



中国近代法学经典



Luomafa Yu Xiandai

# 罗马法与现代

黄右昌／著 丁玫／勘校

北京大学出版社



图书在版编目(CIP)数据

罗马法与现代/黄右昌著;丁玫勘校. —北京:北京大学出版社,2008.7  
(中国近代法学经典)

ISBN 978 - 7 - 301 - 13987 - 5

I. 罗… II. ①黄…②丁… III. 罗马法 - 研究 IV. D904.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 092679 号

书 名: 罗马法与现代

著作责任者: 黄右昌 著 丁 玫 勘校

责任编辑: 孙战营

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 13987 - 5/D · 2082

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 三河市新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 19.75 印张 305 千字

2008 年 7 月第 1 版 2008 年 7 月第 1 次印刷

定 价: 36.00 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

## 《中国近代法学经典》序

近三十年来,中国法学繁荣发展,硕果累累。然学术理论的发展必以前人的积累为基础,不能凭空杜撰。中国近代西方法律制度的引入和学理探讨,便是今日法学繁荣的前提条件之一。

中国传统法律文化源远流长,但在近代以前,与西方传统迥然有别。罗马私法是近现代西方法律制度的源头,其规则来源于各部落和社会各阶层的利益平衡,并以公平正义为价值取向,因此,民法即私法极为发达,公法殊少规范。而近代公法的发展,也以保障私权利的实现为目标,强调私法优位。中国的法律传统却与罗马法截然相反,制定法几乎均为公法规范,而没有民事制定法,在公私法的制定上,与罗马法刚好形成正相对立的两极。其价值取向以统治为目的,公平正义只有在不危及统治时才会予以考虑。而在法律渊源上,也只有君主立法,法自君出,与普通民众无关,崇君权而抑民权,这也就是几千年的中国只有“王法”而无“民法”的原因所在。传统律学只局限于对“刑律”条文的解释,具有人文主义精神的士大夫,也只能在如何减轻酷刑上下工夫。因此,法律文化的历史虽然久远,却不能创造出具有符合人类社会发展和合作精神的社会规则。

近代西风东渐,乃中国几千年来未有之大变局。太阳从西方升起,真理之光透过弥漫的硝烟,照临东方这片古老的灰暗土地,与此同时,自由之风徐徐吹来。中国迎来了一个有可能自由发展的时代。这也是中国第一个立法和法学繁荣发展的时代。

中国近代法制始于20世纪初满清末期的变法修律,至20世纪30年代国民政府完成六法全书的编纂,一个西方式的近代化的法律体系基本确立。与此同时,对立法的解释和学理的探讨,也取得了丰硕的成果,一大批著名法学家撰写了学术水平很高的法学著作,从而奠定了中国的近现代法学理论基础。但这一法律近代化进程在20世纪50年代戛然而止,中国全面倒向苏联,废除旧法统和六法全书。由于各种原因,按照苏联模式建立



中国自己法律体系的努力并不成功。直到 20 世纪 70 年代末,可以说中国的法学有近三十年的时间等于空白。那些在 20 世纪 30 年代至 40 年代崭露头角的法学家,在这一时期也许没有停止思考,但却停止了创作。这一时期,法学理论不仅没有得到发展,而且还出现了断代。

正因如此,近代法学理论对 20 世纪 80 年代以后的中国法学发展便有了特别重要的意义。首先,中国近代法学是现代法的理论渊源,因为在传统法文化中寻找不到依据,我们无法追溯得更远。在百年历史进程中,中国移植西方法的足迹清晰可辨,其得失成败都可为我们的未来发展提供历史与现实的借鉴。其次,由于近代是中国历史上绝无仅有的一段舆论自由时期,思想之花竞相绽放,各种法学观点得以尽情发挥,在学术上也达到很高的水平,具有相当高的学术价值。再次,法律移植不能无视传统文化的影响,新制度对旧传统的改造当然不能一蹴而就。中国近代法学理论与实践的探索,对于今天中国法学克服传统消极因素影响,确定未来发展方向,仍然具有现实借鉴意义。

实际上,近代法学理论的价值和作用,现实已给予了充分肯定的回答。20 世纪 90 年代以后,许多近代法学理论著作得以再版,为改革开放以后的中国法学发展提供了理论基础。但是,中国近代法学理论宝库极为丰富,至今仍有一些有价值的法学著作未能面世。因此之故,北京大学出版社选择部分近代法学著作予以再版,以飨读者,既可为新时期的法学发展提供理论支持,亦可免遗珠之憾。另启:因本套丛书原书出版年代久远,作者早已作古。如有人对本套丛书存有疑义,请直接与勘校者联系。

是为序。

王志华

2008 年 4 月 25 日于中国政法大学

## 勘校说明

一、本书原本为中华印书局 1930 年版,是黄右昌先生的一部主要著作。原书由绪论、本论和附录三部分组成。附录“拉丁文纲”,为读者学习拉丁文入门基础知识,因考虑到其与正文联系不大,故在勘校时予以删除。

二、原书为竖排本,改为现在的横排本时,“左开”、“如左”等用语,也相应改为“下列”、“如下”等等。

三、原书繁体字一律改为简体。也有些字与现代用法不尽相同,如“藉”只在用于“借口”之意时才改为“借”,其他词语均保留原用法不变。

四、原书标点符号与现代用法多有不同,由勘校者一律改为新标点。

五、本书原有国家译名全部改为新译,如“义大利”改为“意大利”,“和兰”改为“荷兰”;人名也改为现代习惯译法,如“萨威尼”改译为“萨维尼”;为便于读者理解并与目前我国罗马法研究水平相适应,对一些罗马法术语和罗马法学家姓名的翻译进行了技术处理,如“法院之判决例”改为“裁判官告示”,将“兵员会”、“民会”、“国民会”统一为“百人团大会”,“塞尔湊士”改为“杰尔苏”等。

六、删除了一些非专业术语的外文标注,如“圣山(Sacred Mount)”、“黑暗时代(The Dark ages)”等。

七、原书纪年为汉字,现均统一改为阿拉伯数字纪年。

八、本书为勘校本,对原书未作任何内容上的改动,原书的脚注也保留原貌未改。

勘校者识  
2008 年 1 月

## 再版原序

西洋文明，发源于希腊、罗马，希腊之哲学及美术，迄今不朽，而法学则不得不让诸罗马，何哉？希腊法家，若德拉康、梭伦等，类皆偏重刑法，而民法则未遑多及。惟罗马法家，略于刑法而详于民法，故欧洲各国民法，无不以罗马法为根据，蔚然成一法系焉。文化进步，则民事随之以日趋于复杂，而刑事转以减杀，渐近于措而不用之治，民法之不朽，远愈于刑法者，岂无故哉！我国古代，有礼法之别：法者；今之所谓刑法也。而今之所谓民法，则颇具于礼，礼之起也，本不下庶人，为贵族所专有，其后贵族之礼，积渐崩溃，而所遗者，不过揖让进退之小节，故当战国以后：贵族平民之阶级既除，而民法遂无由以建设，不能与罗马颉颃矣！近顷欧化输入，国人始知民法之重要，乃始有参考西洋各国民法之举，而探源于罗马法。北京大学教授黄觊馨君，民法专家也。著述宏多，罗马法实其再版之一，学者得是书而研求之，借以求民法之原理，而应用于我国，其影响必非浅鲜也！

1918年9月23日

蔡元培序

## 再版原序

罗马法；古法也。世界学者，至今研究不遗余力，非好古也；以其法理之精！德儒耶林谓：“罗马征服天下凡三次：第一次以兵力；第二次以宗教；第三次以法律”。惟法律征服天下，最和平而长久。盖罗马法自十二铜表至优士丁尼帝法典，中更千有余年，其间之沿革变迁，由粗简以造乎精详，足以范围后世，故其法系弥漫天下，学者至今研求不尽，殆有由矣！我国旧法，与罗马古代法，类有同者，尤以亲属法为相符契，故近年来，编订法典，多趋罗马法系，则其学之有裨于吾国而供吾法家所采用者，非浅鲜矣！黄君此编，引证中外，简而得要，吾知其为斯学之明星也。

1918年9月18日

王宠惠序



## 初版原序

吾友黄公黼馨，编罗马法既成，不以官牒为不文，而使序其端。乃言曰：昔兰台序九流，而儒家法家，翹然并列，若以申韩之学，上与周孔而比肩。后世儒术盛行，罢黜百家而成一统，兰台之论，遂为天下所诟病。然真儒不世出，辟者又违离道本，专以哗众取宠为能，流弊所趋，诚有如兰台所论者！道德齐礼，既非尽人可期，则法家者流，出于理官，信赏必罚，以辅礼制，亦古人明罚飭法之意乎！夫惟春秋以前，邻国相望，鸡犬相闻，民老死不相往来，国小而易治，且其时治化近古，社会风气，犹习于朴诚，桀点者稀，画地而民不犯，犹可以礼教维系一代之人心。后世民智日开，奸伪萌起，干犯名义者，日出而未有止，道月之用，信有时而穷，不得不以法令为治民之具。况牧民之仁暴不一，非齐之民法定之式，则上下无所适从，胥吏因缘为奸，而民生无所托命，则何如制定法律，犹得为之保障哉！东西各邦，号称法治国久矣！然皆滥觞于罗马，罗马法不偃法律之渊源也。余昔游海邦，与黼馨共笔砚者数年，亦曾肄业及之，顾未拉丁名极几也。一行作吏，学殖渐荒，求如昔日专心致志，从容求学，驰骋乎典籍之途，盖不可得，黼馨研精法学，才识品节，遐迩同钦，近复高蹈不出，投身教犹得以其余暇，从事编纂，优游以跻于作者之林，不益令人企羨也乎！若夫论断精审，文笔流畅，则凡曾读黼馨之书者，皆已知之，彼罗马法犹其一裔耳。

1915年1月16日

陈官桃序

## 引 言

一、本书所用参考书，详见绪论第 44—46 页。其主要之参书，英文为：Sherman. *Roman Law in the Modern World*；Hunter, *Roman Law*；Willis and Oliver's, *Roman Law*；Morey, *Outlines of Roman Law*。德文为：Dernburg, *Pandekten*。日文为：末松谦澄所译优帝《钦定罗马法提要》、盖尤斯《罗马法解说》、乌尔比安《罗马法范三种》。及法学博士户水宽人春木一郎两氏之《罗马法》。

二、本书引用我国民法条文，称第一次草案者，指旧民律草案（都 1569 条）而言。称第二次草案者，指拙著初版《民律要义》所附之新民律案（都 1514 条）而言。称新民法者，指民国 18 年（1929 年）5 月 23 日公布同年 10 月 10 日施行之民法《总则》；民国 18 年 11 月 22 日公布民国 19 年 5 月 5 日施行之民法《债编》；民国 18 年 11 月 30 日公布民国 19 年（1930 年）5 月 5 日施行之民法《物权》而言。

三、本书于 1915 年印第一版、1918 年印第二版之后，虽经苦心研究，终觉不惬于心。嗣发见某校讲义，将拙著改头换面，直称为某人编纂，中间引用之拉丁名词，错误不可名状。其侵害个人版权者犹小，而贻误青年学子者甚大！不得已重理旧稿，删订损益，并将重要之点，列诸眉批，以供学子自修之用，是为此次改订三版之缘起。

四、本书虽旧著重印，然订正增补之处极多。并仿 Sherman, *Roman Law in the Modern World* 体例，从罗马法以观察现代，故名曰：《罗马法与现代》。

五、著书通例；分编、章、节、款、项、目。分类太细，阅者每苦不便。兹只分编分章分节，于每章或每节之中，重要之点，则用子丑寅卯辰巳午未申酉戌亥之地支十二以为标志，并表示与时进化之意。凡用子丑寅卯等标题者，均于目录中揭示之。子丑等下则用第一、第二等数字。第一、第二等下，则用一、二等数字。一、二等数字以下，则用 1、2 等阿拉伯数字或 I、II



等罗马数字以区别之。

六、本书课余校对，精力每感不及，鱼豕知所不免，兹就已发见者，刊误于本书之后，海内君子，幸赐教言；并乞原谅。

1930年5月1日

黄右昌识

# 目 录

|                                           |     |
|-------------------------------------------|-----|
| 绪论.....                                   | 001 |
| 第一章 罗马法上之民族主义 .....                       | 001 |
| 第二章 罗马法上之民权主义 .....                       | 005 |
| 第三章 罗马法上之民生主义 .....                       | 008 |
| 第四章 罗马法是先知先觉者 .....                       | 010 |
| 第五章 德意志、法兰西、英吉利为罗马法之后知后觉者 .....           | 012 |
| 第六章 罗马法之四个时期 .....                        | 015 |
| 第七章 中古以后研究罗马法的五大学派 .....                  | 018 |
| 第八章 研究罗马法要知道它的宗教、<br>历史和政治及其帝国主义的失败 ..... | 021 |
| 第九章 罗马法律及其解释并法律学的意义 .....                 | 034 |
| 第十章 罗马法律的分类 .....                         | 037 |
| 本论.....                                   | 045 |
| 第一编 人法 .....                              | 045 |
| 第一章 自然人 .....                             | 045 |
| 第二章 法人 .....                              | 059 |
| 第三章 奴隶 .....                              | 072 |
| 第四章 农奴 .....                              | 079 |
| 第五章 家父及家子 .....                           | 082 |
| 第六章 婚姻 .....                              | 094 |
| 第七章 夫妇财产关系 .....                          | 105 |



|                     |     |
|---------------------|-----|
| 第八章 婚姻解除 .....      | 110 |
| 第九章 亲属 .....        | 118 |
| 第十章 监护 .....        | 124 |
| 第二编 物法 .....        | 134 |
| 第一部 物权法 .....       | 134 |
| 第一章 物 .....         | 134 |
| 第二章 自物权 .....       | 145 |
| 第三章 他物权 .....       | 155 |
| 第四章 占有 .....        | 171 |
| 第二部 继承法 .....       | 181 |
| 第一章 继承总论 .....      | 181 |
| 第二章 继承人种类 .....     | 185 |
| 第三章 法定继承 .....      | 187 |
| 第四章 遗嘱继承 .....      | 190 |
| 第五章 遗赠 .....        | 203 |
| 第六章 信托 .....        | 208 |
| 第七章 死因赠与 .....      | 212 |
| 第三部 债权法 .....       | 214 |
| 第一章 法律行为 .....      | 214 |
| 第二章 债务关系 .....      | 231 |
| 第三章 契约 .....        | 234 |
| 第四章 准契约 .....       | 253 |
| 第五章 私犯 .....        | 257 |
| 第六章 准私犯 .....       | 261 |
| 第七章 过失 .....        | 262 |
| 第八章 连带债务及全部债务 ..... | 265 |
| 第九章 保证 .....        | 267 |



|                  |     |
|------------------|-----|
| 第十章 迟延 .....     | 271 |
| 第十一章 债权让与 .....  | 274 |
| 第十二章 撤销之诉 .....  | 277 |
| 第十三章 债权之消灭 ..... | 279 |
| 第三编 诉讼 .....     | 289 |
| 第一章 民诉概要 .....   | 289 |
| 第二章 刑诉概要 .....   | 295 |



## 第一章 罗马法上之民族主义

### 一、罗马民族的起源

罗马人之祖先,与希腊人之祖先,同属亚利安(Arian)人种,此人种之原住地,在中央亚细亚西部,一部移住于东南印度,一部移住于欧洲西北,而此移住于欧洲者,其中转入于意大利中部者有之,以是称意大利人者,即居意大利中部人种之总称,其别有五种如下:

艾特鲁斯坎人(Etruscans)

拉丁人(Latins)内分三族 { 罗马纳人(Ramner)  
替提人(Titier)  
卢克雷人(Lucerer)

翁布里人(Umbrians)

萨宾人(Sabines)

散尼特人(Samnites)

讲到罗马民族,须明晰下列三种名词:其意义虽相似,但是不宜混用;第一是罗马;本是城名,但后来罗马城在政治上得势之后,此名词之应用,随着罗马势力而扩张,成为政治上名词。第二是意大利;乃是几个部落之



总名,但后来此等部落,占据意大利全土后,成为地理上名词。第三是拉丁,拉丁是意大利诸部落之一,但后来拉丁语言,成为意大利标准语后,亦成为一种语言上用的名词。所以同是一个民族,在地理上,名曰意大利,在政治上名曰罗马,在文字上名曰拉丁,于是有意大利半岛,有罗马帝国,有拉丁文字,三种并不是一物,但有许多共同之处。

## 二、罗马民族发展的历史和王政时代的七王

初,希腊陷秃累雅(Troya),耶涅亚士(Aeneas)挈种族抵拉昼(Latium)后,迁于亚巴隆牙(Alba Longa),传数世至努米妥耳(Numitor)王,其弟亚慕留士(Amulus)篡立,弑太子,以公主越亚叙尔维亚(Rea Silvia),为维斯塔(Vestal)神庙侍尼,盖欲绝努米妥耳之血统也。

既而越亚叙尔维亚,与军神玛耳斯(Mars)婚,有孕,生二子,长名罗慕路士(Romulus),次名越慕士(Remus)。亚慕留士闻之,弃二子于低伯(Tiber)河岸,会有牝狼来乳,得不死,后为牧人福士吐路士(Faustulus)所见,取而育之。

二子既长,屡与牧人游猎;一日当路泊耳加利亚(Lupercalia)牧祭,有贼擒越慕士而去,适遇其祖努米妥耳,努米妥耳闻其由,始知为己孙,乃相约戮力,袭杀亚慕留士,努米妥耳复亚巴隆牙王位,以长孙罗慕路士为后,筑城于其被弃之低伯河岸,兄弟争以名名其地,互相争斗,罗慕路士遂杀越慕士,为独裁君主,而以己名名之曰罗马,时纪元前753年也(当周平王18年)。

罗慕路士王,英明勇武,设救济所,创元老院会议,定员百人,政治崭然一新。王没,努玛·彭皮里(Numa Pompilius)王继位,贤良宽仁,御宇34年,不见兵革,组织宗教制度,奖农业,制历数,明财产权之界限,当时称贤主焉。杜洛·奥斯蒂里(Tulus Hostilins)王继位,一反努玛王之所为,穷兵黩武,无善政可称。

第四王安科·马尔兹(Ancus Martius)立,尽力文治,改法律及教仪,奖励农业,筑商埠于低伯河口之沃斯恰(Ostia),使罗马平民,皆得从事商业;又缮城垒,建狱舍,筑桥梁,厥功甚伟。王没,塔耳夔纽士布里斯苦士(Tarquinius Priscus)立,征服附近罗马之拉丁诸都府,收拉丁全土,为罗马领地,





注意内政,多所改良,然因贵族专恣,常掣其肘,赉志以歿。

第六王塞尔维·图里乌(Servius Tullius)者,王政时代中第一贤主也,绍前王遗志,锐意改革民政,保护平民,以财产多寡,定人民等级,使各人随其财产,备置武具,设百人团大会(Comitia centuriata),以百人组织一队,使受训练,习劳苦;又以罗马向为尚武之国,军国重事等,使兵员会会议决定之,因之平民富饶者,得参政治上之末议,实保护平民之特典也!

王政时代之法律,以习惯法为主要,立法事业,未臻发达,至第六王时,关于契约及不法行为,设 50 条之规定,事实虽确,其内容究不得而知也。

第七王塔尔奎尼·苏佩布(Tarquinius Superbus)即位,暴戾恣睢,虐待人民,蔑视国法,贵族(Patricians)、平民(Plebeians)皆怨之,称曰苏泊耳布士即暴戾之义也,王虽略有武功,然人民积愤已久,倒戈向王,纪元前 510 年(当周敬王 10 年),遂放王,并将其家族于国外,誓不复戴王政,自后每岁 2 月 24 日,举行国民革命之大纪念,而共和政治,于焉发轫矣。

自塔尔奎尼·苏佩布王放逐之后,罗马遂为共和国,设执政官(Consul)二人,于百人团大会选举之,总揽万机,时纪元前 509 年也。执政官在平时为元老院议长,战时为军队之总督,任期以 1 年为限,执政官外,有独裁官(Dictator)当非常事变之际,由元老院选出,得直接任命骑兵队长,其权力不亚于执政官,事平则废之,即不平,亦不得继续 6 月以上,此制也,其有益于罗马,而转危为安者,盖屡见不鲜矣。

### 三、罗马国内诸民族之要求平等

罗马共和时代(纪元前 91 年—88 年)意大利诸邦,皆欲得市民权如罗马,罗马不许,时多柔湊士(Drusus)为监督,议法三章:第一曰裁判法,复元老会议及陪审官之权,加入骑士 300 以扩张元老会议,第二曰田地法,为改良贫民生计之新法,第三曰平权法,与意大利诸邦以公权。时意大利人共分三等,一为罗马城内及各殖民地驻防之罗马人,即罗马最初之国民;二为拉丁境内及殖民地居住之拉丁人;三为意大利同盟各邦之人。各邦人民,语言宗教,与罗马国人同,而勇毅善战则过之,罗马开疆,彼等有大大勋劳,今则不以为功,反鄙视之,同盟甚怨,屡求市民权,元老院不许。第一、第二两案,虽经百人团大会决议,而元老会议拒之,第三案触公民之忌尤甚,多柔