

# 致命的球赛与罗马法之继受

## The Fatal Ballgame and the Modernity of Roman Law

[意] 约勒·法略里 著 赵毅 译

Iole Fargnoli

ZHAO Yi

**【摘要】** 在古罗马典籍《学说汇纂》的一段法言中，法学家乌尔比安记载了一场由理发产生的血案：如果众人玩球，其中一人使劲地把球掷在一个理发师的手上，而后者恰巧正给一个奴隶剃须，结果该奴隶的喉咙被用着的剃刀割开，谁该为奴隶的死亡负责？我们可以在古罗马法规《阿奎流斯法》中寻找答案。阿奎流斯法责任要成立，需要满足三个逐渐发展而来之要件：损害、因果关系与不法性。罗马法学家在发展出这些构成要件之同时，也归纳了一些抗辩事由。在致命的球赛中，原告如果因自身过错引发损害，他自身也无法得到任何赔偿。《阿奎流斯法》不仅是今天欧洲大陆侵权法之源头，甚至也影响了普通法。侵权责任是形塑了西方法律文明的罗马法传统之基本组成部件之一。在今天的世界上，人们仍然面临着侵权案件中谁是责任承担者的问题。在20世纪，中国开始了罗马法的继受，罗马法也成为中国的私法法典化之基础。从对《学说汇纂》法言的分析中，我们可以更好地理解为何中国学者会把罗马法当作一个向导，也才能知道，只有叩响罗马法之门，法律思维能力才可以在改进和创造一个国家的实证法时发挥作用。

**【关键词】** 球赛 运动伤害 自冒风险 罗马法 阿奎流斯法 促成过失

**【中图分类号】** DF08 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206 (2018) 03-0099-12

**Abstract:** The barber-case has been described by Ulpian in a passage of the Digest: if some persons were playing ball and one of them, hitting the ball quite hard, knocked it against a barber's hands, and in this way the throat of a slave, whom the barber was shaving, was cut by a razor pressed against it, who is liable for the death of the slave? We have to search for the answer in a Roman statute, the Lex Aquilia. Three circumstances of the Lex Aquilia's liability have to be cumulative given: damage, causality and unlawfully. If there is a reason of justification, the liability of the tortfeasor ceased due to the lack of unlawfulness. In the fatal ballgame, the plaintiff recovers nothing if he was in any way at fault for causing the loss. This Roman statute, the lex Aquilia, is today the basis of tort law not only in continental Europe, but even in common law. The liability for tort is one of the fundamental ingredients coming from the Roman tradition which have shaped the Western tradition of law. The question who is liable in case of tort is today quite the same today everywhere in the world. The reception of Roman law has taken place in China in the twentieth century. Roman law is the basis for the codification in private law. From the analyse of the passage form the Digest we can better understand why Chinese scholars look at the Roman law as a guide and know that it is only knocking at the door of Roman law that the legal thinking can improve and create a pragmatial law for the nation.

**Key words:** Ballgame Sports injury Self-endangering Roman law Lex Aquilia Contributory negligence

[收稿日期] 2017-11-27

[作者简介] 约勒·法略里 (Iole Fargnoli), 女, 1972年1月生, 意大利人, 法学博士, 瑞士伯尔尼大学 (University of Bern) 与意大利米兰大学 (University of Milan) 双聘全职教授, 博士生导师, 主要研究方向为罗马法。

赵毅, 男, 1979年1月生, 法学博士, 苏州大学王健法学院副教授, 主要研究方向为罗马法。

[基金项目] 国家社科基金重点项目“民法典编纂技术问题研究”(项目编号: 14AZD143)。

论文初稿曾提交美国明尼苏达大学举办的“现代中国”研讨会, 特此感谢 Chang Wang 教授的邀请。

译者注: 作者应邀于2017年4月先后赴苏州大学王健法学院和南昌大学法学院就本文相关内容进行了学术交流, 论文外文版未曾正式发表, 中译文为全球首发。另外, 意大利学者写论文一般不写摘要、关键词和各部分小标题, 这些部分皆由译者根据内容并基于中国学术惯例自行归纳。

## 一、致命的球赛

赴一场理发之约可能是一件有危险的事。在古罗马典籍《学说汇纂》(Digest)<sup>[1]</sup>的一段法言中,法学家乌尔比安(Ulpian)记载了一场由理发产生的血案:

D. 9, 2, 11pr. 乌尔比安:《告示评注》第18卷。梅拉同样进一步阐述道:如果众人玩球,其中一人使劲地把球掷在一个理发师的手上,而后者恰巧正给一个奴隶剃须,结果该奴隶的喉咙被用着的剃刀割开,在此情况下,有过错的人要依《阿奎流斯法》负责。普罗库鲁斯认为,过错在理发师方面。实际上正是这样,当理发师剃须的地方是通常作为比赛或交通频繁的地点时,即可视其为过错。但是,某人信赖理发师,而後者的椅子置放于一危险地点,那他只有自我抱怨,这也不能说没道理。[D. 9. 2. 11pr. (Ulp. 18 ad ed.) Item mela scribit, si, cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam deiecerit et sic servi, quem tonsor habebat, gula sit praecisa adiecto cultello; in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri. Proculus in tonsore esse culpam; et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur: quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.]<sup>[2]</sup>

案件发生于理发师为奴隶剃须之时。在古罗马社会,男人们习惯每天剃须,不因身份为自由民或奴隶有异。对自由民——特别是经济条件优渥者而言,访问美发沙龙是常事,<sup>[3]</sup>一些人还有私人美发师,可以在家接受上门服务。当然,奴隶是不可能如此奢侈的。他们只能在露天简陋的理发摊获得剃须服务,这些理发摊有时摆在路边,有时就像本案提到的那样,摆在运动场所附近。在这些地点,理发师也可以更容易地得到顾客。<sup>[4]</sup>

案件发生时,有人在理发摊边玩球[可见于原始文献“如果众人玩球”(cum pila quidam luderent)之表述]。与案件事实相对应,我们可以推测,罗马人从事的是手球运动。<sup>[5]</sup>考察

[1] 《学说汇纂》是《市民法大全》(Corpus Iuris Civilis)的组成部分之一。通过《学说汇纂》,记载了罗马古典私法的原始文献得以流传至今,成为后世欧洲文明之一大源头。

[2] 法言的英文翻译可见于 B. Frier, A casebook on the Roman law of delict, Atlanta 1989, 93.

[3] A. WACKE, Unfälle bei Sport und Spiel nach römischem und geltendem Recht, Stadion 3, 1978/9, 13.

[4] 通常,罗马的理发师也习惯在店外工作,参见 S. MARQUARDT, Das Privatleben der Römer, II, 1886, 604.

[5] C. J. H. JANSSEN, Mitverschuden: einige Betrachtungen über D. 9, 2, 11 pr., in Viva vox Iuris Romani. Essays in honour of J. E. Spruit, Hrsg. L. De Lig-J. de Ruiter-E Slob-J. M. Tevel-M van de Vrugt-L. C. Winkel, Amsterdam 2002, 104. Bei Trigon bildeten drei Spieler durch ihre Aufstellung ein gleichseitiges Dreieck und spielten mit mehreren Bällen. Weitere Personen hoben die Bälle jeweils wieder auf und zählten die Punkte, da sich die drei Spieler während des Spiels nicht von der Stellebewegen sollten. Die Spieler warfen sich die Bälle gegen seitig zu, wo durch man oft mehrere Bälle auf einmal fangen sollte. Die genauen Spielregeln in dabernicht bekannt, dazu s. G. Racke, Trigon, in PW 7a, 1939, Neudruck 1974, 138. Anders für die Möglichkeit, dass der Ball mit einem Stock geschlagen wurde, s. R. Knütel, Zu den Gleichnissen des Art. 146 der Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V., in Festschrift für G. Kleinheyer zum 70. Geburtstag, Hrg. F. Dorn-J. Schröder, Heidelberg ???, 355.

历史文献，我们还可想象，这种球形状虽小，但却有一定重量。<sup>〔6〕</sup>

正在接受剃须服务的奴隶是不幸的。一个玩球者掷球击中了理发师的手，动作又猛又暴力，剃须刀直接被按在了奴隶的喉咙上。理发师切开了奴隶的喉咙，杀死了他 [可见于原始文献“喉咙被用着的剃刀割开” (*gula sit praecisa adiecto cultello*) 之表述]。我们的疑问是：对于这一经由理发师之手的杀人行为，该起诉谁？

谁该为这位奴隶之死负责？我们必须在一个罗马法规——《阿奎流斯法》 (*Lex Aquilia*) 中寻找答案。《阿奎流斯法》制定于罗马共和时期，是罗马法制史上的一个转折点。《阿奎流斯法》第一次开拓出了这样一种可能性：损害不以固定金钱数额为限。

从《学说汇纂》的许多法言出发，我们都可以重建阿奎流斯法责任 (*Lex Aquilia's liability*) 的原始面貌。阿奎流斯法责任要成立，需要满足三个逐渐发展而来之要件。第一个要件是损害 (*damage*)，出现于《阿奎流斯法》第1条：杀害了一个奴隶或者一头四足家畜。《阿奎流斯法》第3条则规定了另一种形式的损害：如果行为造成了“毁损” (*rumpere*)、“焚烧” (*urere*) 或“折断” (*frangere*) 的后果，阿奎流斯法责任即告成立。“毁损”意味着损坏了某物，或者表现为伤害，或者表现为毁坏。罗马法学家将之归结于造成物之损害或毁坏的各种情况 (比如推倒或击打了一个怀孕的女奴隶、倒空了葡萄酒窖里的酒、将酒窃取以及伪造文件等)。“焚烧”则是烧毁掉某样东西，例如，有人将一个正在燃烧的火把扔向尾随他的奴隶，致其严重烧伤。“折断”则是破坏某物，比如打断了一个人的腿，或是将他人居所的房门破坏 (当然这样也同时破坏了别人的房屋)，弄碎一个手艺人正在精心制作的圣餐杯。随着时间的流逝，罗马法学家已经不再满足于这三个专业术语的文义。这一规则的适用领域在不断扩大：这三种具体的情况被统一起来，成为一种抽象的案例模型。我们只需考虑物上存在的各种损害，但并不需要关心具体的损耗分配。

第二个要件是因果关系 (*causality*)。损害不但要由加害人 (*damager*) 在物理上直接引发 (*corpori corpore datum*)，还需要存在通过直接活动引发损害之加害行为 (*action*)。需要存在着一种积极的行为，损害结果正是由其引发而来。加害行为被认为是一种原因，它通过“若无，则不”原则 (*condicio sine qua non*) 处理与损害结果的关系。这意味着，要是原因不存在，损害就不能归于加害人。只有一点疏忽大意或对损害结果之间接影响是不够的。

阿奎流斯法责任的第三个构成要件是不法性 (*unlawfully*)：人的行为违反了法律规则，就如同一条《阿奎流斯法》上的规则被不法实施了。在作为一个整体使用的不法概念之外，法学家们又提炼出了主观不法 (*subjective unlawfully*) 观念。加害人必须对自己的行为具有可归责性。<sup>〔7〕</sup> 如果加害人行为之可归责性成立，就被认为具有过错 (*fault*)。主观不法是一个逐渐发展成形的概念。如果行为人能够意识到自己的行为性质并接受该行为造成的结果，他就是有意行为。但是，对阿奎流斯法责任而言，过失 (*culpa*) 即足以引发。与其他那些只能通过故意引发的私犯 (*delicts*) 不同，在阿奎流斯法上，过失是一种独立考量情形。如果加害人的行为具有可非难性时，我们就会认为

〔6〕 Dass sie aus Stofflappen bestanden und mit Haaren oder Federn gestopft waren, behauptet MARQUARDT, *Das Privatleben der Römer*, 841 ff.

〔7〕 JANSEN, *Mitverschulden*, 105.

他具有过失或者过错。过失是一种对应有注意义务之忽视。即使是一种非常细小的不慎 (inadvertentness), 也可能被认定为过失。如果已经尽到了应尽的注意义务, 就无过失存在。比如, 收割后的田野是因风吹引发火灾, 烧毁了邻家的田地, 就无过失考量的余地。

罗马法学家在发展出这些构成要件之同时, 也归纳了一些抗辩事由 (justifications), 这就是可以将不法性排除之法律上的缘由。

如果存在抗辩事由, 加害人责任就因缺乏不法性要件而不成立。在受害人同意 (consent of the victim) 情形正是如此。比如, 受害人自愿将其财物置于损害风险之中。另一种抗辩事由为正当防卫 (emergency assistance), 它意味着对某人生命、健康、财产存在不法侵害时可予防卫, 由此亦将排除责任成立。这适用于有人在自身住宅遭受他人奴隶劫掠时将其杀死的情形, 因为该行为反映的是一种自然常识。紧急避险 (emergency) 也是一种将不法性排除的抗辩理由, 它意味着为达到逃离某种严重危险状况的目的, 必须以损坏他人受法律保护的财产为代价。比如, 有人为了从火灾中逃生, 不得不以破坏邻居的房产为代价。

上述抗辩事由主要排除的是客观不法情形。另外, 也有合法之抗辩事由可以排除主观不法, 由此亦同样可予否决阿奎流斯法责任之适用。相应的情形如奴隶主下令为之或是受害人自身有过错。比如, 加害人如果是因听从其主人 (dominus) 命令而为加害行为, 他自身的责任就可得到排除。同样, 如果受害人有过错, 加害人亦不负阿奎流斯法上的责任。

我们再回到致命的剃须血案。案件提出的问题是: 理发师将是因为杀人, 还是因为侵犯了奴隶主之私有财产而被起诉? 多少世纪以来, 人们对这一案件的讨论一直存在巨大争议。法言就这一问题尝试提出了三种可能的解决方案。

第一种解决法案由法学家法比乌斯·梅拉 (Fabius Mela) 提出: 有过错的人要依《阿奎流斯法》负责 (in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri)。短短这一句话可以引发无数可能之解释, 因为这句话并未阐明法比乌斯·梅拉对案件的真实倾向。<sup>〔8〕</sup> 他心里也许认为理发师与玩球者双方皆有责任, 但他不会表露出来, 因为罗马的程式诉讼 (litigation formulary) 无两方共担损害之说。<sup>〔9〕</sup> 所以这只是对法言的可能解释之一。

第二种解决路径由法学家普罗库鲁斯提出, 他承认理发师具有过错, 因此应完全承担《阿奎流斯法》上的责任。责任由玩球者引发, 因为他“使劲地” (vehementius) 抛掷球, 甚至越出了他所被允许的边界。<sup>〔10〕</sup> 需要强调的是, 球本身不会杀人, 人之所以死亡, 是因为球撞击到了剃须刀所致: 所以理发师才是奴隶死亡的唯一原因。<sup>〔11〕</sup> 这种“偶然一击” (miss throw) 当属运动竞赛之固有风险范畴, 因此, 掷球者不应就此承担责任。<sup>〔12〕</sup> 可以设想, 理发师如在举行比赛或交通繁忙之地工作 [正如原始文献所言:

〔8〕 “可惜, (这个法言) 并没有告诉我们, 法比乌斯·梅拉对他所说的案件是如何裁决的。” so Knütel, Zu den Gleichnissen, 355.

〔9〕 I. Farnoli, Die geschnittene Kehle, in Festschrift Winkel, 2014, in drafts.

〔10〕 CH. WOLLSCHLÄGER, Eigenes Verschulden des Verletzten, in ZSS 93, 1976, 132.

〔11〕 WOLLSCHLÄGER, Eigenes Verschulden des Verletzten, 132.

〔12〕 WOLLSCHLÄGER, Eigenes Verschulden des Verletzten, 132.

“实际上正是这样，当理发师剃须的地方是通常作为比赛或交通频繁的地点时”（*et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat*）<sup>〔13〕</sup>，他就应是担负损害风险之人。<sup>〔13〕</sup>这是《阿奎流斯法》坚持的直接责任（*direct liability*）情形，因为损害来自加害人之积极行为，死亡是剃须行为之直接后果（*direct influence*）。<sup>〔14〕</sup>此处，损害、因果关系与不法性呈现出要件叠加（*cumulatively given*）状态。损害之发生毫无疑问，因为奴隶被杀死了。因果关系也是客观存在的，理发师的剃须行为直接并物理上引发了他的顾客死亡。不法性要件在案件中也是清晰可见的：理发师的杀人行为违反了《阿奎流斯法》第1条。我们还需注意，理发师并无杀害其顾客之故意，但他仍然存在过错，因为他选择了一个靠近球场的地点从事剃须活动，这种选择对于其顾客而言是相当危险的。

最后，我们还需分析第三种解决方案，这种方案似乎为乌尔比安所支持，所以他放在最后说明。根据第三种方案，理发师的责任被完全否定掉了。此处的理由在于，奴隶本身具备可归责性，因为他自愿去一个危险场所接受剃须服务。事实上，任何人要是去一个危险场所剃须，都会有过错。原始文献的表述是这样的：“那他只有自我抱怨”（*de se queri debet*）。<sup>〔15〕</sup>奴隶自身可归责性排除了理发师的责任。我们可以发现，即使所有要件皆齐备，也并不意味着一定会承担责任。在此处，自冒风险（*self-endangering*）扮演了一种法律上的可以排除主观不法由此也就排除责任承担的抗辩理由。奴隶主也无法主张赔偿，因为此处体现的是“要么全赔，要么不赔”（*all-or-nothing*）原则。<sup>〔16〕</sup>正是因为他的奴隶的自冒风险行为，奴隶主无法基于《阿奎流斯法》获得任何损害赔偿。<sup>〔17〕</sup>乌尔比安的观点与后世“促成过失”（*contributory negligence*）<sup>〔18〕</sup>观念较为接近：原告如果因自身过错引发损害，他自身也无法得到任何赔偿。所以，乌尔比安的观点是：第一，无人因《阿奎流斯法》承担责任；第二，奴隶自身可归责性排除了理发师责任。这种观点在梅拉天才般思想基础上更进一步，更具实践性。须知，梅拉的观点并不能在罗马的程式诉讼上获得证明。<sup>〔19〕</sup>

〔13〕 WOLLSCHLÄGER, *Eigenes Verschulden des Verletzten*, 132.

〔14〕 此处，并不清楚诉讼程序为法律审（*statutory*）还是事实审（*in factum*），参见 Kunkel, *Exegetische Studien*, 178。如果是事实审，则须遵循阿奎流斯法之诉（*actio legis Aquiliae*）的程式，参见 E. VALINO, *Acciones pretorias complementarias de la accion civil de la ley Aquilia*, 1973；B. ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia*, in *Annali Palermo* 21, 1950, 5 ff.；G. WESENER, *Actiones ad exemplum*, in *ZSS* 75, 1958, 227 und *Idem*, *Utiles actiones in factum*, in *Studi Betti*, 4, 1962, 493 ff.；W. SELB, *Actiones in factum und Formeltechnik*, in *Festschrift Demelius*, 1973, 223 ff.。

〔15〕 重要的文本评注，可参见 G. ROTONDI, *Dalla lex Aquilia all'art. 1151 Cod. Civ. Ricerche storico-dogmatiche*, in cur. E. ALBERTARIO, G. ROTONDI, *Studii sul diritto romano delle obbligazioni*, 487 s.；G. BESELER, *Romanistische Studien*, in *ZSS* 50, 1930, 31；U. LÜBTOW, *Untersuchungen zur Lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin 1971, 107 n. 104。

〔16〕 WOLLSCHLÄGER, *Eigenes Verschulden des Verletzten*, 133, H. HAUSMANINGER, *Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia*, 2. Aufl., Wien 1980, 28.

〔17〕 KNÜTEL, *Zu den Gleichnissen*, 356.

〔18〕 译者注：也可翻译为共同过失、与有过失、比较过错。

〔19〕 Frier, 94.

## 二、大陆法系的罗马法继受

《阿奎流斯法》这一古罗马法规不仅是今天欧洲大陆侵权法之源头,<sup>[20]</sup>甚至也影响了普通法。侵权——或曰私犯 (delict), 属于一种民事不法行为 (a civil wrong), 发生的是不当引发他人损害之后果。侵权责任 (the liability for tort) 是形塑了西方法律文明的罗马法传统之基本组成部件之一。在今天的世界上, 人们仍然面临着侵权案件中谁是责任承担者的问题。

而且, 乌尔比安在理发案上的解决路径就是现代法上促成过失制度适用的一种表现。这一制度要求法官在进行事实认同时, 应当比较地权衡原告过错与被告过错在损害发生上所起之作用。<sup>[21]</sup> 现代的法学家也承认, 这种经过矫正的损害赔偿方式 (adjusted award of damages) 可能是不公平的, 因为原告只要在引发损害上存在任何一点过错嫌疑, 他就将一无所获。<sup>[22]</sup> 所以, 无论在奥地利<sup>[23]</sup>、瑞士<sup>[24]</sup>、德国<sup>[25]</sup>还是意大利<sup>[26]</sup>, 促成过失的概念都得到了进一步发展。有时是根据制定法, 有时是根据法理或者判例, 比例分担 (quota-division) 原则的适用变得可能。这是一种现代的法教义类型, 由 18 世纪自然法学家克里斯蒂安·沃尔夫 (Christin Wolff) 的所谓过错赔偿 (culpa-compensation) 理论发展而来 (该理论指: 一人具有过错并不妨碍另一人过错责任之承担)。<sup>[27]</sup> 由于责任呈现分担状态, 损害也需进行划分, 有时是双方平分, 有时则进行相应划分。显然, 这一原则是从罗马法发展而来。在普通法系, 促成过失原则之适用也很普遍。而且, 有的学者还认为, 过失促成者 (the contributory one) 一定条件下可置于更为有利之地位, 巴特费尔特诉福雷斯特案 (Butterfield v. Forrester) 就曾经进

[20] 如《法国民法典》(Code civil) 第 1382 条、《奥地利普通民法典》(ABGB) 第 1295 条、《瑞士债务法》(OR) 第 41 条、《意大利民法典》(Codice Civile) 第 2043 条。

[21] Frier, 94.

[22] 同上。

[23] 《奥地利普通民法典》(ABGB) 第 1304 条规定: “如果受害人一方对于损害的产生也具有过错, 则受害人应当与加害人按比例分担损害; 如果该比例无法确定, 应当以同等的份额分担损害。” (译者注: 法条译文取自《奥地利普通民法典》(2012 年 7 月 25 日修改), 周友军、杨垠红译, 清华大学出版社 2013 年版, 第 214 页。)

[24] 《瑞士债务法》(OR) 第 44 条第 1 款规定: “损害行为是实施为被害人所同意者, 或者损害的发生或加重系因可归责于被害人的事由所致者, 或者有其他因素加重赔偿义务人之责任者, 法院得减轻或免除赔偿义务。” (译者注: 法条译文取自《瑞士债务法》, 戴永盛译, 中国政法大学出版社 2016 年版, 第 19 页。)

[25] 《德国民法典》(BGB) 第 254 条第 1 款规定: “损害之发生被害人与有过失者, 赔偿义务及赔偿之范围, 应按具体情事而定, 即如斟酌损害在何种程度系主要由一方或他方所引起者。” (译者注: 法条译文取自《德国民法 (上) 总则编、债编、物权编》, 台湾大学法律学院、财团法人台大法学基金会编译, 元照出版有限公司 2016 年版, 第 269 页。)

[26] 《意大利民法典》(Codice Civile) 第 1227 条规定: “如果债权人的过失行为导致损害发生, 将根据过失的程度及其引起后果的严重程度减少赔偿额。对于债权人只要尽勤勉注意即可避免的损失不予赔偿。” (译者注: 法条译文取自《意大利民法典》, 费安玲、丁玫译, 中国政法大学出版社 1997 年版, 第 337 页。)

[27] HKK § 254, Rn. 24ff. S. auch K. LUIG, Überwiegendes Mitverschulden, in: Ius Commune 2 (1969), S. 232, insb. S. 235.

行过这样的判决 [103 Eng. Rep. 926 (K. B. 1809)]。

罗马法只是2000多年前的一种古代法，但现代民法传统由它奠基，欧洲大陆的法律体系也由它肇始。<sup>[28]</sup> 罗马法经由职业法学家群体发展而来，具有高度技术化的特征，这是人类历史上至那一时代止还从未有过的事。<sup>[29]</sup> 罗马人快速地将法律从道德与习俗的纠缠中解开，而在人类早期的生活中，这三者总是呈紧密交织状态，令人无法区分。<sup>[30]</sup> 罗马人创造了这样一种观念：法律垒筑了人类生活最基础的结构，具有至高无上的地位。<sup>[31]</sup> 罗马人感兴趣于人们日复一日之生活规则，比如，我怎样才能成为所有人，我怎样才可起草一份遗嘱，我该如何履行一份已承诺且附条件的金钱之债？

总之，无论我们的法律思维模式，还是民法传统中最基本的那些要素，都是罗马法学家们努力塑造的结果。到了中世纪，此时罗马帝国早已消失在历史的尘埃中，注释法学家们 [Glossators，这一称谓取自“注释”(gloss)一词，指的是写在罗马法文本页面空白处的解释] 为了让罗马法满足于崭新的社会环境，开始对它们进行体系化和统一化之整理工作。中世纪的人们因文化的、语言的、宗教的和政治的因素与罗马人差异巨大，注释法学家的整理就是为了满足当时人们的需要。这样的法律实践从12世纪到16世纪总共四个世纪的时间内一直持续着，这就是所谓的“罗马法的继受”(the reception of Roman law)。罗马法“共同法”(ius commune)——说“共同”(common)这个词，是因为想将之区别于其他特殊的或地方的法律体系，也即想区别于城邦或王国自身的法——开始在意大利境内广为传播，逐渐再扩散到欧洲各地。罗马共同法有实用性，人们接受其具有法律上的约束力，这使罗马共同法的传播变得顺利。<sup>[32]</sup>

### 三、普通法系的罗马法继受

生活在普通法系传统下的人们可能会认为，民法传统——特别是罗马法传统，过分注重了智力上的追求，在一个“法律发生经验主义革命”(the empirical revolution of law)<sup>[33]</sup> 的时代显得有些那么不合时宜。普通法系与民法法系差异颇巨，相较于民法法系，普通法系受到罗马法的影响并不那么大。<sup>[34]</sup>

[28] 现代司法体制也受到了罗马法深刻影响，因此，在此维度理解它们之间的特殊性与差异性亦是有益的。有关法律史之于比较法和比较法之于法律史相互上的支撑与重要性，可参见 J. Gordley, Comparative Law and Legal History, in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW 745 sq. (M. Reimann & R. Zimmermann eds., 2006)。

[29] P. Stein, ROMAN LAW IN THE EUROPEAN HISTORY 1 (7th ed. 2003)。

[30] F. Schulz, Principles of Roman law, Oxford 1936, 20 s.

[31] I. Fagnoli & St. Rebenich, Einleitung, in DAS VERMÄCHTNIS DER RÖMER. RÖMISCHES RECHT UND EUROPA 8 (I. Fagnoli & St. Rebenich eds., 2012)。

[32] Padoa-Schioppa, Towards a Globalization, 354 and also Idem, STORIA DEL DIRITTO IN EUROPA (2007)。也可参见 G. Hamza, DIE ENTWICKLUNG DES PRIVATRECHTS AUF RÖMISCHRECHTLICHER GRUNDLAGE UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DER RECHTSENTWICKLUNG IN DEUTSCHLAND, ÖSTERREICH, DER SCHWEIZ UND UNGARN, 129 sqq. (2002)。

[33] D. E. Ho & L. Kramer, Introduction: the Empirical Revolution of Law, 65 STAN. L. REV. 1195 sqq. (2013)。

[34] P. Stein, Roman law, Common law, and Civil law, 66 TULANE LAW REVIEW 1591 sqq. (1991—1992)。

但学者们也承认,在罗马法与普通法之间存在着一种内在关联。在大西洋两岸,人们怀着巨大热情讨论这个问题。<sup>[35]</sup>这里,我想简要列举一下这两种法律体系之间的相似之处:

首先,无论罗马法学家还是普通法系的律师,他们都倾向于直面事实问题,而不对为一些抽象原则设置法律结构上的框架感兴趣。<sup>[36]</sup>这是因为,两种法律体系的主要部分皆来自“案件讨论记录”(recorded discussions of cases)。<sup>[37]</sup>我们说罗马法并非判例法,不是因为古罗马的法官在案件裁判时,如果有同样的争点再次出现,之前的先例不会发生作用,<sup>[38]</sup>而是因为法官的案件裁判方法是一种决疑法(casuistic method)。罗马法意义上的案例与普通法意义上的案例语境不同,它并非“一个曾经为法院审理过的真实的(actual)”先例,而是一种“在法学家书斋里讨论的、可能极富想象力的”案例。<sup>[39]</sup>但是,无论罗马法还是普通法,在法律规制并非由立法者所制定,而是“通过法律专家就特定事实之讨论”发现这一点上,又存在着高度的一致。<sup>[40]</sup>

罗马法与普通法的第二个共同特点是它们都秉承了一种程序性思维方式。<sup>[41]</sup>无论罗马法学家还是普通法系的律师,他们的思考方式都是从救济(remedy)出发,而不问那些从“隐藏在程序缝隙”中出现的实体法权利与规则。<sup>[42]</sup>除非能够指出自身所主张之具

---

[35] F. Pringsheim, *The inner Relationship between English and Roman Law*, 5 THE CAMBRIDGE LAW JOURNAL 347 sqq. (1935), now in *GESAMMELTE ABHANDLUNGEN* 1 76 sqq. (1961); H. Peter, *RÖMISCHES RECHT UND ENGLISCHES RECHT* (1969); Buckland & McNair, *ROMAN LAW AND COMMON LAW* passim; P. Stein, *ROMAN LAW AND ENGLISH JURISPRUDENCE YESTERDAY AND TODAY. AN INAUGURAL LECTURE* 3 sqq. (1969); Idem, *Logic and Experience in Roman and Common Law*, 59 BOSTON UNIVERSITY LAW REVUE 437 sqq. (1979) = in *THE CHARACTER AND INFLUENCE OF ROMAN LAW. HISTORICAL ESSAYS* 37 sqq. (1988); Idem, *The Influence of Roman Law on the Law of Scotland*, 75 JURIDICAL REVUE 205 sqq. (1963) = *THE CHARACTER AND INFLUENCE OF ROMAN LAW. HISTORICAL ESSAYS* 319 sqq. (1988); A. Watson, *Roman law and English law: Two Patterns of Legal Development*, 36 LOYOLA LAW REVUE 247 sqq. (1990); O. Stranojevic, *Roman Law and Common Law-A different Point of View*, 36 LOYOLA LAW REVUE 269 sqq. (1990); R. Zimmermann, *Der europäische Charakter des englischen Rechts-Historische Verbindungen zwischen civil law und common law*, 1 ZEITSCHRIFT FÜR EUROPÄISCHES PRIVATRECHT 1 sqq. (1993); Idem, *Savigny's Legacy: Legal History, Comparative Law, and the Emergence of a European Legal Science*, 112 LAW QUARTERLY REVIEW, 579 (1994); Idem, *Roman Law and the Harmonization of Private Law in Europe*, in *TOWARDS A EUROPEAN CIVIL CODE* 42 sqq. (A. S. Hartkamp et al. eds., 4th ed. 2011); 从文明与法律体系视角出发进行的开拓性质的历史——比较学的研究,可参见 H. S. Maine, *Ancient Law. ITS CONNECTION WITH THE EARLY HISTORY OF SOCIETY, AND ITS RELATION TO MODERN IDEAS* (1864)。

[36] Samuel, *LAW OF OBLIGATIONS* 526.

[37] Stein, *Roman law, Common law*, 1592.

[38] Buckland & McNair, *ROMAN LAW* 6.

[39] Buckland & McNair, *ROMAN LAW* 9.

[40] Stein, *Roman law, common law*, 1591 sq.

[41] 颇为有趣的是对永久告示(edictum perpetuum)与令状(writs)之比较,参见 H. Peter, *ACTION UND WRIT. EINE RECHTSVERGLEICHENDE DARSTELLUNG RÖMISCHER UND ENGLISCHER RECHTSBEHELFE* (1957)。

[42] H. S. Maine, *Dissertations on Early Law and Custom; chiefly selected from Lectures delivered in Oxford* 389 (1883)。



体请求，否则任何人都不能在法官面前提起一个诉讼。<sup>[43]</sup>在普通法系国家的法律教育体系中，学生都必须学习救济方法，就如罗马人需要学习各种各样的诉（actiones）那样。在盖尤斯（Gaius）《法学阶梯》（Institutions）中，我们就可以看到这些诉的表现形式，他们形塑了整个罗马法律规则的框架——人法（personae）、物法（res）与诉讼法（actiones）。在这个意义上，罗马法呈现出了不同于后世民法法系的特点，就后者而言，诉被安排在了独立的程序法典中规定。

罗马法与普通法的第三个共同特征是：它们在程序上都划分为两个独立的阶段。第一个阶段致力于发现当事双方存在分歧之法律问题，第二个阶段则是就此问题审查当事方提出的各自有利之证据并作出裁判。<sup>[44]</sup>在罗马法中，第二个阶段由法官主持，在普通法系，这则是陪审团的工作。事实问题交由法官或陪审团决定，但无论是罗马法还是普通法，最后的裁判权都掌握在一个外行（layman）手里。<sup>[45]</sup>

“这可能是一个悖论，但是如果我们断定，在罗马法学家与普通法学者之间的共同点多于他们与其现代继承人之间的相似之处，这似乎也是一个事实。”<sup>[46]</sup>要向把肇生出这种共同点的历史流变及其中的复杂缘由具体地厘清并不容易。有人说，也许两个民族之间深系着一条共同的精神纽带，这是历史遗留下来的一种内在联系（民族精神，Volksggeist）。<sup>[47]</sup>当中世纪的注释法学派和评论法学派（commentators）在试图以自己的方式继受法律史上这些最辉煌的成果时，盎格鲁人也正在无意识地复制着同样的历史。<sup>[48]</sup>在1832年，哈佛大学校长约西亚·昆西（Josiah Quincy）就这样提炼过普通法的世界主义特质（cosmopolitan character）：“人们都接受了这样的观点，我们所引以为豪的普通法系伟大智慧中很大一部分皆潜移默化于对罗马法之继受，法院在其中扮演了中介角色。由此，英美法摆脱了其最初之野蛮和粗鄙状态。”<sup>[49]</sup>所以，我们非常有必要意识到，罗马法不仅是民法传统之背景，也是普通法系之背景。

#### 四、中国的罗马法继受

在中国，中世纪肯定不存在罗马法之继受。对罗马人来说，中国太遥远了；<sup>[50]</sup>对以后的西方法律文化来说，中国也是一个陌生的地方。直到历史的车轮进入20世纪，中国才开始了罗马法的继受。<sup>[51]</sup>中国最早的成文法典颁布于秦朝（公元前221年至公

[43] Stein, Roman law, Common law, 1592.

[44] P. Stein, LEGAL INSTITUTIONS. THE DEVELOPMENT OF DISPUTE SETTLEMENT 27 sqq., 32 sqq. (1984).

[45] Stein, Roman law, Common law, 1593.

[46] Buckland & McNair, ROMAN LAW AND COMMON LAW xvi.

[47] 就此，可以特别参见 Pringsheim, The inner Relationship, 第76~90页的梳理。

[48] F. Pollock & F. W. Maitland, THE HISTORY OF ENGLISH LAW BEFORE THE TIME OF EDWARD I, VOL. II 585 (1898) [repr. Indianapolis 2010]; see also Zweigert&Kötz, AN INTRODUCTION 186.

[49] P. Miller ed., THE LEGAL MIND OF AMERICA: FROM INDEPENDENCE TO THE CIVIL WAR 206 sq. (1961); see about that Stein, Roman law and English jurisprudence, 4.

[50] 但是对于来自中国的丝绸，罗马人并不陌生。我们可参见塔西佗的《编年史》（Tac. Ann., 2.33）有关禁止穿戴丝绸的记载，也可参见 Sen., Benef., 7.9.5。这些原始文献收录于 S. Schipani, Diritto romano in Cina, in XII secolo. Norme e idee, Enciclopedia Treccani, 2009, 1。

[51] 均可见于 Schipani, Diritto romano, 1 ss. 就此之相关论述。

元前 206 年), 汉朝 (公元前 206 年至 220 年) 承继之, 但是对于民法来说, 在 1929 年“中华民国民法”(Civil code of the Republic of China) 制定之前, 主要以习惯的形式存在。<sup>[52]</sup> 在中国法制史上, 之所以长久以来缺乏编纂民法典的观念, 最重要的原因在于儒家伦理观念 (ideology of Confucianism) 及受到其强烈影响的中国政治传统: 人们不区分法律与道德, 法官惯于使用儒家伦理来裁判案件。我们还可以找到其他原因, 比如社会的金字塔形结构、农重于商的经济政策,<sup>[53]</sup> 甚至包括了缺乏律师这种职业。<sup>[54]</sup> 在 1907 至 1911 年间, 清朝 (1616—1911) 末年的统治者组织了一个委员会, 想要以《德国民法典》为模型制定一个法典。1911 年, 中国历史上第一个民法典草案完成 [即《大清民律草案》(Draft of Civil Code of the Great Dynasty Qing)]。由于清政府的垮台, 这一民法典并未颁布。1925 年, 中华民国政府在旧有草案的基础上, 完成了一个新的草案。虽然这一草案亦未颁布, 但可为法官在裁判中引用。第一个正式的民法在 1929 年至 1935 年间分编颁布, 这就是以《德国民法典》《日本民法典》和《瑞士债务法》为模型的“中华民国民法”。1949 年在中国大陆废除。但在中国台湾地区, 它一直到今天仍然在有效地发挥作用。

以上就是中国的第一次罗马法继受。在 1978 年, 中国在邓小平的领导下开启了改革开放大业, 也将自身置于西方法影响之下, 从而摆脱了长久以来苏联法的单一影响。许多学生远赴美国、德国、日本、法国和英国学习法律, 自然也包括了意大利。由于一些意大利学者的努力, 在中国出现了一种可以被称为罗马法第二次继受的思潮。<sup>[55]</sup> 中国学者在 20 世纪 90 年代开始了《学说汇纂》翻译工作, 而《学说汇纂》就是罗马法最珍贵的遗产。对盖尤斯《法学阶梯》和优士丁尼 (Justinian)《法学阶梯》的翻译工作也随即展开。到今天为止, 中国学者已经完成了《学说汇纂》60% 的翻译工作, 罗马法也成为中国的私法法典化之基础。<sup>[56]</sup> 现在有三个学者主导的民法典草案, 一者为梁慧星教授主持,<sup>[57]</sup> 另一者由王利明教授主持,<sup>[58]</sup> “绿色”草案则为徐国栋教授领导的课题

[52] L. Zhang, The codification of civil law in China: history, current situation and prospective, in *Studium iuris* 2004, 896; A. Fei, Gli sviluppi storici del diritto cinese dal 1911 fino ad oggi. Lineamenti di una analisi relativa al dirittoprivato, in *Roma e America. Dirittoromanocomune*, 25, 2008, ?? e X. Guodong, La secondarecezione del sistema giuridico romanistico in Cina e l'evoluzione dell'insegnamento del diritto romano, in *Roma e America. Diritto romano comune* 2013, in drafts. 有关中国民法史之概览, 可参见 Kong Qing Min/ Hu Liu Yan/ Sung Ji Ping, *History of the civil law in China*, Chang Chun 1996; Zhang Ju Fang, *General history of civil law in China*, Fu Zhuo 2003。

[53] 也即“重农抑商”。

[54] Zhang, The codification, 897 s.

[55] Xu, L'insegnamento, 7 谈到了皮兰杰罗·卡塔拉诺 (Pierangelo Catalano) 和桑德罗·斯基巴尼 (Sandro Schipani) 在其中扮演的关键角色。也可参见 L. Formichella/G. Terracina/E. Titi, *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico*, Torino 2005。

[56] 参见 Schipani, *Index* 1988; 对于 1978 年至 2004 年期间中国的罗马法出版物索引, 可参见 for publications in Roman law in China between 1978 and 2004 see Terracina, *Index* 2004。

[57] 参见 LIANG HUIXING (a cura di), *Pre-Progetto di Codice Civile per la Repubblica Popolare della Cina*, Pechino, 2003。

[58] 参见 WANG LIMING (a cura di), *Pre-Progetto di Codice Civile per la Repubblica Popolare della Cina spiegato articolo per articolo*, Pechino, 2005。

组完成。<sup>[59]</sup> 对于最后一个草案而言,罗马法的影响是巨大的。中国的学生经常在他们的博士论文写作中比较这三个民法典草案。<sup>[60]</sup> 在2017年3月,中国颁布了《民法总则》,然而直至今日,中国的民法典仍未最终完成。

## 五、罗马法对当今世界的价值

从对《学说汇纂》法言的分析中,我们可以更好地理解为何中国学者会把罗马法当作一个向导,也才能知道,只有叩响罗马法之门,法律思维能力才可以在改进和创造一个国家的实证法(pragmatical law)时发挥作用。

第一,罗马法构成了现代大陆法系与普通法系主要民事制度的主干。在不同的地区,通过不同的路径,作为一种共同法律传统的罗马法持续不断地为现代法律体系提供着养料。人们在今天仍然会应用乌尔比安理发案中出现的促成过失理论,对这一理论之思考也为比较法上各种解决路径所丰富。

第二,罗马法本身就是以解决争议为目的的法。<sup>[61]</sup> 从《学说汇纂》中的法言中,我们可以发现,对于一个案件,罗马人往往有多种解决方案。法经由法学家的的工作得到创造与发展。事实上,罗马人是反法典化的,他们对于制定法总是存在着保留意见。<sup>[62]</sup> 这种法律体系有一种知识储藏功能,使得法官在多种解决方案中进行选择成为可能。这也正是为何欧洲从中世纪始一直继受罗马法的原因。

第三,由于隔离原则(principle of isolation)之存在,罗马法永远处于现代化之进程中。以理发案为例,我们并不能从法言中发现太多关于案件事实和社会背景的知识,而这些知识对于案件之解决却甚为关键。罗马人在写作法言时对法律问题很在行,却会忽略法律与法律之外事实的因果关联。<sup>[63]</sup> 尽管我们今天会参照当时的背景以非常具体化的形式讨论这些案件,但罗马法学家却惯于将法律问题与法律之外的其他因素相隔离。所以,我们在《学说汇纂》中观察到的案件事实,只是一种大而化之的简洁陈述,缺乏与当事人相关的各种细节。所以,我们不能认为这些法言直接就可用来解决罗马社会日常生活中的争议。可见,隔离原则正是罗马法律科学的特征之一。<sup>[64]</sup>

在今天的中国,我们不可能想象一个去理发店剃须的客人会有性命之虞,罗马法也不会给我们提供对所有问题的解决方案。但是,对于理发师之责任为何、他的过失是否成立这些问题,在今天仍然是我们需要面对的问题。在欧洲我们会探讨之,在中国也不例外。罗马法提供了法律思维方法,所以在不同的时间与地域获得了世界范围内的继受。通过研习罗马法,中国选择了一种与人治模式的社会、文化与观念无关的法律体系,这种法律体系可为秉持不同观念的人使用。<sup>[65]</sup>

最后,《学说汇纂》中的法言也显示出乌尔比安对其前人观点有援引。这是罗马法学

[59] 参见 XU GUODONG (a cura di), Il progetto di codice civile verde, Pechino, 2004.

[60] Xu, La seconda recezione, drafts.

[61] 就此问题对于中国第二次罗马法继受上的重要性,可参见 Xu, La secondarecezione, drafts.

[62] Schulz, Principles, 7.

[63] Schulz, Principle, 24.

[64] Schulz, Principle, 19 ss.

[65] Xu, L'insegnamento, 9.

家的一种惯常做法，他们藉此展现出对前辈之尊重，同时也的确从先贤智慧中获益良多。这并不是说，乌尔比安必须要改进梅拉和普罗库鲁斯的观点，乌尔比安只是在法言中展示了它们。就古典时代的罗马法而言，传统是罗马法所以不竭发展之主要助力。<sup>〔66〕</sup> 罗马人对其祖先的传统有深刻认识并经常参照它们，只有传统得到坚持，他们才会获得心底的安宁。<sup>〔67〕</sup> 今天的中国似乎也是如此，人们在对待传统时总是抱持积极态度，历史在中国学校所获得的尊重远甚于世界上大多数国家。在有的国家，借鉴历史并非常事，比如，美国法学院的学生对于历史总是保持一种批评性的立场。大学新生<sup>〔68〕</sup>应该都很熟悉奥利弗·温德尔·霍姆斯（Oliver Wendell Holmes）的名言：“对于一项法律规则，现今并无比亨利四世时代更好的理由，这是令人难以忍受的事。而如果制订这项规则的理由早已消失，且规则的存在只是来自对过去的盲目模仿，那就更难让人忍受了。”<sup>〔69〕</sup> 为了使一切变得更加简化，美国人就认为现在可能比过去更为重要。相反，中国有着悠久的历史，人们重视历史和传统的作用，甚至来自域外的历史与传统的作用。正是在这个意义上，中国接纳了具有悠久历史的罗马法，并将其作为自身法律体系之躯干（corpus）。

## 参考文献

- [1] A. WACKE, Unfälle bei Sport und Spiel nach römischem und geltendem Recht, Stadion 3, 1978/9.
- [2] MARQUARDT, Das Privatleben der Römer, II, 1886.
- [3] C. J. H. JANSEN, Mitverschuden: einige Betrachtungen über D. 9, 2, 11 pr., in Viva vox Iuris Romani. Essays in honour of J. E. Spruit, Hrsg. L. De Ligt-J. de Ruyter-E. Slob-J. M. Tevel-M van de Vrugt-L. C. Winkel, Amsterdam 2002.
- [4] I. Fargnoli, Die geschnittene Kehle, in Festschrift Winkel, 2014.
- [5] CH. WOLLSCHLÄGER, Eigenes Verschulden des Verletzten, in ZSS 93, 1976.
- [6] E. VALINO, Acciones pretorias complementarias de la accion civil de la ley Aquilia, 1973.
- [7] B. ALBANESE, Studi sulla legge Aquilia, in Annali Palermo 21, 1950.
- [8] G. WESENER, Actiones ad exemplum, in ZSS 75, 1958.
- [9] W. SELB, Actiones in factum und Formeltechnik, in Festschrift Demelius, 1973.
- [10] G. BESELER, Romanistische Studien, in ZSS 50, 1930.
- [11] U. LÜBTOW, Untersuchungen zur Lex Aquilia de damno iniuria dato, Berlin 1971.
- [12] H. HAUSMANINGER, Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia, 2. Aufl., Wien 1980.
- [13] F. Schulz, Principles of Roman law, Oxford 1936.
- [14] LIANG HUIXING (a cura di), Pre-Progetto di Codice Civile per la Repubblica Popolare della Cina, Pechino, 2003.
- [15] WANG LIMING (a cura di), Pre-Progetto di Codice Civile per la Repubblica Popolare della Cina spiegato articolo per articolo, Pechino, 2005.
- [16] XU GUODONG (a cura di), Il progetto di codice civile verde, Pechino, 2004.

(责任编辑：缪因知 张安平)

〔66〕 Schulz, Principles, 83 ss.

〔67〕 Schulz, Principles, 83 ss.

〔68〕 比如 E. Kadens, Contracts. Cases and problems, Chicago, 2014, 55.

〔69〕 这是霍姆斯 1897 年 1 月 8 日在波士顿大学法学院新大楼落成典礼上的演讲，载 Harvard Law Review, 10, 1897, 457, 469. [译者注：中译文参考了 [美] 奥利弗·温德尔·霍姆斯：“法律的道路”，张千帆、杨春福、黄斌译，《南京大学法律评论》（2000 年秋季号），第 14 页。]