

LA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE
NEL DIRITTO ROMANO

罗马法契约责任

丁 玫 著



中国政法大学出版社

罗马法契约责任

丁 玫 著

中国政法大学出版社

导 论

契约责任，顾名思义是基于当事人之间缔结的契约而产生的责任；是指契约当事人因不履行契约义务或未按契约规定履行义务所应承担的责任。然而，在罗马法中，契约责任则是一个既区别于现代法合同责任，又不同于债务不履行责任的概念（因为罗马法契约责任不包括侵权责任）。罗马法契约责任的内涵介于现代法合同责任与债务不履行责任之间，因为罗马法契约责任是泛指一切违反适法行为之债规定的义务所应承担的责任，它包括契约责任和准契约责任两部分。

罗马法契约责任如同罗马法本身一样经历了漫长的发展过程，在不同的时期、不同的地域，这一责任的表现形式也不尽相同。它自形成之后，经过古典法时期、后古典法时期的发展、完善，至优士丁尼时期才最终形成了一整套完备的、以过错为归责原则的、简明、严谨、可操作性很强的责任体系。在这一责任体系中，过错责任是主导原则，风险责任是辅助原则，而随看管制度的建立产生的无过错责任则是这一体系中的特殊情况。

应当说，无论在哪个发展时期，适用的是何种归责原则，公平善良原则始终是罗马法契约责任体系的灵魂。也正是这一原则，使得罗马法的几乎所有规范都变得富有弹性，使裁判官可以依据这一原则，视具体情况和当事人的陈述自由裁量。当然，这一裁量权并不是无限的，它受到法律预先规定的归责标准的制约。裁判官的自由裁量权与法定假设的有机结合不仅使做出的判决更趋公正，而且也极大地促进了这一体系的发展。蕴含在这一体系中的权利义务相

一致的民法基本原则和公平理念使得后世民法无论是在基本原理方面,还是在具体制度方面都无法“对它做任何实质性的修改”。

在展开有关罗马法契约责任的讨论以前,让我们先来研究一下“责任”一词在语义学和法学上的起源和意义。

依据所掌握的资料,从“责任”一词第一次作为法律术语使用开始,经过了两个多世纪各国法学家的不断努力才形成了我们今天看到的以责任为核心的庞大理论体系。然而,这一体系尚不能完全涵盖责任的全部内容,它不得不借助先于它出现的其他体系(如:过失、损害、风险等)来补充和完善自己。因此,从某种意义上讲,这一体系仍处在不稳定的发展、完善阶段。

在古拉丁语中并不存在作为法律术语使用的 *Responsabilitas* (责任) 一词。然而,根据所掌握的资料,在古拉丁语中早已存在 *Responsabilitas* 的同根词 *respondere*, 它的分词形态 *responsum*; 以及其它同根词 *responsor*、*responsio*、*responsitare*、*responsus*; 晚古时期又出现了 *responsoria*、*responsalis*、*resonsarius*、*responsivus*、*responsativus*、*responsorium*; 中世纪时又有 *responsaticum*、*responderia*、*responderius* 等一系列从 *respondere* 派生出来的词。

作为本词的 *respondere* (回答、答复) 是由 “*spondere* (郑重应承)” 加前缀 “*re*” 构成的。“*spondere*” 指一种做出“允诺”、或“保证”的庄严行为。古人十分注重这一庄严行为所应包含的要素 “*sponte* (愿望)” 和 “*spondeo* (仪式)”。多用于婚姻关系 (如: *sponsalia* 订婚、*sponsa* 未婚妻、*sponsus* 未婚夫)^[1] 以及“国际协议”中,^[2] 其中 “*sponsio* (口头允诺)” 成为最古老的债的渊

[1] 参见: D. 23, 1, 1; D. 23, 1, 3; 费安玲译:《民法大全选译·家庭》, 中国政法大学出版社 1995 年 3 月版, 第 12 页。

[2] 参见: Gai. 3, 94; 黄风译:《盖尤斯·法学阶梯》, 中国政法大学出版社 1996 年 11 月版, 第 228 页。

源。^{〔3〕}“*Spondere*”加上前缀“*re*”以后构成的 *respondere*（回答、答复）则是指针对一方先前的允诺作出的答复。这一含义后来用于法律和宗教领域，指僧侣、元老、法学家、大公们对那些向他们请求得到灵魂安宁或实现自身权利的人们作出的有效力的答复。但是，在法律领域中的使用一直受到极为严格的限制，或者说只在下列非常明确、具体的场合使用：

1. 在口头允诺（*Sponsio*）和要式口约（*stipulatio*）中，一方当事人针对他方当事人的询问（提议）立即作出的与询问相符合的答复。如果这一询问与答复是依照法定程式做出的，那么，这一行为将受到约束（*vinculum*），其结果就是“负债（*obligatus*）”。^{〔4〕}

2. 在庭讯中被告回答承审员的讯问中使用。如：当继承人作为被告回答有关死者债务的问题、被告所继承的份额时；私犯行为人回答有关自己身份的问题，是否处在他人权力下；在诉讼中，被告回答谁是自己的家父或主人等。承审员将根据被告的回答找出真正的责任人、确定举证责任方。^{〔5〕}

3. 在诉讼过程中，证人对承审员提问的回答。^{〔6〕}

4. 在古老的“返还所有物之诉或确认所有权之诉（*reivindicatio*）中，被告对原告控告的回答。^{〔7〕}

5. 在其它被传唤、传讯的场合被告的回答，在诉讼中被告针对原告的控告所做的辩护。

此外，从要式口约中针对提问并与提问相符合的回答（*re-*

〔3〕 参见：Gai. 3, 92；同本章注释〔2〕引书，第228页。

〔4〕 参见：D. 45, 1, 1, 1-3；*Corpus Iuris Civilis I*, Weidmann 1993, 第769页。对于本书后续章节引自该书的拉丁文原始文献，作者将只标出引文的编、章、条号，不再注明页码，读者可按标号自行查找。

〔5〕 参见：D. 11, 1, 4, 1；同本章注释〔4〕引书。

〔6〕 参见：D. 22, 5, 3, 1；同本章注释〔4〕引书。

〔7〕 参见：Gai. 4, 16；同本章注释〔2〕引书，第292页。

spondere) 中引申出另一层含义——在债行为中的一种明示的意思表示。这一意思表示具有设立口头担保 (*fideiussio*) 的作用。*Responsalis* 一词就是用来指提供这种担保的人, 随后相继出现了 *Responderia*、*responderius* 和 *responsor*, 分别指“担保”、“被担保人”和“担保人”。显而易见, 这是区别于要式口约的另一种债务关系——担保之债。

上述 *Respondere* 及其派生词的含义在现代拉丁语中均被保留了下来。在属于拉丁语系的现代语言中也都有从拉丁语演变而来的这一词汇: “répondre” (法语)、“rispondere” (意大利语)、“responder” (葡萄牙语)、“responder” (西班牙语), 甚至在非拉丁语系的英语中也在其本源词 “Answer” 之外保留了拉丁语源词 “Respond” 及其派生词 “responsible”、“responsion” 和 “responsive”, 而且, 拉丁语中的大部分主要含义也都在这些语言中保留了下来。在所有主要语种中, 只有德语例外。

在所有这些语言中, 首先在法语中出现了作为术语使用的“责任” (*responsabilité*) 一词。^[8] 遗憾的是这次使用就象流星一样一闪而过, 直到法国大革命时才出现了真正意义上的术语 *Responsabilité*。^[9] 拉法耶特在 1789 年 7 月 11 日的《人权宣言》草案中使用了这一术语: “Tout gouvernement a pour unique but le bien commun. Cet intérêt exige que les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, soient distincts et définis, et que leur organisation assure la représentation libre des citoyens, la RESPONSABILITE des agents et l’impartialité des juges.”^[10] 此后, 这一用语被广泛采用并于

[8] 参见: J. De Stavelot (1388-1449): *Chronique*, 第 560 页。

[9] 参见: G. v. Proschwitz: *Responsabilité: l'idée et le mot dans le débat politique du XVIII^e siècle*, Strasbourg 1962, 第 385 页。

[10] 参见: *Archives Parlementaires*, I, 8, 第 222 页。

1798 年被正式收入法国科学院词典：“责任” 1) 一种对自己行为所承担的法定义务 (obligation légale)；2) 为某物提供的担保……；该词适用于部长们、公法人 (hommes publics) 的行为……”。^[11]《法国民法典》也谨慎地在有关监护人、使用借贷中的出借人、消费借贷中的出借人、受任人的规定中使用了这一术语^[12]（《法国民法典》第 454 条第 2 款、第 1384 条第 5 款、第 1898 条第 2 款、第 2137 条）。

在意大利，根据所掌握的资料显示，自 1760 年开始，无论在公法领域（公务员的责任，包括法官的责任）还是私法领域（家父、主人的责任，中介人的责任，船舶出借人的责任等）^[13] 都有使用这一术语的记载。在 1802 年《意大利共和国民法典》（1802—1805）与宪法相关的规定中（法官、市府行政人员、高级官吏、裁判官的责任等）、在有关监护人、保佐人、家父、主人、手艺人、订货人的规定中亦使用了这一术语。^[14] 1806 年的《意大利王国民法典》可以说是《法国民法典》的翻版，它没有使用拉丁文中已有的术语，而在所有《法国民法典》中使用了“责任”一词的地方选用了“RESPONBABILITA”。1815 年的《奥地利民法典》效仿《意大利民法典》，在有关监护的规定中将“RESPONBABILITA”译为“Verantwortlichkeit”，“Verantwortung”或“Haftung”。

综上所述，在上述所有情形中，尽管“责任”一词的使用仍附有条件，也就是说被限制在一定的范围内，但是，无疑已预示着一

[11] 参见：F. Brunot: *Histoire*，第 1053 页。

[12] 参见：F. Brunot: *Inconnu à Domat, il a trouvé place dans le Code civil*，第 1054 页。

[13] 参见：Piano di Costituzione presentato al Senato di Bologna della Giunta Costituzionale，Bologna，1796，第 22 条。

[14] 参见：P. Peruzzi: *Progetto e vicende di un codice civile della Repubblica Italiana (1802-1805)*，Milano，1971 年版。

个崭新的体系的诞生。应该说,在所有这些用法中,责任的含义似乎与制裁(*poena*) 并没有必然的联系。尽管“责任”意味着承担与此有关的某种后果,但是,这丝毫不意味着当事人一定要采取某一适宜的行为避免它的发生。因而,责任不等于惩罚,而仅仅意味着当事人要承担由此产生的后果。这一含义显示出“责任”(RESPONBABILITA) 一词与拉丁语 *respondere* (回答, 答复) 作为法律术语使用时的下面两种含义相同: 1、在债行为中的一种明示的、设立担保的意思表示。2、在当事人被控告或被传唤时,可能导致承担由此产生的不利后果。尽管现代法对契约责任的性质众说纷纭,看法各异,但是,在以“责任”一词在语义学上的起源和意义为切入点进行分析后,将契约责任的性质认定为债的担保显然更符合责任一词的本意,因此,担保说更具合理性。

在责任一词上述含义发展的同时,人们逐渐将契约债务——“应当履行规定义务”(*dover adempiere*) 的含义作为责任人的责任之一,在“ *teneri, obligari, praestare* ” (履行债务、受到约束、给付) 的层面上移植到责任中来。这一含义随着“ *respondere* ” 的形容词 *responsabile* (负责的; 责任人, 负责人) 的广泛使用发展了起来。它指义务人应当遵守并实现义务。显然,这一“责任”较之前一种责任要轻得多。由此可见,契约当事人的“责任”首先是按照契约履行规定义务,只有在未按约定履行义务的情况下,才产生承担责任的问题。随责任概念的全方位发展,“损失应该得到赔偿”(*damna sunt sarcienda*) 也最终被作为基本原则在契约责任领域里确立。这样,“赔偿损失”就作为对不履行行为所产生的法律后果承担责任的一般方式被广泛采用了。^[15]

此外,需要说明的是拉丁文“ *obligatio* ” 一词既有债务的含义又有责任的含义。债务与责任如同权利和法律(*ius*) 一样,在

[15] 参见: Sandro Schipani; *Schede sull'origine del termine responsabilità* , 1995。

罗马法中是用同一个词来表述的。责任产生于债务人的不履行行为，有效债务的存在是责任产生的前提，赔偿义务是债务不履行的后果。尽管因不履行契约义务而产生的赔偿之债与原债务内容不同，但是却是基于原有债务关系产生的并且是按照原有债务关系当事人在债务得到履行时的利益状况为标准确定新的债务关系的内容的。可见，责任与债务的关系是一种替代关系，即在债务人应当履行契约义务而未履行的情况下，债务转化为责任——承担契约债务未得到履行所产生的法律后果并且服从债权人的强制取得关系。正因为有这种强制取得关系或曰责任的存在才使得债务具有拘束力，进而使债权人能够在因债务人的不履行行为遭受的损失的情况下依靠国家强制力得到公正的补救。显然，损害赔偿之债既附着于，又有别于契约债务。债务与责任的这种既相互依附又相互区别的关系从某种意义上讲正是对罗马法 *obligatio* 含义的回归。当然，在债务人未履行契约义务的情况下，也并不是必然发生债务向责任的转化。即使在应当发生转化时，这一转化也不是自动实现的，还需要通过某种特定的机制来完成。这就是我们下面要讨论的问题。

第一编 契约责任的一般 原则与归责标准

第一章 概 述

契约责任指契约当事人因违反契约债务所应承担的责任。可见，契约责任产生于契约债务的不履行。毫无疑问，在债务关系中，债务人的首要义务是按照契约规定履行所承担的债务，只有在债务人未完成位于第一位的约定给付义务才引发债务人的第二义务——按照契约或法律的规定承担不履行责任，或者说，按照法律规定的原则、归责标准、承担责任的方式和顺序，通过“等值履行”^{〔1〕}补偿债权人的损失，表现为特定相对人——权利受害人与权利侵害人之间的强制取得关系，即债的关系。

就债务人承担债务的性质而言，在上述第一种情况下，即债务人履行契约义务的情况下，除契约本身约定的条件以外，不得附加

〔1〕 在优士丁尼时期，对于相同物品（*in ipsam rem*）“等值履行”的判决，已经可以通过司法警察强制执行。参见：Guarino: *Diritto privato romano*，Napoli 1970，第253页。

任何其他条件，也就是说，债务人承担的债务是绝对的、无条件的；^{〔2〕}然而，在第二种情况下，即在债务人不履行债务引发契约责任的情况下，债务人承担的债务——“补偿债权人的损失”，却因不同发展时期适用的归责标准的不同、承担责任方式不同、法律对诉讼程序、期限、举证责任规定的不同、契约内容及性质的不同、履行给付义务的难易程度的不同而附加了“条件”。然而，无论法律的规定是怎样的不同，债务人都应当恰当履行契约义务，在未按规定履行义务的情况下，不但应当对未按规定履行的义务进行弥补，还应当对因此给债权人造成的损失进行赔偿。

但是，依据怎样的事实我们才能说债权人遭受的损失是债务人造成的并因此将契约之债转化为损害赔偿之债呢？是依据单纯的不履行事实（尽管债务人对造成这一不履行没有任何过错）进行归责，还是仅在不履行是由债务人的故意或过失造成的情况下，亦或是在当事人约定或法律规定的风险发生的情况下^{〔3〕}债务人才承担责任呢？对于这一问题罗马法没有统一的答案。

大多数学者认为罗马法契约责任的归责原则以拉贝奥^{〔4〕}抗辩（*exceptio labeoniana*）^{〔5〕}为标志分为两个发展时期：客观责任时期（*responsabilità obbiettiva*）和主观责任时期（*responsabilità soggettiva*）。

在早期罗马法、甚至较为先进的罗马法律制度中，主导作法是

〔2〕 在罗马法中称为“承担全部责任”（*omnimodo teneri*），指债务人在履行契约义务时不得附加任何契约本身规定以外的条件和限制。

〔3〕 例如：当事人约定债务人对意外发生的履行不能承担责任。

〔4〕 Marcus Antistius Labeo，马尔库·安第斯第·拉贝奥，公元1世纪法学家。

〔5〕 拉贝奥说：“如果由于沉船或海盗而造成了货损，那么，赋予船长以抗辩就不是不公正的了。”这一抗辩被称为拉贝奥抗辩或免责抗辩。

债务人依据单纯的不履行事实承担责任。^{〔6〕}

形式主义是早期罗马法的主要特征。任何行为，无论当事人的主观状态如何，只要按照法律规定的程式完成，就具有法律效力，契约也不例外。基于这一共识就不难理解早期罗马法著名的“不履行——责任”（*inadempimento — responsabilità*）模式的形成以及所适用的客观责任原则了。按照这一模式，债务人仅仅依据债权人提出的、客观存在的单纯不履行事实承担责任。也就是说，契约责任直接产生于债务人的不履行行为。不履行与责任是直接的因果关系，这一责任的构成要件就是不履行契约义务的事实的存在，其后果是无一例外地受到判决。因此，无论是什么原因造成的给付不能，对于债务人来说，结果都是一样的，没有幸免的可能。在这一责任体系下，债权人可以在确认了不履行事实之后立即提起诉讼而不必考虑是否有可能的免责因素，即使在债务人本人对该债务一无所知的情况下，同样允许提起这一诉讼。由此可见，简便、快捷、鲜明的惩罚性和最充分地保护债权人的利益是该责任体系的主要特征。这一封闭式责任体系一直延续到公元前1世纪中叶。

这一体系特有的严厉性意味着债务人承担的是一种绝对的责任。基于罗马人固有的公平理念，从公元前1世纪起，罗马人开始着手对由不可抗拒的事变而导致给付不能的债务人给予救助。这一救助主要来自司法审判：首先，裁判官依据公平原则对有正当理由（*iusta causa*）的迟延债务人给予救助，例如：在仍旧对债权人有利的情况下，允许债务人延后履行。与此同时，在债权人迟延的情

〔6〕 即使在较先进的法律诉讼（*legis actiones*）时期，不履行事实仍然自动引发债务人的契约责任，债务人不享有任何种类的抗辩，根本不存在免于处罚的任何可能性。参见：Kaser: *Das rom, Zivilprozessrecht*，Munchen 1966，第53-45页。

况下减轻债务人的责任程度。^[7]其次,以承认当事人之间订立的免除债务人责任条款的方式给债务人以救助,例如:当事人之间订立的不得再请求简约(*pactum de non petendo*)。

罗马著名法学家马尔库·安第斯第·拉贝奥(Marcus Antistius Labeo)在打破“不履行——责任”的禁锢、在救助债务人方面做出了划时代的贡献。拉贝奥明智地绕开了“不履行——责任”这一古老规则,提出当给付不能的债务人有正当理由时,应基于公平原则(*ratio aequitatis*)赋予债务人以抗辩权(*exceptio*)。这一抗辩旨在避免产生因债权人起诉而必然带给债务人的后果,即阻止作出不利于债务人的判决。简言之,就是以抗辩抵销诉讼,从而达到救助债务人的目的。后世法学家将这一抗辩冠以其创制者的名字称为拉贝奥抗辩,或依据它的效力称为免责抗辩(*exceptio liberatoria*)。

从上面的论述中可以看出,拉贝奥提出这一抗辩的依据是公平原则。拉贝奥认为,对于那些由不可归责于债务人的原因引起的给付不能应当按照公平原则赋予债务人以抗辩权。为此,拉贝奥列举了一些“正当免责事由”(*iustae causae excusationis*):海难、海盜、抢劫、债务人身体不适。^[8]拉贝奥为债务人的利益创设的这

[7] 由于债务人承担的是一种绝对的责任,因此,即使在债权人迟延的情况下,债务人仍负有为债权人无限期地保管标的物的责任,从而使这一债的关系延续下去。这种规定无疑是荒谬的、不公正的。因此,裁判官首先对古法中的最不合理因素加以纠正:准许债务人请求自债权人迟延之日起为保管标的物所支付的全部费用。以后又陆续规定了一些救助措施。例如,在尽了通知义务后,允许债务人抛弃标的物(参见:D. 18, 16, 1, 13; 丁玫译:《民法大全选译·债契约之债》II, 第41页);在债权人迟延的情况下,对过失承担责任的债务人只承担故意责任(参见:D. 18, 6, 18 (17); 丁玫译:《民法大全选译·债契约之债》I, 第164页);在债权人拒绝受领的情况下,债务人可以提存标的物从而解除债务负担(参见:C. 4, 32, 19pr.; 丁玫译:《民法大全选译·债契约之债》I, 第147页)。

[8] 参见:D. 2, 11, 2, 3-4; *Corpus Iuris Civilis I*, Weidmann 1993。

一免责抗辩得到了同时代的法学家的普遍支持并很快成为对抗不甚公正的旧体制的有力武器。应当说，是拉贝奥首先用免责抗辩打破了“不履行——责任”的怪圈，使以前确定无疑的事情（指判决而言）变得不那么确定了：在旧体制中，债权人通过诉讼总是能够索回自己的物品，或是通过诉讼使自己被侵犯的权利得到完全的恢复，但是，自拉贝奥抗辩诞生后，债权人只有在债务人不具备免责条件的情况下才有胜诉的可能。此后，裁判官又以告示的形式在寄托契约中创立了永久性的“欺诈之抗辩”（*exceptio doli*）。

这种以法定假设形式预先在告示中规定的主观导向正是罗马法契约责任从客观责任时期过渡到主观责任时期的典型特征。应当指出，裁判官创造性的司法活动对免责制度的确立起了巨大的推动作用。

罗马法契约责任从客观责任到主观责任的过渡时期正是罗马法的黄金时期——古典法时期。在这一时期，诉讼法得到了很大发展。它摆脱了早期形式主义的束缚，通过告示和禁令，通过程式诉讼，不但使自身更加变通灵活而且促进了实体法的发展，使实体规范也变得富有弹性了。在程式诉讼中，裁判官根据案情，按照法的精神而不是呆板、僵硬的条文来决定法律的适用。抗辩和反抗辩（*replicatio*）就是在这一时期出现的。

“抗辩是赋予被告的一种辩护手段。因为往往会发生这种情形，即原告所提起的诉讼本身是有合法根据的，但是对被告来说是不公平的。因此，为驳回原诉，你有权提出基于胁迫或欺诈的抗辩，或基于事实之抗辩。”^{〔9〕}也就是说，被告可以对原告的诉讼请求提出抗辩。通常，被告的作为或不作为与给付不能之间缺少直接的结果

〔9〕 参见：J，4，13 pr. - 1；张企泰译：《优士丁尼·法学阶梯》，商务印书馆，1989年12月版，第227-228页。

关系是抗辩的基本依据。^[10]按照罗马法“举证责任由提出主张的人承担,而不是由否定主张的人承担”^[11]的原则,被告要承担举证责任。被告必须证明自己的行为是无可指责的。^[12]在被告提出抗辩的情况下,同样是基于公平原则,裁判官亦准许原告提起反抗辩或曰答辩,因为,“有时有这种情况,即抗辩初看是正确的,其实是不公平的。在这种场合为了保护原告起见,有必要让他再次表明他的主张。通过答辩消除抗辩所根据的权利”^[13]在答辩中,由原告承担举证责任。原告需要证明的不是被告不履行契约义务的事实而是要证明不履行契约义务是由被告的过错(故意或过失)造成的。这一证据称为“成立性证据”(prova costitutiva),即证明债务人的过错成立。要证明这一点无疑是十分困难的。因此,在实际操作中,为使债权人摆脱这种严格的直接举证责任,法律规定债权人可以从到期未给付或未按约定给付的事实,推定债务人过错的存在。乌尔比安^[14](Ulpianus)在《论告示》第31编中这样说:“如果一个人未交付他本来能够交付的物品,那么,他的这一行为将被认为是欺诈”。^[15]在这种情况下,如果债务人不能证明自己无过错,那么,过错成立。这就是近现代法律普遍采用的“过错推定原则”的渊源。实际上,在诉讼中,抗辩与答辩是交替进行的,直至澄清全部事实,作出公正的裁决。

[10] 参见: D. 19, 2, 38pr.; 丁玫译:《民法大全选译·债·契约之债》I, 中国政法大学出版社1992年版,第63页。

[11] 参见: D. 22, 3, 2; 黄风译:《民法大全选译·司法管辖权·审判·诉讼》, 中国政法大学出版社1992年版,第57页。

[12] 参见: Francesco M. De Robertis: *La Responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, Cacucci Editore, Bari 1994, 第95页。

[13] 参见: J. 4, 14pr.; 同本章注释[9]引书,第230页。

[14] Domitius Ulpianus, 多米第·乌尔比安, 公元3世纪法学家。

[15] 参见: D. 17, 1, 8, 9; 丁玫译:《民法大全选译·债·契约之债》II, 中国政法大学出版社1994年版,第135页。

从上述分析中不难看出,这一时期的契约责任不再直接产生于债务人的不履行行为,而产生于债务人的主观过错。下面让我们以《学说汇纂》第19编第2章第13条第6款为例,演示一下这一案例的审理过程,从而了解和把握这一时期罗马法确定契约责任的思想脉络。乌尔比安在《论告示》第32编中这样写道:“如果洗衣人收到了一件交付清洗的衣服,而老鼠将衣服咬坏了。那么,洗衣人要对此依照承揽之诉承担责任”。^[16] 乌尔比安的结论来自一个真实的案例:债权人向洗衣人提起了诉讼,要求赔偿自己被老鼠咬破的衣服的损失。在审理过程中,洗衣人不认为自己应对老鼠的行为负责并据此提起了抗辩:“我已经将洗好的衣服放在柜子里妥善保管了,但是怎么也没想到老鼠会钻进去把衣服咬破了,这是无法预料的事情,与我无关”。债权人反驳道(反抗辩):“按照承揽契约的规定,你应尽最勤谨注意的义务(即承担看管责任)。因此,你应该事先考虑到各种可能出现的问题。你应使用鼠夹和鼠药来预防鼠害的发生,^[17]可是在你的店里甚至连一只猫都没有”(债权人用上述事实推定债务人过错的存在)。审理至此,如果债务人无法证明自己的行为是无可指责的,那么承审员将依据债权人提供的事实和证据判定债务人有过错,即没有尽契约要求的最勤谨注意的义务,于是得出“洗衣人要对此依照承揽之诉承担责任”的结论。然而,我们不妨设想一下,如果债务人再度抗辩并且成功地证明了自己的无辜,那么结果将会怎样呢?依据债权人的反抗辩,债务人指出:“自开业起我就在店里养了三只猫,设置了足够的鼠夹并按时投放鼠药,在我店里工作的自由人蒂提可以为我作证。我自认为已经采用了一切必要的防范措施,尽了最勤谨家父的注意义务,这一事件确属意外。”这样,债务人证明了自己的行为是无可指责的。根据

[16] 参见: D. 19, 2, 13, 6; 同本章注释[15]引书,第81页。

[17] 古罗马时已普遍采用鼠夹和鼠药来防止鼠害了。

债务人提供的人证和物证，承审员将以债务人已经尽了契约规定的最勤谨注意的义务为依据认定债务人在这一事件中没有过错，从而免除债务人的责任。^[18]从这个案例中我们可以看到，在归责时仍旧遵循“不履行——责任”模式，也就是说，不考虑债务人不履行的原因，只要出现不履行的事实即自动产生归责的效力——依据洗衣人没有完整无损地返还交付清洗的衣服这一事实立案审理，追究债务人的责任。然而，在诉讼开始后，在考虑是否应当免除债务人的责任时，承审员采用的恰恰是过错原则，在债务人无过错的情况下，免除债务人的责任。在争讼过程中，抗辩与反抗辩要证明的是同一个事实——债务人是否有过错。从这一案例的审理中我们似乎可以得出这样的结论：尽管从公元前1世纪起就已经开始了免除债务人责任的探索，裁判官在告示中也规定了当寄托人提起诉讼时要承担举证责任：证明受寄人的主观过错——故意的存在，亚历山大·塞维鲁皇帝^[19]也率先在第234号宪令中特别指出受寄人只在故意不履行契约义务的情况下承担责任，^[20]但是，这一切努力和尝试均未根本动摇旧法中固有的责任体系。也就是说，所有上述规定并不是对实体法的修改，也不意味着契约责任领域里主观责任体系的建立，只不过是抗辩改变了诉讼的结果，或者说，是对判决的宣布附加了一个否定的条件。尽管如此，较之严厉的客观责任体系而言，抗辩的运用无疑是对给付不能的债务人的一种“特别优惠”：债务人不再依据单纯的给付不能的事实承担责任了，而只在己方故意并且债权人能证明这一故意存在的情况下承担责任。^[21]基于这

[18] 参见：J. 3, 24, 5；同本章注释[9]引书，第178页。

[19] 亚历山大·塞维鲁（Alexander Severus）公元222年—公元235年在位。

[20] 同本章注释[11]引书，第210页。

[21] 参见：C. 4, 30, 3；同本章注释[15]引书，第15页。