

对依法成立但未生效合同性质的再认识 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/483/2021\\_2022\\_\\_E5\\_AF\\_B9\\_E4\\_BE\\_9D\\_E6\\_B3\\_95\\_E6\\_c122\\_483146.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E5_AF_B9_E4_BE_9D_E6_B3_95_E6_c122_483146.htm)

缘起 在实践中我们经常遇到这样一种情况：一些合同符合成立要件，但未办理登记、批准等生效手续，在成立到生效这一期间，合同往往被一方撕毁，依法成立的合同仅仅因为没有来得及登记或批准而被当成一纸空文，既损害了当事人的合法权益，又扰乱了正常的市场交易秩序，同时也是造成毁约率不断上升的原因之一。究其原因主要是：依法成立但未登记、批准的合同是无效合同；违反无效合同，不承担违约责任，如有错则承担缔约过失责任。新合同法对合同的成立、合同的生效以及缔约过失责任都作了明确的规定，我们有必要对这些问题进行再认识。这样做有三个目的：一是弄清合同成立与合同生效的关系；二是弄清依法成立但未登记、批准生效的合同的效力；三是弄清违反法成立但未登记、批准生效的合同的性质。

### 一、合同的成立与合同的生效

#### 1、合同的成立

一般认为：合同的成立，是指合同因符合一定的要件而客观存在。合同的法的成立要件包括：一般成立要件和特殊成立要件。一般成立要件就是双方当事人就缔结合同达成意思表示的一致；特殊成立要件是指依照法律行政或依当事人特别约定的合同成立要件。其中依照法律即指依照法律行政法规规定应当登记、批准，然后生效的合同。那么也就是说，合同的成立有两种情况，一种是一般情况，一种是特殊情况。但根据《合同法》第25条的规定：承诺生效时合同成立。即合同的成立指合同双方当事人达成意思一致时。如果概括合同法

中合同的成立要件，那么有：1、当事人适格。合同法第9条规定：当事人订立合同，应当具有相应的民事权利能力和民事行为能力；2、形式合法。合同法第10条规定：当事人订立合同有书面形式、口头形式和其他形式。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。合同法第13条规定：当事人订立合同，采取要约、承诺方式。显然合同法并没有规定合同成立的特殊条件，即没有把法律、行政法规规定应登记、批准作为合同成立的条件。也就是说，合同没有依法应办理登记、批准不影响合同的成立。

2、合同的生效 合同的生效，是指成立且具备生效要件的合同开始在当事人之间产生一定的法律拘束力。合同要生效，首先应具备民事法律行为的生效要件；其次是特殊生效要件，即经登记、批准后生效。合同法第44条规定：依法成立的合同，自成立时生效。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。可见合同法也把合同生效区分为两种情况：1、成立之时即是生效之时；2、成立之后，办理批准、登记等手续后生效。

一般认为：合同的生效要件包括：1、行为人具有相应的民事行为能力；2、是意思表示真实；3、不违反法律或者社会公共利益；4、合同标的须确定和可能。笔者认为。上述合同的生效要件显然同合同法的规定不一致，合同法中规定的合同生效要件仅包括形式要件，并没有对合同内容作出规定。我们在讨论合同的生效要件时，应区分合同的生效与合同的无效是两个不同的概念，合同的生效是指依法成立的合同或者依法成立的合同并办理批准、登记手续后，因符合法律规定的生效形式要件，而在当事人之间产生法律拘束力。需

要强调的是合同生效并不审查合同的内容、目的等。根据合同法第52条的规定：有下列情形的合同无效：（1）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（2）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（3）以合法形式掩盖非法目的；（4）损害社会公共利益；（5）违反法律、行政法规的强制性规定。第53条规定：合同中的下列免责条款无效：（1）造成对方人身伤害的；（2）因故意或者重大过失造成对立财产损失的。除了合同法第52条第1款第5项外，都是对合同内容作出的规定。合同无效的条件是否定条件，虽然合同法第56条又规定无效的合同自始没有法律约束力，但是合同的生效并不需要到法院或者仲裁机构去认定，合同的无效却必须由法院或仲裁机构作出，也就是说，合同的无效需要经过法定程序的认定，因此把判定合同无效的条件作为合同生效的要件是不合适的。

### 3、合同的成立与合同生效的关系

合同的成立和合同的生效是两个不同的概念，既有区别，又有联系。首先，合同的成立是合同生效的前提条件，但依法成立的合同并不一定生效；其次，合同的成立与合同的生效都不对合同的内容进行审查，这是与专门机构认定合同无效的区别。由于在合同生效条件与合同无效中都规定了没有按照法律、行政法规规定进行登记或批准的合同的情况，也就是说，这类合同既不能生效，也可以由专门机构认定无效。但不能因合同可能无效而说合同不成立。

### 二、依法成立但未登记、批准生效的合同的效力

合同的效力，又称合同的法律效力，是指法律赋予依法成立的合同具有拘束当事人各方乃至第三人的强制力。合同的效力从根源上讲，是合同法等法律赋予合同的，是由国家强制力保障的，在债务人违约时，

法院以守约方的请求强制违约方履行或承担其他不利后果。成立的合同只有具备法定的生效要件才能生效，也即开始受到法律保护，并能产生合同当事人所预期的法律效果。即只有生效的合同才受到法律保护，那么依法成立但未履行登记、批准等手续的合同，因没有生效，自然也不受法律保护。显然，一般认为，依法成立但未履行登记、批准等手续的合同不产生法律效力。合同法第8条规定：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。依法成立的合同，受法律保护。这显然与上述观点相矛盾，认为依法成立但未履行登记、批准等手续的合同不产生法律效力的理由是：应把“依法成立的合同”理解为既具备成立要件也具备生效要件，而不应狭义理解为当事人所成立的合同。如果这样的话，合同法在总则里为什么不明确规定：依法成立并生效的合同受法律保护，这明显不符合立法者的原义。合同法第8条的规定的意义就在于强调依法成立合同的效力，只要合同依法成立不管其是否生效，都对当事人具有法律上的约束力。那么依法成立的合同的效力与依法成立并经批准、登记等生效合同的效力有何区别。笔者认为，二者在本质上没有区别，都是依据合同法的规定在当事人之间产生的合同法上的法律拘束力，但二者在效力上有差别，那种依法成立未批准、登记生效的合同在签订合同双方当事人之间具有法律约束力，不具有对抗第三人的法律效力，因为这类合同按照法律的规定还没有生效，因此这种法律的效力是有限制的。依法成立并经批准、登记生效的合同，不仅在签订合同的双方当事人之间产生法律约束力，还具有对抗第三人的法律效力。三

、是缔约过失责任还是违约责任？违反依法成立未经批准、登记生效的合同，应承担何种责任？一般认为，违反依法成立未经批准、登记生效的合同，应承担缔约过失责任。其理由是：“由于合同无效或被撤销时，合同债权债务自始消灭。因而，合同无效或被返销如系一方当事人的过错造成，则实质上是有过错的一方违反先合同义务的结果，因此，《民法通则》和《经济合同法》所规定的合同被确认无效或被撤销时，有过错一方应赔偿对方因此所受的损失，这种赔偿责任，就是缔约上的过失责任。”具体而言，把违反依法成立未经批准、登记生效的合同的法律责任定为缔约过失责任的原因有：1、只有合同生效才有违约责任。违约责任是当事人一方不履行合同债务或其履行不符合合同约定或法律规定时所产生的民事责任。违约责任的产生以合同债务的存在为前提，或者说必须有合同有效的合同关系的存在。2、合同被确认为无效后，自始无效。既然无效合同自始没有法律约束力，也就不存在合同义务，没有合同义务当然没有违约责任。根据合同法的充分体现的合同自由精神有关规定，笔者认为：违反依法成立未经批准、登记生效的合同，不应承担缔约过失责任，而应责任违约责任。主要理由如下：违约责任是违反合同义务的所应承担的法律责任 合同法第107条规定：当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。根据这一条规定，合同违约责任就是违反合同义务。合同法第8条明确规定：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。在这一条规定的义务当然是合同义务，因为

此时合同已依法成立，按照合同法的规定在当事人之间已产生合同上的义务，违反则应承担违约责任。实际上，合同法中规定了两种责任：一是缔约过失责任；二是违约责任。关于违约责任合同法有两种规定：一是在总则的一般规定规定，包括违反依法成立的合同和依法成立且生效的合同两种情况，另一处是在第7章第107条对违约责任里作出规定。这里的关键是如何看待一般规定与具体规定的关系，由于在合同法第107条关于违约责任的规定并没有指出违约责任就是违反依法成立并生效的合同，也就是说第107条关于违约责任的规定也包括违反依法成立的合同和依法成立且生效的合同两种情况，因此这两条规定是一致的。把违反依法成立但未登记、批准生效的合同的性质定为缔约过失责任，与合同法的规定相矛盾。合同法第42条规定：当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：（1）假借订立合同，恶意进行磋商；（2）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（3）有其它违背诚实信用原则的行为。这合同法对缔约过失责任的规定，根据这一规定成立缔约过失责任有四个要件：1、缔约过失责任发生在合同缔结过程中；2、缔约过失责任是法定责任；3、给造成损失的一方有过错。根据这四个要件，违反依法成立但未登记、批准生效的合同很难构成缔约过失责任。首先，违反依法成立但未登记、批准生效的全同的行为发生在合同依法成立后，即缔约过程已完结；第二，根据合同法第8条的规定，违反依法成立但未登记、批准生效的合同的的责任是约定责任；第三，根据合同法第8条的规定，违反依法成立但未登记、批准生效的事同承担责任不需要违约方有过错；第四

，违约责任的构成要件违约行为成立但未登记、批准生效的合同承担责任不是缔约过失责任。相反，违反依法成立但未登记、批准生效的合同承担责任却符合违约责任的要件。违约责任的构成要件违约行为，违约行为是因过错造成的。因合同法采用无过错责任原则，那么违约责任的构成要件为违约行为。根据合同法第8条的规定，违反依法成立但未登记、批准生效的合同的的行为当然是违约行为，理应承担违约责任。

四对依法成立但未生效合同性质的再认识的意义 根据以上的分析，我们可以得出这样一个结论：违反依法成立但未登记、批准生效的合同的的行为当然是违约行为，理应承担违约责任。其意义在于：1、有利于维护和实现合同自由原则

合同自由原则是合同法的根本原则。合同是一种双方当事人的合意。合同的法律特征在于，由法律地位平等的双方当事人，通过自由协商，共同决定他们相互之间的权力义务关系。一个人是否缔结合同关系，同谁缔结合同关系及合同关系的内容，似乎完全取决于当事人的自由意志。合同的精髓是当事人意志的汇合。只要不违反法律、道德和社会秩序，每个人都享有充分的合同自由，这种自由被概括为合同自由原则。合同自由原则的确立在本质上是自由经济的要求，合同法就是对自由经济关系的确认和维护。因此，合同自由就是合同法的生命。把违反依法成立但未登记、批准生效的合同的的行为的性质定为违约行为，承担违约责任，实际上是对当事人意思自治的尊重，最大程度地维护合同自由。合同自由反映了商品经济的本质要求，因而有商品经济就会有合同自由的观念。市场经济是法治经济正是在这一意义上而言的。市场经济是发达的商品经济，更需要法律的调整，我们搞市

市场经济就需要有与之配套的法律机制，需要一个完备的法律体系，合同法就是其中最基本、最核心的法律，因此，能在多大程度上维护合同自由是最大发挥市场机制作用的关键，同样也是我们建设社会主义市场经济成败的关键。我国建国以来，由于长期受计划经济体制的影响，导致片面强调计划而否认当事人的合同自由。如1981年制定的《经济合同法》，虽强调当事人在订立合同时依据自等、协商互利的原则，但该法也特别强调合同的订立、履行、变更、解除等方面必须遵循国家计划，或受国家行政机关的干预，规定遵守国家政策和计划的要求作为签订经济合同的一项基本原则。随着经济体制改革的深入，建立社会主义市场经济要求减少指令性计划，减少政府对经济的干预，充分发挥市场机制的调节功能。为此，经济合同法又在1993年作了重大修改。如将“订立经济合同，必须遵守国家法律，必须符合国家政策和计划的要求”，改为“订立经济合同，必须遵守国家的法律、行政法规”；将“违反法律和国家政策、计划的合同”为无效合同。改为“违反法律、行政法规的合同”为无效合同；同时将无效合同的确认权明确规定属于人民法院和仲裁机构享有。直到1999年制定的统一合同法才明确规定：当事人依法享有自愿订立合同的权利，任何单位和个人不得非法干预。合同自由原则逐渐被我国合同法所确认的过程，正是我国经济体制改革不断深入和建立市场经济意义深远。再加上，政治体制改革同经济体制改革相比相对滞后，政府对经济的不必要干预还很普遍，强调合同自由，减少政府对经济的过多干预，更有其现实意义。

## 2、有利于合同的履行，维护正常的市场交易秩序

诚实信用原则作为民法基本原则，是市场



经济活动的道德准则它要求市参加者符合于诚实商人的道德标准，在不损害其他竞争者，不损害社会公益和市场道德秩序的前提下，去追求自己的利益。这里诚实信用原则指的就是商人的道德，讲商人信用，讲信誉。这种信用、信誉表现在合同行为中，就是信守约定，履行自己的约定。根据合同法第8条的规定，把违反依法成立但未登记、批准生效的合同的的行为看作是违约行为，承担违约责任，其目的也正是促使合同当事人履行自己的约定，如果说把上述行为不看作是违约行为，而承担缔约过失责任，那么当事人之间达成合意并依法成立的合同对当事人的约束力就大大下降，合同履行更成问题。当前合同履约率如此之低，与对违反依法成立但未登记、批准生效的合同的的行为的性质的认识有直接关系。合同能否履行，是直接反映市场秩序是否良好的标准之一。依法成立未登记、批准生效的合同，如果在当事人之间没有约束力，被自始认为无效，显然对维护正常的交易秩序，保证合同的履行极为不利。如果大量依法成立的合同，被当事人任意撕毁，何有经济秩序可言。有利于保护守约方的合法权益把违反依法成立但未登记、批准生效的合同的的行为不看作是违约行为，违约者不承担违约责任。守约方的合法权益只能是通过缔约过失责任来寻求保护。由于缔约过失责任与违约责任在构成要件和赔偿范围上都有明显的区别，如缔约过失责任要求违约方有过错，并且限于合同法第42条规定的以下几种情况：当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：（1）假借订立合同，恶意进行磋商；（2）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（3）有其它违背诚实信用原则的行为

。另外通过缔约责任寻求保护，只能了得赔偿损失的保护，而违约责任的方式有：继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等。显然，用缔约地这失责任还是用违约责任来看待依法成立但未登记、批准生效的合同的性质，对守约方权力的保护大为不同。订立合同法的目的是为了保护合同法明确规定依法成立的合同对当事人具有法律约束力。依法成立的合同，受法律保护。因此，把违反依法成立但未登记、批准生效的合同的的行为看作是违约约为，违约者承担违约责任，而不承担违约过失责任，将会对守约方的合法权益进行更有力的保护。有利于鼓励交易 合同主要是调整交易关系的，合同的一般规则就是规范交易过程并维护交易秩序的基本准则，各类合同制度也是保护正常交易的具体准则。具体而言，鼓励交易是促进市场发展所必须的，鼓励交易是提高效率，促进社会财富积累的手段，鼓励交易有利于维护合同自由，实现当事人的意志和缔约目的。鼓励交易，首先要鼓励合法、正当的交易；其次，是鼓励自主自愿的交易，亦即在当事人真实意思一致的基础上产生的交易。要贯彻鼓励交易的原则，首先要保护依法成立的合同。在新合同法中明确规定了合同的订立条件，即要约和承诺，承诺生效时合同成立，合同既然依法成立，就要给予保护，即是保护交易，有时保护当事人的合法权益。依法成立但未登记、批准生效的合同，首先是依法成立的合同，只是还没有按照法律、行政法规的规定办理登记、批准等手续。从依法成立到办理批准、登记等生效手续这个期间，合同的效力如认定为无效，也就是说，在这期间依法成立的合同对双方当事人没有约束力，那么任何一方撕毁合同都有可能，在这种情况下，合同法的鼓励交易

功能完全丧失。因此，把违反依法成立但未登记、批准生效的合同的行作为看作是违约行为，违约者承担违约责任，对鼓励交易来说是完全必要的。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)