

罗马法

Roman Law and Modern Civil Law

与 现代民法

厦门大学法学院罗马法研究所主办

The Annals of Institute of Roman Law Xiamen University

徐国栋 / 主编

Edited by prof. Xu Guodong

第三卷 (二〇〇一年号)

Vol.3(2002)

中国法制出版社

China Legal Publishing House

x in tenebris lucit



Roman Law and Modern Civil Law

与 现代民法

厦门大学法学院罗马法研究所主办

The Annals of Institute of Roman Law Xiamen University

徐国栋 / 主编

Edited by prof. Xu Guodong

第三卷 (2001) 年号

Vol.3(2002)

责任编辑 李仕春

图书在版编目(CIP)数据

罗马法与现代民法/徐国栋主编.—北京:中国法制出版社,2002.10

ISBN 7-80083-717-3

I. 罗… II. 徐… III. ①罗马法-研究②民法-研究
IV. ①D904.1②D913

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 65677 号

罗马法与现代民法(2002 年号)

LUOMAFU YU XIANDAI MINFA

主编/徐国栋

经销/新华书店

印刷/河北省涿州市新华印刷厂

开本/850×1168 毫米 32

印张/15.625 字数/377 千

版次/2002 年 10 月北京第 1 版

2002 年 10 月北京第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80083-717-3/D·689

(北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031)

定价:28.00 元

(发现印装问题请与本社发行部联系

电话:66062752)

(发现内容误差请与本社编辑部联系

电话:66032924)

主编絮语

本卷收 18 篇文章，比上卷所收文章多，总字数也是 30 万字多一点，每篇文章都没有上卷的那么长，但我对本卷的内容十分满意。

在“罗马法研究”栏目中，我们首先登载了萨萨里大学教授弗朗切斯科·西尼的“罗马宗教—法律制度中的人与神”一文，这填补了一个空白。罗马法在我国，是被当作调整人与人之间关系的法理解的，然而，在古罗马人的意识形态中，他们的城邦是人神混居的世界，神—人相伴相依——神因人的血祭而强壮；人因神的护佑而强大。因此，法律的另一方面的重要使命是调整人与神的关系，维持与神的和平。没有对罗马人的这种意识形态的理解，我们就无法理解罗马人的这样的法学定义“法学是对神和人的事务的认识”（J. 1, 1, 1）。“神事”的地位甚至排在“人事”的前面哦！因为神的态度决定公共安全，在这个意义上，关于神事的法是公法（乌尔比安说公法的内容有“圣事”、“祭司”和“长官”3个方面。D. 1, 1, 2）；关于人事的法是私法。西尼教授是意大利著名的罗马神法专家，在这方面颇多著述。感谢他的此文对增进国人对罗马法的另一面之了解的贡献。

贝特鲁奇绝不放过本论丛的任何一期。这次又奉献了“保护与企业主缔约的第三人制度的起源”一文，把消费者保护立法的历史上溯到了古罗马。而且我们还可以从此文看到罗马法中存在系统的代理制度（其中包括委托授权的公示制度和复代理制度）甚至客观责任制度。读了这些，我们不得不产生“阳光之下无新

事”的感想。

迪里贝尔多教授的“关于时下对十二表法的研究现状的一些思考”一文是为我于2001年11月29日在罗马一大作的学术报告“十二表法在中国”所作的一个导言，不能与此文相伴发表的我的这一文章的中文本“对十二表法的4个中译本的比较分析”将发表在《求是学刊》2002年第5期，感兴趣的读者可以参看。迪教授的文章尽管很短，却包含许多重要的信息，它提出了一个惊天的疑问：我们现在经常阅读和援引的十二表法是否它在十人团立法后的形态？我们必须注意到，近代以降的学者对十二表法的整理以部门法观念为基础，各表的内容按不同的法律部门或同一法律部门的不同分支组织，然而，是否公元前6世纪的古人就有了部门法的观念？我对民法史的研究（参见我的《民法的名称问题与民法观念史》，未刊稿）告诉我，部门法观念的出现时间不到300年。因此，迪里贝尔多教授的观点尽管在世界罗马法学界还少有人接受，但一下子就让我接受了。

顺便指出，迪教授是十二表法的专家，曾经任卡利亚里大学教授，写了两本关于十二表法的专著。1999年，他作为当时的意大利共和国司法部长来中国参加第2届罗马法大会。斯奇巴尼教授把他介绍给我时，我为他的十二表法专家的身份吃了一惊，心想一个5000字左右的十二表法怎么能作为终身的事业？他随即送给我的著作《还原十二表法的素材》（441页）部分地消除了我的疑惑。会后我就成了他的十二表法的中译本收集人了。同时由于这个机缘，使我窥见了十二表法的深邃，我也因此在意大利同事的帮助下为这一法律增添了一个新的中译本，并且在厦大花多个课时在《罗马法史》课程中讲授这一法律，已经形成了4万多字的对这一法律的评注。不了解这些，就不知国外罗马法研究的细致和深入！

本卷临时增加了“罗马法传播史研究”栏目，意图对罗马法

传入中国的历史作一总结，顺便也总结一些类似国家这方面的历史。感谢包括 95 岁老人周栢先生在内的同事们提供的支持，我成功地达到了自己的目的。这一栏目可以细分为两个部分。首先是对罗马法传入中国的过程的研究，包括前 4 篇文章；其次是对罗马法传入俄罗斯的情况的研究以及对十月革命前的俄罗斯、南斯拉夫的罗马法教学情况的介绍。

王健是近来法学界脱颖而出的学者，对西法东渐史卓有研究。他的“罗马法传播中国文献稽考”一文对罗马法最初传入中国的历史作了研究，把国人知晓罗马法的时间框定在清同治三年（1864 年），如此，罗马法在中国的传播史至今不过 138 年。在这一期间，一些重要的专名译法屡屡变迁，堪称趣话。例如，在王君的此文中，优士丁尼就分别以“入斯底安尼”（从法文音译）、“邱斯基尼恩”、“遮司替尼安”（此两者从英文音译）、优斯启利安（可能从俄文音译）4 种形式出现，非通晓多种欧洲语言者不能确定它们指称同一人。还有，我们熟悉的特里波尼安，在王君收罗的近代文献中分别成了“翟利破尼”和“退破尼乌”；恺撒成了“责撒尔”；裁判官成了“臬宪”；承审员成了“臧员”……令人忍俊不禁。看来，在“查士丁尼”的译名产生之前还有好多译名呢！自从黄风带领我国学者抛开中介语言直接通过拉丁语“接通”罗马法后，本着名从主人的原则我们采用“优士丁尼”的正确译名，此举在今年年初的翻译研讨会上遭到包括贺卫方在内的一些学者的反对。如果放眼历史，会发现“查士丁尼”的译名并不长久，完全可以新的正确译名取代它。

王君的文章还追溯了中国的罗马法教学史，发现近代新设的诸大学几乎都有罗马法课程，但见诸记载的教材、教习却屈指可数，由此合理怀疑当时各高校为了胡弄教育部虚设课程，此一推理也解开了我心头的疑案：哦！原来流传的教学计划表等资料不可全信。君不见当今为了过评估，许多高校不是挑灯夜战伪造教

学档案吗？此风由来有自，何足为怪哉！

王君介绍的两篇附文可以作为相隔近百年的当代罗马法研究的参照系。我惊讶地发现，我近来完成的“共和晚期希腊哲学对罗马法的技术和内容的影响”在1933年的《法律评论》上有其对应物“希腊哲学对于罗马法之影响”。近年来，北京大学的博士生易继明先生倾力研究大陆法系的希腊源头，在这方面取得了令人瞩目的理论推进（参见其博士论文“私法精神与制度选择”），然而，我们在王君介绍的资料中惊讶地发现，上上个世纪末的人们经常这样说：“罗马之王也，其政又本之希腊，希腊所有制度，则又自埃及天方诸国，以渐而西者也”。嗟乎！古人不仅追溯罗马制度于希腊，且进一步追溯于埃及也。这种见识当令我们汗颜。由于文化遗忘之经常发生，有时返顾本民族百年前文献或可帮助我等寻找有价值之研究方向也！

周栢先生的“我与罗马法”一文衔接王文，介绍周先生本人与罗马法接触并传播这种法的个案，为珍贵的史料，是一位95岁的老罗马法学者对其事业的奉献，为此我们感谢周教授，并祝他安康幸福。从这篇文章我们新知道了还有路式导、徐铸等罗马法学者。老先生写作名著《罗马法原论》的过程和曲折的出版经历：抗战的爆发、左倾运动使这本书的出版推迟了60年，令人嗟叹！我们现在能用到这本良书，要感谢安徽大学的惊人识见和良好的学术组织。周先生乃一代宗师，中国与意大利建立起学术联系之前的罗马法教师，大都出自其门下。

周老文章中提到陈朝璧先生著名的《罗马法原理》一书源自其比国老师底柏里埃教授的讲义，这是当时留学生回国后一种通常的著述方法，不足为怪。一本洋老师的笔记养活一个中国教授终身，也不足为怪。然而，这本1937年出版的书仍然被大陆人经常阅读和援引，并且据说在台湾至今重版，更有甚者，有人将此传为佳话，此乃大怪与大不幸也，无非说明台湾罗马法学术在

65 年的期间内无进步而已！

谢邦宇教授的“罗马法在中国的传播”一文把我们带入了罗马法在中国传播的中华人民共和国“文革”前阶段。感谢谢老的文章，我们看到了 1962 年罗马法教学在北大的昙花一现。当时的高教部把罗马法看得何等地高，要求课程的承担者掌握 5 门外语：拉丁语、英语、西班牙语或葡萄牙语、俄语、法语，^① 这种要求至今仍可对新一代罗马法学者提出来。但可惜谢老承担的使命夭折于法律虚无主义的寒流之中。

丁玫的“优士丁尼的《民法大全》与中意法律文化交流”一文开始叙述改革开放以后罗马法在中国的传播史。我们看到，这是一个成果丰硕的时期，罗马法在中国的传播进入了最顺利的阶段。其成果是延长了中国民法学者的知识链条：如果说此前不专攻罗马法的民法学者的民法史知识往往只到德国法为止，那么，此后的非专攻罗马法的民法学者具有充分的条件把自己的知识链条从德国法再往前延伸到罗马法。这种知识的扩张的效应已经体现在中国民法典的起草争鸣中：在日耳曼学派学者的声音的旁边，终于有了拉丁学派学者的声音，相信后一种声音会随罗马法的进一步成功传播而扩大。

哈书菊、夏启明的“罗马法对前俄罗斯立法影响的历时性审视”一文必须与贝特鲁奇发表在本论丛第 1 卷上的“‘巴西尔法律全书’的特色和在拜占廷法和欧洲法律传统中的地位”一文相互参看，才能取得较好的阅读效果。我们从此文知道了罗马法传入俄罗斯的第 1 条道路：拜占廷的道路。这条大路由两条小径组成：一是世俗法；二是教会法，由此我们发现了罗马法与教会法的关系：后者有时候不过是前者的另一种形式而已。如果我们熟悉贝特鲁奇的文章，我们就会发现拜占廷的立法基本上一五一十

① 根据 2001 年 10 月 25 日我对谢邦宇教授的电话询问。

地被搬到了俄罗斯，例如 *Ecloga*（选集）和 *Prochiron*（首要的法律）。在这篇援引俄文文献写成的文章中，较早的大陆法系总是被称为“希腊-罗马法”，这与王健文章中反映的中国上个世纪 20-30 年代的情况相仿佛。俄罗斯 1649 年颁布的《法律大全》采用优士丁尼《法典》的基本内容，诸法不分的事实为后者是总法典的结论提供了一个论据。我们都知道在十月革命前俄罗斯曾在斯佩兰斯基的主持下起草一部民法典，这篇文章告诉我们在斯佩兰斯基之前，还有由 Rozenkampf 男爵主持的模仿法国模式起草民法典的流产尝试。该男爵用的是一个德国名字，他也许标志着俄罗斯转向了其继受罗马法的第 2 条道路——德国道路。

塔吉雅纳·阿列克谢耶娃的“国立圣彼得堡大学的罗马法教学简史”一文马上向我们展示了这条道路。在此文描述的时代（19 世纪），俄罗斯一流大学的罗马法教师就以留学德国为必要了。我们看到，此时圣彼得堡大学的罗马法教学内容是按照潘得克吞体系组织的（即物文主义的体系。“物法构成了其法律体系的第一部分，人法则是它的补充”），德国的教材首先在这里直接使用，慢慢地有了俄罗斯人自己写的德国式的罗马法教材。谁能料到，此时发生的俄国法律传统向德国法的转向会对未来的中国产生影响呢？然而，这里的把罗马法分为“罗马法原理”和“罗马法史”两门课开的教学方式（在今天的俄罗斯联邦至今保留），以及开罗马法实习课的做法从未对中国产生过影响。从这篇文章我第一次系统地知道了上述两门课的分工：罗马法原理主要研究罗马私法；而罗马法史研究公法和私法制度的历史和起源。这种分工实际上是对罗马公法的教学和研究价值的承认，这是一项我们到目前都未完成的工作。过去我很难理解罗马法的实习课上，经过数年的教学经验和与外国同行的交流，我现在知道怎样上这门课了：例如，布置学生把优士丁尼《法学阶梯》的某一部分转换为现代式的法律条文，这不就是罗马法实习吗？学生可以

从这一过程中得到极大的锻炼。

现在我们该从马雷尼查教授的论文“南斯拉夫罗马法教学情况概览”看我国罗马法教学与另一东欧国家的比较结果，我绝望地发现，此文告诉我们罗马法教学在全球都遇到了困难，尽管如此，只包括塞尔维亚和黑山的南斯拉夫仍然有 11 名罗马法教师（其中贝尔格莱德大学 4 名，该大学相当于我们的北大吧，我想知道的是，北大有罗马法教师几人？）。尽管都是社会主义国家，谢邦宇教授告诉我们“文革”前大陆中国的罗马法教学只维持了 1 年，而南斯拉夫的这种教学一直维持。看来，社会主义对罗马法教学并未规定统一的模式。在目前正鼓足干劲争取加入欧盟的南斯拉夫的诺维萨德大学，罗马法教学得到了较好的组织：罗马法私法要教初级和提高两门课，但罗马公法被剔除了，我把这门课理解为罗马法史课程的另一种存在形式。

“民法典研究”是本论丛的传统栏目，这次登载了章礼强的“人：民法之本位及民法典编制之归依”，它表达了作者的人文主义的民法观以及他对民法典的结构设计的意见，正切合民法学界忙于制定民法典草案的主流工作。

“拉丁美洲法研究”栏目发表的是意大利著名罗马法学者卡塔兰诺的西班牙语文章“一个被遗忘的概念：消极权”，作者竟然从古罗马的保民官制度总结出了与积极权相对立的消极权理论；从平民的撤离运动看到了现代的罢工制度与和平反抗权制度的先祖，这说明了罗马公法的价值以及它与当代现实的密切关系。

“民法哲学研究”栏目这次发表了一名英美法学者科隆曼的文章“合同法与分配正义”。作者运用其法系的传统的功利主义分析工具考察了实现分配正义的合同法途径和税法途径的利弊，并作出了自己的选择。本文对简单问题达到的分析深度令人叹为观止：原来我们以为简单的问题被发现并不那么简单。文章提出的一些价值观念与罗马法的相应观念的差异十分打眼：

西塞罗在其《论义务》中为我们提供了一个诚实生活的实例：昆图斯·谢沃拉想买一块土地，请求出卖人很快对他说一个死价；后者这样做了。谢沃拉说，他对土地的估价比出卖人所作的估价高，因此在出卖人的开价上加了10万赛斯退斯。

科隆曼为我们提供的则是一个“合理生活”的实例：A拥有一片富含某种矿藏的地产，A对此不知。B是一个训练有素的地质学家，检查该地产发现了矿藏，在没有透露他所了解的情况的条件下，以低于其真实价值的价格出价向A购买这块土地。A表示同意，后来试图以B没有披露他对该项财产所了解的情况无异于欺诈为由要求解除合同。科隆曼认为，法律并不要求知情的买方披露信息，至少在信息是经过他们仔细调查而来的情况下是这样。

上述对基本相同的事实的差异处理，如果未反映两大法系人性论假设的不同，至少也反映了古今法律这方面的不同。

张展为的“赠与合同的法理浅析”一文也涉及一个富含人性论命题的领域。作者一开始就告诉，赠与不像人们理解的那样是无偿的，事实上，它是对先前作出的一个给予的回报。这样的图景下的人们生活得很“合理”。但张展为也研究了募捐问题，至少可以发现在募捐中是谈不上回报的，由此我们看到了赠与的不同分支的强烈个性。总之，此文是我见过的对赠与作了最全面之研究的文章。

金勇军“会计师第三人责任问题”一文分析了最高人民法院就我们出现不久的会计师第三人责任问题发布的几则司法解释，运用广泛的美国这方面的判例学说与最高法院的解释比较分析，对可以追究责任的第三人的范围、会计师承担此等责任的要件等问题作出了精辟的分析。在方法论上，作者结合“土”“洋”的功夫令人钦服。

周江洪的硕士论文“网络交易中的法律制度研究”洋洋5万

余言，表现了兰州大学的研究生攻占前沿问题的能力，此文对网络交易法律问题的方方面面作了周详的研究，令我这个刚刚抓住了网络时代的一条尾巴的人开眼不少，深感后生知识之新、潜力之可畏。其中提出的一些建议发人深省，例如，把可以随时查阅的电子报文作为合法的书面文件的建议。作者关于网络交易的论述把我们刚刚从统一合同法规定了 EDI 获得的自满大小，提醒我们还有更摩登的法律问题等待我们解决。他关于数字认证机构的“准公证”机构的性质设定，肯定预示了现在的以纸质文件为基础的公证制度即将面临的挑战。

黄风和程波的“罗马的法律大全”肯定将给罗马法研究者带来极大的便利，它是目前国内最全的关于罗马法律的介绍。我自己通过阅读这一稿件就学到了不少的东西。例如其中介绍的《关于粮价的优利亚法》（颁布年代不详）就是惩治以投机为目的的囤积食品行为的，它诱使我相信，在戴克里先的价格敕令之前，罗马还有更早的价格干预立法。经济法的教授们肯定如获至宝。

最后是我的“重返意大利学术日记”。我想在这篇文章中告诉读者意大利的罗马法研究水平在 19 世纪 60—70 年代的落后状态，它是如何通过合理的学术组织得到改善的？意大利的“有机”知识分子为何能获得人们的尊敬，现代意大利罗马法学者强烈的务实态度、罗马法学在意大利遭受的相对冷遇等。相信读者会从中获得自己所需要的。

编完本卷，我即将去美国的哥伦比亚大学学习一年，从事“按普通法方法操作的美国民法典研究”课题，我预料，本论丛的下一卷将更多地反映普通法系的罗马法因素。

徐国栋

2002 年 6 月 9 日中国足球队负于巴西队
之次日于胡里山炮台之侧

目 录

主编絮语	(1)
------------	-----

罗马法研究

罗马宗教—法律制度中的人与神：神的 和平、神的时间（节日、祭日）、牺牲	弗朗切斯科·西尼 徐国栋译 (1)
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分析	阿尔多·贝特鲁奇 徐国栋译 (27)
关于时下对十二表法的研究现状的一些思考 ——为十二表法的一个新中译本而作	奥利维罗·迪里贝尔多 徐国栋译 (51)

罗马法传播史研究

罗马法传播中国文献稽考	王 健 (59)
我与罗马法	周 枏 (99)
罗马法在中国的传播	谢邦宇 (118)
《优士丁尼民法大全》与中意法 律文化交流	丁 玫 (131)

罗马法与现代民法

罗马法对前俄罗斯立法影响的历

- 时性审视 哈书菊 (151)
夏启明

国立圣彼得堡大学罗马法教学简史 (1917年十月革命前)

- 塔吉雅纳·阿列克谢耶娃 (169)
林艳琴译 朱福惠校

- 南斯拉夫罗马法教学情况概览 安东·马雷尼查 (184)
丁 玫译

民法典研究

人：民法之本位及民法典编制之归依

- 质疑我国民法应兼社会本位说 章礼强 (197)

拉丁美洲法研究

- 一个被遗忘的概念：消极权 皮兰杰罗·卡塔兰诺 (215)
徐涤宇译

民法哲学研究

- 合同法与分配正义 安东尼·T. 科隆曼 (235)
王建源译 奚俊坚校

合同法分则研究

- 赠与合同法理浅析 张展为 (283)

会计师第三人责任问题

——评最高人民法院的几件司法解释

- 金勇军 (332)

硕士论文

- 网络交易中的法律制度研究 周江洪 (359)

杂项研究

- 罗马的法律大全 黄风、程波 (439)
- 重返意大利学术日记 徐国栋 (464)

Contents

The Introduction of the Articles of This Volume

The Studies about Roman law

Human Beings and Gods in the Roman Juridical – religious System: Pax
Deorum, Times of Gods and Sacrifice

Francesco Sini

Translated by Xu Guodong

On Origin of Protection to the Third Parties with the Enterprisers:
Observation to Some Classical Roman law Norm

Aldo Petrucci

Translated by Xu Guodong

A New Chinese Translation of XII Tables Law: Some Reflection on the
Situation of Our Researches

Oliviero Diliberto

Translated by Xu Guodong

Studies about the History of Diffusion of Roman Law

An Examination to the Chinese Literatures about the Diffusion of Roman
Law

Wang Jian

Roman Law and I

Zhou Nan

The Diffusion of Roman Law in China

Xie BangYu

Corpus Iuris Civilis Iustiniani and the Sino – Italic interchanges of
Juridical Culture

Ding Mei

罗马法与现代民法

An Historical Examination of the Influences of Roman Law on the Russian
Legislation before URSS

Ha Shuju, Xia Qiming

A Short History of Roman law Teaching in the National University of Saint
Petersburg before URSS

Tatiana Alexeeva

Translated by Lin Yanqin

Corrected by Zhu Fuhui

A Survey to Roman law Teaching in Jugoslavia

Antun Malenica

Translated by Ding Mei

Studies about the Civil Codification

Person: Civil Law's Post and Civil Code's Compilation Basis: Questioning
the Theory that Our Country's Civil Law should also Adopt Society Post

Zhang Liqiang

Studies about the Latin – American Laws

Negative Power: a Forgotten Concept

Pierangelo Catalno

Translated by Xu Diyu

Studies about the Civil Law Philosophy

Contract Law and Justice of Distribution

Anthony T. Kronman

Translated by Wang Jianyuan

Corrected by Xi JunJian

Studies about the Special Part of Contract Law

A Preliminary Analysis to Some Theoretical Problem in the Contract of
Gift

Zhang Zhanwei

The Problem of Liability of Accountant to Third Parties