



民法大全选译
CORPORIS IURIS CIVILIS
FRAGMENTA SELECTA

II

家 庭

(意) 桑德罗·斯奇巴尼选编
费安玲 译

民法大全选译
CORPORIS IURIS CIVILIS
FRAGMENTA SELECTA

II

家 庭

(意) 桑德罗·斯奇巴尼 选编
阿尔多·贝杜奇 协助
费安玲 译

中国政法大学出版社

(京) 新登字 185 号

民法大全选译

II

家 庭

(意) 桑德罗·斯奇巴尼 选编

阿尔多·贝杜奇 协助

费安玲 译

中国政法大学出版社 出版

(北京学院路 41 号 * 100088)

国家统计局印刷厂 印刷

新华书店经销

787×1092 毫米 32 开本 5.375 印张 120 千字

1995 年 3 月第 1 版 1995 年 3 月第 1 次印刷

ISBN7—5620—0111—1/D·107

印数: 1000 册 定价: 7.00 元

说 明

该《民法大全》选译“II”册与《人法》“I. 2”册有着极为直接的联系。在盖尤斯的《法学阶梯》、优士丁尼的《法学阶梯》中，有关人法的论述与我们今天称之为家庭法的论述是一致的。它涉及到“自由”和“支配权”（参见《人法》“I. 2”册中的J. 1, 3—7; 1, 8—26; D. 1, 5 和 D. 1, 6—7）这两个严谨的基本概念。这两个概念紧密相联：一方面，有关“自由”的区别，除了在J. 1, 3; D. 1, 5 中可看到之外，在J. 1, 8; D. 1, 6, 1—2 中亦能寻觅到“自权人”和“他权人”之间的差异；另一方面，“自由”是“支配权”不可逾越的界限，有关这个问题可在C. 8, 46, 10 中发现它的踪迹。它使人们记起：“对我们的祖先而言，自由远比父权更为重要，从前，家父被允许有对他的子女进行生杀之权，但剥夺他们的自由是不合法的”。支配权的概念十分古老。支配权的初始还很有可能包括“物的关系”在内，为此，人们确认：“东西是我的”（所有权的概念是通过“物之归属”的交换在经济方面的专门化而得以发展）。支配权的概念还历史性地揭示出公法

与私法的区别，并且，该词既被用于表述“家父权”，又被用于表述“民众权”，这两种权力不存在对他人的隶属。支配权的基本含义在于“自给自足”、“自治”，例如，一个人既被称为“家父”，又被称作“自权人”。仅从上述基本含义中便引伸出“对人之权”和“对物之权”。不能成为“自权人”而处于“自权人”的支配之下的人是“他权人”。因此，支配权的概念被用于将人区分为“自权人”或者“他权人”两种类型并被用于规定改变身份和终止成为“他权人”的方式，鉴于此，它被用于界定家庭的概念。法律上的家庭被定义为“处于一个支配权下的多个人”（D. 50, 16, 195, 2）。人的复数性是他们结为整体的特征，它构成了一个联合体被得以确认的核心，一个家庭的核心；在这些人中，有该家庭的家父，他不是处于支配权之上，而是要依靠家庭其他成员的帮助从事保障和加强这一联合体的活动。罗马家庭的职能是广泛的（宗教祭祀、政治、经济、繁殖、抚养和教育后代以使他们成为国家的真正的市民等职能）。这些职能永远给古代史学家们以深刻印象（有兴趣的话请阅读一下公元前一世纪的希腊历史学家蒂奥尼基·迪·阿里卡尔那索[Dionigi di Alicarnasso]对希腊家庭和罗马家庭进行的比较），亦给近现代史学家们以深刻印象（了解G·彭梵得和G·格罗索指出的家庭与政治组织的

相似性和富有特征性的自治问题的分析以及对家庭单一性私人经济或者个体经济概念的比较是极其重要的)。但是,在《法学阶梯》、《学说汇纂》或《法典》中,罗马人的家庭概念没有被作为一个给主题研究以顺序的系统化范畴。鉴于此,近现代民法典或者学术作品的系统顺序以不同的方式发展着:有的如同优士丁尼的《法学阶梯》一样,家庭被置于人法的范围内且其中不包括家庭财产关系的论述(例如:《法国民法典》、《奥地利民法典》、《智利民法典》、《阿根廷民法典》);有的将家庭与人并置而论。其中包括家庭财产关系(例如:《意大利民法典》、《巴拉圭民法典》);有的在包含人身关系和财产关系的专门部分中论述,但将法律主体的人身权区分开(德国学说汇纂派的体系和《德国民法典》、《巴西民法典》、《秘鲁民法典》),此外,有的作为法的不同部分且自成一个法典(例如:《波兰家庭法典》、《古巴家庭法典》、《哥斯达黎加家庭法典》、《玻利维亚家庭法典》)。在该原始文献的选辑中,力求在《民法大全》的阐述顺序与反映家庭法特性的阐述顺序之间架起一座桥梁。为了体现这一设想,选辑涉及到了家庭法的三个题目:婚姻(J.1, 9—10; D. 23—25; C. 5, 1—27);监护和保佐(J. 1. 13—26; D. 26—27; C. 5, 28—75);他权人的财产关系(D. 14—15; C. 4, 25—29; J. 29; 3, 28; 4, 7—8)。如

同人们所看到的那样，前两个题目的顺序已非常接近《民法大全》的顺序；相反，第三个题目大部分被优士丁尼置于债的主题之下。婚姻的主题内涵十分丰富：“男女间的结合，终生的结合，人法和神法的结合”（D. 23, 2, 1），这就是婚姻的含义所在。从中人们可以领悟到宗教的、伦理的、生衍的和经济的多重意思和效力。因此，它涉及嫁资、共同财产的构成及与婚姻有关的一些其它问题；涉及子女的确认、保护及相互扶养的义务。所有这些都通过夫妻之间的终身相伴不分离的生活方式（J. 1, 9, 1）表现出基本的自由权和相互之爱。支配权还是一个系统化的概念，它将监护与婚姻衔接在一起。婚姻是生育处于家父权下子女的途径；在家父权下的子女还有婚生子女和养子女（J. 1, 9pr.；1, 11pr. 和《人法》“I. 2”选辑中的 D. 11, 7）；但是，那些“因年龄而不能自我保护的人”和基于不同的原因未处于父权之下的人，被设立监护所形成的“力量与支配权”保护着。这一保护根据不同的原因亦适用于其他人。罗马人最具独创性的作法是：对经济性活动任命一名总管和规定了特有产的制度，这些作法涉及到了经济活动尤其是众多的内部财产（全部家庭财产）活动的核心并将他们划分为权利享有者、管理自治者、有限责任者等不同层次。该作法形成了一个十分有趣的模式：它同家父权的遗传性和教理

性的关系并未妨碍它同法律性活动所产生的一般债的关系的联系。将这一主题与其它家庭基本原理一起进行探讨以便了解家庭经济生活的不同侧面是十分重要的，但是，不应当将这些基本原理与《民法大全》的关系的研究弃置一边。该选辑除了向人们展示了上述主题外，还与《人法》“II. 2”选择的内容相互补充。与所有的其它选辑一样，考虑到一些内容在优士丁尼的《法学阶梯》中已被相当深入地进行了探讨（例如禁止性婚姻，参考 J. 1, 10, 1—10），故而，本选辑较少涉及之。为此，该选辑还与 J. 1 相互补充。但是，还需要强调指出：尤其对家庭这一主题而言，调整家庭基本制度的法律规定大量地来自于优士丁尼的《法学阶梯》，这些法律规定在家庭内部通过约束性手段得以遵守。城邦（civitas）一方面干预历经数世纪的家庭的一些原始性职能并弱化之，而另一方面，通过共和国时期的监察官和皇帝设立的为维护法律及对遵守和执行法律进行监察的官职，使监护被强化，它不排除一些重要干预的再现（例如：哈德良皇帝将父权中依规则对犯罪行为进行惩处之权重新启用，“它应当具有公正性而非残暴”[D. 48, 95]）。许多家庭生活、“善良市民”的家庭教育的原则和规范在法学家们的作品中或者在法律原始文献内记载的其它法律活动中没有被表述出来；在能够给法官以指导的旨在解决疑难

的基本概念的表述中亦未涉及之，因为人们并不希望将上述问题提交给法官，而是最大限度地地在家庭内部和它的自治范围内给予解决。拉丁文的翻译由中国政法大学的学者、该大学罗马法研究中心成员费安玲博士完成，并经过由阿尔托·贝杜奇博士（Dott. Aldo Petrucci）和朱塞培·德拉其那（Giuseppe Terracina，中文名字叫纪蔚民）博士组成的意大利工作组的校对。该项工作是根据1989年中国政法大学同罗马法传播研究组（Gruppo di ricerca sulla diffusione del diritto romano）达成的协议，由费安玲博士在我的罗马第二大学罗马法教研部进修期间进行的。该项工作得到了中国政法大学、意大利国家科研委员会——法律政治科学委员会（Consiglio Nazionale delle Ricerche——Comitato per le Scienze Giuridiche e Politiche）、罗马第二大学尤其是它的法的理论和历史部的支持。此册的出版得到意大利国家科研委员会的资助。

桑德罗·斯奇巴尼

1994年7月8日于罗马

目 录

I 婚姻.....	(1)
1. 1 含义：支配权·家庭·婚姻·亲属关系	(1)
支配权——家庭——婚姻——亲属关系	
1. 2 订婚	(12)
定义——有效要件：订婚人的同意——支配权人的同意——年龄——效力——解除订婚	
1. 3 结婚	(19)
含义——结婚的要件和禁止性婚姻——同意——在婚姻住所中娶妻——婚姻的效力，夫妻合伙和夫妻间的赠与的禁止	
1. 4 离婚和弃夫弃妻	(42)
婚姻的一般解除——因死亡解除婚姻和第二次婚姻——因被奴役解除婚姻——离婚：含义——形式与意愿——原因——罚金	
1. 5 嫁资	(50)
嫁资及其构成——婚姻期间的嫁资——婚	

姻解除时的嫁资归还

1. 6 妻子带来的嫁资之外的财产 (75)

妻子带来的嫁资之外的财产——赠与

1. 7 子女的认定和抚养费 (78)

离婚后出生的子女——怀孕的证实和胎儿的保护——抚养的义务

1. 8 姘合 (93)

术语——必要条件——构成要素：意原——效力

II 监护和保佐 (97)

未适婚人的监护：含义——监护的设立和撤销：一般标准——遗嘱监护——法定监护——指定监护——监护人对被监护人的担保——监护人的责任——对未适婚人以外的其他人的保佐

III 他权人的法律活动 (121)

他权人的责任能力——“总管之诉”——“分摊之诉”——特有产——“给家父的财产返还于特有产之诉”——由家父承担的全部责任——军役特有产——母亲留下的财产或者得到的其它财产

索引 (148)

I 婚姻

(参阅：D. 23—25；C. 5, 1—27；
J. 1, 9, 1—1, 10, 12)

1. 1 含义：

支配权·家庭·婚姻·亲属关系

(支配权)

D. 50, 16, 215

保罗：《论富菲亚·卡尼尼亚法 (Fufia Caninia)》单编本 “支配权 (potestatis)” 一词有多种含义：对官员而言，它意味着被赋予的统治权 (imperium)；对子女而言，它意味着父权；对奴隶而言，它意味着所有权 (dominium)。当我们对不为自己的奴隶进行辩护的主人提出“损害投偿之诉”时，我们针对的是当时对奴隶享有所有权的人。萨

宾 (Sabinus) 和卡西 (Cassius)* 认为: 依《阿蒂尼亚法 (Atinia)》的规定, 当所有权人有提起“因所有权得到确认而要求返还之诉”的诉权时, 我们才认为被盗之物处于其主人的权力之下。

(家庭)

D. 50, 16, 195, 1

乌尔比安:《论告示》第 46 编 我们考虑“家庭”(familiae)一词的含义是什么。其含义是多种多样的。因为它既涉及到财产, 又涉及到人。例如在《十二表法》中, 在“……最近的宗亲属继承未立遗嘱而死亡的人的家庭 (adgnatus proximus familiam habeto)”的规定中, 将“家庭”理解为:“财产(res)”。对人而言,“家庭”的含义是相对的, 同样,《十二表法》在谈到保护人和解放自由人时, 以“从那个家庭中 (ex ea familia)”或者用“在那个家庭中 (in eam familiam)”的说法, 将“家庭”理解为“单独的人”。

D. 50, 16, 195, 2

乌尔比安:《论告示》第 46 编 “家庭”的含

* 公元一世纪的法学家——译者注。

义还可理解为由多个人组成的实体。该实体可分为“狭义家庭 (*familia proprio iure*)”和“广义家庭 (*familia communi iure*)”。在“广义家庭”中包括所有的有血亲关系的人。“狭义家庭”是指无论是基于自然，或者基于法律规定都处于同一个支配权之下的多个人。比如：家父、家母、家子、家女以及以后接替他们位置的孙子、孙女，并一代代地如此循序渐进。被称为“家父”之人在家中有着最高的地位，即使他没有儿子，依然宜用这一称谓。因此，我们解释为：家父不仅仅是指他这个人，也是指一种支配权。因此，当我们讲到家父时，还要提到被监护人和当家父死亡时隶属于他的人们开始有其单独的家庭。因为每个人都拥有了家父的名称。同样，我们还要涉及到解放自由人的问题。因为这些人一旦解放出来就变成家父。就“广义家庭”而言，它包括全部的有宗亲属关系的人，虽然伴随着家父的死亡，每一个人都有其家庭，但是所有的、曾处于同一父权之下的人都是同一家庭的成员，因为他们来自于同一个宗族。

D. 50, 16, 195, 3

乌尔比安：《论告示》第 46 编 如同我们在《裁判官告示》“偷盗”一章中看到的裁判官们谈论关于承办收税业务人员的奴隶一样，我们通常还用

“家庭”一词来表达由多个奴隶组成的实体。然而如同在《告示》中看到的一样，“家庭”一词不涉及所有的奴隶，而仅涉及到从事收税业务的奴隶。但是在《告示》的其它部分，“家庭”一词则包括全部的奴隶。例如在谈到“暴力抢劫之诉(*actio vi bonorum raptorum*)”时，在谈到“退还购买的瑕疵物之诉(*actio redhibitoria*)”时，尤其是涉及到退还之物品被购买方或他的奴隶的家庭造成损坏的情况，或者涉及到防止暴力令状时。在上述情况中，“家庭”一词不仅包括全部的奴隶，而且还包括全部的子女。

D. 50, 16, 195, 4

乌尔比安：《论告示》第 46 编 同样，由多个人组成的产生于同一遥远的祖先的实体，亦被称为“家庭”。因此，例如奥古斯都皇帝的家庭，我们称之为“尤里亚家庭”(*familia Iulia*)，这就象我们共同强调一个遥远的记忆似的。

D. 50, 16, 40, 2

乌尔比安：《论告示》第 56 编 “家庭”一词也包括子女在内。

D. 50, 16, 40, 3

乌尔比安：《论告示》第 56 编 单独的奴隶

(servus) 不包括在“家庭”一词之中。两个奴隶亦不构成家庭。

D. 50, 16, 195, 5

乌尔比安：《论告示》第 46 编 女性是其家庭的起源和终端。

(婚姻)

D. 1, 6, 3

盖尤斯：《法学阶梯》第 1 编 同样，我们的基于合法婚姻(ex iustis nuptiis)出生的子女处于我们的支配权之下，这是一个有关罗马市民的特殊规定。

D. 1, 6, 4

乌尔比安：《法学阶梯》第 1 编 事实上，在罗马市民中，一些人是家父，另一些人是家子，一些人是家母，另一些人是家女。为家父者是自权人，无论他是适婚人还是未适婚人。家母亦如此。那些是家子和家女的人处于他人的支配权下。同样，我的儿子及其妻子所生的儿子，即我的孙子和孙女、曾孙子和曾孙女以及其他直系卑亲属亦都处于我的支配权之下。

(亲属关系)

D. 50, 16, 51

盖尤斯：《论行省告示》第 23 编 在“家长 (parens)”一词中，不仅包括父亲 (pater)，而且包括祖父 (avus)、曾祖父 (proavus) 及其他所有的依次往上排列的祖先；同样，“女家长 (parens)”一词也要包括母亲 (mater)、祖母 (avia) 和曾祖母 (proavia) 在内。

D. 50, 16, 56, 1

乌尔比安：《论告示》第 62 编 关于“卑亲属 (liberi)”一词，不仅包括处于父权之下的人，而且还包括是自权人的所有男性后代、女性后代和由女儿所生育的后代。

D. 50, 16, 84

保罗：《致韦德里》第 2 编 关于“子女 (filii)”一词，我们认为它是指所有的儿子们和女儿们 (omnes liberi)。

D. 38, 10, 10 pr.

保罗：《亲等和姻亲及其名词》单编本 法学家