

合同概念的历史变迁及其解释

徐 涤 宇*

内容提要:对合同的概念,在不同的历史阶段和法律文化背景下,存在着各殊的构想模式。古典罗马法以形式主义和类型法定为契约概念的特质,构建了债—契约的制度模式;中世纪注释法学家遵循这一模式,以原因理论重构了合同的概念,这一传统为法国法系继受,使原因理论成为破译其合同概念及相关制度设计的密码;在德国,自然法理论、理性法学和历史法学结亲,以法律行为理论重组合同的要素,使其含义在历史上再一次发生根本性断裂;20世纪以后,制度的变迁又催生了新的合同说明模式。

关键词:合同的要素 原因 法律行为

现代学理一般认为,人们可以在罗马法中寻觅到合意主义的诸渊源,这些渊源孕育了作为债的双方当事人意愿的完全协商一致,合意不仅是民法法系和普通法系的传统,而且也是现代合同法的基础。^{〔1〕}据此,通过法学家的努力似乎可以勾勒出一个合同观念的有机演进轨迹。但这种建立在历史连续性之假设上的、有机的、普遍的历史发展观,其实是对合同制度史的一种唯心主义解释,^{〔2〕}是解释者自由意志理念在合同史中得到自我实现的法律浪漫史。

事实上,近现代合同观念是17世纪以后自然法学派思考的结果。在自然法论者看来,人的行为是其自由得以实现的形式,人的那种转化为意志的,对其自身、他人以及物的意图,只能通过行为才得以实现。^{〔3〕}1794年的普鲁士邦法为这种主流理论提供了实在法素材,而德国历史法学派的真正创始人古斯塔沃·胡果(Gustav Hugo)和海塞(Arnold Heise)则对其理论型构做出了奠基性的贡献。尤其是后者,在遵循“人—物—行为”之三分法框架的同时,第一个在行为理论框架内审视了法律行为的概念,并因此对该概念的形成起到了决定性的作用。^{〔4〕}此后,历史法学阵营中的罗马学派论者继续了这一工作。但按照庞德的解释,他们从罗马法中获取的证据,在很大程度上是一种从早期历史法学派论者根据康德有关权利观念的正义公式加以解释的那种罗马法中获取的证据,或是一种从第二阶段的历史法学派论者根据自由理念加以解释的那种罗马法中获取的论据。而特别重要的是,合同的概念

* 中南财经政法大学法学院副教授。

〔1〕 参见[意]鲁伊吉·拉布鲁纳:《单纯合意即形成债:论罗马债法中的合意主义——从历史的足迹到中国债法之引人注目的演进》,费安玲译,载杨振山等主编:《罗马法·中国法与民法法典化——物权和债权之研究》,中国政法大学出版社2001年版,第360页。

〔2〕 关于法律史的各种解释观,请参见[美]罗斯科·庞德:《法律史解释》,邓正来译,中国法制出版社2002年版。

〔3〕 Véase Hans Hattenhauer, *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil*, Traducción española de Gonzalo Hernández, Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1987, ps.65.

〔4〕 Véase Hans Hattenhauer, op. cit. [3], ps.64.

实际上就是萨维尼的意志说,这种意志理论被反置于罗马法中,以求成为组织19世纪法律的一种工具。在普通法国家,这种理论甚至都没有得到法律史上的考察和普通法方式的检验,就被全盘接受。^[5]

这种将近现代合同观念反置于古代法律制度之中,从而构建一个合同观念的普遍发展史的研究进路,建立在一种关于历史连续性和线性进步的根本错误的理解之上,导致了一种法律史研究中的偏颇立场,“使得历史对象和历史问题的样式取决于法律如今被看待和构想的方式。结果,现在被强加于过去;……。这样,过去便失去了它自己的深度,失去了它特定的想象方式,以及它排列主题、提出和解决问题的方式。”^[6]这种谱系的历史,这种试图为当下各种法律制度找到一个祖先的历史,产生的是将文化自然化、同质化的意识形态作用。^[7]

诚然,历史可以被用来证明,法律论说中的一些范畴、法律解决方式或原则,都属于有关事物的本质或者公平或法律理性的恒久范畴。^[8]但如果我们对于“什么是合同”这样的问题进行历史的实证分析,就会发现在语词的连续性表象之后,存在着含义上的根本性断裂。

一、罗马法上契约的概念

对罗马法上合同概念的形成进行考察,是一项颇为艰巨的任务,其原因主要是许多罗马法论者乃是站在现代罗马法这一理想体系的立场上来撰写罗马法史。据此,他们成功地发现,这一理想体系的分析概念之渊源实际上存在于古代法律制度之中,而且他们也成功地顺着历史线索探寻到现代法律制度沿革的始末。运用这一方法撰写出来的罗马法律史,其详尽程度涉及到了现代法律制度中的每一细目,从而使很难将古罗马的真实法律制度同19世纪历史法学派为取代古罗马法而给我们描绘的那幅古罗马法的理想图景区别开来。^[9]

以我国目前寥寥数本罗马私法史译著为例,其中被视为权威之作的应为意大利学者彼德罗·彭梵得所著的《罗马法教科书》,该书在引言部分即指出罗马法学现代体系的基本脉络同胡果和海塞指定的方法相关联,而作者“不完全沿用了这个现代次序”。^[10]该书运用这种体系,在总论中按照法律行为这一现代法律概念的框架来定义所谓的适法行为(negozio giuridico),并在后文中以适法行为来定义契约。^[11]然而对此,罗斯科·庞德却一针见血地指出,negotium是19世纪法律体系中最为重要的概念,但罗马人对它一无所知,尽管他们也使用这一术语。^[12]

对罗马法的这种论述可能造成对历史的误读,使人以为合同的概念在罗马法中一直存在,并且也极易使人按照现代合同观念来理解罗马法上的契约制度。事实上,罗马法上合同概念的发展经历了一个错综交织的过程。首先,在罗马,合同是个逐渐出现的概念,早期法只不过有一种不加区分的债的概念。也就是说,某人欠他人一定的物或钱款,某人侵害了他人或损坏了他人的财产,某人完成了一项创设债的要式行为,某人向他人交付一笔后者无权拥有或不再有权拥有的钱款,都会产生债,但在早期罗马法中,所有这些相似的情况都只是表现为一种债,而不同的债形式,如私犯之债、契约之债

[5] 参见前引[2],庞德书,第80页。

[6] [葡]叶士朋:《欧洲法学史导论》,吕平义、苏健译,中国政法大学出版社1998年版,第5页。

[7][8] 参见前引[6],叶士朋书,第4页。

[9] 参见前引[2],庞德书,第40页以下。

[10] [意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第25页。意大利法学家桑德罗·斯奇巴尼在该书的中译本前言中也热情洋溢地指出,该著作汲取了19世纪德国学说汇纂派的研究成果,其“观点体现着从‘有机的’全局角度对罗马法律制度发展的研究”。

[11] 参见前引[10],彭梵得书,第57页以下、第306页。

[12] 参见前引[2],庞德书,第81页。该术语在庞德的中译著作中被译为“法律交易”、“法律事务”。

等等并没有被总结出来。^[13]意大利学者朱塞佩·格罗索就此指出,在债的最初形式问题上,无论是涉及债务口约(nexum)的形式,还是以誓约(sponsio)为根据的形式,债的产生均同那种后来发展为契约之债(obligatio ex contractu)的债形式交织在一起;只是到了第二个发展时期,从另一个角度发展起来的私犯(delictum)才被归结为债的渊源,即债因。^[14]所以早期罗马法并未认识到导致债产生的各种原因在性质上有何不同,从而提炼出作为债因(causae obligationum)的私犯、准私犯、契约、准契约等概念,这些概念而主要是盖尤斯和优士丁尼的《法学阶梯》总结的结果,前者将债分为两大类:契约之债和私犯之债,后者在此基础上增加规定了准私犯之债和准契约之债。^[15]

其次,罗马法上合同概念的内涵和外延本身也经历了一个逐渐发展的过程。为使本文的脉络、结构相对清晰和流畅,我主要采用盖尤斯和优士丁尼在总结的基础上对罗马契约所作的分类,并在此框架下描述各种契约形态或相关的法律概念的历史发展。

(一)罗马法上契约的类型及其本质

盖尤斯在其《法学阶梯》中把契约之债四分:“债的缔结或者是通过实物(re),或者是通过话语(verbis),或者是通过文字(litteris),或者是通过合意(consensu)。”^[16]优士丁尼在其《法学阶梯》中,除扩大实物债的范围外,继续遵循盖尤斯的分类,并且根据习惯,把契约分为实物契约、口头契约、文字契约和合意契约。^[17]从性质上看,实物契约和合意契约属于非要式契约,而口头契约和文字契约属于要式契约,其中要式契约体现了罗马契约制度的本质特征。

1.非要式契约。在早期罗马法中,除产生于私犯的债以外,设立其他形式的债必须采用要式行为。但是,早在古典时期以前,某些特定的原因即可在不采用典型的要式手续的情况下形成受到承认的债。这些例外形式被划分为两类,即以实物达成的债和采用合意达成的债,由此产生了现代的名称实物契约和合意契约。^[18]

(1)实物契约。在优士丁尼的《法学阶梯》中,实物契约有4种:消费借贷(mutuum)、使用借贷(commodatum)、寄托(depositum)和质押(pignus)。它们的共同特点是:债不是产生于协议本身,而是产生于某物已被给付这一事实,其实质在于要返还所接受的物。由此可见,在罗马法中,存在一种把与协议无关的事实状态称为契约的倾向。

(2)合意契约。合意契约是公元前1世纪建立起来的制度。合意契约也包括4种:买卖(emptio venditio)、租赁(locatio conductio)^[19]、合伙(societas)、委托(mandatum)。其共同特征是:都产生于单纯的合意(nudo consensu),不需要任何形式或任何的人的行为,也不必给付某物。^[20]

合意契约的这种特征很容易使人把它和近现代民法中的合同概念联系起来。然而,罗马法并不单独提出合意这一概念并将其一般化、抽象化,而宁愿针对每个具体的契约就事论事地讨论这一要件。就买卖而言,它要求当事人必须就所买卖的特定物和固定的买卖价格达成合意。如果合意不具备这些条件之一部或全部(如价金必须表现为货币),就不是买卖契约。这项条件竟然导致易物(per-

[13] 参见[英]巴里·尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2000年版,第170页。关于该著作对其介绍的罗马法所具有的本性,译者黄风先生在译后记中表示:“作者不是在仅仅根据二手或者第三手材料转述罗马法,而是力图依据第一手的原始文献向读者展现罗马法的原本面貌。”

[14] 参见[意]朱塞佩·格罗索《罗马法史》,黄风译,中国政法大学出版社1994年版,第116页。

[15] 参见前引[13],尼古拉斯书,第168页以下。

[16] Gai. 3.89. 盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社1996年版,第226页。

[17] 参见I.3.13.2. 优士丁尼:《法学阶梯》,徐国栋译,中国政法大学出版社1999年版,第343页。

[18] 参见前引[10],彭梵得书,第307页。

[19] 租赁又包括物的租赁(locatio conductio rerum)、雇佣租赁(locatio conductio operarum)和承揽租赁(locatio conductio operis),把范围很广的行为纳入了其框架之中。

[20] 参见I.3.22.1. 前引[17],优士丁尼书,第379页。

mutatio)这种古老的交易因不属于买卖而被排除在典型契约的名单之外。^[21]因此,罗马法上的合意契约的数量,或曰类型是封闭的,其内容也有一定强制性,而不像在近现代民法中,任何以追求法律效果为目的的合意都是合同。

然而,无论合意契约的类型如何封闭,由于在某些类型化交易中,当事人可以受无确定形式的协议的约束,所以对于使法律适应广袤帝国的贸易需要来说,此种契约的发展和成熟是最重要的因素之一。此外,合意契约对于单纯的待执行契约,即任何一方都未履行其义务的契约的发展也很重要。^[22]

(3)罗马法非要式契约的实质。在现代民法中,基于合同自由原则,当事人在不违反法律强制规定或公序良俗原则的范围内,可以订立任何内容的债权合同。然而,在罗马法中,非要式契约的数量是封闭的,即使在合意契约中,合意也不足以产生契约;要成为契约,就必须符合某种法定契约类型的条件。^[23]据此,有学者认为,罗马法的契约系采类型强制,^[24]从这种意义上说,它不过是形式主义的例外。

2.要式契约。罗马市民法具有形式主义的特点,并且在可供选择的各种形式当中,它习惯于选用口头话语的方式。最早的罗马社会要式契约是债务口约(nexum),但由于其严厉的、可怕的效力导致了贵族债权人和平民债务人之间长期的斗争,造成了历史动乱,公元前326年的博埃得里亚法解放了所有的债务奴隶,并宣布废除该制度。^[25]至于嫁资口约(dotis dictio)和誓言(promissio iurata)这两种口头契约,^[26]由于其意义有限,此处也略去不谈。我们在这里仅讨论盖尤斯总结的要式口约和文字契约。

(1)要式口约(stipulatio)。要式口约在十二表法中就已存在,其最古老的形式是誓约(sponsio)。在古典法中,要式口约中的提问和回答应严格按照誓约的程式进行:“你答应给我一百元吗?”“我答应”。要式口约是市民法的产物,仅适用于罗马市民;而且,提问和回答应当是完全吻合的,允诺的数额不能同所提问的数额不同,也不能增加在提问中未提出的简约或条件。因此,和其他要式行为一样,要式口约的效力产生于其形式,而不是产生于该形式所体现的合意;合意既不是必要的,也不是充足的。^[27]

所以要式口约与其说是一种契约,不如说是一种缔结契约的方式。任何一种协议,只要不是非法的、不道德的或不可能的,则即便它不属于任何法定契约类型,也可采取要式口约获得可执行的效力。例如,买卖中的价金应表现为货币,否则不产生买卖,但双方当事人可以采用两个要式口约,迂回地达成两个实质性的契约,尽管这两个契约并不属于任何法定类型的契约。当然,这种迂回达成的契约在效果上毕竟不同于买卖这一法定类型的合同,因为它只能通过严法诉讼(actio stricti iuris)得到强制执行,而后者则通过诚信诉讼(actio bonae fidei)强制执行。^[28]

既然任何一种合意在采用要式口约的形式后都可转化为契约,那么它对契约的类型强制就起到了一定的缓和作用。在万民法的影响下,其形式的严格性更是一直在减弱,到了优士丁尼时代,问答的形式已被简化,问答之间的吻合也不再被强调,最后,其形式特点逐渐单纯地表现为“达成要式口约

[21] 参见前引[13],尼古拉斯书,第176、184页;前引[11],彭梵得书,第373页。关于易物不是买卖,萨宾派持有不同的观点,但普罗库勒派的主张占主导地位。

[22] 参见前引[13],尼古拉斯书,第172页以下。

[23] 参见前引[13],尼古拉斯书,第176页。

[24] 参见王泽鉴:《债法原理》,中国政法大学出版社2001年版,第108页。

[25] 参见前引[10],彭梵得书,第353页以下。

[26] 具体参见前引[10],彭梵得书,第354页。

[27] 参见前引[13],尼古拉斯书,第170页以下;前引[10],彭梵得书,第355页以下。

[28] 参见前引[13],尼古拉斯书,第173页以下,第204页。除此之外,要式口约还有两个功能:能产生比较严格的派生义务;能借此明确某一法定契约的附加协议。

的意图(animus stipulandi)”,惟一保持不变的是在一定程序上要求当事人在场。^[29]所有这些,似乎都为后世的合意即合同的观念打通了道路。

(2)文字契约。古典的文字契约是债权誊账(nomen transcripticium),它起源于在罗马家庭中对账目的管理。这种契约的功能仅限于更新或变更现有的债,其效力主要依赖于某种书面形式的需要,而不是有关文书所记录的事实的存在,因而属于要式契约。同一切与罗马社会的组织和特殊传统紧密关联的形式一样,债券誊账也在罗马——希腊时代消失了。

约据(singrafe)和亲笔字据(chirografi)在古典法中是异邦人的文字债。在后古典法中,人们不再提及约据,但早已作为要式口约的证明手段而渗透进罗马法中的亲笔字据则生存下来,并在实践中被继续独立于任何要式口约而加以利用。^[30]

总之,文字契约是罗马法契约形式主义的体现,但其作用相较要式口约而言,可以说无足轻重。

3.无名契约。无名契约也被归纳为四类:以物换物(do ut des),给付某物(债因)是为了对方给付另一物(标的);以物换做(du ut facias),给付某物(债因)是为了对方做某事(标的);以做换物(facio ut des),做某事(债因)是为了对方给付某物(标的);以做换做(facio ut facias),做某事(债因)是为了对方也为自己做某事(标的)。^[31]这类契约和合意契约完全不同,与实物契约在债因和标的上表现出相似性,不过其区别仍是明显的:在实物契约中,标的表现为返还原标的物;在无名契约中,标的则表现为交换不同的给付。可见,这类契约不属于任何法定类型的契约。^[32]

无名契约大致成形于古典时代日薄西山之时。由于古典罗马法对契约种类采用的列举方法留下了很多空白并含有不确定性,并排除了一些常见的交易类型,除了以要式口约对此难题进行规避外,市民法上还能通过请求给付之诉(condictio)对此给予有限的救济。早期,这种请求给付之诉仅适用于一方已予履行且以给付为履约形式的情形,即一方已为给付而另一方未履行给付时,其性质只是根据准契约提出的请求,其目的是要求返还已为的给付,而不是履行协议。到了优士丁尼时代,终于发展出一种具有类似功能的一般诉讼——根据前书进行的诉讼(actio praescriptis verbis),适用于一方当事人已给付某物或做某事,而另一方却未履行给付的情形。由此,一项基本原则得到发展:已经由一方执行的协议就是契约。这一原则明确地出现在《学说汇纂》的文献中(D.19,5),构成对类型化契约(主要是实物契约)制度的突破。然而,优士丁尼法的编纂者们并没有修改对契约的传统分类,所以它们没有表示其特点的称谓,除某些情况外(如易物、行纪),各个契约也没有得到通俗的名称,而是被以迂回的方式加以表述,由此就产生了无名契约这种表述。^[33]

需强调的是,无名契约构成对类型化契约制度的突破,仅仅意味着类型化契约数量的增加,它并未使罗马法的契约类型改由当事人自己创设,而不再受数量的限制。

(二)简约与合同的关系

乌尔比安说,“简约是两个或两个以上当事人就共同感兴趣的事务达成的合意。”^[34]单从这一特征看,它足以在观念上和现代合同概念相混同。事实上,从《学说汇纂》在欧洲被发现之后,在荷兰和

[29] 参见前引[10],彭梵得书,第356页以下、395页;前引[13],尼古拉斯书,第204页以下。后一著作甚至评论说,“在保留古典的特定契约制度时,优士丁尼犯了不合时宜的错误”(第206页),作者言下之意显然是:要式口约制度的发展已使法定类型的契约制度失去其存在的意义。

[30] 详见前引[13],尼古拉斯书,第206页以下;前引[10],彭梵得书,第359页以下。

[31] 参见D.19,5,5pr. [意]桑德罗·斯契巴尼选编:《契约之债与准契约之债》,丁玫译,中国政法大学出版社1998年版,第291页。也可参见前引[10],彭梵得书,第384页。

[32] 参见前引[10],彭梵得书,第384页。

[33] 具体参见前引[13],尼古拉斯书,第199页以下;前引[10],彭梵得书,第384页以下。

[34] D.2,12,1,2. 参见前引[31],斯契巴尼选编之书,第279页。

德国,简约也确实成为罗马法现代运用学派创造现代合同概念的工具。^[35]然而,必须指出的是,罗马法上的简约绝对不属于合同的范畴,这主要从简约与合同这两个概念和债的关系上体现出来。

在罗马法上,只要构成的是契约,那么它就是可强制执行的债,而契约的审查标准就是看它是否具备形式或是否符合类型化契约的法定要素。这意味着契约本身就是债;因为一旦构成为契约,同时也就成立了债。从语义分析的角度看,契约(contractus)的拉丁语动词 *contrahere*(缔结)在一种更为宽泛的意义上——承受、负欠(债务)、成立——被与债联系在一起使用,所以契约严格地说和合意无关,而几乎只是债(*obligatio*)的另一个名称,所以罗马法中才会有把与合意无关的事实状态也称之为契约或准契约的倾向。^[36]

须注意的是,真正意义上的债是市民法债(*obligationes civiles*),^[37] 契约产生的正是这种债。而相对应的所谓自然法债(*obligatio naturalis*)既不产生要求给付的权利,也不产生履行给付的义务,因而它们不拥有诉权,仅产生抗辩。也就是说,自然法债不能得到市民法的承认和保护,但在债务人自动清偿的情况下,债权人有权保留被给付物并且拒绝返还或对抗错债索回之诉(*condictio indebiti*)。^[38] 自然法债的产生原因有多种,简约即为其中一种。由此,形成了一句对罗马法契约制度来说很重要的格言:“裸体简约不产生债,仅产生抗辩。”易言之,裸体简约不移转权利,也不产生市民法上完备的债,不存在以它为根据的诉讼,当事人只能以简约抗辩(*exceptio pacti*)来对抗诉权。^[39] 由此可见,罗马法并不承认简约具有充分的债的效力,而只是要求裁判官在行使司法管辖权时有义务尊重简约。所以,罗马法中简约的作用只是以抗辩的形式排斥或减弱债的效力。^[40] 所谓简约指的就是那些不具备市民法形式,如要式口约中的口头问答程式的协议,而不属于那些无需形式即可产生市民法债的本义上的(法定类型的)契约。为了把这二者相区分,罗马人称后者为契约,而称简约为无形式简约(*nudum pactum* 有时也直译为裸体简约)。^[41] 值得注意的是,对于某些简约,罗马法上的“裸体简约不产生债”的原则也有所放宽。首先,在诚信诉讼中,简约具有更大的效力,因为法官必须根据诚信来评估当事人的相互义务,这导致了某些可以据以提起诉讼的简约的出现,学者们称为附加简约(*pacta adiecta*)。为了让这些简约能被法官考虑,它们必须确实同(法定类型的)契约联系在一起,包含于其中而不与其脱离,由此这些简约常被作为契约的组成部分看待。^[42] 其次,在少数情况中,裁判官以及后来时的皇帝,会允许根据某些不属于类型化契约范畴的简约提起诉讼,在现代术语中,这些简约被称为穿衣简约(*pacta vestita*),包括裁判官法简约(*pacta praetoria*)与合法简约(*pacta legitima*)等。^[43] 不过,原则的放松并不意味着裸体简约可以产生债。尽管上述简约被裁判官赋予了诉权,但由于在罗马法上裁判官诉权不是一种债,所以,不管是盖尤斯还是优士丁尼看来,导致单纯裁判官诉权产生的协议绝不属于契约的范畴。^[44]

综上所述,罗马人眼里的契约并不真正是指协定,它专门被用来指债契约,即契约仅仅构成为债因,而不引起其他性质的法律效力的产生。真正和合意相似的术语是简约或协议(*conventio, conven-*

[35] See Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, p. 566.

[36] See W. W. Buckland and Arnold D. McNair, *Roman Law & Common Law: A Comparison in Outline*, The University Press, Cambridge, 1952, p. 196.

[37] 在盖尤斯看来,债是完全属于市民法的概念。See W. W. Buckland and Arnold D. McNair, *supra* note [36], p. 193. 因前文所述的要式契约、非要式契约以及无名契约而产生的债,都属于市民法债。

[38] 参见黄凤编著:《罗马法词典》,法律出版社2002年版,第190页的相关词条;前引[10],彭梵得书,第299页以下。

[39] 参见前引[13],尼古拉斯书,第202页。

[40] 参见前引[10],彭梵得书,第391页以下。

[41] 参见前引[10],彭梵得书,第302、391页。

[42] 参见前引[10],彭梵得书,第392页;前引[13],尼古拉斯书,第202页。

[43] 参见前引[13],尼古拉斯书,第202页。

[44] See W. W. Buckland and Arnold D. McNair, *supra* note [36], p. 193.

tum),它也适用于其他法律领域,例如设立质权和抵押权的简约、让渡(traditio)^[45]、债务解除协议、家庭法中的收养等等,但它绝对不产生债的效力。^[46]如果罗马法承认简约产生市民法债,那么这将导致其契约制度的一次彻底革命,因为简约是不具有市民法形式的协议,也不属于法定类型的契约,它只是单纯的合意,承认其为债因意味着单纯的合意就构成契约,将直接导致契约形式主义和类型法定主义的崩溃。

(三)历史语境中的几点解释

1. 罗马法上的契约和非契约。有学者认为,罗马合同法的结构是:一种形式、一个原则和数种(法定)契约。^[47]此种概括虽然有失精当,却也道出了罗马合同制度的精要。

所谓一种形式,强调的是罗马契约制度的形式主义。虽然罗马契约法中的形式不止一种,但略去文字契约的渐趋式微不谈,协议的外部要件确实明显地表现为要式口约。正如前文所述,程式化问答的存在意味着,一方面,合意不是必要的,所以债务人不能抗辩说,其内心意思和所说因错误而不一致;另一方面,合意又不是充足的,因而在形式出现瑕疵时,例如回答者说“我承诺”,而不是说“我答应”,提问者就不能抗辩说:尽管程式不合,但已存在实质性的合意。

所谓数种契约,是指除了要式契约这一一般化的缔约方式外,罗马法上的合同采类型强制主义。因此,在罗马法中,不具备形式或不具备法定契约条件的协议不是契约。

所谓一个原则,就是“裸体简约不产生债,仅产生抗辩”。这意味着不具备形式或不符合类型化契约之法定要件的协议,即使在特定情形下能根据裁判官法产生诉权,但在罗马法上仍然不属于契约的范畴。

综上所述,我们不难得知,古典罗马法上的契约要么是具备形式的协议,要么是符合某种法定契约之条件的协议,舍此即无契约。因此,罗马契约的要素可被总结为:(1)在各种特定的类型化合同中,其要素分别是构成各类契约之基本特征的各种条件。不符合这种或那种条件,即使协议是认真达成的,也不是契约。(2)在类型化契约之外,能被承认为契约的,只有那些采用了某种口头或书面形式的协议。所以,在罗马法上,确实存在一种使协议变成契约的一般模式,即形式的采用。但罗马法对形式的要求,不是借以实现诸如证据的确定性之类的法律目标的手段,而是构成契约的实质性要素,即只有采用了某形式的协议才为契约。易言之,罗马契约制度中的形式是效果性形式,而非保护性形式。^[48](3)尽管合意对于法定类型的契约具有重要意义,但它不是所有契约的一般构成要素。在要式契约中,形式不是附加于合意之上的要素,而是此种契约的单一构成要素;^[49]即使是在各种合意契约中,合意的要件也是被具体地对待的,抽象的一般合意概念尚未形成。

2. 类型化契约制度对近现代有名合同制度的影响。在古罗马,尽管类型化契约制度有其消极意义,但法律毕竟为各种具体的法定契约提供了相对具体的内容,为生活中最常见的行为提供了一套现成的权利义务内容,这对合同的解释和漏洞补充起到了积极的作用。现代各国民法的发展莫不从中有所受益。

3. 要式口约的衰退和简约的成长对后期罗马契约制度的影响。古典罗马法的契约类型强制建立在协议和契约相区别的基础上,但是,既然任何一种协议在采用要式口约的形式后都可以转化为契约,那么重要的区别就体现在协议和要式口约之间。于是,要式口约一旦衰退而摆脱其形式要求后,这种区分也就不复存在,这种情况在优士丁尼时代变成了现实:要式口约完全失去了一问一答的典型

[45] 该概念是万民法上的所有权取得方式,萨维尼据以抽象出物权合同,我国学界一般译为交付。

[46] 参见前引[10],彭梵得书,第67、306页。

[47] See Tony Weir, *Contracts in Rome and England*, Tulane Law Review, June, 1992, p. 1638.

[48] See Konard Zweigert and Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, trans. Tony Weir, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 366.

[49] See W. W. Buckland and Arnold D. McNair, *supra* note [36], p. 228.

口头形式,而蜕变为在场者之间根据达成要式口约的意图缔结的单纯协议,任何协议由此都能成为契约,罗马法的特定契约制度逐渐丧失其基础。^[50]

另一方面,经裁判官和后期皇帝的改造,一些简约在被“穿衣”后也取得了诉权,为统一的、一般化的契约概念提供了可能的分析模式和法则。这样,在罗马——希腊时代,简约和要式口约相互接近,契约、协议和简约的实质区别开始淡漠,到优士丁尼法中则几乎消失殆尽,至中期法时已彻底消失。^[51]

二、中世纪后原因理论对合同概念发展的影响

(一)中世纪以后法学家构建合同一般理论的努力

正如上文所述,在优士丁尼时代,由于要式口约的衰退以及简约制度的成长,古典罗马契约制度事实上已土崩瓦解。令人遗憾的是,优士丁尼法的编纂者既没有承认既存事实,也不愿意承担重建工作,其文献反映的仍然是古典罗马契约制度的风貌。^[52]这样,其法律文本除了细致地划分契约种类外,还大量涉及契约具体操作的分散规则,但却没有包含对于这种划分或这些规则所依据理由的系统解释。最终,进行系统解释和重建的任务历史性地落在了中世纪法学家,主要是11世纪晚期和12世纪的注释法学家的肩上。^[53]

罗马法没有合同的一般理论,惟一具有弹性且能适用于任何目的的契约是要式口约。然而,以优士丁尼时代不再具有形式特点的要式口约作为构建合同一般概念的工具,似乎不是中世纪法学家的选择。其中的原因主要在于,要式口约不要求一个交换物(*quid pro quo*)^[54],因此,严格说来,它是一种单务合同。^[55]这种性质决定了要式口约的某些局限性:第一,要式口约行为中采取行动和提问的人均为债权人,丧失物或负债的人则表现为被动的允许态度,他只是表示赞同;^[56]而在双务合同中,双方当事人同时是允诺人和受诺人,其相互的允诺是当事人双方以相互交换的方式分别做出的。显然,要式口约不是一种真正的、典型的协议模式。第二,单务合同的法律效果是使允诺人成为惟一受可强制执行之合法义务约束的当事人,而受诺人是惟一由合同取得可强制实现之合法权利的人;双务合同的法律效果则是存在互为权利和义务的对待给付。据此,虽然双务合同可以转化为两个单独的要式口约,但其法律效果是不同的。由以上两点可见,就合同概念的形成和分析而言,双务合同更具典型性。^[57]

于是,在重构合同概念的过程中,注释法学家们利用《学说汇纂》中的一些文字为真正的协议(或简约)找到了一个“交换物”——“原因(*causa*)”。^[58]这些文字说:如果存在原因,那么没有名称的契约也可产生债;^[59]不存在任何原因时,协议(*conventio*)不产生债。^[60]其作者本意是要区分罗马法上的有名契约和无名契约,即,只要存在原因,那些不属于有名契约的契约类型也能产生债;相反,如果不

[50] 参见前引[13],尼古拉斯书,第204页;前引[10],彭梵得书,第395页。

[51] 参见前引[10],彭梵得书,第395页。

[52] 参见前引[13],尼古拉斯书,第216页。

[53] 参见[美]哈罗德·J·伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第298页。

[54] 交换物是与不付代价的收益相对立的,它表达了一种关于协商成交——以此物与彼物相交换的思想。参见[美]A·L·科宾:《科宾论合同》上册,王卫国等译,中国大百科全书出版社1997年版,第226页。

[55] See W. W. Buckland and Arnold D. McNair, *supra* note [36], p. 221.

[56] 参见前引[14],格罗索书,第117页。

[57] 在某些学者看来,单务合同甚至不是合同。参见前引[54],科宾书,第41页以下。

[58] See W. W. Buckland and Arnold D. McNair, *supra* note [36], p. 223. 也参见前引[53],伯尔曼书,第298页。

[59] 参见D. 2, 14, 7, 2。见前引[31],斯契巴尼选编之书,第11页。

[60] See W. W. Buckland and Arnold D. McNair, *supra* note [36], p. 223. 也参见前引[53],伯尔曼书,第298页。

存在原因,它们就只是仅产生抗辩而不产生诉权的裸体简约。^[61]显然,该法律文本并不是要通过原因使所有的裸体简约成为契约。然而,注释法学家却对此大胆创新,“他们拈出并转化成一项普遍原则的那个词是‘裸体的’;若要产生一项诉权,协议必须成为‘穿着衣服的’。‘原因’便被定义为‘衣服’的存在。阿库修斯将‘原因’定义为‘给一项协议穿衣服而提供某物或做某事’。”^[62]于是,古罗马的裁判官或后期的皇帝小心翼翼地给某些特别简约的“穿衣”,到了注释法学家那里,却演变成可以“原因”这一一般性的术语给所有的简约“穿衣”。此后的命题就是:简约一般不是契约,不能产生诉权,但在穿上“原因”这一衣服后,就摇身变为可受诉权保护的契约。^[63]

通过注释法学家的努力而获得的原因理论,使契约概念的发展摆脱了形式主义和类型强制主义的制约,为不被罗马法承认其效力的形形色色的协议如何可能成为作为债因的契约提供了统一的解释。^[64]然而,原因是一个难以驾驭的概念,该词具有各种不同的含义:根据、理由、目的、原因以及其他。注释法学家们区分了两种不同的原因,一种是援用亚里士多德的术语终极原因(*causa finalis*)来表示的订立契约的目的,另一种是以驱动原因(*causa impulsiva*)表示的促使当事人缔约的动机。在亚里士多德的《形而上学》和《伦理学》译本问世以及托马斯·阿奎那将亚里士多德哲学系统地应用于基督教神学之后,后注释法学家以亚里士多德的分配的正义和交换的正义概念为出发点,运用其实体与事件的范畴以及终极原因、形式原因、实体原因和有效原因等权威定义,不仅对罗马契约法进行综合,而且初步构筑出今天称之为契约的一般理论的学说。与此同时,该理论进一步受到教会法理论的修正:首先,承诺作为一个良心问题本身便具有约束力,而不管它们是否“穿了衣服”;其次,构成契约的基础并赋予其效力的“原因”,要根据使当事人可以正当地订立具体契约的、当事人预先所有的道德义务加以定义。^[65]其实,教会法学家所做的,不过是通过原因的道德化强调契约义务的道德性而已。

显然,14世纪后形成的合同概念,就是通过原因理论,把道德意志(*voluntas moralis*)附加于当事人的意志(*voluntas*)之上,以便解释赋予合同以债的效力的理由,而单纯的合意并未被提升为合同的普遍范畴。后者是17世纪自然法学派的功绩。“在那时,‘单纯合意即形成债’成为了建立新的契约体系,并最终形成摆脱法定形式约束的统一契约概念的最大可能。”^[66]当时的法国法学家卢瓦塞尔(*loysel*)以一条著名的格言对合意主义的基本思想做了表述:“擒牛掳其角,治人以其言;单纯的允诺或协议与罗马法的规定具有同样价值。”^[67]

(二)近现代法国法系原因理论的发展

中世纪法律家们使原因原则成为合同制度的基石。19世纪以后,尽管单纯的合意主义已成为欧陆各国法律制度的原则,但原因原则仍然作为历史沉淀物进入了法国、意大利以及欧洲、拉美等其他一些国家的民法典中。而且,中世纪以来许多法学家廓清原因理论的努力收效并不理想,该概念依然是近现代法律理论中最具争议、最难破译的一个问题,它为形而上的学究式探讨以及法律心理学提供了战场。^[68]

在法国法系,对原因理论的需求在整个19世纪被认为是理所当然的。^[69]传统理论遵循中世纪法学家的思路,认为原因是指当事人订立合同的理由,该理由是一切合同当事人都具有的直接目的,其特点是具有客观性,通过对合同性质的分析即可揭示,因而被称为“近因”,实际上就是注释法学家所

[61] See W. W. Buckland and Arnold D. McNair, *supra* note [36], p.229.

[62] 前引[53],伯尔曼书,第298页。

[63] 参见前引[1],拉布鲁纳文。

[64] See W. W. Buckland and Arnold D. McNair, *supra* note [36], p.227.

[65] 参见前引[53],伯尔曼书,第298页以下。

[66] 前引[1],拉布鲁纳文,第371页。

[67] 转引自尹田编著:《法国现代合同法》,法律出版社1995年版,第181页。

[68] See W. W. Buckland and Arnold D. McNair, *supra* note [36], p.225.

[69] See W. W. Buckland and Arnold D. McNair, *supra* note [36], p.228.

说的终极原因。^[70]这种原因是指合同当事人所承担的债务的原因,而非合同的原因。因此,合同项下有多少债务就有多少个原因:单务合同只有一个原因,双务合同至少有两个原因。^[71]此种意义上的原因因其客观性而被类型化:(1)信用原因(*causa credendi*)或取得原因(*causa acquirendi*),即当事人之所以成立合同,是由于希望相对人提供对待给付。此种原因体现在双务合同中,合同双方的义务互为原因。(2)清偿原因(*causa solvendi*),即债务人之所以承担义务是为清偿对债权人的负债。有偿的单务合同中存在的就是此种原因。(3)赠与原因(*causa donandi*),即赠与人之所以向相对人承担义务,是因为有赠与意图(*animus donandi*)。此种原因表现在无偿合同中。^[72]传统理论中的原因显然具有抽象性和客观性,它不同于当事人通过订立合同想要达到的具体目的,即动机。对同一类型的合同来说,不问当事人是谁,也不管合同的具体内容如何,原因总是相同的;而动机则因人而异,具有个别性、主观性的特点,因而被称为合同的“远因”,对应于注释法学家所说的驱动原因。^[73]

20世纪以后,以 Marcel Planiol 为代表的一些法学家,采用严格的理论分析方法,彻底否认了原因理论的正确性和必要性。^[74]尽管这种观点未被全盘接受,但它的确促使认真的法学家去重新思考原因理论。其中,著名法学家 Henri Capitant 在传统理论的基础上重构了一个单一的、严密的原因理论;^[75]以佛鲁尔为代表的现代论者则构建了不仅包括近因,同时也包括远因的主观原因论。^[76]这些梳理虽然未能达成最终的一致意见,但在一些国家的立法和判例的改革方向中已有所体现。例如,法国民法典改革委员会提交的 1947-1948 年草案就区分了标的(*objet*)、原因(*cause*)和动机(*motif*);^[77]阿根廷 1954 年的民法典草案也做了类似的区分。^[78]

(三)以原因理论破译法国法上契约概念的尝试

尽管自中世纪以来,学者们对原因本身及其作用聚讼纷纭,但综合近现代学者的研究成果却不难发现,除合意是合同首要构成要素这一不争的事实之外,原因概念的数重含义,也是破译法国法系合同概念的关键所在。

在罗马法中,原因的第一种含义是根据或渊源,所谓债因(*causae obligationum*)指的就是债的渊源或发生根据,在此种意义上,我们可以说,在契约之债中,契约本身就是债的原因,而在其他的债的形式中,私犯、准私犯、准契约也分别构成原因。原因在罗马法上的这种含义,一直被法国法系的立法例所沿用。^[79]因此,在这种立法例中,契约和其他的债之发生根据,均被纳入债法中进行规定。同时,合同不同于协议之处,就在于它是债权的发生原因,易言之,合同仅仅是指当事人旨在引起债的关系发生的合意行为,而协议是指当事人旨在产生包括债的关系在内的某种法律效果的合意行为。^[80]由此可见,法国法上合同的要素,除了合意之外,还要求以债的关系发生作为其效果意思,这或许为该立法例未抽象出所谓的物权合同提供了另一种解释。

[70] 参见前引[67],尹田书,第152页以下。Véase también Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre, *Tratado de Las Obligaciones*, Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. XVI, Primera Parte - Tomo I, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1994, p. 169.

[71] 参见沈达明、梁仁洁编著:《德意志法上的法律行为》,对外贸易教育出版社1992年版,第59页。

[72] 参见上引[71],沈达明等书,第59页;前引[67],尹田书,第153页。

[73] 参见前引[67],尹田书,第152页;前引[71],沈达明等书,第59页以下。

[74] 详见前引[67],尹田书,第154页以下;前引[71],沈达明等书,第62页以下。

[75] See W. W. Buckland and Arnold D. McNair, *supra* note [36], p. 228.

[76] 详见前引[67],尹田书,第158页以下。

[77] See W. W. Buckland and Arnold D. McNair, *supra* note [36], p. 235.

[78] Véase Jorge Joaquín Llambías, *Tratado de Derecho Civil. Parte General, Tomo II*, Editorial Perrot, Buenos Aires, Decimoséptima Edición, 1997, ps. 307.

[79] Véase también Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre, *op. cit.* [70], ps. 178; see also W. W. Buckland and Arnold D. McNair, *supra* note [41], p. 229.

[80] 参见前引[67],尹田书,第4页以下。

原因的第三种含义也就是前述法国法系传统理论上对其所做的定义,即所谓的近因或终极原因,也被称为合法原因。合法原因或终极原因要回答的问题是:“为什么赋予合同以债的效力?”^[81]中世纪到近现代的法学家对此问题的回答基本一致:各种合同中或存在信用原因,或存在赠与原因,或存在清偿原因,正是因为存在这些作为对价的原因,所以债务人必须履行其义务。所不同的是,中世纪法学家受教会法的影响,以道德教义来解释原因,从而把道德意志附加于当事人的意志之上,使当事人不仅有履约的法律义务,更有履约的道德义务;而近现代法学家并未赋予原因以道德含义,他们只是简单地把原因视为“附加于当事人意志之上的法律意志”^[82],从而说明了当事人为何有履约的法律义务。不过,既然按照原因的传统理论,所有的合同中都存在近因,而且在各种类型的合同中,其原因都没有区别,那么,近因除了在理论上能回答“为什么赋予合同以债的效力”这一问题外,并不具有实践意义。

事实上,上述两种含义上的原因指的都不是合同的原因,而是债的原因。^[83]由此可见,从罗马法到近现代法国法体系,均是以债为出发点来构建合同制度。因此,一方面,合同概念必然和债发生联系,另一方面,它很难在合同本身与其效力,也就是债之间划清界限,导致合同概念和债的概念经常交织在一起:本来属于债的要素的东西,如形式、原因等,却同时也成为合同的要素。

原因的第三种含义和债无关,这就是上文提及的驱动原因。这种原因是当事人缔约的动机,它在每个具体的合同中都是各异的,是真正意义上的合同原因。法国民法典第 1131 条中的错误原因(*fausse cause*),即指此种原因。一般而言,订立合同的动机属于内心意思,只要没有被表示出来,任何人都不能透视他人心理;但是,如果动机在缔约时被明示地表示出来,它就构成意思表示的一部分。因此,在法国法系,缔约动机不是合同的一般构成要素,它只是在表示出来时才在个案中体现其重要性。^[84]

三、德国法上法律行为的概念对合同概念的超越

17 世纪至 18 世纪启蒙时期,德国学者成功地将自然法思想融入私法研究,形成了德国罗马法复兴中的理性法或自然法理论。此后,通过自然法理论、理性法学以及此后的历史法学,德国法学家抽象出了超越古典合同理论的法律行为概念,从而再次导致合同概念的历史性断裂。这一理论的发展是一个错综复杂的过程,要对其做出精确而细致的考证确非易事,因此,本文只是以时间为线索大致描述其发展脉络。

中世纪后期,伴随着文艺复兴、宗教改革运动、封建社会的解体和商品经济的发展,自然法成为思想启蒙和政治革命的理论武器。17 世纪的自然法学派认为,只有人才是自由的,也只有人才能将其意图和所欲转化为行为;同时,只有在某人基于理性以其意思开展活动时,才能称之为行为,即,只有由理性人的意志引导的活动,才是建构其人格和世界的行为。此后的自然法学进一步认为,人仅在能将其认识转化为愿望并将其愿望转化为行为时,才是自由的。自然法乐观地描绘了人依本性而在道德上具备的形象,并相信,在有疑问时,不应认定对自由的利用损及他人,即,过错不得推定,应在行为中揭示过错。因此,行为是自由的表达,是可归责于某人的一项活动。由此,自由和责任走向了一致,责任在伦理上得以正当化:只有在某人将其自由置于活动之中时,其行为的后果,无论对其有利还是不利,才能归之于他。^[85]

[81] Véase Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre, op. cit. [70], ps. 179.

[82] W. W. Buckland and Arnold D. McNair, supra note [36], p. 224.

[83] Véase Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre, op. cit. [70], ps. 181.

[84] Véase Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre, op. cit. [70], ps. 182.

[85] Véase Hans Hattenhauer, op. cit. [3], ps. 65.

自然法的合同理论乃以上述行为理论为基础,但由于在此所谓的行为泛指人的一切有意识的活动,所以在19世纪之前,合同本身似乎和行为的概念并无直接联系,与其结亲的倒是另一个自胡果·格劳修斯(Hugo Grotius)以来就具有深远影响的概念——允诺(*promissio*),1811年的奥地利民法典即以该术语来定义合同,至18世纪末期,允诺方被意思表示(*declaratio voluntatis*)理论所取代,并由此推出意志乃行为的基础:人通过意愿这一单纯的事实,当可行为;而通过把意志本身转化为一项表示,该表示就是可归责的。因此,自然法把合同想象为意思表示的互换,并认为它是对和他人有关的个人自由的法律巩固。^[86]

自然法学关于行为、意思表示的理论被1794年的普鲁士邦法全盘采用:其第3题的标题即为“关于行为以及由此产生的各种权利”,^[87]第4题和第5题的标题则分别为“意思表示”^[88]和“合同”。显然,从法律文本来看,该法典通过对抽象的自然法教义的叙述,摆脱了中世纪以来原因理论对合同制度的影响,同时也超越了罗马法以来的“债—契约”立法模式,为19世纪的法律行为理论提供了实在法的材料。

自然法的成就被18世纪末、19世纪初的德国理性法学和历史法学的学者广泛利用。作为理性法学和历史法学之承启者的胡果,在其《日耳曼的普通法》一书中发展和普鲁士邦法相同的基础概念体系,并首创法律行为一词,用来解释罗马法中的适法行为(*negotium*),其内涵泛指具有法律意义的一切合法行为。作为19世纪主流民法体系之奠基人的海塞,则第一个在行为理论的框架内提出了法律行为的概念。他在《供学说汇纂教程所用的普通民法体系概论》一书的第六章“关于行为”中,首先论述了行为的一般理论,如意思的确定、意思表示等等,继而在第2节详细讨论了法律行为的一般意义、类型及要件。继海塞之后,萨维尼在《当代罗马法体系》第三卷中将法律行为理论进一步精致化。其门人普赫塔(Puchta)等人更是使用直接来自理性法学派的演绎方法、抽象方法,致力于把罗马法的内容系统化、概念化,从而发展出了法律行为、意思表示、双务合同等重要的法律概念。^[89]

这一时期的法律行为理论其实已和罗马法上的相关理论发生根本性断裂。首先,罗马人所考虑的是强制执行允诺人行为中所包含的或所产生的诚信义务,而不是允诺人的意志;其次,罗马人是按照斯多葛的义务概念行事,而不是按照19世纪的意志理论行事。^[90]

19世纪以后,德国学者虽依然忠实于自然法的意思表示理论,但该理论失去了它和行为理论的直接联系,改变了其原初的意义。也就是说,意思表示原本是自然法之自由理论的阐述方案,但受德国刑法理论中法律事实总和(Tatbestand)这一术语的影响,它作为法律行为之事实总和中的要素,已蜕变为司法的技术性工具。因此,就合同而言,其一般构成要素就是要约和承诺这两个作为法律事实

[86] Véase Hans Hattenhauer, op. cit. [3], ps. 66.

[87] 相关条文如下(译自西班牙语):

第1条 欲使行为产生权利,须该行为是自由的。

第2条 只有自由的、外部的行为可以被法律承认。

第3条 如果完全欠缺自由行为的能力,则不产生任何法律义务。

第15条 不得推定某人意欲违反法律而实施行为。

第30条 通过自由行为,可以取得、转让和消灭权利。

第31条 上条规定,通过具有法律效力的意思表示而有效实现。

[88] 相关条文如下:

第1条 意思表示,是对那些依表示人的意图应该或不应该发生之事的表露。

第2条 欲使意思表示产生法律效果,表示人应对与其表示内容相符的标的享有处分权。

第3条 表示人应具有认知和思考的行为能力。

第4条 意思表示应该是自由的、正式的以及确定的或可靠的。

[89] Véase Hans Hattenhauer, op. cit. [3], ps. 65. 也参见董安生:《民事法律行为——合同、遗嘱和婚姻行为的一般规律》,中国人民大学出版社1994年版,第30页以下;前引[71],沈达明等书,第10页以下。

[90] 参见前引[2],庞德书,第81页。

总和的意思表示,它们和所谓的法律效果,即某种法律关系的产生、变更或消灭,发生了分离。与此相适应,当事人的意志不再是至上的,法律行为,或合同的效力不是来源于具有伦理价值的意志,而是以法律秩序为基础,即,国家的法律体系借助于法律行为生效要件做出的法律规定,把某项法律效果捆在意思表示这些事实总和之上。^[91]

不可否认,法律行为理论是19世纪德国民法理论中最辉煌的成就。在此框架内,合同的概念也脱胎换骨:意思一致即构成契约,它完全脱离了债的范畴而被高度抽象为一种技术性工具。无怪乎英国学者梅特兰要发出“我从来没有想到会有如此多第一流(思想家)的大脑被用于对某种行为的立法研究上”的感叹了。

然而,在惊羨理性法学和历史法学派之成就的同时,我们也必须对其改造罗马法的工作保持警醒。尽管历史法学派中的罗马学派宣称要恢复罗马法的真正面貌,排除罗马法在中世纪和近代随着时间的进展所遭受的歪曲,使罗马法真正成为正在建立中的法学的基础和原材料,^[92]但正如罗斯科·庞德所言,他们浪漫主义地从罗马法中获取的证据,在很大程度上是一种从历史法学派论者根据自由理念加以解释的那种罗马法中获取的论据。在德国,从胡果起就已开始了物权行为理论的研究,而在萨维尼那里,就发现了“所有法律制度中都可以产生契约”,交付也构成一个契约,因为它包含当事人关于占有移转与所有权移转的意思表示一致。^[93]也许,萨维尼已意识到诸如此类的问题,所以才将其著作冠名为《现代罗马法体系》,否则,把古典罗马法中的交付视为契约,恐怕古罗马人自己也要莫名惊诧了。在这里,我并非要否定物权行为理论本身,而只是想提醒:罗马人自有其关于合同的特定想象方式,这是合同史研究应有的态度。事实上,合同的概念,在历史上至少发生过两次根本性的断裂:一次是出自中世纪注释法学家的手笔,另一次则是德国理性法学和历史法学的功绩。

四、结语:合同概念的未来

进入20世纪以后,传统合同理论已面临重大危机。工业社会中集体交易的出现,各种社会力量的崛起及其意识的觉醒,意识形态和社会制度的多元化,对权力的商业需求与国家饥渴,都导致了传统合同理论的异化。在世界范围内,法的参与者通过合同一般条款、附合合同,或标准合同、格式合同等理论的发展,动摇了个人意志的至上形成力;19世纪梅因总结的从身份到契约之公式,在20世纪却经历了一个从契约到身份、“从个人意志的宣示到事实的社会状态”的反向运动。在社会主义国家,法律一般宣告,公民在社会主义自身条件、生产资料公有制以及计划经济所确定的范围内,有权缔结旨在满足其物质和文化需要的任何种类;在德国,Nipperdey对国家社会主义的现实做出回应,日益增加由国家确定其内容的合同,提出强制性合同(diktirtes Vertrag)的概念,至Haupt则全盘抛弃团体性合同中的意思表示理论,形成了事实契约(facktives Vertrag)的理论;在美国,契约死亡之祭文在学界已收耸动视听之效,于是关系契约论大行其道;在日本,继续性交易(契约)、包含日式契约观的契约法之二元性理论以及契约的再生学说,亦悄然兴起;在中国,广义综合契约论者也直陈已见。^[94]所有这一切,直接冲击的是近现代以意思表示为核心的自由主义合同概念。然而,正如本文

[91] Véase Hans Hattenhauer, op. cit. [3], ps.70. 也参见前引[71],沈达明等书,第47页。

[92] 参见何勤华:《西方法学史》,中国政法大学出版社1996年版,第239页以下。

[93] 详见田士永:《物权行为理论研究》,中国政法大学出版社2002年版,第57页以下。该著作引证的德国法学家Dernburg等人径直认为罗马人承认“交付是一项(物权上的)契约”。

[94] 综合参阅:Hans Hattenhauer, op. cit. [3], ps.73-76;内田贵:《契约的再生》,胡宝海译,载梁慧星主编《民商法论丛》第3、4、5卷,法律出版社1995年版;内田贵:“契约法的现代化——展望21世纪的契约与契约法”,胡宝海译,载梁慧星主编《民商法论丛》第6卷,法律出版社1996年版;[美]麦克尼尔:《新社会契约论》,雷喜宁、潘勤等译,中国政法大学出版社1994年版;江山:“广义综合契约论——寻找丢失的秩序”,载梁慧星主编《民商法论丛》第6卷,法律出版社1996年版。

所揭示的,在每一个特定的历史时期,每一个具体的法律制度对合同制度自有其特定的想象方式,我们大可不必惊呼契约的死亡和再生,这至多意味着某种新的合同概念说明模式的诞生。历史上从来就没有一个绝对的一般合同概念,将来也不可能锻造出一个统一的合同概念,这是为文化和社会发展的多元性所必然决定的。

然而,以上结论并不是要为中国传统合同观念的排他性存在寻找理由。诚如季卫东先生所言:“中国没有经过普遍主义的现代法的洗礼。在中国,传统社会的血缘和地缘以及计划经济体制的行政网络与经济活动中的契约关系纠缠在一起,造成了严重的病理想象……。为了解开特殊主义的关系死结,在现阶段特别强调契约关系的一次性结算和意思自由的做法是完全必要的。”^{〔95〕}因此,经过如此洗礼后,在中国形成的可能是包容中国式契约和近现代欧美式契约的二元性契约概念。

Abstract: There have been individualized conception models defining contract in different historical periods and legal cultures, which has led to different contract law regimes in different legal systems. The classical Roman law established an obligatio - contractus system with formalism and numerus clausus as the key features of contract; the medieval glossators accepted this model and redefined the contract with the doctrine of causa; the French law family continued this tradition and made the doctrine of causa the key to understand the definition of contract and related rules; in Germany, after absorbing some elements of the theory of natural law and rationalism, the Romanists in the historical school reorganized the elements of contract with the theory of *Rechtsgeschäft*, which abruptly changed the definition of contract for the second time in the history. The change of legal systems again led to new contract interpretation models in the 20th century.

Key words: elements of contract, obligatio - contractus, causa *Rechtsgeschäft*

〔95〕季卫东:《关系契约论的启示(代译序)》,载前引〔94〕,麦克尼尔书,第8页。