



Ius Romanum et Ius Commune

罗马法与共同法文库·文丛

主编 / 徐涤宇

拉美国家民法典编纂 历史与经验

Codification of Civil Law of Latin American Countries

徐涤宇 主编

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



Ius Romanum et Ius Commune
罗马法与共同法文库·文丛

主编 / 徐涤宇

拉美国家民法典编纂 历史与经验

Codification of Civil Law of Latin American Countries

徐涤宇 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

拉美国国家民法典编纂：历史与经验 / 徐涤宇主编. —北京：北京大学出版社, 2018. 10

(罗马法与共同法文库·文丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 30042 - 8

I. ①拉… II. ①徐… III. ①民法—法典—拉丁美洲 IV. ①D973.03

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 251106 号

- 书 名** 拉美国国家民法典编纂：历史与经验
LAMEI GUOJIA MINFADIAN BIANZUAN; LISHI YU JINGYAN
- 著作责任者** 徐涤宇 主编
- 责任编辑** 杨玉洁 焦春玲
- 标准书号** ISBN 978 - 7 - 301 - 30042 - 8
- 出版发行** 北京大学出版社
- 地 址** 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址** <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>
- 电子信箱** yandayuanzhao@163.com
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
- 电 话** 邮购部 010-62752015 发行部 010-62750672
编辑部 010-62117788
- 印 刷 者** 三河市北燕印装有限公司
- 经 销 者** 新华书店
- 965 毫米×1300 毫米 16 开本 22.5 印张 340 千字
2018 年 10 月第 1 版 2018 年 10 月第 1 次印刷
- 定 价** 59.00 元

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有，侵权必究

举报电话：010 - 62752024 电子信箱：fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题，请与出版部联系，电话：010 - 62756370

主编简介

徐涤宇

1970年7月生,湖南新邵人,法学博士,中南财经政法大学法学院院长,楚天学者特聘教授,湖南大学罗马法系研究中心主任。在《中国社会科学》《法学研究》《中国法学》等国内外权威、核心刊物发表论文六十余篇,主编、独著、合著学术著作、教材十余部,独译法典三部。主持国家社科基金重大项目等省部级以上科研、教改项目七项,获省部级优秀社科成果二等奖四项、三等奖三项、其他奖项多项。先后当选湖北省首届十大中青年法学家、湖南省第二届优秀青年社会科学专家,获第七届全国十大杰出青年法学家提名奖;入选教育部“新世纪优秀人才支持计划”、湖南省普通高校学科带头人计划。

罗马法与共同法文库

本文库致力于对立法继受之母法、法学作“历史深描”，特别是对大陆法系源头的罗马法、共同法，其结构、功能、价值前提与推理方法予以深挖，主张将之作为现行法解释适用时的补充，以完成中国的“现代运用”。并且，本文库冠名为“罗马法与共同法”，并不是要将之奉为现行法正当与否的检验标准，作为超乎其上的典范，而是倡导面向社会交往实际和法的地方性差异，发挥罗马法和共同法为“地方性知识”拾遗补缺的功能。所以，我们不仅欢迎关于罗马法、共同法之前世今生的研究，而且也愿意为面向中国问题、建立在法的地方性差异基础上的比较研究提供平台。

- 智利共和国民法典 2000年修订本 徐涤宇 译
- 信赖原理的私法结构 叶金强 著
- 多数人侵权责任分担机制研究 李中原 著
- 民法时效制度的理论反思与案例研究 杨 巍 著
- 物权法领域公私法接轨问题研究
徐涤宇 胡东海 熊剑波 张晓勇 著
- 合同法与侵权法中间领域调整模式研究
——以制度互动的实证分析为中心 张家勇 著
- 秘鲁共和国新民法典 徐涤宇 译
- 拉美国家民法典编纂 历史与经验 徐涤宇 主编

2014年度国家社会科学基金重大项目

“中国民法重述、民法典编纂与社会主义市场经济法律制度的完善”

(批准号14ZDC018) 阶段性成果

湖南大学罗马法系研究中心



总 序

本文库(含文丛和译丛)之冠名,若不加阐释,颇有作茧自缚的意味。盖罗马法与共同法之谓,在西方法史上有其特指,由此似已决定本文库的选题仅限于特定的法史范围。

其实,以罗马法与共同法为名,并不意味着本文库崇尚“述而不作,信而好古”之史学幽情。我们提倡的是,过去为当下所用、法律史研究为法律教义学服务——前者的问题意识会受到现行法的影响,问题的解决则以后者为落脚点。易言之,本文库绝无意成为一座博物馆或一块纪念碑。所谓“一切历史都是当代史”、历史书写受“效果历史意识”支配的命题,均可为此种基本立场提供认识论上的支撑。其法律理论上的基础则在于:现行法的内容不是从石头缝里蹦出来的,而是从昨天一直演进到今天的产物。法律制度乃像语言一样的复杂现象,哪里有什么立法者能凭空将其建构出来?诚如萨维尼所言:最重要的是应当认识到当前与过往的生机勃勃的相互联系;否则,我们只能认识到当前法状态的外在表象,而不能把握住其内在本质。

问题在于,我们如何把握这种生机勃勃的相互联系?

一、法律往事重提的实践理由

法律教义学“从某些未加检验就当做真实的,先予的前提出发”^①,是一门安于体制内的、有封闭倾向的学

^① [德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年版,第4页。

问。但法律教义学者终究不是“明希豪森男爵”,不能抓着自己的头发进行自我拯救。现代法与现代法学之正当性、科学性危机的诊断与消解,尚须进入法律史才能得到经验层面的切实观照;没有法律史根据的法哲学批判,只会是形而上的玄谈。

遥想当年,基希尔曼冒天下之大不韪发表雄文《论作为科学的法学的无价值性》,其在法学界激起的巨浪今天仍未消退。如果不否认法学主要是以价值为导向的实践性学问,后笛卡儿时代以自然科学为原型的法学范式难逃走进死胡同的宿命,那么,什么构成前此时代被接受的正当裁判规范,彼时的裁判者、解释者又如何获得正当法?新的正当法模式、法学范式完全可以从历史传统中汲取营养。也就是说,通过与不同历史时期的法相比较,作为当前教义学前提的法典法本身产生、适用的特质能得到强烈凸显;从而,其在法哲学外亦能得到反思。

当下中国,撇开与意识形态密切关联的政治法领域不论,立法层面的现代法规范可谓基本齐备,法律教义学得以成为主流的法学研究范式。相形之下,对立法继受之母法及其法律史研究却呈现相当程度的萎缩,似乎从此现行中国法成为完全自给自足的研究对象。诚然,体系化、合理化现行法,以服务于司法裁判作业,为司法裁判“等置”制定法规范与案件事实做准备,是法律学者的重要使命。然而,现行立法、法学的继受属性,乃我国法律学者面临的基本事实:一百多年前,为解决“治外法权”问题,我国引进欧陆法制;改革开放后,以“与国际接轨”“全球化”为口号,我们重整旗鼓、再续变法弦歌。自始在外力刺激下的立法继受,已然决定其先天发育的不足;即便是后天的理论与实践滋养膨胀了我们在制度和理论上的自信,也无法割裂继受的历史性。因此,本文库的旨趣,一方面鼓励以继受母体为主要对象的法律史和比较法研究,另一方面更为强调在历史关联中观照现行中国法的正当性和科学性,凸显其产生和适用的特质。

二、作为“绝对自然法”的罗马法?

古罗马人乃实践理性园地里的天才民族,在从公元前5世纪到公元6世纪的一千多年里,他们发展出一套完善的法律语言系统——诉、债、契约、所有权、遗嘱等,借此我们得以从法律角度来释读、调整社会经济事实。能与之相媲美的,大约只有古希腊人在哲学领域的成就。

与古罗马法不同,作为其后续发展,中世纪继受意义上的罗马法有其自身的特质。这种肇端于优帝《市民法大全》之学术性发现的罗马法继受,乃以法学的学术架构、方法为目标,因此法学只在它自己划定的范围、以自己的解释内涵来接受罗马法。^①但是,中世纪法律家在欧洲贯彻着一种确信:罗马法具有普世且超越时代的正确性,理性本身在《市民法大全》中化为文字,乃“记述之理性”(ratio scripta)。由此,罗马法虽然区别于凭着理性认识到的、建立在自然基础之上的近现代自然法,但它事实上已获得一种“绝对自然法”的地位。在中世纪盛期,这种权威性植根于罗马理念,即罗马帝国在救赎史上是基督徒的法律社会本身(一致性观念),当代世界与罗马法律家的世界根本上是同一的;普世帝国的权力崩溃后,代之而起的则是人文主义法学的确信:“我们这个时代文明的标准,早在古代即已确定。”^②

随着民族国家的兴起,现代的罗马法学家虽仍借用“共同罗马法”(ius romanum commune)一词来强调罗马法对所有的人都是开放的,但他们已谦逊地意识到共同的罗马法只是潜在地对不同的民族有效,也就是说,其有效性取决于各民族国家是否将其采用为自己的法(diritto proprio)。于是,罗马法体系只是作为保护对共同法以及自有法的运用能够得以继续发展的一种工具,或者是基于其作为“人类共同遗产”的角色,作为各种制度要素的交汇点和对接点而发挥其功能。^③本文库所谓的罗马法,正是在这种意义上展开的。

三、走向自有法与共同法的辩证关系模式

共同法或普通法(ius commune),在历史上特指12世纪罗马法原始文献被重新发现至18世纪自然法法典编纂期间,以罗马法和教会法为基础、在欧陆具有共同效力的法律和法学。^④降至现在,经由重新

① 参见〔德〕弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史——以德意志的发展为观察重点》(上册),陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年版,第108、109页。

② 同上,第36页以下。

③ 参见意大利著名罗马法学家桑德罗·斯奇巴尼为《罗马法与共同法》辑刊(法律出版社)所作序言(黄美玲译)。

④ 参见网络词典Wikipedia“jus commune”词条,http://en.wikipedia.org/wiki/Jus_commune。关于欧洲共同法或普通法更详细的阐述,请参见〔美〕H·J·伯尔曼、约·雷德:《罗马法和欧洲普通法》,陈健、黄道秀译,载《研究生法学》1996年第1期。

诠释,共同法概念复为欧盟和拉丁美洲私法统一运动提供法律文化上的正当性^①;在实在法文本上,现行《魁北克民法典》在序编即明确该法典明示或默示地规定了共同法(*jus commune*),它构成其他法的基础^②;在司法实践层面,学者在欧洲法院的诸多判例中发现了罗马法和共同法,以及在此基础上形成和发展的欧洲民法的一般原则。^③这种借助法的历史渊源展开的逻辑,表达的仍然是一种法的普世主义(*universalism*)理念:共同法超乎各民族或各法域的固有法之上,具有普世且超越时代的正确性,代表着法的理想状态。

在结识意大利 Trento 大学 Diego Quaglioni 教授和法律史大家 Paolo Grossi^④ 教授之前,我也一直认为共同法是普世的,它凌驾于各法域自己的法之上。但二位教授非常严肃地指出我对共同法的认识误区:在中世纪其实有两个层次的法共生共存,即自有法(*iura propria*)与共同法(*ius commune*)。其中,*iura propria* 是复数的,而 *ius com-*

① 在欧洲,代表性的观点可参见:Reinhard Zimmermann, *Roman Law and the Harmonization of Private Law in Europe*, in *Towards a European Civil Code*, 4th ed., Arthur Hartkamp et al, eds., Kluwer Law International, 2011。关于新共同法的集中评论,可参见 R. C. 范·卡内冈:《欧洲法:过去与未来——两千年来的统一性与多样性》,史大晓译,清华大学出版社 2005 年版,第 32 页以下。在拉美,有学者提出作为共同法或曰普通法(*ius commune*)的拉丁美洲法这一概念,认为罗马法曾是世界范围内的普通法,而在历史上作为欧陆普通法重要法源的罗马法,应该成为认定和构建一个真正的拉丁美洲法的基础;该法不仅要在国际法院的层面,而且也要在国内法院的层面得到适用。参见[秘鲁]埃尔维拉·门德斯·张:《作为拉丁美洲一体化进程中统一因素的罗马法:对普通法的反思》,徐涤宇译,载杨振山、[意]桑德罗·斯奇巴尼主编:《罗马法·中国法与民法法典化——物权和债权之研究》,中国政法大学出版社 2001 年版。

② 其原文为:“The Civil Code comprises a body of rules which, in all matters within the letter, spirit or object of its provisions, lays down the *jus commune*, expressly or by implication. In these matters, the Code is the foundation of all other laws, although other laws may complement the Code or make exceptions to it.”

③ 参见[德]罗尔夫·克努特尔:《罗马普通法和罗马法对欧洲联盟法院的影响》,米健译,载《外国法译评》1998 年第 1 期。关于欧洲法官在新共同法中的角色和作用,可参见[法]米海依尔·戴尔玛斯-马蒂:《欧洲法官在共同法复兴中的作用——含义及局限性》,张莉译,载《法学家》1999 年第 4 期。

④ 斯人为“新欧洲法律史”的代表人物,关于以他为首的意大利该学派的介绍,请参见梁治平先生为葡萄牙学者叶士朋教授的著作《欧洲法学史导论》(吕平义、苏健译,中国政法大学出版社 1998 年版)所作序言以及该书第 23 页以下。

muné 是单数的,易言之,自有法具有多样性,如封建法、王室法、庄园法、城市法、行会法等等,共同法则是统一的。虽然共同法被视为面对所有人、所有问题的解决手段,但自有法优先于共同法得到适用,共同法仅具有补充适用的效力。因为依据中世纪的法律观,越小范围法域之法优先于越大范围法域之法。^① 复数的自有法与普遍的共同法处于紧密的辩证关系中:它们都是法,相互之间并没有高低之别,没有法源等级差异。

在今天主权国家的框架下,谦抑的共同法与自有法辩证关系模式仍具有借鉴意义。法的地方性差异应被尊重和关注;在“地方性知识”有缺漏的情况下,在历史的和比较的基础上获得的共同法可以完善和补充自有法。这颇类似于当事人缔结的合同条款与有名合同之任意性规范的适用关系:当事人的意思表示具体而个别化,它优先于制定法中有名合同的规定而被适用;后者通用于同类型的合同,其功能仅在于补充当事人意思表示的不足。

四、本文库的任务

因此,毋宁说,本文库致力于对立法继受之母法、法学作“历史深描”,特别是对大陆法系源头的罗马法、共同法,其结构、功能、价值前提与推理方法予以深挖,主张将之作为现行法解释适用时的补充,以完成中国的“现代运用”。并且,本文库冠名为“罗马法与共同法”,并不是要将之奉为现行法正当与否的检验标准,作为超乎其上的典范,而是倡导面向社会交往实际和法的地方性差异,发挥罗马法和共同法为“地方性知识”拾遗补缺的功能。所以,我们不仅欢迎关于罗马法、共同法之前世今生的研究,而且也愿意为面向中国问题、建立在法的地方性差异基础上的比较研究提供平台。

徐涤宇

2013年9月24日

^① 参见前引维亚克尔书,第116页。

目 录

总 论

- 拉美国国家民法典编纂中的行动者 徐涤宇 / 3
拉丁美洲体系中的民法典
〔意〕桑德罗·斯奇巴尼 著
蒋佳艺 睢苏婕 宋晓庆 谢 蔚 译 谢 蔚 统校 / 23

智利民法典编纂研究

- 智利民法典导读 〔意〕桑德罗·斯奇巴尼 著 蒋佳艺 译 / 83
关于智利民法典重新编纂的一些思考
〔智利〕古兹曼 著 薛 军 译 / 95

阿根廷民法典编纂研究

- 在阿根廷生效的萨尔斯菲尔德民法典
——为该法典的汉语译本而作
〔意〕桑德罗·斯奇巴尼 著 薛 军 译 / 107
阿根廷共和国新民商法典导论
〔阿根廷〕里卡多·路易斯·洛伦塞蒂 著
潘 灯 张 今 译 / 124
解法典后的再法典化：阿根廷民商法典启示录
徐涤宇 / 135
《阿根廷共和国民商法典》目录 徐涤宇 译 / 159

巴西民法典编纂研究

《巴西新民法典》序言

[意]桑德罗·斯奇巴尼 著 齐云 译 徐国栋 校 / 179

《巴西新民法典》和其罗马法基础

[巴西]弗兰西斯科·阿马拉尔 著 齐云 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 / 218

秘鲁民法典编纂研究

1984年的《秘鲁民法典》

[意]桑德罗·斯奇巴尼 著 黄美玲 译 / 253

秘鲁民法典的中译

[意]里卡尔多·卡尔蒂里 著 陈晓敏 译 / 275

秘鲁民法典的改革

徐涤宇 / 287

其他拉美国国家民法典编纂研究

《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 / 327



总 论

拉美国家民法典编纂中的行动者^{*}

徐涤宇^{**}

一、比较法研究中被遮蔽的拉美法典样式之缔造者

拉美诸国经历过两次民法法典化浪潮。第一次始于19世纪初,由于独立后的国家面临着创造统一的民族法典的政治需要,拉美各国相继颁布了自己的民法典:以继受乃至翻译《法国民法典》为一组,如海地(1825年)、玻利维亚(1831年)、多米尼加共和国(1845年)等国;第二组属于自主的或内生的法典编纂(codificazione endogena),它们虽然仍以法国法为模式,但已体现出“南美立法风格最为独特的和最具本色的成就”^①,其代表作为1857年《智利民法典》、1871年《阿根廷民法典》(由巴拉圭等国沿袭)和1917年《巴西民法典》。第二次我们可以称之为“再法典化”运动,亦即由拉美诸国社会变迁、政治转型催生的民法典之重新编纂,其肇始于1928年通过、1932年生效的《墨西哥联邦民法典》,继而有1933年和1964年的危地马拉新民法典、1936年《秘鲁民法典》等,而1984年秘鲁再次重新编纂的民法典、2003年《巴西新民法典》以及2014年12月通过、于2016年8月生效的《阿根廷民法典》,更将拉美的再法典化运动推向巅峰,并在世界范围内赢得声誉。

许多比较法学者把拉美各国第一次的法典编纂运动视为《法国民

^{*} 意大利罗马第一大学桑德罗·斯奇巴尼(Sandro Schipani)教授为本文写作提供了丰富的外文资料,在此谨致谢意!

^{**} 徐涤宇,中南财经政法大学法学院教授。

^① [德]K. 茨威格特、[德]H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,贵州人民出版社1992年版,第209页。