

et lux in tenebris lucit

厦门大学法学院罗马法研究所主办

罗马法与现代民法

第八卷 (2014年号) Vol. VIII (2014)

Roman Law and Modern

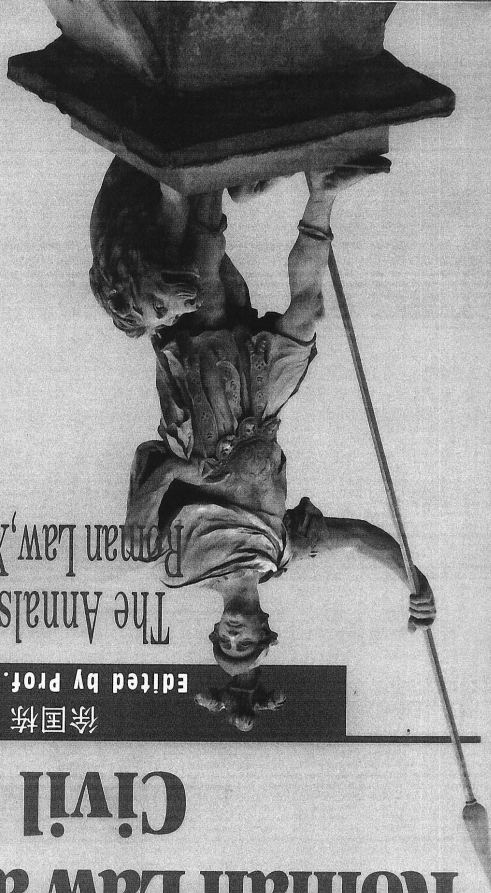
Civil Law

徐国栋 主编

Edited by Prof. Xu Guodong

The Annals of Institute of
Roman Law, Xiamen University

厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS
全国百佳图书出版单位



et lux in tenebris lucit

Roman Law and Modern

Civil Law

The Annals of Institute of

Roman Law, Xiamen University

责任编辑 甘世恒 邓 臻

封面设计 姚 婕

美术编辑 卓 群



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码



D0841-1-1

ISBN 978-7-5615-5382-0

9 787561 553820

定价:60.00元

厦门市思明南路422号
法学院罗马法研究所

xj@xmu.edu.cn

et lux in tenebris lucit

厦门大学法学院罗马法研究所主办

罗马法与现代民法

第八卷 (2014年号) Vol.VIII (2014)

Roman Law and Modern Civil Law

徐国栋 主编

Edited by Prof. Xu Guodong

The Annals of Institute of
Roman Law, Xiamen University

在版编目(CIP)数据

法与现代民法. 第8卷/徐国栋主编. —厦门:厦门大学出版社, 2014. 12

978-7-5615-5380-0

I. ①徐… III. ①罗马法-文集②民法-文集 IV. (D)904.153
13.04-53

版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 306682 号



官方合作网络销售商:

J 大学出版社出版发行

址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

办电话:0592-2182177 传真:0592-2181253

中心电话:0592-2184458 传真:0592-2181365

址: <http://www.xmupress.com>

址: xmup@xmupress.com

J 市明夷彩印有限公司印刷

1 年 12 月第 1 版 2014 年 12 月第 1 次印刷

寸: 720 × 970 1/16 印张: 28.5 插页: 2

文: 49% 千字 印数: 1~2 000 册

售: 60.00 元

址: 如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

主 编 絮 语

本年刊的第 7 卷出版于 2010 年,一晃过了 4 年,才着手出版第 8 卷,原因有二:其一,灰心;其二,事故。容分述之。

灰心乃因为这样的以书代刊出版物在现有的评价体系中没有任何地位。尽管本年刊的口碑不错,但它一点也不能为我赢得点数,而且为编辑一卷,我至少要花 1 个月的工夫。经过屡屡打击,心一横,就不编了。光阴飞逝,这一横就过了 4 年。

事故是 2011 年 9 月在圣彼得堡金砖国家的法律方面会议时丢了电脑:业余出租车把我们送到机场,电脑忘了拿出来,从此它就跟我永别了,尽管其中有我的名片,尽管我向俄罗斯警察报了警,尽管托了俄罗斯友人帮助寻找,但我还是没有机会与它重逢。俄罗斯,一个没有正规出租车的国家,可以称之为文明么?不然可以凭票找车从而找物了。从此我对这个国家深怀恶感,重曹牌因是丢掉的电脑中包含我在 2011 年夏天对第 8 卷的所有编辑劳动。那可耻快编完了处在即将交付出版社的状态的稿子哟!

无论有多少客观原因,我还是构成了对本卷的所有中外作者、译者的冒犯。富有讽刺意味的是,其中包括俄罗斯人,他在今年的元旦向我问好,期望我主动说起他文章发表情况——他们许多是 2008 年在厦大召开的第一届拉丁法律术语译名统一研讨会的参加者。算起来,他们对本卷出版的等待,已持续了 5 年,换言之,他们差不多要因为我对他们文章的长期占有丧失自己的著作权了,假设 5 年是允许著作权时效取得的法定期间的話。他们对我没说一句怨言。少数人提到自己文章的下落,也只有淡淡的一语。而我知道,在这个数字化评估的时代,他们多么需要发表,哪怕是在以书代刊出版物上的发表!为了这个,我要对他们说抱歉,请你们原谅我,原谅俄罗斯人!

现在我终于打起精神编辑本卷,把它出版,以此不负作者、译者。按我的心愿,本年刊就此收摊,但许多的友人说,这是一个阵地,丢不得。说这个话的人可能不知编一卷的辛苦。无论如何,我心犹犹豫。那么,先编出此卷再说,至于以后还出不出,看身体状况和心情吧!

罗马法系中的扶养之债

——历史、内容、义务人和发生根据*

[意]安托略·萨科丘*著 史志磊**译

一、论题的意义

我对这一论题的关注始于我作为成员之一的由我的导师桑德罗·斯奇巴尼教授负责的工作小组将优士丁尼《学说汇纂》翻译为意大利语的过程中,因此,我已经致力于该论题十年了。

事实上,在我们翻译题为“非婚生子女的认领和对子女、父母、恩主以及解放自由人的扶养”的第25卷第3题的时候,我意识到罗马人同样面临着扶养问题,这是现代家庭法中最重要的问题之一。

在此,我想简要地阐述扶养问题引起古罗马法学家注意的方面以及他们处理这一问题的方式;然后,我想分析在现代法制中扶养义务的意义,目的在于捕捉扶养制度在历史发展过程中可能存在的连续性或间断性的线索,在适当的时候,指出当下该制度可能存在的不足。最后,我将简要地从教义学的角度阐述扶养之债在债的发生根据体系中的定位。

二、扶养义务的含义

让我们从第一点开始。现代法律(为了简洁,我们这里仅以意大利法律为例)规定,要求扶养的权利以非法行为、双方协议、遗赠、法律的规定为发生依

据。显然,对我们来说,前三种发生根据远没有第四种发生根据有趣,罗马人已知晓前三种发生依据。关于基于法律的扶养义务,1942年制定所《意大利民法典》第433条概括性地规定了扶养义务人并确定了他们的义务,分别为:配偶、子女或近亲亲属、父母或近亲亲属、女婿或儿媳、公婆或岳、兄弟或姐妹,最后规定了受赠人承担的此等义务(第437条)。

此外,意大利法律严格区分要求扶养的权利和要求生活保持的权利,意味着权利人只能主张维持生活的必要费用(伙食费、住宿费、服装费),其目的在于确保权利人可以维持他从前有过的生活水平。

所有这些因素在罗马法中都出现了,但它们的起源过程是非常曲折,在学说上充满了争鸣。

根据原始文献,承认一些人针对另外一些人承担扶养“义务群”的多元化的,譬如,家庭亲情(pietas)(D.27,10,4;D.37,15,1)、血缘关系(cognationis)、衡平(aequitas)(D.25,3,5,13)、自然理性(naturalis ratio)(D.3,14),在恩主与解放自由人之间的关系中,还包括敬畏(reverentia)(D.4,3)或尊重(obsequium)(D.25,3,19)。这些义务在罗马父权制家庭内部能找到它们的主要存在领域,并完全以相互性的方式运作,与父权是直系旁系,他们与扶养义务人之间的亲等如何,毫无干涉。

三、扶养义务在罗马法中出现的时间较晚

在罗马法中,很长一段时期,法律(lege)规定的唯一的扶养义务是指针对受判处者的(也就是被长官交给盗窃受害人或债权人的人的窃贼或破产人,以便他们对其进行人身执行,根据著名的十人委员会的命令,后者如意,可以自备伙食,否则,根据《十二表法》规定的期限和分量(实际上与罗马存活的界限大致重合),债奴由监禁他的人扶养。^①对此,我们从古罗马学家李其纽斯·鲁费努斯(Licinius Rufinus)那里了解到,针对不履行扶养义务的债权人可以扩用的方式提起罚金之诉或甚至提起侵辱之诉(针对冒格行为行使的诉讼)(D.42,1,34)。

可以确定的是,我们可以在《学说汇纂》中找到很多讨论子女承租担

* 根据作者2014年6月12日晚在厦门大学法学院举行的同名讲座记录整理。
* 意大利布雷西亚大学罗马法教授。

己父母义务(或相反)的法官,譬如,我们可以几乎确定地举出161年安东尼努斯·皮尤斯皇帝的敕令,该皇帝要求享有管辖权的法官判令有扶养能力的子女向你(被扶养人)提供扶养,还有瓦伦丁尼安三世的敕令,该皇帝明确要求每个人都应该扶养自己的卑亲属(C. 8, 51, 2pr.)。

在《学说汇纂》中,我们不能确切地知道扶养制度确立的方式和程序。我们只知道该制度并不是裁判官引入的,裁判官并不想以某种方式对抗稳定的市民法体系,并且扶养案件通过非常审判程序审理,尤其要借助于享有对这类案件管辖权的执政官的审判。

传统观点认为扶养制度作为特别法上的制度产生于安东尼努斯·皮尤斯皇帝时期,此后在对扶养事务享有管辖权的执政官的干预下,扶养制度得到逐步地维护和巩固。

如果在公元6世纪还需要皇帝(优士丁尼)的干预并重申对处于困难中的尊亲属或卑亲属的扶养义务,显然这是一项很晚才具有“法律拘束力”的义务。

四、扶养义务最初被家父权吸收

事实上,起初罗马法并没有规定亲属之间的扶养义务。阻碍扶养义务在罗马社会内部传播的最大障碍是罗马的家父制家庭结构。实际上,罗马社会弥漫着自有法家庭(familia proprio iure dicta)即广义家庭的僵硬规则,家父享有广泛权力的事实让人们不敢想象家子或妻子在家庭之外享有财产,根据彭梵得的理论,自有法家庭是一个十足的政治单位,所以将家庭关系诉诸法官是不可能的。

个体在家庭内部得到保护和生存资源,扶养处于其权力下的个体是家父权的题中之义,因此,没有留下扶养义务具有法律约束力的明确记载:家父给扶养仅仅是一种道德义务。这就不难理解马尔切勒在公元3世纪的论断:儿子的孩子由我们负担,女儿的孩子由其丈夫的父亲负担,除非他已故或处于贫困之中(D. 25, 3, 8, 马尔切勒:《优流斯和帕皮流斯法评注》第1卷)。

虽然19世纪伟大的学者阿尔巴内塞已经指出家父对处于其权力下个体的生杀权在行使条件和频率上受到限制,但这一权力事实上阻碍了与扶养上述个体有关问题的出现:强制权力人扶养其享有生杀权的个体是不合逻辑的,从家父对新生儿的遗弃权中也可以得出同样的结论。只是当那部最初的第五

社会控制力量介入扶养案件,因此,就有了监察官的介入,事实上,监察官是确保在家庭内部合理分配扶养资源(但并不止于此)的理想工具。

确实,那些容易发生家父不履行对子女扶养义务或需要法律的介入,同样,家父不履行对新生儿子或即将出生的婴儿的扶养义务也需要法律的干预。因此就可以理解保罗在其《意见集》中主张将未履行对新生儿的扶养义务视为杀害。^①同理,在家父死亡时,授予母亲为了胎儿利益的遗产占有也是有意义的,也就是说,母亲可以从家父的继承人处获得一笔为避免胎儿受到伤害的扶养费用(D. 37, 9, 1, 19; D. 37, 9, 5)。

在解除婚姻关系的情况下,从扶养的角度看妇女的地位并没有改变,男方不承相对女方的扶养义务(这一点下文将详述),子女的地位也没有改变,还处于家父权之下;相反,因女方的过错导致的婚姻解除,男方为了子女的扶养有权扣除一定数额的嫁资(所谓因子女的扣除)。

如果家父权终止(譬如子女被解放),在较早的罗马法中,父亲对被解放子女不再承担任何义务,反之亦然。

五、公元2世纪扶养义务浮现

扶养义务在罗马法原始文献中的出现是缓慢的:以前拉贝奥讨论过它(公元1世纪,参见D. 27, 2, 1, 4。乌尔比安:《告示评注》第36卷),人们仅能在《艾流斯和森求斯法》(公元1世纪)中涉及恩主与解放自由人关系的部分觅得其踪迹。

扶养义务的产生与公元1世纪在罗马发生的尊卑亲属之间(权力)关系的变化密切相关。事实上,在这一时期家父权逐渐瓦解,随之我们开始在原始文献中发现扶养先处于其权力之下现在处于贫困状态的个体的义务/负担的证据。

在这一点上存在各种各样的讨论,但应该明确强调:

- 上文提到的生杀权的衰落并继之被废弃;
- 继之而来的,古典家庭、家庭的政治功能以及家父权制度在较大范围内的衰落;

- 宗亲家庭被一种建立在血缘关系和感情基础上的家庭模式代替；
- 妇女不再屈从于夫权的无夫权婚姻的普及；
- 家子在财产领域相对于家父获得了较大的自主权，用现代的法律术语讲就是家子获得了权利能力，正是基于抚养的事由，我们首次看到儿子被允许针对父亲提起诉讼；
- 在裁判官确立的继承规则（遗产占有）中，与宗亲关系相对的血缘关系得到承认和张扬。

所有这些都导致了一类典型案件，即与他人存在感情或血缘关系的一些人经常陷入贫困之中，虽然后者在形式上已不处于前者的权力之下，也不处于儿子已经瓦解的仅存在于历史记忆中的家父权之下，但在当时这类案件的存在并没有正当的理由。

因此，我们可以合理地主张抚养制度并非产生于家父权之外，而不是如同德国学者格吕克所主张的那样，也不是从现代视角将抚养制度与核心家庭的解散实质性地联系起来，抚养制度产生于罗马宗亲家庭内部以及上文提到的历史事件的发生过程中。

在这一点上，举出经常在罗马法原始文献中出现^①的一位家父与另外一位家父在有夫权婚姻缔结的过程中达成的由后者抚养即将进入其家庭的前者的女儿的协议的例子是有意义的：这间接地表示，供给抚养的义务与权力关系的建立是同时进行的。

可以合理地主张执政官是以家父请求家子履行义务而不是相反为契机引入家父权制度的，对比今天的社会形势，我们倾向于相信这一观点。事实上，从公元1世纪至公元2世纪起，越来越多的处于家父权下的家子被赋予权利能力并且非常富有；这些家子有义务抚养处于贫困中的父母。同样，也产生了父母抚养孩子的义务。

因此，抚养义务是在家父权内产生的，而不是家父权之外。在这一点上，被《学说汇纂》的编纂者收录在D. 25. 3. 5pr. ^②中的乌尔比安的一个法言是关键，在这一法言中，乌尔比安询问家父的抚养义务是否指向处于其权力下

^① D. 15. 3. 20 pr.; D. 44. 4. 17 pr.; D. 17. 1. 60. 3; D. 24. 3. 42. 2.

^② 如果某人要求其子女履行赡养义务或者子女要求家父履行抚养义务，法官应该受理这类案件。家父是否仅有义务抚养处于其权力下的子女还是有义务抚养被其解放的子女或者以某种方式脱离其权力的子女？我个人认为如下安排更可取，即使子女不处于家父的权力之下，家父也应抚养他们，另外，不处于家父权下的子女也应抚养他们的父亲。

的家子，还是也包括被解放的子女；乌尔比安的回答是肯定的（应当对被解放的子女承担抚养义务），然而提出问题的方式表明抚养义务实质上是针对前者而言的，但扩张于不处于家父权之下的其他子女。实际上，抚养义务很早就从自有从家庭自然地扩张于单纯的父权制家庭（*semplix familia paterna*），此后，抚养义务存在的范围逐步扩大，直至优士丁尼时代达到顶峰。

六、抚养义务人

公元2世纪中期由安东尼努斯·皮尤斯创立（或者可能在公元2世纪由马尔库斯·奥勒留和路求斯·维鲁斯共同创立）的制度的扩张反映了血缘关系相对于宗亲关系的优越地位，但根据乌尔比安的文本，这种形势不能过度向前追溯，因为乌尔比安明确使用了“我个人认为……更可取”的字眼审慎地表达其观点。

优士丁尼将抚养义务扩张于非婚生子女（Nov. 89, 15），仅有的例外是乱伦所生的子女或生于犯罪关系中的子女，以及生于无效婚姻中的子女（Nov. 12, 2; Nov. 89, 13）。优士丁尼课加对非婚生子女的抚养义务后，还课加抚养义务人对其婚生子女和自然兄弟的抚养义务（Nov. 89, 12）。

《学说汇纂》中的一些法言也承认孙子或外孙子对祖父母或外祖父母的无差别的抚养义务，反之亦然。^① 优士丁尼将其一般化并大大扩张了其适用范围（Nov. 117, 7 和 C. 1. 5, 19, 3），承认子女抚养母亲的义务和母亲对子女的抚养义务（但主要的抚养义务人是父亲，并且如果母亲基于对子女的爱不要求子女承担抚养义务，她也可以向孩子的父亲要求供给抚养），^② 承认兄弟之间相互的抚养义务，^③ 承认叔侄之间、伯侄之间以及舅甥之间的抚养义务。^④

一些现代学者，包括重量级的权威学者温德沙伊德，认为夫妻之间也存在

^① D. 25. 3. 5. 2; D. 25. 3. 8. 马尔切勒，《优流斯和帕皮流斯法评注》第1卷：儿子的子女是我们的责任，女儿的子女是其丈夫父亲的责任，除非他已故或处于贫困之中。

^② D. 25. 3. 5. 2 乌尔比安，《论行省总督的义务》第2卷：D. 25. 3. 5. 4; D. 25. 3. 5. 14; D. 3. 5. 33(34); C. 2. 18, 11.

^③ D. 27. 2. 4; D. 27. 3. 1. 2.

^④ D. 3. 5. 26. 1 表明舅舅与外甥女之间存在抚养义务关系，但这一法言可能被添

加过。

扶养义务。然而在罗马法原始文献中没有存在此类义务的痕迹,^①温德沙伊德的观点受到了潘得克吞学者特有的有色眼镜的污染,德国学者一般都是以这种方式解读罗马法原始文献的。同样,15至16世纪学者的观点也是不可信的,他们认为丈夫对妻子的扶养义务是补偿后者在婚姻期间的家务劳动。

事实上,在罗马法原始文献中从来没有提及夫妻间的扶养义务。因此,罗马法中不存在此类性质的义务,这一方面是因为如同上文提到的,扶养义务产生于约束家父与其子女和奴隶的权力关系内部(妇女没有必要因婚姻而受丈夫权力的控制),一方面是因为罗马法学家认为婚姻结束后丈夫返还妻子的嫁资在广义上起到了供给妇女扶养的功能。关于已婚妇女,人们认为通过丈夫建构的生活共同体(societas vitae)能够保证她的体面生活,但这仅仅是一种道德义务而不是法律义务或债。

七、罗马法中扶养义务的内容

罗马法学家认为扶养权具有严格的对人性,但如果家父陷入贫困,他所承担的扶养义务可以移转于其继承人。^②此外,如果被扶养人严重冒犯扶养义务人,将丧失受扶养权。^③

罗马法明确规定了履行扶养义务的客观前提条件:一方面,被扶养人事实上需要被扶养,也就是说被扶养人处于贫困状态,需要帮助,或者不能独自维持生计,也即被扶养人有工作维持生活,但仅凭其工作收入不足以应付所处的困境;^④另一方面,扶养义务人有能力供给扶养。此外,罗马法学家也明确要求在供给扶养时不能忽视当事人的社会地位。^⑤

罗马法学家也没有忽视对扶养义务内容的讨论。

尤其需要注意的是,奥菲流斯在其一部献给阿提库斯(公元前1世纪)的作品中评注上文提到的《十二表法》的文本时认为,“vivere”一词的指涉范围不仅包括食物(一些没有留下姓名的法学家主张 vivere 仅仅指涉食物),还包

① 在一些法言中(D. 24, 3, 22, 8; C. 5, 16, 8; D. 34, 4, 22; D. 14, 1, 28, 6; D. 24, 1, 15pr.),皇帝要求丈夫向处于婚姻中的妇女供给扶养,但这种要求的正当性并不在于保证妇女的日常生计,而是基于危机或特殊的情况,譬如父母患重病或者丈夫滥用嫁资。

② D. 25, 3, 5, 17.

③ D. 25, 3, 5, 11; C. 5, 25, 4.

④ D. 25, 3, 5, 7; C. 5, 25, 3—4; D. 3, 5, 33.

括衣服及床铺。拉贝奥(公元1世纪)认为上述词汇指涉的范围不仅包括食物和饮品,还包括衣服以及一切人生活所必需的其他物品(D. 50, 16, 43),但这一观点没有出现在记载卡修斯和雅沃伦时期讨论这一问题的法言中(公元1世纪,D. 34, 1, 6。雅沃伦:《卡修斯作品摘要》第2卷)。最后,盖尤斯(公元2世纪)进一步主张照顾人的生活所需的一切物品都是扶养义务的内容,因此,也包括医药费以及其他与治愈疾病有关的费用(D. 50, 16, 43。盖尤斯:《行省告示评注》第22卷)。

扶养义务自然扩张的最后阶段也将教育费用涵盖进来(D. 27, 2, 4; D. 37, 10, 6, 5; C. 5, 25, 3)。然而,现代法中存在法律意义上的扶养(alimentum civilis)和自然意义上的扶养(alimentum naturalis)的分类,前者的义务内容为提供食物等生活必需品,后者兼涉教育费用等其他内容,并基于这种分类分别适用法律(在意大利也是如此)。然而,到目前为止这种分类不能在罗马法中寻得佐证文献。

无论如何,子女没有义务负担父亲的债务,反之亦然(D. 25, 3, 5, 12 和 D. 25, 3, 5, 16)。

当被扶养人能够自力更生时,扶养义务终止,除非患有某种妨碍其自力更生的疾病(D. 24, 3, 22, 9)。如果儿子对其父亲从事了足以剥夺其继承权的违法行为,父亲的扶养义务也消灭(D. 25, 3, 5, 11)。因为罗马法上的扶养义务不能移转于继承人,所以扶养人或被扶养人死亡也导致扶养义务终止,但儿子的继承人有权继续扶养处于极度贫困状态的祖父母(D. 25, 3, 5, 17)。

八、扶养义务在现代法中的改变:把婚姻与扶养义务挂钩

与罗马法中扶养义务存在于家庭和权力关系的内部不同,欧洲现代法中的扶养义务发生了视角的转换,扶养义务属于基于婚姻产生的义务之一,事实上,这一转变的根基在于过去数个世纪欧洲的法律传统。

这一成功的转型始于《拿破仑法典》,1865年《意大利民法典》遵从之(第133条和第138条)。1942年《意大利民法典》使这一制度合理化,创立了婚姻关系之外的扶养权,但并没有完全抛弃将扶养义务与婚姻实质地联系起来的做法。

情(Pietas),这是一个很难翻译的词汇,无论如何,它涉及血缘联系)的观念或称为自然法或血缘关系的基础之上。

如果人们将扶养义务的支点从血缘关系移到婚姻关系,我个人认为会产生两个不合理的后果。

其一,这种转换忽视了在一些情形中正是自然法(这涉及人类和动物的共同点,因而是有意义的)使一些主体基于亲子关系对另一些主体负担扶养义务。因此,人们开始认为扶养权属于每一个人的生命权的必然结果,国家应当承担扶养的责任,当国家不愿意或者因为无效率而不能履行职责时,将扶养的责任委托给亲属承担。对19—20世纪的自由主义者和后自由主义者来说,这意味着承担扶养义务的个人实际上是为了比被扶养人的利益更高的利益或者同时为了被扶养人的利益和国家的利益而履行扶养义务。

最近,与上述观点差别不大的一种观点甚至认为,虽然国家是扶养义务人,但被扶养人并不是债权人,而仅仅是为公共利益而供给扶养的接受人或受益人。我认为后者背离了正常的权利建构模式,是纯粹的画蛇添足,因为它忽视了权利建构和享有中人的中心地位(D.1.5.2。赫尔摩格尼:所有的法都是为人而设立的),并且剥夺了法律基于“天赋”而承认的个人权利。

其二,它抹杀了对子女的扶养与夫妻之间的扶养或对前夫/前妻的扶养在原因上的差别。

第一类扶养义务(共血人之间)的基础在于同血缘、自然、亲属之间的血缘关系,罗马人已认识到了这一义务基础,并且基于他们之间天然的紧密联系,社会意识不能容忍这样的人在有满足对方基本需求的能力时无所作为。针对这类义务,我认为讨论推动实现当事人之间财产地位的部分平衡(如同当下民法学者所主张的那样)是没有意义的,因为解决这一问题视角在于帮扶处于贫困中的人而不是实现再平衡。相反,第二类扶养义务(夫妻之间)在后工业化时代有不同的、特殊的存在根基,也就是说其目的在于保护夫妻关系中处于弱势地位的一方(通常是女方),该方当事人可能为家庭从事家务劳动而牺牲自己的事业后无过错地被对方抛弃。在这种情形中,扶养义务的存在有再平衡的意味。

一些现代学者将后者(夫妻之间的扶养义务)置于“婚姻关系共同体”、甚至“后婚姻关系共同体”或者“准婚姻关系共同体”的背景下,主张这种扶养义务与具有血缘关系的亲属之间的扶养义务差不多。这些学者进一步主张支付给分居或离异的夫妻一方的补助费相当于具有救济功能的作用,实现了就疏

事实上,虽然今天所有现行有效的法律在程序和形式上的规定有所不同,但都规定分居或离婚后无过错的一方有权维持与婚姻关系期间由另一方担保的同样的生活水准(在意大利,参见《离婚法》第5条),目的在于实现夫妻之间在生活各个方面(包括财产上)的平等,甚至规定离婚补助的标准应与婚姻期间的标准相适应,或者规定提供补助的期间不得超过婚姻存续的期间,或者规定对离异一方的赔偿使后者丧失离异补偿请求权。

我认为上述思路具有明显的固有缺陷。

首先,我认为这一观点是不正确的,即认为在分居的夫妻之间存在后婚姻关系共同体,甚至认为在婚姻关系解除后存在离异共同体。别居意味着婚姻关系破裂,虽然在形式上还维持婚姻关系,但这不能认为他们之间还存在共同体关系。此外,我认为离异或解除婚姻关系与共同体关系是相矛盾的。认为婚姻关系解除仅使人身关系消灭而财产关系继续维持的观点是不合逻辑的。

其次,如认为存在后婚姻关系共同体的观点是合理的,那么,如果当事人愿意的话,这也仅能证明维持对方基本生活需要或所谓法律意义上的扶养标准限度内的扶养义务,我认为这并不能证明一方要确保对方享受到只有在婚姻关系中才能达到的生活水平(也就是维持同一生活水平),更不能创设意欲解除婚姻关系的一方对另一方亲属的扶养义务。

另外,继续为婚姻解除后的家庭提供同类保护的做法与日益普及的所谓的事实家庭和所谓的单核心家庭是相矛盾的,这种做法通过对配偶另一方承担的义务为分居或离异的夫妻设置诸多障碍,这也造成我们经常在美国电影或其他电影中看到的为结婚而追逐亿万富翁的现象。

我们需要反思扶养制度,认识到当下的家庭结构使1942年的意大利立法者初创的单一独特的扶养制度处于危机之中,而不是认为当下的扶养制度毫无意义,只是一个历史遗迹。

实际上,我们一方面应该注意到存在在对与我们有血缘关系的人的扶养义务,这一义务建立在自然联系之上,不应当被淡化,如同1942年《意大利民法典》第439条所规定的兄弟姐妹之间的扶养义务仅存在于“非常必要的限度内”。

另一方面,毫无疑问,在婚姻关系解除后保护需要被保护的配偶一方的利益是应该的,尤其在婚姻关系的解除不能归责于其行为的情形下,但因此而主张在一个已不存在的共同体是没有意义的,同时将婚姻关系解除前的财产

九、债的发生根据理论视野下的扶养之债

留给我的最后一个问题是扶养之债在债的发生根据理论中的体系定位问题。

这一问题不应该与只有表面相似的扶养之债的基础相混淆，关于后者，正如我们看到的，罗马法原始文献诉诸了一些价值，譬如亲情、血缘关系、怜悯、衡平等。

从法技术的角度看，学理上援引法律作为扶养之债的发生根据，也就是将扶养之债作为基于法律而产生的债的一种类型，将供给扶养的基于法律而产生的债与以法律行为（活人间的或死因的）和侵权行为作为发生根据的债对立起来的做法尤其体现了这一点。

如果人们检视罗马法学家阐述的债的发生根据的分类，就会很快意识到在盖尤斯《法学阶梯》中著名的契约—私犯的两分法中并没有为扶养之债留下存在空间。

同样的结论也应该从盖尤斯在其《论日常事务》中阐述的契约—私犯—其他各种债的发生根据的三分法中得出，这与其是因为最后一种债的发生根据可能具有的僵硬性，不如说是因为在盖尤斯时代还不存在涉及公元2世纪前后产生的扶养之债的法令，在学理上也并没有一致的观点将其纳入当时讨论其发生根据的债的行列。

人们倾向于认为扶养之债是莫特斯丁在其著名的涉及债的发生根据的发言（D. 44, 7, 52）^①中所讨论的基于法律而产生的债的一种类型，然而这一法言自古以来就是解释者十足的噩梦。

事实上，这一法言将在结构上处于不同层面的债聚合在一起显得毫无条理，以至于不能利用它建构任何基点以求得逻辑贯通。

此外，如果我们想在这一法言中寻找与我们所讨论的债之间的联系，在罗马法研究——包括最近的研究——中不缺乏这种尝试，我们应该援引基于必然（necessitas）而产生的债而不是基于法律而产生的债。

然而，在优士丁尼将债的发生根据四分也即分为契约、私犯、准契约（quasi ex contractu）和准私犯之后，扶养之债也许可以在准契约之债的范畴中找

到其存在的空间，遗憾的是，优士丁尼其实在其四分法中并没有提及扶养之债。

当提奥非鲁斯在其《优士丁尼皇帝法学阶梯评注》中将上述术语添加成了准契约之债（obligationes ex quasi contractu）（而不再是准契约）时，我们所小论的问题开始发生转向，事实上，他以这种方式创设了一个不同于优士丁尼仅在效力层面类型化的追求体系性的范畴，然而阐明这一体系系需要通过解释者的努力。

在公元15世纪和公元16世纪的罗马法研究中，这一问题第一次在库列乔，尤其在雨果·多诺那里得到了清晰的展示，他们一方面批评将法律作为债的一种发生根据显得没有条理，一方面接纳被提奥非鲁斯再解读过的优士丁尼四分法，并将准契约的含义作如下界定：对雨果·多诺而言，准契约是缺乏合意但产生债的效力的个人行为，而非侵权行为。

一方面，采纳这一观点的学者认为准契约意味着法律所允许的个人行为另一方面，有学者采纳法国立法者在《拿破仑法典》第1371条中所持有的观点，该条规定：准契约是指人的纯粹自愿行为引起对第三人承担某种义务以有时引起双方当事人相互负担义务。

这就产生了一个问题，虽然《法国民法典》原则上采用了四分法，但并不涵盖所有的债的发生根据，因为在一些债的发生根据中既不归属于合同且合意，也找不到属于侵权行为或准侵权行为之过错，这些债的发生根据也不属于个人的合法行为（准契约）。

事实上，波提尔认为有些债不属于四种类型的任何一种，因为法律是它直接和唯一的根据，譬如，未成年人如果有能力的话，对他们贫困父母的扶养义务就不是源于契约也不是准契约。

因此，《法国民法典》第1370条第2款首先将法律作为第一种债的发生根据，其次是源于优士丁尼一提及提奥非鲁斯传统的契约、侵权行为、准契约和准侵权行为。

这遭到了“内”、“外”两方面的批评。

首先，有学者指责立法者实际上已经将基于法律而产生的债纳入准契约之中，导致不能与其给出的准契约的概念相吻合。譬如，马卡丹（Marcadé）曾立法者将在无因管理中管理人的管理之债（即便行为人人不是自愿管理，而是屈服于管理人的号召）和为承受监护所必需的监护人之债（对自愿的监护，若不同的话）都归入准契约（正如我们在初稿（正如我们在初稿）中准契约的

^① D. 44, 7, 52: 我们或者通过物，或者通过言词，或者通过同时而发生的物。

外部的批评认为将法律置于其他债的发生根据之前,可以被看作一个涉及不同教义学层面的问题,以法律作为发生根据的债与其他类型的债具有不同的适用领域,1865年《意大利民法典》第1095条继承了法国法的做法。严格地讲,所有的债的发生根据都来源于法律,因此,或者只将法律作为债的发生根据,或者抛开法律进入对下一位阶的债的发生根据的探讨。

争论的结果反映在1942年《意大利民法典》第1173条上,该条回到盖尤斯在《论日常事务》中创立的债的发生根据三分法,基于无条件性,明确删除了基于法律产生的债的范畴。尽管如此,意大利和欧洲的法学理论依然认为扶养之债属于基于法律产生的债,而不考虑所有这些历史—教义学的发展。

论罗马法上的公共引水道

——兼论公有物的法律制度

黄文煌*

在古罗马留下来的遗产中,建筑艺术是其中的佼佼者,它在世界建筑史上被誉为创立了“罗马风”的建筑风格。^①这些建筑有罗马的大道、水道、神殿、广场、剧场、竞技场等等,这些属于公共设施的建筑,成了罗马人热衷于公共事务的见证。在它们之中,罗马的公共引水道尤为为人们所赞叹,罗马共和末期居住于罗马的希腊籍历史学家迪奥尼修斯(Dionysius of Halicarnassus,约公元前1世纪),作为一名具有文化优越感的希腊人便如此感叹道:“依在我看来,罗马帝国的范围之内,最能展现罗马之面貌的三大工程依次为罗马的公共引水道、大道和排水道,这不仅仅因为它们的功效,还因为建造它们的奢侈花费。”^②在迪奥尼修斯看来,在这些最能反映出罗马帝国面貌的建筑中,罗马的公共引水道居首,理由是这一建筑的“功用”和“花费”。从“功用”的角度看来,罗马的公共引水道建设体现了罗马人讲求公共使用的公益精神;而从“花费”的角度上看,则反映了罗马人在公共事务上不惜成本的投入。罗马人的这种倾向在公共建设上的热情,正与罗马法的团体主义精神暗合。本文尝试以罗马的公共引水道为考察对象,从公共建筑的公用性与法律精神的勾连的角度考察罗马公有物的法律制度,以揭示公有物法律制度中社会团团结的因素。在内容和方法上,本文将围绕罗马公共引水道所涉及的公有物的一般法律制度,运用原始文献的文本分析方法,对其进行历史考察和制度分析。

* 苏州大学王健法学院讲师。

① 黄文煌,《罗马风建筑:信仰与象征》,上海辞书出版社,2008年版,第28页。