法学研究 Chinese Journal of Law
Vol.41，No.2（2019）

书面形式与合同的成立

朱广新*

内容提要：合同原则上自成立时生效。合同的成立是决定合同是否及何时具有法律约束力的决定性环节。在对“要约—承诺”缔约模式作出具体规定后，我国合同法还为应采取书面形式或合同书形式订立的合同确立了特别的合同成立规则，如“自当事人签字或者盖章时合同成立”及“一方履行主要义务，对方接受的，该合同成立”。系统地看，这些特别规则不仅在法学理论、法律逻辑及规范体系上存在明显缺陷，而且在交易实践中引发合同“倒签”、交易机会主义等不良现象。对合同形式自由与形式强制之间的关系、签字或盖章的规范意义、法定书面形式的构成要件及不遵守书面形式的法律后果缺乏深入、系统的理解，是形成立法瑕疵的主要原因。民法典合同编有必要对书面形式与合同成立之间的规范关系设计新的构造。

关键词：合同的成立　合同的形式　形式自由　形式强制　书面形式

合同的成立是合同法上的重要规范事项。依据合同法第44条与民法总则第136条，除非法律另有规定或者当事人另有约定，民事法律行为（合同）自成立时生效。因此，在判断合同是否生效、于何时生效及合同当事人之间的权利义务上，合同成立规则发挥着决定性作用。[1]我国现行合同成立规则系统形成于合同法第二章。该法除在“要约—承诺”的常规缔约模式下作出“承诺生效时合同成立”的规定（第25条）外，还对“采取合同书形式订立合同”“采取信件、数据电文等形式订立合同”“采取书面形式订立合同”等情形下的合同成立分别作了特别规定（第32－37条）。尽管“要约—承诺”不是合同订立的唯一方式，[2]合同法关于合同成立的这些特别规定，在比较法上也甚为罕见。这些颇具中国特色的合同成立规则相比于传统的“要约—承诺”规则具有何种独特规范价值？它们之间在规范功能上存在什么差别？它们与拍卖法有关规定之间的规范冲突应如何协调？这些问题的答案与民法典合同编应否承继合同法第32－37条具有紧密牵连，值得研究。[3]本文以

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

〔1〕 See Larry A. DiMatteo, André Janssen, Ulrich Magnus, Reiner Schulze (eds.), *International Sales Law-Contract, Principles & Practice*, Nomos Verlagsgesellschaft, 2016, p. 204.

〔2〕 参见上引 DiMatteo 等编书，第236页以下；Hein Kötz, *European Contract Law*, 2d ed., Oxford University Press, 2017, p. 18。

〔3〕 经全国人大常委会第二次审议的民法典合同编草案第282－285条维持了合同法第32－37条的规范架构，仅对它们作了一些形式性修改。

书面形式与合同的成立为中心，对这些问题作出系统分析，并在民法总则关于民事法律行为“成立—生效”的新规范结构下，为民法典合同编如何处理书面形式与合同的成立之间的关系提出意见和建议。

一、合同订立的形式与合同订立的方式

合同法第 10 条第 1 款规定，“当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式”；而第 13 条规定，“当事人订立合同，采取要约、承诺方式”。由法条文义看，这两项规定皆以“订立合同”为前提条件，仅侧重点有所不同而已。虽然“形式”与“方式”仅一字之差，但它们实际上显示了相当大的规范意旨差别。以体系观念看，对合同订立的形式与合同订立的方式作出区分，是解析合同法第二章许多独特规定的基础。

（一）合同订立的形式

关于合同法第 10 条所作书面形式、口头形式和其他形式的规定，绝大多数著述认为是关于“合同的形式”的规定。〔4〕由合同法第 10 条至第 12 条形成的规范体系脉络看，在第 12 条以“合同的内容”明确表明其规范对象的情况下，依据民法通则第 56 条，将第 10 条、第 11 条解释为关于合同形式的规定，似乎顺理成章。但是，如果留意“口头形式、其他形式”的规范意义或功能，并不拘泥于第 10 条至第 12 条形成的小体系，也完全可以从实质与形式两方面对第 10 条作出不同的理解，并得出两种不同意见。

从规范实质上讲，第 10 条其实以两种比较独特的立法技术承认了合同形式自由原则。

第一，第 10 条第 1 款对“口头形式、其他形式”的列举规定。所谓口头形式，是指当事人只用口头语言为意思表示订立合同，即以说（对）话表达缔约的意思或以说（对）话订立合同。在未采取书面、数据电文等形式订立合同的情况下，意思表示起码应采取口头语言形式；如果连口头语言也不能作出，至少应采取某种可被受领人理解的行为或动作——其他形式。否则，内部的意思无法表达出来，意思表示无从谈起。如德国学者弗卢梅所言：“不论表示的形式是基于当事人的自由选择、法律的规定还是法律行为的约定，表示都必须通过其所使用的形式来展现其内容，并表明表示已被作为意思表示作出。如果表示以一种令人费解的形式作出，特别是当受领人无法理解需受领的意思表示时，则该表示不发生效力。”〔5〕故而，列举规定“口头形式”和“其他形式”的真正意义，不是为了罗列合同形式的基本类型，而是想以此表明合同形式自由的限度。第 10 条第 1 款实质上通过列举“口头形式”及具有兜底功能的“其他形式”，对合同形式自由原则作出了规定。合同法立法资料对此亦有明确说明。〔6〕

第二，第 10 条第 2 款关于法定书面形式或约定书面形式的特别规定。该款以转介性规

〔4〕 参见顾昂然：《中华人民共和国合同法讲话》，法律出版社 1999 年版，第 20 页；胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，法律出版社 2009 年版，第 17 页；崔建远：《合同法总论》上卷，中国人民大学出版社 2011 年版，第 248 页；韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2018 年版，第 110 页。

〔5〕 ［德］维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社 2013 年版，第 291 页。

〔6〕 参见王胜明：《从合同法的草案到审议通过——〈中华人民共和国合同法〉介绍》，载全国人大常委会法制工作委员会民法室编著：《〈中华人民共和国合同法〉及其重要草案介绍》，法律出版社 2000 年版，第 225 页以下；前引〔4〕，胡康生主编书，第 18 页以下。

定的立法技术对合同形式强制作了一般规定。其与第1款之间构成原则与例外的关系，并由此将第1款确立的合同形式自由原则烘托出来。从更大的规范体系上看，合同法第13条至第31条关于“要约—承诺”的详细规定，完全是在第10条确立的合同形式自由原则上展开的。第10条第1款因此构成理解合同法有关合同成立规定的规范基础。

从规范形式上讲，第10条涉及一个会对合同法第二章产生体系效应的问题，即应如何理解“书面形式、口头形式和其他形式”的适用范围，它仅限于合同的形式吗？第10条第1款以“当事人订立合同”为语义前提，按照汉语语法规则，这样的规定显然是为了表达合同是如何动态地订立的，而不像“当事人订立的合同”这种名词性短语，完全将规范内容指向合同本身。因此，受“当事人订立合同”这种语句所限，第10条第1款所提到的书面形式、口头形式及其他形式，不能狭隘地理解为仅限于合同的形式，它可能包括缔约意思表示的形式。下文对合同法第11条的详细解析会在规范体系上对此提供更为坚实的论据。

合同法第二章提到的缔约意思表示包括要约邀请（第15条第1款）、要约（第14条）、承诺（第21条）。要约邀请主要是引诱他人向自己发出要约，它既不能依邀请人的意思发生效力，又未被法律赋予法律效力，其不是一种意思表示。[7] 为了维护缔约自由，缔约意思表示仅限于要约、承诺两种类型。因此，第10条规定的合同订立的形式，在范围上包括要约、承诺的形式及作为缔约意思表示之结果（合同）的形式。合同法第11条在界定书面形式概念时所采“表现所载内容的形式”而不是“表现所载合同内容的形式”的表达方式，也没有将书面形式明确限定于合同这种民事法律行为。[8]

须强调的是，由于合同法上的形式强制主要针对合同，而不是针对作为合同订立方式的要约与承诺，作为形式强制之对立面的形式自由，在规范意义上主要指合同形式的自由，所以将合同法第10条第1款理解为旨在确认合同形式自由原则，而不是为了规定合同的形式，无疑最为合理。然而，此种目的解释又会与合同法第11条的规定在体系上发生冲突。以立法论思维看，以“当事人订立的合同，可采取书面形式、口头形式和其他形式”的方式表达第10条第1款，比较可取。

（二）合同订立的方式

在合同法之前，我国经济合同法、涉外经济合同法、技术合同法只是对合同应于何时成立作了概括规定，皆未对合同如何订立作出具体规定。合同法借鉴《联合国国际货物销售合同公约》（以下简称《公约》）与《国际商事合同通则》（1994年版，以下简称《通则》）的规定，对要约、承诺这两种缔约意思表示作了较为详尽的规定。

比较而言，《公约》第二部分专门规定“合同的订立”（Formation of the Contract）时，仅对传统的合同订立方式（“要约—承诺”）作了规定，未明确规定合同订立的其他方式。《通则》第二章关于“合同的订立”的规定，首先将合同订立的方式概括规定（第2.1条）为：合同可通过对要约的承诺或通过能充分表明合意的当事人各方的行为而订立。相比于

〔7〕 德国学者将要约邀请称作预备性表示。参见［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269页。我国学者也认为，要约邀请只是订立合同的预备行为。参见吴汉东、陈小君主编：《民法学》，法律出版社2013年版，第478页；魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社2017年版，第446页。

〔8〕 由审判实践看，法院有时明确将当事人双方依合同法第11条规定的以传真订立的合同，理解为双方以书面形式订立了合同。参见盐城市旭捷服饰有限公司与常州市苏星制衣有限公司承揽合同纠纷上诉案，江苏省高级人民法院（2014）苏商终字第0135号民事判决书。本文所引案例，如无特别说明，均来源于中国裁判文书网。

《公约》,《通则》承认了两种合同订立方式:一是传统的“要约—承诺”方式,《通则》将其看作一种分析合同是否及于何时订立的基本工具,并对其作了具体规定。二是能充分表明合意的方式,这种方式主要适用于这样的情形:在商业实践中,合同尤其是涉及复杂交易的合同时常经过长时间的谈判而订立,不存在可识别的要约与承诺顺序。在此情形下,合同是否及于何时达成,难以确定。[9]《欧洲合同法原则》(以下简称《原则》)同样将要约和承诺看作合同订立的常规模式。不过,它同时也认为,合同的订立存在其他模式,协议时常在不可能把缔约过程分解为要约与承诺的情况下订立。[10] 基于此种认识,《原则》在对要约和承诺作出具体规定后,对“不通过要约和承诺订立合同”作出如下规定(第2:211条):关于要约和承诺的规则可作适当变通,适用于合同订立过程不能被析分为要约与承诺的情况。有比较法研究认为,《公约》和其他法律虽然未包含如此明确的规则,但可以认为同样的方法也是可以适用的。[11]

要约与承诺规则同样被英美合同法看作合同订立的常规方式。有英国学者对赞成与反对“要约—承诺”这种传统订约方式的意见进行对比分析后认为:要约与承诺模式具有非常确定的规则内核,该规则不仅得到法学家的理解,而且能够被商业社会所理解。同时,该模式可以被法院灵活地加以适用,从而得出与当事人意思相一致的结论。法律的现状虽然不能说完全令人满意,但是相比于被强加一种不可接受的僵化的制度或者创造一种不可接受的不确定的制度,它还是比较好的。[12]

由上可知,关于合同订立的方式,虽然《公约》《通则》《原则》的规定在形式上各有不同,但它们实际上采取了相同做法,即在把“要约—承诺”作为缔约常规方式予以明确规定的同时,对不能以该模式精确地予以分析的缔约情况,认为可以依据缔约行为本身认定合同的成立。

虽然合同法第二章是混合继受《公约》《通则》《原则》的结果,但其在规定合同订立的方式上,却针对“采取合同书形式订立合同”“采取信件、数据电文等形式订立合同”“采取书面形式订立合同”这三种情形设立了一些独特规定。从外在形式上看,这些规定似乎可以与合同法第 13 条的规定构成一种一般规则与特别规定的体系关系。然而,此种过于形式化的理解必然会导出这样的结论:以要约、承诺方式订立的合同,只能采取书面形式之外的口头形式和其他形式。这种结论难免会与合同法关于要约的形式或方式的规定发生明显冲突。根据合同法第 16 条,要约可以采取数据电文的形式,而数据电文属于合同法第 11 条规定的书面形式之一。根据合同法第 23 条,要约既可以对话方式作出,又可以非对话方式作出。根据合同法第 10 条,以对话方式作出的要约,可以理解为要约采取了口头形式;以非对话方式作出的要约,可以理解为要约采取了书面形式或其他形式。显然,以要约、承诺方式订立合同,并不排斥要约采取书面形式。合同采取要约、承诺方式订立与要约采取何种形式,是两个完全不同的问题。前者指合同如何从无到有地成立,它以前后相继的、程式的、动态的观念显示了合同的形成;后者指合同订立过程中作出的意思表示在

〔9〕 参见《通则》第 2.1 条的官方评注。

〔10〕 See Ole Lando & Hugh Beale (eds.), *Principles of European Contract Law*, Parts Ⅰ and Ⅱ, Kluwer Law International, 2000, p. 157.

〔11〕 参见前引〔1〕, DiMatteo 等编书, 第 225 页。

〔12〕 See Ewan McKendrick, *Contract Law*, 11th ed., Palgrave, Macmillan, 2015, p. 43.

现象形态上可采取何种形式，它以事实描述的静态观念显示了缔约意思表示的客观存在。

因此，合同采取要约、承诺方式订立，对要约、承诺的形式乃至合同的形式不存在任何限制。作为一种意思表示，像民法总则第135条规定的那样，要约、承诺可以采取书面形式、口头形式或者其他形式。合同法第23条第2款所采用的“对话方式”与“非对话方式”的表达结构及第26条所采纳的“承诺通知”与“承诺不需要通知”的表达方法，相当明确地表明要约、承诺可以自由采取口头形式、书面形式或者其他形式。

据此，不可囿于字面含义将合同法第32条至第37条理解为关于合同订立方式的特别规定。以体系观念看，这些规定实质上是从意思表示的形式着眼，对合同订立的一些情形进行了描述性规定。相比于合同法第13条所作“采取要约、承诺方式”订立合同的规定，它们只是对同一规范内容从另一个侧面作出规定而已。由《公约》《通则》《原则》的规定看，无论缔约意思表示采取什么形式，“要约—承诺”规则是判断合同是否及于何时成立的常规模式，而合同法对此亦作出了详细规定。

由立法史看，合同法第32条至第37条关于合同成立的特别规定，主要是沿袭涉外经济合同法第7条第1款〔13〕和技术合同法第9条、第10条的结果。涉外经济合同法和技术合同法之所以规定合同自签字或盖章后成立，根本原因在于，这两部合同法皆采纳极端的合同形式强制制度，完全否认合同形式自由原则，合同未以书面形式订立的，一律不成立。在此情况下，要约与承诺制度根本无用武之地。

然而，在明确承认合同形式自由原则，并将“要约—承诺”规定为合同订立的常规方式后，还应否沿袭旧法的规定，这一问题在合同法立法过程中几乎没有引起任何人的注意。〔14〕合同法第32条至第37条规定中的部分条文本可以纳入“要约—承诺”规则中，但由于对合同的形式与合同订立的方式尚未建立明确的区分意识，立法者将它们当作合同订立的特殊方式进行了特别规定。合同法被整合为民法典合同编时，应历史地、体系地反思合同法的合同订立规则，尽力涤除1980年代三部合同法的消极影响。

二、书面形式的类型与合同的书面形式

既然“采取合同书形式订立合同”与“采用书面形式订立合同”等只是从意思表示的形式（书面）着眼，描述性地规定合同的订立、成立，那么接下来值得深入思考的问题是，何为书面形式。这一问题需从合同法第11条关于书面形式的定义性规定谈起。

（一）书面形式的类型分析

第11条将书面形式划分为三类：合同书、信件和数据电文（电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）。这不是按照同一标准对书面形式作出的区分，而是从通讯方式的角

〔13〕 梁慧星认为，按照涉外经济合同法第7条，“我国涉外经济合同应一律采用书面形式，法律不允许采用口头形式订立涉外经济合同”；“如果合同双方已达成合意，但却未作成合同书，其合同并不成立”。参见梁慧星：《民法》，四川人民出版社1988年版，第263页，第266页。

〔14〕 从立法史看，合同法草案的起草人充分研究了既有各项法律制度，凡是符合经济体制改革方向和发展社会主义市场经济要求的概念、原则和制度，均尽可能予以保留，并进一步予以完善。参见梁慧星：《从“三足鼎立”走向统一的合同法》，载梁慧星：《民法学说判例与立法研究（二）》，国家行政学院出版社1999年版，第124页以下。

度对书面形式之常见形态的一种概括总结。

合同书是承载合同条款或内容的文书。由于民法通则、合同法皆将合同界定为设立、变更、终止民事权利义务关系的协议，合同书也时常被称作协议书。合同是民事法律行为的典型形态，是双方或多方意思表示的合致。双方或多方的缔约意思表示，未能协商一致时，合同无从产生，遑论合同书。因此，所谓“采用合同书形式订立合同”，准确地讲，应为采取书面形式订立合同。很明显，这种表达方式是对合同订立现象进行事后描述的产物，是一种倒果为因的思维，将合同的订立过程与合同的成立完全混为一谈。这与合同法第 10 条、第 11 条将缔约意思表示的书面形式与合同的书面形式混合规定在一起，不无关系。由比较法看，为维护、促进合同自由，近代私法对缔约过程中的意思表示通常采取绝对形式自由原则，把对缔约自由的形式管制仅严格限制在缔约意思表示的合致结果即合同上。

信件，又称书信或函件，是一种历史悠久且至今仍被广泛使用的信息传递方式。它发生于非面对面交流的人之间，由一方向另一方单向传递信息。由于信息传递的单向性，信件只能作为意思表示而无法作为合同的形式。如德国学者弗卢梅所言：当某一合同依据法律规定应履行书面形式时，双方当事人必须在同一份文书上予以签署，或者每一方都应该签署为对方所准备的合同文书。因此，书信往来不足以满足法定书面形式。〔15〕缔约当事人可以信件向对方发出要约或者承诺。合同法第 24 条即是在此情形下使用信件概念的。不过，第 24 条在使用信件概念时，并非立足于要约或承诺的形式，而是把信件看作一种通讯方式。

电报、电传、传真这三种“数据电文”也主要被用作通讯方式。它们很大程度上是为了克服以信件为代表的传统通讯方式的局限，使信息由一方快速传递到另一方。它们与信件的最大不同，主要是信息的媒介方式（传递方式）与传递速度，而不是信息的表现形式。从表现形式上看，电报、电传与传真最终都必须将信息附载、体现于书面之上。这也是合同法第 11 条将它们规定为书面形式的主要原因。电子数据交换主要是一种新形式的交易——电子商务，它强调的不是一方当事人以电子信息向对方发送要约或承诺，而是当事人各方借助电子数据交换系统（计算机软件）以电子形式自动达成交易。如果将一方当事人按照规定标准向电子数据交换系统输入交易信息并予以发送看作要约，那么他方当事人计算机的自动回复，则构成承诺。在此种缔约情形下，电子数据交换也可以看作一种意思表示（要约、承诺）的新形式——数据电文。但是，合同法第 16 条第 2 款与第 26 条第 2 款主要是在信息传递方式上规定数据电文的。电子邮件是一种纯粹的电子通讯方式，相比于信件、电报、电传、传真等通讯方式，它不仅可以传递包括文字、数字、图像、声音在内的各种形式的信息，而且在信息发送、传输与接收上完全以电子为形式，不需要借助传统的纸质文书。

合同法第 11 条列举的几种书面形式中，严格地讲，只有合同书可以堪当合同或协议的书面形式，信件、电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件只是缔约意思表示（要约、承诺）或要约邀请的形式，因为它们只能由一方向他方单向地传递信息。合同法第 16 条、第 24 条、第 26 条实际上非常明确地将数据电文或信件、传真等规定为要约、承诺的发送方式。另外，电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件的共同之处，只是皆需借助电子传递信息，在信息接收上，只有电子数据交换和电子邮件表现为电子形式，而电报、电传、

〔15〕 参见前引〔5〕，弗卢梅书，第 294 页。

传真则以传统的纸质文书为形式。根据电子签名法（2015 年修正）第 2 条第 2 款，[16] 合同法第 11 条列举的五种数据电文中，只有电子数据交换与电子邮件才属于数据电文，其他三种实质上是以电子手段发送的文书。把电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件统称为数据电文这一事实充分说明，合同法第 11 条实质上并非立足于意思表示或合同的形式来规定电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件的。因此，合同法第 11 条关于书面形式的规定，是一种极易令人误解的不恰当规定。

总之，所谓“采取合同书形式订立合同”，不能从缔约过程上予以理解，而应从缔约结果上将其解释为“合同采取（约定的或法定的）合同书形式”。同样地，所谓“采取书面形式订立合同”，应理解为“合同采取（约定的或法定的）书面形式”。

（二）书面形式与合同书

在我国现行法上，书面形式实际上是口头形式、其他形式之外一切以文字为表达方式的民事法律行为形式。它既可以纸张为载体，又可以电子数据（数据电文）为表现形式（电子签名法第 4 条）。符合书面形式的纸质文书有合同书、结婚证、遗嘱公证书、保险单或者其他保险凭证等。因此，书面形式是一个外延宽泛的法律概念，合同书只是书面形式的形态之一。

判断一份书面文件是否为合同书，不可只看其名称，而应依据其内容。法律并未要求合同书须有名称，只要文件内容记载了当事人之间达成的合意事项，包括了构成一种合同的必要条款，就是合同书。反之，虽然具有合同书或协议书之名，但文件内容并非当事人之间达成的合意，或者并未包括一种合同的必要条款，也不是合同书。另外，当事人在缔约过程中形成的各种文件，如意向书、议事录、备忘录等，如果其内容足以构成合同，也应看作合同书。[17] 最高人民法院对合同的书面形式的认定采纳了内容重于形式的判断方法。[18] 不宜对合同书与书面形式作任何咬文嚼字的形式区分。

因此，如果不是局限于合同订立的某一个方面（如关于某一条款的单独磋商），而是整体地看待合同的订立尤其是合同订立的结果（合同成立），“采用合同书形式订立合同”与“采用书面形式订立合同”，其实是以不同用语或概念表达同一意思：合同采取签署书面协议的方式订立。历史地看，三部旧合同法均使用了“书面形式”的概念，并没有采用“合同书”这种表达。“合同书”是合同法征求意见稿创造出来的用法。[19]

---

〔16〕 该款规定：“本法所称数据电文，是指以电子、光学、磁或者类似手段生成、发送、接收或者储存的信息。”

〔17〕 参见前引〔13〕，梁慧星书，第 264 页。

〔18〕 最高人民法院在审理一起合同纠纷时认为：“本案中的座谈会纪要是一份书面文件，可以作为体现合同内容的书面形式，至于其名称是否称为‘合同’，对于该文件是否构成一份合同，并没有实质的决定意义。座谈会纪要虽然并未自称为合同，且通常只是记录会议或磋商谈判的过程和所达成的原则性意见，但如果其内容涉及当事人之间设立、变更或终止民事权利义务关系，是各方当事人的一致意思表示，该意思表示的内容具体明确，具有可执行性，当事人并无排除受其约束的意思，则具备了民事合同的要件，可以构成一份法律上认可的合同。”参见中国葛洲坝集团股份有限公司与海南中汇油品储运股份有限公司、海南中汇宏基实业投资有限公司合同纠纷案，最高人民法院（2016）民终 470 号民事判决书。

〔19〕 1995 年 1 月的合同法试拟稿第 28 条将“书面”定义为，包括信件、电报、电传及传真，以及一切可以保留所载信息并能够被有形复制出的方式。1997 年 5 月 14 日的合同法征求意见稿第 7 条第 2 款规定：“书面形式包括合同书以及信件、电报、电传和传真等可以有形地表现所载内容的形式。”1998 年 8 月 20 日的合同法草案在界定书面形式时使用了“合同书”用语。参见前引〔6〕，全国人大常委会法制工作委员会民法室编著书，第 22 页，第 114 页，第 174 页。

那么，能否将要约、承诺皆采取书面形式而合同最终未表现为合同书形式的合同订立情形，归入合同法第 36 条“采用书面形式订立合同”的规定之中，并据此认为第 36 条具有独立规范价值？答案是否定的。理由在于：第 36 条的适用前提是“法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同”，即法定或约定的形式强制。根据合同法分则及其他法律、行政法规关于某某合同“应当采取书面形式”的具体规定，法定的形式强制仅以合同为对象，与缔约意思表示（要约或承诺）无关。合同法第 197 条、第 215 条、第 238 条、第 270 条、第 276 条、第 330 条、第 342 条关于某某合同“应当采用书面形式”的规定，即是如此。[20] 就法理而言，作为合同自由之例外的形式强制，应仅限于合同的形式，要约、承诺的形式应完全由当事人自由选择，这样才更有利于维护或者增进合同自由。

据上分析，合同法第 32 条、第 35 – 37 条规定之间的适用关系可以作如下解析：第一，第 32 条规定的“自双方当事人签字或者盖章时合同成立”，不仅适用于第 32 条自身规定的“当事人采用合同书形式订立合同”的情形，而且适用于第 36 条规定的“采用书面形式订立合同”的情形。由于书面形式完全可以涵盖合同书形式，第 32 条的适用前提可修改为“合同采用书面形式订立的”。第二，第 35 条规定的“双方当事人签字或者盖章的地点为合同成立的地点”，在适用前提上并不限于本条规定的“采用合同书形式订立合同”，也可适用于“采用书面形式订立合同”的情形。从立法上讲，将第 35 条的适用前提修改为“合同采用书面形式订立的”比较合理。第三，在合同书形式只是书面形式适用于合同时的一种别称的情况下，第 36 条与第 37 条分别确立的“履行治愈形式瑕疵”规则，可以作出完全一样的解释，它们在立法论上构成重复规定。

三、书面形式的构成要件及约定书面形式的法律适用

虽然我国民法向来较为重视规定合同的形式，但是对于记载合同条款或内容的文书在何种条件下可以构成合同的书面形式（合同书），合同法及其他民事法律至今缺乏明确规定。如何认定“当事人未采取书面形式”订立合同（合同法第 36 条），也无明确依据。合同法第 36 条看似从另一方面间接地表明，签字或者盖章是合同书形式的构成要件，但合同法第 32 条则明确将签字或者盖章限定在合同成立时间的范畴内——“自双方当事人签字或者盖章时合同成立”。由学理解释看，多数人也将第 32 条当作关于合同成立时间的规定。[21]

然而，法院并没有纯粹从合同成立时间上理解第 32 条。例如，最高人民法院在审判中认为：合同法第 32 条“确认了当事人达成合意的外在表现形式为签字或者盖章”，“经当事人签字或者盖章的合同应该是当事人达成合意的体现，对双方当事人具有法律拘束力”；[22]“签字盖章的效力是表明合同内容为签字或盖章当事人的意思表示，并据以享有合同权利、

〔20〕 我国现行法关于合同形式的强制性规定，存在三种表达方式：一是规定某某合同应当采用书面形式，如合同法第 215 条、第 238 条、第 270 条、第 276 条、第 330 条、第 342 条的规定。二是规定某种交易应当签订书面合同，如城市房地产管理法第 15 条、第 41 条、第 50 条规定，土地使用权出让、房地产转让及房地产抵押，应当签订书面出让、转让、抵押合同。三是规定应当采取书面形式订立某某合同，如物权法第 138 条、第 144 条、第 157 条、第 185 条、第 210 条。

〔21〕 参见前引〔4〕，韩世远书，第 159 页；前引〔4〕，胡康生主编书，第 64 页；王利明：《合同法研究》第 1 卷，中国人民大学出版社 2015 年版，第 324 页；前引〔7〕，吴汉东等主编书，第 490 页。

〔22〕 参见申诉人唐兰与被申诉人程永莉房屋买卖合同纠纷再审案，最高人民法院（2012）民抗字第 55 号民事判决书。

履行合同义务，尤其具有使合同相对人确信交易对方、从而确定合同当事人的作用”。[23] 这些裁判意见明显将签字或者盖章理解为当事人对合同内容（条款）的同意。按照“要约—承诺”缔约方式，在先的签字或者盖章就是一种要约，在后的签字或者盖章则可看作对要约的承诺。在此理解下，相比于合同法第 25 条确立的“承诺生效时合同成立”规则，第 32 条的独特规范价值何在？显而易见，以作为“要约—承诺”规则基础的同意主义理解签字或盖章的价值，会使第 32 条在体系上陷入规范无用论或重复规定论的泥沼。

（一）书面形式的构成要件

书面形式是合同法实现形式强制的基本凭借。形式强制要想在规制合同的形式上发挥规范功能，就必须对书面形式的构成要件与不遵守该构成要件的法律后果作出明确规定。

合同是民事法律行为的典型形态，合同的形式可在民事法律行为的形式之下获得最为清楚的阐述。民事法律行为是通过意思表示设立、变更、终止民事法律关系的行为（民法总则第 133 条）。意思表示是民事法律行为的核心。所谓意思表示，是旨在达到某个法律后果的私人的意思表达。[24] 从客观构成（“表示”）上看，每个意思表示的前提条件原则上是实际的表示行为，即表意人必须公开表明其意思。语言、文字的或自动化的（如电子邮件）表示，以及所有其他行为，如点头、摇头、用手指表示买卖价格、撕碎合同草案等，甚至法定或约定的沉默，皆可作为公开表明意思的工具。[25] 民法通则、合同法、民法总则将意思表示的这些客观表达方式概括为“书面形式、口头形式或者其他形式”。据此，民事法律行为的形式实质上就是意思表示或意思表示一致在客观构成方面的现象形态。民事法律行为作为一种交往工具，必须具备最低限度的可被理解的外在形式。至于某种民事法律行为到底应采取哪种形式，在意思自治（合同自由）原则确立之后，原则上由当事人自由决定。

然而，即使在意思自治最为鼎盛的时期，形式自由也没有普遍适用于一切合同，对于某些合同类型，近现代以来的民法亦例外地确立了形式强制制度。民法通则第 56 条第 2 句、合同法第 10 条第 2 款及民法总则第 135 条后段皆以转介性规定的立法技术，一般性地认可了形式强制制度。形式强制之目的，是为了“达成一定法律政策上之保护目的（保护性方式，Schutzform）”，而不像古代法那样以形式“创造法律行为效力（效力性方式，Wirkform）”。[26] 效力性方式与保护性方式亦被称作绝对形式与目的形式。绝对形式是指法律行为完全基于形式而存在，未遵守形式则不存在法律行为；目的形式是指形式只是达到各种目的的手段，它构成相对独立于形式的法律行为的表征，形式不再由行为来决定，而是由形式所追求的目的所决定。[27] 在目的形式思维下，未遵守法定形式的法律行为仍然可以被视为法律行为，只是该法律行为因欠缺形式而无效。

绝对形式与目的形式存在本质性差异。绝对形式不能容忍来自任何方面的限制，否则

〔23〕 参见河北胜达永强新型建材有限公司与中信银行股份有限公司天津分行、河北宝硕股份有限公司银行承兑汇票协议纠纷二审案，最高人民法院（2007）民二终字第 35 号民事判决书。

〔24〕 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》，张艳译，中国人民大学出版社 2012 年版，第 68 页。

〔25〕 参见［德］本德·吕特斯、阿斯特丽德·斯塔德勒：《德国民法总论》，于馨淼、张姝译，法律出版社 2017 年版，第 152 页以下。

〔26〕 参见王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社 2009 年版，第 242 页；前引〔5〕，弗卢梅书，第 284 页以下。

〔27〕 参见前引〔5〕，弗卢梅书，第 284 页以下。

它就不再属于绝对形式。反之，当形式要件成为服务于特定目的的手段时，就出现了是否可以基于其他目的而限制旨在达到特定目的而规定的形式要件的问题。[28] 因此，作为法律行为之根基的意思自治与作为法定形式之政策目的的保护主义之间的权衡，成为决定法定形式的样态（合同书、公证书等）与法定形式适用范围的基本标准。除汇票、本票和支票仍采取绝对形式外，现代民法形式强制的构成、形态等应当权衡意思自治与保护主义而予以阐释。

从立法技术上讲，作为形式自由之例外的形式强制，必须存在明确的法律规定。就合同而言，这种规定至少应包括三方面内容：一是形式强制的合同类型，即哪些合同应采取法定形式订立。鉴于形式强制的例外性，法律需要结合特定合同类型予以明确规定。二是法定形式的基本形态，即法定形式主要表现为哪种或哪几种形式。这主要为了体现保护目的、保护程度的差异性。有的合同仅需要采取合同书形式，有的合同可能要求采取公证书形式。三是各种法定形式形态的构成要件，即各种法定形式形态在构成上具有哪些共性与差异。第一方面的内容应由合同法分则或涉及典型合同的法律予以规定，合同法总则或民法总则无法作出具体规定。后两方面的内容是形式强制普遍涉及的基本问题，是形式强制的一般性规则，应由民法总则或合同法总则加以明确规定。遗憾的是，在规定形式强制上，合同法和民法总则反其道而行之，不规定后两方面的内容，而偏好于规定第一方面的内容。

由比较法看，德国民法典和瑞士债法典对书面形式的基本构成皆作了明确规定，受德国、瑞士民法影响的我国台湾民法对书面形式亦有简要规定。分析、总结这些规定对于完善我国法律，不无裨益。根据德国民法典第 126 条，书面形式为法律所规定的，证书必须由做成证书的人以亲笔签名或借助于经公证认证的画押加以签押；在合同的情形下，双方当事人的签押必须在同一证书上为之；合同被做成一份以上内容相同的证书的，当事人任何一方在为另一方而指定的证书上签押即已足够。瑞士债法典第 13 – 15 条规定：依法须采用书面形式的合同，应由负担合同义务的全体当事人签名。签名应由合同当事人亲笔书写。通过机械方式复制的签名，仅在该复制为习惯所允许，特别是被用于大量发行的有价证券时，才被承认。盲人的签名，仅在该签名已经被正式认证或者被证明系盲人在签名之时知悉合同条款的，才对该盲人有拘束力。不能签名者，得以被正式认证的自书符号或者被认证的表示代替签名，但关于汇票签名的规定不受影响。我国台湾民法第 3 条规定：“依法律之规定，有使用文字之必要者，得不由本人自写，但必须亲自签名。如有用印章代签名者，其盖章与签名生同等之效力。如以指印、十字或其他符号代签名者，在文件上，经二人签名证明，亦与签名生同等之效力。”由这些规定看，法定书面形式一般需要满足两项要求：文书与签名。文书指记录信息、表达意图的文字材料，对于其制作和样式，德国民法典与瑞士债法典未作任何限制性规定。德国学说认为，“文书可以任何方式做成，它既可以是手写的也可以是机打的，既可以是印刷的也可以是以其他方式做成的。”[29] 我国台湾民法所作“得不由本人自写”的规定，实质上旨在明示文书可自由为之。[30] 鉴于此，法定书面形

〔28〕 参见前引〔5〕，弗卢梅书，第 287 页。

〔29〕 同上书，第 292 页。类似观点参见［德］卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》下册，王晓晔等译，法律出版社 2003 年版，第 558 页。

〔30〕 参见施启扬：《民法总则》，台湾三民书局 2009 年版，第 84 页以下；邱聪智：《民法总则》上，台湾三民书局 2005 年版，第 111 页。

式的构成集中体现为一个要件：签名。[31] 签名原则上由当事人亲笔在文书上签署自己的姓名或名称，例外情况下可以其他方式替代签名。德国、瑞士及我国台湾在亲自签名的替代方法上，设置了一些各具特色的规定。

更值得一提的是，在德国学者看来，德国民法典第126条规定的签字要件无须从时间上去理解，应关注的是，其在文本空间上必须处于什么位置。对此，应从签字的功能上加以解释。除书面形式所具备的一般性保护和证据功能外，亲笔签名还有约束功能、真实性功能和识别功能。具言之，签名是文本的空间上的结束，并由此划分了哪些内容被列入签名人的意思（结束功能，Abschlussfunktion）。签名应该可以使签名人清晰地被辨认（识别功能，Identitaetsfunktion），并且通过文本和亲笔签名在空间上的联系，确保相应表示的确源于签名人（真实性功能，Echtheitsfunktion）。[32] 因此，德国判例和学说谈及签名时，一般皆会强调：签名须置于文本或文件下方，并且覆盖整个文件。事后对文件所作的补充，通常必须重新签字，除非这些补充的东西——如因处于文件的两侧——看上去仍然属于已经签字的文件的组成部分。[33] 如果签名被置于文本的开端，或者只在封面或信封上被完成，结束功能和真实性功能无法得到保障。[34] 另外，签字并非必须在真正意义上是可读的，但它必须显示出可以明确归到表意人且无法被轻易模仿的个性特征。德国通说认为，即使签署的是一个假名，只要这个假名能够指明文件的制作人，这种签名也符合要求。[35]

当法定书面形式由电子形式替代时，德国民法典第126a条要求采用电子签名，瑞士债法典第14条新增（2003年）第2款规定，电子签名视同亲笔签名。

虽然我国现行法没有对书面形式的构成要件作出明确规定，且学界也很少对此加以研究，但我国民商事交易实践实际上采纳与德国民法几乎相同的做法。空白签字合同书的广泛使用即对此提供了良好例证。[36] 然而，迥异于德国法的是，合同法第32条主要将签字或者盖章限制在时间意义上，即决定合同成立的时间。造成这种差异的根本原因在于：在德国法上，法定书面形式决定着法律行为（合同）的效力而不是其成立，不遵守法定书面形式的，法律行为无效；而在我国，法定书面形式是合同的成立要件，不遵守法定书面形式，合同原则上不成立。在书面形式被规定为合同成立要件的情况下，签字或者盖章顺理成章地承担了较为复杂的规范意义：一是签字或盖章意味着表意人对合同内容的同意，双方当事人在同一合同文书上签字则意味着意思表示的合致；二是签字或者盖章的时间决定着合同成立的时间；三是签字或者盖章具有标识合同当事人的功能。[37] 然而，《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）》（以下简称“合同法解释二”）

〔31〕 德国学者梅迪库斯解释德国民法典第126条的规定时认为，书面形式是“最弱的”法定形式，根据第126条第1款的规定，行为人只要亲笔签署姓名即可，而不需要亲笔书写有关文件。参见前引〔7〕，梅迪库斯书，第463页。

〔32〕 参见前引〔25〕，吕特斯等书，第345页。

〔33〕 参见前引〔7〕，梅迪库斯书，第463页；前引〔5〕，弗卢梅书，第292页以下。

〔34〕 参见前引〔25〕，吕特斯等书，第345页。

〔35〕 参见前引〔7〕，梅迪库斯书，第464页；前引〔25〕，吕特斯等书，第345页。

〔36〕 德国学者认为：“为了履行书面形式要件，签署无须在文书做成之后进行，换言之，它也可以空白署名的方式进行。在商务实践中，空白文书发挥着巨大的作用。”前引〔5〕，弗卢梅书，第295页。

〔37〕 参见前引〔23〕。

第 5 条第 1 句所作“当事人采用合同书形式订立合同的，应当签字或者盖章”的规定，明显倾向于把签字或者盖章看作书面形式的构成要件。这反映出，关于签字或者盖章的规范意义，法院越来越务实地把它当作书面形式的构成要件。

（二）约定书面形式的法律适用

在形式自由原则下，缔约当事人可以约定合同应采取书面形式。问题是，当存在书面形式的约定时，该种书面形式在构成上应否遵守关于法定书面形式的规定呢？由合同法第 32 条与第 35 – 37 条的规定看，合同法对法定的与约定的书面形式采取了一体处理的方法；由司法判决看，法院在适用第 32 条与第 35 – 37 条时也没有对法定的与约定的书面形式作出明确区分。[38]

由比较法看，德国民法典采纳了原则上将法定形式与约定形式予以一体处理，但适当放松约定形式要求的立法选择。这在约定形式的构成与未遵守形式强制的法律效果上皆有突出表现。在法律效果上，德国民法典第 125 条对法律行为“因形式瑕疵而无效”统一规定为：“欠缺法律所规定的形式的法律行为，无效。有疑义时，法律行为所定的形式的欠缺同样导致无效。”据此，未遵守约定形式的，仅在当事人对此产生疑义时，发生法律行为无效的后果；如果当事人对未遵守约定的形式没有疑义，法律行为的效果应取决于当事人的意思，即应通过解释当事人的意思予以确定。当事人打算将约定形式作为法律行为的生效前提时，法律行为在形式被遵守时方能生效（决定性效果），不遵守形式约定的，无效；如果当事人打算将约定形式作为保障证据的方式，形式只是为了保障证据（宣示性效果），不遵守形式并不会损害合同的效力。另外，形式约定可以随时被双方明示或默示地撤销。[39]

德国民法典第 127 条亦对约定形式在构成上作了明确规定。原则上，当事人对约定的形式发生疑义时，适用德国民法典关于书面形式的规定。只要当事人愿意或同意，他们可以提高或降低书面形式的要求，如可以放弃亲笔签名。但是，除非当事人另有不同意思，电报传送即足以满足意定书面形式要件；就合同而言，仅书面往来即足以满足书面形式，换言之，无须像法定书面形式所要求的那样，双方当事人必须在同一份文书上予以签署，或每一方当事人都必须签署为另一方当事人所准备的涵盖整个合同的文书。[40] 对于遵守法律行为所定的电子形式，以不能认为另有意思为限，第 126a 条所规定的电子签名以外的电子形式亦已足够；并且，在合同的情形下，交换分别被加上电子签名的要约表示与承诺表示亦已足够。

我国台湾民法仅对不遵守约定形式的法律后果作出了明确规定（第 166 条），没有对约定形式在构成上作出规定。关于我国台湾民法第 3 条能否适用于约定的形式，学者存在不同意见。多数学者认为，约定的形式如何作成，应依当事人的约定，当事人无约定的，就书

〔38〕 参见大庆市金海力电子技术服务有限公司与北京移讯网达广告有限责任公司买卖合同纠纷案，最高人民法院（2015）民申字第 921 号民事裁定书；前引〔22〕，最高人民法院（2012）民抗字第 55 号民事判决书；沈阳鸿才建筑劳务有限公司、南京中贸商业地产集团建设有限公司建设工程施工合同纠纷案，最高人民法院（2017）最高法民申 1245 号民事裁定书。

〔39〕 参见前引〔24〕，布洛克斯等书，第 205 页。

〔40〕 弗卢梅认为：“就自由选择的书面形式而言，如果按照交易习惯，在表示下方以机械复制或印刷复制形式进行的签署也可以充分记载所作出的表示，则没有必要亲笔进行签署。”前引〔5〕，弗卢梅书，第 292 页。

面形式而言，可类推适用第 3 条关于法定要式行为的规定。[41] 少数学者则或认为可直接适用第 3 条（直接适用说），或认为应在尊重当事人意思的前提下直接适用第 3 条（限制的直接适用说）。[42]

总之，对于约定的形式，其构成要件与法律效果原则上依当事人明定的或解释的意思而定，如当事人另无他意，可像德国民法典第 127 条规定的那样，直接适用关于法定书面形式的规定。合同法采取的统一规定法定与约定书面形式的做法，总体思路是可取的，但由于忽视了约定形式的特殊性，需要进一步厘清思路、细化规则。

四、不遵守书面形式的法律后果

法律对合同形式的强制，突出体现在不遵守法定或约定的书面形式的法律后果上。从比较法上看，不同国家或地区关于不遵守书面形式之法律后果的规定，虽然各有特色，但相似之处也相当明显：在规范思想上区别对待不遵守法定与约定的书面形式。不遵守法定书面形式的，原则上无效，例外地允许履行治愈或补正形式瑕疵。不遵守约定书面形式的，应首先依当事人的意思确定法律行为的效果；如当事人另无他意，法律行为无效（德国法），或者合同不成立（我国台湾民法）。合同法在规定不遵守法定或约定书面形式的法律后果上特色相当鲜明：不对法定形式与约定形式作出区分，只是概括规定，未采取书面形式或合同书形式的，合同不成立，但一方已经履行主要义务，对方接受的，合同成立（履行治愈形式瑕疵）。合同法施行以来，这种概括性规定的不合理性受到越来越多研究的批判。[43] 考虑到民法总则在民事法律行为的成立与生效上的新发展，合同法的独特规定值得深入反思。

历史地看，在三部旧合同法鼎立的时期，虽然法律缺乏具体规定，但法院判决明确将不遵守法定书面形式当作合同无效的一项重要事由。由于当时合同法规定的有名合同及涉外经济合同皆属于要式合同，所以不遵守书面形式则一律无效的极端做法，对社会经济发展造成了相当大的消极影响。鉴于此，1997 年 5 月 14 日的合同法征求意见稿以放开对合同形式的限制为思想指导，[44] 在坚持不遵守法定形式则合同无效的原有做法下，对法定书面形式在适用前提与法律后果上作出两大改进：一是仅规定“涉外经济贸易合同、不动产转让和租赁合同以及法律规定应当依书面形式订立的合同，应当采取书面形式”（第 7 条）；二是规定，“法律规定应当采用书面形式的合同，当事人未采用书面形式但已经履行义务的，视为合同有效”（第 28 条第 1 款）。1998 年 8 月 20 日的合同法草案在规定法定书面形

〔41〕 参见胡长清：《中国民法总论》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 52 页，注释［1］；前引〔30〕，施启扬书，第 85 页；前引〔26〕，王泽鉴书，第 60 页。

〔42〕 参见前引〔30〕，邱聪智书，第 114 页以下。

〔43〕 参见朱广新：《论违背形式强制的法律后果》，《华东政法大学学报》2009 年第 5 期，第 23 页以下；杨代雄：《合同的形式瑕疵及其补正——〈合同法〉第 36 条的解释与完善》，《上海财经大学学报》2011 年第 6 期，第 47 页；朱晓喆：《论民事法律行为的形式——〈民法总则〉第 135 条评释》，《法治现代化研究》2018 年第 2 期，第 154 页。

〔44〕 参见杨明仑：《从合同法试拟稿到征求意见稿——〈中华人民共和国合同法（征求意见稿）〉介绍》，载前引〔6〕，全国人大常委会法制工作委员会民法室编著书，第 104 页。

式的适用范围和法律后果上采纳了征求意见稿的思路。[45] 然而，合同法最终却将不遵守法定书面形式的法律后果由合同的效力一章前移至合同的订立一章，并对其作出重大修改，如区分书面形式和合同书形式、将“合同有效”修改为“合同成立”等。为何作出这么大的改动，立法者事前与事后皆未作任何说明。综合来看，合同法关于违背形式强制的法律后果的规定，存在明显弊端，以下从两个方面加以分析。

（一）不遵守书面形式则合同不成立的立法模式

合同法第 36 条、第 37 条关于履行治愈形式瑕疵的特别规定，实际上从反面对不遵守书面形式的法律后果——合同不成立——作出了规定。相比许多国家或地区采取的合同无效模式，这种合同不成立模式至少存在如下弊端。

1．意思自治受到严重抑制且被交易机会主义所裹挟

在合同（合意）本可以口头形式或其他形式表现出来的情况下，将书面形式规定为合同成立的要件，无非是想表明，合同成立与否的决定性因素不是当事人的合意，而是作为合同形式的书面形式。在此立法模式下，尽管当事人之间事实上达成了合意，但如果该合意没有穿上法定或者约定的书面形式的外衣，合同就不能产生。在书面形式的这种决定性制约下，尽管可以认为没有当事人之间的合意，书面形式完全是无本之木、无源之水，但是从合同成立甚至合同生效的意义上看，意思自治实际上遭到了书面形式的严重抑制。合同的效力与其说源于当事人的自主意思，毋宁说来源于书面形式。这难免会对交易产生如下消极影响：合意达成之后，如果市场行情或交易状况发生了不利于一方当事人的变化，该当事人会合乎理性地拒绝在合同书上签字或者盖章，或者，可以采取拖延战术视市场行情或交易状况变化情况而决定是否在合同书上签字或者盖章。在此情况下，书面形式会成为一方当事人防范市场风险、滥用对方信赖的一种合法工具。[46] 当双方交易机会均等时，书面形式滋生的交易机会主义会使合同的订立陷入不确定性之中。

另外，由交易实践看，此种合同成立模式还催生出大量违背诚信的虚假缔约行为——“倒签”合同，即当事人将签字或者盖章的时间提前到协议真正达成之前的某一天或某一时刻，使合同书上的合同成立时间与真实的合同成立时间完全背离。

2．严重限制“要约—承诺”规则的适用范围

“要约—承诺”本来适用于以对话方式及非对话方式进行的各种合同缔结情形，将书面形式规定为合同成立要件之后，合同的成立只能以当事人在同一合同书上签字或者盖章而进行判断，而不能按照承诺生效时合同成立的规则予以判断。在此情况下，关于合同的成立，实际上确立了两种判断标准：[47] 一是应当采取书面形式订立的合同，其成立按照签字或者盖章的规定予以确定；二是对于无须采取书面形式订立的合同，其成立按照“要约—承诺”规则予以确定。这两种标准无论在理论上还是实践上并非完全泾渭分明。当一方以拟定的合同文本向对方发出订立合同的意思表示，对方通过签字或盖章而予以完全接受时，这种缔约过程既可以“要约—承诺”规则予以分析，又可以签字或者盖章规则予以分

〔45〕 参见杜涛：《从合同法征求意见稿到合同法草案——〈中华人民共和国合同法（草案）〉介绍》，载前引〔6〕，全国人大常委会法制工作委员会民法室编著书，第 162 页以下。

〔46〕 参见前引〔7〕，梅迪库斯书，第 461 页。

〔47〕 参见前引〔4〕，韩世远书，第 159 页。

析。但是，在很多情况下，缔约过程并非如此简单明了，当事人往往需要反复多次、长时间磋商，才可能形成满足双方需求的合同文本。在此情况下，如果当事人一方最终拒绝在合同文本上签字或者盖章，当事人已经达成的合意就很可能因为合同法第 32 条的规定而不能产生合同成立的法律后果。

3．使法律规定之间产生严重冲突

合同成立模式还在法律规范体系上制造了严重的规范冲突。这种情况在拍卖法与合同法、物权法之间的规定上表现尤甚。对于以拍卖方式出让的建设用地使用权，根据物权法第 138 条第 1 款所作“当事人应当采取书面形式订立建设用地使用权出让合同”及合同法第 32 条的规定，建设用地使用权出让合同应自当事人在出让合同书上签字或盖章时成立。然而，根据拍卖法（2015 年修订）第 51 条、第 52 条，竞买人的最高应价经拍卖师落槌或者以其他公开表示买定的方式确认后，拍卖成交；拍卖成交后，买受人和拍卖人应当签署成交确认书。应如何理解该规定中的“拍卖成交”？如果将其理解为合同成立，显然与合同法的规定存在冲突，如果不理解为合同成立，则又偏离了买卖及拍卖的一般规则。最高人民法院对此亦无统一看法。在 2014 年终审的一起案件中，最高人民法院根据合同法第 10 条、第 36 条的规定对建设用地使用权出让合同的成立进行了认定。[48] 在 2015 年终审的一起案件中，最高人民法院认为，土地管理部门不属于拍卖法规定的拍卖企业，[49] 它组织实施的建设用地使用权挂牌、拍卖出让行为，不适用拍卖法的规定。当事人因挂牌出让活动所签署的《土地使用权交易成交确认书》和《国有土地使用权出让合同》的效力问题，应当依据合同法的相关规定进行审查认定。[50] 然而，在 2016 年终审的一起案件中，最高人民法院认为，一审法院依据拍卖法第 52 条作出“双方土地使用权出让合同关系成立”的判决是正确的。[51]

将建设用地使用权挂牌、拍卖出让排除在拍卖法的适用范围之外，根本于事无补。原国土资源部制定的《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》（2007 年修订）对建设用地使用权拍卖、挂牌交易作了与拍卖法相同的规定。[52] 对于建设用地使用权出让而言，“拍卖成交”与“自双方签字或者盖章时合同成立”是完全对立的两项规则。只有将不遵守法定形式（书面形式）规定为合同无效的一种法定事由，才能根除这种规则冲突。

从法律实效上看，把书面形式作为合同的成立要件，从而将对交易的管制提前到合同成立阶段，相比于不遵守书面形式则合同无效的立法模式，在保护缔约当事人利益上根本不会产生更佳的规范效果。虽然合同不成立与未生效或无效的法律后果皆统一表现为缔约责任，但换个角度看，将对交易的管制后撤到合同生效阶段，不仅不会损及管制的实际效果，反而非常有利于维护、促进合同自由，并将意思自治精神充分彰显出来 。

---

〔48〕 参见佟玲嫚与黑山县国土资源局、被上诉人黑山县人民政府建设用地使用权出让合同纠纷案，最高人民法院（2014）民一终字第 7 号民事判决书。

〔49〕 拍卖法第 2 条规定：“本法适用于中华人民共和国境内拍卖企业进行的拍卖活动。”

〔50〕 参见阳江市国土资源局与阳江市练达房地产开发有限公司建设用地使用权出让合同纠纷案，最高人民法院（2015）民一终字第 143 号民事判决书。

〔51〕 参见四川省南充市鑫达房地产开发有限公司与南充市国土资源局、南充泰达置业有限公司建设用地使用权出让合同纠纷案，最高人民法院（2016）民终 187 号民事判决书。

〔52〕 例如，其明确规定“主持人落槌表示拍卖成交”（第 15 条）及“出让人应当向中标人发出中标通知书或者与竞得人签订成交确认书”（第 20 条）。

（二）履行治愈（补正）形式瑕疵的例外规定

为防止法定形式产生严苛的法律后果，德国民法典在确立“欠缺法律所规定的形式的法律行为，无效”的一般规则（第 125 条第 1 句）的情况下，也在土地所有权转让合同（第 311b 条第 1 款第 2 句）、赠与约定（第 518 条第 2 款）、担保表示（第 766 条）等个别情形例外地承认，形式瑕疵可以由履行被治愈或补正。德国学者认为，补正主要是基于法律安全理念的考虑，从上述规定中无法得出通过履行补正形式瑕疵的一般性原则。[53] 我国台湾民法在作出“法律行为，不依法定方式者，无效”的一般规定之时，本来没有像德国民法典那样在个别典型合同中确立履行治愈形式瑕疵的特别规则。但其在 1999 年修订债法时增设第 166 条之一，创设了一种履行治愈形式瑕疵的特例，即未经公证人公证的不动产负担行为，系属无效，但如当事人已合意为不动产之移转，设定或变更完成登记者，仍为有效。由上述立法例可以看出，履行治愈形式瑕疵只是为个别典型合同确立的一种特别规定，而非可以适用于一切要式合同的一般规则。

然而，我国合同法第 36 条、第 37 条却一般性地规定，当事人未采取书面形式订立合同，但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。比较看来，该规定至少存在两方面缺陷。

1．违背法理且不符合法律逻辑

履行治愈形式瑕疵必须以合同（合意）已经存在为前提，如果合同尚未成立（不存在），权利与义务无从发生，何谈履行？对于合同法第 36 条、第 37 条而言，在书面形式为合同成立要件的前提下，如果书面形式尚不具备或存在瑕疵，则不可能存在合同，至多存在初步协商意见或意向书，合同上的权利与义务更是不可能发生。在此情形下，所谓“一方已经履行主要义务”，既有违法理又不符合法律逻辑。

2．消解了形式强制的规范意义

虽然履行治愈形式瑕疵规则建立在自签字或盖章时合同成立的一般规则之上，但由于其不是仅适用于个别典型合同，而是普遍适用于一切应采取书面形式订立的合同，所以其具有一般规则的体系地位和功能。基于此，对于形式强制制度，合同法实际上制造了一种非常奇特的立法现象：在明确规定书面形式是合同成立的要件之同时，又规定不遵守法定书面形式要件同样可以成立合同。这种完全对立的立法，使法定书面形式所欲实现的政策目的几乎无从实现。立法机关的内部人员对此解释为，“形式不是主要的，重要的在于当事人之间是否真正存在一个合同”；“双方当事人的签字盖章也只是形式问题，实质上应当追求当事人的真实意思”。[54] 此种观点明显经不起推敲。如果说形式不重要，那么法律为何非得确立形式强制制度？在合同尚未成立时，凭何判断双方当事人的“履行”与“接受”就是对“合同”的履行，而不可能属于非债清偿？[55] 在合同尚未成立时，如何能够确定双方当事人的“履行”与“接受”符合当事人的真实意思？当事人一方如果因操之过急、一时糊涂或受不正当影响而作出了“履行”，此种情形下的“履行”符合当事人的真实意思

〔53〕 参见前引〔24〕，布洛克斯等书，第 203 页。

〔54〕 参见前引〔4〕，胡康生主编书，第 68 页。

〔55〕 从比较法上看，奥地利普通民法典（2012 年 7 月 25 日修订）第 1432 条即在非债清偿范畴下规定，如果履行了仅因形式上的瑕疵而无效的债务，则如同某人明知不负担债务而履行一样，已给付的财产不能被请求返还。参见《奥地利普通民法典》，周友军、杨垠红译，清华大学出版社 2013 年版。

吗？显然，对于法定书面形式的意义和功能，立法者从不遵守法定形式则一律无效的一端完全滑向了形式无用论的另一端。以法定形式警惕、保护草率交易者，并为可能发生的交易纠纷提供必要证据，是法定形式的基本功能。完全依“履行”与“接受”的事实决定合同成立与否，这种“事实决定论”思维仅仅注意到了交易的结果，完全忽视了交易过程的正当性、合理性，更是将形式强制的规范功能踢到了一边。

结　语

合同法第二章（合同的订立）的诸多规定涉及合同的形式尤其是合同的书面形式。合同的形式在合同总则范畴下主要有三个值得规范的问题：一是对形式自由原则的确认；二是书面形式作为形式强制之手段应具备的构成条件；三是违反书面形式要求的法律后果。这三个问题在内在价值与外在构造上存在紧密的体系关联。虽然合同法明确认可了合同形式自由原则，但因受到原涉外经济合同法与技术合同法的影响，其对书面形式的构成及不遵守书面形式的法律后果明显缺乏系统思考。

合同是民事法律行为的典型形态。既然民法总则第135条已对民事法律行为的形式自由及其例外作出明确规定，民法典合同编没有必要再沿袭合同法第10条。第10条被废除之后，以该条为前提的合同法第11条因丧失存在基础，也应随同被废止。更为重要的是，在形式自由原则主导下，民法总则经由第134－136条的多维度设计建立了逻辑鲜明的民事法律行为自意思表示一致或作出时生效的一般规则，〔56〕由此将意思自治原则在民事法律行为制度中的支配地位充分凸显出来。“要约—承诺”模式是确定意思表示一致的基本工具。在此模式下，意思表示一致即为受要约人对要约的承诺；相应地，合同自意思表示一致时成立，即“承诺生效时合同成立”。因此，除非存在法定或约定的特别事由，或者发生不能以“要约—承诺”予以分析的复杂缔约情形，“要约—承诺”毫无疑问应当成为合同成立的基本规则。

签字或者盖章的规范意义是作为法定书面形式必不可少的构成要件，而不是决定合同的成立，更不是决定合同成立的时间。民法典合同编应立足于法定书面形式的构成要件规定签字或者盖章，并对亲笔签名、签名的替代方法（如摁指印）及电子签名作出区分性规定。为此建议将合同法第32条修改为：法律、行政法规规定合同应当采用书面形式的，当事人应当签字或者盖章。〔57〕签字应当由当事人亲笔签署。以摁指印替代签字的，应当由二人签字证明。〔58〕数据电文应采用电子签名方式，电子签名适用电子签名法的规定。

合同法第36条、第37条在法律政策、法学理论及法律逻辑上皆存在明显缺陷，废除这两条规定，于个别典型合同承认履行可治愈或补正形式瑕疵，是比较合理的选择。不过，

〔56〕 立法机关工作人员解释民法总则第136条时认为，民事法律行为的生效时间与民事法律行为的成立时间原则上是一致的。参见李适时主编：《中华人民共和国民法总则释义》，法律出版社2017年版，第425页。

〔57〕 “合同法解释二”第5条第1句规定，当事人采用合同书形式订立合同的，应当签字或者盖章。该规定明显将签字或者盖章规定为合同书形式的必要条件。

〔58〕 “合同法解释二”第5条第2句规定，当事人在合同书上摁手印的，应当认定其具有与签字或者盖章同等的法律效力。这一规定明显放松了书面形式的基本要求，当当事人出于各种原因非出于真实意愿摁手印时，以摁手印替代签字或者盖章会滋生不良社会现象。

第 36 条、第 37 条也隐含地提出一个值得重视的问题，即当事人为订立合同实施了一系列行为，以“要约—承诺”模式分析合同是否成立，存在一定难度。“合同法解释二”第 2 条事实上从“其他形式”的角度为此种缔约情形确立了一种合同成立方式。[59] 对此，合同编不妨参考《通则》（2010 年版）第 2.1.1 条的规定，将“合同法解释二”第 2 条吸收、修改为一种通过能够充分表明合意的行为确定合同成立的特别规定。

形式强制作为形式自由的例外，应当予以明确规定，否则，交易的安定性会遭受不测。不遵守书面形式的法律后果是形式强制制度的必要组成部分。相比于民法总则第 134 – 136 条确立的民事法律行为自意思表示一致时生效的规范体系，合同法第 36 条、第 37 条在理念上已明显落伍。建议将它们修改为：合同不遵守法律、行政法规规定的书面形式的，无效，但法律、行政法规另有规定的除外。不遵守当事人约定的书面形式的，无效，但当事人另有不同意思的除外。应将该规定安排在“合同的效力”一章。

Abstract: In principle, a contract takes effect at the time of its formation. The formation of a contract is a decisive procedure that determines whether and when the contract is legally binding. In addition to making specific provisions on the contracting mode of “offer-acceptance”, Chinese Contract Law also establishes some special rules for the formation of contracts that should be concluded in the written form, such as “the contract is formed when both parties sign or affix a seal on it”, or “if one party has performed its main obligation and the other party has received it, the contract is formed”. Systematically speaking, these rules not only have obvious defects in legal theory, legal logic and normative system, but also lead to such undesirable contracting phenomena as “reverse signing” of contract and trading opportunism in transaction practice. The main causes of the legislative defects are the lack of deep and systematic understanding of the relationship between freedom of contract form and form coercion, the normative significance of signature or seal, the constituent elements of statutory written form, and the legal consequences of non-compliance with written form. It is necessary for the Title of Contract in the Chinese Civil Code to construct a new normative relationship between written form and contract formation.

Key Words: formation of contract, form of contract, freedom of contract form, form coercion, written form

〔59〕“合同法解释二”第 2 条规定：“当事人未以书面形式或者口头形式订立合同，但从双方从事的民事行为能够推定双方有订立合同意愿的，人民法院可以认定是以合同法第 10 条第 1 款中的‘其他形式’订立的合同。但法律另有规定的除外。”