

《民法总则》与法律行为成立 之一般形式拘束力

金可可*

摘要 法律行为成立后、生效前之一般形式拘束力,基于自己责任之私法基本理念,在现行民法相关诸规定中多有体现,常为其隐含之基本立场。其亦具有减轻法律适用者论证负担的作用,且更能维护法之安定性。此外,其在比较法上亦不无依据。故对之应持肯认态度,《民法总则》第136条第2款、第119条均应解释为此种一般形式拘束力之规定。此种一般形式拘束力,亦具有体系辐射效应,在若干疑难问题之处理上可发挥积极作用。

关键词 法律行为 意思表示 成立 生效 拘束力

《民法总则》(下称《总则》)第136条第1款规定:“民事法律行为自成立时生效,但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”可见,其延续《合同法》第44条之规定,仍采法律行为成立与生效相区分之模式。^{〔1〕}法律行为成立与生效之区分,其正当性基础有二:

其一,法律行为之不成立与成立但不生效,法律效果有所不同。于此,通常认为:①法律行为若不成立,即不存在法律行为之法律事实;法律行为虽不生效但若成立,其作为法律事实

* 华东政法大学教授。本文系2014年度国家社会科学基金重大项目“中国民法重述、民法典编纂与社会主义市场经济法律制度的完善研究”(编号14ZDC018)、国家社科基金一般项目“电子支付民事法律问题研究”(编号14BFX164)之研究成果。本文写作过程中,本人的硕士生钟嘉儿、王吉中、孟大淇同学帮助查找了若干中文文献。本文之选题与写作,肇因并受益于与孙维飞教授、葛云松教授、薛军教授之学术交流,于此特表诚挚谢意。

〔1〕 此外,该款规定以“成立即生效”为基本规则,例外仅以法律另有规定或当事人另有约定为限,亦系借鉴《合同法》第44条之规定,并弥补其不足(因该条所规定的例外,仅包括法律对特别生效要件的规定,不能包括法律对一般生效要件的(负面)规定以及当事人的另有约定,此为其不足),符合私法自治之基本原理,应予肯定。

已然存在。② 正因如此,法律行为之补正、认许、转换,系以成立为前提,若不成立则均不能为之。〔2〕③ 此外,成立但无效之法律行为,于一定条件下,尚可在不当得利法或解除效果上继续发挥作用,〔3〕或作为法律上双重效力之基础。〔4〕

其二,法律行为成立后、生效前,亦具有独特之效力,与法律行为生效后之效力不同。一般认为,法律行为之生效,系依意思表示之内容而发生法律效果,此即所谓法律行为之意定效果,本文称为法律行为之实质拘束力。〔5〕但法律行为成立后、生效前,亦具有特有之效力,具体表现为:① 附停止条件或始期之行为,在条件成就或始期届至前,已可发生提前保护之效力。〔6〕② 可发生审批等行为义务。〔7〕③ 发生形成权,如效力待定合同之追认权、撤销权等。凡此种,均系为生效(发生意定效果,即上称实质拘束力)作准备之预备性法定效果,本文称为成立所生之拘束力。即此有疑问者,系成立所生之拘束力,除上述内容外,是否应承认行为之成立,尚有一种普遍的形式拘束力,即除法律另有规定或当事人另有约定外,任一方均不得单方变更或消灭之?

就此,逻辑上可有两种基本立场:① 惟有基于成立后生效前各具体情形的法律规定或诚实信用原则,可知当事人不得任意变更或反悔时,方肯认其有形式拘束力,其余情形均应否定

〔2〕 Vgl. *Manfred Wolf/Jörg Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl., 2016, § 28, Rn. 5; *Reinhard Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl., 2011, Rn. 404 f.; *Detlef Leenen*, BGB Allgemeiner Teil; Rechtsgeschäftslehre, 2011, § 6, Rn. 63, § 9, Rn. 278 ff.; *Helmut Köhler*, BGB Allgemeiner Teil, 38. Aufl., 2014, § 5, Rn. 6. 不同见解则认为,法律行为纵不成立,亦无妨令其作为转换、补正之基础:如王伯琦先生即持类似见解(参见王伯琦:“法律行为之无效与不成立”,载王伯琦著:《王伯琦法学论著集》,中国台北三民书局2000年版,第249页);又如就法律行为之要式,德国法上少数说认为其原则上是成立要件(Vgl. *Karl Larenz/Manfred Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., 2004, § 22, Rn. 5, 7.),其自亦认为此时仍得适用补正、转换、认许等规定。

〔3〕 Vgl. *Leenen*, a.a.O., § 6, Rn. 118, § 9, Rn. 275 ff. 另参见:赵文杰:“论不当得利与法定解除中的价值偿还——以〈合同法〉第58条和第97条后段为中心”,《中外法学》2015年第5期,第1176—1196页。如《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第5条第1款之规定,即其适例:“房屋租赁合同无效,当事人请求参照合同约定的租金标准支付房屋占有使用费的,人民法院一般应予支持。”

〔4〕 Vgl. *Leenen*, a.a.O., § 9, Rn. 273 f. 关于法律上之双重效力,常见者如无效法律行为之可撤销性参见王泽鉴:“无效法律行为之撤销”,载王泽鉴著:《民法学说与判例研究》(重排合订本),北京大学出版社2015年版,第284—286页;德国近来判例,尚承认在契约因悖俗无效时,消费者仍得行使无理由撤回权,以令其得依解除之规定(较诸不当得利更为有利)请求返还已支付之价金,参见本注所引 *Leenen* 书。

〔5〕 此系借鉴要约关于形式拘束力与实质拘束力之区分,以作说明。

〔6〕 如《民法总则》第159条、《合同法》第45条第2款所称条件成就或不成就之拟制,即为其效力之一。又如,此时享有条件或期限利益之债权人已可行使自助行为。再如,根据附停止条件或始期之法律行为性质不同,可发生债权或物权之期待权。

〔7〕 参见《合同法司法解释二》第8条之规定,另其第9条之规定则明确审批系合同之生效要件。另外一种解决方案,则是主张合同虽未生效,但不影响其中报批义务条款的效力,参见《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定(一)》第1条第2款。此外,在合同成立后、生效前阶段,当事人亦得负有保护义务,如《合同法》第43条所称之保密义务,但究其根源,此种保护义务系因缔约行为所生之先契约义务,在契约成立前亦有之,故非契约成立本身所致之效力。

之。^②法律行为成立后,原则上即应具有一般的形式拘束力,若有例外则需另有正当的理由与说明。此两种立场,应以何者为当?此系法律行为学说上之重大基本问题,本文即拟就此作一分析,以期抛砖引玉之效。

一、我国相关法条之沿革及其理解

(一)《总则》颁布前之规定

1.《民法通则》第57条规定:“民事法律行为从成立时起具有法律拘束力。行为人非依法律规定或者取得对方同意,不得擅自变更或者解除。”从文义上看,对行为成立之一般形式拘束力,似持肯认态度。但从该法颁布后的一些解读看,就此条仍有不同理解。一种观点认为,该条所称的法律拘束力,仅指符合第55条、第56条所称“实质条件和形式条件”而成立的法律行为,^[8]仅指生效后之效力。^[9]另一种观点则以附条件法律行为一经成立(纵未生效)即发生拘束力,为本条之说明,^[10]似将其理解为成立后之效力。但由于当时普遍区分民事法律行为与民事行为,认为唯有符合要件后发生效力的行为,方属民事法律行为,^[11]该条所称拘束力之内涵,应以第一种解读较为符合立法者之原意。

此外,当时的文献中,也多述及附停止条件的法律行为,虽未生效,但已成立,具有一定的拘束力,诸如不得恶意促使或阻碍条件成就;^[12]但似未将之扩展为法律行为成立后、生效前之形式拘束力命题,亦未将之置于此命题下进行讨论。

2.《合同法》第8条第1款改称“依法成立的合同,对当事人具有法律约束力,当事人应当按照约定履行自己的义务,不得擅自变更或者解除合同”,显然是将此种法律约束力理解为合同生效后之约束力,第2款所称“受法律保护”,也是指擅自变更或解除方应承担违约责任。^[13]

(二)《总则》之规定

《总则》第136条第2款,紧接于第1款“成立即生效”规则之后,文义上看,是指生效

[8] 参见中国政法大学民法教研室编:《中华人民共和国民法通则讲话》,中国政法大学出版社1986年版,李慧君执笔,第100—101页。

[9] 参见佟柔主编:《中华人民共和国民法通则简论》,中国政法大学出版社1987年版,蔡超行执笔,第127页;刘春茂主编:《民法通则基本知识》,工人出版社1987年版,刘雯执笔,第70—71页;沈关生、周强、岳志强:《民法通则与审判实践》,群众出版社1989年版,第56页。

[10] 参见唐德华、周贤奇等编写:《中华人民共和国民法通则讲话》,法律出版社1986年版,唐德华执笔,第60页。

[11] 参见顾昂然:《民法通则概论》,北京师范学院出版社1989年版,第69页;唐德华等,见前注[10],第57、59页;沈关生等,见前注[9],第56页。

[12] 参见(苏)诺维茨基:《法律行为·诉讼时效》,中国人民大学出版社1956年版,第51—53页。中国人民大学法律系民法教研室编:《中华人民共和国民法原理》(上册),1981年印刷,杨大文执笔,第64页。中国政法大学民法教研室书,见前注[8],第103页。唐德华等,见前注[10],第60—61页。

[13] 参见胡康生主编:《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社1999年版,第10—11页。

后之拘束力；但立法部门的同志则认为，其既指生效后之拘束力，也涵盖成立后生效前之拘束力（比如附停止条件、以登记为特别生效要件之情形）。〔14〕《总则》第 119 条：“依法成立的合同，对当事人具有法律约束力”之规定，则仅指成立并生效后之效力（需要履行的债务及其不履行的违约责任）。〔15〕概言之，《总则》第 136 条第 2 款亦承认成立具有一般之形式拘束力。

二、法律行为成立后、生效前一般形式拘束力之证成

（一）自己责任与意思表示、法律行为之一般形式拘束力

1. 基于自己责任之私法基本价值，人应为其自主行为负责

就意思表示而言，是指若无特别之规定或约定，表意人应受其意思表示之拘束，包括受其表示内容之拘束（实质拘束力），也包括不得任意变更、反悔（形式拘束力）。我国现行法上，《总则》第 141 条虽规定：“行为人可以撤回意思表示”，但为撤回规定了严格的要件：“撤回意思表示的通知应当在意思表示到达相对人前或者与意思表示同时到达相对人”；由此可见，仅在符合法律规定之例外要件（此处即撤回之要件）时，表意人方得不受形式之拘束，〔16〕故系采意思表示具有形式拘束力之基本立场。

2. 就法律行为而言，其形式拘束力之基础，依法律行为之种类而有不同

（1）在有相对人之单方法律行为，法律行为之成立仅需一个意思表示，〔17〕故在意思表示到达生效（《总则》第 137 条）从而令行为成立后，表意人仍就其意思表示受有形式拘束力（《总则》第 141 条），以此已足以令表意人就成立后、生效前之行为受有相同之拘束。故此时，行为成立本身并未发生一般形式拘束力，只是事实上因意思表示形式拘束力之继续作用，表意人（行为人）仍受有形式之拘束而已。如代理权授予行为原则上之可撤销性，实乃代理权授予意思表示之可撤销性，属于意思表示形式拘束力原则之例外规定。

（2）在无相对人之单方法律行为，因第 141 条撤回之规定仅适用于有相对人之意思表示，〔18〕故其行为成立后之形式拘束力，不能以本条作为基础，应另有依据。即此，我国《继承

〔14〕 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 426—427 页。

〔15〕 同上注，第 119 条，第 371 页。

〔16〕 又如《合同法》第 17、18 条要约之可撤回性、原则上之可撤销性，亦属形式拘束力之例外规定。此外，应注意的是，《总则》第 141 条的基本立场，似应理解为意思表示发出后，表意人即应受其拘束，如此方足以贯彻自己责任之理念。

〔17〕 即使单方法律行为之成立尚有特别成立要件，亦不影响此处所作分析。

〔18〕 德国民法上，撤回之相应规定，系直接规定于非对话意思表示（详德民第 130 条）。因无相对人之意思表示，因发出而生效，对话意思表示发出与到达必然同时，均不发生此处所称之撤回问题。Vgl. Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl., 2006, Rn. 293. Mansel, in: Jauernig Kommentar, 15. Aufl., 2014, § 130, Rn. 2 f. 可见，《总则》第 141 条亦应作相同的理解，其在立法技术上恐不无应受指摘之处。

法》第20条第1款规定：“遗嘱人可以撤销、变更自己所立的遗嘱”，^{〔19〕}据此可见，此类法律行为在成立后、生效前，亦具有一般之形式拘束力，系我国法之基本立场，否则对于遗嘱之不具形式拘束力即无须特作规定。

(3)在双方行为或共同行为情形，因行为之成立，意思表示(要约与承诺)均告消灭，^{〔20〕}第141条仅能说明有相对人意思表示之一般形式拘束力，于此已不敷用，^{〔21〕}行为成立所生之一般形式拘束力，亦须另有基础。决议行为情形，虽无要约、承诺之构成，但意思表示亦因行为成立而消灭，故上述分析仍得适用。笔者以为，既然有相对人之意思表示在意思表示阶段即有一般形式拘束力，而法律规定此种拘束力，无非是为法律行为之成立而作预备，故于其意思表示消融于法律行为后，表意人就其法律行为自亦应受形式之拘束力；若某要约到达就不能随意单方变更反悔，但在合同成立后、生效前，要约人反而可以随意变更反悔，显然有悖事理。^{〔22〕}

综上所述，法律行为成立后、生效前之一般形式拘束力，究其根本，系源于各表意人自己之行为；在双方或共同行为，即本系各意思表示，而非法律行为之整体。但在意思表示之相关规定不再能够适用的情形(如上(2)、(3))，纯就技术而言，却只能转化为法律行为之一般形式拘束力问题。

(二)法律行为成立后、生效前具体情形之考察

1.法律行为成立后生效前之具体情形

法律行为成立但尚未生效，自系因生效要件之不具备。据此，其具体情形可分为：①因一

〔19〕 德国法上的相应规定，参见德民第2253条以下。此外，德国就悬赏广告采单方行为说(我国《合同法司法解释二》第3条似将其作为合同处理，多有不妥，于此不赘)，故悬赏广告系无相对人之单方行为，就此，《德国民法典》(下称德民)第658条亦规定在行为完成前，悬赏人可享有撤回权；其撤回虽通常针对悬赏广告生效后，但举轻明重，在悬赏广告成立后生效前自亦得撤回。

〔20〕 设甲向乙为要约，A、B、C先后分别以乙之名义(均为狭义无权代理)向甲为承诺，此时若不认为要约因合意达成而消灭，就会出现甲、乙之间同时成立三个合同之古怪局面(此案型系源于葛云松教授之报告(详下注〔38〕)，特此感谢)。另外，于此涉及到合同成立后，撤回(或撤销)之对象为何。一种观点认为，其所撤者仍系意思表示(Vgl. *Oechsler*, in: *Münchener Kommentar*, 6. Aufl., 2013, § 929, Rn. 41. *Köhler*, a.a.O. § 8, Rn. 35.)笔者以为，所谓意思表示之撤销，实指意思表示效力之撤销；按照这种观点，撤回或撤销后，法律行为系不再成立。另一种观点认为，所撤者乃合同之效力，故撤回或撤销不影响法律行为的成立(详 Vgl. *Leenen*, a.a.O., § 6, Rn. 144, § 7, Rn. 9 f.)。笔者则认为，按照法条之不同立法目的，两种情形均有可能：①通常情形，合意达成后，撤销系针对法律行为之效力，而非意思表示之效力。因若系后者，因撤销即导致法律行为不再成立，从而无转换、认许之余地，显不合理。②在特定情形，因特殊之立法目的，亦得允许撤销仅针对某一意思表示。如在决议行为情形，某一股东所撤销的，只能是其意思表示之效力，而非整个决议行为(详 Vgl. *Bork*, a.a.O., Rn. 437 f.)。此时必须认为，意思表示虽因合意达成而消灭，但仍不妨令表意人撤销融合于合意中的意思表示之效力。

〔21〕 比如《合同法》第19条所谓要约不得撤销，是指承诺到达前而言；承诺到达，要约即已消灭，若要令要约人仍然受(成立但未生效)合同之形式拘束，即无法以该条或《总则》第141条作为依据。同理，承诺人对合同所受之形式拘束力，亦无法以《合同法》第27条或《总则》第141条作为依据。此外，就承诺之所以仅规定撤回，而无撤销之规定，亦在于承诺到达后即转化为合同，逻辑上不再有单独撤销承诺之可能性。

〔22〕 即使认为合意发生后，合意中之要约、承诺仍得撤销(如前注〔20〕 *Oechsler*, a.a.O., Rn. 41.所持立场)，亦不影响这一结论之成立。

般生效要件的不具备。比如因超越限制行为能力范围而发生合同效力待定。^{〔2〕}因特别生效要件的不具备。包括附停止条件与始期、超越代理权、批准或登记之生效要件尚未具备、表意人死亡前之死因行为等。

就种种情形,法律通常均设有专门之规定,司法实务亦常以司法解释作出补充,为此,颇有必要透过各具体规定,玩味立法者或司法者就成立但尚未生效的法律行为之一般形式拘束力,持何种基本立场。

2. 具体规定之分析

(1)因行为能力或代理权而效力待定之情形。即此,我国法上之规定,均侧重于表意人何时可不受拘束,比如规定法定代理人或本人可拒绝追认而不受拘束、善意相对人可不受拘束,^{〔23〕}而非规定何时要受拘束。可见,立法者系以成立后即具有一般形式拘束力为基本立场。

(2)附停止条件或始期之情形。^{〔1〕}附停止条件时,现行法规定不得恶意促使或阻止条件成就;^{〔24〕}若当事人恶意阻止条件成就,无非是希望行为终局不发生效力,进而从中脱身;而法律之所以就此拟制条件成就,系令当事人仍受此行为之拘束。可见,立法者系认为此时行为已有形式拘束力,其规定即旨在避免此种拘束力为恶意行为所规避;反之,若立法者认为此时行为尚未发生形式拘束力,即无规定本条之余地。^{〔2〕}行为附始期时,比较法上常有附期限规定准用附条件法律行为效力之规定,^{〔25〕}我国虽无类似规定,但附始期之行为,行为生效之确定性强于附停止条件之行为,举轻明重,当事人自亦应受形式上之拘束。

(3)以审批或登记为特别生效要件的法律行为(《合同法》第44条第2款),尚未取得审批或完成登记之情形。就此,在合同领域,司法解释通过明确当事人之行为义务,^{〔26〕}间接表明对其一般形式拘束力之肯认立场。立法部门的同志则认为,于此情形,任何法律行为均具有“不得擅自解除或者变更”之形式拘束力。^{〔27〕}

(4)表意人死亡前之死因行为。^{〔1〕}就遗嘱,上文已说明《继承法》第20条第1款之规定,足以表明立法者就全部法律行为均持具有形式拘束力之基本立场。^{〔2〕}遗赠扶养协议之性质,取决于协议之内容。若协议中仅含有被扶养人遗赠之义务,未直接含有遗嘱之内容,则系完全生前行为,无涉于此处之问题。若协议中尚直接含有遗嘱,则系部分生前、部分死因行为,^{〔28〕}但亦仅就遗嘱部分发生相同之问题,于此不赘。

概言之,上述各种情形之规定,可分为两类:一类是直接规定某种行为成立后生效前不受拘束,可据此推知现行法系就全部行为均以形式拘束力为基本立场。另一类是直接规定行为

〔23〕 参见《总则》第145条第2款、第171条第2款,《合同法》第47条第2款、第48条第2款。

〔24〕 参见《合同法》第45条第2款、《总则》第159条。

〔25〕 参见德民第163条。

〔26〕 参见前注〔7〕。

〔27〕 参见李适时,前注〔14〕,第426—427页。

〔28〕 参见许莉主编:《婚姻家庭继承法学》,北京大学出版社2012年第二版,第216页。德国法上,就此种继承契约,亦认为具有此种双重性;Vgl. Wörlen/Leinhas, Erbrecht, 2009, Rn. 208, 218.

成立后生效前之某种义务或其他效力(而非直接规定行为成立后之一般形式拘束力),从而间接表明其对此类行为具有一般形式拘束力之立场。

(三)后果正当性之考量

上文立场一与立场二之区别,在于以法律行为成立后之形式拘束力为例外或原则,何种立场为正当,尚应考察其衍生之后果。

1. 法律适用者之论证负担

法律行为成立后、生效前,若就一般形式拘束力发生纠纷(自然是一方主张得任意变更或反悔,另一方则反之),因系法律问题,法律适用者须依职权作出判定。

按立场一,法律行为成立后生效前,原则上无形式拘束力,法律适用者若认为此时有形式拘束力,即须进行论证。按立场二,法律行为成立后生效前,原则上无形式拘束力,法律适用者若认为此时例外有形式拘束力,须作论证。而按照上文所列举之具体情形,恐以认定有形式拘束力者为多见,盖因其似更合乎诚实信用之要求,契合事理之当然也。故而采取立场一,法律适用者的论证负担显然更重。

兹举一例以作说明:甲、乙约定其房屋租赁契约需经备案登记方能生效,在备案登记前,该契约是否具有一般形式拘束力?此时,《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第4条第2款虽规定:“当事人约定以办理登记备案手续为房屋租赁合同生效条件的,从其约定。但当事人一方已经履行主要义务,对方接受的除外”,但自其无法径行得出该契约具有一般形式拘束力的结论,只能通过诚实信用原则,甚至如笔者上文所述结合自己责任之基本理念、考察法律体系内其他规定所隐含之立场,作长篇之论述,方能证成任何一方均不得任意反悔之结论。而若采立场二,既以有形式拘束力为原则(相当于上述论证已完成,诚实信用原则亦已具体化为一条明确的规则),于此并无特殊立法目的,且显无异常情事表明此时之形式拘束力悖于诚信原则,立法者即根本无需作任何论证。

2. 法之安定性

按立场一,法律适用者常须积极论证形式拘束力之存在,为此,除考量立法目的外,往往要结合诚实信用以作论证,尤以无可资直接适用之法律规定时为然;而依法律行为内容之型构自由,无直接法律规定之情形,恐非少数(如上段所举房屋租赁案型)。按立场二,形式拘束力之存在已具体化为一般规则,仅需审查是否因特别的立法目的而不应发生形式拘束力,或发生形式拘束力是否例外悖于诚实信用,而此类情形较为罕见,故其适用诚实信用原则之几率较低。而诚实信用原则作为一般条款,易造成法律适用上之不确定性,故较诸立场一,立场二更有利于法之安定性。

综上可知,自后果正当性观之,亦以立场二为当。

(四)比较法

自比较法观之,法律行为成立后生效前之一般形式拘束力,亦不乏依据。

第一,德国民法上,似亦以法律行为之一般形式拘束力为基本立场。如《德国民法典》第873条第2款,规定不动产相关物权合意在登记前仅于特定情形方受拘束,一般认为,此乃对

原则上形式拘束力之突破；^{〔29〕}就动产物权合意，通说亦就其交付前之无拘束力，特作论证说明。^{〔30〕}

第二，我国台湾地区，司法实务上之判例承认契约成立后、生效前，即具有“拘束力”，王泽鉴先生就此归纳为：“所谓契约之拘束力（受契约之拘束），系指除当事人同意或有解除原因外，不容一造任意反悔请求解约，无故撤销。易言之，即当事人之一方不能片面废止契约”，从而区别于所谓契约之效力（即基于契约而生的权利义务）。^{〔31〕}其所称“拘束力”，即本文所称法律行为成立后生效前之一般形式拘束力，其所称“契约效力”，即本文所称法律行为之实质拘束力（意定效果）。

（五）现行规定之解释

综上所述，法律行为成立后生效前之一般形式拘束力，应受肯认。自解释论上而言，^①《总则》第136条第2款，应认为系此种一般形式拘束力之表达；至于立法部门同志认为亦涵盖在内的法律行为生效后之拘束力，因系事理之当然，毫无规定之必要，不宜解释为本款之含义范围。法学方法上，此系目的性限缩。^②《总则》第119条之规定，固系沿袭《合同法》第8条第1款，但因《总则》不再将法律行为定义为合法行为，^{〔32〕}法律行为之事实构成不再以合法性为要素，^{〔33〕}本条所称之“依法成立”不宜再理解为“因合法而生效”，而应按文义解释为“符合成立之规定”，从而本条所称之“法律约束力”亦指行为成立后即发生之一般形式拘束力。当然，立法论上，在《总则》整合入《民法典》时，似应作文字上之相应调整，以作明确。^{〔34〕}

三、一般形式拘束力之体系：例外与其消灭

既已肯认法律行为因成立，原则上即具有一般之形式拘束力，为学理体系之完整，亦须尝试归纳整理其例外及其消灭等情形。

（一）例外不具有一般形式拘束力之情形

笔者以为，法律行为之成立，不发生一般形式拘束力之情形包括：^①法律明确排除一

〔29〕 Vgl. MüKo/Kohler, in: Münchener Kommentar, 6. Aufl., 2013, § 873, Rn. 79. 惟其作者认为，该款系对要约拘束力相关规定之突破，笔者则认为应是对法律行为拘束力之突破。Siehe auch Oechsler, a.a.O., § 929, Rn. 41.

〔30〕 理由一是该条的文义要求物权合意必须是现行存续的，此前的物权合意非为已足；理由二是上述德民第873条第2款之反对解释；理由三是之所以要求交付生效，系为保护处分人以免过于草率，即此而言与要式之规定类似，故在交付前不宜令其发生拘束力。理由四是交付前之拘束力，会令处分人在丧失权利前即受到处分权之限制，有悖于不得以法律行为限制处分权之规定（德民第137条第1句）。Vgl. Berger, in: Jauernig Kommentar, 15. Aufl., 2014, § 929, Rn. 6. Oechsler, a.a.O., § 929, Rn. 41.

〔31〕 王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社2013年第二版，第204页。

〔32〕 可对比《民法通则》第54条与《民法总则》第133条就法律行为所作之定义条款。

〔33〕 参见李适时，见前注〔14〕，第414页。

〔34〕 包括第136条第2款所称之“解除”，亦宜修改为“消灭”或“撤销”。因解除通常仅得适用于特定类型之契约，不能适用于一切法律行为类型。

般形式拘束力的情形。如上引《继承法》第20条第1款,即其适例。^②若法律虽未直接排除此时之一般形式拘束力,但依其情事,该行为生效后会发生撤销权、任意撤销权或任意解除权的,则在其成立后生效前,亦应排除其形式拘束力。比如依《消费者权益保护法》第25条消费者享有无理由退货权的,纵然合同成立但未生效,消费者亦得行使之。又如附停止条件之合同,若其中一方当事人因错误、欺诈、胁迫等享有撤销权的,亦得在条件成就前行使之。再如赠与合同之停止条件成就前,赠与人亦得行使《合同法》第186条第1款之任意撤销权。^③法律行为受有绝对无效之事由的,纵然停止条件尚未成就,亦直接无效,不存在行为成立后、生效前之阶段,自不发生成立之一般形式拘束力问题。法律行为受有相对无效事由的,在停止条件成就前,受其规定保护之第三人主张无效时,亦同。^④依某一法律规定之立法目的或诚实信用,不宜发生形式拘束力之情形。如上文所述德国法上交付前之动产物权合意情形。^[35]又如警示目的之法定要式发生瑕疵之情形,若认为其不影响法律行为之成立的(详下文),亦同。^⑤此外,如上所述,有相对人之单方法律行为在成立后生效前,其一般形式拘束力实乃意思表示形式拘束力之继续作用,严格言之,并非行为成立本身所致之效力。

(二)一般形式拘束力之消灭

笔者认为,法律行为成立所生之一般形式拘束力,得因下列事由而消灭:①因法律行为终局不生效力而消灭。比如效力待定之法律行为,追认权人拒绝追认或善意相对人之撤销的,或需经审批的法律行为确定不再能获得审批的,^[36]其一般形式拘束力自应消灭;又如附停止条件之法律行为,停止条件确定不成就的,亦无不同。②因法律行为最终生效而消灭。比如效力待定的法律行为若已因追认或批准而生效的,其效力中已当然将“任一方不得任意变更或反悔”之形式拘束力涵盖在内,否则此种实质性的意定效果便无保障可言。③因协议解除而消灭。^[37]

四、法律行为成立后生效前一般形式拘束力之意义:体系辐射效应

以法律行为成立后生效前之形式拘束力为原则,可进一步发生体系辐射效应,解决存疑之问题。兹举两例如下。

(一)无权代理之法律行为:不成立,或成立但效力待定

一般认为,代理权为代理行为之特别生效要件,无权代理不影响代理行为之成立。但亦有可能的观点认为,代理的法律效果,是意思表示法律效果之归属,而非法律行为效果之归属,代理权系意思表示之生效要件,而非法律行为之生效要件,因此,无代理权系令意思表示效力待

[35] 参见前注[30]。

[36] 在是否能够获得审批尚未最终确定前,其亦系效力待定之行为。

[37] 参见王泽鉴,见前注[31],第205页。

定,从而合同不成立。^[38]

笔者以为,仅需试问:无权代理之合同,若系无权代理发出要约、承诺人恶意时,承诺人在本人追认前,是否应受尚未生效之合同的形式拘束,抑或可以随意反悔?显然以前者为当。此时进一步追问其所受拘束力从何而来,此时唯有以合同成立后之一般形式拘束力以作说明^[39]。据此可知,无权代理仍应属法律行为之特别生效要件。

(二)法定要式瑕疵之法律后果

法定要式不具备时,法律行为系不成立,抑或成立但不生效,抑或是无效?^[40]此系学说上长期争议之问题。《总则》就此未设规定;《合同法》上亦无直接规定,但其第36条规定法定或意定书面要式之合同得因履行而补正:“法律、行政法规规定或者当事人约定采取书面形式订立合同,当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立。”^[41]由其因补正而“成立”之用语,似可推知书面要式之合同若未经补正,即为不成立;立法部门的同志则认为是“推定不成立”。^[42]

笔者认为,若法定要式之规定,仅系证据目的,则其不具备时,当不影响法律行为之效力,故其既非成立要件,亦非生效要件。^[43]惟此种情形在法定要式中极为罕见而已。

[38] 此系2016年10月在华东政法大学举办的首届五校民法论坛“意思表示与法律行为理论研讨会”上,葛云松教授作《意思表示的生效要件——兼论代理的概念》报告时,以一系列案型所提出的令人兴味盎然之问题。

[39] 就此应作进一步之说明:①此时,若称恶意相对人之受形式拘束,系从善意相对人有撤销权反推而出,则仅系形式逻辑上之理由,至于背后之原理则尚未得到说明。②同理,在无权代理为承诺的情形,若合同不成立,则要约人为何要受效力待定合同之拘束,其理不明(注意要约拘束力之规则,已因合同成立而不再敷用)。③此时,另一种解释模式是意思表示之形式拘束力,但上文认为意思表示因合意达成而消灭(见前注[20]),故排除此种解释模式。

[40] 至于意定要式为何种要件,主要取决于当事人之意思。根据当事人意思之不同,其得为生效要件、成立要件或既非成立要件亦非生效要件。当事人明确约定法律行为符合特定要式才生效的,系以之为生效要件。当事人明确约定符合特定要式才成立的,系以之为成立要件。当事人之意思是以特定方式保存证据的,要式既非成立要件亦非生效要件。当事人仅约定特定方式但未明确其后果的,如有疑问,应推定行为不成立(可参见德民第154条第2款),但如能证明当事人仍欲令未遵守意定要式之行为生效的(比如已经履行),即不在此限。Vgl. *Werner Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, B. II, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., 1979, § 15 III 2, S. 264ff.; *Leenen*, a.a.O., § 9, Rn. 156, Mansel, in: *Jauernig Kommentar*, 15. Aufl., 2014, § 155, Rn. 4.

[41] 《合同法》第37条之规定(采用合同书形式订立合同,在签字或者盖章之前,当事人一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立),表面上虽类似,实则具有完全不同之含义:于此情形,在签字或者盖章前,当事人之法律拘束意思通常尚未表示于外,合同本应尚未成立;但若当事人一方已经履行主要义务且对方接受的,则其系以此另行表达出了终局之法律拘束意思,故而合同成立;其具体权利、义务关系,则得以合同书所写内容作为事实上推定之依据;即此而言,本条功能上类似于《德国民法典》第154条第2款之规定。至于此时,是否应认为同时构成废止意定书面要式之默示约定,则有不同见解(Vgl. *Flume*, a.a.O., § 15 III 2, S. 264ff.)。

[42] 胡康生,见前注[13],第68页。

[43] Vgl. *Flume*, a.a.O., § 15 III 3 a), S. 267f.

若法定要式之规定,具有警示目的或维持法律关系清晰性与公开性之目的,在要式具备前,自不宜令其发生任何的拘束力。为此,可有三种构造模式:① 法律行为不成立。② 法律行为成立,但成立原则上并无任何拘束力(采上文立场一)。③ 法律行为成立,成立原则上具有形式拘束力,但此时因要式规定之特别立法目的,其成立例外不应发生拘束力(采上文立场二)。〔44〕此时,因按上文采立场二,即仅得在模式①与③之间作一选择。〔45〕即使最终选择模式③,虽貌似较为复杂,但技术构造方案上之区别,若涉及背后价值观之不同,则应以维护法律体系内价值观之一致性为上,宁为价值观之维护而采取复杂之构造,亦不能为构造之简明而破坏价值之一贯。

五、结 语

综上所述,法律行为成立后生效前之一般形式拘束力,系基于自己责任之私法基本理念,于现行民法相关诸规定中似构成理所当然之基本立场,即此而言,系内部体系中“法条式之原则”。〔46〕其亦具有减轻法律适用者论证负担、较好维护法之安定性的作用。此外,其在比较法上亦不无依据。故本文认为,对之应持肯认态度,《总则》第136条第2款、第119条均应解释为此种一般形式拘束力之规定。此种一般形式拘束力之肯认,亦具有体系辐射效应,在若干疑难问题之处理上可发挥积极之作用。惟就此问题,文献中着墨不多,笔者虽努力作论证与体系建构之尝试,但实无排除其他解释模式之完全确信,即此期待学界诸师友指正为谢。

Abstract: The legal act has a formal binding force from its initiation, even if it has not taken effect. This binding force is rooted in the idea of self-responsibility and embodied by plenty of provisions in civil law. It also relieves the burden of argument in legal application and keeps legal stability. This sort of binding force is also implied by some foreign law systems. Article 136 paragraph 2 and Article 119 of General Provisions of the Civil Law shall be regarded as the regulation for this formal binding force. It has an influence throughout the civil law and plays a role in handling difficult or complicated cases.

Key Words: Legal Act; Declaration of Intention; Initiation; Take Effect; Binding Force

(责任编辑:薛 军)

〔44〕 相当于德国法上例外认为在交付前,动产物权合意虽然成立,但无拘束力。

〔45〕 至于此两种模式之优劣,非本文论述之重点,且较为复杂,容另文阐述。

〔46〕 Vgl. *Karl Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., 1991, S. 479 ff. 中文版参见(德)卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第353—355页。