

二十一世纪法学热点系列

*R*esearch on

罗马契约制度与

现代合同法
研究

Roman Contractual Regime

and

Modern
Contract Law

○黄名述 张玉敏 主编

中国检察出版社

罗马契约制度对现代各国的合同法产生了普遍而深远的影响。可以说，现代合同法的法律精神和法律制度均渊源于罗马法。本书首次以专题形式，研究和探讨了古罗马主要契约制度的历史影响及其在现代合同法中的发展，设计了契约形式、契约自由、契约过失、契约担保、合同抗辩、合同制度、违约补救、违约责任、违约责任、中国合同法的理论与实践等十一个专题，多有理论探讨和创新。

罗马契约制度与 现代合同法研究

主 编 黄名述 张玉敏

副主编 汪世虎 王 洪

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

罗马契约制度与现代合同法研究/黄名述, 张玉敏主编.

—北京: 中国检察出版社, 2006. 3

ISBN 7-80185-574-4

I. 罗… II. ①黄… ②张… III. 罗马法: 契约法—研究
IV. D904.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 028897 号

罗马契约制度与现代合同法研究

黄名述 张玉敏 主编

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjccbs@vip.sina.com

电 话: (010)68650027(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市印刷厂

开 本: A5

印 张: 15.375 印张

字 数: 423 千字

版 次: 2006 年 5 月第一版 2006 年 5 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-574-4/D·1549

定 价: 36.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

罗马 Research on **契约制度与** **现代合同法研究**

Roman Contractual Regime and
Modern Contract Law

内 容 提 要

罗马契约制度对后世各国的合同法产生了普遍而深远的影响。可以说，现代合同法的法律理念、法律原则和法律制度均渊源于罗马法。本书首次以专著形式，研究和探讨了古罗马主要契约制度的历史影响及其在现代合同法中的发展，设计了契约形式、契约自由、缔约过失、债的担保、合同代理、合伙制度、违约补救、过错责任、责任竞合、中国合同法的理论与实践等十一个专题，多有理论建树和创新。

责任编辑/安 斌

此为试读, 需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com

编者说明

《罗马契约制度与现代合同法研究》是国家社会科学基金项目，由于难度较大，水平有限，难免错漏，敬请读者批评指正。

本书由黄名述统稿，汪世虎协助，其撰写分工如下：

王 洪	导论、第一章
孙 鹏	第二、三章
张玉敏、李雨峰	第四章
徐 洁	第五章
康晓虹	第六章
吴春燕	第七章
汪世虎	第八、十章
张玉敏、韩中节	第九章
黄名述	第十一章

序

罗马契约制度对后世各国的合同法产生了普遍而深远的影响，可以说，现代合同法的法律理念、法律原则和法律制度均渊源于罗马法，或者说，都可以在罗马法里找到令人遐想的历史痕迹。然而，在罗马法历史痕迹的追寻中，却有两种治学态度：一是由今溯古，以今释古，即以现代学者的观念去探寻历史，用现代法律语言去解释历史，凡能相互对应者即为具有渊源，否则便没有渊源。按照这种研究方法，非但难以求真，而且会导致对历史的误解；二是由古及今，以古论今，即以罗马契约法的理念和制度的历史存在去探寻其对后世各国的真实影响，揭示其符合规律的历史走向，论述其在当今世界的最新发展。按照这种研究方法，能起到正本清源，正确认识合同法的历史发展，以及端正研究方法的作用。就本书而言，作者所提倡和努力的是第二种治学态度，这是应当首肯的。

由黄名述教授、张玉敏教授主编的《罗马契约制度与现代合同法研究》首次以专著形式，研究古罗马主要契约制度的历史影响及其在现代合同法中的发展，是难能可贵的。该书的主要特点是：

一、精心选择了罗马契约制度的主要成就和最大影响方面作了深入的探讨，且有新颖的学术见解。

二、全书以专题形式进行研究，避免了泛泛论述。除在导论中概述罗马契约制度史以外，设计了契约形式、契约自由、缔约过失、债的担保、合同代理、合伙制度、违约补救、过错责任、责任竞合、中国合同法的理论与实践等十一个专题。分别来看，每个专题都是独立的具有较高学术价值的论文。而就整体观之，彼此之间又具有符合逻辑的结构联系。阅完全文之后，能让读者从整体上把握罗马



契约制度的全面影响及其与现代合同法的诸多渊源。

三、重视罗马法对两大法系各主要国家的影响，书中较多部分论述了法国、德国、日本、意大利、英国、美国等国家合同法与罗马契约制度的渊源及新的发展。

四、注重对两大法系的比较研究，并以浓墨重彩描述了现代合同法在国际上的最新发展趋势。

五、突出了本课题的研究目的和意义，对中国合同法的理论与实践作了较为全面深入的研究。针对法典主义已近黄昏和合同立法应改采英美法模式等观点，作者提出：中国合同法的立法应当采用法典法和单行法的结合模式，以适应国际趋势的发展，融合两大法系的某些制度，并适当推行判例法。这一主张应该说是比较符合国际发展趋势的。

综观全书，既可给人以清晰的罗马契约制度与现代合同法理论渊源的历史线索，又可让人们全面了解当今世界各国合同法新的发展趋势；既有一般理论的概括论述，又有专门课题的深入研究；既有主要国家合同制度的分别介绍，又有两大法系合同立法的比较分析；既有对历史和现实立法的总结，又有对未来立法的展望；既有重要学术观点的评析，又有作者新的理论建树，是一本值得肯定和推荐的好书。它的问世，定会受到广大读者的欢迎和好评。

金 平

2006年3月6日

目 录

1 序

1 导论：作为一种历史话语的古罗马契约制度史

1 引言

3 一、债——契约的制度模式构建

6 二、罗马契约制度的形式主义及其衰落

10 三、罗马契约制度的类型强制主义及其突破

12 四、历史语境中的几点解释

15 第一章 合同形式的罗马法基础及其现代发展

16 一、罗马法的合同严格形式主义及其衰落

16 (一) 前古典法时期的要式行为

19 (二) 古典法时期及其之后的要式契约

28 (三) 后古典法时期严格形式主义的衰落

34 (四) 小结：契约形式的本质转变

35 二、中世纪教会法与罗马法的复兴：合意的凸现与形式的失落

35 (一) 没有断裂的合同发展史

37 (二) 教会法对合同制度体系化的重大贡献

40 (三) 罗马法复兴对合同一般理论的深远影响

44 三、近代法上的合同形式自由原则

44 (一) 契约自由原则的确立

46 (二) 合同形式自由

47 四、现代合同法的发展趋势

- 47 (一) 合同形式主义的“复兴”
- 51 (二) 国际合同法坚持“无形式要求”(No form required)
- 57 五、合同法定形式欠缺的效力评价规范模式及其适用上的限制
- 57 (一) 合同法定形式欠缺的效力评价规范模式
- 62 (二) “形式欠缺合同无效”原则在适用上的限制与突破
——以德国民法为例
- 79 六、启示与结论
- 81 第二章 形式在契约中地位的变迁
- 81 一、历史沿革与立法比较
- 81 (一) 罗马法
- 82 (二) 法国法
- 84 (三) 德国法
- 84 (四) 我国台湾地区民法
- 85 (五) 英美法
- 86 (六) 国际公约
- 87 二、关于合同形式法律效力的一般规律
- 87 (一) 形式主义——同意主义——复兴形式主义的发展曲线
- 88 (二) 合同形式影响合同效力的途径
- 90 (三) 对合同形式影响合同效力诸途径的评价
- 92 三、我国关于合同形式的立法、司法解释述评
- 92 (一) 我国关于合同形式的立法、司法解释的现状
- 94 (二) 对我国合同形式立法、司法解释的几点检讨
- 99 (三) 我国关于合同形式的未来选择(结论)
- 103 第三章 罗马法以来契约自由原则的兴衰——兼析合同法的现代发展
- 103 一、契约自由思想在罗马法上的起源
- 103 (一) 罗马市民法上之契约：形式是自由的天堂

107	(二) 罗马万民法上的诺成契约: 契约自由的历史渊源
109	二、契约自由: 近代民法的核心和灵魂
109	(一) 近代民法对罗马法的继受
110	(二) 近代主要资本主义国家法律(学说)对契约自由的阐述
115	(三) 契约自由原则的含义
116	(四) 契约自由原则的历史性贡献
120	(五) 奠基于契约自由原则上的近代(古典)契约模式
124	(六) 古典契约模式(契约自由思想)的深层动力
126	三、现代契约法: 契约自由与契约正义的冲突与平衡——契约自由原则的衰落
128	(一) 引论
130	(二) 古典契约模式的突破——契约自由原则适用上之限制与衰落
137	(三) 契约法从近代向现代的基本走向
146	(四) 多元化的契约哲学
148	四、契约的死亡与契约的再生
149	(一) 吉尔莫宣告之“契约之死”
151	(二) 美国两次契约法重述中的允诺上禁反言
153	(三) 古典契约法原理, 真的已经死亡
154	(四) 契约的再生发展
155	五、对我国合同法之评价
155	(一) 我国合同法的理论贡献和制度创新
165	(二) 合同法的缺陷
172	第四章 论缔约过失责任
172	一、缔约过失责任的产生和发展
175	二、缔约过失责任的性质和法律基础
175	(一) 关于缔约过失责任性质的几种观点
177	(二) 缔约过失制度理论基础之我见

179	三、缔约过失制度的价值分析
181	四、我国民法上的缔约过失制度
182	(一) 缔约过失责任的构成要件
184	(二) 缔约过失责任与侵权责任和违约责任
184	(三) 缔约过失责任的类型
187	第五章 契约的保障手段——债权的担保
187	一、债权的担保概说
187	(一) 债权效力的不足及其补救
189	(二) 债的担保类型及发展趋势
190	二、古代担保制度的形成及基本特点
190	(一) 担保的萌芽
192	(二) 罗马法奠定了现代担保制度的基础
197	(三) 日耳曼法对担保制度的影响
200	三、近代担保法律制度的基本原理及各国立法状况
200	(一) 概述
201	(二) 物的担保
206	(三) 近代法上的保证制度的基本特征
212	四、现代担保制度的发展
212	(一) 概述
213	(二) 物的担保
220	(三) 现代人的担保制度的演变
222	五、我国担保制度的完善
222	(一) 概况
223	(二) 现行担保物权制度的缺陷与完善
226	(三) 人的担保的完善与发展
228	第六章 合同的代理
228	一、合同代理的产生与发展
228	(一) 罗马法与合同代理
230	(二) 资本主义社会合同代理的产生和发展

232	(三) 我国合同代理的产生与发展
233	二、合同代理的意义
233	(一) 代理是维护公民合法权益的重要手段
233	(二) 代理是法人拓展业务范围的重要手段
234	(三) 代理是开展国际贸易的必要手段
234	三、代理的概念与分类
234	(一) 英美法的代理概念与分类
237	(二) 大陆法代理的概念与分类
240	(三) 我国代理制度的新发展
242	(四) 代理与相关概念的区别
245	四、被代理人与代理人之间的关系
246	(一) 代理人对被代理人的义务
252	(二) 被代理人对代理人的义务
255	五、被代理人与代理人对第三人的关系
255	(一) 有权代理中被代理人与代理人对第三人的关系
256	(二) 无权代理中被代理人与代理人对第三人的关系
259	六、代理关系的终止
263	第七章 合伙法律制度研究
263	一、合伙法律制度发展轨迹探寻
274	二、合伙法律制度比较研究
275	(一) 大陆法系与英美法系合伙法律制度比较
289	(二) 我国台湾地区与我国合伙法律制度比较
300	三、我国合伙法律制度存在的问题分析
300	(一) 就合伙与合伙企业的界定问题
305	(二) 关于有限合伙与隐名合伙
313	第八章 违约的补救
316	一、违约归责原则研究
316	(一) 罗马法上的违约归责原则
319	(二) 近现代民法对罗马法违约归责原则的继受与发展

325 (三) 我国合同法上的违约归责原则

329 二、违约形态

329 (一) 罗马法中的违约形态

331 (二) 大陆法系国家民法中的违约形态

335 (三) 英美法上的违约形态

338 (四) 我国合同法上的违约形态

339 三、违约补救措施

339 (一) 概述

342 (二) 实际履行

344 (三) 赔偿损失

353 (四) 合同解除

357 (五) 违约金

363 四、免责事由

363 (一) 概述

365 (二) 不可抗力

370 (三) 免责条款

371 第九章 罗马契约法上的过错责任原则及其意义

371 一、罗马契约法上的过错责任原则

372 (一) 过错责任原则在罗马契约法上的确立：从客观责任到主观责任

375 (二) 故意和过失的判断标准：罗马法上的过错体系

382 (三) 罗马法上的过错举证责任

383 二、罗马契约法上的过错责任原则对后世的影响

383 (一) 对大陆法国家契约法的影响

387 (二) 对英美法国家契约法的影响

388 三、我国合同法的归责原则

391 第十章 责任竞合问题研究

391 一、问题的提出

396 二、合同责任与侵权责任竞合的缘由

398	三、对合同责任与侵权责任竞合学说的评析
398	(一) 国外有关合同责任与侵权责任竞合的学说
401	(二) 国内学者的主张
402	(三) 评析
404	(四) 结论
406	四、合同责任与侵权责任竞合的法律对策
406	(一) 禁止竞合
407	(二) 允许竞合
408	(三) 限制竞合
409	五、中国民法的选择
409	(一) 现行法的分析
411	(二) 尚需完善的地方
413	第十一章 中国合同法的理论与实践
413	一、中国合同法的历史发展
413	(一) 两阶段论
416	(二) 四阶段论
418	(三) 民事立法进程论
424	二、统一合同法的意义
424	(一) 立法意义
429	(二) 法典意义
432	三、统一合同法的特点
432	(一) 统一合同法是跨世纪立法, 兼具时代性和超前性
434	(二) 统一合同法具有先进性
439	(三) 统一合同法具有科学性
439	(四) 统一合同法具有对两大法系制度的融合性
445	(五) 统一合同法具有较强的操作性
447	四、统一合同法的若干理论问题
447	(一) 立法模式的选择问题
454	(二) 关于合同法的规范对象问题

- 457 (三) 关于合同义务的规定
- 459 (四) 关于合同的效力问题
- 463 (五) 关于不当影响
- 466 (六) 关于情事变更问题
- 470 (七) 关于债权人代位权
- 472 (八) 关于《合同法》第 286 条的规定

导论：作为一种历史话语的 古罗马契约制度史

引 言

历史能够重现，法的历史亦不能例外。但法律并非无生命之物，是随时间而成长，尤其配合当时社会环境的需要而发展。法家慎到说：“法非天降，非从地生，发于人间，合乎人心而已。”^①德国历史法学派的鼻祖萨维尼（Savigny）也承认法律为民族精神的产物，其与血统、语言、宗教及风俗习惯等密切不可分。罗马人从城市国家发展成领土广大的世界帝国，在此发展过程中，逐步形成庞大的罗马法体系。被恩格斯赞誉为“商品生产者社会第一个世界性法律”^②的罗马私法（*jus privatum*），并未因罗马帝国的覆灭而丧失其拘束力，其在罗马领域内建国的日耳曼王国，多少仍然能适用。尤其中世纪意大利法学兴起后，罗马法得以全面复活，并成为近现代欧陆大陆法系民法的历史基础。

罗马私法在总体上曾经创造了高度理性的法律文化成果，罗马法学家曾经争论的问题及其发现的解决问题的方法、原理、规则，为后世提供了极其丰富的历史素材。现代学理一般认为，人们可以在罗马法中寻觅到契约法律制度的诸渊源，这些渊源不仅孕育了民法法系和普通法系的契约法传统，而且也是现代合同法的基础。于

① 慎子逸文。

② 《马克思恩格斯全集》第4卷，第248页。