

罗马法原论

下册

周相著

商务印书馆



罗马法原论

下 册

周 榘 著

商 务 印 书 馆

1996年·北京

第四编 继承法

第一章 罗马继承法的主要原则及其演变	434
一、由身份继承演变为财产继承	434
二、由概括继承发展为限定继承	435
三、以遗嘱继承为主，法定继承为辅	436
四、两种法定继承长期并存	438
五、罗马法的法定继承人分当然继承人、 必然继承人和任意继承人	438
六、法定继承是均分继承	439
七、一为继承人，永为继承人	439
八、罗马法适用代位继承	439
第二章 遗嘱继承	441
第一节 遗嘱继承的意义	441
第二节 遗嘱的方式	442
一、市民法的遗嘱方式	442
二、大法官法的遗嘱方式	446
三、帝政后期的遗嘱方式	447
(一) 私式遗嘱	447
(二) 公式遗嘱	448
(三) 特别遗嘱	449
第三节 遗嘱能力	451
一、立遗嘱的能力	451
二、遗嘱继承的能力	455
三、遗嘱作证能力	459
第四节 继承人的指定	459
一、指定继承人的位置	460
二、指定继承人的用语	461
三、指定继承人的人数	461

四、附条件或期限的指定	464
第五节 指定的补充	467
一、普通补充指定	467
二、未适婚人的补充指定	470
(一) 概述	470
(二) 未适婚人补充指定的要件	471
(三) 未适婚人补充指定的无效	474
三、准未适婚人的补充指定	474
第六节 遗嘱自由的限制	477
一、废除继承人的限制	477
(一) 市民法的规定	477
(二) 大法官法的改革	482
(三) 优帝一世的改革	484
二、遗嘱逆伦诉	485
(一) 概述	485
(二) 起诉的条件	486
(三) 本诉的效力	490
三、特留份追补诉	491
(一) 概述	491
(二) 本诉的效力	491
四、赠与或嫁奁逆伦诉	492
(一) 概述	492
(二) 两诉的效力	492
第七节 遗嘱的无效	493
一、违法遗嘱的无效	493
二、合法遗嘱的无效	494
第八节 遗嘱的启封	496
第三章 法定继承	498
第一节 法定继承的基本原则	498
一 法定继承必须在无遗嘱继承时开始	498

二、法定继承须在确定无遗嘱继承时开始	499
三、确定法定继承人的资格和继承能力，以法定继承开始时为准	499
第二节 《十二表法》关于法定继承的规定	500
第三节 大法官法对法定继承的改革	503
一、依法的遗产占有	503
二、补充法律的遗产占有	504
三、改革法律的遗产占有	504
四、遵章的遗产占有	504
第四节 帝政后对法定继承的改革	509
第五节 《优帝新敕》的规定	511
第四章 遗产的继承	518
第一节 继承的接受	518
一、当然继承人和必然继承人	518
二、任意继承人	518
(一) 接受继承的能力	519
(二) 接受继承的方式	521
(三) 接受继承的时间	522
第二节 继承的效力	526
一、继承人与被继承人的关系	526
二、继承人与被继承人之间债权人的关系	527
(一) 对被继承人的债权人的保护	528
(二) 对继承人的保护	529
三、共同继承人之间的关系	532
(一) 遗产的分割	532
(二) 参加分割的遗产	532
第三节 继承权的保护	536
一、继承诉	537
二、遗产占有的诉权	539
第五章 继承的拒绝	541

第一节	拒绝继承的方式	541
第二节	拒绝继承的效力	542
第六章	遗赠	546
第一节	遗赠的要素	546
一、	遗赠的当事人	546
二、	遗赠的方式	547
三、	遗赠的标的物	552
第二节	遗赠的取得	559
一、	遗赠取得的时期	559
二、	遗赠取得的效力	561
第三节	遗赠的无效	563
一、	遗赠无效的原因	563
(一)	自始无效	563
(二)	嗣后无效	564
(三)	违背对遗嘱自由的限制	564
二、	遗赠无效的后果	568
第七章	遗产信托	572
第一节	遗产信托概述	572
第二节	受托人和信托受益人地位的演变	573
第三节	遗产信托与遗赠的区别	575
第八章	死因赠与	577

第五编 债法

第一章	法律行为	582
第一节	法律行为的概念与分类	582
一、	法律行为的概念	582
二、	法律行为的种类	583
第二节	法律行为的构成	586
一、	法律行为的要素	586

(一) 当事人	586
(二) 标的	596
(三) 方式	600
二、法律行为的常素	601
三、法律行为的偶素	601
(一) 条件	601
(二) 期限	608
(三) 负担	611
第三节 法律行为的解释	612
一、法律行为内容明确的	613
二、法律行为内容发生歧义或晦涩不明的	613
第四节 代理	615
一、代理概述	615
二、代理的沿革	616
第五节 法律行为的无效	621
一、法律行为无效的概念	621
二、法律行为无效的分类	621
三、有关无效行为的法律规定	623
第六节 期日和期间	624
一、期日和期间的概念	624
二、罗马历法	624
三、时间的计算	625
第二章 债	628
第一节 债的概述	628
一、债的概念	628
二、债的主体	629
三、债的标的	630
四、债的种类	630
五、债的效力	641
(一) 给付	642

(二) 故意和过失.....	642
(三) 事变.....	649
(四) 迟延.....	650
第二节 债的发生.....	654
一、契约.....	654
(一) 契约概述.....	654
(二) 契约的分类.....	656
(三) 契约的效力.....	661
(四) 要式契约.....	664
(五) 要物契约.....	672
(六) 诺成契约.....	688
(七) 无名契约.....	746
(八) 简约.....	754
二、准契约.....	768
(一) 不当得利.....	768
(二) 无因管理.....	773
(三) 其它准契约.....	777
三、私犯.....	781
(一) 私犯概述.....	781
(二) 私犯的构成要件.....	782
(三) 私犯的种类.....	785
(四) 准私犯.....	803
第三节 债的保全.....	810
一、违约金契约.....	810
二、定金.....	811
三、副债权契约.....	812
四、连带债.....	813
五、保证.....	817
(一) 保证概述.....	817
(二) 保证的种类.....	818
(三) 关于保证的限制.....	825

第四节 债的转移	827
一、债的转移的沿革	828
二、债的转移的种类	828
三、债权让与的效力	830
四、债权让与的限制	831
(一) 依当事人约定不得让与的	831
(二) 依法律关系的性质而不得让与的	831
(三) 法律明定不得让与的	831
第五节 债的消灭	832
一、清偿	833
(一) 清偿的要件	833
(二) 清偿的效力	837
(三) 清偿的证明	838
二、提存	839
三、更改	840
(一) 更改的概说	840
(二) 更改的种类	841
(三) 更改的效力	842
(四) 强制更改	842
四、抵销	842
(一) 抵销的概述	842
(二) 抵销的条件	844
(三) 抵销的限制	846
(四) 抵销的效力	847
五、免除	847
六、混同	850
七、其它债的消灭原因	851
(一) 消灭的时效	851
(二) 当事人的死亡	852
(三) 当事人人格的变更	852
(四) 标的物的灭失	852

(五) 无偿原因的竞合.....	852
(六) 判决.....	853
(七) 仲裁.....	853
(八) 解除条件的完成.....	853
(九) 终期的届满.....	853
(十) 和解.....	853
(十一) 当事人一方的意思表示.....	853
(十二) 权利被剥夺.....	853

第六编 诉讼法

第一章 诉讼法概述	855
第二章 法定诉讼	858
一、法院组织.....	858
(一) 私诉程序.....	858
(二) 法官.....	858
(三) 审判员.....	860
二、法定诉讼的特征.....	862
三、法定诉讼的程序.....	865
(一) 传唤.....	865
(二) 法律审理.....	866
(三) 证讼.....	866
(四) 事实审理.....	867
(五) 执行.....	867
四、法定诉讼的方式.....	867
(一) 拘押.....	868
(二) 扣押.....	870
(三) 宣誓决讼.....	871
(四) 请求返还诉.....	875
(五) 申请任命仲裁人.....	876
五、法定诉讼的消灭.....	877

第三章 程式诉讼	878
一、概述	878
二、法院组织	880
(一) 法官	880
(二) 承审员	883
三、程式诉讼的种类	883
(一) 对人诉讼和对物诉讼	883
(二) 市民法诉讼和大法官法诉讼	884
(三) 严法诉讼和诚信诉讼	885
(四) 仲裁诉讼和非仲裁诉讼	885
(五) 确定诉讼和不确定诉讼	886
(六) 私益诉讼和公益诉讼	886
(七) 永久诉讼和有期诉讼	887
(八) 可转移诉讼和不可转移诉讼	887
(九) 先决诉讼和非先决诉讼	888
四、程式诉讼的程序	889
(一) 传唤	889
(二) 法律审理	889
(三) 程式的内容	890
(四) 程式错误的效力	893
(五) 诉讼代理	895
(六) 证讼	897
(七) 事实审理	898
(八) 诉讼救济	903
(九) 执行	904
五、特别程序	908
(一) 谕令口约	908
(二) 占有裁定	908
(三) 令状	909
(四) 回复原状	911
六、程式诉讼的消灭	914

第四章 非常程序	915
一、概述	915
二、法院组织	916
三、诉讼的分类及其改革	918
四、非常程序的特征	919
五、诉讼程序的改革	920
(一) 传唤	920
(二) 审判	922
(三) 上诉	923
(四) 执行	924
附录一 罗马王、帝年表	926
附录二 《十二表法》	931
附录三 主要参考书目	943

第四编

继承法

在罗马法的体系中，继承法与物权法和债权法都属于物法。优帝《法学纲要》的第二编物法就包括物法、继承法、债法三部分。后世研究罗马法者，大多采用这一体系。也有些学者采用德国民法典的体系，将继承法从物法中分出，且放在债法之后。本书为了保持罗马法之原貌，从多数学者将继承法放在债法之前叙述。

第一章 罗马继承法的主要原则及其演变

现代民法一般认为，继承，就是将死者遗留的财产以及其他可以继承的权利，移转给死者之继承人的法律制度。但是，罗马法中的继承制度，同现代民法的继承制度不尽相同，有它自己的基本原则和特点，而这些原则和特点又有一个发展的过程。

一、由身份继承演变为财产继承

“继承”一词的拉丁文是 *successio*，其原来的意思是指继承人在法律上取得被继承人的地位，即继承被继承人的人格，使之得以延续。古代的罗马，是以家长奴隶制经济为基础的宗法社会。绵延家祀，乃是发展家长奴隶制经济的基本前提。因为家长死亡之后，其人格是否延续，直接决定着当时最基本的生产单位——奴隶制大家庭的前途和命运。古代罗马的身份继承制度，就是当时家长奴隶制经济的这种客观要求在法律制度上的反映。另外，当时宗教观念很浓，生产力发展水平极低，人们能够创造的物质财富，除了维持自己和家庭成员的基本生活之外，很少有所剩余；而且当时的财产占有是以家庭为基本单位，一个家庭的财产由家长独自掌握和所有。所以，当时罗马的继承，主要是继承被继承人的人格，以绵延家祀于不绝。故无子者，应予立后，以免祖先祭祀中断。若死者的财产无人继承，便成为无主财产，任何人都可以按“先占”的原则占有该项财产，而自处于继承人的地位，供奉死者的家祀，

称“时效继承人”(usucapio pro herede),后大祭司也规定家祀的祭奉,依原则由继承人任之,无继承人的,由取得死者大部分遗产的人为之,或由受遗赠人中接受大部分遗产的人为之。

共和国末叶,罗马通过长期对外掠夺战争,既夺取了大量土地,又俘获了大批战俘充作奴隶。随着土地的兼并和奴隶的增加,罗马的奴隶制大庄园经济逐步发展,取代了原来的家长奴隶制经济,原来的宗法社会也逐渐进入了商业社会。经济关系的这种变化,既使原来的身份继承制度丧失了客观基础,又使人们的宗族观念日渐淡薄,终于促成了身份继承为财产继承逐步取代的变革。此后,财产便成为继承的主要对象,身份继承则降到附属的地位。公元2世纪的大法学家优利安努斯说:“继承是指继承死者所有的财产。”由此可见,到了法律昌明时期后期,罗马的继承,已经由身份继承演变成成为财产继承了。当然,即使在这时,继承被继承人的人格以绵延家祀的传统观念仍然存在,只不过继承的主要对象已经是被继承人的遗产,而不再是被继承人的人格了。

二、由概括继承发展为限定继承

罗马的继承制度最初是采取概括继承主义(successio per universita),即除了与被继承人之人身相联系的债权、债务或其他权利义务之外,继承人要总括地继承被继承人的一切财物和财产上的一切权利义务,而不问资产、负债的多少,纵使死者遗产中的负债远远超过资产,继承人仍然要全部继承下来,替死者还清负债。这是因为,在罗马古代的身份继承制度下,继承主要是继承被继承人的人格,继承人被当作被继承人人格的延续。因此,对于被继承人的一切财物、权利和义务,除了像用益权、接受他人抚养的权利和抚养他人的义务、因侵权行为所负担的债务、因委任所产生的权利义务等专属于被继承人的权利义务不能继承以外,继承人

都要继承下来,而不得在遗产中加以选择。

概括继承制度与罗马古代的身份继承制度相联系。随着身份继承逐步演变为财产继承,概括继承制度便失去了它的前提和根据,而显得对继承人过份苛刻。于是大法官为了保护继承人的利益,适应继承制度变革的需要,通过司法实践,逐步废除了概括继承制度,赋予继承人对被继承人的债务仅以其遗产为限负清偿责任的权利。其具体办法,一是授予那些有权拒绝继承的继承人以“不参与遗产权”(jus abstinendi),即继承人在被继承人的遗产状况不好,资产可能不足以抵偿负债时,可以声明不参与处理遗产,而同意由被继承人的债权人以被继承人的名义出卖遗产,就遗产中的资产来清偿遗产中的负债,不足清偿时,继承人不负责代替被继承人清偿;偿债有余时,剩余部分仍旧归继承人继承;继承人自己所有的财产,则与被继承人的遗产不发生关系。二是授予继承人享有“财产分别利益”(separatio bonorum),即奴隶被主人立为继承人时,虽不能申请不参与继承,但对家主资产不足抵偿负债的“有损遗产”(damnosa hereditas)可以申请以自己的名义把它出卖,以清偿被继承人的债务。不足之数,不另负责。通过这些办法,大法官法在事实上确立了限定继承制度。公元531年,优帝一世又规定继承人(包括当然继承人)有权就其继承的财产偿还被继承人的债务,但应依法对被继承人的遗产造具清册,称“财产清册利益”(beneficium inventarii),于是限定继承制度正式确立,并为后世各国继承法所采用。

三、以遗嘱继承(successio secundum tabulas)为主,法定继承(successio ab intesta)为辅

罗马王政时代,继承方式就分遗嘱继承和法定继承,前者允许被继承人用遗嘱处分他死后的财产,作为他处分权利的延续;后者

则按照法律所规定的继承人的范围、继承顺序、遗产分配原则来继承，以保护宗族的利益。《十二表法》确认以遗嘱继承为主，法定继承为辅。两种继承的关系可具体归纳如下：

第一，法定继承不得和遗嘱继承并用。凡遗嘱有效时，就不适用法定继承。对同一项遗产，除军人遗嘱之外，亦不得以遗嘱处理其一部分，而按法定继承处理其另一部分。因此在一般情况下，若被继承人用遗嘱的方式指定继承人，但只给他一部分遗产，而对其余遗产的处理没有表示意见，或者明确表示其余的财产按照法定继承处理，在这种情况下，就视为被继承人用遗嘱处分了他的全部遗产，他的全部遗产就由他指定的继承其一部分遗产的继承人继承。至于被继承人将自己的特定财产遗赠给受遗赠人，其余财产按照法定继承的方式处理，则为法律所许可，因为遗赠和遗嘱继承是不相同的，在长时期内，罗马的继承是继承被继承人的人格，而遗赠则仅仅是涉及特定的财产，同继承被继承人的人格没有关系。

第二，遗嘱继承优先于法定继承。就是说，只要死者生前立有效遗嘱，就要按照遗嘱来办理。只有在死者生前没有立遗嘱，或者所立遗嘱不合法律规定，不能发生法律效力，或者遗嘱上所指定的继承人已经先于遗嘱人死亡或拒绝继承时，才可按法定继承办理。故法定继承一词的拉丁文原意即是“无遗嘱继承”。

第三，法定继承最初是由宗亲来继承，而宗亲继承是为了宗族的利益，原以家产共有为基础。而遗嘱继承则是以被继承人与继承人之间的情感为基础，被继承人立遗嘱时总是乐于把自己的遗产指定由他所喜爱的人继承。所以，在共和国的前期，法定继承与遗嘱继承完全是按着不同的基础来确定继承人的范围。到了公元前2世纪时，由于在家长奴隶制经济解体以后，宗族观念已日趋淡薄，血亲间的感情自然要比宗亲间的感情更为密切，于是，大法官遂允许在一定的条件下，如被继承人没有遗嘱时，其血亲得申请遗