

(第三卷)

民商法律评论

周子刚题



主 编 江 平
执行主编 何培华

MINSHANGFA LU PINGLUN

中国方正出版社

(第三卷)

民商法律評論

劉子剛題



MINSHANGFAJI JINGLUN

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民商法律评论 (第三卷) / 江平主编. — 北京: 中国方正出版社,
2007. 5

ISBN 7-80107-600-1

I. 民… II. ①江…②杨… III. 民商法-研究-文集
IV. D922.290.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 026860 号

民商法律评论 (第三卷)

江平 主编

责任编辑: 王相国 向晓静

责任校对: 张 蓉

责任印制: 郑 新

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66560950 门市部: (010) 59596613

编辑部: (010) 59596602 出版部: (010) 66510958

网址: www.FZPress.com

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝海印刷有限公司

开 本: 730 毫米 × 988 毫米 1/16

印 张: 29.75

字 数: 408 千字

版 次: 2007 年 5 月第 1 版 2007 年 5 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7-80107-600-1

定价: 38.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社发行部联系退换)

民商法律评论

(第三卷)

主 编 江 平

执行主编 何培华

民商法律评论

(第三卷)

主 编 江 平

执行主编 何培华

执行副主编 刘 锐 郝 磊 任自力

执行编委 何培华 刘 锐 郝 磊

胡鹏翔 任自力

卷首语

这是《民商法律评论》第三卷（2006年）。

作为民商法学人交流观点、沟通思想、建言献策的一个平台，《民商法律评论》的基本办刊思路为：立足中国民商法制，博采各国民商法律文化精华；探索民商法基本理论，推进中国民商法治建设。围绕此一思路，本卷在秉持前二卷基本风格的基础上，分设民法基本理论研究、民事制度研究、商事制度研究、外国民商法、民商实务五个栏目，共收入了25篇论文。

民法基本理论研究刊登三篇论文。一是孙晓光的《罗马私法中自由观念的发展》，该文认为近代民法上的私法自治与罗马私法中的自治具有不同的含义，自由观念在罗马私法中存在一个逐步演进的过程。二是李显冬教授等的《“民有私约如律令”考》，该文在对“民有私约如律令”的语词渊源进行考证的基础上，分析认为民间私契具有与官府律令同等效力的理念在中国由来已久，中国古代已存在以意思自治为主要内容的民事习惯法。三是赵晓钧的《公共利益及其影响下的民法》，该文认为，“公共利益”词汇的出现引发了国家立法对公共利益与个人利益之间的价值评判和取舍，并导致了民法功能和理念的变化，即由私人自治原则到私权的公共性原则的转变。

民事制度研究收录八篇论文。依次是朱晓娟的《论死者名誉权的法律保护》、林建军的《性骚扰的法律界定》、李成的《论我国老年同居的立法规制》、马建兵的《物权法中私法自治的流变及动态功能》、韦伟的《农地承包经营权的实践逻辑和立法导向》、滕晓春的《责任转质理论的检讨与重塑》、何文杰与任尔昕的《公立高等学校产权制度改革刍议》、蔡永民的《香港与中国内地合同效力之比较研究》。相关主题均为近年来我国物权法与民法典制定中的热点兼难点

问题,各位作者的主张或建议对于相关法律制度或条款的拟订或进一步完善具有一定的借鉴意义。

商事制度研究刊载八篇论文。2005 年是我国商事法律制度发生重大变革的一年。在反复酝酿与征求意见之后,修改后的《公司法》和《证券法》同时出台,两部法律的诸多制度性突破将为中国资本市场的发展和公司治理结构的改善提供一个更富弹性的空间。何培华的《新公司法视角中的外资隐名并购》、陈俐茹的《公司分立之定义的法律分析》、金海平的《国外利益相关者理论及公司法实践》与李欣宇的《公司的法律构造》四篇文章对新公司法中部分制度设计的探讨或对公司相关基本理论的回顾与分析有助于我们重新思考公司法的相关制度设计及其应用。任自力的《中国新〈证券法〉的制度性突破与疏漏》则对证券法的创新与不足进行了系统论述。本栏另外收录的三篇论文,即何立慧的《特许经营之特殊性及其民事责任独立性之限制》、张秀全的《人身保险合同的成立与生效——兼论核保期间的风险分配》、李智的《房地产投资信托法律制度(REITs)之基本理论》,均系国内相关商事制度研究领域中的最新研究成果。

外国民商法刊载了李凤章翻译的英国 2002 年的《土地登记法》,该法内容是本评论第二卷相关论述的延伸,其内容对于我国现有土地登记制度的完善具有较高的借鉴价值。

民商实务收入五篇论文。罗斌的《中美新闻诽谤诉讼比较》一文从制度比较入手,分析得出我国新闻诽谤诉讼中媒体与记者诉讼负担重、败诉率高的深层次原因。严城的《国有资产的可诉性研究——围绕公益诉讼展开》,则研究了国资权益可诉性的现实基础和理论依据,以及以公益诉讼救济的可行性。李志强等的《有争议股东大会决议的法律解决》、尚晨光的《时间维度下的法律适用:以〈担保法〉及其司法解释为例》、陈岳琴等的《论建立政府民事责任诉讼追究机制的必要性》三篇文章则分别结合个案分析对我国相关民商法律制度的完善提出了具体建议。

编委会

2006 年 12 月 20 日

目 录

[民法基本理论研究]

罗马私法中自由观念的发展	孙晓光 (1)
“民有私约如律令”考	李显冬 李兆军 (13)
公共利益及其影响下的民法	赵晓钧 (27)

[民事制度研究]

论死者名誉的法律保护	朱晓娟 (40)
性骚扰的法律界定	林建军 (55)
论我国老年同居的立法规制	李 成 (64)
物权法中私法自治的流变及动态功能	马建兵 (76)
农地承包经营权的实践逻辑和立法导向	
——基于田野调查的分析视角	韦 玮 (90)
责任转质理论的检讨与重塑	滕晓春 (105)
公立高等学校产权制度改革刍议	
——兼论事业单位法人人格之完善	何文杰 任尔昕 (116)
香港与中国内地合同效力制度之比较	蔡永民 (133)

[商事制度研究]

新公司法视角中的外资隐名并购	何培华 (144)
公司分立之定义的法律分析	陈俐茹 (174)
国外利益相关者理论及公司法实践	金海平 (183)
公司的法律结构	李欣宇 (202)
中国新《证券法》的制度性突破与疏漏	任自力 (219)

特许经营之特殊性及其民事责任独立性之限制	何立慧(233)
人身保险合同的成立与生效	
——兼论核保期间的风险分配	张秀全(249)
房地产投资信托法律制度(REITs)之基本理论	李 智(264)

[外国民商法]

英国土地登记法 2002	李凤章 译(292)
--------------------	------------

[民商实务]

中美新闻诽谤诉讼比较	
——我国新闻诽谤诉讼中新闻媒体	
败诉率居高不下原因初探	罗 斌(363)
时间维度下的法律适用:以《担保法》及其	
司法解释为例	
——兼评司法解释的是非功过	尚晨光(385)
有争议股东大会决议的法律解决	李志强 赵 晶(393)
国有资产的可诉性研究	
——围绕公益诉讼展开	严 城(409)
论建立政府民事责任诉讼追究	
机制的必要性	
——从一个汇兑损失案件说起	陈岳琴 唐松涛(449)
稿约	(462)
学术体例及规范	(464)

[民法基本理论研究]

罗马私法中自由观念的发展

孙晓光*

(最高人民法院 北京 100062)

摘 要：私法自治原则是近代民法的基本原则，体现了民法的私法特质。但在实定法上，私法自治的理念受到特定历史条件下法律文化传统的影响，不是超历史的。作为民法“精神家园”的罗马法，在其一千多年的发展历史上，逐渐摆脱了早期法中身份法和形式主义的阴影，从维护安全的价值取向转向维护个人的自由。本文认为，这个过程主要从三个方面表现出来：契约在私法生活中的重要性日益增加；契约责任的非人身化；契约形式主义的衰落和意思主义的增长。本文依据法律史的材料从这三个方面梳理了罗马私法中自由观念的发展。

关键词：私法自治；契约；自由

自近代以来，私法自治被确定为民法的基本原则和价值理念，在

* 孙晓光（1970～），男，汉族，河北省衡水市人，民法学博士，现任职于最高人民法院。

民法中处于中心地位,支撑着民法的基础,民法体系的基本制度以此为根据构建起来。私法自治原则成为凸显民法的私法特色的标志性话语系统,体现了民法不同于其他部门法的特质,呈现为自治法的性格,从而与以管理为特征的公法区别开来。

应该注意的是,在民法的发展史上,民法的价值理念是特定历史条件下法律文化传统的一部分,从来都不是超意识形态和超历史的。就罗马私法而言,民法的自治原则也受到当时社会背景的影响,与近代民法所确立的自治原则的涵义并不相同。有学者认为,罗马人在构建其法律体系时,将法律划分为政治国家的法和市民社会的法,前者为公法,后者为私法,它以权利为核心,以私人平等和自治为基本理念,其内容则体现为私人利益的调谐。……罗马人视私人平等和自治为终极关怀,对于权力猖獗怀抱高度的忧惕之心。^①

笔者认为,这个观点有可商榷之处。第一,罗马法学家乌尔比安虽提出了公法与私法划分的思想,但这个思想在当时主要停留于观念上,并没有在实定法上充分地体现出来,在罗马法中有许多调整私人关系的规范具有强烈的公法色彩。我们不应该忽视法律学术理论与实证法之间所存在的距离。第二,罗马的立法者对市民社会和政治国家的认识尚未上升到理性的高度,因而,在他们的观念中,对私法与公法的划分是不彻底的,私法与公法的边界也不是那么清晰、确定。“罗马法只是提出了公法和私法的划分,但对于公法、私法存在的客观基础还缺乏深入的分析,因为那时国家和社会的分离还不深刻、不明显。……在当时的社会发展阶段,还难以有政治国家和市民社会的严格划分。”^② 有学者在评价罗马法的契约思想时也指出:“契约自由也只是一种思想,并且也只反映在诺成契约一种形式中,并未形成罗马契约制度的一项基本原则”,而且这种思想“对大多数罗马人来说并不具有普遍意义”。^③ 德国学者克尼佩尔对罗马法上的契约自由原

① 张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社2000年修订第三版,第7页。

② 江平:《罗马法精神在中国的复兴》,载《江平文集》,中国法制出版社2000年版,第563页。另外,有些学者虽未明确否定罗马法存在公、私法的划分,但均指出,欧洲各国是在18至19世纪才发生政治国家与市民社会的彻底分离,正是在这一时期,以个人本位和权利本位为基础的私法自治原则在民法中取得了支配性地位,个人主义和自由主义精神内化于民法而成为其基本的价值取向。相应观点可参见梁慧星著:《民法总论》,法律出版社1996年版,第25页;韩忠谟著:《法学绪论》,中国政法大学出版社2002年版,第38页。

③ 马俊驹、陈本寒:《罗马法上契约思想的形成及对后世法律的影响》,载杨振山、[意]斯奇巴尼主编:《罗马法·中国法与民法的法典化》,中国政法大学出版社1995年版,第348页。

则评价说：“即使是古代罗马共和国时代和帝政时代，其也不表现为一个民法的合同自由所经历的第一次全盛时期的社会模式。所有 19 世纪的诸法典都可以回溯到罗马法的事实可能助长了此种观点。然而，该观点可能是一个误解：凝结在诸民法典中的罗马法是 19 世纪的罗马法，并不是古代法的翻版。因此，该 19 世纪罗马法的伟大的创造性成就，如同经由意大利的法学院继受的伟大成就一样，不应受到贬低。但是，古代的社会联系不是经由私人自治的合同与附属于该合同的法律而产生，而是通过包含奴隶与亲属、儿童与青年、妇女与男人的家庭中的制度性束缚而产生，相对于此种束缚，‘罗马人的零碎的合同体系’仅具有边缘的意义。该零碎的合同体系绝不可能非常发达。”^①

从抽象的理论层面看，私法自治当然有其确定的内涵，即如拉伦茨所说的“法律制度赋予并且确保每个人都具有在一定的范围内，通过法律行为特别是合同来调整相互之间关系的可能性”^②；而从现实的立法层面看，受不同时期法律的理想目的所制约，私法自治原则在民法中的地位和适用范围也有所不同。笔者认为，私法自治作为一种价值理念，本身也是历史的产物，而且，在不同的时代和社会背景中，自治原则的含义、内容及适用范围也有相当的差异。因为，从某种意义上说，法也是一种社会制度的安排，立法者在制定法律时怀有他们希望法律达到的目的，以实现他们确定的政策目标。“立法本身就是一种有目的的行为，通过它来发出指示和法律，以实现人们作为社会动物和特定社会成员的目标”。^③

庞德在解释法律史时认为，有三种关于法律目的的理想先后在不同的时期占据着支配地位：第一种关于法律目的的理想出现在罗马法和日耳曼法的初期，这个时期人们信奉维持治安的理想，即满足社会对一般安全所提出的最低限度的要求。第二种关于法律目的的理想出现在罗马法的古典时期和成熟时期及中世纪后期，这个时期，法律的理想是通过社会制度的安全，换言之，通过满足社会制度中社会利益的安全，间接地维持一般安全。在这一时期，人们的观念很容易从保

① [德] 罗尔夫·克尼佩尔著，朱岩译：《法律与历史——论〈德国民法典的形成与变迁〉》，法律出版社 2003 年版，第 131～132 页。

② [德] 卡尔·拉伦茨著，王晓晔等译：《德国民法通论》（上册），法律出版社 2003 年版，第 54 页。

③ [美] 戈尔德丁著，齐海滨译：《法律哲学》，（北京）三联书店 1987 年版，第 58 页。

持氏族组织之间的社会治安转向保持每一个人在城邦国家社会秩序中的身份和既有地位,并且转而通过维持那些决定身份地位及其所包含的权利义务的社会制度来防止公民间的摩擦或冲突。第三种关于法律目的的理想就是保障最大限度的个人自我主张,这种理想于十六世纪开始影响法理学思想,在十七世纪获得了系统形式,并在形而上学法理学和历史法理学盛行的十九世纪得到了充分发展。这种理想依次表现为:一种确保人类自然平等的政治理论、一种确保人类自然权利的法理学理论、一种确保人类具有抽象的意志自由的理论。^①

就罗马法而言,笔者认为,第一,自治的理念是私法的生命所在,但这个理念在实定法中的发达程度要受到特定历史条件下法律文化传统的制约,并非在任何时候、任何地方都表现出理论中设想的那种完满状态。第二,罗马法历经了一千多年的演进过程,其制度构建与价值理念的选择也发生了相当的变化,只有把它作为一个动态的法文化现象来研究,才能对罗马法的历史意义加以正确的界定,获得较为客观的认识。如果只截取罗马法历史发展过程中的一个片段来研究,则得出的结论难免片面,不能反映罗马法的全貌,也无法从罗马法的发展中获得有益的启示。

私法自治的出发点是假设,在政治国家和市民社会分离的前提下,通过组织起一个非政治化的、排除国家干预的经济社会,民法能够确保个人自决的自由地位,即,民法旨在确定并保障一个不容侵犯的个人自由活动的空间。因此,自由是私法自治这个话语系统中的关键词。在民法体系中,自由主要体现在债法中,准确地说,是体现在契约法中。台湾学者王泽鉴在论及私法自治的意义时说,“私法自治原则表现在各种制度上,如所有权自由,……然而最主要者,乃契约自由。”^②通过对罗马法契约制度的考察可以发现,随着自由观念在立法者头脑中的渗透,罗马私法中自治原则的适用范围和程度随时间的推移逐渐扩大和加深,在这个过程中民法的自治法形象逐渐丰满起来。罗马法的这个特点在当时的历史时期在世界范围是独一无二的,而这也正是罗马法被后世所推崇的原因之一。就笔者的研究,自由观念在罗马法契约制度中的扩展可以从三个方面来考察:契约在私法生

^① 参见[美]罗斯科·庞德著,邓正来译:《法律史解释》,中国法制出版社2002年版,第44~46页。

^② 王泽鉴著:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第245页。

活中的重要性日益增加；契约责任的非人身化；契约形式主义的衰落和意思主义的增长。

第一方面，在现代法上，家庭法和债法很少被加以共同分析。在民法典的编纂体例上，这两部分也是各自独立的。《法国民法典》采《法学阶梯》的体例而采用人法、物法和取得财产的方法的三编制，这种编纂体例把民法分为人法和物法（即身份法和财产法）两个部分，分别调整身份关系和财产关系，而这两种关系虽然都属于民法上私人之间的关系，但在性质和规整方法上有很大的不同，因此这种二分法的法典体例是合理的。《德国民法典》采《学说汇纂》的体系，分设总则、债法、物法、亲属法、继承法五编，其中总则编的设置是其法典体例的最大特色。《德国民法典》的总则编以“提取公因式”的做法，抽象出若干较高级的法律概念，如权利、权利能力、法律行为等，以之统摄各分编的具体规定，使民法成为一个有机的整体，并实现了条文的简洁，可以用较少的条文容纳较多的内容。但这种法典编纂方法也不是完美无缺的，正如有些学者指出的：“总则中有些规定是不能适用于民法全部的，……要想在财产法与身份法之间建立‘共同规定’是做不到的”。^①因此，《德国民法典》在把总则的规定适用到亲属编和继承编时，要作许多例外的规定。这也是因为身份关系和财产关系的性质不同，调整方法也必然有差异。

因此，不论哪种法典编纂体例，对身份关系与财产关系都采用了不同的调整方法。甚至可以说，民法中的财产法与人身法完全可以分开规定，德国学者克尼佩尔说：“在过去较为引人注目的是（克氏是指1900年以来德国民法中家庭法和债法关系的变化——引者注），在该两个毫无疑问属于私法的部分中，巨大的变化线条几乎毫不相涉，并且两者不带有共同的立法者的意图。的确，该两个领域中的绝大部分内容是被对立地建构并对立地引导的。”^②

但是，在早期的罗马法中，身份法与财产法并不是截然分开的，身份法的一部分内容发挥着类似现代民法的总则的部分功能，对财产法起着制约的作用。现代民法通常将身份关系限制在家庭法的范畴之内，对于大部分民事关系的形成、变更和消灭，身份不是法律所考虑

① 谢怀栻著：《外国民商法精要》，法律出版社2002年版，第87页。

② 前引〔德〕罗尔夫·克尼佩尔著：《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》，第171页。

的因素。权利的设定和义务的负担很少根据身份,而主要根据当事人自己的意思。在罗马社会早期,市民法把罗马市民区分为家父和家子,家父作为家庭中最年老的男性长辈,是唯一为法律所承认的完全的人,家父所享有的家父权是罗马家庭中范围广泛的支配权,不仅及于财产,而且及于家子和奴隶的人身和行为。家父权不是一种权利,而是一种权力,如彭梵得所说,“家父的权利具有与政治肌体中的君权相同的性质”^①。家父权的取得是根据身份,其权能非常广泛。“从历史表面上所能看到的各点是:——最年长的父辈——最年长的尊亲属——是家庭的绝对统治者。他握有生杀之权,他对待他的子女、他的家庭像对待奴隶一样,不受任何限制。”“根据我们所获得的材料,父对其子有生死之权,更毋待论的,具有无限制的肉体惩罚权;他可以任意变更他们的个人身份;他可以为子娶妻,他可以将女许嫁;他可以令子女离婚;他可以用收养的方法把子女移转到其他家庭中去;他并且可以出卖他们。”^②

在财产方面,家父也是财产权的唯一主体。家父不仅可以随心所欲地处分家庭财产,而且所有由家子取得的财产也都归属于他。在强大的家父权的统治下,除家父之外的其他大部分社会成员很少能根据自己的自由意志设定任何权利义务,“他所应遵守的规则,首先来自他所出生的场所,其次来自他作为其中成员的户主所给他的强行命令。在这样的制度下,就很少有‘契约’活动的余地。同一家族的成员之间是完全不能相互缔结契约的,对于其从属成员中任何一人企图拘束家庭而作出的合意,家族有权置之不理。”^③ 因此,早期罗马法的特色之一就是限制契约在私法生活中发挥作用的领域。这与现代社会中人们主要通过契约来安排自己的经济生活的做法形成了鲜明的对照。梅因在比较早期契约与现代契约的异同时说,“关于我们所处的时代,能一见而立即同意接受的一般命题是这样一个说法,即我们今日的社会和以前历代社会之间所存在的主要不同之点,乃在于契约在社会中所占范围的大小。……我们决不会毫不经心地不理睬到:在无数的事例中,旧的法律是在人出生时就不可改变地确定了一个人的

① [意] 彼德罗·彭梵得著,黄风译:《罗马法教科书》,中国政法大学出版社1992年版,第126页。

② [英] 梅因著,沈景一译:《古代法》,商务印书馆1959年版,第71、79页。

③ 同上,第176页。

社会地位，现代法律则允许他用协议的方法来为自己创设社会地位。”^①

随着时代的进步，早期罗马法的家父权制度不断受到冲击，表现为家族制度的逐渐解体家父权的削弱。在人身方面，共和国末叶以后，国家对滥用家父权的行为进行干预，公元前 89 年的《庞泊亚法》取消了祖父对孙子、丈夫对妻子、家长对媳妇的生杀权。公元二世纪时，家父对家子已仅有一般的惩戒权，重罚必须经法院判决。在财产方面，罗马法中先后出现了四种特有产制度：家长授予的特有产、军役特有产、准军役特有产和外来特有产。特有产制度虽然没有使罗马的家庭财产制度发生根本性变革，但在事实上冲击了“家父是财产权利的唯一主体”这个市民法原则，动摇了财产统一于家庭的观念 and 家父对财产的专有的观念。家子在事实上对家庭的部分财产享有了一定程度的支配权，这无疑提高了他们的经济地位，同时扩大了他们所能够从事的法律行为的种类，而家父权的支配范围则相应地缩小。此种权能上的此消彼长不仅使家子的人格开始从家父权的笼罩下慢慢地独立出来，而且家子事实上对部分财产的支配权必然要求法律赋予家子相应的行为能力、责任能力和诉讼能力。家子享有的诸种能力使家子既能够以家父为相对人为法律行为，又可以使家子与本家庭外的不特定的社会成员进行法律交易。家子的人格和行为能力的独立性一旦表现出来，民法的“自己决定、自己行为、自己负责”的精神便立刻开始发挥作用。因此，等级化的主体资格制度和统一的家庭财产制度的解体不仅使自然人的人格逐渐从身份的枷锁中解放出来，而且使个人根据自己的意思、自主地形成与他人的私法关系具有了可能性。家父权一点一点地削弱，释放出越来越多的自由人和自由权。享有自由的主体的范围逐渐扩大，自由的内容逐渐增加。在这个过程中，原来限制自由的身份因素越来越成为法律行为构成要件中可以忽略的因素，身份在私法生活中的重要性随之下降，契约便顺理成章地填补了身份被驱除后所留下的空间，这也是梅因把古代法律史概括为一种从身份到契约的进步过程的内涵之一。

第二方面，在债法上，债务与责任是结合在一起的，虽然现代民法学理论在逻辑上将债务与责任予以区分：无债务的责任（如物上

^① 前引〔英〕梅因著：《古代法》，第 172 页。

保证人的责任)和无责任的债务(如罹于时效的债务),但在现实中这只是作为例外的情况出现。债权作为一种可期待的信用,总是需要以责任作为保障。一般而言“债务与责任原则上系相伴而生,如影随身,难以分开”。^①普通法上也有“无救济即无权利”的法谚。这个观念并非是现代的产物,最早可追溯到罗马法。“罗马法上并不区别债务与责任。而由 *obligatio* 一词来概括债的关系与债权债务,并表示当事人受到拘束的状态。债务人只有清偿债务,才能解脱掉此种拘束(法锁)。因而在罗马法上,认为债务系由债务和责任二者融合而成,凡有债务,必有责任,债务当然包括责任在内。”^②

然而,现代法与古代法的一个重要的区别是责任的形式。在现代合同法上,违约责任是纯粹的财产责任,不涉及债务人的人身,这反映了现代法对违反合同的行为所持的基本态度。“违反合同并不构成犯罪,欺诈可以构成犯罪,但仅仅不能偿付债务是不构成犯罪的,甚至当债务人完全有能力偿付而拒绝偿付的时候,也不构成犯罪。”^③总之,现代合同法把违约行为与人身责任区别开来。在现代人的看来,合同只不过是一个财产利益的问题,而人身自由的价值则是不可估量的,是无法用金钱来计算的。若以限制人身自由的方法来维持合同双方经济利益的平衡,实在是因小失大,得不偿失。但早期的罗马人却不这么认为。他们非常重视财产的安全,不惜采用最严厉的手段来保证合同的履行。

在罗马法上不履行合同债务的行为,不论是故意抑或无力履行,除了要承担无限的财产责任以外,还有失掉人身自由甚至生命的危险。早期罗马法把契约关系视为一种准人身关系,而不是安排物质生活的一种经济关系。债务人不仅要以其全部财产,而且要用其人身为债务提供担保。债的标的不仅及于债务人的财产,也包括债务人的人身。未获清偿的债权人可以诉请对债务人的人身进行执行。《十二表法》第三表“执行”规定,“二、期满,债务人不还债的,债权人得拘捕之,押他到长官前,申请执行。三、此时如债务人仍不清偿,又无人为他担保,则债权人得将他押至家中拘留,拴以皮带或脚镣,但重量最多为 15 磅,愿减轻的听便。五、债权人可拘禁债务人 60

① 王泽鉴著:《债法原理》,第一册,中国政法大学出版社 2001 年版,第 29 页。

② 张广兴著:《债法总论》,法律出版社 1997 年版,第 284 页。

③ [英]阿狄亚著,赵旭东等译:《合同法导论》,法律出版社 2002 年版,第 442 页。