

HE TONG XING SHI DE GUO JIA  
G AN Y U Y A N J I U

| 彭赛红◎著 |

★2009年度湖南省优秀社会科学学术著作立项资助出版

# 合同形式的国家干预研究

HETONGXINGSHIDEGUOJIA  
GANYUYANJIU

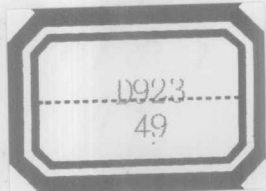
国家与社会的关系理论

为合同形式的国家干预提供了合理性论证，

社会背景和合同法理念的转变

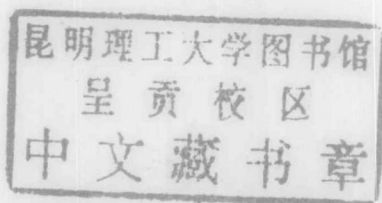
为其提供了必要性论证。

 湖南人民出版社



彭赛红◎著

★2009年度湖南省优秀社会科学学术著作立项资助出版



# 合同形式的国家干预研究


HETONG  
GANYUYANJI



03002090896

EGUOJIA

国家与社会的关系理论  
为合同形式的国家干预提供了合理性论证，  
社会背景和合同法理念的转变  
为其提供了必要性论证。

 湖南人民出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

合同形式的国家干预研究 / 彭赛红著.

长沙: 湖南人民出版社, 2010. 12

ISBN 978 - 7 - 5438 - 6451 - 1

I. ①合… II. ①彭… III. ①合同 - 国家  
干预 - 研究 - 中国 IV. ①D923 - 64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 055859 号

## 合同形式的国家干预研究

彭赛红 著

出 版 人: 李建国

责任编辑: 胡 飞

装帧设计: 谌 茜

出版、发行: 湖南人民出版社

网 址: <http://www.hnppp.com>

地 址: 长沙市营盘东路 3 号

邮 编: 410005

经 销: 湖南省新华书店

印 刷: 湖南广播电视大学印刷厂

印 次: 2010 年 12 月第 1 版第 1 次印刷

开 本: 710 × 1000 1 / 16

印 张: 13

字 数: 150000

书 号: ISBN 978 - 7 - 5438 - 6451 - 1

定 价: 24.00 元

营销电话: 0731 - 82226732

(如发现印装质量问题请与承印厂调换)



原则如何确定?干预的效力如何?等等,颇有“初极狭,才通人,复行数十步,豁然开朗”<sup>①</sup>之意境,由此引发了笔者强烈的研究兴趣。

在进一步的探索中笔者发现,从近期的研究成果来看,学者们多将讨论的焦点集中于“形式”本身,尤其是合同形式的法律效力上,对其他问题却鲜有触及,这对合同形式理论研究的完整性而言实属遗憾。另一方面,在合同理论的宏伟大厦中,合同形式问题虽然不过是其片砖寸瓦,然“窥一斑而知全豹”,恰是这一细微的问题却蕴涵了合同理论的精要:其历史发展与存在价值无不体现了国家干预与当事人意思自治的博弈、反映了公利与私益的冲突与平衡。同时,就我国的合同法发展史而言,合同形式立法从要式主义中走出来,对国家干预尚怀着极为复杂的心理,导致合同法中合同形式的规定较为含糊并引发了较大的理论争议。因而,对合同形式的国家干预进行全面、客观的探讨,不仅是丰富合同法基础理论的客观选择,亦是完善我国合同立法、司法工作的必然要求。

基于此,突破传统研究思路,另辟蹊径,从合同形式的国家干预入手,通过对上述问题的深入研究,理清合同形式国家干预的基本脉络,理顺合同形式中自由与干预的关系,探究合同形式国家干预的目的、限度与效力,构建相对完整的合同形式国家干预理论体系,丰富合同法基础理论的研究,构成了本书的写作初衷及目标。

合同形式的国家干预不是一种新生的现象,在法律对合同进行调整之初,就已经出现了国家对合同形式的干预,而且这一干预持续至今。但是,在这一漫长的历史过程中,合同形式的国家干预有无发展变化?这是本书第一章将要涉及的问题。在对这一问题的解答中,笔者理清了合同形式国家干预的发展脉络,并得出结论:国家对合同形

式的干预呈现出减弱的趋势，由初期严格的合同形式主义，在饱受经济、政治、文化、法律自身的冲击以后，演变为当代合同形式干预中“以自由主义为主、以形式主义为辅”的态势，这一历程反映了合同形式国家干预的理性化与成熟化。

这一历史走势又引发了笔者的深入思考：当代合同形式的国家干预是以何种面貌出现，它与合同形式主义比较有何不同？这一问题是对当代的描述，也是对古今的比较。通过比较，笔者发现，不论是在地位，还是在功能、形式的种类以及调整的范围，两者都有很大的不同。这是本书第二章要解决的问题。

第三章提出，虽然合同形式主义的地位已经衰落，但国家的干预并未消失，诸多国家的立法例是最好的证明，那么，为何国家干预仍然存在，干预的正当性何在？笔者认为，一方面，国家与社会的关系理论为合同形式的国家干预提供了合理性；另一方面，20世纪社会背景的转变和合同法理念的转变为干预提供了必要性。

与干预的正当性一脉相承，第四章探讨合同形式国家干预的范围：哪些合同需要干预？笔者提出应当综合考察他国做法，借鉴其合理之处，确立形式干预的原则：公共利益的保护原则、一般民事合同的适度干预原则和民、商事合同区别对待原则。

最后需要解决的是国家干预的效力问题。舍却形式中的国家意志，形式仅是合同内容的载体、当事人意志的体现。一旦加入国家的意志，形式的效力应当发生改变，不可能再仅仅充当载体，而应是合同生效的要件。也只有通过这一效力，才能体现国家干预的目的和意义所在，否则，国家干预也将沦为“形式”。

在上述思路的基础上，笔者拟依靠合同形式国家干预的历史演变规律，立足于合同形式国家干预的立法现状，对古今相比差别最大的几个问题：形式干预的正当性问题、干预所涉及合同种类问题以及

干预的效力问题，做详细论述。并在此基础上，得出结论：国家从未放弃对合同形式的干预，在现代社会，合同形式是国家干预经济交往的工具，是保护当事人利益、平衡个人利益与社会利益的手段，从而最终促进社会公平正义之实现。因而，在干预标准与形式效力的界定时，应当依照这一准则，国家干预的效力应通过合同而体现，即形式为合同生效的要件。

本书是以合同法中合同形式的国家干预为研究对象，但有两点需要说明：

第一，虽然合同有物权合同、债权合同、身份合同之分，<sup>①</sup>但鉴于身份合同不同于财产性合同的特殊性<sup>②</sup>以及物权合同的争议性，<sup>③</sup>本书的研究以债权合同为限。

第二，在哲学理论中，内容和形式是一组对应的范畴，内容是实质，形式是载体，但对合同的形式，学者们的理解不尽相同，概括而言，有狭义的合同形式说与广义的合同形式说。前者认为：合同形式就是“合同的方式，是当事人合意的表现形式，是合同内容的外部表现，是合同内容的载体”，<sup>④</sup>或者称之为“外现方法或者手段”；<sup>⑤</sup>后者认为合同形式是指一切能够引起法律关系发生、变更、消灭的事实，包括合同的形式、合同的内容、合同当事人的行为等。本书采用狭义说，认为合同形式是指合同的方式、形式、外观等。

① 参见崔建远主编：《合同法（第三版）》，法律出版社2003年版，第1页。

② 我国《合同法》第2条第2款规定：“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。”

③ 对我国物权立法是否应采用物权合同理论，雅科布斯提出了自己的意见，认为：“中国立法在法学界未澄清这一问题之前，不应该在法典中规定它。”——转引自田士永：《物权行为到底是什么？——评雅科布斯教授“物权合同存在吗？”一文》，载《比较法研究》，2005年第3期。

④ 王利明、崔建远：《合同法新论·总则》，中国政法大学出版社1996年版，第216页。崔建远主编：《合同法》，第65—66页。王利明：《合同法研究（第一卷）》，中国人民大学出版社2002年版，第448页。

⑤ 谢怀拭等：《合同法原理》，法律出版社2000年版，第29页。

者是理论界之通说,<sup>①</sup>主张合同形式不仅包括合同内容的外部表现形式即合同载体之外,还包括作为合同特别要件或订立程序的形式,从而认为“在我国,从种类上分,合同的形式有口头形式、书面形式、公证形式、鉴证形式、批准形式、登记形式等。”<sup>②</sup>本书中的“合同形式”是从狭义的角度而言,仅指合同内容的载体,或外部表现形式。<sup>③</sup>

---

① 广义说主要体现在对《合同法》的10条中“书面形式”和“其他形式”的理解中。如,有学者认为:“公证形式、鉴证形式、批准形式、登记形式属于除了书面形式和口头以外的其他形式。”——江平主编:《中华人民共和国合同法精解》,中国政法大学1999年3月第1版,第11页。另有学者则认为:“公证、鉴证、审批、登记只是书面形式的特殊形式。”——李开国、张玉敏:《中国民法学》,2002年版,第198—199页;佟柔主编:《中国民法学·民法总则》,第248—249页;何红峰、陈跃东:《对我国合同形式立法的反思》,载《法律科学》,1997年第5期;胡雪梅、俞丽伟:《略论要式法律行为的“要式”》,载《企业经济》,2004年第12期。但通说之外亦有学者认为“其他形式”是指包括行为、默示、视听以及所谓的事实合同在内的形式。——刘俊臣:《合同成立基本问题研究》,中国工商出版社2003年版,第119—120页。

② 王家福主编、梁慧星副主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第304页。

③ 理由如下:其一,广义说中的合同形式已脱离了哲学中对“形式”的概念界定,与其说是合同内容的表现形式,不如说是合同订立的特殊形式和程式要求。其二,合同形式不同于要式合同中的“式”,后者既包括特定方式,也包括某种手续,合同的形式只是其中的一部分。其三,从登记、批准、鉴证的性质来看,归入意思表示的方式实属勉强。该问题在本书第三部分有详尽论述,此处不再赘述。



140\ 民法总论之债干索国左派同合

## 合同形式的国家干预研究 | 目录

140\ 民法总论之债干索国左派同合

## CONTENTS

140\ 民法总论之债干索国左派同合 二

140\ 民法总论之债干索国左派同合 二第

140\ 民法总论之债干索国左派同合 二第

140\ 民法总论之债干索国左派同合 二第

导 言/001

# 1

## 合同形式国家干预之历史演进 /001

第一节 合同形式国家干预的巅峰：罗马法严格的合同形式主义 /001

一、形式主义统领下的合同法/002

二、合同形式主义的表现/004

三、合同形式主义的成因/010

第二节 合同形式国家干预的困境：饱受冲击的合同形式主义 /019

一、罗马法中合同合意主义的萌芽对合同形式主义的冲击/019

二、中世纪合同理论的发展对合同形式主义的冲击/026

第三节 合同形式国家干预的衰落：契约自由原则的确立与合同形式主义的终结/036

一、契约自由原则的确立/036

二、契约自由原则对合同形式主义的终结/040

140\ 民法总论之债干索国左派同合 二第

## 2 合同形式国家干预之现状述评 /041

### 第一节 合同形式国家干预现状概览/041

#### 一、现代国家干预合同形式之背景/041

#### 二、合同形式主义有限复兴的评价/043

### 第二节 合同形式国家干预之立法例/044

#### 一、英美法系国家关于合同形式的法律规定/044

#### 二、大陆法系国家（地区）关于合同形式的法律规定/048

#### 三、《俄罗斯民法典》关于合同形式的法律规定/056

#### 四、我国民法中关于合同形式的法律规定/058

#### 五、《联合国国际货物销售合同公约》中关于合同形式的法律规 定/060

### 第三节 现代合同形式国家干预与罗马法合同形式主义比较/062

#### 一、地位之衰落/062

#### 二、功能之转变/063

#### 三、形式之简化/070

#### 四、范围之限制/076

## 3 合同形式国家干预之正当性论证 /077

### 第一节 我国学者对合同形式国家干预正当性的论争/078

#### 一、肯定说及其理由/078

#### 二、否定说及其理由/080

### 第二节 合同形式国家干预的合理性/084

- 一、资产阶级革命前政治国家与市民社会的关系理论/084
- 二、资产阶级革命后政治国家与市民社会的关系理论/085
- 三、关系理论对合同形式国家干预正当性的说明/088
- 第三节 合同形式国家干预的必要性/094
- 一、20世纪时代背景的变化/094
- 二、合同法理念的转变/096
- 三、合同形式国家干预是合同法理念转变的内在要求/103
- 第四节 合同形式国家干预的可行性/107

## 4 合同形式国家干预之范围界定 /109

### 第一节 范围界定的原因分析/109

- 一、干预具有易被滥用之特性/109
- 二、干预可能损害自由/111

### 第二节 对国家干预合同形式的两种标准之思考/112

- 一、国家干预合同形式的两种标准/112
- 二、对两种标准的思考/114
- 三、我国的选择/115

### 第三节 合同形式国家干预的原则/117

- 一、保护公共利益原则/117
- 二、个人利益的适度干预原则/135
- 三、民、商事合同区别对待原则/139

# 5

## 合同形式国家干预之效力分析 /153

### 第一节 合同法定形式效力的立法差异与理论分歧/153

#### 一、合同形式国家干预之效力：通过法定形式而体现/153

#### 二、合同法定形式效力的立法差异/154

#### 三、我国学者对合同法定形式效力的理论分歧/160

### 第二节 对合同法定形式效力的理性思考/165

#### 一、形式规范应当是强行性规范/165

#### 二、合同法定形式证据主义之排除/168

#### 三、合同法定形式生效要件主义之采用/171

#### 四、对合同法定形式效力的限制适用/180

## 结 语/184

## 主要参考文献/187

## 后 记/192

## 1

## 合同形式国家干预之历史演进

## 第一节 合同形式国家干预的巅峰：罗马法严格的合同形式主义

罗马法，作为“资本主义前的商品生产的完美的法”，<sup>①</sup>是“商品生产者社会的第一个世界性法律”，<sup>②</sup>不仅在两千多年前创造了辉煌、征服了世界，及至今日，影响犹在，其理性的法律精神、严谨的法律体系和发达的法律内容成就了现代民法法系的历史基础。它“不只是那个时代的罗马人的法律，而且还是后来全人类的法律；它不只是罗马人的文化遗产，而且是全人类的文化遗产。”<sup>③</sup>更有学者认为：“人

① 《马克思恩格斯全集》第36卷，人民出版社1975年版，第169页。

② 《马克思恩格斯全集》第21卷，人民出版社1975年版，第346页。

③ 江平、米健：《罗马法基础》，中国政法大学出版社2004年版，第3页。

们可以在罗马法中寻觅到契约法律制度的诸渊源，这些渊源不仅孕育了民法法系和普通法系的契约法传统，而且也是现代契约法的基础。”<sup>①</sup> 现代诸多民法学者倾向于以罗马法作为合同形式研究的历史起点与理论发源，尤其是罗马市民法本身就具有形式主义的特征，并且达到了国家干预合同形式的巅峰时期，因而在研究合同形式的历史演变时自罗马法开始。

### 一、形式主义统领下的合同法

在现代语境中，形式主义表示“片面地注重形式不管实质，只看事物的现象而不分析其本质的思想方法”。<sup>②</sup> 早期罗马法中对合同效力的判断即是如此：效力源于形式，无形式就无契约，形式是自由的天堂。这种形式主义统领下的合同法呈现出与今日不同之面貌。

早期罗马法并未出现契约一词，只不过存在一种不加区分的债的概念。直至后期，盖尤斯和优士丁尼才分析并归纳了发生债的具体原因：盖尤斯根据债因将债分为契约之债和私犯之债，优士丁尼在此基础上增加了两种类型：准契约之债和准私犯之债。但在契约概念发展之初，“契约”并不等于“合意”，即使在罗马法律最发达的法学昌明时期，除少数要物契约、合意契约和无名契约以外，当事人如果没有履行特定的程式，不能产生债，合意是一个后来出现并加入契约而逐渐取得主导地位的概念。国家更重视的是契约的外部表现形式，判断行为是否具有约束力的标准来自于该行为是否符合契约的形式要件，因而契约呈现出浓厚的形式主义特征。据此，有学者将罗马合同法的结构概括为：一种形式、一项原则和数种（法定）契约。<sup>③</sup>

① Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations - Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University Press, 1996, ix

② 现代汉语词典，商务印书馆2000年版，第1410页。

③ Tony Weir, *Contract in Roma and England*, *Tulane Law Review*, June, 1992, p. 1638.

“一种形式”，是针对契约的形式主义而言。在早期罗马法中，除产生于私犯的债以外，设立债都必须采用要式程式，包括要式口约与文字契约。非经特定形式，仅有协议并不产生债。所以说，“罗马法契约制度中的形式是效果性形式，而非保护性形式。”<sup>①</sup>虽然某些特定的原因也可在不采用典型的程式的情形下成立债（包括实物契约与合意契约），但这只是形式主义的例外。

“一项原则”，即“裸体简约不产生债，仅产生抗辩”。这一原则将契约与协议区分开来，仅有协议尚不足以形成债，还需附加上特定的形式或符合法定契约形式的种类。即便在特定情形下能产生诉权，但仍不属于契约的范畴。<sup>②</sup>

“数种契约”，指在契约效力的获得上，以形式强制为主，同时国家也通过类型强制的方式赋予一部分不具有形式要件的行为以契约的效力，主要包括实物契约和合意契约。基于此，盖尤斯在其《法学阶梯》中把契约之债四分为：“债的缔结或者是通过实物（re），或者是通过话语（verbis），或者是通过文字（litteris），或者是通过合意（consensus）。”<sup>③</sup>优士丁尼在其《法学阶梯》中，除扩大实物债的范围外，继续遵循盖尤斯的分类，并且根据习惯，把契约称为实物契约、口头契约、文字契约和合意契约。<sup>④</sup>但从契约演进的历史进程来看，

① W. W. Buckland and Arnold D. McNair, *Roman Law & Common Law: A Comparison in Outline*, The University Press, Cambridge, 1952, p. 196.

② 简约是罗马法中的特殊制度，多属于万民法范畴。在万民法时期，一部分裸体简约发展为穿衣简约而取得诉权，包括附加简约、裁判官简约和钦定简约。附加简约要取得诉权需与主契约同时订立，实质上已与主契约一同获得了形式上的意义；至于裁判官简约和钦定简约是由司法者和立法者授予诉权，也不同于一般意义上因合意而成立的契约。

③ 【古罗马】盖尤斯，黄风译：法学阶梯，中国政法大学出版社1996年版，第226页。

④ 【古罗马】优士丁尼，徐国栋译：法学阶梯，中国政法大学出版社1999年版，第343页。

要式口约应位于历史的源头，其后才是文字契约、实物契约和合意契约。<sup>①</sup>

## 二、合同形式主义的表现

### (一) 严格的形式

形式主义，顾名思义，是对形式的极度重视。在罗马法中，当事人缔结合同，必须采用严格的形式，一方面，这些形式的种类是特定的，不允许当事人自行采用其他形式；另一方面，这些形式采用了固定与刻板的模式，当事人不得随意改变。具体而言，特定的形式包括以下几种：

#### 1. 原始的形式——耐克逊、曼西帕蓄和拟诉弃权

古罗马国家习惯于通过隆重的仪式来干预和规范市民间的交易，这些仪式化的形式包括耐克逊、曼西帕蓄和拟诉弃权。

##### ①耐克逊

耐克逊是最早的要式契约，或称为债务口约，亦有学者称其为“要式现金借贷”。<sup>②</sup>它在仪式上采用的是“铜块和秤式”，需要铜、秤、五名证人、司秤、称铜块的仪式以及固定的语言模式和程序。这一形式的实质是由债务人用自己或其隶属人的人身作为债务履行的担保，采用的是人身性责任而非财产性责任，因此，学者们认为：“最初的耐克逊实质上不能视为契约，至少不是完整的契约，因为它虽有合意，然却无债。但在后期的发展过程中，耐克逊逐步与债联系起来，从而开始具备真正的契约内涵。”<sup>③</sup>

##### ②曼西帕蓄

曼西帕蓄为罗马市民法所特有，是一种虚拟买卖，采用“铜块和

① 参见江平、米健：《罗马法基础》，中国政法大学出版社2004年版，第325页。

② 周枏：《罗马法原论（下册）》，商务印书馆2004年版，第706页。

③ 江平、米健：《罗马法基础》，中国政法大学出版社2004年版，第324页。



秤式”，买主手持铜块说：“我根据罗马法说此人是我的，我用这块铜和这把秤将他买下。”然后他用铜敲秤，并将铜块交给卖主，好似支付价金。<sup>①</sup>之所以使用铜和秤，是因为最初金币和银币尚未使用，只有铜币，而铜币的价值在于重量。到后来，称铜和击秤只具有象征意义。

曼西帕蓄与耐克逊的形式、作用和意义大体相同，都是一种早期的让与或买卖。但与耐克逊相比，曼西帕蓄多出了一些合意的意味：“它虽然仍有让与的痕迹，可毕竟更多了些买卖的意味。因而更具有契约的意义。”“它的出现使契约的发展完成了第一阶段。”“但这时当事人的合意相对于形成程序来说还占较次要的地位，故而契约尚是空虚的。《十二表法》予以确认之时，它已基本有了合意加债的本质特征。换句话说，它已完成了契约发展的第二阶段。”<sup>②</sup>

随着贸易活动的不断发展与扩大，曼西帕蓄这种繁琐的转让方式禁锢了交易的效率，加之货币广泛使用，以及法律取消了对要式物与略式物的划分，同时随着合意在契约中的逐步凸现，买卖越来越借助于合意契约，诸多原因导致这种繁琐的方式从实际的买卖方式变为虚拟的买卖方式，进而在优士丁尼时代之前就逐渐退出了历史的舞台，虽然“优士丁尼时期之后的文献甚至还提及要式买卖，但所采用的形式却表明人们甚至连这个词的含义都已经忘掉了”。<sup>③</sup>

### ③拟诉弃权

拟诉弃权是市民法中继要式买卖后出现的极为重要的财产权移转方式，许多学者认为它晚于《十二表法》而产生，是共和国社会经济

<sup>①</sup> 【古罗马】盖尤斯，黄风译：《法学阶梯》，中国政法大学出版社1996年版，第44页。

<sup>②</sup> 江平、米健：《罗马法基础》，中国政法大学出版社2004年版，第323页。

<sup>③</sup> 【英】巴里·尼古拉斯，黄风译：《罗马法概论》，法律出版社2000年版，第122页。