

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

第五卷 (2004年~2005年号)

Vol. V (2004 - 2005)

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

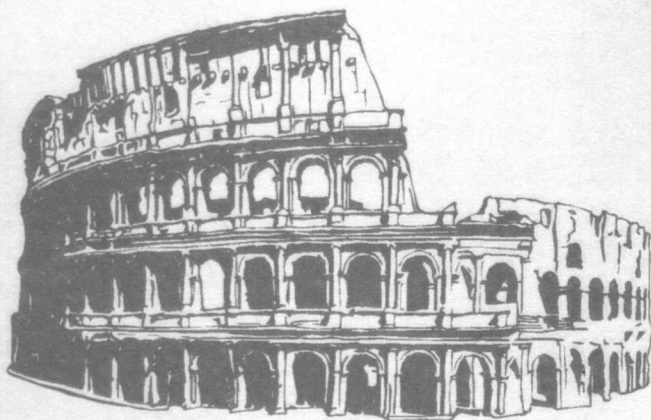
Edited by Prof. Xu Guodong

第五卷 (2004年~2005年号)

Vol. V (2004~2005)

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. 第5卷, 2004年~2005年号/徐国栋主编.

北京: 中国人民大学出版社, 2005

ISBN 7-300-07113-9

I. 罗…

II. 徐…

III. ①罗马法-文集②民法-文集

IV. ①D904.153②D913.04-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第015747号

罗马法与现代民法

Roman Law and Modern Civil Law

第五卷(2004年~2005年号)

Vol. V (2004~2005)

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 河北涿州星河印刷有限公司

开 本 890×1240毫米 1/32

版 次 2006年3月第1版

印 张 14.125 插页1

印 次 2006年3月第1次印刷

字 数 390 000

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

进入暑假，稍有闲暇，始编成《罗马法与现代民法》第5卷。为了不使2004年失去自己的番号，它仍然归属于2004年。自从2003年未按时编出是年的一卷滞后一年后，一直没有做到一年出两卷赶出一年，真是对不起本年刊的广大收藏者了。

第5卷未在年初编出，原因有二：其一，两篇西班牙文来稿无人翻译。第一篇是拉丁美洲最好的罗马法学者、智利的阿勒杭德罗·布里托·古兹曼（Alejangro Brito Guzman）教授的《伊比利亚—拉丁美洲法典编纂的古典时代诸民法典的体系》，第二篇为阿根廷布宜诺斯艾利斯大学法律系的埃米利亚诺·赫罗尼莫·布宜斯（Emiliano Jerónimo Buis）教授的《古代的流产：终止妊娠与雅典和罗马对这一问题的法律规制》，两篇加起来有A4纸100页左右。西班牙文来稿的译者很难找，我只好自己翻译。水平有限，译得很慢，眼看要耽误本卷各位年轻的作（译）者出成果了，我只得采取紧急措施，本着宁愿得罪外国人不得罪同胞的原则把上述两稿推到第6卷，以解脱其他来稿受迟滞的局面。其二，第4卷的“主编絮语”宣告第5卷将发表我写的《周相先生的〈罗马法原论〉错误举要》一文，但写出这样的论文谈何容易！拖到快到暑假了才完成这一发愿3年的工作。于是今天可以写本“主编絮语”了，可以把第5卷的稿子交出版社了。

本卷的所有稿子都不止一遍通读，我的强烈感觉是：其他杂志社怎么这么无眼，把这么好的文章放到我这个论丛来了！读者当知道，正式的成果以发表在有刊号的连续出版物上为佳，而本

论丛是无刊号的。这些文章之所以受到各个刊物的拒绝，是因为作者太“嫩”？还是因为他们以俺为识家，非俺不投？还是文章太长？俺无心考究这些问题，现在只顾拣了便宜偷着乐！呵呵！

打开本论丛，我们首先看到的是“罗马法研究”栏目中的4篇文章，写作与翻译的比例是3:1，在本论丛的历史上，该栏目的写作首次超过了翻译！这表明了我国罗马法研究的进步。更令我心醉的是，头两篇文章都出自俺的罗马法课的学员之手，是俺的罗马法教学的硕果。曾健龙的《对盖尤斯〈法学阶梯〉第二编第29段的解读》一文凭借严密的逻辑推理，纠正了黄风的盖尤斯《法学阶梯》译本中的一处错误，让俺们见识了一种以一万多字纠正一个只有33个字的错误的泰山压顶的气势，并感到如此做的必要。文章的可贵之处是采用了 *esegesi*（文本分析）的方法。在国内已发表的罗马法论文中，用了这种方法的窃以为曾健龙的此文是第二篇，第一篇是俺发表在《兰州大学学报》（哲社版），2003（1）上的《自然法与退化论——对 I.2, 1, 11 后部的破译》。看来，运用这种方法并非易事。

黄文煌的《罗马私法中要式移转物的产生和消亡——对罗马社会状态演变的一个考察》一文，宛如一个从一粒秦土推知整个秦代的农业生产方式乃至整个的政治结构的考古学家，让我们见识了什么是“挖掘”，什么是深入研究。确实，私法的每个制度都或多或少地与整个社会的组织方式有关，要式移转物只是一个例子而已。

特里根-科佩鲁斯的《论承审员在程式诉讼中的作用》一文从雅沃伦的一个片断出发，分析了罗马法史上著名的格拉古妻子李其尼娅在其丈夫死于动乱后要求返还嫁资的案例，推翻了程式诉讼中的承审员都是法律外行的陈说，让我们自己得出不加批判地接受陈说是何等危险的结论，以及从质疑陈说着手是如何容易出成果的结论。当然，如果“武艺”不好，不具备精湛的古典学知识和方法论训练，“质疑”不会有什么结果。作者的英国国籍也让我们感到并非只有罗马人的后代才能搞并搞好罗马法。

我的《周相先生的〈罗马法原论〉错误举要——以上册为中

心》从白玉中挑瑕，证明时代的错误和个人的错误总是造就修订一本书的必要——我自己就基于这种认识不断修订自己的著作。此文旨在在中国提倡一种在世之人修订已故之人的著作的西方习惯做法，它必定要基于学术为天下公器而非仅仅是子孙们的“用益地”的观念。

“民法典研究”栏目琳琅满目，写作与翻译的比例是2:1，像上一个栏目。“写”者都是厦门大学的人或曾为得到该大学的学位而写作的人，由此证明了该大学在相关领域研究中的强大实力。翻译的一篇是波多黎各民法典修订与改革常设委员会的执行主任马尔塔·菲桂罗阿·托勒斯教授的《〈波多黎各民法典〉的重订进程》，它详细告诉我们这一世界上最新的民法典编纂活动的组织情况，其中的一些安排——例如聘请许多外国顾问参与本国民法典制定的安排——可以为我国的民法典编纂提供启示。作为一个曾有过一部拉丁法族结构体系的民法典的国家，最新的波多黎各民法典草案在结构设计上却向潘得克吞体系靠拢，这说明了经常遭到我批评的这一体系的魔力。

《加利福尼亚民法典》本身就是一部传奇故事，它源于流产的《纽约民法典草案》，靠着其作者戴维·菲尔德的兄弟斯蒂芬·菲尔德的帮助，该草案在广袤的加利福尼亚州存活下来，而且按英美法的方式发展，时间流逝，铸造了一个法典编纂与法律汇编的综合体。在《〈加利福尼亚民法典〉研究》一文中，黄维絮絮叨叨地还告诉了我们这一法典的其他方面的故事。读者诸君，了解一部在视法典为讎仇的美国人中存活的民法典没有什么不好？不能忘记的是，正是靠对研究美国的7部民法典的必要性的充分证明，俺才走进福布赖特学者的行列的呢！嘿嘿！

正在日本神户大学读博士学位的周江洪以《日本民法的历史发展及最新动向简介》，力图为我们提供对《日本民法典》的最新发展的一个“简介”。这个“简介”经过周的补充有1.8万字，能否当得起“简介”的标题值得研究。认真一想，以如此篇幅说明一部涵盖社会生活的方方面面的民法典的发展，仍可以称“简介”。我们从小周那里知道的是，像一些西方先进国家的民法一

样，日本民法经 1999 年的修改已取消了无行为能力的表述，改称限制行为能力，立法者转而认为任何人都存在着与其身心发育程度相适应的行为能力。这表明尊重人权之风也吹到了日本，隔着海峡的中国土地正等着它继续吹过来；另外，于 2001 年制定了《中间法人法》，打破了营利法人与公益法人的二元对立格局，提出了第三条道路。如此安排让我们感到生活世界的丰富多彩正反映为立法的丰富多彩。最后，由于特别法在民法典之外的大量增长，有的日本教授认为既然如此，民法典体系化的价值值得重新评价。这是不利于民法典思路的声音，在我国民法典制定中应注意之。“近邻之石，特别可以攻玉”，日本的经验历来总比其他国家的经验引起中国决策者的注意。相信小周的此文是把“近邻之石”带到中国的媒介。

“拉丁美洲法研究”栏目是本论丛的独家产品。这次发表的两篇文章都聚焦于 2003 年 1 月生效的《巴西民法典》。巴西律师蒂亚哥·库梅尔·菲古埃罗的《巴西新民法典第 421 条与合同的社会功能原则的适用》一文，对上述民法典的一个条文作出了丰厚的解释，读者可以反推，一个条文也应建立在丰厚的理论上。此等丰厚的解释不过说明了现代民法的社会化倾向在《巴西民法典》中的体现。然而，此文中令人遗憾地出现了熟悉的物文主义的声音：“离开经济运作概念的合同是无法想像的，合同被认为是经济活动的形式和法律外表。”这种声音的乖谬可以婚姻是一种合同的事实来证明。意大利人阿尔多·贝特鲁奇教授的《在传承与革新之间的巴西新民法典》一文，为我们从头至尾地介绍了这一世界上最新的民法典的主要内容和有特色之处，例如第 1228 条第 4 款规定的“集体取得时效”，它承认“相当多数量的人”经 5 年的诚信占有剥夺该土地所有人的所有权的可能。在此之前的民法典中，取得时效的占有人都被设想为个人，此条开始把此等占有人设想为集体了，这似乎印证了巴西大量的热带雨林被集体开垦的生活现实。从第 1723 条到第 1727 条规定了异性之间的稳定同居，它们意味着一个天主教国家的民法对家庭法领域的婚姻一同居双轨制的世界性潮流的追随；更引我注意的是第 1228 条的绿色

规定：“所有权的行使应该与其经济和社会目的相吻合并且行使的方式要有助于保护植物和动物群落、自然景观、生态平衡和历史艺术文化遗产，并且禁止污染空气和水。”可惜即将成为法律的我国《物权法草案》始终拒绝这样的规定，这很类似布什总统对《京都议定书》的拒绝。令我遗憾的是，巴西新民法典还把知识产权排除在外，因为1998年第9610号法律已经规定了这方面的事项。尽管如此，我们不能否认这部新民法典的整体价值。

再下面就进入了也是本论丛的独家产品的“民法哲学研究”栏目。戴少杰的《徘徊于法律的边缘——论自然之债》带给我阅读黄文煌的论文同样的感觉：螺蛳壳内可以做道场，如果“道士”功底深厚的话。戴少杰既研究了自然之债的实务方面，又研究了其理论方面。在后一方面，他显然想建立起自然之债与自然法的联系，但我未感到这种尝试的成功。在我看来，更正确的选择是建立自然之债与自然状态的联系，在那种状态中不存在国家公权力，一切问题听任当事人自己解决，自然债务就是这种被解决的事项之一。如果我的这种推理为真，我们会发现一个简单的民法概念与公元前8世纪以来西方理论传统中的自然状态——文明社会的社会发展模式理论的联系，而感到进入文明社会后国家人为设定的自然状态“特区”的存在。无疑，自然之债是文明社会的债，但它却“居住”在上述“特区”中。但愿从文明社会走到这个特区不需办边防证！

关今华教授的《人法和人身法学的确立和新发展——兼论中国民法典草案讨论所涉及的“人法”争议》一文，描述了人法在中国的发现以及中国民法学界人身法学研究与财产法学研究二元格局的形成，是对一段历史事实的总结。作为人身法学方面军的一名成员甚至头领，我为关教授描述的发现和转变感到欣慰，并希望继续推动这样的发现和转变。事实上，它们也从属于我国的一般社会变迁：以民法为单纯的财产法的时代是漠视人权、人的福利的时代，这样的时代已被人本时代取代。关教授的此文可以理解为先一个时代的墓前演说。

“合同法分则研究”也是本论丛的特色栏目，本卷的这一栏目

收录张悦的硕士论文《大陆法系对信托的再造》长文。作者屈服于俺这个导师兼罗马法专家的强大压力，把信托的起源归之于罗马法中的遗产信托，因此，信托对于大陆法系就不是一个“引进”的问题，而是“再造”的问题。如何“再造”？张悦在罗列种种方案并分析后选择了“主体说”，主张我国未来民法典仿效《埃塞俄比亚民法典》，把信托设定为一种民事主体。既如此，张悦的此文放在“合同法分则研究”栏目就不合适了，但本卷无符合栏目名称的论文，张文内容比较接近栏目名称，无奈作出这种不大一致的安排。

在“杂项研究”栏目中首先有兰仁迅的论文《违约与精神损害赔偿研究》，它主张把曾经只与人身损害挂钩的精神损害赔偿制度嫁接于违约救济，十分有说服力。让我咀嚼的是此文的体裁：它采用“梁体”，即在中国大陆范围内由梁慧星教授首先使用的体裁：凡说明问题必开中药铺，罗列 A、B、C、D、E、F、G 数国的规定作为论据，谓之比较法研究，最后得出结论。作为一个编辑，未免觉得这种论述过分烦絮。说明问题犹如杀猪，一刀已死，何用数刀？但这只是问题的一个方面。转念一想，又觉得这种题材有如喀秋莎多管火箭炮：摁钮下去对方阵地成焦土。要想批驳，也得 A、B、C、D、E、F、G 地来一遍。于是觉得这种论述尽管啰嗦但皮实。这样一想，就把删兰仁迅那厮文章的念头打消了。呵呵！

接下来是陈朝阳法官的《论对我国合同法的承诺制度之重构》一文，它对现行合同法规定的承诺构成要件提出了质疑，尤其是质疑了其中的“承诺的内容必须与要约的内容一致”的要件，主张如果承诺人对要约的内容作了有利于要约人的变更，应视为承诺的内容达到了与要约内容的一致。这样的设想在逻辑上充分但违反经济人假说，体现了陈法官的理想主义观念。然而，少了理想主义者的存在，这个世界不是要沉闷得多吗？

最后是一些国际会议消息和综述。我参加了其中的墨西哥会议、塔吉克斯坦会议和北京会议，写了前两个会议的综述，孙建江写了北京会议的综述登载于本卷。

至此，本论丛第5卷终于编完。从收稿到发表，许多作者等了2年~3年的时间。在这段时间内，他们由学生变成了上班族，由单身变成了丈夫、爸爸，有的从科长变成了处长，但很少或没有催问本主编文章的发表进程，使俺能不乱方寸做学问。感谢你们对俺的信任和耐心的等待，希望你们继续为本论丛写好文章。其他人也别闲着，有好东西尽管写好寄来，俺会慢慢编出给你们发表的。呵呵!!

2005年7月28日于胡里山炮台之侧

目 录

罗马法研究	1
对盖尤斯《法学阶梯》第二编第 29 段的解读	曾健龙/2
罗马私法中要式移转物的产生和消亡	
——对罗马社会状态演变的一个考察	黄文煌/20
论承审员在程式诉讼中的作用	
[英] O. E. 特里根-科佩鲁斯著 陈松 殷秀峰 译/38	
周栢先生的《罗马法原论》错误举要	
——以上册为中心	徐国栋/52
民法典研究	85
《波多黎各民法典》的重订进程	
[波多黎各] 马尔塔·菲桂罗阿·托勒斯著 徐涤宇 译/86	
《加利福尼亚民法典》研究	黄维/107
日本民法的历史发展及最新动向简介	周江洪/158
拉丁美洲法研究	198
巴西新民法典第 421 条与合同的社会功能原则的适用	
[巴西] 蒂亚哥·库梅尔·菲古埃依罗著 田甜 译/199	
在传承与革新之间的巴西新民法典	
[意] 阿尔多·贝特鲁奇著 薛军 译/229	
民法哲学研究	263
徘徊于法律的边缘——论自然之债	戴少杰/264
人法和人身法学的确立和新发展	
——兼论中国民法典草案讨论所涉及的	
“人法”争议	关今华/285





合同法分则研究	314
大陆法系对信托的再造	张悦/315
杂项研究	366
违约与精神损害赔偿研究	兰仁迅/367
论对我国合同法的承诺制度之重构	陈朝阳/404
第三届罗马法·中国法与民法法典化国际 研讨会会议综述	孙建江/419
第十届中东欧国家和亚洲国家罗马法学者研讨会综述 ——兼述“罗马与印欧人民”圆桌会议	徐国栋/429
阿根廷第二十届全国民法大会召开	徐国栋/434
墨西哥民法与罗马法国际大会会议综述	徐国栋/435

CONTENTS

The Studies in Roman law	1
An Exegesis to Gai. 2, 29	Zeng Jianlong/2
The Birth and the Death of the Conception of Res Mancipi in the Private Roman law	Huang Wenhua /20
The Role of the Judge in the Formulary Procedure	O. E. Tellegen-Couperus
Translated by Chen Song and Ying Xiufeng/38	
A Criticism to the Principal Errors of the <i>Original Treaty of Roman Law</i> of Mr. Zhounan; Focus on Its First Volume	Xu Guodong/52
 Studies in the Civil Codificatio	85
The Process of Revision of the Civil Code of Puerto Rico	Marta Figueroa Torres
Translated by Xu Diyu/86	
A Study in the Civil Code of California	Huang Wei/107
A Brief Introduction to the Historical Development and the Newest Tendency of Japanese Civil Code	Zhou Jianghong/158
 Studies in the Latin-American Laws	198
The Article 421 of the New Civil Code of Brazil and the Application of the Principle of Social Function of Contract	Tiago Kümmel Figueiro
Translated by Tian Tian/199	
The New Civil Code of Brazil; Between Tradition	

and Innovation Aldo Petrucci

Translated by Xue Jun/229

Studies in the Civil Law Philosophy 263

On Natural Obligation; a Phenomenon on the Margin
of Law Dai Shaojie/264

On the Establishment and Recent Development of Law of
Persons and the Doctrines thereof in China; Also on the
Disputes about the Necessity of Establishment of a Book
of Personal Laws in the Process of Codifying the Civil
Law of China Guan Jinhua/285

Studies in the Special Part of Contract Law 314

On the Reformulation of Trust by Some Civil Codes
of Continental Legal Tradition Zhang Yue/315

Mélanges 366

A Study in the Necessity of Conferring Moral Damages
to the Victim of Breach Contract Lan Renxun/367

On the Reform of the Institute of Acceptance of the
contract Law of China Chen Chaoyang/404

A Summary of III International Congress of
Roman Law • Chinese Law and Codification
of Civil Law Sun Jianjiang/419

A Summary of X Colloquium of East And Central
European and Asian Romanists Xu Guodong/429

A Summary of XX National Congress of Civil Law of
Argentina Xu Guodong/434

A Summary of International Congress of Comparative
Civil Law and Roman law of Mexico Xu Guodong/435



《科学杂志》 1953年第1期

罗马法研究

THE STUDIES IN ROMAN LAW

对盖尤斯《法学阶梯》 第二编第 29 段的解读

曾健龙*

盖尤斯《法学阶梯》第二编第 29 段（以下简称为 Gai. 2, 29）说道：“Sed iura praediorum urbanorum in iure cedi possunt; rusticorum vero etiam mancipari possunt.” 黄风先生将其译为：“但是，城市土地权只能通过拟诉弃权转让；乡村土地权也可以通过要式买卖转让。”^① 译文中的“城市土地权”之相应拉丁文为 iura praediorum urbanorum，iura 之意为“权”，即所谓“城市土地权”为对于 praedium urbanum 的权利。“乡村土地权”中的“乡村”的原文则为 rusticum。这里似乎体现出了一种有趣的“城乡差别”。由于盖尤斯《法学阶梯》中没有对于城市土地权和乡村土地权的具体解释，我进一步查阅了中国和美国的两部权威法学词典，却产生了一个疑问。

* 厦门大学法学院 2005 级民商法博士研究生。

① 本文有关盖尤斯《法学阶梯》中的引文均出自：[古罗马] 盖尤斯著，黄风译：《法学阶梯》，北京，中国政法大学出版社，1996。

一、词义分析

《元照英美法词典》对于 *praedium urbanum* 的解释是：“〈拉〉（罗马法）非农用地 用于居住或商业的土地，也可指建造在城市或乡村，供人们居住和使用的大小建筑物。”该词典并收有 *praedium rusticum* 的词条，其释义为：“〈拉〉（罗马法）乡间田产；乡间不动产 主要指乡村土地。但在泛指非住宅用地，如田地、草地、果园、花园、树林等时，也可以是位于城市内的这种用地。”1999年第7版的 *Black's Law Dictionary* 中对 *praedium urbanum* 的解释是：“[Latin] An estate used for business or for dwelling; any estate other than a *praedium rusticum*.”对 *praedium rusticum* 的解释是：“[Latin] An estate used for agricultural purposes.”1979年第5版的 *Black's Law Dictionary* 中对于 *praedium urbanum* 词条的解释里更明确地指出是不是 *praedium urbanum* 并非按地理位置处于城市或乡村而定：“In the civil law, a building or edifice intended for the habitation and use of man, whether built in cities or in the country.”按照这两部权威词典的释义，关键的区分倒不在于城乡地理位置之别，而是要看其用途了。

问题于是出来了：Gai. 2, 29 中的 *praedium urbanum* 是否包括了乡村的建筑物？与之对应的“乡村土地权”是否包括了城市的非建筑用地？

彭梵得《罗马法教科书》中一段关于优士丁尼时代物的基本分类的叙述是支持上述两部词典的区分的：“不动产包括土地或地产（它们分为城市的和乡村的，即建筑物和田野）；其他物则为可动物。这种划分在古典法中几乎不存在。”^① 根据这段论述，我们可以作如下对比：

① [意] 彼得罗·彭梵得著，黄风译：《罗马法教科书》，192页，北京，中国政法大学出版社，1992。