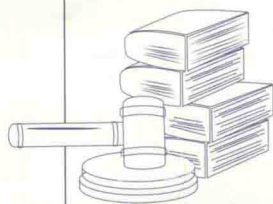


侵权责任法中的 受害人同意研究



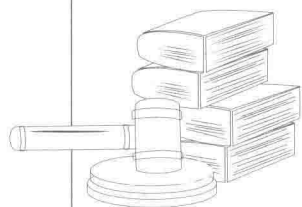
A STUDY ON THE VOLENTI NON FIT INIURIA

● 李 超◎著

INIURIA

 中国政法大学出版社

侵权责任法中的 受害人同意研究



A STUDY ON THE VOLENTI NON FIT INIURIA

● 李 超◎著

 中国政法大学出版社

2017·北京

声 明

1. 版权所有，侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

侵权责任法中的受害人同意研究/李超著. —北京：中国政法大学出版社，2017.9
ISBN 978-7-5620-7739-8

I. ①侵… II. ①李… III. ①侵权行为—民法—研究—中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第219872号

- 出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908524(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 720mm×960mm 1/16
印 张 15
字 数 246 千字
版 次 2017 年 9 月第 1 版
印 次 2017 年 9 月第 1 次印刷
定 价 42.00 元

| 自序 |

依照十八大制定的立法规划，我国计划于2020年完成民法典的制定。2017年全国人大已经完成了《民法总则》的制定，为民法典的完成迈出了第一步，而其他各编也在紧锣密鼓地进行。就民法典的编纂而言，一个不容忽视的问题，也是侵权责任法制定过程中悬而未决的问题，就是受害人同意。

众所周知，在侵权责任法制定过程中，围绕是否制定受害人同意，我国理论界和立法者都存在较大的分歧，最终立法者认为该问题过于复杂，留待理论界继续研究。时光如梭，将近十年快要过去了，在未来的民法典制定中，是否规定受害人同意，如何规定受害人同意，对侵权责任编、对民法典而言都将是非常重要的议题，同时也是一个非常值得关注的问题。

笔者对受害人同意的关注始于几年前中国发生的一系列与受害人同意相关的案件，如2007年的肖志军案，之后的煤矿生死状案以及曾在网上掀起轩然大波的人跪狗案，这些案子都“挑逗”着中国人紧绷的道德神经，也将人们的视线转向了作为道德底线的法律。上述问题看似简单，但汹汹的舆论却表明人们的态度并不一致。这种舆论的分裂暗示着，受害人同意看似简单，但如何将其落实则充满挑战。抛开这些实践不谈，受害人同意理论本身也有一系列悬而未决的问题。

从历史角度而言，纵观国内文献，一般认为受害人同意理论源于法谚 *volenti non fit iniuria*，进一步的研究认为该理论可以追溯至古罗马法学家乌

尔比安 D. 47. 10. 1. 5 的论述, 但乌尔比安提及的 *iniuria* 是私犯侵辱, 在罗马法中是一种与阿奎利亚法并列的私犯, 只是众多私犯中的一种。由此产生的疑问是, 在罗马法中, 受害人同意是一个具体的规则, 仅适用于私犯侵辱, 还是像我们现代法一样, 受害人同意是一个普遍的规则, 除了侵辱, 在其他领域中也得到了普遍的认可? 如果不认可, 那它是如何突破适用的范围限制, 在历史演化中扩展为现代侵权法中的原则之一? 如果受害人同意可以追溯至古罗马时代, 那在之后的年代, 特别是历史中的各个不同时期, 其经历了什么? 这些年代中它的内涵外延是否与我们现代的认识相同, 如果不同, 有哪些不同, 原因是什么? 最后, 尽管该法谚在各个时期都是研究的重点, 即使在现代各国法学理论和司法实践中也受到广泛的重视, 但为什么在法典化的过程中, 却鲜有国家将其明确地纳入法典中, 其原因是什么?

从法律技术的角度来看, 尽管受害人同意受到了广泛的承认, 但不同法系甚至同一法系的不同国家之间对其认识也存在巨大的分歧: 在英美法系中, 受害人同意是合法有效的抗辩条件, 禁反言原则可以作为其理论支撑; 在大陆法系中, 德国人认为其从根本上排除了行为的违法性, 而法国人则认为是过错竞合。由此可见, 各个国家都有不同的认识, 哪种认识更为合理, 更为可取, 对中国的立法又有何种影响? 由以上问题可以引出更为重要的一面, 即在没有现代意思自治理论的古罗马时期, 受害人同意的理论依据是什么?

从法学实践的角度来看, 受害人同意与合同法上的免责条款关系如何? 区别是什么? 与自担风险的关系如何? 其主体、构成要件、能否撤销、表示瑕疵时的效力及其救济措施是什么? 同意的性质是什么, 是法律行为、事实行为、准法律行为还是意思表示?

总之, 如何将受害人同意这样一个抽象的理论运用到一个具体的案件中, 如何在现有的法律体系下进行法律解释和运作, 理论界仍存在不少争论。正是上述这些问题, 笔者对受害人同意产生了浓厚的兴趣, 并在斯巴尼教授和费安玲教授的鼓励下, 选择受害人同意作为自己的研究方向。

简单的研究表明, 受害人同意可以追溯至古罗马时代, 有着上千年的历史。在不同的历史时期, *volenti non fit iniuria* 都吸引了当时最优秀的法学家的关注, 他们都投身于对该理论的研究。当然, 总的而言, 循于法律

研究的技术，早期的研究并不精细，但随着 19 世纪以来法学的发展，特别是法律行为、过失相抵等法律理论的诞生，受害人同意也得以快速发展，而在最近的研究中，*volenti non fit iniuria* 又与自主决定权相关联，被赋予了新的含义。

只要回顾受害人同意的发展历史，就会发现这一看似简单的问题，却几乎见证了人类法学发展的各个阶段，也见证了法学的历次革命性发展，可以说每当出现一个新的法律理论，人们总是愿意将其应用于受害人同意——法律行为如此，过失相抵如此，自甘冒险如此，自我决定权也是如此。正是由于这一背景，受害人同意涉及多个民法理论，法律行为、免责条款、违法性、过错、意思表示、代理、撤回等，在受害人同意中都有涉及。此外，*volenti non fit iniuria* 作为古老法谚，大陆法系和英美法系对其都给予了认可，但其在不同国家走上了不同的发展路径，带来的结果就是理解的差异。正是以上原因，无论是从研究内容还是从研究广度而言，受害人同意的研究都是一项充满挑战的任务。

尽管本书完成了，但笔者深知这只是一个初步的研究，还有很多资料有待发掘，很多问题有待探讨。而笔者能力有限，在写作过程中难免有所疏漏和错误，还请各位同仁指正。

李 超

2017 年 4 月 20 日

| 目 录 |

自序	I
第一章 受害人同意的历史演化	1
第一节 罗马法中的 <i>volenti non fit iniuria</i>	1
一、D. 47. 10. 1. 5 片段分析	1
二、保罗关于 <i>volenti non fit iniuria</i> 的论断	12
三、 <i>volenti non fit iniuria</i> 在不法损害责任中的适用	14
四、小结	19
第二节 中世纪法中的 <i>volenti non fit iniuria</i>	21
一、注释法学派	21
二、评论法学派	23
第三节 近代理论研究中的 <i>volenti non fit iniuria</i>	25
一、古典自然法学派	25
二、 <i>volenti non fit iniuria</i> 在英国的发展	29
第四节 近现代民法中的 <i>volenti non fit iniuria</i>	34
一、法典外的 <i>volenti non fit iniuria</i> ——以法国和德国为代表	34
二、法典中的 <i>volenti non fit iniuria</i>	37
三、小结	40

第二章 受害人同意的基础理论	41
第一节 <i>volenti non fit iniuria</i> 的概念	41
一、 <i>volenti non fit iniuria</i> 的翻译	41
二、 <i>volenti non fit iniuria</i> 的现代法表述	44
三、小结	57
第二节 <i>volenti non fit iniuria</i> 的理论基础	59
一、侵权责任中的受害人同意类型	59
二、作为正当化事由的受害人同意	62
三、小结	72
第三章 受害人同意的生效要件及效力	75
第一节 同意的性质	75
一、受害人同意的法律性质	75
二、小结	81
第二节 同意的主体	84
一、同意人的界定	84
二、同意能力	86
三、受害人同意与代理	92
第三节 同意的相对人	98
一、同意相对人的界定	98
二、同意的相对人是否应当具有责任能力?	99
三、行为人为数人时的责任承担	102
第四节 同意的对象	104
一、加害行为还是损害结果?	104
二、风险	107
三、对自甘冒险独立性的再探讨	110
四、余论	113
第五节 同意生效的形式要件	114
一、同意的形式	114
二、同意的时间	119
三、同意的撤回	121

四、附条件、附期限的同意	123
五、同意人对同意的对象具有处分权	125
第六节 受害人同意的效力	132
一、各国立法的比较	132
二、理论界的观点	133
三、民刑交叉案件中的受害人同意	134
四、对同意相对人表示不实施加害行为后又实施加害行为的探讨	136
 第四章 同意的推定	138
第一节 推定同意	139
一、推定同意的概念	139
二、推定同意的效力	142
三、推定同意的生效要件	147
第二节 假想同意	148
一、假想同意的效力	148
二、理论界的研讨	149
三、对现有理论的反思及对可能的构建路径的探讨	151
四、假想同意的生效要件	157
第三节 假想不同意	158
一、问题的提出	158
二、罗马法的解答	158
三、现代学者的解读	162
四、民法领域可能的构建路径	164
 第五章 结论	165
第一节 受害人同意的基础理论	165
一、受害人同意理论构建的视角类型	165
二、不同视角下的制度构建	167
三、小结	171
第二节 受害人同意的生效要件	171
第三节 我国法律语境下受害人同意法律效力的构建	174

一、可能的构建路径	174
二、对以上各种路径的评析	176
第四节 受害人同意与免责事由	178
一、免责事由、抗辩事由、正当化事由、阻却违法事由	178
二、法定免责事由、非法定免责事由	181
第五节 受害人同意与相关概念辨析	183
一、受害人同意、受害人承诺和权利人同意	183
二、受害人同意与免责条款	184
三、受害人同意与自甘冒险	188
四、自甘冒险和与有过失	190
第六节 受害人同意的立法政策	195
一、未来立法有必要规定受害人同意	196
二、受害人同意是规定在刑法中还是规定在民法中	198
三、是规定在总则部分还是规定在分则部分	200
四、立法模式的选择	203
 结 语	 205
 参考文献	 207
 后 记	 231

第一章

受害人同意的历史演化

Volenti non fit iniuria 是一个古老的法律格言，其基本含义是指某人同意了他人对其实施的伤害行为，那么之后就不能再针对该行为提起诉讼。现代侵权法理论一般将其作为一种免责或者减责事由。在侵权责任法立法过程中学者也试图将其纳入我国的侵权责任法体系，但最终因为分歧巨大而未被立法者所采纳。值得注意的是，虽然 *volenti non fit iniuria* 是两大法系共有的理论之一，但其在两大法系有着完全不同的含义，^{〔1〕} 因此尽管学者谈的都是 *volenti non fit iniuria*，谈的却可能是两个不同的问题。值得庆幸的是，无论英美法还是大陆法上的 *volenti non fit iniuria*，二者都来源于罗马法，因此通过罗马法来还原其原貌，考察其在两大法系中不同的演变过程，或许可以帮助我们弥合理论上的分歧，理解其在法律体系中的作用和地位。

第一节 罗马法中的 *volenti non fit iniuria*

一、D. 47. 10. 1. 5 片段分析

一般认为，法谚 *volenti non fit iniuria* 最早可以追溯至古罗马法学家乌尔比安，其在巨著《告示评注》第 56 卷“关于侵辱”编，即优士丁尼《学说汇纂》D. 47. 10. 1. 5 中写道：

〔1〕 关于 *volenti non fit iniuria* 具体对应受害人同意和自甘冒险的哪种理论，学者之间的认识并不一致。英美法系区分受害人同意和自甘冒险，认为二者并不相同，法谚 *volenti non fit iniuria* 一般适用于自甘冒险；大陆法系的德国一开始并未区分受害人同意和自甘冒险，二者都属于受害人同意的范畴，后来理论将二者予以区分，有学者认为该法谚对应于受害人同意，有学者认为对应于自甘冒险，学者对此存在争议。由于该问题较为复杂，留待后文专门展开。

D. 47. 10. 1. 5 Usque adeo autem iniuria, quae fit liberis nostris, nostrum pudorem pertingit, ut etiamsi volentem filium quis vendiderit, patri suo quidem nomine competit iniuriarum actio, filii vero nomine non competit, quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat.

在该片段中, 乌尔比安告诉我们: 对我们子女实施的侮辱行为也会影响到我们的名誉: 如果一个人按照家子的意愿将该家子出卖, 他的父亲仍然可以自己的名誉受损为由而对出卖人提出侮辱之诉, 但却不能以家子的名义提起该诉讼, 因为按照被侮辱人的意愿实施的侮辱是不存在的。^[1]

读完该片段, 我们至少可以提出三个问题:

首先, 我们知道, 在奴隶制社会中, 自由人和奴隶有着天壤之别, 而乌尔比安在该片段中讨论的案件却是一个自由人自愿成为他人的奴隶, 这是笔误, 还是真的存在? 如果是真的, 那么一个自由人何以会自愿“沦落”为他人的奴隶? 其目的究竟如何?

其次, 在该片段中, 乌尔比安告诉我们, 家子允许自己被作为奴隶出卖将使其家父可以提起侮辱之诉, 但被卖的家子却无权通过诉讼获得救济。而之所以如此, 乌尔比安给出的理由是, 对我们子女的侮辱行为也会影响到我们的荣誉。如果沿着这个逻辑, 我们得到的结论当然是“对我们子女的侮辱行为”是“我们荣誉受损”的前提条件。质言之, 如果我们的子女没有受到侮辱, 那我们的荣誉也就不存在受损的情况。由此我们可以质问的是: 在该片段的结尾, 乌尔比安以“按照被侮辱人的意愿实施的侮辱是不存在的”为由否决了家子提起侮辱之诉的权利, 这意味着其事实上认为家子并没有受到侮辱, 那依照我们之前所分析的逻辑, 他理应也否决家父的侮辱之诉才对, 但其为何没有否认, 反而肯定了家父的侮辱之诉呢? 这是不是自相矛盾了, 是不是有逻辑错误?

最后, 即便我们忽略前面两个问题, 那至少值得讨论的是, 为什么在乌尔比安看来, 受害人的同意可以阻却侮辱之诉的提起, 其理由是什么? 根据是什么?

[1] 由于 *iniuria* 一词含义广泛, 不同的语境往往会有不同的含义, 如徐国栋教授将其理解为不法侵害、侮辱等, 而黄风教授将其译为侮辱。就该片段而言, 笔者倾向于采侮辱含义。参见 [意] 桑德罗·斯奇巴尼选编: 《民法大全选译·债·私犯之债和犯罪》, 徐国栋译, 中国政法大学出版社 1998 年版, 第 95 页; [意] 彭楚得: 《罗马法教科书》, 黄风译, 中国政法大学出版社 2005 年版, 第 310 页。

由以上三个问题可见，D. 47. 10. 1. 5 看似平淡，但其背后却隐含了很多的问题，而如果我们认为 *volenti non fit iniuria* 源自乌尔比安的该片段，那么需要强调的是，如果该片段果真“有误”，那我们岂不是在跟着一个错误的逻辑？然而事实究竟如何呢，是否真的存在错误呢？下面笔者试析之。

（一）自由人自愿出卖自己为奴隶，笔误还是事实？

在古罗马时期，人类被人为^[1]地分为自由人和奴隶，二者有着截然不同的政治、经济和社会地位，^[2]因此一个自由人如果被他人视为奴隶，可以说是一种极大的侮辱，事实上罗马法规定最大的人格减等即是从自由人沦为奴隶。在乌尔比安生活的年代，自由人买卖原则上是非法的，^[3]而片段 D. 47. 10. 1. 5 中的家子正是一个自由人。因此本案中的家子，并不仅仅是按照自己的意愿被出卖那么简单，其隐藏的信息是，该家子是被作为一个奴隶来出卖，即家子明知自己是一个自由人，却同意或允许他人把其当做一个奴隶出卖，这才是片段中提及的案件事实。尽管这听起来有点荒唐，甚至有点难以置信，但在罗马社会中，这似乎并不少见，事实上，根据 D. 28. 3. 6. 5^[4]片段的记载，古罗马社会中至少存在着分享价金买卖和管理他人事务买卖两种形式：

D. 28. 3. 6. 5: Ulpianus 10 ad sab. Irritum fit testamentum, quotiens ipsi testatori aliquid contigit, puta si civitatem amittat persubitam servitutem, ab hostibus verbi gratia captus, vel si maior annis viginti venum se dari passus sit ad actum gerendum

〔1〕 尽管古罗马社会中的确存在自由人和奴隶之分，但很多受到自然法影响的古罗马法学家认为自然法上人都是一样的，只是在制定法上，人被分为自由人和奴隶。参见〔意〕彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社2005年版，第24~27页。

〔2〕 I. 1. 3. 1pr; D. 1. 5. 5.

〔3〕 Vanzetti, *Vendita ed esposizione degli infanti da Costantino a Giustiniano*, in *SDHI*, Vol. 49, 1983, p. 187ss.

〔4〕 D. 28. 3. 6. 5. 值得注意的是，在 D. 28. 3. 6. 5 中，乌尔比安已经提到管理他人事务买卖，但学者普遍认为该片段并非原文，而是《学说汇纂》编者篡改的产物。对这种观点的论述，Reggi 做了详细的整理，See Roberto Reggi, *Liber homo bona fide serviens*, Milano, 1958, p. 318, nt. 65. 所谓编纂的产物（*interpolazione*），是罗马法研究中的一种方式。在很长一段时间内，人们对优士丁尼《国法大全》中的罗马法片段不加区别地直接使用，不去考虑每个法学家所处的社会环境和历史背景，也不去考虑是否是“真迹”的问题。后来一些罗马法学者研究认为，《国法大全》的编纂者们在筛选古罗马法学家的著作时，为了与优士丁尼时代的生活相适应，或者符合优士丁尼时代的法律，在编入国法大全时可能篡改了原来的文献；有时增加了一些内容，有时删减了一些内容，有时是将不同的内容拼接起来。因此，我们看到的罗马法《学说汇纂》虽然看似是古罗马法学家的言论（如片段中是乌尔比安），但该内容却有可能是编纂者借该法学家之口来表达自己的观点。

pretiumve participandum.

需要注意的是, D. 28. 3. 6. 5 同样摘自乌尔比安《告示评注》, 这与 D. 47. 10. 1. 5 摘自同一著作。然而有意思的是, 尽管乌尔比安在 D. 28. 3. 6. 5 中明确提及了两种自由人买卖的方式, 但在片段 D. 47. 10. 1. 5 中却仅是泛泛而谈, 并未明确自由人买卖属于哪种情况。由此产生的疑问是: 乌尔比安在 D. 47. 10. 1. 5 中, 究竟谈的是哪种情形? “*quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat*” 这一规则, 究竟是有所特指, 还是对所有的自由人买卖都适用? 为了解决这些疑问, 我们首先需要了解古罗马社会中自由人出卖自己的情况。

1. 分享价金买卖

在罗马法中, 关于出卖自由人的情况, 法律的规制经历了一个漫长的过程。众所周知, 从公元前 3 世纪, 罗马共和国开始向四周扩张, 随着征服战争的不断胜利, 罗马共和国获得了大量的奴隶, 这使得奴隶充斥社会生活的各个角落, 成为经济运行必不可少的成分。此时, 奴隶市场繁荣发展, 奴隶的获得并不难。但值得注意的是, 罗马社会等级森严, 依照古老的“艾博亚法”,^[1] 罗马自由人不能沦为其他自由人的奴隶, 如果这样不幸的事情发生了, 那么任何人都可以针对该自由人提起恢复自由之诉, 待裁判官查明后, 将重新恢复其自由人的身份。该制度无疑对保障自由人的权利有着重要的意义, 但同时也给某些不法之徒留下了钻法律漏洞的空间: 在罗马社会, 尽管人被分为自由人和奴隶, 但二者表面上并无明显区别, 这就给了人们利用法律谋利的机会, 而分享价金买卖 (*vendere ad pretium participandum*) 也正由此而来。

所谓分享价金买卖, 是指一个自由人假装自己是一个奴隶, 然后由他的一个朋友将其作为奴隶出卖, 过了一段时间之后, 另一个朋友就会出面指认该“奴隶”是自由人, 并向法官申请恢复其自由身份, 在其恢复自由后, 该自由人与其朋友分享价金。

起初, 假扮奴隶出卖自己的事例并不多, 但在经历了公元前 1 世纪的数次动荡后, 罗马的社会和经济受到重创, 奴隶开始减少, 随之而来的是奴隶的价格越来越高, 这给假扮奴隶的欺诈活动提供了相当的获利空间。在利益的驱使下, “分享价金买卖”在帝国逐渐增加, 甚至开始影响到帝国的社会秩序。在这一背景下, 分享价金买卖引起了统治者的注意, 统治者着手对其进

[1] 该法废除了所谓的债务奴隶制度, 宣称一个罗马人不能成为另一个罗马人的奴隶。

行规制。一般认为,根据 D. 40. 14. 2pr 的记载,历史上第一个对分享价金买卖进行规制的是哈德良皇帝,^[1]在该片段中,古罗马法学家 Saturnino 记载了哈德良皇帝的一个谕令。该谕令规定:

如果一个人明知道自己奴隶并且自愿将自己作为一个奴隶出卖,那么之后如果有人提起恢复自由之诉,且被卖的自由人返还了相应的价金,可以恢复其自由人的身份^[2]。

哈德良皇帝的规定具有重要的意义,因为他首次对这一现象作出规范,并明确将“分享价金”作为否决恢复自由之诉的要件。质言之,在该谕令颁布之前,一个自由人明知自己是自由人却同意自己被作为一个奴隶卖掉,即便其分享了价金,那么仍可通过恢复自由之诉恢复自由人身份,而随着哈德良皇帝谕令的颁布,相同情况下裁判官将否决其恢复自由之诉。由此导致的结果就是,尽管其在法律上是一个自由人,但其事实上将处于奴隶的状态。

尽管如此,哈德良皇帝仍保留了当事人恢复自由的机会,即返还价金,这体现了哈德良的仁慈^[3]。

然而,哈德良皇帝的谕令并未解决问题,特别是随着帝国人口的下降,奴隶变成了稀缺资源,购买人在对奴隶的渴求下,已经顾不得对奴隶本身进行深入调查,这也使得自由人假装奴隶出卖的勾当变得日益猖獗^[4]。最终,在公元 2 世纪,帝国的统治者开始重视分享价金买卖这一社会现象,为了惩罚那些为了获利而欺诈的人,公元 3 世纪的某个年代,原有的规则被彻底改变。根据 D. 1. 5. 5. 1 的记载,在这一时期,如果一个年满 20 岁的自由人

[1] 也有学者认为对分享价金买卖的讨论最早可以追溯至昆图斯·穆齐·斯凯沃拉,但最近的研究对该理论予以批判,将分享价金买卖的规制追溯至哈德良皇帝时代。Roberto Reggi, *Liber homo bona fide serviens*, cit., pp. 311 ~ 312, nt. 47; O. Robleda, *Il diritto degli schiavi nell'antica roma*, Roma, 1976, pp. 37 ~ 38; Lucio de Giovanni, *Per uno studio delle institutiones di Marciano*, in *SDHI*, Vol. 49, 1983, p. 102. 另外,对分享价金买卖的记载,罗马法文献中并不少见,相关记载可参见 D. 40. 12。

[2] D. 40. 14. 2pr; Saturn. 1 de off. procons. *Qui se venire passus esset maiorem, scilicet ut pretium ad ipsum perveniret, prohibendum de libertate contendere divus hadrianus constituit; sed interdum ita contendendum permisit, si pretium suum reddidisset.*

[3] 这种仁慈是与后世的规定相比较而言的。在下文中我们看到,同样是分享价金买卖,哈德良皇帝给被卖的自由人保留了恢复自由人的机会,但根据 D. 1. 5. 5. 1 的记载,在公元 3 世纪时,无论是否返还价金,被卖的自由人都将沦为奴隶。

[4] Lucio de Giovanni, *Per uno studio delle institutiones di Marciano*, cit., p. 102.

自愿将自己出卖,并且与他人分享了价金,那么其将沦为奴隶^[1]。质言之,其不仅在事实上成为奴隶,而且在法律上成为奴隶,并且无论其是否返还价金,都将沦为奴隶。由此,分享价金买卖正式成为奴隶的一种来源。

从 D. 40. 14. 2. pr 和 D. 1. 5. 5. 1 可以看出,在乌尔比安生活的年代,自由人分享价金买卖这一社会现象已经存在,而且为许多罗马法学家所探讨。^[2]

2. 管理他人事务买卖

值得讨论的是管理他人事务买卖的情形。所谓的管理他人事务的买卖是指一个自由人明知自己的自由人身份,但为了管理他人事务的目的,同意他人将自己作为奴隶出卖。尽管在 D. 28. 3. 6. 5 中,乌尔比安将管理他人事务的买卖与分享价金买卖区分开来,并且将二者相提并论,但多数学者^[3]对该片段的真实性表示怀疑,他们认为该片段并非乌尔比安的原文,而是优士丁尼的编纂者们对乌尔比安的原文进行的添加。事实上,最近的研究认为,所谓的管理他人事务买卖制度应追溯至乌尔比安之后的君士坦丁时代^[4]。因此,更可能的情况是,在乌尔比安生活的年代,尚不存在管理他人事务买卖制度,因此乌尔比安也不可能去探讨所谓的管理他人事务买卖。

回到 D. 47. 10. 1. 5, 乌尔比安所讨论的是哪种情形? 对此,其并没有明确说明。似乎我们应当认为其谈论的是分享价金买卖。然而,需要注意的是,无论是从构成要件,还是从法律后果来看,分享价金买卖在古罗马法中是一种非常特别的情况,因此,笔者认为,如果乌尔比安探讨的真的是分享价金买卖,那么其不可能不予以强调和明确^[5],而在本片段中,没有任何言辞与分享价金存在关联,据此,笔者认为乌尔比安讨论的并非某种特定的情况,

[1] D. 1. 5. 5. 1 Marcianus 1 inst. *Servi autem in dominium nostrum rediguntur aut iure civili aut gentium; iure civili, si quis se maior viginti annis ad pretium participandum venire passus est; iure gentium servi nostri sunt, qui ab hostibus capiuntur aut qui ex ancillis nostris nascuntur.*

[2] See D. 40. 12. 33.

[3] U. Coli, *Saggi critici sulle fonti del diritto romano. I. Capitis deminutio*, Firenze, 1922, p. 16, ora in *Scritti di diritto romano, I*, Milano, 1973, p. 164. 这种观点得到了不少学者的认同,如 U. Ratti, *Studi sulla captivitas. I. Libertà e cittadinanza*, in *RISG*, 1, 1926, p. 205, nt. 51; L. Amirante, *Captivitas e postliminium*, Napoli, 1950, p. 30. 但也有学者认为该片段未受篡改,如 M. G. Nicolau, *Causa liberalis*, Paris, 1933, p. 265.

[4] R. Reggi, *Liber homo bona fide serviens*, cit., p. 298 ss. e p. 318.

[5] 事实上,正如 W. W. Buckland, *The Roman law of slavery*, Cambridge, 1908, p. 432, 指出的那样,尽管在优士丁尼的文献中,分享价金是使自由人沦为奴隶的核心要素,但与乌尔比安同一时代的法学家保罗在其论述中几乎未曾提到过分享价金这一要素,该作者宣称“it is possible that the actual limitation of the rule to share in price is due to Ulpian”。

而是一种泛泛的情况。这也意味着，即便被卖的自由人没有分享出卖自己的价金，但只要其同意别人把自己作为奴隶出卖，那么他就不能再提起侵辱之诉。而如果这种观点是正确的，那么我们可以得出的结论当然就是：是当事人自己的意愿（同意）——而非分享价金——使其丧失了寻求救济的权利。

（二）*actio iniuriarum* 和 *quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat*：一个逻辑矛盾？

如前所述，在 D. 47. 10. 1. 5 中，乌尔比安告诉我们，家子允许自己被作为奴隶出卖将使其家父可以提起侵辱之诉，但被卖的家子却无权提起诉讼。而之所以如此，乌尔比安给出的理由是，对我们子女的侵辱行为也会影响到我们的荣誉。如果沿着这个逻辑，我们得到的结论当然是“对我们子女的侵辱行为”是“我们荣誉受损”的前提条件。质言之，如果我们的子女没有受到侵辱，那我们的荣誉也就不存在受损的情况。由此我们似乎可以质疑的是：在该片段的结尾，乌尔比安以“按照被侵辱人的意愿实施的侵辱是不存在的”为由否决了家子提起侵辱之诉的权利，这意味着其事实上认为家子并没有受到侵辱，那依照我们之前所分析的，那他也应否决家父的侵辱之诉才对，但其为何没有否认，反而肯定了家父的侵辱之诉呢？这是不是自相矛盾呢？

对此，一种观点认为，在 D. 47. 10. 1. 5 中，乌尔比安讨论的案件属于 *editum ne quid infamandi causa fiat* 的管辖，而 *pudor* 一词并非仅指玷污他人的好名声^[1]。由此其解释说^[2]：根据罗马法，一个年满 20 岁的人如果明知自己是自由人并放任自己被出卖，那么他将沦为奴隶，而如果没有沦为奴隶，那裁判官也将对其施加刑罚。因此，即便我的家子无法对你提起诉讼，但我仍然可以对你提起诉讼，理由是什么呢？因为你们的行为玷污了我的名誉，人们可能会私下认为我也参与了这一欺诈性的交易，由此会降低人们对我的评价。质言之，家父之所以能够提起侵辱之诉，并非其家子被当成一个奴隶出卖，而是因为这一事件可能会使人们认为其参与了这一欺诈行为，为了消除这些误会，捍卫自己的名誉，家父通过这样的诉讼来撇清自己的关系。^[3]

[1] A. D. Manfredini, *La diffamazione verbale nel diritto romano*, I, Milano, 1979, pp. 199 ~ 200, 认为，“*laedere fama*”并不仅指损害名誉，还包括任何影响荣誉感，可以引起耻辱感的行为。

[2] D. Daube, “*Ne quid infamandi causa fiat*”. *The Roman Law of Defamation*, in G. Moschetti (a cura di), *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e storia del diritto* (Verona 27 ~ 29 settembre 1948), Milano, 1951, p. 421ss.

[3] 类似的情况在我们生活中也常见，即面对别人的指控，选择通过报警或诉讼的方式证明自己不怕调查，或暗示该指控是诽谤。