

# 法律行为三元素(要素、常素、偶素)理论的诞生发展史

吴奇琦\*

## 目次

一、绪言	(二) 评注法学派
二、罗马法：原始素材	四、近现代法：理论成形
(一) D. 18, 1, 72 pr.: 帕比尼安对“实质”(substantia)与“附属”(adminicula)的区分	(一) 中世纪学说的泛化
(二) D. 2, 14, 7, 5: 乌尔比安对“本性”(natura)与“超出本性”(extra naturam)的区分	(二) 两次法典化时期法德两国学说继受
三、中世纪法：素材演绎	(三) 葡萄牙法与澳门法的继受
(一) 注释法学派	五、总结

**摘要** 本文旨在较详细地检视法律行为三元素(要素 essentialia、常素 naturalia、偶素 accidentalia)理论从罗马法(帕比尼安[Papinianus]、乌尔比安[Ulpianus])、中世纪法(注释法学派的伊尔内留斯[Irnerius]、雅各斯[Iacobus]、马提努斯[Martinus]、罗格里乌斯[Rogierus]、普拉岑提努斯[Placentinus]、阿佐[Azo]、阿库修斯[Accursius]，评注法学派的巴尔杜斯[Baldus])到近现代法(法国的戈度弗雷都斯[Gothofredus]、坡蒂埃[Pothier]，德国的内特尔布拉特[Nettelbladt]、达贝洛[Dabelow]、马克尔代[Mackeldey]、戴恩伯[Dernburg]、恩内策鲁斯[Enneccerus]/尼佩代[Nipperdey]、冯·图尔[von Tühr]、列曼[Lehmann]，葡萄牙的戈雷亚·德勒斯[Corrêa Telles]、戈埃留·达·罗查[Coelho da Rocha]、若泽·达瓦雷斯[José Tavares]、库尼雅·冈沙尔维斯[Cunha Gonçalves]、曼努埃尔·德·安德拉德[Manuel de Andrade]、卡路士·莫达·宾度[Carlos Mota Pinto]等)的源流，包括该理论所受的亚里士多德实体或称本体(substantia)与本质(essentia)哲学影响，以及要素的内涵在近代所发生的泛化(一般性[allgemeine]要素与个别性[besondere]要素之分)。

**关键词** 法律行为元素 要素(essentialia) 常素(naturalia) 偶素(accidentalialia) 亚里士多德实体(substantia)与本质(essentia)哲学

\* 澳门大学法学院高级导师、法学博士。本文初稿宣读于2014年9月16日及17日由东吴大学法学院与中国法学会民法学研究会、中国人民大学商事法律科学研究中心在东吴大学城中校区法学院联合主办的2014年“两岸四地民法论坛——第12届民法典学术研讨会”。谨此感谢《交大法学》两位审稿人给予拙文宝贵意见。

## 一、绪 言

根据法律行为三元素理论,每项法律行为都具有一些“元素”(elementos),这些“元素”又可分为“要素”(essentialia; elementos essenciais)、“常素”(naturalia; elementos naturais)与“偶素”(accidentalia; elementos acidentais)三类。<sup>〔1〕</sup> 长久以来,这种被冠以“古典三分法”<sup>〔2〕</sup>之名的理论在学说和判例上都占有显要的一席之地,更同为大陆法系与英美法系所传承,是横跨两大法系的重要方法论范式。然而在汉语法学界,该理论的专题研究至今尚付阙如。本文将从该理论的发生史入手,详细考察其沿革,尝试填补这一空白。

唐晓晴教授提道:“不仅仅一般的民法教科书没有交代清楚合同元素或法律行为元素理论的源头问题,甚至一些享负盛名的联结起现代民法与古代法的研究<sup>〔3〕</sup>也对这一理论的源头语焉不详。”<sup>〔4〕</sup>而且,“实际上,很长一段时间以来,民法教材或专著都很少关注这一理论的起源,只有一些博士论文<sup>〔5〕</sup>发现,坡蒂埃(Pothier)曾经追溯到屈雅斯(Cujacius),但没有断定其为该理论的源头。顺着坡蒂埃所给出的线索追踪,则至少还可以推前到注释法学派的代表阿库修斯(Accursius),因为屈雅斯在这个问题上的论述是以评论阿库修斯的相关论述开始的。”然而,下文将会指出,该理论的源头绝对不只可以追溯到12、13世纪的阿库修斯而已。阿库修斯无疑对其影响深远,但该理论中许多关键学说皆非始自阿库修斯。

在研究方法方面,为清晰揭示罗马法、中世纪共同法(ius commune)与近代法对现代法的影响,并使论述脉络能更连贯分明,下文将按时序先后考察元素理论的渊源,尤其着重检视中世纪法与近代法元素理论各个关键部分的诞生过程。此外,按本文作者的研究习惯,在考证较远古的理论渊源时,将尽可能(且有必要)展示相关原始文献,让读者们可引证对照本文观点,而非纯粹从二手文献中简单地、跳跃式地转录结论。这样做也是为了使本文的论述更有依据和说服力。因此,本文的工作主要是诠释性的,而且可被视为关于法教义学发展史的研究。考虑到本文所需引用的中世纪或近代原始文献皆主要以拉丁文(少数为德文)写就,而现时并无中译本,而且可以预期的是,至少在相当长一段时间内都不会有中译本面世,故笔者将自行对关键文本进行翻译,以达到本文的文本展示与诠释的目的。

## 二、罗马法：原始素材

众所周知,对许多今天被采纳的民法学说而言,罗马法都是原材料供应者。这些原材料经由后世法学家的加工,逐渐脱胎成现在的面貌。法律行为三元素理论也不例外。该理论即滥觞自后

〔1〕 参见[葡]曼努埃尔·德·安德拉德:《法律关系总论》(第二卷),吴奇琦译,法律出版社2018年版,编码63;Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, Coimbra, 2003, n° 63; Carlos Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, Reimpressão da 4.ª Edição, Coimbra, 2012, n° 100.

〔2〕 参见前注〔1〕,安德拉德书,编码63; Manuel de Andrade, *supra* note〔1〕, n° 63.

〔3〕 本文作者按:引文所指的是 James Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford University Press, 1992, 以及 Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996.

〔4〕 唐晓晴、苏建峰、吴奇琦编著:《民法的一般论题与〈澳门民法典〉的总则》(下册),社会科学文献出版社2020年版(即将出版)。

〔5〕 本文作者按:引文所指的是 Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, Almedina, 1995.

世对《民法大全》(*Corpus Iuris Civilis*)里《学说汇纂》(*Digesta*)所收录的两个片段的解读。<sup>〔6〕</sup>因此,下文的检视将从罗马法开始。

(一) D. 18, 1, 72 pr.: 帕比尼安对“实质”(substantia)与“附属”(adminicula)的区分  
第一个文本是 D. 18, 1, 72 pr.:<sup>〔7〕</sup>

帕比尼安,《问题》,卷十:

当在合同<sup>〔8〕</sup>订立后,当事人们透过订立简约(pacta conventa)而从买卖中去除一些东西时,这些东西被认为是合同所包含的,但当他们做出一些添加时,我们则不认为它们构成了合同的一部分。当一些东西被作为买卖的附属(adminicula sunt emtionis)时,便会发生这样的情况。例如,约定不给付双倍担保,或给付双倍担保并附同一名保证人,便是如此。然而,在买受人提起诉讼时,简约并不有效,但当出卖人起诉时,买受人则将有权提出抗辩。有人问:当价金后来被增加或减少时,是否也可以这样说呢?提出这个问题也不是没有道理的,因为价金是买卖的实质(emtionis substantia)。保路斯指出,当一切维持原状不变,但重新约定增加或减少价金时,则是脱离了先前的合同,而作成了一项新的买卖。<sup>〔9〕</sup>

罗马的法学家帕比尼安努斯(Papinianus,一般从英文“Papinion”译为“帕比尼安”,以下称“帕比尼安”)(142—212)留意到,在买卖合同订立后所作的那些简约,无论是排除还是添加了一些东西,这些东西都构成了所谓的“买卖的附属”(adminicula emtionis)(或称“买卖的辅助”)。约定排除给付双倍担保(cautio duplae)或约定给付双倍担保并附同保证人的协议,即为适例。然而,关于价金增减的协议却不能被予以同样的解说,这是因为价金有着某种独特性质,如保路斯(Paulus,一般从英文 Paul 译为“保罗”)所言,调整价金会导致一项新买卖的作成。依其术语,价金是“买卖的实质”(substantia emtionis)。可见,对帕比尼安而言,“实质”是指某种内在于买卖本身的东西,故必须存在才能使买卖存在,且其变动会影响到买卖本身;至于“附属”则是外在于买卖的东西,因此在某种意义上并不触及买卖本身,故即使欠缺也不会使买卖不存在。

(二) D. 2, 14, 7, 5: 乌尔比安对“本性”(natura)与“超出本性”(extra naturam)的区分

罗马一众法学家中,并非只有帕比尼安有上述思考。在《学说汇纂》的另一个文本(D. 2, 14, 7, 5)中,乌尔比安努斯(Ulpianus,一般从英文 Ulpian 译为“乌尔比安”,以下称“乌尔比安”)(c.

〔6〕 Roberto Fiori, *Il Problema dell'Oggetto del Contratto nella Tradizione Civilistica*, in *Modelli Teorici e Metodologici nella Storia del Diritto Privato*, Jovene Editore, 2003, pp.182 - 183; James Gordley, *supra* note [4], at 62.

〔7〕 以下的《民法大全》译文,皆由本文作者自行翻译。笔者在翻译时也参照了以下西班牙文译本: Justinianus I, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, traducido por D. Ildefonso L. García del Corral, Jaime Molinas, Editor - Valencia, 1889 - 1898.

〔8〕 在这里必须说明的是,在罗马法领域,学界一般习惯将“contractus”翻译成“契约”。而在现代法上,除日本和我国台湾地区以外的汉字使用地区通常都会把英文 contract、法文 contrat、葡萄牙文 contrato 等以拉丁文 contractus 为词源的词汇翻译成“合同”而非“契约”。为免中译不统一而有碍学说史溯源,本文将“合同”和“契约”视作同义词,并统一称其为“合同”。下同。

〔9〕 拉丁文原文如下:“Papinianus libro X. *Quaestionum*.- Pacta conventa, quae postea facta detrahunt aliquid emtionis, contineri contractu videntur, quae vero adiiciunt, credimus non inesse. Quod locum habet in his, quae adminicula sunt emtionis, veluti ne cautio duplae praestetur, aut, ut cum fideiussore cautio duplae praestetur; sed quo casu agente emtore non valet pactum, idem vires habebit iure exceptionis agente venditore. An idem dici possit aucto postea vel deminuto pretio, non immerito quaesitum est, quoniam emtionis substantia consistit ex pretio. Paulus notat; si omnibus integris manentibus de augendo vel deminuendo pretio rursus convenit, recessum a priori contractu, et nova emtio intercessisse videtur.”

170—223)同样在提及买卖合同、简约和诉权问题时,援引帕比尼安的意见,并表达了类似想法。然而,有别于帕比尼安,乌尔比安的用语并非“实质”,而是“本性”(natura):

乌尔比安,《告示评注》,卷四:

[……]

§ 5. [……]我知道帕比尼安也是这样回答的,若在买卖之后,约定一些超出合同本性的东西(aliquid extra naturam contractus),则根据同一规则亦即“简约不生诉权”,是不可基于此原因而提起买受之诉的[……]<sup>[10]</sup>

《学说汇纂》乃是由东罗马帝国皇帝优士丁尼安努斯一世(Justinianus I,一般从英文 Justinian I 译为“优士丁尼一世”)于 6 世纪下令编纂,以收录前人学说。从作品被收录的乌尔比安的生活年代可见,早在罗马古典时期(约公元 3 世纪中叶以前),法学家们已对所谓的“合同本性”(natura contractus)有所思考。然而,根据德国法史学家科英(Coing)的介绍,<sup>[11]</sup>更细致的“合同本性”理论则是由拜占庭(东罗马)法学家们所构筑的。在罗马买卖法上,有个问题一直困扰着罗马的法学家们:在合同关系中,当事人的意愿是应该得到重视的,既然如此,为何买卖双方要受他们没有明示表达同意的规则(例如关于追夺担保的责任、因欺诈而生的责任)所约束?

拜占庭法学家们正是试图以“合同本性”理论来解决这一问题。他们认为,一个法律制度(例如买卖合同制度)的所谓“本性”,是指这个制度所包含的一众规则的核心内容。以买卖为例,出卖人因追夺或欺诈而生的责任,便属于买卖的“本性”。拜占庭法学家们认为,一切来自某种合同的“本性”(natura)的东西,都会“依本性”或称“自然地”(naturaliter)约束当事人,即使他们并无明示协议该等规则亦然。当买卖双方已就所售货物和所付价金达成协议,则有关合同便显然是买卖,如是者,出售人即会因追夺而负上责任,因为那是来自该种合同的本性。所以优士丁尼时代的法学家斯提方努斯(Stephanus)便说道:“来自一项合同的本性的东西,无须特别同意”;<sup>[12]</sup>“对来自合同本性的东西做出明示订定,这样做是多余不必要的”。<sup>[13]</sup>

由此可见,“合同本性”理论上乃是旨在将合同制度的诸项个别规则捆绑起来形成一个整体。这种让法学家能够自圆其说的理论,直让拜占庭法学家赞叹道:“合同本性的力量多么强大!”而且,值得一提的是,论及当事人即使无明示协议亦必须履行那些“依本性”或“自然地”(naturaliter)属于其合同的义务的 D. 19, 1, 11 pr.,据说也是由《学说汇纂》的编纂者后来加插进去的。<sup>[14]</sup>该理论受重视的程度,于此可见一斑。此外,对本文主题亦即元素理论的发展而言,拜占庭“合同本性”理论也是极其重要的。下文将会展示,早在 6 世纪(甚至更早)已出现的该理论,后来更经由中世纪注释法学派的中介而进入元素理论之中。值得一提的是,19 世纪意思主义论者,例如德国的普赫塔(Puchta)、阿恩茨(Arndts),认为法律效果纯粹来自当事人意思、法律效果当然地或称自然而然地(selbstverständlich)被当事人所意欲,从而误将“本性”与行为人意思互相

[10] 拉丁文原文如下:“Ulpianus libro IV. ad Edictum.-[...] § 5. [...] Idem responsum scio a Papiniano, et si post emtionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex emto non posse propter eandem regular, ne ex pacto actio nascatur [...].”

[11] Helmut Coing, *A Typical Development in the Roman Law of Sales*, in *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht*, I, Vittorio Klostermann, 1982, p.72 - 73.

[12] Scholion 1 to D. 2, 14, 43 (Heimbach, *Basilica*, 1.629); *apud* Helmut Coing, *supra* note [11], p.73.

[13] Scholion 1 to D. 12, 1, 3 (Heimbach, *Basilica*, 2.590); *apud* Helmut Coing, *supra* note [11], p.73.

[14] Helmut Coing, *supra* note [11], p.73.

联系起来的极端见解,<sup>[15]</sup>其立论基础即可溯源至此。

### 三、中世纪法：素材演绎

#### (一) 注释法学派

##### 1. 伊尔内留斯对两个文本的综合：元素三分法的开创者？

编纂于6世纪的《学说汇纂》在11世纪末在西欧重现，并经由注释者们的注释而获得新生命。上述两个文本的命运也是如此。这场漫长的罗马法复兴运动的先驱，是意大利波隆那法律学校兼注释法学派的创始人伊尔内留斯(Irnerius)(c. 1055—c. 1130)。根据学界考察，他也是首位对帕比尼安与乌尔比安的上述两个文本<sup>[16]</sup>即D. 18, 1, 72 pr.和D. 2, 14, 7, 5进行重构的人。无论从用语抑或思路的角度看，他所写的某则注释都明显是对上述两个文本的演绎。伊尔内留斯写道：

被加插的简约得针对合同的实质(substantia contractus)或合同的附属(adminicula contractus)或外在(extranea)而为之，此乃关乎合同内或合同外之分。<sup>[17]</sup>

首先，在用语方面，在伊尔内留斯的上引注释里，“实质”(substantia)与“附属”(adminicula)这两个术语显然是来源自D. 18, 1, 72 pr.，而“外在”(extranea)则当属D. 2, 14, 7, 5所提及的“超出本性”(extra naturam)的伊尔内留斯版本的提法；其次，从思路的角度观之，该注释所称的“合同内或合同外”(in contractu vel extra)的区分，也正是D. 18, 1, 72 pr.和D. 2, 14, 7, 5所关注的。

然而，伊尔内留斯这则注释短短的一句话，却是写得相当语焉不详。究竟他在这里是做了一个二分法还是三分法？伊尔内留斯以“或”(vel)来隔开“实质”“附属”“外在”三词，由此看来，那似乎是“实质”“附属”“外在”的三分；然而，他却又只用了两次“合同的”这一修饰语，而且最后又只提及“合同内”与“合同外”的区别，故又使人不禁怀疑他是否对“实质”“附属”“外在”做了三分法。关键在于那两个“或”：伊尔内留斯是做了二分法还是三分法，要视乎他所用的两个“或”是否有着同样的语义。毫无疑问，前一个“或”是选言性(disgiuntivo)的，而绝不是解释性(esplativo)的。换言之，伊尔内留斯绝非将“合同的实质”和“合同的附属”视为同义词，因而想以“合同的实质或合同的附属”这一表述来表示“合同的实质或称合同的附属”“合同的实质或者说合同的附属”这样的意思，因为无论是从词的日常用法还是被解释文本的内涵(在D. 18, 1, 72 pr.，“实质”与“附属”是相对立的)的角度考量，都根本无法想象伊尔内留斯会这样做。至于第二个“或”的语法功能，则成疑问。因此，伊尔内留斯这段话是有歧义的，并可以有两种不同的解读：<sup>[18]</sup>

##### (1) 三分法：“实质”/“附属”/“外在”

第一种解读是：他使用的是三分法，亦即“实质”“附属”“外在”三分，因为第二个“或”与第一个

[15] Federico de Castro y Bravo, *El Negocio Juridico*, Editorial Civitas, S. A., 1985, p.54; [德] 维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社2013年版，第94页。关于当时学者们的具体论述，详见James Gordley, *supra* note [4], p.208-213。

[16] 这两个文本是否确为帕比尼安和乌尔比安所写，抑或是由编纂者们所加插，学界以往常有讨论。但现时学界已普遍认为，它们的确出自帕比尼安和乌尔比安之手。参见Roberto Fiori, *supra* note [6], p.184, n. 56。

[17] Gl. *Dolia in borreis* a D. 18, 1, 76; Cfr. E. Besta, *L'opera d'Irnerio. II. Glosse inedite d'Irnerio al Digestum Vetus*, Torino, 1896, p.180; *apud* Roberto Fiori, *supra* note [6], p.188, n. 70.此段中文译文，由本文作者自行翻译。拉丁文原文如下：“inseriruntur pacta ut de substantia contractus vel adminicula contractus vel extranea et hoc circa rem vertentem in contractu vel extra.”

[18] Roberto Fiori, *supra* note [6], at 188.

“或”都是选言性的。假如真的如此,伊尔内留斯便是现今法律行为元素理论三分法的源头。此外,由于他在提及“实质”和“附属”时都是说“合同的”实质和“合同的”附属,可见,若以伊尔内留斯自己的用语来说,则前两者(“实质”和“附属”)是“合同内”的,而最后者(“外在”)则是“合同外”的。这也和现今法律行为三元素理论中“要素”和“常素”处于“行为内”而“偶素”则处于“行为外”的思路相吻合。

## (2) 二分法:“实质”/“附属”或称“外在”

第二种解读是:他使用的是二分法,亦即“实质”“附属”(又名“外在”)二分,因为第二个“或”是解释性的,其含义有别于第一个“或”。换言之,伊尔内留斯想以“合同的附属或外在”这一表述来指称“合同的附属,或称外在”,故他的意思是“简约得针对合同的实质,或针对合同的附属或称外在而为之……”。如是者,既然只有二分,则依其之见属“合同内”的当然只能是前者(“实质”),至于属“合同外”的也当然只能是后者(“附属”或称“外在”)了。

伊尔内留斯本人的想法为何,观其论述,实在无从稽考。无论如何,伊尔内留斯的前述注释是极其重要的,因为它是现有可查文献中最古早的关于 D. 18, 1, 72 pr. 和 D. 2, 14, 7, 5 的演绎。其重要性并非只在于时间上最古早,也在于伊尔内留斯这位注释法学派祖师对后继者们的影响力。

有一点值得注意:如前所述,无论是帕比尼安的 D. 18, 1, 72 pr., 还是乌尔比安的 D. 2, 14, 7, 5, 所使用的都是二分法(“实质”对“附属”、“本性”对“超出本性”)。那么,如果伊尔内留斯在这则注释中同样只是做了一个二分法,则似乎可以合理地认为:他仅仅是整合了帕比尼安和乌尔比安的说法:伊尔内留斯和帕比尼安的“实质”,相当于乌尔比安的“本性”,而伊尔内留斯的“外在”、帕比尼安的“附属”、乌尔比安的“超出本性”三者则互相同。然而,如果伊尔内留斯是从这两个文本的二分法综合出三分法的话,则问题就更复杂,因为此时原本的两个二分法便应该有重叠之处:要是伊尔内留斯的“外在”(extranea)相当于乌尔比安的“超出本性”(extra naturam),则究竟相当于乌尔比安的“本性”(natura)的,是伊尔内留斯的“实质”,还是“附属”,还是“实质”与“附属”两者之和?

## 2. 雅各斯对“实质”与“本性”的同义使用:回归二分法?

对于上述问题,我们可以从继承伊尔内留斯衣钵的其中两位学生的讨论中找到一些线索。伊尔内留斯在注释中完全略去了乌尔比安的“本性”(natura)一词不用。然而,据说伊尔内留斯的学生雅各斯(Jacobus)(? —1178)在论述同一主题时重新提及了“本性”,并将它视为“实质”的同义词。本文认为,其见解无疑进一步促成了早由拜占庭法学家们构筑的合同“本性”理论与注释法学派对合同“实质”的解读的相互合流(在中世纪注释法学派的元素理论出现之前,拜占庭的“合同本性”理论一直是独立地发展的)。有古籍便记载了他和伊尔内留斯的另一位学生马提努斯(Martinus)(? —1157)之间一场关于追夺简约(pactum de evictione)和合同本性(natura contractus)两者关系的争论:

在以下问题上也有分歧:追夺简约是否涉及合同本性?马提努斯说是。雅各斯则持相反意见,并说道,关于一旦欠缺即不可能存在合同的合同本性亦即合同实质的简约,其例子有约定增加或减少价金的简约;约定给予追夺的简约,则涉及合同的附属而非实质[……]<sup>[19]</sup>

可见,雅各斯更像是使用了二分法。由此推断,其师伊尔内留斯亦使用二分法也并非没有可能。至于马提努斯是否和雅各斯一样也将“本性”和“实质”视为同义词,则无从判断。然而,德国

[19] G. Haenel (ed.), *Dissensiones dominorum*, Lipsiae, 1834, 37 ss. (vetus collectio § 52); *apud* Roberto Fiori, *supra* note [6], p.190, n. 74. 此段中文译文由本文作者自行翻译。拉丁文原文如下:“in eo etiam dissentiunt: utrum pactum de evictione sit de natura contractus; et dicit Martinus, esse. Iacobus contra: nam dicit, id pactum de natura, id est, de substantia contractus esse, sine quo contractus esse non possit, veluti pactum de augendo, vel diminuendo pretio; ut evictio praestetur, de adminiculis esse dicit et non de substantia contractus [...]”

法史学家康托洛维茨(Kantorowicz)则认为,雅各斯和马提努斯都使用了二分法来进行讨论。<sup>[20]</sup>

无论如何,本文认为,确实如以研究现代私法理论的哲学根源著称的美国学者詹姆斯·戈德雷(James Gordley)所言,中世纪法学家们在元素理论中同时使用 *substantia* 和 *natura* 这两个术语的做法是“有点不幸”的,因为即使在古希腊的亚里士多德(Aristoteles)(c. 384—c. 322 BC)关于物理学和形而上学的作品被重新发现之前,这两个词汇粗略而言其实在哲学上都已有着相同的含义(关于亚里士多德哲学如何向元素理论渗透,详见下文分析)。<sup>[21]</sup>

### 3. 罗格里乌斯对“实质”与“本性”的区分:“实质”“本性”“超出本性”(“外在”)三分法的确立

伊尔内留斯与雅各斯的现存文献,都不能让我们清晰确凿地知道他们采用的是合同元素二分法还是三分法。但在注释法学派再后一辈的罗格里乌斯(Rogierius)(? —c. 1170)那里,则可看到三分法的清晰展示。他在其《法典大全》(*Summa Codicis*)中,便区分了关于实质的(*de substantia*)简约、关于本性的(*de natura*)简约、超出本性的(*extra naturam*)(在一些文献中,则记为“外在”[*extranea*]<sup>[22]</sup>)简约三者。可见,有别于雅各斯,罗格里乌斯并不把“实质”和“本性”用作同义词。他举例说道:在买卖中增减价金的简约(*in venditionibus, si pactus sum de augendo pretio vel diminuendo*)是关于“实质”的简约;当协定具保证人的追夺(*caveatur de evictione cum fideiussore*)时,则是关于“本性”的简约;当把一间屋出售但保留予自己居住(*hac lege ut habitare liceret*)时,则存在“超出本性”的简约。<sup>[23]</sup> 因此,现今法律行为元素三分法,其最早的源头至少可追溯到罗格里乌斯(甚至可以追溯到伊尔内留斯,但正如上文所述,那是有疑问的)。

### 4. 普拉岑提努斯对亚里士多德哲学的借鉴:术语的第一次关键变更(“外在”*extranea*→“偶性”*accidentalia*)

罗格里乌斯虽然比较明确地奠定了现今法律行为元素三分法的基础,但在术语上,他仍没有脱离伊尔内留斯以至罗马法原始素材,其用语依然和现今三分法的用语有一段距离。由于罗马以至整个中世纪的学术语言都是拉丁语,而且今天的大量法律术语都形成于当时,因此在现今一些以拉丁语为祖先的欧洲语言中,大部分法律术语都有拉丁语根源。以拉丁语族的葡萄牙语为例,葡萄牙法学界所使用的法律行为元素理论术语 *elemento essencial*、*elemento natural*、*elemento accidental*(通常分别被译为“要素”“常素”“偶素”; *essencial*、*natural*、*accidental* 也就是英语的 *essential*、*natural*、*accidental*)当中,只有 *elemento natural* 可以在帕比尼安、乌尔比安、努斯、伊尔内留斯、雅各斯和罗格里乌斯所使用的“本性”( *natura*)那里找到词源。至于另外两个用语,则要到后期才开始进入元素理论。

首先,是作为 *elemento accidental*(偶素)词源的 *accidentalia*(偶性)。我们可以在 Placentinus(普拉岑提努斯)(c. 1120—1192)的三分法中找到这一术语。普拉岑提努斯据说是罗格里乌斯的学生,也经常引用罗格里乌斯的论述(甚至还在罗格里乌斯死后续写他未完成的、当时被用作教科

[20] Hermann Kantorowicz & William Warwick Buckland, *Studies in the Glossators of the Roman Law*, Cambridge, 1938, p.211.

[21] James Gordley, *Good Faith in Contract Law in The Medieval Ius Commune*, in Reinhard Zimmermann & Simon Whittaker eds., *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000, p.104.

[22] *Codex manuscriptus bibliothecae Laurentianae florentinae*: Plut. V. sin., Cod. 10; *apud* Roberto Fiori, *supra* note [6], p.191, n. 78.

[23] Rogierius, *Summa Codicis*, 2, 3, 20 - 21; 4, 54, in I; B. Palmerius (ed.), *Rogierii Summa Codicis*, in *Scripta anecdota glossatorum* (BIMAE, I), Bononiae, 1914, 65 et 129; *apud* Roberto Fiori, *supra* note [6], at 190 - 191.

书的前引《法典大全》),<sup>[24]</sup>因此他选择沿用罗格里乌斯的三分法是不足为奇的。但他既有传承,又有创新:他不再使用前人们一直使用的“超出本性”或称“外在”,而是在罗格里乌斯三分法的基础上将其置换成“偶性”。因此,在他那里,三分法便变成了“实质”(substantia)、“本性”(natura)、“偶性”(accidentalia)三分:

在与买受人订立的简约中,有些是涉及行为的实质,有些是涉及本性,有些则是完全外在的或者说涉及偶性(extra sive accidentalia)。约定增加或减少价金者,涉及行为的实质[……]为追夺而作成的简约,涉及行为的本性。至于属于偶性者,例如出售典籍时给予范本。<sup>[25]/[26]</sup>

在另一个文本中,普拉岑提努斯也有几乎相同的说法:

所添补的(简约),有的涉及行为的本性,如为追夺而作成者,有的涉及行为的实质,如为增加价金而作成者,有的则属偶性,如为出售典籍时给予范本而作成者。<sup>[27]</sup>

那么,普拉岑提努斯究竟为何会选用“偶性”一词?答案是古希腊亚里士多德的哲学。“偶性”(希腊文 συμβεβέκος = symbebekós,拉丁文翻译为 accidens、accidentia)正是亚里士多德哲学的关键用语之一。但为何普拉岑提努斯会在元素三分法的论题上将罗马法的这些术语联结到亚里士多德哲学?本文认为,其中一个最主要的原因应该在于:罗马的法学家们和注释法学派前人们的用语实在令人无法不联想起亚里士多德哲学。

在罗马法原始文献中,除了帕比尼安和乌尔比安的前述两个文本之外,尚有多处使用了实质(substantia)和本性(natura)这两个词:前者例如买卖的实质(substantia emptionis)、债的实质(substantia obligationis)、血亲的实质(substantia cognationis)、抗辩的实质(substantia exceptionis)、诉的实质(substantia actionis);后者例如寄托的本性(natura depositi)、委任的本性(natura mandati)。<sup>[28]</sup>对亚里士多德哲学(尤其是形而上学)有所涉猎的人都会知道,substantia、natura是亚里士多德哲学传统所经常谈论的两个术语(前者更位处整个形而上学体系的核心)。

[24] Hermann Kantorowicz & William Warwick Buckland, *supra* note [20], at 125 - 126.

[25] 在中世纪,印刷技术兴盛之前,誊写员(scriptores)这种职业十分重要。誊写员是负责抄写复制文本的人。誊写员要跟从的作品的模板复本(model copy),称为“范本”(exemplar)。在中世纪大学圈内,作品的原作者经常会亲自核准一个范本,供书商、学生或誊写员复制。中世纪的誊写员们负责了几乎所有的书写作品,有些作品实际上更是由“作者”口述给他们的。他们在抄写复制时忠于原文的程度因人而异,而且差异可以很大。许多类型的改动,以及文本添写亦即手稿编辑者所说的“誊写者的添插”(scribal interpolations),皆是出自誊写员之手。See B. B. Price, *Medieval Thought: An Introduction*, Blackwell, 1992, p.193 - 195.

[26] Placentinus, *Summa Codicis*, ad 4, 54 (ed. Moguntiae, 1536, 182); *apud* Roberto Fiori, *supra* note [6], p.191, n. 81.此段中文译文由本文作者自行翻译。拉丁文原文如下:“et quidam pactorum, quae cum emptoribus fiunt, quaedam sunt de substantia negotii, quaedam de natura, quaedam prorsus extra sive accidentalia. De substantia negotii sunt, quae de augendo sive diminuendo pretio fiunt [...] De natura negotii pactum est quod pro evitione fit. Prosus accidentale est, puta ut Codex venditus ad exemplum detur.”

[27] Placentinus, *Summa Codicis*, ad C. 2, 3 (ed. cit., 43); *apud* *Ibid.*, p.191, n. 81.此段中文译文由本文作者自行翻译。拉丁文原文如下:“(pacta) accessoria alia sunt de natura negotii ut de evictione, alia sunt de substantia ut de agendo precio, alia sunt accidentalia: puta ut Codex venditus detur ad exemplum.”

[28] 买卖的实质: C. 4, 38, 3、C. 4, 44, 8 (a. 293); 债的实质: C. 4, 2, 6 pr. (a. 293), Scaev. 2 *quaest.* D. 14, 6, 6、Paul. 56 *ad ed.* D. 46, 3, 54、Paul. 2 *inst.* D. 44, 7, 3 pr.、Inst. 3, 22. 1、Inst. 3, 27 pr.; 血亲的实质: Mod. 12 *pand.* D. 38, 10, 4, 2; 抗辩的实质: Gai. 4, 118.; 诉的实质: Inst. 4, 6, 7、Inst. 4, 6, 13.; 寄托的本性: Pap. 9 *quaest.* D. 16, 3, 24; 委任的本性: Paul. 5 *quaest.* D. 19, 5, 5, 4; *apud* *Ibid.*, p.185 - 186.



在亚里士多德著作的拉丁文译本中, substantia 是希腊文术语 οὐσία (= ousia) 的翻译<sup>[29]</sup> (虽然在当今哲学界这一翻译普遍受到批评), 而 natura 则是 φύσις (= physis) 的翻译; 在汉语哲学界前者一般译为“存有”“存在”“是”“实体”“本体”“自立体”等, 至于后者则一般译为“本性”或“自然”。虽然笼统言之, 罗马的法学家们无疑受到希腊哲学的影响, 但却无充分证据显示帕比尼安和乌尔比安在前述两个文本中是从哲学技术意义上使用这两个用语。实际上, 意大利学者罗贝多·费欧尼 (Roberto Fiori) 便指出: 学界普遍认为, 罗马的法学家们在《民法大全》所收录的这些文本中使用的 substantia 一词, 只是有着诸如“根本”“存在”“内容”这样的日常语言上的含义, 而 natura 则亦只是指某种“制度结构”, 换言之, 两者不具有亚里士多德哲学意义。<sup>[30]</sup>

但必须注意, 注释法学派和罗马的法学家彼此的文化背景有相当大的不同。论古希腊哲学向法学渗透的力度, 古罗马并不能与中世纪时期同日而语。到了普拉岑提努斯身处的时代, 亦即 12 世纪, 亚里士多德哲学随着大学的诞生而开始在欧洲广泛传播, 影响力愈趋巨大, 而且许多亚里士多德哲学著作都已经被翻译为拉丁文。<sup>[31]</sup> 甚至与注释法学派的注释技术有着紧密关联<sup>[32]</sup> 的中世纪博雅教育的三艺 (Trivium), 即语法学、辩证 (逻辑) 学、修辞学, 尤其是当中的辩证 (逻辑) 学, 也是经由哲学家波爱修斯 (Boethius) (c. 480—524/525) 的中介而建立在亚里士多德哲学的基础之上。因此, 中世纪法学家可以利用而且实际上也经常利用三艺来演绎罗马法, 使文本之间互相协调。<sup>[33]</sup> 许多沿用至今的法学理论, 实际上都是中世纪法学家将哲学思想和罗马法素材共冶一炉而锻造出来的产物。

虽然康托洛维茨和詹姆斯·戈德雷都认为, 许多中世纪法学家由于没有读过亚里士多德的物理学或形而上学, 因而并不非常了解 substantia、natura 这些术语在亚里士多德哲学中的真正意义, 但他们都承认, 这些中世纪法学家是至少认识被波爱修斯“平庸化” (trivialised) 后的亚里士多德形而上学的。<sup>[34]</sup> “爱好哲学思维”<sup>[35]</sup> 的普拉岑提努斯不可能没有接触过亚里士多德哲学 (无论是直接地还是间接地接触), 而且也很难想象他在三分法中使用“偶性”一词的做法与亚里士多德哲学无关。

如前所述, 在亚里士多德形而上学传统中, accidens (“偶性”或称“附性”“属性”“依附体”) 与 substantia (“实质”或称“实体”“本体”“自立体”) 相对立, 是指自身不能独自存在者。accidens 必须依附、系于 substantia 而存在。换言之, substantia 是 accidens 的底基、载体或称依托 (拉丁词语 substantia 字面意思正是“底基”, 它来自亚里士多德所谓的 ὑποκειμενον, 亦即“基底”或者说“作为底

[29] 关于亚里士多德哲学中的 substantia (οὐσία) 概念, 参见吴奇琦: 《民法中的哲学: 民法上实质 (substantia) 与本质 (essentia) 理论的古典哲学起源与演变》, 澳门大学 2018 年博士论文, 第 36—50 页。

[30] Roberto Fiori, *supra* note [6], at 185 - 186.

[31] 参见汪子嵩、范明生、陈村富、姚介厚: 《希腊哲学史》(第 3 卷), 人民出版社 2003 年版, 第 48—49 页。

[32] Andrea Errera, *The Role of Logic in the Legal Science of the Glossators and Commentators*, translated by Philip Biss, in Andrea Padovani & Peter Stein eds. (Enrico Pattaro, editor-in-chief), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence* (Vol. 7), Springer, 2016, p.79 *et seq.*; 舒国滢: 《波伦亚注释法学派: 方法与风格》, 载《法律科学》2013 年第 3 期, 第 33—44 页。

[33] Harry Dondorp & Eltjo J. H. Schrage, *The Sources of Medieval Learned Law*, in John W. Cairns & Paul J. du Plessis eds., *The Creation of the Ius Commune: From Casus to Regula*, Edinburgh University Press, 2010, p.21.

[34] Hermann Kantorowicz & William Warwick Buckland, *supra* note [20], at 41; James Gordley, *supra* note [21], at 111.

[35] Roberto Fiori, *supra* note [6], at 191.

层的东⻄”)。至于 *accidens*, 亚里士多德则认为有九种, 分别是数量(量)、品性(质、性质)、关系(相对者)、地点、时间、位置(姿态)、状态(有)、施动(行动)、被动(遭受)。这九种 *accidens* 连同 *substantia* 一起, 构成亚里士多德哲学的基本“十范畴”。<sup>[36]</sup> 而在中世纪法学家们的合同元素理论中, *substantia* 表现为一项合同“最基础的”东⻄, 而 *extranea* 则是“外在的”“附加的”“不一定出现的”。对照上述哲学理论和法学理论的内涵并考虑到中世纪法学家的学术文化背景后可见, 亚里士多德范畴模型的术语被借用于法学上的合同元素理论是不难理解而且不令人意外的。<sup>[37]</sup>

除了源自 D. 2, 14, 7, 5 的“外在”(extranea)之外, 源自 D. 18, 1, 72 pr. 的“附属”或称“辅助”(adminicula)也同样普遍被弃用。然而值得一提的是, 也许是由于渊源上的缘故, 以拉丁文 *adminicula* 为词源的词汇(譬如西班牙语 *adminículo*)在当代有时候仍会被用来解释偶素(偶性)。<sup>[38]</sup>

### 5. 阿佐对“实质”“本性”“偶性”三分法的延续

到了注释法学派的代表人物阿佐(Azo)(c.1150—c.1230)那里, 普拉岑提努斯的合同元素三分法及术语仍被沿用。而且在许多方面, 阿佐也只是在重复前人的老话。例如, 阿佐便继续以“为增加或减少价金而作成的简约”“追夺简约”作为“关于实质的简约”和“关于本性的简约”的例子:

应该知道的是, 买受人和出卖人之间所订立的简约, 有的涉及合同的实质, 如为增加或减少价金而作成者。<sup>[39]</sup>

然而, 若简约乃是针对作为合同本性的东⻄, 我们便说简约是涉及本性的。例如, 约定以某种形式或不具形式地给予追夺的简约。<sup>[40]</sup>

至于“偶性”方面, 阿佐除了普拉岑提努斯举过的“给予复本典籍”一例之外, 还举出了另一些不触及买卖(*non attingenti venditioni*)的类似约定作为例子:

有些则是偶性或者说外在[……]例如, 约定如果出卖人在若干日内向买受人返还价金即可要求归还物、约定买受人就所拖欠的价金支付利息、约定买受人在所出售的土地上建造或不建造纪念碑或教堂。<sup>[41]</sup>

[36] Aristoteles, *Organon*, 103b20. 在汉语哲学界, 翻译与注释《范畴篇》的溥林教授, 研究甚为详实。参见[古希腊]亚里士多德著, 溥林译笺: 《〈范畴篇〉笺释——以晚期希腊评注为线索》, 华东师范大学出版社 2014 年版。

[37] 参见前注[29], 吴奇琦文。

[38] Federico de Castro y Bravo, *El Negocio Jurídico*, Editorial Civitas, S. A., 1985, p.54.

[39] Azo, *Summa Codicis*, ad C. 4, 54, n. 1; James Gordley, *supra* note [4], p.62, n. 125. 此段中文译文由本文作者自行翻译。拉丁文原文如下: “Siendum est auttem quod pactorum quae fiunt inter emptorem et venditorem alia sunt de substantia contractus ut de angendo, vel diminuendo pretio.” 必须指出, 虽然詹姆斯·戈德雷的上述著作已由张家勇教授翻译成中文出版(《现代合同理论的哲学起源》, 法律出版社 2006 年版), 然而, 中译本仅仅对原著的英文部分进行了翻译, 原著全书所引用的一切拉丁文原典文献却并未译出。此外, 即使是英文翻译部分, 在若干重要术语的中译上, 该译本的处理方法亦甚值商榷。下文将详述之。

[40] Azo, *Summa Codicis*, ad C. 4, 54, n. 2; *apud* James Gordley, *supra* note [4], p.63, n. 129. 此段中文译文由本文作者自行翻译。拉丁文原文如下: “Sed nos dicimus pactum esse de natura quod sit super eo quod est naturalis contractus. Ut de evictione praestanda certo modo vel nullo modo.”

[41] Azo, *Summa Codicis*, ad C. 4, 54, n. 1; *apud* *Ibid*, p.63, n. 130. 此段中文译文由本文作者自行翻译。拉丁文原文如下: “Quaedam sunt accidentalialia sive extranea [...] Ut puta si venditor restituat emptori pretium intra certum diem reddatur ei res vel ut emptor praestat venditori usuram pretii tardius soluti vel ut emptor faciat vel ut non faciat monumentum vel ecclesiam in fundo vendito.”

总而言之,阿佐在元素三分法的发展上并无突出贡献,但基于其权威及影响力,他对三分法的传承而言亦非不重要。

#### 6. 阿库修斯的若干见解

##### (1) 关于“实质”的重要创见:“买卖三实质”及欠缺实质的后果

有别于许多前人,注释法学派最负盛名的集大成者阿库修斯(Accursius)(c.1182—c.1263)的论述是比较有新意的。我们知道,在D. 18, 1, 72中,帕比尼安说价金属于买卖的实质。从上文所引注释法学派学家们的论述可见,每当他们谈及买卖的实质时,帕比尼安的这个例子就如影随形般一再被援引,从雅各斯、罗格里乌斯一直到普拉岑提努斯,莫不如此。而且,他们也只有举出价金这个“例子”而已(如果他们认为买卖还有其他实质的话)。然而,阿库修斯在对D. 18, 1, 72进行注释时,却进一步明确指出对整个元素理论日后发展极为重要的两点:其一,除价金(pretium)外,所售之物(res vendita)和合意(consensus)也属于买卖的实质;其二,缺乏实质的后果是买卖不存在:

由于无价金即不能存在买卖[……]同样,如果针对所售之物作增减[……]那同样涉及买卖的实质,缺少了它也是不能存在买卖的[……]同样地,合意也属于实质[……]其他不是实质的东西,即使欠缺也好,合同仍能成立。<sup>[42]</sup>

阿库修斯这一阐述的重要之处在于:首先,在阿库修斯的《大注释》(Magna Glossa)之前,注释法学派的相关讨论一直都没有脱离过简约(pactum)尤其是与买卖合同相关的简约的领域。实际上,除了D. 2, 14, 7, 5、D. 18, 1, 72 pr.之外,对元素理论的讨论,大都是在一些关于简约的罗马法原始文献片段的注释中为之,例如C. 2, 3《论简约》(De pactis)、C. 4, 54《论买受人与出卖人之间所作成的简约》(De pactis inter emptorem et venditorem compositis)。在阿库修斯以前,之所以一直没有人指出买卖的各项实质是哪些,亦与此不无关系。当然,阿库修斯自己的论述也有提及简约(例如,他在论述合同的“本性”时仍然有提及“追夺简约”这个老例子:“若简约针对作为本性的东西,例如为给予追夺而作成的简约,则我们说简约是涉及本性的”<sup>[43]</sup>),然而,阿库修斯却是首度将后世的讨论焦点革命性地从简约领域逐渐移转到买卖合同本身。从阿库修斯开始,买卖成为由“合意”“价金”“物”三项实质构成的合同。当两人同意用物的移换来换取价金的支付时,则存在买卖合同;若缺少三者中的任一者,则不存在买卖合同。此外,“买卖三实质”更成为一个原型模版,为日后元素理论从买卖合同向其他合同的扩散埋下了伏线。

##### (2) 关于“实质”与“本性”词义同一性问题的取态

如前所述,关于“实质”和“本性”是否具有相同意义的问题,曾经一度是注释法学派法学家们(例如雅各斯)的争论点。在这方面,阿库修斯的论述表面上看来颇为混乱,而且有时会让人以为他将“实质”和“本性”视为同义词。例如,在其对D. 2, 14, 7, 5的注释中,阿库修斯在论及“超出

<sup>[42]</sup> Accursius, Gl. ad D. 18. 1. 72 (ex pretio); apud James Gordley, supra note [4], p.62, n. 126.此段中文译文由本文作者自行翻译。拉丁文原文如下:“Quia sine pretio esse venditio non potest [...] Item si fiat super re vendita augenda vel minuenda [...] cum res similiter sit de substantia emptionis, nec sine ea esse possit [...] Item consensus est de substantia [...] Alia vero quae [...] non sunt substantialia, cum sine esi possit contractus consistere.”

<sup>[43]</sup> 此段译文为本文作者自行翻译,文本出处及拉丁文原文如下: Accursius, Gl. ad D. 18, 1, 72 (nova emptio): “Sed nos pactum de natura dicimus esse quod sit super id quod est naturale, ut de evictione praestanda.”; apud James Gordley, supra note [4], p.63, n. 129.

本性”时,便说:“也就是说[超出]实质。”<sup>[44]</sup>然而,他之所以这样说,也许是由于受到将“实质”和“本性”视为同义词的其他注释法学派法学家的影响,因而跟随了其术语表述方式。但阿库修斯自己应该是偏好把“实质”和“本性”互相区分开来的。例如,在其对 D. 18, 1, 72 pr.的注释中,他便说:“我们说那是关于合同实质,但有些人则称之为关于本性。”<sup>[45]</sup>而相同的说法亦见于 D. 2, 14, 7, 5:“其他人说这是本性,我们则说是实质。”<sup>[46]</sup>

实际上,从罗格里乌斯开始,关于“实质”和“本性”是否同义词的问题,似乎已不再受到重视,因为对两者进行区分已成通说。在阿库修斯之后,看来更是如此。例如,13世纪的维维安努斯·图斯库斯(Vivianus Tuscus)便继续追随了这一见解,认为“此法律对关于合同实质的简约与关于合同本性的简约两者进行了区分”。<sup>[47]</sup>

值得顺道一提的是,阿库修斯虽然和阿佐一样都使用了“实质”“本性”“偶性”三个术语,但有学者在分析他的一些论述时,却怀疑他是否只采纳了二分法。例如,在阿库修斯对 D. 18, 1, 72 pr.的注释中,他便提到“也就是说,合同的偶性或本性,而非实质”<sup>[48]</sup>;“上文所述者,乃是关于本性简约或偶性简约,现在则是实质”<sup>[49]</sup>。

### (3) 关于从 *substantia*、*natura* 到 *substantialia*、*naturalia* 的术语调整

另一方面,在阿库修斯那里,我们可以看到在元素理论的术语上有时候出现了轻微的调整。例如在他对 D. 18, 1, 72 pr.的注释中,<sup>[50]</sup>前人惯称的 *substantia* 成了 *substantialia*,至于 *natura* 则成了 *naturalia*(本文则依然分别译之为“实质”和“本性”),而普拉岑提努斯所用的 *accidentalia* 则仍然是 *accidentalia*。将 *substantia* 和 *natura* 改称为 *substantialia* 和 *naturalia*,应该是因为受到普拉岑提努斯所引入的 *accidentalia* 影响使然。这纯粹是使三个术语在表述上一致化的改动而已。而 *substantialia*、*naturalia*、*accidentalia* 这组术语也是现今较常用的。

## (二) 评注法学派

1. 巴尔杜斯对亚里士多德哲学的借鉴:术语的第二次关键变更——“实质”(substantialia)→“本质”(essentialia)

从上文论述可见,元素理论乃是建立于罗马法文献 D. 18, 1, 72 pr.及 D. 2, 14, 7, 5,但在发展过程中又不断有脱离文本的倾向。这种倾向可清晰见于术语上。在元素理论中,最初被使用的术语“实质”“本性”“外在”,都可以在上述两个文本中找到渊源。后来,在亚里士多德哲学影响下,“偶性”被作为“实质”的对立而引入元素理论,代替了“外在”一词。在评注法学派的代表人物巴尔杜斯(Baldus)(c.1327—c.1400)之前,元素三分法所采用的术语正是“实质”“本性”“偶性”。巴尔杜斯则是

[44] 以下数个片段的译文为本文作者自行翻译,兹列出文本出处及拉丁文原文(皆转引自 Roberto Fiori, *supra* note [6], p.191, n. 83): Accursius, gl. *extra naturam* ad D. 2, 14, 7, 5: “[...] id est, substantiam.”

[45] Accursius, gl. *nova emptio* ad D. 18, 1, 72 pr.: “Quae de substantia contractus dicimus esse, eadem quidam vocant de natura.”

[46] Accursius, gl. *extra naturam* ad D. 2, 14, 7, 5: “alii dicunt id naturale, quod nos substantialia.”

[47] Vivianus, *casus* ad D. 2, 14, 7: “Lex ista fecit differentiam inter pacta quae sunt de substantia contractus, et ea quae sunt de natura contractus.”

[48] Accursius, gl. *adminicula* ad D. 18, 1, 72 pr.: “[...] id est, accidentalia sive naturalia contractus, non autem substantialia.”

[49] Accursius, gl. *adminicula* ad D. 18, 1, 72 pr.: “Supra, dixit de naturalibus vel accidentalibus pactis: nunc de substantialibus.”

[50] Accursius, gl. *adminicula* ad D. 18, 1, 72 pr.: “id est, accidentalia sive naturalia contractus, non autem substantialia.”

首位以“本质”(essentialia)一词代替传统表述“实质”(substantialia)的人。他在注释相关文本时,有时同时提及这两个词,并视之为同义词(“本质或实质”[essentialia sive substantialia]<sup>[51]</sup>),有时则只使用“本质”一词。<sup>[52]</sup>“本质”和“偶性”一样,都是完全脱离了D. 18, 1, 72 pr.及D. 2, 14, 7, 5的用语。但巴尔杜斯为何弃“实质”而采“本质”? 本文认为,答案同样是亚里士多德哲学。<sup>[53]</sup>

首先,如前所述,在亚里士多德形而上学中,“偶性”(accidens)除了与 substantia 相对之外,<sup>[54]</sup>也经常被对立与“本质”(essentia)。<sup>[55]</sup>此外,在亚里士多德的认识论中,“本质”和“偶性”也扮演着重要角色:他认为,“本质(essence)正是某事物之所是(what something is)”,并认为,认识某一事物不过是认识其“本质”。而且他重复提到,并不存在“偶性”的知识,而只有“本质”的知识。<sup>[56]</sup>

在一些语境下,substantia 和“本质”的含义实际上是相同的,至少是极为密切的。<sup>[57]</sup>的确,各个时代的许多哲学家,例如奥古斯丁(Augustinus)<sup>[58]</sup>(354—430)和安瑟伦(Anselmus)<sup>[59]</sup>(c.1033—c.1109),都经常将其与“本质”(以及“本性”)视作同义词使用。值得一提的是,虽然 substantialia(或 substantia)和 essentialia(或 essentia)的内涵在法学上的元素理论中并无区别,但本文认为,由于原文用语有别,故在翻译上始终有必要将两者互相区分,否则将无法清楚地从源头入手,展示两者错综复杂的发展路径。这也正是本文主张将它们分译为“实质”和“本质”,并把 natura 译为“本性”的原因(本文认为,汉语法学界对这个问题的处理却不尽完善<sup>[60]</sup>)。

---

[51] Baldus, *In primam partem super Digesto Veteri*, ad D. 2, 14, 7, 7, ed. Lugduni, 1558, 129v.; Baldus de Ubaldis, *In secundam partem super Digesto Veteri*, ad D. 18, 1, 72 pr. (ed. cit. 132r); *apud* Roberto Fiori, *supra* note [35], p.195, n. 95.

[52] Baldus, *In secundam partem super Digesto Veteri*, ad D. 18, 1, 9 (ed. cit., 128v); *apud* *Ibid.*, p.195, n. 95.

[53] 古典哲学尤其是亚里士多德哲学的 substantia 与 essentia 概念从中世纪开始便强烈渗透民法上人(persona)、物(res)、事(factum)三大领域的各个理论并深远影响后世发展,以至在当代学说甚至立法上仍有残留。相关研究详见前注[29],吴奇琦文。

[54] 关于亚里士多德《范畴篇》的 substantia 概念的论述,参见前注[29],吴奇琦文,第42—46页。

[55] 关于亚里士多德“本质”与“本质属性”的论述,参见前注[29],吴奇琦文,第55—60页。

[56] Irving M. Copi, *Essence and Accident*, 51 *The Journal of Philosophy* 706, 706—708 (1954).

[57] 见前注[29],吴奇琦文,第15—30页。

[58] Gillian Rosemary Evans, *Christian Belief: A Short History for Today*, Oxford University Press, 2006, p.42.

[59] Eugenio Garin, *History of Italian Philosophy*, Volume I, translated by Giorgio Pinton, Editions Rodopi, 2008, p.14.

[60] 例如,张家勇教授在翻译詹姆斯·戈德雷的 *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* 一书时对这些术语的翻译便颇为混乱。在其译著中,他将 essential terms、natural terms 和 accidental terms 分别译为“本质条款”“自然属性条款”“附属条款”(中译本第77页,原书第61页),而 substantial terms 则译为“实质条款”(中译本第78页,原书第62页)。虽然本文对这些术语的翻译与之有别,但本文对张教授的这一译法并无异议。问题是,张教授并没有将上述译语贯彻始终。例如,他在数页后却将 according to the nature of the contract 译为“根据合同的本质”(中译本第80页,原书第64页),并将 beyond its nature 译为“超出其本质”。然而,根据詹姆斯·戈德雷的介绍(从本文的论述亦可得出相同结论),essence 和 nature 并不是同义的。若依张教授的译语,则上述两者便应分别译为“根据合同的自然属性”和“超出其自然属性”始属妥当。实际上,张教授也在另一处将 nature 译为“自然属性”(中译本第81页,原书第64页)。简言之,问题出于:张教授将字面上和内涵上皆不相同的 essence 和 nature 不加区别地都译为“本质”。同样地,他在另一处又将 nature 译为“本质”,并将拉丁文词组 extra naturam 译为“处于……本质之外”(中译本第79页注2,原书第62页注128)。相同的问题亦见于中译本第81页(原书第64页)。再例如,他将拉丁文词组 essentialem naturam contractus 译为“合同的实质条款”(中译(转下页))

在巴尔杜斯将 *substantialia* 改为 *essentialia* 后,三元素便成了 *essentialia*(本质)、*naturalia*(本性)、*accidentalia*(偶性)。这令人很容易联想起亚里士多德形而上学中的三种属性: *essentia*(本质或称本质属性)、*proprium*(固有属性,亦即“非本质但必要属性”)、*accidens*(偶性或称偶然属性,亦即“非本质且非必要属性”)。<sup>[61]</sup> 那么,民法学上的 *naturalia*(本性)与哲学上的 *proprium*(固有属性)究竟有没有对应关系?

如前所述,亚里士多德在《论题篇》中所谈及的 *proprium* 是一种“非本质但却是必要(或者说必然)的属性”(non-essential but necessary properties)。例如,“能够学习文法,乃是人的固有属性;因为如果是人的话,便能够学习文法,而且,如果他能够学习文法,那么他便是人”(《论题篇》102a18)。<sup>[62]</sup> 不难发现,*proprium*(固有属性)的确与元素理论中的 *naturalia*(本性)有着明显的相同点:两者都不构成“本质”,但却都是“必要”或者说“必然”的。根据元素理论,只要“本质”齐备,有一些东西(用现代法学术语来说,就是法律效果)便会随之而自然地发生,此即“本性”之谓。可见,“本性”在这种意义上可谓“必然”地出现、是“必要”的东西。

实际上,科英便认为,中世纪元素理论中的“本性”,同样是受到了亚里士多德哲学的影响。用科英的原话来说(虽然不尽清晰),在亚里士多德于《论题篇》中所区分的 *essentiale*、*proprium* 与 *accidens* 三者当中,*essentiale* 是决定主体<sup>[63]</sup>“本质”或 *substantia* 的东西;*proprium* 并不决定主体的“本质”,但只可被用以谈及这一主体,因而相当于主体的“特征”;*accidens* 则是在主体上可能找到也可能找不到的,因而不必然与之相联系。科英明确指出,亚里士多德哲学中的 *proprium* 便相当于 *naturale*。换言之,他认为,中世纪合同元素理论的“本质”“本性”“偶性”三分法是完全对应地在亚里士多德哲学的 *essentiale*、*proprium*、*accidens* 的影响下得到“理性基础”的,而且他也认为巴尔杜斯正是在这一背景下将这些哲学术语应用于元素理论。<sup>[64]</sup>

在12世纪中期到13世纪后期,亚里士多德哲学著作已全数被译为拉丁文并流行于西欧各所大学。<sup>[65]</sup> 几乎可以肯定,在巴尔杜斯身处的时代亦即14世纪,他绝不可能没有读过亚里士多德的作品。实际上,巴尔杜斯在评论帕比尼安的 D. 18, 1, 72 pr. 时正提到,这个段落充满了“哲学原理”的味道(*constituta principis philosophicis*)。<sup>[66]</sup> 从宏观角度看,结合法学家们所处时代的知识背景以及可资运用的“亚里士多德工具”(参见上文论述亚里士多德哲学的“实质”和“偶性”时所作的分析)作考量,可以说,当元素理论中有着“实质”“本性”“偶性”这些具有哲学内涵的词汇时,巴尔杜斯因而受启发并将哲学色彩同样浓厚的“本质”引入该理论中,这一做法是合乎常理的。从微观的技术层面言之,根据中世纪法学家的元素理论,“实质”(以巴尔杜斯的术语来说是“本质”)是合同所不可或缺的元素。依阿库修斯之见,合同一旦缺乏这种元素,即导致合同“不能存在”,或者

(接上页)本第80页注1,原书第63页注132),但根据张教授的前述译法,这里的译语根本不应该是“实质”,因为此处根本没有出现过 *substantia* 或 *substantialia*。参见[美]詹姆斯·戈德雷:《现代合同理论的哲学起源》,张家勇译,法律出版社2006年版;James Gordley, *supra* note [4].

[61] 关于亚里士多德的“本质”与“本质属性”,以及其与“固有属性”(ιδιον; *proprium*)的区别,详见前注[29],吴奇琦文,第55—60页。

[62] 同上注。

[63] 在此,“主体”并不是指现代法学意义上的“主体”(人)。在亚里士多德主谓逻辑中,“主体”或称“主词”亚里士多德是指被“谓述”的对象,而绝不限于人。参见前文关于亚里士多德范畴论的论述。

[64] Helmut Coing, *supra* note [11], at 73-74.

[65] 参见前注[31],汪子嵩等书,第49页。

[66] Baldus, *In secundam partem super Digesto Veteri*, ad D. 18, 1, 72 pr., ed. Venetiis, 1599, 133r.: “1. Constituta principis philosophicis”; *apud* Roberto Fiori, *supra* note [35], p.183, n. 53.

以哲学语言来说,“不能是其所是”(esse venditio non potest)。相反,“偶性”则不是必要的,而是仅于当事人有协议时才会出现,故即使欠缺“偶性”,某项合同仍然不失为该项合同。对照亚里士多德哲学中的“本质”和“偶性”的关系,以及合同元素理论中的“本质”(或称“实质”)和“偶性”的关系,该理论所掺杂的亚里士多德哲学色彩即昭然若揭。总而言之,正如德国学者齐默尔曼(Zimmermann)所言,<sup>[67]</sup>行为本质、本性及偶性(essentialia, naturalia and accidentalia negotii)理论是在亚里士多德逻辑的影响下在中世纪得到发展的。由于亚里士多德传统与经院哲学关系密切[这主要是因为托马斯·阿奎那(Thomas Aquinas)(1225—1274)],故亦有学者称这种三分法为“经院式(经院哲学式)分类法”(la clasificación escolástica)。<sup>[68]</sup>

巴尔杜斯的这一术语改动影响至今。在巴尔杜斯那里,元素三分法成了“本质”(essentialia)、“本性”(naturalia)、“偶性”(accidental)三分。不难发现,现今较为流行的法律行为三元素术语正是脱胎自巴尔杜斯的这组术语。例如本文开首所示的葡萄牙语 elemento essencial(本质元素,又可称为必然元素、必要元素、根本元素、要素)、elemento natural(本性元素,又可称为自然元素、常素)、elemento accidental(偶性元素,又可称为偶然元素、偶素)即其适例。研究现代法的各国学者亦经常使用拉丁文术语,但普遍只会使用 essentialia, naturalia, accidentalia,而不再会使用较古早的 substantialia。<sup>[69]</sup>这种用语习惯正是来自巴尔杜斯对亚里士多德哲学术语的借鉴。不过,在当代学界仍然有人提及 essentialia seu substantialia(本质或实质)。<sup>[70]</sup>

## 2. 巴尔杜斯关于“本质”(“实质”)“本性”“偶性”三者关系的重要论述

这三者的定义,清楚见于巴尔杜斯的一个著名的评注中:

该注释将一旦欠缺则合同即不能存在者,称为实质。从合同推导而生者,称为本性。仅源自当事人之订定,而无论如何不被理解成是因法律之规定使然者,称为偶性。<sup>[71]</sup>

如前所述,三者的内涵其实在巴尔杜斯之前便已告奠定。至于巴尔杜斯的贡献乃是在于:他在解释“本质”(“实质”)“本性”“偶性”三者之间的关系时,发展出一个比前人更完善的说理模式。首先他指出,“本质”是一项合同的“原本根基”(radix originalis)。<sup>[72]</sup>他认为,这一根基是不能去除的;而且,他也采纳了阿库修斯的创见,在对 D. 18, 1, 72 pr.进行评注时,指出物、价金、合意为“买卖三本质”:

[……]也不能在不影响合同本质的情形下以简约去除之;在买卖中,那就是指物、价金及合意。<sup>[73]</sup>

[67] Reinhard Zimmermann, *supra* note [4], p.234, n. 27.

[68] Federico de Castro y Bravo, *El Negocio Jurídico*, Editorial Civitas, S. A., 1985, p.54.

[69] 例如下列各国具代表性的作品,皆是如此:见前注[15],弗卢梅书 2013 年版,第 93 页;Emilio Betti, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, Tomo II, trad. por Fernando de Miranda, Coimbra, 1969, pp.67 *et seq.*;见前注[1],安德拉德书,编码 63;Manuel de Andrade, *supra* note [1], n° 63.

[70] Federico de Castro y Bravo, *supra* note [68], at 54.

[71] Baldus, *Commentaria ad D. 2, 14, 7, 7*; *apud* Helmut Coing, *supra* note [11], p.74.此段中文译文由本文作者自行翻译。拉丁文原文如下:“Illa glossa appellantur substantialia sine quibus contractus esse non potest. Illa appellantur naturalia quae contractu inferuntur. Illud appellatur accidens quod devenit ex sola ordinatione partium nec ullo modo intelligeretur per dispositionem legalem.”

[72] Baldus, *Commentaria ad C. 4, 38, 13, n. 6*; *apud* James Gordley, *supra* note [4], p.64, n. 135.

[73] Baldus, *Commentaria ad D. 18, 1, 72, pr., n. 3*; *apud* James Gordley, *supra* note [4], p.63, n. 134.此段中文译文由本文作者自行翻译。拉丁文原文如下:“[...] nec per pactum removeri, salva essentia contractus; sicut in emptione, et venditione est res, et precium, et consensus.”

至于“本性”，巴尔杜斯则认为从“本质”推衍出来的。他说，“本性”是“本质”“这一根基纯因性质而生之延伸”(extensio illius radice ex mera qualitate producta)。因此，对合同而言，“本质”是“首要”(principaliter)的，而“本性”则是“继发”(consecutive)的。<sup>[74]</sup> 这也就是他所说的“本性”乃是“从合同推导而生者”的意思。根据这一理论，合同当事人仅须明示地对被认为是买卖合同“本质”的条款达成协议；一旦如此为之，合同即连同一切来自其“本性”的条款(例如因追夺而生的责任)一起存在。换言之，在当事人订立买卖合同的一刻，属于“本性”的条款便已经存在了。<sup>[75]</sup> 是故，就“本质”而言，合同必须是由当事人去协议的事情(be the work of the parties)，但交易效果则并不必然是由当事人决定的(not necessarily the business of the parties)。<sup>[76]</sup> 如前所述，此见解乃是继受自拜占庭的“合同本性”理论。实际上，在巴尔杜斯之前，另一位评注法学派代表人物巴托鲁斯(Bartolus)(1313—1357)亦采纳了该理论。他认为，一些虽无明确约定但却存在于合同中的东西乃是“来自合同的本性”<sup>[77]</sup>，是“依本性”或者说“自然地”属于合同而无须当事人明示协议：

[……]来自合同本性的东西，在法律上被推定为于当事人之间默示为之。<sup>[78]</sup>

至于“偶性”方面，如上文所示，在中世纪法学家的理论中，“偶性”是“外在”，因为它在某种意义上“外在”于合同。因此，尽管“本质”和“本性”有上述不同，但却有一个共同点，亦即它们都“内在”于合同。所以，巴尔杜斯便说，“本质”和“本性”都包括在所谓的“合同品性”(virtute contractus)之内。相反，偶性并不包括在合同的“品性”之内，因为它“既非首要地亦非继发地为其设立”(nec principaliter, nec consecutive contractus ordinabatur ad hoc)<sup>[79]</sup>。“偶性”之对立“本质”与“本性”，亦可见于巴尔杜斯的以下一段评注：

[……]另一者则称为偶性(accidens)，它是以一种特别方式或者说透过简约而被附加于实质和本性之上的形式；这一形式可以在不导致主体发生实质性转变的情形下被附加或减去。<sup>[80]</sup>

这种对比同样也是受益于亚里士多德哲学。对照前文所介绍的亚里士多德形而上学中 substantia 与 accidens 的自立与依附关系并观乎巴尔杜斯的用语，其元素理论的亚里士多德哲学即可见一斑(他所提到的所谓“主体”[subiectum]即为适例。这里所说的“主体”并不是现代法学意义上的主体亦即人，而应该是指合同本身。“主体”或称“主词”，是亚里士多德“主谓逻辑”体系中经常使用的术语，它和“谓词”(宾词)相对，是后者所“谓述”[predicate]的对象。在这里，作为谓词

[74] Baldus, Commentaria ad C. 4, 38, 13, n. 6; *apud Ibid.*, p.64, n. 135.

[75] Helmut Coing, *supra* note [11], at 74.

[76] Reinhard Zimmermann, *supra* note [4], at 234.

[77] Bartolus, Commentaria ad D. 19, 1, 11: “[...] veniunt ex natura contractus.”; *apud* James Gordley, *supra* note [21], p.103, n.53.

[78] Bartolus, Commentaria ad D. 12, 1, 3; *apud* James Gordley, *supra* note [4], p.63, n. 133.此段中文译文由本文作者自行翻译。拉丁文原文如下: “[...] illud, quod venit ex natura contractus presumitur a iure tacite agi inter partes.”

[79] Baldus, Commentaria ad C. 4, 38, 13, n. 6; *apud Ibid.*, p.64, n. 135.此段中文译文由本文作者自行翻译。

[80] Baldus, Commentaria ad C. 4, 38, 13, n. 6 et 7; *apud Ibid.*, p.64.此段中文译文由本文作者自行翻译。拉丁文原文如下: “[...] aliud vocatur accidens, quod est forma quaedam superaddita supra substantiam, et naturam ex aliquo speciali modo, vel pacto: et quae forma potest adesse et abesse sine substantiali transmutatione subiecti.”



的“偶性”便是对作为主词的“合同”进行谓述,以表达合同“是怎样的”)。

巴尔杜斯又将“偶性”和“本性”进行了对比,以突显其“外在”性质:

因此,结论是:偶性是超越本性的;至于本性(*naturalia*)则是合乎本性(*natura*)<sup>[81]</sup>的  
[.....]<sup>[82]</sup>

与此相关,他认为可以视当事人之间就合同“本性”默示地进行了协议,但“偶性”则不然:

[.....]在合同中,偶性并不是默示性的[.....]本性,则是默示性的[.....]<sup>[83]</sup>

鉴于“本性”是如此固有于合同(虽然不及“本质”),因此巴尔杜斯又说道:

[.....]问题是:如果订立简约,借以从合同中移除其自然效果[.....]会如何?答复  
是:那就没有出售,因为移除自然效果,即移除种别[.....]<sup>[84]</sup>

然而,他的这一说法却似乎没有得到后世学者的赞同,因为根据现今通说,“常素”(亦即中世纪学者所称的“本性”)是可按当事人意思予以排除的;而不能被排除否则即导致该类行为不存在(亦即巴尔杜斯所谓的“移除种别”)的其实是“要素”(亦即“本质”)。关于此点,容后详述。

## 四、近现代法:理论成形

### (一) 中世纪学说的泛化

经过12、13世纪的注释法学派以及14、15世纪的评注法学派的构筑,元素理论已有相当的发展,但仍与其现今面貌尚有一段距离。本文认为,直到15世纪为止,元素理论仍然是狭隘的。这里所指的“狭隘”是就两个层面而言:从适用对象上言之,该理论仍未脱离买卖合同的领域;从内涵上言之,从罗马法文本演绎而来的理论尚未能摆脱罗马法的影子,因而从今天的眼光看来是显得过度具体了。本文认为,中世纪元素理论因为16世纪的人文主义学派、17世纪的自然法学派以及19世纪的潘德克顿学派的理论而发生的几次“泛化”,正是使该理论演化成现今面貌的重要契机。兹分述如下:

#### 1. 人文主义学派的贡献:元素理论适用对象从买卖合同到其他合同的延伸

如前所述,注释法学派的阿库修斯将元素理论(尤其关于“实质”元素的学说)的焦点从关于买卖合同的简约(*pactum*)开始转移到买卖合同本身,并得到后继者们的追随。这是元素理论发展的一次重大突破。然而,在阿库修斯之后,法学家们也仅限于在买卖合同的领域讨论元素理论,相关分析尚未见于租赁合同等领域。这种现象并不难理解,因为作为整个元素理论出发点的D. 18, 1,

[81] 在这段评注中,*naturalia*和*natura*被区分开来使用。如前所述,早在阿库修斯那里,就已经出现了*naturalia*一词。但无论是*naturalia*还是*natura*,本文皆译为“本性”,这是考虑到如果本文再使用不同译语,恐怕会使论述更加繁杂。

[82] Baldus, *Commentaria ad D. 18, 1, 72, pr., n. 4; apud Ibid., p.64.* 此段中文译文由本文作者自行翻译。拉丁文原文如下:“Conclude ergo quod accidentalialia sunt praeter naturam; naturalia sunt secundum naturam [...]”

[83] Baldus, *Commentaria ad D. 18, 1, 72, pr., n. 1; apud Ibid., p.64.* 此段中文译文由本文作者自行翻译。拉丁文原文如下:“[...] in contractibus [...] quaedam accidentalialia quae non insunt tacite [...] quaedam naturalia, quae tacite insunt [...]”

[84] Baldus, *Commentaria ad C. 4, 38, n. 19; apud Ibid., p.64.* 此段中文译文由本文作者自行翻译。拉丁文原文如下:“[...] quaeritur, quid si apponatur pactum, quod removet a contractu naturalem eius effectum [...]? Resp. non tenet venditio, quia a quo removetur naturalis effectus, removetur species [...]”

72 pr.和 D. 2, 14, 7, 5 两则罗马法文本都是关于买卖的,而注释法学派和评注法学派受限于其研究方法,也都没能或者没有打算摆脱罗马法原始文献的牢笼,虽然法学家们早就留意到买卖和租赁非常类似。例如评注法学派的巴尔杜斯在一段评注中便提道:

正合意缔结的买卖一样,若无租金,租赁亦不成立[……]在租赁合同中必须有为物本身而提供的价金亦即租金。<sup>[85]</sup>

尽管如此,巴尔杜斯依然没有将“实质”学说运用于租赁。实际上,虽然评注法学派在方法论上已经有所革新,但依然非常依赖于罗马法文本。对买卖和租赁的这种相提并论,在16世纪以法国为中心的人文主义学派那里又再向前迈进了一步。例如,该学派的代表人物多内鲁斯(Donellus)(1527—1591)便指出,由于租赁和买卖是近似的(proxima),因此受相同的法律规制(regulae iuris)所约束;<sup>[86]</sup>此外,他又更全面地将租赁中的租赁物和租金与买卖中的物和买卖价金加以类比:

正如买卖无物一样,无物即无租赁。[……]正如在买卖中为物而给付的价金一样,在租赁中为物的使用或劳作而给付的租金。<sup>[87]</sup>

同为人文主义学派而且身处同一时代的迪乌尼修斯·戈度弗雷都斯(Dionysius Gothofredus)(1549—1622)在其对《民法大全》的评注中(1605—1624,第一版)更明确地识别出了“租赁三实质”:

这项合同具有三项实质:合意[……]、租金或称租费、所出租之物。<sup>[88]</sup>

迪乌尼修斯·戈度弗雷都斯的这一创见很快得到一些学者的和应,例如同代人安托尼乌斯·法贝尔(Antonius Faber)(1557—1624)就在著述中引用了这一观点:

因此,这项合同具有戈度弗雷都斯所指出的三项实质,亦即合意、被他称为租费的租金,以及要么是作为某种有体之物、要么是作为事实的一项东西(quod)。<sup>[89]</sup>

虽然,迪乌尼修斯·戈度弗雷都斯的上述见解只是对阿库修斯的模仿,但它在元素理论发展史上仍然是一件重要事件。实际上,本文之所以着重强调元素理论从买卖合同向租赁合同的延伸,是因为这是一个非常关键的转折点:一旦发生此种理论延伸,则可以合理预期和理解的是,其他合同(例如脱胎自租赁合同的劳动合同或劳务合同,以及和租赁相类似的消费借贷与使用租赁等)也会受到这一

<sup>[85]</sup> Baldus, *In secundam partem super Digesto Veteri*, ad D. 19, 2, 1; *apud* Roberto Fiori, *supra* note [35], p.195, n. 94. 此段中文译文,由本文作者自行翻译。拉丁文原文如下:“sicut emptio et venditio consensu contrahit, ita locatio et conductio non procedit sine mercede [...] quod in contractu locationes requiritur precium, i. merces, quae praestatur pro ipsa re.”

<sup>[86]</sup> Donellus, *Commentaria de Iure Civili*, XIII, 6, 1, in *Opera omnia*, Lucae, 1762, III, 814; *apud* *Ibid.*, p.198.

<sup>[87]</sup> *Ibid.*, p.198. 此段中文译文由本文作者自行翻译。拉丁文原文如下:“ut emptio sine re; ita sine re locatio et conductio nulla est [...] ut in emptione pro re pretium; sic in locatione pro usu rei vel operae intervenire oportet mercedem.”

<sup>[88]</sup> D. Gothofredus, *Corpus iuris civilis*, ad D. 19, 2, 2 pr., ed. Amstelodami — Lugduni Batavorum, 1763, 281; *apud* *Ibid.*, p.198. 此段中文译文由本文作者自行翻译。拉丁文原文如下:“tria sunt substantialia huius contractus: consensus [...], merces seu pensio, res quae locatur.”

<sup>[89]</sup> A. Faber, *Rationalia in Pandectas*, ad D. 19, 2, 2, 1, ed. Aurelianae, 1626, v, 541; *apud* *Ibid.*, p.198. 此段中文译文由本文作者自行翻译。拉丁文原文如下:“sunt igitur tria substantialia huius contractus quae hic Gothofredus notat, consensus, merces, quam ille pensionem vocat, et id quod sive res sit aliqua corporalis, ut fundus, sive factum.”

理论的波及。事实上,这种理论延伸也的确开始于16世纪。<sup>[90]</sup>然而即使到了现在,学者们在论述元素理论时仍经常以买卖作为例子(关于此点,可参照下文对当代学者们元素理论的展示)。这也许是受传统影响,而且对买卖的“实质”或“本质”进行识别相对容易且不易招致疑问。

## 2. 自然法学派与潘德克顿学派的贡献:元素理论内涵的抽象提升

### (1) 从“物”到“客体”

如前所述,在中世纪元素理论中,“实质”或“本质”是指合同中的一些根本性的元素,但由于该理论的罗马法基因使然,在17世纪前,“实质”或“本质”所指的仍然是相当具体的东西,例如买卖中的“物”和“价金”。即使人文主义学派促使元素理论的适用对象从买卖合同扩展至其他合同,这一情况依旧没有改变(例如租赁的“实质”或“本质”仍然是指具体的“物”和“租金”)。然而,当主体客体对立的哲学思想经由理性自然法主义而在17世纪席卷法学领域时(这尤其应该归功于德国的哥特弗里德·威廉·莱布尼兹[Gottfried Wilhelm Leibniz][1646—1716]),随着昔日罗马法的“人(persona)物(res)对立”思维一跃抽象化为新时代的“主体(subiectum)客体(objectum)对立”思维<sup>[91]</sup>,这次范式转换也为元素理论的“实质”或“本质”开辟了新的发展路径。

在现今一些学者关于元素理论的论述中,“客体”(而非具体的物等)被视为法律行为的“要素”<sup>[92]</sup>(以中世纪术语来说,亦即“实质”或“本质”)。本文认为,该种理论的发端便是在17世纪自然法主义背景下“从物到客体”的这一波思潮。实际上,即便是“物”(res)这一用语,在中世纪学者的论著中也不一定是指具有形体的东西(本义的“物”),有时还包括“事实”或“行为”。换言之,它有点像汉语中所说的“事物”。“从物到客体”的抽象化可谓是学者们透过术语置换,对既存的词义模糊所作的一次更彻底的厘清而已。值得注意的是,“从物到客体”的提升既成,“主体”的观念最终亦随之而渗透进元素理论,但这种渗透则是以一种比较间接的方式为之:从某种意义上说,在现代法中,“能力”(尤其是权利能力)的概念乃是重叠于“人”(在法律世界里,所谓“人”只是经由“能力”而接收权利义务的一个载体);现今一些学者在论及元素理论时将“能力”亦视为法律行为的“要素”的见解<sup>[93]</sup>正可溯源至此。

### (2) 从“合意”到“意思表示”

另外,根据中世纪的合同元素理论,“合意”也是其中一项“实质”或“本质”。最终,德国法的“意思表示”(Willenserklärung)(其源头同样是这个时代亦即17世纪的莱布尼兹所提出的“意思表示”[declaratio voluntatis]),亦与传统学说中的“合意”合流,从而进入元素理论之中。当代学者认为“意思表示”是法律行为的“要素”,<sup>[94]</sup>这实际上正是“从合意到意思表示”这一发展过程的产物。当然不可忽视的是,“意思表示”之所以会成为诸项元素的一员,也与下文即将提及的“法律行为”之进入元素理论有莫大关系。

### (3) 从“合同”到“法律行为”

#### (I) 先驱者内特尔布拉特

由德国潘德克顿学派发扬光大、建立在“意思表示”之上的“法律行为”(Rechtsgeschäft),一方

[90] Roberto Fiori, *supra* note [6], at 200.

[91] 参见吴奇琦:《从“人物对立”到“主体客体对立”的近代法学暨哲学范式转换:论近代理性自然法主义的贡献》,暂定刊于《罗马法与现代民法》第十一卷,厦门大学出版社2020年版;吴奇琦:《现代法上主体客体理论的发展、困境与出路:哲学的新路,法学的迷路?》,载《澳门法学》2020年第1期。

[92] 参见前注[1],安德拉德书,第42页;Manuel de Andrade, *supra* note [1], at 34; Carlos Mota Pinto, *supra* note [1], at 384.

[93] Manuel de Andrade, *supra* note [91], at 34; Carlos Mota Pinto, *supra* note [91], at 383.

[94] Manuel de Andrade, *supra* note [91], at 34; Carlos Mota Pinto, *supra* note [91], at 384.

面以“意思表示”为中介而与昔日重视“合意”的元素理论嫁接起来,另一方面也作为合同的上位概念而与元素理论互相结合,从而导致合同元素理论升格为法律行为元素理论(虽然合同仍然是该理论最重要的适用领域)。当然,这一转变仅仅发生在德国法及其继受者的体系之中,至于法国法以及英美法系,则仍然如同中世纪共同法传统中那样,谈论的仍然是合同。

其实,“法律行为”与元素理论的接轨,早在“法律行为”概念的创始人<sup>[95]</sup>、18世纪德国的理性自然法学者丹尼尔·内特尔布拉特(Daniel Nettelbladt)(1719—1791)那里便已发生。换言之,“法律行为”这个概念甫一诞生,便已然进入元素理论。因此严格而言,内特尔布拉特也是首位论及法律行为元素理论的人。虽然,这种讲法有忽视前人们数个世纪以来的贡献之嫌,但毫无疑问的是,内特尔布拉特在其《实定法学普遍基础体系》(*Systema Elementare Universae Iurisprudentiae Positivae*)中,的确首次将他所创造的“法律行为”(negotium iuridicum 或 actus iuridicus; rechtliches Geschäft),与元素理论接合在一起,而且做了比较体系化的综合:

法律行为的实质(*Substantialia actuum iuridicorum*),是指对行为的维持而言不可以不存在(*saluo actu abesse nequeunt*)的东西;至于对行为的维持而言可以不存在(*saluo actu abesse possunt*)的东西,若是常规而言都存在(*ordinarie adsunt*),则称为常素,若是常规而言都不存在(*ordinarie absunt*),则称为偶素。<sup>[96]</sup>

至此,远在“法律行为”概念未诞生时已经出现在中世纪文献中(例如前文所引述的普拉岑提努斯的论述)的“行为实质”(substantialia negotii)或称“行为本质”(essentialia negotii)、“行为本性”(naturalia negotii)、“行为偶性”(accidentalialia negotii)这些表述,在仍然维持着相同名称的情况下,却在德国法及其继受者的体系中有着崭新的一重意义。有意思的是,这一语言现象反倒是在作为德国法“法律行为”继受者的拉丁语系法律体系中才更加引人注目。例如,葡萄牙法与澳门法的 *negócio jurídico*(法律行为)、意大利法的 *negozio giuridico*(法律行为),皆是继自德国法的 *Rechtsgeschäft*(法律行为),但却与后者的拉丁化表述 *negotium iuridicum* 有着更直接的词源学对应。

值得一提的是,内特尔布拉特甚至将这种元素三分法进一步适用于物。他在另一部重要著作《自然法学普遍基础体系》(*Systema Elementare Universae Iurisprudentiae Naturalis*)中写道,封地(*feudum*)是一种物(*res*),亦即被分封之物(*res infeudata*),并再度套用了上述的三分法表述:

封地的实质或者说要素(*feudi substantialia seu essentialia*),是指对封地的维持而言不可以不存在的那些因素。其余的因素,对封地的维持而言可以不存在或存在,若是常规而言存在,则是封地的常素,若是常规而言不存在,则是封地的偶素。<sup>[97]</sup>

但无论如何,将元素三分法进一步适用于物的这种做法,在后世并不常见。甚至也许可以认

[95] 参见前注[15],弗卢梅书,第93页。

[96] Daniel Nettelbladt, *Systema Elementare Vniversae Ivrisprudentiae Positivae*, Halle (Saale), 1749, § 68 (S. 84). 此段中文译文由本文作者自行翻译(斜体为原文所标示)。拉丁文原文如下:“*Substantialia actuum iuridicorum dicuntur quae saluo actu abesse nequeunt; quae vero saluo actu abesse possunt, si ordinarie adsunt naturalia, si vero ordinarie absunt accidentalialia appellantur.*”

[97] Daniel Nettelbladt, *Systema Elementare Vniversae Ivrisprudentiae Natvralis*, Halle (Saale), 1767, § 969 (S. 359). 此段中文译文由本文作者自行翻译(斜体为原文所标示)。拉丁文原文如下:“*Feudi substantialia seu essentialia dicuntur feudi determinationes quae saluo feudo abesse nequeunt. Reliquae determinationes vero, quae adesse et abesse possunt saluo feudo, si ordinarie adsunt, dicuntur naturalia feudi, si ordinarie absunt, accidentalialia feuda.*”

为,内特尔布拉特的以上论述并非如字面上那样是针对封地本身,而是针对分封行为。

#### (II) 传承者达贝洛

内特尔布拉特关于法律行为三元素的上述说法虽然正确,惟精细不足,而且他接下来也完全没有任何阐释便跳到了其他论题。他的学生克里斯托夫·克利斯蒂安·达贝洛(Dabelow)(1768—1830)则在其《当代普通罗马德国私法手册》(*Handbuch des heutigen gemeinen Römisch-deutschen Privat-Rechts*)中进一步厘清了内特尔布拉特所谓的常素“常规而言都存在”、偶素“常规而言都不存在”究何所指:由于常素源自法律规定或所谓事物本性,因而可谓是“预设”或者说“默认”的意思,故行为人若无相反表示,便会存在,所以“常规而言都存在”,至于偶素则相反;而且他正确地指出了,如果针对常素进行改动,这种改动本身也当然属于偶素,因为行为人没说是这样的话,便不是这样:

一旦欠缺,便会令本应存在的法律行为不能存在的一切,构成其本质(Wesen)(要素[essentialia])。至于人们进一步在法律行为中,要么就法律规定(die Vorschrift der Gesetze)方面,要么就事物本性(die Natur der Sache)方面所找到的,则属于其常素(naturalibus)。这些都是做法律行为者的意欲(Willkühr),而且可以由他们改变,但只要并无明确改变,它们都会一直被假定维持相同。法律行为常素的改变,以及在法律行为上附加的特别东西,会导致法律行为偶素(Accidentalia)的出现。<sup>[98]</sup>

#### (4) 例示:马克尔代的集大成

同属德国法学家的费迪南·马克尔代(Ferdinand Mackeldey)(1784—1834),在其《当代罗马法教程》(*Lehrbuch des heutigen römischen Rechts*)中,把法律行为的要素、常素、偶素,统称为法律行为的“构成部分”(Bestandtheile)或译“元素”。其论述已更趋细致,甚至还考虑到了诉讼举证的问题:

一项法律行为的构成部分,可以分为以下三种:1)是对一项法律行为而言是本质性(wesentlich)的,一旦欠缺的话,行为便根本不存在(gar nicht existirt)的那种构成部分(所谓的要素[essentialia])。在这里,就算是透过合同也改变不了什么。2)是假设行为真的根据其本质要件(seinen wesentlichen Erfordernissen)而成立(zu Stande gekommen ist)的话,便会依法(von Rechtswegen)成为其自然后果(eine natürliche Folge)的那种构成部分(所谓的常素[naturalia])。因此,这是自身使然地(von selbst)当然如此(versteht sich)的,即使没有进一步的约定亦然,但它可以透过特别约定而被废弃和变更,不过这需由主张有此约定的人来证明。3)是行为的偶然性旁属订定(zufälligen Nebenbestimmungen)(所谓的偶素[accidentalia])。总括而言,这是指对一项行为而言不是自身使然地当然如此,而是必须被特别定出的一切,无论是透过合同还是遗嘱定出亦

[98] D. Christoph Christian Dabelow, *Handbuch des heutigen gemeinen Römisch-deutschen Privat-Rechts*, Erster Theil, Halle, Hemmerde und Schwetschke, 1803, § 117. 此段中文译文由本文作者自行翻译(斜体为原文所标示)。德文原文如下:“Alles das, ohne welches ein rechtliches Geschäft das nicht seyn kann, was es seyn soll, macht das Wesen desselben aus, (essentialia.) Dasjenige hingegen, was man ausserdem noch bey einem rechtlichen Geschäft entweder mit Hinsicht auf die Vorschrift der Gesetze oder die Natur der Sache antrifft, gehört zu den Naturalibus desselben. Diese sind der Willkühr der das rechtliche Geschäft abschliessenden Personen unterworfen, und können von ihnen abgeändert werden, wenn sie gleich so lange vermuthet werden, als die Abänderung nicht ersichtlich ist. Aus der Abänderung der Naturalia eines rechtlichen Geschäfts so wohl, als daraus, dass demselben etwas besonderes hinzu gefügt wird, entstehen die Accidentalia desselben.”

然。以合同对法律行为常素所做的改变，亦属此类。主张这种旁属订定的人，必须证明之，除非它被用来决定行为本身的完整性和有效性，这样的话其相对人必须证明旁属订定并无被达成或实现。<sup>[99]</sup>

随着元素理论在近代从买卖、租赁泛化到一切的法律行为，要素的概念从原本仅仅着眼于个别法律行为必须具备(否则便不是那种法律行为)的东西，转而同样关注一切法律行为都必须具备的东西，自是不足为奇。正是在这种背景下，马克尔代明确和正确区分了“一般性要素”与“个别性要素”：

一项法律行为的本质构成部分，要么是一般性(*allgemeine*)的，亦即其必须出现在一切法律行为中，要么是个别性(*besondere*)的，亦即一类行为便是借其区别于另一类行为。<sup>[100]</sup>

然后，马克尔代在论述“本质要件”(Wesentliche Erfordernisse)时随即指出，在这里只能论述一切法律行为的一般性要件。这些一般性要件分为三种：其一关于人(Person)，其二关于客体(Gegenstand 或称 Object)，其三关于意思决定与意思表示(Willensbestimmung und Willenserklärung)。这正是上文所说的“从物到客体”“从合意到意思表示”(意思决定只不过是意思表示的前期阶段)那种演化的体现。兹分述之：

首先，是关于人的一般性要素：每项法律行为要有效(Gültigkeit)的话，本质上(wesentlich)都要求一个可对其法律关系做出某种变动的人(eine Person, welche etwas an ihren Rechtsverhältnissen ändern kann)。因此：1) 一般而言，都要求他有其理性使用(Vernunftgebrauch)和意思自由(Willensfreiheit)；因此儿童、并非处于清醒期的疯人以及精神错乱者，还有高度醉酒者和愤怒者，都不能实施法律行为。2) 在国家里被认可为完全和独立的人(vollkommene und selbstständige Person)，因此仍处于亲权或监护或保佐下的人，其法律行为的实施，在许多方面都受到限制。<sup>[101]</sup>

---

[99] Ferdinand Mackeldey, Lehrbuch des heutigen römischen Rechts, Erster Band, G. F. Heyer, 1833, § 160. 此段中文译文由本文作者自行翻译(斜体为原文所标示)。德文原文如下：“In Rücksicht der Bestandtheile eines rechtlichen Geschäfts ist dreierlei von einander zu unterscheiden, nemlich: 1) dasjenige, was bei einem rechtlichen Geschäftes wesentlich ist, und ohne welches daher das Geschäft gar nicht existirt (s. g. *essentialia*). Hieran kann also auch durch Vertrag nichts geändert werden. 2) Dasjenige, was unter der Voraussetzung, dasz das Geschäft nach seinen wesentlichen Erfordernissen wirklich zu Stande gekommen ist, schon von Rechtswegen eine natürliche Folge desselben ist (s. g. *naturalia*). Dieses versteht sich daher auch ohne weitere Verabredung von selbst, es kann indes durch besondere Verabredung aufgehoben und verändert werden, was alsdann von demjenigen, der sich auf eine solche Verabredung beruft, zu beweisen ist. 3) Die zufälligen Nebenbestimmungen des rechtlichen Geschäftes (s. g. *accidentalialia*). Darunter wird im Allgewein Alles verstanden, was sich bei einem rechtlichen Geschäftes seiner Natur nach nicht von selbst versteht, sondern immer besonders festgesetzt seyn musz, sey es durch Vertrag oder Testament. Auch die vertragsmäszigen Abänderungen der Naturalien eines rechtlichen Geschäftes gehören dahin. Wer sich auf solche Nebenbestimmungen beruft, musz dieselben beweisen, ausgenommen, wenn die Perfection und Gültigkeit des Geschäftes selbst davon abhängig gemacht worden ist, wo sein Gegner beweisen musz, dasz die Nebenbestimmung nicht getroffen oder in Erfüllung gegangen sey.”

[100] Ibid., § 160(b). 此段中文译文，由本文作者自行翻译(斜体为原文所标示)。德文原文如下：“Die wesentlichen Bestandtheile eines rechtlichen Geschäftes sind wiederum entweder allgemeine, welche bei allen Rechtsgeschäften vorhanden seyn müssen, oder besondere, wodurch ein Geschäft der einen Art sich von einem Geschäft anderer Art unterscheidet.”

[101] Ibid., § 161.

其次,是关于客体的一般性要素:法律行为1)不得以根本不存在的物为客体,但可以将存在或可能存在的物为客体;而且,它不能是不融通(*extra commercium*)的,也不能是物理上或伦理上不能(*physisch oder moralisch unmöglich*,所谓“伦理上不能”即指违反善良风俗,*contra bonos mores*)的举动(*Handlungen*);2)其客体不得太笼统不确定(*zu allgemein und unbestimmt*),而且不能只取决于债务人是否愿意给某东西或做某东西;3)行为(*Geschäft*)一定不能违反任何法律禁令或干涉第三人的权利;4)最后,根本不为其做出所针对的人带来好处的许诺同样并非有效。<sup>[102]</sup>

再次,是关于意思决定与意思表示的一般性要素:对任何法律行为而言,行为人的意思决定和意思表示都是必需的。意思表示本身1)要么是明示的,亦即以口头或书面来表示,也就是用言词来表示,或用标志代替言词来表示;2)要么是默示的,亦即某人所做的举动(*Handlungen*)只能被合理地解释为他想同意行为;3)如果某人没有在一开始便对行为给出同意,而只是事后给出同意,则称为追认(*ratihabito*),而且这通常跟事先同意有着相同效力。<sup>[103]</sup>然而,某人表示出其意思是不够的。其意思决定必须是自由地和认真地被意欲的(*frei und ernstlich gemeint*)。下列者尤其被认为是自由和认真的意思决定的障碍(*Als Hindernisse der freien und ernstlichen Willensbestimmung*):错误、欺诈、强制和虚伪。<sup>[104]</sup>

然后,马克尔代又简述了法律行为的本性(*Natur der Rechtsgeschäfte*)或称常素,但只是换句话重复前引段落<sup>[105]</sup>的说法而已:这些法律行为的自然属性(*Diese natürlichen Eigenschaften*),是法律行为的要素或本质达致完备(*wesentliche Vollkommenheit*)时自动出现的后果和效力(*Folge und Wirkung*),无须特别约定。<sup>[106]</sup>但值得注意的是,马克尔代说它们是“依法”(von *Rechtswegen*)或者说“被法律决定的”(sind durch die *Gesetze bestimmt*),而不像其前人如达贝洛那样<sup>[107]</sup>将其归因于行为人的意思或称意欲(*Willkühr*),因而避开了极端意思主义无法回答的一个问题:若行为人根本连想都没有想过,为何这些法律效力仍会发生?

最后,他又把法律行为偶素(旁属订定)分为两大类:其一关于法律行为的模态(*Modalität*),包括条件、期限、负担(*modus*)、原因(*causa*)、附约(*pacta adiecta*);其二关于法律行为的加强(*Bestärkung*),包括宣誓(*Eid*)、约定惩罚或者说违约金(*Conventionalstrafe*)、定金(*Arrha*)<sup>[108]</sup>。

## (二) 两次法典化时期法德两国学说继受概述

### 1. 总说

下文将介绍两次法典化时期法德两国数位学者对元素理论的阐述。这样做有几个原因:首先宏观而言,众所周知,法国与德国从18世纪以来一直是较重要的法学教义输出国,故两国所采纳和发展的学说具有典范意义。其次具体而言,本文所选取的法德两国学者皆是在元素理论的阐述上被学界认为<sup>[109]</sup>较权威和经典者。再次,之所以选取法德两次法典化时期的学者们,主要是为了

<sup>[102]</sup> Ibid., § 162.

<sup>[103]</sup> Ibid., § 163.

<sup>[104]</sup> Ibid., § 164, § 165 (*Irrthum und Unwissenheit*; 错误与不知), § 166 (*Bestrug und Hinterlist*; 欺诈与瞒骗), § 167 (*Zwang und Furcht*; 强制与恐惧), § 168 (*Simulation*; 虚伪).

<sup>[105]</sup> Ferdinand Mackeldey, Ibid., § 160.

<sup>[106]</sup> Ferdinand Mackeldey, Ibid., § 169.

<sup>[107]</sup> D. Christoph Christian Dabelow, *supra* note [98], § 117.

<sup>[108]</sup> Ferdinand Mackeldey, *supra* note [99], § § 170 - 178.

<sup>[109]</sup> Helmut Coing, *supra* note [11], p. 74, n. 47; Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, Almedina, 1995, pp. 71 - 72; 见前注[15], 弗卢梅书, 第93页, 注2。

下文关于葡萄牙法与澳门法继受的论述作背景铺垫,因为葡萄牙法学界正是分别在这两个时期主要受到法国法与德国法的重大影响[葡萄牙史上仅有的两部民法典(1867年民法典和1966年民法典)正是分别在葡萄牙法学界向法国法和德国法取经的背景之下被催生的],<sup>〔110〕</sup>而且葡萄牙法又是澳门法所被动继受的对象。最后,各家学者虽然都遵循着大致相同的方向,但在具体论述中却有差异,故本文认为有必要具体引述其理论。应当指出,由于德国法在20世纪初葡萄牙法转型以降一直是后者的主要参考对象,而且有别于葡萄牙法,法国法并无继受德国法的法律行为(Rechtsgeschäft)理论,故下文将侧重于展示德国学者的论述。

此外,关于术语方面,前文之所以将 essentialia、naturalia、accidentalia 译为“本质”“本性”“偶性”,主要是为了清晰揭示元素理论的亚里士多德哲学渊源,但随着所检视时代的推移,场景已转而进入近现代法,故考虑到当代汉语学界以至外国学界的用语习惯(例如,在现代葡萄牙法中,拉丁文 essentialia、naturalia、accidentalia 已被葡萄牙语化为 elementos essenciais、elementos naturais、elementos accidentais,而 elemento 则意谓“元素”),下文如非必要,将不再称 essentialia、naturalia、accidentalia 为“本质”“本性”“偶性”,而改称为学界较常用的“要素”“常素”“偶素”。在当今汉语学界,有学者则将拉丁文 essentialia、naturalia、accidentalia 分别译为“生效要件”“法定规则”“附加约定”,<sup>〔111〕</sup>但本文认为这一意译颇有过度创作之嫌,值得商榷,尤其“生效要件”这一译语更是偏离了 essentialia 的含义。

## 2. 法国法的继受

在18世纪末法国法典化预备阶段,“法国民法典之父”坡蒂埃(R. J. Pothier)(1699—1772)关于元素理论的论述当属经典,而且相当精辟。有别于德国法,法国法的元素理论一直只是作为“合同元素理论”而出现在债法(而非民法总论)领域。如前所述,在法国人文主义学派的影响下,元素理论扩展到了一切种类的合同,实际上,后来的坡蒂埃除了在阐述具体的买卖合同的时候论及有关合同的“实质”(substance)<sup>〔112〕</sup>之外,便在其著名的《债法研究》(*Traité des Obligations*)中一般性地介绍了合同元素理论。<sup>〔113〕</sup>

坡蒂埃首先批评了16世纪法国人文主义学派雅各斯·库雅修斯(Jacobus Cujacius;法语为 Jacques Cujas,一般译为“屈雅斯”)(1522—1590)一反共同法传统而只采纳合同常素与合同偶素二分法的做法。更准确而言,库雅修斯乃是完全用回了帕比尼安在 D. 18, 1, 72 pr.处所用的一对术语“实质”(substantia)与“附属”(adminicula),并认为买卖的实质“表现为物、价金与合意。这三者以外的所附加的东西,都是合同的附属”<sup>〔114〕</sup>。相反,坡蒂埃则认为,由17世纪法学家们所采用的三分法是远远更为精确的。他们区分了一项合同中三种不同的东西:其一是那些属于合同要素(l'essence du contrat)的东西;其二是那些属于合同常素(la nature du contrat)的东西;其三是那些

〔110〕 关于20世纪初葡萄牙法的“德国法化”,详见 António Menezes Cordeiro, *Teoria Geral do Direito Civil — Relatório*, AAFDL, 1987, pp.239 et seq.。

〔111〕 此乃迟颖教授所采用的译法。参见前注〔15〕,弗卢梅书,第93页。

〔112〕 Robert-Joseph Pothier, *Treatise on the Contract of Sale*, translated by L. S. Cushing, The Lawbook Exchange, 2002, p.3.

〔113〕 Robert-Joseph Pothier, *Traité des Obligations*, in *Oeuvres de Pothier*, Tome Deuxième, Paris, 1848, pp.6-8.以下引文皆由本文作者自行翻译自法文原文。

〔114〕 此段译文为本文作者自行翻译,文本出处及拉丁文原文如下: Cujacius, *In Libros Quaestionum Papiniani*, ad lib. X, ad D. 18, 1, 72 pr.: “consistit ex re, pretio et consensus. Extra haec tria, quae accedunt, adminicula sunt contractus”; *apud* Roberto Fiori, *supra* note [6], p.198, n. 103.



纯粹属于合同偶素(*purement accidentelles au contrat*)的东西。<sup>[115]</sup>

关于要素方面,依坡蒂埃之见,一旦欠缺了那些属于合同常素的东西,合同即不能继续存在。若欠缺诸项合同常素中的其中一项,“则要么没有任何合同,要么那是另一种合同”,后者换一种说法亦即“只会改变合同的种类(*l'espèce du contrat*)”<sup>[116]</sup>。

关于常素方面,坡蒂埃认为,那些仅仅属于合同常素的东西,虽不属于合同的要素,但仍是合同的部分(*partie du contrat*)。“尽管合同当事人们没有对它们予以指明,但由于它们属于合同的常素,因而这些东西将会被隐含其中(*soient renfermées et sous-entendues*)。”它们有别于作为合同常素的东西,因为合同即便没有它们也能继续存在;它们亦有别于作为合同偶素的东西,因为它们即便没有被明示约定也好,也会成为合同的部分。<sup>[117]</sup>

关于偶素方面,坡蒂埃则说道,那些作为合同偶素的东西,有别于合同的常素,乃是“被包含在任何附加于合同的个别条款之内”。<sup>[118]/ [119]</sup>

### 3. 德国法的继受

在19世纪末、20世纪初德国民法典颁行前后,该国一些具影响力的学者例如海恩里赫·戴恩伯(Heinrich Dernburg)(1829—1907)、路德维希·恩内策鲁斯(Ludwig Enneccerus)(1843—1928)与汉斯·卡尔·尼佩代(Hans Carl Nipperdey)(1895—1968)、安德奈亚斯·冯·图尔(Andreas von Tuhr)(1864—1925)、海恩里赫·列曼(Heinrich Lehmann)(1876—1963),皆论及元素理论。

戴恩伯认为,行为要素(*essentialia negotii*)是指法律行为的那些作为其特征的本质构成部分,例如买受人和出卖人关于物和价金的协议。当事人必须就一切要素达成协议,否则法律行为即不存在。常素(*naturalia*)是指一项法律行为通常会有但并非本质性,因而可由当事人所排除的那些属性或效果,例如出卖人因物的隐藏瑕疵而对买受人承担的责任。至于偶素(*accidentalia*),则是指那些对法律行为而言并非本质性的,也不是源自其本性,但在每一具体个案中被添加于法律行为的条款,例如约定可因欠缺支付价金而解除合同的条款。<sup>[120]</sup>

根据恩内策鲁斯与尼佩代所言,行为要素是指构成行为或使行为成为特定种类的行为的那些东西。因此,一旦欠缺要素,则要么不存在任何行为,要么使有关行为变成另一个种类的行为。例如在买卖中,买卖双方关于价金与贷物协议的表示。至于常素方面,他指出,在确定行为要素后,若无相反协定,则法律体系便会由此推衍出一些没有被当事人们所意欲的后果。不过,将之称为法律行为的常素,并不十分准确,因为那不是行为的元素,而是行为的效果。最后,当事人们可就一些不关涉要素的事宜进行约定,并将常素排除。譬如在买卖中,关于给付地、瑕疵担保的约定,

[115] Robert-Joseph Pothier, *supra* note [113], at 6.

[116] Robert-Joseph Pothier, *supra* note [113], at 6.

[117] Robert-Joseph Pothier, *supra* note [113], at 7.

[118] Robert-Joseph Pothier, *supra* note [113], at 8.

[119] 值得注意的是,坡蒂埃甚至将要素、常素、偶素三者和所谓的权能(*faculté*)概念互相挂钩,进而认为源自要素与常素的权能不受时效约束,而源自偶素者则不然。学界似乎较少论及这一问题。然而,由于现今各国(即使是法国)法学界对权能(*faculté*)概念的继受极为有限,甚至对权能(*faculté*)与时效之间关系这一课题的讨论亦已告式微,是故本文略之。参见 Robert-Joseph Pothier, *Traité du Contrat de Vente*, in *Oeuvres de R. J. Pothier: Contenant les Traités du Droit Français*, Volume 1, J.P. Jonker, 1829, p.379.

[120] Dernburg, *Pandette*, trad. italiana da 6a ed. Por Cicala, Vol. 1, Parte 1a, Ftatelli Bocca Editori, Torino, 1906, p.276; *apud* Pedro Pais de Vasconcelos, *supra* note [109], at 71.

即为偶素的适例。<sup>[120]</sup>

依冯·图尔之见,要素是指:为使合同<sup>[122]</sup>存在,当事人们至少必须达成协议的东西。例如在买卖中,这些元素是物和价金;在租赁中则是物的享益的临时让与,以及租金。这些要素界定了合同的种类。常素是指:当事人们习惯上会约定的东西,它们关乎那些不构成行为实质内容,然而即使无协议亦会由法律补充选定而产生的法律效果。例如,使债权人能保留请求迟延利息或在合同不履行的情况下请求赔偿的权利的协定。这些合同条款无须被约定,因为其效果乃是基于法律规定而自发产生的。至于偶素则是指:当事人们为使合同产生法律补充性规范以外的法律效果而订立的那些协定。例如,加重或减轻债务人责任的协定、向任一缔约人赋予不继续维持合同的权利的协定,而更常见的是,使合同受期限或条件约束的协定。<sup>[123]</sup>

列曼指出,法律行为元素是指事实前提的构成部分,包括意思表示及其他有效性要件(例如要物合同中财产的移转)。在意思表示中,则可区分为行为要素、行为常素与行为偶素三者。要素,是指使一项行为成为特定行为的那些当事人约定。这些约定创设了使行为归入一个特定法定模型所需的最低限度的法律效果。例如在买卖中,是就货品与价金所达成的协议。行为常素,是指那些所谓的自然规定,亦即法律后果的补充性规定,它们通常符应于所规管行为的特点,并关涉任意法规范。因此正确言之,它们并非意思表示的元素,而是法律后果的元素。例如,在买卖方面关于瑕疵责任的规定即属常素。至于偶素,亦即那些意定规定,是指当事人们对由要素所决定的那些行为通常后果所作的意定偏离。<sup>[124]</sup>

### (三) 葡萄牙法与澳门法的继受

在19世纪中叶,要素(elementos essenciais)、常素(elementos naturais)、偶素(elementos accidentais)这一传统三分法已见于葡萄牙法学界。然而,当时也有法学家并不采纳该三分法,但他们仍经常谈及常素(本性)。本文认为,这种现象不难理解,因为如前所述,拜占庭的“合同本性理论”在中世纪元素三分法学说形成之前,早已有自身的独立发展,因而并不一定需要依附于元素三分法。

例如,戈雷亚·德勒斯(Corrêa Telles)(1780—1849)便仅仅提及了常素。他认为,如果一些属于习惯(costume)的条款对合同的有效性而言并不是必需的,或者当它们来自合同的本性(natureza)时,则这些条款即被视为已经“隐含地”被协定了(subentendem-se estipuladas)。<sup>[125]</sup> 迪亚斯·菲雷拉(Dias Ferreira)(1837—1909)在注释葡萄牙1867年民法典(“塞亚布拉法典”)时,亦仅仅区分了本性元素(elementos naturais,或译为自然元素,亦即常素)与约定元素(elementos convencionais):前者乃是基于事物本性(natureza da coisa)而固有于行为者;后者则是可由缔约人们按意愿附加于合同者,例如支付期限。<sup>[126]</sup> 古伊列尔梅·莫雷拉(Guilherme Moreira)(1861—

<sup>[120]</sup> Ludwig Enneccerus y Hans Carl Nipperdey, *Derecho Civil*, Tomo I (Parte General), Vol. II, Parte II, trad. por Blas Pérez González y José Alguer, Bosch, Casa Editorial, S. A., 1981, pp.600 - 601.

<sup>[122]</sup> 冯·图尔是在债法总论教科书中论及元素理论的,然而该理论亦一般性地适用于法律行为,当属无疑。

<sup>[123]</sup> Von Tuhr, *Tratado de las Obligaciones*, trad. Castelhana, Reus, Madrid, 1934, p.112; *apud* Pedro Pais de Vasconcelos, *supra* note [109], at 71.

<sup>[124]</sup> H. Lehmann, *Tratado de Derecho Civil*, Vol. I, Parte General, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p.241 - 242.

<sup>[125]</sup> Corrêa Telles, *Digesto Portuguez*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1845, pp.64 - 65; *apud* Pedro Pais de Vasconcelos, *supra* note [109], at 73.

<sup>[126]</sup> Dias Ferreira, *Código Civil Portuguez Anotado*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1895, p.19; *apud* Pedro Pais de Vasconcelos, *supra* note [109], at 73.

1922)也区分了特有元素(elementos específicos;种别元素)与本性元素(elementos naturais;自然元素、常素):作为特有元素的那些效果乃是作为相关的债的特征,不得以当事人的意思予以变更;反之,作为本性元素的那些效果则可由当事人按意愿予以规定,仅于当事人无表示时方适用法定规范。<sup>[127]</sup>

19世纪中叶的戈埃留·达·罗查(Coelho da Rocha)(1793—1850)则采纳了三分法,将法律上的行为(acto jurídico)的元素分为要素、常素、偶素。要素,是指一旦欠缺即使合同无效,或变质成另一个种别(espécie)的元素。要素分为“一般要素”与“个别要素”两种:前者是一切行为所必需的,例如能力(包括自然能力和法律能力)与同意;后者则使不同种别的行为能互相区分开来,例如遗嘱中的要式、买卖合同中的价金。常素,是指法律向一项合法行为赋予的一切效果;它们即使没有被表示出来,亦会被视为“隐含地”存在。例如,无偿性属于消费借贷的常素,追夺则是买卖合同的常素。有别于要素,常素可被当事人变更,而且在此情况下行为仍然有效。至于偶素,则是指行为的那些附属条款(cláusulas acessórias);虽然它们并非推导自行为的本性,但当事人可按意愿予以确立。有些偶素关乎债务履行所应遵的态样(modalidade)或者说方式,这些偶素有条件、期限、负担、原因等;<sup>[128]</sup>有些偶素则关乎债的确认(confirmação)。

20世纪初叶的若泽·达瓦雷斯(José Tavares)(1873—1938)也采用了三分法。他认为,要素有两种:其一,是指一切合同的一般和共通要件,例如能力与合意;其二,是指每种合同各自的特有客观元素,例如在买卖合同中的物和价金。欠缺任一项要素,都会妨碍法律上的行为(acto jurídico)的创设,并导致其不存在,或者说绝对无效,或至少是可废除或可撤销,或者说相对无效。常素,则符合于每一种类法律行为的本性(natureza),亦即合乎其特质,故此为法律所确定,所以即使当事人无约定,亦会“隐含地”存在。在买卖中,使出卖人所负的追夺担保责任,即其适例。然而,由于当事人可排除或变更这一担保,因此它并非要素。偶素,则是一切由当事人意思所设定者,但前提是要素允许这样做。偶素旨在将一些变更或态样(modalidade)引入法律关系之中。偶素是多不胜数的,当中最重要者为条件、负担及期限。<sup>[129]</sup>

库尼雅·冈沙尔维斯(Cunha Gonçalves)(1875—1956)虽然采用了要素、常素、偶素三分法,但同时也对传统元素理论进行了改造。首先,他将合同的元素区分为“内部或内在”元素(elementos internos ou intrínsecos)与“外部或外在”元素(elementos externos ou extrínsecos)。后者是指合同的外在形式或文书,而前者则包括“作为心理和经济现象的一切合同形成元素”,并分为要素、常素、偶素三种。要素,是指那些一旦欠缺即导致合同在法律上不存在者。它们是合意和可能的客体。要素又可分为“特有”(específicos)要素和“使能”(habilitantes)要素:前者是指为将一项有名合同分门别类所不可或缺的那些元素,一旦欠缺即导致该合同不存在,或导致其有可能转换成他种合同;后者是一旦欠缺即导致合同可撤销的元素。常素,则是那些不取决于缔约者们的约定,并构成合同一部分的元素。特有要素一旦存在,常素便必然存在。常素是一切候补性质的法律规定,这些法律规定相当于合同的默示条款(cláusulas tácitas)。至于偶素,则仅于当事人订定法律不禁止或允许的明示条款时方会存在。<sup>[130]</sup>

<sup>[127]</sup> Guilherme Moreira, *Instituições de Direito Civil Português*, Vol. II, Coimbra, 1925, p.565.

<sup>[128]</sup> Coelho da Rocha, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, Tomo I, Coimbra, 1852, pp.65 - 71.

<sup>[129]</sup> José Tavares, *Os Princípios Fundamentais de Direito Civil*, Vol. I, Coimbra, 1922, pp.462 - 463 e 488 - 489.

<sup>[130]</sup> Luíz da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Vol. IV, Coimbra, 1929, pp.307 - 309.

在葡萄牙法学界,对法律行为元素理论传统三分法阐述得最清晰翔实者,当属在 20 世纪上半叶最具影响力的曼努埃尔·德·安德拉德(Manuel de Andrade)(1899—1958)。

依安德拉德之见,“要素”一词经常在不同意义上被使用。有三种东西都被学界冠以法律行为要素之名:第一种要素是“一般性法律行为要素”。它是指法律行为之得以有效所必需的那些一般性条件或要件,亦即当事人的能力、意思表示、(物理上及法律上)可能的客体三者。第二种要素是“各个个别法定类型法律行为的要素”。它是指构成每一法定种类的法律行为(例如买卖、租赁、委任、遗嘱)的特征、使之与别不同的那些法律行为条款或订定。它们使相关法律行为得以区别于其余的,尤其是相邻种别的法律行为。例如,对买卖而言,支付价金的约定即为此种要素(葡萄牙 1867 年民法典第 1544 条)。第三种要素,则是以当事人意思的角度予以识别的。若某些条款对当事人双方或一方做出法律行为的决意而言具有重要性,亦即假设没有这些条款,当事人便不会做出法律行为的话,则此等条款即属于这一意义上的要素。其重要性见于法律行为缩减理论。安德拉德认为,仅当我们谈论的是上述第二种意义上的要素时,要素、常素、偶素这种三分所采取的标准才是统一的。该标准就在于法律行为的效力层面。

法律行为常素,是指无须订定亦会产生、但得以相反条款排除的那些效果。由于这些效果是基于候补性法律规定(例如买卖方面,葡萄牙 1867 年民法典第 1468 条及第 1470 条;赠与方面,第 1574 条及第 1583 条第 1 附段)而产生的,所以,任何定出此等效果的条款,均属冗赘。它们纯粹是任意法(*ius dispositivum*)而非强行法(*ius cogens*)。这涉及当事人私法自治的空间,故尤其在债法上有所体现,但物权法律行为、亲属及继承法律行为则不然。

至于法律行为偶素方面,他指出,有一些法律行为条款,虽然对法律行为抽象种类(例如买卖、赠与)的特征化或称个性化而言可有可无,但却并非只是纯粹把候补性法律规定的內容再重申一次。相反,这些条款对于它们所旨在追求的法律效果的产生而言,是必不可少的。这些法律行为条款,便是法律行为偶素。偶素又名法律行为附款(*cláusulas acessórias dos negócios jurídicos*)。即使欠缺此等附款,亦不导致法律行为无法被识别。然而,仅当它们存在时,相应的法律效果方可产生,此乃因法律行为自由原则使然。例如,有别于候补性规范的关于债之履行地及履行期(在可适用的范围内已有规定)的订定、不同于法定利息的利息订定,便是偶素。这些条款是多不胜数的,但当中有三种最为典型,亦即条件、期间和负担。它们可以被加进大部分的法律行为内(负担则是反例之一,它仅适用于无偿法律行为,尤其是赠与及遗嘱)。<sup>[13D]</sup>

安德拉德在葡萄牙科英布拉大学民法总论教席的继承者卡路士·莫达·宾度(Carlos Mota Pinto[学界一译平托])(1936—1985)一向对前者论述亦步亦趋,而在论述法律行为元素理论时亦不例外,而只是作了一些补充,<sup>[132]</sup>例如他认为,除了能力之外,正当性亦为一般性法律行为要素(亦即上述第一种意义上的要素)。由于两者见解基本上并无分别,兹不赘述。

安德拉德(以及后来的宾度)对法律行为元素理论的处理,尚有一个引人注目之处:在上述学者的著述中,法律行为元素理论甚至具有架构编排上的体系功能:宾度于其《民法总论》(*Teoria Geral do Direito Civil*)一书里,沿用了安德拉德的《法律关系总论》(*Teoria Geral da Relação Jurídica*)的论述框架,在关于法律行为的一编中,将“概念、元素与分类”作为第一分编;而“法律行为之要素”则是第二分编,下面包括“能力与正当性”“法律行为意思表示”“法律行为客体”三章;至于“法律行为之偶素(一般典型附属条款)”则被列为第三分编,下面包括“条件”“期限”“负担”“违

[13D] 参见前注[1],安德拉德书,编码 63;Manuel de Andrade, *supra* note [1], n° 63.

[132] Carlos Mota Pinto, *supra* note [1], n° 100.

约金条款”等各章；以上三个分编连同关于法律行为效力的第四分编，完整地构成了关于法律行为为一编的全部内容。换言之，法律行为理论的绝大部分内容，皆可归结为法律行为元素理论的展开。其所处的体系内层阶高度及论题涵盖范围，足以反映其角色的分量。

此外，在司法实践方面，至今，大量葡萄牙法院判决一直运用这一理论为法律行为进行定性(qualificação)，并明确(姑且勿论是否正确)提及诸种具体法律行为的要素(上述第二种意义上的要素)。笔者查找过的包括：买卖合同的要素(例如1998年5月6日葡萄牙最高法院[Supremo Tribunal de Justiça]合议庭裁判)、租赁合同的要素(例如1994年11月30日葡萄牙最高法院合议庭裁判)、劳动合同的要素(例如2014年5月7日葡萄牙最高法院合议庭裁判)、无代理之委任合同的要素(例如2011年3月2日葡萄牙最高法院合议庭裁判)、代办商合同的要素(例如2012年2月14日葡萄牙最高法院合议庭裁判)、合伙合同的要素(例如2007年5月31日葡萄牙最高法院合议庭裁判)、消费借贷合同的要素(例如2006年6月27日葡萄牙最高法院合议庭裁判)、融资租赁合同的要素(例如1998年10月8日葡萄牙最高法院合议庭裁判)等。

葡萄牙法的法律行为元素传统三分法，也随着法律继受而传入澳门法(在以往尤其是20世纪90年代法律本地化之前，澳门法与葡萄牙法基本无异)。此继受在一定程度上乃归功于法律翻译。例如，宾度的《民法总论》在上世纪便被翻译成中文，<sup>[133]</sup>并被澳门大学法学院采纳为教科书，在澳门民法教学方面影响力不小。然而，本文认为应当一提的是，上述译本在一些重要术语翻译的处理上<sup>[134]</sup>甚值诟病。这是由于在翻译时并无确切把握相关理论的内涵所致。详言之，本文所称的“法律行为元素”，其“元素”一词对应葡萄牙文 *elemento* (亦即英文的 *element*)。这一外语词汇经常被译为“要素”，而上述译本亦将 *elemento* 译成“要素”。然而，本文则认为将 *elemento* 译为“元素”远为妥当，而绝不应译之为“要素”。个中道理不难理解：“要素”会使人认为是指“必要成分”，但葡萄牙法学界(包括宾度)在各个领域中使用 *elemento* 一词时，往往只是指“成分”，而无“必要成分”之意。相关的元素(*elemento*)是否必要，应整体考虑作者的论述，不能一概而论。在某些论题上，相关的元素(*elemento*)的确是必要的，例如法律关系的元素(*elementos da relação jurídica*)<sup>[135]</sup>、法人的构成元素(*elementos constitutivos das pessoas colectivas*)<sup>[136]</sup>即为适例。<sup>[137]</sup>但在其他一些领域却不然，例如法律行为的元素(*elementos do negócio jurídico*)便正是如此。在 *elementos essenciais*、*elementos naturais*、*elementos accidentais* 这三种元素(*elementos*)之中，只有一种是“要素”( *elementos essenciais* )亦即必要元素而已。其余二者则绝不是必须具备的，相反，当事人可按意愿在行为中排除或附加。因此，若将 *elemento* 译为“要素”，便会造成极大混乱，因为一来会把 *elementos* 和 *elementos essenciais* 的上下位概念混为一谈，二来容易使人误以为 *elementos naturais* 和 *elementos accidentais* 是必须具备的。兹事体大，不可不察。

<sup>[133]</sup> 参见[葡]卡路士·莫达·宾度：《民法总论》，澳门翻译公司、林炳辉、刘因之、欧阳琦、冯瑞国等译，澳门大学法学院、澳门法律翻译办公室1999年版。

<sup>[134]</sup> 同上注，编码96。

<sup>[135]</sup> 参见[葡]曼努埃尔·德·安德拉德：《法律关系总论》(第一卷)，吴奇琦译，法律出版社2015年版，编码4；Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. I, Coimbra, 1997, n° 4; Carlos Mota Pinto, *supra* note [132], n° 42.

<sup>[136]</sup> 见前注[135]，安德拉德书，编码12；Manuel de Andrade, *supra* note [135], n° 12; Carlos Mota Pinto, *supra* note [132], n° 68.

<sup>[137]</sup> 上引译本亦将 *elementos da relação jurídica* 和 *elementos constitutivos das pessoas colectivas* 分别译为“法律关系的要素”和“法人的组成要素”。但本文认为，译之为“元素”为宜。

## 五、总 结

虽然本文的一切发现、观点与评论都已在上文各部分述及,但为方便检视,不妨于此总结本文的些微见解:

第一,本文专题论述了法律行为三元素理论的学说史,以期弥补学界空白。

第二,本文较详尽地展示了该理论从古罗马、中世纪直至近现代的演进,包括该理论所受的亚里士多德哲学的影响,以及要素的内涵在近代被泛化的背景,这对理解其当今面貌而言有相当的说明力。

第三,一些学者对 *essentialia*、*naturalia*、*accidentalia* 的译法是值得商榷的(或将前两者混为一谈,或过度创作),不利于学说渊源的追溯。若不以要素、常素、偶素译之,可译为本质、本性、偶性,以便与该理论的哲学起源接轨。

第四,有澳门民法教材(宾度《民法总论》译本)将 *elemento*(元素)误译为“要素”,导致了上下位范畴错乱。

然而,关于法律行为三元素理论的教义学应用,尚有许多方面值得探讨。碍于篇幅所限,关于20世纪学界对法律行为三元素理论的修正,笔者将另行撰文,结合该理论的方法论缺失,一并专文论述。

---

**Abstract** This paper aims to examine the origin and development of the trichotomy of *essentialia*, *naturalia* and *accidentalia negotii* in detail from Roman law (Papinianus and Ulpianus), medieval law (Irnerius, Iacobus, Martinus, Rogerius, Placentinus, Azo and Accursius from the School of Glossators, and Baldus from the School of Commentators) to modern law (Gothofredus and Pothier from France, Nettelbladt, Dabelow, Mackeldey, Dernburg, Enneccerus/Nipperdey, von Tuhr, Lehmann from Germany, and Corrêa Telles, Coelho da Rocha, José Tavares, Cunha Gonçalves, Manuel de Andrade, Carlos Mota Pinto from Portugal *etc.*), including the influences of Aristotelian philosophy of substance (*substantia*) and essence (*essentia*) on the trichotomy and the generalization of the meaning of *essentialia* in early modern period (the distinction between general [*allgemeine*] *essentialia* and special [*besondere*] *essentialia*).

**Keywords** Elements (Bestandteile) of *Rechtsgeschäft*, *essentialia negotii*, *naturalia negotii*, *accidentalia negotii*, Essence (*essentia*) and substance (*substantia*) in Aristotle's Philosophy

---

(责任编辑:肖俊)