

牛津法学教科书译丛

罗马法概论

An Introduction to Roman Law

[英] 巴里·尼古拉斯/著

BARRY NICHOLAS

黄 风/译



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

牛津法学教科书译丛

罗马法概论

An Introduction to Roman Law

(英)巴里·尼古拉斯 著

~~BARRY NICHOLAS~~

黄 晟 译

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

罗马法概论/(英)尼古拉斯(Nicholas, B.)著;黄风译.
-北京:法律出版社,2000.12
(牛津法学教科书译丛)
ISBN 7-5036-3245-3

I. 罗… II. ①尼…②黄… III. 罗马法-概论
IV. D904.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2000)第72120号
京权图字:01—2000—0222号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/李跃

责任校对/何萍

印刷/北京宏伟胶印厂

开本/A5

印张/9.5 字数/255千

版本/2000年12月第1版

2000年12月第1次印刷

社址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)

网址/www.lawpresschina.com

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

88414933 88414934(读者服务部)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3245-3/D·2964

定价:18.00元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

牛津法学教科书译丛

A Short History of Western Legal Theory

J.M. Kelly

西方法律简史

J.M.凯勒

贺卫方/译

An Introduction to Roman Law

Barry Nicholas

罗马法概论

巴里·尼古拉斯

黄风/译

Principles of Criminal Law

Andrew Ashworth

刑法原理 (第三版)

安德鲁·阿什伍斯

邬明安/译

Introduction to Law of Contract

Patrick Selim Atiyah

合同法导论

帕特里克·塞利姆·阿狄亚

赵旭东/译

Company Law: Theory, Structure, and Operation

Brian R. Cheffins

公司法:

理论、结构和运作

布莱恩 R. 柴芬斯

林华伟 魏 昱/译

Principles of Public International Law

Ian Brownlie

国际公法原理

伊恩·布朗利

曾令良 余敏友/译

梁 西校

Evolution of European Union Law

Paul Craig

Grainne de Burca

欧盟法的产生与发展

保罗·克雷格

格莱恩纳·德·博卡

周忠海/译

ISBN 7-5036-3245-3



9 787503 632457 >

策 划/贾京平
责任编辑/戴 霞
封面设计/曹 铖

ISBN 7-5036-3245-3/D·2964 定价: 18.00元

目 录

第一编 罗马法的历史和渊源

第一章 引言	(1)
第一节 罗马法的要求	(1)
第二节 宪政的和历史的背景	(2)
不同阶层间的斗争和共和国宪政.....	(3)
共和国后期.....	(7)
元首制.....	(9)
君主制.....	(11)
第二章 法的渊源	(14)
第一节 制定法	(14)
法律和平民会决议.....	(14)
元老院决议.....	(16)
皇帝谕令.....	(17)
第二节 执法官告示	(18)
裁判官的一般职能.....	(19)
裁判官的特殊职能.....	(22)
裁判官法的特点.....	(24)
后期法的诉讼及其程序.....	(26)
第三节 法学家的解释	(27)
法学解释.....	(27)
解答权.....	(29)
萨宾学派和普罗库勒学派.....	(30)

法学作品的形式·····	(31)
“古典时期”·····	(32)
盖尤斯的《法学阶梯》·····	(32)
后古典时期·····	(34)
第三章 优士丁尼的立法工程 ·····	(37)
第一节 《民法大全》·····	(37)
第二节 《学说汇纂》的特点·····	(40)
第四章 罗马法第二阶段的发展 ·····	(44)
第一节 在东部的流传·····	(44)
第二节 在西部的流传和复兴·····	(45)
第三节 对罗马法的接受·····	(47)
第四节 人文主义的复兴·····	(49)
第五节 自然法·····	(50)
第六节 法典化和现代民法·····	(50)
第七节 对罗马法的现代历史研究·····	(52)
第五章 自然法,万民法 ·····	(54)

第二编 人 法

引 言 ·····	(59)
《法学阶梯》的体系·····	(59)
形式主义·····	(60)
第一章 人法的主要特点 ·····	(64)
第一节 市民和非市民·····	(64)
第二节 罗马家庭——父权·····	(65)
第三节 家子在财产上的无权能·····	(67)
第四节 奴隶的法律地位和事实地位·····	(69)
第二章 奴隶身份的创设和终止 ·····	(72)
第一节 奴隶身份的产生·····	(72)
第二节 奴隶身份的终止——解放奴隶·····	(73)

第三节	解放奴隶的后果·····	(75)
第四节	对解放奴隶的公共限制·····	(76)
第三章	父权的设立和终结·····	(78)
第一节	父权的产生·····	(78)
第二节	父权的终止·····	(81)
第四章	婚姻·····	(82)
第一节	主要特点·····	(82)
第二节	夫权·····	(83)
第三节	正当婚姻和非罗马婚姻·····	(85)
第四节	姘合·····	(85)
第五节	准正·····	(86)
第六节	离婚·····	(87)
第七节	婚姻财产·····	(89)
第五章	监护·····	(92)
第一节	未成年人监护·····	(92)
第二节	未成年人保佐·····	(95)
第三节	其他形式的监护·····	(97)
第六章	人格减等·····	(99)

第三编 财 物 法

引言·····	(100)	
物法·····	(100)	
第一章	基本区分·····	(102)
第一节	财物和债 对物之诉和对人之诉·····	(102)
第二节	契约和转让·····	(106)
第三节	物的分类·····	(108)
第四节	所有权和占有·····	(110)
第二章	占有·····	(111)
第一节	对占有的保护·····	(111)

第二节	占有的重要性	(113)
第三节	谁能占有	(113)
第四节	作为事实的占有	(118)
第三章	取得有形物的方式	(120)
第四章	传来取得方式:转让	(122)
第一节	要式买卖和拟诉弃权	(122)
第二节	让渡	(123)
第五章	市民法原始取得方式:时效取得	(126)
第一节	时限和时效	(126)
第二节	时效取得	(128)
第三节	善意拥有人和善意占有人	(131)
第四节	长期取得时效和优士丁尼的改革	(134)
第五节	现代法和所有权不可侵犯性	(135)
第六章	原始取得的自然方式	(137)
第一节	先占	(137)
第二节	河流造成的扩张	(138)
第三节	合并	(139)
第四节	加工	(143)
第五节	孳息的取得	(145)
第六节	取得埋藏物	(147)
第七章	役权	(149)
第一节	引言:他物权	(149)
第二节	地役权	(150)
第三节	人役权	(152)
第四节	罗马法中的役权和现代法	(156)
第八章	其他他物权	(157)
第一节	永佃权和地上权	(157)
第二节	物的担保	(158)
第九章	所有权	(163)

第四编 债 法

引 言	(168)
第一章 契约	(170)
第一节 历史发展	(170)
债的概念	(170)
允诺债和“实物”债	(171)
合意契约	(172)
单务契约和双务契约	(173)
严法诉讼和诚信诉讼	(173)
盖尤斯和优士丁尼的分类	(175)
契约和非契约	(175)
缔结契约的方式和契约的类型	(177)
第二节 非要式契约	(177)
1. 实物契约	(177)
单个契约	(177)
盖尤斯的实物债	(178)
实物契约的相对无关紧要性	(179)
勤谨注意的标准	(180)
2. 合意契约	(181)
(1) 买卖	(182)
买卖契约的形成	(182)
契约的效力	(188)
卖方的义务	(190)
买方的义务	(192)
(2) 租赁	(192)
范围和特点	(192)
契约的订立	(195)
租赁契约的效力	(195)

(3) 合伙	(195)
合伙契约的订立	(195)
合伙契约所派生的权利与义务	(196)
(4) 委托	(197)
3. 无名契约	(199)
4. 简约	(202)
无形式简约	(202)
特许简约	(202)
第三节 要式契约	(203)
1. 口头契约——要式口约	(203)
古典的形式	(203)
功能	(204)
衰退演变	(204)
2. 文字契约	(206)
古典的文字契约	(206)
优士丁尼《法学阶梯》中的文字契约	(207)
第四节 债的解除	(208)
第五节 契约缔结者间的特定关系	(209)
原则	(209)
更新和替代	(209)
转让	(210)
代理	(211)
第六节 保证	(214)
第七节 现代民法	(215)
第二章 私犯和准私犯	(217)
第一节 引言	(217)
公犯和私犯	(217)
私犯诉讼的刑事特点	(219)
《法学阶梯》的分类	(220)
第二节 盗窃和抢劫	(221)

远古的特点·····	(221)
盗窃的构成要件·····	(222)
原告·····	(224)
损害赔偿之诉·····	(225)
抢劫·····	(225)
第三节 侮辱 ·····	(225)
侮辱的古典范围·····	(225)
最早时的发展·····	(226)
罚金特点·····	(227)
第四节 非法侵害 ·····	(228)
《阿奎利亚法》·····	(228)
非法侵害的基本要件·····	(228)
第五节 裁判官法中的私犯 ·····	(233)
第六节 赔偿责任 ·····	(233)
损害投偿·····	(233)
动物造成的损害·····	(234)
第七节 准私犯 ·····	(235)
第八节 现代法 ·····	(236)
民法法系·····	(236)
普通法·····	(236)
第三章 准契约 ·····	(238)
无因管理·····	(238)
请求给付之诉·····	(240)
不当得利·····	(242)

第五编 继 承 法

第一章 市民法中的基本原则 ·····	(247)
第一节 概括继承 ·····	(247)
第二节 继承人 遗产 ·····	(248)

第三节	继承人的类型·····	(249)
第四节	缓解概括继承弊端的办法·····	(252)
第五节	“一旦成为继承人,永远是继承人”·····	(254)
第二章	裁判官法中的遗产占有 ·····	(256)
第一节	遗产占有的一般原则·····	(256)
第二节	遗产占有人的救济手段·····	(258)
第三章	无遗嘱继承 ·····	(259)
第一节	初步的概念·····	(259)
第二节	市民法制度·····	(260)
第三节	无遗嘱继承中的遗产占有·····	(262)
第四节	《新律》的制度·····	(264)
第四章	遗嘱继承 ·····	(266)
第一节	早期的遗嘱·····	(267)
第二节	根据遗嘱的遗产占有“裁判官法遗嘱”·····	(269)
第三节	后来的遗嘱形式·····	(270)
第四节	遗嘱内容的要件·····	(272)
第五节	替补·····	(273)
第六节	对遗嘱权的限制·····	(274)
第五章	继承外赠与 ·····	(280)
第一节	遗赠的形式·····	(280)
第二节	对遗赠数量的限制:《法尔其第法》·····	(282)
第三节	死因赠与·····	(282)
第四节	遗产信托·····	(283)
第五节	遗产信托、遗赠和死因赠与的同化·····	(286)
第六节	遗嘱附书·····	(286)
附:罗马法历史的重要年代	·····	(288)
译后记	·····	(290)

第一编 罗马法的历史和渊源

第一章 引言

第一节 罗马法的要求

根据传说,罗马建立于公元前 753 年,在随后的 2700 年中,罗马法经历了两个不同的发展阶段,并且从两个方面要求我们予以注意。在它的第一个发展阶段中,罗马法是罗马城的法,在其最后成熟时,它成为整个罗马帝国的法。但是,它不止如此,它是罗马精神最原始的产物。在几乎所有其他智力创造的领域,罗马人曾是希腊人虔诚的学生,但在法律方面他们却是老师。在他们手里,法律第一次完全变成了科学的主题,他们从作为法律原材料的细碎规则中提炼出原则并精心构建成一个体系。这一提炼进程之所以重要,不仅是因为它能够使规则制定工作变得简化,还因为原则不同于规则,前者蕴含丰富:一位法学家可以通过对两三项原则的组合创造出新的原则,并且由此创造出新的规则。原则体系与规则体系间的区别可以说类似于字母拼写文字与象形文字(比如中文)间的区别。^①

罗马法学家的力量不仅在于他们有能力在前所未有的规模和复杂程度上创建和操纵这些抽象原则,而且还在于他们清楚地觉察到社会生活和贸易生活的需要,注意到如何采用最简单的方法取得所希冀的实际结果。当自己规则体系的逻辑与适宜性所提出的要求发生冲突时,他们乐于摈弃这种逻辑。如果说法是“实践的理性”的话,毫不奇怪,罗马人依靠他们在这一实践上的天才,能够在法中找到一块完全适合于他们的智力活动园地。

^① 这一评论是由鲁道夫·冯·耶林在他那部最富洞察力的关于罗马法的书——《罗马法精神(Geist des römischen Rechts)》中提出的,遗憾的是这本书还没有译成英文。

这第一个发展阶段由优士丁尼皇帝在公元6世纪加以总结,并且随之而宣告结束,它所要求我们注意的是这一智力成就的内在质量。但是,在550年后,优士丁尼的法律书籍在意大利北部被加以研读;在那里,先是从大学,后是到法庭,开始了罗马法第二个令人惊奇的发展阶段,它给予几乎整个欧洲以法律概念的共同库藏、法律思想共同文法(a common grammar of legal thought),并且,在不断变化但不可轻视的范围内,提供了一批共同的法律规则。英国站出来抵制这种对罗马法的接受,并且在很大程度上保留了自己的普通法,然而后者没有完全摆脱罗马法的影响。因此,在今天的世界上存在着两大起源于欧洲的法律体系。一个产生于英国普通法,它的范围扩大大部分讲英语的国家;另一个则扎根于或者部分地扎根于复兴的罗马法,它的范围覆盖着几乎所有的欧洲国家和一定数量的周边国家。^② 相对于普通法,罗马法体系通常被称为民法法系,直到不久前,罗马法一直以此名称闻名于世。

这就是罗马法要求我们注意的第二点,它为普通法的法律工作者提供了一把钥匙,以理解几乎所有其他可溯源于欧洲的法律体系的共同语言。

然而,这第二个要求并不是对于整个罗马法来说都是成立的。罗马人把法区分为公法和私法。公法是关于国家管理职能的法,具体地说包括宪法和刑法;私法涉及的是个人之间的关系。罗马法学家把他们的主要兴趣放在了私法上,正是私法赋予罗马法第二个发展阶段以最重要的意义。因此,我们在这里只论述私法。

第二节 宪政的和历史的背景

对任何法律制度的理解都不能完全脱离该法律制度所为之服务

^② 欧洲外的两大法系——印度法和伊斯兰法具有宗教的特点。在商法领域,它们在很大程度上被从欧洲两大法系中引进的东西所取代,但是在其他方面,它们一直调整着千百万人的生活。

并且对之加以调整的社会的历史。然而,我们下面只能对罗马 1300 年历史的某些显著特征做一概述,这一历史在公元 565 年随着优士丁尼的去世而结束。

不同阶层间的斗争和共和国宪政 最初时期的历史,根据传统的说法,完结于公元前 510 年,在这一年,最后一个国王塔尔奎尼·苏佩布遭到驱逐。对于这个时期的历史,我们没有多少可靠的证据,至于它的法,材料就更少了。从这一时期起,罗马共和国作为一个小城邦而出现,它主要以农业为基础,但已经取得了某些贸易上的重要地位,并且表露出那种使它后来将其边境扩张到地中海世界之外的军事才能。然而,在共和国的前 150 年(公元前 510 年—公元前 367 年)中,它主要致力于在其市民社会中所形成的两大阶层或者阶级间的内部斗争,即贵族阶层与构成其人口主体的平民阶层间的斗争。这一斗争是为了实现公平,这种公平部分是经济上的,但主要是政治上的。上述斗争对于罗马宪政的早期发展是重要的,但是,由于它最终结束于公元前 287 年,并且私法的重要发展至少是又过了 100 年之后才开始的,因此我们可以只满足于看一看共和国宪政的主要特征。这一宪政的形成是从三大要素——执法官、元老院和民众大会的出现而开始的。

执法官是王权的接班人。创建共和国的革命所带来的主要政治结果,简单地说,就是以两位执法官取代了国王,这两位执法官叫做执政官。他们被授予充分的行政权力(imperium[治权]),只受到三项限制:首先,虽然他们各自拥有充分的权力,但两位执政官中的每一者都受到另一者否决权的约束;第二,他们任职的时间仅为 1 年;最后,他们的权力可以受到立法的限制。随着罗马的发展,人们创设了其他一些主要的执法官以减轻执政官在某些具体领域中的任务,但是,“治权(imperium)”的上述原则仍然保持着,每一上述执法官都在自己的领域内享有充分的权力,受到同样的限制,并且受到上级执法官否决权的约束。这一权力是如何清除的,可以从下列事实中一目了然:只是根据立法,市民就有权针对执法官判处死刑的决定向民众大会提出申诉。

与私法有着最重要关系的官职是裁判官。该官职创设于公元前 367 年,以接替执政官那部分与民事司法权有关的(同刑事司法权相对的)职责。裁判官从此开始负责执掌民事法律,虽然它对民法形成伟大影响的时期在随后的 200 年中并未到来。大约在公元前 242 年,对裁判官的职能加以划分变得必要,由此人们指定了两名裁判官,一名负责审理当事人均为罗马市民的案件,并且被称为城市裁判官(*urban praetor*);另一名负责审理至少有一名当事人是异邦人(*peregrinus*)的案件,并且被称为外事裁判官(*praetor peregrinus*,其全称是 *praetor qui inter peregrinos ius dicit*[对异邦人执法的裁判官])。在共和国后期,裁判官的数量大大增加,但是,只有这两名裁判官与私法有关。

在公元前 367 年,还第一次指定了两位贵族营造司(*curule aediles*),他们所负责的那些工作可以被称为城市公共事务,并且还负责粮食供应,然而,他们在私法上的重要意义表现为对市场的监管,与此相联系,他们也行使有限的民事司法权。这种司法权使他们得以为买卖法做出重要的贡献。

在公元前 443 年,首次指定了监察官(*censors*),他们每四年或每五年指定一次,其任职时间不超过 18 个月。他们与法律无直接关系,但是,他们行使着一般的道德监督权,这种监督可以成为对法律的重要补充。道德监督权产生于他们的主要职责:进行人口普查。这涉及根据政治和经济目的并且为了征税的需要将每个市民编排在适当的团组中。在执行这一职责时,监察官可以对任何在他们看来在公共生活或者私人生活中行为不端的人作出标记(*nota*),在其各种作用中,这样做通常具有剥夺该人公权的效力。他们的裁量权是很不受限制的:我们听说过因滥用父权、生活奢侈、不节俭、从军队开小差或者执法官员行为不洁而被做“标记”的情况。随着监察官卸去审查元老院成员名单的职责(该职责可能是在公元前 4 世纪从执政官那里转移到监察官身上的),上述权力就变得更为重要。因而,他

们所享有的威望甚至超过了执政官。^③ 在共和国的最后 50 年中,这一官职却衰落了,从公元前 22 年之后再未指定过一名监察官,而是由皇帝继续行使做“标记”的权力。

元老院(Senate)是老年人议事机构,自有历史记载以来,它几乎完全接纳的是卸任的法官,并且在共和国最后 100 年之前,它的人数一直是 300 人。从形式上看,它的职能仅仅是咨询性的,但实质上,它在共和国宪政中是最具实力的组织。正如我们将谈到的,民众大会没有提议权;一名任职期仅为 1 年的法官也很少采取反对元老院集体智慧的行动,最多只能在可以说服自己的同僚一起干的情况下为某一目的而这样做。

民众大会是一个很不同于现代立法机构的组织,它像所有的古代群众会议一样,不是由代表组成,而是由全体市民组成。更为重要的区别在于它缺乏提议权。它由一位法官主持,后者只能召集它并且只能决定可以向大会提出怎样的动议。在那里没有任何“个人成员”的议案,也不存在任何修正权。民众大会只能接受或者拒绝由法官向它提出的建议,这样的建议应当先由元老院进行讨论并且通过。尽管每个市民都享有表决权,但是,投票是按照团组而不是人头进行,不存在一人一票的原则。正是投票团组得以使贵族阶层在两大阶层的斗争中保持自己的优势。因为贵族的投票团组被“增加了分量”,以便能使贵族获得多数。

说民众大会是单一的,实际上是不准确的。整个共同体有 3 个民众会议,民众按照不同的单位形成投票团体。每个表决单位的确切性质不大清楚,从私法的角度讲,这也无关紧要。最早的民众大会是“库里亚民众会议(comitia curiata)”,在这里表决的是 30 个“库里亚(curiae)”(大概是一种地域性单位),但在有历史记载的时期,它的政治作用已经退化。正如我们将谈到的,它在私法上只保留着某些形式的意义,但正是由于这一原因,库里亚曾简单地由 30 位侍从官(即法官的随从)来代表。在政治上起作用的民众会议是“百人团

^③ 但是,监察官不拥有治权(imperium)。