

# 论合同的必要条款

## On the Necessary Terms of Contracts

邓 辉

DENG Hui

**【摘要】** 合同必要条款涉及合同内容确定性与当事人合意，属于法律对合同成立的最低限度要求。《合同法》第14条“具体确定”的学理解释与《合同法司法解释（二）》对三要素的规定，形成了合同必要条款认定规则的双轨模式，而具体的司法实践则存在着分歧。合同必要条款的基本内容与决定因素包括当事人的意思、合同的主要给付义务和诚信原则。在判断当事人合意与否时，应当坚持意思表示的解释优先，同时采取相对弹性化的认定方式，兼顾合同的性质和目的，维护当事人的意思自由，促进交易的正常进行。

**【关键词】** 必要条款 当事人合意 合同成立 主给付义务

**【中图分类号】** DF472 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206 (2018) 02-0111-15

**Abstract:** The necessary terms of the contract are the minimum legal requirements for the establishment of contract, involving the certainty of the contract and the objective scope of the parties' mutual-assent. The theoretical interpretation of "specific determination" in Article 14 of Contract Law and the provisions of the three elements in the Interpretation II of the Supreme People's Court of Several Issues concerning the Application of the Contract Law form a dual-track model rules for the determination of necessary terms of the contract, but differences still exist in the specific judicial practice. The basic contents and determinants of the necessary terms of the contract include the intention of the parties, the main payment obligations of the contract and the principle of good faith. In judging whether the parties are mutual-assented, they should adhere to the priority for interpretation of declaration of intention, while taking a relatively flexible way of identification with both nature and purpose of the contract, to maintain the freedom of the parties' intention and make the transaction conducted normally.

**Key words:** Necessary terms Parties' consent Establishment of contract Hauptleistung

当事人合意的客观范围即合同的条款（内容）是合同法领域的基础性问题，在成立层面决定了合同是否具备拘束力，进而影响合同当事人之间具体的权利和义务的确定、合同义务的履行和合同解除等诸多事项，属于难以回避的客体。然而，多数文献从合同成立与效力的角度分别对当事人合意与合同内容的问题进行探讨，对于从合同内容的角度来确定当事人合意与否，缺乏深入的研究。质言之，对于合同内容，司法实践通过观察其是否具备生效要件、有无瑕疵或违反法律规定，以此来决定合同的效力，民法学说则浓墨重笔地研究合同中的“格式条款”和“免责条款”，而当事人合意的判断主要依靠“要约—承诺”规则的适用，由此引发的问题是，难以明确双方在未约定事项上是否取得合意。因此，割裂当事人合意（主观意思）与合同内容（客观体现）两者之间的联系的做法，难谓妥当。此外，如果不从合同内容的角度考察当事人的意思，对于约定内容完备性对合同成立的影响这一问题，就难以作出明确回答，预约与本约的区分也显得模糊不清。<sup>〔1〕</sup>因此，本文的工作与任务即在于探讨合同的必要条款，易言之，即以研究法律对当事人合意的最低限度要求为本文的既定目标。

## 一、作为类型的合同必要条款

### （一）合同条款的类型

合同条款是合同内容外在的具体表现，<sup>〔2〕</sup>是确定合同当事人所享有的权利（债权）和承担的义务（债务）之依据。然而，合同条款的种类繁多，举其要者，分述如下：第一，必要条款和非必要条款，其区分实益有如前述，必要条款是合同成立所不可或缺的条款；第二，格式条款<sup>〔3〕</sup>和非格式条款（个别磋商条款），其区分旨在规制格式条款的使用，保护经济上处于弱势的一方，从而实现“契约正义”<sup>〔4〕</sup>；第三，实体条款和程序条款，前者在于确立当事人之间的权利义务关系，后者主要是指当事人在合同中规定的履行合同义务的程序及解决合同争议的条款；第四，责任条款和免责条款，前者即违约条款，是指合同中约定的违反合同应承担的责任，而免责条款指免除、排除或限制其未来责任的条款，对法律责任的加重或减轻进行的合同约定，法律对其效力予以规定，<sup>〔5〕</sup>

〔1〕 参见陆青：“《买卖合同司法解释》第2条评析”，载《法学家》2013年第3期，第115页。另参阅“成都讯捷通讯连锁有限公司与四川蜀都实业有限责任公司、四川友利投资控股股份有限公司房屋买卖合同纠纷案”，最高人民法院（2013）民提字第90号民事判决书，载《最高人民法院公报》2015年第1期（总第219期），第11页。

〔2〕 王利明：《合同法研究》（第一卷），中国人民大学出版社2011年版，第370页。

〔3〕 按《合同法》第39条第2款的规定，格式条款指的是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。格式条款即标准条款，在比较法上，又称一般交易条款（AGB，德国）、普通条款（日本）、附合契约条款（法国和我国台湾地区“民法”第247之一“立法理由书”）或定型化契约条款（台湾地区“消保法”第11—17条），参见王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社2013年版，第119页。我国对格式条款的规定主要集中在提供者的提示说明义务（若格式合同或条款的使用人未尽该义务，相对人可申请撤销，见《合同法》第39条第1款和《合同法司法解释（二）》第6条、第9条）和“内容控制”（见《合同法》第40条和《合同法司法解释（二）》第10条）。

〔4〕 王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社2009年版，第59页、第67页。

〔5〕 按《合同法》第53条，造成对方人身伤害和因故意或者重大过失造成对方财产损失的免责条款无效。

以保护当事人利益和维护社会公平；第五，明示条款和默示条款，其以当事人是否作出积极意思表示为区分标准，默示条款纳入合同内容应当以法律规定和交易习惯为限，不可过度侵害合同自由。本文研究目的关注合同条款在当事人合意中的地位，因此，仅就前述第一种分类进行展开。在民事制定法中，1986年施行的《民法通则》对合同内容上的要求主要体现在合同的效力评价上，即合同内容不得违反法律或者社会公共利益（第55条第3项），而对于合同成立并无过多的限制：依法成立的合同即受到法律保护，对质量、期限、地点或价款约定不明的，可以通过协商或法规补充完成填补，不影响合同的成立。<sup>〔6〕</sup>《合同法》（1999年）和《最高人民法院关于适用〈合同法〉若干问题的解释（二）》（法释〔2009〕5号，以下简称《合同法司法解释（二）》）则对合同的内容有较多规定，但并非皆是关于合同成立的规定，须仔细甄别分析，方可下定论。

依笔者管见，《合同法》及其司法解释规定的合同条款可以分为四类，即合同法总则中的“一般条款”（通常条款）、“实质性条款”、“必备条款”（司法解释）以及合同法分则中对有名合同（典型合同）所规定的大量“包括条款”，就它们在合同成立中的作用而言，宜分别讨论：首先，对于“一般条款”来说，按《合同法》第12条的规定，即合同一般所包括的条款，<sup>〔7〕</sup>在性质上关于合同条款的任意性规定，<sup>〔8〕</sup>其功能应当限于示范文本的提示作用，质言之，即供合同当事人在订立合同过程中参照。此外，依据《合同法》和的规定，部分内容的缺失即在“没有约定或约定不明时”可分别由当事人通过“协议补充”（第61条）或法院通过任意性法规（第62条）予以填补，准此而言，该缺失部分不影响合同的成立。其次，合同法分则使用了大量条文来规定某些有名合同主要内容的“包括条款”，这些有名合同具体包括：买卖合同、供用电合同、借款合同、租赁合同的、融资租赁合同、承揽合同、勘察设计和施工合同，<sup>〔9〕</sup>在条文上虽数

〔6〕《民法通则》第88条（已废止）。

〔7〕《合同法》第12条规定，合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：（一）当事人的名称或者姓名和住所；（二）标的；（三）数量；（四）质量；（五）价款或者报酬；（六）履行期限、地点和方式；（七）违约责任；（八）解决争议的方法。当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。

〔8〕参见沈德咏、奚晓明主编：《最高人民法院关于合同法司法解释（二）理解与适用》，人民法院出版社2009年版，第14页。

〔9〕按照《合同法》第131条的规定，买卖合同的内容除依照本法第12条的规定以外，还可以包括包装方式、检验标准和方法、结算方式、合同使用的文字及其效力等条款。第177条规定，供用电合同的内容包括供电的方式、质量、时间，用电容量、地址、性质，计量方式，电价、电费的结算方式，供用电设施的维护责任等条款。第197条第2款规定，借款合同的内容包括借款种类、币种、用途、数额、利率、期限和还款方式等条款。第213条规定，租赁合同的内容包括租赁物的名称、数量、用途、租赁期限、租金及其支付期限和方式、租赁物维修等条款。第238条规定，融资租赁合同的内容包括租赁物名称、数量、规格、技术性能、检验方法、租赁期限、租金构成及其支付期限和方式、币种、租赁期间届满租赁物的归属等条款。第252条规定，承揽合同的内容包括承揽的标的、数量、质量、报酬、承揽方式、材料的提供、履行期限、验收标准和方法等条款。第274条规定，勘察、设计合同的内容包括提交有关基础资料 and 文件（包括概预算）的期限、质量要求、费用以及其他协作条件等条款。按照第275条的规定，施工合同的内容应当包括工程范围、建设工期、中间交工工程的开工和竣工时间、工程质量、工程造价、技术资料交付时间、材料和设备供应责任、拨款和结算、竣工验收、质量保修范围和质量保证期、双方相互协作等条款。

量众多,但法律并没有规定相关的后果,应当认为其在性质上属于提示性(倡导性)规范,<sup>[10]</sup>故此前述两者属于非必要条款,确属无疑。最后,对于“成立必备条款”和“实质性条款”,本文认为,在用语(术语选择)和内涵(内容界定)上,则有进一步考察和斟酌的必要。

## (二) 合同的必要条款

最高人民法院将“合同成立所必须达成明确具体合意的条款”称为“必备条款”,<sup>[11]</sup>按《合同法司法解释(二)》第1条的规定,即人民法院“一般应当认定合同成立”所依赖的条款,即当事人姓名或名称、标的物和数量。<sup>[12]</sup>其理由略谓:鉴于《合同法》并未对此作出详细规定,因此无从考察合同的必备条款。在对合同的严格管制时期,法律所规定的必备条款之范围较宽,因此,合同成立较为困难,在缺少其中某一条款时,法院均可认为当事人没有达成一致。进入现代社会后,为了鼓励交易和便利社会财富的累积,各立法例缩小必备条款的范围,一般采取的方法是仅将当事人和标的物规定为必备条款,此外,还规定了若干合同漏洞的补充规定,用以促进合同成立。在司法解释起草过程中,按照最高人民法院审委会民事行政专业委员会和全国人大法工委民法室的意见,在数量条款缺失的前提下,按照《合同法》的规定,合同的数量漏洞无法填补,因此,数量条款也应该是合同的必备条款。<sup>[13]</sup>由此可见,在以鼓励交易为原则的背景下,如果合同具备当事人、标的和数量三要素,法官应当根据《合同法司法解释(二)》的规定认定合同成立。<sup>[14]</sup>

然而,对于最高人民法院对于合同成立中的内容确定性规定(“必备条款”,称之为“立场一”),我国大陆学界并不存在统一的认识,列举学者观点不免挂一漏万,兹按学者在此问题上用语(术语选择)和内涵(认定内容)的不同立场,举其要者,叙明如下:

立场二:不赞同司法解释“必备条款”用语,但是支持其界定的观点。譬如,王利明教授在2011年采用了“主要条款”的概念,在合同成立的一般要件中,当事人对主要条款达成合意是合同成立的根本标志,缺少这些条款将影响合同的成立,<sup>[15]</sup>据此认为,价款和报酬条款不直接影响合同的成立,如果没有约定这些条款,根据《合同法》进行补充已足,对合同的成立没有绝对的影响。<sup>[16]</sup>韩世远教授引述我国台湾地区的立法和学说,将某一合同所不可缺的内容称为“必要之点”,并将之限定在“要素”,相应

[10] 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第119页;崔建远:《合同法总论》(上卷),中国人民大学出版社2008年版,第181页。

[11] 参见前注〔8〕,沈德咏、奚晓明书,第14~15页。

[12] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(法释〔2009〕5号)第1条规定,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者姓名、标的和数量的,一般应当认定合同成立。但法律另有规定或者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《合同法》第61条、第62条、第125条等有关规定予以确定。

[13] 参见沈德咏、奚晓明主编:《最高人民法院关于合同法司法解释(二)理解与适用》,人民法院出版社2009年版,第15页;人民法院出版社法规编辑中心:《最高人民法院合同法司法解释(二)问答》,人民法院出版社2009年版,第2~3页。

[14] 参见人民法院出版社法规编辑中心:《最高人民法院合同法司法解释(二)问答》,人民法院出版社2009年版,第2~3页。

[15] 参见前注〔2〕,王利明书,第356页。

[16] 同上,第377~378页。

地,对合同成立无关紧要的“常素”和“偶素”则为非必要之点,并使用这一区分来解释法释[2009]第1号的规定,<sup>[17]</sup>值得注意的是,韩教授与此同时又将“主要条款”与必备条款等同,来指代“欠缺此类条款合同即无法成立的条款”<sup>[18]</sup>。

立场三:赞同司法解释“必备条款”的用语,但是不支持其内涵。在2015年二版的《合同法研究》(第三卷)中的“买卖合同”部分中,王利明教授对其前述见解进行了修正:第一,(买卖)合同的主要条款是指合同必须包含的条款(必备条款)和通常包含的条款(通常条款),缺少了必备条款,合同就不能成立;第二,就买卖合同而言,价款也是重要的因素,因为买卖是反映商品交换的典型形态,其区别于赠与等合同之处就在于,当事人是否约定了价款。如果合同没有约定价款或难以确定价款,则难以认定该合同是否属于买卖合同。因而,价款也应当是买卖合同之必备条款。就此看来,在买卖合同中,其必备条款应当包括当事人、标的、数量以及价款。唯在具备这四项必备条款时,买卖合同才能成立。<sup>[19]</sup>

立场四:既不赞同司法解释“必备条款”用语,又不支持其内涵。首先,崔建远教授接受“必要之点”的概念,但是,在其认定上,采取了具体分析的方法:合同成立所要求的合意,针对的究竟是合同的全部内容还是必要之点,不可一概而论,应视具体情况而定。<sup>[20]</sup>其次,朱广新研究员认为,首先应当区分合同的必要之点和非必要之点,就此而言,合同的必要之点决定了合同的类型或性质。在双务合同,当事人互负的对待给付义务,一般皆为合同的必要之点。在类型自由之合同自由原则下,合同的必要之点须结合特定合同类型进行判断。在当事人对合同的非必要之点有明确约定时,该约定也成为判断合同成立与否的重要条件。<sup>[21]</sup>再次,耿林教授主张,不合意(dissensus)应当指的是合同“实质性条款”的不一致,<sup>[22]</sup>而在我国《合同法》的语境下,“实质性条款”的确定则有赖于对承诺和要约的内容异同的观察。<sup>[23]</sup>此外,张善斌教授采用了“必要条款”的概念,而我国的做法是在合同履行部分解决价格缺失的问题,从而否定了价格条款是买卖合同的必要条款,但是,基于合同类型区分、对待给付须等价有偿以

[17] 在民法理论上,合同内容可区分为必要之点与非必要之点。必要之点,指某一合同所不可缺的元素(“要素”),比如买卖合同的标的物及价款,雇用合同中的劳动提供及报酬。非必要之点,包括“常素”与“偶素”,前者指经常构成某种合同的内容的元素,比如出卖人的瑕疵担保;后者指某种法律事实因当事人的特别表示而成为合同的内容,比如附期限或附条件。参见前注[10],韩世远书,第73~74页。

[18] 参见前注[10],韩世远书,第119页。

[19] 参见王利明:《合同法研究》(第三卷),中国人民大学出版社2015年版,第56页。

[20] 崔建远教授主张的主要方法为探究当事人的意思:一,当事人坚持对特定事项达成协议的;二,国际贸易中形成的规则是,对主要条款达成一致已足,未予确定的次要条款可能在随后的事实中或通过法律显示出来;三,只要是当事人有意订立合同,特意将一项条款留待日后商定、由第三人或具有可选择的合理方法来确定,应当认为合意达成。参见崔建远:《合同法》,北京大学出版社2013年版,第62~63页。

[21] 参见朱广新:《合同法总则》,中国人民大学出版社2008年版,第83页。

[22] 参见耿林:《私法:规范、自由、强制》,法律出版社2015年版,第33页。

[23] 按照《合同法》第30条的规定,受要约人对要约的内容即有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更,是对要约内容的实质性变更,其“承诺”为新要约。然而,“变更”本身即含有不合意或再磋商的意味,该条列举的事项似乎也无法作为合同成立所必须达成的内容。

及意思表示解释等理由,这样的规定并不妥当。<sup>[24]</sup>

总结上述的比较与分析,不难发现,在内容界定上,学界至少可以达成两个方面的共识:其一,必要条款不仅决定合同是否成立,也决定合同的性质;其二,在买卖合同中,价款应当是其必要条款。然而颇为吊诡的是,学者在举例时,常常认为“买卖合同的标的物及价款、雇佣合同的劳动提供及报酬”是该类合同所不可缺少的内容,却又承认司法解释对“三要素”的规定,<sup>[25]</sup>似乎难以自圆其说。因此,管见以为,在术语选择上,“必要条款”的用法具备比较优势。“主要条款”已被抛弃或被“必备条款”所取代,而“必要之点”系我国台湾地区立法上用语,在我国大陆制定法并无依据,相较于本身存在争议的“必备条款”,“必要条款”更容易和“要素”联系起来,进而有利于域外学说的吸收和借鉴。

## 二、合同必要条款的认定规则及其反思

### (一) 合同必要条款认定的现状

#### 1. 合同法律体系

在制定法中,合同的订立采取要约、承诺的方式,<sup>[26]</sup>其中,对合同的内容确定性的要求体现在《合同法》第14条,即法律规定“要约”除了包含要约人意欲同受要约人订立合同的意思表示并受其拘束外,在内容上,还必须具体确定。然而,具体确定的内涵与程度如何,难以通过解释获得不二的回答。此外,层次较低的法律规范比如《商品房销售管理办法》对合同内容的规定多有限制,<sup>[27]</sup>其效力如何、与《合同法》规定是否抵触,也不明朗,致使在法律适用上疑问丛生。因此,在《合同法》未明确规定在合同成立时内容确定性的背景下,最高人民法院基于“鼓励交易”的原则,制定《合同法司法解释(二)》,以解其困。

不同于回避《合同法》第14条的司法解释,学术界循此规定进行的诸多调和与努力,可以总结为如下三种观点:其一,主张将“具体”“确定”分开来进行理解,“具体”指的是要约内容的完整性,即要约的内容必须具有足以使合同成立的主要条款,而“确定”系表明要约的内容清楚明确且无保留(附条件),<sup>[28]</sup>换言之,“具体”与“确定”所指各有侧重,并非一致,在内容是否完备和合同成立上,应当以是否具体为判

[24] 参见张善斌、熊倪:“比较法视野中买卖合同的价格条款”,载《西安电子科技大学学报》(社会科学版)2014年第11期,第85~87页。

[25] 参见前注〔10〕,韩世远书,第74页。

[26] 参见《合同法》第13条。此外,在学说上,合同的成立还有“意思实现”和“交错要约”两种方式,参见前注〔4〕,王泽鉴书,第141~147页。从《合同法》第26条的“要约不需要通知的”规定,可以得出相同解释,参见前注〔10〕,韩世远书,第109页;李永军:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第121页。不同意见认为,在我国语境下,将该条解释为“默示的意思表示”更为恰当,参见谢鸿飞:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第118页。此外,“事实合同”立足于单纯因当事人之间的特殊交往过程(外观行为),对于当事人的缔约意图,其成立不予考虑,应予叙明。

[27] 《商品房销售管理办法》(建设部令第88号,2001年6月实施)第16条规定,商品房买卖合同应当明确包括当事人、商品房、价款、争议解决和违约责任等在内的13项主要内容。

[28] 参见前注〔2〕,王利明书,第226~227页。

断。其二，赞同在受领人只需简单地表示同意即可订立合同的情形，该种要约内容确切程度即可达到“具体确定”的标准，<sup>〔29〕</sup>此种判断对内容完备性的要求相对较高。其三，支持对“具体确定”进行扩大解释，使之包括“可确定”在内，质言之，当合同的主要内容具有确定性或可确定性时，即认为满足合同成立的确定性要求。<sup>〔30〕</sup>依本文陋见，合同成立中的内容“具体确定”乃是偏重于当事人合意之内容须具备一定确定性，二者之间的关系应当理解为偏义指代或是形容修饰，易言之，合同内容的确定性应当达到“具体”（可被具体化）的程度，<sup>〔31〕</sup>所以，主张将合意内容放宽至“可确定”的第三种意见存在着弹性化认定与适用的空间，因而较为可采。

## 2. 具体司法实践

根据最高人民法院对司法解释效力的规定，<sup>〔32〕</sup>人民法院在民事裁判文书中引用司法解释。因此，必须结合《合同法司法解释（二）》（以下讨论中称司法解释）施行情况，来考察合同成立中内容确定性的相关司法实践。总结来说，存在三种做法：

第一，根据《合同法》的规定来认定合同是否成立，对于合同约定的内容缺失条款，适用任意法规和交易习惯的填补机制。譬如，在“黄岩第三罐头厂诉宁波工艺品公司买卖合同纠纷”案中，浙江省宁波市海曙区人民法院认为，对于货物的价格和交货时间，原被告双方没有作出明确约定，但在本次交易的前后，他们之间都发生过同类商品的买卖关系，因此，根据交易习惯或合同法的补充条款，都可以对价格或履行时间的漏洞进行填补，这样看来，原被告之间买卖合同的主要条款是完备的，据此，被告作出的意思表示构成法律上的要约。<sup>〔33〕</sup>

第二，适用《合同法司法解释（二）》的认定规则，即在合同内容具备当事人、标的和数量的情形下，判断合同成立。其一，没有约定价款的合同，可以按市场价格执行，不影响合同的成立。在“戴兆东与南京瑞乐工贸有限公司买卖合同纠纷上诉案”中，<sup>〔34〕</sup>双方未签订（书面）买卖合同，亦未约定价款，双方均未举证证实双方交易习

〔29〕 Larenz/ Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., 2004, § 29 Rn. 16. 转引自朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社2013年版，第144页。

〔30〕 参见陈进：“德国法上框架合同理论的演变及其启示”，《政治与法律》2013年第1期，第131页。

〔31〕 合同内容确定不同于物权（客体）特定的要求，其确定程度必须远小于特定的要求，方能够合乎法律规定的意旨和保护合同自由。因此，所谓“具体确定”具有相当的主观性与弹性，即其在基本确定、高度确定乃至特定之间，须依据当事人的意思、合同目的与性质、诚实信用原则与交易习惯加以认定，以适应交易复杂化的社会生活。

〔32〕 《最高人民法院关于司法解释工作的规定》（法发〔2007〕12号）和《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》（法释〔2009〕14号）。最高人民法院通过司法解释规定其本身的效力，无疑含有“自我授权”性质，参见王成：“最高法院司法解释效力研究”，《中外法学》2016年第1期，第271页。

〔33〕 这里包含了合同的主要条款：标的以及数量，并对质量提出了要求，虽然未约定价款和交货时间，但由于原被告之间已经订过一个S级的枇杷罐头，时间相隔不大，其价格相对较稳定，并且原告也提供了浙江省罐头行业会出具的该类产品的销售参考价格。因此，对于价款和交货时间等不足条款是可以通过补充协议或者补充习惯以及填充条款来补漏完整，从而实现合同目的的，参见周家骥：《黄岩第三罐头厂诉宁波工艺品公司买卖合同中传真是要约还是要约邀请案》，载《人民法院案例选》（2004年商事·知识产权专辑）（总第49辑），人民法院出版社2005年版，第27～33页。

〔34〕 参见江苏省南京市中级人民法院（2014）宁商终字第365号民事判决书。

惯价格,法院认为,可按市场价执行。其二,对于数量约定不明的,认定为合同不成立。在周某诉熊某房屋买卖纠纷案中,审理法院认为,被告熊某与售房人周某虽然签订了房屋买卖合同,但因双方所签订的买卖合同未对合同标的物作出明确约定,就合同本身来说,其欠缺了合同成立的必备条款,导致双方因房屋面积产生分歧,最终合同目的不能实现,合同并未合法、有效成立,原告余某作为居间人,其主张要求被告熊某支付中介服务费及违约金的诉讼请求于法无据,不予支持。<sup>[35]</sup>

第三,没有约定价款,也不能以其他方式证明买卖合意存在的合同不成立。在“陶勤英诉台州市路桥精泰机械有限公司买卖合同纠纷案”中,原、被告双方未签订书面合同,原告以入库单及欠条主张原、被告之间存在买卖合同关系,但其入库单仅明确货物名称及数量,而未约定价款,原告亦未能提供相应的证据证实双方存在买卖合意,而其欠条上亦未明确欠款系货款,结合被告提供的证据及其当地的交易习惯,法院认定双方不存在买卖合同关系。<sup>[36]</sup>

因此,在《合同法司法解释(二)》第1条实施以前,即存在根据《合同法》的规定来认定合同成立与否的实践,所采取的判断标准与司法解释并无实质上的差异;在司法解释实施后,此种认定标准更是得到了各地法院的普遍遵从。即便如此,民事判决仍然存在着少数或是极特殊的不同意见,由此观之,在实践领域中,《合同法》及其司法解释的规定并非完美无缺。

## (二) 对必要条款认定规则的反思

### 1. 促成交易应当符合交换正义

对于合同法的哲学基础而言,交换正义是其首要原则。<sup>[37]</sup> 在古希腊哲学家亚里士多德(Aristotle)看来,出于意愿的交易也存在着公正,即所谓“商业的公正”和“回报的公正”,<sup>[38]</sup> 因此,违背此一要求,则属于非自愿交易的领域(比如殴打),应当适用矫正正义的方法进行平衡;中世纪哲学大师阿奎那(Thomas Aquina)指出,对他人允诺进行移转财产的原因不外乎在于践行交换正义或慷慨德性,前者主要体现在公平交易中的交换允诺,后者则是不关正义的行为;<sup>[39]</sup> 按照启蒙哲学家休谟(David Hume)对正义原则的理解,只有基于同意或自由意志,财产才可以进行移转。<sup>[40]</sup> 简而言之,从法哲学的角度来看,“交换正义”表明合同法所保护的“合意”或“允诺”并非无条件的单纯给予,其背后存在着对即将丧失财产或负担债务的允诺方之顾及与保护。

[35] 参见“必要条款惹争议 法院认定合同不成立”,载《云南经济日报》2014年2月28日。

[36] 参见浙江省台州市路桥区人民法院(2013)台路金商初字第504号民事判决书。

[37] 在个人主义的方法论看来,私法所追求的正义在原则上是一种交换正义,参见易军:“个人主义方法论与私法”,《法学研究》2006年第1期,第97页。

[38] 亚里士多德讨论了“基于友爱的回报”和“基于正义的回报”,前者要按照“数量的平等”,而在后者中,“比例的平等”更加重要,即私人间的自愿交换是基于回报的互惠关系。参见[古希腊]亚里士多德:《尼各马可伦理学》,廖申白译,商务印书馆2005年版,第134页、第141页。

[39] 参见徐涤宇:“合同效力正当性的解释模式及其重建”,《法商研究》2005年第3期,第46页;陈融:“合同效力基础的伦理解释——以托马斯·阿奎那的道德法哲学为核心”,《政法论丛》2012年第3期,第113页。

[40] 参见朱庆育:“物权行为的规范结构与我国之所有权变动”,《法学家》2013年第6期,第64页。

此种哲学思想在民法学说上最显著的反映当属“合同的原因理论”<sup>〔41〕</sup>和不当得利制度,前者用之来解释合同效力的正当性,后者则矫正不正义(“无法律上原因”)的利益归属。因此,给予行为的法律原因不外乎有三,即清偿原因、负担原因与赠与原因。其中清偿原因指的是履行行为系为清偿业已存在的债务,<sup>〔42〕</sup>因此,在合同成立层面上,应当区分作为“典型交易目的”的负担原因与利他美德的赠与原因,尤其是分清两种原因对于当事人订立合同的不同影响以及在现实生活中的主次地位。

由于第三次科技革命的推动和互联网计算机技术的迅猛发展,现实生活中的交易形式日趋复杂,人们足不出户即可实现日常所需,比如进行网络购物、完成远程教育,在带来种种便利的同时,也表明现代社会越来越接近“陌生人社会”。由此,合同法所规制的对象必须考虑社会基础的变迁,才能实现良法善治。<sup>〔43〕</sup>藉由经验法则即可知晓,现代社会中的给予行为以有偿双务为原则、以单务无偿为例外,即类似于“天上掉馅饼”的单方获益事件终究不常见,<sup>〔44〕</sup>换言之,市场经济注重商品交换,体现价值的创造与实现,属于平均正义的契约正义,体现在双务合同上则为等值原则,<sup>〔45〕</sup>而体现慷慨德性的赠与并不居于主导地位。故此,现行合同法律制度关于必要条款的设计,罔顾社会生活事实,径行以单务无偿合同为规制蓝本,脱离社会生活实际,殊有不妥。

## 2. 认定规则适用存在困境

按照对司法解释规范的学理分类,《合同法司法解释(二)》第1条并非对某一具体法律条文的具体适用进行解释,而是对当事人的意思表示解释、事实认定进行指导,应当视作最高人民法院为提高司法能力而制定出来并提供给各级法院在审判中参考的办案方法和规则。<sup>〔46〕</sup>该规则虽然得到绝大多数法院的遵从,然而存在三个方面的问题:其一,内部冲突。在实践中忽略了认定必要条款的限制条件,即适用缺失条款的填补机制必须以“合同生效”为适用前提,司法实践中最常见的做法则是只顾及其中的价格补救机制,无视适用前提,以此“促成”合同的成立。<sup>〔47〕</sup>其二,一般规则的扩大化适用倾向。在用语上,该条司法解释较为笼统或谦抑地表明,在合同内容具备当事人、标的和数量的情况下,“一般”可认定合同成立,但是它本身没有明确该认定规则存在哪些例外情形,该认定标准在实践中往往被认为是唯一标准,如果各级法院想突破这样的一般规则,对其例外情形则须负担较重的证明和说理义务,这也是“一般标准”得到扩大适用的

〔41〕 在《法国民法典》中,除了当事人合意外,原因也是合同成立的生效要件(第1108条),《德国民法典》中的合同原因为当事人合意所吸收,参见冯洁语:“论原因在合同效力中的功能”,《华东政法大学学报》2016年第2期,第95页。此外,在我国大陆学界,田士永、徐涤宇和娄爱华三位学者分别论述了德国、法国和意大利的原因理论,但都是在合同的生效层面而不是成立层面进行的讨论。

〔42〕 参见前注〔29〕,朱庆育书,第171页。

〔43〕 参见朱岩:“社会基础变迁与民法双重体系建构”,《中国社会科学》2010年第6期,第151页。

〔44〕 《老子》三十六章:“将欲夺之,必固与之”,《战国策·魏策一》:“将欲败之,必姑辅之;将欲取之,必姑与之”。古语有云“将欲取之,必先予之”,即同此理。

〔45〕 Larenz, Schuldrecht I, S. 342f., 330, 转引自前注〔4〕,王泽鉴书,第57页。同时参见 Franz Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, S. 160。

〔46〕 参见王成:“最高法院司法解释效力研究”,《中外法学》2016年第1期,第271页。

〔47〕 参见肖冰:“论价格缺失对合同成立的影响——CISG与中国《合同法》的适用差异”,《国际经济法学刊》2008年第1期。

成因。其三，在特殊情形中难以适用。兹举一例：以赚取差价为获利手段的中间商（转卖商）与上、下游签订的合同，如果没有约定价格，且不能通过协商补充，那么要适用何时何地的市场价格予以补充呢？无论是买方市场价格或是卖方市场价格，恐都有未逮。

### 3. 选择适当的立法技术

基于司法解释在我国现实语境中的强大效力，探究必要条款认定规则的合理性，则在立法技术上不得作一番审视。关于《合同法司法解释（二）》第1条所采用的具体方式，有以下三种可能的选择：第一，法律上可反驳的推定。即是根据已知的某一事实，来推断和确认未知的事实或权利是否存在，根据被推定的对象为事实或权利的不同，可分为法律推定和事实推定，<sup>[48]</sup>其存在的基础为缜密的逻辑推论（论理法则）和通常的社会生活经验（经验法则），<sup>[49]</sup>因为社会生活事实复杂，难免出现例外与特殊情形，因此，推定的效力并非绝对，通常允许通过反驳证明推定事实不存在，易言之，在证据法则中，证明责任转而非主张推定规范的对方当事人负担。第二，不可反驳的推定。比较来看，其并非建立在已知事实和推定事实之间的通常高概率联系上，而是出于对证据缺乏或程序便利的追求，对于当事人主体的内心意思而言，因其对法律关系的变动产生重要意义，但又具有高度抽象性，证明常常遭遇困境，<sup>[50]</sup>应当适用不可反驳的推定。第三，法律拟制。此属于立法上的决断“虚构”（立法选择），即在特定情形下，法律规定把某事实规定为另一事实并使之发生相同效力的法律制度，<sup>[51]</sup>相较于推定而言，法律拟制具备相当强的效力，在有关当事人意思表示的领域，宜慎重对待，立法活动也应受到比例原则的约束，<sup>[52]</sup>以此避免对私法自治的过度限制。

对于双务合同中的对价，则应当从“合意”而非利益的角度来理解，在这种视角下，“相互的允诺”是一种过程：合同一方当事人对于另一方允诺，而受领方再返回其允诺，双方之间允诺的有效性只能是其合意。<sup>[53]</sup>合同使得当事人彼此受到法律关系的拘束，建立了一种当事人之间的特别联系，有鉴于此，贯彻合同自由原则就是尊重当事人为自身设定义务的自由意思，<sup>[54]</sup>除当事人明示订立的条款外，合同的内容还包含对当事人意思的解释，也包含根据其他方式对合同内容作出的推定符合当事人意思的补充。因此，不合意是对合同解释的消极结果。<sup>[55]</sup>

[48] 台湾地区“民法”第943条、第944条分别规定了占有的权利推定和事实推定，参见王泽鉴：《民法物权》，北京大学出版社2009年版，第449页。此外，根据推定规范的依据不同，也可以分为法律上推定和事实上推定，前者由法律明文规定，而后者则是法官通过经验法则（适用自由心证）的方式进行，参见庄加园、李昊：“论动产占有的权利推定效力——以《德国民法典》第1006条为借鉴”，《清华法学》2011年第3期，第124~125页。

[49] 参见[德]齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，法律出版社2009年版，第134页。

[50] 有学者认为，推定可以分为可反驳的推定与不可反驳的推定，后者与法律拟制在外显状态上都具有事实的不可反驳性，但两者所含的不可反驳的事实却存在性质上的根本区别。参见张海燕：“论不可反驳的推定”，《法学论坛》2013年第5期，第67页、第70页。

[51] 法律拟制用“取譬喻理”的解释方法给予不同法律事实以相同的法律评价，可以分为引入式、推定式和表见拟制，参见税兵：“身后损害的法律拟制”，《中国社会科学》2011年第6期，第102~104页。

[52] 参见郑晓剑：“比例原则在民法上的适用及展开”，《中国法学》2016年第2期，第145页。

[53] See Avtar Singh, *Law of Contract and Specific Relief*, Easter Book Company, 2002, p. 81.

[54] 参见前注[4]，王泽鉴书，第57页；易军：“‘法不禁止皆自由’的私法精义”，《中国社会科学》2014年第4期，第131页。

[55] 参见前注[22]，耿林书，第33页、第195页。

合同是否成立,关键在于当事人的意思表示是否合致(合意),反之,当事人之间并无合意,却要承受合同成立的结果,受到合同拘束,违反了合同义务设定自愿性的原则。在判断当事人合意与否的问题上,必须确立意思表示解释的优先性。准此而言,《合同法司法解释(二)》在法律技术上采取了近乎拟制或不可反驳式的认定方式,不考虑意思表示解释的优先性,悖于私法自治的理念。

#### 4. 从经济学逻辑进行考量

在经济学的观点看来,市场由供应商和消费者两部分组成,供应商决定商品价格,根据商品价格的高低,消费者会产生不同的购买意愿,进而作出不同的购买决策。价格与需求负相关的现象,其原因在于理性经济人假设和商品的可替代性。首先,经济学的基本原则在于,生活在社会中的人都是理性的,并且资源是稀缺的,基于此基本假设,经济学家认为,作为一个理性的经济人,在社会资源有限的情况下,人们会尽可能多地获取对自己有利的资源,而他所作出的消费决策必然是使得自己效用最大化的决策。因此,在商品价格出现波动时,消费者由此获得的效用随之发生变化,从而影响消费者的意愿和决策。其次,商品的可替代性。商品与其替代商品之间往往功能相似,价位均等,消费者从中可获得的效用相差不多,那么在其中一个商品价格上升时,则会导致消费者对此商品消费意愿的下降,对另一种商品消费意愿的上升。

此外,经济学上的实证研究表明,对消费者的感知敏锐度而言,促销政策采用百分比或立减型折扣,与商品价格的高低呈现某种相关性,进而影响消费者的购买意愿。<sup>[56]</sup>作为微观经济学基本分析工具的P-Q曲线(价格对消费者购买意愿的影响),也能够反映出对价/对待给付(consideration)对当事人是否缔结合同的意思具备决定作用。而从人类发展历史来看,“以物易物”即互易、物物交换的形态早于买卖。前者是所有权的交换,必须明确规定交换的标的物 and 数量;后者属于物的所有权和金钱(货币)的交换,<sup>[57]</sup>在此情形,若合同当事人对交换物没有明确约定,即是对于自己在本次交易中的“得”与“失”缺乏相当了解,难以判断合意的达成。故而,既然《《合同法司法解释(二)》将标的物和数量列为成立的要素,那么,作为对价的货币在数量上(即价款)并无要求,<sup>[58]</sup>有失公允。

### 三、我国合同必要条款制度的构建

#### (一) 必要条款的基本内容与决定因素

如前所述,合同的必要条款,体现着当事人之间最基本的合意,也就是确定当事人在合同中基本的权利和义务,进而起到决定合同成立的作用。因此,在制度设计上,法

[56] 在商品价格较高,促销力度较大的情况下,实际上完全相同的促销力度以立减方式呈现比以百分比折扣方式呈现消费者会更多地选择购买。对于低价商品则正好相反,在促销力度较大的情况下,以百分比折扣方式呈现比以立减方式呈现消费者会更多地选择购买。参见郭向东、王怀军:“价格折扣框架对消费选择的影响研究”,《商业经济研究》2016年第6期,第49~51页。

[57] 在罗马法中,对标的和价格的同意构成一项买卖合同,参见[美]詹姆斯·戈德雷:《现代合同理论的哲学起源》,张家勇译,法律出版社2006年版,第3页。

[58] 金钱的币种和数额意味着完整的价格条款,买卖系买受人以一定数额的金钱丧失作为获得标的物所有权的代价,在现代商业社会,意义重大,不可不察,通常而言,只要求能确定对价多寡,而对于币种较少讨论。

律应当采用适当的技术,使得合同必要条款的范围可以发挥符合客观生活实际又便利交易的功能,因此,不仅要尊重当事人的意思自由,而且应当保证合同在内容与结果上的公平性,有利于交易的展开。<sup>[59]</sup> 具体而言,对合同必要条款确定起到决定作用的因素应当包括当事人的意思、合同的主要给付义务和诚信原则,至于法律关于合同成立的特别规定,则不属于当事人合意在合同内容上的具体体现,应当排除在外。

### 1. 当事人的意思

德国民法大家拉伦茨教授指出,研究合同当事人的约定问题,其意义不只是在从心理学角度进行的解释、事实确认或动机探讨,理由在于,合同中的当事人除了通知对方自己的期望和意愿,更为重要的是,对于他们之间的关系适用某种特定的法效果,他们对这一点是彼此相互同意的。<sup>[60]</sup> 换言之,出于对意志自由的尊重,法律要求合同交往参与者的意志均需参与其中。准此而言,法秩序没有任何理由可以把不是双方意指的涵义强加给他们,法官也不可以用自己的评价标准取代合同当事人的价值决定。<sup>[61]</sup> 因此,考察当事人意思在合同必要条款中的作用:其一,在正态面而言,当事人对合同的非必要条款有明确约定,即当事人坚持对特定事项达成合意的,该约定或事项也成为判断合同成立的重要因素,<sup>[62]</sup> 转而成为合同成立的“必要条款”;其二,在反态面上,当事人故意将某一事项留待将来商定、交由第三人确定或约定了其他具体确定的方法,不影响合同的成立。

值得指出的是,对于任意性法规的补充而言,应当明确,其适用前提是合同存在漏洞,在解释上,该漏洞不得是当事人有意为之,也不属于能够决定合同基本权利义务的事项,因为“假使具体合同与任意性规范针对的一般类型相去甚远,那么,任意性的法规适用于合同,恐怕未必能够切合合同基础的利益情境与合同意义”<sup>[63]</sup>。

### 2. 合同的主要给付义务

正如学者指出,基于鼓励交易原则而设计的合同必要条款认定模式面临着忽视合同的性质和类型的问题。<sup>[64]</sup> 较之法律概念性规定,合同必要条款更加有赖于类型化的研究,“法律概念性规定的背后,经常还是类型……只有用类型化的观察方式才能对转变过的类型及混合的类型作适当的归类”<sup>[65]</sup>。在合同法中,主给付义务为合同所不可或缺,它们用来决定合同关系的类型和当事人之间基本的权利和义务关系,<sup>[66]</sup> 因此,也就决定了合同的目的和性质。在法律上有效的合同,之所以能使当事人就合同的主要给付负担义务,是因为当事人透过合同使自己负担义务。假如还不清楚,当事人在合同中各自承担的义务为何,就不能确定,于此涉及的是何种合同类型。只有确定了当事人约

[59] 参见刘婕妤:“试析合同必要条款的范围”,《武汉公安干部学院学报》2004年第2期,第41页。

[60] 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第179~180页。

[61] 同上,第179页。

[62] 参见前注〔20〕,崔建远书,第62~63页;前注〔21〕,朱广新书,第83页。

[63] 前注〔60〕,卡尔·拉伦茨书,第179页。

[64] 参见罗昆:“鼓励交易原则的反思与合理表达”,《政治与法律》2017年第7期,第33页。

[65] 参见前注〔60〕,卡尔·拉伦茨书,第182~183页。

[66] 参见前注〔3〕,王泽鉴书,第80页。

定了哪些法效果,才能够陆续回答其他法律适用的问题。〔67〕

具有重要意义的合同分类即是有偿(双务)合同和无偿(单务)合同的划分。〔68〕在双务合同中,当事人互负的给付义务一般为其必要条款,举例来说,买卖等有偿(双务)合同之所以区别于无偿合同,在内容上看,就是因为它们中约定了价格或报酬条款,这些条款也是影响当事人缔约的重要因素,从而属于合同的必要条款,立法在此不应当规定进行推定和补充,而应当交由当事人自己决定。在(单务)无偿合同中,虽不以对价为必要,但对于此等“非自利”的慷慨行为,法律视其性质,对负担义务的一方设有保护或优待的规定,〔69〕举例来说,对于赠与人来说,享有任意撤销权(《合同法》第186条),并在其经济状况恶化严重影响经营或生活时,可以不履行赠与义务,即所谓“穷困抗辩”(第195条);对于借用合同和无偿的保管合同,法律则规定了其要物性,旨在让无偿行为人在交付标的物之前有再次考虑的机会。〔70〕

### 3. 诚信原则

从罗马法以来,诚实信用原则(principia bonae fidei)便归入民法的基本原则之列,诚信的主观和客观方面的统一存在价值基础,不仅对处于法律关系中当事人之具有重要意义,在没有具体法律规范的情况下,法官也须借助诚信原则行使其裁量权。〔71〕在诚信原则的具体化过程中,按其功能范围的不同,逐渐衍生出若干子原则或法律制度,对当事人的义务负担、权利行使以及所属法律关系的调整产生重要影响。〔72〕

在合同成立的层面上,应当着重考虑的是诚信原则对权利行使的限制,即依据诚信原则,当事人不得依据被背信行为取得有利于自己的法律效果,〔73〕换言之,既然当事人在合同订立的磋商过程中负有诚信缔约的义务,违反该义务则承担缔约过失责任,那么,法律在判断当事人之间是否存在合意时,也应当将诚信原则纳入考量,具体而言,需要考察当事人之间的既存的业务联系关系、先前的承诺和过去的表示等诸因素,〔74〕在实践中,法院也采纳了这种方法。〔75〕

〔67〕 参见前注〔60〕,卡尔·拉伦茨书,第181页。

〔68〕 有偿合同和无偿合同基本可以与双务合同和单务合同的划分等同对待,本文几乎难以找到无偿的双务合同或是有偿的单务合同的适例。

〔69〕 参见前注〔4〕,王泽鉴书,第109页。

〔70〕 对于要物合同“无偿行为人保护说”的介绍和评析,参见张金海:“论要物合同的废止与改造”,《中外法学》2014年第4期,第1016页。

〔71〕 参见徐国栋:《民法基本原则解释:诚信原则的历史、实务、法理研究》,北京大学出版社2013年版,第29页、第84~85页。

〔72〕 在功能范围上有三,即(法律义务的)补充功能、(权利行使的)限制功能和(权利义务关系的)调整功能,在法律制度上的对应物分为:附随义务理论、禁止权利滥用和禁反言原则以及法律基础丧失(情事变更)。参见吴从周:“民法上‘权利失效理论’之继受与发展——以拆屋还地之类型为中心”,《台大法学论丛》第42卷第3期(2013年12月),第1214页。此外,学者还认为诚信原则有“接引功能”,即将宪法上的基本价值秩序引入私法,成为宪法基本权的间接第三人效力的基础,参见前注〔29〕,朱庆育书,第510~511页。

〔73〕 参见许德风:“论合同违法无效后的获益返还——兼议背信行为的法律规制”,《清华法学》2016年第2期,第76页。

〔74〕 前注〔60〕,卡尔·拉伦茨书,第180页。

〔75〕 参见前注〔33〕,周家骥文。

#### 4. 法律规定的特别成立要件

法律对于某些合同的成立规定,在一般构成要件外,还应具备特别的事实要素,<sup>[76]</sup>存在两种对于合同成立的特别规定:其一,要物性要求,如前所述,即需要标的物的交付作为合同成立的特别要件,比如自然人之间的借款合同、借用合同、保管合同和定金合同;其二,要式性要求,即合同成立需要一定的形式,分为法定形式和约定形式,其中,就书面形式而言,如果未采用该形式,但主要义务已经履行且被接受的,不影响合同的成立。<sup>[77]</sup>由此观之,法律对于合同形式的规定,虽在成立上存在一定影响,但不属于对合同内容的规制,而对于要物合同而言,其要物性由法律规定,即使当事人在合同中不进行约定,合意也可以体现在标的物的交付中,因此,法律对于合同成立的要式性和要物性要求,并非合同的必要条款。

### (二) 必要条款认定规则的重构

#### 1. 坚持意思表示解释优先

在《合同法》中,仅规定了合同的解释,就其实质而言,与意思表示的解释不大。<sup>[78]</sup>当事人合意与否即所谓“意思合致”,首先是意思表示解释的问题,即判断当事人有无创设法律关系的意图。<sup>[79]</sup>其一,在立场上,合同当事人之间的合意应当是客观意义上的,即采纳表示主义理论,须在表示意义上加以解释。合意即意思表示合致,存在“主观合意”与“客观合意”的差别,在合意的判断上,原则上采取客观标准,应根据表示行为的客观意义加以判断,“合意”是指经由解释所确定的表示内容的一致,也就是,对合同条款在客观上意思表示一致,而非指内心意思的一致。<sup>[80]</sup>其二,在解释方法的选择上,应当采取综合运用多种解释方法,注重规范解释方法,并适当考虑交易惯例。合同作为双方法律行为,其曾用名“协议”也表达出合意特征,<sup>[81]</sup>意味着双方主体之间互达的意思表示在内容上一致。在表意人的意思与受领人的理解不一致时,其判断标准应当是客观第三人的标准,<sup>[82]</sup>具体而言,让社会具备通常理智的一般人看来,当事人的行为和言词等外在表现具备认定他们之间相互同意的形式已足。

#### 2. 适当采取动态化的认定方式

如前所述,在判断某一事项是否属于合同的必要条款时,应当考量当事人意思、合同的主给付义务和诚信原则,然而,其每种因素面临着自己的不足,难以单独担当起进行绝对式判断的任务:比如,当事人基于合同自由创设新类型的合同,无法参照法律上

[76] 参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第201~202页。

[77] 参见《合同法》第36条,即所谓“履行补足形式瑕疵”。参阅前注[29],朱庆育书,第113页、第138~139页。

[78] 德国早期学说认为“意思表示”与“法律行为”并无二致,常常交替使用,而在立法中,“意思表示”作为“法律行为”的下位概念(要件),20世纪80年代以后文献才普遍使用“意思表示的解释”这种表达,参见郝丽燕:“意思表示的解释方法”,《北方法学》2015年第5期,第49~50页。

[79] 参见谢鸿飞:“论创设法律关系的意图:法律介入社会生活的限度”,《环球法律评论》2012年第3期,第6~8页。

[80] 参见李永军、易军:《合同法》,中国法制出版社2009年版,第53页;前注[20],崔建远书,第62页。

[81] 参见前注[29],朱庆育书,第139页。

[82] 参见前注[78],郝丽燕文,第55页。

对典型合同的定义或主要给付内容的规定时，其必要条款如何判断，则成为难点；再如，在受领人对于合同成立具备高度（合理）信赖时，是否仍须贯彻意思表示的解释，从而保护存在恶意的表意人？由此看来，有必要运用体系思维来协调和确定各因素对判断合同成立的作用。在方法论上，通过考量法律原则背后存在的实在理据，从而能够实现既克服法律规定的僵化、又避免自由裁量泛滥这一目标的，当属动态体系理论，该理论最初适用于损害赔偿领域和合同效力的认定，<sup>〔83〕</sup>但是，其核心观点在于否定非此即彼的法律判断模式，通过考量法律规定背后的实质理由，使得法律效果具备弹性化，从而从容面对现实生活中的复杂情形，在判断合意与否的问题上，也应当存在动态体系适用的余地。

## 四、结论

《合同法》没有明确规定合同成立的最低合意要求，《合同法司法解释（二）》第1条将“必备条款”限定在“当事人”“标的”和“数量”三个要素，而学说见解呈现出立场不一致。在用语上，应当使用“必要条款”的概念，在内涵上，则有值得进一步检讨的空间。对《合同法》第14条“具体确定”的学理解释与司法解释对三要素的规定，形成了合同必要条款认定规则的双轨模式，但是具体实践也不存在不一致的做法。通过对该现状进行必要的反思，不难发现，法律规范在适用上存有较大的困境，而“促成交易”的法政策必须符合交换正义和经济学逻辑的要求，并采取适当的立法技术。因此，借助民法典编纂的契机，相关制度的构建可以在统合《合同法》及其司法解释的基础上，明确规定合同必要条款的基本内容与决定因素包括当事人的意思、合同的主要给付义务和诚信原则。在判断当事人合意与否时，应当坚持意思表示的解释优先，同时采取相对弹性化的认定方式，兼顾合同的性质和目的，既维护当事人的意思自由，又不妨碍正常交易的进行。

## 参考文献

- 〔1〕王利明．合同法研究（第一卷）〔M〕．北京：中国人民大学出版社，2011．
- 〔2〕王泽鉴．债法原理〔M〕．北京：北京大学出版社，2009．
- 〔3〕韩世远．合同法总论〔M〕．北京：法律出版社，2011．
- 〔4〕崔建远．合同法总论（上卷）〔M〕．北京：中国人民大学出版社，2008．
- 〔5〕朱广新．合同法总论〔M〕．北京：中国人民大学出版社，2008．
- 〔6〕耿林．私法：规范、自由、强制〔M〕．北京：法律出版社，2015．
- 〔7〕朱庆育．物权行为的规范结构与我国之所有权变动〔J〕．法学家，2013（6）．

（责任编辑：朱晓峰 张安平）

〔83〕 参见〔奥地利〕瓦尔特·维尔伯格：“私法领域内动态体系的发展”，李昊译，《苏州大学学报（法学版）》2015年第4期，第108~116页。