

合同成立探微

崔建远*

目次

- | | |
|-------------|------------|
| 一、合同的成立要件 | (三) 举证证明责任 |
| 二、对合意的把握 | (四) 个案分析 |
| (一) 合意的法理分析 | 三、沉默与承诺 |
| (二) 不合意 | 四、确认书与合同成立 |

摘要 本文赞同当事人、意思表示一致和标的共同构成合同成立要件。无视标的作为合同的元素会带来不小的负面后果。意思表示一致即合意,对其判断和把握,在绝大多数的情况下,客观说/表示内容的一致论对双方当事人的利益平衡得更好,在合同欺诈、胁迫等场合采主观说/内心意思的一致论较为妥当。中国法及其理论也应当如此区分类型,确定有所差异的法律后果。在通常情况下,沉默不构成承诺,因为要约人没有理由因为受要约人的沉默而相信受要约人做出了承诺。而且,要约人无法通过约定沉默构成承诺以免受要约人不经意间做出承诺。但在特殊的情况下,可以将沉默视为承诺,如双方当事人之间已经形成如下交易惯例,或当地业已存在着如下交易习惯:一方当事人向相对人发出要约,相对人未在要约指定的期间内答复也视为接受。在这种背景下,受要约人在收到要约后沉默,视为已经承诺。关于确认书的地位及效力,本文认为,在有确认书的场合,合同何时成立,首先由当事人的意思表示来决定,由于于此场合不涉及公序良俗的问题,应当贯彻意思自治原则。如果通过解释当事人的意思这条路径仍难得出妥当的结论,则有必要借鉴德国和美国的立法、判例和学说所形成的规则或意见,丰富中国民法的理论,服务于中国民法的实践。

关键词 合同成立 合意 不合意 标的 确认书 沉默

《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)和《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)就合同成立设置了大的框架,还没来得及“精装修”,实际上有些“精装修”是必不可少的,不然,数量可观的案件不易甚至难以被妥当地处理。本文拟就若干“精装修”建言献策,就教于大家。

* 清华大学法学院教授。

一、合同的成立要件

《民法典》未就合同成立的要件设置条文,通说认为当事人、意思表示一致应为合同成立的要件,至于标的是否为要件之一,则说法不一。意思表示一致,即合意,因理念和场合的不同而有分歧,本文的第二部分将就“对合意的把握”进行专题讨论。本部分集中介绍和阐释当事人和标的这两个方面的内容。

当事人可以亲自缔结合同,也可以由代理人代为订立,但须承受合同项下的权利义务乃至责任。于是产生了当事人与缔约人之间的些许差异。缔约人是实际订立合同的人,既可以是未来合同关系的当事人,也可以是合同当事人的代理人,但不可是履行辅助人、执行辅助人、占有辅助人,因其在合同关系中无独立人格。

实务中时有建筑公司的项目工程部以自己的名义缔约、银行的支行以自己的名义缔约、分公司以自己的名义缔约的情形,判决、学说不再以此为由主张合同无效,只是合同项下的权利义务应由作为法人的建筑公司、银行总行、公司承受,至少在最终的意义上如此。

在这里存在着法人分支机构是法人的代表人^{〔1〕},还是代理人^{〔2〕}的争论。笔者赞同代理说,因为在中国现行法及理论上,法人与其法定代表人在从事法人业务方面对外活动具有同一人格,只有法定代表人才有权代表法人实施法律行为,其他任何组织、个人均无权代表法人,只可代理法人实施法律行为。这应为中国民法通说。^{〔3〕}此其一。《民法典》对法人与其法定代表人之间关系所适用的法律规则(第61条以下)不同于法人与其代理人之间的关系所适用的法律规则(第170条等),没有将法人分支机构视为法人机关。此其二。

法人分支机构拥有代理权所需要的书面授权,可有种种表现形式:有的是法律、法规的规定,有的是法人章程中的规定,有的是制成董事会决议或股东会决议,有的是法人或法定代表人出具授权委托书。

有必要指出的是,银行的分行、支行以自己名义订立的合同,若系储蓄合同、借款合同,则无须董事会决议、股东会决议、法人或法定代表人出具授权委托书,合同就发生法律效力;若系出具独立保函,也是如此;但是,若作为出质人、抵押人、普通的保证人,那么,应当适用《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉有关担保制度的解释》(以下简称《担保制度解释》)第11条规定,未经金融机构授权提供保函之外的担保,分行、支行主张不承担担保责任的,人民法院应予以支持,但是相对人不知道且不应当知道分行、支行对外提供担保未经金融机构授权的除外(第2款后段)。

〔1〕 参见[德]汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克:《德国民法总论》(第33版),张艳译,杨大可校,中国人民大学出版社2012年版,第432、439页;夏平:《法人分支机构的法律地位与责任承担——以民法总则第74条为考察重点》,载《西部法学评论》2019年第4期,第118—120页。

〔2〕 参见程啸、高圣平、谢鸿飞:《最高人民法院新担保司法解释理解与适用》,法律出版社2021年版,第74页。

〔3〕 参见王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2003年版,第415—422页;施天涛:《公司法论》(第2版),法律出版社2006年版,第26—27页;刘凯湘:《民法总论》(第3版),北京大学出版社2011年版,第219页以下;崔建远、韩世远、申卫星、王洪亮、程啸、耿林:《民法总论》(第2版),程啸执笔,清华大学出版社2013年版,第145页以下;朱庆育:《民法总论》(第2版),北京大学出版社2016年版,第417页;李永军:《民法总则》,中国法制出版社2018年版,第350页以下;魏振瀛主编:《民法》(第8版),李仁玉执笔,北京大学出版社、高等教育出版社2021年版,第89页。

法律要求当事人具有权利能力,而不关注其行为能力。合同主体的行为能力属于合同有效要件之一。缔约人大多与合同当事人同一,但在间接(隐名)代理的场合,缔约人时常不是合同当事人;再就是合同当事人死亡时由他人继受合同当事人地位之场合,缔约人也不是合同当事人。

在合同成立方面,签署合同文本是不可忽视的一环。签署本身是显示签署方受文本所示合同拘束的意思,以及确认该合同文本的正确性。一般地说,即使签署方没有阅读过该合同文本,一经签署合同就对当事人具有拘束力,除非该合同被确认为无效或被撤销。至于签署的方式,可以在合同文本上盖章(stamp),把合同文本传真给相对人也被认为签署了合同,甚至于草签(initials)也在某些场合被认可。英国《电子通信法案(2000年)》第7部分(Electronic Communications Act 2000 Section 7)规定,在法律诉讼中接受电子通信中的电子签署的效力,不过相关证据的分量轻重问题由法院决定。再者,即使当事人未在合同文本上签署,只要双方当事人承认存在合同关系,也受法律保护,只不过增加了举证证明的负担。^{〔4〕} 签名可以不拘一格,只要存在证明书面形式真实的意思即可。签名可以是签下的姓名或打印的姓名,可以为书写的、打印机打印的、盖章的或复印的签名。《美国统一商法典》第二章认可任何种类的文件——如带有预先印刷好姓名的发货单、信笺甚或记事簿——作为签名,只要有印有抬头的文件存在证明文件真实的意思。^{〔5〕} 所有这些,都具有合理性和实用性,中国法应予借鉴。

中国的法律及其实务特别重视盖章,这引出盖章与缔约人尤其是合同当事人之间的关系问题。近些年来形成的共识是,欲使合同文本表征的缔约人尤其是合同当事人与实际情形相符,或者说缔约人尤其是合同当事人承受合同项下的权利义务,必须依下述规则行事:缔约人系法人时,不盖章仅由法定代表人签字,可以;无法定代表人签字,只是加盖法人的公章或合同专用章,在技术合同文本上加盖技术合同专用章,都符合法定要求;代理人为被代理人订立合同时,代理人必须在合同文本上签字,并出示授权委托书(被代理人系自然人的场合由被代理人签字或加盖其私章,被代理人系法人的场合由法定代表人签署或加盖法人的公章,不可加盖法人的合同专用章、技术合同专用章),或不出示授权委托书而在合同文本上加盖法人的公章或合同专用章,技术合同的场合加盖技术合同专用章。

仅有代理人签字或其签字再加盖被代理人的印章,就缔约而言,构成代理,有代理制度适用的空间。合同文本上仅有法定代表人的签字,加盖法人的印章与否,都不影响缔约系法人行为的结论,径直适用法人制度,而不适用代理规则。合同文本上无法定代表人的签字,仅有代理人的签字,即使加盖了法人的公章,也不是法人行为,而是代理订立合同,需要适用代理的规则。

3. 标的是合同权利义务指向的对象。合同不约定标的,就会失去目的,失去意义,可见标的之于合同的重要地位。

合同的标的,从另外的视角,也叫债权的标的,或者债权的内容或债权的客体,乃以债权人对于债务人请求为目的。人对人所请求的,不外乎一定行为,即作为或不作为。因此,所谓债权的标的乃债权人对于债务人请求为一定行为,这在法律上称作给付(leistung)。它与债权的标的物被分别使用,给付指向的对象是债权的标的物。^{〔6〕}

〔4〕 参见杨良宜:《合约的解释》,法律出版社2007年版,第52页。

〔5〕 U.C.C. § 1-201 cmt. 39(2001); but see Venable Hickerson, Phelps, Kirtley & Associates, Inc., 903 S.W.2d 659(Mo.Ct.App.1995)(拒绝将U.C.C.准许信头的规则扩大到雇佣合同)。转引自[美]杰弗里·费里尔、迈克尔·纳文:《美国合同法精解》(第4版),陈彦明译,北京大学出版社2009年版,第276页。

〔6〕 参见[日]於保不二雄:《日本民法债权总论》,庄胜荣校订,五南图书出版有限公司1998年版,第17页。另,於保不二雄教授于该书中阐释了,债权的标的也是合同的标的。

在较长的历史期间,中国民法学的通说认为标的分为有体物、行为和智力成果。在买卖汽车的合同中,标的是某汽车。在技术咨询合同中,标的是提供技术咨询。在技术转让合同中,标的是某特定的技术。在境外,也有将标的与标的物视为同一个概念的:“双方当事人商谈交易过程中,须对契约标的有所了解及确定。因此,在做记录时之备忘录,对于标的物之描述必须有所交代。”〔7〕

近十几年来,中国民法学说开始接受德国、日本和中国台湾地区的通说,改采合同关系的标的为给付行为之说。在这种学说的架构下,标的物不是标的,而是标的指向的对象。例如,在汽车买卖合同中,标的物是某特定汽车,标的是转移该汽车的占有和所有权的行为。至于标的物的范围,逐次有有体物、用益物权、担保物权、股权、知识产权、应收账款、普通债权等表现形式。

有必要指出,《民法典》第470条所规定的标的,时常不是学说所指的标的,而是标的物,于是才有所谓标的的质量、标的的数量等用语。所以,对于《民法典》及有关司法解释所说的标的,时常需要按标的物理解。

合同标的是否为合同成立要件之一,观点不同,需要继续研讨。在罗马法上,对于不能给付的物品不产生任何债。〔8〕尽管已就买卖标的达成了协议,但是如果在出售前标的灭失了,那么,买卖不成立。〔9〕完全没有给付特定标准的情况下债权不能成立。〔10〕在英国,如果当事人双方均误认为合同标的存在,但事实上在合同订立时该标的并不存在,就视为合同不存在。根据1979年《货物买卖法》第6条的规定,在以特定物为标的的买卖合同中,如果货物在缔约前已经毁损,而卖方在不知情时缔约,则不产生有效的合同。〔11〕已有若干判例认定此类合同因共同错误而无效。〔12〕《德国民法典》(旧债法)时代,给付义务只能针对为合同的订立而假定存在的买卖标的而形成。倘使买卖标的不存在,则买卖合同落空。《德国民法典》(旧债法)第306条的法定规则就是针对这一情形所制定的。以不能的给付为内容的买卖合同无效。〔13〕《意大利民法典》要求合同的成立需要标的(第1325、1346、1347条)。日本民法学说中有观点认为,债权虽有依法律规定直接发生的,但原则上应由法律行为的合同而产生,因此给付、债权的标的都仅限于关于法律行为的目的的范围。作为债权给付标的的要件,其结果也可归结于有关一般法律行为标的的要件,即合法性、可能性、确定性。〔14〕

诚然,即使在上述理念的架构下,标的究竟为合同的成立要件抑或为合同的有效要件,也是存在分歧的。一种学说认为,合同有效的一般要件包括当事人须有行为能力,标的须可能、合法、妥当、确定,意思表示须健全。〔15〕

与上述理念及理论有别,《德国民法典》(债法现代化法)第275条第1项的规定涵盖自始不能和嗣后不能、客观不能与主观不能,对这些类型的不能履行作同等化处理。〔16〕这意味着不再把标的作为合同的成立要件,也不作为有效要件。中国《民法典》第597条第1款关于“因出卖人未取得

〔7〕 Plant v. Bourne (1897) 2 Ch.D.281, 288-290.转引自杨栢:《英美契约法》(第4版),北京大学出版社2007年版,第195页。

〔8〕 参见[古罗马]杰尔苏:《学说汇纂》第8编,转引自桑德罗·斯契巴尼选编:《契约之债与准契约之债》,丁玫译,中国政法大学出版社1998年版,第393页。

〔9〕 参见[古罗马]保罗:《论萨宾》第5编,转引自前注〔8〕,斯契巴尼书,第393页。

〔10〕 见前注〔6〕,於保不二雄书,第20页。

〔11〕 参见董安生等编译:《英国商法》,法律出版社1991年版,第99—100页。

〔12〕 (1856) 5 H.L.C.673.转引自杨栢:《英美契约法论》(第4版),北京大学出版社2007年版,第204—205页。

〔13〕 参见[德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第834页。

〔14〕 见前注〔6〕,於保不二雄书,第18页。

〔15〕 参见刘春堂:《民法债编通则(一)·契约法总论》,三民书局2001年版,第145页。

〔16〕 参见杜景林、卢湛:《德国新债法研究》,中国政法大学出版社2004年版,第71—74页。

处分权致使标的物所有权不能转移的,买受人可以解除合同并请求出卖人承担违约责任”的规定,也体现了这种思想,当然,在个别合同中又回归过去,把标的又纳入合同的有效要件或者成立要件,如第737条规定:“当事人以虚构租赁物方式订立的融资租赁合同无效。”这显现出《民法典》没有遵循逻辑的一贯性。

笔者赞同“标的系合同关系不可或缺的因素”这种理念及观点,更倾向于标的为合同的成立要件,当然也不强烈反对标的为合同的有效要件这种主张。暂时关闭合同的构成、形式逻辑的要求这些视角,从当事人交易利益的实现和社会安全的方面观察,无视标的作为合同的元素会带来不小的负面后果。例如,将虚假债权、虚假债权质做成证券,发行于社会,可能会酿成美国次贷危机那样的恶果,使广大百姓遭殃。还有,管理、决策机关以虚假交易及其流转现象作为判断依据之一,形成“决定”“规程”“措施”,贯彻于实务之中,非“对症下药”,难免出错。^[17]

二、对合意的把握

(一) 合意的法理分析

1. 合同的订立有上述种种程序,无论采取何种程序,其内容必须一致,合同才能成立。所谓内容一致,按合同的本质要求,应是相互意思表示一致,简称为合意。

2. 若合意意味着意思表示一致,则会出现以下问题:所知的是(内部)意思还是(外部)表示或表示的客观意义的一致。只有对解释原则加以考虑才能找到正确的答案。据此,必须区分以下类型:(1)如果对要约和承诺进行解释得出的结果是,这两种表示后面存在两个表意人的一致意思,那么,基于内在意思的一致必须肯定共同追求(*gemeinsam gewollte*)意义上的合意。即使表示一致地偏离双方当事人的追求也同样如此(错误表示无害原则)。该解决方案并未不利于双方当事人中的任何一方,因为它以双方当事人的追求为准。(2)如果解释的结果是要约人和承诺人的意思不一致,那么就要通过对两种意思表示进行标准解释,查明从受领人的观点出发确定的每种表示的含义。尽管双方当事人的实际含义不相符合,但若两种表示的含义(客观的表示含义)相符合,则仍然存在合意。^[18]

3. 合意,系继受罗马法的术语(*consensus*)^[19],在英美合同法上有两种表示法,即 *meeting of minds* 或 *mutual assent*,不过相互间存在差异:前者是指双方当事人对于合同标的及其他条款在主观上和客观上双方意思表示趋于一致而订立合同,但后者乃双方当事人对于合同标的及其他条款在客观上趋于一致而缔结合同,在主观上可能有小部分不同意见或不明了(*minor misunderstandings*)存在,只是并不妨碍双方当事人对合同的成立效果的认同。^[20] 此处所谓 *meeting of minds*,一译为“意思的合致”^[21],另译为“思想交汇”^[22],在学说上被称作主观说(*subjective theories*)^[23]。该说所注重

[17] 参见崔建远:《无权处分再辨》,载《中外法学》2020年第4期,第866—868页。

[18] 见前注[1],布洛克斯、瓦尔克书,第114—115页。

[19] 见前注[13],弗卢梅书,第739页。

[20] *Sho-Pro of Indiana, Inc. v. Brown*, 585 N. E. 2d 1357 (Ind. App.1992). 转引自杨栢:《英美契约法论》,北京大学出版社1997年版,第25页。

[21] [美] E. 艾伦·范斯沃思:《美国合同法》(原书第3版),葛云松、丁春艳译,中国政法大学出版社2004年版,第116页。

[22] 见前注[5],费里尔、纳文书,第128页。

[23] 见前注[21],范斯沃思书,第116—117页;前注[5],费里尔、纳文书,第128页。

的是当事人的实际意思或主观意思。须注意,主观说并不认为仅有主观的同意就足以构成合同。即使根据主观说,也必须存在对其同意的意思表示。但是,双方当事人对协议的实际同意是必需的,如果没有,那就不存在合同。^[24] 19世纪末叶之前的判决多采此说,但是,寻找主观意思并不是人们已经选择的路径。摒弃确定当事人是否已经存在协议的主观测试标准,存在很多理由。其中重要的一个是,无法确定另一方当事人的真实意思。我们可能认为最好的办法就是审查当事人的言行举止,然后就其意思得出合理的结论。正如勒恩德·汉德(Learned Hand)法官著名的论述:“严格说来,合同与当事人的个人意思无关。当事人的特定行为,完全因为法律的适用而发生了义务关系,这就是合同。这种行为通常是言词(words),并且一般伴随并代表了一个被了解的意思。但是,即使有20位主教证明一方当事人使用言词时的意图不同于法律对该言词所确定的通常含义,那么除非存在双方错误或者此类的其他情形,法院仍会认定该当事人负责。”^[25]这种合同成立的客观判断方法与当前对客观性的偏爱,非常契合。合同法选择了依据当事人言行举止合理推断出存在合意的测试标准,而没有选择依据当事人不为人知的动机作为认定存在合意的测试标准。因此,在确定是否已经同意了某一套具体的条款时,现代合同法认为当事人不为人知的意思与此毫无关联。到19世纪末,客观说变成了占支配地位的学说。《合同法重述》(第2版)的好几段内容都体现了这一客观方法,它把“允诺”(promise)定义为“意思表示”(manifestation of intent)(第2条),将“协议”(agreement)定义为“合意的表示”(manifestation of mutual assent)(第3条),并将“要约”(offer)定义为“愿意达成讨价还价之交易的表示”(manifestation of willingness to enter into a bargain)(第24条)。^[26]现在,法院普遍接受这种观点。用伊斯特布鲁克这位著名的联邦法官的话来说:“‘意思’并不意味着要对[原告的]脑壳进行一番考察,而让[原告]充当向导。”^[27]尽管如此,也有批评客观说的:当一方当事人因为错误而相信(尽管也是合理地相信)对方当事人已经同意时,法院对其保护热心得过头了。“如果对方当事人在收到关于存在错误的通知时,尚未改变其状况或者受到损失,那么此方当事人受到合同约束”就是不妥当的了。^[28]甚至侵权法也没有走这么远。^[29]《合同法重述》(第2版)没有完全忽视主观意思。例如,如果可以证明双方当事人主观上认为不存在订立合同的意思,则不存在合同。正如Kabil Development Corp. v. Mignot案的审理法院所言:“如果双方当事人都认为对方无意表示同意,则最坚定的‘客观主义者’也不会让陪审团判决双方当事人都对一个明确表示的协议承担责任。”^[30]

4. 无独有偶,德国民法学说也区分合意的两种形式:“内心的意思”和“意思表示的意义”(Sinn der Willenserklärung)。如果当事人在“相同的意义”上表示一致,那么,便以这一种意义为准[“错误的表示,无害真意”(falsa demonstratio non nocet)]。如此,“合意”便意味着既是双方当事人实

^[24] 见前注[21],范斯沃思书,第116—117页;前注[5],费里尔、纳文书,第128页。

^[25] Hotchkiss v. National City Bank, 200 F.2d 207, 293 (S.D.N.Y. 1911). 转引自前注[21],范斯沃思书,第116页。

^[26] 见前注[5],费里尔、纳文书,第129—130页。

^[27] Skycom Corp. v. Telstar Corp., 813 F.2d 810, 814 (7th Cir. 1987). 转引自前注[21],范斯沃思书,第117页。

^[28] Whittier, The Restatement of Contracts and Mutual Assent, 17 Cal.L.Rev. 441, 442 (1929). 转引自前注[21],范斯沃思书,第130页。

^[29] 见前注[21],范斯沃思书,第130页。

^[30] E.g., New York Trust Co. v. Island Oil & Transport Corp., 34 F.2d 655 (2d Cir. 1929). 566 P.2d 505, 509 (Or. 1977). 转引自前注[5],费里尔、纳文书,第130页。

实际上所理解的意思的一致,也同时是他们“内在意思”的一致。温德夏伊德认为:“合同不仅是意思合致,而且是意思联合。”^[31]很长期间内许多人一直都坚持这一观点。科英于其新版的施陶丁格注释书中仍然保留了下列表述:“每一方缔约当事人都同时吸收另外一方或多方当事人的意思。因此而产生缔约当事人统一意思表示。”^[32]与此相反,如果当事人并不是在相同的意义上理解他们的表示,如他们尽管使用了相同的措辞,但是对于该词所表示的含义却有不同的理解,那么,结果便取决于,通过对双方当事人的意思进行规范性解释所提示的他们的法律上的意义。如果对于双方当事人的表示而言,这种法律上的意义是一致的,也就是说,表示在他们的规范性意义上是一样的,那么,合同便以当事人意思表示的法律意义所表明的内容成立。通过解释所确定的双方当事人表示的一致总是具有决定性意义;相反,当事人“内心的意思”的一致或不一致都不具有决定性意义。^[33]在现代民法上,所谓合意,终究言之,系指经由解释所确定的“表示内容的一致”,而非内心意思的一致而言。^[34]通说认为,对于合同的缔结而言,不能取决于作为心理学现象的意思,而应当取决于缔约当事人每一方的意思表示的行为。^[35]解释时首先要以当事人的实际意思为准。不过,实际意思通常难以(肯定地)确定。因此,根据客观标准并考虑各方的利益状态来推断当事人的可能意思,也就不足为奇了。^[36]

5. 以上简要的考察告诉我们,在绝大多数的情况下,客观说对双方当事人的利益平衡得更好,在合同存在欺诈、胁迫等场合采主观说较为妥当。中国法及其理论也应当如此区分类别,确定有所差异的法律后果。

(二) 不合意

1. 双方当事人对合同的内容未达成一致意见,为不合意(dissensus)。在合意不存在时即出现不合意,故须首先通过对意思表示进行解释来查明两种表示的真实意思或表示的客观含义是否一致,只有当二者均被否定时,才存在不合意。因此,就不合意而言要区分以下两类情况:(1) 双方当事人的意思表示“擦肩而过”,即不相符。(2) 当事人的意思表示在客观上具有多重含义。这样即使表示在外观上相符,但仍缺少一致性。^[37]

2. 不合意不同于错误: 双方当事人的意思表示不尽一致,属于不合意,而不涉及错误规则。^[38]

3. 不合意有公然不合意与隐存的不合意两种类型。所谓公然不合意,又称意识的不合意,是指当事人明知欠缺意思一致。例如甲向乙购买奥迪车一辆,乙答复只出售捷达车一辆,彼此未合意,合同不成立。所谓隐存的不合意,又称无意识的不一致,即当事人不知其意思表示不一致。它包括以下两种情况:其一,甲乙洽商成立合伙企业,因涉及事项多和谈判时间长,遗漏甲起初要求自己出任企业负责人一事未确定,双方却误以为全部问题均已谈妥,合伙合同成立。其二,当事人

[31] [德] 温德夏伊德:《学说汇纂法学》,I § 69 N.2。转引自前注[13],弗卢梅书,第739页。

[32] [德] 科英—施陶丁格,第145条以下各条之前言,N.1。转引自前注[13],弗卢梅书,第739页。

[33] 参见[德] 卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(下册),王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译,谢怀栻校,法律出版社2003年版,第732—733页。

[34] 参见王泽鉴:《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第148—149页。

[35] 见前注[13],弗卢梅书,第740页。

[36] [德] 迪尔克·罗歇尔德斯:《德国债法总论》(第7版),沈小军、张金海译,沈小军校,中国人民大学出版社2014年版,第40页。

[37] 见前注[1],布洛克斯、瓦尔克书,第115页。

[38] [日] 山本敬三:《民法讲义I·总则》(第3版),北京大学出版社2004年版,第206—207页。

的意思表示客观上有歧义,又不能通过合同解释加以排除。例如,在 *Raffls v. Wichelhaus*^[39] 判例中,双方当事人签订棉花买卖合同,一致同意由 Peerles 号船将棉花从孟买运至买方所在地。事情巧在有两艘船均叫 Peerles 号,一艘于 10 月份离港,另一艘于 12 月份启航。一方当事人意指 10 月份离港的 Peerles 号,另一方则指 12 月份启航的 Peerles 号。于此场合,双方的意思表示并不一致,当事人不知,为隐存的不合意,合同不成立。^[40]

4. 合同成立所要求的合意,是对合同的全部内容完全一致抑或是对合同的必要之点一致,应视具体情况而定。如果当事人要求必须对合同的内容完全一致,那么只有双方协商到如此程度方为合意。如果当事人坚持对特定事项达成协议,那么双方就这些特定事项协商一致,即为合意。在国际贸易中形成的规则是,如果当事人就其交易的主要条款协商一致,未予确定的次要条款(如给付的时间和地点、运费的承担等)可能在后续的事实中或通过法律显示出来,则已形成合意,合同成立。^[41]

只要当事人有意订立合同,即便是特意将一项条款留待日后进一步谈判商定或由第三人确定(特意待定的合同条款, open terms),这一事实并不妨碍合同成立。如果当事人未能就待定条款达成一致,或第三人未予确定,但考虑到当事人的意图,若在具体情况下具有可选择的合理方法来确定此条款,合同的存在将不受影响。这在美国确有判例。缔约人双方约定由一个独立的第三人(如仲裁人或估价师)做出有约束力的决定,从而避免诉讼风险。这种授予第三人决定某些合同条款的权限的约定,一般认为可以满足合同确定性的要求,^[42]合同成立。特意待定条款约定,由仲裁机构等独立的第三人于未来决定合同的某个或某些条款,既符合意思自治原则,又可有效地避免显失公平,值得中国法及其理论借鉴。

请注意,特意待定条款有时会影响合同的成立。《美国统一商法典》第 2—204 条第 3 款规定:“即使一个或多个条款留待约定,只要当事人有订立合同的意思,并且合同条款可以成为确定适当的法律救济的合理根据,买卖合同就不会因为欠缺确定性而不成立。”^[43]这个规定符合合同成立的要求,值得中国合同法及其理论借鉴。

5. 隐存的不合意不同于一方当事人关于其所为意思表示内容的错误,例如,甲致函于乙,表示出卖 A 画,乙复函愿意购买 B 画,当事人关于标的物的意思不一致,买卖合同不成立。与此不同,设乙误读甲函,以为系出卖 B 画,而函复“愿依所提条件购买之”,则双方当事人的意思表示的客观意义趋于一致,买卖合同成立,唯乙可以错误为由主张撤销买卖合同。由此例可知:不合意指两个意思表示的内容不一致,而错误则指一方当事人的意思表示,其意思与表示不一致。不合意与错误的法律效果不同,应慎思明辨之。^[44] 诚哉斯言,值得中国合同法重视,只是中国合同法把“错误”改成“重大误解”而已。

(三) 举证证明责任

合同是否成立,关系当事人的利益至巨,分配证明责任显得十分重要,兹介绍如下:(1) 主张要约存在的,应负举证证明责任。反之,主张要约拘束力除外的,对拘束力的不存在,应负举证证

[39] 159 Eng. Rep. 375(Ex.1864).

[40] 见前注[21],范斯沃思书,第 463 页。

[41] 见前注[1],布洛克斯、瓦尔克书,第 116 页。

[42] *Foley v. Classique Cosches*, [1934]2 K.B.1.转引自前注[21],范斯沃思书,第 211 页。

[43] 见前注[21],范斯沃思书,第 206 页。

[44] 参见郑玉波:《民法债编总论》(修订 2 版),陈荣隆修订,中国政法大学出版社 2004 年版,第 37 页;前注[34],王泽鉴书,第 150 页。

明责任。(2) 主张要约定有承诺期限的,应对此负举证证明责任。(3) 对承诺迟到的情形,为承诺之人应证明承诺的通知,按其传达的方法,依通常情形在相当期限内可达到而迟到,其情形为要约人可得而知的,要约人对此已发通知迟到,应负举证证明责任。(4) 主张合同依意思实现而成立的,对承诺无须通知及有可认为承诺的事实,应负举证证明责任。(5) 主张合同成立的,就意思表示的合意,应负举证证明责任。^[45]

当事人对合同是否成立存在争议,人民法院能够确定当事人名称或姓名、标的及其数量的,一般应当认定合同成立。但法律另有规定或当事人另有约定的除外。对合同欠缺的前款规定以外的其他内容,当事人达不成协议的,人民法院依照《民法典》第 510 条、第 511 条、第 142 条等有关规定予以确定。

(四) 个案分析

合同文本上有甲、乙和丙三方,实际签字盖章的有甲和乙,丙未予签字盖章,该合同成立吗?

如果该合同中的甲方和乙方为实质交易关系的当事人,丙方仅为担保人,且合同条款仅系关于甲和乙的权利义务的约定,无关于丙的权利义务的约定的,从交易背景/基础也看不出丙方必须留在该合同关系之内,那么,即使丙未在文本上签字盖章,也不影响合同的成立,只不过该合同仅仅约束甲方和乙方罢了。

如果甲、乙、丙三方均为实质交易的当事人,甲方或乙方之所以参与交易,是以丙方承受交易中的权利义务为前提的,如丙方不受让股权就难以使目标公司开展正常的经营管理,或难以如数、及时地付清股权转让款,于此场合,丙方不在合同文本上签字盖章,就不可说合同成立。与此不同,甲方或乙方参与交易并不以丙方必须参与其中为前提,则丙方不在文本上签字盖章,不影响合同的成立,只不过该合同仅仅约束甲方和乙方罢了。^[46]

在甲、乙、丙和丁四方拟成立合伙关系且法律对此并无合伙人的人数方面的强制性要求的情况下,即使丁未在合伙合同文本上签字盖章,也不影响合伙合同的成立,只不过该合同仅仅约束甲、乙和丙罢了。

在甲、乙、丙、丁和戊作为发起人拟成立有限责任公司,但最终戊未在成立有限责任公司的合同文本上签字盖章的情况下,合同成立与否,取决于法律在这方面有无强制性要求,若无,则合同成立,道理如同上述;若有,且戊未予签字盖章违反此类强制性规定的,合同不成立。

如果合同条款有关于丙的权利义务的约定,而丙未在文本上签字盖章的,则合同不成立。

三、沉默与承诺

1. 《民法典》第 483 条正文规定:“承诺生效时合同成立。”这宣明了承诺对于合同成立的极为重要性。承诺,最好由明示为之;以行为表达承诺已由《民法典》认可(第 480 条但书);不易把握的是沉默在何种情况下构成承诺,需要整理和思考。

2. 在通常情况下,沉默不构成承诺,因为要约人没有理由因为受要约人的沉默而相信受要约人做出了承诺。1980 年《联合国国际货物销售合同公约》第 18 条第 1 款所谓沉默本身不等于接受,表达了这种意思。但是,在如下特殊的情况下,可以将沉默视为承诺:(1) 受要约人先前向要

^[45] 见前注[34],王泽鉴书,第 150—151 页。

^[46] 中国政法大学教授赵旭东博士于 2021 年 8 月 25 日的研讨会上发表了合同文本欠缺某方签字盖章时应区分情形而认定合同成立还是不成立的观点,特此致谢!

约人发出过要约邀请,其中明确表示,要约人向自己发来要约后,在该要约指定的期限内,自己未做答复的,视为已经承诺。(2)当事人双方在经过了反复磋商后,已经达成了初步协议,一方当事人事后更改了某些条款,并要求相对人就此修改于合理期间内答复,否则,视为接受。在所修改的条款不太重要的情况下,沉默可以作为承诺。(3)双方当事人之间已经形成如下交易惯例,或当地业已存在着如下交易习惯:一方当事人向相对人发出要约,相对人未在要约指定的期间内答复也视为接受。在这种背景下,受要约人在收到要约后沉默,视为已经承诺。^[47] 借鉴其经验,《民法典》第140条第2款规定:“沉默只有在有法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时,才可以视为意思表示。”承诺作为意思表示之一种,亦应有条件地把沉默作为自己的意思表示之一种。

3. 沉默有时也作为对变更既有合同条款建议的承诺。在 *Raasch v. NCR Corp.* 案中,雇员被认定就雇主修改“自由雇佣”协议的提议进行了承诺。建议增加了一个条款,要求通过仲裁解决纠纷。雇主分发了新的雇员手册,包含了仲裁条款,雇员知道继续受雇应当受到新手册的拘束。法院认为,雇员“通过没有以其个人认为属于避免承诺(雇主新)条款的唯一方式进行行为,他有意地承诺了(这些条款)”。^[48]

双方当事人经过长期的交易后发展出的一套交易习惯也会产生相似的情况。这个过程表明,当事人共同相信沉默构成对同意的表示。这种情况的一个典型例证是19世纪的 *Hobbs v. Massasoit Whip Co.* 案的判例。在该案中,法院得出结论:买受人沉默地占有所有所交付的“鳗鱼皮”构成承诺。当事人在过去交易了好几次,买受人每次都会受领货物并支付货款。当事人的交易过程赋予沉默以含义。^[49]

4. 法国民法学说认为,沉默可能有多种解读,故其原则上不得作为承诺的方式,但在下列特殊情况下,作为立法及审判实践中奉行一般原则的例外,沉默可被推定为承诺:(1)《法国民法典》第1738条规定,租赁期满后,承租人仍占有租赁物,出租人不表示反对,则租赁合同以默示方式得以更新。于此场合,出租人的沉默被视为承租人以默示方式提出更新合同的要约的承诺。(2)根据《法国保险法》第2-2条第2款的规定,当投保人要求变更保险合同或延长保险合同的期限时,如果保险人在10日内未予答复的,该沉默被视为对投保人要约的承诺。(3)在“习惯性合同”(当事人之间基于商业关系而多次订立的某一类合同)的领域,根据有关判例,当要约所涉的正是双方当事人之间“习惯性”地订立的一类合同时,相对人的沉默可被视为承诺。(4)有关判例确认,根据一般的商业习惯,在特定的情况下,当事人的沉默可被视为承诺。如有关判例根据巴黎商品交易所的习惯,除双方当事人原已存在商业关系之外,如果代理商收到正式的订货通知单后24小时内不用电报方式予以答复,视为同意接受(法国最高法院商事法庭1956年1月9日判决)。(5)在要约的目的纯粹只为受要约人带来利益时,有关判例认定受要约人的沉默可被视为承诺(法国最高法院第一民事法庭1973年12月5日判决)。这种推定不是根据当事人的个人习惯或一般习惯,而是根据当事人接受要约的“极大可能性”。当然,对此争议极大。^[50]

5. 在德国民法上,单纯的沉默不具有意思表示的意义,只有在例外的情况下,对要约的沉默才

[47] 参见王利明:《合同法研究》(第1卷),中国人民大学出版社2002年版,第238页。

[48] *Raasch v. NCR Corp.*, 254 F.Supp.2d 867(S.D. Ohio 2003).转引自前注[5],费里尔、纳文书,第160页。

[49] *Hobbs v. Massasoit Whip Co.* 33 N.E.495(Mass.1893).转引自前注[5],费里尔、纳文书,第161页。

[50] 参见尹田:《法国现代合同法:契约自由与社会公正的冲突与平衡》(第2版),法律出版社2009年版,第65—66页。

被视为承诺。其前提是，当事人就此做出约定或法律对此做出规定（《德国民法典》第 516 条第 2 项第 2 句，《德国商法典》第 362 条第 1 项）。按照习惯法，对商业确认函的沉默被视为对信函内容的同意。^[51]

6. 以上关于沉默与承诺之间关系的判例和学说，具有启发性，值得中国合同法重视。只是必须注意到中国《民法典》第 140 条第 2 款关于“沉默只有在有法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时，才可以视为意思表示”的规定，不符合这三种情形的沉默不得被认定为构成承诺。《民法典》第 140 条第 2 款系承继《民法总则》第 140 条第 2 款而来，相较于《民法通则》及《合同法》欠缺沉默与意思表示之间关系的规则，显然是个不小的进步；与“沉默发生某种意思表示的法律效果仅限于法律设有明确规定或当事人间有明确约定的场合”的传统学说相比，增添“沉默在符合当事人之间的交易习惯时也具有某种意思表示效果”的规则，虽然有利有弊，但只要严格限制和解释，也会较为妥当地解决问题。

四、确认书与合同成立

当事人采用信件、数据电文等形式订立合同要求签订确认书的，签订确认书时合同成立（《民法典》第 491 条第 1 款），即使承诺生效在先，也是如此，更不必说不得以先前存在的意向书、备忘录作为合同成立的时间点了。

在笔者看来，《民法典》第 491 条第 1 款所设规则可能将问题简单化了，未必符合社会实际，有必要简要考察境外的立法例、判例和学说，以期借鉴其成功的经验，洋为中用。

实际上，境外的立法例、判例和学说对确认书与合同成立之间的关系所持立场是不同的。德国联邦最高法院的判例把此种沉默视为特殊的事实构成，并将其与商务往来中其他具有法律上相关性沉默的情形相区别。^[52]（1）如果当事人基于先前的合同谈判向另一方当事人以书面形式对合同进行确认，那么，按照学界和司法解释中就商业确认书所形成的法律规则，当受领人未对商业确认书提出异议时，合同便以确认书的内容作为自己的内容而生效。在一般情况下，商业确认书不具有任何特殊性。这是因为商业确认书通常仅是对当事人已经达成协议内容的重复。一般而言，商业确认书仅具有所谓的宣示性意义。它的功用是证明经确认的合同订立和合同内容。（2）商业确认书特别容易引起法律争议的情形是，人们或是无法确认合同是否确实基于当事人的谈判而成立，或是至少无法确定当事人已就哪些事项达成一致，抑或是确认书中是否包含对谈判变更或补充的内容。在这类情形中，如果人们未针对商业确认书提出异议，则商业确认书生效。就这类情形而言，确认书具有所谓的建构性意义。确认书依其内容构建法律规则和法律关系。^[53]（3）明知尚未达成协议而对“协议”予以确认的人，不得主张确认书生效。同时，也不得要求在谈判中所达成的“协议”本身具有拘束力。（4）在商务往来中，在许多情况下合同是由无代理权的人或仅与其他代理人共同享有代理权的人所签订的。在这类情形中，倘使被代理人没有对其所收到的确认书提出异议，那么，这类合同相对于被代理人生效。^[54]（5）德国联邦高等法院、后来的帝国高

[51] 见前注[1]，布洛克斯、瓦尔克书，第 94 页。

[52] 参见[德]《联邦最高法院判例集》I 和 II，《林登迈尔—默林编联邦最高法院参考资料》，§ 150 Nr.2 和 4；《林登迈尔—默林编联邦最高法院参考资料》，§ 154 Nr.6。转引自前注[13]，弗卢梅书，第 790 页。

[53] 见前注[13]，弗卢梅书，第 791 页。

[54] 参见[德]《联邦最高法院判例集》20，第 149 页以下；《林登迈尔—默林编联邦最高法院参考资料》，§ 346(Ea)；《德国商法典》Nr.11。转引自前注[13]，弗卢梅书，第 791—792 页。

等商事法院的司法解释承认：“事实上，在商务往来中，特别是在商人之间，以及在已然存在合同关系的情形中，当有理由认为应当对通知和询问立即做出表示时，也仅于特殊情形中才存在立即做出表示的法律义务，也即，在不做出表示将违反商务往来中尤其应当遵循的诚实信用的情形中。”^[55]特别是，帝国高等商事法院认为：“正如商务往来中的普遍做法那样，如果在订立了具有拘束力的合同之后为了以书面形式确认合同的订立和基于该合同所产生的权利和义务而发出一项通知，那么，当事人基于诚实信用负有不迟延地对其予以回复的义务。”^[56]帝国法院承继了帝国高等商事法院的司法解释。倘使受领人不希望商业确认书发生法律效力，那么，他必须在合理期限内对商业确认书提出异议。鉴于迅捷为商务往来的必然要求，有些判例认为所谓合理期限为两日以内。^[57]（6）在确认人出于“善意”（相信商业确认书与谈判取得的一致意见相符合，或至少确认书包含的补充或变更将会得到受领人的认可）而发出商业确认书，确认书的受领人未于合理期限内提出异议时，确认人才能主张确认书生效。^[58]合同以该确认书依诚实的方式所包含的内容成立。^[59]当受领人的行为不当时，确认书生效。商人必须对自己的企业做出妥善安排，以确保自己能够看到相关确认书^[60]，而且他也应当阅读这些确认书。只有当受领人虽然尽到商务中的最大注意但仍然没有看到确认书时，他才能够主张自己不知道该确认书。当受领人在事实上或法律上不能对确认书提出异议时，确认书不产生效力。^[61]（7）受领人对商业确认书的沉默具有何种法律意义？正如具有法律上相关性沉默的法定事实构成那样，特别是在《德国商法典》第362条列举的情形中，对商业确认书的沉默不构成“表示”，属于无表示（Nicht-Erklären）。^[62]（8）受领确认书之后沉默不语，不影响合同成立，于此场合是否适用法律关于意思瑕疵（Willensmängel）的规定？第一，不得对原始合同的瑕疵再行提出主张，否则，沉默的证实性作用会受到破坏。第二，沉默不可能比某项证实性的意思表示具有更强的效力，因为对沉默的瑕疵通常也能提出主张，如同对明示的证实行为的瑕疵也可以提出主张一样。例如，沉默者如对确认书产生了错误的理解，因而没有正确认识到期沉默的意义，他可以主张撤销。当然，如果对沉默的证实性意义发生了错误的理解，则不得主张撤销，或者说对这一意义发生的错误是一个无关紧要的法律后果错误。第三，本来为合法的撤销权不得因沉默者的过错予以迟延。因为，如果嗣后主张意思瑕疵，即不再属于“即时”提出异议了。因此，如果沉默者有过错地误解了确认书，就不得再主张撤销。^[63]

《美国统一商法典》第2-207条规定：“书面确认书……构成承诺，即使承诺在约定的内容之

[55] [德]《帝国高等商事法院判例集》(第2卷)1,第76页以下,第81页。转引自前注[13],弗卢梅书,第789页。

[56] [德]《帝国高等商事法院判例集》15,第94页以下,第97页。转引自前注[13],弗卢梅书,第789—790页。

[57] 参见[德]《帝国法院判例集》129,第347页;《帝国法院判例集》105,第389页以下。转引自前注[13],弗卢梅书,第792页。

[58] 参见[德]《联邦最高法院判例集》40,第42页以下;[德]《联邦最高法院判例集》11,第1页以下,第4页。转引自前注[13],弗卢梅书,第792页。

[59] 参见[德]《联邦最高法院,经济法杂志》1994年,第618页、第619页。转引自[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第335页。

[60] 参见[德]《帝国法院判例集》105,第389页。转引自前注[13],弗卢梅书,第795页。

[61] 见前注[13],弗卢梅书,第795—796页。

[62] 参见[德]冯·戈丁:《帝国法院顾问委员会评注》,《德国商法典》第346条,N.16h。转引自前注[13],弗卢梅书,第793页。

[63] 见前注[59],梅迪库斯书,第336—337页。

外……约定了附加条款或相异条款。”对此有批评意见：很难理解一方当事人所发送的书面确认书可以构成承诺。依据普通法，书面确认书中的附加条款或相异条款因而通常被视为变更合同的建议。^{〔64〕}

在笔者看来，在有确认书的场合，合同何时成立，首先由当事人的意思表示来决定，贯彻意思自治原则。如果通过解释当事人的意思这条路径仍难得出妥当的结论，则有必要借鉴以上所引德国和美国的立法、判例和学说所形成的规则或意见，丰富中国民法的理论，服务于中国民法的实践。例如，在拍卖程序中，拍卖师敲锤时合同成立，而非签署确认书时合同成立，除非拍卖行于其规程或拍卖公告中明确了相反的意思。再如，在双方当事人已经共同确认合同依据成立的前提下，又签署确认书以满足纳税、到有关机构备案等方面的要求，不应以确认书来确定合同的成立。有鉴于此，宜将《民法典》第491条第1款关于“签订确认书时合同成立”的规定认定为非强制性规定，允许当事人约定合同成立与确认书之间的关系。

Abstract This paper argues that the elements of contract formation include: the parties, a meeting of the minds and the object. Ignoring the subject matter as an element of the contract will bring some negative consequences. In most cases, the objective theory of assent should be applied to decide a meeting of the minds, so that the interests of both parties can be better balanced. It is more appropriate, however, to apply the subjective theory of assent in situations such as contract fraud and coercion. The Chinese law and theory should distinguish the circumstances accordingly and varied legal effects should be applied. Under usual circumstances, silence does not constitute promise, because the offeror has no reason to believe that the offeree has made a promise in silence. Moreover, the offeror cannot make a deal that silence can constitute promise, in order to avoid making promise unconsciously. Under special circumstances, however, silence can be regarded as promise. For example, trading practices have been formed between the two parties, or the following local trading conventions already exist: the opposite party fails to reply an offer within the period specified is also regarded as acceptance. In this context, the offeree is deemed to have accepted the offer in silence. In regards to the function and effect of a confirmation letter, this paper argues that in case a confirmation letter exists, the formation of a contract depends on the expression of will. Since the issue of public policy and good customs is not involved, the rule of will autonomy should be applied. If it is still difficult to draw an appropriate conclusion by explaining the meaning of the parties, it is necessary for the Chinese Civil Law and practice to learn from the rules or opinions formed by the legislation, precedents, and theories in Germany and the United States.

Keywords Contract Formation, Agreement, Disagreement, Object, Confirmation Letter, Silence

（责任编辑：庄加园）

〔64〕 见前注〔5〕，费里尔、纳文书，第205—206页。