



一个理念的诞生:合同原因*

托马索·达拉·马萨拉**著 娄爱华*** 徐铁英****译

目次

- 一、引言
- 二、一个智识事件的缘起
- 三、阿里斯托所说的合同原因
- 四、在返还诉问题的背景和范围下将原因等同于“给”的观点
- 五、合同视角下原因的定位
- 六、原因的功能价值
- 七、在债因中的作为“给”的原因
- 八、“sinallagma”的前提
- 九、阿里斯托所说的“sinallagma”
- 十、“给”在交换机制中的角色
- 十一、交换的范式
- 十二、哲学思想对原因的建构所施加的影响
- 十三、亚里士多德“目的因”移位法学:结论

* 国家社科基金项目“民法原因理论研究”(12CFX059)阶段性研究成果。

** Tommaso dalla Massara, 意大利维罗纳大学罗马法教授, 国家社科基金项目“民法原因理论研究”(12CFX059)课题组成员。

*** 苏州大学王健法学院副教授, 国家社科基金项目“民法原因理论研究”(12CFX059)主持人。

**** 四川大学法学院特聘副研究员。

一、引言

研究合同原因的起源意味着直面一个历史久而复杂的智识事件,它将罗马法学卷入了一场建构一个理念的努力之中;如下观察几乎是多余的,即,尽管其自始以来就具有争议性,以及与之相连的不计其数的问题,然而,这一理念得以留存并达至一个稳定的形态,成为我们称之为大陆法系法律传统的智识财富之一。

若要展现合同原因理念至今依然具有的无尽活力,扫一眼近年在法国关于它的一场仍在进行当中的争论就够了。为更新法国民法典而提出的各种不同草案,为开展对合同传统结构的一般性讨论提供了契机,其中首当其冲的争议就是合同原因的存废。^[1]

我在十多年前就合同原因的起源撰写了一本专著,随后就其特殊方面^[2]也做了一些研究。在苏州大学的同仁们邀请谈论这个问题的督促下——特别是我的朋友娄爱华老师的邀请,我再次谈论合同原因问题,但仅限于以梗概的方式描绘之。我在本文中所做的是一项概述性工作:详细的内容包括对原始文献的解读,请参见我之前已完成的研究,尤其是前面提到的2004年的专著。

二、一个智识事件的缘起

首先应指出,这个法学家们为之倾注了大量精力的合同原因理念与一个具有多

[1] 主要参考资料,一方面有 l' *Avant - projet Catala* (su cui G. B. Ferri, *L' 'Avant - projet' di riforma dei titoli tre e quattro del libro terzo del Code civil*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, 35 ss.; inoltre *ibidem*, 241 ss., 此处刊载了该草案的文本), 另一方面还有 l' *Avant - projet della Académie des sciences morales et politiques*, cd. *Avant - projet Terré* (L. Falletti 对该文本的介绍与翻译, 发表于 *Europa e dir. priv.*, 2009, 1133 ss.): 就我们的主题而言, 前者坚持传统认为在 *conditions essentielles pour la validité d' une convention* (art. 1108) 之间必须要有 *une cause justifiant l' engagement*, 而后者舍弃了这个原因要件; 对于合同原因前景的展望, cfr. J. Ghestin, *Faut - il conserver la cause en droit européen des contrats?*, in *European Review of Contract Law*, 2005, 410 ss.

[2] Cfr. T. dalla Massara, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, 2004; Id., *Sul 'responsum' di Aristone in D. 2, 14, 7, 2: l' elaborazione del concetto di causa del contratto*, ne *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di A. Burdese, Padova, 2006, 279 ss.; Id., *Ancora sul valore del richiamo al sinallagma in Labeone e in Aristone*, in *Studi in onore di Remo Martini*, I, Milano, 2008, 827 ss.; Id., *La causa del contratto nel pensiero di Aristone; della necessità di un concetto*, in *Scambio e gratuità; confini e contenuti dell' area contrattuale*, Padova, 2011, 175 ss.

种意义的网状结构联系在一起,即与拉丁语单词“原因”(causa)紧密相连。^[3] 在这些最早在法学意义上提及原因(causa)的地方,值得一提的至少有对物的誓金法律诉讼(legis actio sacramento in rem)的原物返还程式中的一个例子,盖尤斯在其《法学阶梯》4,16中提到了它的仪式:在法律诉讼(legis actio)的古老用语中,著名的表达“依其原因”(secundum suam causam)——它在程式中与对主张返还者的单方面的主张具有紧密的逻辑联系:是我的(meum esse aio)——表达的似乎是一个已经有着浓厚法学技术色彩的意义。^[4]

尽管不打算深入辨析上述盖尤斯片段中的表述的确切词义,一眼可知的是,这里对“causa”的使用仍在合同领域之外。因此,我们是在一个与我们所考虑问题相去甚远的领域思考原因理念的建构。

在我们将观察限定在合同领域之前,不妨先试试从词源学或语义学的特别角

[3] Cfr. H. G. Heumann - E. Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*⁹, Jena, 1926, v. *Causa*; si veda inoltre V. I. R., I, v. *Causa*, col. 651 ss.; v. *Causa*, 更为一般的情况, R. Willvonseder, in *Der neue Pauly. Enzyklopädie der Antike*, II, Stuttgart - Weimar, 1997, 1041 s. 对这一主题而言极其重要的研究为 V. Georgescu, *Le mot 'causa' dans le latin juridique. Introduction à la théorie générale de la cause en droit romain, in Études de philologie juridique et de droit romain*, I, *Les rapports de la philologie classique et du droit romain*, Bucarest - Paris, 1940, 129 ss. (anche in *Revista clasică*, VI - VII, 1934 - 35, 90 ss.), 适合与之配合阅读的著作: J. P. Miniconi, '*Causa*' et ses dérivés. *Contribution à l'étude historique du vocabulaire latin*, Paris, 1951.

[4] 首先阅读其文本: *si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, quae modo in ius adferri adducive possent, in iure vindicabantur ad hunc modum: qui vindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, velut hominem, et ita dicebat: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO SECUNDUM SUAM CAUSAM; SICUT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM INPOSUI, et simul homini festucam imponebat.* 这是原始文献第一次将二者等同“causa = Ursache”的例子, D. NÖRR 是这样认为的, '*Causa mortis*'. *Auf den Spuren einer Redewendung*, München, 1986, 5. 同样极其重要的研究还有 R. Santoro, *Potere e azione nell' antico diritto romano*, in *AUPA*, XXX, 1967, in specie 259 ss., 总结了之前学说的总体情况; in seguito, G. Falchi, *L' onere della prova nella ' legis actio sacramento in rem '*, in *SDHI*, XXXVIII, 1972, in specie 248 ss.; J. G. Wolf, *Zur ' legis actio sacramento in rem '*, in *Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposium aus Anlaß des 75. Geburtstages von Franz Wieacker*, Ebelsbach am Main, 1985, in specie 16 ss.; A. Corbino, *La struttura dell' affermazione contenziosa nell' ' agere sacramento in rem ' (' secundum suam causam ' in Gai. 4. 16)*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, VII, Milano, 1987, 137 ss.; M. Kaser, *Zur ' legis actio sacramento in rem '*, in *Estudios de Derecho romano en honor de Alvaro d' Ors*, II, Pamplona, 1987, 671 ss. 进一步论述请见拙作 T. dalla Massara, *Alle origini della causa del contratto*, cit., 48 ss.

度考虑这一问题,原因(causa)这个词——它甚至并非出自印欧语系^[5]——从一开始表示的就是一般意义上的“利益”,^[6]此外,它很可能很快具备了“程序”的含义。^[7] 由此可知,从这个起源发展出了多重语义:^[8] 若限于古典时代,会找到对“原因”这一术语的广泛的、多义的关联结构,它们具有精确度不同的法律意义,相互之间联系广泛,在我看来值得一提的有——在我已引用的研究中——这些意义的一系列“极点”。^[9] 因此我想引用若干语义上的出双入对,它们相互关联且互补:例如,在后来出现的单个的、特殊的意义之外,人们可以说充分的原因,目的因,抽象的原因和具体的原因。

“原因”语义的起源实际上迷雾重重,从这一谜团中逐渐分化并界定出个别的、技术性的含义,我们可以说这个漫长的进程就是术语的逐渐“法律化”。但为了忠于将讨论限于合同领域的初衷,我们可以说,对“原因”这个词(及相应理念)的隐含意义所进行的至关重要的开拓主要归功于图拉真时期的法学家阿里斯托(Tizio Aristone)。因此,就合同原因理念的这一段历史展开的论述是有意义的。

三、阿里斯托所说的合同原因

通过原始文献我们知道,阿里斯托被认为是博学的法学家,具有深厚的哲学素养,深深介入当时的文化圈,具有很强的原创性,同时还是一位具有批判精神的研究者,甚而被说成是“多疑的”。^[10] 这位法学家建构其原因概念的核心片段是《学说汇

[5] Cfr. A. Ernout - A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*⁴, Paris, 1959 (rist. *ibidem*, 1979), v. *Causa*; A. Walde - J. B. Hoffmann, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*³, I, Heidelberg, 1938, v. *Caussa, Causa*.

[6] 其含义相当具体 *gain que l' on retire de quelque chose*: 如 P. J. Miniconi, *Esquisse d' une histoire du mot 'causa'*, in *REL*, XXI - XXII, 1943 - 44, 82; ID., in *REL*, XXIII, 1945, 36 ss., 这些研究后来汇集在一项更加广泛的成果中 ID., *Causa*, cit., in specie 28 ss.

[7] 这种含义已出现在《十二表法》(1,7)以及在众多作者的原始文献以及碑铭之中(前一类有, *Plaut. Merc.* 821 s., 后一类有 C. I. L., I, 198, 42)。Si veda, in generale, *Th. l. L.*, III, v. *Caus(s) a*, col. 689; V. I. R., I, v. *Causa*, in specie col. 677, r. 37 ss.; H. G. Heumann - E. Seckel, *Handlexikon*, cit., v. *Causa*, 60, sub 3; 特别要注意的有 V. Georgescu, *Le mot*, cit., 210 ss.; inoltre, J. P. Miniconi, *Causa*, cit., 152 ss.; J. Hellegouarc'h, *Le vocabulaire latin des relations et des partis politiques sous la République*, Paris, 1963, 417. 有关碑铭的情况, E. de Ruggiero, *Dizionario epigrafico di antichità romane*, II, Roma, 1900, parte I, v. *Causa*, 147.

[8] P. J. Miniconi, *Esquisse*, cit., 80.

[9] Cfr. T. dalla Massara, *Alle origini della causa del contratto*, cit., 58 ss.

[10] 对这位法学家的介绍, A. Mantello, *I dubbi di Aristone*, Ancona, 1990, 7 ss.; cfr. inoltre W. Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*², Graz - Wien - Köln, 1967, 141 ss.

纂》D. 2,14,7,2:这是乌尔比安的一个片段,摘自其《告示评注》第4卷,其中记载了阿里斯托对未被告命名的若干协议在市民法上的可保护性问题的解决方案。来看一下这个片段:

D. 2,14,7,2。乌尔比安:《告示评注》第4卷。

那些没有被成就其他合同而完成的协议,但存在原因,就如阿里斯托向杰尔苏准确道出的,存在债,例如,我已给你一些物是为了你也会给我一些物;或者我已给你一些物是为了你会为某种行为:这描述了“sinallagma”,并由此产生市民法的债。因此我持有该种意见,也就是尤里安在以下例子中被马尔切勒正确总结的那样:“我已给斯提古是为你释放庞菲鲁;你已释放了他,但斯提古被追夺了。”尤里安诉诸裁判官赋予的事实诉;马尔切勒相反肯定了一个不确定的市民法诉,即前书诉就足够了,也就是,从先前描述的关系中:事实上存在“合同”,也就是阿里斯托界定的“sinallagma”,由此产生了该诉权。

人们说,这位法学家在这个著名答复中提到的“事务”(文本中标为 res),若不属于告示中由各自的程式保护的合同,那么当原因的存在获得承认时,即产生债的效力(杰尔苏回答存在债)。^[11]

[11] 关于这个片段的文献资料,请允许我转引本人之前的成果, T. dalla Massara, *Alle origini della causa del contratto*, cit., cfr. 77 ss., 更新后的情况; Id., *Sul 'responsum' di Aristone in D. 2,14,7,2*, cit., 279 ss. 近年来尤其值得一提的有 M. Artner, 'Agere praescriptis verbis'. *Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, Berlin, 2002, in specie 104 ss.; A. Schiavone, 'Ius'. *L' invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, 354 ss.; B. Schmidlin, *Das Nominatprinzip und seine Erweiterung durch die 'actio praescriptis verbis'. Zum aktionenrechtlichen Aufbau der römischen Konsensualverträge*, in ZSS, CXXIV, 2007, 53 ss., in specie 83 ss.; C. Pelloso, *Le origini aristoteliche del sinallagma di Aristone, ne La compravendita e l' interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di Garofalo, I, Padova, 2007, 63 ss.; L. Zhang, *Contratti innominati nel diritto romano. Impostazioni di Labeone e di Aristone*, Milano, 2007, in specie 172 ss.; R. Scevola, 'Negotium mixtum cum donatione'. *Origini terminologiche e concettuali*, Padova, 2008, in specie 122 ss.; M. Varvaro, *Ricerche sulla 'praescriptio'*, Torino, 2008, 176 ss.; J. Paricio, *Contrato. La formación de un concepto*, Cizur Menor, 2008, Id., *Celso contra Neracio*, in *Festschrift für R. Knüttel zum 70. Geburtstag*, a cura di H. Altmeyden, I, Reichard, M. J. Schermeier (e altri), Heidelberg, 2009, nonché di P. Gröschler, *Auf den Spuren des 'Synallagma'. Überlegungen zu D. 2.14.7.2 und D. 50.16.19*, in *Antike Rechtsgeschichte. Symposium zu Ehren von Peter E. Pieler*, Frankfurt am Main, 2009, 51 ss.; P. Lambrini, 'Actio de dolo malo' e accordi privi di tutela contrattuale, in *Sem. Compl.*, XXII, 2010, 244 ss.; N. Donadio, *L' idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, ne *La nozione di contratto nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali didattici*, a cura di S. Cherti, Padova, 2010, in specie 51 ss.; G. Romano, *Nota sulla tutela del contraente evitto nell' ambito dei c. d. contratti innominati. Il caso dell' 'actio auctoritatis'*, in *Diritto@ storia*, 2010, 1 ss.; C. A. Cannata, *Labeone, Aristone e il sinallagma*, in *Iura*, LVIII, 2010, 33 ss.; E. Sciandrello, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, Trento, 2011, 讨论了相关问题, in specie 240 ss.; 最后还有 R. Fercia, 'Fiduciam contrahere' e 'contractus fiduciae'. *Prospettive di diritto romano ed europeo*, Napoli, 2012, in specie 61 ss.

正如人们看到的那样,在这一近乎随意的翻译中,在谈到可以将“事务”界定为一个受到自己在告示中的程式所保护的合同,我打算给出的是这样一幅景象:将“事务”(res)转入随便一个合同的名称之中。总之,肯定存在原因,阿里斯托概念建构的内核就在于此,这是他对一个具体案例所生疑问的回答,基于这一案件对他直接提出的问题。

然而在此类情形之外,还可以看到一个更具一般性的问题。它被广泛讨论,无疑需要关注,尤其是拉贝奥的立场,他在 D. 50,16,19 中既谈到了非典型协议,也谈到了合同的一般定(后文将立即作出论述)。

为了论证自己的结论,阿里斯托考察了原因的理念——测试了这一多义术语的潜能——从新的角度阐明这个概念。可以说,阿里斯托的卓绝努力导致了一个新的概念的产生,一个尤其与合同相关的原因概念,正如我们在开始说的那样,它最终成为了罗马法系私法智识宝库的稳定的一分子。

四、在返还诉问题的背景和范围下将原因等同于“给”的观点

在 D. 2,14,7,2 描述的情形中,事务——以具有一个在法律上不受认可的协议为前提——因为原因的存在,得以越过了法(ius)的门槛,具有了合同的身份;也就是说,因为存在原因,非典型协议特别是在产生债的效力的意义上具有了约束力。^[12]

因此,“原因”使一个雄心勃勃的概念建构得以实现,在普遍意义上影响甚至摧毁了合同制度。于是理解“原因”这一术语在这一片段中使用何种意思便具有决定性的意义。传统理论倾向于认为——具有相当数量的变体和阐释——这里提到“原因”意味着一个已经发生了的“给”(datio),至少在不是很确切的教义学的意义上(尽管在使用上意义是近乎确定的)意味着一个在先“给付”的履行。^[13] 基于这一理

[12] 确切的含义应当是一项“债行为”(或者也可以说是“受债约束的”),而非一个“债关系”:obligatio 在 *respondit esse obligationem* 中具有这一含义,遵循的是 F. Gallo, 'Synallagma' e 'conventio' nel contratto. *Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano, II*, Torino, 1995, 96; inoltre R. Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *Iura*, XXXIV, 1983, 215 ss.

[13] M. Sargenti 明确地表达了自己的立场, *Labeone: la nascita dell' idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *Iura*, XXXVIII, 1987, 25 ss.; Id., *Svolgimento dell' idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *Iura*, XXXIX, 1988, 24 ss., 他回到了非典型合同这个问题上——不过从诉的角度出发——表达在这里 Id., 'Actio civilis in factum' e 'actio praescriptis verbis'. *Ancora una riflessione*, in 'Iuris vincula'. *Studi in onore di M. Talamanca*, VII, Napoli, 2001, 235 ss.; 这样做的还有 M. Artner, 'Agere praescriptis verbis', cit., 104 ss(对该作的评论, P. Gröschler, in ZSS, CXXIV, 2007, 530 ss.). 将 *causa* 与 *datio* 等同起来似乎已经在大部分教科书中成为不言而喻的通说,如 P. Voci, *Istituzioni di diritto romano*⁶, Milano, 2004, 462; M. Kaser - R. Knüttel, *Römisches Privatrecht*¹⁹, München, 2008, 257.

解,原因在这样的情况下存在:欲起诉要求对方履行合同的一方已经履行己方义务。

上述推理的深层次理念——毫无疑问抓住了非常合理的一个方面——可表述如下:一方论理说“我已经给了,现在我要求对待给付的履行”。因此,此等事务(affare)的法律意义的符号——它使其享有对合同的保护——得在以下基本理念中获得,即已经有一个法律上的牺牲——“给”,就此而言——它赋予协议以约束力。

如果将“原因”等同于在先履行的完成,其法律结构用我们的基本术语可以表述如下:原因的存在导致债的发生;具体说来,产生以对待履行为目的的债。如果将原因等同于“给”(datio),正是后者导致了以对待给付的履行为目标的债得以发生,并使得对待履行作为债的标的是合适的;此等理解模式似乎与——不可或缺地还是要提到盖尤斯的体系——“通过物缔结的债”(obligationes re contractae)相同,也就是说,合同协议是否产生债的效力,取决于物的交付(consegna)行为的履行。

以上简单概括或表达出来的观点,在我看来是没有说服力的:这首先是基于逻辑和教义学的思考。具言之,我认为,将目光聚焦在“给”与“债”之间的关联上——其中可发现“通过物缔结的债”(obligationes re contractae)这一结构的深层印记——这并没有抓住原因在阿里斯托的回应这一语境中的准确价值。我这么说,并不影响我认同以下理念:返还诉领域的问题是原因概念在教义学上获得成熟的土壤。^[14]但与返还诉问题的联系——我随后将会稍稍谈到^[15]——并不足以支撑将原因等同于给付。

尤其是在这种关联的意义上,有一个特别著名的晦涩的法谚 D. 13, 1, 12, 2 尤其重要。在内拉丘斯的书中,记载了阿里斯托的观点,即在质押债权人主张为保护债权而收受的物可取回时,人们可以提起不确定的返还诉。那么,这里呈现的是返还诉的一个相当特殊的应用。在这里似乎可以预见到一个对非典型协议的市民法保护,而这种保护在 D. 2, 14, 7, 2 中为阿里斯托所公开承认。

该文本只允许我们设想一个概念化的路线图。尽管如此,返还诉的问题域与阿里斯托对非典型协议的建构之间确有关联,然而已如前述,并不能由此认为将原因

[14] 这一点常被当作前提,却未受到学术界的深入研究: *condictio* 与合同原因的联系, F. Chaudet, 'Condictio causa data causa non secuta'. *Critique historique de l'action en enrichissement illégitime de l'art. 62 al. 2 CO*, Lausanne, 1973, 75 s.; C. A. Cannata, *Contratto e causa nel diritto romano*, in *Causa e contratto*, cit., 48; A. Burdese, *Divagazioni in tema di contratto romano tra forma, consenso e causa*, in 'Iuris vincula', I, cit., 333 ss. 对 *condictio* 与合同体系之关系的分析, A. d'Ors, 'Creditum' und 'contractus', in *ZSS*, LXXIV, 1957, 73 ss., 尽管没有特别地关注合同原因。

[15] 文本请参看 T. dalla Massara, *Alle origini della causa del contratto*, cit., 243 ss.

与给付等同的观点有道理。^[16]

五、合同视角下原因的定位

我们现在回到 D. 2, 14, 7, 2 的文本上来。

这位法学家预先确定的目标在于赋予某一特定事务以合同的保护,尽管它不属

[16] 关于 *condictio* 体系的学术成果可谓浩如烟海,之前的半个世纪中最重要的成果有 G. Donatuti, *Le 'causae' delle 'condictiones'*, in *Studi Parmensi*, I, 1951, 35 ss.; U. von LÜBTOW, *Beiträge zur Lehre von der 'condictio' nach römischen und geltendem Recht*, Berlin, 1952; F. Schwarz, *Die Grundlage der 'condictio' im klassischen römischen Recht*, Münster - Köln, 1952; M. Talamanca, *Recensione a U. von LÜBTOW, Beiträge*, cit., e F. Schwarz, *Die Grundlage*, cit., in *AG*, CXLV, 1953, 164 ss.; S. E. Wunner, *Der Begriff 'causa' und der Tatbestand der 'condictio indebiti'*, in *Romanitas*, IX, 1970, 459 ss.; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, I², *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München, 1971, 593 ss., e II², *Die nachklassischen Entwicklungen*, München, 1975, 421 ss.; B. Albanese, *Per la storia del 'creditum'*, in *AUPA*, XXXII, 1971, 5 ss.; R. Santoro, *Studi sulla 'condictio'*, *ibidem*, 181 ss.; H. Honsell, *Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte*, München, 1973; D. Liebs, *Bereicherungsanspruch wegen Miß erfolg und Wegfall der Geschäftsgrundlage*, in *Juristenzeitung*, XXI, 1978, 697 ss.; F. Sturm, *La 'condictio ob transactionem'*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, III, Milano, 1983, 627 ss.; Id., 'Quod meretrici datur repeti non potest', in 'Iuris professio'. *Festgabe für M. Kaser*, Wien - Köln - Graz, 1986, 281 ss.; D. Liebs, *The History of the Roman 'Condictio' up to Justinian*, in *The Legal Mind. Essays for T. Honoré*, Oxford, 1986, 163 ss.; W. Waldstein, *Zur Frage der 'condictio' bei irrtümlicher Leistung nichtgeschuldeter 'operae'*, *ibidem*, 319 ss.; D. Daube, *Turpitude in Digest D. 12. 5. 5*, in *Studies in Roman Law in memory of A. A. Schiller*, Leiden, 1986, 33 ss.; B. Kupisch, v. *Arricchimento nel diritto romano, medioevale e moderno*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., I*, Torino, 1987, 423 ss.; W. Pika, 'Ex causa furtiva condicere' im klassischen römischen Recht, Berlin, 1988, in specie 11 ss., su cui si veda anche A. Burdese, *Recensione a W. Pika, Ex causa*, cit., in *SDHI*, LV, 1989, 472 ss.; W. Dajczak - A. Sokala, *Ulp. D. 12, 5, 4, 3. Ein Beitrag zur Klärung der 'nova ratio'*, in *TR*, LVIII, 1990, 129 ss.; M. Talamanca, *L' 'aequitas naturalis' e Celso in Ulp. 26 'ad ed.' D. 12, 4, 3, 7*, in *BIDR*, serie III, XXXV - XXXVI, 1993 - 1994, 1 ss.; L. Pellicchi, *L' azione in ripetizione e le qualificazioni del 'dare' in Paul. 17 ad Plaut. D. 12. 6. 65. Contributo allo studio della 'condictio'*, in *SDHI*, LXIV, 1998, 69 ss.; I. Fargnoli, 'Alius solvit alius repetit'. *Studi in tema di 'indebitum condicere'*, Milano, 2001, 237 ss.; A. GUZMÁN BRITO, *Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos y en la Codificación europea y americana*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, XII, 2001, 202 ss.; 近年成果中,尤其要注意的是这篇鸿篇巨制 A. Saccoccio, 'Si certum petetur'. *Dalla 'condictio' dei 'veteres' alle 'condictiones' giustinianee*, Milano, 2002; 稍显逊色的近期成果 S. Hähnchen, *Die 'causa conditionis'. Ein Beitrag zum klassischen römischen Kondiktionenrecht*, Berlin, 2002 (对它的书评请见 A. Saccoccio, in *Iura*, LIV, 2003, 251 ss.); 此外在这一领域还可见 J. D. Harke, *Das klassische römische Kondiktionensystem*, in *Iura*, LIV, 2003, 49 ss., nonché M. Varvaro, *Per la storia del 'certum'. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Torino, 2008, 180 ss.

于任何一种受告示保护的有名合同。因此,需要从以下观念出发——那种建构的基石——“原因”理念是实现这一目标的工具。

依旧在这个背景下,相对于返还诉领域而言,原因概念成为一个新的定位的客体:放弃了直接主张返还给付的视角,实现了原因向合同领域的位移,这一机制的结果是明显的;人们将对非典型协议的市民法保护建立在原因之上。如果这一点正是阿里斯托推理的终点(稍后我们会看到在具体情形中如何构造诉:此处不深入展开^[17]),现在我们需要就其前提予以考虑。我要探寻的是,“在后”(posterius)和“在先”(prius)之间可以发现怎样的连贯性,“在后”是承认对非典型协议以市民法上的合同保护,“在先”存在于被理解为“给”的原因这一理念中,也就是对在先给付的履行。

在我看来,这种连贯性压根不存在。已经履行的给付确实能够产生债的效力,但是——在结果意义上——只是因为向其履行了给付的对方由此负担了返还所接受的物的义务:实际上,此等义务将由以返还为目的的返还诉(*condictio*)规定。

但刚刚提到的这些前提,没有为一个主张对待履行的诉留下任何逻辑上的空间。在前面提到的推理中——被认为是传统观点——存在原因(理解为给 *datio*)使得以对待履行为目的的债产生,这一模式让人联想到“通过物缔结的债”。

关键是在“通过物缔结的债”中,如同前文所述,物的交付标志着合同的缔结,从中产生债,但后者的内容却是——如前所述——是相同物的返还。相反,阿里斯托在 D. 2, 14, 7, 2 中之所以要论证,其必要性在于承认对于非典型协议的保护,准确地说是使此等协议得到合同的保护。其关键点在于:非典型协议在获得原因的支撑后,成为了合同。

换言之,原因代表了法律性的标记,跨过门槛,从而在法的层面上具有意义。如果确实如此,那么发生这样的事情:得到认可的保护值得在法律运行中获得最终完成,而非清零,其所要保护的是一种积极利益,^[18]而不是一种消极利益。

六、原因的功能价值

前已述及,阿里斯托将原因视为一个法律工具,由此实现给予非典型事务以合同保护的目标。正是应当从这里出发来仔细理解原因概念的价值。在此提前表明

[17] 我提出的假设在 T. dalla Massara, *Alle origini della causa del contratto*, cit., 177 ss.

[18] 该表述来自 E. Betti, *Sul valore dogmatico della categoria 'contrahere' in giuristi Proculiani e Sabiniani*, in *BIDR*, XXVIII, 1915, 29 s.

我的结论似乎是适当的。

我认为阿里斯托是在功能意义上使用原因概念,即——如果避免落入社会经济功能说的原因概念之意识形态化的教义学窠臼^[19]——合同的客观目的;但如果准确地目的中客观地界定双方当事人的利益,那么说起这个目的也就没什么意义:实际上,正是这些利益在具体情境中的样态汇聚在一起,指向一个将来的目的。

如果当事人为之达成协议的事务获得一个原因的支撑(在我刚刚描述的意义之上),那么协议便产生债的效力,并对其给予市民法上的诉讼予以保护。现在有必要概括一下已讲述过的内容,我将以一种更为纲要性的方式为之:

1. 阿里斯托需要的是这样的一项因素:该要素能够确保达到使一项非典型协议获得合同保护的效果,换言之,授予一项要求履行对待给付的直接诉权。
2. 他在原因里面找到了这项要素,阿里斯托赋予其新意义,实质上相当于合同功能的意思。
3. 在提取出这样的意思的时候,他参考了围绕着返还诉问题语境中的原因而发展出来的思想。

七、在债因中的作为“给”的原因

建立在将原因理解为“给”的理念以及此种理念与债的发生的联系之上的传统观点,在最近的学说中仍然被重复:^[20]按照这种见解,原因即等同于债因(也就是债的发生根据)。

对此等观点的第一种反对意见——如人们看到的那样——是这样的:从这些前

[19] Cfr. E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico. Ristampa corretta della II edizione a cura di G. Crifò*, Napoli, 1994, in particolare 169 ss.; cfr. anche in Id., v. *Causa del negozio giuridico*, in *Nov. dig. it.*, III, Torino, 1959, 32 ss.

[20] 例如, A. GUZMÁN BRITO, *Causa*, cit., 200, 他提到阿里斯托的《innovación [...] 'elegante'》应当被理解为将合同保护授予给 *nova negotia*, 而与此同时,将导致《causa en la frase: "si... subsit tamen causa esse obligationem" de D. 2. 14. 7. 2, está tomada no en diverso sentido a aquel en que se la toma en textos examinados más arriba bajo la idea de 'fuente de obligación', por cuanto la *datio* ahí supuesta desencadena causalmente la obligación》; 这位拉美学者宏大研究的成果如今汇集于 Id., *Actio, negocio, contrato y causa en la tradición del derecho europeo e iberoamericano*, Elcano, 2005. 这位作者的思想成就源于长期的思考(欲了解详情, T. dalla Massara, *Alle origini della causa del contratto*, cit., 14 ss.)另一方面,在维护 *causa* 与 *datio* 的同一性上,还有 E. Sciandrello, *Studi sul contratto*, cit., 240 ss., 不过他指出——遵循着 Gallo 的轨迹——在 *causa* 还应该发现 *conventio* 的影射:因此 *causa*《nel quadro generale del discorso, sembra alludere tanto alla *conventio* quanto all' 'esecuzione della prima prestazione'》(*ibidem*, 259)。

提之中,人们不明白为什么债的内容是待给付的履行,而不是返还已为的给付,就如同在返还诉所发生的那样,人们用“未被遵循的原因”(causa non secuta)或“未被遵循的事务”(re non secuta)描述。我认为有必要考虑将原因在功能意义上予以理解,就像之前提到的那样,因为这样一来,指向对待履行的诉求的可保护性便可获得逻辑的证成。

然而在我看来显而易见的是,与这个从功能的角度构建的原因概念相对应,隐藏在传统学说中的一个更大的问题就此暴露出来了。站在后者的角度,将阿里斯托的“原因”等同于债因的观点获得加强:但我认为,从债的发生根据体系来考察这里所说的“原因”是不合适的。阿里斯托所说的“原因”不是债因,而是合同的原因。

弗朗契西(Pietro de Francisci)很好地把握了问题的关键,他说:“无名合同不能成为盖尤斯(合同)分类中的任何一种:不是要物合同,因为后者是单边的:不是合意合同,因为无名合同仅仅在一方完成了其履行时才产生诉权。”^[21]这里可以总结出:弗朗契西认为合意合同具有双边性,要物合同必须有在先履行,由此人们似乎可以推论得出非典型的协议是双边合同,同时还要求在先履行的完成:然而这样就导致了一个真正的术语冲突。在说这番话时,弗朗契西已经引爆了那种将阿里斯托的建构等同于债因的观点必然会产生冲突与矛盾。

实际上,盖尤斯在债的发生根据层面上完成的体系化,^[22]无助于我们理解应在何种意义上衡量弗朗契西提及的无名合同的双边性。因此有必要介绍下阿里斯托有关“sinallagma”(希腊语,具有“双务性”的含义——译者注)的讨论。只有通过深入探讨“sinallagma”的概念,才有可能理解为什么通过物缔结债以及通过合意缔结债的两种模式均无法抓住阿里斯托的建构的本质特征。

八、“sinallagma”的前提

阿里斯托在 D. 2, 14, 7, 2 记载的回答中先是提及“原因”然后提到了“sinallagma”,补充了自己对非典型协议予以市民法保护的论证过程。我认为他是打算在结构方面描述文本中的情形:后文将详述。

[21] Così P. de Francisci, *Sinallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, I, Pavia, 1913, 15.

[22] 以下研究成果相当有益: C. A. Cannata, *Sulla 'divisio obligationum' nel diritto romano repubblicano e classico (Studi sulle obbligazioni II)*, in *Iura*, XXI, 1970, 63 ss., nonché di J. Paricio, *Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justiniana*, in *De la justicia y el derecho*, Madrid, 2002, 395 ss., inoltre *Sull'idea di contratto in Gaio*, 417 ss. (发表于 *Causa e contratto*, cit., 151 ss.); si veda ora inoltre Id., *Contrato. La formación de un concepto*, Madrid, 2008.

众所周知,此外在学说汇纂中有一处且仅有一处提到了“sinallagma”的片段——我们已经提到——拉贝奥在其中提出了自己著名的合同定义。

D. 50, 16, 19. 乌尔比安:《告示评注》第 11 卷。

拉贝奥在程式裁判官告示评注第一卷中定义了行为、管理和缔结。的确行为是一个一般的术语,它或者通过言辞的表达完成,或者通过物的交付完成,正如在要式口约和确定金钱给付中。合同相反是相互负债,希腊人称之为“sinallagma”,如买卖、租赁和合伙。管理指称一件事无须言辞地完成。

人们自然会想,在阿里斯托的解答中,隐隐显现了拉贝奥所说的“双方互负债务”(ultra citroque obligatio),这样的一种合同理念,其核心可概括为债的相互性。^[23]在拉贝奥的见解以外,还得考虑到这一点:阿里斯托总体上是在这个词汇的希腊语含义上提及“sinallagma”的,以及亚里士多德更具体地对两种类型的“sinallagma”(即自愿的和不自愿的)的深挖。^[24]

[23] 关于拉贝奥 *ultra citroque obligatio* 的准确重合, R. Santoro, 'Omnia iudicia absolutoria esse', in *Scritti minori*, II, Torino, 2009, 631 ss.; 在拉贝奥时代发生了对 *obligatio* 的关注,其形式为“行为”,从它这里(从历史和观念的角度来说,源于诉 *actio*)而非“关系”产生责任。

[24] C. A. Cannata 复兴了亚里士多德文本与罗马法学家文本之间的交流与对话, *Labeone*, cit., 42 ss., 正如 L. Winkel, *Alcune osservazioni sulla classificazione delle obbligazioni e sui contratti nominati nel diritto romano*, in *BIDR*, serie III, XLII - XLIII, 2000 - 2001, in specie 62 s., 在 D. 50. 16. 19 和 D. 2. 14. 7. 2 中提到的 *sinallagma* 毫无疑问是对希腊哲学概念的调适(亚里士多德的思想表现在《尼各马可伦理学》中):如果阿里斯托使用了亚里士多德的用语,这的确会是一个重大的发现,但这一解读无法证明。但我认为,在一般意义上,希腊哲学对罗马法学的构建所施加的影响是无法否认的,海量的文献可证明这一点:一般性的介绍, E. Costa, *La filosofia greca nella giurisprudenza romana*, Parma, 1892, si veda J. Stroux, 'Summum ius summa iniuria'. Ein Kapitel aus der Geschichte der 'interpretatio iuris', nella trad. it. di G. Funaioli, in *AUPA*, XII, 1929, 647 ss., con prefazione di S. Riccobono, *ibidem*, 639 ss.; Id., *Griechische Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft gegen Ende der republikanischen Zeit*, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano - Roma*, I, Pavia, 1934, 111 ss.; F. Senn, *De l'influence grecque sur le droit romain de la fin de la République (Les principes du droit)*, *ibidem*, 99 ss.; M. -P. Guibal, *De l'influence de la philosophie sur le droit romain et la jurisprudence de l'époque classique. Essai de synthèse historique*, Paris, 1937; F. Horak, *Die rhetorische Statuslehre und der moderne Aufbau des Verbrechensbegriffs*, in *Festgabe für A. Herdlitzka zu seinem 75. Geburtstag*, München - Salzburg, 1972, 121 ss.; W. Waldstein, *Topik und Intuition in der römischen Rechtswissenschaft. Zur Frage des Einflusses der griechischen Philosophie auf die römische Rechtswissenschaft*, *ibidem*, 237 ss.; M. Ducos, *Les Romains et la loi. Recherches sur les rapports de la philosophie grecque et de la tradition romaine à la fin de la République*, Paris, 1984; Id., *Philosophie, littérature et droit à Rome sous le Principat*, in *ANRW*, II. 36. 7, Berlin - New York, 1994, 5134 ss.; F. Wieacker, *Über das Verhältnis der römischen Fachjurisprudenz zur griechisch - hellenistischen Theorie*, in *Iura*, XX, 1984, 448 ss.; P. A. Vander Waerdt, *Philosophical Influence on Roman Jurisprudence? The Case of Stoicism and Natural Law*, in *ANRW*, II. 36. 7, Berlin - New York, 1994, 4851 ss.

实际上,在亚里士多德的《尼各马克伦理学》第五卷中(1130 b,30-34;1131 a,1-9),哲学家如此论证:“具体的正义及其相应的行为有两类。一类是表现为荣誉、钱物或其他可析分的共同财富的分配上(这些东西一个人可能分到同等的或不同等的一份)的正义。另一类则是在私人交易中起矫正作用的正义。矫正的正义又有两种,相应于两类私人交易:出于意愿的和违反意愿的。出于意愿的交易如买与卖、放贷、抵押、信贷、寄存、出租,它们之所以被称为出于意愿的,是因为它们在开始时双方是自愿的。违反意愿的交易的例子中有些是秘密的,如偷窃、通奸、下毒、拉皮条、引诱奴隶离开其主人、暗杀、作伪证;有些是暴力的,如袭击、关押、杀戮、抢劫、致人伤残、辱骂、侮辱。”^[25]

正如我曾指出的那样,^[26]在后者的自愿和不自愿的划分之外,也不缺一个根本性的理念,将亚里士多德所说的“sinallagma”的两种类型一并加以考量,此等根本性的理念对于拉贝奥和阿里斯托的片段而言作为公因式而存在。

因此,双方当事人可以自愿地通过协议借由“sinallagma”连接起来,或不通过意愿而是由法律作为此等约束的来源。^[27]

为了理解统一的“sinallagma”概念的核心,我认为在这里有必要不偏不倚地考虑一下该概念的两个分支。的确,对“sinallagma”的划分“将所有的内容置于一个统一概念之中,尽管有些矫揉造作:亦即要求落实一项交换的约束的概念”^[28]实际上,在我看来,正是这个交换的约束的理念构成了“sinallagma”概念的实质的共同的

[25] 如 F. Gallo 的译本, *Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni*, in *Causa e contratto*, cit. ,73, nt. 26 (che riprende ID., *Synallagma*, II, cit. , p. 103 s. e nt. 34 ss.)。

[26] T. dalla Massara, *Ancora sul valore del richiamo al sinallagma*, cit. ,827 ss. 该文是为了回应对亚里士多德与 sinallagma 主题有关的文献重新燃起的兴趣而作; cfr. C. Pelloso, *Le origini aristoteliche*, cit. ,5 ss. ; si veda inoltre L. Garofalo, *Diritti greci e scienza giuridica romana*, in *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova, 2008, in specie 104 ss. 关于亚里士多德的 sinallagma 最后还有 P. Gröschler, *Auf den Spuren des 'Synallagma'*, cit. ,2 ss.

[27] “基于交换之共同体”的表述来自 A. Maffi, *Synallagma*, cit. ,15. 关于希腊社会中的交换, si veda inoltre E. Will, *De l' aspect éthique des origines grecques de la monnaie*, in *Revue Historique*, 212, 1954, II, 215 ss. , nonché M. I. Finley, *Aristotle and Economic Analysis*, in *Past and Present*, 47, 1970, poi in *Studies in Ancient Society*, London - Boston, 1974, 32 ss. ; P. Millet, *Sale, credit and exchange in Athenian law and society*, in *'Nomos'. Essays in Athenian law, politics and society*, a cura di P. Cartledge, P. Millet, S. Todd, Cambridge, 1990, 167 ss.

[28] 如 A. Maffi 非常概括地表述了自己的意见, *Synallagma*, cit. ,23, 他赞同的观点; B. Biscotti, *Dal 'pacere' ai 'pacta conventa'. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall' epoca arcaica all' editto giuliano*, Milano, 2002, 64 ss.

核心。

九、阿里斯托所说的“sinallagma”

我们再次转过头来看 D. 2, 14, 7, 2 中阿里斯托的回答。

在肯定了原因存在的必要性之后,阿里斯托转而描述这一情形的结构,特别提到了“因为‘给’产生的债”(dedi ut aliam dares)、“因为‘做’产生的债”(dedi ut aliquid facies)的例子,从而得出结论说,“这”就是一个“sinallagma”,从中产生市民法上的债(... hoc sinallagma esse et hinc nasci civilem obligationem),正是在这里显现出与拉贝奥的区别。他接着强调,人们正是应当在以给换给,以给换做(do ut des, do ut facias)之中理解什么是“sinallagma”:在“给”或“做”的给付之间进行的交换。

与拉贝奥在 D. 50. 16. 19 提到的“sinallagma”概念相比,阿里斯托的所作所为带来了若干变化。不能说这是与拉贝奥的根本性对立,毋宁说,阿里斯托所做的是对拉贝奥概念的深思熟虑而有意识的重构。^[29] 首先,拉贝奥将“sinallagma”等同于合同本身,暗指一个债的相互性的基本理念,相反在阿里斯托那里,“sinallagma”是一个用来描述事例的结构框架的工具:如我们看到的,以给换给,以给换做。因此,在我看来,“sinallagma”并未穷尽整个合同的理念,而只彰显了其中的一个方面。^[30] 其次,如果说拉贝奥的“sinallagma”是关于双方的债,那么阿里斯托的“sinallagma”则涉及两个广义上的给付之间的关系:对于前者,交换所承担的含义应当说是狭义(含蓄)的,因为他抓住的是两个债之间的联系;而在阿里斯托的回答中,在以给换给和以给换做之中实现的交换牵涉的则是这样的几个行为,它们被纳入考虑的时候并不关心一个在先的债的存在,于是此等行为主要在经济的考虑中作为给付被评价,广泛地说,人们在它的基础上也谈及——用今天流行的语言来说——财产性分配

[29] 因此我不赞同那种认为亚里士多德的 sinallagma 与拉贝奥的 sinallagma 具有直接源流关系的意见,持此说者有: A. Schiavone, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. 'Nova negotia' e 'transactio' da Labeone a Ulpiano*, Napoli, 1971, 142, 而 C. A. Cannata 则更加直截了当地说阿里斯托完全接受了拉贝奥的结论,并在教义学层面将之丰富,阿里斯托的贡献在于承认了由返还诉保护的为了结果的给受拉贝奥的一般合同之诉保护,阿里斯托的这条主线是明确的,并流行至古典法的末期。

[30] 关于这一点,对文本的逐字逐句的论证, T. dalla Massara, *Alle origini della causa del contratto*, cit. , 106 ss.

(attribuzioni patrimoniali)。^[31]正是在这里我们可以看到相较于拉贝奥“sinallagma”概念的最为显著的断裂。对阿里斯托而言,核心在于双方承担在一个交换的约束中相关联的“法律上的牺牲”。

从拉贝奥向阿里斯托的转变,是从合同的债的效力的观察角度转移到以双方当事人所负担的履行为中心的角度,只要对于给付接受前面刚刚提到的宽泛的概念。^[32]于是阿里斯托并不考虑从合同中产生的两个债:从而远离了“原初”的视角,转而相信有必要以给换给和以给换做的一般模式,而且这样就足够了。

典型的盖尤斯式的债因视角处在阿里斯托的视角以外:而正是这个视角导致了由弗朗契西挑明的那个难题,于是无名合同既不能说是要物的,因为要物合同是单边合同;又不能说是合意合同,因为无名合同只在一方当事人已经完成了自己的给付的情况下才产生诉权。借着阿里斯托将合同放置在履行层面上的定位,阿里斯托的合同概念又重新占领了“sinallagma”的问题域。阿里斯托所说的合同获得一个原因的支撑,此等原因不是债的原因而是合同的原因,应当理解为功能,它建立在这样一个结构之上:此等结构规定在“给”与“为”的分配之间进行交换。

鉴于以上观察,可以作如下总结:这个概念在从亚里士多德向拉贝奥再到阿里斯托对它的使用的文本里面,保留了最深处(尽管并不是绝对)的语义上的连续性。在上述转变中被完整保留下来的实际上是交换的约束这个核心意义,尽管其意义被以不同的方式加以塑造。具言之,对于亚里士多德而言,“sinallagma”对应的是一种

[31] 这方面,cf. L. Lantella, 'Ultero citroque': appunti teorici e storici sulla 'lateralità' degli atti, in *Diritto e processo nell'esperienza romana. Atti del seminario torinese (4 - 5 dicembre 1991) in memoria di G. Provera*, Napoli, 1994, 103 s., nt. 6; 他选择说功用(utility),要求从阿里斯托的无名合同中实现, P. Voci, *Recensione a R. Santoro, Il contratto*, cit., 128. 这方面还可参考 G. Grosso 的意见, *Il sistema romano dei contratti*³, Torino, 1963, 48 ss.; P. Gallo, *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale, ne Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del convegno di diritto romano. Siena 14 - 15 aprile 1989*, a cura di N. Bellocci, Napoli, 1991, in specie 53; Id., *Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni*, in *Causa e contratto*, cit., 80; C. A. Maschi, *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano, 1973, 87.

[32] Cfr. F. Gallo, *Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, VII, 1999, 27 ss.; Id., *Ai primordi*, cit., in specie 72; Id., *Synallagma*, II, cit., 90 ss. 该观点随后为 L. Lantella 采纳, 'Ultero citroque', cit., 112 ss.; S. Tondo, *Note ulpianee alla rubrica editale per i 'pacta conventa'*, in *SDHI*, LXIV, 1998, 454; A. Burdese, *Divagazioni*, cit., 340 ss.; 这方面现在有 B. Schmidlin, *Das Nominatprinzip*, cit., in specie 86 s.

一般性的理念——当然尚不具有法技术意义上的含义^[33]——被放在谈论特别正义的语境中,并且可分为两种类型即自愿的“sinallagma”和非自愿的“sinallagma”。拉贝奥则认为“sinallagma”是在债的层面上运作的,而阿里斯托最终将其定位在给付的层面上。

十、“给”在交换机制中的角色

尽管批判那种将原因等同于给的见解,并不能因此得出结论,认为“给”对于非典型协议的保护是不重要的。如果“给”确实无足轻重,那么就必须将阿里斯托建构的无名合同抛向“通过合意缔结债”的模式,^[34]然而这样的一个单纯的合意主义的架构,在我看来,与“通过物缔结债”的模式一样,都是无法接受的。^[35]

在我看来,“给”所具有意义,只有在认真考虑“sinallagma”的运作的基础上才能得到准确的理解。我们已经看到,原因与“sinallagma”——虽然各自在不同层面上表达功能和结构的——是如何一道构成了阿里斯托的合同观念的基础。“给”的意义正应当在“sinallagma”的背景中找寻,也就是说,在先给付的履行,简单扼要地表示为“给”,是必不可少的,因为它构成了交换机制实现的起点。“给”的必要性应在这个框架下考虑。

具言之,阿里斯托要求两个给付之一已经获得履行,因此对对待给付的请求是有根据的:于是一方当事人已经做出的“给”(dedi),构成了一个关于交换的协议的严肃性和约束性的标记。阿里斯托的“sinallagmaticità”的运作的独有特征正在此处

[33] R. Martini 的若干评论, *Il mito del consenso nella dottrina del contratto*, in *Iura*, XLII, 1991, 105 s.

[34] 这大体上就是 C. A. Cannata 得出的结论, *Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligierungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit*, in 'Collatio iuris romani'. *Études dédiées à H. Ankum à l'occasion de son 65^e anniversaire*, I, Amsterdam, 1995, 67 ss.; 之后 Id., *Contratto e causa*, cit., 55 s., 特别地强调了围绕着一个 *programma obbligatorio* 以单纯合意为基础,市民法对非典型协议的认可。

[35] 反对那种要么以要物合同要么以合意合同作为无名合同模型的理念所隐含的教条化(以及简单化), G. Mac Cormack, *Contractual Theory and the innominate Contracts*, in *SDHI*, LI, 1985, 131 ss.

找到:通过“以给换给,以给换做”实现的交换应当被界定为在先给付的履行。^[36]

十一、交换的范式

谈及了理解为功能的原因的必要性,它在“*sinallagma*”一旁,能够表明在履行之间进行交换的约束所代表的结构,“给”正是在其中具有意义。我现在要对阿里斯托文本体现的合同增加若干一般性的观察。功能的一面(原因)和结构的一面(*sinallagma*)相互补充:功能通过交换来实现,而交换实现了功能。易言之,对阿里斯托而言,他要求的功能是为了确保市民法保护的不能归入告示确定的典型的协议是一个交换。

迄今为止展开的论证令我们现在有底气做几个一般性的结论。

正是要在交换的范式中找到这样的一个支撑性的理念,它通过授予其市民法保护而使非典型的协议获得法律意义。从一个更为一般的交换理念出发,抓住一个经济一法的模式,该模式简洁且具有超越体制的力量,简短地考察一下这一模式无疑是适当的。交换是理解古代世界的交易现象的基准范式之一;^[37]此外,通过“交易—赠与”的二分,这一区分的两端(当然并非严格对应)为“有偿—无偿”(通过交易的领域,且特别地刻画出了罗马的合同体系),招来了永恒的“交换—赠与”对立关系,此等对立在曲折复杂的历史中伴随着两种离不开的赋予法律意义的模式的

发展。^[38]

如果说人们既基于交换又基于赠与而建构了具有社会约束力的形式,^[39]然而毫无疑问,社会的利己心理获得直接满足的机制在交换中得以具体化,而这正是任何商业社会的基础。在这里没有提到交换理念及其与赠与的理念相关的那些不同侧面,以及基于这种概括化的一般性解释的价值:确实,这一法律现象展示了其古老结构及人类行为深刻的根基,并有社会人类学为核心的佐证。^[40]

亚里士多德的“*sinallagma*”因而可以导向若干沉淀下来的行为模式中的一种,法从社会习惯中接受此等模式,并以“当为”的术语将它送回来:阿里斯托在这里,在具体情境中提出的非典型协议的市民法保护问题提到它,体现了其力量。

在此仅需指出:前面关于给“*datio*”的相关论述,本身并不足以使一项事务获得市民法上的保护,它需要实现了一项功能——在刚刚提到的意义上——具有交易性质的功能,^[41]而“给”本身,正如“给”推动通过物缔结债那样,是无法提供自证的。

“*Sinallagma*”意味着在几个给付之间进行交换的约束,该约束通过先给付的履行予以界定:因此,阿里斯托所说的原因应当理解为功能,而不是任意的交易的功能,准确地说是这样的一种交易的功能:它在具有一个之前所描述的意义上的“*sinallagma*”的合同中得以实现。

[36] 在我看来,可归入这条线的有: S. Tondo, *Note ulpianee*, cit., 441 ss., 他提到 d' una prestazione qualificata dallo scopo d' una controprestazione (因此,并非强调这个或者那个因素,而是同时强调两者: D. 2. 14. 7. 2, *Ulp. IV ad ed.*, “*dedi ... ut ...*”). 前提有异然而结论并无多大不同的是 P. Gröschler 的还原尝试, *Auf den Spuren des 'Synallagma'*, cit., 9 ss.: 他实际上重申了 H. J. Wolff 的 *Theorie der Zweckverfügung* (in specie *Die Grundlagen des griechischen Vertragsrechts*, in ZSS, LXXIV, 1957, 63 ss.), 认为阿里斯托在与希腊法进行了比较的基础上提出了自己的方案(他在这方面接受了 Wolff 的观点,也就是说,不履行被理解为财产损失,因为它导致了在先给付的目的受挫),因此“*datio*”是必需的,但它并不与“*causa*”重合,后者是一个为具体目的准备的履行,“功能性给付”(P. Gröschler 也提到了, *Recensione a M. Artner, 'Agere praescriptis verbis'*, cit., in specie 534 ss.) 正是在“*datio*”的意义这一点上——我推测(仅)在 *sinallagma* 的运作机制之内——, C. A. Cannata 的批评意见集中针对我的观点, *Labeone*, cit., 70 ss.

[37] 关于罗马的“交换—赠与”系统的历史以及观念前提条件, si veda in specie V. Marotta, *Tuteia dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana*, in *Ostraka*, I, 1996, 63 ss., 广泛涉及与主题相关的文献, in particolare nelle ntt. 2 e 3 中; 关于“*negotium*”观念的一般情况, P. Voci, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946, 46 ss.

[38] 具有极其重要地位的研究: J. Michel, *Gratuité en droit romain. Études d' histoire et d' ethnologie juridiques*, Bruxelles, 1962, in specie 237 ss. 关于交换, 有必要回过头来阅读 R. von Jhering, *Der Zweck im Recht*², Leipzig, 1884, trad. it. M. Losano a cura di, *Lo scopo nel diritto*, Torino, 1972, 79 ss.

[39] J. Michel 的观察如下, *Gratuité*, cit., 596.

[40] Cfr. M. Mauss, *Essai sur le don*, Paris, 1950, consultato nella trad. it. di M. Zannino, *Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche*, Torino, 2002; É. Benveniste, *Le vocabulaire des indo-européennes*, I, Paris, 1969, consultato nell' ed. it. di M. Liborio, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, I, Torino, 2001, 47 ss.; K. Polanyi, *Primitive, archaic, and modern economies*, Garden City, N. Y., consultato nella trad. it. di N. Negro, *Economie primitive, arcaiche e moderne. Ricerca storica e antropologia economica*, Torino, 1980, in specie 5 ss.; si veda inoltre Id., *La sussistenza dell' uomo. Il ruolo dell' economia nelle società antiche*, trad. it. N. Negro, Torino, 1983, in particolare 69 ss., 99 ss., 111 ss. e 130 ss.

[41] 这位学者对它的立场更清楚的体现在 R. Santoro, *La causa*, cit., nonostante le precisazioni fatte *ibidem*, 91 ss., 而非之前的作品 Id., *Il contratto*, cit., in specie 274 ss., 这里有对于“*datio*”的必要性的更加清晰的思考(尽管是隐含地提到 D. 2. 14. 7. 2 中的名词 *res*)。关于“合意—合同”二项式问题的发展, cfr. G. Romano, “*Conventio*” e “*consensus*” (*A proposito di Ulp. 4 ad ed. D. 2. 14. 1. 3*), in *AUPA*, XLVIII, 2003, 241 ss.

十二、哲学思想对原因的建构所施加的影响

一旦澄清了阿里斯托所说合同的核心方面,现在就应当转过头来具体地思考合同原因概念的建构。人们曾经猜想建构原因概念的土壤主要由返还诉相关问题构成;现在我们指出阿里斯托是在合同功能的意义上理解原因。现在有必要详细论述一个在我看来在这一演化过程中发挥了决定性作用的一个因素。

毫无疑问,将对于原因理念——更别说对它在合同领域中的运作所为的种种尝试——所具之潜力予以深度开发的功绩归于某个法学家以及他所具有的聪明才智是一种过于简单化的想法,这种想法没有考虑到,构建这样一个在目的论上有所指向的原因的观念上的前提,必然已经显现在这位法学家所处时代的文明——不在法律意义上,而是广义理解——之中。

具言之,我认为,在能动的和目的论的意义上对原因理念的塑造中,一个具有决定意义的角色逐步展开了将拉丁符号“原因”与其希腊语同义的若干含义重合在一起的过程,因而目的因的理念施加了决定性影响,阿里斯托肯定曾经注意过它的影响,尽管是在严格的哲学意义上。

尤其为人熟知的是,在柏拉图的概念材料上进行操作的亚里士多德思想,认可了对原因(更确切地说,诸种原因)的探求的真正的中心地位:举例言之,他在其《形而上学》中指出:“显然,我们应当求取‘原因’的知识,因为我们只能在认明一事物的基本原因后才能说知道了这事物。原则则可分为四项而予以列举。其一为本体,即是什么(‘为什么’即旨在求得界说最后或最初的一个‘为什么’,这就指明了一个原因或原理)(本因);另一个是物质或底层(物因);其三为变动的来源(动因);其四相反于变动者,为目的与本善,因为这是一切创生与变动的终极(极因)。”^[42]

无须对这一个过于宏达的背景资料展开讨论,^[43]应当说,希腊哲学思想,特别是亚里士多德的思想,传递给了罗马文化一个如此错综复杂的原因概念,各不相同

[42] 如《形而上学》,I,3,983 a,24-32 (Aristotele, *Opere*, vol. III, Bari, 1973, con trad. di A. Russo)。

[43] 有关的概括的观察,请允许我再次转引拙作 T. dalla Massara, *Alle origini della causa del contratto*, cit., 264 ss。

的具体含义在其中交替出现。^[44]

此外,罗马法学家思想的逐渐成熟,尤其是在共和末期,从广义的希腊哲学思想^[45]中接受了意义非凡的影响。这一点已由不少学者在多处雄辩地予以说明。^[46]在共和国落幕之际,亚里士多德的作品在文化圈子内得到了广泛利用,对于逻辑学、演说术和法学的建构施加了巨大影响。^[47]西塞罗就在自己的图书馆中占有了大量由安德罗尼库斯编辑的亚里士多德作品。^[48]因此在经历了一段时期的斯多亚主义、伊壁鸠鲁学派和犬儒学派的深刻影响后,^[49]亚里士多德的思想在公元2世纪的时候重新获得了核心地位。

不少学者试图证明的是,亚里士多德思想在罗马帝政时期的第二次渗透,相较于公元前1世纪时的那一次,获得了更加广泛的传播:它在整个社会平均的文化移入的背景下获得了广泛共鸣;对其助益颇多的是更加易懂的版本的编纂及其流转,

[44] 整体的情况: D. Quarantotto, *Ontologia della causa finale aristotelica*, in *Élenchos*, 22, 2001, II, 329 ss.; C. Natali, *Causa motrice e causa finale nel libro lambda della Metafisica di Aristotele*, in *Méthexis*, 10, 1997, 105 ss., in specie 109, 这里说明了亚里士多德的原因概念是极为抽象的,亚里士多德所说的原因具有多种意义,并用来指明四种不同的概念。亚里士多德用原因一般地指称本体论意义上的不可逆转的关系,原因产生结果,后者依赖前者且不可互换(cfr. a. po. II 16, 98b 16-19 e cat. 12, 14b 11-13); si veda anche M. Frede, *The original notion of cause*, in *Doubt and Dogmatism. Studies in Hellenistic Epistemology*, M. Schofield, M. Burnyeat, a cura di J. Barnes, Oxford, 1980, 217 ss.; R. Sorabji, *Causation, Law and Necessity*, *ibidem*, 250 ss.; inoltre A. Capecci, *Struttura e fine. La logica della teleologia aristotelica*, L' Aquila, 1978; C. Gaiser, *Das zweifache 'telos' bei Aristoteles*, in *Naturphilosophie bei Aristoteles und Theophrast*, Heidelberg, 1969。

[45] 我追随 M. Talamanca 的阐述, *Lo schema 'genus - species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *Colloquio italo-francese. La filosofia greca e il diritto romano*, in *Quaderni Acc. Naz. Linc.*, 221, II, Roma, 1977, 6, nt. 11, 在他看来,提到“哲学”就要“重新实际地理解修辞学以及主导了技艺(artes)之组织的科学的一般理论的类型”。

[46] 在这个意义上, L. Winkel, *Alcune osservazioni*, cit., 62 s。

[47] Cfr. A. Schiavone, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico*, Bari, 1987, 173 s. Si veda H. B. Gottschalk, *Aristotelian philosophy in the Roman world from the time of Cicero to the end of the second century AD*, in *ANRW*, II. 36. 2, Berlin - New York, 1987, 1080 s.; F. Senn, *De l' influence*, cit., 99 ss。

[48] A. Schiavone, *Giuristi*, cit., 174。

[49] 这方面的整体情况及相互之间的联系, C. E. Manning, *School Philosophy and Popular Philosophy in the Roman Empire*, in *ANRW*, II. 36. 7, Berlin - New York, 1994, 4995 ss。

以及“次级哲学”性质的作品的广泛传播。^[50] 谈及亚里士多德思想渗透的方式,人们曾经以一种有力度的表达说到是在“一套已经准备好了的部件”^[51]的基础上所完成的吸收,因此吸收与其说是哲学体系的整体,不如说是单个的要素。

这样的一幅一般图景提醒我们要考虑到希腊哲学(特别是亚里士多德主义)对于整个公元2世纪罗马文化环境的重大影响。

十三、亚里士多德“目的因”移位法学:结论

在公元前2世纪到公元前1世纪之间,出现了“原因”语义在抽象层面的区分和校准现象:原因的不同意义逐渐获得界定,从可追溯到最古老语言的意义内核出发,^[52]最终达到了“有意识地将‘原因’与(希腊语‘原因’)的翻译协调起来”^[53]在西塞罗和塞内卡之间的时期,参照同时代哲学理论的建构,对“原因”这个符号的诸多语义深入探讨并未停滞;斯多亚理论的影响显而易见,在捍卫一个自然的和决定论意义上的原理概念以外,他们还证明了存在一个惰性的领域以及定位该领域的那个力量,坚持“原因”的独特性观念。^[54]

因此可以说,关于“原因”的思想在阿里斯托的时代已趋于成熟,与此相应,在对符号“原因”的使用中,我们可以发现,在对它的效果意义上的另一种意义的强调之外,可看见对它在即将成为的意义(具有目的论的特征)的强调。起源于柏拉图和亚里士多德的在效力因和目的因之间的两级偏差基本上已经为罗马文化完全吸收。冒着使自己显得过于泛泛的风险提到那个时代的特征,旨在证明哲学在法学建构原

[50] 在这里所谓的伪毕达哥拉斯有很大影响,有许多亚里士多德主义观念及其他来源思想的混合: si veda H. B. Gottschalk, *Aristotelian philosophy*, cit., 1081; P. Donini, *Testi e commenti, manuali e insegnamento; la forma sistematica e i modi della filosofia in età postellenistica*, in ANRW, II, 36, 7, Berlin - New York, 1994, 5035 ss.; J. M. André, *Les écoles philosophiques aux deux premiers siècles de l' Empire*, in ANRW, II, 36, 1, Berlin - New York, 1987, 38 ss.

[51] Così H. B. Gottschalk, *Aristotelian philosophy*, cit., 1174.

[52] 围绕着它的词义发展出来了一个网状结构,之前已经提到过:参见本文开头相关论述,详情在 T. dalla Massara, *Alle origini della causa del contratto*, cit., in specie 58 ss.

[53] Così P. J. Miniconi, *Esquisse*, cit., 81.

[54] Si veda M. Frede, *The original notion of cause*, in *Doubt and Dogmatism*, cit., 222; A. M. Ioppolo, *Il concetto di causa nella filosofia ellenistica e romana*, in ANRW, II, 36, 7, Berlin - New York, 1994, 4494 ss.

因问题时所施加的影响;^[55]因而需要考虑如下事实,即阿里斯托除了确定地是一位法学家之外,还是一位智力超群的研究者,十分关注当时广泛讨论的哲学问题。^[56]

阿里斯托是卡休斯·龙基努斯的旁听生,很可能在一段时间内还与普罗库鲁斯学派的最后几位大师们走得很近。^[57]他除了对法学深具兴趣之外,还不乏对典型

[55] 在这个意义上 D. NÖRR, *Causa*, cit., 25, 他观察到,柏拉图—亚里士多德对原因的打造采取了“Prinzipien - oder Wesenslehre”的形式,并没有转变成一个现代的因果性理论;此外他还指出,对因果性的反思还通过非纯思辨的学科得以传播,如医学(*ibidem*, 25, nt. 1, con richiami di dottrina); si veda O. Behrends, *Iusta causa traditionis. La trasmissione della proprietà secondo il 'ius gentium' del diritto classico*, ora ripubblicato in *Scritti 'italiani'*, a cura di C. Cascione, Napoli, 2009, 74 ss.

[56] 用 S. Tafaro 的话来说, *Considerazioni minime sul metodo di Titius Aristo*, in *Seminario romanistico gardesano* (19 - 21 maggio 1976), Milano, 1976, 49 ss., 阿里斯托是一位法学家,关注历史,受到流行的哲学和修辞学的影响,卷入“好古者”与“好今者”的辩论; cfr. inoltre Id., *La 'interpretatio' ai 'verba' 'quanti ea res est' nella giurisprudenza romana. L'analisi di Ulpiano*, Napoli, 1980, 100, nt. 65 bis. 他实际上说的是“一种学术智慧”, V. Scarano Ussani, *Il 'probabilismo' di Titius Aristo*, in *Ostraka*, IV, 1995, 321 ss., in specie 324 e nt. 90. 这些想法在 P. De Francisci 那里已经萌发, *Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, I, Pavia, 1913, 115, nt. 2; 对博学家学家的认定, P. Collinet, *L'invention du contrat innomé; le 'responsum' d' Ariston* (D. 2, 14, 7, 2) et la question de Celsus (D. 12, 4, 16), in *Mnemosyna D. P. Pappoulias*, Athènes, 1934, 96.

[57] 在 T. Honoré 看来, *Julian's Circle*, in T, 1964, 6, 阿里斯托实际上作为他们的门徒继承了内拉丘斯。然而内拉丘斯追随的是哪一派,学界有争议。以下学者倾向于他属于普罗库洛派 O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig, 1885, 699; E. Betti, *Sul valore*, cit., 26, nt. 1; P. Frezza, *'Responsa' e 'quaestiones'*. *Studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, in *SDHI*, XLIII, 1977, in specie 205 ss.; O. Behrends, *Recensione a V. Scarano Ussani, Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli, 1979, in *Gnomon*, LV, 1983, 235 s. e nt. 23. 而下列学者则认为萨宾派 G. Baviera, *Le due scuole dei giureconsulti romani*, Firenze, 1898 (rist. an. Roma, 1970), 30 ss.; M. Talamanca, *Osservazioni sulla legittimazione passiva alle 'actiones in rem'*, in *Studi economico-giuridici dell' Università di Cagliari*, 43, 1964, 182, nt. 192; D. Liebs, *Gaius und Pomponius, in Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico*, a cura di A. Guarino e L. Bov, Napoli, 1966, 66 ss., in specie 69; M. Bretone, *Storia del diritto romano*, Roma - Bari, 1987, 258; J. W. Tellegen, *Gaius Cassius and the Schola Cassiana in Pliny's Letter VII 24, 8*, in *ZSS*, CXVIII, 1988, 306. 还有学者认为与两派均无关系 A. Pernice, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, I, Halle, 1873 (rist. Aalen, 1963), 91; A. Longo, *Titius Aristo. Contributo alla storia della giurisprudenza romana nell'età adrianea*, in *Antologia Giuridica*, II, 2, 1887 - 1888, 311 ss.; F. Bona, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milano, 1973, 17 ss., nt. 28; A. Cenderelli, *Ricerche su Sesto Pedio*, in *SDHI*, XLIV, 1978, 398; V. Scarano Ussani, *Empiria e dogmi; la scuola proculiana fra Nerva e Adriano*, Torino, 1989, 39; ID., *Il 'probabilismo'*, cit., 329 ss.; V. Marotta, *Tutela*, cit., 66, nt. 23; C. A. Cannata, *Lo splendido autunno delle due scuole*, in *Pacte, convention, contrat. Mélanges en l'honneur du Professeur B. Schmidlin*, Genève, 1998, 433 ss., 441, 然而据推测偏向卡修斯派;在 J. Paricio 看来, *Celso contra Neracio*, cit., 6, nt. 15 [dell'estr.], 是这样的:阿里斯托很可能没有追随两派中的任何一个。还有人认为缺乏足够的依据,将其归入一派或另一派中: P. Voci, *La dottrina*, cit., 245, 258 s.; F. Gallo, *Synallagma*, II, cit., 90 ss., 较近的有 Id., *Contratto*, cit., 26 s. 在这一点上相当详尽的分析: E. Stolfi, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, in *SDHI*, LXIII, 1997, 14 ss. e nt. 55; ID., *Per uno studio del lessico e delle tecniche di citazione dei giuristi severiani; le 'sententiae prudentium' nella scrittura di Papiniano, Paolo e Ulpiano*, in *Riv. dir. rom.*, I, 2001, 31 s. e nt. 217.

哲学问题予以研究的努力。我们无法确定哪些是他最敏感的哲学和文化诉求:斯多亚主义,^[58]新学术,^[59]或者对一般的理性主义立场。^[60]总而言之,哲学研究对于阿里斯托而言——在纯粹的博学研究 and 法律史学以外——具有一个十分亲密的位置。^[61]

但我认为应该再多说几点。如果说哲学思想特别是亚里士多德的哲学思想自公元前2世纪时即开始渗透进罗马人的“原因”问题,而后亚里士多德思想又在公元2世纪的罗马得到了更加细密的传播,阿里斯托作为那个时代知识界的领军人物和哲学研究者,无法不从此等思想中汲取至少几个基本的元素。我因此相信,为原因在目的论上的意义建构一个含义具有决定性的分量,此等建构从柏拉图—亚里士多德的思想中出发,随后与斯多亚学说[被理解为在原因中强调对事物之秩序(*ratio*)的呼唤]交织在一起,以便它指出发展的方向。

考虑到以上种种,我认为下述说法是可信的:阿里斯托使“原因”成为一个备受关注的问题,他认识到了这一术语之内涵所固有的非凡潜力,并凭借其才华在自己

[58] P. Frezza, *Responsa*, cit., 206.

[59] V. Scarano Ussani, *Valori*, cit., 58 ss. 和 62 ss., 以及 Id., *L' utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Milano, 1986, 70 ss.

[60] 他认为“理性主义的选择”撑起了亚里士多德的全部思想, A. Schiavone, *Studi*, cit., 146 ss.; 采同样路径的还有 D. NÖRR, *Rechtsskritik in der römischen Antike*, München, 1974, 138.

[61] 普林尼描绘的情况十分出名, *ep.* 1. 22. 1-3; *nihil est enim illo gravius, sanctius, doctius, ut mihi non unus homo, sed litterae ipsae omnesque bonae artes in uno homine summum periculum adire videantur. Quam peritus ille et privati iuris et publici! Quantum rerum, quantum exemplorum, quantum antiquitatis tenet! Nihil est quod discere velis, quod ille docere non possit; mihi certe, quotiens aliquid abditum quaero, ille thesaurus est. Iam quanta sermonibus eius fides, quanta auctoritas, quam pressa et decora cunctatio! Quid est quod non statim sciat? Et tamen plerumque haesitat, dubitat diversitate rationum, quas acri magnoque iudicio ab origine causisque primis repetit discernit expendit* [ed. M. Schuster]. Si veda A. N. Sherwin-White, *The Letters of Pliny. A Historical and Social Commentary*, Oxford, 1966, 137.

革命性的创造中选择了使用这一术语。^[62] 合同功能的理念在目的因中被发现,这是一个我在前面将其界定为此等含义的“法律化”的过程。阿里斯托感受到了包含了一项目的的原因理念所具有的推动力,在其自身之内便具有投向一个客观目的的含义,正因为意识到了这一点,他得以描绘出这种功能含义的轮廓,后者在法律领域具有自己的独立地位。

这样的一次由目的因理念推动的词义移转于是导致了观察视角的调整:与将原因概念吸收进合同领域中相伴的,是原因获得一个“将来的”语义。我们现在可以说这幅对全景的描述已经抵达终点。我确信,这样的—一个从其本质特征出发揭示了这一理念——合同原因——之起源的流变过程,以及对该理念的形成产生了作用的诸多因素。自然,从如此漫长且纷繁的历史中体现出来的原因理念的面貌,至今日仍呈现诸多争论。

因此,试图在历史之外将合同原因(我们从阿里斯托的片段中了解它)的画面予以清晰展现的尝试实际上不过是空想,这是很好理解的。尽管如此,明知这些问题在历史上具有的复杂性不应导致放弃探索其起源的尝试。相反,这在我看来恰恰是一个永远值得应对的挑战。

[62] 何谓原因,确切地说应理解为目的因,在阿里斯托看来作为是否赋予债之效力的标准。A. Mantello 对此承认, *I dubbi*, cit., 85. M. Sargenti 同样如此, *Svolgimento*, cit., 35, 尽管他忠于传统观念,将原因理解为已经执行了的给,但他也承认在阿里斯托那里原因或多或少地有目的因的意味,即作为通过交易意欲实现的目的。原因问题在阿里斯托的片段中出现频率相当高:例如, D. 25. 2. 6. 5 (Paul. 7 ad Sab.); *Aristo et condici ei posse recte putat, quia ex iniusta causa apud eam essent*; D. 36. 3. 13 (Nerat. 7 membr.); *ei quoque, cui legatorum actio datur in eum, qui praetermissa institutione ab intestato possidet hereditatem, legatorum satisdatur et, nisi satisdabitur, in possessionem legatorum servandorum causa mittitur: ... Idem Aristoni placet*; D. 39. 2. 28 (Ulp. 81 ad ed.); ... *Aristo autem non male adicit, sicuti hic exigit Cassius, ut si iustus metus migrandi causam praebuerit, ita in eius personam qui fulsit eadem Cassium dicere debuisse, si iusto metu ruinae fulcire coactus est*; D. 39. 5. 18. 2 (Ulp. 71 ad ed.); *idem Aristo ait, si donationis causa in hoc tradatur servus, ut post quinquennium manumittatur, sit autem alienus, posse dubitari an usucapiatur, quia aliquid donationis interveniret*; D. 40. 7. 5 pr. (Pomp. 8 ad Sab.); *statuliber rationem reddere iussus reliquum quod apparet solvit, de eo, quod obscurius est, satisdare paratus est. Neratius et Aristo recte putant liberum fore, ne multi ad libertatem pervenire non possint incerta causa rationis et genere negotii huiusmodi*; D. 43. 21. 3. 6 (Ulp. 70 ad ed.); *Aristo et de cuniculo restituendo, per quem vapor trahitur, in balneariis vaporibus putat utilem actionem competere; et erit dicendum utile interdictum ex hac causa competere*.