

第一章 研究罗马法之理由

吾国法律，巍成一系，与欧美诸国，异乎其源。汉唐以还，律例相因，代鲜变更，垂二千余载，其所以然之故，殆由于农村社会之保守停滞欤！

鸦片一役，逊清逼于外力，弛放门户，与万国互通往来。经济侵略，乘隙而入，固有农村，逐渐崩溃，社会日形机隍不安。亡清观此情状，知非变法不足以图存。^① 中外人士，咸以大清律例过于苛酷，应行废弛，参照欧美法例，编订法典，方为要策。^② 于是创办法律学堂也，开设法律修订馆也，盛极一时。^③ 然以大势所趋，亡清虽欲挣扎，终难

^① 光绪二十八年，四月初六日谕旨有云“现在通商交涉，事愈繁多，著派沈家本、伍廷芳将一切现行律例，按照交涉情形，参酌各国法律，悉心考订，妥为拟议，务期中外通行，有裨治理。”见沈家本删除律例内重法摺（寄籍文存卷一）。

^② 在鸦片战争之前，有清威赫一世，斯时之外国人，只可能获清政府之允准贸易，至于服从中国法律，皆众口同声。远者如一七八零年之沙西斯（*Success*）船员案。此事发生于广东，彼时有英船沙西斯号水手法人杀死英船斯踏尔蒙号（*Starmont*）葡籍水手，逃入法国领事馆（彼时中国并不承认其为领事馆），清吏要求交付犯人，法领事以在一七五四年拒绝交付杀害英人之法国人，法国贸易会受停止之苦痛，遂将此次之法人交付清吏，由巡抚命斩首示众，但外人曾讥摘为酷刑，然亦无异议。美国一八二一年之埃米利号（*Emily*）水手因过失杀害华妇案，初美人亦拒绝交付，遂将其贸易停止。旋于船中会审，认定有罪，然仍由美人幽羁之，彼时清廷认为不满，终乃交付中国官吏，即为斩决。美国政府对此曾正式承认中国之司法权曰：“吾人在贵国领海内当然遵守贵国法律，即虽属不公平，亦不加以反抗。”鸦片一役，丧地辱国，威权尽失。一八五八年之中英天津条约始明文承认领事裁判权之存在，然此时犹未思及改革法制。逮庚子之役，亡清知武力不足以抗敌，自后始觉悟往昔之非。光绪二十七年九月五日缔结之中英追加通商航海条约第十二条载明积极革新法制，以期达到废弃领事裁判权，曰：“中国得欲整顿律例，期与各国改同一律”云云。故光绪二十八年间有改革法律之谕旨。

^③ 光绪三十二年由沈家本奉旨创办京师法律学堂，聘日人冈田博士主讲法学通论，九月间开学，入学者数百人。见冈田著之《法学通论讲义·序》。光绪三十年四月初一日法律修订馆成立。自该馆设立后，即从事搜集各国法制，着手编译。其间经过大略，可参看杨鸿烈编之《中国法律发达史》下册八百八十七页以下，各草案可看前北京修订法律馆出版之《法律草案汇编》上下册。

苟延。^① 辛亥之役，政制易体。大清律例，成为史迹。惟民国成立伊始，百政待理，民事法律，未遑制定，乃求变通办法：凡大清律例民事部分不抵触国体者，暂认有效。^② 自兹以还，民商诸法，次第拟订，究其内容，不外东搜西袭，草草成编，原案俱在，可覆按也。^③

国民政府成立，以取消不平等条约及修明内政明示国人。故于法典之编订，颇见积极。关于民法方面，先后颁行总则、债、物、亲属、继承五编，是为吾国有民法典之始也。^④ 窥其内容，类多因袭德瑞，商事部分兼采英美，固有法制，几无一存。^⑤ 论者讥之。良以民法关系人民之日常生活，至深且巨，而亲属与继承二编尤关密切。新民法于此，几皆模仿瑞制，似嫌削足适履。^⑥ 虽然，此为革命后立法之通病，固不独我国已也。^⑦

欧洲各国法系，舍英伦外，几皆直接渊源罗马。^⑧ 即以英美法系而

① 亡清对于法律之修订，纯系迫于外力，兼以清廷重要官员皆无决心，以致卒鲜收效。而制宪之举，尤踟蹰不决，迨革命风云弥漫全国，始将十九条宪章颁布，以冀挽回大局，然已不及矣。

② 民国成立，法制未及编订，故于元年三月十一日公布临时大总统宣告暂行援用前清法律及暂行新刑律令文，其令云：“现在民国法律未经议定颁布，所有从前施行之法律及新刑律，除与民国国体抵触各条，应失效力外，余均暂行缓用，以资遵守。此令”。旋于四月三十日公布附删修新刑律与国体抵触各章条。

③ 参较前引《法律草案汇编》。

④ 民国十八年五月二十三日公布民法总则，同年十月十日施行；十八年十一月廿二日公布债编，十九年五月五日施行；十八年十一月三十日公布物权，十九年五月五日施行；十九年十二月廿六日公布亲属继承编，二十年五月五日施行。

⑤ 吾国以前民法草案，以日民法为蓝本，日则大部分根据德国民法；亲属、继承两篇，新民法取材瑞士民法。

⑥ 例如夫妇财产制，未免繁复，与中国实情不合，是其明证。

⑦ 美独立革命时，一般人士主张废弃承袭英法例；法国大革命后，法律骤变，矫枉过正，遂酿成法国多年之内乱。

⑧ 参见 *Sherman, Roman Law in the Modern World, Vol. 1* . § 185 et seq.

论，其受罗马法之熏染者亦灼然可见。^①他若日本，自维新以来，私法编订，以德法为蓝本，而德法固以罗马法为精髓也。^②即就吾国而论，迨清修订法律馆所拟各种法案，迨皆抄袭东邻。追溯其本，亦罗马法之物也。^③远至南美各国，昔多隶属法西二邦，民法编订，仿照大陆法

^①诺曼征服英伦后，罗马法乘隙而入，龙巴人华卡雷斯（*Lombard Vacarius*）于一千一百四十九年偕大僧正施苞特（*Theobald, Archbishop of Canterbury*）莅英，华氏被邀在牛津大学讲授罗马法，其讲义乃根据意大利注释学派之方法而编成。因当成难得罗马法原本，故华氏辑选优帝会典及宪令成一巨帙，都凡九篇，颜曰“*Liber ex universo enucleato jure exceptus, et pauperius praesertim destinatus*”，并附短注。一般研究罗马法者莫不奉为圭臬，为时颇久，咸简称其书为 *Pauperistae*。见 *Pollock and Maitland, History of English Law, Vol. i, p. 118 (Cambridge)*; *Ottolan, Roman Law, § 615*; *colquhoun, Roman Law § 144*; *Sherman' op. cit. p. 352*。自兹以还，罗马法弥漫英伦，学者趋之若鹜。华氏莅英后之二世纪期间内，其对于英法之影响，至深且巨，堪称为“英国法律史之罗马法时期”。（*Roman Epoch of English Legal History*）见 *Gitterbock, Bracton and his Relation to the Roman Law, p. 16, Phila. 1866*; *Hunter, Roman Law, p. 109*。迟至十四世纪初季，罗马法在英之权威，毫未稍替。阿摩斯在其所著《罗马法》一书有言曰：“罗马法之权威著述常为普通法院（即英国之惯习法裁判庭）所引用，为法学家所确认，咸视为法律是非之定判根据，而非视为说明之资料。”见 *Amos, Roman Law, p. 750*。彼排外主义之英伦法家尝标榜英法为独树一帜，绝未受外来法系之影响。此种论据，已被英法律史家布洛克（*Pollock*）及麦特兰（*Maitland*）二氏视为无稽之谈。见 *Pollock and Maitland, 前引书及 Maitland, Collected Legal Papers (3 vols., 1911)*。详见 *T. E. Scrutton Roman Law Influence in Chancery, Church Courts, Admiralty, and Law Merchant. Select Essays in Anglo-American Legal History (3 vols) 1907 Vol. pp. 208 seq. Same, The influence of the Roman Law the Law of England, 1885, Cambridge University Press*。关于英伦之接受罗马法乃出于长时期之陶冶，并非出于立法方式。见 *Hunter, Roman Law, p. 112*。英美法与罗马法之历史发展，柏来斯曾为文述其大要。见 *Bryce, Studies in History and Jurisprudence, 1901 (N. Y.) Oxford university Press p. 745—781*。

^②日本之编订法制，初以拿破仑民法典为蓝本，嗣因德法颁布，当时举世认为杰作，乃重依德法编订也。

^③此因吾国鉴于日本维新之后，成绩可观，中日习俗相似，且以咫尺关系，故因袭日本法制乃势之必至。其后京师法律学堂设立，日人冈田博士主讲法学通论，其讲义颇喧腾一时。影响所及，自无待言也。

系。^①所谓大陆法者，罗马法适应于近代欧洲大陆各国之别名也。^②

然则罗马法果具何种特征耶？吾人不能无以应之。盖罗马法既为各国私法之渊源，即研究法学之士，非先一谙罗马法无以明其理。是则罗马法应有其特征，不言而喻。兹举其要者有五：（一）罗马法为现今世界上惟一之完成法系，由古代之粗陋法律渐次演进至合理而成熟而分化。^③（二）罗马法为一进化之法系，与其他法系之至半途而停滞衰落者不同。^④（三）罗马法为近代法律名词及概念之渊源。吾人现所习问之债权、物权、质权、抵押权、地役权等词，皆罗马法所恩赐也。^⑤

（四）罗马法为国际法及比较法之基础，欲明此两门学问之底蕴，舍研究罗马法末由。^⑥（五）吾国新民法泰半脱胎于德瑞，而德瑞民法则承受罗马法系之精髓，故欲明新民法之内容，非研究罗马不可也。^⑦

要之，吾人研究罗马法之目的，非欲以稽古自炫。物有本末，事有终始，研究罗马法者，所以溯其本而究其始也。良以吾国新民法泰半因

①关于西班牙时代之美洲殖民地法律，一六八零年查里斯第二编订成集，定名印度法规（*Recopilacion de Indias*），都凡九篇，二百十八目，共收集六千四百四十七项法令。其后凡经四版，一七五六年，一七七四年，一七九一年，及一八四一年。此书所收集者，颇可了然西属美洲当时之法律也。自一六八零年至一七八七年之法令，即有墨西哥法曹名家拜黎拿（*Belená*）编集成书，名曰 *Recopilacion sumaria de todos los autos acordados de Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva Espana*, etc. (2 vols.)。墨西哥政府亦有刊行全集，其所收法令截至一八二一年止。见 *Collección de los decretos ordenes de las cortes de Espana, que se reputan vigentes en la Republica los Estados Mexicanos*, Mexico, 1829。迨一八一零年至一八二六年，革命风云弥漫全美，于是西班牙之属地相继独立，创设共和国，先后编订民法典，皆以拿破仑法典为蓝本，然于商法典则多以西班牙商法典为根据也。

②大陆法，乃罗马法经过各国接收后之法律，为欲示明其与罗马有别，故学者间称为大陆系。此缘欧陆各国，率皆因袭罗马法也。

③见 *Roscoe Pound, The Spirit of the Common Law*. Bryce, *Studies in History and Jurisprudence*, p. 745—781; Lefroy, *Rome and Law*. *Harvard Law Review*, xx606; Sherman, *Roman Law in the Modern World*, vol. I. (History); Sohm, *Institutes of Roman Law* (Ledlie's transl.) 3rd ed. Part I; Maine, *Village Communities*. 332 et seq.

④如回法系是。

⑤见 *Maine, Village Communities*, p. 337, 338, 349, 350, 361.

⑥英分析派法学家奥士丁亦认罗马法为国际法之基础。见 *Austin, Jurisprudence* (1832) I. § 378; Maine, *Village etc.*, p. 351—353; *Ancient Law* (Pollock's ed., 1907) p. 100; *International Law*, p. 20.

⑦瑞士民法之罗马法成分，可见 *T. R. Robinson, Roman Law Elements in the Swiss Civil Code of 1912*, 15 *Ill. Law Rev.*, 181 (1920); 德国之受罗马法影响，可见 *Sherman, op. Cit.*, Vol., p. 307. 沈家本于删除律例内重法摺奏中有云：“中日两国，政教同，文字同，风俗习尚同，借鉴而观正，可无庸疑虑也。”（寄一文字卷一。）

袭大陆，而大陆诸国之法源，几尽觴罗马法。即此一端，已足示吾人研究罗马法之重要。苟从法学之价值观之，罗马法为治法者之基本学问。倘能融会贯通，法学智识已习过半矣^①。

^① 见 Sherman, *Roman Law etc.* Vol. 1, § 4—7; Munro Smith, *Problems of Roman legal History*, *Columbia Law Review*, IV, 539, 540。

第二章 罗马法之意义

罗马法应研究之理由，既如上述，则罗马法之内容奚若，亦必为吾人所欲问也，换言之，所谓罗马法，果尽包括罗马自建国以至灭亡期间所有之法律乎？^① 罗马法之为各国法系之渊源，果为罗马法之全体乎？凡此问题，皆为初学者所欲问，而为研究罗马法者所不可不知也。

罗马法之精神及特征，前章已为述及，非因其有万全之法律，乃在其私法之发展，独具异彩及有一贯的内容与进化也。吾人今日之研究罗马法，只指其私法而言。^② 而罗马法得以灿烂千古成为各国法系之渊源者，亦唯此私法。故罗马法者，罗马之私法也。^③

惟罗马之历史绵延千余载，吾人今所研究者与大陆诸国所承者究为罗马何时之法律？以时间考之，罗马私法起自十二表法之颁布至优帝编订法典之告成。^④ 然若从罗马法之发展而言，即自纪元后第一世纪初叶至第三世纪末季为罗马法之黄金时代，学者名之曰“古典时代”。^⑤ 盖

① 罗马之建国日期，一般史家定为纪元前七百五十三年。见 *Munro's Source Book of Roman History*, *Dionysius. Roman Antiquities*, i; *Cicero. on the Commonwealth* ii; *How and Leigh. History of Rome*, Chap. i and ii; *Shuckburgh. History of Rome*, Chap. i—iii.

② 罗马法之特征为私法部分，至于刑法则与吾国旧律例相似，残酷野蛮，无以复加。吾人所研究之罗马法即此私法部分，刑法部分，因时代之变迁，已与今世全面目矣。

③ 学者间之著述，多定其书为罗马法，实皆为罗马之私法也。

④ 罗马之有明文法律，以十二表法为始。该法之颁行日期，论者不一，大约在纪元前四五二年至四四九年间。详见，丘汉平著之罗马十二表法之研究，法学季刊第三卷第一期，三九页以下。优帝编订法典起于纪元后五百二十八年二月十三日。见 *Const.*, “*Haec qual necessario*” 宪令汇编前序。

⑤ 古典时代 (*Classical age*) 所以示法学之全盛，此时期适为帝政初期，即自奥古斯都 (*Augustus*) 帝至康摩特斯 (*Commodus*) 帝也。(自纪元后十四年至纪元后二百八十四年止。) 佐乐韦克斯 (*Jolowicz*) 在其大著 *Historical Introduction to Roman Law* (Cambridge, 1932) 之罗马年代定古典时代为前后期，前期起于哈德林帝 (*Hadrian*)，后期起于沙地苗士色味鲁 (*Septimius Severus*) 帝，而以亚力山大色味鲁斯帝 (*Alexander Severus*) 为止。其时期即自纪元后一一七年至二三五年。

在此期间，罗马法家之辈出与法学之阐明，开罗马空前绝后之盛况。^①对于以前法律，尽整理批评之能事，示未来法律进展之途径。逮第六世纪初季，优士丁尼大帝登极，酷好法学，礼聘法家，将前此数百年之法学著述，去繁取要，删订成编，集其大成，即今所习闻之优帝法典是也。^②

故就历史言之，吾人所研究之罗马法，为罗马千余载之私法。就实质而言，则优帝法典为吾人研究罗马私法之根据。惟欲明了其演进由来，不得不溯源历史矣。

此外应宜注意者，吾人研究罗马法应具一批评观察之眼光。换言之，吾人应视罗马法为一进化之法系，并研究其特征及其伟大之所在。如是，方可进而探讨各国民法之精神，不致囫圇吞枣，徒事摭拾矣。

① 罗比氏考订罗马之法家共六十八人，其姓名传略可见 *Roby, Introduction to Roman Law* .
 прехххх—схххх.

② 优帝法典现所知者包括四项：一，法律纲领；二，会典；三，宪令；四，新宪令。前三项系优帝时代所编订，末一项为优帝所颁布之命令，后人编订成书。此四者总称为法律大全（*Corpus Juris civilis*）为哥陀忽列道士（*Gothofredus*）所令名，彼于一千五百八十三年集成全书出版，自兹以还，世人始获观罗马法之全体也。

第三章 罗马法之分期

第一节 罗马历史之段落

罗马历史之自然分期，莫若依其政体之更易最为合理，即王政共和帝政三时代是已。^① 王政时代起自纪元前七百五十三年，迄于达棍士王（*Tarquinius Superbus*）被逐（五百十年）。^② 此时期之历史，犹吾国唐虞，史缺有间，难以稽考；大半历史，多属臆测。^③ 次为共和时代，以至奥古斯特大帝（*Augustus*）^④登极时止，历时达五百载，为罗马自城市国家扩展至帝国疆域之时期。^⑤ 罗马私法，大半在此时期落下种子，备后代之收获。^⑥ 末为帝政时代，又可分为三期：前期为帝政分权时代，视帝王为人民之首领，元老院及民会尚具相当权力：故帝王在名义上为一国之总裁也；次期为帝政专权时代，元老院及民会之大权旁落，形成为

① 见 *Jolowicz Historical Introduction to Roman Law*, pp. 1: *How and Leigh*. 前引。

② 见 *Mommsen, Romische Geschichte*, 9th ed. Berlin, 1903; (Dickson 英译本) 2nd ed., London, 1868 但据曼耶士之罗马史，则定以纪元前五零九年为王政止点。（*Mayer, History of Rome*. pp. 1）

③ 李 味（*Livy* 纪元前五九年——纪元后一七年）及迪奥尼秀士（*Dionysius of Halicanassust* 约在纪元前二十五年间）等人著述，对于此时期之情形，言之凿凿。近代史家，则认为不足征信。

④ 奥古斯特大帝（*Augustus*），现一般译为奥古斯都。——勘校者注

⑤ 共和时代起于纪元前五百十年（一说五百零九年），迄于纪元前三十一年。

⑥ 罗马法学之阐明，以马秀斯施凯浮拉（*Q. Mucius Scaevola*）为始祖。（施氏在纪元前九十五年被任为总裁）卡克（*Cuq*，见 *Institutions, etc: vto, ii, p.*）认定施氏为罗马古典时期之开端共和时代之法家，可见 *Roby. Introduction to the Digest*, p. xcvi; *Sherman, vol. i., § 53; Lenel. Palingenesia Juris civilis*. 2 vols. . Leipzig, 1889.

帝王之隶属机关，不复有独立之主意。^①至纪元后四百七十六年，西罗马之命运告终；^②末期为东罗马之掘兴，至一千四百五十三年，被土耳其所灭。^③在此一千余年间，纷乱变更，不胜缕述，其与罗马法律有重大关系者，厥为优士丁尼大帝之朝。（纪元后五二七年至五六五年）故言罗马法之历史恒以优帝为止点也。^④

第二节 罗马法之历史分期

法律之进化，本非一蹴而几。古代法充满习惯，故其进化段落，尤难划分。以言罗马法，其历史分期，学者间所持标准不一。今特述其要者于次：

一、依罗马政治之组织，罗马法之历史得分为四大时期：曰王政时代，曰共和时代，曰帝政分权时代，曰帝政专权时代。法儒贾拉（Girard）^⑤氏主之。^⑥英儒左罗韦克志（Jolowioz）^⑦虽亦以政治组织为罗马法分期之根据，但其分期与贾氏互有出入：第一期为臆测时期（自罗马建国至十二表法之制定），第二期为自十二表法至共和末季；第三期为

① 罗马之由共和转入帝政时期，其过渡之重要人物厥惟奥古斯特大帝。论者谓“罗马帝国之建立为任何政治组织所不及，厥功之伟，即纵横一世之亚历山大（Alexander）、西萨（Caesar）、查尔猛（Charlemagne）、拿破仑（Napoleon）诸杰亦望尘莫及。”见 Myers, *A History of Rome* p. 136

② 西罗马之命运告终，亦则人类文明之曙光。盖罗马自帝政以来，希腊、罗马、耶教之文化渐冶于一炉，然皆无活泼之新生命。迨日耳曼种人崛起，遂将人类文化予以重大之激荡，其进步之速，堪称后来居上。详见 Tacitus, *Germania*; Dill, *Roman Society in the Last Century of the Western Empire*; Curteis, *History of the Roman Empire*, Chaps. vi—ix; Gibbon, *op. cit.*, Chap. ix. 关于罗马之衰亡原因，见 Hodgkin, *Italy and her Invaders*, vol. ii, pp. 532—613; Seeley, *Roman Imperialism*, Lect. II, pp. 37—64; Bury, *A History of the Later Roman Empire*, vol. I, Chap. Iii.

③ 罗马帝国灭亡之时，堪称为人类之大浩劫。土耳其人既夺康斯丁诺颇（Constantinople）后，于是大肆屠戮，伤亡者数万人，希腊人尤多，以是希腊人恨土耳其人最深。说见 Gibbon 前引书。

④ 优帝之后，罗马法已无向上之发展，只见分化作用，渐侵入日耳曼民族割据之西欧。

⑤ 法儒贾拉，（Girard）今一般译为吉拉尔。——勘校者注

⑥ 见 Girard, *Manuel Elementaire de droit Romain*. 8^{eme} ed, 1929.

⑦ 英儒左罗韦克志，（Jolowioz）今一般译为乔洛怀克兹。——勘校者注

帝政时代之初世纪；第四期为古典时期（即全盛时期），第五期为古典末季之优士丁尼大帝登极；第六时期为优帝统治时期^①。左氏此种分期，以政治组织为划分段落，但其所划分段落，亦即罗马法进化之比较显然阶段也。^②

二、依罗马法之变迁，而分历史段落者，视学者之见地而殊。言其要者如下：

（一）梭姆分法 梭姆(Sohm)分罗马法为二大时期：^③一为市民法之时期(Jus Civile)，一为万民法之时期(Jus Gentium)。此法过于简单，惟其大致堪足表示罗马法进化之二大阶段也。曼夷(Mayr)^④从之。^⑤

（二）缪赫特分法 缪氏(Muirhead)^⑥分罗马法之历史为五时期^⑦：一曰贵族法时期(Jus Quiritium)；二曰市民法时期(Jus Civile)；三曰万民法时期(Jus Gentium)；四曰自然法时期(Jus Naturale)；五曰编订法典时期(Codification)。此种分期，颇能示罗马法之进化程序，惟亦不无可议之处。盖罗马法中虽有贵族法与自然法之事实，但语焉不详，似难自成一段落。贵族法不外市民法之初期，与其俨然分为二期，毋宁并为一时期。至于自然法不啻为万民法之末期，似宜合并为一。如是，缪氏之分期，方臻完善。

（三）苟格分法 苟氏(Cuq)^⑧之分法，系就罗马法律进化之程度为根据，故分为三时期：^⑨曰古代法时期，曰法律进步时期，曰法律退步时期。此种分期，殊不足取。罗马法之自古代法渐次进步，固属切当，而以罗马法自纪元后第三世纪初叶以至优帝止为退化时期，殊有言不符实之弊。与其曰退化，毋宁谓其成熟可也。

（四）庞德分法 庞德(Pound)就罗马法及英美法为比较之研究，

① Jolowicz, *historical Introduction etc.* . p.4—6;

② 见前书。

③ Sohm, *Roman Law*, (Ledlie's transl) . 3rd ed. (oxford) .

④ 曼夷, (Mayr) 今一般译为迈。——勘校者注

⑤ Mayr, *Römische Rechtsgeschichte* . 1912—1913。

⑥ 缪赫特, (Muirhead) 今一般译为缪尔赫德。——勘校者注

⑦ Muirhead, *Historical Introduction to the Private Law of Rome* . (3rd by Grant)

⑧ 苟格, (Cuq) 今一般译为屈克。——勘校者注

⑨ Cuq, *Manuel des Introduction juridiques des Romains* . 1917.

所得法律之进化历程有五：第一期曰自助时期；第二期曰严法时期；第三期曰衡平法或自然法时期；第四期曰成熟法时期；第五期曰法律社会化时期（末一期为庞氏对于现代法律进化之趋势而言）。^① 依庞氏之研究，罗马法之进化至第四期为止。罗马法由自助至严法（市民法），再由市民法之逐渐适应新环境，遂产生与市民法对等之法律，即万民法。万民法为脱羁市民法之约束，再进而为人道主义之主张，如宽放奴隶、改良待遇等等，皆是表示法律之合理化也。惟法律之生长进化，必有止境。花开结实，物之至理。故罗马法进化达到某程度时无以复加，于是编纂法典，使法律告一有系统之段落，是则庞德之所谓法律成熟期也。

（五）宜本分法 宜氏（Gibbon）^②为研究罗马史之大家，其巨著罗马帝国之衰亡一书，洋洋数十万言，为史界之杰作。宜氏分罗马法为四大时期：第一期起自罗马建国至十二表法之制定（曰不文法时期）；第二期自十二表法至共和末季（曰成文法时期）；第三期起自帝政初期至薛味鲁斯帝（Alexander Severus）止（曰成文法发达时期）；第四期起自薛帝至优士丁尼帝（Justinian）（曰法典编纂时期）。^③（注十八）宜氏分期，亦与罗马法之进化历程相符，言非无据。

第三节 各家分期之批评

上述各家分期，已足代表罗马法之历史分期方法。今所欲问者，即吾人研究罗马法之历史，究以何家之说较为切当，就实质言之，各家分法大同小异，惟根据之标准略有不同耳。庞氏分法，堪为一般法律进化之说明，诚不愧为历史法理学之新发现也。惟以之为说明罗马法之进化历史，殊嫌过于抽象，非初学者所能领会。苟克分法，殊不足取，前节已述梗概，毋庸再赘。梭姆分法，过于简单，未能表现罗马私法之进化显然程序。宜氏分法，只可说明一面之事实，盖罗马自十二表法以至优

① Pound, *The Spirit of the Common Law*.

② 宜本, (Gibbon) 今一般译为吉邦。——勘校者注

③ Gibbon, *History of Decline and Fall of Roman Empire*.

帝编订法典，固皆可视为成文法也。缪氏分法，不厌其详，而对罗马法进化之历程，颇能一一揭出，惟贵族法与市民法及万民法与自然法应各并为一期或分前后期，较符事实，今以图表之于下：

分化→优帝法典→编订法典→后期（自然法）→万民法→后期→市民法→前期→贵族法

说明：优帝编订法典，包括自十二表法以至其编订时之法律。削繁取要，集其大成。

第四章 罗马法之渊源

罗马法之渊源云云，含有二种不同之意义。其一，为罗马法自身之渊源^①，换言之，即罗马法之内容从何处来也。其二，为吾人今日研究之罗马法，究根据罗马法之何种资料也。二者大有区别，不能混谈。今分别述之。

第一节 罗马法之实质渊源

罗马私法之历史，始于十二表法。在此之前，传闻古昔王长^②亦有立法事例^③。当罗马共和奠基之时，有柏比雷斯者，集王政时代之法令，称曰教仪法（*de retu seclarum*），^④后儒弗列格斯（*Granius Flaccus*）^⑤

① 罗马法之渊源，详见 *Clark, Practical Jurisprudence (Sources)*。

② 王政时代相传罗马共有七王：罗马鲁斯（*Romulus* 开国元首）；纽马（*Numa* 立法者）；霍斯地留士（*Tullius Hostilius*）及麻休士（*Ancus Martius* 皆武功最盛之王）；斐立斩卡士（*Priscus* 建国之主）；色味斩杜留士（*Servius Tullius* 改革者）；达棍纽士苏柏布斯（*Tarquinius Superbus* 暴君被逐）。参见 *Lewis, The Credibility of Early Roman History; Ihne, Early Rome, chaps. I—v, vi—ix*。

③ 罗马古代法律，可见 *Geschichte der Quellen und Literatur der Römischen Rechts*, (2te Aufl.) p. 3—82。

④ *Dig. I, 2. 2. 36*. 在会典中，引文散见。据梭姆云，此项王律之收集，约在共和之末期，与霸克兰所言相出入。依梭氏推测，“王律”之名称，或因以帝王为天意之发泄机关（天意 = *Fas*），或因该项律令直接受帝王之保护也。（*Sohn, Institutes of Roman Law (Ledlie's transl. 3rd ed.,) p. 54 note 4. Bruns, Fontes Juris Romani Antiqui . II, 78.*）

⑤ 儒弗列格斯，（*Granius Flaccus*）今一般译为弗拉库斯。—— 勘校者注

注释之^①，遂名为柏比雷斯法（*Ius Papirianum*）^{②③}，犹吾国李悝法经六篇也^④。共和时代之法家，多为引注^⑤。惟此等王律（*leges regias*）^⑥，不夫古昔习惯之加以明文规定，其中十之八九殆皆为教仪事项，其于后来罗马法制固无若何之影响也^⑦。

故在共和时代以前之罗马私法，史缺有间，文献未详，^⑧本书姑略而不加专述，只于叙述共和时代之法律渊源时，附注其概要，以明始末而已^⑨。今为便于说明起见，吾人分为四期述之。第一篇共和时代，第二为帝政初期，第三为帝政后期，第四为优帝统治时代。

第一项 共和时代之法律渊源

共和时代之法律渊源可分为五：一为民会通过之法律，二为平民会通过之议案，三为教仪之解释，四为高级官吏之告令，五为习惯。

一、民会通过之法律 在王政时代，罗马人民分为二大阶级；贵族

① D. 50. 16. 144 参较 Hirschfeld, *Kleine Schriften*, 239—245; Buckland, *A Text Book of Roman Law*, 1921, p. 1。

② 柏比雷斯法之年代，已无可考；学者之间，意见不一。见 Bruns, *I*, 1—15; Jolowicz, *Historical Introduction to Roman Law*, p. 83, note 1; Pais, *Ricerche*, *I*, 243—270。

③ 柏比雷斯法（*Ius Papirianum*），今一般译为帕披里亚努姆市民法。在古罗马第七王塔尔奎尼乌斯·苏泊尔布斯时有个叫帕披里乌斯（*Papirius*）的曾编定法律，故此法称为帕披里亚努姆市民法（*jus civile papirianum*）——勘校者注

④ 法经六篇堪称为吾国法典之渊源，与罗马法不同者，则法经所载几皆刑律公法之类，私法百不一见焉。

⑤ 见 Girard, *Textes de Droit Romain*, 4me ed, 3 sqq; Bruns, *op. cit.*, *I*, 1 sqq.

⑥ 王律，（*leges regias*）今一般译为王政法。——勘校者注

⑦ 见 Buckland, *op. Cit.*, p. 1; Jolowicz, *op. Cit.*, p. 83 比较 Clark, *Sources*, p. 19。

⑧ 详见 Voigt, *Ueber die Leges Regiae*, Leipzig, 1876, 1877; Muirhead, *Historical Introduction to the Private Law of Rome*, 3rd., pp. 19, note 10。

⑨ 王政时代之法律，见 Muirhead, *op. Cit.*, p, 1—74。

与平民是也^①。政治权及经济权，独贵族享有，平民不与焉^②。其后贵族革命成功，易王政为共和，对于平民之待遇，不惟未稍改进，且专横日甚，平民与贵族犹水火之不相容^③。凡贵族会通过之议案，享有法律（*Leges*）之尊严；而所谓法律，亦唯民会议决通过者为限^④。

共和时代之民会（*Comitia*）^⑤机关有二：曰军伍会（*Comitia*

① 详见 Jhering, *Geist des römischen Rechts*, vol. I (3rd ed. Leipzig, 1873) § 14; Genz, *Das Patricische Rom*. (Berlin, 1875), p. 1 sqq; Mommsen, *Röm. Staatsrecht*, iii, p. 13 sqq; Carle, *Le Origini del diritto romano*, (Torino, 1888) p. 17 sqq; Jolowicz, *op. cit.*, p. 7 sqq; Cuq, *Les institutions juridiques des Romains* (Paris, 1891) p. 43 sqq. 关于平民之如何侵入罗马社会，言人人殊，详见 Mommsen, *op. cit.*, pp. 66—68, 130—141。蒙森谓罗马初时社会并无平民独成一级，与客民同为贵族之役民。其后因客民（*clientes*）制度渐见崩溃，而平民方面，则因人数之增多与意识之发达，始形成独立阶级，与贵族相对抗焉。卡罗华（*Karlowa*）之研究结果，则谓蒙说不近史实。见其大著 *Römische Rechtsgeschichte*, (Leipzig 1885) p. 62。

② 政治及经济原因，可见 Jolowicz *op. cit.*, p. 7 sqq。

③ Muirhead, *op. cit.*, p. 75: “Patrician predominance soon became much more marked and oppressive than it had been in the time of the later Kings.” Sherman, *op. cit.*, p. 32. § 35.

④ Buckland, *op. cit.*, p. 4—5; Jolowicz, *op. cit.*, p. 22 讨论见 Mommsen, iii, 1037 sqq. Clark, *Roman Law*, p. 137; Becker, *Röm. Alt. ii.* 1. 315 sqq; Muirhead, *op. cit.*, p. 78—79。

⑤ *comitia*，亦称“大会”，只有贵族参加的会叫“大会”，例下文的军伍大会、贵族大会、地区大会等，只有平民参加的会称为“议会”（*concilia*），其地位要比“大会”低。——
勘校者注

centuriata)^{①②}，曰家族会^③，(Comitia curiata) 二者通过之议案，皆成法律。此时期之会议立法范围稍广，然在私法方面之创制，除十二表法 (Lex Duodecim Tabularum) 外，不足称道^④。军伍会所为无几，可得而述者，在其取得选任高级官吏之权力耳^⑤。盖此时代之罗马，其重要法案类皆出于阶级斗争之结果，因之，立法事项寓政治性者，殆居十之八九。不过此项政治性质之法案，常兼改进私法上之严酷部分，是亦不可忽视也。

关于法律效力之程度，不尽一致^⑥：有强制规定者（称曰 Lex Perfecta）^⑦，有罚则规定者 (Lex minus quam perfecta)，有任意规定者 (Lex imperfecta)。任意规定之法律，虽有明文禁止某种法律行为，但对

① 军伍会或译兵员会，其详细组织见，Botsford. *The Roman Assemblies*, 80—82, 203—211。军伍会之设立，说者成归功于杜留士 (Servius Tullius 纪元前 578—535) 之朝。(Botsford 引 Livy 之言为据) 全会分成六级，上级为骑兵级 (Equites)，余五级为步兵级，(Pedites) 每级又分成若干队。骑兵级共有十八队，每队一百人，(Centuria)，另有工兵四队，贫民一队 (Proletarii, capite censi)；步兵级分为五级，第一级 (最高级) 共八十队，第二第三第四级各二十队，第五级有二十四队，共计一百九十三队。(此系据 Dionysius iv. 18; vii 59；但据 Livy 则为一百九十四队)。每级之队数又分为高年队 (Seniores 男子四十六岁——六十岁) 与低年队 (Iuniores 男子在四十六岁以下)，队数相若；惟骑兵级与第一级所得队数合计占九十八队，故在选举上恒占胜利，因队为开政事会议之选举团体。(此系据 Jolowicz, p. 19;) 但关于军伍会之组织考据，学者间意见不一致。德儒蒙森 (Mommsen) 谓军伍会系以军队之结合而投选举之会议 (见 Mommsen, *Staatsr.* iii, 247; 参较 Greenidge, 69 之意见)。鲍斯服 (Botsford) 对蒙氏之说，加以否认，综其理由，约有二端：其一，罗马军队之组织，绝不如此之整齐简单，因军队数量须随人口地域而增加也。其二，高年队之队数既与低年队同占半数，是军力方面未免过弱。(见鲍前引书) 以是学者间谓军伍会之组织实系选举之团体，不过仿军队之组织耳。(见 Jolowicz, p. 20) 此说亦属过于臆测。按古代法制，殆曾出于当然之要求而成。军伍会之末期，虽已失却军事之地位，然在初时，实一军事机关，藉以供给军力，要无可议。后儒每以今人之眼光推测古代政制，未免失征。

② 军伍会，(Comitia centuriata) 今一般译为军伍大会。——勘校者注

③ 集族会或译贵族会，其性质亦无确定之论据。传说罗马人由三种族结合而成，即 Ramnes, Tities, Luceres 是也。每种族分为十族，共三十族 Curiae，族为选举单位，每族由若干家团集合而成，但亦有谓每十家团成一族者，此说不能认为正确。盖族之以为地域为界限，故有一定之数额。至于家团 (Gens) 组织，随各族之盛衰而定，当难划一不变。(说见 Buckland, p. 3; 然亦有人主张以集团为地域界限者，如 De Francisci, *Storia del Diritto Romano*, I, p. 110。初时之集族会，只限于贵族，及后平民始准参与焉。(Botsford, p. 8—15)。

④ 参见拙《著罗马法之渊源》，东吴法季刊第四卷第七期第七九九页；Jolowicz, p. 18, 119, 125。

⑤ Buckland, p. 4. Mommsen, iii, 270。

⑥ 据鄂尔宾所云。见 Ulpinus, *Reg.* I. 2。

⑦ Sohm, p. 208。罗马后来大部分法律皆属此项。

于违反者并无示其无效或罚则之效果^①。例如真琪亚法（*Lex Cincia* 204 B.C.）^②禁止亲属间之赠与不得超过一定之金额，而对于违反此项规定之赠与，并不示其无效或罚款之效果^③是。若弗雷亚遗嘱法（*Lex Furia testamentaria* 其正确日期已难确定），对于遗赠（*Legatum*），除特定人外，不得逾越一千阿斯（*ass* 罗马通货单位名称）。惟违反此项规定之遗赠，不视为无效，受遗人仍得受之，但须担负四倍之罚金。故在实际上，受遗人莫不拒受之。^④

此外罗马尚有第三种会议，曰区域会，（*Comitia tributa*）^⑤，其组织以地方为选举单位。相传此项地方团体之设立，归功于涂留士（*Tullius*）^⑥。嗣后为罗马版图日扩，地方团体日增，至纪元前二百四十一年已臻全盛时代。此时地方团体有三十五个之多^⑦。其后新征得土地之所有人，概分别归入上项地方团体。此项区域会之会员限于土地所有人，故非土地所有人，不能加入。迨纪元前三百一十二年间，克鲁地斯（*Appius claudius*）始许无土地之罗马人民编入某区域。自兹以还，罗马人民皆加入一定之区域会矣^⑧。

二、平民会通过之议案 在共和初季时代，惟民会通过之议案视为有法律效力，^⑨至于平民会（*Concilium plebis*）^⑩通过之议案，不称曰法律（*Leges*），而称曰平民决议案（*Plebis itum*）^⑪。此项决议，若未经元老院之认许，其效力仅及于平民而已，罗马贵族阶级不受其拘束^⑫。惟因

① *Jolowicz* p.85; *Sohn*, p.206; *Buckland*, 7, n.2.

② 真琪亚法，（*Lex Cincia*）今一般译为辛西亚法，公元前 204 年通过。——勤校者注

③ *Fr. Vat.* 266 sqq; *Buckland*, Xci. 关于此项行为，如权利人欲主张其权利时，被告若提起抗辩之诉，则权利人主张遂失其作用。

④ 此为罚则规定，即违反者之行为视为有效，不过加以处罚耳。弗雷亚遗嘱法之外，尚有麻西亚律（*Lex Marcia*）亦同。（见 *G.4.23*; *buckland*, § CXIX）。

⑤ 区域会，（*Comitia tributa*）今一般译为部落大会。——勤校者注

⑥ 涂留士，（*Tullius*）今一般译为图利乌斯。——勤校者注

⑦ *Mommsen* iii, 161 sqq; *Botsford* 48 sqq.

⑧ 至纪元前三零四年，对于无地之罗马人则另编入四市区议会。罗马人加入区域会后，其姓名上亦随之而示区别，此项姓氏，代代相继。（见 *Jolowicz*, p.21）。

⑨ 详见 *Jolowicz*, p.22。

⑩ 平民会，（*Concilium plebis*）今一般译为平民译民。——勤校者注

⑪ *Buckland*, p.415.

⑫ 远在纪元前四五六六年之伊西利亚（*Lex Icilia*）及四四四年之甘纽黎亚律（*lex Canuleia*）皆是。