

内容摘要

践成合同（要物合同）系大陆法系传统民法理论中一个历史久远的合同类别，其存在的必要性与合理性已饱受学界质疑，然而相关的翔实论证却暂付阙如。本文即试图立足于现代民法的立场，从民法的机理上剖析践成合同的学理缺陷及其实际适用中的可能问题，进而推导出诺成性乃是现代合同的本质属性、践成合同作为一个历史遗物在现代民法中应当被取消的结论。但鉴于践成合同的制度本旨在于践行某种特定的价值判断，对其被取消后可能遗留的漏洞尚应通过任意撤销权的技术安排予以补足。本文除导言和代结语之外，共分四章。

第一章为践成合同产生及演变之历史探源。在古罗马法上，合同的形式体现为一个从“形式主义”到“合意主义”的嬗变过程，践成合同则是其中的表现形态之一。由此决定，践成合同仅是合同形态演进过程中的一种过渡样态，其必然随着时代的变化而逐步实现向诺成合同这一真正契约的转变。

第二章为践成合同的内涵界定。我国学术界对践成合同的定义长期存在着分歧，但从该概念的历史沿革及合逻辑性的角度考察，“物的交付”而非“物的交付及其他给付”是践成合同的特别成立要件而非生效要件。

第三章为诸典型践成合同立法例及学说之比较考察。远在古罗马法时期，践成合同既已有消费借贷、使用借贷、寄托和质押四种基本类型，然而通过对现代各国民事立法的考察和梳理，我们却可以得出践成合同的存在空间被进一步限缩了的结论。究其实质，乃是因为践成合同仍保留有相当厚重的形式主义色彩，不符合现代合同的本质以及信用经济发展的要求。而且，践成合同的制度设计并非实现其背后所蕴涵的立法价值的唯一路径。

第四章为践成合同理论流弊之追问。立足于现代民法的立场分析，践成合同将“物的交付”作为合同的成立要件并以其作为区分于诺成合同的标准不仅在逻辑上值得商榷，在价值层面上也存有较大的误漏。并且，固守践成合同存

在的交易习惯、供需要求等因由也难能令人信服。至为重要的是，践成合同这种通过严格合同成立要件以实现优惠利益出让方当事人的做法完全可能导致陷入新的利益失衡状态。

最后本文认为，诺成性是现代合同的本质属性。践成合同将物的交付作为合同成立要件存在逻辑及法理上的可诘难性，故而对这一制度应予摒弃。同时为践行当事人双方利益平衡之立法价值，赋予利益出让方以任意撤销权并对其进行相应限制的处理思路诚为可欲。

关键词： 践成合同 诺成性 成立 生效 任意撤销权 预约

目 录

导 言：合同本质的厘清	1
第一章 践成合同产生及演变之历史探源	5
一、罗马法之契约形态及其演进过程考察	5
（一）口头契约	6
（二）文书契约	7
（三）要物契约	8
（四）诺成契约	9
二、小结：合同成立规则的变迁——从罗马法到现代民法	10
第二章 践成合同的内涵界定	13
一、践成合同定义之争	13
（一）成立要件说	13
（二）生效要件说	14
（三）混合要件说	14
二、内涵梳理之一：成立要件抑或生效要件？	14
（一）合同成立、生效二元分野的逻辑必然	15
（二）“物的交付”系践成合同的特别成立要件	18
三、内涵梳理之二：“物的交付”抑或“物的交付及其他给付”？	19
四、结论	21
第三章 诸典型践成合同立法例及学说之比较考察——一个理论 演进的视角	22
一、类型化研究	22
（一）赠与合同	23
（二）借贷合同	26
（三）保管（寄托）合同	29

(四) 运送合同·····	30
二、结论——兼对践成合同制度价值的一点省思·····	32
第四章 践成合同理论流弊之追问·····	35
一、概念的准确性及其内在缺陷·····	35
(一) 对以“物的交付”为合同分类标准的合理性之质疑·····	35
(二) 以“物的交付”为成立要件的潜在谬误·····	36
二、践成合同的存在实益批驳·····	38
(一) 践成合同存在因由之驳·····	38
(二) 践成合同对其制度价值的可能悖离·····	40
代结语·····	43
一、诺成性是现代合同的本质属性·····	43
二、践行利益平衡价值之制度设计·····	44
(一) 预约化思路及其评价·····	44
(二) 任意撤销权思路·····	45
主要参考文献·····	47

“思考已经思考过的东西，直到怀疑还是确信无疑。”

——〔德〕君特·格拉斯^①

导言：合同本质的厘清

尝有学者无比精辟地指出，“在现代民法中，合同究属诺成抑或要物，一可依契约自由任当事人决定，二是由法律硬性规定，故此项划分已无多大意义。”^②但对此的进一步的阐述却付之阙如。“物的交付”究属合同的成立要件抑或生效要件？践成合同作为一种由来已久的历史遗物其存活的空间究竟有多大？传统的法学论著对此各执一词。本文正是试图通过对合同形式演进过程的考察还践成合同以本原面目，并以此为立论基点，进一步推演出践成合同作为一种历史遗物正陷入其理论末途的结论。质言之，“如果契约法的发展使契约的形式而不是本质更被重视，那就到了契约法应当改变的时候了；如果契约法不关注社会的变化，不建立起它与社会生活的实际联系，那它就将真的走向死亡”。^③然囿于才疏学浅，本文的许多想法及论证难免有失周延，但可谓“智者千虑，必有一失；愚者千虑，必有一得”，笔者不揣鄙陋，乃敢求教于诸师长同仁。

合同，在商业层面上，它是社会公认的一种实现私人或集团目的的交易规则；在伦理层面上，它又包含着应该信守自己诺言的道德原则。^④在当前的汉语言文化圈中，合同与契约被人们交互使用而难分彼此，以致于现今出版的多数辞书均将此二者视为同一概念。^⑤然而，从语言学即语言功能的角度考量，用两个完全不同的词汇来表达同一思维是不可思议的。有鉴于此，不少学者从词源、欧陆语与汉语的对位比较等角度对合同和契约之间的区别予以阐明，甚

① 〔德〕君特·格拉斯、哈罗·齐默尔曼著：《启蒙的冒险——与诺贝尔文学奖得主君特·格拉斯对话》，周惠译，浙江人民出版社2001年版，第6页。

② 张俊浩主编：《民法学原理》（法学本科教材），中国政法大学出版社2000年修订版，第729页。

③ 傅静坤著：《二十世纪契约法》，法律出版社1997年版，第23页。

④ 张俊浩主编，前引书，第724页。

⑤ 这一点可从《辞海》（缩印本）第317页“合同”和646页“契约”项，以及《中国大百科全书》（法学卷）第275条“合同”和第464页“契约”项的解释中得到印证。

而进一步主张以“契约”取代“合同”。^①但一个无可辩驳的事实是，对契约和合同区别定位的见解已日渐式微，因此，本文在将合同作为契约同义语的基础上使用合同一词，个别地方为了尊重相沿成习的用语习惯，则仍然使用契约一词。

对于合同本质的理解，学界长期存在着三种观点：合意说、法律行为说和允诺说。^②这三种学说实际上向我们揭示了两大法系对合同本质在认知上的差异。总体而言，英美法系国家强调合同是一种许诺，而大陆法系国家则是以债为立足点来定义合同，强调合同是一种合意之债。表面观之，二者间的分歧似乎导致了可供对话平台的缺失，但倘若作更深一步的追究，即会发现二者存在某种程度上的契合。首先，大陆法系合同中的“合意”与英美法系合同中的“允诺”均以“具有法律意义”为前提，倘若对诺言和对价加以综合考察，英美法合同中所蕴涵的合意因素即随之凸显，只是单凭合意因素本身尚无法完全解决英美法中的合同概念问题；同样，尽管大陆法判断合意是否构成合同的标准并不具体，但“双方的法律行为”与“单方的有对价的诺言”也存在异曲同工之妙。其次，与当代国际社会法律趋同化的情势相吻合，两大法系之间关于合同本质的理解也日趋一致，其突出表现为英美法国家逐渐注重合同的“合意性”特征，英美学者开始对其“允诺核心概念”的缺陷进行反思即为明证：“其忽略了合同中的交易因素。在该定义中没有明确指明典型合同是双边性的事项，一方允诺或完成的事项，作为回报，是另一方允诺或完成的事项。因此，可以说，正像这个定义所描述的，合同仅是‘一个允诺’的说法将忽略了这样的事实，即在允诺成为合同之前，普遍存在着一些作为其他允诺的回报而给予的行为或允诺。”^③这种趋同化的最终结果是英美法将大陆法关于合同的定义植入自身的理论体系。例如，G·H·Treitel的《合同法》一书将合同定义为“产生由法律强制执行或认可的债务之合意”，其他如《牛津法律大辞典》、《布莱克

① 贺卫方：《“契约”和“合同”概念辨析》，《法学研究》1992年第2期，第39页。

② 李先波著：《合同有效成立比较研究》，湖南教育出版社2000年版，第2—6页。

③ 〔英〕P.S.阿狄亚著：《合同法导论》，赵旭东、何帅领、邓晓霞译，法律出版社2002年第五版，第38页。

法律词典》也均作类似规定，把合同视为产生债的双方当事人的合意，从而将诸如记录合同、盖印合同、法定默示合同等排除在合同的定义之外。而大陆法系内部的德国法和法国法之间的差异主要表现为广义和狭义之别，前者强调抽象理性，后者则注重实用，其间并不存在实质性的冲突。更何况，“没有一个定义可能是独一无二的‘正确’定义”，各种不同表述的存在只是“一个用法和便利的问题”。^①

由此引申出的一个问题是，在我国特定的语境之下，对合同的概念应作何理解？由于存在四大法域，我国学者对合同的定义参差不齐。台湾和大陆学者基本上采用“合意”一词来表述合同，澳门学者则多以“约定”来界说合同，^②而香港地区传承历史遗留因素，更多地将合同称之为“许诺”或“允诺”。应当指出的是，台湾民法追随德国民法采取广义的合同概念，“广义之契约，谓以交换的所为二个以上意思表示之一致为要素法律行为。苟以发生私法上之效果为目的，无论其为债权契约，物权契约抑或亲属上之契约（例如婚姻契约），均包含在内。狭义的契约，则专指债权契约。”^③而根据《中国大百科全书》的定义，“合同又称契约。广义泛指发生一定权利、义务的协议……狭义专指双方或多方当事人（自然人或法人）关于建立、变更、消灭民事法律关系的协议。此类合同是产生债的一种最为普遍和重要的依据，故又称债权合同。”^④审视我国相关立法，1999年颁布的《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第2条指出：“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。”由此可见，在立法上我国采取的是狭义的合同概念，即从“合意”、“协议”的角度来解读合同，并且以民事法律行为作为衡量当事人的“合意”或“协议”是否已升格为具有法律意义的合同的尺度。

申言之，笔者以为应当着眼于以下几点以求对合同内涵的准确把握：第一，

①〔美〕A.L.科宾著：《科宾论合同》，上册，王卫国、徐国栋、夏登峻译，中国大百科全书出版社1997年版，第9页。

②米健等著：《澳门法律》，中国友谊出版公司1996年版，第53页。

③〔台〕史尚宽著：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第7—8页。

④《中国大百科全书·法学卷》，中国大百科全书出版社1984年版，第275页。

合同一词可以指称多种不同的事物，即便是作为民法学术语之一，也存在广义和狭义之分。但就目前各国的立法指向考量，合同大多被限定为狭义，我国亦不例外。^①在合同由形式向实质的发展阶段，受到商品关系的涤荡、净化，债的合同因其与商品关系的直接联系，以及它突出地反映了商品关系和合同的本质，而被置于合同的中心。^②因此，本文仅以狭义的合同——债的合同为研究对象；第二，合同是民事法律行为的一个种概念；^③第三，与其他民事法律行为相区别，合同是由法律调整的双方当事人之间的“合意”。

① 我国《民法通则》将合同置于“债权”一节，但所下的却是广义合同的定义：合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。其将合同的上位概念定为协议，但在体系上却把合同纳入民事法律行为，而由于《民法通则》对协议未做说明，故协议一词似乎有违《民法通则》的定义体系，不似合同的属概念。参见梁慧星：《论我国民法合同概念》，《中国法学》1992年第1期，第56—57页。

② 史际春、邓峰：《合同的异化与异化的合同》，《法学研究》1997年第3期，第43页。

③ 应当指出，我国《民法通则》仿效《苏俄民法典》将民事法律行为的立法定义定性为“合法行为”，然而在学理上，多数学者均未对民事法律行为作“合法”性质的理解。《民法通则》同时创设了“民事行为”来作为统领民法中所有行为的总概念。如学者所称，这是世界民法立法史上的一个独创。它形成了具有中国特色的，理论上更加完善的概念体系。参见佟柔主编：《中国民法学·民法总则》，中国人民公安大学出版社1990年版，第208页。

第一章 践成合同产生及演变之历史探源

毋庸置疑，几乎现代合同法中所有原理都可以从古代契约法中寻得蛛丝马迹。而作为古代契约法的集大成者，古罗马时期关于契约形态的理论及实践发展均已相对完备，践成合同（或称要物契约，下同）即是其时的遗物之一。基于此，笔者主张采取一种“从撤退开始”^①的研究进路，即溯至践成合同产生的历史源头，考察其来龙去脉以期对其发展动向形成某种程度的预知。

一、罗马法之契约形态及其演进过程考察

“自古以来，无论何处，基于契约关系所生的人的债务，其发达较有体物之权利，为期稍迟。”^②古罗马契约观念的形成经历了漫长的过程，这一过程主要表现为合意因素从古代要式交易行为中的逐渐分离和独立。早期的罗马尽管存在财产的让渡，但起先并不存在契约和债的概念。^③罗马王政时期，家庭之间的财产转让必须严格遵循市民法上的繁琐程序和固定仪式，这种方法被称之为耐克逊（Nex）。据学者考证，耐克逊是一种用铜片和衡具的交易。在此过程中，当事人必须亲自到场，另外还需5位证人和1个司秤参加，在完成固定的套语和动作之后，交易即完成并且有效。由此可见，耐克逊实际上是一种纯粹的所有权即时交付行为，在此过程中“契约”和“让与”是合二为一的。后来，随着财产个人化和信用程度的提高以及商品交易的扩大，客观上交易双方的互作为和交付在时空上产生了分离，“契约”和“让与”之间也产生了适度的分离，耐克逊则日趋倾向于契约庄严化的特殊目的，而让与过程便转由曼兮帕蓄（Mancipatio）去完成了。^④自此，罗马法上的契约观念开始发展并体现为按照口头契约→文书契约→要物契约→诺成契约的顺序演进，该过程因其典型性

① 龙卫球：《〈民法总论〉的姿态和进路》，<http://law-thinker.com/detail.asp?id=625>，2002年10月4日。

② 〔美〕孟罗·斯密著：《欧陆法律发达史》，姚梅镇译，台北商务印书馆1973年版，第54页。

③ 梅夏英：《两大法系财产权理论和立法构造的历史考察及比较》，载于易继明主编：《私法》，第1辑第1卷，北京大学出版社2001年版，第171页。

④ 〔英〕梅因著：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1959年版，第177页。

质而被视为“代表了整个古代合同形式的发展过程”，^①而我们现今所司空见惯的诺成契约形式即是该演进过程的最终结果。

（一）口头契约

根据仍占统治地位的早期观点，在罗马社会中最早的要式契约是“债务口约（nexum）”。债务口约在形式上是与要式买卖相对应的一种适法行为，是“原始‘耐克逊’最早的已知的后裔”（梅因语）。因而与要式买卖一样，其采用铜和秤、五名见证人、一名司秤，双方当事人亲自到场，并依特定的程式和套语以表示买卖及交付合意的方式缔结契约。由于债务口约的效力极为严厉，因此一旦债务未得到有效清偿，债权人即取得对债务人人身支配权。《十二表法》第三表关于债务执行的规定，即是这种残酷性的充分体现。^②

古罗马的口头契约有许多类别，如债务口约、誓言、嫁资口约、要式口约等均是的，其中最重要并经常为罗马法学家所谈及的则是要式口约（Stipulazione）。对于要式口约的起源问题学界尚存争议，较为共同的观点认为其产生于神法和宣誓。其最古老的形式是誓约，这是在罗马贸易中为设立债的关系而普遍采用的要式契约。这种口头契约的庄重性表现在要约人的问话和受约人的对应回答，不仅提问和回答的过程不能中断，而且提问和回答必须完全相互吻合，以此作为吸引债得以附加的媒介。盖尤斯在《法学阶梯》中对此作了详尽的描述：“‘你答应给付？’‘我答应’，‘你给付？’‘我给付’，‘你允诺？’‘我允诺’，‘你应保？’‘我应保’，‘你担保？’‘我担保’，‘你做？’‘我做’。”^③在罗马的契约法的演进过程中，要式口约的形式要件不断受到精简，由此，在早期的要式口约与古典时期的要式口约之间存在明显的差别。而在优士丁尼时期，这种口头契约已经名存实亡了，但由于原来不存在非要式

① 王家福等著：《合同法》，中国社会科学出版社1986年版，第38页。

② 《十二表法》第三表第五条规定：“债权人可以拘禁债务人60天，在此期间，债务人仍可谋求和解，如不获和解则债权人应连续在三个集市日把债务人牵至广场，并高声宣布长官所判的金额。”第六条规定：“在第三次牵债务人至广场后，如无人代为清偿或保证，债权人得把债务人卖于梯伯河以外的外国或杀死之。”第七条规定：“在债权人有多人时，得分割债务人的肢体进行分配，纵不按债额多少切块，也不以诈骗论罪。”

③ 〔古罗马〕盖尤斯著：《法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社1997年版，第228页。

契约，要式口约的发展在客观上向我们展示了古罗马债的发展路径。^①

口头契约是最早的一种契约形式，并在相当长的时期内成为合同的主要形式。其虽然蕴涵了契约合意的本质属性，但由于这种属性被隐藏于严格的问答形式之中，人们往往忽视这种属性的存在。“仪式不但和允约本身有同样的重要性，仪式并且还比允约更为重要”，^②这也是人类社会早期契约制度的一个普遍特征。

（二）文书契约

文书契约（Litteris）是稍晚于口头契约的一种契约形式。文书契约是以债务依据的形式出现的，最初，人们为了证明口头契约的存在，在缔结口约时通常以文字记载口约内容以资佐证。后来这种佐证的文字日益重要，而口约本身则渐次退居次要地位。^③只要有书面文字就可以证成契约之成立，文书契约由此形成。

盖尤斯将文书契约分为三种：债权誉帐、亲笔字据和约据。^④债权誉帐是古典的文书契约，起源于罗马家庭中的帐目管理。“家父”一般根据“对照帐（adversaria）”即日常的收支记录整理所有的支出项目并将其登记在专门的帐本上，其时，“债权誉帐”即表示为支出项目。债权誉帐采用两种方式进行：一是记物于人；二是记人于人。罗马法学家对债权誉帐是否适用于异邦人存在异议。盖尤斯主张从一定意义上理解这种债是市民法上的债，不应适用于异邦人；萨宾和卡西则主张，如果债权誉帐是记物于人的，则可适用于异邦人；如果是记人于人的，则不适用于异邦人。^⑤与要式口约相比，债权誉帐对形式的要求无疑较为宽松：缔约人既可到场，也可不到场。

亲笔字据和约据是古典法中适用于异邦人（主要指希腊人）的文书契约。二者之间的形式区别是：亲笔字据只书写一份并由债权人保留；约据则被制作

①〔意〕彼德罗·彭梵得著：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1992年版，第355—358页。

②〔英〕梅因著，前引书，第177页。

③江平、米健著：《罗马法基础》，中国政法大学出版社1991年版，第261页。

④〔古罗马〕盖尤斯著，前引书，第244—246页。

⑤同上，第244页。

成两份原始件，债权人和债务人各执一份。二者之间一个更为内在的区别是：人们可以不存在债因为由对亲笔字据提出异议，而约据则是最绝对意义上的要式契约。^①发展到后古典法阶段，由于罗马法随着市民身份的授予而得到不断扩张，约据因完全忽视债因的存在且在形式上与罗马制度格格不入而遭到摒弃。与之相异，亲笔字据由于早就作为要式口约的证明手段而渗入罗马法之中，其本质特征因这种职能的掩盖而得以保存下来。表现在实践当中，亲笔字据继续独立于任何要式口约而被适用。

较之口头契约而言，文书契约手续简便易行，因此无疑是在口头契约基础上的一大进步。文书契约把固定的格式化的问答套语转化为缔约人缔结契约的条件，只要遵守缔约的条件，所有繁杂的外在手续皆可忽略不计。文书契约的广泛使用表明，“合意”因素的作用已初步为契约当事人所感知，而且在契约中的地位也渐呈超越契约的外在形式条件之势。但由于文书契约仍属要式契约，因此效用式微，后来则逐渐被废止，而被一种新的名副其实的文书契约即“付款约据”（cautiones）所取代，“付款约据”逐渐演变为后世的票据制度和背书制度。^②

（三）要物契约

要物契约又称物约，是继文书契约之后出现的一种契约形式。此类契约依当事人欲取得的诉权或抗辩权不同本有一定的形式要求，优士丁尼时期则将其归结为以标的物的给付为成立要件，如果缔约人不履行给付，纵使双方意思表示一致，也不能产生债权债务关系。^③古罗马时期的要物契约包括四种形式：消费借贷、使用借贷、寄托和质押。

要物契约的基本涵义表明，其出现是对古老契约观念的一次重大革新。因为在古老的口头契约甚至更早的“耐克逊”那里，若缔约一方由于疏忽没有将其合意通过约定的严格手续外观化，则依照单纯的合意所做的一切均归于无效。但在要物契约中，凡是基于合意并以送达一定的特殊物件为目的者，一经

① （意）彼德罗·彭梵得著，前引书，第360页。

② 蒋先福著：《契约文明：法治文明的源与流》，上海人民出版社1999年版，第168页。

③ 郑云端：《西方契约理论的起源》，《比较法研究》1997年第3期，第264页。

送达债即产生。意即：凡是参加或同意一个定约的部分履行的人们，就不许由于形式上的缺陷而否认它，一方的履行就使他方负担相应的法律责任。这表明罗马契约责任制度在伦理观念上迈进了一大步，即首次将道德因素的考虑视为契约约束力的要件。从文书契约到要物契约，缔约的手续从复杂趋于简单。早期契约制度中所包含的形式主义因素逐渐减退，契约的本质属性的重要性得以提升。但仍须看到，要物契约中以物的交付作为契约的成立要件在简单的物物交换中是可行的，但是一旦超出这一界线，其适用的范围就必然会受到很大的限制。由此规定了要物契约必然被新的更为适宜的契约形式所取代，这样，诺成契约就应运而生了。

（四）诺成契约

至罗马共和末季，市民法衰微而万民法发达，一切法律行为重意思而轻形式，遂有诺成合同之产生。“诺成”一词即意味着，只要存在当事人的合意，债即可被附加。作为罗马法中最后也是最重要的一种契约形式，诺成契约的产生标志着罗马契约自由思想的形成和罗马契约制度的相对完备。^①其仅以缔约人的合意为契约的成立要件，既无须履行任何固定的形式和繁琐的手续，也无须交付标的物，“事实上，在这些场合，人们之所以说通过合意缔结债，乃是因为不需要书面文件；无论如何，也不需要当事人到场；再者，也不必给付某物，为了债取得效力，进行交易的人作出同意即为已足。”^②一般认为，罗马法中的诺成契约可分为买卖、租赁、合伙和委任四种形式。

在产生之初，诺成契约在量的规定上是极为有限的。“但是，毫无疑问它在契约法史上开创一个新的阶段，所有现代契约概念都是从这个阶段发轫的。意志的运动构成合意，它现在完全孤立了，成为另外一种考虑的主题；在契约的观点上，形式全部被消除了。外部行为只是看作内部意志行为的象征。”^③诺成契约是罗马契约法发展到较为成熟阶段的产物，是近代契约的主要模式和渊

① 马俊驹、陈本寒：《罗马法上契约自由思想的形成及对后世法律的影响》，载于杨振山、〔意〕斯巴尼奇主编：《罗马法·中国法与民法法典化》，中国政法大学出版社1995年版，第347页。

② 〔古罗马〕优士丁尼著：《法学阶梯》，徐国栋译，中国政法大学出版社1999年版，第379页。

③ 〔英〕梅因著，前引书，第189页。

源，近代契约法无不渗透着罗马诺成契约制度的影响。因为，从最早的口头契约发展到诺成契约的历史表明，人们由重视契约的外在形式、外部手续到要物契约中的开始重视契约的伦理内涵，再到诺成契约中的更为深入地注重缔约人的心理状态，契约观念表现为一个从粗糙到精炼的嬗变过程。因此，毋庸讳言，诺成契约的产生使得古代合同理论发生了重大变革：一切外部形式仅被视为内部意思表示的证据，由此孕育了一个崭新并极富生命力的合同法原理——一经两造合意即有债之产生。

二、小结：合同成立规则的变迁——从罗马法到现代民法

自 19 世纪以来，各国的民法典编纂几乎均无一例外地对合同的成立原则作出了规定。即便是在那些未对其特别加以规定的国家（如法国以及依照法国法制定民法典的国家），也在尽力地填补这一空白。这些国家的法学理论和司法实践从各种不同的合同规则中，尤其是在合同分类体系里属于诺成合同的规则中总结归纳出合同的成立原则，主要涉及合同意向的效力、要约与承诺等问题。许多现代学者一直致力于在《阿根廷民法典》、《巴西民法典》、《意大利民法典》等深受罗马法影响的法典中探寻关于现代债合同成立原则的渊源。^①而正是通过对古罗马契约形态演变过程内在理路的考察，现代债合同的成立规则被最终抽象和剥离出来。

如前所述，从古典法时期到优士丁尼时期，罗马法的契约制度经历了一个从形式主义向非形式主义的进化过程。在此过程中，契约的合意因素缓慢地从古代的要式交易中剥离和独立出来——巴西学者约瑟·阿尔维斯的描述较为妥切地揭示了这一深刻的变化：“法律承认的可以产生债的关系的意思合致大幅度地增加。”^②

通过前面的考察我们可以大致确定，在古典法时期，契约在法学家眼中并非一个一般的抽象群体，而惟有几类契约被认可得产生债的关系。按照罗马人

①（巴西）约瑟·阿尔维斯：《债合同的成立原则及其罗马法渊源》，载于杨振山、〔意〕斯巴尼奇主编，前引书，第 365 页。

② 同上，第 371 页。

的观念，不是契约双方当事人的合意，而是某一客观因素导致债的发生（遵守一定的程式、具备一定的形式或交付某一物品），一项单纯的合意（简约或协议）并不产生债的关系，意即，仅有合意的达成尚无法导致契约的成立。发展至后古典法时期，这一严格的标准（契约 = 合意 + 产生债的客观因素）已经受到了某种程度的削弱，口头契约→文书契约→要物契约→诺成契约的演进过程即是这种趋势的集中展现。而在优士丁尼时期，古典法学家那种契约成立必须遵循严格的形式主义观念被彻底扭转过来，拜占廷的法学家们即已认为，单纯的合意就足以产生债的关系，从而，当事人双方的意思合致从纯粹的缔约前提上升为重要的法律要件。由此不难发现，在优士丁尼时期已经蕴涵并逐步催生出“任一合法的意思合致即使不具备法律认可的合同形式，均能产生法定债关系”这一现代法上的合同成立原则。易言之，古罗马法上诺成契约这一合同重要形态的形成为古代契约法和现代合同法之间搭建起了一个对话的平台。

此处应当指出的是，这种合同形态变迁的表象背后隐藏着一项颇具普适性的规律：合意因素在契约成立过程中功能的强化是由商品交换和信用的发达程度所规定的。在信用极不发展的早期商品交换中，物物交换和即时交易必然为其基本形式，在此种条件下，试图从一项交易行为中抽象出意思表示合致或现代法上的契约观念显然是不可能的。^①反之，在以飞速发展的商品经济为存在背景的现代民法中，因之契约合意因素的高度分离，富有厚重形式主义色彩的口头契约、书面契约形态已几乎消失殆尽。对此我们可以进一步归结为，早期合同法的一个显著特征即为严格的形式主义，后来社会经济的发展要求在交易安全的前提下追求交易的高效、快捷，合同法逐渐呈现出一种从重形式到重意思的演进趋势，要式主义被废弃，非要式原则几乎得到现代法律体制的一致确认。^②从这一态势观察，要物契约这一类型似乎更应被视为一种过渡性的法律形式，这也是由其“债不是产生于协议本身，而是产生于对有形物的交付”^③的

① 董安生著：《民事法律行为》，中国人民大学出版社 2002 年修订版，第 4 页。

② 程啸、柳尧杰：《论我国合同法中合同违反法定形式之法律效果》，《中国人民大学学报》2002 年第 1 期，第 101 页。

③ [英] 巴里·尼古拉斯著：《罗马法概论》，黄风译，法律出版社 2000 年版，第 177 页。

内在特性所决定的。诚如梅因所指出的，诺成契约才是现代意义上的真正契约。由此延伸出来下文的一个论述重点即是，践成合同的适用空间究竟尚有多大？在特定的时期，践成合同的制度设计对于将合意因素从形式要求中解放出来无疑居功至伟，但演进至今，其却渐趋成为在合同中彰显当事人意思的桎梏。“法律上之诸制度，常常内含有其历史性的性格，但不论法制度之固定外形如何，其历史性格会随着时代而变化”，^①践成合同作为一历史遗物，显然也难能摆脱这一真理性的表述。

^①（台）刘得宽著：《民法诸问题与新展望》，中国政法大学出版社2002年版，第73页。

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士学位论文摘要库