徐国栋 著

优士丁尼《法学阶梯》评注

COMMENTARIUS AD INSTITUTIONES IUSTINIANORUM

被评注的优士丁尼《法学阶梯》依据徐国栋译，
阿尔多·贝特鲁奇、纪慰民校
2005年第2版并经校订

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

优士丁尼《法学阶梯》是人类历史上影响仅次于《圣经》的书，它奠定了近代以来所有民法教科书和民法典的基本问题域，汇集了较合理的对这些问题的解决方案，被誉为“西方文化的基础设施”。自533年该书问世以来，西方世界不断有人为它做评注，哈佛大学图书馆现存73种，作者们在评注古法的过程中塑造了现代西方法制。本书是中文世界的第一部优士丁尼《法学阶梯》评注。作者从1988年开始就以优士丁尼《法学阶梯》作为其罗马私法课程的教材。20多年教这本书的经验，累积成他自己的“法学阶梯评注”。本书写作中汲取了许多西文的《法学阶梯评注》的成果。本书也是国内第一部对西方古典著作进行评注的作品。

优士丁尼《法学阶梯》评注

COMMENTARIUS AD
INSTITUTIONES
IUSTINIANORUM

ISBN 978-7-301-18321-2
9 787301 183212 >
定价：68.00元

徐国栋 著

优士丁尼《法学阶梯》评注

COMMENTARIUS AD
INSTITUTIONES
IUSTINIANORUM

被评注的优士丁尼《法学阶梯》依据徐国栋译，

阿尔多·贝特鲁奇、纪慰民校

2005年第2版并经校订

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

优士丁尼《法学阶梯》评注/徐国栋著. —北京:北京大学出版社,2011.1
ISBN 978-7-301-18321-2

Ⅰ.①优… Ⅱ.①徐… Ⅲ.①罗马法-私法②法学阶梯-研究 Ⅳ.①D904.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 253568 号

书　　名:优士丁尼《法学阶梯》评注
著作责任者:徐国栋　著
责任编辑:曾　健　陈晓洁
标准书号:ISBN 978-7-301-18321-2/D·2779
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.yandayuanzhao.com
电　　话:邮购部 62752015　发行部 62750672　编辑部 62117788
　　出版部 62754962
电子邮箱:law@pup.pku.edu.cn
印　刷　者:北京中科印刷有限公司
经　销　者:新华书店
　　730 毫米×1020 毫米　16 开本　38 印张　737 千字
　　2011 年 1 月第 1 版　2011 年 1 月第 1 次印刷
定　　价:68.00 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　电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

作者简介

徐国栋

别号东海闲人。1961年生于湖南省益阳市。主编《绿色民法典草案》。主研民法基础理论和罗马法。先后在大陆法系的意大利罗马第二大学和英美法系的哥伦比亚大学访学。从1978年至1991年，在西南政法学院、中国政法大学、中国社会科学院研究生院收尽学士、硕士、博士学位。又次第在江西大学、中南政法学院历尽助教、讲师、副教授、教授职称。最后在厦门大学法学院修成博导。

可用一部民法典草案、两个领域、两大背景、三个学位、四个职称、十四种独著、百六十篇论文等数字概括其到目前为止之所为也。

目录

001 代序言：从盖尤斯《法学阶梯》到优士丁尼《法学阶梯》

第一卷

029 第1题 正义与法
038 第2题 自然法、万民法和市民法
054 第3题 人法
058 第4题 生来自由人
061 第5题 解放自由人
066 第6题 人们在何种情况下不能实施解放
071 第7题 《富菲尤斯和卡尼纽斯法》之废除
072 第8题 自权人与承受他人权力者
076 第9题 家父权
079 第10题 婚姻
090 第11题 收养
100 第12题 以何种方式解除支配权
109 第13题 监护
112 第14题 什么人可通过遗嘱指定为监护人
115 第15题 宗亲之法定监护
117 第16题 人格减等
124 第17题 恩主之法定监护
125 第18题 尊亲之法定监护
126 第19题 信托监护
128 第20题 《阿梯流斯法》上的监护人或根据《优流斯和提求斯法》指定的监护人
133 第21题 监护人之授权
135 第22题 以何种方式终止监护

139 第 23 题 保佐人
143 第 24 题 监护人和保佐人提供的担保允诺
146 第 25 题 豁免
158 第 26 题 受怀疑的监护人和保佐人

第二卷

167 第 1 题 物之分类
197 第 2 题 无体物
199 第 3 题 地役权
203 第 4 题 用益权
206 第 5 题 使用权和居住权
210 第 6 题 取得时效和长期占有
223 第 7 题 赠予
229 第 8 题 允许或不许作转让的人
232 第 9 题 我们通过哪些人获得财产
238 第 10 题 遗嘱之订立
245 第 11 题 士兵的遗嘱
249 第 12 题 不许哪些人订立遗嘱
254 第 13 题 剥夺子女继承权
260 第 14 题 继承人之指定
268 第 15 题 通常的替补继承人
272 第 16 题 未成年人的替补继承人
277 第 17 题 以何种方式取消遗嘱
282 第 18 题 不合义务之遗嘱
286 第 19 题 继承人的身份和区别
291 第 20 题 遗赠
310 第 21 题 遗赠之撤销与转让
311 第 22 题 《法尔其丢斯法》
315 第 23 题 遗产信托
324 第 24 题 通过信托遗留单一物
327 第 25 题 小遗嘱

第三卷

333 第 1 题 无遗嘱而死的具体情况
344 第 2 题 宗亲的法定继承
350 第 3 题 《特尔图鲁斯元老院决议》
354 第 4 题 《奥尔菲图斯元老院决议》

356 第5题 血亲的继承
359 第6题 血亲的亲等
366 第7题 对解放自由人的继承
371 第8题 对解放自由人的分配
374 第9题 占有遗产
381 第10题 因收养自权人的取得
384 第11题 因自由权而被判给财产者
389 第12题 已废除的通过出卖遗产的继承和根据《克劳丢斯元老院决议》的继承
392 第13题 债
396 第14题 以何种方式通过物缔结债
400 第15题 口头之债
405 第16题 多数债权人和债务人
407 第17题 奴隶的要式口约
409 第18题 要式口约之分类
412 第19题 无效的要式口约
424 第20题 保证人
427 第21题 文书之债
429 第22题 合意之债
431 第23题 买卖
436 第24题 租赁
440 第25题 合伙
445 第26题 委任
451 第27题 准契约之债
456 第28题 我们通过什么人获得债
458 第29题 以何种方式消灭债

第四卷

465 第1题 私犯之债
476 第2题 以暴力攫取财产
479 第3题 《阿奎流斯法》
487 第4题 侵辱
493 第5题 准私犯之债
497 第6题 诉权
525 第7题 被主张与处在他人权力下的人订立了交易的情况
534 第8题 损害投偿之诉
539 第9题 四足动物被主张致人损害的情况

541 第 10 题 我们可通过其提起诉讼的人
543 第 11 题 诉讼担保
547 第 12 题 永久诉权和有期诉权以及转给继承人行使或转给对继承人行使的诉权
549 第 13 题 抗辩
556 第 14 题 反抗辩
559 第 15 题 令状
566 第 16 题 草率诉讼者的罚金
570 第 17 题 法官之职责
574 第 18 题 公诉

591 后记

代 序 言

从盖尤斯《法学阶梯》到优士丁尼《法学阶梯》

一、盖尤斯传奇

盖尤斯被认为是生活在阿德里亚努斯(117—138 年)王朝、安东尼努斯·皮尤斯王朝(138—161 年)和马尔库斯·奥勒留王朝(161—180 年)时期的人——这是罗马帝国的黄金时期——在康茂德时期(180—192 年)仍生存。生卒年月大概是从 100 年到 180 年之间。[①] 也有人说,他大概死于 178 年以后。[②] 盖尤斯写《法学阶梯》第一卷时,安东尼努斯·皮尤斯皇帝仍然生存,所以提到他时未用"神君"的谥号,但在第二卷中就用了这一谥号。[③]《法学阶梯》应写成于安东尼努斯·皮尤斯皇帝在位时期。[④] 但也有人认为,这种谥号的不同用法是后人评注造成的。

盖尤斯是一个普通的拉丁语前名,意思是"欢乐的"。我们知道,罗马人的全名基本上由前名、族名和名三个部分构成,至少需要得知其名字的两个部分才能确定一个人(因为平民没有族名),由于盖尤斯这个前名太普通,根本无法据以确定名字的主人是谁。所以,还原盖尤斯的全名一直是研究者关注的问题。关于盖尤斯的全名,有很多猜测,例如 Gaius Pomponius, Titus Gaius, Gaius Bassus, Gaius Nostre(直译是"朕的盖尤斯"), Gaius Laelius Felix。还有一种猜测是,他就是 Gaius Cassius Longinus,盖尤斯是此人名字的略称,是公元前 30 年的执政官,接替萨宾掌管萨宾学派。但人们普遍认为,盖尤斯要比 Gaius Cassius Longinus 晚得多。德国学者

---

① See P. G. Monateri, Black Gaius, A Quest for the Multicultural Origins of the "Western Legal Tradition", In 51(2000), Hastings Law Journal,注释 1.

② See Donald R. Kelly, Gaius Noster: Substructures of Western Social Thoughts, In 84 (1979) Amercian Historical Review, p. 625.

③ See Institutes of Roman Law (c. 160 Gai of Roman Law by Gaius, with a Translation and Commentary by the late Edward Poste, M. A. Fourth edition, revised and enlarged by E. A. Whittuck, M. A. B. C. L., with an historical introduction by A. H. J. Greenidge, D. Litt.), Oxford Clarendon Press, 1904, On http://faculty. cua. edu/pennington/Law508/Roman% 20Law/GaiusInstitutesCommentary. htm#discovery_of_the_text, 2009 年 5 月 12 日访问。

④ Cfr. Antonio Guarino, L'Esegesi delle Fonti del Diritto Romano, Jovene, Napoli, 1982, p. 446.

爱德华·哈希凯(Eduard Huschke, 1801—1886 年)认为,有两个法学家共用同样的名和姓,为了区别他们,对其中的一个只称呼其前名,盖尤斯就是这个法学家。邓伯格(Heinrich Dernburg, 1829—1907 年)则认为,盖尤斯是其学生和读者给的昵称。①

特奥多勒·蒙森(Teodor Mommsen, 1817—1903 年)认为盖尤斯出生在一个讲希腊语的行省,严格说来是亚细亚行省的 Troas 城——今已不存,其遗址处在现在的土耳其的博兹贾阿达岛附近,邻近特洛伊古城旧址,面向爱琴海——原因是他熟悉希腊语言、文学和历史,他引用荷马史诗②、色诺芬的著作③和梭伦立法④,其著作的行文多希腊风格和希腊表达,还因为他知晓加拉泰⑤和比提尼亚的法律⑥,还因为他写了 30 卷的《行省告示评注》⑦,据说被评注的应该是他的省的告示。⑧ 而且,他首次在法律上使用的人法概念于公元 50 年在希腊城市科林斯即存在。⑨ 但哈希凯认为,盖尤斯应生活在当时的罗马帝国的法律生活的中心地点,因为他经常谈到意大利的事情,例如图斯库卢姆的土地⑩,康盘尼亚的酒⑪。至于他对希腊文化的了解,那是罗马人的一般素养。⑫ 对罗马的这种了解让有的人相信,盖尤斯是在罗马受的法律教育。⑬ 但前种学说为通说,实际上,同样出生在希腊文化地区的乌尔比安、帕比尼安、保罗等也经常谈意大利的事情,这可能是老一辈出生在意大利的法学家昆图斯·穆丘斯·谢沃拉等人开创的话题或例示方式。

作为五大法学家之一,盖尤斯被收入《学说汇纂》的作品如下:

(1)《行省告示评注》32 卷。

---

① See J.C. Ledlie, Gaius, In Journal of Society of Comparative Legislation, New Series, V. 13, No.2 (1913), p.233.

② 例如,3,141 引用荷马史诗《伊利亚特》中的诗句。参见〔古罗马〕盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社 1996 年版,第 248 页。

③ 例见 D.50,16,233,2。盖尤斯:《十二表法评注》第 1 卷。

④ 例见 D.10,1,13。盖尤斯:《十二表法评注》第 4 卷。

⑤ 盖尤斯在其《法学阶梯》1,55 中提道,加拉泰人也有家父权制度。

⑥ 盖尤斯在其《法学阶梯》1,193 中提道,比提尼亚人的妇女也受监护。

⑦ Cfr. Antonio Guarino, L'Esegesi delle Fonti del Diritto Romano, Jovene, Napoli, 1982, p. 217.

⑧ See J.C. Ledlie, Gaius, In Journal of Society of Comparative Legislation, New Series, V. 13, No.2 (1913), p.235.

⑨ See Will Deming, Paul, Gaius, and the "Law of Person", In 51(2001), Classical Quarterly, p.227.

⑩ 例见 D.35,1,17pr.。盖尤斯:《行省告示评注·论遗赠》第 2 卷。

⑪ 例见 D.45,1,74。盖尤斯:《行省告示评注》第 8 卷。

⑫ See J.C. Ledlie, Gaius, In Journal of Society of Comparative Legislation, New Series, V. 13, No.2 (1913), p.237.

⑬ See Anonymous, Jurists of the Empire, On http://www.oup.com/uk/orc/bin/9780199276073/resources/timeline/jurists_emp2.pdf,2009 年 5 月 24 日访问。

(2)《法律评注》15 卷。

(3)《内城告示评注》仅存 10 卷。

(4)《金言集》[①]7 卷。

(5)《十二表法评注》6 卷。

(6)《法学阶梯》4 卷。

(7)《论口头债务》3 卷。

(8)《论解放》3 卷。

(9)《遗产信托》2 卷。

(10)《论决疑》单卷本。

(11)《规则集》单卷本。

(12)《嫁资论集》单卷本。

(13)《抵押》单卷本。

盖尤斯未被收入《学说汇纂》的作品如下:

(1)《内事裁判官告示评注》。

(2)《市政官告示评注》2 卷。该书只有 2 卷,与 30 卷的《行省告示评注》的篇幅对比,有利于证成盖尤斯是行省人的结论。

(3)《论抵押的程式》单卷本。

(4)《克里齐亚法评注》单卷本。

(5)《昆图斯·穆齐评注》,这一著作可揭示盖尤斯体系与谢沃拉体系[②]的关联。

(6)《规则集》3 卷。

(7)《奥尔菲提安元老院决议评注》单卷本。

(8)《德尔杜里安元老院决议评注》单卷本。对这两个元老院决议的评述是盖尤斯《法学阶梯》阙如的内容,但这并不证明盖尤斯对此无知或不重视,因为他在自己的其他著作中研究了它们。

(9)《论默示的遗产信托》单卷本[③]。

总计有 22 种,显然,盖尤斯很多产,其成果按现在的标准评上 5 ~ 6 个教授绰绰有余。其作品教学性强,实务性少,由此证明盖尤斯并非执业律师。[④] 他可能在

---

① 此书又名《论日常事务》。

② 关于对谢沃拉体系的说明,参见下文。

③ 参见〔意〕桑德罗·斯奇巴尼选编:《民法大全选译·法律行为》,徐国栋译,中国政法大学出版社 1998 年版,"《学说汇纂》所引用的古代作者及作品目录"和"未被《学说汇纂》引用的古代作者及作品目录"。

④ See J. C. Ledlie, Gaius, In Journal of Society of Comparative Legislation, New Series, V. 13, No. 2 (1913), p. 236.

一个演说术学校教法律。[①] 而且其作品理论与实际相结合。“理论”,表现为写《十二表法评注》;“实际”,表现为写《告示评注》类的作品。

在瓦伦丁尼安三世(425—455 年)于 426 年颁布的《引证法》中,盖尤斯被列为五大法学家之一,故其著作具有法律效力。

2000 年,都灵大学法律系教授 P. G. 摩拉特里发表了《黑色盖尤斯——对“西方法律传统”的多重文化起源的探寻》一文,它采取盖尤斯生于东方行省的观点,并举出许多罗马伟大法学家并不出生于罗马来证明罗马法的多元文化基础。[②] 确实,罗马法发源于意大利,但到了古典时期(公元前 27 年—285 年),随着帝国文化重心的东移,重要的法学家都非意大利人,而是东方行省的人,尤其是叙利亚人,贝鲁特因此被称为法律的保姆。[③] 这犹如某些中国艺术起源于唐,流播于日本,它们在当代中国已湮灭,但独存并发展于东瀛。这个时候日本若拿它们去申报世遗,尽管不厚道,但也难说它错到哪里了。幸好罗马帝国的“东方”当下已分裂为诸多的国家,它们自己把罗马法忘到爪哇国去了,适用的是伊斯兰法,不会跟意大利争世遗之申报。意大利方面则更加潇洒,早已宣布罗马法属于全人类遗产,不属于任何国家。[④] 看来,我们因为韩国人把端午节拿去申报世遗而生气,人家不厚道不错,我们自己不潇洒也要检讨。如果把端午节宣布为人类共同遗产,我们不就无气可生了吗?

盖尤斯出生于行省并在行省活动并最终成为领导性法学家的事实,意味着罗马帝国学术的行省化,为进一步把帝国的重心东移吹响了前奏。这个过程从西塞罗(公元前 106 年—公元前 43 年)开始,他出生于罗马以外的阿尔皮努姆,甚至是曾与罗马人为敌的服尔喜人的后裔,他要到罗马受教并成名。但盖尤斯不必到罗马受教也能在全帝国成名了,这表明了意大利对全帝国的学术领导地位的衰落,行省的学术地位的提高,罗马—意大利与行省的宗主国—殖民地对立关系逐渐消解和淡化(所以,盖尤斯尽管身在行省,却对意大利的事物了如指掌),所以,在盖尤斯死后不久,就有了 212 年的安东尼努斯敕令。[⑤] 盖尤斯的情况并非个别,与他并列的其他四大法学家的出身也可证明同样的结论。帕比尼安(Aemilius Papinianus,

---

① 因为其作品中涉及许多的演说术问题。See William Warwick Buckland, Interpolations in the Digest, A Criticism of Criticism, In Havard Law Review, Vol. 54, No. 8 (Feb., 1941), p. 1296.

② See P. G. Monateri, Black Gaius, A Quest for the Multicultural Origins of the "Western Legal Tradition", In 51 (2000), Hastings Law Journal, p. 549.

③ Omnem, 7. 中译文见《优士丁尼组织编订并颁布学说汇纂和法学阶梯的四个敕令》,载梁慧星主编:《民商法论丛》第 10 卷,法律出版社 1998 年版,第 848 页。

④ 2009 年 10 月 24 日上午桑德罗·斯奇巴尼教授在第四届“罗马法·中国法与民法法典化”国际研讨会开幕式上的讲话。

⑤ 212 年发布的这一敕令授予罗马帝国境内的所有自由人罗马市民权。其详参见徐国栋:《罗马私法要论——文本与分析》,科学出版社 2007 年版,第 36 页。

142—212 年),是叙利亚人;乌尔比安(Domitius Ulpianus, 170—228 年)生于今日黎巴嫩境内的港市提洛斯,为希腊裔。莫特斯丁(Herennius Modestinus,约 250 年兴盛)出生于一个讲希腊语的行省,很可能是达尔马提亚。[①] 只有保罗(Julius Paulus,约 210 年兴盛)是意大利霸多瓦(Padova)人,但也是希腊裔。[②] 这些顶级法学家的多数不仅是行省人,而且是东方人。不独在法学领域如此,在其他学科,例如在演说术学科也是如此——例如西班牙人昆体良(Marcus Fabius Quintilianus, 35—100 年)在罗马成名。这些学者的智力活动推动着帝国的文化中心东移。他们也毫不费力地直接写下希腊文的法学著作。

盖尤斯的成功,也是对罗马皇帝的行省化在学术界作出的回应。他生在阿德里亚努斯皇帝治下,这是一个生于西班牙的皇帝,他是罗马的第二个行省出身的皇帝,第一个是也出生在西班牙的图拉真(Marcus Ulpius Trajanus, 52—117 年)。而盖尤斯在其治下完成《法学阶梯》的安东尼努斯·皮尤斯皇帝是高卢人的后代。[③] 由于这种行省化趋势,以及罗马本来就有的相对于希腊的文化洼地地位,帝国的中心逐步移向东方希腊化地区是必然的。首先是戴克里先(245—312 年)继位后不到罗马上班,然后是君士坦丁(272—337 年)继位后只到罗马上 3 次班,最后是同一皇帝于 330 年把帝国首都迁到君士坦丁堡。

盖尤斯是希腊的逻辑学与罗马法学的混合产儿。他用希腊的逻辑学方法整理罗马法的材料,把两者结合起来,这是罗马的希腊化的一个成果。实际上,盖尤斯的希腊哲学方法早就传到了罗马,谢沃拉(Quintus Mucius Scaevola,公元前 95 年担任执政官,公元前 82 年死于谋杀)写过《定义集》这样的著作,就是采用的属种方法,即把属分为若干种,再把种分为若干亚种,层层涵盖的方法,一旦把这种方法用到极致,必然形成体系,但这需要一个积累的过程,盖尤斯水到渠成,收获了谢沃拉之树的果实。

二、盖尤斯《法学阶梯》传奇

(一) 书名问题

盖尤斯《法学阶梯》的全名是《市民法阶梯的 4 卷评注》(Institutionum iuris civilis commentarii quattuor),记住这一名称很重要,首先,"评注"的名称表明它是一部

---

① See Herennius Modestinus, On http://en.wikipedia.org/wiki/Herennius_Modestinus,2009 年 5 月 13 日访问。

② See Paul, On http://en.wikipedia.org/wiki/Paul_(jurist),2009 年 5 月 13 日访问。

③ 参见[日]盐野七生:《罗马人的故事 IX:贤君的世纪》,林韩菁译,三民书局 2003 年版,第 373 页。

学术作品，是一个“教学笔记”。[①] 它表达了作者的客观性和两个文本的对立：被评注的文本和评注的文本，后者属于作者，前者属于立法者，作者无意立法，仅满足于解释法律；其次，涉及盖尤斯理解的市民法是否私法，以及这个《阶梯》是否为一部私法教材问题，后文会对这一问题作出肯定回答。“阶梯”的名称是模仿昆体良（Marcus Fabius Quintilianus，35—95 年）的《演说术阶梯》（Institutio Oratoria）。这是一部 12 卷的演说术著作，完成于 1 世纪晚期。具有讽刺意味的是，昆体良也是行省人，生于西班牙的卡拉古里（Calagurris），后来到罗马受高等教育并在那里成名。[②] 盖尤斯是后于昆体良的人物。

（二）文本的来源

盖尤斯《法学阶梯》的文本通过至少四个来源留传给我们：

其一，1816 年，德籍丹麦罗马史学家尼布尔（Barthold Georg Niebuhr，1776—1831 年）从维罗纳的 Capitulare 图书馆发现的羊皮纸文本。这一发现过程充满传奇。早在 1740 年，意大利学者萨皮奥·马菲（Sapio Maffei）在维罗纳的上述图书馆的圣杰罗姆著作《书信集》（Epistulae）的抄本里，发现了一页写满古拉丁文的手稿（盖尤斯《法学阶梯》羊皮纸本的第 235—236 页）。他认为这是一件古代法律文献。萨皮奥·马菲把这页拉丁文献译成意大利文于 1740 年发表在他的《神学史》（Istoria Teologica）上，当时他认为，该文本与优士丁尼《法学阶梯》4，15[③] 类似，相信是对优士丁尼的这一片段的一个摘要。此后，浩博尔特（Gel. Haubold）证实了这页纸是盖尤斯的《法学阶梯》的一部分，为此写作了《关于〈论令状〉的维罗纳片段的消息》于 1816 年出版。就在这一年，其时浩博尔特的上述作品尚未发表，普鲁士驻罗马教廷的使节尼布尔在出使罗马途中，在维罗纳图书馆盘桓了几日。尼布尔是著名的罗马史学家，他来到维罗纳的这个图书馆事出有因。此前他读过维罗纳 Capitulare 图书馆的《隐写书卷》（Codex rescriptus），其中于 9 世纪复制了圣杰罗姆的《书信集》（它不完全地擦掉了先写的文字），他发现，后写的文字的行间有先写的一部作品的痕迹，这些文字看来是法律作品。[④] 利用这次途经维罗纳的机会，他一睹圣杰罗姆的《书信集》原件，证实了自己的怀疑。这时，他征得有关方面的同意，用配置的药水（Nut-galls）清洗了第 97 页手稿，由此他能读解该页的内容，他认为这是乌尔比安著作的一部分。他把这个结论告诉了当时德国最伟大的法学家萨

① Cfr. F. Schulz, *Storia della giurisprudenza romana*, *traduzione italiana di* G. Nocera, Firenze, 1968, p. 285.

② 参见《世界历史词典》编辑委员会：《世界历史辞典》，上海辞书出版社 1985 年版，第 401 页。

③ 该题的标题是“令状”。

④ Cfr. Antonio Guarino, L'Esegesi delle Fonti del Diritto Romano, Jovene, Napoli, 1982, p. 437.

维尼(Friedrich Carl von Savigny, 1779—1861 年)。斯人一眼就看出它是盖尤斯作品的手稿。萨维尼把这整个的故事发表在《法学史杂志》第 3 卷第 129 页及以次上。后来,萨维尼的猜测得到了证实。次年,普鲁士皇家科学院派虢申(F. L. Göschen, 1778—1837 年)和霍尔维格(August von Bethemann-Hollweg, 1795—1877 年)到维罗纳抄走了盖尤斯的手稿。此时这本隐写书的形象是这样的:共 129 页,每页 24 行,每行 35 字,有时达到 45 字。1/4 的地方是双重覆盖,也就是说,在盖尤斯的书上面重写了两层读物。1/10 的盖尤斯的文本已完全丧失或不可读解,但这一部分中的部分可通过参看优士丁尼《法学阶梯》还原。全书缺 1/13,其中一半属于第四卷。[①] 3 页已佚失,属于第四卷的 1 页——第 136—144 节——由于偶然的原因已脱落,被马菲翻译出版。虢申在 1820 年第一次把盖尤斯的全书出版。[②] 他对这一手稿进行了编号,分为共 200 节。1824 年,出版了布鲁梅(Friedrich Bluhme, 1893—1975 年)的第二个版本。他为了更好地还原盖尤斯的文本,使用了某种化学试剂,在某些地方效果相反,无可挽救地毁掉了一些页。[③] 1874 年,威廉·司徒特蒙特(Wilhelm Studemund, 1843—1889 年)出版了盖尤斯《法学阶梯》的影印版。

其二,1927 年,汉特(Arthur S. Hunt, 1871—1934 年)和霸克兰(W. W. Buckland, 1859—1946 年)出版了 Ossirinco[④] 的纸草卷(POxy. 17. 2103),它是盖尤斯《法学阶梯》第四卷的一个片段,是该卷第 57 节和第 68—73 节的内容,用它填补了维罗纳文本 4,72—73 的空缺。[⑤]

其三,1933 年,人们在埃及发现了盖尤斯《法学阶梯》一个 4 或 5 世纪抄本的残片,把它们拿来同尼布尔发现的本子校核,更证实那是盖尤斯的《法学阶梯》无疑,更可以补充尼布尔本子中残缺的部分内容。[⑥]

---

① See Institutes of Roman Law (c. 160Gai of Roman Law by Gaius, with a Translation and Commentary by the late Edward Poste, M. A. Fourth edition, revised and enlarged by E. A. Whittuck, M. A. B. C. L., with an historical introduction by A. H. J. Greenidge, D. Litt.), Oxford Clarendon Press, 1904, On http://faculty. cua. edu/pennington/Law508/Roman% 20Law/GaiusInstitutesCommentary. htm#discovery_of_the_text,2009 年 5 月 12 日访问。

② See J. C. Ledlie, Gaius, In Journal of Society of Comparative Legislation, New Series, V. 13, No. 2 (1913), p. 241.

③ Cfr. Antonio Guarino, L'Esegesi delle Fonti del Diritto Romano, Jovene, Napoli, 1982, p. 438.

④ 为上埃及第 19 区的首府,1896 年起成为一个重要的考古发掘地点,人们在此获得许多重要发现。

⑤ Cfr. Antonio Guarino, L'Esegesi delle Fonti del Diritto Romano, Jovene, Napoli, 1982, p. 439.

⑥ See J. C. Ledlie, Gaius, In Journal of Society of Comparative Legislation, New Series, V. 13, No. 2 (1913), p. 241.

其四，优士丁尼《学说汇纂》从中收录的片段，盖尤斯总共被收录535个片段[①]，其中有28个片段来自其《法学阶梯》。[②] 关于同一主题的四个文献术语上的差异提供了观察作为编者的优士丁尼对盖尤斯的《法学阶梯》的文本进行添加的机会，例如，把所有的"自然法"都改成"万民法"。又如，把所有用第一人称的地方都改成了第二或第三人称，第一人称专门留给讲述者优士丁尼皇帝。[③]

由于尼布尔的发现和萨维尼的慧眼识珠等利好遭遇，盖尤斯成为罗马法学家中运道最好的，因为他是他们中唯一有完整著作流传后世的。

（三）内容

法学阶梯体系问题。这一体系又称为盖尤斯体系[④]，也就是人物讼体系。它暗示所有的法律规范都包含三个方面：所涉及的人、有关的标的物、救济手段。[⑤] 对这一体系，褒贬不一，有人说它是人间的三位一体，像3颗定位很好的卫星，彼此呼应可涵盖所有的法律现象。但也有人说，盖尤斯的三编制体系是静态的，缺乏动态性。[⑥] 无论如何，这一体系是对在它之前的谢沃拉—萨宾体系的反动。谢沃拉体系如下：

第一编　继承法
第二编　人法
第三编　物法
第四编　债法

以上为谢沃拉体系，萨宾体系不过是在此基础上颠倒物法和债法的顺序。[⑦] 在这个体系中，由于债法、继承法被安排为与物法处在同一位阶，债权与物权肯定是区分开的，继承权与物权也是如此，甚至可以假定这一体系中的物法是有体物法。但盖尤斯的人物讼的体系靠人为使用无体物概念建立起来，把债法和继承法吸进物法的宏伟黑洞。[⑧] 所以，它把一些在谢沃拉—萨宾体系中已搞清的东西又

---

① See J.C. Ledlie, Gaius, In Journal of Society of Comparative Legislation, New Series, V. 13, No.2 (1913), p.237.

② See Alfred R. Bellinger, The Text of Gaius' Institutes and Justinian's Corpus, In 70(1949) The American Journal of Philology, No.4, p.394.

③ Ibid., p.400.

④ Cfr. Anna Maria Giomaro, Spunti per una lettura critica di Gaio Institutiones,I, Il TESTO, Versione illustrata e ipotesi interpretative, QuattroVenti, Urbino, 1994, p.20.

⑤ 参见〔英〕巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》，黄风译，法律出版社2000年版，第59页。

⑥ See Donald R. Kelly, Gaius Noster: Substructures of Western Social Thoughts, In 84 (1979) Amercian Historical Review, p.642.

⑦ Cfr. Fritz Schulz, Storia della giurisprudenza romana, tra. it. di Guglielmo Nocera, Sansoni, Firenze, 1968, pp.172s.

⑧ 参见徐国栋：《罗马私法要论——文本与分析》，科学出版社2007年版，第162页。

搞混了，例如物权与债权的区分，物权与继承权的区分等。

但著名的罗马法学者舒尔兹（Fritz Schulz，1879—1957 年）认为盖尤斯《法学阶梯》的真实体系如下：

导论　法的渊源

第一编　人法

第二编　物法

第三编　继承法

第四编　债法

第五编　诉讼法

舒尔兹认为，这个体系来自谢沃拉的《市民法》的体系，不过把继承法从第一位移到物法之后债法之前而已，三者按与物有关的权利的逻辑组织起来，而这三者彼此相当异质。①

舒尔兹的说法很牵强，所以应者寥寥，尤其是按这一说法，盖尤斯体系并未搞混物权和债权的区分、物权与继承权的区分，显得荒唐。而且莱布尼兹（Gottfriend Wilhelm Leibniz，1646—1716 年）说，人和物是事实概念，债是法律概念，把两类概念放在一起不妥。② 不过，舒尔兹的分析暗示盖尤斯体系包括总则，也就是“导论：法的渊源”部分。

更普遍的说法是人物讼体系是一个另外的体系。至于它是盖尤斯沿袭他人还是原创，则说法不同。周枏先生持前说。③ 西洋也有人持此说，例如阿兰乔—路易兹（Vincenzo Arangio-Ruiz，1884—1964 年）就相信盖尤斯依据一个蓝本写作。蓝本的作者可能是萨宾派的掌门人 Gaius Cassius Longinus。④ 俄国学者烈昂尼德·科凡诺夫则认为盖尤斯体系来自瓦罗（Marcus Varro，公元前 116 年—公元前 27 年）的《人事和神事古事纪》（Antiquitates rerum humanarum et divinarum），其第一部分关于人事，把这方面的事务划分为人（Homines）、地点、时间和物四个方面，其中的地点和时间可对应于盖尤斯说的诉讼。⑤ 周枏和阿兰乔—路易兹的这一说法十分牵强，因为根据流传下来的资料，罗马法学家共有 6 人（弗罗伦丁、伽里斯特拉杜斯、

---

① Cfr. F. Schulz, Storia della giurisprudenza romana, traduzione italiana di G. Nocera, Firenze, 1968, p. 284.

② See Donald R. Kelly, Gaius Noster: Substructures of Western Social Thoughts, In 84 (1979) Amercian Historical Review, p. 636.

③ 参见周枏：《罗马法原论》（上册），商务印书馆 1994 年版，第 59 页。

④ Cfr. Antonio Guarino, L'Esegesi delle Fonti del Diritto Romano, Jovene, Napoli, 1982, p. 446.

⑤ Cfr. Leonid Kofanov, Varrone, "Antiquitates rerum humanarum et divinarum" e il sistema del diritto publico romano. 2006 年 6 月 25—30 日在苏兹达利—莫斯科召开的第四届《罗马公法和私法：几个世纪以来欧洲法律发展的经验》国际会议论文。

乌尔比安、马尔西安、保罗)各自写过自己的《法学阶梯》[①],其中无一采用与盖尤斯一样的体系。另外,盖尤斯这一体系中包含的我将要谈到的许多缺憾恰恰是证明其原创性的证据。[②] 科凡诺夫的说法也有点牵强,因为 Homines 与 Persona 不同。所以,桑德罗·斯奇巴尼(Sandro Schipani)教授采用的盖尤斯原创说更有说服力。他认为盖尤斯创立这一体系以西塞罗取得的理论成就为基础。西塞罗在《论演说家》1,42,187 中说到:"所有的事务,现在都已被包罗在术语中。"他举了音乐、几何、天文、语法的例子。然后他提到:"因此,在市民法中,这也是目的:在市民的物和诉讼中,保留以法律和习俗为根据的平等趋势。"斯奇巴尼认为,西塞罗在这一句子中提出了市民、物和诉讼的宏范畴,它们可以构成三编制的基础。[③] 所以,盖尤斯正是以这些理论成就为基础,完成了进一步的概括,最终把三编制确立下来,其《法学阶梯》把民法的材料整理成人法、物法和诉讼法。盖尤斯被认为的演说术学校的法学老师的身份,更便于他把演说术和法学结合起来,创立法学阶梯体系。当然,这种创造并非平地起高楼,而是以包括西塞罗在内的前人的理论成就为基础,例如,尽管盖尤斯最早在这本书中提出人法的概念,[④]但人法的意思在谢沃拉体系中就有了。使徒保罗更在盖尤斯之前在《罗马人书》中用希腊语使用了人法的概念。[⑤]

后人对盖尤斯体系有一些改造。首先,法国学者弗朗索瓦·丢阿兰(F. Duaren, 1509—1559 年)去掉了其中的"讼",把它变成人—物两编制,理由可能不光是追求程序法与实体法的分离,而且因为 Franciscus Connanus(1508—1551 年)认为讼本身就可以依人和物两分,因此无必要独立存在。莱布尼兹也有这样的看法。[⑥] 这种观点为 1810 年《奥地利普通民法典》接受,其第 1 编是人法;第 2 编是物法;第 3 编是人法和物法的共同规定。[⑦] 显然,这最后一编是对盖尤斯体系中的第三编的改造。其次,法国学者佩特鲁斯·德·拜拉佩提卡(Petrus de Bellaperti-

---

① 参见〔意〕桑德罗·斯奇巴尼选编:《民法大全选译·法律行为》,徐国栋译,中国政法大学出版社 1998 年版,"《学说汇纂》所引用的古代作者及作品目录"。

② Cfr. Antonio Guarino, L'Esegesi delle Fonti del Diritto Romano, Jovene, Napoli, 1982, pp. 446s.

③ Cfr. Sandro Schipani, La *Codificazione del Diritto Romano Comune*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 178.

④ See Will Deming, Paul, Gaius, and the "Law of Person", In 51(2001), Classical Quarterly, p. 218.

⑤ Ibid., p. 229.

⑥ See Donald R. Kelly, Gaius Noster: Substructures of Western Social Thoughts, In 84 (1979) Amercian Historical Review, p. 632; p. 636.

⑦ See Parker School of Foreign and Comparative Law, The General Civil Code of Austria, Revised and Annotated by Paul, L. Baeck, Oceana Publications, Inc., New York, 1972.

ca,? —1308 年)把盖尤斯体系中的"讼"改成了"债"①,形成了人—物—债的新体系,由此首先把债从无体物概念的笼罩下解放出来。第三,法国学者埃圭纳柳斯·巴罗(Equinarius Baro)利用"讼"(Actio)的多义性把它改造为行为,创立了人—物—行为的体系。② 第四,丢阿兰从盖尤斯物法中包含的取得物的方式的线索出发,把取得物的方式作为整理物权法材料的轴心③,发展出了《法国民法典》式的三编制体系,即"人"、"财产及对于所有权的各种限制"、"取得财产的各种方式"的三分体系,这是法学阶梯体系的变种而非法学阶梯体系本身,所以,说《法国民法典》采用了法学阶梯体系是错误的。④ 第五,德国学者费尔迪兰德·迈克尔兑伊(Ferdinand Mackeldey, 1784—1834 年)去掉盖尤斯体系赖以支撑的无体物概念,把在盖尤斯体系中处于第二层级的债和继承提升为第一层级,发展出或还原出潘得克吞体系。⑤ 最后,西班牙学者诶乌赫纽·塔皮亚(Eugenio de Tapia Garcia, 1776—1860 年)在法学阶梯体系的基础上发展出如下四编制体系:第 1 编,人;第 2 编,财产、所有权及其限制;第 3 编,取得所有权的各种方式;第 4 编,债与合同。⑥ 这最后一编成为西班牙语世界民法典的特征。

(四)影响

1. 立法影响。此等影响体现为盖尤斯《法学阶梯》被转化为另外两个立法文件。

首先是《西哥特盖尤斯摘要》,这是西哥特国王阿拉里克二世(484—507 年在位)的工作成果。506 年,他命令把盖尤斯《法学阶梯》的 3 编压缩为两编,去掉诉讼法,这构成丢阿兰去掉讼编的做法的先驱。西哥特王国采用属人法,外来的日耳曼人和本地的罗马人适用不同的法律。《西哥特盖尤斯摘要》主要适用于日耳曼人统治下的罗马人,具体来说,主要适用于生活在现在的法国和西班牙的罗马人。⑦ 在尼布尔于 1816 年发现盖尤斯《法学阶梯》全本前,人们通过此书和优士丁尼《学说汇纂》中收录的片段来了解盖尤斯的《法学阶梯》的内容,但此书的内容并

---

① See Donald R. Kelly, Gaius Noster: Substructures of Western Social Thoughts, In 84 (1979) Amercian Historical Review, p.627.

② See Peter Stein, Donellus and the Origins of the Modern Civil Law, In Ankun, J. A. et alii (editores), Melanges Felix Wubbe (Fribourg, Suisse, Eitions Universitaires, 1993), p.444.

③ Véase Manuel Jesús Rodríguez Puerto, Derechos subjetivos y sistema en la primera modernidad, En Estudios Histórico-Jurídicos 26, 2004, pag.301s.

④ 参见麻昌华、覃有土:《论我国民法典的结构体系》,载《法学》2004 年第 2 期。

⑤ 参见徐国栋:《民法总论》,高等教育出版社 2007 年版,第 6 页。

⑥ 参见[智]阿勒杭德罗·古斯曼:《伊比利亚美洲法典编纂古代时代诸民法典的体系》,徐国栋译,载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》第 6 卷,厦门大学出版社 2008 年版,第 208 页。

⑦ See J.C. Ledlie, Gaius, In Journal of Society of Comparative Legislation, New Series, V. 13, No.2 (1913), p.239.

不完全与盖尤斯《法学阶梯》同，摘录者对盖尤斯的蓝本作了一些修改，例如，盖尤斯《法学阶梯》2，78 对于在他人材料上作画的情形确立的是板添画规则①，但《西哥特盖尤斯摘要》2，1，4 确立的是画添板规则。②

其次是 533 年的优士丁尼《法学阶梯》，它是罗马人的法典编纂达到巅峰的标志。盖尤斯《法学阶梯》是对整个的繁杂的罗马法的精致化、简化和规则化，这"三化"就是法典化。所以，毫不奇怪，在 161 年前后，罗马当政者就开始了法典编纂。一是阿德里亚努斯皇帝编订的《永久告示》(130 年)；二是《格雷高利法典》(291 年)；三是《赫尔摩格尼法典》(295—314 年)；四是《提奥多西法典》(438 年)；五是优士丁尼的法典编纂(从 528 年开始)。可以说，盖尤斯《法学阶梯》是法典编纂运动的起点。众所周知，优士丁尼《法学阶梯》以盖尤斯的《法学阶梯》为蓝本编制，采用了其结构。也许有人把这种采用说成盖尤斯的第二个好运，但优士丁尼为何在既有的 6 部《法学阶梯》中偏偏选择了盖尤斯的作为蓝本，恐怕不能归之于运气，而是要归之于其理论上的优越性。然而，盖尤斯《法学阶梯》中的一些重要的概念或制度，例如无体物的概念等，都是少数观点，和者寥寥，但由于其《法学阶梯》被官方采为钦定法学初级教材的蓝本，其少数派观点因此得到了承认和推广，这倒可以说成是盖尤斯的运气或他与优士丁尼的气味相投。由于《法学阶梯》是优士丁尼法典编纂中最有体系和理论性的部分，盖尤斯的传记作者说他是"优士丁尼法典编纂的真正建筑师"。③ 通过优士丁尼《法学阶梯》的中介，盖尤斯《法学阶梯》又间接地发挥了对后世法学和立法的巨大影响。要知道，优士丁尼《法学阶梯》是近代法典编纂运动中最被依赖的文献。

2. 对法学理论的积极影响。盖尤斯《法学阶梯》是一部转折性的作品。我们说，大陆法的精神是逻辑，英美法的精神是经验，这种对立的时间起点是出版盖尤斯《法学阶梯》的 161 年。从此，大陆法走向了逻辑，开始与英美的经验主义方法区别。盖尤斯《法学阶梯》以属种关系为出发点考察问题，最后概念叠罗汉形成体系的方式构造了一个概念之网笼罩现实生活，形成虚拟世界和现实世界的对立以及对两者合一的追求，这正是理性主义的方法，后来发展为概念法学的方法。较近地看，格老修斯的法学理性主义早于笛卡儿的一般理性主义④，较远地看，盖尤斯的方法又是格老修斯的方法的源头，所以，说罗马法学为理解人类社会提供了"科学

① 参见〔古罗马〕盖尤斯：《法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社 1996 年版，第 104 页。

② 《西哥特盖尤斯摘要》的这一片段的来源，Sieh M. Kaser, Tabula picta, In Tikdschrift voor Rechtsgescheidenis, 26 (1968), Seite 32.

③ See Donald R. Kelly, Gaius Noster: Substructures of Western Social Thoughts, In 84 (1979) Amercian Historical Review, p. 620.

④ 参见徐国栋：《民法哲学》，中国法制出版社 2009 年版，第 171 页。

的"和"哲学的"模式[①]是有道理的，盖尤斯构成证明这一命题的一个论据。所以，说盖尤斯《法学阶梯》是理性的方法、数学的方法之始，并不过分。说它是大陆法系之始，也不过分。

有人把盖尤斯与达尔文相比，以彰显盖尤斯的范式创立者地位。[②] 有人把他说成是西方社会思想的基础[③]，是最有影响的古典法学家。[④] 他的体系被称为盖尤斯主义或世俗的三位一体，被认为可以与亚里士多德的形而上学的体系媲美。其特点有三。其一，历史的方法，每遇一个问题，必从其历史起源到现在的发展的角度把它讲得清清楚楚；其二，辨证的方法，由基本的区分、划分和解释方法构成；其三，三分的方法，它揭示了所涉事物的精神上的先后并且是整理现实的手段，而且还是一种方法论体系，它被说成人类中心主义的、世俗的三位一体。[⑤] 人们还说它开创了西方世界私法本位的法学阐述传统，确实，盖尤斯《法学阶梯》是比较纯粹的私法教材。我们看到，后世的雨果·多诺(Hugues Doneau，1527—1591 年)的权利理论也是在盖尤斯体系的框架内做文章。权利按照人与物的两分法被分为人对自身的权利和对外界的权利，后者又具体分为对物的权利和对他人意志的权利。这造就了康德式的对人权和对物权的对位法，形成一种《阿根廷民法典》采用的民法典体系。[⑥]

萨维尼等人的法律关系理论无疑是近代法学理论的成就，但它的内容无非是主体、客体和内容的三分法，基本理路还是来自盖尤斯的人—物体系。萨维尼说："人处在外在世界的中心，这个包围他的环境对他最重要的因素是与在本性和目的上与他一样的人进行接触"。[⑦] 这是典型的盖尤斯式人—物对位法表达。

3. 对法学理论的消极影响。首先，盖尤斯体系开了谢沃拉—萨宾体系的倒车，把物权与债权的区分，物权与继承权的区分又搞混淆，最后要靠许多人耗费精力重新厘清它们。例如，他物权与债权的区分是雨果·多诺完成的[⑧]；继承权与物

---

① See Donald R. Kelly, Gaius Noster: Substructures of Western Social Thoughts, In 84 (1979) Amercian Historical Review, p.648.

② See Geoffrey Samuel, Can Gaius Really Be Compared to Darwin? In 49 No.2 (2000) The International and Comparative Law Quarterly, pp.297—329.

③ See Donald R. Kelly, Gaius Noster: Substructures of Western Social Thoughts, In 84 (1979) Amercian Historical Review, p.619.

④ Id.

⑤ Ibid., pp.620s.

⑥ 参见徐国栋：《比较法视野中的民法典编纂》，北京大学出版社 2007 年版，第 230 页。

⑦ See Donald R. Kelly, Gaius Noster: Substructures of Western Social Thoughts, In 84 (1979) Amercian Historical Review, p.646.

⑧ See Peter Stein, Donellus and the Origins of the Modern Civil Law, In Ankun, J. A. et alii (editores), Melanges Felix Wubbe (Fribourg, Suisse, Eitions Universitaires, 1993), pp.450s.

权的区分是雅松·德·马伊诺(Iason de Mayno, 1435—1519 年)完成的。[①] 其次,盖尤斯的人物二分法经过后人的引申(尽管盖尤斯《法学阶梯》承认把人当作客体的奴隶制),造成了人不得为客体的禁忌,例如,康德因此提出永远把人当作目的的口号,由此不得不把作为客体的人羞羞答答地称为消极主体。实际上,主体和客体应是价值中立的概念,行为的实施者就是主体,行为的承受者就是客体。[②] 第三,盖尤斯的人物二分法是典型的人类中心主义的公式,没有给动物、胚胎等留下"中体"的地盘。而且,盖尤斯《法学阶梯》的内容有许多遗漏:没有讲嫁资,没有讲借贷、寄托和质押、抵押、承认债务等合同,没有谈《韦勒乌斯元老院决议》[③]和《马切多元老院决议》[④],原因是盖尤斯创建一个新体系,由于新事物的缺陷而遗漏它们。[⑤] 另外的可能原因是他的《法学阶梯》是未完成的作品,是被学生拢在一起出版的未完成的手稿。[⑥]

在盖尤斯体系之后的是拉姆斯体系(Ramism)[⑦],这是法国逻辑学家佩特鲁斯·拉姆斯(Petrus Ramus, 1515—1572 年)创立的方法论。他很注重从一般到特殊的逻辑分析与演绎推理,善于使用二分法。这一体系对人文主义法学派影响很大。在我看来,这是一个盖尤斯体系的反体系。盖尤斯体系是从特殊到一般,虽然达成了一般,但"特殊"并不精致。这样的体系经过拉姆斯体系的推敲,使得在一般所得的特殊上更加完善,形成精致的体系。

4. 对其他学科的影响。盖尤斯的影响越出了法学,首先进入哲学。有理由认为,笛卡尔的"我思故我在"中的我—物对立体系也来自盖尤斯的人—物对立体系。在某种意义上说,唯物主义和唯心主义也来自盖尤斯体系。马克思(Karl Heinrich Marx, 1818—1883 年)是萨维尼的学生,当时抱怨被萨维尼和其他老师强

---

① See Robert Feenstra, Real Rights and Classification in the 17th Century: the Rôle of Heinrich Hahn and Feltmann. The Juridical Review, The Law Journal of Scottish Universities 1982, 1 & 2: Essays in Honour of Professor Emerritus Sir Thomas B. Smith, Edinburgh: W. Green & Son Ltd, 1982, pp. 114s.

② 参见蔡守秋:《论主客二分的法学研究范式》,载《第三届部门法哲学研讨会论文集》,2010 年 1 月 30—31 日,长春,第 153 页。

③ 46 年发布,该决议禁止妇女为他人实行债务承保,并且规定由妇女提供的担保不当然无效,而是当债权人起诉时,妇女享有本决议所规定的抗辩权。

④ 发布年代不详(大约是在 1 世纪韦斯巴芗皇帝统治时期),该决议禁止以消费借贷名义向家子出借钱款,除非预先获得家父的同意或者家子在成为自权人后对有关的借贷关系予以认可。

⑤ Cfr. F. Schulz, Storia della giurisprudenza romana, traduzione italiana di G. Nocera, Firenze, 1968, p. 284. Antonio Guarino, L'Esegesi delle Fonti del Diritto Romano, Jovene, Napoli, 1982, p. 443.

⑥ Cfr. F. Schulz, Storia della giurisprudenza romana, traduzione italiana di G. Nocera, Firenze, 1968, p. 291.

⑦ See Donald R. Kelly, Gaius Noster, Substructures of Western Social Thoughts, In 84 (1979) Amercian Historical Review, pp. 620s.

制灌输他三分法，但他还是按盖尤斯的体系写出了300页的私法著作，其基本结构为：(1) 人对人的权利，包括合同；(2) 物权；(3) 在物上人对人的权利。[①] 后来，他抛弃了这一体系以及与这一体系相连的唯心主义，创立了主观和客观的辩证法，这里面还是有人—物二分法的影子。[②]

盖尤斯的影响也进入了经济学。经济学中的人（欲望主体）与资源（欲望客体）的对位法中也有盖尤斯体系的影子，潜台词是欲望主体—欲望客体—讼争的三段论。这是我对盖尤斯体系的解读。[③]

三、盖尤斯《法学阶梯》与优士丁尼《法学阶梯》的关系

（一）优士丁尼《法学阶梯》取法盖尤斯《法学阶梯》的大致百分比

在本节中，我打算对优士丁尼《法学阶梯》与盖尤斯《法学阶梯》的关系作一个实证研究，因为人们惯常说前者来源于后者，但在多大程度上可以这么说，相差372年的两者的差别到底有多大，少有人作细致的研究。[④] 本文倒是以全面的方式加强了这一研究的机会。

我统计，盖尤斯《法学阶梯》共4卷901段，优士丁尼《法学阶梯》共4卷约[⑤]830段。考察两部《法学阶梯》异同的最简单的方法是看优士丁尼《法学阶梯》830节中有多少段来自盖尤斯《法学阶梯》。在这方面，有比较方便的工具书可以利用：西班牙学者 Pedro Gómez de la Serna（1807—1871年）的 Justiniani Institutionum Libri IV（Madrid，1856），该书在评注优士丁尼《法学阶梯》的每一段前都要说明其来源，把这些说明集中起来进行统计，需要的结果就出来了。大致上可以说，优士丁尼《法学阶梯》的830段只有307段来自盖尤斯《法学阶梯》，只占约37%。之所以加上"大致上"的限制语，原因有二。其一，de la Serna 的统计分析作得很细，把每段再分为若干分段，以此为单位定它们的来源。这样做是有道理的，因为优士丁尼

---

① 参见李光灿、吕世伦主编：《马克思恩格斯法律思想史》，法律出版社1991年版，第36页及以次。

② See Donald R. Kelly, Gaius Noster: Substructures of Western Social Thoughts, In 84 (1979) Amercian Historical Review, p.625.

③ 参见徐国栋：《民法哲学》，中国法制出版社2009年版，第40页。

④ 桑德罗·斯奇巴尼教授在他于1999年为徐国栋的优士丁尼《法学阶梯》中译本写的序言中有对两者的简单比较。参见〔古罗马〕优士丁尼：《法学阶梯》（第二版），徐国栋译，中国政法大学出版社2005年版，第IX页及以次。另外，阮辉玲的《盖尤斯〈法学阶梯〉与优士丁尼〈法学阶梯〉第一卷之比较》，第三届"罗马法·中国法与民法法典化"国际研讨会论文，未刊稿、冯卓慧的《罗马私法进化论》，陕西出版社1992年版也做了这方面的工作。最后，艾伦·沃森的《民法法系的演变及形成》，中国政法大学出版社1992年版，第83页也做了一些这方面的工作。

⑤ 之所以用"约"，乃因为有的时候，一段分为 abcd 等若干分段，此等分段不予计入。

《法学阶梯》往往拆分盖尤斯《法学阶梯》的一段为数段，或合并其数段为一段，更有大幅度颠倒其论述顺序的，非经如此细分，不能准确揭示两个《法学阶梯》的关系，但我无法在一篇论文中进行如此细致的研究，故满足于宜粗不宜细的彭真原则，某段中凡有一部分来自盖尤斯《法学阶梯》的，我都把该段整体算成来自盖尤斯《法学阶梯》，所以，严格说来，优士丁尼《法学阶梯》来自盖尤斯《法学阶梯》的成分没有达到37%。其二，de la Serna把优士丁尼《法学阶梯》对盖尤斯《法学阶梯》的取法分成照抄、逐字照抄、取自、相符4种情形，前两种情形少而后两种情形多，我不顾这些区分，把这四种情形都算成优士丁尼的《法学阶梯》抄了盖尤斯《法学阶梯》一段，实际上的情况并无这么严重。事实上，优士丁尼《法学阶梯》除了借鉴盖尤斯的同名著作外，还借鉴了乌尔比安、保罗、莫特斯丁、马尔西安、佛罗伦丁、尤里安、赫尔摩格尼等著名法学家的著作，还利用了不少的皇帝敕令。所以，编写优士丁尼《法学阶梯》的工作很辛苦，远没有照抄那么简单！

（二）优士丁尼《法学阶梯》对盖尤斯《法学阶梯》的修改

那么，优士丁尼《法学阶梯》对盖尤斯《法学阶梯》作了哪些修改呢？首先分为结构和内容两个大的方面。在内容上，又分为修正、增加和废除三个方面。

在结构方面，关于私犯之债的论述在盖尤斯《法学阶梯》中处在第三卷，与法定继承相伴。这种安排有其道理，因为无论是侵权之债还是法定继承，都出于法律的规定，两者都是法锁。但优士丁尼《法学阶梯》把关于私犯之债的说明移入本全部用来说明诉讼的第四卷，由此发生了所谓的“私犯之债的漂移”，对此等漂移，有种种解释。其一，这是为了维护无体物概念涵盖范围的严密性，因为依据盖尤斯所给的无体物定义，只有缔结的债（obligationes quoquo modo contractae）才是无体物（2,14），而私犯之债并非缔结的，盖尤斯原先把它与合同之债裹在一起本来不妥，故优士丁尼为了追求理论的纯粹性，把它从被无体物概念笼罩的债法中移出来安排进诉讼法，但经过这样的“漂移”，债是纯粹了，但诉讼部分内容的纯粹性就受到了损害。[①] 其二，这是为了各卷篇幅的均衡，因为两个《法学阶梯》关于诉权的论述变化很大，盖尤斯处在程式诉讼时代，优士丁尼处在非常诉讼时代使然，所以，盖尤斯这方面的论述到了优士丁尼《法学阶梯》中多数删除，造成这部分内容偏少，故优士丁尼把私犯之债的内容移入，以求平衡。[②] 无论何种原因导致上述“漂移”，其客观效果都是把公法性的私犯之债与相对私法性的契约之债分开，将之与同样是公法性的诉讼法合并，把两者打造成权利的保护制度，实际上否定了合同之债与侵

① 参见方新军：《论权利客体在权利构成理论中的作用——历史和逻辑的双重视角》，厦门大学2006年博士学位论文，第41页。

② 这是我在2009年的罗马法史课教学中表述过的观点。

权之债的同质性。

在内容方面，首先在总论[①]上有如下修正：(1) 用自然法、万民法和市民法的三分法取代了万民法或自然法、市民法的两分法。(2) 盖尤斯《法学阶梯》定元老院决议为法的渊源犹犹豫豫，并附带说明对此有争议[②]，优士丁尼《法学阶梯》则毫不含糊地定元老院决议为法的渊源之一种。

其次在人法上有如下修正：(1) 大大减少了关于罗马市民权之取得的说明，因为212年的安东尼努斯敕令的颁布，这种规定已不必要。(2) 作为第一项修正的牵连效果，消除了关于跨国婚姻的说明，消除了基于市民权错误缔结的婚姻的说明。(3) 把子女因担任高级祭司脱离家父权的规定改为因为他们成为高级贵族脱离家父权的规定，以因应基督教取代过去的多神教的现实。

最后在物法上有如下修正：(1) 要物合同由两种(消费借贷、错债清偿)调整为四种(消费借贷、使用借贷、寄托、质押)，不仅数量增加了，而且品种调整了。(2) 债的发生根据由合同与私犯的两分法改为合同、私犯、准合同、准私犯的四分法，由此导致后文要讲到的增加准合同和准私犯整整两题。(3) 委任的类型增加了。盖尤斯《法学阶梯》3，155—156只讲三种委任，即为我的利益的委任、为你的利益的委任和为他人利益的委任，优士丁尼《法学阶梯》则讲五种委任，在盖尤斯所述的基础上增加了为我的和你的利益的委任以及为你的和他人利益的委任。(4) 对遗嘱形式进行改革，由繁入简。(5) 对遗赠方式进行改革，把指物遗赠、嘱令遗赠、容许遗赠和先取遗赠4种形式简化为只有一种。(6) 把盗窃的种类由四种(现行盗窃、非现行盗窃、被搜获赃物和裁赃)改为两种(现行盗窃、非现行盗窃，并把被搜获赃物和裁赃说成是与盗窃有关的行为而非盗窃本身)。(7) 简述盖尤斯详述[③]的诉讼担保方式，免去了对设立此等担保的套语的说明。(8) 详述损害投偿之诉，把盖尤斯只有一节的论述篇幅增加到一题。

在内容方面也有如下增加：(1) 增加了正义的定义和法学的定义。(2) 增加了公法和私法的区分。(3) 增加了一切人共有的物的概念及其类型(捕鱼权)。(4) 增加"监护的豁免"整整一题。(5) 增加"受怀疑的监护人和保佐人"整整一题。(6) 新增了使用权和居住权的物权形式，让人们更可能一物多用，而且它们的后起性可以证明它们是从用益权发展而来的。(7) 新增了岛屿的取得方式。(8) 新增了赠予制度。采用的片段都来自彭波尼、马尔西安、保罗等法学家，前两者为盖尤斯的同时代人，他们对赠予的态度却与盖尤斯很不同。鼓励赠予可能与

① 关于盖尤斯《法学阶梯》的总论，参见徐国栋：《民法总论》，高等教育出版社2007年版，第4页。

② 参见〔古罗马〕盖尤斯：《法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社1996年版，第2页。

③ 同上注，第334页及以次。

优士丁尼的基督教信仰有关,实际上是鼓励向教会为赠予[①]。(9) 新增了信托替补制度,为所有人延伸自己的意志更长提供制度工具。(10) 增加了"不合义务之遗嘱"整整一题,加强了国家对遗嘱内容的干预。(11) 增加了"小遗嘱"整整一题,尽管小遗嘱制度产生在奥古斯都时期,但盖尤斯没有谈论它。这样就使遗嘱制度更加简化、灵便。(12) 增加了《德尔杜里安元老院决议》整整一题,该决议给予有子女权的母亲继承子女的权利。这一元老院决议在盖尤斯生存时代已颁布,但未体现在他的《法学阶梯》中。(13) 增加了《奥尔菲图斯元老院决议》整整一题,该决议赋予子女继承母亲遗产的权利,这一元老院决议也颁布在盖尤斯生存的年代,也未反映在其《法学阶梯》中。(14) 增加了"血亲的亲等"整整一题。(15) 增加了"因自由权而被判给财产者"一题。(16) 增加了根据《克劳丢斯元老院决议》进行的继承。(17) 增加了"多数债权人和债务人"一题,去掉了副缔约人制度。(18) 把 3,167 的有关简单规定发展为"奴隶的要式口约"一题。(19) 增加了"要式口约的分类"一题,把单纯私法性的要式口约改造成一个公私混合的制度。(20) 与债的发生根据由二分法到四分法的演变相应,增加了"准契约之债"一题,把无因管理和不当得利等法制化。(21) 增加了"准私犯之债"一题,以此制裁司法腐败、维护公共安全和行旅安全。(22) 新增四足动物致人损害一题。(23) 新增了很多类型的新诉权,诉讼的分类标准发生改变,按罚金的倍数分类。(24) 增加了对《马切多元老院决议》的说明。(25) 增加了"法官之职责"整整一题。(26) 增加了"公诉"整整一题。

可以说,增加的幅度是大的,姑且不论局部的增加,整题的增加就达到 9 个,占总数 98 题的约 9%。而且,增加的题许多是关于公法的,它们的纳入造成两部《法学阶梯》的强烈对比:盖尤斯的《法学阶梯》是一部比较纯粹的私法教材,而优士丁尼的《法学阶梯》具有相当的公私法混合性。据说,优士丁尼增加公法因素是为了张扬皇权[②],甚至有把第四卷变成一部单纯的公法的尝试。[③] 可以这样假设:在西塞罗—盖尤斯的时代,市民法的含义就是私法,但后来,市民法的含义逐渐朝着世俗法的整体的方向发展。这种发展趋势从优士丁尼《法学阶梯》始。

最后要说的是,盖尤斯《法学阶梯》遗漏讲的嫁资、借贷、寄托和质押、抵押、承认债务等合同,《马切多元老院决议》都补讲了,不过还是未谈《韦勒乌斯元老院决议》。

---

① Cfr. Renzo Lambertini, Sugli Effetti della Donazione nell'Ottica Giustinianea e dei Primi Interpreti Bizantini.

② See Donald R. Kelly, Gaius Noster: Substructures of Western Social Thoughts, In 84 (1979) Amercian Historical Review, p.626.

③ Cfr. Roberto Bonini, Introduzione allo studio dell'età giustiniano, Patron Editore, Bologna, 1985, p.51.

最后在人法上有如下废除:(1) 废除了半自由人(Mancipium)的人的类型,这跟租赁合同的兴起有关,对债务人地位的改善有关,尽管这一制度是跟优士丁尼《法学阶梯》中保留的损害投偿制度配套的。(2) 去掉了关于归顺夫权的3种形式的说明,证明优士丁尼时代的婚姻是无夫权婚姻,妇女地位得到提高。(3) 废除了对解放奴隶的数目限制。(4) 废除可以娶兄弟的女儿为妻的规则。(5) 废除了时效婚、共食婚和买卖婚。(6) 废除了3次出卖家子导致其脱离家父权的规定,因为更早的立法已禁止出卖家子。(7) 废除了对成年妇女的监护,相应的,废除了为妻子和媳妇指定监护人的规定。(8) 废除了转让对妇女的监护权的规定。(9) 去掉了关于夫权下的妻子选择监护人的规定,因为已少有妇女处于夫权下,这一规定不再有必要。

在物法上有如下废除:(1) 废除了要式移转物与略式移转物的区分,经济商业化使这种重农主义的物的分类没有必要。(2) 废除了要式买卖和拟诉弃权两种交易形式,交易形式得到简化。(3) 去掉了关于想象清偿的规定,因为要式买卖已被废除,想象清偿成了无源之水。(4) 废除了损害投偿之诉兼适用于家子和奴隶的体制,使之只适用于奴隶。[①] (5) 废除了所谓的信托(Fiducia),其内容被转移到"什么时候我们通过物缔结债"一题中,因为过去的自然之债现在已变成法定债。(6) 废除了以希腊文写成的遗嘱无效的规定。(7) 废除了自权继承人包括妻子和媳妇的制度。(8) 废除了恩主继承拉丁解放自由人的规定。(9) 废除了由于归顺夫权导致的继承;(10) 去掉关于债因证讼程序消灭的规定。(11) 取消了法律诉讼的四种类型:誓金之诉、要求审判员之诉、拘禁之诉、扣押之诉,只保留了请求给付之诉。(12) 取消了关于诉讼程式的组成部分的介绍。(13) 废除了钱庄主之诉。(14) 废除父子—主奴相侵免责的规定。(15) 废除了设立诉讼代理人的特定言辞。(16) 去掉为了原告利益采纳的"前书"制度。

(三) 优士丁尼《法学阶梯》修改盖尤斯《法学阶梯》的主要原因

由上可见,两部《法学阶梯》颇为不同,优士丁尼《法学阶梯》决不是照抄盖尤斯《法学阶梯》,改变的原因有二。其一,与时俱进的需要,在横隔两个《法学阶梯》的372年间,罗马国家权力加强、家族制度松懈、基督教取得国教地位、妇女地位提高、血亲地位改善、奴隶地位改善等,优士丁尼《法学阶梯》追随这些发展,造成了两部《法学阶梯》的不小区别。其二,增加理论色彩的需要,盖尤斯《法学阶梯》是一部私家的教科书,也许只适用于一所学校,而优士丁尼《法学阶梯》是一部官方教科书,统编教材,适用于帝国境内所有的法学院,由于这一改变以及优士丁尼的个人趣味,发生了加强理论性的想法并得到实施,方式之一是增加定义的数目以及相

① 参见〔古罗马〕盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社1996年版,第328页。

应的解释的数目，例如加了“正义与法”一题，其中包括正义的概念、法学的定义、基本原则、公私法的划分。又如，3，1pr. 说明了什么是无遗嘱而死，盖尤斯《法学阶梯》就不给这样的说明。所以，盖尤斯《法学阶梯》实务色彩强，而优士丁尼《法学阶梯》理论色彩强。这表明了罗马法的理论化趋势。

尽管两部《法学阶梯》差别不小，但两书可互相参看，由此获得罗马私法制度进化史的知识，因为在优士丁尼《法学阶梯》中因为是往事被设定为“略”的东西，在盖尤斯《法学阶梯》中往往被作为“今事”设定为详。

四、结论

十几年前，戴逸先生说法学幼稚，引起中国法学界震动，法学者愤愤然又无话可说，实际上，说那时的中国法学幼稚是可以的（对于今天的中国法学就不能这么说了），说罗马法学幼稚则不可以，稍通历史我们就知道，在人文诸学科中，法学是历史最悠久的之一，它代表了一种属种层层递进的科学思维方法，对包括哲学和经济学在内的其他学科提供过范式，这种范式主要是通过盖尤斯—优士丁尼的《法学阶梯》提供的。

本文第二节已介绍西方学者对盖尤斯《法学阶梯》对后世极大影响的说明，本文第三节又介绍了经实证研究得来的优士丁尼《法学阶梯》与盖尤斯《法学阶梯》的极大不同，那么，真正对后世产生影响的，到底是优士丁尼《法学阶梯》还是盖尤斯《法学阶梯》？我以为前者，道理很简单，在盖尤斯的《法学阶梯》于 1816 年被尼布尔发现之前，优士丁尼《法学阶梯》于 11 世纪已被发现。[①] 而且，1468 年，彼得·舍夫（Peter Schöffer）在美因兹第一次出版了优士丁尼《法学阶梯》的铅印本[②]，使其广为流播；最后，在发现盖尤斯《法学阶梯》前，至少已有如下 31 部[③]对优士丁尼《法学阶梯》的评注：

1. Theophilus：《法学阶梯释义》[Parafrasi di Istituzioni (Theophilus, Antecessor; Paraphrasis Graeca Institutionum Caesarearum)]，1751。[④] 这是违背优士丁尼的禁令

① See Charles M. Radding and Antonio Giaralli, The Corpus Iuris Civilis in the Middle Ages, Manuscripts and Transmission from Sixth Century to the Juristic Revival, BRILL, Leiden · Boston, 2007, p. 112.

② 参见〔美〕艾伦·沃森：《民法法系的演变及形成》，李静冰、姚新华译，中国政法大学出版社 1992 年版，第 81 页。

③ 实际上远远超过此数。以 Institutionum Imperialium 为关键词在哈佛大学图书馆藏书目录中寻找，得知有 166 本书的名称中包含这个关键词，剔掉重复的部分，共有 73 种。

④ Cfr. Francesco Calasso, Medioevo del diritto, I, Giuffrè, Milano, 1954, pp. 285s.

之作，因为优士丁尼在 Tanta 敕令（第 21 段）中已禁止这样做。①

2. Petrus Placentinus：《Placentinus 氏（优士丁尼）〈法学阶梯〉摘要》[Placentini Summa Institutionum (of Justinian). Facs. of the Mainz ed., 1535]。

3. François Baudouin, Jacques DuPuys：《市民法〈法学阶梯〉4 书评注》(Commentarii in libros quatuor Institutionum juris civilis: libri duo ad leges Romuli & leges XII tab. 由 apud Jacobum Dupuys 出版)，1554。

4. F. Hotomanus：《市民法阶梯 4 卷评注》(Commentarius in Quattuor Libros Institutionum iuris civilis)，1567 年出版于 Ludguni。②

5. Theodosius Rihel：《御制法学阶梯 4 卷分析或辩证解决》(Análisis seu Resolutio dialéctica quatuor Librorum Institutionum Imperialium)，斯特拉斯堡，1569。

6. Johann Schneidewein, Matthaeus Wesenbeck：《优士丁尼皇帝的〈法学阶梯〉4 卷评注》(In quatuor Institutionum imperialium Iustiniani libros commentaria)，1586。

7. Hermann Vultejus：《市民法阶梯评注，尤其针对优士丁尼编订的》(Commentarius in InstitutionesJuris civilis & Justiniano compositas)，马堡，1598。③

8. Hubert van Giffen：《优士丁尼市民法阶梯 4 卷评注》(Commentarius in Quattuor Libros Institutionum iuris civilis Iustiniani)，1611。

9. Christian Thomasius：《被尊为神的法学阶梯》(Institutiones iurisprudentiae divinae)，Halle，1688。

10. Francisco Bermudez de Pedraca：《优士丁尼法学阶梯 4 卷各题的提要和阐释》(1612 年出版于撒拉曼卡，西班牙文)。

11. Gerardus Tuningius：《神君优士丁尼市民法阶梯 4 卷评注》(in Quattuor Libros Institutionum iuris civilis Divi Justiniani Commentarius)，1618。

12. Ioannis Fabri (Johannes Faber)：《威尼斯人评注的〈法学阶梯〉4 卷》(quatuor Institutionum Libros Commentaria Venetiis)，1647。

13. Franc. Broeo：《〈法学阶梯〉阐释》(Expositio in Institutiones)，Paris，1662，4 卷。

14. Ant. Matteo：《〈法学阶梯〉评注》(Commentarius ad Institutiones)，Ultraiecti，1672，4 卷。

---

① 中译文参见〔古罗马〕优士丁尼：《关于〈学说汇纂〉的批准》，陈虹译，载梁慧星主编：《民商法论丛》第 10 卷，法律出版社 1998 年版，第 835 页。

② Cfr. Ugo Bartocci, Aspetti giuridici dell'attività letteraria in Roma Antica: Il complesso percorso verso il riconoscimento dei diritti degli autori, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009, p. 83.

③ Sieh Hermann Vultejus, On http://203.208.35.101/search?q=cache:3kSimn-bp70J:de.wikipedia.org/wiki/Hermann_Vultejus+Hermann+Vultejus&hl=zh-CN&ct=clnk&cd=1&gl=cn&st_usg=ALhdy2903k6JiyNGQMRzrydmtS3H-XmcSg，2008 年 3 月 19 日访问。

15. Johann Harpprecht:《市民法阶梯4卷评注》(Commentarius in Quattuor Libros Institutionum iuris civilis),1708。

16. J. G. Heineccius:《依〈法学阶梯〉结构的市民法原理》(Elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum), Amsterdam, 1725。

17. Beato Philippo Vicat:《神君优士丁尼市民法阶梯》(Institutionum Juris Civilis divi Justiniani), Lausanne, Bousquet, 1748。

18. Johanne Frederico Böckelmann:《优士丁尼〈法学阶梯〉摘要》(Compendium Institutionum Justiniani), 2d ed., Amsterdam, 1727。

19. Everardo Ottone:《〈法学阶梯〉4书的评注及对它的批评性注解》(Commentarius et notae criticae ad Institutiones Libro IV), Ultraiecti, 1729。

20. Arnoldus Vinnius:《对御制〈法学阶梯〉4卷的学术和实务评注》(In Quattuor Libros Institutionum Imperialum Commentarius Academicus et Forensis), 2卷,1772年出版于那波里。①

21. Pietro Vermiglioli:《优士丁尼皇帝的市民法原理或阶梯》(Elementi ossiano Istituzioni Civili di Giustiniano Imperatore), Perugia, 1830。

22. J. D. F. M. Ruffat:《优士丁尼〈法学阶梯〉4卷学术评注》(In quatuor libros. Institutionum Justinianearum Commentarius Academicus), Douladoure J. 1832。

23. Joseph-Louis-Elzéar Ortolan:《优士丁尼皇帝的〈法学阶梯〉的历史解释》(Explication historique de Institutes de l'empereur Justinien), Paris, 1847。

24. D'Etienne Pasquier:《优士丁尼〈法学阶梯〉解释》(L'Interpretatio des Institutes de Justinian), Paris, 1847。

25. Patrick Cumin:《民法教科书或优士丁尼的〈法学阶梯〉审视》(Manual of Civil Law or Examination in the Institutes of Justinian), London, 1854。

26. Pedro Gómez de la Serna:《优士丁尼〈法学阶梯〉4卷》(Justiniani Institutionum Libri IV), Madrid, 1856。

27. A. C. Oltmans:《论优士丁尼〈法学阶梯〉》(De Instituten van Justinianus), Tjeenk Willink 出版,1946。

28. Dionysii Godefridi van der Keessel, B. Beinart, B. L. Hijmans, P. van Warmelo:《优士丁尼〈法学阶梯〉4卷笔录:按 Johanne Frederico Böckelmann 的〈优士丁尼法学阶梯〉摘要的顺序进行》(Dictata ad Justiniani Institutionum libros quattuor: observato ordine compendii auctore Johanne Frederico Böckelmann), Amstelodami, A. A. Balkema 出版社,1965—1967。

---

① Cfr. Giovanni Lughetti, La Legislazione Imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano, Giuffrè, Milano, 1996.

29. Azo:《阿佐对〈法学阶梯〉的203条注释》(Duecentotre glosse dello strato azzioniana alle Istituzioni),1978年, S. Carpioli主编。①

30. Peter Stein, A. D. E. Lewis:《为纪念J. A. C. Thomas所为的优士丁尼〈法学阶梯〉研究》(Studies in Justinian's Institutes in Memory of J. A. C. Thomas), Sweet & Maxwell, 1983。

31. Danilo Dalla, Note Mimine di un Lettore delle Istituzioni di Giustiniano, Libro I, Giappichelli, Torino, 1998。

由上可见,在发现盖尤斯《法学阶梯》前,优士丁尼《法学阶梯》已得到充分研究和利用,它的不同民族国家的评注者通过其评注把优士丁尼《法学阶梯》的内容本土化,使它在本国产生影响。即使在发现盖尤斯《法学阶梯》后,学者研究的重点仍然是优士丁尼《法学阶梯》而非盖尤斯的同名著作,这表现为如下至少8部②评注:

1. Pietro Vermiglioli:《优士丁尼皇帝的市民法原理或阶梯》(Elementi ossiano Istituzioni Civili di Giustiniano Imperatore), Perugia, 1830。

2. Ruffat J. D. F. M.:《优士丁尼〈法学阶梯〉4卷学术评注》(In quatuor libros. Institutionum Justinianearum Commentarius Academicus), Douladoure J. 1832。

3. Joseph-Louis-Elzéar Ortolan:《优士丁尼皇帝的〈法学阶梯〉的历史解释》(Explication historique de Institutes de l'empereur Justinien), Paris, 1847。

4. D'Etienne Pasquier:《优士丁尼〈法学阶梯〉解释》(L'Interpretatio des Institutes de Justinian), Paris, 1847。

5. Patrick Cumin:《民法教科书或优士丁尼的〈法学阶梯〉审视》(Manual of Civil Law or Examination in the Institutes of Justinian), London, 1854。

6. Pedro Gómez de la Serna:《优士丁尼〈法学阶梯〉4卷》(Justiniani Institutionum Libri IV), Madrid, 1856。

7. Keizer van het Byzantijnse Rijk Justinianus, A C Oltmans:《论优士丁尼〈法学阶梯〉》(De Instituten van Justinianus), Tjeenk Willink出版,1946。

8. Danilo Dalla, Note Mimine di un Lettore delle Istituzioni di Giustiniano, Libro I, Giappichelli, Torino, 1998。

---

① 参见〔德〕格尔德·克莱因海尔、〔德〕扬·施罗德:《九百年来德意志及欧洲法学家》,许兰译,法律出版社2005年版,第42页。也有人把此书叫作《法学阶梯综述》,参见〔英〕理查德·詹金斯编:《罗马的遗产》,晏绍祥、吴舒屏译,上海人民出版社2002年版,第482页。

② 未列举的更多。

但我至今几乎未发现一部盖尤斯《法学阶梯》评注①，所以，还是优士丁尼《法学阶梯》影响大，把各位研究者对于盖尤斯《法学阶梯》的上述赞誉加之于优士丁尼《法学阶梯》，应不为过，后者对于前者的负欠，主要在于基本结构和论述方式以及部分的实体内容，其中的形式方面，后世民法典完全采用的几乎没有，都加以改造或变造后采用。至于实体内容，后世民法典与优士丁尼《法学阶梯》的相似度远远大于它们与盖尤斯《法学阶梯》的相似度。

因此，我们手里拿的是一本伟大的著作，到现在有 1470 年的历史，是人类历史上仅次于《圣经》的影响的书，具体表现如下。

（一）首先是后世不断有人为它作评注并写作研究性的著作

前文列举了 31 种这样的评注，加上未列举的，仅以拉丁文写作的，就有 70 多种。这里不再重复这些书名。要说的是，本书是新增的一种，它用民族语言写成，是中文世界的第一本和唯一的一本。

（二）借用其体系整理其他罗马法原始文献

法国法学家波提尔（Pothier，1699—1772 年）的《按新顺序综述的〈优士丁尼的潘得克吞〉》制作了《学说汇纂》的重编本。优士丁尼《学说汇纂》中的第 50 卷第 17 题“关于古法的各种规则”相对简短（只有 211 个选段），内容排列无序，波提尔极大地发展了这一部分，他的这一部分汇集了整个《学说汇纂》收集的多数规则，去掉了这些规则被插入其中的特别背景而把它们普遍化。然后，他把这些规则按优士丁尼《法学阶梯》的体系化顺序加以整理。这构成现代的以规范为内容的法典编纂的基础。波提尔著作中的这一题是《拿破仑法典》的真正基础，而这部法典又受到许多法典的模仿。

（三）借用其体系整理本国法或教会法

例如，（1）意大利人乔万尼·保罗·兰切洛迪（Giovanni Paolo Lancellott）写了《教会法阶梯》（Institutiones iuris canonici），威尼斯，1563 年。（2）英国人戴维·纳斯密斯（David Nasmith）写了《英国公法阶梯》（The Institutes of English Public Law，1646 年）。（3）德国人 G. A. 斯特鲁维按法学阶梯体系写了《罗马—日耳曼市民法学》（耶拿，1670 年）。（4）西班牙人 G. 萨拉按法学阶梯体系写了《罗马—西班牙

① 说“几乎”，乃因为 Paul Krüger 和 Wilhelm Studemund 的《新法学阶梯述要：盖尤斯〈法学阶梯〉中的罗马市民法》（Syntagma institutionum novum：Gai institutiones iuris civilis rom，Brill，1876）可能是一部具有这种性质的著作，但不可能是一部全面的评注，因为它只有 474 页，太短。具有讽刺意味的是，作者把盖尤斯的《法学阶梯》叫作“新”的，言下之意是优士丁尼的《法学阶梯》是“老”的，即已先产生影响的。可惜未能见到此书，不能确证上述推断。

法学阶梯》(巴伦夏,1795 年)。(5) 还是西班牙人 J. 阿索和 M. 德·曼鲁埃勒按法学阶梯体系写了《卡斯提利亚市民法阶梯》(马德里,1771 年)。(6) 苏格兰人亚历山大·布鲁斯(Alexander Bruce)写了《按御制的〈法学阶梯〉的体系整理的封建法原理》(Principia Juris Feudalis, Institutionum Imperialium Methodo,爱丁堡,1713 年)。(7) 荷兰人图尔登努斯·迪奥多鲁斯(Tuldenus Diodorus)写了《市民法阶梯学术或实务(庭审)评注 9 卷》(In IX libros Institutionum Juris Civilis Commentarius academicus simul & pragmaticus sive forensis, Lovanii, 1702 年)。(8) 奥地利人马丁(C. A. DE Martini)写了《向维也纳和布拉格的普通听众宣讲的〈法学阶梯〉:依市民法的历史顺序解释》(Ordo Historiae Iuris Civilis praelectionibus institutionum praemissus atque in usum auditorii vulgatus,维也纳与布拉格,1757 年)。(9) 荷兰人约翰内斯·范·德尔·林登(Johannnes Van Der Linden)写了《荷兰法阶梯》(Institutes of the Laws of Holland, Amsterdam, 1806 年)。(10) 德国人约阿希姆·格奥尔格·达尔耶斯(*Joachim Georg Darjes*)写了《罗马—日耳曼私法学阶梯》(*Institutiones jurisprudentiae privatae Romano-Germanicae*,耶拿,1748 年)。(11) 英国人布拉克顿写了《论英格兰的法律和习惯》。其第一卷为人法;第二卷为物法;第三卷为诉讼法;第四卷、第五卷为对英国判例的收集①,基本采用法学阶梯体系。(12) 这些都较古,较近的有美国的"威斯特关键词代码系统"。

它把所有的法律分为如下 7 个主题。(1) 人。(2) 财产。(3) 合同。人与物的相互作用产生了合同,合同是获取财产的主要途径。(4) 侵权。(5) 救济。(6) 犯罪。(7) 政府。

从这种七编制可以看到盖尤斯体系的痕迹。在我看来,这是盖尤斯体系和社会契约论的混合。我们建立一个政府,它保障我们的生命和财产。它从私到公的阐述顺序表明了财产运作和政治运作的关系。

(四) 采用为本国民法典的结构和问题域参照系

1. 民法典的结构。我们知道,1804 年的《法国民法典》采用法学阶梯体系为结构,改造成人、财产及其限定、取得所有权的各种方法的三编制体系。诉讼被去掉,物法被打散。后人从《法国民法典》的这一结构出发作了很多改进,发展出法学阶梯体系的新版本。例如 1889 年的《西班牙民法典》的模式:序题;第一编,人;第二编,财产、所有权及其改定;第三编,取得所有权的各种方式;第四编,债与合同。

2. 问题域。民法的问题,是主体和客体的问题。每个大的主题下又分为若干个小的主题,以此类推。没有对问题域的掌握,无法起草一部民法典。而优士丁尼

① 参见戴东雄:《中世纪意大利法学与德国的继受罗马法》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 161 页。

《法学阶梯》几乎包括了全部的民法问题域。

既然优士丁尼《法学阶梯》如此重要，为人类的法治进步作出了如此巨大的贡献，它值得我们认真学习。我学习它的方式就是为其作评注，于是有了这本书。到目前为止，我已读烂两本优士丁尼《法学阶梯》，我的经验是逢此书至少买两本，以便读坏一本很快能接上另一本。若买 3 本则更佳，作为朋友，可送志同道合者分享。作为老师，遇到可造之学生，不妨送他一本提升其境界。

Volume

I

第一卷

第 1 题

正义与法

I.1,1pr.。正义是分给每个人以其法律情势的不懈的、永恒的意志。

此段讲的是正义的定义。它是使各种利益都得到各得其所的分配的过程。按罗马人的理解,法的功能是分,这跟我国改革开放前流行的阶级压迫的法律观适成对照。"文革"前的西南政法学院图书馆前曾有"擎无产阶级专政一把利剑,读马列主义万卷宝书"的对联,表达了刀剑的法律观,它也体现在改革开放初期各个政法学院的纪念章设计中,无非是刀剑相交造型的各种变种。在这种背景下,法律被理解为阶级专政的工具,它只对统治阶级是正义的,必定对被统治阶级是不正义的,因此,在我大学毕业后在江西大学从教的年月,谈法律的正义属性是犯忌的,是遭受批判的"阶级调和论"或"阶级斗争熄灭论"。记得是在 1992 年在武汉召开的第四届全国大学生运动会上,中南政法学院把自己的徽章设计成以打开的书卷为背景的天平的造型,这标志着法律的意象从刀剑到天平的转变。现在,我们终于看到法官的徽章以天平为图案了,尽管他们的制服仍然是军服的变种。到今天,我们的法律学也能谈正义是法律的基本价值了。罗马法的"分"的法律观,就是天平意象的法律观,我们经过了这么多年,才又回到罗马人的正义定义,既感到欣慰又感到惭愧。

正义还是不懈的、永恒的意志。此语取自法学家和斯多亚哲学家乌尔比安。按斯多亚哲学,"意志"是人的一种美德,在斯多亚哲学看来,除非一个人具有让自己永远有德的不懈的意图,他是不会有德的,所以,必须是不懈的、永恒的德,才能构成正义。所以,正义必须是不懈的、永恒的行动。[①] 但这个正义不是法律上的,而是道德上的,法律上的正义不过是遵守既定的法律。[②]

此段讲到分配的对象仅仅是 Ius,该词在这里指一个人在法律秩序中的地位,

---

① Véase Arnold Vinnio, In Quattuor Libros Institutionum Imperialum Commentarius Academicus et Forensis, Tomo I, 1867, Barcelona, pag. 10.

② Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag. 7.

既包括利益，也包括不利益[①]，相当于“法律情势”。[②] 因此，这里的 Ius 不能与 16 世纪的作家雨果·多诺发明的权利概念相等同，后者仅指利益。

这种分配的正义观来自亚里士多德，他认为正义应为利与不利的正当的分配。[③]

I.1,1,1。法学是对神和人的事务的认识、关于正义和不正义的科学。

本段讲法学的定义。神事就是人与神的关系，人事是人与人的关系。本段告诉我们，法首先调整人与神的关系。

神事包括五项内容：人（谁行为）、地方（在何地行为）、时间（何时行为）、圣事、神祇。[④] 关于神事的当然是神事法，它是什么内容？属于这一类的有：一方面，谨守节日、按农技要求耕耘田地、种植葡萄、崇拜灶神和家神、火葬；另一方面，将道德负义之事诉之于神并使之受到神诛，属于这一方面的有：禁止夫卖妻或父鬻已婚之子、禁止子殴父或媳殴翁、禁止恩主对门客或依附者背信、禁止擅自移动界石、在夜晚盗窃赖公共安宁得以生长的谷物，违反这种禁令者，要被革出社会，不是由人去判罪而是由神去惩罚。王有权也有义务执行神诛。可以把损害神祇的犯人像宰杀动物一样处死。如果罪责较轻，犯罪者可以不杀，只需提供一只供祭的动物或类似的贡物即可赎罪。[⑤] 可见，所谓的神事，在我们看来是人事，尤其是涉及家庭关系的内容，由此我们可以理解莫特斯丁的“神事和人事的结合”的婚姻定义。

人事包括 4 项内容：人、地方、时间和物（对何物行为）。其中的人是主体，地方和时间后来被浓缩为诉讼，物是客体。[⑥] 人以诉讼的方式与客体发生关系，这就是人事的内容。由于有诉讼的中介联系主体和客体，人事不是一个过大的概念，而是一个以法律为范围的概念。

那么，罗马人的这一法学的定义从何而来？答曰从斯多亚哲学而来，这种哲学认为，哲学是“对人事和天命的认识”[⑦]，与此相类似的还有塞涅卡的哲学定义：“哲

---

① 参见〔美〕罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制、法律的任务》，沈宗灵、董世忠译，商务印书馆 1984 年版，第 44—45 页。

② Cfr. Mario Talamanca, Istituzioni di Diritto Romano, Giuffrè, Milano, 1990, p.71.

③ 参见梅仲协：《古代希腊的法律思想》，载《判例与研究》2009 年第 1 期，第 8 页。

④ Cfr. Francesco Sini, Documenti Sacerdotali di Roma Antica, I. Liberi e commentarii, Liiberia dessi Editrice, Sassari, 1983, p.211.

⑤ 参见〔德〕蒙森：《罗马史》（第一卷），李稼年译，商务印书馆 2005 年版，第 159 页及以次。

⑥ Cfr. Leonid Kofanov, Varrone, "Antiquitates rerum humanarum et divinarum" e il sistema del diritto pubblico, p.5.

⑦ 参见〔德〕E. 策勒尔：《古希腊哲学史纲》，翁绍军译，山东人民出版社 1992 年版，第 226、267 页，具体说，是 Posidonius 在其《劝谕》（Protrepticus）一书中提出了这一定义。

学的唯一使命在于发现有关神和人的真理。宗教、虔敬、正义以及其他一切都与此密切相关，相互依存的美德之伴，都离不开哲学"（Huius opus unum est de divinis humanisque verum invenire; ab hac numquam recedit religio, pietas, iustitia et omnis alius comitatus virtutum consertarum et inter se cohaerentium）①，该定义也把哲学的主要研究对象概括为神事和人事。上述第一个哲学定义是斯多亚哲学家波西唐纽斯（Posidonius，公元前135年—公元前51年）下的。② 罗马人套用这个定义给法学下了一个定义。这证明罗马人把自己的法学等同于希腊人的哲学，这两者都属于德行的实践。但由于把大的学科哲学的定义转用为法学的定义，存在器大容小问题，因为不可能所有的神事和人事都由法律调整。

那么，人事与神事是何关系呢？是依存关系。按斯多亚学者和马尔库斯·奥勒留皇帝的说法，"若不同时参照神的事物，就不会把有关人的所有事情做好，反之亦然。"③故罗马人在为重大行动前要占卜，询问神意。

法学的定义与法律的定义相关。斯多亚哲学家索里的克里西普斯（Chrysippus，公元前280年—公元前206年）说：法律是全部神事和人事之上的主权者。它应是控制者、统治者、好人和坏人的向导，因此成为正义和不义的标准，从政治性上说，它本性就是关于应做之事的规定和对不应做之事的惩治（D.1,3,2后部）。

本段反映了古人的神法和世俗法的"两法"的法律体系观，这种划分在现代已被六法的法律体系观取代。现代尽管仍然有人法和神法的划分，但已隐而不显。时常受到人们关注的六法都是世俗法。

I.1,1,2。一般地了解这一点，朕开始阐述罗马人民的法，它们看来可以被更方便地传授，如果单个的事物以首先灵活和简单、后来更严谨、更精确的解释加以讲授的话，尤其如此。相反，如果朕一开始就立即以事物的多样和变化加重至今未受训练、虚弱的学生的心灵之负担，则两件事情必将发生其一：要么朕导致他放弃研究；要么在他极为劳苦、经常承受通常使青年远离研究的失去信心的情况下，朕较迟才把他引导到一个如果被导以较容易的途径、他不必极为劳苦和承受任何失去信心、可以更早被引导到的程度。

本段中的"朕"是皇帝的自称，原意为"我们"，采用的是"复数充大"（Pluralis maiestatis）手法。在西方语言中，用复数作敬语很普遍，例如法语中以Vous（你们）

① 参见〔古罗马〕塞涅卡：《幸福而短促的人生——塞涅卡道德书简》，赵又春、张建军译，上海三联书店1989年版，第196页。

② 参见翁绍军：《神性与人性——上帝观的早期演进》，上海人民出版社1999年版，第193页。

③ 〔古罗马〕马可·奥勒留：《沉思录》，何怀宏译，中国社会科学出版社1989年版，第19页。

作为“您”,汉语中的“您”也是“你们”的合音。

本书实际上是特里波尼安组织提奥菲鲁斯和多罗兑乌斯编写的,并非优士丁尼本人所写,但本书仍采用皇帝的口气,目的在于强调皇帝亲自教授法律知识,使学习者感到荣耀。

本段讲的是由简入繁、由浅入深的教学艺术、教材编写法。同时也讲到了法典编纂的方法,蕴涵着体系化的要素,因为教材的体系就是法典的体系。

I.1,1,3。法律的戒条是这些:诚实生活,毋害他人,分给各人属于他的。

本段讲罗马法的三原则,它借自斯多亚哲学的三种美德的理论。[①] 这三个原则影响广泛,受到后世几乎稍留有法学著作的作家的分析和演绎,例如康德、雨果·多诺等,并受到了基督教的批评。

康德的解释:诚实生活:就是不能把自己仅仅当成供别人使用的手段,对他们来说,你自己同样是一个目的(内在的义务)。毋害他人:就是要不侵犯任何人,为了遵守这项义务,必要时停止与别人的一切联系和避免一切社交(外在的义务)。各得其所:如果侵犯是不可避免的,就和别人一同加入一个社会,在那儿,每个人自己所有的东西可以得到保障(联合的义务)。[②]

法国法学家雨果·多诺的解释:他认为上述三个命题包含了权利的概念。[③] 它们可概括为“正当地生活”的命题,所谓正当地生活,就是给予每个人其权利。为了做到这一点,两件事情为必要:第一是认识哪些东西是每个人自己的,不了解这一点,不可能给予每个人属于他的;第二,必须有授予每个人以其权利的适当的程序,尤其在这种权利并非自愿授予的情况下。[④] 他不重视第一个原则,因为它太含糊了,但重视第二、第三个原则,由此展开什么是“每个人的”之问题[⑤],分为:其一,地地道道属于我们的;其二,对我们负欠的。前者包括我们作为一个自由人享有的权利,例如生命和自由,也包括我们对外在物的权利。两者分别为人身权和物权,

---

① See Henry Goudy, *Trichotomy in Roman Law*, Oxford at the Clarendon Press, 1910, p.24.

② 参见〔德〕康德:《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆 1991 年版,第 48 页及以次。

③ Voir Jean-Louis Thireau, Hugues Doneau et les fondments de la codification moderne, In Droit, 26, 1998, p.87.

④ Véase Alejandro Guzman Brito, Derechos subjetivos y sistema en la primera modernidad, En Estudios Histórico-Jurídicos 26, pag.301—335.

⑤ Voir Carlo Augusto Cannata, Systematique et Dogmatique dans les Commentarii Iuris Civilis de Hugo Donellus, 335. En Jacques Godefroy(1587—1652) et L'Humanisme juridique a Geneve, Edites par Bruno Schmidlin et Alfred Dufour, Helbing & Lichtenhahn, Bale et Frankfort-sur-le-Mian, 1991, p.334.

后者包括对因为合同或侵权行为他人应对我们做某事享有的权利。[①] 对前者，适用毋害他人的戒条，对于后者，适用分给各人属于他的之戒条。[②]

意大利法学家彼德罗·维尔密略尼（Pietro Vermiglioli）的解释：诚实生活涉及谦虚，毋害他人涉及节制；分给每个人属于他的涉及正义。[③] 也就是说，每个戒条都体现了一种美德，它们大概就是前面讲到的斯多亚哲学强调的三种美德。

法国法学家戴迪安·帕斯基尔（D'Etienne Pasquier）的解释：诚实生活指一种必要的命令。在婚姻和合同的情形，指不仅要履行约定之事，而且要履行依诚实之事。[④] 这就是讲的补充义务或附随义务等诚信原则的内容了。毋害他人和分给各人属于他的是上帝加给我们的诫命，其内容是己所不欲，勿施于人。[⑤] 帕斯基尔把三个戒条都解释成诚信原则的内容了。

西班牙法学家佩德罗·国梅斯·德·拉·塞尔纳（Pedro Gómez de la Serna）的解释。诚实生活主要是道德规范。毋害他人是法律规范，确立了人身安全的原则。分给每个人属于他的也是法律规范，确立了财产安全的原则。[⑥]

我的解释：

1. 诚实生活：要求你有极大地帮助别人的趋向，是种自我牺牲。有3个案例可以说明什么叫作诚实生活：

实例一 有一个诚实的人从亚历山大运一船粮食去罗得岛，当时那里的人正处在极大的饥荒中。这个粮商知道许多商人已装运粮食上船向罗得岛进发，甚至在其旅途中，他还见到了这些商船正在满帆向罗得岛航行。现在问，他是否应该把真相告诉罗得岛人，还是应保持沉默，把他的粮食卖出一个尽可能高的价钱？这个例子涉及消极诈欺，西塞罗认为粮商应透露真相。这是一般的商人做不到的要求。

实例二 有一个好人出卖其有缺陷的房子，这些缺陷他知人不知。例如，这所房子不益于健康，而他人相信这所房子益于健康。人们都不知道在每个房间里都有老鼠和蛇出没，也不知道这所房子是用不好的建筑材料建造起来的，有倒塌的危险。所有这些除了房主，谁也不知道。如果卖主没有对买主披露任何这些缺陷，而

---

① See Peter Stein, Donellus and the Origins of the Modern Civil Law, en Ankun, J. A. et alii (editores), Melanges Felix Wubbe (Fribourg, Suisse, Eitions Universitaires, 1993), p.449.

② Voir Carlo Augusto Cannata, Systematique et Dogmatique dans les Commentarii Iuris Civilis de Hugo Donellus, 335. En Jacques Godefroy(1587—1652) et L'Humanisme juridique a Geneve, Edites par Bruno Schmidlin et Alfred Dufour, Helbing & Lichtenhahn, Bale et Frankfort-sur-le-Mian, 1991, p.335.

③ Cfr. Pietro Vermiglioli, Elementi ossiano Istituzioni Civili di Giustiniano Imperatore, Perugia, 1830, Vol.I, p.40.

④ Voir D'Etienne Pasquier, L'Interpretatio des Institutes de Justinian, Paris, 1847, p.14.

⑤ Ibid., p.17.

⑥ Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.10.

是以比这所房子所值的高得多的价格出售了此房，他是否违反了诚实的正义？这个例子也是涉及消极诈欺，西塞罗也认为卖主有透露真相的义务。

实例三 昆图斯·谢沃拉想买一块土地，请求出卖人很快对他说一个死价。后者这样做了。谢沃拉说，他对土地的估价比出卖人所作的估价高，因此在出卖人的开价上加了10万塞斯特斯。[①] 所有的人都说这是一个诚实人的行为，但又补充说这不是一个智者的行为。[②] 这个例子涉及诚实人的行为标准与"智者"的行为标准的不同。

西塞罗举的这3个实例涉及当事人是否对交易相对人负有披露利好消息的义务，以及不履行此种义务是否构成诈欺之问题，他对这些问题作出了肯定的回答，造成民法规范的诚实生活的人性标准超出了经济人假说的结果。罗马市民被要求按照上述3个案例中体现的行为标准生活，他们因此必须达到很高的道德要求。

2. 毋害他人：这是对诚实生活的限定，是消极的行为标准，是对"爱你旁边的下一个人"这一戒条的限制。它确定了经济人的行为标准，是法律最低限度的要求。所以，罗马法不要求人们见义勇为，无因管理只涉及财产性事务，实施海难救助者有权获得报酬。

3. 分给各人属于他的：这是对上述两个戒条实施的结果的描述。它要求做个别化的分配，也就是说，要根据具体的妥当性为分配，因此涉及个别正义问题。法的普遍性体现为权责分配，是一般正义。通过衡平使普遍正义与个别正义结合起来。"各人"体现了个别正义的要求。当然，本书I.4,6,33规制的夸大债权者对其相对人提出超过自己实际债权额的要求，违背了这一原则。可以说，他的实际债权额是属于他的，超出部分就不是如此了，所以，立法者不能把超出的部分分给他。相反，要课加他4倍罚金的制裁。

这3个原则并非始终受到赞誉，基督教就对它们提出了批评。认为诚实生活的戒条不属于法律，因为道德上的诚实与法律上的合法的分歧不是法律能够调和的。"其所"和"损害"的概念是个人主义的，少有社会性的。[③]

I.1,1,4。这一研究有公法和私法两个领域。公法是关系到罗马人的公共事务之状况的法律；私法是关系到个人利益的法律。因此，关于私法，必须说它分为3个部分。事实上，它要么由自然法的戒条、要么由万民法的戒条、要么由市民法的戒条组成。

---

① "塞斯特斯"，古罗马铜币名，重25克。

② Cfr. Cicerone, Dei Doveri, A cura di Dario Arfelli, Oscar Mondadori, Bologna, 1994, p. 253.

③ Cfr. Calasso, Medioevo del diritto, I, Giuffrè, Milano, 1954, p.471.

此段较早确立了公、私法的划分，体现为“利益区别说”。目前有十几种关于公私法的划分的理论。第一是“利益说”，按保护的利益属于公或私区分公私法。第二是“应用说”，认为凡法律规定的权利私人可以抛弃的，为私法，不可抛弃的为公法。第三为“主体说”，认为规定国家与国家之间以及国家与私人之间关系的，为公法；规定私人之间关系的，为私法。第四为“权力说”，认为规定权力关系的为公法，规定权利关系的为私法。最早由西塞罗提出，他在其《论演说家》1，201 中说，公法是关于城邦和谕令权的法①，换言之，是关于国家的治理和长官的谕令权的法。② 这个公法定义没有乌尔比安的公法定义③的宗教色彩。第五是“行为说”，认为凡法律规定自身行为的，为公法；规定私人行为的，为私法。④ 另一种意义的行为说认为：“公法调整根据主权者的直接或间接的委托为公共利益进行活动的人的行为；私法调整个人以自己的名义为其个人利益成就的行为。”⑤第六是渊源私法说，认为公法是以来自国家的行为为渊源的法，私法是以单个主体的自治行为为来源的法。⑥ 第七是规范性质区别说。此说以法律的规定是否可以由当事人的合意加以变更定公法或私法。公法规范不可由当事人任意改变，应由国家机关根据职权强制执行。私法规范可由当事人双方通过协议加以改变，法律的强制执行也应当通过当事人的要求。但反对者认为，公法中也有关于双方合意和经过要求才能强制执行的规定，反过来，私法中（如在婚姻法、继承法中）也有强行性的、不能通过双方协议任意改变的规定。⑦ 实际上，驳论与立论采用的是不同的理路，前者采取的是一个部门法要么全部是公法，要么全部是私法的理路，其考察对象是一个部门法，而后者采取的是只以一个法律规范为对象的考察公私法的理路，因此，双方各说各话，驳论并未推翻立论。第八是自由决策说。此说为德国学者迪特尔·梅迪库斯所持，认为公法是主体的决策受约束的法，私法是主体的决策不受约束的法。⑧ “不受约束”，指私法自治和所有权人自由。为此，行为人无需说明自己的行

① 参见〔古罗马〕西塞罗：《论演说家》，王焕生译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 145 页。

② Cfr. Leonid Kofanov, Varrone, “Antiquitates rerum humanarum et divinarum” e il sistema del diritto pubblico romano, p.3. Relazione del covegno internazionale di “Diritto romano pubblico e privato: l'esperienza plurisecolare dello sviluppo del diritto europeo” (25—30 giugno 2006, Mosca, Ivanovo e Suzdal).

③ 他在 D.1,1,1,2 中说：“公法是有关罗马人的事务之状况的法律；私法是涉及个人利益的法律：事实上，有的事情涉及公共利益；有的事情涉及私人利益。公法见之于宗教事务、宗教机构和长官的设立。”

④ 参见江平：《西方国家民商法概要》，法律出版社 1984 年版，第 3—4 页。

⑤ Voir Marcel Planiol, Traite Elementaire de Droit Civil, Tomo Premier, Librairie Generale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1928, p.9.

⑥ Cfr. Mario Talamanca, Istituzioni di diritto Romano, Giuffrè, Milano, 1990, p.63.

⑦ 参见王涌：《私权的分析与建构——民法的分析法学基础》，中国政法大学 1999 年博士学位论文，第 35 页。

⑧ 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2000 年版，第 14 页。

为动机。[①] 此说缺陷明显，因为自由都是相对的，继承法被公认为私法，然而根据这种法，遗嘱人处分自己遗产的自由受到特留份制度的严格限制，按自由决策说，可得出继承法是公法的结论。

我国在列宁的影响下，曾有不区分公、私法的历史，但改革开放以后的1990年代初，开始承认公、私法的划分。现在又有模糊公、私法区分的趋势，主要因为实际上这两者总是纠缠在一起，难以分开。

这里的公法不同于我们理解的公法，它们包括关于宗教事务的法律、关于宗教机构的法律、关于长官之设立的法律，如果说现代的公法是完全世俗的，那么，罗马人的公法是世俗和宗教混杂的。前两种公法体现出了人类生活的彼岸性以及如果破坏它们将带来的对共同安全的损害。对此，其他作家发表过同样见解，例如，达尔凯特(G. Dulckeit)，舒瓦尔兹(F. Schwarz)以及瓦尔德斯坦(W. Waldstein)就认为，罗马人对公私法的"区分并不对应于现代人对私法和公法的区分"。[②] 有人更具体地说，罗马公法仅直接涉及国家的宪法以及政府的运作和行政，私法直接涉及个人的利益。[③] 更有人说，在罗马法中，私法包括人格法、财产法、民法和刑法，审判程序是私的程序(私诉)，犯罪是私的(最严重的由国家控告的犯罪除外)。公法仅包括与罗马国家的目的紧密相连的某些私法领域。公法也被用来描述强制性的法律关系(现在说成强行法)。[④]

这里的私法定义略近于现代的民法定义。本段涉及市民法与私法的关系问题。我们看到，市民法并不能等同于私法，而是与万民法的戒条、自然法的戒条一起构成私法的一个分支。

本段中的"状况"(Status)一语，是现代的"国家"一词的来源，14世纪的意大利人乔万尼·维兰尼(Giovanni Villani, 1275—1348年)开始用Stato一词指一种形式的王国。[⑤] Status指"与某人或某物的身份本身相连的基本的存在姿态或方式，公法是涉及罗马人的事务之站立方式的法，是它成为现在这个样子的依据，换言之，是没有它们罗马人的事务将倾覆、不再存在的基本结构。"[⑥]简言之，公法是"罗马人的事务"的支架。什么是"罗马人的事务"？它与Res publica是同义词。[⑦] 什么

---

① 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第8页。

② Sieh. G. Dulckeit, F. Schwarz, and W. Waldstein, Römische Rechtsgeschichte, C. H. Beck, München, 1995, Seite 49ff.

③ 这一公法定义与西塞罗的相应定义几乎一样。

④ See Anonymous: Roman Law, On http://www. answers. com/topic/roman-law, 2006年7月12日访问。

⑤ 参见沈汉：《西方国家形态史》，甘肃人民出版社1993年版，第123页。

⑥ Cfr. Giusepina Arico Anselmo, Ius Publicum-Ius Privatum in Ulpiano, Gaio e Cicerone, In Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo, Volume XXXVII, Palumbo, 1983, p. 455.

⑦ Cfr. Fausto Cuocolo, Principi di diritto costituzionale, Giuffrè, Milano, 1996, p. 17.

是 Res publica? 西塞罗作了解释："如果人民保有其权利，便没有什么比这更美好、更自由、更幸福的了，因为他们是法律、审判、战争、和平、缔约、每个公民的权利和财富的主人。……只有这样的体制才堪称 res publica，即人民的事务。"①由此可见，"罗马人的事务"就是法律、审判、战争、和平、缔约、每个公民的权利和财富等。西塞罗把国务等同于国家本身，代表了古人的客体的国家观。②

① 参见〔古罗马〕西塞罗：《论共和国·论法律》，王焕生译，中国政法大学出版社 1997 年版，第 45 页。

② 参见沈汉：《西方国家形态史》，甘肃人民出版社 1993 年版，第 125 页。

第 2 题

自然法、万民法和市民法

I.1,2pr.。自然法是自然教授给所有动物的法律。事实上,这一法律不是人类专有的,而是所有诞生在天空、陆地或海洋的动物的。由它产生了我们称为婚姻的男女的结合,由它产生了生殖和养育子女。的确,我们看到其他动物也被评价为这种法的内行。

本段讲什么是自然法。自然法、万民法和市民法的三分法是乌尔比安第一次提出来的。[①] 在此之前只有苏格拉底最早提出的市民法与万民法的二分法。市民法为国家的法律;万民法为神祇创造可以适用于一切人之不成文的法律。[②] 就同一问题,亚里士多德说,法律或是特殊的或是普遍的,所谓特殊的法律,指规范某个共同体生活的成文法;所谓普遍的法律,即是任何地方都认可的一种未成文的规则。特殊法是为某个社会共同体制定的,适用于自身成员的法律……普遍法指的是自然法,因为就像某种程度上属于神的东西一样,的确有一种自然的正义和非正义,它对所有的人,甚至彼此间没有共同利益联系的人也是适用的。[③] 此段说的普遍的法律的普遍性比罗马法讲的自然法的普遍性小得多,可见乌尔比安新增了自然法的品种。其中的"自然"到底是什么? I.1,2,1 把它等同于"自然理性"; I.1,2,11 把它等同于"神的先见",这些说明这里的"自然"并非我们理解的"大自然",而是一种神。斯多亚哲学把神称为完美的理性。[④] 多马说,自然就是神。[⑤] 因此,自然法是神法。这种对理性与神的关系的处理来自斯多亚哲学,它认为神、理性、命运、宙斯等不过是同一个东西的不同称呼而已。[⑥]

---

① See James Crawford Ledlie, Ulpian, In *Journal of the Society of Comparative Legislation*, New Series, Vol.5, No.1 (1903), p.22.

② 参见梅仲协:《古代希腊的法律思想》,载《判例与研究》2009 年第 1 期,第 6 页。

③ 参见苗力田主编:《亚里士多德全集》第 9 卷,中国人民大学出版社 1994 年版,第 378、394 页。

④ 参见翁绍军:《神性与人性——上帝观的早期演进》,上海人民出版社 1999 年版,第 189 页。

⑤ Cfr. Paolo Gallo, Grandi Sistemi Giuridici, Giappichelli, Torino, 1997, p.104.

⑥ 参见[俄]涅尔谢相茨:《古希腊政治学说》,蔡拓译,商务印书馆 1991 年版,第 214 页。

此段将自然法描绘为具有最大普遍性的法，全部的生灵都是其主体，这种思想十分可贵。罗马法承认的是人的等级平等，基督教确定了人类的平等，佛教宣扬众生平等，此段达到了佛教的境界。这一段对动物也有法，并且是与人共同的法的确定承认了动物的主体地位，也表达了希腊人传给罗马人的众生平等的观点。毕达哥拉斯和恩倍多克勒都曾宣布：一切有生命之物应享有同等的法律地位，并且宣称，侵害动物的人会受到无穷尽的惩处。伤害动物是犯罪行为。[①] 为何如此呢？毕达哥拉斯认为存在一个灵魂转换体系，人死后灵魂不灭，此等灵魂进入其他动物的身体，并在适当的时候再回到人身上，杀害动物，可能就杀害了自己祖先的灵魂的寄居所。基于这种理由，人类应该素食。[②] 恩倍多克勒被认为是毕达哥拉斯的学生，采纳了毕达哥拉斯的灵魂轮回学说。[③] 他的轮回，不仅经过动物阶段，而且可能经过植物阶段（他说自己的前身经过了男孩、女孩、树木、鸟，以及不会说话的海里的鱼几个阶段[④]），为了避免伤害正在轮回过程中的人，不仅要不吃动物，而且要不吃植物，但他考虑到这样做难以操作，遂把禁吃的植物的范围划小，只包括豆类和月桂。因为毕达哥拉斯和他都认为，豆类同人的生命有亲缘关系，而月桂用于制作奥运会的桂冠，那是灵魂在植物中寄托的最高形式。[⑤]

I.1,2,1。然而，人们这样地区分市民法和万民法：所有由法律和习俗统治的人民，部分地使用他们自己的法；部分地使用为所有的人共有的法。事实上，每个人民为自己制定的法，是他们的城邦专有的，并被称作市民法，与他们自己城邦的法同义。但自然理性在所有的人中制定的法，它被完全一致地保留在所有的人民中，并被称作万民法，与所有的民族使用的法同义。因此，罗马人民也部分地使用他们特有的法；部分地使用由所有的人共有的法。朕在谈到它们的地方，将分别讲明它们是怎样的。

本段讲市民法与万民法的区别。此段中的市民法有两种含义，其一是一个城邦的法的整体。其二是一个城邦的法的整体中具有本城邦特色的部分，它包括宗亲关系、家父权、夫权和对妇女的监护、20岁以上的人可以把自己出卖为奴、人格减等、被共有之奴隶由共有人之一解放时其他共有人的增加权、对市民法的所有权

① 参见〔古罗马〕西塞罗：《论共和国·论法律》，王焕生译，中国政法大学出版社1997年版，第111页。

② 〔古罗马〕塞涅卡：《幸福而短促的人生——塞涅卡道德书简》，赵又春、张建军译，上海三联书店1989年版，第256页及以下。

③ 参见汪子嵩等：《希腊哲学史》第1卷，人民出版社1993年版，第797、798页。

④ 同上注，第859页。

⑤ 同上注，第861页。

和万民法的所有权之承认、要式买卖、拟诉弃权、取得时效[①]、遗嘱的形式、外邦人不能接受遗产或遗赠、采用"我允诺"之形式的口头债务、不分遗产的共同体等制度。[②] 而万民法是各国法律中共同的东西，被称为各国法律的公因式即共同的部分。无论从哪个角度看，市民法都是具有最小普遍性的法，万民法具有较大普遍性，自然法具有最大普遍性。

万民法通常被当作国际法的始祖，它是否是国际法？显然不是！理由一："每个人民为自己制定的法"，不等于"每个国家为自己制定的法"，而国际法最早起源于民族国家成立时，那是16世纪的事情。理由二：国际法是国家间的协议，而万民法是内国法，是内国人民制定的，不过是各国内国制定的法律中彼此相同的部分，例如，假设各国都规定"杀人抵命，欠债还钱"，我们不能说这八字规则就是国际法。

I.1,2,2。但市民法确实从各个城邦得名，例如，雅典的市民法。事实上，如果某人愿意把梭伦[③]或德拉古[④]的法律叫作雅典的市民法，他没有错。事实上，我们也这样把为罗马人民使用的法叫作罗马人的市民法；或把奎里提斯[⑤]使用的法，叫作奎里蒂法。事实上，罗马人从奎里努斯取得了奎里提斯的名字。但一旦我们未补充说明是哪个城邦的，我们指的是我们自己的法。如同在我们未加名字地说"诗人"的情况下，在希腊人，自然听成是杰出的荷马[⑥]；在我们，自然听成是维吉尔[⑦]。另外，万民法是由全人类所共有的。事实上，由于实践的要求并为了人的需要，各个民族为自己作了某些规定。确实，战争发生，俘虏和违背自然法的奴隶制就随之而来。事实上，根据自然法，一切人自始都是生来自由人。从这一万民法也采用了几乎所有的契约，例如买卖、租赁、合伙、寄托、消费借贷以及其他不可胜数的契约。

---

① 这一制度是否为罗马独有值得怀疑。Cfr. Alnardo Biscardi, Diritto Greco Antico, Giuffrè, Milano, 1982, p.197.

② Cfr. Enzo Nardi, Istituzioni di diritto Romano(Guida ai Testi), Giuffrè, Milano, 1986, p.12.

③ 梭伦，约公元前638—约公元前559年人，古雅典政治家、立法家、诗人。公元前594年任首席执政官时，曾通过立法在雅典进行政治改革。

④ 德拉古，公元前7世纪末人，古雅典立法者。约在公元前621年，依据习惯法编制了雅典第一部法典，以严酷著称。

⑤ 奎里努斯(Quirinus)，是罗马城的创建者罗慕鲁斯(Romulus)的绰号，原意为"执矛者"。罗马人自认为是罗慕鲁斯的后裔，因而自称为奎里提斯(Quirites)，这一自称成为罗马市民的同义语。

⑥ 荷马，约公元前7至8世纪人，古希腊诗人，著有史诗《伊利亚特》和《奥德赛》，前者有罗念生和王焕生的中译本(人民文学出版社1997年版)；后者有王焕生的中译本(人民文学出版社1997年版)。

⑦ 维吉尔，公元前70年—公元前19年人，古罗马诗人，著有史诗《埃尼德》、《牧歌》以及《田功诗》等作品。

此段首先讲市民法如何命名。罗马人的第一个王罗慕鲁斯以军事立国，其外号是 Quiris，是“矛”的意思。他后来变成奎里努斯神，这是一个与战神相貌酷似的神。事实上，马尔斯是帕拉丁群体的战神，奎里努斯是奎里纳尔群体的战神，这两个群体后来合并到了一起，都把自己的战神带到了新的共同体中，所以马尔斯后来也是罗马人的战神。[①] 奎里努斯成为罗马人的自称，他们的法律被称为奎里蒂法，这说明市民法是某一共同体的法律。[②]

此段其次讲自然法与万民法的重大区别点：自然法不承认奴隶制，而万民法承认奴隶制。按希腊哲学家阿尔基达马的观点：“神创造的人全是自由的，而自然也不让任何人成为奴隶。”[③]奴隶制产生于战争。这里透露出奴隶制的原罪性，从此，慢慢孕育出自然法的理想法地位，形成“两层楼”的法律观——即认为自然法为上位法，实在法为下位法的法律观，最终导致奴隶地位的改善。当然，奴隶的起义也导致了这种改善，罗马政府在平定了奴隶战争后往往立刻立法改善奴隶的待遇，因为此等政府深知奴隶战争的导火线是主人虐待奴隶，导致奴隶杀死主人。[④]

本段最后一句话讲到万民法是我们熟知的许多契约的来源。此句采自 D.1,1,5（赫尔摩格尼：《私法摘要》第 1 编），其辞曰：“依这种万民法引入战争，氏族的区分，统治权的奠定，所有权的区分，地界的设置，房屋的建立，进行交往、买卖、租赁和缔结债，那些依市民法引入的制度除外。”[⑤]如果说前面讲到的自然法、万民法和市民法是 3 个共时的概念，赫尔摩格尼的这一片段中讲到的万民法和市民法共时，但它们与自然法构成历时关系，也就是说，自然法早于这两者。在自然法中，无买卖、租赁等交易形式，因为它从属于一个共产主义的时代，共产主义时代是没有买卖和租赁的，它们是私有制的产物。所以，这一句话揭示了万民法与私有制的关联。

I.1,2,3。然而显然，我们的法要么是成文的，要么是不成文的，如同在希腊人那里，法律中有些是成文的；有些是不成文的。成文法是法律[⑥]、平民会议

---

① 〔德〕蒙森：《罗马史》（第一卷），李稼年译，商务印书馆 2005 年版，第 152、146 页。

② 参见〔古希腊〕普鲁塔克著，黄宏熙主编：《希腊罗马名人传·努马传》（上册），吴彭鹏译，商务印书馆 1990 年版，第 130 页。

③ 参见周仲秋：《古希腊政治学说》，商务印书馆 1991 年版，第 111 页。

④ 参见〔日〕盐野七生：《罗马人的故事 III：胜者的迷思》，林雪婷译，三民书局 1998 年版，第 30 页。

⑤ 参见〔意〕桑德罗·斯奇巴尼选编：《民法大全选译·正义与法》，黄风译，中国政法大学出版社 1992 年版，第 37 页。译文有改动。

⑥ 本书中的法律，专指市民法范围内的法律，不包括裁判官法。

决议、元老院决议、元首的命令、长官的告示以及有学问者的解答。

此段转入说明法的另一种分类，并对法的7种渊源进行解说。这里采用的是分部式定义，即罗列被定义对象的所有的部分的定义，用现代的话来说，是外延罗列式定义。①

成文法首先必须用书面文字写成，因此具有精确性、确定性；其次在公布前必须公开，让所有人知道法律对自己行为的态度。成文法是对制定法律者进行限制的手段，其目的是进行双向约束。限制制定法律的人和被适用法律的人。

这里有必要说到Lex一词的来历。由于法律采用问答的方式制定，提议者为王，接受者为人民。因此，对罗马人民来说，法律不是像我们理解的那样，是王对于所有的民社成员发布的命令，而首先是构成国家各权力代表的以说明或反驳的方式缔结的契约。王每次拟定改革方案，或变更现行国法，皆需征求公民的意见，就此点而论，立法权自古即不属于王，而由王和人民大会分享。王的行动若得不到人民大会的赞助，在法律上便不能生效。因此，拉丁文lex的意思一般指契约，此契约的条件由提议人决定，对方只能接受或拒绝。②

I.1,2,4。法律是罗马人民应一名元老级的长官——例如执政官——的请求制定的法律。平民会议决议是平民应一名平民的长官——例如保民官——的请求制定的决议。然而，平民之不同于人民，犹如种不同于属，事实上，人民的名称用来指全体市民，也包括贵族③和元老。而平民的名称用来指不包括贵族和元老的其他市民。但《沃尔滕修斯法》通过后，平民会议决议也开始具有不小于法律的效力。

本段讲什么是法律以及法律的两种形式。首先是罗马人民的议事机构制定的法，并以提议立法的元老的名字为法律命名。《沃尔滕修斯法》在公元前286年颁布，确认平民会议决议与法律具有同等效力。这两种法律的比例如何？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

① 参见〔古罗马〕西塞罗：《地方论》，徐国栋、阿·贝特鲁奇、纪蔚民译，载《南京大学法学评论》（2008年春秋合卷），第28节。

② 〔德〕蒙森：《罗马史》（第一卷），李稼年译，商务印书馆2005年版，第68页及以次。

③ 关于平民的起源，有非元老后代说、征服说两种成说。按照前者，贵族（Patricius）是罗马建城时的100名元老的后代，其他的人都是平民；按照后者，贵族是征服者民族萨宾人的后代；平民是被征服者民族拉丁人的后代。

会议制定的，另外有114件制定主体不详。[①] 著名的《阿奎流斯法》就是一个平民会决议，该法奠定了从罗马至今的侵权行为法的基础。

保民官于公元前471年设立，其人身神圣不可侵犯，是贵族与平民斗争的结果。最初设立时有4人，于公元前449年增至10人，形成罗马宪法史上的一种制约权，是消极权力的代表。执政官是积极权力的代表，保民官对其决议有否决权。平民会建立于公元前474年，是部落会议的一个分会，同时召开的是以贵族为成员的另一个分会。但也有人认为，平民会就是部落大会，因为在这个会议上，贵族的意见很容易被平民的意见压倒，故称为平民会。[②] 平民会享有立法权和民事审判权，但后一权力因为苏拉建立了常设法院被取消了。负责选举保民官和平民营造官。开会前无需占卜仪式，程序远比其他民会的召开程序简单。[③] 在恺撒时代，平民会的经常开会地点是Flaminium竞技场。[④] 在《沃尔滕修斯法》之前，平民会决议可能通过元老院的准可获得约束全体公民的效力。[⑤]

I.1,2,5。元老院决议是元老院命令和规定的事情。事实上，在罗马人民已增长到难以为批准法律把他们召集到一起的程度的情况下，以同元老们商议来取代同人民商议，被认为是适当的。

此段讲作为法律渊源的元老院决议。包括两项内容。其一，为元老院决议下定义；其二，讲述罗马从直接民主到间接"民主"的演变。之所以给前面的"民主"打上引号，因为元老院为非民选机构。

先说其一。元老院决议是元老院就高级长官的咨询请求作出的解答。长官通常遵循之，由此，元老院决议转化为告示等。[⑥] 有的元老院决议是对平民会决议的转化，据此让它获得也约束贵族的效力。元老院决议通常规定偶然事件。[⑦] 共和时期，元老院决议的效力以一年为限。[⑧]

---

① Cfr. Feliciano Serrao, Classi partiti e legge nella repubblica Romana, Pacini Editore, Pisa, 1974, p.198.

② 参见〔美〕威尔·杜兰：《恺撒与基督》，东方出版社2003年版，第29页。

③ 参见维基百科全书词条"平民会决议"（英文）。

④ 参见〔日〕盐野七生：《罗马人的故事V：恺撒时代（卢比孔之后）》，黄红杏译，三民书局1998年版，第290页。

⑤ 参见〔意〕格罗索：《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社1994年版，第173页。

⑥ See Adole Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law. Philadelphia: The American Philosophical ociety, 1991, p.696.

⑦ Cfr. Mario Talamanca (sotto la direzione di), Lineamenti di Storia del Diritto Romano, Giuffrè, Milano, 1989, p.204.

⑧ Véase Jose Francisco Diaz, Historia de Senado romano, Barcelona, 1867, pag.208.

次说其二。在共和时期和帝政初期,罗马的立法权由百人团会议行使。到了帝政时期,罗马已不是小国寡民状态,而是泱泱大国,直接民主已不合实际。在这种情况下,提贝流斯皇帝把过去的长官由民会选举改为由元老院选举。[①] 这诱使人们相信民会的立法权也已由民会转给元老院。[②] 实际上,元老院取得立法权的时间可能早于它成为选举机关的时间,因为在西塞罗在公元前44年完成的《地方论》第28节中就把元老院决议当作与法律并列的法的渊源,这个时间比提贝流斯当皇帝的时间早得多。而且,公元前449年,执政官坡梯图斯和巴尔巴图斯就提议颁布了《关于元老院决议的保管的瓦勒流斯和奥拉求斯法》(Lex Valeria Horatia de senatusconsultorum custodia),其中规定元老院决议应在谷神切勒斯(Ceres)的庙宇之中保管,并处于平民营造官的看护之下。可见当时就有了元老院决议。在公元前82年—公元前79年期间,颁布了《帕虢·蒙塔诺元老院决议》(S. C. de Pago Montano),禁止在埃斯奎利诺地区(Campo Esquilino)倾倒粪便和尸体,并规定平民营造官可以对违禁者提起拘禁之诉(Manus iniectio)和扣押之诉(Pignoris capio)。[③] 但是,在考虑这一问题时,须区分规范创制权与制定市民法规范权两者,前种权力元老院早就享有,它主要针对高级长官(执政官、裁判官、保民官等)的咨询以投票的方式作出集体解答,此等解答形式上只对征求解答的长官有约束力,通过此等长官的立法活动(例如发布告示)间接约束普通民众,在这个意义上,元老院决议和裁判官告示之间存在包容关系;后者则是制定直接约束普通民众的市民法规范,这种权力元老院在1世纪末2世纪初才取得。[④] 在163年出版的盖尤斯《法学阶梯》1,4中,已确定元老院决议为法的渊源之一,但附带说明对此有争议。[⑤] 也有人认为,在2世纪中叶元老院才获得立法权。[⑥] 到了乌尔比安的时代,元老院决议是法律就无可争议了。

---

① 参见[古罗马]塔西陀:《编年史》(上册),王以铸、崔妙因译,商务印书馆1983年版,第16页。

② Cfr. Pietro Vermiglioli, Elementi ossiano Istituzioni Civili di Giustiniano Imperatore, Perugia, 1830, p.55.

③ Cfr. Francesco Casavola, Studi sulle azioni popolari Romane, Fondazione Nuove Proposte Martina Franca, Napoli, 1958, pp.59s.

④ Cfr. Mario Talamanca (sotto la direzione di), Lineamenti di Storia del Diritto Romano, Giuffrè, Milano, 1989, p.201.

⑤ 参见[古罗马]盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社1996年版,第2页。

⑥ See Adole Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law. Philadelphia: The American Philosophical ociety, 1991, p.696.

到了帝政时期，元老院决议的实质内容是元首的演说。[①] 1—3 世纪，皇帝的敕令往往以元老院决议的方式公布。[②] 直到 206 年后，皇帝的敕令才作为其本身具有法律效力。

I.1,2,6。但元首决定之事也有法律效力[③]，因为人民已通过颁布关于其谕令权的王权法，把自己的一切谕令权和权力授予给他和其个人。因此，皇帝以书信规定的任何事情，或在审理中决定的任何事情，或以告示命令的任何事情，显然就是法律。这些就是叫作敕令的法律。显然，这些规定中某些是针对人的具体情况的，也不被取作先例，因为元首无意如此。事实上，由于某人的功劳而容许他的东西，或如果裁决处某人刑罚，或如果不作为先例地救济某人，都不超出该人。然而，其他决定，在它们具有普遍性的情况下，毫无疑问，约束所有的人。

此段首先讲元首敕令的法律效力以及这种安排的原因：《关于谕令权的王权法》。关于这一法律，通说认为，它是存在于起自王政时期，存续于共和时期，保存至帝政时期的罗马政治习俗中的一系列授予王、长官和皇帝谕令权的法律。[④] 这一习俗的最早创始人是罗马的第二任王努马（Numa Pomfilius），他被库里亚大会授予王的职权后，提议此等库里亚大会投票确认他自己的权力，形成确立王权的库里亚法。他的后任图留斯·噢斯提流斯（Tullius Hostilius，公元前 672 年—公元前 641 年）、安库斯·马尔求斯（Ancus Marcius，公元前 614 年—公元前 616 年）、塔克文·普里斯库斯（Tarquinius Priscus），塞尔维尤斯·图留斯（Servius Tullius）和高傲

---

① Cfr. Elvira Quadrato, D.40,9,17 pr. e C.1,7,11,3: Un intervento di Marco Aurelio in tema *di manumission per acclamazione*, *Su http://www. ledonline. it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano03quadrato. pdf*,2009 年 5 月 11 日访问。Cfr. Yuri Gonzalez Roldan, Il Senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano, Bari, Cacucci Editore, 2008, p.25.

② 参见徐家玲：《早期拜占庭查士丁尼时代研究》，东北师范大学出版社 1998 年版，第 230 页。

③ 原文为 *Sed et quod principi placuit, legis habet vigorem*，这一句话经常被一些对罗马法极为无知的作者翻译成"君主所喜好之事就是法律"。在拉丁文中，动词 Placere 有"决定"、"喜欢"等意思。在这一段落中，它显然是"决定"的意思。上述错误翻译歪曲了罗马法的社会契约论基础。所谓社会契约论，就是关于权力来自人民的授权的理论。事实上，紧接着这句话，优士丁尼就说道元首的权力是通过王权法由人民授予的，这是社会契约论思想的表述，但这是纵向社会契约论，即君主与人民订立了授权契约的理论，不同于洛克和卢梭等人主张的横向社会契约论，也即社会的每个成员与其他一切成员间订立的彼此不相害的理论。

④ See Adolf Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law. Philadelphia: The American Philosophical Society, 1991, p.550.

者塔克文(Tarquinius Superbus)尔后采用同样的程序确权。[①] 谕令权是军队长官发号施令的权力。大长官享有此权。谕令权分为民事的和军事的,前者是在意大利范围内的一般的执行权和行政权,后者是主持百人团会议的权力,以及行省管理权。[②] 凭这种权力可以生杀予夺,所以需要采用严格的程序确立此等权力。到了共和时期,大长官经百人团会议选出后,也要根据谕令权法确权。所谓大长官,就是有谕令权的长官,包括执政官、裁判官等,与部落会议选出的毋需确权的小长官并立。[③] 到了元首制时期,对元首谕令权的批准权由民会转到元老院手中,但长期没有采取明示的方法确认元首的权力,对于此等权力,元首和元老院心照不宣,尽管如此,也有学者认为,"公民议会为第一位皇帝奥古斯都制定了一个王权法"[④],这样的意见猜测性很强。所以,韦斯巴芗皇帝不满这种不明确的局面,于在位期间制定了《关于谕令权的韦斯巴芗法》(Lex de imperio Vespasiani),其中明确规定皇帝的权力有以下8项:(1)外交权。(2)法案提出权。(3)召集临时的元老院会议通过法案权。(4)长官候选人推荐权。(5)城墙外推权,也就是扩大罗马城的范围的权力。这不仅具有城市建设的意义,而且有政治意义,因为一些长官——例如保民官——的权威以城墙为界限,外推城墙等于扩张此等长官的管辖权范围。(6)为国家利益便宜行事权。(7)对元老院决议以及公民大会决议的否决权。(8)既往作为被追认合法权,外加违法豁免权、免交罚款权、免受控告权。[⑤] 该法是一个重要的罗马宪法文件,揭明了皇权与民权的传袭关系,从它自然可得出君权民授论的结论。它对于皇帝享有的权力采取了明示主义,换言之,未经授予的权力不得行使。尽管安排了一些便宜行事条款和脱困之道——甚至包括现代的豁免权制度——但根本不能使人得出君权无限,以至于其喜欢之事都可成为法律的结论。

本段中,只承认敕答("皇帝以书信决定的任何事情",是皇帝对于人民或官吏就法律上的疑问所作的批复,效力及于全国,在皇帝敕令中占很大比例)、敕裁("皇帝在审理中决定的任何事情",即皇帝在非常诉讼案件的初审或再审中所为

---

① Voir Baudouin Stasse, La loi curiate des magistrats, In Revue Internationale des droits de l'Antiquité, LII (2005), p.380. 也参见〔古罗马〕西塞罗:《论共和国》,王焕生译,世纪出版集团、上海人民出版社2006年版,第151、157、159、161、161页。

② See William F. Allen, The Lex Curiata de Imperio, In Transactions of the American Philological Association, Vol.19(1888), p.6. 有的作者把谕令权分为最大的、纯粹的和混合的。参见〔美〕伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第353页。

③ Cfr. Aulo Gellio, Notti Attiche, Traduzione Italiana di Luigi Rusca, Volume Secondo, BUR, Milano, 2001, p.923.

④ 参见〔爱尔兰〕J.M.凯利:《西方法律思想简史》,王笑红译,法律出版社2005年版,第66页。

⑤ 参见〔日〕盐野七生:《罗马人的故事 VIII:危机与克服》,郑维欣译,三民书局2002年版,第220页及以次。See also Fred B.R. Hellems, Lex de imperio Vespasiani, A Consideration of Some the Constitutional Aaspects of the Principate at Rome, Scott,Foresman and Company, Chicago, 1902, pp.5ss.

之裁判，原则上其效力仅及于本案当事人，但裁决如涉及法律问题，全国法官均当援用）、敕谕（“皇帝以告示命令的任何事情”，它是对全体人民所发的通令，效力及于全国）具有法律效力，换言之，皇帝的任何其他决定，不得成为法律。这样，一些皇帝非经深思熟虑决定的事情，就不至于成为法律或恶法了。至于所谓的训示（Mandata，是皇帝在官吏就职之时对其作出的指示，其效力本仅及于接受训示的官吏，后因同级官吏有统一的训令，故实际上个别的训令都有广泛的拘束力，内容多为行政性的），尽管被一些罗马法学者认为是敕令的一种①，但由于缺乏充分的普遍性，优士丁尼的文本并未把它看作法律，而且，法学家也不把它包括在皇帝敕令中，而是把它们作为特别类型的皇帝规范。② 本段还把君主对个人的赏罚或救济与具有普遍性的法律区分开来，也就是把命令与法律区分开来。命令是针对个人的处置，只适用一次。法律是针对不确定的多数人的处置，可反复适用。法律的普遍性是对立法者的个人任性的约束，也是对法律适用上的平等的保障。

I.1,2,7。裁判官的告示也拥有不小的法律权威。我们通常把它们称为荣誉法，因为执行国家要职③的人，换言之，长官，给予了这一法律以权威。市政官也就某些案件提出告示，这种告示是荣誉法的一部分。

本段讲作为罗马法重要渊源的裁判官告示。裁判官的官职起源于公元前366年颁布的《李锡尼和绥克斯图法》，该法允许平民担任执政官，打破了这一公职只能由贵族担任的传统。贵族顿感特权的失落，为求得某种平衡，当时的独裁官设立了 Praetor 新职。④ Praetor 是执政官的下级，但享有谕令权，属于大长官，由6个侍从官保护，可以坐象牙椅，穿紫红色长袍。他也由百人团大会选举产生，与执政官一同宣誓就职，说同样的誓言，因此被称为同僚执政官（Collega consulibus）。他有如下三权：第一，民事权，Praetor 协助执政官管理政务；第二，军事权，Praetor 可以独自或与执政官一起率军队作战；第三，司法权，Praetor 负责营造官负责的公共市场司法以外的司法活动。⑤ 由于 Praetor 职能的多元性，把该词译为裁判官只是法学界的做法，由此抹杀了这一官职的承担者的其他职能。相反，在历史学界，人们通常把 Praetor 译为行政长官，这样也抹杀了其司法职能。看来，两个学界的译法都有所不妥，暂时找不到万全的译法。做上述说明，是为了让读者看到“裁判官”这个词

① 参见周枏：《罗马法原论》（上册），商务印书馆1994年版，第52页。

② See Adolf Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law. Philadelphia: The American Philosophical Society, 1991, p.574.

③ 原文为“荣誉”。

④ 参见〔意〕格罗索：《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社1994年版，第91页及以次。

⑤ 参见陈可风：《罗马共和宪政研究》，法律出版社2004年版，第70页及以次。

时不要把它设想成单纯的司法官，而考虑到其职责的多样性。

裁判官是选举出来的官员，执政期1年，上任前必须发布告示。裁判官告示是此等官员上任时发布的施政纲领、办案准则和程式等，刻于白色木板之上，与《十二表法》同置于罗马广场中。告示的拉丁文是 Editio，是"说出来"的意思。市政官负责市政管理，也发布告示。裁判官告示对消除旧市民法的不合理性，推动罗马法的发展，使之成为国际性的法律起了决定性的作用。

告示有四种：(1) 一般告示，即永久告示，即裁判官就任之初颁布的阐明自己的施政方针和办案准则的告示，它们一般不得随意更改和违背。(2) 特别告示，是针对具体案件颁布的告示，具有命令的性质。(3) 传袭告示，即已沿袭成例的前任裁判官的告示，由新任裁判官重新颁布。(4) 新颁告示，与传袭告示相对而言，指新任裁判官依自己的意志颁发的告示。裁判官告示并非判例，而相当于行政长官的办案指示。裁判官不审理案件，仅受理案件、制作书状；法官才审理案件。

I.1,2,8。有学问者的解答是被允许建构[①]法的人的意见和观点。事实上，古代便作出规定，有公开解释法的人，他们被恺撒[②]授予解答权，他们被称作法学家。所有这些人的意见和观点具有崇高的权威，皇帝敕令不许法官背离他们的解答。

本段讲学说作为法律渊源，是对盖尤斯《法学阶梯》1,7 的改写。在本段中，法学家被认为是法律的建构者，地位很高。他们的意见和观点就是法，通常在诉讼当事人、审判机构咨询他们时，他们发表此等意见和观点。但并非所有习法者都享有这样的地位，只有被皇帝授权者才如此。奥古斯都是第一个授予法学家公开解答权的皇帝，但他在位时授予了哪个或哪些法学家解答权，未见文献记载。文献记载第一个得到解答权的法学家是马苏流斯·萨宾，提贝流斯皇帝授予了他此权。把萨宾说成第一个得到解答权的法学家，意味着奥古斯都从未授予任何法学家解答权，这种可能有些唐突，为了化解，人们把萨宾解释为骑士阶级中的第一个获得解答权的法学家。[③] 奥古斯都此举的意图为何？历代法学家根据自己的时代智识背景作出了不同的解释。可以大别为两派。一派从奥古斯都为好人的前提出发，另

① "建构"，拉丁原文为 Condere，李维的《罗马史》第一句中的"罗马建城以来"中的"建"，即用此字，因此，罗马法学家的活动并非解释，而是建构，即作为立法者创制法律，所以，优士丁尼在其他场合也把法学家称为"立法者"。这些都说明了法学家在罗马法系中的主导地位和他们的立法者角色。

② 此处的"恺撒"，并非历史上存在过的恺撒这个历史人物，而是皇帝的泛称。在优流斯·恺撒之后，恺撒就成了皇帝的代名词。

③ Cfr. Bernardo Albanese, Appunti su D.1,2,2,48—50, e sulla storia dello ius respondendi, Su http://www.unipa.it/~dipstdir/pub/annali/2004/articoli/Prof.%20Albanese%20-%20Appunti.pdf,2010年8月15日访问。

一派从奥古斯都为坏人的前提出发。属于前一派的观点有:赫尔希格(Helssig)认为奥古斯都这样的安排提高了法学家的地位,导致罗马法学的影响在元首制时期获得大发展。① 属于后一派的学者很多:海内修(Heineccius)和巴赫(J. A. Bach)都认为,奥古斯都赋予法学家解答权是为了剥夺裁判官的立法权。吉本(Gibbon)认为,皇帝赋予解答权是为了控制市民法的发展。格律克(Glück)认为皇帝这样做是为了控制法官,让他们依赖于法律的智者。② 卡尔诺瓦(Karlowa)认为自由的解答是对皇权的威胁,所以要把解答权控制在皇帝信任的法学家手中。③ 普赫塔(Puchta)和蒙森(Mommsen)都认为,奥古斯都此举意在终结法学家的自由和独立。④ 昆克尔(Kunkel)认为,奥古斯都通过解答权把法学交回元老阶级手中,不让商人脑筋的贪婪的骑士阶级的成员染指这一领域。⑤

在奥古斯都的时代,解答权是法学家向皇帝申请的,能否获得这一恩惠,当然有关系因素。到了阿德里亚努斯时代,解答权不经申请,自信懂法者皆可为解答,这样的解答权取决于解答者的能力,脱离了国家控制的色彩,更利于法学研究的自由。⑥

对于解答权的性质,有执照说与精英说两说。按前说,取得解答权是实施法律业务的前提条件,未取得解答权的法学家不得执业。按后说,取得解答权并非法律执业的前提条件,不过,取得解答权的法学家地位更高,其解答对法官有约束力,严格说来,他们应被称为法学咨询师,未取得此权的法学家地位较低而已。⑦ 后来产生了瓜里诺(Guarino)等人的荣誉说,此说把解答权说成给予忠于皇帝的法学家的荣誉称号,其授予不影响其他法学家的地位。⑧

本段中法学家的解答是有普遍效力还是个案效力?有人认为其效力超出被请求咨询的个案,具有普遍的效力。另一些人则认为,其效力以个案为限。后说为通说。⑨ 舒尔兹(Fritz Schulz)采后说,他认为后古典时代的作者并不理解解答权的意

---

① See Kaius Tuori, The ius respondendi and the Freedom of Roman Jurisprudence, In Revue Internationale des droits de l'Antiquité, LI (2004), p.313.

② Ibid., p.311.

③ Ibid., p.313.

④ Ibid., p.319.

⑤ Ibid., p.315.

⑥ 参见〔古罗马〕优士丁尼:《学说汇纂》(第一卷),罗智敏译,中国政法大学出版社2008年版,第59页。

⑦ See Kaius Tuori, The ius respondendi and the Freedom of Roman Jurisprudence, In Revue Internationale des droits de l'Antiquité, LI (2004), p.317; p.323.

⑧ Ibid., p.325.

⑨ Ibid., p.328.

义，因此把它理解为法律创制权。[①] 显然，创制的法律应具有普遍效力，法学家的解答不具有这样的效力。

既然许多法学家都可为解答，他们的解答不一致时怎么办？阿德里亚努斯皇帝就此规定，如果法学家们意见一致，则此等意见具有法律效力；如果不一致，允许法官遵循他同意的意见。[②]

本段描述的是否优士丁尼时代法学家地位的真实状况，值得怀疑。因为在那个时代，皇帝敕令已是唯一的法律渊源，法学家已被整合到皇帝的立法班子君主顾问委员会中；在优士丁尼的法典编纂完成后，禁止人们对它进行解释，在这样的条件下，还有法学家解答的地盘吗？答案应是否定的。我认为，优士丁尼把盖尤斯《法学阶梯》1，7 经过改写纳入自己的《法学阶梯》，不过是为了承认法学家解答在历史上对于罗马法的形成和成熟做过的巨大贡献，自己的法典编纂包含其因素而已。

I.1，2，9。不成文法来自习俗确认的规范。[③] 事实上，经使用者的同意确认的持久的习惯，扮演了法律的角色。

本段讲习惯作为法律的渊源。这里说到的习惯有两个要素：（1）经使用者同意，如婚约的习俗。（2）必须持久，反复适用。习惯法是补法律不足的一种法。尤里安说："人们遵守远古的习惯，无需任何理由，就如它是法律，这种法律据说是由习俗确立的。既然法律本身具有约束力，只因为它是人民的决断，很自然，人民批准的规范，即使无成文形式，照样也约束每一个人，因为，人民的意愿并不因为其表达方式是投票还是本身或行为，而有任何差别。"（D.1，3，32）[④]据称是西塞罗写的《论公共演讲的理论》一书中提到了习惯的例子：把钱存在银行家手里的人有权向此等银行家的合伙人要求还钱。[⑤] 罗马帝国是一个多民族国家，习惯还可能包括少数民族，例如犹太人的习惯。[⑥]

---

① See Kaius Tuori, The ius respondendi and the Freedom of Roman Jurisprudence, In Revue Internationale des droits de l'Antiquité, LI (2004), p.302.

② 参见〔古罗马〕盖尤斯：《法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社 1996 年版，第 4 页。

③ 本书中有 6 项规范以习惯法为来源，其中 3 项被成文法废止。

④ 参见〔美〕C.H. 麦基文：《宪政古今》，翟小波译，贵州人民出版社 2004 年版，第 52 页。

⑤ 参见〔古罗马〕西塞罗：《西塞罗全集·修辞学卷》，王晓朝译，人民出版社 2007 年版，第 32 页。

⑥ See Hannah Cotton, The Guardianship of Jesus Son of Babatha: Roman and Local Law in the Province of Arabia, In The Journal of Roman Studies, Vol.83 (1993), p.100.

I.1,2,10。看来,市民法并非不恰当地被分为两种。事实上,它似乎起源于雅典和拉切德莫尼[①]两个城邦的体制。事实上,在这些城邦中人们通常这样行为:拉切德莫尼人确实宁愿把作为法律遵守的规则托付给记忆,但雅典人遵守他们找到的被写成法律的规则。

本段讲实行成文法与不成文法两种体制的实例。雅典原则上实行前种体制,因为习惯法在那里也必不可免地存在。斯巴达原则上实行后种体制,因为这里也有成文法,所以,优士丁尼在这里把雅典和斯巴达当作实行两种对立体制的极端例子,不过是运用修辞学方法。

斯巴达的不成文法是否可与前段规定的习俗等同?可以质疑,因为该国的法律是公元前750年由其国王莱库古制定的,其内容为:(1)设立元老院;(2)重分土地;(3)实行公产主义式的经济,取消货币,提倡简朴,反对奢侈,搞公共食堂。不过这些规定未写成文字而已,因为一条"特拉"谕禁止莱库古把法律写成文字。[②]而习惯法应是不特定的民众在其相互作用中形成的,所以,斯巴达的不成文法并非习惯法。

成文法为立法者和守法者共知,后者在作为执法客体的同时可作为监督执法的主体,因此能起到控制权力的作用。但不成文法也有其优点。希皮雅斯(Hippias,公元前5世纪的希腊智者)就认为,不成文法随时间空间的不同相对地变动不居,更符合客观的真理。[③] 梅仲协先生说,希腊人对不成文法的信仰与其自然法思想有关。[④]

I.1,2,11。但是,为所有民族完全一致地遵循的自然法,的确是由某种神的先见制定的,它们总是保持可信和不可变易。而各个城邦为自己制定的法,或因人民默示的同意,或因尔后制定了另外的法律,惯于经常发生变动。

本段讲自然法与市民法的区别。其一,作者不同,自然法是神的先见制定的,在这里,自然是神的代名词,市民法是人制定的。其二,稳定性不同,自然法有极大的稳定性,而市民法则易变,变化的原因有自然的废弛和制定了替代性的新法两种。概言之,自然法是神法,市民法是人法。神看得远,所以制定的规则稳定。人看得近,制定的规则需要不时调整。不过,自然法仍是调整人与人之间的关系的,

---

① 拉切德莫尼(Lacedaemoni),为斯巴达的别称。

② 参见〔古希腊〕普鲁塔克著,黄宏熙主编:《希腊罗马名人传·罗慕洛传》(上册),吴彭鹏译,商务印书馆1990年版,第101页。

③ 参见梅仲协:《古代希腊的法律思想》,载《判例与研究》2009年第1期,第6页。

④ 同上注。

并非调整人与神的关系。当然,它与市民法不同,还调整动物之间的关系。

I.1,2,12。然而,我们使用的所有的法,要么与人有关,要么与物有关,要么与诉讼有关。首先让朕来看人。事实上,如果不了解法律为之制定的人,对法的了解就太少了。

此段首先讲民法调整对象理论,其次讲实体法和程序法的关系问题。后人有三个改革。第一,把人主体化,排斥人作为客体;第二,区分实体法和诉讼法;第三,把"讼"改造为法律行为,这是由法国布尔日大学埃圭纳柳斯·巴罗(Equinarius Baro)完成的。他利用 Actio 的一词多义把它解释成"行为",创立了这一现代民法中的重要枢纽性概念。①

此段转入对另一种法的分类方法的说明,即人、物、诉三个法的分支的划分法。这种三分法在罗马法史上经过了长期的酝酿,最终由西塞罗奠定。他在《论演说家》一书的 1,42,187 中说到:"所有的事务,现在都已被包罗在术语中。"他举了音乐、几何、天文、语法的例子。然后他提到:"因此,在市民法中,这也是目的:在市民的物和诉讼中,保留以法律和习俗为根据的平等趋势。"有些现代学者认为,西塞罗在这一句子中提出了市民、物和诉讼的宏范畴,它们可以构成三编制的基础。② 事实上,盖尤斯正是以这些理论成就为基础,完成了进一步的概括,最终把三编制确立下来,其《法学阶梯》把民法的材料整理成人法、物法和诉讼法。

以上为关于三编制体系形成的第一种说法。第二种说法认为,这种体系来自瓦罗的《人事和神事古事纪》(Antiquitates rerum humanarum et divinarum),其第一部分关于人事,把这方面的事务划分为人(*Homines*)、地点、时间和物四个方面,其中的地点和时间可对应于盖尤斯说的诉讼。③ 这种说法似乎有点牵强。因为 Homines 与 Persona 不同,前者是生物学意义上的人,后者是法律意义上的人。

人法是关于主体的法律。物法是关于客体的法律。它们相对应于现代民法调整对象理论中的人身关系与财产关系。翻译成现代语言是民法调整人身关系和财

---

① See Peter Stein, Donellus and the Origins of the Modern Civil Law, In Ankun, J. A. et alii (editores), Melanges Felix Wubbe (Fribourg, Suisse, Eitions Universitaires, 1993), p.444.

② Cfr. Sandro Schipani, La Codificazione del Diritto Romano Comune, Giappichelli, Torino, 1996, p.178. 但对西塞罗的这段话,有不同的理解。例如,西班牙学者 Manuel Jesus Carcia Garrido 就把这关键的一段话翻译为:"因此,这是市民法的目的:维持市民的关系和争议中的法定的和传统的公平。"这种翻译显然代表着对原文的不同理解。参见上述作者被译成意大利文的著作:Diritto privato romano, CEDAM, Padova, 1996, p.14.

③ Cfr. Leonid Kofanov, Varrone, "Antiquitates rerum humanarum et divinarum" e il sistema *del diritto publico romano*. 2006 年 6 月 25—30 日在苏兹达利—莫斯科召开的第四届《罗马公法和私法:几个世纪以来欧洲法律发展的经验》国际会议论文。

产关系。与现代的物文主义民法调整对象定义相比，这个古人的定义更强调人法的优越性。

此段还深刻地说明了人的目的性是人法优位主义的理论基础，隐含着对物文主义的民法调整对象观的批驳。①

① 参见〔德〕霍尔斯特·海因里希·雅科布斯：《十九世纪德国民法科学和方法》，王娜译，法律出版社2003年版，第179页。

第3题

人法

I.1,3pr.。人法的主要的划分是这样:所有的人,要么是自由人,要么是奴隶。

本段是人法的第一段。什么叫人法?就是关于主体的法。在罗马法上,有Homo、Caput、Persona 3个术语指称人,后两者指法律意义上的人,前者指生物学意义的人。Homo要成为法律意义的人须具备一定的条件。只有同时具备自由、市民、家族、名誉和宗教5个条件才成为Persona,该词大家都知道是唱戏用的面具的意思,但古罗马作家伽维尤斯·巴苏斯(Gavius Bassus)在其《论诸词的起源》一书中进一步解释该词来自动词Personare,是"发出巨响"的意思。他认为,把演员的头和脸藏在面具下,只留下一个孔发声,该孔不通畅也不大,只是做成能集中声音并强化声音的形状,这样可把发出的声音弄得更清楚和有力。[①] 由此我们可以知道,所谓的Persona,不仅是面具,而且在没有麦克风的时代,它是具有扩音功能的面具。也就是说,Persona并非简单地把生物人改写成法律版,而且还要放大其存在。Persona抹杀了人的个别性,但这种个别性由身份部分地得到了还原。身份是人格的构成要素,它被粗线条地类型化了。因此,身份对人的个别性的还原是不充分的。

此段提出了自由人与奴隶的二分法。这种分类兼具公法性和私法性。就前者而言,它反映的是主人和奴隶的阶级划分,体现的是一个宪法问题;就后者而言,它反映的是生物人作为私人或公家的所有权客体的可能,是一个私法问题。

I.1,3,1。自由——人们也被据之称为自由人——确实是每个人做他喜欢做的、不由强力或依法禁止做的事情的自然能力。

此段给自由下定义。这一定义中的"自然的能力"一语表达了自由属于人的

① Cfr. Aulo Gellio, Notti Attiche, Traduzione Italiana di Luigi Rusca, Volume Primo, BUR, Milano, 2001, p.413.

天性的观念。“强力”和“依法”两语分别表达了“物理的不能”和“法律的不能”的观念，因此，在某种意义上，自由就是排除了不能的状态。故自由是原则，不自由是例外。该定义沿袭久远。而斯宾诺莎[①]和恩格斯的自由定义是：“自由是对必然的认识。”我们知道，人的认识能力有限，对必然的认识更是有限。要认识了才能自由，意味着多数时候我们自由不了。所以，本段提供的是一个张扬自由的定义。斯宾诺莎和恩格斯提供的是一个限制自由的定义。独裁者最喜欢这个定义。

本段中使用了 Facultas 一词。该词由 Facul(容易)加 tas 的抽象化后缀构成，是能力、可能性、资源、财富的意思。[②] 是罗马法中用来表示能力的术语之一，例如交付(偿付)能力(facultas dandi)、清偿能力(facultas solvendi, D.46,3,95,6)、作为监护人行事的能力(tutori agendi facultas, D.46,7,3,5)、制作遗嘱的能力(facultas testamenti faciendi, D.29,6,2pr.)、遗嘱能力(facultas testandi, CTH.16,7,1)、诉讼能力(agendi facultas, D.31,76,8)等。

I.1,3,2。而奴隶制是万民法的制度，某人据之违背自然地受制于他人的所有权。

本段讲奴隶制的制度依据。确定这种把人视为所有权客体的制度源于万民法，也就是各国通用的市民法，反面说来，自然法中无奴隶制，在那里人人自由，所以，本段说奴隶制“违背自然”，表现出奴隶制的原罪情结，为 I.1,4pr. 规定有利于自由权原则埋下了伏笔。

过去人们众口一词地否定罗马法中的奴隶具有主体资格，新近的研究表明，奴隶可以参与一些法律活动，他们是圣法和自然法的主体，可以实施一定的财产性的法律行为并就此承担责任，还可以发动一定的诉讼程序。[③] 所以他们并非所谓的“会说话的工具”。

I.1,3,3。而奴隶被这样称呼，乃是因为统帅们命令出卖俘虏，以此通常保留而不杀死他们。[④] 他们也被说成是“曼奇皮亚(Mancipia)”[⑤]，因为他们是被以手(Manus)从敌人攫取的。

---

① 关于斯宾诺莎的这一定义，参见〔古罗马〕塞涅卡：《幸福而短促的人生——塞涅卡道德书简》，赵又春、张建军译，上海三联书店 1989 年版，译者的话，第 9 页。

② 参见谢大任主编：《拉丁语汉语词典》，商务印书馆 1988 年版，第 218 页。

③ Cfr. Sebastiano Tafaro, La pubertà in Roma. Profili giuridici, Caccuci, Bari 1991 e 1993, p.1.

④ 在拉丁文中，“奴隶”为 Servus，“保留”为 Conservare，去掉前缀 Con，即得 Servare，意为“留下”，为 Servus 的同根词。此处意在从词源的角度说明“奴隶”一词的来历。

⑤ 曼奇皮亚(Mancipia)，词根为 Manus，拉丁文意为“手”，引申为权力之意。

本段从词源学的角度说明奴隶名称的由来，所谓奴隶，就是从敌人夺过来的俘虏，统帅不杀掉他们，而保留下来出卖，由此可以弥补战费甚至取得战争利润，更加经济。这就证明奴隶是战争造成的。所以，奴隶制的存在需要大规模的征服战争作为条件，这一条件在罗马开展第一次布匿战争后才得到满足，从此后才有所谓的罗马奴隶制之可能，此前罗马虽有奴隶，但无奴隶制。当然，自卖自身也是奴隶产生的方式之一，称之为市民法上的奴隶制。这种情况不能为本段的说明涵盖，这也许因为它不属主流，可以被忽略不计。

I.1,3,4。而奴隶要么是生来如此，要么是变得如此。生来如此，他们是我们的女奴所生的；变得如此，或是根据万民法，换言之，由于被俘，或是根据市民法，有如一个20岁以上的自由人为了分享价金，忍受自己被出卖的情况。在奴隶的地位上，没有任何区别。

本段讲奴隶的类型，有三种，即非家生奴隶、家生奴隶和自卖为奴者，但地位都是一样的。言下之意是，尽管奴隶的职位有高低之分，例如担任管家的奴隶地位高，在大田干活的奴隶地位低，家生奴隶由于脾气小更受欢迎，但他们的法律地位并无不同。

此处的万民法不同于I.1,2,1中的内国法中具有普遍性的部分意义上的万民法，而是指国际法中关于劫掠问题的战争法。令人惊奇的是万民法一词在过了几个段落后就有如此不同的含义。

本段暗含女奴的孩子还是奴隶的意思，实际上是把奴隶的孩子当作奴隶的孳息，与I.2,1,37矛盾。

本段承认的自卖为奴者属于市民法上的奴隶制，既然是市民法的奴隶制，是否与I.2,1,37关于奴隶制属于万民法的说法矛盾呢？我认为不矛盾，因为万民法是市民法中的共同部分。这个国家的奴隶制基于战争，那个国家的奴隶制部分基于破产，但两者的共同点是奴隶制，所以，奴隶制还是万民法上的制度。

最后要说的是，市民法上的奴隶制后来面临禁止。公元前90年左右的《关于拐带人口罪的法比尤斯法》打击在明知的情况下出卖和买受自由人的行为。自由人自卖自身，是否构成该法规定的出售自由人？这种主体兼客体的情况似乎不在该法的考虑范围内，因为"明知"的条件意味着主体和客体的分开。明知自由人自卖自身而买受之，应在该法的打击范围内。尽管如此，2世纪的法学家彭波尼还在其《元老院决议》一书中说，禁止自卖为奴的男女宣告自己是自由人(D.40,13,3)，这证明在彭波尼的时代仍存在自由人自卖为奴现象以及法律的薄惩。

I.1,3,5。在自由人之间,则有许多区别。事实上,他们要么是生来自由人;要么是解放自由人。

本段讲自由人的类型,分为生来自由人与解放自由人。生来自由人的词源意思是"在氏族"(ingenuus)①,这证明不在氏族的人都有可能出身奴隶。两种自由人的法律地位存在区别,前者优而后者劣。例如,在法庭上,解放自由人和奴隶一样不得做原告,直到他们的第三代才可以取消这一禁令。② 解放自由人的身份遗传给后裔,但限于第一亲等。此等人不得加入元老院和担任有荣誉的职务,奥古斯都在公元前18年曾经对元老院进行一次严格的筛选,把解放自由人和其他不配元老资格的人排除出去,这一限制到312年才被取消。③ 解放自由人也没有完全的选举权,只能参加地方选举;无被选举权,不能担任高级官吏。不能与生来自由人结婚,公元9年的《关于婚姻的帕皮尤斯和波培乌斯法》(Lex Papia Poppaea Nuptialis),废除了女主人不得与被解放的男奴隶结婚的规定④,但解放自由人仍不能与元老及其子女结婚。不能对恩主起诉;要承担为恩主提供劳务的义务,并要开放自己的遗产给恩主继承。基于解放自由人的身份,他们对恩主实施的任何侵辱都被视为重罪加以处罚。⑤

① 参见周枏:《罗马法原论》(上册),商务印书馆1994年版,第98页。
② 〔美〕汤普逊:《中世纪经济社会史》(上册),耿淡如译,商务印书馆1961年版,第107页。
③ 参见〔意〕格罗索:《罗马法史》,黄风译,中国政法大学出版社1994年版,第328页。
④ 参见周枏:《罗马法原论》(上册),商务印书馆1994年版,第173页。
⑤ 参见黄风:《罗马法词典》,法律出版社2002年版,第168页。

第 4 题

生来自由人

I.1,4pr.。生来自由人是一出生立即就是自由人的人,不论他是诞生在两个生来自由人的婚姻中,还是诞生在两个解放自由人的婚姻中,还是诞生在一方为解放自由人,另一方为生来自由人的婚姻中。但即使某人由自由的母亲、奴隶的父亲诞育,他仍是作为生来自由人出生的。由自由的母亲和不确定的父亲诞育的人——因为他是由未知的人施孕的——同样如此。然而,就算母亲在怀孕时为女奴,在分娩时是自由人,便足够了。反之,如果她在怀孕时为自由人,然后变成女奴分娩,已决定:出生者是作为自由人出生的,因为母亲的不幸不应损害母腹中的人。由此人们也问:如果怀孕的女奴被解放,然后再次成为女奴分娩,她是生了一个自由人还是一个奴隶?马尔切勒证明他是作为自由人出生的。事实上,对在腹中的人来说,甚至在中间期间[①]有过一位自由的母亲就足够了。他的意见是正确的。

此段谈生来自由人的构成条件。立法者处理生来自由人身份问题的价值倾向是"有利于自由权原则",即只要胎儿的父亲或母亲在孕育期间一度为自由人,都让胎儿在出生后成为自由人的原则,这样就把即将出生的人取得生来自由人身份的机会加到了最大。作出这种安排,乃因为立法者认为奴隶制是万民法的制度,违背了自然法,尽管基于尊重私人所有权的考虑不能立即废除,但应尽量减少其发生机会。

本段规定自由的母亲与奴隶的父亲所生的孩子是生来自由人,实际上,这个孩子的父母为了生他已构成犯罪。52 年的《关于与他人奴隶交合之妇女的克劳丢斯元老院决议》规定:女自由人与他人的男奴同居的,该女自由人经 3 次分开仍继续其不法关系的,裁判官要把其财产判给男奴的主人继承(参见 I.3,12,1),她自己也变成同一人的奴隶(I.3,12,1);但如果男奴的主人愿意允许,她可以维持其自由人身份,不过所生子女为奴隶。该元老院决议的处置过于残忍,故阿德里亚努斯皇帝

① "中间期间",指从受孕至分娩之间的期间。

对此改革，允许其所生子女为自由人（Gai. 1，84）。但优士丁尼废除了上述元老院决议对女自由人的处罚，把惩罚的对象移转到了与她同居的男奴，规定其主人可以阉割他并拆散同居关系。[①] 但如同本段所示，这样的跨阶级情侣所生的后代仍然被定为生来自由人，优士丁尼这是不以父母的过错惩罚一个孩子。

此段还谈到了未知的人施孕的子女的地位问题。什么是“未知的人施孕”？有两种可能的情形。其一，女子性乱所致；其二，意外所致。前者的例子有南京17岁女生人流案，她近期与4个男孩发生过关系，不能确定孩子是谁的，于是打电话叫来这4个人，要他们平摊300多元的手术费，每人出100元，余下的100元作为女孩的营养费。[②] 后者的例子有波兰少女在埃及游泳池游泳时怀上了孩子案[③]，这属于意外事件。把前者的案例搬到古罗马，假定4个男孩中两个是自由人，两个是奴隶，但怀孕的女孩是自由人，按本段提出的规则，出生的孩子是生来自由人，所以，本段采用了不因为母亲的性的自由态度惩罚子女的立场，而天主教是以限制私生子女继承权的方式进行这种惩罚的，可见罗马法充满人道精神，尽管在古罗马有卖淫业，甚至有相应的娼妓税。[④] 妓女由未知的人施孕的概率最大，尽管她们采取一些土办法避孕。

罗马法学家总是习惯于把一些本来自然的概念人为化，“未知的人施孕”的概念也不例外。莫特斯丁就把这个概念用来指称尽管知道其生父的私生子（D. 1，5，23）。

本段对刚出生的孩子成为自由人的各种情形的描述是以母亲为中心进行的，因此，不涉及父亲是自由人，母亲是奴隶情况下子女的身份问题。实际上，这更多的是一种主人与自己的女奴发生关系产生后代的情形，按子女的身份从母的原则所生子女不会成为自由人。

此段还提供了法学家马尔切勒的解答成为法律的一个例证。

I. 1，4，1。然而，在一个人作为生来自由人出生的情况下，这种身份不因他曾沦为奴隶、然后又被解放而消灭。事实上，敕令中很经常地规定：解放不损害出生时的身份。

---

① Véase Antonio de Puentey Francoy Jose Francisco Diaz, Historia de Leys, Plebiscitosy Senadoconsultas mas notables, Desde la Fundacion de la Roma hasta Justiniano, Imprenta de D. Vicente de Lalama, Madrid, 1840, pag. 192s.

② 参见无名氏：《17岁女孩做人流，4名男友平摊手术费》，载《厦门晚报》2008年7月29日第15版。

③ 曾发生过一名波兰少女在埃及游泳池中游过一次泳，回国后突然怀上身孕因此状告埃及宾馆的奇事。参见杨宗：《非洲女子患生殖器畸形，口吞男友精子怀孕》，载《扬子晚报》2010年2月6日。

④ See Thomas A. J. Macginn, Prostitution, Sexuality, and Law in Ancient Rome, Oxford University Press, New York, Oxford, 1998, p. 249.

此段是有利于自由权原则的进一步展开，可以把这一原则细化为有利于生来自由人身份原则，故此段维持生来自由人身份的坚固性，因为有这种身份的人相较于解放自由人有一种特权。那么，“曾沦为奴隶又被解放”有什么情形？是某人事实上处于奴役状况但不处在合法的奴隶状况的情形，例如，自由人被当作奴隶诚信占有、罗马市民被敌人俘虏、家子被家父3次出卖然后被买受人解放、某人因为负债被债权人奴役至债务得到清偿等。如果生来自由的某人处在合法的奴隶状态下，即使他后来获得了解放，也丧失了生来自由人的身份，例如，20岁以上的人自卖为奴后来被解放的情况。①

对于本段有一个希腊的适用例。柏拉图曾在埃吉纳（Aegina）被出卖为奴，被熟人买下解放。② 按这一规则，他的生来自由人身份不受损害，否则，柏拉图恐怕就不能再当哲学家了。

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag. 38.

② 参见〔英〕A. E. 泰勒：《柏拉图——生平及其著作》，谢随知等译，山东人民出版社1991年版，第13页注释1。

第 5 题

解放自由人

I. 1,5pr.。解放自由人是从合法的奴隶状态中被解放的人。而解放就是赠予自由。事实上,只要某人处于奴隶状态,他就从属于支配和权力,而被解放者免受权力。这些事情起源于万民法,因为按照自然法,一切人生来自由,因为不知道奴隶制,也不了解解放。但后来根据万民法,奴隶制扩散开来,解放的恩惠随之产生。在我们以一个共同的人的名字自称的情况下,根据万民法,开始有了 3 种人:自由人及其对立面奴隶,第三种是停止了作为奴隶的解放自由人。

此段讲何谓解放自由人及其相关的问题。解放自由人是从合法的奴隶状态得到解放的人。"合法的奴隶状态"指奴隶主对奴隶享有市民法上的所有权。非法的奴隶状态指非法占有自由人,例如因为错误占有自由人,他回复到自由状态并不构成解放,也不成为解放自由人。解放自由人是介于生来自由人和奴隶间的中间状态。

接下来本段讲了解放的定义以及由此而来的人的分类。解放是自由的赠予,自由是一种权利,因此是无体物,因此,也可以把解放理解为无体物的赠予。解放把生物人分为解放者和被解放者,两者的区分是看是否承受支配和权力,前者不承受而后者承受。实际上,本段末尾还进一步把奴隶纳入这种分类,它与自由人构成两个极端,解放自由人是它们之间的中介。

本段再接下来讲奴隶制不合乎自然法,因为违反了自然的平等。从死亡的角度看,人与人是平等的。按斯多亚哲学的观念,马其顿的亚历山大和他的马夫将被死亡带到同一个地方,因为他们或是被收入宇宙的同一生殖本原,或者同样地消散为原子。[①] 塞涅卡(公元前 4 年—65 年)对此总结说:"命运对我们和对他们(指奴隶)一样,行使着同样大小的权力。"[②]他们与我们来自同一祖先,生活在同一晴空

① 〔古罗马〕马可·奥勒留:《沉思录》,何怀宏译,中国社会科学出版社 1989 年版,第 47 页。

② 参见其《论奴隶》(第 47 封信),载〔古罗马〕塞涅卡:《幸福而短促的人生——塞涅卡道德书简》,赵又春、张建军译,上海三联书店 1989 年版,第 90 页。

下，同样地呼吸，同样地生活，同样地死亡。[①] 他提出的应尊重奴隶的第三个理由是：你自己也会有个上司，你希望他如何待你，你就应该如何待奴隶。[②] 第四个理由，大家都是奴隶，或为性欲的，或为金钱的，或为野心的、恐惧的[③]，因此无必要互相歧视了。他因此主张把奴隶看作朋友、伙伴。

I.1,5,1。然而，以许多方式进行解放：事实上，要么根据神圣的敕令在神圣的教堂，要么以权杖[④]，要么在朋友间或借助于书信，要么通过遗嘱或任何其他的最后愿望。但也可以其他许多古人和朕的敕令[⑤]采用的方式授予奴隶自由。

此段讲解放的方式。由于奴隶制违反自然，立法者鼓励解放奴隶。这样的选择也有经济考虑。人们发现，一个奴隶的遭际越是接近自由人，他便越发有用。本段罗列了5种解放方式，并以"其他"的文字指名还有许多未在此处列举的解放方式。

首先是教堂解放。其方式为主人把奴隶带到教堂去，在神父和信徒前宣布其解放的意思，被解放的奴隶取得市民权。由君士坦求斯二世(337—361年在位)于361年确立这种方式，所以说它是根据神圣的敕令所为的解放。它体现了基督教的平等和博爱观念。

其次是执杖解放。关于执杖解放的含义，有两种说法。一是普鲁塔克的说法：此种解放方式来自一个叫作温地求斯(Vindicius)——奴隶的名字。他揭发了在罗马的塔克文复辟的同谋者。在密谋者被镇压后，元老院通过一项法令，使他成为一个罗马市民，还授予他选举权。自此，他的被解放方式被称为Vindicta。[⑥] 二是为更多的学者持有的说法，就是主人与朋友假装诉讼，在长官面前解放奴隶，也就是以拟诉弃权方式进行的解放。

再次是在朋友间的解放，即在5个证人面前宣告的解放。这些证人都是主人

---

① 参见〔古罗马〕塞涅卡：《幸福而短促的人生——塞涅卡道德书简》，赵又春、张建军译，上海三联书店1989年版，第93页。

② 同上注，第94页。

③ 同上注，第96页。

④ 这是一种拟诉弃权的解放奴隶方式。主人与其朋友假装诉讼，在长官面前，双方拿一根棍棒做争斗状，由原告声称奴隶为自由人，主人则作肯定回答或不作答辩，予以默认。长官在双方对事实无争议的情况下，宣布该奴隶为自由人，由此完成解放。

⑤ C.7,6,1.

⑥ 参见〔古希腊〕普鲁塔克著，黄宏熙主编：《希腊罗马名人传·普布利科拉传》(上册)，吴彭鹏译，商务印书馆1990年版，第211页。

的朋友。[①]

复次是书信解放。书信解放不要求任何仪式，主人把解放的意思作成书面即可。后来，优士丁尼为了避免此等文件的真实性受到质疑，并预防逃奴伪造此等文件，要求5个证人出席解放。

最后是遗嘱解放。是人们在订立遗嘱时以意思表示进行的解放。这是最通常的一种解放方式，其特点在于作出解放决定与落实解放之间时间间隔颇大。解放通常由继承人执行。这种解放符合"人之将死，其言也善"的谚语。

本段提到的"其他授予奴隶自由的方式"包括：(1) 为奖励奴隶对社会有贡献的行为授予自由，例如，揭发伪造货币者的行为；揭发犯罪的行为、交出逃兵的行为。(2) 因奴隶取得一定的社会地位，例如担任官吏。(3) 因为主人的不当行为或解放表示，例如遗弃患病的奴隶，把女奴用作妓女；奴隶根据主人的遗嘱收受自由帽，继承人同意的。(4) 因时效经过，奴隶诚信地以自由人行事达20年的(恶信的为40年)[②]。(5) 还有所谓的鼓掌解放(D.40,9,17pr.)，也就是出于公众压力解放，通常发生在奴隶演员进行公共表演的过程中。马尔库斯·奥勒留皇帝的敕答反对这种解放。

本段中提到的以优士丁尼的敕令承认的解放方式就是前段提到的第三种解放方式。

I.1,5,2。但奴隶通常由主人随时解放，甚至也在路上解放他们，例如在裁判官、行省执政官、行省总督去浴室或露天剧场时。

此段讲解放方式的自由性，可以由主人随时当着长官的面实施解放。为何要利用官僚的路过？因为他们的在场赋予解放行为以公信力。但又不是在他们的办公场所实施解放，而是在他们去休闲的路上实施解放，因此方式是自由的。

行省执政官的字义为前执政官，因为一般都是卸任的执政官或裁判官到行省服务至少1年，表面上的理由是罗马国家可以从有经验的官员对殖民地的管理中得利，实际上是允许前长官弥补在选举政治中遭受的巨大的财政损失的方法。[③]行省执政官与行省总督的区别在于，前者是元老院行省的行政首长，是文官，后者

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.42.

② Cfr. Giovanni Lughetti, La Legislazione Imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano, Giuffrè, Milano, 1996, pp.8ss.

③ See Neal Wood, Cicero's Social & Political Thought, University of California Press, 1988, p.52. See The Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S.P. Scott, Cincinnati, The General Trust Company, 1932, Vol.XVII, p.265.

是皇帝的行省的最高行政长官，是武官。[①] 后者的拉丁文是 Praes，是保证人的意思。[②]

I.1,5,3。然而，解放自由人的身份从前有3种。事实上，被解放的人，有时获得较大的、圆满的自由，他们成为罗马市民；有时获得较小的自由，根据《优纽斯和诺尔巴纽斯法》成为拉丁人；有时获得更小的自由，根据《艾流斯和森求斯法》被置于降服人的地位。但降服人的最坏身份确实自许久以来已脱离使用，而拉丁人的名称已不常用。因此，由于朕的仁慈，出于提高和改善一切人的身份的愿望，在两个敕令[③]中修改了这方面的规定，恢复了原来的状况，因为在罗马城最早的摇篮时代，只授予唯一和简单的自由权，即与解放者享有的自由权相同的自由权，不消说，区别在于解放者是生来自由人；而被解放者是解放自由人。朕通过一个敕令[④]确实废除了降服人的身份，该敕令是根据杰出的人、司法大臣特里波尼安对朕的建议在朕的决定中发布的，朕消除了古代法的争论。而就优尼亚拉丁人而言，在上述司法大臣的建议下，朕以在皇帝立法中很出色的另一敕令[⑤]，改正了所有曾有过的关于他们的规则，像从前所遵循的一样[⑥]，朕赠予所有的解放自由人罗马市民权，毫不区分被解放者的年龄、解放者的所有权以及解放的方式。补充了许多可把自由权连同现在是唯一的一种罗马市民权授予奴隶的方式。

此段讲解放自由人待遇的变迁。最早赋予解放自由人与前主人完全一样的地位，这是为了扩大罗马市民的数目。不过，自由是兼具公私两性的权利，可以由主人授予。但市民权是公法上的权利，不能由主人授予，必定是国家明示或默式地授予的。因此，这种赠予是自由权和市民权的二合两源赠予。后来，由于解放奴隶过多造成人口素质下降，于是限制解放奴隶的数目，对被解放者也限制其权利。到优士丁尼时代，处理这一问题又有了基督教的背景，基于实现平等的考虑，又改成不歧视解放自由人。最后，优士丁尼以第78号新律废除了解放自由人的身份，规定，

① 参见〔日〕盐野七生：《罗马人的故事 IX：贤君的世纪》，林韩菁译，三民书局2003年版，第133页。

② Véase Antonio Mateo, Manceps, Redemptor, Publicanus: Contribucion al studio de los contratistas publicos en Roma, Universidad Cantabria, Santander, 1999, pag.39.

③ 参见 C.7,5,1,530年和 C.7,6,1,531年。

④ 参见 C.7,5,1,530年。

⑤ 参见 C.7,6,1,531年。

⑥ 《艾流斯和森求斯法》规定解放者要20岁以上，优士丁尼的敕令回到该法以前的规定，不对解放者的年龄作出要求。

所有被解放的人都要同时被宣布为罗马市民，都能佩戴金指环而不必为此目的向皇帝提出申请或办理任何其他手续，生来自由人的身份被认为是包含在解放行为本身中的。①

优尼亚拉丁人是以非要式的方式或违背以前的关于解放的特别限制要件解放的奴隶；降服人是武力对抗罗马人后被征服而投降的人民（Gai. 1，14），但出于功利的考虑把自己的防务交给罗马人的人民也是降服人，最后，与罗马订立同盟条约的国家的人民往往也处在降服人的地位。② 在被降服后，有关人民的地位有一个过渡时期，其中他们没有固定的地位；然后是一个永久的时期，其中，有关的人民承受罗马人为他们确定的某种地位。在第一个时期，被降服的人民要有一个临时政府，此等政府可以由被降服人民自己组织，也可由罗马人安排。在共和时期采用前一种选择，在帝政时期采用后一种选择。这个时期很短，以建立有限的自治政府告终。③ 降服人的自由权不搭配市民权，而没有市民权的自由权意义很小。优士丁尼以自己的敕令废除了这两种不利的身份。

在此段中，优士丁尼表达了改善奴隶地位的愿望，这与基督教的影响有关。通过他的活动，解放变成不仅是自由权，而且是市民权的赠予，前者由主人完成，后者由皇帝完成。

---

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. *Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de* Sanchez, Madrid, 1856, pag. 48. Véase De. Ildefonsoy Garcia del Corral, Cuerpo del Derecho Civil Romano, Tercera Parte, Novelas, Barcelona, 1898, pag. 281.

② Cfr. Carlo Segré, La deditio e i dediticii Aeliani, In Bullettino dell'Istituto di Dirtto romano【不全】, Vol. 3 (1890), Roma, p. 21.

③ Cfr. Carlo Segré, La deditio e i dediticii Aeliani, In Bullettino dell'Istituto di Dirtto romano【不全】, Vol. 3 (1890), Roma, p. 22.

第 6 题

人们在何种情况下不能实施解放

I.1,6pr.。但并非允许任何愿意的人实施解放。事实上,为诈欺债权人进行解放的人,其行为无效,因为《艾流斯和森求斯法》阻碍获得自由。

本段讲对损害解放人之债权人利益的解放行为的限制,是因诈欺实施的法律行为无效制度的萌芽。本段追求解放的慷慨与债权的保全之间的平衡,因为解放意味着解放者的概括财产减少,会损害解放者的债权人的债权的安全。

此段讲的《艾流斯和森求斯法》(Lex Aelia Sentia)颁布于公元 4 年,它由绥克斯图斯·艾流斯·伽图和 G. 森求斯·萨杜尔尼鲁斯两个执政官提议,故有两个冠名人。奥古斯都为了增殖作战人口,在该法中规定,凡优尼亚拉丁人与罗马市民结婚,在 7 个证人面前证明他们是正式婚姻、婚后所生子女已满 1 岁的,便可与其子女一同取得市民资格。并规定:不得以诈欺自己债权人的方式解放奴隶;不满 20 岁的未成年人不得解放奴隶,也不得解放未满 20 岁的奴隶,除非证明存在正当原因。所谓正当原因,有被解放的奴隶是解放者的老师、乳母或对主人有救命之恩,或主人解放自己的生父母、私生子、兄弟姐妹,或以结婚为目的解放女奴等。另外,经过解放委员会批准的这种解放和以执仗方式实施的这种解放,也有效力。但曾经是罪犯的奴隶不得因被解放而取得罗马市民身份。解放自由人获得降服人的身份,这后一类人由此被称为艾流斯降服人。

I.1,6,1。然而,允许不能清偿的主人以遗嘱指定其奴隶为继承人,同时给予他自由,让他成为自由人和其唯一和必要的继承人,只要其他人不根据该遗嘱成为继承人,这或由于没有其他人被指定为继承人,或由于被指定的人因为任何原因未成为继承人。这是上述《艾流斯和森求斯法》的规定,它是正确的。事实上,当然必须考虑到没有其他人将成为其继承人的穷人,至少让其奴隶作为必要继承人满足债权人,或在奴隶不这样做的情况下,由债权人以奴隶的名义出卖遗产物,以免死者遭受凌辱。

此段讲《艾流斯和森求斯法》第二方面的内容:允许为了保全主人的面子而解放奴隶。

本段涉及罗马法中的破产制度。为何奴隶成为唯一和必要的继承人,必要的继承人,是不得拒绝遗产的继承人。这里显出优士丁尼罗马法没有以有限责任保护继承人的制度。因此,潜在继承人就可以拒绝成为现实继承人。然后谈了无遗嘱的两种情形,这样,表面上被遗嘱指定的奴隶继承人实际上被视为法定继承人了,因为只有在遗嘱继承阙如的情况下才发生法定继承。再下来就是谈让奴隶承受继承破产的后果:主人的遗产以他的名义出卖来满足债权人,这样让主人免受破产的耻辱。可以想见,此时的债权人必定得不到全部满足。

本段反映出罗马的穷人也有奴隶,看来,罗马的"穷"的标准定得很高。

I.1,6,2。即使奴隶无自由权地被指定为继承人,也适用同样的法。这是朕的一个敕令[①]以新的人道的理由,不仅就不能清偿的主人,而是一般地作出的规定,奴隶被认为也可根据指定继承人的文字本身获得自由,因为如果遗漏了赠予自由,主人愿意他选择为自己继承人的人仍是奴隶、使任何人都不能成为其继承人,不合情理。

此段是遗嘱解释的一个实例,通过拯救一个奴隶的自由,也达成了有利于自由权的结果,同时也拯救了遗嘱的效力,因为如果指定一个不具有主体资格的奴隶为继承人又不赋予他自由,遗嘱应该是无效的。

罗马人将无遗嘱而死视为奇耻大辱。老伽图在其一生中为3件事情而自责,其中一项就是在没有遗嘱的情况下生活了一天[②];梅因说:"诅咒一个敌人,说他要死而无遗嘱要比任何诅咒都苛酷。"[③]如此重视遗嘱,主要因为罗马人遗嘱的功能比我们的多,是将死者报恩报怨、表明自己价值取向的重要工具。报恩,例如,罗马的律师曾不能收费,因为此等律师让其逃脱了死罪的恩人只能利用遗赠来感谢他;报怨,例如对自己不喜欢的家人剥夺其继承权;表明自己的价值取向,例如遗赠某些公益事业做慈善。而且,无遗嘱导致的法定继承很可能不公平,违背死者的意志。因此若未将奴隶解放为自由人则遗嘱无效,所以由此推定奴隶被解放为自由人。

---

① 参见C.6,27,5,531年。

② 参见〔古罗马〕普鲁塔克著,黄宏熙主编:《希腊罗马名人传·马可·伽图传》(上册),吴彭鹏译,商务印书馆1990年版,第354页。

③ 参见〔英〕梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第124页。

I.1,6,3。然而,在解放时已不能清偿的人,或由于赠予自由将停止清偿的人,被认为为诈欺债权人实施了解放。但似乎这样的观点更占上风:如果解放者没有诈欺的意图,即使其财产对债权人是不够的,自由并不被阻碍。事实上,关于其财产,人们常常希望的比实际上的更多。因此朕认为,在债权人于两方面,换言之,解放者的意思以及财产对债权人不足的事实本身,都受到诈欺的情况下,自由才受到阻碍。

此段讲诈欺的构成要件的学说史。前面讲陈说,它实行诈欺判断的客观主义,认定只要解放时主人已破产或解放导致他破产,都构成诈欺债权人。后面讲主观说,认定尽管有债务超过的事实,但解放人无诈欺债权人意图的,不构成诈欺。此说有利于被解放的奴隶。优士丁尼最后采用主客观结合的标准确定诈欺。这有利于保护债权人。如此,实现了保护自由的公共政策与保护债权和交易安全之间的平衡。

I.1,6,4。按上述《艾流斯和森求斯法》,不满20岁的主人不得实施解放,但审议会[①]确认了正当的解放原因后,他以执仗的方式实施解放的除外。

本段讲有资格实施解放这种要式行为的年龄为20岁,不达这一年龄者不得实施解放,有下段讲到的正当原因并以执杖方式解放的除外。看来,不到20岁的人理想主义太重,一看到奴隶受罪就想解放之,全然不顾自己的荷包是否充实。

本段透露出罗马法中的行为能力年龄制度的混乱。成年年龄是25岁。解放奴隶行为能力年龄是20岁。男子订立遗嘱的行为能力年龄是14岁。为代理活动的行为能力年龄是17岁,不似现代法中的行为能力年龄基本统一,不因为涉及的交易不同定不同的行为能力年龄。

I.1,6,5。而正当的解放原因例如有:某人解放父亲或母亲、儿子或女儿、亲兄弟或姐妹、启蒙老师或保姆、教师、男徒弟或女徒弟,或同奶兄弟,或欲使之成为代理人的奴隶,或欲与之结婚的女奴,但要在6个月内迎娶她,有正当原因阻碍的除外,而为让他作代理人被解放的人,被解放时不得小于17岁。[②]

---

① 审议会由5名元老和5名骑士组成,专为审议解放事务而设。

② 17岁是奴隶可以被解放的最低年龄。

本段承续前段，讲正当的解放原因，涉及亲密关系问题，也是原因理论在本书中的最早表现。其列举的正当的解放原因都以情感为基础，这些原因有血缘的和非血缘的两类，后者如保姆、教师、徒弟、同奶兄弟、欲重用或欲娶的奴隶，而保姆和教师都可能是奴隶，所以，这种安排也许有利于证明奴隶被罗马人看作家庭成员或准家庭成员，也有利于证明罗马人把某些非血缘关系置于与血缘关系同等的地位，这种安排值得嘉许，例如，在当代，保姆与她带过的孩子（尤其是从小带大的孩子）之间就不构成具有法律意义的亲密关系，这反映了现代人的冷漠。此段讲奶妈产生准亲属关系。在清朝，康熙时期的福建总督姚启圣丁奶妈之忧，证明奶妈在那时偶尔还享受母亲的地位。事实上，罗马人解放奴隶的正当原因还不以上列者为限。马尔西安补充了使其主人免除了死刑和破廉耻的奴隶。保罗补充了在战场上帮助了主人的奴隶、保护主人免受强盗之害的奴隶、在主人病中照料过他的奴隶、揭发了意图造成主人损害的诡计的奴隶等。[①] 无论如何，兑现这些解放的客观效果还是实现了有利于自由权原则。

本段中的“自然”一语值得注意，这是斯多亚哲学的核心概念，它与“人为”的概念对立。所以，自然的兄弟姐妹与拟制的兄弟姐妹相对应。在这里，“自然”就是亲生的意思。拟制就是假造的意思。

在本段的情形，儿子解放父亲是否导致后者取得家父权呢？取决于具体情况，如果其父亲本来是生来自由人，后来沦为奴隶，由于解放，其家父权恢复。但如果父亲本来就是奴隶，由于与自由妇女结婚生下未来的解放者，发生解放后，他只取得解放自由人身份，依理不能作为生来自由人的家父权人。

此段中的“正当理由阻碍”，指例如解放者的地位上升到元老级别，在法律上不能与解放自由人结婚。这样的原因必须在解放实施后发生。[②]

I.1,6,6。而一旦批准了原因，不论是真是假，不得撤销解放。

本段采用认假作真的方法实施有利于自由权的原则，它证明法律并非一律反假，有时对假持容忍的态度。本段也贯彻稳定既有社会关系的原则，这点与取得时效制度宗旨相同。它可以涉及物权行为无因性问题，有利于保护被解放者的信赖利益。

---

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.54.

② Ibid., pag.55.

I.1,6,7。由于通过《艾流斯和森求斯法》为不足20岁的青年主人规定了某种解放方式,发生达到14岁年龄的人,就算他可以订立遗嘱,并可于其中为自己指定继承人并遗留[①]遗赠,但如果他迄今是20岁的青年,他不能给予奴隶自由之问题。如果被允许以遗嘱处分全部财产的人,不被允许将自由给予一个奴隶,这是不能忍受的。因此,朕类推地允许他在最后的愿望中,以他愿意的方式像处分其他物一样地处分其奴隶,直至可以给予他们自由。但由于自由是无价的,正因如此,古人禁止不满20的人授予奴隶自由。因此,朕以某种方式选择了中间道路,朕不允许不满20岁的青年在遗嘱中给予其奴隶自由,但他们满了17岁、接近18岁的除外。事实上,由于古人允许这个年龄的人可为他人起诉,为什么不可以也相信,他们的判断力的坚定将也帮助他们能理解对他们的奴隶的自由之授予呢?

本段谈行为能力年龄在不同的法律领域的矛盾与协调问题。矛盾体现在14岁的人可以订立遗嘱,但在满20岁前不能解放奴隶两个规定的冲突上,因为解放奴隶是罗马人遗嘱的通常内容,能订遗嘱却不能解放奴隶,就像允许吃饭却不能吃米饭一样别扭。当然,古人这样安排是为了体现自由的珍贵,但客观上限制了自由的授予,尽管如此,优士丁尼仍不愿践踏古法,而是宁愿采取中庸之道,在14岁与20岁之间求解决,找到了满17奔18岁的年龄作为解放奴隶的行为能力年龄。17岁是在塞尔维尤斯·图流斯王的时期,男子可以参加百人团大会的年龄[②],起诉是在百人团大会中实施的,所以,能参加这个会的人才能起诉,18岁是完全适婚年龄,达到这个年龄的人被认为能够认识自己的行为,把这两个年龄总合起来的新的行为能力年龄标准实际上降低了25岁的行为能力年龄标准。通过这样的对古法的改造,优士丁尼法中的行为能力年龄已很接近现代民法典规定的18岁的行为能力年龄了。这个中间年龄是古人允许的诉讼行为能力年龄,这是本段涉及的第三个行为能力年龄,它的出现更彰显了罗马人的行为能力年龄的不统一,但问题并未解决:仍然是14岁以上的人可以订遗嘱,但在满17奔18岁之前不能用遗嘱解放奴隶。

本段最后提到了行为能力年龄是一种形式,其实质是对自己行为意义的理解。后世从这一点出发,发展起以认知能力(年龄和精神状态)为前提的行为能力制度。

---

① "遗留"是罗马继承法的术语,是继承和遗赠的属概念。

② Cfr. Sebastiano Tafaro, La pubertà in Roma. Profili giuridici, Caccuci, Bari 1991 e 1993, p.56.

第 7 题

《富菲尤斯和卡尼纽斯法》之废除

I. 1,7pr.。《富菲尤斯和卡尼纽斯法》对以遗嘱解放奴隶规定了某种数额限制。朕认为必须把该法作为自由权的障碍和某种程度上的耻辱废除,因为生者除非有其他原因的阻碍,确实有赠予其全部奴隶以自由的权利,而取消将死的人的这样的权利,太不人道了。

本段讲对以遗嘱解放奴隶的数目加以限制的《富菲尤斯和卡尼纽斯法》的废除。《富菲尤斯和卡尼纽斯法》是执政官杰米努斯(C. Fufius Geminus)和伽鲁斯(L. Caninius Gallus)提议于公元前 2 年颁布的一个法律,它限制通过遗嘱解放奴隶,只许主人按一定的比例解放自己的奴隶,并且要求采取在遗嘱中逐个列名的方式实施解放。具体而言,奴隶主只有一名奴隶的,可解放全部;有奴隶 2 ~ 3 名的,最多可解放两名;有 4 ~ 10 名的,最多解放 1/2;有 11 ~ 30 名的,最多解放 1/3;有 31 ~ 100 名的,可解放 1/4;有 101 ~ 500 名的,可解放 1/5。但一个奴隶主解放奴隶的数目最多不得超过 100 人。该法的目的在于限制解放自由人在自由人中的比重。被解放的奴隶是罗马市民的主要来源,有人担心解放自由人在罗马市民中占的比重过大降低罗马人民的素质,遂制定如题法律限制主人的解放自由。在本段中,优士丁尼从体系违反的角度指出,主人以生前行为解放奴隶的数目无限制,为诈欺债权人这样做的情形除外,他以死因行为做同样的事情却要受到数目限制,有违人道。实际上,这样做却不有违功利,因为以生前行为大肆解放奴隶,解放者要考虑自己财产的承受力,不会把负担留给其继承人。以死因行为这样做,解放者更有可能超过自己的财力行事,把包袱留给自己的继承人,自己撒手归西了事。这样的草率行事有害于经济秩序,而且不利于提高人口素质。但优士丁尼显然采取了非功利的选择,由此进一步贯彻了有利于自由权原则。这要归功于斯多亚哲学和基督教的影响,优士丁尼是位基督皇帝。

第 8 题

自权人与承受他人权力者

I.1,8pr.。接下来是关于人法的另一种划分。事实上,有些人是自权人;有些人是受制于他人权利的人。另一方面,在受制于他人权利的人中,有些处在尊亲的权力下;有些处在主人的权力下。所以,让朕看受制于他人权利的人。事实上,如果我们了解了这些人是怎样的,我们同时就理解了自权人是怎样的。朕首先探讨处在主人权力下的人。

本题转入人的第二种身份划分:自权人和他权人。自由人的身份讲的是社会的宏观组织,这里讲的家族的身份涉及的是社会的微观组织。从此开始讲罗马法中的亲属法,必须注意到这样的亲属法与其现代的对应物的不同,它不仅调整亲属间的关系,而且调整主人与奴隶的关系。这一传统延续在美国 20 世纪的家庭法中,也延续到孟德斯鸠的《论法的精神》中关于家法的论述中。这种混合性与 Familia 一词的含义有关。首先,它本身就包含了从属于一个家庭的奴隶。其次,有时候它本身就是"一伙奴隶"的意思。

此段把奴隶与子女共同列为他权人,叫属于其他法律传统的人感到很奇怪。可能的解释是,要么罗马法中子女的地位太低,要么奴隶的地位太高。黑格尔说,罗马法把子女置于奴隶的地位,这是其污点。①

I.1,8,1。这样,处在主人权力下的是奴隶。这种权力确实是万民法上的。事实上,在一切民族中,我们可以一无例外地发现主人对奴隶有生杀之权。而由奴隶取得的一切,都是为主人取得。

此段讲主奴关系的效力:生杀权和财产归属权,对于前者的反证见于下段,后者说明了奴隶没有取得财产所有权的权利能力,不过是主人取得所有权的工具。这里发生主奴关系是否为法定代理关系的依据的问题。我认为不是法定代理关

① 参见〔德〕黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆 1961 年版,第 188 页。

系，因为本人和代理人必须是平等主体，主奴关系不具备这一条件。

此段设定奴隶制在一切民族中都存在，实际上并非如此，中国历史上就没有奴隶制。①

I.1,8,2。但在当今之世，在朕的帝国内的任何人，若无法律和其他规则②规定的理由，不许对自己的奴隶逞凶。事实上，按神君安东尼努斯·皮尤斯③的敕令，无由地杀死自己的奴隶的人，被命令受不少于杀死他人奴隶者所受的惩罚。但主人的过度残忍也受上述元首的另一敕令的惩治。事实上，针对某些行省总督就在圣所或元首的雕像前避难的奴隶问题提出的咨询，他规定：如果主人的逞凶被认为不可忍受，他们被强制以好的条件出卖奴隶，并妥当地给他们价金。事实上，任何人不恶用自己的财产，是国家利益之所在。他对埃流斯·马尔西安作出的敕答中有这样的话："主人对其奴隶的权力，确实必须是完整的，任何人也不得被剥夺其权利。但正当地寻求对逞凶、饥饿或不可忍受的凌辱的救济的人不被拒绝，是主人的利益之所在。因此，你要调查尤流斯·萨宾的在皇帝的雕像前避难的奴隶们的怨诉，如果你证实他们处在超过公正允许的恶劣状况或处在受不名誉之凌辱的地位，你要命令出卖他们，让他们不再回到该主人的权力下。如果该萨宾逃避我的敕令，他要知道，我将更严厉地惩办其罪行。"

此段讲主人不得无由杀死自己的奴隶，最早提出权力不得滥用原则。它要求主人的权力不是绝对的，应对此等权力加以限制。

首先品词。"神君"，是元老院对死去的皇帝的神格化。其方式如下：火化或土葬死去的皇帝的遗体后开始公共举哀，接下来是国葬死去的皇帝的蜡像。此等蜡像被置于战神马尔斯广场上的多层火葬堆顶上，按庄严的仪式烧掉。如果有人看到皇帝的化身（例如一只鹰）升天，此人要报告元老院，该院通过票决宣告死去的皇帝为神君，因为元老院不能造神，只能通过奇迹确认神君的自我表现。④ 由此，被宣告者成为罗马人敬奉的30多万个神中的一个，享受公牛之牺牲的祭祀。⑤ 基督教出现以后，为

① 参见田昌武：《社会形态与历史规律》，载《中国社会科学文摘》2000年第3期。

② "其他规则"，指元老院决议和皇帝的立法。

③ 安东尼努斯·皮尤斯（Antoninus Pius），138—161年在位的罗马皇帝。阿德里亚努斯去世后，作为年长的元老继承其位。在位期间，能忠于职守，对内能与元老院和平共处；对外继续阿德里亚努斯的和平政策。死后，由其养子马尔库斯·奥勒留继位。

④ See E.J. Bickerman, Diva Augusta Marciana, In The American Journal of Philology, Vol.95, No.4 (Winter, 1974), p.371; p.376.

⑤ Ibid., p.369.

了消除罗马人神格化死去的皇帝的做法与基督教的一神论的矛盾，改为赋予死去的皇帝以“神念的”称号，也就是把他当作神来记忆，但不认为他为神。

这是历史上第一次对人权保障的规定。人权是基督教中的概念。本段认为主人虐待奴隶是滥用权力的体现。对主人的虐待，可以从主人自己的利益和国家的利益的角度加以禁止，本段采用了后一种途径，优士丁尼把安东尼努斯的论据“是主人的利益之所在”提升为“国家利益之所在”，完成了一个升华。“任何人也不得被剥夺其权利”与“任何人不得恶用自己的财产，这是国家利益之所在”这两句话表达了个人利益与国家利益的折中。这是所谓的优士丁尼的“添加”。值得注意的是，本段并非罗马法中体现权利不得滥用原则的唯一片段，乌尔比安在 D.7,1,15,1 中，也有滥用自己的财产的表达，表现为在用益他人的奴隶时要用其所长，例如，不得用抄书手种田制砖，让演员在澡堂当值，让歌手当搬运工，等等，否则就是滥用。①

本敕答的发布对象是贝提卡（Baetica）的行省执政官埃流斯·马尔西安，他与法学家马尔西安同名。② 敕答能对私人发出吗？能！皮尤斯③皇帝给佛尔米厄（Formiae）的渔民发出敕答，见 D.1,8,4。敕答还可对不特定的人发出，例如某地的“民众”。④

此段被后人德·马尔丁诺用来证明罗马法的社会主义或非个人主义性质。⑤

杀死他人奴隶的惩罚在 I.4,3,11 中有规定。保护奴隶生命权的依据是人权概念，它受到自然法的支持。

本段涉及避难权问题。在地中海地区，有承认避难权的传统。《圣经》中多有这方面的记载。避难物可以是神庙，也可以是雕像、祭坛。⑥ 到了帝政时期，皇帝雕像下成为逃人的避难所。一旦如此避难，追赶逃人者应停止之，为何如此？一是因为到皇帝雕像下避难就是向皇帝求助，殴打、监禁或处死这种求助者的人，根据公元前 8 年的《关于公开暴力和私下暴力的优流斯法》，要受禁绝水火之刑；二是这样

---

① Cfr. Marisa De Filippi, Dignitas tra Repubblica e Principato, Cacucci Editore, Bari, 2009, p.153.

② See Smith, Dictionary of Greek and Roman Biography and Mithology, Vol.2, p.942.

③ 皮尤斯，指深具慈悲胸怀者。参见〔日〕盐野七生：《罗马人的故事 IV：恺撒时代（卢比孔之前）》，李漫榕、李璧年译，三民书局 1998 年版，第 85 页。

④ 参见〔日〕盐野七生：《罗马人的故事 VII：恶名昭著的皇帝》，彭士晃译，三民书局 2002 年版，第 288 页。

⑤ 参见〔意〕德·马尔丁诺：《个人主义与罗马法》，薛军译，载徐国栋主编：《罗马法与现代民法》第 4 卷，中国人民大学出版社 2004 年版。

⑥ See William S. Thurman, A Law of Justinian concerning the Right of Asylum, In Transactions and Proceedings of the American Philological Association, Vol.100 (1969), p.594.

做容易冒犯皇帝，构成国事罪。[1] 这样的避难事件会众所周知，从而引起对避难原因的调查，一旦被查出避难的原因是他人的过度残忍行为，后者会受到羞辱甚至处分。[2]

① 参见〔古罗马〕塔西佗：《编年史》（上册），王以铸、崔妙因译，商务印书馆 1981 年版，第 163 页注释 2；第 208 页注释 1。

② 例见 I. 1，8，2，参见〔古罗马〕优士丁尼：《法学阶梯》（第二版），徐国栋译，中国政法大学出版社 2005 年版，第 37 页。

第 9 题

家父权

I.1,9pr.。我们在合法婚姻中所生的我们的子女,处在我们的权力下。

此段讲家父权的发生依据之一:合法婚姻所生。受制于家父权在罗马法上是种权利,处于这种地位的人可以继承家父的身份和财产。与"合法婚姻"相对的是"姘合"。姘合出现于一些非正常的情况,例如当事人太穷结不起婚。另外出于对法律禁令的规避,例如长官不得与当地妇女结婚的禁令。姘合实际上就是低等的婚姻,后来姘合一词在西班牙文中转为"事实婚"的含义。姘合生的子女不能处于家父权下,但对姘合生的子女以后可以由父亲或国家"准正"。对此,参见 I.1,10,13。

在自由人、市民、家父 3 种身份中,家父在通常意义上属于私的身份,尽管国家父权经常替补或僭夺家父的权力,导致亲子关系的国家化,而自由人和市民属于公法上的身份,所以前者留在私法中,后者转移到了公法中,导致人们认为身份关系就是家庭关系。这点在多马的著作《在其自然秩序中的民法》一书中已揭示出来。①

本段讲的是家父权,不同于现代的亲权,因为前者为父亲独享,后者由父母亲分享。在晚期罗马法中,母亲可以监护的名义掌控子女。她们享有的不是亲权,而是承担的监护。亲权是家内人的职掌,监护是家外人的职掌,所以作为子女监护人的母亲还必须汇报账目。②

I.1,9,1。而婚姻或夫妻关系是男女的结合,它包括不能分开的生活的亲密交往。

---

① Cfr. Adriano Cavanna, Storia del diritto moderno in Europa, Giuffrè, Milano, 1982, p.363.

② See The Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S.P. Scott, Cincinnati, The General Trust Company, 1932, Vol. XVII, p.182.

本段提出了人文主义的婚姻定义。首先把它与莫德斯汀的婚姻定义对照:“结婚是男女间的结合,是终身的结合,是神法和人法的结合。”(D.23,2,1)这一定义已把婚姻中的神法因素排除。其次排除了同性婚姻。关于介乎两种性别之间的人的定性问题,罗马法学家有过讨论,结论是哪种性别的特征多,就定当事人是哪种性别。最后指明婚姻的自然基础是双方性的满足、男女的不可分性,从中自然可以得出夫妻分居违反婚姻的本质的结论。我国由于受天理人欲的理学传统的影响,从来不强调夫妻不得分开,反而把这种分开看作事业成功的必要或有利条件。本段的婚姻定义至今在美国和意大利的签证制度上表达出来,这两个国家把夫妻团聚理由的签证申请看得很重,尽量解决,表现得比较人道。

注意本段未讲结婚需要登记,这是一个国家主义的到优士丁尼时代才产生的制度。罗马人结婚的程序因时代不同而不同。在城邦时代,社会的规模很小,一人结婚,大家都知道,无需登记。后来社会规模大了,就需要进行结婚登记。罗马帝国灭亡后,婚姻登记的功能由教会承担,具体由结婚者的本堂操作。

I.1,9,2。而我们对子女享有的支配权是罗马市民特有的,事实上,没有任何其他人对子女享有像我们享有的这样的权力。

本段讲家父支配权的市民法性质,家父支配权的内容为监禁、鞭打、役使、出卖、杀害5权[①],它们可分为家父对家子的惩戒权和经济利用权。罗马人认为家父的支配权是自己独有的。盖尤斯在其《法学阶梯》1,55中指出加拉泰人(Galata,罗马帝国的一个东方行省)也是父母对子女享有支配,从而质疑了家父权制度的特有性。令人困惑的是,几百年后的优士丁尼《法学阶梯》在未反驳盖尤斯的前提下坚持这一谬见,理由不明。确实,雅典不存在家父权制度,丈夫管辖其妻和未成年子女,并遗弃不要的孩子,但不享有对成年子女的生杀权,也无损害投偿权。家长并非全体财产的法定所有人,其妻子在某种程度上,其子女可以拥有自己的财产,家长对此等财产享有控制权而已。[②] 由于雅典人和罗马人同属雅利安人,人们假定两者曾有一个共同的家庭模式,后来由于种种原因才分化,形成了两种不同的家庭模式。可能的原因之一是在埃特鲁斯王时期或共和早期,罗马国家加强家父的权力以对抗氏族的权力[③],造成了后来的家父权坐大的格局。

---

① See Eva Cantarella, Father and Sons in Rome, In The Classical World, Vol. 96, No. 3 (Spring, 2003), p. 282.

② See John Crook, Patria Potestas, In The Classical Quarterly, New Series, Vol. 17, No. 1, (May, 1967), p. 113.

③ Ibid., p. 114.

I.1,9,3。因此,你和你妻子所生的人,处在你的权力下。同样,你儿子及其妻子所生的人,换言之,你的孙子和孙女,也处在你的权力下,你的曾孙子和曾孙女,以此类推,同样如此。但你女儿所生的人,不处在你的权力下,而处在其父亲的权力下。

本段首先讲家父权的扩张性。家父权的支配对象不仅仅包括直系第一亲等血亲,而且包括第二、第三亲等乃至更多亲等的直系血亲。这里就隐含了一种举重明轻的立法技术,通过其运用,家父不是真正的父,而是含义更广的尊亲。

本段其次提到了依据父亲定家父权对象的规则,由此得出家父的女儿所生的子女,其家父权归女婿的原则。众所周知,这是一个父系社会的原则。

第 10 题

婚姻

I. 1,10pr.。合法的婚姻在罗马市民之间根据法律的规定缔结,他们中的男性确实适婚,而女性能承受男人,不论他们是家父[①]还是家子,但在家子之情形,他们需要得到自己处于其权力下的尊亲同意。事实上,不论是市民法的规则还是自然法的规则,都劝说应作成这一程式,因此,尊亲的命令应是前提条件。由此有人问:精神病人的女儿可否嫁人,或精神病人的儿子可否娶妻?由于就精神病人的儿子的结婚问题存在分歧,朕达成了一个决定[②],根据精神病人的女儿的先例,它允许精神病人的儿子没有父亲的干预也可根据敕令规定的方式自行结婚。

此段讲婚姻的条件,按本段,结婚须满足如下要件:

1. 当事人是罗马市民。这个要件实际上是以市民身份为基础的通婚权(Ius Conubii)的要件,它是一种具体的权利能力。一方面,它被用来屏退一定范围的外邦人和野蛮人,另一方面,它被用来屏退低下阶级的成员,因此,它排除了外邦人、野蛮人和奴隶可缔结受罗马法保护的婚姻。

2. 当事人达到适婚年龄。男 14 岁,女 12 岁,为罗马在元首制早期确定的适婚年龄。定得很低。但这只是不完全适婚年龄(相当于最低婚龄),完全适婚年龄是男 18 岁,女 14 岁。从生理学来看,适婚年龄是男女获得生殖能力的年龄。[③] 获得此等能力的标志是男性的初次遗精和女性的初潮。然而,男性并非在 14 岁左右发生初次遗精,女性亦非在 12 岁左右发生初潮,古罗马的女孩在 14 岁左右才发生初潮。[④] 后世作者认为,罗马人对女性身体结构的无知助长了在月经初潮前破坏少

---

① 家父是不受制于他人权力的自权人,因此也存在没有家庭的家父。

② 见 C. 5,4,25,530 年。

③ Cfr. Riccardo Astolfi, Il Matrimonio nel Diritto Romano Classico, CEDAM, Padova, 2006, p. 233.

④ See M. K. Hopkins, The Age of Roman Girls at Marriage, In Population Studies, Vol. 18 (1965), No. 3, p. 310.

女的贞操。[①] 所以,表达女性适婚状态的拉丁词汇 Viripotens 或 viripatiens(承受得了男人)一点也不与月经初潮相关,而只与幼女被动地接受男性的性活动而不受伤害的能力相关。[②]

3. 根据法律的规定结合。首先有行省总督不得与当地妇女结婚的禁令;其次有精神病人不得结婚的禁令(D.23,2,16,2);还有基督徒不得与犹太人结婚的禁令。

4. 取得尊亲的同意。尊亲有的时候包括母亲。此外还有祖父、曾祖父等辈分高的人。这是因为结婚当事人年龄太小,不能自己判断这个重要行为的意义,根据自然法,他们需要长者的忠告和批准。但长者如果有精神病,他们自己也不能判断婚姻的意义,求助于他们,无异于缘木求鱼。但未完成这个要件,婚姻不能有效。于是只能寻求变通之道,首先允许精神病人的女儿不经尊亲同意结婚,儿子仍须等待这样的同意。为何精神病人的儿子与女儿的处遇不同?因而女儿结婚的紧迫性大于儿子,古人有"花堪折时直须折,莫待无花空折枝"的良训。这样的安排招致儿子们的不满,急于结婚的家子们闹到优士丁尼那里,导致他颁布敕令也允许精神病人的儿子不经其尊亲的同意结婚。这样为取消非精神病人的子女结婚需要尊亲同意的要件打开了一个更大的缺口。事实上,精神病人尽管不能授权,立法者可以考虑让其他亲属代行授权,但他未这样做,这样赋予了婚姻当事人更多的自由。

I.1,10,1。当然,我们并非被允许娶任何妇女为妻。事实上,某些婚姻必须避免。的确,在那些在他们间有尊亲属和卑亲属地位的人之间,如父亲和女儿、祖父和孙女、母亲和儿子、祖母和孙子,以此无限类推,不能合法地缔结婚姻。如果这样的人彼此结合,他们被说成缔结了不道德的和乱伦的婚姻。这一限制非常严格,对于他们来说,尊亲属和卑亲属的地位是通过收养开始形成的,他们也不能结婚,甚至即使解除了收养,同样的法依然维持。因此,通过收养成为你的女儿或孙女的人,尽管你解放了她,你不能娶她为妻。

本段讲直系血亲间的禁婚规定,体现了乱伦禁忌。"乱伦禁忌"是所有关于人类社会的理论的基础,是进化论的基础。近亲之间不得婚配是乱伦禁忌的一种具体表现形式。由于乱伦禁忌的存在,一个新家庭必须以两个既存的家庭为基础,这两个既存的家庭又以至少4个既存的家庭为基础,以此类推。一旦两个家庭贡献出自己的一个成员组成新家庭,它们彼此之间也形成亲属关系(所谓的姻亲),因

① 参见〔法〕安德烈·比尔基埃等主编:《家庭史》1(上册),袁树仁等译,三联书店1998年版,第334页。

② Cfr. Sebastiano Tafaro, La pubertà in Roma. Profili giuridici, Caccuci, Bari 1991 e 1993, p.46.

此，缔结一个婚姻，等于进入一个网络，缔结者从而把自己社会化。所以，乱伦禁忌是导致人类社会化的重要机制。

本段把“乱伦禁忌”扩张，把拟制血亲也包括在其适用范围内，这是为了防微杜渐，甚至拟制血亲关系被解除后乱伦禁忌也维持。

本段关于养亲间不能结婚的规定被英国法继受并受到挑战，发生了这样的案例。34岁的女子朱丽娅7年前收养了14岁的男孩列西，3年前朱丽娅与丈夫离婚，与养子日久生情，发展为恋人。2007年1月初，朱丽娅为已21岁的列西生了一个女儿，招来非议，两人决定在2007年底正式结婚。[①] 能否得到批准，暂不得而知。如果他们的收养关系解除了结婚，尽管仍不合本段的规定，但按现代人的观念，应该成功的可能更大些。

I.1,10,2。在以横数的血亲亲等相联系的人之间，有某些类似的，但不那么严格的规则。事实上，兄弟与姐妹之间，无论他们是同父同母所生，还是出自父母的一方，他们当然被禁止结婚。但如果某女通过收养成为你的姐妹，确实，只要收养关系存在，在你与她之间当然不能安排婚姻。但在因解放解除收养的情况下，你可以娶她为妻。即使你被解放，也不存在任何婚姻的障碍。因此显然，如果某人希望收养女婿，他应先解放其女儿。如果某人希望收养儿媳，他应先解放其儿子。

此段讲禁婚规定适用于旁系二亲等以内的血亲，也就是说，不许兄弟与姐妹结婚，不论他们是两边亲还是半边亲，都是如此。两边亲是他们同父同母的情形；半边亲是他们同父异母或同母异父的情形。这种禁令扩及于通过收养形成的旁系二亲等血亲，但以收养关系存续为限，换言之，如果解除收养关系，他们可以通婚。解放子女是解除收养的方式之一，所以，儿子被解放后就可以跟乃父的养女结婚了。因解放之后他们之间已不是市民法上的亲属，而是自然法上的亲属，而婚姻是市民法上的制度，只考虑市民法上的亲属关系。反过来讲，在某个家父子女的范围内，收养关系与婚姻关系不能并立，因此，他要收养女婿的，就要先解放其女儿。他要收养儿媳的，就要先解放其儿子。

I.1,10,3。不许娶兄弟或姐妹的女儿为妻。某人也不可娶兄弟或姐妹的孙女，尽管她们处在第四亲等。事实上，不许娶某人的女儿为妻，其孙女也不许娶为妻子。但你父亲收养的妇女的女儿，你似乎可不受阻碍地娶她为妻，因为

① 参见《日久生情共坠爱河，养母给养子生了个女儿》，载《厦门晚报》2007年1月20日第20版。

不论按自然法还是按市民法，她都不与你发生亲戚关系。

本段讲禁婚规定适用于旁系血亲第三亲等和第四亲等，也就是不得娶兄弟姐妹的女儿或孙女。不得娶兄弟的女儿的禁令由于克劳丢斯（Claudius）皇帝[①]为了与其侄女阿格里披娜结婚而强迫元老院修改了，这一修改在元首制时期一直有效，所以，在161年的盖尤斯《法学阶梯》中还说可以娶兄弟的女儿为妻。真是上梁不正下梁歪，一歪就是几百年。这种做法到4世纪才被君士坦丁皇帝的敕令废除，古法得以恢复。

本段指出，根据市民法，某人与其父亲收养的妇女的女儿不发生亲戚关系，故养女的女儿可与养父的自然子女结婚，这意味着普通收养不具有连带效力，而I.1,11,11规定的自权人收养具有这样的连带效力。

本段的规则受到后来的修改，列奥六世皇帝（866—912年）的敕令禁止养子女与其养父的自然子女结婚。[②] 这一修改看来更符合正义。

I.1,10,4。而两兄弟的或两姐妹的子女，或兄弟的和姐妹的子女，可以结合。

此段讲第四亲等的旁系血亲可以相互结婚。具体而言，堂表兄弟与姐妹间、姑表兄弟与姐妹间、堂表兄弟与姑表姐妹间、姑表兄弟姐妹相互间，都可以结婚。实际上，这种结合曾被作为乱伦用火刑禁止，后来代之以财产刑。最后被阿卡丢（Flavius Arcadius，377—408年）与和诺留（Flavius Honorius，384—423年）皇帝于405年合法化，但没有给出理由。[③]

I.1,10,5。同样，姑妈，就算是收养形成的，也不许娶为妻子，对姨妈，同样如此，因为她们处在尊亲[④]的地位。为此理由，确实也禁止娶祖姑和外祖姑为妻。

---

① 克劳丢斯（Tiberius Claudius，公元前10年—54年），继卡里古拉之位的罗马皇帝。在位时，强化帝国官僚体制，提拔一批骑士及解放自由人任职，广泛授予行省居民以市民权，允许高卢贵族担任高级官职和进入元老院。多次发动对外战争，征服不列颠、日耳曼尼亚、叙利亚和非洲西北部。被其妻子阿格里披娜毒死，尼禄继位。

② See The Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S.P. Scott, Cincinnati, The General Trust Company, 1932, Vol. XVII, p.227.

③ 见C.5,4,19,405年。

④ 尊亲也包括女性，尽管该词的词根为"父亲"。

从此段转入讲旁系尊亲的禁婚问题。规定卑亲不可以与其姑妈和姨妈结婚，也不得与其祖姑和外祖姑结婚，理由是辈分不同，她们处在长辈的地位。隐含的命题是，每个人应与自己辈分相同的人结婚，如此可维持婚姻秩序，不至于这个辈分的人从上个辈分或下个辈分抢自己的配偶，影响另外辈分的人的结婚机会。在每个辈分中，自然都会安排男女两性数量基本平衡。若不发生“抢婚”，同辈分的每个男女都应有结婚机会。

I.1,10,6。为了尊重姻亲关系，也有必要避免某些婚姻。例如，不许娶继女或媳妇为妻，因为两者都处在女儿的地位。不消说，这应理解为她曾经是继女和媳妇的情况。事实上，如果她迄今是儿媳，换言之，如果她迄今与你的儿子有婚姻关系，你不能娶她为妻是为另外的理由，因为同一个她不能被两个人娶走。同样，如果她迄今是你的继女，换言之，如果她的母亲迄今与你有婚姻关系，你不能娶她为妻，乃是因为不许你同时有两个妻子。

此段讲姻亲间的禁婚规则之一：不得娶前继女或前媳妇。这一规则已脱离了乱伦禁忌的防止出现不良后代的考虑，而是出于维护“伦”的考虑。本段还讲到了一夫一妻制原则，这是一个典型的西方原则，一直在西方法律文明中被坚持。

本段的规定为许多国家的民法典继受。《日本民法典》第735条规定：“直系姻亲间，不得结婚。即使姻亲关系依第728条规定终止后，亦同。”第728条规定了姻亲关系终止的两种情况。其一，姻亲关系因离婚而终止。其二，夫妻一方死亡，生存配偶表示终止姻亲关系的意思时，亦与前者同。台湾地区“民法”第983条规定：直系姻亲和旁系姻亲在五亲等以内，辈分不相同者，不得结婚。直系姻亲结婚之限制，于姻亲关系消灭后，亦适用之。直系姻亲结婚之限制，于因收养而成立之直系亲属间，在收养关系终止后，亦适用之。

尽管如此，突破本段规则的案例在世界各国时有发生，考验这一规则的合理性。下面分述这些案例。

首先有中国的高邮案。2005年，59岁的丁全仁和30出头的占小东“喜结连理”。双方本是公公和儿媳。据报道，丁全仁的二儿子丁桂宏1994年经人介绍，与占小东结婚，次年生下一男孩。因感情破裂，小两口于去年离婚，经法院判决，读小学二年级的男孩随母生活。丁全仁的老伴去年5月病逝，儿媳占某也是孤身一人，今年上半年，两人在该市民政部门登记领取了结婚证。

老汉的这一举动在其家庭内无异于投下了一颗“炸弹”，当即遭到儿女们的强烈反对。因在家中已无法立足，丁全仁遂与已由“儿媳”变成“新婚妻子”的占某在外租房生活。因为几个儿女认为丁全仁做出了有悖伦理的事情，便决定分割家庭财产（主要为房产），将老汉排除在外。丁全仁无奈之下，将子女告上法庭，要求法

院判给他应有的房产。其儿女们私下表示，不知该如何面对父亲的“新婚妻子”，二儿子丁桂宏情感上更是无法接受，读小学的孩子也无法适应亲人称谓的转变。

当地群众对此也议论纷纷。赞成的认为大胆追求个人幸福，勇气可嘉；反对的表示“公公”和“儿媳”的所作所为伦理难容。发放结婚证的当地婚姻登记处的同志表示，当时两人户口簿、身份证等手续齐全，虽年龄悬殊，但老汉有丧偶手续，少妇有离婚证明，符合结婚条件，应当发证。根据新《婚姻法》的规定，只要双方自愿，条件符合，你能不发给他们证吗？

丁全仁和占小东的婚姻究竟是合法不合理，还是既不合法又不合理，引发人们对婚姻法的立法精神和家庭伦理关系的热议和深思。①

对丁、占二人的婚姻，大多数学者认为是合法不合理，理由是《婚姻法》并不禁止老丁与前儿媳的婚姻。但李富成认为，这样的处理会带来乱套。丁全仁与他过去的孙子的爷孙关系转变为现在的父子关系。丁全仁的儿子丁桂宏与他的儿子关系也会发生伦理上的颠倒：由父子关系变成继兄弟的双重关系。不仅丁全仁自己的儿媳妇变成自己的老婆，占小东的公爹变成自己的老公，而且丁全仁的儿子变成自己老婆的前夫，媳妇变成自己的后妈，占小东的丈夫变成自己的儿子，自己的妈妈变成自己的奶奶，自己的儿子变成自己的孙子，自己的爷爷变成自己的后爹，自己的孙子变成自己的儿子。如果公媳再生个儿子，那就更乱套了。不妨说，李富成讲出了优士丁尼设立本段规则的理由。

其次有英国的沃林顿（Warrington）案。其主人公之一公公 1947 年生，其主人公之一媳妇 1968 年生。两者相差 20 多岁。前者于 1987 年离婚。后者与前者的儿子结婚，但 1995 年分居，生有一个孩子。1997 年离婚。两者从 1996 年开始同居。媳妇的儿子跟他们住在一起，现在已叫过去的爷爷为爸爸。2002 年 5 月，两人写信给当地的婚姻登记机关询问可否结婚，得到的答复是，除非“公公”和“媳妇”的前配偶都已死亡（可能为了避免称呼混乱），现有的 1949 年《婚姻法》和 1986 年的《禁婚亲等法》都不允许他们结婚。2003 年 9 月 30 日，当事人向设在斯特拉斯堡的欧洲人权法院起诉，控告英国的有关法律违反人权，他们胜诉，于 2004 年 6 月 29 日得到了结婚许可。理由一，禁止他们结婚的法律出于维护家庭完整的目的这样做，但并未达到此目的。理由二，没有任何乱伦的或其他的刑法条款禁止公婆与媳婿之间的婚外同居关系，因此不能说禁止两者的婚姻能达到阻止媳妇的小孩在“伦”上陷入混乱，因此，法院认为英国议会的规定无用，因为它不能把剥夺结婚资格的目的一贯保持，而且对于有些这样的情况放任不管，其规定缺乏合理性和逻辑性。

① 参见《公公娶儿媳，行否?!》，载《江苏法制报》2005 年 8 月 26 日。

这一判决意味着英国政府必须考虑修改上述法律。①

I.1,10,7。也禁止娶岳母和继母为妻,因为她们处在母亲的地位。这也只是就上述姻亲关系已解除的情况所说的。否则,如果她迄今是继母,换言之,如果她迄今与你的父亲有婚姻关系,普通法阻碍你与她结婚,因为同一个她不能被两个人娶走。同样,如果她迄今是岳母,换言之,如果她女儿迄今与你有婚姻关系,婚姻受到阻碍,乃是因为你不能有两个妻子。

此段讲姻亲间的禁婚规则之一:不得娶前岳母或前继母。这一规定只适用于这种亲属关系已解除的情形,例如女婿已与岳母的女儿离婚、继母已与继子的父亲离婚的情形,因为在这种亲属关系存续期间,普通法约束他们不得结婚,原因是不得重婚或一夫一妻制的禁令。这种亲属关系解除后他们仍然不得结婚,是因为她们处在母亲的地位,因此,此段的隐含前提是只有同辈分的人之间可以通婚。但从实务操作来看,罗马皇帝逐渐把本题的禁婚令放宽。马尔库斯·奥勒留皇帝和维鲁斯皇帝以敕答规定,离婚后,继子在不知情的情况下与继母结婚并生子的,他们免受乱伦指控,而且乱伦婚姻实行不告不理原则,所以,这种婚姻往往因无人指控得到原谅。②

如前所述,本段的规则为一些国家的民法典继受,但突破本段规则的案例在世界各国时有发生,考验这一规则的合理性。下面分述这些案例。

首先是中国的漳州女婿娶岳母案。林军与晓纯结婚2年后,后者死于车祸。为了岳母,林军搬进其大他12岁的岳母家,日久生情,两人同居起来。有人说他们乱伦,岳母的父母气得不认女儿。专家建议他们两个人离开漳州,换一个陌生的环境,重新生活。但是,两个人在一起要承受很大的压力,这种压力会影响到他们未来的生活。有人建议,如果他们无法承受这种压力,就要选择分离。两个人把男女之间的感情结束,恢复到亲情的层面上来。③

其次是英国的沃林顿女婿娶岳母案。51岁的克里夫·布伦顿要娶大自己15岁的前岳母布兰尼·贝利,但按英国法,这样做违法,克里夫因此被警方逮捕过。1992年起,克里夫打官司,一直打到欧洲人权法院,迫使英国于2007年1月修改了《婚姻法》,这对恋人终于成婚,成为合法夫妻。④

---

① See BBC News, In-Law can marry, Judge dicide, On http://news.bbc.co.uk/1/hi/england/manchester/4243420.stm,2005年10月25日访问。

② 参见[古罗马]优士丁尼编:《学说汇纂第48卷(罗马刑事法)》,薛军译,中国政法大学出版社2005年版,第113页。

③ 参见蔡佩玲、吴笛:《妻子死了,女婿与岳母相爱》,载《厦门晚报》2006年12月16日第6版。

④ 参见《打了15年官司女婿终娶丈母娘》,载《厦门晚报》2007年3月19日第19版。

I.1,10,8。但丈夫的出自另一妻子的儿子与妻子的出自另一丈夫的女儿，或相反的情况，可以正当地缔结婚姻，尽管他们有在后来缔结的婚姻中出生的兄弟或姐妹。

此段讲继兄弟姐妹之间可以结婚。具体情况是：(1) 丈夫和其前妻生的儿子与后妻和其前夫生的女儿之间；(2) 丈夫和其前妻生的女儿与后妻和其前夫生的儿子之间，他们之间没有血缘关系，而且是同辈人，因此可以结婚，两个结婚者的父母在新婚姻中生育了子女的，不影响上述结合，但这种新出生的兄弟姐妹与其父母在前婚中生育的子女间的结合，适用本题第 2 段的规则。

I.1,10,9。如果你妻子离婚后与他人生了一个女儿，她确实不是你的继女。但尤里安[①]说：应避免这样的婚姻。事实上，儿子的未婚妻也不是儿媳；父亲的未婚妻也不是继母，但使自己避免这样的婚姻的人，做得更正当，更合乎法。

本段讲乱伦禁忌的扩张：据此向下限制男子与其前妻的二婚生的女儿，和其儿子的未婚妻结婚；向上限制男子和其父亲的未婚妻结婚，这样处理是为了维护公共道德的考虑。未婚妻是订婚造成的。限制与其直系亲属的未婚妻结婚，因为订婚的效力使然。按彭波尼的说法，姻亲关系成立于订婚之时[②]，不似我国法上的姻亲关系成立于之时。所以本段说，不与直系亲属的未婚妻结婚，更合乎法。

I.1,10,10。当然，奴隶的血亲关系也是婚姻的障碍，例如，父亲和女儿或兄弟和姐妹都凑巧被解放的情况。

本段讲奴隶之间结合时的乱伦禁忌问题，只讲了属于一个亲属团体的数个不同性别的奴隶被解放后与他们之间的乱伦禁忌问题，没有讲他们未被解放时的乱伦禁忌问题，原因很简单，按照市民法，奴隶之间的结合是 Contubernium，Tubernium 指奴隶住的棚子，加上 Con 的表示共同的前缀，两者合成后的意思是两个性别不同的奴隶同居在一起了。所以，Contubernium 一词很好地揭示了奴隶之间结合的事

① 萨尔维尤斯·尤里安(Salvius Iulianus)，阿德里亚努斯时代的法学家。130 年，根据阿德里亚努斯皇帝的指示组织一个委员会对既有的裁判官、市政官告示进行了整理修订，颁行天下以为圭臬，名之为《尤里安永久告示》。

② D.38,10,8(彭波尼：《教本》第 1 卷)："塞尔维尤斯讲得好：岳父母、女婿、儿媳的称呼都来自于订婚行为。"参见〔意〕桑德罗·斯奇巴尼选编：《婚姻·家庭和遗产继承》，费安玲译，中国政法大学出版社 2001 年版，第 25 页。

实性。但在基督教时代，奴隶可以根据教会法结婚，这时，他们间的结合应该遵循乱伦禁忌。奴隶被解放后，他们间的结合就是法律而非事实了，所以要遵守乱伦禁忌，但这不是出于法律的规定，而是出于善良风俗。此等禁忌一方面适用于直系血亲之间的结合，例如父亲不得与自己的女儿结婚，另一方面也适用于旁系血亲间的结合，例如兄弟不得与自己的姐妹结婚，反之亦然。

I.1,10,11。还有其他一些因各种理由被禁止结婚的人，朕已允许将他们开列在由古代法汇集而成的《学说汇纂》或《潘得克吞》一书中。①

本段讲本书未言及的其他禁婚规定之所在，它们见于《学说汇纂》或《潘得克吞》。这是一本书的两个名字，之所以如此，乃因为在优士丁尼的时代的拜占庭实行双语制，拉丁语是法律语言，希腊语是用于其他方面的语言。潘得克吞是《学说汇纂》的希腊语名称，其含义是“许多人说”。后来这一书名成为德国的一个潘得克吞民法学派的名称。

其他禁婚规定例见：元老及其儿子不得娶女解放自由人（D.23,2,23）；男解放自由人不得娶元老的女儿（D.23,2,16pr.）；监护人和保佐人不得娶女被监护人和被保佐人为妻（D.23,2,26）。

I.1,10,12。如果任何人违反朕之所述结合，根本不能谈丈夫、妻子、婚姻、婚姻关系、嫁资。因此，这种交合生下的子女，不处在父亲的权力下，而是这样的：就家父权而言，他们如同其母亲由不确定的人施孕的人。事实上，这些人被认为没有父亲，因为此等父亲也许是不确定的。因此，他们通常被称作“私生之子”，或用希腊语说是“野种”，或相当于无父之子。因此，作为结果，在解除这样的交合的情况下，也不发生嫁资返还。而缔结被禁止的婚姻的人，还要承受神圣敕令规定的其他刑罚。

本段为对违反禁婚规定的法律后果的规定。后果之一，婚姻关系无效。后果之二，没有嫁资，嫁资是父亲对女儿或其他人对友人的女儿所为的赠予，以补偿她将失去的继承权并保障她出嫁后的生活。没有嫁资等于剥夺继承权。后果之三，所生子女不处在家父权下，由此成为野种。后果之四，即使解除这样的交合也不发生嫁资返还，这是对女方额外的惩罚。后果之五，承受其他刑罚。例如，康士坦兹对于舅舅与外甥女之间的结合处以死刑（C.Th.3,12,1,a,342）；对堂表兄弟姐妹

① 参见 D.23,2。

之间的结合适用火刑，后来被阿卡丢皇帝代之以罚金[①]，因此，I.1,10,4 讲到的对这种婚姻的允许并非从来就有的事情。

I.1,10,13。而有时，发生一出生并不立即处在尊亲权力下的子女，但尔后被承认为在此等权力下的情况。例如一直是亲生子，因后来被交给库里亚而受制于家父权的人。法律毫不禁止与其结婚，但父亲对之只有亲密交往的自由妇女所生的子女，在父亲按照朕之敕令[②]订立嫁资契约后，也处于父亲的权力下。朕的敕令同样也授予在同一婚姻中出生的其他人以上述地位。

本段讲准正制度。本段处在讲禁婚规定的上下文中，这种位置说明它讲的是违反禁婚规定产生的私生子的身份解脱之道。准正是非婚生子女转化为婚生子女，这意味着事实转化为权利，以及从自然到民事。Illegittimo 指非婚生子女，本身即为“非法”之意。本段告诉我们，准正有两种形式：

1. 被交给库里亚，此处的库里亚指自治市议会，它一般有 100 名成员，称为 Decuriones，他们经市民选举产生，由两个或 4 个长官领导，一般要有 10 万塞斯特斯的财产。[③] “被交给库里亚”即登记为库里亚的成员，它意味着繁重的义务，例如，不得居住在乡村，不得当兵，不得从事任何与管理自治市不相容的职务。[④] 他们为皇库征税，征收不足的自己补足。同时承担城市的管理、负责城市内部的司法、财政和行政管理。[⑤] 帝政晚期，国势垂败，库里亚成员逃避履行义务，国家不得不强制其履行义务，对于他们承担的繁重的义务的补偿是让担任此等职务的自然子女取得准正的机会。这是狄奥多西二世皇帝（401—450 年）创立的规则，他还把这一特权扩及于与库里亚成员结婚的自然子女。[⑥] 因此，这里的准正并非父亲的行为，而是国家的行为，相当于一种名誉身份奖励。其实惠不仅有名分上的，而且有经济利益上的，因为准正的子女可以作为自权继承人继承乃父的遗产（I.3,1,2a；C.5,23,9）。

---

① Cfr. Mario Talamanca (sotto la direzione di), Lineamenti di Storia del Diritto Romano, Giuffrè, Milano, 1989, p.587.

② 参见 C.5,27,10,529 年。

③ 参见王振霞：《早期罗马帝国城市库里亚等级探析》，载《聊城大学学报（社会科学版）》2008 年第 6 期，第 77 页。

④ Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.89.

⑤ 参见王振霞：《早期罗马帝国城市库里亚等级探析》，载《聊城大学学报（社会科学版）》2008 年第 6 期，第 80 页。

⑥ Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.89.

2. 有长期同居关系者补办结婚手续。补办结婚手续就是订立嫁资契约，是种要式行为。西班牙、俄国人、罗马人名字的构成中都有父名，说明了子女的归属。未准正的子女是难以有父名的。

第 11 题

收养

I.1,11pr.。然而,不仅亲生子女依朕之所述处在我们的权力下,而且我们收养的人也是如此。

本段回到第 9 题开创的话题,讲家父权的发生依据之二:收养。"出生"是自然建立父子关系的方式;收养则是"人为"的建立父子关系的形式,前者不能选择,后者可以。从这个意义上说,收养的方式更好。考虑到增加之诉中涉及的家子代管家父企业的可能,可理解收养是扩张家父势力的手段。

I.1,11,1。而收养以两种方式作成:或根据元首的敕答,或根据长官的谕令权。我们根据皇帝的权威收养是自权人的男女,这种收养被说成自权人收养。我们根据长官的谕令权收养处于尊亲权力下的男女,他们要么成为第一亲等的子女,有如儿子和女儿;要么成为更远亲等的卑亲属,有如孙子、孙女、曾孙子、曾孙女。

本段讲收养的两种形式。自权人收养,收养的是家父,要根据元首的敕答才能实施。其二,普通收养,收养的是家子,根据长官的谕令权实施。自权人收养的出现时间早于普通收养,在《十二表法》之前就有了。①

王政时期自权人收养的程式在奥鲁斯·杰流斯的《阿提卡之夜》②中有详细记载,自权人收养要在大祭司的领导下召集被称作库里亚会议的民会上进行,该会负

① Cfr. Marcello Salvadore, L'Adozione di Clodio, In Labeo, Rassagna di Diritto Romano, Vol.38, 1992, Jovene, Napoli, p.289.

② 奥鲁斯·杰流斯是 2 世纪人,盖尤斯的同时代人,可能出生于非洲,拉丁作家和语法学家。他在罗马学习语法和修辞,在雅典学习哲学,然后返回罗马担任法官。他唯一的作品是《阿提卡之夜》,是他在雅典(又称阿提卡)的一个漫长的冬夜开始写的作品,回到罗马后继续直至完成。记载他在谈话中、读书中遇到的不同寻常的事情,成了一部百科全书式的东西,包括语法、历史、法律、地理、哲学等当时一切已有的知识。See "Aulus Gellius", On http://www.answers.com/topic/aulus-gellius,2006 年 7 月 11 日访问。

责审查收养人的年龄是否大于60岁，是否不能再生育，小于60岁的人被认为具有生育的可能；是否具有借收养侵吞被收养人财产的用心，因为一旦成立收养，在养父与养子间发生活人间的继承。收养的正当原因还有收养人自己是否有一个或更多的孩子，收养人与被收养人的贫富差距等。① 最后要用大祭司昆图斯·穆丘斯·谢沃拉设计的誓言发誓。② 自权人收养的拉丁语形式 Adrogatio 可以在这种库里亚会议的背景下得到理解。它由 A（去）和 Rogatio（问）两部分构成。盖尤斯在其《法学阶梯》1，99 对此释义，该词来源于三方面的询问，首先收养人被询问是否让被收养人成为自己合法的儿子；其次，被收养人要被询问是否愿被收养；第三，在场的民众被询问是否准许实施此等收养。③ 第三个询问的措辞是这样的："你们愿意并命令路求斯·瓦雷流斯根据法并依据法律成为路求斯·蒂丘斯的儿子，仿佛他早就进入后者家庭并成为其成员，拥有同样的父亲和母亲吗？你们愿意并命令他的新父亲对他享有父亲对儿子的生杀权吗？哦！罗马人！你们的所言就是事情的结果，请你们决定吧！"④最后，民会要投票决定是否同意这一收养并报大祭司批准。当然，这是共和时期的自权人收养的程式。到了帝政时期，《关于谕令权的王权法》赋予皇帝绝对的主权，他作为过去同意收养的民会的代表以敕答就自权人收养为决定。⑤ 具体的操作程序见本题第3段的规定。

普通收养是把亲子关系从一个家庭转到另一个家庭并得到长官批准的行为。长官的批准依据是其谕令权，它是长官发号施令的权力。大长官享有此权。谕令权分为民事的和军事的，前者是在意大利的范围内的一般的执行权和行政权，后者是主持百人团会议的权力，以及行省管理权。⑥ 看来，批准收养的谕令权指的是长官的行政权。按本段，在普通收养中，我们不仅可以收养子女，而且可以收养孙子女或更远亲等的卑亲属。如果收养孙子的家父有自己的儿子，就发生了代理收养。它的存在表明家父权下的儿子不能自己为收养，所以有养孙的问题。

自权人收养实质上是一种政治制度。在国家的层面上，它是最高领导人选拔政治继承人的工具；在家庭层面上，它是家父扩张自己的家族实力，把能者与

---

① See The Digest of Justinian, Vol. I, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 21.

② Cfr. Aulo Gellio, Notti Attiche, Traduzione Italiana di Luigi Rusca, Volume Primo, BUR, Milano, 2001, p. 445.

③ 参见〔古罗马〕盖尤斯：《法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社 1996 年版，第 38 页。

④ Cfr. Aulo Gellio, Notti Attiche, Traduzione Italiana di Luigi Rusca, Volume Primo, BUR, Milano, 2001, p. 445.

⑤ Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag. 98.

⑥ See William F. Allen, The Lex Curiata de Imperio, In Transactions of the American Philological Association, Vol. 19 (1888), p. 6. 有的作者把谕令权分为最大的、纯粹的和混合的。参见〔美〕伯尔曼：《法律与革命》，贺卫方等译，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 353 页。

贤者纳入自己家族的工具。这种做法的道理阿德里亚努斯皇帝说得很透彻：儿子无法选择，但继承人可以。[①] 自权人收养似乎与长子继承制是对立的。而且，自权人收养还能改变被收养人的身份，例如从贵族变成平民，从而取得担任保民官的资格。[②]

自权人收养已不存在于现代民法中，是基督教导致了其消亡，因为这种宗教只承认婚生子，不允许家外成员加入家庭。[③] 什么时候发生的这种废除？由优士丁尼于543年在第118号新律中废除。[④] 实际上，该新律只是废除了宗亲与血亲的区分，宗亲关系是自权人收养的依托，废除宗亲后，实际上就废除了自权人收养。

I.1,11,2。但在今天，根据朕的敕令[⑤]，在生父将家子出养给家外人[⑥]的情况下，生父的支配权毫不解除，也不移转任何权利给养父，儿子也不处在其权力下，尽管如此，朕分给养子无遗嘱情况下的继承权。但如果生父不将其儿子出养给家外人，而是出养给他儿子的外祖父；或如果生父自己已被解放，出养给祖父；或以类似的方式出养给曾祖父或外曾祖父，在这种情况下，由于血亲权和养亲权在一个人身上竞合，养父的权利维持不变，与血缘关系相联合，并通过以合法方式作成的收养得到巩固，这样，儿子既处在家族中，又处在这样的养父的权力下。

此段讲生父权力与养父权力的关系。收养并不影响生父的权力，家父权仍由生父行使，养父是个名分。同时在养父无遗嘱的情况下享有继承的权利。有相当大的机会得双份。这种安排是为了让对卑亲属无家父权的尊亲经收养取得对此等卑亲属的家父权，例如，外祖父收养外孙作为养子、祖父收养已经解放的儿子所生的孙子女，或者祖父将留在家里的孙子女出养给已被解放的儿子即他们的父亲。[⑦] 这样就发生了血亲权和养亲权的竞合。祖父之所以收养孙子，有时是为了改变孙子的亲子关系。例如，祖父有两个儿子，他们各有一子，他希望其中的一个儿子是这两个孙子的父亲，于是，他可解放一个孙子，然后收养他，把他挂在他希望其有两

① 参见〔日〕盐野七生：《罗马人的故事XIV：基督的胜利》，郑维欣译，三民书局2007年版，第158页。

② 参见〔苏〕乌特琴科：《恺撒评传》，王以铸译，中国社会科学出版社1986年版，第138页。

③ 罗马三大的列奥·贝贝教授对我在2006年6月25—30日在苏兹达利—莫斯科召开的第四届《罗马公法和私法：几个世纪以来欧洲法律发展的经验》国际会议上提出的这一问题的回答。

④ 参见周枏：《罗马法原论》(上册)，商务印书馆1994年版，第150页。

⑤ 参见C.8,47(48),10,530年。

⑥ "家外人"，即彼此不通过家父权发生联系的人。

⑦ 参见周枏：《罗马法原论》(上册)，商务印书馆1994年版，第156页。

个儿子的儿子的名下(D.1,7,15,1)。

I.1,11,3。而在根据元首的敕答收养自权的未适婚人的情况下,经对原因进行审理,许可进行自权人收养,并要询问进行自权人收养的原因是否诚实和有利于未成年人,并附某些条件作成自权人收养,换言之,要让自权人收养人向公人即民事登记官保证:如果未成年人在未适婚状态内死亡,他将把其财产返还给如未作成收养将会继承未成年人的人。同样,自权人收养人不能解放他们,经对原因进行审查认为解放是应当的,并把其财产交还给他们的除外。但如果父亲在将死时剥夺了其继承权,或在生存时无正当理由地解放了他,将命令此等父亲把自己财产的1/4的份额遗留给养子,不消说,还外加他带给养父的财产以及他后来为养父获得的收益。

此段讲帝政时期进行自权人收养的具体操作程序。这一程序是戴克里先和马克西米连皇帝于286年以敕答创立的①,它就是第1段和本段提到的"元首的敕答"。

首先,这种收养只适用于与收养人有血缘关系的未成年人。自权人是不受制于家父权、夫权或主人权力的人,因此,如果家父解放未成年的孩子,可能产生未成年的自权人。自权人与现代的完全行为能力人不是同样的概念。收养人把与自己有血缘关系的这样的自权人收养,目的可能是把脱离了家父权保护的这种人置于自己的家父权保护下。

收养未成年的自权人,这在古时是不可能的,因为未成年人不能参加民众大会并在该会上就收养作出自己的同意,妇女也是如此,故古时的自权人收养排除收养未成年人和妇女。在戴克里先之后,自权人收养不在民众大会举行了,所以可以这种方式收养未成年人了,到优士丁尼时代,甚至可以这种方式收养妇女。②

其次,这种收养在行省总督的面前进行,在这个过程中,要对收养的原因进行审查,要确保此等原因诚实和有利于被收养人,其内容为对收养人的年龄、子女和一般的财产状况、其近亲属的同意、收养人是否有疾病或身体缺陷(D.1,7,15,2)等进行调查,得到肯定结论的才可进行自权人收养,但必须附加在收养人死亡时或解放被收养人时把自己1/4的遗产留给后者的条件。

第三,收养人到民事登记官处订立一个要式口约:保证在被收养人于未成年状态时死亡或自己解放或剥夺其继承权时他要返还自己继承的被收养人的财产于其

① 参见C.8,48,2。

② *Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.103.*

家人。这样就充分地保护了被收养人的利益，防止了把收养作为骗取钱财的手段。

本段中的公人，是古罗马的公证人和代书人，通常由公奴担任。私奴经其主人同意也可从事这一职业，后来，阿卡丢与和诺留皇帝禁止奴隶担任公证人。①

I.1,11,4。已决定，较年轻者不得收养较年长者。因为收养是模仿自然，儿子年长于父亲是荒唐的。因此，以自权人收养或收养为自己获得一个儿子的人，应超过儿子一个完全适婚期，也就是18岁。

此段规定年幼者不得收养年长者，采用了自然的理论，按这种理论，父亲应比儿子年龄大得能生出后者来。收养人与被收养人的年龄差长期以来无规定，导致了年轻的平民普布流斯·封特尤斯收养年龄比他大的贵族出身的克洛丢斯，以便他获得保民官的平民身份任职条件的丑闻。在阿德里亚努斯时代，关于收养当事人的年龄差的立法虽有但不具体，也就是说，法律要求两者有年龄差，但未具体规定要差多少，138年，他收养只比他小10岁的安东尼努斯时，以敕令肯认了他与安东尼努斯这样的年龄差不妨碍收养之成立。② 后来优士丁尼把这一年龄差明确为18岁(I.1,11,4)，这个年龄被理解为完全适婚年龄。

完全适婚年龄与不完全适婚年龄相对，后者是男14、女12岁，前者是男18岁、女14岁。③

本段的规则对现代法产生了影响。在制定《塔吉克斯坦民法典》的过程中，参与者曾对收养人和被收养人年龄差距问题争论不休，最后大家发现了优士丁尼《法学阶梯》设定18岁为两者的年龄差的规定，觉得很好，因此沿用为自己的规定。④

I.1,11,5。然而，也允许某人收养他人处在孙子或孙女的地位，或处在曾孙子或曾孙女的地位，以此类推，尽管他并无儿子。

此段规定隔代收养之允许。表明某人的自然的亲属辈分与另一人的民事的亲属辈分可以不同，这只是一方面；另一方面，解决了年高的收养人收养年龄很小者为儿子的"违反自然"的问题。当然，本段也可能反映家父权制度下的"代理收养"

---

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag. 103.

② 参见〔日〕盐野七生：《罗马人的故事 IX：贤君的世纪》，林韩菁译，三民书局2003年版，第362页。

③ See John Taylor, A Summary of the Roman Law, London, 1772, p. 125.

④ 参见〔塔吉克斯坦〕马赫卡姆·马赫姆多夫：《家庭法对罗马法制度的继受》，2005年10月19—23日在塔吉克斯坦首都杜尚别召开的"第十届中东欧国家和亚洲国家罗马法学者研讨会"论文。

问题，家父收养小孩为孙子的，实际上就是代理他儿子收养了一个儿子。

I.1,11,6。某人既可收养他人的儿子处在孙子的地位，也可收养他人的孙子处在儿子的地位。

此段讲乱辈收养之允许。被收养人以前的身份不影响收养关系的成立。这两段采用了自然与民事的对立理论。收养本身就是一种民事的制度，它的长幼顺序不受自然的长幼顺序的限制。从这一点看，本段有与第4段不一致的地方。

乱辈收养有奥古斯都把自己的女儿和阿格里帕生的盖尤斯和路求斯收养为子的实例。[①] 奥古斯都的此举是安排他们成为自己的政治继承人，但他们不幸早夭，奥古斯都未能如愿。最后只能收养自己的继子提贝流斯继承大位。

I.1,11,7。但如果某人收养他人处在孙子的地位，或作为他已收养的儿子之所出，或作为处于他权力下的亲子之所出。在这种情况下，儿子也应同意，以免违背其意志强加他一个自权继承人。但相反，如果祖父把儿子所出的孙子出养，并不需儿子同意。

本段讲父亲为隔代收养时负征求儿子同意的义务，不论这种儿子是收养的还是亲生的，这反映了隔代收养中的利益冲突，隔代收养会破坏儿子对遗产的期待权。相反，祖父把儿子所出的孙子出养的，却不需要这种同意，因为家父权包括出养的权利，此等孙子在这个祖父而非自己父亲的家父权下。

I.1,11,8。而在多数情况下，被收养的人或被作为自权人收养的人，其地位同于从合法婚姻中出生的人。因此，如果某人通过皇帝，或在裁判官或行省总督面前收养了非家外人，他可以把上述人出养给他人。

此段讲两种形式的养子女的地位与亲生子女相若，但在自权人收养中，收养人必须自己无儿子才能为收养，所以，难以有让自己的亲生子比较与养子的地位的机会。正因为养子处在亲生子的同等地位，收养人才有权把自己的养子再出养。被允许再出养的限于被收养的家内人，被收养的家外人不得被再出养，此乃因为优士丁尼以一个敕令否定非作为被收养人直系尊亲的收养人可通过收养取得家父权，

① 参见〔日〕盐野七生：《罗马人的故事 VI：罗马和平》，张丽君译，三民书局 1998 年版，第 163 页。

故此等收养人不能以再出养的方式把自己没有的家父权移转给他人。[①] "非家外人"指作为收养人血亲的被收养人,其外祖父可以收养他,由此赋予他继承权;其祖父也可收养他(在他由祖父的儿子被解放后出生的情形),目的也是为了赋予他继承权;其父亲也可收养他,在该父亲被祖父解放,该祖父保留该父亲的儿子在权力下的情形如此。[②] 非家外人被再出养,不过走出血缘亲属的圈子走入另一个家族的圈子,达成更广泛的人员交流,不至于损害养子的人格。

I.1,11,9。但这一点是两种收养共有的:不能生育者,有如天阉[③],可以为收养,而被去势者不能为收养。

本段及以下讲收养能力问题。第一种情形是阉人不能为收养。但盖尤斯《法学阶梯》1,103 规定阉人可以为收养。由于自然原因无法生育的人可以收养,而受过刑罚的人不可以收养。这一规定体现了收养的另一功能,安慰未受罚而无法生育的人。"被去势者"即被阉割的男人。在奴隶制条件下,有些奴隶主对奴隶实施阉割手术,或为了救命,或为了保持女主人的贞洁,或为了培养好的歌唱家,无论出于何种原因,都产生不人道的后果。此外,自由人的自愿阉割也是存在的。塞涅卡在其《道德书简》第 108 封信中提到了"阉人祭司"。[④] 有人相信,排出大量精子时会排掉精气和神气,因此,阿提斯和库伯勒的宗教鼓励人们自我阉割。奥运会运动员也进行这种手术。[⑤] 无论如何,君士坦丁皇帝规定了对阉人为宦官者处死刑。实际上,罗马宫廷使用宦官,例如,荷拉迦巴尔皇帝(Heliogabalus,218—222 年在位)史家评论为是其宦官的奴隶,故亚历山大·塞维鲁斯(Alexander Severus)皇帝减少使用宦官,在宫廷里只让他们伺候女人洗澡。[⑥] 优士丁尼在第 142 号新律中继续禁止实施阉人手术,违者没收财产并放逐小岛,并对或许因为某种疾病被阉的奴

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag. 105.

② Ibid., pag. 101.

③ "天阉",为"阳痿者"之意。

④ 参见〔古罗马〕塞涅卡:《幸福而短促的人生——塞涅卡道德书简》,赵又春、张建军译,上海三联书店 1989 年版,第 251 页。

⑤ 参见〔法〕安德烈·比尔基埃等主编:《家庭史》1(上册),袁树仁等译,三联书店 1998 年版,第 395 页。

⑥ See Aelius Lampridius, The Life of Severus Alexander, XXIII, Translated by David Magie, On http://www.severusalexander.com/historia.htm,2009 年 11 月 5 日访问。

隶赋予自由，赋予被蓄养的阉人自由权。[①] 列奥六世皇帝有类似规定。[②] 相较于君士坦丁，优士丁尼降低了对为人去势者的惩罚力度，这可能因为东罗马帝国日益受到东方的影响。在以上规定的情形，被去势者都是犯罪的牺牲品，他们不应该受到贬辱，但不允许他们收养子女，就是贬辱他们了。这种处理比较费解，可能代表了贬辱性犯罪的受害人的陈旧观念，被强奸的妇女也遭受过类似的对待。

但东罗马帝国 741 年的《法律选集》(Ecologa ton nomon)第 17 题以割去阴茎来惩治性犯罪。事实上，这些身体刑也被规定在优士丁尼法规定罚金刑的各种情况中。这是一套非常不同于从罗马法继承的制裁体系的制裁体系，它们受到了波斯和伊斯兰之传统的影响。[③]

I.1,11,10。女性也不能为收养，因为她们对亲生子女也不享有权力。但出于元首的仁慈，她们有时已能为收养，以作为丧子的安慰。

此段讲收养能力的第二种情形：女性在丧子情况下的收养能力。早期，她们没有这种能力，无论是自权人收养还是普通收养，都是如此。就自权人收养而言，曾经要在库里亚大会进行，这是一个成年男子的大会，妇女不得入内，所以不考虑其他因素，就是因为这个因素她们也不可能为自权人收养。就普通收养而言，收养是家父权的一种发生方式，妇女非家父，自然就不能为收养了。当然，收养是一种法律行为，妇女没有行为能力，故不能实施收养。但后来戴克里先破了这个例，特许丧子的妇女可以为收养。这是出于人道主义的考虑对于母性的要求的尊重，此处的可以为收养的妇女，肯定是丧偶并且没有家父的，不然，就是这些男人实施收养来满足她的需要了。尽管本段尚未允许所有的女性为收养，仍在赋予妇女完全的行为能力问题上开了一个口子，而且对既往的禁止妇女为收养的逻辑造成了一个缺口：既然收养是家父权的发生依据，现在妇女在特殊情况下可以为收养，完成此等活动的妇女也就成为"家父"了。看来，家父权演变为亲权，戴克里先功不可没。

I.1,11,11。那种根据神圣的谕旨作成的收养，在这一点上是独特的：有子女处在权力下的人，如果把自己作为自权人出养，不仅他自己承受自权人收养

---

① See The Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S. P. Scott, Cincinnati, The General Trust Company, 1932, Vol. XVII, p. 162.

② Ibid., p. 258.

③ 参见〔意〕阿尔多·贝特鲁奇：《〈巴西尔法律全书〉的特色和在拜占庭法和欧洲法律传统中的地位》，徐国栋译，载徐国栋主编：《罗马法与现代民法》第 1 卷，中国法制出版社 2000 年版。

人的权力，而且其子女作为孙子，也处在同一人的权力下。事实上，神君奥古斯都[①]在提贝流斯[②]收养日耳曼尼库斯[③]前，不收养提贝流斯，这样，一旦收养作成，日耳曼尼库斯就成为奥古斯都的孙子。

此段讲自权人收养的牵连性。也就是说，收养一个家父的，被收养家父的家子无需特别的手续，通过同一个收养行为成为收养人的孙子。这一特性来源于自权人收养的经常是家父的特性，普通收养收养的都是家子，即使此等家子育有子女，后者也在其爷爷或更高尊亲的家父权下，不可能随同其父被牵连收养。

自权人收养的这种特性往往被政治人物利用，本段提供了奥古斯都牵连收养日耳曼尼库斯的案例。日耳曼尼库斯（Germanicus Iulius Caesar）是德鲁苏斯（Drusus）和安东尼娅（Antonia）的儿子，很能干，被提贝流斯收养。其养父被奥古斯都收养后，日耳曼尼库斯自然成了奥古斯都的孙子。这样，奥古斯都不仅选定了自己的第一代政治继承人，连第二代也一并选定了。牵连收养也发生在阿德里亚努斯收养安东尼努斯之时，收养的条件是安东尼努斯收养马尔库斯·奥勒留。[④] 这样的制度像继承法上的连续信托（I.2,23,11）制度一样，表达了死者对控制从自己流出的物品达更多的代数的愿望。

I.1,11,12。古人提到伽图在其作品中很好地写道：奴隶如被主人收养，他们可因此获得解放。朕也由此受到启发，在朕的一个敕令中[⑤]规定：主人在公证文件中称之为其儿子的奴隶，成为自由人，尽管这一行为不足以使之获得儿子的权利。

---

① 奥古斯都（Gaius Iulius Caesar Augustus，公元前63年—14年），公元前27年—14年在位的罗马皇帝，恺撒的外甥、养子和继承人。原名盖尤斯·屋大维，公元前27年被元老院奉以"奥古斯都"（意为神圣者、至尊者）尊号，后世即以此称之。恺撒被刺后，与安东尼、雷必达结成"后三头同盟"，东征西讨，消灭政敌，征服异族，建立了所谓的"罗马和平"，即强权下的和平。集军、政、教大权于一身，自称为"元首"，实际上把罗马的政体由共和制变成了帝政分权制或元首制。在位期间大兴土木、奖励文艺，形成了罗马文学的黄金时代。

② 提贝流斯（Tiberius Iulius Caesar Augustus，公元前42年—37年），为奥古斯都的养子和女婿，奥古斯都死后继其位，在位23年，致力于巩固新兴的罗马帝国，为此建立各种典章制度并进行公共建设，对元老院采取温和态度，后为禁卫军长官马克罗所杀。

③ 日耳曼尼库斯（Germanicus Iulius Caesar，公元前16年—19年），为提贝流斯之侄，后被其收为养子，在军旅中为提贝流斯的亲信。奥古斯都死后，由于构成对提贝留斯取得帝位的威胁，被叙利亚总督在安条克害死，全家除儿子卡里古拉和女儿阿格里披娜外，全部被迫害致死。其子卡里古拉继承了提贝留斯的帝位。

④ 参见〔日〕盐野七生：《罗马人的故事 IX：贤君的世纪》，林韩菁译，三民书局2003年版，第362页。

⑤ 参见C.7,6,1,10,531年。

此段讲收养解放，这是一种由伽图开创的制度。这里的伽图是马尔库斯·伽图还是伽图·李其尼亚努斯(？—公元前152年)[①]，并不重要，因为两者都是法学家，且都留下了市民法方面的著作，甚至于伽图·李其尼亚努斯留下的更多。[②] 老伽图写过《演说术》、《论农业》、《论医学》、《战争法》、《起源》(叙述罗马史)等数部作品。[③] 伽图·李其尼亚努斯写过《市民法评注》(15卷以上)，是伽图规则的创立人。

伽图描述的情形是这样的：如果主人收养一个奴隶，则等于赋予此等奴隶自由，因为这是权利推定原则的要求。如果甲法律行为以乙法律行为为条件，则甲的实施意味着乙的实施，尽管乙未被明示地实施。这是一个解释法律行为的规则，关系到连带性法律行为之间的关系问题。同时也贯彻了有利于自由权的原则和人道主义原则。这里的乙行为是解放，甲行为是收养奴隶为儿子。

但优士丁尼敕令的处理与此相反，如果主人收养奴隶为子，此等奴隶并不成为其养子，不过因此获得自由，因此，行为的表面是收养，实质是解放。这导致本段不适合处在本题，因为本题是关于收养的，优士丁尼的规则是关于解放的。

本段中的公证文件何指？按奥托曼的说法，是主人把待收养的奴隶带到长官前，当着证人的面表达收养他为子的意图，然后把这一过程记录在文书中的过程。[④] 所以，所谓的公证文件既是一种行为，又是一种文书。

---

① See the Entry of Marcus Porcius Cato Licinianus, On http://en.wikipedia.org/wiki/Marcus_Porcius_Cato_Licinianus,2010年8月17日访问。

② 参见〔古罗马〕优士丁尼：《学说汇纂》(第一卷)，罗智敏译，中国政法大学出版社2008年版，第49页。

③ Cfr. Diana Bowder (a cura di Diana Bowder), Dizionario del Personaggi dell'Antica Roma, Grandi Manuali Newton, Roma, 2001, p.68.

④ Véase Arnold Vinnio, In Quattuor Libros Institutionum Imperialum Commentarius Academicus et Forensis, Tomo I, 1867, Barcelona, pag.114.

第 12 题

以何种方式解除支配权

I.1,12pr.。现在朕来看受制于他人权利的人以何种方式从该权利中被解脱。确实,奴隶以何种方式从权力中解脱,我们可从前面朕就解放奴隶的阐述得到了解。但在尊亲权力下的人,因父亲的死亡成为自权人,但要接受这一区别:事实上,父亲的死亡,在任何情况下,当然使儿子或女儿成为自权人,但祖父的死亡并不在任何情况下都使孙子或孙女成为自权人,而只有在祖父死后,他们不被又落在其父亲的权力下时,才是如此。因此,如果祖父将死时他们的父亲仍生存并处在其父亲的权力下,则祖父过世后,他们变得处在他们的父亲的权力下。但如果他在祖父死亡时或已死亡,或已从家父权中摆脱,那么,由于他们不能落入父亲的权力下,成为自权人。

此段及以下开始讲解除支配权的原因,还是把奴隶与子女放在一起谈,而且先谈奴隶。首先提到了解除对奴隶的支配权的方式,采用引证式的叙述方式;其次讲父亲的自然死亡无条件地使其儿女获得解放,成为自权人。请注意,这里的自权人并非完全行为能力人的意思,只是不承受他人权力者的意思,所以,自权人还可能是未成年人,他们承受监护或保佐并不使他们丧失自己的自权人角色。最后讲祖父的死亡使没有父亲或其父亲已被解放的孙子女获得解放。

本段及以下数段与第 16 题的内容重复。

I.1,12,1。然而,在因某种犯罪被放逐小岛①的人丧失市民权的情况下,随之发生这样的事情:由于他被以这种方式从罗马市民总数中勾销,完全如同他已死亡一样,子女停止处在其权力下。同理,如果处在尊亲权下的人被放逐小岛,他停止处在尊亲权下。但如果由于元首的仁慈,他们被召回,他们完全恢复从前的地位。

① "小岛",在无岛的地区,也可用沙漠中的绿洲取代。

本段讲解除支配权的第二种原因：民事死亡，这是对禁绝水火刑的取代，而禁绝水火刑是对死刑的取代，所以，民事死亡的出现见证了罗马人废除或限制死刑的过程。正因为它与死刑有这样的关联，它对于解除家父权产生与自然死亡同样的效果。民事死亡即剥夺权利能力或人格。放逐是永久性的，被宣布民事死亡者是拟制的外邦人，没有交易权、收养权和缔结婚姻的权利，对他们不适用市民法而是适用万民法。既然家父权是市民法上的制度，一个脱离了市民法的人是不配享有家父权的。而且，一个堂堂的罗马市民受一个拟制的外邦人的家父权支配，有辱罗马人的尊严，所以，民事死亡产生让受刑者的子女从其家父权下解脱的法律效果。反过来讲，如果一个子女被放逐小岛，他也要受民事死亡并从而脱离家父权，因为在家父权下有一个拟制的外邦人，也会显得奇怪。从罗马市民总数中勾销是一个有意味的表达，象征着人格（Caput）的丧失，Caput 本来是罗马市民名册中的一章的意思，现在这一章不存在了。

放逐小岛的刑罚适用于贪污、公共暴力、杀人、伪造、通奸、拐带人口等罪名。有些受刑者犯的是公罪，他们有一定的能耐，国家一旦有事就会用其所长，因而被元首召回，此时他们恢复原来的地位，换言之，“死而复活”，其被解放的子女要回到其家父权下或自己回到家父权下。但民事死亡也会导致配偶再婚、死者的遗产继承开始，那么，一旦发生元首召回，是否要恢复婚姻关系，已得到遗产的继承人要返还此等财产呢？答案是否定的，因为元首召回只导致恢复市民权，并不当然导致其他方面的完全恢复原状。要想恢复尊严、荣誉、已丧失的个人权利，必须从皇帝取得一个完全的恢复原状许可，否则，已经发生的法律情势变动不受干扰，换言之，元首的召回决定并无溯及力。[①] 这样的安排，显然出于维持法律关系安定性的考虑。

I.1,12,2。而被流放小岛的尊亲保留其子女在权力下。反过来，被流放的子女，仍留在尊亲权下。

本段讲流放小岛刑对家父权的影响。流放小岛与放逐小岛是两种不同的刑罚，在前者之情形，受刑人保留罗马市民权；在后者之情形，受刑人丧失罗马市民权。前者是永久性的，后者是暂时性的。所以，流放小岛的受刑人不论是家父还是家子，都不导致家父权的消灭。适用流放小岛的罪名有谋杀和投毒、妻子瞒着丈夫堕胎[②]、诱拐他人妻子（D.24,2,8）、监护人伪装贫困、贪污（在犯罪人为卑贱者的情形）。

---

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, Tomo I, 1856, pag.111.

② 参见〔法〕让—皮埃尔·内罗杜：《古罗马的儿童》，张鸿、向征译，广西师范大学出版社 2005 年版，第 158 页。

I.1,12,3。被罚为奴隶的人,停止拥有处于权力下的子女。而被判处矿坑苦役者和被投放野兽者,是被罚为奴隶。

本段讲解除家父权的依据之三:因受刑丧失自由权成为奴隶,这种刑罚的具体方式有二:矿坑苦役和投放野兽。

罚为奴隶意味着自由权、家父权和亲属权的丧失。既然罗马人不能承受外邦人的家父权,当然更不能承受一个罪奴的家父权,所以有本段确立的规则。

矿坑苦役犯实际上是公奴,适用它的罪名有盗墓罪、劫掠牲畜罪等。尽管都属于置于奴隶状态,但与下面要讲到的投放野兽相比,此刑并不取罪人的性命,不过让他受苦而已。

投放野兽是一种执行死刑的方式,它是取罪人性命的,适用于伪造罪、国事罪、杀亲罪、贪污罪等。由于拒绝崇拜皇帝属于国事罪,因此,这一罪名被用来迫害基督徒,此种信徒是除了崇拜上帝什么都不能崇拜的。最早的把基督徒投放野兽发生在鲁哥多奴姆(里昂),4名基督徒在这里的竞技场与野兽争斗后(连打斗也谈不上)被后者吞食。[①] 有的意大利人说,现在的罗马斗兽场被每年用于复活节典礼,乃因为此地曾有许多基督徒被投放野兽,日本学者盐野七生认为并不如此,因为这个竞技场由皇帝承担费用,可以花费高昂的演出费用请职业角斗士与野兽竞技。[②]

I.1,12,4。家子如果服兵役或如果成为元老或执政官,仍处在家父权下。因为军人或执政官的身份并不把儿子从家父权中解脱。但根据朕的一个敕令[③],某人被皇帝以手谕授予最高贵族等级身份的,他立即从家父权解脱。因为谁能容忍:父亲确实可通过解放解开其权力对儿子的约束,而皇帝的崇高却不能把他为自己选作父亲[④]的人从他人的权力中解放?

此段讲解除家父权的依据之四:家属荣显。反映了国家对家族权力的干预。古法的规则是政治身份与家族身份相脱离,家子即使贵为元老或执政官,照样处在家父权下,所以,一个刚刚在讲坛上演说完毕的执政官下来被遭到家父的家法处置,完全可能,这未免有辱国家尊严,优士丁尼遂思改革,以敕令规定,取得"杰出的

① 参见〔日〕盐野七生:《罗马人的故事XI:结局的开始》,郑维欣译,三民书局2005年版,第195页。

② 同上注。

③ 参见C.12,3,5,531—533年。

④ 在拉丁文中,元老为"登录的父亲"(Patres conscripti)之意,故获得相当于元老的最高贵族等级身份者,其地位相当于"登录的父亲"。

人”(Vir illustrius)身份的人,一旦收到皇帝的任命手谕,立即成为家父。[①] 杰出的人专指元老院成员,最后又用以称呼由元老院选出,担任各省总督的官员。[②] 理由如本段所述,家父能解放家子,皇帝既为国父,当然也能解放自己的重要官员于家父权下,这样就型构了自然父权与国家父权的竞争关系。

奇怪的是,在优士丁尼时代,除了杰出的人的身份,还有“德高望重或众望所归者”(vir egregius)的身份,这时认为自己官职和地位显然高于一般元老的人所热衷的称呼,以及“尊贵的阁下”(vir clarissmus)的身份,专指:(1) 执政官和贵族;(2) 禁卫军队长,包括罗马城和君士坦丁堡的司令官;(3) 骑兵和步兵总司令;(4) 皇宫中负有侍奉皇帝的神圣职责的7位大臣。[③] 优士丁尼却未提到他们因取得此等身份可以脱离家父权。“德高望重或众望所归者”要经过“杰出的人”的身份才能达到这种身份,把他们从家父权解脱已不必要。但为何不解脱“尊贵的阁下”身份者的家父权呢?待考。

本段中提到“列入元老院名单中的父”(Conscript Pater)指后来增加的元老。有“新入门”(Homo novicius)的含义。[④] 共和后,布鲁图通过任命骑士等级中的首要成员为元老的方法,把因国王谋杀而减少的元老院人数增加到300人,新增加的成员称作 Conscripti,原有的成员仍享有 Pater 的称号。[⑤] 显然,该词在优士丁尼时代就是指一般的元老。

本段表明在皇权加强的优士丁尼时代,还有元老院。这一机构到546年才因哥特人攻占罗马被废除。

I.1,12,5。如尊亲为敌人所俘,尽管他成了敌人的奴隶,但子女的法律地位因复境权而悬置。因为被敌人俘虏的人,如果回归了,便完全恢复他从前的权利。因此,回归者也将有处于权力下的子女,因为复境权法把被俘者拟制为从来就在城邦中。但如果他死在敌人手里,从他被俘之时起,儿子被认为是自权人。即使被敌人所俘的是儿子或孙子,朕同样说,由于复境权,尊亲的权力也处在悬置状态。然而,复境权一语被说成是来源于“门槛”和“外边”[⑥],因为被敌人所俘的人后来到达了我们的边界,我们正确地说他从边界以外重新回来

---

① See the Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S. P. Scott, Cincinnati, The General Trust Company, 1932, Vol. XVI, p. 283.

② 参见〔英〕吉本:《罗马帝国衰亡史》(上册),黄宜思、黄雨石译,商务印书馆1997年版,第388页。

③ 同上注。

④ 参见〔日〕盐野七生:《罗马人的故事 XIII:最后一搏》,郑维欣译,三民书局2006年版,第223页。

⑤ 参见杨共乐选译:《罗马共和国时期》(上),商务印书馆1997年版,第44页。

⑥ “门槛”为 Liminium;“外边”为 Post,两者合成为“复境权”(Postliminium)一词。

了。事实上,如同门槛在房子中构成一种边界,这样,古人也认为帝国的边界是门槛。这个被说成是门槛的,也具有某种近乎边界和界石的意思。由此产生了"复境"一语,因为在门槛以外失去的人,经过同一门槛回归了。在打败敌人后复得的人,也被认为是依复境权回来的。

此段规定解除家父权的依据之五:家父死在被俘状态中。中心还是家父的市民权到了异邦无效,导致其对子女的权利失效。在他被敌人俘虏未死的期间,家父权中止,因为这种权力无法代理行使。回来后休眠状态的家父权复活,这称为复境权。但复境权之成立并非当然的,罗马法不赋予叛徒和逃兵复境权,也不赋予投降者复境权,这样的士兵甚至不被看作老兵,不给他们退役金。①

复境权不仅适用于人也适用于被敌人夺走的物。看得出这段将被俘视为正常现象。不仅罗马人可以根据万民法俘虏其他民族的人,也承认罗马人可以根据同样的法被敌人俘虏。由此发生了被俘虏的人适用哪个市民法的问题。此段隐含的结论是适用俘虏所处城邦的市民法。仅仅出于保护军人原则,才把他们拟制为从来未离开过罗马城邦,以便为他们根据复境权恢复市民法上的身份提供依据。

家父若死在敌人手里,则家父权终止。"拟制"有一定的价值取向,立法中有保护军人的原则,同时亦体现了优待俘虏、不虐待俘虏的精神。这里的拟制与诈欺同义,是对法律的诈欺,可见对法律的诈欺不见得都坏。

复境权制度在现代也在某种意义上存在,例如印度的医学院文凭到了美国不被承认,但持有人如回到印度,其文凭就重新生效了。

此段反映了民法在空间上的效力,是对当时的自然敌对说状态下的国际私法的反映。人和物离开了效力域,针对它们的权利即中止存在。

复境权在 D.1,8,6pr. 中被作为一个恢复原状的代名词用。马尔西安说,在海滩上建房的人是土地的所有人,但如果房屋倒塌了,有如通过复境权,作为地基的海滩恢复其一切人共有的物的地位。在本段中,复境权一语是恢复原状的意思。

复境权制度隐含现代的宣告失踪制度,人回归了,失踪状态即解除。

I.1,12,6。此外,通过解放,子女也停止处在尊亲的权力下。但从前,这种解放确实要么遵守古法的规范进行,通过假想的几次出售,在此等出售中完成解放;要么根据皇帝的敕答完成解放。然而,朕的先见使朕以一个敕令②把这一形式改造得更好,废除了先前的拟制,尊亲直接到有管辖权的法官或长官面

① See Vasile Lica, "Clades Variana" and "Postliminium", In Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte, Vol.50, No.4 (2001), p.498.

② 参见 C.8,48(49),6,531 年。

前从其权力下放走其儿子或女儿、孙子或孙女及其他卑亲属。同时，根据裁判官告示，对尊亲解放的这样的儿子或女儿、孙子或孙女的财产，给予尊亲以被分给恩主的对解放自由人的财产同样的权利。此外，如果儿子或女儿或其他卑亲属是未适婚人，上述尊亲根据解放获得对他的监护。

此段规定解除家父权的依据之六：解放。从之一到之五，都是谈政治身份变动和国家法事件对家父权的影响，本段从民法的角度谈这种影响。

古法对解放的两种规定：(1) 通过假想的几次出售；(2) 根据皇帝的敕答。第一种方式由《十二表法》第四表第 2b 条规定。《十二表法》时代古罗马无雇佣合同，劳动力紧缺的家庭需要帮手时只能到市场上购买被出售的他人家子，买受人获得买受人权，被出卖的家子保留市民权、自由权，并且保持生来自由人身份。他们要在买受人的指挥下进行劳动，所得均归买受人所有，买受人对其有惩戒处罚权，也可将他解放或转让给第三人。当然，在这种情形，一旦购买了劳动力的家庭不再需要补充劳动力，被出卖的家子可通过解放程序恢复其从前的身份，此时，在被解放者与买受人间产生类似恩主权的关系。[①] 出卖家子后来被作为解放子女的一种方式。家父根据解放信托将儿子卖给朋友 3 次，朋友解放该儿子 3 次，在最后一次，朋友不解放该儿子而是将他卖给家父，这一过程称买回信托。此时，家父权为买主权取代。接着，家父假装与拟定的收养人就儿子的归属发生争执，收养人为原告，通过拟诉弃权取得对该儿子的家父权。[②] 这种解放方式因后来禁止买卖子女被废除。卡拉卡拉皇帝宣布买卖子女非法，但未规定相应的法律制裁。君士坦丁皇帝规定除饥荒时允许买卖初生的婴儿外，一律严禁买卖子女。[③]

第二种方式由阿纳斯塔休斯皇帝[④]创立，据此，打算解放自己子女的家父向皇帝申请一个敕答，将此等敕答呈交长官后产生解放的效力。这种解放又称阿纳斯塔休斯解放。这种解放不消灭被解放子女就遗产、继承、监护等方面的权利。[⑤] 这种解放方式废除了解放即等于剥夺继承权的陈旧规则，按这一规则，被解放子女不得不借助于裁判官的干预以血亲身份占有父亲的遗产实现自己的继承权，但毕竟比较麻烦，因为在罗马已成为一个包含几千万人口的巨大帝国的情况下，寻求一张皇帝的敕答并非易事。即使皇帝热心为人民服务，他及其工作班子的负担未免太

① 参见周枏：《罗马法原论》(上册)，商务印书馆 1994 年版，第 235 页。

② 同上注，第 166—167 页。

③ 同上注，第 151 页。

④ 阿纳斯塔休斯(Flavius Anastasius，430—518 年)，约 491—518 年在位的东罗马帝国皇帝。在位期间，以立法促进隶农制的发展。为增加国库收入，把土地税的征收交包税人代办，并把实物地租改为货币地租。512 年和 515 年，先后镇压了君士坦丁堡和色雷斯的人民起义。

⑤ 参见 C.8，58，11，503 年。

重，如此的客观效果是只有很少的人能享受到阿纳斯塔休斯解放的好处，所以，优士丁尼作出改革，在第一种解放方式的基础上进行完善，不是在家父的朋友前拟制出卖作出解放，而是由尊亲直接到法官或长官面前解放子女。此处的长官指行省总督，法官指审理程序中的助审法官（Iudex pedaneus）。在帝政时期，总督本身也是法官，如果他忙不过来，就安排助审法官审理一些小案。这些官员人数众多，让他们当解放的效力来源，当然增加了子女获得解放的机会。

解放意味着剥夺了家父对于子女的经济利用权，所以要给家父补偿。优士丁尼的改革敕令从裁判官的告示出发，赋予被解放者特有产以及来自家父的其他财产，但赋予家父对此等财产的用益权。赋予解放者恩主因被解放者解放而取得的一半遗产的继承权；如果被解放的子女未适婚，则赋予对他们的监护。这构成一个亲权人也担任监护人的实例，与中国的现行法吻合。

此段在现代民法中的表现就是准治产制度。“解放”这个词至今仍在《墨西哥民法典》等民法典中出现，意思已改成“解除亲权”。

此段表明可解放未适婚子女，而奴隶必须到17岁才可以解放。差异的原因何在？至少有一个解释：这样对父亲为了规避法律解放子女更方便。共和时期，有每人占有的公地不得超过500尤格的法律，李其纽斯·斯托罗（Licinius Stolo）买了1000尤格土地，为了避免犯罪，把其中的一半给了他被解放的儿子。[①] 这个儿子很可能未适婚。

此段提出的问题是：解放子女的“解放”与解放奴隶的“解放”能否共用一个解放的定义——自由权之赠予？若是，则子女不成了另一种奴隶吗？这是否子女在罗马法中的真实地位？如果不能共用，优士丁尼并未在本书中提出另外的解放定义——解放是赠予自权人身份，岂不是陷入了自我矛盾？

I.1,12,7。然而，朕必须提醒注意，有儿子和儿子所出的孙子处在权力下的人，有权自由选择把儿子从权力下放走，而把孙子或孙女保留在权力下；或完全相反，把儿子保留在权力下，而解放孙子或孙女（人们认为，对曾孙子和曾孙女，必须说同样的话），或把他们都变为自权人。

此段规定乱代解放。家父可先解放孙子女，把儿子保留在家父权下，也可以反过来。本段声明在解放先后问题上不搞论资排辈的原则，由此可见解放行为的自由性。

---

① Cfr. Valeri Maximi Factorvm et Dictorvm Memorabilivm, 8,6,3. Su http://www.thelatinlibrary.com/valmax8.html,2010年4月10日访问。See also John Crook, Patria Potestas, In The Classical Quarterly, New Series, Vol.17, No.1, (May, 1967), p.120, note 4.

I.1,12,8。但即使父亲将他享有权力的儿子根据朕关于这一情况的敕令[①]出养给亲祖父或亲曾祖父，换言之，如果这一意思以行为在有管辖权的法官面前作了表示，被收养人在场，收养人也无异议，生父的支配权确实消灭，而移转给这种为收养的尊亲，就这些人，朕先前已说过[②]，收养也很完全。

此段规定解除家父权的依据之七：完全收养。第一句中的"父亲"已被解放，他为了满足其尊亲对自己的孩子给予继承权或直接教养的希望（有如康熙对弘历一样）把自己的孩子出养给他们，形成亲上加亲，自然法上的亲属关系与市民法上的亲属关系发生竞合，前者为后者所加强，是所谓的完全收养，与I.1,11,2后前部讲到的家外人作为收养人的不完全收养形成对立。

本段的内容与I.1,11,2后部重复，作为解除依据的罗列，这是必要的重复。什么是体系？第一，它是从一个原点开始展开的一个系列；第二，它是必要的重复，即所谓的"点"一下；第三，它是必要的混杂，因为在这里谈到了解放子女，顺便就说完，不再单独开题。

此段中的法官不是审判官，而是负责收养事务的长官。[③]

I.1,12,9。另外必须知道，如果你的儿媳从你的儿子受孕，后来，在你的儿媳怀孕期间，你将儿子解放或出养，她所生的，仍然生在你的权力下。如果她在发生解放或出养后怀孕，她所生的，受制于他被解放的父亲或养祖父的权力。

此段讲家父权开始时间的受孕说，以此划定不同家父权的界限。在甲的家父权下的女子，在这种状态下怀孕的，所生的孩子属于甲，即使该女子的丈夫脱离了甲的家父权，也是如此。如果怀孕发生在该丈夫被解放或被收养之后，则所生孩子归此等丈夫或其养父。

I.1,12,10。另外，亲生子女或养子女，都几乎不能以任何方式强迫尊亲从其权力下放走他们。

此段讲不得强迫家父为解放行为，因为家父对其子女享有所有权，不得强迫他放弃此等所有权。但这是一般而言，"几乎"意味着存在例外，它们是：（1）家父让

① 参见C.8,47(48),10,1a和C.8,47(48),11，两者均于530年颁布。

② 参见本卷第11题第2段。

③ Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.118.

自己的女儿卖淫的;(2) 家父遗弃子女的;(3) 家父缔结乱伦的婚姻的。这些都构成家父对自己所有物的滥用,导致被剥夺所有权。[①] 这跟现代法中的褫夺亲权类似。

家子强迫家父解放自己的情形证明家父权之承受有时是一种不利益。不过,按古人的意识形态,解放意味着继承权的剥夺,愿意以强迫家父解放自己的人肯定不多。

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.119.

第 13 题

监护

I.1,13pr.。现在朕转向人法的另一种划分。事实上,在不处在权力下的人中,有些处在监护下或保佐下;有些则这两种法律情势都不承受。因此,朕且看处在监护或保佐下的人。事实上,我们这样就理解了其他这两种法律情势都不承受的人。朕先探讨处在监护下的人。

此段讲有限自权人和完全自权人的划分,前者是不承受三权(家父权、夫权、主人的权力),但承受两权的人,后者是不承受这五权的人,就如完全民事行为能力人。被监护人是否为他权人呢?不是,而是有限自权人,因为监护的设立是为了保护他,而针对他权人的权力之设立是为了权力人的利益,利益的归属完全不同。有限自权人是本书中客观存在的一种身份,但本书中关于人格减等的题不谈它,是一种遗漏。

按 I.3,27,2 的定位,监护是准契约关系。但意大利学者安托略·瓜里诺认为,监护属于准家庭关系。[①] 后者可能是现代人的观点,前者可能更加是罗马人的观点。

罗马法中的监护分为遗嘱监护、法定监护、官选监护、信托监护 4 种,以遗嘱监护为优先。

I.1,13,1。监护,如同塞尔维尤斯[②]定义的,是为保护由于年龄不能保护自己的人,由市民法授予和允许的对自由人的法律情势和权力。

本段讲监护的定义,把监护定性为保护自由的未成年人由市民法赋予并允许

① Cfr. Antonio Guarino, Diritto privato Romano, Jovene, Napoli, 1994, p.612.

② 塞尔维尤斯,全名为塞尔维尤斯·苏尔毕丘斯·路福斯(Servius Sulpicius Rufus),公元前 51 年的执政官,著有《论嫁资》、《告示评注》、《对谢沃拉观点的批驳》、《论神圣仪式的作废》、《十二表法评注》等著作。其中《告示评注》为罗马法史上的第一部对裁判官告示的评注。他擅长下定义,其关于监护、诈欺等事物的定义为优士丁尼采用。

的法律情势和权力，由此排除了对奴隶的监护以及对于处在家父权下的自由人的监护。Capite Libero 中的 Capitus 是 Homo 的意思。[①] “市民法”是裁判官法和万民法的对称，这一定义排除了依据后两种法设立监护的可能，把监护定性为一种市民保护制度。“赋予”指官选监护；“允许”，指遗嘱监护等。本段把监护确定为权力，昭示了监护人与被监护人的关系不平等。

本段表明罗马的监护只以未成年人为对象，不以精神病人为对象，与现代的监护不同。

监护是行为能力制度的配套制度，是行为能力之补充。补充的理由是需要补充者理性的阙如，年龄是导致理性阙如的原因，而非结果，因此，本段把年龄作为监护原因，反映当时的罗马人尚未抽象出行为能力制度的“理性”的本质。

I.1,13,2。监护人是拥有这种能力和权力的人，他们从这一事实本身得名。因此，他们被称作监护人，近于保护人和保卫人，如同保管神庙的人被说成是看守神庙的人。

本段谈监护人的定义。我们看到，它把监护人的地位描述为“能力”和“权力”，证明监护关系的不平等性质。另外，把监护人类比于神庙的保管人，由于这种保管人的职位并非权利，更加强化了对监护关系的不平等性的描述。

本段以 Vis et potestas 一语置换前段的 Ius et potestas 一语，证明 Ius 在此处与 Vis 同义。确实，古人对 Ius 的理解不同于我们，采用法律上之力说。

I.1,13,3。因此，允许尊亲以遗嘱为他们拥有的处于权力下的未适婚子女指定监护人。在任何情况下，他为儿子和女儿获得这样的监护人。但对孙子或孙女，只有在尊亲死亡后他们不又落在自己的父亲权力下时，尊亲才可以遗嘱为他们指定监护人。因此，如果你的儿子在你死亡之时处在你的权力下，他所出的孙子尽管处在你的权力下，不能通过你的遗嘱拥有监护人。不消说，由于你的死亡，他们又落在自己父亲的权力下。

本段讲监护人指定权与家父权的关联性和接续性，是亲权与监护二元主义的一个文本，优于监护一元主义。

本段体现了作者的遗嘱监护优先立场，与《十二表法》中的遗嘱继承优先立场形成配套，表达了对尊亲的认知能力的信任以及意思自治原则。

---

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag. 124.

在本段中，指定监护人的条件之一是被监护人不到适婚年龄，过了这一年龄的人承受的就是保佐了。

监护人指定是家父权的内容之一。家父只能为那些在他死后不承受自己父亲的家父权的卑亲指定监护人。

I.1,13,4。然而，由于在许多其他问题上，遗腹子女被认为如同已出生，在这一问题上也已决定，遗腹子女同已出生的子女一样，可以通过遗嘱被赋予监护人，只要他们处在这样的情况中：如果他们在尊亲生存时出生，他们会作为自权继承人并处在后者的权力下。

本段讲在监护人指定问题上遗腹子女被拟制为已出生。实际上讲的是一般的主体制度的一个例外，因为提前把胎儿作为法律关系的主体，隐含权利能力开始的受孕说。

本段说明监护与家父权不能并列，监护是对家父权的补充。

I.1,13,5。但如果父亲以遗嘱为已解放的儿子指定了监护人，无论如何，即不经过审理，监护人都根据总督的判决得到确认。

以上两段都把家父权作为指定监护人的依据，此段是对如上所述的一个例外，反映出家父可以为他已解放的子女指定监护人。以上两段的指定以市民法为依据，此段的指定以自然法为依据，因为按这种法，动物中老的应该保护少的。

上述讲的都是家内人监护指定。解放后的父子是家外人，为家外人指定监护人适用与为家内人指定监护人不同的原则，采取不信任主义，程序严格得多。解放后的亲子尽管为家外人，但仍然是血亲，因此本段采取变通的形式允许这种指定：在家外人指定的程序上省却了审理的程序，表达了对父亲的有限信任。

此段规定家外人监护人的任职程序，表明要经过审理和总督批准两个环节。审理，是裁判官和行省长官的审理；任命，是总督的任命，他是监护权力机关，执行机关是监护人。由此可见监护是种国家职位，是监护人对国家所尽的义务。另有监护监察机关（即不确定的公众，这反映在I.1,26,3规定的准公诉中）和监护保障机关（I.1,26,10）。当然，监护人为被监护人花费了时间精力，也有可能获得谢礼。①

① 参见周枏：《罗马法原论》（下册），商务印书馆1994年版，第740页。

第 14 题

什么人可通过遗嘱指定为监护人

I.1,14pr.。不仅家父,而且家子也可指定为监护人。

此段规定监护能力问题,只许男性充当监护人,排斥了家母和家女担任监护人的可能。

家父与家子,在家庭内部是屈从关系的当事人,后者屈从于前者,但在公法上,成年的家子在家门以外,与其父亲一样都是罗马市民,都要尽此等身份意味的义务。承担监护是罗马市民的义务,所以家子也可被指定为监护人。

本段隐含代理监护问题。既然家子要听命于家父,他的被监护人要听命于他,是否该被监护人要间接地听命于家子的家父呢?从事理之性质来看,应该如此。但同时,儿子承担的监护之诉可对父亲提起,父亲要被迫就儿子的行为承担责任(C.4,26,1)。

I.1,14,1。但可以遗嘱附自由权地正当地指定自己的奴隶为监护人。但必须知道,未被给予自由权而被指定为监护人的奴隶,被认为也已默示地接受了直接的自由权,由此他成为正当的监护人。显然,如果由于错误,他作为自由人被指定为监护人,必须说另外的话。而以遗嘱无条件地指定他人的奴隶为监护人,无效。但以"当他将来成为自由人时"的词句指定,有效。而自己的奴隶被以这样的方式指定为监护人,无效。

此段规定奴隶的监护能力问题,允许奴隶担任监护人,也是为了解决找监护人难的问题。主人指定自己的奴隶为监护人隐含了赋予其自由的条件,利用这一条件,优士丁尼在这一问题上又一次实施了有利于自由权原则。但如果主人误认为自己的奴隶是自由人,从而指定他为自己子女的监护人,则不会导致此等奴隶成为自由人。当然,这样的错误发生得奇怪,因为难以想象一个主人不知自己的奴隶是否被解放了的情况。如果遗嘱人指定一个他人的奴隶为自己子女的监护人,也不会导致该奴隶解放,因为他不具有解放该奴隶的权力。尽管如此,附获得自由的条

件地指定他人奴隶为监护人是有效的，因为此等奴隶有被其主人解放的可能。但如果附同样的条件指定自己的奴隶为监护人，则有违事理之性质，因而无效，因为主人在指定该奴隶为监护人之际就可解放该奴隶。

本段还涉及错误导致遗嘱规定无效问题，也就是误认奴隶为自由人指定他为监护人的无效。可以说，罗马法中无法律行为制度，但包含许多这一制度的要素。

与本段类似的是优士丁尼在 I.1,6,2 中作出的未给予自由权指定奴隶为继承人的规定，可以参看。

I.1,14,2。如果精神病人或不满 25 岁的人被指定为遗嘱监护人，在他恢复神志或满 25 岁时，他将是监护人。

本段是关于优士丁尼罗马法的监护人能力要件的规定。有两个要件：其一，精神健全；其二，年满 25 岁，这是罗马法上的取得完全行为能力年龄。两者的实质是一致的：监护人是保护别人的人，他首先得明了自己行为的意义才能做到这一步。尽管如此，本段讲的监护人行为能力的两个要件可以认为也是优士丁尼罗马法中一般的行为能力之取得的要件。

在本段中，作者把精神病状态和未成年两者总起来考虑为导致行为能力欠缺的因素，最接近现代法的规定。在其他段落中，常常把两者孤立处理。

按本段的规定，指定了欠缺上述两个要件之一的人为监护人的，指定并不无效，法律将此等指定拟制为附条件或附期限的指定。拟制为附条件之指定者，为对精神病人的指定，因为他能否康复是不确定的，因此法律将对他的指定拟制为附条件；拟制为附期限之指定者，为对未成年人的指定，因为他必定要达到 25 岁的，因此法律将对他的指定拟制为附期限的指定。

法律采取的上述拟制遵循了“有利于监护人指定之生效”原则，它从属于“有利于遗嘱生效”的大原则。为何采取这种立场？原因一，遗嘱是死因行为，当人们得知遗嘱内容时遗嘱人已经死去，无法找他重新为指定，因此应拯救他已为的指定之效力，因为一个有缺陷的规定胜于无规定。原因二，遗嘱监护阙如时，可以法定监护取代之，但罗马人把遗嘱监护列在第一顺位，就是因为相信遗嘱人了解情况，所为的判断和选择都是最佳的，因此应予以维护。所以，本段采取的立场还体现了罗马立法者信奉意思自治原则。原因三，监护人难找，已经找到的千万不要放过。

I.1,14,3。无疑,可以为一定时期或自某一时期指定;或附条件地指定;或在指定继承人之前指定监护人。[①]

本段讲可以附样态地指定监护人,并允许以十分自由的方式指定监护人。

过去,法律行为的条件和时间无一个总的概念,现在,有人把"样态"当作条件、期限和负担的属概念,它们的共性是都属于限制法律行为效力的因素。允许附样态地指定监护人意味着放松了指定的标准,并减轻了每个监护人的负担,使它容易被人接受。不严格要求指定的形式,也是担心对形式的严格要求会成为被指定者推脱监护负担的借口。

I.1,14,4。但不得就特定事务或为特定事件指定监护人,因为他是为人,而不是为事件或事务指定的。

本段讲监护的性质以及它与保佐的区别。监护是为一定的时间段指定的。保佐是个点的概念,保佐人就一定的事件或事务补充被保佐人的能力,例如担任诉讼保佐人。但此段与I.1,23,3的规定矛盾,因为为精神病人指定的保佐人是为人而非为事指定的,正为了克服这一矛盾,后世把优士丁尼法中的对精神病人的保佐改成对精神病人的监护。保佐不仅可适用于人,而且还可适用于财产,即所谓的财产保佐,例如对失踪人财产的保佐。

I.1,14,5。如果某人为其女儿们或儿子们指定了监护人,他被认为也已为遗腹子女指定了监护人,因为"儿子"或"女儿"的名称也包括了遗腹子女。如果有孙子,他们是否包括在儿子的名称内,也为他们指定了监护人呢?必须说,只要说的是"卑亲属",人们认为也为他们指定了监护人。然而,如果说的是"儿子",他们不被包括在内。因为他们被叫作"儿子"是一回事;被叫作"孙子"是另一回事。当然,如果为遗腹子女指定了监护人,则既包括遗腹子女,又包括其他卑亲属在内。

本段规定关于监护人指定的遗嘱规定的解释问题,体现了大中有小、举轻明重的解释原则。目的还在于扩大每个需要监护的人得到监护的机会。最后一个句号中的内容与第13题第4段的内容有交叉,但讲的情况反过来:为遗腹子指定了监护人,但未为在世子如此。于是,采取举轻明重的方式处理这一问题。

① 根据罗马人之遗嘱的格式,应先指定继承人,然后再作其他遗嘱处分,因为遗嘱之效力,来源于对继承人之指定。这里允许在指定继承人之前指定监护人,已经打破了严格的遗嘱格式。

第 15 题

宗亲之法定监护

I.1,15pr.。然而,对没有赋予遗嘱监护人的人,宗亲根据《十二表法》成为监护人,他们被称作法定监护人。①

本题开始讲第二顺位的监护人。《十二表法》第五表第 6 条规定宗亲是这一顺位的法定监护人,把法定监护处理成是遗嘱监护的补充。接下来讲遗嘱监护与法定监护的区别,也是法定监护发生的条件。体现了对当事人意思的尊重。本段还讲法定监护产生的依据,即《十二表法》的规定。

I.1,15,1。而宗亲通过男性血亲关系相联系,近于通过父亲发生血缘关系的人,例如同父所生的兄弟、兄弟的儿子和他所出的孙子,同样,伯叔和伯叔所出的儿子和孙子。但通过女性血亲关系相联系的人不是宗亲,而是另一种根据自然法的血亲。因此,你姑妈的儿子对你不是宗亲,而是血亲(不消说,反之亦然,你与他根据同一法律相联系),因为生下的孩子,归父亲的而非母亲的家族。

本段讲宗亲与血亲的区别。简言之,宗亲是父系亲属,血亲是母系亲属。罗马法中,血亲比实际意义上的范围更窄,从自然的角度来看,宗亲实质上是血亲的一种,但宗亲可以通过收养形成,而收养不产生血亲。早期罗马法重宗亲轻血亲。此段反映出在自然状态中,所有的亲属都是血亲,无所谓谁的轻重。到了市民社会后,分为血亲和宗亲,以后者为重。如果按照母系社会—父系社会的进化论,应该是先"母亲"为重,后"父亲"为重,这证明本段采用的意识形态与马克思主义的不同。本段反映出市民社会的父权主义色彩,无怪乎卡罗尔·佩特曼(Carole Pateman)正确地指出:"市民社会是父权制的。"②

---

① 参见《十二表法》第五表第 6 条。

② See Keith Tester, Civil Society, Routledge, London and New York, 1992, p.9.

优士丁尼在第118号新律中废除了宗亲与血亲的区分。[①]

I.1,15,2。但法律在无遗嘱的情况下召集宗亲为监护,并不包含这样的意思:如果可指定监护人的人没有订立任何遗嘱,就召集他们;而是如果他就与监护有关的问题无遗嘱而死,才召集他们。在被指定的监护人于遗嘱人生存时死亡的情况下,也被认为发生了这种情况。

本段讲无遗嘱一语在此处的含义:不是指未订立遗嘱,而是指就监护事项未订立遗嘱。即使在遗嘱中指定了监护人,后者在遗嘱人未死时就死了,也构成无遗嘱。这种对"无遗嘱"一语的解读体现了事实概念与法律概念的区别,以及法律概念是对自然的事实概念的修正和扩张。两种概念的不一致正是法律的魅力所在。

I.1,15,3。但宗亲权通常确实因任何方式的人格减等而消灭。事实上,宗亲是一种市民法上的亲属关系的名称。但血亲权不因任何方式的人格减等而改变,因为市民法的制度确实能消灭市民法上的权利,但无论如何,不能消灭自然法上的权利。

本段是与下题的承接文字,讲宗亲权与血亲权的区别,请注意,此处的"权"字,并非我们理解的"权利"的意思,而是"关系"的意思。前者取决于市民的身份,因而此种身份一失,宗亲关系即消灭。后者取决于生物人的身份,只要他维持作为人科灵长目一分子的存在,他的血亲关系就维持不变。而这样的"一分子"的身份是无法改变的,因此,其血亲关系就是永恒的。

但本段的说明与I.1,16,6的说明相矛盾。按I.1,16,6,人格大减等导致血亲关系消灭。人格大减等是市民法的制度,按本段,它不应该消灭血亲关系的。

① See The Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S.P. Scott, Cincinnati, The General Trust Company, 1932, Vol.XVII, p.64.

第 16 题

人格减等

I.1,16pr.。事实上,人格减等就是改变先前的身份。它以 3 种方式发生,事实上,人格减等要么是最大的;要么是小的,某些人将之称作中等的;要么是最小的。

本题的标题本来的含义是人格减等(Capitis minutione),由于考虑到人格小减等的第二种情形并非"减",而是"增",周枏先生主张将这一制度译成人格变更。实际上他这样做有点以今人之心度古人之腹,因为脱离家父权对于古人未必意味着人格的"增",说不定是"减",遭受这种处遇的人至少丧失了继承权。所以,我还是采用人格减等的译法。

本段讲人格减等的定义及发生的 3 种方式。人格由 3 种身份构成:自由人身份,市民身份、家族身份。前两种身份是公法上的,后一种身份是私法上的。人格与身份的关系是:人格由身份构成,身份是人格的要素。前两种身份表明两种阶级关系。奴隶的身份具有公私法的二元性。从公法的角度看,奴隶没有自由权,从私法的角度看,他们是所有权的客体。就私奴而言,他们必定是某个家父的奴隶。但公奴既是刑罚的对象,同时也是公共所有权的客体。此时,作为奴隶所有人的国家到底是私的还是公的,是一个引人思考的问题。

I.1,16,1。在某人同时丧失自由和市民权的情况下,人格减等是大的。这发生在按严厉的判决罚作奴隶的人身上,或发生在因对恩主忘恩负义受到判处的解放自由人身上,或发生在为了分享价金、忍受自己被出卖的人身上。

本段讲人格大减等的定义及其原因。人格大减等是某人同时承受自由权和市民权的丧失的情况。其原因分为市民法上的和裁判官法上的。前者有罚作奴隶和忘恩负义的解放自由人受判处,后者有自由人自卖为奴。它一并阐述丧失自由权和市民权对人格的影响,这是有道理的,因为丧失自由权必然同时丧失市民权,尽管丧失市民权并不同时丧失自由权。

被罚作奴隶的犯罪有如下列：市民拒绝接受国势调查[①]的，将受到没收财产和贬为奴隶的处罚。[②] 拐带人口罪者，身份高尚的，要罚作矿坑苦役[③]，服矿坑苦役就是当公奴。逃避兵役的人也要降格为奴隶[④]，等等。

解放自由人处在自由的受赠人的地位，对恩主负感恩义务，分为积极义务和消极义务，前者如提供劳务，后者如不得起诉恩主。违反这两种义务的，构成忘恩负义罪，作为惩罚，解放自由人要回到过去的奴隶状态。

自卖为奴是所谓的市民法上的奴隶制的体现。经裁判官告示的干预，自卖为奴的市民有权由一个自由的维护人赎买其自由，该人可在裁判官面前根据"私人的协议不能以某人的奴役或自由为对象"的原则伸张该人的自由权。[⑤]

人格大减等导致全部的能力丧失，例如受处罚者丧失通婚权，导致依附于这种能力的婚姻关系消灭。[⑥]

I.1,16,2。在确实丧失市民权，但自由被保留的情况下，人格减等是小的或中等的。这发生在被禁绝水火的人身上，或发生在被放逐小岛的人身上。

此段讲人格中减等的定义及其原因。此种减等导致丧失市民权而已。丧失市民身份先是禁绝水火刑，后是放逐小岛刑的结果。禁绝水火是剥夺受处罚者的保护和供养的意思[⑦]，它是对死刑的取代，因此可称为假死刑。此刑的受处罚者必须在卡皮托尔山（朱比特神庙的所在地）以外500罗里的地方活动，如果在这一区域内被发现，必须被处死，任何供给他食物和眠床的人都必须受死刑。[⑧] 它首先适用

---

① Census一词我在过去译作"人口与财产普查"，实际上，监察官实施的这种调查的目的是弄清兵源和税源状况，以明国势。为此，日本罗马学学者盐野七生将它译为"国势调查"，此译一举涵盖人口、财产、兵源、税源4大要素，深以为善，采纳之。参见〔日〕盐野七生：《罗马人的故事 VI：罗马和平》，张丽君译，三民书局1998年版，第8页及多处。

② Cfr. Mario Talamanca (sotto la direzione di), Lineamenti di Storia del Diritto Romano, Giuffrè, Milano, 1989, p.37.

③ 身份卑贱的，要在十字架上钉死。Véase Antonio de Puentey Franco, Historia de las leyes, plebiscitosy senadoconsultos mas notables desde la fundación de Roma hasta Justiniano, Madrid, Vicente de Lalama, 1840, pag.55.

④ See H.J. Greenidge, Infamia: Its Place in Roman Public and Private Law, Oxford, Clarendon Press, 1894, p.5.

⑤ Voir P. Willems, Le Droit Public Romain ou Les Institutions Politiques de Rome, Typographie de CH. Perters, Libraire-Editeur, Louvain, 1883, p.118.

⑥ Cfr. Riccardo Astolfi, Il Matrimonio nel Diritto Romano Classico, CEDAM, Padova, 2006, p.357.

⑦ 但瓦罗的《论拉丁语》说：水和火是人类生命中包含的两个最重要的元素。See William Smith, A Dictionary of Greek and Roman Antiquities, John Murray, London, 1875, p.1293.

⑧ See William Forsyth, Life of Marcus Tullius Cicero, Vol.I, Charles Scribner and Company, New York, 1865, Vol.I, p.247.

于如下公罪:扰乱审判的正常进行以及大会的正常进行;滥用谕令权中的固有权力,尤其是生杀权,西塞罗因为犯此罪被判处禁绝水火;非法开征新的税种;对皇帝大不敬;侵犯国家长官;谋反、暴动(D.4,5,1。盖尤斯:《行省告示评注》第4卷),等等;其次适用于如下私罪:用武力侵夺不动产;在发生火灾时搬走建筑材料之外的物①,等等。

放逐小岛是在图拉真(Traianus,98—117年)皇帝之后用来取代禁绝水火刑的刑罚。② 它意味着受判处者要居住于一个小岛上或沙漠中的绿洲。这种放逐是无期的(D.48,22,17,2。彭波尼的不明著作中的一个片段)。适用于宗教异端(如摩尼教徒、基督徒改宗犹太教者)③、妻子遗弃丈夫;引诱妇女;监护人侵犯被监护人的贞操等犯罪(C.9,10,1)。

人格中减等使受处罚者处在无城邦人的地位(D.32,1,2。乌尔比安:《遗产信托》第1卷),导致他基于市民身份的能力丧失,从而导致一些具体的法律情势的丧失,例如家父—家子关系的消灭。原因正如盖尤斯所说:"一个具有异邦人身份的人对罗马市民拥有支配权,是不合理的。"④进而言之,他的血亲和宗亲关系都要丧失(D.38,10,4,11。莫特斯丁:《潘得克吞》第12卷)。就通婚权而言,古典时期的法学认为人格中减等消灭通婚权,由此导致婚姻解除,夫妻间不得为赠予的禁令解除等效果,但优士丁尼基于人道的考虑和基督教的婚姻不得解除的戒条,规定受人格中减等者——例如被判处禁绝水火或放逐者的婚姻关系维持⑤,但丈夫对妻子所为之赠予的效力维持(C.5,16,24,2),故妻子不能提起嫁资之诉(C.5,17,1)。但人格中减等者的遗嘱能力还是要丧失的,故被处罚者的遗嘱失效,不能为遗产信托,其财产要被没收(D.28,1,8,1。盖尤斯:《行省告示评注》第17卷,以及D.32,1,2。乌尔比安:《遗产信托》第1卷)。

以上是本段列举的人格中减等情形。还有两种未列举的情形。其一是离弃祖国者丧失市民权。离弃祖国有自愿和不得已两种原因。自愿,例如侨居国外;不得已,例如受政治排斥,如罗马最后一任国王高傲者塔克文的流亡。但离弃祖国者的市民权可以因复境权恢复。⑥ 其二是万民法上的被交出者丧失市民权。他们有侵

---

① 参见〔意〕桑德罗·斯奇巴尼选编:《学说汇纂第48卷(罗马刑事法)》,薛军译,中国政法大学出版社2005年版,第125页。

② Cfr. Mario Talamanca (sotto la direzione di), Lineamenti di Storia del Diritto Romano, Giuffrè, Milano, 1989, p.466.

③ Ibid., p.585.

④ 参见〔古罗马〕盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社1996年版,第48页。

⑤ Cfr. Riccardo Astolfi, Il Matrimonio nel Diritto Romano Classico, CEDAM, Padova, 2006, p.381.

⑥ 参见黄风:《罗马法词典》,法律出版社2002年版,第108页。See also Adole Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, The American Philosophical Society, Philadelphia, 1991, p.463.

犯外国使节的人、缔结了不为元老院承认的和约的长官，他们都被交给外国，丧失罗马市民权，成为接受者民族的市民。①

I.1,16,3。在市民权和自由都被保留，但人的身份被改变的情况下，人格减等是最小的。这发生在作为自权人开始承受他人权力的人，或发生在相反情况的人身上。

此段中指出了人格小减等的两种情形。第一种是自权人变成他权人，例如自权妇女归顺夫权②、自权人被收养的情形；第二种是他权人变成自权人，例如家子被家父解放的情形，后者在今人看来是人格升等。由此产生了把"人格减等"的译名改变为"人格变更"的译名的提议和实践。③ 然而，古今意识形态不同，被家父解放在古人看来并不见得就是件好事，至少被解放者要付出丧失继承权的代价；而且，如果解放已婚的家子，而保留其妻子在家父权下，这等于是棒打鸳鸯，强迫他们离婚，其味至苦。因此，从他权人到自权人，真的可能是人格减等。

这里不妨把人格小减等与上文讲到的大、中两种人格减等比较一下。在人格大减等和中减等的情形，国家课加的刑罚破毁或限制一个人的社会成员资格，从而达到整肃社会的目的。人格小减等制度没有这个目的。因此，第一、二种人格减等与第三种之间缺乏同质性。因为前两者是公法上的身份，后者是私法上的身份，萨维尼认为把这三者搞在一起不可思议。④ 这种异质性意味着这种大一统的人格制度最终要破裂，人格法要分裂为现代的公法性的人格法和私法性的家庭法。

《巴西新民法典》第1626条对人格小减等有规定，其辞曰："收养赋予被收养人子女的情势……"这一规定是有道理的，因为即使在现代，自然人由于被收养等原因，其法律地位可能受到影响，例如债务人地位的移转。

按罗马法，债务人人格减等的，债消灭，这对债权人不利，为了避免这种结果，法律拟制他们没有经受人格减等，从而维持了债的效力（盖尤斯《法学阶梯》

① Cfr. Livio, Storia di Roma IX-X(a Cura di Carlo Vitali), Oscar Mondadori, 1988, p.41.

② See Alba Romano, Capitis Deminutio minima. An Unresolved Problem, p.66, On http://www.ucm.es/BUCM/revistas/fll/11319062/articulos/CFCL9292220049A.PDF, p.51. 2007年1月25日访问。

③ See Alba Romano, Capitis Deminutio minima. An Unresolved Problem, On http://www.ucm.es/BUCM/revistas/fll/11319062/articulos/CFCL9292220049A.PDF, p.51. 2007年1月25日访问。

④ Cfr. Federico Carlo di Savigny, Sistema del diritto romano attuale, Traduzione in itliano di Vittorio Scialoja, Volume secondo, Torino, Unione Tipografico-Editore, 1888, p.471.

4,38)。[①]

I.1,16,4。而被解放的奴隶并不减少人格,因为他本来就无任何人格。

本段继续前段的最后一句话讲解放是否导致人格减等,得出奴隶被解放并不发生人格减少的结论,因为他本来就无任何人格,也就是说,他既非自由人,又非市民,又非宗亲。[②] 就后者而言,如果采取奴隶为主人亲属说[③],他因解放脱离主人权,发生人格减等,但为何本段认定奴隶并不因解放减少人格呢?我认为原因在于人格减等制度具有人为性,也就是说,它不把一切身份变动都当作自己的考虑对象,例如,幼儿因为家父死亡成为自权人的情形,以及家子选为朱比特祭司或家女成为维斯塔贞女的,都不被认为发生了人格小减等。[④] 既然如此,本段也把奴隶得到解放排除在人格小减等制度的范围之外,其考虑可能是回避奴隶到底是否为主人的宗亲之问题。就前两者而言,按 I.1,5,3 的规定,被解放奴隶要取得自由权和罗马市民权,发生人格增等,而增等不在本段的考虑范围内,本段只考虑减等问题。

I.1,16,5。而对尊严而不是身份被改变的人来说,人格不发生改变。因此可看出,被开除出元老院,显然并不减少人格。

本段讲尊严的改变并不导致人格的改变。在拉丁语中,尊严有元老身份、担任长官、具有崇高的社会经济地位、漂亮等含义。[⑤] 在本段中,尊严指担任公职者及其家属的身份。此等亲属包括担任元老者的妻子和三代以内的子孙,养子亦在其内。但在被开除后出生的儿子,不享有元老的儿子的身份(D.1,9,7)。

本段讲担任公职者身份的丧失不影响民事权利能力,表达了在一定程度上区隔政治生活与民事生活的意思。本段列举的政治地位改变的例子是因重大非行从元老院开除。开除权由监察官行使,他可根据自己的考绩本(nota censoria),把品行不端的人驱逐出元老院。开除的理由有时微不足道,例如某元老在大白天与妻

① 参见〔古罗马〕盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社 1996 年版,第 306 页。

② Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag. 140.

③ 参见徐国栋:《罗马私法要论——文本与分析》,科学出版社 2007 年版,第 116 页及以次。

④ Voir P. Willems, Le Droit Public Romain ou Les Institutions Politiques de Rome, Typographie de CH. Perters, Libraire-Editeur, Louvain, 1883, p. 120.

⑤ Cfr. Marisa De Filippi, Dignitas tra Repubblica e Principato, Cacucci Editore, Bari, 2009, pp. 52s.

子亲嘴。[①] 为了生活放荡(de probrum)的理由,历史学家盖尤斯·萨鲁斯求斯·克里斯普斯(Gaius Salustius Crispus,公元前86年—公元前34年)于公元前50年被开除出元老院,但真正的开除理由是政治上的。[②] 被开除的元老有重返元老院的机会,盖尤斯·萨鲁斯求斯·克里斯普斯在恺撒的支持下如此。[③]

尊严的变化尽管不影响一个人的民事权利能力,但还是具有法律意义的。一方面,有尊严的人必须禁绝某些行为,例如首先,元老阶级的人不得为检举,因为这是低下阶级的勾当。其次,元老阶级的人即使在解除了生来自由人与解放自由人结婚的禁令后也不得与解放自由人结婚,以保持其高贵血统的纯净。另一方面,有尊严的人享有一些特权,可以豁免实施某些行为,例如,在受到控告时可以不出庭,由人代理诉讼。[④] 最后,到了帝政晚期,有尊严的人属于刑法上所谓的高贵者,当他们与所谓的卑贱者犯同样的罪行时,会受到较轻的处罚,形成同罪异罚的体制。

I.1,16,6。然而,已说过的人格减等后血亲权也予以维持的情况是这样的:如果发生人格最小减等,血亲关系的确维持不变。如果碰上人格最大减等,也丧失血亲权,例如某人的血亲成为奴隶的情况,而如果他被解放,血亲关系并不恢复。如果某人被放逐小岛,他也被解除血亲关系。

本段讲人格最大减等和中减等可消灭血亲权,即使承受者后来恢复自由人身份,血亲关系并不相应恢复,由此构成自由人与奴隶之间、普通市民与犯重罪者之间的严格区隔体制。这是对I.1,15,3所述之原则的例外,证明民事的理性也可改变自然的理性,考虑到后者是神的作品,这样的安排就构成对神的冒犯了。但这正是市民法的独特制度存在的理由。神的制度的不可变易的根据是神的极大的认识能力,然而,此处变更神的制度的理由是神考虑不到某些特殊的情况,这就构成悖论了。

I.1,16,7。监护属于宗亲,并非同时属于所有的宗亲,而只属于较近亲等的宗亲;或者,如果在同一亲等,属于这一亲等中的所有的人。

---

① 参见〔法〕安德烈·比尔基埃等主编:《家庭史》1(上册),袁树仁等译,三联书店1998年版,第340页。

② Cfr. La voce di Gaio Sallustio Crispo, Su http://it.wikipedia.org/wiki/Gaio_Sallustio_Crispo,2010年7月16日访问。

③ Id.

④ Cfr. Marisa De Filippi, Dignitas tra Repubblica e Principato, Cacucci Editore, Bari, 2009, p.21.

本段为游离文字，应属于第 15 题，但承启第 17 题。本题能插在第 15 题和第 16 题之间，唯一的理由是人格减等的公法制度可影响宗亲关系，而监护关系以宗亲关系为基础。

宗亲共有 7 个顺位，监护只属于最近亲等的宗亲。什么是“最近亲等”，I. 3，2，5 有解释：有几个亲等的宗亲存在才有最近亲等问题，如果只有一个亲等的宗亲，它就是“最近亲等”了。

第 17 题

恩主之法定监护

I.1,17pr.。根据上述《十二表法》,男女解放自由人的监护属于恩主及其卑亲属,这也被称作法定监护。并非因为该法指名地规定了这种监护,而是通过解释,这种监护得到了接受,完全如同该法的文句采用了这种监护一样。事实上,由于该法命令,如果男女解放自由人无遗嘱而死,其遗产归恩主及其卑亲属的事实本身①,古人相信,该法也愿意把监护归之于这些人,因为它命令,被召集继承遗产的宗亲,也做监护人,因为在通常情况下,哪里有继承权的利益,哪里也应有监护的负担。而朕之所以说"在通常情况下",乃是因为如果未适婚人被女性解放,她被召集继承遗产,而监护人是另一个人。

本段讲法定监护的另一种情况:恩主及其家属对其解放自由人的监护。按现代人的眼光,是非亲属监护,但按自亚里士多德至孟德斯鸠以来流传的观念,主奴关系是家庭关系的一部分,因此,本题还是讲的家庭内的监护。亚里士多德就认为:男女的结合以及主奴的结合导致了家庭和家族的产生。②

本段首先解释男女解放自由人监护的由来,源于《十二表法》。并不是源于其文句,而是源于法学家对该法的解释。

本段其次得出权利义务相一致的原则。"权利"涉及继承,"义务"涉及监护,由此揭示了监护的负担的性质。事实上,在优士丁尼罗马法中,监护是一种混合公役。出钱的方面是监护人承担扶养被监护人的责任。

最后讲上述原则的例外:如果未适婚人被女性解放,后者被允许继承遗产,则前者的监护人是另一个人,因为女性自己在未适婚时受一种监护,适婚后受另一种监护,不能监护别人。对妇女的监护是从公元前 44 年颁布的《关于妇女监护的克劳丢斯法》开始次第废除。

---

① 参见《十二表法》第五表第 8 条。

② 参见谭晓梅:《政治学中的人性论》,载《理论学习月刊》1998 年第 5 期。

第 18 题

尊亲之法定监护

I.1,18pr.。按恩主监护的先例,也接受了另一种监护,它也被叫作法定监护。事实上,如果某人解放未适婚的儿子或女儿、由儿子所出的孙子或孙女,以此类推,他将是他们的法定监护人。

本题与上题接续,讲为解放的家父对其解放的未适婚子女的监护,暗示尊亲处在恩主的地位。反过来,被解放的儿子就处在解放自由人的地位。有人说这种监护最初是信托监护,但被当作法定监护对待。对此可参看盖尤斯《法学阶梯》1,166。[①]

本段既谈监护,却未谈继承权问题,I.1,12,6 谈了这一问题:两种解放者对于被解放者遗产享有同样的继承权。

本段所谈家父解放未适婚的儿女的情形,造成了家父权与监护义务的接替,与我国现在的父母担任子女的监护人的做法类似。家父权是权力和义务的综合(因为家父负有保护家庭成员并负担其生活的义务),而监护是单纯的义务,因此,在本段涉及的情形,"角色"未变,但他们间的关系已发生实质性的改变。尊亲还要向被监护的卑亲汇报账目呢!

此段未设定被解放子女的最低年龄限制,根据盖尤斯的记载,罗马法中无这样的限制(Gai.1,139)[②],但对于解放奴隶有这样的限制,被解放者不得小于 17 岁(I.1,6,5)。差别的原因自由人被解放后有他自己的财产或亲友维持生计,奴隶被解放后往往生活无着,所以必须让他们到达有谋生能力的年龄后才能解放之。

---

① See W.W. Buckland, Gaius, 1,166, Tutela Parentis Manumissoris, In The Journal of Roman Studies, Vol.33, (1943), p.11.

② 参见〔古罗马〕盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社 1996 年版,第 54 页。

第 19 题

信托监护

I.1,19pr.。还有另一种被称作信托监护的监护。事实上,如果尊亲解放未适婚的儿子或女儿、孙子或孙女,以此类推,他得到对他们的法定监护。在他死亡时,如果他有儿子,该儿子成为他们自己的儿子或未适婚的兄弟或姐妹和其他人的信托监护人。在作为法定监护人的恩主死亡的情况下,其卑亲属也是法定监护人。因为死者的儿子,如果在父亲生存期间确实未被解放,在父亲过世后成为自权人,因此,既不落在兄弟的权力下,又不落在兄弟的监护下,而解放自由人相反,假若他仍为奴隶,在其主人死后,无论如何,他将处在同样的法律地位——在主人的卑亲属手里。但只有在上述人已成年的情况下,才召集他们进行这样的监护。朕的一个敕令①一般的命令,在所有的监护和保佐中都要遵循上述规定。

本段讲信托监护,是对前两题关于解放造成的监护的论述的展开。第 17 题讲到为解放的恩主承担对被解放者的监护;第 18 题讲到为解放的尊亲对被解放的未适婚子女的监护,但这两题都未讲到监护人自己死后监护职责的移转问题,本题解决这一问题。其规定,担任监护人的尊亲死亡后,在他死前处在其权力下的儿子不仅成为他自己的儿子(即死者的孙子)的监护人,而且成为死者过去监护的子女(即因为死者死亡成为监护人者的兄弟姐妹)的监护人。同时规定,担任监护人的恩主死亡后,其子女成为死者过去监护的解放自由人的监护人。当然,这以尊亲的儿子、恩主的子女在死者死亡时已成年为条件。这样,信托监护实际上指的是法定监护职责的跨代移转。值得注意的是,尊亲的法定监护要求被监护人是未适婚人;恩主的法定监护却无此等要求。

信托监护最早适用于让妇女挑选自己中意的监护人。妇女为了摆脱宗亲的监护自愿通过买卖婚处在她信任的人的夫权下,后者有义务解放她,完成解放后,解放者就作为恩主成了她的监护人,如此实现了监护人的更换。另外一种信托监护

① 参见 C.5,30,5,539 年。

是未成年的家子通过虚拟的要式买卖使自己脱离家父权，然后由买受人把他解放的情况。在这些情形，受任人是否实施解放完全取决于其信用，所以称“信托监护”。[①] 盖尤斯的《法学阶梯》I，166a 作了这方面的说明，但到优士丁尼时代，已废除了上面讲到的信托监护，只有解放者的子女保留信托监护人的名义。[②]

为了理解本段，参见 I.3，2，8。无论是家父对子女的解放还是主人对奴隶的解放，都被拟制为以信托简约完成的，解放者保留对被解放者的继承权。而《十二表法》以来的罗马法一直把继承权与监护捆绑在一起，所以，被作为继承权条件的监护也被称为信托监护。

本段最后讲到了对监护人和保佐人的年龄要求：成年，也就是 25 岁，理由是一个保护他人的人自己受保护是荒唐的。[③]

---

① Cfr. Federico del Giudice e Sergio Beltrani, Nuovo Dizionario Giuridico Romano, Edizione Simone, Napoli, 1995, p.533. 黄风：《罗马私法导论》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 160 页。

② 参见周枏：《罗马法原论》（上册），商务印书馆 1994 年版，第 267 页。

③ See The Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S. P. Scott, Cincinnati, The General Trust Company, 1932, Vol. XIII, p.228.

第 20 题

《阿梯流斯法》上的监护人或根据《优流斯和提求斯法》指定的监护人

I.1,20pr.。如果某人完全无任何监护人,在罗马城,由内事裁判官和平民保民官的多数[①]依据《阿梯流斯法》为他指定一个监护人;而在行省,则由行省总督根据《优流斯和提求斯法》为他指定一个监护人。

以上各题讲的都是在家庭成员或准家庭成员之间发生的监护,属于市民社会的领域,本段开始讲政治国家介入的监护。本段讲官选监护的适用,区分罗马和行省定不同的监护权力机关和准据法,以后多段沿袭这种二分法。优士丁尼颁布本《法学阶梯》时,罗马已不复在优士丁尼领导的帝国版图中,却仍被假定为一个法域,这除了表明优士丁尼的复国之志,难以有其他的解释。《阿梯流斯法》颁布于约公元前 210 年,是一个平民会决议,因保民官路求斯·阿梯流斯·雷古鲁斯(Lucius Atilius Regulus)提议制定该法得名。该法要求裁判官为在罗马和意大利的没有法定监护人和遗嘱监护人的自权未适婚人和妇女指派一名监护人;这种监护人后来被称为官选监护人或《阿梯流斯法》上的监护人。[②] 后来,法学家又将其适用情况作了扩张:遗嘱监护附有解除条件或期限的,条件成就或期限届至;监护人死亡、失踪、被俘;监护人辞职、被褫夺或不能就职;监护人与被监护人有利益冲突或无力管理被监护人的财产。《关于监护的优流斯和提求斯法》是人们对两项颁布于公元前 1 世纪的法律的统称,它们把《阿梯流斯法》推广适用到行省,授予行省总督以为妇女和未适婚人任命官选监护人或叫《阿梯流斯法》监护人的权力。规定任何人,包括无行为能力人本人都可以申请这样的监护人。《阿梯流斯法》和《优流斯和提求斯法》的颁布反映了罗马国家父权的确立,国家被假定为在其领土上的所有需要

① 由平民保民官以多数票决定监护人人选,这意味着不同意者不享有对他人决定的否决权。保民官在公元前 5 世纪有 10 人。在 3 世纪,仅在罗马,保民官就有 6 人以上。

② Véase Antonio de Puente y Franco y Jose Francisco Diaz, Historia de Leys, Plebiscitos y Senadoconsultas mas notables, Desde la Fundacion de la Roma hasta Justiniano, Imprenta de D. Vicente de Lalama, Madrid, 1840, pag. 19.

帮助者的父亲加强了对家庭生活的干预，作为后备力量在家庭的所有力量用尽后出来扶危解困。

I.1,20,1。但即使已以遗嘱附条件地或附确定期限地指定了监护人，在条件或期限悬置的期间，可根据上述法律指定一个监护人。同样，如果监护人是单纯地指定的，在无任何人根据遗嘱成为继承人的期间，必须根据上述法律要求一个监护人，如果条件成就或期限开始；或有了继承人，他停止作为监护人。

本段讲《阿梯流斯法》经法学家解释发生的扩张适用之一：样态成就前的临时监护人。规定了在附条件或期限指定了监护人情况下条件未成就、期限未开始时的临时监护人或中间监护人，以及单纯地指定了监护人情况下尚无人接受遗产时的临时监护人，因为遗嘱监护以有人接受遗产为条件生效，否则实行法定监护。条件成就、期限开始、继承人接受遗产的，正式指定的监护人取代这些临时监护人。

I.1,20,2。在监护人被敌人所俘的情况下，也根据这一法律要求监护人，如果被俘者回到城邦，他停止作为监护人。事实上，回归者根据复境权恢复监护。

本段讲《阿梯流斯法》经法学家解释发生的扩张适用之二：监护人被俘时的临时监护人。被俘者回归的，依复境权恢复其职务，临时监护人解职。

I.1,20,3。但已停止按这一法律为未成年人指定监护人了，因为先是执政官开始通过审理为男女两性的未成年人指定监护人，后来是裁判官根据敕令做同样的事。事实上，上面写到的法律既未要求监护人对被监护人的财产将完整无损订立要式口约，又未就强迫监护人执行监护作出某些规定。

本段指出了新的任命官选监护人的方式，先是在克劳丢斯皇帝时代授予执政官监护人指定权，后来是在马尔库斯·奥勒留皇帝时代设立了监护裁判官从事同样的工作。[①] 为何作这种更改？是为了弥补上述古法的两个缺陷：其一，对被监护人财产之安全未征收担保；其二，未采取措施避免互相推诿。

本段中“审理”的含义应该是调查被监护人的父亲与监护人是否存在仇怨等情形，应与收养自权人案件中的审理类似。

---

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag. 150.

从本段文字来看，经过上述改革后，应对官选监护人征收担保了，并对他们的相互推诿采取了措施避免。

I.1,20,4。而朕采用这样的法，在罗马，由市长官或裁判官根据其管辖权；而在行省，由总督，或如果未成年人的财产不大，由总督命令的长官，通过调查设立监护人。

本段讲优士丁尼法规定的产生官选监护人的方式。同样区分罗马和行省定监护权力机关和准据法，不同的是，增加了被监护人财产多寡的考虑因素，强调了监护的保护被监护人财产的性质。在罗马，指定监护人的机关是市长官，他先是在长官们离开罗马时指定的官员，后来为了庆祝拉丁节按年指定（D.1,2,33）。负责审理在雕像前避难的奴隶们的怨诉；听取恩主对其解放自由人的怨诉；把皇帝指定的人放逐或流放到小岛；管辖监护和保佐案件；审理奴隶与主母的通奸案件；审理禁止暴力与欺瞒案件，监督肉类以公平价格出售、审理关涉银行业的案件，等等（D.1,12）。在行省，财产多的被监护人的监护人由总督任命；财产少的被监护人的监护人由总督命令的长官任命。这些长官是所谓的地方官。[①] 所有这些任命都以作出调查为前提。调查的内容包括听取证人的证词，看可能的监护人的行为和德行，对此无特殊的规定。调查可以从不同的角度进行：例如看可能的监护人是否富裕，其身份如何，做什么行业，声誉如何等，人们通常认为演戏的人地位低，不适合担任监护人。

I.1,20,5。而朕以朕的敕令[②]消除了指定人众多造成的不便和等待总督命令的必要，朕规定：如果未成年人或成年人的财产价值在500索里迪[③]以内，市民保卫人会同同一城市的极神圣的主教设立监护人或保佐人；或在其他公人，即长官面前设立监护人或保佐人；在亚历山大城，在法官面前设立监护人或保佐人，根据上述敕令的规范，必须提出法定的担保，不消说，接受担保的人承担风险。[④]

本段讲优士丁尼对官选监护制度的进一步改革。解决指定人众多和需要指定的人众多、总督指定不及的问题：对于财产数量在500索里迪以下的被保护人，由

① 参见周枏：《罗马法原论》（上册），商务印书馆1994年版，第246页。
② 参见C.1,4,30,531年。
③ “索里迪”，为古罗马的一种金币。
④ 即承担被监护人财产经营不善的风险。

市民保卫人会同主教确定保护人。被保护人的财产在500索里迪以上的，由每个城市的长官面前任命保护人。

值得注意的是，本段不再采用罗马—行省的二分法展开论述，而采用帝国其他地方—亚历山大的二分法和社会力量—官员的二分法展开，反映了优士丁尼时代罗马帝国的领土现实和政治现实。

市民保卫人首先于364年在伊利里库姆城设立，后来推行到全帝国。他们由大区长官选任，后来发展为由社区的高贵成员选任。他们可以是帝国的前官员，甚至元老亦可，但不得是任职城市的元老阶级成员。① 担任市民保卫人是罗马人须负担的公役之一，罗马的公役分为人身公役、财产公役和混合公役3种，担任市民保卫人属于人身公役，这种公役的承担者只被要求为国家的利益提供劳务，而不必付出自己的财产。② 优士丁尼的第15号新律规定，任何城市的居民都不得逃避担任市民保卫人的义务，他们要宣誓就职，任期两年，他们承担遗嘱、赠予等文书的登记、配合其他官员收税、镇压骚乱、行使法官的职责，尤其在法官不在的情况下如此，协助行省总督处理政务，监督行省的所有官员，负责把自己收到的投诉转给行省总督。他们自己配有两名副官和一定的工作人员。他们对于不超过300金币的钱财案件享有管辖权。对他们的判决可上诉到行省总督。他们还可审理轻微的刑事案件，为此享有一定的强制措施权。③

与市民保卫人一同指定保护人的还有每个城市的主教。在优士丁尼时代，他们由城市全体人民选出，他们支持行省总督，解决争端，保护困苦的民众，为他们提供医院、学校孤儿院以及一切慈善事业。他们作为新的保民官差不多接替了城市地方官的工作。④ 此段反映了主教的世俗工作之一是任命保护人。

其他公人，如本段所说，指每个城市的长官。他们应负责被保护人财产在500索里迪情况下的保护人指定。这样，重要的保护职务才由他们指定，相对次要的保护职务由社会上的有力人士指定，由此减轻了政府的负担。

在亚历山大，则采用特殊的体制，由法官指定保护人。这个城市的地位相当于现在的计划单列市。它是埃及行省的首府，当时还没有开罗这个城市，而埃及是罗马皇帝的私有地，与元老院行省和皇帝行省都不同，故一贯单列。为何埃及成为皇

---

① See Adolf Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1991, p.428.

② 参见徐国栋：《社会主义·后社会主义·欧亚团结——第8届"中东欧国家与意大利罗马法学者研讨会"及历次同名会议综述》，载徐国栋主编：《罗马法与现代民法》第2卷，中国法制出版社2001年版。

③ See The Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S.P. Scott, Cincinnati, The General Trust Company, 1932, Vol. XVI, pp.80s.

④ 参见〔英〕R.H.巴洛：《罗马人》，黄韬译，上海人民出版社2000年版，第212—213页。

帝的私有地？这是个神道主义的国家，其人民要接受一个具有神的背景的人统治，奥古斯都具备这一条件，因为其养父恺撒被尊为神。

本段还解决了向保护人征收担保问题，这种担保是订立一个要式口约，保护人向负责保护人指定的官员允诺在监护职务结束时被保护人的财产不会由于他的原因减少，就保护人的全部财产设立法定抵押担保这一允诺的实现。[①] 如果未履行这一手续，由负责此等事项的官员承担被保护人的财产减少或灭失的风险。

I.1,20,6。而未适婚人处在监护下，是符合自然法的，这样，未成年的人通过他人的监护被管理。

本段讲为未适婚人设定指定监护的法理基础：模仿自然。可把此段与 I.1,13,1 比较，后者讲明监护是保护未成年人的制度，与本段相合，都排除了精神病人成为被监护人的可能。如果把精神病人纳入被监护人的范畴，就不能说监护之设立是模仿自然了，因为在自然中，成年的动物诚然照料其幼仔，却未见精神健全的动物照料其精神失常的同伴。后者还讲明监护是市民法的制度，本段说明未适婚人监护也符合自然法，从而得出了一个两法合致的案例。

I.1,20,7。因此，在监护人管理男女被监护人的事务的情况下，在被监护人达到适婚年龄后，他们要在监护之诉中汇报账目。

本段讲监护人的账目汇报义务，由此可以看出监护是项沉重的义务。而且立法对监护人采取不信任的态度。基此有必要区分监护与亲权。账目汇报分为年度的和总括的，本段涉及的为后者。为了汇报账目，必须建立监护人接任时制作被监护人的财产清单的制度。

汇报账目的义务承担以管理被监护人事务为条件，换言之，如果监护人只照管被监护人人身，事务管理由其他人承担，他也不承担账目汇报义务。

被监护人达到适婚年龄，不过男 14 岁，女 12 岁，在这样的年龄他们接收监护人的账目汇报仍有困难，应该在保佐人的协助下进行。

本段提到的监护之诉在 I.3,27,2 中有展开论述。它是一种准契约之诉。诉权是相互的，监护人为被监护人的财产发生了某些费用、负债或出抵了自己的财产的，也可要求监护人承担责任。

---

① See Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1991, p.490.

第 21 题

监护人之授权

I.1,21pr.。而在某些情况下,监护人的授权对被监护人是必要的;在某些情况下无此必要。例如,如果他们被允诺对自己给付某物,不必有监护人的授权。如果被监护人对他人为允诺,则有此必要。事实上,已决定:甚至没有监护人的授权,允许他们去做确实改善其状况的行为;但恶化其状况的行为,就非监护人授权不能做了。因此,在产生相互之债的情况中,如在买卖、租赁、委任、寄托中,如果没有发生监护人的授权,与他们订约的人确实受债之约束,而相反,被监护人不受债之约束。

本段讲被监护人实施交易需要和不需要监护人授权的情况,有如下列:1. 不能纯粹为被监护人带来利益的行为,如双务合同,需要有监护人的授权。授权的方式有立即授权和追认两种。如果未经授权缔结了此等行为,它只有单向的效力,也就是只约束被监护人的相对人而不约束被监护人,这是对此等相对人的鲁莽的处罚。为何本段不干脆宣布这样的行为无效呢?因为这种交易诚然潜藏着不利于被监护人的可能,但不必然如此,考虑到第二种可能,立法者放弃了宣布其无效的处置。2. 能为被监护人带来纯粹利益的行为无需监护人授权。这体现了法律行为以是否有利于未成年人来判断是否有效的制度,体现了保护弱者利益的原则。

本段中出现了未成年人这种弱者的身份,民法也调整这种身份关系。

I.1,21,1。然而,他们除非有监护人的授权,不能接受遗产、也不能要求占有遗产、也不能接受信托遗产,尽管这些活动是有利的,不包含任何损害。

前段讲到了监护人对被监护人的生因行为的授权问题,此段讲对他们接受遗留行为的授权。此等行为包括接受遗产和遗产信托、要求占有遗产 3 种,它们都可能给被监护人带来不利益。在接受遗产的情形,此等遗产可能资不抵债,给接受者带来赤字。在要求占有遗产的情形,道理一样,申请被批准后得到占有的遗产也可能是有害遗产。在接受信托遗产的情形,接受人可能要承担把所接受的再交给第

二顺位的受益人的义务从而甚少有得。凡此种种，都说明以各种方式继承他人遗产不见得完全利好，但本段却一口咬定“这些活动是有利的，不包含任何损害”，这是一种严重的自相矛盾的说法，按这种说法，被监护人进行这些活动，应该不要监护人授权了。

I.1,21,2。而如果监护人认为交易对被监护人有利，他必须出席该交易，立即作出授权。在这一时间后提出的或以书信提出的授权，不生任何效力。

本段讲监护人授权的方式：出席交易当场授权。事后授权或书面授权无效。这一规则似乎考虑的是订立要式口约的场景，因为进行这种交易，多数人都必须到场，监护人作为被监护人的能力补充者当然也要到场。排斥书信授权，除了补强到场的要求外，也有尊重要式口约订立方式特性的意思。实际上，按本书第3卷第22题讲到的合意契约理论，多数人不必到场就能订立交易；本段确定的规则显然不适合这种契约。该规则是否适用于所有的交易，深值怀疑。

I.1,21,3。如果在监护人与被监护人间必须进行诉讼，因为监护人本人不能对他自己的事情进行授权，人们并不像从前一样，设立裁判官指定的监护人，而是在其位置上指定一个保佐人，以其干预进行诉讼，该诉讼完成，保佐人停止其职务。

本段讲监护人的回避问题，在监护人与被监护人间发生诉讼时实行这种回避，以贯彻不得双方代理原则。讲了回避期间的替代人的变迁。先是裁判官指定的临时监护人，即《阿梯流斯法》上的监护人，后是保佐人，显然这是未成年人保佐制度诞生以后的安排。后一种安排更符合保佐人的为事而非为时而设的性质，更科学。表明后来的人们对监护与保佐的区别有了更真切的认识。

第 22 题

以何种方式终止监护

I. 1,22pr.。男女被监护人,一旦变得适婚,便脱离监护。而古人确实决定,对于男性,不仅根据年龄,而且也根据身体的外观判断是否适婚。然而,寡人认为:把古人认为对女性身体外观进行检查是猥亵的看法也扩展到男性,才配得上朕的时代的纯洁。因此发布了神圣的敕令①,朕规定:男性在满 14 岁后,立即认为他开始了适婚状态,已就女性良好制定的古代规范则保留原样,她们满 12 岁后便被认为具有结婚的自然能力。

本段讲监护终止的原因之一:被监护人变得适婚。适婚年龄制度是在元首制时代制定出来的,接近现代的行为能力制度。② 罗马人对适婚与否的判断经历了从个案调查到"大数法则"(指在随机现象的大量重复出现中,往往呈现几乎必然的规律)的发展过程。如本段所述,个案调查法由于要查看被裁定者的身体的隐秘部分,被认为有辱人的尊严,故首先在女性身上废除这种方法,其次在男性身上做同样的废除。就大数概率法能否作为独立的判断适婚与否的标准,普罗库鲁斯派和萨宾派之间有争论,前者受毕达哥拉斯哲学的影响,主张订一个统一的标准,因为一个人是否适婚,不易检查确定,按当时一般青少年发育的情况,定为男子满 14 岁为适婚年龄有利于划一适用,尽管可能牺牲个别例外。14 岁的年龄何来?从两个 7 而来。毕达哥拉斯学派认为 7 是个吉数,因为自然事物在"7"这个数中获得出生和成熟的最好时机。人在怀孕 7 个月后诞生;出生 7 个月后开始长牙齿,在出生第二轮的 7 岁末(即 14 岁)达到青春期,在第三轮的 7 岁末(即 21 岁)长胡子。③ 受毕达哥拉斯影响的罗马人也认为 7 是吉数,其倍数和加数也是如此,后来罗马人的所谓完全行为能力年龄是 25 岁,两个单数相加也是 7。那么,为何女性的适婚年龄是 6 的倍数呢?按毕达哥拉斯的理论,男女的吉数不同,女性的 6 就相当于男性

① 参见 C.5,60,3,529 年。

② Cfr. Sebastiano Tafaro, La pubertà in Roma. Profili giuridici, Bari 1991 e 1993, p.4.

③ 参见汪子嵩等:《希腊哲学史》第 1 卷,人民出版社 1993 年版,第 288 页。

的7,因此,女12岁适婚的年龄也是吉数。但萨宾派认为人各不相同,一个人是否适婚及是否具有处世的能力,应实事求是地依据其身体发育和智力发展的程度而定,所以主张大数概率法和个案调查法并用。本段中所言之"古人决定",就是萨宾派的观点。但优士丁尼最终采用了普罗库鲁斯派的观点。①

两派的斗争具有很深的背景。从适用的效果看,普罗库鲁斯派的理论使人们能早些适婚,换言之,早些获得有限的行为能力,把子女早些部分地从家父权下解放出来。在这一问题上,国家与家父的利益不同,后者希望尽量长期地把子女留在自己的权力下,从他们获得利益。而国家却希望孩子们早些归自己直接管辖。因此,国家父权与自然父权是对立的。由于普罗库鲁斯派设定的这种管辖权的年龄标准是吉数,家父们就没有什么话说了。如此,子女有两次出生,第一次由父母生,成为他们的孩子,第二次出生使他们成为国家的孩子。②

I.1,22,1。同样,如果迄今未适婚的人被作为自权人收养或被放逐,监护终止。如果被监护人重为奴隶或为敌人所俘,同样如此。

本段讲监护终止的原因之二:被监护人经受人格减等。在此等情形,被监护人改为受家父权保护,监护成为不必要;在人格中减等的情形,由于监护是市民法上的制度(参见I.1,13,1提出的监护定义),被监护人丧失市民身份导致失去适用监护制度的理由;在人格大减等的情形,被监护人失去自由,改为受其主人保护,也使监护制度失去适用理由。

本段中的"被监护人重为奴隶"指他作为解放自由人对恩主忘恩负义导致恢复奴隶身份,该奴隶在被解放前作出此等忘恩负义的行为,但当时他处在未适婚状态,他因此无诈欺能力,不能对他为任何处罚,所以主人照样按原计划将他解放。但当他达到诈欺能力年龄后,他会重为奴隶,由此使对他的监护成为不必要。③

I.1,22,2。但即使监护人是以遗嘱附确定的解除条件指定的,同样发生一旦条件成就,监护人停止活动之事。

本段讲监护终止的原因之三:指定监护人的解除条件成就。此时《阿梯流斯法》上的监护人接任。

---

① 参见周枏:《罗马法原论》(上册),商务印书馆1994年版,第121页及以次。

② 本段的主要内容来自意大利巴里大学教授塞巴斯提亚诺·塔法罗于2006年6月27日中午对我作出的解答。

③ Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.165.

必须指出的是，只有遗嘱监护人可以附条件设立，法定监护人和官选监护人不可如此设立。

I.1,22,3。监护人或被监护人的死亡，以同样的方式终止监护。

本段讲监护终止的原因之四：监护关系双方之一的死亡。但在监护人死亡的情形，有可能利用信托监护的形式完成监护的移转（参见本卷第19题），因此，本段的说明并非精确。被监护人的死亡导致监护失去存在理由，也导致监护终止。

I.1,22,4。而监护人的丧失其自由或市民权的人格减等，消灭任何一种监护。而监护人的人格最小减等，例如，他把自己出养的情况，仅消灭法定监护，其他的监护并不消灭。但男女被监护人的人格减等，就算是最小的，都破除一切监护。

本段讲监护终止的原因之五：监护当事人的人格减等。首先讲监护人的人格最大减等消灭监护，因为叫一个奴隶或外邦人监护一个罗马市民是不可思议的。而监护人的人格最小减等只消灭法定监护，因为这个监护人原来承担的法定监护以他是原来家庭的宗亲为基础，自权人收养把他从这个家庭带到另一个家庭，导致宗亲关系的改变，原有的法定监护失去基础。

然后讲被监护人的人格减等消灭监护。这一规定与本题第1段重复。不断发生的重复现象原因者何？可能是编订此书的人采用剪切的方式编书造成。这点在《学说汇纂》中表现明显。

I.1,22,5。此外，以遗嘱附一定期限指定的监护人，一旦该期限结束，退出监护。

本段讲监护终止的原因之六：附终止期限指定的监护人因期限届满。按现代民法的体系，本段与第2段接续排列更好。当然，也可以把监护当事人的存活和人格不发生变更看作监护人关系存续的默示条件，条件改变监护相应改变。

I.1,22,6。而因被认为在某些事情上受到怀疑而被褫夺监护的人，或出于正当的原因要求自己得到豁免的人，以及根据朕较后要作出的论述[1]，退出监

① 参见本卷第23题第5段。

护之管理负担的人，停止作为监护人。

本段讲监护终止的原因之七：其他，共有三种原因。其一是监护人受怀疑；其二是监护人得到豁免；其三是监护人因为能力原因退出监护。这些内容在本书的稍后部分都会谈到。

第 23 题

保佐人

I. 1,23pr.。已适婚的男性和已具有结婚之自然能力的女性,在满 25 岁之前,接受保佐人。这些人尽管已是适婚人,但迄今他们处在不能照料自己事务之年龄。

本段讲保佐的适用对象:已达适婚年龄但未达成年年龄的人。他们具有一定的,但并非完全的行为能力,因此需要保佐。

保佐与监护的区别有二:前者是一些点,后者是一根线;前者是以有能力为原则,以无能力为例外,后者以无能力为原则,以有能力为例外。明白了此两点,就会正确地使用监护一词。例如所谓的"成年人监护",它符合保佐的两个条件,应该叫成年人保佐。我国实在法中无保佐概念,所以在学说继受成年人保佐制度时以监护称之。还有所谓的罗马妇女承受的终身监护,应该是保佐,不然会闹出女性在 12 岁前受监护,在 12—25 岁之间受保佐,25 岁止死亡再受监护的能力倒退悖论。未适婚人相当于无民事行为能力人,对他们适用监护。已适婚人相当于限制民事行为能力人,对他们适用保佐。前者的年龄为 7—14/12 岁;后者的年龄为 14/12—25 岁。在此段,出现了妇女终身受监护之命题的例外,因为 12—25 岁的女性受保佐的说法隐含着她们在满 25 岁后完全取得行为能力的命题。

罗马实行未成年人保护的监护与保佐的双轨制。保佐又分为精神病人和浪费人的保佐和未成年人的保佐,前者由《十二表法》确立,后者由公元前 191 年的《普雷托流斯法》(Lex plaetoria)确立。该法针对以欺骗手段与不满 25 岁的未成年人(无论是自权人还是他权人)缔结契约的人规定了惩罚措施,允许上述未成年人为维护自己的权益对有关适法行为的有效性提出抗辩。可以诉请追回已交付的物件,如尚未履行给付,他可拒不履行。此法暴露出当时实行的适婚人具有完全行为能力的体制缺乏保护未成年人的缓冲环节,并图谋补救,被认为是保佐制度的第一个立法。[①] 尔后的裁判官告示对《普雷托流斯法》保护的不满 25 岁的未成年人继

① 参见〔英〕梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆 1959 年版,第 92 页。

续提供保护,赋予其完全恢复原状的救济,导致这种人的相对人为求交易有效,要求此等人在一个保佐人的协助下订立交易,这样就开创了偶然的保佐。继而马尔库斯·奥勒留皇帝开创了持久的保佐制度,要求不分情况地为任何25岁以下的未成年人设立保佐人。亚历山大·塞维鲁斯皇帝则规定25岁以下的未成年人的财产不是由他自己而是归保佐人管理。戴克里先和马克西米连于203年颁布的敕令则规定25岁以下的未成年人的交易,无保佐人的帮助进行的,无效。由此罗马的未成年人保佐制度成形。①

I.1,23,1。而保佐人由也指定监护人的同一些长官指定。但保佐人不以遗嘱指定,若作了指定,应以裁判官或总督的决定确认。

本段讲设立保佐人的方式。基本原则是只能设立官选保佐,这与在监护人设定问题上的先私后公的做法形成对照,表明了罗马国家对家庭关系干预的加强以及福利国家倾向的加强。本段排斥遗嘱保佐,因为保佐是就特定事项指定的,遗嘱人无法预见到将来发生的有待保佐的事,就不能以遗嘱指定保佐人。但既然指定了,也可经裁判官(在罗马如此)或总督(在行省如此)的决定确认生效。这样,遗嘱保佐通过转化为官选保佐生效。

I.1,23,2。同样,除非在诉讼中,青年人不得违背其意志地接受保佐人。事实上,保佐人可以为特定事项指定。

本段讲接受保佐的自愿原则和保佐的性质。保佐的性质原则上是为事的(但"保佐人可以为特定事项"指定中的"可以"隐含了可以为一般事务指定保佐人的例外,下文讲到的精神病人保佐就是这样的),因而对于被保佐人来说是一种偶然的而非经常的服务,故不得违背健全的被保佐人的意志让他接受一个保佐人,但在发生诉讼的情形除外。这等于说,除非在诉讼的情形,健全的适婚人具有完全的行为能力,他们的行为能力的受限仅发生在诉讼事务上。

I.1,23,3。精神病人和浪费人,就算是25岁以上的人,但根据《十二表法》处在宗亲的保佐下。而在罗马,由市长官或裁判官;在行省,则由总督,通常通过调查为他们指定保佐人。

---

① See Fernand Bernard, The First Year of Roman Law, Oxford University Press American Branch, 1906, The LawBook Exchange, LTD., Clark, New Jersey, pp. 127ss.

前段讲了健全人的保佐，本段讲精神病人和浪费人的法定保佐，说明他们是25岁的成年规则例外，通常人们在这个年龄达到成熟的理智，但精神病人和浪费人由于疾病或习惯的原因达不到。因此设立保佐制度保障继承人的期待权，维护社会的稳定。《十二表法》把宗亲安排为保佐人，因为保佐人同时是法定继承人，这样做实质上是为了维护继承人的期待权，不让精神病人和浪费人糟践自己的财产让他们于将来一无所得。但宗亲很多，不可能都来担任保佐人，应该是在众多的宗亲中选择适任者。选择他们的机关因地而异。在罗马，是市长官或裁判官；在行省，则是总督，他们通过调查为上述两种例外者指定保佐人。调查的内容当然关乎可能的保佐人的品格、能力，他与未来的被保佐人的关系等事宜。

此段用现代术语讲是罗马的禁治产制度。罗马法把精神病人的保护归之于保佐而非监护，与我们的相应制度把他们置于监护下不同。看来，罗马的精神病人的状况都不严重，用保佐人照料他们就可以了。现代由于污染等原因，精神病人的状况都很严重，只能用监护人来照料他们。不同的处理似乎只能这么理解。精神病人的保护与浪费人的保护不同，前者是一般的事务，后者是偶然的事务，因此它们两者在现代立法中被分开，一个归入监护，一个保留为保佐。

I.1,23,4。而对弱智者、聋者、哑者和患慢性病者，由于他们不能管理自己的事务，也须为他们指定保佐人。

本段讲残障者之保佐，涉及现代民法中的准禁治产问题和体力行为能力[①]制度。本段提到的慢性病的问题为现代民法所不问，实际上，这种病以影响当事人到达交易地点者为限。本段不关注现代民法关注的盲人问题。

I.1,23,5。而有时，被监护人也接受保佐人，例如在法定监护人不合适的情况下，因为对一个已有监护人的人，不能再为他指定监护人。同样，如果通过遗嘱指定的、或由裁判官或总督指定的监护人不适合于管理，但也没有诈欺地管理事务，通常给他增加一个保佐人。同样，在非永久地，而是暂时地被豁免监护的监护人的位置上，通常指定一个保佐人。

此段讲某个被保护人兼有监护人和保佐人的3种情形。其一，法定监护人不合适。“不合适”是一个广泛的表达，其造成因为法定监护人无可选择，“不合适”

① 体力行为能力是行为人运用自己的肢体实施欲实施的法律行为和事实行为的能力。

的术语可以容纳第二种情形(不适合于管理)以外的情形。其二,遗嘱监护人或官选监护人不适合于管理。其三,监护人暂时离职。指监护人为国出差等情形。参见本卷第25题第2段。在这些时候,增加保佐人是对已履职的监护人不胜任的补救。这时的被保护人既可叫被监护人,也可叫被保佐人。

I.1,23,6。如果监护人因健康不良或为其他不可抗拒的事由阻碍,不能管理被监护人的事务,被监护人在外地或为幼儿,裁判官或督理行省的人,便由监护人承担风险,以决定指定一个他中意的人为办事人。

此段讲准保佐人——办事人,相当于监护人的代理人。他们在监护人不能履职时经监护权力机关指定,代行监护人之职。本段中的"外地"与"幼儿"的表达需要解释,前者指监护人与被监护人分居两地,前者无法直接照料后者;后者指7岁以下的人,作为男人的监护人无法亲自照料他们。如果他有病,更加如此。稍大的被监护人可以自我照料,平时只有在进行重要法律行为时需要监护人的授权而已。此时只能委托一个女性为此等照料。准保佐人相当于监护人的代理人,事情办坏了由监护人承担责任。

第 24 题

监护人和保佐人提供的担保允诺

I.1,24pr.。为免男女被监护人和男女受保佐人的财产被监护人或保佐人浪费或减少,裁判官关注,不论是监护人还是保佐人,都要就此事由提供担保允诺。但这并非不可动摇。事实上,以遗嘱指定的监护人不被强迫提供担保允诺,因为其忠诚和勤勉已由遗嘱人本人加以证明。同样,通过调查指定的监护人或保佐人免受提供担保允诺的负担,因为他们是作为适当的人被选定的。

此段讲保护人的担保原则及其例外。法定监护人要提供担保,遗嘱监护人无需提供担保,因为他们已通过遗嘱人的审查;官选保护人也是如此,因为他们已经过"审查"的考验。本题标题中的 satisdatio 与 cautio 同义,指裁判官要式口约,可以理解为纵向合同,实际上是司法命令。它只是一个表示,例如说,如果财产短少愿赔 5 万,不是实际地交付保证物。被保护人的财产减少有两种情况,一种是保护人侵吞,是"德"的问题;第二种是保护人管理不当导致减少,是"能"的问题。它们都应该是担保的对象。

本题讲关于监护人和保佐人的共同规定,《智利民法典》将他们概括为保护人的属概念,更便于论述。

I.1,24,1。但如果通过遗嘱或通过调查指定了两个或更多的监护人,一个人可以就被监护人或青年的不受损害提供担保允诺,将安排他优先于其共同监护人或共同保佐人单独进行管理;或者,只要其共同监护人提供了担保允诺,该人就被安排在他之前,由该人本人单独进行管理。因此,他不能为了自己要求由其共同监护人或共同保佐人提供担保允诺,而是应提出担保允诺,以便给予其共同监护人以选择:是决定接受担保允诺,还是提出担保允诺。如果他们中无任何人提出担保允诺,如果遗嘱人确实规定了谁将进行管理,此人应该进行管理。如果遗嘱人未作这样的规定,如同裁判官告示所规定的,多数人选定的人应进行管理。然而,如果上述监护人就选举应进行管理的人或人们意见不同,裁判官应按照其职责干预。对通过调查指定了多数人的情况,必须接受同样的标准,换言之,多数

人可选出受任进行管理的人。

此段讲管理的承担，遵循担保与管理权相一致原则。管理按如下3种方式承担：第一，通过复数监护人之一的提出担保。这里产生的问题是，是每个保护人都要提供担保还是其中一个提出即可？假设为第一种情形，是否几个保护人都提出担保，保额最高者取得管理？在这里，保护人之一不能命令其他保护人提出担保，因为他们彼此间平等，只能用"激将法"。第二，通过遗嘱人的指定。第三，多数监护人相互选举。

I.1,24,2。然而必须知道：不仅监护人或保佐人根据管理之诉对未成年人和成年人以及其他人承担责任，而且针对接受担保允诺的人，也有可为他们提供一条最后防线的后备诉权。而后备诉权被授予对抗完全没有关注监护人或保佐人提供担保允诺，或容忍提出不适当之担保允诺的人。确实，不论是根据法学家的解答还是根据皇帝的敕令，这种诉权也被扩展到对他们的继承人行使。

此段讲被监护人财产短少的法律效果。有4种诉权。首先是监护的直接诉权，在监护终结时由被监护人及其继承人对监护人及其继承人行使；其次是要式口约之诉，由被监护人及其继承人对监护人的保证人及其继承人行使；第三是侵吞财产之诉，由被监护人及其继承人在监护终结时对侵吞了委托给他的财产的监护人行使；第四是后备诉权，针对征收保护人担保的官员行使。[①] "后备诉权"的表达采用了军事术语，相当于战略后备。管理之诉以汇报账目之诉为前提，汇报账目的结果为负的，发生管理之诉，由被保护人在成年后提起。

管理之诉的结果不能满足被保护人的请求的，发生后备诉权。具体情况有：第一，未征收担保；第二，征收的担保不足；第三，征收的担保不适当，也就是保证人无支付能力的情形。罗马法中诉权分为可移转和不可移转两种，涉及人身的诉权是不可移转的。通常移转诉权的条件是利益发生了移转，此处不存在利益的移转，却规定了诉权的移转，由此加重了征收担保的官员的责任和对被保护人的保护。由此可见，允许移转诉权是民法的一种调整方法，以此来加重被告的负担。

将后备诉权定为可移转的是为了对保护人课加更大的责任，可以看出优士丁尼罗马法对被保护人的保护相当完善。这种诉权的可移转性是根据法学家解答和皇帝敕令两种渊源确定的，其中的皇帝敕令并不确指，是对过去的敕令的泛称。

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag. 181.

I.1,24,3。这些敕令也强调,如果监护人或保佐人不作出担保允诺,将强制从他们收取质物。

本段讲保护人违反提供担保义务的法律后果,即强制担保,此时人保转化为物保,不过此处的人保很特殊,因为通常的人保由第三人充当,此处的人保由当事人一方本人承担。

I.1,24,4。然而,既不是市长官,也不是裁判官,也不是行省总督以及其他有权指定监护人的人,而只不过通常要求担保允诺的人,对这一诉权承担责任。

本段讲后备诉权责任的承担者。承担责任的不是长官,而是具体办事的下级官员,因为长官事务繁多,对一些具体的事项并不见得知情,因此,本段体现了"谁办事谁负责"的原则,也体现了高级长官的豁免权。

第 25 题

豁免

I.1,25pr.。而监护人或保佐人,由于各种各样的原因受到豁免。通常是由于处于权力下的或已被解放的子女。事实上,如果某人在罗马有 3 个生存的子女,或在意大利有 4 个,或在行省有 5 个,他们可根据其他公役的先例被豁免监护或保佐。事实上已经决定,不论是监护还是保佐,都是公役。但养子女无效,而被出养的卑亲属,对生父有效。同样,由儿子所出的孙子女有效,因为他们继承了父亲的位置;由女儿所出的无效。然而,只有生存的子女有助于豁免监护或保佐的职务,已死的无效。但有人问:如果是在战争中失去的,是否有效?显然,只有在战场上失去的子女才有效。事实上,为国而死的人,被认为活在永恒的光荣之中。

本段讲豁免的理由之一:子女数目众多。如何计算子女的数目,首先贯彻了保护军人原则。由于子为国死父光荣①,把战死的子女计算在内。罗马以军事立国,必须在法律上保护和优待军人,故作这样的安排。其次贯彻了法律事实与自然现实的分离原则。法律出于自己的需要,可以把一个事实上的死人当作法律上的活人。

为何对罗马人、意大利人、外省人获得豁免的子女数目要求采用递减规定?一是可能因为征服与被征服的关系;二是因为民主政治的关系,宗主国人与殖民地人的忙碌程度不同。看来,对首都人和外省人的歧视性区分待遇并非中国高考制度独家体现,而是十分普遍。不过,这种对罗马人和意大利人的优待在优士丁尼时代无实质意义,因为这些地方多数已不在优士丁尼的治下。

本段涉及监护的性质:"不论是监护还是保佐,都是公役。"公役的拉丁文是 Munus,来源于 Munire,为修造、设防、造城墙之意,后转化为其他公共义务的含义。② 罗

① 参见〔法〕安德烈·比尔基埃等主编:《家庭史》1(上册),袁树仁等译,三联书店 1998 年版,第 377 页。

② Véase Antonio Mateo, Manceps, Redemptor, Publicanus: Contribucion al studio de los contratistas publicos en Roma, Universidad Cantabria, Santander, 1999, pag.27.

马帝国强盛的原因是有人愿意为它做义工，衰落的原因是无人或少人愿意为它做义工了。“已经决定”的用语表明以前在罗马也有过关于监护性质的争论，后来取得了上述共识。公役在中国也存在：当兵为人身公役；纳税为财产公役。

本段的监护定义为《魁北克民法典》第179条采用：“监护是人身公役（personal office），任何有能力充分行使其民事权利并适合担任的自然人都可承担。”不了解本段，无法正确地把personal office的表达翻译出来。

本段中的“其他公役”一语，指担任行会负责人、市议会议员等。

I.1,25,1。同样，神君马尔库斯[①]在《半年录》[②]中批复：管理皇库财产的人，在进行这种管理的期间，可被豁免监护或保佐。

本段讲豁免的理由之二：担任皇库（Fiscus）财产的管理人。实际上讲的是两种公役冲突时只承担一个。应注意的是，在共和时期，只有国库，其财产由监察官管理。到了帝政时期，有了国库与皇库的双轨制。国库是元老院行省的税金所在，皇库是皇帝行省的税金所在。[③] 皇库（Fiscus）是奥古斯都在公元前21年创立的。[④] 该词原始的含义是“篮子”，引申为“口袋”。[⑤] 原先统一的国库一分为二，跟罗马的行省制度或海外殖民地制度的发展有关。公元前242年，罗马共和国建立了自己的第一个行省西西里行省，尔后，随着罗马的成功扩张，行省的数目不断增长，最多时达到54个。对这些行省一分为二，需要军事防卫的行省属于皇帝，不需要的属于元老院。[⑥] 行省人需要缴纳10%的行省税作为国防费用。这种税，从元老院行省收的，归国库；从皇帝行省收的，归皇库。[⑦] 皇库由两名君主任命的国库长官（Praefectus aeraii Saturni）管理。《半年录》为奥古斯都建立的任期6个月的元首顾问委员会的记录。此等机构预先讨论即将提交元老院全体会议处理的大事。在奥古斯都时期，它由两名执政官、一名其他高级官员和抽签选出的20名元老和拟议中的奥古斯都的继承人组成。[⑧] 每届

---

① 马尔库斯（Marcus Aurelius，121—180年），161—181年在位的罗马皇帝，阿德里亚努斯皇帝的近亲、安东尼努斯·皮尤斯皇帝的养子、新斯多亚派哲学的代表人物，曾打败罗马人的夙敌帕提亚人，征服日耳曼人。在位期间，执行迫害基督教徒的政策，著有希腊文的《沉思录》12篇，反映了其新斯多亚派的哲学思想。

② 原文为Semestri，是6个月的法令汇集。

③ 参见〔日〕盐野七生：《罗马人的故事Ⅵ：罗马和平》，张丽君译，三民书局1998年版，第175页。

④ 参见何立波：《论罗马帝国的元首私库》，载《绥化学院学报》2006年第2期，第105页。

⑤ 参见〔日〕盐野七生：《罗马人的故事Ⅵ：罗马和平》，张丽君译，三民书局1998年版，第175页。

⑥ Cfr. Mario Talamanca (sotto la direzione di), Lineamenti di Storia del Diritto Romano, Giuffrè, Milano, 1989, pp.487s.

⑦ 参见〔日〕盐野七生：《罗马人的故事Ⅵ：罗马和平》，张丽君译，三民书局1998年版，第175页。

⑧ 参见〔古罗马〕苏维托尼乌斯：《罗马十二帝王传》，张竹明等译，商务印书馆1995年版，第69页。

顾问会议任职期间通过的法律汇成一册，称《半年录》。[①]

马尔库斯是罗马的哲学家皇帝，是将新斯多亚哲学罗马化的皇帝，曾与其兄弟维鲁斯共同担任皇帝，形成“一国两帝”的局面，故他们被称为“神君兄弟”。但他们并非亲生兄弟，而是通过收养形成的。阿德里亚努斯皇帝本收养凯欧尼斯·康莫德斯为养子并作为自己的政治继承人，但康莫德斯英年夭折，阿德里亚努斯只得指定安东尼努斯·皮尤斯为继承人，但条件是后者收养自己看中的马尔库斯·奥勒留以及康莫德斯的儿子维鲁斯为养子，在他死后继承其位，于是形成了兄弟皇帝。[②] 维鲁斯虽满身恶习，却有尊重其兄弟对政务的处理的美德，百事不探。奥勒留尽量掩盖他的愚蠢，为他的早死悲悼，并努力在他死后留下一个美名。但实际上，他为报恩牺牲了国家利益。[③]

I.1,25,2。同样，为国家的缘故不在的人，被豁免监护和保佐。但即使已经是监护人或保佐人的人，后来为了国家的缘故开始不在，在他们为国家的缘故不在的期间，他们被豁免监护和保佐，而在此期间，在他们的位置上指定一个保佐人。如果返回将恢复监护负担的人，如同帕比尼安[④]在《解答集》第5卷中所写的，也没有1年的豁免。事实上，被召集承担新监护的人享有这一豁免。

本段讲豁免的理由之三：为国出差。但这种豁免是临时的，将来要恢复。不在期间的监护职责由保佐人承担。“不在”与“失踪”经常混淆，前者也是种重要的法律事实，能引起某些法律关系的终止。此处指已知某人在何处，但此人在物理意义上不在此处的状况。在国外履职的外交官就是“不在”而非失踪，他们也不能履行自己在国内的监护职责，甚至不能行使对自己子女的亲权，因为他们不能携带这些子女到任。

返回将恢复监护负担的人没有1年的豁免，即假期，就此问题曾发生过争论，帕比尼安一锤定音，否定了放假的可能，但已完结一个监护的人在开始下一个监护前可以享受1年的假期。监护工作繁重，以至于监护人需要休假，这更证明了监护的负担性质。

---

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag. 184.

② 参见〔日〕盐野七生：《罗马人的故事XI：结局的开始》，郑维欣译，三民书局2005年版，第20页及以次。

③ 参见〔英〕吉本：《罗马帝国衰亡史》（上册），黄宜思、黄雨石译，商务印书馆1997年版，第76页及以次。

④ 埃米留斯·帕比尼安（*Aemilius Papinianus*，约140—212年），生于叙利亚。为谢沃拉的学生，曾在贝鲁特任法学教师。426年被定为罗马五大法学家之首。历任不列颠约克总督以及国务秘书和禁卫军长官等职，后为卡拉卡拉皇帝派人暗杀。主要著作有《问题集》37卷、《解答集》19卷等6种。其作品为《学说汇纂》引用的有595条，并被列在首要地位。

I.1,25,3。如同神君马尔库斯批复的，拥有某种权力的人可使自己得到豁免，但不能抛弃已开始的监护。

本段讲豁免的理由之四：监护人担任一定的官职。根据 D.27,1,6,16，市长官可以获得豁免。这一范围似乎太窄，基本的原则应是大长官都可以豁免，但在任职前已开始履行的监护不得抛弃，以免影响被监护人的利益，小长官不可以。前者享有谕令权，由百人团会议选举，有执政官、裁判官、财务官等；后者不享有谕令权，有营造官、二十六吏[①]等。大长官的这一特权后来被扩展到元老。[②] 以上是就罗马而言的，在行省，自治市的长官也可豁免监护，例如两人团成员和市议员。[③]

I.1,25,4。同样，监护人或保佐人与未成年人或成年人有诉讼，任何人不能因此使自己得到豁免，争议碰巧关系到全部财产或遗产的除外。

本段讲在保护人与被保护人之间发生诉讼对豁免保护职务的影响，是为 I.1,25,4 确立的监护人回避规则设立例外。小额诉讼不可以豁免，这样就承认了一定范围的同时代理。这种安排反映出两个情况：其一，保护人尽管与被保护人发生诉讼，由于有监护权力机关的监督，前者难以实施滥权行为，因此仍可以维持保护关系；其二，介入了诉讼的保护关系当然不是好的保护关系，但由于保护人难找，仍不得不维持这样的关系。

I.1,25,5。同样，3 个监护或保佐的负担，只要在管理中，导致豁免，监护人或保佐人要求承担更多的除外。但对拥有同一份财产的数个未成年人——例如兄弟的情况——的监护或保佐，被算作一个负担。

本段讲已承担 3 个保护负担构成豁免的理由，但保护人要求承担更多的除外，但对这种要求并非无限制，只有得到了财产很少的人之监护或保佐的人才可如此要求。这样，他们的爱国热情可以满足，也不至于承受过分的负担，由此被保护人的利益也有保障。但计算保护负担的数目时，不是以人头算，而是以财产数算，几

---

① 他们是共和时期的 26 名低级文官。其中刑事三吏或巡夜三吏、康盘尼亚四法官、十人争讼审理团、铸币三吏、罗马城环卫四吏和城外环卫二吏。参见陈可风：《罗马共和宪政研究》，法律出版社 2004 年版，第 87 页及以次。

② Véase Pedro Gómez de la Serna, D. *Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de* Sanchez, Madrid, 1856, pag. 185.

③ Véase Arnold Vinnio, In Quattuor Libros Institutionum Imperialum Commentarius Academicus et Forensis, Tomo I, 1867, Barcelona, pag. 186.

个未成年人拥有一份财产的——这是指不分遗产的共同体的情形(所以,本段中的"财产"一语,应解作"遗产")——算作一个负担。这种安排揭示了保护人的主要职责是保护被保护人的财产,保护他们人身的职责被置于次要地位。

本题头段从主体的角度讲了监护负担的数目,本段从客体角度讲了监护负担的数目,两个角度的规定如何协调,是尚待研究的问题。

I.1,25,6。但如果某人能说明自己无力承受被课加的负担,神君兄弟以及神君马尔库斯独自[①]都批复,也因贫困授予豁免。

本段讲贫困作为豁免的理由。罗马法中监护人需负担被监护人的生活,故贫穷的监护人不能履行这一职责;另外,如监护人过于贫穷,必须为自己的生活奔波,就顾不上花时间精力去保护他人了。

I.1,25,7。同样,由于健康不良,某人确实因此连自己的事务也不能参加,发生豁免。

本段讲监护人的健康不良导致豁免。此段可理解为对前面规定的"慢性病"的受保佐理由的一个注脚:不能到达交易地点,也就是体力行为能力欠缺。现代民法用代理制度解决这一问题。罗马法中也有代理制度,这一制度首先以衡平的名义允许60岁以上者和患病者由人代理诉讼。[②]

I.1,25,8。与此类似,神君皮尤斯批复:必须豁免不识字的人。尽管文字不老到的人也能承担事务之管理。

本段讲文盲作为豁免的理由。在一个要式口约的时代,文盲不能成为豁免理由。现在成为豁免理由了,表明在优士丁尼时代,书面交易已基本取代了要式口约。

此前的段落都讲为了可能的监护人利益的豁免,此段讲为了被监护人利益的豁免。

---

① 马尔库斯及其兄弟就是下文提到的M. 奥勒留和L. 维鲁斯。马尔库斯·奥勒留继位初年与被其亡父安东尼努斯收养的维鲁斯共同执政,这是罗马第一次有两个皇帝同时掌权,但国家大权仍在奥勒留手里。他受过良好的教育,喜欢读书,对希腊斯多亚哲学颇有研究。

② Cfr. Marisa De Filippi, Dignitas tra Repubblica e Principato, Cacucci Editore, Bari, 2009, p.76.

I.1,25,9。同样,如果由于敌意,父亲以遗嘱指定某人为监护人,此事本身允许他豁免。而相反,曾对被监护人的父亲许诺自己将执行监护的人,不被豁免。

此段讲不能把指定监护人作为惩罚和发泄敌意的手段,间接透露出监护的负担性质,它可以作为整人的手段。本段也透露出存在混账的父亲,把让人承担对自己子女的监护作为整人的手段,这是对前文一贯坚持的信任遗嘱人的监护人选择决定之原则的一个动摇。

I.1,25,10。而被尊为神的兄弟批复:仅仅求诸不认识被监护人之父的理由的人,必不准许其豁免。

本段讲不认识被监护人的父亲不导致豁免监护。由此透露,罗马的监护人甚至可以不认识被监护人,反映出监护的陌生人际关系的性质,这证明了监护不是基于亲情或熟人之情产生的义务,而是监护人对国家的义务。亲权与监护不同,它发生在亲属之间。

I.1,25,11。某人对未成年人或成年人之父抱有的敌意,如果是不共戴天的,也未取得过和解,通常豁免监护。

本段讲监护人因与被监护人之父有过敌意取得豁免。什么是不共戴天的敌意?德·拉·塞尔纳(De la Serna)认为指因为图谋他人的生命、自由、名望引起的敌意。[①] 现代意大利学者丹尼洛·达拉(Danilo Dalla)认为指公开表示的和到死都未消除的敌意。[②] 不让对被保护人之父抱有严重敌意的人担任他们的监护人,是防止他们遭到敌意引起的危害。但和解可以化解最严重的敌意。和解可以是明示的或默示的,后者从当事人的行为中推断出来。[③] 例如,过去有不共戴天敌意的两人让彼此的子女结亲,可以认为他们间达成了和解。

根据本段文字,似乎对被保护人之母抱有敌意的人不被排斥担任他们的监护人,其实不然,此乃因为家父是全家人格的承载者,对母亲、子女的敌意都视为对父亲的敌意。

---

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.189.

② Cfr. Danilo Dalla, Note Mimine di un Lettore delle Istituzioni di Giustiniano, Libro I, Giappichelli, Torino, 1998, p.285.

③ Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.189.

I.1,25,12。同样,如果某人承受过被监护人之父提出的身份争议,他被豁免监护。

本段讲在遗嘱人和监护人间发生过身份之诉的,构成豁免监护的理由。身份之诉的提起可作为不共戴天的敌意的一种情形看待。身份之诉有三种。其一,被监护人之父指控声称自己是自由人的潜在监护人为奴隶;其二,被监护人之父指控声称自己是生来自由人的潜在监护人为解放自由人;其三,被监护人之父指控声称自己是罗马市民的潜在监护人为外邦人,这3种指控都会极大地恶化潜在监护人的既有状况,引起极大的仇恨,如果让承受过此等指控的人担任指控人子女的监护人,难免引起报复,所以应避免这样的人担任仇家子女的监护人。

I.1,25,13。同样,70岁以上的人可使自己豁免监护或保佐。而从前,25岁以下的人确实被豁免监护。然而,他们被朕的一个敕令[①]禁止追求监护或保佐,这样,豁免也就成为不必要了。该敕令规定:不得召集未成年人或成年人进行法定监护。因为被认为在自己事务的管理上都需要他人帮助、在他人的管理下的人,承担对他人的监护或保佐,是不合理的。

本段讲极端年龄豁免监护。极端年龄包括老和小两种情形。在小的情形,涉及年轻人追求监护职务的现象。既然监护是负担,为何有人追求它呢?因为可能获得其他利益,例如,充当一个名门望族的后代的监护人可以建立与该家族的友谊,将来获得利益,等等。

此段是斯芬克斯之谜的一个印证:"什么东西早晨用四条腿走路,中午用两条腿走路,傍晚用三条腿走路?"谜底是人。人在生命的早晨即婴孩期双手双膝着地爬着走;在生命的中午即成年期用双腿走路;在生命的傍晚即老年期拄着拐杖走路,就成了"三条腿"。因此,人在用四条腿走路的时候需要监护,在用三条腿走路的时候也需要。所以,70岁以上的老人可被设立监护或保佐。这在现代日本法中的"后见"制度中有体现。英国的公司法关于董事的任职资格有类似规定,关于驾照取得资格有类似规定,在这些情形,老年人不是作为智慧的象征,而是作为需要他人智慧扶持的对象看待的。但我国有些大学搞终身教授制,与本段的理路不同,违背了自然规律。

满70岁的人,在开始监护的过程中的,要把这一监护做完才能豁免[D.50,6,4(3)]。

① 见C.5,30,5,529年。

I.1,25,14。对于士兵,也必须遵守同样的规则,甚至志愿者也不许担任监护职务。

本段讲豁免军人的监护职责问题。在罗马,凡17—45岁(也有说上限是60岁的)的男性市民,都有服兵役的义务。[①] 士兵被豁免监护,一是因为他们长年在外(兵役期20年),无法履行监护职责。二是为了贯彻有利于军人原则。本段中的"志愿者"也是士兵。有利于军人原则至今已有三个体现:第一,在复境权问题上被拟制为未离开城邦;第二,在计算可导致豁免监护职务的子女数目时把为国捐躯的子女计算在内;第三,豁免他们本人的监护责任。三是因为服兵役本身也是一项公役,比监护公役重要,因此,本段涉及两种公役竞合时更重要的排除相对次要的问题。

I.1,25,15。同样,罗马的语法教师、修辞学家和医生,以及在他们自己的故乡操这些职业并在数目之内的人,享有对监护或保佐的豁免。

本段讲自由职业者豁免监护。什么是自由职业者?他们是因受特殊训练而具有特殊技能,不拿固定报酬的文化人。豁免他们担任监护人,除了他们忙碌的原因外,也有鼓励这种职业的原因。上述3种自由职业者,除了医生外,都是教师,他们也不承担对受教于自己的蒙童的监护责任,证明罗马尚无教师或学校监护的制度。罗马还对自由职业者实行了另外的鼓励措施,恺撒赋予所有居住在罗马的医生和各种学艺的教师(Liberalium atrium doctores)罗马市民权,使他们能留在罗马并吸引其他人前来。[②] 值得注意的是,当时罗马的人文七艺是语法、修辞、辩证法(意思是逻辑)、算术、几何、音乐、天文。[③] 为何从事其他人文职业的人,例如诗人和会计不得受豁免,单单从事前两种职业的人受豁免?规则制定者显然具有鼓励和保护这些职业的目的。这3种自由职业者的特点是要服务大量的人,其他自由职业者不具有这一特点。

就医生在罗马的地位,值得单独讲几句。最初的罗马人排斥医学,传统上禁止贵族行医,医生被认为只是奴隶、解放自由人或外国人的职业,尤其是希腊人的职业。[④] 但后来情况有了改变,在共和时期,有了私人传授性质的医学教育。公元前46年,恺撒授予所有的医生罗马市民权,提高了他们的地位。后来有了正规的医

① 参见金观涛:《西方社会结构的演变》,四川人民出版社1985年版,第73页。

② 参见〔苏〕乌特琴科:《恺撒评传》,王以铸译,中国社会科学出版社1986年版,第365页。

③ See Theodor Viehweg, Translated in English by W. Cole Durham, Jr., Topics and Law, Peter Lang, New York, 1993, pp. 17s.

④ 参见〔意〕卡斯蒂廖尼:《医学史》(上册),程之范主译,广西师范大学出版社2003年版,第159页。

学教育，毕业的学生被称为 Medicus a republica（共和国医生）。真正的医学教育机构从 3 世纪由亚历山大·塞维鲁斯建立，他是第一个给医学教育特权的皇帝：凡是在罗马教授医学的人，即使并非出生在罗马，也可得到市民权。到阿德里亚努斯时代，建立的学校中已有医学部之类的分支了。医生的特权还包括免纳一切税[①]，有权把拒付诊费的人送上法院。[②] 医生分为普通医生和军医，后者在服役期间免除一切民事义务（C，10，52，1—6）。[③] 最后，在罗马帝国，医生成为一个阶层，受法律保护，国家对这个法律给予特殊的保障。医生得到更重要的公共职位并参与政事。[④]

语法教师的特权可以剥夺，如果他们变得对自己的学生无用的话。授予他们特权的是城市的库里亚，特权的剥夺也由这样的库里亚实施。[⑤]

安东尼努斯·皮尤斯皇帝给亚细亚行省的敕答规定了上述各类教师的数目，这一规定适用于全帝国。内容如下：城市分大中小 3 类。小城市允许 5 名医生、3 名教师、3 名语法学家豁免公役。中等城市（拥有法院的）允许 7 名医生、4 名教师和 4 名语法学家豁免公役。大城市（行省首府）允许 10 名医生、5 名语法学家和 5 名修辞学家豁免公役（D. 27，1，6，2。莫特斯丁：《豁免》第 2 卷）。[⑥] 可见在安东尼努斯时代，各个地方的语法教师、修辞学家和医生的数目都是固定的，不允许超过固定数目的人从事上述自由职业。这种做法至今遗留在现代意大利的公证人和教授等职业中，以此保证从业者的质量。事实上，中国古代也有类似的做法，例如，各省举人、官员的数目都是固定的，没有发生官员的极度膨胀。可惜这种做法今已不存。

I. 1，25，16。而希望使自己得到豁免的人，如有几个豁免理由，而他不能证明某些理由，不得禁止他在期限内利用其他的理由。希望使自己得到豁免的人不得上诉。但如果他们（不论他们是何种监护人，换言之，不论他们是以何种方式指定的监护人）住在距他们被指定为监护人之地点的 100 罗马里[⑦]以内，他们应在从得到消息之时开始起算的连续的 50 天内主张豁免自己。但如果他

① 参见〔意〕卡斯蒂廖尼：《医学史》（上册），程之范主译，广西师范大学出版社 2003 年版，第 186—187 页。

② 同上注，第 189 页。

③ 同上注，第 191 页。

④ 同上注，第 193 页。

⑤ See The Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S. P. Scott, Cincinnati, The General Trust Company, 1932, Vol. XV, pp. 148s.

⑥ See The Digest of Justinian, Vol. Ii, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 783.

⑦ 罗马里的长度等于 1 英里，即 1.6 余公里。

们住在100罗马里以外，按20罗马里一天计算，外加30天。但如谢沃拉[1]所说的，计算结果应使总天数不少于50天。

本段讲主张豁免的程序性规定。首先讲豁免理由的竞合问题，以及驳回豁免申请的决定的终局性问题：几个豁免理由同时存在的，排斥一个不妨碍提出其他。豁免理由似乎是对法院提出的，所以才有上诉问题。我们应该记得在马尔库斯·奥勒留时期有监护裁判官之存在，这个文本暗示存在监护法院。一审的监护法院作出的驳回豁免请求的裁决是终局性的，不得上诉，不同于对其他事项的审理结果可以上诉，这样的安排是为了避免推诿造成监护人延误履职，损害被监护人利益。其次讲提出豁免申请权的除斥期间及其计算方式。除斥期间依被指定者居住地与监护法院的距离的不同而不同，在100罗马里内的，是得到指定消息后的50天；在此数以外的，每20罗马里给一天。假设被指定者的居住地离监护法院有120罗马里，这个距离给他6天+30天的申请豁免除斥期间，造成住得远的人的除斥期间不如住得近的人的除斥期间长的不合理现象。如何处理？谢沃拉提出了解决方案：这个时候的除斥期间不是36天，而是50天，这样就不会闹笑话了。那么，只有在被指定者居住在离监护法院400罗马里以上时，本段提出的除斥期间计算规则才会产生住得越远除斥期间越长的效果。假设400罗马里就是莫特斯丁（本段取自他的论述，见D.27,1,1—2及以下）时代的罗马一个省通常有的纵深，则本段规则的近水楼台先得月的不公平效果显然，所以后人不再采用这种方式计算除斥期间就不偶然了。但它后来被《法国民法典》第1条采作法律生效期限的计算方式：法律并不于颁布后在全国同时生效，而是每100公里增加一日。现在的信息传播技术先进，《法国民法典》中的这样的规定也成具文了。

从本段可见，监护人的住所地与被监护人的住所地（假定这也是监护法院的所在地）的距离最多可达到400罗马里以上，在这样的条件下，两造很难是熟人，由此可见，罗马人的监护通常是一种陌生人之间的关系。那么，监护法院为何要确定一个居住如此遥远的人为某个未成年人的监护人？我估计它手里有一份全省性的待服公役者的名单，按先后顺序或其他方法点轮到者担任监护人或服其他公役。被随机点到者当然不认识未来的服务对象。

值得注意的是，本段提出的除斥期间是连续计算的，也就是说，不按有用日计算，有用日是听讼日的别称。按有用日计算，则节假日不算入。连续计算则算入。

---

① 谢沃拉（Scaevola），罗马的法学家族名，至少出过3位法学家。其一，普布流斯·谢沃拉，生活于公元前2世纪；其二，昆图斯·谢沃拉，生活于公元前1世纪；其三，切尔维丢斯·谢沃拉，马尔库斯·奥勒留皇帝的同时代人，帕比尼安的老师，著有《学说汇纂》40卷、《问题集》20卷、《解答集》6卷、《规则集》4卷等著作。本段中的谢沃拉可能是切尔维丢斯·谢沃拉，因为本题所述的豁免规则都是在马尔库斯·奥勒留皇帝当政时确立的，切尔维丢斯·谢沃拉可能参与了其制定。

前种算法不利于尽早确定监护人，故不为本段所采。[①]

除斥期间届满后提出豁免申请的，将被驳回。值得注意的是，按本段，任何种类的监护人都可提出豁免，也就是说，遗嘱监护人、法定监护人、官选监护人都可以。遗嘱监护人是遗嘱人的信任所系，他提出豁免，难免让遗嘱人失望于泉下。

I.1,25,17。而被指定的监护人，被认为是为全部财产指定的。

此段讲到了监护人职责的财产性。它隐含对设立多个监护人之可能性的否定。如果被监护人在数个地方有财产，监护人只指定一个。监护人所在地以外的财产如何管理？我认为应通过设立保佐人管理。

许多评注者都认为本段不完全，从上下文来看，完全的文本应该是假设如果监护人要求豁免自己监护部分财产，不应允许，因为其职务具有不可分性，是为被监护人的全部财产指定的。[②]

I.1,25,18。从事对某人之监护的人，绝对不得违背其意志强迫他成为同一人的保佐人，就算是以遗嘱指定监护人的父亲补充写道：他指定同一人为保佐人，尽管如此，神君塞维鲁斯和安东尼努斯批复道：不应违背其意志强迫他承担保佐。

本段讲保佐职位与监护职位的相继问题，否认了相继的可能性，也就是说，担任某人监护人任满的人可以不担任同一人的保佐人，他自愿的除外。为何如此？理由一，监护和保佐都是沉重的义务，故不能强迫一个当过某人的监护人的人再当其保佐人；理由二，保佐人为事指定，遗嘱人无法预料被保佐人将遭遇何事，故他指定卸任监护人再担任其子女的保佐人也有违事理之性质。

本段中提到的敕答的发布者塞维鲁斯和安东尼努斯的基本情况如下：前者的全名为塞普提米阿·塞维鲁斯，生于非洲，自幼从军达到高位，在珀尔提那克斯皇帝死后，成为罗马皇帝（193—211 年），成为塞维鲁斯王朝（193—235 年）的创立者。马尔库斯·奥勒留·安东尼努斯为塞维鲁斯之子，绰号卡拉卡拉，于 211—217 年在位，颁布过有名的《卡拉卡拉敕令》。塞维鲁斯和安东尼努斯是罗马帝国的共同统治者，所以联名发布敕令。罗马帝国后期，存在由两个皇帝共治天下的做法，其

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag. 192.

② Ibid., pag. 193.

例有马尔库斯·奥勒留与维鲁斯兄弟;瓦勒里安纳和加里恩纳父子。

I.1,25,19。上述皇帝批复:被指定为其妻子的保佐人的丈夫,就算他已卷入了财产的管理,他可使自己得到豁免。

本段讲丈夫不能保佐其妻。这表明,在塞维鲁斯和安东尼努斯皇帝的时代,妇女已不受终身监护,而是在适婚后受保佐。事实上,公元前44年颁布的《关于妇女监护的克劳丢斯法》就废除了宗亲对生来自由妇女的法定监护。在马尔库斯·奥勒留皇帝当政时,女子12岁就可自行处置其财产,女子监护已名存实亡。[①] 所以,在塞维鲁斯和安东尼努斯皇帝的时代,已产生女子保佐问题。

本段确定丈夫不能保佐妻子,这是在分别财产制的条件下避免他滥用自己的地位损害妻子自有财产的一项措施。[②] 本段讲到此时的丈夫可能已卷入对妻子财产的管理,这里的财产应是妻子带来的嫁资,不同于应受保佐的妻子的其他财产。由于此时丈夫拒绝担任其妻子的保佐人不因为本题列举的豁免事由,而是基于夫妻关系,所以有人说此段关乎的并非豁免,而是保佐能力欠缺。[③]

既然丈夫不能担任其妻的保佐人,作出错误指定的权力机关可再指定合适的人充当此任。

I.1,25,20。然而,如果某人已以虚假的证据获得了监护豁免,不解除他的监护负担。

本段讲伪证导致豁免无效,而豁免是通过审判程序得到的,应有既判力,所以,本段为了保护未成年人的利益为既判力规则设定了一个例外。但我们在I.1,6,6看到,伪证并不导致解放无效,两者形异实同,都是为了保护某种崇高利益为一般规则设定例外,不过设定的方式不同而已,基本出发点一致。由此,此段证明对真假的不同处理是法律调整的一种方法。

---

① 参见周枏:《罗马法原论》(上册),商务印书馆1994年版,第265页。

② Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.194.

③ Id.

第 26 题

受怀疑的监护人和保佐人

I.1,26pr.。必须知道,嫌疑罪来源于《十二表法》。

本段讲监护嫌疑罪的来源为《十二表法》,其第八表第 20a 条规定:"监护人不忠实的,处以……""b. 如果诸监护人偷了被监护人的物,授予双倍之诉对抗他们。每人都对全部赔偿承担责任。"本条明确了监护人侵害被监护人利益行为的性质是盗窃,并课加了双倍的罚金,这是对非现行盗窃的处罚。

I.1,26,1。对受怀疑的监护人的褫夺权,在罗马,被授予裁判官;在行省,被授予该省的总督和行省执政官的副手。

本段讲处理嫌疑之诉的权力机关。在罗马,是总理级别的裁判官;在皇帝的行省,是总督;在元老院的行省,是行省执政官的副手。此等副手品级稍低。行省执政官是前执政官级,其副手是前裁判官级。他在行省执政官不在或死亡的情况下取而代之。他有 5 个带法西斯的侍从官的仪仗。① 用级别如此高的官员督理监护,也表明了罗马国家对监护关系的高度重视。不过,本段采用的罗马—行省的二分叙事法已不符合优士丁尼时代拜占庭帝国的政治现实。

I.1,26,2。朕指出了谁可以侦讯涉嫌者。现在朕来看谁能成为涉嫌者。确实,所有的监护人,不论是遗嘱监护人还是非遗嘱监护人,还是其他种类的监护人,都可成为涉嫌者。因此,即使是法定监护人,也可受到控告。如果监护人是恩主,怎么样?迄今必须说同样的话。只要我们记住,就算他作为涉嫌者被褫夺,恩主的名望必须尊重。

---

① See Adole Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law. Philadelphia: The American Philosophical ociety, 1991, p.539.

本段讲涉嫌者的范围，解决谁是被告的问题。古人认为权利产生于诉讼之中，因此按诉讼的方式来解剖一个事情。一个诉讼最重要的事情就是确定谁是原告，谁是被告，像一出戏一样，首先要找出会出场的角色。本段讲一切监护人，包括遗嘱监护人都可作为被告，放弃了在以前的片段中都坚持的信任遗嘱监护人的立场。关于恩主与解放自由人之间的跨阶级监护，本段讲到了应尊重被褫夺的恩主的名望，意思是被褫夺的恩主不会受名誉刑，如破廉耻。

I.1,26,3。接下来，朕来看谁可对涉嫌者进行控告。必须知道：这种诉权近于公诉，换言之，对一切人开放。根据神君塞维鲁斯和安东尼努斯的敕答，甚至妇女也得到允许，但只是为情爱之需要推动走到这一步的妇女，例如母亲。保姆和祖母也可以，姐妹也可以起诉。但如果是裁判官认为其情爱保持平衡，未越出女性的羞怯，而是为同情心所推动，不能容忍被监护人受到的不法侵害的妇女，允许她提出控告。

此段讲本诉的原告之一：民众。与现代民法允许被监护人及其亲属起诉不同，优士丁尼法首先把这种诉权作为一种准公诉，其原告资格对一切人开放。公诉是为刑事诉权，要根据一个刑事特别法提起。关于监护，无这样的刑事特别法，所以，控告监护人的诉权不是严格意义上的公诉，只不过是准公诉，如此说，不过因为它与严格意义上的公诉一样，可以由任何人提起而已。所以，在本书第98题关于公诉的规定中，未见有关于本诉的说明。尽管如此，这种安排仍表明罗马法以刑法调整监护关系，与现代法的民法调整立场不同。本段规定的准公诉甚至对自身权利能力受限制的妇女开放，形成对妇女权利能力限制的一个例外。但她们必须出于情感因素（如母爱）起诉。“未越出女性的羞怯”指妇女提出控告不得是为了满足自己性的需要。罗马法认为“女性”（Uxor）一词源于“子宫”（Uterus），女性难以控制自己的情感。

I.1,26,4。未适婚人不能控告其受怀疑的监护人。然而，适婚人可根据亲属的忠告控告其受怀疑的保佐人。神君塞维鲁斯和安东尼努斯也是这么批复的。

本段讲本诉的原告之二：被保护人。本段区分监护和保佐谈论此问题。未适婚人不能控告其监护人，因为他们是无行为能力人，不能完全判断监护人对他们的好坏。而适婚人可以在亲属的辅佐下控告其保佐人，因为他们的理智已比较成熟。

I.1,26,5。而未依诚实执行监护的人,就算他可以清偿,是受怀疑的,这也是尤里安所写的。但上述尤里安也写道并已按其观点规定:在监护人开始执行监护前,他也可因受怀疑而被褫夺。

本段讲不诚实作为褫夺的理由。"诚实"可作廉洁理解,指没有侵吞被监护人的财产。本段中的"可以清偿",指监护人的财产可以清偿被监护人的损害的状态。本段最后讲到先期褫夺,这应该发生在指定监护人之后、监护人正式履职前的间隙期间,是监护权力机关得闻监护人不诚实而采取的防卫措施。由于褫夺的后果很严重,监护人尚未实施犯罪行为就遭受重罚,也表明了罗马国家对被监护人利益的重视和对这种类型的监护人的利益的牺牲。

I.1,26,6。而受怀疑的人,如果确实是由于故意被褫夺,他破廉耻;如果是由于过失,不如此。

本段讲监护人受怀疑的法律后果:分两种情况谈。因故意侵吞被监护人利益被褫夺的,将被判处破廉耻。其法律后果有:第一,权利能力减等;第二,丧失公共尊敬,例如对通奸的妻子不得行使追究权;第三,丧失代替他人进行诉讼的权利、投票权及被选举权。可见,罗马法更多地从公法角度考虑褫夺监护职务的后果。破廉耻适用于盗窃、侵夺、抢劫等行为,褫夺监护属于这一类。因过失损害被监护人利益被褫夺的,卸任而已,不受破廉耻。

本段区分故意和过失定处罚轻重,颇有现代色彩。

I.1,26,7。然而,如帕比尼安所认为的,如果某人因受怀疑被控告,在审理结束前,他被禁止管理。

本段讲被诉监护人在诉讼系属期间的中止管理问题。此时需要保佐人。此点由本题第9段验证。如此安排的目的是防止被监护人财产受进一步的损失。当然,如果经审理证明监护人无辜,则他恢复监护人职务。

I.1,26,8。但如对涉嫌者的审理已开始进行,然后监护人或保佐人死亡,对涉嫌者的审理消灭。

本段讲死亡终止受嫌疑的保护人的审理。立法者的态度不很严厉,因为毕竟保护人辛苦一场,在相反的情形,诉讼可以延伸至保护人的继承人呢!因为他们可

能因涉嫌者的不诚实获得利益，如此，他们在享受利益的范围内必须承担责任，发生“利得之诉”。

I.1,26,9。如果某一监护人未用自己的财产为被监护人提供扶养[①]，神君塞维鲁斯和安东尼努斯在一封信中规定：被监护人被特许占有其财产。财产因迟延将毁坏的，命令指定的保佐人出卖之。因此，不提供扶养的人，可以因受怀疑被褫夺。

本段讲扩张的褫夺原因：不提供扶养。扶养包括必需品、住处、衣服、教师的酬金、所有的教育费等，不光指吃饭。[②] 这种原因已偏离了《十二表法》规定的褫夺原因：盗窃被监护人财产。这种原因是减少被监护人的利益，本段讲的原因是不增进被监护人的利益，这种原因大概是通过学者的解释增加进来的。本段讲到被监护人可以占有监护人的财产，此等财产会被强制拍卖，此时须由监护权力机关指定一个临时的保佐人，拍卖所得用来支付被监护人的扶养费。

本段是监护的负担性质的铁证，也是罗马的监护人必须扶养被监护人的铁证，这是一种不同于现代民法的安排。它证明罗马的监护不仅是人身公役，而且是财产公役。

I.1,26,10。但如果某人到场，由于贫困，否认可以提供扶养费，如果臆造地这样说，已决定，须把他送交市长官惩处，就像通过给付金钱收买监护职务的人[③]要被送交一样。

本段讲监护人伪装贫困的法律后果：送到市长官处受处理。受何种惩处？同于以金钱收买监护职位者受的惩处（D.26,10,3,15）。后种惩处为何？肯定不是破廉耻和罚金，因为这些刑罚只有裁判官才能课处。市长官拥有非常的谕令权，可以判处犯人放逐或流放小岛（D.1,12,1,3）。[④] 伪装贫困的监护人要受的可能就是这样的严厉惩罚。

本段中的“某人到场”，指被指定的监护人在讨论这个问题的时候出席了，讨

---

① 监护人对被监护人不承担扶养义务，乃多数国家采用的规则，但罗马法和《意大利民法典》是例外。

② Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.200.

③ 有些不逞之徒会因为被监护人富有而通过贿赂长官被选定为监护人。

④ 参见〔古罗马〕优士丁尼：《学说汇纂》（第一卷），罗智敏译，中国政法大学出版社2008年版，第191页。

论的地方可以是当局指定的任何地方。

那么监护人真穷如何处理呢？这涉及第三人提供扶养的问题或监护保障机关问题。罗马设有监护保障机关。据报道，有一个扶养基金（Alimenta）保障儿童的这方面需要，其设立目的在于增长人口。个人的慷慨行为有时确保某个特定城市的儿童拥有一份扶养食物津贴。该人捐出本金，利息用于这方面的开支。例如，尼禄时期的艾尔维斯捐赠40万塞斯特斯给故乡亚提那，该市的议会要用这一基金的收益拨给结婚后居住在亚提那的每位年轻人1000塞斯特斯作为补助。小普林尼捐100万塞斯特斯的土地给故乡科摩市，条件是用每年3万塞斯特斯的收益资助贫困家庭的未成年子弟。[①] 内尔瓦（Nerva，96—98年）皇帝为5000名意大利儿童设立了一笔国家扶养津贴，后来其他皇帝纷纷效法，例如，内尔瓦的养子图拉真皇帝继续这一事业[②]，其方法是用皇库的岁入向农民贷款，农民缴纳的5%的利息用于这方面的开支。意大利有40个城市执行这一计划。[③] 接受资助的资格至成年终止。在这个框架内，男17岁为成年，女14岁为成年。资助的金额区分受资助人为嫡出、庶出、男性、女性而不同。嫡出的男孩每月16塞斯特斯，女孩每月12塞斯特斯；庶出的男孩每月12塞斯特斯，女孩每月10塞斯特斯。[④] 由于这种公共基金的存在，贫穷不见得可以作为完全豁免监护的理由。监护本来是一种混合公役，由于有这种慈善基金，它可以成为人身公役。因此，I.1,25,6规定的贫穷作为豁免理由的绝对性值得推敲。

I.1,26,11。解放自由人，如果被证明诈欺地执行对恩主的子女或孙子女的监护，也交市长官惩处。

本段讲诈欺实行对恩主的子女或孙子女的监护的法律后果。“诈欺”即不诚实。对于这种跨阶级监护中的诈欺，本段规定了与普通监护中的诈欺一样的处罚。但这只是表象，因为此种情形中的解放自由人还构成忘恩负义，要承担严重的后果，至少构成撤销自由之赠予的原因。所以，他们承担的责任还是要重得多。

① 参见〔日〕盐野七生：《罗马人的故事IX：贤君的世纪》，林韩菁译，三民书局2003年版，第36页及以次。

② 同上注。

③ 参见〔英〕R. H. 巴洛：《罗马人》，黄韬译，上海人民出版社2000年版，第113页。

④ 参见〔日〕盐野七生：《罗马人的故事IX：贤君的世纪》，林韩菁译，三民书局2003年版，第36页。

I.1,26,12。最后必须知道,诈欺地执行监护或保佐的人,即使他们提供了担保允诺,也必须被褫夺监护,因为担保允诺并不改变监护人的恶意计划,但提供了更长久的侵害他人家财使自己致富的机会。

本段讲担保不妨碍褫夺。向第三人转让被监护人财产的监护人可能这样说,现在我尽管转让了被监护人的财产,将来我在账目汇报之诉中保证被监护人的财产完整无损就行了。本段是对这种辩护的禁止,力图防微杜渐,充分保护被监护人财产的安全。

I.1,26,13。事实上,朕认为,受怀疑的人,是因其品质受怀疑的人。当然,监护人和保佐人尽管贫困,然而忠诚和勤勉,必不得把他作为受怀疑者褫夺。

本段讲保护人的工作态度与工作能力对其责任承担的关联。主观方面无问题,尽管客观上减少了被保护人财产的监护人不承担责任。本段中讲的"贫困",是保护人的。

Volume

II

第二卷

第 1 题

物之分类

I.2,1pr.。在前一卷中朕已探讨了人法。朕马上来看物。物要么被设定为在我们的财产之内,要么被设定为在我们的财产之外。事实上,按自然法,有些物为一切人共有;有些是公共的;有些是团体的;有些不属于任何人;多数物属于个人,被各人根据如下将看到的形形色色的原因取得。

此段讲物的第一种分类。可分为个人可拥有和不可拥有的物。后者包括四种:(1) 一切人共有的物,如空气、水流,它们是属于全人类的物。它们都是自由的财货,是能充分满足人类需要而无须付出代价的东西;(2) 公共物,是罗马的国家财产,如河流、港口;(3) 市有物,是罗马各级地方政府的财产,如戏院、竞技场;(4) 神法物,指奉献给神灵的财产;对此等物的描述采用了"不属于任何人"的表达,与第 7 段的表达相同,显然指同样的东西。前三种物构成主体范围大小不同的 3 种公有制,其公有性依次递降。其他的物都为可有物,可作为私人所有权的客体。

I.2,1,1。确实,按自然法,为一切人共有的物是这些:空气、水流、海洋以及由此而来的海岸。因此,任何人都不被禁止接近海岸,但只要他远离别墅、纪念碑[①]和房屋,因为这些物不像海洋一样,是万民法上的。

本段列举一切人共有的物的诸类型。

首先是空气。它包括供呼吸用的空气本身和空气空间两种含义。本段中涉及的显然是前者,它是供应最充沛的客体。空气尽管极为重要,但由于其自由的财货的性质,直到 1990 年美国颁布法律把空气国有化之前,都无任何法律制度把它设定为财产。空气空间的观念在罗马法中有了萌芽,例如《十二表法》第七表第 9a 条

① 拉丁原文为 Monumentum,既包括纪念碑,也包括坟墓。

的规定："高于15尺的树枝，应刈除之。"[①]它设定了土地所有权的向上延伸空间是15尺。但空气不能为人控制，因此不能作为所有权的客体，研究者认为马尔西安是把它作为一种类比对象罗列为一切人共有的物的。

其次是水流。它包括纵流之水和横流之水。前者为雨水和雾水，后者为在泉、江河、小溪、湖泊中流淌之水。也有人认为如果包括横流之水，"水流"就无法与下段规定的"河流"区分开来，因此把这里的水流限定为"雨水"。[②] 但它只包括国家的水流，不包括私人的水流，小溪属于后者。

第三是海洋。海洋是分布于地表的巨大盆地中的连绵不绝的咸水水域。其靠近陆地的部分称为海，其远离陆地的部分称为洋。前者人类易于接近和利用，往往属于各国民族国家的领海，后者人类不易接近和利用，属于公海。此段把海洋列为一切人共有的物，不区分远海和近海，表明罗马人无现代人的领海的概念。

第四是海岸。它是地球表面的一部分，是经济的财货，本段把它作为海洋的从物处理，使它的法律属性同于海洋的法律属性，以此保障海洋的自由利用。所以，本段声明任何人都可接近海岸，但条件是不得影响已在海岸上为营造物者的所有权安宁，因为尽管海岸属于一切人，但这些营造物只属于其所有人。

把上述4种客体列为公共的，英美法也这么做，但理论基础不同。美国法认为，海岸、河川、海域、湖沼等自然公物乃大自然的惠泽，不能成为私人所有权的对象，应专供民众利用。[③] 也有人把这种不可有物的设定归结为事理之性质，因为这些物实际上是不能由人们单独控制为所有权的客体的。[④]

I.2,1,2。而一切河流和港口都是公共的。因此，在港口或河流中的捕鱼权，为一切人所共有。

本段讲第二种不可有物：公共物，即国家财产。本段涉及三个客体：第一，河流和港口，它们中一个无成本，另一个有成本，却被赋予同样的法律地位；第二，河流和港口中的鱼，从上下文来看，它们是无主物，此段又把它们定性为一切人共有的物，未免不协调；第三，在河流和港口中行使的捕鱼权，这是无体物或准物权，属于全人类共有。因为水流属于一切人共有，而渔业资源是水流的孳息，它也

① 参见徐国栋、〔意〕阿尔多·贝特鲁奇、〔意〕纪慰民译：《十二表法新译本》，载《河北法学》2005年第11期。

② Cfr. Antonio Guarino, Diritto privato Romano, Jovene, Napoli, 1994, p.350.

③ 参见张建文：《转型时期的国家所有权研究：面向公共所有权的思考》，西南政法大学2006年博士学位论文，第188页。

④ Cfr. Gianfranco Purpura, "Liberum mare", acque territoriali e riserve di pesca nel mondo antico, In Iura, 2005, pp.6ss.

应该属于一切人共有。捕鱼权被列为一切人共有的物，是多罗兑乌斯（Dorotheus）的添加。

此段奠定了后世公产法律制度的雏形。

I.2,1,3。而海岸，以冬季海上风暴所及之处为范围。

本段以冬季的最大浪高定海岸的范围。地中海潮差很小，只有1米左右，所以不宜以高潮所及处定海岸的范围，而宜以冬季的最大浪所及处为此等标准，因为冬天风暴大，海浪打的地方远。滩与海水的地位一样，属于自然法，不同于滩肩的万民法地位。这一规定后来被演绎为以冬天的高潮线定海岸的范围。这样就划定了大公共财产与私人财产的界线。

对本段中的海岸，古罗马法学家间有不同的解释。首先是杰尔苏（Celsus，约96年—约138年）转述的西塞罗（Cicero，前106年—前43年）的解释："……阿奎流斯（Aquilius）①，就你们要求全部归国家的滨海地区，对那些问litus的术语之含义的利害关系人，通常这样下定义：'海浪拍打的地区'。"②这一解释极有意味，它首先告诉我们，在阿奎流斯所处的公元前3世纪，至少有部分法学家认为海岸归国有而非归全人类共有，这证明后世的马尔西安对海岸的定性是对这种旧观点的超越；其次它告诉我们，如何划定海岸的范围涉及利害关系，划得越大，私人所有权的空间越小，国家所有权的空间越大。出于扩张私人所有权的考虑，阿奎流斯对海岸作出了一个最小解释：海浪拍打的区域。这样的解释下的"海岸"实际上是海滩，这是一个为浪推与浪进留下的运动区，是水陆之间的过渡带，依我个人的海岸生活经验，顶多有1米的进深。考虑到这样解释得出的海岸太窄，杰尔苏对它进行了"加大"，说是最大海浪所及的地方（D.50,16,96pr.）。最大浪形成于灾害性天气中，此时的浪要越过水陆交接地带及于长年干燥的海滩甚至滩外陆地。③ 对此，优士丁尼《法学阶梯》的有关部分的作者多罗兑乌斯觉得还不够，再加上"冬季的最大浪"的限定。产生这样的文本的地中海，夏季平和，冬季多风暴，夏天的大浪再大，波及面也不如冬季的大浪的波及面，这样进一步地明确了海岸（实际上是海滩）的范围。

对海岸的最大解释还是出自马尔西安。他还是在其《法学阶梯》第3卷（D.1,8,6pr.）中说："在海岸建造房屋的人，于建筑物存在期间为地基的所有人……"根

① 罗马著名法学家。全名为加路斯·阿奎流斯，昆图斯·穆丘斯·谢沃拉的学生，担任过保民官，是著名的公元前287年的《阿奎流斯法》的提议者。

② Cfr. Marco Tullio Cicerone, I Topici, 32. Galeazzo Tissoni(a cura di), Arnoldo Mondadori Editore, 1973, pp.216s.

③ 当然，杰尔苏把自己的这一改进仍说成是西塞罗的意见（实际上是西塞罗转述的阿奎流斯的意见）。

据建筑学的基本要求，人们不会亦不能在水陆交界处意义的海滩上建造房屋。根据安全的要求，人们也不会在冬季大浪所及的范围内建造房屋，因此，马尔西安在这一片段中意指的 litus 肯定比阿奎流斯、杰尔苏和多罗兑乌斯意指的要宽，尽管我们不知晓其具体范围（《智利民法典》第 613 条规定的是 8 米[①]）。与阿奎流斯不同，他对海滩的这种划界不涉及公私关系，而涉及内外关系，他扩张 litus 范围的目的在于扩大外邦人在内国的活动空间，增进国际交往。

I.2,1,4。河岸的公共使用，如同河流本身的公共使用一样，也是万民法上的。因此，引船靠岸、系缆于岸上所生之树、储存某种货载于河岸，如同借助于河流本身航行一样，人人得自由为之。但是，河岸的所有权属于拥有毗邻土地的人。同理，河岸所生之树也属于同一些人。

本段讲河流和河岸的法律地位。河岸和海岸都是私人财产，但不得禁止他人接近，这就是“万民法上的”含义。由此可以说，河岸和海岸的所有权并非绝对，“并非绝对”体现在河岸可自由使用上，“所有权”体现在其他人若欲进入河岸毗邻土地须经所有权人同意上。

I.2,1,5。海岸的公共使用，如同海洋本身的公共使用一样，也是万民法上的。因此，在海岸上建造供休养用的小屋，如同晒网和从海中拖网上岸一样，无论何人，得自由为之。而它们的所有权可被认为不属于任何人，但它们的法律地位，同于海洋的以及在海洋之下的土壤和沙砾的法律地位。

本段讲海岸的地位，这一问题第 1 段讲过，属于重复。从体系来看，讲完国家财产后回过头来再讲全人类共有的物，显得不协调。在全人类所有的海岸上建造小屋，其所有权谁属？答曰属于建造者，这样，地权与房权就分开了。这一片段存在矛盾，海岸的地位本来被定性为万民法上的物，不属于任何人，人人可自由接近，但这里又允许人们以先占的方式在海岸上建房，实际上是把海岸当作了无主物。[②] 本段还规定了海底的土壤和沙砾的法律地位，类似于现代人关于大陆架的规定。

海岸的一切人共有的物的地位由东罗马帝国的列奥六世皇帝废除。他关于海

① 参见徐国栋主编：《智利共和国民法典》，徐涤宇译，金桥文化出版（香港）有限公司 2002 年版，第 150 页。

② Cfr. B. Biondi, La condizione giuridica del mare e del litus maris, in "Studi S. Perozzi", Palermo, 1925, pp. 279s.

岸的第56号新律规定,非经海岸土地所有人允许,任何人不得享有此等土地的利益(包括利用海洋的渔业资源的利益)或干扰此等土地的使用。①

I.2,1,6。团体的而非个人的物,有城邦内的物为例,如露天剧场、竞技场和类似的物,以及其他由城邦共有的物。

本段讲属于地方政府的物。本段表明罗马的公产分为国家和地方政府两级所有。提出了团体可以作为所有人,这意味着说法人可以是所有人,但这里的法人肯定是公法人。地方政府的物主要是一些公共娱乐设施外加"其他由城邦共有的物",这类物至少包括公奴(D.1,8,6,1)。公奴部分来自战俘,罗马人通常将他们出售,但有时也保留一部分给公家(Familia publica),成为公奴。另一个来源是被没收的他人奴隶,以前他们是私奴,经过这一没收后成为公奴。第三个来源是地方政府购买的奴隶。②

人们经常认为此段是关于法人制度的说明,但我认为最早关于法人的说明在《十二表法》第八表第27条。该条规定:"社团的成员,只要不违反公法,可随意订立其组织的规范。"对本条中的社团何指,有如下3种学说。首先是德国学者蒙森的宗教团体说。认为,古罗马存在3类社团,其一,宗教社团;其二,职业社团;其三,同志小组,蒙森认为本条只涉及宗教社团,所谓sodalitates不过是氏族礼拜活动的团体,不涉及共餐、葬礼保障、俱乐部等社团。③ 其次是意大利学者乌果·科利(Ugo Coli)的综合团体说,认为sodalitates是古代的兄弟会、共餐会和宗教团体,它们有时也具有政治的功能。④ 这种学说把本条调整的社团的范围扩大了,尤其是包括了政治性的社团。第三是维尔斯内尔(H. S. Versnel)在蒙森学说基础提出的同志会说,认为本条涉及的sodalitates包括两种类型:其一,蒙森说的宗教社团;其二,著名人物的追随者组成的同志小组(德文用"扈从"的表达),协助此等著名人物从事政治和军事事业。⑤ 此说的意义在于把科利学说中提到的政治社团具体化为经常见诸罗马史记载的政治团体。事实上,罗穆鲁斯就建立过叫作牧神团(Lu-

① See the Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S. P. Scott, Cincinnati, The General Trust Company, 1932, Vol. XVII, p. 256.

② Voir Leon Halkin, Les Esclaves Publics chez les Romains, Societe Belge de Libraire, Bruxelles, 1897, p. 16.

③ Cfr. Roberto Fiori, Sodales: 'Gefolschaften'e diritto di associazione in Roma arcaica(VII-V. a. C), In Societas-Ius, Munuscula di Allievi a Feliciano Serrao, Jovene, Napoli, 1999, p. 103.

④ Ibid., p. 104.

⑤ Ibid., p. 105.

perci)的这样的团体,其成员为年轻人,他们与罗穆鲁斯一起进行抢劫并分享战利品。[①] 他的比肩王塔求斯也有这样的心腹团体,正由于他们虐待了洛兰图姆(Laurentum)人的使者,塔求斯才被该民族的人杀死。[②] 这种传统保留下来,在共和时期,不仅贵族的著名人物,而且平民的相应人物都有自己的这样的同志小组,把它们用于政治斗争。其成员似乎成了新型的门客。政治领导人物就是利用"同志"、门客和奴隶于最暴烈的政治冲突中。有些平民家族之所以有力量,以至于能和贵族竞争,就是因为他们模仿贵族的家庭建立了类似的以 sodales 和门客为成员的家庭组织。[③] 这样的组织以协议为基础,成员彼此宣誓以信相待,其成员承担的义务不仅是道德—宗教上的,而且由于本条规定成为法律上的。协议成为联系社团成员并调整他们间的关系的工具。[④]

I.2,1,7。而圣物、安魂物和神护物,不属于任何人,因为神法物不在任何人的财产之内。

此段讲神法物。圣物是经法定程序奉献给神的物,例如神庙。此等法定程序因不动产和动产而不同,也因时代不同而不同。[⑤] 安魂物指坟墓,是神法物,是献给死人的物。安魂物的拉丁文是 Res religiosa,根据著名法学家毛苏流斯·萨宾的解释,religiosus 来自动词 relinquo,该词为"分开"的意思。按这种解释,安魂物是漠不关心和心不在焉的人不得接近,在经过了净化并采取了应有的形式后,应受到更多的尊敬和畏惧,并不对一般人开放的地方。[⑥] 对 religiosus 的这样的解释也可用来解释"宗教"一词的含义:一群尊奉与别人尊奉的不同的神灵的人。但蒙森认为,religio 的意思是"结束"[⑦],因此,安魂地应是"终结之地"的意思。但西塞罗说"宗教"一词的意思是"一遍又一遍地读"(Relegere)。也有人认为该词的意思是"联系"(Religare)。[⑧]

神护物,即城墙和城门。罗马人建城前都须占卜,询问神的意志,故城墙、城门体现了神的选择。

---

① Cfr. Roberto Fiori, Sodales: 'Gefolschaften'e diritto di associazione in Roma arcaica(VII-V. a.C), In Societas-Ius, Munuscula di Allievi a Feliciano Serrao, Jovene, Napoli, 1999, p.112.

② Cfr. Livio, Storia di Roma, a cura di Guido Vitali, Oscar Mondadori, Bologna, 1994, p.77.

③ Cfr. Roberto Fiori, Sodales: 'Gefolschaften'e diritto di associazione in Roma arcaica(VII-V. a.C), In Societas-Ius, Munuscula di Allievi a Feliciano Serrao, Jovene, Napoli, 1999, p.132.

④ Ibid., p.144.

⑤ 参见周枏:《罗马法原论》(上册),商务印书馆 1994 年版,第 278 页。

⑥ Cfr. Aulo Gellio, Notti Attiche, Traduzione Italiana di Luigi Rusca, Volume Primo, BUR, Milano, 2001, p.365.

⑦ 参见[德]蒙森:《罗马史》(第一卷),李稼年译,商务印书馆 2005 年版,第 26 页。

⑧ 参见[古罗马]西塞罗:《论神性》,石敏敏译,上海三联书店 2007 年版,第 76 页。

I.2,1,8。圣物，是由祭师按规定仪式奉献给神的物，例如圣所和按规定仪式献给神的礼拜人的赠予，朕也以朕的一个敕令[①]禁止转让、抵押这种物，为赎回俘虏除外。但如果某人凭自己的权威为他自己设立一个地方，仿佛这个地方是圣地，它不是圣物，而是俗物。而建造了圣所的地方，如同帕比尼安也写到的，甚至在圣所毁坏后，迄今仍是神圣的。

此段讲何为圣物。首先讲圣物的构成。圣物包括教堂和祭品，一个是不动产，一个是动产，都是献给神的物。圣所是公共礼拜的地方，是为罗马人民公共利益服务的。圣物转化为现代民法中的宗教团体的财产的概念。实际上，现代民法中的不流通物的概念也与圣物的概念有关。

将货币投入寺庙即完成赠予，所有权归寺庙所有。从本段来看，一般人献的不构成此物，只有祭师献的才构成。然后讲伪圣物。第三讲圣物的延续性，圣所的地基在圣物灭失后仍然维持圣物的性质，这是对圣所的关照。

中国也有圣物问题，人们在寺庙的许愿池中投的钱如是。南普陀许愿池的纸币3天清理一次，硬币一周一次。为了防偷，几次搜捕，小偷多的一次捞3～400元，尽管如此，人们仍说这是无主的财物。[②] 无主，抓偷干什么？

I.2,1,9。任何人，当他在自己的地方埋葬死者时，都根据其意志设立了安魂地。但不许违背共有人的意志在共有的普通土地上进行埋葬。但甚至允许在共有的墓地上违背其他人的意志进行埋葬。同样，如果他人享有用益权，已决定，除非有用益权人的同意，所有人不能设立安魂地。在他人的地方，经所有人同意，允许进行埋葬。就算在死者被埋葬后得到批准，尽管如此，也设立了安魂地。

本段讲安魂地。在希腊文中，Human就是土地的意思[③]，转化为死后“必须埋葬的”之意思。《埃涅阿斯纪》卷六记述了埃涅阿斯游冥界的经过。为入冥府，首先得过一条河，该河由卡隆摆渡。埃涅阿斯看到人们有些得过，有些不得过，便问陪同他的女先知西比尔为何如此？答曰：得渡过去的是尸骨得到埋葬者；不得渡过的是其尸骨未得埋葬者。这些人必须在河岸附近徘徊100年，然后才被允许到河

① 参见C.1,2,21,529年。

② 参见林国泰：《许愿池成了钱窟，半夜小偷勤打捞》，载《厦门晚报》2005年12月25日第3版。

③ 〔法〕让一皮埃尔·内罗杜：《古罗马的儿童》，张鸿、向征译，广西师范大学出版社2005年版，第186页。

这边来。[①] 以此故事，可解“安魂”之妙译。正因为埋葬死者是活人的义务，发生了严惩违反这一义务者的事情。公元前406年，雅典的十大海军将领在海战中取得了很大的胜利，但因风暴未能收回阵亡将士的尸体，雅典人民就控告了他们，终于把他们处死。[②] 罗马人的习俗差不多。西塞罗说，罗马人崇敬坟地，认为把死者埋在氏族坟地之外为天律所不容。[③]

设立安魂地后，该地的所有权不属于设立人，变成神法物，其所有权是双重的，一方面属于冥府和地狱中的神，另一方面，如本段显示的，属于死者的亲属。他们可独自拥有墓地，也可共有之。空虚所有人甚至可在他人享有用益权的地方经用益权人同意设立安魂地。也可在他人土地上设立墓地，只要有所有人的事前同意或事后追认即可。一经设立，安魂地成为不流通物，但也可根据墓葬法转让。为了公共卫生的考虑，从《十二表法》以来，安魂地就只能设立在城外，禁止在城内埋葬尸首。裁判官以其告示保护安魂地免受侵犯，对违反者授予侵犯坟墓之诉制裁，课处的民事惩罚是破廉耻和罚金，刑事惩罚可以达到死刑。[④]

I.2,1,10。神护物，例如城墙和城门，也在某种程度上是神法上的，因此不在任何人的财产之内。然而，朕说城墙是神圣的，乃因为对城墙实施了某种犯罪的人规定了极刑。因此，朕也把朕用以对违反法律行事的人规定刑罚的那一部分法律，称作制裁。

本段讲神护物，应与第6段结合理解。从事理之性质来看，它们都属于城邦的物，然而法律赋予它们不同的地位或身份，因为神护物更重要，对它们的保护是为了公共安全。为此，对侵犯它们的人处死刑。“制裁”一词源于拉丁文，意思是违反了神的命令而遭到惩罚。对此有另外的说法。D.1,8,8,1，马尔西安的《规则集》第4卷“制裁(Sanctus)一词源于马鞭草(Sagmina)，它是罗马人的使者为使任何人都不能伤害他们而经常携带的那种草”。[⑤]

---

① 参见〔古罗马〕维吉尔：《埃涅阿斯纪》，杨周翰译，译林出版社1999年版，第150页。

② 参见杨适：《古希腊哲学探本》，商务印书馆2003年版，第321页。也参见〔古罗马〕西塞罗：《论共和国·论法律》，王焕生译，中国政法大学出版社1997年版，第138页注释3。

③ 参见〔古罗马〕西塞罗：《论共和国·论法律》，王焕生译，中国政法大学出版社1997年版，第245页。

④ Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.212.

⑤ 参见〔意〕桑德罗·斯奇巴尼选编：《民法大全选译·物与物权》，范怀俊译，中国政法大学出版社1993年版，第8页。

I.2,1,11。而物以许多方式成为个人的。事实上,我们根据自然法——如同朕说过的,它被称作万民法——取得某些物的所有权;我们根据市民法取得某些物的所有权。因此,从更古老的法律开始更为方便。而显然,自然法更古老,因为它是由自然从人类产生起就设立的。事实上,市民法则在建立城邦、创立长官、法律被写成文字时,才开始存在。

本段是个转折,转入人法物。

首先,本段及以下展开一种组织物权法材料的方式:按取得的方式的不同把物权的各种类型表达出来。实际上,《法学阶梯》隐含的结构是人、物和取得物的方法。这一结构被16世纪的法国学者弗朗索瓦·丢阿兰发掘出来,把取得物的方式作为整理物权法材料的轴心[①],1804年的《法国民法典》第三编的标题即为"取得所有权的各种方式"。但按这种方式组织的物权法过分庞杂,因而不是一种成功的方式。法国学者普兰尼奥尔和澳大利亚学者瑞安都批评它不适当地把各种性质不同的事项置于同一编。[②]

其次,本段讲了自然法与市民法的更替论,确认前者早于后者。前者是三无(即城邦、长官、成文法)状态的法,是三有状态的法。这种状态与苏联学者创设的"原始社会"含义接近而不同,说"接近"是因为两者都是三无状态。说"不同"是马克思主义社会发展阶段论体系中的原始社会是一种落后的状态,而本段中的三无状态是一种更先进的状态。因此,本段表达的两种状态的更替论是退化论,而马克思主义的社会发展阶段论是进化论。

为了理解本段,应参看I.1,2,6,该段讲社会契约论,君权民授论,这是西方历史悠久的、当家的政治理论。

I.2,1,12。因此,野兽、鸟类、鱼类,换言之,一切出自大地、海洋、天空的动物,一旦被某人捉住,它们立即按万民法成为他的。事实上,先前不为任何人所有的物,根据自然理性,被给予先占者。某人是在自己的还是在他人的土地上捕获野兽或飞禽,也并无区别。显然,为打猎或捕鸟进入他人土地的人,可以为所有人——如果他远远看见的话——禁止进入。而你捕获的任何这些动物,只要它们受制于你的监禁,即被认为是你的。但在它们从你的监

---

① Véase Manuel Jesús Rodríguez Puerto, Derechos subjetivos y sistema en la primera modernidad, En Estudios Histórico-Jurídicos 26, 2004, pag.301s.

② 参见〔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172页。另参见〔澳大利亚〕瑞安:《民法的发展》,楚建译,载法学教材编辑部《民法原理》资料组编:《外国民法资料选编》,法律出版社1983年版,第33页。

禁中逃脱并恢复其天然自由的情况下，它们停止是你的，重新成为先占者的。而恢复天然自由，被理解为它们已从你的视野中逃脱，或虽然仍在你的视线之内，但难以追赶它们的情况。

本段讲以先占方式取得作为完全野物的无主物的所有权。捕捉是先占的一种类型，按路斯(Rose)的看法，先占理论反映了人类一种把自己当作自然的外人的态度，它把地球及其造物托付给那些在它们身上打上了如此明显的印记以至于改变了它们的形状的人，因此，没有任何其他人要把它们错当作没有被征服的自然了。当然，我们可以崇拜自然和享受荒野，但这种感情在先占理论中找不到多少共鸣，占有就是把某人自己的财产从无主物的巨大共有中分离开来。①

按本段，不论是自己土地上还是他人土地上的野物，都可以先占方式取得，证明这里的野物并非某一土地的孳息，而是整个自然的孳息，人人可擒而有之。先占的表现是监禁，如果被捕获的野物逃脱了监禁，则重新成为无主物。逃脱并非一个自然的概念，在本段中，曾经的先占人被授予追及权，换言之，野物脱逃后，只要未离开她的视野，其他人不可为第二次先占。逃离第一先占人的视野后，野物才被认为完全回到了它过去的无主物的地位。

与本段问题相类的有云彩问题，它飘忽不定，随到随雨，在干旱的当代，各地争相击云增雨。云在此地被击，彼地就无云可击了，它在此地被先占了。但此地的人要为彼地留一些云彩，以便让众人都能分享到大自然的赠予，此乃当然之理。

必须注意的是，本段中作为无主物说到的鱼在新西兰已被作为国民财产，改变了其过去的无主物地位。

I.2,1,13。或问：如果野兽被重伤到能被抓住，它是否被认为立即成为你的财产？有些人决定：它立即成为你的财产，只要你在追赶它，它就被认为是你的。如果你停止追赶，它停止是你的财产，重新成为先占者的。其他人认为：除非你捉住了它，它不是你的财产。朕确认了后一种意见，因为经常发生许多使你抓不到它的事情。

本段继续讲占有的形式：一些人认为重伤并追赶野兽构成先占，由此排除他人的先占，另一些人认为先占必须表现为抓住，该意见被采用，但它与前面的“视野内说”矛盾。

本段未回答有人追赶负伤野物到别人的土地上，土地的主人打死动物，是否与

① See Dukeminier, Krier, Property, Fifth Edition, Aspen Law & Business, New York, 2002, p.19.

追赶者对死兽构成共有的问题。

I.2,1,14。蜜蜂天性也为野物。因此,在你的树上定居的蜜蜂,在被你装入蜂箱之前,同在你的树上筑巢的鸟一样,不被认为是你的。因此,如果他人将之装入蜂箱,他就是其所有人。蜜蜂已作成的蜂房,任何人都可摘走。显然,在蜂房未被触动的情况下,如果你远远看到某人进入你的土地,你可依法禁止他进入。从你的蜂箱中飞出的蜂群,只要它仍在你的视线之内,也不难追赶它,便被认为是你的。否则,便成为先占者的。

本段讲如何以先占方式取得蜜蜂。蜜蜂在自家树上筑巢不视为添附,添附被认为要借助人的行为,即将密封装入蜂箱的行为才能完成。

本段后部对逸出的蜂群的所有权采用心素说,与本题第13段矛盾。

此段中自家的蜜蜂在某人土地上筑巢,此等蜂巢像淤土、被强力卷到自己土地上的他人土地、海岛河岛、在自己土地上发现的财宝一样属于土地的孳息吗?如果不是,应用什么术语描述这种客体?我认为用得着横财这个术语。

I.2,1,15。孔雀和鸽子天性为野物。它们惯于飞出又飞回的事实,无关紧要。事实上,显然具有野性的蜜蜂也做同样的事。某些人也拥有经常到森林中去并返回的鹿,对这些鹿,也无人否认它们具有野性。然而,对这些惯于经常出去又回来的动物,这样的规则得到赞成:只要它们具有返回的意图,它们便被认为是你的。事实上,如果它们停止具有返回的意图,它们也停止是你的,而成为先占者的。而在它们丧失了返回的习性的情况下,它们被认为停止了具有返回的意图。

本段讲半野物,即本身是野物,经驯养但保留了野性的动物处在所有权下的条件:此等动物具有回归的意图。由于动物的心理不好判断,本段提出的尺度难以掌握。

I.2,1,16。鸡和鹅天性非野物,从有我们称之为野鸡的不同的鸡的事实,同样,从有我们呼之为野鹅的不同的鹅的事实,我们可明白此点。因此,如果你的鸡或你的鹅由于某种意外事件受惊吓飞走,就算它们逃出了你的视线,但不论它们在什么地方,它们被认为是你的。以获利的企图占有这些动物的人,被认为实施了盗窃。

本段讲家禽的特点，它们与野物的区别在于即使不在主人的视野内，仍属于主人，由此排除了先占的可能。

本段还揭示了先占与盗窃的区别，前者针对无主物，后者针对有主物。

I.2,1,17。同样，我们从敌人掳获的物，立即按万民法成为我们的。确实，甚至自由人也被夺为我们的奴隶。但他们如果从我们的权力下逃脱并回到他们自己人中去，他们恢复先前的身份。

本段讲拟制的无主物的先占，把敌人的人身和财产处置于法外状态适用先占原则，以此惩罚敌人，激励自己人。但并非对所有敌人财产都可如此，例如敌军士兵的私人财产不可以先占，否则违反战争法。士兵的作战用品（如马、武器）则可以俘获。敌人的人身也可以。敌人的坟墓不是神法物，可以俘获。此段也讲到了复境权的双向性，换言之，罗马人的敌人也有自己的复境权。这些描述跟野物被先占后脱离控制获得自由的描述是平行的。

I.2,1,18。同样，在海岸上发现的宝石、美玉和其他物，立即按自然法成为发现者的。

本段讲发现宝藏作为一种取得所有权的方式。这里涉及发现与先占的关系问题。举例来说，如果一个人先看见，另一个人先拿到被发现物，归谁呢？我认为，按本题第12段的说明，发现必须以占有作为补充要素才有意义，因此，不妨把发现理解为先占的一种方式。

本段存在整体与其局部定性不同的问题。海岸是一切人共有的物，海岸上的宝石却是无主物。

I.2,1,19。同样，由受制于你的所有权的动物所生的物，根据同样的法，由你取得。

本段讲收获孳息作为取得物的方式的一种情形：动物的幼仔归动物的主人所有，这是对养育母兽的主人的回报，符合种瓜得瓜、种豆得豆的自然法。

注意罗马法中不规定出产物问题。孳息与出产物的区别在于：前者是必然要产生的，而且是有规律地产生的；后者这两种属性都不具备。

I.2,1,20。此外,河流通过淤积增加于你的土地的土壤,根据万民法,为你取得。而淤积是一种看不见的增长。而通过淤积的增加被认为是逐渐进行的增加,你不能察觉在每一时刻增加了多少。

本段至第24段讲水对于所有权的影响。本段讲其中的淤积。这是不动产与不动产的添附。本段讲了何谓淤积,强调淤积过程的不可觉察性,由此把淤积与下段要讲到的冲断区别开来。

I.2,1,21。如果河流的强力卷走了你土地的某一部分,并把它赶到了邻人的土地,显然它仍然是你的。当然,如果时间长了,它已固定在邻人的土地上,它随身带过去的树木已扎根在该土地上,从这时起,它被认为已由邻人的土地取得。

本段讲冲断,是添附的方式之一。此段中以邻人的土地作取得的主语,表明冲断涉及的是两块土地之间的关系。冲断的情形很难想象,只能想到泥石流的情形,类似的情形有台湾"9·21"大地震造成的土地移动。完成冲断的标志是"客土"带来的树木已扎根于"本土"。

I.2,1,22。在海中生成的岛屿——这是少有发生的情况——成为先占者的,事实上,它被认为不属于任何人。但在河中生成岛屿——这是常发生的情况——如果它确实处在河流的中间部分,由在河的两边占有靠近河岸之土地的人,按各人面对河岸土地的宽度的比例共有。如果它离两岸中的一岸更近,它只是占有此岸的邻近河岸土地的人的。如果河流在某一段分叉,然后在下游汇合,把某人的土地变成岛屿的形状,土地仍属于其曾前的所有人。

本段讲淤积的特殊形式:新生岛屿及其所有权问题。这是一个在国际法上被广泛采用来解决界河中的岛屿的归属问题的规则。但新生岛屿作为物的性质如何?无学说可以依循。它不是孳息,也非出产物,只能采用独立的名称,但我未找到一个适当的名称,是否可将之定性为大自然的孳息?

此段区分海上生成的岛屿和在河中生成的岛屿,对前者适用先占原则,对后者适用为河岸土地所有人取得的原则。为何同事两理?耶林说是为了避免争斗,对容易发现的河岛以"产钳分娩代替漫长的自然分娩"定所属,对难以发现的海岛则以发现定归属。但《法国民法典》的缔造者认为对河岛的上述处理是为了贯彻"承担风险者亦应享受利益的原则",因为河岸所有人面临由于洪水或河流改道丧失自

己土地的风险，所以要以河中新岛土地的授予补偿他们。[①] 所以，对于无航行便利河流中产生的此等岛屿，判归两岸土地所有人；对于有航行便利的河流中产生的此等岛屿，归国家（第560—561条）。《纽约州民法典草案》对于可通航河流中形成的岛屿采用同样的解决，其第385条规定："若无关于所有权或诉讼时效之相反规定，在可通航的河流或溪流的河床上形成的岛屿、沙洲归属于国家。"但对于不可通航河流中形成的岛屿采用本段的方法解决，其第386条规定："在不可通航的河流或溪流中形成的岛屿、沙洲，归属于形成的岛屿所在一侧的河岸的所有人；如果岛屿并非全部偏向一岸，该岛屿按河流中心线划分，分别属于河岸两侧的所有人。"《菲律宾民法典》同此，其第464条规定："在菲律宾的管辖范围内的海洋、湖泊以及可通航或可行船的河流中形成的岛屿，属于国家。"《巴西新民法典》第1249条的处理不同，它不规定海岛的归属，因为这属于国际法的问题。河岛原则上视为对两岸土地的添附，但因位置不同处理有异。处在河道中间的，由两岸土地所有人均分。处在河道一侧的，归该侧土地所有人。

本段留下一个法律漏洞：未解决两岸土地所有人的所有权问题。我认为可先以河流中间线为准划分。

河岛生成例发生于普布利科拉时代：有一块土地献给了战神，后来被人种上了。罗马人觉得，既然土地献给了战神，再把粮食打出来或动用它，亵渎神明，于是把谷垛搬到河边，扔进水中，让土地完全荒芜。扔进河里的谷垛阻断河水，形成了罗马城对面的一个神圣岛屿。[②]

海岛生成例更近些。1831年，在西西里南部，由于火山活动形成了一个小岛，它周长4800米，高63米。西西里的夏卡城的卫生船的船长米盖勒·费奥里尼（Michele Fiorini）于7月折了一个树枝插在岛上，表示先占。但当时占据马耳他的英国对此岛也感兴趣，因为它处在商路上，该国海员于1831年8月2日上岛插了国旗，把该岛命名为格拉汉姆。同年8月17日，两西西里王国的国王主张该岛在其王国的范围内。9月29日，法国人在岛上立起了法国国旗。但不幸的是，岛在缩小，缩小到周长仅700米。到10月份，该岛的海拔仅剩1米。到12月，完全下降到了海平面以下。但2000年2月5日的《伦敦时报》一篇文章的标题仍把该岛称为英国的岛，让意大利人很讶异。英国和意大利都宣称，如果该

① 参见〔德〕罗尔夫·克努特尔：《新物归属谁——所有权取得：当代法典中的古代法律思想》，王娜译，载《第二届"罗马法·中国法与民法法典化国际研讨会论文集"》，北京，1999年，第114页。

② 参见〔古罗马〕普鲁塔克：《希腊罗马名人传·普布利科拉传》（上册），黄宏熙主编，吴彭鹏译，商务印书馆1990年版，第211页。

岛重新升起，自己对它享有主权。[1] 按照本段，该岛应归意大利，因为它为先占人。

I.2,1,23。如果河流完全抛开自然河床，开始流入另一地区，先前的河床确实属于占有邻近其河岸之土地者，不消说，要按各人邻近河岸土地之宽度的比例，而新河床开始取得河流本身的法律地位，换言之，成为公共的。如果在某些时间后，河流返回先前的河床，新河床重新开始成为占有邻近其河岸之土地的人的。

本段讲河流改道情况下河床的所有权的地位从万民法上的物到市民法上的物的变换。允许河岸土地的所有人因河流改道取得河床土地的所有权，改道河流新河床所占土地的原所有人丧失所有权，没有把他们的利益进行调配，十分不公，因此，《法国民法典》第563条规定因改道丧失土地的所有人取得旧河床的所有权，这是好规定。《纽约民法典草案》第388条也作了同样的处理："一条河流或溪流——无论是否可通航——形成新的河道并废弃原有河床的，被新占用的土地的所有人按各自丧失土地的比例取得废弃河床，以此作为对他们的补偿。"

I.2,1,24。如果某人的全部土地被洪水淹没，显然是另一种情况。事实上，淹没也不改变土地的种类，因此，如果水退，显然土地仍属于其曾前的所有人。

本段讲土地被洪水淹没不导致所有权的变更，因为这种淹没是暂时的，不会导致土地的形式和内容的改变。

本段属于无害规定，因为这是大家都接受的观点，没有引起争议的可能。

I.2,1,25。在某人以他人的材料制成了某个物件的情况下，人们通常问：按自然理性，谁是其所有人？是制作人，还是材料的前所有人？例如，如果某人以他人的葡萄、橄榄或谷穗制成酒、油或粮食；或以他人的金、银或铜制成某一容器；或以他人的蜂蜜和酒混合成蜜酒；或以他人的药材配成药膏或洗眼剂；或以他人的

① See J. Gerkens, Insula quae inmari nascitur occupantis fit: Nullius enim esse creditor applicazione delle regole romane al caso di Ferdinandea, 2006年6月25--30日在苏兹达利—莫斯科召开的第四届《罗马公法和私法：几个世纪以来欧洲法律发展的经验》国际会议论文，pp.244ss.

羊毛制成衣服;或以他人的木板造成船舶、箱柜或座凳。在萨宾派和普罗库鲁斯派[1]的许多讨论后,已根据持中庸意见者的观点决定:如果该物件能被还原成材料,显然,材料的前所有人被认为是所有人;如果不能被还原,制作人最好被认为是所有人。例如,铸造的容器,可被还原为铜、银或金的生锭,而酒、油或粮食不能被回复为葡萄、橄榄和谷穗,而蜜酒也确实不能被回复为酒和蜜。如果某人以部分自己的、部分他人的材料制作成某一物件,例如以自己的酒和他人的蜜制成蜜酒;或以自己的和他人的药材制成药膏或洗眼剂;或以自己的和他人的羊毛制成衣服,无疑,在这些情况下,制作人是所有人,因为他不仅贡献了自己的劳动,而且还提供了部分材料。

本段讲加工造成的物的所有权的变动。这是萨宾和普罗库鲁斯两个学派争论的经典问题。前者持出力说,把新物断给加工人;后者持出物说,把新物断给材料所有人。优士丁尼在本段采用折中说,以新物能否还原成材料定所有权归属。这在利用他人的金属制作雕像等艺术品的情形,会造成可笑的结果:金属所有人取得艺术品,艺术家倒是只能得到其贡献的价值了。例外的是这样的:如果加工人对新物的形成还贡献了部分物料,则他取得新物的所有权,尽管新物已不能还原为材料,他仍然是其所有人。

本段未规定取得物的人要为相对方对新物的贡献作出补偿,是为遗憾。

I.2,1,26。但如果某人以他人的紫绒织成了自己的衣服,就算紫绒更珍贵,它由于添附归于衣服。而紫绒的前所有人对攫取者,不论他是衣服的制作者本人还是其他人,享有盗窃之诉和要求给付之诉。事实上,就算已灭失的物不能被请求返还原物,可要求盗贼和某种其他占有人给付价金。

此段仍然讲加工,涉及本物不如添附物有价值,但后者仍然添附于前者的问题。

本段采取了让昂贵的紫绒添附于衣服的解决,紫绒的获得非常难,传说产于腓尼基,以迪鲁斯(Tyrus)的为佳(参见 I.4,6,33d),它从叫作红螺(Murex)的介壳动物身上提取。每只红螺只能提供一滴紫色料的液体,当红螺死去时必须马上割开提取,这些紫色料储藏在一条细小的血管中,红螺死后不久这个紫色液体

① 萨宾派和普罗库鲁斯派,为罗马的两大法学流派。萨宾派的创始人为卡皮托,因该派的第二任主持人萨宾而得名。该派拥护新建立的帝制,维护传统法制。普罗库鲁斯派的创始人为拉贝奥,因第三任主持人普罗库鲁斯而得名。该派主张共和政体,主张革新法律。两派各有杰出学者,对峙历 160 余年,大大推动了罗马法学的发展。至阿德里亚努斯皇帝时代,两派之间的区分逐渐消失。

就会变干[1]，由于其取得如此难，故其价格昂贵。吉本说，在优士丁尼时代，紫绒仅可由皇帝使用。[2] 但依优士丁尼的第80号新律，“紫绒”后来可自由买卖。

本段之所以采取价值大者添附于价值小者的处理，考虑在于避免拆解衣服，造成社会财富的浪费，这与本题第29段所持的立场同。但对盗窃紫绒者课加了严厉的制裁。“盗窃之诉”是刑事责任，是4倍之诉。“要求给付之诉”是债法上的责任。即民事责任，刑民并举，足见处罚很重。

斯特凡尼·利里克（Stephanie Lysyk）认为此段有隐喻色彩，“紫绒”指古典法学家的作品，“衣服”指优士丁尼自己的法典编纂，前者被织入后者后，成为后者的一部分，因此，本段暗示了古典法学家作品的命运。

此段不考虑添附物与被添附物价值的立场与本题第34段所持的立场矛盾。

I.2,1,27。如果两个人的材料经所有人的同意混合，经混合形成的物之整体，由双方共有，例如某些人混合了他们的酒；或把银锭或金锭融化在一起的情况。但如果材料是不同的，由此制成了一独特的物件，例如，由酒和蜜制成蜜酒；由金和银制成琥珀色的合金，适用同样的法。事实上，在这种情况下，物件无疑也是共有的。如果材料的混合，不论它们是不同的材料还是同种的材料，是出于意外，而非出于所有人的同意，已决定适用同样的法。

本段讲混合。适用于同质物混合，这是混合物难以再分开或导致了新物产生，不可能还原为原料的情况。本段区分了混合的意定和意外两种情形，决定它们都导致共有关系。

I.2,1,28。如果蒂丘斯[3]的粮食与你的粮食混合，如果确实出于你们的同意，发生共有，因为每个物件，换言之，曾为各人专有的各人的谷粒，经过你们的同意被共享。如果这样的混合是因意外事件发生的；或如果蒂丘斯未经你同意就作了混合，人们不认为发生共有，因为每个物件继续在其个性中，在这种情况下，粮食并不成为共有的，如同如果蒂丘斯的家畜与你的家畜混合，畜群不被认为是共有的一样。但如果全部这些粮食由你们中的一方保留，确实按各人粮食量的比例授予对物诉权，而评定各人的粮食量，在法官的自由裁量范围之内。

---

① 参见苏三：《向东向东再向东：〈圣经〉与夏、商、周文明起源》，青海人民出版社2007年版，第221页。

② See Stephanie Lysyk, Purple Prose: Writing, Rhetoric and Property in the Justinian Corpus, In 10 Cardozo Stud. L. & Lit. 33.

③ 蒂丘斯以及后文中出现的梅维尤斯·塞尤斯，都是虚构的人名，用以指代不特定的当事人，相当于英文中的John Doe或汉语中的“某甲”或“某乙”。

本段讲混杂，具体而言，是讲两人的粮食混合的情形，混杂是两人的物混合，但不导致新物，且参与物容易分开的情况。本段也区分意定、强行和意外情形，不承认后两种情形导致共有，只承认因合意造成的混杂才能形成共有。这一规定首先反映了罗马人对共有的排斥态度，另外基于粮食作为种类物可以分开的性质。

I.2,1,29。在某人于自己的土地上以他人的材料为建筑的情况下，该人被认为是建筑物的所有人，因为在土地上建筑的一切，添附于土地。而材料的前所有人并不因此停止作为其所有人，但此时，因为《十二表法》，他既不能要求返还它们，也不能就出示它们起诉，该法规定：某人不得被迫拆除已被联结在其建筑物中的他人的梁木，但他由于被称作已造横梁之诉（然而，"梁木"的名称，指一切用以营造建筑物的材料）的诉权，要为此提供双倍的罚金。[①] 如此规定，是为了不必拆毁建筑物。但如果建筑物由于某种原因毁坏，材料的所有人，如果尚未诉追双倍罚金，则可要求返还它们并就出示它们提起诉讼。

本段讲添附的另一种情况：动产与不动产添附，是某人在自己的土地上以他人的材料建造房屋的情况。按本段确立的规则，不管土地所有人兼建造人是否为诚信，都把新建成的房屋判给他，但材料所有人并不丧失其材料所有权，只是受到抑制。他有两个选择。其一，获得相当于材料价值双倍的罚金；其二，在房屋由于某种原因（例如地震）毁坏时追回建筑材料。如此安排，避免了建筑人拆除建筑物，从而避免了社会财富的浪费，进而揭示了添附制度的生态主义性质，表明本段为罗马法中的绿色规定和社会主义规定，按这种主义，任何物都有个人与社会两个所有人，个人对自己物的所有权的行使不得有害于社会。

本段的规则来源于《十二表法》第六表第8条："不得拆走偷来用于建筑房屋的梁木或用于支搭葡萄架的木杆……"其中的"梁木"一词源于个案，法学家把"梁木"的术语扩展到包括所有盗窃来的建筑材料如木、沙、石等，这被称为目的性扩张。

I.2,1,30。相反，如果某人在他人的土地上用自己的材料建造家屋，家屋成为土地所有人的。但在这种情况下，材料所有人丧失其所有权，因为他被认为已同意作了转让，当然，这要以他不是不知自己是在他人之土地上为建筑为条件。因此，就算家屋被毁坏，他不能要求返还材料。当然，这一点是明确的：如果建造者处于占有中，土地所有人要求家屋归其所有，也不偿付材料的价金和工人的工资，可以借助于恶意诈欺的抗辩驳倒他，如果建造人是诚信占有人，尤其如此。事

① 参见《十二表法》第六表第9—11条。

实上,如果他知道土地属于他人,可把冒失地在他认为是他人的土地上为建筑的过错归之于他。

此段讲前段的反情况,讲动产通过建房添附于不动产。建造人不得要求返还材料,以免拆房破坏社会财富,因此,添附使建造人丧失对材料的物权,但土地所有人取得这些建筑材料没有什么法律依据,他的取得属于不当得利,建造人对他产生不当得利请求权。① 本段中的"诚信"即错误。诚信可分为主观诚信与客观诚信。适用于买卖关系,当事人应承担一定给付义务的,为客观诚信;适用于物权关系的主观诚信是认识错误,以前通常译为"善意"。

在本段中,恶意诈欺的抗辩中"诈欺"不是欺骗,即显失公平的抗辩(是种后备抗辩)。抗辩用于击破对方的诉权,是保护被告的,是种"防御工具"。抗辩用于对抗原告一切不合理的请求。

I.2,1,31。如果蒂丘斯在自己的土地上栽种他人的树苗,树苗将成为蒂丘斯的。反之,如果蒂丘斯将其树苗栽种在梅维尤斯的土地上,树苗将是梅维尤斯的,在两种情况中,只要树苗扎了根,就发生所有权的转移。然而,在扎根之前,它仍是原所有人的。而树苗从扎根起变动其所有权的规则非常严格,如果蒂丘斯的土地紧靠着邻人的树木,树根扎进了其土地,朕说树木成为蒂丘斯的。理性确实不允许树木被认为属于别人,而不属于树木扎根之土地的所有人。因此,邻近地界种植的树木,如果也扎根在邻人的土地中,它成为共有的。

本段讲添附的另一种情况:种植,涉及木本植物的情形。以扎根时间为确定所有权的时间,为何如此?一为珍爱树木;二为树木已经从土地取得养分。本段把非相邻树木的生长描写成杂技演员一样:根在此地,身在彼地。如此,以根的所在地定所有权的归属,否定了树木生长所需养料除了来自根的,还有来自枝叶的,因而是不合理的规定。

本段涉及越界树木问题,区分其地上部分和地下部分定所有权的归属。

对于本条确立的规则不合理,《加利福尼亚民法典》第833条有相反的规定:尽管根系已延伸于他人土地,只要树干完全在本人土地范围内,该树仍属于本人;而在树干立于两个以上土地所有人的土地时,该树属于这些土地所有人共有。本条前段承认了树木生长养料的两重来源。

---

① Sieh Eltjo J. H. Schrage, scienti alienum esse solum potest culpa obici, (Inst. 2,1,30), Sachenrecht oder Bereicherungsrecht, In Revue Internationale des droits de l'Antiquité, 3ème série, XLVII (2000), pp. 403ss.

I.2,1,32。由此看来,在土地中生根的苗木添附于土地,同理,被播下的小麦也被认为添附于土地。况且,正如在他人土地上为建筑的人如果被所有人要求房屋,他可以根据朕之所述,以恶意诈欺的抗辩保护自己一样,诚信地以自己的费用在他人之土地上播种的人,可通过这同一种抗辩的帮助受到保护。

本段讲添附的另一种情形:播种,涉及草本植物的情形,否则无必要单立一段。草本与木本不同,前者没有扎根导致所有权转移问题,因为其根系浅,挖掘起来不会造成植物的伤害。另外无根越界的问题。

本段确立了青苗添附于土地的原则,理由还是土地比青苗重要。诚信地在他人土地上播种,涉及播种人从无权处分人手里误买他人土地,然后遭到追夺的情形。

I.2,1,33。字母,就算是用金子写成,也添附于纸和羊皮纸,完全如同建造的房屋和播种的植物通常添附于土地一样。因此,如果蒂丘斯在你的纸或羊皮纸上写了一首诗、一段历史或一篇演说,对这一整体,不是蒂丘斯,而是你将被判定为所有人。但如果你对蒂丘斯要求你的书卷或羊皮纸,也不打算偿付书写的费用,蒂丘斯当然可借助于恶意诈欺的抗辩保护自己,只要他是诚信地获得了这些纸或羊皮纸的占有。

此段讲添附的另一种情形:抄写和创作。本段有现实意义,因为中国文人有题书画于壁的习惯,由此发生如此完成的书画的归属问题。

此段来自盖尤斯的《论日常事物》,其中只提到书写作品的字母,优士丁尼在编订盖尤斯留下的文本时扩张了论题的范围到诗歌、演说、历史。在此段中,写成的文本相当于无主物,被抓住它的人取得。对文本的鄙视和对载体的重视,是优士丁尼对自己的法典编纂优越于构成它们的古典文本的判断的强调。

这一段把作品与其载体的关系按建筑物添附于土地、庄稼添附于土地的方式处理,乃是因为作者此处谈的是物权问题,因此只谈到作品的载体的归属问题,不涉及借助作品传播的观念的所有权问题,因为在印刷术发明前的作者,没有控制作品传播的手段,也不能避免其作品被违背其意志地被抄写,他们也很少有机会从他人对其作品的出售中得到报酬。尽管如此,这一片段仍然讲到了作品与其载体的区分,这为将来的著作权观念打开了道路。这种著作权要到18世纪才在英国出现。①

① See Stephanie Lysyk, Purple Prose: Writing, Rhetoric and Property in the Justinian Corpus, In 10 Cardozo Stud. L. & Lit. 33.

根据本段和下一段，联合国教科文组织主编的《著作权基础知识》仍主张罗马法为作者的保护提供了某种形式，是通向知识产权解释的最初步骤。①

本段反映罗马人的书写材料已从蜡版进化到使用纸。

本段透露，恶信取得纸的占有的书写人不得要求“稿费”。

I.2,1,34。如果某人在他人的木板上作画，有些人认为木板添附于画；另一些人则认为：画，无论是怎么样的，均添附于木板。但朕认为，木板添附于画较好。事实上，阿佩勒斯②或帕拉修斯③的画添附于一块极廉价的木板，是可笑的。因此，如果由木板的所有人占有画像，作画人要求画像，也不偿付木板的价金，他可由于恶意诈欺的抗辩被驳回。但如果作画人占有画像，逻辑的结果是，木板的所有人应被授予对抗他的扩用诉权，在这种情况下，如果他不偿付作画的费用，他当然可因恶意诈欺的抗辩被驳回，只要作画人是木板的诚信占有人。事实上，不论是作画人还是其他人攫取了木板，木板所有人可提起盗窃之诉，是显而易见的。

此段讲添附的另一种情形：绘画。采用板添画规则，但画的作者应支付木板所有人以木板的价金。这是盖尤斯的意见（D.41,1,9,2），此见张扬了绘画与书写的不同。但保罗有不同的意见，他认为画添板更好，他知道盖尤斯的相反的观点，但仍为此等主张，理由是此物没有彼物就不能存在的，应添附于彼物（D.6,1,23,3）。由此坚持书写与绘画在法律处遇上的一致。④ 最后，优士丁尼采纳了盖尤斯的意见，将之上升为法律。

本段涉及两种情形。第一种情形是板主占有画。在这种情形，法律赋予画家物件返还（Rei vindicatio）的直接诉权。在这种诉讼中，不占有画幅的画家可确认此画归他所有。立案后，如果被告不主动返还讼争物，法官可进行讼额估价，即确定诉讼标的的价值。败诉的被告应返还讼争物于原告；拒绝返还的，法官将判处他偿付讼额估价。⑤ 也就是说，即使法律把画家定为所有人授予物件返还的直接诉权，他仍有可能拿不回自己的画。在他能拿回画的情形，他不偿付板价的，会由于恶意

① 参见冯晓青：《知识产权法哲学》，中国人民公安大学出版社2003年版，第6页。

② 阿佩勒斯（Apelles），约公元前4世纪后半叶的古希腊画家，生于小亚细亚的Kos，擅长肖像画，曾作过亚历山大大帝的宫廷画家。出版过研究艺术的原则的著作。老普林尼说他对绘画艺术的贡献比所有其他人的加在一起还多。

③ 帕拉修斯（Parrhasius），约公元前4世纪后半叶人，古希腊画家，生于以弗所，后移居雅典，首创以对称法描写其人物的方法，以摹画人物的器官逼真且优雅出名。

④ 参见周枏：《罗马法原论》（上册），商务印书馆1994年版，第289页。

⑤ Cfr. Federico del Giudice, Nuovo Dizionario Giuridico Romano, Edizione Simone, Napoli, 1998, pp.453s.

诈欺的抗辩被驳回。经恶意诈欺抗辩的对抗，画家支付了板价的，他当然取得画幅的所有权；如果他拒绝支付，则不能如此。也就是说，如果板主愿意支付作画的费用，他可以取得画幅的所有权。

第二种情形是画家占有画幅，此时，按提奥菲鲁斯的《法学阶梯释义》的解释，板主不能以对物之诉（In rem actio）的直接诉权诉追其画板，因为在画作完成之时，他对画板的所有权就消灭了，但他被看作准所有人被赋予对物之诉的扩用诉权诉追其画板。[①] 由于画与板在法律上已不可分开，他实际上诉追的是整个的画幅，但他要向画家偿付画资（impensa picturae）才能如此，否则，他的请求会因恶意诈欺的抗辩驳回，当然，只有在画家诚信占有画板的情形如此，换言之，如果他是恶信占有画板，板主不必对他偿付画资即可取得上述画幅。

本段与本题第33段是否矛盾呢？两者都是讲的作品与其载体的关系问题，但处理有异。J. A. C. 托马斯认为，荷马的史诗以口头的形式流传下来，把它写在什么材料上都不会增减其文学价值，复制是容易的，但美术作品没有基质就不能存在，所以木板要添附于画，这就是《法学阶梯》对文字作品和美术作品作不同处理的理由。[②]

本段的规则为后世民法典以这样或那样的方式重新处理。《德国民法典》第950条第3款把绘画与书写、素描、印刷、雕刻一起，作为加工处理，新物属于加工人，但以新物的价值不明显少于材料的价值为限。《菲律宾民法典》第468条处理了同一问题。“以前条提供的标准不能确定被结合的两物中何为主物的，价值较大的物应被视为主物，两物价值相同的，体积较大的物应被视为主物。在绘画和雕塑、作品、印刷品、雕刻和石刻中，木板、金属、石头、帆布、纸张或羊皮纸应被视为是从物。”《阿根廷民法典》第2335条规定：“艺术品的价值和意义比所使用的材料更大时，图画、雕像、著作和印刷品当然被视为主物，而此等作品所附着的画板、画布、纸张、羊皮纸或石头应被视为从物。”此外，还有《西班牙民法典》、《智利民法典》、《厄瓜多尔民法典》、《哥伦比亚民法典》、《洪都拉斯民法典》、《萨尔瓦多民法典》、《巴西新民法典》、《葡萄牙民法典》、《澳门民法典》作了类似的规定。

I.2,1,35。如果某人从他相信为所有人的非所有人诚信地购买了土地，或根据赠予或其他正当的原因，同样是诚信地接受了土地，已根据自然理性作出决定：他取得的孳息为他所有，以报偿其耕作和照料。因此，如果后来土地所有

① Sieh M. Kaser, Tabula picta, In Tikdschrift voor Rechtsgescheidenis, 26 (1968), Seite 33, Nota 5.

② See Stephanie Lysyk, Purple Prose: Writing, Rhetoric and Property in the Justinian Corpus, In 10 Cardozo Stud. L. & Lit. 33.

人突然出现并要求归还土地，他不能就诚信取得人已消费的孳息起诉。但对知情地占有他人土地的人，不给予同样的待遇。因此，他将被迫连同土地返还哪怕是已消费的孳息。

本段讲诚信占有人和恶信占有人在取得占有期间取得土地孳息待遇上的差别。诚信占有人错误地或根据正当原因地取得土地，后来遇到原所有人追夺，在必须把土地返还给所有人的情况下，他不必返还已收取的孳息，即使他已消费掉这些孳息，原所有人也不得起诉他。相反，恶信占有人要返还哪怕是已消费的孳息，以这种方式奖励诚信，惩治恶信。本段宣称这是根据自然理性作出的决定。

本段确立的规则成为各国民法典的经典条文，例如《阿根廷民法典》第2423条。①

I.2,1,36。土地用益权所属的人，只能亲自取得孳息，否则不能成为其所有人。因此，就算他在孳息已经成熟，但尚未取得的情况下死亡，孳息不属于其继承人，而由财产的所有人取得。对佃户，大致要说同样的话。

本段讲用益权人取得孳息的条件：只能亲自取得，不得请人代劳，否则即使收取了孳息，也不能成为其所有人。以这样的方法，限制了用益权人对孳息的取用规模，为空虚所有权人保留了一些利益，阻绝了用益权人对用益物杀鸡取卵的意图，体现了用益权的专属性、人身性。在这样的框架下，用益权人很像自助餐的食客，可以自己敞开吃，但不能请人帮助自己吃。

从体系上看，从本段开始至本题第38段，讲用益权人的权利义务。这些内容应到本卷第4题中去讲才合适，这种结构安排存在缺陷。

I.2,1,37。像奶、毛和羊毛一样，幼仔也在家畜的孳息之内，因此羊羔、小山羊、牛犊及马驹，立即根据自然法成为用益权人的所有物。但女奴的婴儿不在孳息之内，因此属于财产的所有人。事实上，在自然为人类准备了一切孳息物的情况下，把人看作孳息是荒谬的。

本段讲自然孳息的范围，涉及动物性孳息，包括家养动物的幼仔。它们一旦出生，按自然法成为用益权人的所有物。这个自然法，应该是养育动物的人有权获得其出产的规则。但女奴与动物不同，其生的小孩不算孳息。这种定性只是为了避

① 其辞曰："诚信占有人可将其占有期间收取的孳息收归己有；但此等孳息如果在他已属恶信时被收取，则不以在其占有期间收取为已足。"

免把这样的婴儿判给用益权人，实际上，女奴的空虚所有人还是要得到此等婴儿的，那么，他得到婴儿不是作为孳息又是作为什么？这样分配婴儿，恐怕还是出于他们很可能是空虚所有人的孩子的考虑。既然如此，本段后面的"把人看作孳息荒谬"的大言可贵而不真。可贵，乃因为有这样的大言比没有好。不真，乃因为它从一个不能支持它的前提出发。据说这一女奴婴儿分配论来自公元前2世纪中叶的法学家优纽斯·布鲁图斯(Junius Brutus, D.7,1,68pr.; D.22,1,28,1)[①]，是对穆丘斯和曼尼流斯此前的相反观点的突破。[②] 也有人说这一观点来自盖尤斯，他说用益权人占有女奴不是为了生殖[③]，也就是为了利用她的劳务，所以，其婴儿不在孳息的范围内。

I.2,1,38。但如果某人享有畜群的用益权，他应以出生的幼畜替补已死的头口，如同尤里安也认为的，他应以其他的葡萄藤和树木替补已死的。事实上，他应正当地照料它们，并像善良家父一样使用它们。

此段规定用益权人的义务，涉及植物型孳息。是基于I.2,4pr.对于用益权人保存物的实体的要求作出的规定。实际利益的孳息总额减去损耗，才是用益权人可以取得的孳息。这种安排意味着减少用益权人取得的利益。与以单一物为客体的用益物权相比，这种情形的用益物损耗由用益权人承担，在那种情形由空虚所有人承担。

我认为本段讲的是产生于一个具体案件的规则，原案涉及用益动物的补全问题，尤里安扩张到包括用益植物的补全，由此逐渐形成一个一般的规则。

I.2,1,39。某人在自己的地方发现的财宝，神君阿德里亚努斯遵循自然衡平，把它授予发现人。如果它是某人在圣地或安魂地偶然发现的，他作了同样的规定。但如果它是某人在并非致力于这一业务，而是出于意外的情况下在他人的地方发现的，他将一半授予土地的所有人。而相应的，如果它是某人在恺撒[④]的地方发现的，他规定，一半归发现人；一半归恺撒。与此相应，如果它是某人在公共的地方或皇库的地方发现的，一半归发现人；一半归皇库或城邦。

---

① Cfr. P. Catalano, Il Concepito "Soggetto di Diritto" secondo il Sistema Giuridico Romano, Su http://www.cristiani.altervista.org/teologia/referendum/catalano.pdf Manuscrito inedito, p.2, 2010年8月16日访问。

② 参见〔意〕彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1992年版，第145页。

③ Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.251.

④ 此处的恺撒，亦为皇帝之意。

此段规定发现财宝为取得所有权的方式。与本题第18段并不重复，该段讲自然的财宝，本段讲人为的财宝或窖藏的财富，但把两段放在一起在逻辑上更顺。尽管有这两个片段的规定，优士丁尼仍未规定被发现的自然资源——例如金矿、石油——的归属问题。但实际上，罗马的矿藏属于国有。[①] 若经发现，恐怕是全部归皇库，发现人无分享一半的机会，不论他是在什么地方发现的。

本段分述在自己的土地上、在圣地或安魂地上和在他人的土地上发现财宝3种情况。在第二种情况中，安魂地不被认为是死者的生存亲属的，这跟我们现代人的处理不同。在本段中，圣地和安魂地作为一个整体是不可有物，但其构成部分却是可有物，存在海洋和海里的鱼一样的整体与部分的差异定性问题。在第三种情形中，发现人取得所有权的依据是运气和劳动，而土地所有人取得一半发现物的所有权的依据是什么呢？是土地所有权，这些发现物是土地的一部分。“恺撒的地方”是皇帝的专有财产，例如整个埃及都是这种地位，属于国有财产，由恺撒的事务经管人管理，但总有别于皇库和国库的财产。[②] 最后，在本段中出现了非自然人的人格，皇库和城邦被设定为所有权主体。它们两者何以区别？前者是罗马国家的财库，后者是地方政府的财库。它们各领有自己的地方，所谓公共的地方，应指的是城邦的地方。

关于本段有一个案例。希罗德斯家族曾经富裕，后败落。一个子孙阿提库斯发现了埋藏在祖先遗产中的财宝，他马上公布此事，有权分成的皇帝内尔瓦表示分文不要，于是，阿提库斯拿这笔钱做善事，做得很大。[③]

I.2,1,40。通过交付，我们也根据自然法取得物。事实上，没有什么比肯定想转让自己的物的所有人的意志更符合自然的公平，因此，任何种类的有体物，均可被交付，并通过所有人的交付让渡。所以，薪地和战争税地也以同样的方式让渡。而人们把坐落在行省的地产称作薪地和战争税地，根据朕的一个敕令[④]，这些土地与意大利的土地已无任何区别。

本段讲交付作为一种取得方式。有人认为德国法学家古斯塔夫·胡果就是根据本段得出物权行为理论的，此说有道理。为了理解本段，必须参看本题第41段。

---

① 参见〔日〕盐野七生：《罗马人的故事 VIII：危机与克服》，郑维欣译，三民书局2002年版，第243页。

② Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag. 254.

③ 参见〔英〕吉本：《罗马帝国衰亡史》（上册），黄宜思、黄雨石译，商务印书馆1997年版，第44页。

④ 参见C.7,31,1,531年。

结合两段可知,交付与原因行为共同构成一项交易。“交付”从广义上讲是将知识传授给另外的人,尤其是隔代的人。现指所有权移转,这便是从一般概念到法律概念的转变。交付的原因有很多,有赠予、嫁资、买卖等。交付也是一个独立于原因行为的行为,它自己有体素和心素两方面。前者是移转现实占有。与本题第44段参看,可知这一文本中的交付是现实交付,而非观念交付。

此段提到了薪地和战争税地与意大利土地的区别和同化。薪地和战争税地都是行省的土地,意大利土地是名称所指地方的私有土地。两者的区别首先在于前者的移转采用略式;后者的移转采用要式。其次在于行省土地是罗马国家的财产,所以其占有人要纳税,谓之行省税。意大利土地早就实现了私有化,基于宗主国的地位土地所有人长期不纳税。罗马有首设的行省如下:

西西里、撒丁和科西嘉、山南高卢、近西班牙、远西班牙、伊里里库姆、马其顿、阿非力加、亚细亚、以纳尔波为首府的高卢、比提尼亚、克里特与西雷纳伊卡、科尔杜埃勒、西里西亚与塞浦路斯、叙利亚、长发高卢、埃及、莫埃西亚、加拉泰、雷齐亚、大日耳曼、犹太、滨海阿尔卑斯、卡巴多恰、临海的毛里塔尼亚、以凯撒利亚为首府的毛里塔尼亚、诺里肯、不列颠、里奇亚·庞弗利亚(Licia e Panfilia)、色雷斯、阿尔卑斯山麓、科求斯的阿尔卑斯、埃皮鲁斯、科马杰内、上日耳曼、下日耳曼、阿拉伯、达契亚、亚美尼亚、阿西利亚、美索不达米亚、三达契亚、奥斯罗埃勒,共44个。

但如下首设的行省发生了分立:从马其顿行省分出亚该亚行省;长发高卢行省分裂为亚奎塔尼亚高卢、比利时高卢、卢古都南西斯高卢3个行省;远西班牙行省分裂为贝提卡和卢吉塔尼亚两个行省;伊里里库姆行省分裂为达尔马提亚、潘诺尼亚两个行省;莫埃西亚分裂为上莫埃西亚和下莫埃西亚两个行省;达契亚分裂为上达契亚和下达契亚两个行省;叙利亚分裂为“空”叙利亚和腓尼基叙利亚两个行省;从阿非力加行省分出了努米底亚行省;不列颠行省分裂为上不列颠和下不列颠两个行省;潘诺尼亚行省分裂为上潘诺尼亚和下潘诺尼亚两个行省。同时,也有个别首设的行省发生了合并,例如,科马杰内合并于叙利亚,这样,罗马前前后后有过54个行省。①

上述行省有的是在共和时期形成的,有的是在帝政时期形成的。在共和时期,需要军事防卫的行省称为前执政官行省或前裁判官行省。前者要求卸任执政官担任总督,后者要求卸任裁判官担任总督,两者皆握有兵权。奥古斯都在公元前27年把行省分为元老院行省和皇帝行省。需要军事防卫的行省属于皇帝,不需要的属于元老

① See the Entry of Roman Province, On http://en.wikipedia.org/wiki/Roman_province,2010年7月20日访问。

院。[①] 上述54个行省，属于皇帝的如下：科尔杜埃勒、加拉泰、长发高卢、雷齐亚、远西班牙、犹太、滨海阿尔卑斯、卡巴多恰、伊里里库姆、临海的毛里塔尼亚、以凯撒利亚为首府的毛里塔尼亚、诺里肯、不列颠、里奇亚·庞弗利亚、色雷斯、阿尔卑斯山麓、科求斯的阿尔卑斯、埃皮鲁斯、上日耳曼、下日耳曼、莫埃西亚、阿拉伯、达契亚、三达契亚、叙利亚、努米底亚、美索不达米亚。共计28个，其他行省都是元老院行省。

无论是皇帝行省还是元老院行省的居民，都要缴纳10%的行省税作为防卫费用。从元老院行省收取的这种税是"薪"(Stipendium)，老普林尼说，该词来自 stipis pondra，意思是付给士兵的钱[②]，按这种解释，行省税应用作军饷。但这种解释似乎太狭窄了，所以现代美国学者琼斯另辟新解，认为元老院行省的土地之所以叫作薪地，是因为行省总督从包税人取得行省税的征收结果后，从中扣除国库对本省拨款未用完部分，把其他的解交国库，他们被认为从这种收入中得到了自己的工资，故名。[③] 从皇帝行省收的行省税是"战争税"(Tributum)，这一名称也符合行省税的基本用途。

本段中，优士丁尼说这两种土地已经完全与意大利的土地一样，意思是前者取得了意大利权，因而可以适用取得时效制度，因为此前这一制度不能适用于行省土地，只能适用比照性的长期占有制度。[④]

I.2,1,41。但如果确实根据赠予或嫁资的原因，或根据任何其他原因作了交付，无疑发生所有权转移。但出卖并交付之物，除非买受人对出卖人偿付了价金、或以其他方式对他作出了担保，例如对他提出了保证人或质物，买受人不能取得其所有权。《十二表法》确实也对此作了规定。[⑤] 但人们正确地说，这也是根据万民法，换言之，根据自然法作成的。但如果出卖人相信买受人的信誉，必须说物立即成为买受人的。

本段第一句讲交付的目的是移转标的物的所有权，但交付只是一个债权行为，必须有赠予、设立嫁资或其他原因行为例如买卖的支持。第二句讲同时履行抗辩。从时间的角度看，交付的时间就是标的物所有权移转的时间，既然如此，它就是出让人的"失"和受让人的"得"。在有偿交易的情形，如果不让出让人获得代价单纯让受让人获益，未免有失交易的事理之性质以及公平，于是，本段设定如果出让人

① Cfr. Mario Talamanca (sotto la direzione di), Lineamenti di Storia del Diritto Romano, Giuffrè, Milano, 1989, pp.487s.

② See The Naturale History of Pliny, Translated by John Bostock, Vol. VI, London, 1856, p.89.

③ See A.H.M. Jones, The Aerarium and the Fiscus, In The Journal of Roman Studies, Vol.40, Parts 1 and 2, (1950), p.22.

④ 参见周枏：《罗马法原论》(上册)，商务印书馆1994年版，第330页。

⑤ 参见《十二表法》第六表第8条。

未得到价金或得到将支付价金的担保，他并不丧失对标的物的所有权，只是丧失其占有。这就构成前面所述规则的例外：交付不导致所有权转移，只导致占有转移。这样的安排包含所有权保留条款的思想。[①] 按这一思想，所有权转移与物的占有的转移是分离的。出让人由此同时获得自保和他保。自保，指自己物的所有权担保。如果受让人不支付价金，出让人对标的物享有取回权而非债权。他保，指第三人为保障出让人受偿付提出的人保或物保。第三句讲所有权保留条款既是根据自然法或万民法的，因为它是自然公平观念的体现，又是根据市民法的，因为《十二表法》对此有规定，这样就形成了自然法、万民法和市民法的竞合。最后一句讲的是第二句所述规则的例外，是例外的例外，也就是说，如果出让人相信受让人的信誉，放弃自己的扣押标的物所有权的权利或担保请求权，交付造成所有权移转，这种情况下的交易谓之赊销。

I.2,1,42。然而，是所有人本人，还是经其同意的其他人交付物予某人，毫无区别。

本段讲代受交付，申明对受任人实施的交付的效果与对本人实施的一样，视为对他的交付。在此等情形，受任人是本人的代理人，受托实施特定行为。这样，本段可作为罗马法承认代理制度的证据。

I.2,1,43。按此道理，如果某人被所有人允许自由地管理事务，而他在这一事务的范围内出卖并交付物，物成为收受人的。

本段讲委任交付，受任人在其代理权限范围内实施的交付，同样转移标的物的所有权。由于罗马人不知直接代理的观念，此时的交付，应该以受任人自己的名义进行。超出代理范围实施的交付并不移转标的物的所有权，因为代理行为本身是无效的。

I.2,1,44。有时，甚至没有交付，所有人之单纯的意志足以使物转移，例如，某人对你出卖或赠予他曾借给你、租给你或寄托给你的物的情况。事实上，即使他不是根据出卖或赠予的原因把物交付给你的，但他容忍物为你所有这一事实本身，使你立即获得所有权，完全如同该物过去是为此目的交付的一样。

① 有学者认为所有权保留制度渊源于罗马法，参见黄名述、张玉敏主编：《罗马契约制度与现代合同法研究》，中国检察出版社2006年版，第92页。

本段讲观念交付，即已因合同关系在受让人占有下的标的物，出让人只要作简单的意思表示即可完成交付。这样的安排是去形式主义的产物，节约了双方当事人的交易成本。

在本段的情形，有两个交付：一个是我们讲到的观念交付，另一个是导致受让人占有标的物的交付，后者是现实交付。

I.2,1,45。同样，如果某人出卖寄托在仓库中的商品，他把仓库的钥匙交付给买受人之时，他转移了商品的所有权给买受人。

本段讲象征交付，它是观念交付的一种形式，表现为以交付表征对标的物控制权的物件代表交付。钥匙是对保管物控制权的标志，所以，交付仓库的钥匙等于交付被仓储的货物。本段中奇怪的是，钥匙由寄托人掌握，应该由保管人掌握的。

从本段可看出，古罗马已有仓储企业，因而本段是罗马法中的商法规范，仓储业归商法调整。在罗马商事活动中，一个仓库保管多人的货物，如果把某个仓房的钥匙给人，意味着其中的货物的占有也被移转。这种做法已不见于现代商法，它规定通过交付所有权的凭证——仓单完成象征交付。

本段证明，交付分为意思表示和实际移转对客体的占有两个方面。在本段的情形，只剩下意思表示这一方面。

人们通常说，罗马法中无所有权的概念，本段及下段提供了一个例外，其中出现了 Proprietas 一语，并且作为“移转”一词的宾语使用。在其他地方，我译文中所有权一词对应的拉丁词是 Dominum。

I.2,1,46。除此之外，有时，所有人指向不确定人的意思，也转移物的所有权。例如，把礼物抛进人群的裁判官和执政官，并不知道其中的何物将由何人取得，尽管如此，由于他们愿意各人取得的礼物成为他的，使他立即成为所有人。

本段讲对不特定人的交付也导致标的物的所有权转移。从事理之性质来看，本段说的交易是单方行为，类似于悬赏广告，但法律把它拟制为一个合同，把一个特定人针对很多不特定人的行为视为他在一瞬间与多个特定人订立了一系列的赠予合同，由此突破了合同的相对性原则。

本段反映了古罗马的选举场景，当选长官往往靠向不特定的人抛撒礼物以收揽人心。

I.2,1,47。按此道理，看来更真实的是某人占据了由所有人抛弃的物，他立即成为所有人的情况。而被抛弃的物，是所有人以不愿它作为其财产的意图

扔掉的物，因此他立即停止作为所有人。

本段讲抛弃物的先占原则。在体系上，应放在本题开头讲先占的部分讲。但本段的内容与前段内容在“抛”字上具有共性，因而被放在此处讲。不过两种“抛”有所不同，前个“抛”的目的是使人得，这个“抛”无专门使人取得的目的。典型的抛弃物是垃圾，它们被抛掉后有人拣只是偶然的情况。当然，本段讲的抛弃也是所有权消灭的一种方式。

I.2,1,48。在海上风暴中，为减轻船的负载抛弃的物，是另一种情况。事实上，它们依然是所有人的，因为显然，它们不是出于某人不愿拥有它们的意图，而是出于他与船舶本身一起更容易从海上的危险中逃脱的意图被扔掉的。因此，如果某人在它们被波浪驱赶到岸上的情况下，或甚至就在海上碰到它们的情况下，以赢利的意图拿走了它们，他实施了盗窃。它们被认为与在所有人未察觉的情况下，从奔驰的车上掉下来的物，相去不远。

本段讲船难物仍归其所有人。这是与关于共同海损的罗得法配套的一个规则，是在地中海地区共同适用的一个规则：托运人结成合伙，如果发生海难，遭受的损失按托运货物价值的比例在他们中分摊。本段规定抛弃须有体素、心素两方面，换言之，要同时有抛弃的行为和抛弃所有权的主观意图，才构成抛弃。所有人不放弃所有的心素的，所有权不丧失。因此，船难物的所有人并不具有抛弃的心素，所以这些物还是归他们所有，僭取它们的人构成盗窃。如果他们以替物之所有人保管物之意思拿走它，则不被视为在盗窃（D.47,2,43,11）。

在中国，在洪水季节，一些沿河居民有捞漂流物作为自己的财产的做法，习惯法实际上肯定取得人的所有权，这一规定的道德水准低于罗马人的规定。但在制定法的层次，《民法通则》规定了拾得漂流物的人要返还原主，与罗马法具有同样高的道德水准。但中世纪的欧洲有堕落得多的规定：所有从遇难船只上漂流来的货物，或在一只搁浅船上的货物，全部或一部成为海岸所有人的财产。为此，农夫在危险山崖上放置灯光来引诱船员发生船难。①

本段其次讲抛落物仍归其所有人，这也是一个高尚的规定，与中世纪德语地区制定的“着地法”（Grundruhrrecht）的卑下规定形成对照，它把偶然从车上落到地面上的载货判给当地封建主。②

① 〔美〕汤普逊：《中世纪经济社会史》（下册），耿淡如译，商务印书馆1963年版，第180页。
② 同上注，第171页。

第 2 题

无体物

I.2,2pr.。此外,有些物是有体的;有些物是无体的。

本段用二分法把物进行分类:有体物和无体物。从构词来看,有体物是有 corpus 的物,无体物是无这样的 corpus 的物。Corpus 是物体、身体、个人的意思。所以,有体物是具有一定的外在形式的物,无体物是不具有这样的形式的物。

I.2,2,1。有体物是依其性质可触摸的物,例如土地、奴隶、衣服、金银以及其他不可胜数的物。

本段继续说明有体物的含义,为有体的属性加上了可以触摸的界定。就触摸的含义而言,按亚里士多德(公元前 384 年—公元前 322 年)的理论,人类有视、听、闻、味和触 5 种感觉,但公元前 5 世纪后半叶的原子论创立者留基波(Leukippos,公元前 500 年—公元前 400 年)和德漠克里特(Democritus,公元前 470 年—公元前 380 年)把它们缩减为仅仅一种:触觉,因为任何感觉都是外在客体的原子的肖像与感官接触。因此,此处的"可触摸"非指单纯的触觉,而是指任何感觉。[①]《智利民法典》第 565 条第 2 款就采用这样的理解。其辞曰:"有实际形体并能被感官察觉的物为有体物,如房屋、书籍";《路易斯安那民法典》第 461 条用"感觉或触摸"的表达。无论如何,按原子论的观点,月亮因为可以被视觉触摸也是有体物。

I.2,2,2。而无体物是不可触摸的物。存在于权利中的东西如此,例如遗产、用益权、以任何方式缔结的债。遗产中包括有体物的事实,无关紧要。事实上,从土地获得的孳息,也是有体物,而根据某种债对我们负欠的,通常是有体

① Véase Alejandro Guzman Brito, Historia del Concepto de Cosas Incorporal, En AA. VV., IX Congreso Latinoamericano de Derecho romano (Xalapa-Veracruz-México 18—20 agosto1994), pag. 304.

物，例如土地、奴隶、金钱；事实上，继承权本身、用益权本身以及债权本身，是无体物。

本段讲无体物的含义：是定形在权利中的东西，并穷尽地列举了无体物的范围，只包括继承权、用益权和债权，不提 I.3,10,1 中提到的使用权和宗亲权，具有建构大物法的意图。[①] 所以，法律意义上的无体物与生活中的无体物不同，后者不具有建构体系的使命。

“以任何方式缔结的债”既包含债权也包含债务。对债，可以有债权的理解、债务的理解和债的关系的理解。但“定形在权利中的东西如此”的表达已排除了债务，因此，此语中的“债”，应解作单纯的债权。

值得注意的是，人身权不是无体物，原因一，它没有财产价值；原因二，它与无体物的体系化功能无关。

“事实上”以后，先讲无体物债的标的往往是有体物；“遗产”中两物并存的情况。无体物遗产中包括有体物；无体物用益权可以导致有体物孳息，以此说明无体物总是以有体物为依托。

本段可以推论出对“债权的所有权”、对继承权的所有权、对用益权的所有权，由此，任何权利都可以归结为所有权，这样就形成了《法国民法典》庞杂的第三编，但罗马人自觉地回避可能的悖论。

I.2,2,3。也被称作役权的对都市和乡村不动产的权利，在同一名目内。

本段继续列举无体物的范围：都市和乡村不动产的地役权，对前段的列举进行补充，开启下题。本题第 2 段之所以未列举本段包括的两种无体物，因为它是作为盖尤斯《法学阶梯》第 2 卷第 14 段被编进来的，该段未列举都市和乡村不动产役权为无体物。盖尤斯把它们在接下来的一段中列举为略式物。到优士丁尼时代，废除了要式物和略式物的区分，把原属于略式物的两种役权划给无体物，于是以本段反映这种物的分类方法的变化。

① 参见徐国栋：《罗马私法要论——文本与分析》，科学出版社 2007 年版，第 163 页。

第 3 题

地役权

I.2,3pr.。对乡村不动产的权利有这些:通行权、驱畜通行权、用路权和导水权。通行权是人的通行和散步之权,但不是驱赶驮畜或车辆通过之权;驱畜通行权是驱赶驮畜或车辆的通行之权。因此,享有通行权的人,并不享有驱畜通行权。享有驱畜通行权的人,也享有通行权,他不带驮畜,也可行使此权。用路权为通行权、驱畜通行和散步之权。事实上,用路权本身既包括了通行权,也包括了驱畜通行权。导水权为通过他人土地导引水流之权。

本段讲乡村地役权的诸类型。地役权是为了某个不动产的利益对另一个不动产设定的负担,它与人役权相对。人役权是为了某个人的利益对另一个不动产设定的负担。简言之,地役权是地与地之间的关系,人役权是人与人之间的关系。役权证明了所有权的相对性。它分为乡村的和都市的,前者以土地为客体,后者以房屋为客体,不论此等房屋是处在城市还是农村。

此段列举了乡村地役权的主要形态:通行权、驱畜通行权、用路权和导水权。依对相邻人妨碍的严重程度从轻往重地排列各种地役权,并讲清楚了它们之间的彼此包含关系。

I.2,3,1。对都市不动产的权利,是固着于建筑物之上的役权,之所以被说成是对都市不动产的权利,乃是因为所有的建筑物,即使它们建造于乡间,都被叫作都市不动产。同样,对都市不动产的役权有这些:邻人支持邻人房屋的负担、允许在自己的墙上由邻人支搭梁木、某人在自己的房屋或庭院接受或不接受檐滴或水流、某人不加高自己的房屋,以免阻挡邻人的光线。

本段讲都市不动产的权利的定义及范围。都市不动产役权讲的是房屋之间的关系,是一个人为的概念,与城市意义上的"都市"无涉。本段所讲的役权都是消极役权,即为了他人不动产的便利而限制自己不动产所有权的行使的役权。

本段中规定的一些役权,例如允许邻人与自己共用一堵墙的役权、允许邻人支

搭梁木于自己墙上的役权，都是绿色的，导致节约社会财富，但这样，建筑物之间缺乏必要的间隔（《十二表法》第七表第1条规定要有2.5尺），影响维护私生活权和防火。看来，这样的过分强调社会团结的规定也有其弊害。

I.2,3,2。有些人正确地认为：取水、饮畜、放牧、烧石灰、挖沙权，应正当地算作对乡村不动产的役权。

本段讲5种乡村不动产的积极役权。它们涉及的都是自然资源，这些自然资源的所有权与它们所处的土地所有权不同，是公共的，所以他人才可以到别人土地上来采用它们。此段尤其可以证明水源在罗马法中是公共的。因此，本段默示规定了自然资源的共有原则。在现代民法典中，沙子、石灰岩可能已私有化了，由此反证罗马人的公共性的观念更高。

本段中的"有些人"指何人不能确定，但至少应包括乌尔比安，因为本段取自乌尔比安的《法学阶梯》第2卷中的一个片段（D.8,3,1,1）。"有些人"的说法意味着有持异议的"另一些人"的存在，他们对同一问题持不同观点，很可能是更加个人主义性质的观点。当然，优士丁尼采用了前一些人更加社会主义性质的观点。以下分别说明每种权利。

取水权是从邻人的水源或井取水的权利，数量以满足取水人自己及从属他的人的需要以及其土地的需要为限。也就是说，从邻人土地取水开自己的水厂是不行的。这一权利隐含着权利人往水源的通行权。①

饮畜权是让我们的牲畜到达他人的地产并饮水的权利，它内在地包含驱畜通行权。②

放牧权是让我们的牲畜在他人的土地上得到放牧的权利，同样包含驱畜通行权。在设立此等权利时，应规定要牧放的牲畜的数目和种类，实施放牧的时间。如果事前未就此等事项为规定，则按最公平和符合地役权性质的方式，这应理解为权利人可以牧放各种类型的牲畜。还可以约定，允许放牧的牲畜数目以给需役地带来利益为限。还可约定，牲畜只能在供役地收掉果实后才能进入，并在习惯上的放牧季节进入。③

烧石灰权和挖沙权是让供役地所有人允许邻地所有人在前者的土地烧石灰或采沙的权利，供役地所有人无需履行什么积极义务。④ 烧石灰和挖沙都会不可避

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.283.

② Id.

③ Id.

④ Id.

免地损害供役地，所以，允许设立这样的役权是奇怪的。

上述5种役权的客体都是自然资源，既然它们都是自然的赠予，因此要允许邻人与自己分享，所以有上述5种役权之设。它们的设立前提是供役地所有人拥有这些自然资源，但处在某人土地中的自然资源都属于此人吗？举例来说，如果处在某人土地中的是金矿，其邻人是否可以进去开采？答曰不能，因为金矿属于国有，不论它处在谁的土地中都是如此，因此，本段隐含着罗马法对自然资源的分类，价值比较低的自然资源是一类，可以归土地所有人占有，但对所有其他人开放；价值比较高的是另一类，不能属于土地所有人而属于国家。

I.2,3,3。而这些权利之所以被称为对不动产的役权，乃因为没有不动产它们就不可能设立。事实上，任何人，除非他有不动产，都不能获得对都市或乡村不动产的役权；任何人，除非他拥有不动产，也不会对都市或乡村不动产役权承担义务。

本段讲役权对不动产的依附性：只可在不动产所有人之间确立。就积极主体而言，役权是对不动产所有权权能的瓜分性运用，没有不动产，他们能瓜分什么呢？就消极主体而言，役权是一个不动产为另一不动产的利益作出的牺牲，他们手里若无不动产，就没有承受其他不动产需要的牺牲的实体，所以，本段不过说明，不动产役权的性质是物与物的关系，至少是一种混合关系，即人的关系与物的关系的混合。由此看来，把民法调整对象仅仅定为人与人之间的关系是不对的。

I.2,3,4。如果某人希望为邻居设立某种权利，他应以简约和要式口约做此事。某人也可在遗嘱中迫使其继承人不加高自己的房屋，以免阻挡邻人房屋的光线；或容忍邻人在墙上支搭梁木或享有檐滴权；或容忍邻人步行或驱畜通过土地；或从土地导水。

本段讲设立役权的三种方式：简约、要式口约、遗嘱。前者和中者为生因行为；后者为死因行为，因此，役权可通过生因行为和死因行为两种方式设立。但这只是消极役权的设立方式，积极役权除了可以采用要式口约的方式外，还可以取得时效的方式设立。事实上，本段遗漏了这种役权的取得方式，还遗漏了分配裁判的取得方式。①

简约是非正式合同，而且往往不是独立合同，而是合同不受诉权的严格保护的

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, Tomo I, 1856, pag.286.

某一条款。简约没有法律的强制力，因此，说简约可以用来设立役权，是错误的，本段的这一错误由于简单利用盖尤斯《法学阶梯》2,31 的蓝本而来。该片段区分意大利土地和行省土地谈役权的设立方式，对于前种土地，要采用拟诉弃权或要式买卖的方式设立，对于后种土地，要采用简约和要式口约的方式设立。[①] 在盖尤斯的时代，这么讲没错，因为当时不存在对行省土地的所有权，也不存在针对这种土地的真正意义上的役权，因为这种役权是所有权分解的结果，所以，对行省土地设立的役权不是权利而是事实，以简约设立它未尝不可，等于是以一种不太合法的方式建构一种不太合法的情势。到了优士丁尼时代，废除了意大利土地与行省土地的区别，把过去赋予意大利土地的待遇推及于行省土地，对这种土地可以享有真正的所有权，因而也可以设立真正的役权，为此，采用简约的方式肯定不行，因此，只能采用要式口约的方式或协议的方式。[②]

① 参见〔古罗马〕盖尤斯：《法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社 1996 年版，第 88 页。

② Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, Tomo I, 1856, pag. 285.

第 4 题

用益权

I.2,4pr.。用益权是在保全物的实体的情况下,使用和收益他人之物的权利。事实上,它是一种对特定物的权利。特定物消灭,它本身也必然消灭。

本段开始转入谈人役权,用益权是人役权的一种。其产生背景是这样的:共和末叶,无夫权婚姻和奴隶的解放日多,每遇家长病故,没有继承权又缺乏劳动力的人的生活便成为问题,因此,丈夫和家主把一些家产的使用权、收益权、居住权等遗赠妻子或被解放的奴隶,使他们生有所靠,老有所养。后来,优士丁尼把这些权利称为人役权。①

本段中的用益权有广狭两义,此处的用益权是狭义的,即取得他人之物的使用和收益权能的法律地位。广义的用益权包括下文将谈到的使用权和居住权,不然,盖尤斯的无体物概念的体系功能就发挥不出来了。

本段讲到用益权人有义务保全用益物的实体,这意味着他不能毁损、消耗此等物,或恶化其状况,也不得改变其形式和内容,为此他要尽善良家父的注意保存、修理此等物,并承担其税收和其他负担,以便在用益权终结后能返还它于空虚所有权人。在此基础上,用益权人享有收取有体物孳息的权利。设立用益权的条件之一是该物能产生果实,因此,对年老体衰的奴隶便无法设立用益权。

用益权制度只能适用于特定物,不能就种类物设立用益权。此等特定物须具有不消费物的性质,除了有体物外,还可以是无体物,例如债权。此外还可以是货币。

本段讲的用益权只包括所有权的使用和收益权能不全面,I.2,5,1 讲到用益权人有一定的占有权能——这也是行使使用和收益权能的前提条件。

本段中使用的"他人之物"的表达预示着后世的他物权概念,这个概念是在千年后由法国法学家雨果·多诺创立的。

---

① 参见周枏:《罗马法原论》(上册),商务印书馆 1994 年版,第 361 页。

I.2,4,1。用益权是从所有权分离出来的，这种情况以多种方式发生。例如某人遗赠他人用益权的情况。事实上，继承人享有空虚所有权；受遗赠人享有用益权。反之，如果减去用益权遗赠土地，受遗赠人享有空虚所有权；而继承人享有用益权。同样，可遗赠一人用益权，遗赠另一人减去了用益权的土地。但如果某人希望不借助遗嘱为他人设立用益权，他应以简约和要式口约做此事。但为了避免总是脱离了用益权的所有权完全无用，人们规定了用益权消灭并回复到所有权的方式。

本段讲用益权制度与所有权各权能的分离的关联。用益物权的本质为8个字："两权分离，一物两用"。通过这一机制，所有人可以遗赠某人用益权，遗赠另一人对同一物的空虚所有权。"空虚所有人"原文是"裸体所有人"，但由于"裸体"与没有诉权有关，还是译成"空虚所有人"好。"空虚"二字由使用和收益的缺失造成，揭示了所有权的权能是这两者，占有的权能大概是后人加上去的。

本段接下来讲到用益权设立的情形，有遗嘱、简约和要式口约三种形式，同于地役权的设立形式，不过在顺序上把遗嘱列在首位。最后讲到两权分离只能是一种过渡形态，最后所有权都要回复为完满的状态。

I.2,4,2。而用益权不仅就土地或房屋设立，而且也就奴隶、驮畜以及其他物设立，由于使用本身被消耗的物除外。事实上，这些物，不论是根据自然理性还是市民理性，都不接受用益权。酒、油、粮食和衣服，在这一类别之内。与此很接近的是现金。事实上，金钱在使用过程本身中，随着经常的交换以某种方式消灭。但为了功利，元老院决定：也可对这种物设立用益权，但为此要为继承人的利益适当作出担保。因此，如果金钱的用益权被遗赠，它将给付于受遗赠人，以便成为他的，而受遗赠人将对继承人作出担保：如果他死亡或受人格减等，将返还同样多的金钱。其他物也将这样被交付给受遗赠人，以便成为他的。但一旦就这些物作了估价后要作出担保：如果他死亡或受人格减等，他将返还与被评定数额同样多的金钱。因此，元老院确实并未规定对这种物的用益权（事实上，它也不能如此），而是借助于担保，规定了一种准用益权。

本段讲用益权的客体，不消耗的不喘气财产和喘气财产都可以承受用益权。消耗物由于事理之性质不能承受用益权。消耗物又可分为事实上的消耗物和法律上的消耗物，后者如金钱。关于是否可以在金钱之上设立用益权，罗马法学家们曾进行争论，争论的内容不详，最后以一个名称不详，只知它发布于1世纪、提贝流斯

皇帝时期的元老院决议[①]以可以的结论定案，但这样的用益权并非原本意义上的，而是准用益权，是对法律上的可消耗物设立的用益权。这一权利的成立从现金开始，后来扩展到其他可消耗物，如酒、油、粮食等，形成一种类似于借贷的制度。为何称"准"？理由一，标的物可消耗；理由二，标的物的所有权转移；理由三，用益权人要提供担保，这里的担保是一个要式口约。

本段末尾透露元老院不能就用益权立法，为何如此？因为在准用益权制度建立的时期，元老院并无立法权，它只是在1世纪末、2世纪初才获得此等权力。对此，可参见我对本书I.1,2,5的评注。

I.2,4,3。而用益权消灭，或因用益权人死亡；或因两种人格减等——最大的和中等的；或因不以规定的方式在规定的期限内行使。所有这一切都是朕的敕令[②]规定的。同样，如果用益权人把自己的用益权让与财产的所有人（事实上，让与家外人，不产生任何效力）；或相反，如果用益权人获得了物的所有权——这被称作混同，用益权消灭。除此之外，如果房屋因火灾烧毁，或也因地震或因其瑕疵而倒塌，用益权显然消灭，地基的用益权确实也不被负欠。

本段讲用益权的消灭方式，有五：第一为用益权人死亡，人死权灭，道理显然。第二因用益权人受人格大减等和中减等，为何如此？因为此时空虚所有人与用益权人的地位已不平等，后者已变成奴隶或外邦人，由此可见用益权是平等的城邦成员之间彼此表示友爱的方式。尽管如此，本书把用益权当作万民法上的取得方式，显然不合适，它实际上应是市民法上的取得方式，这种方式的运用以市民身份之享有为前提。人格大减等和人格中减等的本质是丧失了市民权。第三是滥用用益权，有方式滥用和期限滥用两种形态。第四是混同。第五是标的物灭失。在本段中，用益物灭失后其地基并不维持用益权，这种处理与I.2,1,18对圣所灭失后其地基的处理不同，表现了民法的调整方法。

"家外人"指第三人。用益权人只能将用益权卖给空虚所有权人。

I.2,4,4。而在用益权消灭的情况下，不消说，它回复到所有权，从此时起，空虚所有权的主人开始对物享有完全的支配权。

本段讲用益权消灭的法律后果：所有权回复到圆满状态，如此表现了所有权的弹力性，此时，空虚所有人还原为实质所有人。

---

① 有人说这一元老院决议制定于共和末期。有人说它制定于奥古斯都时期。有人说它制定于提贝流斯时期。

② 参见C.3,33,16,530年。

第5题

使用权和居住权

I.2,5pr.。人们通常也以设立用益权的同样的方式设立单纯的使用权,它也以终止用益权的同样方式终止。

本段讲使用权设立和终止的方式与设立和终止用益权的方式同,是一个准用性规定。也就是说,人们可通过遗嘱、简约和要式口约设立使用权和居住权。设立和终止方式的相同在一定程度上表明了使用权和居住权与用益权的同质性。

I.2,5,1。然而,不消说,使用权中包括的权利比用益权中包含得要小。事实上,对土地享有单纯的使用权的人,被认为除了为日常用度使用蔬菜、水果、鲜花、干草、稻草和木料外,不享有任何进一步的权利。此外,他被允许逗留在土地上,只要他不骚扰所有人,也不对做农活的人构成妨碍。他享有的权利不可出售、出租或无偿地授予任何他人;而享有用益权的人可以做所有这些事情。

本段谈使用权与用益权的区别。这里涉及所有权的使用、收益和处分3项权能。把用益权和使用权比较,基准是占据的所有权的权能不同,使用权人只占据使用权能,但可包括一定的占有权能,而用益权人占据三项半权能,即占有、使用、收益权能以及事实上的处分权能。

此处的使用不同于通常意义上的使用:后种使用不会消耗使用物,但这里的使用可以,因为水果会被吃掉。所以,使用权与用益权的界限并不十分清晰。

本段中提到的"蔬菜、水果、鲜花、干草、稻草和木料"是土地的孳息还是出产物,值得研究。如果是孳息,就会跟本题第4段的规定矛盾。

本段提到用益权人可以转租用益权,对此有争议,乌尔比安认为,他转租的是用益物而非用益权,《巴西新民法典》第1399条也采用此说,规定:用益权人可自己用益或通过出租用益土地,如无所有人的明示授权,不得改变此等土地的经济用途。

I.2,5,2。同样,对房屋享有使用权的人,仍被认为仅有权本人居住,他不能将这一权利转让给他人。允许他接纳客人的意见,似乎是勉强地接受的。他也享有与其妻子、卑亲属,同样,其解放自由人以及与其他他像奴隶一样使用的自由人一起居住的权利。相应的,如果房子的使用权属于妇女,允许她与丈夫一起居住。

此段规定房屋使用权的享有者及范围。注意本段中的住房使用权并非下面要讲的居住权。因为居住权人有出租住房的权利,住房使用权人没有这种权利。

本段采用夫妻人格一体主义,因此,授予配偶一方住房使用权,等于授予双方此等权利。这一规则具有相互性,授予妻子的用益权也惠及其丈夫。由此,既维护了人役权的人身性,又使之屈从于人的自然情感。

"他像奴隶一样使用的自由人"是诚信占有的自由人。这种人虽身为自由人,但自认为是奴隶。

此段反映奴隶被解放后还经常与恩主同住,这是证明奴隶与主人间有准亲属关系的一个证据。

I.2,5,3。同样,如果奴隶的使用权属于某人,他只可自己利用奴隶的工作和服务。但不许他把其权利以任何方式转让给他人。不消说,对驮畜,也适用同样的法。

此段规定对喘气财产(奴隶和驮畜)使用权的专属性,专属于权利人,以此体现权利的人役性。违反这一规定怎么办?构成"使用盗"。如对一头骡有用益权,但超负荷地使用它。罗马法中的使用盗变成了现代民法中的不当得利。①

驮畜包括马、骡、驴②,但不包括牛。从本段文义来看,立法者未考虑对驮畜以外的动物设立使用权。而显然,对牛可以设立使用权。可以期待使用权的客体会不断扩张。

I.2,5,4。但如果遗赠了对家畜或羊群的使用权,使用权人不可利用奶、羊羔或羊毛,因为这些是孳息。当然,他可为了给其土地施粪肥而利用羊群。

---

① 关于使用他人物品构成不当得利的问题,参见王泽鉴:《使用他人物品之不当得利》,载王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第3册),北京大学出版社2009年版,第71页及以次。

② See Adolf Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1991, p.522.

此段讲对家畜使用权的范围，强调使用权与用益权的区别。分为一般的家畜和羊群两种客体谈。对前者的使用权很好理解。对羊群设定使用权，又不许利用其孳息，那么这种使用权有什么用？颇费思索，我认为类似于奢侈借贷，其一，这种畜群是供权利人摆样子的；其二，粪不属于孳息，但又能给人带来利益，它的性质是什么？我认为，本段否认粪是孳息是抠字眼，因为在拉丁语中，“孳息”是果实的意思，滋育果实的东西怎么可能又是果实本身呢？但这样的抠字眼带来了在孳息和粪之上设立一个属概念的必要。反正，在现代民法中，排泄物是被认为是孳息的。《埃塞俄比亚民法典》第2744条第3款规定：“牲畜所出之粪应专用于土地的利用。”实际上，在韦斯巴芗的时代，人尿被收集用来去除羊毛中的油分，为此设立了小便税。[①] 此时，人尿被看作人的孳息。无论如何，本段已突破了孳息术语的植物出身，把它推进到了动物阶段，既然如此，把它推进到包括动物的粪便也不应该是什么奇怪的事情。[②]

I.2,5,5。但如果对某人遗赠或以某种方式设立了居住权，人们既不认为它是使用权，也不认为它是用益权，而是一种专门的权利。对享有居住权的人，为了事物的功利，根据马尔切勒的意见发布了朕的决定[③]，朕允许他们不仅自己在房屋中过活，而且也可将之租予他人。

此段讲居住权的性质，确认它是一种独立于本题第2段讲的住房使用权的权利。使用权的持有人不能处分标的物，居住权的持有人可以，如出租标的物。我国关于物权法讨论中涉及的所谓居住权并非这种居住权，而是住房使用权。这两种类似权利的关系，大概是一个在罗马法学史上曾经被争论的问题，最后立法采“独立权利说”。

既然有了住房使用权，为何还要确立居住权？这一问题值得研究。

I.2,5,6。这些就役权、用益权、使用权和居住权所说的，已够多了。而关于遗产和债，朕将在涉及它们的地方论述。朕已概要地阐述了以何种方式根据万民法取得物。朕马上来看，以何种方式根据市民法取得。

---

① 参见〔日〕盐野七生：《罗马人的故事 VIII：危机与克服》，郑维欣译，三民书局2002年版，第256页。

② 事实上，粪总是有价值的。过去粪便是肥料，收粪工人收集粪便后农民要用，得凭粪票才能领取。20世纪五六十年代，有粪票之存在。在化肥很少的时代，粪是主要肥料。城里各公厕、各大单位的厕所的粪便都是抢手货。为了避免争夺，遂统一印发粪票，规定生产队凭粪票进城掏粪。参见百度百科词条：粪票，载 http://baike.baidu.com/view/1952878.html? fromTaglist，2010年3月6日访问。

③ 参见C.3,33,13,530年。

本段是一个过渡，由论述万民法的取得方式转入论述市民法的取得方式。把上面的各种取得方式都概括为万民法上的取得方式，包括役权、用益权、使用权、居住权，还包括将在另外的地方探讨的继承和债，为何它们能取得万民法上的取得方式的属名？值得思索。而且这样的一般化并不确切，因为至少，用益权就是市民法的取得方式。

第 6 题

取得时效和长期占有

I.2,6pr.。市民法规定:诚信地从非所有人,但被相信为所有人的人买得物,或根据赠予或因其他正当原因收受物的人,如果该物为动产,在任何地方都是在 1 年内;如果是不动产,在两年内,但以在意大利的土地上为限,他以时效取得该物,以免物的所有权处于不确定状态。作出这一决定,乃因为古人认为:上述期间足以使所有人寻找自己的物。朕坚持更好的主张,以免所有人过快地被骗取其物,也避免这种恩惠被限于特定的地方,因此,朕就这一问题发布了一项敕令①,规定:动产物经 3 年,确实以时效取得;但不动产通过长期占有,换言之,在邻近的人之间,经过 10 年;在不邻近的人之间,经过 20 年,以时效取得,以这种方式,不仅在意大利,而且在朕的谕令权统治的全部土地上,都根据事前发生的正当的占有原因取得物的所有权。

此段讲取得时效的构成要件及其演变。

首先讲了取得时效制度的性质:市民法的制度,它出自市民法的规定,严格说来,是《十二表法》第六表第 3a 条的规定。但这一制度真的是否为罗马人民所特有,值得疑问,因为这一制度有其自然法的思想基础:自然法禁止任何财物属于任何不知道如何利用它、使用它的人。② 正因为这样,在雅典也有取得时效法。柏拉图在其《法律篇》第 12 卷中谈到了动产的时效取得,大意如下:如果占有人公开使用他人动产,在城市、广场、神庙如此的,一年后取得其所有权;在乡村如此的,5 年后取得其所有权;如果仅在家中如此的,这个家在城市的,占有人在 3 年后取得其所有权;这个家在乡村的,占有人在 10 年后取得其所有权。如果仅在外国使用他人的物件,则永远完成不了时效。③ 柏拉图没有谈到不动产的时效取得,而且他之

① 参见 C.7,31,1,531 年。

② 参见〔古罗马〕西塞罗:《论共和国·论法律》,王焕生译,中国政法大学出版社 1997 年版,第 31 页。

③ Cfr. Alnardo Biscardi, Diritto Greco Antico, Giuffrè, Milano, 1982, p. 197.

所谈是理想还是现实，不能确定；即使谈的是现实，他谈的是雅典法还是乌托邦的法中的制度，都难以确定。但伊索克拉底（Isocrates，公元前436年—公元前338年）告诉我们：不论是公开的还是私下的占有，持续多时的，所有的人都认为依法有效且导致祖传财产之所有权的转移。[①] 基于这些证据，许多现代作者都相信雅典有取得时效制度。[②]

其次讲了取得时效的要件：其一，诚信。这是主观诚信，它是一种情有可原的错误，表现为认甲为乙，例如把非所有人当作所有人从他买受物。其二，正当的原因，本段列举了买受、赠予两大原因，一个为有偿，一个为无偿，并用"其他"一语兜揽未列举的原因，共有六种：（1）作为买受人、赠予、抛弃物、遗赠、嫁资、为自己。（2）作为买受人，是买卖因未遵守法律的形式要求本应无效，买受人不能取得标的物所有权，因时效完成他能取得此等所有权的情况。（3）作为赠予，是受赠实际上并非赠予人的物的人因时效完成取得此物所有权的情况。（4）作为抛弃物，即占有人占有被他人抛弃的物品达到时效期间便取得其所有权的情况。（5）作为遗赠类似于作为赠予，不过前者是死因无偿行为引起的占有，后者是因活人间的无偿行为引起的占有。（6）作为嫁资也类似于作为赠予，不过赠予的目的被特定化为设立嫁资而已。为自己的原因是一个空筐结构，包罗那些未列举的原因。所以，实际上的时效取得原因不止六种。正当的原因的要件限制具有破坏私人所有权性质的取得时效制度的适用范围，同时也与取得时效制度最初的消弭形式上有缺陷的法律行为的缺陷的功能有关。其三，完成一定的期间。在意大利的范围内，动产是1年时效取得；不动产是两年时效取得。

再次讲了取得时效制度的立法目的：不让物的所有权处于不确定状态，为此，要把无人在意的财产开放给他人利用，同时要给所有人足够的时间保护其物。合理的时效期间能把这两个目标结合起来。所以，取得时效制度必定采用"一物二主"（个人与社会）的观念：某人若怠于行使自己的财产权则由愿意行使权利的人行使，为"大所有人"的利益牺牲"小所有人"的利益。这种安排体现了对社会公共利益的追求，因此体现了罗马法中的社会主义因素。这里的"社会主义"采社会的发展是个人发展的前提的主张的理解，体现为对充分利用社会财富的追求。遗憾的是，取得时效制度在我国长期被误解为一个鼓励攫取他人财产的不义制度，正如心中有牛粪的人看东西都是牛粪，心中有佛的人看东西都是佛。

最后讲了优士丁尼对取得时效制度的改革，有两项内容：

---

① Cfr. Alnardo Biscardi, Diritto Greco Antico, Giuffrè, Milano, 1982, p.198.

② 例如 E. Caillemer 的 Estudes sur prescription a Athenes 和 John Fredrick Charles 的 Statutes of limitations at Athens（Private edition, distributed by University of Chicago Libraries, 1938）都是如此。

第一项内容结束意大利和行省实行不同的取得时效制度的状况。前文已述，在意大利，适用《十二表法》开创的取得时效制度，但在行省，则适用长期占有制度。这一制度由多个皇帝创立或完善。199 年，塞维鲁斯和安东尼努斯皇帝创立了 20 年的长期占有（C.7,33,1），这可能是长期占有制度的第一次现身。[①] 当时经济衰退、人口减少，需要人们充分利用社会资源[②]；戴克里先和马克西米连皇帝创立了 10 年的长期占有（C.7,33,9）；君士坦丁皇帝创立了 40 年的长期占有（C.7,39,2）；阿卡丢与和诺留皇帝创立了 30 年的长期占有（C.7,39,3）。整个制度是混乱的。取得时效和长期占有相近而不同，有以下差别：其一，取得时效完成，占有人取得标的物的所有权，长期占有完成后并不导致占有人取得标的物的所有权，只导致他对标的物原所有人的抗辩；其二，取得时效因法院判决中断，长期占有因证讼中断；其三，取得时效完成后占有人取得所有权的，他要承担标的物上的负担，如地役权、抵押权等，而长期占有完成后占有人并不承受这些负担[③]；其四，取得时效制度兼用于不动产和动产，长期占有制度一度只适用于不动产，严格说来，只适用于行省土地，卡拉卡拉将其扩展适用于动产，戴克里先将其扩展适用于意大利的土地。所以，优士丁尼统一意大利与行省的取得时效制度，等于把动产时效取得制度送给各个行省，并把时效完成后取得所有权的效力送给行省。所以，此举对于行省法制的改善具有积极的作用。而且是对《安东尼努斯敕令》赋予的普遍罗马市民权在取得时效制度上的兑现，最早的兑现人不是别人，就是《安东尼努斯敕令》的颁布者卡拉卡拉或安东尼努斯，他在 212 年颁布《安东尼努斯敕令》赋予帝国境内的全部自由人罗马市民身份，由此废除了意大利与行省在居民身份上的差别，稍早的 199 年，他与其父塞维鲁斯一起开创了长期占有制度，可以说，后者是前者的试笔。事实上，市民身份统一了，作为市民法制度的取得时效还不统一，这是说不过去的。

必须说明的是，在优士丁尼制定统一取得时效制度的敕令的 531 年，意大利已沦入主要由哥特族构成的蛮族之手。在这一敕令颁布后的第三年，也就是 534 年，优士丁尼才派出贝利撒流进军意大利收复罗马故地，而且最终夺回的土地只保留下来一些飞地。[④] 但优士丁尼仍把意大利当作立法的考虑对象，这种对法统的连续性的强调十分难得。

---

① 参见〔英〕巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》，黄风译，法律出版社 2000 年版，第 134 页。实际上，193 年珀尔提那克斯皇帝就允许耕种弃田的人在两年后取得土地的所有权，但这样的时效期间太短，所以人们不把它当作长期占有制度的源头。

② 参见〔意〕路易吉·萨尔瓦托雷利：《意大利简史——从起源到当代》，沈珩、祝本雄译，商务印书馆 1998 年版，第 46 页。

③ See Thomas Collett Sandrs, The Institute of Justinian with English Introduction, Translation, and Notes, The Lawbook Exchange LTD., Clark, New Jersey, 2007, p.527.

④ 参见〔日〕盐野七生：《罗马人的故事 XV：罗马世界的终曲》，郑维欣译，三民书局 2008 年版，第 335 页及以次。

优士丁尼对取得时效制度改革的第二项内容是统一并延长了时效期间。如前所述,在531年的敕令之前,此等期间存在两方面的不统一。其一,意大利的时效期间与行省的时效期间不统一,前者短而后者长;其二,各个皇帝规定的时效期间不统一,如前所述,有10年、20年、30年、40年4种期间,优士丁尼将它们统一为10年和20年两种依情况不同分别适用的期间,前者适用于占有人与标的物原所有人是同省人的情形,后者适用于他们分属不同行省的情形。同时补充了动产取得时效制度并确定其时效期间为3年。这样,优士丁尼就把《十二表法》开创的取得时效制度与皇帝们开创的长期占有制度糅合起来了,成了今天我们感知的取得时效制度的蓝本。

本段所述的规则涉及同省的期间与异省的期间的换算问题,同省期间的1年等于异省期间的2年。例如,占有人和标的物原所有人同省住了8年后,一方搬到外省住,还是按同省计算时效期间,但要换算,于是,要经过12年才能完成时效。①

值得注意的是,本段中的行省不同于我在给I.2,1,40的评注中讲到的行省,那是与宗主国意大利并行的行政区划,在优士丁尼颁布531年的敕令时,行省已降为第三级的行政区划,在它们之上有地区和大区的行政区划,此种性质的行省在戴克里先时代有100个,所以,本段中提到的省,像现代意大利语中的"省"(Provincia)一词一样,相当于大陆汉语中的县(台湾汉语中的县相当于大陆汉语中曾经有的"地区"),是一个不太大的行政区划。所以,异省之间的距离并不十分遥远,但这样的距离也构成设立较长的时效期间的理由。现代法竟然毫不考虑这样的理由,也不考虑柏拉图提出的在国内还是国外,在城市还是在乡村使用标的物的区分,十分令我惊异。当然,在535~536年优士丁尼进行重组行省的改革后,去掉了在大区与省之间的地区的中间层次,这样,把"省"升格为了"地区",同时采取并小省为大省的政策。② 但这是后话,新情势不影响对531年敕令中提到的"省"的理解。

I.2,6,1。但有时,尽管某人以诚信占有物,但取得时效期间完全不对他进行,例如某人占有了自由人、圣物、安魂物或逃亡奴隶的情况。

本段讲取得时效的要件之一:物的能力或标的适格。本段把自由人、圣物、安魂物和逃亡奴隶定为不适用取得时效的客体,体现了对自由、对神法物的保护,以及对奴隶制的保护。有意思的是,本段把不得占有自由人与不得占有逃亡奴隶的

① 参见周枏:《罗马法原论》(上册),商务印书馆1994年版,第331页。

② See J. B. Bury, History of the Later Roman Empire, Macmillan & Co., Ltd., London, 1923, p.339.

规定安排在一起，给人冰炭同器的感觉。

本段没有把皇库财产排除出取得时效制度的适用范围，把这种情况放到本题第9段讲了，实际上，放在这里讲比较顺，因为皇库财产跟这里提到的客体一样，都是受特殊保护的对象。

I.2,6,2。被盗物或以暴力占有的物，虽然在上述长期期间内被以诚信占有，也不能以时效取得。事实上，被盗物由《十二表法》[1]和《阿梯纽斯法》禁止，以暴力占有之物由《优流斯和普劳求斯法》禁止以时效取得。

此段继续说明物的能力的取得时效完成要件：抢劫和盗窃的赃物不能以时效取得，哪怕占有人是诚信，且时效期间已完成，也不例外。本段继续说明此等排除的法律依据。对盗窃赃物的排除依据的是《十二表法》和公元前150年的《关于盗窃物的阿梯纽斯法》(Lex Atinia de rebus subreptis)；对抢劫赃物的排除依据的是公元前78年—公元前63年的《关于暴力的普劳求斯法》和年代不详的《关于暴力的优流斯法》，本段由于这两个法律的主题相同把它们合称为《优流斯和普劳求斯法》。这种排除安排的理由十分简单：要想控制盗窃和抢劫犯罪，除了打击这两种行为本身外，还要控制由此形成的赃物的融通程度，从而从间接的角度加强对这两种犯罪的打击。

I.2,6,3。然而，就法律禁止被盗物和以暴力占有之物以时效取得所说的，不涉及窃贼本人或以暴力进行占有者不能以时效取得的情况。事实上，对这些人不发生取得时效，是因为其他的理由，因为不消说，他们是恶信地进行占有。而是任何其他人，尽管从他们诚信地作了购买，或根据其他原因作了收受，都不享有时效取得权。因此，就动产物而言，不易发生诚信占有人获得取得时效权之事。事实上，出卖或根据其他原因交付他人之物的人，对该物实施了盗窃。

本段继续讲前段提出的赃物不能时效取得的规则的适用对象，是对前段的解释，揭明前段中的占有人肯定不是盗贼和抢犯，而是在不知的情况下从他们收受赃物者，这样他们才是诚信占有人。相反，盗贼和抢犯本人明知赃物来自他人，即使他们占有此等赃物，他们也是恶信占有人，更不可能完成取得时效。盗窃和抢劫的赃物通常都是动产，即使诚信买受或以其他原因(例如赠予)取得，也不能以时效取得，所以本段说难以对动产发生取得时效，因为出让人是窃贼，反言之，对不动产

① 参见《十二表法》第八表第17条。

容易发生取得时效，这种对比的原因何在？本题第7段说得很清楚，不动产不可能成为盗窃的客体，所以，关于赃物的物的能力要件不适用于不动产，这样，其出让人不是窃贼，其诚信取得人有机会完成时效。我们都知道相较于动产，不动产受法律的保护更严密的经验法则，这里却出现了一个这一法则的反证。为何如此？我认为正因为不动产更加珍贵，它更容不得滥用，要用取得时效制度约束所有人合理利用它。如果不这样，法律就把它们开放给社会大众利用。

I.2,6,4。但有时，情况有所不同。事实上，如果继承人认为被借给、租给或寄托在死者处的物是遗产，把它出卖、赠予或以嫁资的名义给付于诚信收受人，无疑，收受人可以时效取得，因为该物并未发生盗窃的缺陷，因为无论如何，诚信地把它当作自己的物转让的继承人，并未实施盗窃。

本段讲排除盗窃的情形之一：事实上的错误，此等错误发生在继承人身上，他把被继承人以各种名义（借用、租赁或寄托）带入遗产的他人财产当作死者的财产继承并转给第三人，此等第三人可以时效取得之。因为转让人是诚信的，换言之，他们并未实施盗窃，诚信排除盗窃。

I.2,6,5。同样，如果女奴的用益权所属的人，相信婴儿是他的，将之出卖或赠送，他并未实施盗窃。事实上，无盗窃的意图，便没有实施盗窃。

本段讲排除盗窃的情形之二：对法律的错误。此段首先讲对法律的错误构成诚信。根据I.2,1,37，女奴的子女不是孳息，所以不能由女奴的用益权人取得，但该用益权人对这一规则不知或误解，认为婴儿是孳息，故是他的，将之转让，取得时效可以对受让人完成。我们知道，主观诚信是错误，此等错误可以针对事实，例如第4段涉及的情形，也可以针对法律，通常把对法的错误作为不可原谅的错误处理，使其不构成诚信，但本段未这样做。

I.2,6,6。也可以其他方式发生某人将他人之物转让给另一人而无盗窃的缺陷，产生占有人以时效取得之效果的情况。

本段讲排除盗窃的情形之三：其他错误，即一切事实的错误导致交付属于他人之物的情形。在这些情形，由于无盗窃的意图，不发生盗窃，故物的收受人可以时效取得之。例如，占有人占有一个他认为已抛弃或将抛弃的物的，尽管他不知道谁抛弃了该物，可以时效取得之（D.41,7,4）。又如，受让人认为继承人为诚信，但并

非如此，从其受让了遗产物的，也能取得之。[①] 在这两个例子中，受让人都对事实发生错误，错误构成诚信，排除盗窃，由此导致可以完成取得时效。

I.2,6,7。然而，就土地物而论，更容易发生某人由于所有人不在或疏忽；或由于其无继承人而死而非暴力地获得对空地之占有的情况。尽管他本人是恶信地进行占有，因为他明知自己占有了他人的土地，但如果他将之交付于其他诚信收受人，物可通过长期占有取得，因为他既未以盗窃，也未以暴力接受占有。事实上，某些古代法学家的土地或地方也可被盗窃的专家意见已被废除。元首们的敕令规定，不应剥夺占有土地物者的长期的、无争议的占有。

本段讲排除盗窃的情形之四：当土地作为占有客体时。本段对应于第3段讲到的对动产不易完成取得时效的文字，讲对土地较易完成取得时效。原因很简单，因为萨宾派主张的土地或地方（即某块土地的一部分）可被盗窃的意见被废除了，因此土地不可能是盗窃的赃物，这样，恶信占有人尽管自己不能以时效取得之，但其诚信后手却可以如此，而作为赃物的动产的诚信后手占有人不能如此，所以说土地的时效取得比动产的时效取得容易。立法者为何要废除土地可以被盗窃的意见？实际上，这意味着允许人们"盗窃"土地，因为土地是有限的地球表面，是不可增加供给的有限资源，必须让人充分利用。但在这种条件下，对诚信收受人还是有要求的：他的占有必须既未以盗窃，也未以暴力取得，而是以交付取得的，也就是以一个物权合同取得的。这样，在土地被排除出盗窃客体之后，占有成了盗窃的客体。所谓的盗窃占有，大概是欺骗性地取得占有吧！至于以暴力取得占有，其意不言自明。

本段中，为第一占有人给定的占有条件之一是原所有人不在或有疏忽，以至于他的土地处在无人管的状况，导致第一占有人取得合法占有。实际上，原所有人要有放弃占有的意思，第一占有人的占有才合法，在给定的条件中，不在和疏忽不能证明原所有人有抛弃占有的意思，所以，这一条件设定得错误。[②] 立法者突破常识作出如此规定也出于功利的目的：让所有人不利用的土地尽早由其他人利用，以增进社会财富。

本段中最后提到一些保护对土地的长期的无争议的占有的皇帝敕令。它们可

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, Tomo I, 1856, pag.40.

② 这是荷兰的优士丁尼《法学阶梯》的评注者维纽斯（Arnold Vinnius, 1588—1657年）的意见。Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, Tomo I, 1856, pag.314.

能是以下敕令:(1) 193 年珀尔提那克斯皇帝[①]颁布给阿拉伯和叙利亚省的演说,其中允许耕种弃田的人在两年后取得土地的所有权,但以原所有人从未抗议过为条件。[②] 显然,这种弃田的耕种者在主观上是恶信的,却能通过两年的时效取得土地的所有权。(2) 君士坦丁皇帝规定,凡所有人放弃其占有达 40 年的,不论是动产还是不动产,法律即不再保护其所有权,占有人即使出于恶信、盗窃或暴力,也可拒绝所有人的诉追。[③] 这就是所谓的最长时效,在这种制度中,为了使社会财富得到充分的利用,不仅不要求主观诚信,就连客观诚信都不要了,盗窃和暴力亦不妨碍时效的完成。

I.2,6,8。有时,被盗物或以暴力占有的物也能以时效取得。例如,它们曾回复到所有人的支配权下的情况。事实上,在这种情况下,由于涤除了物的缺陷,发生对它们的取得时效。

此段讲作为取得时效标的物赃物瑕疵的涤除,此等物回到原所有人手里构成涤除。既经涤除,此等曾经的赃物又可作为取得时效的客体。但如果所有人盗窃自己的物,例如从用益权人手中或从抵押债权人手中偷回自己的物,他不能以时效取得之。[④] 显然这是基于公共政策的考虑。

I.2,6,9。朕的皇库的物不能以时效取得。但帕比尼安写道:在绝产还未被报告皇库的情况下,被交付了这些财产中的某物的诚信买受人,可以时效取得该物。神君皮尤斯和神君塞维鲁斯和安东尼努斯也是这么批复的。

此段结束前面 6 段关于赃物不得作为取得时效客体的讨论,回到本题第 1 段开创的与盗窃无关的物的能力主题。首先隐含一个规则:绝产归皇库继承。"绝产"指无人继承的遗产,它归皇库继承,皇库被拟制为最终的替补继承人。在这里,皇库是作为一个财团法人存在的。其次,本段包含特殊保护国家所有权的规则,讲的是物的身份问题,确立了国家财产不受时效取得规则约束的原则。有的学者想否定《物权法》关于三种所有权的划分的优先保护国家财产的意义,如果要做这样的否认,只以中国为参照系是不行的,还要参照苏联的现实,因为我们的这种制度

① 珀尔提那克斯(Publius Elvius Pertinax, 126—193 年),继康茂德之后于 193 年登位的罗马皇帝,以军功取得高位,通过贿买禁卫军士兵当上皇帝,即位 87 天后为此等禁卫军士兵所杀。

② 参见〔美〕汤普逊:《中世纪经济社会史》(上册),耿淡如译,商务印书馆 1961 年版,第 63 页。

③ 参见周枏:《罗马法原论》(上册),商务印书馆 1994 年版,第 332 页。

④ Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, Tomo I, 1856, pag.315.

来自它。事实上,这还不够,还要参照古罗马的现实,因为它是苏联的有关现实的来源。一句话,问题不在于特殊保护国家财产是否具有正当性,问题在于怎么运用这一制度。因为所有的物完全平等是不可能的,在本题中,动产和不动产就不平等。第三,讲在无人继承遗产的所有人死亡后至皇库得知有绝产可以继承的事实的间隙期间,只要是诚信买受人便可依时效取得。某人死亡,留有绝产,此等事实非亲密者不知,皇库如何得知此事?至少可通过检举的途径。检举人向皇库报告绝产的存在,一旦皇库完成继承,检举人可获得占遗产一定比例的奖金。总之,本段就绝产继承问题采取的解决方案体现了对私权的尊重,减弱了特殊保护皇库财产原则的效力,是其例外。

I.2,6,10。最后必须知道,物必须本身无缺陷,才能由诚信买受人或根据其他正当原因占有的人以时效取得。

本段为对本题第2段以来的总结,讲取得时效的要件之一:标的适格问题。除了上面讲到的神法物、安魂物、盗窃和抢劫的赃物、皇库物不适格外,还有属于教会的不动产、幼童和未成年人的不动产、嫁资、外来特有产等不适格。①

I.2,6,11。然而,由原因的虚假导致的错误,不引起取得时效。例如,某人在未购买的情况下,认为自己已作了购买而占有的情况;或在未对他作赠予的情况下,他好像根据赠予而占有的情况。

本段讲取得时效的原因要件,确立了原因的虚假导致的错误不引起取得时效的规则。本段中的"虚假的原因"应用"假想的原因"(Titolo putativo)替换才好,因为此段不涉及造假问题,只涉及判断错误问题。取得时效的原因要件与诚信要件相关,如果对原因发生错误,是否构成诚信是个问题。本段对此作了否定的回答,因此,本段把对原因的错误当作不可原谅的错误。这就证明并非所有的错误,而只有一些错误才可以导致诚信。

就主观诚信的含义,《意大利民法典》采用"不知说";优士丁尼法采用"错误说"。错误又可进一步分类,常人都会犯的错误是可原谅的错误,可适用取得时效。不可原谅的错误有各种类型。

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, Tomo I, 1856, pag.316.

I.2,6,12。为死者利益已开始的长期占有,就算继承人和遗产占有人知道土地属于他人,为他们的利益继续。如果占有不具有正当的开始,就算继承人和遗产占有人不知情,它不能为他们带来利益。朕的敕令就动产的时效取得期间的合并所作的规定[①],在不动产取得时效上也应遵循。

此段及下段进入取得时效的另一构成要件:占有持续一定的期间,换言之,占有不曾发生中断。中断有自然的和民事的两种,前者为占有人失去占有的情形,后者为原所有人起诉要求被占有物的情形。我们知道,中断导致时效重新起算。那么,如果死者已占有一段时间,他死后其市民法或裁判官法上的继承人继续为占有,占有主体的更换算不算中断?本段的答案是否,即使第二占有人为恶信亦不例外。当然,第一占有人即死者应是诚信的。换言之,法律为了酬报第一占有人的诚信,赋予其继承人不发生中断的好处。反过来讲,如果第一占有人为恶信(即所谓"占有不具有正当的开始"),即使第二占有人为诚信,两者的占有期间也不连续计算。也就是说,法律为了惩罚第一占有人的恶信,让其继承人承担中断的不利后果。这样,他们的占有期间必须重新起算,离完成期间取得标的物所有权的时间又远了一些。不过,法律让子承父过未免有株连之嫌。通过以上的安排,本段把中断问题与诚信问题挂钩,把合道德性与利益挂钩,远较现代相关制度的设计者深谋远虑。尽管取得时效制度从整体来看是为了充分利用资源在某种程度上为法律认可的"反道德"制度,但在这一制度的内部,法律仍在可讲道德之处讲道德。

本段最后讲到优士丁尼把自己就动产的时效期间合并计算的规定推广于不动产时效取得期间的计算,涉及取得时效(Usucapio)与长期占有(Praescriptio)的关系问题。优士丁尼于531年把这两个制度合并以后,为了合理使用术语,把Usucapio专用于描述动产时效取得,把Praescriptio专用于描述不动产时效取得。这样,就产生了把过去专门为动产时效取得制定的规则推广于不动产时效取得制度的问题。本段最后一句话表明了这种推广。被推广的规则的内容是这样的:如果第一占有人为诚信,第二占有人为恶信,两人的占有期间不发生中断,即使后者为无偿取得也不例外。[②]

---

① 参见C.7,31,1,3,531年。

② See The Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S.P. Scott, Cincinnati, The General Trust Company, 1932, Vol. XIV, p. 161.

I.2,6,13。神君塞维鲁斯和安东尼努斯批复:在买受人和出卖人之间,期间也应联合。

本段讲时效期间不中断的另一实例:出卖人和买受人之间的连续计算。实际上,买受人与出卖人之间的占有期间联合并非无条件,只有他们两者都是诚信时才能达成此等联合。如果出卖人为恶信,买受人为诚信,前者的已完成的占有期间并不移转给后者,但后者可开始自己的占有期间。相反,如果出卖人为诚信,买受人为恶信,两者的占有期间也不合并,以免前者的诚信给后者带来利益。① 这样,本段和前段一样,也把诚信与中断问题挂钩了。

I.2,6,14。神君马尔库斯的一个告示规定:从皇库买得他人之物的人,如果出售过去了5年,可借助于抗辩对抗物之所有人。而神念的芝诺②的敕令③为了出售、赠予或其他名目从皇库收受某物的人之利益,正确地规定:他们确实立即处于有保障的地位,并且,不论他们被诉还是起诉,都是胜诉人。而在4年内,允许对被转让的物享有所有权或抵押权,认为自己可利用某些诉权的人对极神圣的皇库起诉。而朕最近发布的朕的一个神圣的敕令④,也就从朕的或从可敬的奥古斯塔⑤的家人收受了某物的人,作了包括在前述之芝诺敕令中的就皇库之转让所作的规定。

此段讲皇库财产在取得时效制度中的地位,这在3个皇帝的立法中有不同表现。

首先是马尔库斯皇帝的告示,它以皇库、标的物的原所有人、买受人的三方关系为背景。买受人从皇库买到属于原所有人的物,这可能是皇库管理人发生错误的结果,例如把不属于皇库的物错当成属于皇库,原所有人发现后追夺之,但时间已过去5年,此时,不论是诚信还是恶信的买受人都可以时效已完成的抗辩对抗原告的请求。此时只能是原告承担损失,影响人们对交易安全的信心,而且皇库并未因为自己的错误付出代价。

---

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, Tomo I, 1856, pag.319.

② 芝诺(Flavius Zeno, 425—491年),东罗马帝国皇帝,为列奥的女婿,伊塞夫里部落的首领。原名塔拉西科吉萨,474—491年在位。曾以敕令规定永佃契约为一种独立的契约,以吸引佃农耕种荒芜的土地。

③ 参见C.7,37,2,无年代。

④ 参见C.7,37,3,531年。

⑤ "奥古斯塔",是从奥古斯都时代开始元老院授给皇帝妻子的荣誉称号,有时也授给皇帝的女儿。

其次是芝诺皇帝的敕令，它还是以上述三方关系为背景，不过把原所有人扩张为所有人和抵押权人，把买受人扩张为取得人，包括买受人、受赠人和其他名义的取得人。他们还是因为皇库的错误收受了不属于皇库的物，原所有人发现后起诉取得人的，被禁止，他们被允许对皇库起诉，其诉权在4年后消灭。这样，取得人不必经过5年就取得了交易物。当然，取得人愿意向皇库起诉的，他们也被确保胜诉，这种起诉应发生在取得人经追夺后把交易物交给了原所有人或抵押权人，然后向皇库追偿其价金的情形。这两种安排，就是取得人被授予的"有保障的地位"。显然，这一规定不让取得人吃亏，维护了交易安全，并让皇库因为自己的错误付出了代价，由此承担追夺担保责任，是一种屈国惠民的安排，从中看不出皇库有什么特权。

最后是优士丁尼于531年发布的致皇帝私产管理官和皇帝家族事务管理官佛罗路斯以及皇后的神圣家族事务管理官佩特鲁斯的敕令。这个敕令的收受人的头衔就告诉我们，在优士丁尼时代，存在皇帝的私产管理官以及皇帝和皇后各自的家族事务管理官。前种官吏名称中的"私产"不可理解为私人财产，而是没收的被判刑者的财产、落空遗产以及各种类型的没收财产。[①] 这些财产皇帝因公务而得，应该属公。根据本段，这些所谓的私产或其他皇家财产的处分人有皇帝本人以及皇后。根据敕令的原文，还包括其他配得上皇家名号的人[②]，那就是皇帝或皇后的亲属了。他们交付物的人，是一些宗教机构。他们交付的物，可能是上述所谓的私产的收益。受领的宗教机构把接受的财产作为基金会管理，据以开展慈善活动。[③] 张启泰先生把这里的物理解为恩赏物[④]，恐有不妥。"从朕的或从可敬的奥古斯塔的家人"中的"家人"一语，J. B. Moyle 的英译本和 De la Serna 的西班牙语译本都把它译成"宫廷"，造成皇帝和皇后各有其宫的印象，实际上，优士丁尼敕令的原文中的这个词是 Aula，倒确实是"宫廷"之意，但转述这一敕令内容的本《法学阶梯》把它改成了 Domus（房子、家族），而作为术语的 Domus augusta 是"皇帝家族"的意思。[⑤] 这一修改意味着优士丁尼的自我修正：把对物的观察从交付的地点的角度转移到为交付的人的角度，并扩展了可以为此等交付的人的范围，以便自己和皇后

---

① See Adolf Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1991, p.397.

② Véase De. Ildefonso, Garcia del Corral 的 Cuerpo del Derecho Civil Romano, Tomo V, Codigo, Novelas, Barcelona, 1898, pag.234.

③ See Yasuhiro Otsuki, Donation to the Church and the State in the Byzantine Empire: Legislation in the 5th and 6th Centuries, In Mediterranean World, 13(1992), p.15, note 31.

④ 参见〔古罗马〕查士丁尼：《法学总论——法学阶梯》，张启泰译，商务印书馆1989年版，第67页。

⑤ D. Wardle, Valerius Maximus on the Domus Augusta, Augustus, and Tiberius, In The Classical Quarterly, New Series, Vol.50, No.2 (2000), p.480.

的家人可以置身其中。总之为了公益目的，优士丁尼把芝诺敕令授予的特权扩展授予这些宗教机构，让它们无追夺之忧，交易风险由皇帝和皇后的私产承担。

本段游离于整题的体系，不是讲的取得时效，而是讲的消灭时效，因为第一，它的期限不同，是5年；第二，它完成后的法律效果不同，不是所有权消灭（前面讲的取得时效制度的法律效果应是如此），而是抗辩权发生（德国关于取得时效完成之法律效果的抗辩权发生说，有其本矣！），这意味着占有人如愿意，仍可以交还物。关于取得时效和消灭时效能否规定在统一的时效制度名目下，是民法典的制定者面临的一个老问题，我们看到优士丁尼对此作了一个合并规定的处理。

第 7 题

赠予

I.2,7pr.。另一种取得财产的方式是赠予。而赠予有两种:死因的和非死因的。

本段讲赠予的分类,分为死因赠予和非死因赠予,以下两段会分别说明它们各自为何。

本段是本题的第一段。本题所处的位置很有意思,原因一,它不在关于债的 I.3,13 以下,而在取得时效之后,在关于行为能力、代理和继承的题之前,西班牙学者 de la Serna 的解释是:在赠予被看作一种合同前,人们把它看作一种原因行为或取得方式。赠予不过是无偿移转赠予物所有权的协议,必定要伴随交付才能实现,在这个意义上,赠予是一种原因,但从受赠人的角度看,他确实因为赠予取得了物的所有权,所以把赠予理解为一种取得方式未尝不可。[①] 把赠予看作一种合同,意味着强调赠予人的允诺可以强制执行,把它看作一种取得方式,则不具有这种意味。[②] 原因二,赠予在现代法中为典型的要物合同,而在本书中,在论述要物合同的 I.3,14pr. 中,一点也无赠予的痕迹,这证明现代的要物合同的含义和理路跟其罗马法中的对应物差别很大。

不把赠予列为合同,也意味着不把它理解为一种纯粹的经济交换,赠予是种社会交换,与一般经济的交换(例如买卖)不同。社会交换非同时履行,交换物与被交换物的价值也难以精确相当。赠予的法理是:财产所有权更多地涉及义务而非权利。[③] 也就是说,其他交易多是为了得,赠予则是为了失。因此,在许多民法典中,赠予也不被规定在债法中,而规定在继承法中。

---

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, Tomo I, 1856, pag.321.

② Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.322.

③ See Charles Adams, For Good and Evil: The Impact of Taxes on the Course of Civilization, Second Edition, Madison Books, Lanham, 1999, p.67.

在本书中，赠予被确定为市民法上的取得方式之一种，这意味着它被理解为是罗马人特有的取得方式。[①] 如此假定其他民族的人彼此之间不为赠予了，似乎不合情理。这种容易引起误解的安排可能是出于肥水不落外人田的考虑，禁止罗马人把财产赠予外邦人，并不意味着外邦人之间不可彼此为赠予。

I.2,7,1。死因赠予是因为怀疑大限将临作出的赠予，某人作这样的赠予，乃是因为，如果他遭逢那种合乎人性的事情，收受人将拥有赠予物。然而，如果赠予人生存下来；如果他后悔作出赠予；或如果受赠人先死，他取回赠予物。这些死因赠予，在各方面都根据遗赠的范例来完成。事实上，由于法学家们就应该认为它具有赠予还是遗赠的性质，含糊其辞；又由于它具有两种制度的某些特征，而有些人把它归为这一种，有些人把它归为那一种。朕作出规定：它在各方面通常都被算作遗赠；并以朕之敕令规定的形式达成。总之，在某人宁愿自己拥有，而不是受赠人拥有；宁愿受赠人拥有，而不是其继承人拥有的情况下，发生死因赠予。在荷马史诗中，特雷马库斯也是这样对皮拉埃乌斯为赠予的。[②]

本段首先讲死因赠予的定义。本质上是附停止条件的赠予，并非完全的慷慨，鲜明地揭示了它与生前赠予的区别：死因赠予的赠予人保留给自己很大的机动余地，实际上并不怎么情愿赠物予人，而非死因赠予中的赠予人处在相反的状况。其次讲了死因赠予和遗赠的区别：(1) 赠予是合同，是双方行为；遗赠是单方行为；(2) 赠予的效力是不通过任何中介，直接达到被赠予人；遗赠的执行总由继承人完成，要通过继承人这个中介，因此具有一定的风险。优士丁尼出于推进赠予的目的，把死因赠予视为遗赠，这在客观上恶化了受赠人的地位。

“朕之敕令规定的形式”，分为书面和非书面两种，采用前者的，要求有 5 个证

---

① 彭梵得如此解释市民法上的取得方式。参见〔意〕彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社 1992 年版，第 197 页。

② 这一场面出现在《奥德赛》17;78 及以次。诗作：

“皮拉埃乌斯，我们不知道事情会如何。
如果这些傲慢无礼的求婚人偷偷地
把我杀死在厅堂，瓜分我祖辈的财产，
那我宁愿你享用它们，而不是那些人。
如果我能为他们准备死亡和毁灭，
那时我高兴，你也会高兴地送来赠礼。”

上面的诗句借自王焕生先生的译文，参见其所译《奥德赛》，人民文学出版社 1997 年版，第 352 页。

人作证。采用书面契据形式则不需要证人。[①]

I.2,7,2。而另一些赠予,是不对死亡作任何考虑作出的赠予,我们称之为活人间的赠予。它们完全不可与遗赠相比较。它们一旦作成,不可轻率地撤销。而在赠予人写下或不用文字地表明了其意思时,它们便作成了。根据出售的先例,朕的一个敕令[②]决定:它们本身也包含交付的义务,即使它们未被交付,它们也具有很完满和完全的效力;交付的义务归赠予人承担。由于以往的元首们的规定认为,如果它们超过200索里迪,要登记在公共文件中,朕的一个敕令[③]将这一数目提高到500索里迪;规定这一数目以下的赠予,没有登记也有效;规定了某些完全不要求作成登记、但本身有很完满之效力的赠予。此外,朕找到了许多其他增进赠予的出路,它们全部被收集在朕就这一问题制定的敕令中。[④] 但必须知道,即使赠予很牢固,但如果被赠予恩惠的人表现出忘恩负义,朕已以朕的一个敕令[⑤]授予赠予人在某些情况下撤销它们的自由,以免将其财产赠予他人的人蒙受这些人的某些不法侵害;或以朕的敕令中列举的方式蒙受某些损害。

本段讲生前赠予及其要件。特点:(1)与死亡无关。(2)诺成的;不是实践的,目的仍然是为了推进赠予。(3)赠予行为的构成:原因行为加交付行为。必须交付。(4)要式行为:必须登记。登记基准的提高要么因为通货膨胀,要么因为社会财富增长。登记的程序一是保护赠予人,使他有一个冷却期;另一方面是保护受赠人,让他得到强制执行的机会。登记的另一个原因是为了防止遗嘱人为了规避遗嘱不合义务之诉的限制,以生前行为把遗产处理掉,使法定继承人得不到遗产,又不能提起诉讼。为了纠正这种弊端,优士丁尼规定超过法定数额的死因赠予要向官厅登记,否则超过部分不生效力。其方式是将赠予证书复制在一个公开的登记簿中。[⑥] 由此建立了遗产继承方面的公示制度,尽管罗马法系中的物权公示制度要到很晚才建立起来。相信登记要收费,收了费就要负责强制执行赠予合同。此登记的基准数额与I.1,20,5规定的数额一致。(5)赠予人享有撤销权,以此保护他。受赠人有感恩义务。感恩义务的表现如:对于赠予人的某些行为(犯罪、奴隶假冒自由人),受赠人不可以去举报或提起身份之诉(容隐)。可以撤销赠予的

① C.8,56(57),4,530年。
② 参见C.8,53(54),35,5及以次,530年。
③ 参见C.8,53(54),36,531年。
④ 参见C.8,53(54),33及以次;C.8,55(56),10;C.8,56(57),4。
⑤ 参见C.8,55(56),10,530年。
⑥ 参见周枏:《罗马法原论》(上册),商务印书馆1994年版,第427页。

某些情况包括:第一,未履行赠予附加的负担;第二,赠予人的子女增加,这是情势变更原则之适用;第三,受赠人摆脱了因之作出赠予的危险。①

本段中的"蒙受某些损害",指受赠人严重侵辱赠予人,不履行对赠予人的债务,威胁谋杀,伤害赠予人,对赠予人的财产造成一些损失等。

I.2,7,3。还有另一种活人间的赠予,它确实完全不为古代的法学家所了解,而后来,新一代的神君元首们采用了它,它被称作婚前赠予,自身也默示地包含一旦举行婚姻,将产生法律效力的条件。被称作"婚前的",乃是因为它在婚姻之前被作出,在婚姻举行后,决不发生这种赠予。但确实,朕的父亲、神君优士丁②,有鉴于甚至在结婚后增加嫁资是允许的,以他的一个敕令③,第一个允许:如果发生了增加嫁资之事,也可在婚姻持续期间增加婚前赠予。但是,在它确实被称作"婚前的",然而在婚后接受这样的增加的情况下,该名称仍然存在,是不适当的。但朕力求讲授规范的最完满的边界并追求事物与名称相符合,朕规定④:这样的赠予,不仅可增加,而且可在婚姻持续期间初次接受;并且,它们不再被称作"婚前的",而是被称作"由于婚姻的";在这一方面,它们被与嫁资等同:正如嫁资不仅可在婚姻持续期间增加,而且也可设立,这样,这些由于婚姻采用的赠予,不仅可在婚姻之前设立,而且也可在缔结了婚姻的情况下增加和设立。

此段讲基于婚姻的赠予,就是中国的彩礼。彩礼是附条件的赠予,若条件不成立则返还彩礼。彩礼在婚姻存续期间可以被设立和增加。在中国,彩礼是婚姻的诱因。第一句有两解:其一,婚前赠予附有解除条件;其二,婚前赠予是一种交换。

夫妻之间互相不得为赠予,只得发生婚前赠予,原因为:第一,结婚实际上是两个家族之间的事,夫妻赠予损害家族财产;第二,与第一相联系,罗马夫妻的法定财产制是分别财产制。婚后可以增加彩礼,实际上变相地突破了夫妻间不得为赠予的禁令,有利于女方。

但嫁资首先发生了婚后可以增加的允许。嫁资与婚前赠予很类似,都是以结婚为生效条件的赠予。至爱女儿的原因或家父财产增加应多给女儿遗产的公平考虑导致家父在女儿婚后增加嫁资,这就突破了一般的原则,自然要把同样的规则引

---

① 参见〔意〕彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社 1992 年版,第 415 页。

② 优士丁(Iustinus),优士丁尼的伯父,出生于伊利里亚的农民家庭,参加罗马军队,在阿纳斯塔休斯皇帝死后,被军队推举为皇帝,曾残酷地镇压宗教异端。他把优士丁尼收为养子,带到拜占庭的宫廷受良好的教育,后者最终成了其帝位的继承人。

③ 参见 C.5,3,19,527 年(此发布年代不能肯定)。

④ 参见 C.5,3,20,531—533 年。

进到婚前赠予中来。

为此,优士丁作了改革,允许在婚后增加甚至新设赠予。这就要求把过去的婚前赠予的名称改为婚因赠予,以加强夫妻间的团结。这样做的原因有:优士丁尼时代家族制度松懈,财产更多地被视为夫妻各自的财产。夫妻各自代表自己的家庭的财产。若一方死亡,则财产各归各自的家庭。家庭的成员对此有期待权。正是在此基础上设立监护制度。

I.2,7,4。从前,还有另一种增加权的市民法取得方式,它是这样的:如果与蒂丘斯共有一名奴隶的某人,独自以执仗的方式或通过遗嘱给予他自由,在这种情况下,他丧失其份额并增加给共有人。但由于它是一种很恶劣的先例,一方面,奴隶为自由所欺骗;另一方面,更人道的所有人确实蒙受了损害,而更严厉的所有人增加了利益。朕认为,这一近乎耻辱的制度必须借助于朕的敕令①、以合理的手段消除,朕找到了一条解放者、其共有人和接受自由的人都享受朕之恩惠的途径:自由(出于对它的景仰,很显然,古代立法者也作了许多违反普通规则的规定)将发生效力;而给予它的人,将因其慷慨行为的牢固而满意;共有人被保持不受损失,他根据其所有权的份额,收受朕规定的奴隶的价金。

此段讲增加权的取得方式及其废除。增加权是在共有奴隶为共有人之一解放时,把解放者的份额作为赠予(应该是法定赠予)分给另一共有人的安排。这比较忽视被解放奴隶的权利和解放者的意志,但尊重其他共有人的私权,因为一个共有人的解放决定不能视为所有共有人的同样决定。为了尊重奴隶的权利,也兼顾解放者的意愿。优士丁尼作出取消增加权,让奴隶得到解放,另一共有人得到其份额的价金的安排,体现了法为善良公正之术的品性。本段提到的优士丁尼为各种类型的奴隶规定的价金是这样的:男女奴隶无专业技能的,每个 20 索里迪;10 岁以下的奴隶 10 个索里迪;有专业技能的,30 索里迪,不包括医生和公证人;男女公证人 50 索里迪;外科医生 60 索里迪;作家 50 索里迪;阉人,10 岁以上无专业技能的,50 索里迪,如果有手工业技能,70 索里迪;不足 10 岁的阉人 30 索里迪。这样,如果一个外科医生被其共有人之一解放,解放者占有 1/3 的共有份额,则另一共有人可得到 40 索里迪的补偿。

或问,谁来出这笔"补偿"?我认为是奴隶本人。如果他一时拿不出这笔钱,国

① 参见 C.7,7,1,530 年。

家可垫付之,等他有钱了再还给国家。但 De la Serna 认为此钱由解放者出。①

增加权不仅适用于奴隶解放,而且适用于共同受遗赠人之一放弃其份额的情形,参见 I.2,20,8。

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.338.

第 8 题

允许或不许作转让的人

I.2,8pr.。有时发生是所有人的人不能转让,相反,不是所有人的人却有转让财产权的情况。事实上,《优流斯法》禁止丈夫违背妻子的意愿转让作为嫁资的土地,尽管土地作为嫁资已给予他,是他的。然而朕修改了《优流斯法》,导致了一种更好的状况。的确,由于该法仅适用于意大利的土地,并禁止违背妇女的意愿作转让,而即使她们同意,也禁止对它们为抵押。对这两个缺陷,朕都提供了补救,在土地坐落于行省的情况下,也既禁止转让又禁止对之设立抵押,即使有妇女的同意,这两种处分方式的任何一种都不能发生,以免女性的软弱导致其财产被败坏。

本段讲所有人不可转让物的情形之一:丈夫不能转让妻子的嫁资土地。这样安排的原因是:土地作为嫁资为丈夫所有,是泛泛的,因为离婚或妻子死亡后要返还给妻子或其家族,因此,丈夫对嫁资的所有权附有解除条件,是一种功用所有权;丈夫对此等嫁资中的重要财产——土地,不得为转让和设定负担的处分,因为嫁资是为保证妇女在离婚或丈夫死后的生活的。妻子已同意的也不例外,因为妇女被认为弱智、无理性、受情绪支配,她们的同意不见得能体现其自身利益。所以,本段属于一个法律家长制规定。

本段提到了《优流斯法》,历史上的《优流斯法》很多,这个是《关于惩治通奸的优流斯法》(公元前 18 年)。该法由恺撒还是奥古斯都提议,有疑问。除了上面这个名字外,它还有《关于嫁资土地的优流斯法》之名,因为它有一章专门规定嫁资土地保障妻子的这一财产的安全。[①] 在上述《关于嫁资土地的优流斯法》的基础上,优士丁尼把对意大利土地的待遇扩展至行省土地,表明了意大利土地与行省土地地位上的同化以及帝国的整合。

---

① Véase Antonio de Puente y Franco, Historia de las leyes, plebiscitos y senadoconsultos mas notables desde la fundación de Roma hasta Justiniano, Libro Primo, Madrid, Vicente de Lalama, 1840, pag. 69.

I.2,8,1。但反之,债权人可转让抵押物,尽管物不是他的。然而,恐怕事情被看作这样作成,乃是因为抵押物的转让被认为出于债务人的意志,因为他在契约的开头订定,如果他未偿付金钱,允许债权人出卖质物。但为不使债权人行使其权利受到阻碍,也不使债务人被认为轻率地失去了其物的所有权,朕的敕令[①]考虑并规定了出卖质物的明确程序,其内容充分地、足够地考虑到了债权人和债务人双方的利益。

本段讲非所有人可以转让物的实例之一:债权人可以处分抵押物。之所以能如此,乃因为有债务人的默示授权。债权人可以转让债务人的抵押物,这是一个抵押权的实现方式问题,优士丁尼规定的实现抵押权程序是:(1)债权人和债务人就出卖抵押物订有协议的,按协议办。(2)在债权人对债务人作出催告后或法院作出判决后两年出售抵押物。(3)在无人购买的情形,债权人应自行或通过法院催告债务人赎回抵押物;如此不成的,债权人自己取得抵押物的所有权,但超过债额的抵押物的价值由债权人返还给债务人;在两年内,债务人有权赎回抵押物。两年后,债权人对抵押物享有完全的所有权。在我看来,这样的安排对于债务人的保护十分充分,但允许流抵押,这是现代民法通常不许的。

本段中经常混用抵押与质物两语,表明了这两个制度在起源阶段的区分不明。

I.2,8,2。现在朕必须警告:男女被监护人,没有监护人的授权,不能转让任何物。所以,如果无监护人的授权给予了某人以现金借贷,并不发生债,因为金钱并不变成收受人的。因此,如果它们还存在于某处,可通过对物诉讼请求返还。但如果被作为贷款给予的金钱收受人已诚信地消费掉,可通过对人诉讼请求返还它们。如果金钱已恶信地消费掉,可就出示金钱提起诉讼。相反,无监护人的授权,任何物可正当地给予男女被监护人。因此,如果债务人对被监护人为偿付,监护人的授权是必要的,否则他不能被免除债务。但这也是以极明确的条款规定在根据极卓越的人、朕的司法大臣特里波尼安的建议,朕发布给恺撒里亚[②]的律师们的敕令[③]中的,其中规定:如果法官宣告的不损害任何他人的判决事先允许这样做,被监护人的债务人可以对监护人或保佐人为偿付。根据这一程序,如果法官既宣告了判决,债务人也作了偿付,以这种方式发生完

① 参见 C.8,33(34),3,530 年。

② 古时叫作恺撒里亚的城市至少有两个,一个在现在的土耳其境内的卡巴多恰行省的首府;一个是在现在的以色列境内的朱兑阿,文中的恺撒里亚究应指前者,因为优士丁尼的这个敕答是发给东方大区的长官约翰内斯的,卡巴多恰在东方大区内。

③ 参见 C.5,37,25,531 年。

全安全的清偿。然而，如果以不同于朕规定的方式作出偿付，而被监护人全额保有由其债务人偿付的金钱；或已利用它们使自己获得利益而仍请求同样数目之金钱，他可因恶意诈欺的抗辩被驱走。如果他恶信地消费了金钱或因盗窃失去了它们，债务人将一点也不能得益于恶意诈欺的抗辩，而不过是由于无监护人的授权、也不根据朕的规定轻率地为偿付受到惩罚。反之亦然，男女被监护人，若无监护人的授权，不能为清偿，因为偿付的金钱并不成为收受人的，因为不消说，无监护人的授权，不允许他们转让任何物。

本段必须结合 I. 1，21pr. 、I. 3，19，9 理解。此段确立了未成年人利益的不倒翁原则：交易对其有利则有效，不利则无效。此段的规定为现代诸民法典承袭。此段证明身份游离到了财产法中，形成了身份—财产关系。

首先讲被监护人转让物须监护人的授权，否则相对人要受到这样的惩罚：标的物的所有权不发生移转，尽管被监护人已占有它们，在法律上，它们还是相对人的。

其次讲被监护人可以受给付而不被授权，因为这样不会给他带来损害。

再次讲债务人对被监护人为清偿也须得到监护人的授权，否则要二次偿付。为的是年幼无知的被监护人不至于滥用受给付的金钱。

上述规则被过分聪明的被监护人利用，由此产生了疑难案件：已受给付的被监护人要求二次给付的，怎么办？答复是区分两种情况：其一，财产还在的，不能要求二次给付，这就限制了前一规则的适用范围；其二，财产已因消费或被盗不在了的，可以要求二次给付。

第 9 题

我们通过哪些人获得财产

I.2,9pr.。我们不仅通过我们自己,而且也通过处于我们权力下的人获得财产;同样,通过我们享有用益权的奴隶获得财产;同样,通过我们诚信占有的自由人和他人的奴隶获得财产。朕详细地探讨每一这些情况。

此段讲职务"代理"的诸类型。这种代理建立在领导与从属关系的基础上,是种特殊代理。这样的代理人有家子和自家的奴隶、被用益的奴隶、诚信占有的自由人、诚信占有的他人奴隶。以下诸段会一一介绍这些人的取得。

I.2,9,1。从前,你们对之享有权力的男女两性的卑亲属,所有他们取得的一切(军营特有产当然除外),不加任何区分地为他们的尊亲取得。这些财物完全成为尊亲的,他们通过家子或家女获得的一切,他们都有权赠予、出卖或以他们愿意的任何方式归之于其他家子或家外人。在朕看来,这是不人道的,通过发布一条概括的敕令[①],朕照顾了子女,且为家父保留了应得的。事实上,朕确定的规则是:如果某物是基于尊亲的财产取得的,根据古老的规则,该物全部为尊亲取得(因为来自由家父提供的机会所得的,又归之于他,有什么该受谴责呢?)。但家子根据其他原因为自己取得的财产,家父当然取得其用益权,而所有权留给家子,以免他因辛劳或好运增加给他的,因要归他人取得,而使他获得痛苦。

此段讲代理取得的情形之一:家子的取得。首先提到古代法的不利于家子的规定,他们取得的一切都归家父,由后者任意处分,但军营特有产除外,这是奥古斯都创立的制度,它使军人处于特权者的地位,以体现优待军人原则。军营特有产指通过军队的工资、战利品或奖励得到的财产。我们从一个从军一生的士兵能得到

① 参见 C.6,61,6,529 年。

多少工资可大致看出军营特有产到底有多少钱。奥古斯都的兵制改革后，罗马一般士兵的年俸是225狄纳流斯[①]。陆军军团兵的服役期限是20年。如果大难不死，除了吃部队的免费伙食、穿免费军装外一个钱不花，可有4500狄纳流斯积蓄，加上3000狄纳流斯的退职金，一个退伍兵手里有7500狄纳流斯可供支配（这没有考虑到他分配战利品的所得），换算成日常用的货币塞斯特斯有3万。这些钱不够一个人在都市生活一年的开销。退伍兵还要用这笔钱二次创业。[②] 如果它被家父攫取了，人们保家卫国的积极性就没有了，而且影响国家安置复员退伍军人政策的实行，进而影响社会的安定。但完全排除家父对家子特有产的干预的规定可能招致不少社会批评，为调动家子的积极性并兼顾家父的利益，优士丁尼的敕令规定：（1）如果家子取得财产的工具的是由家父所得的，则全部归家父所有。这一规定体现了所有权来源的手段论，是资本家的理论，不同于马克思的劳动来源论。此段还讲到"好运"也是所有权的来源。"好运"的实例是通过增加权的取得。（2）如果全部是由家子的财产取得的则归家子，家父享有用益权。这样，两权分离对于立法者来说，也是一物两用。

I.2,9,2。朕也制定了这方面的规则。在过去的情况中，解放子女的尊亲若愿意，根据更早的敕令，他有权从逃避了他之取得的子女财产中扣留1/3的份额[③]，似乎是以此作为解放的代价，而这样就发生了某些不人道的事情：家子由于这样的解放被骗去了其财产的部分所有权，因解放增加给他的荣誉，换言之，自权人地位的取得，都由于财产的减少而减少。因此朕规定：作为他可以扣除的1/3的财产所有权的替代，尊亲扣除的不是一半财产的所有权，而是用益权。事实上，以这种方式，财产完整无损地留给儿子，而家父获得了一半而非1/3财产的用益权，可利用的数目扩大了。

此段讲家父与被解放的家子的财产关系，涉及有偿赠予。奴隶的解放已被解释为自由权的赠予（I.1,5pr.）。那么，解放家子呢？我们知道，家子是自由人，与奴隶不同，因此，对解放奴隶的性质的说明不能用于说明解放家子。应该以赠予自权人身份来解释，这种身份是一种荣誉，但它必须付代价取得。过去是扣留家子1/3的财产作为代价，现在是扣留一半财产的用益权。

为何家子有1/3的财产供家父扣留呢？这岂不与前段规定的家子不过是家父

① 公元前286年铸造的一种银币，重2.26克。

② 参见〔日〕盐野七生：《罗马人的故事 VI：罗马和平》，张丽君译，三民书局1998年版，第173页。

③ "逃避了他之取得"，如果尊亲不解放家子，后者的一切所得都是为他取得。家子被解放后，就不是这样了。因此，被解放的家子的财产，是逃避了尊亲之取得的财产。

取得财产的工具的原则矛盾？对此有两种可能的解释：其一，这个 1/3 只适用于军人特有产，这就与前段没有矛盾了；其二，这两段间具有跳跃性，把一般家子都可以有自己的特有产的说明省略了。

I.2,9,3。同样，你们的奴隶通过交付获得的财产，或订立要式口约得到的某物，或根据任何其他原因获得的财产，都是为你们取得。事实上，即使你们不知道这种取得，即使你们不愿发生这种取得，这些财产也归你们，因为处在他人权力下的奴隶不能有任何自己的财产。但如果他被指定为继承人，除非有你们的命令，他不能接受遗产。如果他根据你们的命令接受了遗产，遗产是为你们取得的，完全如同你们本人被指定成了继承人。相应的，不消说，你们通过他们为自己获取遗赠。事实上，不仅通过你们对之享有权力的人为你们取得所有权，而且也取得占有。的确，不论他们取得了对什么物的占有，都被认为是你们占有了它。因此，也通过他们以动产取得时效或不动产取得时效为你们增加财产。

此段讲代理取得的情形之二：奴隶的取得。取得的方式有通过交付、订立要式口约、接受遗产、接受遗赠。取得的客体有所有权和占有。在取得方式中，前两种是积极取得，也就是主人委托奴隶管理某种特有产，他们在这一过程中通过法律行为的所得。这样的安排证明奴隶相对独立于主人进行经济活动，并有一定的行为能力。但他们不能有自己的财产，所以，尽管主人对他们的取得不知，还是为他们取得。后两种是消极取得，此时，奴隶没有什么积极的活动，由于他们在人格上与主人的同一性以及他们的讨人喜欢，被人指定为继承人或受遗赠人的，所得遗产归主人。

在取得的客体中，不仅有动产，而且有不动产。它们是通过不同类型的时效取得的。

I.2,9,4。然而，关于你们只对之享有用益权的奴隶，已这样决定：他们借助于你们的物或借助于他们的工作取得的一切，都归你们，而他们在这些原因以外取得的财产，归财产的所有人。因此，如果这种奴隶被指定为继承人，被遗赠或赠予某物，他们不是为用益权人，而是为财产的所有人取得。就你们诚信占有的人，不论他是自由人还是他人的奴隶，同样决定：因为就用益权人已经作出的决定，同样适用于诚信占有人，所以，他们在上述两种原因以外取得的财产，如果他是自由人，归他自己；如果他是奴隶，归主人。但诚信占有人一旦依取得时效取得奴隶的所有权，由于他已以这种方式成为主人，可以通过该奴隶

基于任何原因取得财产。但用益权人不能以时效取得奴隶，首先因为他不曾占有奴隶，而只享有使用权和收益权；其次因为他知道奴隶是他人的。事实上，你们不仅通过你们对之享有用益权的或你们诚信占有的奴隶，或通过被你们诚信地当作奴隶役使的自由人取得所有权，而且也取得占有。然而，朕是根据刚才朕已论述的标准谈论这两种人的，换言之，以他们借助于你们的财产或自己的工作获得占有为条件。

此段讲代理取得的情形之三和之四：享有用益权的奴隶和诚信占有的自由人或诚信占有的他人奴隶的取得。首先讲了占有人与所有人划分所得的依据。这里的“占有人”，包括用益他人奴隶的人和诚信占有自由人的人。这里的“所有人”，既指被用益奴隶的空虚所有人，又指被诚信占有的自由人，因为他确实是自己的所有人。划分的依据有三：其一，资本；其二，劳动；其三，好运，例如被指定为继承人，被生前赠予或遗赠某物。被占有人的所得，凡用了占有人的本钱或运用了自己的劳动的，都归占有人取得。凡是依据好运所得的，取得人为被用益的奴隶的，归空虚所有人；取得人为被诚信占有的自由人的，归他自己。为何这样安排？依据关联因素的不同为此等安排。出了资本的人取得由此产生的收益，不算悖谬。被占有人在其被占有期间归占有人支配，因此，前者的在这一时段的劳动成果归后者，是其占有的效果的体现。至于好运的成果，则应该归所有人，因为这种取得与占有人一点关联因素都没有。他们被指定接收第三人的财产，给予人看的是空虚所有人的面子。由此得到的利好当然应归这种人。

本段其次讲了奴隶的时效取得问题。首先承认奴隶是适格的取得时效标的，但显然，同时被谈到的被诚信占有的自由人不是适格的取得时效标的。其次讲用益权人不能以时效取得奴隶，因为他不是诚信的，他明知奴隶属于他人；还因为他在法律上不占有奴隶，当然，奴隶在其控制下，但空虚所有人无放弃对此等奴隶的所有权的意思，所以他仅凭心素保持对奴隶的占有。

本段最后讲了被占有人还可以为占有人取得占有，他们的占有视为其占有人的占有，但必须符合运用了占有人的资本和他们自己的劳动的条件。

I.2,9,5。由此看来，不能通过既不受制于你们的权力又未被你们诚信占有的自由人，同样，不能通过你们对之既不享有用益权，又不享有正当占有的他人的奴隶，根据任何原因为你们取得任何物。这就是人们所说的“通过家外人不能取得任何物”的含义。对此的例外是，人们认为，通过自由人，例如通过代理人，不仅在你们知情的情况下，而且也在你们不知情的情况下，根据神君塞维

鲁斯[1]的敕令[2]为你们取得占有，且通过这样的占有，如果交付物的是所有人，也能为你们取得所有权；如果交付物的不是所有人，也能通过动产取得时效或不动产取得时效为你们取得所有权。

本段的第一部分讲家外代理之禁止，基本的原则是只有在家父权下的人才能代理他取得物，其他的人不得进行这种代理。“通过家外人不能取得任何物”原则是这种禁止的表现。“家外人”是不通过家父权互相联系的人。从此段可看出，奴隶是“家内人”，这有利于支持奴隶为家庭成员说。“非家外人”是自由人。

但从“对此的例外”开始，本段转为承认自由人之间的代理制度。代理人的拉丁文是 procuratore，pro 是“像”的意思，curator 是保佐人的意思，所以，代理人的最初含义是“像保佐人一样的人”。这一词源分析揭示了代理人与保佐人之间的联系。保佐人是可以非亲属，为事而非为人的属性非常符合代理人的属性，可以认为，罗马法中的代理制度是从保佐制度发展而来的。根据此制，家父可以聘请自由人为管家，管家的行为效力归属于家父。

I.2,9,6。至此，就以何种方式取得单一物已指出得够多。确实，你们用来取得单一物的遗赠法，同样，用以为你们遗留下单一物的信托法，朕最好是在更后的地方提到。因此，现在让朕看以何种方式为你们取得集合物。因此，如果你们被指定为某人的继承人，或你们请求占有了某人的遗产，或如果你们收养了某一自权人，或为了保留自由权，你们受让了某人的财产，他所有的物便转移给你们。首先让朕来看遗产。遗产的转移方式有两种，事实上，要么是通过遗嘱，要么是在无遗嘱的情形下属于你们。朕先看财产通过遗嘱属于你们的情况。这里有必要先说明如何订立遗嘱。

本段是个过渡段，转入讲集合物之取得。集合物中包括了权利和义务，这是其与单一物的区别。集合物的术语与法人的术语同，证明这两个制度彼此相关。本段扼要提到的集合物的取得方式有：继承、占有遗产、收养自权人、为获取自由概括承受主人财产。它们的内容如此丰富，在这个第二卷包容不下，要延伸到第三卷的很多部分。

单一物是我国民法中没有的概念，所以纳入现有的概念体系很困难。它是在人们的意识和习惯中被视为一个单位的物。可能跟过去的万物有灵论相关，单一物被认为是只包含一个灵魂的物。例如肥胖的旅客乘坐飞机时，就是一个单一人，

① 实际上，这个敕令是塞维鲁斯和安东尼努斯共同发布的。

② 参见 C.7,32,1,196 年。

不能作为两个人算，因为他只有一个灵魂。单一物的对偶概念是复合物和集合物。前者是机械组合为一体的数物，例如建筑物，后者是未实际结合在一起，但可以被视为一个统一体的诸物。表现为概括财产，包括遗产。

此段表现了遗嘱继承优先主义，无遗嘱继承的概念表达了这一制度的补充意义，而法定继承的不当表达把这一意义遮蔽了。

第 10 题

遗嘱之订立

I.2,10pr.。遗嘱被这样叫,乃因为它是意思表示的证据。

本段讲遗嘱的定义,表明遗嘱一词本来就有证据学上的含义,是被证明之事的意思。由此推论,《新约》和《旧约》的译名不确,应是"新证明之事"和"旧证明之事"的意思,它们证明什么?证明上帝的存在和大能。

按这种证据学意义上的遗嘱概念,作出遗产信托不算立遗嘱,因为这种隐秘的交易没有留下法定的人证或书证。这方面的例子可参看 I.2,23,10。

这种对遗嘱的解释来自塞尔维尤斯·苏尔毕丘斯·路福斯,他在一本佚失的著作《论剥夺被判作牺牲的儿子的继承权》(De sacris detestandis)中,说遗嘱是"意思的证明"(Mentis contestatione)①,事实上,遗嘱或多或少是根据自己的内心意思对自己的财产作出处分的正式意思表示。

在远古罗马,市民不得立遗嘱,因为对遗产的自由处分会跟土地分配制度冲突,但后来找到了折中之道:允许个人在人民大会上处分其财产,所以每个遗嘱多多少少都是一种立法行为。遗嘱是人民会议正式通过的法律。但人民会议一年只开两次,而且人民增多,事情也多,人民会议管不过来,于是允许私人订立遗嘱。②与今人遗嘱不同的是,罗马人往往在其遗嘱中就政治人物和事件发表自己的看法,并以提供遗产的方式表达其支持。③

I.2,10,1。但为了不对古老的历史一无所知,必须知道从前至少使用过两种遗嘱,一种叫作在民会前订立的遗嘱,用于和平与安宁时期;另一种被说成是阵前遗嘱,在人们即将开赴战场作战时使用。然后出现了第三种被说成是依铜和衡器的遗嘱,不消说,这是因为它以曼西帕蓄方式订立,换言之,借助于一种

① Cfr. Aulo Gellio, Notti Attiche, Traduzione Italiana di Luigi Rusca, Volume Primo, BUR, Milano, 2001, p.555.

② 参见〔法〕孟德斯鸠:《论法的精神》(下册),张雁深译,商务印书馆 1963 年版,第 201 页及以次。

③ 参见〔英〕特威兹穆尔:《奥古斯都》,王以铸译,中国社会科学出版社 1988 年版,第 477 页。

拟制的出卖，届时有5名证人和持衡器者——他们都是达到适婚年龄的罗马市民——以及被说成是家产买受人的人在场。然而，前两种遗嘱甚至在古时即已逐渐脱离使用。甚至依铜和衡器的遗嘱，虽然保留的时间更长，但它也已部分地停止使用。

本段讲古法中遗嘱的3种历史类型及其现在的使用状况。

第一种遗嘱是民会前订立的遗嘱。“民会”是3个部落中达到从军年龄（17—60岁）的男子的会议，职责是选举王和高级官吏。这种会议平民不能参加，因此也称为贵族大会。其民事功能是每年召开两次处理遗嘱和收养子女问题。这种做法似乎有其希腊根源，在雅典，有关遗产和女继承人的申请名单要在议事会公布，以便大家知道任何无人继承的这一类遗产。①

第二种遗嘱是阵前遗嘱，它是现在的紧急遗嘱的滥觞。人们上战场就有战死的危险，因此，要在上前线前以遗嘱安排好自己的后事。在这种环境下订立的阵前遗嘱，形式要简化得多。

第三种是依铜与衡器的遗嘱，也就是采用曼西帕蓄方式的遗嘱。参与者有7人，其中5人为证人，一人为司称，一人为家产买受人。遗嘱人写好遗嘱后密封起来，然后假装把其遗产卖给家产买受人，后者处在继承人的地位，实际上是遗嘱执行人，他以象征性的价格买下遗产，然后根据遗嘱人的意志把它分配给继承人和受遗赠人。②

三种遗嘱前赴后继性地存在。最后一种遗嘱在戴克里先时代弃用，优士丁尼明令废除之，因为它过于繁琐。

I.2,10,2。前述的遗嘱类别都与市民法有关。后来根据裁判官告示采用了其他制作遗嘱的形式。事实上，根据荣誉法，并不要求任何曼西帕蓄，7个证人的印章就足够了。而根据市民法，证人的印章不必要。

本段讲告示遗嘱，它不要求要式买卖的形式，只要求7个证人作证并在遗嘱文书上加盖他们的印章。这样的遗嘱形式从依铜与衡器的遗嘱转化而来，后者要求的5个证人得到保留，但司称和家产买受人已失去其功用，于是把他们转化为证人，使证人达到7个之数。③ 通过这样的改革，虚拟的买卖被排除，留下了无偿移转遗产于后人的实质内容，遗嘱形式简化了。

---

① 参见〔古希腊〕亚里士多德：《雅典政制》，日知、力野译，商务印书馆1978年版，第48页。

② 参见黄风：《罗马法词典》，法律出版社2002年版，第110页。

③ Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.369.

I.2,10,3。但是,随着市民法和裁判官法或由于人们的习惯、或由于敕令作出的修改,逐渐开始融合为一个和谐的整体,人们规定了一种新的遗嘱形式,根据这种形式,同时按市民法的要求有7个证人在场、按敕令创设的制度由证人签名、按裁判官告示在遗嘱上盖章。如此一来,这方面的法似乎由三部分构成:证人以及他们出席整个遗嘱订立过程是从市民法来的;而证人和遗嘱人的签名是根据神圣的敕令实施的;而证人的数目和盖章来自裁判官告示。

本段讲三合遗嘱。所谓"三合",指市民法的要素、裁判官法的要素、敕令的要素之合。这表明了罗马法规定的多重来源。前者指7个证人的到场,中者指要求他们在遗嘱上盖章;后者指要求他们在遗嘱上签名。

本段讲到市民法与裁判官法的融合及其催化剂:习惯和敕令。看来,敕令是不考虑某一规则是属于市民法还是裁判官法的,只要合理,就规定之,但不能凭空规定,只能以过去的市民法和裁判官法为基础,这样,无形中就把不同的法律渊源整合起来了。

I.2,10,4。但所有这些为保证遗嘱的真实性,防止实施任何诈欺的要求,是朕的敕令[①]补充的:继承人的名字须由遗嘱人或证人亲手书写,一切都按这一敕令的内容进行。

本段讲继承人名字须由遗嘱人或证人亲手书写,目的是为了防止书手诈欺,可见当时还有书手。同时防止到场的证人虚假地为未到场者签名,从而诈欺法律。

I.2,10,5。事实上,如彭波尼认为的,所有的证人可用一个印章在遗嘱上盖印(确实,如果7个印章的设计都一样,何尝不可呢?)。但也允许用他人的印章盖印。

此段讲证人的印章问题。古罗马人使用指环印章,可能只有当官的人才有此物,没有印章的人即使为遗嘱作了证也起不到作证的效力,通过允许使用他人印章可解决这一问题。显然,作出此等安排的立法者的态度是促成遗嘱有效。

① 参见C.6,23,29,531年。

I.2,10,6。事实上,有遗嘱能力的人可充当证人。但妇女、未适婚人、奴隶、哑人、聋人、精神病人、禁治产人或被法律宣告为不诚实和不能作证者,不能包括在证人的数目内。

本段讲遗嘱能力与作证能力的关联。注意罗马人把遗嘱能力看作公法的内容。遗嘱能力包括积极的遗嘱能力和消极的遗嘱能力:前者是订立遗嘱能力和为遗嘱作证的能力,后者是可被他人指定为继承人的能力。通常的规则是有遗嘱能力的人就有作证能力。但有消极的遗嘱能力的妇女、未适婚人和奴隶不能为遗嘱作证。妇女,由于法律不能,缺乏一般的行为能力,故不能作证,未适婚人和奴隶同此;哑人、聋人、精神病人都不能为遗嘱作证,他们的感官有缺陷,是物理上的不能。禁治产人是浪费人在优士丁尼时代的名称①,跟《十二表法》的规定相比,这个术语已把精神病人排除了。不诚实和不能作证(Improbum intestablemque)这一短语来自《十二表法》第八表第22条:"如果为遗嘱作证或司称的人不肯作证,要让他不诚实和不能作证。"此处的不诚实,是实施过无赖行为的人的称号,例如追讨他人已偿还的债务的人,明知自己无理仍起诉的人。② 此处的不能作证,指自己不能作证,也不能请他人为自己的法律行为作证的处罚。适用于证人事后拒绝作证的情形、用文字侮辱他人的情形。到了基督教时代,不能作证的主要有3种人:重大案件的被告、背教者和摩尼教徒。这种处罚只适用于男性,因为作证属于公务,妇女无作证资格。由于罗马的重要交易都要证人参加,判处不能作证的后果严重,等于剥夺权利能力。③

I.2,10,7。但在遗嘱的某一证人在订立遗嘱时被认为是自由人,而后来被看出是奴隶的情况下,不论是神君阿德里亚努斯给卡托纽斯·维鲁斯的敕答④,还是后来的神君塞维鲁斯和安东尼努斯的敕答,都以他们的仁慈挽救遗嘱,让遗嘱像它应该订立的那样有效,因为在给遗嘱盖章的时候,这一证人被所有的人承认为处在自由人的地位,也无任何人对他提出身份问题。

此段讲奴隶伪称自由人作证时订立的遗嘱在他的真实身份被发现后的效力问题,援引两个敕答得出了有效的结论,理由似乎是在订立此等遗嘱时该奴隶是表见

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.375.

② See Adolf Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1991, p.495.

③ 参见周枏:《罗马法原论》(上册),商务印书馆1994年版,第115页。

④ 参见C.6,23,1,无年代。

自由人，因为在场的人都认为他是自由人，也无人质疑其身份。这是一种类似于表见代理的安排，是外观主义的表现，目的在于拯救遗嘱的效力。如果不作这样的拯救，遗嘱人就无遗嘱而死了，类似于因为一个指头坏死就宣告一个人死亡。在表见自由人出场的情形，遗嘱人、其他证人也都是诚信的，可见诚信这种认识错误的对象既包括自己的情境，也包括他人的情境。

此段还是认假作真的民法调整方法的又一运用例。

I.2,10,8。父亲和处在他权力下的人，同样，处在同一个家父权下的两兄弟，两者都可为一个遗嘱作证，因为一家的几个人被用作他人之行为的证人，无任何害处。

此段允许人们在一家一下子找到好几个证人，是为了解决找证人难的问题，促成遗嘱的作成。

I.2,10,9。然而，在证人中不能有处在遗嘱人权力下的人。但如果家子在解除兵役后就军营特有产订立遗嘱，其父亲和处于其父亲权力下的人都不能正当地用作证人。确实，在这样的事情上，家族的证人是不允许的。

此段讲证人资格问题，要求利害关系人回避作证，故证人中不能有处在遗嘱人权力下的人。“权力下的人”的表达在文义上包括家子和奴隶，但由于奴隶无作证能力，实际上只包括家子。反之，家子通常无积极的遗嘱能力，他们只能就其军营特有产订立遗嘱，此时其父亲及其权力下的人也不能作证，这是维持遗嘱对潜在继承人的保密性，以调节后者的行为。

I.2,10,10。而且，被指定的继承人、处于他权力下的人、对他享有权力的他的父亲、处在同一父亲权力下的他的兄弟，不能用作证人，因为为订立遗嘱进行的所有活动，现在人们认为是在继承人和遗嘱人之间进行的。尽管所有这方面的法曾是混乱的，而拒绝家产买受人和通过家父权的纽带与他相联系的人为遗嘱作证的古人们，却允许继承人和与他通过家父权的纽带相联系的人对遗嘱提出证据，尽管被允许这样做的人被劝告绝不要滥用这样的权利。然而，朕修改了上述规则，把以劝告形式表示的意见变成了法律义务，正确地模仿从前的家产买受人的先例，既不给予取代旧时的家产买受人地位的继承人，又不给予按上述纽带与他相联系的其他人以某种方式为他们自己提出证据的权利。因而，朕也不许把这方面的旧敕令编入朕的《法典》中。

本段讲继承人及通过家父权联系在一起的人不能作证。“家产买受人”是依铜与衡器的遗嘱订立过程中的一个角色，他处在继承人的地位，法律自然不允许他及其属人为遗嘱作证。但法律对于正常的继承人又允许作证，这样就形成了法律内部的矛盾，为了消除此等矛盾，优士丁尼干脆也不允许继承人及其属人充当遗嘱的证人。本段的规定也是为了维持遗嘱对潜在继承人的保密性，以调节后者的行为。

本段中的“朕的《法典》”，指优士丁尼任命了特里波尼安、多罗兑乌斯、梅纳、康斯坦丁鲁斯、约翰内斯组成的委员会于534年11月17日以优士丁尼致君士坦丁堡的元老院的《Cordi敕令》颁布的《重新解释的优士丁尼法典(Codex Iustinianus repetitae praelectionis)》，它分为12卷，以纪念《十二表法》。卷下分题。收录的每个敕令都标明发布者和接受者(inscription)以及发布的时间和地点(subscription)。该《法典》是优士丁尼法典编纂的重要内容，反映了优士丁尼时代的活法。

I.2,10,11。然而，受遗赠人和信托遗产的受益人以及与他们有联系的人，由于他们在法律上并不是继承人，朕并不禁止他们作证人。恰恰相反，在朕的某一个敕令[①]中，朕特别地授予他们此权，而朕尤其授予在他们权力下的人或对他们享有权力的人这样的权利。

本段讲继承人以外的相续人及其属人可以作遗嘱的证人，这种相续人包括受遗赠人和信托遗产的受益人，理由是他们并非继承人。确实，他们只是死者单一物的收受人，并不代表死者的人格，这是他们跟继承人的根本区别。他们与遗嘱也有利害关系，但没有继承人那么强，所以法律并不禁止他们当遗嘱的证人，甚至授权他们这样做。[②]

I.2,10,12。事实上，遗嘱是写在木板上，还是在纸上或羊皮纸上，或其他材料上，都毫无区别。

此段规定遗嘱材料自由，也表明了罗马人拥有的书写材料的状况及其进化。最早的遗嘱写在涂蜡的木板上，导致拉丁文中的木板(Tabulus)是遗嘱的别名。后来征服了西西里，开始用那里盛产的纸草写遗嘱，流传至今的许多罗马人的遗嘱就是用这种材料写的。再后来纸草遭到垄断，罗马人又采用羊皮纸写遗嘱。“其他材

① 该敕令现已不存。

② Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.378.

料”可能包括布。按此段，遗嘱无论写在何种材料上，效力无别。

I.2,10,13。一个人可制作一个遗嘱的多数样本，只要所有的样本都按规则制作就行了。这样做有时是必要的，例如，将要出航的人可能愿意制作一个陈述其愿望的文件带在身上，而留一份在家里；或为了其他不可胜数的降临到人的命运上的诸种情况这样做。

此段规定遗嘱复本数量自由，这是为了方便当事人，他们由此可以把一份遗嘱放在家里，一份带在身上，以便在一份遗嘱灭失时可以用另一份，但每个副本都要按同样的程式制作，不然，正本灭失了副本也顶替不了。所以，这些样本都是正本。

本段采自佛罗伦丁的《法学阶梯》第10卷的一个片段（D.28,1,24），蓝本与这个抄本的主要区别是前者用“样本”（Exemplum）这个词，抄本以“小遗嘱”（Codicilli）这个词取代“样本”，构成所谓的优士丁尼的添加或篡改。但小遗嘱概念在本书中的含义是在正式遗嘱订立后以简化程序作出的补充性的或修改性的决定，不能涵盖本遗嘱规定的全部事项并替代前者，所以这个添加造成本段解释不通的局面，正因为这样，本段所有的现代语言译者和评注者都不看这个抄本，而看佛罗伦丁的蓝本为翻译与释义。

此段说明罗马人把自己的家当作遗嘱的保管之所，但有些政治人物宁愿把自己的遗嘱保管在维斯塔贞女处，例如马尔库斯·安东纽斯（公元前83年—公元前30年）就是这样，这相当于现代人把自己的遗嘱保管在公证人处的做法。如此安排，遗嘱当然很安全。

I.2,10,14。但所有这些都是关于制作书面遗嘱的。然而，如果某人希望根据市民法订立遗嘱而不用书面形式，他可使用7个证人，当着他们的面宣告其愿望。要知道，根据市民法，这是一种非常完全的遗嘱，且是有效订立的。

此前数段都是关于书面遗嘱的规定。此段规定订立口头遗嘱的形式和效力：遗嘱人当着7个证人的面宣告自己的最终意愿，这种遗嘱具有完全的效力。本段先讲书面遗嘱后讲口头遗嘱，对前者大讲特讲，对后者一笔带过，表明后者的式微地位。后者从依铜与衡器的遗嘱发展而来，但形式已极为自由。

第 11 题

士兵的遗嘱

I.2,11pr.。上述订立遗嘱的严格规定,由于士兵们过分无经验,已被元首们的敕令豁免实施于他们。事实上,虽然他们未使用法定数目的证人、未遵守遗嘱的其他程式,但他们正当地订立了遗嘱,不消说,他们是处在忙于出征的情况中。这最后一个条件是朕的敕令[①]正当地采用的。事实上,无论士兵的最后愿望以何种方式宣布,不论是书面的还是非书面的,遗嘱都根据其愿望有效。然而,在他们并非有出征必要,住在其他地方或他们的住所中的时期,他们绝不能通过要求这样的特权得到帮助。但确实,由于他们是士兵,即使他们是家子,他们被允许订立遗嘱,但要根据普通的法,也应该在其遗嘱中遵守朕刚才就平民的遗嘱阐述的规则。

本题转入特殊法,本着优待军人的原则规定了士兵的遗嘱。实际上是紧急状况下的遗嘱。赋予他们两项优惠:(1) 程式比较自由;(2) 能力要求降低,家子亦可订立遗嘱。

家子由于没有自己的财产,所以无积极的遗嘱能力。其这方面的能力为其家父所吸收,一位家父的遗嘱中经常会有两部分,一部分是为其家子所订的。但后来产生了军营特有产,作为家子的军人可以就这部分财产订立遗嘱。这是以保护军人对战利品和工资的享有的方法提高其作战积极性,贯彻罗马的军事立国的国策。最初,只要具有军人身份就可以享有形式比较简便的特权,但优士丁尼通过立法限定了这一特权的范围,和平时期,军人不能享受特权,同于市民。只有在出征时才可以享受这一特权。这样,就把军人的特权附加了紧急情况的条件。

此段表明民法调整身份—财产关系,在本段中,当事人的军人身份影响了财产关系的运作方式。

---

① 参见 C.6,21,17,529 年。

I.2,11,1。显然,关于士兵的遗嘱,神君图拉真[①]对斯塔提流斯·塞维鲁斯作了一个这样的敕答:"授予士兵的无论以什么方式订立的遗嘱都将有效的这一特权,必须理解为首先至少必须证明遗嘱已作成,因为非军人也可订立非书面的遗嘱。因而,如果一个就其财产在你面前进行诉讼的士兵为证明其愿望召集了一些人,说了这样的话,宣布他希望谁充当其继承人、他希望给谁以自由,可认为他以这种方式订立了非书面的遗嘱,其愿望被认为有效。但如果他像通常在交谈中发生的那样,对某人说:'吾让汝为吾之继承人';或者说:'吾留给汝吾之财产',不必把这样的表示看作遗嘱。没有任何人比被授予上述特权的人对不承认这种方式更享有利益的了。否则,在某一士兵死后,出现一些断言自己曾听到该士兵说把财产遗留给某一他认为的人的证人,是不难的,以这种方法将推倒真实的意思。"

此段规定士兵的口头遗嘱的要件。(1) 遗嘱人在长官面前虚拟进行诉讼。这里的长官可能级别很高,因为本段中提到的斯塔提流斯·塞维鲁斯是一个执政官;(2) 召集数人为自己的财产处分行为作证,口头表示亦有效。这是一种相当于拟诉弃权的形式。不采用这些形式的财产处分表示都视为戏言,不承认其具有遗嘱的效力,以此保护士兵的利益。

I.2,11,2。甚至哑的和聋的士兵,也可订立遗嘱。

本段降低了对士兵的体力行为能力要求,允许聋哑士兵订立遗嘱。在罗马,聋哑人不能当兵,所以,这些残疾人是入伍后变得如此的。而且他们有此等残疾后也不能留在军队里,所以,本段说的是正在等待退伍命令的聋哑士兵在部队立遗嘱。[②] 他们怎么订遗嘱?应该是通过自行书写。

I.2,11,3。但至今由元首的敕令授予他们的特权,以他们在服兵役并在军营中生活为条件。如果在退役后作为老兵、或还在服兵役的士兵在军营以外订立遗嘱,他们须根据全体罗马市民的普通法订立之。未根据普通法,而以他们愿意的方式在军营内订立的遗嘱,在退役后1年内有效。假如遗嘱人在1年内死亡,

① 图拉真(Ulpius Nerva Trajanus, 52—117年),又译作特拉扬,98—117年在位的罗马皇帝。91年任执政官;97年任上日耳曼总督时被内尔瓦皇帝收为养子。在位期间,改革财政,大兴土木,修建道路、港口以及城市等,大力扩张领土。101—106年征服达契亚。113年远征东方,攻陷帕提亚首都忒息丰,是为罗马帝国版图最大时期,死后阿德里亚努斯继其位。

② Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.386.

但所附指定继承人的条件在1年后成就，是否作为军人遗嘱生效？已决定作为军人遗嘱生效。

本段首先讲军人在订立遗嘱程式方面享有的特权只有在他们仍然在当兵并在军营生活时才享有，一旦退役，或虽未退役，但不在军营内立遗嘱，他们要按普通法立遗嘱。后一排除有点费解，实际上看了本题第1段也就明白了：离开了军营的环境，何来作为虚拟诉讼听审者的长官？因此，在军营外订立军人遗嘱未免物理不能。本段其次讲军人遗嘱的延伸效力，分为两种情况。第一种是延伸到军人退役后1年内有效。第二种是延伸到1年后生效，这是遗嘱人在退役后1年内死亡，但指定遗嘱人的条件在1年后成就的情形。这样的安排是敦促军人退役后尽快按普通法订立平民遗嘱，但也给军人遗嘱效力在军人和平民两种身份间的转换阶段一个缓冲期间。

此段表明罗马人已有了普通法和特别法的区分。

I.2,11,4。然而，即使某人在服兵役前未按法律地订立了一份遗嘱，他成为军人并在处于出征时公开了它，增添或取消了某些内容或以其他方式使士兵的愿望明确并使这份遗嘱有效，必须说这份遗嘱是有效的，它相当于士兵的新遗嘱。

本段讲形式要件有缺陷的平民遗嘱向军人遗嘱的转化问题，可以把这种遗嘱称为“穿衣”遗嘱。通过如下方式“穿衣”：(1) 处于出征时公开；(2) 增删某些内容；(3) 其他。这样，平民遗嘱中的形式要件缺陷被涤除，并转化为一份有效的军人遗嘱。在法律上，它被视为一份新遗嘱。

I.2,11,5。最后，即使士兵承受自权人收养或作为家子解放，其遗嘱被视为一份新的军人遗嘱有效，并不被认为因其人格减等无效。

本段确认军人承受人格小减等不影响其遗嘱的效力。人格小减等分为军人被作为自权人收养和被作为家子解放两种情形。在前种情形，军人的财产要被收养人完全继承，而此等财产已被军人遗嘱处分，如果维持这样的军人遗嘱的效力，无异于剥夺或限制养父的继承权。这样对养父不利，但对于被收养的军人有利，他仍可把自己在被收养前订立的遗嘱作为实现自己的爱恨情仇的手段；在后种情形，家父对被解放家子的财产享有恩主权(I.1,12,6)，而这些财产已被家子的遗嘱处分。如果维持这样的军人遗嘱的效力，无异于剥夺或限制家父的恩主权。这样对家父

不利，但对于被收养的军人有利。当然，这样的有利于军人的结果是通过拟制达成的：他们过去的遗嘱被拟制为一份新军人遗嘱，两份遗嘱的内容一致，前份遗嘱按照普通法已失效，后份遗嘱保持效力。

I.2,11,6。然而必须知道，根据军营特有产的先例，早先的法律和元首的敕令授予某些人以准军营特有产，允许他们中的某些人，甚至在处于权力下时，以遗嘱对之处分。朕的敕令①扩大了这一规则的范围，允许一切人就这种特有产订立遗嘱，但要根据普通法。不了解前述的有关的法，不可能仔细考虑这一敕令的内容。

本段把士兵的特权扩及于"某些人"。在这些人中，俗界的有宫廷官吏(C.12,31,1)、教师；僧界的有主教、祭司和执事(C.1,3,38)。前者由君士坦丁皇帝授予这一特权；后者由基督皇帝优士丁尼授予。后来，优士丁尼又把这一特权授予一切人，只要有特有产，他们就可以遗嘱自由处分之。准军营特有产意味着家父权的丧失，家子从家父权威下解放出来。

本段也体现了基督教对罗马私法的影响，证明皇帝们以赋予神职人员特权的方式表达他们对基督教的忠诚，此等人员由此开始享有私法上的特权。不过，献身教会必须无私财，一切归公，赋予神职人员准军营特有产并允许他们以遗嘱处分之，这样的安排似乎与基督教会的组织原则相矛盾。

① 见C.3,28,37,1e和1f，并由C.6,22,12加以综述，两者皆于531年发布。

第 12 题

不许哪些人订立遗嘱

I.2,12pr.。但并非所有的人都被允许订立遗嘱。首先,受制于他人权力的人完全不享有立遗嘱权,即使尊亲对其作了允许,他们依法也不能订立遗嘱。对此的例外是朕已在前面列举的人,尤其是处在尊亲权力下的士兵,元首的敕令已允许他们就自己在军营中的所得订立遗嘱。不管是根据神君奥古斯都的授权,还是内尔瓦[①]的授权,以及极好的皇帝图拉真的授权,最初这一特权只授予服兵役者,但后来神君阿德里亚努斯的敕答把这一特权授予解除兵役者,即老兵。因此,如果他们确实就军营特有产订立了遗嘱,它将属于他留下的继承人;但如果他无遗嘱而死,未留下任何仍在世的子女或兄弟,按普通法,它将属于他的尊亲。由此朕可以认为,处在家父权下的军人在军营中的所得,既不能由家父本人剥夺;也不能由家父的债权人出卖或以其他方式进行妨碍;家父死亡,也不能由兄弟们共有,不消说,他在军营中的所得,是他自己的,虽然根据市民法,所有处在尊亲权力下的人的特有产不加区别地被算作尊亲的财产,犹如奴隶的特有产被列入主人的财产。当然有例外,根据神圣的敕令,尤其是朕的敕令,由于各种原因,家子的财产不为家父取得。因此,除了享有军营特有产或准军营特有产的人之外,如果某一其他的家子订立了遗嘱,就算是他在成为自权人后死亡,也是无效的。

本题讲积极的遗嘱能力问题。本段讲不具积极遗嘱能力的情况之一:家子及其例外。家子原则上不能自立遗嘱,因为他们不能有自己的财产,所以没有遗嘱处分的对象,例外是作为军人的家子。后来阿德里亚努斯皇帝把军人的这一特权扩及于退伍军人。但以上特权的享有以军人和退伍军人订立了军人遗嘱为条件。如

① 内尔瓦(Marcus Cocceius Nerva, 30—98 年),96—98 年在位的罗马皇帝。在图密善时代任高官,参加推翻图密善的宫廷政变,事后被元老院选举为皇帝,成为安东尼王朝的创始人。他清除了图密善暴政的痕迹,受到古典作家的广泛赞扬。因得不到军界信任,不得不收养杰出的军界人物图拉真为子。内尔瓦死后,图拉真继其位。

果他们无遗嘱而死，而且无在世的子女或兄弟，其军营特有产还是归其家父所有，因为如果有子女，他们作为自权继承人对此等财产享有继承权。如果有兄弟，他们作为最近的宗亲对此等财产享有继承权。如果没有这两种人，家父就可以特有产的名义而非遗产的名义取得其从军儿子留下的这种财产。由此可以推论，在从军儿子活着时，其军营特有产不归其家父，因此不得作为此等家父的债权人的执行对象。家父死亡的，也不得归从军儿子的兄弟。这样，就形成了特有产都归家父的一般原则的一个例外。但这一例外只惠及军营特有产和准军营特有产的拥有者，不惠及外来特有产的拥有者，因此，如果他们就此等特有产订立了遗嘱——这本来是无效的——即使因为他们后来成为自权人此等遗嘱变得有效，但其中关于处分外来特有产的部分仍然无效，这是因为"自始无效的东西后来不得变为有效"的原则。

本段说图拉真是极好的皇帝，这是因为他尊重元老院，并通过征服达契亚人扩张了帝国的版图。[①] 除他之外，还有内尔瓦、图拉真、阿德里亚努斯、安东尼努斯·皮尤斯（被称为努马二世，因为两者都热爱宗教、和平和正义[②]）、马尔库斯·奥勒留被认为是好皇帝，因为他们成功地与元老院合作。

I.2,12,1。此外，未适婚人不能订立遗嘱，因为他们毫无判断能力。精神病人同样如此，因为他们缺乏理智。如果未适婚人在成为适婚人后死亡或精神病人在恢复健全理智后死亡，也对此不产生影响。[③] 然而，如果精神病人在其疯狂状态的中断期间订立了遗嘱，遗嘱被认为是合法订立的；无疑，在他们成为精神病人前订立的遗嘱有效。事实上，突然发生精神病，既不使正当订立的遗嘱，也不使任何其他正当完成的行为无效。

本段讲不具积极遗嘱能力的情况之二：不具有健全的心智者。分为未适婚人和精神病人两种情况，作者于此处很难得地把两种无行为能力的状况打通了谈。心智健全属于行为能力问题，因此，本段说明遗嘱能力不完全是权利能力，有时兼具行为能力的属性。未适婚人或精神病人不顾积极遗嘱能力的欠缺强行订立遗嘱的，他们后来变得适婚或恢复理智，然后死亡，他们的遗嘱仍然无效，这同样因为"自始无效的东西后来不得变为有效"的原则。基本的原则是在理智健全情况下订立的遗嘱都有效，所以，精神病人在其不发病状态订立的遗嘱有效，他们在发病前订立的遗嘱也有效。由此发散开来，突然到来的精神病也不使其他此前合法订

① See Meridith L. Berg, The Five Good Emperors: 96—180, on http://www.thenagain.info/WebChron//Mediterranean/ Five Good.html, 2005 年 9 月 30 日访问。

② 参见〔英〕吉本：《罗马帝国衰亡史》（上册），黄宜思、黄雨石译，商务印书馆 1997 年版，第 77 页。

③ 即不影响遗嘱的效力。

立的行为失效。

I.2,12,2。同样,被禁止管理其财产的浪费人不能立遗嘱,但在他成为禁治产人前订立的遗嘱有效。

本段讲不具积极遗嘱能力的情况之三:浪费人,其意志不坚实,属于意志耗弱者。"被禁止管理其财产"的术语,在一般的行为能力概念产生前,是相当于行为能力的概念,例如在《智利民法典》第 262 条中采用,不过,这一术语是以否定的方式表达行为能力制度的内涵的。浪费人当然不能订遗嘱,否则,会以遗留的名义把其全部家财糟蹋光,但他在被宣告禁治产前订立的遗嘱有效。这种安排意味着不把浪费当作天性,而当作习性,即习而得之之性。但如此牺牲了前奏期间浪费人之法定继承人继承权的安全。所谓的"前奏期间",就是浪费人习得浪费之性,但尚未被宣告禁治产之前的期间。

罗马法中,浪费人的确定要经过权力机关宣告,此等权力机关在罗马,是市长官;在行省,是总督。宣告的条件有二:第一,浪费的是祖产(Patrimonius),浪费自己的钱财的,不算,因此,这种保佐保护的是法定继承人的利益。[①] 第二,有法定继承人。[②] 如果不具备第二个要件,保佐就不必要了,因为这种制度恰恰是为了保护法定继承人的期待权的。但到共和末叶,浪费人的意义不再像过去那样狭隘,只要是滥用财产的人,不问其财产的来源如何以及有无宗亲,都要为之设置保佐,因为如果市民滥用资材,对国家也是一种损失,而浪费人最终必成赤贫,影响社会安宁。在浪费人方面,物质枉用,害及家属,最终会累及自己,也应加以控制。[③]

I.2,12,3。同样,哑人和聋人总是不能订立遗嘱。但无论如何,朕所说的聋人是完全听不见的人,而不是有听觉障碍者。事实上,哑人被认为是完全不能说话的人,而不是说话有困难的人。事实上,甚至经常发生有教养且博学的人,由于各种原因失去说、听能力的事情。为此,朕的一个敕令[④]也给他们以救济,使他们在某种情况下可以某种方式根据其规范订立遗嘱以及做其他允许他们做的事情。但如果某人在订立遗嘱后,由于疾病或任何其他原因成为哑人或聋人,其遗嘱仍然有效。

---

① 参见周枏:《罗马法原论》(上册),商务印书馆 1994 年版,第 136 页。
② 同上注,第 125 页。
③ 同上注,第 283 页。
④ 参见 C.6,22,10,531 年。

本段讲不具积极遗嘱能力的情况之四:官能障碍者,即无体力行为能力者,这样,又涉及了遗嘱能力对于权利能力和行为能力的兼跨性问题。本段是对I.2,10,6的展开,该段讲了聋哑人无遗嘱作证能力,本段讲他们无订立遗嘱能力。但本段也把聋哑不当作天生的,而是后天的,因此,失去官能前的聋哑人订立的遗嘱有效。

本段提到的优士丁尼敕令规定哑人和聋人可以书写的方式订立自己的遗嘱,这一安排反衬在书面遗嘱的时代限制聋哑人的积极遗嘱能力没有什么道理,看来,此等限制是口头遗嘱时代的残迹。

I.2,12,4。事实上,除非根据我的父亲、神君优士丁的法律[①]所采用的规则,盲人不能订立遗嘱。

本段讲不具积极遗嘱能力的情况之五:盲人。盲人也属于官能障碍者,也是体力行为能力有缺陷的人。之所以与聋哑人分开谈,乃因为盲人属于更严重的官能障碍者。但他们可以根据特别规则订立遗嘱:邀请7个证人到场,他们见证盲人口述遗嘱内容,然后当着民事登记官签名密封遗嘱记录件交人保管。[②] 这实际上是以铜与衡器的遗嘱的变种。

本段所用第一人称为单数,优士丁尼在本段不像在其他地方一样自称为"朕",也许是为了表达对其先帝兼伯父的优士丁的尊敬。优士丁(518—527年在位)是农民出身,在军中发迹,阿纳斯塔休斯皇帝死后,由军队推选为皇帝。他在位期间,将优士丁尼收为养子,让他置身于东罗马帝国的名门贵胄之列,受到良好的教育,并参与朝政。527年,优士丁死去,让42岁的优士丁尼作为唯一的皇帝继承其位。

I.2,12,5。在敌人手里的人,在敌人处所立的遗嘱,无效,即使他尔后回归,也不例外。但他在城邦期间订立的遗嘱,如果他返回,根据复境权有效;如果他死在敌人处,根据《科尔内流斯法》有效。

本段讲不具积极遗嘱能力的情况之六:在敌人手中的罗马市民。"在敌人手中的人"有两种情况:第一种是被俘的人,他们是敌人的奴隶,因为奴隶制是万民法上的制度,所以不光其他民族的人被罗马人俘虏时成为奴隶,罗马人被其他民族俘虏时也是一样;第二种是作为罪犯交给敌人的人,例如作为战犯交给敌人的罗马人的

① 参见C.6,22,8,521年。

② Cfr. Giovanni Lughetti, La Legislazione Imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano, Giuffrè, Milano, 1996, p.239.

长官,“交出”不仅使被交出者丧失罗马市民身份,而且取得敌邦的市民身份。[①] 这样,由于遗嘱是作为市民法的取得方式之一被谈论的,因此,订立遗嘱者必须具有罗马市民身份,这种被交出者因为丧失了罗马市民身份,所订立的遗嘱无效。当然,在敌人处所立的遗嘱形式不可能合格,也是导致其无效的原因。即使这些人尔后返还,遗嘱也不变得有效,因为要遵循“自始无效的东西后来不得变为有效”的原则。但他在城邦内订立了遗嘱然后被俘的,一旦他回到罗马帝国境内,此等遗嘱依复境权有效。如果他死在敌人手里,其遗嘱也依据《科尔内流斯法》有效。这样就突破了复境的要求。

《科尔内流斯法》有许多个,此处涉及的是《关于被俘者的科尔内流斯法》(Lex Cornelia de captivis),这是一项颁布于公元前 81 年的法律,该法针对被俘者的法律地位引进了《科尔内流斯法》拟制,拟制他们是作为自由的罗马市民而死的。这样他们就不至于无遗嘱而死了。这是一种出于优待军人原则的安排。

① 关于这一案件,除了彭波尼的上述记载外,详细的记载见于奥流斯·杰流斯的《阿提卡之夜》6,9,12 中。〔古罗马〕阿庇安的《罗马史》(上册)第 129 页、第 131 页(谢德风译,商务印书馆 1979 年版)中也有详细的记载。努曼提亚人不接受曼奇努斯的原因,也许可参见〔古罗马〕李维的《罗马史》9,8—15 报道的另一个类似案例,在这个案例中,罗马的敌人不接受被交出者的原因是不给罗马人以破坏誓约的借口。

第 13 题

剥夺子女继承权

I. 2,13pr.。然而,为了使遗嘱全面有效,遵守朕上面说明的规则是不够的。而有儿子处于权力下的人须注意,要或指定他为继承人,或指名地剥夺其继承权。否则,如果以沉默遗漏他,遗嘱将完全无效,即使该儿子在家父生存时死亡,任何人也不能根据该遗嘱成为继承人,因为不消说,遗嘱自始便不成立。但对女儿或其他父系两性卑亲属,古时并不遵守这一规则;如果既未指定他们为继承人,又未剥夺其继承权,遗嘱确实并不无效,但授予他们补充权,直到他们获得一个确定的份额。① 对这些人,尊亲也不必指名地剥夺其继承权,但他们可用"其他的人"一语集体地剥夺他们的继承权。

此段规定剥夺子女继承权的旗帜鲜明原则。以沉默遗漏儿子的,导致遗嘱无效。法律要求遗嘱人要么指定他们为继承人,要么指名剥夺其继承权。这样就增加了儿子们成为继承人的机会。但对女儿适用概括剥夺继承权的规则,如此就形成了以身份调整财产关系的另一个实例。此处的"其他男性两性卑亲属",指孙子以下的亲属。

若遗嘱人遗漏了儿子,被推定为神志不清的人,导致遗嘱无效。如果遗漏了女儿或其他父系男女卑亲属,遗嘱并不无效,这样就形成了重男轻女的格局。

必须注意的是,父亲剥夺子女继承权不一定是出于排斥或不喜欢某个子女,没有被指定的自权继承人也不一定就被排斥在父亲的遗嘱之外,很可能他会通过其他途径获得实质性的利益。剥夺继承权制度可用于避免家财零散分割,是对抗瓦解大财产的罗马继承法的办法,遗嘱人用它把整个家产交给长子,同时为其兄弟姐妹作出其他安排。②

---

① 这个"确定的份额"是 1/4,是类推《法尔其丢斯法》的法定应继份规定的。到优士丁尼时代,这个份额被增加到 1/3。

② 参见〔英〕巴里·尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社 2000 年版,第 275 页。

I.2,13,1。事实上,某人被认为指名地剥夺了继承权,要么是这样地受剥夺:"剥夺吾子蒂丘斯之继承权";要么是这样地受剥夺:"剥夺吾子之继承权",而不加上专门的名字,不消说,这要以没有其他儿子为前提。遗腹子女也必须或指定为继承人,或剥夺其继承权。在这方面,所有人的地位是相同的:遗漏遗腹子女,不论涉及的是儿子还是女儿,遗嘱都有效,但它随着尔后遗腹子或遗腹女的诞生被打破,为此完全无效。因此,如果可能生下遗腹子或遗腹女的妇女流产,则无任何障碍阻止已指定的继承人取得遗产。但人们通常指名地或以"其他的人"的方式剥夺遗腹的女性后裔的继承权,但如采用"其他的人"的方式剥夺她们的继承权,人们遗赠给她们某些财产,以免她们被认为由于遗忘遭到遗漏。但男性遗腹子女,换言之,儿子等,已决定只能以指名的方式剥夺,以其他方式剥夺继承权都非正当,不消说,是以这样的方式:"剥夺吾之将出生的任何儿子的继承权"。

此段讲剥夺子女继承权的方式。首先讲指名剥夺并非一定要说出被剥夺人的名字,只要让人明白被剥夺者是谁即可。其次讲对已出生儿子的剥夺规则也适用于剥夺遗腹子女继承权,不过有一点不同:遗漏遗腹子女并不导致遗嘱马上无效,但它因遗腹子女后来的出生被打破。这样就区分了自始无效和后发无效。其道理显然,遗腹子女毕竟有不能活着出生的可能,假若决定一旦遗漏他们就让遗嘱无效,未免忽视了这种可能。第三讲剥夺遗腹子女继承权的方式。对遗腹的女性后裔可以指名地或概括地剥夺其继承权,但对男性的遗腹子只能指名剥夺。这样就以性别为依据作出了不同的安排,表达了立法者重男轻女的立场。遗腹的女性后裔也是死者的血亲,如果她们认为遗嘱不合义务,也可采取对抗措施,为了避免这种结果,在概括剥夺的情形,遗嘱人往往遗赠她们一些财产安慰她们。这就说明了受遗赠人并非继承人,被剥夺继承权不等于被剥夺取得遗产的机会。而且还说明,受遗赠人可以是在继承人的行列中的人。

I.2,13,2。事实上,自权继承人的代位人,也像在父亲死后诞生而成为尊亲的自权继承人的子女一样,处在遗腹子女的地位。例如,如果某人对一儿子以及对该儿子所出的孙子或孙女享有权力,由于儿子在亲等上居先,只有他享有自权继承人的权利,尽管从他所出的孙子和孙女处在同一权力下。但如果他生存,而其儿子死亡、或由于任何其他原因脱离了其权力,引起孙子和孙女代其位,以这种方式像在父亲死后出生的子女一样取得自权继承人的权利。因此,为免其遗嘱以这种方式被打破,遗嘱人如同为了避免非法订立遗嘱,应要么指定儿子为继承人,要么剥夺其继承权一样,这样,对儿子所出的孙子或孙女,应

要么指定他为继承人，要么剥夺其继承权，以免万一他生存而儿子死亡，代儿子之位的孙子或孙女像在父亲死后出生的子女一样将遗嘱打破。这是《优纽斯和韦雷乌斯法》规定的，在该法中，根据遗腹子女的先例，指出了剥夺孙子女之继承权的方式。

本段对《优纽斯和韦雷乌斯法》进行评注，间接地规定了代位继承制度。该法大概颁布于公元26年，创设了一类特殊的遗腹子类别，即：在遗嘱订立之后并且遗嘱人死亡之前出生的遗腹子，此类遗腹子后来被称为韦勒雅遗腹子，实际上是后生子，后生子不同于遗腹子，前者生于遗嘱订立之后，遗嘱人尚生存之时，后者生于遗嘱人死亡之后。但两者的共性是都有未被遗嘱人想到的可能。《优纽斯和韦雷乌斯法》规定在遗嘱人立遗嘱后即丧失行为能力或事实上不允许其重立遗嘱，但其自权继承人在其遗嘱成立后出生情况下的补救。它规定，自权继承人的代位人，也像在父亲死后诞生而成为尊亲的自权继承人的子女一样，处在遗腹子女的地位。例如，如果某人对一儿子以及对该儿子所出的孙子或孙女享有权力，由于儿子在亲等上居先，只有他享有自权继承人的权利，尽管从他所出的孙子和孙女处在同一权力下。但如果他生存，而其儿子死亡、或由于任何其他原因脱离了其权力，引起孙子和孙女代其位，以这种方式像在父亲死后出生的子女一样取得自权继承人的权利。因此，为免其遗嘱以这种方式被打破，遗嘱人如同为了避免遗嘱不依法订立，应要么指定儿子为继承人，要么剥夺其继承权一样，这样，对儿子所出的孙子或孙女，应要么指定他为继承人，要么剥夺其继承权，以免万一他生存而儿子死亡，代儿子之位的孙子或孙女像在父亲死后出生的子女一样，将遗嘱打破。因此，该法根据遗腹子女的先例，指出了剥夺孙子女之继承权的方式。①

此段提到的代位原因包括死亡和继承人脱离家父权，现代民法的代位原因仅包括死亡。

I.2,13,3。根据市民法，对已解放的子女，不必或指定为继承人，或剥夺其继承权，因为他们不是自权继承人。但裁判官命令对所有的人，不论是男性还是女性，如果未指定他们为继承人，要剥夺其继承权，对于男性要指名地剥夺，但对于女性，以"其他的人"的方式剥夺。如果他们既未被指定为继承人，也未按朕所说的被剥夺继承权，裁判官允许他们违背遗嘱文件占有遗产。

本段讲对已被解放的子女按旧法在是否让其继承上不必旗帜鲜明，但裁判官

① 参见黄风：《罗马的法律大全》，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。

法使他们的地位与自权继承人地位同化，由此提高了血亲的地位。被解放的子女已不是宗亲，而是血亲，必须破除血亲必定是母系亲属的观念。裁判官的此举也反映了家父权的衰微。由此，所有的子女，不论是否在家父权下，都要旗帜鲜明确定他们在遗产分配中的地位，要么指定他们为继承人，要么剥夺其继承权。但裁判官法的安排仍有男女不平等的痕迹，因为对于女性后裔允许概括剥夺。未被旗帜鲜明地对待的子女，可以违背遗嘱文件占有遗产。

I.2,13,4。养子女只要处在养父的权力下，就被认为处在与合法婚姻中出生之子女同样的法律地位。因此，必须根据朕就亲生子女阐述的规则，或指定他们为继承人，或剥夺其继承权。然而，一旦他们被养父解放，不论根据市民法还是根据裁判官的有关告示，他们都不被列入子女之内。由此原因发生这样的情况：相反，在他们与生父的关系中，只要他们确实在养父家里，他们被认为同家外人一样，这样，他不必或指定他们为继承人，或剥夺其继承权。但一旦他们被养父解放，引起这样的情况：他们处在如果被生父本人解放将处于的情势中。

本段首先讲养子女与婚生子女一样，不得被遗漏，必须要么被指定为继承人，要么剥夺其继承权。其次讲养子被养父解放的，就处于一种“两头失塌”的地位，对生父和养父都没有继承权。他们像在被生父解放的情形中一样，是其前养父的家外人。

I.2,13,5。但这些是前人采用的规则。而朕的一个敕令[①]并不认为男女两性在这方面的法律中有任何区别，因为这两种人在人类的生殖中执行着类似的自然功能，并且古代的《十二表法》以同样的方式召集所有的人进行无遗嘱继承[②]，而后来裁判官看来也遵循了这一体制，因此，不仅为已出生的儿子、女儿和其他父系卑亲属，而且也为遗腹子女采用了简单和同样的法：所有的卑亲属，不论为自权继承人或已被解放，都要指名地剥夺继承权；而女儿也有权请求宣告其尊亲的遗嘱无效并带走遗产，其地位与作为自权人的儿子或被解放的儿子同，不论这些儿子是已出生还是仍在母腹中后来出生。然而，对于养子女，朕在一个为他们发布的敕令[③]中采用了某种区分。[④]

① 参见 C.6,28,4,531 年。
② 参见《十二表法》第五表第 4 条、第 5 条。
③ 参见 C.8,47(48),10,530 年。
④ 参见本书第 1 卷第 11 题第 2 段。

本段讲优士丁尼的男女平等改革:对于所有的卑亲属,不分男女,不分辈分,不分是否已解放,不分是已出生还是遗腹,都要指名剥夺继承权,养子女除外。改革理由之一是自然法,提出了男女两性在人类的繁衍中起同样重要作用的命题。之二是良好的古代先例以及裁判官的良好实践,它们都不区分性别地召集所有的卑亲属继承,不像优士丁尼改革的法律一样,在法定继承中实行无性别主义,在遗嘱继承中实行性别主义。通过这样的改革,女儿也能宣告其父亲的遗嘱不合义务并根据裁判官法占有父亲的遗产了,而这曾经是自权儿子继承人或被解放的儿子才享有的权利。至于养子,优士丁尼区分了完全收养和不完全收养,前者是尊亲收养自己的后裔;后者为非尊亲收养,原则上只允许被收养人继承生父,从而改变了他们过去的"两头失塌"的地位。[①] 优士丁尼作出这一区分的敕令的内容被叙述在I.3,1,14中。

I.2,13,6。但如果忙于出征的士兵订立遗嘱,未指名地剥夺其已出生的子女或遗腹子女的继承权,而只是在他不知自己子女的情况时以沉默遗漏了他们,元首的一个敕令警告,其沉默相当于指名地剥夺继承权。

本段为了优待士兵而推定他们在遗嘱中对某个子女的沉默为剥夺,以避免其遗嘱无效。这是士兵的特权,平民在遗嘱中以沉默遗漏子女会导致遗嘱无效。但士兵享有这个特权须具备两个条件:其一,只有在士兵忙于出征时才能享有;其二,他不知自己子女的情况,也就是说,不知已生下来的子女是死是活,或不知其妻子是否怀孕。由此不好决定是授予一剥夺生存子女的继承权,还是授予一剥夺遗腹子女的继承权。[②] 这种不知的发生概率忙于军务的军人远远高于生活相对安定的平民,所以,授予军人如上特权,并非无理。

I.2,13,7。母亲或外祖父不必或指定其子女为继承人,或剥夺其继承权,可以遗漏他们。事实上,母亲、外祖父或其他母系尊亲的沉默,产生由父亲剥夺继承权的同样效果。因为不论根据市民法,还是根据裁判官允许被遗漏的子女违背遗嘱占有遗产的告示,如果他们未被指定为继承人,母亲不必剥夺儿子或女儿的继承权,外祖父不必剥夺女儿所出的孙子或孙女的继承权。但对他们保留了其他不久以后将要对你们说明的补救。

---

① Cfr. Giovanni Lughetti, La Legislazione Imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano, Giuffrè, Milano, 1996, p.242.

② Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.410.

本段讲母系尊亲对于子女的遗漏的法律效果。这种沉默被推定为剥夺继承权。因为继承还是围绕着私有制和父系制进行，被继承的，不仅有财产的成分，而且有家族身份的成分。父系继承中后一种成分居多，母系继承中没有这一成分，因此没有旗帜鲜明对待的要求。最后说到的“补救”，指本卷第18题规定的宣告遗嘱不合义务之诉。

第 14 题

继承人之指定

I.2,14pr.。允许指定自由人、自己或他人的奴隶为继承人。但从前,按多数人的意见,对于自己的奴隶,如果未给予他们自由,不能正当地指定他们为继承人。但现在按朕的敕令①,也允许不附自由权地指定他们为继承人。朕采用这一规则,不是出于革新,而是因为它更公平,而保罗②不论在其《马苏流斯·萨宾评注》,还是在其《普劳提评注》的书中都提到,这是由阿提利奇努斯③决定的。但遗嘱人对之享有空虚所有权、其他人享有用益权的奴隶,也被理解为自己的奴隶。然而有一种即使同时给予自由,奴隶也不能有效地被女主人指定为继承人的情况,这是由神君塞维鲁斯和安东尼努斯的敕令规定的,其原文是这样的:"在作出判决前,因通奸有污点的奴隶,被认为不能合法地由被控告同一罪行之妇女的遗嘱解放,是有道理的,因而作为后果,由女主人对该奴隶所作的自由权赠予和继承人指定,不具任何效力。"遗嘱人对之享有用益权的奴隶,也被理解为他人的奴隶。

此段主要讲奴隶具有消极的遗嘱能力,无论是自己的奴隶还是他人的奴隶,都可被指定为继承人。但按优士丁尼以前的学说,必须同时赋予被指定的奴隶自由权,继承人指定才有效,其潜台词是奴隶无消极的遗嘱能力,这种能力只有自由人有,因此,要想让奴隶当继承人,就必须赋予他们自由。如果遗嘱人指定奴隶为继承人而未赋予他自由,然后把他转让或遗赠,就引发了此等转让和遗赠是否有效的问题,以及谁有权得到此等遗产或遗赠的问题,优士丁尼以其 531 年的敕答,遵循 I.1,14,1 提出的未附自由权指定奴隶为监护人被推定为默示地授予了他自由权的规则,确定此种奴隶也被默示地赋予了自由权,由此解决了上述

① 参见 C.6,27,5,531 年。

② 尤留斯·保罗(Iulius Paulus),3 世纪上半叶的罗马法学家,据说是希腊人,为谢沃拉的弟子,是最多产的罗马法作家,著有作品 94 种,其 80 卷的《告示评注》对后世影响较大。

③ 阿提利奇努斯(Atilicinus),1 世纪中期的罗马法学家。

争议。从本段的文字来看，优士丁尼的这一决定采纳了阿提利奇努斯被保罗在其《萨宾评注》和《普劳提评注》两本著作中转述的意见。这样就坚持了只有自由人才有消极的遗嘱能力的原则。

本段接下来解释自己的奴隶与他人的奴隶之间的灰色地带，把遗嘱人享有空虚所有权，他人享有用益权的奴隶也界定为自己的奴隶。这样，遗嘱人享有用益权的奴隶被视为他人的奴隶。只提到这两种奴隶是有道理的，因为他们都与遗嘱人有这样或那样的关系，容易进入其视野甚至为其提供良好服务从而被指定为继承人作为回报。

本段最后谈到了指定自己的奴隶为继承人的规则的例外：女主人即使附自由权地解放与自己通奸的奴隶，解放仍无效。这种处理体现了严守主奴分野的立场，而且是男权主义的，换言之，男主人附自由权地解放与自己通奸的女奴，就有效。这种情形的女主人曾不光要承受不能解放自己的心上人的痛苦，而且可能把自己也变成奴隶（参见 I.3,12,1）。幸运的是，这种可能性在优士丁尼时代被排除了。

《马苏流斯·萨宾评注》其实是《萨宾的〈市民法〉评注》，是对萨宾的《市民法》一书的评注，不应把这一书名译为《论萨宾》，具有这一书名的著作应是对萨宾的为人的研究而非对他的某一著作的研究。[①] 例如，本书的书名是《优士丁尼〈法学阶梯〉评注》，把本书简称为《优士丁尼评注》可以，简称为《论优士丁尼》就离谱了，因为本书中无一点文字去论述这个皇帝的为人处世。《普劳提评注》是保罗对 1 世纪（生存于韦斯巴芗皇帝在位期间）的法学家普劳提的关于裁判官法的著作的评注。我们对普劳提所知很少，但其地位很重要，内拉蒂、彭波尼、雅沃伦和保罗都写过《普劳提评注》可证明这一点。[②]

I.2,14,1。然而，被主人指定为其继承人的奴隶，如果这种地位确实得到维持，他根据遗嘱成为自由人和必要继承人。但如果他被活着的遗嘱人解放，他可自己斟酌是否接受遗产，因为他尚未成为必要继承人，原因在于他不是根据主人的遗嘱同时得到自由权和遗产。如果他被转让，他须按新主人的命令接受遗产，由此其主人通过他成为继承人。事实上，被转让者本人，即使同时给予自由地被指定为继承人，既不能成为继承人，也不能成为自由人，因为转让他的主人被认为已放弃给予他自由。被指定为继承人的他人奴隶，如果他继续处在同样的地位，他也必须根据主人的命令接受遗产。但如果他在遗嘱人在世时；

① 例如，范怀俊译的《民法大全选译·物与物权》就是这样译的，中国政法大学出版社 1993 年版，第 157 页及多处。

② See Adolf Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1991, p.632.

或在遗嘱人死亡后、接受遗产前被该主人转让，他须根据新主人的命令接受遗产。如果他在遗嘱人生存时，或在遗嘱人死亡后、接受遗产前被解放，他可以自己斟酌是否接受遗产。

本段讲被指定为其继承人的奴隶能否自主接受遗产问题。分为4种情况。第一种情况是主人作出指定后未解放被指定为继承人的奴隶，此等奴隶成为必要继承人和自由人。第二种情况是主人又对同一奴隶实施了解放，被解放的奴隶转化为家外继承人，此时奴隶取得犹豫权，可根据自身利益需要自主斟酌是否接受遗产，因为他不是以取得自由权为报偿承受可能债务超过的遗产。第三种情况是主人在指定他为继承人后把他转让给第三人，此时，奴隶须根据新主人的命令接受遗产。转让的意义非同小可，即便该奴隶被附自由权地指定为继承人，一旦他被转让，就意味着遗嘱人放弃给予自由的意思，所以被指定的奴隶遗产和自由权皆失。第四种情况是遗嘱人指定了他人的奴隶为继承人，此等奴隶也要根据其主人的命令决定是否接受遗产。如果他在接受遗产前被转让，他要根据新主人的命令决定是否接受遗产。如果他在这一期日前得到解放，他可自己决定是否接受遗产。遗产有利则接受之，不利则拒绝之，不必为了得到自由权为主人的破产顶缸了。

I.2,14,2。他人的奴隶，在主人死后，可正当地被指定为继承人，因为属于遗产的奴隶也有遗嘱能力。确实，尚未被接受的遗产所代表的人，并不是未来的继承人，而是死者，因此，尚在母腹中的人的奴隶，也可正当地被指定为继承人。

此段接续前段尾部，讲可被指定为继承人的“他人的奴隶”的范围。这里的“他人”，可以是自然人，也可以是法人，也就是待继承的遗产。它是一种财团法人，其中包括的财产归它自身所有，尽管本段说它属于死者。死者属于神法，遗产属于人法，实际上说的是遗产有自身人格（参见I.3,17pr.）。包括在其中的奴隶也有遗嘱能力，所以能够承受他人的继承人之指定。依此类推，未出生的遗腹子的奴隶也可以被指定为继承人。我们知道，优士丁尼法允许胎儿作为继承人，此等胎儿取得的遗产到他出生前处在前途未定的状态，因为如果死产，此等胎儿的份额应增加给其他继承人。如果他活着出生，这一份额才现实地属于他。所以，胎儿的遗产份额在归于他到他出生之间的期间，也属于财团法人，由遗腹子的法定代理人管领。此等财团中包括的奴隶当然可为它取得财产，被指定为继承人是取得方式之一。如果胎儿活产，奴隶取得的遗产归此等婴儿。如果情况相反，此等遗产增加给其他继承人。

I.2,14,3。具有继承能力的多数人的奴隶被家外人指定为继承人，他根据他们的命令接受的遗产，按各主人权利的比例，为各个主人取得。

本段讲奴隶为数个奴隶主共有时，如果被家外人指定为继承人，是否接受遗产由奴隶主共同决定。意见不一致时按多数人意见决定，持不同意见的人数相当时由裁判官处理。取得的遗产按比例分给诸共有人。如果这种奴隶被家内人即其主人之一指定为继承人，同时明示地赋予其自由权，该奴隶可取得自由权和遗产，但要赔偿其他共有人的损失。①

I.2,14,4。某人可指定一个人为继承人，也可以像他愿意的，指定无尽的许多人为继承人。

此段讲对继承人人数无限制，引出下文在复数继承人中分配遗产的数学规则。罗马家庭通常把子女数目控制在3个以内。当时人们的预期寿命是50岁②，而且人们晚婚晚育，有孙子的人当不多，这样，家庭内的继承人超过10个的概率很小，但本段假定继承人的数目可以是无尽的，透露出允许非家庭成员为继承人的制度背景。

I.2,14,5。遗产通常分为12份，它们包括在阿斯的名称中，事实上，各个部分，从一份到阿斯，都有自己的名称。例如：Sextans(2/12)，Quadrans(3/12)，Triens(4/12)，Quincunx，(5/12)，Semis(6/12)，Septunx(7/12)，Bes(8/12)，Dodrans (9/12)，Dextans(10/12)，Deunx(11/12)以及阿斯(12/12)。然而，遗产并非在任何情况下都必须有12份。事实上，一个阿斯可由遗嘱人愿望的份数组成，例如，如果某人仅指定了一个继承人，但又说他继承一半遗产，这一半就是整个的阿斯。因为该人，除非他是士兵，不能就部分遗产订立遗嘱而死、就部分遗产无遗嘱而死，在遗嘱问题上，对于士兵，只考虑其意愿。反之，某人可随其所愿地将其遗产划成许多份数。

本段讲按份额指定继承人的方式，与就特定物指定继承人(Heredis Institutio ex

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.421.

② See Richard P. Saller, Men's Age at Marriage and Its Consequences in the Roman Family, In Classical Philology 82 (1987), p.30.

Re Certa)的方式相对立。边沁认为,它的目的是避免共有造成纠纷。[①] 此说很有道理。由于罗马人以货币化而非以实物方式分配遗产,西塞罗在其《地方论》第29节中把遗产定义为"资金"[②]就不奇怪了。其运作效果是,一个继承人能一目了然地知道自己的所得在整个的待分配遗产中的比例,但为此需要先要拍卖实物遗产将之转化为现金,为此可能造成遗产损耗,因而是一种成本昂贵的遗产分配方式。它按价值把遗产分为若干份,以均等或不均等的方式把遗产分给各继承人。采用均等的方式,有如共有10个继承人,把遗产分为10份,每人取得一份的情形;采用不均等的方式,有如共有3个继承人,把遗产分为10份,甲得6份,乙丙各得两份的情形。这种模式为罗马人采用。本段即反映了这种方式。相反,遗嘱规定甲继承人分得某物,乙继承人分得某物的,是就特定物指定继承人的方式,特点是某个继承人分得的遗产与总遗产价值的比例关系不清楚。这种方式为希腊—埃及地区采用,不为早期的罗马人接受,他们认为此等情形中的所谓继承人实际上是受遗赠人。这样的不接受也为了维持继承的移转集合物的方式的性质。在共和与元首制的过渡时期,包含这种条款的遗嘱在剔除了它们后有效。但到了帕比尼安的时代,这种条款也被承认有效。[③]

至此可见,遗嘱有效有两个要求:主体要求:不可以遗漏人。客体要求:不可以遗漏物。遗嘱必须处分全部遗产,但士兵的遗嘱除外。

I.2,14,6。如果多数人被指定为继承人,只有在遗嘱人不想使他们按均等的份额成为继承人的情况下,他才有必要分配份额。因为很显然,未指定份额,他们就按均等的份额成为继承人。然而,对有些人指定了份额,如果某一他人被无份额地指定为继承人,如果阿斯确实有某些份额未被处分,他就成为该份额的继承人。如果多数人被无份额地指定为继承人,他们全体分割上述未处分的份额。但如果整个的阿斯已用完,未按份额指定的继承人被召集继承一半遗产,而其他男女继承人继承另一半。他在继承人的指定中居前、居中或居后,并不要紧。他被认为被给予了空余的份额。

本段讲遗嘱人在继承人中分配遗产的方法。首先推定均分。其次讲在按份额指定继承人的情况下排除均分。最后讲就某些继承人指定了份额,对其他继承人未指定份额之情形的处理。分为两种情况。其一,只有一个人未被指定份额,此

① 参见〔英〕边沁:《立法理论》,李贵方等译,中国人民公安大学出版社2004年版,第221页。

② 参见〔古罗马〕西塞罗:《地方论》,徐国栋、阿·贝特鲁奇、纪蔚民译,载《南京大学法学评论》(2008年春秋合卷),第7页。

③ See Lionel Cohen, XXVII. -Heredis Institutio ex Re Certa and a New Will of the Roman Type, In *Transactions and Proceedings of American Philological Association*, Vol. 68 (1937), pp. 349ss.

时，尚余的份额就是他的份额；其二，多数人未被指定份额，此时，尚余的份额在他们中均分。如果整个的阿斯已用完，则把遗产分为两半。被指定份额的继承人继承一半，未被指定份额的继承人继承另一半。

I.2,14,7。朕且来看，在某些遗产份额空余，但无任何人被无份额地指定为继承人的情况下，法律如何处理？例如，3 个人被指定各自继承 1/4 的遗产的情况。显然，空余的份额默示地按其遗产份额的比例归于每个人，如同他们被指定为 1/3 遗产的继承人一样。反之，如果遗产份额超出了，就默示地减少每个人的份额，这样，如果指定了 4 个继承人，每人分 1/3 的遗产，那么他们将被认为各人仿佛被指定为 1/4 遗产的继承人。

本段讲对指定的份额之和小于或大于遗产总额的情形的处理。在小于的情形，多出的部分按各继承人继承遗产的比例分给他们；在大于的情形，按同样的比例削减每个继承人应得的遗产份额。

I.2,14,8。而如果被分配的份额已超过 12 份，被无份额地指定的继承人将得到第二个阿斯与第一个阿斯相减之所余的份额。如果两个阿斯也用完了，作同样的处理。所有这些份额，不管份数如何多，后来都被回复为一个阿斯。

此段反映了罗马人分遗产时习惯于价值分割，不似国人习惯于实物分割。新《越南民法典》第 684 条同时允许两种分割方式[①]，为当事人提供了更多的选择项，值得借鉴。

对此段应这样理解：第一个阿斯为 12 份，被分配的份额却达到 13 份，则第二个阿斯为 24 份。被无份额指定的继承人的份额为$\frac{24}{24}-\frac{13}{24}=\frac{11}{24}$（即相减所余的份额）。

I.2,14,9。既可以单纯地，也可以附条件地指定继承人，但不能自某时起或自某时止地指定继承人，例如："于吾死后 5 年"；或"从某日起"或"到某日止"成为继承人。人们同意，在遗嘱中添加期限被认为是多余的，因此，继承人被视为是单纯地指定的。

① 参见吴远富译：《越南社会主义共和国民法典》（2005 年版），厦门大学出版社 2007 年版，第 168 页。

本段讲可以绝对的或附条件的指定继承人，实际上，并非所有的条件都可以接受。但遗嘱不能附停止期限或解除期限，因为如此会造成中间期限，实际上，信托替补继承人的指定不妨可以理解为一种附期限指定。

附期限地指定继承人违背了事理之性质，因为若这样指定的继承人的附带期限届满后，遗嘱人由于已死亡，再无机会指定另外的继承人继承遗产，如此，则遗嘱人自身要由有遗嘱而死的状态变为无遗嘱而死的状态，遗嘱继承转入法定继承，如此人为地使法律关系复杂化，并且有愚弄被指定的继承人之意，因此有违指定继承人之消除无遗嘱而死的事理之性质，以及表示遗嘱人之恩惠情怀的性质，不得认为其有效。所以，如果某人附带这样的样态指定继承人，后者被视为是单纯地指定的。

为了保证社会财产可以充分利用且有人照管，视附期限指定继承人为不合情理，因为这会导致遗嘱无限复杂，违反事理的性质。而且，继承的本质是移转所有权的一种方式，继承不能移转临时的所有权。正是这一性质把继承人与信托的受任人区分开来。

I.2,14,10。被附加于继承人指定、遗赠、信托、赠予自由的不可能的条件，视为未写。

本段讲不可能的条件视为未写。这涉及遗嘱人恶作剧的情形，表明他并无诚意把遗产留给被指定者。为了继承人的利益，法律以故意忽略的方法调整这种继承关系。

到此为止，就法律行为的无效，有无效、打破、视为未写3个表达，语汇丰富。

I.2,14,11。如果继承人的指定附加了多数条件，如果它们确实是综合的，例如，"如果做了此事和彼事"，全部条件都必须成就。如果条件是分开的，例如，如果"做了此事或彼事"，则任何一个条件的满足，便已足够。

本段讲指定继承人附加条件的不同情形。分为联言条件和选择条件两种情况，前者是两个事件必须一并成就的情形，后者是两个事件成就其一即可的情形。

I.2,14,12。遗嘱人从未见过的人，可被指定为继承人。例如，指定了兄弟的出生于外国的儿子为继承人，而不知道他们是谁的情况，事实上，订立遗嘱者的这种不知并不使指定无效。

此段讲两个问题。其一，不确定的人的含义问题。按 I. 2，20，25，不确定的人无遗嘱能力，所以不能指定他们为继承人，指定了也无效。但不确定的人的概念值得推敲，如果遗嘱人对于指定的人有明确的概念，例如他的兄弟的出生于外国的儿子，尽管他未见过这个侄子，此等侄子不算不确定的人，对他的继承人指定有效。其二，指定继承人的依据问题。亲属关系仅仅是指定的依据之一，名望、美德、博学都可作为指定的依据。这样，具备以上因素的名人，尽管遗嘱人未见过，也可被合法地指定为继承人。[①] 所以，本段是对“权利义务相一致”的继承原则的否证，一个未见过面的人是不可能为遗嘱人提供什么服务的。

① Véase Arnold Vinnio, In Quattuor Libros Institutionum Imperialum Commentarius Academicus et Forensis, Tomo I, 1867, Barcelona, pag. 537s.

第 15 题

通常的替补继承人

I.2,15pr.。事实上,某人可指定多数顺序的继承人,例如,"如果甲不能成为继承人,则乙是继承人"。以这种方式,遗嘱人可随其所愿地指定许多替补继承人,为了保险,于最后的顺位指定一个奴隶为必要继承人。

本段讲遗嘱人设立多顺序的替补继承人的自由,也就是说,指定第二顺序的替补继承人替补第一顺序的替补继承人;指定第三顺序的替补继承人替补第二顺序的,以此类推。最后指定一个奴隶为最后顺位的替补继承人,因为他不能放弃继承,所以可保障遗嘱人最后有继承人根据遗嘱继承遗产,从而避免无遗嘱而死。由此可见设立多顺序替补继承人的目的在于减少遗嘱人无遗嘱而死的可能。所以,本段的规则与 I.2,16,9 所述的信托替补规则不同,尽管在两种情形,都有多数顺序的替补继承人。在本段的情形,只有一个顺序的替补继承人得到了遗产,而在信托替补的情形,每个顺序的替补继承人都得到了遗产,不过在享用了一段时间后要把它传给下一顺序的替补继承人而已,所以,后者是让遗嘱人对财产的处分权可以延续好几代行使的方式。

I.2,15,1。也可指定几个人替补继承一人,或指定一个人替补继承几个人,或一个人替补继承一人,或被指定的继承人相互替补。

此段讲设立替补继承人的方式,可以复数的人替补一人,也可一个人替补复数的人,也可一对一地替补,也可在被指定的继承人间相互替补。总之,替补的方式是自由的。

I.2,15,2。如果按不均等份额指定的继承人相互替补,而对他们在替补继承中的份额未置一词,则认为在替补继承中给予他们在指定继承人中指出的份

额。神君皮尤斯是这样批复的。[1]

本段对替补继承人的份额进行推定:为本继承人的份额。这样就解决了他们在替补继承中的份额缺乏安排的问题。皮尤斯皇帝,即恺撒·提图斯·埃流斯·安东尼努斯皇帝(Caesare Titus Aelius Antoninus),是好皇帝之一。

I.2,15,3。如果指定了两个继承人,其中一个是另一个的替补继承人,后来,第三人又被指定为后者的替补继承人,神君塞维鲁斯和安东尼努斯批复道:此等第三人无区别地得到两个份额。

本段确立了替补继承人的替补继承人也是被指定的继承人的替补继承人的规则。说的是AB同时被指定为继承人。在遗嘱中,B一身二任,既是继承人,又是A的替补继承人。最后,C又被指定为B的替补继承人。遗嘱人死亡后,如果A死在遗嘱人之前或丧失了遗嘱能力不能接受遗产,B既有机会继承自己的一份遗产,又有机会以替补继承人的名义继承了A应继承的一份遗产,这样,他有继承两份遗产的希望。后来B死亡,C可继承B可能继承的两份遗产,法律拟制在AC之间发生了继承,他是以A的替补继承人的身份这样做的。据说这是法学家尤里安的观点(D.28,6,27),为塞维鲁斯和安东尼努斯皇帝采用。[2]

I.2,15,4。如果某人指定他认为是家父的他人奴隶为继承人,并在他不能成为继承人的情况下,指定梅维尤斯为其替补继承人,而该奴隶根据主人的命令接受了遗产,梅维尤斯被允许得到一半。事实上,"在他不能成为继承人的情况下"一语,在遗嘱人确实知道他为受制于他人权力的人时,应这样理解:如果他自己不能成为继承人,也不导致他人成为继承人。但在他被认为是家父时,此语指:"如果他不能为自己或为尔后他将受制于其权力的人取得遗产"。这是恺撒提贝流斯就其奴隶巴尔特纽斯决定的。

本段的背景是巴尔特纽斯案件。巴尔特纽斯是比提尼亚的尼切阿的希腊语法学家和诗人,他由罗马执政官秦纳在第三次米特拉达悌战争(公元前74年—公元前66年)中俘获并于公元前72年被带到罗马。第三次米特拉达悌战争是本都国王米特拉达悌六世因与罗马争夺巴尔特纽斯的故国比提尼亚发生的战争,以米特

① 见C.6,26,1,146年。

② Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.437.

拉达悌六世败亡告终。巴尔特纽斯被带到罗马后，尽管身为奴隶，但似乎享有完全的自由，因为他访问了那波里，在那里教罗马大诗人维吉尔希腊语。他是一位擅长悲歌，尤其是其中的挽歌以及史诗的作家。他唯一幸存的作品是《爱的悲伤》(Erotica Pathemata)，其中收集36个爱情故事的摘要，它们都有悲剧性的或令人伤感的结尾。他一直活到14年提贝流斯即位。[①] 那时他已将近百岁了。提贝流斯曾长期在希腊学习，很喜欢他的作品，想必他是直接读的希腊文原著。这个罗马帝国的第二任皇帝把巴尔特纽斯的作品和雕像放在公共图书馆中。由于巴氏声名显赫，人们多不知道他是奴隶，遂指定他为自己的继承人以表达对他的喜爱，同时由于巴尔特纽斯高龄，指定了他的替补继承人。提贝流斯遂以巴尔特纽斯的主人身份主张留给巴尔特纽斯的遗产，同时，为了表示公平，把遗产的一半给巴尔特纽斯的替补继承人。[②] 这个真实的案件被彭波尼在D.28.5.42中作了报道。这一故事表明：战俘似乎就成为皇帝的奴隶；罗马的有些奴隶享有高度的自由，可以自由行动、进行学术活动，成为名人；罗马的一些著名文化人是外邦人，是奴隶。

巴尔特纽斯案件反映出帝政时期(属于程式诉讼时期)的司法程序：皇帝独揽司法大权，可以受理民事和刑事的初审和上诉案件，由元首顾问委员会佐理。[③] 同时，皇帝对涉及自己的案件也不回避。

具体而言，本段首先讲对继承人的身份错误对替补继承的影响，在巴尔特纽斯一案中，遗嘱人以为指定的继承人巴尔特纽斯是家父，但考虑到他七老八十，为他指定了替补继承人，而巴尔特纽斯并不知道遗嘱人的错误，在得知该遗嘱后根据提贝流斯的命令接受了遗产，这时有人揭发出巴尔特纽斯的奴隶身份，此时发生是否要跳过巴尔特纽斯让梅维尤斯继承遗产的问题。提贝流斯受理了这一案件，他作出了把梅维尤斯从候补继承人提升为现任继承人，但让巴尔特纽斯的主人——即他自己——与梅维尤斯各得一半遗产的处理。我认为这样做有如下理由：其一，误认奴隶为自由人虽然是错误，但并非致命的错误，因为奴隶具有消极的遗嘱能力，即使明知他是奴隶而指定他为继承人，也是有效的，因此，这一错误不至于导致第一顺位的继承人指定无效。其二，巴尔特纽斯及其主人的信赖利益应该保护。巴尔特纽斯不知遗嘱人的错误，已根据提贝流斯的命令接受遗产。接受有实际管理遗产的情形，如果是这样，突然告知巴尔特纽斯对他的继承人指定无效，未免对他

---

① See Parthenius of Nicaea, In Wikipedia, the free encyclopedia, On http://en.wikipedia.org/wiki/Parthenius_of_Nicaea,2008年5月29日访问。巴尔特纽斯的这些诗歌中的某些的英译本，可从http://www.theoi.com/Text/Parthenius.html获得。

② See Robert Samuel Rogers, XII.—The Roman Emperors as Heirs and Legatees, In Transactions and Proceedings of the American Philological Association, Vol.48(1947), Johns Hopkins University Press, pp.144s.

③ 参见周枏：《罗马法原论》(下册)，商务印书馆1994年版，第880页。〔日〕盐野七生：《罗马人的故事XI：结局的开始》，郑维欣译，三民书局2005年版，第165页。

是一个打击，不宜为之。其三，错误尽管并非致命，但也要让错误者付出代价：让梅维尤斯分享一半遗产，当然，提贝流斯这样做，也有证明自己尽管未回避处理涉及自己的案件，但不妨碍自己作出公正的处理的意味。这样的处理尽管体现了法是善良公正之术的命题，但完全是和稀泥，破坏了替补继承的性质，因为按替补继承的原理，是要么一个顺位的继承人全得，要么什么都不得，而这种处理是让两个顺位的继承人兼得。接下来的文字是针对巴尔特纽斯案件对设立替补继承人前提条件的解释。首先是在遗嘱人明知第一顺位的继承人是奴隶的情形——即对没有发生身份错误的情形——的解释，此时的奴隶不能成为继承人有两种可能，第一是不配，即有重大的不道德行为；第二是其主人不命令他接受遗产，这样就发生了第一顺位的继承人指定受挫，按常理，这要引起替补继承人开始继承的，但提贝流斯作了否定的安排，这又违背了替补继承制度的法理，其意图似乎是反对把奴隶指定为第一顺位的继承人，以让替补继承指定落空的方式制裁这种指定者。至于由于错误指定奴隶为第一顺位的继承人的情况，则另当别论。这就涉及遗嘱人基于错误指定奴隶为第一顺位的继承人的情况了，可以接受的错误原因是：一个自由人被指定为继承人，但在继承前沦为奴隶，这样，如果他不能为自己取得遗产——这是假设他仍然是自由人的情形，因为奴隶是不能为自己取得遗产的——也不能为他变成奴隶后的主人取得遗产——这可能因为此等主人拒绝接受遗产，则发生替补继承。这种安排，表现了提贝流斯对出于错误指定奴隶为第一顺位的继承人的容忍，因此维持此等情形中的替补继承制度。

本段表现的是帝政初期的一个判例，证明那时的罗马法还具有判例法的色彩。

第 16 题

未成年人的替补继承人

I.2,16pr.。对自己的未适婚的子女享有权力者,不仅可按朕之如上所述指定替补继承人,换言之,如果他们不能成为继承人,其他人将成为继承人,而且可进一步指定如果他们成为继承人,然后未达适婚年龄而死,将继承他们的人。例如,如果某人这样说:"令吾子蒂丘斯为吾之继承人,如果吾子不能成为吾之继承人,或成为继承人,而在他成为自己的监护人前死亡(易言之,成为适婚人),令塞尤斯为继承人。"在这种情况下,如果儿子确实未能成为继承人,替补继承人便成为父亲的继承人。但如果儿子成为继承人,而在适婚前死亡,替补继承人成为上述儿子的继承人。因为习俗已规定:在子女处在不能为自己订立遗嘱年龄的情况下,其尊亲为他们订立遗嘱。

此段讲第二种替补继承人:未成年人的替补继承人,实际上是尊亲代未适婚的子女立遗嘱权的扩张运用。

此替补继承生效有两种情形:(1) 未适婚子女不能成为继承人;(2) 成为继承人,但未达适婚年龄而死。发生的效果是:未适婚子女不能成为继承人,则替补继承人成为父亲的继承人。儿子在未适婚前死亡,则替补继承人成为儿子的继承人。

未成年人的替补继承人的指定目的在于避免此等未成年人无遗嘱而死,其次是进一步控制遗产的流向,使之符合自己的意志。

从本段来看,法律原规定不能代立遗嘱,但习俗打破了"遗嘱必须由财产所有人自己订立"的原则,允许尊亲代自己的未适婚子女订立遗嘱。

I.2,16,1。受这一规则启发,朕在朕的《法典》中编入了一条敕令[①],规定:如果他们有不论性别如何、亲等如何的子女、孙子女或曾孙子女心智不健全,根据未成年人的替补继承人的先例,允许他们为之指定某些确定的人为替补继承

① 参见 C.6,26,9,528 年。

人,即使这些人已达适婚年龄,亦可如此。然而,如果他们恢复官能,上述替补继承人指定失效,这也是根据未成年人的替补继承人的先例,根据这一先例,未成年人成年后,对他们的替补继承人指定失效。

此段扩张尊亲为未适婚子女代立遗嘱权的规则到为心智不健全的子女代立遗嘱,因为两种被代立遗嘱者的属性相同:不能认识自己行为的法律意义,因此有可能适用同样的规则。两者不同的是,适婚年龄之达到是肯定的,而官能之恢复是或然的;适婚年龄之达到是短暂的,官能之恢复的时间要多长,是不确定的。所以,本段的替补继承人指定是附解除条件的,一旦子女恢复官能,则替补继承人指定当然失效。

I.2,16,2。因此,在根据上述方式调整的未成年人替补继承人指定中,以某种方式存在着两个遗嘱,一个是父亲的;另一个是儿子的,正仿佛儿子本人为自己指定了继承人,或至少存在一个为两种情况,换言之,为两份遗产订立的遗嘱。

本段对头两段的内容进行总结。认为尊亲为子女代立遗嘱的本质是用两个遗嘱处分两份遗产,但它们体现在一个遗嘱文件中。

I.2,16,3。然而,如果某人极其胆怯,害怕其未成年的儿子由于他已公开地接受了一个替补继承人的事实,在自己死后暴露在骗局的危险中,他应在遗嘱的前面部分公开指定通常的替补继承人,而对如果其未成年人的儿子成为继承人,而在未达适婚状态前死亡被召集继承的替补继承人指定,他应分开地写在遗嘱的较后部分,对这一部分,他应用专有的绳子和专用的蜡封好,在遗嘱的前面部分规定:在儿子生存期间和处在未适婚状态期间,书板的后面部分不得开启。但显然,把对未适婚的儿子的替补继承人指定写在某人也为自己指定了继承人的同一块书板上,并不因此减少效力,尽管这样做对未成年人危险。

本段讲前段提到的一个遗嘱文件包含两份遗嘱的规定的例外。涉及尊亲为未成年的子女指定了替补继承人,他担心在自己死后、儿子成年前的间隙期间,儿子的替补继承人为追求遗产而暗算自己的儿子的情况。为了避免此种情况发生,必须不让替补继承人知道他被指定的事。由此,在公开尊亲的遗嘱时并不同时公开他为儿子代立的遗嘱,后者单独密封。这样就出现了一份遗嘱文件在物理上由两部分组成的情况。

此段讲的书板是蜡板,为一种书写材料。罗马人最初用这一材料写遗嘱。

I.2,16,4。事实上,尊亲不仅可为被指定为继承人的未适婚的子女,而且也可为被剥夺继承权的这样的子女这样地指定替补继承人。在前种情况下,即使这些人已成为继承人,而在适婚前死亡,他们愿意的人成为这些人的继承人;在后种情况下,发生同样的结果。因此,在这种情况下,如果未成年人从继承、遗赠或亲戚朋友的赠予中取得了某种财产,所有这些财产都属于替补继承人。朕就被指定为继承人或被剥夺了继承权的未适婚子女的替补继承人指定所述的一切,朕认为也同等地适用于遗腹子女。

此段讲尊亲可以为被剥夺继承权的子女指定替补继承人。在剥夺未适婚子女继承权的情形,替补继承人为现实的继承人,而本继承人是虚拟的。这是以私人指定的方式发生法定的代位,以遗嘱的方式发生代位关系。请注意,剥夺继承权并非完全惩罚手段,有时家父以这种方式保护家子。例如剥夺患精神病的家子的继承权,另立其挚友为继承人(实际上是遗嘱执行人),同时给无行为能力的家子巨额遗赠,如此可避免他们承受遗产合算的负担。①

本段的最后一句话涉及一个有名的案例:共和末年,罗马人科柏纽斯(Coponius)误以为妻子怀孕,便指定其遗腹子为继承人,并指定了库流斯(Manius Curius)为其替补继承人。科柏纽斯死后,其妻子并未生育,科柏纽斯的法定继承人便出来与库流斯争夺遗产。法学家谢沃拉(Quintus Mucius Scevola)认为:遗嘱以生育为条件,条件不成就时应适用法定继承。演说家克拉苏(Lucius Licinius Grassus,公元前140年—公元前91年)则认为:立遗嘱人如果愿意将其遗产留给法定继承人,便会指定其为儿子的替补继承人,但遗嘱人并未指定,这便意味着排斥他们。最后演说家获胜,替补继承人取得遗产。② 克拉苏的获胜并非偶然,他保全了遗嘱的效力,避免了科柏纽斯无遗嘱而死。

I.2,16,5。然而,一个人除非也为自己订立了遗嘱,决不可为其子女订立遗嘱。事实上,未成年人的遗嘱完全是父亲的遗嘱的一部分和继续:如果父亲的遗嘱无效,儿子的遗嘱也完全无效。

此段讲尊亲为子女订立遗嘱的前提,只能在为自己订立遗嘱的过程中附带地为未成年子女代订遗嘱。并说明尊亲自己的遗嘱与他为家子代立的遗嘱之间的效力牵连关系:父亲的遗嘱无效导致儿子的遗嘱也无效。这种牵连关系是有道理的,因为子女的遗产与父亲的遗产之间有概念上的划拨关系,处分了后者,才能处分前

① 参见周枏:《罗马法原论》(下册),商务印书馆1994年版,第479页。
② 同上注,第473页。

者;对后者的处分无效,会牵连对前者的处分无效。

I.2,16,6。事实上,人们可为每个子女指定替补继承人,也可为他们中最后未适婚死亡的一个指定。如果他希望他们中的任何人都不无遗嘱而死,为每个子女指定;如果他希望在他们间保持完整的法定的继承权[①],为最后死亡的一个指定。

本段讲指定替补继承人的方式。第一种是为每个子女指定:避免子女无遗嘱而死;第二种是为子女中最后一个未适婚死亡的一个指定:使家产留在家族中。这一观念的实现以兄弟姐妹彼此间有继承权为前提。

I.2,16,7。事实上,指定替补继承未适婚人的人,或指名这样做,例如,蒂丘斯;或概括地这样做,例如,"任何将成为吾之继承人的人",借助于这样的言辞,在未适婚的儿子死亡的情况下,被指定为继承人并已成为继承人的人,根据替补继承人指定,被召来继承他们被指定继承的份额。

本段讲两种指定替补继承人的方式:指名指定或概括指定。前者是指定某个特定的人为未适婚的继承人的替补继承人。在概括指定的情形,实际上是家父以自己的继承人全体作某个家子的替补继承人,然后指定一个家外人为最后顺位的替补继承人,如此保证遗产在自己的继承人的圈子里流转。

I.2,16,8。因此,对未满14岁的男性和未满12岁的女性,可指定这种替补继承人。超过了这些年龄,替补继承人的指定不成立。

此段讲未适婚人的替补继承人指定的适用条件:只可为不满14岁的男性和不满12岁的女性指定这种替补继承人,超过这一年龄的,不可为他们指定这种补充继承人。这其实是不言自明的,其名称已经说明了这一属性,所以属于重复规定和无害规定。但引出下段的不能为适婚子女代订遗嘱的说明。

I.2,16,9。但对被指定为继承人的家外人或已适婚的卑亲属,不能这样为他们指定替补继承人:如果他成为继承人,而在某一年龄前死亡,其他人会成为

① 意思是在兄弟之间按法定继承的顺序相互继承。

其继承人。但只允许这样做:遗嘱人以信托约束他[①]将他得到的全部或部分遗产交给另一个人。这方面的法是怎样的,朕将在有关的地方传授。[②]

此段讲尊亲不能为适婚的子女和家外人指定替补继承人,说明家父的代为指定替补继承人权的依据一是家父权,二是成年人的优势。如果家父要保持对这种继承人取得自己的遗产的延伸控制,他必须采用另外的途径,由此引出罗马法上的第四种替补继承人:信托替补继承人。这是一种周相的《罗马法原论》都未讲的制度,似乎仅存在于《澳门民法典》第2115条及以下数条中。前3种替补继承都是直接的,前顺位的继承人没有,后顺位的继承人开始继承;而这种替补继承是间接的,有前顺位的继承人,遗嘱人允许他终身享有遗产,但在他死后要把遗产移转给另一个人,如此达到他用一份遗产做两份人情,把对自己所有物的支配延伸到自己死后若干年的目的。这样的替补继承的适用条件是继承人是家外人,已适婚。由于继承人是否移转遗产于下一顺位的继承人全凭良心,因此称信托替补继承。

① 这句话中的"他",指被指定为继承人的家外人或已适婚的卑亲属。
② 参见本卷第23题。

第 17 题

以何种方式取消遗嘱

I.2,17pr.。依法订立的遗嘱,在它被打破或变得无效之前,有效。

此段讲遗嘱的后发无效的两个表达:打破、变得无效,两者同义。

I.2,17,1。事实上,在遗嘱人维持同样的身份,其遗嘱的法律效力已被毁灭的情况下,遗嘱被打破。如果某人在订立遗嘱后借助于皇帝收养一自权人为儿子;或根据朕的敕令[①]借助于裁判官收养一个处于尊亲权力下的人,其遗嘱被打破,犹如在遗嘱订立后自权继承人的出生打破遗嘱一样。

此段讲遗嘱后发无效的原因之一:因收养和新生的自权继承人增加了新家庭成员,他们处于被遗嘱遗漏的子女的地位,而遗嘱对于儿子必须要么指定他们为继承人,要么剥夺其继承权才有效,所以这种演变式遗漏导致遗嘱失效。

此段包含了继承的延续人类家族的基础和情势变更原则的思想。

I.2,17,2。合法订立的后遗嘱也打破前遗嘱。某人根据后遗嘱将成为或不成为继承人,并不重要,因为唯一要评价的问题是这个:他将来是否可能在某些情况下成为继承人。因而,如果某人不愿成为继承人;或在遗嘱人生存时死亡,或在遗嘱人死亡后、接受遗产前死亡,或附加的指定他为继承人的条件不成就,在这些情况中,家父都是无遗嘱而死。事实上,前遗嘱是无效的,因为它已被后遗嘱打破;而后遗嘱同样没有效力,因为无任何人根据它成为继承人。

本段讲遗嘱后发无效的原因之二:后遗嘱打破前遗嘱,即使无人根据后遗嘱取得遗产也不例外。无人根据后遗嘱取得遗产有四种情况,它们都是无遗嘱而死的

---

① 参见 C.8,47(48),11,530 年。

情形。这样,两个遗嘱都无效力,后遗嘱像一枚鱼雷,把别人的军舰炸了,自己也粉身碎骨。此时应发生法定继承。

I.2,17,3。但如果某人合法订立了前遗嘱,然后又同样合法地订立了后遗嘱,即使在后遗嘱中就特定的物指定了继承人,神君塞维鲁斯和安东尼努斯皇帝批复:前遗嘱被取消。朕命令将这个敕令的原文插入在此,因为在这一敕令的后面也表达了其他内容:"塞维鲁斯和安东尼努斯皇帝致科切尤斯·康帕努斯。尽管在第二个时间订立的遗嘱就特定的物指定了继承人,不必怀疑它依法有效,完全如同未提到那些物。但被指定的、满足于给予他的物或根据《法尔其丢斯法》补给他的1/4遗产的继承人,有义务把遗产交给前遗嘱中指定的人,因为插入在第二个遗嘱中的话表示了前遗嘱有效。"确实,以这种方式实现了打破前遗嘱。

此段讲后遗嘱按不同于前遗嘱的制式制作的情况下也会打破前遗嘱。I.2,14,5讲到了罗马人的按份额遗嘱制式,与之对立的是就特定物指定继承人制式。如果后遗嘱采用就特定物指定继承人制式,而前遗嘱采用按份额指定继承人制式,后遗嘱尽管并非罗马的主流形式的遗嘱,它仍然要取代前遗嘱,这证明罗马法已开始承认就特定物指定继承人制式遗嘱的效力了,但它仍然被视为有缺陷,因此,它的效力只表现在打破前遗嘱上,它的具体规定被视为未写,按这种制式的遗嘱取得遗产的人只能保留特留份,如果给他的特定物价值已达到遗产总额的1/4,不存在问题;如果给他的遗产未达到这一比例,他有权要求补足。这时他处在拟制的受遗赠人地位。由于有关的遗嘱只"就特定的物指定了继承人",由于遗嘱必须处分全部遗产,这样的遗嘱应该无效。但为了拯救遗嘱的效力,本段采取了这样的变通办法:使前遗嘱依然有效,但后遗嘱被视为遗产信托,后遗嘱继承人转化为受任人,负责向前遗嘱指定的继承人移转其他遗产(参见D.36,1,30)。

I.2,17,4。也以其他方式使依法订立的遗嘱变得无效。例如,遗嘱订立人遭受人格减等的情况。这种情况以何种方式发生,朕已在第一卷中作了解释。[①]

本段讲人格减等使遗嘱后发无效,三种人格减等都导致这一效果,后文[I.2,17,6(5)]对此马上有说明。此段表明民法调整人身—财产关系,财产关系以人身关系为前提。

① 参见本书第1卷第16题。

I.2,17,5。事实上,在这种情况下,遗嘱被说成变得无效了,同时,被打破的遗嘱也变得无效,而自始就不合法订立的遗嘱也变得无效,而依法订立、尔后因人格减等被打破的遗嘱,朕仍可以说是被打破了。但以不同的名称区别开来不同的原因,一定更方便。因此,某些遗嘱被说成是非法订立的;某些合法订立的遗嘱被打破或变得无效。

此段讲遗嘱后发无效的不同情形以及相应的术语表现。后遗嘱破毁前遗嘱的,自始非法订立的遗嘱无效,谓之前遗嘱"不起作用";依法订立后因为遗嘱人的人格减等无效的情形,谓之"打破",下段也把这种情况形容为"不起作用"。本段追求用不同的术语表示遗嘱后来无效的不同原因,体现了作者对说明之完善的追求。

I.2,17,6(5)。然而,自始合法订立、因人格减等变得无效的遗嘱,完全无用。事实上,如果已加盖7个证人的印章,只要死者在死亡时是罗马市民并对自己享有权力,被指定的继承人可根据遗嘱文件获得遗产占有。事实上,如果遗嘱因遗嘱人丧失市民权或也丧失自由权或由于把自己出养、处在养父的权力下时死亡而变得无效,被指定的继承人不能要求根据遗嘱占有遗产。

首先要讲对"6(5)"这样的定位数据的说明。古文无标点,亦无自然段落划分。后来的注释法学家有的认为此段是第6段,有的则认为此段与第5段应属同段,为了把他们的见解都表达出来,故有了"6(5)"这样的编码方法。注意!编码的第一、二个数都是优士丁尼的,最后一个数才是注释法学家加上的。

此段讲对后发无效的遗嘱效力的拯救:把市民法上的继承转化为裁判官法上的。占有遗产并非继承,但与继承有同等效果。但这种转化有条件,仅适用于遗嘱人不发生人格减等的情形。由此,本段反映了罗马继承制度的双轨制。

I.2,17,7(6)。然而,遗嘱完全不能仅因遗嘱人尔后不愿让它有效而废除,如果某人在订立前遗嘱后开始订立后遗嘱,或由于死亡降临,或由于后悔其行为没有完成它,神君珀尔提那克斯的演说规定:依法订立的前遗嘱并不变得无效,除非后遗嘱是依法订立的并已完成。事实上,未完成的遗嘱无疑是无效的。

此段讲后遗嘱打破前遗嘱的条件:后遗嘱必须自身有效并已完成,单纯的订立后遗嘱的念头并不满足这一条件。这样是为了维护遗嘱秩序,避免前遗嘱被废除,后遗嘱未成立的混乱局面。

I.2,17,8(7)。在同一演说中他还表示:自己不接受因不和而把元首作为继承人遗留下的遗产,也不批准非法订立,由于这一原因把他指定为继承人的遗嘱,也不接受根据单纯的口头指定的继承人名义,也不根据任何缺少法之权威的文件取得某物。在此之后,神君塞维鲁斯和安东尼努斯很经常地批复:"尽管事实上",他们说,"我们不受法律约束,但我们根据法律生活"。

此段首先证明罗马法允许在亲属外指定继承人,有些人还为了报复亲属把皇帝指定为继承人,犹如现在的一些父母出于同样的考虑把宠物指定为继承人,但这样做违背了继承的维护"亲情"的基础,基于"相如虽渴,不饮盗泉之水"的原则,皇帝拒绝这样的遗产。另外,有些遗嘱人考虑到遗嘱有缺陷,就把元首或皇帝指定为继承人,以避免遗嘱无效,皇帝也不接受此等指定。还不接受不符合正式形式的继承人指定,也就是说,仅仅作出口头宣告,但没有遵守法律规定的程式要求的继承人指定。[①] 所有这些都表明了罗马的领导人有强烈的法治观念。

此段中涉及罗马人指定皇帝为自己的继承人或受遗赠人的习俗。[②] 历史上以此等身份得遗产最多者为奥古斯都和提贝流斯。奥古斯都在其遗嘱中说明自己20年来从友人、知己遗产的所得超过14亿塞斯特斯。[③] 这些友人中就包括了诗人维吉尔,他把自己1/4的遗产给了皇帝,还有诗人贺拉斯;还有挚友阿格里帕,而文学艺术的著名保护人梅切纳斯把自己的全部遗产都遗赠给了奥古斯都;公元前5年的执政官秦纳指定奥古斯都为自己唯一的继承人[④];法学家卡皮托把提贝流斯列为自己的相续人。[⑤] 由此可以解释皇库的资产来源。但有些皇帝是强迫他人指定自己为遗产继承人,例如卡利古拉。[⑥] 对于皇帝来说,是否在他人的遗嘱中被提到,可能不是钱的问题,而是Fides问题,因为门客有义务在遗嘱中提到自己的恩主。[⑦]

---

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.465.

② See Robert Samuel Rogers, XII.—The Roman Emperors as Heirs and Legatees, In Transactions and Proceedings of the American Philological Association, Vol.48(1947), Johns Hopkins University Press, pp.144s.

③ 参见〔日〕盐野七生:《罗马人的故事 VI:罗马和平》,张丽君译,三民书局1998年版,第316页。

④ See Robert Samuel Rogers, XII.—The Roman Emperors as Heirs and Legatees, In Transactions and Proceedings of the American Philological Association, Vol.48(1947), Johns Hopkins University Press, p.142.

⑤ Ibid., p.144.

⑥ 〔日〕盐野七生:《罗马人的故事 VII:恶名昭著的皇帝》,彭士晃译,三民书局2002年版,第218页。

⑦ See H. Steven, Imperial inquisitions, Prosecutor and Imformants from Tiberius to Domitian, Rutledge, London, New York, 2001, p.81.

但皇帝们并非不加选择地接受任何人的遗产，而是采用某些排除规则。奥古斯都的排除规则是不接受任何他不认识的人的遗产。另外不接受被审判者的遗产以维持自己的独立意志。[①] 提贝流斯的排除规则是：只接受与之有友谊者的遗产；不接受只指定他为唯一的继承人的遗产；不接受仍有生存的亲属者的遗产。[②] 其他皇帝的排除规则差不多。本段表明了珀尔提那克斯皇帝的排除规则。

最后一句话的前部经常被援引来支持把 I. 1,2,6 的第一句话解释成“君主喜好之事就具有法律的效力”，但英国著名罗马法学家弗里茨·舒尔兹认为这一片段经过了篡改[③]，因为上述片段提到的塞维鲁斯和安东尼努斯被收录在优士丁尼《法典》中的被援引的片段并无张扬君权之意，亚历山大·塞维鲁斯的敕令是这样的：“经常有敕令规定，皇帝也不能根据形式有缺陷的遗嘱要求遗产，事实上，就算谕令权法豁免皇帝遵守市民法的程式，但没有什么比依据市民法生活更加符合自己的谕令权了（C. 6,23,3，亚历山大皇帝致 Antigonus，232 年）。”[④]

显然，C. 6,23,3 只豁免皇帝遵守市民法的程式取得遗产的义务，换言之，即便遗嘱订立得有形式缺陷，例如证人没有签名或盖印于遗嘱之上，皇帝也可根据它们取得遗产，其他人则不可以。该法的目的，显然是通过这种豁免的授予让皇库多多有进账，以满足公共开支的需要。但有些较真的皇帝认为这样的权宜之计破坏了法治的尊严，遂主动放弃这样的特权，因为自己以谕令权让民众守法，自己守法，则是符合自己的谕令权的。但优士丁尼《法学阶梯》的编者为了扩张皇权的需要，把这个片段从皇帝——遗嘱法的语境推广到皇帝——一切法的语境，虚构出“我们不受法律约束……”这样的句子，但凑巧编订优士丁尼《法典》的是另一批人，两个编者队伍没有协调，结果形成转述与原始文本的不一致，穿帮大矣！两个文本对比，反而证明罗马皇帝的豁免权很小，而且皇帝们自愿放弃。

---

① See Robert Samuel Rogers, XII.—The Roman Emperors as Heirs and Legatees, In Transactions and Proceedings of the American Philological Association, Vol. 48 (1947), Johns Hopkins University Press, p. 143.

② Ibid., p. 145.

③ See Fritz Schulz, Bracton on Kingship, In The English History Review, Vol. 60, No. 237 (May 1945), p. 159.

④ Cfr. Codex Iustinianus, Weidmann, Berlin, 1954, pp. 253s.

第 18 题

不合义务之遗嘱

I. 2,18pr.。因为尊亲剥夺其子女的继承权或遗漏他们,通常没有原因,人们允许抱怨被不公正地剥夺了继承权或不公正地被遗漏的子女,可以遗嘱人在订立遗嘱时心智不健全为借口,就遗嘱不合义务起诉。但这并非说遗嘱人真正的是精神病人,遗嘱确实是正当地订立的,不过未根据亲情的义务订立。事实上,如果遗嘱人果真是精神病人,遗嘱无效。

本段讲不合义务之遗嘱的含义。对不合义务之遗嘱过去的翻译是遗嘱逆伦之诉,所谓的"伦",就是"爱我们的亲人"的原则。遗嘱不合义务之诉的译法表明了罗马人的"义务本位论",这里的义务,是慈孝的(Pietas)义务。现代的义务本位的观念来自古罗马。Inofficiosus 中的 officium 是"职责、义务",西塞罗以此为其书名,我们为摆脱中国传统影响将之译为"不合义务"。

在此段中,每个正常的人都被假定为不得违反义务,继承关系中人们的义务是维护"亲情",它是继承的基础,在这个基础上建立了必要继承制度,进一步限制了遗嘱自由。这样的义务设定实际上关注的是人类的延续。不遵守这一义务的人被视为精神错乱,法律采用拟制的技术手段来处理该问题,承认自然现实和法律事实的分离。根据这种理路,我们可以把精神病区分为自然精神病和民事精神病。

本段允许尊亲有原因地剥夺子女的继承权或遗漏他们,此等原因有虐待、侮辱、提起刑事诉讼(国事罪除外)、危害生命、与盗贼往来、与父亲的继室或姘妇通奸、诽谤、尊亲下狱能保释而不保释、妨碍尊亲遗嘱自由、不顾尊亲意愿从事斗兽或优伶职业、女性卑亲在婚嫁上不听尊亲意见、不保护患精神病的尊亲、尊亲被俘有资力而不赎回、信仰异教等 14 项。[①]

① 参见周枏:《罗马法原论》(下册),商务印书馆 1994 年版,第 487 页及以次。

I.2,18,1。事实上,不仅允许子女控告尊亲的遗嘱不合义务,而且也允许尊亲对子女的遗嘱作这种控告。根据神圣的敕令①,兄弟和姐妹在指定不道德者为继承人的情况下,被置于优先地位。因此,他们不能对所有的继承人起诉。除此之外,比兄弟和姐妹亲等更远的血亲决不能提起这种诉讼,即使已提起,也不能胜诉。

此段讲遗嘱不合义务之诉的原告的范围。首先,不仅子女可以告尊亲的遗嘱,而且可以反过来,因此,本段体现了罗马法上尊卑关系在继承事项上的相互性。这是西方法律文化的一个显著特点。一个具有相互性的扶养概念,被我国学者处理成没有相互性的赡养、扶养和抚养概念,是不正确的。当然,尊亲控告子女的遗嘱不合义务也要在此等遗嘱没有理由地剥夺了他们的继承权的情况下为之。这些理由有告发卑亲重罪(国事罪除外)、危害其生命、聚麀、妨碍卑亲的遗嘱自由、谋杀卑亲配偶、遗弃患精神病的卑亲、卑亲被俘有资力而不赎回的、信仰异教的等8项。②其次,兄弟姐妹基于这种诉因互相控告,只有在遗嘱人指定了不道德者为继承人时才可,不道德者指的是从事贱业者,如演员、角斗士、娼妓、妓院房子的所有人等。③在指定任何其他人为继承人的情形,兄弟姐妹之间都不得为这种控告,所以他们的控告权的范围小多了。除此以外的亲属不得提起遗嘱不合义务之诉,即使提起了,也不会胜诉。这样,此段允许的原告的范围是直系一等亲和符合一定条件的旁系二等亲,范围十分狭窄。这种安排根本上还是为了保障遗嘱人的遗嘱自由,在此等自由与公序良俗之间建立一种平衡。

I.2,18,2。事实上,不论是亲生子女,还是根据朕的敕令④作了区别的养子女,如果他们不能根据任何其他法律取得死者的财产,都可就不合义务的遗嘱提起诉讼。事实上,根据其他法律得到了全部遗产或其一部的人,不能就遗嘱不合义务起诉。不能根据其他法律得到财产的遗腹子女,也可提起遗嘱不合义务之诉。

此段继续讲子女提起遗嘱不合义务之诉的条件:他们未依据任何法律取得死者的财产,这证明提起遗嘱不合义务之诉是一种最后的补救,必须穷尽市民法和裁

① 参见C.3,28,27,319年。

② 参见周枏:《罗马法原论》(下册),商务印书馆1994年版,第488页。

③ See Adolf Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1991, p.746.

④ 参见C.8,47(48),10,530年。

判官法的救济手段后才可运用。凡通过这两种法律得到了特留份的子女，不得提起遗嘱不合义务之诉。同时讲了“子女”一语的所指：不仅包括自然子女，而且包括养子女和遗腹子女。严格说来，只包括完全收养中的养子女，这是“朕的敕令”加以区别的效果。遗腹子女如果既未被其父亲指定为继承人，也未剥夺其继承权，其出生会打破乃父的遗嘱。所以，就其父亲的遗嘱而言，他不会有提起遗嘱不合义务之诉的机会。但如果其母亲或母系尊亲的遗嘱剥夺其继承权或遗漏他，他可以通过提起遗嘱不合义务之诉得到自己的特留份。[①] 当然，他在母腹中时不能提起此诉，只有在他出生后才可能提起。而且他刚出生时年幼不能自行如此，要依靠其监护人提起。

I.2,18,3。但如上所述，必须理解为仅适用于遗嘱人未以遗嘱为他们留下任何财产的情况。为了尊重自然，朕的一个敕令[②]采用了这一标准。如果确实遗留给了他们某些部分的遗产或物，他们不能就遗嘱的不合义务提出抱怨，但亏欠他们的部分将补足，以达到1/4的特留份，就算是遗嘱中并未作这样的补充，应根据诚实君子的裁量补足。

此段从反面展开讲前段提到的子女提起遗嘱不合义务之诉的条件：得到了1/4的遗产[优士丁尼在536年制订的第18号《新律》把特留份的比例根据遗嘱人子女的数目提高到1/3(有1—4个子女的情形)、1/2(有4个以上子女的情形)]。[③] 这样，就揭示了“遗嘱不合义务之诉”的特留份追补诉的意思，它并非撤销遗嘱之诉。如果得到了一些遗产但未达到1/4，可以要求补足。这样的处理在遗嘱自由与维护自然伦理道德之间达成了一个平衡。实际上偏重于维护遗嘱自由。

I.2,18,4。如果监护人为他执行其监护的未成年人的利益根据其父亲的遗嘱接受遗赠，而其父亲未给他本人遗留下任何遗产，他仍可为自己的利益就父亲的不合义务的遗嘱提起诉讼。

此段讲遗嘱不合义务之诉的原告的范围，对第二段展开说明，讲监护人在继承事项上独立于被监护人，这是自明之理。本段中的监护人是被监护人的哥哥，这样

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.473.

② 参见C.3,28,30,528年。

③ See The Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S.P. Scott, Cincinnati, The General Trust Company, 1932, Vol.XVI, p.96.

他才可就其父亲的遗嘱提起不合义务之诉。

I.2,18,5。但如果情况相反,他为未被留下任何财产的未成年人的利益就遗嘱的不合义务起诉并败诉,他并不丧失同一遗嘱对他本人遗留下的遗赠。

此段继续前段,讲代表其被监护人攻击遗嘱的效力的监护人并不导致他不配继承同一被继承人。这是为了鼓励监护人为被监护人尽力,由此,并不把他为被监护人利益实施的冒犯遗嘱人的行为视为他本人对遗嘱人的冒犯。

本段隐含了不配制度,即潜在继承人因为做过法定的不利于被继承人的事情,因而丧失继承资格的制度。

I.2,18,6。因此,不能就遗嘱不合义务起诉的人应得到了1/4的遗产,要么是以遗产的名义,要么是以遗赠或信托的名义,要么以死因赠予的名义或活人间的赠予的名义——这只限于朕的敕令[①]中提到的情况——要么通过包括在敕令中的其他形式。

本段展开讲I.2,18,3提到的阻却遗嘱不合义务之诉的理由:潜在的继承人得到了1/4的遗产,无论是通过何种名义得到的。此段把若干个死因行为与一个生因行为(赠予)搅和在一起,暗示罗马法中有遗产合算制度。如果没有这一制度,则遗产继承形同虚设。遗憾的是,这一制度在我国法律中没有。

"朕的敕令中提到的其他情况",指嫁资和婚因赠予。"其他形式",指简单赠予[②],还包括军营特有产。

I.2,18,7。事实上,对朕说到的1/4,必须作这样的理解:不论被允许提起遗嘱不合义务之诉的是一个人,还是多数人,可只给他们一个1/4以便在他们之间按比例分配,换言之,各人得到这个1/4的一部分。

此段讲1/4的特留份的属主是全体法定继承人,并非某一继承人。在他们间分割这个1/4的份额。这样算下来,每个人得到的遗产应该是不多的,换言之,遗嘱人的遗嘱自由还是很大的。

---

① 该敕令为C.3,28,30所引用。

② Cfr. Giovanni Lughetti, La Legislazione Imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano, Giuffrè, Milano, 1996, p.266.

第 19 题

继承人的身份和区别

I.2,19pr.。事实上,继承人被说成或是必要继承人,或是必要的自权继承人,或是家外继承人。

此段讲继承人的身份及类别,分为 3 类继承人。这种分类不为现代民法继承。

I.2,19,1。必要继承人是被指定为继承人的奴隶。他被这样称呼,乃因为不论他愿意或不愿意,无论如何,他都在遗嘱人死后,立即成为自由人和必要继承人。因此,拥有涉嫌破产之财产的人,通常指定其奴隶为第一、第二或更后顺序的继承人,这样,如果债权人不能得到满足,由债权人占有、转让或在他们中分割的是继承人的而不是遗嘱人本人的财产。但为了这一不利益,他被赋予这样的利益:他在其主人死后为自己获得的,被保留给他本人。尽管死者的财产对债权人来说不足,他为自己获得的物并不根据这一原因又一次被出卖。

此段讲必要继承人,与 I.1,6,1 互相呼应,揭示了它是一个破产法的概念,这里的必要继承人就是要承受主人破产的后果的奴隶。

破产有两个标准:(1) 资不抵债。即积极财产绝对小于消极财产;(2) 到期不能清偿(Insolency)。无疑,第二个标准更有利于保护交易安全。破产有经营破产和继承破产两种,本段涉及后者,本段作出的安排是为了维护奴隶主的面子。

承受主人破产的必要继承人获得两个利益:(1) 被授予自由;(2) 财产豁免利益,即主人死后自己获得的财产不受债权人追索。

美国的破产制度旨在开脱破产人,破产后了结旧账。此段暗示破产人的责任在破产程序结束后并不消灭,是无限责任破产。这种做法后来传到了法国破产法中,其中的破产程序并不了结旧账,至少在巴尔扎克的时代是如此。

I.2,19,2。事实上,必要的自权继承人是诸如儿子或女儿、儿子生的孙子和孙女和更远的其他卑亲属,只要他们于尊亲死亡时处在权力下。但为了使孙

子、孙女成为自权继承人，他或她在祖父死亡时处在权力下是不够的，而需要他们的父亲于祖父在世时，或因死亡的魔爪，或因任何其他原因从权力下被解放，他自己已停止作为自权继承人。事实上，孙子和孙女此后成了其父的代位人。但他们被叫作自权继承人，乃因为他们是房屋的继承人，在父亲在世期间，他们也在某种程度上被认为是主人。因此，如果某人无遗嘱而死，首先的继承原因属于子女。而他们被说成是必要继承人，乃因为不论他们愿意或不愿意，在无遗嘱或有遗嘱的情况下都成为继承人。但是，如果他们愿意，裁判官允许他们不接受遗产，以便财产相应的被作为尊亲的而不是作为他们的被债权人占有。

此段讲必要的自权继承人。自权继承人要继承家屋，所以又被称为"家宅继承人"。之所以叫"自权继承人"，是由于他们在某种程度上被认为是主人。这一说法表明，罗马的继承法由于没有析产程序，被处分的遗产名义上属于家父，实际上是共有财产。继承人取得遗产并非取得所有权，而是扩大了享用权。[①] 他们本来是要为家父的债务承担无限责任的，裁判官允许他们享有考虑权，这样，他们的必要继承人的名称就名不副实了。尽管如此，必要继承人的概念仍然可以解读为财产继承与身份继承的伴随性。就身份继承而言，家父权在家父死后由适格的家属自然获得，与家父权相伴的财产也自然归家属。

考虑权是现代继承制度的基础，没有它，就没有接受遗产的问题，也没有在遗产被接受前待继承的遗产的主体资格问题。

I.2,19,3。其他不受制于遗嘱人权力的人被叫作家外继承人。因此，不处在我们权力下的被指定为继承人的子女，被看作家外继承人。根据这一理由，被母亲指定为继承人的人，也属于这一类，因为女性对子女不享有权力。被主人指定为继承人，在订立遗嘱后由他解放的奴隶，也属于这一类。

此段讲家外继承人。家外人是不受同一家父权约束的人，因此，被解放的家子也是家外人，因此，家外人不能与非亲属等同。家内人是受同一家父权约束的人。本段反映妇女可以立遗嘱，是妇女有部分行为能力的规定，限制了妇女终生受监护的命题。

I.2,19,4。对家外继承人，不论他们自己，还是处于他们权力下的人被指定为继承人，要注意他们的遗嘱能力。在两个时候要对之审查：订立遗嘱之时，

① 参见周枏：《罗马法原论》（下册），商务印书馆 1994 年版，第 478 页。

为的是继承人的指定有效;遗嘱人死亡之时,为的是继承人的指定得到实现。此外,不论继承人是单纯地或附条件地被指定的,在接受遗产时,他也应有遗嘱能力。事实上,在继承人取得遗产时,其法律地位尤其要受到审查。然而,继承人的法律地位在订立遗嘱与遗嘱人死亡或继承人指定附加的条件成就之间的中间期间发生的变动,不会损害他,因为如朕已说过的,只有三个时候须审查遗嘱能力。事实上,遗嘱能力并不被认为仅由可订立遗嘱的人享有,而且也为可根据他人遗嘱为自己或为他人取得或获得的人——尽管他不能订立遗嘱——享有。因此,精神病人、哑人、遗腹子女、婴儿、家子、他人之奴隶,也被说成有遗嘱能力。因为尽管他们不能订立遗嘱,但他们可根据遗嘱为自己或为他人取得。

此段讲家外继承人的遗嘱能力,区分了积极的遗嘱能力和消极的遗嘱能力。消极的遗嘱能力的要求是:(1) 有财产权;(2) 继承权未被剥夺或限制;(3) 是确定的人;(4) 有行为能力。罗马人用动态的眼光来看待问题,对这样的遗嘱能力,只在两个时候要求(本段第4段说在3个时候要求,增加了第三个要求考察家外继承人的遗嘱能力的时间点:接受遗产的时间,这两个说法有矛盾),这样就增加了继承权实现的机会(参见 D.28,5,50,1)。

本段涉及民法中的时间问题,这是一个古老的问题,罗马人把它运用得很纯熟。事实上,对某种属性只在某些时间点要求的做法构成民法的调整方法。

I.2,19,5。事实上,家外继承人就接受或不接受遗产享有考虑权。但如果享有放弃权的人使自己介入遗产财产之管理,或被允许考虑接受遗产的家外人接受遗产,他尔后不再享有放弃遗产的权利,除非他是25岁以下的未成年人。事实上,这种年龄的人,像在所有其他他们受到欺骗的情况中一样,即使他们鲁莽地取得了带来损害的遗产,裁判官会给予救济。

此段首先讲家外继承人的特点:可以有所选择,体现为考虑权。现代有"犹豫权"与之对应。但这种犹豫权应当与遗产的利益相平衡。其次讲接受遗产的方式,有明示接受和默示接受,默示接受意味着不确定状态的解销以及犹豫权的放弃。当继承人以遗产所有人自居,对遗产进行法律上或事实上的处分时,视为接受遗产。最后讲赋予25岁以下的未成年人以撤销权,即反悔权。这使"每个人都是自己利益的最佳判断者"一语打了个很大的折扣,但表达了对未成年人的保护。

25 岁被多数人认为是罗马法中的完全行为能力年龄。这一年龄是“较晚”[①]由裁判官以告示提出的。乌尔比安转述(参见 D.4,4,1,1)了这一告示的内容:“裁判官告示说:‘对于据说是同不满 25 岁的未成年人一起做的事情,我将认真审查其各个方面。’”[②]这就是本段提到的裁判官给予的救济。意大利当代罗马法学者塞巴斯提亚诺·塔法罗塔认为其中提到的 25 岁年龄是保护年龄,即在这一年龄以下的人从事了不利于自己的法律行为的,可以享受撤销权的保护。[③] 这种解释完全符合上述裁判官告示的文义,更加可信。保护年龄的旨趣与行为能力年龄的旨趣恰恰相反,前者的假定是行为人不智,因此做了不利于自己的事情可以后悔;后者的假定是行为人为智的,因此,无论做了的事情对自己有利或不利,都要为之承担责任。

I.2,19,6。但必须知道,神君阿德里亚努斯给予过 25 岁的成年人这一恩典,因为在他接受遗产后,接受遗产时隐藏的对他人的大量欠债暴露出来。但这确实是神君阿德里亚努斯以特别恩惠的形式赋予某个人的。事实上,神君哥尔迪亚努斯[④]后来仅把这一恩惠扩及于士兵。但朕的仁慈使这一恩惠由所有受制于朕的谕令权的全体人共有,起草了一个既很公正又很驰名的敕令[⑤],如果人们遵守了其内容,允许他们接受遗产,而只在遗产财产的价值范围内承担责任。因此,在这种条件下,考虑权的帮助对他们已成为不必要,除非他们由于忽略了遵守朕之敕令的规则而认为必须行使考虑权,或宁愿使自己受制于接受遗产的古老负担。

此段先讲救济 25 岁以上的成年人之规定的来历。先是一个命令,后来变成一个特别法。实际上,前段已暗示这个规定来自裁判官告示,现在说来自阿德里亚努斯皇帝,可能是阿德里亚努斯重申裁判官告示的规定比较符合事实。

此段后讲优士丁尼最终把特别法变成了普通法,通过确立遗产清单利益制度确立了有限继承,这是个很人道的改革。有限继承使考虑权成为不必要。但如果没有按规定的方式制作清单,仍然需要考虑权。另外,对于自愿为家父遗产承担无限责任的孝子,听任之。

---

① 法国著名罗马法学者保罗·吉拉尔(Paul Girard)语。Voir Paul Frederic Girard, Manuel elementaire de droit romain, Dalloz, Paris, 2003, p.217.

② 参见〔意〕桑德罗·斯奇巴尼选编:《民法大全选译·人法》,黄风译,中国政法大学出版社 1995 年版,第 16 页。

③ 根据 2006 年 6 月 27 日我在莫斯科与这位教授的谈话。

④ 哥尔迪安(Marcus Antonius Gordianus, 192—238 年),又称哥尔迪安二世,继马克西米安之后于 238 年登位的罗马皇帝。

⑤ 参见 C.6,30,22,531 年。

I.2,19,7。同样,根据遗嘱被指定为继承人,或在无遗嘱的情况下被召集继承法定应继份的家外人,可以或通过作为继承人行为,或也以接受遗产的单纯意思成为继承人。事实上,如果某人像继承人一样使用属于遗产的物或出卖它们,或耕种、出租土地,他被认为是作为继承人行为,无论如何,他以事实或言辞宣告了他接受遗产的意思,但他要知道,他作为继承人对其财产行为的人已订立遗嘱或无遗嘱死亡,而自己是其继承人。作为继承人行为,事实上即作为所有人行为。的确,古人把"继承人"叫作"所有人"。事实上,正像单纯的意思使家外人成为继承人一样,这样,相反的决定立即把他从遗产推开。完全不禁止先天的或后来变得如此的哑人和聋人作为继承人的行为,并为自己获得遗产,只要他明白他所做的。

此段继续讲拒绝或接受遗产的方式可以是明示的或默示的。默示的接受方式包括:以所有人自居,对遗产进行事实上或法律上的处分等。默示的方式尤其适合于聋哑人。本段把继承人等同于主人,也包含家产共有的意思。

第 20 题

遗赠

I.2,20pr.。研究了上述问题后,让朕来看遗赠。这部分法似乎与已讨论过的问题无关。事实上,朕正在谈论我们用来为自己取得集合物的法律制度。但因为朕已一般地谈论过遗嘱和通过遗嘱指定的继承人,在这里接着探讨法律的这一部分,并非无道理。

此段是接下来谈遗赠的体系合法性证明:遗赠和继承都是取得集合物的方式,故放在一起谈。这种证明是牵强的。首先,遗赠中的指物遗赠和先取遗赠未必就是取得集合物的方式;其次,除了都是取得集合物的方式外,遗赠与继承还有许多共性,例如,两者都是死因行为,都是无偿行为,但优士丁尼不考虑这些理由,寻找一个牵强的理由,显得奇怪。

I.2,20,1。总之,遗赠是死者遗留下的赠予。

本段讲遗赠的定义,揭示了它死因行为和无偿行为的性质。由于它与死亡的关联,遗赠与赠予不同,尽管两者都有酬谢的色彩,但前者不可撤销,后者却可以,尤其在受赠人对赠予人忘恩负义的情形如此。

I.2,20,2。但从前确实有四种遗赠:即指物遗赠、嘱令遗赠、容许遗赠和先取遗赠。而每一种遗赠都用某些确定的言辞指派,借此标明各种遗赠。但根据神君元首们的敕令[①],已完全废除这种庄严的言辞形式。事实上,朕煞费苦心制定的一条敕令[②],出于给死者的愿望以更大的效力,不是支持其言辞而是其愿望的意愿规定:所有的遗赠只有一种性质,而不论某物以何种言辞被遗留下来,允许受遗赠人不仅通过对人诉讼,而且也可通过对物诉讼或抵押诉讼获得

① 参见 C.6,37,21,是君士坦丁和康斯坦斯的敕令,于 339 年发布。
② 参见 C.6,43,1,优士丁尼的敕令,于 529 年发布。

它。该敕令的经仔细斟酌的标准，有可能通过其内容得到很完善的理解。

此段讲优士丁尼对遗赠形式进行的改革。改革前有四种遗赠，它们有如下列：(1) 指物遗赠，即遗赠人直接移转遗赠标的物的市民法所有权于受遗赠人的遗赠，发生移转所有权的效力，是物权性遗赠，效力最大，受遗赠人享有取回权而非请求权。(2) 嘱令遗赠，即遗赠人在遗嘱中命令其继承人对受遗赠人为某项给付的遗赠，是通常理解的遗赠，发生债权关系，继承人负有交付遗赠物于受遗赠人的积极义务。(3) 容许遗赠，即遗赠人令继承人允许受遗赠人取走遗赠标的物的遗赠，继承人有容忍受遗赠人取走标的物的消极义务，这对他比较有利，因为受遗赠人并不必然会主张遗赠物，若不主张，物就归他了。(4) 先取遗赠，即遗赠人在遗嘱中命其共同继承人中的一人或数人在分割遗产时，先将所设定的某特定遗赠预先取走的遗赠，这种遗赠导致发生物权关系，是遗嘱人出于对某一继承人的偏爱实施的行为，亦是他对其继承人不信任的表现。指物遗赠（是遗嘱人）不须经过继承人的中介。在先取遗赠中，受遗赠人与继承人两种身份重合。

这四种形式原本皆有严格的程式，优士丁尼废除了繁琐的形式以及物权性遗赠与债权性遗赠的区分，仅保留了嘱令遗赠，反映了法律行为从形式主义到意思主义的改革方向，但遗赠形式的简化剥夺了遗嘱人的回旋空间。

I.2,20,3。但朕认为不应停留在这一敕令上。事实上，朕发现古人确实严格地限制遗赠，然而，对更加来源于死者愿望的信托，则迁就其更为随便的特性。朕认为所有的遗赠都有必要向信托看齐[①]，它们间应没有任何区别，遗赠缺少的特征，将根据信托的特征予以补足，而如果在遗赠中更多了什么特征，那是根据信托的特征增加的。但为了不在最初的法律基本知识中以杂乱无章地讨论它们带给青年学者的困难，朕认为，分开讨论它们是值得的，首先讨论遗赠，然后讨论信托，这样，他们了解了两种制度的性质后，可容易地用更灵敏的耳朵理解其混合物。

此段讲优士丁尼把遗赠与信托同化，赋予遗赠以信托的地位。这是有道理的，因为多数遗赠（指物遗赠和先取遗赠除外）与信托一样，遗嘱人都通过一个二传手把财产交给他人。

古人限制遗赠，主要是限制遗赠自由和遗嘱自由，目的是使家族财产不外流；

① 参见 C.6,43,1,529 年。

后来对遗赠持鼓励的态度，其实是为鼓励社会慈善事业的发展，反映立法从考虑家族利益到考虑社会利益的转变。

遗赠实质上是种私人性质的社会保障制度，有助于减轻公共权力的救危扶困的负担。

I.2,20,4。事实上，可以被遗赠的，不仅有遗赠人的或继承人的物，而且有他人的物，这样，继承人被迫购买它并交付之；如果他不能购买，则给付其估价。但如果物是非融通物，其估价也不应给付，正如遗赠马尔斯广场[①]、会堂、神庙或旨在作公共使用之物的情况。事实上，这样的遗赠没有任何效力。但对朕所说的可遗赠他人之物的话，必须理解为指死者知道物是他人的情况，不是指他对此不知的情况。因为如果他知道物是他人的，也许他不会遗赠该物。神君皮尤斯也是这样批复的。应由起诉人本人，即受遗赠人证明死者知道遗赠了他人的物，而不应由继承人证明死者不知道物是他人的，这更加正确，因为举证责任总是归于起诉人。

此段讲遗赠以他人之物为标的物的情况。遗赠的标的物有三种可能：(1) 继承人的物，遗赠行为相当于扣减继承人的继承份额。(2) 他人的物，继承人应购买并交付，或给付估价。(3) 遗赠人自己的物。我们理解的遗赠物应该是遗赠人自己的财产，前两种情况下的遗赠应无效。罗马人对遗赠的标的要件作这么宽松的处理，还是出于鼓励遗赠的目的。我国作相反的处理，还是出于限制遗赠的目的。

但如果遗赠的是非融通物，则遗赠无效。

遗赠他人之物的条件是死者明知物为他人的。对这一点的举证责任必须由受赠人承担。由此引出了“谁主张谁举证”的诉讼法规则。

I.2,20,5。但即使某人遗赠的物已为债权人的利益受抵押，继承人应赎回之。对遗赠他人之物的情形，也作同样的决定。只有在死者知道该物已为债权人的利益受抵押时，继承人才应赎回之。神君塞维鲁斯和安东尼努斯也是这样批复的。然而，如果死者愿意由受遗赠人赎回这种物并作了这样的表示，继承人不应赎回它。

此段讲附负担之物或他人之物的遗赠。在遗赠物已被抵押或非属于遗赠人的

① 马尔斯广场即战神广场，罗马人自认为是战神的后裔，故对战神特别崇拜，在其建造的所有城市中，都设有战神广场。罗马的战神广场，建造在最后一任王高傲者塔克文的地产上。

情形，如果遗嘱人明知此情仍为遗赠，继承人有义务赎回。反之，如果遗嘱人误以为遗赠物上无负担或为自己所有而遗赠之，继承人没有赎回的义务。这样，遗嘱人发生错误的后果由受遗赠人承担。当然，如果遗嘱人要求受遗赠人自己赎回遗赠物，则继承人不承担赎回义务。不过，此时受遗赠人得不到什么好处，何以构成遗赠呢？这一困局只能如此化解：遗赠物的价值大，抵押权的价值较小，所以，受遗赠人赎回遗赠物后仍能获得部分利益。

I.2,20,6。如果他人之物被遗赠，而受遗赠人在遗嘱人生存时已成为其所有人，如果他确实是根据购买的原因得到该物的，他可通过遗嘱之诉得到价金。但如果他是根据单纯获利的原因得到该物的，例如根据赠予或其他类似的原因得到该物，他不能起诉。事实上，人们教导，两个单纯获利的原因不能对同一人就同一物发生。为此理由，如果根据两个遗嘱，同一物应由同一人所得，则根据遗嘱是得到物还是得到估价，是有区别的。事实上，如果得到物，他不能起诉，因为他根据单纯获利的原因得到了它；如果得到了估价，他可以起诉。

此段继续展开遗赠他人之物的问题，假设受遗赠人在遗赠生效前已成为此物的所有人，当遗赠生效时，他能否再次得到遗赠物，本段对此的回答是看情况。如果受遗赠人在遗赠生效前是有偿取得遗赠物，他可得到遗赠物的价金；但如果他是无偿取得的遗赠物，则他不能得到遗赠物，理由是同一人不能就同一物两次单纯获利，这是基于公平的考虑，因为一个遗嘱兑现了，另一个却成了空头允诺。为何某人得到了遗赠物的估价仍可起诉？因为得到物本身比得到其价金更有意义。

I.2,20,7。对在自然中尚不存在的物，如果它将来会存在，可正当地遗赠，例如，这块土地将出产的果实或这个女奴将生育的子女。

此段讲对将来之物的遗赠，此等物包括某块土地将出产的果实，某个女奴将生育的子女。在后种情形，女奴的子女仍被当作物对待，与本书 I.2,1,37 把女奴的子女当作孳息断给空虚所有人的规定一致。

I.2,20,8。如果同一物被共同地或按份地遗赠给两个人，如果两人都来要求遗赠物，它在他们间分割。如果因为瞧不起遗赠物，或因在遗嘱人生存时死亡，或因任何其他原因离开而少了一人，则全部遗赠物归一个共同受遗赠人。事实上，如果某人说了诸如“吾给予并遗赠奴隶斯提古与蒂丘斯和塞尤斯”的话，遗赠是以共同的方式作出的；如果他说了诸如“吾给予并遗赠奴隶斯提古

与蒂丘斯;吾给予并遗赠奴隶斯提古与塞尤斯",遗赠是以分别的方式作出的,即使表示为"同一奴隶斯提古",遗赠同样被认为是以分别的方式作出的。

此段讲有多数受赠人的遗赠,涉及复数受遗赠人间的两种关系及由此造成的增加权问题。增加权来自罗马人采用的"一个人不能部分有遗嘱而死,部分无遗嘱而死的原则",指定两个受遗赠人,其中之一接受遗赠;另一人不愿或不能接受遗赠,就造成了遗嘱人部分有遗嘱而死,部分无遗嘱而死的困境,不愿或不能接受的份额构成落空遗产份额。当然,遗嘱人可以通过替补指定解决这一问题,但在他未作如此安排的情况下,法律就推定他有把另一人不愿或不能接受的部分增加给这一人的意图,由此避免违反上述原则,而这样的安排可能不合甚至违反继承人的意志。① 所以,《关于婚姻的帕皮尤斯和波培乌斯法》(Lex Papia Poppaea Nuptialis,公元9年)对此作了改革,把落空份额分给遗嘱中指定的有子女的继承人,由此达到鼓励生育的目的。②

本段区分共同和分别的意义如何?前种情形产生受遗赠人间的共有和增加权,后种情形不产生受遗赠人之间的共有,也不产生增加权。但本段排除了前种情形成立共有的可能,规定共同受遗赠人各得一半遗赠物,这是因为立法者认为共有是争讼之源。

"即使表示为'上述奴隶斯提古',遗赠同样被认为是以按份的方式作出的"一句,说的是"吾给予并遗赠奴隶斯提古与蒂丘斯;吾给予并遗赠奴隶斯提古与塞尤斯"构成分别遗赠,把第二句的"奴隶斯提古"前加上"同一"的定语,还是构成分别遗赠。之所以要强调第二种情形,乃因为它更凸显了遗嘱人把同一个客体遗赠给了两个人的行为性质,这样的安排如果遭遇的是两个受遗赠人都接受遗赠的情形,则在他们间成立对遗赠对象的共有。在其中一个不接受或不能接受遗赠的情形,发生剩余的受遗赠人的增加权。

I.2,20,9。如果被遗赠他人土地的人购买了其被排除了用益权的所有权,而他后来又得到了用益权,继而根据遗嘱起诉。尤里安说③,他可正当地起诉并要求土地④,因为用益权在这一请求中处在役权的地位。但根据法官的职责,要命令扣除用益权交付估价。

---

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.518.

② 参见〔古罗马〕盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社1996年版,第156页。

③ 出自尤里安:《学说汇纂》第33卷,见D.30,82,2—3。

④ "要求土地",指要求返还购买土地的价金。

此段继续本题第6段提出的受赠人在订立遗嘱后买受了遗赠物应如何处理的问题，不过案情有所变化：受遗赠人先购买了一块土地的空虚所有权，后来又因为出卖人的人格减等取得同一土地的用益权，这样，对于受遗赠的土地，他已一点也不依靠遗嘱人的力量自己取得了，不过部分是有偿取得，部分是无偿取得。此时，他以遗嘱之诉要求兑现遗赠，尤里安认为他可以这样做，理由很简单，他没有两次通过无偿的原因取得这块土地，而且，他诉求的对象包括用益权，而用益权是人役权之一，处在地役权的地位，如果被拒绝行使地役权，可以提起遗嘱之诉。同样，如果被拒绝行使用益权，也可提起遗嘱之诉。但土地已被他取得了，所以只要向他交付土地的估价即可。由于他取得这块土地的用益权没有花费代价，法官要依职责在此等估价中扣除用益权的价值，以贯彻公平原则。

I.2,20,10。但如果某人把受遗赠人的物遗赠给他，遗赠无效，因为他自己的东西不能再一次成为他的。即使他已将它转让，他不应得到物本身或其估价。

本段讲遗赠必须给受遗赠人带来利益的原则。遗赠的本质应是受遗赠人利益的增加，相反的情形不成立遗赠。但如果遗嘱人在订立遗嘱后已把自己的这个物转让，此时物已成为第三人的，应构成一个他人之物的遗赠，按本题第4段的规则，继承人在一定的条件下应购买此物交给受遗赠人，此段为何要另立新规，排除受遗赠人得到物本身或其估价的可能呢？这就必须说到所谓的伽图规则，这是由伽图·李其尼亚努斯（？—公元前152年）提出的规则，意思是在遗嘱人订立遗嘱后马上死亡会无效的遗赠，在任何时候都不得有效。按这一规则，既然遗嘱人把受遗赠人的物遗赠给他的规定在遗嘱人订立遗嘱时无效，尽管这样的遗赠物在遗嘱人订立遗嘱后被转让给第三人，这样的遗赠还是无效。伽图规则意在强调无效遗赠的绝对性，适用在本段中有些不合情理。事实上，受遗赠人既然已转让受遗赠物，就摆脱了本段前一规则的约束，此时的遗赠能给他带来利益，判定它有效比较合理。

I.2,20,11。如果某人把他自己的物当作他人的遗赠，遗赠有效。事实上，事实比意见有更大的效力。但即使他认为物是受遗赠人的，遗赠显然有效，因为死者的愿望可以实现。

本段讲对标的物的认识错误不影响遗赠的效力，提出了事实比意见有更大的效力的原则。错误有两种，一种是把自己的物当作他人的物；第二种是把自己的物

当作受遗赠人的，两者的效果相同。

I.2,20,12。如果遗嘱人遗赠其物后又转让它，杰尔苏认为：如果他出卖物的意图并非取消遗赠，它仍应归受遗赠人。神君塞维鲁斯和安东尼努斯也是这样批复的。上述皇帝批复[①]道：某人订立遗嘱后出押被遗赠的土地，他并不被认为取消了遗赠，因此受遗赠人可为了把土地从债权人赎回起诉继承人。但如果某人转让被遗赠物的一部分，不管怎样，未转让的部分应归受遗赠人，事实上，如果没有以转让取消遗赠的意图，被转让的部分也应这样归受遗赠人。

此段讲遗嘱人把已遗赠之物出卖对遗赠效力的影响，结论是如果遗嘱人无取消遗赠的意图，遗赠维持有效。如果只出卖一部分，设置在未被出卖部分上的遗赠依然有效，这以遗嘱人具有取消设置在已出卖部分上的遗赠为条件。如果他不具有此等意图，即使设置在已出卖部分上的遗赠，也依然有效。与此相类，遗嘱人出押已遗赠之物的行为也并不撤销遗赠。本段作出如此规定的原因在于罗马法承认他人之物可作为遗赠的对象。

I.2,20,13。如果某人遗赠给其债务人债务免除，遗赠为有效，继承人或其他处于继承人地位的人不可向债务人本人，也不可向其继承人要求偿债。但他们可被债务人起诉请求免除其债务。事实上，某人也可命令继承人在一定期间内不得请求偿债。

此段讲免债遗赠和恩惠期遗赠。前者剥夺了继承人的求偿权，实质上规定了他们的解除债务义务。恩惠期遗赠则延长了偿债期限，对受遗赠人构成一种利益。

在本段中的“处于继承人地位的人”是遗产占有人和遗产信托的受益人，他们的法律地位与继承人相若：受遗赠人的利益是他们的牺牲。

I.2,20,14。反之，如果债务人将其负债遗赠给其债权人，如果遗赠物中除债务外，不包括任何更多的东西，遗赠为无效，因为债权人未通过遗赠享有任何更多的东西。但如果债务人单纯地遗赠给他附期限或附条件的债务，遗赠因为是立即支付的而有效。如果在遗嘱人生存期间期限届满或条件成就，帕比尼安写道[②]，遗赠仍然有效，因为它自始有效。这是正确的。事实上，有些专家认

① 参见C.6,37,3,211年。

② 出自帕比尼安：《解答集》第8卷，见D.35,2,5。

为，遗赠已消灭，因为它所处的这种情况[①]使它不能开始其效力，这种意见未得到赞成。

此段讲债的样态的遗赠。样态(modality)是期限、条件和负担的属概念。将附条件附期限的债务转变为即时清偿的债务构成遗赠，因为期待权转变为现实权，使受遗赠人的利益得到微小的增加。

I.2,20,15。但如果丈夫对妻子遗赠嫁资，遗赠为有效，因为遗赠比嫁资之诉更完整。但如果他遗赠了他未接受过的嫁资，神君塞维鲁斯和安东尼努斯批复道：如果遗赠确实是泛泛作出的，无效。但如果遗嘱人指明其妻子应接受特定的金额或特定的物，或应接受嫁资协议中指明的某物，遗赠有效。

本段是对本题第10段所述规则的展开。丈夫对妻子遗赠嫁资的本质是丈夫将属于妻子的物遗赠给她，应不构成遗赠，但遗赠之诉与嫁资之诉均以期待权为标的物，前者使人完整地得到某物，后者却要承受五种扣减，所以前者比后者更有价值。尽管如此，但如果他遗赠了他未接受过的嫁资，是否有效，要看情况。如果是泛泛作出的，无效，因为遗赠多少、遗赠什么物不清楚，标的不确定是无效的原因。如果遗赠是确定作出的，则有效，因为标的确定。或者，在无嫁资协议的情形，作为遗赠的丈夫虚拟存在一份这样的协议，说把嫁资协议上载明的某物给妻子，也有效。这样的虚假陈述不损害遗赠的效力。为了是增加妻子得到遗赠的机会，让她的未来生活有靠。

I.2,20,16。如果遗赠物非因继承人的行为灭失，受遗赠人承担损失。如果被遗赠的他人奴隶非因继承人的行为被解放，继承人不承担责任。但如果遗赠的是继承人的奴隶，继承人将他解放，尤里安写道[②]，他应承担责任，他知道或不知已遗赠该奴隶，并无区别。但即使他把奴隶赠予他人，而受赠人把该奴隶解放，继承人要承担责任，尽管他不知道其奴隶已被遗赠。

此段讲遗赠标的物风险的承担，指出受遗赠人承担风险，因为他是单纯获利的人，继承人自己引起风险的情形除外。本段中的灭失有自然灭失和法定灭失两种。前者是遗赠物因自然灾变不再存在的情形，后者是由于继承人或其他人的行为导致遗赠物不再能交付于受遗赠人的情形，例如，继承人把被遗赠的奴隶解放了或赠

① “这种情况”，指遗嘱人还活着，而期限已届满、条件已成就的情况。

② 这种观点也出现在马尔西安的《法学阶梯》第6卷中，见D.30,112,1末尾。

予他人被后者解放。当然，此时他要承担标的物灭失的责任，他是否知道遗赠情事，在所不论。当然，他会获得恩主权作为补偿。

I.2,20,17。如果某人遗赠女奴及其子嗣，即使女奴死亡，小孩归入遗赠物。同样，如果遗赠的是普通奴隶及其属奴，就算主奴死亡，则属奴归入遗赠物。但如果遗赠的是奴隶及特有产，奴隶已死亡或被解放或转让，关于特有产的遗赠也归于消灭。同样，如果遗赠的是装备了农具的土地，或将土地与农具一同遗赠，事实上，在土地被转让的情况下，关于农具的遗赠归于消灭。

此段讲作为遗赠物的从物的归属问题，是对前段关于灭失的说明的展开。原则是主物灭失，从物依然归受遗赠人。但奴隶的特有产与奴隶之间不存在从主关系。在罗马法中，农具是土地的一部分，非从物，所以对它们不适用关于从随主的规则。要注意的是，这里的“农具”一词含义比我们现在的农具一词要宽，不仅包括用具和耕畜，而且包括奴隶。

在本段中，有主奴和属奴一对概念，它揭示了奴隶内部的等级结构。主奴是自己拥有特有产的奴隶，属奴指奴隶的奴隶，通常为前者工作上的助手，例如财政管理员、收税员等的助手，视为属于前者的特有产，这种“视为”可能出于一种对方便的追求，其宗旨与把主物与从物视为一个整体无异。故前者对于他只享有事实上的所有权，而前者的主人对他享有法律上的所有权。如果他获得解放，恩主权属于主奴的主人。如果其主奴获得解放、死亡或退休，主奴的主人取得其直接所有权。属奴还可以有自己的特有产[①]，换言之，他还可以有自己的属奴。从政治上看，属奴制度的确立跟克劳丢斯皇帝开创的任用奴隶承担行政工作的做法有关，承担某一行政职能的主奴只有依靠许多属奴的配合才能完成在一个庞大的帝国履行受任的行政职能的任务，如果主奴在罗马总负其责，则属奴在各个行省分担其责。[②]

I.2,20,18。如果遗赠的羊群后来减少到一只羊，幸存的羊仍可被主张。事实上，遗赠羊群，在订立遗嘱后出生的羊只也增加到羊群中，尤里安说它归入遗赠物。因为羊群是由分开的羊只构成的一个整体，正犹如房子是由相联系的石块构成的一个整体。

---

① See Adolf Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1991, p.706.

② See P.R.C. Weaver, Vicarius and Vicarianus in the Familia Caesaris, In The Journal of Roman Studies, Vol.54 (1964), pp.117ss.

此段讲在遗赠物集合物的情况下，物的变动的损益由受赠人承担。损失到集合物变成单一物时，增益到数个物变成大量物时，受赠人还是受赠人。此等损益并不由遗赠人承担。

I.2,20,19。因此，遗赠房子，订立遗嘱后添加的柱子和大理石归入遗赠物。

本段继续前段讲为赠予后标的物扩张部分的归属问题，仍采用归受赠人的规则。举的例子是在订立遗嘱后到接受继承之间的间隙期间，作为遗赠物的房子扩建或装修时，此等增益或改良归受遗赠人享有。这样的安排实际上扩张了遗赠的内容，基于遗赠客体的集合物性质。

I.2,20,20。如果特有产被遗赠，无疑的，在遗嘱人生存时特有产增添或减少的任何物，由受遗赠人享受利益或承担损失。如果在遗嘱人死亡后接受遗产前奴隶有所获得，尤里安说，如果特有产确实被遗赠给被解放的奴隶，在接受遗产前的一切获得，统统归受遗赠人，因为这种遗赠在接受遗产之日确定；但如果特有产被遗赠给家外人，这些所得不定为遗赠物，除非特有产由于自己的物得到增加。事实上，特有产并不当然归被解放的奴隶，已遗赠给他的情形除外，不过，如果主人于在世期间解放了他，如果未从他收回特有产，足以使他得到特有产。神君塞维鲁斯和安东尼努斯也是这样批复的。上述皇帝批复道[①]：遗赠特有产，并不意味着遗留物中包括对为主人利益花费的金钱的请求权。上述皇帝批复道：在命令奴隶汇报账目、补足差额后解放他的情况下，视为遗赠了特有产。

此段讲遗赠特有产问题。分为两部分。第一部分讲被遗赠的特有产在间隙期间的损益承担问题。第二部分讲遗赠特有产的方式问题。先讲第一个部分。

如同帕比流斯·佛龙多(Papirius Fronto)形容的："特有产像一个人一样，有出生、成长、萎缩和死亡"[②]，这样，在从遗嘱订立日到遗嘱人死亡日到遗产被接受日的期间被遗赠的特有产到底包括哪些内容成为一个重要的法律问题，本段主要解决这一问题。罗马人打造了两个时间坐标作为解决工具。第一个是定权日(Dies cedens)，也就是遗嘱人死亡之日，此为确定遗赠物的范围的时间坐标，此日在遗赠

① 由乌尔比安在其《萨宾评注》第25卷中引用，参见D.33,8,6,4。

② See The Digest of Justinian, Vol. II, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p.447.

物范围内的，都归受遗赠人。第二个是行权日（Dies veniens），也就是继承人接受遗产的期日，受遗赠人于此日可主张遗赠物。

在以上框架下，本段首先处理从遗嘱订立日到定权日特有产损益的负担问题，决定由受遗赠人负担。这是前段所述规则的运用。其次处理从定权日至行权日之间的期间的遗赠物增益的享有问题，分为两种情况谈。其一，特有产被遗赠给经营特有产的奴隶并解放此等奴隶的情况，在定权日至行权日的间隙期间特有产有所获得的，归受遗赠人。这些获得发生在定权日之后，应不归此等受遗赠人的，为何作出例外规定：此乃因为这里作为受遗赠人的奴隶只有自继承人接受遗产后其自由人身份才能落实，由此他的权利范围才能确定。其二，特有产被遗赠给家外人的情况。这里的“家外人”指管理特有产的奴隶以外的人，他不能取得定权日以后特有产的增益，此等增益应归属于遗嘱人的一般遗产，但特有产自己的物导致的增加除外，这是属于特有产的牲畜下了幼仔、植物结了果实等的情形，它们被视为特有产本身的孳息归特有产的受遗赠人。

现在讲第二部分。首先讲遗赠特有产并不当然发生，但可默示发生，也就是说，管理特有产的奴隶获得解放并不必然取得此等特有产，此等取得需要主人的遗赠行为。不过，生前行为也可达成此等效果。主人生前解放经管特有产的奴隶并未收回特有产的，视为赠予他特有产。这是有利于奴隶的推定，立法意图恐怕是让脱离主人的奴隶有所生计，不至于饿饭。当然，奴隶取得特有产后，就不可主张此等特有产为主人利益花费的金钱了。若再发生主人利得之诉，新获解放的奴隶就只有以特有产承担责任而不得求诸前主人的财产作为补充责任手段了。当然，默示地遗赠特有产还可以报账解放的方式进行。按这种方式，主人与经营特有产的奴隶互有负欠的，若抵销后奴隶欠主人更多，则允许他以特有产冲销此等差额，剩余的特有产归奴隶，他可以带着此等特有产获得解放。这种解放方式可作为 I. 1,5,1 之所述的补充。

I. 2,20,21。事实上，不论是有体物还是无体物，都可遗赠。因此，对死者负欠之物，可以遗赠给某人，继承人要将其诉权转给受遗赠人，生存的遗嘱人已收回金钱的除外。事实上，在这种情况下，遗赠归于消灭。但这样的遗赠是有效的：“继承人必须修理某某的房屋的破损之处”，或“免除某某的债务”。

本段讲无体物遗赠。首先讲债权遗赠及其前提：继承人须将诉权转给受遗赠人，但以债权仍然存在为限；其次讲劳务遗赠，表现为命令继承人为受遗赠人提供一定的服务，这时，受遗赠人获得对继承人的劳务履行请求权，所以，在本段中，劳务遗赠实际上是请求权遗赠。

I.2,20,22。如果遗赠种类物,例如奴隶或其他物,除非遗嘱人另有表示,通常由受遗赠人选择。

以前各段讲的都是特定物的遗赠,本段讲种类物遗赠问题。这样的遗赠一般地提到遗赠某人一个奴隶或一个某种物,并不说明是哪个奴隶或某种物中的哪个,由此产生选择权及其行使方式问题。本段规定了由受遗赠人行使,换言之,不得由继承人行使,但遗嘱人另有表示的除外。事实上,他可以指定第三人行使选择权。选择权人可从一组奴隶或一类货物中选择其一作为遗赠物。

I.2,20,23。附选择权的遗赠,换言之,遗嘱人授权受遗赠人从其奴隶或从其他物中进行选择的情况,本身具有条件,因此,除非受遗赠人在世时亲自作了选择,遗赠物不转移给其继承人,但朕的敕令也对此作了改善,就算受遗赠人在世时未这样做,受遗赠人的继承人也被授予选择权。通过更仔细的研究,在朕的敕令中也增加了这一规定:如果有多数被留下选择权的受遗赠人,而他们未就选择的标的达成一致;或一个受遗赠人有多数继承人,而他们未就选择达成一致,不同的人愿意选择不同的物,为免遗赠归于消灭(这是多数法学家违反仁慈地建议的规则),这种选择的法官将是运气[①]:把签分开,得到签的人的意见在选择中居于优先地位。

本段讲附选择权的遗赠,即遗嘱人提供两种或更多的遗赠客体,让选择权人选择一种客体的遗赠。种类物遗赠予有选择权的遗赠都涉及选择权,但两者不同。前者是在一类中选择一个,后者是在两种中选择一类。用本段的例子说话,是选择奴隶还是其他物。所以,在类选定之后,还会进一步进入到此类中的个体的选择问题,在这个意义上,本段和前段的内容有所交叉。本段重申了受遗赠人必须亲自作选择的原则,否则遗赠物不转移给其继承人,但这会危害继承人的期待权,所以优士丁尼作了改革,允许受遗赠人的继承人行使选择权,并考虑了多数选择权人(多数受遗赠人或他们的多数继承人)如何行使选择权的问题。如果他们的意见一致,则皆大欢喜;如果不一致,由抽签决定。例如,遗赠物有甲乙两个,选择权人有7人,主持者可制作7个签,每签都上书甲乙两字,讲明每个选择权人可在自己的签上钩一字。4人钩甲的,则甲成为最终的遗赠物。

① 参见C.6,43,3,531年。

I.2,20,24。事实上,只可对有遗嘱能力的人为遗赠。

本段规定遗赠有效的主体要件:受遗赠人必须具备消极的遗嘱能力,对不具有这种能力的人所为的遗赠无效。具体而言,不具有消极的遗嘱能力的人有:根据《沃科纽斯法》的规定,妇女不得接受超过一定数额的遗赠。根据《关于婚姻的优流斯和波培乌斯法》的规定,达到一定年龄的独身者和婚而不育者部分无能力接受留给他们的遗产,但这些规定都只限制无能力的人接受遗产,并不限制他们接受遗赠。只是到了优士丁尼,才把无遗嘱能力的效力扩及于接受遗产以外,还包括不能接受遗赠和信托遗产。①

I.2,20,25。但从前,不许留给不确定的人遗赠或信托遗产。事实上,按神君阿德里亚努斯所批复的,士兵也确实不能对不确定的人作遗留。事实上,不确定的人被认为是遗嘱人以不确定的意见置于其愿望中的人,例如某人这样说的情况:"将其女儿嫁给吾子成婚的无论何人,吾之继承人,务必给他那块土地。"留给在遗嘱写定后首先被选任的执政官的遗赠,也同样被认为是对不确定的人所作的遗赠。还有许多其他这方面的类型。自由也不被认为可给予不确定的人,因为已决定,要指名地解放奴隶。监护也应授予确定的人。但附确定指示的遗赠,换言之,给予确定的人中之不确定的人的遗赠,是正当地作出的,例如:"在吾现有之亲属中,如果某人娶吾女为妻,吾之继承人,务必给他那个物。"然而,遗留给不确定的人的,并由于错误作了偿付的遗赠或信托遗产,神圣的敕令警告不能索回它们。

本段规定遗赠有效的消极主体要件之一:受遗赠人必须确定,这是因为罗马人主张遗嘱能力要经过精心考虑行使,一个明智的人不应把自己的全部财产遗赠给不确定的人。在这方面,甚至军人也不享有特权。这是一个家长制干预性质的规定。自由权的遗赠也遵循同样的规则,因此要指名地解放奴隶。本段进行到这里,插入了"监护也应授予确定的人"的题外话,不过,两者的道理是一样的,只有确定的人才可能被认真考虑是否适合作自己子女的监护人。后来,优士丁尼在这一方面作了改革,确立了"相对确定"的原则,也就是说,给一个确定范围内的不确定人的遗赠,有效,因为如果遗嘱人没有可能考察地球上的所有人是否适合接受他的遗赠,他对一个班的人进行这样的考察是可能的。而且,对不确定消极主体所为的遗赠或遗产信托,继承人实施了的,实行维持现状原则,不许以不当得利的名义要求返还。这是出于尊重遗

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.552.

嘱人的财产处分权吧！由于继承人无义务履行受遗赠人不确定的遗赠，收受人有自然法上的义务返还其所得，如果他愿意，可以返还。

I.2,20,26。对他人的遗腹子女，不能有效地为遗赠。事实上，他人的遗腹子是出生后不成为遗嘱人的自权继承人的人。因此，已解放的儿子施孕的孙子，对祖父来说，是遗腹的家外人。

本段是对前段讲遗赠有效的消极主体要求的展开：受遗赠人必须已出生，因为在罗马法中，胎儿本来被看作不确定的人不能被指定为继承人或根据遗嘱获得遗产。后来这一规则得到了改革，允许被继承人自己的胎儿被指定为继承人或受遗赠人①，所以，遗腹子女被赋予消极的遗嘱能力，本身就是一个例外，目的在于保障即将出生的人的生活。而他人的遗腹子女，自有其家父以死因行为的方式保障其出生后的生活，不必他人代劳。显然，本段中的"他人"与"家外人"是同一个意思。在I.3,9pr.中，说到优士丁尼已取消指定他人的遗腹子为继承人的禁令，按理说，指定他们为受遗赠人的禁令也应相应取消，但本段未提及这一点，不妥。遗憾的是，优士丁尼关于这一问题的敕令未保留下来，不能据以知晓它是否包括这样的规定。②

I.2,20,27。但上述规则，没有一种不经正当修改地完全保留下来，因为朕的《法典》收入了一个敕令③，借助于它，朕在这方面，不仅就遗产，而且就遗赠和信托，提供了补救。通过阅读敕令本身明确所述的内容，可澄清这一方面。事实上，根据朕的这一敕令，也不应指定不确定的人为监护人，因为为自己的子息指定监护人的人，应以确定的标准指定。

本段是过渡段，讲优士丁尼以敕令对前述规则的修改。这一敕令今已不存，因此无法据之转述优士丁尼改革的内容。本段顺便讲不能指定不确定的人为监护人的规则，重复本题第25段之所述，两者实际上都是离题文字，之所以被拉杂谈到，乃因为作为本段之依据的优士丁尼敕令一并规定了这个问题。

---

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.554.

② Véase De. Ildefonso, Garcia del Corral 的 Cuerpo del Derecho Civil Romano, Tomo V, Codigo, Novelas, Barcelona, 1898, pag.129.

③ 参见C.6,48,1,528—529年，今已不存。

I.2,20,28。事实上,他人的遗腹子女,以前可以、现在仍可以指定为继承人,只要他不在根据法律不能做我们妻子的妇女的腹中。

本段离开了遗赠主题谈继承人指定,继续走题。讲允许他人的遗腹子女被指定为继承人,与本题第26段的规定矛盾,这样的矛盾很好解决,可以说,第26段讲的是市民法的规则,本段讲的是裁判官法的规则。他人的遗腹子女首先被裁判官授予根据遗嘱的遗产占有权,到优士丁尼时代,他们被赋予继承权,但条件是他们必须出身正派,换言之,不为根据法律不能做我们妻子的妇女所生,此等妇女包括从事贱业的、在待婚期结婚的、有通奸关系的等。[①] 这样的安排,是为了维护善良风俗。

I.2,20,29。如果遗嘱人就受遗赠人的名、姓、族名[②]发生错误,如果他指的是谁很清楚,遗赠仍然有效。同样的规则也正当地适用于继承人。因为名字被认为用来指称人,如果能以其他任何方式认出人,它就毫不重要。

本段讲错误对遗赠效力的影响之一:对受遗赠人的名字发生错误。本段为了拯救遗赠,作了完全意思主义的处理,只要遗嘱人想遗赠给谁是清楚的,写错了名字并不重要,故遗赠有效。本段还把这一规则推广到继承人指定,并最终得出了名轻实重的结论。这些安排表明罗马法逐步摆脱了形式主义的约束。

I.2,20,30。与此相近的是遗赠不因错误描述而消灭的法律规则。例如如果某人这样作出遗赠:"吾给予并遗赠吾之家生奴隶斯提古",事实上,就算是他不是家生奴隶,而是买来的,但如果指的是哪个奴隶很清楚,遗赠有效。相应的,如果他这样描述:"吾将从塞尤斯购得之奴隶斯提古",而他是从其他人购得的,如果指的是哪个奴隶很清楚,遗赠有效。

本段讲错误对遗赠效力的影响之二:对遗赠客体的描述错误。结论是此等错误不影响遗赠的效力。这是为了鼓励遗赠采取的法律技巧,结果是发展了社会保障,尽管牺牲了遗赠人家族的利益。

家生奴隶是出生在主人家的奴隶,因为从小习惯奴隶身份并因此受到职业训

---

① 参见周枏:《罗马法原论》(上册),商务印书馆1994年版,第173页及以次。

② 罗马人的名字由4部分构成,第一部分是名,第二部分是姓,第三部分是族名,第四部分是别号,用来表达名字主人的功绩,例如,本书的冠名者优士丁尼名字的全称为恺撒·福拉维乌斯·优士丁尼·阿拉曼尼的征服者。

练，较有价值，与之对立的是非家生奴隶，他们因为曾当过自由人不习惯奴隶的地位，不好驾驭，因此价值较低。

I.2,20,31。原因的错误不损害遗赠，更有道理。例如在某人这样说的情况下："蒂丘斯，由于他于吾不在期间照管了吾之事务，吾给予并遗赠斯提古予他"，或这样："蒂丘斯，因为其辩护，吾被免于受死罪控告，吾给予并遗赠斯提古予他"，就算是事实上蒂丘斯从未经管过遗嘱人的事务，也未由于其辩护使遗嘱人免罪，但遗赠有效。但如果附条件地表述原因，法律是另样的，例如以这种方式："蒂丘斯，如果他照管了吾之事务，吾给予并遗赠他土地。"

本段讲错误对遗赠效力的影响之三：对遗赠原因发生错误。结论是原因的错误不损害遗赠，完全是立法者强词夺理地维持遗赠的效力，因为原因是实施遗赠的动机，动机不存在，继续维持遗赠是无道理的。立法者为何如此强词夺理？把受遗赠人理解为教会就可以理解了。但如以条件的方式表达遗赠的原因，原因的错误导致遗赠无效。因为原因是过去的事情，而条件是将来可能发生的事情，所以，基于原因的受遗赠人取得遗赠后不承担任何责任，相反，基于条件的受遗赠人要承担责任。如果他不承担，要返还遗赠物。①

本段提到重罪被告由于律师的辩护免罪后以遗赠报偿其律师。在克劳丢斯皇帝之前，罗马的律师为人辩护不得取酬，获得免罪的被告以迂回的方式付酬，也就是把律师指定为自己的受遗赠人。在克劳丢斯皇帝之后，律师可以取酬，没有必要迂回付酬了。

I.2,20,32。或问，我们对继承人的奴隶为遗赠是否正当？显然，单纯地作这种遗赠是无效的，如果他在遗嘱人生存期间已脱离继承人的权力，也无任何效力，因为如果遗嘱人订立遗嘱后马上死亡便会无效的遗赠，不应仅因遗嘱人活得更久而有效。但附条件的这种遗赠是正当的，这样，我们要问的是：在遗赠物的范围得到确定之日，他是否不处在继承人的权力之下？

本段讲遗留给继承人的奴隶的遗赠是否有效的问题。指定继承人的奴隶为受遗赠人，由于该奴隶必须根据主人的命令接受遗赠，最终的遗产获得者还是继承人，因此，这样的遗赠的最终效果是让继承人与受遗赠人同为一人，而继承人处在债务人的地位，受遗赠人处在债权人的地位，这样的安排，等于是把债务人和债权

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.558.

人的身份同时放在一个人身上，有违事理之性质，故单纯地对继承人的奴隶为遗赠无效。即使后来这样的奴隶脱离了继承人的权力，遗赠也无效，因为按照伽图规则，自始无效的东西嗣后也不得有效。但如果附条件地设立这种遗赠，例如，之前他被解放或被转手为条件实施遗赠，是有效的，因为这样的遗赠一开始就没有瑕疵，所以条件成就，这种遗赠就生效。

I.2,20,33。相反，在奴隶被指定为继承人的情况下，无疑也可正当地对主人作无条件的遗赠，因为即使遗嘱人在订立遗嘱后立即死亡，人们并不认为遗赠物会立即到作为继承人的人手中，因为遗产和遗赠物可能分开，他人可能通过该奴隶成为继承人，如果该奴隶在接受主人的命令前被转到该他人的权力下；或者他被解放，他自己成为继承人。在这些情况中，遗赠都有效。但如果奴隶依然处于同样的地位并接受了受遗赠人的命令，则遗赠化为乌有。

本段讲某人同时分别指定一个奴隶及其主人为继承人和受遗赠人时遗赠的效力，此时遗赠也有效，但条件是遗嘱人订立遗嘱后立即死亡，这样，在他死亡之日遗赠物的范围就确定了。但此时尚未发生遗产取得，因为需要一个接受的表示，只有通过此举奴隶的主人才可成为死者的法定代表人。而在遗嘱人死亡与接受遗产的间隙期间，被指定为继承人的奴隶可能被转让给另一个主人或被解放，在前种情形，该奴隶要根据其新主人的命令接受遗产，后者通过该奴隶成为继承人；在后种情形，该奴隶根据自己的考虑决定是否接受遗产，两者都不会导致继承人与受遗赠人的合一。但如果不满足这两个条件之一，则对主人的遗赠失效。原因很简单，遗赠关系的事理之性质是三方关系，即遗嘱人、继承人、受遗赠人，继承人负向受遗赠人交付遗赠物的义务。如果奴隶仍在主人的权力下时根据主人的命令接受遗产，则主人实际上是通过奴隶成了继承人，因为奴隶没有自己的人格，不过是主人取得的工具。如此，让他作为继承人对自己交付受遗赠物，显然违背了遗赠的事理之性质。

I.2,20,34。从前，指定继承人之前进行的遗赠无效，不消说，因为遗嘱从继承人的指定中取得效力，因此，人们认为继承人的指定是整个遗嘱的中心和基础。同理，在指定继承人前，也不能赠予自由。但由于朕认为遵循书写的顺序，而抛开遗嘱人的意思（这是古人自己也认为应受谴责之事），是不公正的。通过朕的一个敕令[①]，朕也改正了这一弊端，允许在指定继承人前、在指定继承人的过程中遗留遗赠以及更有价值的自由，后者的好处更令人喜爱。

① 参见C.6,23,24,528年。

本段讲对遗赠形式要件的意思主义改革。遗嘱效力的基础是对继承人的指定;由于遗赠是继承人的负担,是对继承人期待权的削减,将继承人放在遗嘱前面是出于对他们的尊重。这样安排,也是为了避免遗嘱人完全把遗产开支为遗赠。过去,先遗赠后指定继承人导致遗赠无效,优士丁尼时代不会如此了。

I.2,20,35。在继承人或受遗赠人死后所作的遗赠,曾以类似的方式无效。例如某人这样说:"在吾之继承人将来死亡的情况下,吾给予并遗赠",或"在继承人或受遗赠人死亡的前一天",同样无效。但朕也以类似的方式对此作了修改①,给予这样的遗赠以类似于信托的效力,以免在这种情况下遗赠的地位劣于信托的。

本段讲在继承人与受遗赠人死后生效的遗赠对于他们已是物理不能,因为继承人是遗赠义务的履行者,他死了就无人履行遗赠义务。受遗赠人是遗赠的接受者,他驾鹤西去了,遗赠关系就失去了消极主体而难以维系。而且由于他不可能作出接受遗赠的表示,行权日不可能届至,这样,他的继承人也无法间接得到遗赠物,因为他未得到的东西也不可能移转给其继承人。所以,在继承人或受遗赠人死后作出的遗赠,形同恶作剧。遗赠应是表达爱意、酬谢某人劳苦的工具,不应成为表达恶意的工具。所以本段提到的两种遗赠的方式均因为违反善良风俗无效,它们亦违反了遗赠自身的性质。

但优士丁尼对这一非常情况作了非常的处理,打破死者未曾获得的权利也不得由其继承人获得的原则,把受遗赠人的继承人拟制为遗产信托的受益人,允许他追诉遗嘱人的继承人,达到了让他取得遗赠物的目的,由此巧妙地制裁了恶意的遗赠人。这又是弄假成真的民法调整方法的一次运用。

通过这样的改革,本段的规则与 I.3,19,15 体现的规则一致了。

I.2,20,36。为了惩罚而作出、撤销或转让遗赠,也无效。事实上,为强制继承人,尤其是让他做或不做某事而作的遗留,被认为是为了惩罚而作的遗赠,例如某人这样写:"吾之继承人,如果将其女儿嫁予蒂丘斯为妻";或反之,"如果他不将她嫁予蒂丘斯为妻","他务必给塞尤斯 10 个金币";或如果他这样写:"吾之继承人,如果他转让奴隶斯提古";或反之,"如果他不出让斯提古","他务必给蒂丘斯 10 个金币"。这一规则受到严格遵守,许多元首的敕令都指出:元首也不承认为了惩罚遗留给他的遗赠。即使在士兵的遗嘱中作这种遗

① 参见 C.4,11,1,531 年。

赠，也归于无效，尽管士兵在订立遗嘱中的其他意思非常地受尊重。已决定，甚至也不能为了惩罚赠予自由。萨宾进一步认为，也不能为了惩罚而增加继承人，例如某人这样说："指定蒂丘斯为继承人；如果蒂丘斯将其女儿嫁予塞尤斯为妻，也指定塞尤斯继承人。"事实上，蒂丘斯以什么方式受到强制，是强加一份遗赠还是增加一个共同继承人，无关紧要。但朕并不喜欢这样的过分细致，朕一般地规定[①]：遗留物，就算是为了惩罚而留下、撤销或移转给他人，在给予、撤销或移转方面，丝毫无异于其他遗赠。不消说，不可能的、为法律禁止的或有其他缺陷的情况除外。的确，我的时代生活方式不能容忍这样的遗嘱人处分有效。

本段讲惩罚性的遗赠无效。那么，惩罚性的遗赠惩罚的是谁？从本段的内容来看，惩罚的是继承人，因为遗赠本身就是继承人的负担，多开支一些遗赠，继承人自己可以得到的遗产就要少一些。因此，增加遗赠可以成为强制继承人为或不为某事的手段。但这样的遗赠违背了遗赠应该是表达爱意的手段的本质，且干预了继承人的行动自由，尤其是在某些情形干预了其婚姻自由，这是罗马人最不能容忍的，所以，历来的法律都规定它无效。当然，具有同样性质的撤销和转让遗赠也是同样的结果，撤销和转让的方式见下题。但是，把同样的限制课加于受遗赠人，则可能是正当的，因为这属于遗赠的负担，只是这样的负担不应干预受遗赠人的人身自由。上述规则得到严格执行，导致皇帝即使牺牲皇库或公共财政的利益也不接受为惩罚继承人作出的遗赠。军人遗嘱作这种遗赠的，也不像在其他方面一样享有特权，同样归于无效。行文及此，本段作者脱离遗赠主题援引萨宾的观点，把为了惩罚而增加继承人的做法也定为无效。因为遗产是一个重量固定的蛋糕，食客越少，每个食客吃到的越多，增加一个继承人，就减少了其他继承人的继承份额，因此可作为威慑其他继承人的手段使用。这样就干预了他们的自由，所以此等增加无效。

上述让惩罚性遗赠无效的安排维护了纲纪，但牺牲了受遗赠人得到遗赠的机会，所以有城门失火，殃及池鱼之憾。为此，优士丁尼作了改革，让附加于遗赠的惩罚性条件视为未写，遗赠作为单纯的有效，有其他法律缺陷的情形除外。

本段中的"我的时代的生活方式"即善良风俗。因此，本段反映了人类较早的以善良风俗为理由宣告某种法律行为无效的实践。

---

① 参见 C.6,41,1,528 年。

第 21 题

遗赠之撤销与转让

I.2,21pr.。撤销遗赠,不论通过同一遗嘱还是通过小遗嘱实施,都有效;或者以相反的言辞作成剥夺,例如,如果某人这样作出的遗赠:"吾给予并遗赠",以"吾不给予并遗赠"的言辞撤销;或以并不相反的言辞,换言之,以任何其他言辞撤销。

本段讲撤销遗赠的方式。可以同一遗嘱也可以小遗嘱实施此等撤销。此段中的"小遗嘱"是复数,意味着可用多份小遗嘱撤销遗嘱或前份小遗嘱中所为的遗赠。撤销采用的言辞与授予遗赠的言辞相反即可,也可采用不相反的言辞撤销。这样,对于撤销没有什么形式主义的严格要求。

I.2,21,1。也可把遗赠从一个人转让给另一个人,例如某人这样说,"吾将已遗赠予蒂丘斯的奴隶斯提古给予并遗赠给塞尤斯",在同一遗嘱中或在小遗嘱中这样做,均可。在这种情况下,蒂丘斯的遗赠被认为撤销了,它同时被给予了塞尤斯。

本段规定遗嘱人的转遗赠权,把已遗赠给甲的财产改为遗赠给乙,实际上是更改遗赠。此等更改可通过修改原遗嘱为之,也可通过小遗嘱为之。此时,原受遗赠人的遗赠撤销,对新受遗赠人设立了一个新的遗赠。这种体制充分保障了遗嘱人的遗嘱自由,但不免对受遗赠人的信赖利益有所损害。两种价值不能兼得,本段选择保障前者,因为受遗赠人通常无偿取得遗赠物,被牺牲一下无伤大局。

第 22 题

《法尔其丢斯法》

I.2,22pr.。剩下《法尔其丢斯法》有待朕探讨,该法最终课加了对遗赠的限制。事实上,在过去,根据《十二表法》,遗赠权可完全自由行使,允许把全部财产开支为遗赠(因此该法这样规定:"以遗嘱遗赠自己的财产,具有法律上的效力"[①])。人们主张限制这种遗赠自由,从指定的继承人拒绝接受毫无利益或极小利益的遗产,遗嘱人通常无遗嘱而死的事实出发,这也是考虑到他们本身的利益。就此问题,既颁布了《富流斯法》,也颁布了《沃科纽斯法》,两者皆被认为不足以结束这种状况。最后颁布了《法尔其丢斯法》,规定,不许遗赠超过全部财产的 9/12,换言之,指定的继承人不论是一个还是多个,要为他或他们保留 1/4 的份额。

本段叙述罗马人限制遗赠立法的历史。首先讲《十二表法》,它规定了绝对的遗嘱自由,"允许把全部财产开支为遗赠",由此使遗嘱继承制度形同虚设,造成受遗赠人与继承人利益上的尖锐矛盾。许多国家规定受遗赠人和继承人不可为同一些人,而有的国家则规定可以为同一些人。罗马法中受遗赠人和继承人的范围可以重合,此时遗赠成为遗嘱人给继承人进行利益加权的手段。但在不重合的情形,如果遗产全部遗赠给家外人,则继承人的利益会被牺牲,继承制度养老育幼的功能无法实现。于是有《富流斯遗嘱法》(Lex Furia testamentaria)出台改善这方面的状况。这是一项颁布于公元前 200 年的法律,它规定:给单个不在法律规定范围内的人的遗赠的数量不得超过 1000 阿斯,对于超过此限额的部分,受遗赠人应支付 4 倍的罚金。但对 6 亲等以内的亲属和兄弟姐妹的子女的遗赠,不在此限。但这一法律没有规定对超出规定数额的遗赠可以撤销,所以被称为不完全法。[②] 而且,它

① 参见《十二表法》第五表第 3 条。

② Véase Antonio de Puentey Francoy Jose Francisco Diaz, Historia de Leys, Plebiscitos y Senadoconsultas mas notables, Desde la Fundacion de la Roma hasta Justiniano, Imprenta de D. Vicente de Lalama, Madrid, 1840, pag.59.

未规定可以开支为遗赠的财产在遗产总额中的比例，所以，如果一个人有5000阿斯遗产，他给5个受遗赠人各1000阿斯，照样把全部遗产开支为遗赠，继承人的利益荡然无存。①

公元前169年颁布的《沃科纽斯法》试图解决这一问题，它规定：女子不能被有10万阿斯以上的市民立为继承人，目的是限制奢侈；受遗赠人的份额不得超过任何同时被立为继承人者继承的份额。② 这个法律尽管试图从量的角度限制遗赠自由，维持继承人与受遗赠人之间利益的平衡，但还是被逃避了。第一个逃避手段是遗嘱人逃避参加国势调查，这样人们就不能确定他是否受该法约束，这也暴露出《沃科纽斯法》只限制最富有市民的遗赠自由，不限制其他阶级的遗赠自由的缺陷。第二个手段是以遗产信托的方式移转遗产。由于这两个法律的失败，最终于公元前40年在奥古斯都的支持下颁布了《关于遗赠的法尔其丢斯法》，这是一个平民会决议，它将遗嘱人可以遗赠的财产总数量化为3/4，留给全部继承人的遗产不过1/4，应该说，该法还是非常倾向于遗赠自由的。它对违反者的制裁是把超过限额的遗赠剔除，实际上是定为无效。这样就开创了特留份制度。该制度对遗嘱自由加以限制，认为遗嘱自由不能超越自然亲情（人类养老抚幼的伦理的体现）的界限。这样当然有利于继承人，同时也有利于遗嘱人，因为如果遗嘱人留给他们的遗产太少，他们会拒绝接受遗产，造成遗嘱人无遗嘱而死，整个的继承由遗嘱继承转入法定继承，如此，继承人所得可能不止1/4，但遗嘱人过去力图表达的慷慨精神就一点也无从表现了。不过，由于《关于遗赠的法尔其丢斯法》不适用于遗产信托，人们还是可以依靠这一制度规避它，最后，几十年后的《贝加苏斯元老院决议》补上了这一漏洞。《关于遗赠的法尔其丢斯法》找到了控制遗嘱人遗嘱自由的最好手段，所以在它之后，再无根本方略的变更，只是特留份的比例不断提高而已。现代西方各国民法典都采用《关于遗赠的法尔其丢斯法》的方法确保继承人的利益。

I.2,22,1。或问：在指定了两个继承人——例如蒂丘斯和塞尤斯——的情况下，如果蒂丘斯的份额或全部由指名他必须给付的遗赠耗尽；或承受了超过限制的负担，而对塞尤斯的份额或未留下任何遗赠；或无论如何，其份额只被减少一半，由于塞尤斯享有全部遗产的1/4的份额或更多，是否毫不允许蒂丘斯从他承受的遗赠中留置任何遗产？已决定允许留置，以便使其份额的1/4的部分得到保全。事实上，《法尔其丢斯法》的计算方法必须运用于每个继承人。

① 参见〔古罗马〕盖尤斯：《法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社1996年版，第164页。
② 参见周枏：《罗马法原论》（下册），商务印书馆1994年版，第456页。

此段讲《法尔其丢斯法》规定的计算方法的运用。假设的情况是有两个继承人。甲的继承份额被遗赠等各种负担耗尽，而乙的份额保留甚多，达到 1/4 甚至更多，那么，甲能否通过扣除过多的遗赠的方式为自己保留 1/4 的遗产，本段给出了肯定的答案，并提出了《法尔其丢斯法》的计算方法应运用于每个继承人的原则，也就是说，不仅遗产总量的 1/4 要留给继承人，而且每个继承人也要得到遗嘱赋予自己遗产份额的 1/4。这样，本段就发展了《法尔其丢斯法》的计算方法。

本段规定的留置权并非我们平常理解的，那种留置权体现在 I. 2，1，34 中，叫作恶意诈欺的抗辩。本段提到的留置权实际上是扣留权。继承人可以行使这种权利，也可放弃。如果采用了后种选择，不得反悔，法律视为他弃权，受遗赠人不构成不当得利。①

I. 2，22，2。事实上，适用《法尔其丢斯法》的计算方法的财产数额，在死亡之时评定。因此，例如：如果拥有 100 个金币之财产的人遗赠了 100 个金币；如果在接受遗产前，通过属于遗产之奴隶的劳动；或由于属于遗产的女奴的生养子女；或由于家畜的产仔增加了遗产，以至于在为受遗赠人开支了 100 个金币的情况下，继承人还拥有遗产的 1/4 的份额，但有必要仍然从遗赠中扣除 1/4 的份额。相反，如果遗赠的是 75 个金币，在接受遗产前，财产意外地因火灾、船难或奴隶的死亡减少，以至于不多于 75 个金币或甚至更少的财产被遗留下来，遗赠应全额给付。对于可自由地不接受遗产的继承人来说，这种情况也不是有害的。情况成了这样：为了避免由于遗嘱被弃之不顾而毫无所得，受遗赠人有必要就份额与继承人达成协议。

本段讲《法尔其丢斯法》的计算方法在时间上的参照点是遗嘱人死亡之时，也就是定权日，换言之，不以行权日为参照点。因此，财产增加或减少的风险由继承人承担。当遗产发生自然增值时，按本段，继承人可得到两个 1/4 的份额。当遗产遭受到损失时，本来兼顾受遗赠人利益和继承人利益的安排可能发生改变：过去是从 100 金币的遗产中开支 75 金币的遗赠，为继承人留 25 金币。现在，75 个金币缩水了，继承人必须从自己应得的 25 金币中抽取一些出来补足 75 个金币的遗赠额。如果他愿意，当然可以接受这一安排。如果不愿意，他可以拒绝接受遗产，由此导致整个遗嘱作废，受遗赠人因此一无所得。为了避免这种可怕的结果，他有必要与继承人达成和解协议，其内容很可能是他自己承担灾厄造成的遗赠额损失。

---

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag. 583.

I.2,22,3。事实上,在适用《法尔其丢斯法》的计算方法时,首先减去债务,同样减去葬礼费用和被解放之奴隶的价值,然后对余额这样处理:其中1/4的份额留给继承人,而3/4在受遗赠人中分配,不消说,是根据他们中每个人被遗赠的份额的比例。因此,如果朕假设400个金币被遗赠,而要从中开支遗赠的财产的数量是400个金币,每个受遗赠人必须被减去1/4的份额。如果朕假设350个金币被遗赠,应被减去1/8。如果某人遗赠了500个金币,首先应被减去1/5,然后应被减去1/4。事实上,首先必须减去超过财产总数的部分,然后从财产中减去必须留给继承人的部分。

本段讲《法尔其丢斯法》计算方法的技术问题。首先讲清算,以便得出在受遗赠人和继承人之间分割的财产的净数。第一是必须将定权日的积极财产和消极财产抵销,得出纯积极财产值;第二是减去葬礼费用,即运送和埋葬遗嘱人遗体的费用,不包括其他的费用①;第三是减去被解放的奴隶的价值,此等奴隶不仅包括遗嘱人自己的,也包括他人的奴隶。经过这3项扣除后,如果得数仍然是正的,就以它为基准进行分配。显然可见,把被解放的奴隶的价值作为遗产的债务扣除掉,有利于被允诺给奴隶的自由权兑现,也就是说,兑现对他们的解放是对继承人进行分配的前提条件。相反,如果把对他们的解放作为遗产债务在继承人之间分派,则不仅他们得到解放的时间要延后,而且其自由权要面临一定的风险,因为有些经济困难或仁慈心不够的继承人不见得愿意解放分派给他解放的奴隶。

本段其次讲了为继承人利益所为之扣除的方法。不是从遗产总额中扣除1/4,而是从每个受遗赠人的受赠额中分别扣除1/4。具体情况如下:

1. 有400个金币,遗赠400个,须从每个受遗赠人中减去1/4的份额;

2. 有400个金币,遗赠350个,须从400个中减去1/8的份额,得到50金币,它与遗嘱中未作为遗赠处分的50金币汇合为100个金币分给继承人;

3. 有400个金币,遗嘱人误以为有500个,首先应减去1/5,这是对遗产的真实状况的还原。然后再减去1/4,也就是100个金币,这是要留给继承人的部分。

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.582.

第 23 题

遗产信托

I. 2,23pr. 。现在朕转移到信托。首先让朕来看遗产信托。

本段开始讲信托(Fideicommissum)。这种信托又分为两种,其一是本题要考察的遗产信托,它的标的是集合物。其二是第 24 题要考察的单一物的信托。

在罗马法中,除了此处讲的信托外,还有信托质,原文为 Fiducia。有如下类型:(1) 质押:即债务人为了让债权人放心而移转自己的财产给债权人的交易,债权人对质押物享有所有权,债务人还债后一年内可依收回时效取回;(2) 寄托:这是寄托人把物交给保管人保管的交易,它转移所有权。届时保管人还不还物全凭良心,是不能凭强制履行的义务。后来信托质消亡,分化为它名下的制度留存下来,成为质押和保管等交易。但 1880 年德国最高法院明确以罗马法中的 Fiducia 解释让与担保的法律性质[①],使这一制度又焕发青春。

本题既然规定信托,就引发了现代的信托制度到底是起源于罗马还是英国的问题。这里的信托与英国的信托的区别在于不能在活人间设立,而且这种信托受任人的地位不同于英国的信托受任人的地位,他的地位仅仅是形式上的和过渡性的,英国的信托受任人的地位要积极得多。而且,当这种信托设立了一定的沉淀期时,受任人取得受益人的全部利益,英国的受任人却不会如此。[②]

I. 2,23,1。必须知道,在最初的时期,所有的信托都无效,因为任何人都不被违反其意志地强制给付请求他给付的财产。事实上,对不能被遗留遗产或遗赠的人,如果作了遗留,他们通常被托付给可根据遗嘱获取者的信用。被称作信托,乃因为它不是根据任何法锁,而只根据被请求人的良心得到遵守。后来,首先是神君奥古斯都一次或更多次地为对某些人的关怀所推动;或由于某人对

① 参见黄名述、张玉敏主编:《罗马契约制度与现代合同法研究》,中国检察出版社 2006 年版,第 214 页。

② 参见〔英〕巴里·尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社 2000 年版,第 285 页。

他说起为他本人的健康所作的祈祷;或由于某人之突出的背信弃义,命令执政官执行他们的意图。由于这种做法被认为公正且得人心,逐渐转化为固定的管辖权。对它们的喜好变得非常大,所以逐渐创设了专门的裁判官,他对信托案件宣告法律,被称作信托裁判官。

此段讲遗产信托制度的历史沿革和名称由来。起先它们是无效的,因为它们都是规避法律的禁令通过二传手把遗产留给法律规定不许留的人。例如,《沃科纽斯法》限制父亲把超过一定限度的遗产给女儿,以免奢侈,但父亲可通过信托回避这一禁令,把想给女儿的超过限额的遗产给儿子,然后委托他转交女儿就行了。[①] 又如,优尼亚拉丁人没有消极的遗嘱能力,故不能通过继承或遗赠取得财产,但他们可通过遗产信托取得。[②] 由于违法,受托人可以否认曾发生过信托。他只是在有良心时才会履行他人的托付,所以这个交易叫作信托。后来由于各种原因——包括由于信托人和受托人为他的健康作出的祈祷(原始的信托往往从祈祷开始,然后信托人作出请求),因为在遗产信托设立之时,将死的人会要求受托人宣誓忠于委托,此等宣誓中都有"为了元首的健康"之语[③]——奥古斯都于公元前 30 多年承认了遗产信托制度的合法性。进一步的发展是信托裁判官在克劳丢斯皇帝时期设立起来,专门审理信托案件。他是专门的司法官,按非常程序为审理。

I.2,23,2。因此,首先必须知道,某人必须通过遗嘱被依法正当地指定为继承人并托付其信用要他把该遗产交付给他人,否则,在无任何人被指定为继承人的情况下,遗嘱会无效。因此,如果某人写道:"路丘斯·蒂丘斯为继承人",他可以加上:"吾请求汝,路丘斯·蒂丘斯啊,一旦汝能接受吾之遗产,汝给予并交付它给盖尤斯·塞尤斯"。事实上,任何人都可请求继承人交付一部分遗产。人们可自由地单纯地或附条件地、附确定期限地遗留信托。

本段讲设立信托以指定继承人为必要。原因有:(1) 信托受益人相当于受遗赠人,其利益与继承人的利益矛盾,要求指定继承人,是限制遗嘱人把全部的遗产都开支为遗产信托,而必须留一定的遗产给继承人;(2) 没有继承人这个中介,信托遗产无法移转给信托受益人;(3) 受益人有时年纪小或缺乏自制力,无法自己管

① See John Crook, Patria Potestas, In The Classical Quarterly, New Series, Vol. 17, No. 1, (May, 1967), p. 121.

② 参见〔古罗马〕盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社 1996 年版,第 8 页。

③ Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag. 588.

理财产，所以需要作为受托人的继承人的帮助。

本段还讲到设立信托可以附样态，也可以不附样态这样做。前种情形为常态，不然，遗产到了继承人手里马上就要转给受益人了。在附样态的遗产信托中，在条件成就或期限届满之前的期间，继承人享有遗产。条件成就或期限届满后，才把遗产转给受益人。这样，继承人尽管不能完全得到遗产，但并非不能从中获得一定的利益。

I.2,23,3。事实上，交付了遗产，交付人确实仍维持为继承人。但接受遗产者，有时被认为处在继承人的地位；有时被认为处在受遗赠人的地位。

本段讲信托受托人和受益人的地位，前者就是继承人，他把遗产交给受益人后还是继承人，这是因为“一旦为继承人，永远为继承人”（Semel heres sempre heres）的罗马法原则，也就是说，一旦他接受遗产，尔后就不得通过放弃丧失其继承人地位。这样，他还必须为遗产的原由起诉和应诉。但受益人有时被认为是继承人，当他根据《特雷贝流斯元老院决议》收受遗产时如此；有时是被认为是受遗赠人，当他根据《贝加苏斯元老院决议》收受遗产时如此。继承人与受遗赠人不同，前者通常是家内人，须负义务；后者通常是家外人，单纯受益。

I.2,23,4。而在尼禄[①]时代，特雷贝流斯·马克西姆斯和安内乌斯·辛尼加[②]为执政官时，制定了一个元老院决议[③]，规定，如果以信托的原因交付了遗产，根据市民法，继承人可提起或可对继承人提起的一切诉权，也被授予根据信托对之交付遗产的人提起或对他提起。在这一元老院决议之后，裁判官开始授予接受遗产的人以由他们提起或对他们提起的扩用诉权，它如同由继承人提起或对继承人提起的诉权。

本段讲《特雷贝流斯元老院决议》确定遗产信托受益人的地位相当于继承人。由此，当遗产移转于他时，与遗产有关的主动的和被动的诉权都移交给他。此等决

① 尼禄（Claudius Nero，37—68年），54—68年在位的罗马皇帝，日耳曼尼库斯的外孙，阿格里披娜的儿子，在其母亲谋杀了克劳丢斯后为帝。以荒淫著称，热爱唱歌与竞技，曾往希腊参加那里的歌唱比赛并获冠军。他杀死了自己的母亲，逼迫自己的老师哲学家辛尼加自杀。后为元老院及禁卫军唾弃，自杀。

② 辛尼加（Lucius Annaeus Seneca，公元前4年—65年），又译塞涅卡，古罗马哲学家，新斯多亚派的代表人物，尼禄的老师。尼禄即位后任执政官，后因涉嫌皮索阴谋案，被尼禄勒令自杀。著有大量伦理哲学短论。

③ 《特雷贝流斯元老院决议》，62年。

议颁布后，裁判官将信托受益人视为准继承人授予一切主动和被动的直接诉权和扩用诉权。之所以如此规定，乃因为有些遗产信托的受托人由于害怕诉讼或债务的风险拒绝接受遗产，导致整个遗嘱无效，由此，遗嘱人的信赖受到损害，受益人的期待权也受不利影响。于是，元老院根据遗产的好处所属的人也要承担其不利的公平原则颁布了这一元老院决议，它干脆赋予受益人继承人的地位以拯救遗嘱的效力。此时，如果有人还起诉继承人，他可提出"已交付了遗产的抗辩"解脱自己，这样，受益人就成了适格的被告。①

I.2,23,5。但由于被指定的继承人通常被请求交付全部或几乎全部遗产，他们拒绝接受无任何利益或只有极小利益的遗产，由此导致信托消灭。后来，在韦斯巴芗②奥古斯都③时代，贝加苏斯④和普西沃担任执政官期间，元老院规定⑤：被要求交付遗产的人，像《法尔其丢斯法》授予的从遗赠中进行留置的权利一样，同样被允许留置1/4的份额。也允许他们对通过信托遗留的单一物作同样的留置。在这一元老院决议之后，继承人本人承受遗产的负担。事实上，根据信托接受遗产之份额的人处于部分受遗赠人的地位，换言之，他是遗赠给他的那部分财产的受遗赠人。这种遗赠被叫作部分的，因为受遗赠人与继承人分割了遗产。因此，通常在继承人和部分受遗赠人之间订立的要式口约，同样在根据信托接受遗产的人与继承人之间订立，这是为了遗产利益和亏损在他们间按比例共同分派。

此段讲《贝加苏斯元老院决议》赋予继承人留置权。在遗产信托关系中，继承人是遗产的二传手，可能一无所得，完全为人作嫁，以至于拒绝遗产，造成信托受益人也一无所得。为了避免这种局面，75年颁布了《贝加苏斯元老院决议》赋予此等继承人《法尔其丢斯法》赋予的权利，也就是说，让他们取得1/4的特留份，由此照顾了三方的利益。首先是遗嘱人的利益，他的遗嘱的效力因此得以挽救。其次是受益人的利益，遗嘱效力得到挽救了，他的利益才有可能实现。第三是继承人的利益，表现为他也可得到特留份的遗产利益。但这也说明信托人信托的这种人并非

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.592.

② 韦斯巴芗(Titus Flavius Vespasianus, 9—79年)，69—79年在位的罗马皇帝，弗拉维王朝的创立者。本为尼禄的将军，尼禄死后，由东部行省军团拥戴，经元老院批准为帝。镇压了犹太人的反罗马起义。

③ 这里的"奥古斯都"同"恺撒"一样，都不是指同名的历史人物，而是皇帝的代名词。

④ 贝加苏斯(Pegasus)，1世纪的罗马法学家，普罗库鲁斯的后继者和普罗库鲁斯学派的代表人物。素以博学著称，其著作常被人引用。

⑤ 《贝加苏斯元老院决议》，75年。

那么可信。《贝加苏斯元老院决议》将受益人的地位定性为受遗赠人，因此，继承人要承受遗产的负担，也就是说，要为遗产的原由起诉和应诉并承担诉讼的后果。由于采用了《法尔其丢斯法》规定的特留份，相应的受益人和继承人之间通过订立和解协议解决利益及亏损的分派的做法也引进过来。

I.2,23,6。因而，如果请求指定的继承人交付不多于9/12的遗产，现在将根据《特雷贝流斯元老院决议》交付遗产，按遗产份额比例的诉权将授予对抗他们两人。确实，对抗继承人是根据市民法；而对抗接受遗产的人是根据《特雷贝流斯元老院决议》。但如果被要求交付的遗产多于9/12甚至是全部遗产，《贝加苏斯元老院决议》发生效力，而继承人一旦接受了遗产，只要他是自愿接受的，不论他留置了1/4的份额，还是不愿作这种留置，他都承受遗产的概括负担。但在他确实留置了1/4的情况下，他就与信托受益人订立了一个双分要式口约，如同在部分受遗赠人与继承人之间所订立的。但如果他交付了全部遗产，他们缔结了一个买卖遗产的要式口约。如果指定的继承人拒绝接受遗产，说他怀疑该遗产可能带来损害，《贝加苏斯元老院决议》规定：经要求他交付遗产的人申请，继承人将根据裁判官的命令接受并交付遗产，诉权应授予接受遗产的人行使并对他行使，正犹如适用《特雷贝流斯元老院决议》的规范一样。在这种情况下毋需任何要式口约，因为同时既给了交付遗产的继承人以安全，又转移了遗产诉权给接受遗产的人行使或对他行使，两个元老院决议在这种情况下竞合。

本段讲继承人可能所处的各种法律情势。遗嘱人为他留有特留份时，继承人无必要行使留置权，故《特雷贝流斯元老院决议》发生效力，由于该元老院决议把信托受益人视为继承人，故针对遗产债务的诉权按3∶1的比例在他们间分割。相反，当遗嘱人没有给继承人留特留份或留得不足时，继承人有必要行使留置权，故《贝加苏斯元老院决议》发生效力。此时，只有继承人承担针对遗产债务的诉权，信托受益人单纯获利。继承人不行使留置权的，视为放弃这一权利。如果他留置了1/4的遗产，则在他与信托受益人之间达成了一个双分要式口约。按此约，继承人与信托受益人一方面分担遗产的债务，另一方面分享遗产的债权，由此平衡信托受益人和继承人的利益。如果他放弃留置权把遗产全部交付给信托受益人，按照此约，遗产的全部债务和债权一并移转给信托受益人，这样，继承人在放弃特留份的同时，也放弃了对遗产债务的承担。如果继承人因为害怕遗产资不抵债而拒绝接受遗产，就会损害信托受益人的利益，经他申请，裁判官将根据《贝加苏斯元老院决议》命令他接受遗产并交付给信托受益人，同时，有利于遗产和不利于遗产的诉权

都移转给他，这实际上是前述买卖遗产的要式口约的效果，但《贝加苏斯元老院决议》豁免此时订立要式口约的必要，这样就减少了当事人的麻烦。

I.2,23,7。但由于导源于《贝加苏斯元老院决议》的要式口约，甚至古人自己也不喜欢，在某些案件中，杰出的人、天才帕比尼安说它是欺骗的，而朕宁愿法律更简单而不是困难，因此，朕被呈报了所有这两个元老院决议的同异之后，决定废除后制定的《贝加苏斯元老院决议》，赋予《特雷贝流斯元老院决议》以完全的权威，以便根据它交付一切信托遗产，不论根据遗嘱人的意愿，继承人将享有1/4或更多更少的份额，甚至完全不享有任何份额，这样，在他根本未得到或只得到了少于1/4的财产时，允许他根据朕的授权留置1/4或欠缺的部分；或如果他已作偿付，允许他索回之，如同根据《特雷贝流斯元老院决议》规定的，赋予按比例份额的诉权对继承人和信托受益人行使。但如果他已自愿交付全部遗产，所有的遗产诉权都由信托受益人行使并可对他行使。但这也是《贝加苏斯元老院决议》的最好制度，根据这一制度，被指定的继承人拒绝接受给予他的遗产时，课加他对愿意得到的信托受益人交付全部遗产、并移转一切他享有的并可对他行使的诉权的义务。朕也把这一制度移植到了《特雷贝流斯元老院决议》中，这样，根据这一决议，继承人只被课加这样的条件，如果他不愿接受遗产，而信托受益人又希望对自己交付遗产，对继承人既无任何损失，也无任何利益。

本段讲优士丁尼的将两个元老院决议合并的改革。他废除了《贝加苏斯元老院决议》，因为其中规定的双分要式口约不为大家所喜，帕比尼安甚至说它在某些案件中是欺骗性的，这些案件就是继承人和信托受益人一方破产的案件，此时，尽管要式口约规定了双方分担遗产的债务，分享遗产的债权，但实际上，这些权利和义务只落在一方当事人身上，要式口约的规定流于欺骗。[①] 而且优士丁尼也不喜欢在法律上叠床架屋，考虑到《贝加苏斯元老院决议》在许多方面与《特雷贝流斯元老院决议》重复，他决定废除前者，但让后者吸收其合理内容。这样，赋予继承人在任何情况下的1/4的特留份并允许他行使留置权。特别在他未行使此权把全部取得的遗产交给信托受益人的情况下，赋予他索回权，此等权利的依据当然是信托受益人的不当得利。这时，要按所得遗产的比例在继承人和信托受益人之间分割遗产的债务。如果继承人已交付全部遗产且不打算索回自己的特留份，则全部有

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.597.

利于或不利于遗产的诉权都由信托受益人承担。这样，放弃特留份的继承人尽管未得到任何利益，但也不至于有损失。但这样的安排瓦解了“一旦为继承人，永远为继承人”的原则。

I.2,23,8。事实上，就整个的阿斯指定的继承人，被请求交付全部遗产还是只交付一部分；或者，就部分遗产指定的继承人，被请求交付整个该部分还是该部分的一部分，毫无区别。事实上，在这种情况下，朕也命令遵守朕就交付全部遗产的情况所述的规则。

此段讲行使留置权的两种具体情况。其一是全部遗产只有一个继承人，他被遗嘱人要求交付信托受益人全部或部分遗产的情形；其二是与他人共同继承一份遗产中的一部分的继承人被遗嘱人要求交付整个该部分给信托受益人的情形，两者适用的规则是一样的。也就是说，两种继承人都可扣除自己过手的遗产的1/4作为特留份，在前者情形，特留份是遗产整体的1/4。在后者情形，特留份是部分遗产的1/4。

I.2,23,9。如果继承人被请求在为他自己扣除或作为遗赠先取包括在1/4内的某一个物，例如土地或其他物后交付遗产，则根据《特雷贝流斯元老院决议》交付，其方式完全如同在留置1/4的份额后被请求交付剩下的遗产一样。但两者有所不同，在第一种情况中，也就是在扣除或作为遗赠先取了某一个物交付遗产的情况中，根据该元老院决议，诉权完整地移转给信托受益人，而保留给继承人的物，作为来自遗赠的所得无任何遗产负担地保留给他；在第二种情况中，换言之，在继承人留置了1/4的份额后被请求交付遗产并作了交付的情况下，诉权被分割，3/4被移转给信托受益人；1/4保留给继承人。甚至在继承人扣除或作为遗赠先取的只是一个占了遗产的大部分的物的情况下，诉权同样整个地移转给信托受益人，他可以权衡是否要求交付他遗产。不消说，即使为了继承人的利益扣除或作为遗赠先取的是两个或更多的物，适用同样的规则。但即使继承人被请求在扣除或作为遗赠先取的是某一占遗产的1/4或甚至更多的金额后交付遗产，法是同样的。朕就全部遗产指定的继承人之所述，朕同样也推及于就部分遗产指定的继承人。

本段讲继承人作为受遗赠人的情况与继承人作为受托人的情况的区别。在第一种情况中，继承人被请求在扣除或提取包括在1/4内的某一个物后交付遗产，此时发生先取遗赠，在这种遗赠中，受遗赠人与继承人两种身份重合，所以，

继承人或受遗赠人的特留份不受任何负担。在第二种情况中，继承人仍是受托人，所以他与信托受益人按比例分割有利于或不利于遗产的诉权，适用前些段落讲到的普通规则。当然，第一种情况可能出现变体，也就是继承人被请求扣除或先取的物占了遗产的大部分的情况，例如，整个的遗产由房子和其中的家具构成，遗嘱人命令继承人先取房子，然后把其中的家具交付给信托受益人，此时，继承人仍享受受遗赠人的地位，不用承受遗产的任何负担。而信托受益人只能获得很少的利益，却要承受遗产的全部负担，此时，他要考虑向继承人要求遗产是否值得。如果认为不值，他应放弃自己的请求权。上述例子只讲了作为受遗赠人的继承人被要求先取一个物，该物就占了遗产的大头的情况，如果他被要求先取两个以上的物，这些物占了遗产的大头，适用同样的规则。同样，上述例子只讲了就全部遗产指定的继承人，为此制定的规则也适用于为部分遗产指定的继承人。

I.2,23,10。此外，即将无遗嘱而死的人，可请求他知道自己的财产按市民法或荣誉法将所属的人，把自己的全部或部分遗产或某些物，例如土地、奴隶、金钱交付给某人。尽管遗赠除非以遗嘱作出，不生效力。

本段讲的是法定继承中的遗产信托，是对法的变通。因为遗产信托本来是遗嘱继承中的制度，现在被扩张适用于法定继承，也就是将死的人对自己的法定继承人——不论是市民法上的继承人还是裁判官法上的继承人——说要把遗产转交给另外的人，这种表示不妨可理解为遗产信托，不过形式不正式而已。

按现代人的观念，本段中即将无遗嘱而死的人的信托意思表示就是遗嘱，如果罗马人也这样看，这个即将死去的人就不是无遗嘱而死了，为何有这种差别？因为罗马人采用证据学意义上的遗嘱概念，信托作为一种隐秘的交易通常没有留下法定的人证或书证，所以不算遗嘱。尽管如此，本段还是让这样的交易违背常规生效。

本段同时提出，即将无遗嘱而死者不得让其法定继承人对第三人给付遗赠，因为遗赠必须采用遗嘱作出才有效。

I.2,23,11。也可请求被交付了某些物的人，反过来交付给他人这些物的全部或部分，甚至他人的某物。

此段讲连续信托，即规定信托受益人被要求把遗产再交付给第二受益人的信托。交付的可以是自己受领的物的全部或部分，甚至可以是他人的物，此时他要把此等物买来履行信托。连续信托制度表达了遗嘱人把自己的意志尽可能长地定在

遗产上的愿望,对受益人的自由限制过大,为一些现代立法限制或禁止。故《魁北克民法典》第1271条把连续信托限制在两个顺位以内,超过的顺位视为未规定。

I.2,23,12。由于信托最早开始时取决于给予继承人的信任,并由此取得了其名称和本质,因此,神君奥古斯都让它们受制于法的必然。最近,朕为了竭尽全力超越上述皇帝,根据杰出的人、司法大臣特里波尼安呈报的一个案件制定了一个敕令[①],朕规定:如果遗嘱人信托其继承人交付遗产或特定的信托物,而此事既不能根据文件,也不能根据众所周知的朕就信托规定的5个之数的证人证明,而少于5个证人或根本无证人参与,那么,不论选择继承人的信用,希望由他交付某物的人是继承人的父亲还是其他人,如果继承人为背信弃义所推动拒绝履行信托,否认曾发生这样的事情,如果信托受益人在他发誓之前就未进行诬赖起了誓,可要求他起誓,他必须宣誓:他从未听遗嘱人这么说过;在他拒绝这样做的情况下,被强制概括地或特定地履行信托,以免遗嘱人托付给对继承人之信任的最后愿望落空。朕规定:如果对受遗赠人或对信托受益人以类似的方式遗留了某物,也要遵守上述规则。如果被主张对他作了遗留的人承认确实对他遗留了某物,但他求助于对法律进行的吹毛求疵的解释,必须以一切方法强制他偿付。

本段讲遗产信托的法定化,本来它是完全依赖良心来实现的交易,但奥古斯都把它纳入了法制的轨道。尽管如此,在受托人否认信托之存在的情形,奥古斯都的法制对此无能为力。于是,优士丁尼在特里波尼安的建议下以赌誓的方式解决这一问题,具体做法是信托受益人先发誓说自己未进行诬赖,从而逼迫可能的受托人起誓保证自己从未接受过遗嘱人的信托。如果他由于畏惧信义女神的惩罚不敢宣誓,则推定信托存在而强迫他履行之,履行的可以是集合物的信托,也可以是下题要讲到的单一物的信托。当然,这一规则也适用于连续信托,据此,受遗赠人和信托受益人被以赌誓的方式强制履行其交付信托财产的义务。

本段提到的宣誓依靠人们的宗教信仰运作,体现了法之不及,宗教补之的安排。

① 参见C.6,42,32,531年。

第 24 题

通过信托遗留单一物

I. 2,24pr.。事实上,某人也可通过信托遗留单一物,例如土地、奴隶、衣服、银器和现金,并可请求继承人本人或受遗赠人交付他人,尽管对受遗赠人不能设立遗赠的负担。

本段转入讲第二种信托,即单一物的遗产信托。按罗马人的万物有灵观念,单一物是只包含一个灵魂的物,它由一个实体组成,而非如集合物一样由数个实体组成。把单一物理解成特定物值得商榷①,因为从本段举的例子来看,土地、奴隶、衣服、银器都不是特定物,即使把它们说成是特定化的种类物,也要考虑有 I. 2,20,22 规定的由受遗赠人在遗赠的种类物中为选择的情形。

此段增加受遗赠人为信托受托人。信托物是受遗赠物的一部分。这样就突破了不能对受遗赠人设立遗赠的负担的原则,这一原则之设是为了维持遗赠的本性,避免受遗赠人遭受戏弄。但信托与遗赠处于同一地位,所以说,允许对受遗赠人设立信托的负担就打破了上述原则。这样的安排基于受遗赠人接受遗赠物与交出遗赠物之间存在时间差或数量差的假定,只要受遗赠人能从遗赠中获得利益,哪怕数量很少,也排除了对他的戏弄。

I. 2,24,1。事实上,遗嘱人不仅可通过信托遗留自己的财产,而且也可遗留继承人的、受遗赠人的、信托受益人的或任何其他人的财产。因此,不论是受遗赠人还是信托受益人,都可被请求他交付不仅遗留给自己的物,而且他自己的或他人的物给某人。唯一要注意的是这一点:不得请求任何人对某人交付多于他根据遗嘱所取得的。事实上,超过的部分是无效作出的遗留。事实上,在他人的物通过信托被遗留的情况下,被请求人必须或购买并交付该物;或偿付其估价。

① 这种译法为《法学阶梯》的另一译者张启泰先生所持。参见〔古罗马〕查士丁尼:《法学总论——法学阶梯》,张启泰译,商务印书馆 1989 年版,第 121 页。

此段讲以信托遗留他人之物。这里的"他人"包括继承人、受遗赠人、信托受益人和任何其他人。遗赠非继承人的物,只能以嘱令遗赠的方式作出。根据这种遗赠,建立继承人与受遗赠人之间的债的关系,后者可请求前者履行遗嘱人设定的义务,其内容可能是购买并交付他人之物给遗赠人。当然,本段把嘱令遗赠中的"继承人"的范围加以扩张,使之除了包括本来意义上的继承人外,还包括受遗赠人和信托受益人,可以把他们称为遗产第一顺位的承受人。他们受到的保护是:他们的最高转交额以他们的收受额为限,超过的部分无效。这样的说明似乎无视了《法尔其丢斯法》规定的特留份,或许可以这样解释这一"无视":特留份承受人对于特留份享有处分权,可以放弃之。在物为他人的之情形,遗产第一顺位的承受人有两种选择:要么购买此物交给遗产的第二顺位的承受人,价金当然从他获得的遗产份额中开支;要么对遗嘱人指定的物品进行折价,把价金交给遗产的第二顺位的承受人。显然,只有在第一种选择受挫时才可能发生第二种选择。

I.2,24,2。也可通过信托授予奴隶自由,为此要请求继承人、受遗赠人或信托受益人解放他。遗嘱人是为他自己的奴隶,还是就继承人的、受遗赠人的甚至家外人的奴隶作出请求,并无区别。因此,必须购买他人的奴隶并解放之。如果该奴隶的主人在根据遗留自由者的遗嘱[①]一无所得的情况下不愿出卖他[②],自由的信托并不立即消灭,而是被延缓,因为在时间的推移过程中,一旦有购买该奴隶的机会,可以授予他自由。然而,根据信托的原因解放的人,并不成为遗嘱人的解放自由人,尽管他是遗嘱人的奴隶,但他是解放他的人的解放自由人。相反,直接根据遗嘱被命令成为自由人的人,成为遗嘱人本人的解放自由人,他也被叫作"冥府的"[③]解放自由人。除了在两个时候,即订立遗嘱之时和死亡之时都是遗嘱人的奴隶的人外,任何其他人都不得直接根据遗嘱享有自由。事实上,在某人没有请求他人解放奴隶,而是譬如根据他自己的遗嘱,他愿意该奴隶得到自由的情况下,自由被认为是直接授予的。

此段是对前段所述原则的展开,不过将遗赠客体特定化为自由权而已,所以,信托受益人肯定是个奴隶,他可以是遗嘱人自己的奴隶,也可以是继承人的、受遗赠人的或家外人的奴隶。若奴隶不是遗嘱人和受托人自己的,受托人有义务购买指定的奴隶并解放之,购买的经费应来自受托人获得的遗产份额。如果奴隶的价值大于此等遗产份额,怎么办?应取决于受托人自己,他可以放弃有限责任利益解

① 此处的"遗嘱"一词,在拉丁原文中为"意见"。
② 参见 C.7,4,6,亚历山大皇帝颁布的敕令,无年月。
③ "冥府的解放自由人",即死人的解放自由人。

放该奴隶，也可以让解放行为受挫。如果奴隶的主人不愿解放指定的奴隶，怎么办？应该说，如果此等主人根据遗嘱得到了一定的好处，他也不能这样做。如果根据遗嘱一无所获，他可以这样做。此时，自由的遗产信托并不消灭，而是被延缓，受托人要等待机会解放他，因为这个奴隶可能被转让给一个愿意出卖他的主人。解放后，被解放的奴隶原则上不是遗嘱人的解放自由人，而是受托人的解放自由人。这样，解放自由人的报恩义务的履行对象就是受托人了。为何如此？这是因为按本段的要求，被解放者要成为解放者的解放自由人，必须在订立遗嘱之时和死亡之时都在遗嘱人的权力下，而在信托解放的情形，被解放者于死亡时不在遗嘱人的权力下，所以不合条件。当然，这与遗嘱人自己直接遗赠奴隶自由权的情况不同，此时，他自己享有对解放自由人的恩主权。这意味着本段承认死人为主体。事实上，活人对死人履行报恩义务是可能的，例如采取定期上坟的方式。

I.2,24,3。事实上，经常用于信托的言辞是这些："吾要求"、"吾请求"、"吾希望"、"吾委托"、"吾托付汝之信用"。这些言辞单独使用是有效的，如果它们全体联合起来使用，有同样的效力。

本段讲信托的表达方式，均是些套语，是表示信任的词，都采用祈使句语式。它们有数个，个别使用和集合起来使用，都有效。

第 25 题

小遗嘱

I.2,25pr.。在奥古斯都时代前,显然无小遗嘱法,但路丘斯·伦图鲁斯——信托也是从此人开始的——首先采用了小遗嘱。事实上,他在非洲临死时,他写了一些经遗嘱确认的小遗嘱,通过它们他以信托要求奥古斯都做某些事。而神君奥古斯都执行了其愿望,后来,其他人便跟随这一榜样,按信托承担责任,而伦图鲁斯的女儿偿付了依法她不应偿付的遗赠。据说,奥古斯都曾召集法学家,他们中有当时最权威的特雷巴求斯,问他们可否承认小遗嘱?小遗嘱的使用是否与法律学说不和谐?特雷巴求斯说服了奥古斯都,他说,对于市民,小遗嘱极为有用和必要,因为古人所作旅行众多和漫长,在旅行中,如果某人不能订立遗嘱,但可订立小遗嘱。在这一时期之后,由于拉贝奥[①]也订立过小遗嘱,已无人怀疑小遗嘱依法被完全承认了。

本段讲小遗嘱制度的历史发展。所谓的小遗嘱,是对本遗嘱的规定进行变更和调整的文书,依古法,它并无法律效力,理由很简单,它没有遵守依铜和衡器遗嘱的程式要求。但在奥古斯都时期,优流斯家族的敌人伦图鲁斯在非洲订立了小遗嘱,其女儿和友人以及奥古斯都本人都履行了此等小遗嘱作出的安排,此举可能出于怜悯伦图鲁斯横死于非洲的悲惨,以及为了显示对待政敌的宽仁,但由此提出了小遗嘱的合法性问题。奥古斯都召集其元首顾问委员会的重要成员,著名法学家特雷巴求斯征求其对小遗嘱的看法,特雷巴求斯劝说奥古斯都把小遗嘱合法化,因为世事多变,人常在旅途,前者导致修改既定之遗嘱的必要,后者让按正常程序修改遗嘱十分困难,因此,以承认按简单方式制作的小遗嘱为妙。奥古斯都对这番劝说的态度似乎并不积极。后来,著名法学家拉贝奥本人也订立了小遗嘱,于是,没有什么人怀疑小遗嘱的合法性了。所以,从本段的叙述来看,小遗嘱是经习惯法承

① 拉贝奥(Marcus Antistius Labeo,约公元前 54 年—17 年),古罗马法学家,普罗库鲁斯派的创始人。曾任财务官,因其父参与了谋刺恺撒,又因他是共和主义者,为奥古斯都所厌恶。著有大量法学著作,优士丁尼《学说汇纂》多加引用。

认为合法的。

I.2,25,1。事实上,某人不仅可在订立遗嘱后订立一些小遗嘱,而且某人无遗嘱而死时也可以小遗嘱设立信托。但在对订立遗嘱前订立了一些小遗嘱的情况,帕比尼安说[①]:除非它们后来由专门的意思表示加以确认,无效。但神君塞维鲁斯和安东尼努斯批复:可根据订立遗嘱前订立的小遗嘱要求信托物,如果后来订立了遗嘱的人看来未撤销他在小遗嘱中表示的意思的话。

本段讲可以订立小遗嘱的时间和此等遗嘱的功能。就前者的答案是既可在正式遗嘱订立后订立,也可在订立正式遗嘱前订立,但仅以此等小遗嘱后来为正式遗嘱确认为限。对后一种情形的认可超出了小遗嘱制度的发生史,把小遗嘱变成了相对独立的遗嘱。就后者的答案是如果遗嘱人以小遗嘱设立了信托,即使他后来并未订立本遗嘱,由此设立的信托也有效。这样,小遗嘱进一步独立了。

正式遗嘱也可转化为小遗嘱。如果遗嘱人在遗嘱中设立小遗嘱条款,规定,如果订立的遗嘱由于欠缺有效要件或由于尔后发生的事件无效,可作为小遗嘱有效,法律承认此等条款的效力。[②]

I.2,25,2。事实上,不能以小遗嘱授予或剥夺遗产,以免遗嘱法与小遗嘱法发生混淆,因此,也不能以小遗嘱规定剥夺继承权。确实,不能以直接的方式以小遗嘱授予或剥夺遗产;事实上,通过信托方式,人们以小遗嘱合法地作出遗留。也不能以小遗嘱增加指定继承人的条件,也不可以小遗嘱直接指定替补继承人。

本段讲运用小遗嘱的界限,表现为不得以它作如下遗嘱处分:授予或剥夺遗产(但以信托方式授予遗产的除外)、剥夺继承权、增加指定继承人的条件或设立替补继承人。这样,小遗嘱的运用范围很小,似乎只可用以撤销前遗嘱、改定遗赠的受赠人或撤销遗赠、解放奴隶等。

I.2,25,3。事实上,某人也可订立多数的小遗嘱。它们不要求任何订立的庄严仪式。

---

① 出自帕比尼安:《解答集》第7卷,见D.29,7,5。

② Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.616.

本段讲法律对订立小遗嘱的数目无限制，并且允许以极为自由的方式订立小遗嘱。不过，小遗嘱的订立形式只有在狄奥多西皇帝之前才如此自由，该皇帝颁布敕令，规定即使订立小遗嘱也要5—6个证人参加。①

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo I, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.616.

Volume

III

第三卷

第 1 题

无遗嘱而死的具体情况

I.3,1pr.。完全未订立遗嘱的人,或未合法订立遗嘱的人,或订立的遗嘱被打破或变得无效的人,或无任何人根据遗嘱成为继承人的人,是无遗嘱而死。

此段讲作为法定继承开始原因的无遗嘱,说它包括四种具体情况,一是事实上没有订遗嘱;二是虽订立了但不合法;三是订立了但后来被打破或变得无效;四是无任何人根据遗嘱成为继承人,也就是不接受遗产。上述情形可分别为自然的和拟制的两类,只有"一"是自然的,其他都是拟制的,是"视为无遗嘱"。

这是一个重复的主题,已在 I.2,17,2 中讲过。

I.3,1,1。事实上,无遗嘱而死者的财产,根据《十二表法》,首先属于自权继承人。[①]

本段讲第一顺位的无遗嘱继承人或法定继承人为自权继承人,他们被视为遗产的所有人。这样安排的根据是《十二表法》。该法从公元前 450 年颁布到优士丁尼时代,已有 1000 多年,但这一规定一直未变。

I.3,1,2。事实上,人们认为的自权继承人,正如朕在上文也说过的,是处于死者权力下的人,例如儿子、女儿、儿子所出的孙子或孙女、儿子生的孙子所出的曾孙子或曾孙女。子女是血亲还是养亲,并无区别。

此段讲自权继承人的定义及其范围。就前者而言,说明了自权继承人就是被继承人死时处在其权力下的人,换言之,在这个时间已被死者解放的子女不在其内。就后者而言,说明了自权继承人包括四类:第一亲等和第二亲等的直系血亲,以及自然亲和养亲,只要他们在被继承人死时处在其权力下,都算。

---

① 参见《十二表法》第五表第 4 条。

I.3,1,2a。在他们中,必须也包括确实不是从合法婚姻中出生、但已根据有关的皇帝敕令的规定交给城邦库里亚的人,他们获得自权继承人之权利;此外,还有朕的敕令[①]涵盖的人,朕以这一敕令规定:如果某人与一个妇女在同居中结合,最初无夫妻感情,但他可与她结婚,她生下了孩子,然后发生了感情,与她也订立了婚姻文书,并有了儿女,不仅设立嫁资后出生的子女应是婚生身份并处在父亲的权力下,而且在此之前出生的子女也是如此,他们从后来出生的子女获得了婚生子女名义的好处。朕规定:即使订立嫁资契约后未生育子女,或虽已生育,但已夭折,这一规则也适用。

此段扩张了自权继承人的范围,实际上讲的是 I.1,10,13 所讲的准正规则在继承法上的效果:被准正者成为乃父的自权继承人。准正的经济效果由此得以体现。

I.3,1,2b。但是,孙子和孙女、曾孙子和曾孙女,只有在在他们前面的人停止处在尊亲的权力下——要么是由于死亡,要么是由于其他原因,例如解放,发生这样的事——的情况下,他们才被列为自权继承人。事实上,如果在某人死亡时儿子处于其权力下,由该子所出之孙子不能成为自权继承人。朕认为对其他处在更远亲等卑亲属地位的人,也必须说同样的话。遗腹子女,如果在尊亲活着时出生将处在其权力下,是自权继承人。

此段讲代位自权继承人,也就是被继承人的孙子女、曾孙子女,但以他们的父亲由于死亡或解放对他们已不享有家父权为限,也就是以在死者与他们之间无中间项为限。如果有此等中间项,死者西去后,他们处在自己父亲的家父权下。其他更远亲等的直系血亲,符合以上条件的,也可成为代位自权继承人,遗腹子女亦不例外。

I.3,1,3。事实上,不知道自己的这种地位的自权继承人,也成为继承人,就算他们是精神病人,也能成为继承人。因为我们根据不知道的原因获得财产,精神病人也可根据这样的原因取得。在尊亲死亡的当口,所有权可以说仍延续着。因此,在不知自己的这种身份的未成年人作为自权继承人获得遗产的情况下,监护人之授权不必要。精神病人也毋需取得保佐人的同意,而是根据法律取得遗产。

① 参见 C.5,27,10 和 11,529—530 年。

此段讲知晓自己的继承人地位与否不妨碍成为继承人，道理很简单，继承关系的成立并非基于约定，而是基于法定。由此出发推论，精神病人也能成为继承人，尽管无从说他“知道”什么，由此可以再得出精神病状态不损害消极的遗嘱能力的结论。再进一步推论，未成年状态也不损害消极的遗嘱能力。总之，监护人和保佐人不必授权，未成年人和精神病人都可成为继承人，但他们如果接受继承，则需要此等授权。

“在尊亲死亡的当口，所有权可以说仍延续着”一语，说的是自权继承人是死者人格的当然承担者，死者的一切，也属于他们，所以他们无需表示接受就成为继承人，也不得拒绝继承，所以他们被称为自权继承人。这种安排，反映了亲属集团成员间积极的（传袭财产）和消极的（承担责任）连带关系。

I.3,1,4。然而，有时某人在尊亲死亡时并不处在权力下，但却成为尊亲的自权继承人，例如，某人在父亲死后从敌人处返回的情况。事实上，复境权法导致如此。

此段讲后发的自权继承人，这种人是被俘的子女、孙子女和曾孙子女，他们在家父死时被敌人拘押，因为不处在其家父权而处在敌人的权力下不是自权继承人，但在家父死后，他们回到罗马的，依据复境权法恢复其宗亲关系，因此被视为仍处在家父权下，作为自权继承人参与继承。由此可见，复境权法不仅适用于财产关系，而且也适用于人身关系。这似乎与《科尔内流斯法》拟制无关。该法颁布于公元前 81 年，规定死亡的被俘市民不受人格大减等，与其有关的某些民事法律关系保持有效。[①] 所以，《科尔内流斯法》说的是死人，本段说的是活人。奇怪的是，复境权法不适用于夫妻关系，因此，丈夫被俘的，夫妻关系由于市民身份的丧失自动解除，丈夫回还的，夫妻关系不因复境权恢复，当事人需要重新结婚。所以，复境权制度适用于哪些类型的人身关系，不适用于哪些类型，是一个需要继续研究的问题。

I.3,1,5。相反发生的情况是：某人就算是在死者死亡时处在死者的家族内，但他不成为自权继承人，例如其父亲于死后被认为是叛国罪的被告，由此，也判处他记录抹杀的情况。事实上，他不能有自权继承人，因为皇库要继承他。但可以说根据法律产生了自权继承人，但停止了这种身份。

① 参见黄风：《罗马法词典》，法律出版社 2002 年版，第 112 页。

此段讲剥夺遗嘱人继承能力的一种刑罚:记录抹杀刑,它适用于犯国事罪者。关于这种罪的具体情况,在我对 I.4,18,3 的评注中有详细论述。实际上,此刑的效果等于剥夺市民权,导致依附于市民身份的各种能力丧失,其中包括继承能力的丧失,受判处者的财产要由皇库继承。这时候,皇库可视为他的自权继承人。这样的安排涉及刑事处分对民法权利的影响,并有株连后代之嫌。

I.3,1,6。在有一个儿子或一个女儿和出自另一儿子的一个孙子或一个孙女的情况下,同等地召集他们继承遗产,亲等较近的也不排斥亲等较远的。事实上,孙子和孙女代其父亲之位,被认为是公正的。基于同样的理由,即使有一个儿子所出的一个孙子和一个孙女,和一个孙子所出的一个曾孙子和一个曾孙女,他们共同被召集继承。因为已决定:孙子和孙女,同样,曾孙子和曾孙女代其尊亲之位,不是按人头,而是按房分割遗产,被认为是适当的,这样,儿子拥有一半的遗产份额,而另一儿子所出的两个或更多的孙子女拥有另一半。同样,如果有两个儿子所出的孙子女,一个生了一个或两个孙子女;另一个生了3个或4个孙子女,一半的份额属于这个儿子所出的一个或两个孙子女,另一半属于那个儿子所出的3个或4个孙子女。

此段讲代位继承:孙子女代表其亡故的父亲与伯叔们共同分配遗产,曾孙子女也可如此,此时对于伯叔,遗产是按人头分配,对于其侄子女,遗产是按房分配。按房分配后,再在该房的范围内按人头分配。这样的安排,被认为是出于公平。

I.3,1,7。事实上,在查询某人是否有自权继承人时,必须查询在他无遗嘱而死被确定的时间所发生的情况,以及遗嘱被弃之不顾时所发生的情况。根据这一理由,如果儿子被剥夺继承权,而指定家外人为继承人,儿子死亡,然后被指定的继承人或由于不愿,或由于不能成为继承人,不根据遗嘱成为继承人得到确定,孙子将是祖父的自权继承人,因为在确认家父无遗嘱而死时,唯一找到的继承人是孙子。这一点是肯定的。

本段讲查证某人是否有自权继承人的时间基点。首先是无遗嘱而死被确定的时间,这开启了法定继承的前提条件。其次是被指定的继承人由于主观上的不愿和客观上的不能不会继承遗产的事实得到确定的时间。实际上,第二种情形包括在广义的无遗嘱而死的概念中,在这里被单列谈论,在体系上显得有缺陷。

确定两个时间点查证有无自权继承人,实际上是查证第一顺序中是否有这种

人。答案为否的，查证下一个顺位，以此类推，一直到找到自权继承人或宣布遗产由皇库继承为止。最后找到的自权继承人可能与被继承人相隔数代。

I.3,1,8。就算孙子在祖父死后出生，但在祖父生存时受孕，其父亲死亡，然后祖父的遗嘱指定的继承人死亡，他成为自权继承人。显然，如果他在祖父死后受孕并出生，其父亲死亡，然后祖父的遗嘱指定的继承人死亡，他并不处在祖父之自权继承人的地位，因为他未以任何亲属关系与其父亲的父亲发生过联系。这样，由被解放的儿子收养的人不在祖父的子女之内。事实上，他们完全不是被召集继承遗产的子女，甚至他们也不能作为最近血亲要求占有遗产。这些是关于自权继承人的。

此段讲遗腹孙子女作为自权继承人。对于这种人，以受孕时间为基准判断他们是否处在被继承人的家父权下，从而判断他们是否可以代位。由于这种人出生时被继承人已死，定他们为自权继承人时他们尚未出生，所以，本段的规定，究其本质是给胎儿保留遗产。这是对即将出生的人的优待。当然，如果他们没有活着出生，需要另外的规则处理。相反，在祖父死亡后受孕并出生的孙子女不能成为自权继承人，因为他们不曾处在祖父的家父权下。由此类推，被解放的儿子收养的孙子女也不能成为自权继承人。即使是裁判官法，也不允许他们继承。不能作为自权继承人意味着不能代其父亲之位继承祖父的遗产。

I.3,1,9。事实上，根据市民法，被解放的子女不享有任何权利。事实上，他们也不是自权继承人，因为他们已停止处在尊亲的权力下，《十二表法》也不以任何其他资格召集他们继承。[①] 但裁判官为自然公平所驱使，给予他们为了子女的遗产占有，完全如同他们于尊亲死亡时处于其权力下一样，不论是只有他们，还是除他们之外，还有自权继承人。因此，如果有两个子女，一个已被解放，另一个在死者死亡时处于权力下，无疑，处在权力下的人根据市民法是唯一的继承人，换言之，是唯一的自权继承人。但由于被解放的子女根据裁判官的恩惠被允许参与分配遗产，发生自权继承人变成部分遗产之继承人的情况。

此段讲被解放子女根据裁判官告示获得继承权。在早期，解放是种尊亲惩罚子女的手段，因为子女一旦脱离家族，自己难以生存，且被剥夺了继承权。后来随着工商业的发展，解放成为给予子女自由的手段。由于解放已失去了惩罚的意义，

① 参见《十二表法》第五表第4条。

如果不给被解放子女继承权，显然不公，裁判官此时授予他们为了子女的遗产占有，让他们得到事实上的继承权。这样就改变了继承的依据：过去的依据是处在被继承人的家父权下，现在的新补充的依据是与被继承人有直系血亲关系。这样，自权继承人与这样的被解放的子女在同一个顺位继承遗产，并不区分他们间的优劣。这样就发生了市民法上的继承与裁判官法上继承的竞合。

I.3,1,10。但是，不许被尊亲解放后把自己出养的人作为子女分享生父的财产，只要他们在生父死亡之时在养父家族中。事实上，如果在生父生存期间养父已解放他们，则被允许分享生父的财产，就仿佛他们是被生父解放的，也从未在养父家族中。相应的，在与养父的关系中，他们开始处在家外人的地位；但如在生父死后被养父解放，对养父，他们同样变得处在家外人的地位，对血缘尊亲的财产，他们完全不能取得子女的品级。如此决定乃因为，由养父的权力决定生父的财产将归谁，是属于其子女还是属于宗亲，不公平。

本段讲被解放并被当作自权人收养的儿子不得继承生父，因为他还在养亲家中，可以继承养父。如果在生父生存期间养父已解放此等儿子，则他可以继承生父，当然是通过裁判官法的途径，采用遗产占有的形式，此时他被拟制为被生父解放的子女。他不能继承养父，尽管严格按照法律条文，他对养父的遗产也有占有权，这样安排是为了避免他可以获得两个父亲的遗产，争抢两个父亲的其他继承人的利益。但如果养父解放他的行为发生在生父死亡之后，则他不能继承生父，否则，生父的遗产属于谁就会取决于养父的意志了。他表达这种意志的方式是实施解放。如果没有上述规定，则他一解放养子，后者的生父的遗产就可被此等养子继承，所以，生父的遗产的归属被养父左右了，这当然不公平，故禁止之。

I.3,1,11。因此，养子女的权利小于亲生子女的。事实上，解放的亲生子女由于裁判官的恩惠保留子女的品级，尽管根据市民法他们已丧失这一品级。但解放的养子女既根据市民法丧失子女的品级，又得不到裁判官的帮助。这是正当的：市民法的制度不能消灭自然的权利[①]，因为停止作为自权继承人，并不能停止作为儿子或女儿、孙子或孙女。但解放的养子女开始处在家外人的地位，因此，通过收养取得的儿子或女儿的权利和名义，通过其他市民法的制度，换言之，解放，而失去。

① “自然的权利”，指血亲关系。

本段把被解放的养子女与亲生子女的地位进行比较，得出养子女地位不利的结论，因为被解放的养子女尽管根据市民法不再享有法定继承权，但根据裁判官法他们仍然可以如此，但被解放的养子女根据这两种法都不得再当法定继承人。如此安排的理由很简单，被解放的子女通过家父权和血缘两条线与家父联系，因为解放断了前一条线，后一条线仍然存在。但被解放的养子女则不然，他们与养父的唯一联系途径是家父权，一旦失去，他们便无血缘关系作为自己继承养父的依据，故所有的法定继承权尽皆丧失。本段中提出了“市民法的制度不能消灭自然的权利”的原则，但这一原则有许多例外，例如在人格中减等导致子女的继承权丧失的情形。参见 I.2,13,5。

I.3,1,12。这些规则同样适用于裁判官对被尊亲遗漏的子女，换言之，既未被指定为继承人、又未像应做的那样被剥夺继承权的子女，允许的违背遗嘱的遗产占有。事实上，对在尊亲死亡时处于其权力下的子女和被解放的子女，裁判官召集他们进行这种占有。但是，他排除在生父死亡之时处在养父家族中的子女。同样，对养父解放的养子女，像不许他们得到无遗嘱而死者的财产一样，这样，更不许他们违背遗嘱占有其财产，因为他们已停止处在子女的名目内。

本段讲前段的规则扩用于被尊亲在遗嘱中遗漏的子女对生父遗产的占有。裁判官要求，对于处在家父权下的子女，如果家父不想让他们继承，应剥夺他们的继承权，如果未这样做而在遗嘱中遗漏他们，他们可以违背父亲的遗嘱占有其遗产，但已被出养的子女被遗漏的，不可如此，他们分为两种情形，一种是仍生活在养亲家中的，另一种是已被养父解放的，后者不可违背遗嘱占有养父的遗产，因为他们已不再属于子女。

I.3,1,13。但朕必须警告：在养亲家族中的子女，或在亲生尊亲死后由养父解放的子女，在亲生尊亲无遗嘱而死的情况下，就算不为召集子女占有遗产的那部分告示所允许，但他们被另一部分告示，换言之，召集死者的血亲占有遗产的那部分告示所召集。根据这部分告示，他们得到这样的允许，只要既无作为自权继承人的子女，又无被解放的子女在他们前面，也确实无任何宗亲存在。事实上，裁判官首先召集作为自权继承人的子女，再召集被解放的子女，然后召集婚生子女，然后召集最近的血亲。

本段讲养子女在裁判官继承法中的顺位。他们被作为第四顺位的遗产占有

人，以最近的血亲的名义占有生父的遗产，在他们前面的是自权继承人、被解放的子女、宗亲，条件是在生父死时他们在养亲家中，或在生父死后已被养亲解放。这样弥补了养子女的损失，避免他们得不到任何遗产。

I.3,1,14。但这一切确实为古人决定的规则，已承受了根据朕就生父出养给他人的子女发布的敕令的修改[①]，事实上，朕发现了某些由于收养，儿子丧失了对亲生尊亲的继承，而收养很容易因解放解除，他们不被召集继承无论哪一个父亲的案件。为了矫正这一惯常的习俗，朕草就了一个敕令，规定：在亲生尊亲出养其儿子给他人的情况下，所有的权利完全保持完整，仿佛他仍处于生父的权力下，收养完全未发生一样。只不过这种情况除外：儿子可在无遗嘱的情况下对养父发生继承。事实上，在养父订立了遗嘱的情况下，儿子既不能根据市民法，也不能根据裁判官法从其遗产中得到某物，也不被承认违背遗嘱占有遗产，也不可提出遗嘱不合义务之诉，因为未课加养父任何或指定他为继承人，或剥夺其继承权的义务，他未受任何血缘关系的约束。即使根据《阿非尼亚努斯元老院决议》在3个男孩中选定一个出养，结果也是一样。事实上，甚至在这种情况下，既不会为他保留1/4的遗产，也不会给他任何诉权去得到它。然而朕的敕令把被血缘尊亲收养的人当作例外。事实上，由于在这些人身上自然权利与法定权利竞合，朕为这样的收养保留了旧法，对家父把自己作为自权人出养的情况，亦是如此。所有这些，可特别地和逐一地从上述敕令的内容中找到。

此段回应I.2,13,5，介绍优士丁尼关于改善养子女待遇的改革。确立了“子女不因出养而丧失对其自然尊亲的继承权”的规则，由此保留了养子对生父的继承权。当养父无遗嘱而死时，养子女还可以继承他，这样可以得双份。但养父如果订有遗嘱，则养子女将一无所得，因为养父在法律上无义务在遗嘱中给予养子女遗产，不论是根据市民法还是裁判官法，都是如此。甚至养子女连特留份都得不到。但优士丁尼把养父同时是养子女的祖父或高祖父的情形当作一个例外，认为他们不可能犯收养诈欺，这时候，如果他们解放养子，后者照样回归自然尊亲的权力下并继承此等尊亲，此时继承的依据是血亲关系。

本段中提到了《阿非尼亚努斯元老院决议》，这是一个年代不详的元老院决议，许多研究者经过疏正，都认为这个元老院决议应该是颁布于158年的《萨宾努斯元老院决议》，所以，优士丁尼《法学阶梯》的J. B. Moyle英译本[②]和德·拉·塞尔纳的

① 参见C.8,48,10,3,530年。

② See J. B. Moyle, The Institutes of Justinian Translated into English, Oxford at the Clarendon Press, 1906, p. 166.

西班牙文译本[①]都这样处理这个元老院决议的名称，张启泰先生的中译本也是如此[②]，其内容是这样的：有3个男孩的父亲，把其中的一个出养的，此时收养人应把自己1/4的遗产留给养子；如果他不这么做，上述元老院决议授予被收养人针对收养人的继承人的诉权得到这一份额，因为被收养人一经收养，就丧失了对生父的继承权，如果不给他对养父的继承权，过于不公，这样，养父解放他或剥夺其继承权的权力就被限制了。[③] 但从本段的文字看，《萨宾努斯元老院决议》的适用效果恰恰相反，是不给被收养人1/4的特留份，也不给他有关的诉权去取得它，这种矛盾引起了学者们的猜疑。海内修因此假定这个1/4的特留份不是从养父的财产中提取，而是从生父的财产中提取。这样解释，矛盾就消除了，但这种解释与本段的文本不符，所以遭到其他评注者如维纽斯的批评。[④] 为何给作为生父家3个男孩之一的被收养人这样的照顾？为何不把这样的照顾推广到其他被收养人？我认为，《萨宾努斯元老院决议》可能主要是针对罗马的政治家族制定的，这些家族的政治身份越高，子女的养育成本就越高，此等成本包括儿子的从政支出和女儿的嫁资支出，所以罗马家庭都限制子女数目，避免超过3个。[⑤] 多了的，以出养减之。有3个男孩的家庭的子女数目很可能超过3个，因为有可能另有女孩，因此，出养一个男孩恰恰可以维持3个的子女合理数目。所以《萨宾努斯元老院决议》鼓励有3男的父亲出养一个男孩，但不能让被出养人吃亏，故保障他们能得到特留份。但优士丁尼的上述改革让这个元老院决议的规定成为不必要。因为他区分自然尊亲所为的收养和家外人所为的收养，对于前者，养父要给养子留特有产，因为即使他以养父身份把养子解放，他作为自然尊亲也要这样做。对于后者，他把继承与收养基本脱钩，这样，收养人就不必为这样的养子保留1/4的特留份了。同时，他区分自权人收养和普通收养，对于前者，他要求养父为养子保留特留份。

I.3,1,15。同样，古人更重视男性后代，很严格地只召集男系诞育的孙子或孙女作为自权继承人继承，并在法律上把他们置于宗亲之前。事实上，把女儿所出的孙子女和孙女所出的曾孙子女列在血亲的地位，在宗亲的亲系之后召集他们继承外祖父或外曾祖父，或祖母、曾祖母、外祖母、外曾祖母。但神君元

---

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.18.

② 参见〔古罗马〕查士丁尼：《法学总论——法学阶梯》，张启泰译，商务印书馆1989年版，第130页。

③ Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.19.

④ Id.

⑤ See Adoption in Ancient Rome, On http://en.wikipedia.org/wiki/Adoption_in_ancient_Rome,2010年9月1日访问。

首们[①]不能容忍这样的违反自然的凌辱保留下去而不作应有的纠正，通过把孙子女和曾孙子女作为不论从男系还是从女系诞育的人的共同名称，元首们因此给予他们同样的继承品级和顺位。但为了使不仅有自然的支持，而且有古法支持的人享有某些更多的利益，他们认为：朕如上所述的孙子和孙女以及其他由此往下的卑亲属的份额应作少许削减，这样，他们接受的，比起其母亲或外祖母将接受的，要减少 1/3；或者，在妇女死亡，就其遗产起诉的情况下，他们接受的，比起其父亲、祖父、外祖父将接受的，要减少 1/3；如果他们接受了遗产，尽管他们只是一类继承人，元首们也绝不召集宗亲继承。《十二表法》在儿子死亡的情况下，召集孙子或孙女、曾孙子或曾孙女代其父亲之位继承祖父[②]，以同样的方式，元首们的处置也这样召集他们代其母亲或祖母之位进行继承，同时扣除已指出的 1/3。

本段中的“通过把孙子女和曾孙子女作为不论从男系还是从女系诞育的人的共同名称”一语很有意味，在西方语言中，确实在父系和母系的亲属称呼上，凡在同一亲等的用同一词表达，例如，舅舅和叔叔用同一个词表达，这与中文中严格区分父系和母系亲属并用完全不同的术语表达不同。这种做法是否从本段开始的呢？可以研究。

此段讲内亲和外亲在继承地位上的平等化。此处的“外亲”，专指女儿所出的孙子女和孙女所出的曾孙子女，旧法在继承上把他们安排在第三顺位继承其外祖父、外曾祖父，或祖母、曾祖母、外祖母、外曾祖母，这样的安排典型地体现了内亲和外亲的不平等，于是，瓦伦丁尼安等皇帝认为这是对自然的冒犯，故作了改革，把她们所出的子女在继承法上的地位与儿子所出的孙子女和孙子所出的曾孙子女拉平，把他们统称为孙子女和曾孙子女。但为了获得自然法与古法的支持，优士丁尼力图把这一改革与传统调和，作了稍对女性后裔不利的处理，即相对于其母亲或外祖母的继承份额，或父亲、祖父、外祖父的继承份额，扣减他们 1/3 的继承份。同时赋予他们对母亲或外祖母的代位继承权，不过要扣减其继承份的 1/3。

I.3,1,16。但由于宗亲与上述孙子女的关系至今仍有疑惑，宗亲根据某一敕令的授权要求死者 1/4 的财产，朕确实不许把上述敕令从收录它的《狄奥多西法典》编入朕的《法典》。事实上，以朕发布的一条敕令[③]，全部废除了它的规定。朕确定：在女儿所出的这样的孙子女，或孙女所出的曾孙子女，以此类推，

① 瓦伦丁尼安、狄奥多西和阿卡丢的敕令，见 C.6,55,9,389 年。
② 参见《十二表法》第五表第 4 条。
③ 参见 C.6,55,12,528 年。

仍生存的情况下，宗亲不能为自己要求继承死者遗产的任何部分，以免旁系亲属优先于直系卑亲属。朕现在也确定：朕的这一敕令应根据其内容和具体情况适用，但要这样：正如古人规定在儿子们和儿子所出的孙子女之间，遗产不是按人头而是按房分割，朕也命令在儿子与女儿所出的孙子女之间；或在全体孙子女与其他更远的人之间以同样的方式作成分割，以便每一个后代都被不加任何扣减地授予其母亲或父亲、祖父或祖母的份额，这样，如果万一一方有一人或两人，而另一方有3人或4人，一人或两人享有一半遗产，其他的3人或4人享有另一半遗产。

本段讲优士丁尼为改善外亲地位实施的进一步的改革。改革对象是古代的一条来源不明的敕令，它授权宗亲要求死者1/4的遗产。改革的内容为：其一，把外亲的继承顺位由第三顺位提到第一顺位，由此安排在宗亲之前。其二，允许外亲代位其母继承，他们按房而非按人头分配遗产，这样，女儿的子女的地位与儿子的子女的地位在继承问题上完全同化了。

《狄奥多西法典》是狄奥多西二世于435年组成以安丘库斯（Antiocus）为首的16人委员会（全部是官员）汇编成的，它收集自君士坦丁皇帝以来的敕令。3年成其事，于438年于君士坦丁堡颁布。这是一部基督教时代的法典。它有简繁两个版本，两者差别不大。该法典共16卷，每卷无标题。卷以下分为题，每题有标题。如同本段所说的，它收集的许多敕令被优士丁尼《法典》接收。

第 2 题

宗亲的法定继承

I.3,2pr.。如果无任何自权继承人、裁判官或敕令认为是自权继承人的人,或他们不以任何方式进行继承,那么,根据《十二表法》,遗产则归最近亲等的宗亲。①

此段讲第二顺位的法定继承人——宗亲,他们开始继承,以没有自权继承人或准自权继承人或他们不以任何方式参与继承为条件。所谓准自权继承人,就是裁判官或敕令认定的自权继承人,具体种类如何,已见上述。此时,按《十二表法》的规定,由宗亲作为第二顺位的继承人开始继承。宗亲是以父亲为参照系计算的亲属的总称,品级和数量都很多,不可能让他们都继承,只能让他们中的在无遗嘱而死得到确定之时与死者亲等最近者继承。

"不以任何方式参与继承"有主观和客观两个方面的原因,"主观",是放弃继承,自权继承人都是必要继承人,原则上不能放弃继承。"客观",是由于自然的或民事的原因被剥夺继承机会,此处的"不以任何方式参与继承"应该出于客观原因。

I.3,2,1。事实上,像朕在第一卷中也已讲授过的,宗亲是通过男性亲属相联系的血亲,有如一父所生的人。因此,同父所生的兄弟,在他们间是宗亲,也被叫作共父者,也不问他们是否有共同的母亲。同样,伯、叔对于兄弟的儿子而言,是宗亲,反之,前者对于后者,亦是如此。伯叔兄弟,换言之,两兄弟所生的子女,也被叫作堂兄弟的,在同一地位上。按这一方法,朕还可想到宗亲的更多的亲等。在父亲死后出生的人也获得共父者的权利。但法律并不同时把遗产给予全部宗亲,而只给予在某人无遗嘱而死得到确定时处在最近亲等的宗亲。

本段重申宗亲的概念:通过男性联系的血亲,并列举宗亲的许多类型。第一类

① 参见《十二表法》第五表第 4 条。

型的宗亲是共父者，也就是父系单边亲，排除了同母异父的兄弟，但遗腹子仍然是共父者，事情也确实如此。同时提到宗亲是有亲等的，不同于族亲。最后讲到能参加继承的只能是在被继承人的无遗嘱而死得到确定时处于最近亲等的宗亲。

实际上，本段把宗亲当作血亲的一种不严密，因为养子也是宗亲，但非自然血亲，而是拟制血亲，所以，在本段中，必须把血亲解释为兼包自然血亲和拟制血亲才说得通。

I.3,2,2。通过收养也可发生宗亲权，犹如在亲生儿子与其父亲收养的人（他们被正确地叫作共父者，也是无疑的）之间发生的。同样，如果你的宗亲中的某人，例如一个兄弟或一个伯、叔或更远亲等的人收养了一个人，无疑，该人应加入其宗亲中。

此段讲通过收养产生的拟制宗亲。这里的收养自然兼包自权人收养和普通收养。宗亲关系不仅在收养人与被收养人之间发生，而且也在被收养人与收养人的血亲和宗亲之间发生。所以，本段可以看作对上段的不周密说法的补救。

I.3,2,3。此外，在男性宗亲间，即使亲等很远，都通过宗亲权相互取得遗产。但对女性是这样决定的：仅拥有上述共父关系者——也就是姐妹——才能取得遗产，更远亲等的女性不取得遗产。但男性，即使亲等很远，被允许取得她们的遗产。由于这一理由，你兄弟、你伯、叔或你姑母的女儿的遗产归你，而你的遗产不归她们。如此规定，乃因为人们认为制定这样的使遗产在通常情况下流向男性的法，是适当的。但由于一般地把她们当作家外人排除肯定不公正，裁判官在准许以近亲的名义占有遗产的那一部分告示中允许她们占有遗产。根据这部分告示，不消说，如果不出现任何宗亲，也不出现任何亲等更近的亲属，允许她们这样。

此段讲对女性宗亲的歧视性规定及其改革。女性宗亲的继承权只有共父者享有，也就是同父的姐妹享有。所以，对女性宗亲，实际上只开放一个亲等的继承。而对男性宗亲无此等限制，很远亲等的也能继承到遗产。由这一歧视性规定决定，女性宗亲与男性宗亲之间的继承还缺乏相互性，例如，你可以继承你的第三亲等的女性宗亲的遗产，但她们不能反过来如此，因为你的“手”长，她们的“手”短。这样的状况是不公平的，裁判官因此作了改革，授予她们以近亲名义的遗产占有，但条件是“不出现任何宗亲，也不出现任何亲等更近的亲属”。这实际上是把她们看作血亲授予遗产占有，因为她们也是宗亲。这样的安排对她们的好处何在？值得疑

问，不过是聊胜于无而已。

I.3,2,3a。这些规则确实完全不是《十二表法》采用的，该法重视法律本有的简明性，同等地召集任何亲等的全部宗亲，不论是男性还是女性宗亲相互继承，此点与自权继承人相若。[①] 事实上，在《十二表法》之后，在皇帝就这一问题立法之前的中期法学，发微钩沉，采用了上述区别，把女性宗亲完全排除出宗亲继承，不承认她们的任何其他继承机会，直到裁判官竭力逐步缓和了市民法的僵硬或填补了漏洞，他们才在其告示中以人道的动机增加了另外的继承顺位，为遗产占有采用了近血亲的类别以帮助她们，他们允诺的这种遗产占有被叫作为了血亲的。

此段讲女性宗亲在继承中待遇的沿革。《十二表法》并无歧视女性宗亲的规定，召集她们与男性宗亲一起继承遗产。但后来的所谓“中期法学”进行歧视性解释，把女性宗亲排除在宗亲继承人的顺位之外。最后，裁判官基于人道精神进行改革，召集这样的女性宗亲以血亲的名义进行遗产占有，由此，她们又基本回到了《十二表法》待遇，不过继承顺位被后推了一挡，女性宗亲还是承受了损失。

I.3,2,3b。但朕遵循《十二表法》，在这方面也保留了其印迹，朕确实为其人道精神赞美裁判官，但朕并不觉得问题已完全解决。事实上，为什么处在同一血缘亲等的人，根据同等的标准不分男女地被授予宗亲的名号，而男性确实被允许继承所有的宗亲，而处在宗亲中的任何妇女，仅姐妹除外，却完全不被给予对宗亲的继承呢？因而，朕把一切都完全地恢复原样，向《十二表法》的规则看齐，以朕的一个敕令[②]确定：一切由法律规定为宗亲的人，换言之，男系的卑亲属，不论是男性还是女性，都同等地根据其亲等的优先权被召集参加无遗嘱情况下的法定继承，姐妹也不因不拥有共父关系而被排除。

此段讲优士丁尼作了推进男女宗亲平等的进一步改革。一方面，他承认裁判官改革对于改善女性宗亲地位的意义，另一方面，他觉得还不够，因为同为宗亲，男性的仍在过去的地位，女性的顺位被后推了一级，而且限于能继承姐妹，实际上，男女宗亲的地位还是不平等，优士丁尼的改革很简单，那就是回到《十二表法》，把所有的宗亲，不分男女，安排在法定继承的同一个顺位。

---

① 参见《十二表法》第五表第4条。

② 参见C.6,58,14,531年。

本段中的“姐妹也不因不拥有共父关系而被排除”一语，指同母异父的姐妹也可作为宗亲继承，这样的姐妹实际上是被继承人的继女，由于她们与被继承人没有血缘关系，过去在继承上受到歧视，经过优士丁尼的上述改革，她们与被继承人的亲生女儿在继承权上平等了。

I.3,2,4。朕认为在朕的敕令中也应加上这一点：把一个亲等（但仅此亲等）全部从血亲权亲属转为法定继承的亲属，这样，不仅兄弟的儿子和女儿根据朕已作出的界定被召集继承其伯叔，而且同胞的或同母异父的姐妹的儿子和女儿也可单独地，而不是与更远的卑亲属一起继承其舅舅，而在对其兄弟的子女为伯、叔，对其姐妹的子女为舅舅的人死亡的情况下，侄子和外甥两支同等地继承，仿佛所有这些人都是根据男系卑亲属的法定权利而来，不消说，这以兄弟和姐妹不在世为条件（事实上，如果这些人居前并接受了继承，其他亲等处在完全被排除的地位）。不消说，遗产不是按房，而是按人头分割。

此段讲把姐妹所生子女在继承上的地位与兄弟所生子女同化。姐妹的子女原来作为血亲在第三顺位，现在把他们作为宗亲提升到第二顺位，使之从自然法上的关系提升到市民法上的关系。这样，兄弟姐妹的子女作为一个亲等的亲属参与继承，增加了姐妹的子女继承的机会。

但所有这些子女参与继承以他们的父亲或母亲已死亡为条件，否则轮不到他们继承。但他们也不是代其父母之位继承，因为在这种情形，他们是按房分割遗产，而优士丁尼允许他们按人头分割遗产，这意味着他们是以自己的名义继承。

I.3,2,5。如果有多数亲等的宗亲，《十二表法》明确地只召集最近的亲等。[①] 因此，例如如果有死者的兄弟和另一兄弟的儿子或一个叔父，兄弟享有优先权。尽管《十二表法》召集最近的亲等时用的是单数，但无疑，如果同一亲等有多数的人，他们全都被允许继承。事实上，人们正确地认为，在多数亲等之中才有“最近亲等”。但无疑，就算是只有一个亲等的宗亲，遗产属于他们。

此段为对《十二表法》第五表第4条中“最近亲等”一语的文义解释。说明只有在存在多数亲等的宗亲的情况下才有最近亲等的宗亲之问题。由此证明，《十二表法》对“最近亲等”一词用单数不妥。如果只有一个亲等，那么，这个亲等就是最近的亲等。从本段举的例子来看，宗亲的亲等计算同于一般亲属之亲等的计算。

① 参见《十二表法》第五表第4条。

但一个亲等内可能只有一人，也可能有多人，在后种情形，他们也都参加继承。

I.3,2,6。事实上，如果某人确实未立任何遗嘱而死，人们参照其遗产被争议者死亡的时间寻找最近的亲等。如果某人订立遗嘱后死亡，参照无任何继承人根据该遗嘱接受遗产的事实得到确定的时间寻找最近的亲等。事实上，在此时，可正当地认为某人已无遗嘱而死。有时这一事实要在很长时间后才能弄清，在这一时间范围内，常常发生由于最近亲等的宗亲死亡，在遗嘱人死亡时并非最近亲等的人变成最近亲等的情况。

此段确定最近亲等的时间参照系。未立任何遗嘱而死时，参照其遗产被争议者死亡的时间，此时处在最近亲等的宗亲充当继承人。订立遗嘱后死亡的，参照无任何继承人根据该遗嘱接受遗产的事实开始得到确定的时间，这时发生拟制的无遗嘱而死，按实际的无遗嘱而死办理。在也许很长的从遗嘱人死亡到无人根据其遗嘱继承遗产的事实得到确认之间的期间，宗亲的生死情况不断变化，所以，最近的亲等也在变动之中。

I.3,2,7。事实上，从前人们认为，在这些获得遗产的情况中不存在继承，换言之，尽管最近亲等如朕之所述被召集继承遗产，但拒绝遗产或在接受遗产前死亡，尽管如此，不许根据法定权利在他之后的人继承。裁判官对此重新作了不完善的改正，并非不作补救地保留一切，而是根据血亲的顺位召集他们继承，因为他们的宗亲权被排除了。但朕希望很完善的法律中无任何缺陷，通过朕由人道精神感召就恩主的权利发布的一个敕令①，朕确定：不应否定宗亲的相互继承权，已由裁判官对血亲开放的权利，排除宗亲享受它们，是极为荒谬的，尤其是关系到监护的负担，如果没有第一亲等，后面的亲等接替之，因此，不许导致承担义务的身份不能同时成为带来利益的身份。

本段讲当无遗嘱而死得到确定时处于最近亲等的宗亲拒绝遗产或在接受遗产前死亡时，按过去的法律，在后亲等的宗亲不得继承，因为应该轮到另一顺位的继承人——族亲——继承了，裁判官认为如此不公，遂安排这些被排除的宗亲作为血亲继承。但优士丁尼觉得这样不好，因为权利义务不一致。义务体现在监护方面，如果前一顺位的宗亲阙如，下一顺位的宗亲继之。权利体现在继承方面，不平衡表现为前一顺位的宗亲阙如时后一顺位的宗亲并不相继。于是，让这些被排除者继

① 参见 C.6,4,4,531 年。

续以宗亲的身份继承，这样等于排除了后位的族亲的继承机会。

本段中的“继承”一语作为双关语使用，一方面指财产继承，另一方面指各个顺位的继承人之间的承续，后一意思尤其体现在第一句中。

I.3,2,8。订立信托简约解放儿子或女儿、孙子或孙女或更远亲等之卑亲属的尊亲，仍被召集进行法定继承。无论如何，根据朕的一个敕令[①]，已判定，子女的解放总被认为是以信托简约作成的，而在古人，除非尊亲特别地订立信托简约为解放，不能以其他方式得到这一结果。

本段讲家父—家子间的继承由单向的发展为双向的过程。按《十二表法》，尊亲不可能继承卑亲，因为后者根本不可能有自己的财产，只是前者获得财产的工具而已。但后来有了特有产制度，家子有自己的财产了，他们一旦被解放，跟尊亲就无宗亲关系了，只有血亲关系，尊亲不能继承之。相反，恩主解放奴隶的，保留对此等解放自由人的继承权，形成两种解放者地位的不均衡。于是，家父模仿恩主的例子，与待解放的家子订立信托简约，这是与要式口约相对应的契约形式，较简单，不专门受法律的保护。其内容为作为解放者的家父不是以父亲的身份，而是以恩主的身份保有对已解放家子的继承权。这样的做法持续到优士丁尼时代，他作出改革，把任何解放子女的行为都拟制为用信托简约作成，所以，过去的规定就不必要了，按新法，任何尊亲解放子女都不丧失对后者的继承权。这样，不仅卑亲继承尊亲，尊亲也继承卑亲，他们间的继承关系成为双向的。

① 参见 C.8,48(49),6,531 年。

第 3 题

《特尔图鲁斯元老院决议》

I.3,3pr.。《十二表法》中适用旨在有利于男性子嗣、排斥通过女性把自己联系为亲属的人的法非常严格,甚至不给予母亲、儿子或女儿相互间的取得遗产权[①],只有裁判官召集这些人作为近血亲继承,给予他们为了血亲的遗产占有。

本段讲裁判官对血亲在继承中的不利地位的改进。这种不利地位始定于《十二表法》,按此等体制,母亲甚至不能继承其子女,子女也不得继承她们。这当然不公平,于是裁判官授予他们遗产占有权,让他们作为近血亲继承遗产。

I.3,3,1。但法律的这一严峻之处后来得到了纠正。首先确实是神君克劳丢斯,作为对失去子女的安慰,把对他们的法定继承权给了母亲。

从本段开始讲历代立法者对《十二表法》的上述不公规定逐渐进行的改进。首先是克劳丢斯皇帝授予丧子母亲对子女遗产的法定继承权,请注意,他并非授予全部母亲这样的权利,而只是为了安慰丧子母亲作出的有限规定。遗憾的是,本段未讲清这样的母亲处在哪一顺位。可能由于是谈论古法,作者一带而过,不作展开。

I.3,3,2。事实上,后来,制定于神君阿德里亚努斯时代的《特尔图鲁斯元老院决议》,就给予悲伤的母亲——甚至未给予祖母——的继承,作了更完备的规定:有 3 个子女的,具有权利的生来自由母亲;有 4 个子女的因解放获得自由的母亲,被允许继承无遗嘱而死的儿子或女儿的财产,就算她们处在尊亲的权力下,亦不例外,不消说,在她从属他人权力的情况下,要根据她从属其权力者的命令接受遗产。

---

① 参见《十二表法》第五表第 4 条。

本段讲改善母亲对子女继承权地位方面的第二个改革，它发生在阿德里亚努斯（76—138年）皇帝在位时期，以《特尔图鲁斯元老院决议》为其表达形式，该决议模仿适用于父亲的三子权的先例照顾母亲，如果具有权利的生来自由的母亲生了3个子女，解放自由妇女生了4个子女，可以参加对子女的法定继承。“具有权利”是免受监护的意思。如果她们此时处在尊亲的权力下，则要根据尊亲的命令接受遗产。这样，继承权的赋予就成了鼓励生育的一个手段，三子权由男性推广到女性。但处在家父权下的母亲的继承权是虚幻的，因为遗产的最终获得者不是她，而是她的家父权人。

本段也体现了生来自由人与解放自由人的差别，前者在受生育痛苦方面享有一定特权，可以少生1个，与后者取得同样的立法者照顾。

I.3,3,3。事实上，死者的子女，不论是自权继承人还是处在自权继承人地位的人，不论是第一亲等的还是更远亲等的，都优先于母亲。但她死去的女儿的儿子或女儿，也根据敕令对抗死者的母亲，换言之，他们的祖母。这两种人的父亲也优先于母亲，但祖父或曾祖父并非如此，不消说，只在他们间就遗产发生讼争的情况下才有如此安排。事实上，同父的兄弟，不论儿子所出还是女儿所出，都排除母亲；然而，同父的姐妹与母亲一起得到允许。但如果有同父的一个兄弟、一个姐妹和一个因子女们获得终身监护之免除的母亲[①]，兄弟确实排除母亲，事实上，遗产以均等的份额由兄弟和姐妹共享。

本段讲按旧法母亲为了继承子女相较于其他血亲承受的不利地位。首先，她劣后于自己的孙子女；其次，劣后于其已故女儿留下的外孙子女；第三，劣后于无遗嘱而死的子女的生父，因为他们通常排除母亲取得无遗嘱而死的子女的遗产，只有在他被免除了家父权时，他被宗亲排除，只能作为血亲在宗亲之后继承。此时母亲与父亲在继承上有竞争关系，后者排除前者。如果母亲与祖父或曾祖父竞争遗产，她将胜出[②]；第四，劣后于死者同父的兄弟，只有少数的例外。这样，母亲对于子女的继承权就被剥夺得差不多了。这种状况是优士丁尼进行下面要讲到的改革的出发点。

本段中的“处在自权继承人地位的人”，指在夫权或买主权下的人。

---

① 原文为“因子女获得荣耀的母亲”，此处采用意译。奥古斯都规定，生育3个子女的生来自由的母亲，获得免受终身监护的荣耀；因解放获得自由的母亲要生育4个子女才能获得同样的荣耀，此种权利谓之“因生育子女而获得的权利”，据说此种权利是由公元前18年的《优流斯法》和9年的《关于婚姻的帕皮尤斯和波培乌斯法》赋予的。参见盖尤斯《法学阶梯》1,145，黄风的中译本第56页，中国政法大学出版社1996年版。

② 参见〔古罗马〕查士丁尼：《法学总论——法学阶梯》，张启泰译，商务印书馆1989年版，第136页注释3。

I.3,3,4。然而,以朕的一个被收入装饰有朕的名字的《法典》的敕令[①],朕决定:考虑到自然规律带给母亲的分娩之痛苦、危险以及经常的死亡,朕认为母亲必须得到帮助。因此朕相信:放任偶然的情况给她们带来的损害是造孽的。事实上,如果生来自由的妇女没有生3个子女,因解放获得自由的妇女没有生4个子女,她就被窃取了对自己子女的继承。事实上,如果没有生更多,而只生了少数的孩子,她犯了什么罪?因此,朕授予不论是生来自由的还是因解放获得自由的母亲完全的合法权利,尽管她们未生3个或4个子女,而只生了被死亡夺去的那个儿子或女儿,即使在这样的情况下她也被召集参加对其子女的法定继承。

此段讲优士丁尼取消了母亲享有对子女的继承权附加的三子权条件,授予所有母亲——不论她们是生来自由的还是解放自由的,不论是生了众多子女的还是只生了1个她们将继承其遗产的子女的——对子女的继承权。这样,母亲对子女遗产的法定继承权失去了多生育奖励措施的性质,而奠基于亲子间的血亲关系,甚至奠基于对母亲因为生育所受痛苦的补偿。这样的安排当然更合理,或许也可说明优士丁尼时期罗马统治者面临的人口减少压力减轻了。

I.3,3,5。但由于以前的调整法定继承权的敕令,部分地帮助母亲,部分地加重其负担,不召集她继承子女的全部遗产,而是在某些情况下扣除1/3给某些法定继承人;而在其他情况下做完全相反的事情。[②] 朕认为[③]如下途径正当和简单:母亲优先于所有的法定继承人,不加任何扣减地接受其子女的遗产,除非有同父的或同母的兄弟或姐妹,因此,按朕在前面作出的母亲优先于一切其他法定继承人的规定,这样,朕召集所有的兄弟和姐妹,不论他们是法定继承人或不是,同母亲一起取得遗产,但以这样的方式:如果某一儿子或女儿无遗嘱而死,活着的亲属确实只有作为血亲或宗亲的姐妹以及死者的母亲,遗产的一半归母亲,但另一半的份额归所有的姐妹享有;但如果母亲和1个或数个兄弟,或还有有法定继承权的或同母的姐妹活着,死者的遗产将按人头分割。

本段讲对母亲继承子女地位的进一步改善:取消了她们过去承受的扣除1/3的特留份的负担。她们成为子女遗产的第一顺位的法定继承人,但当有同父或同母的兄弟姐妹时,母亲与他们一起继承,但区分死者是留下了姐妹还是兄弟以及姐

① 参见C.8,58(59),2,528年。
② "完全相反的事情",指把法定继承人1/3的继承份额给母亲。
③ 参见C.6,56,7,528年。

妹与母亲共同继承定不同的处理。在前种情形，母亲取得一半遗产，死者的姐妹，不论人数有多少，取得另一半遗产。在后种情形，遗产在母亲与死者的兄弟以及姐妹间按人头分割，这样，母亲取得的遗产数额要少一些，之所以如此，仅因为母亲的共同继承人中有死者的兄弟，所以，在那样的安排，还是体现出重视宗亲或男性后裔的立场。

I.3,3,6。但是，正如朕为母亲着想一样，她们也要这样地为其子女作考虑。她们要知道：如果她们未为子女要求监护人，或忽略了在1年内要求被撤销或被豁免的监护人的替代者，将应当地排除她们继承其已死的未适婚子女。

本段讲母亲的继承权的新条件：在丈夫死后为子女要求监护人或在既有监护人被撤销或豁免后要求其替代者，这样，一可保证她的孩子有人监护，二可防止她自认自己子女的监护人，违反女子不担任监护人的禁令。申请这样的“一手”监护人或其替代者，被看作为子女利益考虑的体现，不考虑子女利益的人，自然不配继承此等子女。所以，本段是继承资格上的“不配”制度的体现，换言之，母亲对子女不负责任，构成此等不配。

I.3,3,7。事实上，就算母亲有由未知的人施孕的儿子或女儿，根据《特尔图鲁斯元老院决议》，可允许她继承其财产。

本段讲作风不好的母亲仍享有对子女的继承权，她们与不知谁人的男子合作生下了儿子或女儿，构成不贞，但这不影响她们继承如此交合生出的子女，因为生育的危险和痛苦以及扶养子女的艰辛是一样的。这样的安排把道德评价与母亲享受的实际利益分离开来，反映了罗马法中非道德化的倾向。

作风不好的母亲很可能是妓女[①]，尽管她们尽量用土办法避孕，但怀孕的几率仍然很大，一旦如此，就发生本段规定的情形。

① 关于罗马的妓业，参见〔法〕维奥莱纳·瓦诺依克：《世界上最古老的行业——古希腊的娼妓与社会》，邵济源译，中国人民大学出版社2007年版，第61页及以次。

第 4 题

《奥尔菲图斯元老院决议》

I.3,4pr.。反过来,也允许子女继承无遗嘱而死的母亲之财产,要归之于在神君马尔库斯时代奥尔菲杜斯和路福斯为执政官时颁布的《奥尔菲图斯元老院决议》。不论是儿子还是女儿,即使他们处在他人权力下,都被授予法定遗产,无论对死去的母亲的血亲还是宗亲,他们都居于优先地位。

本段讲子女继承母亲的立法史。在《奥尔菲图斯元老院决议》通过前,母亲即使死在夫家,其遗产仍由其娘家的宗亲继承,丈夫和孩子均不能继承,这表明了罗马夫妻实行分别财产制,婚姻关系是两个家族的关系而非个人关系的事实。哲学家皇帝马尔库斯·奥勒留(121—180 年)在位期间,执政官奥尔菲杜斯和路福斯于 178 年提议制定了一个元老院决议,授予子女对母亲的法定继承权,这样就使母子之间的继承有了相互性。此等子女即使处在他人权力下,这种继承权不受影响,但是否接受遗产要经过家父同意。这样的遗产应构成处在这种情形的子女的特有产的来源之一。在顺位上,他们是死去的母亲的第一顺位的继承人,优先于此等母亲的血亲和宗亲。这样,就把继承的依据定位于血亲关系了。

I.3,4,1。但由于这一元老院决议未召集孙子女分享对祖母的法定继承权,后来元首的敕令[①]修改了这一点,这样,孙子和孙女像儿子和女儿一样被召集继承。

本段讲《奥尔菲图斯元老院决议》的缺陷及其补正。该决议未规定孙子女对祖母享有法定继承权,389 年,瓦伦丁尼安、狄奥多西、阿卡丢皇帝颁布一个敕令,宣布孙子女对于内外祖父母享有法定继承权,由此进一步强调了血亲关系的重要性,降低了宗亲的地位。从此,罗马法越来越将血亲关系作为继承的依据。

① 参见 C.6,55,9,389 年。

I.3,4,2。事实上,必须知道,根据新的法定继承权不因人格减等消灭的这一规则,《特尔图鲁斯元老院决议》和《奥尔菲图斯元老院决议》授予的继承权不因人格减等消灭,只有根据《十二表法》授予的继承权才因人格减等消灭。

本段讲《特尔图鲁斯元老院决议》和《奥尔菲图斯元老院决议》授予的法定继承权的稳固性:不因人格减等消灭,相反,《十二表法》授予的法定继承权因人格减等消灭。原因何在?人格减等是市民法上的制度,它影响市民法上的关系,但不影响自然法上的关系,因为这两个元老院决议均是根据自然法授予血亲法定继承权,所以此等法定继承权不因人格减等消灭。

I.3,4,3。最后也必须知道,未知的人施孕获得的子女,按《奥尔菲图斯元老院决议》,也被允许继承母亲的遗产。

本段允许作风不好的母亲的子女也可继承母亲,此等母亲与不确定的人发生关系,很可能是娼妓,尽管操此业者很注意采用当时的土办法避孕,但也可能怀上子女并生下来。此时罗马法把这样的子女看作国家的人力资源接受下来予以保护,手段之一是让他们与其母亲能相互继承,从家族获得自己成长所需要的经济资源。

本段与I.3,3,7配套,构成母子继承关系的相互性。

I.3,4,4。如果在多数法定继承人中,某些人因死亡或其他原因被阻碍接受而放弃了遗产,其份额增加给剩下来的接受遗产者;如果接受遗产者先期死亡,则归其继承人。

本段讲在法定继承中共同继承人的增加权和继承人的继承人的遗产取得机会。前者指在有多个同一顺位的法定继承人时,若其中有人死亡,他们的份额增加给存活的继承人,其名目似乎应是法定赠予;后者指法定继承人在接受继承后受领遗产前死亡的,其应得份额归他自己的继承人。如果他在接受继承前死亡,则不发生此等问题,这种情况要么增加了其共同继承人的份额,要么给了下一顺位的法定继承人机会。如此,接受遗产前或后死亡的法律效果不一样,令人惊异。

第 5 题

血亲的继承

I.3,5pr.。在自权继承人和裁判官与敕令召集在自权继承人之中的人之后,在法定继承人之后(在这一类中有宗亲和既根据上述元老院决议、又根据朕制定的敕令[①]处在宗亲地位的人),裁判官召集最近的血亲。

本段讲第三顺位的继承人。第一顺位是自权继承人和准自权继承人;第二顺位是宗亲——被称为法定继承人——和准宗亲,也就是被提升为宗亲的血亲,即不同父的姐妹或继女;第三顺位即本题的论述对象:血亲。本段告诉我们:其一,前面讲到的被列为法定继承人的血亲,不是以血亲的资格继承的,而是被拟制为自权继承人或宗亲如此;其二,血亲顺位的设立,并非出自市民法,而是出自裁判官法。

I.3,5,1。在这一方面,被考虑的是自然血亲。事实上,受人格减等的宗亲及其后代,不被《十二表法》认为是法定继承人,但被裁判官召集在第三顺位,唯一的例外是被解放的兄弟和姐妹,而他们的子女不是也这样,阿纳斯塔休斯的法律[②]召集他们与上述具有完整权利的兄弟一起分享兄弟或姐妹的法定遗产,但不是以均等的份额,而须作某种可容易地按敕令本身的文句得出的扣除,无论如何,该法把他们置于其他更远亲等的,就算是不曾受人格减等的宗亲之前,毫无疑问,也置于血亲之前。

本段讲血亲的第一种类型,即自然血亲,反言之,不包括拟制血亲,实际上是受人格小减等的宗亲及其后代,例如归顺夫权的自权妇女、被收养的自权人、被解放的家子,他们受人格减等前可以作为宗亲在第二顺位继承,由于人格减等,依据《十二表法》他们自己及其子女不能如此了,但他们仍是被继承人的自然血亲,所以,裁判官仍召集他们在第三顺位继承,所以他们的顺位降了一个位次。阿纳斯塔休斯

① 参见 C.6.58,14,531 年。

② 在 C.5,70,5 中留有片段,经 534 年的 C.6,58,15,1b 修改。

皇帝颁布的一个敕令作出了一个例外:在死者留下了一个受人格小减等的兄弟或姐妹和一个未受此等减等的兄弟或姐妹的情形,他们被同等地召集继承死者的遗产,但前者只能继承1/3,后者可继承2/3,以示区别。[①] 534年,优士丁尼颁布一个敕令修改了阿纳斯塔休斯皇帝的规则,允许被解放的兄弟或姐妹与未被解放的兄弟或姐妹按同等的份额继承。这样,被解放的兄弟或姐妹就被置于与未被解放的兄弟或姐妹同样的地位了。解放与否对继承的影响日小,继承日益建立在血亲关系的基础上。

I.3,5,2(1)。通过女性以旁系血亲相联系的人,裁判官也以近血亲的名目召集他们在第三顺位参加继承。

本段讲血亲的第二种类型,即女系旁系亲属,直系的女性后裔已被作为宗亲在第二顺位召集继承,只有旁系的女性亲属是第三顺位的继承人。这些人有姐妹及其子女等。

I.3,5,3(2)。在养亲家的子女,也被召集在这同一顺位继承亲生尊亲的遗产。

本段讲血亲的第三种类型,即出养的子女。收养的效力之一,对于出养人来说,是子女由自己的宗亲变为血亲,他成为养亲的宗亲。为了预防养父解放此等养子女导致他们不能继承养父,法律授予被出养的子女作为血亲继承生父的权利,如此保证他们能得到一定的经济供养。

I.3,5,4(3)。未知的人施孕所得的子女显然无任何宗亲,因为宗亲与父亲相联系,而血亲与母亲相联系,事实上,这些人被认为无任何父亲。根据同样的理由,在他们间也确实不能认为有兄弟姐妹关系,因为兄弟姐妹关系是宗亲的一种。因此,他们间只有血亲关系,正如他们是母亲的血亲一样。因此,所有这些人都可适用以近血亲的名义召集占有遗产的那部分告示。

本段讲血亲的第四种类型,即作风不好的母亲的子女。他们在法律上没有父亲,所以没有任何宗亲,因为宗亲是以父亲为媒介发生的亲属,所以,尽管他们有自然的兄弟姐妹,但他们彼此间只是血亲而非宗亲,因此,他们不能作为宗亲彼此继

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.51.

承，尽管如此，为了人道主义的考虑，裁判官召集他们作为血亲占有遗产。由此看来，裁判官对血亲的救济有两种方式，其一是直接把他们列为某个顺位的继承人；其二是允许他们占有遗产。两种待遇，应以前者为优。

I.3,5,5(4)。此处，朕也应警告：根据宗亲权，某人即使处在第十亲等，也被允许继承遗产，这一规则在《十二表法》中有，在允许给予法定继承人遗产占有的裁判官告示中也有。但裁判官只允许在第六亲等以内的血亲，以及处在第七亲等的表侄孙、表侄孙女、堂侄孙、堂侄孙女的儿子或女儿，以近血亲的名义占有遗产。

本段为对宗亲和血亲在继承上的地位的比较，前者被召集的亲等多，达到任何亲等。在本段中，优士丁尼说达到十个亲等，这一表达不见于《十二表法》，因此他说的是略数，表亲等极多之意；后者被召集的亲等相对少，原则上只算至第六亲等，例外算至第七亲等。前者被召集的亲等越多，后者的继承机会越少，因此，讲的还是宗亲在继承上相对于血亲的优越地位。所以，尽管有种种有利于血亲的改革，但其效果还是有限的。不过，罗马法在继承问题上实行权利义务相一致的原则，宗亲被召集继承的亲等多，相应的，这些被召集的亲等也是承担监护职责的亲等。

裁判官为何召集特定的第七亲等的血亲参加继承，为此打破限于第六亲等的常规，因为实际生活中不大可能存在第七亲等以上的亲属，规定这样的亲属为继承人没有实际意义。

第 6 题

血亲的亲等

I.3,6pr.。此处有必要解释以何种方式计算血亲的亲等。关于这一问题，首先朕必须警告：血亲有时是往上数，有时是往下数，有时是横着数，这也被说成是从旁边数。上面的血亲是尊亲；下面的是卑亲；横着数的有兄弟姐妹及他们生育的人，相应的有叔舅姑姨。往上数和往下数的血亲从第一亲等开始。但横数的从第二亲等开始。

本段讲血亲的三种类型以及它们的计算方式。血亲分为尊亲、卑亲和旁系血亲三种，前者为往上数的血亲，是作为计算基准的人的长辈；中者为往下数的血亲，是基准人的晚辈；后者是横数的血亲，是基准人的平辈人及其子嗣。前者和中者可统称为直系血亲，它们从第一亲等开始数，从理论上讲可以数出无数的亲等，例如算出 80 多代。但如果只算活人之间的亲等，则这样数出的亲等数要少得多，例如只有三亲等。但旁系血亲没有第一亲等，只能从第二亲等算起。

I.3,6,1。在第一亲等中，上数为父母，下数为子女。

本段讲第一亲等的范围。向上数的第一亲等为父母，向下数的第一亲等为子女。此等“父母”和“子女”都包括收养形成的，因为法律把他们当作拟制血亲看待。

I.3,6,2。在第二亲等中，上数为祖父母，下数为孙子女，横数为兄弟姐妹。

本段讲第二亲等亲属的范围。从直系来说，往上数的是祖父母，往下数的是孙子女，横着数的是兄弟姐妹。“兄弟”的拉丁文形式是 Frater，古罗马学者普布流

斯·努基丢斯(Publius Nugidius)把它解释为"总有两个"(Fere alter)①,也就是说,只有一个独生子时无兄弟可言,兄弟一词天生复数。"姐妹"的拉丁文形式是 Soror,拉贝奥在其《裁判官告示评注》第4卷中如此解释此词:之所以说 Soror,乃因为她是特别为了与她所生之家分离出生的(Seorsus),即为了嫁入另一个家庭而生。②这种对姐妹一词的外婚制解释,表明当时的罗马人是排斥兄弟姐妹之间开亲的。

I.3,6,3。在第三亲等中,上数为曾祖父母,下数为曾孙子女,横数为兄弟和姐妹的子女③,相应的,母系方面有舅舅和姨妈。伯叔是父亲的兄弟,希腊语叫作"父亲的兄弟"。舅舅是母亲的兄弟,严格说来,在希腊语中被称作"母亲的",又称"舅舅"。姑妈是父亲的姐妹,但母亲的姐妹是姨妈。二者都被叫作"姨妈",或在某些人中,被叫作"姨子"。

本段讲第三亲等亲属的范围,上数的为曾祖父母和外曾祖父母,下数的为曾孙子女和外曾孙子女,横数的为侄子女,还有母亲方面的舅舅和姨妈,父亲方面的叔叔和伯伯。然后说明舅舅和姨妈的希腊文名称,这是出于向母语为希腊语的学生阐述用拉丁文表述的法律规则的需要。实际上,在希腊语中,伯叔一词的词根是"父亲";舅舅一词的词根是"母亲"。这些都说明了他们与父亲和母亲的关系。但有意思的是,出自父亲的姑妈与出自母亲的姨妈用一个共同的希腊文名字称呼。该词的含义是"姨妈",当然,也可根据具体情境译成"姑妈",这跟英语中的 Aunt 是一样的。

I.3,6,4。在第四亲等中,往上数为高祖父母和外高祖父母,往下数为元孙子女和外元孙子女,横数为兄弟和姐妹的孙子女④,相应的,有伯叔祖父和祖姑(即祖父的兄弟和姐妹),同样,有外伯叔祖父和外祖姑(即祖母的兄弟和姐妹)、堂兄弟、堂姐妹、表兄弟和表姐妹(即兄弟和姐妹生育的男孩或女孩)。但某些人正当地认为:严格说来,两姐妹所生的子女被说成表兄弟姐妹,犹如"同父姐妹的孩子"⑤。而两兄弟所生的儿子,严格说来,被叫作堂兄弟(事实上,如果女儿们由两兄弟生育,她们被称作堂姐妹)。但一个兄弟和一个姐妹诞育的,严格说来,叫作姑表或舅表兄弟姐妹(你姑姑的儿子称你为姑表兄弟;你称他们为舅表兄弟)。

---

① Cfr. Aulo Gellio, Notti Attiche, Traduzione Italiana di Luigi Rusca, Volume Secondo, BUR, Milano, 2001, p.911.

② Id.

③ 按中国的表达,为侄儿、侄女、外甥、外甥女。

④ 按中国的表达,为侄孙、侄孙女、外甥孙、外甥孙女。

⑤ 拉丁原文为 Consoror 的属格,为"共同的姐妹的"之意,此处意译为"同父姐妹的孩子"。

本段讲第四亲等亲属的范围。往上数的为高祖父母和外高祖父母，往下数的为元孙子女和外元孙子女，横数的为侄孙、侄孙女、外甥孙、外甥孙女，还有伯叔祖父和祖姑、外伯叔祖父和外祖姑、堂兄弟、堂姐妹、表兄弟和表姐妹。然后区分了“堂”和“表”。前者是男性旁系血亲的后代之间的互称，后者是女性旁系血亲的后代之间的互称。最后区分了姑表和舅表，两者是女性旁系血亲的后代与男性的旁系血亲后代之间的互称。

堂兄弟、堂姐妹、表兄弟和表姐妹的称呼采用希腊文亲属名称表明优士丁尼时代的本书读者是希腊人。

I.3,6,5。在第五亲等中，往上数是高祖父母和外高祖父母的父母，往下数是曾孙子女和外曾孙子女的孙子女，横数是兄弟和姐妹的曾孙子女[①]，相应的，有伯叔祖父的父亲和祖姑的母亲[②]（换言之，曾祖父的兄弟和姐妹）、外曾伯叔祖父和外曾祖姑（换言之，外曾祖母的兄弟和姐妹），同样，有堂兄弟姐妹的子女[③]，表兄弟姐妹的子女[④]，姨表或舅表兄弟姐妹的子女，更在这一范围之内的，是堂伯叔、堂姑、外堂伯叔和外堂姑[⑤]（他们是伯叔祖父、祖姑、外伯叔祖父、祖姑的子女）。

本段讲第五亲等亲属的范围。由于人寿所限，在实际生活中这一亲等的亲属与基准人同时存活的可能性很小，所以，他们都没有自己的专名，采用有专名的亲属的父母、孙子女、曾子女、兄弟姐妹等的方式命名。当然，他们也分为纵横两个系列和上下两个分系列。在纵线上的，往上数的是高祖父母和外高祖父母的父母，往下数的是曾孙子女和外曾孙子女的孙子女。横数的是兄弟姐妹的曾孙子女，等等。可以说，这些亲属大多存在于沙盘推演中而非实际生活中。

I.3,6,6。在第六亲等中，往上数为曾祖父母的曾祖父母，往下数为曾孙子女的曾孙子女，横数为兄弟和姐妹的曾孙子女的子女，相应的，有伯叔祖父的祖父和祖姑的祖母（换言之，高祖父母的兄弟和姐妹），外伯叔祖父的祖父和外祖姑的祖母（换言之，外高祖母的兄弟和姐妹），同样，有表侄孙、表侄孙女、堂侄

① 按中国的表达，为侄曾孙子女、外甥曾孙子女。

② 按中国的表达，为曾伯叔祖父、曾祖姑。

③ 按中国的表达，为堂侄、堂侄女。

④ 按中国的表达，为表侄、表侄女。

⑤ 拉丁原文为 Sobrinus（阳性）和 Sobrina（阴性），含义广泛，既可指第五亲等的堂伯叔、堂姑、外堂伯叔和外堂姑，又可指第六亲等的表侄孙、表侄孙女、堂侄孙、堂侄孙女。此处意译为“堂伯叔、堂姑、外堂伯叔和外堂姑”。

孙、堂侄孙女(换言之,堂兄弟姐妹或姑表兄弟姐妹或舅表兄弟姐妹生育的孙子女[①])。

本段讲第六亲等亲属的范围。他们也多是不会在实际生活中与基准人共存的亲属,所以也无自己的专名,在纵向的系列中,以基准亲属的"倍数"来表示他们,例如,曾祖父母的曾祖父母,曾孙子女的曾孙子女。在横向的系列中,也是用他们与基准亲属的"倍数"来表示他们在亲属关系之网上的坐标,例如伯叔祖父的祖父、祖姑的祖母。请注意,本书在描述第五亲等的亲属的范围时,多采用加法表示此等坐标。

I.3,6,7。至此,已充分地说明了如何计算血亲的亲等。事实上,从这些人们可显然地理解朕也应怎样计算更远的亲等:当然,每一代人总是加一等,所以,回答某人处在第几亲等,比用严格的血亲名称指称每个人,远为容易。

本段讲一般的血亲的亲等计算原则:每一代人加一等。这是对计算血亲亲等方法的总结,它就是所谓的罗马式亲等计算法。作者最后指出,说某人处在第几亲等比用什么亲属名称呼他更容易,此语揭示了语词的有限性与待描述的客观对象的无限性的矛盾。

I.3,6,8。宗亲的亲等也以同样的方式计算。

此段讲宗亲的亲等计算方法与血亲的计算方法一样,是类推适用计算规则。但从延伸可能性来讲,可能同时存在许多亲等的辈分相差大的宗亲,但在计算血亲时不大可能存在这种情况,因为在前种情形,同一辈分的基准亲属众多,只要他们岁数相差较大并同时生育,就可能出现8岁的爷爷和50岁的孙子这样的情况,所以在世的亲属链条很长,但在后种情形,同一辈分的基准亲少,不大可能发生他们彼此岁数相差大且同时生育的情况,所以在世的亲属链条很短。德·拉·塞尔纳说罗马人表示亲属的词汇比他那个时代的西班牙人丰富[②],原因大概在于罗马人因为计算宗亲积累了众多的亲属称谓,而那时候的西班牙人不计算宗亲了,仅用来计算血亲的亲属称谓自然少得多。

---

① 拉丁原文亦为 Sobrinus 和 Sobrina,此处意译为"表侄孙、表侄孙女、堂侄孙、堂侄孙女"。但这一句括号中的"由堂兄弟姐妹或姑表兄弟姐妹或舅表兄弟姐妹生育的"一语,原文未说明被生育的是子女还是孙子女,如果是子女,被生育者处在第五亲等;如果是孙子女,被生育者才处在第六亲等。按照上下文,显然此处被生育的应该是孙子女,故我以方头括号加"孙子女"一词。

② Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.60.

I.3,6,9。但为了把事实铭刻在人的心田，诉诸视觉比借助于听觉更为可靠，所以，朕认为，说明了亲等后，有必要也把它们列表在本卷中，以便青年们可以既通过听，又通过看来获得对亲等的极完备的教导。[①]

本段提到对亲等的列表说明，该表已逸失，根据后人的还原[②]，它是以表格形式重现前文以文字表述的内容，纵向（包括上下两个子方向）和横向的亲属都只列到第六亲等（中文本）或第五亲等（西班牙文本）。在中译文中，纵向上数的，从第五亲等开始以亲等数作为前缀加“高祖父”的中心词表示，形成“五世高祖父”的表达，纵向下数的类此，在第五亲等，形成“五世玄孙子”的表达，依此类推，用这种加数的前缀的方法可以表示无限亲等的亲属，克服了语词的有限；横数的亲属尽管也只列到第六亲等，但不采用数的前缀的方式表达他们，还是采用前面讲到的倍数法表达。在拉丁文中，对于纵向的亲属，采用不同亲等的加不同的前缀的方式表达，例如，第三亲等加 Pro，第四亲等加 Ab；第五亲等加 Al。

I.3,6,10。允许以近亲名义占有遗产的那部分告示，肯定不涉及奴隶的血亲。事实上，任何古法都未考虑这样的血亲。但以朕发布的关于恩主权利（迄至朕的时代为止，这是非常模糊、充满疑云、各种观点混杂的法的领域）的敕令[③]，朕在这种人道精神的推动下，允许：如果处在奴隶地位的某一男子，有不论是自由妇女还是处在奴隶地位的妇女所出的一个或数个儿子，或相反，如果女奴有与自由人或奴隶所出的两性的孩子，在此等男子或女奴获得自由的情况下，出生于奴隶之腹的子女也应得到自由；或者，如果母亲原为自由人，父亲在她成为奴隶后生有子女，然后他们都获得了自由，所有上述子女，都进入其父亲的或其母亲的继承，恩主的权利在这方面处于休眠状态。事实上，这些子女，朕不仅召集他们继承其父母，而且召集他们相互继承，尤其以这一法律召集他们，不论在奴隶状态中出生，而后来获得解放的子女只有一个的情况；还是除他们之外，还有父母获得自由后孕育的其他子女的情况；不论他们是同父还是同母或出自其他婚姻，他们类似于在合法婚姻中所生的子女。

本段讲两个问题。其一，家庭成员间包括前奴隶情形中的继承；其二，在“其

① 此表已失传，后人恢复此表，其中译文可参见张启泰翻译的《法学总论——法学阶梯》，商务印书馆 1989 年版，第 143 页。

② 参见〔古罗马〕查士丁尼：《法学总论——法学阶梯》，张启泰译，商务印书馆 1989 年版，第 143 页。Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.58.

③ 参见 C.6,4,4,531 年。

一”涉及的情形中恩主的继承权的地位。先说“其一”。

“其一”涉及的是在父亲或母亲一方或双方为奴隶生有子女，后来为奴的父母一方或双方外加子女都获得了自由的情况下子女对父母的继承。实际上，优士丁尼把这种情况细分为两种子情况。第一种是父亲或母亲原来为奴后来获得解放的情形；第二种是母亲原为自由人，成为奴隶后怀孕然后再获得解放的情形。这种区分没有什么理论意义，可能由优士丁尼颁布的有关敕令处理的具体案件的差异造成。对于这两种情形，优士丁尼都允许子女继承其曾为奴隶的父母，并且允许他们彼此间相互继承。当然，他们是作为父母的自权继承人继承的。

“其二”涉及的是解放自由人的血亲继承人与恩主的继承权的关系，显然可见，优士丁尼采取了在这种情形让恩主的权利休眠的立场，这样的安排当然更尊重前奴隶家庭的人伦关系，更多地把继承建立在自然的亲属关系的基础上，限缩了恩主的权利。

我们看到，经过优士丁尼的这种安排，前奴隶家庭的继承关系与现代法中的对应物最接近。说立法者为了改善奴隶地位把古老的继承法拉得接近于现代，应不过分。

I.3,6,11。因此，回顾所有朕已讲授的内容，显然可见，处在同一血亲亲等的人，并不总是被同等地召集继承，而且，更近的血亲也确实并不总是受到优待。事实上，自权继承人和朕已列在自权继承人之中的人，处在第一顺位，显然，死者的曾孙或元孙优先于死者的兄弟或父母，可是，如同朕以上讲授的，父母确实处在血亲的第一亲等，而兄弟处在第二亲等，事实上，曾孙是第三亲等的血亲，元孙是第四亲等。他是处在将死者的权力下，或由于解放，或由于是被解放者的子女，或由于是女性卑亲属生育而不处在这种权力下，也无区别。

本段讲血亲继承与宗亲继承的不同，在后者，是同一顺位的所有宗亲都被召集继承；在前者，并非同一顺位的所有血亲都被召集，而且，更近的血亲并不受到优待。这是因为血亲整体并非处在法定继承人的第一顺位，在它前面有自权继承人和宗亲，所以，死者的曾孙或元孙优先于死者的兄弟或父母，因为前者是直系卑血亲，后者是直系尊血亲或旁系血亲。这样的安排是为了照顾幼小者，因为他们比死者的父母和兄弟更需要遗产。所以，这些幼小者不管是否在死者的家父权下，不管是内亲还是外亲，都享有这样的照顾。

I.3,6,12。即便无自权继承人和朕说过的被召集在自权继承人之中的人，拥有有效的宗亲权的宗亲，即使亲等很远，通常优先于较近的血亲。事实上，伯叔父的孙子或曾孙子优先于舅舅和姨妈。因此，当朕说给予更近亲等的血亲优

先权或血亲被同等地召集时，都以无自权继承人的权利和处在自权继承人之中的人的权利，以及任何根据朕的讲授被置于优先地位的宗亲权为条件，例外的情况是被解放的、被召集继承其兄弟或姐妹的兄弟和姐妹，他们即使受人格减等，仍优先于其他更远亲等的宗亲。

本段继续对宗亲和血亲在继承中的地位进行比较，指出宗亲优先于血亲的原则，表现为亲等较远的宗亲优先于亲等较近的血亲，之所以如此，乃因为这里例举的宗亲如伯叔父的孙子或曾孙子是自权继承人。所以，血亲的继承权顺位总是在自权继承人之后。换言之，血亲处在第三顺位，血亲的优先权仅是在第三顺位内的优先权。当然，这一规则也有例外，那就是在这里重申的 I. 3,5,1 讲到的规则，即被解放的兄弟姐妹。

第 7 题

对解放自由人的继承

I.3,7pr.。现在朕来看解放自由人的财产。曾允许解放自由人在遗嘱中不受惩罚地遗漏其恩主。事实上,《十二表法》只在解放自由人无遗嘱而死,未留下任何自权继承人的情况下,才召集恩主继承他们的财产。[①] 这样,在解放自由人无遗嘱而死的情况下,如果他留下了自权继承人,恩主对其财产无任何权利。如果他确实留下了作为自权继承人的亲生儿子,似乎没有任何抱怨的理由。但如果留下的是养子女,而恩主处在无任何继承权的地位,显然是不公平的。

本段转入讲非亲属间的继承:恩主对解放自由人的继承。其核心内容是恩主权。解放自由人由于使用恩主的族名处在族亲的地位,所以也可以说,他们和养子女一样与恩主有拟制的亲属关系,这当然是对恩主对解放自由人继承权的一种可能的解释。但恩主的继承与养父的继承不同,前者不具有相互性,换言之,只有恩主继承解放自由人的可能,并无解放自由人继承恩主的可能,而养子女与养父母间的继承具有相互性,所以,还是从其他的途径解释恩主的继承权为好,这种依据似乎是交换,因为解放是自由权的赠予,而赠予也不一定是无偿的,恩主的施惠行为应以对解放自由人的继承权相报。

本段讲古法不承认恩主对解放自由人的继承关系。如果解放自由人订有遗嘱,而恩主的名字未出现在遗嘱中,恩主就不能继承解放自由人。在无遗嘱继承的情形,恩主也没有法定的继承权,如果他受到解放自由人的自权继承人的排斥,没有什么反对的理由,但如果受到养子女的排斥,则不合理,因为养子女是受惠者,恩主是施惠者,后者的地位低于前者不公平。

I.3,7,1。正由于这一原因,这一法的不公平后来受到了裁判官告示的修正。事实上,如果解放自由人订立遗嘱,他被命令在订立遗嘱时将其一半份额

① 参见《十二表法》第五表第 8 条。

的财产遗留给恩主。如果他根本未留给恩主遗产，或留给的遗产少于一半，恩主被授予违背遗嘱文件对一半遗产的占有。但如果解放自由人无遗嘱而死，留有作为自权继承人的养子，恩主同样被授予对抗这一自权继承人的对一半份额之遗产的占有。事实上，亲生子女对恩主的排除通常对解放自由人有利，他们不仅包括在死亡之时拥有的处于其权力下的亲生子女，而且包括被解放和出养的亲生子女，只要他们就某些份额被指定为继承人；或他们被遗漏，要求根据告示违背遗嘱占有遗产。事实上，如果已剥夺其继承权，他们不能以任何方式排除恩主。

本段讲裁判官改善恩主地位的改革，分涉遗嘱继承和法定继承两个方面。在前种情形，解放自由人被强制在遗嘱中遗留一半份额的财产给恩主，形成给恩主的特留份，以作为得到自由权赠予的酬谢，否则恩主享有违背遗嘱占有遗产的权利，占有的结果应是得到一半遗产的特留份。在后种情形，如果解放自由人的自权继承人是养子，恩主仍然可以占有遗产；但如果此等自权继承人是解放自由人的亲生子女，则恩主将一无所得。而且，这种亲生子女的范围十分宽广，不仅包括于死者死亡时处于其权力下的，而且包括已被他解放或出养的；不仅包括在遗嘱中被列名的，而且包括被遗漏提出了遗产占有要求的。只有一种不包括，那就是已被死者剥夺继承权的亲生子女。这样，恩主的准宗亲的权利让位于死者亲生子女的自然法上的权利。

这样的有利于恩主的改革造成了一些规避法律的行为，采用的方法就是“抹去”自己的解放自由人身份，例如，韦斯巴芗的解放自由人凯里鲁斯致富后，希望把自己的财产传给后人而非恩主，他宣布自己是自由人生的，并且改名换姓。①

I.3,7,2。后来，《帕皮尤斯法》扩大了拥有更富有的解放自由人的恩主之权利。因为它规定：在遗留有10万塞斯特斯的财产，拥有不到3个儿子的解放自由人的财产中，无论他订立遗嘱而死还是无遗嘱而死，恩主都应得到一个份额，这样，在解放自由人遗有一个儿子或一个女儿为继承人的情况下，恩主应得到一半的份额，完全如同解放自由人未留下任何子女而死一样。在他遗有两个儿子或两个女儿为继承人的情况下，恩主应得到1/3的份额。如果他遗有3个儿子或3个女儿，恩主则被排除。

本段讲《帕皮尤斯法》对恩主继承解放自由人时的有利规定。《帕皮尤斯法》

① 参见何立波：《论罗马帝国的元首私库》，载《绥化学院学报》2006年第2期，第106页。

是《关于婚姻的帕皮尤斯和波培乌斯法》的简称，它的宗旨在于鼓励结婚并生育，打击不结婚者、婚而不育者或婚而少育者，张扬三子权。这种鼓励生育的政策与鼓励解放自由人向恩主报恩的政策结合起来，对恩主在继承事项上的照顾成了打击婚而少育的解放自由人的一块砖头。如果有10万塞斯特斯财产的解放自由人自己生了3个孩子，则恩主无缘继承。但如果他生了不到3个儿子，恩主可取得一个人的份额，不论是遗嘱继承还是法定继承都是如此。如果他生有一儿一女，恩主可取得一半遗产，完全如同他没有留下任何子女而死一样。如果他生有两儿或两女，恩主可得到1/3的遗产。这样安排，出于鼓励生育的政策，解放自由人只有多生子女，达到4个之数，才能尽可能把遗产留在自己子女手中。看来，罗马人的鼓励生育政策不仅适用于生来自由人，而且适用于解放自由人，不再把这种人当作质量低的人口限制其增长了。

本段中的解放自由人的财产达到了第一等级的罗马市民的标准。

I.3,7,3。但在朕的一个朕用希腊语起草以便为一切人知晓、篇幅简短的敕令①中，对如下情况作了这样的规定：如果男女解放自由人确实拥有不到100个金币，换言之，他们拥有不到100个金币的资产（事实上，朕以这样的方式解释《帕皮尤斯法》规定的金额：1000塞斯特斯被算作一个金币），如果他们订立了遗嘱，恩主在对他们的继承中无任何位置。但如果他们无遗嘱而死，没有遗留下任何子女，恩主来自《十二表法》的权利完整地保留。但在他们拥有超过100个金币的情况下，如果他们有一个或数个作为继承人或作为遗产占有人的任何性别、任何亲等的子女，朕指示他们继承尊亲，排除任何恩主及其子女。然而，如果他们没有留下子女而死，如果他们确实无遗嘱而死，朕召集男女恩主继承全部遗产。但如果他们确实订立了遗嘱，然而遗漏了男女恩主，在他们没有任何子女，或他们有子女，但他们已剥夺了其子女的继承权的情况下；或母亲或外祖父遗漏了他们，而他们的遗嘱不能作为不合义务的遗嘱被控告，那么，根据朕的敕令，恩主得到的违背遗嘱占有的遗产不是以前的一半，而是解放自由人遗产之1/3的份额；或者，按照朕的敕令，如果男女解放自由人遗留给恩主的，少于其遗产的1/3的份额，所缺的部分予以补足，这1/3无任何负担，以至于也不能用该份额对男女解放自由人的子女履行遗赠或信托，而这样的负担落在他们的共同继承人头上。在上述敕令中，包罗了朕认为对整理法律的这一分支所必要的许多其他情况，如同可从该敕令理解的，不论男女恩主还是其子女和其五亲等内的旁系亲属，都被召集继承解放自由人。如果一个男恩主或一个女恩

① 参见C.I.6,4,4,531年。

主或两个或更多的男恩主或女恩主有几个子女，亲等较近者被召集继承男女解放自由人，而遗产将按人头而不是按房分割，同样的规则也适用于旁系亲属。事实上，在继承方面，朕已使适用于生来自由人的规则与适用于解放自由人的规则几乎一致了。

本段讲优士丁尼对恩主继承解放自由人的改革。其一，如果解放自由人拥有不到100个金币的资产并订立了遗嘱，则遗嘱继承排除恩主；如果是无遗嘱而死，则恩主依《十二表法》的权利被完整地保留。其二，如果解放自由人拥有超过100个金币的资产并有作为继承人或遗产占有人的子女，则恩主无继承的机会；如果没有子女且未留下遗嘱，则恩主继承全部遗产。但如果他们没有子女（或虽有子女但被剥夺了继承权，或在遗嘱中被遗漏却不能攻击遗嘱不合义务，例如在母亲或外祖父的遗嘱遗漏他们的情形）却订立了遗嘱，然而遗漏了恩主，恩主可以占有1/3的遗产，而不是以前规定的一半遗产。其三，如果解放自由人并未遗漏恩主，但赋予的遗产不到总额的1/3，要补到1/3。这1/3是纯利益，不能附加任何负担。遗嘱人科加的负担由其他共同继承人的份额承担。

本段最后讲了恩主权的主体范围：恩主及其子女外加其五亲等内的旁系亲属，按亲等较近者排斥较远者的原则进行继承，遗产按人头分割而非按房分割。

通过这样的改革，平衡了子女与恩主的权利，把生来自由人与解放自由人在继承中的地位同化。

本段涉及铜币与金币的兑换比例：1000塞斯特斯等于一个金币。还涉及希腊文在立法中的逐渐采用，这是为了增加法律对于本地民众的可接近性，减少普法成本。

I.3,7,4。但所有今天说到的，是获得了罗马市民权的解放自由人，因为也已无其他解放自由人，它们已被与降服人和拉丁人一起废除，另一方面，就拉丁人而言，法定继承完全未有过，因为就算他们作为自由人度过其一生，但随着他们的最后一息，他们同时丧失生命和自由。解放他们的人，根据《优纽斯法》，像对奴隶的财产一样，根据对特有产的权利保有他们的财产。但后来，人们以《拉尔古斯元老院决议》规定：解放者的子女，未指名地剥夺继承权的，在对拉丁人的财产继承中居于他们的家外继承人之先。对上述规范，最终也加上了神君图拉真的告示：上述人如果违背恩主的意志或在恩主不知情的情况下根据元首的恩惠匆忙地取得市民权，让他活着时确实为罗马市民，但死时为拉丁人。

但由于这样的地位的交替和其他困难，朕以朕的敕令[①]决定：与拉丁人本身一起，也永远废除《优纽斯法》、《拉尔古斯元老院决议》和神君图拉真的告示，这样，所有的解放自由人都享有罗马市民权，朕以奇妙的方式作了某些添加，就把通向拉丁人地位的同一条道路，变成了取得罗马市民权之路。

本段讲优士丁尼为排除法律关系的复杂和基于人道主义理由对解放自由人地位进行的改革。前段讲的是第一种类型的解放自由人，即取得了罗马市民权的解放自由人，与他们并存的是降服人和拉丁人，这两种人的身份在优士丁尼时代已被废除（参见本书 1，5，3）。其中的优尼亚拉丁人（本段中的拉丁人，是优尼亚拉丁人的简称）活着时为自由人，死则为奴隶。这意味着丧失遗嘱能力，不能通过死因行为把自己的财产移转给他人，只能由恩主及其子女取得。后来 42 年的《拉尔古斯元老院决议》进行了改革，开放优尼亚拉丁人的子女继承其父母，但其继承权劣后于恩主的继承权。具体来说，采取如下的顺位设计：第一顺位，恩主；第二顺位，被继承人的子女；第三顺位，被继承人的家外继承人。这样，优尼亚拉丁人的子女有了一定的继承权。后来出现了图拉真皇帝的告示，规定那些在恩主不知情或违背其意愿从皇帝获得罗马市民权的优尼亚拉丁人可以生为自由人，由此可以合法生养子女，死为奴隶，由此不能把遗产留给其子女，只能留给恩主，方式是把恩主设定为遗嘱继承人，以恩主不愿继承为条件指定其他人为此等恩主的替补继承人。[②]这样就以替补继承的方式开放了优尼亚拉丁人让自己的子女继承自己的遗产的途径。但优士丁尼认为这样仍然不够人道，作出了一步到位的改革，彻底废除了优尼亚拉丁人的身份、《优纽斯法》、《拉尔古斯元老院决议》和图拉真的告示，规定所有的解放自由人都取得罗马市民权（参见 I. 1，5，3）。

① 参见 C. 7，6，1，531 年。

② Cfr. Gai. 3，72。参见〔古罗马〕盖尤斯：《法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社 1996 年版，第 220 页。

第 8 题

对解放自由人的分配

I.3,8pr.。关于解放自由人的财产,朕必须指出元老院已决定:尽管解放自由人的财产同等地属于恩主的处于同一亲等的全体子女,但允许尊亲将解放自由人分配给其一个子女,这样,在他死后,获得分配的人被认为是唯一的恩主,而其他如果未发生这种分配将也被允许同等地继承上述财产的子女,对这些财产不享有任何权利。但如果受分配者未留下任何子女死亡,他们便恢复其先前的权利。

本段讲恩主对解放自由人的继承权的移转和集中化。解放自由人的财产不仅可由恩主自己继承,而且还可由他属于同一亲等的子女继承。但为了集中财力,后来允许恩主把对解放自由人的继承权集中给其一个子女行使,他成为解放自由人唯一的继承人以及唯一的恩主(请注意,在对解放自由人的财产继承中,同时发生恩主身份的继承)。这样,同一亲等的其他子女对解放自由人的继承权被剥夺。但如果受分配者无子女而死,则这些被剥夺者的权利恢复。这样安排,似乎是为了保障恩主——解放自由人的关系代代相传。

《关于分配解放自由人的克劳丢斯元老院决议》(Senatusconsultum Claudianum de adsignandis libertis, 45 年)确立了解放自由人的分配制度(D.38,4,9pr.)。对解放自由人的分配制度的设立是为了避免恩主自己及其子女因为人格中减等,因为丧失市民权从而丧失恩主权。恩主分配权仅可行使一次。①

I.3,8,1。不仅允许分配男解放自由人,而且也允许分配女解放自由人;不仅允许分配给儿子或孙子,而且也允许分配给女儿和孙女。

本段讲分配的消极主体和积极主体。前者既包括男解放自由人,又包括女解

① Cfr. Roberto Signorini, "Adsignare Libertum", contributo a gli studi sulla configurazione del diritto di patronato, Tesi di dottorato dell'Università degli studi di Padova, 2008, p.31.

放自由人。这种区分具有意义，因为男女解放自由人提供的服务不同。解放自由人的分配不仅涉及继承，而且涉及恩主权的其他部分的享有。恩主对解放自由人的权利有：(1) 管制权；(2) 要求提供家庭服务的权利。后者既包括恩主的男性后代，也包括其女性后代，在这两种情形，都不限辈分。所以，在这种分配中，无宗亲与血亲之区分。这一规则产生在优士丁尼时代，其时，不再考虑宗亲与血亲的区分。

I.3,8,2。事实上，这种分配权被授予有两个或更多处于权力下的子女的人，允许他分配男女解放自由人给他拥有的处于权力下的子女。因此有人问：如果他后来解放了受分配者，分配是否无效？已决定无效，这也是尤里安和多数其他人所认为的。

本段首先讲恩主享有分配权的条件：有两个以上的子女且处于其权力下。这个条件是《关于移转解放自由人的克劳丢斯元老院决议》确定的(D.38,4,9pr.)，其前提有二。第一，解放自由人的分配是一项集中恩主权的制度，集中的条件是有多数子女有可能分享恩主权，但只给其中的一人，因此，恩主拥有两个以上的子女不可或缺。第二，像三子权一样，分配权被立法者作为一项鼓励生育的措施运用，少生或不生孩子的恩主不享有这个权利①，例如，无子女的恩主不得把解放自由人分配给自己的养子。所以，本段引入了两子权的概念。在罗马法原始文献中，这个概念得到不止一次的使用。例如，保罗在 D.38,1,37pr. 中说，有两个子女的解放自由人可免除向恩主提供劳务的义务。

本段其次讲遗嘱人把恩主权分配给自己的一个子女后解放了他的，恩主权分配失效，因为恩主与解放自由人的关系为准宗亲关系，后者为此取得前者的族名。受分配者被解放后，他与解放自由人的准宗亲关系解除，所以已为之分配失效。此时，解放自由人回复到遗嘱人为恩主权之分配前的状态，生存的遗嘱人可再次分配对他的恩主权。如果遗嘱人已死亡，则对他的宗亲权仍属于死者同一亲等的所有子女。

I.3,8,3。某人以遗嘱或不以遗嘱作出分配，并无区别。而是允许恩主以任何这样的言辞作出分配，在克劳丢斯时代，苏伊鲁斯·路福斯和奥斯托流斯·司卡普拉为执政官时制定的元老院决议作了这些规定。

本段讲分配解放自由人的形式自由。可以遗嘱为之，也可以生前行为为之。

① Cfr. Roberto Signorini, "Adsignare Libertum", contributo agli studi sulla configurazione del diritto di patronato, Tesi di dottorato dell'Università degli studi di Padova, 2008, p.32.

并声明这是出于《关于移转解放自由人的克劳丢斯元老院决议》的规定，并明确了这一元老院决议的时间坐标：克劳丢斯为帝时制定，其时苏伊鲁斯·路福斯和奥斯托流斯·司卡普拉担任执政官，由于这一关系，上述元老院决议又称《奥斯托流斯元老院决议》。本段未讲到的是，实际上还可附期限和条件分配解放自由人。这些都可以在 D.38,4 中得到反映。

第 9 题

占有遗产

I.3,9pr.。占有遗产的法是裁判官通过修改古法采用的。以这种方式,裁判官不仅如前所述,修改了关于无遗嘱者之继承的古法,而且也修改了关于已订立遗嘱而死者之继承的古法。事实上,如果他人的遗腹子女被指定为继承人,尽管他根据市民法不能接受遗产,因为指定无效,但他根据荣誉法成为遗产占有人。不消说,因为裁判官给了他帮助。但今天,根据朕的敕令[①],这些人也可正当地指定为继承人了,仿佛市民法也对此作了承认。

本段讲占有遗产制度的立法由来及作用方式。这种制度不仅涉及法定继承即无遗嘱继承,而且也涉及遗嘱继承。后种情形的例子是不能指定他人的遗腹子为继承人的禁令如果被违反,指定无效,但被指定的可能是被解放的儿子的儿子,即被继承人的第二亲等的直系血亲,如此宣告指定无效有违人伦,于是裁判官允许被指定者占有遗产,取得继承的实益。到了优士丁尼的时代,这种禁止被取消,所以指定有效,被指定者不必走遗产占有的路子了。由此,胎儿的继承权就从一种例外变成了普遍规则。关于本段的内容,可参看 I.2,20,26。

一般而言,裁判官法是对市民法上的不公平进行改革产生的,在遗产占有问题上也是如此。

遗产占有制度与遗嘱不合义务之诉、特留份制度一起,限制了遗嘱人的遗嘱自由,保证了遗嘱的社会功能的发挥。

I.3,9,1。但有时裁判官允许占有遗产,不是通过修改或攻击古法,而毋宁是肯定它们。事实上,他也授予根据正当订立的遗嘱被指定为继承人的人以根据遗嘱的遗产占有。同样,由于无遗嘱,他召集自权继承人和宗亲占有遗产。但撇开遗产占有,根据市民法,遗产也属于他们。

① 参见 C.6,48,1,528—529 年。

本段讲裁判官法与古法的一致性。首先,在遗嘱继承中,裁判官授予根据遗嘱的遗产占有,这适用于遗嘱内容好,但形式不合法的情形。古法对这种形式有缺陷的遗嘱加以认可,贯彻了重内容轻形式的原则,但后来的法律严守形式,排除了此等遗嘱的合法性,裁判官又恢复古法对这种遗嘱的态度。其次,在法定继承中,如果待继承的遗产被他人持有,裁判官授予自权继承人和宗亲遗产占有。这两种人本来就是第一和第二顺位的法定继承人,授予他们遗产占有的好处是可根据这一令状,迫使任何作为继承人或作为占有人占有遗产的人,把它返还给遗产占有令状的持有者(I.4,15,3)。这样实际上通过授予遗产占有加强了既有的法定继承人的地位。他们只要证明死者曾占有他们追求的遗产就可以了,但如果他们作为继承人要求他人持有的遗产,则要证明死者是他们追求的遗产的所有人。这当然更难。

I.3,9,2。然而,裁判官只召集他们继承遗产的人,确实并不在法律上成为继承人(事实上,裁判官不能造就继承人,因为人们只根据法律或类似的法律规范,例如元老院决议或元首的敕令,成为继承人),但由于裁判官给他们遗产占有,他们被置于继承人的地位,被称作遗产占有人。在遗产占有的授予中,迄今为止,裁判官设立了许多顺位,他这样做是为了避免任何人死而无继承人。事实上,《十二表法》限制在非常狭小之范围内的取得遗产的权利,裁判官出于善良与衡平,将之扩大了。

本段讲裁判官改革的性质和特点。他无权就继承问题进行立法,只能用司法手段这么做。进行这方面立法的职权归民会、元老院决议或元首。但裁判官享有授予遗产占有权,占有人虽然不是继承人,但被置于继承人的地位,无其名而有其实,据此,他大大地扩展了法定继承人的范围,以免有人死而无继承人。

I.3,9,3。事实上,有遗嘱情况下的遗产占有是这些:第一种是授予被遗漏的子女的并被称作"违反遗嘱的"遗产占有;第二种是裁判官允许所有合法指定的继承人的,因此被称作"根据遗嘱的"遗产占有。裁判官在先规定了有遗嘱的情况后,转入到无遗嘱的情况。他首先把称作"为了子女的"的遗产占有给予自权继承人和根据裁判官告示被列在自权继承人中的人;其次给法定继承人;第三给十种人(事实上,这十种人是:父、母、祖父母、外祖父母,同样,儿子和女儿、儿子和女儿所出的孙子女、同父的和同母的兄弟姐妹),他们优先于作为家外的解放者;第四给近血亲;第五给其他家庭成员;第六给男女恩主及其子女和尊亲。第七给丈夫和妻子;第八给解放者的血亲。

本段讲遗产占有的古法。此等占有分为两种类型。

首先是有遗嘱情况下的遗产占有。又分为两个子类型:(1) 被遗漏子女的违背遗嘱的遗产占有。(2) 合法继承人的根据遗嘱的遗产占有。

其次是无遗嘱情况下的遗产占有,又分为 8 个子类型。(1) 为了子女的遗产占有。(2) 给法律规定的继承人的遗产占有。(3) 给十种人的遗产占有,这跟 I. 1,12,6 有关,说的是尊亲在长官面前订立信托合同解放自己的卑亲,获得对后者的恩主权的情形。在被解放者死亡的情形,解放者有权优先于被解放者的亲属继承其遗产①。(4) 给近血亲的遗产占有。(5) 给其他家庭成员的遗产占有。(6) 给恩主及其子女和尊亲的遗产占有。(7) 给丈夫和妻子的遗产占有。(8) 给解放者的血亲的遗产占有。依据第七种遗产占有,丈夫与妻子根据裁判官法在某些情况下可互相继承。

I.3,9,4。这些确实是根据裁判官的管辖权采用的。但朕不让自己因粗心大意留下任何遗漏,而以朕的敕令改正了一切,作为必要的制度,朕确实承认"违反遗嘱的"和"根据遗嘱的"遗产占有,以及在无遗嘱情况下的"为了子女的"和"为了法律规定的继承人的"遗产占有。

本段讲优士丁尼对遗产占有制度的改革,对于前段讲到的十种遗产占有,只确认了其中的四种,也就是遗嘱继承中的违反遗嘱的遗产占有、根据遗嘱的遗产占有,以及法定继承中的"为了子女的"和"给法律规定的继承人的"遗产占有。第一种和第三种遗产占有给被解放的子女;第二种适用于遗嘱人的遗嘱有形式上的瑕疵的情形;第四种适用于宗亲和根据法律的规定被认为处在宗亲地位的人,例如恩主及其卑亲、根据《特尔图鲁斯元老院决议》继承其子女的母亲、根据《奥尔菲图斯元老院决议》继承其母亲的子女。以下各段会讲废除其他种类的遗产占有的理由。

I.3,9,5。然而,在裁判官告示中被置于第五顺位的遗产占有,换言之,为了十种人的遗产占有,朕已以仁慈的意图和简短的论述证明其多余。事实上,由于上述遗产占有把十种人置于家外的解放者之先,朕关于解放子女的敕令②,已允许所有为解放的尊亲以信托简约实施解放,使其解放行为本身就包含这一特权,上述的遗产占有成为多余。因此,朕废除了上述的第五顺位的遗产占有,把从前是第六顺位的遗产占有前移到其位置,使裁判官许给

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag. 80.

② 参见 C.8,48(49),6,531 年。

近血亲的遗产占有成为第五顺位。

本段讲废除第五顺位及其理由。此等占有是给十种人的遗产占有，按照本段的说法，由于优士丁尼采用信托解放制度，按这一制度，解放包括取得遗产继承权的条件，所以这一顺位变得多余，遂遭到废除，由此，原第六顺位递升为第五顺位。实际上，这种说法并不确切，因为这一说明只涵盖十种人中的父、祖父，他们解放子女可获得遗产的回报，但母、祖母、外祖父母、儿子和女儿、儿子和女儿所出的孙子女、同父的和同母的兄弟姐妹并不能如此，故本段的说明并不涵盖他们。这就是说，为了他们，还有保留第五顺位的遗产占有的理由。本段却把所有这些人都定性为家内的解放者，认为他们在遗产占有中的地位优先于处在第七顺位的家外的解放者，也有失准确。

I.3,9,6(5)。由于从前在第七顺位有"其他家庭成员的"遗产占有，在第八顺位有"为了男女恩主的子女及其尊亲"的遗产占有，朕以朕的关于恩主权的敕令[①]完全废除了这两者。事实上，由于朕已命令同化对解放自由人的继承与对生来自由人的继承，但朕把对前者的继承只限于第五亲等，以便在生来自由人与解放自由人之间有某种区别，对可主张其权利的人来说，"违反遗嘱的"遗产占有，"为了法律规定的继承人的"和"为了血亲的"遗产占有，这三者足够了，因此消除了上述两种占有中所有的复杂和混乱的迷宫。

本段讲废除第七、八顺位的遗产占有及其理由。第七顺位的遗产占有是"给其他家庭成员的"，第八顺位的遗产占有是"为了男女恩主的子女及其尊亲"的，前者是恩主及其卑亲属死亡时恩主的宗亲对解放自由人的遗产的占有[②]，后者是恩主的男恩主或女恩主及其子女和尊亲的遗产占有。[③] 桑达尔斯则认为，第七顺位的遗产占有给予恩主在其家中的亲属；第八顺位的遗产占有给恩主的不管是否在其权力下的卑亲或尊亲。[④] 按前一种说法，第七顺位中提到的恩主是生来自由人，第八顺位提到的恩主是解放自由人，所以两者都是关于对解放自由人的继承的。它们之间有一点区别，解放自由人的亲属中，只有前面的5个亲等可以参与继承，但

① 参见C.6,4,3,531年。

② Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.80.

③ See Patrick Cumin, Manual of Civil Law or Examination in the Institutes of Justinian, London, 1854, p.223.

④ See Thomas Collett Sandars, The Institute of Justinian whith English Introducation, Translation, and Notes, Longmans, Green, and Co.,London, 1865, p.396.

生来自由人的亲属，远在第六至第十亲等的也能参加继承[参见本书3,5,5(4)]。529年，为了追求生来自由人继承和解放自由人继承的同化，优士丁尼颁布了一个关于恩主权的敕令，废除了所有的恩主权，只保留解放自由人尊敬恩主的义务①，以恩主权为基础的上述两种遗产占有成了无本之木，因此这两种迷宫式的遗产占有被废除。但恩主的上述亲属的继承利益不受影响，因为他们可以作为恩主的法定继承人的血亲占有遗产。②

I.3,9,7(6)。但另一种被叫作"为了丈夫和妻子的"、在旧的遗产占有制度中被置于第九顺位的遗产占有，朕保留了其效力，并把它置于更高的顺位，即第六顺位，旧的遗产占有制度中的第十种，曾是"为了解放者的血亲的"遗产占有，由于已叙及的理由，已正当地废除。这样，只有六种通常的遗产占有维持其强大的效力。

本段讲裁判官的其他改革。保留了"为了丈夫和妻子的"遗产占有，把它从第九顺位提高到第六顺位。这种占有承认了夫妻之间事实上可以相互继承，由此，法律不再把他们看作原来家族的代表而是他们结合而成的家庭的成员。同时，去掉了过去处在第十顺位的"为了解放者的血亲的"遗产占有，原因很简单，既然对生来自由人的继承已与对解放自由人的继承同化，以解放自由人身份为前提的第十顺位的遗产占有就没有必要存在了。

I.3,9,8(7)。继它们之后，由裁判官以最正当的理由采用了第七种遗产占有。事实上，在告示中最后也允许法律、元老院决议或敕令默示地授权进行占有的人占有遗产，但裁判官未根据确定的法，或把他们包括在无遗嘱情况下的遗产占有中，或把他们包括在有遗嘱情况下的遗产占有中，而是根据情况的要求，作为最后和非常的补救，不消说，将之授予根据法律、元老院决议或元首的敕令，按新法在有遗嘱或无遗嘱的情况下来参加继承的人。

本段讲裁判官采用的第七种遗产占有，即为了法律规定的继承人的遗产占有，据此，允许法律、元老院决议或敕令默示地授权进行占有的人占有遗产，设立这个

① See The Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S. P. Scott, Cincinnati, The General Trust Company, 1932, Vol. XIII, p. 302.

② See Patrick Cumin, Manual of Civil Law or Examination in the Institutes of Justinian, London, 1854, p. 223.

顺位可应付突变的情况。这个顺位既不单纯属于遗嘱继承，也不单纯属于法定继承，而是根据具体情况可以属于两者之一。

I.3,9,9(8)。因此，由于裁判官采用了多种继承并把它们有序地编排，而每一种继承常常有亲等不一的多数人，以免债权人的诉权被延搁，而是让他们有受传唤之人；以免容易地发出占有死者遗产的命令，债权人以这种方式谋取自己的利益，因此规定了要求遗产占有之确定的期间。

本段讲为提出遗产占有申请规定期限的必要性，因为每种遗产占有往往有多个亲等的申请权人，在期限内一个亲等的申请权人不申请的，可转给下个亲等的申请权人申请，这样，裁判官设立多个顺位的遗产占有人的好处就表现出来了，即遗产的债权人总有诉追对象，否则，如果债权人找不到适当的人诉追，他就会启动破产程序，即请求“发出占有死者遗产的命令”，此处的占有遗产与前述作为继承的一种的遗产占有不同。这样，债权人的利益得到了保护，但继承人的利益没有得到充分的保护。

I.3,9,9(9)。因此，不论是亲生的还是收养的子女和尊亲，给予1年的要求遗产占有期间，给予其他人100天的期间。

此段讲申请占有遗产的期限。有两种，一种是适用于父母子女之间的，为一年，他们间的亲子关系是自然的还是拟制的，并无区别。另一种是适用于其他人的，为100天。父母子女间血缘近，相互继承的依据强烈，所以给的期限长，以避免继承机会的丧失。其他人之间的血缘相对远，相互继承的依据较弱，所以给的期限短一些。无论如何，超过此等期限，申请占有遗产的请求权都失效，转归下一顺位的人行使。所以，申请占有遗产的期限是使法律关系尽快稳定的除斥期间。如果其请求权因除斥期间失效的人属于最后一个顺位，则遗产成为无人继承的，可以由他人以时效取得。

I.3,9,10(5)。如果在这一期间内某人没有要求占有遗产，其份额转给同一亲等的其他人；或者，如果没有任何人，关于继承的告示允许其他相继的亲等占有遗产，如同前一亲等不在数目之内一样。因此，如果某人拒绝给他的遗产占有，不必等待为要求遗产占有规定的期限届满，而是根据同一告示立即允许其他人占有遗产。

本段讲除斥期间届满的效力以及拒绝接受给予的遗产占有的效力。期间届满不占有遗产的,占有权转给同一顺位的其他占有权人。一个顺位所有的占有权人都不占有的,占有权转给下一顺位的占有权人行使。拒绝接受给予的遗产占有的,产生除斥期间提前届满的效力,下一顺位的占有权人可以不等法定期限届满就占有遗产,这样可使法律关系迅速确定化。必须指出,要提出申请裁判官才会授予遗产占有,在申请成功后申请人改变了主意,才会发生拒绝接受给予的遗产占有的情况。至于改变主意的理由,有很多,例如为了照顾下一顺位的占有权人等。

I.3,9,11(6)。事实上,要求占有遗产的期限,按单个的有用日计算。

此段讲除斥期间的计算方法,只算有用日。"有用日"是"连续日"的对称,后者是不经任何类型的中断连续计算的期日,前者是可求助于长官主张权利的期日[①],这些期日并不完全彼此连续,间有节日等的中断。所以,按连续日的标准看,占有遗产的期限超过100天或1年。在此等有用日内,利害关系人可以向长官申请占有遗产。

I.3,9,12(7)。但先前的元首也很好地对这种情况作了规定[②]:某人不必刻意要求占有遗产,但是,如果他以任何方式对此作了表示,当然是在规定之期限内作出的,他将享有遗产占有的全部恩惠。

此段讲申请占有遗产的方式可以不拘泥于严格的程式。按古法,申请占有遗产必须以严格的套语向裁判官提出;在行省,以同样的方式向总督提出。君士坦丁皇帝(即本段讲到的"先前的元首")以两个敕令(C.6,9,8—9)改变了这方面的要求。规定,如果由于村气、不知、不在等原因没有适当提出占有遗产申请,其申请权不受影响。此等人尔后以任何方式在法官面前表示了其接受遗产的意图的,即足以构成申请[③],但必须在申请期限届满前这样做。如此,遗产占有申请方面的形式主义被打破。

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.87.

② C.6,9,8—9.

③ Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.87.

第 10 题

因收养自权人的取得

I.3,10pr.。另有一种概括继承,它既不是《十二表法》,也不是裁判官告示,而是根据同意被接受的法采用的。

本段说明由于收养自权人的取得是习惯法上的继承制度,本段把习惯法叫作根据同意被接受的法。按本段的罗列模式,只要不是《十二表法》的规定,也不是裁判官告示的规定,就是习惯法,这样,法学家的解答、元老院决议等也成习惯法了,所以这种说明方式不严谨,由于过分追求简练造成。那么,本段与其上下各段的关联性何在?除了继承这个关联点外,还有集合物的移转(Successio)方式作为关联点。

I.3,10,1。事实上,在家父把自己作为自权人出养的情况下,其全部的有体和无体的财产以及债权,从前确实由自权人收养人获得完全的权利,因人格减等消灭的权利除外,它们是劳务之债和宗亲权。确实,使用权和用益权,就算从前它们包括在这一范围内,然而,朕的一个敕令[①]已禁止它们因人格最小减等而消灭。

本段讲收养继承的对象。包括了被收养人一切有体与无体的财产,但因人格减等消灭的权利除外,它们是:(1)劳务之债,即解放自由人对恩主应承担的义务。包括两种,其一是尊敬义务;其二是提供劳务的义务,前者不可移转,后者可以移转。所以,被收养人的解放自由人并无对其恩主的养父表示尊敬的义务,但他为其恩主提供劳务的义务要对后者的养父履行[②]。(2)宗亲权。其内容至少包括继承权和受监护权,收养是宗亲权得丧的依据,在本段中,涉及的是"丧",自权人因被收

① 参见 C.3,33,16,530 年。

② Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.104.

养丧失对原有家庭的宗亲权，因为一个人不能同时属于两个家庭。(3) 使用权和用益权：这些权利的设立人一般是权利人的同族人，设立的目的是为了整个家族的利益，现在权利人属于另一个家族了，立法者就为了防止家族利益外流而规定它们因人格减等消灭。此处的人格减等是小减等。后随着宗亲权的瓦解、家族制度崩溃，优士丁尼作了改革，允许这些权利在人格小减等后不消灭，但要移转给收养人。但如果被收养人的直系卑血亲或兄弟姐妹生存，他们的权利优先于收养人的权利。

此段把无体物与债权并列不妥，因为后者属于前者。

I.3,10,2。然而现在，朕已将上述因自权人收养发生的取得限制在自然尊亲之取得的同一范围内。[①] 确实，只除了用益权，不论是生父还是养父，不能借助于家子对其从家外获得的财产取得任何其他权利，所有权完整地保留给子女。但作为自权人收养的儿子在养父家死亡的情况下，他们的财产也移转给自权人收养人，如果有根据朕的敕令[②]可在父亲之前取得这些财产的其他人生存的除外。

本段讲优士丁尼的限制自权收养人对养子财产之继承权的改革。这是套用限制尊亲对其自然子女的财产的权利的改革进行的，这一改革的内容是：如果处在家父权下的家子运用并非家父的财产，而是通过其他手段，例如运气、劳动获得了财产，家父并不取得其所有权，仅取得其用益权。但兵营特有产例外，家父甚至不能取得此等财产的用益权。[③] 按这样的规则处理自权收养人与其养子的财产关系，通过收养，前者仅取得后者财产的用益权而已，所有权仍留在养子手中。不过，如果养子在养父家中死亡，其财产首先归其子女继承，没有子女的，归其两边亲的或半边亲的兄弟姐妹继承；这个第二顺位没人的，才归养父继承。[④] 通过这样的改革，罗马人的继承概念更接近现代人的相应概念了，活人间的继承转化为活人继承死人。为了理解本段，可参看本书 2,9,2。

I.3,10,3。但相反，把自己出养者之债务，根据法律，自权人收养人确实不承担责任，但将以儿子的名义受到起诉，如果他不愿意保护儿子，朕的有管辖权的好长官允许债权人占有并以法定的方式处置如果他不曾受制于他人的权力

---

① 参见 C.6,61,6,529 年。

② 参见 C.6,59,11,529 年。

③ See The Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S.P. Scott, Cincinnati, The General Trust Company, 1932, Vol. XIV, p. 104.

④ Ibid., p. 98.

将是他的财产，包括用益权。

本段讲自权人收养完成后养父原则上不对养子的债务承担责任，但他会因养子的债务受到起诉，因为此时养子的人格已被他的人格吸收，不适格作独立的债务人。如果他愿意代养子履行债务，万事皆休。在相反的情形，则用养子带来的财产承担责任，其方式是在长官的主持下由债务人占有此等财产并拍卖之，以所得收入抵偿债务，此等财产包括在它们之上的用益权。由此可见，养子的财产并不完全与养父的财产合并，而要承受法定抵押权。

第 11 题

因自由权而被判给财产者

I.3,11pr.。根据神君马尔库斯的敕令,增加了一种新的继承形式。事实上,如果根据遗嘱从主人接受了自由的人,在无人按该遗嘱接受遗产的情况下,希望把财产判给他们,以便保留自由,将听从他们。这是神君马尔库斯给伯比流斯·路福斯敕答的内容。

本题是对哲学家皇帝马尔库斯·奥勒留给伯比流斯·路福斯的一个敕答的注解。请注意,敕答的接收人伯比流斯·路福斯是奴隶。[①] 该敕答的原文被收录在本题第 1 段。涉及某个遗嘱人通过遗嘱授予其一个奴隶自由权,但其遗产因为债务超过无人接受,此时遗嘱人将陷入无遗嘱而死。尔后有两种可能。其一,如果遗产资大于债,应转入法定继承;其二,如果遗产债大于资,则进入破产程序,由债权人拍卖遗产满足自己的债权。本题涉及的是第二种情形。如果按既有的法律办,待解放奴隶的自由期望破产,而且可能要作为破产财团的一部分被出卖。但该奴隶很有钱,可以承担其死去的主人的全部债务。这时候,好皇帝允许他成为其主人的唯一继承人,如此,一来保全了他有望获得的自由;二来拯救了其死去的主人名望,免受破产之羞,可谓一举两得。

这一敕答的规定与《艾流斯和森求斯法》的规定很接近,对此可参看本书 1,6,1。

I.3,11,1。该敕答是这样措辞的:"如果在其遗嘱中已授予某人自由的维尔京纽斯·瓦伦斯没有任何无遗嘱情况下的继承人,其财产处在应被出卖的地位,对此事有管辖权的人应考虑你为了既落实直接遗留的自由,又落实以信托方式遗留的自由,将财产判给你的愿望,如果你适当地担保每个债权人之债额将受全额偿付,被直接授予自由者确实将成为自由人,完全如同遗产已被接受

① 参见〔古罗马〕查士丁尼:《法学总论——法学阶梯》,张启泰译,商务印书馆 1989 年版,第 155 页注释 1。

一样。然而,要求继承人进行解放的人将从你获得自由。如果你愿意仅以直接接受了自由的人也成为你的解放自由人为条件把财产判给你,事实上,你也愿意如此,如果其身份受到争辩的人同意,朕给予朕的授权。为免朕的这一敕答的恩惠因其他原因变得落空,如果皇库愿意主张遗产,照管朕的财产者要知道:优先于金钱利益的是自由之事业,聚积财产必须不妨碍保全如果根据遗嘱接受遗产就能取得自由者之自由"。

本段完全引用马尔库斯·奥勒留的敕答。其中提到的遗嘱人是维尔京纽斯·瓦伦斯。他立遗嘱授予他的富有的奴隶伯比流斯·路福斯和其他奴隶自由,同时作其他遗嘱处分,但无人根据这一遗嘱接受遗产,而且他没有法定继承人。此时,他的遗产属于无人继承的遗产,要归皇库继承。皇库应将之出卖变现后纳库。针对这一案情,马尔库斯·奥勒留的敕答设想了两种可能的处理:其一,伯比流斯·路福斯不愿丧失期望获得的自由,便与皇库裁判官协商。他表示,愿意承担遗嘱人的一切债务,而且实施他允诺的两种解放:第一,直接解放,遗嘱人成为此等被解放的奴隶的恩主,后者是前者的冥府的解放自由人;第二,通过遗产信托实施解放,也就是说,遗嘱人委托其继承人在接受遗产后经过一段时间实施解放。此时转为直接解放,伯比流斯·路福斯也成为以这种方式解放的奴隶的恩主。其二,以上所有条件不变,只是伯比流斯·路福斯希望被遗嘱人直接解放的奴隶也成为自己的解放自由人,如果他们同意,皇帝将进行这方面的授权。如果他们不同意,则伯比流斯·路福斯尽管不能当他们的恩主,但为他们的所有人。[①] 不妨说,这一敕答反映了奴隶内部的贫富不一以及相应的阶层分化。

由于马尔库斯的这个敕答是对一个奴隶作出的,他并无把握手下的官员会认真执行,因为如果他们不顾伯比流斯·路福斯的请求而把维尔京纽斯·瓦伦斯的无人继承的遗产拍卖入库,能增加皇库的收入,也增加了自己的政绩,而且他对于此等官员的智力和道德素质皆不信任[②],皇帝于是告诫他们一个原则:"优先于金钱利益的是自由之事业"。这等于表示,为了保全他人的自由,皇库要承受损失。这是罗马法中人文精神的体现,体现了人格利益高于财产利益的精神。

本段中提到的信托解放,参见本书 2,24,2。

---

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag. 108.

② See Wynne Williams, Individuality in the Imperial Constitutions: Hadrian and the Antonines, In The Journal of Roman Studies, Vol. 66 (1976), p. 80.

I.3,11,2。这一敕答既有利于自由又有利于死者,其财产不会被债权人占有并出卖。当然,如果以这一原因把财产判给奴隶,停止出卖遗产,因为有死者的确实是适格的保卫人[①]对债权人作出完全的担保。

从此以下各段是对马尔库斯皇帝敕答的解释。本段是对奴隶为保障自己的自由权继承主人的遗产之制度效果的分析,实际上是法学家对马尔库斯·奥勒留皇帝立法目的的解释。它带来的首要好处是保护了死者,使其遗产不必遭受债权人所为的拍卖而陷入破产的耻辱,同时使有关奴隶的自由从一种期待权转为现实权。但如此的条件是该奴隶必须对主人的债权人作出完全的担保,为死者偿债。这是奴隶承受的一个负担。

I.3,11,3。这一敕答最初完全适用于在遗嘱中授予自由的情况。如果某人无遗嘱而死,以小遗嘱授予自由,而在无遗嘱继承中遗产未被接受,怎么办?应按有利于该敕令之适用的方式来办。当然,如果某人订立遗嘱而死,以小遗嘱授予自由,便无人怀疑要适用该敕令了。

本段讲对马尔库斯皇帝敕答的扩张适用。该敕答本来只适用于本遗嘱授予某个奴隶自由的情况,为了贯彻有利于自由权原则,现在把它扩张适用于两种情况:(1)某人无遗嘱而死,以小遗嘱授予自由,而在无遗嘱继承中遗产未被接受。这种情形似乎自相矛盾,因为既然有小遗嘱,就不应发生无遗嘱继承。看来,小遗嘱只能调整本遗嘱的内容,本身不能作为一个独立的遗嘱。(2)某人订立遗嘱而死,以小遗嘱授予自由。对这两种情形,都允许被授予自由的奴隶承担主人的遗产获得自由。这种安排很人道。

I.3,11,4。这一敕令的文句表明:当时它适用于无遗嘱情况下无任何继承人的情况。因此,只要是否有继承人不确定,停止适用该敕令。一旦无任何继承人得到确定,适用该敕令。

本段讲马尔库斯皇帝敕答适用的条件之一:无法定继承人。此处的法定继承人,应理解为愿意接受死者遗产的法定继承人。所以,这个条件与其说考察是否存在法定继承人,不如说是考察存在的法定继承人是否愿意接受遗产,不然就没有如下的第5段。只要有无法定继承人不确定,就不能适用该敕答。确定无法定继承人后适用

① 这里的"保卫人",是愿意得到死者财产之判给以便获得自由的奴隶。

之。简单的理路是,只有在无法定继承人的情况下,奴隶才可在一定的条件下继承主人。此时,不妨把奴隶理解为死者的特殊亲属或附加顺位的法定继承人。

确定是否有继承人以两个时间点为参照系。其一是无遗嘱而死得到确定的时间,其二是遗嘱被弃之不顾的时间。对此,参见本书3,1,7。

I.3,11,5。如果可完全恢复原状的人避免自己接受遗产,尽管他可得到恢复原状,是否适用该敕令并发生判给遗产?进而言之,如果为保全自由判给遗产后,这些要完全恢复原状吗?无论如何必须说,一旦授予自由,即不得撤销。

本段讲恢复原状权与自由权冲突时有利于后者的处理。如果已查明无法定继承人,此时以被授予自由权的奴隶概括接受主人的全部财产为条件让他得到解放,但后来法定继承人出现——例如从国外回来、未满25岁就放弃了遗产,后来变卦重新要求遗产等——他有权把遗产恢复到原来的状态重新分割之。此时已获自由的奴隶的自由权受到威胁,而且法律的确定性也受到威胁。当局提出的解决方案是,新出现的继承人不得主张恢复原状。继承人的改变主意不影响已获得自由者的自由。

本段中隐含着临时继承与确定继承的二分。前者可因一些因素的出现推翻,后者不能。

I.3,11,6。这一敕令是为保全自由权而采用的。因此,如果没有授予任何自由,停止适用该敕令。因此,如果某人以生前赠予或死因赠予被授予自由,为免被调查这样做是否为了诈欺债权人,奴隶因此愿意把遗产判给自己,是否必须同意这一请求?最好应该同意,尽管敕令的文句没有对这一情况的规定。

本段讲该敕答适用的条件之二:授予自由。如果遗嘱中未授予自由,尽管有奴隶愿意以承担所有债务和负担(包括解放的负担)为条件接受主人的遗产,也不应适用这一敕答,这是马尔库斯皇帝之敕答的原意。但优士丁尼把它的适用条件放宽,以生前赠予授予自由的,也可适用该敕答。这是对该敕答的扩张适用。I.1,6,3讲的是主人以生前赠予解放奴隶过多导致破产,由某个奴隶接受此等主人的全部遗产以保全其自由的规则。根据该段,一旦发现死者在主、客观上均有诈欺债权人的意思,奴隶应得不到自由。但若奴隶以获得自由为条件愿意接受遗产,优士丁尼认为应予同意。这使得敕令的适用从死因行为扩及生前行为,从继承破产扩及普通破产,实现了普遍化。

本段是解释学的经典范例,是地道的注释法学,带有强烈的价值判断性。

本段揭示了一个规范从命令到法律的经典过程。

I.3,11,7。但由于朕观察到上述敕令规定得很不详细,朕发布了一个更全面的敕令[①],其中汇集了许多类型,它使这方面的继承法变得更全面了。人们可从该敕令的文本本身来了解它。

本段将从案例产生的规则类型化,增加了适用马尔库斯皇帝敕答的如下案型。其一,进入继承的某人,允诺兑现死者的授予自由允诺,没有全额偿付债权人,而只是部分偿付的,也适用马尔库斯的敕令[②]。其二,如果被允诺授予自由的是复数的奴隶,其中一些人希望赎买自己的自由,另一些愿意继续当奴隶,各听其便。其三,如果接受遗产的人并不允诺执行全部的自由权赠予,只允诺执行其中的一部分,如果遗产的价值足以全额偿付债权人,要让所有的奴隶都获得自由;如果不足以全额偿付债权人,则只让部分奴隶获得自由。其四,如果没有单个的遗产主张者出现,而是有两个以上这样的人出现,允许他们都进入继承,但事前要提供担保:满足债权人并执行解放允诺;如果他们在不同的时间出现,按时间顺序定他们的优先顺位。其五,如果一个申请人允诺解放某些奴隶,但并非全部,而其他申请人准备提供担保满足全部债权人并执行所有的解放允诺,只接受后者的申请。其六,如果某人先接受了遗产及其自由,则命令第二、第三个申请人接受同样的安排。[③]

① 参见 C.7,2,15,531—532 年。

② See The Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S.P. Scott, Cincinnati, The General Trust Company, 1932, Vol. XIV, p. 116.

③ Ibid., p. 117.

第 12 题

已废除的通过出卖遗产的继承和根据《克劳丢斯元老院决议》的继承

I.3,12pr.。在上述继承前,一度也有过其他的概括继承。它是财产概括的买受,是通过极为复杂的程序被采用来出卖债务人之概括财产的,当时适用于程式诉讼行时的时期。但随着非常诉讼为后人使用,出卖概括财产也与程式诉讼本身一起寿终正寝了,现在,只根据法官的职责授予债权人占有财产,并以他们认为有利的方式处分之。这一制度在篇幅更大的《学说汇纂》中论述得更完全。①

本段讲债务人财产的概括让与被视为继承,把一个破产制度当作继承看待,证明罗马法中继承与破产的界限不容易划清。

出卖债务人的概括财产制度既可以针对活人的财产,也可以针对死人的财产。拍卖活人财产的程序是:裁判官命令对该财产连续占有 30 天,并发布拍卖告示。然后命令债权人集会并从中选出一名负责人,通过他在 10 天内实行拍卖。在 40 天内把财产判给买主。买主并不取得对物的全部权利,只是拥有它们,时效经过后,他们才取得这些财产的市民法所有权。

拍卖死人财产的程序是:裁判官命令占有财产 15 天。然后命令债权人集会并从中选出一名负责人,通过他在 5 天内实行拍卖。在 20 天内把财产判给买主。买主并不取得对物的全部权利,只是拥有它们,时效经过后,他们才取得这些财产的市民法所有权。

对活人财产的拍卖的期间都比较长,目的是让它们不轻易遭受拍卖。

本段中的"根据法官的职责授予债权人占有财产,以他们认为有利的方式处分之",讲的是财产零卖制度(Bonorum distractio),这一活动由财产保佐人主持,直接对债权人进行,它是对财物单件地进行变卖,直至清偿了全部债务,不似财产拍卖

① 参见 D.18,4。

针对债务人的财产整体。财产零卖不导致破廉耻,财产拍卖导致破廉耻。这种变卖一般针对元老或被监护人。[①] 这个制度是戴克里先和马克西米安的一个被收录在《法典》里的敕令(C.7,47,9)[②]规定的[③]。

I.3,12,1。根据《克劳丢斯元老院决议》,还有一种使人怜悯的概括取得,在自由妇女醉心于对奴隶的爱情的情况下,根据这一元老院决议,她丧失自身的自由,并与自由一起丧失财产。朕认为这一立法与朕的时代不配,朕已同意把它从朕的城邦中取消[④],不编入朕的《学说汇纂》。

本段讲男奴的主人对爱上了自己的奴隶的女自由人的概括财产的继承。这种与奴隶通奸的妇女成为市民法上的奴隶类型之一(另一种是25岁的人自卖其身)。对此参见本书2,14pr.。

52年的《克劳丢斯元老院决议》全称为《关于与他人奴隶交合之妇女的克劳丢斯元老院决议》。它规定:女自由人经3次分开仍继续其与男奴的不法关系的,裁判官要把其财产判给男奴的主人继承,这也是因为人格减等移转财产,不过这次是人格大减等而已,她自己也变成同一人的奴隶(I.3,12,1);但如果男奴的主人愿意允许,她可以维持其自由人身份,不过所生子女为奴隶。据说,这一元老院决议的提案人就是克劳丢斯(41—54年在位)皇帝,他任用一批自己的解放自由人充当秘书班子,分为书信股(Ab epistulis,对寄给皇帝的信进行整理)、会计股(A rationibus,负责财务事宜)、文书股(A libelis,接受来自全国各地的请愿和陈情文件等)、笔记股(Subscriptio,负责把皇帝对于请愿所做的答复转为文字)、审理股(A cognitionibus,负责司法)、学术股(A studiis,负责起草皇帝的一些文件)等几大部门,操纵国政,权势熏天,不通过他们,甚至皇帝的面都见不到。这些解放自由人也乘机敛财不少。[⑤] 由此,当皇帝的奴隶成了终南捷径,这刺激自由妇女与皇家的奴隶同居,以便此等奴隶被解放后与其携手跃登龙门。为绝她们的此念,颁布了这个元老

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.114.参见黄风:《罗马法词典》,法律出版社2002年版,第41页。

② See The Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S.P. Scott, Cincinnati, The General Trust Company, 1932, Vol.XIV, p.231.

③ Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.112.

④ 参见C.7,24,1,531—534年。

⑤ 参见〔日〕盐野七生:《罗马人的故事Ⅶ:恶名昭著的皇帝》,彭士晃译,三民书局2002年版,第303页及以次。

院决议。[①] 但它所为之处置过于残忍，故阿德里亚努斯皇帝对此改革，允许其所生子女为自由人（Gai. 1，84）。但优士丁尼废除了上述元老院决议对女自由人的处罚，把惩罚的对象移转到了与她同居的男奴，规定其主人可以阉割他并拆散同居关系。[②] 看来，即使是经常作出改善奴隶地位决定的优士丁尼，对于维持自由人与奴隶禁婚规定的效力也是非常热心且手硬的。

为了维护奴隶主的道德风范而设本段。由于本段的规定不人道，优士丁尼废除之，不把它收入其《学说汇纂》。

① See Judith Evans-Grubbs, Slave-Mistress Relationships, In Phoenix 47 (1993) 2, p. 126.

② Véase Antonio de Puente y Franco y Jose Francisco Diaz, Historia de Leys, Plebiscitosy Senadoconsultas mas notables, Desde la Fundacion de la Roma hasta Justiniano, Imprenta de D. Vicente de Lalama, Madrid, 1840, pag. 192s.

第 13 题

债

I.3,13pr.。现在朕转向债。债为法锁,约束我们必须根据我们城邦的法清偿某物。

本段讲债的定义。债的本质即法锁。意思是"捆起来",分为自捆和他捆两种。前者是合同之债,后者是责任之债。从历史的角度看,债是个新概念,在《十二表法》中,使用相应的 Nexus 的概念。①

对本段提出来的债的定义,学界有不少批评。有人说它啰唆,"约束"前有"必须"的重复性文字,约束当然是法律的约束,因此,"根据我们的城邦的法"的文字就显得多余;有人说它狭窄,只涵盖给之债,因此,保罗在 D.44,7,3 中提出来的定义更好:"债的本质并不在于它使某些财产或役权成为我们的,而是它约束他人对我们给、做或供某事。"这一定义涵盖了 3 种债,而且把债的客体设定为行为而非物。有人说这一定义突兀,因为在本书中,"我们"都是作为优士丁尼的自称用的,此处的"我们"显然不是这个用法,因为把皇帝设想为债务人有损其尊严。但巴勒莫大学的 G.法尔科内教授考证,这一定义出自盖尤斯的《论日常事物》,它产生于特定的背景,在当时的条件下具有自洽性。②

后来萨维尼利用本段的 Solvere 一词创造出清偿的概念涵盖给、做或供三者,所以,本段也是清偿的抽象债法概念的渊源。

柳经纬教授主编的《债权法》说:"债的本质是法律上可期待的信用。"③此语只能缩减适用于现金借贷之债,因为信用是在给付与对待给付存在时间差的情况下为给付人留下的延缓给付时间。这与我国语言中债的含义相合。但我认为罗马法中的债的本质是调整社会关系的法律工具,是城邦的领导者为了维护城邦的秩序

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.116.

② Cfr, G. Falcone, Officium e vincolo giuridico. Alle Origine della definizione classica dell'Obligatio, In Ius Antiquum, 2(16)2005, Spark, Mosca, 2005, pp.67ss.

③ 参见柳经纬主编:《债权法》,厦门大学出版社 2000 年版,第 12 页。

所用的手段，经常是国家出于公共管理和公共利益的考虑所作的安排。

本段中“法锁”的表达遭到模仿，《巴西新民法典》第1514条中有婚锁的表达，用来指婚姻关系。

I.3,13,1。而所有的债的主要划分可归纳为两种：事实上，它们要么是市民法上的债；要么是裁判官法上的债。市民法上的债，要么是法律设立的；要么是至少由市民法认可的；裁判官法上的债，是裁判官根据其管辖权设立的，也称作荣誉法上的债。

本段讲债的分类。市民法上的债与自然法上的债是对反概念，指具有执行力的债，但在这一场合，它指根据某个法律、平民会决议、元老院决议、元首敕令和法学家解答形成的债。有如下列：(1) 包税合同。由包税人的头头承包人(Manceps)与罗马人民订立，前者向后者允诺以保障国库利益的方式收税，并以全体合伙成员的财产作为担保手段。(2) 包税人合伙合同。是为订立包税合同而订立的合同，其内容关乎包税人合伙的内部组织。此等合伙在共和时期要由人民的法律确定，在帝政时期要由元老院决议或皇帝敕令确定[①]。(3) 监察官合同(Leges censoriae)。监察官负责罗马国有财产的利用和公共工程的发包，他为此订立的合同叫作监察官合同。

裁判官法上的债，顾名思义，是裁判官通过其告示创立的债，例如不分遗产的共同体。这是一种合伙，但罗马法把它与其他合伙区别对待，要求它根据裁判官的决定订立，而对其他合伙无此要求，因此，不分遗产的共同体是一种裁判官法上的合同。[②] 又如，寄托、使用借贷、质押、承认债务，都是裁判官创立的合同。[③]

I.3,13,2。接下来的划分是分成4种：事实上，债要么是出于契约的；要么是出于准契约的；要么是出于非行的，要么是出于准非行的。首先朕探讨出于契约之债。其中有四种类型。事实上，契约或通过物、或通过言辞、或通过文书、或通过合意订立。让朕一一地探讨它们。

本段讲债的发生根据：(1) 合同，即契约；(2) 准契约，即“隐含在法律中的契

① Cfr. Leonid Kofanov, Secondo libro dei "Regolae" di Modesitino(D. 44,7,52) e le fonti delle obbligazioni sui contratti statali della Repubblica romana, Manoscritto inedito, p.6.

② Ibid., p.5.

③ Cfr. Antonio Guarino, L'Esegesi delle Fonti del Diritto Romano, Jovene, Napoli, 1982, p. 443.

约”①,包括无因管理和不当得利,这样的规定更像英美法;(3) 非行,即普通侵权行为;(4) 准非行,即特殊侵权行为。这种四分法与现代的四分法不同。准契约的帽子在大陆法系国家去掉了,但在英语国家得到沿用。

在债的设定中,法律为了正义而蛮横有理的基本特性表露出来。例如,把无因管理和不当得利关系视为契约关系。实际上,这是国家强制关系,与当事人自治的契约关系差别甚大。

罗马法中债的发生根据理论有个演变的过程:首先是盖尤斯在其《法学阶梯》中提出的“两根据说”,即契约和私犯;其次是盖尤斯在其《金言集》中提出的“三根据说”,即契约、私犯和法律规定的各种原因(D.44,7,1pr.);最后是优士丁尼提出的“四根据说”,即契约、准契约、私犯、准私犯,现代民法是新“四根据说”,即契约、侵权行为、无因管理、不当得利。现在有至少6个发生根据,在新四根据说的基础上加上了缔约过失(先契约义务)和后契约义务。

其实,所有的其他学说都从两根据说发展而来,而此说来自亚里士多德。他在《尼各马科伦理学》中提出了自愿的交往和非自愿的交往的二分。② 前者有买、卖、借贷、保证、借用、寄存、出租等,后者分为暗中进行的如偷窃、通奸、投毒、拉皮条、腐蚀奴隶、杀人投敌、作伪证等,暴力进行的如抢劫、杀害、强奸、残伤、辱骂、诽谤、凌辱等。③

本段接下来讲契约之债的各种形式。有四种,实际上可以分为单纯的合意合同和合意外加一定的手续的交易两类。后者要么是交付物,要么要讲一定的套语,要么形诸一定的文字。它们也要以合意为基础。这是根据当时的诉讼类型强制主义设立的四种法定交易模型。具有合意且具备法律要求的形式时,法律才授予诉权予以保护,当程序法上的诉讼类型强制主义被废除,实体法上的合同自由原则确立时,这种四分法就垮台了。④

法国神学家让·德·热尔孙(Jean de Gerson,1363—1429年)将合同定义为法定的民事交换。此语中的“交换”可望文生义,“民事”指进入法律视野中的交换关系,不包括道德范围内的交换关系。他认为,交换客体的不同是区分不同种类的合

① 参见〔英〕迈克尔·莱斯诺夫等:《社会契约论》,刘训练、李丽红、张红梅译,凤凰出版传媒集团、江苏人民出版社2006年版,第212页。

② Cfr. Alfredo di Pietro, El regime de los contratos en el Derecho Romano. Perspetivas e incidencias para el tema de los negacios en una unificacion legislativa de los negocios, In Sandro Schipan(a cura di), Diritto Romano Comune. Mucchi Editore, Modena, Vol.9, 1999, p.65.

③ 参见〔古希腊〕亚里士多德:《尼各马科伦理学》,苗力田译,中国社会科学出版社1990年版,第92页及以次。译文参照 Filippo Gallo, Synallagma e conventio nel contratto, II, Giappichelli Editore, Torino, 1992, p.104 的意大利语译文做了调整。

④ 参见蒋军洲:《要物合同研究——以其成立结构为中心》,厦门大学2008年博士学位论文,第59页及以次;第149页。

同的标准，可分为有关所有权的合同和有关使用权的合同，并可进一步细分。[①] 这样，罗马法中以发生根据分类合同方法被改为以客体分类合同方法[②]，后世学者和立法都采这种分类法。

① 参见蒋军洲：《要物合同研究——以其成立结构为中心》，厦门大学2008年博士学位论文，第59页及以次；第130页。所引Italo Birocchi的文章。

② 同上注，第130页。

第 14 题

以何种方式通过物缔结债

I.3,14pr.。通过物缔结的债有如物品的消费借贷。而消费借贷之债由以重量、数目或尺寸估价的物构成,例如酒、油、谷类、现金、铜、银或金。我们这样给付这些计数的、衡量的、称量的物,使它们成为接受者的,而在它们还给我们的时候,不是同一个物,但为其他同性质、同质量的物。称作消费借贷,乃因为我这样给付于你的,由"我的"变成了"你的"。从这种契约产生被称作要求给付之诉的诉权。

本题讲罗马法中的要物合同。其中的"通过物"中的"物"为何,有多种学说。(1) 移转所有权;(2) 有时指有体物,有时指交易的原因;(3) "给"的行为;(4) 托付物。[①] 不能以四种意思的任何一种概括本题的全部内容。本题诸段内容的共性是它们都来自所谓的信托(Fiducia),前三种是朋友信托,后一种是担保信托。

本段讲要物合同之一:消费借贷,这是一种要物合同或实践合同;标的物为种类物。在本段中,"通过物"的意思应是移转标的物的所有权。

接下来讲"借贷"一词的来历:来自于标的物所有权的移转,"我的"变成了"你的"。

最后讲保护消费借贷的诉权是名为要求给付之诉的债权性的对人之诉。

I.3,14,1。从因错误为偿付者接受了债额的人,也通过物缔结了债,而原告被授予对抗他的要求给付之诉以获得返还。事实上,可对他提起"如果他显然必须给付"的要求给付之诉,完全如同他已接受消费借贷一样。因而被监护人,如果没有监护人的授权,由于错误被给付了债,不对要求给付非债清偿的诉讼承担责任,就像他不对消费借贷之诉承担责任一样。但这种债不被认为是基于契约的,因为以清偿的意图为给付的人,与其说是缔结一个交易,不如说是消灭一个交易。

① 参见蒋军洲:《要物合同研究——以其成立结构为中心》,厦门大学 2008 年博士学位论文,第 59 页及以次;第 149 页。

本段讲要物合同之二:错债清偿,也就是基于错误(对事实的错误和对法律的错误)把不应该的给付给予了相对人的情形,此时收受人构成不当得利,法律为了平衡双方的利益,赋予错误给付人以要求给付之诉索回已为的给付,法律拟制在两造当事人之间存在一种合同关系,按最类似的合同之债处理,这种合同之债就是消费借贷,因此,错债清偿之债被理解为准消费借贷。通过这样的喜剧性的安排,错债清偿的收受人被设想为借了偿付人的一笔钱或其他种类物,法律责令他返还。运用的工具是要求给付之诉,这种诉讼中有"如果他显然必须给付"的套语。

本段接下来讲错债清偿规则的例外:被监护人的债务人基于对法律的错误未经监护人批准直接对其债权人偿债的,不可对后者提起错债清偿之诉,因为如果某人未经监护人授权就把钱借给被监护人,即使后者把钱花完,前者也不得提起消费借贷之诉追求清偿。那么,既然错债清偿准用消费借贷的规则,错误对被监护人为偿付的人也不得为追偿了。对这两种情形的处理,都体现了对轻率的给付人的惩罚,以及对法律错误者的惩罚——这种错误更加不可原谅。

本段在要物合同的上下文中讲不当得利之债,把两个性质不同的东西裹在一起,并不妥当。正如本段末尾所说的,要物合同的目的是缔结一个债,这种准消费借贷的目的是消灭一个债。

I.3,14,2。同样,被给付某物作使用的人,换言之,被给予使用借贷的人,通过物缔结了债,并承担使用借贷之诉的责任。但他与接受了消费借贷的人很不同。事实上,物不是以成为他的之意图给付的,而他就必须返还该物本身承担责任。确实接受了消费借贷的人,如果因任何意外事件,例如火灾、建筑物倒塌、船难或盗贼和敌人的攻击,丧失了接受的物,他依然受债之约束。但接受作使用的物的人被命令对保管物承担尽精细之注意的责任,只要其他人能够对保管该物尽更大的注意,他只尽他通常对待他自己的物所尽的注意是不够的。但由于不可抗力或意外事件使物遭到了损害,只要事件的发生不是由于其过错,他不承担责任。否则,如果你宁愿把借给你使用的物随身带着旅行,由于敌人或强盗的攻击、或因船难你失去了该物,无疑,你没有理由不就该物的返还承担责任。然而,被使用借贷的物,严格地理解为处于给付于你作使用,而未接受或规定任何报酬的情况。否则,在发生报酬的情况下,物的使用被认为是租赁给你。事实上,使用借贷应是无偿的。

本段讲要物合同之三:使用借贷。首先讲使用借贷的含义。"通过物"一语应该指移转借用物的占有,也就说,使用借贷既然为要物合同,不移转标的物的占有合同就不成立。这种安排可能出于使用借贷的单纯给人好处的性质,其名称就是

“方便、舒适”的意思。因此，应赋予出借人一定的反悔权。其次讲使用借贷与消费借贷的区别：前者不转移标的物的所有权，后者移转。第三讲使用借贷当事人对标的物意外事件风险的承担：由借用人承担，因为在合同存续期间他占有借用物，裁定他承担风险符合“谁占有谁承担风险”的原则。本段列举的意外事件包括火灾、建筑物倒塌、船难、盗贼和敌人攻击都可能是或完全是人的活动所致，后来又提到了不可抗力对标的物的影响并与意外事件并列，表明罗马人在这种性质的免责事由上采用双轨制。第四讲借用人的免责事由，如果他对标的物之保存尽了很大的注意，且不是由其过错引起了意外事件，他不承担赔偿灭失的借用物的责任。在谈这个主题时，本段提出了两种注意标准：对自己的物所尽的注意和高于此等注意的注意，后者相当于善良家父的注意。最后讲使用借贷与租赁的区别：前者是无酬的，后者有酬，尽管两者都是使用他人之物。

I.3,14,3。再者，被寄托某物的人，也通过物缔结了债，并对寄托之诉承担责任，因为他也就返还他收受的物承担责任。但他只有在实施了某种故意行为的情况下，他才承担责任，然而因过失，换言之，对于懒惰或疏忽大意的情况，他不承担责任。因此，甚少注意保管的人因盗窃丧失了物，他不能被诉，是肯定的，因为如果某人将物的保管委托给疏忽大意的朋友，他应把这一损失归咎于自己的随便。

本段讲要物合同之四：寄托，采取责任的角度。首先讲保管人负返还寄托物的责任。其次讲他对于寄托物在寄托期间遭受的损失承担的责任。分为由于他的故意和过失两种情况谈，确定他只就前者承担责任，原因在于在罗马法中，寄托合同是无偿合同，寄托人不收报酬。所以，无酬的人责任也低。这时候的责任应由委托人承担，因为他有用人不当的过错。

本段中的寄托合同是民事合同，罗马法中对寄托实行“双轨制”，另有商事性的仓储合同。现代法中仍保持这种体制，既有无偿的寄托，也有商事性的保管。这两种合同中的保管人的责任也按本段的规则有别。

I.3,14,4。接受质物的债权人也通过物缔结了债，因为他根据抵押之诉就他接受的物之本身的返还承担责任。但由于质物是为双方之利益给予的，在债务人方面，质物使他借钱更容易；在债权人方面，质物使其债权更安全。已决定：债权人对该物的保管尽精细的注意，即为已足。如果他尽了这样的注意，由于某些意外事件丧失了物，他不能被诉，也不被阻碍行使其债权。

本段讲要物合同之五:质押。按这种合同,债务人要将质物的占有移交给债权人,债权人就质物的返还承担责任。这种交易类似于寄托,不过是为担保债权设立的寄托而已,债权人应就质物的安全承担与保管人一样的责任。那么,他承担什么类型的责任?这要根据此种交易是利己还是利他为判断。于是,本段继续谈债权人对质押享有利益因为质押让他的债权更安全,由此出发可以认定,他对质物保管的责任要重于保管人所承担的。也就是说,他要对质物的保管承担精细的注意,即使由于自己的过失导致其毁损灭失,也要承担责任。当然,意外事件造成的除外,这是一般规则。在此等情形,不仅不能向他诉追质物,而且他照样还可以行使其债权。当然,质押对债务人也有利,因为它让他更容易借到钱。

值得注意的是,在德国法中,质押作为担保物权之一种被规定在物权法中,本书却把质押理解为一种合同规定在债法中,两种处理各代表了一种对质押的认识视角以及质押本身的多元属性。

第 15 题

口头之债

I.3,15pr.。在我们就对我们给付某物或做某事订立要式口约的情况下，口头之债是通过问与答缔结的。从要式口约产生了两个诉权，如果要式口约为确定的，即为要求给付之诉；如果要式口约为不确定的，即为根据要式口约之诉。之所以使用这个名称，乃因为古人把“坚固”叫作 Stipulum，可能来源于“树干”一词。

本段转入第二种契约之债——口头之债，也就是要式口约之债，它最早来自于《十二表法》时代在神面前的誓约，它们都是单务契约，只能用来进行很简单的交易。本段首先告诉我们，要式口约是通过口头问答订立的，这就决定了当事人必须到场才能订立。提问的人必须以一个问题包括未来合同的所有条款，谓之要式口约的提出人。回答的人只须允诺就导致合同成立，谓之要式口约的允诺人。其次告诉我们，要式口约的标的有“给”和“做”，没有提到“供”（Praestare），即责任之债，实际上，由于“做”之债的价值额不确定，本书 3,15,7 允许人们以要式口约约定罚金确定为之债的价值额，所以，要式口约的标的也可以是“供”。第三告诉我们，要式口约依情况产生两种诉权：若标的确定产生要求给付之诉；若标的不确定产生要式口约之诉。标的确定，例如说明了交易的是某一匹马。标的不确定，例如交易的是一宗地产，却没有指明其名称。交易的是粮食或酒水，却没有指明其种类。最后告诉我们要式口约一词（Stipulatio）的词源：树干（Stipes），两词形态接近，树干既然坚固，要式口约应该是可靠的。

I.3,15,1。对这种情况，人们曾交换这样的言辞：“汝答应否？”“吾答应。”“汝允诺否？”“吾允诺。”“汝保证否？”“吾保证。”“汝提供担保否？”“吾提供担保。”“汝给付否？”“吾给付。”“汝做否？”“吾做。”事实上，要式口约用拉丁语、希腊语或其他语言订立，毫无区别，不消说，只要要式口约的订立人双方都懂这种语言。也不必双方都用同一种语言，问答一致就足够了。甚至两个希腊人也

可用拉丁语缔结一个债。这些庄严的言辞确实曾使用过，但后来发布了列奥[1]的敕令[2]，它废除了言辞的庄严形式，只要求双方当事人在意思与理解上一致，而不管它们是以何种言辞表达的。

本段讲要式口约的言辞表达。承认了多语种的可能，表明了罗马帝国实行的拉丁语和希腊语的双语制甚至多语制。在优士丁尼时代的东罗马帝国，拉丁语在日常生活中已脱离使用，但优士丁尼仍把它列为先于希腊语的交易语言，表明他对于法律传统的尊重。最后，通过列奥一世的立法，要式口约的套语要求被废除了，采取了形式自由主义，造成要式口约与合意契约的同化。

I.3,15,2。所有的要式口约，要么是单纯的；要么是附期限的；要么是附条件作成的。单纯地，例如："汝答应给付5个金币否？"可立即要求该金额。附期限，为人们订立要式口约附加了一个偿付金钱的期限的情况，例如："汝答应于3月1日给付10个金币否？"事实上，我们附期限订立的要式口约，确实立即形成债，但不能在期限到来前要求它。再者，也不能在期限届满的那一天要求它，因为整个那一天被留给应作偿付者自由处置。事实上，在允诺作出偿付的那一天过去之前，是否未作出给付，是不确定的。

本段讲要式口约的样态：单纯、期限、条件。前者是对无期限无条件状况的总称，这一表达至今在西方国家的法律语言中运用；中者在债的成立与履行间设置时间差。本段未解释条件的功能，这一工作由本题第4段承担。同时也未讲解除期限和条件。只是告诉我们，在期限届满前债务人不构成违约，而且期满日不算入履行期间，这样就多给了债务人一天恩惠期，提前主张履行的应构成I.4,6,33b规定的在期限方面的过多请求。

I.3,15,3。但是，如果你这样地提出口头契约："汝答应在吾活着的期间每年给吾10个金币否？"债被认为是无期限地达成的，是永久性的，因为债务人不能就特定的时间负债。但在向继承人要求偿付的情况下，将被以简约的抗辩挫败。

---

① 列奥一世(Flavius Valerius Leo，401—474年)，457—474年任马其阿里军队的长官，为阿斯巴尔的亲信，于马尔西安皇帝死后，在阿斯巴尔的努力下被推举为东罗马帝国的皇帝。在位期间，颁布了保存小农地产的敕令，采用希腊语取代拉丁语立法。死后其女婿芝诺(Flavius Zeno，425—491年)继其位。

② 参见C.8,37(38),10,472年。

本段讲附期限不确定的要式口约。从表面来看，“在吾活着的期间每年给吾10个金币”的要式口约以债权人的生存期间为期限，但他能活多久不可知，所以债被认为是无期限达成的，或曰永久性的，因为债务人到底要履行多长时间的给付不确定。从理论上讲，只要债务人还活着，债权人死了，债权人的继承人还可要求偿付。如果债务人愿意，可以偿付。如果他不愿意，他可以提出简约的抗辩，因为“吾活着的期间”的条件表达了债权人不让其继承人诉追清偿的意图。这一条件可以认为是一个附合简约，它是本合同中的一个限制合同生效时间的条款。

有意思的是，本段认为无效的交易在现代是有效的，它采取终身定期金合同的形式。对同一交易的两种不同的态度表明今人和古人法律观念的不同。

I.3,15,4。在债因某些事件被延缓的情况下，要式口约是附条件作成的，这样，如果某事发生或不发生，要式口约才开始生效，例如：“如果蒂丘斯将为执政官，汝答应给付5个金币否？”如果某人这样提出要式口约：“如果吾将不登卡皮托尔山，汝答应给付否？”完全如同他订立了一个在他死亡时对他自己为给付的要式口约一样。从附条件的要式口约只产生债将发生的希望，如果在条件成就前死神将我们捕获，我们将移转上述这一希望于我们的继承人。

本段讲附延续条件的要式口约。这样的要式口约在当事人达成一致时成立，但要到条件成就时才生效。作为延缓要式口约效力之要素的条件有正当与不正当之分。“如果蒂丘斯当选为执政官”这个条件是正当的，因为它的成就与否不取决于当事人的意思，而取决于蒂丘斯本人和选民的意思。“如果吾将不登卡皮托尔山”这个条件是不正当的，因为它取决于债权人的意思。卡皮托尔山是元老院所在地，是公共场所。就“在他死亡时对他自己为给付的要式口约”而言，按现代法，其中的期限不合法、有缺陷，因为它违反了合同是活人间的交易这一本质，而且，这时订立要式口约的目的似乎不是为了约束当事人，而是约束债权人的继承人。但本书3,19,15规定这样的要式口约有效，因为获得债的履行的希望可移转给债权人的继承人。

在本书2,20,35，研究了以继承人或受遗赠人死亡为条件的遗赠的效力问题，得出了肯定的结论，由此，在合同法和继承法两个法律行为制度的主要适用领域建立了共同的规则。

I.3,15,5。人们也通常在要式口约中规定地点，例如：“汝答应在迦太基给付否？”就算是这一要式口约看起来是单纯地作成的，但要式口约本身含有债务人用来在迦太基给付金钱的期限。因此，如果某人在罗马这样订立要式口

约:"汝答应今天在迦太基给付否?"要式口约无效,因为允诺之事不可能。①

此段讲隐含期限,也就是表面上看无期限,但要求做的事情需要一定的时间完成所意味的期限,例如在外国的某地交货,此等行为不可能即时完成,所以是包含期限的。实际上,合理的旅行时间就是此等期限意味的时间。此等期限合理的话不影响交易的效力,不合理的话使合同无效,例如约定今天在北京的当事人晚上在纽约交货,此等期限只能使合同无效。

迦太基是腓尼基人建立的城市,意为"新城",其人民曾为罗马人的死敌,后被罗马人毁灭。其遗址在今天的突尼斯。

I.3,15,6。涉及过去的或现在的时间的条件,或者使债立即无效,或者完全不使债受到延缓。例如,"如果蒂丘斯当过执政官",或"如果梅维尤斯活着,汝答应给付否?"事实上,如果事情不是这样的,要式口约完全无效;然而,如果事情本身是这样的,要式口约立即生效。事实上,依事理之性质为确定的事情,就算它们对我们是不确定的,并不延缓债。

本段讲条件的不确定性、将来性。如果把已发生的某事当作条件,违反了条件应具有的发生与否的不确定性;如果以现在存在的一个事件作为条件,则违反了条件的将来性。在前种情形,要式口约无效。在后种情形,要式口约立即生效,条件视为未附。"事理之性质"即自然规律,既是希腊哲学概念,又是法律概念。例如,人总有一死是确定的,但具体到某人何时死,就不确定了。这样的条件也不延缓债,有关的债立即生效,视为此等条件不存在。

I.3,15,7。不仅物,而且行为,都可作为要式口约之标的,有如就做或不做某事订立要式口约的情况。在这种要式口约中,最好规定违约金,以免要式口约的价值处在不确定状态;再者,原告必须证明其利益的总量。因此,如果某人就做某事订立要式口约,他应这样加上违约金:"如果没有这样做,汝答应以违约金的名义给付10个金币否?"但如果在要式口约的订立过程中,就做某事和不做某事作了允诺,必须加上这样的条款:"如果做了违反约定的事情或没有做约定的事情,汝答应以违约金的名义给付10个金币否?"

① 在当时的交通条件下,朝订要式口约于罗马,夕得给付于迦太基,确实是不可能的。而在现代的交通条件下,是可能的。

本段讲“为”之债。与“给”之债不同,“为”之债的价值不确定,而债的标的价值不确定债就不能生效,用现代的话来说,这是当事人的意思未达成合致的表现。而且若发生诉讼,原告不能证明其利益的数量,是否构成过多请求无从判断,甚至法院无法收取诉讼费。为了达到“为”之债标的的价值的确定,可以约定违约金,这是当事人对这种债的价值的估计,这样就满足了标的的价值必须确定的债的有效条件。这样的违约金条款是要式口约的一部分。有两种形式,一种是针对作为之债的,另一种是针对不作为之债的。如果一个要式口约中既有作为的成分,又有不作为的成分,则要分别就这两种情况约定违约金条款。

第 16 题

多数债权人和债务人

I.3,16pr.。可能发生在债权人和债务人方面有两个或更多的当事人的情况。债权人方面的这种情况,发生于在所有的债权人提问后,债务人回答"吾答应"的情况中。例如,在两个债权人分别提出了要式口约的情况下,债务人这样回答:"吾答应对尔等中的每一个人为给付。"事实上,如果先对蒂丘斯为允诺,然后其他人对他提问,他作了允诺,将一个一个地产生债,人们不会认为有两个债权人。两个或更多的债务人的情况是这样形成的:"梅维尤斯,汝答应给付 5 个金币否?塞尤斯,汝答应给付上述 5 个金币否?"而每个人分别回答:"吾答应。"

本段讲多数人之债以及其与单一之债的区分。前者在多数债权人分别提问后债务人一体回答时成立。在多数债权人分别提问后债务人分别允诺他们中的每人的情形,仅成立分别之债。由于多数人提问,单个人一体回答很难操作,故在我看来,多数人之债很难订立。

I.3,16,1。根据这种债,每个债权人对整个金额享有债权;每个债务人对整个金额承担责任。但在这两种债中,标的是一个,一人接受了债之清偿;或一人作了清偿,全体人的债消灭,且全体人都免除责任。

本段讲多数人之债的连带性,确立了"债的统一"原则,换言之,在债权人或债务人为多数的情况下,规定在他们间发生连带关系。在连带债权或连带债务中,尽管当事人有数个,但债只有一个,每个债权人对整个金额享有债权;每个债务人对整个金额承担责任,一人作了清偿或接受了清偿,则全体人的债都消灭。立法以这种方式保证了债权人的连带利益,但对债务人未免过苛。例如,如果债务人有 4 人,只有一人具有清偿能力,那么,这个本来只承担 1/4 债务可怜的人事实上却要承担 4/4 的债务,这对他不公平。于是,优士丁尼于公元 539 年对东方大区长官约阿内斯作出了一个敕答,其中规定,在一定的条件下,连带债务人可以依法自然分

担债的整体，他们相互间只对其分担额负责。这样，就通过赋予各连带债务人以分别利益的方式减轻了他们的责任，将连带之债转化成了分别之债。

I.3,16,2。在有两个债务人的情况中，可能一人单纯地受债之约束；而另一人附期限或附条件地受债之约束。期限或条件也并不阻碍对单纯地受债之约束者提出要求。

本段讲多数人之债中样态的独立性。在复数的债务人中，有的人的债附有样态，有的人的债是单纯的，在这种情况下，债权人可以要求单纯之债的债务人履行。当然，只能在按份之债中如此，换言之，连带之债排斥复数债务人债务样态的二元性。

第 17 题

奴隶的要式口约

I.3,17pr.。奴隶从主人获得订立要式口约的权力。但遗产在大多数情况下代表死者。因此,在遗产被接受前,属于遗产的奴隶订立要式口约的所得,他是为遗产取得,以这样的方式,他也为后来产生的继承人取得。

此段讲奴隶的订约权的来源:主人的授权。这样的叙述隐含着代理制度。但在主人死亡,继承人接手其遗产的间隙期间,奴隶继续订立合同取得财产的,他是为遗产本身取得,间接地为未来的继承人取得。这样的安排,隐含着待继承的遗产本身是一个法人的观念。但本段的表述是矛盾的,一方面说遗产在多数情形代表死者,照此理论,奴隶应该为死者取得。另一方面又说奴隶为遗产取得,这岂不是自相矛盾?至于遗产在什么样的少数情形不代表死者?本段未讲,需要进一步研究澄清。

I.3,17,1。然而,不论奴隶是为主人;还是为自己;还是为其奴隶同伴或为不指名的人订立要式口约,他都是为主人取得。同样的法也适用于处于父亲权力下的子女可为父亲获得的各种情况。

本段讲他权人的工具性。首先讲奴隶的工具性,他无论是为主人、为自己、为其奴隶同伴或不说明为谁地订立要式口约,所得结果都归主人,因为这是奴隶订立的如上要式口约有效的条件,换言之,奴隶不能订立要式口约为自己取得。其次讲家父权下的子女的工具性,他们为任何人订立的要式口约的所得,也要归属于家父,否则他们订立的要式口约不会有效。

但如上规则可能讲的是无特有产的奴隶和家父权下的子女,如果这两种他权人有特有产,规则应是另样,不然不会发生奴隶与主人之间有交易往来和账目结算一类的事情。

I.3,17,2。但在要式口约之内容是做的情况下,无论如何,涉及的是债权人本人,例如,如果奴隶就允许他通行和驱畜通行订立了要式口约,事实上,只有他本人不应受禁止,并非其主人也不受禁止。

本段是他权人工具性的一个例外,在财产性债务中他权人有工具性,但在人身性债务中他权人不具有工具性。役权具有人身性,所以,奴隶如果与邻人订立了允许他通行或驱畜通行的要式口约,可以行使通行权的仅仅是他,其主人并不可行使他获得的地役权。由此开创了主人的归及权在人身性债务的例外,同时打开了奴隶作为合同主体的道路。

I.3,17,3。共有的奴隶订立要式口约,为所有的主人按所有权份额的比例获得,如果他仅根据他们中之一人的命令订约,或指名地为他们中的一人订立要式口约,则除外,事实上,在这种情况下,只为该人获得。共有的奴隶订立要式口约所得之物,如果不能被主人中的一人获得,则全部由另一主人获得,例如,他订立要式口约给付的物,已是一个主人的物之情况。

本段讲被共有奴隶行为法律效果的归属。分为主动行动与依令而为两种情形。前者又分为不指定受益人和指定受益人两种子情形。在前种情形,要式口约的所得按共有的比例在所有人中分派;在后种情形,此等所得归被指名者,这样,奴隶的意志决定了利益的归属,似乎滑稽。在依令而为的情形,原则为谁下命令归谁所得;如果某个共有人因物理上或法律上的原因不能取得,则发生有利于其他共有人的增加权。

第 18 题

要式口约之分类

I.3,18pr.。在要式口约中,有些是法官的;有些是裁判官的;有些是协议的;有些既是裁判官的,又是法官的,是共同的。

本段讲要式口约的分类。现代的口头合同是当事人满足自己欲望的工具,与古罗马的要式口约不同,在那里,法官、裁判官有时将要式口约作为诉讼手段或诉讼中的强制措施使用,结果,要式口约成了当事人协议与诉讼手段的混合。本段即表明了罗马人的要式口约的公私混合性。本书采用债与合同的二分制,像现代民法典一样会造成重复,也就是说,规定债的分类的部分与规定合同的分类的部分难免有重复。对此,可把本段与关于债的分类的 I.3,13,1 的规定进行比较。

I.3,18,1。法官的,只是从纯粹的法官职责产生的要式口约,例如,关于诈欺担保的,或关于追索在逃奴隶或返还其价金的要式口约。

本段讲法官的要式口约,这是作为一种诉讼手段来命令的,它是司法合同的前身。具体分为两种。其一,关于诈欺担保的,适用于这样的情形:如果我准备对一个根据口头合同欠我一个奴隶的人提起要式口约之诉,该人料定自己要败诉,于是给奴隶服毒,以便他在被交付我以后不久死亡,法官的职责是,在预料会发生此等情事时,约束被告以不以任何诈欺造成其损害为条件交付奴隶,也适用于返还被抢物的情形;也适用于退货之诉中的出卖人,以及返还嫁资之诉中的丈夫。[①] 其二,关于追索在逃奴隶或返还其价金的,适用于某人诚信地购买了我的奴隶,其取得无瑕疵的情形,此时时效在经过中,但在届满前,我诉追买受人要求返还这一奴隶,如果被告无过错而我证明了奴隶是我的,对未参与奴隶之逃亡的被告为判处显得荒唐,但要开释他也很荒唐,此时,法官要依职权强迫被告订立一个要式口约,其中规

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.209.

定他要找到奴隶，作为因为时效完成造就的奴隶的所有人对任何占有他的人起诉要求返还该奴隶，对我返还该奴隶或其价金。但如果时效尚未完成，不必订立此等要式口约，因为原告可以无任何障碍地对任何占有奴隶的人提起物权之诉。①

I.3,18,2。裁判官的，是产生于纯粹的裁判官职责的要式口约，例如，关于潜在损害的或关于遗赠的要式口约。然而，裁判官的要式口约必须理解为也包括市政官的要式口约。事实上，这些也是来自管辖权的。

本段讲裁判官的要式口约，这是一种行政措施。有两种：其一是关于潜在损害的，适用于某人进入他人土地施工，可能造成损害的情形，此时，裁判官可强迫施工方订立要式口约，担保如果发生损害将予以赔偿；其二是关于遗赠的，适用于某人附期限或附条件遗留了遗赠或遗产信托的情形，在期限届满或条件成就之前的期间，继承人可能破产，导致无法履行遗赠或遗产信托，此时，裁判官可强迫继承人提出保证人担保遗留的履行，就此订立要式口约。如果继承人拒绝这样做，裁判官可授权受遗赠人或信托受益人占有遗产。②

市政官专门负责市场管理。出自他的要式口约，例如有出卖人担保自己卖出的物品承受退货之诉的要式口约。

I.3,18,3。协议的，是产生于双方当事人之协议的要式口约，它既非来自法官的命令，也非来自裁判官的命令，而是来自订约人的协议。对这一种朕似乎可以说，契约的标的有多少，它的种类就有多少。

本段讲协议的要式口约，即现代意义上的私人间的口头合同，它们是根据合同的标的分类的，所以优士丁尼说，合同的客体有多少，这种合同就有多少。我们知道，罗马人最早的合同分类是根据缔结的方式，现代人的合同分类是根据合同的客体，所以，本段有现代的合同分类方式的萌芽，也隐含着有名合同和无名合同的区分，前者的标的经常出现，故有名；后者的标的偶尔才出现，故无名。

I.3,18,4。共同的要式口约有如就被监护人财产将完整无损订立的要式口约。事实上，裁判官命令就被监护人财产将完整无损订立要式口约，如果这一问题不能以其他方式解决，有时，也由法官命令这样做。关于批准代理人之

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.210.

② Ibid., pag.214.

行为的要式口约也是如此。[1]

本段讲共同的要式口约。“共同”两字，说的是这种要式口约既可由裁判官命令订立，也可由法官命令订立，同时属于裁判官法和市民法。它们有监护人就被监护人的财产将完好无损订立的要式口约，对此可参看本书 1，24 关于监护的担保的部分，还有批准代理人之行为的要式口约。这种要式口约也是既可由裁判官，也可由法官命令订立，被代理人用来批准代理人的行为，尤其是诉讼行为。

① 参见本书 4，11。

第 19 题

无效的要式口约

I.3,19pr.。所有受制于我们所有权的物,无论它是动产还是不动产,都可作为要式口约的标的。

本段中的"受制于我们所有权的物"即人法物。只要是这种物,无论是动产还是不动产,都可作为要式口约的标的。反言之,不受制于我们所有权的物,也就是不流通物,不可作为要式口约的标的。参见本书 2,1pr.,它们是一切人共有的物、公物、市有物和不属于任何人的物,如圣物、神护物、安魂物等。

I.3,19,1。但如果某人通过要式口约被允诺给付不存在或不可能存在的物,例如已死亡,被认为仍活着的斯提古,或不可能存在的人马兽[①],要式口约无效。

本段讲要式口约有效的标的要件:自然不能的标的——也就是世界上不存在或不可能存在的物——不合这一要件,实际上,本书 2,20,7 规定将来之物可被遗赠,类推过来,这种物也应可按要式口约给付,因为以死因行为可以处分的客体,以生前行为也应可以处分,不然,在体系上不协调。所以,本段的重心似乎不应是不存在之物不能作为要式口约的标的物,而应是不可能存在之物不能如此。这一方面最好举的例子就是永动机。如果以这种机械为标的物订立要式口约,它将无效。

I.3,19,2。如果某人通过要式口约被允诺给付他认为是人法物的神法物或安魂物;或旨在永久由人民使用的公共物,有如集议场[②]、露天剧场,或他认为是奴隶的自由人,或他不享有其交易权的物,或已为他所有的物,适用同样的

① 原文为 Hippocentaurus,一种人首马身、半人半马的怪物。

② 集议场(Forum)是古罗马既作为市场又作为政治中心的一块地方,位于卡皮托尔山下,是公共场所。

法。要式口约之效力也不因公共物可以变成私人财产，自由人可以变成奴隶，债权人可以获得物的交易权，物可以停止属于债权人之事实而悬置，而是自始无效。反之，就算物自始有效地是要式口约的标的，如果后来并非由于债务人的行为，它们处在上面已说明的情况中，要式口约消灭。"汝答应在路丘斯·蒂丘斯成为奴隶时给付他否?"这样的要式口约也自始立即无效，因为依其性质免于我们的所有权的物，不能以任何方式纳入债中。

本段讲要式口约有效的标的要件：法律不能。法律不能的物有如下种类：神法物、安魂物、公共物、自由人、当事人不享有交易权的物、债权人已有之物，前3种物是不可为私人所有之物，因此不能进入交易。自由人被禁止交易是为了维护自由的尊严，减少奴隶制的危害。当事人不享有交易权的物，是某人对某物不享有处分权的情况，例如，监护人不能通过要式口约取得他管理的被监护人财产①，限制这种物作为特定交易的客体有利于防止监护人的道德风险。限制债权人已有之物作为要式口约标的物，是为了尊重自己之物不能再次成为自己的之原则。如果当事人就这些物订立了要式口约，要式口约立即无效，并不因为这些物中的某些有可能改变其性质而迟滞此等无效的时间。因为自始无效的契约不会将来变得有效。这里的"某些"是公共物、自由人、当事人不享有交易权的物、债权人已有之物，而神法物、安魂物看来是不可能改变其性质的。反过来讲，如果上述"某些物"在订约时是合法的标的物，但后来并非出于债务人的干预它们变成了不流通物，要式口约因此后发无效。最后，以自由人变为奴隶为条件订立的要式口约无效，因为这有冒犯自由之尊严的意味，否认其效力是基于善良风俗的考虑。

I.3,19,3。如果某人答应另一人将对你给付某物或做某事，他将不受债之约束，例如他答应蒂丘斯将对你给付5个金币的情况。不过，如果他答应将努力促成蒂丘斯对你为给付，他将受债之约束。

本段讲债的相对性，提出债原则上应是相对权关系，不应涉及第三人。这样的安排有其道理，按本段的例子，一人答应另一人将对你履行，该人并非合同的当事人，别人代他戴上法锁，未经其同意，他是否会履行当然靠不住，认真的人不会相信这个"某人"的允诺，或把它当作戏言，所以允诺人也不受债的约束。但如果他自己加入履行者的行列，允诺自己将采取一定的措施促使第三人对你为履行，则他要受债之约束，例如他允诺如果蒂丘斯不履行自己就承担违约金，这样，"你"的利益就

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.219.

得到了保障，合同也复原和坚持了债的相对性。

I.3,19,4。如果某人为他不受制于其权利之他人的利益订立要式口约，无任何效力。显然，履行也可对家外人实施（例如，如果某人这样订立要式口约："汝答应对吾或对塞尤斯给付否？"），这样，债权人确实获得债，但可正当地、甚至违背其意志地对塞尤斯作履行，以便依法发生责任免除，但债权人享有对抗塞尤斯的委任诉权。如果某人通过要式口约被允诺对他自己和对他不受制于其权利的他人给付10个金币，要式口约完全有效。但就整个债额还是一半的债额为要式口约的标的，发生了疑问。然而已决定他获得的份额不超过一半。如果你为受制于你之权利者之利益通过要式口约被允诺，你是为你自己获得，因为在可以为你获得的情况中，你的声音被理解为是你儿子的声音，正犹如你儿子的声音被理解为你的声音。

本段首先讲不得代人订立要式口约，为处在自己权利下的人订立的除外。其次讲可以订立以家外人为受益人的要式口约，但必须把订立要式口约的"家内人"自己并列为受益人。此时，债的相对性原则得到了缓和。债务人可任择"家内人"和"家外人"履行之。如果对家外人履行了，家内人对之有以委托名义的追索权，家外人视为代家内人受领债务履行。第三讲在上述情形，如果家内人和家外人的关系不是如上的选择关系而是共同关系，他们对债的履行享有的份额，得出的结论是每人不超过一半。最后讲家父代家子订立合同的，实际上他是为自己订立合同，因为他与其儿子间不存在区别，两人各自的意思表示都被认为也是他方的意思表示，所以本段证明罗马人完全采取有机论的家庭观。

I.3,19,5。此外，如果某人未适当回答对他提出的问题，要式口约无效，例如，如果订立要式口约由你给付10个金币，你允诺给付5个金币，或相反；或者，他单纯地提出要式口约，你附条件地作出允诺，或相反，不消说，只要你表达了它，换言之，你对附条件或附期限提出要式口约的人回答："吾答应今天做汝请求之事。"事实上，如果你只回答："吾答应"，你似乎已按同样的期限或条件作了答应。事实上，也不必在回答中重复要式口约订立人表达过的所有同样的话。

本段讲要约与承诺的内容必须一致，否则要式口约无效。这点与现代法不同，在这种法中，不一致仅导致合同不成立而已。不一致既表现为数额上的，也表现为增加样态。"一致"的形式不见得是重复提问的所有内容，只作出答应的表示即可。

I.3,19,6。如果你通过要式口约被受制于你之权利的人允诺,或他通过要式口约从你得到了允诺,要式口约同样无效。但奴隶确实不仅不能作为债务人与其主人缔结债,而且确实不能与任何他人缔结债。但家子可作为债务人与他人缔结债。

本段讲要式口约成立的主体要件:家父与家子间订立的要式口约无效,因为他们不是不同的主体,而是同一主体。按有机论的家庭观,家长为首领,家庭成员为机关,他们的利益无别,分工不同而已,所以,家庭是一个利益共同体。这种家庭观为罗马法所采,故本段认为,如果承认家庭成员之间可订立要式口约,如同承认左手可以跟右手订立要式口约一样荒唐。奴隶与主人间也不能订立要式口约,道理同前。本段中的奴隶不能作为债务人与其主人缔结债的说法,按照本书3,20,1,指两者不能缔结市民法上的债,但可以缔结自然之债。本段中的奴隶不能与任何他人缔结债的说法,应理解为尽管他可以与他人订立要式口约,但交易的成果应归属于主人。对此可参见本书3,17,1。按该段的说法,家子的要式口约订立权同于奴隶,本段却说家子可作为债务人与他人缔结债,显得矛盾。值得指出的是,本段终于给了家子以不同于奴隶的处遇。

I.3,19,7。显然,哑人不能通过要式口约允诺或被允诺。上述说法也适用于聋人,因为提出要式口约者应听得见债务人的话,允诺要式口约者应听得到提出要式口约者的话。因此显然,朕说到的不是听起来有困难的人,而是完全听不见的人。

本段讲订立要式口约的行为能力问题之一:无说话和听觉的官能障碍。此由事理之性质所决定,因为要式口约是通过视听的感官订立的。本段提出了体力行为能力问题,并提出了聋哑人的欠缺这种能力的人的为后世诸多民法典采用的范畴,并进一步将之发展成聋哑盲人的范畴。

I.3,19,8。精神病人不能实施任何交易,因为他不理解他做的事情。

本段讲订立要式口约的行为能力问题之二:心智健全。精神病人被明列为不具有这一要素的人。这里的精神病被解释为理解能力欠缺。

I.3,19,9。被监护人正当地实施任何交易,只要在监护人的授权是必要的情况下,监护人参与交易,例如被监护人使自己负债的情况。事实上,他也可不

经监护人授权缔结他人对他承担义务的债。

本段讲订立要式口约的行为能力问题之三:成年。被监护人不具有这一要素,因此,他可能承受负担的交易,需要监护人到场授权,以免他吃亏。如果是他单纯承受利益的交易,监护人就不必如此了。这样,被监护人始终处在"不倒翁"的地位,这体现了法律对弱者的保护。对此,参见本书 2,8,2 和 1,21pr.。

I.3,19,10。但朕就被监护人所说的,无论如何,只有涉及已具有某种理解能力的被监护人时,才是确实的。事实上,幼儿和近乎幼儿的人,与精神病人相去不远,因为这个年龄的被监护人无任何理解能力。但对近乎幼儿的人,为了其利益,作出了更仁慈的法律解释,让他们享有与接近适婚者同样的法律地位。但处于尊亲权下的未适婚人,哪怕有父亲的授权,也确实不能缔结债。

本段讲限制行为能力人与完全无行为能力人的区分。采取幼儿、近乎幼儿者、接近适婚者的三分法。前者是不会说话的小孩,到优士丁尼时代,转指 7 岁以下的小孩;中者又称少童(Pueritia),男是从 7 岁到 10 岁半,女是 7 岁到 9 岁半①;后者是男从 7 岁到 14 岁,女从 7 岁到 12 岁的自然人。② 本段把前两种人与精神病人相提并论,一方面有积极意义,因为这样的安排找到了无行为能力的超越现象的本质:无理解能力;另一方,本段把近乎幼儿者也说成无任何理解能力,未免过分,这个年龄的孩子都上学了,没有理解能力,如何学习?所以,后来学说作了解释,让近乎幼儿者与近乎适婚者享有同等的法律地位,也就是有限的行为能力。

本段最后说,在家父权下的未适婚人,即使有家父的授权,也不能缔结债,这种说法显得矛盾,因为按本书 1,21pr. 的说明,这种人经监护人授权就可以缔结债了。如何解释这一矛盾?被监护人是为自己取得,监护人能置身事外考察被监护人与第三人交易的利害,所以其授权可导致缔结债。而家子只能为家父取得,与家父两人一体,如果需要家父授权实施这种取得,等于是家父授权自己取得,这是不必要的和可笑的。所以,如上看似矛盾的安排恰恰是为了避免矛盾作出的。

I.3,19,11。如果债附加了不可能的条件,要式口约无任何效力。事实上,被自然阻碍不能成就的条件,被认为是不可能的条件,例如某人这样说:"如果

---

① See Patrick MacCombaich de Colqukoun, A Summary of the Roman Law, Vol. I, William Benning and Co., London, 1849, p.353.

② See Adolf Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1991, p.495.

吾以手指触到了天空，汝答应给付否？”但如果这样订立要式口约：“如果吾不以手指触到天空，汝答应给付否？”债被认为是单纯的，因而可立即提出要求。

本段讲不能条件导致要式口约无效，例如附加以手指触到天空的条件的要式口约。人的手指不能触到天空，所以，这种条件构成自然不能，导致要式口约无效。这是一种严厉的处理，实际上，立法者还可以采取视为这一条件未写、让要式口约有效的处理。之所以如此，乃为了维护要式口约的严肃性，不许人们用它开玩笑。但如果附加“如果吾不以手指触到天空”这样的条件，视为无条件，允许要式口约有效，因为条件必须是未来的、其发生不确定的事件，不以手指触到天空是既定的事实，没有任何不确定性，因此它是个假条件。而且它取决于债务人的意志，不具有条件的偶然性。

I.3,19,12。在不在场的人之间缔结的口头之债，同样是无效的。但由于这一规则给好争论的人提供了争讼材料，他们可能在一段时间经过后提出这样的主张：他们或其争讼相对人不曾在订约现场。因此，为了加快争讼的解决，朕写给恺撒里亚的律师的一条敕令[①]被编入《法典》。朕以之规定：在任何情况下都相信这样的指出当事人在场的书面文件，除非采用这样的可鄙之主张的人以文件或以适当的证人作出更清楚的证明：他或其相对人在文件作成的那一整天在另外的地方。

本段讲订约的事理不能：要式口约基于其事理之性质，必须由双方当事人面对面一问一答订立，所以，不在场的人之间不可能订立要式口约。基于这一规则，有些想赖债的人就提出订约时自己不在现场的主张来否定自己的责任，对此，优士丁尼以敕令提出一条证据规则：证明当事人订约时在场的书证具有优先可采性，有相反的书证或人证的除外。这样的安排倾向于维护合同的效力。

I.3,19,13。过去，任何人都不能通过要式口约被允诺在他死后对他给付，正犹如他不能订立在与他订立要式口约的债务人死后对他给付的要式口约一样。在某人权力下的人过去也不能订立在该人死亡后对他给付的要式口约，因为他被认为是以父亲或主人的声音说话。但即使某人这样订立了要式口约：“在吾死亡的前一天”或“在汝死亡的前一天，汝允诺对吾给付否？”要式口约是

① 参见C.8,37(38),14,531年。

无效的。但由于按已说过的，要式口约根据订约人的同意生效，朕决定[①]也有必要修改关于这一问题的法律条文，这样，规定了在债权人或债务人死亡后或死亡前的一日之条件的要式口约有效。

本段先讲所谓的死后要式口约（Stipulatio post mortem）有效力。就债权人而言，它是约定在债权人死后对他给付的要式口约；就债务人而言，它是约定债务人在死后对债权人为给付的要式口约。这两种要式口约都被禁止，因为它们不是为合同当事人本身安排权利义务，而是为他们的继承人作如此安排，而继承人在接受遗产前是不能进入死者的债务关系的，如果他不接受遗产，这种债就落空了。但这一规则对于他权人例外，因为他们本身就是家父或主人取得财产的工具，他们死后的权利接受或义务履行可以由家父或主人接手。

本段其次讲临死要式口约的效力，即约定在当事人死的前一天为给付的要式口约，这种要式口约曾被定为无效，理由可能是在死亡的前一天为给付对将死者无实际意义，因为合同是当事人满足自己欲望的工具，但优士丁尼对这一规则作了改革，承认了临死要式口约的效力，而且承认了死后要式口约的效力。优士丁尼的敕令未说明这样做的理由，后世学者分析是古典时期要式口约的要件逐渐得到缓和，立法者更加看重要式口约的当事人意思表示工具的性质的结果。[②]

优士丁尼在 I.2,20,35 中对附加了类似样态的遗赠作了同样的改革，读者可参看此段以及我对此段的评注。

I.3,19,14。同样，如果某人这样订立要式口约："如果船从亚细亚到达，汝答应今天给付否？"要式口约曾经是无效的，因为它是颠倒订立的。但由于留下了好名声的列奥认为，上述被宣告为颠倒的要式口约，不应在设定嫁资方面被拒绝，朕决定[③]，给予这种要式口约以完全的效力，这样，如此缔结的要式口约不仅在嫁资方面，而且在任何其他方面都有效。

本段讲颠倒性的要式口约。它是债务人立即承担的义务被设定得取决于将来成就的条件的要式口约。用本段提供的例子说话，债务人的义务要今天承担，而这种义务取决于船将来从亚细亚到达的条件。由于违反了事理之性质，有如约定孩

① 参见 C.8,37(38),11,528 年。

② Cfr. Giovanni Lughetti, La Legislazione Imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano, Giuffrè, Milano, 1996, p.417.

③ 参见 C.6,23,25,528 年。

子在母亲出生前出生[①],故这种要式口约曾经是无效的。但列奥一世皇帝作了有利于意思主义的要式口约改革,首先在嫁资领域承认这样的要式口约的效力(例如,"如果吾将来授予汝嫁资,汝允诺今天与他结婚否"),以保护妇女的利益,因为如果认定不合规范的嫁资授予要式口约无效,受害的是妇女。后来,优士丁尼把这样的对要式口约形式的宽容态度推广到各种要式口约,允诺债权人在条件成就后要求给付,由此以立法把颠倒的要式口约颠倒回来,完成了要式口约的非形式主义化运动。

本段中提到的列奥全名为 Flavius Valerius Leo(401—474 年),是从 457—474 年在位的东罗马帝国皇帝。"留下了好名声的"(拉丁文 inclitae recordationis,英译为 distinguished memory[②])是比较常用的皇帝谥号,表明被授予者在生前有所作为。

I.3,19,15。然而,这样缔结的要式口约,例如,如果蒂丘斯说:"吾死时,汝答应给付否?"或"汝死亡时,汝答应给付否?"古时是有效的,现在也有效。

本段讲死时要式口约(Stipulatio cum moriar)的效力。即约定在当事人死亡之时给付的要式口约,本段将这种要式口约定为有效,而且说明自古如此。这样安排,可能因为考虑到订约人的继承人可以继续合同关系。[③] 这说明罗马人的合同不仅以订约人为当事人,而且以他们的继承人为潜在的当事人。这与现代合同法不同。

但本段说的"古时是有效的"一语并不确切,因为罗马法学家们就这一规则有不同看法。尤里安赞成之,保罗、阿里斯托、内拉蒂、彭波尼则反对之。优士丁尼不过采用了尤里安的观点。[④]

本段接续本题第 13 段,该段讲了死后要式口约和临死要式口约,本段讲了死时要式口约,三者分别关涉死后、死前一天和死亡之时 3 个时间点。前者把法律关系变成了死人与活人间的关系,中者仍把法律关系留在活人之间的维度内,后者是前两种情况的临界点。把问题考虑得这样细,证明了罗马法学的高度精巧。

---

① *Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de* Sanchez, Madrid, 1856, pag. 234.

② *See* Thomas A. J. McGinn, *The Legal Definition of Prostitute in Late Antiquity, In Memoirs* of the American Academy in Rome, Vol. 42 (1997), p. 81.

③ 参见〔古罗马〕盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社 1996 年版,第 230 页。

④ Véase Nuria Coch Roura, La Forma estipulatoria. Una Aprocimacion al Estudio del Lenguaje directo en el Digesto, *Tesis doctoral dirigida por José Luis Linares Pineda. Universitat de Girona* (2005), pag. 303.

I.3,19,16。同样,我们可正当地通过要式口约被允诺在他人死后得到债务之履行。

本段允许订立以他人死亡为生效条件的要式口约。这个"他人"并非债权人或债务人,而是第三人,由此把本段与上段区分开来。参照 D.45,45,1 来看,这个"他人"是约束作为他权人的订约人的自权人。订约人是家子或奴隶,他们本无订约资格,但若家父死亡他们成为自权人,就可取得此等资格。所以,他们在家父死前订立的要式口约是透支他们的订约资格。一旦家父死亡,他们的订约资格就可兑现了。在古时,这样的要式口约也并非无效,因为这个"他人"可能死得比当事人早,这样,就会导致在这个时候开始履行债。[①] 当然,如果他死得比当事人要晚,这样的要式口约的效力就要面临挑战了。

I.3,19,17。如果在文件中写明某人已允诺,它被认为如同已对先前的提问作了回答。

本段讲要式口约与其书面证据之间的关系。要式口约是口头进行的,可以用书面记载其订立。如果就要式口约的债务人是否曾作出承诺发生争议,此时书面契据证明他作出过,则推定书面记载为真实,并推定此等承诺是按法定程式作出的。

本段表明要式口约与书面合同间没有截然的鸿沟,前者可以转化为后者,由此预示着要式口约的书面化倾向。

I.3,19,18。一旦一个要式口约包括多数物,如果债务人确实只简单地回答:"吾答应给付",他就要对所有的物承担责任。但如果他答应自己给付这些物中的一个或某些,债是就他答应的物缔结的。事实上,在多数的要式口约中,一个或某些被认为已作成了。因为我们应就每个物订立要式口约,并就每个物作出回答。

本段讲承诺对要约的修改,修改了前面讲的承诺必须重复要约的全部内容的原则。这种特例发生在要约中提到复数的标的物的情形。如果承诺人表示概括地接受它们,则承诺的内容必须与要约的内容完全一致的原则未变,但如果承诺人只接受其中的某些物而拒绝其他,合同照样成立,不过仅就他允诺了的那些物成立。

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.235.

这样，承诺就修改了要约的内容，这种修改被认为有效，导致合同有限成立。这是对形式主义的突破。

I.3,19,19。如上所述，任何人皆不能为他人订立要式口约。事实上，发明出来这种债，正是为了每个人为自己获得对他有利的东西。当然，如果给付是对他人作出的，则债权人无任何利益。显然，如果某人愿意这样做，他最好以要式口约规定违约金，这样，在没有做允诺之事的情况下，也是无任何利害者因违约金要式口约遭到违反而获利。事实上，在某人就违约金订立要式口约的情况下，被考虑的不是其利害关系为何，而是要式口约之标的的违约金金额。因此，如果某人订立对蒂丘斯为给付的要式口约，无任何效力，但如果就违约金补充说："如果汝不给付，汝答应给付吾若干金币否？"则要式口约有效。①

本段讲债的相对性原则，说明原则上不得订立为第三人利益的合同，因为要式口约的事理之性质是为订约人自己谋取利益的工具。但有一个例外，如果以第三人为受益人的要式口约附加了违约金条款，为第三人订立要式口约的人也因为债务人违约享有利益，达到了对要式口约是订约人为自己谋取利益的工具的原则的遵守。

I.3,19,20。但如果某人为他享有利益的他人订立要式口约，已决定要式口约有效。事实上，如果已开始执行未成年人之监护的监护人，对其共同监护人移转了监护之执行，并与之就被监护人财产将完整无损订立了要式口约，由于要式口约的提出人对他以要式口约规定之事享有利益，因为如果事务管理不善，他将对被监护人负债，债成立。因此，即使某人就对其代理人为给付订立要式口约，要式口约有效。即使就对其债权人为给付订立了要式口约，要式口约有效，因为他对不适用违约金条款，不让卖掉构成抵押物的土地，享有利益。

本段继续讲债的相对性原则的三个例外。其一，为自己享有利益的人订立要式口约有效，这样也遵循了订约人必须对要式口约享有利益的原则。订约人享有利益的他人，本段举的例子是被监护人，订立的是被监护人的财产在监护期间将完整无损的要式口约，这实际上是一个公法合同，此段在债的相对性原则的例外的框架下对它给予了解释。其二，对债权人的代理人为给付的要式口约有效，这里的

① 为第三人利益订立要式口约有两种情况：一种是下一段将谈到的订约人对要式口约享有利益的情况；另一种是订约人对要式口约不享有利益的情况，这一段中涉及的要式口约属于后者。这种为第三人利益之要式口约，仅在有约束履行之条款的情况下才有效。

“代理人”,应理解为债权人的事务经管人,负责债权人的某一财产的事务,对其为给付,就是对债权人为给付;其三,对债权人的债权人为给付的要式口约有效,因为债权人对后者对自己不适用违约金条款、不实现抵押权享有利益,第三人对后者给付了金钱,他就不会对债权人采取这些措施了。

I.3,19,21。反之,允诺他人将做某事者,被认为不处在这种要承担责任的情况中,除非他本人允诺了违约金。

本段讲债的相对性原则的另一个方面:代他人为允诺,也就是自己允诺,他人履行。本段认为此种情况下要式口约无效,因为这是慷他人之慨,该他人对交易没有利益,只有负担,他是否履行,毫无保证,但有一个例外:允诺人允诺了第三人不履行时自己偿付违约金的要式口约,有效,这样就坚持了订约人必须对要式口约享有利益的原则,消除了交易的慷他人之慨的性质。

I.3,19,22。同样,任何人不得有效地订立这样的要式口约:把将属于他的财产在成为他的时交付给他。

此段基于任何人不得以交付自己的物为标的订立要式口约的原则,该原则以现在为要式口约的提出人所有的物为考虑对象。此段从该原则出发推演出一个子原则:不得就将来属于要式口约的提出人的物在该物成为他所有时交付给他为内容订立要式口约。根据本题第2段提出的债权人不得订立要求返还自己已有之物的要式口约的规则,本段假设的这种口约创立的权利在创立时处于法律不能的状态。①

I.3,19,23。如果要式口约的提出人指的是一个物;债务人指的是另一个物,不缔结任何债,完全如同提问没有得到回答一样,例如,某人通过要式口约买奴隶斯提古得到你的允诺,而你指的是你认为被叫作斯提古的庞菲鲁斯的情况。

本段讲就要式口约的标的发生错误导致要式口约不成立,举的例子是张冠李戴。这一处理的前提是要式口约的当事人必须心灵合致,如果没有这种合致,尽管表面上双方的问答一致,实际上各想各的,合同照样不成立。

---

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.239.

I.3,19,24。由于不道德的原因允诺之事,例如,如果某人允诺自己去做杀人或渎圣之事,不生效力。

本段讲要式口约的标的不得违反公序良俗,不能以犯罪行为作为要式口约的标的,揭示了合同合法性的道德基础。而且直接使用了原因的概念,开创了后世大陆法系合同法之原因理论的先河。

"渎圣"有另外一个译法:"盗窃神庙财产"。神庙曾是聚集财富之所,此等财富只能用于公共目的,例如赎回战俘,非法取用的,构成渎圣行为,因为这些财产是献给神明的,所以在理论上,被侵害的对象是神明而非人。所以,渎圣是一个调整人与神的关系的罪名,不同于通常的罪名调整的都是人与人之间的关系。

I.3,19,25。在某人附某种条件提出要式口约的情况下,就算他在条件成就前死亡,后来条件成就,其继承人可起诉。上述说明也适用于债务人方面。

本段规定要式口约缔结的权利义务在一定的条件下可由债权人或债务人的继承人承担,这样就打破了要式口约的人身性。这个"一定条件"就是在要式口约成立后,条件成就前的悬置期间当事人死亡。这种安排,不妨说是承认要式口约的跨界延伸效力。这里的"界"指阴阳之界。

I.3,19,26。订立在今年或本月给付的要式口约的人,除非本年或本月已完全经过,不能正当地提出要求。

本段讲期限对请求权行使的制约,在要式口约附加的期限届满前,债权人不能请求债务人履行,否则构成I.4,6,33b要讲到的期限方面的过多请求,等于是要求不正当的期限利益。

I.3,19,27。如果你就给付土地或奴隶订立了要式口约,你不能立即起诉,留给交付的时间已全部经过的除外。

本段讲债权人在订立以土地或奴隶为标的物的要式口约后要留给债务人合理的交付时间或准备履行时间,不能立即请求履行。但这种法定恩惠期只给涉及土地或奴隶的交易,因为交付这两种标的物比较复杂,如土地需要清理,奴隶需要准备行装、处理个人感情关系等。由于事理之性质,以这两者为标的物的交易不能即时履行。其他多数交易应是可即时履行的。

第 20 题

保证人

I.3,20pr.。为债务人,被叫作保证人的人通常受他人之债的约束,在人们关心为自己取得更慎重的担保时,通常接受这样的人。

本段讲保证的性质是一人为他人之债承担责任。保证的种类有:(1) 诚意负责保证人,这是很正式、很可靠的一种保证,保证人的继承人承担担保责任,可以用来担保所有的债,而下面的两种保证只能用来担保口头债;(2) 允诺保证,是不隔代移转保证责任的保证;(3) 诚意允诺保证,也是不隔代移转保证责任的保证。[①] 三者的区分还因为使用的套语不同。在本《法学阶梯》中,三种保证只留下诚意负责保证,证明其他两种保证都被淘汰了,这种变迁可能跟法律行为形式的日益书面化的趋势有关。

I.3,20,1。事实上,人们可在所有的债中接受这样的保证人,换言之,不论是通过物;还是通过言辞;还是通过文书;还是通过合意缔结的。再者,附加了保证人的债是市民法上的还是自然法上的,也确实没有区别,因此,不论从奴隶接受保证人的人是家外人,还是处在与奴隶有自然之债之情况的主人自己,保证人都可为奴隶受债之约束。

本段讲保证适用之普遍性:按 4 种方式缔结的债都可以用保证人担保,市民法债和万民法债也都可以用保证人担保,甚至于可以为奴隶缔结的债设立保证人。

本段指明奴隶与主人之间的债是自然之债,也就是没有强制执行力的债。为这样的自然之债也可设立保证,如此,这样的保证之债也应是自然的。

① 参见〔古罗马〕盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社 1996 年版,第 236 页及以次。

I.3,20,2。保证人不仅自己受债之约束,而且也把债遗留给继承人。

本段讲保证责任之隔代移转,这是诚意负责保证的特点,反映了这种保证人的义务很重。但这种安排在当时有道理,因为家父实际上是以全家的财产对他人为保证。他死了,其继承人继续保证,保证的财产基础不变。如果继承人为复数,此等保证债务应在他们间分割。

I.3,20,3。保证人可以在订立债之前或之后指定。

本段讲作为从债的保证的设立时间。在主债设立之前或之后皆可,但在主债之前设立保证之债十分困难,因为违反了从随主的原则。

I.3,20,4。如果保证人为多数,不论其数目有多少,每个都对整个的债额承担责任。因此,债权人自由地对他愿意的人要求全部债额。但神君阿德里亚努斯的一封信强制债权人要求保证人承担其份额,只要他们在证讼之时有偿付能力。因此,如果保证人中的某人在证讼之时不能偿付,其负担落在其他人的头上。但如果债权人从一个保证人获得了整个债额,如果为之接受保证人的人不能偿付,损害将只由他承担。而这应归咎于他自己,因为他可根据神君阿德里亚努斯的信得到帮助,要求按份地授予对抗他的诉权。

本段讲多数保证人的分担利益。根据古法,所有保证人都承担连带责任,阿德里亚努斯作了改革,要求债权人同时诉追在证讼时有偿付能力的保证人,由此保护了比较富有的保证人。若有冒失的债权人对某一保证人主张全部保证债务,后者可以其自身份额提出抗辩。

证讼的字面含义是共同为某一争讼作证,它首先是程式诉讼时期的一个诉讼环节,原告向被告建议采纳程式,被告表示赞成或不赞成,双方争议的焦点得以确定。证讼的法律效力有:(1) 消灭原告的诉权;(2) 因为原告已主张了权利而中断时效;(3) 确定了诉讼的内容。到了非常诉讼时期,也有证讼,即法官听取双方的诉因以便案件的争点得到确定的活动。本段谈到的证讼属于后一种。

I.3,20,5。保证人的负债以其义务不能大于他为之受债之约束者的义务为条件。事实上,他们的债是主债的从物,而从物不能大于主物。但相反,他们可承担少于主债的义务。因此,如果债务人允诺了10个金币,保证人可正当地只就5个金币承担责任。但不能按相反的方式承担责任。同样,如果债务人单

纯地允诺,保证人可附条件地允诺。但不能作相反的安排。事实上,不足和超过不仅被理解为针对数量,而且也被理解为针对时间。事实上,立即给付某物是超过;一段时间后给付是不足。

本段讲保证之债的从属性。保证之债必须等于或小于主债。"小于"的要素很广泛,可以主债和保证之债金额相等,但后者样态较轻,期限较宽。

I.3,20,6。然而,如果保证人为债务人偿付了某物,为了重新获得该物,他对债务人享有委任诉权。

本段讲保证人的追偿权。这是他代主债务人偿债后对后者享有的权利。本段还解释了保证人与主债务人关系的性质,即委任。这当然出于法律的拟制。

I.3,20,7。人们通常这样以希腊文接受保证人:吾以吾的信用批准、宣告、同意,或"吾确认"。但即使他说"吾确认",同他说了"吾宣告"一样。

本段讲接受保证的言辞形式,允许使用一些类同的套语。请注意,这些套语采用希腊语。尽管在优士丁尼时代,拜占庭帝国在民众以希腊语为母语的环境中把拉丁语作为法律语言,但在缔结法律行为时,还是允许人们使用母语。

I.3,20,8。必须知道,对接受保证人的要式口约通常作这样的理解:任何写下的已做了的事,也被认为实际已做之事。因此显然:如果某人把自己写成已承担保证,他被认为已根据规则履行了所有的程式。

本段用表示主义的方式解决找保证人难的问题,只要有承担保证的书面记载,就认为保证责任已实际承担,由此防止保证人反悔,或拯救某些形式不太规范的保证的效力。本段中,"写下"的表达暗示要式口约已书面化。在书面化的环境中,可以推论出本段命题的反命题:凡是未写的事情,视为不存在的事情。

第 21 题

文书之债

I.3,21pr.。从前,以书面文件作成的债被说成是由于记账作成的,这样的债今天已不使用。显然,如果某人写他自己负欠一笔未对他偿付金钱,在很长的时间后,他不能提出未对他偿付任何金钱的抗辩。事实上,这一原则很经常地在敕令中得到规定。在今天也是这样处理,只要债务人不能提出争辩,书面文件就有债之约束力。而从这种书面文件产生了要求给付之诉,不消说,口头之债是没有的。[①] 过去对这一抗辩之行使的时间,根据元首们的敕令,确实给得很长,直至 5 年。但为免债权人可能被骗走其金钱的时间过长,朕的敕令[②]缩短了这一期间,这样,超过了两年的期限,完全不能提出这种抗辩。

本段文书之债的历史以及优士丁尼对文书之债的除斥期间的改革。文书之债是对债权誊账制度的反映,该制度基于罗马人的一个生活习惯:贵族家庭都有两本账——流水账和收支账,前者登记日常的收入和支出,如购入土地、接受遗产等;后者专记债权债务。家父一般每月结算流水账一次,将人欠和欠人记入收支账。如有盈余,则为家庭的债权。家父死后,依收支账确定债权债务,用以收账、还账,余额作为继承和分配遗产的依据。该账簿受监察官的检查作为定市民等级和纳税的依据,家父须宣誓证明其记载为真实。[③] 当账本上的记录与实际生活现实发生矛盾时,以账本上的记载为准。这是为了保护交易安全的一个措施,体现了表示主义。

到了优士丁尼时代,以上文书之债已不使用,但它的精神保留下来,那就是文字记载大于生活事实的精神。如果书面合同记载某人被支付一笔金钱或被交付了某物,以书面形式说明自己收到了金钱或财产的人在 5 年内不得提出他未收到此等金钱或财产的抗辩。如果未提出此等抗辩,债权人就书面记载的金钱或财产享

① 因为如果有要式口约,所谓的债务人就可利用根据要式口约之诉,而毋需利用抗辩。

② 参见 C.4,30,14,528 年。

③ 参见周枏:《罗马法原论》(下册),商务印书馆 1994 年版,第 670 页。

有要求给付之诉。优士丁尼觉得这一除斥期间太长，遂把这一期限改为两年。这样的安排很像我们现在对借条、收据的安排，此等文书上写了某项负债的，视为真实，必须有强有力的反证才能推翻其记载。

但有些学者认为，文书之债可能并不是优士丁尼在本段中理解的样子，它是一种银行契约，在优士丁尼时代并未消亡，而且得到了发展①，所以，优士丁尼在本段中反映出的对文书之债的理解是错误的，基于这种理解，作出的有关改革也是文不对题的。正因为这样，霸克兰认为，本段可能是优士丁尼的编者不懂文书之债为何物的情况下就试图改变规则的例子。②

① 关于对这种意义上的文书之债的介绍和分析，参见徐国栋：《罗马私法要论——文本与分析》，科学出版社2007年版，第208页。

② See William Warwick Buckland, Interpolations in the Digest, In Yale Law Journal, Vol. 33, No. 48 (Feb., 1924), p. 345.

第 22 题

合意之债

I.3,22pr.。在买卖、租赁、合伙和委任中,通过合意发生债。

本段讲合意之债的种类,包括买卖、租赁、合伙和委任四种。它们通过当事人的合意即可订立,无须复杂的形式。

合意契约最接近现代的合同。

I.3,22,1。事实上,在这些场合,人们之所以说通过合意缔结债,乃因为不需要书面文件;无论如何,也不需当事人到场;再者,也不必给付某物,为了债取得效力,进行交易的人作出同意,即为已足。

本段讲合意之债的特征之一:意思自由,这是一个与文书之债、要式口约、要物合同比较出的特征。特征是诺成性、形式简单、意思主义,很自由。

I.3,22,2。因而,在不在场的人之间也缔结这样的交易,例如借助于书信或传信人。

本段讲合意之债的特征之二:可以在不在场的人之间订立,并可通过使者订立,这点跟要式口约的要求很不同。道理很简单,合意是不同的心灵而非身体走到了一起,它们是通过何种途径走到一起的,并不重要,只要两个心灵走到了一起,合同就可成立。

I.3,22,3。同样,在这些契约中,一方应对他方根据善良与公平为履行,相反,在口头之债中,一方是债权人;另一方是债务人。

本段讲合意之债的特征之三:双务且附加不确定义务。在双务合同中,双方当事人互为债权人和债务人,他们互相承担不确定的义务。诚信原则课加的便是这

种义务，所以双务合同是诚信合同。双务合同出现于1世纪的拉贝奥的作品，在6世纪的优士丁尼时代仍采用。相反，口头之债是单务之债，一方是单纯的债权人，他方是单纯的债务人。债务人承担严格义务，合同未规定的就不必履行。

第 23 题

买卖

I.3,23pr.。一旦就价金达成一致,即缔结买卖,即使价金尚未支付,也确实未给付定金。事实上,以定金名义所为的给付,是买卖已缔结的标记。但这确实必定涉及不以书面达成的买卖。事实上,在这一方面,朕未作任何创新,然而对以书面作成的买卖,朕规定[①]:除非订约人亲手起草买受文件;或确实由他人起草,然而订约人签了名;如果借助于公证人作成文件,除非已完成它们,并由当事人补充,买卖就没有完成。事实上,只要达不到其中的某一要求,便有反悔的余地,买受人或出卖人可从买卖中撤出而不付违约金。但如果尚未以定金的名义给付某物,朕允许他们这样地撤出。如果确实已给付定金,不论出卖是以书面或非书面作成的,拒绝履行契约的人如果确实是买受人,他丧失他所给付的;但如果是出卖人,就算他对定金未作任何表示,他被迫返还定金的两倍。

本段先讲口头买卖的缔结。只要就价金达成一致,买卖便已缔结。价金条款是买卖合同的核心条款,买卖合同不能以全部必要条款已达成意思一致为成立条件。

本段然后讲以书面作成的买卖的 3 个条件:订约人亲手起草;通过他人起草,但订约人签字;通过公证人起草,起草完成。这些说明合意契约与要式口约不同,属于书面合同。本段中提到的公证人(Tabellio),他们是帮助私人起草法律文书(遗嘱、合同)的专业人士。他们在公共的地方(集议场、市场)执业,或在办公室在其书记员和秘书的帮助下执业。他们的活动受政府控制,如果实施诈欺或有疏忽或参与不法交易,要受惩罚。优士丁尼要求每个公证人都获得官方许可。[②]

不完成上述 3 个条件,买卖视为未订立,当事人可以反悔,退出交易,不承担违约金。

---

① 见 C.4,21,17,528 年。

② See Adolf Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1991, p.728.

本段还讲定金的效力:它是买卖已缔结的标记,也就是作为成约定金,同时作为违约定金,违约时,给付定金方丧失定金,接受定金方双倍返还定金。

I.3,23,1。然而,必须规定价金。事实上,没有价金,不可能有任何买卖。但价金也应是确定的。可是,如果在某些人间这样达成协议,购买的物品由蒂丘斯估计价值几何,在古人中就出售是否成立有相当多的疑问。但朕的决定[①]这样地确定了这一规定:只要在出售协议中写了"按他将来作出的估价",契约就以下面的条件为基础:如果被指名者确实确定了价金,无论如何,要根据其估价偿付价金并交付物,这样就给出售带来了效力,买受人确实根据买受之诉起诉;而出卖人根据出卖之诉起诉。然而,如果被指名者不愿或不能确定价金,那么,出售无效,犹如未规定任何价金。把朕就出售制定的这一规则扩用于租赁,并非荒谬。

本段首先讲合同的必要条款——价金条款。价金是买卖合同的灵魂,规定了价金,才能说明当事人的意思达成了合致,并把买卖与互易区别开来。

本段其次讲第三人定价。如果第三人不能或不愿确定价金,则买卖合同无效。本段将以上规则类推适用于租赁合同中的租金。

I.3,23,2。同样,价金必须由现金构成。事实上,就某些物是否也可构成价金,例如奴隶、土地或袍子是否是另一些物的价金,很有疑问。萨宾和卡修斯认为,价金可由其他物构成,正因如此,人们通常说以物的互易缔结买卖,而互易是一种极古老的买卖。他们利用希腊人荷马的诗作为论据。荷马在其诗篇的某些部分[②]中以这些言辞说到阿卡沃依[③]的军队以某些物作交换为自己得到了酒:

长发的阿卡沃依人从船上买到了葡萄酒,
有的用青铜,有的用发亮的铁,
有的用牛革,有的用整队的牛,
有的用奴隶换取,准备欢乐地宴饮。[④]

其他学派的作者作相反的考虑,他们认为物的互易是一回事,买卖是另一

① 见C.4,38,15,530年。
② 见《伊利亚特》7,472—475。
③ 希腊南部一个地区的民族名。
④ 译文借自罗念生、王焕生翻译的荷马史诗《伊利亚特》,人民文学出版社1997年版,第188页。

回事。否则，在物的互易的场合，不能解决哪个物应被认为是出卖的；哪个物是以价金的名义给付的之问题。事实上，不能容忍两个物都被认为既是出卖的，又是以价金的名义给付的理论为有道理。但普罗库鲁斯的严格意义上的互易是一种区别于出售之契约的说法理所当然地占了上风，它也得到了荷马的另一些诗行[①]的帮助，并以更有效的理由论证。这种观点也为先前的神君元首们承认，并在朕的《学说汇纂》中作了更广泛的说明。[②]

本段讲买卖与互易的区别，前者的对价是现金，后者的对价是另一个物。但对此问题的认识，罗马的两个法学流派看法不同，萨宾认为价金不见得是金钱，这样，买卖与互易就难以分清了。从理论上讲，互易是从买卖中脱离出来的；实践中是买卖随着货币的发明独立于互易。双方都援引了荷马史诗作为依据，表明罗马法学家高度的文学修养。

I.3,23,3。一旦缔结了买卖（朕已说过，如果不以书面做这种事，一旦就价金达成协议，它即被作成），被出卖物的风险立即属于买受人，即使迄今该物未交付给他。因此，如果奴隶死亡或身体的某一部受到伤害；或房屋全部或其一部分因火灾被烧毁；或土地全部或其一部分被河流的强力冲走；或也由于河水的泛滥，或由于旋风，树木被吹断，土地变得很小或条件恶化，损失由买受人承担，就算他未取得物，他也必须偿付价金。事实上，出卖人对未以其故意和过失发生的任何事情不承担责任。但即使在购买土地后，该土地因淤积而有某些增加，利益属于买受人。事实上，利益也应属于承担风险者。

本段讲买卖标的物风险利益的承担：以达成合意之时为交接点，不以占有移转之时为交接点，尔后的风险利益都由买受人承担。本段提出了“利益与风险的承担者应为一人”的原则，由此把风险的承受者与意外收益的获取者安排为同一人。只

---

① 见《伊利亚特》6,234—235，诗作：

克罗洛斯之子宙斯
使格劳科斯失去了理智，他用金铠甲
同提丢斯之子狄奥墨得斯交换铜甲，
用一百头牛的高价换来九头牛的低价。

译文也借自罗念生、王焕生翻译的荷马史诗《伊利亚特》，人民文学出版社 1997 年版，第 156 页。值得注意的是，优士丁尼在关于《法学阶梯》之编订的 Omnem 敕令中，也引用了后两行荷马史诗，用以表示他以好的法律取代了较差的法律。参见由范敏翻译，徐国栋校对的该敕令，载《民商法论丛》第 10 卷，法律出版社 1998 年版，第 849 页。

② D.19,4.

要出卖人未以故意和过失对标的物造成损害，尽管尚未完成标的物的交付，他也不对风险造成的损失承担任何责任。

本段中的风险，有人的行为（奴隶由于他人的行为死亡或受伤）和自然的行为（风灾、水灾等）两类情况，前者为意外事件，后者为不可抗力。

I.3,23,3a。如果出卖的奴隶逃亡或被偷走，事情的发生不涉及出卖人之故意或过失，必须留心出卖人是否承担了交付前对奴隶的看管。事实上，如果他承担了看管，上述事件的风险肯定属于他；如果他未承担看管，他是安全的。朕认为上述规则也适用于动物和其他物。但无论如何，出卖人应把对物的请求返还之诉和要求给付之诉移转给买受人，因为肯定，尚未把物交付于买受人的人，迄今仍是所有人。对盗窃和对不法侵害的诉权，同样如此。

本段讲本题第3段所述之规则的例外：出卖人承担了对标的物的看管的，风险由他承担。但这一适用的标的是特定的：奴隶、动物和其他物。经过这样的例外处理，现在的规则是“风险与占有相伴随”。“请求返还之付”是物权之诉，“要求给付之诉”是债权之诉。由于合同已成立，故买受人对标的物享有请求权，标的物仍存在的他可主张物权之诉，标的物已灭失的他主张债权之诉。出卖人应把这些诉权转给买受人。在奴隶遭受盗窃和不法侵害的情形，相应的诉权也要转给他。

订立合同后未交付标的物的风险仍由出卖人承担，且发生风险后其交付标的物的义务不被豁免。

I.3,23,4。买受既可附条件，也可无条件地缔结。附条件的，例如：“如果斯提古在某一时期受汝喜欢，他将被以若干金币卖给汝。”

本段讲买受可以附条件或不附，并提出了适意买卖的类型。适意买卖就是以买受人满意为成交条件的买卖。请注意，本段未讲出卖可以附条件，言下之意似乎是出卖必须是单纯的。

I.3,23,5。如果某人购买了圣地或安魂地，甚至公共的地方，例如集议场、会堂，他明知购买无效，但如果他被出卖人欺骗，把它们作为私人地方或俗地作了购买，他享有买受之诉，虽然不许他拥有该物，他将获得如果未受欺骗将获得的利益之价值。同样的规则也适用于把自由人当作奴隶购买的情况。

本段讲不流通物不能充当买卖的标的物。在本段中，不流通物分为圣物、公共

物和自由人三种类型,它们都不得为私人所有,所以又称不可有物。其中的会堂是一些权贵捐献给罗马国家的公共建筑,可作多种用途,既可用来召开元老院会议,又可用来开庭,还可以当作市场使用。出卖人把不流通物当作流通物出售的,构成诈欺,按我国《合同法》第52条,这时交易无效,但罗马法强使这种交易有效,赋予买受人买受之诉,尽管他不能取得标的物。买受之诉可用于要求出卖人提供符合约定的标的物,如果不能提供,应支付违约金,其数额应等于如果买受人未受欺骗将获得的利益。这样的安排,似乎更好地保护了买受人的期待权。

最后,本段将关于不流通物的规则类推适用于被当作奴隶的自由人,表现了作者的抑制奴隶制的立场。在此等情形,交易无效,但买受人仍对出卖人享有买受之诉,据此可迫使后者支付违约金。作为买卖客体的自由人怎么办?他可通过叫作请求回复自由权(Vindicatio in libertatem)的特别程序主张其自由权,此种程序类似于第三人向买受人主张其对标的物的所有权的程序,因此具有权利瑕疵追夺担保的性质。①

按罗宾·伊凡斯·琼斯(Robin Evans-Jones)的说法,本段是优士丁尼《法学阶梯》的编者利用一个古典时期法学家莫特斯丁关于不得买卖圣地、安魂地和公共地方的文本(D.18,1,62,1)增删而成的,把其中的"圣地"和"公共地方"去掉了,同时加了一些内容,形成现在的文本。这样的处理表现了对传统的敬畏。②

① See Robin Evans-Jones, The Origins of Justinian's Institutes 3,23,5, In Cambridge Law Journal, 53(3), 1994, pp.475s.

② Ibid., pp.478s.

第 24 题

租赁

I.3,24pr.。租赁近于买卖,两者受制于同样的法律规则。事实上,如同一旦就价金达成协议即缔结了买卖,如果就租金作了商定,也认为缔结了租赁。出租人享有出租诉权;承租人享有承租诉权。

本段从与买卖比较的角度给租赁下定义。两者都是有偿合同,因此都在就报偿金达成协议时缔结。租金是租赁合同最核心的内容,据此把它与使用借贷合同区别开来。合同一旦缔结,出租人享有出租诉权,相当于现代法上讲的出租人的权利,包括要求承租人支付租金、返还出租物等。承租人享有承租诉权,相当于现代法上讲的承租人的权利,包括要求出租人提供租赁物等。

租赁的拉丁文是由 Locatio et Conductio 构成,Locatio 来自 Locare,意思是"放置"某物,这指出租人对承租人实施的交付标的物动作。Conductio 是"引导"的意思,这指承租人的动作。出租人"放置"后,标的物就归承租人"引导"了。[①] 所以,Locatio et Conductio 表现了在出租人与承租人之间移转标的物的占有并交付支配权的过程。

I.3,24,1。朕如上就价金允许他人裁断所说的,朕认为也是就租赁中租金允许由他人裁断所说的。因此,如果某人把衣服交给漂洗匠清洗或整理,或给裁缝修补,并不马上商定任何租金,而后来给付他们间协定的金额,严格说来,不认为已缔结租赁,但被赋予了这种场合的相当给付之诉。

本段首先讲第三人定租价之租约。在这一方面,类推适用第三人定买卖价金的规则。由于坚持租价为租赁成立的核心条件的立场,对于先租赁,后定租价的交易,优士丁尼认为严格说来并不成立租赁,而只成立一个无名契约。

---

① Véase Antonio Mateo, Manceps, Redemptor, Publicanus: Contribucion al studio de los contratistas publicos en Roma, Universidad Cantabria, Santander, 1999, pag.35.

此段洗衣、补衣合同称为租赁，暴露出古罗马的租赁与现代的租赁很不一样，包括了现代的租赁、雇佣和承揽、运送。

I.3,24,2。此外，正如通常就物的互易是否缔结了买卖有疑问一样，通常就租赁也有这样的疑问，如果万一某人给你某物使用或享受，而他从你接受某物使用或享受。已决定这不是租赁，而是一种专门的契约。例如，在某人有一头牛，其邻人有另一头牛的情况下，他们决定每人轮流借用另一人的牛10天进行工作，而牛在他人手里死亡。不适用出租之诉或承租之诉，也不适用使用借贷之诉，因为使用借贷并非无偿，而必须提起相当给付之诉。

本段讲类似租赁合同的情形之一：换物使用合同，其例一是甲使用乙的某物，代价是让乙也使用自己的另一物。该交易类似于使用借贷，和租赁又不同。类似使用借贷，因为这种交易也是一人把自己的物让他人使用；不同，是因为使用借贷是无偿的，而这里的交易有对价。类似租赁，因为这种交易也是一人把自己的物交给他人使用并收取代价；不同，是因为租赁的代价是金钱，即租金，这里的交易的代价是相对人的物之使用权。尽管如此，它还是更类似于租赁，所以在租赁的上下文中得到谈论。其例二是例一的具体化和变体。说具体化，乃因为它把换物使用具体为换牛使用。说变体，乃因为在例一中，两个使用权是独立分别行使的，而在此例中，两个使用权是合并轮流使用的，但两者的机理无别，故被一并谈论。这种交易满足了农户间调剂畜力余缺的要求，很有现实意义，不能否定其合法性。但它是租赁还是使用借贷并按租赁或使用借贷的法律规则进行调整呢？罗马法学家们就此进行过争论，结论是并非租赁，亦非使用借贷，而是一种独立的契约，因此既不适用出租之诉，也不适用使用借贷之诉，而是适用相当给付之诉或曰无名合同之诉，这证明本书并未给这种交易典型合同的地位。通过此段可见，罗马人已明白典型合同数量有限，除此以外的合情合理的交易也要保护，保护的手段就是相当给付之诉，其基本理论是，一人得了他人的给付，即使没有法律的名目，基于公平的考虑，也要作出相当给付。所以，本段蕴涵着对价理论的因子。

I.3,24,3。然而，人们认为在买卖和租赁之间有某些非常密切的关系，甚至在某些情况下，人们通常就是缔结了买卖，还是缔结了租赁发生疑问。例如，交付给某人永久使用的土地，换言之，只要就它付给了所有人租金或收益，不许从承租人本人或其继承人，或从承租人或其继承人对之以出卖、赠予、嫁资名义给予或以任何其他方式转让了这样的土地的人剥夺。但由于对这样的契约，古

人中有疑问，有些人认为是出租；有些人认为是出售。芝诺发布了一个法律[①]，规定了永佃契约的特殊的既不倾向于出租，也不倾向于出售的性质，而由于其自身的条款有效。因此，如果达成了某种简约，要遵守它们，如同它们具有契约的性质。然而，如果未就物的风险作任何约定，那么，如果物全部灭失，对此的风险应由所有人承担；如果物部分地灭失，这样的损失由佃户承担。这是朕采用的法。

本段讲类似租赁合同的情形之二：永租权合同。永租权一词来自希腊文，意思是"种植"、"用来耕作"。[②] 所以这种合同涉及的是对土地的农业利用，但后来房屋也被扩张为其客体。它最初来自罗马国家将公地出租给私人的行为，后来被私法化，作为使承租人安心垦殖、提高土地生产力的措施使用，此种租赁的期限是永久，所以成永租权合同。[③] 这种新型的合同在一人使用他人之物并交付租金上同于租赁，但这里的承租人的权利远远大于其他承租人，他们可以由承租人的继承人继承租赁权，出租人对标的物的处分权受到很大限制，所以，永租权合同介于出租与出售之间，是二合合同，同时具有两种合同的属性，并具有物权性。罗马法学家长期以来对它到底属于哪种合同有争议。芝诺的敕令把它确定为一种独立的合同。依其自身的条款有效。但如果此等合同无风险承担条款，优士丁尼为此提供了补充条款：大险归地主，小险归佃户承担。

永租权的内容相当重合于地上权，后者内容更宽而已（土地不仅为种植，而且为建筑使用），这可能这是《巴西新民法典》废除永租权制度的原因。

I.3,24,4。同样有人问，如果某人与金匠蒂丘斯达成协议，用后者的金子为他制作某一重量和某一形状的戒指，而他例如接受了10个金币，这应认为是缔结了买卖，还是缔结了租赁？卡修斯说：确实就材料缔结了买卖；而就劳务缔结了租赁。但已决定，只缔结了买卖。如果蒂丘斯提供了其金子并商定了劳务的租金，无疑是租赁。

本段讲类似租赁合同的情形之三：加工物供给合同。按租赁的正统罗马观念，在它被理解为现代的承揽的情形，加工人应自己提供原料才构成租赁。如果原料是承揽人提供的，则合同的性质成为问题。首先可以质疑它是买卖还是租赁？因

① 参见 C.4,66,1,476—484 年。

② Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.312.

③ 参见周枏：《罗马法原论》（上册），商务印书馆 1994 年版，第 383 页及以次。

为承揽人的原料提供具有出售的成分，劳务提供具有租赁的成分，当然，难以把这种交易或此或彼地定性，卡修斯宁愿把它看成混合合同，买卖与租赁兼备。而保罗把这种交易看作无名契约（D.19,5,5,2），但盖尤斯时代的多数法学家认为这是买卖。[①] 优士丁尼从之。最终的结论是根据材料由谁提供定买卖还是租赁，其规定与我国《合同法》第255条和第256条的规定不同，这两条把这两种情形都定为承揽。但另外的处理是有的，日本学者我妻荣认为这种交易为混合合同，兼有买卖和承揽的性质，定名为加工物供给合同。[②]

I.3,24,5。承租人应根据承租协议实施一切行为，如果在协议中有某些遗漏，他应根据善良与公平履行这些事项。就衣服、银器或驮畜的使用给付或允诺了报酬的人，被要求按很勤勉的家父对自己之事务给予的注意保管它们。如果他尽了这种注意，而他在某种事故中灭失了物，他不就该物的返还承担责任。

本段讲承租人的责任。租赁合同被界定为诚信合同，故承租人负有不确定义务、附随义务。他们对于标的物的注意义务是很勤勉的家父对自己事务的注意，这要求他们将他人之物视为自己之物。在标的物灭失时，如果他们未尽此等注意义务，须承担返还标的物的责任。

I.3,24,6。在承租人于承租期限内死亡的情况下，其继承人依同样的条件继承承租关系。

此段讲承租关系的可继承性。这点与我国《合同法》第234条的规定相同。但劳务租赁依赖的是出租人的特殊技能，他死后其继承人是否可继续租赁关系，深值疑问。

① 参见〔古罗马〕盖尤斯：《法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社1996年版，第250页。

② 参见〔日〕我妻荣：《债权各论》（中卷二），周江洪译，中国法制出版社2008年版，第74页。史尚宽：《债法各论》，荣泰印书馆1960年版，第304页。

第 25 题

合伙

I.3,25pr.。我们通常或把全部财产联合于合伙中——希腊人专门把它叫作"共有合伙";或者联合于某一个交易中,例如买卖奴隶或油、酒和谷类。

本段讲合伙的种类:有共产合伙或全产合伙以及特业合伙两种,前者针对合伙人全部的现有和将来有的财产,合伙人用它们从事多种业务,现在似乎已不见这种合伙。后者中的合伙人只投资于特定的交易,交易完成则合伙解散。两种合伙都反映了罗马人的企业活动。

I.3,25,1。如果确实就利润和亏损的分派未达成任何明示的协议,不消说,不论是利润还是亏损,都按均等的份额分派。但如果规定了份额,必须遵守之。事实上,如果两个人约定:不论是盈利还是亏损,两份属于一个人;1/3 属于另一人,毫无疑问,协议是有效的。

此段讲关于盈亏分派的补充条款:平均分配。但当事人对盈亏分派有约定的,从其约定,即使他们作不均衡的分派的,也不例外。这样的安排出于意思自治原则或出于特定合伙人的特别重要的地位,他们由此可以占有合伙的较大份额。

I.3,25,2。就这样的协议肯定有人问,如果蒂丘斯和塞尤斯约定:两份盈利、1/3 的亏损属于蒂丘斯;两份亏损、1/3 的利润属于塞尤斯,这样的协议是否有效?昆图斯·穆丘斯认为这样的协议违背了合伙之性质,因此必须认为无效。但其意见居上风的塞尔维尤斯·苏尔毕丘斯持相反的看法,因为某些人的劳务对合伙常常非常珍贵,甚至承认他们在合伙中处于更好的条件是公正的。事实上,合伙无疑可这样联合而成,一个人提供现金;另一个人不提供现金,但利润由他们共有,因为某人的劳务常常具有金钱之价值。这种与昆图斯·穆丘斯的见解相反的意见完全居于支配地位,甚至人们也承认可约定某人只享受利

润份额、不对亏损承担责任，塞尔维尤斯认为，这也符合他的意见。但对如上所述必须作这样的理解：如果在某一个交易中盈利，在另一交易中亏损，作出冲销，只有留下来的被认为是盈利。

本段讲合伙盈亏分派方式的自由。允许非均衡分派方式，因为“某些人的劳务对合伙常常是如此地珍贵。”顺便介绍了一场在昆图斯·谢沃拉与塞尔维尤斯·苏尔毕丘斯之间发生的学术争论，两人都是共和晚期的罗马法学家，都富有原创力并因此大名鼎鼎。

本段还讲到了合伙人的出资方式的多样性，可以一些人提供现金，一些人只提供劳务。

本段最后谈到了所谓的狮子合伙，即约定某人只享受利润份额、不对亏损承担责任的合伙，这种合伙是合法的。但《巴西新民法典》第1008条规定：“排除任何一个合伙人分享利润和分担损失的合同约定，无效。”明确排斥狮子合伙以维护公平。

本段中的盈亏是针对整个合伙存续期间的盈亏而言，而不针对某一笔交易。

I.3,25,3。如果规定了一种情况下的份额，例如只就盈利或只就亏损规定了份额，但遗漏了规定另一种情况下的份额，显然，被遗漏的情况下的份额也遵守同样的份额。

本段讲以权利义务一致原则来推定分派方式。例如，如果只规定了享有盈余的方式，未规定承担亏损的方式，则以前者的方式为后者的方式。

I.3,25,4。事实上，只要合伙人坚持同样的合意，合伙维持。但在某人宣告退伙的情况下，合伙解散。但显然，如果某人为了单独享有某些发生的利益诈欺地作这种退伙宣告，例如，如果投入全部财产的合伙人，在被某人指定为继承人的情况下作这样的退伙宣告，以便单独获得遗产的利益，将强迫他把这种利益归为共有。但如果他不经寻求地获得其他某物的利益，该利益单独属他本人。但被通知退伙的合伙人，在该宣告退伙发生后获得的一切，允许他单独取得。

本段讲合伙解散的原因之一：退伙。在全产合伙中，如果某一合伙人为独吞继承的遗产宣布退伙，将强制他把得来的遗产归入共有。但他通过继承以外的途径取得的财产，例如发现埋藏物，归他自己所有。

本段还讲了正当退伙的效力：立即生效，不像现在的一些民法典规定合伙义务

具有延伸效力。

I.3,25,5。此外,合伙也因合伙人的死亡解散,因为缔结合伙者把他考虑为自己选择与之联合的人。但即使合伙因多数人的合意联合而成,也因一个合伙人的死亡解散,尽管多数人仍生存,在合伙的缔结中另有约定的除外。

本段讲合伙解散的原因之二:合伙人死亡。这是合伙的人身信任性和特定合伙人承担的特定角色使然。死一个合伙人,合伙的人身信任性就减少一些,为了填补他留下的位置,只能纳入新合伙人,这进一步使合伙的人身信任性减少,于是,干脆以解散合伙摆脱这种窘境。但一个有许多合伙人的合伙,由于一个合伙人的死亡解散,有点不合清理,但本段允许当事人另为约定,为避免这样的不合理结果开了一扇门。

本段没有为死亡合伙人的继承人继承合伙人身份提供空间。乌尔比安在其《萨宾评注》第30卷中说:"任何人都不得以使其继承人成为合伙人的方式为自己及其继承人设立合伙"。[①] 彭波尼也在其《萨宾评注》第12卷中说,"我们不能在合伙设立时作出继承人可以继承合伙人地位的规定"。[②] 这两位法学家都反对把合伙人的继承人纳入合伙,力图给其他合伙人对新合伙人的选择权。这种安排尊重了合伙的人合性。

I.3,25,6。同样,如果为某些交易缔结合伙,而交易已终结,合伙终结。

本段讲合伙解散的原因之三:合伙目的实现。这一原因只适用于特业合伙的情形。例如,为承包罗马国家某项税的征收订立一个包税人合伙合同,一旦完成合同期内的有关税种的征收,合伙即宣告解散。

I.3,25,7。合伙显然也因没收而解散,不消说,这是一个合伙人的概括财产被没收的情况。事实上,由于他人继承了其地位,他被认为已近于死亡。

本段讲合伙解散的原因之四:没收。没收财产是人格大减等和中减等的结果,所以,这里实际讲的是合伙人之一遭受人格减等导致合伙解散。此时,被判处者的财产由皇库继承,所以说"他人继承了其地位"。人格中减等又称民事死亡,所以说

① 参见〔意〕桑德罗·斯奇巴尼编:《契约之债与准契约之债》,丁玫译,中国政法大学1998年版,第219页。

② 同上注,第225页。

“他被认为已近于死亡”。所以,本段把自然死亡和民事死亡同化了。本题第5段讲的是自然死亡,应把本段排为第6段才好。

本段不无现实意义,它提出的问题是,如果某个合伙人被驱逐出境(这是现代人相当于民事死亡的刑罚,尽管有关国际公约不提倡民族国家对自己的国民采取这种制裁措施),这一事实是否导致合伙解散?答案当然是肯定的,因为该合伙人在物理上不能参与合伙事务了。

I.3,25,8。同样,如果合伙人中的某人受大量债务的压迫,让与了其财产,并因此因公的或私的债务出卖其财产,合伙解散。但在这种情况下,如果合伙人们仍同意保持合伙,视为开始了一个新合伙。

本段讲合伙解散的原因之五:合伙人之一破产。让与全部财产是一种和解,它是出售一个人的全部财产的程序,在本书3,12pr.中讲了这个制度,出卖所得在诸债权人中分配,不够分的就豁免了,因此是一种和解。本段告诉我们,债权人有公的和私的,前种债权人应该就是拥有税收债权的国家。当然,这个合伙解散后,合伙人仍愿意继续合作的,可以继续开展合伙活动,但他们被视为一个新合伙。

I.3,25,9。或问:合伙人对另一合伙人是只在他是故意的情况下就合伙之诉承担责任,如同在其处所被寄托了物的人所要承受的,还是也因过失,换言之,因懒惰和疏忽就合伙之诉承担责任?他也因过失承担责任的意见居于上风。然而,过失不必以最精细的注意的尺度来衡量。事实上,合伙人对共有财产尽到他通常对自己财产所尽的注意足矣,因为选择了一个缺乏注意的合伙人的人,应责怪他自己。

本段讲合伙人承担合伙之诉责任的依据。合伙之诉是合伙人对其他合伙人提起的诉讼,据此可以要求被告兑现出资、汇报以自己名义取得的收益、分摊维护合伙财产的费用、填补由被告的故意和重过失引起的损害。本段提到的合伙之诉只涉及作为被告的共同合伙人对合伙财产造成了损害的情况,适用的场景似乎是合伙解散之际的清算活动,此时,对合伙财产造成过损害的合伙人要对其他合伙人为赔偿。那么,他为此等赔偿的主观方面的依据是什么?是仅仅是故意呢,还是过失也是这样的依据?最后的结论是两者都是,因为合伙是诚信合同,合伙人对过失承担责任是合伙为诚信合同的表现。那么,什么样的过失是这样的依据呢?我们知道,罗马法中有重过失、轻过失、最轻过失的分类3种过失,前者指行为人欠缺对于自己事务的注意的状态,中者指行为人未尽一般人的注意的状态;后者指行为人未

尽最精细的注意的状态。本段中，提出合伙人要对合伙财产尽对自己财产所尽的注意义务，潜台词是否则构成重过失，此时他要对合伙之诉承担责任。至于以轻过失或最轻过失给合伙财产造成的损害，其他合伙人不能追究责任，因为这是他们选错了合伙人的代价。

第 26 题

委任

I.3,26pr.。以五种方式缔结委任,某人对你进行委任,要么只为他自己专门的利益;要么为了他的和你的利益;要么只为他人的利益;要么为他的和另一人的利益;要么为你的和另一人的利益。但如果只为你的利益对你进行委任,委任无效,因此,不产生任何债,也不在你们间产生委任诉权。

委任的拉丁文是 Mandare,由 Manus dare 合成,是"帮忙"的意思。[①] 包含很多为人出主意、提建议的内容,是一种跟现代民法的合同法的经济人假设冲突的交易,所以,罗马人把委任看作社会团结的工具,表现人类的互助,现代人至少把部分委任看作赢利的手段。这种认识区别奠定了本题许多规定让现代人看来难以理解的理由。

本段讲委任的类型,宣称有五种,外加一种无效的委任,共有六种。这种分类法来自于盖尤斯的《法学阶梯》3,155—156(在其《论日常事物》中也有有关论述),但有发展,因为盖尤斯只讲三种委任,即为我的利益的委任、为你的利益的委任和为他人利益的委任,本段增加了为我的和你的利益的委任以及为你的和他人利益的委任,由此设想了更为复杂的情形,即两方或三方当事人涉身于委任的情形,如同一种数学式的推理,为了教学的需要推出在实践中并不存在的案型,具有人为的色彩。其中的仅为受任人利益的委任无效,因为有违委任的事理之性质——为他人帮忙,成了自助。许多委任叫我们感到奇怪,例如为委任人和受任人的共同利益的委任,因为在现代委任制度中,受任人被要求仅为委任人的利益行动,只有很少的经委任人允许的例外。

上面的委任分类并非罗马法中唯一的,乌尔比安把委任分为概括委任和特别委任、明示委任和默示委任,这种分类法与我们现在的委任分类更加接近。[②]

---

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.334.

② Ibid., pag.335.

I.3,26,1。发生只为委任人之利益的委任的情况有如,某人委任你经营其业务;或为他购买一块土地;或为他作出保证的情况。

此段讲第一种委任,它是单纯为委任人利益的。其中的委任经营业务为概括委任;委任购买一块土地为特别委任,委任他人为自己作出保证体现在本书3,20,6中,它把保证人代主债务人对债权人为偿付的活动定性为委任,此为现代法不谈。前两种委任完全与现代的委任含义同,但最后一种似乎不合现代的委任概念。

I.3,26,2。为了你的和委任人的利益,有如他委任你有息地贷款给某人,而该人是为委任人本人的利益取得借款的情况;或你希望对作为保证人的委任人起诉,而他委任你由他承担风险对债务人起诉的情况;或委任你由他本人承担风险,你与接替其债务人地位的人,就他对你负欠的订立要式口约。

此段讲第二种委任,它兼含委任人的利益和受任人的利益,这种委托是现代没有的。本段举了3个这种委任的例子。在例一中,受任人的利益在于他的贷款可以取得利息,委任人的利益在于他可间接从你取得贷款。这应该发生在委任人由于各种障碍不能直接从受任人取得贷款的情形。在例二中,保证人似乎不享有检索抗辩权,故债务人可首先起诉他,为了避免这一麻烦,他委任债权人起诉债务人。他的利益在于避开了首先被起诉,受任人的利益是起诉债务人失败的风险由委任人承担。但本例中包含的规则在《法学阶梯》颁布前两年,即531年已被优士丁尼自己的一个敕令修改,它规定,选择保证人起诉的,债务人并不被免除责任,除非债权人得到完全的清偿(C.8,41,28)①,这一掌故说明了对债权人利益保护的加强以及《法学阶梯》编订过程的相对马虎。在例三中,受任人与委任人的代位人就委任人债务的偿还订立要式口约。委任人的利益在于摆脱了债务人的地位,受任人的利益在于在代位人不能偿还时可从委任人取得返还。例如,蒂丘斯欠塞尤斯100元,僧普罗纽斯欠蒂丘斯100元,蒂丘斯委托僧普罗纽斯对塞尤斯偿付代替他还塞尤斯100元,委托塞尤斯就他对自己的负欠订立一个要式口约,塞尤斯订立的这个要式口约消灭僧普罗纽斯对蒂丘斯的负债,以及塞尤斯对蒂丘斯的负债。此时两个债都发生更新,蒂丘斯作为委任人承担责任,塞尤斯对僧普罗纽斯拥有要式口约之诉,如僧普罗纽斯不偿付,他可以委任诉权的对待诉权对抗蒂丘斯。

---

① See The Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S.P. Scott, Cincinnati, The General Trust Company, 1932, Vol.XIV, p.303.

I.3,26,3。事实上,为他人利益发生的委任,有如某人委任你经营蒂丘斯的店铺;或为蒂丘斯购买一块土地;或为蒂丘斯作出保证的情况。

本段讲第三种委任:为他人利益发生的委任,涉及三方当事人。首先是委任人,其次是受任人,最后是受益人,前者委托中者照管后者的事务,故这种交易属于为第三人利益的合同。本书3,19,19原则上禁止订立为第三人利益的要式口约,为此设立了违约金的除外。本段却不对订立为第三人利益的合同设立限制。这似乎表明罗马法中存在两类合同。一类是采用经济人假说的,只讲利益,另一类是采用社会人假说的,不讲利益讲帮忙。

I.3,26,4。为了他的和另一人的利益,有如委任你经营他与蒂丘斯共有的事务;或为他和蒂丘斯购买一块土地;或为他和蒂丘斯作出保证的情况。

本段讲第四种委任,为委任人和第三人的利益的委任。它是第三种委任的变体。由于在例示的这些交易中,委任人与第三人有共同利益,可以说这是部分为第三人利益的委任合同。

I.3,26,5。为了你的和另一人的利益,有如委任你有息地贷款给蒂丘斯的情况。如果你无息地贷款,发生只为另一人利益的委任。

本段讲第五种委任,为受任人和第三人的利益的委任,通过这一交易,受任人的利益是用自己的闲钱赚到了利息,第三人的利益是得到了贷款,因此,双方皆有裨益。这里的委任人相当于居间人,他知道受任人有闲钱和第三人需要贷款的信息,促成他们之间订立借贷合同,但自己未从中获得好处,所以只是相当于居间人。当然,如果贷款是无息的,受任人没有获得利益,这种交易又落入为第三人利益的合同的范畴。

I.3,26,6。为你的利益发生委任,有如委任你把你自己的金钱投资于购买土地,而不是有息地贷出它们;或相反,委任你有息地贷出它们,而不是投资于购买土地。这种委任与其说是委任,不如说是忠告,因此不发生债,因为任何人都不能由于忠告受委任之债的约束,即使受忠告者未得到好处,因为每个人可自由地自己探讨忠告是否可带来好处。因此,如果你在家里有闲钱,某人劝告你购买某物或把它们贷出,尽管该种购买或贷款未给你带来好处,但他不对你承担委任之诉的责任。规则就是这样,以至于有人问,委任你对蒂丘斯贷款生

息的人是否对委任之诉承担责任？但根据居支配地位的萨宾的意见，在这种情况下发生委任之债，因为如果你未受到委任，你不会贷款给蒂丘斯。

此段讲第六种委任，是委任人指示受任人按一定的方式使用他自己的物，例如把自己的款项贷给他人的委任。这是否构成委任，罗马法学家中有争论，塞尔维尤斯持否定说，认为这是忠告，因为忠告的受者可以考虑接受，也可做相反的选择，但萨宾持有限肯定说，认为在放债委任的情形构成委任，盖尤斯从之并为立法者采用。但比利时学者雅克－昂利·米歇尔（Jaques-Henri Michel）把这两种情况说得更细：我同意借给我的朋友蒂丘斯他向我要求数目的金钱，但当时未规定此等款项的移交问题，因为我委托我的另一朋友僧普罗纽斯借钱给蒂丘斯。此时，我与僧普罗纽斯之间发生委任关系，后者是我的受任人。①

I.3,26,7。违反善良风俗的委任也不发生债，例如，蒂丘斯委任你去盗窃、致人损害或侵辱他人的情况。事实上，就算你因做了这些事承担了罚金的责任，但你不对蒂丘斯享有任何诉权。

本段讲委任的合法性，换言之，做坏事的委任无效，是否构成“坏事”，本段提出了善良风俗的判断标准。既然做坏事的委任无效，所谓的受任人因此承受了罚金的，也不得向委任人追偿。本段假定接受委任者有自己的判断力，能区别委任的好坏而行，如果知道委任是坏的仍行之，他要自己为此承担责任。

I.3,26,8。执行委任者不应超出委任的范围。这样，如果某人委任你在100个金币的范围内购买土地或为蒂丘斯作出保证，你既不应以更高的价格为购买，也不应就更多的金额充当保证人，否则你对他不享有委任之诉。确实，萨宾和卡修斯甚至决定：即使你希望在100个金币的范围内对他起诉，你的起诉将是徒劳的。但对立之学派的作者认为，你可正当地在100个金币的范围内起诉。这种意见当然更仁慈。如果你以较少的金额作了购买，不消说，你对他享有诉权，因为委任人委任你以100个金币购买土地，当然，他被认为作出了如果可能的话，以较少的价金为购买的委任。

本段讲委任的范围。受任人超出委任范围活动的效果如何？有严厉对待说和

① Voir Jaques-Henri Michel, Gaius et le madat mes, tua ou aliena gratis, In Revue Internationale des droits de l'Antiquité, XLIV, 1997, pp. 293ss.

宽松对待说两种处理，前者认为在委任范围内的交易也无效，例如，委任人要受任人在100个金币的范围内购买土地或为蒂丘斯作出保证的，如果受任人在150个金币的范围内进行购买或作出保证，受任人甚至不能在100个金币的范围内对委任人起诉，如此有利于委任人的利益。后者认为仅超出的部分无效，受任人对之不享有委任之诉：即迫使委任人承担委任行为的法律效果并给付费用的诉权。这种安排兼顾两方利益，为立法者所采。但违背委任范围实施的行为有利于委任人的，例如受任人以委任人安排的更低的价格购买了物的，有关行为有效。

I.3,26,9。正当缔结的委任，如在被委任之事尚未进行之际被撤销，失效。

本段讲委任消灭的原因之一：委任被撤销，这发生在委任尚未实施的时间。当然，在委任已实施的时间，委托人也可撤销委任，不过法律关系将复杂一些。

I.3,26,10。同样，如果委任尚未执行前一方死亡，换言之，委任人死亡或受任人死亡，委任解除。但为了功利，人们承认，如果委任你的人死亡，你在不知道他已死亡的情况下执行委任，你可提起委任之诉，否则，正当的、可接受的不知情将给你带来损害。与此类似，已决定：如果债务人对蒂丘斯的已解放的管家作了偿付，他不知道该管家是解放自由人，债务人可免除责任。不过，按法律的严格规则，不能免除他们的责任，因为他们对自己并非应对之偿付的人作了偿付。

本段讲委任消灭的原因之二：在开始执行委任前当事人一方死亡。如果委任已开始执行，委任人死亡的，受任人不知此事继续执行委任的，他仍可通过委任之诉要求费用之报销，否则，如果委任人的继承人开始执行委任了，能提起委任之诉的就是他们了，受任人要为自己的这种不知情付出代价。

管家也处在受任人的地位，债务人对他的偿付就是对其主人的偿付。但管家被解放了，他由此不再是其前主人的受任人，债务人对此不知，仍对他作了偿付的，债务人解除责任，损失由前主人承担，因为他没有尽到公告管家已被解放事宜的义务。当然，这是一种仁慈的处理，如果按严格法，应当承受损失的是债务人。为何舍严格法而采新法？我认为是为了交易安全，保护债务人就是保护交易安全，上述舍弃说明法律对交易安全的注重提高了。

I.3,26,11。人们可自由地不接受委任。然而，如果人们接受了委任，必须完成之，要么必须尽快拒绝，以便委任人可或通过他自己，或通过他人执行同一

事务。事实上,除非辞却以为委任人保留了迅速处理同一事务的完全可能的方式作出;除非就不辞却,或不及时辞却发生了正当的原因,仍发生委任之诉。

本段首先讲受任人是否接受委任的自由,因为委任具有为人帮忙的性质,通常受任人无利可得,他享有这种自由理所当然。其次讲委任消灭的原因之三:辞却。辞却委任应遵循一定的规则。首先要尽快决定,以便委任人为委任事务作出另外的安排;其次受任人应当给予委任人一定的缓冲期间。这一期间是不确定的时间,即合理时间。该辞却没有辞却或辞却没留缓冲期间的,受任人应继续承担委任之诉的责任,但有正当原因的除外,这些原因包括患病、破产,因为受任人无义务为了委任人的利益牺牲自己的利益。

I.3,26,12。委任可附期限发出,也可附条件作成。

本段讲委任可以附样态,即附期限和条件,期限届满或条件成就,则委任生效或失效。"生效",发生在附延缓期限或延缓条件的情形。"失效",发生在附解除期限或解除条件的情形。由于委任是诚信合同,在解除期限届满、解除条件成就后,受任人不得马上停止委任活动,必须等到有人接手此等活动后才可退出委任关系。

I.3,26,13。最后必须知道,委任,除非是无偿的,就落入了其他形式之交易的范围。事实上,如果规定了报酬,就变成租赁了,朕一般地说:在承担职责而不接受报酬的情况下,缔结的交易是委任或寄托;在发生报酬的情况下,认为缔结了租赁。因此,如果你把衣服给漂洗匠清洗或整理或给裁缝缝补,而未规定或允诺任何报酬,可提起委任之诉。

本段讲委任与租赁的区别标准:有酬与否。委任都是无偿的,一旦有偿,交易就变成了租赁。就无偿性而言,委任同于寄托。这是讲的交易从无偿合同向有偿合同的摆动,反过来讲,也有交易从有偿合同向无偿合同的摆动。例如,本来是租赁的交易,例如,洗衣合同和补衣合同,如果未规定报酬,也转化成委任,衣服所有人可以委任之诉受到保护。洗衣补衣皆为事实行为,此处竟然成为委任的对象,匪夷所思,因为现代人仅把实施法律行为作为委任的对象。

第 27 题

准契约之债

I.3,27pr.。在列举了契约的种类后,朕也探讨确实不被严格地认为产生于契约,但由于其存在不是产生于非行,被认为是产生于准契约的债。

本段转题,讲准契约之债。在债的二分法发生根据理论的框架下,除了契约之债和私犯之债,其他债的发生根据,与契约相似的,归入准契约之债。与私犯相似的,归入准私犯之债。加上"准"后,被加者就成为一个杂类,许多彼此性质颇异的东西被拢在一类中。准契约成为一种立法者掌握的调控手段,把彼此间没有契约关系的人视为他们间有契约关系,按这种关系调整他们间的权利义务。所以,"准"字除了具有"杂类"的含义外,还有"指鹿为马"的含义。

I.3,27,1。因此,在某人管理不在者之事务的情况下,在他们间相互产生被称作无因管理之诉的诉权。但事务被管理者对管理人享有直接诉权;而事务管理人享有对待诉权。显然,严格地说,这些诉权不是从任何契约产生的,因为这些诉权产生于某人在未受委任的情况下自荐于他人事务之管理的情况。由此,其事务被管理的人,即使不知情,也受债之约束。这是为了功利接受的规则,以免为突然的匆促所强制而动身旅行,未托付任何人管理其事务的不在者抛弃其事务。如果某人就付出的费用不享有任何诉权,肯定将无任何人照管他人的事务。然而,正如有益地照管了事务的人对事务的主人享有债权,反过来,他本人也对管理账目之汇报承担责任。在这种情况下,强制他就汇报账目尽很细心的注意。只尽他通常对自己之事务所尽的注意是不够的,如果更勤勉的他人能更好地管理事务的话。

本段讲准契约之债之一:无因管理。早期罗马法无因管理与监护无严格的区分,并不存在事务管理。当时社会规模小,对他人事务加以照料被纳入道德范畴,由宗教调整,未形成典型的法律关系。最早的无因管理产生于诉讼中,如某人因紧

迫需要，于诉讼进行中要离家，此时可由他人代理出庭。后来形成典型法律关系，裁判官给予事实诉、法律诉保护管理人的利益，以贯彻“可以爱一切人，问题是不损害自己”的原则。由此，罗马法中的人性标准低了下来。被管理事务者如果不给付报酬则构成不当得利，这反映了德国法中“性恶论”的人性论。

直接诉权，即市民法诉权，其范围和对象都由市民法规定。在本段的情形，由被管理人或其继承人对管理人或其继承人行使，内容涉及账目汇报、物件交付、损害赔偿等。

对待诉权，是适用于不完全的双务契约如寄托、使用借贷、信托、委托、质押的诉权，在本段中，指事务管理之诉的对待诉权。由管理人或其继承人对被管理人或其继承人行使，内容是报销有益和合理的管理费用。

I.3,27,2。按监护之诉承担责任的监护人，不被认为是根据契约受债之约束（事实上，监护人与被监护人间未缔结任何交易）。但由于他肯定不是出于非行承担责任，而被认为是根据准契约承担责任。然而在这种情况下，诉权是相互的。事实上，不仅被监护人对监护人享有监护之诉，而且另一方面，如果监护人为被监护人的财产发生了某些费用；或为被监护人受债之约束；或把自己的财产抵押给了被监护人的债权人，他也对被监护人享有监护之诉的对待诉权。

本段讲准契约之债之二：监护。这是对监护性质的一种新鲜理解。也有人把监护理解为准家庭关系。[①] 我国法并不把监护理解为契约关系，监护就是监护，没有把它与哪种关系比附。本段接下来讲了监护之诉具有相互性，不仅为被监护人用来请求账目汇报，而且为监护人用来报销费用。

I.3,27,3。同样，如果物为某些人共有而不存在合伙关系，例如，某物被遗赠或赠予他们全体的情况，而他们中的一人，由于单独获得了该物的孳息；或由于其共有人已对该物作了必要的花费，要对其他人就分割共有物之诉承担责任。从严格意义上，这种债不被认为是根据契约缔结的，因为在他们间未订立任何契约。但由于他不是出于非行承担责任，被认为是根据准契约承担责任。

本段讲准契约之债之三：法定共有物分割之债。共有有意定共有和法定共有两种类型。后种共有都是他人的无偿行为造成的。罗马人认为共有是纷争之源，

① Cfr. Antonio Guarino, Diritto privato Romano, Jovene, Napoli, 1994, p.612.

应尽早解除。解除的手段是共有物分割之诉，此时，如果某个共有人单独获得了共有物的孳息或单独为共有物作了必要的花费，他要在分割共有物之诉中与其他共有人进行清算，他要把多于自己应得份额的收取的孳息让其他共有人分享，后者也要分摊他支出的费用，但以必要费用为限，换言之，奢侈费用只能由他一个人承受。

I.3,27,4。在上述情况下，对其共同继承人根据分割遗产之诉受债之约束者，适用同样的法。

本段讲准契约之债之四：分割遗产。其间，每个继承人要上交自己收获的孳息，汇报自己承担的亏损，然后在折抵的基础上对遗产为分割。这个活动的参与人间的权利义务按准契约的规则调整。

I.3,27,5。严格地说，继承人也不被认为根据契约就偿付遗赠物受债之约束（事实上，不能在严格意义上说受遗赠人与继承人或死者订立了任何交易）。然而，由于继承人不是出于非行受债之约束，他被认为根据准契约承担义务。

本段讲准契约之债之五：继承人的移转遗产的义务。我们知道，在本书体现的罗马继承法中，继承人一身二任，除了遗产承受人的角色外，他还有遗产中转人的角色。在遗赠、遗产信托等情形，他负责把遗产按遗嘱人的要求转交受遗赠人和受信托人，由此产生继承人与这些二级遗产承受者的关系的性质问题，本段对此作了是准契约关系的回答。

I.3,27,6。同样，某人因错误对之偿付了债的人，被认为根据准契约承担义务。事实上，他之所以不被认为是严格地根据契约受债之约束，乃因为如果朕遵循更严格的推理，如同朕上面所说的，可以说他与其是因订约而受债之约束，不如说他是因消灭契约而受债之约束。事实上，给付金钱者被认为以清偿的意图为给付，是为了消灭而不是缔结交易。但接受金钱者受债之约束，完全如同已给付了他消费借贷一样，因此，他对要求给付之诉承担责任。

本段讲准契约之债之六：错债清偿，也就是偿付了不该付的债务。可细分为如下情况。其一，由于错误偿还根本不欠的债，对方笑纳。其二，由于错误超过了实际负欠的数额偿还债务，例如，实欠50，还了100，对方笑纳。其三，由于对期限认识错误提前偿债。以上为对债的存在与否、其数额、其期限发生错误，属于事实的

错误。在这些情形,受给付人构成不当得利,法律强行在他与错误给付人之间建立准契约关系。这种拟制有点滑稽,因为受给付人在受领合同的履行过程中又戴上了法锁,而他本来是打算解开这种法锁的。严格说来,他承担的是准消费借贷之债,法律拟制他不当受领的给付是借的给付人的钱,现在判令他还回去。如果不如此,赋予给付人要求给付之诉满足自己的请求。

实际上,错债清偿还可以因对法律的错误构成。例如,被监护人的债务人基于这样的错误未经监护人批准直接对其债权人偿债的,也构成错债清偿,但基于公共政策的考虑,不许他提起错债清偿之诉。

I.3,27,7。但在某些情况下,由于错误作出的非债清偿不可索回。事实上,古人确定:在由于否认使诉讼之价值增加的情况下,这种情况下的非债清偿不可索回,例如根据《阿奎流斯法》的诉讼,同样,关于遗赠的诉讼。然而,古人确实希望上述规则适用于标的确定的嘱令遗赠。然而,朕的一个使所有的遗赠和信托迁就于一种性质的敕令[①],希望把这样的增加扩及于一切遗赠和遗产信托,但不授予所有的受遗赠人,而只授予遗留给神圣的教堂和其他因宗教或仁爱目的而受推崇的可尊敬之地的遗赠和遗产信托,如果它们被非债清偿,不可索回。

本段讲错债清偿规则的例外:法律对否认偿付义务者规定了加倍偿付的责任的,如果债务人由于错误,在他不应支付此等惩罚性债务的情况下作了支付,他不得索回。本段对这种情形举了两个例子。(1)《阿奎流斯法》的诉权。这种诉权对于自认责任者是单纯的价值,对于否认责任者是两倍的罚金诉权(参见本书4,6,19)。(2)嘱令遗赠之诉。嘱令遗赠是遗嘱人命令其继承人对受遗赠人为某项给付的遗赠,是间接遗赠,它分为标的确定的和不确定两种。前者的例子如遗嘱人命令继承人向第三人偿付100金币。后者的例子如遗嘱人命令其继承人向第三人偿付所有柜子里的金钱。[②] 嘱令遗赠具有遗嘱人慷继承人之慨的色彩,且包含威胁如继承人不执行遗赠将受制裁(即拘押)的条款,继承人有否认它之存在的自发倾向,对此法律规定了双倍罚金之诉制裁之。但并非否认所有的嘱令遗赠都可导致这种制裁,只有否认标的确定的嘱令遗赠可导致,原因似乎很简单:它可以提供双倍罚金的基数,标的不确定的嘱令遗赠不可能做到这一点。在这两种情形,如果债务人或继承人搞错了事实或法律发生了变化,付了两

① 见C.1,3,45(46),530年。

② Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.561.

倍的罚金后才发现不该支付，他们不得索回已为之偿付。这是基于为和解所作的一切偿付均不可索回的原则（D. 12，65，1。保罗：《普劳提评注》第 17 卷）[①]，目的是为了避免重开争议。非债清偿能够索回的，都是没有原因的清偿，但本段谈到的非债清偿都是有动机的，此等动机就是害怕拒绝为清偿会导致双倍的罚金，这本身构成一种和解。[②]

优士丁尼以一个敕令改革了上述规则。首先扩张了其适用范围，不再限于嘱令遗赠，而是包括一切遗赠和遗产信托。其次限缩了债权人的范围：只包括宗教慈善团体。如果否认对它们的遗赠和遗产信托之存在，按本书 4，16，1 的规定，否认者要承受 3 倍的罚金。这些人偿付了罚金后发现是错付的，不得索回，由此维护宗教慈善团体的利益。

① See The Digest of Justinian, Vol. I, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p. 388.

② Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag. 560.

第 28 题

我们通过什么人获得债

I.3,28pr.。论述了产生于契约或准契约的债的种类,朕必须提醒,你们不仅通过你们自己取得,而且也可通过处于你们权力下的人,例如通过你们的奴隶和子女取得。这样,通过奴隶为你们获得的,全部成为你们的,然而,通过你们享有权力的子女以债获得的物,根据朕之敕令[①]采用的区分物的所有权与用益权的观点进行分割。这样,从诉权获得的利益中,其用益权确实由父亲享有,然而所有权被留给儿子,不消说,父亲是根据朕之新敕令的区分起诉的。

本题讲债的代理取得,与本书第 2 卷第 9 题对所有权的代理取得不同而相关。本段讲债的代理取得的情形之一:他权人的取得。这在法律上就是家父的取得。本段又把家子和奴隶放在一起谈。不过有所区分,经本书 2,9,1 讲到的优士丁尼的改革后,家子取得行使债权取得之物的所有权,家父取得此等物的用益权。奴隶则保持原来的地位,他们通过债取得的一切都是为主人取得。

I.3,28,1。同样,通过你们诚信占有的自由人和他人奴隶为你们取得债,但只限于两种情况,换言之,他们以自己的劳动获得某物的情况;或以你们的财产为手段获得的情况。

本段讲债的代理取得的情形之二:诚信占有的自由人和他人奴隶的取得。通过自由人,例如以为是奴隶而实际上是自由人的人。通过他人奴隶,例如以为是自己的实际上是他人的奴隶。此段中的诚信是主观诚信:它是一种认识错误或不知的心理状态。但这两种人并非总是可以为"你们"取得,完成此等取得须满足两个条件之一:(1) 他们以自己的劳动获得某物;(2) 以"你们"的财产为手段获得。因为这两种人处在占有人的"准奴隶"地位,他们的劳动与占有人的财产结合的成果自然归占有人,否则就要归他们自己或其真正的主人了。让这种"准奴隶"的劳动

① 参见 C.6,61,6,529 年。

成果归属于占有人，是对他的诚信的报偿。

I.3,28,2。也通过你们对之享有用益权或使用权的奴隶，在上述两种情况下，类似地为你们取得债。

本段讲债的代理取得的情形之三：通过对之享有用益权或使用权的奴隶取得。此等奴隶的空虚所有人并不享有此等取得的利益，看来采取的是谁控制奴隶谁取得其所得的原则。

对奴隶享有用益权或使用权，权利人的权利有何区别呢？区别在于用益权人可以把奴隶租给他人获得收益，使用权人只能自己利用奴隶的劳务。[①]

I.3,28,3。共有的奴隶按所有权的份额为所有人取得，是肯定的，他们指名地为一个所有人订立要式口约或接受交付的情况除外，此时他只为该所有人取得，例如在这样订立要式口约的情况下："汝答应对吾之主人蒂丘斯给付否？"但如果奴隶根据一个主人的命令订立要式口约，就算从前其效力受到怀疑，但在朕的决定[②]后，事情已解决，如同上述，他只为对他发出这样做的命令的人取得。

本段讲债的代理取得的情形之四：共有奴隶的取得。这种债按共有份额的比例归各共有人，但实施法律行为的奴隶专门声称此等债的所得归某个共有人的，依其声明。这样的安排当然对其他共有人不公，所以受到怀疑。但优士丁尼为此发布了一个敕答，把这种安排肯定下来。他的敕令把本段简化的案情还原其复杂了：这里说到的以某个共有人的名义订立要式口约的奴隶实际上接受的是另一共有人的命令，但他不服从后者的命令并作弄后者，偏偏以前者的名义订约，为了禁止奴隶使坏，也避免把交易的利益给予一个对此完全不知的人，优士丁尼裁定上述要式口约无效。[③] 相反，如果奴隶以共有人中的为命令者的名义订约，则交易有效。如此，命令者与利益承受者就一致起来了。

---

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.504.

② 参见C.4,27,2(3),530年。

③ See The Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S.P. Scott, Cincinnati, The General Trust Company, 1932, Vol. XIII, p.60.

第29题

以何种方式消灭债

I.3,29pr.。事实上,所有的债,因清偿了应清偿之物;或某人在债权人同意的情况下,以他物代替作了清偿而消灭。但是,清偿人是债务人本人,还是为了他的利益的其他人,并不要紧。事实上,其他人作清偿,无论债务人对此知情还是不知情,甚至违背其意志地作成清偿,都使他解除债务。同样,如果债务人作出清偿,也解除为他的利益而出面者之责任。反过来,如果保证人作了清偿,发生同样的情况。事实上,不仅解除了他自己的债务,而且也解除了债务人的。

本段讲债的消灭原因之一:清偿。清偿首先应是合同约定标的物的履行。如果履行这样的物发生困难,经债权人同意,可以替代物清偿。例如,原来约定的标的物是西西里的小麦,由于天灾,西西里的小麦绝收,改为以非洲的小麦为清偿。这样的安排,蕴涵着重订合同制度,它对债务人具有照顾意义。清偿的责任尽管由债务人承担,但谁作清偿并不重要,问题在于债权人得到了清偿,其利益得到了满足。所以,本段对清偿主体没有什么限制,这也可见证本段所言清偿只适用于给之债。在为之债中,谁来为对于债权人意义重大。无论如何,主债务人为清偿后,免除保证人的责任。同样,保证人为清偿后,免除主债务人的债务。

I.3,29,1。同样,债通过正式免除而消灭。而正式免除是拟制的清偿。事实上,根据口头之债对蒂丘斯负欠的,如果蒂丘斯希望免除之,他可这样作成此事:容忍债务人说这样的言辞:"吾允诺给汝之物,汝收到否?"而蒂丘斯回答"吾已收到。"但正式免除也可用希腊语作成,只是要按人们通常使用的拉丁言辞作成:"汝取了若干钱币否?""吾已取。"如朕所说过的,以这种方式只解除用言辞缔结的债,不解除其他的债。事实上,以言辞作成的债可以其他言辞消灭,被认为合乎逻辑。但根据其他原因负欠的,可转化为要式口约,并通过正式免除而解除。然而,如同被负欠的可正当地部分清偿一样,债务的正式免除也可部分地作出。

本段讲债的消灭原因之二:正式免除。这种免除要按一定的程式和套语来进行,实际上是虚拟地承认已收到了债务人的履行,故有"正式"之限定。它产生于公元前4世纪,是一种与债务人的履行相伴的行为,以此把债务人的责任解除,起证实债务人已履行的作用。① 到了公元前3世纪初,单纯的偿付就可解除责任,不需正式免除的程式。此时,正式免除获得了新的意义,成为正式免除债务人的要式口约之债的一种手段。在古典法中,正式免除主要用来免除万民法上的债。

正式免除适用的条件是:只可用来解除口头契约之债,但如果把其他类型的债转化为要式口约之债,也可以通过正式免除而解除。

正式免除不仅可用来免除单项的全部债务,也可用来免除其一部分。

I.3,29,2。已确定了一种通常被称作阿奎流斯的要式口约,任何种类的债都可用它转化为一个要式口约并由之产生债,通过正式免除消灭此等债。事实上,阿奎流斯要式口约更新了所有的债,它由加路斯·阿奎流斯这样编成:"由于根据任何原因,汝现在应该或在将来的期日应该对吾给付或做的一切事情;并就所有这些事情,吾已获得或将获得的对汝的债权之诉、请求之诉或索回之诉;汝取有、持有和占有的吾之物,或汝本可占有,由于汝之恶意诈欺未占有的吾之物。就这些债、诉权和物的价值,奥路斯·阿杰流斯通过要式口约被允诺对他给付这样数目的金钱,努梅流斯·内基丢斯对此作出答应",反过来也一样,努梅流斯·内基丢斯问奥路斯·阿杰流斯:"汝收到全部吾今天以阿奎流斯要式口约答应给汝的财产否?"奥路斯·阿杰流斯回答:"吾已收到,并已记账。"

本段接续前段"根据其他原因负欠的,可转化为要式口约以正式免除的方式解除"之言,讲把任何债转化为要式口约之债的方式:阿奎流斯要式口约,它导致原债的更新,新债具有不同于原债的解除要求。这一要式口约中的"根据任何原因"一语指被转化的债可以是任何形式的,例如要物之债、文书之债或合意之债,现在它们都可转化为特定的口头之债。"现在应该或将来应该"一语指不仅既存之债,而且将来之债都可这样转化。"对吾给付或做的一切事情"一语说明各种客体的债都可转化,它们包括给之债和为之债。"在债权之诉、请求之诉或索回之诉"一语中,债权之诉是对物之诉,请求之诉是对物之诉,索回之诉是责任之诉。"汝取有、持有和占有的吾之物"一语中,"取有"一词指所有人可对占有其物的人提起的原物返还之诉。"持有"指只有体素而无心素的占有。"占有"是市民法上的占有,既

① Cfr. Hans Ancum, La forma dell'acceptilatio nella realtà giuridica di Roma nel periodo classico, In Revue Internationale des droits de l'Antiquité, XLV, pp. 267ss.

具备体素，又具备心素的占有。三者指的都是所有人对据有其物的人享有的物权，本段证明利用阿奎流斯要式口约可以把它们转化为债权，方式是把此等物权的价值在要式口约中以金钱表示出来，然后用正式免除的方式解除。“汝本可占有，由于汝之恶意诈欺未占有的吾之物”一语用来指违反合同，故意让所有人之物被人占有的人的债务。总之，可以转化的债的标的有债、诉权和物三种。完成转化后，再以本题前段介绍的正式免除要式口约解除债务人的债务。①

“奥路斯·阿杰流斯”、“努梅流斯·内基丢斯”是罗马法中常用的虚拟人名，相当于中文中的“甲”、“乙”。

I.3,29,3。此外，债因更新而消灭。例如，就你负欠塞尤斯的，订立要式口约由蒂丘斯给付的情况。事实上，由于新人的出现，产生了新债，被消灭的第一个债转化为第二个债，甚至有时就算第二个要式口约无效，但第一个要式口约因更新的法则消灭。例如，如果你负欠蒂丘斯的，他与未得监护人授权的被监护人订立要式口约被允诺从后者得到偿付，在这种情况下，他完全丧失债权。因为先前的债务人已被解除债务，而后面的债无效。如果他与奴隶订立要式口约得到同样的允诺，不适用同样的法。事实上，当时先前的债仍维持约束力，完全如同后来未与任何人订立要式口约一样。但如果你后来与之订立要式口约的人为同一人，只有在后来的要式口约中有某些新内容的情况下才发生更新，例如，增加或取消了条件、期限或保证人的情况。然而，朕所说的如果增加了条件将发生更新，必须这样理解：朕所说的是如果条件成就，才发生更新。否则，如果条件未成就，先前的债延续。

本段讲债因更新而消灭。更新有两种情况：(1) 主体变更，本段讲到了债务人的变更，是第三人接替原债务人偿债的情形；(2) 内容/要素变更，此时，债的当事人维持不变，但债的内容发生改变，此等内容可以是样态，也可以是担保。在第一种情况中，新债无效的，旧债并不因此维持效力，因为它已经由于更新消灭了。所以，一次不成功的更新具有破坏性，它炸毁了两个债。本段就此举的例子是在你与蒂丘斯之间存在原债，后来，未得监护人授权的一个未成年人与蒂丘斯订约，打算为你还债。根据本书1,21pr.，这样的交易对于这个未成年人无效，尽管对于蒂丘斯有效，但这样的单面有效已无意义。而根据本段，这样的交易无效。当然，如果一个奴隶与蒂丘斯订约要为你还债，情况则不一样，第二个债如同不存在，不导致第一个债更新，也不至于破坏第一个债的效力，原因在于奴隶没有人格，更没有代理

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.375.

主人当债务人的权利能力。[1] 当然，按照本书3,17，他们代理主人当债权人的权利能力还是有的。

I.3,29,3a。但古人确实对此毫不怀疑，只要第二个债是以更新的意图达成的，就发生更新。然而对此却有疑问，什么时候可认为有了更新的意图？对此问题，不同的人就不同的案型采用了各种各样的推定，因此出现了朕的敕令[2]，它很明确地规定：只有在订约人间已表示，他们就先前的债之更新达成了协议的情况下，才发生更新，否则，第一个债将维持，第二个债增加于其上，这样，根据朕的敕令的界定，维持根据两种原因的债，可通过阅读其内容本身，更好地了解这些界定。

本段讲债的修改与更新的区别。有更新债的事实和意图，主客观相结合才构成债的更新，否则只是债的修改。而按照古法，只要对债的内容作了一点变动，就发生更新，尽管当事人并无更新债的意图，所以，更新是法律创设的，而非当事人自己创设的。优士丁尼不满这种情况，强调只有当事人有更新的意图的情况下才发生更新。[3] 其他的变动都是修改，这样就确立了合同成立后终止前可以由当事人调整其内容的规则。

I.3,29,4。进而言之，因合意缔结的债因相反的意思解除。事实上，如果蒂丘斯和塞尤斯彼此达成合意，塞尤斯以100个金币购买托斯库鲁姆[4]的土地，然后，该事尚未接着发生，换言之，既未偿付价金，也未交付土地，而他们决定放弃买卖，他们相互解除了债务。对租赁和所有产生于合意的契约，如同已说过的，也适用同样的规则。

本段讲合意之债因相反的合意而解除，适用于当事人缔结了一个债，但尚未履行的情形。此时当事人无意履行的，可通过相反的意思表示解除合同。本段中以托斯库鲁姆土地的买卖交易为例，很有意思，因为这个土地属于意大利，而本书的

---

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag. 382.

② 参见C.8,41(42),8,530年。

③ See The Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S. P. Scott, Cincinnati, The General Trust Company, 1932, Vol. XIV, p. 305.

④ 托斯库鲁姆是罗马郊区一风景优美的小山丘，包括西塞罗在内的许多罗马显要曾在此建造别墅。

作者生活在远离意大利的希腊，他们之所以习惯于把意大利的事物当作谈论法律问题时的例子，因为生活在意大利的法学前辈如昆图斯·穆丘斯·谢沃拉开创了这样的话语传统。

Volume

IV

第四卷

第 1 题

私犯之债

I.4,1pr.。在前一卷中已论述了契约之债和准契约之债,接下来朕探讨非行之债。而前者如朕在关于它们的章节讲授的,分为四种,但非行之债只有一种,事实上,所有的非行之债都产生于行为,换言之,产生于非行本身,例如产生于盗窃、抢劫、损害或侵辱。

本段接续前卷,在前卷探讨了契约之债和准契约之债以后讲非行之债,非行之债的发生根据是行为(Res),严格说来,按拉贝奥的说法,Res 仅仅是用手实施的行为,与用嘴实施的行为相对。作者把 Res 解释为非行本身,有盗窃、抢劫、损害、侵辱四种表现形式,看来,这四者并非非行之债的发生根据,而是此等债的表现形态。"发生根据"与"表现形态"如何区分,值得研究。我认为,前者是从债何以产生的角度进行观察的,后者是从债产生后彼此有何区别的角度观察的,两者存在关联,因为产生的原因不同,其存在形态也不同,导致诸债之间存在区别。

在现代法中,盗窃和抢劫已作为犯罪处理,优士丁尼罗马法仍把它们当作私犯处理,这可能表现了古代法的不区分侵权和犯罪的特征。确实,在早期的英国法中,也不区分侵权和犯罪。[①]

I.4,1,1。盗窃是诈欺地接触物,不论是物本身还是其使用权或占有权,它是自然法禁止实施的行为。

本段讲三个问题。第一,盗窃的定义。作者从主客观结合的角度定义盗窃。从主观角度,说盗窃人具有诈欺的意图。"诈欺"的意思是"不怀好意地";在现代,它等于故意。从客观角度,盗窃人有"接触"被盗物的行为。"接触"是以带走、盗用、乱动、滥用的目的把手置于他人之物上,其含义比未经他人同意拿走其财产广

① 参见王占明:《英美侵权法中的过失认定研究》,厦门大学 2009 年博士学位论文,第 22 页。

得多。[①] 与"接触"对立的是滥用或不法使用以及占有盗。[②] 这一"接触"的定义与无体物的概念相合。第二,盗窃的类型,涵盖物件盗、使用盗、占有盗三种。现代刑法只包括物件盗,例如我国《刑法》第264条规定只以财物为盗窃对象。为何如此?主要原因在于罗马法采用无体物主义,所以,盗窃罪的客体很广泛,而《德国民法典》以来的现代法采用有体物主义,故倾向于专以有体物为盗窃罪的客体。目前,我国刑法学界一些学者主张改变盗窃客体的所有权说,采用占有说或法益说,这样就回到了罗马法上的盗窃概念。[③] 第三,制裁盗窃罪的依据:自然法。按这种法,一切资源属于所有的人,人们根据自己的能力把这些资源据为己有。一旦定分,则他人不得染指自己的财产,否则构成盗窃。

I.4,1,2。而盗窃被说成来源于furvus,即"黑的",因为盗窃是秘密地、在暗中,通常在夜间实施的;或被说成来源于fraus[④];或被说成来源于ferre,即"带走";或被说成来源于把盗贼叫作φωραο的希腊语的术语。当然,希腊人也说"盗贼"一词来源于"带走"一词。

本段讲"盗窃"一词的来源:"黑暗"或"带走"。前者揭示了盗窃的秘密窃取他人财物的属性,后者揭示了盗窃的接触他人之物而带走之的属性。作者对拉丁法律术语的希腊词源的强调表明了希腊文化对罗马法的影响或表现了罗马法的希腊化。

I.4,1,3。而盗窃有两种:现行盗窃和非现行盗窃。事实上,被搜获赃物和栽赃,如同下文将出现的,与其说是一种盗窃,不如说是一种与盗窃有关的行为。希腊人称之为"被当场抓获的人",是现行盗窃犯。不仅在盗窃行为本身中被抓住的人,而且在实施偷盗的地方被抓住的人,例如在房子里实施盗窃、尚未出大门便被抓住的人,以及在橄榄园中偷橄榄或在葡萄园中偷葡萄的人,只要他在该橄榄园或葡萄园被抓住,他就是盗贼。甚至现行盗窃的范围必须进一步扩大,只要某人被看见手拿被盗物,并在到达他想带到或寄存物的地方之前,在不论是公共场所还是在私人场所,由所有人或由其他人抓住,他就是现行盗窃犯。但如果他到达了想到的地方,即使他在携带被盗物的情况下被抓住,他

① See Adolf Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law. Philadelphia: The American Philosophical Society, 1991, p.415.

② Cfr. Manuel Jesus Garcia Garrido, Diritto privato romano, CEDAM, Padova, 1996, p.258.

③ 参见陆晓萍:《对传统盗窃罪客体要件的质疑》,载《西昌学院学报·社会科学版》2006年第1期。

④ 拉丁词,意为"欺骗"。

不是现行盗窃犯。什么是非现行盗窃，可从朕已说的这些得到理解。事实上，不是现行盗窃的盗窃，不消说，就是非现行盗窃。

本段讲盗窃罪的分类：现行盗窃和非现行盗窃。说明现行盗窃的诸类型：第一，在实施盗窃过程中被当场拿获；第二，完成盗窃行为后在盗窃现场被拿获；第三，手拿赃物被拿获。除此以外的盗窃都是非现行盗窃。这种区分的意义在于现行盗窃恶性更大，更需要严厉打击。

I.4,1,4。被搜获的盗窃，被说成是于证人在场下在某人处寻找并找到了被盗物的情况。事实上，尽管他可能不是窃贼，授予特别的被称作搜获之诉的诉权对抗他。被栽赃，被说成某人把被盗物带给你，该物在你处被搜获的情况，当然，以他把物交给你的意图是该物在你处，而不是在给付人处被搜获为条件。事实上，在你处搜获了物，即使带来它的人不是窃贼，授予你专有的、被称作栽赃之诉的诉权对抗他。也有不许追寻被盗物之诉对抗禁止希望于证人在场下搜寻被盗物的人的人。此外，裁判官告示通过不出示被盗物之诉，课加罚金于不出示在他处寻找并找到的被盗物的人。但这些诉权，换言之，搜获之诉、栽赃之诉、阻止追寻被盗物之诉和不出示被盗物之诉，已转入生疏。事实上，由于今天已不按古老的规范寻找被盗物，结果，上述诉权也应有地从共同习俗中消失了，因为很显然，所有在明知的情况下收受和藏匿被盗物的人，都对非现行盗窃之诉承担责任。

本段从历史的角度讲盗窃的牵连犯的4种情况，前两种来自《十二表法》，后两种来自裁判官法。其一，是在某人处所被搜获被盗物件的情况，这种情况最初由《十二表法》第八表第15条规定，失主一旦发现发生盗窃，马上可聚集亲友追寻赃物，他在进入嫌疑人的处所时，应赤裸身体，只以一块亚麻布遮羞，手中端一个空盘子，如此是为了防止他以带入的物品栽赃。遵守这样的程序在某人处所搜获被盗物件的，不论盗窃是他所为还是仅仅把赃物窝藏在他处，他都要就搜获的盗窃之诉承担责任，也就是要向追寻人偿付3倍的罚金。其二，某人被栽赃的情况。此种情况与前种情况相关，是物的给付人为了让赃物在被搜获人处找到而把赃物带到他的处所的情况。一旦赃物被找到，不论它是怎么来的，他都要偿付3倍的罚金。如果他是被栽赃的，享有栽赃之诉对抗给付人，即使后者不是窃贼也不例外。其三，某人阻止追寻被盗物的情况。顾名思义，是不许追寻人按照程序在自己的处所追寻赃物的情况。身正不怕影子歪，只要自己家中无赃物，怕什么他人来追寻？即使寻得栽赃物，付了罚金可讨回，所以，怕麻烦的屋主阻止他人搜获没有什么道理，只

会使搜获程序形同虚设，所以也必须打击这种行为，让他付出4倍的罚金，跟盗贼付的罚金一样多，看来立法者把他推定为盗贼了。其四，某人不出示被盗物的情况，即失主经搜寻并在某人处所寻获了被盗的自家财产，一时没有带走，事后要求其出示之，后者拒绝的情况。对此等人也处4倍罚金。看来他也被推定为盗贼。作者明确说明，这四种情况只存在于历史中，在优士丁尼时代已经不用，因为《艾布求斯法》废除了对赃物的追寻制度，同时废除了法律诉讼，其他几种盗窃诉权在盖尤斯和保罗的时代仍然存在，但在优士丁尼的时代被废除。①

I.4,1,5。不论对奴隶还是对自由人，现行盗窃的罚金是4倍；非现行盗窃的罚金是两倍。

本段讲盗窃之诉的性质，即罚金之诉。《十二表法》对盗窃的惩罚是死刑，有德拉古立法之苛，但到了优士丁尼时代，这种安排显得过于严厉，遂改为财产刑。尽管如此，罚金定得很高，表达了立法者对盗窃的痛恨。

I.4,1,6。然而，不仅在某人为侵占拿走他人之物的情况下发生了盗窃，而且一般在某人违背所有人的意志接触他人之物的情况下，也发生了盗窃。因此，如果债权人使用质物，受物之寄托者使用该物，或为使用而接受物的人将该物转作不同于对他给付该物之目的的使用，都实施了盗窃。例如说，某人为了邀请朋友吃晚饭而为使用接受银器，而把它们随身带到了国外的情况；或某人为乘骑而借马，把它带到了某一很遥远的地方的情况，古人把这种人刻划成骑着这匹马上了战场的人。

本段讲使用盗，即对物享有占有权能而无使用权能的人使用物的过犯，典型的情况有债权人使用质物、保管人使用寄托物等。也包括为甲目的借用物，实际上把它用于乙目的的情况，由此可见罗马人对盗窃的本质的理解是以不法的方式从物获得了利益。关于对本段的理解，参见本书2,5,3。

现代法律中无占有盗之规定，但有类似的制裁，例如，我国《物权法》第214条规定："质权人在质权存续期间，未经出质人同意，擅自使用、处分质押财产，给出质人造成损害的，应当承担赔偿责任。"该条未把质权人的这种行为定性为盗窃，所以，他使用质押财产只要未造成出质人损害，便不承担责任，如果造成了损害，只承担赔偿责任，其依据似乎是损害他人财产而非盗窃。

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.397.

I.4,1,7。但已决定,借用物,作不同于他们接受物的使用之目的之使用者,只有在他们明知自己这样做违背了所有人的意志,如果他知道将不允许的情况下,他们才实施了盗窃;但如果他们相信所有人将作出允许,他们被认为未实施过犯。这样区分当然更好,因为无盗窃的意图,便未实施盗窃。

本段讲使用盗的主观要件:明知自己违背了所有人的意志仍按另样目的使用物。如果他相信所有人不会反对,尽管事实上是反对的,也不构成使用盗。只有在他也认为所有人会反对他如此使用的情况下,才构成使用盗,由此产生了"无盗窃的意图,便未实施盗窃"的一般说明,它揭示了罗马法主客观相结合的归责原则。但所有人的意志内在于心,难以判断,这造成了认定使用盗的困难。

I.4,1,8。但即使某人相信自己违反了所有人的意志接触了借用物,而所有人愿意他这样做,人们说不发生盗窃。因此,如果蒂丘斯煽动梅维尤斯的奴隶从主人窃取某物并带给他,而奴隶把此事告诉了梅维尤斯,梅维尤斯在希望于私犯行为本身中抓住蒂丘斯的情况下,允许奴隶把某物带给他,有人问:蒂丘斯是对盗窃之诉,还是对腐蚀奴隶之诉承担责任,抑或对这两种诉讼都不承担责任?由于对此案的疑问已呈交于朕,朕研究了古代法学家对这一问题的争论,他们中有些人既不授予盗窃之诉,也不授予腐蚀奴隶之诉;有些人只授予盗窃之诉。朕反对这种欺骗伎俩,以朕的决定[①]确定:不仅授予盗窃之诉,而且也授予腐蚀奴隶之诉对抗他。事实上,尽管奴隶一点未受煽动者败坏,因此并不发生对腐蚀奴隶之诉之规则的适用,但腐蚀者的教唆减少了奴隶的诚实,为此课加他罚金诉权,完全如同奴隶实际上已被腐蚀一样,以免某些人由于其免受惩罚,对易于受腐蚀的其他奴隶做这样的恶事。

本段首先接续前段,讲了"盗窃人"的认识错误的第二种情形:自认为自己的行为违背了所有人意志,但事实上并未如此,此时也不发生盗窃。所有人因"盗窃人"的行为承受利益损失,那是他自愿的。接下来讲一个有关的案例:蒂丘斯煽动梅维尤斯的奴隶偷出主人的东西给他,这个奴隶忠于主人,把这一情况告诉了后者,主人同意这个奴隶把东西带给蒂丘斯,以便当场拿获他。此时发生主人"假同意"自己的物被非法接触的情况,与本段前部讲的规则发生关联,但主人的同意毕竟是假的,所以不适用本段前部设定的免责规定。但如何处理蒂丘斯,属于疑难案件,经层层请示,最后到了优士丁尼皇帝自己手里。他研究了古代的学说后作出了

① 见 C.6,2,20,530 年。

自己的决定:同时授予腐蚀奴隶之诉和盗窃之诉对抗蒂丘斯。尽管客观上梅维尤斯的奴隶未受腐蚀,但蒂丘斯有腐蚀他的意图,其煽动客观上也减少了这个奴隶的诚实,因此让他承担这种责任,以儆效尤。同时还让蒂丘斯承担盗窃之诉的责任,这是当然之理。

本段反映了罗马法对于奴隶道德的维护,对可能的腐蚀者课加了很重的责任。由于"导致奴隶的诚实减少"使得奴隶价格下降,故用罚金补偿主人所受的损失。

I.4,1,9。有时也可盗窃自由人,例如,某人窃取了我们的处于我们权力下的子女的情况。

本段讲盗窃罪的客体可以是自由人,例如被盗窃的他人的小孩。在罗马法中,人本来就可作为客体,所以说盗窃自由人没有任何障碍,但现代法无论正确与否,已实现了人的完全的主体化,不再说盗窃人,而说拐卖或诱拐人口,但这样的绝对主体化是否合理,可以质疑,因为人的概念不能等同于主体的概念,施动者为主体,被动者为客体。当人也作为被动者时,称他为客体亦无妨。①

I.4,1,10。然而,有时某人也对他自己的财产实施盗窃,例如,债务人攫取为了出质,他已给付于债权人之物的情况。

本段讲盗窃罪的客体可以是自己的财产。这只能发生在所有人保留物的处分权而其占有使用权已让与他人行使的情形,例如,债务人把债权人占有的作为质物的自己的财产偷回,这构成占有盗。

I.4,1,11。有时,本身并未实施盗窃的人对盗窃之诉承担责任,例如,他们是协助和教唆实施盗窃的人。在这类人中,有从你手中打落钱币,让另一人把它们带走的人;或挡住你的路,让其他人从你身上掏出物的人;或使你的羊群或牛群逃散,让其他人把它们据为己有的人。古人把这种人刻画成用红布使牲畜逃散的人。但如果做某一这些事情是为了顽皮,而不是为实施盗窃提供协助,应授予基于事实之诉。但在蒂丘斯利用梅维尤斯的协助实施了盗窃的情况下,两者都对盗窃之诉承担责任。在窗户下架设梯子的人;撬开窗户本身或大门,让另一人实施偷窃的人;借给用于撬开的铁器或用于架设在窗户下的梯子的

① 参见蔡守秋:《论主客二分的法学研究范式》,载《第三届部门法哲学研讨会论文集》,2010 年 1 月 30—31 日,长春,第 153 页。

人，如果他明知为何出借，他们也被认为盗窃是以其协助和教唆实施的。

本段讲盗窃罪的主体可以是不直接实施盗窃的人，他们是协助者和教唆者。协助者是帮忙或协作实施盗窃的人。教唆者是怂恿、诱导以及煽动进行盗窃的人。他们也根据盗窃之诉承担责任。但如果某人以无意的行为为盗窃的实施创造了条件，他不按盗窃罪而按“基于事实之诉”承担责任，此诉是无名诉权，是法律权衡利益关系对法无规定的情形采取的补救措施。

I.4,1,11(12)。当然，对实施盗窃未进行任何协助，而只对实施盗窃给予教唆和劝告的人，不对盗窃之诉承担责任。

本段讲单纯的教唆行为不构成盗窃之罪名，只要经受了教唆和劝告的人未实施盗窃。这样的教唆和劝告当然不好，但未造成后果，所以不归法律处理。

须注意的是，本段中的“教唆”的含义不同于前段中的“教唆”的含义。在前段中，该词是“协助”的同义词，这点可从该段给出的有关例子看得出来。在本段中，该词是“劝导”的意思。①

I.4,1,12(13)。处在尊亲或主人权力下的人，如果窃取他们的物，确实对他们实施了盗窃，物也确实处在被盗物的地位，因此，在它回复到所有人的权力下之前，任何人不能以时效取得之，但并不产生盗窃之诉，因为也不能以任何其他方式在他们间产生诉权。

本段讲盗窃罪主体的排除规则：家内人间无盗窃。为何如此规定，有以下原因：(1)家长自有处理方法，家庭的门槛是公权力与私权力的界限，在门槛内，他可以家法制裁为盗窃的他权人；(2)处在尊亲或主人权力下的人无责任能力，且盗窃之诉是罚金之诉，则罚金出自家长又归于家父，实为多此一举。从学理上看，家庭成员之间的盗窃是一种准盗窃，不归法律调整。

本段不承认家父与他权人之间有侵权之债，本书3,19,6段不承认家父与他权人之间有合同之债，两个规则互相关联，共同证明古罗马社会中家父与他权人关系的非国家化。

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.405.

I.4,1,12(14)。但如果这样的人通过他人的协助和教唆实施了盗窃,由于无论如何已实施了盗窃,该他人相应的对盗窃之诉承担责任,因为盗窃的确是通过其协助和教唆实施的。

本段讲前段所述之规则的例外:家内人间诚然无盗窃,但如果外人教唆和协助实施此等盗窃,则他要承担盗窃之诉的责任,因为他不具有豁免盗窃责任的家庭关系条件。至少,他偿付的罚金不会出自家长又归于家父。

I.4,1,13(15)。然而,对物之保全有利害关系的人,就算他不是所有人,享有盗窃诉权。因此,除非所有人对物不遭灭失享有利益,他也不能主张盗窃诉权。

本段讲构成盗窃之诉原告的条件:对物之保全有利害关系。按这一规则,并非物的所有人的人可以当盗窃之诉的原告,例如用益权人,但所有人不见得在任何时候都可以当盗窃之诉的原告,例如,在其所有物被他人用益的情况下。

I.4,1,14(16)。因此显然,债权人可就被窃取的质物提起盗窃之诉,尽管他有有偿付能力的债务人,因为就质物提出要求,比对人提起诉讼对他更有利。这样,即使债务人本人窃取该质物,债权人仍可提起盗窃之诉。

本段继续讲构成盗窃之诉原告的条件:质物被盗走的债权人,哪怕质物是其所有人债务人盗走的,也可为盗窃之诉的原告,因为他对物之保全有利害关系。本段申明了一个原则:物权的保护方式比债权的保护方式更可靠,或者说,保有质物比对债务人提起诉讼更保险。

I.4,1,15(17)。同样,如果漂洗匠为清洗和整理,裁缝为修补按一定的报酬接受了衣服,而衣服因盗窃丧失,是他们而不是所有人享有盗窃诉权,因为所有人在他可以出租诉权从漂洗匠或裁缝获得其物的情况下,他对该物不灭失不享有任何利益。但诚信买受人买受的物被窃取的,尽管他不是所有人,也无论如何像债权人一样享有盗窃诉权。但已决定,除非漂洗匠和裁缝有偿付能力,换言之,除非他们可对所有人偿付物的估价,他们不能提起盗窃之诉。事实上,如果他们无偿付能力,那么由于所有人不能从他们获得其财产,所有人本人享有盗窃诉权,因为在这种情况下,他们本人对物的保全享有利益。即使漂洗匠或裁缝有部分的偿付能力,要说同样的话。

本段继续讲构成盗窃之诉原告的条件:因合同关系占有物的人,尽管他们并非所有人,却享有盗窃之诉。相应的,所有人不享有此等诉权,因为他们可用债权保护自己。但此等因合同的占有人享有盗窃诉权以他们有对所有人偿付物的估价的能力为条件,否则,诉权就由所有人行使了。这样的说明折射出这样的追索链条:所有人追究承揽人得到标的物的价格,承揽人再追究盗窃得到被盗物。这是两步走的追索。如果承揽人无偿付能力或此等能力不足,则所有人代承揽人之位追索盗贼,形成一步到位的追索。按第一种追索法,所有人只能作为债权人满足。按第二种追索法,他能作为物权人满足。似乎后者对他更有利。

I.4,1,16(18)。朕就漂洗匠和裁缝所说的,古人认为也必须推及于借用物的人。事实上,接受了报酬的漂洗匠要对保管承担责任,与此类似,取得了使用之好处的人,也必须承担保管责任。但在朕的决定中,朕的先见也对此作了修改[①],根据所有人的意愿,他要么要求对接受使用借贷物者提起使用借贷之诉;要么以盗窃之诉对抗窃取了物的人,而在所有人已选定了两者之一的情况下,他不能由于后悔而诉诸另一种诉权。但如果他确实选择了窃贼,为使用接受了物的人完全被免除责任。然而,如果出借人对为使用而接受了物的人起诉,他本人确实不能以任何方式对盗贼享有盗窃之诉,然而,因使用借贷物被诉的人,可对盗贼享有盗窃诉权,但要这样,必须以所有人在知道物已被窃取的情况下对借用了物的人提起诉讼为条件。然而,如果他在对此不知,只怀疑物不在借用人的掌握中的情况下提起了使用借贷之诉,而后来他获悉了事实,确实希望放弃使用借贷之诉,转入盗窃之诉,那么他被授予自由选择权,没有任何障碍阻碍他对盗贼起诉,因为他是在不确定的情况下对为使用接受了物的人提起使用借贷之诉的(除非所有人已从他得到了偿付。事实上,在这种情况下,盗贼确实从所有人获得完全的责任免除,然而,所有人被就借用物本身对他作了偿付的人代位),因为很显然,即使所有人起初在不知道物被窃取的情况下提起了借贷之诉,而后来他知道了此事,转而对盗贼起诉,无论如何,接受了使用借贷物的人都被免除责任,在任何情况下,无论所有人享有的对抗盗贼的诉讼的结果是什么,都是如此。不论接受了使用借贷物的人是部分地还是完全地有偿付能力,上述规则仍予维持。

本段对借用人类推适用前段为承揽人制定的规则,讲借用人作为盗窃之诉的原告的可能。本段由此提出了一个原则:“取得了使用之好处的人,也必须承担保

① 见C.6,2,22,530年。

管责任。"这说明借用人对使用借贷物不被盗享有利益,他们应享有盗窃之诉,这样就产生了他们对盗窃犯的追诉权与借用物的所有人的追诉权的关系问题。优士丁尼在这方面进行改革,授予所有人选择权,既可通过债权之诉诉追借用人,也可通过盗窃之诉诉追窃贼。但一旦选定,则"不能由于后悔而诉诸另一种诉权"。如果他选定了前者,他丧失对盗贼的诉权,此种诉权落到借用人手里,从他取得代位权,据以诉追窃贼。所以,本段提出了代位权的概念。这种选择是有风险的,因为借用人可能破产或半破产,诉追不成功,但诉权被消耗掉了。如果他选定了后者,借用人免责。前种选择让他得到赔偿,后种选择让他有可能回复物。不过,如果所有人不知情则可以反悔。此处的不知情,指他不知道借用物是在借用人手里还是在盗窃手里。由于物的回复利益通常大于赔偿带来的利益,所以,如果他后来查知借用物在盗窃手里,即使他曾经起诉借用人,现在他也可改为起诉盗贼,借用人此前已对他为赔偿的情形除外。但如果盗贼已导致借用物灭失,所有人诉追他一无所得,这应是他选错诉追对象的代价,他不得转而诉追借用人。这样,出借人不至于就同一事情提起两个诉讼,由此实现诉讼的经济。

I.4,1,17(19)。但受物之寄托的人不承担保管责任,而只对他本人以恶意诈欺实施的行为承担责任。因此,如果物被窃取,由于他不对以寄托的名义返还它承担责任,物的保全也不是他的利益,他不可提起盗窃之诉,但所有人可提起此诉。

本段讲寄托之债中只有所有人享有盗窃诉权,保管人却不享有此等诉权,因为他不承担保管责任,故对标的物的保全不享有利益。这在现代人看来很奇怪,因为寄托合同今人称为保管合同,为何保管人竟然不承担保管责任?必须依托罗马的寄托的性质才能理解这一定性。一由于这里说到的交易是无偿的,但现代的保管多数是有偿的,交易性质的改变必然导致相应规则的改变。如此,保管人应享有盗窃之诉。二由于这里说到的保管责任一语中的"保管"不是接受物维持其安全并交还意义上的保管,而是"保全"或"置于自己权力下"意义上的保管①,前种意义上的保管要求保管人对其过失承担责任,后种意义上的保管只要求保管人就其恶意诈欺或故意承担责任,如果他有重过失,其效果等于故意。显然,前者的要求比后者要高得多。

本段的内容在本书3,14,3已基本讲过,属于体系需要的重复。

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag. 409.

I.4,1,18(20)。最后必须知道,有人问:拿走他人之物的未适婚人是否实施了盗窃?已决定:由于盗窃由故意构成,只有在他接近适婚状态的情况下,未适婚人才就这种过犯受债之约束,因为他懂得自己实施了违法行为。

本段讲盗窃罪主体的年龄标准,提出了适婚人才能实施盗窃的标准,立论很有意思:盗窃必须由故意构成,只有近适婚人或年龄更大的人才能形成故意,所谓的近适婚人,男子是从7岁到14岁,女子是从7岁到12岁。这种推理不很科学,因为幼儿和近幼儿也可形成故意,不然就无法解释幼儿园大班学生偷同学铅笔的事情了。似乎这种牵强的解释是为了追求法律的人道化,避免惩罚小孩子。

I.4,1,19(21)。盗窃之诉,不论是双倍的还是4倍的,只涉及罚金之追究。事实上,所有人此外还享有索回物品之诉,他可通过请求返还之诉或要求给付之诉达到这一目的。但要求返还之诉确实是对抗占有人的,不论是盗贼本人占有还是任何其他人占有。然而要求给付之诉是对抗窃贼或其继承人的,就算他未占有物,可对他提起此诉。

本段讲盗窃者的责任内容:4倍的罚金外加索回原物。索回原物既可通过请求返还之诉为之,也可通过要求给付之诉为之。前者是物权之诉,适用于被盗物仍然存在,由盗贼本人或其他人占有的情形,"其他人"出现于盗贼完成盗窃后把被盗物转手的情形。本段未区分此等"其他人"是诚信还是恶信,统统课加他们返还原物的责任。后者是债权之诉,适用于被盗物已不存在的情形,针对盗贼或其继承人行使。"继承人"出现于盗贼本人已死,"继承人"继承了赃物的利益的情形,此时他们要返还被盗物的价值。

第 2 题

以暴力攫取财产

I.4,2pr.。抢劫他人之物者确实也曾承担盗窃之诉的责任(事实上,以暴力抢劫财产者,不就是最违背所有人之意志接触他人之物的人吗?因此他被说成是缺德的盗贼),尽管如此,裁判官为其私犯采用了专门的诉讼,被称作"以暴力攫取财产之诉",它在 1 年内是 4 倍的诉权,1 年后是物的单纯价值的诉权。即使某人抢劫一个哪怕是价值极小的物,也可适用这种诉讼。然而,4 倍并非全然罚金,如同朕就现行盗窃之诉说过的,除罚金外还有索回物件之诉,而索回物件之诉在 4 倍之内,这样,不论抢劫者是否在实施私犯中被抓住,罚金都是 3 倍。事实上,以暴力抢劫者之地位如果优于秘密窃取者,是可笑的。

本段讲抢劫罪的来历以及抢匪的责任内容。在早先的时代,抢劫罪并不独立,而是按盗窃处理,这样就造成了一种较重的罪与一种较轻的罪同罚的不好结果,卢库鲁斯(M. Terentius Lucullus)裁判官对此改革,于公元前 76 年发布告示让抢劫罪独立,予以区分起诉时段课加的刑罚。[①] 在 1 年之内是返还原物外加 3 倍的罚金;在 1 年以外是返还原物。起诉时间越早,起诉者的所得越多,含有鼓励人们及早起诉的意思,因为裁判官的任期只有 1 年,他赋予的诉权也只在 1 年内有效。

本段最后比较了对盗窃和抢劫的打击力度,说明两者一样,都是 3 倍罚金之诉,因为抢劫比盗窃恶劣,让抢犯的地位优于窃贼会很可笑。从逻辑的角度看,应把对抢犯的打击力度定得高于对窃贼的打击力度,才不会让人感到可笑,但优士丁尼未做到这一点。而且犯了一个错误:他说自己在 I.4,1,19(21)中说到过对盗贼课加的 4 倍罚金之诉包括索回物件之诉,所以,真正的罚金只有 3 倍,仔细考究 I.4,1,19(21)的原文,发现他说的是索回物件之诉独立于 4 倍的罚金。这样,抢犯的地位真的优于窃贼的地位了!

本段暴露出罗马法以赃物为基准计算的罚金处罚抢劫做法的一个缺陷:以猛

① Cfr. Giudice Federico del e Beltrani Sergio, Dizionario Giuridico Romano, Napoli: Edizione Simone, 1995, p. 183.

烈的暴力抢劫一个价值不大的物的，被抢人承受了极大的惊吓，但对抢犯的处罚极轻，因为赃物的价值微不足道。所以，尽管本段说“即使某人抢劫一个哪怕是价值极小的物，也可适用这种诉讼”，但这种诉讼（无论是罚金之诉还是索回物件之诉）对抢犯没有什么震慑力。所以，现代刑法不以赃物的价值为基准，而是以抢犯行为的性质为基准定对他们的惩罚，更有道理。

I.4,2,1。但由于只在某人故意抢劫的情况下才可提起这一诉讼，由于某种错误相信物是自己的人，在不知法律的情况下以如下的意图强行拿走了物：相信所有人可合法地甚至以暴力从占有人拿走属于自己的物，他应被开释。与此相应，不消说，以这同一种意图为抢劫的人，也不对盗窃之诉承担责任。但为免只要发明出这样的途径，抢劫者就会发现它，用以不受惩罚地满足其贪欲，皇帝的敕令就这方面的问题作了更好的规定[①]，不许任何人以暴力强行拿走动产物，或移动这些财产到自己的处所，哪怕他认为上述物是他自己的。但如果某人违反这一法令，他确实丧失其物的所有权；然而，如果物是他人的，在返还后也偿付上述物的估价。该敕令规定：以上所述，不仅适用于可被抢劫的动产物，而且也适用于对土地物[②]实施的侵犯，这样，由于这一原因，人们遏制自己不实施任何抢劫。

本段讲故意是抢劫罪的主观构成要件，凡无故意的，尽管有抢劫行为，却不构成抢劫。这样就打造了过失抢劫的范畴。这种有客观方面无主观方面的情形有两个例子：第一是误信物为自己的而抢回之，但物事实上并非抢劫者的；第二是对法不知，误信对确实是自己之物可以抢回之。但后来马尔库斯·奥勒留皇帝进行了改革，杜绝抢回自己物的行为，违者丧失对自己的物的所有权。如果抢回的是他人的物，不仅要返还物，而且还要偿付这个物的估价。为杜绝私力救济，奥勒留皇帝提出了强行取回自己的物也构成抢劫的处理，并将之扩张到适用于不动产，换言之，打造了不动产抢劫的概念，以暴力抢回抵押于债权人的不动产属是。这实际上是为了保护占有。

I.4,2,2。在这种诉讼中，完全不要求物是原告的财产。事实上，不论物是否为原告之财产，只要它处在原告的财产中，就发生这一诉权。因此，不论是由于使用借贷，还是由于出租或出质，还是由于寄托，物在蒂丘斯处，物不被取走

① 伽里斯特拉杜斯转述的马尔库斯·奥勒留的敕令，参见其所著的《论审理》第5卷，见D.4,2,13和D.48,7,7，以及C.3,39,4,330年；C 8,4,7,389年；C.8,4,10,484年。

② 此处的“土地物”，包括房子。

是其利益之所在，例如，如果在寄托之情形，他也就过失允诺了承担责任；或他诚信占有了物；或某人对该物享有用益权或任何其他权利，物不被抢走是其利益之所在，必须说他可提起这一诉讼，并不为了取得所有权，而只为了物——即说到的从其财产中被取走的物——处在自己的财产中之利益。必须一般地说，所有在秘密窃取物时会产生盗窃之诉的案型，都是引起这一以暴力攫取财产之诉产生的案型。

本段讲构成抢劫的客体条件，不仅抢劫所有人的物，而且抢劫合法占有人的物，都构成抢劫，所以本段是继续谈保护占有问题。按本段的说明，合法占有人有借用人、承租人、质权人、保管人、诚信占有人、用益权人，他们分为债权原因的和物权原因的两类，前四者属于债权原因，后两者属于物权原因。他们提起抢劫之诉不是为了维护自己的所有权，而是为了维护自己的合法占有。最后，本段作出总结：本书4,1,13(15)及以下数段提出的非所有人可提起盗窃之诉的情形，如果把加害行为从盗窃换成抢劫，都是可以提起抢劫之诉的情形，从而揭示了抢劫与盗窃两种私法的类似。但本书4,1,17(19)说保管人不可提起盗窃之诉，本段却说他可以提起抢劫之诉，这似乎构成一个例外。非独此也，本段说物不被取走是保管人的利益之所在，而本书4,1,17(19)却说，保管人对于物的保管不享有利益，都涉及寄托的这两个片段显然矛盾不少。

第3题

《阿奎流斯法》

I.4,3pr.。不法损害之诉是《阿奎流斯法》确立的。其第一章规定:如果某人不法杀害他人的奴隶或属于牲畜的四足动物,将判处他对所有人偿付该物在该年内的最高价值。

本段概述阿奎利亚对侵辱之诉的创立及该法第一章的基本内容。《阿奎流斯法》颁布于公元前286年[①],由保民官路求斯·阿奎流斯(Lucius Aquilius)提议制定,是个平民会决议,它奠定了现代大陆法系国家侵权行为法的基础。

第一章规定了对他人的喘气财产的侵害及其责任。喘气财产包括奴隶和四足动物。四足动物比较大型,侵害它们,给主人造成的损失大,侵害其他动物给主人造成的损失就较小,因此被排除。赔偿的方法是奴隶和四足动物遇害当年的最高价值而非遇害之时的价值,这一规定显然有利于被害奴隶及四足动物的所有人,同时表明罗马存在奴隶和四足动物市场,从中可以窥见这两类客体的行情,从而确定它们在特定年份的最高价值。

I.4,3,1。然而,这一规范没有明确就四足动物作出规定,而只就属于牲畜的四足动物作了规定的事实,促成朕认为,它既未就野兽,也未就狗作出规定,而只就严格说来被牧放的动物作了规定,它们是马、骡、驴、牛、绵羊和山羊。已决定,就猪也作了同样的规定。事实上,猪也包括在牲畜的名称内,因为它们也是成群地牧放的。如同埃流斯·马尔西安在其《法学阶梯》中提到的,荷马在其《奥德赛》也恰好这样说:

> 你会在猪群旁把它觅见,它们常在
> 乌鸦岩下,阿瑞杜萨泉流旁边

① Cfr. Hans Ancum, La forma dell'acceptilatio nella realtà giuridica di Roma nel periodo classico, In Revue Internationale des droits de l'Antiquité, XLV, p.271.

觅食橡果，吸饮充盈的暗黑水流[①]，

本段讲四足动物的范围，原来只包含牧放的四足动物，所以名不副实，猪由于是圈养被排除。看来，优士丁尼时代的猪是如此生产的，尽管到了很晚的时代英国的猪还采用牧放的饲养方式。本段循名责实，把猪包括进来，并援引权威作为论据。法学方面的权威是马尔西安的《法学阶梯》，文学方面的权威是荷马的史诗《奥德赛》，两者共同证明猪是被牧放的动物。由此扩大了原来的设定，有利于保护动物所有人的利益。

I.4,3,2。而不法杀害被理解为某人无任何权利地杀人。因此，杀死强盗者不承担责任，只要他不能以任何其他方式避免危险。

本段讲不法杀害的含义：无权杀人，有权杀人不算，杀死强盗属此，这里提出了正当防卫问题。杀死强盗者的“权”从何来？显然是法律授予的，因此，正当防卫造成死亡的，防卫人不承担责任。

I.4,3,3。再者，在意外事故中杀人者也确实不根据这一法律承担责任，只要他无任何过失。事实上，如果情况相反，任何人既因故意，又因过失按这一法律承担责任。

本段讲意外事故造成他人死亡者免责，暗含杀人罪构成要件的主客观相结合原则，由此，意外事故成为杀人者的免责事由。主观方面，既包括故意，也包括过失，具有两种主观状态的加害行为都导致责任。

I.4,3,4。因此，如果某人在用标枪玩耍或练习的时候，刺穿了你的过路的奴隶，则要区别不同情况。事实上，如果这种行为确实是士兵在训练场和经常进行这种练习的地方实施的，他被认为无任何过失。如果这种行为是其他人实施的，被告有过失。如果士兵在其他非作军事训练之用的地方实施了这种行为，同样的法适用于士兵。

本段在意外事故与地点的关系中探讨行为人的过失问题，证明过失与行为的地点有关，由此可以说，在适当的地方做适当的事情，就是没有过失。这样的过失

① 译文借自王焕生翻译的荷马史诗《奥德赛》，人民文学出版社 1997 年版，第 282 页。

概念与西塞罗的中庸的概念完全一样。[①] 反过来也可以说,所谓过失,就是在不当的地方做了不当的事情。

I.4,3,5。同样,在修剪人从树上扔下树枝杀死了你的过路的奴隶的情况下,如果这发生在公路附近或农家附近,修剪人也未高声喊叫避免事故,被告有过失。如果他已高声叫喊,而他人不在意作出防备,修剪人无过失。如果某人在远离道路的地方或在田地中砍树,就算他未高声叫喊,同样认为他无过失,因为在这些地方,任何家外人都无权停留。

本段继续在意外事故与地点的关系中探讨行为人的过失问题。在路边或其他人们经常通行的地方实施危险行为的人比在荒僻的地方实施同样行为的人要承担更大的注意义务,因而更有可能构成过失,此等义务的履行表现为高声叫喊。所以,本段与前段共同强调了过失之构成的情境性,不打算为我们提供一成不变的过失概念。

I.4,3,6。此外,如果为你的奴隶动手术的医生忽略了治疗,奴隶因此死亡,被告有过失。

本段及下段是古罗马的卫生立法之一,谈医疗事故责任或专家责任,表明优士丁尼时代的罗马人已懂得外科手术。在本段涉及的情形,手术是没有问题的,但术后的护理有问题,造成接受手术的奴隶死亡,医生由此要承担过失责任。似乎透露治疗与护理没有分工。责任的内容是赔偿死亡奴隶在该年内的最高价值。这是民事责任,就刑事责任而言,《关于侵辱罪的科尔内流斯法》规定治死病人的医生要放逐或斩首。[②] 按本书4,3,11,选择追究民事责任的人就放弃了追究民事责任,反之亦然。

I.4,3,7。无经验也被包括在过失中,例如,医生由于糟糕的手术或用错了药杀死了你的奴隶的情况。

本段讲医生责任的第二种类型:无经验(这一概念对我们熟悉的认识论取向的故意和过失定义提出了挑战)。作为过错的一种类型,它表现为手术糟糕或用药不

① 参见〔古罗马〕西塞罗:《论义务》,王焕生译,中国政法大学出版社1999年版,第137页。

② 参见〔意〕卡斯蒂廖尼:《医学史》(上册),程之范主译,广西师范大学出版社2003年版,第181页。

当甚至错误，导致受医奴隶死亡。无经验的医生应承担前段涉及的医生应承担的同样的民事和刑事责任。

I.4,3,8。母骡发情，赶骡人由于缺乏经验不能控制之，如果压倒了你的奴隶，被告赶骡人有过失。但即使由于不够强壮，他不能控制这头骡子，而其他更强壮的人能控制它，他同样要因过失承担责任。已决定同样的规则也适用于在马飞奔的情况下，由于马的兴奋，或由于不够强壮，或由于其缺乏经验，不能控制它的人。

本段继续讲无经验作为过错的类型，但已不是医生的无经验，而是赶骡人和骑马人的无经验。在本段中，把无经验的范围扩张到了体力不够强壮。本段似乎把骡马当作一种具有公共危险性的工具，控制它们的人必须具有一定的技能，否则构成过失，要对由此造成的公共损害承担责任。①

I.4,3,9。然而，该法中的"该物在该年内的最高价值"这一文句表达了这一意见：如果某人杀死了你的今天是跛腿的、瞎眼的或残疾的，但在该年内是完整的或贵重的奴隶，不是对他今天的价值，而是对他在该年内的最高价值承担责任。因此人们相信，该法的诉权是罚金性的，因为某人不仅就他带来损害的价值受债之约束，而且有时要就多得多的金额受债之约束。因此显然，该种诉权不移转对抗继承人；如果对讼额的估价毫不超过损害，将移转对抗继承人。

本段讲致死奴隶或四足动物在一年内的最高价值一语的含义。奴隶和四足动物的价值由于伤残或市场的波动时时变化，要求赔偿他们一年内的最高价值具有惩罚加害人的意思。例如，一个很会绘画的奴隶的拇指被砍掉然后被杀死，要赔偿他在拇指被砍掉前的价值。参见 D.9,2,23,3。这个最高价值是通过讼额估价形成的。由于具有惩罚性，原告的诉权不可对被告的继承人行使。但如果讼额估价不超过损害，则可对被告的继承人行使。所以，这里透露出惩罚性的诉权不得株连被告的子女的原则。本段的内容对本书 1,8,2 提到的"杀死他人奴隶者所受的惩罚"作了一个补充说明。

I.4,3,10。这一决定不是出于该法的文句，而是出于解释：不仅必须根据朕之所述对被杀者的身体进行估价，而且要估计除此以外的、范围更广的因杀

① 参见〔意〕斯奇巴尼：《罗马法律制度中的契约外责任：过错和类型》，费安玲、张礼洪译，载杨振山、斯奇巴尼主编：《罗马法·中国法与民法法典化》，中国政法大学出版社 1995 年版，第 444 页。

死该奴隶给你们带来的任何损害。例如，他人指定你的奴隶为继承人，某人在他根据你的命令接受遗产前将他杀害的情况。事实上很显然，你失去的遗产也须计算在内。同样，如果杀害了一对骡子中的一头或四驾马车中的一马，或一队喜剧演员中的一个奴隶被杀害，不仅要对被杀的进行估价，而且也要进一步计算那些活着的贬值了多少。

本段首先讲如上惩罚性赔偿标准的来历是法学家解释而非立法文本，证明了法学家解释对于发展法律起到的重要作用。然后讲到有待估计的损害的范围，不仅包括直接损害，而且包括间接损害，其中有失去的遗产、组合性财产由于丧失其中的一个造成的整体的贬值，等等。

I.4,3,11。而其奴隶被杀的人可自由选择，要么根据《阿奎流斯法》的私诉获得损害赔偿；要么使杀人者成为死罪案件中的被告。

本段说明其奴隶被杀的人可自由选择民事或刑事制裁。民事责任的内容已见于本题头段的规定，刑事责任的内容见于《关于侵辱罪的科尔内流斯法》。本段似乎包含民事责任与刑事责任互相排斥的意思。本段也对本书 1,8,2 提到的"杀死他人奴隶者所受的惩罚"作了一个补充说明。

I.4,3,12。《阿奎流斯法》的第二章已不再适用。

此段讲《阿奎流斯法》的第二章已废除。这一章的内容，根据盖尤斯的记载（《法学阶梯》3,215—216），首先是授予对抗以诈欺缔约人的方式作了正式免除的副缔约人的诉权的，诉讼的标的是有关的物的价值。其次规定了以损害名义进行的诉讼。第二个规定因为委任之诉的出现过时了，故被取消。[①] 第二章被废除的原因是它与第一章和第三章的内容不同质。[②] 但对《阿奎流斯法》第二章的内容到底为何有争论。法国学者古雅斯认为该章的内容是涉及相邻关系；德国学者海内修则认为该章的内容是腐蚀奴隶。[③]

---

① 参见〔古罗马〕盖尤斯：《法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社 1996 年版，第 79 页。

② Cfr. Sandro Schipani, Responsabilità ex Lege Aquilia, Criteri di Imputazione e Problema della Culpa, Giappichelli, Torino, 1969, p.45.

③ Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.450.

I.4,3,13。第三章规定了所有其他损害。因此,如果某人伤害了奴隶或属于牲畜的四足动物,伤害或杀死了不属于牲畜的四足动物,例如狗或野兽,本章赋予了诉权。就所有其他动物,同样,就所有无生命的物实施的不法损害,都可根据这一部分提起诉讼。事实上,如果某物被焚毁、打碎或折断,根据本章被授予诉权。但仅"打碎"的名称就足以包括所有这些情况。事实上,"打碎"被理解为物以任何方式受到损害的情况。因此,不仅焚毁或折断,而且碎裂、压坏、倒泼和以任何方式实施的破坏和败坏,都包括在这一术语中。因此已有人解答,如果某人在他人的酒或油中放进某种破坏酒或油的自然良好状态的物,他要根据该法的这一部分承担责任。

本段是对《阿奎流斯法》第三章内容的介绍,即对前面段落讲过的损害以外的损害的处理。这类损害的客体包括以下类型:第一,对不属于牲畜范畴的四足动物的损害,其中包括野兽。本义上的野兽是无主物,不能作为侵害私人所有权行为的对象,此处的野兽,应该是被饲养的用来斗兽或表演的野兽。第二,对无生命物实施的不法侵害。对这两类客体造成的损害可以3个动词为依据进行分类。首先是焚毁。是火造成的损害,包括故意和过失两种类型,前者如烧掉他人的蜜蜂,后者如失火造成邻人损失。其次是打碎,是破坏他人财产的行为。最后是折断,它与打碎基本上是同义词,搞坏一个杯子,可以说是打碎了它,也可以说是"折断"了它,但折断可以专用来描述折断奴隶的骨头。通过这3个描述致害行为的动词,《阿奎流斯法》把损害类型化了。但这样的损害分类过于繁琐,所以到盖尤斯的时代(本段抄自盖尤斯《法学阶梯》第3卷第217段,所以我把本段看作对盖尤斯时代的罗马人对损害分类的观念的反映),损害就只有"打碎"造成的一类了,过去的焚烧、折断的类别都被它吸收,甚至它包括得更广,连碎裂、压坏、倒泼等方式造成的损害也包括。这个时候,打碎(Rumpere)的术语也被改造成弄坏(Corrumpere)的术语以克服该词本身的过分狭义。与此相应,产生了准"打碎",也就是本段末尾所讲的以放入某种秽物(例如人尿鼠矢)败坏酒、油的情况。液体物不可能被打碎,但可以被败坏,其效果如同固体物被打碎一样。这个过程,让我们充分看到了罗马法学家塑造概念因应现实的卓越能力。

I.4,3,14。显然,如同某人只有在由于其故意或过失杀害奴隶或四足动物的情况下根据第一章承担责任一样,这样,他也根据这一章由于故意或过失就其他损害承担责任。但根据这一章,实施损害的人不是就物在该年内的价值,而是就其前30天内的价值受债之约束。

本段有两个内容。第一是确认侵害第三章保护对象的责任构成也要有主观方面,即故意或过失,不搞客观归责。此等保护对象是奴隶和四足动物以外的其他物以及对奴隶和四足动物杀害以外的伤害;第二是确立对受损物的价值确定标准,不是它们在1年内的最高价值,而是在一月内(或30天)的价值。这样小的时间跨度不大利于受害人,因为在1个月内物发生价值大型波动的可能要小于在1年内可能发生的,相应的较有利于加害人,由此表明第三章规定的加害行为不如第一章规定的加害行为具有可责罚性。

I.4,3,15。再者,确实也未加上"最高的"一语。但萨宾正确地决定,必须完全像这一部分也加上了"最高的"一语一样作出估价。事实上,在保民官阿奎流斯的提议下颁布这一法律的罗马平民只在该法的第一章中使用了这一术语。

本段解释第三章对损害赔偿额为何未加"最高的"限制语,暗含出于遗漏的意思,因为既然设定了一个月的时间跨度,又不以"最高"的术语谈波动问题,这样的规定就没有意义。所以,萨宾认为应加上这个定语。本段顺便指出《阿奎流斯法》的提议人,并指出它是一个平民会决议。

I.4,3,16。另外已决定:只有在某人主要以自己的身体实施损害的情况下才发生根据这一法律的诉权。因此,通常授予扩用诉权对抗以其他方式实施损害者。例如,如果某人关押他人的奴隶或牲畜导致饿死他们;或厉害地驱赶驮兽把它累到了极限;或折磨家畜导致它们坠落悬崖;或如果某人劝说他人之奴隶上树或下井,而他在这一上一下的过程中死亡或身体的某一部分受到损害,授予对抗他的扩用诉权。但如果某人把他人的奴隶从桥上或岸上扔入河中,而他被溺死,可以不难看出,他是用自己的身体进行抛掷实施的损害,因此他直接根据《阿奎流斯法》承担责任。但如果不是以身体实施损害,伤害也不是对身体造成,但以其他方式损害了他人,由于在这种情况下,直接的和扩用的阿奎利亚诉权皆不敷使用,已决定,有罪过者应就基于事实之诉承担责任。例如,某人出于怜悯解开了他人奴隶的镣铐,让他逃脱的情况。

本段谈《阿奎流斯法》诉权的扩用诉权基于事实诉权。《阿奎流斯法》本诉的特征是加害人主要以自己的身体——严格说来是用自己的手——实施损害,扩用诉权适用于用其他方法对加害人的身体实施的损害。本段列举了其他方法的种种表现,其共同特征是加害人不以自己的身体实施损害,损害也不是对受害人的身体

造成。这一划线标准不是立法确定的，而是学说确定的，只存在于特定的历史时期，严格说来，是自阿尔芬努斯开始到拉贝奥的时期，目的是为了把各种侵权行为合理地类型化①。如果损害既非以身体造成，也非针对身体，此时适用基于事实之诉。这种以身体为标准的诉权适用三分法也许叫现代人感到奇怪，这是因为今古人们的思想方法不同。

① Cfr. Isabella Piro, Damnum 'Corpore Suo' Dare Rem 'Corpore' Possidere, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 2004, pp. 30s.

第 4 题

侵辱

I.4,4pr.。侵辱在一般意义上,被说成是非法做的任何事情。在特别意义上,有时被说成是侮辱,据说来自"Contemnere"①,希腊人将之称为"侮辱";有时被说成是过失,希腊人说"不法",例如在《阿奎流斯法》中,人们这样理解"不法损害";有时它被用来指不公平和非正义,希腊人称之为"冒犯"。事实上,在裁判官或法官对某人不依法作出判决的情况下,人们说该人受到了不法侵辱。

侵辱之诉,在日本译为"人格侵害诉权"②,值得注意。本段是对侵辱的类型化说明。侵辱似乎是表达希腊语中用多个词汇表达的事物的一个词。大而言之,它指非法做的任何事情。在这个意义上,违约行为也包括在内;而且,排除他人使用一切人共有的物的行为也包括在内,因此,侵辱不能等同于我们今天的侵权行为,而是一切不法行为。小而言之,它在本段中包括三种类型。首先是侮辱,即精神损害;其次是过失,涵盖《阿奎流斯法》处理的侵权行为;最后是枉法裁判行为。无论何种类型,都符合侵辱的词源学:它是由表示否定的前缀加"法"构成的一个词,合起来的意思就是不法。

有人认为,沃伦和布伦代斯利用罗马法中的侵辱概念创立了私生活权理论。③如果果真如此,罗马法的侵辱制度就成了一个比较现代的人格权保护制度的来源,而且,罗马法与英美法的关联度得到进一步证实。

I.4,4,1。然而,不仅在某人被用拳头、棍棒殴打,或甚至被鞭打的情况下,发生了侵辱,而且在某人被谩骂;或在某人占有他人财产,仿佛他是自己的债务人,而明知该他人不负欠自己任何东西的情况下;或如果某人为了毁坏他人的

---

① 这一拉丁词的意思是"轻视"。

② 参见[日]森光:《租赁人对物的返还义务——关于 LabeoD.19,2,57 的解释》,载《第 4 届罗马法、中国法与民法法典化国际研讨会论文集》(下),2009 年 10 月,北京,第 739 页。

③ 参见孙建江:《私生活权研究》,厦门大学 2011 年博士学位论文,第 73 页。

名誉，写作、编辑、出版讽刺文章或诗歌；或实施恶意诈欺，导致这些事情做成；或某人经常骚扰家母、少男或少女；或被主张侵害他人贞操的情况下，也实施了侵辱。显然，还有以许多其他方式实施的侵辱。

本段继续讲侵辱的各种具体类型，分为伤害身体、言语谩骂、诈欺债权人占有他人财产、文字诽谤、指使他人为上述行为、性骚扰、侵害贞操等。可大别为身体伤害和精神伤害、人身损害和财产损害、自己实施的损害和教唆他人实施的损害几个类型。这些分类都为现代侵权行为法继承。

本段中的性骚扰，指行为人无言地追随家母、少男或少女的行为，受害人走到哪里，加害人也跟到哪里。尽管两造并无身体接触，照样构成侵辱。而且，在本段中，性骚扰不限于男性骚扰女性，而且也有男性对男性的骚扰。所以，在罗马刑法中，强奸也不以男女之间的为限，也包括男男强奸。

I.4,4,2。然而，某人不仅通过他自己，而且也通过他对之享有权力的子女蒙受侵辱。同样，通过其妻子蒙受侵辱，事实上，这是更居于上风的观点。因此，如果你对某人已嫁给蒂丘斯的女儿实施了侵辱，不仅可以该女儿的名义，而且可以父亲的名义和丈夫的名义对你提起侵辱之诉。然而反过来，如果对丈夫实施了侵辱，妻子不能提起侵辱之诉。事实上，因为丈夫保护妻子，而不是妻子保护丈夫，是公正的。但公公可以其丈夫处在其权力下之儿媳的名义提起侵辱之诉。

本段讲受害人的类型，首先有直接受害人，其次有间接受害人，即加害行为落在他们身上，加害行为的效果落在他们从属的人身上的人。这种人有妻子、在家的或已出嫁的女儿、媳妇，对他们实施的损害，视为对他们的丈夫、父亲、公公的损害，由后者起诉主张加害人的责任，因为间接受害人的人格被他们所从属者的人格吸收，由此展现了罗马法中的人格共同体现象。值得注意的是，在出嫁女儿受人侵害的情形，不仅其丈夫，而且其父亲都可主张侵权责任，这证明出嫁女儿并不完全割断与娘家的人格联系。

I.4,4,3。然而，人们确实认为，奴隶自己不能被实施任何侵辱，但主人被认为可通过他们被实施侵辱。但不是采用通过子女和妻子承受侵辱的标准，而是实施了某种更严重的行为的情况，而对他所做的，显然涉及对主人的侮辱。例如，如果某人鞭打他人之奴隶，在这种情况下，赋予诉权。但是，如果某人对奴隶进行谩骂或以拳头打伤他，主人对他不享有任何诉权。

本段类推前段，讲奴隶作为直接受害人，主人作为间接受害人。首先确立了奴隶不能作为独立的受害人的原则，理由显然是他们没有完全的法律人格；然后确立了奴隶的直接受害要达到间接损害主人，致害行为必须严重的原则。这样，开放了对奴隶实施较轻损害的自由，以此表明奴隶与自由人的不同。本段隐含奴隶与主人人格一体的命题。

I.4,4,4。如果共有的奴隶被实施了侵辱，不按每个所有人的份额，而按所有人的人格作成侵辱的估价，是公正的，因为侵辱是对他们本人实施的。

本段继续前段讲奴隶被侵辱的赔偿问题，具体讲被共有的奴隶遭到侵辱后对赔偿额的估价。不是按每个所有人对奴隶的共有额做这一估价，而是按每个所有人的人格大小作出这样的估价，因为对奴隶的侵辱，视为对其主人本人的侵辱。例如，如果两个所有人对半共有奴隶，但一个所有人是高贵者有如元老，另一个是低贱者有如从事贱业者（参见本书4,4,9），假设前者的人格价值为3，后者的人格价值为1，则赔偿额应为4，不是按照1:1的比例，而是按照3:1的比例分配索取的赔偿金。

I.4,4,5。如果蒂丘斯对奴隶享有用益权，梅维尤斯享有所有权，人们认为，侵辱尤其是针对梅维尤斯实施的。

本段继续前段，讲以空虚所有权—用益权形式被共有的奴隶遭受侵辱时的实际受害人是空虚所有人而非用益权人，表明了立法者对所有权的看重和对用益权的相对忽视。但这只是一个推定，可以由反证推翻。如果案件事实明确表示加害人的侵辱对象是用益权人而非空虚所有人，则用益权人是实际受害人。

I.4,4,6。但如果诚信地为你当奴隶的自由人被实施了侵辱，不授予你任何诉权，但他可以自己的名义起诉，如果是为了侮辱你他受到殴打的除外，事实上，此时你也享有侵辱诉权。因此，就诚信地为你作奴隶的他人奴隶而言，规则也同样，这样，只要对他实施侵辱是为了侮辱你，就允许你享有侵辱诉权。

本段讲假奴隶被侵辱时他自己是受害人。实际上讲的是自由人在人格权事项上主体与客体的同一性。但如果加害人侵辱此等假奴隶的目的是侵辱其假主人，则作例外论，此时考虑的是加害人的意图。他想加害谁谁就是实际的受害人，所谓的假奴隶，不过是此等实际受害人受害的中介而已。与假奴隶相若的有被诚信占

有的他人奴隶，按常理，侵辱他就是侵辱了其真正的主人，但如果加害人的目的就是通过侵辱这种奴隶侵辱诚信占有人，则后者享有侵辱诉权。如果他为恶信，则可能不会有这样的结果。

I.4,4,7。而根据《十二表法》，就折断肢体的刑罚确实是以牙还牙、以眼还眼。[①] 但对骨折的情况规定了罚金刑，仿佛考虑到了古人的极度贫困。[②] 但后来裁判官允许蒙受侵辱者自己对侵辱进行估价，由此，法官要么根据蒙受侵辱者估计的金额作出判决，要么判决责任人偿付全部估价，要么根据他自己的看法就较小的金额作出判决。但《十二表法》采用的侵辱罚金确实已脱离使用。而裁判官采用的也称作荣誉法上的罚金在审判中经常适用。事实上，对侵辱的估价根据地位和生活的正直的等级而增加或减少。判决的轻重也并非不正当地考虑奴隶的身份，这样，分别对管财务的奴隶、对中等职位的奴隶、对极廉价的或对戴镣铐的奴隶作了规定。

此段讲损害额的确定方法。首先讲这种确定方法的沿革。首先是《十二表法》的以牙还牙外加骨折情况下的罚金的方法；然后是裁判官确立的受害人自我评估损害程度并受制于法官的折减的方法。基本上是从报复到金钱赔偿的一个演变，这是一个朝着进步方向发生的演变。有意思的是，这一转变的诱因是贫困的压迫，因为折断自由人一骨的，把加害人也折断一骨不能解决他的问题。俗话说，伤筋动骨一百天，受害人需要养伤，而当时的人们极度贫困，不劳动就不能过活，因此，只能靠加害人提供的罚金度过这一养伤期了。于是人们舍同态复仇而取实惠的赔偿，逐渐成为规则。就后一种方法而言，它确立了损害的大小依受害人的身份而定的原则。即使在受害人为奴隶的情形，不同身份的奴隶导致的赔偿额不同，这说明奴隶作为一个阶级内部也分为阶层。

I.4,4,8。但《科尔内流斯法》也谈到了侵辱，也采用了侵辱诉权。该种诉权发生于某人主张自己受到殴击或鞭打，或他人以暴力闯入了其房屋的情况。然而，朕把"房屋"理解为，要么是某人居住的自己的房屋，要么是赁来的或免费居住的房屋，要么是作为客人被接纳的房屋。[③]

---

① 参见《十二表法》第八表第2条。

② "古人的极度贫困"一语，说的是古代财货短少，因此以罚金补偿损害，但罚金不高。

③ "免费居住的房屋"，指借住的房屋；"作为客人被接纳的房屋"，指作客时居住的房屋，谈不上借用。

本段兼谈《科尔内流斯法》规定的侵辱。前文已提到该法与《阿奎流斯法》配套，分别用刑事和民事手段调整致人损害的行为。提到的《关于侵辱罪的科尔内流斯法》(Lex Cornelia de iniuriis)是一项颁布于公元前82年—公元前79年间的法律，该法决定针对侵辱罪建立常设刑事法庭，规定将殴打和暴力侵犯住宅等原属私犯的行为纳入公犯范围，归刑事法庭审判。因此，该法把侵权行为与犯罪的界限调整得接近现代人的这方面界限了，把过去被认为是侵权行为的东西犯罪化，加强了对人身和私人空间的保护。发扬该法的这一精神，优士丁尼把"房屋"作宽泛的解释，用来指一切某人由于有偿或无偿的原因暂住或久住的地方，由此扩大了这一古代的人身保护令的适用范围。具有讽刺意味的是，这一人身保护令是独裁者苏拉(公元前138年—公元前78年)提议颁布的。在苏拉通过内战取得独裁权的时期，他杀人无数，人权荡然无存。公元前82年他被元老院任命为独裁者后，他竟然搞起人权来了。这证明了屁股决定脑袋的道理。

I.4,4,9。侵辱被估价为严重的，要么因为行为，例如某人被他人打伤或用棍棒殴打的情况；要么因为地点，例如某人在露天剧场或集议场、或当着裁判官的面被实施侵辱的情况；要么因为身份，例如长官蒙受侵辱的情况，或元老被低贱者实施侵辱的情况，或尊亲和恩主被子女或解放自由人实施侵辱的情况。事实上，在估价中，对元老、尊亲、恩主的侵辱是一个等级；对家外人和低贱者的侵辱是另一个等级。有时，伤害的部位也使侵辱成为严重的，例如某人被打在眼睛上的情况。然而，被实施这样的侵辱的人是家父还是家子，很少有区别，因为对家子实施的不法行为也被评价为严重的。

本段讲衡量侵害行为是否严重时要考虑的情节，分为行为是否使用工具、加害地点是否有公众或重要官员、受害人身份的高低、伤害的部位共四情节。第三个表明了罗马侵权行为法公然的身份性，同样的行为施加于不同身份的人而效果不同。这是事实，但不为现代法承认，罗马法坦然承认之。不过，在本段中，家父和家子不构成一种影响行为效果大小的身份，因为这是一种家内的身份，出了家门就意义不大了。而且，在家内为卑的家子可能担任重要公职，对他的侵害也可能构成严重情节。

本段中的"家外人"与尊亲、恩主相对，证明恩主是家内人，证明恩主与解放自由人之间有一种准亲属关系。

I.4,4,10。最后必须知道，蒙受各种侵辱的人，可以刑事方式或以民事方式起诉。如果他确实以民事方式起诉，他要作出估价，法官将根据前面说过的判处罚金；而如果他以刑事方式起诉，根据法官的职责，要求被告支付非常的罚

金。不消说，在这种情况下，要遵守芝诺的敕令[①]采用的标准，杰出的人和地位更高者可根据该敕令的内容，通过代理人在以刑事方式提起的侵辱之诉中起诉或被诉，这一点可通过该敕令自身看得更清楚。

本段讲受害人的救济选择权，他可选择民事救济或刑事救济。如果选择前者，根据他提出的损害估价，经过公正人士的折中后判处被告罚金。如果他选择后者，则损害的多少由法官判断，让被告承担非常的罚金。“非常”在于，一般的诉权都是损害的倍数，最高4倍，侵辱之诉的罚金可能高过这个上限。受害人选择民事救济即放弃了获得刑事救济的机会。在侵辱行为的刑事审判中，具有“杰出的人”的身份的人或地位更高的人可以通过代理人起诉应诉，其他的人则不可以如此，必须亲自出庭。“杰出的人”专指元老院成员，最后又指由元老院选出，担任各省总督的官员。[②] 看来，在优士丁尼时代，人们也把出庭诉讼当作不体面的事。

I.4,4,11。然而，不仅实施了侵辱的人，换言之，进行殴打的人，对侵辱之诉承担责任，而且故意使得某人的颌骨[③]受到拳头之打击的人，也包括在内。

本段讲教唆他人侵辱者的责任。他们教唆侵辱人打受害人的颌骨。颌骨，俗称下巴骨，经击打容易骨折，损害口腔软组织，甚至导致受害人破相，因此，打颌骨，是一种“阴”的打人方式。故本段把教唆者的行为与侵辱人的行为后果一样。

I.4,4,12。这种诉权因掩饰而消灭。因此，如果某人忽略了侵辱，换言之，他蒙受了侵辱，他未立即让此事挤满他的心灵，尔后他不能由于后悔而恢复他业已放弃的侵辱之诉。

本段讲侵辱之诉的消灭情形：因为受害人的掩饰而消灭。受害人遭受侵辱后，若无其事的，为掩饰，这似乎是加害行为未对他造成精神损害的外在证据，当然也可能是他故作潇洒的表现。无论如何，一旦他表面上显得若无其事，尔后他不能因为后悔重拾侵辱之诉。所以，本段实际上讲的是侵辱之诉的除斥期间，但这个期间非常含糊，没有一个明确的起止时间。

---

① 参见C.9,35,11,478年。

② 参见〔英〕吉本：《罗马帝国衰亡史》（上册），黄宜思、黄雨石译，商务印书馆1997年版，第388页。

③ 在这一句话中，法律规定具体到颌骨的程度，表明它是从具体案件中得来的规则。

第 5 题

准私犯之债

I.4,5pr.。如果法官卷入争议案件[①],严格说来,他不被认为因非行受债之约束。但由于他也并非因契约受债之约束,而无论如何,就算是由于不谨慎,他不被认为犯了某种罪行。因此,他被认为因准非行承担责任,他将承受裁断人依良心就该案看来公正的罚金。

本段讲准私犯之债的类型之一:法官枉法裁判。字面含义是受命裁决一个诉讼或争议的法官变成了诉讼的一方。类似的表达是法官的串位(Translatio iudicii)。盖尤斯最早提到这种私犯的形式之一是法官在确定之诉中宣告的判罚额高于或低于程式的判处部分确定的判罚额。超过了判罚限度的判决也可引发这种私犯,但低于判罚限度的判决不会如此(Gai.4,52)。《学说汇纂》中只有乌尔比安的一个片段(D.5,1,15,1)谈到了这种私犯,说它是法官恶意诈欺法律的行为,表现为在判决中带有钟爱或仇恨,或收受了贿赂,处罚是强制他支付诉讼的估价额。还有不遵守法律为特定行为规定的特定期限(法定诉讼是 18 个月,基于长官的谕令权的诉讼是 1 年)的行为。[②] 根据考证,这种私犯类型是裁判官告示确立的。[③] 实施者如本段所述,要承担法官自由裁量定下的罚金,而不定为犯罪,因为他仅仅是出于不谨慎实施违法行为,并无故意。

I.4,5,1。同样,某人从自己的、租来的或免费居住的楼房中抛掷或倒泼某物,结果伤害了他人,他被认为因准非行受债之约束,然而,他之所以在严格意义上不被认为因非行受债之约束,乃因为通常他由于他人——奴隶或自由人的过失承担责任。与此类似的,是在人们经常通行的地方摆放或悬挂如果落下可

① "法官卷入争议的案件",指法官作出有所偏袒的判决。

② Cfr. Francesco De Martino, "Litem suam facere", In Diritto economia e società nel mondo Romano, Jovene Editore, Napoli, 1995, p.700.

③ Ibid., p.690.

能伤害他人之物体的人，对这种情况，规定了10个金币的罚金。但就抛掷或倒泼某物的情况，规定授予两倍于损害额的诉权。但对杀害自由人规定了50个金币的罚金。但如果他仍活着，而主张他受到了伤害，他被授予法官根据该案情况看来公正之金额的诉权。事实上，法官应计算医生的报酬、为治疗必须给付的其他费用，还有由于他变得无用而丧失或将丧失的工作。

本段首先讲准私犯之债的类型之二：倒泼和投掷责任，是罗马法中的环境保护规定。这是一种代负责任，也就是说，抛掷或倒泼行为不是责任人实施的，而是其奴隶或管领的自由人实施的。如果是他自己实施的，他承担的是非行责任，此处他承担的却是准非行责任。倒泼和抛掷如果引起自由人死亡，其利害关系人或与他有姻亲或血亲关系的人可以起诉；没有这些人或虽有但他们不愿起诉时转化为民众诉讼，胜诉的结果是判处加害人50金币的罚金（D.9,3,5,5。乌尔比安：《告示评注》第23卷）。如果后果只是受伤，只要受害人还活着，他可起诉责任人追究依法官看来公正的赔偿。[①] 如果只是损害了物，授予两倍罚金之诉。倒泼与投掷之诉的存在反映了从公元前2世纪开始的罗马普遍修建公寓楼（Insulae，最高可以达到8层）解决人口剧增带来的住房问题、楼宇之间的通道逼仄的现实，也反映了罗马的企业运作：一个企业主利用自己的奴隶和请来的自由人办工厂。工人倒泼和投掷工业废物致人损害，企业主为此承担责任。

本段其次讲准私犯之债的类型之三：堆置和悬挂责任，也是罗马法中的环境保护规定。即因从建筑物的滴水檐或雨阳篷上放置物，其坠落致人损害引起的诉讼（D.9,3,5,6。乌尔比安：《告示评注》第23卷）。如果导致自由人死亡，罚金是50金币。如果他只是受伤，法官将判处他认为善良与公平的金额。就其他物的损害，判处所受损害两倍的罚金（I.4,5,1）。受害人的继承人和受遗赠人可提起此诉。没有这种人或虽有但不愿起诉的，任何人其他均可提起此诉，胜诉者获得10个金币的罚金。本段仅仅就此诉提到了对堆置和悬挂之诉的最后这种处理。

I.4,5,2。如果家子与父亲分开居住，而从他的楼房抛掷或倒泼了某物，或他堆置或悬挂了其坠落是危险的某物。尤里安决定不能对父亲提起任何诉讼，而必须对儿子本人起诉。如上所述，也须适用于当法官的、卷入了争议的案件之家子。

本段讲家子在单独居住时要承担的倒泼和投掷责任以及堆置与悬挂责任，只

① *Cfr. Feliciano Serrao, Impresa e responsabilità a Roma nell' età commerciale, Pacini Editore, Pisa 1989, p. 134.*

要从他居住的楼中有物抛出伤人，家父不承担责任，而由家子自己承担责任，因为家子不在家父的监管下，家父无理由对家子的行为负责。但本段把自己提出的规则作了一个扩张，扩张到当法官的家子卷入自己审理的案件时家父也不要对家子的此等行为负责。此时，家父可能监管家子的行为的，却豁免家父的责任，可能因为家子从事的是公法上的行为。无论如何，本段反映了家父与家子关系的疏离，尽管家子还在家父权下，但只要他不跟家父住在一起，他就是一个独立的责任主体。他能独立承担责任，也因为他有了自己的责任手段，所以，本段也间接地反映了家子的财务独立。

I.4,5,3。同样，船舶、客栈或车马店的经营人被认为就在船舶、客栈或车马店中实施的诈欺或盗窃承担因准非行的责任，只要他本人无任何非行，而是以其工作经营船舶、客栈、车马店的人有非行。事实上，也不是根据契约授予这一诉权对抗他，由于使用恶人的工作，被告有某种过错，因此，他被认为根据准非行承担责任。然而在这种情况下，发生的是基于事实之诉，它确实授予继承人，然而不可对继承人行使。

本段讲接纳旅客场所的经营人对其役使人在其场所实施的非行承担的责任。此种责任属于准非行责任，因为非行并非他自己实施的。如果是他自己实施的，则发生基于非行的责任。在古罗马，接纳旅客的场所有船舶、客栈和车马店，它们分别是罗马人的水路和陆路的运输服务设施。就水路而言，地中海曾是罗马人的内湖，其中存在发达的海运，至少有从意大利往非洲的航线和从意大利往帝国东方的航线。由于征服了不列颠，从欧洲大陆往不列颠也存在海运线。本段中的海运只包括客运，因为本段中的船舶是一种类似于旅馆的场所，在运送过程中旅客住在船上。就陆路而言，存在着著名的罗马道路网，其干线部分长达 8 万公里，加上支线，全长有 15 万公里。[①] 沿途设有客栈和车马店，前者为不驾车的旅人使用，后者为驾车的旅人使用。所以，本段是古罗马对公共客运的法制保障。

本段中的经营人，并不见得是船舶、客栈、车马店的所有人，而是如本书 4,7,2 所言，这些经营场所每日的利润所属的人，他们可能是所有人，也可能是这些设施的承租人，其职掌在于选任人员并组织经营。在后种情形，所有人因为不参与选任人员和组织经营，不承担在经营中对旅馆造成损害的责任。因此，本段采用的原则是“谁管事，谁负责”。

本段中的诈欺可理解为诈骗，即旅客在上述接纳旅客场所因为受骗损失财物。

① 参见〔日〕盐野七生：《罗马人的故事 X：条条大道通罗马》，郑维欣译，三民书局 2004 年版，第 3 页。

本段中的盗窃一词可以望文生义。这些诈骗和盗窃并非经营人自己所为，而是其役使人所为，经营人自己也要承担双倍罚金的责任，所以他承担的是一种客观责任，他的责任因用人不当引起，所以是准非行的责任。这样的安排意味着经营场所的管理人要对旅客的安全承担义务的原则。现代法继承了这一原则。

按照本段，针对经营人的诉权是基于事实之诉，这是在市民法无相应诉权的情况下裁判官授予的诉权。显然，公共交通的发展带来的旅客安全责任问题未为市民法考虑到，裁判官在罗马扩张时期遇到了这一问题并解决之。当然，这种裁判官法上的诉权在受害人死亡的情况下可以由其继承人行使，但不得对此等经营人的继承人行使，因为此等继承人并未从经营人的准非行中获得好处，让他们承担责任不公平。

第 6 题

诉权

I.4,6pr.。朕剩下要谈论的是诉权,而诉权不过是通过审判诉求对我们应做之事之权。

本段讲诉权的定义。诉权是一种请求权,但并非通过私人请求,而是通过审判请求,由此伸张了国家对私人间关系的介入,也说明只有在权利受到侵害时才产生诉权,所以,诉权具有修补本权利的性质,但国家的介入以既有的私人关系为基础,"对我们应做之事"应该是私人关系的结果,它要求债务人实施应为的行为。所以,这一诉权的定义与债的定义很类似。故本书作者之一提奥菲鲁斯在其《法学阶梯释义》中把诉权当作债来理解。

诉权是非常诉讼的产物,是对程式诉讼时期的"程式"的取代。可以说,程式诉讼时期有多少程式,非常诉讼时期就有多少诉权。

上述诉权定义影响很大,德国学者温德沙伊德大约在 1870 年左右从这一定义出发抽象出请求权(Anspruch)的概念:通过审判要求完成实体法规范规定的行为或不作为之权。

I.4,6,1。人们用来在法官或仲裁人面前就任何事情进行争议的所有诉权的主要划分,被归纳为两种:事实上,它们要么是对物的,要么是对人的。确实,任何人要么对因契约或因非行对对他负债的人起诉,在这种情况下,对人诉讼出场,原告用来要求相对人必须对他为给付,要么是给,要么是做,要么对不以任何名义对他负债的人起诉,而对某人就某物提出争议,在这种情况下,对物诉讼出场。例如,某人占有了蒂丘斯断言是他的,而占有人说自己是所有人的有体物的情况。事实上,如果蒂丘斯主张物是他的,他享有对物诉权。

本段区分对人诉讼和对物诉讼。对人之诉起于合同或侵权行为,称为 Condic-

tiones[1],原告请求权的内容是给付,它可以给,也可以做,这样,给付就成了给之义务和为之义务的属概念,这点后世为萨维尼捡起,打造出给付理论。对物之诉与债的关系无关,以保护物权为使命。它的特点是请求权跟着标的物走,而非跟着特定的相对人走,因此叫作对物之诉。当然,这是肯定意义上的诉权,同时也存在否定意义上的诉权,原告用来否定被告享有他主张的物权的诉权属是。

I.4,6,2。同样,如果他主张自己偶然得到了土地或房屋的使用权和收益权、或经过邻人土地的通行权和驱畜通行权、或从邻人土地的导水权,诉权是对物的。就都市不动产,发生同一种诉权,例如,某人主张自己享有加高其房屋的权利、或眺望权、或在建筑物上凸出某物权、或在邻人房屋中纳入某物之权利的情况。另一方面,也就乡村不动产的用益权和役权,同样,就都市不动产的用益权和役权,从另一方面发生这样的诉权,某人用它们主张相对人不享有使用权和收益权、通行权和驱畜通行权、导水权,同样,加高房屋权、眺望权、建筑物凸出权、在邻人房屋中的纳入权。这些诉讼也是对物的,但为否定性的。这种诉权不出现于就有体物发生的争议,因为在这种诉讼中,原告是非占有人,而占有人并不享有用来否认讼争物属于原告的诉权。当然,只在一种情况中,如同在更广泛的《学说汇纂》一书中[2]更适当地说明的,占有人仍扮演原告的角色。

此段详列对物之诉的各种类型,分为涉及人役权的对物之诉和涉及地役权的对物之诉。又把以地役权为标的的对物之诉分为肯定的和否定的。接下来把这种诉权的客体概括为无体物,也就是地役权。最后讲了以无体物为标的的对物之诉与以有体物为标的的对物之诉的区别:前者中不存在否定性的诉权,因为这种诉权专用于由不动产所有人对抗不否认其所有权,但主张对其财产享有役权的人,诉讼的目的是否定其邻地所有人享有针对自己不动产的役权。[3] 在这种条件下,他起诉时肯定已被剥夺占有,故占有讼争物的当然是被告而不是他。当然,否定诉权的前提条件是被告承认原告对于不动产的所有权,所以,本段说占有人不享有用来否定讼争物属于原告的诉权。但这一规则存有一个例外:不愿卷入对物诉讼的人可以宣布自己并不占有标的物,如果其原告证明宣告人已占有物,可通过法官把占有移转给此等原告,尽管他并未证明自己是物的所有人。后来,他可在法官面前证明物是他的,然后追回被占有的物的所有权。这时,他是作为占有人当原告了。

---

① See Alexander Adam, *Roman Antiquities*, New York, 1826, p.200.

② 参见福流斯·安提亚鲁斯:《告示评注》第1卷,收录于D.6,1,80。

③ See Adolf Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, The American Philosophical Society, Philadelphia, 1991, p.343.

I.4,6,3。但朕提到的这些诉权，以及如果有的其他类似的诉权，或来源于法律；或来源于市民法。然而，也有由裁判官根据其管辖权采用的其他对物诉权和对人诉权，对它们也有必要举例说明。请看，在通常情况下他这样地允许提起对物诉讼：要么原告主张自己仿佛已通过使用取得了他实际上未通过使用取得的财产；要么反之，占有人证明其相对人未通过使用取得他实际上已通过使用取得的财产。

本段进一步对对物之诉进行分类，分为基于法律的对物之诉、基于市民法的对物之诉、基于裁判官法的对物之诉。后者涉及取得时效争议。这种分类乃基于历史传统，因为在优士丁尼时代，裁判官已在其审判活动中授予诉权，而且，所有的诉权在那时都已经以法律为基础，也即以皇帝的意志为基础[①]。

I.4,6,4。事实上，如果某人根据正当的原因被交付某物，例如根据买受、赠予、嫁资或遗赠的原因的情况，在他尚未成为该物之所有人时，如果他由于意外丧失了对物的占有，为了获得物，他不享有任何直接的对物诉权，因为根据市民法，这样的诉权出现，是为了某人能要求返还其所有权。但由于在这种情况下缺乏诉权肯定是冷酷的，裁判官发明了一种诉权，丧失占有者据之断言自己已因取得时效取得了该物，并这样主张物为他所有。这种诉权被叫作普布利奇安诉权，因为它是普布利丘斯裁判官第一次在告示中提出的。

本段讲依据正当原因的受让人在时效完成前由于意外丧失了对物的占有时普布利奇安诉权对他提供的保护。这里的受让人从非所有人取得了物，但从主观来讲，他是诚信的，也就是说他不知其出让人并非物的所有人；从外观来讲，他取得此等物的占有有法定的正当原因，当然，他可以通过取得时效取得标的物的所有权，但在时效完成前，他由于主观或客观的原因丧失了对标的物的占有，此时，他对标的物不享有直接诉权，因为时效尚未完成，但不保护他是不公正的，因为他首先是诚信的，其次他对标的物的占有有正当的原因，如果不保护他，交易安全荡然无存，于是，普布利奇安诉权为他提供救济，该诉权拟制他已完成取得时效从而以所有人的身份主张自己的权利。普布利奇安诉权的发明人 Q. 普布利丘斯是约公元前 67 年的裁判官[②]，他很有创造力，发现了取得时效可以虚拟完成，继其余绪，后人把动

① Cfr. Giuseppe Provera, Lezioni sul processo civile giustinianeo, Parte I, Estratto, Giappichelli Editore, Torino, 2010, p. 59.

② See Alan Watson, The Develoments of Praetor's Edicts, In The Journal of Roman Studies, Vol. 60, (1970), p. 105.

产诚信取得的时效拟制为在瞬间完成。他创立的普布利奇安诉权是现代的动产诚信取得制度的滥觞，该制度把受让人的取得和出让人的权源缺陷以正当的原因区隔开来，有利于交易安全的保障，与物权行为制度有异曲同工之妙。

I.4,6,5。另一方面，作为相反的情况，如果某人由于国事而不在或处在敌人的权力下，以取得时效取得了在城邦中的人的物，允许所有人在占有人停止为国事而不在的情况下，在1年内通过撤销取得时效要求该物，换言之，这样作出要求：他断言占有人未以取得时效取得该物，因此物为他所有。这种诉权，如同可从更广泛的《学说汇纂》或《潘得克吞》[①]了解到的，也由为类似的衡平理由所感动的裁判官授予某些其他人。

本段首先讲时效取得不要求占有人在场，在罗马法中并非一直如此，较早的规定是占有人被俘导致时效中断，他回国后时效重新起算。[②] 到古典晚期（2世纪以后）才达成现在的规则，它意味着只要有占有的心素即可完成时效占有。由此由于国事不在的人或处在敌人的权力下的人才能以时效取得在城邦中的人的物。这样的安排是由于物的原所有人因占有人为国事而不在不能为了中断时效起诉他。但如果此等为国服务的人安全回到罗马，物的原所有人可以起诉他了，但此时时效已完成，这种结果对于物的原所有人不公平，裁判官因此允许他在1年内撤销取得时效追回自己的物。如此安排，平衡了为国服务的人的利益和财产所有人的利益。

此段与上段的共同点在于拟制。此段拟制占有人未以时效取得物，上段是拟制占有人已以时效取得物。

I.4,6,6。同样，如果某人为诈欺债权人将其物交付给他人，根据行省总督的判决获得了其财产之占有的债权人，被允许由他们自己通过撤销交付要求该物，换言之，断言从未交付该物，因此它仍在债务人的财产内。

本段讲保利安之诉，该诉赋予债权人撤销权对抗债务人的转移财产逃避破产执行的行为，这种行为减少了债权人的可执行财产，损害了他们的利益，不公平，受领这些财产的人构成不当得利，裁判官遂创立具有债的保全功用的对物之诉消弭之。其程序是债权人从行省总督获得占有财产的判决，债权人自行撤销债务人已为的交付，这样，在法律上被移转的财产仍在债务人的财产内，可以作为执行的客体。

---

① 参见D.41,3。

② 关于本段的含义，参见周枏：《罗马法原论》（上册），商务印书馆1994年版，第324页。

上述诉权称保利安之诉，显然，它是由一个叫作保罗的裁判官创立的。

本段中，交付被看作一个独立的法律行为，可作为撤销的对象。

I.4,6,7。同样，塞尔维尤斯诉权和也被称作抵押诉权的准塞尔维尤斯诉权，是根据裁判官本身的管辖权取得存在的。事实上，某人根据塞尔维尤斯诉权就为土地的租金他享有质权的佃户财产起诉；而准塞尔维尤斯诉权是债权人用来获得质权或抵押权的诉权。然而，在质押与抵押之间，就这种抵押之诉而言，没有任何区别。事实上，债权人和债务人就为债务使物受债之约束达成了协议，两种情况都包括在这一名称中。但从另一角度看，有区别。事实上，朕严格地说，"质押"的名称，只包括同时也交付物于债权人的情况，尤其是在物为动产的情况下；而未经交付、根据裸体协议持有的物，朕严格地说它包括在抵押的名称之内。

本段讲抵押之诉和质押之诉。现代民法中的抵押权制度并非始自罗马，而是起源于希腊。罗马法中的抵押权制度是由裁判官改造旧有的质权制度发展起来的。罗马法中的质权先由信托质权开始，它要求出质人将质物的所有权转移给质权人，但保留对质物的占有。后因其存在缺陷，由物件质权所取代。质权人由此取得占有质物的权利，但对质物无所有权。然而由此造成出质人的种种不便。在租赁土地的情况下，承租人要交付农具作为支付租金的担保。但交付农具后，承租人就无法耕作。共和末年或帝政初期的一个名叫塞尔维尤斯的裁判官遂创立一种诉权，采用变通的方法，允许不交付农具而设立抵押。如果届期债务不能清偿，抵押权人可以提起对物诉讼，扣押提供担保的物件。这种保护抵押权的诉权遂叫作塞尔维尤斯诉权。继之创立塞尔维尤斯扩用诉权，用之类推适用于其他债权人就质物或抵押物提起的诉讼，形成了不转移所有权及占有的抵押权制度，满足了经济生活的需要。①

但有人认为罗马人无现代的抵押制度，因为无信用概念。②

I.4,6,8。裁判官根据其管辖权也采用了一些对人诉讼。例如确认偿付旧债之诉，与之类似的似乎有钱庄担保还债之诉。但根据朕的敕令③，即使这种

---

① 参见江平：《罗马法基础》，中国政法大学1982年印行，第76页及以次。另参见〔美〕庞德：《法律史解释》，曹玉堂等译，华夏出版社1989年版，第131页及以次。

② Cfr. Luigi Borsari, Giurisprudenza ipotecaria dei vari stati d'Italia, Vol. I, Abram Servadio Editore, Ferrara, 1856, pp. 16ss.

③ 参见C.4,18,2,531年。

诉权有某些更令人满意的地方，也被吸收进确认偿付旧债之诉，命令把它作为多余之物剥夺其效力，并从朕的法律中清除出去。同样，裁判官提出了关于奴隶和家子的特有产的诉权，以及人们用来询问原告是否已宣誓的诉权，以及其他许多诉权。

本段离开对物之诉，开始讲裁判官采用的对人之诉。有如下列：(1) 确认偿付旧债之诉；(2) 钱庄担保还债之诉；(3) 奴隶和家子的特有产之诉；(4) 要求相对人宣誓。

确认偿付旧债之诉针对的是既存的债务，债权人与债务人或保证人就此订立在特定期日偿还此债的简约，此等简约不为市民法承认，裁判官通过事实之诉保护之，以确认偿付旧债之诉强制履行，同时依靠允诺支付相当于原债一半金额的违约金加强。①

钱庄担保还债之诉是要求钱庄主履行代表其客户履行债务的允诺的诉权。在古罗马，已有比较发达的银行制度，称为钱庄，它们开展各项业务②，其中一项就是充当客户的保证人。这样就有了现代的担保公司的味道。实际上，这种诉权涉及的是确认偿付旧债之诉中的保证人允诺在一定的期日还债的情形，所以，优士丁尼把它吸收进确认偿付旧债之诉，并非无理。

奴隶和家子的特有产之诉是要求家父在未就奴隶和家子实施的交易获得利益的情况下在他为他们设立的特有产的范围内就自己的他权人的行为承担责任的诉权。

要求相对人宣誓是一种诉讼外宣誓，不是法庭宣誓，其目的是为了避免诉讼，由此双方当事人达成和解，其效力比既判力更大。③ 本题第 11 段对此有展开论述。

---

① See Adolf Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, The American Philosophical Society, Philadelphia, 1991, p. 410.

② Cfr. Aldo Petrucci, Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana II sec. a. C. — metà del III sec. d. C., ed. Jovene, Napoli 1991.

③ Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag. 569.

I.4,6,9。然而,人们以确认偿付旧债之诉对抗所有允诺自己或为他人作偿付的人,不消说,他未应允任何要式口约。事实上,如果情况相反,他已对要式口约的提出人作出允诺,他要根据市民法承担责任。

本段展开讲前段提到的确认偿付旧债之诉。"允诺为自己偿付"的人是主债务人,他作出偿付是为了自己能得到价金,所以说他的偿付为自己;"允诺为他人偿付"的人是保证人,他作出偿付是为了主债务人能免除责任,而他自己未应允任何要式口约,所以说他的偿付为他人。相反,自己对债权人作了允诺的人就不能当保证人了。

本段内容涉及履行的合法延期。

I.4,6,10。然而,裁判官授予关于特有产的诉权对抗父亲或主人,因为就算儿子或奴隶依严格法不根据契约承担责任,但以特有产承担责任,例如在儿子和女儿的财产,同样,奴隶的财产的范围内对他们作出判决,是公平的。

本段展开讲第8段提到过的奴隶和家子的特有产之诉,有意思的是,跳过了钱庄担保还债之诉不展开讲,这可能是一种遗漏或为了控制篇幅作出的删节。子女或奴隶按严格法不承担合同责任,因为他们没有独立于家父的人格,但裁判官基于公平的考虑,让家父在其他权人特有产的范围内承担责任,因为这些特有产是他们订立合同的手段,用来作为责任手段,是自然的。这样,家父对于子女和奴隶的交易承担的还是有限责任。

I.4,6,11。同样,如果某人在相对人的要求下起誓,自己被负欠了他要求的金钱,且未对他作出偿付,极公正地授予他一种诉权,根据这种诉权,并不询问他是否被负欠了金钱,而是他是否已起誓。

本段展开讲第8段提到过的要求相对人宣誓之诉。债务人对债权人是否享有债权存疑,此时他可要求债权人宣誓说明他享有未被偿付的一定金额的债权,如果债权人这么做了,裁判官就赋予他诉权,其内容当然是要求债务人履行债务。此时,被宣誓说明的事情视为真实,具有既判力①,他是否真的被负欠了金钱,在所不论。这样,就避免了诉讼,提高了纠纷解决的效率。这样的处理表明了罗马人区分自然现实和法律现实的观念。通过宣誓说明的就是法律现实,可以直接作为适用

① D.12,2,2. See The Digest of Justinian, Vol. I, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p.364.

法律的工具。至于它是否与自然现实背离，法律不予置理，这是为了效率的缘故。

从某种意义上说，本段存活了《十二表法》中有的宣誓决讼。

I.4,6,12。根据其管辖权，他也适当地采用了许多罚金诉权，例如，针对破坏了其告示牌中的告示者的诉权；针对在未经允许的情况下传唤恩主或尊亲至法院者的诉权；同样，针对以暴力或诈欺解脱被传唤至法院者的诉权，以及其他不可胜数的诉权。

本段讲裁判官创立的罚金诉权，这类诉权与前面讲到的对人之诉不同，其目的不在于强制执行一定的协议，而是制裁一定的具有社会危害性的行为，有如下列：其一，追究破坏告示牌者之诉。[①] 即因故意破坏有永久管辖权的长官在告示牌、纸张或其他材料上发布的告示引起的诉讼，任何人皆可提起，以保护长官的尊严，也保护法律的可接近性。胜诉者可得到500金币的罚金（D.2,1,7pr.）；其二，解放自由人或被解放的家子未经允许传唤恩主或尊亲到法院之诉，“未经”允许，是未经裁判官允许，此诉的罚金是50金币[②]，它是对恩主和尊亲等尊者的保护，涉及所谓的容隐制度。一方面，保护伦理关系，另一方面，也保护国家根本利益，例如，解放自由人因为恩主犯国事罪传唤他到法院，应该可以，罗马史上有不少类似的事例；其三，以暴力或诈欺解救被传唤至法院者之诉，此诉适用于收到出庭传票打算不遵从的被告，为了阻止被告的朋友抵制强制出庭，裁判官发明这种诉权对抗使用暴力或引起暴力阻止被告出庭者，本段中的“诈欺”一语仅指让他人使用暴力的行为。[③] 在此诉中，被告的此等朋友应支付的罚金与诉讼标的等值，但原告仍可继续请求诉讼标的[④]；其四，其他，包括倒泼与投掷责任之诉，堆置或悬挂物件责任之诉等。

I.4,6,13。先决诉权被认为是对物的，它们是用来调查某人是奴隶还是自由人，是生来自由人还是解放自由人的诉权；或关于胎儿之承认的诉权。在这些诉权中，有法律根据的，也许只有用来调查某人是否为生来自由人的诉权。其他都是从裁判官本人的管辖权获得其存在的。

---

① Véase Jose Ovafalle Favela, Las Acciones Populares, En Nuria Gonzalez, Martin (Coordinadora), Estudios Juridicos, En Homenaje A Marta Morineau, T. I: Derecho Romano. Historia Del Derecho, UNAM, 2006, pag. 401.

② See Patrick Cumin, Manual of Civil Law or Examination in the Institutes of Justinian, London, 1854, p. 338.

③ Id.

④ Id.

本段讲先决诉讼。先决诉讼是仅为解决法律或事实问题而非为判处刑罚或开释被告的诉讼，目的在于得以进行另一诉讼，相当于现代的确认之诉。例如，以先决诉讼解决身份问题，以便再解决继承问题。相反的诉讼为非先决诉讼。本段提到的先决诉讼都是身份之诉，分别关涉自由人与奴隶、生来自由人与解放自由人之别——本书第1卷中对这两者区分的法律意义已有论述——丈夫所生子女与通奸带来的子女之别。先决诉讼有两种来源。首先是来自法律规定的，只有调查某人是否自由人的诉权属此；其次是来自裁判官的管辖权的，其他的先决诉权都是这一来源，除以上例举者外，还包括确定嫁资数额的诉权等。把先决诉讼说成对物之诉来自《十二表法》开创的传统，该法规定了自由身份之诉，以对物誓金的法定诉讼处理之，誓金是50阿斯，这可能是一个奴隶的价格。在这一框架内，奴隶被作为动产看待。身份的先决诉讼服务于确定奴隶的所有权的诉讼，前者是从诉，后者是主诉。按从随主原则，自由身份之诉也被定性为对物之诉。实际上，只有涉及债务关系的诉讼才是对人的。

I.4,6,14。因此，这样区分了各种诉权，原告肯定不能以"如果他显然必须给付"的言辞向某人要求自己的物。事实上，原告的物也不必给付于他，因为不消说，被给付的物，被理解为是为了成为他的而给付的，已是原告的物也不能再次成为他的。显然，出于对盗贼的仇恨，为了使他们根据更多的诉权特别地承担责任，人们已创立了这样的诉权，这样，除了两倍或4倍的罚金外，窃贼也为物的取回在这种"如果他们显然必须给付"的诉讼中承担责任，尽管也有对抗他们的对物诉权，某人据之要求物是他的。

本段基于对人之诉与对物之诉的区分立论，采自盖尤斯《法学阶梯》4,4。在蓝本的上下文中，先讲对人之诉与对物之诉的区分，然后马上进入此段，阐明不能以对人之诉的形式达到对物之诉的目的的道理。而在本书中，是先有本段，然后再讲对人之诉与对物之诉的区分，所以有些难懂。本段中的"如果他显然必须给付"是对人之诉的套语，所以不能适用于对物的要求。[①] 因为对人之诉是达成所有权取得的手段，而在适用对物之诉的情形，原告手中已经有物的所有权了。所有人不能通过诉讼取得多于自己先前有的，但这一规则有一个例外，在盗窃之诉的情形，原告不仅可以通过对人诉讼取回物，而且可取得罚金。这样的安排是出于对窃贼的仇恨。

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.573.

I.4,6,15。然而,朕确实把对物诉权叫作"请求返还之诉";但把人们据之主张必须给或做的对人诉权叫作"要求给付之诉"。事实上,在古语中,Condicere 就是"催告"。但现在,我们不恰当地把原告用以主张必须对他为给付的对人诉权叫作要求给付之诉。事实上,当今之时,已无任何人以此名目作出催告。

本段讲对物之诉和对人之诉的别名。前者又名"请求返还之诉"。"返还"的拉丁语形式是"Vindicatio",其词根有"权杖"的意思,所以,请求返还之诉是拟诉弃权的后来形式,用来移转物权。后者又名"要求给付之诉"。这是意译,拉丁语是 Condictio actio。Condictio 来自动词 Condicere,由 Con 和 Dicere 两部分构成,前者意为"共同",后者意为"说",也就是"共同说"的意思,表示债权人催债务人还债的活动,慨言为"通知"。意思是,债务到期后并不当然构成迟延,只有经债权人催告后才如此,这样的安排对债务人有利,由此造就了对人之诉的这个别名。文本中讲到当今之时,已无任何人以此名目作出催告,可能的意思是:经过改革,债务到期即自动构成迟延,毋需催告的程序,这样就剥夺了一个原来给债务人的好处。

I.4,6,16。接下来是这样的划分:有些诉权是为了索回物而采用的;有些诉权是为了追究罚金而采用的;有些是混合性的。

本段转入对诉权的另一种分类,依据追求的目的分为索回物之诉、追究罚金之诉或两者混合之诉。以下 3 段将分别讲清它们各自为何。

I.4,6,17。所有的对物诉权都是为了索回物而采用的。但在对人诉权中,产生于契约的诉权确实被认为几乎全部是为了索回物而采用的,例如原告要求他借出的现金的诉权或在要式口约中指明借款的诉权,同样有使用借贷之诉、寄托之诉、委任之诉、合伙之诉、买卖之诉、租赁之诉。显然,如果某人就因骚乱、火灾、建筑物倒塌、船难进行的寄托提起寄托之诉,裁判官授予他双倍罚金的诉权,只要他就其诈欺对保管人本人或其继承人起诉。在这种情况下,诉权是混合性的。

本段以索回物为中心讲对物诉权和对人诉权的共性:所有的对物诉权都是为了索回物,产生于契约的对人诉权几乎都是为了索回物。说"几乎",是因为灾险寄托之诉尽管也属于对人之诉,但它不是单纯为了索回物,而是同时为了追讨罚金,在寄托人实施了诈欺时如此。这时它是混合性的,混合者也,罚金和索回物相混合

之谓也。根据《十二表法》第八表第19条的规定,实施诈欺的保管人要偿付两倍的罚金。产生于契约的诉权的具体形式是:现金借贷之诉、使用借贷之诉、寄托之诉、委任之诉、合伙之诉、买卖之诉、租赁之诉。现金借贷之诉包括两个子类型,一是作为债权人的原告要求返还他借出的金钱的诉权;二是原告要求以要式口约的方式重审他以随便的方式借出的金钱,以保障其债权的安全的诉权。至于寄托之诉,除了灾险寄托外,还是为了索回物的诉权。委任之诉、合伙之诉为何是索回物的?在委任结束之际,合伙终结之时,都有一方当事人向他方当事人或他们相互间的返还财产问题,故这两种诉讼都有索回物之属性。

I.4,6,18。但产生于非行的诉权,有些只是为了追究罚金而采用的;有些是既为了追究罚金,又为了索回物而采用的,因此是混合性的。人们通过盗窃之诉只追究罚金。事实上,人们对现行盗窃起诉,可得到4倍的罚金;对非现行盗窃起诉,可得到双倍的罚金,起诉的目的仅仅是罚金。事实上,人们有专门的诉权索回物本身,换言之,主张物是他的,而不论该物由窃贼本人占有,还是由任何其他人占有。进而言之,他对窃贼也享有要求给付物的诉权。

本段讲产生于非行的诉权的两面性。这种诉权有些是罚金性的,因为不涉及赃物的返还;有些是混合性的,因为侵权人不仅要交罚金,而且要返还赃物,这正是盗窃之诉的情形。罚金通常都是赃物价值的倍数,例如两倍、4倍等。倍数越高,反映立法者对侵权人越痛恨,处罚越重。例如,现行盗窃比较恶劣,所以罚金是4倍。非现行盗窃比较温和,所以罚金仅仅是两倍。在专门的罚金之诉中,并非不追究赃物,不过有别的专门诉权解决这一问题而已。

I.4,6,19。而以暴力攫取财产之诉是混合性的,因为在4倍中包括物的追究,而罚金是3倍。但关于损害的《阿奎流斯法》诉权是混合性的,不仅在对否认自己责任者提起双倍罚金之诉的情况下,而且有时即使在人们就单纯的价值提起诉讼的情况下,都是如此。例如,某人杀害了在该年内是健全的、价格更高的跛腿的或瞎眼的奴隶的情况。事实上,根据已讲授的区别,将判处偿付该奴隶在该年内的最高价值。同样,针对延搁给付以遗赠或信托的名义对神圣的教堂或其他值得尊敬的地方[①]的遗留,因此甚至被传唤受审者的诉权,是混合性的。事实上,在这种情况下,他们不仅被迫给付物本身或遗留的金钱,而且被迫另外给付罚金,这样,判决额是遗留物的两倍。

① “其他值得尊敬的地方”,指修道院、孤儿院、教会医院等。

本段讲混合性诉权的诸形态，有三种：其一是以暴力攫取财产之诉；其二是《阿奎流斯法》之诉；其三是拒绝给付以遗赠或信托的名义对神圣的教堂或其他值得尊敬的地方之诉。它们的共同特点是被告不仅要给付自己应给付的物，而且要偿付与此等物成一定倍数的罚金，所以这种诉权是混合性的。以暴力攫取财产之诉是4倍之诉，其中3倍是罚金，1倍是被抢劫的物本身的价值。《阿奎流斯法》之诉有两种情况，一种涉及否认自己的责任者；另一种涉及被提起单纯的损害之诉者。从所举例子来看，杀了人家一个残疾奴隶的，要赔该奴隶在本年内的最高价值。我理解，该奴隶被杀时的价值是索回物之诉的对象，最高价值与该价值之差是罚金；拒绝给付以遗赠或信托的名义对神圣的教堂或其他值得尊敬的地方之诉是对公益遗赠的强制履行，有点类似于我国合同法关于强制履行公益赠予的规定。这一规定只针对不履行其先人所为对宗教场合遗赠的继承人，这是优士丁尼改革的结果，此前，这一规定适用于一切拒绝履行先人所为之遗赠的继承人。而且，这一规定只适用于绝对拒绝履行者，不适用于迟延履行者，对于迟延履行者，优士丁尼视为对遗赠的期限条款作出了更新。①

I.4,6,20。有些诉权被认为具有混合的性质，它们既是对物的，又是对人的。它是分割遗产之诉，共同继承人为分割遗产享有这一诉权。同样，有分割共有财产之诉，它在拥有某种共有财产的人之间为了分割此等财产而发生。同样有调整地界之诉，它在拥有相邻土地者之间提起。在这3种诉讼中，允许法官根据善良与公平将某物判给争讼的一方，如果某人的实际得到的份额被认为超过其应得份额，判令他依次偿付确定的金钱给其他人。

本段讲另一种意义上的混合诉权——对人之诉与对物之诉的混合。它们有：分割遗产之诉、分割共有财产之诉、调整地界之诉。本书4,17,4、4,17,5、4,17,6对三者如何运作有详细论述，读者可参看。这3种诉讼被称为混合的，乃因为法官可以把价格分割与实物分配区分开来以减少分割过程的破坏性，对于少分实物的参与分配者，法官可判令多分实物者给予他金钱补偿。针对此等金钱补偿的诉权是对人的。分割诉权和调整地界诉权是对物的。可以说，在这3种情形，对人之诉都是对物之诉的附带成分。

I.4,6,21。然而，所有的诉权被表达为要么是单纯的价值；要么是两倍、3倍或4倍。但无任何诉权高于上述倍数。

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.577.

本段讲以倍数表示诉权的方法，这是另一种表达诉权的方式，例如，以暴力攫取财产之诉是一种诉权的名字，但也可以把它表述为4倍之诉。其他诉权都是如此，无一例外。最低的是单纯价值之诉，最高的是4倍之诉。没有更高倍数的诉权。这种安排，既考虑了惩罚被告，也考虑了他的承受能力以及执行的可行性。

I.4,6,22。为单纯的价值起诉，有如根据要式口约之诉、消费借贷之诉、买卖之诉、租赁之诉、委任之诉以及根据其他许多原因起诉的情况。

本段讲单纯价值之诉的诸类型，其诉讼标的仅仅是原告所主张之物的单纯的价值。有要式口约之诉、消费借贷之诉、买卖之诉、租赁之诉、委任之诉等。它们反映的都是正常的交易，不具有惩罚被告的意图。“根据其他原因起诉的情况”何指？至少可指诈欺之诉，它也是为单纯的价值提起的。①

I.4,6,23。我们为双倍罚金起诉，有如根据非现行盗窃之诉、根据《阿奎流斯法》的不法损害之诉、某些情况下的寄托之诉起诉的情况，同样有根据腐蚀奴隶之诉起诉的情况，它用来对抗以其劝告和教唆，使他人的奴隶逃亡或变得对主人固执；或开始过奢侈的生活；或最终以任何方式变得败坏的人（在这种诉权中，逃亡奴隶所带走的物的价值也被归入估价）。同样有朕如上所述的根据被遗留给可尊敬之地的遗赠的诉权。

本段讲双倍罚金之诉的诸类型。有非现行盗窃之诉、根据《阿奎流斯法》的不法损害之诉、某些情况下的寄托之诉、腐蚀奴隶之诉、被遗留给可尊敬之地的遗赠的诉权。并展开说明腐蚀奴隶之诉的运用案型：包括劝告和教唆他人的奴隶逃亡、变得对主人固执、开始过奢侈的生活、以任何方式变得败坏。由于双倍罚金之诉中的“一倍”是原告的实际损失，本段展开讲腐蚀奴隶之诉中，在计算实际损失时要包括逃亡奴隶带走的物的价值。“被遗留给可尊敬之地的遗赠的诉权”在本题第19段讲过，所以有“朕如上所述”的文字。寄托之诉有不同的情形，本段讲一种情形，即被告否认自己的责任的情形，在他认错的情形，寄托之诉是单纯的价值之诉。实际上，与寄托之诉处在同样地位（有时是单纯价值之诉，有时是双倍罚金之诉）的还有根据《阿奎流斯法》的不法损害之诉、被遗留给可尊敬之地的遗赠的诉权（参见本题第26段）。由此可见，罗马民法具有惩罚性，民法不惩罚任何人的说法在罗马民法中行不通。

---

① See W. W. Buckland, A Text-Book of Roman Law From Augustus to Justinian, Cambridge University Press, 2007, p.698.

根据《阿奎流斯法》的不法损害之诉的具体适用情形，本卷第3题“《阿奎流斯法》”有专门论述，可以参看。

I.4,6,24。但为3倍的罚金起诉，发生于某人在诉状中提出了多于公正估价的金额，以至于由于这一情况，报信人，换言之，诉讼的执达吏征收了更多的费用[①]的情况。事实上，在这种情况下，被告就他因执达吏的活动所受的损害，从原告获得3倍的赔偿，在这样的3倍中，也包括所受损害的单纯价值。这是由朕的敕令[②]采用的，它在朕的《法典》中闪闪发光，毫无疑问，从这一敕令产生了一种以法律为依据的要求给付之诉。

本段讲3倍罚金之诉的适用案型：原告在诉状中夸大自己的权利，会导致执达吏多收了被告的诉讼费用。在法律诉讼时期和程式诉讼时期初，罗马无诉讼费用制度[③]，克劳丢斯皇帝首次承认了律师收费合法，尼禄更把律师费的支付当作义务。差不多与律师收费合法化同时，审判开始收费，这是由于诉讼变得复杂使然，首先是用来支付法官助手们的出差费用和跑腿费（Sportula）的。像当代一样，原告起诉要交诉讼费，不交的，法官可以拒绝为判处。败诉者承担诉讼费用。如果是被告败诉，他要偿还原告已付的诉讼费用。诉讼费按标的比例收取，大约是1000索里迪收6.5索里迪，也就是0.65%。[④] 所以，虚夸债权会造成被告的损失。判决时，查清了原告的实际权利额，法官据以宣判之，并令原告就主张的权利额与实际的权利额之差的3倍向被告为赔偿。这3倍中，包括被告的实际损失，其他两倍为惩罚金。因此，本段的中心是打击原告虽然有理，但漫天要价的做法，提倡诚实诉讼。

本段产生在非常诉讼的环境中，表明当时有起诉状制度。长官接受此状后，将之交给执达吏转交被告，并按诉状中表明的权利额向被告征收诉讼担保。[⑤] 因此，本段也表明当时有执达吏。相较于《十二表法》的时代，国家在诉讼中的角色要积极一些。

这种对不诚实诉讼的制裁出自优士丁尼自己的立法。它规定，过多请求者在庭审前承认真实的债权额的，不受惩罚；但在开庭后证实过多请求的，不仅要剥夺此等

① 执达吏所收的费用并非诉讼费用。在诉讼中，法官要另外收费，该费用为国家所得。

② 见C.3,10,2，无年月。

③ *Cfr. Giuseppe Chiovenda, Le Spese del Processo Civile Romano, In Bullettino dell'Istituto di Istituto di Diritto Romano, Vol. VII, p.276.*

④ Ibid., p.285.

⑤ Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.587.

超出的部分，而且要剥夺本有的债额。但允许当事人就这一问题和解。[①] 由此看来，优士丁尼的这一敕答还具有打击原告的愚弄国家司法机关行为的目的。

I.4,6,25。为4倍的罚金起诉，有如根据现行盗窃之诉起诉的情况。同样有就因胁迫所做之事起诉，以及对给付金钱让受给付人对某人阴谋地做或不做某一交易的情况起诉的情况。同样，从朕的敕令中产生了一种基于法律的要求给付之诉，它课加4倍的罚金于违反朕之敕令[②]的规范从被告征收任何物的诉讼执达吏。

本段讲4倍罚金之诉的诸类型。有现行盗窃之诉、胁迫之诉、以给付金钱操弄交易之诉、违规征收过多诉讼费之诉4种。现行盗窃处4倍之诉，出于立法者对此等盗窃的痛恨，已见前述。对胁迫之诉也处4倍罚金，表现了罗马法的强烈的干预主义立场，与当代法只以无效处理有关法律行为的温和态度形成对照。以给付金钱操弄交易之诉表明了立法者的自由市场主义立场，所以，尽管罗马法中也有择优解除简约，但这个"优"应是自然形成的。最后是针对违规征收过多的诉讼费的执达吏的4倍之诉。采用诉讼费用制度后，执达吏就传唤行为收1/3到4个索里迪不等，由被告承担。[③]

I.4,6,26。但非现行盗窃之诉和腐蚀奴隶之诉确实不同于其他朕已同时说过的其他诉权，因为它们在任何情况下都是双倍的。但其他的诉权，换言之，根据《阿奎流斯法》的不法损害诉权和某种情况下的寄托之诉，只有在被告否认自己的责任时，它们才达到双倍之数，而在他认错的情况下，只授予单纯价值的诉权。但就对可尊敬的地方所作的遗留发生的诉权，不仅在被告否认其责任的情况下，而且在延搁偿付遗留物到根据朕的官吏的命令被起诉的情况下，它们都达到双倍之数，但在他承认其责任，并在根据官吏的命令被起诉前作了偿付的情况下，发生单纯价值的诉权。

本段讲双倍罚金之诉的两种情况，一种是无论被告态度好坏，都是双倍不变的诉权，另一种是只有在被告态度恶劣才是双倍，被告态度好就是单纯价值的诉权。前者有非现行盗窃之诉和腐蚀奴隶之诉。之所以把它们定为始终是双倍罚金之

---

① See The Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S.P. Scott, Cincinnati, The General Trust Company, 1932, Vol. XII, p.273.

② 参见C.3,2,5,530年。

③ Cfr. G. iuseppe Chiovenda, Spese del Processo Civile Romano, In Bullettino di Istituto di Diritto Romano, Vol. VII, p.283.

诉，是因为被告的行为已经很恶劣，无以复加。后者再分为两种类型，第一种类型有《阿奎流斯法》之诉和某些寄托之诉，它们是否成为双倍罚金之诉取决于被告是否承认自己的责任，这就开启了把态度好坏与民事责任的承担大小挂钩的做法；第二种类型强制履行公益遗赠之诉，它是否变成双倍罚金之诉不仅取决于被告是否承认自己的责任，而且还取决于被告是否及时给付此等遗赠。

I.4,6,27。同样，就因胁迫所做之事的诉权也区别于朕同时说到的其他诉权，因为其性质中默示地包含了这样的内容：根据法官的命令将物本身返还给了原告的人，将被开释。在其他诉权的情况下并不如此，而是在任何情况下都判处被告4倍的罚金。这也发生在现行盗窃之诉中。

本段讲4倍罚金之诉的特殊类型：胁迫之诉和现行盗窃之诉。在胁迫之诉中，如果被告恢复原状，可免4倍的罚金责任，这就是所谓的“开释”的意思。由于胁迫涉及物权和债权两种情形，在前种情形，自然是把已交付的物返还；在后种情形，是把已免除的债恢复原状。所以，恢复原状不能与完全返还等同。相反，如果被告不作恢复原状，则他要承担4倍罚金的责任（参见D.4,2,14,1。乌尔比安：《告示评注》第11卷）。这种一好一坏的安排，还是鼓励犯了错误的人改正错误，根据态度定行为的后果。现行盗窃之诉也是如此。发生盗窃后，窃贼有两种选择：要么根据要求返还之诉返还赃物，要么承担4倍罚金之诉（参见D.3,6,5,1。乌尔比安：《告示评注》第10卷，以及本书2,1,26）。对盗窃的这种处理，也是鼓励认罪，消除犯罪后果。

I.4,6,28。而有些诉权是诚信的；有些诉权是严法的。这些诉权是诚信诉权：买卖之诉、租赁之诉、无因管理之诉、委任之诉、寄托之诉、合伙之诉、监护之诉、使用借贷之诉、质物请求之诉、分割遗产之诉、分割共有财产之诉、在代销和互易合同中授予的相当给付之诉以及要求遗产之诉。事实上，尽管直到最近，要求遗产之诉是否须被列为诚信诉讼，仍不确定，但朕的一个敕令[①]已明确把它规定为诚信诉讼。

本段转入另一种诉权的分类：诚信诉讼和严法诉讼，并详述诚信诉讼的诸类型，有如下列：买卖之诉、租赁之诉、无因管理之诉、委任之诉、寄托之诉、合伙之诉、监护之诉、使用借贷之诉、质物请求之诉、分割遗产之诉、分割共有财产之诉、在代

① 参见C.3,31,12,531年。

销和互易合同中授予的相当给付之诉以及要求遗产之诉。关于诚信诉讼与严法诉讼的区分标准，本题第30段有论述。实际上，这种两分发生于程式诉讼时期。其中，审判程序分为法律审理和事实审理两个部分，前者由裁判官负责，其工作成果表现为一个“程式”（Formula），其主文包括法官的任命、请求原因、原告的请求（Intentio）、判决要旨4个部分；其附录包括前书（*Praescriptio*）与抗辩两个部分。诚信诉讼与主文中的“原告请求”和“判决要旨”两个部分有关。首先，原告可在请求部分对被告提出“依诚信应该对他给或做的任何事情”（Quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona）的请求。其次，裁判官在审查原告的请求后，根据有无确定标的以及原告是否有“依诚信”的请求，决定是否在程式书状中写上“依诚信”字样。对无确定标的而原告附有“依诚信”的请求的，裁判官则将有“依诚信”字样的程式书状交给法官，其格式是这样的（以寄托合同为例）：“任命某某为法官。争讼的事实是：奥路斯·阿杰流斯在努梅流斯·内基丢斯处寄托了一个银盘，从这一事实出发，法官要判处努梅流斯·内基丢斯依诚信应该对奥路斯·阿杰流斯给或做的任何事情。如果查明并非如此，则开释被告。”①得到这一程式书状的法官即按诚信诉讼的方式对此案进行事实审。凡程式书状上未附注“依诚信”字样的都是严法诉讼。因此，诚信诉讼实际上得名于“原告请求”和“判决要旨”中的“依诚信”的附语。在这种诉讼中，法官可斟酌案情自由裁量，根据当事人在法律关系中依诚信应为的标准调整其权利义务，不必严守法规和拘泥形式，而按公平正义的精神为恰当的判决。附录部分的“前书”记载对原被告诉讼权利的保障措施；“抗辩”部分则指示法官注意被告之可抵销原告主张的事实。②

本段中的多数诉权都可望文生义，只有“在代销和互易合同中授予的相当给付之诉”难懂，需要特别说明。代销是一方当事人委托他方出售经估价的物品，在售出后返还价金；在不能售出的情况下返还原物的交易，在其产生之初，这种交易是估价出售，还是工作的租赁，还是委任，法学家们众说纷纭，裁判官认其为一种独立交易而创设相当给付之诉解决之。相当给付之诉从此成为裁判官调整无名契约的工具，后来又把它适用于互易合同。正如本书3，23，2指出的，互易产生之初，法学家就它是买卖还是一种独立的交易有争议，情形与代销曾面临的类似，裁判官也用相当给付之诉调整之。

---

① 参见〔古罗马〕盖尤斯：《法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社1996年版，第310页。译文有改动。Anche si vede Mario Talamanca, Istituzioni di diritto romano, Giuffrè, Milano, 1990, p. 310.

② 参见周枏：《罗马法原论》（下册），商务印书馆1994年版，第584、885、892页及以次。

I.4,6,29。从前,妻财之诉也包括在诚信诉讼中。但由于朕发现根据要式口约之诉更为令人满意,在作了许多区别之后,朕把所有曾前关于妻财的规范,移入为要求返还嫁资而提出的要式口约之诉中①,正当地取消了妻财之诉,用来取代其位置的要式口约之诉在追索嫁资的范围内获得了诚信诉讼的性质,是诚信诉讼。但朕给她们默示的抵押权,朕规定,在妻子本人就其嫁资起诉的情况下,她此时优先于其他享有抵押权的债权人,朕采用这一规定,只是为了妻子的利益。

本段讲妻财之诉的变迁。它首先是诚信诉讼,后来被移入要式口约之诉,但这种要式口约之诉具有诚信的性质。优士丁尼还赋予妻子的嫁资返还请求权对丈夫财产的法定抵押权,以保护妻子的利益。

妻财就是妻子带到夫家的嫁资。此等嫁资丈夫享有经营管理权,但所有权还是妻子的,故在离婚的情况下丈夫要返还此等嫁资。就此等义务之履行,涉及两个因素:一是返还多少。因为如果妻子对于离婚之发生有一定的过犯,丈夫可扣留一定的嫁资,例如,可就妻子的重过失(例如通奸)扣留 1/6 的嫁资;可就妻子的轻过失(例如偷配钥匙)扣留 1/8 的嫁资②;即使妻子对离婚无过错,由于孩子最通常要留在丈夫家,丈夫也可扣留一定数量的嫁资作为孩子将来的扶养费。二是在什么时间返还。由于妻子带入夫家的嫁资已与丈夫的财产融合在一起,骤然要求丈夫向妻子返还嫁资会引起丈夫财产状况的动荡,法律因而允许丈夫在 3 年的期限内按 3 个期次返还嫁资,每年返还 1/3。丈夫的离婚过错导致此等期限利益受损。过错是通奸的,3 年的期限利益全部丧失;因为其他过错的,期限减半,即每 6 个月返还 1/3。③ 由上可见,在妻财之诉中,法律对丈夫有许多照顾,这构成优士丁尼把它改为由要式口约之诉处理的理由。在要式口约之诉中保留了妻财之诉的许多特点,例如丈夫的能力利益等,但他的返还期限由 3 年减少为 1 年④,并取消了丈夫的扣留权。这对妻子有利。把妻财之诉转换为要式口约之诉并不突兀,因为在设立嫁资时就订立了一个在离婚时返还此等嫁资的要式口约,现在不过执行这个要式口约而已。⑤

---

① 参见 C.5,13,1,530 年。

② Cfr. Riccardo Astolfi, Il Matrimonio nel Diritto Romano Classico, CEDAM, Padova, 2006, p.304.

③ 参见周枏:《罗马法原论》(上册),商务印书馆 1994 年版,第 198 页。

④ Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.593.

⑤ Voir Felix Bayssat, De L'action rei uxoriae en Droit Romain, Le Puy, 1887, p.91.

I.4,6,30。而在诚信诉讼中,人们认为允许法官享有根据善良和公平自由地估计应对原告返还的金额的权力。其中也包括原告一方必须对被告做某种履行的情况,对此作出抵销,把余额判给被告。但在严法诉讼中,根据神君马尔库斯的敕答,在提出恶意诈欺之抗辩的情况下,才采用抵销。但朕的一个敕令①更广泛地采用受明显的权利之支持的抵销,这样,不论是对物诉权还是对人诉权,或其他任何诉权,依法减少,唯一的例外是寄托之诉,朕认为在这种情形提出抵销相当有害,以免在抵销的借口下,某人因欺骗不能追回自己的寄托物。

本段讲诚信诉讼的运作特点:法官有广泛的自由裁量权决定应对原告作出的返还额,同时允许抵销原告和被告的债额,而在严法诉讼中,只有在运用一般的诈欺抗辩的情形才可以实行抵销。优士丁尼的敕令进一步扩大了抵销的运用范围,使抵销当然发生,但不许对寄托适用抵销,因为这样做对寄托人侵害太大。也不允许不法占有他人财产的人实行抵销。② 抵销节省了履行成本,减少了诉讼,是一项绿色制度。

本段与本题第39段结合,提出了比较系统的抵销理论,影响后世民法理论和立法。③

I.4,6,31。此外还有某些我们称之为仲裁之诉的诉权,换言之,取决于法官之评议的诉权,在这种诉权中,除非被告根据法官的评议满足了原告,例如返还或出示财产,或作出清偿,或根据损害投偿的原因交出奴隶,他应受责罚。但在这种诉讼中,既可找到对物的,也可找到对人的。对物诉权,例如有普布利奇安诉权、关于佃户之物的塞尔维尤斯诉权、也被称作抵押之诉的准塞尔维尤斯诉权;对人之诉,例如有人们就因胁迫或恶意诈欺做成之事提出的诉讼;同样,人们要求被允诺在特定地点给付之物的诉权。出示之诉也是取决于法官之评议的诉权。事实上,在这些诉讼及其他类似的诉讼中,允许法官从善良和公平出发,根据人们讼争之标的的性质,评定须以何种方式满足原告。

本段讲仲裁之诉的特点和类型。特点是法官具有较大的自由裁量权,他要从

---

① 参见C.4,31,14,531年。

② See The Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S.P. Scott, Cincinnati, The General Trust Company, 1932, Vol. XIII, p.77.

③ Voir C. Appleton, Histroire de la compensation e Droit Romain, G. Masson Editeur, Paris, 1895.

善良和公平出发根据讼争之标的的性质评定须以何种方式满足原告从而避免为判处,满足的手段有返还或出示财产、清偿、交出加害奴隶等。采取这些措施不能让原告满足的,才对被告为判处。仲裁之诉的类型有普布利奇安诉权、关于佃户之物的塞尔维尤斯诉权、抵押之诉、胁迫或恶意诈欺之诉、允诺在特定地点给付物之诉、出示之诉。它们既有对物的,也有对人的。

本段讲的仲裁之诉,为何审判者仍然称为法官而不是仲裁员呢?这就涉及法官与仲裁员的区别问题。两者的区别在于,法官是长官指定的;仲裁员是当事人以仲裁协议确定的;由事理之性质决定,前者实行独任制,后者实行多人制。

I.4,6,32。而法官应尽其所能,注意在任何情况下就确定之金钱或物作出判决,即使在他面前就不确定的金额提起了诉讼,也是如此。

本段讲法官承担的作出确定额判决的责任,具有确定额的,可以是金钱,也可以是其他物。只有判决额确定,才好执行,所以提出这个要求。但当事人起诉时可能提出的是不确定额的要求,例如说"赔偿我受到的损害",这时候法官要把这个请求确定化,方法可能是要求原告就自己的损害额宣誓,法官认为适当的,则采用之;认为不适当的,请善良公正之士估价,然后得出要判定的金额或其他物的数量。不确定的判决绝对无效。

I.4,6,33。如果原告要求了多于他应得的履行,其权利不会得到承认,换言之,他将败诉,裁判官为他完全恢复原状,亦非易事,除非他不满25岁。事实上,如同这些人在其他情况下,通过调查案件事实可得到帮助一样,如果他们由于年轻犯了错误,在这种情况下,他们也通常得到帮助。当然,如果发生可原谅的错误有非常特殊的原因,甚至很稳重的人也会受骗,满了25岁的人也得到帮助。例如,如果某人要求全部的遗赠物,后来接着公开了小遗嘱,其中或取消了部分遗赠,或把一些遗赠物给予了某些其他人,因此,要求人被认为作了超过9/12的要求,因此要根据《法尔其丢斯法》减少遗赠额。

本段接续前段,既然判决额必须是确定的,而判决又依据原告的请求额作出,所以,这一请求额也必须是确定的,这一要求缺乏弹性,很容易导致过多请求或过少请求。本段讲过多请求的3种情形。第一种情形是25岁以下的无行为能力人为过多请求,他们可得到原谅。第二种情形是25岁以上的人基于可原谅的错误过多请求,此时他们也可得到原谅。所谓可原谅的错误,就是尽通常的注意避免不了的错误。本段暗示有第三种情形存在,也就是25岁以上的人没有基于可原谅的错

误为过多请求，其后果如本段开头所讲，请求人将败诉，裁判官不能恢复他先前的法律地位。在程式诉讼时期，过多请求在程式的“原告请求”部分进行。原告的请求额应该精确并对此负举证义务，不能完全证明的或后来扣减的，将败诉。[①] 在非常诉讼时期，原告是在起诉状中提出过多请求。

原告精确提出请求有时做不到，芝诺皇帝举过一个例子。某人把物寄托给他人后死去，该人的继承人知道寄托的事实，但不知道寄托了多少，他就很容易提出过多的要求。对这种人进行制裁，不合情理。[②]

本段以行为能力为立足点定行为的法律效果，是一个密切关联行为能力制度的文本，罗马法中的25岁的所谓行为能力年龄实际上是保护年龄，不能完全与现代的行为能力年龄等同。前者采取消极的视角，肯认满法定年龄的行为人不对某些行为承担责任，后者采取积极的视角，肯认满法定年龄的行为人对所有的行为承担责任。

本段最后举了一个要求过多遗产的例子，说的是死者给受遗赠人一份遗产，后来发现死者又以小遗嘱减少了遗赠额或把部分遗赠物给了他人（这相当于部分取消遗赠）的情况。受遗赠人过去对此不知，故要求全部遗赠物，后来发现了小遗嘱，他就是提出过多的请求了，但他因犯了可以原谅的错误如此，故可不承担过多请求的责任，只根据《法尔其丢斯法》减少其请求遗赠额即可。如有必要，他可重新提起诉讼。

I.4,6,33a。事实上，人们以4种方式提出过多要求：标的、期限、地点、原因。标的，有如某人对负欠他10个金币的人要求20个金币的情况；或者，他只享有物的一部分，而他就其全部或大于其份额的部分起诉的情况。

本段讲过多请求的四种方式，它们针对标的、期限、地点、原因四个环节进行。就合同而言，这四个方面往往都是合同条款规定的内容，规定了一种安排，超出此等安排提出要求，就构成过多请求。在四种过多请求的方式中，标的过多请求名列第一，此乃因为它发生得最经常，最符合过多请求之名的本来含义。合同规定了100，我要求120，我就是在提出过多的请求。

实际上，还有罗马法学家提出了另外的过多请求的对象。首先是质量，也即原告要求标的物具有好于约定的质量。其次是估价，也即原告要求的给付的价值高

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag. 600.

② Cfr. Giuseppe Provera, Lezioni sul processo civile giustinianeo, Parte I, Estratto, Giappichelli Editore, Torino, 2010, p. 223.

于他有权主张的给付的价值。[①]

I.4,6,33b。期限,有如某人在期限或条件完成之前提出要求的情况。事实上,由于迟延偿付者被认为作了较少的偿付,同理,提前作出要求的人被认为要求了更多的。

本段展开讲在期限方面过多请求问题。分为期限和条件两个方面,实际上两者很不同,前者是必将到来的,后者是否成就则是不确定的,因此,古典法严格区分期限上的过多要求与条件上的过多要求。债务人在期限届满前履行的,不得索回,因为履行义务已经发生。而债务人在条件成就前履行的,可作为不当得利索回,因为履行义务尚未发生,甚至可能不会发生。[②] 当然,本书把期限和条件在过多请求问题上同化了,有失科学。无论如何,债权人要求提前履行的,即构成某种不当得利,因为滞后履行让债权人吃亏,提前履行让债务人吃亏,都有违公平,不得允许之。按现代的规则,债权人要求提前履行债务人同意的,可以,但债权人要提供贴现。本书3,19,26已讲了期限对履行请求权的限制,与本段同理。在期限方面过多请求现代民法典也有规定,例如《智利民法典》第1485条和第1496条就是针对期限上的过多请求的。[③]

I.4,6,33c。就地点作出更多的要求,有如某人以要式口约规定在某一地点对他给付某物,他要求在另一地点对他给付该物,却未提及要式口约规定的对他为给付的地点之情况。例如,如果某人这样提出要式口约:"汝答应在以弗所[④]给付否?"他无条件地要求必须在罗马对他为给付。然而,他因此被认为作了过多的要求,因为要式口约之债务人如果在以弗所为偿付将享有的便利,由于无条件的请求被剥夺了。为此理由,对要求在其他地点为偿付者,给予仲裁诉权,在这种诉讼中,不消说,要考虑债务人在规定的地点偿付享有的便利。人们发现,在商品是诸如酒、油或谷物,它们随地区的不同具有不同的价格的情况下,上述便利通常是很大的。但现金也不是在所有的地区都以同样的利息贷出。然而,如果某人在以弗所为要求,换言之,在要式口约规定的对他为给付的地点为要求,他正当地以正常的诉权起诉。裁判官也作了这样的规定,不消说,

① Cfr. Giuseppe Provera, Lezioni sul processo civile giustinianeo, Parte I, Estratto, Giappichelli Editore, Torino, 2010, p. 212.

② Ibid., p. 189.

③ 其辞曰:第1485条:附条件的债只有在条件完全成就时才可被请求履行。在停止条件成就前已为的一切清偿,在条件未成就时可被索回。第1496条第1款:期限届至前,不得请求清偿债务……

④ 以弗所(Ephesus),小亚细亚古城,现在处于土耳其境内,名埃菲斯(Efes)。

因为债务人保全了偿付的便利。

本段展开讲在地点方面过多请求问题。合同规定在甲地履行,债权人要求在乙地履行的,构成这种过多请求,法律赋予债务人仲裁诉权解决之。之所以限制这样的过多请求,有两个原因。其一,在不同地方履行成本不一样,换地方履行通常会加重债务人的负担。本段举的例子可说明这一点。以弗所是亚洲的一个城市,现在处土耳其境内,合同约定在这个地方履行,债权人却改成在处在欧洲的罗马履行,两地间的距离何止千公里计。债务人的旅行费用和运输货物的费用不知要增加多少!其二,各地同一货物的价格和贷款的利率不同,约在此地履行而改为在彼地履行,会改变履行的实际价值。当然,这种改变也可能对债务人利好,如果改变履行地点应该允许,但本段未讲此点。但更可能的是此等改变对债务人不利,这是本段禁止在地点上过多请求的理由。所以,本段表现出商品和货币的价值波动的市场经济观念。

I.4,6,33d。而与这种被认为就地点作出更多之要求者相接近的,是就原因提出过多要求的人。例如,如果某人这样从你通过要式口约被允诺:"汝答应给付奴隶斯提古或10个金币否?"然后他要求两者之一,例如,只要求奴隶或只要求10个金币。事实上,之所以认为他作了过多的要求,乃因为在上述种类的要式口约中,选择权属于债务人,如果他宁愿选择偿付金钱或奴隶的话。因此,要求必须只对他给付金钱;或只对他给付奴隶的人,剥夺了其相对人的选择权,以这种方式确实使其地位得到了改善,但使其相对人的地位变得恶化。因此,在这样的情况中发生一种这样的诉权:某人据之要求必须对他给付奴隶斯提古或10个金币,换言之,根据要式口约之内容提出要求。此外,如果某人一般就奴隶提出要式口约,而特定地要求斯提古;或一般地就酒提出要式口约,而特定地要求康盘尼亚的酒;或一般地就紫绒提出要式口约,然后特定地要求迪鲁斯的紫绒,他被认为作了过多的要求,因为他剥夺了其相对人的选择权,相对人根据要式口约的条款,可自由地偿付一种不同于被要求的物。而且,即使某人要求的物是很廉价的,仍认为他作了过多的要求,因为经常发生这样的事情:债务人更易于偿付价值更大的东西。

本段展开讲在原因方面过多请求问题。本段中的原因一词指诉因,即起诉的目的,与本书其他地方用的"原因"一词含义不同。在本段中,它表现为在要式口约中为债务人提供了在多种选择项中履行一种的机会,但债权人在起诉中只以他中意的选择项为诉因,剥夺了债务人的选择权,构成过多请求。他由此优化了自己的地位,恶化了相对人的地位。对此等请求,可以要式口约之诉对抗之,也就是要求

债权人严格按要式口约的内容履行，不得变更。另一种在选择权方面过多请求的方式是“类中求特”，也就是合同只规定了某一类物的给付，但债权人要求给付此类物中最优者，按现代的术语，这应构成在质量方面过多请求，但也有债权人要求此类物中的价廉者的现象，按理说无害于债务人，但本段仍然认为构成过多请求，因为这样做还是剥夺了债务人的选择权。看来，自由的利益比经济利益更重要。

I.4,6,33e。但这些都是过去使用过的制度。而后来芝诺的一个法律[①]和朕的一个法律[②]缓和了形势。如果确实就期限提出了过多的要求，神念的芝诺的敕令规定了应怎样做；如果确实就数量或以其他方式作了过多的要求，所有由此原因可能发生的对被提出过多要求者的损害，如朕之上述[③]，在作出3倍罚金的判决中，罚金由原告承担。

本段讲芝诺和优士丁尼本人在过多请求问题上的立法改革。芝诺的敕令被收录在《巴西尔法律全书》7,6,21中，涉及在期限方面的过多请求，规定，原告在规定的期限届满前起诉的，他可以重新起诉的期限要比原定的期限延长两倍，并以偿还了被告所有因原告提前起诉发生的费用为条件，且无权主张此等间隙期间内的利息。[④] 优士丁尼的改革涉及在数量和其他方面过多请求，其内容已见本题第24段。其后果是提出过多请求者以被告因此承受的损失为基准承担3倍罚金之诉，但并不败诉，可得到自己实际债额的判处。优士丁尼改革的精神是缓和过多请求制度的僵硬性，避免作出过多请求的原告败诉从而需要第二次审判，导致司法资源的浪费。

I.4,6,34。如果原告在其要求中主张的金额少于他应得的，例如在欠他10个金币的情况下，他只要求对他给付5个金币；或在全部土地属于他的情况下，只要求一半的份额是他的，他可无风险地起诉。事实上，法官将根据神念的芝诺之敕令，在同一审判中就余额对相对人作出判决。

本段讲原告在诉讼要求中过少请求问题。其中的“要求”(Intentio)是程式诉讼中的程式(Formula)的一部分，本书产生于非常诉讼时代，却仍然使用“要求”的

① 参见C.3,10,1,486年或487年。

② 参见C.3,10,2,无年月。

③ 参见本书4,6,24。

④ Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag. 603. Cfr. Giuseppe Provera, Lezioni sul processo civile giustinianeo, Parte I, Estratto, Giappichelli Editore, Torino, 2010, p. 220.

术语，表明过多或过少请求问题是程式诉讼时期的遗产，两者都体现在程式的这一部分。在盖尤斯的时代，过少请求的原告不会受到惩罚，他也不会丧失请求诉追额与实际债额之间的差额的权利，但他如果在同一个裁判官的任期内主张此等权利，他会遭遇分诉的抗辩（Litis dividuae）的抵制。按这一抗辩，如果债权人挤牙膏式地诉追其债，他在为缩小债权之诉求后，不得在同一裁判官的任期内诉求差额，这是为了防止债权人把缩小债权为请求以便多次请求当作骚扰其债务人的手段。但芝诺的敕令对此改革，把规则改为允许曾过少请求者在同一审判中就余额对相对人提出请求。[①] 这样就合并了两诉，造成了诉讼的经济。同时放弃了原告的请求额必须精确的要求，把确定原告的权利额之多少的任务交给了法官。

在罗马的民事诉讼中，诉讼税和其他诉讼费用要按请求额征收，在缩小债权为请求的情形，第一次以被缩小的债权额为基准征收诉讼税以及诉讼费用；第二次应以此等债权的余额为基准征收诉讼税以及诉讼费用。

I.4,6,35。如果某人把彼物作为此物来要求，已决定他不承担任何风险，但朕允许他在弄清真相的情况下，在同一诉讼中改正其错误，例如，应该要求奴隶斯提古的人却要求埃罗斯的情况；或某人主张须根据遗嘱对他为给付，而实际上债务是根据要式口约产生的情况。

本段讲要求的客体错误及其改正。这是基于错误在请求问题上张冠李戴。实际上，由于作为履行标的的“张三”与“李四”可能价值相差甚大，例如，斯提古可能是一个做粗活的奴隶，而埃罗斯却是一个画家，所以，请求他物本身可能是一种过多请求或过少，所以，本段接续上面论述过多请求和过少请求的各段，并不奇怪，而且，请求他物与过多请求和过少请求一样，都出于错误或过失，具有共性。在程式诉讼时期，请求他物会导致原告败诉，他必须重新起诉才能主张自己的权利，这样导致当事人方面和法院方面时间精力的浪费，故本段不要求原告提出精确请求，允许他在诉讼中改正错误，这样的安排更合理，并使诉讼具有了纠问的色彩。[②]

I.4,6,36。此外，有某些诉权，我们并不总是以之获得对我们负欠的全部东西，而是有时我们获得全部；有时获得较少。例如，我们就儿子或奴隶的特有产起诉的情况。事实上，如果在特有产中有不少于我们追究的财产，父亲或主

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag. 604.

② Cfr. Giuseppe Provera, Lezioni sul processo civile giustinianeo, Parte I, Estratto, Giappichelli Editore, Torino, 2010, p. 230.

人将被就全额作出判决。但如果发现它少于我们追究的金额，法官将在特有产的范围内作出判决。而人们应怎样理解特有产，朕将在谈到它的地方阐述。[1]

本段讲获得全部请求额的诉权与获得少于请求额的诉权的区分。这是本题采用的第五种诉权分类。后一类诉权基于被告的能力利益成立。所谓能力利益，就是被告在其能力允许的范围内承担责任，超过部分免除，这实际上是一种有限责任，它起到保护被告的作用。

从本段开始到以下几段讲能力利益的几种案型。本段讲儿子或奴隶的特有产的债权人起诉家父的案型，如果家父未授权儿子或自己奴隶从事某一交易，他只在特有产的范围内就自己的他权人的行为承担责任。如果特有产正多负少，儿子和奴隶的债权人可通过判决得到全额清偿。在相反的情形，则他们只能通过判决得到部分清偿。这一案型告诉我们：儿子和奴隶并非完全无能力，而是相对独立的民事主体，因此其债权人可以起诉他们。那么，这种情形下的家父承担有限责任的正当性何在？“责任”的依据是他授予了家子和自己的奴隶特有产，使他们具有了经营的手段。“有限”的依据似乎是他没有授权家子和奴隶进行带来诉讼的交易。

I.4,6,37。同样，如果妇女提起嫁资之诉，已决定：丈夫应在他能力所及的范围内，换言之，在其财产允许的范围内受到判处。因此，如果嫁资的数量与其财产的数量一致，将判处他返还全部嫁资。如果其财产较少，将只判决他返还他能力所及的数量。返还嫁资的要求也因扣留而减少。因为允许丈夫扣除因嫁资物发生的费用，因为如同通过更广泛的书《学说汇纂》可了解到的，嫁资由于必要费用依法减少。[2]

本段讲妻子起诉丈夫追索嫁资时丈夫享有的能力利益。离婚后，丈夫应在3年内分3个期次返还妻子的嫁资，在这个过程中，丈夫的经济状况可能发生变动。如果资产充盈，当然很好，要全额返还妻子的嫁资，但如果资不抵债，则在能力所及的范围内返还，也就是还不了的就不还。不能全额返还妻子嫁资的情形不止这一种，还有因为丈夫享有的扣留权而不能全额返还的情形。要扣除丈夫赠予妻子的物品、妻子强占财产所赔偿的金钱和丈夫为管理嫁资支出的费用等。

---

① 参见本卷第7题。

② 丈夫在返还嫁资时，可扣除五种费用，参见保罗：《萨宾评注》第7卷，见D.24,3,15,1，例如，丈夫赠予妻子的物品、妻子强占财产所赔偿的金钱和丈夫为管理嫁资支出的费用等。

I.4,6,38。但如果某人对其尊亲或恩主起诉，同样，如果合伙人以合伙之诉对其他合伙人起诉，原告得不到超过其相对人之所能的判决。如果某人因其作出的赠予被诉，适用同样的法。

本段讲尊亲、恩主、合伙人、赠予人在卑亲、解放自由人、其他合伙人和受赠人提起的诉讼中享有的能力利益。第一种情形很奇怪，因为在家父与家子之间不能缔结债，何来他们之间的诉讼？但针对军营特有产可能在他们间发生诉讼。由于存在亲密关系，家子不能穷追猛打，必须得饶人处且饶人。在解放自由人与恩主之间，也有起诉方面的障碍，在私法上，解放自由人不得对恩主提起一些导致严重后果的诉讼，例如诈欺之诉（D.4,3,11,1。乌尔比安：《告示评注》第11卷）和侵辱之诉（D.47,10,11,7。乌尔比安：《告示评注》第57卷），其他诉讼还是可以提起的。即使解放自由人在法律允许的情形起诉自己的恩主，也应遵循家子同样的规则。在第三种情形，只有全产合伙人享有这种利益，其他类型的合伙人只有在合伙之诉中才能享有这种利益。[①] 第四种情形是受赠人起诉赠予人，后者由于财务状况变化，无法完全兑现过去的赠予允诺，在这种情况下，也是让受赠人能得到多少就是多少，不能过分求索，因为他毕竟是单纯从他人获利，没有付出任何代价。

I.4,6,39。提出抵销，通常也导致某人之所得少于对他负欠的。事实上，如同已说过的，根据善良和公平，法官要考虑原告根据同一原因在他这一方须履行的，就余额对被告作出判决。

本段讲少于请求额诉权的另一种类型：法官依职权为抵销。本段中，少于请求额为判决的理由是节约社会成本。关于抵销的规则，在本题第30段已讲，所以说“如同已说过的”。本段补充指出，相互抵销的债必须是出于同一原因，而且当事人不能自行为抵销，只能由法官提出抵销。

I.4,6,40。即使已对债权人作了其全部财产之让与[②]的人，如果后来取得了他享有适当之收益的某物，重新对他起诉的债权人只能在债务人所能的范围内获得清偿。因为对被剥夺了其全部财产的人，如果仍就全额作出判决，不人道。

---

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.607.

② “全部财产之让与”，就是破产。

本段讲少于请求额诉权的最后一种类型:债务人把自己的全部财产让与给债权人分配,从而暂时使自己从债务中解脱。在此等情形,各个债权人当然不能获得全额满足,否则就不会发生破产了。所以,本段讲的这种类型就是破产。请注意,本书在第一卷讲到了继承破产,此处讲非继承破产,两者构成罗马的破产制度之整体,影响西方世界的破产法。破产人重新取得财产后,仍有还债义务。所以本段告诉我们,罗马法中的破产并不使债务人永久免责,只使他暂时免责。这种安排非常保护债权人,不怎样强调解脱债务人,让他重新开始。这构成传统欧洲破产法的特征。而美国破产法比较保护债务人,强调给他重新开始的机会。

本段中,少于请求额为判决的理由是人道,因为如果判处已交出自己全部财产的债务人全额偿付,过于残酷。这一理由隐含着债务人的生存权高于债权人的经济权的原则,是对本题第 36 段以来贯彻的"有利于债务人原则"的根本理由的说明。

第 7 题

被主张与处在他人权力下的人订立了交易的情况

I.4,7pr.。然而,由于朕已在上文中提到了对家子和奴隶之特有产提起的诉讼,朕有必要更细致地讲授这一诉权,以及其他以同样的名义通常被授予对抗尊亲或主人的诉权。而由于不论对与奴隶订立的交易,还是对与处于尊亲权力下者订立的交易,几乎适用同样的法,为免讨论变得啰唆,朕只谈论奴隶和主人,同样的内容,将被认为也是就子女和他们处于其权力下的尊亲所说的。事实上,如果对他们要特别地适用某些规则,朕将单独阐述。

本题全部涉及罗马的代理法,总称为"增加之诉",形成一个诉讼群,包含后世民法中的代理制度、有限责任制度、企业组织制度等,它们都是裁判官法的产物。①

本段讲增加之诉的第一种类型:特有产之诉。在本书中,特有产的含义广泛,通常的含义是他权人独立于家父财产的财产。法律承认这一制度,是为了保护他权人利益,限制家父的权力,所以,特有产制度刺激了他权人的人格主体化,尤其是有助于消除奴隶作为单纯的物的地位。但特有产一经产生就被利用。家父按法律自己不能做的事情,通过为自己的家子或奴隶设立特有产去做,就可以了,例如元老不得经商的禁令就可以这样规避。这时候的特有产不是保障他权人利益的工具,而成了家父扩张自己利益的工具。此时家父处在极有利的地位,因为按照市民法,任何人不得因为他人的行为负债②,家父可以利用这一规则逃避自己的责任,但他可以从家子或奴隶的经营行为中获利,由此造成不公。裁判官通过创立特有产之诉解决了这个问题,所以,这一诉权具有刺破特有产的面纱的意味,把对家子和奴隶的追索扩及家父和主人。在我看来,本段中提到的特有产仅指经营性的特有产,不包括其他性质的特有产。本段重申奴隶地位与儿子地位的类似,采取举重明轻的手法,讲清主奴在责任分配方面的事项,其结论可适用于家父—家子之间的

① 参见王莹莹:《论罗马法中的"增加之诉"》,厦门大学 2009 年博士学位论文,第 2 页。

② Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.610.

类似事项，由此节约了叙述的篇幅。

I.4,7,1。因此，如果某人与依主人命令的奴隶缔结了交易，裁判官许给他以全额对抗主人的诉权，不消说，因为这样缔结契约的人被认为依赖的是主人的信用。

本段讲所谓的依令之诉（Actio quod issu）。具体情况是：一个有特有产的奴隶与他人订立了交易，该奴隶的特有产不足以承担责任，于是，该他人对奴隶的主人起诉，裁判官判处主人承担全部责任，由此保护交易第三人的利益和交易安全。这样安排的原因为奴隶依主人的命令行事，而交易相对人基于对主人的“信用”的信赖缔结的交易。这样形成了一个代理关系：内部关系是主人和奴隶，外部关系是奴隶和相对人。但这种所谓的代理由于不是发生在自由人之间，是否构成代理，可以争议。而且，它是直接代理还是间接代理，也可讨论。但罗马法学家认为代理人以谁的名义为交易并不重要。此诉的代理人只能是他权人，与以下两诉中的代理人可以是自由人不同。依令之诉命令的是做特定的事情。总管之诉命令的是做概括的事情，两者不同。

I.4,7,2。为了同样的理由，裁判官允许其他两种全额诉权，其中一种称作针对船舶经营人之诉；另一种称作总管之诉。在某人任命其奴隶为一条船的船长，而由于他被任命主持的事务，他就某事缔结了契约的情况下，发生针对船舶经营人之诉。它之所以叫作针对船舶经营人之诉，乃因为船舶每日利润所属的人叫作船舶经营人；在某人任命奴隶主管小店铺或任何业务，而因为任命他主管的事务，他就某事缔结了契约的情况下，发生总管之诉，而它之所以叫作总管之诉，乃因为被任命主管业务者称作总管。

本段讲主人为其奴隶行为承担责任的另外两种形式：针对船舶经营人之诉和总管之诉，反映出奴隶经营的两种形式：当船长或店铺老板，主人还是就他们的行为承担全部责任，理由是存在委托关系。

意大利三面环海，帝政时代，地中海成为罗马人的内海，这种地理条件加上意大利经济的不全面性——缺粮，这方面的供应依赖外源——造成罗马海运的发达。由此造成与海运有关的法律制度的发达，针对船舶经营人之诉属于其中的一个方面。

共和末期，罗马人就有了总管的概念。按乌尔比安的定义，总管是管理由物和人构成的企业的人（D.50,16,185。乌尔比安：《告示评注》第28卷）。这样的企业有生产性的（农场耕作）、流通性的（买卖、借贷）、服务性的（运输、不动产管理、银

行、葬礼管理、印染店或裁缝店、骡马店、收债公司等）等。①

许多作者认为针对船舶经营人之诉和总管之诉属于罗马商法。② 有关的诉权反映了罗马人组织企业的方式。③

格老修斯认为针对船舶经营人之诉是一项糟糕的发明，主要因为船舶经营人的责任没有任何数量上的限制。④ 所以有人说这是无限责任的最早形式，但这样对交易第三人的保护比较充分。

I.4,7,2a。但是，即使某人任命自由人或他人的奴隶主管船舶、小店铺或任何业务，裁判官也授予这两种诉权，不消说，因为在这种情况下，也发生同样的衡平理由。

本段讲裁判官对针对船舶经营人之诉和总管之诉的扩张适用，将之扩张适用于任命自由人或他人的奴隶主管船舶或店铺以及其他任何业务的情形。扩张包括主体和客体两个方面。主体的扩张是把上述两种诉权适用于委托自由人和他人奴隶的情形。这种扩张具有极大的意义。如果说任命他人奴隶管理自己的事情只涉及"第二主人"是否也要承担责任的问题；两个主人之间应该如何结算的问题，那么，任命自由人管理自己的事务则符合现代代理制度的条件，标志着罗马法上的代理制度的正式形成。但有人说，现代代理制度要到共同法时期才形成。⑤ 客体的扩张表现在"其他任何业务"的文句中，这是一个开放性规定，由此，上述两种诉权不再局限适用于涉及船舶和店铺的情形，也可以涉及工厂的情形。

I.4,7,3。裁判官也采用了另一种叫作分配之诉的诉权。事实上，如果奴隶在主人知情的情况下，以特有产中的商品进行交易，就它们订立了契约，裁判官规定：任何这些商品以及由此产生的任何利润，将在主人——如果对他负欠了某物的话——与奴隶的其他债权人之间按份额的比例分割。而由于主人本人被允许进行分割，如果债权人中的某人抱怨他分得的份额少于应分给他的，授予他这种称作分配之诉的诉权。

---

① 参见王莹莹：《论罗马法中的"增加之诉"》，厦门大学2009年博士学位论文，第49页。

② Cfr. Cabriello Carnazza, Il Diritto Commerciale dei Romani, Reale Tipografia di Adolfo Pansini, Catania, 1891, p.125.

③ Cfr. Pietro Carami, Aldo Petrucci, Lezioni di diritto commerciale romano, G. Giappichelli Editore, Torino, 2002, pp.51ss.

④ See David Johnston, The Development of Law in Classical and Early Medieval Europe: Limiting Liability: Roman Law and The Civil Law Tradition, In 70 Chi.-Kent. L. Rev. 1515.

⑤ 德国学者瓦克（A. Wacke）语，参见王莹莹：《论罗马法中的"增加之诉"》，厦门大学2009年博士学位论文，第139页。

本段讲分配之诉。涉及这种情况:奴隶用特有产中的商品做生意,由此对第三人负债,同时,奴隶也在与其主人的业务往来中欠了后者的债,按照常规,主人的债权居于优先地位,这样就招致了第三人的不满,裁判官为此进行干预,授予第三人分配之诉,由此剥夺了主人对特有产及其利润的优先分配权,要他和其他债权人一起按比例受偿,承受一定的损失。这样就改变了主人单纯从他权人的经营中获利,不承担风险的情况。从本段的文本来看,分配之诉有以下构成要件:其一,存在经营财产;其二,主人对奴隶的经营知情;其三,主人对奴隶享有债权。第三个要件尤其说明奴隶是相对独立于主人的经营主体。

本段是优先权制度的萌芽,它把特定的经营财产孤立起来,为满足有关的特定债权服务。

I.4,7,4。此外,采用了特有产之诉和主人利得之诉,尽管未得主人之同意缔结了交易,但如果他已从中获得某种利润,他应就这一利润之全额承担责任。如果他没有从中获得某种利润,他应就允许的特有产之全额承担责任。

本段首先提到特有产之诉和主人利得之诉两种涉及自权人对他权人的经营活动承担的责任的诉权。然后展开讲特有产之诉。分为两种情形。其一,主人对奴隶的交易未作出同意,但从中获得了利益,一旦奴隶受到其交易相对人的追诉,他要以此等获得的利润承担责任。这当然是一种有限责任。这种情形把特有产之诉与分配之诉的适用情形区分开来。在后者,主人对奴隶的交易知情,在前者则可能不知情,或虽知情但不同意。其二,如果主人未从奴隶的交易中获得利润,一旦奴隶受到其交易相对人的追诉,主人要以他授予此等奴隶的特有产承担责任,这也是一种有限责任。通过这种方式,保障了交易安全,打破了主人单纯从奴隶的交易获利而不承担责任的局面。

I.4,7,4a。然而,奴隶就主人的物所作的任何必要花费,主人被认为获得了利润,例如,如果用借得的金钱对其债权人作了偿付、支撑了要倒塌的房屋、为奴隶购买了粮食,甚至购买了土地或任何其他必要之物。

本段以下3段讲主人利得之诉。所谓主人利得之诉,又译为转化物之诉,指主人从奴隶的特有产获得了利益的,要在此等获利的范围内对奴隶的交易相对人承担责任的诉权。此诉又有刺破特有产的面纱制度的意味,打破了主人单纯从奴隶的特有产获利而不承担责任的不合理局面。本段讲奴隶特有产使主人获利的诸情形。包括借其中的钱还债、修理房屋、为自己的奴隶购粮、购买土地等。其中主人

找奴隶借钱的情节很有意思，表明主人财产与奴隶财产的相对分离。奴隶对主人委托的财产尽管无所有权，但有经营管理权，他与主人的财产关系存在核算，所以即使主人来拿钱，也要采用借的形式。主人与奴隶关系这样的格局类似于国家与国营企业间关系的格局，所以，在改革开放初期，有人拿特有产制度来解释国家与国营企业的关系。

I.4,7,4b。因此，如果你的奴隶从蒂丘斯借得了10个金币——假设如此——他对你的债权人偿付了5个金币，但以任何其他方式消费了剩下的5个金币，你确实应就5个金币之全额受到判决，但就其他5个金币在特有产的范围内受到判决。不消说，从此例可看出，如果全部10个金币已转化为你的物，蒂丘斯可获得全部10个金币。事实上，就算人们提起的关于特有产和关于主人之利得的诉讼是一个，但它导致两个判决。因此，受理这种诉讼的法官，通常在调查是否有主人之利得之前，也不转入对特有产的估价，除非他认为主人无任何利得，或利得并非全部的。

本段举例讲主人利得之诉与特有产之诉的竞合。这两种诉权是迫使主人对奴隶的经营活动承担责任的不同方式。奴隶与其相对人交易，所得的一半主人获利，另一半自己消费掉了的，相对人若追究责任，主人首先要以自己的利得为限对奴隶的行为承担责任。不够的，以奴隶的特有产为限承担责任，这样就发生了主人利得之诉与特有产之诉的竞合。实际上，特有产之诉是主人利得之诉的后备诉权，前者不能完成任务时后者才出场发挥作用。所以，两诉容易合并审理，因为在提起主人利得之诉时，往往不清楚此等利得是否能满足相对人的要求。发现不足时，才转入对特有产的估价。尽管诉讼只有一个，但判决要分别作出，因为有两个诉权。所以，本段包含有罗马民事诉讼法中有诉的合并制度的意思。当然，如果奴隶与其相对人交易的成果全部归主人享受了，则只有主人利得之诉的适用，不会发生特有产之诉的适用机会。

如果特有产仍然不足以满足相对人，怎么办？我认为主人不承担责任，因为他对奴隶的经营行为承担的是有限责任。

I.4,7,4c。然而，在人们调查特有产之数额的情况下，首先扣除奴隶对主人的负欠，以及对处在主人权力下的人的负欠，只有剩余的部分被认为是特有产。但有时，不扣除奴隶对处于主人权力下的人的负欠，例如该人自己就是特有产中的一个奴隶的情况。这意味着，如果奴隶对其属奴负欠了某物，不从其特有产中扣除此物。

本段接续上段，讲从主人利得之诉转入特有产之诉时如何对特有产进行估价。估价的过程，就是作出各种扣除，最后得出特有产的净值的过程。首先要扣除的是奴隶对主人的负欠。这意味着奴隶与主人彼此互为独立的民事主体，相互间发生债权债务关系，而非财产一体。这样的格局是对罗马法中的奴隶不过是物的命题的否证。其次要扣除的是奴隶对处于主人权力下的人的负欠，此等人要么是家子，要么是奴隶，由此可以看出，主人往往把自己的财产分散，交给许多家子或奴隶经营，他们的财产对主人的财产相对分开，他们彼此间也实行财产分开，彼此间的经济来往存在结算，而非划拨。这似乎是个企业集团的格局。但第二种扣除有一个例外，那就是作为债权人的奴隶本身是特有产中的奴隶的情况，他是被作为特有产经营者的奴隶管理的奴隶，谓之属奴。为何作出此等排除？出于“皮之不存，毛将焉附”的道理，我们说话的语境是到了以特有产还债的时候，此等属奴本身要作为责任手段移转给他人，还债于他也就没有什么意义了。此等属奴的财产应该是主人给他的，既然他是特有产的一部分，法律视为给他的财产就是给特有产的。

I.4,7,5。肯定无疑，与奉主人之命者订立了契约并可对之提起针对船舶经营人之诉或总管之诉的人，也可提起特有产之诉和主人利得之诉。但如果他放过可最容易地根据契约获得全额偿付的诉权，而揽上证明主人已有利得，或奴隶拥有特有产，且特有产的数量可对他作全额偿付的麻烦，他就太蠢了。

本段把前段所述的规则类推，讲针对船舶经营人之诉或总管之诉的相对人也享有特有产之诉和主人利得之诉的后备诉权，因为船舶或店铺也是特有产的两种形式，也都有主人收取它们的进项的问题。但前两种诉权由于证明责任小对他更方便，因此，只有在凭借它们不能得到全额清偿的情况下才会不得已运用上述后备诉权，它们比较麻烦，原告要证明主人已有利得、奴隶有特有产、此等特有产的数额可以全额满足其债权，否则不能进入程序。

I.4,7,5a。可提起分配之诉的人同样也可以关于特有产和关于主人之利得的诉权起诉。但显然，有时以分配之诉起诉对他有利；有时以关于特有产和关于主人之利得之诉起诉对他有利。提起分配之诉之所以对他有利，乃因为在这种诉讼中不把主人置于优先地位，换言之，不扣除对主人的负欠，而对主人和其他债权人适用相同的法。但在特有产之诉中，首先扣除对主人负欠的，然后就余额判处主人对债权人为偿付。另一方面，提起特有产之诉之所以对他有利，乃因为在这种诉讼中，全部特有产都被考虑，但在分配之诉中，只考虑特有产中被用来交易的部分，某人可能只以特有产之1/3的份额或1/4或甚至更少

的份额进行交易，而把更大的份额用于土地和奴隶，或贷出生息。因此，某人应根据是否对他有利来选择这种或那种诉讼。当然，能证明主人已有利得的人，应以主人利得之诉起诉。

本段讲分配之诉的原告的诉讼选择权以及各种选择项的利弊。他可以选择分配之诉，此时，他的地位与主人平等，换言之，主人不享有优先权，在扣除对主人的负欠后再清偿其他债权人。这样，奴隶的责任手段较多，有利于其相对人的债权的安全。但如果他选择特有产之诉，则利弊参半。首先，相较于分配之诉，全部特有产都是责任手段，而非其中的一部分如此。这是特有产之诉的利，不利在于此等特有产在被执行前要经过种种有利于主人的扣除。所以，原告要根据自己了解到的情况选择对自己有利的诉权行使之。如果知道主人从奴隶的经营活动中获了利，也可提起主人利得之诉。

本段透露特有产的经营方法：把一定比例的钱用来经营，其他的钱用来购买土地、奴隶或出借。

I.4,7,6。朕就奴隶和主人之所述，朕认为同样也是对儿子和女儿、孙子和孙女，以及他们处在其权力下的父亲或祖父所说的。

本段把对上面主奴之间财产关系的论述扩及于亲子、祖孙之间的这种关系，是对头段里讲的话的重复。证明本段采用了举重明轻的叙事方法。

I.4,7,7。就他们，要特别注意到，《马切多元老院决议》禁止对处在尊亲权力下的人给予现金借贷。贷款人既被否认对儿子或女儿、孙子或孙女本人的诉权，不论他们迄今仍处于权力下、还是因尊亲的死亡或因解放他们已开始处在自己的权力下，也被否认对父亲或祖父的诉权，不论他仍对他们迄今享有权力，还是已解放他们。元老院之所以作这样的考虑，乃因为他们经常为借得的、已消费于奢侈品的金钱之债务压迫而谋害尊亲的性命。

本段介绍《马切多元老院决议》，是对上面所述的全部内容的一个但书：上面的内容允许第三人与家子进行任何交易，但不得贷款给他们，因为当了债奴（类比房奴而言）的家子有时不愿走特有产之诉、主人利得之诉的途径让自己的父亲承担责任，而是通过杀害父亲继承遗产，以此解决自己的财政危机。为避免这种结果，这个元老院决议禁止第三人向家子贷款，但得到家父同意的除外。违者（通常是高

利贷者)无诉权索债,即使在家父死后也是如此。[①] 由此通常把一个法定债贬为自然债的方式惩罚了贷款人。但这个元老院决议是否减少了杀亲罪的发生呢?贝塞勒(Gerhard Von Beseler)的意见是相反,该元老院决议增加了子女杀害其父亲的利益,理由似乎是明知要将借来的钱毒死或雇刺客杀死父亲的贷款人,自己要受到杀亲罪一样的制裁[②],这样,家子即使连自然债务都不必还了。

本段与前面诸段都不一样,不是奴隶家子兼涉,而是只涉及家子。所以,前段作出总结性言论很有道理,因为马上就要放弃举重明轻的叙事方法了。

《马切多元老院决议》产生于韦斯巴芗时代(69—79 年)的一个实际的案例,是一个汲取个别事件教训,未雨绸缪的法律。它不以提议法案的执政官的名字命名,而以一个臭名昭著的高利贷者的名字(Macedo)命名[③],很例外。但提奥菲鲁斯的《法学阶梯评注》4,7,7 说马切多是一个犯了杀亲罪的家子的名字。[④]

I.4,7,8。最后朕必须指出:在根据父亲或主人之命令订立契约的情况下;或在父亲或主人获得利润的情况下,可直接对父亲或主人提起要求给付之诉,完全如同本来就是与他本人订立交易一样。已决定:根据船舶经营人之诉或总管之诉承担责任的人,也可直接对之提起要求给付之诉,因为在这种情况下,契约视为根据其命令订立。

本段讲债权人越过他权人直接对自权人起诉的权利。其规则由拉贝奥(D.17,2,84)提出,优士丁尼采用,目的在于给上述各种诉权的持有者再加一个保险。他们对主人和家父已享有了裁判官赋予的间接诉权,现在更赋予他们对此等人的直接诉权——要求给付之诉。此诉原来只适用于自由人间的合同关系,后来发展为用来对抗以任何方式损害他人自肥的人,是否有合同在所不论,以及自己不参与合同订立,但推动他人订立合同的人(D.12,1,32),而且对于有奴隶参与的合同关系也扩张适用。[⑤] 此时,合同视为根据他们的命令订立的,所以,本段所言针对的是一种拟制的依令行为之诉。最初,这种诉权似乎只适用于依令行为之诉和主人利得之诉,后来扩展适用于船舶经营人之诉和总管之诉。此诉的种种适用,跟

---

① See Eva Cantarella, Fathers and Sons in Rome, In The Classical World, Vol. 96, No. 3 (Spring, 2003) p.294.

② *Ibid.*, p.296.

③ See William Smith, A Dictionary of Greek and Roman Antiquities, John Murray, London, 1875, p.1022.

④ See Eva Cantarella, Fathers and Sons in Rome, In The Classical World, Vol. 96, No. 3 (Spring, 2003) p.295.

⑤ Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.621.

现代的刺破法人面纱制度别无二致。

有意思的是，由于本题第6段已终止举重明轻的叙事方法，本段采用完全列举的叙事方法，同时列举主人和家父两种后备责任主体。

第 8 题

损害投偿之诉

I.4,8pr.。由于奴隶的非行,例如他们实施了盗窃、抢劫财产、损害或侵辱,发生损害投偿诉权,在这种诉讼中,允许受判处的主人要么承受讼额估价,要么交出加害人。

本段讲主人对实施非行的奴隶的处理的两种选择:其一是承受讼额估价,也就是支付罚款;其二是交出加害奴隶由受害人处置,从而免除自己的进一步责任。当然,如果主人与加害奴隶的关系很好并有财力,他会采取第一种选择;如果加害奴隶对他可有可无或他财力不足,他会采取第二种选择,由此,他对自己管领下的奴隶的行为只承担有限责任。

本段列举了导致损害投偿之诉的奴隶的四种非行,它们都是导致私诉的侵权行为,包括准私犯行为,如果是导致公罪的行为,不适用损害投偿之诉。[①]

本题的内容与前题的内容在逻辑上构成接续:前题讲主人对奴隶的合同行为承担的责任,本题讲主人对奴隶的侵权行为承担的责任。不过,前题的内容共同适用于奴隶和家子,本题的内容只适用于奴隶。在这里,表现了家子与奴隶地位的不同。这是优士丁尼《法学阶梯》取得的进步,因为在盖尤斯的《法学阶梯》中,损害投偿之诉还是兼适用于家子和奴隶的(4,75)。[②]

尽管损害投偿制度与家子脱钩了,但它与四足动物挂钩了,它是兼用于这两者的制度。

I.4,8,1。Noxa[③] 是实施损害者的身体,即奴隶。Noxia 是非行本身,例如盗窃、损害、抢劫和侵辱。

---

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.623.

② 参见〔古罗马〕盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社 1996 年版,第 328 页。

③ 原意为"损害、罪行"。

本段讲 Noxa 一词的含义，解释为加害人的身体。该词派生出 Noxia 一词，解释为非行本身，具体来说，有盗窃、损害、抢劫和侵辱 4 种。区分盗窃和抢劫不难，区分损害和侵辱却有点费事。按盖尤斯《法学阶梯》的有关论述，可以认为前者针对财产，后者针对精神。

I.4,8,2。然而，基于最高的理由，允许人们以交出加害人解脱自己。事实上，其犯罪行为给主人造成的损害超过其身体的价值，将不公正。

本段讲损害投偿的本质：有限责任，因为要主人就奴隶的侵权行为承担高于奴隶本身价值的责任不合理，所以要允许他通过投偿解责。这种安排被说成基于最高的理由，也就是公平的理由。

I.4,8,3。因其奴隶在损害投偿诉讼中被诉的主人，通过把加害奴隶交给原告获得解脱。主人永久性地转让对他的所有权。然而，如果奴隶获得了金钱，赔偿了他被交给的人的损害，他在裁判官的帮助下违背主人的意志得到解放。

本段讲被投偿之奴隶的法律境遇：仍然是奴隶，但主人已改变，因为他的前主人已把对他的所有权移转给他的新主人，以便自己得到责任免除。但此等奴隶如果获得了财产，例如通过经营特有产赚到了钱，他可自己赔偿自己曾造成的损害，一旦完成赔偿，他可在裁判官的帮助下获得法定解放，也就是说，无论其新主人是否愿意，他都获得解放。

被投偿的奴隶获得财产的方式不应包括接受遗赠，因为这样的接受的实际受益人必须是其主人。

本段与本书 4,6,31 关联，后者把损害投偿说成是仲裁之诉，由此发生损害投偿是一种独立的诉讼还是仲裁之诉的一种之问题。事实上，在仲裁之诉中，法官在为判处前要考虑如何满足原告并避免判处，其时，交出加害奴隶是达成此等满足的手段之一。而在损害投偿之诉中，偿付赔偿金或交出加害奴隶就是判处本身的内容。所以，损害投偿之诉与仲裁之诉不同。[①] 但在仲裁之诉中，也可能发生损害投偿的情节，例如在因胁迫或恶意诈欺做成之事提出的诉讼中，如果胁迫和诈欺是奴隶实施的，就有先交出加害人问题，但这不影响胁迫之诉和恶意诈欺之诉的仲裁之诉的性质。

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag. 625.

I.4,8,4。损害投偿之诉或由法律,或由裁判官告示采用。由法律采用的,有如盗窃之诉是《十二表法》采用的;不法损害之诉是《阿奎流斯法》采用的;裁判官告示采用的,有侵辱之诉和以暴力攫取财产之诉。

本段讲损害投偿之诉的法律渊源,此种渊源表现出多元性。几乎所有的私犯之诉都是损害投偿之诉,因为一旦私犯是由奴隶实施的,相应的私犯之诉就变成了损害投偿之诉。盗窃之诉是《十二表法》第八表第9条等条文采用的;不法损害之诉是《阿奎流斯法》采用的;侵辱之诉和以暴力攫取财产之诉是裁判官告示采用的。《十二表法》第八表第9条的行文如下:"夜间在快要熟的庄稼地放牧的,或收割此等庄稼的,如为适婚人,则判死刑,吊在树上祭谷神;如为未适婚人,则按长官的决定鞭打,处以加倍于损害的罚金或投偿于受害人。"显然,此条的适用对象是家子,不包括奴隶,犯盗窃的奴隶的处罚是死刑。在优士丁尼的时代,损害投偿已不适用于家子,因此,这时候,《十二表法》的规定已被篡改,犯盗窃的奴隶不再处死刑,而是适用损害投偿,家子则被排除出适用损害投偿者的行列。

I.4,8,5。而所有的损害投偿之诉都跟随加害人。事实上,如果你的奴隶实施了损害,只要他在你的权力下,便对你提起诉讼;如果他到了其他人的权力下,对该人提起诉讼;如果他被解放,他本人直接承担责任,交出加害人之诉消灭。反之,直接诉权也开始变为损害投偿之诉。事实上,如果自由人实施了损害,然后他开始成为你的奴隶(朕已在第一卷中讲授过在某些情况中发生的这种事),开始对你提起从前是直接诉权的损害投偿诉讼。

本段讲在损害投偿之诉在系属期间的移转和转化。加害奴隶被转让的,第二主人承担责任。这看起来不公,因为第二主人如果选择偿付讼额估价,他并没有管理奴隶不当的责任作为承担此等不利的基础,但加害奴隶本人为责任手段,如果他选择投偿脱责,他仍丧失自己有偿受让该奴隶时支付的价金。只有在他无偿受让该奴隶时,他才没有什么直接损失。如果把赠予看作有偿的,他仍然是有损害的。如果加害奴隶在诉讼系属期间被解放,则损害投偿之诉消灭,该奴隶自己承担赔偿责任。相反,如果加害人为加害行为时是自由人,在诉讼系属期间沦为奴隶,则本来针对他的直接诉权要转化为损害投偿之诉,其主人要承担无由的责任,诚不公也。这种安排为了保护受害人的利益过分牺牲了新主人的利益。

I.4,8,6。如果奴隶对主人实施了损害,不产生任何诉权。事实上,在主人与处于其权力下的人之间不可能产生任何债。因此,即使奴隶到了他人的权力

下或被解放，既不能对他本人、也不能对他现在处于其权力下的人起诉。因此，如果他人的奴隶对你实施了损害，然后他开始处在你的权力下，诉权消灭，因为诉权已处在不能存在的情形。因此，就算他脱离了你的权力，你不能起诉他，完全如同如果主人对其奴隶实施了某种损害，如果解放或转让了该奴隶，他不能享有任何对抗主人的诉权一样。

本段讲损害投偿之诉的例外：在主奴之间不产生这种诉权，道理很简单，主人不能对自己为赔偿，奴隶本来就是他的，投偿给他，没有什么实质意义，而且，主人有很充分的手段惩罚加害奴隶。这一规则被扩张开来，所以，即使这样的加害奴隶后来被转让或解放，也不能对他本人或其新主人起诉。不能对他本人如此，乃因为主人通过转让或解放的行为已表示原谅他；不能对其新主人如此，乃因为他不曾对奴隶有失监管导致加害行为。与此相类，他人的奴隶曾对你加害后来又被转让于你的，你对其旧主人曾享有的损害投偿诉权消灭，因为此时你有充分的机会处罚他，即使尔后你把他解放，损害投偿诉权也不复活，这时候的理由是主奴间不产生侵权之债，不仅奴隶对主人如此，而且主人对奴隶也如此，例如，如果主人曾加害奴隶，后来该奴隶被解放，后者不得控告前者。这种侵权责任之豁免往往发生在亲人之间，据此可以认为，罗马的主奴关系属于准亲属关系。

I.4,8,7。但古人确实承认如上所述也适用于家子和家女。然而，新一代人的观点已正当地认为，必须唾弃这样的粗野，而它就从所有的共同习惯中完全消失了。事实上，谁能忍受把自己的儿子，尤其是女儿作为加害人交给他人，以至于可以说在肉体上父亲要比儿子承受更大的危险，而在交出女儿的情况下，恰恰以此彻底地排除了贞操的利益呢？因此已决定，损害投偿诉权必须只用于奴隶，因为朕很经常地在古法的评注者中发现，人们说，家子本人可因自己的私犯行为被诉。

本段讲投偿对象由过去的兼包奴隶和家子缩减为只包括奴隶的过程，我们知道，在盖尤斯的时代，损害投偿制度都是兼用于两者的。新一代人把家子排除。这个“新一代”人生存的时间，就是从 161 年到 538 年之间的期间，此时发生了基督教的国教化事件。此事当对改善家子的地位有利。本段提到的新一代人排除家子为损害投偿对象的理论是伦理上的：看着家子受罪，家父自己更难受。尤其是女儿，如果被交出，其贞操将荡然无存。看来，被交出者的准奴隶的地位意味着可随意受主人的性利用。不过，女儿不如儿子有侵犯性，沦为损害投偿对象的几率要小。排除家子的理由还有：通过法学家的解释，他们已可以自己充当侵权行为的

责任主体，而不必由家父代负责任了。所以，本段的内容很重要，首先，它标志着罗马人开始不把家子与奴隶相提并论；其次，它意味着家子法律地位的独立于家父化。

第 9 题

四足动物被主张致人损害的情况

I.4,9pr.。就没有理性的动物而言,如果它们确实因顽皮、激情或野性致人损害,根据《十二表法》产生损害投偿诉权(如果交出加害的动物,被告获得责任免除,《十二表法》这样规定[①])。例如,爱踢人的马用蹄子踢伤了人、惯于攻击人的牛用角攻击了人的情况。然而,这一诉权就反自然的冲动发生。当然,如果野性是与生俱来的,停止适用这一诉权。因此,如果熊从主人处逃脱并造成了这样的损害,不能起诉其前主人,因为随着野兽的逃跑,所有权停止存在。然而,Pauperies 是一种行为者没有不法地造成的损害。事实上,不能说没有理性的动物实施了不法。这些都是关于损害投偿之诉的。

本题与上题具有关联,两者都是讲损害投偿制度的,一个是把加害人投偿,另一个是把加害动物投偿。本段讲四足动物致人损害制度。该制度来源于《十二表法》第八表第 6 条,其辞曰:"四足动物损害他人的,由其所有人把它投偿于被害人,或赔偿估定的损失。"可见,四足动物致人损害的后果被安排得与家子致人损害的后果一样,要么投偿于受害人,要么赔偿估定的损失。由此,主人借助于有限责任获得解脱。事实上,四足动物(而非所有的动物)有马、骡、驴、牛、绵羊、山羊和猪,它们是成群放牧的(参见本书 4,3,1),它们与加害奴隶有一个共同点:它们都能通过自己的劳动填补受害人的损失,这是损害投偿制度能存在下去的理由。

本段还告诉我们,四足动物致人损害之诉仅适用于家养的四足动物,它们通常是温驯的,因为它们的驯化程度很高,温驯已成为其自然,它们的致人损害是其反自然行为的结果,所以,对于未经驯化的野兽,例如熊,不适用本段。如果野兽在主人占有它们期间致人损害,适用下段。如果它们逃脱后致人损害,主人的责任消灭,此时无任何人对损害承担责任。

本段最后告诉我们,损害投偿之诉的责任人承担的是客观责任,加害者与责任者不一致导致这种局面。这样的责任安排显然是为了保护受害人。但现代民法理

① 参见《十二表法》第八表第 6 条。

论认为，主人的责任基础是对四足动物的管理上有过失，其责任并非完全客观的。

I.4,9,1。但必须知道，市政官告示禁止我们在人们经常通行的地方携带狗、种猪、野猪、熊或狮子。如果违背这一规定行为，而自由人被主张受到了伤害，将判处主人法官认为是善良与公平的金额；就其他物的损害，判处所受损害两倍的罚金。然而，除了这些市政官法上的诉权外，也将发生动物致人损害的诉权。事实上，如果为同一理由有多数诉权——尤其是罚金诉权——竞合，诉因从来不相互消耗。

本段讲与四足动物致人损害之诉相似而不同的追究在人们经常来往的地方携带猛兽者之诉(Actio de feris)。不同有二，其一，前者适用于温驯的家畜，后者适用于凶猛的家畜和野兽。其二，前者适用损害投偿，后者不适用，动物责任人缴纳赔偿金而已，但两者都有动物致人损害的共性，故放在一起论述。

此段抄自乌尔比安《市政官告示评注》第2卷(D.21,1,40,1以及42)，但乌尔比安留下的文本与本段的文本不同，差异在于乌尔比安的文本规定野兽造成自由人死亡的，处200金币的罚金；如果自由人受伤，法官将判处他认为是善良与公平的金额；就其他物的损害，判处所受损害两倍的罚金。优士丁尼的文本对于造成自由人死亡的情形略而不谈，只谈到了乌尔比安文本提到的后两种情形。这种差异值得研究。

本段还讲到追究在人们经常来往的地方携带猛兽者之诉与四足动物致人损害之诉竞合的可能，两者并不互相排斥。如果原告选择了一种更有利的诉权，另一种诉权消灭。如果他选择了一种不怎么有利的诉权，只有在这种诉权不能完成赔偿的情况下，他才能行使第二种诉权，不能同时行使两种诉权。

本段提到有人在人们经常通行的地方携带狗、种猪、野猪、熊或狮子，涉及罗马的角斗行业(在有裁判官的时期)以及马戏业(在优士丁尼时期)。

第 10 题

我们可通过其提起诉讼的人

I.4,10pr.。现在朕必须指出:任何人都可为他自己,也可为他人起诉。为他人,有如作为代理人、监护人或保佐人的情况,而从前适用这样的原则,除非为了人民,为了自由,为了监护,不能为他人起诉。后来,《沃斯体流斯法》允许为被敌人所俘者,或因国事而不在者以及受他们监护的人提起盗窃之诉。由于不许为他人起诉或被诉带来了不小的麻烦,人们开始通过代理人进行诉讼。事实上,疾病、年龄、必要的居住国外以及其他许多原因经常妨碍人们执行自己的事务。

本段讲可以代人起诉的诸情形:代理、监护、保佐。然后讲从原则上不允许诉讼代理到允许的变迁。在《沃斯体流斯法》之前,只允许因公益以他人名义起诉,其事由有人民、自由和监护。为人民,是在提起公共控告和民众诉讼的情形,在这些诉讼中要用原告自己的名义。为自由,是为了被错认为奴隶的自由人。为监护,是为了保护未成年的被监护人的利益。后来,《沃斯体流斯法》把诉讼代理从以涉及公益者为限扩展到一些兼包公益和私益的情形:被俘、为国出差以及这些人的被监护人被盗的情形。被代理的是这些人的私事,但这些人是因为国家的利益不能料理自己的私事的。此法颁布较早,不能确证其年代。因此,诉讼代理之允许是较早就有的事情。由于不许代理造成了许多不便,后来政策放宽,开始允许代理诉讼,因为人们经常因疾病、年龄和居留国外不能料理自己的事务。

I.4,10,1。代理人之设立,不通过特定的言辞,也不由相对人在场,甚至他通常对此不知。事实上,任何你允许就你的事务起诉或辩护的人,都被认为是代理人。

本段讲诉讼代理设立方式的简单性:不用特定的言辞,不要求代理人到场,甚至不要求代理人知道自己被委托代理了。他的功能有积极和消极两个方面,前者是代理起诉他人,后者是代人辩护。简单设立的前两个方面好理解,无非是不受要

式口约的形式限制，最后一个方面就不好理解了，哪有受了委托自己不知道还可以代理的？因为代理毕竟是一种合同关系，同样的意思必须互达双方当事人才能成立。实际上，这一方面为非委托代理提供了依据：如果某人确实为另一人的利益实施诉讼行为，前者就被认为是后者的诉讼代理人，这个后者可能连有人在帮他诉讼都不知道。

I.4,10,2。以何种方式设立监护人和保佐人，已在第一卷中阐述。[①]

本段讲设立监护人和保佐人的方式，是对本题头段的有关说明的展开，说明这两种人也是其被保护人的诉讼代理人。当然，他们的诉讼代理权是法定的，由此可以说，在罗马法中，已有了意定诉讼代理与法定诉讼代理的区分。

① 参见本书第 1 卷第 13 题至第 23 题。

第 11 题

诉讼担保

I.4,11pr.。古人认可一种诉讼担保方式,现代人通过实践接受了另一种。事实上,从前,如果以对物起诉,要迫使占有人提供诉讼担保,这样,在他败诉,既不返还物本身,也不偿付讼额估价的情况下,要求人有权对他或对其保证人起诉。这种诉讼担保被称为偿付判决额的担保。而它之所以被这样称呼,易于理解,因为原告通过要式口约被允诺为他偿付判决额。在对物诉讼中被诉的人,如果以他人的名义接受审判,被迫使提供多得多的诉讼担保。然而,在对物诉讼中起诉的人,如果是以他自己的名义为要求,不迫使他提供诉讼担保。但如果他作为代理人在对物诉讼中起诉,他被命令就主人已批准此事提供诉讼担保。事实上,存在着主人就同一件事重新起诉的风险。监护人和保佐人应根据告示,以代理人同样的方式提供诉讼担保。但有时在他们起诉时,被免除诉讼担保。

本段讲曾经有过的对物诉讼担保的各种形式。首先是被告要提出的担保,称偿付判决额的担保,这是一种保证允诺而非物保,可以由被告本人作出,也可由作为保证人的第三人作出,其内容是担保被告履行判决。被告由人代为应诉的,要提供更多的担保,因为这样的风险更大。其次是原告方面要提出的担保。他以自己的名义起诉的,毋需提供担保,因为如果他起诉失败,被告不会有损失。但如果他代理他人起诉,他要就已有代理关系提供担保,以避免被代理人就同一事情再次起诉的风险。这种代理似乎存在于奴隶与主人之间,所以此处出现了"主人"的字样。以上是就意定代理而言的,至于监护人和保佐人的法定代理,如果他们的被保护人是被告,要提出担保。如果他们的被保护人是原告,则有时被免除担保。

I.4,11,1。如果在对物诉讼中起诉,情况就是这样的。但如果在对人诉讼中起诉,就原告而论,适用朕就在对物诉讼中起诉所述的同样的规则。但就被

告而论，如果确实出现了以他人名义应诉的人，无论如何，他必须提供诉讼担保，因为在他人的事务中，没有担保，任何人都不被相信是适当的辩护人。如果某人为自己在对人诉讼中接受审判，不迫使他提供偿付判决额的担保。

本段讲曾经有过的对人诉讼担保。原告方面的诉讼担保适用对物诉讼担保方面的规则。但就被告方面而言，为自己应诉的，毋需提供诉讼担保，但代人应诉的任何人都要提供诉讼担保，这是为了防止一时冲动卷入他人事务，搞砸了就抽身而退的现象发生。造成的结果是，不提供担保，就不得为人辩护。在现代法中，“辩护”应改为“代理”。

I.4,11,2。但今天遵循与此不同的规则。事实上，如果某人以自己的名义在对物诉讼或对人诉讼中被诉，不迫使他就讼额估价给付任何担保，而只为他自己在争讼结束前都留在审判中，或就实现自己的诺言宣誓，这被称作宣誓担保；或迫使他根据他个人的品级作出简单的允诺或担保。

本段讲优士丁尼时代对诉讼担保制度的改革：不再要求提供讼额估价担保，只要求宣誓担保在诉讼系属中随传随到或兑现自己的誓言，这种誓言是不动产的占有人所为，他做此宣誓后就不必提供保证人了，不做这样誓言的人要根据自己的品级提出保证人。[①] 应该是品级越高的人保证量越大。这样的改革改善了债务人的地位，把全部他保改成了部分自保。当然，这样会使债权人的风险增加。这种对比，体现了立法者有利于债务人的安排。

I.4,11,3。然而，如果争讼的提起或承受都借助于代理人，在原告方面，如果委任未写在诉讼文件中，或争讼的被代理人未到法院确认其代理人，将迫使代理人就被代理人将批准其所为之事提出担保。即使通过他人，如监护人、保佐人或其他这样接受他人事务之管理者发动某种诉讼，须遵循同样的规则。

本段讲诉讼通过代理人进行时在一定的情形要提供担保。无论是起诉还是应诉，通过代理人进行的，通常不要担保，但在某些情形，原告的代理人要提出被代理人已批准其作为的担保。这些情形有二，其一，委任未以书面作出；其二，被代理人未到法院确认其代理人，代理人应作出已得到委任的担保。这些是就意定的诉讼代理而言的，通过监护人、保佐人等起诉的，同样的规则适用之。这样安排，是避免

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.637.

管他人闲事，搞砸了一走了之的事情出现，避免诉讼资源之浪费。

I.4,11,4。但如果某人被诉，如果他确实到庭并打算提出代理人，他可以要么亲自来到法院，并以例行的担保偿付判决额的要式口约确认其代理人；要么他可以在法院之外提出偿付判决额的担保，根据这一担保，他自己就偿付判决额之担保的全部条款成为其代理人的保证人。在这种情况下，也迫使他同意出押其财产，不论他是在法院作出允诺，还是在法院外作出担保的，这样，不仅他本人，而且其继承人都受债之约束。此外，他必须就他本人在判决作出之时将出现在法院；或如果他将来不来法院，保证人将给付所有判决中规定的金额提出担保，他提出了上诉的除外。

本段讲被告方面应提出的诉讼担保，有两种，其一是偿付判决额的担保；其二是出庭担保。前种担保以两种方式实施。其一，被告自己到法院以偿付判决额的要式口约确认其代理人；其二，在法院外这么做，此时，他成为其代理人的保证人，并且还提出物保：抵押某个财产担保履行判决。这种担保具有株连性，对被告的继承人也有效。依据出庭担保，如果被告在判决时不来法院，保证人将偿付判决金额。所以，出庭担保和前一种担保一样，都是为了判决得到履行。但被告提出了上诉的，因暂不履行判决，他可不提出上述担保。

本段透露在优士丁尼时代有民事上诉制度，此等上诉构成中止保证人责任的事由。上诉制度以法院有层级之别为基础，帝政时期具备了这一基础，其法院分为如下5个审级：第一级，地方官（Duuumviri iure dicundo），审理小案。第二级，行省总督和助审官，前者审理300索里迪以上的案件，后者审理此数以下的案件。第三级，区长（Vicarius），他既审理上诉案件，也审理一审案件。第四级，大区长官，通常只审理上诉案件。第五级，皇帝，通常只审理上诉案件。[①] 因此，一审当事人不服判决的，可于宣判后2日或3日内上诉于上级法官或皇帝。上诉败诉的，罚诉讼标的的1/3为罚金。上诉以两次为限，三审判决为终局性的。[②]

I.4,11,5。但如果被告由于任何原因未出庭，而他人愿意承担辩护，在对物诉讼或对人诉讼中，不设任何区别，该人都可这样做，但以他就讼额之估价提供了偿付判决额的担保为条件。事实上，根据古法的规则，如同已说到的，没有诉讼担保，任何人都不被认为是他人事务的适当辩护人。

① 参见周枏：《罗马法原论》（下册），商务印书馆1994年版，第916页及以次。
② 同上注，第923页。

本段讲只要提出诉讼担保，任何人都可代由于各种原因不出庭的被告辩护，无论是对人诉讼还是对物诉讼，都是如此。这样，不至于判决下来无人据以承担责任，兼顾了见义勇为的必要和司法判决的严肃性，并保证宝贵的司法资源不被滥用。本段将此概括为自古以来的一个原则：非提供诉讼担保，任何人都不得适当地为他人辩护。

I.4,11,6。所有更明确和更完全的这方面的知识，可参看日常审判实践的具体实例。

本段为一个引致性段落，鼓励读者从实务角度了解关于诉讼担保的知识。也说明这方面的规定操作性很强，要从实践出发才能得到充分了解。

I.4,11,7。朕规定，不仅在这一皇城，而且也在所有朕的行省适用这一方案，尽管由于无经验，人们对它的适用可能有所不同，因为所有的行省必须统一于朕的全部城市的首都，换言之，这一皇城，并遵循其规定。

本段把上述规则的适用地域从君士坦丁堡扩展到全部东罗马帝国，规定各地的法律应向首都看齐，以实现全国的法律统一。同时暗示，由于缺乏经验，各地的做法有些不一致。

在优士丁尼时代，东罗马帝国仍有行省。戴克里先采用大区、政区、行省的3级行政体系，优士丁尼取消了政区的中间环节，并把一些小省合并为较大的省，以便于集权管理。[①] 显然，这时的行省不同于其共和时期的同名物，比后者小，相当于现在的县，但优士丁尼的东罗马帝国到底有多少行省？需要进一步的研究。

① 参见徐家玲：《早期拜占庭查士丁尼时代研究》，东北师范大学出版社1998年版，第237页。

第 12 题

永久诉权和有期诉权以及转给继承人行使或转给对继承人行使的诉权

I.4,12pr.。此处朕须指出,根据法律、元老院决议或神圣的敕令产生的诉权,在古时通常是永久有效的,现在,神圣的敕令不论对对物诉权还是对对人诉权,都规定了确定的期限。但取决于裁判官自己的管辖权的诉权,通常在 1 年内有效(事实上,上述裁判官也在 1 年内享有谕令权)。但有时这些诉权也扩展为永久的,换言之,延展到敕令采用的期限。授予遗产占有人和其他处在继承人地位者的诉权是这样的。对现行盗窃的诉权也是如此,尽管是根据裁判官自己的管辖权产生的,却是永久地授予的。事实上,裁判官认为,把它限制在 1 年的期限内,荒唐。

本段讲诉权的有期性及例外。诉权的有期性是今法,按照古法,所有法律上的诉权都可无限期地行使,但裁判官赋予的诉权只在 1 年内有效,因为他的任期只有 1 年,在这 1 年内他享有谕令权,1 年后此等谕令权失效。法律诉权的永久性导致潜在被告的地位过于不确定,于是发生了一场不知行于何时的改革,把诉权二分,有的诉权有期,有的诉权无期,由此改善了被告的地位,并督促原告积极行使其诉权。裁判官授予的诉权通常有期,但裁判官授予的诉权也可以是无期的,它们有授予遗产占有人和其他处在继承人地位者的诉权、现行盗窃之诉权,为何允许这些特例?因为它们曾是市民法的诉权,不过,经过了裁判官的修订或改正,仍然保留其法律诉权的本色。①

I.4,12,1。然而,并非所有依法产生或裁判官授予的对抗某人的诉权,也同等地对抗继承人或通常被授予继承人。事实上,起于非行的罚金诉权,例如

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag. 642.

盗窃之诉、以暴力攫取财产之诉、侵辱之诉、不法损害之诉不得对抗继承人的法律规则，很确定。但继承人可提起这些诉讼，且不得拒绝他们，例外是侵辱之诉以及某些其他的类似诉权。但有时，甚至根据契约的诉权也不得对抗继承人，这是遗嘱人进行了诈欺，而其继承人未从该诈欺有任何所得的情况。然而，朕如上所述的罚金诉讼，如果原权利人已提起，将被授予继承人并对抗继承人。

本段讲可以移转于继承人的诉权，移转有两种，其一是原告资格的移转；其二是被告资格的移转。移转的原因通常是原诉讼当事人已死亡。起源于私罪和侵权行为的诉权，被告资格不移转，但原告资格可以移转，理由很简单，个人犯事个人当，不得株连他人。原来的原告既死，针对他的未结之讼的诉权意味着意定的经济利益，可作为遗产移转给其继承人，此等继承人当然可以继续诉讼以成就上述经济利益。但侵辱之诉是个例外，因为它关涉的是原告的精神利益，原告既死，此等利益消灭，诉权并不移转于其继承人。这一规则有一个例外，在诉讼中被告死亡的，被告资格和原告资格都可移转，这是出于惯性。合同之诉的原告资格原则上并不移转，被告的继承人已从有关合同获得经济利益的除外，前一规定出于个人犯事个人当的原则，后一规定出于既得利益也要承担责任的原则。

I.4,12,2。剩下来朕须指出的是，如果在作出判决前被告满足了原告，根据法官的职责将他开释，是适当的，就算他在接受审判之时处在应受责罚的状况，也不例外。这就是人们从前所说的"所有的审判都是开释性的"①之含义。

本段讲判决前给付。实际上在有的时候，这是被告在不利判决的威慑下主动承担判决结果，法院达到了不战而屈人之兵的目的。在有的时候，是被告基于良心发现主动履行义务。在有的时候，是原告与被告达成了和解。此时，法官要开释被告。所以，审判的目的在于督促被告履行义务，只要达到了这个目的，不一定要走判决的程序。所以，本段是包含调解的纠纷解决手段的。

① "所有的审判都是开释性的"，意为在诉讼中，不论被告是自愿的还是被强制性地履行了其义务，他都将最终获得开释。

第 13 题

抗辩

I.4,13pr.。接下来朕探讨抗辩。抗辩是为保护被告采用的。因为经常发生这样的情况,就算原告据以起诉的要求本身为正当,但用于对抗被告不公平。

本段讲抗辩的功能:保护被告。说到抗辩适用于原告的主张表面看来正当,但对被告不公平的情形,这无非是说抗辩基于衡平。当然,下文会说到原告行使基于诈欺和胁迫得到的债权也被认为看来正当,这就是完全形式主义的立场了。现今的人们不会这么看,会认为提出这样的主张并不正当。

I.4,13,1。例如,如果受胁迫的强制,或受诈欺的欺骗,或因错误而失足,你通过要式口约对蒂丘斯允诺了你不该允诺的物,显然,根据市民法你受债之约束,要求你必须作给付的诉权有效。但你受到判处不公平,因此,授予你因胁迫的抗辩,或恶意诈欺的抗辩或基于事实的抗辩阻却该诉权。

本段讲抗辩的类型一:基于不当干预的抗辩,此等干预包括胁迫、诈欺、错误3类。按照现代法,这三者是导致合同无效或可撤销的原因,但按市民法,合同有效,不过不公平,此时授予被告因胁迫的抗辩、因恶意诈欺的抗辩和基于事实的抗辩阻却原告的诉权。按英美法的框架说话,普通法承认基于不当干预的合同的效力,但衡平法不承认。而现代法把普通法与衡平法合一,无论如何都不承认这种基于不当干预的合同的效力了。因此,本段比较充分地展示了古代法与现代法的差别。

本段列举的三种抗辩,关于胁迫的和关于恶意诈欺的都以有害行为的名称命名,是专门的抗辩,表明法律应对这两种有害行为已积累了经验,故把有关的处理专门化了。相反,基于事实的抗辩是个筐,可以把各种无专名的抗辩纳入,表明法律对这方面事项的处理经验不足。

另可注意者,在有的时候,恶意诈欺是显失公平的意思,但在本段中,在恶意诈欺的抗辩的名称中,恶意诈欺与诈欺等义,有点奇特。

I.4,13,2。如果某人让你相信要给你现金借贷,你就此通过要式口约允诺还钱,他并没有对你作出给付。事实上,他可要求你返还该金钱,是肯定的。事实上,你必须给付,因为你已根据要式口约承担了责任。但由于以这样的名义对你作出判处不公正,已决定,你应以未偿付任何金钱的抗辩为自己辩护,其期限,根据在前一卷所写的[①],朕已以朕的敕令[②]缩短了。

本段讲抗辩的类型二:未偿付任何金钱的抗辩。张三诱使李四相信会贷款给他,李四在未拿到贷款的情况下先以要式口约允诺还款,由于形式主义的法律思维,这样的骗局竟然在当时可以强制执行,因为要式口约具有神圣性,但如此执行肯定不公,于是法律炮制出未偿付任何金钱的抗辩,让被告击退原告的主张。这样的抗辩,可以说成是没有约因的抗辩。但不能称之为诈欺的抗辩,因为张三未偿付贷款可能因为诈欺,也可能因为一时的物理不能,后来产生歹心,利用对方的轻诺牟利。诈欺只是一种可能。这一案型告诫人们要坚持同时履行的抗辩,不得对方之给付,自己毋允诺给付,以免受骗上当。

本段的情况在现代也可能发生。例如,我留下一份收据申明我借了你一笔钱,实际上钱未到手过,如果你凭收据讨债,我也可提出未曾收到借款的抗辩。

本段与本书 3,21pr. 配套,该片段讲文书之债情况下的未偿付任何金钱的抗辩,本段讲要式口约情况下的未偿付任何金钱的抗辩,在两种情形,抗辩权的除斥期间都是两年。

I.4,13,3。此外,债务人如果已与债权人就不再对他作出要求达成简约,债之约束力依然维持,因为达成的简约并不完全消灭债。因此,对抗他的诉权有效,原告据之以"如果他显然必须给付"[③]的形式起诉。但由于违背简约对他作出判处不公平,他通过已达成简约之抗辩来为自己辩护。

本段讲抗辩的类型三:已达成简约的抗辩。情况是这样的:当事人以要式行为达成债的,债的消灭也应采取要式形式,否则,债的效力维持。但有的当事人以简约这种非要式方式消灭债,如果双方都不利用这一消灭形式上的缺陷,则相安无事,但如果一方当事人见利生不义之心,利用简易形式与要式的矛盾坚持债的效力,则他的主张按严格法可以支持,但按衡平法显然不公,于是,授予面临窘境的当

① 参见本书第 3 卷第 21 题头段。

② 参见 C.4,30,14,528 年。

③ "如果他显然必须给付",是一种诉讼程式的名称,不仅在程式诉讼时期使用,而且在优士丁尼时期继续使用。

事人已达成简约的抗辩击破对方的要求。在本段涉及的案型中，要式行为是本协议，简约是补充协议，其内容是消灭本协议。按现代法，本协议通常与补充协议处于一个形式层面，但在本协议采取公证等要式形式时，如果对它的消灭采取非要式形式，也可能引起本段提出的问题。

I.4,13,4。同样，如果债务人为债权人驱使，已就他不必作任何给付宣誓，债之约束力至此依然维持，但因为就其假誓作出调查不公正，他以宣誓之抗辩为自己辩护。在对物诉讼中，抗辩也同样是必要的。例如，如果占有人为要求人驱使宣誓说系争物是他的，要求人仍要求返还同一物，事实上，就算他所持的物是他的之主张为真，但占有人受到判处不公正。

本段讲抗辩的类型四：已经宣誓的抗辩，涉及神法与人法的关系问题。债务人与债权人就债是否已履行发生争议，双方可以宣誓的方式解决，债务人宣誓自己已履行的，在神法上，他等于已经履行，因为他若伪誓，会受到神法上的严厉制裁，但在人法上，他的履行义务仍然维持，由此发生了人法与神法的冲突，此时追究债务人是否伪誓不公平，所以提供已宣誓的抗辩保护他。以上说的是就债权发生争议的情形，就物权发生争议同此。占有人与请求人就物的归属发生争议的，占有人可以发誓说物是他的，此时他已就自己的话承担了神法上的责任，请求人继续要求他返还系争物就不公平了，尽管这个物可能真的是他的，这时提供已宣誓的抗辩保护他。看来，本段是把神法安排得优先于人法的。按有的学者的说法，宣誓的效力等于一个事实上的和解，既经和解，就不得再起诉。所以，本段规定的情形与已达成简约的抗辩差不多。①

I.4,13,5。同样，如果某人曾在法院对你提起了不论是对物还是对人诉讼，债依然持续，因此，尔后依法仍可就同一物对你起诉。但你应通过既判力之抗辩得到帮助。

本段讲抗辩的类型五：既判力的抗辩。讲的是没有既判力的抗辩的时代与有既判力的抗辩的时代之交的情况。在前一个时代，如果一方对你提起了对人或对物诉讼，法院作出了判决，而判决总是不可能让双方都满意的，不满判决的一方可以就同一相对人、以同一理由、就同一数额再次或第三次诉追你，这样，不仅你不胜其烦，法院的判决由于缺乏终局性也没有威信，而且造成司法资源的浪费，此时，产

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.656.

生了确立案件的既判力的要求，在这种要求完全实现前，不满先前判决的当事人仍然可以再诉，但他可以遭到相对人的既判力的抗辩的对抗。此时的假定是：既判之事被当作真理接受，也就是说，推定既判之事是合法和依法的。[①] 这样可维护司法的威信并节省司法成本。在以后的时代，既判力规则得到确立，一经判决，当事人尽管不满，也不得再次起诉了，只能在上诉制度的框架内解决问题。

I.4,13,6。作为例证，指出这些就足够了。为众多的且变化多样的情况所必要的其他抗辩之例证，可在更广泛的著作《学说汇纂》或《潘得克吞》中了解到。[②]

本段为一个引致性段落，说明本题到此为止的说明并不全面，如果读者需要了解进一步的情况，应参阅《学说汇纂》的有关部分。实际上，是该书的第 44 卷第 1 题。其中对同一些抗辩规定得更详细。

I.4,13,7。在抗辩中，有些根据法律或具有法律之地位的立法；有些根据裁判官自己的管辖权获得其存在。

本段按制定的立法机关对抗辩进行另一种分类，分为法律或准法律规定的抗辩和裁判官确立的抗辩，实际上是讲各种抗辩的立法依据。其中的准法律规定指元老院决议和皇帝敕令。[③] 具体而言，下题第 4 段将讲到的“如果他不让与全部财产”的抗辩出自法律，具体说来是公元 17 年许的《关于财产转让的优流斯法》。家子根据《马切多元老院决议》拒绝还债的抗辩就来自元老院决议。保证人对其共同保证人享有的分别利益的抗辩来自阿德里亚努斯皇帝的敕令。至于来自裁判官决定的抗辩更多，因为正是裁判官最初采用抗辩来缓和市民法的僵硬性，把抗辩制度化的。[④]

I.4,13,8(7)。而有些抗辩被称作永久的和不能延期的；有些被称作是有期的和延期的。

本段以存续期间和产生的效力为标准再度对各种抗辩进行分类。分为永久的

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.651.

② 参见 D.44,1,2,4。

③ Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.652.

④ Id.

和不能延期的，以及有期的和可以延期的。“永久的”和“有期的”，是根据存续期限对抗辩进行的分类。可否延期，是根据产生的效力对抗辩进行的分类，但后一分类方式是前一分类方式的必然结果，因为所有永久的抗辩都是不可延期的，而所有的有期抗辩都是可以延期的。[①] 下面3段会解释每类抗辩具体包括哪些类型。

I.4,13,9(8)。永久的和不能延期的抗辩总是阻碍原告并总是使诉讼标的消灭的抗辩。它们是恶意诈欺的抗辩、因胁迫所做之事的抗辩、已达成简约的抗辩，即达成协议不对金钱提出任何要求的情况。

本段讲永久的抗辩的效果和诸类型。效果为永久地消灭原告的诉权，原告再无机会提起诉讼。类型有恶意诈欺的抗辩、因胁迫的抗辩、已达成简约的抗辩等。这些抗辩可以二分，前两种出自立法者的安排，后者出自当事人自己的安排。前者因为立法者对恶意诈欺和胁迫的深恶痛绝，后者因为当事人对于自己权利的放弃，相当于英美法中的禁反言（确实，英语作者谈到罗马法中的抗辩时往往使用禁反言的术语）。所以，永久抗辩的构成很混杂，表明了这类抗辩形成过程的经验性。而且必须注意，当事人自己决定抗辩是有期还是无期，本段讲到的这种抗辩之所以是永久的，乃因为他们自己如此设定。如果他们只设定在一定期间内不起诉，则构成有期的抗辩，下段将会讲到这种情况。

I.4,13,10(9)。有期的和延期的抗辩是暂时阻碍原告之诉权并给予时间之延缓的抗辩，例如，它们是已达成简约的抗辩，即达成协议不在某一期限内，例如在5年内，起诉的情况。事实上，在该期限届满时，并不阻止原告追索物。因此，甚至希望在期限届满之前起诉的人，受到已达成简约的抗辩或其他类似的抗辩的阻碍，他们应延缓诉权并在期限过后起诉。事实上，这些抗辩因此被称作延期的。否则，如果他们在期限内起诉并受到抗辩的阻碍，在古代，由于抗辩，他们既不获得任何审判，也不能在期限后起诉，因为他们已因鲁莽地把事情送交审判而消耗了诉权，因此丧失了权利。而现在，朕不愿发生如此严格的事情，而规定：敢于在简约的期限之前或债的期限之前提起争讼者，受制于芝诺的敕令[②]，它是这位极神圣的立法者就在期限方面提出过多要求之问题制定的，以便如果原告本人藐视他自愿允许的或包含在诉权性质中的休战，承受这样的侵辱者将享有双倍的期限，而在该期限终结后，如果被告未收到前一个争讼的

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.652.

② 参见C.3,10,1,486年或487年。

全部费用，他们可不承受后一个争讼，通过以这样的惩罚进行吓唬，教会原告遵守争讼的期限。

本段讲有期的抗辩的定义，说它是暂时阻碍原告诉权的抗辩，不同于永久地消灭原告之诉权的抗辩。然后讲有期的抗辩的诸类型，实际上只列举了已达成简约的抗辩，以"其他类似的抗辩"的术语概括提到了与之并列的抗辩，根据盖尤斯《法学阶梯》4，122，它们是分诉抗辩和遗漏案件抗辩（Rei residue）。前者适用于原告不一次就同一案件提出请求，而是在同一裁判官的任期内一次提出一部分，另一次提出另一部分的情形，此时他可遭分诉抗辩驳回。[①] 这种安排很有道理，因为如果不一次提出一案的全部事实一次交由审理，不利于法官全面了解案情，作出合理的裁断。后者适用于原告与另一人间存在数个争议，他起诉其中的一些，拖延起诉另一些，想把它们交给另外的法官审理的情形，此时他可遭遗漏案件的抗辩驳回。[②] 这样安排也是为了让法官综合考虑两人争议的全面情况以及它们彼此可能有的牵连，作出合理的判处，但这样过分干预了原告的自由。由于采用程式诉讼制度以及长官的一年任期制的取消，这两种抗辩可能失去了存在理由而被优士丁尼忽略。

回到优士丁尼着重讨论的已达成简约的抗辩上来。这一抗辩取决于当事人达成了在一定期间内不起诉的简约，如果达成的是永久不起诉的简约，则属于另外的情况。在期限届满前起诉的，在古代，他的诉权消灭。在优士丁尼时代，不复如此，原因在于芝诺的敕令把这种情形当作在期限上过多请求处理，课加提前起诉者双倍延长期限的处罚。这一经延长的期限结束后，原告必须赔偿被告第一次起诉造成的损失，后者才有义务出庭。通过这样的教训，让他知道遵守诉讼的期限。

I.4，13，11（10）。此外，也有取决于人的延缓的抗辩。代理人的抗辩就是这样的，例如某人希望通过士兵或妇女起诉的情况。事实上，不许士兵甚至作为父亲、母亲或妻子的代理人起诉，也不能根据神圣的敕答这样做。[③] 但他们可照料自己的事务而不触犯纪律。但曾经因委任人或代理人的破廉耻而对抗代理人的抗辩，因为朕发现它们在审判中一点也不常用，朕规定予以废止，以免在就此发生争论的情况下延缓争议本身的审理。

本段讲因为人的延缓抗辩问题。以上所述，都是关于因为事的延缓抗辩的，这里换一个话题，讲因为人的延缓抗辩。具体事例是诉讼代理人的抗辩。情况是在

① 参见〔古罗马〕盖尤斯：《法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社 1996 年版，第 346 页。
② 同上注。
③ 参见 C.2，12（13），7，223 年。

不能指定诉讼代理人的情形指定了这样的代理人，或在可以指定诉讼代理人的情形指定了一个无代理资格的人。此时，被代理人会遭遇代理人的抗辩，此时，在前种情形，他可自己提起诉讼；在后种情形，他可自己或通过其他诉讼代理人进行诉讼，否则，他会败诉。[①] 前种情形的具体例子是民众诉讼，提起这种诉讼不得代理（D.3,3,43,2），因为这是在履行市民的义务，不得由他人代为，正如同不得由他人代服兵役。后种情形的第一个具体例子是指定士兵为诉讼代理人，由于士兵在服役期间不得代理他人起诉，对他们的近亲的案件，也不例外，所以，在他们解除兵役前，只得寻找新的诉讼代理人。第二个具体例子是指定妇女为诉讼代理人[②]，因为妇女被排除参与任何民事和公共义务，不能担任法官、履行长官的职责、在法院起诉、成为他人的保证人、作为律师行事（乌尔比安语，D.50,17,2），但她们可以为自己的事务出庭诉讼。第三个具体例子是委任人或诉讼代理人破廉耻，此时相对人可提出抗辩排斥受到委任的代理人。破廉耻可大别为监察官裁定的破廉耻和裁判官裁定的破廉耻两类，后种适用于如下情形：第一，违反市民道德（被从军队开除）；第二，从事贱业（演员或妓院老鸨）；第三，实施特别讨厌的犯罪；第四，自身不诚信的人在诚信诉讼中恶人先告状；第五，不遵守起码的婚姻道德。其后果就是丧失为他人诉讼的资格。[③] 在颁布《永久告示》的阿德里亚努斯时代，这种破廉耻的适用还很普遍，但到了优士丁尼时代，其适用日少，故优士丁尼废止了以此为理由的抗辩，这等于消除了裁判官法上破廉耻制度的法律后果。

① 参见〔古罗马〕盖尤斯：《法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社 1996 年版，第 348 页。

② Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.656.

③ Voir Paul Frederic Girard, Manuel elementaire de droit romain, Dalloz, Paris, 2003, p.215.

第 14 题

反抗辩

I.4,14pr.。有时发生这样的情况:乍一看来似乎公正的抗辩,却不公正地造成损害。发生这种情况时,为了帮助原告,需要另外的主张,它被称作反抗辩,因为借助于它击退和消解抗辩的力量。例如某人已与其债务人达成不对后者要求金钱的简约,而后来又达成了相反的简约,换言之,允许债权人提出要求的简约。如果债权人起诉,而债务人提出抗辩,只有在他未达成债权人不对他要求该金钱之协议的情况下,才应对他作出这样的判处,这一抗辩损害债权人,因为已达成了这样的协议。事实上,就算后来达成了相反的协议,这一抗辩仍然维持为真。但由于驳回债权人不公正,授予他后来达成了另外的简约的反抗辩。

本段讲反抗辩是对抗抗辩的抗辩,是保护正在遭受不合理抗辩的原告的抗辩。例如,原告起诉被告,后者提出已达成简约的抗辩,而不顾在达成此等简约后又达成了相反的简约,即允许债权人提出主张的简约的事实,这时,当事人已通过后约撤销前约,但被告昧着良心置此不顾,仍然提出抗辩,此时原告可提出达成了另外的简约的抗辩抵销其效力。这样,从均衡保护原被告双方的立场出发,在给了被告一件武器后给原告一件武器,达成双方的均势,维护公平的目的。

I.4,14,1。另一方面,有时发生这样的情况:乍一看来是公正的反抗辩,却不公正地造成损害。发生这种情况时,为了帮助被告,需要另一种辩解的机会,它被称作二次反抗辩。

本段讲第二次反抗辩。它是在原告的第一次反抗辩不合理时授予被告的,以避免出现不公平。这样的抗辩因事理而生,无专名,所以,本书的作者优士丁尼也未给我们举出这方面的例子。

I.4,14,2。另一方面,如果这一反抗辩乍一看来似乎公正,但由于其他原因它不公正地损害原告,重新需要另外的主张,以此使原告得到帮助,它被说成是3次反抗辩。

本段讲第三次反抗辩,在被告的第二次反抗辩不公平时授予原告。这样,原告与被告的较量进入了第三回合,法律尽量维持双方的攻防平衡,体现公正。这种抗辩因时而设,并无专名,凡能击破对方的请求者,都可称为此等抗辩。

I.4,14,3。有时,事务的多样性要求采用的抗辩超出了朕说到的所有这些抗辩。就所有这些,可容易地从《学说汇纂》的更广泛的卷帙中得到更清楚的知识。①

本段是一个引致性段落,介绍读者为了进一步了解各种抗辩,应参阅《学说汇纂》第44卷第1—4题。其中介绍的抗辩类型同此,不过论述更为详细。

I.4,14,4。然而,债务人用来为自己辩护的抗辩,通常也授予其保证人。这是正当的,因为对这些人所作的要求,被认为是对债务人本人所作的要求,因为通过委任之诉,他们为债务人所作的偿付将交还给他们。因此,如果某人已就不要求金钱与被告达成简约,已决定,为他受债之约束者也可借助于已达成简约的抗辩得到帮助,完全如同与他们本人订立了不对他们要求金钱的简约一样。当然,通常不授予他们某些抗辩。事实上,如果债务人已将其全部财产让与,而债权人对他起诉,他可借助于"他已让与全部财产"之抗辩为自己辩护。但这种抗辩不授予保证人,不消说,这乃是因为,使他人为债务人受债之约束的人,尤其注意在债务人失去其财产的情况下,能够从他使其为债务人受债之约束的人获得其财产。

本段讲保证人可援用债务人可援用的各种抗辩,因为两者在承担债的责任上已成为一个利益共同体。所以,如果主债务人已与债权人达成不要求金钱的简约,保证人可援用之,完全如同主债务人已与保证人本人达成这样的简约一般。但这一规则存在例外,例如,主债务人与债权人达成了让与全部财产免债的简约的,如果债权人后来提出索债,主债务人可提出抗辩,但保证人不可,因为上述简约是在债务人破产的情况下达成的,债权人不能得到全额清偿,此时,保证人应承担补充

① 参见D.44,1—4。

责任偿还那些主债务人无力偿还的部分。

从本段看不出当时的保证人享有检索抗辩权，债权人可越过主债务人直接向他索债，然后他可通过委任之诉向主债务人索还。如此，主债务人与保证人的关系被定位为委任关系。这是现今的我国法不曾直面的一个问题。而按周枏先生的说法，保证人的检索抗辩权确立于优士丁尼时代，确立的目的在于迫使债权人先控告债务人后再控告保证人，以免甩掉债务人控告富有的保证人。[①] 为何本段不体现优士丁尼的这一确立？也许这一确立是在后于本《法学阶梯》的《新律》中完成的。

① 参见周枏：《罗马法原论》（下册），商务印书馆 1994 年版，第 822 页。

第 15 题

令状

I.4,15pr.。接下来,朕探讨使用令状或作为其替代物的诉权。令状是裁判官用以命令做某事或禁止做某事的程式和套语的集合。在某些人就占有或准占有发生争讼的情况下,人们尤其求助于令状。

本段讲令状的定义。令状是一种临时性的司法处置,其目的是保护公共利益和公共秩序,其采用毋需经过证讼程序。[①] 本段尤其说明令状是裁判官发布的,特别涉及占有和准占有。占有的客体是物,准占有的客体是权利。本段提到诉权已替代令状,我们由此得知,在优士丁尼的时代,令状已脱离使用。本题第 8 段告诉我们,在非常诉讼条件下不再使用令状。

I.4,15,1。令状的主要划分有这些:它们要么是禁止性的,要么是恢复原状性的,要么是出示性的。禁止性的,是用来禁止做某事的令状,例如对无瑕疵占有人之暴力的令状,或对有权在埋葬死者的地方埋葬死者的人的暴力的令状,或就在圣地为建筑的令状,或对在公共河流及其河岸做某种妨碍航行之事的令状。恢复原状性的,是用以命令返还某物的令状,例如命令某人把作为继承人或作为占有人占有的遗产物中的财产之占有返还给遗产占有人的情况,或命令返还占有给被以暴力赶出土地之占有者的情况。出示性的,是用以命令作出出示的令状,例如,出示其自由权有争议的人的令状,或出示恩主命令其提供劳务的解放自由人的令状,或应尊亲的申请出示处于其权力下的子女的令状。然而有些人认为,严格说来,只有禁止性的被称作令状,因为 Interdicere 是发命令和禁止。而恢复原状性的和出示性的,严格说来,被称作"命令"。但人们认为,都应把它们叫作令

① Cfr. Federico del Giudice e Sergio Beltrani, Nuovo Dizionario Giuridico Romano, Edizione Simone, Napoli, 1995, pp.257s.

状，因为它们被说成是在两个人之间的。[1]

本段讲令状的诸类型。令状分为禁止性的、恢复原状性的和出示性的，前者禁止人们做某种危害公共利益的事情，例如禁止剥夺他人的合法占有、阻止有权使用安魂地的人在其中埋葬尸体、在圣地构建营造物、在公共河流及其河岸构建妨碍航行的营造物；中者命令已做危害他人利益事情的人恢复原状，例如把占有的他人遗产物返还给有权得到他们的人，回复被暴力赶出土地者的占有；后者为保卫某人的权利要求另一人出示前者的物、子女或解放自由人。对于令状，还可分为保护私人利益的令状和保护公共利益的令状，后者人人可得申请，故称为民众令状（Interdictum popularis）。本段还对令状一语品词。它既可被翻译成禁令，也可被翻译成令状。翻译成后者，才可把3种形式都包括进来。翻译成前者，只能包括第一种。但本段通过把令状一语解释成"两个人之间"的解决了这一问题。由于3种令状都是两个人之间的，Interdicere 一语都可以涵盖它们。

I.4,15,2。令状接下来的划分是这些：有些是为了获得占有；有些是为了保留占有；有些是为了回复占有被采用的。

本段以与占有的关系为标准划分令状的诸类型。分为获取占有的令状、保留占有的令状和回复占有的令状三种。下面3段会一一介绍它们的具体内容。

I.4,15,3。为了获得占有，授予遗产占有人被称为"死者之遗产的"令状，其力量和权威是这些：任何作为继承人或作为占有人占有了遗产之一部的人，在此等遗产的占有已被授予某人后，应将其返还给后者。而作为继承人占有的人，被认为是自以为是继承人的人。作为占有人占有的人，被认为是对遗产物无任何权利地占有，或明知全部遗产不属于自己而占有的人。然而，它之所以被称作为了获得占有的令状，乃因为它只对现在第一次试图获得物之占有者有用。因此，如果某人获得了占有，又失去了它，这一令状对他无用。被称作萨尔维尤斯的令状[2]也是为了获得占有授予的，地主用它追索就土地的租金允诺出质的佃户财产。

---

① 拉丁词 Interdicere 有"命令"、"禁止"之意。严格说来，只有禁止性令状才符合这一词义，为了使 Interdicere 一词能适用于各种令状，故有些人把这一动词解释为"在两个人之间的（Inter duos）"。

② 这是裁判官萨尔维尤斯在共和末叶或帝政初期创立的关于乡村土地租赁的恢复原状性令状，裁判官把它授予出租人，允许他占有承租人作为担保交付的物，以防止承租人不付租金。

本段讲为了获得占有的令状，分为获得遗产占有令状和萨尔维尤斯令状两种，前者是授予称作遗产占有人的裁判官法上的继承人的令状，这些人是市民法排斥的死者血亲等，不让他们继承遗产不公平，但市民法又不给他们继承权，于是裁判官授予他们事实上的继承权，采用的方略就是授予遗产占有令状，得到这种令状的人可以向目前占有遗产的自认为的死者继承人或明知遗产不属于自己而占有之的人等要求移转占有，后种人的占有被视为无权利的占有。这样，裁判官法上的继承人获得了取得遗产的实益。后者是授予地主追索佃户负欠的租金的。早期，没有必要发布这样的占有令状，因为承租人在承租时就要交付农具作为担保，但这样他无法耕作，塞尔维尤斯诉权由此产生，它让地主不必取得对农具的占有也有其债权的担保，到了佃户不给付的时候，萨尔维尤斯令状就授予地主占有佃户财产为质的权利。这样，质押成为虚拟的而非现实的，既保证了地主债权的安全，又保障了佃户对农具的利用。

为了获得占有的令状只能用来第一次获得占有，如果获得占有后失去，不能用它来回复占有，因为有本书4,15,6讲的回复占有令状承担这一功能。

I.4,15,4。为了保留占有，授予"因你占有令状"和"归谁占有令状"，在双方当事人就某物的所有权发生争议的情况下，首先要调查诉讼当事人中的哪一方应该占有；哪一方应该提出要求。事实上，除非首先查清了双方中的哪一方享有占有，不能提出要求之诉，因为不论是民事理性还是自然理性，都使一方进行占有，另一方对占有者提出要求成为必要。由于占有比作出要求远为有利，因此，通常几乎总是就占有本身存在着巨大的争议。然而，占有的利益在于，即使物不是占有者的，只要原告不能证明物是他的，占有维持不变。为此理由，在双方当事人的权利不明确的情况下，通常作出不利于要求人的判决。

本段讲为了保留占有的令状及其类型。这种令状的名称是"保留占有"，其内容实际上是确定占有。按罗马的民诉法，占有者相对于请求者优先，如果后者不能提出有力的证明自己权利的证据，则推定占有是合法的，因为占有本身就是一种证据，它把请求者推到举证责任承担者的地位承担举证失败的风险，所以，就某物的所属发生争议时，确定谁是占有者就是一个重要问题。保留占有令状即为解决这一问题而设。至于这种令状的两种具体类型，以下两段会分别解释。

I.4,15,4a。但确实，人们以"因你占有令状"就土地或建筑物的占有提出争议；但人们以"归谁占有令状"就动产物之占有提出争议。在古人手里，它们的力量和权威有极大的不同。事实上，在令状作出之时正在占有的人，只要既未以暴

力，又未以欺瞒，又未以容假从其相对人获得占有，他以“因你占有令状”胜诉，尽管他曾以暴力赶走了另一人，或曾以欺瞒取得了另一人的占有，或曾以容假要求另一人允许他占有。但在去年的大部分时间既未以暴力，又未以欺瞒，又未以容假从其相对人获得占有的人，以“归谁占有令状”胜诉。然而今天遵循另外的规则。事实上，这两种令状的权威，就取得占有而论，被同等化了，这样，不论在土地物还是在动产物之情形，在证讼之时既未以暴力，又未以欺瞒，又未以容假从相对人获得占有的人胜诉。

本段讲因你占有令状和归谁占有令状，前者适用于争议标的为不动产的情形，后者适用于争议标的为动产的情形。两者的效力颇有不同。在前者的情形，只要现今占有人未以暴力、欺瞒和容假从相对人获得占有，他的占有就被推定为合法，至于他对第三人运用了暴力和欺瞒或通过容假取得了占有，在所不问。这一描述中的“暴力”指以强制手段获得占有的情形；“欺瞒”指以对他方当事人隐藏占有的意图以避免与后者的争讼实施的占有，例如，某人担心甲反对就在未通知他的情况下进行占有，或趁甲远行进行占有[①]；“容假”指所有人免费地、不确定期限地把物给人使用，但可以随时收回（D.43,26,1pr.[②]）。容假类似于使用借贷，所有人不是为了让标的物为收受人所有，只是允许他使用而已。与使用借贷的区别是这种借贷附有期限，期限不到出借人不得索回物，而容假没有期限，但标的物可以随时被索回。没有上述3项占有瑕疵的，构成合法占有。有意思的是，在现代的占有法术语中，上述3个瑕疵中的“容假”被去掉了，另外两个瑕疵被反过来说。“暴力”变成了“和平”；“欺瞒”变成了“公开”。当然，也有新旧两种说法并用的，例如《智利民法典》第918条及以下数条。[③] 为何去掉“容假”，值得研究。

在判断占有是否合法的问题上，本段研究的因你占有令状和归谁占有令状考虑的是时间。就前一种令状而言，只要令状申请人在发布令状时在占有不动产，而且不是以暴力、欺瞒或容假从其相对人获得的占有，哪怕他此前是以暴力、欺瞒或容假从另一人获得的占有，他的占有都受到保护。就后一种令状而言，只要现今的占有人在发布令状的前一年的大部分时间未以暴力、欺瞒和容假取得占有动产，他的占有就被推定为合法，换言之，其相对人占有的时间少于他的，处于劣势地位。这两种令状都贯彻尊重现状、缩小牵扯面的精神。但它们都是古法的规则，按优士

① 参见〔意〕桑德罗·斯奇巴尼选编：《民法大全选译·物与物权》，范怀俊译，中国政法大学出版社1993年版，第227页及以次。

② See The Digest of Justinian, Vol. II, edited by Mommsen and Alan Watson, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985, p.611.

③ 参见徐国栋主编：《智利共和国民法典》，徐涤宇译，金桥文化出版（香港）有限公司2002年版，第199页。

丁尼时代的法律，它们的效力被同化，适用对象不分不动产和动产，考虑占有是否合法的时间点改为证讼的时间，也就是法官听取双方的诉因的时间，也就是案件的争点得到确定的时间（C.3,9,1），在这个时候未以暴力、欺瞒或容假取得占有的人被推定为合法占有胜诉。

I.4,15,5。某人被认为在进行占有，不仅包括他本人进行占有的情况，而且包括他人以其名义进行占有的情况，尽管该他人不受制于他的权力，佃户和宾客就是这样的。某人也被认为借助于对之作了寄托的人或对之提供了使用借贷的人为自己进行了占有。这就是人们所说的"某人可通过任何以其名义为占有者保有占有"的含义。而且已决定，占有也因心素而保留，换言之，尽管某人既不自己占有，也无其他人以其名义进行占有，然而，如果他不以抛弃占有的意图，而是为了后来回复它的意图离去，他被认为保留了占有。但对某人通过什么人可获得占有，朕已在第二卷作出阐述。[①] 毫无疑问，任何人不能仅凭心素获得占有。

本段讲代理占有之承认。占有人不必自己亲自占有，可以通过在其权力下的人或不在其权力下的人为占有，效果归于他。在其权力下的人，有如家子和奴隶。不在其权力下的人，有如佃户和宾客、寄托人和借用人。本段还讲占有由心素和体素两个方面构成。前者是为占有的主观意愿，后者是为占有的客观事实。脱离占有但不放弃占有的心素的，仍不失其占有，尽管他已无占有的客观动作。这是已有占有后来脱离的情形，但就第一次占有而言，仅有占有的心素是不够的，还要有占有的事实，否则不构成占有。这样的占有理论达到了很高的水平，完全为现代民法采用，几无更改。

I.4,15,6。如果某人被以暴力赶出土地或房屋的占有，通常发出回复占有令状。事实上，为他们提供了暴力占有令状，用来迫使驱赶他们者返还占有给他们，尽管他们是从以暴力为驱赶者以暴力、欺瞒或容假获得占有的。但根据朕如上所述的神圣敕令，如果某人以暴力占据物，如果该物确实是其财产，剥夺他对该物的所有权；如果物是他人的，在返还该物后，也迫使他对承受暴力者给付物的估价。然而，以暴力把某人驱赶出占有的人，根据《关于私人或公共暴力的优流斯法》承担责任。但适用根据《关于私人或公共暴力的优流斯法》，限于不使用武器实施暴力的情况；然而，如果使用武器把某人从占有中驱逐出去，适用《关于公共暴力的优流斯法》。而"武器"的名称，朕理解为不仅包括盾牌、

① 参见本书第2卷第9题第4段。

剑和盔，而且也包括棍棒和石头。

本段讲回复占有令状。对被以暴力剥夺占有者，授予此等令状，让他们回复自己的占有，尽管他们自己的占有也来路不正，是从驱赶他们者以暴力、欺瞒或容假得来的，以此维持现状并反对任何形式的自力救济，因此，即使是以暴力夺回本来属于自己的物，也要受到剥夺所有权的处罚。夺来的物是别人的，则要偿付此等物的估价。这样处理的法律依据是《关于私人暴力和公共暴力的优流斯法》。在该法的名称中，“私人”和“公共”不能望文生义地理解，前者指不使用武器的暴力，后者指使用武器的暴力。至于武器包括哪些，优士丁尼认为，除了人为的武器如剑、盾外，还包括自然的武器如石头和棍棒。当然，拳头不在武器的名目内。

I.4,15,7。令状的第三种划分是这些：它们要么是单一的，要么是双重的。简单的，有如在令状中，一方当事人是原告；另一方当事人是被告的情况。所有的恢复原状令状或出示令状都是这样的。事实上，希望得到恢复原状或出示的人是原告；被希望作出恢复原状或出示的人是被告。然而，禁止性的令状，有些是单一的；有些是双重的。单一的，有如裁判官禁止在圣地或公共河流及其河岸施工的情况（事实上，原告是希望不进行施工的人；被告是试图施工的人）。双重的，有如“因你占有令状”和“归谁占有令状”的情况，事实上，它们被称作双重的，乃因为在这种令状中，争讼双方的地位同样，也不认为某一方是特别的被告或原告，而是任何一方都既承担被告、又承担原告的角色。

本段讲以当事人的相互关系为标准对令状进行的分类：单一的和双重的，前者是一方为原告、另一方为被告，双方不错位的情形；后者是双方互为原告和被告的情形，并列举了它们各自涵盖的具体令状的类型。但并非所有的令状都属此或属彼，例如，禁止性的令状，有的是单一的，有的是双重的。关于禁止在特定地方做特定事情的令状都是单一的，因为不涉及争议，只涉及当为与不当为，例如，禁止在圣地或公共河流及其河岸施工的令状就是如此；又如，关于占有的禁止性令状都是双重的，之所以如此，乃因为双方就占有的所属发生争议，都认为对方是被告。

I.4,15,8。今天来谈论程式和令状的古代结果，多余。事实上，一旦进行非常程序的审判——今天所有的审判都是这样的，就不必发布令状了，但在不用令状进行审判的情况下，对于授予令状的情况，现在已以授予扩用诉权取代。

本段讲非常诉讼程序导致令状消亡以及令状与扩用诉权的关系。令状是存在

于程式诉讼时期的一个制度，到了非常诉讼时期，就不使用令状了。而且，令状是裁判官等长官发布的，《尤里安永久告示》颁布后，裁判官的司法角色趋于消极，令状的生存空间自然萎缩。非常诉讼从戴克里先和马克西米连于294年颁布的一个敕令（C.3,3,2）废除了民事诉讼方面的程式诉讼制度后开始实施，到优士丁尼时代都是如此。在这种诉讼中，法官具有很大的主导性，过去在法官角色消极条件下存在的令状就不必要了，它们转化为诉权，尤其转化为扩用诉权。扩用诉权是直接诉权的对称。后者是市民法诉权，其适用范围和对象都由法律专门规定。扩用诉权有一个与直接诉权类似但不等同的目的，以调整市民法未规定的案型，裁判官用它们调整法律无专门规制的新情势。[①] 由此，占有令状变成了占有之诉，等等。[②] 原因很简单，过去，令状与诉权有如下区别：赋予诉权，是把一定的问题提交法官裁判，赋予令状，则是长官自己裁判有关的问题；诉权是以一定的权利为基础的，令状并不如此。[③] 进入非常诉讼时期后，长官审案，过去交给他们决定的事情现在还是他们决定，过去交给承审员处理的事情现在也到了他们手中，可以说是令状“吃掉”了诉权，但表面上相反，是诉权“吃掉”了令状，过去的令状变成了现在的相应的扩用诉权。

① Cfr. Federico del Giudice, Dizionario Giuridico Romano, Edizione Simone, Napoli, 1998, pp.34s.

② Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.338; pag.682.

③ Ibid., pag.661.

第 16 题

草率诉讼者的罚金

I.4,16pr.。现在朕须指出,尽职于法者很注意使人们不易于提起争讼,这也是朕的愿望。因此,有时通过金钱制裁;有时通过对誓言的敬畏;有时通过对破廉耻的畏惧,人们尤其可通过压制原告或被告的草率来达到这一结果。

本段概述限制滥诉的诸手段,它们有金钱制裁、宣誓、破廉耻、压制草率起诉等,贯彻了少讼的思想。看来,西方法律文化也并非一味鼓励诉讼,而是采取措施抑制滥诉。在我国,继出现医闹以后出现了"法闹",也就是只要判决不合他意,就上诉、信访不已的人,在目前的体制条件下,这些人的所为成本很小,所以闹得起。在本书的体制环境中,他们闹的代价太大,可能因此不敢闹。所以,我国有必要借鉴罗马法整治法闹的经验完善自己这方面的制度。

下面 3 段会介绍后 3 种限制滥诉的手段。之所以不专门介绍金钱制裁的手段,因为在本书 4,6,24 已讲过。

I.4,16,1。根据朕的一个敕令[①],所有的被告都要呈交誓言。事实上,除非被告预先宣誓是在认为自己运用了良好的论据的情况下进行反驳的,不能运用其主张。在某些情况下,授予双倍或 3 倍的诉权对抗否认其责任者,有如不法损害之诉的情况以及为遗留给可尊敬之地的遗赠提起诉讼的情况。然而本来就多于简单价值的诉权,有如现行盗窃之诉,它是 4 倍的诉权,以及非现行盗窃之诉,它是双倍的诉权,事实上,在这些情况和某些其他情况下,不论某人是否认还是承认,诉权都多于简单价值。同样,原告的诬告也受到了强制,因为朕的敕令也强制原告就未为诬告起诉作出宣誓。双方当事人的律师也必须像朕的另一敕令[②]规定的那样经过宣誓。而所有这些被用来取代旧时的诬告之诉,它已脱离使用,因为课处原告诉讼价值的 1/10 部分的罚金,朕从未发现这样做

① 参见 C.2,58(59),2pr.,531 年。
② 参见 C.2,59,2。

过。但作为其替代,既采用了前述的宣誓,又采用了强制不诚实的诉讼者也对其相对人偿付损害和诉讼费用的原则。

本段讲誓言作为限制滥诉手段。首先,被告要宣誓自己是在具有充分理由的情况下进行反驳的,换言之,如果原告的请求很正当,被告提不出什么有理的反驳,就应接受原告的主张。对于否认其责任者,处以倍数不同的罚金之诉。被告拒绝宣誓的。推定为承认原告的请求。其次,原告也要宣誓自己没有诬告,并非出于敌意起诉,这样的宣誓取代了过去的诬告之诉,按这种诉讼,处原告诉讼价值 1/10 的罚金。原告拒绝宣誓的,不得起诉。最后,双方的律师也要宣誓[①],其内容应该是保证自己将在法庭上的作为都是正义的之类。以上宣誓,在优士丁尼时代,宣誓人要手按福音书在法官的面前进行,此等福音书对于法官也有道德震慑力,所有这些都表明了罗马诉讼法的基督教化。

本段中提到的 3 倍罚金之诉找不到依据,是优士丁尼《法学阶梯》编订者的一个错误。[②]

I.4,16,2。在某些诉讼中,被判处者发生破廉耻,例如盗窃之诉、以暴力攫取财产之诉、侵辱之诉、诈欺之诉,同样有监护之诉、委任之诉、寄托之诉,但只以直接诉权为限,不包括对待诉权,同样有合伙之诉,它在两方面都是直接的,由此,任何在这种审判中被判处的合伙人都被责罚以破廉耻。但在盗窃之诉、以暴力攫取财产之诉、侵辱之诉和诈欺之诉中,不仅被判处者被责罚以破廉耻,而且与被告达成了简约者也被正当地责罚以破廉耻。事实上,某人是基于私犯还是基于契约成为债务人,极有区别。

本段讲可以判处破廉耻的诉讼,它们有盗窃之诉、以暴力攫取财产之诉、侵辱之诉、诈欺之诉、监护之诉、委任之诉、寄托之诉、合伙之诉。破廉耻是公法上的刑罚,其法律效果包括丧失选举权和被选举权、服兵役权、对通奸妻子的处罚权、与上层阶级的通婚权、限制诉讼权等[③],是一种极为严厉的制裁。上述导致破廉耻的诉讼分为 3 组:第一组为侵害人身和财产引起的诉权,它们是盗窃之诉、以暴力攫取财产之诉、侵辱之诉、诈欺之诉。由此看来,罗马法表面上对盗窃和抢劫处理得比

---

① See The Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitution of Leo, Trans. and edited by S. P. Scott, Cincinnati, The General Trust Company, 1932, Vol. XII, p. 255.

② *Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag. 687.*

③ 参见周枏:《罗马法原论》(上册),商务印书馆 1994 年版,第 116 页。

现代法轻，不把它们看作公罪而看作私罪，实际上并不轻，因为课加犯罪人破廉耻的处罚，这是很重的；第二组是侵害信义引起的诉权，它们是监护之诉、委任之诉、寄托之诉，这3种诉权保护的都是信义关系，但只有它们的直接诉权导致破廉耻，对待诉权并不如此。这就要说明直接诉权和对待诉权之分。直接诉权的本意是市民法规定的诉权，与之对立的是裁判官创立的扩用诉权。但在这里，直接诉权的含义是本诉，对待诉权的含义是反诉。换言之，被监护人、委托人、寄托人控告监护人、代理人、保管人的诉权为直接诉权，这是包含信义因素的诉权，因为他们在被诉时不可能不知道自己对相对人承担义务，反之，监护人、代理人、保管人控告被监护人、委托人、寄托人的诉权为对待诉权①，这是不包括信义因素的诉权，因为在其相对人汇报账目之前以及给予恩惠期之前，他们不可能知道自己要给自己的相对人多少②，因此不判处破廉耻。第三组是当事人为平行关系的诉权，只有合伙之诉属此。合伙与其他合同不同，当事人之间的关系为平行的而非相向的，所以，他们互诉时，大家的诉权都是直接诉权，任何一方败诉的，都判处破廉耻。

在第一组诉权中，不仅被判处者受破廉耻，而且与他们达成简约的人也要受破廉耻，因为这些行为涉及犯罪，是不能和解的；如果和解，相应的人也要承担破廉耻的责任。③ 这样形成的规则是：私犯之债与合同之债的债务人地位很不同，前者不得和解，后者可以如此。现代法也是这样处理的。

此段处在“课加予草率诉讼者的罚金”的主题下，是从滥诉的角度谈的，也就是说，胡乱提起上述诉讼者要受破廉耻的制裁，而非这些诉讼涉及的行为本身导致破廉耻。

I.4,16,3。而提起所有诉讼的第一步的程序，都可从裁判官关于传唤被告至法院的那部分告示获得。事实上，无论如何，首先须传唤相对人至法院，换言之，须将相对人传唤到将宣告法的人面前。在这部分告示中，裁判官对尊亲和恩主，同样对男女恩主的子女和尊亲给予尊重，不许子女和解放自由人传唤他们至法院，除非他们已对裁判官本人提出了这样的要求并获得了这样做的许可。如果某人以另外的方式传唤他们，裁判官对之规定了50索里迪的罚金。

本段讲诉讼的第一步是原告传唤被告到法院，这种传唤由原告自力进行，通常毋须裁判官批准，这是《十二表法》以来的传统，当然，只有在原告确信自己有理由

① See Patrick Cumin, Manual of Civil Law or Examination in the Institutes of Justinian, London, 1854, p.381, note 2.

② Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.688.

③ Id.

时这样做才不会给他带来麻烦，在相反的情形，他就是草率进行诉讼了。低位当事人传唤高位当事人时，才需要裁判官批准，以维护“伦”的要求。无批准的，子女不得传唤其尊亲，解放自由人不得传唤恩主本人、其子女和尊亲到法院。违反这一规定的，构成草率诉讼，要缴纳 50 索里迪的罚金。

第 17 题

法官之职责

I.4,17pr.。剩下来朕要论述法官的职责。确实,法官首先须注意不违反法律、敕令或习惯的规定作出判决。

本段讲法官的守法职责。在优士丁尼时代,法官是些什么人?他们是地方官、行省总督和助审官、区长、大区长官、皇帝,显然可见,除了助审官从名称看是专职法官外,其他都是行政人员。所以,那时候并无行政与司法的分离,换言之,不存在专职的司法官系统。但这些法官的法律素养是有保障的,一是因为他们任职前都要经受法学教育并经过相关的考试,因此他们不是外行。二是因为他们身边常常有法学家作为顾问,代他们处理案件,例如,作为法官的皇帝的审判职责是由其元首顾问委员会中的法学家实际承担的。

按本段,这样的法官要遵守的渊源只有法律、敕令和习惯三者。这一说明与本书第一卷第 2 题规定的市民法七大渊源矛盾,遗漏了承认元老院决议和学说等渊源的效力。但本段关于市民法的渊源的说法可能更好,更符合现实,因为在优士丁尼时代,元老院决议和裁判官告示作为共和的遗迹,确实非常过时了。

I.4,17,1。因此,如果他在损害投偿审判中作出判处,他应注意,如果他认为主人应受判处,他应这样作出判处:"吾判处普布流斯·梅维尤斯给路丘斯·蒂丘斯 10 个金币,或交出加害人。"

本段讲制作损害投偿之诉的判决的程式。其中给主人两个选择:要么支付受害人 10 个金币,要么交出加害人。

I.4,17,2。如果有人以对物诉权提起了诉讼,如果他作出不利于要求人的判决,他应开释占有人;如果他作出不利于占有人的判决,他应命令其返还物本身及其孳息。但如果占有人否认自己现在可以返还,并看来无欺骗地为返还要求一个期限,必须授予他这一期限,然而他要就在给予他的期限内未作出返还

的讼额估价以保证人作出担保。如果要求的是遗产，就孳息适用朕所说的适用于要求单一物的同样规范。然而，对由于占有人自己的过失未获得的孳息，如果占有人是强盗，在两种诉讼中作几乎同样的考虑。但如果占有人是诚信的，既不考虑消费的孳息，也不考虑未获得的孳息。然而在提出要求之后，也考虑由于占有人的过失未获得，或已获得但被消费的孳息。

本段讲对物诉讼的审理。涉及的当事人有要求人和占有人两方。涉及的客体有普通财产和遗产两类。占有人的主观状态有无过失和有过失、诚信和恶信两类。它们影响在返还物于要求人时孳息的返还与否，基本的原则是诚信占有人不返还孳息，只返还原物，即使他对孳息的未收取有过失，也不对此承担责任。这一原则为后世民法典（例如《智利民法典》第907条[①]）遵循。

I.4,17,3。如果为出示物发生了诉讼，被告出示物是不够的，而必须也出示物的利益，换言之，原告享有如果他一开始提起出示之诉，物就被出示，他将享有的利益。因此，如果在审判的迟延中，物由占有人以取得时效取得，他仍要受到判处。此外，中间期间的孳息，换言之，在受理出示之诉后、对案件作出判决前之期间的孳息，法官应加以考虑。如果被提起出示之诉的人否认自己可于现在作出出示，并要求出示的期限，他看来是无欺骗地作这一要求的，应给予他这一期限，然而，他要就自己将作出返还提供担保。如果他既不立即根据法官的命令出示物，也不就自己尔后将作出出示提供担保，则就如果自始就出示物原告将享有的利益对他作出判决。

本段讲出示物之诉的审理。出示物之诉适用于要求返还动产的情形，只有动产才可以被出示。在返还前，要明确物的身份，故有出示物的必要。质言之，出示是一个诉讼程序手段。但出示物的同时，必须出示物的利益。这并非对出示之诉的特有要求，而是所有的仲裁之诉和诚信诉讼的一般要求。这种利益包括被请求人占有标的物的时间、标的物的孳息等，由于出示了这些利益，发生时效终止，尽管在诉讼期间时效期间完成，标的物也不会被请求人取得。至于中间期间的孳息的

---

① 其辞曰："恶意占有人对占有物的自然孳息及法定孳息负返还义务；此等孳息并非仅指已收取的孳息，而且包括占有物如处于所有人权力之下他依中等人的智力和勤勉本可收取的孳息。

如不存在此等孳息，恶意占有人应返还收取之时本已存在或本可存在之孳息的价值：在其控制下即已遭受损失的孳息，视为不存在。

诚信占有人无义务返还在请求被证讼之前收取的孳息：对于此后收取的孳息，依前两款的规定……"参见徐国栋主编：《智利共和国民法典》，徐涤宇译，金桥文化出版（香港）有限公司2002年版，第197页。

归属，由法官以自由裁量定夺。

被请求人现在作出出示有困难的，可以请求延期出示，但要作出返还物的担保。

如果被请求人拒绝出示物，也不提供担保，法官应把假定被请求人被请求后就出示物的利益判给原告或请求人。

I.4,17,4。如果有人以分割遗产之诉起诉，法官应将各个物判给各个继承人，如果两人中的一人看来由于判决蒙受了不利，如同已说过的，他应责令共同继承人对该人偿付一定的金额作为交换。在共同继承人中的一人单独获得了作为遗产的土地之孳息；或损坏、消费了遗产物的情况下，也判处他对其共同继承人为偿付。确实，这一规则也类推适用于共同继承人多于两个的情况。

本段讲分割遗产之诉的审理。此时，法官的职责是在众多的继承人中分割一份遗产。他所为的分割看来是实物分割，而非拍卖遗产将所得金钱进行价值分割，这跟本书2,14,5讲到的遗产12等份分割法似乎是矛盾的。总的分割原则是，如果由于物理分割不便某个继承人多得了一个实物，他要把多出部分的价值给其他继承人。如果他消费或损害了遗产中的某物，他也要对其他继承人作出补偿。由于这一过程，本书4,6,20把分割遗产之诉称为混合之诉。

I.4,17,5。上述规则也适用于为分割涉及多数物的共有财产提起了诉讼的情况。如果共有财产只涉及一个物，例如涉及土地，如果该土地确实可方便地分割成小块，法官应判给各共有人其份额；如果某人的份额看来偏多，应判处他对其他人给付一定的金钱作为交换。如果土地不能方便地分割，或系争物碰巧是一个奴隶或一头骡子，他应将全部判给一个人，并判处该人对其他人偿付一定的金钱。

本段讲分割共有财产之诉的审理，类推适用前述分割遗产的规则。基本的原则是，在不可能等额分配的情况下，得到较大份额的人要给得到较小份额的人金钱以为找补。对于奴隶或家畜，不能实物分割，而是实行价值分割，把它们判给一个人，其他人得到其相应份额的价值。

I.4,17,6。如果有人为调整地界提起了诉讼，法官应审查是否有必要作出分配裁判。当然，只在一种情况下有此必要，即土地以比曾经用以分开它们的地界更清楚的地界区分开更方便的情况。事实上，此时有必要把一块土地的一

部分判给另一块土地的所有人。在这种情况下，判处该人偿付一定的金钱，是适当的。在这种审判中，某人也因对地界故意实施了某种行为受到判处，例如由于偷窃了界石或砍倒了界树。在这种审判中，人们也因拒绝执行法官的命令受到判处，例如，某人有法官的丈量土地的命令，而不允许他这样做的情况。

本段讲调整地界之诉的审理。起诉后，受案法官要考虑是采用分配裁判的方式解决还是采用别的方式解决。所谓分配裁判，是程式诉讼的一个部分，法官据以被允许把物件在分割之诉的当事人中进行分配，也可据以把某人的财产判给另一人。[①] “别的解决方式”体现在优士丁尼《法典》第3卷第39题“调整地界”中，在非常诉讼程序的条件下运作，处理两种情况。其一，就地界发生争议的情况，由行省总督指定的土地测量人在当事人在场的情况下确定争议双方各自土地的范围（C.3,39,3）；其二，一方侵占他方土地反而主张后者的土地的，不仅让他的主张不能满足，而且要剥夺他的土地中等于他妄自主张的他人土地的面积（C.3,39,4）。只在一种情况下要采取分配裁判的方式，那就是重定地界比维持现有的地界更好的情况。此时要发生土地的找补：把一个人的部分土地划给另一人，后者支付价金。前者是对物之诉的对象，后者是对人之诉的对象，由于同时包含这两种因素，调整地界之诉是混合性的。以上是诉讼的主体内容，它附带一些其他内容。例如，在审判中，发现一方当事人有模糊地界行为的，此种行为包括偷窃界石和砍倒界树等，要判处之，受判处者要承担宗教—刑事责任，因为他的行为触犯了边界之神Terminus，要被沦为牺牲。[②] 又如，一方当事人拒绝接受法官丈量土地之命令者的，也要受到判处。由此可见，调整地界之诉具有民事诉讼、刑事诉讼的混合性。不过，在非常诉讼的时代，它算是程式诉讼的一个遗物了。

I.4,17,7。而在这些审判中判处给某人的物，立即成为受判者的。

前3段都是讲分割裁判之诉的运用。本段讲判决导致所涉物的所有权转移，是总结性文字。用学理语言表达，是法院判决所有权的一种发生根据。

---

① See Adolf Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, The American Philosophical Society, Philadelphia, 1991,349.

② Voir Michel Humbert, Les XII Tables, une codification? En Denis Alland et Stephane Rials (Directeur), Droit, PUF, Paris, 1998, p.101.

第 18 题

公诉

I.4,18pr.。公诉既不通过诉权提起,也与朕已叙及的其他诉讼无任何相似之处,它们在提起上和进行上大不相同。

本段讲何谓公诉。公诉针对古时由人民或其代表根据一个特别法或根据后来的元老院决议或法学家解释扩张了此等特别法的适用的渊源进行审判的犯罪。[①] 公诉的特点是不通过诉权提起。按杰尔苏的说法,诉权是通过审判要求对我们应做之物的权利[②],所以诉权是私权,其行使人只据以要求属于自己的物,而不据以要求公物。那么,公诉根据什么提起呢?根据一个刑事特别法提起。这种体制与常设刑事法院制度有关。常设刑事法院的特点是一法一罪、一罪一庭,也就是说,根据一个特别法确立一个罪名,然后设立一个法院专门审判这种罪,不同于现在的法院并非由一个专门的法律设立,也并非只审判一种案件。第一个常设刑事法院设立于公元前 149 年,是年颁布了《关于搜刮钱财罪的卡尔布尔纽斯法》(Lex Calpurnia de pecuniis repetundis),该法设立了审理搜刮钱财罪的常设刑事法院,取代了过去的人民审判(Iudicium populi)。

本题讲罗马刑法,盖尤斯的《法学阶梯》不包括这方面的内容,是优士丁尼增加的公法制度,目的据说是为了加强皇权,因此,本题的存在影响了本书的纯粹私法性。但本题的内容并不包括全部罗马刑法,只包括共和末期、帝政初期常设刑事法院适用的刑法,其他刑法还有裁判官刑法,例如其制裁侵害坟墓罪的刑法,还有在非常刑事诉讼中运用的刑法,例如惩罚公共浴室盗窃罪、职务上背信罪、劫掠牲畜罪、强盗罪的刑法[③],这些犯罪根据皇帝的敕令或习惯法受惩罚。

---

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.698.

② 参见黄风:《罗马法词典》,法律出版社 2002 年版,第 4 页。

③ 参见桑德罗·斯奇巴尼选编:《民法大全选译·债·私犯之债(II)和犯罪》,徐国栋译,中国政法大学出版社 1998 年版,第 174 页及以次。

I.4,18,1。它们被说成是公的,因为通常赋予人民中的任何一员提起他们的权利。

本段讲"人民"一词与"公"一词的联系。在罗马共和时期,公诉指归人民审判的案件,它们不属于民事诉讼,也不属于刑事控告。后来,这一术语被扩用于指称常设刑事法院的法官审判的刑事诉讼。所谓人民审判,就是在民众大会上进行的审判,可以为此等审判的民众大会有百人团会议和部落会议,前者负责重案之审理,后者负责较轻之案件的审理。既不由人民本身,也不由其代表审理的案件,称为非常审理案件,它们是些没有专门法律规定和法学家解释涵盖的案件。① 例如以魔法害人案件、遗弃配偶的案件等。非常审理程序先是与常设刑事法院程序并行,但后来取而代之。它以纠问原则取代了人民控告原则②,加强了元首对于审判过程的干预,并解决了常设刑事法院制度的一些缺陷,例如,一个人不能在同一个法院控告犯下多项罪行的人,同一个法院不能在确定某人应受的刑罚时对其多项罪行的后果进行综合考量③等。在优士丁尼组织编订本《法学阶梯》时,东罗马帝国已实行非常审理制度,而本《法学阶梯》为何要向学生传授常设刑事法院时期的刑法制度呢?此乃因为常设刑事法院时期的罗马刑法在优士丁尼时期仍继续有效,不过已被通过元老院决议和皇帝立法作了许多的变通和补充,它们因此仍然可被当作现行法讲授。至于优士丁尼为何在本题不全面讲罗马刑法,而只讲常设刑事法院运用的刑法,是个值得继续研究的问题。

那么,在过去的体制中,人民中的任何一员如何提起公诉呢?遵循如下程序:首先确定审判的期日、要提出的控告及其求刑,在这一阶段,长官作为人民的代表在场,保民官、营造官或财务官担任控告人。其次是在人民大会面前举行的调查性的审理。最后在长官宣告判决后,受判处者可以提出对人民的申诉。④

本段说到公诉"通常赋予人民中的任何一员",这意味着在例外的情形不赋予人民中的某些人。他们是些什么人?首先有妇女;其次有未成年人;再次有破廉耻的人;第四有穷人,即不具有50金币的人;最后有作过伪证的人。⑤ 看来,罗马人的人民的概念只包括成年男子,而且他们还必须小有资财、品行没有大碍。

---

① See Jill Harries, Law and Crime in the Roman World, Cambridge, University Press, 2007, p.29.

② Cfr. A. Burdese, Manuale di Diritto Pubblico Romano, UTET, Torino, 1975, pp.255s.

③ Cfr. Mario Talamanca (sotto la direzione di), Lineamenti di Storia del Diritto Romano, Giuffrè, Milano, 1989, p.456.

④ See Jill Harries, Law and Crime in the Roman World, Cambridge, University Press, 2007, p.14.

⑤ Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.699.

I.4,18,2。在公诉中,有些是适用重刑的;有些则是不适用重刑的。朕把引起极刑或禁绝水火、放逐或矿坑苦役的,叫作适用重刑的公诉,其他判处破廉耻和罚金的,确实是公诉,但不是适用重刑的公诉。

本段根据刑罚的轻重对公诉进行分类。分为适用重刑的和不适用重刑的。那么,什么是重刑?死刑、禁绝水火或放逐、矿坑苦役属此。死刑是剥夺生命之刑,到优士丁尼时代以斩首的方式执行,这与重刑的词义(Capitale,该词的词根是"头颅")吻合;禁绝水火或放逐是对死刑的替代,等于剥夺市民权;矿坑苦役是剥夺自由权充当国家公奴。由此可见,所谓重刑,除了剥夺生命刑外,都是剥夺公法上的身份之刑。破廉耻和罚金不剥夺公法上的身份,前者不过减损受判处者私法上的名誉身份,后者不过剥夺受判处者的部分财产,故不属于重刑。

本段似乎罗列了当时罗马刑法上不少刑罚类型,有处死、禁绝水火、放逐、矿坑苦役、破廉耻、罚金,但这一列举并不完全,例如未提到袋刑。

I.4,18,3。事实上,公诉有这些:《关于国事罪的优流斯法》扩展其效力于做了某些反对皇帝或国家之事的人,其刑罚是承受丧失生命,在犯罪人死后,也判处他记录抹杀。

本段讲公诉罪之一:国事罪,它由《关于国事罪的优流斯法》确立,这是恺撒于公元前8年颁布的一项法律。国事罪是针对罗马人民或其安全的犯罪,有如下列:没有元首的命令杀死人质、武装聚会占据要地或神庙、为叛乱目的聚会、杀害或教唆杀害罗马人民的长官,给敌人通风报信、煽动兵变等。① 但后来纳入国事罪的罪名不断扩展,以至于包括了毁坏皇帝雕像或肖像的行为。

在本段中,有"《关于国事罪的优流斯法》扩展其效力于做了某些反对皇帝或国家之事的人"之语,这证明制定于共和时期的《关于国事罪的优流斯法》本来不是保卫皇帝或国事的,而是保护罗马人民的"伟大"(Maiestas)的,到了帝政时期,它从保护人民的伟大扩展到保护皇帝的伟大,此时,皇帝被视为人民的代表,保卫他的伟大就是保卫人民的伟大。

本段涉及的死刑,原文是"丧失气息"。在《关于国事罪的优流斯法》颁布之前,对于国事犯适用死刑,但该法用禁绝水火取代死刑,以实现少杀方针。但提贝

① 参见〔古罗马〕优士丁尼编:《学说汇纂第48卷(罗马刑事法)》,薛军译,中国政法大学出版社2005年版,第45页。

流斯皇帝登位后，恢复对国事犯适用死刑，执行方式是投放野兽。[①] 这是一说，另一说认为《关于国事罪的优流斯法》对国事罪的处罚还是死刑。[②]

国事罪的附加刑是记录抹杀刑（Damnatio memoriae），又称死后社会唾弃（Ignominia post mortem）或除忆诅咒，是课加给被判死刑并被处决者的名誉刑，只适用于国事罪。被判处者的名字要从有关文件和纪念碑中取消。其所为之遗嘱和死因赠予失效。记录抹杀刑也适用于皇帝，由元老院决定课加给哪个皇帝，由此形成对皇帝权力的一定制约。记录抹杀刑适用于皇帝的效果是：（1）破坏被裁决有罪的皇帝的所有肖像和雕像，但刻在货币上的除外。罗马人的货币上通常有皇帝的浮雕标准像，如果因皇帝犯罪去掉货币上的此等浮雕像，由于货币数量过大，难以操作，故钱币上的皇帝像以例外论。（2）从所有官方记录、碑文上去掉被处罚者的名字，这样就造成某些碑文中的部分被挖掉的现象。（3）剥夺该皇帝的后代子孙以统帅（Imperatore）为个人名的权利。（4）该皇帝在任内制定的暂定措施法案（即未等待元老院通过便颁布的敕令）全部废除。[③]

此等刑罚有如下适用例。其一，尼禄（37—68 年），54 年登上帝位，实行暴政，引发暴动，自杀身亡。死后受记录抹杀刑；其二，图密善（51—96 年）于 81 年登上皇帝大位，实行恐怖统治，遇刺而死。元老院决定，其名字不得再出现于文件上，他的肖像也不得保留，去掉刻在石头上的他的名字，捣毁其雕像[④]；其三，康茂德（161—192 年），180 年即位，被谋杀，元老院判处其记录抹杀刑。但后任皇帝有权取消元老院对其前任皇帝处以的记录抹杀刑。

I.4,18,4。同样，《关于惩治通奸的优流斯法》不仅以剑惩罚亵渎他人婚姻者，而且惩罚敢于对男性发泄不合人情之肉欲者。但也根据上述《优流斯法》惩罚淫乱的无耻之徒，即不以暴力地玷污诚实生活的处女或寡妇的人。事实上，该法对罪犯判处的刑罚是：如果他们出身高贵，没收一半财产；如果他们是卑贱之人，监禁后放逐。

本段讲公诉罪之二：通奸罪及其类似的犯罪（或曰不当性行为罪）。它在公元

① Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag. 701.

② See Patrick Cumin, Manual of Civil Law or Examination in the Institutes of Justinian, London, 1854, p. 388.

③ See Adolf Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, The American Philosophical Society, Philadelphia, 1991, p. 423. 也参见〔日〕盐野七生著：《罗马人的故事 VIII：危机与克服》，郑维欣译，三民书局 2002 年版，第 287 页及以次。

④ See Stephanie Lysyk, Purple Prose: Writing, Rhetoric and Property in the Justinian Corpus, In 10 Cardozo Stud. L. & Lit. 33.

前18年由奥古斯都提议制定的《关于惩治通奸的优流斯法》确立。该法第一次把通奸列入公诉犯罪的类型，也就是说，此前对于通奸，只有受害者有控告权。尽管如此，通奸罪第一位的控告人还是妇女的丈夫和父亲，在60天内他们未控告的，其他人才可以控告。[①] 这就说明公诉中的"公"是有限度的。该法兼理通奸和奸淫，前者的对象是已婚妇女，后者的对象是处女或寡妇。[②] 前者破坏他人婚姻，后者谈不上有这种破坏，破坏他人贞操而已。而且该法兼理异性奸和同性奸，前者针对女性，后者针对男性，本段说这是不合人情的肉欲的表现，但反映古罗马确实有男性相奸现象。但古罗马似乎未如今天，发生了女性奸淫男性现象。

本段告诉我们，通奸罪的刑罚依犯罪人的身份而不同。对高贵者，没收一半财产；对卑贱者，鞭打后放逐。此处的监禁并非一种独立刑罚，而是长官为了迫使人们遵循其命令可采取的强制措施，属于行政处罚，有监禁、罚款、要求具保、逐出罗马等类型。本段中的"监禁"的拉丁原文是 Coercitio corporis，是身体强制之意。

"高贵者"约等于"有品级者"，即由国家严格界定的上层社会集团。第一个集团是元老阶级，由元老本身及其家人外加元老直系三亲等以内的后裔构成。成为这一阶级的成员至少要有100万塞斯特斯的财产。另外必须出身高贵、品行良好。第二个集团是骑士阶级，这一阶级的要求比元老阶级稍低：他们的祖父和父母必须不曾为奴隶，必须有40万塞斯特斯的财产。第三个集团是库里亚阶级，其多数是地方政府官员，通常被称为地方议会议员，必须有10万塞斯特斯的财产。卑贱者就是靠自己的劳动为生的人[③]，但不是奴隶。

高贵者和卑贱者的区分开始于2世纪，阿德里亚努斯皇帝开其端，皮尤斯皇帝继之。由此开创了罗马帝国同罪异罚的刑法体制，大约有4/5的犯罪依犯罪人的身份定刑罚[④]，由此破坏了常设刑事法院时期有过的法律面前人人平等原则。而且，两种不同身份的人的待遇差别不仅体现在刑罚上，而且也体现在羁押、控告、审判程序等方面。[⑤]

---

① See Jill Harries, Law and Crime in the Roman World, Cambridge University Press, 2007, p.98.

② 参见〔古罗马〕优士丁尼编：《学说汇纂第48卷（罗马刑事法）》，薛军译，中国政法大学出版社2005年版，第61页。

③ See Paul Brooks Duff, Who Rides the Beasts?: Prophetic Rivalry and the Rhetoric of Crisis in the Churches of the Apocalypse, Oxford University Press, Oxford, New York, 2001, pp.18ss.

④ Véase Ramon Teja, Honestiores y Humiliores en el bajo imperio: Hacia la cinfiguracion en clases sociales de una division juridica, En Memorias de Historia Antigua, 1977, I, pag.115.

⑤ See O.F. Robinson, Review: Humiliores and Honestiores, In The Classical Review, New Series, Vol.42, No.2 (1992), p.349.

I.4,18,5。还有《关于杀人的科尔内流斯法》,杀人者是以复仇之剑力图杀人者,或以杀人为目的携带武器四处转悠者。事实上,"武器"一语,如同朕的盖尤斯留下的对《十二表法》的解释中所写的,确实通常用来称呼以弓发射的东西,但也指一切用手投掷的物体①,所以,由此推论,石头、木块、铁块也包括在这一名称内。这一名词来自投向远处的物体,是根据希腊词"从远处"创造的,朕还可以找到一个具有这一意思的希腊名词,因为我们叫作 Telum② 的东西,他们叫作"投掷物"、"从远处投掷"。这是色诺芬③提醒我们的。因为他这样写道:"他们一齐遭到投掷武器的袭击:矛、标枪、投掷器的子弹和大量的石块。"④Sicarius 的名称来源于 Sica,它指铁刀。上述法律也判处投毒者——他们以可憎的手段:投毒或以咒语魔法杀人——或公开出售毒药者以死刑。

本段讲公诉罪之三:杀人罪。它于公元前 81 年由苏拉提议制定的《关于杀人和投毒的科尔内流斯法》确立。本段省掉了该法律名称中关于投毒的部分,但在内容上仍包括之。因此,本段只规制一定方式的杀人罪,包括使用武器、投毒的方式。之所以如此,乃因为还有其他法律规制以其他方式实施的杀人。

本段中的杀人罪根据杀人工具分类,大别为两种:以武器杀人和投毒杀人。

"武器"在本段中是一个人为的范畴,并非指军人使用的杀敌器具,而是指一切硬质的可致人死亡的东西,包括投掷性的和非投掷性的两类。前者的类型很多,后者只有一个类型,那就是铁刀,它不用投掷也可刺穿人的身体夺其性命。强调武器的投掷属性,反映了地中海地区的习惯以标枪、弓箭杀敌的战争传统。

"投毒"在本段中也是一个人为的范畴,除了包括本意上的投毒外,还包括用咒语魔法杀人,以及出售毒药两种扩张意义上的投毒行为。之所以如此,乃因为希腊文化的影响,因为《关于杀人和投毒的科尔内流斯法》中的 Venen 一词相当于希腊文中的 Farekon,它指草、麻药(有益的或有害的)、药、施魔法用的方剂、春药、符咒、咒语、魔咒、毒药、生产某物的工具、染料、颜料或颜色。⑤ 所以,本段涉及的"毒

① 参见盖尤斯:《十二表法评注》第 1 卷,见 D.50,16,233,2。

② 拉丁文,意为"所有的投掷武器"(包括长矛、标枪、箭等)、"武器"。

③ 色诺芬(Xenophon),约公元前 430 年—约公元前 355 年或公元前 354 年人,古希腊历史学家、作家。雅典人,苏格拉底的弟子,斯巴达制度的崇拜者。公元前 410 年率希腊万人军助居鲁士二世争夺波斯王位,无结果。公元前 396 年弃雅典而投斯巴达。著有《雅典的收入》、《经济论》、《长征记》、《希腊史》(修昔底得《伯罗奔尼散战争史》之续编,叙事始于公元前 411 年)、《师门回忆录》、《苏格拉底的辩护》、《拉切德莫尼的政制》、《阿格西劳传》、《居鲁士的教育》等。

④ 参见《长征记》5,2,14,中译文乃从 Enzo Nardi 的优士丁尼《法学阶梯》的意大利文译本译出。另外的中译文可参见崔金戎翻译的色诺芬的《长征记》,商务印书馆 1985 年版,第 118 页。

⑤ See Clyder Pharr, The Interdictum of Magic in Roman Law, In Transactions and Proceedings of the American Philological Association, Vol.63, (1932), pp.272s.

药”的含义比中文中的毒药的含义要广得多，至少各种各样的咒语是不包含在中文的毒药的含义之中的。按这种宽泛的毒药理解，毒药问题与魔法问题相关。

镇压以咒语魔法害人者是从《十二表法》开始的传统，该法第八表第1条就规定了对以咒语致人损害者的处罚。[①] 确定这一罪名是古人相信言辞的力量的哲学的产物，这种哲学到了公元前81年竟然依然存活，颇为令人惊叹。不过，现代刑法中已不见这种罪名了。

本段规定的杀人罪的刑罚是放逐和没收全部财产，但后来改为死刑，身份特别高的人除外。[②] 根据本题第7段，奴隶犯此罪的，处死刑。

本段中的“我们叫作Telum的东西，他们叫作‘投掷物’、‘从远处投掷’”一语富有意味，优士丁尼居于希腊却以罗马人自居，把希腊人看作“他们”，并不认同自己是希腊人。看来，这个拜占庭皇帝尽管可能从未到过罗马，却以罗马为故国，以希腊为寄寓之所。

I.4,18,6。接下来，另一被称之为《关于杀亲的庞培法》的法律以新刑罚惩治一种极严重的犯罪，它规定：如果某人加速其尊亲、子女或任何与他有这样的关系，以至于其被杀要包括在所谓的“杀亲”之范围内的人的死亡，不论他是秘密地还是敢于公开地这样做；以及以其恶意诈欺促成这样做的，或以犯罪的同谋犯出现的人，就算是家外人，要受到杀亲的刑罚，他要承受的不是剑，不是火，也不是任何通常的刑罚，而是被缝在一个装有狗、公鸡、毒蛇、猿猴的口袋中，被包在他的这个致命的隘口里，根据当地提供的特性，被扔进附近的海中或河流中，这样，在他生时就开始剥夺对要素[③]的使用，而令他活着时被剥夺天空，死时被剥夺土地。但如果某人杀害其他有血亲或姻亲关系的人，则承受《关于杀人的科尔内流斯法》的刑罚。

本段讲公诉罪之四：杀亲罪。它于公元前55年由庞培提议制定的《关于杀亲的庞培法》确立，实际上，它是在《关于杀人和投毒的科尔内流斯法》基础上确立的一个特别法，适用于亲属之间的杀人。现代刑法并不分别规定亲属间的杀人和非亲属间的杀人，中国古代法有此区分，子女杀亲为恶逆，从重处罚；尊长杀子女则从

① See Clyder Pharr, The Interdictum of Magic in Roman Law, In Transactions and Proceedings of the American Philological Association, Vol.63, (1932), p.286.

② 参见〔古罗马〕优士丁尼编：《学说汇纂第48卷（罗马刑事法）》，薛军译，中国政法大学出版社2005年版，第145页。

③ “要素”，为古希腊哲学用语，包括土、水、气、火4种，它们是为人类生活必需的世界的基本构成分子。但显然可见，由于袋刑要在水里实施，它不包括对水这种要素的剥夺，甚至也未提到对火的要素的剥夺。

轻处罚，对无亲属关系的人之间的杀人则按另外的规则处理。[①] 由此可见，罗马法与中国古代法在规制亲属间的杀人问题上具有一定的共性。说“一定”，乃因为中国古法在调整亲属相杀事项时分尊卑定刑罚，如前所述，“卑”杀“尊”刑重，“尊”杀“卑”刑轻，体现了“尊”“卑”不平等原则，而《关于杀亲的庞培法》不论是“卑”杀“尊”，还是“卑”杀“尊”，一律适用袋刑，体现了“尊”“卑”平等原则。这点倒具有现代刑法的精神。尤其重要的是，一定情形下的“尊”杀“卑”也要承受袋刑，这个“一定情形”就是母亲杀子女，祖父杀孙子，显然，家父杀儿子不构成杀亲，所以，本段尚未否定家父对子女的杀害权。从司法实践来看，“卑”杀“尊”的情形恐怕要多一些，因为按罗马法，家子只要未被解放，即使当了爷爷也在经济上无能力，他们由于债务压迫，出于对将来的不确定恐惧，往往杀害家父，以便开始继承其遗产，有时用毒药，有时雇用杀手这样做。[②]

需要说明的是，本段在扩张的意义上调整亲属相杀。亲属本人相杀的，诚然属于这一罪名。亲属自己不动手，雇凶杀亲的；亲属自己也动手，但请人帮忙的，被雇者和同谋者也要承担杀亲罪的责任。这样，只要杀意出自亲属，杀行不论由谁执行，都属于亲属相杀。

本段中的“亲”也是一个人为的概念，除了自然意义上的亲属，例如直系二亲等内的尊亲和旁系三亲等血亲、直系一亲等的姻亲、直系一亲等的“继亲”，还包括恩主[③]，这种包括也许就是因为罗马人把主奴关系看作亲属关系，解放自由人与恩主的关系也是如此。当然，这种包括旨在维持解放自由人和恩主之间的团结关系，对两者都有利，如果恩主杀自己的解放自由人，也是要受到杀亲罪的制裁的。对逸出上述亲等范围的亲属的杀害仍适用前述《关于杀人的科尔内流斯法》。

对杀亲罪的处罚是袋刑。请注意，《关于杀亲的庞培法》确定的袋刑与本段描述的袋刑不一样，除了毒蛇，并不使用其他动物，其方法是在定罪后把受刑人的头围上狼皮，在其脚底绑上木鞋底，用血红色的木棒或特别灌木做成的棍棒殴打后绑入袋中，让黑公牛拉入大海或最近的河流。[④] 有海的地方入海，无海的地方入河，此谓“根据当地提供的特性”。袋刑后来被废除，克劳丢斯皇帝恢复之。阿德里亚努斯皇帝更改之。在保罗的时代，袋刑已过时，被火刑和投放野兽刑取代。最终君士坦丁皇帝于318年以敕令恢复了本段详细描述其执行方法的袋刑。到了《巴西

① 参见钱大群、钱元凯：《唐律论析》，南京大学出版社1989年版，第162页及以次。

② See Eva Cantarella, Fathers and Sons in Rome, In The Classical World, Vol. 96, No. 3 (Spring, 2003), p. 294.

③ 参见〔古罗马〕优士丁尼编：《学说汇纂第48卷（罗马刑事法）》，薛军译，中国政法大学出版社2005年版，第156页。

④ See Max Radin, The Lex Pompeia and the Poena Cullei, In The Journal of Roman Studieis, Vol. 10 (1920), pp. 121s.

尔法律全书》的时代，袋刑又被废除，被火刑取代。①

请注意，这种袋刑中与犯人相伴的动物的类别形成是一个经验的过程。毒蛇是《关于杀亲的庞培法》引入的，因为毒蛇是地府的象征；猴子是克劳丢斯皇帝引入的，因为猴子通常被看作人类的漫画版，引入它是为了说明受刑人的所为不自然且无人性；狗和公鸡是君士坦丁皇帝于318年引入的，因为狗在东方的闪米特族裔的基督教徒心目中是不洁的象征；而公鸡是异教的神以西丝（Isis，古埃及宗教中管生殖的女神）的象征。这些动物被纳入袋中的意义是带走犯罪带来的污染。古人相信，把体现罪的动物除掉了，罪也被清除了。② 袋刑的意义在于使受刑人通过脱离空气和阳光以及水和土与世界隔绝，因为他杀死了生他养他的人，因此要剥夺他的生命之本。把他放在袋里，是怕他让野兽更凶恶，同时避免污染江河湖海、土地，而让他在风浪中颠簸，永远得不到净化。最后被冲到岸边撞击岩石，死后也永远不得安宁。③ 但这样的刑罚让好几个珍稀动物为一个罪人陪葬，非常昂贵，而且颇有虐待动物的色彩。

I.4,18,7。同样，也被称作遗嘱法的《关于伪造的科尔内流斯法》，判处刑罚于虚假地书写、盖章、朗读、展示遗嘱或其他文件的人；或在明知的情况下，以恶意诈欺制造、雕刻或盖用假印章的人。该法对奴隶的刑罚是极刑，如同《关于杀人和投毒的科尔内流斯法》规定的；但对自由人的刑罚是放逐。

本段讲公诉罪之五：伪造罪。它由公元前81年苏拉提议制定的《关于伪造的科尔内流斯法》确立，其第一章惩治伪造遗嘱罪，主要针对在为他人代书遗嘱时书写有利于自己的条款的行为；其第二章惩治伪造货币罪。④ 后来，《关于伪造的科尔内流斯法》受到元老院决议、皇帝敕令和法学家解释的不断扩张，调整越来越广泛的涉伪犯罪。这样的"守住原点，不断扩大"的方法恰恰是罗马刑法的发展路径。在苏拉版本的《关于伪造的科尔内流斯法》中，无对伪造印章者的处理，此罪肯定是后来的立法者纳入的，在本段中，它却被优士丁尼与伪造遗嘱并列，作为《关于伪造的科尔内流斯法》的重要内容之一谈论。相反，苏拉版本着意处理的伪造货币罪倒被淡化了。这是很有意思的一个变故。

---

① See Max Radin, The Lex Pompeia and the Poena Cullei, In The Journal of Roman Studieis, Vol. 10(1920), p. 125.

② Ibid., pp. 126ss.

③ 参见〔德〕奥托·基弗：《罗马风化史》，姜瑞璋译，辽宁教育出版社2000年版，第92页及以次。

④ Véase Antonio de Puente y Franco, Historia de las leyes, plebiscitos y senadoconsultos mas notables desde la fundación de Roma hasta Justiniano, Libro Primo, Madrid, Vicente de Lalama, 1840, pag. 36s.

后世立法者从苏拉版本的伪造罪出发所作的添加，大多脱不了一个“伪”字，例如伪证（D.48,10,1.pr.），做假账（D.48,10,1.4），使用假名假姓（D.48,13pr.），伪造文书的蜡封（D.48,16,1），虚假分娩（D.48,19,1），诈称自己是军人使用非法的徽章或虚假的文书旅行（D.48,10,27,2），篡改公布的告示（D.48,10,32pr.），伪造衡器（D.48,10,32,1），伪造敕令（D.48,10,33），除了“伪”的共性，这些罪名之间的差别够大的，它们有的触及私人利益，有的触及公共利益。有的涉及经济，有的涉及政治，但都被一个“伪”字罩在一起。但也有些新增的罪名与“伪”字无关，例如收钱为人辩护（D.48,10,1），法官不适用皇帝敕令（D.48,10,3），开启活人遗嘱（D.48,10,5），把保管的他人文书泄露给其他人（D.48,10,6），一物二卖（D.48,10,21）等。

《关于伪造的科尔内流斯法》对犯罪人依身份定刑罚。奴隶犯此罪的，处死刑；自由人犯此罪的，放逐之。如前所述，奴隶不在卑贱者的范畴内，所以，本段似乎遗漏讲卑贱者犯伪造罪的刑罚。

最后要说的是，伪造罪并非完全的公诉罪，对于虚假分娩的情形，并非人人可诉，只有父母的关系人可诉（D.48,10,30,1）。

I.4,18,8。同样，制定了《关于公共暴力和私人暴力的优流斯法》对抗实施武装的或非武装的暴力的人。但如果某人确实被证明实施了武装的暴力，《关于公共暴力的优流斯法》判处他放逐之刑。但如果是非武装的暴力，他遭受没收1/3的财产。但是，如果以暴力以强奸为目的绑架处女、寡妇、修女或任何其他妇女，不论是罪犯还是对这种无耻罪行提供协助者，依据朕的敕令[①]的规定，处他们死刑，通过阅读一敕令可更明确地了解这一问题。

本段讲公诉罪之六：暴力罪。它是奥古斯都在一个不详的年份提议制定的《关于公共暴力的优流斯法》和《关于私人暴力的优流斯法》确立的。尽管本段的前部把这两个法律合称为《关于公共暴力和私人暴力的优流斯法》，这可能是出于方便。稍后，本段就提到了《关于公共暴力的优流斯法》的单独存在。而且，在《学说汇纂》第48卷中，对这两个法是分别评注的。

由于《关于公共暴力和私人暴力的优流斯法》制定后不断有其他法律渊源把新的罪名补充进来，造成了混杂，以至于导致区分公共暴力和私人暴力的困难。按

① 参见C.9,13,1,533年。

通常的理解，公共暴力是国家机关对私人不当运用的暴力[①]，即所谓纵向的暴力，例如剥夺市民上诉权的行为（D.48,6,7），不当羁押被告的行为（D.48,6,8），非法征收新税的行为（D.48,6,12）；私人暴力指私人之间互相不当运用的暴力，即横向的暴力。如果这一理解为真，则《关于公共暴力和私人暴力的优流斯法》的宪政色彩很浓，它对国家权力的约束表现出现代行政法的特征。但也有人认为，侵害国家利益的暴力是公共暴力，侵害私人利益的暴力是私人暴力。[②] 无论如何，500 多年后的优士丁尼似乎不愿接受公共暴力是国家暴力的限权观点，遂把公共暴力解释成武装的暴力，把私人暴力解释成非武装的暴力，这恐怕是一种篡改，因为在解释《关于私人暴力的优流斯法》的《学说汇纂》第 48 卷第 7 题中，明确涉及使用武器的暴力的案型，例如，在船难时进行抢劫，对水手使用了暴力的情形（D.48,7,1,2），以鞭或棒殴打他人（D.48,7,2）的情形。

公共暴力的类型除如上列举者外，还包括在自己的住处收藏武器、建立武装团伙、在公众场合携带武器、以暴力夺取不动产或船舶、在火灾时实施抢劫、干扰他人葬礼、妨碍司法等。[③]

私人暴力的类型如下：聚众攻击他人田庄并武装攫取财产、武装赶走房屋、农场或船舶的占有人、强奸男孩或妇女、强行拐带生来自由儿童、聚众暴力纵火、不法监禁。[④]

《关于公共暴力和私人暴力的优流斯法》对公共暴力的实施者处放逐之刑；对私人暴力的实施者处没收 1/3 的财产之刑。但对强奸犯一律处死刑。既然大不了一个死字，区分被害人是处女还是寡妇，是俗人还是修女，就没有什么意义了。从本来的意义上，强奸处女和修女应该比强奸其他妇女罪重从而获得更重之罚的。这就是死刑的局限之所在。值得注意的是，在优士丁尼时代的基督教背景下，法律中出现了作为强奸被害人的修女，她们应是特别受保护的对象。

I.4,18,9。《关于贪污罪的优流斯法》惩罚偷窃金钱、公物、神用物或安魂物的人。[⑤] 但如果法官本人确实在其任职期间贪污公款，处以死刑之罚。不仅

---

① Cfr. Bernardo Santalucia, Diritto e processo penale nell'antica Roma, Giuffrè, Milano, 1998, p.198. See Jill Harries, Law and Crime in the Roman World, Cambridge, University Press, 2007, p.110.

② See Adole Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law. Philadelphia: The American Philosophical ociety, 1991, p.768.

③ Cfr. Bernardo Santalucia, Diritto e processo penale nell'antica Roma, Giuffrè, Milano, 1998, p.199.

④ See Jill Harries, Law and Crime in the Roman World, Cambridge, University Press, 2007, p.111.

⑤ 参见 C.9,28,1,415 年。

他们，而且对这种行为提供帮助的人，或明知金钱为贪污的仍接受的人，也处以死刑。但对触犯这一法律的其他人，处以放逐之刑。

本段讲公诉罪之七：贪污罪。它由公元前8年奥古斯都提议制定的《关于贪污、渎圣以及截留的优流斯法》确立，处罚接受用于圣事、宗教祭祀或公共活动的钱款的人的私吞、挪用行为，以及降低公共的金银铜的成色的行为。[①] 本段略称此罪为贪污，并略称确立此罪的法律名为《关于贪污罪的优流斯法》，实际上，此罪的全称是贪污、渎圣和截留，与此相应，确立此罪的法律的全名是《关于贪污、渎圣以及截留的优流斯法》。所谓贪污，指盗用公共钱财的行为，行为人是公职人员还是私人，在所不问。[②] 这一内涵导致把此罪叫作贪污罪显得牵强，因为按我国的刑法概念，贪污罪只有由公职人员实施。所谓渎圣，就是盗窃神庙中的财物的行为。按本书2,1,8的规定，这种物是圣物。所谓截留，就是为公共目的收受公款的人截留自用的行为，例如，指挥军队的将军不将军费全部用于战事而自用的行为。可以看出，《关于贪污、渎圣以及截留的优流斯法》确立的罪名圣俗兼涉。贪污和截留以世俗的公共钱财为对象；渎圣则以神法物为对象，所以，神庙中的财产表面上属于神法物，与人间烟火无关，但罗马人在骨子里还是把它们看作公物的，在关键的时候甚至用这种财产赎回敌人手里的自己人，所以他们才把侵犯神庙财产的行为与侵犯公共财产的行为一并处理。

富有意味的是，贪污罪像罗马的其他罪名一样，经后来立法或法学家解释扩张其内容后，《关于贪污、渎圣以及截留的优流斯法》已不限于处置其名称中包括的3种犯罪行为，如同本段揭示的，它还处置盗窃安魂物的行为。我们知道，安魂物属于死人，在这里，安魂物被当作公共财产了。之所以如此处理，乃因为安魂物与神庙的财产具有共性，不过前者属于小神，后者属于更大的神而已。非独此也，这一罪名还处置降低公共的金银铜的成色的行为，这一规定针对的似乎是掌管国家货币发行的官员，他们降低货币的成色相当于现代的制造通货膨胀，实际上是掠夺使用此等货币的公众的财产，所以与贪污公共财产的行为具有共性。

本段专列法官在职期间贪污公款的行为，那么，法官何以能贪污公款？至少他们收取的0.65%的诉讼费可作为贪污的对象。有意思的是，对于法官贪污，对主犯（贪污的法官）、从犯（协助法官贪污的人）和牵连犯（明知法官的钱为贪污所得仍然收受的人）刑罚相同，且都是死刑，这表达了立法者对于公职人员犯贪污罪者的

① 参见〔古罗马〕优士丁尼编：《学说汇纂第48卷（罗马刑事法）》，薛军译，中国政法大学出版社2005年版，第209页。

② See William Smith, A Dictionary of Greek and Roman Antiquities, John Murray, London, 1875, p.881.

深恶痛绝。至于“其他人”犯这种罪，则只受放逐之刑，要轻得多。所谓的“其他人”，就是私人。

在谈罚则的部分，本段只谈了贪污罪的罚则，省略了谈渎圣和截留的罚则。实际上，前者的情节严重的，处死刑，执行的方法很残忍，有投放野兽、火刑、吊死等；情节轻微的，判处矿坑苦役。对于出身高贵者，则流放小岛。[①] 后者的罚则是3倍罚金并返还截留之款。[②]

I.4,18,10。《关于拐带人口罪的法比尤斯法》也在公诉的范围之内，有时根据神圣的敕令[③]处以死刑；有时处以较轻的刑罚。

本段讲公诉罪之八：贩卖拐带人口罪。它由公元前90年左右的执政官昆图斯·法比尤斯·拉贝奥（Quintus Fabius Labeo）提议[④]制定的《关于拐带人口罪的法比尤斯法》确立，打击恶意隐藏、给予、出售或监禁生来自由或解放自由的罗马市民以及他人奴隶的行为。[⑤] 所以，本法规制两种行为。其一，拐带自由人的行为，在明知的情况下出卖或买受自由人的人都要受到该法的制裁，这种案型体现了该法保护自由身份的宗旨；其二，拐带他人奴隶的行为，这种案型体现了该法保护对奴隶的所有权的宗旨。这样，该法就把保护自由权和保护奴隶所有权两个矛盾的东西纳于一身了。

该法课加的为罚金刑，但在保罗的时代，根据神圣敕令的规定，对地位卑贱的犯罪人处矿坑苦役之刑或以十字架钉死。对身份高贵者，处以永久放逐之刑并没收一半财产。[⑥]

I.4,18,11。此外，《关于贿选的优流斯法》、《关于搜刮钱财罪的优流斯法》、《关于粮食供应的优流斯法》、《关于截留的优流斯法》，都在公诉的范围之

---

① 参见〔古罗马〕优士丁尼编：《学说汇纂第48卷（罗马刑事法）》，薛军译，中国政法大学出版社2005年版，第213页。

② 同上注，第211页。

③ 《关于拐带人口罪的法比尤斯法》本来是独立于皇帝之敕令的，因此，从理论上说，有关的死刑只应根据该法，而不应根据“神圣的敕令”课处，但由于皇帝的敕令给《关于拐带人口罪的法比尤斯法》以扩张解释，因此出现了《关于拐带人口罪的法比尤斯法》规定的犯罪根据皇帝的敕令处刑的情况。同样的情况也发生在《关于惩治通奸的优流斯法》中。

④ Véase Antonio de Puente y Franco, Historia de las leyes, plebiscitos y senadoconsultos mas notables desde la fundación de Roma hasta Justiniano, Libro Primo, Madrid, Vicente de Lalama, 1840, pag.54.

⑤ Véase Pedro Gómez de la Serna, D. Justiniani Institutionum Libri IV, Tomo II, Libreria de Sanchez, Madrid, 1856, pag.708.

⑥ Id.

内。它们涉及特定的方面，它们确实不处剥夺生命刑，而让违反了其指示者承受其他刑罚。

本段讲公诉罪之九：杂类，它们的共同点是对犯罪人不适用死刑。涵盖以下4罪。

其一是贿选罪。这是由公元前18年奥古斯都提议制定的《关于贿选的优流斯法》确立的罪名，打击以不法手段拉票以获取公职的行为。罗马是一个民主的法治国家，各种公职人员概由选举产生，所以一年中选举不断，必须依法治选举，遂有《关于贿选的优流斯法》之诞生。事实上，在该法之前有十几部同样目的的法律。它们都针对Ambitus。该词的动词是Ambire，意思是“四处走动”和“在选举中拉票”。贿选的方式多样，如采取迎合民众的口味换取选票，换言之，在政治活动中支持免除债务或支持分给穷人土地的法案；将军通过松懈纪律获得士兵支持；金钱贿赂；候选人穿白色的长袍出现于集市吸引民众的注意；宴请民众或为之提供角斗表演等。[①] 由此可见，放纵贿选会腐蚀人心，让政治活动丧失原则，故必须严厉打击。到了帝政时期，由于政治体制的改变，罗马的选举有所减少，例如，提贝流斯皇帝把中央政府官员的产生由民会选举改为元老院选举甚至皇帝选任，导致《关于贿选的优流斯法》不再适用于罗马，但自治市的官员仍由选举产生，所以，《关于贿选的优流斯法》仍有适用空间。在自治市贿选层面上，对贿选者的处罚是100金币的罚金并宣告破廉耻。[②] 破廉耻意味着不再能成为任何选举的候选人，实际上剥夺了受刑人的被选举权，非常严厉，有“尔既在此处跌倒，不再让尔来此处”的用意。

其二是搜刮钱财罪。搜刮钱财早期是行省长官盘剥行省人民的行为，是一种跟罗马的政治体制有关的犯罪。共和时期，罗马的官吏都是无薪职，当官不光赚不到钱，而且还要贴自己的钱搞公共建设，举办娱乐活动取悦民众，往往落下巨大饥荒。但作为高级官吏的担任者，在一年的任期满后可以外放当行省总督，他们自然把这种任职当作弥补自己的亏空的机会。行省有肥有瘦，元老院掌管卸任长官去什么行省任职之权，这种权力成为元老院控制在任长官行为的工具。为了取得好行省，这些长官行事自然要考虑元老院的态度。正因为这种犯罪以行省制度为前提条件，在公元前242年罗马建立自己的第一个行省西西里行省前，不存在这一罪名。而且，在第一个行省建立后，要么因为最初的行省总督操守良好，要么因为当时的行省居民没有勇气告卸任的行省总督的状，在71年的期间内不曾发生搜刮钱

① 参见肖俊：《西塞罗时期选举贿赂罪的立法与审判——以〈为穆莱纳辩护〉为中心的分析》，载徐国栋主编：《罗马法与现代民法》第7卷，厦门大学出版社2009年版，第69页。

② 参见〔古罗马〕优士丁尼编：《学说汇纂第48卷（罗马刑事法）》，薛军译，中国政法大学出版社2005年版，第223页。

财案件。直到公元前171年才发生第一个这样的案件。是年,西班牙行省的人民向罗马元老院控告好几任西班牙总督犯有搜刮钱财罪,元老院遂指定是年的西班牙总督建立法庭对此等控告进行调查。① 不久后的公元前149年,颁布了《关于搜刮钱财的卡尔布尔纽斯法》(Lex Calpurnia de pecuniis repetundis)。该法设定了审理搜刮钱财罪的常设刑事法庭。规定由一位裁判官主持审判被控诉犯有此罪的人员。且该法规定只适用于行省地方官员,该法的刑罚仅仅是返还勒索的钱财。此后,公元前123年,颁布了《关于搜刮钱财的阿其流斯法》(Lex Acilia repetundarum),规定对于搜刮钱财的行为,不仅应当责令犯罪人返还非法所得,而且应当处以两倍的罚金。公元前100年通过了《关于搜刮钱财的塞尔维流斯·格劳恰法》(Lex Servilia Glauciae de repetundis),以两倍或4倍罚金或流放处罚搜刮钱财者。公元前81年,苏拉颁布了《关于搜刮钱财的科尔内流斯法》(Lex Cornelia de repetundis),以单倍罚金处罚搜刮钱财者。公元前59年,恺撒提议制定了《关于搜刮钱财罪的优流斯法》,以破廉耻和根据讼额估价之诉确定的罚金处罚搜刮钱财者。上述法律,除了少有的反复,对搜刮钱财者的打击力度不断加强。不断就同一主题重复立法的现象也说明搜刮钱财的行为屡禁不止。放眼世界,不少统治者采取务实的立场,以高薪养廉,而罗马人采取理想主义的立场,无薪求廉,颇有缘木求鱼的味道。只有在有产阶级从政且他们精神境界很高的条件下,罗马人的路线才不会出问题,看来这一条件很难满足,因此罗马人的路线屡出问题。

显然,早期的搜刮钱财罪立法是罗马的涉外廉政立法,也是罗马人的涉外刑法,因为只有罗马和意大利是国家的本土,行省属于外邦或殖民地。但经过其他立法主体的补充,搜刮钱财罪立法逐渐褪去了其涉外色彩,演变为打击为钱财利用国家机器之行为的工具。此等行为有如:由于收受了钱财而作出判决或颁布法令②;由于收受了钱财而作证或不作证、在元老院或其他公共议会表达观点、提出或不提出指控、任命特定的法官或仲裁人,等等。③

其三是粮食犯罪。这是由公元前18年奥古斯都提议制定的《关于粮食供应的优流斯法》确立的罪名。从第一次布匿战争后,罗马放弃了意大利本土粮食自给自足的政策,因为此仗让罗马夺得了盛产小麦的西西里作为粮食供应基地,此后意大利的粮食长期依赖从西西里和非洲进口。取食于外的政策影响了粮食安全,风暴和海盗都会影响意大利的粮食供应,造成政治危机。所以,在恺撒时,就设立了专门的财务官保障意大利的粮食供应。到奥古斯都时代,设立了专门的供粮官负责

① See David Daube, The Peregrine Praetor, In The Journal of Roman Studies, Vol. 41, Parts 1 and 2, (1951), p.68.

② 参见[古罗马]优士丁尼编:《学说汇纂第48卷(罗马刑事法)》,薛军译,中国政法大学出版社2005年版,第197页。

③ 同上注,第199页。

同样的事务，赋予此等官吏对自己管辖范围内的事项刑事司法权，并颁布了《关于粮食供应的优流斯法》。该法打击采取某种行动抬高粮食价格的人、成立公司抬高粮食价格的人，以及故意截留船舶或水手拖延其行期的人，刑罚是20金币的罚金。[①] 不妨说，《关于粮食供应的优流斯法》是古罗马的经济刑法。

其四是截留罪。本题第9段已讲到截留罪是公元8年的《关于贪污、渎圣以及截留的优流斯法》确立的罪名，本段把这一罪名独立于贪污罪和渎圣罪规定，可能是上述奥古斯都的立法经过长期的适用，到了优士丁尼时代已被打散了，截留罪得到独立，它依据的法律也被弄得独立。截留罪主要是公职罪，处罚掌握公共财产的人将此等财产自用或不用的人。他们是出租国有财产的人、出售国有财产的人、负责免费分派食品给穷人的人，等等，都是一些公职人员，但为某一用途接受了公共财产却不使用的人可能是私人。对此罪的刑罚是3倍于非法所得的罚金。[②]

I.4,18,12。朕已就公诉作了这些论述，这样使你们有可能了解它们一二，差不多是个指南，你们对其余部分的更严谨的知识，可在上天的帮助下，从更广泛的《学说汇纂》或《潘得克吞》得到。

本段是结束语，介绍对公诉论述更全面的《学说汇纂》的有关部分，实际上，是《学说汇纂》的第48卷。该卷薛军已译成了中文，大家可以参看。参看两个原始文献，也可发现一些本书说法与《学说汇纂》说法不一致的地方。例如，本书说伪造罪是公诉罪，但《学说汇纂》(D.48,10,30,1)告诉我们，伪造罪并非完全的公诉罪，其中的虚假分娩罪并非人人可诉，只有父母的关系人可诉。

① 参见〔古罗马〕优士丁尼编：《学说汇纂第48卷(罗马刑事法)》，薛军译，中国政法大学出版社2005年版，第205页。

② 同上注，第211页。

后记

优士丁尼《法学阶梯》始终是我个人的学术生命中的给予者。首先它带给我一本译著;其次它带给我去意大利的机会;第三它带给我一门私房课;第四它带给我这本评注。以下分述这4个"带给"。

"带给我一本译著",说的是我于1985年从J. B. Moyle的英文本翻译出《法学阶梯》,先后期望商务印书馆、法律出版社、高等教育出版社、河南人民出版社出版,都未成。后来,在桑德罗·斯奇巴尼教授、阿尔多·贝特鲁奇教授和纪慰民博士的支持下,1996年我在罗马从拉丁文重译此书。1998年由中国政法大学出版社出初版,2005年出第二版,即将于2010年出版的这个版本应该是第三版。有一本译著,先是懂英语的证明,后是懂拉丁语的证明。而懂拉丁语让人显得博学(这是芬兰赫尔辛基大学的拉丁语教授H. Mattila劝人学拉丁语的广告词)。更重要的是,翻译是一种先占,译者应比译本的读者更理解文本,但并不必然如此。我认为自己达到了这个"应当"。证据是我从分析本书的一个甚至半个片段或数个片段出发,写出了《自然法与退化论——对I.2,1,11后部的破译》(《兰州大学学报》2003年第1期)、《"一切人共有的物"的概念的沉浮——"英特纳雄耐尔"一定会实现》(《法商研究》2006年第6期)、《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》(《法律科学》待刊)、《是君主喜欢之事还是元首决定之事具有法律效力?——对帝政分权时期罗马宪政的考察》(《历史研究》待刊)。当然,这本评注也是证据。

"带给我去意大利的机会",说的是我在1992年偶遇桑德罗·斯奇巴尼教授,他让我于1994年底到罗马二大当访问学者,一直当到1997年初,我由此先是接触继而是融入拉丁法族法律文化,在近20年的时间内受其滋润。没有我的意大利经历,我的学术生涯是别的样子,而且肯定比现在的样子糟糕。我去意大利的门票就是《法学阶梯》的译稿,我到那里的使命是把它从英语翻译改为拉丁语翻译。

"带给我一门私房课",说的是我翻译完《法学阶梯》后,就不愿用现代作者的罗马法教材上课了,我宁愿采用《法学阶梯》作为教材,这是为了避免用现代框架整理罗马法带来的"以今乱古"干扰。"乱"有两个方面,其一,内容上的误认,例如读周枏先生的《罗马法原论》的目录就会让人认为罗马法中有物权概念、法律行为概念,我真还遇到过这样的误认者;其二,体例上的误认,例如误认罗马法原始文献像现代的法典一样,是由规范构成的,实际上不是如此,它们可能是一段论述、一个案例,规范要你自己从中概括出来。所以,我这样做的目的是教给大家原汁原味的罗马法。用这种方法,我于1988年在中国政法大学作为代课老师开始为学生讲这本书。1997年回国来在中南政法学院这样讲;2000年后在厦门大学也这样讲。屈指算来,从1988年开始至今,我用《法学阶梯》讲罗马法已经有22年的历史,当然中间有隔断。在偌大的中华人民共和国,在这个国家的800多所法学院,除我之外还有人这样讲罗马法吗?所以是"私房课"。"私房"的东西有好有坏,我认为我这

门私房课是好的，它让学生直接接触罗马法本身，避免了认知过程中的现代性干扰。

“带给我这本评注”，说的是上述私房课的结果。我上课的讲稿是我对《法学阶梯》的每个片段的旁批，讲的方式先是按座位的顺序让每个学生概括每个片段的内容，不对或不全的由我改正或补充之。现在看来，这种方法有其缺陷，因为首先，让学生逐个片段评注，32 课时的时间不够用，所以，最好一年的结果是评到第三卷，其他年通常评到第二卷，学期就结束了。其次，《法学阶梯》的各个片段表面看来浅显，深究下来法理精深，让学生评恐怕超越了他们的能力。所以，从 2009 年——这一年有两家出版社表示对出版这一评注感兴趣，最终谈成的是北京大学出版社——开始，我进行改革。一是为了改变学生购买一书只学半本的不合理状况，提高我的课程的受欢迎程度；二是为了促进自己完成书稿，履行与出版社签订的合同。改革的内容为首先改学生评为我自己评，由此节省了时间；三是改逐段评为按主题评，换言之，采用蛙跳式，放弃滚地毯式，效果不错。作为成果，是年第一次讲完全书。我以此为契机，完成了对后两卷的评注。当年工作的持之以恒颇不寻常：坚持每天至少评一段，雷打不动，即使国内外出差，也坚持不懈。我清晰地记得自己在去莫斯科的路上在北京的旅馆评注此书，以及在莫斯科和伊尔库茨克评注此书的情形。总为离评完为何还如此遥遥纳闷，后来写本书的序言，为此对《法学阶梯》包括的片段数做了一个手工统计，发现共有 830 段。以每天评注一段记，也要两年多才能评完呢！我记得是 2010 年 2 月 22 日拉通整本书的评注的，当时兴奋不已，在罗马法教研室网站发帖“书以记事”。不久，我就把这部书稿打印出来给当年的罗马私法课程的学生当教材，经受实践的检阅。

与北京大学出版社签订出版合同后的工作不同寻常：我差不多要再造已有的文字。许多过去的评注只是一些素材，需要重写。许多评错了，必须改正；许多看走眼了，一段有几个要点的，只评了其中的一点或数点，未评全。好在我可以参考本书序言中列举的那些古人评注，由此使本评注不断完善。又是好几个月过去，今天我基本完成本书的大模样，得以写这个后记。屈指一算，我已消除了近 300 处疑问。一处疑问的消除，有时需要一两天的时间。

前文说到本书收录的优士丁尼《法学阶梯》的译本属于第三版，此乃因为该版较第二版作了许多改进。有如下列：

（1）法律名称全部根据齐云的研究成果作了重译；刑事法律的名称基本全部根据薛军的《学说汇纂第 48 卷（罗马刑事法）》改。（2）取消了译文中夹杂的希腊文。（3）去掉了表明译者添加的【】号，因为为了译文的流畅所作的添加应该是译文的有机部分。（4）对每个片段的定位系统标点符号进行了改革，保留了略缩号，把分隔每个定位数据的圆点居右下改成了逗号。此等定位系统与正文之间过去以空一行连接，现在改为以句号连接。（5）一些术语基于新研究进

行了改译，例如，国库改译为皇库；补充继承人改替补继承人，因为后者人们用得更普遍；I. 1，1pr. 中的“权利”改成“法律情势”；信用简约改成信托简约；“被尊为神的”改为“神君”；承审员改为法官；I. 12，8 中的公文书改为行为；众有诉权改为民众诉权；贡地改为薪地；税地改为战争税地；人格变更改为人格减等；弑亲改成杀亲；马厩改成车马店；放逐海岛改成放逐小岛；代奴改成属奴；永佃权改永租权；城邦保卫人改市民保卫人。许多修改与我脑子里的罗马图景的改变有关，总的情况是从意大利的一个共和国变成一个横跨欧亚非三洲的大帝国，这是我对“罗马”的了解加深的结果。

此外，经过改译的还有如下片段：I. 1，5，1；I. 1，10pr.；I. 1，11，4；I. 1，16，4；I. 1，20，5；I. 1，22，1；I. 1，23，6；I. 1，25，5；I. 1，25，16；I. 2，4pr.；I. 2，6，7；I. 2，6，12；I. 2，6，14；I. 2，9，3；I. 2，9，5；I. 2，10，6；I. 2，10，13；I. 2，11，5；I. 2，13，1；I. 2，13，5；I. 2，13，6；I. 2，14，1；I. 2，17，7(6)；I. 2，20，5；I. 2，20，8；I. 2，20，9；I. 2，20，15；I. 2，20，17；I. 2，20，20；I. 2，20，22；I. 2，20，32；I. 2，20，36；I. 2，21，1；I. 2，22pr.；I. 2，22，3；I. 2，23，6；I. 2，23，9；I. 2，24，2；I. 3，1，5；I. 3，3，1；I. 3，15，2；I. 3，15，3；I. 3，15，7；I. 3，18pr.；I. 3，18，1；I. 3，18，4；I. 3，19，22；I. 3，19，24；I. 3，24，3；I. 3，24，4；I. 3，27，7；I. 3，28，1；I. 3，28，3；I. 3，29，2；I. 4，1，19(21)；I. 4，2pr.；I. 4，2，2；I. 4，6，2；I. 4，6，17；I. 4，6，37；I. 4，7，4c；I. 4，11pr.；I. 4，11，4；I. 4，13，10(9)；I. 4，15，8；I. 4，17，6；I. 4，15，4a；I. 4，18，3。

完成这一后记之际，我表达两个野心：其一，本书会成为一个罗马法术语译法上的范本，大家会遵从我在有关译法上作出的改变。原因很简单，我这些改变，是在反复研究的基础上形成的。其二，本书的名称不会像《萨宾的〈市民法〉评注》在中国北方被多数人不幸地简化为《论萨宾》一样，在那里被简化成《论优士丁尼》。当然，如果有人把它简称为《优士丁尼评注》，我乐观其成。

现在到了说谢谢的时候。首先要感谢的是我评注的这本《法学阶梯》，它相伴我的学术生涯如此之长，如同妻子。1985 年，我 24 岁，我与它相遇并相知。2010 年，我 49 岁，我与它相知更深，深得抠透了它的每个字。25 年的相伴，恰恰构成银婚。对于家庭，人们说妻子弥老，相知弥深，弥知其好处的哲言；对于学术伴侣，我要说同样的话，不过可以加上“好书不厌百回读”的附言。日日相伴，时时发现，经常增益，这是我要感谢它的理由。

其次我要感谢全国的罗马法研究同行。他们的深入研究促使我改变了过去的一些译法。例如，齐云的《罗马的法律和元老院决议中译名的诸问题研究》[《第一届拉丁法律术语译名统一研讨会》(2008 年，厦门)论文，未刊稿]让我发现过去我们对罗马法律和元老院决议的冠名者名称的译法是采用其形容词形式，应采用其名词形式才能不负冠名安排的表彰提议者及其家族的目的。又如，薛军翻译的《学说汇纂第 48 卷(罗马刑事法)》(中国政法大学出版社 2005 年版)帮助我理解了罗

马刑法中主要公诉罪名的确切含义并据此修正了过去译稿对这些罪名的译法。一句话,“好的翻译基于研究”,由于大家的有关研究以及我本人的研究深入了,过去的错译能得以改正。

第三我要感谢《法学阶梯》历来的评注者和此等评注的免费提供者,前者的评注给我很多启发,后者在塞维利亚大学的网站和 google 的 books 域名区让我能免费下载到这些文物级的拉丁文、西班牙文和英文的评注。前者是我每遇疑难的求助对象。其中对我帮助最大的是西班牙作者 De la Serna 的评注。为了我能看懂西班牙语的文献,我要感谢斯奇巴尼教授让我在罗马与操西班牙语的同事充分接触。现在,中文世界终于有一本《法学阶梯》的评注了,但这还是一本 A4 纸印出来不到 600 页的中书,离外国同行写出的 800—1000 多页,分为上下两册的大书相比还有距离。但有了出发,何愁无抵达?美国最高法院的法官们在区区 6 千多字的美国宪法的富矿中挖了 200 多年,打造了一个宪政体系,我的后来者也可以继续深挖多达 16 万字的《法学阶梯》这个富矿,得到更多的收获,它毕竟是几乎所有现代民法典之母呢!相较于外国同行的评注,我也没有理由妄自菲薄:我的这本是均匀用力,有始有终的,而他们的有些评注虎头蛇尾,前面大评特评,后面评不下去了,草草收场,叫我这个中国评注者看不起。这种虎头蛇尾现象的发生或许也说明这一工作的艰难。

第四我要感谢北京大学出版社的蒋浩编辑,他对我学术研究的长期的保护性关注让我觉得“世上终有心香在,人际关系可无金”。他所在的出版社与我订立的出版合同对催生本书起到了极大的作用。

最后我要感谢刘磊同学。持有这么阳刚名字的她是我初到厦大讲授《法学阶梯》时的学生,她对我的讲授作了非常详尽的笔记,成为其他同学复印备考的对象。后来我也复印了一份,发现这份材料比我在《法学阶梯》上以旁批的方式写的讲稿更容易成为一部著作的雏形,于是我请人把它录入电脑,以此为出发点开始了本书。到了终点的人怎么能轻忘起点?

史志磊同学为我通读全部书稿并指出了不少错误,在此一并致谢。

是为记。

徐国栋

2010 年 8 月 20 日于胡里山炮台之侧,
时值日本投降 65 周年纪念日后 5 日,
美韩黄海军演第 4 日