

# 要约与承诺理论的发展脉络

唐晓晴\*

**摘要** 不论是大陆法系还是英美法系,都将要约与承诺作为描述合同缔结过程的专门术语。通过历史梳理,本文展示了这一对术语并未直接在罗马法当中出现,而是在汲取罗马法、教会法等诸种养分之后,经波蒂埃等人的推动才形成了跨越法系的影响力。本文的历史考察意在说明,要约承诺虽然是唯一呈现在法典中的缔约流程,但缔约是不是只能通过要约承诺这一种方式,却值得推敲。这一思考对正在制定民法典的中国,更有意义。

**关键词** 要约 承诺 缔约过程 罗马法 波蒂埃

## 引言

在汉语法律文献中,要约与承诺理论肯定不是最受关注的论题之一。<sup>〔1〕</sup>但是关注度不高并不代表该论题不值得研究。从比较法的角度看,要约与承诺理论在大陆法系和英美法系所使用的术语直接对应,这样的例子并不是很多,而且不太可能是巧合。探究造成这一现象的原因自然有助于对两大法系相关制度的理解。

从法解释学的角度出发,主流法学文献对要约与承诺理论的阐述可能引起的疑问不少。例如:齐默尔曼(Reinhard Zimmermann)认为,只有到波蒂埃(Pothier)的时代才将合意分成要约与承诺;<sup>〔2〕</sup>帕维茨·欧西亚(Parviz Owsia)也断言要约承诺理论是两大法系晚近发展出来

\* 澳门大学法学院教授。

〔1〕 在中国知网输入“要约承诺”词条搜索只找到8篇文章(截止至2015年10月1日),输入“要约与承诺”则搜索到31篇文章(截止至2015年10月1日);其中较具影响力的应属孙宪忠教授于2000年发表于《外国法译评》的译著《三大法系的要约与承诺制度》;实际上,外国法学文献以此为主题的论文也不算多。

〔2〕 Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations - Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, p. 567; R.J. Pothier, *A Treatise on Obligations - Considered in a Moral and Legal View*, translated by Francois-Xavier Martin, Lawbook Exchange, 1999(reprint), p. 5.

的,罗马法并没有与要约承诺十分相似的机制);〔3〕但科因(Helmut Coing)在关于要约承诺的论述中引述了D. 50, 12, 1与D. 50,12,4;〔4〕而诺斯鲍姆(Arthur Nussbaum)又指根据罗马法,原则上,要约并不产生约束力。〔5〕又例如,王利明教授认为:“依据《合同法》第13条的规定,要约是订立合同的必经阶段,不经过要约的阶段,合同是不可能成立的,要约作为一种订立的意思表示,它能够对要约人和受要约人产生一种约束力。”〔6〕但是,德国当代著名法学家Hein Kötz却斩钉截铁地指出:“……近年来很多民法典规定,要约和承诺是合同订立的唯一方式。这是错误的。毫无疑问,在许多业已订立的合同案件中,任意将一方当事人的行为视为要约而把另一方当事人的行为视为承诺是不可能的,也是不现实的。”〔7〕

此外,尽管不少学者花费大量精力研究各国要约承诺制度,〔8〕但也有人认为各国制度不过大同小异。〔9〕最后,随着社会迅速发展、新交易模式的泛滥,传统要约承诺理论似乎又要经受新的冲击。法学研究方法的革新(例如经济分析方法、实证分析方法)也使一些传统制度面临新的考验。在推动编纂中国民法典的历史洪流浩浩荡荡之际,研究一下这样一个不显眼的制度、解答若干或有的疑问也可能是有意义的。笔者认为,要解答上述疑问,必须从历史出发。

## 一、混沌中寻找渊源:罗马法与古典文献中的零碎话语

### (一)要式口约(Stipulatio)各片段所展示的场景

#### 1. 维尼乌斯(Venonius)就知道要约承诺吗?

不少国外学者都认为,要约承诺制度并非起源于罗马法,可是只要简单翻阅一下《学说汇纂》(D. 45, 1, 137pr.威奴勒:《论要式口约》第1编),即可见以下片段活现眼前:

承诺人的承诺应在要约人发出要约后立即作出。当然应允许在要约与承诺之间有一段正常的间隔,但应立即回答要约人。然而,如果承诺与要约不相符,那么,即使承诺是在要约发出的当天作出的,亦不产生任何效力。〔10〕

〔3〕 Parviz Owsia, “The Notion and Function of Offer and Acceptance under French and English Law”, 66 *Tulane Law Review*, 873—874(1992).

〔4〕 Helmut Coing, *Derecho Privado Europeo*, Tomo I, Traducción: Ant6nio P6rez Mart6n, Fundaci6n Cultural Del Notariado, 1996, p517.

〔5〕 Arthur Nussbaum, “Comparative aspects of the Anglo—American Offer and Acceptance Doctrine”, 36(6) *Columbia Law Review*, 923(1936).

〔6〕 王利明:《合同法研究》(第一卷),中国人民大学出版社2002年版,页203。

〔7〕 (德)海因·克茨:《欧洲合同法(上卷)》,周忠海等译,法律出版社2001年版,页23—24。

〔8〕 Parviz Owsia, “The Notion and Function of Offer and Acceptance under French and English Law”, 66 *Tulane Law Review*, 873—874(1992); Nussbaum, *supra* note 5, p.923. Arthur Corbin, “Offer and Acceptance, and Some of the Resulting Legal Relations”, 26, *Yale Law Journal*, 169—206(1917).

〔9〕 参见范剑虹:“澳中合资企业投资合同法”,载范剑虹:《澳门与欧盟相关国家法治研究》,广东人民出版社2004年版,页17。

〔10〕 (意)桑德罗·斯奇巴尼选编:《债契约之债》,丁玫译,中国政法大学出版社,1992年版,页14。

被记为该片段作者的维尼乌斯(Venonius,也作 Venuleius)是哈德良时期(公元二世纪)的法学家,在该片段中,不仅出现了“要约”“承诺”“要约人”“承诺人”等词语,而且还对要约承诺运作的机制有清楚的说明,那么为何很多西方学者都认为要约承诺理论的起点不在罗马法呢?这恐怕要从该片段的拉丁文原本<sup>[11]</sup>中找答案。

上引中文译本中的“要约人”“承诺人”分别对应其拉丁文原本的“Stipulantis”与“Promittentis”。在 S.P. Scott 的英译本中,“Stipulantis”与“Promittentis”分别译为“stipulator”与“promisor”。<sup>[12]</sup>而这两个英文词的词根又来自拉丁语。但是与印欧语完全不同的汉语在面对其非其语言的原生概念时,困难就比较大。《学说汇编》(D. 45, 1, 137pr)的汉译者将之解为要约承诺显然是受了现代法的影响,从语义看,“stipulator”与“promisor”两词转换成汉语有很多可能性,“要约”与“承诺”肯定不是最通用的译法。也许只有受过西方现代法训练的人才会想到要约与承诺这一对术语。笔者并不认为这一译法有误,只不过以今词套古事容易掩盖了概念的历史。尽管如此,笔者不仅不认为 D. 45, 1, 137pr 与现代法的要约承诺的理论无关,相反,这一片段表达的内容明显被现代法所吸收;体现了现代要约承诺制度中的“实时回答原则”(ut tamen aliquod momentum naturae intervenire possit)。只不过从整体思考罗马法与现代法关系的角度,此一译文选择似乎不是最优。

综上所述,若要问是否维尼乌斯就已经知道要约承诺,本文的答案将会是:维尼乌斯所知道的是 Stipulatio 及其机制,而 Stipulatio 虽然与现代法的要约承诺有关,但两者的亲缘关系较远,似乎难以视为直系亲属。

## 2. 要式口约的机制是要约承诺的机制吗?

假如罗马法文献与现代法要约承诺理论是因为汉译而导致误解,则只要调整译文就可以重新聚焦到机制的比较上。按此方法,我们是否可以对比“Stipulatio”的机制与现代法要约承诺的机制,看有否共同性?

这一思考视角是直接受徐国栋教授启发的,当我在一场讲座中描述要约承诺机制时,徐教授几乎本能地嗅出罗马法的味道,并向我提供了其本人论著与罗马法文本。他在对 I.3, 15 pr 注释时指出:“提问人必须以一个问题包括未来合同的所有条款,谓之要式口约的提出人。回答的人只须允诺就导致合同成立,谓之要式口约的允诺人。”

优斯丁尼的《法学阶梯》(I.3, 15, 1)又提到:“对这种情况,人们曾交换这样的言辞:‘汝答应否?’‘吾答应。’‘汝允诺否?’‘吾允诺。’‘汝保证否?’‘吾保证。’‘汝提供担保否?’‘汝提供担保。’‘汝给付否?’‘吾给付。’‘汝做否?’‘吾做。’”事实上,要式口约用拉丁语、希腊语或其他语言订立,毫无区别。不消说,只要要式口约的订立人双方都懂这种语言,也不必双方都用同一种语言,问答一致就足够了。甚至两个希腊人也可以用拉丁语缔结一个债。这些庄严的言辞

[11] Dig.45.1.137pr. Venonius 1 stipul. Continuus actus stipulantis et promittentis esse debet (ut tamen aliquod momentum naturae intervenire possit) ecomminus responderi stipulanti oportet: ceterum si post interrogationem aliquid acceperit, nihil proderit, quamvis eadem die spondisset.

[12] S.P. Scott, *The Civil Law*, Vol. 10, The Central Trust Company, 1932, p.137.

确实曾使用过,但后来发布了列奥的赦令,它废除了言辞的庄严形式,只要求双方当事人在意思与理解上一致,而不管它们是以何种言辞表达的。<sup>[13]</sup>实际上,优士丁尼《法学阶梯》I.3,19,5所描述的机制<sup>[14]</sup>与上述机制类似,但所处理的情况更复杂一些。

检视这些材料后可发现,要式口约的缔约机制与现代法的要约承诺制度确实有相似性,但是这些片段展示的不是要约与承诺理论的全部机制。笔者的观察是,与其说这些片段贡献了要约承诺的机制,毋宁说它向现代要约承诺制度揭示了一条重要原则——承诺不得变更要约原则。

### 3.“不在场的人之间缔结的契约无效”原则

要式口约虽然不是现代法的要约与承诺,但是缔结合同之时当事人是否在场却形成了一个长久的论题。为方便引述,本文将此片段所述之情景概括为“不在场的人之间缔结的契约无效原则”。这个原则虽然没有被现代法律接纳,但是其讨论的很多论题影响了现代法的要约承诺制度却是不争事实。除上述情况外,优士丁尼《法学阶梯》(I.3,19,12)还曾提到不在场的人之间(inter absentes)缔结的口头之债,内容如下:

在不在场的人之间缔结的口头之债,同样是无效的。但由于这一规则给好争论的人提供了争讼材料,他们可能在一段时间经过后提出这样的主张:他们或其争讼相对人不曾在订约现场。因此,为了加快争讼的解决,朕写给西泽里亚的律师的一条赦令被编入《法典》。朕以之规定:在任何情况下都相信这样的指出当事人在场的书面文件,除非采用这样的可鄙之主张的人以文件或适当的证人作出更清楚的证明:他或其相对人在文件作成的那一整天在另外的地方。<sup>[15]</sup>

## (二)不太像鸟的始祖鸟:“pollicitatio”

### 1.“Pollicitatio”就是要约承诺理论的起源吗?

当代德国法史名家科因指出:“作为单方表示的要约很多时候被等同于《学说汇编》(D.50.12)所指的 pollicitatio。”<sup>[16]</sup>一如科因所言,在二十世纪的欧洲,很多法学著作直接将“pollicitatio”视为要约的起源。例如,葡萄牙解经学派代表的昆雅·冈萨维斯(Cunha Gonçalves)在其三十卷本的《民法大全》中,就将罗马法的“Pollicitatio”与近现代葡萄牙法的要约“proposta”划上等号;<sup>[17]</sup>而在法国,仍然可以将要约称为“la pollicitation”。<sup>[18]</sup>

问题是,《学说汇编》以“pollicitatio”为标题的 D.50.12 并不是一个片段,而是很多个片段,而在不同片段中,“pollicitatio”的含义似乎并不相同。于是,学理上对允诺(pollicitatio)含

[13] 徐国栋:《优士丁尼〈法学阶梯〉评注》,北京大学出版社2005年版,页400—401。

[14] “……如果某人未适当回答对他提出的问题,要式口约无效,例如,如果订立要式口约由你给付10个金币,你允诺给付5个金币;……”同上注,页414。

[15] 徐国栋,见前注[13],页417。

[16] Helmut Coing, *Derecho Privado Europeo*, p.517.

[17] 在其作品中,当谈到要约(proposta)时,他用破折号标注“罗马法的 Pollicitatio”,参见 Luiz da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, Max Limonad, 1958, p.392.

[18] Jean-Luc Aubert, *Notion et Roles de L'offre et de L'Acceptation Dans La Formation du Contract*, 4, no. 11; Apud Parviz Owsia, supra note 3, p.874.

义的争议从罗马法就开始了,而且历久弥新。

## 2. 关于允诺的原则

一直到十二世纪的注释学派,源自《学说汇编》(D. 50,12,1,1)的“单方允诺不产生效力”之说都被法学家奉为这个领域的原则,<sup>[19]</sup>当然,他们肯定也注意到《学说汇编》的同一片段已经提到“据荣誉或其他正当原因作出的允诺”例外地产生约束力。可是另一方面,同样处于允诺(pollicitatio)标题下的《学说汇编》(D. 50,12,2)却又明确指出一人的宣誓具有约束力。

## 3. 关于允诺的例外

概括而言,在罗马法中,单方的允诺(Pollicitatio)原则上不产生约束力,只有在一些宗教事宜上(即神誓 votum)或具有公开性质即对公众作出的允诺(pollicitatio ad res publica)才具有法律效力。<sup>[20]</sup>多数学者认为,允诺在古典时期被用来特指对公众作出的允诺(pollicitatio ad res publica)。<sup>[21]</sup>它起源于共和国晚期,发展于元首制时期,具体表示的是市民向某一集体(某一城市、自治市或者殖民城市)作出的建设一项工程(pollicitatio operis faciendi)或者支付一笔钱款(pollicitatio pecuniae)的允诺,<sup>[22]</sup>独立于对方的接受意思而具有强制约束力。<sup>[23]</sup>

## 4. 将例外变为原则的解释方案

罗马法将神誓、向公众许诺等例外地视为有约束力的单方允诺,可是也有一些学者反其道而行,企图以古典文献证立神誓也是双方的允诺。例如,有论者以德尔图良的《论斋戒》(De ieiuniis)谈到古罗马时期的神誓须经神“接受”才能生效;<sup>[24]</sup>又例如,西塞罗在《论法律》2, 16, 41中也指出,神誓(votis)是一项誓约(sponsio),<sup>[25]</sup>从而将“单方允诺不产生约束力”原则的例外情况消解。

## (三) 小结

综观上述,如果说要约与承诺理论与罗马法没有关系,估计对现代合同法稍有认识的人都不可能同意,一些有深厚罗马法功底的学者只要一接触现代合同法的要约承诺制度,则肯定会觉得似曾相识。<sup>[26]</sup>然而,若要指定罗马法原始文献的哪一个词或哪一个制度单线发展成现代法的要约与承诺,恐怕也有很多难以自圆其说的地方。

本文的观点毋宁是,罗马法(尤其要式口约与允诺制度)的点点滴滴都向现代合同法的要约承诺理论与制度贡献了养分。为便于阅读,仅就上文已观察的材料作一小结如下:①现代合

[19] 徐涤宇、黄美玲:“单方允诺的效力根据”,《中国社会科学》2013年第4期,页148。

[20] Nussbaum, *supra* note 5, p.923。

[21] Pollicitatio 在罗马法的古典时期并不特指某一具体制度,而是与字面上的意思相同,意指“(单方)允诺”。但是考虑到单方允诺在私法中最常见的情形是“对公众的允诺(pollicitatio ad res publica)”,因此我们采用通说并将该术语的考察范围限缩于此。

[22] Paolo Recano, *Profili storici della promessa unilateral*, *Rassegna di diritto romano*, 2006(1), p.173.

[23] 此自然段的文字大部分来自黄美玲的建议。

[24] 黄美玲:“论古罗马时期的‘神誓’(votum)”,《华东政法大学学报》2013年第2期,页158。

[25] 同上注,页158。

[26] 这正是徐国栋教授在听到我论述澳门要约承诺制度时的反应。

同法中的要约<sup>[27]</sup>与承诺<sup>[28]</sup>及其行为人等技术概念在罗马法原始文献中并无直接对应;《法学阶梯》内出现的“stipulantis”、“Promittentis”只有在非技术意义上方可被意译为要约人与承诺人;②要式口约不能直接替换成现代合同法中的要约与承诺(在现代法中,它们是两个性质和结构都不同的意思表示),但是要式口约所描述的一些论题与机制却直接被现代要约承诺制度所使用或模仿,在本文的观察范围内,要式口约的机制至少向现代要约承诺理论贡献了“不在场的人之间缔约无效”之论题以及承诺不得变更要约原则;③现代法学曾经直接将“pollicitatio”视为要约的起源,但是无论从术语看还是制度内容看,都很难将“pollicitatio”比作现代法的要约承诺理论;因此要证成两者的亲缘关系不能仅仅望文生义,而且要从“pollicitatio”过渡到现代的要约承诺还需要很多环节的串连(有关过程下文将扼要展示),可能只有熟知罗马法与近代欧洲私法的人才了解两者如何传承。

## 二、前行的引路者:教会法与人文主义诸贤的贡献

### (一)概述

契约理论在自然法时代基本成形,合同由当事人的合意形成也已经被普遍接受。问题是,当事人是如何形成合意的呢?要约承诺理论的贡献正是在这个章节。在欧洲私法发展史上,对这一理论贡献最大的应属教会法与人文主义法学家。

### (二)莫利纳(Molina)与莱修斯(Lessius)的争论

罗马法虽然没有清晰地处理这一论题,但是继承罗马法传统的人文主义法学家如莫利纳(Molina)、莱修斯(Lessius)、库瓦卢维亚(Covarruvias)等对于许诺是否有约束力以及如何才有约束力的问题曾乐此不疲地做过讨论。莫利纳曾经指出,许诺人之所以受到约束仅仅是因为他作出了许诺,这与许诺有没有被对方接纳无关;只有在有偿合同这个特别情况中,因为它创设了相互对应的两项义务,所以才需要互相同意。为了支持自己的论点,莫利纳引用了罗马法“pollicitatio”<sup>[29]</sup>制度作为依据。根据该制度,如果一个许诺是公开作出的,则许诺人必须执行。虽然该制度只是罗马法的一个实证制度,但是假如我们假定罗马法是公平的话,就不管许诺是否被接受,许诺人都应该受约束。<sup>[30]</sup>

然而莫利纳的意见并不是压倒性的,大致与他处于同一个时代的莱修斯当时就提出了不同的见解,认为虽然许诺人的义务是源于许诺而不是接受,但接受却是必须的,因为

[27] 葡萄牙语表述为 proposta 或 oferta;意大利语表述为 proposta;英语表述为 offer。

[28] 葡萄牙语表述为 aceitação;意大利语表述为 accettazione;英语表述为 acceptance。

[29] D. 50, 12, 3pr. 乌尔比安:“简约是当事人双方的合意与协议,而允诺(pollicitatio)则只涉及债务人一方。因此,我们规定,如果允诺是为获得某个职务而作出的,那么就必须象债务一样履行。然而,当已经着手进行所允诺的事项时,即使不是为获取职务而作的允诺,允诺人亦须将该事项完成,这同样也是我们规定的。”译文引自前注[12],页74。

[30] James Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Clarendon Press, 1992, p. 79-80.

这是许诺人受约束的必要条件(*conditio sine qua non*)。莱修斯认为这样可以解释清楚何以在有偿合同中,虽然许诺是有约束力的,但一个人却可以在对方未接受许诺之前将之废止;同时也解释了为何罗马法的“*pollicitatio*”可以被接受也产生约束力(理由是那样的:“*pollicitatio*”并没有创造出一种新的债,它只是禁止许诺人在必要条件未成就之前将许诺废止而已)。〔31〕

### (三)教会法学者对誓约的讨论

将当事人的允诺(*Promissio*)区分为要约与承诺才是现代要约承诺理论的关键。但这一步并不容易。要约概念的技术化一般认为可追溯到圣托玛斯对誓约(*Votum*)的三个步骤区分:①*deliberatio*; ②*propositum voluntatis*; ③*promissio*。在此基础上,后来的教会法学者,例如卡杰坦(*Cajetan*)、多明戈·德·索托(*Domingo de Soto*)和奥雅特(*Oñate*)持续讨论神誓(*Votum*)的效力,并结合罗马法类似论题才促使该技术概念形成。〔32〕

这个时期的教会法学者中,表述较为清晰的应属教会法学者奥雅特。在采纳莱修斯观点的前提下,他结合了圣托玛斯的誓约理论与罗马法,提出了任何合同都由要约与承诺构成(*Omnes Contractus ex Promissione et acceptatione constant*)原则,〔33〕又明确地指出“承诺是合同的要素”(acceptatio de essential omnium contractuum)。〔34〕

## 三、黎明前的躁动:波蒂埃与萨维尼的不同思路

### (一)波蒂埃(Pothier)的有限创造与巨大影响

现代法史学家一般认为波蒂埃对要约承诺理论的发展贡献最大。然而经上文整理的历史脉络可轻易发现,实际上要约承诺的概念与机制都已经被教会法和人文主义法学家(库瓦卢维亚、莫利纳、索托、莱修斯)使用得非常规范了。稍后,经格老秀斯(*Grotius*)一脉对许诺理论的整理,整个要约承诺理论几乎可以说是完备了。

那么,波蒂埃的贡献究竟大在什么地方? 让我们看一下以下事实:

其一,与波蒂埃一样享负盛名、但早于波蒂埃的法国法学家多玛(*Domat*)在谈到合同时,也只是说它需要双方合意(*consentement mutuel*),而没有指明合意是什么。〔35〕

其二,即便到了十九世纪初,欧洲法律也并不认为要约与承诺是缔约的必要步骤。最明显

〔31〕 *Ibid.*, at 79–80.

〔32〕 Wim Decock, *Theologians and Contract Law – The Moral Transformation of the Ius Commune (ca.1500–1650)*, Martinus Nijhoff, 2013, pp. 179–180.

〔33〕 *Ibid.*, at 178.

〔34〕 Decock, *supra* note 32, p.192.

〔35〕 Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations*, Clarendon Press, 1996, p. 567.

的证据是,1804年的《法国民法典》只强调了合同的合意,却没有为要约与承诺的机制作出规定。<sup>[36]</sup>

其三,波蒂埃在名著《债法总论》中指出:“Le contrat renferme le concours des volontés de deux personnes, dont l’une promet quelque chose à l’autre, et l’autre accepte la promesse qui lui est faite.”(一份合同包括两个人的意思达成一致,其中一人向另一人许诺一些东西,而后者则接受前者所作的许诺)。<sup>[37]</sup>

其四,在波蒂埃之后,要约与承诺理论很快被西方各国法学家所接受,各国学者都认为合同是在要约被承诺以后才产生约束力。在法国本土,该理论的主要传播者包括奥布里与劳(Aubry & Rau)、德莫隆(Demolombe)、拉隆比耶(Larombière)与劳伦(Laurent);在德国则主要是布林茨(Brinz)、普赫塔(Puchta)与温德沙伊德(Windscheid)。<sup>[38]</sup>更使人惊讶的是,该理论的影响范围并不是只停留于大陆法系国家,而是很快地也波及英国与美国法学界。这是因为在十九世纪初,波蒂埃等人的著作已被翻释为英文,为英美法系的合同法研究提供了重要的资料。到了十九世纪中后期,一大批英美学者,如肯特·威廉·斯托(Kent William Story)、帕森斯(Parsons)、麦考夫(Metcalf)、利柯(Leake)、哈蒙(Hammon)、安森(Anson)等,均将合同描述为被接受的承诺,一些人如鲍威尔与基蒂(Powell and Chitty)、波洛克和安森(Pollock and Anson)等,更开始将要约承诺理论与作为英美法系合同法原则的约因理论一起讨论。<sup>[39]</sup>

从以上素材可以看出,在波蒂埃之前,要约与承诺已经具备了相当的理论基础,但地位并不像现在那么重要。本文认为,波蒂埃虽然不是要约与承诺理论的最大创造者(当然,他清晰地串连起合同、意思、要约与承诺也是使该理论获得认同的重要一步),但是该理论却是因他而传遍大陆法系和英美法系、并定格在各国现代合同法的实证制度上的。

## (二)萨维尼(Savigny)的沉默

在萨维尼的《当代罗马法体系》第二卷的最后部分,完成了对意思表示的论述后,这样表达合同与意思表示的关系:“(合同)在各种意思表示中,是最重要与最多样的。”<sup>[40]</sup>然而,在这一表述后,他在合同标题下的论述却不到十页。以当代罗马法体系千页以上的篇幅,其对合同概念的重视显然有限。更重要的是,萨维尼既没有用大量的篇幅论述要约与承诺,也没有指出它是缔结合同的必要步骤。

其实,这一点不难理解。对萨维尼而言,既然意思表示是自由与多样的,当然没必要限定

[36] Parviz Owsia, “The Notion and Function of Offer and Acceptance under French and English Law”, 66 *Tulane Law Review*, 876(1992).

[37] 以上所引的法文原文转引自 Zimmermann 的上述著作与页数。

[38] Gordley, *supra* note 30, p.384.

[39] Reinhard, *supra* note 35, pp.570—571.

[40] M. F. C. Savigny, *Sistema del Derecho Romano Actual*, Tomo II, Vertido al castellano por Jacinto Mesía Y Manuel Poley, y precedido de un prólogo de D. Manuel Durán Y Bas, Madrid, Centro Editorial de Góngora, p. 330.

合同的意思表示必须通过要约与承诺作出。可见,萨维尼与波蒂埃对合同缔结过程的理解差异,形成了对要约承诺理论的不同态度。

## 四、理想与现实:要约与承诺理论在各国实证制度中定型

### (一)概述

虽然波蒂埃对要约与承诺理论的传播有决定性贡献,可是理论的流传与具体制度的建立之间还是有距离的。他的《债法总论》并没有处理后来的要约与承诺制度所关注的核心问题。合同确实是经要约被承诺而形成,可是究竟承诺何时生效或已发出的要约什么时候才可以撤回却并不清晰。<sup>[41]</sup> 这些问题很快就在司法实践上造成困难,而且最终更影响了各国的具体制度或制度诠释。那么,欧美各国关于要约与承诺的实证制度究竟是如何形成的呢?

在整个十八世纪,甚至到第一次法典化运动的十九世纪初,欧洲一些国家的实证法还是没有根据要约承诺理论建立起相关制度。但是由于波蒂埃的合同理论受到的关注逐渐发酵,立法者才更重视对该制度及相关的罗马法传统。于是通过与罗马法的“*pollicitatio*”比照,要约便成了这一讨论的起点。<sup>[42]</sup> 当合同的缔结被理解为要约与承诺以后,罗马法的这种思想很快就被引申到新的概念体系上(许诺→要约);如果单方许诺一般不具约束力,那么要约一般也不约束要约人,也即“要约可撤销原则”(Revocability Doctrine)。<sup>[43]</sup>

这就是欧美国家在十九世纪讨论这个问题时(尤其是放在意志论合同观的背景下)的共同起点。然而,“许诺(即使称之为要约亦然)是否有约束力”与“合同的订立是否必须经过要约与承诺两个步骤”并不是同一个问题。有学者研究指出,可信赖的邮政服务以及远距离订立合同的出现是要约承诺理论发展的关键;<sup>[44]</sup> 换言之,后者之所以成为法学论题并与古老的许诺理论合流是由经验事实(邮政制度和缔约实务的发展)引发的。当然,在要约承诺制度的规范化过程中,学说与司法实践的互动与互相吸收是最大的动力(尽管两者的重要性在不同国家有所不同)。

### (二)英美法的“邮箱理论”

根据阿蒂亚(P.S. Atiyah)的研究,普通法的要约承诺理论源头最早也不过是十八世纪的最后十年。<sup>[45]</sup>

关于要约与承诺理论,英美合同法教科书最经常引述的两个十九世纪初的案例是“*Adams v. Lindsell* 案”与“*Hadley* 案”,尤其是前者出现后不久就成为了英国与美国的判例法源。然

[41] Gordley, *supra* note 30, p.384.

[42] Nussbaum, *supra* note 5, p.923.

[43] Nussbaum, *supra* note 5, p.925.

[44] 克茨,见前注[7],页23。

[45] P. S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Clarendon Press, Oxford University Press, 1979, p. 446.

而,要说英美法要约与承诺的真正起源则还要追溯到十八世纪末。在“Cooke v. Oxley”(1790)一案中,承诺人在要约失效之前发出了承诺,可是到达时却过了失效期,最终法院判定要约人不受约束。<sup>[46]</sup>这一判决的主要依据是英国法的约因理论。进入十九世纪,波蒂埃的《债法总论》被翻译成英语,当时英美法学理论家与立法者尚未来得及对他的理论作出反应,但司法实践却很快用他的理论判定了一个对要约与承诺制度的独立发展有指标意义的著名案例,此即1818年的“Adams v. Lindsell”案件。根据该判决,要约人将承诺的意思表示投入邮箱,或将其交给邮政设施的时刻,就是合同成立的时间点。此即著名的“邮箱理论”(mailbox/postal rule)。<sup>[47]</sup>

细心观察这判决的行文可发现,作为英美法要约与承诺理论最重要判例的这一案例受波蒂埃的学说影响颇深,而最近更有学者指出,该判例对波蒂埃学说的运用似乎并不成熟的,<sup>[48]</sup>结果是“邮箱理论”既无法与继承自波蒂埃的意志论合同观调和,也无法与传统的英美法约因理论整合,<sup>[49]</sup>而且会在实务上对要约人造成不利的后果(假设承诺在投入信箱后在邮局遗失,那么将意味着合同在要约人无法知悉相对人的意思下成立)。因此,从十九世纪后期的兰德尔(Cristopher Langdell)<sup>[50]</sup>开始一直到二十世纪上半叶,很多学者包括佩吉(Page)、波洛克(Pollock)、韦尔斯通(Williston)等著名合同法专家<sup>[51]</sup>都表达了反对该理论的意见。

将波蒂埃的要约与承诺理论展示得更全面的应该是美国纽约的“Mactier’s Administrators v. Frith”一案,在该判例中,波蒂埃的名字被引述多达九次。<sup>[52]</sup>《美国合同法第二次重述》于1964年完成,其报告人布劳赫(Robert Braucher)声称该重述的要约与承诺部份尤其受到科宾(Corbin)和卢埃林(Llewellyn)的学术思想影响。<sup>[53]</sup>尽管报告人认为已对韦尔斯通在第一次重述中所抱的保守立场有所革新,但是其对“邮箱原则”(Section 64)的处理还是很快就

[46] Joseph M. Perillo, “The Origins of the Objective Theory of Contract Formation and Interpretation”, 69 *Fordham Law Review*, 427, 436—438 (2000).

[47] 关于“Adams v. Lindsell”案的重要性以及邮箱理论,本文参考了 Nussbaum, *supra* note 5, at 920; (德)康拉德·茨威格特/海因·克茨:《三大法系的要约与承诺制度》,孙宪忠译,载《外国法译评》2000年第2期,页2—3; G. H. Treitel, “Formation of Contract”, in *Chitty on Contracts*, Vol. I, 27<sup>th</sup> Edition, Sweet & Maxwell, 1994, p. 100.

[48] Joseph M. Perillo, “Robert J. Pothier’s Influence on the Common Law of Contract”, 1 *Texas Wesleyan Law Review*, 278(2004).

[49] 根据约因理论,“权利人只有在自己获得了对方当事人的履行或者获得对方当事人允许履行的情况下,或者一项义务的意思只有在特别的证书(契据—deed)上被确认后,被设定的义务才能具有法律约束力”,转引自康拉德等,见前注[47],页1—2。

[50] Langdell的论据正是传统的意志论,即合同是双方当事人的意思达到一致的结果。See Christopher Langdell, *Summary of the Law of Contract*, 2<sup>nd</sup> Edition, Little, Brown, 1880, pp. 15—20.

[51] See Nussbaum, *supra* note 5, p.920.

[52] Perillo, *supra* note 48, p.277.

[53] Robert Braucher, “Offer and Acceptance in the second restatement”, 74 *The Yale Law Journal*, 303(1965).

招来批评。<sup>[54]</sup>

### (三)德国法的“受信主义”(Empfangstheorie)

法学家对德国法学的的影响一直是巨大的。在要约承诺理论问题上,尽管萨维尼选择了沉默,但温德沙伊德(Windscheid)、<sup>[55]</sup>里格斯博格(Ferdinand Regelsberger)等对《德国民法典》草案影响更直接的法学家们的态度却更偏向波蒂埃路线。尤其是里格斯博格,他在其著作以及该法典的理由说明中解释第145条规定的立法理由<sup>[56]</sup>被认为是创造性地调和了意志论与要约承诺理论(出于保护要约相对人的考虑,里格斯博格主张只要要约人没有在要约中声明其要约可撤销,要约发出之后即不得撤销;换言之,不可撤销性是要约的默认属性),从而使古德雷(James Gordley)直接认为他的意见是《德国民法典》第145条的理论渊源。

实际上,要约不可撤销的立法例在德意志国家的立法例中并不新鲜。早在十八世纪末,《普鲁士民法典》(1794年)就作了类似的规定。当时基于邮件的使用越来越普及,人们渐渐觉得传统规则有问题,最后反映到普鲁士的立法上(规定要约在一定时间内不可撤销)。然而,这一制度只有在特定区域才适用,在这些区域以外,还是继续适用要约可撤销的规则。到了1861年,要约不可撤销的规则被《德国商法典》所采纳,使一切商事交易得到特别的保护。最后,这一趋势终于波及1900年的《德国民法典》。自此以后,要约不可撤销就成为了普遍适用的规则。<sup>[57]</sup>为给予要约相对人更大的保护,德国法规定要约一旦被收悉,相对人即处于一个确定的状况,他可以安心地对合同的成立作出准备。要约原则上是不可撤销的,但在相对人并未知悉要约的存在之前(也就是,假如撤销的通知先于或者同时到达相对方时),要约意思表示不发生效力,要约人有权撤销(《德国民法典》第130条)。这就是所谓的“受信主义”(Empfangstheorie)<sup>[58]</sup>立法模式。此外,要约人也可透过表明要约只是单纯的建议而并不受约束,可是在这个时候,它就不是要约而只是要约邀请了。最后,《德国民法典》还清楚地区分了对话人与非对话人的意思表示。

从《德国民法典》要约承诺制度的内容和立法过程可见,该国最终所采取的立法方案实际上是长时间(上溯罗马法)立法与司法实践的沉淀,而不是某一个法学家的个人创

[54] Robert Braucher, "Offer and Acceptance in the Second Restatement", 72(2) Yale Law Journal, 303(1964).

[55] Bernardo Windscheid, *Diritto Delle Pandette*, Traduzione dei Professori, Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, Con Note e Riterimenti al Diritto Civile Lialiano, Volume Secondo, Torino Unione Trpografico - Editrice Torinese, 1930, pp.183-184.

[56] Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin, 1888, 1: 165-6; Apud James Gordley, *Foundations of Private Law - Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford, 2006, p. 385.

[57] 参见王利明,见前注[6],页923。

[58] 这一理论被翻译为葡萄牙语后是"Doutrina de Recepção"。关于该理论被葡萄牙法采纳的情况,参见 Carlos Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3a Edição, Coimbra Editora, 1986, p. 391; Paulo Mota Pinto, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Almedina, 1995, p. 571.

见。在法典制定的过程中,德国法学界对相关问题的认识并不是统一的。例如著名法学家托尔(Thöl)就曾主张“表示主义”(Äusserungstheorie; outwardexpressiontheory),而其他诸如“发信主义”(Absendungstheorie)“Vernehmungstheorie”(知悉主义)等亦曾经在当时的法律文献中出现。<sup>[59]</sup>

#### (四)法国学者在缺乏实证法支持下所采取的方案

虽然要约与承诺理论的奠基人是法国人波蒂埃,但是在十九世纪初制定、被视为波蒂埃学说实证展示的《法国民法典》却没有根据波蒂埃的要约与承诺理论规范出合同缔结的一般机制。

由于实证法没有清晰的规定,在《法国民法典》制定以后的两个世纪,学者态度有些不一致,但仍然以接受要约与承诺理论占多数。普兰尼欧(Planiol)和瑞伯(Ripert)认为双方当事人的缔约意思表示是按时间顺序发生的,即先有要约后有承诺;卡波耶(Carbonnier)亦称合同是依次由要约与承诺形成的。马蒂(Marty)、雷瑙(Raynaud)、盖斯坦(Ghestin)等当代著名学者同样指合同的合意就是要约与承诺。威尔(Weil)、泰尔(Terré)与马泽尔(Mazeaud)等虽然主张区分对话人与非对话人之间的缔约,但最后仍然认为合意必然归结为要约与承诺。<sup>[60]</sup>学界的这一意见最终体现于二十世纪中后期的一次企图修订法国民法典的尝试——《Avant-projet》的一个条文中:“意思的一致必须有要约与之后的对要约的承诺。”<sup>[61]</sup>

至于承诺的生效时间,法国并没有统一的规定。在理论上,其认为确定承诺生效时间最好的办法就是根据实际存在的利益,即当事人中谁更应得到优先保护,便确定有利于这种保护的原则。在实践中,法国最高法院将这一问题视为一个“事实”问题而听任基层法院法官处理。简而言之,既不存在原则性的规则,在实践中也不存在一致性,有时采用“发信主义”,有时则采用“受信主义”。<sup>[62]</sup>

#### (五)其他欧洲立法的立场

除德法以外,在此还需要提一下欧洲大陆其他国家的实证和学说立场。《德国民法典》要约承诺方面的制度后来被《希腊民法典》与《葡萄牙民法典》所采纳。而作为一般规定,拉丁国家则采纳要约可撤销,但对方却有损害赔偿请求权的制度:一方面,容许要约人在合同成立前

[59] See Rudolf Hübner, *A History of Germanic Private Law*, translated by Francis S. Philbrick, Little, Brown and Company, 1918, p. 515.

[60] See Marcel Planiol/Georges Ripert, *Traité Pratique de Droit Civil Français* no.106 (Paul Esmein ed., 2e ed.1952); Jean Carbonnier, *Droit Civil* no.35 (14e ed. 1990) (Les obligations); Gabriel Marty & Pierre Raynaud, *Droit Civil* no.105 (2e ed. 1988) (Les Obligations); Apud. Parviz Owsia, “The Notion and Function of Offer and Acceptance under French and English Law”, 66 *Tulane Law Review*, 879—880(1992).

[61] Pierre Bonassies, *Manifestation of Assent Without Identifiable Sequence of Offer and Acceptance*, in 2 *Formation of Contracts, A Study of the Common Core of the Legal System.*, (Rudolf B. Schlesinger ed., 1968), pp.1597—1598. Owsia, *ibid.*, at 881.

[62] 参见尹田:《法国现代合同法——契约自由与社会公正的冲突与平衡》,法律出版社2009年版,页75—79。

的任何时候作出反悔；另一面，对受要约人基于对要约的信赖而所受的损失，也赋予其损害赔偿请求权。根据《意大利民法典》第 1326 条，承诺在要约方知悉时生效。然而，《民法典》第 1335 条对这知悉作出了一个推定，推定承诺在送达至受要约人住所时，视为知悉。

在欧洲各国国内立法层面，尽管要约承诺制度的差别颇大，但是自上世纪下半叶开始，在国际交易层面却逐渐演变出一套广为接受的规则——CISG 关于要约承诺的规定。越是往后发展，CISG 的这套规则所获得的认受性越高。自二十一世纪开始高速发展的欧洲私法统一运动所产生的几部示范法（UNIDROIT、PECL、DCFR）无一例外地都以 CISG 的要约承诺制度作为模版。<sup>〔63〕</sup> 在 CISG 的规定中，要约与承诺仍然是立法者唯一主动描述的缔约流程，可是立法者也明确表示，合同的缔结不一定要分解为要约与承诺。以其他方式缔约又遇到争议时，可准用要约承诺。当然，像要约承诺这样一项传统的民法制度向 CISG 靠拢会否招致民法商事化<sup>〔64〕</sup>的批评当须进一步讨论。

## 五、结 论

经上面对欧美合同法要约承诺制度与文献的整理，首先展示了要约承诺理论的源流和发展脉络。从要约承诺理论与罗马法的继承关系上看，罗马法没有形式意义上的要约承诺制度，也没有直接贡献要约与承诺这两个术语。实际上，罗马法大陆法系和英美法系都采纳要约承诺理论主要与波蒂埃对两大法系合同法的影响有关。此外，要约承诺理论是因为邮政制度的完善和远距交易流行而成为重要法律论题的；普通法的“邮箱理论”以及德国法的“受信主义”就是证明。但是现代欧美合同法的要约承诺制度和不少理论节点都是历代法学家在讨论罗马法不同论题时总结出来的。也就是说，要约承诺论题在后来的发展中与传统的罗马法论题合流了。

在合同理论的发展过程中，要约承诺究竟是不是合同缔结的一个必要步骤问题一直存在争议。从宏观层面看，合同理论从罗马法发展到近现代法颇能体现出一种去形式化的趋势；按此，合同的缔结方式应该是自由的。可是，也是在合同理论逐渐完善的中世纪末，开始有一种意见（如奥雅特）认为，要约承诺是缔结合同的必要步骤；而另一种意见则继续强调合同缔结的方式自由。在近现代的立法实践中，立法者大部分都没有对这个问题直接表态。问题是，这些立法很多都对要约承诺制度作了规范；而除了要约承诺外，再也没有其他关于缔约过程的规定。当要约承诺成为法典唯一主动描述的缔约流程时，解释者就容易推导出要约承诺是法典唯一允许的缔约流程。更重要的是，这一见解在中国法学界已被普遍接受。从二十世纪下半

〔63〕 Nils Jansen/Reinhard Zimmermann, “Contract Formation and Mistake in European Contract Law: A Genetic Comparison of Transnational Model Rules”, 31(4) *Oxford Journal of Legal Studies*, 636—637 (2011).

〔64〕 参见薛军：“意大利现代民法思潮”，载薛军：《批判民法学的理论建构》，北京大学出版社 2012 年版，页 343、352。

叶开始,欧洲很多法学者又重新接受要约承诺不是缔结合同唯一方式的思想。例如,葡萄牙人阿森瑟(José Oliveira Ascensão)就认为,要约与承诺的缔约规则只适用于“非对话人之间的合同”(contrato entre ausentes)。〔65〕

尽管欧洲法学家都已经察觉到要约承诺的缔约模式不能有效反映现代多种多样的缔约实务,但是要为各种各样的缔约方式制定合适的规则却有很大的困难。〔66〕于是,在欧洲私法统一运动的背景下,CISG和UNIDROIT等示范法所提供的模式越来越受到重视,成为各国缔约制度差异进一步整合的推手。对于积极准备制定民法典的中国立法者而言,欧洲法学者对要约承诺理论的新理解颇具参考价值。

**Abstract:** Offer and Acceptance are legal terminologies used in the course of concluding a contract both in Common Law and Civil Law. From a historical perspective, this paper presents that Offer and Acceptance are not terminologies appearing in Roman Law directly, but the terminologies evolved through the promotion of Pothier based on the relevant materials in Roman Law and Canon Law. A historical study of this thesis aims to demonstrate that whether the exchange of an offer and an acceptance is the only possible mode of concluding a contract, although it is nevertheless the only one described by legal statutes. The above discussion appears to be more relevant to China since china is in the process of elaborating a Civil Code.

**Key Words:** Offer; Acceptance; Course of Concluding a Contract; Roman Law; Pothier

(责任编辑:薛 军)

〔65〕 José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil — Teoria Geral*, Vol. II, Coimbra Editora, 1999, pp.378—379.

〔66〕 Schlechtriem & Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Third Edition, Oxford, 2010, p.240.