

福建法学文库

法学理论与应用研究

(2015)

福建省法学会 编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

福建法学文库

法学理论与应用研究

(2015)

福建省法学会 编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目 (CIP) 数据

法学理论与应用研究. 2015 / 福建省法学会编. —
北京: 法律出版社, 2015. 10
ISBN 978 - 7 - 5118 - 8672 - 9

I. ①法… II. ①福… III. ①法学—文集 IV.
①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 262991 号

法学理论与应用研究 (2015)

福建省法学会 编

责任编辑 黄琳佳
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2015 年 11 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 18.625 字数 531 千

印次 2015 年 11 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

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

网址 / www. lawpress. com. cn

销售热线 / 010 - 63939792 / 9779

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

重庆公司 / 023 - 65382816 / 2908

北京分公司 / 010 - 62534456

西安分公司 / 029 - 85388843

上海公司 / 021 - 62071010 / 1636

深圳公司 / 0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 8672 - 9

定价: 75.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

《福建法学文库》

编委会、编辑部名单

编委会

顾 问: 苏增添 游劝荣

主 任: 李晋闽

副主任: 陈祥建 张 琦

成 员: (姓名笔画为序)

邹 雄 陈明添 陈荣文 林建伟 顾越利

谢美琴

编辑部

主 编: 张 琦

副主编: 谢美琴 姚国祥 吴长乐

责 编: 黄琳佳

《福建法学文库》序言

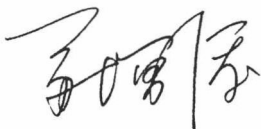
党的十八大以来,以习近平同志为总书记的党中央高度重视法治建设,做出了全面推进依法治国的战略部署,绘就了建设社会主义法治国家的宏伟蓝图,也为法学研究的繁荣发展提供了难得的历史机遇和宽广舞台。适应新形势新任务新要求,福建省法学会紧紧围绕全面推进依法治国、依法治省中的理论和实践问题,大力组织广大法学法律工作者开展多学科、宽领域的法学研究,取得一批有价值的学术成果。藉此编纂出版《福建法学文库》(以下简称《文库》),旨在进一步推动法学研究、促进法学繁荣、服务法治建设。

《文库》是按计划定期出版的系列书集,入选文章均为一定时期福建省有代表性的优秀法学研究成果。编纂出版《文库》,一是引领理论创新。《文库》论文作者既有知名学者,又有学术新秀。其研究成果思路开阔、视角独特、观点新颖、论证严谨,对于促进福建法学理论创新具有学术标杆和示范作用,也给理论与实务工作者带来新的视野、新的启迪。二是推动法治实践。理论源于实践、指导实践并受实践检验,是马克思主义哲学的基本原理之一。《文库》汇集了福建省法学研究的优秀成果,凝聚了论文作者的聪明才智,其中不乏真知灼见,对于促进地方立法、建设法治政府、深化司法改革、保障法律正确实施、推动社会治理法治化,具有理论指导意义。三是发现培养人才。编选《文库》既是对福建省法学研究阶段性成果的一次全面检视,又为青年学者提供了一个交流学识、展示才华的平台,亦能从中发现一些优秀青年法学人才,有助于推动福建省法学研究出好成果、多出人才。四是促进交流合作。《文库》全面展示了福建省法学研究的优秀成果,真实反映了福建省法学研究的整体水平,有助于提升福建省法学研究的影响力,有利于在更宽领

域、更高层次上开展对外及区域法学交流合作。同时,《文库》首次由福建省法学会延续编纂成套出版,弥补了福建省该类图书的不足,便于法学研究的成果汇集和资料检索,具有一定的史料价值。

“文以载道、汇则兴邦”。编纂出版《文库》是一项很有意义的工作,也是一项标准高、要求严的任务。要集中力量、精益求精、持之以恒地编好《文库》,努力把它打造成理论导向正确与学术思想活跃相统一、基础理论创新与法律应用提升相结合的精品书籍,在促进社会主义法学理论创新、法治实践创新、法律制度创新和法律文化创新中发挥作用、体现价值,推动福建法学研究事业更上一层楼。

福建省人大常委会党组副书记、副主任,福建省法学会会长



2015年8月

目 录

【法学理论研究】

罗马破产法初论	徐国栋(1)
“五四宪法”与国家机构体系的形成与创新	朱福惠(26)
立法法理学探析	宋方青 姜孝贤(42)
论立法的待续本质	
——从用法者角度看立法的本质	周 贇(64)
气候变化政治角力的司法制衡	沈跃东(78)
贸易与人权关系研究:进路批判与重构	李春林(99)
人格权法中的“特殊主体”及其权益的特殊保护	张 莉(125)
侵权法上不作为因果关系之判定	杨垠红(143)
从负债应偿到破产免责:破产债务清偿责任衍进的中国	
法律史叙事	蔡晓荣(158)
刑法上“公共”概念之辨析	吴贵森(183)
英美法上“救济”概念解析	于 宏(197)
略论社会法的逻辑起点和基本范畴	李炳安(214)
墨家平等思想探析	马 腾 马作武(224)
《大清现行刑律》与民初民事法源	
——大理院对“现行律民事有效部分”的适用	段晓彦(240)

【法律应用研究】

国际税收协定中的受益所有人概念与认定问题	廖益新(271)
政府对拟征收不动产的管制	刘连泰(300)

公共人物理论视角下网络谣言的规制	郭春镇(322)
香港民事诉讼制度改革之回顾与前瞻	齐树洁 周一颜(350)
论民事起诉前之证据收集	许少波(372)
林业碳汇权利客体研究	林旭霞(389)
污水排放标准制度的特定化 ——以实现“最严格水资源管理”纳污红线制度为中心	刘 超(411)
委托交付制度的历史与现实 ——兼论我国《合同法》第64条的定性	李 飞(432)
论反垄断执法的司法审查	游 钰(455)
完善转售价格维持反垄断法规制的路径选择	张 骏(479)
WTO“蓝箱”规则改革的新进展及我国的对策 ——以多哈回合农业谈判为视角	陈斌彬(495)
对地方法院司法创新之初步反思 ——以“能动司法”为叙事背景	张 榕(520)
人大质询法院之规范	黄晓辉 杨 彬(533)
法院调解“内卷化”与调解资源外部植入 ——以Q市两级法院人大代表协助诉讼调解实践为例	陈慰星(547)
嫖宿幼女罪保护法益的正本清源 ——兼谈嫖宿幼女罪未来的修法方向	林贵文 朱建华(563)

【法学理论研究】

罗马破产法初论

徐国栋*

摘要:《十二表法》中的破产法以债务人的人身作为责任手段,导致债奴甚至杀害债务人的残酷现象。《关于债奴的佩特流斯和帕皮流斯法》废除了债奴制度。尔后产生了财产拍卖制度解决债务人破产问题,但该制度不以解决破产问题为限。它和以后的财产零卖制度都是强制破产制度。恺撒颁布的《关于财产让与的优流斯法》开创了自愿破产制度。它放弃了破产惩罚论,把破产看作一种解决危机的手段,并把破产法独立化。该法深刻影响后世的破产法。此外,罗马法还有特殊破产制度,它们是遗产破产、银行破产、特有产破产、返还嫁资的丈夫破产、受敬畏者破产等,其共同特点是具有特别要素。

关键词:破产 人身责任 财产责任 强制破产 自愿破产 普通破产 特殊破产

一、罗马破产法的先驱

古代的阶级关系往往体现为债权人与债务人的关系,在共和罗马的头200年,贵族与平民的激烈阶级斗争就是如此。^①这种关系的悲剧性

* 厦门大学法学院罗马法研究所教授,法学博士。

① 参见徐国栋:《论罗马平民争取权利的非暴力不合作斗争——对平民的5次撤离的法律解读》,载《清华法学》2013年第3期。

结果体现在破产程序上,基于此,古代立法往往都有自己的破产制度。

在美索不达米亚,苏美尔的城邦国家埃什南纳(Eshnunna)^①公元前1900年的法律第6条和第22~25条对破产的债务人既规定了金钱处罚,也规定了死刑。^②

后来的《汉穆拉比法典》第117条规定:“订立借贷契约后,以妻、子、女交与债主以代银或从事工作者,其工作期限以3年为限;第4年应恢复其原状。”^③第119条规定:“如果一个人负有债务,因而卖掉了他的为他生有儿子的女奴,那么奴主可向塔木卡交出塔木卡(原来)给他的银子,赎回他的女奴。”^④这两条规定的是在债务人破产的情形以债务人的家属的劳务和准家属的人身承担责任。

在埃及,可能规定了对债务人的迫害,表现为强制他劳动直到债务获得清偿。^⑤

在希腊,德拉古的破产法很残酷,允许把欠债不还的债务人及其家属卖至国外或变成奴隶。后来梭伦做了温和化的改革,颁布了解负令,^⑥即拔除立在债务人份地上的记债碑,作为债务抵押品的土地无偿归还原主;禁止人身奴役和买卖奴隶。^⑦

最早的罗马破产法比德拉古立法还要残酷,因为对债务人实行死刑。罗马法中的破产分为普通破产和特殊破产,它们都是自然人破产。

① 现今伊拉克的 Tell Asmar。

② Véase Doña Patricia Zambrana Moral, Historia Legislativa y Doctrinal de La *Cessio Bonorum* y de La Cesión de Bienes, Tesis para aspirar al grado de Doctora en Derecho, Málaga, 1999, pag. 71.

③ 参见[英]爱德华兹:《汉谟拉比法典》,沈大铨译,曾尔恕校勘,中国政法大学出版社2005年版,第42页。

④ 参见杨炽译:《汉谟拉比法典》,高等教育出版社1992年版,第66页。

⑤ Véase Doña Patricia Zambrana Moral, Historia Legislativa y Doctrinal de La *Cessio Bonorum* y de La Cesión de Bienes, Tesis para aspirar al grado de Doctora en Derecho, Málaga, 1999, pag. 72.

⑥ See William H. Hotchkiss, Bankruptcy Laws, Past and Present, In *The North America Review*, Vol. 167(1898), p. 580. 也参见何勤华、李秀清主编:《外国法制史》,复旦大学出版社2002年版,第30页。

⑦ 参见顾准:《顾准文稿》,中国青年出版社2002年版,第582页。

容分述之。

二、远古罗马的人身性破产法

破产的本质是到期不履行债,所以,有什么样的债的概念,就有什么样的破产法。远古罗马采用 Nexus(债务口约)的债的概念,在债务口约的订立过程中,当事人要说这样的套语:“若某某债务人到期不将某款项归还,应将他收为奴隶,使役之、出卖之、杀戮之”。^① 此等套语中规定的“三之”违约后果叫做拘押(Manus iniectio),其内容体现在《十二表法》第三表的规定中:

1. 对于自己承认的债务或对法院判决的事情,授予 30 天的宽限期。
2. 此后,实行拘押,将他带到长官前。
3. 此时如债务人仍不执行判决,或无人在长官前为他担保,则原告将他押至家中,拴以重量不轻于 15 磅的铁链或脚镣,如果愿意,可以加重分量。
4. 债务人在拘禁期间,可自备伙食,如不自备伙食,则束缚他的人应每日供给二粒小麦一磅,如果愿意,可以加量。
5. 双方有权达成简约,如果未达成简约,受判处者要受 60 天的羁押。在此期间,他应在 3 个连续的集市日被牵至大会场执政官面前,并被当众宣布所判定的金额。在第三个集市日,对其实行死刑,或把他卖于台伯河对岸的外邦。
6. 到了第三个集市日,应将之切成块,块多或块少,都不算诈欺。^②

由上可知,拘押的第一步为催告还债,30 天的恩惠期过后债权人可将债务人带到长官前,此时后者有机会提出推迟应诉保证人(Vindex)。如不能提出此等保证人,债权人可监禁债务人 60 天,其间,让他戴上枷锁强制劳动,此为“使役之”,此时的债务人成为 Addictus(债奴)。60 天的监禁期过后,债权人有权杀死或出卖债务人两个选择,此为“出卖之、杀

^① 参见周枬:《罗马法原论》(下册),商务印书馆 1994 年版,第 664 页。

^② 本文援引的《十二表法》条文,统统出自徐国栋、[意]阿尔多·贝特鲁奇:《十二表法新译本》,纪慰民译,载《河北法学》2005 年第 11 期。

戮之”。^① 如此,债务人是以其的人身作为债的担保,尽管很残酷,但相较于《汉谟拉比法典》第 117 条的规定,《十二表法》尚未把债务人的家属的人身作为债的担保,属于残酷中的人道。

《十二表法》第三表的规定属于强制执行法还是破产法,值得探讨。两者的区分在于前者要有多个债权人,所以在意大利语和西班牙语中,破产程序又称竞合程序(*procedura concorsuale*),后者有一个债权人即可。前 5 条都可以看作强制执行法的内容,第 6 条是典型的破产法条文,因为它隐含多个债权人对破产人尸体的分配以及债权人平等原则。

富有趣味的是,《十二表法》并不排斥仅以债务人的财产作为其履行债务的担保,为此在第十二表第 1 条设立了扣押之诉。^② 其中,允许债权人采取法定形式扣押债务人的财产用以清偿债务,但这种诉讼只适用于债务人与国家间的财产关系。例如他对国家欠税的情况。^③ 这样的安排更接近现代破产法的原则,但显然不是主流。扣押财产的威慑力不及扣押人身的大,这种对比让我们得出《十二表法》对于私人债权的保护甚于对于国家债权的保护的结论。

《十二表法》的上述严酷规定为公元前 326 年的《关于债奴的佩特流斯和帕皮流斯法》(*Lex Poetelia Papiria de nexis*)缓和。该法废除了债奴制度,并且解放了所有的债奴,从而使罗马法中的债不再以债务人的躯体作为承担责任的保证。这是平民与贵族斗争胜利的成果。李维评论说,对于罗马平民来说,这像是自由的开端,因为除了犯了某些罪行、仍在服刑的人外,任何人不应受到束缚或监禁,所欠的钱款应当用债务人的财产而不是躯体来偿还。(8,2,8)^④ 李维的话是对罗马人用财产执行取代人身执行的转变的描述。现代意大利作者贝贝分析道,市民的身

① 参见黄风:《罗马法词典》,法律出版社 2002 年版,第 153 页。

② 其辞曰:对购买供祭神之用的动物不付价金的人,在出租牲畜以租金购买祭神用的动物的情况下不付租金的承租人,设立扣押财产之诉对抗之。

③ 参见黄风:《罗马法词典》,法律出版社 2002 年版,第 153 页。

④ 参见[意]彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社 2005 年修订版,第 270 页及以次,译文有改动。

体是市民自由权的客体,身体自由市民才是自由的。^① 人格利益优先于经济利益的规则,终于确立起来。

该法的颁布过程被历史学家记载下来:公元前 326 年,有个叫普布利乌斯的少年因父亲欠债沦为帕皮利乌斯的债奴。尽管普布利乌斯的年龄和长相只能引起人们的怜悯,但是它们却使帕皮利乌斯欲火中烧,干出了伤风败俗的勾当。他认为普布利乌斯的年龄和姿色可以补偿他的贷款利息,于是先用猥亵的言语勾引这个少年,然后开始威胁恐吓他,并且不断提醒他所处的地位。最后,当他看到这个少年向往自由更甚于满足他眼下的处境时,便下令剥光少年的衣服,用鞭子死命地抽打一顿,然后抛到了大街上。备受摧残的少年向人们诉说高利贷者的淫欲和残忍,群众愤怒了,一部分出于对少年的怜悯,一部分是联想到了他们自己和他们的孩子的处境。人们冲进广场,又从广场上成群结队地涌向库里亚会场。突如其来的骚乱迫使执政官召开元老院会议。当元老们来到库里亚会场时,人们跪倒在每一个元老面前,把少年那鲜血淋漓的背脊亮给他们看。就在这一天,债务奴役的锁链由于一个人的肆虐而被打碎了。执政官受命向人民宣布,除了尚未受到惩罚的真正的罪犯外,对任何人都不得施以枷锁禁闭。所欠债务应以债务人的财产而不是以其人身作抵偿。就这样,遭受债务奴役的人被释放了,并且禁止今后再搞债务奴役。^②

但这样的转变抽空了 Nexus 制度的基础,所以,《关于债奴的佩特流斯和帕皮流斯法》的颁布必然要导致新的债的概念的出现。Obligatio 因运而生,它最早由盖尤斯在其 161 年前的《论日常事物》或《金言集》中使用,^③只有约束人们依据城邦的法律为给付的含义,已经没有人身责任的内涵了。这样的债的概念是新的破产法的基础。

① Cfr. Leo Pepe, Riflessioni intorno all' esecuzione personale in diritto romano, In Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo 53 (2009), p. 130.

② 参见巫宝三主编:《古代希腊、罗马经济思想资料选辑》,商务印书馆 1990 年版,第 257 页及以次。

③ 参见[意]朱塞佩·法尔科内:《义务和法锁:追溯债的经典定义之起源》,齐云译,载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》(第 6 卷),厦门大学出版社 2008 年版,第 96 页。

三、公元前2世纪财产性破产制度的产生和发展

(一) 商业时代拍卖财产制度的现身

新的财产性的破产制度包含在拍卖财产(Bonorum venditio)制度中。该制度由裁判官在公元前2世纪在财产占取(Missio in bona)制度的基础上发展而来。财产占取制度是裁判官授权原告对逃跑的未履行债务的被告的全部财产实行占有,以督促被告参加证讼程序,以便诉讼能继续进行。为占有的原告并不具有出售财产的权利。^① 拍卖财产制度就给了为占有的原告这个权利。它是在有多数债权人的情形,裁判官应一个或多个取得占有的债权人的请求授权他们占有债务人财产到一定期限,期满后,授权债权人会议选出一个财产托管人负责编制拍卖计划、债权和债务的状况以及拍卖的条件,然后拍卖财产给出价最高者,买受人接替债务人的法律地位,在规定的期间内对债权人履行债务的制度。^② 裁判官要为待拍卖的财产任命一个保佐人(Curator bonorum)。他代表债权人的利益,可以提出撤销诈害行为之诉。^③

那么,到底哪个裁判官创立了拍卖财产制度呢?盖尤斯认为,它是由Publius Rutilius Rufus裁判官于公元前118年创立的。^④ 有人根据李维的记载认为,是P. Rutilius Calvus裁判官于公元前168年创立的。^⑤ 创立者在程序上做文章,当针对破产人的债务人起诉时,在原告请求栏目中填破产人的名字。在判决程式中就填财产买受人的名字了。^⑥ 还有人认为,在Rutilius裁判官之前,这种制度即已存在,Rutilius裁判官不

① 参见黄风:《罗马法辞典》,法律出版社2002年版,第178页。

② 参见黄风:《罗马法辞典》,法律出版社2002年版,第43页。

③ Cfr. Fabio de Carvalho Groff, Contribuicao ao studio da curadoria de bens na execucao o curator bonorum da bonorum venditio, Dissertacao de Mestrado, Universidade de Sao Paulo, 2010.

④ 参见[古罗马]盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社1996年版,第304页。

⑤ Cfr. M. Del Pilar Pérez Alvarez, Origine e Presupposti del Concorso dei Creditori a Roma, In Teoria e storia del diritto privato, Numero IV, 2011, p. 20.

⑥ 参见黄风:《罗马法辞典》,法律出版社2002年版,第17页及以次。

过为它制作了程式而已,^①或者说,不过把它扩展适用于活人的财产而已。^②这种观点不无道理,我在前文中已指出,远古罗马法中就有扣押之诉起到类似财产拍卖制度起到的作用。

无论是哪个裁判官创立了拍卖财产制度,他们都是在罗马史上的商业时代(公元前2世纪~公元3世纪中叶)创立的,其时,以交换为基础的市场经济已形成和发展,营业(negotiatio)和企业(taberna instructa)的概念得到了法律承认,并且与商业、金融、运输和服务以及小规模的生产门类的企业活动相联的制度和诉权得到了创立。^③所以,不能排除拍卖财产制度与新的经济条件之间的关联。如此,财产拍卖制度中涉及破产的部分,有可能被用来处理企业经营失败的善后问题。所以,财产拍卖制度在有的时候名义上是个人破产的法律形式,实际上可能构成对企业破产的法律调整。

根据德国学者奥托·勒雷尔(Otto Lenel)对《永久告示》的还原,拍卖财产制度适用于如下八种案型。

1. 被判处为将来的审判提供证据却不为自己辩护的人(Qui iudicatus prove iudicatus erit quive ita ut oportet defensum non fuerit)。

2. 依据《关于财产让与的优流斯法》让与财产的人。

3. 与未成年人订立合同,不以自己的名义为自己辩护的人。

4. 为诈欺目的隐藏起来的人。戴克里先和马克西米安给 Terencius 发布的一个敕答(C. 7, 47, 9)提供了一个这方面的案例。某人因为管理 Terencius 的事务对其负债,官司闹到行政总督那里,但债务人藏匿。戴克里先和马克西米安告诫 Terencius 可根据裁判官告示占有其债务人的

① Cfr. M. Del Pilar Pérez Alvarez, Origine e Presupposti del Concorso dei Creditori a Roma, In Teoria e storia del diritto privato, Numero IV, 2011, p. 22.

② Cfr. M. Del Pilar Pérez Alvarez, Origine e Presupposti del Concorso dei Creditori a Roma, In Teoria e storia del diritto privato, Numero IV, 2011, p. 26.

③ 参见[意]阿尔多·贝特鲁奇:《保护与企业主缔约的第三人制度的起源——对古典时期罗马法的一些规范的观察》,徐国栋译,载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》(第3卷),中国法制出版社2002年版,第31页。

财产,经过法律规定的期间后将之出卖。^①

5. 不出面应诉的人以及远离罗马或诉讼地又无代理人的人。^②

6. 没有继承人的人。

7. 继承人被怀疑不能遵从裁判官的提供保证的命令的情形;提供了出庭担保但后来未出庭的人;^③被自权收养的人和归顺夫权的人的财产。^④ 就该大类中的第二小类而言,西塞罗留下了辩护词的 *Sextius Naevius* 诉 *Publius Quinctius* 一案提供了例子。普布流斯·昆克求斯的兄弟盖尤斯·昆克求斯曾与内维尤斯在以纳尔波为首府的高卢合伙经营,盖尤斯去世时指定其兄弟为继承人。普布流斯赶来继承遗产,与内维尤斯就合伙财产的划分产生了争议。盖尤斯留下了一些债务,普布流斯提出出卖其兄弟的一些土地偿债,但内维尤斯提出他有种种困难不能这么做。最后双方在罗马涉讼,都提出了出庭担保,但普布流斯在开庭时间没有到庭,这就构成了“提供了出庭担保但后来未出庭的”的拍卖财产制度适用理由。裁判官多拉贝拉(*Publius Cornelius Dolabela*)应内维尤斯的请求,判定他占有盖尤斯在纳尔波为首府的高卢的涉案财产 30 天,此后将拍卖此等财产,内维尤斯已为此张贴了拍卖公告。普布流斯被从争议财产中逐出。一个 *Alfenus* 阻止了此等行动,他自称当过昆克求斯家族的代理人,当时不在罗马。内维尤斯在与阿尔芬努斯谈过几次后,由于不明的原因,把案件推迟了 1 年半。尔后他请求裁判官继续进行没收财产程序。但普布流斯得到了保民官的帮助,后者威胁要否决没收程序,除非让当事人对簿公堂。于是,内维尤斯和普布流斯商定采用一种叫作协商(*Sponsio*)的程序。两造

① See The Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S. P. Scott, Cincinnati, The General Trust Company, 1932, Vol. XIV, p. 231.

② Cfr. M. Del Pilar Pérez Alvarez, *Origine e Presupposti del Concorso dei Creditori a Roma*, In *Teoria e storia del diritto privato*, Numero IV, 2011, p. 61.

③ Cfr. M. Del Pilar Pérez Alvarez, *Origine e Presupposti del Concorso dei Creditori a Roma*, In *Teoria e storia del diritto privato*, Numero IV, 2011, p. 63.

④ 参见[古罗马]盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社1996年版,第224页。

共同出现于法官盖尤斯·阿奎流斯(Gaius Aquilius)面前。西塞罗出庭为普布流斯辩护,内维尤斯的辩护人则是当时最著名的律师霍尔腾修斯。^①最终普布流斯胜诉。这个案例展示了拍卖财产的程序,同时,它也表示拍卖财产制度并不只是属于破产法。

8. 受死刑判处的人。^② 其实可能还要包括受剥夺市民权或自由权判处的人,因为伽里斯特拉杜斯在其《论皇库的权利和人民的权利》第1卷中说:被判罪的人如果丧失生命或市民权,或被判处沦为奴隶状态,其财产要被充公(D. 48,20,1 pr.)。^③ 此等财产此前就有债权和债务,而且上述判处从法律上看是自然的或民事的死亡,都导致继承,婚生子女被允许在这样的继承程序中继承父亲一定份额的遗产(D. 48,20,1-2)。^④ 他们当处在被罚没财产的债权人的地位。对于此等财产,当然要经过清算程序后才能把拍卖的所得上缴皇库。

顺便指出,受罚金判处也可能导致被判处人破产。例如,搜刮钱财罪的被告受被判处后,要支付4倍于搜刮额的罚金,而这可能导致被判处者破产。^⑤

上述八种案型的顺序并不是按各案型产生时间的先后排列的,而是按合理性排列的。西班牙研究者 M. Del Pilar Pérez Alvarez 相信,最早的是没有继承人的案型。^⑥ 买受人被视为债务人的继承人,^⑦这两者加上

① See Shane Butler, *The Hand of Cicero*, Routledge, London and New York, 2002, p. 9.

② Cfr. M. Del Pilar Pérez Alvarez, *Origine e Presupposti del Concorso dei Creditori a Roma*, In *Teoria e storia del diritto privato*, Numero IV, 2011, p. 39.

③ 参见[意]桑德罗·斯奇巴尼选编:《私犯之债(II)和犯罪》,徐国栋译,中国政法大学出版社1998年版,第209页。

④ 参见[意]桑德罗·斯奇巴尼选编:《私犯之债(II)和犯罪》,徐国栋译,中国政法大学出版社1998年版,第209页。

⑤ 参见蒋军洲:《由私向公的搜刮钱财罪诉讼程序及西塞罗的革新——以西塞罗第一次控告韦雷斯为中心》,载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》(第7卷),厦门大学出版社2010年版,第124页。

⑥ Cfr. M. Del Pilar Pérez Alvarez, *Origine e Presupposti del Concorso dei Creditori a Roma*, In *Teoria e storia del diritto privato*, Numero IV, 2011, p. 41.

⑦ Cfr. M. Del Pilar Pérez Alvarez, *Origine e Presupposti del Concorso dei Creditori a Roma*, In *Teoria e storia del diritto privato*, Numero IV, 2011, p. 22.