

罗马法中的不可抗力抗辩

陈帮锋*

Force Majeure Defense in Roman Law

Chen Bangfeng

摘要:不可抗力抗辩最先适用于潜在损害保证 (cautio damni infecti) 责任, 之后, 由于哲学家对不可抗力导致契约不能履行应否给予免责的讨论影响了法学家, 契约必须严守规则开始松动, 最后由古典法时期的拉贝奥将该抗辩引入到契约法中来。在古典法时期, 该抗辩的适用场域是看管责任 (custodia), 即在适用看管责任的契约中, 债务人只能通过证明不可抗力的存在才能免责。优士丁尼法将看管责任改造为最精细的注意义务 (diligentia exactissima), 同样将不可抗力抗辩局限在这个领域, 不可抗力也就作为承担最精细注意义务的债务人的唯一免责抗辩事由。在现代法中, 不可抗力理论仍然未脱离此案白。

关键词:看管责任 最精细的注意 不可抗力 潜在损害保证

Abstract: At the beginning, Force Majeure defense applies to cautio damni infecti. Later, under the influence of the discussion of philosophers on whether to forgive non-performance based on irresistible events, the strict performance rules no longer required, and eventually, Labeo in the Classic Law period introduce Force Majeure in Contracts Law. In Classic Law period, the realm for Force Majeure to apply is the Custodia, which means the debtor has to prove the existence of irresistible events to be forgiven from the liability. Justinianus' s Law reformed Custodia

* 作者简介: 陈帮锋 (1977—), 男, 厦门大学法学院讲师, 法学博士。

into Diligentia Exacitissima, and limited the application of Force Majeure in this area, and irresistible events became the only defense for debtor of most diligent duty. And the Modern Law follows this practice.

Key words: Custodia Diligentia Exacitissima Force Majeure Cautio Damni Infecti

一、研究现状

我国《民法通则》第107条规定：“因不可抗力不能履行合同或者造成他人损害的，不承担民事责任，法律另有规定的除外。”并由第152条指出：“本法所称的‘不可抗力’，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。”在法教义学上难免会产生这是怎样的“客观情况”的追问（即不可抗力免责的原理、如何界定、不可抗力与意外事故的关系等问题）。从中国期刊网（CNKI）的“期刊全文”和“优秀硕士学位论文”数据库提供的文献来看，自1985年以来^①，这种追问从未间断过。^②到目前为止，分歧依然很大。^③特别是对于这一制度的来源，学者更是未能很好地把握，例如，有学者认为，“在近代，《拿破仑法典》第一次使用了‘不可抗力’一词”^④；也有学者认为，“‘不可抗力’一词起源于《法国民法典》，后被德国民法理论界所接受。”^⑤其实，《法国民法典》的古代法来源——罗马法对不可抗力抗辩已经有完备的规定。

关于罗马法中的不可抗力抗辩，专门性研究在国内极为少见。有较为深入研究的当属丁玫教授的《罗马法契约责任》。在该著作中，她分析了拉贝

① 最早的一篇文章是《人民司法》1985年第9期的《是不可抗力，还是责任事故——一起疑难内河海损索赔纠纷上诉案的审理》。

② 在“中国期刊全文数据库”中，以“不可抗力”为篇名关键词搜得期刊文章168篇；而在CNKI的“中国优秀硕士学位论文全文数据库”中，题目中包含“不可抗力”的硕士学位论文有16篇，时间跨度为2002年到2010年。

③ 被引用较多的观点是：不可抗力具有更强的难以预见性，而且，即使预见到也是不可避免和不可克服的。参见王利明：《侵权行为法归责原则研究》，中国政法大学出版社2002年版，第466页。限于篇幅，这个问题另外撰文予以讨论。

④ 蓝承烈、樊惠筠：《不可抗力与情势变更的比较研究》，载《求是学刊》1996年第5期。

⑤ 邹艳钰：《不可抗力与情势变更原则在房屋买卖合同纠纷处理中的适用探析》，载《仲裁研究》2010年第2期。

奥对不可抗力抗辩进行合理化论证的片段，并将不可抗力抗辩对客观责任向主观责任演化的重要意义做了阐述。^①另外，周相先生的《罗马法原论》^②以及韩世远教授的《合同法总论》^③也有较为详细的阐述。

意大利学者在这方面的研究积累了非常多的优秀成果。早在1893年，隆歌（Filippo Longo）教授的专著——《关于债的风险责任与意外事故》，便系统地介绍了债法中的风险责任与意外事故两个理论问题从罗马法到现代法的演化过程。^④得麦迪奥（Alfredo de Medio）教授1908年在《罗马法研究所公报》（B. I. D. R.）上发表的文章——《在罗马法中的意外事故与不可抗力》，在探讨意外事故与不可抗力的涵义之余，研究契约法的主观责任、客观责任的演进问题。^⑤意大利帕尔玛大学的卢查多（G. I. Luzzatto）教授在1938年出版的专著——《作为合同责任的限度的意外事故与不可抗力》，得出意外事故理论的出现与合同责任的客观标准（古典法时期）向主观标准（优士丁尼法时期）转变具有密切关联的结论。^⑥玛菲伊（Domenico Maffei）教授在1957年出版的论文集——《在注释法学时代的意外事故与合同责任》，把火力集中在注释法学与评论法学时期的“意外事故”上面。^⑦萨尔甄蒂（Manlio Sargenti）教授1954年在《法律和历史的考证与研究》（S. D. H. I.）上发表的《契约责任的几个问题》一文^⑧，探讨了罗马法中的意外事故与不可抗力。1978年慕切奇亚（Giancarlo Muciaccia）教授发表的《论术语 *casus* 在罗马刑法中的使用》，主要研究了 *casus* 这一术语

① 丁玫：《罗马法契约责任》，中国政法大学1998年版，参见相关章节。

② 周相：《罗马法原论》（下册），商务印书馆2005年版，第700页。

③ 韩世远：《合同法总论》，法律出版社2004年版，第423页。

④ Filippo Longo: *Del Caso Fortuito e del Rischio e Pericolo in Materia di Obbligazioni*, Napoli: Tipogr. della Critica Forense, 1893.

⑤ Alfredo de Medio: *Caso Fortuito e Forza Maggiore in Diritto Romano*, B. I. D. R., Vol. 20 (1908).

⑥ Giuseppe Ignazio Luzzatto: *Caso Fortuito e Forza Maggiore come Limite alla Responsabilità Contrattuale*, Milano: Dott. A. Giuffrè, 1938.

⑦ Domenico Maffei: *Caso Fortuito e Responsabilità Contrattuale nell' Età dei Glossatori*, Milano: Dott. A. Giuffrè, 1957.

⑧ Manlio Sargenti: *Problemi della Responsabilità Contrattuale*, S. D. H. I. (Studia et Documenta Historiae et Iuris), Vol. 20 (1954), pp. 127 - 258ss.

在罗马刑法中的意义。^① 还有一些比较重要, 但离本文的主题较远的著作也非常值得一提。比如, 得罗贝尔提斯 (Francesco M. de Robertis) 教授的专著《罗马法的契约责任: 从起源到后古典时期》甚是经典, 被广为引用。^② 罗马第二大学法学院的卡尔蒂利 (Riccardo Cardilli) 教授的《罗马法的 *praestare* 之债与契约责任》有很大篇幅涉及意外事故。^③ 阿兰乔 - 鲁伊兹 (Vincenzo Arangio-Ruiz) 教授的《罗马法中的契约责任》^④、贝提 (Emilio Betti) 教授的《罗马法中的债务不履行的归责》^⑤、斯奇巴尼 (Sandro Schipani) 教授的《阿奎流斯法责任: 归责标准与过错问题》^⑥ 都甚为重要。

考虑到学者对现代法的不可抗力制度的各种争议, 笔者不揣浅陋, 希望通过研究罗马法中的不可抗力抗辩的由来以及适用范围, 以求从源头上展示不可抗力的真实内涵。

二、不可抗力抗辩的起源

不可抗力抗辩即拉贝奥抗辩 (*exceptio labeoniana*), 是由于古罗马法学家拉贝奥 (Marco Antistio Labeone, 约公元前 30 年至公元 10 或 11 年) 将债务人因不可抗力而未能履行契约时享有免责抗辩权的规则引入到契约法领域而得名。从词义上看, 在 “vis maior” (不可抗力) 这个拉丁词组当中, “maior” 是主格形式的形容词比较级, 其意为较大的、较激烈的、较完全的、较重要的、较老的^⑦; “vis” 是阴性名词主格的单数形式, 具有 “力

① Giancarlo Muciaccia: *Sull' Uso del Termine Casus nel Diritto Penale Romano*, *Atti del il Seminario Romanistico Gardesano* (1978, 6, 12 - 14), Milano: Giuffrè Editore, 1980, pp. 335 - 355ss.

② F. M. de Robertis: *la Responsabilità Contrattuale nel Diritto Romano: dalle Origini a tutta l' Età Postclassica*, Bari: Cacucci Editore, 1996.

③ Riccardo Cardilli: *L' Obbligazione de Praestare e la Responsabilità Contrattuale in Diritto Romano*, Milano: Giuffrè, 1995.

④ Vincenzo Arangio-Ruiz: *Responsabilità Contrattuale in Diritto Romano* (2), Napoli: Jovene, 1933.

⑤ Emilio Betti: *Imputabilità dell' Inadempimento dell' Obbligazione in Diritto Romano*, Roma: “Ricerche”, 1957.

⑥ Sandro Schipani: *Responsabilità ex Lege Aquilia: Criteri di Imputazione e Problema della Culpa*, Torino: G. Giappichelli, 1969.

⑦ See A. N. Bryan-Brown, ed: *Oxford Latin Dictionary*, London: Oxford University Press, 1968, pp. 1065s.

量”、“能力”、“武力”、“打击”、“艰苦的条件”、“军队”、“威力”等意思。^①那么,“vis maior”这个术语直译过来就是“较大的力量”。需要指明的是,“vis maior”作为免责事由,起码可以追溯到公元前2世纪末1世纪初。

(一) 西塞罗在演说术中的使用

一个最为直接的证据就是,青年时期的西塞罗(公元前106—公元前43年)在公元前81年写的《论寻找》中就已经使用了“不可抗力”这一概念。^②他说:“现在来讨论一般主题:控诉者将要攻击这份免除自己的罪责的自白,并且指出:如果一旦确定需要探究的不是行为本身,而是为该行为寻找到的借口,罪行便很有可能成立。被告或可悲痛那降临于某人身上的不幸并非由于是他自己的过错(culpa),而是由于不可抗力(vis maior),以夸大命运(fortuna)的力量以及人类的虚弱(infirmitas)。然后请求法庭考虑他的意图而非事情的结果。与此同时,他还会去悲痛自己的不幸以及揭发他的对手的残忍。”^③

在这个片段中,被告为了逃避罪责而提出不可抗力抗辩,认为损害结果的出现不是由于被告的过错而是不可抗力。西塞罗明显将过错与不可抗力置于对反关系之中,以命运的力量来界定它,表示不可抗力体现的是虚弱的人类与强大的命运之间的力量对比关系。西塞罗这个论述印证了意大利学者米勒拉(Oronzo Milella)教授的判断:演说家在对行为作合理化辩护(status qualitatis)时引用“vis”作为免责抗辩理由,这对不可抗力理论的形成意义重大。^④

(二) 塞尔维尤斯在潜在损害保证责任中的使用

生卒年份几乎与西塞罗相同的塞尔维尤斯(Servius Sulpicius Rufus,公元前105至公元前43年)却在潜在损害保证(cautio damni infecti)责任领域对不可抗力理论作出了开拓性贡献。

潜在损害保证是针对担心发生的损害提供的一种保证,是相邻不动产的

① 谢大任主编:《拉丁语汉语词典》,商务印书馆1988年版,第581页。

② See http://en.wikipedia.org/wiki/De_Inventione, 2012-08-04.

③ Cic., De inv. 2, 33, 101s. Cfr. Sandro Schipani: *Responsabilità ex Lege Aquilia: Criteri di Imputazione e Problema della Culpa*, Torino; G. Giappichelli, 1969, p. 109.

④ Cfr. Oronzo Milella: *Casus e Vis Maior in Sen.*, Ben. 4. 39. 3-4; 7. 16. 3, LABEO, Vol. 33 (1987), pp. 267s.

所有人之间的承诺关系。相邻不动产所有人担心另一方的建筑物对自己的财产造成损害，要求对方作出要式口约，即在建筑物有瑕疵而造成另一方财产损失时给予赔偿。^① 如果发生了承诺中的损害，受害人便可以提起要式口约之诉。这项制度起源于《十二表法》，而定型于裁判官法。^② 其中，所谓的“潜在损害”是指建筑物本身具有的缺陷（或瑕疵 *vitis*）所造成的损害。然而，确定潜在损害保证责任的范围的 *vitis* 概念并未为裁判官告示所界定。在实践中，对该概念进行解释、说明便成为法学家的任务。^③ 塞尔维尤斯正是在解释该概念的过程中运用了不可抗力的类似概念。

根据波兰华沙大学的吉阿罗（Tomasz Giaro）教授的考证，在共和晚期与帝政初期，罗马的房屋经常发生倒塌，这就要求加重相关人士的责任。^④ 然而，按照裁判官要式口约的程式，潜在损害保证的承诺人仅仅对不动产内部的缺陷负责，这种缺陷在没有外力干预的情况下导致房屋倒塌（例如，建筑上的明显缺陷或疏于维护）。^⑤ 对于缺陷的概念势必产生不同理解。塞尔维尤斯认为，尽管损害是由于潜在缺陷造成的，但是字面的解释会让当事人通过说明损害来自建筑物之外而逃避责任。他希望能够通过给它一个比程式直接给出的意思还要宽的意思，以超越它。^⑥ 他的推理方式记载在他的学生阿尔芬努斯的《学说汇纂》第2卷中，后者为优士丁尼《学说汇纂》所收录，即 D. 39, 2, 43pr.。

D. 39, 2, 43pr., 阿尔芬努斯《学说汇纂》第2卷：某人对他的邻居承诺在潜在损害发生时给予赔偿。风把他的房屋的瓦片吹飞并砸坏邻居房屋的瓦片。现在问：是否应当给予赔偿？答复如此：如果意外事故是由于房屋的缺陷造成的，他应当赔偿该损害，然而，如果风力大到能够将建造牢固的房屋摧毁，他并不需要赔偿。即便在要式口约中规定任何物件从屋顶掉下造

① See Adolf Berger: *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia: The American Philosophical Society, 1953, p. 384.

② 黄凤：《罗马法词典》，法律出版社2001年版，第48页。

③ Tomasz Giaro: *Il Limite della Responsabilità ex Cautione Damni Infecti*, B. I. D. R., Vol. 78 (1975), p. 273.

④ Tomasz Giaro: *Il Limite della Responsabilità ex Cautione Damni Infecti*, B. I. D. R., Vol. 78 (1975), p. 279.

⑤ D. 39, 2, 43pr.

⑥ Tomasz Giaro: *Il Limite della Responsabilità ex Cautione Damni Infecti*, B. I. D. R., Vol. 78 (1975), p. 278.

罗马法中的不可抗力抗辩

成的损害都应当得到赔偿，当物件掉下是由于风力或其他外力导致时，并不适用该要式口约，仅仅在物件自己掉下时才适用。^①

D. 39, 2, 43pr. 共有三句话。第一句话介绍的是一个案例，即某人向邻居承诺对建筑物潜在损害进行赔偿。后来，风把他房屋的瓦片刮飞，落到邻居的屋顶并造成破坏。那么，这种情况是否应当赔偿呢？第二句话转述了塞尔维尤斯的观点。塞尔维尤斯对损害的原因进行区分：当时的风可能属于正常的风力，那么，这种损害是由于房屋的缺陷或不牢固引起的；当时的风也可能具有强大的力量，那么，这种损害是由于强大的风力造成的。对于前者，风力只是使房屋的缺陷显露出来，因此承诺方要承担责任；而对于后者，强大的风力使得没必要探究缺陷是否存在，因此承诺者得以免责。第三句话是阿尔芬努斯的论断。在这句话中，阿尔芬努斯记载了裁判官要式口约程式规定的条件（即潜在损害保证的承诺人仅仅对不动产内部的缺陷负责，这种缺陷在没有外力干预的情况下导致房屋倒塌），同时，他使用自己的推理方式将该条件分解为：房屋可能是由于外来力量而倒塌，也可能是房屋自己倒塌。前者属于外来力量，可以免责。这样一来，导致房屋倒塌的原因又被分为内在的与外在的。

这种区分与塞尔维尤斯的区分处于不同的维度上。塞尔维尤斯将风力区分为正常的与非凡的。如果房屋瓦片被力量一般的风吹落，说明房屋本身有缺陷；如果瓦片被力量非凡的风吹落，则与房屋的牢固程度无关。在塞尔维尤斯看来，房屋应当经受得住正常的气候变化，例如日照、高温、雨雪，或其他日常气候现象。如果经受不住，就是有缺陷。同样，如果具有一般牢固程度的房屋发生事故，就说明了风力非常猛烈，债务人就得以免责。^②可见，对外来因素能否抵抗构成建筑物缺陷存在与否的评判标准。相对于房屋的一般牢固程度而言，非常猛烈的风力是不可抗拒的，而一般力度的风是可以抗拒的。那么，这种区分强调的是不可抗拒性，而阿尔芬努斯的区分强调的是外在性，但这并不矛盾。因为塞尔维尤斯本来就是在“风”这种外在于“房屋”的原因上分析不可抗拒性的。

^① S. P. Scott, Trans. and Ed: *The Civil Law*, Vol. 8, Cincinnati: The General Trust Company, 1932, p. 341.

^② Tomasz Giaro: *Il Limite della Responsabilità ex Cautione Damni Infecti*, B. I. D. R., Vol. 78 (1975), p. 275.

吉阿罗教授认为,要求致害原因应当同时具备这两种特性是塞尔维尤斯学派(即他与他的学生们)的一贯主张。在涉及塞尔维尤斯对农舍租赁契约责任问题所作的答复的 D. 19, 2, 30, 4 中^①,他也根据损害的来源作相似的区分,并且同样强调外来因素的不可抗拒性是免责的原因,因为仅在这种情形下,承租人才没有过错。在乌尔比安转述的涉及塞尔维尤斯关于农地租赁契约的权威处理方案的 D. 19, 2, 15, 2 中^②,他在地主与佃农之间进行风险划分,依据的就是损害是来自租赁物的内部还是外部。^③这样一来,在塞尔维尤斯与阿尔芬努斯那里,免于承担责任的原因应当是不可抗拒的外来力量,即具有外在性与不可抗拒性的力量。

经过塞尔维尤斯的解释,裁判官要式口约程式中的 *vitis* 概念便被拓宽了。本来,按照程式的规定,潜在损害保证的承诺人仅对己方建筑物自身缺陷导致的相邻不动产所有人的财产损害时,才承担责任。如果损害是由于外力作用于建筑物而发生的,承诺人不承担责任。例如,风吹瓦片致害邻人就是外力作用于建筑物的结果,不管风力如何,承诺人一概不承担责任。塞尔维尤斯在区分内在缺陷与外来力量的基础上,运用不可抗拒性标准把免除责任的外来力量缩小为具有一般牢固程度的建筑物所经受不起的外来力量。那

① D. 19, 2, 30, 4. 阿尔芬努斯《学说汇纂·由保罗所作的摘录》:佃户承租了一个农舍,租约中规定:他要完好无损地返还该农舍,除非毁损是由强力(*vis*)或自然损耗(*vetustas*)所致。佃户的奴隶放火烧了农舍而不存在意外事故(*fortuitus casus*)。法学家回答:这种强力不应理解为被排除在外,他们也不是约定了承租人的家属放火则免责。双方意在排除那些外来力量(*extrarius vis*)。

② D. 19, 2, 15, 2. 乌尔比安《告示评注》第 32 卷:我们来看一下对自然灾害造成的损失,出租人是否也应当向承租人承担某种责任呢?塞尔维尤斯说,出租人应当向承租人承担一切因不可抗力(*vis, cui resisti non potest*)造成的损失,比如:水灾、鸟害,以及其他可能发生的类似灾害(如敌人的入侵带来的破坏)。但是,如果是承租物自身的灾害,例如:葡萄酒变酸(*coacuerit*)、农作物发生虫害或草害,那么损失由承租人承担。然而,要是一场病虫害造成颗粒无收,那么除种籽外,承租人不对损失承担责任,不交地租。要是锈病毁坏了橄榄树的果实,或出现了异常的酷热,损失由出租人承担。如果灾害所造成的损失并不严重,那么损失由承租人承担。这一原则也适用于军团经过某地,士兵因贪婪而大肆掠夺的情况。地震造成的土地不能耕种的损失由出租人承担。因为,出租人租给承租人的应该是能够耕种、收益的土地。[意]桑德罗·斯奇巴尼:《契约之债与准契约之债》,丁玫译,中国政法大学出版社 1998 年版,第 191 页。

③ Tomasz Giaro: *Il Limite della Responsabilità ex Cautione Damni Infecti*, B. I. D. R., Vol. 78 (1975), p. 276.

么,“不可抗力”的形象已是呼之欲出!

(三) 拉贝奥的改造

拉贝奥在这个问题上沿着塞尔维尤斯开拓的方向前进。他同样是以 *vitis* 概念的解释作为切入点,不过,他完成了两个突破。他的观点体现在 D. 39, 2, 24, 4 中:

D. 39, 2, 24, 4, 乌尔比安《告示评注》第 81 卷:塞尔维尤斯也是这样认为,如果瓦片从一方当事人的房子上被风刮飞,并导致邻居受伤,如果这是由于房子本身有瑕疵造成的,而不是由于风的猛烈或具有神的力量等其他事由 (*vel qua alia ratione, quae vim habet divinam*) 造成的,该当事人承担责任。拉贝奥针对这个问题附加上一个理由,即如果不承认这个规则便不公平:因为什么样的房子坚固到经得住水灾、风暴、倒塌、火灾或地震的冲击呢?^①

其一,法律思维上的突破。在 D. 39, 2, 43pr. 中,塞尔维尤斯针对的是具体案例,并为了给有关人士作解答,他的推理模式是:建筑物缺陷导致损害 = 责任,由异常气候现象导致损害 = 免责。这种推理的逻辑基点是“负责”,从负责的角度出发,总是得出某种情形下承担责任而某种情形下不承担责任的二分模式。然而,拉贝奥并没有受到具体解答法律问题的任务的影响,他只是对塞尔维尤斯的处理方案作评论。所以,他在塞尔维尤斯的理论基础上作了升华。他把推理的顺序颠倒过来,将逻辑基点放在“免责”上面。他的推理模式是:这些现象突然发生 = 免责(没有这些现象时则承担责任)。借助对反逻辑关系,这一句话表达了两个意思(负责与免责),从而得到了不可抗力免责规则。^② 这个论断的证据存在于 D. 39, 2, 24, 4 的第三句中,即“除非允许债务人免于在风力非常大的情形下的赔偿责任,否则就是不公平”。在这个片段中,乌尔比安转述塞尔维尤斯对风吹瓦片致害案的处理方案以及拉贝奥对该方案的评价。拉贝奥从免除责任的角度出发,仅仅使用一句话就把塞尔维尤斯在 D. 39, 2, 43pr. 中诸多推理都概括了起来。除了实现论述的简省,这种表述的主要意义在于:首次以免责任作

^① Alan Watson Trans and Ed.: *The Digest of Justinian (Rev.)*, Vol. 3, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1998, pp. 411s.

^② Tomasz Giaro: *Il Limite della Responsabilità ex Cautione Damni Infecti*, B. I. D. R., Vol. 78 (1975), p. 280.

为推理的中心,使“不可抗力”凸显出来,从而形成了不可抗力免责规则。“责任的范围与免责的范围是同一的,但不再说瑕疵的责任,而仅说除了不可抗力以外的情形的责任,或者说不可抗力的免责。”^①也就是内容未变,但思维方式发生了变化。这无疑是不抗力理论的重要前提。

其二,公平原则的运用。在塞尔维尤斯的风吹瓦片致害案的处理方案中,他只是分析致害原因的特性,并认为应当按照不同特性的原因来决定潜在损害保证的承诺人是否应当承担责任。如果致害原因具有外在性、不可抗拒性,承诺人就应当免责。但并没有进一步思考:为何承诺人对不可抗拒的原由不承担责任?拉贝奥运用当时哲学家、法学家激烈讨论的“公平”作为潜在损害保证的承诺人免责的合理性基础。^②这就从原理上对不可抗力理论予以补强。这个论断的证据仍然是D. 39, 2, 24, 4的第三句话。

另外,值得说明的是,吉阿罗教授认为,对于这个问题,拉贝奥在法律方法上也有突破,即塞尔维尤斯只是列举具体事件,在D. 39, 2, 24, 4中列举了六个事件(河流、大海、风暴、倒塌、火灾、地震)。然而,拉贝奥却采用典型列举加抽象概括的方法来进行,即D. 39, 2, 24, 3中的“地震或者洪水或者其他意外事故”^③,在法律方法上达到从具体到抽象的升华。^④然而,在我看来,在这个问题上,吉阿罗教授似乎并没有考虑到添加问题,因为根据贝塞勒(Beseler)教授的研究,这句话是特里波尼安添加的。^⑤

综上所述,不可抗力理论最早是在潜在损害保证责任领域确立的。先是由塞尔维尤斯提出开拓性处理方案,然后由拉贝奥在思维方式与理论基础这

① Tomasz Giaro: *Il Limite della Responsabilità ex Cautione Damni Infecti*, B. I. D. R., Vol. 78 (1975), p. 280.

② 具体论述详见本文第三部分。

③ D. 39, 2, 24, 3, 乌尔比安:《告示评注》第81卷:这种要式口约是只适用于这种由不法(iniuria)造成的损害还是也适用于其他源于外来力量的损害?至少,拉贝奥认为,由于地震或者洪水或者其他意外事故(casus fortuitus)造成的损害是不能提起诉讼的。Alan Watson Trans and Ed., *The Digest of Justinian (Rev.)*, Vol. 3, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1998, p. 411.

④ Tomasz Giaro: *Il Limite della Responsabilità ex Cautione Damni Infecti*, B. I. D. R., Vol. 78 (1975), p. 281.

⑤ Ludwig Mitteis, Ernestus Levy, Ernestus Rabel ed.: *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis Inesse Dicuntur*, Vol. 3, Weimar: H. Böhlau, 1929, p. 88.

两个方面上打上补丁。这个处理方案是如此权威，以至于“对整个古典法与后古典法时期都有效”。^①

三、不可抗力抗辩的确立

(一) 不可抗力免责的伦理学思考

众所周知，在罗马早期的法律当中，不可抗力造成债务无法履行是不能让债务人开脱责任的，理由是契约必须严守。在契约必须严守规则之下，契约责任的归责模式就是“不履行—责任”。^② 债务不履行的事实便自动引发契约责任，不存在免责的可能性。^③ 不过，从前古典法时期开始^④，哲学家们便开始思考不可抗力造成债务无法履行应否予以免责这一问题。例如，人类的生活是否能逃脱得了不变的命运与盲目的运气的主宰、应否对与人的道义无关的事实（即由不可抗力造成的损害）不加考虑、如何对待人的行为自由度以及人与神的先见之间的关系等问题，都是哲学家们所无法回避的共同话题。^⑤ 也就是说，这些哲学家在质疑契约绝对严守规则的合理性。这场讨论一直延续到古典法时期，整个争论的来龙去脉被古典法早期的斯多亚哲学家塞涅卡（L. Annaeus Seneca，公元前4年至公元65年）记载在他的著作《论恩惠》中，并被其深化。

他在《论恩惠》第7卷第16题的第3段中是这样报道的：

难道你认为我们的先贤们傻到看不出，将都是偿还不了自己的债务的人：由于纵情酒色或烂赌而把借来的钱浪费掉的人与由于火灾、被抢劫或其他较悲惨的意外事故（casus）使得他自己的财产与借来的财产都丧失的人等同，是极为不公平（iniquissimum）的吗？他们不能找任何由头来为自己开脱，任何人都应当知道，自己说过的话要算数。拒绝接受少数人的合理的

^① Tomasz Giaro: *Il Limite della Responsabilità ex Cautione Damni Infecti*, B. I. D. R., Vol. 78 (1975), p. 273.

^② 丁玫：《罗马法契约责任》，中国政法大学出版社1998年版，第10页。

^③ Max Kaser: *Dos rom, Zivilprozessrecht*, München 1966, pp. 45-53. 转引自丁玫：《罗马法契约责任》，中国政法大学出版社1998年版，第10页。

^④ 前古典法时期从公元前4世纪后半叶开始，到公元前27年罗马元老院授予屋大维“奥古斯都”称号时为止。参见黄风：《罗马私法导论》，中国政法大学出版社2003年版，第5页。

^⑤ Cfr. Oronzo Milella: *Casus e Vis Maior in Sen.*, Ben. 4. 39. 3-4; 7. 16. 3, LABEO, Vol. 33 (1987), p. 270.

免责事由总比让所有人都尽力为自己逃脱责任而找借口还要强。^①

这个片段的事例是前古典法时期的哲学家们所讨论的，涉及的就是公平的问题。^② 纵情酒色或烂赌的浪费人把借来的钱花掉或输掉而无法清偿债务与因不可抗力造成财产丧失而无法清偿债务，从后果上看都是一样的，都属于无法遵守自己的承诺。按照严格的契约关系，都应当承担责任。但是，前者罪有应得，而后者情有可原。哲学家们都看出让后者承担责任实为不公。^③

但是，如何避免这种不公平？按照意大利学者米勒拉（Oronzo Milella）教授的研究，塞涅卡的先贤们并未提供解决方案。塞涅卡与他的论战对手们也没有直接赋予因不可抗力而无法履行的债务人以免除责任的结果。这些哲学家们只是试图从“怎样才算是偿还了债务”这个问题上钻牛角尖。是让债权人实际地接收了债务标的才算是债务清偿，还是虽然尽力地去偿还债务但并未成功也算是债务清偿？塞涅卡认为，只要债务人通过自己试图偿还债务的行为来证明自己的清偿意愿就算是债务清偿了。他列举的例子是，债权人被海盗抓住并被要求赎金，债务人带着对债权人负欠的财产并历经海上重重风险以帮助债权人交赎金。然而，在半途中却发现债权人已经被释放了。能否由于债务人的努力未能见效便否认他的偿还吗？如果该债务人在海上又被海盗扣住或由于海难而丧失了所有财产呢？^④ 这种处理模式完全是出于对情意的考虑。当然，如果这种情形算得上债务已经清偿，便可以为不可抗力免责撕开一条缝，即由不可抗力导致清偿行为失败视为已经清偿。但是，这种钻牛角尖式的争论难以说服对方。

于是，塞涅卡放弃了这种伦理学的路径，不再打算为不可抗力的受害者松绑，只是为了更有说服力地解释不可抗力不能免责的合理性。他选择了公

① L. Annaeus Seneca: *On Benefits*, Thomas Lodge Trans., 1899, p. 295.

② Cfr. Stelano Maso: *Maiores in Seneca*, in *Atti Istit. Veneto Scienze, Lettere ed Arti*, Vol. 78 (1977), pp. 445-461.

③ Cfr. Oronzo Milella: *Casus e Vis Maior in Sen.*, Ben. 4. 39. 3-4; 7. 16. 3, LABEO, Vol. 33 (1987), p. 276.

④ Cfr. Oronzo Milella: *Casus e Vis Maior in Sen.*, Ben. 4. 39. 3-4; 7. 16. 3, LABEO, Vol. 33 (1987), pp. 272ss.

共福利 (bonum publicum) 的政治视角。^① 出于公共福利的原则, 坚持“自己说过的话要算数”, 从而达到避免让“所有人都尽力为自己逃脱责任找借口”而破坏契约精神的社会效果。尽管这一原则有一定说服力, 但并不完美。因为, 这样一来, 在不可抗力能否免责这个问题上便存在两个互相矛盾的原则: 按照公平原则, 受不可抗力的影响而无法履行债务的人应当被免除责任; 按照公共福利原则, 债务人则仍然应当受到契约之债的约束。

为了减少这种分歧, 塞涅卡开始到法学领域中去寻找论据, 以使得他们的伦理学解决方案合法化。他在“信”(fides) 这个概念上找到了法学与伦理学之间的交汇点。^② 在前述片段中, 他就是通过这句话即“自己说过的话要算数”(fidem esse utique praestandam) 把“信”的观念植入到这个问题中来的。这样一来, 便形成了“信—公平”的双重标准。^③ 也就是说, 从“信”的角度来看, 契约要严守; 从公平的角度来看, 债务人可免除债的约束。尽管仍然存在矛盾, 但这种解释模式已经好多了。从字面上看, 该片段中的“信”似乎是在“履行与承诺严格相符”的意义上使用的。这种意义是“信”在要式口约中的最原始的意思。^④ 但是, 从塞涅卡在其著作中的其他片段来看, 他已经更多地是将“信任”与“信”连结起来理解了^⑤, 从而将“信”从单方的守信转变为互相的信任。这样一来, 便与同属于双方关系的“公平”达到了协调。

(二) 不可抗力抗辩在契约法中的确立

在塞涅卡的《论恩惠》中记载的这场围绕着“公平”来开展的讨论,

① See Sen., Ben. 7, 16, 2. anche Cfr. Oronzo Milella: *Casus e Vis Maior in Sen.*, Ben. 4. 39. 3-4; 7. 16. 3, LABEO, Vol. 33 (1987), p. 275.

② Cfr. Oronzo Milella: *Casus e Vis Maior in Sen.*, Ben. 4. 39. 3-4; 7. 16. 3, LABEO, Vol. 33 (1987), p. 278.

③ Cfr. Oronzo Milella: *Casus e Vis Maior in Sen.*, Ben. 4. 39. 3-4; 7. 16. 3, LABEO, Vol. 33 (1987), p. 278.

④ Cfr. Luigi Lombardi: *Dalla "Fides" alla "Bona Fides"*, Milano: Giuffrè, 1961, pp. 22ss.

⑤ Cfr. Oronzo Milella: *Casus e Vis Maior in Sen.*, Ben. 4. 39. 3-4; 7. 16. 3, LABEO, Vol. 33 (1987), p. 279.

让公平观念深入人心^①，并引起法学家对不可抗力免责问题的争论。^② 这个论断的证据存在于 D. 4, 9, 3, 1 中。这个片段来自乌尔比安 (Ulpianus, 公元 170—228 年) 的著作《告示评注》第 14 卷。乌尔比安在这个片段中介绍了距离当时将近两百年的拉贝奥为船东引入免责抗辩这件事，并记录了拉贝奥对该抗辩所提供的合理化基础，即“如果由于沉船或海盗而造成了货损，那么，赋予船东以抗辩就不是不公平 (non esse iniquum)”^③。由于船东承保 (receptum nautarum) 是严法诉讼，其免责效果只能通过赋予抗辩这种方法来达成。^④ 当时的法学家对因不可抗力而给债务人以抗辩的公平问题产生了争论。拉贝奥认为在沉船与海盗袭击这种意外情形下给予抗辩不存在不公平。这个抗辩很快就被扩展到旅店主承保责任与马厩主承保责任，沉船与海盗袭击以外的其他不可抗力事件也开始适用该抗辩。^⑤ 同样，在另一个片段中，乌尔比安介绍了塞尔维尤斯与拉贝奥对风吹屋顶瓦片伤及邻居案的

① Epieikeia d' Agostino: *Il Tema dell' Equità nell' Antichità Graca*, Milano, 1973, pp. 115ss.

② Cfr. Oronzo Milella: *Casus e Vis Maior in Sen.*, Ben. 4. 39. 3-4; 7. 16. 3, LABEO, Vol. 33 (1987), p. 280.

③ D. 4, 9, 3, 1, 乌尔比安《告示评注》第 14 卷：裁判官说：“如果未完整无损地返还交付看管的物品，那么，我将赋予这些旅客以诉权对抗船员，客店店员和骡马店伙计。”正是从这一告示中引出事实之诉的。然而，需要考虑的是：是否有必要引入这一诉讼。因为，在上述情况下亦可提起市民法诉讼。如果涉及的是交付看管的商品，那么，可以提起出租之诉或承租之诉。如果租用了整条船，那么，对于丢失、短少的商品，可以提起承租之诉。如果是船长承运的货物，那么，可以提起出租之诉。彭波尼说：如果是免费托运的物品，那么可以提起寄托之诉。人们也许会问，既然有市民法的保护，为什么还要引入荣誉法诉讼呢？也许因为这样做至少会让人们知道裁判官是会出面制止这类人的恶劣行径的。因为，在出租之诉和承租之诉中是对过失承担责任的。而在寄托之诉中仅就故意承担责任。正因为如此，这一告示规定：造成了损失，即使没有过错，他们也要依据这一告示承担责任，偶然发生不可抗力 (damnum fatale) 除外。为此，拉贝奥写道：如果由于沉船或海盗而造成了货损，那么，赋予船长以抗辩就不是不公正的了。拉贝奥又写道：这一原则亦适用于在客店和骡马店中由于不可抗力 (vis maior) 造成损失的情况。[意] 桑德罗·斯奇巴尼选编：《契约之债与准契约之债》，丁玫译，中国政法大学出版社 1998 年版，第 107 页。译文有改动。

④ See Reinhard Zimmermann: *The Law of Obligations; Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 515.

⑤ See Reinhard Zimmermann: *The Law of Obligations; Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 515.

观点，拉贝奥认为，“如果不承认这个规则便是不公平（*iniquus*）”（D. 39, 2, 24, 4）。如此，“公平”又成为这个抗辩的合理化基础。可见，著名的拉贝奥抗辩的确立就是哲学家、法学家对公平的持久争论的结果。

另外，按照目前较为流行的观点，拉贝奥当时创立这个抗辩除了受到公平观念的指引之外，还受到了当时一个在有限范围内适用的不可抗拒事件免责的规范的启发。学者们认为这个规范来自《关于让与全部财产的优流斯法》（*Lex Iulia de bonis cedendis*）。可能是出于政治方面的原因，对于被财产拍卖（*venditio bonorum*）的破产债务人的减免要求，该法允许破产债务人在能够证明自己遭受不可抗力事件而财产毁损时，减少其财产让与的额度。^①在不可抗力抗辩确立之后、《论恩惠》问世之前，沿着《关于让与全部财产的优流斯法》确立的制度方向，克劳丢斯皇帝（*Tiberius Claudius*，公元41—54年在位）颁布了一项措施。该措施的目的在于在闹饥荒时能够保证罗马城的粮食供应。它规定国家保证粮食批发商的固定利润、补偿他们由于风暴或其他不可抗力造成的损失。这样一来，不可抗力免责规则的适用便从民事执行程序向国家责任领域扩展。^②

值得注意的是，不可抗力抗辩产生后，在往后的半个世纪内都是很受争议的。在此期间，反复出现否定它、推翻它的尝试。不过，在塞涅卡时代，对于一些不可预见或不可抗拒的情形已经允许债务人引用不可抗力抗辩以要求免责了。^③到了乌尔比安时代，不可抗力抗辩当然是已经不再存有疑问了。至此，不可抗力抗辩才彻底确立了起来。

可见，不可抗力免责的合理化基础就是公平的理念。

通过前文的分析，可以顺理成章地下这个结论：正是这位“在罗马法中引入了很多新鲜事物”（吉阿罗语）的法学家将潜在损害保证责任领域中的处理方案移用到契约责任领域。然而，为何这种处理方案在契约责任领域的提出后于其他责任领域，并且由拉贝奥提出到最终接受还需要半个世纪的

^① Cfr. Oronzo Milella; *Casus e Vis Maior in Sen.*, Ben. 4. 39. 3-4; 7. 16. 3, LABEO, Vol. 33 (1987), p. 281.

^② Cfr. F. M. de Robertis; *Receptum Nautarum; Studio sulla Responsabilità dell'armatore in Diritto Romano, con Referimento alla Disciplina Particolare Concernente il Caupo e lo Stabularius*, Bari: A. Cressati, 1952, p. 91.

^③ Cfr. Oronzo Milella; *Casus e Vis Maior in Sen.*, Ben. 4. 39. 3-4; 7. 16. 3, LABEO, Vol. 33 (1987), p. 280s.

争论时间？

个中原由与契约责任的特殊构造不无关系。当事人由于承诺的存在而负有履行义务，因此，契约责任的产生前提是承诺的不履行。至于造成不履行的原因是第二层次的问题，这一层次的原因可能是不可抗力，也可能是当事人过错。然而，潜在损害保证责任、刑事责任、阿奎流斯法责任的成立前提是损害事实的发生，与之直接相关联的是损害事由与行为人无关（即不可抗力）还是有关的探究。所以说，后三种责任在第一层次都不得面对不可抗力问题，而契约责任则在第二层次才面对该问题。^① 前述罗马法学家、哲学家所讨论的契约严守还是不可抗力免责的公平问题，其实就是该不该考虑债务人的第二层次的事由的问题。像塞涅卡的《论恩惠》中所举的例子那样，一个浪费人挥霍掉借款而导致无法还贷与一个债务人因不可抗力丧失财产而无法还贷是两种不同情形。其实，在第一层次上他们是相同的，都是无法履行承诺。但在第二层次上却不同，浪费人有过错，而后者却无过错。契约责任的免责抗辩确立过程的艰难足以说明了是否考虑债务人的第二层次事由的复杂性。

四、优士丁尼法中的不可抗力抗辩

不可抗力抗辩在古典法时期的确立，大多数学者都认为是契约责任从客观责任转向主观责任的标志^②，因为事件的不可抗拒性表明不可抗力与人的意志无关，允许债务人依据不可抗力进行免责抗辩就表明法律开始探究行为人的主观意志，将责任与意志挂钩。优士丁尼皇帝编纂的《市民法大全》是罗马一千多年的法律经验的积淀，它的主要内容都是来自于古典法时期的法学家学说或皇帝敕令（不过，为了保持法的统一而对古典法作了程度不同的添加）。在优士丁尼法中，我们可以看到不可抗力法理的延续。

在优士丁尼《市民法大全》中，使用“vis maior”的片段有 19 个^③，

^① 陈帮锋：《论意外事故与不可抗力的趋同——从优士丁尼法到现代民法》，载《清华法学》2010年第4期，第170页。

^② 丁玫：《罗马法契约责任》，中国政法大学出版社1998年版，第9页。

^③ I. 3, 14, 2, C. 4, 23, 1, C. 4, 65, 1, C. 8, 13, 19, D. 4, 9, 3, 1, D. 9, 2, 29, 4, D. 13, 6, 5, 4, D. 13, 7, 13, 1, D. 13, 7, 30, D. 18, 6, 2, 1, D. 19, 2, 9, 2, D. 19, 2, 15, 2, D. 19, 2, 25, 6, D. 19, 2, 30, 4, D. 19, 2, 33, D. 19, 2, 36, D. 19, 5, 17, 4, D. 39, 2, 24, 4, D. 41, 2, 7.

而使用“*damnum fatale*”（即不可抗力）的片段有4个。^①与“*casus*”的片段相比，使用“*vis maior*”的片段少得多。有学者指出，“经过优士丁尼的编纂者的重新整理，古典法的不可抗力术语在《市民法大全》中片段最少。”^②也就是说，它的片段少是编纂者重新整理的结果。除了涉及不可抗力的片段比较少以外，在优士丁尼《市民法大全》中，“*vis maior*”仅在契约法范围内使用。具体而言，涉及的这几方面的契约关系：使用借贷^③、船东、旅店主或马厩主承保责任^④、租赁^⑤、质押^⑥、标的物未交付的买卖^⑦、

① D. 4, 9, 3, 1, D. 13, 6, 5, 4, D. 17, 2, 52, 3, D. 18, 6, 2, 1。按照现代学者的说法，可以翻译为“不可抗力”的拉丁术语还有“*damnum fatale*”。“*damnum fatale*”直译过来就是“不可避免的损害”，彭梵得教授认为它也是表示“不可抗力”的术语。参见[意]彼德罗·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281页；Antonio Guarino, *Diritto Privato Romano* (12th ed.), Napoli: Editore Jovene, 2001, p. 1010.

② Giuseppe Ignazio Luzzatto: *Caso Fortuito e Forza Maggiore come Limite alla Responsabilità Contrattuale*, Milano: Dott. A. Giuffrè, 1938, pp. 55s.

③ C. 4, 23, 1, 戴克里先与马克西米安皇帝致西索雷：物被不可抗力（*vis maior*）所摧毁，不应由使用借贷人承担风险。但你说，他向你借用耕牛的时候主动提议要承担未来由于敌人袭击带来的损害和损失的风险，行省总督应当迫使他履行他的承诺，如果你能证明他承诺向你作出赔偿。290年或293年6月6日，戴克里先与马克西米安担任执政官。S. P. Scott, Trans. and Ed.: *The Civil Law*, Vol. 13, Cincinnati: The General Trust Company, 1932, p. 52.

④ D. 4, 9, 3, 1。

⑤ D. 19, 2, 15, 2; D. 19, 2, 30, 4; D. 19, 2, 9, 2。

⑥ D. 13, 7, 30, 保罗《阿尔芬奴斯的〈学说汇纂〉摘要》第5卷：某人借了钱给船夫，由于船夫未能按时还钱，他行使自己的权利将船夫的船扣留在河中。后来，由于河水上涨，船被漂走了。对此，答复是：如果他违背船夫的意愿扣留该船，船的损失由他承担；但是，如果债务人作了同意，他只对过错（*culpa*）负责，不对不可抗力（*vis maior*）负责。

⑦ D. 18, 6, 2, 1, 盖尤斯《日常事务》第2卷：另外，我们看看，在物被度量之日以前，出卖人应承担怎样的看管责任：是包括勤勉注意在内的完整的看管责任呢，还是仅就故意负责呢？我认为，出卖人应尽这勤勉注意义务，即只有在遭受不可避免的损失或不可抗力时才可免责。[古罗马]优士丁尼：《学说汇纂》（第18卷），刘家安译，中国政法大学出版社2001年版，第173页。

试用买卖^①、货栈主保管^②以及工作成果租赁。^③ 另外，还有一个片段是处在优士丁尼《学说汇纂》第41卷第2题“占有的取得与丧失”之下的（D. 41, 2, 7）。这构成了一个例外情形。

当我们仔细地将“vis maior”与古典法的看管责任（custodia）的适用范围作对比，便惊奇地发现，除了谈论占有的D. 41, 2, 7以外，其他的片段涉及的事项与古典法的看管责任的适用事项完全一致。

Custodia是古典法时期的一种责任形态（另一种责任形态是故意责任）^④，是指债务人（接受标的物的一方）负有保证返还该标的物的义务。在这种责任形态下，只要标的物毁损不是由于地震、强盗袭击等不可抗拒的事件导致的，债务人都应当承担赔偿责任，而不考虑债务人是否有过错。由于它的严苛性，学者称之为客观责任。我们来看古典法的看管责任的适用范围。通过对原始文献的分析，苏格兰学者托马斯（J. A. C. Thomas）教授认为，盖尤斯在谈论这个概念时，特别提到洗衣工、补衣工以及使用借贷人（Gai. 3, 205、Gai. 3, 206、D. 13, 6, 5, 5）；而其他文本为其他债务人也设定了这种责任，如船东、旅店主、马厩主、货栈主（D. 1, 15, 3, 2、D. 19, 2, 55pr.）、合同达成之后而标的物交付之前的出卖人（D. 18, 6, 3）、承租人（I. 3, 24, 5、C. 4, 65, 28）、质押权人（D. 13, 7, 13, 1、D. 13, 7, 30、C. 8, 13, 19、D. 47, 2, 12, 2、D. 47, 2, 14, 5），甚至使用权人（D. 7, 9, 2）及使用合伙之物的合伙人（D. 17, 2,

① D. 19, 5, 17, 4, 乌尔比安《告示评注》第28卷：你想把服装卖给我，我要求先放在我那里，好让专家看看。但，后来却由于发生了火灾或类似的不可抗力（vis maior）而灭失。这种情况我是不负责的，很明显，我只承担看管责任而已。

② C. 4, 65, 1, 安东尼努斯皇帝致阿格里庇诺：仓库所有人并不就不可抗力（vis maior）或强盗的抢劫造成的损害向寄存人承担责任。然而，任何放在仓库里的财物被毁损而没有这种情况发生，仓库所有人应该赔偿寄存人的损失。S. P. Scott, Trans. and Ed.: *The Civil Law*, Vol. 13, Cincinnati: The General Trust Company, 1932, p. 128.

③ D. 19, 2, 36, 佛罗伦丁《法学阶梯》第7卷：在工作成果租赁中，承揽人承担的风险直至工作成果得到接受为止。但是，如果双方约定，成果的交付以脚步或度量单位来度量的，承揽人承担的风险直至工作成果被度量完毕为止。如果工作成果未被接受或度量是由于定作人的过错造成的，定作人应该承担该风险。然而，如果工作成果在被接受前由于不可抗力（vis maior）而灭失，由定作人来承担该风险，除非合同另有约定。承揽人只对凭自己的注意和工作而完成的负责。

④ Max Kaser: *Roman Private Law*, Vol 2, Rolf Dannenbring Trans., Pretoria: University of South Africa, 1980, pp. 189s.

52, 2)。^① 卡泽尔教授提供的范围则只是少了使用权人这一项。他认为, 看管责任承担者包括使用借贷人, 还有那些承揽工作者, 如洗衣人、补衣人、船东、旅店主、马厩主、货栈出租人 (D. 19, 2, 60, 9), 出于自己的利益而接受货物以进行检查的验货人 (D. 13, 6, 10, 1)。按照个别法学家的片段, 应该还包括标的物交付前的出卖人与质押权人、物的承租人、使用合伙之物的合伙人。^② 齐默尔曼 (Zimmermann) 教授也认为, 承租人、使用借贷人、承揽工作者应当承担看管责任。^③ 那么, 看管责任的适用范围涉及: 船东、旅店主以及驿站主承保、使用借贷、承揽、买卖、租赁、合伙以及样品买卖中的验试 (出于自己的利益而接受货物以进行检查的验货人)。可见, 不可抗力与看管责任的适用范围是一致的。这无疑是与看管责任的演化有关的。

在不可抗力抗辩产生之前, 契约必须绝对严守, 承担看管责任的债务人只要不能完好返还标的物就要承担契约责任, 而该抗辩产生之后, 债务人可以主张免责的机会就是证明不可抗力的存在。而不可抗力抗辩开启了契约责任主观化的演化进程, 直至优士丁尼法时期, 契约责任才彻底演化为主观责任。在优士丁尼法中, 契约责任以过错为归责要素, 而且过错被按照轻重程度来区分为故意、重过失、轻过失与最轻过失四个级别。相应地, 这四个级别的过错的判断标准也分别对应于诚信、比善良家父少得多的注意、善良家父的注意以及最勤谨家父的注意。^④ 例如, 寄托物受损是由于受寄托人故意或重过失而导致时, 受寄托人承担契约责任, 而故意或重过失的判断标准是受寄托人具有邪恶意图或大多数人都知道在该种情形下寄托物会受损, 但受寄托人却不知道。在契约责任主观化的过程中, *custodia* 在优士丁尼法中被主观化改造了, 并被重新解释为精细的注意 (*diligentia exacta*) 或最精细的

^① J. A. C. Thomas: *Textbook of Roman Law*, Amsterdam, New York, Oxford: North-Holland Publishing Company, 1976, p. 252.

^② Max Kaser: *Roman Private Law, Vol 2, Rolf Dannenbring Trans.*, Pretoria: University of South Africa, 1980, p. 189.

^③ Reinhard Zimmermann: *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 934.

^④ 丁玫:《罗马法契约责任》, 中国政法大学出版社1998年版, 第165页。

注意 (*diligentia exactissima*)。^① 例如, 在使用了不可抗力概念的 I. 3, 14, 2 中就有 “*exacta diligentia*”。

从优士丁尼《市民法大全》对 “*vis maior*” 的使用来看, 编纂者们是故意将这个概念只保留在由古典法的看管责任主观化改造而来的最精细的注意的适用领域, 而把契约责任以外的 “*vis maior*” 统统取消。虽然存在 D. 41, 2, 7 这个特例, 但这并不足以否认 “*vis maior*” 与要求最精细的注意的契约责任之间的联系。因为这可能是编纂者的疏忽, “仅仅有几个片段被遗漏而未被修改, 或者是为了重构这个古典法概念而做了拙劣的修改。”^②

五、结论与启示

从前述繁琐的分析可以看出, 不可抗力抗辩在构造上注重事件的外在性与不可抗拒性, 而在原理上主要是出于公平的考虑; 无论是古典法时期还是在优士丁尼法时期, 不可抗力都仅适用于契约责任, 而且作为看管责任与最精细注意债务的免责事由来使用。

用现代人的眼光来看, 债务人承担看管责任或最精细注意义务都是属于适用严格责任原则, 而在现代合同法中, 归责原则也已经是以严格责任为主, 过错责任为辅。乍一比较, 现代法的不可抗力与罗马法的不可抗力具有原理上的相通之处: 其一, 在严格责任的范围内, 只有不可抗力才是免责事由, 不可抗力之外的其他意外事故都不能免责。具体而言, 在合同法中, 对于适用过错责任的契约责任, 意外事故与不可抗力都是免责事由; 而对于适用严格责任的契约责任, 仅有不可抗力才是免责事由; 在侵权法中, 由于严格责任在近现代的确立, 同样也只有不可抗力才是严格责任的免责事由。其二, 不可抗力与意外事故仍然应当区分开来。意外事故是指所有无过错的情形, 包括了不可抗力。如果不严守不可抗力的外在性与不可抗拒性这两个判断标准, 势必会扩大契约责任的免责事由范围, 这样对契约必须严守规则会造成过大的冲击, 这又违背了公平原则。

^① Mario Talamanca: *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1990, p. 667.

^② Giuseppe Ignazio Luzzatto: *Caso Fortuito e Forza Maggiore come Limite alla Responsabilità Contrattuale*, Milano: Dott. A. Giuffrè, 1938, p. 58.