



中国民商法专题研究丛书

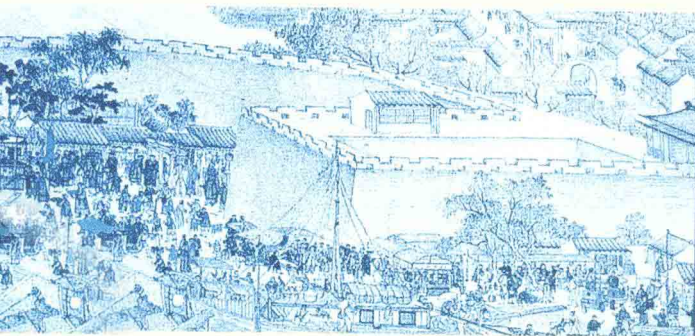
梁慧星 主编

“十一五”国家重点图书

基督教与罗马私法

——以人法为视角

汪 琴 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书获得浙江林学院学术出版基金资助



中国民商法专题研究丛书
梁慧星 主编

基督教与罗马私法

——以人法为视角

汪 琴 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

基督教与罗马私法:以人法为视角 / 汪琴著. —
北京:法律出版社,2011.7
(中国民商法专题研究丛书)
ISBN 978-7-5118-2284-0

I. ①基… II. ①汪… III. ①罗马法—私法—研究
IV. ①D904.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 136333 号

中国民商法
专题研究丛书

基督教与罗马私法
——以人法为视角

汪 琴 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2011 年 9 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 北京北苑印刷有限责任公司

印张 12.75 字数 334 千

印次 2011 年 9 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 978-7-5118-2284-0

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《中国民商法专题研究丛书》总序

我于1988年起担任中国社会科学院法学研究所民法研究室主任,开始考虑学术发展和人才培养问题。时值20世纪90年代初,中国内地遭遇学术著作出版难,尤其未成名的年轻学者的学术著作出版更难。遂仿照王泽鉴先生担任台湾大学法学系主任时编辑出版《台大法学丛书》的办法,编辑出版《中国民商法专题研究丛书》。预计用二十年时间,出版100部民商法专题研究著作。

其编辑宗旨是,从中国改革开放和发展现代化的市场经济的实际出发,广泛参考发达国家和地区民商事立法的成功经验和最新判例学说,深入研究民商法的基本理论和实践中的重大法律问题,为中国民商事立法的现代化和民商事审判实务的科学化提供科学的法理基础,提升民商法理论水平,推出民商法理论研究人才,使中国民商法理论研究尽快赶上发达国家和地区的水平。

著作之入选丛书,不论作者职称、地位、亲疏,以学术性为唯一考量。不约稿、不组稿、不需推荐,

概由作者自荐。欢迎自荐博士学位论文。丛书虽以“民商法专题研究”为名,其入选著作并不以民商法学为限。涵盖民法、商法、民事诉讼法、仲裁法、经济法、环境法、国际私法、国际经济法、民商事国际公约惯例等领域,而与广义之“私法学”概念相若。

自1994年推出第一部著作始,迄今已有十余年了,已出版著作50部。出版社方面注意到本套丛书在国内外已产生良好影响和社会效益,决定自第51部著作始,重新设计、增大开本、改变装帧,更加精编精印。特补述丛书编辑缘起及宗旨,作为总序。

梁慧星

于北京城南清芷园

2005年12月8日

序 言

2000 年调来厦大,次年当上博导,招民法基础理论和罗马法两个方向的博士生,当时是前者热而后者冷。一些自忖考不上前者的人遂投考后者,考上了也不研究罗马法,罗马法方向成了一些人进入创造社的敲门砖,惨遭始乱终弃的命运,我为之烦恼。一忧虑罗马法斯文扫地。罗马法在欧洲是贵族的学问,只有自认对民法游刃有余的人才问鼎罗马法,而它在中国的地位被反过来。二忧虑中断了厦大的罗马法传统。大家知道,周枬、陈朝璧、米健等罗马法学者都曾在厦大工作过,在这里撒播过罗马法的种子,尤其是陈朝璧先生,在改革开放开始时已退休,却在 70 多岁的高龄受命重建法律系,并复兴厦大的罗马法学,为此招了全国第一届罗马法研究生,米健即为第一批学生之一。不巧未及毕业,陈先生就驾鹤西去。米健靠吃“百家奶”完成罗马法学业,不过旋即奔北京而去,留下厦大的罗马法地盘空空荡荡。我来厦大后,接上了上述 3 位的线,但罗马法不是个人的事业,它在某个大学的存

在不仅应体现为招生简章上的文字以及课程的设置,而且更应体现为相关的博士论文的完成,但我招了几年罗马法方向的博士生后却未产生过罗马法博士学位论文,我心忧戚焉。正当此时,汪琴又作为罗马法方向的考生高中了。

记得是在 2007 年的圣诞节,我在白鹭洲酒店请全体学生吃饭,说出了我的忧戚,汪琴当场表示愿写罗马法题目并请求我给题,我建议了“基督教对罗马私法的影响”的题目,汪琴接受之。由于担心承诺变为戏言,我要求她宣誓,她如此行。从此我立下规矩:凡考罗马法方向博士生的,要宣誓毕业论文必须写罗马法。这一规矩从汪琴始,一直执行到今天。

在白鹭洲宣誓后,我没有很指望汪琴能写出罗马法的博士论文,因为她在大学教的就是民法,而且在学过程中写的文章也是民法方面的,尤其是土地使用权方面的。而且,最主要的切题参考文献是法语的,而汪琴当时不懂法语。尽管如此,在宣誓的 1 年后,汪琴就把完成的洋洋 295 页的论文《基督教对罗马私法的影响——以人法为中心》放到了我的案头。我着实吃了一惊,在认真审读,确认不是抄袭拼凑,而是确有价值之后,我又特别高兴:这是我开招罗马法方向博士生后产生的第一篇真正的罗马法博士论文,环顾中华民法学界、外法史学界,这还是第一篇呢!它产生于一名女性之手,殊为不易,因为在汪琴的年龄,女性在做学问的同时要为人妻,为人母,精力不如男性同龄人集中。它产生于一名暂时没有海外学习背景的人之手,令人称奇,因为没有国外的资料与信息支撑,驾驭这个完全西学的论题是很不易的。读完此书后还发现,汪琴不但援引了法文资料,而且还援引了西班牙文资料,这两种语言显然是她在这一年的时间内学习的。显然,将上述惊奇化为不惊的,除了汪琴的勤奋、超常的付出,以及不笨的脑袋,不能是其他。这是我对汪琴写出此书的原因的解释。

《基督教对罗马私法的影响》的题目本身就揭示了前基督教时代的罗马法的存在。罗马法的历史广而言之可上溯到公元前 750 年罗马建城,下及 1453 年君士坦丁堡被土耳其人攻占,如此,罗马法有 2203 年的

时间跨度。而基督教即使从耶稣出生开始算,也只是以公元0年为起点。从392年狄奥多西一世确认基督教为罗马帝国的国教开始算,其历史也比罗马法的历史短了一大截。所以,开初是异教法的罗马法是如何基督教化的?是一个吸引人的问题。汪琴的博士论文为我们提供了这方面的答案。况且,所有的异教法都要基督教化才能适用于一个基督教社会吗?汪琴的答案似乎是并不尽然,人法的多数规则诚然需要基督教化,但多数物权法规则和债法规则并无基督教化的必要,试问,异教时代的侵权赔偿与基督教时代的侵权赔偿能有多大的区别呢?不都是赔银子让造成的损害得以恢复吗?这样我们就获得了异教法与基督教法在许多领域的兼容性,正是这种兼容性的存在,才会让欧洲的新的基督教社会不至于抛弃过去的罗马法传统另起炉灶,而是采取“搬进旧屋,打扫装修”的生态主义方略吧!幸亏为选择的是欧洲人而非中国人,尤其不是闽南人,同样的问题到了他们手里,更有可能的是采取拆掉一切旧的、每块瓦片都要求新的方略,就像中国的新婚夫妇的洞房必须每双袜子都全新一样。所以,从异教法平缓过渡到基督教法的过程,与欧洲城市维持古旧风貌、以古为尊的做派是一致的,这是一种保守主义的方略,进化论的方略,而国人的尤其是闽南人的方略是革命性的,否认历史连续性的,它只能带来文化断裂、生态灾难的后果。〔1〕

在汪琴之后,厦大研究生院只允许一名导师招一个方向的博士生,我选择了放弃民法基础理论而保留罗马法,换言之,放弃了“平民”,选择了“贵族”。从此,我所有的博士生都写罗马法论文,并形成了以罗马法为贵、为尊的风气,因为做罗马法比做民法需要更多的准备,除了懂法律,还要懂历史和多种外语,情况往往是罗马法学者能够治民法,但事情不能反过来。这一切在国外发生过的现象现在我的周围也发生了,我牢牢记得,转变是从汪琴开始的,为此,我感谢她这个好“带头羊”。

〔1〕 基于对闽南人生活习惯的观察,我打造了“闽南式装修”的概念,它意味着把一个装修客体的一切部件,不论是否还能用,一概捣毁,全部重来的做派。

就在今年,我就收获了4篇纯粹的罗马法博士论文,它们是娄爱华的《大陆法系民法中原因理论的应用模式研究》、肖俊的《家庭、社会和私法体系中的用益权》、曾键龙的《地役权制度的功能与结构——从罗马法到中国物权法》、黄文煌的《〈阿奎流斯法〉研究——大陆法系侵权法的罗马法基础》,由于这些成果,厦大才能成为中国乃至中文世界最重要的罗马法创作(而非翻译)基地,由此我心慰藉焉!厦大的罗马法传统,终于不光维系,而且光大了,用一句俗话说,是做大做强了。这其中,有我的努力,更有以汪琴为代表的广大研究生,尤其是博士生的努力。

欣闻汪琴的博士论文要由法律出版社出版,应约为之作此序。

徐国栋

2011年5月25日,时值50初度后4日

缩略语表 (Abbreviations)

拉丁文缩写	拉丁文全称	中文含义
Gai.	Gaius institutiones	盖尤斯《法学阶梯》
D.	Digesta	优士丁尼《学说汇纂》
C.	Codex	优士丁尼《法典》
I.	Institutiones	优士丁尼《法学阶梯》
Nov.	Novelle	优士丁尼《新律》
C. Th.	Codex Theodosianus	《狄奥多西法典》

目 录

导论 / 1

第一章 基督教影响罗马私法的历史条件 / 23

第一节 基督教影响罗马私法的社会政治条件 / 23

一、罗马原始宗教信仰的没落 / 24

二、传统道德体系的瓦解与宗法制家族的解体 / 31

三、罗马帝国末期政治经济的衰落 / 35

四、基督教国教地位的确立 / 36

五、基督教会的世俗化及其对罗马帝国的态度变化 / 39

六、小结 / 41

第二节 基督教对斯多亚哲学的汲取与超越 / 42

一、影响基督教的斯多亚哲学思想 / 42

二、基督教与斯多亚哲学的融合 / 55

三、基督教对斯多亚哲学思想的超越 / 65

第二章 基督教对罗马身份制度的影响 / 76

第一节 基督教对家父身份的影响——以罗马家父权的 衰变为视角 / 78

一、前基督教时代家父身份的量变 / 79

二、基督教时代家父身份的质变 / 100

三、小结 / 110

第二节 基督教对宗教身份的影响 / 111

- 一、前基督教时代作为人格减等因素的宗教身份 / 113
- 二、基督教时代作为人格构成要素的宗教身份 / 124
- 三、基督教对宗教身份的影响的负效应 / 141
- 四、小结 / 144

第三章 基督教对罗马婚姻制度的影响 / 146

第一节 问题的提出 / 146

第二节 基督教对罗马婚姻观的影响 / 151

- 一、以莫德斯丁婚姻观为典范的前基督教时代的罗马婚姻观 / 152
- 二、以优士丁尼婚姻观为典范的基督教时代的罗马婚姻观 / 154
- 三、小结 / 158

第三节 基督教对结婚制度的影响 / 159

- 一、对订婚制度的影响 / 159
- 二、对婚姻障碍形成原因的影响 / 162

第四节 基督教对离婚制度的影响 / 168

- 一、前基督教时代的罗马离婚制度 / 168
- 二、基督教时代的罗马离婚制度 / 172
- 三、小结 / 174

第五节 基督教对姙合制度的影响 / 175

- 一、前基督教时代日渐兴盛的罗马姙合制度 / 175
- 二、基督教时代趋于消亡的罗马姙合制度 / 177

第六节 基督教对再婚制度的影响 / 178

- 一、前基督教时代的再婚制度 / 178
- 二、基督教时代的罗马再婚制度 / 179

本章小结 / 181

第四章 基督教对罗马亲子关系的影响 / 182

第一节 基督教对胎儿法律地位的影响 / 183

- 一、问题的提出 / 183

二、有条件的自然人——前基督教时代罗马私法对胎儿的定位 / 185	
三、实质意义上的人——基督教时代罗马私法对胎儿的定位 / 192	
四、从区别对待到平等享有——胎儿自由身份之确定原则 / 199	
五、从相对禁止到犯罪——罗马法对堕胎的态度之演变 / 201	
六、小结 / 209	
第二节 基督教对非婚生子女法律地位的影响——从歧视到局部的平等 / 210	
一、非婚生子女范畴从同一于私生子到涵纳私生子的演变 / 211	
二、非婚生子女之身份确定原则 / 217	
三、非婚生子女之认领制度 / 221	
四、非婚生子女的扶养和遗产继承权 / 227	
五、从前基督教时代到基督教时代非婚生子女法律地位演变的原因 / 233	
六、小结 / 238	
第三节 基督教对罗马扶养制度的影响——以扶养与家父权之关系变迁为视角 / 239	
一、问题的提出 / 239	
二、前基督教时代掣肘于家父权的扶养 / 240	
三、基督教时代独立于家父权的扶养 / 254	
四、小结 / 259	
第五章 基督教对罗马妇女法律地位的影响 / 262	
第一节 基督教对罗马传统妇女观的改造 / 263	
一、前基督教时代的罗马妇女观 / 264	
二、基督教思想对罗马传统妇女观的改造 / 270	

第二节 妇女监护制度的消亡 / 275

一、监护人补充能力之职能的虚化 / 275

二、妇女监护制度的废除 / 282

第三节 罗马妇女家庭地位的改善 / 286

一、家父权下家女的地位 / 286

二、婚姻关系中妻子的地位 / 297

三、亲子关系中母亲的地位 / 307

本章小结 / 323

第六章 基督教对罗马奴隶法律地位的影响 / 324

第一节 问题的提出 / 324

第二节 主人对奴隶的支配权的软化 / 328

一、前基督教时代主人对奴隶的支配权之限制 / 328

二、基督教时代主人对奴隶的支配权之局部性剥夺 / 337

第三节 奴隶家庭关系的承认 / 342

一、前基督教时代罗马私法对奴隶家庭关系的否定 / 342

二、基督教时代罗马私法对奴隶家庭关系的承认 / 350

第四节 基督教对奴隶解放的影响 / 355

一、奴隶解放方式的广泛化和日益开放 / 355

二、奴隶解放之限制的松弛 / 360

三、小结 / 362

结论 / 364

参考文献 / 375

后记 / 390

导 论

一、选题背景及其意义

本书描述的是传统基督教对罗马私法产生的影响。从时间上,它涵盖了从公元1世纪基督教产生到公元6世纪优士丁尼统治时期近乎六百年的历史。在这一段漫长的历史中,基督教在与罗马帝国文化激烈地碰撞和相互融合中逐渐地在罗马帝国的思想领域占据了优势地位,在一定程度上主导着罗马皇帝的立法取向。诚然,公元1世纪适逢罗马帝国初建,共和时代的繁盛早已被常年的内战摧毁殆尽。在希腊文化和东方宗教的冲击下,罗马原始宗教信仰失去了其主导地位,社会道德水平顺势下滑。斯多亚哲学在罗马帝国的广泛传播唤醒了罗马人的个人意识,在一定程度上削弱了罗马人的家庭责任感和国家责任感,唯国家至上的罗马精神逐渐消退。正值罗马帝国这一百废待兴之际,基督教传入了罗马。早期基督教注重人性,宣扬博爱和平等的理念,反对特权与偶像崇拜,它具有原始宗教信仰不可比拟的特质。然而,信仰他教的皇帝并

没有因此承认基督教,反而大肆迫害基督教徒。令人惊诧不已的是,残酷的迫害不但没有消灭基督教,反而壮大了基督徒的队伍。许多富有哲学涵养的罗马上流阶层成员加入基督教会,其中有些还成为了基督教护教士和教父。他们不仅用希腊哲学武装基督教,提炼基督教教义,使其更具有理性,并且还把希腊哲学作为与他教信仰者论战的工具和传道的手段。此外,罗马军队里也布满了基督徒的身影。正是在这种社会氛围的熏染下,基督教得到了狄奥多西皇帝(Theodosius I, 379 ~ 395 年在位)的礼遇,成为了罗马帝国国教,取代了斯多亚哲学在思想领域中的主导地位。然而,基督徒皇帝在扶植基督教的同时,又像统治国家一样主宰着基督教会,强制干预基督教会的所有事务。与此相关,基督教会在日益扩大的特权和大量财富的腐蚀下趋于世俗化,它们不但服从罗马皇帝之权柄,而且还成为巩固皇权的工具。正是在这样的历史环境下,基督教才获得了影响罗马私法的机会。

目前,有些学者在研究基督教对罗马社会乃至欧洲文明的贡献时,过于夸大早期基督教的历史意义。他们将万民法的产生和卡拉卡拉皇帝(Carcalla, 211 ~ 217 年在位)广泛授予罗马市民资格的举措一股脑地归功于基督教的影响。很显然,这种论断完全没有考虑到基督教影响力得以发生的历史条件并且还忽略了基督教与罗马帝国文化的调和过程。而这些因素都是评定基督教对罗马私法之影响性质和程度的基石。鉴于此,本文将以上述历史为背景,试图如庖丁解牛般逐步解析基督教对罗马私法的影响。也许只有这样,才能使抱有上述成见者切实地明确基督教对罗马私法的贡献所在。^{〔1〕}

从罗马私法演进的历史来观察,我们可以发现,罗马私法曾遭遇多种思想文化的影响,诸如罗马原始宗教、东方文化和斯多亚哲学。然而当这些思想文化退出罗马帝国的大舞台时,它们带给罗马私法的影响并

〔1〕 [奥地利]雷立柏:《古希腊罗马与基督宗教》,社会科学文献出版社 2002 年版,第 138 页;杨昌栋:《基督教在中古欧洲的贡献》,中国社会科学出版社 2000 年版,第 49 页。

不会随之消失,而是依然存留于基督教时代的罗马私法中。因此,当基督教思想渗入罗马私法中时,它势必会与上述思想所遗留的影响发生碰撞与融合。从此意义上讲,罗马私法在后期的演变可能是混合因素作用所致,而基督教只是其中一个因素而已。由此看来,但凡持“基督教罗马法”或是“罗马法基督教化”之观念者似乎忽略了这些历史因素,而一味地认定罗马私法之演变完全基于基督教影响。这一现象显现出人们对基督教在罗马私法演变中的历史意义可能存在某些认识上的误区。有鉴于此,系统地研究基督教对罗马私法的影响,从罗马私法演变的动态中去把握变化之根源,从其演变的结果上去评定基督教影响之历史意义,有利于澄清上述不合史实的错误认识。进一步来讲,通过这般行径,我们可以为人们描绘出一幅清晰展现基督教影响前后的罗马私法之样态的历史演变图,进而使他们可以明晓基督教对罗马私法的影响建基于何处,其影响又着陆于何处,其结果究竟如何。

而且,近年来,随着美国学者伯尔曼的《法律与宗教》一书被介绍到我国,理论学界掀起一股“法律可否被信仰”的讨论热潮。在这一热潮的带动下,一些有关法律与宗教关系的研究成果相继问世,如张永和教授的《信仰与权威》与程乃胜教授的《基督教文化与近代西方宪政理念》。然而,在搜寻诸如此类的成果后发现:国内以专题形式探讨基督教与罗马法之间的关系的成果寥若晨星。目前,我只发现了两篇有关这方面的文章。一篇题为《基督教会与教会法对罗马法的影响》^{〔1〕}。它仅以有限的篇幅从早期并存时期教会法对罗马法的影响、基督教会和教会法对罗马复兴的作用两方面简要介绍了基督教与罗马法的关系。在该文中,作者将万民法之产生归因于基督教会的影响,这显然是错误的(从本书的具体解析中可以看出)。同时,作者还将法典编纂归因于基督教的影响,这同样也是不正确的。毋宁说基督教影响优士丁尼法典的编纂,

〔1〕 罗冠男:“基督教会与教会法对罗马法的影响”,载《中国西部科技》2003年第24期。