

法学名篇小文丛

罗马私法中的过错要素

[德] 鲁道夫·冯·耶林 | 著
柯伟才 | 译

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

法学名篇小文丛

罗马私法中的过错要素

Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht

[德] 鲁道夫·冯·耶林 / 著
柯伟才 / 译

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

罗马私法中的过错要素/ (德) 耶林著; 柯伟才译.
—北京: 中国法制出版社, 2009. 2

(法学名篇小文丛)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0967 - 4

I. 罗… II. ①耶…②柯… III. 罗马法: 私法
—研究 IV. D904. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 010823 号

罗马私法中的过错要素

LUOMA SIFAZHONG DE GUOCUO YAOSU

著者/ (德) 耶林

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/850 × 1168 毫米 32

版次/2009 年 2 月第 1 版

印张/4.75 字数/91 千

2009 年 2 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0967 - 4

定价: 15.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66065921

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

翻译说明

一、本书翻译所用版本

本书从耶林的《罗马私法中的过错要素》（Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht）译出，该文收录于耶林的《法律文集》（Rudolph von Jhering, Vermischten Schriften juristischen Inhalts, Leipzig, 1879, S. 155 ~ 240）。译者在翻译和校对时参考了 O. de Meulenaere 翻译的法文版：《罗马法精神补充学习资料：第一卷，私法中的过错·历史片断》（études complémentaires de l'Esprit du droit romain; I. De la faute en droit privé. Fragment historique Paris : A. Marescq, 1880 - 1892）。

二、译法

本书中的人名、地名、术语、制度及组织机构名称等一般按照通行译法译出。

为便于读者考证，所有拉丁文均附有原文。拉丁文译名主要参考：1、周相著：《罗马法原论》，商务印书馆 1994 年版；2、彼德罗·彭梵得著：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社 2005 年版；3、丁玫等编：《拉汉法律词汇表》。

三、页码

本书中所提到的页码均指原书页码。

四、罗马法原始文献的引注方式

我们现在使用的引注方式是，以各原始文献的第一个字母开头，按照 Buch（卷）、Titel（题）、Lex（条）、Paragraph（段）的顺序排列。如，D. 5. 3. 31. 3，是指 Digesta 第 5 卷，第 3 题，第 31 条，第 3 段。作者当时通用的引注方式跟我们现在不一样。《学说汇纂》的引注方式是，以 lex 的第一个字母打

头，按照条、段、题名缩写、卷、题排列，卷和题一般用括号涵括。比如，D. 5. 3. 31. 3，按照当时的引注方式就是：l. 31 § 3 de her. pet. (5. 3)。其中，l. 31 是指第 31 条（开头的 l 是 lex 的第一个字母，而不是数字 1）；§ 3 是指第 3 段，de her. pet. 是该题名“De hereditatis petitione”的缩写；括号中的 5 是指第 5 卷，3 是指第 3 题。当然，《学说汇纂》并不是每一题下面都有分条、段，比如，l. 61 de adm. (26. 7) 就没有段。另外，要注意 l. 91 pr. de V. O. (45. 1) 中的 pr. 是 principium（拉丁文“开头的”）的缩写，代表首段，换成我们今天的引注方式就是，D. 45. 1. 91. pr.。

《学说汇纂》的引注方式当中并没有标明《学说汇纂》的符号，而其他文献则要用符号表明以便区别于《学说汇纂》。比如，l. 3 Cod. de cond. ex lege (4. 9) 当中的 Cod. 代表了《法典》；§ 4 J. de obl. es del. (4. 1) 当中的 J. 代表《法学阶梯》（注意：作者用 J 而不是用 I 来代表《法学阶梯》）；l. 1 Cod. Theod. de usur. rei jud. (4. 19) 中的 Cod. Theod. 代表《狄奥多西法典》。

五、译者注

为便于读者理解，译者酌情添加了一些译者注。本书中添加译者注的方式有两种：（一）直接添加脚注，以〔1〕、〔2〕、〔3〕……为编号；（二）在原著的脚注后添加。全部译者注均用〔 〕包括，并注明“译者注”，未注明“译者注”的脚注均为原著脚注。原著脚注编号方式为 1、2、3……。本书提到的“注”均指原著脚注。

六、罗马法文献

本书原著主要参考的罗马法文献如下，其中大部分在 The Roman Law Library (<http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/>) 网站上有电子版本：

1. 《学说汇纂》。译者注中的《学说汇纂》片段全部来自 Theodorus Mommsen, Paulus Krueger, *Corpus Iuris Civilis*, I, Berlin, 1954, 翻译时同时参考 Samuel P. Scott, *The Civil Law*, II ~ XVII, Cincinnati, 1932; Pothier, *Pandectae Justinianeae*, Paris, 1818 ~ 23。

2. 《法典》。译者注中的《法典》片段全部来自 Paulus Krueger, *Corpus Iuris Civilis*, II, Berlin, 1954, 翻译时同时参考 Samuel P. Scott, *The Civil Law*, II - XVII, Cincinnati, 1932。

3. 优士丁尼《法学阶梯》。译者注中的优士丁尼《法学阶梯》片段全部来自 Paulus Krueger, *Corpus Iuris Civilis*, I, Berlin, 1954, 翻译时同时参考 Samuel P. Scott, *The Civil Law*, II ~ XVII, Cincinnati, 1932; John B. Moyle, *The Institutes of Justinian*, Oxford, 1913。

4. 盖尤斯《法学阶梯》。译者注中的盖尤斯《法学阶梯》片段全部来自 Kuebler, Seckel, *Gai institutionum commentarii IV*, Leipzig, 1935, 1939。翻译时同时参考盖尤斯著：《法学阶梯》黄风译，中国政法大学出版社，1996 年版；Girard, Senn. - *Textes de droit romain*, I, 7th ed., Paris, 1967; Samuel P. Scott, *The Civil Law*, I, Cincinnati, 1932; Edward Poste, *The Institutes of Gaius*, Oxford, 1904。

5. 《十二表法》。译者查看的版本如下：(1) C. G. Bruns, *Fontes iuris Romani antiqui*, I, Tübingen,

1909, pp. 15 – 40 ; (2) S. Riccobono, *Fontes iuris Romani antejustiniani*, I, Firenze, 1941, pp. 21 – 75 ; (3) P. F. Girard & F. Senn, *Les lois des Romains*, Naples, 1977, pp. 22 – 73 ; (4) M. H. Crawford, *Roman Statutes*, II, London, 1996, pp. 555 – 721, n. 40 ; (5) S. P. Scott, *The Civil Law*, I, Cincinnati, 1932 ; (6) Johnson, Coleman – Norton & Bourne, *Ancient Roman Statutes*, Austin, 1961, pp. 9 – 18, n. 8 ; (7) M. H. Crawford, *Roman Statutes*, II, London, 1996, pp. 555 – 721, n. 40 。

6. 《保氏判例集》 (*Pauli Sententiae Receptae*)。译者查看的版本收录于 P. F. Girard & F. Senn, *Textes de droit romain*, I, Paris, 1967, pp. 370 ~ 407, n. 9。

7. 《摩西法和罗马法汇编》 (*Collatio Legum Moisaicarum et Romanarum*)。译者查看的版本收录于 P. F. Girard & F. Senn, *Textes de droit romain*, I, Paris, 1967, pp. 545 ~ 590, n. 29。

8. *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*。译者查看的版本收录于 P. F. Girard & F. Senn, *Textes de droit romain*, I, Paris, 1967, pp. 605 ~ 623, n. 31。

9. Festus: 《词义: 附保氏摘录》 (Festus Sextus Pompeius, *De verborum significatu cum Pauli epitome*)。译者查看的版本收录于 Georgius Bruns, *Fontes Iuris Romani Antiqui*, 1860 年版第 125 ~ 126 页。

10. *Tabula Heracleensis*。译者查看的版本收录于 M. H. Crawford et al., *Roman Statutes*, I, London, 1996, pp. 355 ~ 391, n. 24。另参见 J. Imbert, *Histoire des Institutions...*, Paris, 1957, pp. 189 ~ 193, n. 106; Johnson, Coleman - Norton & Bourne, *Ancient Roman Statutes*, Austin, 1961, pp. 93 ~ 97, n. 113。

七、参考资料

1. 周相著: 《罗马法原论》, 商务印书馆 1994 年版。
2. 丁玫著: 《罗马法契约责任》, 中国政法大学出版社 1998 年版。
3. 费安玲著: 《罗马继承法研究》, 中国政法大学出版社 2000 年版。
4. 彼德罗·彭梵得著: 《罗马法教科书》, 黄风译, 中国政法大学出版社 2005 年版。

5. 朱塞佩·格罗索著：《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社1994年版。
6. Max Kaser, *Das Römische Privatrecht*, München, 1971年版。
7. Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, 1991年重印版。
8. 《西塞罗作品全集》（*Oeuvres complètes de M. T. Cicéron*, paris, 1817年拉法对照版）。
9. Aulus Gellius, 《阿提卡之夜》（*Noctes Atticae*），*The Latin Library*（<http://www.thelatinlibrary.com/>）；英译本：William Belo, *The attic nights of Aulus Gellius*, 1795。
10. Vergilius, Publius V. Maro, 《埃涅阿斯纪》（*Aeneid*），《牧歌》（*Eclogues*），*The Latin Library*（<http://www.thelatinlibrary.com/>）。
11. 前述第六项提到的资料。



纪念文章*

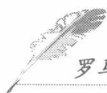
探索自然或历史当中至今仍未被开发的领域，用新发现的东西扩大知识的总量，是科学研究当中的一件惬意的事情。然而，这种运气降临到每一门科学头上的机会和方式并不是同等的。新发现之无限可能性对自然科学敞开着大门，而且每一个新发现都不会缩小而只会进一步扩大继续发现的视野。而对于历史科学，这种可能性并非同样是无限的；在历史科学当中存在某个时点，在这个时点上，如果没有新发现的原始文献可用，科学研究必然会局限于从不同的方面或者视角来观察已知事实，而不能获得知识总量的巨大

* 于1867年受吉森法学院之托，为其常委、刑法学家 Birnbaum 教授、教务长获得教授席位五十周年纪念而作。[本文翻译采用的是收录于 Rudolph von Jhering, *Vermischten Schriften juristischen Inhalts*, 1879, 第155~240页的版本。——译者注]

增加。二十年来，罗马法史似乎正处在这样的时点上，盖尤斯的《法学阶梯》的发现^[1]所造成的历史资料的增加，在之前的二十年里已经基本被用尽；至少在这最近二十年里，我们的法律史知识的总量基本上没有增加，可以说四十年代初对罗马法史的阐述对于今天的应用来讲是不完整的、不充分的。因此，如果不愿满足于贫乏的零星知识，对这个法律领域的科学研究只能沿着已经走上的道路，对现有的、不会有大量增加的资料投入更多的精力。我并不是说，这个任务与拓展资料的任务相比显得不那么重要；因为只有通过它，纯粹的外部财富才能变成真正属于我们自

[1] [该书是1816年德国历史学家尼布尔（Barthold Georg Niebuhr）在意大利北部的维罗纳教会图书馆中发现的，用羊皮纸写成，仅缺3张，但上面又写着圣雅罗姆（St. Jeroma）的书札和评论，所以很多地方字迹很难辨认。后来请萨维尼进行鉴定，最后确认该手稿确系公元5世纪盖尤斯的《法学阶梯》手抄本。后高森（Goeschen）、贝克尔（Bekker）和贝特曼·霍尔韦格（Bethmann Hollweg）进行研究，于1820年出版。其后布鲁姆（Brume）于1821～1822年进行研究，斯图代蒙德（Studemund）于1866～1868年进行研究，于1874年出版了增订版。1878～1883年，斯图代蒙德又对该手稿作了进一步的化验，并于1884年出版了第三版。参见周相著：《罗马法原论》，商务印书馆1994年版，第66页附注。——译者注]

★注：页边的数字为本文在原书中的页码，因在书中多次提到原书的页数，故译者标注以方便读者查找。



己的财富。当前的尝试也是朝着这个方向进行的。本文没有带来新的事实资料，而将尝试以某种方式利用现有的资料，这应该会对我们比以前更富有教益。促使本文产生的外部原因^[2]，将会把这些纸张^[3]送到一些受过科学教育的外行手里，而我认为，我在选题和论述方式方面应该都已经考虑到了这个情况。

I.

在整个法律领域当中，没有哪个概念能像刑罚（Strafe^[4]）的概念那样具有如此重要的文明史意义；没有哪个概念能像刑罚的概念那样可靠地反映民众在各个时期的思维方式、情感方式以及文明程度；也没有哪个概念像刑罚的概念那样，如蜂蜡般柔软，接收

[2] [这个“外部原因”是指 Birnbaum 教授获得教授席位五十周年纪念。——译者注]

[3] [“这些纸张”是指本文。——译者注]

[4] [“Strafe”一词包含汉语的“刑罚”及“惩罚”之意，德国的“Strafrecht（刑法）”就是由“Strafe”和“Recht（法律）”结合而成的。下面作者提到，“这里所说的刑法不是我们现代意义上的刑法，而是惩罚的概念在历史中的发展”（原书第157页）。从这个意义上讲，“Strafrecht”应该翻译为“惩罚法”。因此，后面根据上下文选择将 Strafe 翻译为“刑罚”或者“惩罚”。——译者注]

157 并忠实地保留了民众的道德进化在各个时期留下的痕迹。许多个世纪过去了，在其他法律概念上没有留下任何痕迹，罗马物权法的基本概念——所有权，占有以及地役权，在现在看来跟两千年前几乎没什么两样。因此，如果想要通过这些概念考察它们所适用的民众在此期间所经历的变化，将会是白费力气。

这些概念似乎就是法律生命体坚固、稳定的（unedeleren）部分——骨架，一旦发育完全就不会再发生大的变化。然而，刑法是一个枢纽，在这个枢纽上汇聚着这个生命体最敏锐的神经和血管，每一个印象，每一个感觉都可以在那里被感觉到并体现于外部。刑法是法律的面孔，反映着所有民众的个性、思想、情感、性情、热情、文明或者野蛮程度。一句话，刑法体现了法律的灵魂——刑法就是民众本身。民众的刑法史是人类心理学的一部分。

这里并不是要列举刑法的观念和形态在时间长河中经历的巨大转变，而仅仅是要为此提供一点微薄的贡献（Beitrag）。虽然这个题目属于罗马民法的领域，但是它有资格在刑法的编年史中占据一页，这里所说的刑法不是我们现代意义上的刑法，而是惩罚的概念



在历史中的发展。我们现在对刑法和民法的区分，虽然从我们现在的法律系统分类的观点来看是有道理的，但却造成了一个弊病，即我们的科学完全忽略了惩罚的概念在民法当中应当受到的重视。不得不承认，我们现在的法律正好说明了这一点。这个概念在我们当前的法律当中没有获得应有的重要性及适用范围。抛开协议惩罚（Conventionalstrafe）不谈（协议惩罚已经超越了惩罚概念本来的意义），当前的学说举出的仍然会招致刑罚的案例也是极其有问题的，其中的大部分案例只存在于教科书当中，而没有获得生活中的应用；在现代世界中，惩罚的概念一步步从民法的领域缩回到刑法的领域中去，而在法律文明的低级阶段，惩罚的概念渗透进了法律的各个部分。

158

面对如此重要的变化，习惯于探寻事物原因的人不会满足于单纯的事实，而是会去寻找其解释，并且一旦热情地投入，他将越来越深入地追溯到刑罚的历史中去。他追溯得越深入，就会越频繁地看到那个现象在刑罚的早期发展阶段不断出现。对这个现象的解释为我们现在的法律提供了研究的机会和出发点。刑罚的历史是刑罚不断式微的历史。在法律的起始阶

段，刑罚的概念具有绝对优势的地位；刑罚要素渗进了全部法律当中，所有的法律关系或多或少都包含刑罚要素；法律的进步在于刑罚范围的不断收缩以及刑罚概念的不断净化。虽然这个结论首先是从罗马法获得的，但却适用于所有的法律。这个结论为我们揭露了一个有趣的文化史事实，即法律的历史可以体现人类的教养：这是人类从野蛮、盲目的狂热和复仇心向节制、自制和正义的进步。被罗马民法发展所证明的这个现象，将是本文的内容。

159 为了正确地理解这些内容，我必须阐明一个区分。这个区分虽然在罗马法当中实际上是非常明显的，但不管是罗马时代的法学还是现代法学都没有给予足够的重视。每个人都知道所有权人对善意占有人的返还请求和失主对小偷的返还请求之间的区别。在前一种情况下，只涉及到一个系争权利的存在的问题，原告不需要指责对方对其权利的侵犯是有意的、应受谴责的；这种指责也可能会发生，并且会对责任范围产生影响，然而，它并不是必然的。换句话说，主观过错对原告的这个请求来讲并非实质性要素。这个请求只跟被告所造成的现实状态之不法性