

# 罗马法基础

北京政法学院民法教研室

一九八二年十一月

0342

# 罗马法基础目录

## 第一编 绪 论

- 第一节 罗马法的概念…………… (1)
- 第二节 罗马法的渊源…………… (5)
- 第三节 罗马法的意义…………… (6)

## 第二编 诉讼法

- 第一节 法律诉讼、程式诉讼和特别诉讼…………… (11)
- 第二节 诉的种类…………… (14)
- 第三节 裁判官保护方法…………… (15)
- 第四节 诉讼时效…………… (16)

## 第三编 人 法

### 第一章 人格

- 第一节 人格和人格减等…………… (18)
- 第二节 自由权…………… (20)
- 第三节 市民权…………… (25)
- 第四节 家属权…………… (27)
- 第五节 名誉减损…………… (29)
- 第六节 行为能力…………… (30)
- 第七节 法人…………… (32)

## **第二章 家庭身份**

- 第一节 亲属关系…………… (34)
- 第二节 结婚…………… (36)
- 第三节 婚姻的效果…………… (39)
- 第四节 婚姻关系的消灭…………… (41)
- 第五节 家父权…………… (44)
- 第六节 监护和保佐…………… (47)

## **第四编 物法**

- 第一章 物和物权**…………… (53)

### **第二章 所有权**

- 第一节 所有权的概念…………… (56)
- 第二节 所有权的形式…………… (57)
- 第三节 所有权的取得…………… (58)
- 第四节 共有…………… (64)
- 第五节 所有权的保护…………… (65)

### **第三章 他物权**

- 第一节 他物权的概念和种类…………… (68)
- 第二节 役权…………… (69)
- 第三节 永佃权和地上权…………… (73)
- 第四节 质权…………… (75)
- 第五节 占有…………… (80)

## **第五编 继承法**

### **第一章 继承的概念和历史**

- 第一节 继承的概念…………… (85)
- 第二节 继承法的历史发展…………… (87)

<b>第二章 法定继承</b>	
第一节 概述	(89)
第二节 不同时期的法定继承人	(92)
第三节 继承权的丧失	(95)
第四节 继承权的保护	(97)
<b>第三章 遗嘱继承</b>	
第一节 遗嘱继承的方式	(98)
第二节 遗嘱有效要件	(100)
第三节 遗嘱的限制	(102)
<b>第四章 遗赠和遗产信托</b>	
第一节 遗赠	(104)
第二节 遗产信托	(107)

## 第六编 债 法

<b>第一章 债的原理</b>	
第一节 债的概念和种类	(110)
第二节 债的履行和不履行	(113)
第三节 债的转移	(116)
第四节 债的消灭	(118)
<b>第二章 契约原理</b>	
第一节 契约的概念和种类	(119)
第二节 契约的有效要件	(122)
第三节 契约的内容及其订立	(124)
第四节 简约	(125)
<b>第三章 各种契约和准契约</b>	
第一节 口头契约	(127)
第二节 文书契约	(129)

第三节	要物契约·····	(131)
第四节	合意契约·····	(134)
第五节	无名契约·····	(139)
第六节	准契约·····	(140)
<b>第四章</b>	<b>侵权行为和准侵权行为</b>	
第一节	侵权行为·····	(142)
第二节	准侵权行为·····	(146)
第三节	侵权责任中的过失·····	(147)

# 第一编 绪 论

## 第一节 罗马法的概念

**什么是罗马法** 罗马法并不是某一个立法文献的名称，而是整整一个历史时期奴隶制罗马国家的法律的总称。这个时期的法律既有习惯法（不成文法），又有成文法。在公元前450年制定十二铜表法以前，罗马法都体现为习惯法。十二铜表法制定后，罗马法就主要体现为成文法。它是古代成文法最发达的法律制度之一。

罗马法中最为完备、对后也影响最大的是私法，所以我们通常所谓的罗马法就是指罗马私法，也有人称罗马民法。

**公法和私法** 公法和私法的划分始于罗马法。罗马知名法学家乌利比安说：“公法规定的是罗马国家的地位和状况”。“私法规定的是有关个人的利益。”（这样就提出了公法和私法的划分标准。关于公法和私法的不同原则在罗马法中也有阐述。《学说汇纂》中说：“公法的规范不得由个人之间的协议而变更。”因此，公法的规范是命令性的、强制性的，必须无条件遵守。而和法的原则则是“协议就是法律。”因此，私法的规范是任意性的，是可以由当事人的意志更改的。

罗马法中公法和私法的范围与后来资本主义国家的不同。属于公法调整的主要是宗教信仰、祭司的法律地位、司法官的权利和义务等。而私法调整的范围，除后来各国民法所调整的外，还有偷窃等，因为罗马法视偷窃为侵犯私权的

行为。

**市民法 (Jus civile)** 最初罗马法只适用于罗马市民，只有他们才享有罗马法赋予的权利，所以称市民法。后来民法一词即来源于此。市民法具有下述特点：

1. 它一般是早期的市民大会或后来的元老院所通过的法律规范，所以是成文法；

2. 它是罗马固有的法律，而且是罗马市民独受的法律，罗马市民以外的其他人均不受其保护。所以，它是一种国内法，民族法；

3. 它所规定的法律行为特别注重形式，程序繁琐、不灵活、不方便，反映了古代民事交往中以形式确定其效力的特点；

4. 它的作用在罗马国家初期特别重要，随着罗马帝国征服其他各民族，它的作用逐渐被万民法所替代。

**万民法 (Jus gentium)** 随着罗马国家版图日益扩大，无市民权的他国人增加，于是就产生一些适用于外国人以及被征服地居民的法律规范，这些规范的总和就是万民法。万民法具有下述特点：

1. 它的规范渊源于其他民族的习惯法，而不是罗马所固有的。罗马的立法和司法加以发展，特别是裁判官在裁判中加以制定。所以，它主要是一种不成文法；

2. 它调整的是外国人与外国人之间以及罗马人与外国人之间的关系，所以它具有某种国际法的性质，自然法的性质。当然这与现在的国与国之间关系的国际法还有很大不同，但许多学者仍把万民法视为国际法，特别是国际私法的起源；

3. 它摆脱了市民法繁琐的形式，比较简易、灵活、不

拘形式，因此更具有生命力，更易为人们所接受，最终也为罗马市民之间的民事关系所采用；

4. 它是在各个不同民族人民扩大交往、扩大贸易往来的基础上发展起来的，因此，它更多的是调整商业关系，具有商法的某些特征。正是由于商法往往带有国际性，所以有些学者把万民法也视为商法的起源。

市民法和万民法的同时存在就是罗马法的二元主义。但是二者逐渐互相渗透。一方面，万民法的原则逐渐渗透到市民法中去，另一方面，外来移民逐渐获得罗马公民权。于是，二者的界限逐渐消失。三世纪后，万民法就不单独存在了。

**自然法 (Jus naturalis)** 自然法一词虽然最早始于希腊哲学，但罗马法律学者用来解释法律，并成为后来自然法学派的理论基础。罗马著名学者乌利比安说：“自然法者，对于动物的规则也。不仅人类适用，即一般动物，亦适用之，如婚姻及养育子女，均本于自然。”所以，自然法也称性法。罗马法给予万民法以更广泛的哲学含义，认为在万民法中会有人的本性、自然状态。因此有时也把万民法称为自然法，就是说，万民法规定的乃是殖民地人民作为一种动物时所应享有的权利。基于乌利比安的上述论述，有些研究罗马法的学者主张罗马法二分说（市民法、万民法），有些主张三分说（市民法、万民法、自然法）。但以主张二分说者为多。我国法律书籍多采用二分说，而把万民法和自然法视为一体。

**裁判官法 (Jus praetorium)** 也称司法官法，是由裁判官告示为渊源的法律。在罗马时代裁判官一般是从第一流法学家中任命。罗马法学家对法律的学理解答也有拘束法院



的效力。所以，裁判官法不是立法机关（市民大会、元老院）制定的，而是裁判官制定的。主要是指裁判官按照市民法和借用其他地区法律审理有关外国人（非罗马人）之间或他们与罗马市民之间的纠纷，所以有时也把万民法称为裁判官法。衡平的概念并非始于英国，在罗马法中也有衡平法（*Ius acqum*），就是指裁判官在适用法律时，可以从公平和正义出发来解决纠纷，这种衡平救济的方法就始于裁判官法，所以衡平法也就是一种裁判官法。

**罗马法的体系** 罗马法既然不是一部独立的法律文献，所以它也就不可能有统一完整的体系。我们通常所说的罗马法体系是指著名罗马法学家盖尤斯所著“法学阶梯”一书中的体系。这部著作分为人、物和诉讼三篇。人法（*Jus personarum*）是规定人格人事的法律，包括人的出生、死亡、能力、婚姻、亲属等问题；物法（*Jus rerum*）是规定财产的取得和丧失、契约的条件效力等问题的法律，包括物权，债权和继承；诉讼法（*Jus actio*），主要是规定私权保护的。法律。这种三分法体系为后来大陆法各国民法典所采用，但有所变化不同。诉讼都单独成为法典。有些国家把物分为物权和债权（包括同样作为财产取得方法的继承），这就是法国民法典的三分法体系。有些国家把人法中的婚姻亲属和物法中的债、继承独立出来，这就是德国民法典的五分法体系。

考虑到罗马法中实体法和程序法是紧密相联系的，而私权又是通过它的保护方法而得到体现，所以本书叙述的体系有所变动，在绪论之后，简要介绍诉讼法，然后再叙述人法、物法、继承法、债法。

## 第二节 罗马法的渊源

**渊源的种类** 罗马法的渊源可以分为下面四种：

1. 习惯：在公元前450年以前，习惯是早期罗马国家的主要法律渊源。

2. 法律：即在不同时期由市民大会、元老院、皇帝敕令所颁布的法律。最早市民大会的决议就叫leges或lex，即法律。皇帝的敕令分为四种：（1）告示（edicta），即皇帝对全体人民所发的通令；（2）训示（mandata），即皇帝对高级官员所下的训令；（3）指令（rescripta），即皇帝对人民或官吏法律上疑问所作的答复；（4）判决（decreta），即皇帝对于诉讼案件所作的裁判。

3. 裁判官告示：即主要构成裁判官法的渊源。

4. 法学家的解答：罗马法的发达是和罗马法学家的杰出活动分不开的。他们协助皇帝立法、出任高级行政、司法官职，编写法学著作并解答法律问题。奥古斯都统治时期就授予某些法学家以解答法律的特权，这些解答就成为罗马法的一个重要组成部分。

**十二铜表法** 它是罗马最古的成文法，罗马学者称之为“全部公法和私法的渊源。”各表的名称为：（1）传唤；（2）审判；（3）求偿；（4）家父权；（5）继承及监护；（6）所有权及占有；（7）房屋及土地；（8）私犯法；（9）公法；（10）宗教法；（11）前五表的追补；（12）后五表的追补。

可见，十二铜表法是公法和私法的混合，实体法和诉讼法的混合，而又明显地以私法、实体法为主。

**国法大全**（Corpus juris civilis），也称民法大全，民

法会典。它是一个综合性的法典编纂，是罗马法的集大成，也是罗马法达到其辉煌高度的主要标志。

公元528年优士丁尼安皇帝（Justinian，有的译为查士丁尼）任命法学家特立波尼安等人组成一个特别委员会，在他的督导下进行法典编纂工作，全部工作在公元533年完成。《国法大全》由四部分组成：

1. 《学说汇编》（Digesta），或译法律会典，引用时简写为D，共50卷，集中了三十余位法学家的学说，其中乌利比安和保罗士的著作占全书二分之一。

2. 《法典》（Codex），或译宪令汇编，引用时简写为C，共12卷，是皇帝敕令的全集。

3. 《法学阶梯》（Institutes），或译法律纲领，法律教典，引用时简写为I，共4卷。它是法学家著述供法律学生用的教科书。罗马著名法学家盖尤斯所著的《法学阶梯》最负盛名，但优士丁尼安帝认为这本书与新法的精神不符，所以任命法学教授二人以该书为蓝本加以修改而成。

4. 《新律》（Novellae Constitutiones）是优帝修正法制后直至退位三十余年期间所颁布的敕令的汇编。

这四部分合称《国法大全》，是我们现在研究罗马法的主要资料。

### 第三节 罗马法的意义

**罗马法的本质特征** 克马思主义经典作家指出，罗马法是“基于私有财产之上的最完备的法律形式”，是“商品生产者社会的第一个世界性法律。”因此，罗马法是一部调整私有制下简单商品所有者之间各种关系的完整的法律，这就是它的本质特征。正因它是商品经济一般规律的法律体现，

所以它可以充分地、被后来的资产阶级民法所效法和采用。

虽然在奴隶社会中人和人之间在政治、经济等各方面都明显的不平等。但商品交换却必须是平等者之间的关系，罗马私法正是在这种平等商品所有者的交换关系基础上产生和发展起来的。所以恩格斯在《反杜林论》一书中说：“在最古的自发的公社中，最多只谈得上公社成员之间的平等权利，妇女、奴隶和外地人自然不在此例。在希腊人和罗马人那里，人们的不平等比任何平等受重视得多。如果认为希腊人和野蛮人、自由民和奴隶、公民和被保护民、罗马的公民和罗马的臣民（指广义而言）都可以要求平等的政治地位，那么这在古代人看来必定是发了疯。在罗马帝国时期所有这些区别，除自由民和奴隶的区别外，都逐渐消失了，这样，至少对自由民来说，产生了私人的平等，在这种平等的基础上罗马法发展起来了，它是我们所知道的以私有制为基础的法律的最完备形式。”（《马恩选集》第三卷143页）这就是为什么会在极不平等的奴隶社会中产生这样一部整调平等者之间关系的高度发达的民法的原因。

**罗马法的历史影响** 法国著名法学家耶林格说过：“罗马曾三次统一世界，第一次以武力，第二次以宗教，第三次以法律。”美国《法律发达史》的作者莫里斯也说：罗马人“用武力征服全世界，并没有象用他们那种伟大法学之不朽的力量那样来得大。”

罗马法对后世的法学思想流派影响颇大。以意大利的伊纳留为代表的注释法学派和以德国的萨维尼为代表的历史法学派，都是直接以研究罗马法的学理和精神为其精髓的。就是分析法学派和比较法学派也受到罗马法学的巨大影响。

罗马法的复兴始于12世纪，当时在意大利的波伦亚设立

了欧洲第一所大学，专门开设罗马法课。欧洲各国人纷纷入学，尤其以德国人为多，这些人回国后从事主要的立法、司法和法学研究工作，而他们的法律思想则是完全受罗马法熏陶的。德国法学家研究法学时重学理、重体系，重科学的抽象、概念的推理和逻辑的严密性，这都是继承了罗马法学的遗风。

罗马法对后世的立法影响也极大。《国法大全》是许多欧洲大陆国家立法所遵循的范本。无论在立法思想、立法体系、法律定义和术语等各方面，都无不受到罗马法影响。1804年的法国民法典就是“巧妙地运用了罗马法。”所以，欧洲大陆法系也称罗马法系。

罗马法对英美法的影响虽然较小，但也有不可忽视的影响，如对人权、对世权的概念、信托制度、遗嘱制度、契约原则等。所以美国学者莫里斯说：“近一百二十五年间在美国所制定的一切良好的法律——并且也有许多简陋的法律——大都是为从事废除封建时代的规则和陋俗而恢复到罗马法的原则，有时甚至还回到罗马法的字句上面去。换句话说，罗马法和封建主义的《普通法》间的竞争，到今天还继续着。”

**罗马法传播欧洲的原因** 罗马法之所以后来广泛地传播于欧洲大陆，有下列一些原因：

1. 罗马法本身的完备性，特别是有关契约自由和财产私有的各项制度构成了私有制商品经济下的私法典范。这是经济上的原因；

2. 罗马帝国虽然灭亡，但罗马天主教会的组织仍在，目的是要“教化”侵略它的各民族。教会法的法理有些方面与罗马法不同，例如对契约自由、私有财产权加以限制，禁

止利息等，但在许多方面仍然受到罗马法的影响，例如，天主教的财产是由私人捐助及遗赠而来，所以与罗马法的观念是相同的。教会势力越来越大，越来越受景仰，这样就推动了罗马法的传播。这是宗教上的原因。

3. 研究罗马法和受罗马法影响很深的德国认为自己就是神圣罗马帝国的继续，因为德皇是罗马帝国的皇位继承人。所以，德国法学家把罗马法视为“自己的法律”。著名德国法学家萨维尼是历史法学派的创始人。主张法律是“民族精神”的体现，他的著作“中世纪罗马法历史”、“当代罗马法制度”等，就是研究罗马法的巨著。这是政治历史上的原因。

4. 欧洲大陆各国倾向于制定法律，而欧洲各国又把希腊和罗马的思想文化成就视为其珍贵的遗产。在意大利开设的第一所大学以教授罗马法为主就是这方面的表现，各国的法学家和立法者大都去那里学习并受它的熏陶和影响，这是思想文化方面的原因。

5. 中世纪时拉丁语流行于欧洲各地，成为各国之间交往的语言，公务上，乃至商业及学术上的共同用语。学罗马法必须要学拉丁语，而拉丁语的广泛使用又大大推动了罗马法的传播，这是语言上的原因。

### **学习罗马法的意义**

1. 学习罗马法对于了解和研究民法各项制度的沿革是非常重要的。每一项法律制度和每一个法律部门都有其自己发展的历史，现代民法的各项制度大都起源于罗马法。可以说，没有罗马法，就没有我们今天的民法。恩格斯说：“没有奴隶制，就没有希腊国家，就没有希腊的艺术和科学；没有奴隶制，就没有罗马帝国。没有希腊文化和罗马帝国所奠

定的基础，也就没有现代的欧洲。我们永远不该忘记，我们的全部经济、政治和智慧的发展是以奴隶制既为人所公认，同样又为人所必需这种状况为前提的。在这个意义上，我们有理由说：没有古代的奴隶制，就没有现代的社会主义”。

（《马恩选集》第3卷第220页）

2. 学习罗马法对于了解和研究大陆法系国家的民法是至为重要的。大陆法系虽然是指以法国和德国为代表的欧洲大陆的法律体系，但它的影响却遍及亚洲、非洲及拉丁美洲许多国家，以至北美洲的个别地方。解放前旧中国的立法是属于大陆法系的。我国的民法受大陆法系的影响尤重。在我们对各国民事立法和民法理论作比较研究时，罗马法是一把必备的锁钥。只有了解和掌握罗马法，才能作深入和符合历史的比较研究。

3. 学习罗马法可以从罗马法中吸收和借鉴一些对于我国民法有益的东西。罗马法的规范一方面是调整私有制社会、尤其是奴隶制社会经济关系的法律规范，另一方面，同时也是调整商品经济关系的法律规范。我国的民法是公有制社会的民法，无论从历史时代或社会经济基础都与罗马法有本质的区别。但是，我国还是一个商品经济社会，不能逃出商品社会的根本规律。因此，作为商品交换关系规律的法律表现的民法，就有可以从罗马法中吸收和借鉴之处。

· 我们也可以从罗马法中吸收和借鉴它的科学性和严谨性，这对于我们加强我国的民事立法建设、加强民法科学研究都是大有益处的。

## 第二编 诉 讼 法

### 第一节 法律诉讼、程式诉讼和特别诉讼

**法律诉讼**（*Legis actiones*）最早时期（共和国时期）的民事诉讼形式为法律诉讼。所谓法律诉讼是说当事人之间进行诉讼，必须按照法定的言词和手续。如果不遵守法定的言词和手续，原告就要败诉，例如原告要想确认自己对财产的所有权，必须携带争议的动产或奴隶（如为不动产要携带一块土）到裁判官前，以木杖放在该物上说：“我确认该物依市民法归我所有，现以木杖放置其上。”被告如不作声，就认为是承认了原告的主张。如被告要否认原告的主张，就必须申述与原告同样的言语和同样的行为，否则主张无效。这就是法律诉讼的特点。

法律诉讼分为两个阶段：一为法律审理（*In jure*），一为事实审理（*In iudicio*）。这两个阶段的划分与现代诉讼的一审、二审两个审级不同。现在的一审法院既作法律审理，又作事实审理，并以此作出判决。而罗马法的第一阶段法律审是指裁判官的审理程序。法律审理就是审理权利人的诉权是否为法律所承认、权利属于何种性质、适用法律的情节等。裁判官在完成法律审理后就将案件交与承审员进行事实审理。事实审理就是审查证据，然后由承审员根据裁判官所指示的要点作出判决。

法律诉讼分为五种：



1. 提供誓金之诉：誓金之诉是法律诉讼时代最普遍常用之诉。无论是在对物的诉讼中或对人的诉讼中，只要当事人要主张权利，就可以采用这种诉讼，当事人为了要主张自己的权利，就必须提供证金作为担保，因此就叫作提供誓金之诉。

2. 实施拘押之诉：这是原告在被告虽然确认债务但却不履行债务时要求执行的诉讼。债务人在宽限的期限内仍然无力偿付、又无人愿意作担保人时，债权人就可对债务人实施拘押，甚至可以处死债务人或将他卖为奴隶。

3. 实施扣押之诉：就是容许债权人对债务人的财产实施扣押行为。在买受人不付清价金、借人不支付租金、农民欠交租税时，都可以使用实施扣押之诉。

4. 通知返还之诉：就是原告要求被告返还一定的金额或一定的物件之诉，如果被告对原告的要求提出异议，双方约定由败诉者应加付胜诉者罚金三分之一。

5. 请求指定承审员之诉：就是原告请求指定承审员审理其争执事件的诉讼。

**程式诉讼** (Formula) 法律诉讼过分注重形式，程序繁琐，它所反映的是半自然经济社会的诉讼形式。随着商品经济的发展，这种诉讼形式显然已经不能适应要求，于是在罗马国家的中期，程序诉讼代替了法律诉讼。

程式诉讼是一种简化的诉讼程序，原告的请求和被告的异议都不再需要以任何的言词和手续的形式提出。原告必须向裁判官提出案情的要点和理由。这些要点和理由就逐渐形成固定的方式，就叫程式。

程式具体包括下面一些内容：

1. 首先要载明指定承审员；