

SISTEMA GIURIDICO ROMANISTICO E DIRITTO CINESE

**LEZIONI DEL CORSO DI ALTA
FORMAZIONE SUL DIRITTO
ROMANO PER DOCENTI
CINESI**

(Roma, dal 30 aprile al 13 maggio 2007)

a cura di

Sandro Schipani Fei Anling

知识产权出版社

责任编辑:汤腊冬
文字编辑:熊 莉

责任校对:韩秀天
责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

中国学者罗马法高级研讨班文集/Sandro Schipani 费安玲主编. —北京:
知识产权出版社,2009.3

ISBN 978-7-80247-386-7

I. 中… II. 费… III. 罗马法—文集 IV. D904.1—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 192446 号

中国学者罗马法高级研讨班文集 Sandro Schipani 费安玲 主编

出版发行:知识产权出版社

社 址:北京市海淀区马甸南村1号

网 址:<http://www.ipph.cn>

发行电话:010-82000893 82000860 转 8101

责编电话:010-82000889 82000893 转 8108

印 刷:知识产权出版社电子制印中心

开 本:1/16

版 次:2008年11月第1版

字 数:370千字

ISBN 978-7-80247-386-7/D. 748(2418)

邮 编:100088

邮 箱:bjb@cnipr.com

传 真:010-82000893

责编邮箱:tangladong@cnipr.com

经 销:新华书店及相关销售网点

印 张:11.75

印 次:2008年11月第1次印刷

定 价:38.00元

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

论诈欺抗辩

罗贝托·菲奥里* 著
曾健龙 阮辉玲** 译

一、前言

诈欺抗辩是一种程式诉讼中用以保护被告的工具。如同任何一种抗辩,它在程式中作为判罚的否定条件位于原告请求和判决程式之间,宣告原告的诈欺使被告被开释。

如果在争端中(过去)没有发生过或(现在)未发生任何原告的欺诈。(si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat.)[●]

上引文中“factum sit”(过去时)和“fiat”(现在时)在时态上的不同区分了特别/过去诈欺抗辩和一般/现在抗辩。

前者指的是原告在诉讼之前的诈欺行为——也就是在缔约行为之前、期间或之后发生的。

后者指的是原告在诉讼期间发生的诈欺行为:在这个意义上,原告提起诉讼的行为本身可以被认为是一个诈欺行为。

不过,应该指出,有一个相似的区分在古罗马法学家的论述中并没有被明示地提及。古罗马法学家统一论述诈欺抗辩,一如他们统一论述诈欺之诉(一个关于原告可以用以请求对被告的诈欺行为的判罚的工具,被告的该诈欺行为不涉及其他诉讼)的情形。

二、诈欺抗辩和诈欺

诈欺对我们的目标而言具有特别的重要性。

事实上,应该记住的是,古罗马法学家对制度和诉讼都不太作论理。因此,不论是诈欺之诉或诈欺抗辩都不是对诈欺的保护工具,而是,在诈欺之诉和诈欺抗辩这些工具中,出现了诈欺,并且,诈欺并非已经由其他工具保护的法律关系的要素。

罗马人从西塞罗的时代就有了这个认识。西塞罗指出,在加卢(Aquilio Gallo)创设

* 罗贝托·菲奥里(Roberto Fiori),系意大利罗马第二大学罗马法学教授。

** 译者均系意大利罗马第二大学法学博士生。

● LENEL,1927,512.

诈欺程式之前,在市民法中[●],诈欺由某些法律保护——如《布拉多利亚法》(或《拉埃多利亚法》,公元前2世纪初)——并且,没有法律可适用的话,在诚信审判中[●]:

西塞罗《论义务》3,61:但这个诈欺曾通过法律保护,如通过《十二表法》保护或《布拉多利亚法》中欺骗青少年罪的规定保护,或者在没有法律的情形下,在审判中“依据诚信”补充。

在这个诈欺的“市民法”适用之外,还有裁判官法的程式:有关市民法诉讼的裁判官程式,如寄托的事实程式[●];有关裁判官法诉讼的裁判官程式,如诈欺之诉的事实程式[●]。

关于这一点,应该注意到——存在市民法诉讼的裁判官程式,就像前面提及的寄托的事实程式——诈欺之诉的基础是裁判官法,因为在市民法中诈欺不是本身可诉的;但也不是说诈欺是裁判官法的一个制度。相反,诈欺的概念属于——如我们所见——市民法,因为:裁判官在告示中允诺,如果存在一个“正当理由”,且不存在其他的诉讼保护方式[●],那么,保护发生诈欺的情形,但裁判官并没有“创造”诈欺。

三、起源

同样地,根据提及加卢(公元前66年的裁判官)创设诈欺程式的文献,可以认为,加卢是第一个引入专门的解决方法,即诈欺诉讼和诈欺抗辩[●]的人,但不能说他创造了一种新的法律概念。

这些专门的解决方法可能诞生于一些在保护诚信义务的领域中保护被告的规则的发展。在这个意义上——在我看来,也只有在这个意义上——可以接受那个广泛传播的观

● 涉及市民法的情形(显然,除此之外还存在着某一法律时的情形,在这些情形中,市民法特性是确定的)体现为这样的事实:稍后,西塞罗证实了市民法考虑的诈欺情形是“由注意义务保护的”,他还引用了一个诚信审判的案例,准确地说是个买卖的案例(Cic. off. 3,67)。

● 对这个片断的解释——大部分的学者错误地将其解读为诚信审判的裁判官起源的证据:如果诚信审判被西塞罗定义为无法律时的审判——参见 UBBELOHDE,1870,81; ARNDTS,1873,403 s.; DE FRANCISCI,1906,348 nt. 1; LOMBARDI,1961,187; FIORI,1998~1999,190 nt. 111。

● LENEL,1927,289:担任承审员。如果情况看来是,A. Agerio 在 N. Negidio 处寄存了银粟,而 N. Negidio 因诈欺没有将其还给 A. Agerio,那么承审员将判处 Numerio Negidio 支付对应于该物价值的款项给 A. Agerio。如果情况并非如此,那么开释他。(Iudex esto. Si paret A. Agerium apud N. Negidium mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo N. Negidii A. Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N. Negidium A. Agerio condemnato. Si non paret,absolvo.)

● LENEL,1927,115:如果看起来是因为 Numerio Negidio 的诈欺而导致 Aulo Agerio 通过要式买卖将其诉求的土地转让给了 Numerio Negidio,并且从 Aulo Agerio 可以起诉时算起不超过1年,并且该物并未因承审员仲裁而由被告 Numerio Negidio 归还给原告 Aulo Agerio,那么,承审员将判处 Numerio Negidio 支付符合该物价值的款项给 Aulo Agerio。如果情况并非如此,那么开释他。

● 参见由 Lenel 恢复的告示文本,LENEL,1927,114:关于那些因为欺诈而给付的东西,如果对于它们没有其他的诉权,并且存在正当的原因,那么我将给予诉讼保护。

● Pernice 持此观点,参见 PERNICE,1895,198,参见 BRUTTI,1973,128 nt. 1,随后还有一些文献和讨论。对其他学者来说,在诈欺程式中,可能应该只承认“诉权”(actio):最新的论述参见 TALAMANCA,2003,158 e nt. 437。

点,即认为诈欺抗辩的起源在于由昆图斯·穆丘斯·谢沃拉(Q. Mucio Scevola)公元前94年在他的亚细亚告示中加入的一个抗辩,其程式如下:

西塞罗《致阿提库斯书》6,1,15:除了这个情形:交易以非诚信所要求的方式被缔结和履行。

这个抗辩,不同于一般认为的,有着比诈欺抗辩更加宽泛的功能,因为,通过这个抗辩,被告要求承审员核实原告请求在诚信标准的基础上是否正当。通过一个相似的工具,承审员可以考虑到的不止诈欺,还有胁迫、双方之间存在的简约,等等。换言之,针对被告的辩护,这种抗辩使得承审员在原告提起的诉讼中有着同样广泛的裁量权——建立在诚信义务的基础上。

也可以理解,为什么在古典法中不再有相似的抗辩。这个抗辩属于这样一个时代:保护诚信审判的程式中,缺少开释条款(这种开释条款要求承审员自动地识别根据诚信能使被告被开释的事实),所以被告应该明示地提出这个抗辩。在古典法中,这个抗辩内在于诚信审判,因为它已被包含在承审员根据诚信所作的判断中[●]。

或许,到了某一时期,人们考虑在严格法审判中加入类似的抗辩,以开释这样的被告:他不想“正面”否定原告的诉求,而只是通过提出下列事项来为自己辩护——原告有诈欺行为(诈欺抗辩)、原告或第三人的胁迫(胁迫抗辩)、存在限制或使对方请求无效的简约(简约抗辩),等等[●]。

如果是这样的话,我们可以认为,用以保护诈欺的程式工具来自于诚信的概念。

四、严格法审判和诚信审判中被告的工具

因此,诈欺抗辩可能真的是从严格法审判向诚信审判趋同进程中的一个方面。

诚信审判的产生与早期法归之于“信义”(fides)的法律关系有关,或与国际贸易的行为有关,它整合了当事人的义务和由法律关系的本质以及具体情况中派生出来的一系列债务。以这种方式,在有利于原告的情况下,判决的内容可以变得丰富得能够覆盖法律关系中产生的所有损害,这一转变体现为原告请求的不固定性(依据诚信所有应该给或做的)。

严格法审判则经历了这样的发展:(1)裁判官法的事实程式。承审员被要求在双方对事件的陈述的基础上审判,所以承审员应该严格地遵循程式的指示;(2)权利之诉。通过权利之诉,对起初由法律诉讼保护的、《奎里蒂法》中的旧的法律关系的保护被引入到程式诉讼中。这些法律关系,起初的特点是原告请求的金额(体现在原告请求中)和判决的内容(体现为固定判决)严格对应(同于物的价值),随着时间的推移,通过对判决程式的扩张解释,这些法律关系已经能覆盖原告的复杂的利益。

● 关于诈欺抗辩、胁迫抗辩、简约抗辩之内在于诚信审判,参见,1967,133 ss.

● FIORI,2006,49 ss.

同样地,并远早于上述的发展,如同在诚信审判中一样(虽然存在某种法律关系,但如果根据诚信,该法律关系对被告并无强制力时,被告可以被开释),在严格法审判中,如果被告能有逻辑地证明存在诈欺、胁迫、简约等(并非证明违反了诚信,否则审判的性质就改变了),那么被告可以被开释。

五、一般诈欺抗辩

诚信和一般诈欺抗辩/现在诈欺抗辩[●]之间,或者说,在诚信和被告针对诉讼诈欺的行为的抗辩(一种应该较早就存在的抗辩,如果不是与在共和末期出现的特别诈欺抗辩同时出现的话)[●]之间,应有一种类似的对应关系。

事实上,在考虑到诈欺抗辩的“一般性”时,罗马人探究其他保护被告的诉讼手段的有效性,如胁迫抗辩或简约抗辩(内在于诚信审判,而不是严格法审判)。

在此意义上,第一个重要的片断是乌尔比安的,其中谈论了诈欺抗辩和胁迫抗辩的关系:

D. 44,4,4,33 乌尔比安《告示评注》76 卷:卡修斯没有在告示中加入胁迫抗辩,他认为诈欺抗辩已经足够,诈欺抗辩是一般性的,但是,似乎将诈欺抗辩和胁迫抗辩并立会更好。事实上,与诈欺抗辩相比,胁迫抗辩存在不同之处,因为诈欺抗辩包含了指出实施诈欺者;相反,胁迫抗辩不要求指出实施胁迫的人,所以我们不问是否是原告实施了胁迫,或者不只是原告,而是任何其他人在该事件中实施了胁迫。当不能提出针对原告的诈欺抗辩的时候,我们遵循这样的规则:不只是当原告实施胁迫时,当第三人实施胁迫时,也可以提出胁迫抗辩。

裁判官卡修斯[●]没有把胁迫抗辩加入他的告示中,认为是多余的,因为他考虑到诈欺抗辩是一般的,或者——可能应该这样认为——诈欺抗辩可以针对任何原告的诈欺活动提出,包括诉讼上的诈欺活动,所以可以反对原告就一个由胁迫造成瑕疵的法律关系(诈欺地)提出请求,即使胁迫是第三人实施的。对卡修斯立场的对立面(即片断中乌尔比安的立场)可以有两种意义上的解读:

(1)第一种解读。不承认诈欺抗辩在诉讼上的广泛价值,而是将诈欺抗辩限于特别的关于交易或诉讼的诈欺行为。据此,与卡修斯相反的建构继续认为胁迫抗辩是有用的,因为胁迫抗辩允许就第三人的行为反对原告——这是对片断比较直接的解释。

(2)第二种解读。根据与卡修斯相反的建构,不可能因为“一般诈欺”就把各种特别的工具都置于一旁,因为,如果这么做的话,就和这些工具(直接惩罚诈欺的诉权和抗辩)的

● 如前述,罗马人没有单独地讨论这个问题:现在诈欺这个表达在原始文献中只出现了一次(Ulp. 76 ad ed. D. 44,4,4,18)。至于对一般抗辩中“一般”的使用,参见本文。

● 关于诈欺抗辩的历史事件的时间顺序的问题参见 BRUTTI, 1973, 169 ss.

● 可能就是法学家卡修斯(Cassio),他在 27 d. C. 时是裁判官。

补充性特征相冲突了。这是在体系层面上更令人接受的解释,因为,如前所述,一般诈欺的广泛价值在共和末期已被确认。

雅沃伦(Giavoleno)和帕比尼安(Papiniano)关于诈欺抗辩和简约抗辩的关系的相关片断也很有意思。

D. 8, 3, 13pr. 雅沃伦《卡修斯评注》卷10:地役权也可以针对某种特定类型的土地而获得,例如葡萄园,因为该地役权更多地涉及土地而不是土地上的物。因此,即使葡萄园被拆除了,地役权仍存在;但如果在设立地役权时有相反的约定,那么诈欺抗辩就是必要的了。

D. 8, 1, 4pr. 帕比尼安《问题集》卷7:从严格的法律意义上讲,役权的设定不能附带“从某个时候起”“直到某个时候”“在某种条件下”或“根据某一特定的条件(如只要我愿意)”这样的条件。不过,如果附加了这些条件,在约定被违反的情况下,对于要求地役权的人,被告通过简约抗辩或诈欺抗辩获得保护。卡修斯说,那是萨宾的观点,也是他自己的观点。●

学术通说将上述第一个观点归于卡修斯●,他主张,在地役权的设立行为中,对某种类型的农庄(如葡萄园)的指涉并不重要。因为,无论如何,地役权是建立在土地之上的,而非建立在土地上的物之上,因此,即使土地上的物消灭,地役权也不跟着消灭。卡修斯由此强调,如果当事人之间存在特别的约定,通过诈欺抗辩,这些约定可以是有效力的事实——很可能是在荣誉法的层面上。

这一片断看起来和上列第二个片断是相冲突的。在第二个片断中记载了萨宾的观点,卡修斯也赞同该观点。根据该观点,通过提出存在简约(关于期限或条件的简约)来对抗地役权主张的被告,不只是被赋予诈欺抗辩,而是首先就被赋予了简约抗辩。两个片断的冲突在于:如果卡修斯的主张真的是将(一般)诈欺抗辩的范围扩张到覆盖其他抗辩,那么,就无法解释被告能被赋予简约抗辩。因此,有人假设,持第二个片断中的观点者实际上是帕比尼安●,他适用了诈欺抗辩补充简约抗辩的规则——该规则至少从朱利安开始已经被确认●。事实上,可能是这样的:在共和末期已经有某一补充规则被承认●,而卡修

● [意]斯奇巴尼编,范怀俊译:《物与物权》,北京:中国政法大学出版社,1999年,156页。

● KRÜGER, 1892, 183; BRUTTI, 1973, 681.

● BRUTTI, 1973, 680 s.; Wacke, 1973, 233 nt. 76a.

● Iul. 1 dig. fr. 17 LENEL = Ulp. 4 ad ed. D. 2, 14, 10, 2: 我们通常认为诈欺抗辩候补于简约抗辩:朱利安也写道——很多其他人也赞同——那些不能使用简约抗辩的人,他们使用诈欺抗辩。(plurimumque solemus dicere doli exceptionem subsidium esse pacti exceptionis; quosdam denique, qui exceptione pacti uti non possunt, doli exceptione usuros et Iulianus scribit et alii plerique consentiunt)

● 参见 Treb. fr. 11 LENEL = Ulp. 4 ad ed. D. 2, 14, 10, 2: 比如说,如果我的代理人签订了简约,我可以利用诈欺抗辩,如 Trebatio 所主张的,一如代理人的简约可以伤害我,我也可以利用该简约 (ut puta si procurator meus piscatur, exceptio doli mihi proderit, ut Trebatio videtur, qui putat, sicuti pactum procuratoris mihi nocet, ita et prodesse); 因此,简约抗辩是不能转让的,因为有这样的规则:由代理人签订的为第三人利益的简约无效(参见 KRÜGER, 1892, 120 s.)。

斯的观点是争议择选法(指在法学家观点发生分歧的情况下应当遵循占主导地位的见解)。

不过,无论如何,上述文本很清楚地展示了,在共和末期和元首制初期之间,诈欺抗辩的适用范围有很大的发展,它还包括了这样的诈欺案型:试图使通过胁迫完成的交易获得实施、通过诉讼使简约失去作用。

这一发展的顶点是,乌尔比安承认诈欺抗辩来源于任何一种(敕令)抗辩,这很可能意味着:在诈欺抗辩被置于候补地位的情况下,如果在告示中已经存在一种抗辩,那么该抗辩就被适用;如果告示中没有,而又需要通过敕令提供抗辩,那么该抗辩就可被归为诈欺抗辩。[●]

D. 44,4,2,5 乌尔比安《告示评注》卷 76:一般说来,要记得的是,诈欺抗辩来源于任何一种事实抗辩,因为,无论是谁,只要他提起的诉讼可能被任何一种抗辩所击败,那么他提起诉讼的行为就是一种诈欺——即使他在开始时并非以诈欺行事,但无论如何他是在诉讼中以诈欺行事,除非他如此不知情以至于缺乏诈欺。

六、罗马法中的恶诈欺和诚信

在前述中清楚地显示出,诈欺抗辩和严格法审判的特征有着紧密的联系。严格法审判的特征使得在其内部出现了一些原则和规则,这些原则和规则自然是来自诚信审判中承审员的广泛裁量权。

不过,严格法审判还是保留为这样的情形:不但必须要有明示的反对(在诚信审判中是暗示的),而且该明示反对总是特定的(提出反对的根据是诈欺、胁迫、简约),因此这些明示反对对于承审员来说是有强制效力和限制效力的。所谓“一般的”诈欺抗辩有一些限制,这些限制基本上就在于一般诈欺抗辩的补充性。

经常被强调的罗马法中诈欺和诚信的对立因此是相对的:诈欺是对立于诚信的,但诈欺的范围要小于诚信。

七、中间时代法

在罗马法后期,已经出现了“诚信”(bona fides)和“公平”(aequitas)的含义趋同[●]的现象。但是,可能并非偶然的是,首先在 3 世纪法学著述和皇帝敕令中也出现了类似趋同,在这一时期,首先在行省、在非常诉讼的推动下,诉讼的类型化正变得越来越不重要,诚信审判和严格法审判的实际区分式微。

● 在我看来,如果不假设“任何一种抗辩”这样的表述也指告示抗辩(不过, Burdese 就持这种观点,参见 Burdese, 2006, 481 s.)的话,片断中所谓的“事实抗辩”就只能作如此解释。

● Cfr. TALAMANCA, 2003, 297 ss.

所有这一切为以下二者的产生(从公元4世纪到《优士丁尼法典》编纂)做好了准备:其一,作为法体系内含原则的公平观念;其二,相对于严格法的伦理上的公平法,它可能和亚里士多德模式有关,但是以基督教的意义理解。[●]关于公平的新观念倒置了公平和诚信的关系:如果说,在古典法时期,是诚信认可了公平,使其运行于诉讼中[●],现在,则是公平规定了诚信原则。因此,程式诉讼被废除后,很多诚信审判的规则被扩展到严格法审判中,诚信原则开始具有“一般原则”的内涵,这是不同于古典法时期的。[●]

这一趋势在中世纪中进一步被推动,因为:诚信在公平中实际上被取消了[●],诚信审判和严格法审判的区别被保留了下来[●],但体现为公平和严格法的区别[●],两个原则扩大到整个合同领域的趋势是明显的(该趋势首先体现在法律关系的构建上)[●]。

另外,教会法对市民法的影响有利于“信义”(fides)和“合意”(consensus)的联系,信义和合意的这种联系跨越了违反合同约定和过错之间的区分。因为,对于教会法学家来说,罗马法中对严格法审判和诚信审判的区分已经不再合理。如巴尔杜斯(Baldo)所写道的,对于教会法的公平来说,所有合同都是诚信的[●],即使对于市民法,这个问题也很早就被提出来了。

这有利于确认诚信和诈欺的充分对立,因为:(1)认为只要缺乏诚信之处,必然存在诈欺,由此,诚信的“主观”特征被过分地强调[●];(2)产生了“客观”诈欺的概念,因为,承认了“本质上的诈欺”——其被理解为以不当的客观方式进行的交易行为[●]。

无论如何,尽管有着这些变迁,罗马法原始文献的权威性使得在几个世纪后,至少直到17世纪,诚信审判和严格法审判的理论区分仍然保存——尽管几乎像是化石了。有着同样命运的是,诈欺抗辩内在于诚信审判的古典法规则之中[●]。

八、诈欺与诚信

19世纪和欧洲诸法典伴随着对诚信审判和严格法审判区分的超越,诈欺和诚信在实质上重叠了。这产生了重要的后果。

一方面,一般诈欺抗辩失去了其在罗马法中的补充性特征,从被告的角度来看,它实

● KASER,1975,62 s.,333 s. 相反的,关于基督教的“公平”和古典概念之间的连续性,参见 SILLI,1980,spec. 161 ss.

● TALAMANCA,2003,302.

● KASER,1975,333 s.

● BECK,1955,9 ss.;HORN,1968,171;GORDLEY,2000,95 e nt. 8.

● HORN,1968,139 s.,165 ss.

● CORTESE,1964,345.

● HORN,1068,165 ss.;GORDLEY,2000,105.

● GORDLEY,2000,105 nt. 61;HORN,1968,163.

● GORDLEY,2000,102 e nt. 44. 关于巴尔杜斯(Baldo)论著中诚信和诈欺之间的对立关系,参见 HORN,1968,103 ss.

● 关于中世纪法学家们对有意的诈欺和本质上的诈欺的区分,参见 BELLOMO,1964,729 s. (不过,该著作似乎将上述的二分法限于不导致撤销合同的诈欺。)

● GORDLEY,2000,101;ZimmermanN,1990,671 e nt. 150.

际上变成了诚信的一个合同规则副本。这一变化使得在德国,尽管历史学派和潘德克秀派对诚信概念在实质上不感兴趣^①(这很可能是因为这一时期法学的实证特点和意志主义特点),法院还是通过诈欺抗辩这个工具继续适用这些规则,延续着过去几个世纪的传统^②。

另一方面,首先是在法国和19世纪的意大利,所谓的“意志教义”的影响限制了诚信概念的范围,过分地强调了诚信和“特别”诈欺的对立,使得在诚信领域的相关规则虽然在法典中被接受了,在实际上却没有用处^③。

在欧洲法中对诚信的“重新发现”——首先归因于德国的影响——一方面使得从罗马法中继承而来(很大程度上源于诚信审判)的合同规则更符合于它们的实际运用,另一方面却也彰显了未经批判地接受罗马法传统规则(这些规则被去语境化了,由此没有被包含于其实际功能中)的现代法体系的不和谐性。

我们仅以意大利法为例:

(1) 诈欺作为一种“制度”被放在交易诈欺(即“特别”诈欺)中——交易诈欺在交易的形成阶段具有重要意义,诈欺被置于作为撤销合同(决定性诈欺,《意大利民法典》第1439条^④)或要求损害赔偿(不导致撤销合同的诈欺,《意大利民法典》第1440条^⑤)的原因的意思瑕疵中。由于以下事实,这种安排产生了一些问题:在合同形成阶段也有诚信的规定(《意大利民法典》第1337条^⑥)。那么,两个原则之间存在着何种关系?特别是,诚信和不导致撤销合同的诈欺之间存在何种关系——既然二者都会导致同样的赔偿后果^⑦?

(2) 近来,有各种关于诚信的案型会导致——尤其是因为德国的影响——合同的撤销或合同条款的撤销:例如,在消费者和从业者缔结的合同中,那些既非单独磋商而成^⑧、又将消费者在权利和义务方面置于明显失衡地位^⑨的条款被认为是因为违背诚信^⑩而是欺压性的并因此是可撤销的^⑪。对于这些案型,也存在疑问。由于诚信通常只导致损害赔偿,会导

① CORRADINI,1970,132 ss.;177 ss.

② Ranieri,1972,177 ss.;1974,39 ss.;1991,315 ss.;2006,554 ss.;ZimmermanN,2001,86 ss.

③ Ranieri,2006,557 s.

④ 《意大利民法典》第1439条(诈欺):“缔约一方实施欺骗致使他方缔结了在未受欺骗时不会缔结的契约的,诈欺是契约可以被撤销的原因。当诈欺是第三人所为时,如果涉及缔约人的利益,则契约可以被撤销。”本译文中《意大利民法典》的法条翻译均参照费安玲等译《意大利民法典》,北京:中国政法大学出版社,2004年。

⑤ 《意大利民法典》第1440条(不导致撤销合同的诈欺):“如果诈欺对于合意并不是决定性的,那么即使没有诈欺会以不同的条件缔结契约,该诈欺也不导致契约无效;但是诈欺缔约人应当承担损害赔偿責任。”

⑥ 《意大利民法典》第1337条(谈判和先合同责任):“在谈判和缔结契约的过程中,各方当事人应当遵守诚实信用原则。”

⑦ MENGONI,1964,365 nt.1;BENATTI,1963,74;PATTI - PATTI,1993,111.

⑧ 意大利消费者权利法第34条第4款:“单独磋商而成的条款和条款要素不是欺压性的。”

⑨ 意大利消费者权利法第33条第1款:“在消费者和从业者订立的转让财产或提供服务的合同中,那些不顾诚信而将消费者在合同权利和义务方面置于失衡地位的条款是欺压性的。”

⑩ 关于对此处加入“违背诚信”这种表述的解释,参见UDA,2004,230 ss.

⑪ 意大利《消费者权利法》第36条第1款:“第33条和第34条所规定的欺诈性条款无效的,合同其他条款保持有效。”

致可撤销的被认为是“另一种”诚信[●]，这无视在我们的法体系中已经有了导致交易关系可撤销的案型体系（诈欺、胁迫、废除[译者注：此处所谓“废除”者，参见《意大利民法典》第1447~1452条]）——其各案型历史地构成了一般诚信义务的具体化。

(3)在民法典精简构造中将诈欺改变为“特别”诈欺后，还应该问，在意大利民法中，是否可以接受一般诈欺抗辩[●]？一般诈欺抗辩无论如何是已经存在的，至少在合同领域中，从被告的角度看，它体现为根据诚信缔约和履行合同的义务。

参考文献

ARNDTS,1873 L. Arndts, Ipse dolus und quasi dolus(《本质上的诈欺与准诈欺》)(1861), ora in *Gesammelte civilistische Schriften*(《民法论著集》), I, Stuttgart, 1873, 395 ss.

BECK,1955 A. Beck, Zu den Grundprinzipien der bona fides im römischen Vertragsrecht(《罗马合同法中诚信的基本原则》), in *Aequitas und bona fides*(《公平与诚信》). Festgabe A. Simonius, Basel 1955, 9 ss.

BELLOMO,1964 M. Bellomo, Dolo(diritto intermedio)(《诈欺[中间时期法]》), in *Enciclopedia del diritto*(《法的百科全书》), XIII, Milano 1964, 725 ss.

BENATTI,1963 F. Benatti, La responsabilità precontrattuale(《先合同责任》), Milano 1963.

BRUTTI,1973 M. Brutti, La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana(《罗马法中的程序诈欺》), I-II, Milano, 1973.

BURDESE,2006 A. Burdese, L'eccezione di dolo generale in rapporto alle altre eccezioni(《一般诈欺抗辩和其它抗辩的关系》), in L. GAROFALO(cur.), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*(《一般诈欺抗辩. 罗马法与罗马法系传统》), Padova 2006, 441 SS.

CORRADINI,1970 D. Corradini, Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato dal codice Napoleonico al codice civile italiano del 1942(《诚信标准与私法学说：从拿破仑法典到1942年意大利民法典》), Milano 1970.

CORTESE,1964 E. Cortese, La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico(《法律规范. 古典共同法中的理论启示》), II, Milano 1964.

D'ANGELO,2004 A. D'Angelo, La buona fede(《诚信》), in AA. VV., *Il contratto in generale*(多人合著《合同总论》)(Trattato Bessone, IV), II, Torino, 2004.

FIORI,1998~1999 R. Fiori, Ius civile, ius gentium, ius honorarium: il problema della 'reception' dei iudicia bonae fidei(《市民法, 万民法, 荣誉法: 接受诚信审判的问题》), in *BIDR*, CI-CII, 1998~1999(pubbl. 2005), 165 SS.

FIORI,2006 R. Fiori, Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mu-

● 参见 PATTI, 2003, 62 ss.; D'ANGELO, 2004, 270 ss., 290 ss.

● 关于这个问题的现状, 参见 LAMBRINI, 2006, 229 ss.

cio: il problema delle origini(《一般诈欺抗辩和昆图斯·穆丘斯的亚细亚告示》), in L. Garofalo(a cura di), L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica(《一般诈欺抗辩·罗马法与罗马法系传统》), Padova 2006, 49 ss.

DE FRANCISCI, 1906 P. De Francisci, Iudicia bonae fidei. Editti e formulae in factum(《诚信审判·告示与事实程式》), in 《Studi senesi》(《锡耶纳学术》)24(1906)346 ss.

GORDLEY, 2000 J. Gordley, Good faith in contract law in the medieval ius commune(《中世纪共同法中的合同法中的诚信》), in R. Zimmermann- S. Whittaker(eds.), Good Faith in European Contract Law(《欧洲合同法中的诚信》), Cambridge 2000, 93 ss.

HORN, 1968 N. Horn, Aequitas in den Lehren des Baldus(《巴尔杜斯学说中的公平》), Köln-Graz 1968.

KASER, 1975 M. Kaser, Das römische Privatrecht (《罗马民法》), II². München 1975.

KNÜTEL, 1967 R. Knütel, Die Inhärenz der exceptio pacti im bonae fidei iudicium(《诚信审判中的简约抗辩》), in 《ZSS》84(1967)133 ss.

KRÜGER, 1892 H. Kröger, Beiträge zur Lehre von der exceptio doli(《对诈欺抗辩学说的贡献》), Halle, 1892.

LAMBRINI, 2006 P. Lambrini, Dolo facit, qui petit quod redditus est. Eccezione di dolo generale e contratto autonomo di garanzia(《诉求随后应返还之物者,系以诈欺起诉·一般诈欺抗辩和独立的担保合同》), in AA. VV., Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato(多人合著《私法史中的理论模式和方法论模式》), II, Napoli 2006, 229 ss.

LENEL, 1927 O. Lenel, Das Edictum Perpetuum(《永久告示》). Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung³, Leipzig, 1927.

LOMBARDI, 1961 L. Lombardi, Dalla fides alla bona fides(《从信到诚信》), Milano 1961.

MENZIONI, 1956 L. Mengoni, Sulla natura della responsabilità precontrattuale(《先合同责任的实质》), in 《Riv. dir. comm.》1956, II.

PATTI - PATTI, 1993 G. Patti - S. Patti, Responsabilità precontrattuale e contratti standard(《先合同责任与标准合同》)(artt. 1337~1342)(Commentario Schlesinger), Milano 1993.

PATTI, 2003 S. Patti, Significato del principio di buona fede e clausole vessatorie: uno sguardo all'Europa(《诚信原则的意义与欺压性条款:欧洲概览》), in Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Studi A. Burdese(《古代及当代法律中客观诚信的角色·向 A. Burdese 致敬文集》第 3 卷), III, Padova 2003.

PERNICE, 1895 A. Pernice, Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit²(《帝国时代第一世纪中的罗马私法》), II. 1, Halle, 1895.

RANIERI, 1972 F. Ranieri, Dolo petit qui contra pactum petat. Bona Fides und

stillschweigende Willenserklärung in der Judikatur des 19. Jahrhunderts, in《Ius Commune》(《共同法》)4(1972)158 ss.

Ranieri, 1974 F. Ranieri, Alienatio convalescit. Contributo alla storia ed alla dottrina della convalida nel diritto dell'Europa continentale(《转让具有效力·对欧洲大陆法中“生效”的历史和学说的贡献》), Milano 1974.

Ranieri, 1991 F. Ranieri, Eccezione di dolo generale(《一般诈欺抗辩》), in《Digesto4⁴》, Disc. priv. sez. civ., VII, Torino 1991, 311 ss.

Ranieri, 2006 F. Ranieri, L'eccezione di dolo generale nella tradizione del diritto romano comune(《罗马共同法传统中的一般诈欺抗辩》), in L. GAROFALO(a cura di), L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica(《一般诈欺抗辩·罗马法与罗马法系传统》), Padova 2006, 543 ss.

SILLI, 1980 P. Silli, Mito e realtà dell'aequitas christiana(《基督教公平的神话与现实》), Milano.

TALAMANCA, 2003 M. Talamanca, La bona fides nei giuristi romani: 'Leerformeln' e valori dell'ordinamento(《罗马法学中的诚信:“空白程式”和制度价值》), in L. Garofalo(a cura di), Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea(《客观诚信在历史和当代法中的角色》). Studi A. Burdese(《向 A. Burdese 致敬文集》), IV, Padova, 2003, 1 ss.

UBBELOHDE, 1870 A. Ubbelohde, Zur Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species(《》), Marburg-Leipzig, 1870.

UDA, 2004 G. M. Uda, La buona fede nell'esecuzione del contratto(《合同履行中的诚信》), Torino 2004.

Wacke, 1973 A. Wacke, Zur Lehre vom pactum tacitum und zur Aushilfsfunktion der exceptio doli(《默示简约学说和诈欺抗辩的当今功能》), in《ZSS》90(1973).

Zimmerman, 1990 R. Zimmerman, The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition(《债法·民法传统的罗马基础》), Cape Town-Wetton-Johannesburg 1990.

Zimmerman, 2001 R. Zimmerman, Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today(《罗马法,当代法,欧洲法,今天的民法传统》), Oxford 2001.

Today, Oxford 2001.