

法律人丛书

全国法律硕士专业学位教育
指导委员会秘书处组织编写

罗马私法导论

黄 风 著



中国政法大学出版社

D904.1

8

法律人丛书

全国法律硕士专业学位教育
指导委员会秘书处组织编写

罗马私法导论

黄 风 著

北方工业大学图书馆



00540023



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

罗马私法导论/黄风著. —北京:中国政法大学出版社,2003.7
ISBN 7-5620-2457-X

I. 罗... II. 黄... III. 罗马法:私法—研究 IV. D904.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 072075 号

书 名 罗马私法导论
出 版 人 李传敢
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 清华大学印刷厂
开 本 880 × 1230mm 1/32
印 张 13.875
字 数 325 千字
版 本 2003 年 11 月第 1 版 2003 年 11 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2457-X/D · 2417
印 数 0 001 ~ 4 000
定 价 28.00 元
社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zlf5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

罗马私法导论



全国法律硕士专业学位教育
指导委员会秘书处组织编写

法律人丛书主编

霍宪丹

贺卫方



编写说明

在现代社会中，律师与医师、牧师以及建筑师、会计师等职业一样是一种专业化程度很高的独立职业，他们不仅有一整套职业标识、职业要求和职业规则，而且对准备进入这些职业的人员都有一整套严格规范的教育培训制度、统一的准入考试制度和职业资格制度，那些具有大学文化的人员仅仅是具备了进入这一职业的基本条件。这一点，主要是因为资本主义时代产生的社会化大生产，促使人们充分领教了分工与协作的魔力，充分意识到分工与协作不仅在物质生产中，而且在人类社会生活和政治生活上同样具有重大意义和作用。于是，现代社会中高度的专业分工与更加广泛密切的社会化协作的社会发展规律，不可阻挡地大大促进具有类似条件的法律等职业一步步走上了专业化、职业化的发展道路，并逐步形成一整套职业制度。再从法律教育的产生和发展看，法律教育与法律职业从一开始就始终有着不解之缘：法律教育是从事法律职业的必经之路，法律职业只对那些具有同一教育背景的成员开放。一方面，没有法律教育就没有法律职业，法律教育培养和提升了法律职业素养。而另一方面，法律职业决定了法律教育的发展方向和改革目标，法律职业不断丰富着法律

2 编写说明

教育的内容。这种深刻的背景也决定了法学是一门应用性学科，法律教育的主要目标是培养应用类法律人才。

与此同时，在法律职业发展演进中，也逐步形成了法律职业四个基本特点：一是理论与实践的统一；二是抽象与经验的统一；三是同一性和复杂性的统一；四是精英化与大众化的统一。法律职业的基本特点决定了凡从事或准备从事这一职业的法律人或准法律人，都必须具备三个基本条件即“新三基”（不同于“老三基”之基本理论、基本知识、基本技能）：一是必须掌握法学学科体系的基本知识，讲授由这些知识构成的各门课程是当下中国各高等法律院系的主要任务；二是必须具备从事这一职业不可缺少的基本的职业素养，而这正是法律职业（包括医师、会计师、建筑师等职业）区别于社会其他职业以及法律人才培养体制不同于其他人才培养制度的关键所在；三是进入法律职业后，还应当通过实务训练，掌握从事法律职业的基本技能。由此可见，法律职业共同体不仅应当是法律知识的共同体，而且还必须是法律职业素养和法律职业技能的共同体，是三者的统一。这种职业内在的规定性和同一性，不仅构成了法律职业的基本要求和基本内涵，而且也是其形成的内因之一。

改革开放以来，中国法律教育经历了恢复重建和全面发展的阶段，取得了显著成绩。但进入新的历史发展时期后，法律教育如何主动适应发展市场经济、建设民主政治和全面推进依法治国进程的需求，如何纳入到高质量、高层次、高效益，可持续健康发展的轨道，还存在着两个明显的不足：其一，由于中国的法律

职业与法学教育之间长期以来存在的脱节，使高等法律院校（系）更多的把精力放在了学科建设和学术体系的构建上，未能全面重视和充分研究法律职业的发展和法律职业对从业人员提出的基本要求，结果导致各地区法学教育的发展在不同程度上缺乏正确的引导和规范，使中国的法学教育成为世界上品种最多、形式最繁杂和培养规格最不统一的教育体系。其二，同样由于教育和用人制度的脱节，使法律人才培养的全过程被人为地分割为一个一个缺乏有机衔接的不同部分，难以整体优化法律人才培养的全过程，更谈不上充分发挥法律人才培养模式的整体效能，也无法有效控制和保障法律人才培养的基本规格和教育质量。

为了尽快解决脱节的问题，促使法律教育与法律职业在司法考试制度的平台上，形成一种新的平衡和双向的良性互动，法学界和法律界一批中青年同仁，经过反复求证，决心先行一步，组织编写一套《法律人丛书》，丛书主要根据法律职业的基本要求，尤其是旨在养成和培育法律人（即职业共同体）意识、现代司法理念和法治精神、法律思维与法律方法、法律职业伦理等法律职业的基本素养，做了具有探索意义的开拓性工作，初步形成了相对合理的结构和体系。如果这种尝试可行，今后将考虑逐步纳入正常的教育培训制度和教材建设规划。法律人丛书首批书目如下：

《司法制度与司法理念》

《法律职业》

《法律教育》

4 编写说明

《法律方法》

《法律解释》

《法律推理》

《法律论辩》

《法律思维》

《法律职业伦理》

《法治建设与人权保障》

《立法原理与立法技术》

《罗马私法导论》

《法律文化》

《法律社会学》

《法律人丛书》主要是为满足法律院校培养应用类法律人才的需要而编写的，适用于法律本科生和法律硕士生。但同时，鉴于中国法学教育的现状与不足，本丛书也完全适用于已经从事法律职业的司法实务人员。当然对于那些在社会各行各业中从事法律事务和制订规则的人员，也将大有裨益。

霍宪丹

2003年8月

总 序

在当今世界上，法律职业化几乎已经成为全球化的趋势。法律界对自家行业的知识传统有了越来越明确的自觉，各种会议和出版各样的研讨物都在不停地将这种知识传统精致化。越来越多的国家开始检讨法律教育的基本概念和目标定位，法律教育界比起任何时候都更加重视在教育 and 法律人才培养的各个环节培养学生“像法律人那样思考”（Thinking like a lawyer）的能力。法律实务界也更加注重将法律职业与法律教育沟通，法律职业的入门标准越来越高，从而提高了司法在调整社会关系和实现社会正义的过程中的能力。另外，司法界又在不断地反思司法权的运作方式，程序的价值得到了日益普遍的认可。从一个国家到另一个国家，法律界都在讨论法律家的职业伦理，一些重要的准则甚至获得了超越国界的共识。

令人欣喜的是，我国的法治建设正好与这样的世界性潮流同步。在最近的几年里，上述种种问题都得到了我国法律界程度不同的关注和讨论，有些甚至在制度层面上取得了可喜的进展。统一司法考试制度的确立便是一个最近的例证。不过，在看到这些进展的同时，我们也时时能够感受到在迈向职业化过程中，中国法律界所面临着的一些特殊困难。这些困难有些来自于在计划经济时代流行至今仍有其生命力的某些观念，有些则来自于更久远的历史文化传统，因而预示着中国法律人的愈发任重道远。

2 总序

日本著名的中国法律史专家滋贺秀三曾从诉讼形态的角度对中国传统法文化作过极具启发意义的考察。他认为，在世界各主要文明中，中国是距离法治最为遥远的一种，甚至与欧洲形成了两级相对的反差。由于我们的法律大致上是刑法以及管理和调整官僚机构的规则，因而，“与国家权力相分离而具有独立地位的法律界精英们从理性的探索中产生出学说、判例，创造并支持着法这种现象……在中国几乎寻找不到。欧洲法的历史有一半可以说是法学的历史，而与此相对，言之有据地讨论中国法学史却近乎不可能。”滋贺教授以自己在教学中的感受强化了他的判断——在洋洋洒洒地讲过了罗马、中世纪和近代各国法学之后，轮到讲中国法学时，他几乎有点无话可谈的感觉。（参看滋贺秀三等著《明清时期的民事审判与民间契约》，法律出版社1998年版。）

之所以如此，一个重要的原因是，我们这个老大帝国从来没有形成分权体制。虽然在中央层面上一直有复杂的职能分工，但是，州县层面上却一直是一个人的政府。通过科举考试的形式选任官员，导致法律知识无从在司法的过程中得以发育和成长。官员与文人的合一使得司法判决的风格充满了美感，却难以获得统一性和确定性。韦伯曾经用“卡迪司法”（Khadi Justice）的说法指称那种就事论事，完全不考虑规则以及依据规则判决的确定性的司法。如果仔细观察中国传统社会官员的决策过程，看他们援用怎样的依据对纠纷作出裁判，看他们是怎样经常地将所谓天理人情置于国法之上，看他们以怎样的方式赢得当事人以及其他民众对裁判的服膺，我们可以毫不迟疑地得出这样的结论：传统的纠纷处理过程正可以成为“卡迪司法”的一个活生生的例证。

就这样，我们两千年的司法史居然根本没有走向专业化或职业化的任何苗头，居然是一部几乎看不到任何对确定性和统一性

的追求的历史。这的确是一个令我们今天的法律人感到吃惊的事实。也许，这也可以成为解读我们总体历史的一个关键事实。两千年来，由于司法过程并不注重“同样的事情同样地对待”的准则，因而，司法不能通过纠纷解决过程对立法规则加以明确化和精细化，天理与人情的高度不确定性导致决策者可以翻手为云，覆手为雨，人民如何通过这种司法制度而伸张正义？于是，细小的纠纷得不到公正的解决，会带来滚雪球效应；冤情的累积遇上天灾或决策失当的人祸，便仿佛移干柴而近烈火，不天下大乱才怪。

尽管我们的历史上不断地重复着这样的教训，但是，走出这种怪圈却并非易事。文化传承过程中巨大的历史惯性，与其他文明缺少接触导致的知识谱系单一，以及由此带来的想象力的匮乏，使得我们的制度类型在近代之前从没有发生脱胎换骨式的创新。民众对司法的传统期待形成强大的文化力量，甚至表层制度的改变也不意味着操作新制度的人们文化观念的改变。试看今日我们在建构一个专业化司法制度上的种种障碍：为什么我们虽然建立了分权体制但却既没有真正的分权，而同时又丧失了效率？为什么我们在司法官员选任问题上可以在长达三十余年的时间里没有规定任何学历背景，从而导致大量的没有任何法律教育背景的人们可以堂而皇之地当上法官、检察官？为什么我们至今在司法决策时究竟是以法律为惟一依据还是同时要考虑其他因素仍然纠缠不清？为什么我们在法官管理制度上经常倡导非行政化，但又每每摆脱不了改头换面的行政化？为什么审委会定案这样完全违反司法理念的制度会长期沿袭、难以改变？为什么在司法权的行使方式上我们总在强调“服务意识”，而难以真正走向中立化与消极化？为什么长期以来我们居然将“法官不得收受贿赂”这样的明显的是刑法调整对象的问题当做法官的职业道德问题？为

4 总 序

什么在上下级法院之间关系上，居然会有人提出垂直领导的思路？

列举起来，这样的问题太多。要解决这类具有中国特色的难题，我们应当顺藤摸瓜，找到病根，然后对症下药。不过，要查找病因，我们首先需要的是理论方面的基本建设，即认真地对于跟法律职业有关的各种学说、知识、技术以及伦理规则进行探讨和梳理，也需要将这种研究的成果落实到法律教育和法律人培养的过程中，传播的更广阔的社会里。这就是我们发起这套“法律人丛书”的缘起。我们相信，随着时间的推移，这种类型的学术工作的价值将会日益显现出来。因此，也期盼着来自法律界以及读者们的热情参与和支持。

贺卫方

2003 年 9 月

凡 例

1. 参照罗马法文献缩写符号的使用惯例, 本书在援引有关原始文献时, “D.” 代表《学说汇纂 (Digesta)》, “C.” 代表优士丁尼《法典 (Codex)》, “优士丁尼 I.” 代表优士丁尼《法学阶梯 (Institutiones)》, “盖尤斯 I.” 代表盖尤斯《法学阶梯 (Institutiones)》。

2. 以上各缩写符号后面的数码依次分别代表引语所属文献的编、章、条、款的编号, “pr.” 代表头段 (principium)。

3. 本书所采用的优士丁尼《法学阶梯》和盖尤斯《法学阶梯》中译文分别选自由徐国栋翻译并由中国政法大学出版社 1999 年出版的译本和由黄风翻译并由中国政法大学出版社 1996 年出版的译本。

目 录

1 编写说明

1 总 序

1 凡 例

1 绪编 罗马法的历史发展和渊源

1 § 1. 罗马城邦的形成

3 § 2. 《十二表法》的产生

4 § 3. 罗马法沿革的时代划分

7 § 4. 公法和私法的区分

9 § 5. 市民法、自然法和万民法

11 § 6. 裁判官法

12 § 7. 法学理论

15 § 8. 君主谕令

16 § 9. 优士丁尼的《民法大全》

20	§ 10. 法 (ius) 和法律 (lex)
----	-------------------------

23	第一编 民事诉讼程序
----	------------

23	第一章 诉讼及其种类
----	------------

23	§ 11. 诉讼与权利
----	-------------

25	§ 12. 对物之诉与对人之诉
----	-----------------

27	§ 13. 索回物之诉、罚金之诉和混合诉讼
----	-----------------------

29	§ 14. 严格法诉讼与诚信诉讼
----	------------------

30	§ 15. 拟制诉讼与扩用诉讼
----	-----------------

33	§ 16. 抗辩
----	----------

35	§ 17. 特殊的诉讼形式：令状
----	------------------

37	§ 18. 特殊的诉讼形式：裁判官要式口约
----	-----------------------

38	§ 19. 特殊的诉讼形式：恢复原状
----	--------------------

39	§ 20. 特殊的诉讼形式：预备审
----	-------------------

41	第二章 诉讼程序及其历史沿革
----	----------------

41	§ 21. 法律诉讼：主要特点
----	-----------------

42	§ 22. 法律诉讼：誓金诉讼
----	-----------------

44	§ 23. 法律诉讼：请求审判员或仲裁人之诉
----	------------------------

45	§ 24. 法律诉讼：请求给付之诉
46	§ 25. 法律诉讼：拘禁之诉
47	§ 26. 法律诉讼：扣押之诉
49	§ 27. 程式诉讼：主要特点
51	§ 28. 程式诉讼：法律审
53	§ 29. 程式诉讼：争讼程序
54	§ 30. 程式诉讼：程式的主要组成部分
56	§ 31. 程式诉讼：程式的附加部分
57	§ 32. 程式诉讼：裁判审
59	§ 33. 程式诉讼：执行程序
61	§ 34. 非常审判：主要特点
63	§ 35. 非常审判：基本程序
65	§ 36. 非常审判：特别程序
66	第三章 若干诉讼规则和制度
66	§ 37. 一事不再理
68	§ 38. 举证和证明
70	§ 39. 宣誓
71	§ 40. 对过分诉讼请求的限制
73	§ 41. 诉讼代理
75	§ 42. 诉讼担保