



法学发现的背后 ——对罗马法与法国法中缔约过失的考察

撰稿人：张韬略

说明：本文完稿于2000年年初，为作者在中国政法大学法律系就读时的本科学位论文，未作修改。是从未发表的幼稚作品，仅供批判之用。版权所有，转载请注明出处。

1861年是契约法史上值得纪念的一年，梅因的力作《古代法》与被称为“德国法学的马克吐温”

【1】的法儒耶林的力作《缔约上的过失、契约无效与不成立时的损害赔偿》一文都是在这一年发表的。学者指出，前者是对实证契约法成果的总结而后者则是近现代契约法的兆始。【2】耶林在这篇论文中提出了所谓的“缔约过失”理论。该理论被德国法学界誉为法学的发现之一，影响甚大。

耶林该理论，经由德国立法以及判例学说的滋育，在德国早已进入制度化的阶段。自本世纪中叶，许多国家也纷纷确立关于缔约过失的一般条款。【3】到了今天，我们已经能够津津乐道于如何通过运用这些一般条款来实现缔约过失的制度目的——贯彻民法诚实信用原则——而无须考虑制度化之前的“缔约过失”。但是，我们不能忘记，作为体系化的民法制度，从来就是擅长于思辩的法学家们在“回头展望之际建构起来的”，【4】他们建构法律大厦的材料只能是生活中活生生的规则。法学家的作用，仅仅就是在发现材料和契合材料而已。正如日本私法方法论集大成者我妻荣先生指出：各个时代的法学家，在不同程度上都是在不断的以一种理想为目标而积极活动。他们的任务在于“坚持法律上某种程度确定下来的原则，在这个原则下把各种生活关系规范下来之时，在新的社会现象中，能够发现形成新的规则，并把这个规则纳入已经存在的法律体系之中。”【5】因此，当我们站在秩序井然、排列有序的概念金字塔之前时，我们不免产生探究那些被理论者用严密的逻辑加以粘合的规则在被法典化、体系化之前的状态的兴趣。那么，于缔约过失理论而言，以下问题因此是值得思考的：

契约法的历史与源远流长，何以千年以降直到耶林的时代，缔约过失一直没有被法学界所“发现”或提出？罗马法与法国法中是否存在对缔约过失的规范以及如果存在的话，他们是以一种怎样的状态之下存在？

在探究这些问题之前，有必要先澄清对耶林发现的几点误解。

我们知道，法学发现不同于自然界的发现，它是指“基于思辨行为的发现”，【6】这类发现能够指引人们去认识尚未被知晓的“法律现象上的特定的关联及本质规则”。【7】而且，法学发现无一不是建立在一个既存的法律体系基础上的。在这个意义上，可以说法学发现就是法律体系漏洞的发现，它能够探究和阐释法律体系中“在人文精神上仍旧幽暗不明”【8】的角落。对法学发现的这种认识有助于我们正确把握耶林的发现的内涵：

首先，耶林发现和提出缔约过失并非指耶林是第一个注意到生活中存在缔约过失这样一种事实的人。这是容易产生误解的地方。实际上，史料证明，“缔约上过失问题，自罗马法以来，历经德国普通法到19世纪，向为立法者及学者讨论的重大问题。”【9】“在耶林1861年的论文发表之前，若干德意志邦法典已经设有关于当事人于缔约时因其行为所生的法律效果的规定。”【10】

称耶林发现“缔约过失”，我觉得，一方面是由于他是第一个全面、系统和深入分析这一现象的人；另外也是更为关键的在于他立足于德意志法上并“秉其分析天才，受其正义感的驱使与强烈社会认知能力的指引，对特定生活事实的法律判断获致一个崭新的理论，因而使我们能够对那些看来正被根深蒂固的观念及实证法的规定所排除的，给予公平合理的结果。”【11】也即耶林仅仅是观察到特定的生活事实所反应的人的利益关系发生了深层次的变化，并且注意到原有法律的滞后性影响了法律功能的发挥。因此在肯定法律应该继续对该类生活事实加以调整的同时，为如何更合理地规范这种利益关系提供了一条建筑在原有法律体系基础上的途径，从而使得法律的触角能深入到缔约过程中人与人之间更为广阔的空间。

其次，在耶林提出该理论之前，缔约过失并非是“法外的空间”。【12】我国有的学者就指出缔约过失阶段在耶林发现之前是“法律调整的一场飞地”。【13】从理论上，产生这种误解的症结有二：第一，仅仅从实证契约法的角度来看缔约过失。在耶林提出“缔约上过失”理论之际，正是契约法历史上实证主义由盛而衰之时。【14】契约实证主义者认为，契约法就是关于契约的法律，因此契约不存在时，没有契约法适用的余地。因此，缔约过失以及缔约阶段不是契约法调整的范围。第二，没能立足于整个私法来观察法律对缔约阶段的调控。合同立法没有专门针对缔约过失阶段的规定并不能说明整个私法对它们置之不理，现代私法是这样，古代的私法也是如此。实际上，问题不是在于是否存在对缔约过失的调控而在于调控的方式以及内容。

三、罗马法与法国法中的缔约过失

1、分析的前提

为了证实我们的观点，即罗马法、法国法中存在对缔约过失的调控，这样一个问题是无法回避的：

怎样运用我们现在立法体系采用的德意志法律术语来分析缔约过失在古代罗马法以及法国法中的存在？

在这里，首先先要确定我们分析对象——缔约过失——的具体含义。因为任何法律概念都有历史性，概念因为目的、价值而生，其内涵又应目的和概念背负的价值而变。【15】 缔约过失的内涵，在1986年耶林提出后，就在不断的变动中。忽视概念的历史性泛泛而谈，往往造成论证缺乏坚实的前提。因次我们暂时采用王泽鉴先生对缔约过失的界定，即缔约过失是：“于缔约之际，尤其是在缔约谈判过程中，一方当事人因为可以非难的行为侵害他方当事人时，应该依契约法原则（而非依侵权行为规定）负责。”【16】

其次，应该解决在不同时间、不同法域的法律话语系统间寻找对应物的困难。差异往往是很大的。当我们运用现代的法律语言对早期的社会现象进行分析时，我们会发现，十分恰当的对应物是没有的。往往是一个早期的法律现象中便孕育着数个后期的法律现象，相对应的，“一个古老的法律概念相当于不仅一个而是几个现代概念，一个古代的专门术语可以用来表示许多东西，这些东西在现代法律中分别具有不同的名称。”【17】 可见，随着法律调控的精确化，法律概念也日益专门化，由此产生了各个时代不同的法律话语系统。在这种情况下，我们不能仅仅因为一个时代没有某个概念而轻易地否认某种法律调控的存在，因为这样做显然是一种把“属于智力发展进步阶段的一种能力，把在实践上混合在一起的各种纯理论观点加以区分的能力，错误的认为属于一个未成型的社会”【18】 的做法。同样的，地域因素造成的法律话语系统差异，也不应该成为否认某一个法域中存在着相对应的法律调控的理由。

因此，当我们在分析已经制度化了的缔约过失在罗马法、法国法中的蛛丝马迹时，必然不能按图索骥地将当代缔约过失制度往罗马法和法国法上套，想从中找出对缔约过失的一般规定。比较好的方法，是通过将缔约过失类型化，将缔约过失制度由法律抽象层面下降到生活具体层面，然后逐一分析它们是否存在以及存在时的规范状态。为了讨论的方便，可以将缔约过失分为如下三类：（1）擅自撤回要约的缔约过失。（2）契约被撤销、无效后的缔约过失。（3）缔约之际未尽保护（及其他法定）义务导致他人人身或财产利益损失的缔约过失。

2、罗马法中的缔约过失

（1）罗马法中不存在因擅自撤回要约而承担缔约过失责任问题

实际上，罗马法中并没有区分要约与承诺的专门术语，罗马法学家将他们视为一个有机的整体而不是由两部分构成的组合体。要约在罗马法中通常用下面的词句表示：“这样说”或“这样出售”。在涉及要式口约的用语时，要约和承诺则分别由下列形式表现：“使他们承诺的行为”和“承诺的行为”，或者是“询问”和“答复”。【19】 而且，罗马法法律文献中对“使他人承诺的行为”没

有赋予法律效力的记载，因此，撤回“使他人承诺的行为”不会引起法律责任。

罗马法不区分要约与承诺，最根本原因在于信用经济不发达，这种经济因素充分地反映到契约法中；罗马法成熟时期，盛行的契约形式仍是要式口约，它要求缔约人必须亲自到场订立契约（那时的邮政系统也尚未对私人开放），因此，要约与承诺通常是在同一时空进行。不以当事人到场为必要就可订立的契约形式在罗马法中也是存在的，诸如万民法中的契约和文书契约。但是，万民法契约尤其是被视为“真正的契约”【20】的诺成契约，适用的范围很小；而文书契约，是一种“由家长登记帐簿而发生效力的契约”【21】“是单务契约，严法契约，其标的只能是确定的金钱，其主体只能是罗马市民，而不能是外国人”，【22】故文书契约也不存在要约与承诺的问题。由于法律无须区分要约与承诺及其法律效果，因此，不存在擅自撤回要约而承担缔约过失责任的问题。

（2）罗马法中没有专门规定缔约时交易双方相互间的保护义务

罗马私法中有契约责任和契约外责任之分。契约外责任主要由《阿奎利亚法》规定。该法奉行“阿奎利亚责任”，即：对造成业已存在的义务关系外的不法损害，有过错就要被惩罚。这种责任最初仅适用于对物损害的赔偿并且从财产角度考虑了具有交换价值的奴隶；后来经由法学家解释而将对自由人造成损害的若干情况也包括进来。【23】此外，罗马法中还规定了放置物、悬挂物、投掷物、坠落物致害等准私犯形式。【24】尽管罗马法中的这些对不法行为的规范不是针对缔约过失，但在司法上显然是可以适用的。因此，交易时一方不慎损伤他人人身财产利益的行为，并非得不到控制。

（3）罗马法对法律行为无效的规定

罗马法上，法律行为按其无效程度可分为：①不成立的法律行为（如买卖欠缺合意），②无效法律行为，即虽具备成立要件，但因违法或有悖公序良俗而不发生法律行为效果（买卖神用物），③可撤销的法律行为，即生效但有瑕疵，依利害关系人申请而撤销归于无效（如因受欺诈而为之买卖）。【25】

在合同无效时，罗马法注重对物诉讼而非对人诉讼。在《法学总论》关于诉权的规定中，集中反映了这种特殊性：“一切对物的诉讼，都是为了追回其物；至于对人的诉讼，其根据契约发生的，也几乎都以追回其物为标的……”。【26】但应注意的是，由于罗马法中物权行为具有无因性，因而对因法律行为无效而丧失交付物所有权的人采取救济并非“财产返还之诉”，而是“不当得利之诉”。当人，罗马法并无不当得利的一般规定，而仅就具体情况，承认特殊的诉权，例如非债清偿诉权，因目的不达诉权、因目的消灭诉权，因给付原因不法诉权等等。由于不重视对人诉讼，因此罗马法中损害赔偿适用范围是比较窄的，这种情况，是由于“罗马法虽是与商品经济密切关联的法律形式，但却不是信用经济的产物”，是“法律并没有将信用关系与责任制度联系在一起”【27】

造成的。

但是，有原则就有例外，《学说汇纂》在关于契约无效的法律效果的个别规定中，出现了对信赖利益的保护：

D.11.7.8.1：“如果一块神息地被当作一般土地出售，那么裁判官就会赋予买方以事实之诉对抗卖方。” D.18.1.62.1：“在不明知情况下，作为私人产业购买了圣地、安息地或公共用地的人不必支付购地的款项，买方可以向卖方提起买卖之诉请求卖方赔偿损失”。D.18.4.8-9：“如果卖方出售了不属于他的遗产，那么首先应分清是否有遗产，如果确有遗产，只是这一遗产不属于卖方，那么买方只能得到与被出售遗产价值相等的赔偿。然而，如果根本没有遗产，那么卖方应当向买方退还价款，支付买方可能的花费并且对可能给买方造成的损害给予赔偿。”

曾有学者从这些对允诺无法给付物法律效果的规定中得出罗马法中承认“任一当事人都要对相信能够从契约中获取利益的他方当事人造成的损失负担责任”这一基本原则，然而大多数的学者却对将这些规定概括成一般性原则持否定意见。【28】

由此可见，在罗马法中，缔约阶段虽然没有引起当时法学界的充分重视，但却已经是处在法律的笼罩之下而并非一个法外的空间。罗马法甚至在某种类型的交易中出现了信赖利益加以保护的規定。这些在侵权法和契约法中的零星规定实际上正孕育着未来的一个法律制度。后世对缔约过失的性质持“法律规定说”的学者，主张以侵权法与合同法的原有规则为基础，通过类推适用的方法获取关于缔约过失的“一般法律原则”，【29】正是从侧面揭示了缔约过失与合同法、侵权行为法千丝万缕的联系。

3、《法国民法典》对缔约过失的规范

《法国民法典》的诞生，开辟了民法法系的新纪元。尽管在这个“典型的近代形式的民法典前，先前的法律荡然无存，就连辅助性作用也谈不上”，【30】但罗马私法的许多精神还是保持下来。这种相承关系也表现在对缔约过失的法律调控上。

(1) 法国法对要约效力的规定。【31】

法国合同法的传统理论不承认要约当然的具有法律约束力。该理论认为，私法中的债务必须基于双方意思表示的一致而产生，单方面的意思表示对当事人不发生约束力。因此，在要约未被接受前，要约人有随时撤回要约的自由。

这种极不利于交易安全的做法在现代已经得到了一些修正。法国理论界提出诸如“预约合同”、

“民事责任”和“单方允诺”等多种学说作为说明要约人承担不得随意撤回要约的义务的根据。司法实践中基于交易安全的考虑，在原则上也确认要约人在一定期间内要受要约的约束。例如，当要约人过早撤回其未明确规定期限的要约而受要约人作出承诺时，法庭一般是采用责令要约人向对方赔偿损失的方法予以处理，而不是确认合同已经成立；当受要约人在要约有效期内表示承诺，即使要约人在此之前已经撤回要约，法庭也要判决要约人撤回要约的行为无效，合同成立。【32】

(2) 法国法中侵权行为的规定与适用对缔约过失的影响

1804年的《法国民法典》虽然对合同部分做了详细的规定，但是对民事侵权的规定却是寥寥无几。整部法典仅在第1383到1386条对此做了规定，而且“措辞笼统、含义模糊”。【33】

例如《法国民法典》第1382条（故意过失行为责任）规定：“对于任何给其他人造成损伤的人类行为，因其过失而造成损伤的人有责任给予赔偿。”第1383条（非故意过失行为责任）规定：“每个人应对不仅因其行为而且由于疏忽或不谨慎造成的损伤负责。”第1384中规定了为第三人承担的替代责任三种情况：（1）为受他照管的人或归他守护的事物造成的损伤负责；（2）对仆人或雇员在执行雇佣任务中造成的损害负责；（3）教师与工匠为受其监督指导的学生与学徒所造成的损伤负责。【34】

这种概括式的规定使得侵权责任的适用范围非常广。首先，对缔约之际未尽保护义务导致他人人身、财产受损的缔约过失，可以适用法典第1383条和1384条的规定。其次，合同无效、被撤销时，一方面依“合同无效溯及力原则”产生财产返还的法律效果，一方面遭受损失的一方当事人可以求助于法典第1382条关于侵权责任的一般原则的规定，要求对方承担合同无效后的民事责任。【35】法国法中侵权责任条款这种及其强大的适用功能，使得制度、体系化的缔约过失丧失了原有法国法上架构起来的可能。

4. 小结。

依上所述，我的结论是：罗马法、法国法中不存在关于缔约过失的一般性规定但是却不缺乏对缔约过失的调控。罗马人与法国人的调控方式体现了各自时代法的特征。

就罗马法而言，它在法律观念、技术上取得巨大成就，但仍然带有早期社会法的特征，尤其表现在规范事项及其具体以及实体程序不予区分上。在罗马法发达对外诉权制度中，一项项针对性极强的实体权利随着诉权数目的增多而不断地被创制和积累，【36】构成笼统而尚未体系化、抽象化地法律大厦。这种为了应付社会发展所带来的新的关系不断采用新的诉讼形式和诉权的方式，正是早期法律机制对现实世界的被动的反应。在这种法律机制中，出现个别的对缔约过失的调整而未能将其上升到抽象层面，是很自然的事情。

近代法国法具有一个形式理性的外科：法典。尽管法国法形式理性化的程度不若德国法，但是经由法典的整合，法国法中不再出现众多具体的诉讼形式或者诉权，它们都被归入法典中的某个角落。这时，一方面由于法典中不再出现关于缔约过失的具体规定（如罗马法中允诺出卖神用物之赔偿责任），一方面因为法典对合同无效、被撤销时信赖利益的保护另谋他途而不建立对缔约过失的一般规范，缔约过失似乎处在法律调控之外。法国法对缔约过失的调控，与英美法国家对缔约过失的研究、实践都集中在契约未成立时损害赔偿上这种做法，【37】实际上有异曲同工之处。

四，结语

通过对罗马法、法国法中缔约过失的历史考察，我们发现：作为制度化、体系化的缔约过失，是耶林的法学发现，也是德国法的创造，它与德国法既存的体系化密不可分；但是作为非制度化的缔约过失的历史则可以溯及至法国法、罗马法甚至更早。所有的这些，都向我们展示了这样一个道理：任何一个法律现象都只是特定法律文化的产物，生活本身并非千篇一律，法律同样也是千姿百态。

注释：

【1】 William Seagle : Man Of Law,From Hammurrabi To Holmes,The Macmilliam Company 1947.N.Y. P.306.转引自陈新民，《公法学札记》，三民书局民国82年版，第345页。

【2】 傅静坤，《二十世纪契约法》，法律出版社1997年版，第24页。

【3】 例如，1940年的《希腊民法典》的197~198条；1942年的《意大利民法典》1337~1338；我国的合同法第42条。

【4】 参见苏力对制度发生学的阐述：《制度是如何形成的——关于马歇尔诉麦迪逊案的故事》，载于《制度是如何形成的》中山大学出版社第91页。

【5】（日）我妻荣，《关于私法方法论的一点考察》，载《债权在近代法中的优越地位》，中国大百科全书出版社1999年9月版第386页。

【6】 Hans daelle,《法学上的发现》，王泽鉴译，载《民法学说与判例研究》第四册第3页。

【7】 同上。

【8】 同上。

【9】 王泽鉴，《缔约上过失》，载《民法学说与判例研究》第一册第89页。

Hans Daelle,《法学上的发现》，王泽鉴译，载《民法学说与判例研究》第四册第10页。

【11】 同上注第9页。

【12】 “法外空间”是指法律管不着或者不需要法律或者不适宜法律来规范的事项。见：黄茂荣，《法学方法与现代民法》，台大法学丛书编委（增订三版），第192页。

【13】 我国学者王利明先生就持这种观点，见《违约责任论》，中国政法大学出版社1996年，第596页。

【14】 同注二。

【15】 黄茂荣，同注第13，第34、42页。

【16】 Hans Daelle,《法学上的发现》，王泽鉴译，载《民法学说与判例研究》第四册第8~9页。

【17】 (英)梅因，《古代法》，沈景一译，商务印书馆1996年版，第178~179页。

【18】 同上注，第178页。

【19】 参考J.阿尔维斯，《债合同成立原则及其罗马法渊源》，载于《罗马法、中国法与民法法典化》，杨振三、（意）斯奇巴尼主编，中国政法大学出版社1995年版，第373~374页。

【20】 诺成契约在契约史上具有里程碑意义，参见(英)梅因，《古代法》，沈景一译，商务印书馆1996年版，第187~190页。

【21】 梅因，同注第17，第186页

【22】 周枏，《罗马法原论》，商务印书馆1998年版，第671页。

【23】 S.斯奇巴巴，《罗马法律制度中的契约外责任》，载《罗马法、中国法与民法法典化》，杨振三、（意）斯奇巴尼主编，中国政法大学出版社1995年版，第441页。、

【24】（意）彼得罗·彭梵得，《罗马法教科书》，中国政法大学出版社，第405页。

【25】周树，《罗马法原论》，商务印书馆1998年版，第622页。

【26】叶林《违约责任及其比较研究》，中国人民大学出版社1997年版，第6页。

【27】同上。

【28】J.阿尔维斯，《债合同成立原则及其罗马法渊源》，载于《罗马法、中国法与民法法典化》，杨振三、（意）斯奇巴尼主编，中国政法大学出版社1995年版，第382页。

【29】董安生，《民事法律行为》，中国人民大学出版社1994年版，第159页。

【30】（美）艾伦·沃森，《民法法系的演变及形成》，李静冰等译，中国政法大学出版社1992年版，第187页。

【31】尹田，《法国现代合同法》，法律出版社，第47～51页。尹田，《法国民法对合同订立过程的法律调整》（上），载《外国法译从》1995年第四期，第23页。

【32】分别见法国最高法院第一民事法庭1958年10月8号与1958年12月7号的判决。资料来源同上注。

【33】张千帆，《〈法国民法典〉的历史演变》，载《比较法研究》1999年第6期，第256页。

【34】《拿破仑民法典》，李浩培等译，商务印书馆1996年版。

【35】尹田，《法国现代合同法》，法律出版社，第238页。

【36】这实际上反映了“程序是实体之母”的观点。见（日）谷口安平，《程序的正义与诉讼》，中国政法大学出版社1996年版，第63～73页。

【37】傅静坤，《二十世纪契约法》，法律出版社1997年版，第36页。

© 版权所有 同济大学知识产权学院

地址: 上海市四平路1239号 邮编: 200092 电话/传真: 021--65988843 E-Mail: tongjiipi@yahoo.com.cn