

湘江

XIANGJIANG

LAW

REVIEW

法治湖南建设与区域社会治理

2011协同创新中心

主编◎程波

法律评论

第十二卷

- 罗马法在日本——大学·大家·思考
- 论罗马法中的交付原因问题
- 无身份者与有身份者共同实施职务犯罪行为之定性
- 双重身份者犯罪身份的认定
- 司法礼仪：法院文化的表达与实践
- 论法律谈判的法理及其对我国纠纷解决的借鉴意义

湘江

法律评论

主编◎程波

第十二卷

湘潭大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

湘江法律评论. 第12卷 / 程波主编. —湘潭:湘潭
大学出版社, 2015.7

ISBN 978-7-81128-832-2

I. ①湘… II. ①程… III. ①法律—文集 IV.

①D9-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第153598号

湘江法律评论. 第12卷

程波 主编

责任编辑: 黄琼

封面设计: 刘扬

出版发行: 湘潭大学出版社

社址: 湖南省湘潭市 湘潭大学出版大楼

电话(传真): 0731-58298966 邮编: 411105

网 址: <http://press.xtu.edu.cn>

印刷: 国防科大印刷厂

经销: 湖南省新华书店

开本: 787×1092 1/16

印张: 21.5

字数: 364千字

版次: 2015年7月第1版

印次: 2015年7月第1次印刷

书号: ISBN 978-7-81128-832-2

定价: 42.00元

(版权所有 严禁翻印)

《湘江法律评论》编委会

主 编:程 波

编委会委员(按姓氏笔画排列):

王太平 王国征 朱伟东 刘 丽 刘海鸥 杜雄柏 李伯超
陈红梅 李 蓉 肖冬梅 吴 勇 吴建雄 张义清 张立平
张全民 欧爱民 胡肖华 洪永红 倪洪涛 郭树理 黄明儒
曹艳芝 彭熙海 程 波 蔡高强 廖永安

编 辑 部(按姓氏笔画排列):

王 霞 尹华容 邓春梅 刘军平 邱洪华 张永江 周青山
周晓晨 穆远征

英文编辑:覃斌武

编 务:周青山 覃斌武

卷 首 语

本书为《湘江法律评论》第12卷,共收入24篇文章,分成6个栏目。

法律是罗马对世界的馈赠。鉴于国内青年法学学子研习罗马法的热情日渐兴盛,本卷编者首次设立“罗马法主题研究”专栏。在刊载的6篇论文中,首篇是《罗马法在日本》,该论文主要讨论了日本在继受罗马法(学)过程中,产生了众多的罗马法大家和优秀的科研成果,其引发日本学者关于罗马法研究中心、罗马法继受方式和罗马法研究范围和方法等问题的思考,对当下中国的罗马法研究无疑具有启示作用和借鉴意义。次篇论题为《罗马法与中国:丘汉平和他的〈罗马法〉教科书》,通过对民国时期中国罗马法学者丘汉平写作的《罗马法》一书进行初步解读,既有总结丘汉平的罗马法研究成就之意图,又有对丘汉平他们视“罗马法为治法者之基本学问”而“孜孜于罗马法”研究精神的仰慕之情。同时刊登了《论罗马法中的交付原因问题》、《论罗马法错误制度之类型化》、《罗马法中的不可抗力抗辩》、《罗马法对古代俄罗斯法的影响》4篇论文,这些文章既从具体法学出发,对罗马法学家在不同层面考虑交付时所有权变动、罗马法错误制度之类型化、不可抗力抗辩中的看管责任是如何被改造为最精细的注意义务(diligentia exactissima)等问题进行深入探讨,又以东正教作用为中心来考察罗马法对古代俄罗斯法的影响。这些研习罗马法的青年法学学者,无论是立论角度还是文献梳理方面,都颇见功底,提升了本刊的学术水准。

本卷第二个栏目是“职务犯罪专题研究”，所录论文是从湘潭大学法学院刑事法律研究中心于2015年1月10日召开的“反腐刑事法治高峰论坛(湘潭)—职务犯罪的刑事法应对学术研讨会”所提交的论文中选取的6篇具有代表性的文章，它们分别是《无身份者与有身份者共同实施职务犯罪行为之定性》、《论职务侵占罪的主体范围》、《双重身份者犯罪身份的认定》、《“小金库”设立及处分行为的定性研究》、《论国有控股公司中国家工作人员的司法界定》、《浅析国有控股公司人员与职务侵占罪主体的关系》。这些文章或者围绕有身份者与无身份者共同实施犯罪是否构成职务犯罪的认定，或者就双重身份者如何判断其犯罪身份而展开，或者针对职务侵占罪的主体范围以及国有控股公司中国家工作人员身份的认定与职务侵占罪的关系而阐述，或者就“小金库”的设立与处分行为这种特殊类型的职务犯罪行为的认定加以阐释，各有特色，既有理论借鉴价值，又具有司法实务现实意义，均与本刊“以批评促改进”宗旨相吻合，值得一读。

接下来的两个栏目是湘潭大学法学院的特色研究方向——非洲法和体育法师生奉献的论文和译作，共有《南非的友好争议解决》、《友好解决争议：尼日利亚的经验》、《2014索契冬奥会体育仲裁案件述评》和《国际足联和欧足联诉欧盟委员会案述评》4篇论(译)文，其中既有对南非和尼日利亚等国家正采取措施让调解越来越多地适用于公司和商事纠纷的解决，从而促进友好争议解决方式的发展进行的讨论，又有国际体育仲裁院在索契举办的冬季奥运会上设立临时仲裁庭仲裁的5件案件的分析，以及国际足联和欧足联诉欧盟委员会案件的讨论，追踪了非洲法和体育法的前沿问题，为东方和西方学者在这些领域对话创造了基础。

本卷第五、六个栏目分别是“纠纷解决与法律实务”和“法学专论”，刊载了《现实之困与求解之策》、《司法礼仪：法院文化的表达与实践》、《透过面子的关系案控制》和《论法律谈判的法理及其对我国

纠纷解决的借鉴意义》、《论国际货物买卖中的风险转移》、《论食品药品领域行政执法与刑事司法的衔接》、《论我国死刑案件有效辩护制度构建的必要性》、《刑法的正当化原理》8 篇论文。这些论文既立足于本土,对法律实践中的纠纷解决机制和司法实务问题予以强烈关注,又回应世界潮流,对法学理论中的重要问题进行专项探讨。在这些作者中,他(她)们或来自基层实务部门,或是一线教师,或为在读硕士、博士,所提交的论文难免有不周之处,但作为“一家之言”发出法律的声音,与本刊物提倡保持“她”对研习法律的热情一脉相承,也是献给读者的最好礼物。

十分感谢为本卷出版作出努力的人们。我衷心感谢湘潭大学法学院黄明儒教授和张小虎博士,他们分别在国内两个学术会议的基础上组来“职务犯罪专题研究”和“罗马法专题研究”专栏的稿件。特别感谢周青山副教授的组织协调和精湛的审稿。感谢覃斌武博士的翻译校正工作。当然也要感谢编辑黄琼和湘潭大学出版社出版这本书。最后,感谢“法治湖南建设与区域社会治理”2011 协同创新中心对本出版物的大力资助。

《湘江法律评论》主编 程 波

2015 年 7 月 5 日

目 录

湘江法律评论(第十二卷)

罗马法专题研究

- 李求铎 李硕芬 罗马法在日本
——大学·大家·思考 1
- 程 波 罗马法与中国:丘汉平和他的《罗马法》教科书 20
- 娄爱华 论罗马法中的交付原因问题 41
- 赵 毅 论罗马法错误制度之类型化 52
- 陈帮锋 罗马法中的不可抗力抗辩 71
- 王海军 罗马法对古代俄罗斯法的影响
——以东正教作用为中心的考察 91

职务犯罪专题研究

- 黄明儒 肖春晖 无身份者与有身份者共同实施职务犯罪行为之定性 104
- 兰力波 匡 慧 论职务侵占罪的主体范围 117
- 张永红 陈文忠 双重身份者犯罪身份的认定 130
- 王 奎 曾 涛 “小金库”设立及处分行为的定性研究 141
- 尹 强 周亚兰 论国有控股公司中国国家工作人员的司法界定 153
- 谢宇程 谢华云 浅析国有控股公司人员与职务侵占罪主体的关系 164

非洲法

- John Brand 著 贺玉彬 译 朱伟东 校 南非的友好争议解决 178
- Kenny Aina 著 罗心甜 译 朱伟东 校 友好解决争议:尼日利亚的经验 187

体育法

宋彬龄 2014 索契冬奥会体育仲裁案件述评 198

凯特莱恩·勒弗维尔 安·凡米尔什 著 周青山 唐月娟 译 国际足联
和欧足联诉欧盟委员会案述评 209

纠纷解决与法律实务

郭正怀 现实之困与求解之策

——基于运行中的人民调解协议司法确认的实证研究 222

陈建华 司法礼仪:法院文化的表达与实践 234

王小强 透过面子的关系案控制

——以多方生存性智慧博弈为基础 249

法学专论

黄 婷 陈乃新 论法律谈判的法理及其对我国纠纷解决的借鉴意义 266

蔡高强 陈 露 论国际货物买卖中的风险转移 278

张小兵 论食品药品领域行政执法与刑事司法的衔接 290

彭江辉 论我国死刑案件有效辩护制度构建的必要性

——以宪法权利司法化为视角 304

晋 涛 刑法的正当化原理 315

《湘江法律评论》征稿启事 327

《湘江法律评论》行文体例与注释规范 328

Contents
湘江法律评论(第十二卷)

Special Column on Roman Law

Li Qiuyi Li Shuofen

Roman Law in Japan—— College · Expert · Thinking 1

Cheng Bo

Roman Law and China: Qiu Hanping and His *Roman Law* Textbook 20

Lou Aihua

On the Base Reason of Delivery in Roman Law 41

Zhao Yi

Categories of Error in Roman Law 52

Chen Bangfeng

Force Majeure Defense in Roman Law 71

Wang Haijun

Influence of Roman Law on Russian Law——Analysis Focused on the Effect of Eastern Orthodox Church 91

Special Column on Duty Crime

Huang Mingru Xiao Chunhui

Qualitative of Non-status and Status Person with the Implementation of the Occupational Crimes Behavior in Conspiracy 104

Lan Libo Kuang Hui

On the Scope of the Subject of Official Encroachment Crime 117

Zhang Yonghong Chen Wenzhong

Judgment on the Criminal Identity of People Who Have Dual Status 130

Wang Kui Zeng Tao

Qualitative Researches on Establishing and Using Small Exchequer 141

Yin Qiang Zhou Yalan

On the Judicial Determination of State Functionary in the State-holding Companies 153

Xie Yucheng Xie Huayun

Analysis of the Relationship between the State – owned Holding Company Staff and the Subject of Official Embezzlement 164

African Law

John Brand

Amicable Dispute Resolution in South African 178

Kenny Aina

Amicable Dispute Resolution: The Nigerian Experience 187

Sports Law

Song Binling

Review of Cases of Arbitration for the Sochi Winter Olympic Games 2014 198

Katrien · Lefever An · Vermeersch

Study on FIFA & UEFA vs. European Council 209

Dispute Resolution and Legal Practice

Guo Zhenghui

The Dilemma and Solution——Empirical Study on Juridical Confirmation of People's Mediation Settlement Agreement 222

Chen Jianhua

Judicial Ritual: Expression and Application of Judicial Culture 234

Wang Xiaoqiang

The Cases of “guanxi” Network Overcontrol through Face-saving——Based on Game of Survival Wisdom of Multiple Parties 249

Special Column of Jurisprudence

Huang Ting Chen Naixin

Theory of Legal Negotiations and Its Significance to Resolve Disputes
in China 266

Cai Gaoqiang Chen Lu

On the Risk Bearing in International Sales of Goods 278

Zhang Xiaobing

The Connection of Administrative Enforcement and Criminal Justice on the
Foods and Drugs Regulation 290

Peng Jianghui

The Necessity of Constructing Effective Defense System of Death Penalty
Cases in China——From the Perspective of Constitution Judicialization 304

Jin Tao

The Justification Principle of Criminal Law 315

Contribution 327

Citation Rules 328

罗马法在日本

——大学·大家·思考

李求轶 李硕芬*

Roman Law in Japan

——College·Expert·Thinking

Li Qiuyi Li Shuofen

摘要：明治维新初期日本在移植欧洲法制的同时，也继受罗马法（学）。日本的罗马法继受分为罗马法学继受和罗马法继受。罗马法学继受是以围绕大学的罗马法教育和研究而展开的。罗马法继受是围绕着日本民法典的制定和“法典论争”而展开的，日本民法典间接继受罗马法。日本在继受罗马法（学）过程中产生了众多的罗马法大家和优秀的科研成果。日本罗马法研究经历了从私法到公法，从教授讲义到原典研究直至问题研究等的发展过程。参与罗马法研究的大家包括了民法学家、法史学家和比较法学家等法学大家。日本的罗马法研究引发的罗马法研究中心问题、罗马法继受方式问题和罗马法研究范围和方法问题等的思考，对中国的罗马法研究具有启示作用和借鉴意义。

关键词：罗马法 在日本

* **作者简介：**李求轶（1963—），男，法学博士，民商法博士后，华东政法大学兼职教授，民商法硕士导师；李硕芬（1990—），女，华东政法大学2013级民商法学硕士研究生。

Abstract: When it was the beginning of Meiji reform, while planting legal system from Europe, Japan also inherited Roman Law. The Japanese inheritance of Roman Law divided into the inheritance of Academic Roman Law and the inheritance of Statutory Roman Law. The inheritance of Academic Roman Law is about Roman Law's education and research in college. While the Statutory Roman Law is concentrated on the debate of Civil Code and its draft, and the Japanese Civil Code inherits from Roman Law indirectly. Lots of outstanding research findings and Roman Law experts appeared during the process. The study of Roman Law in Japan experienced the change from Civil Law to Public Law, from research of professors' manuscripts and study of the original code to the problem resolving. Civil Law experts, legal history experts and Comparative law experts are involved in that process. The study of Roman Law in Japan, which produced the questions regarding the Roman Law research center, the way to inherit Roman Law, the scope of the Roman Law research and the method, can be learned by Chinese for its research on Roman Law.

Key words: Roman Law In Japan

一、罗马法教育与罗马法大家

日本的罗马法教育形成于明治维新时期并几乎与大学的创办同步。大学的罗马法教育形成三个大学中心,分别是东京大学、京都大学和早稻田大学。东京大学、京都大学是日本最杰出的公立大学,早稻田大学是日本最出色的私立大学。

(一) 东京大学

东京大学的罗马法教育大体上可以分为三个阶段。

第一阶段:“东京开成学校”。日本的罗马法教育最早是从东京大学开

始的。东京大学最早由“开成所”^①发展成为“开成学校”，而后在明治七年（1874年）改名为“东京开成学校”。罗马法教学最初是以“罗马律”的讲座方式出现的。“东京开成学校”设置了本科二年（中级）和三年（上级）的罗马法讲座课程。在此走出了日本罗马法教育的第一步。这个罗马法讲座课程属于必修课程。讲座教授为明治七年从英国聘请来日的英国人古里格斯庇（Grigsby）。古里格斯庇除了主讲罗马法讲座课程之外，还为预科生担当拉丁语讲座。当时的罗马法讲座是以优士丁尼帝法典的《法学提要》原文作为教材而利用的。但授课教学是使用英语，因为古里格斯庇教授是英国人。讲座的内容与其说是直接汲取罗马法，不如说是罗马法与英国法的比较研究。

第二阶段：“东京大学”（明治十至十九年）。明治十年（1877年）“东京开成学校”与“东京医学院”合并成为“东京大学”。从明治十年至明治十四年（1881年）罗马法教育不知何故停开。明治十五年（1882年）再次开办罗马法课程。此时的主讲教授仍然是外国教授，是从美国聘请来日的特立（Terry）教授。特立教授的罗马法讲座的目的与其说是罗马法本身的必要性，不如说是与英国法律上的必要关系。学科细目也是按照此目的设置的。它是作为英国法与法国法的基础课程加以定位和评价的。因此，东京大学的罗马法教育最初是以比较法形式出现的。

第三阶段：“帝国大学”（明治十九至三十年）以及“东京帝国大学”（明治三十年之后）。明治十九年（1886年）“东京大学”成为“帝国大学”，东京大学法学部也因此成为法科大学。进而在翌年明治二十年（1887年）采用了英国法、法国法和德国法的三部制。从明治十九年开始罗马法课程作为必修课并由穗积陈重教授亲自授课。据《东京帝国大学50年史》记载，穗积陈重教授有三次教授基本内容。明治二十年由德国聘请来日的德国瓦依贝鲁特担当讲座。接着明治二十一年（1888年）由冈崎三郎接任，同时讲授的内容逐渐地固定下来。其后的罗马法大家原田庆吉对当时的穗积

^① “开成所”是指1862年江户幕府设立的法学教育机构。它是文久二年（1862年）将“洋书调所”（蕃书调所的前身）扩充组织而改称的洋学教育机构。除了教授外语（荷兰语、英语、法语、德语、俄语）之外，还教授自然科学（天文、地理、化学、数学、物产学等）和兵学等科学。它成为之后日本洋学的源流。大政奉还之后，明治政府在明治元年（1868年）将其作为官立学校而再兴，并改称为“开成学校”。之后数次改换名称，最后合并成为东京大学。

陈重的罗马法授业的评价是“当时最高水平的罗马法学家讲授极其好的罗马法课程”。^①此后，从明治二十三年（1890年）起担当帝国大学的罗马法讲座的是宫崎道三郎教授。宫崎道三郎教授研究范围极广，包括了罗马法、日耳曼法、教会法等研究内容，而且他从明治十七年（1884年）到二十一年留学德国四年。在德国留学期间经历了温德海得和耶林等法学大家的顶尖的课程授业，因此，从某种意义上说他是携带当时最尖端的法学而归国的。归国后的明治二十三年他即成为帝国大学教授，同时担当罗马法的讲座。一直持续到帝国大学在明治三十年（1897年）成为“东京帝国大学”即现在的东京大学，宫崎道三郎是日本作为法史学家讲述罗马法的最初学者。在此之后不久，教鞭从宫崎道三郎教授转移到户水宽人教授（明治二十七至四十二年），户水宽人教授除了著有《斯多葛哲学与罗马法》之外，还著有诸多私立大学的罗马法讲义。在明治四十五年以后再由京都帝国大学引进的春木一郎教授接任，罗马法课程的内容也不断深化和扩展。

第四阶段（昭和五年至今）。此后东京大学由“日本罗马法四君子”之一原田庆吉从1929年起担当罗马法教席。原田庆吉（1903—1950年）著述颇丰，主要著作有《罗马私法纲要》第1—3卷（第1卷：总则、家族，第2卷：物权、债权，第3卷：继承、法律行为）、《法学提要希腊语义解》第1—4卷、《罗马法制史序说》、《罗马法》上下卷、《楔形文字法的研究》、《罗马法原理》，等等。据说原田庆吉是在战后因出书经济上拮据而上吊自杀的，逝世时才48岁，可见其对学术的钟情和对罗马法研究的热爱。原田庆吉在教课期间，曾作为主要发起人发起成立日本法制史学会。从原田庆吉著作上可以看出，其学术研究范围不仅包括了罗马法，而且包括了法制史其他部分，即使是罗马法也是作为法制史加以研究的。发起成立的日本法制史学会研究范围包括了西洋法制史（罗马法和西洋法制史）和东洋法制史（包括中国和日本法制史）。罗马法属于西洋法制史的组成部分，现在日本法制史学会的论著目录仍然将西洋法制史与罗马法相并列，可见罗马法在西洋法制史上的重要地位。也正是在此之后罗马法归入了法制史研究范围，成为其重要组成部分。东京大学现罗马法由木庭颀（1951—）教授掌舵。木庭颀教授是东京大学自己培养的罗马法大家，是日本鲜见的法学家。他对结

① [日] 藤野奈津子：《岡松参太郎とローマ法研究：『岡松参太郎文书』の手稿》，CiNii [http://ci. nii. ac. jp/](http://ci.nii.ac.jp/)，2015年4月1日访问。

构主义和人类学有很深的造诣，并将其应用于政治、民主和罗马法研究过程，主要著作有《政治的成立》、《民主的古典基础》、《法存立的历史基础》、《罗马法向导：为现代的法律家》、《迈向现代的日本法》，等等。

（二）京都大学

京都大学的罗马法教育可以分为三个阶段。

第一阶段：京都帝国大学（明治三十二年）。根据《京都大学百年史》记载，京都帝国大学始于理工科大学，在明治三十二年（1899年）根据敕令创设了法科大学和医科大学。同时，法科大学扩展并涵盖了所有学科种类。罗马法首先是以讲座形式出现的。在此之前的明治三十一年（1898年）日本民法典也已颁布实施，德国法学影响也在加强。这些理所当然对罗马法授课的内容施加了不少影响。京都大学最初的罗马法讲座由春木一郎教授（1870—1944年）担当。春木一郎留学德国四年（原定三年而后延长一年）。他是日本首位到外国（德国）专门从事罗马法研究的学者。学成回国后，春木一郎理所当然地成为日本最早的罗马法专职教授。罗马法大家原田庆吉博士对春木一郎是这样评价的：“春木一郎教授引发了日本罗马法研究的新机轴，构筑了日本罗马法学的基础。”同时，“春木一郎教授是我国最早到海外专门学习罗马法的学者，他在京都大学开创了我国最早的以罗马法原典的真正的科学研究。”因此，以春木一郎这一关键人物为新的出发点，促成了日本罗马法学走向发达。

第二阶段：新京都帝国大学（明治三十四至四十五年）。从这一阶段春木一郎教授所使用的罗马法讲义上可以看到罗马法研究的姿态。据《新帝国大学五十年史》记载，春木一郎教授罗马法讲义的内容为：第一编：罗马法入门，第二编：罗马法本论。第一编罗马法入门包括法源史、优士丁尼帝之后的罗马法、罗马法研究史以及若干基础概念。第二编罗马法本论包括潘德克顿式体系7卷组成的罗马私法，分别为第1卷：法律事实（法律行为、时效）；第2卷：人（自然人、法人）；第3卷：物权（性质、标的、迟滞、主体、发生、效力、转让、消灭）；第5卷：家族（亲属、婚姻、家长权、监护）；第6卷：继承（总论、无遗嘱继承、遗嘱继承、必要份额、继承的效力、继承权的保护、遗赠、死因赠与、埋葬）；第7卷：诉讼（裁判所的构成、诉讼当事人、诉讼代理人以及保佐人、法庭传唤、iuiure程序、iniudicatons程序、extra ordinaria cognitro、裁决的执行、狄奥多西帝之后的诉讼程序大要、诉讼时效）。从春木一郎教授的讲义上可以断定当时开