

Et lux in tenebris lucit

Roman Law and Modern Civil Law



罗马法与现代民法

徐国栋 主编

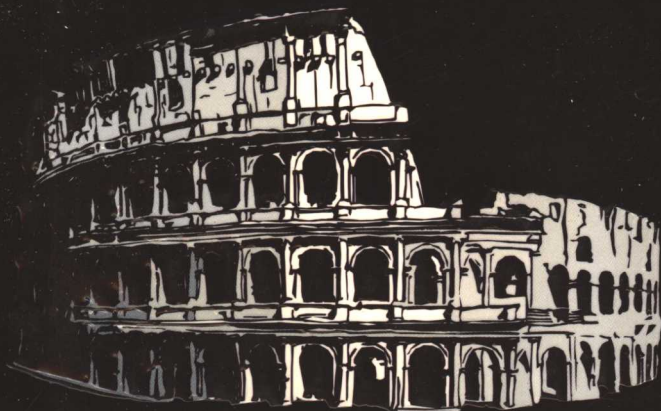
Edited by Prof. Xu Guodong

第四卷 (2003年号)

Vol. IV (2003)

厦门大学法学院罗马法研究所主办

*The Annals of Institute of Roman Law,
Xiamen University*



中国人民大学出版社

China Renmin University Press

Et lux in tenebris lucit

Roman Law and Modern Civil Law



罗马法与现代民法

徐国栋 主编

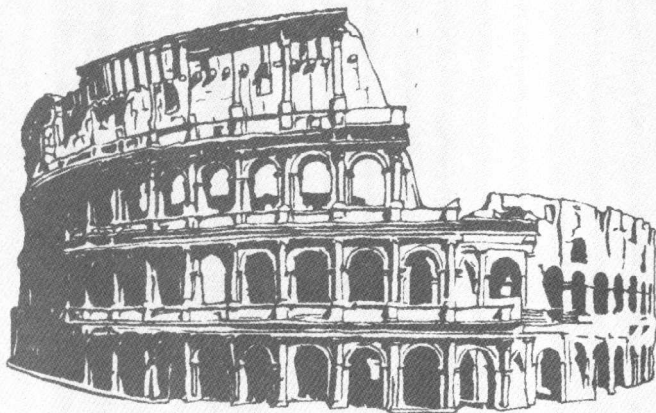
Edited by Prof. Xu Guodong

第四卷 (2003年号)

Vol. IV (2003)

厦门大学法学院罗马法研究所主办

*The Annals of Institute of Roman Law,
Xiamen University*



中国人民大学出版社

China Renmin University Press

图书在版编目 (CIP) 数据

罗马法与现代民法 / 徐国栋主编.
北京: 中国人民大学出版社, 2004

ISBN 7-300-06021-8 / D · 1124

I. 罗…

II. 徐…

III. ①罗马法—文集②民法—文集

IV. ①D904.1-53②D913.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 105397 号

罗马法与现代民法

Roman Law and Modern Civil Law

第四卷 (2003 年号)

Vol. IV (2003)

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

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511239 (出版部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京东方圣雅印刷有限公司

开 本 890×1240 毫米 1/32

版 次 2004 年 10 月第 1 版

印 张 10.625 插页 1

印 次 2004 年 10 月第 1 次印刷

字 数 293 000

定 价 25.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

主编絮语

徐国栋

读者拿到这本年刊，可以发现三大改变：其一，换了出版社；其二，换了出刊时间；其三，换了目录。容我一一解释这些改变。

先说换了出版社。本论丛以前由中国法制出版社出版了3卷。感谢该社社长与责任编辑的大力支持，每年按时出版1卷，在国内外都有了一定的影响，而且出得漂漂亮亮，主编和作者皆有报酬。但事情后来有了改变。2002年9月至2003年6月，我去哥伦比亚大学作福布莱特访问学者10个月，临行前我知会出版社委托我的助手周江洪代领本论丛第3卷的稿费、样书并分发给各位作者，但不久周江洪自己也去东北接受日语培训准备出国，于是稿费和样书都失去了着落，我心忧悒于纽约焉。好不容易盼到回国，急巴巴与出版社联系支付稿费、样书一事，但遭到了对方的严厉批评：怎么不主动索要呀?!于是我连忙自我批评并开始索要，但出版社忙得无法履行给付。最后，我于2003年9月19日去阿根廷的前夜，亲自到该社才领到了稿费，此时距离我回国后首次提出索取要求已近三个月矣!为了避免将来可能发生的出版“三角债”，我把眼光投向了中国人民大学出版社，在三家对我负债的出版社中，她是在我出国期间惟一对我的代理人履行了稿费和样书债务的一家，呵呵!

再说换了出刊时间。按照出版合同，本论丛的稿子要在每年的5月份交给出版社，出版社在每年的9月份出版。(2003年)我在美国近7个月的居留使按这一时间表交稿和出版成为不能，因



此，2003年6月底我回国后打算做的第一件事就是编本论丛的第4卷，以便能在年内推出它，使我们的年刊名副其实。但是《绿色民法典草案》的三校样几乎与我相跟着到了厦门，它占据了我从7月14日到10月31日的全部时间。送走了它我才得以编本卷，到今天（2003年12月21日）编完，2003年出版是无论如何做不到了，为此，我要向期待第4卷问世的作者和读者道歉。

最后说换了目录。在我于2002年9月去美国之前，曾经在“罗马法教研室”网站公布第4卷的目录，它与现在读者看到的本卷目录的最大不同在于取消了《周相先生的〈罗马法原论〉（上卷）错误举要》一文，这并非因为我屈服于敬老主义者的压力放弃了写作此文计划，而是因为我不愿因为写作此稿把本卷延迟到更晚的时间出版。因此，这篇文章还是要写的，并将发表于本论丛未来的卷里。

本卷的文章美不胜收，容我一一把它们介绍给大家。

首先是“罗马法研究”栏目的弗朗切斯科·德·马尔蒂诺的名文《个人主义与罗马私法》，作者曾经是意大利共产党的总书记，众所周知，该党于1989年后改称意大利社会党。由于这种政治背景，他研究罗马法的方法就是历史唯物主义，正因为这样，他被西方学者E. S. 斯塔威雷（Staveley）影射为以先验的结论牺牲历史真实，是猴子和人云亦云的鸚鵡。^①也正是他，为了反驳来自纳粹德国对罗马法的个人主义属性的形容（记得在李宜琛的《日耳曼法概说》一书中，还有罗马法是个人主义的，日耳曼法是团体主义的之类的表达）写作了这篇雄文，他有理有力地论证了罗马法的团体主义属性。本主编作为一名多年的罗马法教师，深以其观点为然，甚至可以找到作者不曾提到的证明罗马法的团体主义性质的更多的例子。这里只提罗马人的公共精神。

① Cfr. Milan Bartošek, Metodo Tradizionale e Materialismo Storico nella Metodologia del Diritto Romano, In La Storia del Diritto nel Quadro delle Scienze Storiche, Atti del primo congresso internazionale della società italiana di storia del diritto, Firenze, Leo S. Olschki Editore, 1966, p. 94.

由于罗马社会是以个人屈从于国家的观念作为基础的^①，所以强调的是个人对国家的贡献，其表现形式是公役（Munus，也是赠送的意思），即无偿地为国家提供劳务或财产。罗马的公役分为人身公役、财产公役和混合公役三种。人身公役是运用脑力或体力的公益劳动，前者如担任监护人或保佐人，后者如维护某项公共工程；财产公役是供役人用自己的财产履行的公役，例如为军队供应战马或骡子；混合公役是供役人既要运用自己的脑力、体力，又要运用自己的财产的公役，例如包税人的公役，他们不仅要运用自己的脑力、体力为国收税，而且还要以自己的财产承担纳税人迟交或不交税的风险。^② 这些公役的履行使一个自治市（Municipium）的存在成为可能，因此，不能不承认 Municipium 是 Munus 的总和，一个城市的存在和维持是其成员奉献的结果，所以，一个市民才是 Municeps（直接的含义是“为赠送的人”）。这跟许多国人具有的不贪污挥霍公共财产就是吃亏或犯傻的观念形成鲜明的对比；不独此也，有能力的罗马人还要承担更重的公役：即国家公职（Honor），做这样的事都是无偿的，所以这些职位被称为“荣誉”，而且任职者要拿出自己的钱来应付公共的开支。^③ 最后，罗马法中还有公益许诺（Pollcitatio）制度，即已担任或将担任公职的人允诺以自己的费用为自己的城市完成某项公共工程。据说，罗马城的著名水道，有些就是靠这样的公益许诺建成的，罗马各大城市的图书馆、竞技场也是这样建成的。^④ 这3项制度构成一幅集体主义的图景，见证了罗马社会中个人与共同体之间的和谐关系，不妨说，罗马帝国在1世纪至2世纪的高度繁荣是罗马市民们众人捧柴火焰高的结果。“不要问罗马国家为你做了什么，

① 参见〔美〕汤普逊著，耿淡如译：《中世纪经济社会史》，上册，92页，北京，商务印书馆，1961。

② See the Digest of Justinian, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, pp. 911ss.

③ Cfr. D. 50, 4.

④ Cfr. D. 50, 12.

而要问你为罗马国家做了什么”^①一语，可以描述罗马市民的团体主义精神。当然，3世纪后，罗马市民由于种种原因不愿再为帝国效忠，拒绝为它提供合作，甚至担任官职也成了强制世代继承的负担^②，于是罗马帝国就走向衰落甚至灭亡了。然而罗马人失去了的团体主义精神却通过罗马法保留下来，恰恰是6世纪编成的优士丁尼《学说汇纂》，为我们提供了所有上述证明罗马人的团体主义精神的证据。说这些，就是为了让那些习惯了说罗马法是个人主义的法的人以后不要再说了。

接下来是弗朗切斯科·德·马尔蒂诺的上述文章的译者薛军的《以历史的名义与还历史以本来的面目》，向我们介绍了翻译这一名篇的背景以及他对作者的小心求证方法的极度赞赏和推荐。

进入“民法典研究”栏目，首先映入眼帘的是薛军的另一篇译文《解法典的时代》，作者那塔利诺·伊尔蒂为我们描述了《意大利民法典》的变迁史：1865年的保障个人自由和强调确定性的民法典，由于两次世界大战造成的剧烈的社会变迁，为1942年的有少许开放性的民法典取代，但第二次世界大战后国家职能从消极向积极的转变使特别法大为增长，最后在民法典之外以民法典的有关规定和特别法为材料形成了新的规范群，导致民法典成为一种“剩余法”——拾遗补缺的法——和基本原则的储藏所，失去了其过去的宪法性地位，这就是所谓的解法典的过程。请注意，这是讲的意大利的情况，尽管与其他西方的法典法国家的情况类同，但绝不与中国的情况类同；我国的国家职能从来都是积极的，而且，在特别法与民法典的关系方面，我国走的是完全相反的路：先有大量的民事特别法，现在正面临着把它们编纂成法典以增加其内在一致性和可接近性的艰巨工作，因此，西方法典化国家的解法典不能成为我国放弃制定民法典的理由，只能提醒我们把民

① 把肯尼迪总统就职演说中的一语（并且被作为其墓志铭）替换主语后能用于罗马，表明这两个伟大民族的共性。据我观察，美国人也像盛期的罗马人那样具有公共精神。

② 参见[美]汤普逊著，耿淡如译：《中世纪经济社会史》，上册，48页。

法典制定得更具有开放性，更何况西方国家把法典“解开”以后也还要重新把它“扎”起来呢（Recodification）！呵呵！

“拉丁美洲法研究”栏目中有我的文章《从 1871 年〈阿根廷民法典〉到 1998 年〈阿根廷民法典〉草案》，介绍了阿根廷现行民法典的制定过程，对它的多次改革，以及作为最近一次改革成果的 1998 年民法典草案。令人吃惊的是，1871 年的《阿根廷民法典》受《纽约民法典草案》的影响而采取了“倒总则”形式。看来，对《纽约民法典草案》的影响力和价值不可低估。令人毫不吃惊的是，共计 4 051 条，中译文达 62 万多字^①的《阿根廷民法典》在议会只花 3 天时间就得到了通过，这为我张扬的议会不能讨论民法典的细节，只能就民法典是否可以通过进行概括表决的西方立法惯例^②提供了一个实例。

“民法哲学研究”栏目是本卷的高潮。首先我们遭遇到了一个陌生而难认、难“打”（用电脑写之意也）的名字：朱晓喆，实际上，他有一个为我们熟悉并且意味深长的网名“苏拉图”，该名称表达了他融苏格拉底和柏拉图于一炉的抱负。作为这一抱负的见证，他首先为我们奉献了《人本主义、海德格尔与反人本主义》一文。我在与梁慧星老师就民法典起草思路论战中使用的“人文主义”一词，苏拉图宁愿把它译成“人本主义”。他认为我主张的人文主义的民法观没有体现最新的西方哲学思想，还是从人类中心主义出发的，因此与我同时张扬的绿色主义矛盾；同时，他认为我的民法观还是坚持人一物的二元论。而在以海德格尔为代表的现代西方哲学家眼里，人类中心主义已经为众生逐渐的平等取代；人一物的二元对立已被“人”与“物”的交融取代。鼓吹把这些新发展转化到民法理论中，是苏拉图此文的主要目的。说实话，在法学界我还未看到过哪位作者像他这样对现代西方哲学如此熟悉，运用得如此收放自如，因此我对他深为钦佩。但从操作的层面讲，把他阐述的哲学理论转化为民法制度还有诸多的困难，

① 根据徐涤宇翻译的《阿根廷民法典》（未刊稿）电子文本统计。

② 参见徐国栋：《民法典的立法程序问题》，载《人民法院报》，2002-04-22。

尤其是若打破人一物的二元结构，我不敢想像如何组织法律材料。这可能要归因于先进的哲学观念传导到民法，要有相当的时间差。正因为这样，民法硕士生出身的苏拉图同志在如何把海德格尔的哲学理论转化为民法制度上，也未为我们作出什么指点。至于人文主义与绿色主义的矛盾问题，我认为并不存在：绿色主义不过是为了下一代及以次的人的人文主义而已，对众生权利的尊重仍然是为了人类的可持续生存。如果说人与其他动物平等，要为了动物本身的利益而尊重它们，这话就同大国小国一律平等的表达一样虚伪，动物们听了要笑出声来的——如果它们能笑的话。

由于是民法研究生出身，深爱哲学的苏拉图先生写起民法文章来也不手生，接下来以《“法律思想网”民法调整对象论战纪实》一文为我们绘声绘色地描绘了一场发生在2002年春夏之交的“法律思想网”上的关于民法调整对象的讨论。说起来，这场讨论还是我挑起的：2002年4月20日，梁慧星老师主持的民法总则编条文建议稿不顾学界就民法调整对象论战已取得的理论成果，仍我行我素地作出了“本法调整自然人、法人和非法人团体之间的财产关系和人身关系”的规定。我看了心急如焚，决心尽己所能阻止这一错误发展成未来民法典的一个关键性条文，想到的方法是诉诸舆论。于是，友人杨支柱帮助我把对上述条文的批判张贴在“法律思想网”的BBS上，并发起公众投票，不料引出了一场关于民法调整对象的大讨论。说起来，在我国民法学说史上，关于这一问题的讨论已经有了3次。第一次发生在1951年至1957年，这一时间也是我国的第一次民法典起草的时间；第二次发生在1980年至1986年，背景也是起草民法典，不过加了与经济法学派的论战的背景；第三次发生在2001年，在我与梁慧星老师间进行，背景是在制定民法典的前提下如何认识民法的人身关系法和财产关系法两大成分的关系，形成了新人文主义与物文主义的对立，其成果是我编的《中国民法典起草思路论战》一书。前两次的讨论只关系到财产关系；第三次则主要关系到人身关系，讨论重点发生了明显的转移，推动了人们对民法的全面认识。“法律思想网”上发生的这次讨论，应该是第三次讨论的继续，但又有了

深化，进入到了许多细节。感谢苏拉图把这场大多由平头百姓戴着“假面具”参加，不时爆发火气的杂乱讨论整理出来，让我们在有条不紊中感受了其中的睿智。

接下来是崔拴林的《对民法的哲学诠释的思考——以徐国栋教授的民法典结构设计理论研究为个案的考察》一文，它比苏拉图的关于人本主义的文章更直接地对俺的新人文主义民法观展开了批判。此文的生产过程很有意思。其雏形是2002年春崔拴林考我的博士生时写出的考卷，俺看到其中有些灵气，便不仅给了他能够入学的成绩，而且嘱咐他把答卷发展成这篇文章并发表在此处。兼听则明，别人的批评总有利于完善俺的新人文主义民法哲学。

《通往无现金的社会——信用卡合同研究》是本论丛和“合同法分则研究”栏目的老作者方新军所写。通过阅读此文，俺看破了俺在美国使用过的万事达借记卡的秘密，由此我把老方与加拿大作家阿塞·黑利相比拟。后者一部小说揭开一个行当的奥秘，例如《大饭店》之于酒店业，《钱商》之于银行业，《航空港》之于民航业；前者以文章做同样的事。在本论丛中，老方以《承揽运送人之研究》一文揭开了运送中介业的秘密，以《保理合同研究》揭开了保理行业的秘密……跟着他的文章，我们可以认识诸多不可亲历之职业，因此，读之像读小说一样有趣。此文的更有趣之处是让我们看到了一个理论吃力地追赶实践的故事。信用卡合同诞生在美国，推广于全世界。它涉及发卡机构与持卡人、发卡机构与特约商店、特约商店与持卡人的三重关系。如何解释这每一种关系的性质，美国人并不怎么关心，而德国人及其追随者不把这样的问题搞清楚就睡不着觉，于是以五花八门的学说来解释它们，每种学说都有这样那样的缺陷……这是一个先生孩子后起名的故事，表达了生活之树长绿，而理论总是灰色的真理。

郭惠的《大陆法系财产法中的日耳曼因素初论》是一篇法律硕士的毕业论文，我们看到它具有不低于法学硕士论文的价值。这一选题是俺向作者推荐的。同事们多以为俺张扬大陆法系的拉丁法族，贬抑同一法系的日耳曼法族，郭惠的这一论文可以证明

并非如此。俺鼓动她研究大陆法系中的日耳曼因素，目的在于承认此等因素对形成和提高大陆法系的独特贡献。我们通过此文可以看到，我们常见的一些民法制度在罗马法中没有或是另外的样子，是日耳曼法增补或完善了它们。但郭惠文章的一些事例——例如对拾得遗失物之处理的事例——也告诉我们，相较于罗马人，日耳曼人更加重视物资利益，降低人性标准；而罗马人设定的人性标准更高，更加注重道德性。从罗马法到日耳曼法，大致是一个去道德化的过程。这从某个角度给人以今不如昔之感，但日耳曼法的人性预设就是现代民法的人性预设，却是不争的事实。这倒为我们提供了一个确证弗朗切斯科·德·马尔蒂诺的文章之观点的论据，因为高的人性预设总是与团体主义相联系的。

在“杂项研究”栏目中，我们还登载了费安玲对第9届中东欧国家和亚洲国家罗马法学者研讨会的综述，它见证了中国的亚洲罗马法大国的地位。被综述的会议从“中东欧国家和意大利罗马法学者研讨会”改成现在的名称后，亚洲国家在这个会议上的存在，除了由于苏联解体不情愿地成为亚洲国家的苏联中亚加盟共和国外，只有中国，并且此番派了3名代表与会。中国的这种地位应该被珍惜，不然很快要和其他亚洲国家一样完全为功利主义征服。

另外发表杨垠红的《外国法制史研究会罗马法分会成立》的会议消息，告诉读者在2002年8月在贵阳举行的第15届外国法制史研究会年会上成立了隶属于该研究会的罗马法研究分会，这一事件标志着中国的罗马法学者进入了组织化阶段。

最后是黄风的《罗马私法导论》的出版消息。从1989年我国与意大利建立罗马法方面的学术联系以来，与事者一直从事翻译原始文献和现代著述，写作限于专著，罗马法教科书的写作维持1989年前的老样：对罗马法的描述没有原始文献的支撑。黄风的这本教材标志着“老样”的终结，它终于把多年的原始文献翻译与教材写作结合起来，使对学生的叙述更加可靠。另外的意义在于，对黄风本人的罗马法事业来说，它标志着从翻译阶段进入了写作阶段。这个人的学术活力就是如此惊人。

编完这一卷，已是 2003 年岁末，本卷的出版肯定是 2004 年的事了。为了不致取消属于 2003 年的那一卷的“番号”，我希望还能在 2004 年内推出属于这一年的一卷，希望各位罗马法作者努力，你们的投稿会使该卷更加丰满。

2003 年 12 月 21 日于胡里山炮台之侧

目 录

主编絮语 徐国栋	1
罗马法研究	1
个人主义与罗马私法 弗朗切斯科·德·马尔蒂诺 薛军 译	2
以历史的名义与还历史以本来的面目	
——《个人主义与罗马私法》译后记 薛军	74
民法典研究	79
解法典的时代 那塔利诺·伊尔蒂 薛军 译	80
拉丁美洲法研究	108
从 1871 年《阿根廷民法典》到 1998 年《阿根廷民法典草案》 徐国栋	109
民法哲学研究	161
人本主义、海德格尔与反人本主义 朱晓喆	162
“法律思想网”民法调整对象论战纪实 朱晓喆	184
对民法的哲学诠释的思考	
——以徐国栋教授的民法典结构设计理论研究	
为个案的考察 崔栓林	217
合同法分则研究	229
通往无现金的社会——信用卡合同研究 方新军	230
杂项研究	284
大陆法系财产法中的日耳曼因素初论 郭 惠	285



“PERSONA——人”：罗马法与近现代民法典研究的连接点
——“第9届中东欧国家和亚洲国家罗马法学者研讨会”

综述 费安玲	310
外国法制史研究会罗马法分会成立 杨垠红	320
黄风的《罗马私法导论》出版 徐国栋	322
沉痛哀悼罗马法前辈周相先生逝世 徐国栋	324

CONTENTS

The Introduction to the Articles of	
This Volume Xu Guodong	1
The Studies in Roman law	1
Individualism and Roman Law Francesco De Martino	
Translated by Xue Jun	2
In the Name of History and a Revealing of History	
in Its True Colours Xue Jun	74
Studies in the Civil Codification	79
The Era of Decodification Natalino Irti	
Translated by Xuejun	80
Studies in the Latin-American Laws	108
From The Civil Code of Argentina of 1871 to the Project	
of Civil Code of Argentina of 1998 Xu Guodong	109
Studies in the Civil Law Philosophy	161
Humanism, Heidegger and Anti-Humanism	
Zhu Xiaozhe	162
A Report of Debates about the object of Civil Law	
took place in Law-thinker. com. cn Zhu Xiaozhe	184
A Reflection to a Philosophical Explanation to the	
Civil Law, A Reasarch Focus on the Theory of Prof.	
Xu Guodong about Structural Design of the Civil	
Code Cui ShuanLin	217



Studies in the Special Part of Contract Law	229
Toward a Society Without Cash: Study in the Contract of Credit Card Fang Xinjun	230
Melange	284
A Preliminary Research on the Germanic Elements in the Property Law of Continental Juridical System Guo Hui	285
A Summary of IX Colloquium of East and Central European and Asian Romanists Fei Anling	310
Filiations of Chinese Romanists in the Chinese Society of the History of Foreign Law is established Yang Yinhong	320
Huangfeng's Intruduction to Roman Private Law was published Xu Guodong	322
The Famous Romanist Professor Zhou Nan was dead Xu Guodong	324



罗马法研究

THE STUDIES IN ROMAN LAW