



论文精粹

[> 法学理论](#)[> 部门法哲学](#)[> 学术书评](#)[> 法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读正文](#)

> 论文精粹

班天可：罗马法上的法律错误溯源

ubuntu 发表于：2013-09-04 21:46 点击：250

罗马法上的法律错误溯源

班天可 北海道大学 博士生

关键词：错误，法律错误，法律认识错误，罗马法，学说汇纂

内容提要：在我国，不少学者甚至法官都认为，“不得以对法律的无知为抗辩”可以上溯至罗马法的传统原则。实际上，罗马法虽然区分事实错误和法律错误，但对后者绝非不救济。《学说汇纂》第22卷第6章记录了保罗（Paulus）、拉贝奥（Labeo）、涅拉茨（Neratius）、彭波尼（Pomponius）、帕比尼安（Papinianus）等古罗马法学家关于法律错误的见解，其中以保罗最为苛刻。然而，恰恰是保罗的意见为后世的注释学派所采纳，又经自然法学派的加工才形成了“不得以对法律的无知为抗辩”的法谚。罗马法中，法律错误和事实错误的区分不是所有情况都适用，尤其不适用于物的权属的错误和非债清偿的案件类型。

法律错误的问题横跨民刑两大领域。在我国学界，刑法领域的法律错误虽未见诸任何现实判决却意外地获得广泛的关注，而在民法领域，尤其是意思表示领域，尽管司法实践中已出现了极富争议的判决，却未能吸引广大学者的眼球，相关案例如下：张某（被告）在外驾车忘记带驾照，遂托友人李某为其送驾照。返回途中，李某和张某分别驾车行驶时与诉外管某的车辆相撞，李某死亡。张某误以为自己对李某的死负不可推卸的责任，遂与李某之妻王某（原告）签订了补偿协议。事后，张某经咨询得知自己对李某的事故不需要负任何赔偿责任，于是拒绝履行补偿协议。王某遂提起诉讼，要求张某履约。一审法院支持了王某的请求，张某不服，上诉至二审法院（北京市第二中级人民法院），认为自己理解法律错误，存在重大误解，要求改判。二审法院认为，张某和王某间的补偿协议有效，且张某对法律的理解错误不属于重大误解，据此驳回了张某的上诉请求。[1]对此，主审胡建勇法官在案件评释中写道：“在帝政时代的立法，将错误区分为法律上的错误和事实上的错误，并且认为法律上的错误一般不影响民事行为的效力，而事实上的错误又分为重要错误和次要错误，前者对民事行为的效力产生影响，后者则对民事行为的效力不构成影响。罗马法中的错误范围包括法律行为性质的错误、当事人的错误、标的物的错误、动机的错误等几类……我国的民事立法应确立‘法律不应原谅无知’之原则，明确地把错误区分为法律上的错误和事实上的错误，并且规定法律上的错误并不影响民事行为的效力。上述案例反映的对法律的理解错误就属于法律上的错误，该错误咎由自取，不会影响民事行为的效力，在该案例中法院没有采纳张某的错误理解，而判决张某仍就其自愿签订的经济补偿协议负履行义务。”[2]

令人错愕的是，法官认为张某“咎由自取”的理由不是知法推定、私法秩序或动机错误，而是诉诸罗马法的传统。罗马法对法律错误和事实错误的区分居然影响到了千年之外的中国的民事判决，并赫然成为法官价值判断的形成因素！学界中，主张法律错误不予救济的学者不在少数。[3]同时，主张在一定范围内救济法律错误的阵容也日渐壮大。[4]如胡吕银副教授就主张，“法律服务的普遍性并不完全符合我国的实际。即使存在所谓法律服务的普遍性，也难以避免人们在

现实生活中发生法律错误。可行的办法是采用德国学理的分法，依对法律错误发生的不同情形，分两种方式处理之，”即将“非直接基于当事人的法律行为，而是基于法律为补充当事人意思而规定的错误”作为不可撤销的动机错误，而将“因当事人的法律行为直接发生的错误”作为可撤销的内容错误。[5]

无论学者对法律错误的态度如何，至少“不得以对法律的无知为抗辩”是源自罗马法的原则这一点几乎是定论，或者说争论的理所当然的前提。[6]对此，从未有人抱有疑问，因为谁都未曾直观地展示过，罗马法上的法律错误究竟是一个怎样的形态。[7]“不得以对法律的无知为抗辩”的法谚在古罗马就已经形成了吗？罗马法上，法律错误一律不救济吗？如果不是的话，那救济的和不救济的都是哪些案型？法律错误在近代民法学中又处于怎样的地位？这就是本文所要解答的问题。

一、罗马法的“决疑论”特征和本文的方法

研究罗马法时需要一种特殊的方法，因为罗马法有明显的决疑论特征。决疑论的思维方式，简而言之就是个案分析，即拒绝用一个抽象的规则统治变幻莫测的世界，构造上和英美法相近。正如古罗马法学家Javolenus所言，“市民法中，一切定义都是危险的。定义之后又不得不改废的不在少数。”（Javolenus, D. 50, 17, 202）因为情况稍有变动，法律概念或规则就不再适用。所以，罗马的法学家对概念形成持审慎的态度。这样，就不难理解为何在庞大的罗马法学著述中居然没有权利能力、物权、法律行为、意思表示等在体系建构中不可或缺的概念，也不难理解创造出诉权 *actio*、抗辩 *exceptio*、禁令 *interdictum*、原状恢复 *in integrum restitutio* 等诸多救济方案的罗马法为何总也提炼不出“权利”的概念。[8]帝制时期，法学家基本都是政治家，被赋予解答权，但法学家针对个案的解答并不意味着普遍的真理，而只是一个经验，一旦发觉经验带来了不当的结果，就会重新加以思考。这样，体系上的重复和矛盾或许难以避免，但决疑论式的构造能保证个案处理的妥当性。

决疑论成就了作为“善良与衡平之术”的罗马法，却也给后世的研究带来诸多不便。最显著的一点就是，《国法大全》编纂过程中所收录的法学家意见并不是放之四海皆准的抽象准则，而只是针对某一个案的结论。决疑论哲学支配下的古罗马法学家或许只想说“在这种情况下是这样”，而未必有适用于一切情况的意图。因此，不分析法学家做出论断时脑中考虑的究竟是怎样的案件，就根本不可能知道该论断在罗马法中的适用范围究竟有多宽。因此，仅仅是在《学说汇纂》中发现了诸如“法律的无知有害，而事实的无知无害”（Paulus, D. 22, 6, 9 pro.）之类的只言片语也未必能够得出罗马法在一切情况下都不救济法律错误的结论。就罗马法研究而言，明确法学家是针对怎样的案件做出该结论的，可能比仅仅指出法学家做出了什么结论更有意义。尽可能将各个法学家关于法律错误的论断还原成具体的案例，再对案例进行背景分析和类型化，便是本文的研究方法。

二、古罗马法学家的诸见解一判断标准的问题

罗马法中，有关法律错误的记述主要收录在《学说汇纂》第22卷第6章和《法典》第1卷第18章中。[9]

这里是《国法大全》（*Corpus Juris Civilis*）中关于错误的条文最集中的两处[10]前者由十条法学家意见组成，分别出自保罗（Paulus）、涅拉茨（Neratius）、彭波尼（Pomponius）、泰伦提·克莱门斯（Terentius Clemens）、乌尔比安（Ulpianus）和帕比尼安（Papinianus）的著述，而后者由13条谕令组成。[11]本文所探讨的“法律的无知有害”的法谚脱胎于《学说汇纂》第22卷第6章保罗的意见，因此本文以《学说汇纂》为研究的重心，必要时引用《法典》的内容。

（一）保罗的意见

保罗曾就法律错误和事实错误撰写过专著，在《学说汇纂》第22卷第6章中占有相当大的篇幅，其中一句被浓缩为“法律的无知有害”（*error iuris nocet*）的法谚，对后世影响巨大。下面是该法谚在罗马法上的原型：

Paulus, D. 22, 6, 9: 法律的无知有害，而事实的无知无害，这是一般性规定（*regula*）。至于该规定在什么情况下适用，首先必须提到，未满二十五岁的人不知道法律是可以被宽恕的。还有，鉴于性别上的缺陷，女性也是一样。另外，只要不是违法行为，他们不会因对法律的无知而遭受不利。基于上述理由，如果未满二十五岁的人借钱给家子（父权支配下的儿子·笔者注），他将得到救济，如同他未曾借钱给该家子一样。

§1作为士兵的家子被战友指定为继承人，却又不知道根据皇帝的谕令无需家父的同意也可以继承，他可以以对法律的无知为由延迟继承承认的期间。

引文显示，保罗的意见由原则和例外构成：原则是“法律的无知有害”，例外是25岁以下的人、女性和军人。保罗举的两个例子都是关于家长财产制的：罗马法中，服从于家父支配的家子没有财产上的能力，不能设定债务，也不能继承他人财产；但后来奥古斯都大帝（以下简称“奥帝”）例外地赋予身份为军人的家子以财产能力。[12]此时，可能出现两种法律错误：一是，某人借钱给家子，违反了禁止向家子贷款的马凯多元老院决议（Ulpianus, D. 14, 6, 3 pro.），根据决议家子无须返还债务，这对贷款人极其不利（D. 22, 6, 9 pro.）；二是，如果身为军人的家子被战

友指定为继承人，却又不知道有利于自己的谕令，不知不觉中错过了承认继承的期限（D. 22, 6, 9, § 1）。就第一种情况，保罗认为，贷款人未满25岁，可以例外地获得救济，因为年轻人对法律欠缺理解力；同样的理由也及于妇女。就第二种情况，保罗认为军人应得到救济。虽然从此处读不出理由，但在《法典》第6卷中优士丁尼大帝（以下简称“优帝”）亲自给出了解答：“比起研习法律，军人更应当精通武器”（Justinianus, C. 6, 30, 22 pro.）。[13]问题是，例外是否仅限于25岁以下的年轻人、女性和军人？

Paulus, D. 22, 6, 9, § 3: 拉贝奥如是说，一个人若能咨询他人或者他自己就通晓法律，他便会知道对法律的无知不会有损于他，那么，对法律的无知有害的规定才适用于他，使他蒙受不利益。上述情况很少被认可（quod raro accipiendum est）。

这一段颇有争议，尤其是最后一句。这里，保罗引用了拉贝奥的观点，而拉贝奥讲述了一个意义深远的判断标准：行为入是否有接触法律的可能性。如果行为入自己不通晓法律，甚至没有咨询的可能性，那他对法律的错误应当被救济。可惜，拉贝奥没有给出具体的例子，不过乌尔比安在《学说汇纂》第29卷给出了例解：无经验的人或村夫野人

（Ulpianus, D. 29, 5, 3, § 22）。争议在于，保罗在大段引用拉贝奥的话之后却评价说：上述情况很少被认可。

这一句话从上下文看十分突兀，被认为有篡改的嫌疑。[14]如果删去这句，保罗引用拉贝奥的意图就明朗了，即“法律的无知有害”虽然是一般性的规定，但适用的前提条件是，行为入有接触和理解法律的可能。[15]最后一句倘若不是篡改，例外的范围只限于25岁以下的年轻人、女性和军人三者。至于法律错误为何原则上不救济，可能是因为保罗在评价上将法律错误等同于重过失的事实错误。这一点正是后来的“不得以对法律的无知为抗辩”法谚的理论基点（见下文四（一）部分）。所谓重过失，指一般人都应知道的事情而行为入却不知道（Ulpianus, D. 50. 16. 213）。“严重的不注意相当于过失，重大的过失相当于故意”（Paulus, D. 50. 16. 226）。故意的错误（心中保留）当然无需救济，但重过失和故意之间能否轻易地划等号，实在值得推敲。

纵观整个《学说汇纂》第22卷第6章不难发现，关于法律错误，“原则加例外”只是保罗的一家之言，各家各派都提出了独自的判断标准。下面依法条的排列顺序依次介绍。

（二）涅拉茨的意见

Neratius, D. 22, 6, 2: 从任何方面看（in omni parte），法律的无知和事实的无知都不可同一而论。因为法律是能够且必须确定的（finitum），而事实会骗过哪怕是最聪明的人。

涅拉茨也认为法律错误和事实错误应予区分，理由是法律的“确定性”。但是，何为“确定性”？涅拉茨为什么认为法律有“确定性”？对此，罗马法学界颇有分歧。

Kunkel认为该条也来自于篡改，因为“in omni parte”的用法不自然。[16]对此Mayer-Maly反驳说，批准《学说汇纂》的《唐塔谕令》中明确写着：“神的事物如此完美无瑕，而人类的法律状态总是走向不确定，没有什么永恒不变的。”（Constitutio Tanta § 18）由此可见，D. 22, 6, 2不可能是篡改的产物，因为《学说汇纂》的编者不会故意编造出一个和皇帝的谕令截然相反的条文。[17]依Mayer-Maly的见解，该条虽然不是篡改，但只是涅拉茨就时效取得（usucapio）的问题得出的个别结论，欠缺普遍适用性。[18]与Mayer-Maly的出发点不同，Pringsheim从罗马法的实践性出发，认为“确定性”指的是法的封闭性，即数量上的有限性、绝对性、不向法解释开放，因为比起法解释罗马的法学家更重视事实的解释。[19] Norr认为“确定性”指有限性或终局性，原因是罗马法上习惯不是法源。[20] Greiner也认为“确定性”指数量有限、易于理解，并通过反对涅拉茨意见的反对解释得出一个惊心动魄的结论：“法律是能够且必须确定的，这并不意味着现实中的法律总是完备的。条文的作者恐怕是想说，如果法律一旦丧失了确定性，在某些特定的案件中法律错误也能得到救济。”[21]从上述观点中我们不难发现，就“确定性”的含义存在一个交集：法律在数量上的有限性。

至于是什么原因使涅拉茨相信法律在数量上是“有限”的，Winkel指出了重要的历史因素：涅拉茨所生活的时代恰逢尤里安编纂《永恒告示令》（edictum perpetuum）。[22]根据《永恒告示令》，法务官在颁布告示时只能依从于以往的告示精神，不得创设新的原则。可以说，法务官法成文化的立法活动正是涅拉茨相信法律“有限性”的历史前提。如果脱离了个前提，来到一个成文法爆炸、判例法盛行的时代，“法律有限性”的命题就大打折扣了。

（三）彭波尼和尤里安的意见

Pomponius, D. 22, 6, 3 pro: 不知道他人的法律或事实关系和不知道自己的权利（jure suo），二者殊异。

彭波尼的这条意见极其难解，因为既没有阐明原因，也没有给出案例，似乎只是在抽象地强调：对自身权利状态的错误和对他人权利状态的错误有所不同。后来，注释法学派的学者从中抽像出所谓“内部错误”和“外部错误”，并解释说只有外部错误才可以获得救济，因为错误必须是可以证明的，而内部错误不满足这个条件。[23]然而，根据Voci的研究，这里彭波尼只是在重述尤里安在《学说汇纂》第35卷第1章中的意见而已。[24]如果找出尤里安的相关段落研读一

下，就会发现注释法学派的解读非常荒谬。

第35卷第1章第21条至第26条是关于遗赠条件的错误，与本文密切相关，这里选取其中的两条加以分析：

Julianus, D. 35, 1, 21: 条件是关于法律的还是关于事实的，这一点非常重要。譬如“倘若那艘船从亚细亚回来”或者“倘若Titius（虚构人物·笔者注）当上了执政官”，这些条件即便已经成就，只要继承人不知道条件已成就，这些条件就会妨碍其取得遗产。但如果条件是关乎法律的，那么只要条件成就效力就会发生，此外无需其他任何东西。例如，某人误以为自己还处于父权的支配下，但实际上他已经是家主了，此时误解也不妨碍他取得遗产。同理，被指定为继承一部分财产的人，即便不知道继承已经开始，也能够取得遗产的所有权。

这里，尤里安在就受赠人对遗赠条件的成就与否的错误和财产取得之间的关系陈述立场。众所周知，罗马法的古典时代前期，法学家分裂成两大对立阵营：萨宾派和普洛克鲁斯派。萨宾、尤里安和彭波尼属萨宾派，拉贝奥和涅拉茨属普洛克鲁斯派；萨宾和尤里安是萨宾派的领袖，而拉贝奥被称为普洛克鲁斯派之祖。[25]两派冲突之处甚多，本条所涉及的“遗赠的条件成就时，若受赠人不知继承已开始，他可否取得财产的所有权”的问题，就是其中之一。萨宾派认为当然可以取得，而普洛克鲁斯派则认为受赠人必须有接受赠与的承诺。[26]这里，尤里安论述显然是在前者（当然取得说）的基础上展开的。

受赠人不知道条件已成就，这在尤里安看来是一种错误。尤里安认为，如果受赠人的错误是关于他人的事实关系，如“Titius是否当上了执政官”，那么他的财产权取得将受到妨碍；如果受赠人的错误是关于其自身的法律关系，如“继承是否已经开始”，那么他将直接取得财产权。因为法律上的条件一旦成就，会自动依法发生效果，无需“受赠人的认识”或“受赠人的承诺”等额外因素。比如，受赠人不知道自己已经是家主，无需家父的同意即可继承他人的财产，这不妨碍其取得财产。此时，我们得到一个惊人的结论：当受赠人对条件的成就发生错误时，法律错误会带来利益，而事实错误反倒难以救济。当然，尤里安也没有说法律错误就一律应该保护。不妨再看下面一条：

Julianus, D. 35, 1, 22: 丈夫以妻子不再婚或如果再婚就将财产交给Titius为条件，将财产遗赠给妻子。这种情况下，妻子即使再婚，也可以主张遗赠财产上的权利，而且财产的信托不会被强制执行。这是一个明确的规则。

这一条是关于附解除条件的遗赠的效果。罗马法上有一条铁则，叫“一旦是继承人，永远是继承人”（semel heres semper heres），禁止遗赠人在遗赠上附解除条件；如果附了解除条件，条件被抹除，变为无条件的遗赠。[27]因此，D. 35, 1, 22中的妻子即便再婚，也不必把财产交给Titius。但如果从遗赠人的角度看，他不知道法律禁止遗赠附解除条件，这显然是法律错误。如果法律规定附解除条件的遗赠无效，那就意味着救济法律错误，但如果法律只规定遗赠变成无条件的，则意味着不救济法律错误。

上述分析显示，尤里安的观点中，可救济和不可救济的法律错误兼有之。尤里安在说“条件是关于法律的还是关于事实的，这一点非常重要”时，他所针对的仅仅是“受赠人不知道自己取得遗产的资格”这种案件（D. 35, 1, 21）。法律上的条件一旦成就效果会自动发生，行为人是否意识到条件成就不影响所有权的取得，这一点区别于事实错误。此时，法律错误不会给行为人招致任何不利。但如果案件类型有所变化，结论可能会发生一百八十度的反转（D. 35, 1, 22）。这样解释才符合罗马法的决疑论特质，过度的抽象是徒劳的。

比照尤里安的意见，彭波尼的态度就明朗多了。彭波尼在说“不知道他人的法律或事实关系和不知道自己的权利，两者殊异”时，其重点并不在“他人”和“自己”上，只是针对“遗赠的受赠人不知道自己取得遗产的资格”的案件，而且此时法律错误并不会给受赠人带来任何不利。后来的注释法学派将彭波尼的意见抽象为“内部错误”和“外部错误”，并借此主张对“内部错误”不予以救济，不免有误读之嫌。

（四）帕比尼安的意见

Papinianus, D. 22, 6, 7: 对法律的无知不会给想获利的人带来利益，但也不会给请求返还的人带来损害。

Papinianus, D. 22, 6, 8: 事实错误无害，哪怕是男性，也无关乎损害或是得利；法律错误有害，哪怕是女性，只要是关乎得利的：总之，只要是关乎避免自身损害的，即便是法律错误也无害。

如果将“法律错误有害”理解为罗马法的原则，那帕比尼安的意见无疑向这一结论投下了巨大的问号。帕比尼安也承认法律错误和事实错误确有不同，但法律错误可否救济须遵循以下标准：是想获利的人，还是想避免损害的人。逸失利益不予救济，实际损失则有可能。比起保罗的“原则加例外”，帕比尼安的标准更具冲击力。但不同于保罗的是，《学说汇纂》第22卷第6章只摘录了帕比尼安的两条结论，而且未辅之以例解，这严重影响了后世对帕比尼安思想的解读。这里，笔者从第22卷第6章之外选取了帕比尼安关于法律错误的另外三条意见，以解明帕比尼安的意见针对的是怎样的案件。其中，Ulpianus, D. 16, 1, 6和Papinianus, D. 16, 1, 7是不救济法律错误的情况，Papinianus, D. 31, 79是救济法律错误的情况：

Ulpianus, D. 16, 1, 6: 当保证人受一位母亲的委托为她不在家的儿子的财产管理人做保（intercessi）时，试

问，威雷亚努姆元老院决议对保证人是否也有效？帕比尼安在《质疑录》第九卷说，保证人可以援用抗辩。考虑到他们作保是受母亲所托，即便是为财产管理人作保也没有差别。帕比尼安又补充说，如果保证的相对人不知道保证人的担保是受母亲的委托，那么保证人的基于元老院决议的抗辩会遭遇抗辩的恶意反抗辩。

Papinianus, D. 16, 1, 7: 因此，如果对方提出抗辩的恶意反抗辩，保证人基于元老院决议的抗辩就会失效，即便是这样，保证人对母亲不能提出反抗辩。因为他不可能以对事实情况无所知为理由。但是，赋予保证人以对财产管理人的无因管理之诉应不会有违公平，因为依据元老院决议委托无效，而财产管理人也因此不必付钱给保证人。

Papinianus, D. 31, 79: 寡妇以遗产信托的方式从丈夫那里得到了一块土地，信托的内容是寡妇在死亡时将该土地留给丈夫的解放自由人，而寡妇临终时却将土地的果实留给了自己的解放自由人。基于男庇主的遗嘱本应主张土地上的权利的自由人不知道自己的权利，长期以来和其他自由人通过收获土地的果实生活。确定的是，自由人基于第一个遗产信托的请求，不因这一点（不知道自己的请求权·笔者注）被剥夺。

先看不允许救济的法律错误。D. 16, 1, 6和D. 16, 1, 7讲述了同一个案件，该案起因于罗马法对女性的歧视（保护）。公元46年，威雷亚努姆元老院决议（SC Velleianum）禁止女性为他人作保。[28]这样的背景下，D. 16, 1, 6中的母亲甚至无法为儿子的财产管理人作保，只得委托他人。倘若是普通的委托，受托人在完成委托事务后，对委托人享有费用偿还请求权（actio mandati contraria）。但本案的委托人是妇女，如果受托人（保证人）在完成委托事务（担保债务）后仍然可以向委托人请求费用偿还的话，这和母亲自己作保没有区别，违反了元老院决议的宗旨。根据决议，母亲对受托人（保证人）有一个抗辩权（exceptio SC Velleiani）。结果，受托人（保证人）承担了债务，却无法请求费用偿还。帕比尼安认为，受托人（保证人）当然可以援引元老院决议作为抗辩，但债权人也会提出恶意反抗辩（replicatio doli）：受托人（保证人）既然明知委托人是女性，那为什么还要接受委托，缔结一个有瑕疵的保证？这就是文中所说的“抗辩的恶意反抗辩”。同样的反抗辩，受托人（保证人）却不能向母亲主张，因为他知道委托方是女性，却不知道如果女性有抗辩权：这不是事实错误，而是法律错误！这种情况下，受托人（保证人）得不到来自错误制度的救济，只能在向债权人履行债务之后向财产管理人提起无因管理之诉。这里的受托人（保证人），就是帕比尼安所说的“想获利的人”。对女性的费用偿还请求是法律所禁止的利益，主张对法律的错误不会使该利益起死回生。接着看可以救济的法律错误。D. 31, 79中，丈夫在临终时将土地留给妻子，但不希望妻子随意处置，而是希望她最终交给自己指定的解放自由民。问题是，丈夫的希望如何实现。上文中提到过，丈夫不能说“如果你不愿把土地交给自由人，那遗赠就无效”，因为遗赠不能附解除条件，所以丈夫只好寄希望于妻子的“信义”。这种将寄希望于受赠人的“信义”的非要式死因赠与行为，称为遗产信托（fideicommissum）。[29]共和制时期，罗马法始终坚持认为“希望”不能转化为受益人的“请求”，但自奥帝起，遗产信托被赋予强制力（Inst. 2, 23, 1; 2, 25 pro.）。在这样的背景下，D. 31, 79中的自由民根据特雷贝里元老院决议（SC Trebellianum）本来有权请求遗产，但出于对法律的无知，不知道自己有这样的权利，默默接受了女庇主的临终安排，导致权利失效（longi temporis praescriptio；D. 23, 2, 57）。这里的自由民，就是帕比尼安所说的“请求返还的人”。依据法律，作为男庇主的遗产信托的受益人有权请求遗产，即便他不知道赋权规范的存在也不应因此遭受损害。

帕比尼安在D. 22, 6, 7/8中所区分的“想获利的人的法律错误”和“请求返还的人的法律错误”，或可还原为“对禁止性规范的法律错误”（D. 16, 1, 6/7）和“对赋权规范的法律错误”（D. 31, 79）。此时会发现尤里安和帕比尼安对法律错误的判断标准尽管措辞不同，却有异曲同工之妙。因为，就应救济的法律错误，尤里安所想的是继承人不知道自己具有继承资格的案件（对“自己的权利”的错误），帕比尼安所想的是信托遗赠的受益人不知道自己具有请求权的案件，两者都是“对赋权规范的法律错误”；就不应救济的法律错误，尤里安所想的是遗赠人不知道法律禁止在遗赠上附解除条件的案件，帕比尼安所想的是保证人不知道法律禁止女性作保的案件，两者都是“对禁止性规范的法律错误”。尤里安和帕比尼安在具体问题上的结论是一致的！[30]综上，再结合帕比尼安在古罗马的特殊地位，可以说，相比于保罗的“原则例外说”，帕比尼安的见解才是当时最广为接受的立场。[31]

（五）小结

罗马法中，法律错误的救济条件比事实错误严格。保罗认为法律错误原则上不救济，只有25岁以下的人、女性和军人是例外。但在保罗之外，拉贝奥、涅拉茨、彭波尼、尤里安和帕比尼安都曾对法律错误提出过独自的标准：拉贝奥认为，法律错误有害的前提是行为人有接触和理解法律的可能；涅拉茨认为，法律错误有害的原因在于法律的“确定性”；彭波尼和尤里安认为，行为人对自身权利状况的错误可以获得救济，例如，受遗赠人即便不知道自己具有取得遗产的资格，也不影响遗产的取得；帕比尼安认为，法律错误只对“想获利的人”有害，而对“请求返还的人”无害，例如，依据法律，遗产信托的受益人有权向遗产的受赠人请求遗产，但出于无知未能行使权利，此时受益人的权利不会因对法律的无知而失效。彭波尼、尤里安和帕比尼安的观点虽然措辞不同，但在案件处理上是一致的，即“对赋权规范的法律错误”

予以救济，而“对禁止性规范的法律错误”不予以救济。相比之下，尤里安、彭波尼和帕比尼安的观点才代表着当时的通行见解。

综上，罗马法中，救济和不救济的法律错误兼而有之，救济的标准可谓学说林立。被后世认为是“法律的无知有害”原则生身之父的保罗恰恰是众法学家中给出最苛刻标准的人。不得不说，后世对罗马法的总结未免失之偏颇。

三、罗马法上法律错误的诸类型—适用范围的问题

从刑事责任到继承承认的期限，从遗产信托的强制力到时效取得，法律错误和事实错误的区分似乎渗透于罗马法的各个角落。据此Haupt认为，《学说汇纂》第22卷第6章适用于一切法域的错误—意思表示的错误（如契约的错误）和非意思表示的错误（如刑罚的错误）。[32]这是罗马法学界的传统观点。这也就不难理解为什么周相先生在谈到法律行为的错误时会说“（法律错误）原则上不影响法律行为的效力”。[33]但近年，Haupt的观点受到质疑。包括Zimmerman和Schermaier在内的中坚学者都认为，罗马法的错误论是双轨制的。[34]所谓双轨制，指非意思表示的错误才是真正的错误，适用《学说汇纂》第22卷第6章，而意思表示领域的错误则属“意思欠缺”，虽冠以error的名号，却不是真正的错误，对应的规范群应在《学说汇纂》第18卷第1章。[35]

总之，根据新的观点，《学说汇纂》第22卷第6章所规定的法律错误和事实错误的区分不适用于意思表示的错误，尤其不适用于契约。

（一）物的权属和法律错误

对物的权属的错误只是看上去像法律错误而已，在罗马法中是不折不扣的事实错误。《学说汇纂》不止一处提到这一点。

Ulpianus, D. 5, 3, 25, § 6: 关于“知道财产不属于自己的人”；知道事实情况的人和对法律发生错误的人都属于“知道财产不属于自己的人”吗？因为他可能以为遗嘱的执行是有效的而实际上无效；或者，他可能以为自己有权取得遗产而实际上有比他顺位在先的人。我认为，没有欺诈意图的人不应归为盗贼，即便他的错误和法律有关。

Ulpianus, D. 43, 20, 1, § 10: 虽然依照法律此处的水不属于任何人，但是他相信自己依法有引水的权利，而且一直这样做。这种情况不属于法律错误，而是事实错误。依据我们的法律习惯，他有权申请引水禁令，因为他相信自己有引水的权利，而且他引水时没有使用暴力、秘密手段和虚假头衔，这就足够了。

D. 5, 3, 25, § 6中，乌尔比安在处理这样的问题：根据法官告示，恶意占有人—“知道财产不属于自己的人”—即便在纠纷之前就已将占有物消耗殆尽，所有权人依然可以主张原物返还之诉，恶意占有人须返还物的价值。乌尔比安认为，对遗产的权属发生错误的继承人不是恶意占有人，如果他在善意的状态下消耗了占有物，无须返还原物的价值。这里，法律错误和事实错误没有区别。而在D. 43, 20, 1, § 10中，乌尔比安明白无疑地表示，对引水权的权属的错误不是法律错误，而是事实错误，不妨碍占有人申请禁令。总而言之，罗马法中物的权属错误不被看作是法律错误。

（二）非债清偿和法律错误

当行为人基于法律错误而对不存在的债务作出清偿（*condictio indebiti*）时，倘依传统的理解—“法律的无知有害”，非债清偿似乎不能得到救济。但情况并非如此：罗马法上，“若有人因无知而作出清偿，可依该诉权请求返还。但是，若他明知债务不存在，则丧失返还请求权。”（Ulpianus, D. 12, 6, 1, § 1）也就是说，无论非债清偿起因于事实错误还是法律错误，只要不是“明知”，就不会影响不当得利之诉。下面介绍两个条文：

Valens, D. 36, 1, 70, § 1: 当你被要求返还所有遗产，你自愿地接受了，而且返还时没有扣除四分之一。尽管很难相信你返还财产是基于错误而不是出于履行遗产信托，但如果你确能证明没有扣除遗产的四分之一是基于错误，那你还是可以把多返还的四分之一讨回来的。

Ulpianus, D. 36, 4, 1 pro: 如果某人被禁止请求提供担保，但他还是这样做了，继承人可否请求返还保证金，以使自己从担保中解脱出来？如果继承人在交付保证金时明确知悉自己没有必要提供保证，那继承人不能获解脱。但如果他不知道自己无须提供保证，那将如何呢？他可以请求返还。如果他不知道自己无须提供保证是基于对法律的无知，他也可以请求返还保证金吗？在这种情况下，所有人都会说出正确的结论：他可以请求返还。可是，如果他们为此甚至订立了相关条款，那保证人可以被赋予一个抗辩权吗？有力的见解是，他可以享有一个抗辩权，因为保证的提供是在完全没有必要的情况下做出的。

D. 36, 1, 70, § 1记述了遗产信托的继承人对贝加苏元老院决议（SC Pegasianum）的法律错误。根据公元前40年的法尔其第法（*lex Falcidia*），被继承人用于赠予法定继承人之外的财产不能超过总财产的四分之三，类似近代民法中的特留份请求权；此后，贝加苏元老院决议又扩展了法尔其第法的适用范围，规定遗产信托的受益人向继承人请求返还财产时，继承人也有权留下财产的四分之一。但倘若继承人不知道自己可以留下四分之一，误将全部财产返还的情况下，他可否主张法律错误？瓦伦斯认为，尽管证明“返还财产是基于错误而不是出于履行遗产信托”很困难，但只要

继承人完成了举证，就可以讨回那四分之一。

D. 36, 4, 1 pro也涉及遗产信托。自奥帝时代起，遗产信托被赋予强制力，受益人有权向遗产的继承人请求返还。为了避免无力偿还的出现，法务官创造了一种叫做遗嘱格守担保（cautio legatorum servandorum causa）的制度。法务官可依受益人的申请，命令继承人交纳一定的保证金，以预防遗产损耗（D. 36, 3, 1 pro）。这样的措施固然确保了受益人的利益，但对继承人却略显苛刻，作为一种回避策略，被继承人经常在遗嘱中明文禁止受益人向继承人请求提供担保。但问题是，继承人往往误以为这样的禁止条款在法律上是无效的，错误地向受益人交付了本无须交付的保证金。此时，继承人可否向受益人请求返还保证金？这就是D. 36, 4, 1 pro所处理的法律错误的问题。乌尔比安认为，继承人当然可以请求返还，即便保证金的交付是基于对法律的无知。

综上，非债清偿的案件中，虽然在举证上多少有些困难，但只要克服了困难，无论清偿行为是基于事实错误还是法律错误，行为人都能够获得救济。

（三）刑责和法律错误

罗马法中，对刑事责任的法律错误原则上不救济，但有例外。正如前文中的保罗意见中所示，对家子的借贷是一种罪，但是25岁以下的贷款人可以例外地得到救济（Paulus, D. 22, 6, 9 pro.）。Momm森补充说，女性和无经验的人可获免责，但前提是，法律错误的对象不能是“以道德为基础法律”。[36]例如，通奸罪中，即便是女性也不能主张法律错误；而在乱伦罪中，只有违反万民法的罪行才不允许主张法律错误，市民法则允许（Papinianus, D. 48, 5, 39, pro et § 2）。相反，说起“不以道德为基础的法律”那就要数税法了。

Marcianus, D. 39, 4, 16: § 5神圣的哈德良规定，主张无知的人也应支付关税的罚金。§ 6神圣的马可·奥理略皇帝和康茂德皇帝在复函中规定，海关承揽人没有向通关的人讲解税法责任，但是不能误导前来咨询的人。

可见，在古罗马，不懂得关税规则的人只要去问，海关承揽人有正确解答的义务。咨询的可能性是不允许主张法律错误的前提。如果海关承揽人误导了通关人，那通关人就可以主张法律错误。这样判断标准在现代刑法中依然有生命力。

[37]

（四）时效取得和法律错误

Pomponius, D. 22, 6, 4: 时效取得（usucapio）中，法律错误不会带来利益，相反，事实错误则会带来利益。

Paulus（Pomponius），D. 41, 3, 31: 时效取得中，法律错误永远不会给占有人带来利益。对此，普洛克鲁斯说，如果监护人在买卖开始之时或在买卖完成很久以后因错误而作出追认，不可能发生时效取得，因为存在法律错误。彭波尼认为，时效取得中法律错误不会带来利益。至于原因，D. 22, 6, 4语焉不详，必须参考D. 41, 3, 31，因为两者在彭波尼的原著中系前后文关系。[38] D. 41, 3, 31记述了占有人（买受人）对监护人的事后追认的错误：罗马法上，监护人必须当场同意被监护人的买卖行为，事后的追认无效（Gaius, D. 26, 8, 9, § 5），物的所有权也不会发生转移，买受人只是物的占有人，但很多人都不知道这一点。一年后，监护人请求买受人返还标的物，买受人可否主张时效取得？彭波尼的立场是，不知道监护人的事后追认无效是对法律的无知，会妨碍占有人的时效取得。

总体而言，彭波尼说“法律错误不会带来利益”时，只针对时效取得的案件，而且只针对其中的占有人，不可推而广之。这里，彭波尼只是以法律错误为工具，为时效取得设立尽量严格的要件：占有人必须对占有物的所有权保持充分的确信且确信不能基于法律错误，毕竟取得时效是一个建立在牺牲他人所有权之上的制度。在现代民法中，这一目的是依靠对“自主占有人的善意无过失”要件的严格解释而达成的，而在罗马法中，相同的目的却在法律错误的视角下完成了。

（五）期间和法律错误

对期间的法律错误的话题，在保罗的意见中也出现过（Paulus, D. 22, 6, 9, § 1）。身为军人的家子被战友立为继承人，但不知道有利于自己的谕令，误以为自己没有继承资格，错过了承认继承的熟虑期间（cretio vulgaris），但因军人的身份而例外地得到救济。除了承认继承的熟虑期间，遗产占有制度（bonorum possessio）也时常诱发法律错误的问题。罗马法上，除了市民法（法律、元老院决议和谕令）的继承制度之外，还有一种基于法务官法的类似于继承的制度——遗产占有。如果遗嘱上有七位证人的封印，法务官可以不审查是否践行了市民法规定的要式，直接允许继承人按照事实对遗产的占有。[39]这个制度的启动以继承人的申请（agnitio）为前提，但是很多人不知道这个程序要求，就产生了法律错误的问题。《法典》中有这样两条规定：

C. 1, 18, 3: 如果你从父权中解放出来，却未能在一年之内请求遗产占有，你不能以不知道法律为由要求保护。

C. 6, 9, 6: 关于《永恒告示令》（edictum perpetuum）中规定的遗产占有的申请期限，即便是妇女也不会从对法律的无知中获益。

可见，如果行为人因对法律的无知而错过了法律规定的期限，几乎不可能受到保护。近代民法中，期限的错误通常不被

看作是“错误”的问题，而是对起算点的解释的问题。如我国《继承法》第25条第1款规定，受遗赠人应当在知道受遗赠后两个月内，作出接受或者放弃受遗赠的表示，到期没有表示的，视为放弃受遗赠。条文中使用的是“视为”，也就是说，即便受遗赠人能够证明没有表示是基于错误，也不可能获得救济。只不过在罗马法中，期间的起算点问题被当作“事实错误和法律错误”的问题被统一处理。

（六）小结

上文的五类法律错误中，物的权属错误和非债清偿的案件不适用法律错误和事实错误的区分，而涉及法律强行性效果的错误，如刑责、时效取得、期间等则适用。适用最为严格的是期间，除了军人，几乎不存在例外。其次是刑责，军人、妇女、25岁以下的人和无经验的人可以成为例外。时效取得的案件中，“法律错误不带来利益”作为时效取得的限制手段只针对占有人，没有普遍意义。

综上，罗马法上虽然存在法律错误和事实错误的区分，但适用范围有限。虽然不能断言上述区分一定不适用于意思表示的错误，但至少Haupt所说的以法律和事实的区分为核心的、适用于全法域的错误论是不存在的。

四、“不得以对法律的无知为抗辩”的前世今生

就是这样一个依错误的主体（怎样的人）和客体（怎样的法律）而不断变动的、富有弹性的法律错误制度，在后世的继受过程中被加工成僵硬的法谚：“不得以对法律的无知为抗辩”。为何会形成这样的局面？这不得不从注释学派说起。

（一）注释法学派和自然法学派

公开主张“知法推定”的是注释法学派的学者。上文曾介绍过，Azo误用了彭波尼的意见，得出“一切有关外部的错误都是真的错误（error probabilis）”的结论。Azo的理由是，内部的错误一如不知道自己享有某种权利一是无法证明的，因此不是真的错误，而对外部状况的错误则可以证明，因此是真的错误。但Azo的观点受到Accursius的修正，他引用保罗的“所有人都知道的时候，怎么会只有他不知道呢”的段落对“真的错误”又加以限制：如果错误基于重过失，外部的错误也不算真的错误。此后，Tregendes的“重过失等同于故意”的思想更加强了Accursius的观点，因为根据Tregendes的思考，倘若所有人都知道法律，行为人怎么可能证明只有自己不知道呢。这样，Cuiacius将一切错误分为严重无知和正当无知，法律的错误和重过失的错误属于前者，因为两者都是对“所有人都应知道的知识”的无知。

[40]

自然法学派也得出了类似的结论，但基于不同的构成。Pufendorf认为，法律规定的行为中的错误应有别于自由决定的行为中的错误。理由是，立法者关心法律的普及，如果法律以适当的形式公布了就理应知道法律，不知道则说明欠缺必要的注意。因此，法律错误一般都是可以克服和避免的。当然，如果法律没有正常公布或远远超过公布对象的理解能力，那么要求人们知道法律就是不正当的了。[41]这样，自然法学派引入了立法者对秩序的期待，并以法律的公布为“人皆知法”的前提，这标志着“不得以对法律的无知为抗辩”在理论上的完工。但是在这一时期内，关于法律错误的学说争议始终停留在观念论的层面，完全无视具体的案型。[42]当德国的潘德克顿学者对罗马法的案例深入考察时，问题就暴露出来。

（二）德国近代民法对“不得以对法律的无知为抗辩”的反思

早在18世纪，Augustin Leyser（1683-1752）就提出了质疑。他指出，关于非债清偿的案件分歧比较严重，而法律错误和事实错误的区分正是分歧的原因，该区分在解决上述问题时毫无用处，此时应以帕比尼安的意见——“是导致逸失利益的错误，还是导致现实损失的错误”——作为标准。[43] Leyser的质疑开启了对法律错误的反思。学者开始意识到，“人皆知法”不仅在事实上不可能，在维持法律秩序上也未必是不可或缺的东西。左翼学者Menger甚至讽刺说，“现如今，文明国家的法律塞满了图书馆，没有哪个人能通晓——哪怕是粗通一整个法律体系，要求所有的国民都知道法律是一切法律拟制之中最可笑不过的……该拟制所能达到的效果，无疑就是使下层阶级群众在受到法律迫害时更无助。”[44]

对知法推定的反思在19世纪末期达到了顶峰，此时恰逢《德国民法典》的编纂。《德国民法典一草》第146条明确规定：“本法所谓错误，既指有关事实的错误，也指法律错误；本法所谓可免责的错误，指非基于过失的错误；本法所谓应识或应知，指基于过失的不识或不知。”其中，法律错误和事实错误一视同仁。此后的《二草》的审议过程中，《一草》第146条作为“多余的”（überflüßig）条文被删除了。[45]

（三）法律错误概念的现代意义

“不得以对法律的无知为抗辩”的教条在《德国民法典》立法时被克服，但若就此下结论说法律错误和事实错误毫无区分的必要，却也为时尚早。戏剧性的是，就在《德国民法典》施行的前一年，Rehbein提出，根据新的法典，法律错误（Rechtsirrtum）和事实错误应服从统一的标准（第119条），但法律效果的错误（Rechtsfolgeirrtum）则不适用第119条，理由是“法律行为的法律效果不涉及内容，而且（表意人·笔者注）在法律效果上没有意思形成的自由”。

[46]随后，就在1902年，帝国法院在一则关于破产程序的案件中与Rehbein的观点遥相呼应。案件是这样的：A公司向X（原告）购买了一批藜草，X还未履行完A就破产了，A的破产管理人Y（被告）依据德国旧《破产法》第17条写信给X要求继续履行，结果导致X的价金债权从普通破产债权（Konkursforderung）变成可全额请求的财团债权（Masseforderung），反而增加了破产财团的债务。帝国法院的立场是，法律效果的错误虽然不是动机错误，却也不是内容错误，所以不适用第119条，驳回了Y的错误抗辩。[47]自此，就法律效果错误的问题又形成了新的对立。这样，法律错误和事实错误的区分并未如立法者所设想的那样销声匿迹，而是在小规模范围内遗存了下来。笔者称之为法律错误的现代意义。

所谓法律错误的现代意义，就是指任何人不得以错误为理由妨碍法律秩序的实现。在这个意义上说，非债清偿的案件不属于现代意义上的法律错误，因为即便允许行为人撤销清偿的行为，也不妨碍法律秩序的实现。例如，借款人不知道限制利息的法律而错误地返还了超额的利息，倘若以法律错误为由不允许借款人请求不当得利返还，反而与法律所欲达到的秩序相背驰。这也是《奥地利民法典》在第2条规定“自本法公布起，任何人不得以不知道法律为由而免责”之后特意在第1431条规定“即便是基于法律错误，非债清偿亦可请求返还”的原因。

与此相反，法律效果错误的类型则符合现代意义的法律错误，因为法律在当事人的意思表示之上附加的法律效果是法律秩序的体现，因而带有某种“正确性”，不能由当事人随意去除。[48]例如，贷款人不知道法律规定超过一定利率的利息无效，他能否以错误为由撤销借款合同？在处理这类案件时，必须斟酌法律错误的特殊性，尤其是被误解的法律（如利息限制法）的强行性程度，如果贸然地允许表意人撤销借款合同，可能会间接地违背惩罚高利贷、救济借款人的立法宗旨。然而，德国民法在第119条的立法时忽略了法律效果错误的部分，将法律错误的概念完全逐出了意思表示错误的评价体系。之后，遇到法律效果错误的问题时，不得不采用一分为二—即将法律效果错误一部分塞进内容错误，一部分塞进动机错误的解释手段来敷衍。Schermaier评价说，这样做除了转移视线没有解决任何问题。[49]最坦率的解决方式是直面立法的疏漏，承认法律错误和事实错误的区分仅在小规模范围内—即法律效果错误的问题上—仍有意义。

（四）对我国判决的评释—一代小结

在梳理了“不得以对法律的无知为抗辩”的来龙去脉之后，反观引言中的我国判决，不难看出这是典型的非债清偿型的案件。案件中，张某对王某并不负有侵权行为之债，却缔结了旨在给付的补偿协议。这种案件在罗马法上不是《学说汇纂》第22卷第6章“有关法律错误和事实错误”的适用范围；即便在“不得以对法律的无知为抗辩”的法谚形成之后，非债清偿型的案件也是最先被反思的；现代民法中，法律和错误的区别仅在法律效果错误的类型中有意义，而本案则不属之。因此，以“事实错误和法律错误的传统区分”为由判决补偿协议不可撤销，并求诸罗马法的做法，从法史学的角度看十分不妥。

此外，本案的争点除了法律错误，还包括补偿协议的定性，两者密切相关。从案情看，张某签订补偿协议的动因，一是为了报答，二是出于误解。如果着重于前者，将补偿协议定性为赠与合同，本不会牵扯法律错误的问题。然而根据我国《合同法》第186条，补偿协议即使是书面签订的，赠与人对未履行的部分也有任意撤销权，可以拒绝履行。为了规避该条的适用，法官对“赠与”作了限缩解释，否定了本案补偿协议的无偿性。[50]这样，赠与的问题不得不在错误的框架下解决。这样的文脉之下，法官援用了法律错误和事实错误的传统区分，否定了张某的请求。从整体上看，本案的法官为了解决《合同法》第186条的立法残留问题，给出了一个和本案的案型全然不相符的正当化理由。

五、结语

罗马法中，法律错误和事实错误的区分主要适用于对刑责、时效取得和期间的错误，而不适用于物的权属错误和非债清偿的案件。即便在区分法律错误和事实错误的领域，法律错误也并非一概不救济，至于救济标准，各家学说纷纭。但是在法典编纂时，针对个案的结论被抽离于案件之外，成为抽象的命题，堆砌在《学说汇纂》第22卷第6章中。在这些失真的法学家意见之中，后来的注释学派有意无意地选择了保罗的意见作为理论基点，最终发展出适用于全法域的法谚：不得以对法律的无知为抗辩。不过，该法谚早在19世纪末就丧失了支配地位。如今，法律错误和事实错误的区分在刑法中还在继续，关于时效和期间的法律错误的功能已为个别的规则所取代，意思表示领域的法律错误仅在法律效果错误的类型尚有意义。总之，“不得以对法律的无知为抗辩”的谚语上不能代表罗马法，下不能代表近代民法，作为中世纪的产物它本不应该大张旗鼓地出现在21世纪的法律中，更何况是在一个和“法律的无知有害”最不匹配的案件中。

注释：

[1] 参见北京市高级人民法院民一庭编：《北京民事审判疑难案件案例与问题解析》（第1卷），法律出版社2007年版，

第425 -429页。凡研究意思表示的法律错误，无论是赞成还是批判，都绕不开这个判决，如张露：《试论民事法律认识错误》，载《人口·社会·法制研究》2010年卷。

[2]胡建勇：《意思表示“错误”之范围分析》，载《人民法院报》2006年6月27日C03版。

[3]参见隋彭生：《合同法论》，法律出版社1997年版，第177页；李永军：《民法总论》，法律出版社2006年版，第511、512页。

[4]参见胡吕银：《民事错误制度若干问题探讨》，载《扬州大学学报》2002年第4期；马俊驹、余延满：《民法原论》，法律出版社2007年版，第195页。

[5]参见胡吕银：《民事错误制度若干问题探讨》，载《扬州大学学报》2002年第4期。不过，胡吕银副教授似乎没有注意到，“一分为二”的处理方式在德国法中只针对“法律效果错误”（Rechtsfeirrtum）这种特殊类型，而不能用以概括德国民法对整个“法律错误”（Rechtsirrtum）的态度。

[6]罗马法学者周栢明确表示，罗马法中，法律错误“原则上不影响法律行为的效力，因为每个人都有知晓法律的义务，不知法律乃不知者的过失。”（周栢：《罗马法原论》，商务印书馆2009年版，第637页）。胡建勇法官的评释中有关罗马法的论述，明显引用了周栢的著述。这些论断究竟出自罗马法原典的何处，或者是否真的出自原典，由于周栢的著述中未标记出处，一切不得而知。

[7]劳东燕副教授在《“不知法不免责”准则的历史考察》一文中对罗马法上的法律错误有所介绍，并认为“虽然罗马人有着相同的格言，但它从来没有运用于当时的刑法，而是仅仅适用于民事领域，并且只针对共同体中合理地被期待知道民法的那些人；对因地位或状况而对法律没有认识的人，如不满25岁的人、妇女、士兵、农民与其他智力较低的人或者没有机会咨询法律代理人，则并不适用。”（劳东燕：《“不知法不免责”准则的历史考察》，载《政法论坛》2007年第4期。）但是从下文的文本分析能清楚地看到，涉及刑责、时效、期间的错误才是“法律的无知有害”规则的主要适用领域。

[8]vgl. Schulz, Prinzipien des römischen Rechts, Berlin 1954, S. 28-30.

[9]《学说汇纂》的译文以Mommsen, Krueger, Watson, The Digest of Justinian, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1985的拉英对照本为基础。《法典》的译文参照Scott, The Civil Law, AMS Press, New York 1973的英译本。为节省篇幅，《学说汇纂》和《法典》的条文分别记为D. *, *, *, §*/C*, *, *, §*。另外，“无知”（ignorantia）和“错误”（error）的法律评价在罗马法上完全一致，无穿凿的必要。例如，同是帕比尼安的意见，D. 22, 6, 7使用的是“法律的无知”（iuris ignorantia），D. 22, 6, 8使用的则是“法律错误”（iuris error）。

[10]错误的条文散见于《国法大全》的各个角落，唐晓晴教授在《意思表示错误的理论与制度渊源》一文的附录中整理了出处。即便匆匆一览，也大有助益。（唐晓晴：《意思表示错误的理论与制度渊源》，载《华东政法大学学报》2008年第2期）。法律错误和事实错误是罗马法的错误理论中最重要的区分，虽然《学说汇纂》第18卷第1章中散见诸如“标的物错误”（error in corpore, Ulpianus, D. 18, 1, 9 pro.）、“材料错误”（error in materia, Ulpianus, D. 18, 1, 14）、“本质错误”（error in substantia, Ulpianus, D. 18, 1, 9, § 2）“称谓错误”（Ulpianus, D. 18. 1. 9. § 1）之类的用语，但因出现较晚，缺乏系统性的适用，难以称之为类型。最终将其类型化的是后来的注释学派（参见唐晓晴：《意思表示错误的理论与制度渊源》，载《华东政法大学学报》2008年第2期）。

[11]保罗的意见中引用了拉贝奥（Labeo），彭波尼的意见牵扯到尤里安（Julianus），本文将一并论述。此外，泰伦提·克莱门斯的意见“最不公平的就是，相对于拥有‘知’的人而言，同样的‘知’对他人有害，或者说，一个人的无知使他人获益”（Terentius Clemens, D. 22. 6. 5）和乌尔比安的意见“对于不知道某一事实的人，过分的无知是不允许的，但也不要细致入微的探求：因为，‘知’应当评价为，既排除过分的懈怠和极度的散漫，又不强求如告密者一般的好奇心”（Ulpianus, D. 22, 6, 6）都涉及人类所应有的“知”的问题。由于这个话题不直接针对法律错误，暂不列入本文的研究范围。

[12] vgl. Kaser /Kntltel, Rtimisches Privatrecht, 19. Auflage, Munchen 2008, S. 327-328.

[13]罗马军人享有特殊的法律地位。除了承认继承的期限被放宽之外，他们所立的遗嘱也无须具备市民法所规定的要式，不是因为别的，就是因为“他们特别无经验”。参见盖尤斯：《盖尤斯法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社2008年版，第84页。

[14]Vassalli, Iuris et facti Ignorantia, Studi Snesi XXX, 1914=Studi Giuridici III, Milano 1960, 430f. zitiert vonWinkel, Error iuris nocet: Rechtsirrtum als Problem der Rechtsordnung, Zutphen,

Holland 1985, S. 115, Anm. 1. 所谓篡改 (interpolatio), 指《国法大全》的编委在条文的编选过程中对备选的法令和法学家意见进行的增删修改。由于《国法大全》编纂之时西罗马帝国已灭亡, 身为东罗马帝国的皇帝, 优帝意识到二者间必然存在时间、空间甚至文化上的鸿沟, 为了减轻法律与适用对象之间的不适, 优帝赋予编委以删改的权限。参见碧海纯一等编: 《法学史》, 东京大学出版社1976年, 第48页。

[15] 笔者倾向于D. 22, 6, 9, §3的最后一句系篡改, 原因有三。第一, 在D. 22, 6, 9, §2—D. 22, 6, 9, §3的前条一中, 保罗也引用了拉贝奥, 属赞同性引用。第二, 在D. 50, 17, 108中, 保罗坦承“在几乎所有的刑事诉讼中, 年龄和经验因素都会给行为人带来好处”。可见保罗也认为, 法律经验的匮乏可以成为救济法律错误的因素。第三, 在有关遗产占有制度 (bonorum possessio) 的D. 37, 1, 10中, 保罗提到了法律咨询和法律错误的关系。遗产占有是法法官创制的一种特殊的遗产继承方式, 如果想启动这一制度继承人必须在一年内申请 (C. 1, 18, 3), 但很多人不知道这个程序, 错过了申请期限。保罗说, “遗产占有的情况下, 对法律的无知不可能将请求权从期限的延误中起死回生。即便在继承开始之前, 对于被指定的继承人而言, 期限已经开始起算; 因为继承人知道被继承人已经死了, 他自己又是最近的血亲, 而且他有咨询他人的可能。此时, ‘知’不是指精通法律的人的‘知’, 而是指他可能拥有的, 或通过咨询比他更有知识的人而可能获取的‘知’。” (D. 37, 1, 10) 可见, 保罗也认为法律咨询的可能性是拒绝救济法律错误的前提。综上, 保罗的立场和拉贝奥相差不大, 不存在对拉贝奥的著述进行批判性引用的动机。

[16] vgl. Kunkel, Diligentia, SZ 45 (1925), S. 315, Anm. 2.

[17] vgl. Mayer-Maly, Rechtskenntnis und Gesetzesflut, Salzburg/München 1969, S. 55f.

[18] vgl. Mayer-Maly, Error iuris, in: Festschrift für Alfred Verdross, Berlin 1980, S. 163. 根据Mayer-Maly的考证, D. 22, 6, 2和D. 41, 10, 5, §1同出自涅拉茨的《志备忘录》(Membranae) 第五卷, 属前后文关系。D. 41, 10, 5, §1阐述的结论是: 当占有人出于法律错误, 误以为当前的占有状态是自主物占有时, 错误将妨碍占有人的时效取得。结合D. 41, 10, 5, §1能够发现, D. 22, 6, 2仅是具体情况下的个别结论; 当案件的背景不再是时效取得时, 结论就未必妥当了。至于时效取得中的法律错误为何难以给予救济, 详见下文三(四)部分。

[19] vgl. Pringsheim, Id quod actum est, SZ 78 (1961), S. 13, 17.

[20] vgl. Norr, Divisio und Partitio, Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie, Berlin 1972, S. 47.

[21] Greiner, Opera Neratii. Drei Textgeschichten, Karlsruhe 1973, 47-48.

[22] vgl. Winkel, Error iuris nocet: Rechtsirrtum als Problem der Rechtsordnung, Zutphen, Holland 1985, S. 50.

[23] vgl. Azo, Summa Codicis, Papias 1506 (Nachdruck: Corpus Glossatorum Juris Civilis II, Turin 1966), ad C. 1, 18, n. 3. zitiert von Schermaier, Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB, Bohlau Wien 2000. S. 253.

[24] vgl. Voci, Diritto ereditario romano, I: introduzione, Pane Generale, 2. Aufl. Milano, 630. zitiert von Winkel, a. a. O. S. 54, Anm. 1.

[25] 彭波尼常被称为“最后的普洛克鲁斯派”。实际上, 关于彭波尼究竟是哪一派争议颇大。过去学者多认为是普洛克鲁斯派, 理由是彭波尼总是偏袒普洛克鲁斯派的观点 (Pomponius, D. 41, 1, 110 pro), 其实《学说汇纂》也不乏彭波尼赞同萨宾派的段落 (Pomponius, D. 45, 3, 6)。根据Honore的研究, 彭波尼在普洛克鲁斯派接受法学教育后去了萨宾派教书, 基本算是萨宾派。See Honore, Gains, Oxford 1962, pp. 21-26.

[26] 参见春木一郎: “Sabiniāni et Proculiani”, 载《法律学经济学内外论丛》第5卷5号 (1906年) 第6页。

[27] 参见原田庆吉: 《ローマ法》, 有斐阁1955年改订版, 第340页。

[28] vgl. Kaser/Knutel, a. a. O. S. 305.

[29] vgl. Kaser/Knutel, a. a. O. S. 390.

[30] 除尤里安外, 在《学说汇纂》中, 和D. 16, 1, 6/7相似的意见另有Ulpianus, D. 14, 6, 3 pro, 和D. 31, 79相似的意见另有Valens, D. 36, 1, 70, §1.

[31] vgl. Winkel, a. a. O. S. 87众所周知, 依公元426年的《学说引证法》, 帕比尼安、保罗、盖尤斯、乌尔比安和莫蒂斯丁的著述具有法律效力, 意见相左时依多数决, 人数相当时则以帕比尼安的意见为准。后人之所以敬重帕比尼安, 不仅在于学识, 还在于气节。卡拉卡拉皇帝杀死了弟弟塔格, 命帕比尼安为之文过饰非, 遭到严辞拒绝, 帕比尼安最终为卡拉卡拉皇帝所杀。帕比尼安之于罗马如同方孝孺之于中国 (穂積陳重: “パビニアース罪案草せず”, 《法窓夜話》, 有斐閣1916年, 第4页)。除了帕比尼安的崇高声望外, 还须注意到的是, 保罗和乌尔比安都是帕比尼安的

门生，并长期为其从事秘书工作。鉴于上述背景，可以说在当时，比起保罗的意见，帕比尼安的意见有着压倒性的说服力。

[32]vgl. Haupt, Die Entwicklung der Lehre vom Irrtum beim Rechtsgeschäft seit der Rezeption, Weimar 1941, S. 19-20.

[33]参见周相：《罗马法原论》，商务印书馆2009年版，第637页。

[34]See Zimmermann, The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town/Wetton/Jo-hannesburg 1990, at p. 607; vgl. Schermaier, Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB, Bohlau Wien 2000, S. 105.

[35]这正是后来萨维尼将导致“意思表示欠缺”的错误叫“不真正错误”（*unachter Irrthum*），而将此外错误的叫“真正错误”（*achter Irrthum*）的原因。这样，也就能理解为何在《当代罗马法体系》第三卷中，萨维尼会在“意思表示欠缺”的章节（§ 135-139）之后单设一个题为“错误与无知”附录专门讨论法律错误和事实错误的问题。vgl. Savigny, System des heutigen Romischen Rechts, Bd. 3, Berlin 1840, S. 263 ff. für die Erklärung ohne Willen/S. 326ff. für die Beilage.

[36]vgl. Mommsen, Romisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 92-94.

[37]咨询机关的指示或承认有阻却行为人的违法性认识的效果。如著名日本刑事案件“《黑雪》案”中，被告人的电影《黑雪》通过了电影伦理委员会的审查，但上映之后依然被检察机关定性为色情物品。在刑事诉讼中，电影伦理委员会的许可成为阻却被告人违法性认识的重要原因。参见东京高裁昭和44年9月27日判决高刑41卷5号237页。

[38]vgl. Lenel, Palingenesia iuris civilis II, supplementum/Sierl, Graz 1960, S. 117, 140-141. 根据Lenel的研究，D. 41, 3, 31的作者应是Pomponius, Paulus为编纂时的笔误。

[39]参见《盖尤斯法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社2008年版，第85页。

[40]vgl. Schermaier, aa. O. S. 253ff.

[41]vgl. Schermaier, a. a. O. S. 184.

[42]S. Wolf, Rechtsirrtum im Privatrecht-Argument oder Anachronismus?, Basel 2003, S. 26.

[43]vgl. Schermaier, a. a. O. S. 348f.

[44]Menger, Des burgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, Tubingen 1890, S. 20, 26.

[45]vgl. Protokolle der Kommission für the zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 1, Berlin 1897, S. 188.

[46]Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen für das Studium und die Praxis, Bd. 1 (1899), S. 137-138.

[47]RG 9.5. 1902, RGZ 51, 281.

[48]vgl. Flume, Allgemeiner Teil des buurgerlichen Rechts: Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 6/1, S. 78-79; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 8. Aufl., Heidelberg 2002, S. 296.

[49]vgl. Schermaier, a. a. O. S. 110, Anm. 164.

[50]北京二中院的土小云法官认为本案补偿协议不是无偿的，因为“从合同成立的起因来看，王某接受财产的基础是李某的死亡，付出的是亲人生命的代价。”（王小云：“此案所涉当事人协议是否为赠与合同—王凤霞、李站诉张云树经济补偿合同纠纷上诉案”，载北京市高级人民法院民一庭编：《北京民事审判疑难案件案例与问题解析》（第1卷），法律出版社2007年版，第428页）。也就是说，补偿协议是出于报答，所以不同于一般的赠与，不适用赠与的规则。然而，对方的牺牲是发生在缔约之前，不是从契约中诞生的义务，不会使本案补偿协议从无偿变有偿；而且，如果贯彻“报答非赠与”的解释，会导致荒谬的结论。

出处：《华东政法大学学报》2013年第3期

转载于民商法律网

