

www.docdriver.com
搜索商家 巨力电子书



珍藏本

汉译世界学术名著丛书

法学总论

[罗马]查士丁尼 著

 商务印书馆
SINCE 1897 The Commercial Press

汉译世界学术名著丛书

(珍藏本)

法 学 总 论

— 法学阶梯

〔罗马〕查士丁尼 著

张企泰 译



商 務 印 書 館

2009年·北京

图书在版编目(CIP)数据

法学总论/[罗马]查士丁尼著;张企泰译.
—北京:商务印书馆,2009
“汉译世界学术名著丛书”(珍藏本)
ISBN 978-7-100-06027-1

I. 法… II. ①查…②张… III. 罗马法—法学
IV. D904.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 147608 号



所有权利保留。
未经许可,不得以任何方式使用。

汉译世界学术名著丛书(珍藏本)

法学总论

[罗马]查士丁尼 著

张企泰 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

北京新华印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-06027-1

2009年4月第1版

开本 880×1240 1/32

2009年4月北京第1次印刷

印张 8 1/4

定价: 30.00 元

汉译世界学术名著丛书(珍藏本)

出版说明

从1981年开始,我馆编辑出版“汉译世界学术名著丛书”,移译世界各国学术经典,立场观点不囿于一派,学科领域不限于一门,所列选的著作都是文明开启以来各个时代、不同民族精神的精华,代表着人类已经到达过的精神境界。丛书在积累单本著作的基础上,先后分辑编印,迄今为止,出版了十辑,四百种,是我国自有现代出版以来最重大的学术翻译出版工程。

“汉译世界学术名著丛书”是改革开放三十年的思想奇葩。在改革开放过程中,这套丛书一直起着思想启蒙和升华的作用,为我国的思想文化建设做出了贡献。今天,我们各行各业的英才大都受过这套丛书的影响和熏陶。

“汉译世界学术名著丛书”是新中国成立以来几代学人心血的结晶。许多学界领袖、著名翻译家和出版家都以深厚的学养、严肃的态度和无私的奉献精神,投身于这套丛书的谋划、厘定和翻译、审校工作。没有他们虔诚的治学精神,也就没有丛书的品质和风格。

“汉译世界学术名著丛书”也是商务印书馆百年品质的传统。商务早在20世纪初年便出版以严复翻译的《原富》《天演论》为代



表的外国学术名著,20年代又规划出版了“汉译世界名著丛书”,50年代后期更致力于翻译出版外国哲学和社会科学著作,文化大革命中也没有中断,及至80年代,辑为丛书,汇涓为流,蔚为大观。百余年来,商务人以开启民智,昌明教育为宗旨,用文化承续国脉,“日新不已,望如朝曙”。

基于此,我们整体推出“汉译世界学术名著丛书”(珍藏本)四百种,向共和国六十华诞献礼,以襄盛举。同时,我们也是借此机会,向几十年来为这套丛书做出贡献的译者、编者和读者表示崇高的敬意。

中华民族在伟大复兴的历史进程中,始终以开放的心态借鉴和吸收人类文明的既有成果,“汉译世界学术名著丛书”就是佐证。我们会把此次珍藏本的出版看做一个新的开端,并以此为基点,进一步做好这套丛书的规划和出版工作,使其成为一个正在崛起的民族必要的文明情怀,成为一个日渐昌盛的国家必要的文化积淀,以不负前贤,有益社会。



商务印书馆编辑部

2009年3月

出版说明

《查士丁尼法学总论》(*The Institutes of Justinian*)是东罗马帝国拜占庭皇帝查士丁尼(Flavius Anicius Justinianus, 公元483—565年)在位期间(公元527—565年)下令编写的一部法学教科书,一译《法学阶梯》。“法学阶梯”一名取自罗马帝国鼎盛时期大法学家盖尤斯(Gaius, 公元117—180年)、保罗(Paulus, 公元121—180年)、乌尔比安(Ulpianus, 公元170—228年)以及其他法学家弗洛伦丁(Florentinus)和马其安(Marcienus)的同名著作,并以它们为蓝本,其中特别是以盖尤斯的《法学阶梯》和《日常事件法律实践》为蓝本于533年底编写而成。所谓“法学阶梯”,即法学入门之意。

查士丁尼于公元483年生于伊利里亚一个农民的家庭。他早年去君士坦丁堡,投靠其担任高级将领的伯父查士丁(Justinus, 公元450—527年),并在那里受教育。他伯父做皇帝(公元518—527年)后,因为无嗣把他收为养子,并授予他要职。公元523年,他与多谋善断的费奥多拉结婚,倚为智囊。公元527年,他与其伯父共执朝政,号称“奥古斯都”。同年8月,查士丁去世,他成为唯一的皇帝。

查士丁尼从即位起就竭力维护帝国的奴隶制生产关系并企图



恢复昔日强大的罗马帝国。为达到这一目的,他一方面对内加强法制建设、扩充军队和强化国家官僚机构;另一方面对外则进行大规模掠夺战争,从公元 533 年至 554 年,先后侵占了北非、撒丁、科西嘉、意大利和西西里。他说:“皇帝的威严光荣不但依靠武器,而且须用法律来巩固,这样,无论在战时或平时,总是可以将国家治理得很好。”(本书第 1 页)因此,他在即位之后特别重视法律工作,计划先行整理已往的大量皇帝宪令,然后整理浩繁的古法书籍。公元 528 年,他委任以前宫廷财务大臣、当时著名的大法官特里波尼亚组成十人委员会,即查士丁尼法典编纂委员会,开始清理历代罗马皇帝所颁布的宪令,删除其中相矛盾的和过时的材料,其余则按年代顺序编排,并标明颁布宪令的皇帝名字。经过两年编纂,共编出 10 卷,名为《查士丁尼法典》(*Codex Justinian*),于公元 529 年公布。公元 534 年,根据查士丁尼的新的立法,该法典作了修订,改为 12 卷。公元 530 年,查士丁尼又任命特里波尼亚领导由 16 名法学家组成的委员会,编纂《查士丁尼学说汇编》。委员会经过四年工作,搜集和审查了所有以往公认的法学家的著作,从中选择、节录和分门别类整理他们认为有价值的东西,共编《学说汇编》50 卷,于公元 533 年公布。《汇编》共收著作 50 余种,其中主要是大法学家盖尤斯、保罗和乌尔比安的著作。凡是未被选入《汇编》的著作和法论点都被宣布为无效。为了便于人们学习和了解罗马法的基本原理,查士丁尼于公元 533 年命令特里波尼亚和西奥斐里及多罗西斯两位著名法学教授编写《法学总论》。他们按照查士丁尼的旨意,既吸收先前罗马皇帝的宪令的规定,又吸收各著名法学家的主要法理,把它们融会在一起,写成《法学总论》。查士丁



尼把它钦定为罗马私法教科书，于公元 533 年底公布，世称《查士丁尼法学总论》。它本身具有法律效力。至公元 565 年，罗马法学家把查士丁尼在《法律汇编》和《法学总论》完成之后三十年内所陆续公布的 180 条新敕令汇编成集，称为《查士丁尼新律》。公元 12 世纪，上述《查士丁尼法典》、《查士丁尼学说汇编》、《查士丁尼法学总论》和《查士丁尼新律》被合称为《查士丁尼国法大全》，一称《查士丁尼民法大全》。

《法学总论》是《查士丁尼国法大全》的一个组成部分，它与其他三部分一样具有同等的法律效力。但是，它是当时的罗马法学家根据查士丁尼的要求编写的，因此它具有以下一些特点：第一，它融会了罗马法的全部基本原理，是罗马法的精髓；第二，条理清楚，概念明确；第三，文字浅显，易于阅读；第四，内容翔实，包括了民法的各个方面。所以，查士丁尼对它十分重视，认为它是“包括全部法学的基本原理”，是学习罗马法的主要教科书。

根据查士丁尼的命令，《法学总论》共分四卷，计九十八篇。第一卷是关于人的规定，即关于私法的主体的规定；第二、第三卷是关于物的规定，即有关财产关系，其中包括继承和债务的规定；第四卷是关于契约和诉讼程序的规定。从这四卷的排列顺序看，《法学总论》比罗马的第一部成文法——《十二表法》已大大前进一步，因为它把作为主法的人法和物法排列在前，而把作为助法的诉讼程序法排列在后。而在《十二表法》中的排列次序恰恰与此相反，前面为诉讼程序法，后面为人法和物法。这就说明，随着罗马帝国商品货币经济的发展，罗马法学家已把着眼点放在权利问题上，而不像早期那样放在“正义与不正义”之分的问题上。因此，在《法学



总论》中权利观念已经扩大,占据主导地位了。从而使罗马私法发展到一个新的阶段,标志了商品经济社会的性质。

在《法学总论》中,首先阐明了“公法”和“私法”的划分。它指出:“公法涉及罗马帝国的政体,私法则涉及个人利益。”就是说,公法是与帝国的国家组织及其活动范围有关的法律,私法是与个人利益有关的法律。然而这里所说的私法与我们现在所理解的私法含义并不一样,它是由自然法、万民法和市民法三个部分组成的。所谓“自然法”就是指冥冥大自然在运行中遵循的某些自然法则,据此,人类具有某些与生俱来的自然权利;所谓“市民法”就是为罗马公民所享有的特权而规定的法律;所谓“万民法”就是用于帝国境内异邦居民的法律。在《法学总论》中,关于人法、物法和诉讼程序法就是按照上述三种法律规定的。

在东罗马帝国时期,存在着贵族、骑士、自由民、异邦居民和奴隶五种社会阶级和阶层,其中隶属奴隶阶级的奴隶是不作为人看待的,而是同其他东西一样被当做物件看待的。因此,《法学总论》中人法关于人的权利能力和行为能力,人的法律地位、各种权利的取得和丧失,以及婚姻家庭关系等规定,都不适用于奴隶,只适用于自由人。自由人有生来自由人和被释放自由人之分。生来自由人是指从出生时起就是自由的,被释放自由人是指从合法奴隶地位中释放出来的人。但是《法学总论》中所规定的自由权、市民权和家长权并不是所有自由人都能同等享受的,其中属于市民权方面的选举、担任公职等权利,以及属于家长权方面的父母对子女所享有的权力,只有罗马公民才能享有,异邦居民则不享有这些权利。这就进一步明确巩固了罗马公民的特权。



物法在《法学总论》中所占的篇幅最大,这既说明了罗马帝国的商品生产和商品交换关系相当发展,也说明了以皇帝为首的奴隶主统治阶级对巩固其所有制的重视和需要。所谓物法,是指权利的客体、所有权的取得、变更和区分,以及继承、债务等内容。《法学总论》对物的范围规定很广,不仅指能被触觉到的有形体物,如奴隶、衣服、金银以及其他无数东西,而且也指不能被触觉到的无形体物;不仅指人工开拓的土地和其他产品,而且也指自然界存在的空气、水流和各种动植物等物体。根据法律规定,这些物体分别属于共有、公有、团体所有和个人所有。所有权是指物的所有人对其权利标的物的直接行使的权利。物权则分为所有权、地役权、用益权、使用权、居住权和抵押权等,它们根据契约或遗嘱可以被赠与、让与、遗赠和继承,但是不得被侵犯,受到法律的严格保护。债务是物法的一部分,是“法律关系”。在《法学总论》中,债务分为市民法规定的债务和大法官法规定的债务,而这两类债务又分契约的债、准契约的债、不法行为的债和准不法行为的债四种。它们是由于缔结契约或侵权行为发生的。

最后,《法学总论》还对诉权作了明确规定。所谓“诉权”是“指有权在审判员面前追诉取得人们所应得的东西”。一切诉讼均由审判员或裁判员受理。它分为对物的诉讼和对人的诉讼两种。对物的诉讼称为回复原物之诉,对人的诉讼是以请求给予某物或做某事为标的诉讼,称为请求给付之诉。有些既是对物又是对人的诉讼,称为混合诉讼。此外,还有公诉,这种诉讼是根据历代罗马皇帝制定的法律规定的,用于一切图谋危害皇帝和国家的人。

根据以上所述,我们不难看出,《法学总论》不但内容丰富,而



且结构严谨,概念清晰。因此,它被西方法学界看做是罗马奴隶制社会的一部最完善的私法。它关于“公法”和“私法”的划分,后来成为资产阶级法学划分法学部门的基础;它关于财产所有权的各种规定,其中包括契约、债务、买卖、租赁、合伙等规定,后来成为资产阶级制定民法所借鉴的蓝本;它关于保护奴隶主私有财产的原则,后来发展成为资产阶级“私有财产神圣不可侵犯”的原则。由此可见,它对后来民法发展的影响之大绝非一般。

1987年8月



目 录

序言	1
第一卷	5
第一篇 正义和法律	5
第二篇 自然法、万民法和市民法	6
第三篇 关于人的法律	12
第四篇 生来自由人	13
第五篇 被释自由人	14
第六篇 哪些人和由于哪些原因不得释放奴隶	16
第七篇 福费·加尼尼法的废止	18
第八篇 受自己权力支配和受他人权力支配的人	18
第九篇 家长权	20
第十篇 婚姻	20
第十一篇 收养	24
第十二篇 关于家长权的权利消灭的方式	27
第十三篇 监护	31
第十四篇 哪些人可在遗嘱中被指定为监护人	32
第十五篇 宗亲的法定监护	34
第十六篇 身份减等	35



第十七篇	保护人的法定监护	36
第十八篇	家长的法定监护	37
第十九篇	信托监护	37
第二十篇	根据阿提里法的监护人和根据犹里和提第法的 监护人	38
第二十一篇	监护人的核准	39
第二十二篇	监护关系终止的方式	41
第二十三篇	保佐人	42
第二十四篇	监护人或保佐人提供担保	43
第二十五篇	免除担任监护人或保佐人	44
第二十六篇	受怀疑的监护人和保佐人	48
第二卷	51
第一篇	物的分类	51
第二篇	无形体物	62
第三篇	地役权	63
第四篇	用益权	64
第五篇	使用权与居住权	65
第六篇	取得时效与长期占有	67
第七篇	赠与	70
第八篇	哪些人能让与和哪些人不能让与	73
第九篇	通过哪些人取得	75
第十篇	订立遗嘱	78
第十一篇	军人遗嘱	81
第十二篇	哪些人不许可订立遗嘱	84



第十三篇	剥夺子女的继承权	86
第十四篇	指定继承人	90
第十五篇	一般的替补指定	94
第十六篇	为未成熟者替补指定	96
第十七篇	遗嘱在哪种情况下失效	98
第十八篇	不合人情的遗嘱	101
第十九篇	继承人的性质和差别	103
第二十篇	遗赠	106
第二十一篇	遗赠的撤销和转移	117
第二十二篇	发尔企弟法	118
第二十三篇	信托遗产继承	120
第二十四篇	特定物的信托遗给	126
第二十五篇	遗命书启	127
第三卷		130
第一篇	无遗嘱的遗产继承	130
第二篇	宗亲的法定继承	137
第三篇	特图里安元老院决议	141
第四篇	奥尔斐特元老院决议	143
第五篇	血亲继承	144
第六篇	血亲亲等	146
第七篇	被释自由人的遗产继承	150
第八篇	被释自由人的指定分配	153
第九篇	遗产占有	154
第十篇	通过自权者收养的财产取得	158



第十一篇	为了维护自由而对之判给遗产的人·····	161
第十二篇	废止有关出卖财产的财产承受和根据克劳第 元老院决议的概括取得·····	163
第十三篇	债务·····	164
第十四篇	以要物方式缔结债务的各种方式·····	165
第十五篇	口头债务·····	167
第十六篇	几个口约者和几个承诺者·····	170
第十七篇	奴隶的要式口约·····	170
第十八篇	要式口约的分类·····	171
第十九篇	无效的要式口约·····	172
第二十篇	保证人·····	178
第二十一篇	书面债务·····	179
第二十二篇	诺成债务·····	180
第二十三篇	买卖·····	180
第二十四篇	租赁·····	183
第二十五篇	合伙·····	185
第二十六篇	委任·····	187
第二十七篇	准契约的债务·····	190
第二十八篇	通过哪些人取得债权·····	193
第二十九篇	债务消灭的方式·····	194
第四卷	·····	197
第一篇	侵权行为所发生的债务·····	197
第二篇	对抢劫者的诉权·····	202
第三篇	亚奎里法·····	204



第四篇	侵害行为·····	208
第五篇	准侵权行为所产生的债务·····	211
第六篇	诉权·····	212
第七篇	处在他人权力下的人所缔结的契约·····	225
第八篇	交出加害人之诉·····	229
第九篇	四脚动物造成的损害·····	230
第十篇	有权起诉的人·····	231
第十一篇	诉讼担保·····	232
第十二篇	永久性的和有时间性的诉权以及对继承人行使 或由继承人继承的诉权·····	234
第十三篇	抗辩·····	235
第十四篇	答辩·····	238
第十五篇	特别命令·····	240
第十六篇	对健讼者的罚则·····	244
第十七篇	审判员的职权·····	246
第十八篇	公诉·····	248



序 言

以我主耶稣基督的名义

恺撒·弗拉维·查士丁尼皇帝，征服阿拉曼、哥特、
弗朗克、日耳曼、安特、阿兰、汪达尔、亚非利加的虔诚的、
幸运的、光荣的、凯旋的、永远威严的胜利者，向有志学习
法律的青年们致意。

皇帝的威严光荣不但依靠兵器，而且须用法律来巩固，这样，
无论在战时或平时，总是可以将国家治理得很好；皇帝不但能在战
场上取得胜利，而且能采取法律手段排除违法分子的非法行径，皇
帝既是虔诚的法纪伸张者，又是征服敌人的胜利者。

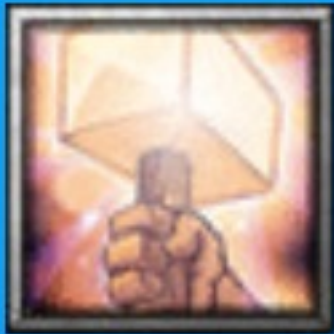
1. 朕以不懈的努力，极度审慎的态度，并得到上帝的保佑，达
到了上述双重目的。朕所统治下的各野蛮民族都能认识到本皇帝的
武功，亚非利加和许多其他行省的情况也都证实了这一点，经过
了一个很长时期，并由于上苍保佑，我们终于获得了胜利，把它们
重新置于罗马统治之下，归入我们帝国的版图。此外，各族人民现
在都受治于我们已经颁行的或编纂的法律了。

2. 朕将已往杂乱的大量皇帝宪令加以整理使之协调一致以



www.docriver.com

搜索商家 巨力电子书



后^①，就将注意力转向浩繁的古法书籍。我们好像横渡大海一样，由于上苍保佑，终于完成了一件曾经认为是无望的工作。^②

3. 得到上帝保佑而完成了这件工作之后，朕召见了最杰出的人物、法官、前宫廷财务大臣特里波尼以及两位卓越人士，即法学教授亚奥斐里斯和多罗西斯，他们三人早已不止一次地向我们证明了他们的才能、法律知识和对我们命令的忠诚；朕特别委任他们，在本皇帝的权威和指导下，编写《法学阶梯》。这样，你们便可以不再从古老和不真实的来源中去学习初步法律知识，而可以在皇帝智慧的光辉指引下学习；同时，你们的心灵和耳朵，除了汲取在实践中得到的东西之外，不致接受任何无益的和不正确的东西。因此，从前须先学习三年之后，才能勉强阅读皇帝宪令，现在你们一开始就将阅读这些宪令。你们是这样的光荣，这样的幸运，以致你们所学到的法律知识，从头至尾，都是你们皇帝亲口传授的。

4. 因此，在把全部古法书籍编辑为《学说汇纂》共计 50 卷以后（这是在一些杰出人物特里波尼亚和其他卓越而有才识的人协

① 指初版《法典》(Codex)。公元 528 年查士丁尼帝指定一个十人委员会编纂历代皇帝宪令，历时一年而成。已失传。534 年初，特里波尼亚奉命重加编订，同年 11 月 16 日公布，12 月 29 日施行，所有未经辑入的宪令，一概失效。

② 指《学说汇纂》(Digesta 或 Pandectae)。公元 530 年查士丁尼帝命令编纂，由特里波尼亚为首包括西奥斐里和多罗西斯在内的一个委员会，历时三年编成。533 年 12 月 16 日公布，同月 30 日施行。这部汇纂反映了法学著作中体规的古法。编纂人员摘录这些著作中一切实用的东西，剔除过时和多余的东西，消除法学家之间存在着意见上的矛盾，必要时对原文进行修改。前人学说未经摘录辑入的，一律丧失法律效力。这部反映古法的《汇纂》与反映新律的皇帝《法典》并立，连同这本《法学阶梯》(Institutiones)和《新宪令补编》(Novellae)是构成《国法大全》(Corpus Juris Civilis)的四大部分。



助下完成的),朕又命令把这部《法学阶梯》分为四卷,其中包括全部法学的基本原理。

5. 在这四卷里,简要阐述一些古代法律,以及那些历久不用而湮没,经由皇帝权力而重见天日的内容。

6. 这四卷乃是根据古代各卷法学阶梯,尤其根据我们盖尤斯^①所著的几部释义——《法学阶梯》和《日常事件法律实践》等——以及许多其他释义^②编成,由上述三位学者向朕提出。朕详加阅读审核之后,赋予这部著作本皇帝宪令所具有的全部效力。

7. 因此,应该热心接受和不懈努力学习我们这些法律。你们要表明自己学得很精通,因此可以怀有美好的希望,在完成全部学业之后,你们能够在可能委托给你们的不同地区内,治理我们的帝国。

制定于君士坦丁堡,533年12月11日,查士丁尼皇帝第三任执政官期间。



① Gaius, 帝国前期法学家。我们至今连他的家姓还无从查考,因为 Gaius 是名而不是姓。他大约出生于哈德里安帝时代,看来是一位教师,生前默默无闻。公元 5 世纪初公布的《引证法》把他列为五大法学家之一,与伯比尼安、保罗、乌尔比安和莫迪斯蒂努斯等齐名,著作甚多。所著《法学阶梯》,被采用为本《法学阶梯》的蓝本,1816 年始被德国史学家尼布尔在意大利佛罗那图书馆中发现,系 5 世纪抄本,用羊皮纸写成,仅缺三张,但上面又写着后人作品,故字迹不易辨认。

② 指弗洛伦丁著《法学阶梯》12 卷,保罗著《法学阶梯》2 卷,乌尔比安著《法学阶梯》2 卷和马其安著《法学阶梯》16 卷,均失传。

查士丁尼皇帝钦定法学阶梯^①

第一卷

第一篇 正义和法律

正义是给予每个人他应得的部分的这种坚定而恒久的愿望。

1. 法学是关于神和人的事物的知识；是关于正义和非正义的科学。

2. 在一般地说明了这些概念之后，朕认为开始阐明罗马人民法律的最适宜的方法，看来只能是首先作简明的解释，然后极度审慎地和精确地深入细节。因为如果一开始就用各种各样的繁复题材来加重学生思想的负担，这时候学生对这些还很陌生而不胜负担，那么就会发生下列两种情况之一：或者我们将使他们完全放弃学习，或者我们将使他们花费很大工夫，有时还会使他们对自己丧失信心（青年们多半就因而被难倒），最后才把他们带到目的地；而如果通过更平坦的道路，他们本可既不用费劲，也不会丧失自信，很快地被带到那里。

3. 法律的基本原则是：为人诚实，不损害别人，给予每个人他



① 全书系用查士丁尼帝口吻写成。

应得的部分。

4. 法律学习分为两部分,即公法与私法。公法涉及罗马帝国的政体,私法则涉及个人利益。这里所谈的是私法,包括三部分,由自然法、万民法和市民法的基本原则所构成。

第二篇 自然法、万民法和市民法

自然法是自然界教给一切动物的法律。因为这种法律不是人类所特有,而是一切动物都具有的,不问是天空、地上或海里的动物。由自然法产生了男与女的结合,我们把它叫做婚姻;从而有子女的繁殖及其教养。的确我们看到,除人而外,其他一切动物都被视为同样知道这种法则。

1. 市民法与万民法^①有别,任何受治于法律和习惯的民族都部分适用自己特有的法律,部分则适用全人类共同的法律。每一

^① 罗马人一直坚持市民法专适用于罗马公民,而不适用于外国人或异邦人,因此在罗马的外国人基本上是没有权利的。这种限制,由于以后罗马与异邦接触日益频繁,交换日益发展,已属无法维持。公元前 242 年外事大法官的设置,说明涉外案件已极纷繁,须由专职处理。在不断解决外国人间以及外国人和罗马公民间因交换关系所产生的实际问题的同时,逐渐形成了一套规范,称万民法(jus gentium),大部分是在大法官告示中固定下来的。

就其实际含义来说,万民法是罗马法中既适用于罗马公民也适用于罗马的外国人的那部分法律。万民法还具有理论含义,指产生于自然理性的法而言;由于人同此心,心同此理,所以这种法是全人类共同的。亚里士多德早已提出这一思想。斯多葛派竭力主张这种思想,它传到罗马以后,西塞罗又详加阐明。罗马法学家盖尤斯在所著《法学阶梯》中一开始就写道:“……一国人民为自己制定的法律是这一国人民所特有的,它叫做市民法,是这一国家特有的法。但是自然理性为全人类所作出的规定,在全世界各国人民中间应予一律遵守的,叫做万民法,它是一切民族都适用的法。(接下页)



民族专为自身治理制定的法律，是这个国家所特有的，叫做市民法，即该国本身特有的法。至于出于自然理性而为全人类制定的法，则受到所有民族的同样尊重，叫做万民法，因为一切民族都适用它。因此，罗马人民所适用的，一部分是自己特有的法律，另一部分是全人类共同的法律。组成我们法律的这两部分的性质，我们将在适当场合阐述。

2. 每一国家的市民法是以它适用的国家命名的，例如雅典的市民法。如果把梭伦或德累科的法律称为雅典的市民法，也没有错。因此，我们把罗马人民或奎利迭人民适用的法律叫做罗马人的市民法或奎利迭人的市民法。其实罗马人亦称奎利迭人，这名称是从奎利努斯(Quirinus)一字而来的。但若谈到法律而不加上哪个民族时，那么，所指的是我们自己的法，正如我们谈到“诗人”而不说姓名，在希腊人那里就是指杰出的荷马，在我们这里是指维吉尔。至于万民法是全人类共同的。它包含着各民族根据实际需要和生活必需而制定的一些法则；例如战争发生了，跟着发生俘虏和奴役，而奴役是违背自然法的(因为根据自然法，一切人都是生而自由的)。又如几乎全部契约，如买卖、租赁、合伙、寄存、可以实物偿还的借贷以及其他等等，都起源于万民法。

(接上页)因此罗马人所适用的，一部分是他们本身特有的法，一部分是全人类共同的法律”。

致力解决实际问题的罗马法律专家只对实际含义的万民法感兴趣，其余一切，他们认为都是哲学辞藻。自从卡拉卡拉帝(Caracalla)于公元212年公布了有名的安东尼安宪令(Constitutio Antoniniana)而把罗马公民权赋予一切异邦人以后，市民法与万民法之间的区别，已无实际意义。



3. 我们的法律或是成文的,或是不成文的,正如希腊的法律,有些是成文的,有些是不成文的。成文法包括法律、平民决议、元老院决议、皇帝的法令、长官的告示和法学家的解答。

4. 法律是罗马人民根据元老院长官例如执政官的提议制定的。平民决议是平民根据平民长官例如护民官的提议而制定的。平民之不同于人民正像人种之不同于人类;因为人民是指全体公民,包括贵族和元老在内,而平民则是指贵族和元老以外的其他公民而言。但从豪而顿西法^①通过以来,平民决议已经开始具有与法律相等的效力。

5. 元老院决议^②是元老院所命令的和制定的,因为罗马人口已增长到了这样的程度,以致很难把他们召集在一起通过法律,所以向元老院咨询以代替向人民咨询,似乎是对的。

6. 皇帝的决定也具有法律效力,因为根据赋予他权力的王权法^③,人民把他们的全部权威和权力移转给他。因此,凡是皇帝的批复中的命令,在审理案件时的裁决,在诏令中的规定,当然都是



^① Lex Hortensia, 公元前 287 年通过。

^② Senatus-consultum, 到了帝国时期,元老院的决议被认为已表达了人民的意志,法案无须经人民大会通过了;但是形式上元老院仍保持为咨询机关,其决议也保持建议文件的表述方式。元老院决议以提案人的名字命名。皇帝可以备文向元老院提出动议,他的咨文照例会被采纳。后世法学家们在引证时,往往单指某某皇帝咨文,而不提批准咨文的某某元老院决议,可见其决议最终也只是一种形式罢了。

^③ Lex regia, 亦称 Lex curiata de imperio(王权法)。盖尤斯写道:“皇帝本人是根据法律而享有最高权力的”(见《法学阶梯》,1.5);又乌尔比安论述:“皇帝所决定的都有法律效力,因为人民已把他们的全部权力通过王权法移转给他。”(见《学说汇纂》,1.4.1.首段)

法律,所有这些统称宪令。^①显然其中有些是个人性质的,而不构成先例,因为皇帝无意使其成为先例。如皇帝因某人有功而给予恩赏,或因某人有罪而予以惩罚,或赐予某人额外救助,这些行为都不超越这一特定人的范围。至于其他宪令,由于它们是普遍的,无疑地对于一切人都有约束力。

7. 大法官告示^②同样具有法律权威。我们惯常把这些告示叫做

^① 皇帝作为国家最高长官有权公布诏令(edictum),系一般性的规定,且多半属于公法范围。他可以对帝国官吏,尤其各省总督,在执行职务上作出指示,称训令(mandatum),但在私法发展上并无重要意义。他还可以就具体诉讼事件,在御前会议顾问下,作出裁决(decretum)。至于批复(rescriptum)是他对于官吏或个人提出的法律疑问所作的解答,事前经有著名法学家参加的御前会议审议,对官吏以书翰(epistula)答疑,必要时得令将书翰公布,对个人就在申请书上写下批复。以上种种统称宪令(constitutiones)。

^② Edictum(告示)一词系由 ex 和 dicere 两词组成,意即“大声说出”。大法官于接任之初,即在告示牌上向公众公布他的施政纲领,表明他将怎样行使他的职权。由于告示限于大法官一年任期内有效,故称常年告示(edictum perpetuum)。此外有临时告示(edictum repentinum),用于临时发生的个别事件。就实质言,告示包含法律准则,但在形式上它仅是一种诺言。告示所采用的表述方式如下:在某种情形下,“我将给予遗产占有”或“我将赋予诉权”等等,“我”字是大法官自称,这显然与一般立法文件的表述方式有别。

前任大法官告示对于后任无约束力,但后任大法官认为适宜的话,可予采用,否则径予摒弃或加以修改。以后各任大法官又在各自前任告示的基础上,作必要的改进,如此新旧接替,愈到后来,告示中承受前任的部分愈多,新创的部分愈少。因此,事实上某些大法官告示,不仅在一年内而且成为永久有效。到了共和国末期,由于长期积累,大法官告示成为广泛的、固定的和统一的整体,在对市民法的关系上,它是一个独立的体系,称大法官法或长官法(包括大法官以外的其他长官的告示在内,详见下注)。

大法官法完全是在大法官司法实践的基础上建立起来的,告示中的任何新创部分,目的都是为求适应剥削阶级的某种实际需要;在一年有效期间,它将受到考验,法学家们也会对它提出批评。如不合用,后任大法官会把它废弃。这种办法,把立法和习惯法各自的优点相结合,把固定性与灵活性相结合,使罗马法既扎根在过去的经验中,又善于适应目前形势的变化。在奴隶制社会及其经济生活迅速发展,中(接下页)



长官法^①，因为这种法是由佩戴勋章的人，即长官的批准而生效的。

(接上页)种办法对于维护奴隶主阶级的利益起着很大作用。

到了帝国时期，大法官的权力显得和皇帝的最高权力相抵触。

哈德里安帝终于解决了这一矛盾。他谕知杰出法学家萨尔维·犹里安把历年来的常年告示全部加以整理校订，并予以必要的修改。这一编纂工作完成于公元130年到138年间，经哈德里安帝咨请元老院决议通过，并予公布，称哈德里安或犹里安告示。三百年左右期间发展起来的长官法就这样地被固定下来了。此后，大法官只能采用业已固定的方式，不得擅作修改，也不加添新词句。如有疑难问题，则呈由皇帝批复。总之，仅皇帝有修改和补正之权。因此，告示已非大法官自身意志的体现，而是皇帝意志的表达；作为法律渊源，大法官告示也就丧失其原有意义了。

① Jus honorarium, honorarium 从 honos 一词而来，意即长官。罗马法之发展成为世界性的法，长官之一的大法官(praetor)曾起了非常巨大的作用。大法官制度是古代罗马所特有的。大法官是国家司法民事部门的长官，设于公元前367年，其职权是从执政官的职权中分出的，其地位仅次于执政官，也同后者一样，由民众大会选举，任期一年，并享有最高权力。

大法官不是现代意义的法官。他除了可以驳回原告的起诉以外，对于所受理的案件，从来不亲自裁判，而是把它交给审判员去审理。因此，罗马的民事诉讼可以分为先后两个阶段：大法官受理的阶段(jus)或在大法官前进行的程序(in jure)，主要是确定诉讼当事人间法律上或事实上的争论焦点，并指示审判员对个别案件应适用的法(jurisdictio)；以及审判员审判的阶段(judicium)或在审判员前进行的程序(apud judicem)，旨在就争论焦点予以解决，作出裁判。

审判员(judex)不是国家官吏，而是由大法官就预定名单(最初限于元老，随后加上骑士，最后加上拥有一定财产的人)选定之，并经大法官授权以处理特定案件的公断人(故亦称 arbiter)，原则上为一人，但亦得为多数人。由此可见，罗马法中的民事诉讼是以国家司法原则和古代公断原则相结合的。

自从艾布第法(Lex Aebutia, 年代不详，据称在公元前2世纪)创设了书面公式程序以来，诉讼的书面公式即由大法官协同诉讼当事人制定之。在书面公式中，大法官指定审判员，并明确规定应裁判事项。举例说明如下：“兹指定铁提为审判员。如果看来被告应给予原告一百的话，判令支付一百；如果看来不是如此的话，把他开释。”其中“如果看来应给予一百”是公式的主要部分，称 intentio(请求标的)，揭示原告请求的内容；“判令支付一百”是公式的最后部分，称 condemnatio(裁判事项)。这两部分一问一答，互相呼应。

公式还可以包括其他部分。例如关于寄存之诉，公式开头表述：“由于原告将本案争执的银台面寄存被告保管，为了这个缘故，如果根据诚实信用，看来被告应给予或作为的话，在这一点上判令被告给予或作为；如果看来不是如此的话，把他开释”，其中“由于……”这一短句，亦即列在公式之首的部分，称 demonstratio(请求原因)。(接下页)



市政官^①就某些事项有时也发布告示,这种告示构成长官法的一部分。

8. 法学家的解答^②是那些被授权判断法律的人们所作出的决定和表示的意见。古时规定应该有人公开解释法律,这些人由

(接上页)公式还可以包括为被告着想而利用他防御的部分,最常见的是 *exceptio*(抗辩),例如“如果看来被告应给予原告一百,又如果以本案而言原告从未有欺诈或恶意的行为的话,判令被告支付;如果看来不是如此的话,把他开释”,其中“又如果……”一句,系属抗辩部分。

由此可见,大法官可以运用赋予诉权(或拒不给予权)、赋予抗辩权或准许回复原状等手法,使他认为合法而不合理的权利丧失其法律保障;合理而不合法的关系则获得事实上保护,如同合法权利一样。形式上大法官虽然不享有立法权,但通过上述那些手法,他事实上具有创造新的法律规范的可能性。例如大法官诚然不能改变市民法的效力,使某甲不通过要式转移(*mancipatio*)而仅通过交付(*traditio*)取得对要式转移物(*res mancipi*)的合法所有权(*dominium ex jure Quiritium*),但由于市民法的实际运用是在他掌握中,所以他可以赋予某甲必要的诉权或抗辩权,使其权利得到保障。虽然某甲不是正式所有人,但他可以保持其物作为自己财产的一部,任何人不得非法夺取之。又如大法官诚然不能指定依法无权继承的人为继承人,但他可使他取得遗产占有,并使他享受继承人应享有的保护。大法官是创造性地运用十二表法,以适应奴隶主不断提出的新要求的。罗马杰出法学家伯比尼安说:大法官“在保证市民法适用的同时,补充市民法和修改市民法”。另一法学家马其安称长官法是“市民法的活的声音”。

① *curules aediles*, 古罗马掌管公共建筑物警务、交通、市场、戏院和公共娱乐等事的官员。

② 法学家实际活动的内容,主要有三个方面:(1)对于具体法律问题提出解答(*respondere*)。法学家间发生意见分歧时,往往公开进行激烈论战;(2)撰拟契据(*cauere*),并在当事人进行法律上活动时担任他的顾问;(3)协助当事人为诉讼行为(*agere*),并向他指示应采用的诉讼程式。法学家并不替他出庭辩护,这是辩护士(*orator*)分内之事;后者能言善辩,但不一定是出色的法学家,西塞罗是最好的例子。到了帝国时期,法学家的独立地位,毕竟与皇帝的权力有所抵触。因此奥古斯都帝特对于某些卓越的法学家赋予官方解答权,使其解答因素出于元首的授权而具有比通常法学家的解答更大的价值。事物的发展自然而然导致下列情形:特许法学家的解答意见往往被引证而应用于其他类似诉讼事件;特许法学家所享有的威望使他们的任何其他意见都受到同样的重视。



皇帝赋予权力就法律问题作出解答，称为法学家。他们的一致决定和意见具有这样的权威，根据宪令规定，审判员也不得拒绝遵从。

9. 不成文法是习惯确立的法律，因为古老的习惯经人们加以沿用的同意而获得效力，就等于法律。

10. 因此，把市民法区分为两种，是合宜的。这看来是导源于雅典和拉塞戴蒙这两个国家的不同习惯，因为这两个国家的一贯做法是：拉塞戴蒙人宁愿把作为法律来遵守的东西，记在心里，至于雅典人则宁愿把在成文法中所载的东西妥善地保存下来。

11. 各民族一体遵守的自然法则是上帝神意制定的，因此始终是固定不变的。至于每一国家为自身所制定的法律则经常变动，其变动或由于人民的默示同意，或由于以后制定的其他法律。

12. 我们所适用的全部法律，或是关于人的法律，或是关于物的法律，或是关于诉讼的法律。首先考察人，因为如果不了解作为法律的对象的人，就不可很好地了解法律。

第三篇 关于人的法律

关于人的法律的主要区分如下：一切人不是自由人就是奴隶。

1. 自由人得名于自由一词。自由是每个人，除了受到物质力量或法律阻碍外，可以任意作为的自然能力。

2. 奴隶是根据万民法的制度，一人违反自然权利沦为他人财产之一部。

3. 奴隶(servi)一词的由来是：将领们命令把俘虏出卖，于是



就把他们保存 (servare) 起来而不把他们杀掉。奴隶又叫做 mancipia^①, 因为他们是被我们从敌人那里用手抓来的。

4. 奴隶或者是出生时是奴隶, 或者是后来成为奴隶的。女奴所生的子女, 生来是奴隶; 那些后来成为奴隶的, 或者依据万民法, 即由于被俘, 或依据市民法, 即年在 20 岁以上的自由人意图分得价金, 而听由他人将其出卖。^②

5. 一切奴隶的地位没有任何差别; 至于自由人则有许多差别, 他们或是生来自由的, 或是被释放而获得自由的。

第四篇 生来自由人

生来自由人是从出生时候起就是自由的, 无论他是两个生来自由人结婚而生的, 或是两个被释自由人结婚而生的, 或是一个生来自由人与一个被释自由人结婚而生的。如果母亲是自由人, 父亲是奴隶, 子女仍不失其为自由人, 正如其母亲是自由人而父亲则不能确定是谁一样, 因为在后一种情况下子女是不明不白成胎的。只要在他出生时母亲是自由人就够了, 至于她在怀孕时是否女奴, 并无关系。相反, 如果她怀孕时是自由人, 在分娩时已成为女奴, 所生子女仍认定是自由人, 因为母亲的不幸不应影响胎儿, 使其遭受不利。这里发生一个问题: 如果怀孕的女奴被释放后, 又成为女

① 由 manus(手)和 capere(取、抓)两词组成, 意谓用手抓来的。

② 根据市民法, 自由不得让与, 但有少数例外。例如一人与他人通谋, 佯称后者的奴隶, 由他将其出卖, 他取得价金后避匿不见。如准许被出卖者以后恢复自由, 他就可找到同谋者分得价金。为了防止欺诈行骗, 法律规定不准其恢复自由。



奴而分娩，所生子女是自由人还是奴隶？马赛鲁^①认为他是生来自由人，因为只要胎儿的母亲一度是自由的，哪怕这是在中间一段期间，就已经够了。这种意见是正确的。

1. 生来自由人不因一度处于奴役状态^②，随后又被释放，而使其原来身份受到影响，因为常常断定释放不妨碍生来的权利。

第五篇 被释自由人

被释自由人是从合法奴隶地位中释放出来的人。释放就是“给予自由”，因为奴隶是掌握在他人“手中”并处于其权力下的，释放乃是这种权力之下解放出来。这种制度导源于万民法。因为根据自然法，一切人生而自由，既不知有奴隶，也就无所谓释放。但奴隶制一旦在万民法中建立起来，接着也就产生了释放的善举。“人”原来是对一切人的一个自然的名称，万民法却开始把人分为三种：自由人，与之相对的奴隶，第三种是不再是奴隶的被释自由人。

1. 释放可以采取各种不同方式进行：根据皇帝宪令在神圣的教堂中进行，或通过法官的隆重宣告进行，或在朋友面前进行，或用书翰，遗嘱，或任何其他最后意志行为的方式进行。此外，奴隶还可依照过去皇帝的宪令和本皇帝宪令所规定的许多其他方式获

① Ulpus Marcellus，罗马帝国前期法学家，著有《市民法、长官法合论》31卷。

② In servitute esse，这与 servus esse(成为奴隶)不同，前者系事实状态，后者系法律状态。前者的情形，例如儿童为海盗掳掠，作为奴隶出卖于人，该儿童不因而丧失他生来自由人的身份。虽然事实上他已被剥夺了自由，但法律上应认为他从未丧失自由。因此，如果他的主人把他释放，他不视为被释自由人。



得自由。

2. 主人可以在任何时候释放其奴隶,甚至可乘长官在途中经过时,例如大法官、副执政官或行省总督去浴室或剧院的途中,进行释放奴隶。

3. 从前,被释自由人分为三级:被释放者有时获得完全自由而成为罗马公民,有时获得不完全的自由,根据犹尼·诺尔滂法^①而成为拉丁人;有时获得更低级的自由,根据埃里·森提法^②而列为降服者(deditcii)。但降服者这一最低级,很早就已消失了。至于拉丁人的名称也已很少见到。因此,本皇帝本于仁慈之意,在希望改进一切并使一切更加完美的同时,制定了两个宪令,进行一次重大改革并恢复了古时的情况;因为罗马在最初建国时期^③,只有一种自由,释放者与被释放者所享有的是同一种自由;而不同的只是被释放者是被释自由人,而释放者是生来自由人。朕已作出决定,颁布了一个废止降服者这一级的宪令;朕在杰出的帝国财务大臣、特里波尼亚的建议下作出了这些决定,解决了古代法中争论不休的问题。朕又在他的建议下制定另一宪令,这一宪令在帝国法令中最是出色,它消除了犹里法上的拉丁人以及与拉丁人有关的一切。现在朕对于一切被释自由人,不问被释放者的年龄、释放者的权益或释放方式,一律都给予罗马公民资格。朕又增添了奴隶可以获得自由连同罗马公民资格的许多其他方式,罗马公民资格现在是唯一的一种自由。

① Lex Junia Norbana,约公元 18 年通过。

② Lex Aelia Sentia,公元 4 年通过。

③ 相传为公元前 754 年。



第六篇 哪些人和由于哪些原因 不得释放奴隶

虽然如此，并不是所有的主人都可以随心所欲释放奴隶的；意图欺诈债权人的释放，行为是无效的，埃里·森提法不承认在这种情况下下的释放。

1. 但是无偿付能力的主人得在遗嘱中指定他的奴隶为继承人，同时给予他自由，使奴隶获得自由而成为他唯一的、必要继承人，但以根据同一遗嘱并无其他继承人者为限：或者因为并未指定其他继承人，或者因为被指定者由于某种原因并不成为继承人。这是上述的埃里·森提法所明智地规定的。极有必要作出这种规定，因为它可使无偿付能力的人在不能找到其他继承人时，至少可以有一个奴隶作为他的必要继承人，而向债权人偿付。如果奴隶不偿付，债权人可以把奴隶名下继承的遗产变卖，这就不致辱没了死者。

2. 如果指定奴隶为继承人但未明确给予自由，其结果在法律上是一样的。因为，本皇帝的宪令，根据合乎人道的新精神，决定不仅对于无偿付能力的主人，而且一般地规定：指定奴隶为继承人，就应视为给予奴隶自由。因为不可想象，立遗嘱人纵然未明白给予自由，却会愿意他自己所选定的继承人，依然是一个奴隶，以致无任何人作为他的继承人。

3. 凡在无偿付能力时释放奴隶，或由于释放奴隶而使自己陷于无偿付能力者，都应视为意图欺诈债权人而释放。但是已经判

