

论要物合同的废止与改造

张金海^{*}

摘要 罗马法上未发展出意思具有拘束力的规则。在形式主义背景下,要式口约居于一般合同地位,任何无不法、不道德、不能等缺陷的约定均可借助要式口约获得可执行性。消费借贷等要物合同产生的原因在于无偿性决定了当事人不宜做要式口约,而嗣后的法律干预以受领人返还已受领的物为核心。鉴于无偿性是仅有的对要物合同具有一定证成作用的理由,并且不为交付合意即不发生法律效力亦非妥当的制度安排,有偿的消费借贷等合同应被定性为合意合同,无偿的消费借贷等合同应被改造为要式合同,物的交付可补正形式瑕疵。

关键词 要物合同 无偿性 废止 改造

要物合同是除了达成合意之外,尚须一方当事人(未来的债权人)将物交付给另一方当事人(未来的债务人)才能成立的合同。^{〔1〕}此种合同源自罗马法,在现今大陆法系不

^{*} 西南民族大学法学院副教授。本文系“西南民族大学研究生学位点建设项目”(项目编号:2014XWD-S0301)资助的成果之一。

〔1〕 Berger, *Encyclopedia Dictionary of Roman Law*, The American Philosophical Society, 1980, p. 413. 关于要物合同概念应说明者有四:第一,物的交付使得合同成立而不是使已成立的合同有效,此为要物合同的基本特征;第二,罗马法上的要物合同均以受领人返还物为主要义务(就质押而言,返还只是一种可能的后果),故“原教旨主义”的要物合同定义会以物的返还为要素,见 Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford University Press, 1951, p. 506; Thomas, *Textbook of Roman Law*, North-Holland Publishing Company, 1976, p. 271;第三,我国学者经常使用要物行为一词。实际上“要物”的行为从未超出合同范畴,故要物行为一词有过度抽象之弊。德国学者早期有时也使用要物行为(Realgeschäft)一词,此词要么是在要物合同的意义上使用的,要么是指同时行为(Simultangeschäft)或比同时行为更强调实际已为履行的即时行为(Handgeschäft)。见 Heck, *Grundriß des Schuldrechts*, Verlag von J. C. B. Mohr, 1929, S. 246;第四,物的交付并非要式合同意义上的形式。尤其是在物已经被根据合同有权占有物的人占有的情况下不再作实际的交付,此际根本无“形式”可言。见 Buckland & Stein, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge University Press, 1966, p. 462.

少立法例中依然存在。但自“合约应当遵守”的理念确立以来,关于要物合同制度的存废就不断发生争议,而争议的解决需要考其流变,析其成因,究其理据,进而提出因应措施。

一、要物合同的历史考察

(一)罗马法中的要物合同

公元2世纪的法学家盖尤斯在《法学阶梯》中仅提到一种要物合同即消费借贷。Gai. 3. 90称:“债可以通过物(的交付)缔结,比如消费借贷。”但在被归于盖尤斯名下的《日常事务》或《金言》〔2〕中,使用借贷、寄存、质押亦被当作要物合同(D. 44. 7. 1. 3-6)。优士丁尼《法学阶梯》也把要物合同概括为消费借贷、使用借贷、寄存、质押四种。〔3〕

诸要物合同中,消费借贷产生得最早,有论者以为在十二表法时期它就已经存在。〔4〕可以肯定的是,公元前326年《博埃得里亚法》颁布后,消费借贷的重要性得以增加。该法要求在拘禁债务人之前应进行法律裁判,另外消除了处死与出售为奴的威胁,从而大大改善了债务人的地位。嗣后债务口约(nexum)的重要性下降,并被消费借贷取代。〔5〕消费借贷因交付一定数量的金钱或可替代物而成立。受领人有义务在适当的时间返还同样数额的金钱或同样数量、同等品质的可替代物。〔6〕贷方无合同义务可言。如果他借出的物有瑕疵,倘其有过错并且发生了损害,他会因私犯而负责,但并不存在合同责任。〔7〕消费借贷为无息借贷,多发生于朋友之间,也可能系出于提高声望、建立依赖性或者期待得到报答等考虑而为。此外,罗马人亦为其门客提供消费借贷。〔8〕

使用借贷、寄存、质押三种要物合同在共和国末期之前通过裁判官上的事实诉讼得到了承认,只是到后来,也可以使用权利诉讼。〔9〕此三类合同的发展均与信托(fiducia)

〔2〕关于此书的真伪以及倘系伪书该书撰于何时均有争议。有观点认为,该书实际上是后古典时期他人汇编盖尤斯著作的若干片段而成。见 Berger, *Supra* note 1, p. 481, 677.

〔3〕(古罗马)优士丁尼:《法学阶梯》,徐国栋译,中国政法大学出版社1999年版,页345以下。另外,有学者认为,在后古典时期的粗俗法中,消费借贷与使用借贷的区分消失了,但在优士丁尼法中又得到了恢复。Kaser/Knützel, *Römisches Privatrecht*, 17. Aufl., Verlag C. H. Beck, 2003, S. 245. 需要注意的是,法国的 Girard、意大利的 Bonfante 等罗马法研究者认为,在罗马法中信托亦为要物合同。(Girard, *Geschichte und System des römischen Rechts*, Verlag von Franz Vahlen, 1908, S. 550, 564; (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2005年版,页277。鉴于信托的附属性简约性质,以及缺乏原始资料支持,该项见解难以成立。

〔4〕 Metzger ed., *A Companion to Justinian's Institutes*, Cornell University Press, 1998, p. 129.

〔5〕 Borkowski, *Textbook on Roman Law*, Blackstone Press Limited, 1994, p. 283.

〔6〕 Berger, *Supra* note 1, p. 591.

〔7〕 Borkowski, *Supra* note 5, p. 284.

〔8〕 Honsell, *Römisches Recht*, 4. Aufl., Springer Verlag, 1997, S. 109.

〔9〕(英)乔洛维茨、尼古拉斯:《罗马法研究历史导论》,薛军译,商务印书馆2013年版,页373。

制度的衰落有关。^[10] 信托是附加于要式买卖或拟诉弃权的简约,以转让人对相对人的诚实的信赖为基础。根据约定,受让人对于转让的物或者将物重新转让给转让人承担了义务。^[11] 信托可用于多种目的,比如:借助与朋友的信托,可将物转让给朋友保管或使用;借助与债权人的信托,债务人可将物转让给债权人,清偿债务后再要求将物转让回来。^[12] 但信托制度亦有不足:须附加于要式买卖或拟诉弃权适用使其较为麻烦;物的转让也给转让人增添了风险。故此,使用借贷、寄存、质押在法律上发展起来以执行与朋友的信托、与债权人的信托的相应功能。^[13] 要言之,使用借贷是原则上以不可替代物如马匹为标的物,为作特定的使用而设立的借贷。使用的性质应在合同中明确,或者能从合同清楚地推知。合同的主义务是使用期届满后借用人返还同一标的物。如未约定使用期限,借用人可以在合理的时间内保留标的物。^[14] 寄存合同是将动产交给他人保管的合同。合同的主要义务是受寄人应当使物处于安全状态并且不能使用寄存物。倘寄存人提出了要求,受寄人即应返还寄存物,该物应与接收时的状态大体相同,但可以有合理损耗。^[15] 另外,将质押合同的成立与为了设立质权而交付质物当作不同层面的问题处理更为合适,但在罗马法上,移转质物的占有与质押合同的成立被联系在一起,质押合同也被当作要物合同的一种。该合同的主义务是在债务因清偿等原因而消灭的情况下,债权人完好地归还质押物。^[16] 与其致力于取代的相应的与朋友的信托、与债权人的信托相同,使用借贷、寄存及质押合同亦均具无偿性。

除了其成立均要求交付物、均为无偿以及涉及物的返还之外,上述四种要物合同多有差异:消费借贷与使用借贷服务于受领人的利益,寄存服务于交付方的利益,质押则对双方当事人均有好处。在消费借贷,受领人取得了所有权,在使用借贷与寄存,受领人取得的只是持有,而在质押,受领人取得了占有。^[17]

(二)罗马法继受之后要物合同制度的存在状况

在 11 世纪晚期、12 世纪罗马法研究复兴、近代教会法产生之前,西欧的部族法律与王室

[10] 信托出现的准确时间难以确定。现存最早提及信托之诉(actio fiduciae)的文献是西塞罗(公元前 106—公元前 43)的《论义务》(Off. 3. 70.),他在引用其师 Q·穆齐所列举的诚信审判的清单时提到了此种诉讼。有观点认为,信托的出现很可能早于穆齐生活的时代,因为西塞罗引自这种诉讼程式中的一些话具有一种独特的古代风格。(英)乔洛维茨、尼古拉斯,见前注[9],页 371。

[11] Berger, *Supra* note 1, p. 471.

[12] Girard, *Geschichte und System des römischen Rechts*, Verlag von Franz Vahlen, 1908, S. 566.

[13] (英)乔洛维茨、尼古拉斯,见前注[9],页 372。使用借贷等要物合同产生后并未完全取代相应的信托。至少质押与信托并存了数个世纪,直至后者于帝国晚期消灭为止。其所以如此,是因为债权人偏爱信托的担保方式。见 Borkowski, *Supra* note 5, p. 289.

[14] Metzger ed., *Supra* note 4, p. 130.

[15] Borkowski, *Supra* note 5, p. 287.

[16] Metzger ed., *Supra* note 4, p. 133.

[17] Thomas, *Textbook of Roman Law*, North-Holland Publishing Company, 1976, p. 271.

法律已经承认以发誓、交换仪式化的物体等方式郑重缔结的某些类型的协议具有法律拘束力。^[18] 罗马法继受之后,在其具有效力的领域,其合同制度也被承继下来,要物合同继续存在。在理论层面上,注释法学者开始以合约(*pactum*)^[19]一词指称所有的合同,而合约又被分成穿衣合约与裸体合约。要物合同等四类有名合同属于穿衣合约。^[20] 就具体类型言,中世纪的要物合同与罗马法有所差异。比如,在较早的德意志法中,除消费借贷、使用借贷、寄存、质押外,赠与也是要物合同。甚至于在从中世纪早期的同时为给付交换(如现金买卖等)到后来借助定金合同进行交易的过度阶段,买卖与互易亦为要物合同。^[21]

近代民法法典化时期,所有合同均具可诉性的观念已经确立,承袭自罗马法的合同分类受到挑战,罗马法意义上的无名合同被废弃,^[22]口头合同与书面合同也丧失了原来的意义。但部分地由于传统观念的影响,部分地由于交付乃返还义务的前提的观念甚有影响,保留要物合同的观点占据了上风。在此背景下,放弃要物合同制度的仅有《德国民法典》制订过程中的1865年德累斯顿草案以及1881年《瑞士债法典》。反之,1766年《特蕾西娅法典》、1794年《普鲁士普通邦法》、1804年《法国民法典》、1811年《奥地利普通民法典》均规定了要物合同。^[23] 迄今在立法中规定要物合同的欧洲国家尚有意大利、比利时、卢森堡、西班牙、葡萄牙、荷兰以及若干东欧国家。诸立法例规定的要物合同类型一般不超出罗马法上的要物合同范畴,但赠与合同、无记名有价证券所有权移转合同(如保加利亚的有关规定)、出售委托合同(如《奥地利普通民法典》第1086条)在个别国家也被规定为要物合同。^[24]

近代民法法典化运动中,《德国民法典》对于要物合同的态度较为独特。立法者认为,是否能够从通常先于借贷标的物的交付与受领的合同的拘束力中得出消费借贷合同为合意合同的观点可以搁置不论。不容否认的是,消费借贷合同在一些并非不重要的点上不同于买卖、租赁

[18] (美)伯尔曼:《法律与革命》(第2卷),袁瑜琤、苗文龙译,法律出版社2008年版,页167。引文据英文原版略有调整。See Berman, *Law and Revolution*, II, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003, p. 156.

[19] *pactum*(英文中为 *pact*)乃动词 *pacisci*(本义为实现和平)的派生词。在十二表法中,该词指为不法侵害、盗窃者与受害人达成了后者不起诉的协议,双方实现了和解。后来 *pactum* 被用于指所有非正式协议,协议的当事人不享有诉权,但可以通过抗辩保护自己的利益。此种意义上的 *pactum* 即为简约。见 Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, p. 508, 563. 按理说,将注释法学者用于指称一切协议的 *pactum* 译为合同或契约均属可行,但为了避免混淆,本文称此种意义上的 *pactum* 为合约。

[20] Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, p. 538.

[21] Erler/Kaufmann (Hrsg.), *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, Band IV, Erich Schmidt Verlag, 1990, S. 218.

[22] Coing, *Europäisches Privatrecht*, Band II, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1989, S. 435.

[23] Erler/Kaufmann (Hrsg.), a. a. O., S. 219ff.

[24] Lando & Beale eds., *Principles of European Contract Law: Parts I and II*, Kluwer Law International, 2000, p. 141 et seq.; von Bar & Clive eds., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, vol. 1, Sellier European Law Publishers GmbH, 2009, p. 272 et seq.

等通常被界定为合意合同的合同。如果消费借贷合同的性质被界定为合意合同,差异就会被忽略,进而引发不正确的结论。^[25] 因此,没有必要为了终结学术争议将消费借贷合同表述为一般的合意合同。需要做的是选择表明返还义务必然以事先已受领了借贷物为前提的措辞。^[26] 故此第一草案第 453 条第 1 款(民法典第 607 条第 1 款)规定:“受领作为借贷物的金钱或者其他可替代物的人,负有向贷方返还相同种类、品质与数量的物的义务。”寄存的处理与消费借贷相同。第一草案第 614 条规定:“通过寄存合同,受寄人负有保管寄存人交付给他的动产,并且将该物返还给寄存人的义务。”(民法典第 688 条将返还列入其他条文)但立法理由明确表示应拒绝将寄存合同表述为合意合同的措辞。^[27] 使用借贷的处理则前后有所变化。第一委员会对它的态度与对消费借贷相同,^[28] 但第二委员会将条文改为:“通过使用借贷合同,物的出借人负有允许借用人无偿使用它的义务。”(民法典第 598 条对之未作实质性改动)会议记录就此指出,不区分允诺将物出借的人与出借人,统一地处理使用借贷合同更为正确。^[29] 质押合同在债务关系编未作规定,物权编动产质权节仅规定了质权人的以物的交付为前提的义务,而未涉及未来将物设质的允诺是否具有拘束力的问题。^[30] 因此,就条文表述而言,将消费借贷、寄存合同(以及即时赠与)^[31] 解为要物合同不为无据。此外,早期关于使用借贷、代物清偿、铁路货运合同(《德国商法典》第 453 条以下)是否为要物合同存有争议。^[32] 与相应条文的措辞以及立法理由书中表露的态度有关,《德国民法典》生效后的数十年内,肯定要物合同的观点是德国的通说。

[25] Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II, Verlag von J. Guttentag, 1888, S. 306.

[26] a. a. O., S. 306.

[27] a. a. O., S. 569. 关于《德国民法典》的立法者是否仍然认可要物合同,论者见解不同。有观点认为,民法典制定时将消费借贷界定为要物合同,2001 年德国债法改革的立法者即采此立场。(见 Schmidt-Rantsch u.a., Das neue Schuldrecht, Bundesanzeiger Verlag, 2002, S. 582.) Köndgen 则认为,债法改革的立法者的看法与《德国民法典》立法理由书中表达的立场不符(即《德国民法典》的立法者实际上未对消费借贷等合同的性质表态)。见 Ernst/Zimmermann (hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, J. C. B. Mohr, 2001, S. 471.

[28] Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II, S. 444.

[29] Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. II, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, 1897, S. 269.

[30] Schlobmann, Ueber den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogenannten Realkontrakte, 45 Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts(1903), 1, 76.

[31] 《德国民法典》制定过程中并未讨论赠与合同是否为要物合同,立法者关注的是使他人的财产增加的无偿给与行为在什么情况下应得到法律承认。其措施是在第 516 条规定法律根据约定(Rechtsgrundabrede)性质的赠与,在第 518 条规定赠与与约定(Schenkungsversprechen)。第 516 条又区分了两种情形,即达成合意的同时进行给与(第 1 款),先为给与后达成合意(第 2 款)。所谓即时赠与或实物赠与(Handschenkung od. Realschenkung)是指第 516 条第 1 款规定的与合意同时发生的赠与。另有论者认为第 516 条规定的两种情形均为实物赠与。见 J. Koch, in: MünchKommBGB, 5. Aufl., 2008, § 516, Rdn. 2.

[32] Erler/Kaufmann (hrsg.), a. a. O., S. 220, 221.

二、要物合同产生的背景与原因

自后世的视角观察,合同的订立应当以当事人达成合意为标准,罗马法在某些场合将物的交付当作合同成立的要件颇为令人费解。实际上,对于要物合同的成因亦存在不同的解释。^[33] 为解此惑,有必要考察要物合同制度产生的宏观背景与具体原因。此种考察亦有裨于评判要物合同制度究竟有无存在的价值,各具体要物合同类型究竟有无值得法律对其作特殊安排的特性。

(一)产生背景:形式主义与要式口约的一般合同地位

1.形式主义与合意的法律地位

如同其他早期的法律制度,罗马古法也采此种立场:只有借助依形式而为的(仪式化的)行为,人们才能通过被允许的行为(erlaubtes Verhalten)引起法律拘束力。早期法的这种形式主义来源于未开化状态中的人对于直观说明的需要。就罗马而言,法律事务的处理起初由宗教人员负责,他们熟悉敬神仪式中的程式化行为,此点也对形式主义起了推动作用。^[34] 在罗马的各种形式主义行为中,属于合同性质有债务口约、要式口约、文书合同,而以要式口约最为重要。就性质言,罗马古法中的形式为真正形式或者说效力形式。形式不是单纯作为外在的附属物伴随行为,而是要表达或体现行为内容本身。法律行为(Rechtsakt)会因为轻微违反形式要求而落空。另一方面,符合形式要求的行为具备与形式相应的完全的效力,即使行为人不愿意发生这种效力。^[35] 随着法律文化的进步,行为人的个人意志逐渐受到重视。日常的非要式行为是这方面的先驱。此类行为根据诚信进行裁判,法官享有较大的自由裁量权。^[36] 至古典时期,行为人意志的重要性进一步得到承认。在此时期,不仅出现了合意合同,人们还普遍认为,合意也是所有其他合同类型的必备要素。^[37] 具体言之,在要式口约中,在形式之外,

[33] 比如,梅因认为,要式口约、文书合同、要物合同与诺成合同是依次出现的,这一过程体现了合同观念的进步。要物合同第一次承认了一个道德责任,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。而出现最晚的诺成合同唯一重视的是缔约人的心理状态,至于外界情况除非作为内在企图的证据外是不予注意的。(见(英)梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,页191)梅因的阐释是历史决定论式的,但多有疏漏:其描述与罗马法上合同制度的发展历史不符(比如,要物合同出现得未必晚于文书合同。合意合同仅有四种,其出现虽然足资证明当事人的意思在法律上的重要性得到了提升,将其当作终点夸大了合意合同在罗马法中的实际地位),对要物合同的界定亦未臻准确(履行使得约定具有约束力是无名合同而非要物合同的特征),也说明不了何以履行使得合意具有拘束力的观念仅体现在消费借贷等四种合同之中。倘要物合同的出现只是从形式主义向意思主义的过度阶段,则无须作进一步论证即应否定要物合同制度的存续。

[34] Kaser/Knützel, *Römisches Privatrecht*, 17. Aufl., Verlag C. H. Beck, 2003, S. 54.

[35] Kaser, *Das römische Privatrecht*, Erster Abschnitt, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1971, S. 39.

[36] Kaser/Knützel, a. a. O., S. 67.

[37] Zimmermann, *Supra* note 20, p. 565.

合意的要求也得到了贯彻。^[38]又如,当事人关于所做的交付系出于借贷而为的共同意思本来就是区分消费借贷与赠与、清偿债务、给予嫁妆等情形的根据。在古典法时期,消费借贷的当事人就返还时间所做的约定也得到了认可。^[39]尽管如此,罗马法始终未发展出单纯的合意即形成债的思想。仅在合意合同中,合意自身即足以约束当事人。在其他合同中,合意仅为必要要素而非充分要素。

直至17世纪,随着罗马法权威的降低、自然法思想的繁荣以及司法实务的变化,罗马法的合同类型强制传统始被侵蚀。^[40]古典自然法学者确立了意思具有法律约束力的思想。格老秀斯认为,信赖是正义的基础,从而允诺必须被遵守,无论其是否具有特定形式。倘不遵守诺言,即使是上帝也是做了与其本性相悖之事。由此可以推断,所有合约都应有拘束力。^[41]但在格老秀斯的自然法体系中,基本范畴是(单方)允诺,而非合同或合意,此为受经院派道德神学影响的结果。之后,普芬道夫将合约而非允诺当作核心范畴。沃尔夫进一步强调合意(*consensus*)是合同义务的基础与原因,而合意是“做或者不做的意思与他人所欲做或者不做的意思一致”。^[42]在18、19世纪的民法典编纂中,合意为合同拘束力的基础的思想占据了优势。^[43]此种局面延续至今。

2. 要式口约的一般合同地位

罗马法上的四类合同适用范围广狭有别,重要性悬殊。口头合同^[44]中的要式口约最为重要,适用范围最广。要式口约是口头的、正式的给付允诺,在十二表法时期即已存在,出现得早于要物合同、合意合同与文书合同。其订立要求双方当事人到场,问与答作口头交换,问后即答,问、答内容相同,并且问话中的动词应在回答中重复。^[45]要式口约的基本特征是简单而郑重。之所以说其简单,是因为它由口头问答构成,表现了罗马人对于准确、简洁、质朴的偏好。^[46]之所以说其郑重,有宗教、道德观两方面缘由。要式口约的前身誓约(*sponsio*)有宗教仪式性的起源。倘不遵守对其为许诺时曾祈求的神祇的诺言,债务人会遭受惩罚。可以想象,在所有宗教性的后果与制裁消失已久之后,许多罗马人在使用“*spondeo*”一词时仍会感受到某

[38] Kaser/*Knütel*, a. a. O., S. 73.

[39] Zimmermann, *Supra* note 20, p. 156, 157.

[40] Thier, in: *HKK*, 2007, § 311 I, Rdn. 17, 18.

[41] Zimmermann, *Supra* note 20, p. 544.

[42] Zimmermann, *Supra* note 20, p. 568.

[43] Thier, in: *HKK*, 2007, § 311 I, Rdn. 20.

[44] 罗马法的四类合同中,口头合同与文书合同为要式合同,要物合同与合意合同为不要式合同。除要式口约外,嫁资口约(*dotis dictio*)、誓言(*promissio iurata*)亦为口头合同。但嫁资口约与誓言的意义颇为有限,前者旨在设立嫁资,后者是解放自由人在被解放时向庇主宣誓将履行一定的义务。

[45] Kaser/*Knütel*, a. a. O., S. 61. 在早期,罗马公民在要式口约中使用的动词为“*spondes?*”、“*spondeo*”(你发誓吗?我发誓),在与异邦人的交易中使用“*fidepromitti?*”、“*fidepromitto*”(你承保吗?我承保)。在古典法时期,亦可使用“*promittis?*”、“*promitto*”(你承诺吗?我承诺)、“*dabis?*”、“*dabco*”(你给吗?我给)等表述方式。

[46] Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford University Press, 1951, p. 474.

种誓言性的含义。^[47]再者,要式口约也以罗马人的信义(fides)为基础,此种信义观以近乎宗教性的约束力要求人们遵守诺言。^[48]

要式口约之所以重要,是因为它的采用不以某些交易类型为限。任何一种协议,只要不是非法的、不道德的或不可能的,均可以采用要式口约以获得可执行性。^[49]反之,要物合同仅包括消费借贷等四个类别,合意合同亦仅有买卖、租赁、委任与合伙四种。文书合同也只涉及债权誊账、约据、亲笔字据等情形。^[50]对于罗马合同制度的探究而言,要式口约具有普遍适用性并且出现得较早殊值重视,否则难免发生歧见。比如,洪索尔(Honsell)认为,只是作为即时行为时,消费借贷是不需要形式的,作为负担行为则需要借助庄重的要式口约。形式强制的理由就隐藏在形式化的负担行为与无形式的即时行为的组合之下:鉴于提供借贷的危险性,应保护意愿承担义务的人免于因匆忙而遭受损失,已进行支付的人显然已作慎重思考,因此无保护的必要。^[51]此种见解忽视了要式口约与消费借贷合同的一般与特殊、先有与后出的关系,忽视了前者可适用于有偿借贷而后者均为无偿借贷的差异,以后人之心(认为信贷交易对贷方甚至于对双方都有风险)度古人之腹,故未臻精准。

(二)产生原因

尽管要式口约出现得很早,可用于各种合法的履行,形式也并不复杂,在它之后仍出现了若干合同类型,理由在于,要式合同的要式性等特征决定了它对于某些情形而言是不适宜的,另外又存在着相应的社会需求。^[52]要物合同的产生即系如此。就消费借贷而言,倘借贷是商业性的,当事人采用要式口约即可,并且将利息一并确定。但在无偿借贷场合,要求出于情谊、友谊等提供无息借贷的人为要式口约以确立交付义务是不适当的。^[53]另一方面,要求受领人以要式口约的方式确立返还义务亦有不妥。在消费借贷,提供了友善帮助的朋友要求对方订立正式合同在道德上并不适当。^[54]使用借贷的情形与消费借贷相似。在寄存,寄存人不便要求施惠的受寄人正式地承诺归还物,其不能对受寄人的诚实表示怀疑来对待人受寄的善举。此外,寄存人让其财产退出流通一段时间通常是因为其面临地震、火灾、建筑物倒塌、船

[47] Zimmermann, *Supra* note 20, p. 71.

[48] Schulz, *Supra* note 46, p. 474.

[49] (英)巴里·尼古拉斯:《罗马法导论》,黄风译,法律出版社2000年版,页204。

[50] (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2005年版,页275。

[51] Honsell, a. a. O., S. 109. Zimmermann亦认为,坚持要式性(就利息而言)以及不能有效地允诺将来提供借贷具有很好的警示功能,阻止了贷方以及借方仓促地进入危险的信用交易。Zimmermann, *Supra* note 20, p. 163.

[52] Watson, *Roman Law & Comparative Law*, The University of Georgia Press, 1991, p. 124. 除了郑重其特征使其对于无偿行为不适宜外,要式口约尚有其他不利:要式口约要求口头问答,聋哑人不能采用;要式口约要求双方当事人同时出现于同一个地方,此点使得其不适用于跨地域、磋商较久的交易;对口头形式的坚持在个案中会导致严苛的结果,比如一方当事人使用了错误的词语致使要式口约无效。见 Zimmermann, *Supra* note 20, p. 70.

[53] Schloßmann, a. a. O., 1, 66.

[54] Watson, *Supra* note 52, p. 126.

只失事等引起的紧急情况,无法自己照看财产。在此类情形,他也不便要求提供帮助者以要式口约的形式为允诺。^[55] 在质押,即使作为债权人的贷方不诚实、名声不好,他还是帮助了借方。从而借方不总能也不易坚持贷方就获偿后返还物订立要式口约。^[56]

在不便使用要式口约的情况下,当事人所做的消费借贷、使用借贷等约定本无拘束力。嗣后法律进行了干预,但并未给当事人施加交付或受领(对受寄人而言)义务,而是重在处理返还问题。其所以如此,是因为此类行为均系无偿,多发生于朋友之间,受诺人要求无偿的允诺人交付物(或受领物)是不妥的。具体而言,消费借贷本为友谊性、礼节性的借贷,以此种允诺为根据起诉允诺人要求其支付所欠的金额不合习惯。^[57] 在处理借方的返还问题时,法律所提供的路径是法律诉讼中的请求给付之诉(*condictio*)。^[58] 请求给付之诉^[59]解决的是不当地扣留他人财产价值的问题,^[60]其与返还所有物之诉的区别在于:在后者,负有返还义务的人并未取得物的所有权,而在请求给付之诉中,被告原则上已取得了物的所有权,除非系争诉讼为请求返还被窃物之诉等情形。^[61] 请求给付之诉具有抽象性,诉讼请求的实体根据或曰债因不予提及,提到的仅为(被告)应付一定数额的金钱或特定的物的事实。^[62] 故此,它可以适用于所有此类情形:某人财产中的确定的金额或物为他人获得,倘他人无权利或不再有权利保留其所取得者,前者请求返还。^[63] 程式诉讼产生并逐渐取代法律诉讼后,请求给付之诉得以保留。发出通知的做法停用之后,“*condictio*”的名称未改变,原告请求也是抽象地表述的。^[64] 抽象性的保留使得程式诉讼时期的请求给付之诉仍有较广的适用范围,涵盖了消费

[55] Watson, *Supra* note 52, p. 127.

[56] Watson, *Supra* note 52, p. 132.

[57] Diösi, *Contract in Roman Law: From the Twelve Tables to the Glossators*, Akadémiai Kiadó, 1981, p. 44. 就其他几种要物合同而言,使用借贷的情况与消费借贷相似。如果当事人约定了寄存,受寄人不会坚持占有所约定的物,而在受寄人拒绝受领的情况下,寄存人也会认真考虑强迫其不情愿的熟人受领寄存物是否合算。质押的情况则有所不同。如果当事人约定了质押而出质人不交付质物,其将遭受的不利只会是罚款,致使提起诉讼意义不大,债权人无从借助法院取得质权。

[58] Thomas 认为,引发支付特定金额请求的要式口约、文书合同、消费借贷原本借助罗马法中最古老的诉讼形式誓金之诉处理。约于公元前 200 年颁布的《西里亚法》引入的请求给付之诉,为强制支付特定金额请求提供了更为简单、便捷的方法,从而得到采用。见 Thomas, *Supra* note 17, p. 78. 另外,对于消费借贷在请求给付之诉诸适用例中出现的顺序有不同认识。Kaser 与 Knütel 认为,消费借贷是请求给付之诉最早的适用例。见 Kaser/Knütel, a. a. O., S. 302. Zimmermann 则认为,消费借贷借助请求给付之诉得到保护晚于基于要式口约的请求给付特定金额或物的诉讼以及要求返还被窃物之诉。见 Zimmermann, *Supra* note 20, p. 836.

[59] 请求给付之诉的得名与传唤受审(*in ius vocatio*)程序中的通知有关。被告否认了原告请求后,原告会称通知(*condictio* 由动词 *condicere* 派生而来,而后者在古拉丁语中为通知之意,原告在与对方交谈时使用的是变格后的 *condico*)对方在第三十天时在审判员面前进行诉讼。见 Thomas, *Supra* note 17, p. 77.

[60] Kaser/Knütel, a. a. O., S. 301.

[61] Mayer-Maly, *Römisches Privatrecht*, Springer Verlag, 1991, S. 131.

[62] Zimmermann, *Supra* note 20, p. 835.

[63] Kaser/Knütel, a. a. O., S. 301.

[64] Zimmermann, *Supra* note 20, p. 835 et seq.

借贷、文书合同、要式口约、盗窃、不当得利等情形。^[65]

返还一定金额或物的义务的发生需要事先已经交付物,消费借贷等借助请求给付之诉保护的债遂被称作要物之债(通过物(的交付)(引起)的债)。^[66]盖尤斯在《法学阶梯》中的阐述证实了此点。Gai. 3. 90介绍了消费借贷,Gai. 3. 91进而论述了非债清偿。盖尤斯之所以在论述要物合同后没有转而论述口头合同,而是插入了不当得利性质的非债清偿,是因为消费借贷与非债清偿是早期的要物之债的两个典型例子。^[67]在“contract”^[68]一词开始具有协议的意思时,消费借贷当然可被归类为一种契约,而由于没有协议,由错债清偿产生的债不得被称为准契约之债,但二者起源于相同的思想。^[69]正因如此,盖尤斯在《法学阶梯》中保留了要物之债的类别,虽然在其生存的年代,该类别已转而以通过交付物而订立的协议为基础。^[70]相反,盖尤斯在论述要物合同时未提及使用借贷、寄存与质押亦系事出有因:使用借贷等与要物之债的旧观念没有关联;它们不涉及所有权的转移;它们是双务的,以诚信诉讼为基础;它们均起源于裁判官法。^[71]但是,如果抛开历史起源以及所有权移转与否的差异,并且将返还义务当作使用借贷等三种合同中的主要义务,则它们与消费借贷也可以相提并论,从而后来也被纳入了要物合同的范畴。^[72]

(三)小结

由上述可见,要物合同的出现有其特定的历史背景:罗马法早期片面强调形式之于各

[65] Kaser, a. a. O., S. 593.

[66] (英)乔洛维茨、尼古拉斯,见前注[9],页368。附言之,要物之债或要物合同(contractus re)中的要物一词为re。该词为名词res的夺格形式,具体而言为方式方法性夺格。re直译为英文为by a thing(delivered)。见Borkowski, *Supra* note 5, p. 283。从而contractus re即为通过物(的交付)(订立)的合同之义。另外需要注意,虽然要物之债是借助请求给付之诉予以强制的债,但并非所有适用请求给付之诉的均为要物之债。请求给付之诉的诸多适用例大致可以分为三类:强制产生于要式口约的债(假如这种债的标的是特定的金额或物),强制产生于文书合同的债,强制通过物的交付创设的债。第三类即为要物之债,其涵盖了消费借贷以及非债清偿等多种不当得利之债。(英)巴里·尼古拉斯,见前注[49],页240。

[67] (英)巴里·尼古拉斯,见前注[49],页178。

[68] 名词contractus系由动词contrahere派生而来,后者具有引起、招致之义(英文单词contract保留了此义项)。在法律语境中,人们引起、招致的是各种责任,而限于合同责任,从而contractus起初被用于同样广泛的、非专门性的意义上,后来才被限定于合同的意义。见Zimmermann, *Supra* note 20, p. 562。

[69] (英)乔洛维茨、尼古拉斯,见前注[9],页370。

[70] Metzger ed., *Supra* note 4, p. 128.

[71] (英)巴里·尼古拉斯,见前注[49],页179。尼古拉斯进一步指出,严格而言,使用借贷、寄存与质押三种合同实际上是不完全的双务合同或半双务合同,亦即一方当事人的义务只是可能发生的。比如,在寄存合同中,受寄人的义务是保管物品并且根据请求而返还它,寄存人的义务是向受寄人补偿在保管物品时可能支出的费用,并且赔偿物品能够造成,而寄存人本能通过注意防止发生的任何损害。消费借贷合同中无类似义务,从而被界定为单务合同。需要注意的是,尼古拉斯与大陆法系的通说对于不完全双务合同(双方均有义务但不平等)的理解不同。另外,如果不承认要物合同,而是认可交付(或受领)义务,则消费借贷等四种合同均为大陆法系国家所称的不完全双务合同。

[72] 但是自何时起人们将使用借贷等三类合同归为消费借贷合同的一类难以确定。见(英)乔洛维茨、尼古拉斯,见前注[9],页372。

类法律行为的意义,后来虽然在一定程度上重视当事人的意思,但始终未发展出意思具有拘束力的规则。仅在合意合同中,单纯的合意即可拘束当事人。因此,罗马法未正面处理何以消费借贷等约定自身并无拘束力的问题。尽管如此,要物合同产生的具体原因仍足供启发思考,在现今条件下有无必要对消费借贷等约定作特殊处理。要式口约在罗马法中居于一般合同地位,可用于各种交易目的,并且通常较为简易。但在它之后仍出现了要物合同。原因在于,消费借贷等约定的无偿性决定了当事人不便采用要式口约。法律进行干预之后,行为的无偿性也决定了交付或受领义务自始未被承认,已受领的物的返还是重点解决的问题。在意思普遍具有拘束力的背景下,值得考虑的问题是,为保护无对价而承担义务者,有无必要对无偿的消费借贷等约定作特殊处理,倘有必要,何种措施是适当的。

三、要物合同正当性的解说及评价

承继要物合同制度以来,论者试图从不同的角度阐释其正当性,以便为保留要物合同制度立论。正当性的有无是决定保留、废弃抑或改造要物合同制度的依据,故此类解说值得检讨。

(一)名实相应说

14世纪,评论法学派的代表人物巴托鲁斯为罗马法合同制度,包括要物合同制度提供了自己的阐释。巴托鲁斯认为,各种有名合同是根据万民法取得的名称,而万民法是凭借自然理性在所有的人都确立的法。有名合同仅凭此点就具可诉性:它们存在并且有一个名称。^[73]在有名合同之中,之所以合意合同仅须达成合意即具有拘束力,而要物合同需要交付,是因为名称有别。买卖等合意合同是由一方当事人通过同意而从事的行为得的名。达成了合意,我今天就能把房屋卖给你,即使是下个月才交付房屋。各类要物合同是由一方当事人通过交付而从事的行为得的名。如果你到下周才能受领,我不能说我今天将动产寄存给你或借贷给你。^[74]巴托鲁斯的观点得到了一定程度的认可。直至18世纪仍有法学家受其影响,认为消费借贷等合同是通过交付订立的,此点为其名称所蕴含。^[75]

巴托鲁斯的见解可谓名实相应说。其基本缺陷有二:首先,巴托鲁斯等法学家虽然像之前的中世纪法学家那样偶尔借鉴其时盛行的亚里士多德哲学理论,但对于使合同类型理论化不感兴趣。^[76]其对要物合同正当性的解说是望文生义式的,未直面当事人的约定是否一般地具有拘束力以及有无例外等问题。其次,即使在拉丁语中消费借贷(mutuum)等语词指涉的均为已经交付了物的情形,法律也要应对在当事人仅就一方交付物给他方消费、使用、保管等达成合意而未为交付的情况下,是否存在交付或受领义务的问题

[73] Gordley, "Some Perennial Problems", in Gordley ed., *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, Cambridge University Press, 1991, p. 3.

[74] *Ibid.*, at 3.

[75] *Ibid.*, at 7.

[76] *Ibid.*, at 4.

题。如果采肯定立场,还应在其他名目之下构建相应的合同类型。准此以言,巴托鲁斯的解说回避了在未为交付的场合约定是否具有可诉性的问题,并且对“mutuum”等语词的理解是否准确也不无疑问。

(二) 返还义务前提说

17世纪之后,一些论者开始自物的交付乃返还义务的前提的角度为要物合同的正当性立论。比如,法国著名民法学家多马(1625—1696)认为,在使一方当事人负有返还其已受领的物的义务的过程中,无论返还的是受领的物本身,如返还同一物的物的借贷或寄存,还是返还同种类而非同一的物,如金钱或粮食的借贷,除非在当事人的合意之外还伴随有物的交付,该义务并未被确立。^[77] 返还义务前提说嗣后成为共同法时期的通说,并对近代欧洲国家保留要物合同制度产生了影响。就19世纪的德意志地区而言,多数学者认为消费借贷、使用借贷、质押与寄存是以返还为目的的合同,^[78]人们只能返还其已受领的东西,亦即返还义务(的发生)以交付为前提,故此几种合同仍应为主要物合同。^[79] 在将要物合同的目的界定为返还的背景下,所有其他产生于该类合同的义务,比如借用人不作不适当的使用的义务、受寄人作适当保管的义务,仅被看作返还义务这一主义务的必要的反射效力。^[80]

罗马法上的要物合同均涉及物的返还,而返还以前已经受领为条件,因此返还义务前提说看似不无道理。实则该说并不成立,理由在于:第一,与返还义务前提说相反,消费借贷等合同的经济目的以及主要法律内容绝非返还,而是使用他人的物、保管物、通过扣留物给债务人施加压力并在不履行时就质物的交换价值获得清偿等。物的交付服务于合同目的的实现,但交付不是一劳永逸的,而是有时间限制,返还义务即为合同关系的时间限制的法律表现。相应地,返还义务只是使用物等主要效力的必要伴随现象。^[81] 既如此,就不能片面地以返还义务

[77] Domat, *Civil Law in Its Natural Order*, trans. by Strahan, vol. 1, Charles C. Little and James Brown, 1850, p. 163. 附言之,该书法文版第1卷出版于1689年。

[78] 既然要物合同的目的被视为已交付的物的返还,其在共同法中也被一些论者称作旨在返还的合同(Verträge auf Rückgabe)。比如,Windscheid在论述合同之债时将消费借贷、使用借贷、寄存、质权合同、行纪合同以及船长、旅店店主、马厩主人接受物的合同称为旨在返还的合同,并将此种合同界定为以附有返还负担地交付物的方式订立的合同。Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Band 2, 2, Verlagshandlung von Julius Buddeus, 1866, S. 3ff. 最早将消费借贷等合同涵盖于旨在返还的合同或旨在返还的债之下的学者可能是对潘德克顿体系的形成具有重要影响的学者海斯(Heise)。他在《以潘德克顿讲授为目的的共同民法体系概要》一书(首版于1807年)中将寄存、因(欠缺)原因而请求返还、使用借贷与嫁资场合产生于受领证书的债务、胁迫之诉、恢复占有令状等置于旨在返还的债(Obligationen auf ein Zurückgeben)之下。见 Heise, *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten Vorlesung*, 3. Aufgabe, Mohr und Winter, 1819, S. 102ff.

[79] Lübbert, *Der Kreditvertrag: Ein Beitrag zur Geschichte und Dogmatik des Darlehens*, 52 Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts(1908), 313, 333.

[80] Boehmer, *Realverträge im heutigen Rechte*, 38 Archiv für bürgerliches Recht, 1913, 314, 320.

[81] Boehmer, a. a. O., 314, 320, 321.

为立足点论证要物合同的存在价值。^[82] 第二,除消费借贷等在罗马法中被当作要物合同的合同外,一方的返还义务对于他方的先行给付的依赖性在其他一些合同中同样存在。比如,只是在出租人已交付租赁物的情况下才会发生承租人的返还义务。事务处理合同也可能涉及已受领的物的返还,该返还义务亦以对方事先已交付物为条件。倘以返还义务的发生以交付为前提为理由证成要物合同的正当性,租赁等合同亦应被定性为要物合同。^[83]

(三)无先在义务说

在德意志地区,直至19世纪中期,要物合同制度并未引起学界的特别注意。^[84] 1851年,布里兹(Brinz)撰写的一篇书评一度引起了学界对于要物合同的兴趣。当时的主流观点认为,应保留(有名的)要物合同而放弃无名(的要物)合同,布里兹则主张两者均应保留。布里兹认为,如果物的交付只是履行债务,即应当否定要物合同这一合同类型。原因在于,人们不可能在履行了债务之后再建立债务。^[85] 但是,无论是对于古代的罗马人而言还是对于其时的德意志人而言,在任何地方、任何时候,合意不必然发生在给付或者物的交付之前,从而给付、物的交付构成了开始而不可能是清偿。^[86] 比如,某人问行纪人“你是否愿意以某价格为我出售此物”,行纪人作了肯定的回答,前者随即交付了物。^[87] 双方的问与答只可能使同意者而不可能使提问者负担义务,从而物的交付不是履行事先已经存在的义务。^[88] 因此,无法不把

[82] Boehmer 甚至认为,合同完全可以规定由其性质决定,其履行依赖于对方的先行行为的义务,合同规定在物已经交付之后再加以返还即是如此。(Boehmer, a. a. O., 314, 322.)依其见解,未为交付之时返还义务也已经产生,只不过返还义务人可以未得到给付为由进行抗辩。

[83] Heck, Grundriß des Schuldrechts, Verlag von J. C. B. Mohr, 1929, S. 248.

[84] Lübbert, a. a. O., 313, 331.

[85] Brinz, Beiträge zum Obligationenrecht von Dr. Eduard Chambon, 1 Kritische Blätter civilistischen Inhalts, 1851, 1, 22, 23.

[86] Unger, Realcontracte im heutigen Recht, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 8(1866), 1, 6.

[87] 罗马法上的无名合同的特征是,一方当事人履行后,约定即具有拘束力,已经履行的一方可以请求对方履行。无名合同与要物合同有一定的相似性,即一方已做了某事引发了对方的某种义务。故此,无名合同也被称作无名的要物合同(相应地要物合同被称作有名的要物合同)。但二者有根本性的差异:无名合同体现的是一方已为履行使得约定具有拘束力,并且已经提供的履行与物的交付通常没有关系。但在要物合同中交付并非部分履行,但一旦交付,对方负有返还义务。见 Thomas, *Supra* note 17, p. 311. 布里兹的论文重点在于反驳以范格鲁(Vangerow)等人为代表的通说的观点,即在一切合约均具约束力的背景下,不应再承认无名的要物合同(但他们又承认有名的要物合同)。布里兹则认为有名的、无名的要物合同均应保留,并且他在书评中重点谈了行纪合同,因此在举例时以无名合同中的行纪合同为例。

[88] Brinz, a. a. O., 1, 22. 实际上,昂格尔(Unger)仿布里兹所举之例更好地体现了债的发生与履行的重合:某人走进杂货店,将金钱递给对方并要求购买相应的货物(对方收钱并答应);某人将符合工资标准的报酬递给雇工,要求对方处理某种事务(对方收钱并答应)。见 Unger, a. a. O., 1, 7, 8. 即使是这些情形,也只能说根据合同意思,(交付方的)义务瞬间承担并履行了。见 Demelius, Realkontrakte im heutigen Recht, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 3(1859), 399, 403.

以物的交付开始的合同评价为要物合同,将此类合同解读为合意合同没有实际意义。^[89]

布里兹是以日常生活中常见的即时交易为根据为要物合同立论的,其见解有两个缺陷:首先,布里兹对于要物合同的理解不同于自罗马法传承而来的要物合同。他并不反对合意一般地具有拘束力,而是主张在交付方事先无相应义务的场所,当事人间的合同只能是要物合同。循其逻辑,如果在交付前当事人已有约定,罗马法上的消费借贷等要物合同即为合意合同。反之,买卖、租赁合同应当因其是单纯通过合意订立的还是以交付物开始的分别为合意合同与要物合同。^[90]其次,即使是就布里兹所称的要物合同(发生于即时交易场合)而言,物的交付也是履行行为,只不过该行为与债务合同的订立在时间上重合而已。^[91]拿布里兹所举之例来说,行纪人所做的答复看起来只是表明自己愿意替对方卖物,实际上双方是就行纪达成了合意,某人因此而负有将物交给行纪人的义务。

(四) 无偿行为人保护说

有些论者自无偿性的角度论证要物合同的正当性。比如,德国学者施洛斯曼(Schloßmann)曾于20世纪初撰文指出,就无偿的消费借贷、使用借贷与无偿的寄存而言,基于与罗马法上相同的经济性的、由其本质所决定的理由,应反对其可诉性,从而当事人所做的单纯的允诺不具有约束力。^[92]在华语地区,亦有一些学者自无偿性的角度为要物合同立论,黄茂荣教授可谓此方面的代表。他认为,“只要天下有无偿契约,就有要物契约存在的必要,我想这点基本上是颠扑不破的”。^[93]具体而言,将无偿契约规定为要物契约具有让债务人得任意悔约的意义。是否赋予无偿契约之债务人以悔约权为立法政策问题。赋予悔约权的道理为:将无偿的许诺定位为介于“社交或应酬约定”与意思表示间的表示,从而给予介于“有拘束力”与“无拘束力”间的效力。^[94]

自无偿性着眼为要物合同立论有其说服力:如前文所述,罗马法上的要物合同均为无偿合同,该合同类型的出现与无偿行为不宜采用要式口约有关。此外,无偿行为应在拘束力、注意义务的标准等方面得到特别对待,以免无偿行为人承担苛刻的法律后果。但自无偿性的角度为要物合同立论应注意以下两个问题:第一,罗马法上的要物合同的确均为无偿合同,但后世名称相同的有名合同未必尽然。在罗马法上,有偿抑或无偿是有名合同分类的极为重要的标准。消费借贷为无偿行为,贷方如欲取得利息,要么不订立消费借贷合同而是以要式口约的方

[89] *Brinz*, a. a. O., 1, 33.

[90] *Unger*, a. a. O., 1, 7, 8.

[91] *Boehmer*, a. a. O., 314, 323.

[92] *Schloßmann*, a. a. O., 1, 91.

[93] 陈自强等:“法律行为、法律性质与民法债编修正——民法研究会第十六次学术研讨会”,《法令丛刊》2000年第2期。转引自朱庆育:《意思表示解释理论》,中国政法大学出版社2004年版,页85。

[94] 黄茂荣:《债法总论》(第1册),中国政法大学出版社2003年版,页111。论及要物合同与无偿性的关联的我国台湾地区学者尚有王泽鉴(见氏著:《债法原理》(第1册),中国政法大学出版社2001年版,页125)。

式确定双方的义务,要么在消费借贷合同之外另就利息订立要式口约。在就利息订立要式口约的情况下,当事人也通常借此机会重申借方归还本金的义务。此时,当事人之间的合同是要物兼口头合同,交付与要式口约是两个行为,均引发了返还本金的义务,而债务人只须履行返还本金的义务一次。^[95] 使用借贷、寄存是无偿的,如果出借人或受寄人收取报酬,合同即为合意合同性质的租赁合同(*locatio conductio*)。^[96] 但在后世的民法制度中,消费借贷、寄存既可是有偿的,也可以是无偿的,使用借贷则保留了无偿特征(如《法国民法典》第 1876 条、《德国民法典》第 598 条的规定),有偿的仍被界定为租赁合同,质押合同由其性质决定亦系无偿合同。因此,不能一概地认为消费借贷等合同均应作特别处理,而只能给其中无偿的合同以特别对待。第二,要物合同构造客观上保护了为无偿行为的一方当事人:其无交付或受领义务,仅在已为交付的情况下,对方才可以一定时间内享有利益或有义务进行保管。但在双方均有受法律约束的意思并且无偿的一方经认真思考慎重地为允诺的情况下,一概认定不交付则无合同过于忽视受益方的利益,从而有再为审视的必要。

四、要物合同制度的弊端与去除弊端的路径

(一)要物合同制度的弊端

要物合同制度兼有学理与实务层面的弊端。学理层面的弊端是:如上所述,该制度是特定历史条件下的产物,在合意普遍具有拘束力的背景下不具备充分的正当性。值得考虑的仅有此点:传统上被当作要物合同处理的各具体的有名合同如系无偿行为,应否以及如何弱化当事人达成的合意的拘束力。在实务层面上,要物合同制度亦有不少缺陷。倘不承认要物合同,即会肯定受领人(寄存场合为交付人)请求交付(或受领)物并加以使用、保管等利益。此外,否认要物合同亦可为当事人做更为合理的利益安排。在此以消费借贷为例说明之。倘确认消费借贷为合意合同,则当事人就交付可替代物供使用达成合意后,合同即告成立,借方享有金钱之债性质的请求权,该债权可以让与、扣押、质押、作为主动债权用于抵销。^[97] 又如:依合意合同说,利息应自借方受领迟延时起算,依要物合同说,应自借方受领金钱之后起算;依合意合同说,促成双方达成了消费信贷约定后,居间人即可要求佣金,依要物合同说,标的物交付后方可要求佣金。再如:依合意合同说,支付金钱之前即可为借方的返还允诺设定质权、保证等担保,达成消费信贷约定后,第三人可以有利于借方的效力履行约定。依要物合同说,这两个事项均不可行。^[98]

[95] Zimmermann, *Supra* note 20, p. 155.

[96] Watson, *Supra* note 52, p. 124.

[97] *Harrer — Hörzinger*, Zur Rechtsnatur des Darlehens, (45) *Österreichische Juristen — Zeitung* 1990, 614, 620ff.

[98] *Boehmer*, a. a. O., 314, 330ff.

(二) 去除弊端的路径

鉴于要物合同制度理论及实践层面的弊端,应在规制手段上有所调整。概括而言,补弊的路径主要有以下数种:

1. 废弃路径

去除要物合同制度弊端的刚性路径是废弃该制度。在19世纪,采废弃做法的仅有1881年《瑞士债法典》。近年来,采废弃立场的立法例呈增多之势。二战之后,将消费借贷等合同定性为合意合同的观点渐成德国的通说。^[99] 2001年债法改革时,立法者认同通说的立场,认为合意合同说避免了繁琐的预约构造,并与《消费者信贷法》中信贷合同的合乎时代要求的安排相适应,^[100]进而修改了《德国民法典》第607条的文句,分别于第488条第1款、第607条第1款明定了贷方交付金钱或可替代物的义务。^[101] 2010年,奥地利也将消费借贷改为合意合同。具有国际影响的示范法《欧洲合同法原则》与《共同参考框架草案》亦均废弃了要物合同。比如,《草案》第II-4:101条规定:“无任何进一步的要求,合同即成立,如果当事人:(a)意在建立具有拘束力的法律关系或引起其他法律效果;(b)达成充分的合意。”该条的评论指出,对价、原因、物的交付等附加要求(此类要求在很多情况下被弱化了,或者被轻易地规避了)看来未起到很重要的作用,从而对于现代合同法范本而言不可取。^[102] 此外,法国学界的主流观点认为,在以合意为基础的统一的(合同法)制度中,要物合同不合时宜,该当交易准确而言应被界定为单一的双务合同。^[103] 在葡萄牙、希腊,放弃要物合同亦为有力的观点。在苏格兰,早期的论者采纳大陆法学区分要物合同与其他合同的做法,但现代的论者认为“要物合同”一词没有法律意义。^[104]

彻底废弃路径的弊端在于对无偿的贷方等人的利益未予关照。这或许是因为该举措的支持者认为,与赠与人相比,此类主体承担的义务并不算重。比如,梅迪库斯称,使用借贷约定不受《德国民法典》第518条(该条规定赠与约定须作成公证证书)的形式的拘束是因为立法者认为,与使用借贷相联系的财产牺牲没有赠与那么重大。这一评价堪称正确:只是将物暂时交付他人使用的人所做的牺牲比永久转让物的人要小。^[105] 但是,无偿的借方、出借人、无偿的受寄人等主体亦蒙受了较大的不利:自己丧失了金钱或物的消费、使用;无法将金钱或物交给他人消费、使用以获得利润;付出时间、金钱,提供空间保管他人之物而无报偿。因此,此类为无

[99] Erler/Kaufmann (Hrsg.), a. a. O., S. 222.

[100] Schmidt-Räntsch u.a., Das neue Schuldrecht, Bundesanzeiger Verlag, 2002, S. 582.

[101] 债法改革前,《德国民法典》第607条以下规定的消费借贷既包括金钱消费借贷,也包括物的消费借贷。但在德国的法律实务中,金钱消费借贷(尤其是根据《消费者信贷法》)与物的消费借贷均发展出了具有自己特性的规则,从而债法改革的立法者对二者分别做了规定。Schmidt-Räntsch u.a., a. a. O., S. 636.

[102] von Bar & Clive eds., *Supra* note 24, p. 265.

[103] Nicholas, *The French Law of Contract*, Oxford University Press, 1992, p. 42.

[104] von Bar & Clive eds., *Supra* note 24, p. 272; von Bar & Clive eds., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, vol. 3, Sellier European Law Publishers GmbH, 2009, p. 2460.

[105] (德)迪特尔·梅迪库斯:《德国债法分论》,杜景林、卢琪译,法律出版社2007年版,页222。

偿允诺者亦应得到法律保护,以免因未经慎重思考而单方面承担义务。

2. 预约路径

预约路径为克服要物合同制度弊端的柔性路径,^[106]其要旨是:在保留要物合同制度的同时,将当事人关于一方将来把物交付他方使用、保管等的约定界定为预约。举例言之,依预约路径,在就可替代物的借贷达成协议的情况下,当事人之间的法律关系为:关于未来提供借贷的约定为单纯的预约。该预约已具备了待订立的消费借贷合同的要点,尤其是确定了借贷额度及利率(有息借贷场合)。作为要物合同的消费借贷通过交付标的物并且就借贷目的及返还义务达成合意而成立。交付既是要物合同订立的成分,也是预约确立的义务。^[107] 预约路径在1811年《奥地利普通民法典》中得到了采纳,该法典第957条、971条、983条、1368条分别规定了与寄存、使用借贷、消费借贷、质押有关的预约。19世纪后期及20世纪早期,预约路径在德国也较有影响。1999年,我国台湾地区修订其“债法”时,在针对消费借贷、使用借贷调整文句以彰显其要物合同性质的同时,另外增加了关于使用借贷之预约、消费借贷之预约的规定。

预约路径亦有严重缺陷:首先,将当事人关于消费借贷等的约定区分为预约与本约实际上违背了当事人的真实意思。在借贷场合,当事人关于未来支付贷款的约定已经是内容明确的独立合同,并非以将来订立目前尚具不确定因素的本约为内容。将此类约定解为预约实为滥用预约制度。^[108] 其次,预约路径与要物合同制度的主旨相悖。认定某契约为要物契约的目的,就是让当事人在标的物交付之前保有审慎评估利害关系的机会。法律若一方面规定为要物契约,他方面又承认预约的效力,实际上已剥夺其再评估的机会,诚可谓为德不卒。^[109] 再次,即使单纯出于补弊的考虑置上述两点障碍于不顾,将当事人的相关约定解为预约的实益亦属有限。比如,就消费借贷而言,依预约路径,在实际交付之前,对方并不直接享有金钱债权性

^[106] 除预约路径以及本文主张的废止与要式化改造路径外,我国学者提出的尚有任意撤销权、任意性规范两种柔性路径。郭锡昆建议去除传统的要物合同的要物性,而赋予利益出让方以任意撤销权。(郭锡昆:“践成合同研究:一个现代民法立场的追问”,梁慧星主编:《民商法论丛》(第29卷),法律出版社2004年版,页95以下。)该见解系受《合同法》第186条第1款(该款借鉴了我国台湾地区“民法典”第408条的规定)关于赠与人的任意撤销权的规定启发而提出,但有其不足:任意撤销权制度本非好的制度设计,其使得合同具有拘束力与否高度不确定。利益出让方如行使撤销权,实为口惠而实不至,相对人则难免在达成合意后、实际取得利益前陷入“蜜甜的忧愁”;另外,不区分有偿、无偿合同一概地赋予利益出让方以任意撤销权也不合理。郑永宽以《合同法》第367条关于保管合同的规定为依托,认为实证法上可以做任意性规范性的要物性规定。无论当事人知法与否,只有在其就合同成立方式无特别约定或约定不明时,始有要物性规定的适用。(见郑永宽:“要物合同之存在现状及其价值反思”,《现代法学》2009年第1期。)该见解的问题在于:未阐明何以法律上需要做此种要物性规定;即使是在无息消费借贷场合,当事人通常也仅约定一方交付金钱给他方使用,他方将来返还。此类情形是解为当事人无特别约定或约定不明,进而适用任意性规范(如此则基本上无从达成去除要物性的目标),还是解为当事人另有约定(如此则就结果而言与废弃路径差别不大),倡导者并未给出答案。

^[107] *Harrer—Hörzinger*, a. a. O., 614, 616.

^[108] *Harrer—Hörzinger*, a. a. O., 614, 623.

^[109] 陈白强:《民法讲义I:契约之成立与生效》,法律出版社2002年版,页91。

质的支付请求权,进而无从论及该债权的让与、扣押等事宜。此外,在违反交付标的物或受领标的物的义务的情况下,非违约方可以获得的救济也因采预约路径与采纳合意合同安排而有不同。^[110] 总之,如果法律一方面规定要物合同,另一方面又规定与之相关的预约,其宗旨当在于既保留要物合同,又使当事人就交付等达成的约定具有拘束力。此种举措于理不通,徒滋纷扰。如果法律规定了要物合同,司法界采纳预约路径,则其为规避要物合同制度弊端的心权之计,但却与立法者规定要物合同制度的主旨相悖。

3. 废止与要式化改造路径

依本文之见,鉴于对要物合同制度具有一定证成作用的仅有行为的无偿性,对于各类要物合同(为便行文,以下仅提及经典的要物合同,但亦适用于在某些立法例上得到承认的其他要物合同类型)应分别去除要物性或仍作特殊处理,但改变具体措施。具体言之,应当将有偿的消费借款合同、寄存合同定性为合意合同。此类合同为通常的双务合同,将借贷物交给他人消费者以及保管他人之物者获得了对价,缺乏获得特殊保护的理据。对于无偿的消费借贷、使用借贷、无偿寄存以及质押合同^[111]仍应作特殊处理,但应将此类合同转换为要式合同(以书面形式为宜),而物的交付可以补救形式瑕疵。至于在要式化之后,有无必要或如何构建急需抗辩权、因无偿方陷于贫困或获益方忘恩负义而撤回的制度可进一步斟酌。

提出此种路径的理由在于:第一,赠与合同在现今立法例上一般被规定为要式合同。^[112] 倘坚持无息消费借贷等合同仅在交付后成立,则负担较赠与人要轻的贷方等主体在法律上得到的保护实际上优于赠与人。此种处理有评价矛盾之弊。第二,将无偿的要物合同改造为要式合同与要式性的宗旨相符。申言之,形式要求的目的之一是警示。通过形式要求,打算做出法律上重要的表示的人被给予了做审慎考虑的最后一次机会。尤其在两种情况下存在警示要求:涉及的是具有重要意义的交易行为,或者一方当事人提供给付但不获得对待给付,从而应得到保护,以免草率地从事慷慨行为或轻率地承担风险。^[113] 故此,将无息消费借贷等合同定性为要式合同足以警示贷方等主体量力而为,以免有所失而无所偿。第三,形式瑕疵未必一概导致合同无效,其可以通过履行或公开行为(Publizitätsakt)补正。履行具有补正作用的原因在于,事实上的合同执行使得形式强制的遵守是不必要的,因为与形式相联的目的已通过履行达到了。^[114] 倘无息消费借贷的贷方等主体已为交付,亦可以解为其对合同安排已有充分考虑,其与对方达成的合意

[110] *Harrer-Hörzinger*, a. a. O., 614, 617ff.

[111] 我国自《担保法》起已将质押合同规定为要式合同(第64条),《物权法》第210条的规定亦复如此。我国立法将动产质权合同、抵押权合同、保证合同等担保合同均规定为要式合同,当系基于此类合同的无偿性而为。此种做法值得肯定。

[112] 如《奥地利普通民法典》第943条(书面证书)、《德国民法典》第518条(公证证书)、《共同参考框架草案》第IV:H-2:101条(文本形式)、《日本民法典》第550条(书面形式)等立法例均规定赠与须以书面等形式订立。《德国民法典》规定的形式更为严格。

[113] *Kötz*, *Europäisches Vertragsrecht*, Band I, J. C. B. Mohr, 1996, S. 122.

[114] *Meyer-Pritzl*, in: *HKK*, 2003, § § 125-129, Rdn. 30. 帕姆(Palm)则认为,原本因欠缺形式要求而应归于无效的法律行为如果得到了履行,许多形式规定的主要目的(警示功能与证据功能)就实现了。即使形式规定的警示功能未实现,基于实用性的原因也发生补正。见 *H. Palm*, in: *Erman*, 2004, § 125, Rdn. 20.

应具法律效力。此种处理亦与要物合同制度原本的构造相符。第四,罗马法上最重要的要式行为为要式口约,其起源有宗教色彩、誓约意味,后来也与罗马社会生活中倍受重视的道德品质信义联系紧密,故颇为庄重,无偿行为尤其是具有情谊因素,发生于朋友、邻居之间者不便采用之。现今的要式行为尤其是书面形式重在促使当事人谨慎行事,并无古典的仪式性意味,从而将无偿的消费借贷等合同改为要式行为不存在古罗马时代那样的障碍。

废弃与要式化改造路径也有实益:第一,要式化安排使得在尚未交付物的场合,倘无息消费借贷的贷方等主体因采用书面形式缔约已作慎重考虑,合同安排能够依其意愿发生拘束力。如此,受领人或交付人的利益得到了法律的承认,而无偿行为人的利益亦未被忽略。第二,无偿而有可能涉及物的交付的尚有委任等合同,此类合同并未被当作要物合同处理。倘以可补救的要式化模式改造无偿的要物合同,则所有无偿且涉及物的交付的合同会得到同等对待。

五、对我国要物合同理论及制度的检视

清季修法之后,要物合同制度及理念亦传入我国。拘守于罗马法以来之沿革,民国时期的民事立法将消费借贷、使用借贷、出版、寄托、仓库等合同规定为要物合同。^[115]我国台湾地区大体上维系了此种局面。在大陆地区,学界对于要物合同制度意见分歧,现行法上则存在要物性规定。故此,有必要结合前文所述检视相关见解及法律规定。

(一)我国学界对要物合同制度的态度

我国大陆改革开放以来,至少就对立法的影响而言,肯定要物合同的观点占据了主导地位。比如,早期权威见解认为,通常在法律上认定为实践行为的有赠与合同、消费借贷、保管合同和运输合同等。这些合同之所以必须有交付实物的行为方能成立,是由合同的性质或特点决定的。比如赠与行为中赠与的一方虽有愿意赠与的意思表示,但属于无偿的性质,在其交付实物之前自应准许其自动撤销。消费借贷、保管、运输等合同之所以须交付实物才能成立,是因为法律要求一方应该承担的义务,如无对方交付实物的行为即无从履行。^[116]嗣后,国内民法总论、合同法领域的著述也多认可要物合同这一合同类型,有的论者尚从行为的无偿性、返还义务以标的物的交付为根据的角度解释了何以要物行为在现代法上得以保留。^[117]相反,为数不多的专题研究^[118]多未不加保留地承认要物合同制度,采刚性路径、柔性路径及限制立

[115] 胡长清:《中国民法债篇总论》,商务印书馆1935年版,页23。

[116] 佟柔主编:《民法原理》,法律出版社1983年版,页79—80。

[117] 李永军:《民法总论》,法律出版社2006年版,页452。

[118] 笔者于2014年5月13日在中国知网上以篇名含“要物合同”、“要物契约”、“实践合同”为检索条件,分别检索到期刊论文17篇、1篇、5篇,计23篇。其中蒋军洲博士著有13篇,其他作者10篇。另外,以篇名含“实践性合同”、“诺成性”、“诺成契约”等为检索条件,也可以检索到数篇期刊论文。专门或附带研究要物合同制度的文集论文亦有几篇,如郭锡昆:“践成合同研究:一个现代民法立场的追问”;梁慧星主编:《民商法论丛》(第29卷),法律出版社2004年版;张谷:“借款合同:诺成契约还是要物契约?”;龙翼飞主编:《民商法理论与实践》,中国法制出版社2006年版。

场者均有。部分论者主张废弃要物合同,比如,王洪认为,任一学说均难以论证以交付作为合同要件是有必要的。制定民法典时理应清除掉要物合同这一积淀在《合同法》上的历史尘埃;^[119]郭锡昆、郑永宽主张去除消费借贷等合同的要物性,而代之以任意撤销权路径或任意性规范路径(见注[106]);刘家安主张仅针对无偿合同保留要物性。^[120]蒋军洲则认为,在传统要物合同(即具有无偿性的消费借贷等合同)领域应保留要物性规定(此部分见解采限制性立场)。另外,尚可以当事人的交易习惯、行为是否具有公益性、政策需要等因素为根据规定要物合同(此部分见解转采扩张性立场,但论者未明示在何种情况下、何种有偿合同应被规定为要物合同)。^[121]概括而言,国内采肯定立场者的理由主要是交付乃返还义务的前提以及无偿行为人需加以保护(采限制立场者亦以合同的无偿性为根据)。此类要物合同正当性解说的缺陷已如前述。另如前文所述,旨在去除要物合同制度弊端的废弃路径、任意撤销权路径、任意性规范路径等刚性或柔性路径亦各有其不足。

(二)对现行法上要物性规定的评价及建议

在肯定说占据主导地位的背景下,《合同法》、《担保法》将自然人之间的借款合同、保管合同、定金合同规定为要物合同。^[122]另有论者认为现行法未作规定的借用合同(即使用借贷合同)为要物合同。^[123]关于《合同法》中的要物性规定,权威见解侧重自无偿性的角度加以论证。其认为:自然人之间的借款一般属于互助性质,无息的情况居多,当事人在借款活动中关注的是借款这一事实能否被证明,因而对合同的形式并不注意。即使当事人采用了书面形式,贷款人不支付借款的,也不宜要求其必须支付,否则会贷款人增加过重的责任。^[124]保管合同多为无偿,多数国家更以保管合同以无偿为原则在立法中予以体现,从符合社会传统和社会习惯的要求来看,应当规定保管合同为实践合同。^[125]但《合同法》规定的要物合同未必无偿,自然人之间的借款可能有息,保管合同也可以有偿。从而《合同法》的要物性规定与保护为无

[119] 王洪:“要物合同的存与废——兼论我国《民法典》的立法抉择”,《上海师范大学学报(哲学社会科学版)》2007年第4期。主张废弃要物合同的尚有李明发(“对传统民法要物契约的反思”,《法律学习与研究》1990年第6期)、葛承书(“实践合同观应予否定”,《湖北师范学院学报(哲学社会科学版)》1994年第1期)、刘颖(“论要物合同的衰落”,《浙江社会科学》2013年第7期)等学者。

[120] 刘家安:“‘要物合同’概念之探究”,《比较法研究》2011年第4期。

[121] 蒋军洲:“论我国要物合同立法的应然选择”,《学术交流》2013年第10期。

[122] 《合同法》第210条规定:“自然人之间的借款合同,自贷款人提供借款时生效。”《合同法》第367条规定:“保管合同自保管物交付时成立,但当事人另有约定的除外。”《担保法》第90条规定,“定金合同从实际交付定金之日起生效。”要物合同的基本特征是物的交付乃合同成立的要件,但在我国对物的交付是成立要件抑或生效要件有不同认识。在不交付物则当事人的约定无拘束力方面,两种见解并无差异。附言之,《合同法》第293条规定,客运合同自承运人向旅客交付客票时成立,但当事人另有约定或者另有交易习惯的除外。有学者据此认为客运合同亦为要物合同。实际上,要物合同中物的交付应服务于受领人或交付人的合同利益的实现。客票的交付无此作用,故客运合同不属于要物合同。即使第293条的规定是合理的,也只应被视为关于合同订立方式的一种特殊规定。

[123] 隋彭生:《合同法要义》(第3版),中国人民大学出版社2011年版,页24。

[124] 胡康生主编:《中华人民共和国合同法释义》(第2版),法律出版社2009年版,页310。

[125] 同上注,页538。

偿行为者的观念并未契合。另外,即使是就当事人利益的实现须交付物的无偿合同而言,交付导致合同成立的安排亦非佳构。故此,现行法上的要物性规定难谓合理。

鉴于要物合同制度无充分的正当性根据,现行法上的要物性规定亦无明确、可靠的学理基础,自立法论的角度言,未来的民事立法或修法应选择介于传统的保留要物合同制度与新近以《共同参考架构法案》(DCFR)为代表的废除要物合同制度两种立场之间的“第三条道路”,亦即将有偿的消费借贷等合同合意化,将该当无偿合同规定为要式合同,而以交付为形式瑕疵的补正手段。在解释论层面上,为去除要物合同制度的弊端,应当在适用《合同法》第 210 条、第 367 条等条文时做目的性限缩,将自然人间的有息借款、有偿保管等合同排除在适用范围之外。至于无偿保管合同,在适用第 367 条时,可以将当事人以书面形式缔约的情形解为当事人对于合同成立的条件另有约定,进而认定即使未交付保管物,合同也告成立。对于自然人之间的无息借款合同、定金合同,可类推适用《合同法》第 367 条的规定,确认即使尚未提供借款、交付定金,倘当事人另有约定,合同亦有效成立,而以书面形式缔约亦可被解为当事人另有约定。需要说明的是,要物性规定本应为强制性规定,但由于我国法上的要物性规定并无清晰可辨的规范目的可言,并且《合同法》颁行后的权威见解又自无偿性的角度为要物性规定立论,上述目的性限缩措施并不与要物性规定的精神相抵触,对第 367 条的类推适用也与相似事物做相似处理的理念吻合。

六、结 语

倘与现今的法律原则、基本价值观念相符,并且制度安排也符合工具理性的要求,民法中的古旧制度会历久弥新,长久存续。反之,倘仅系特定历史背景下的产物,合理性不足,古旧的制度即应加以审视,而不能无保留地接受,更不能任其枝蔓。就要物合同制度而言,其产生的宏观背景是罗马法上未确立意思具有拘束力的规则,具体原因则是在无息消费借贷等场合,当事人不宜借助要式口约确立交付或返还义务。嗣后的法律干预并未认可交付或受领义务,而是致力于解决返还已受领的物的问题。在意思具有拘束力的背景下,着眼于为无偿行为者的保护,应对传统的要物合同做要式化改造,对于有偿的消费借贷等合同则应彻底废弃要物性。此种安排平衡了双方当事人的利益,与利益出让人付出得更多的赠与合同相比无评价矛盾之弊,并一以贯之地处理了以物的交付促成合同目的实现的无偿合同,当系可行的去除要物合同制度弊端的路径。

(责任编辑:薛 军)