

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

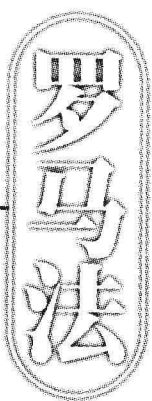
第一卷(110000年号)

Vol. 1 (2000)

中国法制出版社

China Legal Publishing House

Et lux 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

第一卷(二〇〇〇年号)

Vol. 1 (2000)

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,
2000.7

ISBN 7-80083-717-3

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 65677 号

罗马法与现代民法

LUOMAFU YU XIANDAIMINFU

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/14.5 字数/355 千

版次/2000 年 7 月北京第 1 版

2000 年 7 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:24.00 元

(如发现印装问题请与本社发行部联系 电话:66062752)

总 序

在国外，一个研究所有一个论丛是一种通例，这样的论丛发表本研究所的以及其他研究者的作品，造成日积月累，集腋成裘，使知识和智慧都得到增长的效果。因此，在 2000 年初创办厦门大学罗马法研究所时，我就产生了办本所之论丛的想法。在本所存在的短短时间内，通过约请外国学者写稿、本所自己人员的翻译和本所的外围人士的研究，得到了不少成果，由于其他刊物稿件多，发表周期长，它们得不到及时的发表，这是创办《罗马法与现代民法》的第二个动因。如今，在中国法制出版社和中国民法经济法研究副秘书长汪家靖先生的支持下，这一论丛终于诞生了。

把这个论丛命名为《罗马法与现代民法》，乃是因为在中国还没有一个罗马法的刊物。罗马法的重要性，可以“欲治法学，必先治民法；欲治民法，必先治罗马法”的俗语来形容。我个人经历过此语所描述的全部过程，深感此语之精当。由于人们普遍获得类似的认识，罗马法正在中国复兴，它首先表现在翻译上。但中国的罗马法方面的研究性作品，还是偏少的；即使有，也没有一个比较专门的阵地发表，形不成规模和气候，十分令人遗憾。本刊之设，可以少许弥补这一缺憾。本论丛的存在，也可能起到刺激中国的罗马法研究之发展的作用。

在多数国人眼中，罗马法是一种死法，属于故纸堆。在中国研究罗马法，意味着皓首穷经，坐冷板凳。但罗马法的故乡人可不这么看，他们认为，罗马法活在现代的大陆法系中，活在各个

民法典中，甚至活在英美法系的部分制度中，按照这种逻辑，罗马法也活在中国的民法通则中——谁能否认民法通则的几乎所有制度，都是以西方、以罗马法为来源的呢？正因为如此，西方的罗马法学家几乎从未停止过对现实的民法问题乃至更为广泛的问题——例如国际债务问题——的研究，并对有关问题根据罗马法的正义精神进行积极的干预，为此他们活跃在国际国内的各种舞台，席不暇暖，板凳热得很呐！在他们身上，我看到了古罗马法学家的实践精神。因此，罗马法与现代民法，两者并不是相互矛盾的，后者是前者的表现和进化形式。所以，本刊的名称，除了有罗马法的字样外，还有现代民法的字样。这样安排，作者的范围也可以广一些，因为能跟又古又洋的罗马法直接打交道的人，毕竟暂时还少，因此，在一个相当长的时期内，本论丛稿子的多数，恐怕还是现代民法多而罗马法少。我希望，随着研究水平的提高，罗马法的比重会增加。

本论丛的宗旨可简单地概括为：注重对中国从未有人研究过的问题的研究，人家研究得少的问题，我们多研究，以期一点一点地减少中国知识界的认识空白，积累知识和智慧。具体而言，我们期望的研究论文最好在以下范围：第一，罗马法的研究和翻译，尤其是罗马公法的研究和翻译，因为后者在中国是一个空白，并且被不恰当地贬低为“没有价值”；而欧洲对罗马公法研究如火如荼，正好可以引入中国烧热一块冷土；第二，拉丁美洲法的研究和翻译，这一主题在中国几乎是一个黑暗王国，我们希望把它照亮；第三，民商法典的研究和翻译，这是当前中国举国关注的关系到国家的文明进程的重大问题，可以作出无数的好文章来。当然，其他有价值的文章，在罗马法与现代民法的框架中的，也受欢迎。

本所每年均可邀请几位外国学者就我指定的在上列范围内的题目在厦门大学作学术演讲，他们的讲稿都将在本刊发表，以

使花钱买来的智慧得到更广泛的传播，嘉惠士林；另外，本所还将约请国外学者就中国法学界比较陌生的问题写一些针对中国读者的文章发表于本刊，以收在境外设置学术眼线之效；其他文章就只能指望同胞们帮衬了，不过，在写作或投稿之前，最好读一下本刊的宗旨。

随着我国罗马法研究水平的提高，不排除建立一个全国性的罗马法研究会的可能。当这个梦想实现时，本论丛为什么不能成为这个研究会的发表阵地呢？

《罗马法与现代民法》，好运气！

徐国栋

2000年1月26日于

厦门大学罗马法研究所

主编絮语

本书封面上有一句拉丁文格言：Et lux in tenebris lucit，译成中文是“以光明照亮黑暗”，原为秘鲁天主教教皇大学的校训，本主编十分喜欢，拿来作为本论丛的“刊训”。确实，大学是生产知识和智慧的地方，它们是人生的光，照亮大学以外的一切空间。刊物的功能应该同此，它应该登载智慧，照亮黑暗。所谓的“黑暗”，就是人在认识上的不知。如果某个问题已经为人所知了，它就是光明，不再是黑暗，再照来照去，不免浪费宝贵的能源。因此，本刊只登照亮黑暗的文章，也就是说，登载那些无人研究过的问题的研究成果，或虽然已有人研究过，但研究得有缺陷之问题的成果。

本论丛登载的《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，就是一篇照亮黑暗之作，它涉及到对拜占廷法的研究。这一研究，在欧洲也是很薄弱的，因此，我约了阿尔多·贝特鲁奇教授写了这篇长文。通过它，我们知道了优士丁尼法的效力在他死后持续得很晚，以希腊语为母语的拜占庭人为了克服掌握拉丁语的困难导致了拜占廷法的产生、拜占廷法学家与波伦那法学家具有相同的工作方法、希腊民法典与拜占廷法的关系等。贝教授是中国人民的老朋友，在中国已发表了不少文章，经我翻译的也不少；因此，我一直想把他发展为我们的“学术间谍”并获得了成功。这一卷还有他的《意大利统一前诸小国的民法典制定与1865年意大利民法典》一文，以及《运送合同从罗马到意大利现行民法典的发展》一文，从前者我们至少

了解到了世界上最早规定知识产权的民法典是 1837 年的萨丁民法典；后者尤其值得注意，它是运用解释学（Esegesi）方法写成的，代表了现代罗马法界研究问题的科学方法——从原始文献出发的方法，几个已被译成中文的《学说汇纂》片段被他分析得头头是道，让人佩服。尤其值得注意的是，客观责任几乎被公认为现代民法中的责任形式，贝教授却告诉我们，在罗马法中，裁判官在对运送事务的干预中就提出了这种责任。这种说法，的确让我们耳目一新。

简马里亚·阿雅尼教授是东欧巨变后的阿尔巴尼亚民法典之财产法部分的作者，本卷发表了他两篇文章，一篇是《阿尔巴尼亚民法典的制定》，详细地介绍了这部新近的民法典在制定过程中面临的问题以及作者对如何处理这些问题的看法。作为一个曾与我们有着极为友好关系的国家，阿尔巴尼亚的经验值得注意；另一篇《转型时期的财产法法典编纂：来自比较法和经济学的一些建议》，是阿雅尼教授与他的朋友合作的成果，它把后社会主义国家制定财产法方面面临的问题普遍化了，采用的是法律的经济分析的方法，对于正在打算制定民法典的中国立法机关以及思考民法典问题的学者来说，这篇文章特别具有参考价值。

在《民商法论丛》第 10 卷中，我已组织学者翻译了优士丁尼关于编订《学说汇纂》和《法学阶梯》的四个敕令，留下了没有翻译优士丁尼关于编订《法典》的三个敕令的遗憾，如今，这一遗憾被消除了。通过阅读这两组在西方罗马法著作中被反复引用的敕令，我们可了解优士丁尼法典编纂活动的详细过程和主持者的基本考虑。

合同法分则长期以来都是民法学研究的薄弱领域，方新军致力于这方面的研究，为我们奉献了对承揽运送合同和特许经营合同的研究成果，综合运用了欧盟法、反垄断法、竞争法和代理法等领域的知识，使人感到合同法分则的水有多深。看来，过去人

们之所以觉得合同分则没有什么意思，乃是由于人们还不够了解它。本论丛还将继续组织对现代新型典型契约的研究，例如保理合同（Factoring）和终身定期金合同。我一直认为，民法学研究不及刑法学研究深入，原因在于后者的分则研究得比民法学细。什么时候民法学的分则部分深入了，什么时候民法学与刑法学在研究深度上的差距就消灭了。

《论先占原则》的作者王凌云是中南政法学院刚毕业的本科生，“不好庞德好康德”，喜欢哲学，是我见到的最有才华的本科生之一。他另辟蹊径，从哲学的角度研究他选择的题目，做出了令人满意的成果，尽管有一些小小的罗马法知识上的错误。

墨西哥法曾经对我们中国法学者是一片黑暗，尤里·冈萨雷斯·罗尔丹发表在《民商法论丛》第9卷上的论文《墨西哥私法的法典编纂》把这一黑暗照亮了一些，现在他又点燃了第二根蜡烛。值得注意的是他对法的原则与外国法之适用的关系的说明，在他看来，原则不过是援引外国法作为本国法的补充渊源的工具，这的确代表了一种法律的世界主义的观点。

竞业禁止曾经是一个只能作5行文字之讨论的题目，有谁想到张立新能把它写得这么长呢？列纳尔说“才能在于量”，从这么长的论述中我们自然能够想象其容量。

我国已制定信托法草案，公益信托问题在考虑中，张文香不失时机抓住这一问题进行研究，为使中国的慈善事业以各种渠道发展起来出了许多好点子。

张立新和张文香都属于内蒙古大学，外人来到这里，当地人都说自己属于落后地区，水平不行云云。然而，行不行，看文章。这两篇散发着奶茶芬芳的文章，的确让人感到草原人的谦虚和草原法学的不可小视。

刘兰从巴黎寄来了她的研究成果，出于这样的动机：中国的新合同法删去了该法草案中曾规定的情势变更原则，那么，如何

解决实际生活中不可避免的情势变更问题？她为我们提供了法国的经验，原来，法国民法典也未规定情势变更原则，但人们以在合同中设立情势变更条款解决了这一问题。这样的处理值得中国借鉴。

编辑这一卷论丛，耗力颇多，主要原因是一些作者的文字功夫让人头痛。我本来想象西方刊物一样办本刊的——不动作者的一个字。但做不到，我很遗憾地对各位作者说，感谢你们的科学贡献，但我修改了一些你们的文字以便这种贡献更加纯净。如果你们的作品无需我在文字修改上花费精力，我将更加感谢你们。

2000年1月27日
于厦门大学罗马法研究所

目 录

总序.....	徐国栋 (1)
主编絮语.....	徐国栋 (1)

罗马法研究

《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	阿尔多·贝特鲁奇 (1)
	徐国栋 译

优士丁尼关于编订《法典》的三个敕令.....	范 敏 译 (55)
	徐国栋 校

民法典研究

阿尔巴尼亚民法典的制定	简马里亚·阿雅尼 (65)
	樊 芃译 徐国栋校

意大利统一前诸小国的民法典制定与

1865 年意大利民法典	阿尔多·贝特鲁奇 (85)
	徐国栋 译

转型时期的财产法法典编纂：来自比较法和经济学

的一些建议	简马利亚·阿雅尼 乌果·马兑伊 (99)
	范敏译 徐国栋 校

拉丁美洲法研究

墨西哥私法之一体化与统一

的诸方面 尤里·冈萨雷斯·罗尔丹 (125)
徐国栋 译

民法哲学研究

论先占原则 王凌云 (145)

合同法分则研究

承揽运送人之研究 方新军 (169)

运送合同从罗马到意大利现行

民法典的发展 阿尔多·贝特鲁奇 (226)
徐国栋译

特许专营合同研究 方新军 (241)

硕士论文

论竞业禁止 张立新 (325)

我国公益信托制度的构想 张文香 (387)

杂项研究

论法国合同法上的情势变更条款 刘 兰 (441)

Contents

Introducing This Journal

The Introduction of the Contents of This Volume

The Studies about Roman Law

The Characteristics of Basilici and Its Position in the Byzantine Law and
in the European Juridical Tradition

Aldo Petrucci Translated by Xu Guodong

Justinian' s Three Constitutions about the Compilation of Codex

Translated by Fanmin

Corrected by Xu Guodong

Studies about the Civil Codification

The Civil Codification in Albania

Gianmaria Ajani

Translated by Fan Peng

Corrected by Xu Guodong

The Civil Codification in the Italian States before the Unity and the Italian
1865 Civil Code

Aldo Petrucci

Translated by Xu Guodong

Codifying Property Law in the Process of Transition: Some Suggestions
from Comparative Law and Economics

Gianmaria Ajani and Ugo Mattei

Translated by Fan Min

Corrected by Xu Guodong

Studies about the Latin – American Laws

The Aspects of Integration and Unification in Mexico' s Private Law

Yuri Ganzalez Roldan

Translated by Xu Guodong

Studies about the Civil Law Philosophy

On the Principle of Occupation

Wang lingyun

Studies about the Special Part of Contract Law

Study in Spediteur

Fang Xinjun

The Development of Contract of Transportation from Roman Law to
Nowaday's Italian Civil Code

Aldo Petrucci

Translated by Xu Guodong

About the Contract of Franchising

Fang Xinjun

Thesis of Master degree

On Prohibition from Competitive Business

Zhang Lixin

My Opinion on Establishing the Institution of Charitable Trust in China

Zhang Wenxiang

Mélange

On Clauses of Rebus Sic Stantibus in French Contract Law

Liu Lan

《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

阿尔多·贝特鲁奇*

徐国栋译

目 次

一、拜占廷法的诞生：一个至今仍存在的历史问题

二、自 390 年起至优士丁尼死（565 年）的东罗马帝国的法

三、马其顿王朝的“复兴”（843 年）之前 7—8 世纪的拜占廷法

四、对拜占廷帝国的“黄金时代”（843—1025 年）之法律科学的简要说明

五、《巴西尔法律全书》：编纂、结构和内容。旁注

* Aldo Petrucci, 罗马第一大学法学博士, 比萨大学法律系教授。本文为作者面向中国读者的专稿。

六、《巴西尔法律全书》在后世的法律传统中的重要地位

一、拜占廷法的诞生： 一个至今仍存在的历史问题

《巴西尔法律全书》是拜占廷法的最重要表现形式。这一全书是在智者列奥六世（886—912年）皇帝在位时期编订的，事实上，他只不过完成了已由其父巴西尔一世（867—886年）开始实施的计划。为了能理解这一全书的意义，有必要把它放在整个拜占廷法史的背景中加以考虑，从拜占廷法的起源开始进行探讨，因为只有这样，这一作品对以后的法律传统的影响才能凸现出来。

对拜占廷法起源的考察面临的首要的根本问题是：什么时候人们才开始谈论拜占廷法？这一问题可能看起来貌似一个修辞学问题，但它实际上表达了一个实质性的困难。事实上，从逻辑的角度言，拜占廷法的提法假定了存在过一个拜占廷国，而拜占廷国形式上的诞生却从未发生过，因为归根结蒂，在1453年土耳其人征服君士坦丁堡之前，皇帝们、官员们、法学家们和被西欧人称之为拜占廷帝国的居民们本身，都一直把自己看作是，并把自己界定为“Romaioi”，换言之，罗马人，并且总是把其国家界定为“罗马帝国”，因为他们自认为是这一帝国的继承人。^①

① 在学说上，参考多埃尔格尔：《拜占廷与欧洲的国家世界——报告与论文选编》（Byzanz und die europäische Staatenwelt Ausgewählte Vorträge und Aufsätze），Ettal，1953年，第70页及以次；奥斯特罗讷斯基：《拜占廷帝国史》，第3版，意大利文译本，都灵，1968年，第26页及以次；以及梵·德尔·瓦尔-罗金：《希腊——罗马法简史》，Groningen，1985年，第9页。

这解释了现代学者们在标定拜占廷帝国的开始时，以及由此而来的拜占廷法的开始时为什么不存在一致的意见。多数学者为了便利的缘故才把君士坦丁的在位时期（306—337年）界定为拜占廷史的开始，^①因为在这一皇帝的统治下，君士坦丁堡城，即“新罗马”被建立起来（326年），它是罗马帝国的第二首都，而罗马是帝国的第一首都，接着它成为帝国的东方部分，再往后就成了拜占廷国。但显然，这种界定也带来了许多问题。在这些问题的中，我们可以指出如下这些：

1. 在君士坦丁堡建城之际，罗马帝国仍然是一个拥有两个首都，但只有一个皇帝和一套行政和军事机器的单一国家。

2. 发生在395年的帝国形式上的划分要归之于狄奥多西一世皇帝，他把帝国分为西方的部分或曰西罗马帝国，以及东方的部分或曰东罗马帝国，把它们分别交给自己的儿子和诺留和阿卡丢治理。^②

3. 尽管有这样的划分，罗马帝国继续被看作是一个单一的国家。确实，狄奥多西法典于438年在帝国的所有两个部分生效（在西方部分的生效经过了瓦伦提尼亚诺三世皇帝的批准）。^③

4. 在西罗马帝国于476年以末代皇帝的被废黜为标志终结

① 参考奥斯特罗歇尔斯基：《拜占廷帝国史》，前引书，第23页及以次，该书载有在其出版之前有关这一问题的书目。梵·德尔·瓦尔-罗金：《希腊——罗马法简史》，前引书，第14页及以次。

② 参考琼斯：《晚期罗马帝国》（*Later Roman Empire*），第1卷，牛津，156页及以次。德·马尔丁诺：《罗马宪法史》，第5卷，那波里，1975年，第253页及以次，作者在这一部分描述了帝国的两个部分的中央制度。还可参考切尔文卡在马里奥·塔拉曼卡主编下完成的著作《罗马法史大纲》，米兰，1989年，第549页及以次。

③ 就这一问题，参考德·马尔丁诺：《罗马宪法史》，第5卷，那波里，1975年，第478页及以次，以及切尔文卡：《罗马法史大纲》，米兰，1989年，第641页及以次。