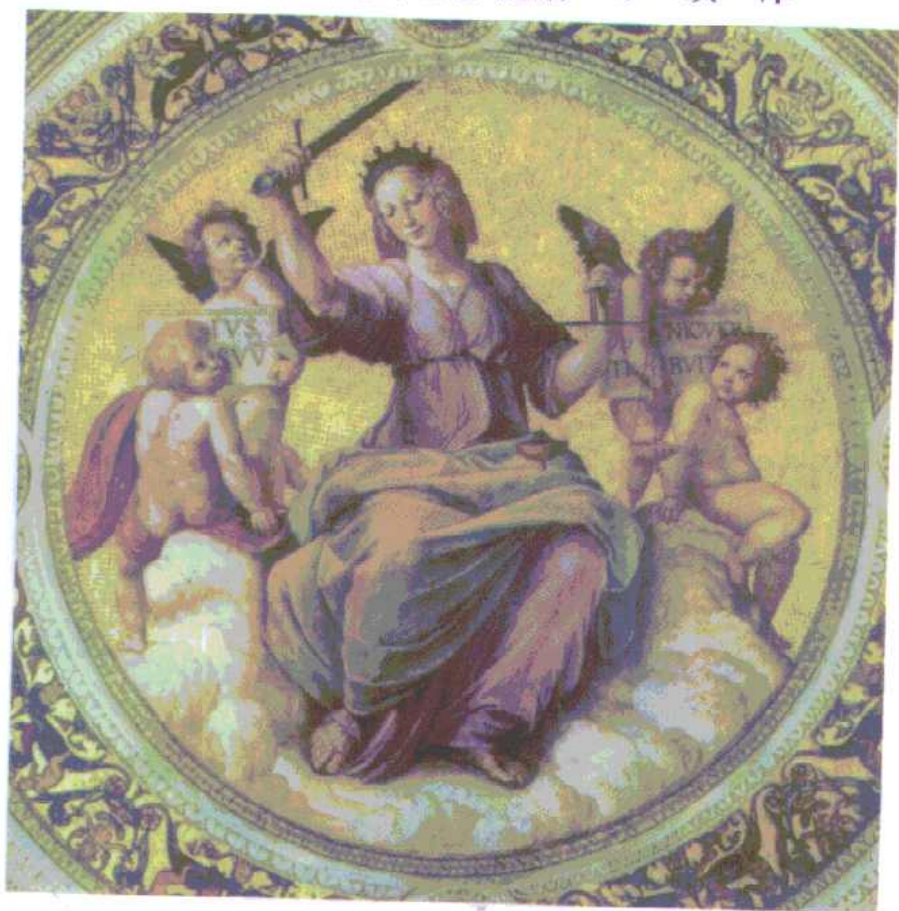


SULLE OBBLIGAZIONI DA CONTRATTO
E QUASI DA CONTRATTO

契约之债与准契约之债

[意]桑德罗·斯契巴尼 选编 丁 玫 译



中国政法大学出版社

契约之债 与准契约之债

[意]桑德罗·斯奇巴尼选编

阿尔多·贝杜奇协助

丁 玫 译

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

契约之债与准契约之债/ (意) 斯奇巴尼选编; 丁玫译.
-北京: 中国政法大学出版社, 1998. 10

ISBN 7-5620-1750-6

I. 契… II. ①斯… ②丁… III. 罗马法-债权法 IV. D904.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (98) 第 36011 号

责任编辑 丁小宣
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 国家统计局印刷厂

开本 850×1168 1/32 印张 16.375 字数 200 千字

1998 年 10 月第 1 版 1998 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1750-6/D·1710

印 数: 1-3000 册 定价: 26.00 元

社址: 北京市海淀区西土城路 25 号

邮编: 100088 **电话:** 62229563 或 62228801

版权所有 侵权必究

前 言

有关债的论述通常被认为是对从程式诉讼时期到优士丁尼时期制定的法律的延续性的最直接、最有力的证明，同时也是为后世继受并发展了的部分。在将罗马法与大陆法系的民法典以及商法典进行比较研究以后，这一继受也就显得尤为突出。在最近翻译出版的《意大利民法典》中附录的罗马法渊源注释就是最好的例证。

IV卷分为“契约之债与准契约之债”和“私犯之债与准私犯之债”两个分卷。这一分类方法源于盖尤斯《法学阶梯》第3卷第88段(Gai. 3, 88)，嗣后又在优士丁尼《学说汇纂》第44编第7章第1条前段(D. 44, 7, 1pr.)^[1]收录的盖尤斯《法学阶梯精选》的论述中得到了发展^[2]并且最终为优士丁尼《法学阶梯》所采用。^[3]

本卷的标题是按照优士丁尼《法学阶梯》的体系选定的。早

[1] 在罗马法文献和论著中，“D”代表《学说汇纂》(Digesta)，“C”代表优士丁尼《法典》(Codex)，“J”代表《优士丁尼法学阶梯》(Justiniani Institutiones)，紧跟其后的数字依次代表：编、章、条、款的编号，“pr.”表示首段(principium)。在本《民法大全选译》中也是采用上述缩写形式。——译者注

[2] 应当将D. 44, 7, 1pr. 与D. 44, 7, 5一起进行分析。——译者注

[3] 参见：J. 3, 13, 2。与法国民法典一样，1865年颁布的意大利民法典亦采用了J. 3, 13, 2的两分法模式，而现行意大利民法典则采用了D. 44, 7, 5中阐述的三分法。——译者注

在盖尤斯的《法学阶梯》中就已经显示出以一个独立的部分集中论述债的理论的分类思想。在这个部分中，将财产法律关系中有关债的概念、原理、规则以及有关各类单一债的关系的规定汇集在一起统一进行定义、区分和界定。此外，在论述各单一债的关系时，总则和分则的相互补充与配合显然是十分必要的。优士丁尼《学说汇纂》和优士丁尼《法典》未能实现这种统一，它们是按照所论述的、产生于不同原因的债以及这些不同种类的债所享有的诉讼保护的体系编排顺序的。《法学阶梯》的编排体系为我们指明了通往“总则”的道路，《学说汇纂》和《法典》的编排体系则突出了各单一债的典型特征。

为了尊重这两种编排体系，我们在本分卷中设立总则的同时，对挑选出来的各单一之债，按照它们在《学说汇纂》和《法典》中的顺序加以编排。我们采用的这一编排方法旨在更清晰、更充分地反映不同种类债的关系之间的内在联系并揭示为实现尽可能公正地处理同类问题而试图保持的连贯性。

在对各类契约和准契约的介绍中，没有穷尽所有准契约的形式。因为，它们中的一些编入后续的家庭和继承分卷中更为适宜。比如遗赠和监护。出于同样的考虑，某些我们称为法定之债（*ex lege*）的债的类型亦未编入本卷。比如属于家庭法范畴的赡养费之债。

在本卷中，我们设立了专门的章节将无论是涉及契约的，还是涉及债、债的给付、债的种类以及债的构成要件的概念、一般原则以及具有普遍意义的规则汇集起来加以论述。由于优士丁尼《民法大全》没有总则部分致使没有与上述章节相对应的标题，因此，我们为它们添加了自己的标题。

本卷的总则部分涉及债的全部内容，虽然也包括了上面我们提到的、本卷分则部分未涉及、而在家庭和继承分卷中论述的债的关系，但是，总则部分的核心内容却是有关“允诺——要式口

约”和“买卖契约”的论述。

构成罗马法契约之债的最基本和最核心的内容无疑是允诺——要式口约和买卖。前者是要式契约的典型形式。建立在庄严词句上的形式主义表述是其典型特征。在这一契约的缔结过程中，是取得权利的人而不是负有义务的人起着主导作用。这一契约是最能代表罗马法契约特点的契约形式，它存在于罗马法创立之初至古典法结束之时的整个历史时期。在要式口约中，受到重视的是宣告的程式而不是主体的意愿。要式口约是一种单务契约，也就是说，从这一契约中产生只约束一方当事人之债。要式口约也是一种抽象契约，一种适用于任一标的的给付的契约，因此，它也是一种适法行为，只不过是它包括了适法行为中债的内容，而不涉及它的原因。我们将有关“允诺—要式口约”中的许多内容编进了总则部分。在盖尤斯《法学阶梯》第3卷第92段及后段（Gai. 3, 92ss.）以及优士丁尼《法学阶梯》第3编第15章至第20章（J. 3, 15—20）中亦对这一议题作了较为全面的论述。

属于合意契约的买卖契约，是公元前三世纪为适应与外国人的频繁商业交往的需要而产生的另外一种契约形式。它是一种只需基于合意而无需任何程式就可以完成的契约。它是以善意为基础的，也就是说，善意是这一契约的唯一制约力。买卖契约是双务契约的典范，从这一契约中产生约束双方当事人之债。这一双务性也正是拉贝奥在《学说汇纂》第50编第16章第19条（D. 50, 16, 19）中探讨的内容。对于这一契约，优士丁尼《学说汇纂》用了一编以上的篇幅作了专门论述。我们不仅在总则部分大量选用了与买卖契约有关的论述，而且与分则部分其他种类的契约相比较，在分则中我们又用了一章的篇幅、对这一议题进行了详尽的论述。

在本卷中，除买卖契约以外，我们还挑选了一些为适应商业

交往的需要而产生和发展起来的其他契约：属于要物契约的消费借贷契约和海运借款契约；尤其是同属于合意契约的其他形式的契约：赁借贷、合伙和委托。最后还选入了一些涉及商业活动中指定人与被指定人之间相互关系的规定以及由谁、在怎样的财产限度内承担责任的规定。

《契约之债与准契约之债》拉汉对照本的出版无疑是十分有益的。因为正是依据拉丁文术语塑造了继受罗马法的国家、即使是不同语系国家的法律语言；上述国家的法律语言的术语含义也正是在继受拉丁文术语的基础上完善和发展起来的，其中最具有代表性的是对债法术语的继受和发展。因此，同时提供拉丁文本，使无论是对法学理论史的研究，还是对单一法律术语的对照成为可能。此外，拉丁文本还为那些想深入研究罗马法的人们提供了方便。

拉丁文的翻译工作是由中国政法大学比较法研究所的丁玫教授完成的，并经过在罗马第二大学“法的历史和理论部”组成的意大利工作组成员阿尔多·贝杜奇（Aldo Petrucci）博士和朱塞培·德拉其那（Giuseppe Terracina）博士的校对。翻译工作是在丁玫教授作为访问学者多次在罗马第二大学访问期间完成的，得到（意大利）“国家科研委员会”（Consiglio Nazionale delle Ricerche）的赞助，并列入中国政法大学与“罗马法传播研究组”（Gruppo di ricerca sulla diffusione del diritto romano）达成的协定。该协定由中国政法大学校长江平教授、“罗马法传播研究组”主任别朗杰罗·卡达拉诺（Pierangelo Catalano）教授和罗马第二大学罗马法教授桑德罗·斯奇巴尼（Sandro Schipani）于1989年签署，并由后来的负责人付诸执行。本卷的筛选工作是由桑德罗·斯奇巴尼教授在阿尔多·贝杜奇博士的协助下完成的。

本卷再版的校对工作是由中国政法大学比较法研究所的丁玫教授完成的。在将《债·契约之债》第一分卷和《债·契约之债》

第二分卷合编过程中以及在对合编本的校对工作中，无论是在体系的编排方面还是在内容的增添方面，丁玫教授都提出了很好的建议。拉丁文的编排、整理工作同样是由丁玫教授完成的。拉丁文与中文的排版调整工作是由丁玫教授与本卷的责任编辑、我们尊敬的同事和朋友丁小宣先生共同完成的。本卷的再版工作同样纳入了我们上面提到的交流项目。

桑德罗·斯奇巴尼*

1998年1月28日

于罗马

-
- * 桑德罗·斯奇巴尼 (Sandro Schipani)，意大利罗马第二大学罗马法教授，同时任该校的拉丁美洲跨学科研究中心主任，他还是萨萨里大学的法和罗马史教授、中国政法大学罗马法研究中心高级顾问、中南政法学院名誉教授、意大利罗马法传播研究组成员。

第一编 词句的意义

I. De verbarum significatione

D. 44, 7, 3pr.

Paul. 2 inst. Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.

D. 50, 16, 11

Gai. 1 ad ed. provinc. creditorum appellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed omnes, quibus ex qualibet causa debetur.

D. 44, 7, 42, 1

Ulp. 21 ad ed. Creditores eos accipere debemus, qui aliquam actionem vel civilem habent, sic tamen, ne exceptione submoveantur, vel honorariam actionem, vel in factum.

D. 50, 16, 108

Mod. 4 pand. Debitor intellegitur is, a quo invito exigere pecunia potest.

D. 44, 7, 1pr.

Gai. 2 aur. Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.

D. 44, 7, 1, 1

Gai. 2 aur. Obligationes ex contractu aut re contrahuntur aut verbis aut consensu.

D. 44, 7, 3pr.

保罗：《法学阶梯》第2编 债的实质不是带给我们某物或某役权，而是要他人给予某物、做某事或履行某项义务。

D. 50, 16, 11

盖尤斯：《论行省告示》第1编 债权人这一概念不仅仅是指那些借钱给他人之人，而且也是指那些接受他人基于各种原因履行义务的人。

D. 44, 7, 42, 1

乌尔比安：《论告示》第21编 债权人应当理解为是那些享有市民法之诉（但享有的必须是不会被抗辩驳回的市民法之诉）、荣誉法之诉或事实之诉的人。

D. 50, 16, 108

莫德斯丁：《学说汇纂》第4编 债务人是指那些可以向他们索取财物、即使是违反他们的意愿也可以这样做的人。

D. 44, 7, 1pr.

盖尤斯：《法学阶梯精选》第2编 债或是产生于契约，或是产生于不法行为，或是产生于法律规定的其它原因。

D. 44, 7, 1, 1

盖尤斯：《法学阶梯精选》第2编 契约之债，或以要物方式、或以口头方式、或以合意方式设立。

D. 44, 7, 4

Gai. 3 aur. Ex maleficio nascuntur obligationes, veluti ex furto, ex damno, ex rapina, ex iniura. Quae omnia unius generis sunt; nam hae re tantum consistunt, id est ipso maleficio, cum alioquin ex contractu obligationes non tantum re consistant, sed etiam verbis et consensu.

D. 44, 7, 52pr.

Mod. 2 reg. Obligamur aut re aut verbis aut simul utroque aut consensu aut lege aut iure honorario aut necessitate aut ex peccato.

D. 44, 7, 52, 1

Mod. 2 reg. Re obligamur, cum res ipsa intercedit.

D. 44, 7, 52, 2

Mod. 2 reg. Verbis, cum praecedat interrogatio et sequitur congruens responsio.

D. 44, 7, 52, 3

Mod. 2 reg. Re et verbis pariter obligamur, cum et res interrogationi intercedit, consentientes in aliquam rem.

D. 44, 7, 52, 4

Mod. 2 reg. Ex consensu obligari necessario ex voluntate nostra videmur.

D. 44, 7, 4

盖尤斯：《法学阶梯精选》第3编 产生于不法行为的债有：盗窃、强盗、对物品的损害以及对人身、财物的非法侵害及对人身体的侮辱。上述债是属于同一种类的，是产生于同一类的不法行为的，都是要物之债。然而契约之债却不同，它不仅可以以要物方式产生，还可以以口头方式或合意方式产生。

D. 44, 7, 52pr.

莫德斯丁：《论规则》第2编 我们要么以要物方式、要么以口头方式、要么以要物和口头的混合方式、要么以合意方式、或基于法律、或基于荣誉法、或因必然、或因私犯承担债务责任。

D. 44, 7, 52, 1

莫德斯丁：《论规则》第2编 当契约是基于物的交付设立时，就是以要物方式承担债务。

D. 44, 7, 52, 2

莫德斯丁：《论规则》第2编 当我们对前面的提问以与之相适应的言词回答时，就是以口头方式承担债务。

D. 44, 7, 52, 3

莫德斯丁：《论规则》第2编 当在提问中加入了物的交付，就是以口头和要物的混合方式承担债务。

D. 44, 7, 52, 4

莫德斯丁：《论规则》第2编 当我们就某物达成合意时，

D. 44, 7, 52, 5

Mod. 2 reg. Lege obligamur, cum obtemperantes legibus aliquid secundum praeceptum legis aut contra facimus.

D. 44, 7, 52, 6

Mod. 2 reg. Iure honorario obligamur ex his, quae edicto perpetuo vel magistratu fieri praecipuntur vel fieri prohibentur.

D. 44, 7, 52, 7

Mod. 2 reg. Necessitate obligantur, quibus non licet aliud facere quam quod praeceptum est: quod evenit in necessario herede.

D. 44, 7, 52, 8

Mod. 2 reg. Ex peccato obligamur, cum in facto quaestio- nis summa constitit.

D. 44, 7, 52, 9

Mod. 2 reg. Etiam nudus consensus sufficit obligationi, quamvis verbis hoc exprimi possit.

D. 44, 7, 52, 10

Mod. 2 reg. Sed et nutu solo pleraque consistunt.

D. 44, 7, 41pr.

Paul. 22 ad ed. Quotiens lex obligationem introducit, nisi si nominatim caverit, ut sola ea actione utamur, etiam veteres eo nomine actiones competere.

就是为了实现我们的意愿基于合意承担债务。

D. 44, 7, 52, 5

莫德斯丁：《论规则》第2编 当我们根据法律的规定做某事，或违反法律的规定做某事时，就是依法承担债务。

D. 44, 7, 52, 6

莫德斯丁：《论规则》第2编 当我们依据永久性告示或长官告示的命令或禁令去做某事，就是基于荣誉法承担债务。

D. 44, 7, 52, 7

莫德斯丁：《论规则》第2编 不允许做除了奉命而做以外的事的人，比如必然继承人的情况，就是承担必然债务。

D. 44, 7, 52, 8

莫德斯丁：《论规则》第2编 当我们为私犯行为付出一笔款项时，就是基于私犯行为承担债务。

D. 44, 7, 52, 9

莫德斯丁：《论规则》第2编 单纯的合意就足以产生债的关系，即使不是用语言表达的。

D. 44, 7, 52, 10

莫德斯丁：《论规则》第2编 许多债均可以用示意所表达的愿望设立。

D. 44, 7, 41pr.

保罗：《论告示》第22编 每当一项法律为债所采用时，如

D. 50, 16, 19

Ulp. 11 ad ed. Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam "agantur", quaedam "gerantur", quaedam "contrahantur": et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agantur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.

D. 2, 14, 1, 3

Ulp. 4 ad ed. Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio quae verbis fit, nisi abeat consensum, nulla est.

D. 2, 14, 1, 4

Ulp. 4 ad ed. Sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt: veluti in emptionem, in locationem, in pignus vel in stipulationem.

D. 2, 14, 7, 2

Ulp. 4 ad ed. Sed et si in alium contractum res non

果不是特别规定了只能适用哪个诉讼，我们就可以适用以前曾经采用过的诉讼。

D. 50, 16, 19

乌尔比安：《论告示》第 11 编 拉贝奥在《论内事裁判官》第 1 编中如此定义道：我们说“做某事”、“管理某事”、“订立契约”。“做”是一个在口头之债或要物之债中使用的一般用语，就象我们通常在要式口约中或支付现金的契约中使用的那样，“订立契约”是指相互间建立债的关系，即希腊人称之为“双务”的那类契约，如买卖、借贷、合伙。“管理”则是指不需要明示的意思表示而去做某件事情。

D. 2, 14, 1, 3

乌尔比安：《论告示》第 4 编 “协议”一词是一个一般性用语，指为取得一致或达成和解而在当事人双方商定的一切事项。就象我们说“汇合”是指那些来自不同地方的人向同一个地点聚集一样，“汇合”在另外一个意义上也是指不同的意向变为相同的意向，即达成一致。“协议”一词是广义的，正如贝蒂在他的论述中恰当使用的那样：所有契约，无论是以口头方式设立的还是以要物方式设立的，都必须包含一项协议，否则不产生任何契约关系或债的关系。因此，口头达成的要式口约在缺少合意的情况下亦无效。

D. 2, 14, 1, 4

乌尔比安：《论告示》第 4 编 大部分协议可以有自己的名称，比如称作买卖契约、借贷契约、质押契约或要式口约。