

## 合同必要之点的意义

杨志利

(沈阳大学, 辽宁 沈阳 110054)

**摘要:** 合同基于双方意思表示一致成立。双方意思表示一致包括双方意思表示的主观一致和客观一致, 客观一致指意思表示的内容在客观上一致。合同的必要之点是合同成立所必须达成一致的因素, 但合同必要之点并非合同成立要件。必要之点强调的是就此达成合意, 而不是规定合意必须包含哪些内容, 必要之点强调的是意思表示一致而不是必要。必要之点概念只是使得判定合意以及合同是否存在变得更加便利, 区分必要之点与非必要之点的意义在于法律和法院可以简化合同成立裁决的标准和程序, 以使更多的交易达成, 法律规定必要之点在于促进交易。但交易内容纷繁复杂, 包罗万象, 法律几乎不能也不应该列举规定必要之点。理论和立法例都表明, 必要之点强调的是关于它们的意思一致合同成立, 不是着重讨论不合意。

**关键词:** 合意; 合同成立; 必要之点

**中图分类号:** D913

**文献标识码:** A

### 引言

#### 一、意思表示一致

法律行为成立三要件为当事人、标的、意思表示, 而意思表示定义于追求私法上之效果。

<sup>[4]251、335</sup>我国民法总则规定, 民事法律行为是民事主体通过意思表示设立、变更、终止民事法律关系的行为, 可以基于双方或者多方的意思表示一致成立, 也可以基于单方的意思表示成立。合同是法律行为的下位概念, 是民事主体之间设立、变更、终止民事法律关系的协议, 自然基于双方或者多方的意思表示一致成立。意思表示一致包括主观一致和客观一致, 主观一致即双方都有与对方订立合同的意思, 客观一致即双方意思表示客观上内容相同, 亦即要约与承诺在客观上内容相同。<sup>[5]52</sup>美国合同法上的合同定义为法律强制执行的允诺, 成立要件也同样包括合意, 即双方都同意订立合同, 包括同意的表示以及对价原则蕴含的相互性要求等。<sup>[6]109</sup>

合同成立要求双方当事人都有与对方订立合同的意思, 即双方都同意使他们的协议产生法律效果。创设法律关系的意图是由意思表示实现的, 意思表示是效力表示, 是以某种法律效果为内容的意志表达。<sup>[7]59</sup>也即, 奉行私法自治的民法典承认私人旨在追求创设法律关系的意思表示具有法律效力, 而法律辨识的方法就是私人的意思表示须有创设法律关系的意图, 也即私人意思表示要具有受法律拘束的意思。法律用这种方法将那些当事人没有创设法律关系意图的行为, 包括君子协定与缔约过程中的初步约定等, 和它不能调整的家庭协议及社交行为等, 都筛选出去了。

法律行为是个体基于法律秩序按照自己的意思创造性地形成法律关系的行为, 其本质是旨在形成法律关系而制定的规则。<sup>[8]28</sup>法律强调行为主体追求设立、变更、终止民事法律关系, 是通过赋予法律行为的法律效果实现的, 在私法自治原则下, 法律行为具有了规范的性质, 于是按法律规则的逻辑结构, 就存在者构成要件和法律效果的对应关系。<sup>[9]133</sup>于是在规范的意义, 法律行为存在着相应的法律效果, 这在单方意思表示情况下没有问题, 而在双

方或多方意思表示的情况下,可能会存在一个以上的法律效果意思,于是成不成为法律行为是法律仍需考虑的问题。法律依然不能也不愿处理双方或多方意思表示中存在一个以上法律效果意思的情况,所以就规定了双方或者多方的意思表示一致的成立要件,进以确定合同的范围以致可以准确确定违约赔偿的范围,否则法律的目标将难以实现。

这样,意思表示一致就展现为一种状态,双方或多方意思表示合二为一的状态,表现为典型的意思表示状态,法律将现实世界的具体行为转化成了规范世界的规范行为,这是法律固有的意思表示形成机制。这样,双方或多方意思表示表现为法律能调整的法律行为,合同意思被规范形成,符合法律的意旨的合同成立了。但就一致而言,法律并不关注其中的内容,甚至法律规定合同的内容由当事人约定。法律行为进而合同,是法律事实,同时也是个别规范,在法律事实意义上,是构成不构成的问题,在个别规范意义上,是有效与无效的问题,合意解决的是合同构成问题。也即法律行为成立与生效是两个范畴,即法律行为本身与法律行为能否发生规范效力分属不同领域,它们的构成与生效也遵循各自的逻辑,法律行为成立要件的意义仅在于表明,若符合则法律行为构成,不符合则法律行为不构成。<sup>[10]</sup>法律不会关注还不是法律行为的双方或多方意思表示,但当符合法律规定的合意后,法律才会按法律行为的标准去审视。所以,作为法律技术安排,对合同内容的关注应该在合同效力里,而不是在这里。

规定意思表示一致是一项法律技术,是法律实现目标的制度性安排,而制度的进一步落实就是如何认定。就创设法律关系的意图,也即意思表示的主观一致而言,法律多采取类型化措施予以认定,一般推定家庭协议与社交行为的当事人无创设法律关系的意图,而商业行为则推定当事人有,<sup>[11]</sup>若有疑义时仍需要结合个案进行分析。而意思表示客观一致主要涉及双方意思表示内容的一致,通常是判断要约和承诺的内容是否同一,这时采用客观的方法,即不考虑当事人主观上的实际想法,而以要约受领人或承诺人合理理解为准。<sup>[6]117[8]741</sup> 这些只是意思表示一致的认定方法,并不涉及具体内容,尤其对主要涉及合同内容的客观一致而言。本文的论述主要在于强调合同基于双方意思表示一致成立的“一致”,至于意思表示的内容,抑或前言部分反复提及的“必要之点”,是后文论述的部分,而且具有着别样的意义。与之相同,法律规定要约须表明经受要约人承诺,要约人即受该意思表示约束,须内容具体确定,也都是这样的制度设计,其中内容具体确定的目的也是为了准确确定违约赔偿的范围,只是在要约中强调的具体确定,也确乎离合同的必要之点更近了。

## 二、必要之点的意义

对于何为必要之点这个问题,前文所引文献已有述及,比如有学者指出合同的必要之点即反映合同本质的合同本质要素,相对应的就是非必要之点即非本质要素。<sup>[1]</sup>虽然也有学者应以必要条款来指代合同本质要素,但其实质还是说的合同内容,并作者也认为合同条款问题就是合同内容问题,<sup>[2]</sup>而且必要条款指的是合同条款,并非合同内容,所以不必做这种术语的论争。但必要之点作为一个汉语法律词汇出现在台湾地区民法和很多台湾法律学者的著述中,而且本文所引文献表明,必要之点也是大陆民法学中的必要之点,就当下看,显然需

要进一步理解和廓清这个词汇或术语的意义。台湾地区民法第 153 条第二款对合同必要之点相关事项进行了规定,很多台湾学者针对该项规定进行了论述,内容大致包括何为必要之点以及规定必要之点的意义等,本文也按这样的思路,从何为必要之点开始。

### 1、必要之点是合同成立所必须达成一致的事项

前文已述及,意思表示一致包括主观一致和客观一致,客观一致即双方意思表示客观上内容相同,亦即要约与承诺在客观上内容相同,其中的“客观”前文已有论述,接下来讨论内容。

合同内容可分为要素、常素、偶素:要素是合同成立所必须达成一致的内容,比如买卖合同中的转移财产权和支付价款;常素通常是合同的默示内容,但当事人一致约定排除而不影响合同成立,比如买卖合同中的瑕疵担保责任;偶素通常不属于合同的内容,但当事人可以自行决定其作为合同成立的必要事项,比如买卖合同的附条件或期限等。<sup>[5]27[12]15</sup>按史尚宽先生的分类法,合同内容分为客观要件和主观要件:客观要件即法律规定有名合同成立所包含的内容,即要素、常素和偶素;主观要件是当事人在法律许可范围内依其自己意思作为合同成立所必须的内容,就此项内容不能达成一致,则合同不成立,那么这项属于常素、偶素的内容即成为要素;则台湾地区民法第 153 条第二款规定的必要之点即指客观要件中的要素和当事人订立的作为要素的主观要件,非必要之点指常素和偶素。<sup>[12]15-16</sup>这样,约定排除的常素和约定纳入的偶素是当事人自行规定合同成立所必须达成一致的内容,可称为意定的要素,通称为经意思表示者,法律规定的合同成立所必须达成一致的内容,可称为法定的要素,合称为合同要素,即必要之点,<sup>[5]54</sup>王泽鉴对此的总结是“合意必须包括必要之点及经意思表示的非必要之点”。<sup>[13]188</sup>这与《俄罗斯联邦民法典》上实质性条款的概念规定几乎相同,该法第 432 条第 1 款规定:如果当事人就合同的所有实质性条款达成协议,并在必要情况下遵守了所要求的形式,则合同视为成立。所谓实质性条款是指关于合同标的的条款,法律或者其他法律文件对该类合同所要求的实质性或者必须的条款,以及根据当事人的请求而必须达成协议的所有条款。<sup>[14]176</sup>所以,必要之点即合同成立所必须达成一致的事项,而合同成立所必须达成一致的事项除有名合同规定的部分尚有无数种可能,所以必要之点的确定需要根据合同的种类和具体情形而定,更难以在法律上一一列举。

从我国民法典的规定清晰地表明了如上认识。民法典第 470 条规定,合同内容一般包括当事人的姓名或者名称和住所、标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、地点和方式、违约责任、解决争议的方法。其中违约责任、解决争议的方法当事人没有约定或约定不明确的,法律自会默示提供,前文已述此为常素。民法典第 510 条规定,合同生效后,当事人就质量、价款或者报酬、履行地点、履行期限、履行方式、履行费用等内容没有约定或者约定不明确的,可以协议补充,不能达成补充协议的,按照合同相关条款或者交易习惯确定,第 511 条这些内容仍不能确定的,分别规定了进一步确定的相应办法,可见这些也不是要素。尤其是第 510 条明确规定“合同生效后”,显然合同已经成立,而必要之点是合同成立所必须达成一致的事项,所以这些内容因素并非合同的必要之点。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释》(征求意见稿)第 3 条第 1 款规定“当事人

未就价款或者报酬进行协商，人民法院依照民法典第 510 条、第 511 条等有关规定亦无法确定”，合同不成立，亦即经不能达成补充协议、不能按照合同相关条款或者交易习惯确定、不能确定订立合同时履行地的市场价格、不能按照政府定价或者政府指导价确定，合同不成立。办法用尽，这是个没有价款或者报酬的合同，法院只好让这个有效的合同不成立了，但很难想象这是民法上的合同，更像黑市的交易，法律自然不予承认为合同了。该条第 2 款就民法典 470 条除当事人的姓名或者名称和住所、标的、数量等之外的对当事人权利义务有实质性影响的内容规定称，在订立合同的过程中，当事人一方就此作出了意思表示，但未与对方达成一致，或者双方明确约定须就该内容协商一致合同才能成立，但事后无法达成合意，合同不成立。这显然是经表示的意定要素即经单方表示的内容和约定需达成合意的内容亦即经双方协商的内容而均未达成合意，合同自然不成立。当事人的姓名或者名称和住所不是当事人约定事项，不属于合同内容，是意思表示或法律行为主体非所谓要素，能称得上要素的唯有标的和数量。经典合同成立方式为要约人对特定人或不特定人发出要约，承诺人对要约人作出承诺，合同成立，其中的合意只涉及合同标的，并不涉及合同主体。合同标的即合同内容抑或合同目的，即合同所欲实现的法律效果，例如买卖合同“出卖人转移标的物的所有权于买受人，买受人支付价款”，显然标的是必要之点，必须达成一致。再有就是数量，因为确定数量几无依凭，成本奇高，法律不堪重任，径直规定不规定的数量的合同无效，各国合同法莫不如此。所以，就我国民法典的规定而言，必要之点只有标的和数量。

最高法《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释（征求意见稿）》第 3 条第一款规定：“当事人就合同主体、标的及其数量达成合意的，人民法院应当认定合同成立。但是，有下列情形之一的除外：（一）当事人未就价款或者报酬进行协商，人民法院依照民法典第五百一十条、第五百一十一条等有关规定亦无法确定；（二）在订立合同的过程中，当事人一方就质量、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对当事人权利义务有实质性影响的内容作出了意思表示，但未与对方达成一致，或者双方明确约定须就该内容协商一致合同才能成立，但事后无法达成合意；（三）法律另有规定或者当事人对合同成立条件另有其他约定。”本条第一句是人民法院应当认定合同成立两个要件，一是当事人必须达成一致的事项：合同主体、合同标的、合同数量，二是达成合意，显然抛开合同主体不论，达成一致的事项只有标的和数量，其他合同内容包括的一般条款则在下一句另有规定。该条第二句第一项是对民法典第 510 条、511 条当事人就价款或者报酬没有约定或者约定不明确情况的补充规定，即当事人未就价款或者报酬进行重新协商并法院也无从确定，则合同不成立。但这项规定却有些匪夷所思，因为合法交易的价格形式无非市场价格、政府定价、政府指导价，一如民法典第 511 条的规定，倘非如此就是非法交易，所以这项规定是不必要的。该条第二句第二项的规定恰是本文一再强调的经表示，包括对合同内容的表示和协商一致的表示，这些事项经由当事人一经作出意思表示就必须达成合意方可合同成立，这些事项在这样的合同中就是必要之点，“对当事人权利义务有实质性影响”的意义也来自于此，而不是这些内容天然的就对当事人权利义务有实质性影响。合同的内容由当事人约定，此中有深意，至少在合同必要之点的论题上是如此。

## 2、必要之点强调的是意思表示一致而不是必要

必要这两个汉字不是必要的。台湾地区民法第 153 条规定,当事人互相表示意思一致者,无论其为明示或默示,契约即为成立。当事人对于必要之点,意思一致,而对于非必要之点,未经表示意思者,推定其契约为成立。关于该非必要之点,当事人意思不一致时,法院应依其事件之性质定之。这几乎是“必要”最有力的证据,但实质并非如此。这个法条毫无疑问移自《瑞士债法典》第 1 条和第 2 条,这两条的规定是:1. 合同于双方当事人意思表示明确一致时成立。此种意思表示亦可以为默示的。2. 当事人之间就合同全部实质性条款达成合意,非实质性条款尚未确定的,应当认定为合同具有约束力。当事人就合同未确定的非实质性条款不能达成一致的,法院可以根据交易的性质予以确定。<sup>[15]1</sup> 郑玉波在引述《瑞士债法典》第 2 条时使用的是“重要之点”和“从属之点”,<sup>[16]36</sup>《俄罗斯联邦民法典》的实质性条款也可以说明必要的不必要。而且必要之点容易推导出必要条件的概念,于是会误以为像必要条件一样。逻辑上,情况 A 是情况 B 的必要条件的意义是:如果没有 A,则必然没有 B;如果有 B 就一定有 A。但如前文所述,必要之点是合同成立所必须达成一致的事项,包括法定要素和意定要素,涉及的是合同客观一致方面的内容一致,而不是没有这方面内容的问题。必要之点的必要在确定合同类型方面有意义,这是法律类型化的技术方法,以方便适用和节约思考,比如前文例举的买卖合同。买卖合同是合同法上典型有名合同,按法律规定,移转标的物所有权和支付价款是买卖合同的内容,在这些内容上若有意思表示一致,则成立买卖合同,这些内容才成为买卖合同要素,才成为必要之点。<sup>[12]15[13]188</sup> 移转标的物所有权和支付价款有助于判断是否为买卖,而就这些内容的一致才是针对合同的,买卖合同的分类法意义在于方便法律的适用和有助于福利目标的实现。

这样的字斟句酌不是纠缠于文字,而是要厘清概念,尤其要着重强调的是必要之点在于意思表示的一致,而不是必要。前文所引台湾地区民法、俄罗斯联邦民法典和瑞士债法典涉及必要之点时的前一条款无不是表明合同基于双方意思表示一致成立,具体到必要之点或实质性条款都是在强调它们的意思一致或合意,而非必要之点或非实质性条款未经表示或未确定,则推定合同成立。我们看到必要之点或实质性条款的意义在于就它们的意思一致是合同成立的要件,而不是包含或具有必要之点即合同成立,在于表明仅有必要之点的意思一致即可成立合同,在非必要之点或非实质性条款的意思不一致情况下,合同成立与否由法院根据事件抑或交易性质决定。本文前部主要论述的是意思表示一致是合同成立要件,论述意思表示一致的内在要求是就合同要素意思一致,必要之点的论述就是就合同要素的意思一致,是法院推定合同成立的条件,而非必要之点的不一致对合同成立的影响由法院判定,期间须臾不曾离开的是“一致”,必要只是修辞或限定而已。

## 3、法律几乎不能也不应该列举规定必要之点

前文所引文献提出包括给付内容、数量、价款等为合同必要之点,有必要在法律上对之予以明确规定。<sup>[1][2]</sup> 对于这些内容是否为合同必要之点已有前文论定,所谓法定必要之点的一致只是因为法律确定了某些合同类型为有名合同并规定了构成此类合同的内容,即合同标

的,则当事人欲成立该型合同须就这些内容达成一致,所以所谓必要之点的一致旨在服务于合同性质的判断,而意定必要之点一致是当事人订立了某些事项作为合同成立必须达成一致的内容,即经意思表示须达成一致的事项。可见,必要之点非是法律规定而是当事人约定,即便法定必要之点也须当事人约定,这些应该在协议里而不是在法律里。相当于《德国民法典》第154条的《第一草案》第78条第1款规定的,“在缔约当事人就法律所规定的属于其拟订立合同的主要事项达成一致之前,合同不成立”,最终没有出现在法典中,因为从合同概念就可以得出这一结论,法典可以不包含类似规定,所以没必要纳入。<sup>[1][8]749[17]</sup>而且我们引用的立法例都没有做这样的规定,其实是正确区分了法律与合同,虽然合同也是当事人之间的法律,但法律还是应遵守这样的边界,所以法律规定“合同的内容由当事人约定”。如果法律对自认为是合同必要之点的内容予以规定,这将是不可能完成的任务。前文已述及,交易就是商业生活,内容繁杂,包罗万象,对此规定是法律所不能承受之重,而且有违私法自治的意旨,所以具体到各种条款内容的统一的必要条款制度其实既不必要也不可能。<sup>[18]</sup>

即便对这些内容类型规定,比如列举规定给付内容、数量、价款等为合同必要之点,也有可能与实际交易相去甚远,失掉了法律所应发挥的指导意义,甚或背道而驰。比如拉伦茨的“两房三床”案。<sup>[19]456-457</sup>案情是客人电报向旅馆预定某晚“两间房三张床”,旅馆为之预留两个房间,每间房里放了三张床。客人到店后主张只订了三张床并只同意支付三张床的价款,而旅馆要求客人支付六张床的钱。给付内容、数量、价款等样样俱全,合同成立否?如前所述,关键是意思表示是否客观上一致,有一致,成立,无一致,不成立,所谓法律规定的必要,真不必要。还有著名的“无敌号”案(Raffles v. Wichelhaus)。<sup>[20]</sup>案情是双方当事人买卖棉花,并约定由孟买出发的“无敌号”(Peerless)货船运送。但有两艘都叫无敌号的货船分别在10月和12月从孟买出发。买方主张是10月的无敌号,卖方主张是12月的无敌号。合同成立否?如前所述,关键是意思表示是否客观上一致,有一致,成立,无一致,不成立。此案最终没有一方当事人证明对方知道或有理由知道自己所想,即没有客观一致,合同不成立。两案中,每方当事人坚持自己的意思表示必须达成一致作为合同成立的要件,即必要之点,但客观上没有这样的一致,若按法律规定的推理可能会出现成立的情况,所以法律谦抑的品格要求还是不该做这样的规定。

#### 4、法律规定必要之点在于促进交易

法律不能也不该列举规定合同的必要之点,但不排除可以像既有立法例那样就必要之点予以一般性的规定,使得法院确认合同成立的工作有法可依并简单易行,让签约更容易会促进合同的达成,促进交易发展,繁荣经济,进而表明和实现法律自己的目的。合同相关的交易成本主要包括签约成本、执行成本以及诉讼成本,签约成本与合同约定事项数量正相关,如果诉讼成本低,当事人倾向于约定较少的合同条款,这样交易成本会有效降低,交易就容易达成。降低诉讼成本也会激励当事人约定较少的合同条款,因为可以留给法院去补充,而当事人诉讼成本的降低有赖于法院审判成本的降低,降低做出裁判的难度可以降低审判成本,根据较少的事实做出裁判就是一个好办法。规定必要之点的合意就可成立合同,减少了必须约定的合同条款,减少了当事人的签约成本,使法院更容易做出裁决,减少了当事人的

诉讼成本，总体上会降低交易成本，促进了贸易发展。

对前引立法例的法解释学分析也表明，法律做此规定可以通过法院的工作在合同成立判断过程中实现促进交易繁荣经济的目标：当事人证明就合同必要之点达成意思一致的，推定合同成立，如果当事人将常素或偶素作为合同的必要之点并表示而意思不一致，则就此负举证责任，若举证成功，法律推定的合同成立即可推翻。商业交易的内容纷繁复杂，包罗万象，当事人所重视的事项各个不同，它们从千面来，法律自一路去，难免招架不得，而由法院去具体问题具体分析，才可能在具体案例中把握目标，进而推动有益合同进入法律之中，促进交易和经济发展。因为商业交易内容纷繁复杂，包罗万象，约定事项各个不同，为了减轻法院审查之苦，法律确定限于必要之点的意思一致即可推定合同成立，而对非必要之点只在当事人不能达成一致时，才启动法院的调查和裁决，可以节省法院的审理成本以及当事人的诉讼成本，更激励当事人进入合同，对于经济而言是个十足的好事。所以必要之点强调的是“一致”，目的在于促进交易，必要之点的规定也是实现法律自身目的的制度安排。

我国民法典规定，合同的内容由当事人约定，一般包括当事人的名称或者姓名和住所、标的、数量等条款。合同中的质量、价款或者报酬、履行地点、期限等内容均可由当事人补充或者依据交易习惯及任意性条款予以确定，但这只是提示性或示范性的规定，不是必要之点意义上的规定。最高法《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释》第3条规定“当事人就合同主体、标的及其数量达成合意的，人民法院应当认定合同成立。”这也不是必要之点意义上的规定。但该条正符合前文的理论论述，是对合同法鼓励交易目的的表达，也与比较法上的发展趋势相符合。<sup>[3]53</sup>

#### 5、必要之点强调是合意而不是不合意

前文已述，合同成立须双方意思表示一致，即合意，包括主观一致和客观一致，主观一致是双方当事人都有与对方订立合同的意思，即创设法律关系的意图，客观一致指双方意思表示在客观上一致，即双方意思表示内容在客观上一致，必要之点一致可推定合同成立，必要之点包括合同要素与经表示的常素、偶素，于是合同必要之点一致属于意思表示内容客观上的一致。

不合意，即当事人双方意思表示不一致，包括主观不一致和客观不一致，主观不一致之缺乏与对方订立合同的意思，客观不一致指意思表示在客观上不一致，但不限于内容，比如还包括对相对人的不合意，当然也包括必要之点的不合意。

为了方便，将不合意分为有意识的“不合意”和无意识的“不合意”，有意识的“不合意”是当事人知道不合意，无意识的“不合意”是当事人以为合意而实际不合意，不合意主要包括对合同当事人不合意、对合同标的物不合意和对合同性质不合意。<sup>[15]17-18[21]37</sup>“不合意”，合同不成立，当然也包括必要之点的不合意，无论是有意识的“不合意”还是无意识的“不合意”。

显然必要之点的不合意可能属于有意识的“不合意”，也有可能属于无意识的“不合意”，但这不是重点，重点是必要之点的不合意合同不成立，必要之点的不合意不是不合意分类法的结果，而是判断合同成立与否的简洁标准。前文论述及所引法律条文表明，必要之点的意义在于合同自由理论的要求和法律促进交易繁荣的制度安排，通过简化合同成立判断所涉及内容

的规定,关注必要之点的一致,而不是必要之点的不一致,实现法律目的。所以,合同必要之点的思维方式是:一致,推定成立。

## 结语

双方意思表示一致合同成立。必要之点是合同成立所必须达成一致的事项,法律规定必要之点可以简化合同成立判断标准和过程,促进交易,但法律不能也不该对必要之点进行列举规定。对中国大陆民法而言,必要之点只是一个理论概念,在司法实践当中是否会产生影响也未可知,但不失为一个符合私法自治理念和促进交易的好办法,我们要不要规定还取决于立法者的决策。最高法《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释》(征求意见稿)第3条的规定只是认定合同成立上一个司法判断标准,并不是必要之点意义上的规定。这条的体系解释是,对当事人名称或者姓名、标的和数量达不成协议,而人民法院能够确定达成一致的,一般应当认定合同成立,对除此以外的其他内容,当事人达不成协议的,人民法院可以依照法律有关规定予以补充和解释。必要之点强调的是就此达成一致合同成立,而司法解释是讲怎么判断达成了一致了。但他们都有差不多一样的促进交易的初衷和效果,虽然方向不同,却也殊途同归了。

## 参考文献

- [1] 王洪亮.论合同的必要之点[J].清华法学, 2019, (6): 122-134.
- [2] 邓辉.论合同的必要条款.财经法学[J].2018, (2): 111-125.
- [3] 冉克平.论私法上的合意及其判定.现代法学[J].2014, (5): 49-60.
- [4] 王泽鉴.民法总则[M].北京:中国政法大学出版社 2001.
- [5] 林诚二.民法债编总论——一体化解说[M].北京:中国人民大学出版社, 2003.
- [6] [美]范斯沃斯.美国合同法[M].葛云松、丁春燕译.北京:中国政法大学出版社, 2006.
- [7] [德]卡尔·拉伦茨.法律行为解释之方法[M].范雪飞、吴训祥译.北京:法律出版社, 2018.
- [8] [德]维尔纳·弗卢梅.法律行为论[M].迟颖译.北京:法律出版社, 2013.
- [9] [德]卡尔·拉伦茨.法学方法论[M].陈爱娥译.北京:商务印书馆, 2004.
- [10] 易军.法律行为为“合法行为”之再审视.环球法律评论[J].2019, (5): 51-64.
- [11] 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[J].2012, (3): 5-23.
- [12] 史尚宽.债法总论[M].葛云松校勘.北京:中国政法大学出版社, 2000.
- [13] 王泽鉴.债法原理[M].(第一册).北京:中国政法大学出版社, 2001.
- [14] 俄罗斯联邦民法典[M].(全译本).黄道秀译.北京:北京大学出版社, 2007.
- [15] 瑞士债法典[M].吴兆祥、石佳友、孙淑妍译.北京:法律出版社, 2002.
- [16] 郑玉波.民法债编总论[M].北京:中国政法大学出版社, 2003.
- [17] 邓辉.合同必要条款的比较研究.南海法学[J].2017, (4): 20-32.
- [18] 罗昆.缔约方式发展与民法典缔约制度完善.清华法学[J].2018, (6): 148-164.
- [19] [德]卡尔·拉伦茨.德国民法通论[M].(下).谢怀栻等译.北京:法律出版社, 2002.
- [20] 159 Eng. Rep. 375 (Ex. 1864).



## Significance of Essential Element in the Contract

YANG Zhili

(Shenyang University, Liaoning, Shenyang 110054)

**Abstract:** The contract is based on the agreement of the parties. The agreement of intention expression of both parties includes the subjective agreement and the objective agreement. The objective agreement means that the content of intention expression is objectively consistent. The necessary point of a contract is the factor that must be agreed upon for the establishment of a contract, but the necessary point of a contract is not the essential element for the establishment of a contract. The point of necessity emphasizes to reach an agreement on this issue, not to stipulate what content the agreement must contain. The point of necessity emphasizes to express agreement rather than necessity. The concept of necessary point only makes it more convenient to determine the agreement and the existence of the contract. The significance of distinguishing the necessary point and the unnecessary point lies in that the law and the court can simplify the standards and procedures of the contract establishment decision, to make more transactions come to an end. The necessary point of the law is to promote transactions. But the contents of the transaction are complex and all inclusive, and the law can hardly and should not list the necessary points. Both theory and legislative examples show that the necessary point is to emphasize the establishment of a contract with the same meaning, not to focus on discussing the disagreements.

**Keywords:** Mutual Assent; Formation of Contract; Essential Element

**作者简介:** 杨志利, 沈阳大学马克思主义学院副教授, 经济学博士。本文系辽宁省社会科学规划基金项目“民法典编撰中的法律行为解释研究”(L16BFX006)的阶段性成果。