

# 《十二表法》规范在现代西方 公私法中的存活和发展

徐国栋

摘要：公元前450年颁布的《十二表法》距今已有1500多年，它奠定的一些制度仍然存活并发展于现代西方公私法中。这些制度共有47个。有宪法方面的、民法方面的、刑事法方面的、行政法方面的、私法方面的等。在私法方面，继承《十二表法》的制度又分布在人身法和财产法两个方面。一些看来很新近的制度，例如人格权保护制度，在《十二表法》中就有。一部15个世纪前的法律还有这么大的影响力，只能用其优秀性来解释。当然，现代法并非完全照搬《十二表法》，在继受中往往有变形处理。

关键词：十二表法；现代西方法；公法；私法

中图分类号：D904.1 文献标识码：A 文章编号：(2017)03-0071-10

## 一、概述

### (一) 意大利学界有关研究的阙如

2014年10月的一天，我到访意大利《十二表法》专家迪里贝尔多(Oliviero Diliberto)教授在梵蒂冈附近的私人图书馆，我问他有什么关于《十二表法》的影响的文献，他的回答是意大利没有，波兰有。确实，波兰人华沙大学教授玛利亚·扎布洛斯卡有这方面的研究，其成果发表在意大利和中国的刊物<sup>①</sup>上。事实上，还有美国人杰弗里·韦伟(Jeffery Wever)进行这方面的研究。

### (二) 波兰学者扎布洛斯卡的研究成果及其评价

2002年，扎布洛斯卡在拿波里大学的罗马法刊物《诸法：罗马法与古代法国际杂志》(Iura: Rivista internazionale di diritto romano e antico)上发表了《〈十二表法〉——当代法律原则的渊源》一文<sup>②</sup>，阐述了《十二表法》确立的一些制度和原则

在现代法，尤其是在波兰法中的存活。这些原则有：(1)新法废止旧法；(2)强行法与任意法的区分；(3)法律的普遍性；(4)法律行为可以附加停止条件；(5)非经法院判决不得处死任何人；(6)为被告参加诉讼提供方便的原则；(7)诉讼可以和解；(8)对不出庭者做出不利判决原则；(9)妻子的丈夫被推定为孩子的父亲的原则；(10)对精神病人和浪费人进行保佐的制度；(11)遗嘱继承优先于法定继承；(12)死者的债权债务按继承遗产的比例在各继承人之间分割；(13)物权与债权的区分；(14)追夺担保制度；(15)动物侵权责任；(16)盗伐树木者的赔偿责任；(17)人格侵权责任；(18)窝赃罪；(19)对未成年人从轻处罚的原则；(20)区分故意和过失定责任大小的原则；(21)处罚任何诈欺。作者援用塔德乌希·欣林斯基(Tadeusz Zieliński)的话作为结论：“《十二表法》是古罗马所有后来的法律的核心。且这一法律如此的完美，以致所有的文明国家接受并适用了它——并且至今这部法律对我们仍有用处”。<sup>③</sup>

此语信哉!

扎布洛斯卡的上述研究具有填补空白的意义,它归纳了《十二表法》仍存活于现代法中的21个制度,由此证明《十二表法》并未因为时间的流逝死亡,而是经受了扬弃:没有生命力的制度死亡,有生命力的制度存活下来。

然而,扎布洛斯卡对有些《十二表法》制度在现代法中的存活性的论证过于迂回,而且有不少遗漏。迂回者例如,《十二表法》并无新法废除旧法的直接规定,扎布洛斯卡认为“人民新发出的命令应视为法律”的规定体现了“新法废除旧法”的精神。如果上述规定有这样的精神,那也是极为稀薄的,它更多体现的是人民掌握立法权的原则。又如,《十二表法》中无强行法与任意法的明确区分,扎布洛斯卡认为,“社团的成员,只要不违反公法,可随意订立其组织的规范”的规定体现了这样的区分。实际上,该规定把公法当作强行法不错,但没有涉及任意法。所谓任意法,是当事人可以选择是否适用的规范<sup>④</sup>,它是由法律提供的而非当事人自定的。所以,社团成员随意订立的组织的规范并非任意法。遗漏者例如,《十二表法》规定的已造横梁之诉衍生出后世的添附制度,对现代法影响很大,但扎布洛斯卡对此未提及。

### (三) 杰弗里·韦伟的研究成果

Jeffery Wever 于2015年12月14日上传了《〈十二表法〉及其对现代法的影响》到Prezi网站。此文认为《十二表法》是平民革命的成果,它与美国的《权利法案》类似。两者都讲合法与非法之别、什么罪有什么罚,承认个人在共同体内的权利、勾画出一般的法律、确定政府与人民福利、个人自由的界限、解释法院和审判程序。<sup>⑤</sup>此文挖掘了《十二表法》的宪政意义并与现代的对对应物比较,确定前者影响了后者。

### (四) 其他研究成果

扎布洛斯卡和Jeffery Wever进行的是《十二表法》对后世西方法的综合性的研究,还有一些作者研究了《十二表法》的个别制度对于现代西方法的影响。例如,Muzio Pampaloni的《论已造横梁之诉》(De Tigno Juncto)研究了《十二表法》中的已造横梁之诉,同时也说明了该制度在1865年《意大利民法典》的存活,体现为该法典的第449条、第451条、第452条。<sup>⑥</sup>前者辞曰:以他人的材料为建筑、种植或施工的土地所有人,应偿付此

等材料的价值。在恶信或重过失的情形,也要付赔偿责任。但材料所有人无权拆除其材料,此等拆除能以不毁灭建成的工程或弄死已种植的作物的方式为之的情形除外。中者辞曰:如果种植、加工或其他作业由第三人以他人的材料实施,材料所有人无权要求原物返还,但可以从实施此等使用的第三人取得赔偿,不足部分,也可向土地所有人要求赔偿材料的价金。后者辞曰:如果在建造房屋时诚信地占据了邻地的一部分,邻人知道建筑的事实且未提出反对,可以宣布建造人为建筑物以及它占据的土地的所有人,但必须向土地所有人支付被占据的土地的双倍的价值外加损害赔偿金。<sup>⑦</sup>这些规定不仅继承,而且发展了《十二表法》的相应规定,例如,第三人实施的添附、对添附人诚信还是恶信的区分、建房时对邻地的诚信小幅侵占等,《十二表法》都没有做到。另外,Raymond Monier的《已造横梁之诉》(Le Tignum Iunctum)也告诉我们《德国民法典》第946条、《瑞士民法典》第671条等有已造横梁之诉式的规定。<sup>⑧</sup>他们从微观的角度证明了《十二表法》中的合理制度对现代西方法的影响。

### (五) 《十二表法》对后世有影响的制度清单

看来,《十二表法》对后世西方法的影响无可置疑。研究此等影响,不妨总结出一个《十二表法》开创的公私法制度的清单,再寻找它们在当代西方法中的对应物,即可完成工作。

我认为,《十二表法》至少在宪法、民法、刑事法、行政法等方面开创了如下公法制度:

宪法方面的有:法律的普遍性制度、集会制度、结社制度、向人民的申诉制度。

民法方面的有:照顾外邦人参加诉讼的制度、出庭担保制度、押后审理制度、仲裁制度、滥诉制裁制度、和解制度。

刑事法上的有:无罪推定制度、对未成年人减轻刑责制度、剥夺能力刑、正当防卫制度、意外事件导致免刑责制度、伪证罪、拒绝作证罪、盗伐树木罪、限制高利贷制度、叛国罪、司法受贿罪、监护人嫌疑罪、限制死刑制度。

行政法方面的有:建筑物间留空制度、禁止在市区埋葬和焚化死者的公共卫生制度、限制葬礼奢侈的规定。

另外《十二表法》至少还开创了如下私法人身法和财产法方面的制度:

人身法方面的有：人格权保护制度、荣誉权制度、父亲身份推定制度、身份占有制度、保护制度、遗嘱继承优先于法定继承的安排、宗亲的继承权男女平等。

财产法方面的有：要式物与略式物的区分、强制添附制度、所有权保留制度、追夺担保制度、取得时效制度、雨水处理制度、邻地果实取得制度、调整地界之诉、附条件法律行为制度、同时履行抗辩制度、共同监护人的连带责任制度、动物租赁制度、恩惠期制度、损害投偿制度。

共计 47 个制度，在 5 千字的篇幅里有如此多的建构，不可谓不奇异。以下分述它们，为求简短，通常只选用一个现代立法例证明某一《十二表法》制度在现代法中的存活，在有必要的地方说明其发展。

## 二、对公法的影响

### （一）宪法上的

#### 1. 法律的普遍性制度

《十二表法》第九表第 1 条规定：不得针对任何个人制定特别的法律。1789 年的《人和公民的权利宣言》第 6 条规定：……法律对于所有的人，无论是施行保护或处罚都是一样的……<sup>⑨</sup> 这一规定既反特权，也反歧视，体现了法律的普遍性。

#### 2. 集会制度

《十二表法》第八表第 26 条规定：夜间不得在城市内聚集人。《荷兰王国宪法》第 9 条第 1 款规定：法律承认集会和游行的权利，但不得违反法律规定的个人责任。<sup>⑩</sup>《十二表法》从否定的角度为规定，《荷兰王国宪法》从肯定的角度为规定。

#### 3. 结社制度

《十二表法》第八表第 27 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。《荷兰王国宪法》第 8 条规定：法律承认结社权利，为维护公共秩序，议会法令得对此权利规定限制。<sup>⑪</sup>

#### 4. 向人民的申诉制度

《十二表法》的位置不明的规范第 5 条说：《十二表法》的许多规定都表明，就所有的判决和所有的罚金，都允许向人民申诉。Jeffery Wever 简单地认为该制度相当于现代法中的人身保护令 (Habeas corpus)。<sup>⑫</sup> 两者名称不同，但内容同一。

### （二）民法法上的

#### 1. 照顾外国人参加民事诉讼的制度

《十二表法》第二表第 2 条规定涉及外邦人的案件优先审理，这体现了照顾外国人参加民事诉讼的精神。多数国家都承认外国人在内国参加民事诉讼可像内国人一样获得法律援助，有的国家无条件如此，有的国家设定了互惠的条件，有的国家要求提出申请的外国人在内国有住所或官方居所。<sup>⑬</sup>

#### 2. 出庭担保制度

《十二表法》第一表第 4 条规定了出庭担保制度。现代民事诉讼已不实行原告自行传唤被告，所以已无实行出庭担保制度的必要。这一制度移转到了刑事诉讼中，演变为保释金制度。该制度产生于英国，适用于被告涉嫌犯罪的情形。如果他所在的社区有人保证他出庭受审，被捕者可获得释放。后来，人保为物保取代，发展出保释金制度。被告已缴纳一定金钱的方式免受羁押，并保证出庭。<sup>⑭</sup>

#### 3. 押后审理制度

《十二表法》第二表第 2 条规定当事人、法官遇到不可克服的障碍可押后审理案件。《罗马尼亚民事诉讼法典》第 103 条规定：“1. 除法律另有规定，或当事人由于不可抗拒的事由不能按期参加诉讼活动外，逾期即丧失上诉和进行其他诉讼程序的权利。2. 法院认为当事人逾期理由正当，在障碍消除后的 15 天内，可以继续完成诉讼活动。在此期间还应追究障碍产生的原因。”<sup>⑮</sup>

#### 4. 仲裁制度

《十二表法》开创了民事案件审判与仲裁的双轨制，法国和德国等国从之。法国 1807 年的《民事诉讼法典》对仲裁做了专编规定。德国 1877 年的《民事诉讼法典》具体规定了仲裁程序、仲裁协议的形式和效力、仲裁员、仲裁庭审程序和裁决的效力以及执行等事项。<sup>⑯</sup>

#### 5. 滥诉制裁制度

《十二表法》第十二表第 3 条打击滥诉者的基本的理路是“一案两审”，在审完当事人间的争议后再审如果有的滥诉案。滥诉成立的，让滥诉者双倍赔偿相对人的损失。这一理路为后世的许多立法继承。2012 年的《智利民法典草案》第 50 条规定：“1. 终审判决执行完毕 6 个月、或审判已终止、或继续此等审判已不可能，胜诉的当事人可以向审理一审或具有专属管辖权的同一法院要求其相对人赔偿他发动的恶信诉讼或鲁莽诉讼给他造成的损失和损害；2. 此等审判按简易程序进行，亲自通

知被请求人到庭后才可做出决定。这一规定还是采取《十二表法》第十二表第3条创立的“一案两审”路径。法院在审结一案后应当事人的请求审理滥诉问题，此等审理采用简易程序，这似乎是对于滥诉人的一个惩罚。

## 6. 和解制度

《十二表法》第一表第6—7条允许诉讼当事人和解。第三表第5条允许当事人执行和解。《德国民法典》第779条规定：“双方当事人关于法律关系的争执或不确定性因之而以互相让步的方式得以消除的合同，如具有如下情形则不生效力：依该合同的内容而确定地构成基础的事实情况不符合实际，且在知道事情的状况时，争执或不确定性就不会发生。”<sup>①</sup>该民法典把和解从一个民法问题转化为一个民法问题，以和解合同的方式规定了这一制度。

### (三) 刑事法上的

#### 1. 无罪推定制度

应该说，《十二表法》中无明确的无罪推定规定，只有第六表第7条关于在审理身份争议时推定其身份被争议者为自由人的规定。它和无罪推定一样体现有利于被告原则，所以我把该规定当作无罪推定的起源看待。1789年的《人和公民的权利宣言》第9条首先吸收了这一原则，规定：任何人在其未被宣告为犯罪以前应被推定为无罪，即使认为必须予以逮捕，但为扣留其人身所不需要的各种残酷行为都应受到法律的严厉制裁。<sup>②</sup>

#### 2. 对未成年人减轻刑责制度

《十二表法》第八表第9条从宽处罚盗窃他人庄稼的未适婚人。《德国刑法典》第19条规定：行为人行行为时不满14岁的，不负刑事责任。<sup>③</sup>

#### 3. 剥夺能力刑

《十二表法》第八表第22条对于拒绝作证者规定了剥夺作证能力的刑罚，开启了剥夺能力刑之端。法国现行刑法典第131—26条规定：“剥夺公权、民事权与亲权”包括如下权利的剥夺：“1. 投票表决权；2. 被选举权；3. 履行裁判职务或在法院担任专家之权利，以及出庭代表或协助一方当事人之权利；4. 出庭作证权；5. 作为监护人或保佐人之权利，但可以担任自己子女之监护人或保佐人。”<sup>④</sup>其中的剥夺出庭作证权实际上就是剥夺作证能力。

#### 4. 正当防卫制度

《十二表法》第八表第13条规定了被盗人对武装盗贼的正当防卫权。《法国新刑法典》第122—5条第1款规定：在本人或他人面临不乏侵害之当时，出于保护自己或他人的正当防卫的需要，完成受此之迫的行为的人，不负刑事责任，但所使用的防卫手段与侵害之严重程度不相适应的情况除外。<sup>⑤</sup>

#### 5. 意外事件导致免刑责制度

《十二表法》第八表第24a条规定了意外事故杀人免责的原则。《法国新刑法典》第122—2条规定：在其不可抗拒的力量或者不可抗拒的强制下实施行为的人，不负刑事责任。<sup>⑥</sup>

#### 6. 伪证罪

《十二表法》第八表第23条规定伪证者处死刑。《法国新刑法典》第434—13条第1款规定：向任何法院或者任何执行另一法院之委托办案的司法警察官员宣誓作伪证的，处5年监禁并科75000欧元罚金。<sup>⑦</sup>

#### 7. 拒绝作证罪

《十二表法》第三表第3条规定：曾经差少证人的人，可每2天去门前喊。此条意为见证过事情的人有义务为此事作证，否则要受制裁。《意大利刑事诉讼法典》第198条规定：证人有义务向法官出庭遵守法官根据诉讼要求作出的规定，并且有义务如实回答法官的发问。<sup>⑧</sup>《德国刑事诉讼法》规定：对于无正当理由拒不回答法官提问、拒不出庭作证或拒不回答法庭询问的证人，以藐视法庭罪惩处，判处罚金或半年以下监禁。<sup>⑨</sup>

#### 8. 盗伐树木罪

《十二表法》第八表第11条规定：不法砍伐他人树木的，每棵判处25阿司的罚金。《西班牙刑法典》第332条规定：对某属种植物进行剪残、砍伐、焚烧、采集或者非法买卖，威胁其成长、繁殖、毁坏或者严重改变其生长环境的。处6个月以上2年以下徒刑，并处8个月至24个月的罚金。<sup>⑩</sup>

#### 9. 限制高利贷制度

《十二表法》第八表第18条规定：a. 利息不得超过12%；b. 对超过该利率的，处4倍的罚金。《意大利刑法典》第644条规定了高利贷罪。高利贷是超过法定利息的利息。怎样算是超过？1996年的《高利贷规制法令》规定了计算方法：以全面有效平均利率（意大利经济和金融部公布每季度的这也是那个的利率）为基准，乘以1.25，再增加4%，即得到法定最高年利率，这个利率最高可以达到

25%。<sup>②</sup>超过它的就是高利贷了，行为人将被处2—10年的有期徒刑和5000至30000欧元的罚金。<sup>③</sup>

#### 10. 叛国罪

《十二表法》第九表第5条规定了叛国罪。《奥地利刑法典》把叛国罪细分为泄露国家机密罪（第252条）、出卖国家机密罪（第253条）、刺探国际机密罪（第254条）、设立或经营或支持秘密谍报机构罪（第256条）、有利于外国军队罪（第257条）分别处以刑罚。<sup>④</sup>

#### 11. 司法受贿罪

《十二表法》第九表第3条规定了司法受贿罪。《瑞士刑法典》第322c条规定：审判机关或其他机关的成员、官员、官方聘请的鉴定人、文字翻译或口头翻译，为履行其职务行为，为自己或第三人索取、让他人允诺收受他人非应得的利益，违反职务义务为一定的行为或不为一一定的行为的，处5年以下重惩役或监禁刑。<sup>⑤</sup>

#### 12. 监护人嫌疑罪

《十二表法》第八表第20条规定了监护人嫌疑罪。现代刑法中已无此罪名，人们把它吸收进了一般的侵占罪中。例如，《意大利刑法典》第646条第1款规定：为使自己或他人获取不正当利益，以任何名义占有的他人钱款或动产据为己有的，经受害人告诉，处以3年以下有期徒刑和1032欧元以下罚金。<sup>⑥</sup>

#### 13. 限制死刑制度

《十二表法》以直接民主制为条件把死刑案件的审判权交给相当于全体成年男性公民大会的百人团会议独揽，现代国家都已实行间接民主制，以议会取代公民大会，所以已失去罗马式的死刑审判权限制条件。现代以其他手段限制死刑。以美国为例，首先是限制可适用死刑的罪名；其次，对死刑判决适用自动上诉制度，即被判有罪并被判死刑后，受判处人不用上诉，上级法院都强制审查下级法院的死刑判决。由此，许多死刑被改为终身监禁。最后，被判死刑的被告在穷尽了州一级的救济手段后，还可申请联邦人身保护令，通过联邦司法程序把死刑改为终身监禁。<sup>⑦</sup>

#### (四) 行政法上的

##### 1. 建筑物间留空制度

《十二表法》第七表第1条规定建筑物之间应留两尺半的空地。《意大利民法典》第873条规定：位于互相毗邻土地上的建筑物不是一体的或者

相互连接的，则建筑物之间应保持不少于3米的距离。地方法规可以规定更远的距离。<sup>⑧</sup>跟《十二表法》的制定者一样，意大利立法者采用的是固定式的建筑物间距离，但一些现代立法例规定建筑物间距时考虑到了日照因素，而且区分不同用途的建筑物定它们间应保持的法定距离，比《十二表法》的制定者考虑得更复杂。例如，《法国城镇规划规范》第47条规定：照亮住房其余房间的窗口，决不能被建筑物任何部分所遮挡，建筑物遮光部分至窗口的窗台直线不得大于60度，两座非邻接建筑物之间的距离，不得小于4米。<sup>⑨</sup>

##### 2. 禁止在市区埋葬和焚化死者的公共卫生制度

《十二表法》第十表第1条禁止在市区内埋葬或焚化尸体。伊利诺斯州法律规定：市区内禁止建设公墓。乡镇和农村禁止在其所在辖区及周边一英里内建造公墓。<sup>⑩</sup>

##### 3. 限制葬礼奢侈的规定

《十二表法》第十表第2—6条限制葬礼奢侈。越南于2012年颁布一项政令，规定：葬礼必须庄重、文明、节约，符合国家社会经济状况。据此，官员葬礼按照死者级别，花圈数量限制在5个到30个之间。并禁止官员在葬礼上使用玻璃盖棺木、焚烧冥币。越南并非西方国家，但这一规定与《十二表法》的相应规定奇似，不排除受这些规定影响的可能。

### 三、对私法的影响

#### (一) 人身法上的

##### 1. 人格权保护制度

《十二表法》第八表第1条和第4条确立了人格权的保护，对以歌谣等方式侮辱他人者以死刑处罚之。《魁北克民法典》在“某些人格权”的标题下规定了人身完整权、子女权、名誉及私生活权、遗体受尊重权等人格权，并在另外的标题下规定了姓名权。<sup>⑪</sup>

##### 2. 荣誉权制度

《十二表法》第十表第7条确立了死者的荣誉权，允许在葬礼上摆放死者获得过的荣誉标记。但荣誉权是否为一种权利，在我国学界却争议不小。<sup>⑫</sup>确实，积极规定荣誉权的西方立法例比较难找，但是，消极规定的立法例就多了。例如，《意大利刑法典》第28条规定：“褫夺公职使被判刑人丧失：

……4. 学术级别或职位, 称号, 勋章或其他公共荣誉标志; …… 6. 一切与以上列举的职务、服务、级别、称号、身份、地位和勋章有关的荣誉性权利; 7. 担任或者取得以上各项列举的任何权利、职务、服务、身份、级别、称号、地位、勋章和荣誉标志的权能。”<sup>⑩</sup> 这些规定实际上是把剥夺荣誉权当作一种附加刑适用。其中甚至使用了“荣誉性权利”的术语。如果这些规定还不是关于荣誉权的, 那就匪夷所思了。荣誉为国家的确立之本之一, 不承认荣誉权, 国将不国, 这点对于《十二表法》时期的罗马和现代国家, 是一样的。

### 3. 父亲身份推定制度

《十二表法》第四表第 4 条规定: 婴儿自夫死后 10 个月内出生的, 推定为夫的子女。《魁北克民法典》第 525 条规定: “1. 如子女出生在婚姻期间、异性缔结的民事结合期间、或在解除婚姻或宣告婚姻无效后 300 天内, 推定其母之配偶为父。2. 子女在针对现婚配偶的别居裁决做出之日起 300 天后出生的, 可以推翻丈夫的父亲身份推定, 配偶双方在子女出生前曾自愿恢复同居的除外。3. 如子女在婚姻或民事结合解除或被宣告无效后 300 天内, 但在其母再婚或再次为民事结合后出生, 则其母的前配偶为子女之父的推定也可以推翻。”<sup>⑪</sup>

300 天就是 10 个月, 魁北克的规定与《十二表法》规定完全一致。

### 4. 身份占有制度

《十二表法》第六表第 5 条确立了身份的占有经一定期间导致身份取得的原则。《意大利民法典》第 131 条规定: “与结婚证书相符的身份占有补救一切形式缺陷”。至于什么是配偶身份的占有, 第 240 条提到是“两人公开作为夫妻生活”。这实际上讲的就是事实婚。通过一定期间的身份占有, 没有办理结婚登记的形式缺陷可以得到补救。这跟《十二表法》规定的时效婚别无二致。

### 5. 保护制度

“保护”是《智利民法典》赋予监护和保佐的类称。这两种制度都是《十二表法》第五表创立的。《智利民法典》继承其传统, 同时规定了它们。其第 341 条规定了对未适婚人的监护; 第 342 条规定了对适婚的未成年人、浪费人、精神病人、不识字的重哑人的保佐。<sup>⑫</sup> 一般的民法典都把精神病人作为监护的对象, 《智利民法典》像《十二表法》一样把此等人当作保佐的对象, 特别忠诚。

### 6. 遗嘱继承优先于法定继承的安排

《十二表法》第五表视遗嘱继承优先于法定继承。《俄罗斯联邦民法典》也先规定遗嘱继承, 后规定法定继承<sup>⑬</sup>, 以法定继承为遗嘱继承之补充, 这种安排与《十二表法》对这两种继承的关系的安排一致。令人遗憾的是, 这种一致并不在很多的国家发生, 多数国家反过来, 把遗嘱继承看作法定继承的补充。不过, 这种一致性还发生在《越南民法典》中。<sup>⑭</sup>

### 7. 宗亲的继承权男女平等

《十二表法》第五表第 4 条隐含宗亲的继承权男女平等的原则。《巴西新民法典》第 1834 条规定: 同一顺序的直系卑血亲对其直系尊血亲享有同样的继承权。<sup>⑮</sup> 本条中的直系一亲等卑血亲, 无论是儿子还是女儿, 女儿无论是否出嫁, 都可继承父母, 并无歧视出嫁女儿之意。本条中的直系二亲等卑血亲, 不论是儿子生的还是女儿生的, 都可继承爷爷, 没有歧视女儿的后代之意。

#### (二) 财产法上的

#### 1. 要式物与略式物的区分

《十二表法》第五表第 2 条明确区分要式移转物和略式移转物。现代法没有明示地承认这种物的区分, 但默示地承认。要式物是不经登记不移转其所有权的物, 略式物是不需要登记也能移转其所有权的物。《德国民法典》第 873 条第 1 款基于这种默示的区分规定: 以法律不另有规定为限, 就转让土地所有权, 以某项权利对土地设定负担, 以及转让此种权利或对此种权利设定负担而言, 权利人和相对人之间必须达成关于发生权利变更的合意, 且必须将权利的变更登记于土地登记簿。<sup>⑯</sup> 此款以“合意”和“登记”为土地所有权移转的要件, 实际上是把土地当做要式移转。只需要“合意”, 不需要登记就可移转所有权的物, 即为略式移转物。

#### 2. 强制添附制度

以《十二表法》第六表第 8—9 条规定的已造横梁之诉为基床发展出来的强制添附制度, 得到了现代多数国家民法典的继受和发展。

《法国民法典》第 554 条规定: “土地所有权人用不属于其本人的材料进行建筑、栽种或工程, 应当偿还按照支付之日计算的材料的价款; 如有必要, 得被判处损害赔偿; 但是, 材料所有权人没有拆取这些材料的权利。”第 555 条规定: “1. 第三人使用属于自己的材料在他人土地上进行建筑、栽

种或工程，土地所有权人有权：或者保留此种建筑、栽种或工程的所有权，或者强制第三人拆除之，但本条第4款保留适用。2. 如土地所有权人要求拆除建筑、工程或者铲除栽种物，费用由该第三人负担，第三人不得请求任何补偿；与此同时，第三人还得就土地所有人可能受到的损失被判处损害赔偿。3. 如土地所有人宁愿保留已经进行的建筑、栽种或工程的所有权，应由其选择，向第三人偿还：或者相当于土地所增价值的款项；或者按支付之日计算的材料的成本费用与劳动力费用。计算时，应当考虑到建筑物、栽种物与工程的现状。4. 如地上的建筑、栽种物或工程是第三人诚信而为，因而不会受到返还果实（孳息）之处罚时，虽然第三人的所有权被追夺，但可以选择向该第三人偿还前款所指的这种或那种费用。”<sup>④5</sup>

这些规定把语境从“梁木”扩展到种植和工程，但仍原则上不许材料的贡献人从新物中拆除自己的材料，只能请求赔偿。尽管如此，还是区分了土地所有人进行的添附和第三人在他人土地上进行的添附。对于前者，维持了《十二表法》确立的原则。对于后者，赋予土地所有人维持现状或拆除添附物的选择权。在他选择拆除时，必须考虑为添附的第三人是诚信或恶信定是否可保留孳息或是否可请求返还费用。以土地所有权为轴心区分两种添附并区分诚信添附和恶信添附，是为后世立法者对《十二表法》规则的发展。

《德国民法典》也按自己的方式对《十二表法》的规则进行了继受和发展。其第946条规定：某一动产以这样的方式附合于土地，以致它成为土地的重要成分的，土地所有权及于该动产。第949条规定：依第946条……，物的所有权消灭的，存在于物上的其他权利也消灭……。第951条规定：因第946条……的规定遭受权利丧失的人，可以依关于返还不当得利的规定，向因发生权利变更而受利益的人请求金钱补偿。不得请求恢复原状。<sup>④6</sup> 这些规定抛弃了梁木、建筑、种植、工程等的具体性，以抽象的方式把它们说成是“某一动产附合于土地”，也回避使用添附的术语，只说上述动产成了“土地的重要成分”。最后还回避使用“拆除”的术语，只说“不得请求恢复原状”。但这些规定的实质就是《十二表法》确立的规则。对于《十二表法》暗示的房屋倒毁、葡萄收获完毕的可能，《德国民法典》以“物的所有权消灭的”文句示之。对于材料

贡献人的赔偿，《德国民法典》把它转换成一种不当得利请求权。要言之，所有的言语都变了，不变的只有《十二表法》规定的内核。

在同一问题上，《瑞士民法典》恢复了《十二表法》规定的具体性。其第671条规定：“1. 在自己或他人的土地上使用他人或自己的材料进行建筑时，其材料为土地的组成部分。2. 未经材料所有人同意而使用其材料时，材料所有人有权请求土地所有人负担费用使材料分离并交回，但以无不合理的损害为限。3. 基于前款的前提条件，未经土地所有人同意而使用其土地的，亦得请求建筑人负担费用，以分离并取走材料”。

第672条规定：“1. 材料与土地不能分离时，土地所有人应为材料的使用支付合理的补偿金。2. 土地所有人为恶信的建筑人时，法官得命令全部赔偿。3. 材料所有人为恶信的建筑人时，法院得就其建筑物对土地所有人所具有的最低价额判定赔偿。”<sup>④7</sup> 这些规定放宽了强制添附的强制性。如果两物可以分离且不会造成不合理的损害，允许分离。不能分离的，添附成立。还区分添附人是诚信或恶信定赔偿额。可以说，它们与《十二表法》有关规定的关系是不即不离、若即若离。

### 3. 所有权保留制度

《十二表法》第七表第11条规定了所有权担保，在价金得到偿付前标的物的所有权不发生转移。《巴西新民法典》第521条规定：在动产买卖中，在价金得到完全的清偿前，卖方可为自己保留标的的所有权。<sup>④8</sup>

### 4. 追夺担保制度

《十二表法》第六表第3—4条规定了追夺担保。《巴西新民法典》第447条规定：在有偿合同中，转让人对追夺承担责任。即使在通过拍卖为取得的情形，这种担保依旧存在。<sup>④9</sup>

### 5. 取得时效制度

《十二表法》第六表第3条规定了取得时效制度。《魁北克民法典》第2918条规定：以所有的意思占有不动产达10年之人，仅需依诉讼请求即取得不动产所有权。第2919条第1款规定：动产的诚信占有人自所有人丧失占有之时起，占有动产达3年，取得动产所有权。<sup>⑤0</sup>

### 6. 雨水处理制度

《十二表法》第七表第8条规定了雨水处理制度。《阿根廷民法典》第2635条规定：雨水归属

于所滴落的或所位于的地产的所有权人，所有权人在不损害低地时，可以自由对其进行处置或改变其流向。第 2636 条规定：任何人即使是改变其自然流向，亦可聚集滴落或流经公共场所的雨水，邻人不得主张任何既得权利。<sup>⑤</sup>

### 7. 邻地果实取得制度

《十二表法》第七表第 10 条规定了邻地果实取得制度。《智利民法典》第 943 条规定：“1. 伸至他人土地的树枝所结果实，归属于树木的所有人，但他人土地被围圈者，该所有人未经土地所有人的许可，不得进入采摘。2. 土地所有人负同意的义务，但他仅须许可在不对其造成损害的适当日内进入采摘。”<sup>⑥</sup>

但“依日耳曼法，落于邻地之果实，归其邻人所有”。<sup>⑦</sup>为何邻地所有人能取得掉落果实的所有权呢？乃因为树枝伸入邻地，汲取了雨露阳光，因此邻地参与了果实的孕育，其所有人能取得部分果实。故有些立法例背离《十二表法》的规定，投向日耳曼法。例如，《法国民法典》第 673 条第 1 款规定：“邻人种植的树木、灌木的树枝，如越界伸至他人不动产上时，此人得强制邻人砍除其树枝。从此种树枝上自然掉落的果实归此人所有。”<sup>⑧</sup>又如，《德国民法典》第 911 条规定：“从树木或者灌木上自落于邻地的果实，视为该邻地的果实。邻地为公用地的，不适用上述规定。”<sup>⑨</sup>《土库曼斯坦民法典》第 199 条同此。

尽管如此，也有采用折衷说的立法例，例如，《意大利民法典》第 896 条第 2 款规定：“如果地方惯例未另行规定，则从逾界进入邻人土地的枝杈上自行坠落的果实属于坠落地的所有人”。此款跟随日耳曼传统。但本条的第 3 款就遵循罗马法传统了：“如果地方惯例规定坠落的果实属于果树的所有人，则与收获果实有关的事宜应当遵守本法第 843 条的规定。”<sup>⑩</sup>第 843 条规定的是为了进入他人土地拾取自己的果实需要取得土地所有人同意的问题。

### 8. 调整地界之诉

《十二表法》第七表第 2 条中的调整地界之诉本为保持邻地间的间隔而设，但在后世的罗马法中，就发展为土地重新规划，以图得到更合理利用的制度。《意大利民法典》第 850 条规定：“1. 面积均低于最小耕作单位的彼此相邻的数块土地分别属于不同所有人的，应利害关系人的请求或者由行

政机关提议，所有权人可以更好地利用整合土地而组成一个联合体。2. 有关土地改良联合体的规定适用于本条的情况。”<sup>⑪</sup>

### 9. 附条件法律行为制度

严格说来，《十二表法》第七表第 12 条确立的是附随意条件的法律行为制度。随意条件是取决于债权人或债务人意志的条件。<sup>⑫</sup>学说上把随意条件分为简单的和纯粹的，前者的成就与否取决于债权人或债务人的意志行为，例如，赠与是否生效取决于赠与人或受赠人是否旅行来罗马的条件。后者的成就与否只取决于债权人或债务人的单纯意思。前一种随意条件有效，后一种随意条件的效力要根据具体情况定，合同的效力单纯取决于债权人的意思的，合同有效，取决于债务人的意思的，无效，因为这样赋予了债务人过大的自由，而屈从者处在过于不利的地位。<sup>⑬</sup>《十二表法》确立的是取决于债权人意志的条件。随意条件制度不为中国法继受。在我国法中，条件的成就与否必须不取决于任何一方当事人的意志。<sup>⑭</sup>但为《智利民法典》等民法典继受。《智利民法典》第 1478 条规定：“1. 基于债务人的单纯意思的随意条件缔结的债，无效。2. 条件是哪一方当事人的表意行为的，有效。”<sup>⑮</sup>该条有限地承认了随意条件的效力。

### 10. 同时履行抗辩制度

《十二表法》第七表第 11 条隐含着同时履行原则。《德国民法典》第 320 条第 1 款规定：“因双务合同而担负义务的人，可以拒绝履行其所应履行的给付，直到对待给付被履行为止，但其有义务先履行给付的除外。……”<sup>⑯</sup>此款把《十二表法》规定同时履行的情境由买卖扩展到一切双务合同，并排除了设定了先履行义务的情形，发展了《十二表法》的规定。

### 11. 共同监护人的连带责任制度

《十二表法》第八表第 20b 条规定了多数监护人彼此间的连带责任。《德国民法典》继之，其第 1833 条第 2 款规定：“二人（按：人此处指监护人）以上同对损害负责的，他们作为连带债务人负责……。”<sup>⑰</sup>

### 12. 动物租赁制度

《十二表法》第十二表第 1 条涉及到动物租赁制度。《阿根廷民法典》第 1617 条规定：如果连同耕作的动物或饲养的动物而对乡村不动产进行租赁，且合同中并未约定返还的方式，则所有饲养的

动物归属于承租人，但承租人负有返还其它相同数量、相同质量和相同年龄之动物的义务。<sup>④</sup>此条只规定附随于土地进行的动物租赁，未规定纯粹的动物租赁，与《十二表法》的相应规定相切。

### 13. 恩惠期制度

《十二表法》第三表第1条规定了恩惠期制度。《魁北克民法典》第1600条规定：“1. 如履行标的物为一笔金钱，虽然给予他以恩惠期，债务人有责任赔偿自他开始处于迟延之时起由迟延造成的损害。2. 在此等情形，债务人也有责任赔偿自上述时间起不可抗力引起的任何损失，但他因此等不可抗力被免除其债务的除外。”<sup>⑤</sup>本条中的恩惠期非由法律赋予而是当事人赋予，此点与《十二表法》的相应规定不同。而且本条的恩惠期仅有允许债务人迟延履行债的效力，并不免除债务人的其他违约责任。

### 14. 损害投偿制度

《十二表法》第八表第6条规定了四足动物致人损害时的投偿制度。1825年版的《路易斯安那民法典》第2301条规定：动物的主人要对动物引起的损害担责。但如果动物已丧失或走失超过一天，他可通过把动物委弃于受害人解除这一责任，主人放松对危险、有毒动物控制的情形除外，此时，他必须对已发生的损害全部负责，不许他委弃动物。该条有限地继受了动物损害投偿制度。但现行《路易斯安那民法典》已放弃这一规定。相当于过去的第2301条的第2321条规定：动物的所有人对动物造成的损害负责。但仅在证明他知道或履行合理注意后应当知道其动物的行为会导致损害，且损害可因履行合理注意而避免，但他未能为此合理注意时，他对损害负责。但狗的主人对以下损害负严格责任：狗导致的对人身或财产的损害，所有人可能阻止的损害且损害非因伤者激怒狗所致。本条的内容并不排除法院在适当的案件中适用事实自证。<sup>⑥</sup>《阿根廷民法典》第1131条更是明确规定：动物的主人不得提出抛弃该动物的所有权而规避其损害赔偿义务。<sup>⑦</sup>

## 四、结论

结论非常简单：《十二表法》未死，它存活在现代西方法的各个分支中。如果说《十二表法》是远古时代罗马社会的一面镜子，我们可以说，那样的社会生活不是想象的那么粗陋，不然的话，反映

这样的生活的法律就不会流传到当代西方法中了。如果说，现代西方法是西方社会的一面镜子，我们可以说，两面镜子反映的社会生活具有相当的同一性，因为两面镜子的很多内容相同。

《十二表法》并非凭空产生，它建立在埃及制度、希腊制度、美索不达米亚方法等的基础上，所以，它代表了在它之前的人类文明的优秀成果，所以它才会具有如此强大的生命力。当然，它吸收的先前制度和办法，也通过它的广泛辐射得到了延续。《十二表法》是先前优秀制度的集大成者，所以它才能起到一个模式的开创者的作用。

要指出的是，《十二表法》制度的现代传承有时经过了变形。例如，取得时效制度在远古罗马主要是洗白法律行为的形式瑕疵的制度，现代主要成了盘活社会闲置财富的制度，但仍然保留取得时效的名义，但我们仍把取得时效制度算成《十二表法》的功劳，因为它创设了这个制度，该制度的内容转化也是罗马人完成的。

还要指出的是，《十二表法》的有些制度不是形式传承，而是精神传承，例如向人民的申诉制度。它的实质是对公权力作用于人民的生命财产时的限制，所以，杰弗里·韦伟正确地把它解释为现代的人身保护令的先祖。

注释：

① Cfr. Maria Zabloska, Lex XII Tabole, Fonte dei Principi del Diritto Contemporaneo, In Iura: Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico, Tomo 2005, (53). 参见 [波兰] 玛利亚·扎布洛斯卡：《〈十二表法〉——当代法律原则的渊源》，娄爱华译，徐国栋主编：《罗马法与现代民法》第7卷，厦门大学出版社2010年版，第276—292页。

②③ 参见 [波兰] 玛利亚·扎布洛斯卡：《〈十二表法〉——当代法律原则的渊源》，娄爱华译，徐国栋主编：《罗马法与现代民法》第7卷，厦门大学出版社2010年版，第276—292、276—292页。

④ 参见许中缘：《论任意性规范——一种比较法的视角》，《政治与法律》2008年第11期。

⑤⑫ See Jeffery Wever, The Twelve Tables and Their Impact on Modern Laws, 参见 prezi 网站。

⑥ Cfr. Muzio Pampaloni, De Tigno Juncto, Bologna, 1883, pp.166ss.

⑦ Cfr. Folansa Pepe(a cura di), Codice Civile(1865), Codice di Commercio(1882), Edizione Simone, Napoli, 1996, p.73s.

⑧ Voir. Raymond Monier, Le Tignum Iunctum, Li-

brairie Recueil Sirey, Paris, 1922, pp.258ss.

⑨⑩⑪⑫ 参见姜士林、陈玮主编：《世界宪法大全》上卷，中国广播电视出版社1989年版，第761、794、794、761页。

⑬ 参见郭中亚：《谈国民待遇原则与外国人在华的法律援助》，《河南司法警官职业学院学报》2004年第1期。

⑭ 参见亚微：《美国的保释金制度》，《民主与法制》2008年第18期。

⑮ 参见北京政法学院民事诉讼法教研室编：《外国民事诉讼法参考资料》，北京政法学院民事诉讼法教研室1982年印行，第30页。

⑯ 参见刘敏、陈爱武：《现代仲裁制度》，中国人民公安大学出版社2002年版，第23页。

⑰⑱⑲⑳㉑ 参见陈卫佐译：《德国民法典》，法律出版社2010年版，第294—295、332、350、122、543页。

⑳ 参见徐久生、庄敬华译：《德国刑法典》，中国法制出版社2000年版，第48页。

㉑㉒ 参见罗结珍译：《法国刑法典》，中国人民公安大学出版社1995年版，第19、473页，译文有改动。

㉓㉔㉕ 参见罗结珍译：《法国新刑法典》（附总则条文释义），中国法制出版社2003年版，第10、9、165页。

㉖㉗㉘㉙ 参见黄风译：《意大利刑事诉讼法典》，中国政法大学出版社1994年版，第70、233、234、第14页及以次。

㉚ 参见闵春雷：《增设拒绝作证罪的立法思考》，《延边大学学报》（社会科学版）2003年第2期。

㉛ 参见潘灯译：《西班牙刑法典》，中国政法大学出版社2004年版，第125页及以次。

㉜ 参见陆青：《试论意大利法上的高利贷规制及其借鉴意义》，《西安电子科技大学学报》（社会科学版）2013年第1期。

㉝ 参见徐久生译：《奥地利联邦共和国刑法典》（2002年修订），中国方正出版社2004年版，第97页及以次。

㉞ 参见徐久生、庄敬华译：《瑞士联邦刑法典》（2003年修订），中国方正出版社2004年版，第101页。

㉟ 参见赵秉志、郑延谱：《美国刑法中的死刑限制措施探析——兼及其对我国的借鉴意义》，《江海学刊》2008年第1期。

㊱㊲㊳ 参见费安玲等译：《意大利民法典》，中国政法大学出版社2004年版，第216、210、211页。

㊴ 参见张播、赵文凯：《国外住宅日照标准的对比

研究》，《城市规划》2010年第11期。

㊵ 参见金世育：《芝加哥市公墓管理的经验及借鉴》，《经济视角》（下）2010年第8期。

㊶㊷㊸ 参见孙建江等译：《魁北克民法典》，中国人民大学出版社2005年版，第2页及以次、354、199页。

㊹ 例见满红杰：《荣誉权作为独立人格利益之质疑——基于案例的实证分析》，《法商研究》2012年第5期。

㊺ 参见孙建江等译：《魁北克民法典》，中国人民大学出版社2005年版，第70页。

㊻㊼㊽㊾ 参见徐涤宇译：《智利共和国民法典》，金桥文化出版（香港）有限公司2002年版，第105、203、296、296页。

㊿ 参见黄道秀译：《俄罗斯联邦民法典》，北京大学出版社2007年版，第386页及以次。

① 参见吴远富译：《越南社会主义共和国民法典》，厦门大学出版社2007年版，第157页及以次。

②③④ 参见齐云译：《巴西新民法典》，中国法制出版社2009年版，第287、76、66页。

⑤ 参见殷生根、王燕译：《瑞士民法典》，中国政法大学出版社1999年版，第186页。

⑥⑦⑧ 参见徐涤宇译：《最新阿根廷共和国民法典》，法律出版社2007年版，第559、364、277页。

⑨ 参见史尚宽：《物权法论》，荣泰印书馆1957年版，第117页。

⑩ 参见马育民译：《法国民法典》，北京大学出版社1982年版，第139页。

⑪ 参见郑冲、贾红梅译：《德国民法典》，法律出版社2001年第2版，第223页。本文中的其他德民条文均引自此译本。

⑫ Véase Victor Vial Del Rio, Teoria General del Acto Juridico, Editorial Juridica De Chile, Santiago, 2006, pag.333.

⑬ 《中华人民共和国合同法》第45条规定：当事人对合同的效力可以约定附条件。附生效条件的合同，自条件成就时生效。附解除条件的合同，自条件成就时失效。当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。

⑭ 参见娄爱华译：《路易斯安那民法典》，厦门大学出版社2010年版，第251页。

作者简介：徐国栋，厦门大学法学院教授、博士生导师，福建厦门，361005。

（责任编辑 李 涛）