

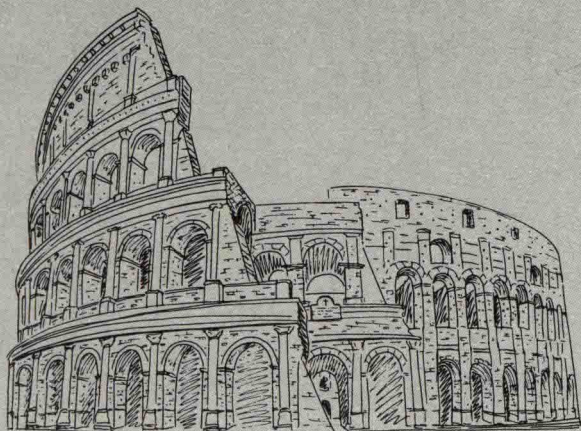
徐国栋 ◎著

Roman Law

罗马法教学与研究的心血结晶

罗马的第三次征服

罗马法规则对现代公私法的影响



【鲁道夫·冯·耶林】罗马帝国曾经三次征服世界，第一次以武力，第二次以宗教，第三次以法律，武力因罗马帝国的灭亡而消失，宗教随着人民思想觉悟的提高、科学的发展而缩小了影响，唯有法律征服世界是最为持久的征服。

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

罗马法教学与研究的心血结晶

罗马的第三次征服

罗马法规则对现代公私法的影响

徐国栋◎著



Roman Law

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

罗马的第三次征服: 罗马法规则对现代公私法的影响 / 徐国栋
著. —北京: 中国法制出版社, 2016.6

ISBN 978-7-5093-7624-9

I. ①罗… II. ①徐… III. ①罗马法—影响—所有权—研究 IV. ①D904.1 ②D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 146238 号

责任编辑: 张 津 (zj2007011567@163.com)

封面设计: 李 宁

罗马的第三次征服: 罗马法规则对现代公私法的影响

LUOMA DE DISANCI ZHENGFU: LUOMAFU GUIZE DUI XIANDAI GONGSIFA DE YINGXIANG

著者 / 徐国栋

经销 / 新华书店

印刷 / 北京京华虎彩印刷有限公司

开本 / 880 毫米 × 1230 毫米 32 开

版次 / 2016 年 11 月第 1 版

印张 / 17 字数 / 573 千

2016 年 11 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-7624-9

定价: 68.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfsz.com>

市场营销部电话: 010-66033393

值班电话: 010-66026508

传真: 010-66031119

编辑部电话: 010-66053217

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

徐国栋

1961年生，湖南益阳市人，法学博士、教授、博士生导师，中国外国法制史研究会副会长。主要从事罗马法和民法哲学研究。先后访学于意大利罗马二大（2010，2014）、美国哥伦比亚大学（2002-2003）和意大利米兰大学（2013，2016）。主要著作有《民法基本原则解释——诚信原则的历史、实务、法理研究（再造版）》（北京大学出版社2012年版）、《罗马私法要论——文本与分析》（科学出版社2007年版）、《民法哲学（修订版）》（中国法制出版社2015年版）、《优士丁尼〈法学阶梯〉评注》（北京大学出版社2011年版）、《罗马公法要论》（北京大学出版社2014年版）、《民法对象研究》（法律出版社2014年版）。主持司法部项目《绿色民法典草案》，开创了生态学的民法观念；主持教育部后期资助项目《西塞罗〈地方论〉研究》（2011）、《〈十二表法〉研究》（2014）等，著作《罗马公法要论》入选2013年国家哲学社会科学文库。在《中国社会科学》《中国法学》《法学研究》等期刊上发表200多篇学术论文。

从2009年到2016年3月，我发表了55篇罗马法论文。2015年寒假，得闲时清点自己有哪些论文未入已出版的论文集，又有哪些论文是马上要出版的《地方论研究——从西塞罗到当代》的一部分，以及我正在以集腋成裘方式写的《罗马商法要论》的一部分，筛选出20篇散兵游勇式的罗马法论文，把它们剪切在一个文件中，得出的字数吓我一跳，有31万多字。反复爬梳它们，发现可以把它们分为公法、私法、国际法、法典编纂、法学教育、中国继受几个板块。经过这一番整理，31万字变得有逻辑起来，板块内的成员相互辉映，内容丰满起来，整体大于各部分之和呀，信哉系统论者斯言！把经这番粗加工的书稿寄给法制社，竟然得到同意出书的意见，幸哉！此乃我之福，以及中国读者之福。尽管此福对于可以在知网上找到本书收录的多数论文的在大学的读者小些，对于上不了知网的读者要大得多。而且，即使对于上得了知网的读者，也有免“集腋”，纯得“裘”之福，更有收“与时俱进”的红利之福。

“与时俱进”何解？从2009年到2016年，我看起来还是那个我，

一个除了锻炼和带小孩，只有做学问的我，但只有作为作者通读此书后我才感知到，2016年之我非2009年之我。今我高于旧我，这也很自然，不然白吃8年干饭了。8年的修炼赢得了提高。8年前，我像众人一样把Lex Aquilia翻译为阿奎利亚法，现在我把它翻译为阿奎流斯法。8年前，我把罗马法原典中的一个意思单元唤作“片段”；现在我倾向于借鉴日本学者的做法将之称为“法言”，如此等等。以新知替换旧知的工作构成编辑此书的主要内容。所以，本书中在知网上登载的文章，在进入本书时也已今日之它们不同于当年之它们了，此所谓与时俱进也！

即使本书中的许多文章的旧貌可以在知网上查到，但不能在我的其他论文集或著作中查到，所以，本书的收文遵循了不与已出版之书和即将出版之书的内容重复的原则，这是让我自豪的，或许这样是为了避免读者的咒骂。

国人长期以来的罗马法认知就是罗马私法，本书提供了罗马公法的文章束。第一篇是《共和罗马的阶级分权与政党政治》。它让读者知道，罗马的贵族阶级有胆略让一个卑下的阶级与自己分权，从而形成阶级党，进而形成政党政治，这破除了政党政治起源于近代英国说。在感叹罗马贵族阶级的胆略之余，也感叹罗马平民阶级的能耐，他们内部的贫富差别相当大，却能团结起来，形成合力，让强大的对手屈服。第二篇是《罗马选举舞弊立法研究》。该文在中国政法大学讲过，东道主请了几位刑法教授点评。他们的前见是这个题目没有什么可写的，这是因为中国刑法中的选举犯罪没有什么可写的，这也许因为我们没有那种可影响自己身家性命的选举！所以我说，选举舞弊是烦恼，但是幸运的烦恼，因为它属于有真正选举权的人民。罗马人在选举上玩出那么多的花花肠子，逼得立法者也搞出相应多的花花肠子，真是绝了！第三篇是《论民事死亡》。它把民事死亡从死亡中拯救出来，让读者看到了该制度在现

代法中活蹦乱跳的存在。我认为这是我近年来最出色的作品之一。我一直以为自己的文章都是基础研究，但此文属于对策研究，因为中国政府对应该民事死亡的人群无任何让他们不再享有公民地位的考虑，我的此文可起到提醒政府的作用。第四篇《论宗教身份对出家人的私法和公法能力的影响》是第三篇的续篇。它研究的是出家引起的民事死亡的类型，对于疗救僧俗不分（例如少林寺上市）的中国现实也有对策提供的意义。第五篇是《罗马经济法研究》。它打破了经济法产生于“二战”中的德国说，证明在古罗马就有反垄断法和反不正当竞争法。该文为经济法学学者补了气，壮了胆，据说被他们在微信中传播，这是我在华侨大学讲学时从一个经济法老师那里得到的消息。

罗马私法的板块包含三组文章。第一组是关于国家亲权的。这个在中世纪英国生成的概念在国外含义颇广，兼涉未成年人的国家供养、青少年审判、反垄断。在我的《普通法中的国家亲权制度及其罗马法根源》一文发表前，我国的文献只知晓青少年有权享有不同于成年人审判意义上的国家亲权，我的此文引入了对未成年人的国家供养义务意义上的国家亲权。人口太多的国家的人的想法与人口不足国家的人的想法不同，前者以人口为负担，后者以人口为财富，罗马法属于后者，所以时时以国家亲权补充自然亲权甚至在必要时取而代之。这是对已出生的人力资源的保护。《罗马法中的胎儿保佐及其现代运用》则涉及对未出生的人的国家保护。此处的保佐一词先用于对国家财产的保护和管理，后用于对已适婚但未超过保护年龄的人的保护和照顾，以及对处在母腹中的人的保护和照管，这就等于把所有的母腹中的人看作国家财产了。把人类比于物，未免把人跌份，但比起无人照顾甚至被人惦记着要做掉，还是强多了！对胎儿是保佐，对完全无行为能力者是监护，对有部分行为能力者又是保佐，如此，胎儿岂不成了有部分行为能力人？这样的逻辑矛

盾竟然持续了千多年，直到《魁北克民法典》才消除，把胎儿保佐改成了胎儿监护。错误持续如此之久，不禁令人唏嘘！

第二组文章关涉画与法律的关系。这是一个爱画如命的人民才有的问题。在中国法中就找不出这样的关系来，让我腹中形成“这是一种没有文化的法”的“诽谤”。当然，现在的中国富起来了，由富而文，生活中的画也多了起来，君不见住宾馆往往厕所中有画乎！更不要说在楼道里、楼梯一侧的墙上有画了！这样的生活现实迟早要映射到法律中，发生例如墙上所挂之画与建筑物的关系问题：是从物还是独立之物？如果是前者，卖房时就卖画哟，不必另行约定。当然，我们生活中还没有欧洲城市那么多的雕塑，将来有了，也会发生什么样的人才可为自己或被他人立雕像于公共空间的问题，这就涉及到旌表权了。不过，那些被立像过多的人蛮不幸的，你看，蒋介石在台湾的那么多雕像要么被拆，要么被人恶搞，多可怜！你再看，列宁在乌克兰的最大雕像最近被拆除，更不要说萨达姆的雕像的命运了。还是武则天聪明，不搞雕像，搞无字碑，该碑至今巍然独存。

该板块的最后一篇是《优士丁尼〈法学阶梯〉中的价值论》，触及取得所有权的依据问题，不仅有劳动，而且有稀缺性和运气，这样的从《法学阶梯》归纳出来的结论冲击我们习惯的唯劳动价值论，但它的解释力强得多。更有意思的是，该文试图解释古罗马的经济学被法学吸收的现象。尽管当今经济学热得烫手，当年可是法学的小弟弟。确实，法学是最古老的人文科学之一，经济学的勃兴不到 200 年呢！

现在进入罗马国际法板块。本书中的罗马国际法是个在中文世界上未尝闻的范畴。在这一部分，我首先破除了万民法与国际法等同论，还原万民法为各国法律中的共性部分的原貌，阐明了中世纪的萨拉曼卡学派对于改造万民法为国际法的贡献，打破了格劳秀斯缔造国际法说。其

次破除了以丝绸之路的说法为代表的具有我族中心主义倾向的中国文明外射论，张扬了文明互相影响论，甚至是中国“欠债”外邦论。因为比丝绸到达外邦更早的是小麦到达中国，人不穿丝绸死不了，不吃粮食肯定活不成。简言之，我提倡在大讲丝绸之路之余，也可小讲一下小麦之路。少一点我族中心主义，多一点英特纳雄耐尔（international）。

第四个板块关乎古罗马的法典编纂，首先是优士丁尼之前的如此工作。《优士丁尼之前的法典编纂研究》一文揭示了凡是有作为的领导人都想搞法典编纂的统治规律，庞培想过、恺撒想过，但都没有实践。阿德里亚努斯和狄奥多西想了，也实践了，于是我们有了《永久告示》和《狄奥多西法典》。其次是优士丁尼从事的此等工作。他编纂的《法典》《法学阶梯》的体系都易让人看懂，但《学说汇纂》显得乱哄哄的。这种“乱”吸引了后世许多学者来破解，以证明它乱而有道，本板块中的《优士丁尼法典编纂研究》一文介绍了冯·布鲁梅的破解。还要指出的是，优士丁尼的法典编纂班子采用学者、律师、官员的三结合制，反观我国的民法典制定，只有学者在上蹿下跳，大量的文章都是他们写的，法官漠不关心，律师少有问津，这说明中国民法典主要为教学、教师服务，为司法服务的日子有待来临。

第五个板块是法学教育论。第一篇文章《古罗马的法学教育及其案例法》打破了案例教学法起源于美国说，证明罗马法律学校的高年级学生主要研究案例。罗马法学家也写作专门的案例书，《问题集》或《论断集》是这种书的书名。第二篇文章《论西塞罗的 De re publica 的汉译书名——是〈论宪法〉还是〈论国家〉或〈论共和国〉？》被塞进法学教育的板块有点勉强，它研究的是西塞罗的一本书的正确译名问题。过去，大家在宪法近代英国起源论的支配下把此书名译为《论共和国》，实际上，更正确的译名是《论宪法》。但这么一译，又打破宪法起源于

近代英国论了。正名是法学教育的重要内容，所以把此文放在法学教育板块了。第三篇文章是《〈阿提卡之夜〉与罗马法》，介绍古罗马作家奥鲁斯·杰流斯的读书札记性的著作《阿提卡之夜》中涉及的法律内容，兼涉公私法。这本书把一些失传的法律书的片段保留下来了，我们从它知道西塞罗还写过一本关于民法典编纂的专著呢！基于该书是罗马法律学校学生的辅助读物的假设把此文放在法学教育板块。

第六个板块是“中国继受论”，研究中国对罗马法的继受。第一篇文章《中国第二次继受大陆法系与罗马法教学的转型》强调中国两次继受罗马法。第一次通过德国继受，第二次通过意大利继受，后一种继受带给中国学界重原始文献的倾向，所以，罗马法教育也转型为以介绍优士丁尼的法典编纂成果为主了。第二篇论文《论中国〈合同法〉的罗马法基础——兼论以罗马法作为未来亚洲模范合同法的基础的可能性》研究了《合同法》8个条文的罗马法来源，发现它们都经过日本法的中介，又发现民国立法和韩国法受日本法支配性的影响——尽管《韩国民法典》是在独立于日本几年后才制定的——深感日本在近代化早期在亚洲的带头羊角色。第三篇《罗马法作为金砖国家的共同法——以民法的法典化为中心》研究了金砖国家与罗马法或远或近的关联，提出了以罗马法为这几个国家的共同法的建议。

上个世纪90年代中国第二次继受罗马法后，罗马法著作的出版出现了一个高潮。尽管如此，相比于欧洲国家，罗马法的著作偏少。本书旨在添加一本，不仅增加一个数目，而且实现知识增量。如果读者在读后承认这种增量，我就感到十分幸福了。

是为序。

2016年8月12日于胡里山炮台之侧

第一编

公法

共和罗马的阶级分权与政党政治——保民官 v. 执政官 ... 002

罗马选举舞弊立法研究 ... 036

论民事死亡——兼论社会死亡和社会瘫痪 ... 070

论宗教身份对出家人的私法和公法能力的影响 ... 111

罗马经济法研究 ... 144

第二编

私法

罗马法中的胎儿保佐及其现代运用 ... 176

普通法中的国家亲权制度及其罗马法根源 ... 197

优士丁尼罗马法与绘画、雕塑——罗马艺术法综论 ... 215

画落谁家？——处理用他人材料绘画问题的罗马人经验
及其现代影响 ... 268

优士丁尼《法学阶梯》中的价值论——兼论法学与经济
学的分合史 ... 297

第三编 从万民法到国际公法——一个语词学的考察 ... 318

国际法 汉代西域都护府总督郑吉对罗马商队的保护? ——中罗
交通史研究中的罗马宪法和国际法问题 ... 337

第四编 优士丁尼之前的法典编纂研究 ... 352

法典编纂 优士丁尼法典编纂研究 ... 372

第五编 古罗马的法学教育及其案例法 ... 420

法学教育 论西塞罗的 De Re publica 的汉译书名——是《论宪法》
还是《论国家》或《论共和国》? ... 445
《阿提卡之夜》与罗马法 ... 464

第六编 中国第二次继受大陆法系与罗马法教学的转型 ... 476

中国继受 论中国《合同法》的罗马法基础——兼论以罗马法作为
未来亚洲模范合同法的基础的可能性 ... 490
罗马法作为金砖国家的共同法——以民法的法典化为中
心 ... 516

罗马的
第三次征服

第一编

公 法

共和罗马的阶级分权与政党政治

——保民官 v. 执政官

一、共和罗马的阶级分权

（一）分权理论一般

孟德斯鸠被认为是分权理论的创始人。他主张立法、司法、行政三权分立。这实际上是机构分权论。英国和日本有过的贵族院以及相应的平民院的并立，是阶级分权论。我认为在革命时代¹的共和罗马存在阶级分权，即平民与贵族的分权。两个阶级分别构成两个政党，它们共同在朝，与现代朝野相对分明的政治格局不同。平民党扮演了建设性的反对派的角色。

顺便指出，在共和罗马，在统治阶级内部也存在分权，即元老阶级与骑士阶级的分权，前者掌握政治权力，后者掌握经济权力，在一定的时期掌握司法权力。

下面分别讲贵族阶级的代表执政官的权力和平民阶级的代表保民官

1 革命时代指建立共和以后罗马平民与贵族为争夺经济资源和政治资源进行的激烈的阶级斗争的 200 余年期间。

的权力。

（二）执政官的权力

作为贵族党的党首，执政官享有王权性的如下权力：1. 民事谕令权（*imperium domi*），包括主持百人团大会和元老院会议并提出法案或报告之权、国库利用权、民刑案件管辖权¹（曾经如此，但公元前 367 年设立裁判官后，执政官不再管辖民事案件，但保留对刑事案件的管辖²）、作为国家与神之间的中介的宗教仪式主持权（包括占卜权）、挑选军团成员并任命军官、安排宣誓的权力。2. 军事谕令权（*imperium militia*）。每个执政官都可统帅两个军团以及一定数目的同盟军。³ 3. 强制权（*coertio*），又称纪律权，是通过罚款、扣押等手段让人服从的权力。强制权的极端运用是死刑，以法西斯束棒上的斧头执行之。

（三）保民官的权力

作为平民党党首的保民官具有消极和积极两方面的权力。保民官的权力大小依时代而不同，《沃尔腾修斯法》后权力最大，因为平民会取得了约束全体罗马人民的立法权，而罗马人的一切改革都通过立法进行。

1. 消极权。

（1）否决权。a. 对执政官的否决权。其一，否决他们的征兵决定；其二，

1 Voir PWillems, *Le Droit Public Romain ou Les Institutions Politiques de Rome*, Typographie de CH.Perters, Libraire-Editeur, Louvain, 1883, p.253.

2 参见〔英〕乔洛维茨、尼古拉斯：《罗马法研究历史导论》，薛军译，商务印书馆 2013 年版，第 60 页注释 2。

3 Voir PWillems, *Le Droit Public Romain ou Les Institutions Politiques de Rome*, Typographie de CH.Perters, Libraire-Editeur, Louvain, 1883, p.255.

否决他们的征税决定；其三，阻止他们举行选举官员的民众大会；其四，阻止他们把法律呈交给民众大会。b. 对裁判官的否决权。对执政官的否决权基本上适用于对裁判官的情形。c. 对低级官职（magistrati minori）候选人的否决权。低级官职有：营造官、财务官、死刑三吏（tresviri capitales）。

（2）强制权。包括前官员因在任职期间所犯罪行或执政官在任期间所犯罪行而对其进行逮捕、看守、可能提起罚金之诉或极刑之诉的权力。

a. 对执政官的强制权。至少从公元前4世纪开始，法律确认了保民官的这个权力，用来处罚在行使权力中有过错的执政官。例如，保民官盖尤斯·瑙提斯（Gaius Nautius）和路求斯·切蒂丘斯（Lucius Cedicus）针对执政官斯普流斯·塞尔维流斯（Spurius Servilius）曾行使此权力，理由是他在针对埃特鲁斯人的雅尼库鲁斯山战役中的过错，他被判死刑。¹ b. 处罚违反《神圣约法》者的权力。² 保民官可以直接处罚违犯了《神圣约法》的人，把他们扔下塔尔佩阿（Tarpea）悬崖或者处以财产献祭刑（被罚者此时不享有申诉权）。c. 判处罚金的权力。³ 保民官对平民和贵族都可判处罚金，收取的罚款由财务官交付国库。

（3）起诉权。保民官可以对任何犯有公处罪的市民提出起诉。根据《神圣约法》，保民官可以对任何伤害平民的市民提起极刑之诉，不过，此种情形中的被告可以在百人团会议中向“民众申诉”（provocatio ad populum）。

（4）人身不可侵犯权。《神圣约法》规定，凡侵犯了平民保民官、

1 Cfr. Livio, Storia di Roma, I-III, a cura di Guido Vitali, Oscar Mondadori, Bologna, 1988, p.331.

2 Cfr. F. Fabbrini, Tribuni plebis, In Antonio Azara e Ernesto Eula, ed., Nuovissimo digesto italiano, Vol. XIX, Torino, UTET, 1975, p.792.

3 Cfr. F. Fabbrini, Tribuni plebis, In Antonio Azara e Ernesto Eula, ed., Nuovissimo digesto italiano, Vol. XIX, Torino, UTET, 1975, p.793.

平民营造官和十人平民法官团的人，将被作为牺牲献祭给朱庇特神，他的家产将在土地神和子女促生神的庙宇中拍卖。¹

2. 积极权。卢梭、卡塔兰诺等人力持保民官权力消极说。²此论属于片面的深刻，更好的说法是保民官是建设性的反对派。“反对”体现为行使消极权；“建设”体现为行使积极权。

西塞罗说格拉古当了几个月的王³，此语证明了保民官权力的积极性，因为王的权力是综合性的，没有积极与消极之别。

具体来说，保民官可以召集平民大会，此等大会具有立法权。起初它制定的法律只对平民有效。《沃尔腾修斯法》之后，平民会决议具有约束所有罗马公民的效力。这一转变让保民官的权力积极化，因为罗马人凡做事必立法，有了立法权就有了进行广泛的国务活动的权力。

据统计，到公元前 27 年，罗马共有 564 件法律，其中的 286 件是平民会决议，164 件是百人团会议制定的，另外有 114 件制定主体不详。⁴即使假定平民会和百人团大会各制定了这 114 件法律的一半，也可得出保民官的立法占罗马立法的多数的结论。这些立法主要反映了他们作为积极权力的行使者的角色。这些法律的清单见本文的附录。

1 参见[意]朱·格罗索：《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社1998年版，第71页及以次。

2 关于卢梭的观点，参见[法]卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆1980年版，第160页。谓：“保民官的权限才最大；因为他虽然不能做出任何事情，却可以禁止一切事情。”关于卡塔兰诺的观点，参见[意]皮兰杰罗·卡塔兰诺：“一个被遗忘的概念：消极权”，徐涤宇译，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216页及以次。

3 参见[古罗马]西塞罗：《西塞罗三论》，徐奕春译，商务印书馆1998年版，第62页。

4 Cfr. Feliciano Serrao, *Classi partiti e legge nella repubblica Romana*, Pacini Editore, Pisa, 1974, p.198.