



C2012066666



请求权与债权的关系 及请求权体系的重构

以债法总则的存废为中心

QINGQIUQUAN YU ZHAIQUAN DE GUANXI

JI QINGQIUQUAN TIXI DE CHONGGOU

张素华◎著

中国社会科学出版社



请求权与债权的关系 及请求权体系的重构

以债法总则的存废为中心

QINGQIUQUAN YU ZHAIQUAN DE GUANXI

JI QINGQIUQUAN TIXI DE CHONGGOU

张素华◎著



C2012066666

中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

请求权与债权的关系及请求权体系的重构：以债法总则的存废为中心 / 张素华著. —北京：中国社会科学出版社，2012. 6

ISBN 978 - 7 - 5161 - 1005 - 8

I. ①请… II. ①张… III. ①民法—研究—中国
IV. ①D923. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 123022 号

出版人 赵剑英
责任编辑 张林许琳
责任校对 高婷
责任印制 戴宽

出版 中国社会科学出版社
社址 北京鼓楼西大街甲 158 号(邮编 100720)
网 址 <http://www.csspw.com.cn>
中文域名:中国社科网 010 - 64070619
发行部 010 - 84083685
门市部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印 刷 北京市大兴区新魏印刷厂
装 订 廊坊市广阳区广增装订厂
版 次 2012 年 6 月第 1 版
印 次 2012 年 6 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 18.25
插 页 2
字 数 301 千字
定 价 48.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书,如有质量问题请与本社联系调换
电话:010 - 64009791

版权所有 侵权必究

目 录

导论 债与责任·····	(1)
第一章 债的重新解读·····	(7)
第一节 债的起源与历史发展·····	(7)
一 债的起源·····	(7)
二 债法的发展现状·····	(17)
(一)债在大陆法系的发展现状·····	(17)
(二)英美法系债法的发展·····	(20)
(三)我国债法的产生与发展·····	(21)
第二节 债的本质·····	(25)
一 债、债权、债务·····	(26)
二 债权与请求权及诉权·····	(30)
三 债务与义务·····	(33)
第三节 债权与请求权的关系及请求权体系的重构·····	(35)
一 请求权的本质与功能·····	(36)
二 请求权与债权的关系·····	(42)
三 请求权体系的重构·····	(47)
第四节 民法典中请求权体系的设计思路·····	(54)
一 物权请求权的性质·····	(54)
二 物权请求权的地位·····	(57)
三 物权请求权向侵权责任体系转化的理论难点与克服之道·····	(63)

四 未来民法典中请求权的体系安排	(65)
第五节 债的相对性的嬗变	(66)
一 合同相对性原则的确立	(67)
(一)英美法中合同相对性原则的确立	(67)
(二)大陆法系债的相对性原则的确立	(73)
二 债的相对性原则的突破或者修正	(78)
(一)涉他合同	(78)
(二)第三人侵害债权制度	(88)
(三)契约对第三人的保护作用	(99)
第六节 债的相对性的嬗变对债法结构的影响	(109)
一 债的相对性原则得以确立的原因分析	(109)
二 债的相对性原则发生嬗变的原因剖析	(110)
三 债的相对性的嬗变对其本身的影响	(113)
四 债的相对性原则的嬗变对债法结构的影响	(115)
第二章 债务与责任的关系	(118)
第一节 民事责任概述	(118)
一 民事责任的内涵与本质	(118)
二 民事责任概念的界定	(122)
三 民事责任体系的构建与民法责任法的独立	(126)
(一)“契约—侵权”责任体系的起源与形成	(126)
(二)“契约—侵权”责任体系的弊端与修正	(132)
(三)“契约—侵权”二元责任体系的困境与民事 责任法的独立	(135)
四 契约责任与侵权责任的本质的地位	(136)
五 民事责任在民法典中的具体安排	(140)
第二节 义务的本质与地位	(145)
一 义务的内涵	(145)
二 民事义务的法律地位	(148)
三 义务与责任的区别	(150)
第三节 债务与责任关系概述	(151)

一 债务与责任关系的历史考察·····	(151)
二 债与责任关系的发展·····	(155)
第四节 债务与责任融合的原因分析·····	(160)
一 历史原因·····	(160)
二 理论原因·····	(161)
第五节 债务与责任是融合关系抑或结合关系·····	(164)
一 债务与责任融合关系所造成的弊端·····	(164)
二 债务与责任分离的现实需要·····	(166)
第六节 损害赔偿的性质——债抑或责任·····	(168)
一 损害赔偿概述·····	(169)
二 损害赔偿与民事责任之立法模式·····	(171)
三 损害赔偿的特征·····	(176)
四 损害赔偿的性质——责任还是债务·····	(176)
第三章 债法存废的论争·····	(180)
第一节 全存论·····	(181)
一 基本观点及其理由·····	(181)
二 观点的剖析·····	(184)
第二节 部分废除论·····	(193)
一 基本观点·····	(193)
二 观点的剖析·····	(199)
第三节 主废论·····	(207)
一 观点·····	(207)
二 观点的剖析·····	(209)
第四节 侵权行为的本质及未来民法典中责任法的构建·····	(213)
一 侵权行为的本质·····	(213)
二 侵权概念的重新界定与未来民法典责任法的构建·····	(217)
第四章 债法的分解与重构·····	(221)
第一节 无因管理制度概述·····	(221)
一 无因管理制度的历史起源与发展·····	(221)

二 无因管理制度的性质·····	(223)
三 无因管理的类型·····	(227)
四 无因管理的构成要件及其法律效果·····	(229)
(一)无因管理构成要件解析·····	(229)
(二)无因管理的法律效果·····	(231)
第二节 无因管理与委任合同之间的关系·····	(234)
一 委任合同与无因管理的相同点·····	(234)
二 无因管理与委任合同的区别·····	(236)
第三节 不当得利制度概述·····	(239)
一 不当得利制度的渊源和发展·····	(239)
(一)罗马法·····	(239)
(二)德国法·····	(241)
(三)法国法·····	(242)
(四)英美法·····	(244)
二 不当得利的适用范围和类型构造·····	(246)
(一)英美法·····	(247)
(二)大陆法系·····	(248)
第四节 不当得利与相关请求权的关系·····	(251)
一 不当得利返还请求权与相关请求权关系的立法学说·····	(251)
二 不当得利请求权与物的返还请求权·····	(253)
三 不当得利请求权与侵权请求权·····	(257)
四 不当得利请求权与无因管理请求权·····	(261)
第五节 不当得利的本质及其归属·····	(263)
一 不当得利的本质·····	(263)
二 不当得利的归属·····	(270)
参考文献 ·····	(274)
一 著作类·····	(274)
二 论文类·····	(279)
三 英文类·····	(284)

导 论

债 与 责 任

——以中国民法典债法总则的存废为中心

中国民法典的制定，是 21 世纪中国法学界最令人振奋和最让人期待的一件大事。民法典的编排体例一直是民法学者所关注的头等问题，尤其是债法的结构，在学界早就掀起了轩然大波。首当其冲的就是源自《德国民法典》的传统债法体例到底是存还是废，债法从内容上来说是在民法典中不可缺少的一部分，债法是否必须由债法总则来统率？尤其是在大陆法系传统的民法典中。但在形式上如何安排债法的结构却是一个极有争议的话题。如果废除债法总则的话，债权债务的概念还要不要？如何保留？侵权行为法和合同法是否独立？如何独立？如何解决侵权责任法与绝对权请求权的关系？债法总则被废除以后，无因管理和不当得利制度的归宿在何方？这些都是迫切需要解决的问题。

债法总则无论是存还是废，都需要寻求理论基础的支撑。这个基础归根结底在于对以下两个问题的认识：第一，重新界定债的具体内涵和外延，厘清债权与请求权之间的关系；第二，如何认识债与责任的关系。因为这是两个直接关系到侵权行为法本质及地位的根本问题。侵权行为的本质与债是否具有同一性，决定了侵权行为究竟能否在债的大家族中有一席之地，从而在根本上决定了债法总则的存废。

由于受传统债法立法体例的影响，债权与请求权一向被同义使用，所有能够产生请求关系的，都被归入债法的范畴，债权在很大程度上被认为就是请求权。尤其在德国民法中，其关于债权与请求权的描述内容，除了关于“请求”所使用的动词有 *verlangen* 及 *fordern* 之别外，几乎完全一

样。通说认为，在请求权和债权之间不存在实质上的区别，有关债权的规定，可以准用于请求权。^① 由此显现出债权与请求权之间的密切联系，但二者并不能等同。首先，典型的请求权虽然产生于债权，但并不仅仅限于债权，例如在物权、知识产权、人身权等受到侵害时所产生的实体法上的或者程序法上的诉权，都被称为请求权。其次，虽然债权往往表现为请求权，但绝不仅限于此。债权除了表现为请求权外，还包括撤销权、抗辩权、代位权、抵销权、解除权、终止权、催告权等。再次，虽然在权利的行使或者保护的情形下，债权与请求权常常发生混用的情况，但债权与请求权也还是有各自独立的指称范围。比如在指称权利内容时，常常称之为债权；而在表示权利的行使或者保护的情形中，则习惯于用请求权。正是由于传统债的概念过于宽泛，导致债权与请求权的重叠，在许多应该使用请求权的场合使用了债的概念，债权与请求权之间剪不断理还乱的混乱局面完全可以通过以下方法来予以解决：将传统债的概念用请求权来替代，狭义的债则仅限于契约范畴。这种认识基于如下几个方面的理由：首先，从债的起源我们知道，债的概念是在契约诞生以后才出现的，其主要是为契约服务的，如果没有契约的出现，债也就没有产生的必要。因为在传统债的概念之下，除去契约，就是侵权行为、无因管理和不当得利，侵权行为属于私犯的范畴，可以通过私犯予以调整；无因管理在最初是属于拾得遗物范畴的；不当得利在罗马法也还没有形成统一的法律制度，通过不同的诉权制度也可以得到救济。只是由于契约理念不甚发达，意思自治原则尚未确立，必须通过一个附加的概念来达到约束当事人的目的，债的概念因此而诞生。所以债从其诞生的那一刻起便与契约有着紧密的联系。其次，从诸多的论述债法特征的表述中也可以窥见一些端倪，很多教材和专著在论述债的特征时都认为，债法是财产法、任意法、交易法，罗马法上的债具有强制性和财产性。^② 一看便知债法是以契约法作为参照对象的，与侵权行为、无因管理和不当得利都毫无关系，后三者与传统的债法显然属于一种“挂靠关系”。即便是存在债法总则的法典，其内容也主要是围

^① [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2000 年版，第 69 页。

^② 魏振瀛：《制定侵权责任法的学理分析——侵权行为之债立法模式的借鉴与变革》，《法学家》2009 年第 1 期。

绕合同，以至于债法总则也是以合同法为主导的，有学者甚至认为债法总则实质上就是合同法总则，有“挂羊头卖狗肉”之嫌。再次，从诸多学者对债权的认识也能够说明这一点，日本学者我妻荣在《债权在近代法中的优越地位》一书的序言中明确指出，债权是在人与人相互信用的基础上产生的。承认了债权制度，就可以使将来的给付预约变为现在的给付对价价值，用柯拉的话来说就是信用。债权在现代社会中所表现出来的权利欲和利息欲在今天都是经济目的，债权已不再仅仅是取得对物权和对物利用的手段，它本身就是法律生活的目的。最后，债在近现代所发生的变化也是以合同为中心的，比如债权物权化、债权证券化以及债的相对性的嬗变也主要是发生在合同之上的。所以，我们现在所说的债法现代化也主要集中于契约法的完善，就连德国债法改革也是以合同法中的给付障碍为中心的。^①

将狭义债的概念仅限于契约范畴具有如下几个优势：第一，有助于我们深化对债法的认识。如前所述，在讲述债法的特征时，常常以合同作为参照对象，这往往授人以柄，认为那些特征并不适用于其他债的形式，这在一定程度上影响了我们对债法的进一步探索，因为合同与侵权行为以及无因管理和不当得利除了具备形式上的共性之外，确实很难再找到其他的相似相通之点。一旦将债的概念限于契约范畴，也就没有这些顾虑，可以充分挖掘债法作为财产法在市场经济条件下应有的交易样态，促进债法现代化的实现。第二，将债的概念用于合同并限于合同，可以避免某些学者所担心的合同法总则中某些权利的表述难题，比如债权人代位权、连带债权、多数债权等概念，仍然可以顺当地在合同法总则中存在，合同法总则也就可以非常顺利地实现对债法总则的替代。至于侵权行为法中出现多数债权、连带债权债务如何处理，由于侵权行为在本质上就是责任，因此完全可以通过连带责任、按份责任来予以替代。第三，符合我国广大民众对债的理解。如前所述，我国自古以来对债的理解都是借贷关系，或者说是有钱债的，比如欠债还钱、父债子还等。将侵权人的责任承担认定为对受害人的债务，纯属于法律的硬性规定，不太好理解，而且将债与责任混为一谈。第四，将债的概念仅限于契约，也有助于侵权行为法名正言顺地

^① 朱岩编译：《德国新债法及官方解释》，法律出版社2003年版，第2页。

独立,使得合同与侵权行为之间的关系更加明晰,避免一方面在大张旗鼓地宣扬二者的区别,甚至是本质的区别,另一方面却又要面对在同一概念下共存的尴尬局面。第五,将债的概念仅限于契约,还有另外一个更为重要的意义,就是实现债权与请求权之间的区分。债权与请求权的关系一直是一个纠缠不清的问题,在德国法上,甚至认为债权与请求权是同一的,没有本质的差别,主要是因为债的概念适用范围过于广泛,最为重要的是将侵权行为所产生的请求权也归入债的范畴,以至于任何实体法上产生的请求权都可以称之为债。但从权利层次来说,请求权应该高于债权,债权只是产生请求权的原权利之一,也正因为如此,在我国出现了所谓的债权请求权的请求权^①如此别扭的概念。将债的概念仅限于契约,虽然债权人所享有的权利依然是请求权,但我们可以从逻辑上将之厘清,债权是请求权之一类,请求权是上位概念,债权就是债权,不至于再将债权与请求权混淆。至于广义债的概念,就没有必要再使用债,完全可以用请求权来替代,债的概念仅在狭义上使用,限于契约的范畴。

在传统民法中,债与责任二者是融为一体的,这种传统认识源自罗马法。罗马法上债的观念并未区别债务与责任,或者说并没有确立独立的责任概念,责任被后来居上的债的概念所包含。罗马法的这种传统被德国民法发扬光大,并随着德国民法的传播而成为大陆法系的一个重要特征,责任法一向被债法所包含,债法的这种立法体例需要检讨。债与责任不分的历史状态的形成是有其历史原因和理论原因的。随着法学理论的进一步发展和现实生活的需要,债与责任应该从融合走向分离。债与责任的分离必然导致合同法与侵权法的独立。这其中还有一个至关重要的问题就是侵权行为所产生的到底是责任还是债。从日耳曼法的观点来看,债属于法的当为和应然,而责任则属于法的强制,这是我们在谈及债与责任的区别时经常使用的一个强有力的论据。除此之外,本文认为,侵权行为的本质应该是责任,而非债。除了债是当为、责任是强制这一区别之外,侵权行为无论是从其起源还是从历史发展来看,其在本质上所产生的都应该是责任,而非现代意义上的债。所以债与责任的分离所导致的债法总则的废除并非仅仅是出于立法技术的考虑,而是由侵权行为的本质所决定的。

^① 魏振瀛:《论请求权的性质与体系》,《中外法学》2003年第4期。

在传统民法中，合同、侵权行为、无因管理和不当得利这四个互不相干的行为与事实之所以能够同处于债法的体系之下，王泽鉴先生给出了很好的解释。他认为，契约、无因管理、不当得利、侵权行为之构成要件、指导原则和社会功能各有不同，不足以作为债之关系的构成要素，其所以构成债之关系的内在统一性者，乃其法律效果之形式相同性，即在形式上相同的法律效果，一方当事人得向他方当事人请求特定给付。^① 这种所谓的形式共同性就是债的相对性。债的相对性是指合同主要在特定的合同当事人之间发生法律效力，只有合同当事人一方能够基于合同向对方提出请求或者提起诉讼，而不能向与其无合同关系的第三人提出合同上的请求，也不能擅自为第三人设定合同上的义务，合同债权也主要受合同法的保护。^② 债的相对性包括三个方面，即主体的相对性、内容的相对性、责任的相对性，其中最为关键的就是责任的相对性。因为所谓主体的相对性无非就是锁定权利义务的享有者和责任的承担者，而权利义务又是与责任密切相关的，权利义务作为法律关系的核心内容，是以责任作为保障机制的，可以说权利义务的相对性最终要落实到责任的相对性。在英国，合同的相对性是指合同项下的权利义务只能赋予当事人或者加在当事人身上，合同只对当事人产生拘束力，非合同当事人不能诉请强制执行合同。^③ 司法实践中，第三人可以享有合同赋予的权利，也可以承担合同内含的义务，但一直受到限制的就是第三人能否享有申请执行合同的权利，这种权利在实质上就是责任承担主体的问题。所以，合同的相对性很大程度上就是责任的相对性。如果责任的承担主体一旦突破相对性的限制，那么，所谓债的相对性也就名存实亡了。

然而，近现代以来，随着市场经济的发展，交易日益复杂，交易的关联性和交互性也逐渐增长。债的相对性在不断地被“修正”或者被“突破”。比如债的保全、涉他契约、附保护第三人作用的契约、第三人侵害债权等，这其中有的是为了给债权以更好的保护，比如债的保全、第三人侵害债权等；有的则是适应社会经济的发展需要，为了缩短交易过程或者

① 王泽鉴：《民法学说与判例研究》（5），中国政法大学出版社1998年版，第90页。

② 王利明：《论合同的相对性》，《中国法学》1996年第4期。

③ 沈达明编著：《英美合同法引论》，对外贸易教育出版社1993年版，第205页。

提高交易效率，比如涉他契约中的利他契约或者由第三人负担的契约；有些则是为了方便责任的承担，比如为了解决产品责任问题而在德国兴起的附保护第三人作用的契约。上述制度的创新无论是基于何种出发点，都最终涉及责任的承担问题。而且责任的承担者与义务的承担者都存在不同程度的分离，所以债的相对性的突破为债与责任的分离提供了现实基础，或者说债与责任在本质上的分离性为债的相对性的突破提供了理论支持。债法得以维系的根本理由就在于形式的共同性，一方当事人得向另一方特定的当事人请求给付，而债的相对性在大陆法系和英美法系同时发生了突破，且这种突破并不只是偶然发生，而是逐步上升为一项原则，债的形式共同性已经不复存在，那么，我们是否还有必要去维持这一虚幻的形式呢？

因此，债的形式共同性已经发生了嬗变，已不足以维系整个债的体系。其实，侵权行为和合同虽都在形式上表现为一方对另一方的请求关系，但其赖以存在的理论基础是不一样的，合同相对性的理论基础是意思自治原则，而侵权行为所产生的特定当事人之间的请求关系则是责任自负原则的体现。虽然两者在形式上相同，但其内涵是不一样的。

笔者将从债在近现代以来所发生的变化以及债与责任的关系入手，分析论证债权与请求权之间的关系，在对合同法和侵权行为法之间的关系进行实证考察的基础上，认为债法总则应予以废除，合同法和侵权行为法各自独立，不当得利在本质上与损害赔偿具有一致性，共同构成对积极损害和消极损害的救济，具有功能互补性，二者应共同作为责任方式并列规定于责任法之中。无因管理和委任合同不仅在双方当事人所享有的权利和承担的义务方面具有极大的相似性，他们之间的差别也不是根本性的，只要事实构成符合无因管理，本人与管理人之间的关系完全就可以比照委托合同的规定处理。而且将无因管理归入委任合同之中还可以免除无因管理适用法律的困难性，所以，在委任合同中安置无因管理将是无因管理制度的最佳归宿。

第一章

债的重新解读

第一节 债的起源与历史发展

一 债的起源

对于债的概念，我们并不陌生。一般认为，债是特定主体之间请求为特定给付行为的一种法律关系。^①但对于该概念的产生背景或者说起源，则非常值得考证。据罗马法学家和法律史学家的考证，主要有以下三种认识：第一种以朱佩塞·格罗索为代表。他对债的起源是从商品经济中的信用关系谈起的，他认为债最初表现为两种形式。一是债务协议，在债务协议中需规定关于人身自我解脱的条款，这就意味着为保障债的履行而对人实行可以解除的扣押；二是原始的誓约，格罗索认为原始的誓约是债的起源的最典型的形式。原始的誓约同其他形式一样，须履行担保的手续，只不过由他人担保发展到可以以自己的人身作担保。格罗索明确指出：债有着上述起源，它保留着为履行给付责任而设置抽象的潜在约束的元素，它的逻辑结果就是对债务人人身执行。只是到后来，以财产承担责任取代了以债务人的人身承担责任的作法。债的产生均同后来发展为契约之债的债形式交织在一起。只是到了第二个发展

^① 王家福主编：《中国民法学·民法债权》，法律出版社1991年版，第1页。

时期，从另一个角度发展起来的私犯才被归结为债的渊源。^①很显然，格罗索认为债是起源于契约的，私犯只是后来才被归入债的范畴。第二种以梅因为代表。梅因在其《古代法》一书中对契约之债的起源与发展过程作了详细分析。梅因认为：古代法特别使我们看到粗糙形式的和成熟时期的契约间存在着很远的距离。在开始时，法律对于强迫履行一个允约，并不加以干涉。罗马法学家关于“合意”的分析，是他们智慧最美丽的纪念碑。他们把“债”和“协议”或“合约”在理论上加以分开。一个“合约”是个人相互间同意的极端的产物，它显然还不构成一个“契约”。它最后是否会成为一个“契约”，要看法律是否把“债”加上。一个“契约”是一个“合约”（或“协议”）加上一个“债”。在这个“合约”还没有附着“债”的时候，它被称之为空虚合约。“债”是法律用以把人或集体的人结合在一起的“束缚”或者“锁链”。“债”或“法锁”就是订立契约的法定程序，当事人的合意或者协议遵守了一定手续，“契约”就成立了，“法锁”就形成了。按照历史发展顺序，契约可以分为口头契约、文书契约、要物契约和诺成契约。口头契约必须经过一种专门的术语，通过一问一答的形式进行。文书契约或书面契约是通过把确定的欠款数目登入一本总账的借方的方式完成。要物契约是以送达一种特殊物件为目的，送达必须确实发生，法定程序完成之时，就是“合意”或者“协议”成为“债”之时，这时的“合意”或者“协议”才具有法律效力。“诺成契约”的特点是：从“合约”中产生“契约”，无须任何手续，古代“契约”法的革命就完成了。^②从梅因有关债的意义和作用的论述中可以很明显地发现他认为债是服务于契约的。第三种观点以彼德罗·彭梵得为代表。他指出，债的特有构成要件是对某一主体的法律约束。罗马债起源于私犯的罚金责任；契约责任在初期是从属于这一概念的。无论是小偷还是借贷人均以自己的人身负责并陷于受役状态。后来，法律规定首先应当要求支付“罚金”或者“债款”，只有当债务人的财产不能给付或者清偿时，权利人才能通过执行方式对

^① [意] 朱塞佩·格罗索：《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社1994年版，第115—116页。

^② [英] 梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1959年版，第177—190页。

其人身采取行动，直到此时，债才第一次获得了新的意义。从此，诉讼和清偿的标的变成了罚金和钱款，而不再是人身。^①

上述三种关于债的起源的不同学说，可以归纳为两类。一类认为，债的概念起源于私犯，以彼得罗·彭梵得为代表；另一类认为债的概念起源于契约，以格罗索和梅因为代表。但现在通说认为，债起源于罗马法中对私犯的罚金责任。对于这个结论却没有给予任何论证。笔者对此并不能苟同。首先，我们来看一下罚金责任的演变过程。罚金责任产生于罗马人对私犯行为的制裁，罗马人对致人损害行为的制裁的演变过程与其他各民族相似，都经历一个自由报复—同态复仇—赎罪金这样一个演变过程。所谓“赎罪金”制度，就是由行为人对受害方给付一定的金额作为补偿，仍具有同态复仇的痕迹。^② 罗马法上对于私犯的损害赔偿，并不限于赔偿实际损失，赔偿额可以相当于损失额的1—4倍。罗马法学家解释：称其中的1份是赔偿私犯所造成的损失，其余的部分则是具有罚金性质的，依旧保留着旧时赎罪金的痕迹。所以，罗马法上的罚金责任最直接的制度根据就是赎罪金，从赎罪金的产生目的来看，也只是一种承担责任的方式，罚金责任成为赎罪金制度的具体体现。我们从中并不能看出罚金责任与债的概念之间有任何必然联系。其次，从罚金责任的适用范围来看，其也并不是仅仅适用于债法领域，而是作为全部法律的责任形式存在的，很难说罚金责任就是债的源头，如果要在历史长河中对罚金责任给予一个准确的定位，与其说是债的源头，不如说是整个责任法的元老，尤其是民事责任的开创者。再次，从产生债的概念的必然性来看，在契约产生以前，是不可能也不必要产生债的概念的，所以债的概念的产生是与契约紧密联系在一起。正如朱塞佩·格罗索所认为的，债最初的两种表现形式，一是债务协议，二是原始誓约。人身为债的履行承受着实际的责任约束，原始的誓约同其他誓约形式一样，担保是

^① [意] 彼得罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1992年版，第284—285页。

^② 周相：《罗马法原论》，商务印书馆1994年版，第843页。

基本的手续，由起初的他人担保，发展到以自己的人身作担保。^①他还进一步指出，债有着上述起源，它保留着为履行给付责任而设置抽象的潜在约束的概念，它的逻辑结果就是债务人躯体的执行。只是在后来，以财产承担责任的作法取代了以债务人的躯体来承担责任。^②因此，罚金责任只是债务不履行时责任承担形式的改变，债在此之前已经存在。那么所谓罚金责任是债的起源一说就没有道理了。最后，一般认为，罚金责任的产生赋予了债新的含义，因为罚金责任在罗马法上的作用是使对致害人的制裁由人身转换到了财产，如前所述，无论是小偷还是借贷人首先均以自己的人身负责并陷于受役状态，后来，法律规定首先应当要求支付“罚金”或者“债款”，只是当债务人的财产不能给付或者清偿时，权利享有人才能够通过执行方式对其人身采取行动。罚金责任使得债第一次获得了新的意义，即财产性意义。^③所谓新的意义，也就意味着债的概念在此之前就已经存在，才有所谓赋予其新的意义。所以硬将罚金责任与债的概念的产生扯上关系是没有依据的。一方面认为债起源于罚金责任，另一方面又认为罚金责任赋予其新的意义，自相矛盾，不言自明。

那么，到底是什么原因使得这种误解流传得如此广泛，却没有人对此提出质疑呢？原因可能在于以下几个方面。首先，在罗马法上，私犯的受害者按不同情况，有时可以提起“损失诉”，^④有时则可以提起“罚金诉”，有时则可以提起损失诉和罚金诉的“混和诉”，其中罚金责任就直接

① [意] 朱塞佩·格罗索：《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社1994年版，第115页。

② 同上书，第115—116页。

③ [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1992年版，第284页。

④ 损失诉，属于对物诉，该诉属于民事性质，目的在于赔偿损失，可以由受害人的继承人提起，也可以向加害人的继承人提起，甚至可以对占有人、持有人提起。加害人有数人时，其相互间应承担连带责任。但如果共犯之一死亡，其继承人则仅按其应分担额负责，不负连带责任。损失诉的主要目的在于补偿损失，故提起一诉就达到目的以后，即不得再提起他诉。在罗马法上，损失诉一般包括以下三类：物件返还诉、交出物件诉、请求返还窃物诉。