



论文精粹

[法学理论](#)[部门法哲学](#)[学术书评](#)[法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读正文](#)

论文精粹

王轶:论倡导性规范——以合同法为背景的分析

admin 发表于: 2008-06-21 08:35 点击: 812

【关键词】 倡导性规范/任意性规范/纯粹行为规范

【内容提要】 对合同当事人之间的利益关系进行协调,除任意性规范外,尚有倡导性规范。倡导性规范即提倡和诱导当事人采用特定行为模式的法律规范。本文结合民法价值判断问题的实体性论证规则,借助对《合同法》有关条文的分析,就倡导性规范在《合同法》中的具体体现,其与任意性规范之间的关系以及我国现行合同立法就倡导性规范的配置尚存在的缺陷,进行了初步的分析。

《合同法》协调的利益关系类型,大致可以区分为以下四种:合同当事人之间的利益关系;合同当事人与合同关系以外特定第三人之间的利益关系;合同当事人的利益与国家利益之间的关系以及合同当事人的利益与社会公共利益之间的关系。就合同当事人之间的利益关系而言,主要借助任意性规范进行法律的调整。[1]但出于在市场经济未臻成熟背景下周到保护合同当事人利益的考量,倡导性规范在《合同法》上也对此类利益关系发挥补充调整的作用。所谓倡导性规范,即提倡和诱导当事人采用特定行为模式的法律规范。下面谨结合《合同法》上的相关法律规则对倡导性规范予以分析和说明。

一、与合同法定书面形式要求有关的倡导性规范[2]

《合同法》第10条第2款规定“法律、行政法规规定采用书面形式的,应当采用书面形式。

当事人约定采用书面形式的,应当采用书面形式。”作为该款规定的具体化,《合同法》第197条第1款、第215条、第238条第2款、第270条、第330条第3款、第342条第2款等分别要求金融机构作为贷款人一方订立的借款合同、租赁期限在6个月以上的租赁合同、融资租赁合同、建设工程合同、技术开发合同以及技术转让合同等应当采用书面形式。[3]

在《合同法》颁布以后,就上述法律规则所对应的法律规范属于何种类型的法律规范,存在较大的意见分歧。围绕这一问题的争议,通常用如下的方式展开讨论:即如果双方当事人之间订立的合同没有依照《合同法》的前述规定采用书面形式,是否影响合同的成立以及合同效力的发生?

在以往的审判实践中,不少法院会因为双方当事人之间的合同关系未依照法律的规定采用书面形式而认定合同无效。[4]裁判的理由是:既然《合同法》规定某种合同应当采用书面形式,而凡是法律上使用“应当”一词的法律条文确立的法律规则皆属强制性规范。因此,若法律规定该合同应当采用书面形式,当事人却没有采用书面形式,那就应当适用《合同法》第52条第5项的规定,即违反法律、行政法规强制性规定的合同是绝对无效的合同。还有一些法院认为

凡是《合同法》规定应当采用书面形式的合同，都是要式合同。而要式合同是符合了法律所规定的形式，才能成立的合同。既然当事人之间的合同没有采用法律所规定的形式，合同关系当然就不能成立。这实际上也是把合同应当采用书面形式的法定要求理解为是强制性规范提出的要求。

在学说上，就法定形式与合同成立或效力之间的关系，也认识不一。主要有：第一，生效要件说。此种观点认为，既然法律在对合同采取书面形式的规定中使用了“应当”一词，就表明合同的法定形式是一种义务性规范，当事人如有违反，自然导致合同无效。[5]第二，成立要件说。此种观点认为，当法律规定书面形式为某类合同的法定形式时，其意义在于订立该合同时，除了有当事人作出意思表示外，还必须将意思表示记载于书面上，否则，法律不承认该合同存在。书面形式的要求属于合同的法定特别成立要件。[6]第三，证据效力说。此种观点认为，我国《合同法》第10条第2款中规定的书面形式应该作为合同成立的证据。不具备法定形式的合同，并非导致合同不成立或无效，而只是表明当事人没有足够的证据证明合同已经成立或者不具备某项合同的内容。因此只有承认合同的书面形式是合同成立的证据，赋予其强制执行的效力，才有助于合同法的合同自由原则的实现。[7]第四，类型区分说。此种观点认为，应借鉴德国学者的观点，分析形式瑕疵产生的环境来评价未遵守形式的合同之效力。可以区分为三种类型：其一，一方当事人就形式要件对对方当事人进行恶意欺诈，以达到不承担有效义务的目的。此时应允许被欺诈人在合同有效与无效之间进行选择。其二，双方当事人都知道形式要件的存在，合同之所以未遵守形式要件，要么是由于双方当事人本来就相互信任，要么是由于一方当事人未能成功的说服另一方当事人遵守形式规定。此时应认定合同无效。其三，双方当事人由于疏忽大意没有遵循形式要求。此时应否认合同的有效性。就后两种情形而言，只有在某些例外情况下，即形式规定的目的不起作用时，虽未遵循法定形式但依然提起履行合同的要求才是合理的。此外，如果合同已经履行，也可以谨慎地对某些关于履行具有补正形式瑕疵功能的规定作类推适用。[8]

笔者认为，合同法定书面形式要求所对应的法律规范究竟属于何种类型的法律规范，究竟是否影响合同的成立或者合同效力的发生，由于直接关涉合同当事人之间利益关系的安排，属于民法问题中的价值判断问题。理应遵循民法价值判断问题的讨论规则，尤其是应遵循民法价值判断问题的实体性论证规则。[9]考虑到一方面，并非《合同法》上所有类型的合同行为皆“应当”采用书面形式，《合同法》实际上对从事不同类型交易的当事人确立了不同的行事规则。

该价值判断问题首先涉及讨论民法价值判断问题的第一项实体性论证规则，即在没有足够充分且正当理由的情况下，应当坚持强势意义上的平等对待。另一方面，强制性规范系属限制合同当事人合同自由的法律规范，而倡导性规范则以尊重当事人的自主决定为前提。因此该价值判断问题又涉及讨论民法价值判断问题的第二项实体性论证规则，即在没有足够充分且正当理由的情况下，不得主张限制民事主体的自由。

首先运用第一项实体性论证规则，讨论为何《合同法》要求特定类型的合同“应当”采用书面形式。即《合同法》为何区分合同的类型，并在书面形式的要求上对不同交易关系中的当事人予以区别对待？考虑到就此问题运用文义解释、体系解释的方法，过分依赖法律的语义分析和逻辑分析方法，无法对其进行有效论证。而运用历史解释方法，又缺乏进行解释必不可少的素材。因此笔者拟采取目的解释的方法讨论这一问题。所谓目的解释，是以法律规范的目的为依据，来阐述法条的含义。[10]

在《合同法》上应当采用书面形式的合同主要有以下六类：第一类是依据第197条第1款的规定，金融机构作为贷款人一方，订立的借款合同应当采用书面形式；第二类是依据第215条的规定，租赁期限在六个月以上的定期租赁合同应当采用书面形式；第三类是依据第238条第2款的规定，融资租赁合同应当采用书面形式；第四类是依据第270条的规定，建设工程合同应当采用书面形式；第五类是依据第330条第3款的规定，技术开发合同应当采用书面形式；第六类是依据第342条第2款的规定，技术转让合同应当采用书面形式。为什么这六类合同应当采用书面形式？主要的原因在于这六类合同具有以下三个特点：第一，交易所涉及金额相对比较高。

以技术开发和转让合同为例，进行技术开发投入的资金动辄数以万计，而技术转让所涉金额通常也比较高。再如《合同法》第197条1款之所以要求金融机构作为贷款人一方订立的借款合同应当采用书面形式，“但自然人之间借款另有约定的除外”，交易所涉金额的高低就是一个重要的考量因素。第二，交易的规则相对比较复杂。以技术转让合同

为例，技术转让会涉及专利权的转让、专利申请权的转让、技术秘密的转让、专利实施许可等。在进行专利实施许可的时候，也会涉及比较复杂的法律规则。再如融资租赁合同，依据《合同法》第237条的规定，该合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。《合同法》之所以要求其应当采用书面形式，就与此类合同交易规则复杂有关。第三，合同的存续期限相对比较长。以技术开发合同为例。技术开发合同的存续期限一般比较长。一项技术的开发可能要五年、十年、甚至更长时间方可完成。再如《合同法》第215条之所以要求租赁期限在6个月以上的定期租赁合同应当采用书面形式，对其他类型租赁合同未作同样要求，合同的存续期限也是一个重要的考虑因素。

具备这三个特点的合同就产生了两个必要性：[11]首先是保存证据的必要性。交易金额比较高、交易规则比较复杂、存续期间比较长的合同，一旦发生纠纷，如果缺少书面合同作为直接证据，那么受损害的当事人是很难举证明自己在有请求权基础的，也很难举证明自己所损害的具体范围。所以越是涉及交易金额高、交易规则复杂、存续期限长的合同，越有必要保存证据。保存证据有很多办法，但是最有效、同时又是成本最低的保存证据的方法，就是采用书面形式。因为书面合同本身就是直接证据，具有直接证明纠纷事实的效力，它比无数个间接证据发挥的作用可能都要大。这就与口头形式有所不同。口头形式的最大弊病就是发生纠纷后举证困难。人们通常把口头合同称为“君子协议”，也就是说口头合同只适用于诚实人之间。但事实上，即使诚实人也会因发生记忆上的错误，而不知该如何履行君子协定甚至发生争执。[12]因此“书面形式的最大优点是合同有据可查，发生纠纷时容易举证，便于分清责任。”[13]立法机关有关人士的说法可以作为这一结论的佐证。胡康生先生主编的《合同法释义》就提及“在制定合同法的过程中，对于合同的形式有不少意见，归纳起来有两种。一种意见认为，合同法应当规定合同必须以书面形式订立，口头合同容易产生争议。另一种意见认为，合同可以书面、口头或者其他形式订立，凡是不违反法律，民事主体双方自愿订立的合同就是有效的，合同法不应再对合同再规定限制条件。在起草的过程中，有关合同形式条款的写法也数易其稿。考虑到既要适应现实需要，又要提倡当事人尽量采取书面形式订立合同，避免口说无凭，使订立的合同规范化、法制化”，才设置本条规定。[14]

其次是督促当事人谨慎交易的必要性。合同涉及的交易金额越高、交易规则越复杂、存续的期限越长，当事人越有必要深思熟虑，谨慎地进行交易。采用书面形式能够促进这一目标的实现。诚如学者所言“在市场经济社会，一个合理的交易当事人应当知道如何为了追求自身的最大利益而从事交易，且应当受到自己签订的合同的拘束。然而，在交易过程中，毕竟当事人交易经验、能力是各不相同的，一些不法行为也会利用他人缺乏经验和能力等而从事欺诈等行为，尤其是在一些特殊的直接关系到当事人重大利益的合同中，法律要求合同采取书面形式，对督促当事人认真缔约是有利的。”[15]德国学者也曾提及“那些要求合同遵守特定形式的规则经常与意思表示的严肃性联系在一起。对于某些合同，法律规定必须满足一些条件，只有满足这些条件的合同才被认为是严肃订立的”，“规定这些条件的目的是为了给不熟悉的人以深思熟虑的机会，才能防止他们遭遇异常的情况。”[16]

正是由于以上原因，在《合同法》中对合同进行类型区分，在合同法定形式要求上予以区别对待，为从事不同类型交易的当事人确立不尽相同的行事规则，具有足够充分且正当的理由，可以不再坚持强式意义上的平等对待，转而采取弱式意义上的平等对待。

无论是保存证据还是督促当事人谨慎交易，在通常情形下都只是涉及合同关系当事人的私人利益。[17]即当事人不愿意保存证据，如果遭受损失，损失是该当事人的；当事人不愿意谨慎交易，如果遭受损失，损失仍然是该当事人的。它通常只涉及交易关系当事人的私人利益，与国家利益、社会公共利益并不存在直接的关联。以此为认识前提，认定这些法律条文所对应的法律规范是强制性规范，从而限制合同当事人的合同自由并不存在足够充分且正当的理由，当然也就不能据此认定未依照法律规定采用书面形式的合同不能成立或是属于绝对无效的合同。

有学者提出，我国《合同法》第36条规定：“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，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。”这是对合同书面形式法律效果的例外规定，对此作反面解释，即可认为如果应当采用而没有采用书面形式，合同原则上不成立。[18]笔者认为，对此尚有讨论余地。所谓反对解释，是指依照法律条文所定结果，以推论其反面的结果。适用反对解释的前提是，法律规范的构成要件在逻辑上属于法律效果的充分必要条件或必要条件。[19]前述结论如果没有论证《合同法》第36条所确立的法律规

则，其构成要件与法律效果间属于充分必要条件或必要条件，就直接运用反对解释方法得出结论，无异于没有添加任何论证要素的循环论证，在说服力上尚存疑问。

基于以上论述可以得出结论，《合同法》有关特定合同应当采用书面形式的规定，一般仅是与合同当事人之间的利益相关的法律规则，这种法律规则所对应的法律规范即为倡导性规范。

二、其他的倡导性规范

（一）与合同内容有关的倡导性规范

与合同内容有关的倡导性规范主要包括《合同法》第12条、第131条、第177条、第197条第2款、第213条、第238条第1款、第252条、第274条、第275条、第325条第1款、第386条等条款所对应的法律规范。就上述规则对应的法律规范是否属于倡导性规范，也属民法问题中的价值判断问题。考虑到运用文义解释和体系解释方法存在前述的固有缺陷，而幸运的是，就此问题的讨论尚有不少运用历史解释方法必不可少的素材。谨采用历史解释的方法，以《合同法》第12条第1款关于合同一般包含的合同条款的规定为例进行说明。[20]所谓历史解释，又称立法解释或沿革解释，是指探求立法者或准立法者于制定法律时所作的价值判断及其所欲实现的目的，以推知立法者的意思。采该种解释方法时，立法史及立法过程中之有关资料，如一切草案、审议记录、立法理由书等，均为解释之主要依据。[21]我国立法机关制定包括《合同法》在内的民事立法并不公布审议记录，更没有撰写立法理由书。[22]但全国人大法工委主持或参与《合同法》起草的人士在该部法律颁布后出版的释义类图书，多涉及法律起草过程中的争议意见和作出取舍的理由，可以作为历史解释的素材。另外就《合同法》的起草，学者发挥了较以往民事立法更为显著的作用。[23]因此参与《合同法》起草的重要学者发表的意见和看法具有重要价值，可以作为历史解释的素材。

胡康生先生主编的《合同法释义》就《合同法》第12条第1款解释说，“合同的条款是非常重要的，所以在此条规定了合同的主要条款。但是，并不是说当事人签订的合同中缺了其中任何一项就会导致合同的不成立或者无效。主要条款的规定只具有提示性与示范性。”[24]曾参与《合同法》起草的重要学者也持同样的观点。梁慧星教授曾提及《合同法》第12条“是原经济合同法上的规定，在设计立法方案时，把这条删掉了，但是考虑到合同是当事人按照合同自由约定的，约定什么条款完全由当事人决定，法律不必要列举这样的条款，但考虑到本法规定的合同种类非常多，各种合同的内容不一样，例如，居间合同，就没有质量的要求，有些合同有特殊性，没有这个条款还有别的条款，如此考虑就没有规定，但是后来修改过程中考虑到我国范围大，我们的人民、企业法律意识不够，文化水准不够，他们不知道多种合同应该怎么签订，如果有了这个条款可以起引导作用，当事人可以照条款来签订合同，因此规定了第12条。

这里所列举的八项条款并不都是决定合同成立的必要条款，有些条款没有规定，不影响合同的成立”。[25]王利明教授也曾谈到要“特别注意《合同法》第12条和原《经济合同法》第6条在写法上的区别。原《经济合同法》第6条的写法是‘经济合同应该具备如下条款一、二、三、四、五条’这样的写法，这种写法很容易使人产生误解，就是所有经济合同都必须具备这些条款。如果不具备这些条款，合同就不能成立、不能生效。我看过不少判决书，都是因为合同不具备经济合同法规定的某些条款，所以宣告合同无效。这个理解和法律本来的意义是不相符合的。《合同法》第12条加了四个字，就是‘一般包括’。‘一般包括’的意思是指这些条款都是建议性的、提议性的，是不是要包括，由当事人自己去约定，法律完全尊重当事人的意思。”[26]

崔建远教授在论及《合同法》第12条时提及，“为了示范较完备的合同条款，《合同法》第12条规定了如下条款”，其中“合同的主要条款，是指合同必须具备的条款。欠缺它，合同就不成立。它决定着合同的类型，确定着当事人各方权利义务的质与量。《合同法》第12条规定的合同条款中，当事人条款和标的条款是主要条款。”[27]

不难看出，《合同法》第12条第1款确立的法律规则，属于典型的协调合同当事人之间利益关系的规则，其目的在于提倡和诱导当事人在从事合同交易的过程中，对交易所涉及的主要交易条件应给予特别的注意。换言之，其所对应的法律规范就是倡导性规范。[28]

（二）与《合同法》第132条第1款有关的倡导性规范

《合同法》第132条第1款确认，出卖的标的物，应当属于出卖人所有或者出卖人有权处分。有学者认为，该款规定所对应的法律规范属于强制性规定。理由在于“从条文所用的判断词就可以清楚看出其强制性规范的特征，而文义解释似乎是法律解释方法中具有决定性和优先性的方法”。[29]笔者认为，此结论尚存在讨论余地。理由在于：

首先，法律解释的确需要先由文义解释入手，且所作解释不能超越可能的文义。但仅以文义解释往往难以确定法律条文的真正意义。且文义解释依赖法律的语义分析方法，容易拘泥于法条所用文字，导致误解或曲解法律真意。因此，必须借助其他法律解释方法以及法律论证方法进一步确定法律条文的含义。关于《合同法》第132条第1款的规定究竟属于倡导性规范还是强制性规范，关涉当事人之间利益关系安排的不同方案，属于民法问题中的价值判断问题，应以民法价值判断问题的实体性论证规则作为讨论的依据。从实质上看，强制性规定属于私法自治的例外和必要补充。尽管自由是市场经济的“圣经”，但保持对市场的适度国家干预也必不可少，因此才有了民法上强制性规范存在的必要。“适度干预”在这里就是“最低限度干预”的同义词。因此在市场经济体制下，《合同法》中唯有关涉国家利益和社会公共利益的情形，才有国家干预的必要。换言之，只有在当事人之间经由合同作出利益决定，妨害或有可能妨害国家利益或社会公共利益的时候，才有在法律上设置强制性规定的必要。在买卖合同中，有关出卖人资格的要求，仅直接关涉特定当事人之间的利益，于国家利益、社会公共利益并无大碍，因而无国家干预的必要。

其次，从形式上看，强制性规定必然是法律上的裁判规范，能够成为法官据以对合同纠纷作出裁判的依据，它应当对当事人之间的利益关系作出安排。但考量《合同法》第132条第1款，它并未对当事人之间的利益关系作出安排，根本就不是裁判规范。因而第132条第1款并非属于合同法上的强制性规定，而是属于《合同法》上的倡导性规范。倡导性规范所调整的事项，即使当事人未就其作出约定，也不能成为裁判者据以作出裁决的依据。这是因为这类规范中，仅是诱导性地提倡一种立法者认为较佳的模式，并不对当事人之间的利益关系产生实质性的影响。这类规范，裁判者在运用《合同法》处理合同纠纷时，并无适用的可能。

三、倡导性规范与任意性规范的简要比较

倡导性规范与任意性规范，都与合同自由原则的确认和贯彻有关，也同样关涉合同当事人之间“私”的利益安排，但倡导性规范与任意性规范仍有所不同。区别在于：其一，任意性规范包括补充性任意性规范和解释性任意性规范。前者的功能在于弥补当事人意思表示的欠缺；后者的功能在于让当事人约定不明的意思表示变得内容明确。倡导性规范的功能则体现为提倡和诱导当事人采用特定行为模式。因此，二者显有不同。其二，任意性规范对于当事人利益的调整具有双向性，从而具有行为规范和裁判规范的双重功能。换言之，它既调整当事人之间的行为，是市场主体进行市场交易的行为规范，又是裁判者对合同纠纷据以作出决断的依据。相比而言，倡导性规范尽管确定了合同当事人的行为准则，但却仅具倡导性，因而并非裁判者可以运用的裁判规范。它只是提倡和诱导交易关系的当事人采取特定的行为模式，以求最大限度地实现自身的利益，犹如陡峭山路上的指示牌，目的在于提醒路人注意自身安全。如果在法院的判决书中出现援引《合同法》上的倡导性规范对纠纷进行处理，这个判决就会是一个不妥当的判决。这也导致《合同法》上倡导性规范的结构与一般法律规范的结构存有差异。依照法理学家的观点，法律规范的结构，或称法律规则的逻辑结构，一般由三部分内容构成，即“假定”、“处理”和“制裁”或是“假定”、“处理”和“法律后果”。[30]可见，法理学家对于一般法律规范结构的论述，是以裁判规范为原型展开的，并未将《合同法》上的倡导性规范这种纯粹的行为规范涵括在内。

无论是任意性规范还是倡导性规范，都与调整合同当事人之间的利益关系有关。不过任意性规范在对合同当事人之间利益关系的协调中发挥主导性作用，而倡导性规范只是一种补充。

并且倡导性规范的存在，与我国目前大多数人对法律知识的掌握水平相对仍比较低、防范市场风险的意识仍较弱

有一定的关系。随着我国法治社会的发展以及市场经济的发展，相信倡导性规范将会在民事立法上越来越少。

四、《合同法》就倡导性规范的配置尚存在的缺陷

第一，未能通过妥当的立法技术区分强制性规范和倡导性规范。强制性规范，是要求合同当事人必须采用特定行为模式的强行性规范，与倡导性规范仅仅提倡和诱导当事人采用特定行为模式显有不同。但《合同法》表述强制性规范和倡导性规范的条文，并不存在明显区别。如第44条第2款规定“法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。”该款是关于合同法定特别生效条件的规定，事关合同当事人的利益与国家利益和社会公共利益之间的关系问题，对应着强制性规范。第132条第1款规定“出卖的标的物，应当属于出卖人所有或者出卖人有权处分。”该款规定是关于买卖合同出卖人资格的规定，如前所述，其仅关涉合同当事人之间的利益关系，提倡和诱导订立买卖合同的出卖人最好具备一定的资格要求，否则会承受诸如违约责任承担等不利的法律后果，对应着倡导性规范。两款规定中都使用了“应当”一词，但在第44条第2款中，“应当”是指“必须”，在第132条第1款中，“应当”是指“最好”。由于《合同法》未能通过妥当的立法技术区分强制性规范和倡导性规范，导致审判实践中不少裁判者误将倡导性规范认作强制性规范。如将出卖他人之物的买卖合同认定为绝对无效的买卖合同；或在当事人未依据《合同法》的规定就特定类型的合同采用书面形式时，将当事人之间的合同行为认定为绝对无效的合同行为或不成立的合同行为。《德国民法典》中区分“应该的规定”（Sollvorschrift）与“必须的规定”（Mussvorschrift），就较好地地区分了倡导性规定和强制性规定。如《德国民法典》第57条第2款确认，社团的名称应该明显地区别于在同一地点或者同一市镇内现存的已登记社团的名称。学者认为该款规定即属于“应该的规定”。此类规定虽然对通常的情况规定了作为或者不作为的义务，但只是原则性地作出规定，并不具有强制性。违反此类规定，并不当然地导致法律上的事实或者行为无效。从而明显区别于“必须的规定”。[31]

第二，倡导性规范的设置不统一且数量太多。如前所述，《合同法》上设置的倡导性规范主要包括三种类型：一是与合同形式有关的倡导性规范。如前已提及的第10条第2款、第197条第1款、第215条、第238条第2款、第270条、第330条第3款、第342条第2款等条款所对应的法律规范；二是与合同内容有关的倡导性规范，如第12条、第131条、第177条、第197条第2款、第213条、第238条第1款、第252条、第274条、第275条、325条第1款、第386条等条款所对应的法律规范。三是其他类型的倡导性规范，典型的如第132条第1款所对应的法律规范等。

所谓倡导性规范设置不统一，主要是指与合同内容有关的倡导性规范，《合同法》是有选择地进行设置。大部分《合同法》所认可的有名合同都设置有与合同内容有关的倡导性规范，提倡和诱导当事人在协商订立特定类型合同时，应就相应倡导性规范所列示的对当事人利益有重大影响的合同条款进行谈判，以达成协议。但也有一些有名合同，《合同法》并未设置与合同内容有关的倡导性规范，如赠与合同、运输合同、保管合同、委托合同、行纪合同、居间合同等。

至于在倡导性规范的配置上，为何对各种有名合同区别对待，恐怕并无说服力的理由。另外，尽管倡导性规范的设置，可以在市场主体尚不够成熟的背景下，发挥引导作用，但考虑到包括《合同法》在内的民事立法，以及未来的民法典主要承担着为裁判者提供裁判规范的功能，而倡导性规范通常却主要发挥行为规范的功能，并不具备裁判规范的功效，设置太多，并不妥当。

注释：

[1] 关于任意性规范稍微详细一些的论述，请参见王轶：“论任意性规范”，《社会科学战线》2006年第5期。

[2] 与合同法定书面形式要求有关，尚存在以保护弱势群体利益为目的，以协调合同当事人利益和社会公共利益之间的关系为使命的强制性规范，就此容笔者另文讨论。

[3] 在其他法律和行政法规中也有关于特定类型合同应当采用书面形式的规定。《城市房地产管理法》第14条第1款确认，土地使用权出让，应当签订书面出让合同。第40条确认，房地产转让，应当签订书面转让合同。第49条确认，房地产抵押，应当签订书面抵押合同。第53条确认，房屋租赁应当签订书面合同。《海商法》第9条第2款确认，船舶所有权的转让，应当签订书面合同。第12条第2款确认，船舶抵押权的设定，应当签订书面合同。《合伙企业法》第3条确认，合伙协议应当以书面形式订立。

[4] 参见胡康生主编：《合同法释义》，法律出版社1999年版，第18页。

[5] 参见最高人民法院经济审判庭编：《合同法解释与适用》（上册），新华出版社1999年版，第100页。

[6] 参见张谷、王爽：“《合同法》：合同和合同书”，《北京科技大学学报》（社科版）1999年第4期。

[7] 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466页。需要指出的是，王利明教授的观点与此稍有不同。

[8] 关于德国学者的观点参见[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473～474页。李永军教授认为由于“我国合同法对此没有明确规定，司法解释与判例规则也没有确定，但德国判例规则与学理，对我国司法实践具有很高的借鉴意义。”参见李永军：《合同法》，法律出版社2005年版，第273页。

[9] 关于民法价值判断问题的实体性论证规则，参见王轶：“民法价值判断问题的实体性论证规则”，《中国社会科学》2004年第6期。

[10] 参见王利明主编：《民法》，中国人民大学出版社2005年版，第25页。

[11] 还有学者提及合同法定书面形式要求具有保护弱势群体利益的功能，就此笔者将在有关强制性规范的讨论中分析。

[12] 参见徐炳：《买卖法》，经济日报出版社1991年版，第52页。

[13] 崔建远主编：《合同法》，法律出版社2003年版，第67页。

[14] 参见胡康生主编：《合同法释义》，法律出版社1999年版，第18～19页。

[15] 王利明：《合同法研究》（第1卷），中国人民大学出版社2002年版，第472页。

[16] [德]康拉德·茨威格特、海因·克茨：“合同形式”，纪海龙译，《中外法学》2001年第1期。

[17] 如果书面形式具有保护弱势群体利益的功能，则书面形式的要求还会涉及社会公共利益的维护问题，笔者也将在有关强制性规范的讨论中分析。

[18] 参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社2004年版，第134页。

[19] 参见王利明主编：《民法》，中国人民大学出版社2005年版，第27页。

[20] 参见《合同法》第12条第1款确认：“合同的内容由当事人约定，一般可以包括以下条款：（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。”

[21] 参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社2004年版，第285页。

[22] 参见民法学界1995年1月提交给立法机关的《合同法专家建议稿》曾撰写有立法理由，但并没有整理出版。

[23] 梁慧星教授曾记述“1993年《关于修改经济合同法的决定》通过后不久，在全国人大常委会法制工作委员会召开的一个专家研讨会上，与会专家学者一致认为制定统一合同法的时机已经成熟，建议由专家学者承担起起草工作并委托部分学者先提出一个立法方案。这就产生了由政法大学江平、人民大学王利明、吉林大学崔建远、烟台大学郭明瑞、最高法院李凡、北京高院何忻、《法学研究》杂志编辑部张广兴和编者共同提出的《中国合同法立法方案》。该方案经过1993年11月4日法制工作委员会邀请北京部分专家出席的讨论会及1994年1月法制工作委员会邀请全国10多个单位的专家出席的讨论会征求意见和论证，最后确定下来，并由法制工作委员会委托12个单位的学者分别起草一章或几章。”1995年1月《合同法专家建议稿》提交全国人大常委会法制工作委员会。参见梁慧星主编：《民商法论丛》（第4卷），法律出版社1996年版，卷首语。

[24] 胡康生主编：《合同法释义》，法律出版社1999年版，第26页。

[25] 梁慧星：“合同的订立”，载奚晓明主编：《合同法讲座》，中国政法大学出版社2001年版，第163页。

[26] 王利明：“合同法总则适用若干问题”，载奚晓明主编：《合同法讲座》，中国政法大学出版社2001年版，第68～69页。

[27] 崔建远主编：《合同法》，法律出版社2003年版，第58～59页。

[28] 必须指出的是，《合同法》第12条第1款中规定的当事人条款、标的条款和数量条款，通常属于影响合同关系成立的必要条款。缺少此类条款，合同关系通常不能成立。因此在严格意义上，《合同法》第12条第1款中前三项规定确立的法律规则对应着强制性规范；后五项规定确立的法律规则对应着倡导性规范。出于行文的便利，也考虑到学界的表述习惯，正文中未就此作进一步的区分。

[29] 田士永：《物权行为理论研究》，中国政法大学出版社2002年版，第224页。

[30] 参见孙国华、朱景文主编：《法理学》，中国人民大学出版社2004年版，第292～293页；张文显主编：《法理学》，法律出版社2004年版，第55～56页。

[31] 参见Brox, Allgemeiner Teil des BGB, 25. Aufl. 2002, S. 39。