

外国法制史研究

(第17卷·2014年)

罗马法与现代世界

何勤华 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

上海市人文社科研究基地华东政法大学外国法与比较法研究院建设
国家重点学科华东政法大学法律史学科建设项目（学科

外国法制史研究

（第17卷·2014年）

罗马法与现代世界

何勤华 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

外国法制史研究. 第17卷:2014年. 罗马法与现代世界 / 何勤华主编. —北京:法律出版社,2015.9

ISBN 978-7-5118-8498-5

I. ①外… II. ①何… III. ①法制史—国外—文集②罗马法—文集 IV. ①D909.9-53②D904.1-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第231570号

外国法制史研究
(第17卷)

罗马法与现代世界

何勤华 主编

责任编辑 李峰沅
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 18.75 字数 479 千

版本 2015年10月第1版

印次 2015年10月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-8498-5

定价:65.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

何勤华

30年前,1984年的初春,我们——改革开放以后的第一代外法史研究生、青年教师,跟随着我们的导师、外国法制史学科的一批开拓者,来到美丽的厦门,参加了全国外国法制史研究会的第2届年会。

30年后的今天,2014年9月20日,一百多位外法史的中青年老师、博士生、硕士生,跟随着我们——第2届年会的参加者、平均年龄55岁以上的中老年学者,再次来到更加繁华的厦门,以罗马法为主题,举行热烈紧张、痛快酣畅的外法史第27届年会。

鉴于第27届年会的以上特殊性,本序对这次年会讨论的主题,即“罗马法与现代世界”的理解与阐释,以及各位代表所提交的论文,大家在会上的发言交流,观点的碰撞,思想的闪光,不再多叙。对帮助、支持本届年会召开的所有朋友的感谢等,也不再单独列举,全部放在“后记”中予以表达。本序只想表表走过了30年历程的我们这一代外法史人的一点心声,以纪念带领我们进入外法史学术大门的各位导师。他们是陈盛清(会长),以及李光灿、周枏、卢干东、林榕年、徐轶民、林向荣、张学仁、由嵘、李昌道……

那么,我们又是哪些人呢?除笔者以外,我们是高鸿钧、贺卫方、梁治平(这次未能与会)、叶秋华、曾尔恕、方立新、张锐智、滕毅、汤唯(这次未能与会)……

学术需要坚守。30年来,虽然我们的成就不大,而且到现在也已经两鬓花白,估计不会再有什么大的作为,但我们感到安慰的是,

我们在外法史领域里坚持了30年,我们没有离开过,不管是顺境,还是逆境。

学术需要传承。30年来,虽然我们不敢说桃李满天下,但我们都在默默无闻地、勤勤恳恳地上课、指导学生,我们不仅有了自己的学生,而且有了自己学生的学生,当听到他(她)们叫我“师爷”时,我是既酸楚,又高兴。酸楚的是自己确实老了,高兴的是薪火相传,外法史有了学术传人。

学术需要宽容。外法史学科越来越壮大,每年参加年会的老师越来越多,得益于我们学科,我们研究会自创立以来的传统:宽容。参加我们外法史年会的,不仅有我们兄弟学科的中国法制史、中国和西方法律思想史的老师,也有搞法理学、宪法、行政法、民商法、经济法、刑法、诉讼法、国际法、知识产权法等学科的老师,更有研究经济学、政治学、哲学、文学、历史学等学科的学者。我们崇尚宽容,主张开放。我们将吸收一切对我们有益的知识,我们也将结交一切对我们善意的朋友。

当年参加会议的导师辈的,还健在的是由嵘、张学仁、李昌道和胡大展等老师。张老师和李老师现在定居北美,我们祝愿他们身体健康,福寿无边,不再去惊扰他们。胡大展老师虽然在厦门,但因耳背,无法与会,所以在新锐吴旭阳的陪同下,我们到胡老师家去看望了他。由老师则在北京,离我们很近,所以我们派了康宁博士上门,对他做了简短的关于厦门会议的访谈。还有当年已经做了数年老教师,但年龄比我们大不了多少的冯卓慧老师,她是外法史学科的热心呵护者,我们请她写了一篇小文,一起来回忆当年那一段美好的时光。

我这里再怎么绞尽脑汁,也写不出多少优美、华丽、畅酣的文字。所以,我想接下来就把“我们”之一、才子卫方教授为本届年会所写的邀请函(散文诗)录上,作为本序的结尾:

全国外国法制史研究会第 27 届年会
邀请函

勤华会长命我起草一纸邀请函，
因为厦门会议很不平凡。
我们算是参加“二大”的老代表了，
一转眼时光已经过去三十年！

陈颐发来了当年的老照片，
又一次看到那些仿佛陌生了的容颜。
老少数十人聚集在南国的冬日里，
阳光下没有一丝的严寒。

还记得会议上的畅所欲言，
夜晚海边浪涛声也伴随着侃侃而谈。
一位前辈鼓励我成为菲律宾法专家，
将来吃遍天下就靠这一招鲜。

我们来到了琴声悠扬的鼓浪屿，
欢笑着攀上佛光闪耀的五老峰巅。
惜别厦大半月后，
功夫茶那浓烈的苦味还留在舌尖。

从此后学会已开到 26 届，
外法史愈发人丁兴旺叶茂枝繁。
我们多次经历逝者离去的痛楚，

也有目睹新锐成长的满心喜欢。

朋友们,莫道人生相聚难,
九月十九,让我们再回厦大的美校园。
健在的前辈,将得到国宝般欢迎和敬礼,
中年人,归来啊,一起再回味青春的甘甜!
当然,还有各位少年同道,
少了你们,怎么叫团圆?

(各位会计朋友,
千万不要为这独特的格式而为难。
法律史学追求推陈出新,
这是一封货真价实的邀请函。)

起草人:贺卫方

何勤华
于华东政法大学
法律文明史研究院
2015年6月28日

目 录

序 /1

林榕年教授纪念

林榕年/略谈法律的继承性 /3

林榕年教授访谈录(恽艳茹 陈楠访问、整理) /10

叶秋华/林榕年教授与外国法制史学科的发展 /18

特稿:三十年再聚首

30年再聚首——全国外国法制史研究会第2届年会30周年纪念专场
实录(张晓、俞梦整理) /39

吴旭阳/拜会胡大展老师 /51

薪火映红烛——由嵘教授忆1984年外国法制史研究会厦门年会(康
宁访问、整理) /53

冯卓慧/一九八四年厦门大学年会琐记 /61

主题:罗马法与现代世界

漆竹生/评注学派——后注释学派(王伟臣整理) /67

彭树人/罗马法系统化过程中的辩证法因素 /79

黄 蓉/试析优士丁尼《法学阶梯》专题之编纂——以“盗窃”、“诉权”
专题与盖尤斯《法学阶梯》相关条文的对比为例 /95

- 徐国栋/罗马选举舞弊立法研究 /122
- 阮辉玲/罗马法中的慈善基金制度研究 /152
- 黄文煌/罗马法上财产损害的赔偿估价——以“阿奎流斯法之诉”为考察对象 /166
- 陈帮锋/阿奎流斯法责任中的意外事故 /186
- 叶英萍 禤丽琴/罗马法嫁资制度及其现代启示 /200
- 余 辉/罗马帝国时期的刑罚制度初探 /217
- 蔡 迪/德意志第一帝国继受罗马法略考 /243
- 王海军/罗马法对古代俄罗斯法影响——以东正教作用为中心的考察 /259
- [丹麦]迪特莱乌·塔姆/丹麦法中的罗马法及教会法传统(张楠、赵立新译) /272
- 李 源/英格兰罗马法继受运动中的星座法院 /284
- 冀明武/16 世纪罗马法复兴运动在英国失败原因探究——论培根新归纳法的法哲学意义 /297
- 程 波/罗马法与中国:丘汉平和他的《罗马法》教科书 /317
- 汪 强 林仪明/朝阳大学的罗马法教育 /339
- 童 航/租赁契约的起源与结构变迁——以罗马法为中心 /366
- 许文华/沉默性诈欺研究——理论基础、处理模式及罗马法的影响 /379
- 杨垠红/论高空不明抛掷物致害的赔偿责任——兼评罗马法到近现代民法的变迁 /402
- 陈逸飞/罗马法视角下的法国第三人撤销判决之诉——以预防与制裁滥诉和滥用程序为视角 /423

论 文

- 宫 雪/延续抑或改革:中世纪英国民事执行制度研究 /439
- 何志辉/民法典在澳门:治理状态下的路径选择 /458

- 解 铨/李祖荫与《法律辞典》的编纂 /472
江小夏/法系论及其体系变迁 /480
杨静哲/“法律多元”的诞生及其制度背景 /490
吴旭阳/自由与自治——巴尔多鲁的“城市宪政”理论 /515
张宪丽/“9·11 事件”后美国宪法学界关于紧急权的讨论 /530

研究会纪事

- 全国外国法制史研究会第二十七届年会议程(厦门·2014) /561
全国外国法制史研究会第二十七届年会出席代表名录 /566
全国外国法制史研究会第二十七届年会提交论文目录 /570
全国外国法制史研究会 2013 年度优秀论文获奖名单 /575
宋 麟/全国外国法制史研究会第二十七届年会综述 /577

后 记

林榕年教授纪念

略谈法律的继承性*

林榕年

〔编者按〕林榕年教授(1928—2014年),中国人民大学法学院教授,著名法律史学家和法学教育家。中国人民大学建立后最早的本科生、研究生和教师。新中国外国法制史学科的开拓者。1950年在苏联专家的指导下,成为全国外国法制史课程第一位主讲教师,是中国外国法制史教材的最早撰写者和主要创建者。从事外国法制史、罗马法、英美法和大陆法的教学与研究工作,培养大量外国法制史教学科研人才和法律实务人才,为外国法制史学科和法学教育的发展做出了重要贡献。林榕年教授是全国外国法制史研究会的主要创建者,长期担任研究会理事(1982—2000年)、常务理事(1985—2000年)、副会长(1982—1992年)、会长(1992—2000年)、顾问(2000—2014年),为研究会做出了奠基性的贡献。谨此刊发林榕年教授代表性论文、访谈以及叶秋华教授的纪念文章,以志纪念。

(20世纪)50年代初,法学界曾经对法律有无继承性问题展开过热烈的讨论,或说有,或说无,各抒己见,其中难免有些错误观点。例如,把法律说成是超阶级的,认为剥削阶级某些法律不仅反映压迫阶级的意志,也反映被压迫阶级的意志。但总的来说,讨论的气氛是健康的,思想是活跃的。

可是后来,却出现了一种奇怪现象。凡是主张法律有继承性的,都被说成“旧法观点”。文化大革命中,又对一些曾经主张法律有继承性的同志进行批判。法学研究成为一潭死水,法律继承性问题成了不可逾越的“禁区”,为了加强对中外历史上法律文献的研究,达到“古为今用”、“洋为中用”的目的,重新探讨法律继承性问题有着现实意义。这

* 本文原载《法学研究》1979年第1期。

里提出几点看法,和同志们商榷。

讨论法律有无继承性,首先应给继承性确定一个明晰的概念。否则众说不一,解决不了问题。

这里讨论的继承性,不是指死者将生前的财产转归继承人所有的法律关系上的继承,即财产所有权的主体更换了,而财产本身的属性和特征,却原封不变。本文所说的继承性,是唯物辩证法讲的批判地继承,亦即相互联系的新旧事物在其交替过程中,新事物在否定旧事物的前提下,肯定并吸收、利用旧事物的一部分内容作为自己的组成部分。

马克思和恩格斯曾经说过:“历史不外是各个世代的依次交替。每一代都利用以前各代遗留下来的材料、资金和生产力;由于这个缘故,每一代一方面在完全改变了的条件下继续从事先辈的活动,另一方面又通过完全改变了的活动来改变旧的条件。”^①马克思和恩格斯这段精辟论述,清楚地阐明了批判继承的含义。第一,各个世代依次交替的继承性乃是社会发展的客观规律;第二,每一代又必须是对前一代的否定,即批判地继承;第三,经过批判继承下来的东西,不应当是原封不动的,而应当是“通过完全改变了的活动”来改变旧事物的属性和特征。恩格斯还说过:“在辩证法中,否定不是简单地说不,或宣布某一事物不存在,或用任何一种方法把它消灭。”^②而是说“每一种事物都有它的特殊的否定方式,经过这样的否定,它同时就获得发展,每一种观念和概念也是如此。”^③可见唯物辩证法所说的继承,也就是通常所说的扬弃。就是说既否定又保留。通过这种继承,不但使旧事物失去原来的属性,而且按照新时期的要求对旧事物加以改造,去其糟粕、取其精华,赋予新的内容和意义。

① 《马克思恩格斯全集》(第8卷),人民出版社1960年版,第51页。

② 《反杜林论》,人民出版社1970年版,第139页。

③ 《反杜林论》,人民出版社1970年版,第140页。

二

讨论法律有无继承性,主要是讨论无产阶级对剥削阶级的法律能否批判继承的问题,至于剥削阶级类型的法律之间,或劳动人民制定的法律之间能否继承的问题,向来没有引起过争论。

法律是统治阶级意志的体现,是由国家制定并以国家权力强使人们遵守的行为规范。它和国家一样,是统治阶级实行阶级统治的重要工具。它具有鲜明的、强烈的阶级性。

那么,作为体现剥削阶级意志的法律,无产阶级可不可以当作文化遗产批判地继承呢?有些同志认为,法律既然是统治阶级意志和利益的反映,因而也就没有新法继承旧法可言,哪怕是一点点也不行。这种看法是不正确的。

按照马克思主义的基本原理,文化本身,包括上层建筑,即政治的、法律的、哲学的、艺术的、宗教的、道德的等观点,以及与这些观点相适应的政治、法律等制度。法律观点与其相适应的法律制度,是上层建筑的一个重要组成部分,也是属于文化范畴。列宁指出:“无产阶级文化并不是从天上掉下来的,……无产阶级文化应当是人类在资本主义社会、地主社会和官僚社会压迫下创造出来的全部知识发展的必然结果。”^①列宁在这里所讲的人类的全部知识,显然包括法律知识。人们通常所说的文化典籍,其中就包括各种各样的法典。

文化遗产除了语言、文字等外都具有阶级性。诚然,法律比哲学、宗教、道德等具有更加鲜明的阶级性。但是,任何统治阶级的思想都不外乎是统治阶级借以维护其政治统治和经济利益的工具。事实上,道德、哲学、宗教等,也经常作为法律制裁的补充手段,被历代剥削阶级结合着使用。既然如此,有什么理由把法学遗产置于文化遗产之外,而不能批判地继承呢?

^① 《列宁选集》(第4卷),中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编,人民出版社1962年版,第367页。

还有一种主张认为,对剥削阶级的法律只能批判继承它的形式、名词和术语,不能批判继承它的内容。这也是说不通的。一定的内容总是通过一定的形式表现出来,一定的形式又总是由一定的内容所规定,并为一定的内容服务的。两者不能截然分开。例如资产阶级宪法和法律规定的公民的各种权利,罪刑法定、公开审判、辩护制度、陪审制度等法律规范,都涉及实体法或程序法的法律内容,而这些内容又都是条文文化了的。条文就是法律的形式,怎么能够把法律规范和法律条文截然分开呢?持这种主张的同志显然是把法律条文所确定的法律规范和这些法律规范所具有的阶级属性两者相混淆了。法律条文所确定的法律规范是指人们在一定的法律关系当中应做什么,不应做什么,它对每一个人都有约束力;而法律规范所具有的阶级属性则是指法律和法律规范由哪个阶级制定,体现哪个阶级的意志和根本利益。两者的提法不同,回答的问题也不同。我们说剥削阶级的法律可以批判地继承,是指剥削阶级法律的一部分规范和形式而言的,不是指体现在这些规范和形式之中的剥削阶级意志。对于剥削阶级的意志,不管它体现在法律之中还是体现在哲学、宗教、道德之中,都只能批判,不能继承。然而这是不是就等于说剥削阶级的法律中不可能具有一定的客观性、合理性和有益于无产阶级的内容,可以被无产阶级批判地吸收和利用呢?显然不是这样。列宁在《给德·伊·库尔斯基的信》里,曾就制定苏维埃民法典是否应当批判地继承资产阶级法律中的某些内容,作过明确的指示。列宁指出:“凡是西欧各国文献和经验中所有保护劳动人民利益的东西,都一定要吸收。”^①也就是说,不仅资产阶级法律的某些形式,而且资产阶级法律中包含的某些内容,即某些具体规范,有“保护劳动人民利益的东西”,都是可以批判继承的。

我们在考察历史运动时就会看到,当封建制代替奴隶制,资本主义代替封建制时,封建地主阶级和资产阶级属于进步阶级。它们所代表

^① 《列宁全集》(第33卷),中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局译,人民出版社1957年版,第173页。

的生产关系,它们的阶级要求,是符合当时历史发展规律的。仅就它们对抗旧的反动阶级这一点来说,从一开始就不是作为一个阶级,而是作为全社会的代表出现的。它们尽量把自己的利益说成是全社会的共同利益,把自己的思想描绘成唯一合理的、具有普遍意义的思想,从而也就使它们赢得了胜利。正像马克思恩格斯所说:“它之所以能这样做,是因为它的利益在开始时的确同其余一切非统治阶级的共同利益还有更多的联系,在当时存在的那些关系的压力下还来不及发展为特殊阶级的特殊利益。因此,这一阶级的胜利对于其他未能争得统治的阶级中的许多个人说来也是有利的……,”^①法律是一定期阶级斗争的结局和力量对比的表现。因此,剥削阶级在其上升和兴盛时期的法律思想和法律制度的一部分内容,是具有一定的客观性、合理性,同时也符合劳动人民的某些利益的。对于这些,无产阶级当然可以作为珍贵的文化遗产给予批判的继承。

事实上,中国历史上有许多有价值的法学遗产和法律制度是可以被我们批判地吸收和利用的。例如,春秋战国时期,新兴地主阶级的代表法家在反对奴隶主贵族特权的斗争中,提出法律面前贵贱平等的思想。韩非说:“刑过不避大臣、赏善不遗匹夫”,“法不阿贵,绳不挠曲,法之所加,智者弗能辞,勇者弗敢争”(《韩非子·有度》)。商鞅说:“刑无等级,自卿相将军以至大夫庶人,有不从王令,犯国禁,乱上制者,罪死不赦”(《商君书·赏刑》)。强调法律的稳定性和严肃性,“有敢剋定法令,损益一字以上,罪死不赦”(《商君书·定分》),“守法守职之吏有不行王法者,罪死不赦、刑及三族”(《商君书·赏刑》),贯彻“法之不行、自上犯之”的主张,在太子(秦惠王)犯法时,刑及师傅公子虔和公孙贾(《史记·商君列传》)。又如,早在公元前一千多年的周朝,便在司法实践中提出了故意(非眚)和过失(眚),一贯(惟终)和偶犯(非终)的概念,并且采取区别对待的原则:过失和偶犯,减刑;故意和一贯,“则不可

^① 《马克思恩格斯选集》(第1卷),中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编,人民出版社1972年版,第54页。