

請求」擔保，這樣就可避免產生於不同合同的風險和各種非典型風險（例如對履行出價的擔保）。

(二)主債務人與擔保人之間的關係，它通常源於負擔性的無代理權且不可撤銷的委任合同，其中主債務人授予擔保人（通常是銀行）承擔擔保的職責。

(三)擔保人與債權人之間的關係，由於其獨立性，擔保人不能引用債務人享有的針對債權人的與主債務關係有關的抗辯，例如債務關係無效、可撤銷或債權人未履行其義務等。在這一方面，獨立擔保合同與一般保證合同不同，它與主合同的種類和有效性沒有必然聯繫。

我在這裡不再進行對比，羅馬法學者不可能不注意到這種人的擔保合同與我們上文介紹過的錢莊承保之間的顯著聯繫。

最後我想指出最高法院對這種擔保規定的一些限制，正如同在「所有債務保證」中的情形一樣，這些限制是適用一些源於羅馬法的一般原則的結果（客觀誠實信用原則）。

2007年的一項判決⁹⁹確立了一些突破獨立性以及擔保人一般不得援引與主合同有關的抗辯的情形。其中一項就是債權人欺詐擔保人或濫用其地位，最高法院認為在這種情況下擔保人可以向債權人提出以合同履行中的誠實信用（第1375條）為基礎的「一般欺詐抗辯」（*exceptio doli generalis*）。

另一種情形是主合同因違反強制性規定或原因違法而無效。最高法院認為，在這種情況下，由於擔保合同所擔保的是為法律所禁止的內容，因此它由於原因違法而無效（第1418條）。

法律行為、適法行為和履行

[義] Antonio Saccoccio* 著
李 超** 譯

一、清償作為債最自然的消滅方式

「債主要因清償應給付物而消滅」，正如蓋尤斯在其《法學階梯》3.168中指出的那樣，清償是債最自然的消滅方式。根據我們所熟悉的理論，清償指的是債的履行（*adempimento*）。事實上，直至上個世紀的義大利，人們很多時候仍傾向於將術語履行（*adempimento*）視為清償（*pagamento*），甚至今天在所有的歐洲和拉美洲國家的民法典中，其仍然或多或少的被等同於清償；清償一詞源自中世紀的拉丁語 *pacatus*，意指透過清償而獲得滿足的債權人。

在蓋尤斯和優士丁尼看來，儘管清償與債的消滅的其他典型方式（債的免除、變更、爭訟程序等等）之間沒有同質性，但就債的消滅而言，他們之間並無不同。就這點而言，可以說代物清償（*datio in solutum*）是羅馬私法史上唯一的例外；如果我們將蓋尤斯《法學階梯》與優士丁尼《法學階梯》相對應的片段做一比較，我們就會發現前者中的副詞「主要」（*praecipue*）在後者中已不存在，這意味著蓋尤斯將代物清償視為區別於清償的其他諸多債的消滅方式之一；而優士丁尼則將其視為債的當然消滅方式，即等同於清償本身。¹

* Antonio Saccoccio（安東尼奧·薩高秋），義大利布雷西亞大學羅馬法學教授。

** 譯者係義大利羅馬第二大學法學博士研究生。

¹ *Gai. 3. 168: tollitur autem obligatio praecipue solutione eius quod debetur. 1. 3. 29*

不管怎樣，優士丁尼的上述片段例外的從本體論層面上，將清償和代物清償相提並論，並將清償（即履行）描述為羅馬法中債的消滅的典型方式。

二、清償在羅馬法文獻中的兩個涵義

在古羅馬法中，作為一種債的特別擔保，債務人最初在人身上直接受到債權人的約束，而*solutio*指的正是這種人身約束的解除。古老的術語*Obligatio*，正如其消滅方式一樣，旨在實現這種人身上束縛：*obligare*（繫、捆、束縛）、*nectere*（*nexum*）（用鏈拴住）、*vinculum*（約束）等等。因此，*solutio*意味著債務人透過消滅債務關係而真正擺脫人身束縛。

我們可以合理的推定，這種古老的*solutio*在實踐中並無方式和程序上的要求，因此其可能是「通常」（*ordinaria*）的消滅方式（清償），或者任何其他可以達到相同效果的方式。

事實上，這種債務關係的解除往往伴隨著一定的程式行為（要式清償、正式免除、要式口約的解除等等），而對這些程式行為而言，債權人利益的實現與否很可能是無關緊要的：無論債務人是否給付了債的標的，只要其沒有履行相應的程式行為就不能擺脫債的束縛。但值得注意的是，在片段D. 46. 3. 80——摘自彭波尼《論昆圖斯·穆齊》第四卷中一段非常有名的論述——中，透過共和國時期的偉大法學家昆圖斯·穆齊·斯凱沃拉的觀點，彭波尼幾乎指出清償是作為滿足債權人利益的行為，與行為的形式無關這一點²。事實上在該片段中已經浮現出將債的消滅與債的產生相對應的規則——透過口頭合同產生的債既可以透過相

pr.: tollitur autem omnis obligatio solutione eius quod debetur vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit (任何債務因履行或經債權人同意的其他給付而消滅)。

2 D. 46. 3. 80 (彭波尼《論穆齊》第4卷) 契約應當按照訂約時規定的方式履行。因此，我們訂立的要物契約，就應當以交付實物的方式履行。如同我們訂立消費借貸契約，應當以歸還相同數目的金錢來履行。當我們訂立口頭債約時，我們或是以口頭方式，或是以要物方式來履行。以口頭方式履行是拍賣權人口頭向債務人聲明已經獲得了清償。以要物方式履行則是拍賣權人允許

同的行為或者相反的口頭合同來解除（即透過正式免除，該行為遵循嚴格的一問一答模式），同樣也可以透過要物方式（*re*）來解除，即透過清償（在此清償指的是履行債務人的承諾）。

因此可以說，大約在共和國末期時已經出現了具有解除債務效力且獨立於行為形式的清償。

由上可見，*solvere/solutio*的涵義在羅馬法中經歷了一次真正的變異，該變異使得其從一個涵義寬泛的術語，即涵蓋任何可以滿足債權人利益的行為，轉換為一個有特定涵義的術語，即履行債務人的承諾。但由此也導致了其涵義的搖擺不定，這在烏爾比安的D. 50. 16. 176中顯得尤其明顯，在該片段中烏爾比安無理的強化了清償（*solutio*）和債權人利益滿足（*satisfacere*）之間的對立，而這種對立在羅馬法文獻中並不總能得到支撐。³

無論如何，動詞*solvere*的涵義從此變為「透過履行債的內容而解除債務關係」（*Solzazi*）。如此，清償便在實質上等同於債的履行，而這又成為其主要涵義，並透過歐洲中世紀及之後十七、十八世紀的法律傳統，最終融入現代法典中。

三、*Solvere/solutio*古義的殘餘

就羅馬法上的履行理論而言，上述古老的涵義並非沒有留下痕跡，甚至古典時期的羅馬法也未能擺脫其影響。一方面，羅馬法學家在著作中仍繼續使用廣義上的*solutio*（即任何可以解除債務關係的方式）。另一方面，這些法學家在採納狹義上的*solutio*（即相當於履行）的同時，不但強調透過債務人給付實現的債權人利益的滿足，更經常把債務人債務的消滅作為關注的焦點。

就第一點而言，我們可以引述保羅（D. 46. 3. 54）作為證明，在他看來，「*solutio*指的是透過任何方式實現的債務關係的解除」；又如烏爾比安在《告示評注》第58卷，即D. 42. 1. 4. 7中所說：「我們不應將已經履行債務的人僅理解為那些已經清償了的人，而且包括那些透過爭訟作

3 D. 50. 16. 176烏爾比安《論薩賓》第45卷：「……我認為*solutio*指的是任何別

序而從債務中解放的人。」³

另外，這種古義上的*solutio*的法律效果（D. 50. 16. 47）也得到了保羅的確認，在其看來，「單詞解脫債務（*liberatio*）具有與清償（*solutio*）相同的涵義」。

就第二點而言，毫無疑問在一些文獻中羅馬法學家採納了相反的涵義（即清償等於履行），這些文獻仍充滿了疑點，但在我看來，這些疑點很容易用*solutio*的古義予以解釋——根據這種觀念，重要的不是債務人的行為，而是債務約束關係的解除。

事實上，如果說履行指的是承諾給付的完成，那麼我們即可由此推出債務人自己應透過履行義務性行為來實現清償，即其自己能夠啟動解除債務關係的程序。但我們發現，羅馬法文獻中還存在著第三人履行的情況（顯然這是對親自履行的例外，即因債的性質或者當事人約定），此時第三人的履行同樣可以導致債務關係的解除。值得注意的是，第三人履行可以在債務人不知情，甚至違背債務人意志的情況下發生：D. 46. 3. 53，為不知情的第三人的利益而履行債務是合法的，因為市民法規定可以優化他人的法律地位，即使其不知情或對此表示反對；D. 3. 5. 38，任何人一旦為債務人履行了給付行為，那麼該債務人即從債務中解放出來，即使其反對或對此並不知情。此外，相同的規則還在優士丁尼彙編作品的不同地方被多次予以重申（D. 3. 5. 42, D. 14. 1. 1. 24, D. 46. 3. 23. 40, D. 46. 3. 23. 53），而且在幾乎所有的現代法典中都可以找到。（如1942年義大利民法典第1180條）。

上述規則顯然違背了這樣的原則，即履行是債務人實現債務內容的行為，因為在上述情況下，履行的主體不是債務人而是第三人。十九世紀為應對批判而發展起來的理論也不過是一個膚淺的權益之計：事實上既不能將第三人視為是債務人的代理人（正如我們看到的那樣，第三人甚至可以違背債務人的意志）；也不能將目的誠為債的核心要素，而據此認為不管以任何方式，債都可因目的實現而消滅（溫德沙伊德）。

相反，上述規則與*solutio*的古義完美的契合起來，其將清償從債的內容中解放出來，並找到了一個正當的理由來支撐蓋尤斯的前述論斷，即優化第三人的法律地位是合法的，即使其並不知情。

的債務關係的解除。即其關注點似乎既不是債務人的親自履行，也不所謂的目的論：債務人履行也好，第三人履行也好，重要的不是誰行，而是債權人利益的實現，而這將使債務人從債務約束中獲得解放。

在這個意義上，以下兩種情況也可以得到合理的解釋，否則將無在邏輯上解釋債務人的親自履行行為。

第一種是有關用他人之物履行的情況。依羅馬法學家的通行觀點即使債務人交付的標的物乃他人之物，但如果債權人憑時效取得給付的所有權或者將收到的錢與其自己的錢相混合（D. 17. 1. 47. 1、D. 46. 60）⁴，債務人的債務也同樣消滅。

第二種是有關無行為能力人履行的情況。原則而言，在欠缺監護幫助的情況下，無民事行為能力人也可以有效的履行自己的債務，倘其民事行為能力的欠缺使其不能合法的轉移所有權。與之相對應是，對無民事行為能力人所做的給付原則上也是有效的，除非其不備法有效的處置其債務關係（其行為能力的欠缺使其未被授予轉移財產能力，蓋尤斯《法學階梯》，2. 84），此時，儘管給付是有效的，但債並不消滅，除非無民事行為能力人已經消費了收到的錢款，如將其自己的錢混合起來，或者其從該給付中獲得收益。在這種情況下，債權人的債權並未消滅，但一旦其訴諸法律主張該債權，那麼裁判應授予債務人詐欺抗辯來對抗債權人：該規則得到了大量羅馬法文獻申明（除前述蓋尤斯的論述外，還有D. 44. 4. 4、D. 46. 3. 15、D. 46. 47、D. 46. 3. 66）。

上述解釋為註釋法學派所廣泛接受：透過Casus對D. 46. 3. 15的論，其融入歐洲第一批法典中；而透過*Stete Partidas*，其被多個拉美國家的民法典所採納。

四、履行的法律性質

履行的法律性質是十九世紀和二十世紀理論界廣泛爭議的問題之一。就羅馬法而言，其面臨兩個方面的困難：一方面它們來源於羅馬學家對分類問題的懷疑；另一方面，如我們所知，將履行納入法律

⁴ 參見D. 17. 1. 47. 1、D. 46. 3. 17、D. 46. 3. 94等。

範疇的企圖並非一個羅馬法產物。雖然存在上述困難，但這並未妨礙羅馬法學家——他們在剛過去的一個世紀裡比任何其他更關注債的消滅的這一主題——對履行一給付的法律行為屬性予以明確的肯定。不過值得注意的是，上述結論是一種特定歷史環境的產物，在當時的歷史環境中，法律行為的觀念支配著法學的各個領域。事實上，羅馬法的相關文獻似乎並不支持上述結論；在這一點上 Solazzi 教授也被迫承認，就給付而言，其適用的規則比其他法律行為更具有彈性。

具體而言，我們首先要排除那些將 *solutio* 定義為 *negotium* 的文獻，如 D. 12. 6. 33。⁵ 因為一方面，理論界對其存在廣泛的爭議⁶；另一方面，我認為尤里安，正如其他所有的羅馬法學家一樣，在此處提及的 *negotium* 指的並非我們所說的法律行為 (*negotio iuridico*)。

相反，我們更應關注那些明確否定將清償 (*solutio*) 定性為合同行為 (*negotium contractum*) 的片段 (蓋尤斯《法學階梯》3. 91：某人以履行債務的目的而給付某物，那麼他旨在解除而不是締結合同關係；在此處 *negotium contractum* 顯然指的是合同)，以及那些將清償 (*solutio*) 定性為事實構成而非法律構成的片段 (D. 20. 10. 7. 3)，在我看來，這些片段顯然更有意義。就這點而言，我認為將清償定性為一種債的消滅的自然方式 (D. 46. 3. 107，口頭債務可以透過自然模式或者市民法模式而消滅；自然模式，比如透過履行；C. 3. 42. 9，透過自然模式而使債消滅) 具有非常重要的意義，這使其與解除債務關係的其他市民法方式 (正式免除、混同) 區別開來，而自然模式可以與之前提及的「*res facti*」聯繫起來，它們都與法律行為的人為擬制 (*artificiale*) 性相反。

最後，截至目前為止我們探討的都是以給付某物作為履行的情況 (主要是一筆錢款)，但在一定行為為標的的債中，原則上並不要求債權人的配合，因此，在這種情況下，探討履行的法律行為屬性只是一種

文字遊戲，沒有什麼實際意義。

五、法律行為理論不適合解釋羅馬法中的 *solutio*

前面的探討可以引導我們思考這樣一個問題，即對羅馬人而言法律行為、法律行為和法律事實哪個更符合清償的法律性質？對此，前所引述那些文獻來看，羅馬人認為任何人以任何方式只要履行了就可以導致債務關係的解除，並未考慮所謂的履行人的行為能力，明在羅馬人眼中，法律事實理論似乎更勝一籌。

法律行為理論完全不適合用來解釋羅馬法上的履行行為。這是明顯的，一系列的因素可以表明這點，其中之一即是無民事行為履行債務和對無民事行為能力人履行的情況。事實上，法律行為與債權人和債務人對其實施的行為具有行為能力為前提。但是在其中，無行為能力人參與的履行，如一個未成年人，並非絕對的無效。在實踐中，當一個無行為能力人實施了一個給付行為，那麼則是無效的，但這並非因為其沒有行為能力而無效，而是因為，*in solutio*，在欠缺監護人幫助下其不能夠合法有效的轉移財產權。因此，履行不能消滅債務的原因在於這種法律上的限制，而非其行為能力；原則而言該未成年人的確可以要求返還錢款，但如果債權人⁷ 過時效取得獲得了該款項的所有權，或者將其與自己的金錢混合該返還請求權將消滅，而清償也將獲得完整債的履行效力 (有關論界試圖證明相關文獻存在篡改的情況，有關時效取得 D. 17. 1. 47, 46. 3. 60，有關消費金錢 D. 12. 1. 19. 1、D. 26. 8. 9. 2、D. 46. 3. 14。此外，如果無民事行為能力人的給付不是給予某物，而是為轉售，那麼如前所述，履行人的行為能力在清償中將沒有適用的餘地。相反，如果履行是對該無行為能力人有利的 (例如該未成年到監護人的幫助)，那麼其並非完全無效，因為儘管債權人仍然存在無論如何該未成年入已經取得了標的物的財產權。此時，如果讓入在接受給付並從中獲利後，仍惡意的主張債權而要求債務人履行法官將透過授予詐欺抗辯的方式駁回其請求。因此，對一個無力人實施的履行行為，將不僅僅使其獲得給付物的所有權，而且

⁵ ... Nam is qui non debiam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit... (.....如果一個人支付了一筆不該支付的款項，那麼這是一種特殊的行為.....)

⁶ 就學術界對該點的研究情況，可參見我所做的 *esegesi*, A. Saccozio, *Si certum peccatur. Dalla conditio dei classici alle condictiones gustiniane*, Milano, 2002, pp. 790 ...

對其有利的情况下，將產生債務消滅的法律效果。

六、現代法典以及履行作為適法行為的重要性： 德國立法及理論

受拿破崙民法典的影響，1865年的義大利民法典也採納了上述羅馬法模式，該法典第1240條規定，如果履行要求轉移物的所有權，那麼債務人應當具有相應的行為能力，但如果該物是可消耗且已經被債權人善意的消費，那麼債務人將不能提出返還請求。可見，該規定與前述羅馬法規定相一致。

但德國民法典的頒布打破了這種局面並使相關的爭論隨之升級。如我們所知，德國民法典充分採納了從潘德克頓法學發展而來的各種法律技術，並在一定程度上迫使人們以此來考慮問題。事實上，人們首先考慮的問題是行為、法律行為以及行為能力等概念。直到十九世紀末二十世紀初，德國法學家才開始圍繞履行是一個適法行為——即履行作為一個意思表示行為其法律效果基於法律規定，還是一個純粹的法律行為——即其法律效果依當事人的意思而生——來展開討論，如此便在事實上排除了將履行視為純粹的法律事實的觀點。

爭論的結果是，至少在當時的德國，甚至直到德國民法典頒布實施，履行被認為是一個純粹的法律行為，因此與其他法律行為一樣，履行也適用有關行為能力的規定⁷。由此導致的結果便是無民事行為能力人的清償行為本身變得無效，當事人的行為能力不再是轉移財產的前提條件；而是解除債務關係行為的前提條件。該規則在相當長一段時間內得到了德國法學理論的嚴格遵守：事實上不僅因欠缺行為能力而實施的清償行為無效，而且對無行為能力人的清償也同樣無效。就這點而言，德國甚至發生了一個荒謬的案件。在該案中，一個無民事行為能力人與其朋友合夥購買了彩票並贏得了相應的獎金，該無民事行為能力人分得了一半的獎金，最終德國的一個法院以當事人欠缺行為能力為由，撤銷了向該無民事行為能力人實施的給付一半獎金的行為。

德國民法的這種模式顯然是對個人主義的極端縱容，這或許是由德國民法典頒布的歷史環境決定的；其對商品流通的必要性並不關心，在任何情況下都強調無民事行為能力人意思表示的無效（唯一的例外可能是無能力人禁治產的情況，這種情況下的意思表示不被認為是無效的），而是被認為以法定代理人的同意為停止條件的行為）。

七、義大利的情況：履行被作為義務行為 (atto dovuto) 以及對傳統理論的顛覆

上述思想在義大利也產生了相應的影響。事實上，儘管存在在義大利，理論界對該問題似乎尚未達成共識。事實上，儘管存在各種不同的理論，但總的而言可以分為三種：一方面，有學者將履行視為法律事實 (OPPO, BARASSI)；另一方面，有學者認為履行行為是純粹的法律行為 (Scuto) 或最多是一個狹義上的適法行為，一種特殊的適法行為，即atto dovuto (Rescigno)；最後，還有學者認為所有的轉移而言其是一個法律行為，而就債的消滅而言則是一個適法行為，轉移而言其是一個法律行為，而就債的消滅而言則是一個適法行為，他們認為理論界有關履行法律性質的探討是在錯誤的方向上進行，在他們看來應該根據具體情況進行具體的分析，因此其性質具有多樣性：可看 (Giorgianni, Cannata)。

就1942年的義大利民法典而言，從其所用術語來看，該法似乎將履行解釋為一種適法行為；事實上，第1191條規定對無民事行為能力的債權人實施的清償無效，而1865年民法典則只是簡單的規定不能清償返還原物；第428條同樣宣稱行為人如果在行為時無理解能力或僅有力量，即使是暫時無能力的，其行為也可經請求而被宣告為無效。

這表明無民事行為能力人參與的履行行為，其結果實際上並非重要。

事實上，當履行有利於無民事行為能力債權人時，第1190條似循了羅馬法的路徑，該條規定該種履行並不能使債務人的債務消滅，要其不能證明該履行有利於無行為能力債權人。

相反，無民事行為能力人作為給付人的情況，則是一種對傳統徹底改變。事實上，第1191條規定已履行給付義務的債務人，不得追

7 參見薩維尼：《當代羅馬法體系》，義大利語版，都靈，1886年版，第3卷，1111-1112頁；Favale in loc. cit. 第1791頁註釋1。

是無行為能力人爲由對已經履行的給付提出異議。該條規定不僅未被規定在1865年的民法典中，甚至在1936年的民法典草案中也未予規定，只是在修訂民法典定稿的最後時刻才被引入。

該條規定是對起源於羅馬法並被之前民法典所採納的傳統教學理論的徹底改變，根據傳統理論，無民事行為能力人的履行不具有消滅債務的效果，除非發生了前述特定情況（混合、時效取得等），無民事行為能力人才不能再對給付提出異議。本質而言，在平衡債權人和無行為能力履行人之間的利益時，法律傾向於保護的不是無民事行為能力人，而是債權人的利益，這種利益透過債務的有效履行而得以實現，並導致債務關係的消滅。

或許有人會爭辯說，這是立法者恣意選擇的結果，其傾向於保護商品的市場流通而非對無行為能力人的保護。

但在我看來，這種改變反映的並非義大利立法者在立法活動中的利益權衡和選擇，而是對履行地位重要性的確定。事實上，如果強調其性質的獨特性，將履行視爲一種廣義上的適法行爲，無論是事實處分行爲、有效的適法行爲還是義務性適法行爲，債務人都被認爲應當實施該行爲，因此履行對債務人不可能產生不利。如此，履行行爲的特性被納入適法行爲的屬性中；其特性即在於，由於其是一種義務性行爲，因此法律並不關心履行人是否具有相應的行爲能力。Rescigno認爲既然履行是一種義務性行爲，因此法律並不要求一個真正的意思表示，甚至爲了達到特定法律效果（即債務關係的解除）的意思衝動就足夠。依該理論，無行為能力人所做的同意表示原則上也同樣具有消滅債的效力，這是因爲履行行爲並非一個普通的適法行爲，而是一個義務性的適法行爲，因爲履行人受債的約束而沒有同意與否的自由。

在我看來，上述做法違反了將法的適用選擇留給立法者的原則，而這是最高正義的要求，並透過一種媒介，將法律行爲理論——該理論並非總是能達到更好的效果——引入具體的法律規則之中。

法律行爲、適法行爲和履行

Antonio Saccoccio 著 李超 譯

主要參考文獻

- C. SCUTO, Sulla natura giuridica del pagamento, in Riv. dir. civ., I, 336 ss.
- M. MARTORANA, Della natura giuridica del pagamento, Palermo, 1927
- S. SOLAZZI, L'estinzione delle obbligazioni nel diritto romano I², N 1935.
- P. RESCIGNO, Adempimento e incapacità naturale, Napoli, 1950.
- M. GIORGIANNI, Natura del pagamento e vizi di volontà del solvens, in Padano, 1962, 719.
- L. BARASSI, La teoria generale delle obbligazioni III. L'attuazione, M 1964.
- G. MELLILLO, In solutum dare. Contenuto e dottrine nell'adempimento inesatto, Napoli, 1970.
- G. OPRO, Adempimento e liberalità, Napoli, 1979.
- C. A. CANNATA, L'adempimento in generale, in Trattato di diritto privato da P. Rescigno, vol. 9, Torino, 1984.
- A. DI MAIO, Adempimento in generale, in Comm. del Cod. Civile Sci. Branca, Bologna, 1994.
- P. PERLINGIERI, Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni, N 1995².
- C. CHessa, L'adempimento, Milano, 1996.