的冲突关系。否则,在尚未具体化履行治愈的适用条件之前,即贸然建立履行可以治愈法定方式欠缺的一般性原则,则势必产生架空法定要式规范功能的结果,从而构成法秩序中的“体系违反”,产生法律漏洞。

本书提出以信赖保护理论为基础重构履行治愈规定。要式欠缺的治愈规定的基础并非在于方式目的的完成,而应该是信赖保护。在一方或双方当事人完成全部或一部履行后,则与方式目的的追求相比较,该履行后的信赖状态居于优势地位,更值得受到保护。治愈规定属于信赖保护原则在合同法上的具体表现。在价值判断上,治愈规定所显现的是对治愈之要件事实的信赖保护比要式目的的达到居于更加优先的地位,当两者发生冲突时,立法者倾向于信赖保护,舍弃要式规定所追求的目的。但是,信赖是否值得保护,需要进行公益与私益之衡量。履行治愈只能是针对不损害公益的要式合同。这就意味着我国合同法应当放弃就履行治愈作一般性规定,而仅应就个别要式合同开启履行治愈之门。

第四章探讨要式欠缺的限制适用及其突破。由于要式背后往往杂揉多重目的,致使在法定方式欠缺时采取单一主轴之效果评价(例如德国法的合同无效)的做法,容易在多种目的间顾此失彼,甚至发

生制裁的效果远逾规范目的未达所本应受到的合理评价。在一些个案中,如果严格适用法定的制裁规则,可能会导致令人难以接受的结果,这就需要协调法律的可预见性、安定性与期望公正之间的关系。对此,不管是英美法、法国法或德国法,均运用各种不同的原则或方法,对法定方式欠缺的核心效果进行限制。最具有代表性的学说或者原则就是德国法上的诚实信用原则与英美法上的禁反言原则。我国民法学界对此问题一直保持令人尴尬的“沉默”,对于在此领域几近一片空白且迫切需要对方式无效采取限制手段的我国法而言,德国法上的诚信原则以及英美法上的禁反言原则对方式严格性的突破而形成的理论或学说,具有极大的参考借鉴价值。

本章分别介绍了德国法上的诚信原则以及英美法上的禁反言原则对方式严格性之突破的发展历程、重要案例、学说阐释及其未来的趋势。通过比较研究,本书认为德国法与英美法在许多事实相近的案例,均得出相同的结论,而从这些案例及学说相关的阐释中可以发现两个基本要素:第一,当事人一方引起他方对要式的具备或将会具备产生信赖;第二,他方当事人基于该信赖,而进行一些处分或改变原状,致使其处于不利益之状态。不过,英美法与德国法所着重的要素似乎有所不同:英美法显然较强调他方当事人地位的改变,或者说所谓“损害性信赖”(detrimental reliance),而德国法则较重视对造成他方信赖之当事人的非难评价,换言之,其评价较侧重于当事人一方的可归责程度。此外,德国法对于限制方式欠缺,明显采取较谨慎保守的态度,这主要表现在两个方面:第一,对非难程度的要求较高,换言之,原则上须当事人一方是恶意或严重违反诚实义务。第二,对产生信赖一方投入心力的程度,要求较高,亦即必须达到危及生存的程度。

英美法将评价重点放在信赖之一方当事人地位的改变,这一特点与该法系将部分履行原则纳入禁反言原则的趋势甚为吻合。因为从某个角度来看,完成一部分或全部履行之一方,也就是变更了自己原有的地位,使自己因此陷于不利益的状态之中。德国部分学说受

到上述英美法发展趋势的影响,认为德国法上治愈规定的基础在于信赖保护。这一论点势必撼动德国法在以诚实信用原则限制方式无效时侧重于可归责评价的传统观点,亦势必松动德国法在此问题上原本采取的谨慎态度。如果德国法上诚实信用原则限制方式无效的检验要素,向治愈规定的要件看齐调整,则传统上归责程度的要求势必对应地降低。此评价重点的位移,将使德国法与英美法的立场更为接近。

在综合观察分析德国法与英美法相关的案例与学者的见解的基础上,本书探讨了我国法上以诚信原则限制方式无效的必要性,认为将诚实信用这一极为抽象概括的法律原则运用在对合同法定要式的突破上,必须考虑到下面两点因素:第一,在方法论上,应优先考虑各种在构成要件与法律效果较为具体的请求权基础所提供的保护是否充分;第二,类型与检验要素的建立,以避免诚实信用原则的适用流诸不确定的公平正义等概念,造成法律安定性遭到严重破坏。

本书认为,我国法上的相关运用应考虑三个基本检验要素:第一,当事人一方信赖合同有效;第二,信赖之一方当事人基于该信赖而改变自己原本的财产状态(即信赖性处分);第三,他方当事人知悉或应知悉方式欠缺,且鼓动信赖之一方改变原状,或该导致信赖的当事人对该原状之改变视而不见,这特别容易发生在一方当事人具有丰富交易经验的情形。如果该当事人自始即盘算利用方式欠缺使自己处于可随时反悔的状态,则应构成恶意。即使非恶意,如该当事人受领他方之给付或对于他方原状的改变坐视不管,则因该作为或不作为更加强化他方信赖合同有效,故亦可能构成本要素。值得注意的是,用以检验诚实信用原则限制方式无效之要素,并非封闭固定,应给予一定的弹性空间,在实际运用上仍须视个案的事实而定。其具体化及类型化,仍有待我国实务相关案例的累积。

目 录

绪论	(1)
第一章 合同形式的罗马法基础及其现代发展	(4)
一、罗马法严格合同形式主义及其衰落	(4)
(一)认真对待罗马法	(4)
(二)前古典法时期的要式行为	(6)
(三)古典法时期及其之后的要式契约	(9)
(四)后古典法时期严格形式主义的衰落	(18)
(五)小结:合同形式的本质转变	(24)
二、中世纪教会法与罗马法的复兴:合意的凸现与形式的失落	(26)
(一)没有断裂的合同发展史	(26)
(二)教会法对合同制度体系化的重大贡献	(28)
(三)罗马法复兴对合同一般理论的深远影响	(30)
三、近代法上的合同形式自由原则	(34)
(一)契约自由原则的确立	(34)
(二)合同形式自由	(37)
四、现代合同法的发展趋势	(37)
(一)合同形式主义的“复兴”	(38)
(二)国际合同法坚持“无形式要求”	(39)
第二章 要式合同的当代面貌及其面临的困境	(46)
一、要式合同的多样化功能及其本质目的	(46)
(一)要式的目的、功能及其本质性转变	(46)
(二)要式目的与形式强制间的对应关系	(49)

2 合同形式研究

(三)要式目的与形式强制间的比例原则·····	(56)
二、要式合同的运用范围及其形式选择·····	(59)
(一)英美法·····	(59)
(二)大陆法·····	(64)
(三)我国法·····	(66)
(四)合同法面临的问题·····	(70)
三、欠缺合同形式的效力评价·····	(80)
(一)英美法·····	(80)
(二)德国法·····	(82)
(三)法国法·····	(84)
(四)我国法·····	(85)
第三章 要式欠缺的补正:履行治愈论·····	(92)
一、引言·····	(92)
二、德国法上履行治愈方式欠缺·····	(93)
(一)《德国民法典》的个别治愈规定·····	(93)
(二)履行治愈的理论基础·····	(96)
(三)治愈规定的类推适用·····	(100)
(四)《德国民法典》第 814 条与治愈规定间的关系·····	(103)
三、英美法上的部分履行原则·····	(104)
(一)概说·····	(104)
(二)部分履行原则在英国法上的演变·····	(106)
(三)部分履行原则在美国法上的发展·····	(114)
四、我国《合同法》第 36 条·····	(120)
(一)如何理解《合同法》第 36 条之规定?·····	(121)
(二)《合同法》第 36 条之合理性检讨·····	(125)
(三)以信赖保护为基础重构履行治愈规定·····	(127)
第四章 要式欠缺的限制适用及其突破·····	(132)
一、问题的提出·····	(132)
二、德国法上诚实信用原则对要式欠缺合同无效的限制·····	(134)

(一)缘由·····	(134)
(二)德国实务上的见解·····	(134)
(三)德国学说上的见解·····	(139)
(四)小结·····	(148)
三、英美法上的禁反言原则·····	(148)
(一)概说·····	(148)
(二)英国法上的产权禁反言原则·····	(150)
(三)美国法上禁反言原则的运用·····	(163)
四、比较法的综合观察分析·····	(174)
五、我国法上诚实信用原则对法定要式的突破·····	(179)
(一)诚实信用原则、具体法定要式规则与个案正义·····	(179)
(二)具体请求权保护上的不足·····	(182)
(三)在诚实信用原则中案例的类型化及检验要素·····	(185)
(四)法律效果·····	(191)
(五)具体案例的运用·····	(192)
(六)小结·····	(193)
结语·····	(195)
参考文献·····	(198)

绪 论

一、问题的提出

近些年来,合同形式在我国民事法上的发展有几个值得观察的重点:第一,我国统一合同法放弃了要式主义原则,改采形式自由原则。然而,在民事特别法中又广泛制定要式规定;第二,就法定方式欠缺的法律效果,《合同法》未明确予以规定,而有关特别法大多也未明定,即使有的作了明确规定,也不统一,呈现出混乱、矛盾的评价状态^{〔1〕}。由此造成学说、实务对于各种法定要式的具体规定,采取各种回避的解释,或者提出异于传统体系概念的效力模式^{〔2〕},以图避免方式欠缺法律效果评价的不当,但其所作的努力,似乎治丝益棼。第三,《合同法》第36条新增履行治愈的规定,但是却采取了异于外国立法例的规范模式,一方面,该治愈规定是一般性规则,并不像《德国民法典》那样只限于个别合同类型;另一方面,履行治愈的后果是“合同成立”,而非合同有效。在对这些问题的观察与思考中,一连串的问题接连涌现到笔者脑海中:在契约自由原则下,法律为什么要对某些类型的合同实行形式强制?合同形式到底是合同的成立要件还

〔1〕例如,《担保法》第41条、42条规定,以无地上定着物的土地使用权抵押的,以城市房地产或者乡(镇)、村企业的厂房等建筑物抵押的,以林木抵押的,以航空器、船舶、车辆抵押的,以企业的设备和其他动产抵押的,应当办理抵押物登记,抵押合同自登记之日起生效。第43条规定,当事人以其他财产抵押的,可以自愿办理抵押物登记,抵押合同自签订之日起生效。当事人未办理抵押物登记的,不得对抗第三人。

〔2〕例如有学者借鉴法国法和英美法,提出证据效力说,有的主张借鉴英美法采取要式欠缺之合同不可强制执行等,详见本书第二章相关论述。

是影响合同生效的因素?为什么要引进德国法上的治愈规定?难道要式规定有不妥之处吗?在阅读相关文献时,笔者发现,德国法早在其民法制定时,即围绕上述问题争论不休,即使在民法典施行之后,不久便接二连三地出现限制方式欠缺无效效果的案例,相关案例并被归整为诚信原则下的一个重要类型。令人惊奇的是,英美法亦存在类似的发展(即部分履行原则和禁反言原则在要式规定上的运用)。不看不知道,乍看更迷糊:为什么德国法与英美法均屡屡出现对法定方式欠缺的核心效力评价作出限制的判决,并成为其各自民事法及契约法上的重要问题?又为什么我国实务从未出现类似的案例与发展轨迹?正是这些困惑促成笔者着手研究并撰写本书。笔者希望通过本书,审视我国法对法定方式欠缺之效力评价所面临的困境(特别是在债权契约的法定要式),并尝试梳理法定要式规定、无效评价、治愈规定以及诚信原则之间的关系。

于是,笔者斗胆“小题大做”,全面梳理合同形式的理论与实务问题。需要说明的是,合同形式有法定形式与约定形式之分,由于约定形式的适用完全遵从意思自治原则,较少产生法律上的难题,因而本书主要研究法定形式问题。另外,本书探讨的对象以债权合同为限,对于涉及第三人利益或公共利益的法律行为(身分行为、处分行为)之形式,多半带有强烈的公益目的或涉及第三人的利益,通常并未引发太大的法律问题,所以笔者基本是按照我国《合同法》第2条^[3]的规定,将研究的对象限定于债权合同。

二、研究范畴及其架构

就笔者看来,要式合同的研究主要涉及三个根本问题:第一,法

[3] 参见《中华人民共和国合同法》第2条:“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。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议,适用其他法律的规定。”