

● 法 学 译 丛 ●

徐显明/主编

罗马法史

〔德〕孟文理 著



商務印書館

THE COMMERCIAL PRESS

法 学 译 丛

罗 马 法 史

〔德〕孟文理 著

迟颖 周梅 译


创于1897 商务印书馆
The Commercial Press

2016年·北京

图书在版编目(CIP)数据

罗马法史/(德)孟文理著;迟颖,周梅译. —北京:商务印书馆,2016

(法学译丛)

ISBN 978-7-100-12140-8

I. ①罗… II. ①孟… ②迟… ③周… III. ①罗马法—法学史—研究 IV. ①D904.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第066096号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

法学译丛

罗马法史

〔德〕孟文理 著

迟颖 周梅 译

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码100710)

商务印书馆发行

北京冠中印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-12140-8

2016年6月第1版

开本 787×960 1/16

2016年6月北京第1次印刷

印张 7 $\frac{1}{4}$

定价:20.00元

Ulrich Manthe

GESCHICHTE DES RÖMISCHEN RECHTS

© Verlag C. H. Beck oHG, München 2000

本书根据德国 C. H. 贝克出版社 2000 年版译出

《法学译丛》编委会

主编 徐显明

编委 (按姓氏笔画排列)

方流芳	王利明	孙宪忠	米健	许传玺
许章润	吴志攀	宋英辉	张千帆	张文显
张明楷	郑永流	姜明安	袁曙宏	黄进

《法学译丛》出版理念

戊戌变法以来,中国的法治化进程伴随着频繁的政治更迭和意识形态之争,终于走完了命运多舛的百年。21世纪的中国把依法治国,建设社会主义法治国家作为根本的治国方略,对于法学界来说,历史已经进入了前所未有的大好时期。然而利益价值多元且求和谐的世界中,中国法治社会的建设能否立足于本土资源而又有效地回应域外的种种经验与教训?这是法律学人以全球为视界所首先要思考的问题。

一方面,世界上从来没有一种整齐划一的法治模式,各国地域性知识和经验的差异性构成了法学资源的多样性。中华民族具有悠久的历史 and 丰厚的人文资源,因此,我们有充足的理由首先立足于中华民族的生活世界,既要对中国传统怀着真切的关怀,又要对中国的现实和未来满怀真诚的信任,既要有入乎其内的悲天怜命,又要有出乎其外的超然冷静,让思想听命于存在的声音而为存在寻求智慧,以将存在的真理形成语言,“为天地立心,为生民立命,为往圣继绝学,为万世开太平”。

但是另一方面,世界各国法治的多样性是以某种一致性的共识为文化表现的,否则就失去了学术交往的意义。由于初始条件的不同,人类自身智识的局限性和客观环境的复杂性等因素决定了法治进程必然是一个长期的、不断试错的过程。西方国家的法治经历了漫长的演化过程,在此期间,许多制度理念和制度模式经历的试错和检验,能够保留下来的法学思想资源具有可资借鉴的合理性和科学性。他们所经历的种种曲折,可以作为我们的前车之鉴。同时全球化的步伐日益加快,整个世界已经到了几乎是牵一发而动全身的境地,任何国家,任何民族,再也不能固执于自身的理念,盲目地摸索前行。我们确信,只有用人类创造的全部有益知识财富来丰富我们的头脑,才能够建成现

代化的社会主义法治社会。因此法学基础理论的译介和传播,对于转型期的中国法治建设具有基础性的理论价值。

商务印书馆素有重视法学译介、传播人文精神的传统。据不完全统计,民国时期,商务印行了全国60%左右的法律译作和著作,汇聚了150多位杰出的法律专家的优秀成果,留洋法学博士和法学教授的成名之作以及法律名著译介几乎都出自商务。这些译作和著作至今仍然有强大的学术生命力,许多作品仍然为学术界频繁引用。可以说,在半个世纪以前,商务印书馆一直是中国了解西方法学思想的窗口,是中国法学思想和现代人文精神的摇篮和重要的基地。

改革开放以后,商务印书馆秉承引进新知,开启民智的传统,翻译出版了许多经过时间检验,具有定评的西方经典法学著作,得到了学术界的好评。然而也留下了一些遗憾。许多思想活力并不亚于经典著作,对法治建设的影响甚至超过了经典著作的作品,因为不具有经典性而没有译介。故此,我们组织翻译这套《法学译丛》,希望将那些具有极大的思想影响力和活力的著作译介过来,以期为促进中国法学基础理论建设略尽微力。

曹丕云:“盖文章,经国之大业,不朽之盛事。年寿有时而尽,荣乐止乎其身,二者必至之常期,未若文章之无穷。是以,古之作者,寄身于翰墨,见意于篇籍,不假良史之名,不托飞驰之势,而声名自传于后。”尽管这套丛书不以“名著”命名,但是在选题和组织评介方面,我们一定会以对待名著的态度和标准而虔诚持之。学术成于新知,学理臻于共识,文化存于比较,哲思在于超越。中国法学正在鉴人知己中渐达成熟,组织好本译丛的工作,当是法学界共举之事。

徐显明

2004年12月

译者序

本书作者孟文理教授,1947年出生于德意志联邦共和国洪堡/萨尔(Homburg/Saar),1980年获得弗莱堡大学法学博士学位,1985年完成教授资格论文,同年开始在德国帕绍大学(Universität Passau)主持“罗马法与民法教席”。其主要研究领域为罗马法、中国法律史和中国当代民法;主要授课领域为罗马法、民法和古代汉语。孟文理教授对罗马法的研究广泛而深入,著述颇丰,除本书以外的主要著作有:《盖尤斯法学阶梯》译注和《古罗马的重要诉讼》。孟文理教授于1991年获得瑞士巴塞尔大学的聘书,又于1995年获得柏林洪堡大学的聘书,然而,他拒绝了这两所大学的聘任,毅然决定继续留在帕绍大学任教。

孟文理教授于1972—1973年期间在图宾根大学(Universität Tübingen)学习汉语。1972年10月11日,中华人民共和国与德意志联邦共和国正式建立外交关系,作为第一批联邦德国留学生,孟文理教授于1973年—1974年期间在北京语言学院(现北京语言大学)学习汉语。1996年,孟文理教授在南京大学担任客座教授。他热爱中国文化和中国人民,中国人民的热情好客给他留下非常深刻的印象。因此,他不辞辛劳地指导在帕绍大学求学的中国留学生,而我们亦是受益者。我们有幸于2001年—2004年期间师从孟文理教授攻读法学博士学位,得到教授的悉心指导,受益匪浅。我们在攻读博士期间,受孟文理教授之托开始翻译《罗马法史》,初稿于2004年完成,留学归国之后,由于各种原因一直未有完成书稿的校正,甚是惭愧,直至今年初,终将本书的校正提上工作日程,以期对恩师有所交代,亦了却自己的一个夙愿。

孟文理教授的这本《罗马法史》简明扼要地介绍了罗马法的产生、发展以及被西欧各国所继受的过程。本书从《十二表法》之前的原始时代和上古时代的“市民法”开始介绍古代罗马法;然后分别重点介绍了《十二表法》时期的罗

马法、共和国时期的罗马法、古典时期的罗马法；最后概括介绍了罗马法在后古典时期至优士丁尼法的发展、优士丁尼法以及西欧各国对优士丁尼法的继受。这一以时间先后顺序为基础的体例安排使读者对罗马法的历史发展脉络有一个整体性认识。在此基础上，作者又重点介绍了买卖法、侵权行为法、家庭法、继承法等领域中的具体法律制度在罗马法不同历史时期的样态及其发展演变。在介绍具体法律制度的过程中，作者不时参引该法律制度在现代法律中的相关规定，非常直观地将各法律制度的罗马法渊源及其从罗马法源到现代法律制度的演绎展现给读者，使读者能够更为深入地理解现代法律制度。

20世纪初，中国民法在西学东渐的过程中主要继受了德国的民法体系，一直以来，对作为德国民法鼻祖的罗马法研究的不足，致使我们无法深入理解我们所继受的相关法律制度。正所谓博古而通今，我们只有充分掌握对当今德国民法具有重大影响的罗马法的历史及其主要制度的演绎过程，才能更为系统全面地理解我们从德国法中所继受的法律制度，避免法律适用过程中的错误演绎和错误解读。此外，在我国市场经济不断深化和世界经济一体化的时代背景下，作为私法基础和源头的罗马法的基本价值对我国法治发展仍然具有不可低估的现实意义。

孟文理教授的这本《罗马法史》自2000年问世以来，迄今为止已经4次再版。该书通俗易懂、简明扼要，因此被德国法学专业的学生奉为必读之作。今译者将其翻译成中文，希望与各位读者分享阅读本书的收获与喜悦，亦希望能对中国有志研习法律的青年学生有所裨益，激起其进一步学习罗马法和民法的兴趣。

非常感谢孟文理教授对译文中拉丁语和德语部分的校订以及对译者翻译过程中所遇到问题的耐心解答；也非常感谢中国政法大学比较法学研究院中德法学研究所2009级硕士研究生张冬阳、赵进、王春晓同学对译文的认真校对。

译者能力有限，译文难免有词不达意之处，敬请各位读者批评指正。

迟颖 周梅

2014年12月7日(甲午年大雪)于北京

目 录

中文版序	1
引言	3
第一章 《十二表法》之前的原始时代和上古时代	6
一、王政时期的政体与“市民法”(ius civile)	6
二、古代刑法的遗迹	8
三、最为古老的所有权诉讼——对物誓金之诉	9
四、曼兮帕蓄所有权移转仪式	13
五、通过交付进行的略式转让	16
六、担保责任	17
七、以要式口约和耐克逊创设债权关系	18
八、家长权	20
九、婚姻的缔结和夫权的取得	21
十、早期的继承和收养	23
第二章 《十二表法》时期的新法	26
一、共和时期的政体	26
二、《十二表法》的产生	29
三、曼兮帕蓄制度改革：附约(nuncupatio)与时效取得(usuca pio)	30
四、家庭法改革：三夜权和从家父权的控制下解放	34
五、继承法改革：遗产分配、宗亲继承权、曼兮帕蓄遗嘱	36
六、侵权行为之法律效果	40
第三章 《十二表法》至共和国末期	43
一、从古代法律科学到古希腊法律科学	43

二、从《十二表法》诉讼到程式诉讼·····	46
三、物的瑕疵担保·····	58
四、以文书契约创设债权债务关系·····	60
五、继承法的发展：遗嘱法、裁判官继承法、遗产信托·····	60
六、《阿奎利亚法》的损害赔偿制度·····	65
七、共和国时期的公共刑法·····	66
第四章 罗马法的古典时期 ·····	67
一、元首制·····	67
二、古典法学·····	68
三、合同法的继续发展：无名合同；未支付抗辩·····	73
四、有因让渡或无因让渡？·····	77
五、婚姻和家长权·····	78
六、继承法：遗嘱、失效的权利、特留份·····	79
七、帝国时期的刑法·····	83
第五章 后古典时期至优士丁尼时期的法律发展 ·····	84
一、古典回顾·····	84
二、君主·····	85
第六章 优士丁尼法 ·····	88
一、优士丁尼和《民法大全》·····	88
二、优士丁尼之前法律的传承·····	91
第七章 优士丁尼法律的延续 ·····	93
一、拜占庭帝国的罗马法·····	93
二、罗马法在西欧——罗马法的继受与普通法·····	94
参考书目 ·····	98
索引 ·····	104

中文版序

本书德文版首次于2000年由慕尼黑C. H. 贝克出版社在其“贝克知识”系列丛中出版；^①“贝克知识”系列丛书专门阐述各学科的科研方法和科研成果。其后，本书2008年出版日文版、2010年出版意大利文版。

罗马法的发展历史形象地向我们展示了远古时期欧洲法律秩序的形成以及当时法律的存在形式。有鉴于此，本书特别致力于研究罗马法的产生和发展时期(共和国时期，即公元前510年至公元前27年)；在所谓的“古典”初期(大约公元前50年至公元230年)罗马法的体系已经大致形成。

罗马法对于德国而言意义特殊，因为1900年以前在德国大部分地区适用的是罗马法，且1900年《德国民法典》中的许多规定只是以现代语言重述的罗马法。中华民国因其民法典(1929—1931年)向起源于罗马法的大陆法系靠拢而与德国具有相同的法律传统；《中华人民共和国民法通则》(1986年)因体系上十分类似于德国法而类似于罗马法。20世纪30年代以来，中国学者致力于研究罗马法并取得了丰硕的研究成果。

1973年至1974年期间，本人荣获中华人民共和国政府奖学金在当时的北京语言学院(现北京语言大学)学习汉语；本人对中国和中国人民的友谊之情，以及对拥有几千年悠久历史的中国古老文化的钦佩之情持续至今。因此，《罗马法史》被译成中文对我而言属于莫大的荣幸。

诚挚感谢建议我写这本书的慕尼黑C. H. 贝克出版社的斯特凡·冯·德拉尔博士(Dr. Stefan von der Lahr)，感谢他的建议和批评，同样诚挚感谢北京的迟颖副教授(法学博士)，感谢她对本书的翻译所倾注的大量心血；非常感

^① 2000年第1版，并分别于2003年、2007年、2011年再版。

2 罗马法史

谢南京的周梅女士(法学博士),感谢她几年前所做的前期翻译工作。非常感谢北京的米健教授(荣誉法学博士)对本翻译项目的友好支持,此外,非常感谢商务印书馆在中国大陆出版本书的中文版。

由于作者才疏学浅,书中错误、纰漏在所难免,敬请各位读者批评指正。

孟文理

庚寅年小雪于帕绍

(2010年11月22日)

引 言

7

罗马法是当今唯一一部由内国法律发展成为世界性法律的法律秩序。14世纪以来,罗马法曾在欧洲中部作为“普通法”适用。19世纪,罗马法在伟大的私法法典化过程中发挥了重要作用(1804年《法国民法典》、1811年《奥地利民法典》、1896年《德国民法典》和1907年《瑞士民法典》)。这些法典又通过其子法典(罗马语族诸国的法典与《法国民法典》休戚相关;因奥匈帝国解体而独立诸国的民法典受到《奥地利民法典》的影响;土耳其、日本、泰国和中国对《德国民法典》和《瑞士民法典》均有不同程度的继受)将罗马法律体系传播到世界各地。

罗马法对全世界的征服绝非出于历史的偶然。罗马法的高度抽象性使其在任何社会制度和任何经济模式下都具有适用性。这对于为身份制国家所制定、事无巨细、长达20000条的1794年《普鲁士普通邦法》而言几乎无法想象。由于罗马法不像犹太法那样因宗教而获得正当性,所以在向具有不同宗教信仰和传统文化国家传播的过程中,它未受到任何阻碍。罗马法属于纯粹理性的法律,当代国际法奠基之作、伟大的自然法学家胡果·格老秀斯(Hugo Grotius, 1583—1645)的《战争与和平法》(*De jure belli ac pacis*)的撰写以罗马法为基础并非空穴来风。最后,罗马法与一国传统的伦理道德亦无必然联系(如中国儒家的礼法),因此它不受某一时期世界观的局限。

罗马法的普适性首先体现在财产法上,它不仅涉及生者之间的行为,而且 8 涉及死因处分行为。受时代所限的仅仅是罗马法的人法、亲属法和刑法。罗马宪法经由孟德斯鸠的作品对现代产生巨大影响,行政法,特别是罗马帝国的组织法,与英国19世纪行政组织法具有惊人的相似之处。

恩格斯称罗马法为“商品生产者社会的第一个世界性法律”(《马克思恩格

4 罗马法史

斯全集》第 21 卷,第 301 页)。因此,社会主义各国亦致力于罗马法的研究和教授。当今,在中华人民共和国,人们对罗马法研究兴趣颇浓,甚至开始将优士丁尼的《民法大全》翻译成中文,充分显示了远东地区对欧洲法律文化传统的关注。早在 1948 年,中华人民共和国成立前夕,时任中国政府顾问的哈佛大学前任系主任、著名美国法哲学家罗斯科·庞德(Roscoe Pound)指出,中国法学教育的迫切任务是对罗马法价值的重视。罗马法学家的判决因其表述的高度精确性、仅侧重于法学重要问题的凝练性和解决方案的前后一致性而达到后世无法企及的高度。有鉴于此,即使作为通识性法学,罗马法学对当今世界年轻法学家的培养教育而言亦具有不可低估的价值。

仅以这样一本小册子来叙述整部罗马法历史,就像以一篇短文来介绍希腊哲学或佛教那样,会遇到相同的困境。因此,为了避免流于泛泛介绍史实,笔者仅选择了部分史实加以阐述。本书重点集中在私法部分,这是因为罗马私法对近代法律产生过决定性影响。虽然罗马公法(刑法、宪法和行政法)从历史研究的角度引起人们极大的关注,但是它对我们近代法律的影响相对较小,所以本书仅对其略作介绍。另外一个重点是罗马共和国时期的法律,因为法律的发展方向在这一时期得以确定,而法律在所谓的古典时期(帝政时期)得到进一步精细化。罗马法中最为重要的法律行为早已在原始时代和上古时代形成,因此人们只有基于对其发展过程的了解才能更好地理解这些法律行为的含义。在本书中,读者所接触的几乎全部是《十二表法》和共和国时期法律的发展,而古典时期的法律发展所占篇幅不多。第三个重点并非十分显而易见。原始时代和上古时代的宗教仪式与最高等级的法学构建相结合,形成了罗马法特有的法律行为。读者很快就会发现,罗马法历史是曼兮帕蓄的发展史;曼兮帕蓄在每个时期都曾发挥作用;几乎所有的生活内容都曾出现过曼兮帕蓄的踪影。每个罗马人都意识到这一法律行为及其作为媒介在所有权利义务变动过程中所发挥的令人难以置信的作用。当诗人贺拉斯以秤和石子(*libra et aere*)((《书札》2, 2, 158)来表示曼兮帕蓄(第 20 页)、以 *usus* ((《书札》2, 2, 159)来表示时效取得(*usucapio*)(43 页,而非指“使用”或“用益”)时,罗马人亦能够立即明白。

<p>Si proprium est, quid quis li- bra mercatus et aere est,</p> <p>quaedam, si credis consultis, mancipat usus...</p>	<p>当某人以秤和石子(曼兮帕蓄) 取得所有权并对特定物进行 时效取得时,</p> <p>如果某人相信法学家的观点, 那么(就好像)通过曼兮帕蓄移 转该物的所有权……</p>
---	---

对于那些研究刚刚过去的 20 世纪的历史学家,人们可以期待他探讨并阐释现代社会的基本现象,例如汽车、电话、广告和社会保险。而当下我们在介 10
绍罗马法史时,之所以仍然提及曼兮帕蓄这一现象,是因为对于生活在 19 世
纪的 B. G. 尼布尔(B. G. Niebuhr)和 Th. 蒙森(Th. Mommsen)而言,从罗马
私法的角度去理解罗马社会仍属不言自明。

为便于读者将罗马法与现代法联系起来,笔者将在行文中不时提及依然
非常明显保留罗马法痕迹的现代法律条文。读者欲知详情,可以在贝伦茨、克
尼泰尔、库皮施、塞勒(Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler)等翻译的《法学阶
梯》(参考书目)的附录中找到现代法律条文渊源的详细目录。

第一章 《十二表法》之前的 原始时代和上古时代

一、王政时期的政体与“市民法”(ius civile)

关于罗马的建立虽无史料可考,然而公元前 8 世纪在七座山丘上建立城市的史实,却存在可资考证的考古资料。有鉴于此,史料记载的建城时间(公元前 753 年 4 月 21 日)在某种程度上属正确。自古以来在此生活的罗马市民作为城市“元老”(Patres)享有权力,而平民(plebs)由外省人所组成。贵族阶层和平民阶层因此得以形成。国王是全体罗马市民的最高统治者。

罗马市民通过民众大会参与政治决策。最古老的民众大会毫无疑问是按照 30 个宗教团体(*curiae*)划分的库里亚大会(*comitia curiata*)。库里亚大会协助主持国王的加冕仪式,在该仪式上,一名占卜官(*augur*,对征兆进行预卜并对行为的神奇效力作出判断的教士)通过举行仪式传达神奇力量(加冕仪式)。此外,库里亚大会还负责主持自权人的收养仪式(收养,第 34 页*)和在民众大会前通过立遗嘱指定继承人的仪式(第 34 页)。由于这两个仪式都涉及家庭祭礼,所以需要宗教社团来协助并监督祭礼的执行。最早萌芽于王政时期末,形成于共和国时期的第二种民众大会,按照“百人团”(centuriae)将罗马市民予以划分。“百人团民众大会”(comitia centuriata)的军事起源显而易见,特别是它的举办地是以战神命名的、位于城墙之外的“Marsfeld”。“百人团民众大会”在共和国时期行使国家最高行政权力,例如,它负责选任高级军

* 文中页码,皆指原文页码,即本书边码。——译者注