



羅馬法

法政叢編第十九種

羅馬法

當陽樊樹勳編輯



3 0537 5323 6

例言

一羅馬法爲歐洲諸國法律之源。故諸國之講法律。咸以研究羅馬法爲最要之一種學科。吾國法律一學。尙未發達。今欲研究法律。當亦以研究羅馬法爲必要。是編者之微意也。

一羅馬「優斯啟利安」法典之法學階梯。分人物、訴訟、三編。是書但分二編。曰人之法。曰物之法。因近世法律發達。訴訟法已獨立爲一部。姑從節略。

一日本關於羅馬法之著書。大半對照現行民法典。解釋條文。吾國既無民法。自無由得所依據而解釋之。故是書僅主法理及沿革。而略於條例。

一法律之發達。與社會共變遷。世界法律。旣以羅馬法爲最古。則其理論與事實。視近世諸國法律。不無出入。宜融會貫通。求其異同得失所在。不必執今以律古。一法律名詞。最難適當。是書所用諸名詞。多援日本。惟意義與漢文迥別者。始以漢文代之。然日本法律名詞。多取之泰西。故仍注西文於其下。以備參攷。其有不能譯者。而譯音者。則以「·」號誌之。



一是書多據日本法學博士戶水寬、田中遜、岡本芳二郎之羅馬法著述而成。旁及羅馬史、羅馬法制史、西洋歷史諸書。惟編者學淺晷促。謬誤難免。海內碩學。幸匡不逮。

光緒三十一年九月朔日

編者識

508
725
:24

羅馬法目次

總論

第一章	研究羅馬法之必要	一
第一	比較法律學之必要	二
第二	討論法律史之必要	三
第三	窮究法律理之必要	六
第二章	羅馬法歷史之大略	六
第三章	中古以後研究羅馬法之沿革	十
第四章	法學	十一
第五章	法律	十三
第六章	法律之分類	十五
第一節	性質上之分類	十五

第二節 應用上之分類	十六
第三節 形式上之分類	十七
第七章 權利	十八

本論

第一編 人之法

第一章 人事法之位置	二十
第二章 人	二十一
第三章 身分	二十三
第一節 關於自由之身分	二十四
第一款 自由人	二十四
第二款 奴隸	二十六
第一項 總說	

第二項	解放奴隸之方法	二十八
第三項	解放奴隸之效果	三十二
第三款·農	奴	三十四
第二節	關於民籍之身分	三十五
第一款	市民與外國人之區別	三十五
第二款	民權之取得	三十六
第三款	民權之喪失	三十七
第三節	關於族制之身分	三十八
第四章	婚 姻	四十
第一節	婚姻之沿革	四十
第二節	婚姻之方式	四十二
第三節	婚姻之條件	四十六
第四節	婚姻之效果	五十

第五節	婚姻之解除	五十三
第六節	獨居及畜妾	五十六
第五章	家長權	五十八
第一節	家長權之起源及內容	五十八
第二節	家長權之取得	六十一
第三節	家長權之喪失	六十七
第六章	後見	六十九
第一節	後見	七十
第一款	未成年者之後見	七十
第一項	後見之任務	七十
第二項	後見之種類	七十二
第三項	關於後見之各種規則	七十二
第二款	成年女子之後見	七十五

第二節	財產管理	七十七
第一款	未成年者之財產管理	七十七
第二款	精神病者之財產管理	七十八
第三款	浪費者之財產管理	七十九

第二編 物之法

第一章	物權法之位置	八十
第二章	物	八十
第一節	物之定義	八十
第二節	物之類別	八十一
第三章	所有權	九十二
第一節	所有權之意義及性質	九十二
第二節	所有權之取得	九十四

第一款 總論	九十四
第二款 原始取得	九十五
第一項 先占	九十五
第二項 添附	九十六
第三項 加工	九十七
第四項 埋藏物之發見	九十九
第五項 果實之獲得	九十九
第六項 時效	九十九
第三款 傳來取得	百三
第一項 「蒙基泊俄」之方法	百三
第二項 擬訴棄權之方式	百三
第三項 引渡	百三
第四項 分配判決	百四

第五項 遺贈	百四
第三節 所有權之保護	百五
第四章 占有	百六
第一節 總論	百六
第二節 占有及握有之性質	百七
第三節 占有及握有之類別	百十三
第四節 占有之得喪	百十六
第一款 占有之取得	百十六
第二款 占有之代理	百十七
第三款 占有之喪失	百十八
附 準占有	百十九
第五章 役權	百十九
第一節 地役權	百二十

第一款	總論	百二十
第二款	地役權之性質	百二十一
第三款	地役權之設定	百二十二
第四款	地役權之消滅	百二十三
第二節	人役權	百二十五
第一款	用益權	百二十五
第二款	使用權	百二十六
第三款	住居權	百二十七
第四款	奴隸及家畜之使用權	百二十七
第六章	永借權	百二十七
第七章	地上權	百二十九
第八章	質權	百三十

羅馬法

當陽 樊樹勳



總論

第一章 研究羅馬法之必要

羅馬帝國滅亡。既于餘年。今日歐洲諸國。猶研究其國之法律。此第一煩頭腦之問題。不可不先解決者也。德國法律學大家伊耶陵 (Jhering) 氏羅馬法精神論之首曰。羅馬號令世界者三。統一。萬國者三。當其隆盛之時。以威力征服萬國。爲邦國之統一。及其衰敗之後。尙握教法之大權。爲宗教之統一。中世以降。歐洲諸國相率繼受羅馬法。爲法律之統一。曾是羅馬法之於近世。爲一統法律世界乎。故歐洲諸國之講法律。大半以羅馬法爲第一學年教授。日本亦然。夫羅馬帝國與其兵力共滅亡。羅馬教又與法皇之權力共衰頹。獨法律一學自古迄今尙駸駸乎有擴張其範圍之狀態。伊氏所

謂不僅遺傳於歐洲全世界之法律亦將爲其精神所貫注也。

誠如上言。而得研究羅馬法之必要有三。第一比較法律學之必要。第二討尋法律史之必要。第三窮究法律理之必要。試以次說明其義。

第一 比較法律學之必要

比較諸國之法律制度。研究其利害得失。發見其眞理。此謂比較法律學。近世比較法律學之最盛者。爲德與法。皆有關於此學之雜誌發行。其在英美日本。雖無雜誌發行。而學校教授。咸有比較法律學一科。吾國法學既未發達。今採諸種法制之模範。當亦以比較法律學爲必要。而羅馬法尤爲比較法律學至重大之材料也。豈可數典而忘其祖哉。

羅馬法由來甚遠。非一朝一夕之間所能完成者。自十二標法律出世。至見優斯敝利安（Justinian）法典之大成。實經九百八十四年之星霜。溯羅馬建國紀元前七百五十三年起算。亘千二百八十七年之久。此他國法律所不能與京也。如日本大寶令。貞永式目。皆發布未幾而絕其命脈。又如德川氏百條。亦僅有二百餘年之效力。返觀吾國。殆不免

朝令暮改之慨。徵之歐洲諸國法律史。莫不皆然。惟羅馬法卓然經九百八十四年之日月發達。曾未有艾。故曰比較法。科學不可不研究。羅馬法也。

第二 討尋法律史之必要

討尋法律之歷史。不可不先知羅馬法。何也。今日歐洲諸國法律。無一不汲其源於羅馬法也。第就諸國法律與羅馬法之關係。一一說明。殊嫌煩難。姑述德意志法蘭西英吉利三國法律史之大要。

一 德意志

德國法制。受羅馬法之影響。實在中古時代。先是日耳曼干戈相踵。兵亂甫弭之時。社會漸靜。羅馬之文物。滔然輸入。法律思想。大蒙其影響。羅馬法遂壓倒德國之固有法。其最盛者。自第十五世紀之半。至第十六世紀之半。百餘年間。歷史家稱此時代曰 *Rezeptionszeit*。夫 *Reze* 即時字之義。而 *Rezeption* 即採用羅馬法之義。故綴合之則曰採用羅馬法時代。溯未建大學以前。十二三世紀之頃。歐人多入意大利之「波羅里亞」大學。研究羅馬法。就中占最多數者。惟德人。斯時德人既心醉羅馬法。遂謂德皇

爲羅馬皇之相續人。羅馬皇所頒發之法律。概行於德。此當然之事理也。且羅馬法之實質。本優於德之固有法。故一時風行。成爲慣習。於千四百九十五年。創設高等法院。裁判官吏。多以法學博士充之。是羅馬法之侵入德國。其程度增加。於斯爲盛。然至第十六世紀之中葉。忽焉中落。其行於德之羅馬法。非純粹之「優斯啟利安」法典。乃寺院法。意大利慣習法。德國慣習法。德國法律。四法與「優斯啟利安」法典之混合物。即茲所謂普通法是也。及千七百年之際。普通法亦漸衰微。以德國全部人口計之。僅能支配三分之一。厥後法蘭西民法（行於來音河之左岸）澳地利民法。相繼制定。其有效區域內。遂不行羅馬法。至千八百八十八年。德國新民法起草。千九百年一月一日。新民法施行。羅馬法遂失其効力。然考其實質。仍多基於羅馬法之規定。故近世德國法學者。尙研究羅馬法而不可已也。

二 法蘭西

法蘭西古昔分全國爲二。曰慣習法國。曰成文法國。慣習法國屬法之北部。與德意志接壤。一採舊來之慣習以爲法律。成文法國屬法之南部。與意大利接壤。概行羅馬法。

是其區域不同。故其法律亦異。自大革命以後。各種成文法律。接踵而出。拿破崙握政權。遂於千八百年編纂法典。越四年而告成。相沿迄於今日。雖屢易其名稱。而其實質。要多根於羅馬法。就中如債權。所有權。二部。尤大受羅馬法之影響。

三 英吉利

英國法制。受羅馬法影響之程度。學者議論不一。斯他伯士一派之人曰。英法全然舊來之慣習。無毫末受羅馬法之影響。李脫瓦司曰。英法亦如大陸諸國。同受羅馬法之影響。意大利法學家哈阿曰。英法不受羅馬法之影響。其言謬誤。惟受其影響之程度。較大陸諸國。差渺耳。斯三說各執一見。試平心論之。宜以哈氏之說爲定評。例如契約。遺言之原則。及信託法。其外形雖異。而其精神之胎於羅馬法。要歷歷可數也。

如上所述。歐洲諸國之法律。其承繼羅馬法之精神。已得其概要。若夫日本自明治十三年。改定刑法。治罪法之際。歐洲法律思想之輸入。諸種法律。悉採用歐洲之原則。如現行民法。大概以德國民法草案。瑞西債務法。其他諸國法律爲模範。今苟欲知日本法制之沿革。又豈可置研究羅馬法於度外。故曰。討尋法律史。不可不研究羅馬法也。

第三 窮究法律之必要

窮究法律之原理。不可不研究羅馬法。何也。羅馬法論。精純最足。練磨人之法律思想力也。往古以哲學著名之國。惟印度與希臘。羅馬人法律上之智識。實受希臘人之感化。且其人具一種緻密微妙之法律思想。發之爲事實。冠絕古今。卓越東西。後世人種。莫能與京其議。論不涉荒謬。務着眼於實際之應用。主義貫徹。毫無複雜。凡下定義之點。尤爲特得。世人賞揚羅馬法之不已。蓋爲此也。第十八世紀之間。德國哲學者拉普里志。曾以羅馬法譬數學。而其原則。即髣髴數學之原理。英國實務家。每謂研究英國法。而活用之。須習羅馬法。日本法學大家岡本芳日。論理的腦髓發達。是羅馬人之特長。初學者習羅馬法。練磨法律思想。最爲有益。夫以法律發達之國。且然。況未臻發達者乎。故曰。窮究法律。不可不研究羅馬法也。

第二章 羅馬法歷史之大略

羅馬建國。在紀元前七百五十三年。即周平王十八年也。至紀元後三百九十五年。分帝國爲東羅馬、西羅馬。西羅馬帝國以紀元後四百七十六年。爲德國民族所滅。東羅

馬帝國以紀元後千四百五十三年。即明景帝時代。爲阿脫曼一軍隊（土耳其人之祖先）所滅。此羅馬興滅之大略也。攷其政體。王國也。至紀元前五百九年。改爲共和政。治。次於紀元前二十七年。瓦古司脫帝（Auguste）即位。仍復帝政。爾後至東羅馬帝國之滅亡。皇帝權力。雖迭有消長。而政體依然。帝政也。

由羅馬建國之後。凡三百年間。法律之概略。無以徵之載籍。難得確證。今日之傳述。皆口碑也。自紀元前四百五十年。十二標之法律出世。遂爲共和時代最重大之法律。亦即羅馬法制史上最重要之紀念物也。當時裁判官之職。咸在貴族之手。貴族對於平民。恒下不公允之判決。故平民要求編纂法典。始而選委員二名。遣送希臘。調查其法律及慣習等。及委員歸國。選十名法官。編纂法典。越一年間。制定十標。翌年更制定二標。彫刻十二銅版。揭示於裁判所。因稱之爲十二標法。此十二標法。雖未爲完全無憾。而後世制定法律。咸胎於此而發達。遞嬗遞變。迄於今日。全體無存。惟第十七世紀法人雅可布司猶集其殘編也。

十二標法出世以來。羅馬法學。次第振興。至瓦古司脫帝之時。拉俾奧克比脫二人。互

張門戶。不相上下。拉氏之門下有普羅苦克氏之門下有擦比魯。故世稱拉俾奧之學派爲普羅苦派。稱克比脫之學派爲擦比魯派。普羅苦派採守舊主義。擦比魯派採進步主義。兩派之爭議。結而不解者。亘百六七十年。及擦比魯派之伊利哈魯出。法律學問大改面目。普羅苦派遂收反對之旗。此後第二世紀與第三世紀之交。凡百年間。學者輩出。最博名譽者五人。曰加阿士。曰巴比里。曰倭比昂。曰卑爾司。曰莫貼斯奴。是也。此五學者。聲名洋溢。駕凌前哲。遺範於千載之下。就中巴比里。雖爲空前絕後之法律大家。而「優斯啟利安」法典。要以採用倭比昂之說爲尤多。

五大法律家歿後。繼起無人。法律學問。頓現衰退之狀。然而法律自身之發達。駸駸乎靡所底止。當時頒布之一條一例。擁積若山。遂促編纂法典之氣運。東羅馬帝優斯啟利安之時。任命委員。編纂法典。以五百三十二年而大成。即名「優斯啟利安」法典。後世立法者。仰爲模範。今試對照吾國歷史。梁武帝朝。昭明太子纂輯文選。略同其時也。「優斯啟利安」法典。分爲三部。第一部。法學階梯 (Institutes) 計四卷。第二部。學說彙纂 (Digestum) 計五十卷。此二部係五百三十二年制定。第三部。法令類典 (Codex) 五百三十四年制定。是也。就中

法學階梯。以加阿士之法學階梯爲基礎。參攷他書而作。供初學者教科之用。加阿士之法學階梯。最有價值。而代遠年湮。不傳於世。至一千八百十六年。德國歷史學家李普爾發見於意大利之某圖書館。迄今猶存。次如學說彙纂、網羅五大法律家及著名法學者之學說。而法令類典專集古來羅馬皇帝之勅令及其他成文法律也。

自法典告成之翌年。五百三十五年迄優斯啟利安帝崩。五百六十五年此間頒布勅令。悉爲單行法律。今世尙存者。其數有百五十五。或云百六十八。或云百五十二。稱此勅令曰新勅令。併法典之法學階梯。學說彙纂。法令類典爲四部。總稱之爲民法大全。(Corpus Juris)

優斯啟利安、東羅馬皇帝也。故編纂法典之地方。非在意大利。(西羅馬)而在現時土耳其之首府君士但丁堡也。夫優斯啟利安帝。粗放磊落之豪傑。其品行雖不少物議。而巧於收攬人心。頻征服四方。脫羅馬之羈絆。回復意大利。而君臨之。所以編纂之法典。不惟行於東羅馬。且行於意大利。及其歿後。法典勅令。悉譯爲希臘語。或以希臘語解釋之。或改正其法典。甚或廢止其原文。至八百七十八年。更編纂新法典。然此法典雖表新法典之名。究無新機軸之實。故後世法律學及立法例。仍多以優斯啟利安帝之法典爲模範也。

第三章 中古以後研究羅馬法之沿革

優斯啟利安帝之法典。與帝國滅亡。共失外形之效力。而其實際上之勢力。依然猶存。至千一百十九年。有意勒流斯者。設法律學校於波羅里亞。專開羅馬法之講筵。於是學術昌明。羅馬法再興。伊耶陵譬羅馬法盛衰之跡。如一大木然。即其初也。羅馬人以耐忍力培養之。經年累月。枝葉暢茂。未幾花開爛熳。未幾果實成熟。即優斯啟利安帝時。達於發達之極點。其後一日。枯槁果實墮落。枝葉亦漸腐蝕。然至十二世紀之頃。墮落地上之果實。忽然發生萌芽。受註釋家之培養。其枝葉復舒。遂至掩閉天下也。然意勒流斯講授法律。未嘗出一新機軸。惟專心下羅馬法之註釋。故世人稱此輩學者曰註釋家。

繼註釋家而起者。爲後期註釋家。自第十三世紀跨第十五世紀。其間最著名之學者。爲鐸蘭鐵、紀魯士等。專主解釋法典之正文。著錄諸書。失於冗長。不爲後世學者所推重。然而論理精純。爲其特長。故中古時代。歐洲諸國採用羅馬法。基於此學派之說爲多。

繼後期註釋家而起者。法國之學派也。而其最盛時代。當千五百五十五年。秋家士爲大學教師。聲名隆隆。凌駕前哲。而其議論主沿革的研究。實後世沿革法理學派之鼻祖。至第十七世紀之始。又更生一派。所謂性法學派是也。此學派倡於和蘭著名之國際法者。辜樂鳩斯。傳入德意志。多數學者崇拜之。迄第十八世紀之終。德國哲學界產出新學派。又惹起一大變動。新學派即所謂歷史法學派是也。自有此派以來。羅馬法之研究。更進一層。如沙威尼之羅馬法史。羅馬法體論等大著述。風靡一世。益促羅馬法之振興。其後羅馬法學者。接踵而出。難更僕數。近世最著者。伊耶陵千八百九十二年歿之羅馬法精神論。尤爲研究羅馬法者必讀之書也。

第四章 法學

法學者法律之學。其原始於羅馬。如希臘哲學者之法理論。不過政治哲學之一部分。自羅馬十二銅標以來。法律漸臻完善。此法律專門家之所由起也。蓋當法律未備之時。凡聽訟斷獄及代言辯護之事。苟無普通智識。亦得任其職務。及法律完備之後。專攻之士。接踵而起。凡聽訟斷獄及代言辯護之職。專屬於法律專門家。於是講法術者。

必基於法律學之原則而法學遂爲專家之學故論法律之沿革乃先有法術而後有法學也然當時羅馬法律家大半受希臘哲學之感化其研究法律學之原理亦多胎生於哲學如「優斯啟利安」法典所揭之定義曰。

法律者神事人事之智識而正不正之學問也 (Jus prudentiu et divinum atque

pumanarum rerum Natitia, Juri et Civili Scientia)

近世法律學者駁之曰。定義之上句。宗教與法律相混同。下句又誤。道德與法律之分別。然按此批評。全不知歷史的研究法。不過依近時會社之現象。批評古代之學說耳。夫解釋古人之學說。必推察其所處之時所居之地。羅馬時以法律爲神事人事之智識。良以古代法教未分。法律之規定。關於祖先之祭祀爲尤多。故凡法律家不可不通曉宗教之事。至謂定義之下句。道德與法律相混。其言亦誤矣。古代社會凡關於人民之所爲。未有細密之規則。人民有訴訟。恒由裁判官思考其正義而下訴訟之判決。故歐洲諸國謂裁判爲正義之執行。謂裁判所爲正義之庭。謂裁判官爲正義之官。要而論之。古代法律學以究正義之本性爲目的。近世法律學以定權利之本質爲目的。換

言之。即由正義之學問進而爲權利之學問。「優斯啟利安」法典之所以採此定義者。亦時勢使然也。

第五章 法律 (Laws)

法律之發達。恒與社會共變遷。當原始社會。謂法律顯於神意之直接。即言神自進而告知人類者。如印度之馬紐法典。猶太之謨塞斯十戒。皆基於神意之觀念。降至中古。社會稍進。謂法律顯於神意之間接。即言立法者制定法律。實由於神之意思。主此說者。如法國之多波拿爾 (De Bonald) 德國之司達爾 (Stahl) 等。其尤著焉者。蓋古代君主以兵力征服國土。欲圖國土之統一。因而託諸神道。迷信人民以爲治國之政策。其政策與迷信相合。遂致法教不分也。及第十五六世紀之交。宗教改革。法律之觀念一變。謂法律關於人民之行爲。一由君主之意思而定。迄於近世。社會益進。謂法律顯於國民之意思。於是神意與君意之說。又絕其跡矣。

然則羅馬法律。果基於何說乎。攷十二銅標以前之法律。皆託於神意。十二銅標以來。至第三期之末。法律之本源。全歸於人民。而至第四期帝政時代。皇帝權力益見增加。

法律之基礎。雖由於人民而法律之實際則採君主主義也。雖然羅馬法律思想發達於第二期。故羅馬法採用之主義。當謂基於民意主義。

法律之觀念。既述如右。試再論法律之意義。夫法律之意義。臘丁文字有二。即 *Lex* 與 *Lex* 是也。

當王政時代。其王制定之法律曰 *Lex*。及至共和時代。民會議決之法律。亦曰 *Lex*。按 *Lex* 之語源有二說。一說由 *Ligare* 文字而出。有結字義。一說由 *Legere* 文字而出。有讀字義。斯二說者。以後說爲適當。蓋古昔文化未啓。楮墨不備。凡有法律。高聲朗誦。使人民生遵由之效力。此所以由 *Legere* 而生 *Lex* 之文字也。

然依臘丁語而解釋法律之意義。其最適當者。*Jus* 之文字也。此文字或指權利言。或指法律言。惟關於權利之意義。宜於今不宜於古。何則。權利思想。發生於文化既進之時代也。*Jus* 之語源亦有二說。一說由 *Jutare* 文字而出。有命令義。一說由 *Jur* 文字而出。有結着適合等義。而對於 *Jur* 之文字。下最有名之定義者。克爾指士 *Celsus* 是也。其定義曰。

法律者善及公正之術也。(Ius est ars iuri et aequi)

自來下羅馬法律之定義者不一其人。而以克爾指士之定義最爲著名。後世關於法律之著述。靡不引用。且詳加批評。此定義之所謂善者。關於德公正者。關於正義。而云德云正義。皆基於哲學之原理。故此定義與哲學有密切之關係。而羅馬法大受哲學之影響。誠不俟煩言也。

第六章 法律之分類

第一節 性質上之分類

自法律之性質。區分二類。即公法 (Ius Publicum) 及私法 (Ius Privatum) 是也。公法者。關於羅馬法之組織之切規則。私法者。關於私人之利益之一切規則也。近世公法之主眼。在規定國家與人民間權利義務之關係。而羅馬時不然。羅馬公法。由三要件而成立。第一。神聖之儀式。第二。僧侶之組織及其任務。第三。法官之職權。及任命之方法。而元老院、民會、及官廳之組織。皆屬於第三要件之中。由是觀之。羅馬公法。固合宗教與法律爲一爐而冶者也。

至若私法之性質。亦與近世私法異。近世私法。在規定人民相互間權利義務之關係。即如民法、商法及其他附屬法是。而古代羅馬。無民法商法之區別。專關於私人之身分及財產上之權利等。然羅馬之私法。意義明晰。秩序順正。近世私法。多胎於此。而發達。故後世學者。嘆賞不已。殆荷千歲不磨之光榮云爾。

第二節 應用上之分類

自法律應用之區域。分爲二類。即市民法 (Jus Civile) 萬姓法 (Jus Gentium) 自然法 (Jus Naturale) 是也。

市民法者。羅馬固有之法律也。在昔羅馬。惟市民得受此法之支配。故名曰市民法。及其後版圖廣大。外國人之入羅馬者。連袂不絕。凡關於外國人之行爲。不適用市民法。於是設外事裁判官。專裁判羅馬人與外國人或外國人間之訴訟。其訴訟之判決。皆基於自然之正義及公衆之利益。而以普通人民所行之法律規則爲主眼。是即萬姓法之所由生也。然而萬姓法。不僅適用於外國人。羅馬市民。亦受其支配。故世之論者。多謂羅馬萬姓法。基於世界主義。實近世國際法發達之嚆矢也。

自然法者對於動物之自然之規則也。故自然法不惟適用於人類，凡百動物皆受其支配。按自然法之觀念，全基於「司脫苦」哲學。即如「司脫苦」哲學者之所謂天下事物無一不從自然法之規則。是已然而此等學說，不僅存於希臘之哲學，東洋之學說亦然。如老子有物混成章，人法地，地法天，天法道，道法自然。莊子知北遊篇，屎溺之中亦有道。又詩云，天生蒸民，有物有則，皆此義也。惟當時羅馬之法律家，多心醉於希臘哲學，故自然法之思想大受哲學之影響，而哲學中占強大之勢力者，爲「司脫苦」之學派。世謂自然法之觀念，帶「司脫苦」哲學之學風，誠非無故也。

第三節 形式上之分類

自法律之形式區分二類，即不文法（*Jus Serit Wan*）及成文法（*Jus Serit*）是也。不文法者謂未經立法者之制定，惟基於人民之永久慣行，遂生法律之效力。即今日所謂慣習法是也。然從來之慣習，隨地而殊，凡關於訴訟行爲，一由裁判官之記憶，而下訴訟之判決，倘稍不審慎，則對於人民之自由及權利問題，輒生危險之結果。是慣習法之弊失也。反是者則爲成文法。

成文法者依舊來之慣習而經立法者之制定之法律也。故雖曰成文法。仍多其於慣習。蓋當時羅馬恒以慣習而廢法律。亦恒依慣習而作法律。其理相同。惟有消極的、積極的之差異耳。

羅馬成文法制定之方法。厥有六種。

- 一。貴族及平民會之決議。
- 二。民會之決議。
- 三。元老院之決議。
- 四。皇帝之勅令。
- 五。法律學者之答案。
- 六。法官之訓示。

第七章 權利

權利與法律同一物而兩面也。自客觀的言則爲法律。自主觀的言則爲權利。權利由法律而生。法律以前無權利。故羅馬十二標法及優斯啟利安法典。不得謂基於權利。

稱思想而作。中古以後。法律漸備。人民皆富於權利思想。視權利若水火。一日無權利。卽若不足以保其生存者。雖然。近世歐人之有權利思想。亦多胎於羅馬法。何也。中古學者之解釋羅馬訴訟法。恒主權利思想之解釋。蓋羅馬時代權利思想。雖未發達。而非絕對的無權利思想也。

近世法律學者。別權利爲物權人權二種。而在昔羅馬。有對物訴訟 (Actio in rem) 對人訴訟 (Actio in personam) 之別。對物訴訟。謂從物之所在提起訴訟也。例如甲有物。乙持得之。甲對於乙。可起返還之訴。若其物既由乙移轉於丙。則對於丙。得起訴訟。故自其結果而論。甲對於物起訴。不問持物者爲誰也。對人訴訟。謂對於一定之人提起訴訟也。例如貸金請求之訴。損害賠償之訴。皆是。依對物訴訟。而保護權利。中古學者所謂對物權。卽物權也。依對人訴訟。而保護權利。所謂對人權。卽人權也。

夫物權人權之區別。近世歐洲諸國。標準各異。例如英人所謂「蘭脫音母」(Right in rem) 德人所謂「秦古利司耶昔脫」(Dingliches Recht) 法人所謂「脫羅哈耶爾」(Droit réel) 是也。自法理上推究之。性質皆同。而諸國學者說明之方法。迥不相侔。卽如法德

學者以物權爲有物之上之權利。英學者謂對於世界全體之權利。其標準雖殊。而此等名稱一由來於羅馬法之訴訟。惟其流派異耳。

本論

第一編 人之法

第一章 人事法之位置

太古鴻荒。去今已遠。人事之起源。亦既邈不可知矣。而其初先由同血脈之人民。相集而共住所。共漁獵。以及共營一切生活無疑也。斯同血脉者。即爲血統團體。故自有血統團體。則人事漸繁。而社會之萌芽啓焉。其組織團體。皆由其族長之命令。以爲同族共奉之規則。此規則即法律是也。及社會漸進。婚姻之關係生。而家族之制度起。家族之管轄權。皆家長任之。於是一團體之元素。遂在一家。然而國法之大部分。尙屬人事法。故學者論古代之法律。恒謂人事法。占國法中最重要之地位也。至家族制度衰。一國之元素。基於個人。而法律之範圍。遂漸擴張。凡各個人共守之法則。如財產法。契約

法。等。遂。皆。由。是。而。發。達。要。而。言。之。族。制。頹。壞。斯。人。事。法。之。所。以。益。減。財。產。契。約。諸。法。之。所。以。日。增。誠。有。自。然。而。然。者。矣。

第二章 人 (Persona)

人之文字。臘丁語有二。即 *Persona* 或 *Opus* 是也。而法律上之解釋。亦有二義。試略言之。

第一人之爲人。謂得爲法律上之自動的或受動的權利之主格也。換言之。即得爲權利義務之主格。依此辭義。別人爲二種。

(一) 實體之人。

(二) 法律上創造之人。

實體之人。即有形之人。而謂人間之個人。或謂自然人。人之成立。始於出產。或曰始於懷胎而終於死亡。

法律上創造之人。謂因欲圖集合的利益。益得法律之承認。而予有人之資格者。即今且所謂無形之人。或曰法人。法人之成立。雖由於數多個人之集合。然不得因個人

之死亡而消滅。恒亘永久之年月而計畫利益者也。羅馬時所謂法人。指國、市、殖民地、寺院、宗教的結社、職業組合等。而本編研究之目的。僅關於個人。不涉於法人。蓋法人之性質屬於公法。未嘗記載於優斯啓利安法典之中也。

第二人之爲人。謂由社會所指定如公民、家父、是也。蓋 *Patria* 之文字。指羅馬劇場之俳優者。肖其神色。變其聲音。曲體而演出之人。因而法學上認爲有人之資格。是第二義之所謂人。一人而得併有數多之性格。例如一人爲家父而同時又可爲後見人也。但羅馬時之所謂人。必由三要素而成立。即自由 (*Status Libertatis*) 市民 (*Status civitatis*) 家父 (*Status Familiae*) 是也。具備此三要素者。乃得爲法律上有能力之完全人格。

由此三要素之觀察點。而區別人如左。

(甲) 人或自由人。或奴隸。此包括人類之全體而言者也。自由人有生來之自由人。及由奴隸而解免者。

(乙) 自由人。大別之爲公民及非公民。

(丙) 由家族權區分爲自權者 (Sui Juris) 與他權者 (Aliene Juris) 自權者與日本戶主同。即一、家族之首長也。他權者屬於家父權之下者也。

第三章 身分 (Status)

放古代法律。關於人之身分。占最重要之地位。故優斯啟利安法典。總則之後。即規定身分之事。而身分之定義。學說紛歧。難得一是。依普通之定義。身分者。依法律所特定之權利義務之集合。而有人之位置者也。試剖析言之。

第一 身分者人之位置也。例如家長及後見人之身分。皆於社會上指有一種特別之位置。

第二 其位置由權利義務之集合而定也。例如家長之位置。依屬於家長之一切權利義務而定。夫之位置。亦依屬於夫之一切權利義務而定。故依人之賢愚強弱貧富人種等。而定人之位置者。不得謂之身分。

第三 其權利義務之集合。不可不由法律之特定。例如定家長之權利義務。非由其人之隨意而定。惟準法律之規定。家長應有如何之權利。負如何之義務。其他

如夫及後見人之身分。亦皆依法律上特定之權利義務而生。故曰身分者。依法律所特定之權利義務之集合。而有人之位置也。

羅馬法關於人之身分。大別爲三種如左。

- 一 關於自由之身分 *Libertas*
- 二 關於民籍之身分 *Civitas*
- 三 關於親族之身分 *Familia*

第一節 關於自由之身分

第一款 自由人 (*Ingenus*)

當社會未進之時。自由人與奴隸。區別甚嚴。尤占法律中最緊切之部分。故論人之身分。必先論自由人與奴隸之區別。然奴隸無權利義務。則無身分。今欲論自由人之身分。特舉奴隸以明此區別耳。『優斯啟利安』法典第一卷第三章第一項云。自由民者。謂於法律範圍之內。得從其所好。而有處分事物之能力也。而奴隸則不然。依普通法之制度。屬於他人之所有。儼然爲其財產之一部也。

依羅馬法。大別自由人爲純粹之自由人及解放之自由人。

甲 純粹自由人

純粹之自由人。自有牛而有自由之謂也。區分二種。一則父母俱爲自由人。一則母爲自由人。蓋依羅馬法之原則。子從其母之腹。即其子之身分。從其母之身分。此原則之所由起。以定婚以前。血統相續等之事。皆由母系而定故也。又羅馬法謂法律者。推測自由之原則也。此原則基於哲學家馬爾優爾之說。「優斯啟利安」法典採用之。謂人之母自受胎之時。迄出產之時。如爲自由人。其子即爲純粹之自由人。故若受胎之時爲奴隸。分娩之時爲自由人。或受胎之時爲自由人。分娩之時爲奴隸。其子皆不得爲自由人。

乙 解放自由人

解放之自由人。依正當之解放式 (iusta manumissio) 而脫奴隸資格之謂也。區分三級。第一級。依完全之解放式。而得羅馬國民之資格。羅馬人之權利義務。皆得享有。第二級。得臘丁人之資格。而無羅馬市民之公權。第三級。有降服人之資格。而無

權利義務。至優斯啟利安帝之時。廢除階級。所謂自由者。盡採用惟一之原則。

第二款 奴隸

第一項 總說

奴隸之種類有二。即私人之奴隸與官署之奴隸是也。官署之奴隸之地位。居於私人之奴隸之上。如官署之丁役。皆有相當之職務。其於特有財產二分之一以下。有爲遺囑之權利。且其解放之機會。亦多於私人之奴隸。而此二種奴隸。基於左之事實。

其一。俘虜。古代戰爭之時。捕獲敵人。概行殺戮。靡有子遺。及其後奴隸之風盛。凡敵之捕虜。作爲奴隸。羅馬之奴隸。基於此種者尤多。

其二。出產。前款所述。人從其母之資格。故由奴隸之母而生者。皆爲奴隸。然自懷胎迄出產之時。母若爲自由人。其子不得爲奴隸。

其三。刑罰。剝奪人之自由。謂之奴隸。古代諸國通行之規則也。而羅馬尤甚。剝奪自由而爲奴隸。爲其刑罰之一。又如負債不償者。亦多以之爲奴隸。

當共和時代之初。奴隸之數少。待遇頗優。及極盛時代。奴隸之數多。視之若犬馬。比於

古昔之印度日本及我國奴隸之待遇。殆大異其趣矣。蓋羅馬征服四方。捕獲敵人。率以之爲奴隸。故奴隸之中。有亞非利加人。有猶太人。有西歐諸國人。皆與羅馬異種異言。視爲下等人類。大加虐待。無足怪也。今試言其虐待之一般。凡敵之捕虜。女則爲娼妓。男則作苦工。衰老不堪使役者。則放之於山野。任其餓死而不顧。且奴隸生殺之權。主人操之。故或鞭撻。或燒印。或刺文。甚或稍有過失。即戕害其生命。如哈古斯帝之時。奴隸因破碎其主人之水晶杯。致觸主人之激怒。投於池中。以供魚鼈之餌。殘酷之極端。此其實例也。然至帝政時代。發布保護奴隸之法律。奴隸之待遇一變。如苦拉普鳩帝之時。殺戮奴隸者。以普通謀殺罪論。又哈脫利安帝即位之初。頒布法律。禁以奴隸與猛獸格鬪。若以鬪獸之目的。賣買奴隸。則罰當事者之雙方。其後發布類此之法律。多不勝數。後世學者遂謂羅馬時代。曾認奴隸爲權利義務之主體。然如右所述諸種之法律。未嘗與奴隸以權利。不過禁止虐待而已耳。若謂禁止虐待之法律之結果。奴隸得爲權利義務之主體。則日本狩獵規則之結果。如四十雀五十雀等之小鳥。亦不可不與人類同爲權利義務之主體。又英國禁止虐待牛馬。則牛馬亦不可不爲權利義

務之主體。然日本狩獵規則及英國法律亦惟禁止虐待或銃殺四十雀五十雀等之小鳥與牛馬並未嘗與此等者以權利也。羅馬禁止虐待奴隸之法律亦猶是耳。故比較今日之法律而論羅馬時之奴隸決不得謂爲權利義務之主體也。

第二項 解放奴隸之方法

解放奴隸之方法有儀式的及非儀式的。如依制定之條件而得儀式的解放者即爲自由人。此儀式的解放古昔所應用者有二曰

戶籍登錄之解放 (Affranchissement Censu)

用棍棒之解放 (Affranchissement Vindicta)

遺言狀之解放 (Affranchissement testamento)

第一 戶籍登錄之解放

古昔羅馬每五年必調查戶籍一次。當調查戶籍之時奴隸之主人若以奴隸之名登錄於戶籍簿則其奴隸即獲得自由而爲自由人。及紀元後第一世紀之終調查戶籍之制頽。此法遂亦以廢除。

第二 用棍棒之解放

用棍棒解放者。基於擬訴棄權之方法。而擬訴棄權。臘丁語謂之「音優爾、啟斯俄」(In jure cessio)「音優爾」(In jure)法律之義。而「啟斯俄」(cessio)棄權之義。即原告對於被告提起訴訟。而被告對於原告應諾其請求。遂以拋棄其權利之謂也。用棍棒解放奴隸之方法。即此擬訴棄權之一種。奴隸及主人。皆出頭於裁判官之前。而奴隸以無訴訟能力。遂由第三之自由人。(Assessor Libertatis)以棍棒接觸奴隸之頭。對於裁判官請求其自由。而奴隸之主人。不抗疏其請求。惟沈默無語。或確言請求之正當。裁判官因原被告之兩造。俱無爭議。遂即時判決其爲自由人。此方法無論何時。凡裁判官所在之地。皆可隨時行之。故較戶籍登錄之解放爲便。

第三 遺言狀之解放

遺言狀之解放。其方式有二。曰

直接解放。

間接解放。

直接解放者。主人臨終之時。遺言解放奴隸。許其自由。此之謂遺言解放。其遺言解放之效力。即發生於相續人承諾其相續之時。按羅馬法律。通常解放奴隸之際。稱其解放者曰保護人(Pastor)對於被解放者有種種之特權。例如被解放者對於解放者提起訴訟。必得裁判官之允許。其最著焉者也。然此直接解放。既於解放者之死後。乃發生其效力。則解放者對於被解放者。即無有或種之特權。而被解放者遂取得完全之自由。

反是者爲間接解放。主人對於其相續人。遺囑死亡之後。代爲解放其奴隸。此之謂信託(Fideicommiss)解放。與直接解放。殆大異其旨矣。彼則解放者對於被解放者爲解放之宣言。此則解放者對於其相續人爲解放之宣言。彼則解放者(主人)對於被解放者無保護人之特權。此則解放者(相續人)對於被解放者有保護人之特權。且直接解放。不須或等之手續。被解放者即取得其自由。而間接解放。則必踐前述之戶籍解放、棍棒解放及其他之手續。

以上三種。皆羅馬古代解放奴隸通行之儀式也。三者缺一則奴隸之解放。即不能奏

完全之效力。降至後世。自然法之勢力益見強盛。解放奴隸之儀式。遂以增加。且其解放之儀式。極爲單簡。及帝政時代。頒布勅令。主人解放奴隸。若於寺院爲相當之手續。則其解放即有法律上之效力。又共和政治以來。無式的解放之方法。漸次發生。即主人於證人之前。爲解放奴隸之宣言。則其奴隸即即時取得自由也。然依上述三方法。解放奴隸。尙不能得羅馬市民之資格。及優斯啟利安帝之時。凡受解放者。乃能得羅馬市民之資格。

雖然。當時羅馬。自由人與奴隸。區別甚嚴。相沿既久。積習難化。縱令屢布解放奴隸之法律。而猶視若財產之一部。遂謂解放奴隸。有害債權者之權利。或失相續人之希望。議論沸騰。謬妄不解。此解放奴隸之制限之所由起也。

羅馬法解放奴隸之制限。其主要者有二。

一 關於債權之制限

按羅馬市民法。債務者不履行債務之時。債權者得賣却其債務者。使之爲奴隸。其賣却之代金。即以爲債務之辨濟。設許其解放奴隸。而債權者必受過大之損害。此

爲保護債權者之權利而設制限也。

二 關於年齡之制限

依「耶里亞晨希亞」(Aelia Sentia)法。二十歲以下之主人若欲爲奴隸之解放。必將解放之理由。上告於元老院。得元老院之許諾。而後依棍棒放解放式。解放其奴隸。又其奴隸必在三十歲以上也。然至優斯啟利安帝之時。十七歲以上之主人。亦許爲遺言解放式。及其後頒布新勅令第百十九號。關於年齡之制限。遂盡廢止。

三 關於人員之制限

依「夫以亞哈里亞」(Fufia Caninia)法。關於因遺言解放而設人員之制限也。奴隸之數與解放之數。作成相當之比例。解放之數。不能超越百以外。若超越制限之數。則以遺言上記載之順序推之。制限數外。作爲無效。然至優斯啟利安帝之時。此法遂亦廢止。

第三項 解放奴隸之效果

前款所述。由解放而得羅馬市民之資格者。必依完全解放式。非然者。僅得臘丁人之

資格。而無羅馬市民之公權。或僅有降服人之資格。而無權利義務。故解放自由人。必區分三階級也。及優斯歐利安帝採自然法主義。於法令類典第七、五、及第六章。並新勅令第七十八號。將解放自由人之階級。全行廢除。凡被解放者。皆得爲羅馬之市民。

解放奴隸之主人。稱曰保護人。對於被解放者有種種之特權。即被解放者對於保護人。非得裁判官之允許。不能提起訴訟。保護人若陷於困貧。則被解放者有扶養之義務。被解放者若死後無子。則其財產。即爲保護人之所有。又被解放者必有後見人。則保護人即有爲後見人之權利。其他種種特權。不勝枚舉。保護人若死亡。此等特權。皆移轉於其相續人。然而被解放者之子。必爲純粹自由人。對於父之保護人。不得負擔何等之義務。

被解放之人。與羅馬市民。固同一待遇。然亦不能遽有完全之市民權。其受制限之處甚多。試略舉之。

一、無完全之選舉權。

二 無名譽權。

三 不得爲大官。或元老院之議員。

四 不得與官吏之子女結婚。

右之制限。舉其大者而言也。然若由皇帝之勅令而被解放者。則凡百事務。皆與純粹自由人有同一之權利。對於其保護人。亦不負擔何等之義務。惟保護人既不能享受特權。則損害必甚。而國庫即應任其賠償之責。

第三款 農奴 (Colonus)

農奴者。定著於土地。而不能分離。非眞奴隸。亦非純粹自由人。恰立於其中間之地位也。蓋農奴不受身體之拘束。惟不能自由分離其土地。移住於他處。若土地所有者。賣却其土地於他人。則農奴即受新所有者之支配。自此點觀之。謂農奴爲附著於土地之一種奴隸。殆無不可也。即所謂土地奴隸 (Servus terrae) 是。

農奴之起源。學說不一。以何說爲確當。未易斷言。依或一派之說。農奴由奴隸轉化者也。即由古昔解放奴隸。不能離從前耕作之土地之條件而來也。依沙威尼之說。自他

國人移住於羅馬國境。遂生一種之農夫。而日本羅馬法大家戶水寬人氏謂斯二說皆不確當。蓋不僅埃及被征服以前已有土著之農民。凡被征服之其他諸國地方亦恒有類此之農夫。各地之慣習必不相同。而羅馬帝國發布之法律。屬於新時代者頗多。沙威尼謂雀苦鳩安帝（自紀元後二百八十四年即位。至三百零五年止）以前無土著之農奴。其說頗謬。蓋農奴之起源。雖不得其詳。而自古代即有農奴。要無容疑也。其後羅馬人與德人交通。頻繁。德人之移住於羅馬者。逐漸加多。遂從事於土地之耕作。而爲土著之農奴。其最增加之數。實在雀苦鳩安帝以後也。

第二節 關於民籍之身分

第一款 市民與外國人之區別

中世以前。各國無對等獨立之交際。偶而與外國相接。非戰爭之交際。乃服從之交際。其所謂外國者。非敵國。乃屬國也。而羅馬則尤甚。國勢隆盛。征服四方。凡隸屬羅馬之外國人民。不與羅馬人立於對等之地位。故支配羅馬人之法律。與支配外國人之法律。有大異而無小同者矣。羅馬法律。凡羅馬平民。皆有完全之民權。而民權分公法上

之權利及私法上之權利。公法上之民權。又分參政權及榮譽權。(Jus Suffragii Jus honorum) 參政權即參與政事之權利。榮譽權即被選爲官吏之權利。然而公權之享有。非必爲羅馬國民之要素。即令不享有公權而能享有完全之私權。仍不失其爲國民。私法上之民權。分結婚權及契約權。(Jus Connubii Jus Commercii) 結婚權即依羅馬固有法而有結婚之權利。如家長權、相續權等。皆由結婚權而生焉。故羅馬古法。外國人無結婚權。其家長權、相續權。亦自不能享有。又如契約權。即依羅馬固有法而爲財產之所有。且關於財產而有爲遺囑贈與之權利也。

如右所述。羅馬市民。皆享有參政、榮譽、結婚、契約之四權。惟當羅馬建國之際。有貴族平民之區別。平民惟有契約權。不能有參政、榮譽、結婚等權。蓋以羅馬平民亦多爲被征服之外國人故也。

第二款 民權之取得

羅馬國民之資格。依於左之方法而取得。

第一 出產

由正婚而生之子。則相續父之身分。故其子之懷胎中。其父爲羅馬國民。其子亦爲羅馬國民。正婚以外之子。自其母分娩之時。而定相續之身分。

第二、解放

奴隸解放之後。即得享有民權。然如前所述。非依正當解放式。僅得臘丁人之資格。有結契約之權利。而參政、榮譽、結婚、三權。皆不能享有。又臘丁人無爲遺囑之權利。當其死亡之時。其遺產歸屬於其保護人。故當時之諺。臘丁人自由而生。奴隸而死。然至優斯利啟安帝之時。廢止臘丁羅馬之區別。凡被解放之人。皆得有完全之民權。

第三、勅許或法令

凡外國人及臘丁人。若由羅馬皇帝之勅許或法令。予有羅馬人之資格者。即得享有羅馬之民權。與現時之歸化法。畧同其趣云。

第三款 民權之喪失

羅馬民權。依於左之事由而喪失。

第一 自由之喪失

例如受刑罰之宣告。或爲奴隸。則民權喪失。總之自由、民權、親族三者。皆有相互之關係。無自由。即不能有次之二資格。無民籍。即不能有第三之資格也。

第二 權利之放棄

例如歸化於外國。則羅馬之民權即喪失。

第三 權利之褫奪

例如受流刑之宣告。則褫奪民權之一部。

第四 自由之停止

例如爲俘虜者。迄復歸於本國之時。停止其自由。

第三節 關於族制之身分

古代之社會。始於族制。而其始於族制之理由。人類以同血脈之人。相集而爲血統團體。既述如前。故羅馬私法上之身分。依於族制而定者也。而羅馬法之族制。區分之則有二種。曰

自權者。(Sui Juris)

他權者。(Aliene Juris)

自權者謂獨立而有權利也。即家長他權者謂從屬於他人之權利也。即家族他權者更分而爲屬於家長權屬於夫權屬於主人權之三種。如爲人子者屬於家長權。爲人妻者屬於夫權。爲人之奴隸者屬於主人權。

家族之文字。臘丁語謂之 *Familia*。譯音曰「發米亞」。自古以來。用例不一。今試解其意義。而說用例之沿革。

凡 *Familia* 之文字。用例有五。

- 一 *Familia* 者。總稱屬於一家之長及其屬於家長權之妻子奴隸等是也。此用例用於族制時代。獨爲最古。
- 二 *Familia* 者。總稱依男系而爲因緣之親屬也。即 *agnatus* 亦皆稱爲 *Familia*。
- 三 *Familia* 者。謂由男女兩系之血統相連之親族也。

右揭三例。始而爲行政上之團體。繼而有行政上之權力。迄於後世。自然法之主義漸行。而女子之血統亦入於親族中。

四 *Familia* 者。總稱屬於一人所有之奴隸也。

五 *Familia* 者。總稱家長所有之財產之全體也。

右揭二例。屬於一家之財產。稱之曰 *Familia*。與日本所謂家督者有支配一家之權。又時而指家產。如本於血統之人類團體。亦稱爲 *Familia*。及於後世。不僅指人類團體。凡屬於其團體之財產之全部。皆稱爲 *Familia*。而古代奴隸之全部。亦稱爲 *Familia*。蓋古昔羅馬。一家之財產。以奴隸爲主要。故奴隸即爲家產之一部也。

第四章 婚姻 (*Nuptiae*)

第一節 婚姻之沿革

欲明羅馬法婚姻之性質。以先述婚姻之沿革爲要。然婚姻之沿革。其關於結婚者之數。通常始於酋族。共同婚。由此而數夫一妻。一夫數妻。遂達於一夫一妻之時代。又關於結婚之方法。在酋族。共同婚。定婚之時。起於掠奪婚。由此而賣買婚。而贈與婚。遂達

於其諸婚之時代。茲特就羅馬法進化之順序。歷舉於下。

羅馬法分婚姻爲正式婚姻及非正式婚姻二種。(Justa nuptiae, In justa nuptia)

正式婚姻者。於有結婚權者之間。結定之婚姻也。依此儀式時。妻屬於夫之夫權。(Mansu) 其妻之對於夫。如家族之對於家長。而其身分即與他之家族無異。非正式婚姻者。於無有結婚權者之間。結定之婚姻也。即如臘丁人與外國人之婚。羅馬人與外國人之婚姻是已。依此儀式時。妻不屬於夫之家長權。何也。家長權乃因羅馬固有法而被認之權利。故外國人不能享有。如前所述。結婚權原爲貴族所專有。平民與貴族之結婚。法律所不許也。如是。結婚權限於一族。不許與他族交婚者。其初蓋起於酋族共同婚。至後因政事上之理由。爲防血統之混亂。而設此制限。近世歐洲諸國。往往設同族婚之制。以免貴族與平民之血統相混。是與羅馬之以結婚權爲貴族所專有。殆略同其旨趣也。然終至許平民與貴族結婚矣。又其後。解自由人純粹自由人之交。婚亦被認矣。如是。得自然法說之勢力。因而各個人得互相交婚矣。雖其後有元老議員之親族不許與解自由人結婚之禁。然優斯啟利安帝之新勅令第十七號。終廢

除此制令矣。

以上所述略言之。即其初結婚權僅限於貴族。至後平民亦與之。其初僅限於羅馬市民。至後羅馬府近傍之人民亦與之。其初僅限於羅馬市民與臘丁人。至後哈拉哈拉 (Caralla) 帝西羅馬帝國之人民咸與以羅馬市民之資格。遂至外國人亦有此權矣。

第二節 婚姻之方式

羅馬法之婚姻。有生夫權者與不生夫權者二種。生夫權之婚姻。爲其妻者脫生家之家長權。而屬於其夫之家長權。蓋生夫權之婚姻。起於竇買婚及贈與婚等。其初爲妻者並其財產皆歸其所有權也。

不生夫權之婚姻。爲其妻者不離生家之家長權。又妻之所有物。亦不屬夫之所有權。而其所以異於野合者。以所生之子。得有家長權。其子對於父。亦有相續權故也。

羅馬法生夫權之婚姻。其方式有三曰

共食式 (Confarreatio)

竇買式 (Coemptio)

使用式 (Uses)

第一 共食式

羅馬有麥製之食物曰「弗爾耶母」(Farroum) 凡結婚者最後之手續。夫婦共食此食物。則夫對於婦即取得其夫權。此之謂共食婚姻。

此婚姻之方式。分爲三段。第一段。父嫁其女於他之男子。第二段。男子迎其女於自己之家。最後則夫婦共食麥製之餅。即爲完全結婚之儀式。今試順次說明此三段之手續。

第一段之手續 古來羅馬人之一身。不能承兩家之祭祀。故女子當其于歸之時。必陳俎豆。供犧牲。祭祀祖先。虔告于歸某門。爲某男之妻。及其歸於夫家。亦必陳俎豆。供犧牲。祭祀祖先。虔告新婦入於祖先之血統。爲家族之一人。然而此種儀式。不獨羅馬爲然。吾國及日本亦皆如是也。

第二段之手續 女子于歸。男子必親迎之。但亦有時不親迎者。及其達於夫家。女子不徑直入室。男子則捕女而入之。其隨從之奴婢。亦不強爲防止也。

第三段之手續。夫既捕女於其家。則誘引其女於祖先之前。誦拜神之句。行禱告之儀。而後夫婦共食麥餅。以爲共同生活之紀念。然而此種儀式。與吾國結婚之禮。殆略同其趣矣。

第二 賣買式

於五證人之前。以一人持秤而立。新夫以貨幣載之。爲其結婚之儀式。此儀式乃賣買婚之遺俗。即夫買其妻之意也。女若爲自權者。則須後見人之許諾。若爲他權者。則須家父之許諾。惟依或一派之說。不獨男子可買收女子。女子亦得買收男子。而依德國赫爾打(Holder)氏之說。惟男子得買收女子。之二說者。宜以後說爲正當。

第三 使用式

男子誘致女子於其家。起居與共。爲婦人之待遇。經過一年。法律上即生夫婦之關係。此方式基於市民法時效之規則。謂之時效婚姻。(Usucapio) 蓋時效之原則。凡二年間使用不動產。則其不動產即爲自己之物。一年間使用動產。則其動產即爲自己之物。而女子亦如動產然。故共住一年間。不連續三夜寄宿於外。法律上即認

之爲妻。而其所以有三夜宿泊之規則。即同於現今之時效中斷。因之而禁夫權之發生也。此使用式之婚姻。其亦古代掠奪婚之遺俗乎。

此方式詳十二銅標法。迄教科時代。已全廢除。

以上三者之方式。以共食式爲最重。賣買式次之。使用式又次之。然自沿革之順序言之。使用式爲掠奪婚之遺風。獨爲最古。賣買式爲賣買婚之遺俗。故其起源次於使用式。而基於祭祀祖先之遺俗之共食式。尤居其最後者也。在中世歐洲。婚姻屬於宗教。設關係於宗教之法制。迄於近世。始爲民法上之一部分。然其結婚之時。仍行祭祀祖先之儀式。

上述三種結婚之方式。皆生夫權之婚姻也。然積久則弊生。即男女貧富不等。結婚之後。輒生離婚之問題。及帝政時代。婚姻成於共諾。不成於共臥之原則起矣。(Consensus non Concubitus facit Matrimonium) 自後羅馬婚姻。遂漸次進於共諾婚之域。或用結婚之證書。但其證書僅限於不正當之婚姻。及結婚者雙方之身分非常懸隔之時。蓋若不訂立證書。人或視之爲野合。或目之爲妾也。

優斯啟利安帝之時。身分相異者之結婚。禁用證書。及後發布新勅令第七十四號。第一百十七號。惟限於居高位享厚祿者。乃用結婚之證書。

第三節 婚姻之條件

羅馬法結婚必要之條件有六。第一、年齡。第二、結婚者之數。第三、結婚者之關係。第四、公益上結婚之制限。第五、家長之許諾。第六、結婚之法式。以下順次說明之。

第一 年齡

結婚之目的。即結合異性之二人。生產同種之形體。以圖人間種族之永續也。故凡結婚者。必具備有形的機能。否則。婚姻不能成立。然男女生產以後。經幾何年月。方得此機能之發達乎。又依如何方法而知之乎。此羅馬法上之一問題也。

羅馬古法。原無關於年齡之制限。而普羅求利申派之法律家。主張婚姻必有一定之年齡。沙威尼派之法律家反對之。以結婚之年齡。因各個人身體上之發達而定也。然沙威尼派之說。實行甚難。故「優斯啟利安」法典。採用普羅求利申派之學說。男子結婚。以滿十四歲爲適齡。女子結婚。以滿十二歲爲適齡。

第二 結婚者之數

如前所述。古代羅馬之婚姻。始於酋族共同婚。或一夫數妻。或數夫一妻。誠無一定之原則。及進於一夫一妻之時代。而婚姻之制限乃定。凡前婚未解之間。禁嫁他之男兒。及娶他之女子。且畜妾 (Concubinae) 之制。亦惟限於無正妻者。乃得允許也。

第三 結婚者之關係

羅馬法既於親戚間設結婚之制限。其最要者宗系親相互間之結婚是也。即尊屬親卑屬親之血統。無論如何隔絕。皆不許其結婚。而尊卑屬間結婚之禁。不獨自然之關係。且有由養子制度而生之關係。雖其後養子離婚。亦不許相互間之結婚。又伯叔父母與其姪甥間之關係。亦準尊卑屬之關係。而禁止其婚姻。

傍系親間之結婚。於四等親以內則禁止之。故兄弟姊妹之間。雖其關係自養子及婚姻而生。而亦禁止相互之交婚。即令養子及婚姻之關係。業經解除。而仍禁止其繼續也。然「君士膽丁」(Constantin) 帝以前。凡娶死亡兄弟之寡婦及亡妻之姊妹。爲法律所允許。及「君士膽丁」帝之時。概行禁止。又羅馬法從兄弟姊妹間之結婚。

一時雖已禁止。而至「優求斯脫」(Augustus)帝之時。遂又解除其禁令。凡四等親以外之傍系親。亦許其互相婚嫁矣。

第四 公益上結婚之制限

羅馬法隸屬諸國之官吏。禁娶其管轄之婦女。又後見人與被後見人。耶蘇教徒與猶太人。亦皆禁其相互之婚嫁。凡此皆爲公益上結婚之制限也。

第五 家長之許諾

羅馬法凡家族結婚。必得其父及家長之許諾。苟無其父者。例如幼者須得其母或後見人之許諾。蓋羅馬法以來。家族及人之子之結婚。須經其家長及父之許諾者。皆基於賣買婚贈與婚之遺風。爲其子買受其妻。又爲其子貰受之。概屬於家長之能力。故其結婚者雖有互相承諾以爲夫婦之慣習。而尙本於賣買婚贈與婚之性質。須家長及父之許諾也。迄於後世。此遺風猶存。以幼者本於一時之愛情。而結百年之婚姻。則生活上必來種種之弊害。故依羅馬法系之諸國法律。皆設有幼者結婚。須經其祖父母、父母、或後見人之許諾之規則。在英法屬諸國。純然採用共諾婚之

主義。凡關於結婚之法式。不須得其尊長父母等之許諾。自由嫁娶。而法律亦不能干涉也。

第六 結婚之法式

近世諸國法律。結婚之制度。純然爲民法上之規定。然如前所述。古代結婚之目的。爲不絕祖先之廟食。故以之爲宗教上之制度。羅馬法始用共食式。(Conforeatio)而共食式之第一段手續。即在行宗教上之儀式矣。迄於後世。全以之爲民法上之制度。故優斯啟利安帝之時。以婚姻爲繼續家長權之方法。於「音士求脫」(Insti-tutiones) 法典。亦於論家長權規則之首規定之。至紀元八百八十六年。又設結婚於僧侶面前之制。其後歐洲諸國。遂有結婚於僧侶面前或於寺院之慣習。在於近世。就結婚之法式。而生最著之變革者。即一千五百六十三年十一月「脫靈脫」會議。由高僧決議。凡婚姻爲寺院之管轄。且須有二人以上之證人。於僧侶面前舉行之也。

其後法蘭西革命以前。由「脫靈脫」會議之議決。以結婚爲宗教上之制度。至革命

之時。純以爲民法上之制度矣。又現今法律亦以結婚爲民法上之制度。於戶籍官吏之前行之。英國「約翰」第四世第四年第七十六號法律。一切婚姻皆於英國之國教僧官之前行之。其後以「維廉」第一世第六年第七年第八十五號之法律。婚姻許於寺院或戶籍官吏之前行之。據現行法典。凡結婚者皆須於登記官吏之前而爲登記也。

第四節 婚姻之效果

因婚姻而生之效果。不可不自兩件之點觀察之。第一、夫婦交互之關係。第二、結婚而生之子與其父母又父母之親族之關係是也。

第一 夫婦交互之關係

夫婦交互之關係有二。一、身分上之關係。二、財產上之關係。

一、身分上之關係

在其初。凡結婚之後。爲妻者即與其夫之所有物同。至其後。妻取得其夫之家族之身分。又其後。妻與其夫有同一之身分。故爲妻者之住所。即以其夫之住所爲住所。

其他身分姓氏等莫不隨夫而定。近世諸國法律大抵基於羅馬法。然而夫婦一體之制。漸失其勢力矣。

二、財產上之關係

羅馬法夫婦間之財產之關係。有數主義。試分別論之。

(甲) 歸一主義。謂婚姻之後。凡妻之所有物概歸於夫之所有也。例如羅馬之正當婚姻 (Justa Nuptiae) 爲妻者之財產。以歸於夫之所有爲原則。

(乙) 賚資主義。謂女子于歸之時。賚資 (Dos) 於其夫家。以爲生活之具也。羅馬法

關於婚嫁之賚資。夫有其使用權 (Jus Nandi) 及收益權 (Jus Fruendi) 若其賚資爲動產。並有其處分權 (Jus Abutendi) 若爲不動產。即不能賣買贈與於

他人。及其夫死亡或離婚之時。則嫁時賚資。仍返還於其妻或其妻之相續人。

(丙) 共通主義。謂婚姻之際。先定夫婦營共同生活之資料也。而其管理處分之權。一任於其夫。

(丁) 別產主義。謂婚姻之後。夫對於其妻之財產不生或種之效果也。然羅馬法所

認爲妻之別產者。祇裝飾品 (Para phantio) 耳。其他仍在其夫之管轄之內。英國從來採歸一主義。及一千八百七十年以來。屢布婚婦別產之條例。迄於近世。遂以別產主義爲原則。日本法亦然。

關於妻之財產之事實。尙可就羅馬法附一言以明之。即結婚之贈與 (Donatio propter nuptias) 是也。結婚之贈與。謂結婚之際。由夫贈與於其婦之財產。其管理之權。一任於夫。若其夫先妻而逝。即歸於寡婦之所有權。此規則亦如賚資之制爲避其由自由離婚而生之歸一主義之弊而設者也。

第二 結婚而生之子與其父母及父母之親族之關係

由正當婚姻而生之子之親族關係有二。一對於子之兩親及兩親之親族關係。二子之父及父之男系親族關係。

一 子之兩親及兩親之親族關係

此種關係謂之血族 (Cognatio) 關係。即由同一始祖而生多數人間之關係也。蓋子者父母之血族。亦即祖父母之血族之血族。故子對於其父母。則降一等。對於其祖

父母。則降二等。至親族遠近之度。亦以等數爲差別。

二 子之父及父之男系親族關係

此種關係謂之宗族 (Agnatio) 關係。即由同一始祖而生男系親族之關係也。與血族關係異。血族關係以同一始祖爲要件。而男女勿論也。宗族關係專指男系之系統。故宗族之要件。不惟限於同一始祖。且必限於同一始祖之男系卑屬。如家父及兒子之間。兒子相互之間。及伯叔兄弟之間之關係是。

第五節 婚姻之解除

婚姻解除之原因。大別之有二種。曰結婚者之死亡。曰離婚。而結婚者之死亡。即爲婚姻解除之原因。夫人而知。不俟煩言。茲專就離婚一種約畧言之。

欲明羅馬法之離婚法。先略述一般離婚法之沿革。德國司利脫悲爾慢氏曰。離婚有三主義。第一。私法上之制度。第二。政治上之制度。第三。宗教上之制度。觀左所述。即可知諸國法制之大概。

古來諸國通行之離婚法。厥有三種。一自由離婚之法律。二禁止離婚之法律。三限制

離婚之法。律斯三者與司利脫悲爾慢氏所說離婚之三主義。有相互之關係。試於下順序說明之。

第一 自由離婚之法

在文化未啟之國。視婚姻於無足重輕。全以爲私法上之制度。娶妻如掠財物。或買受。或奪取。一任己之所爲。捨妻如棄財產。或委棄。或贈與。一由夫之隨意。此時代之離婚。寧曰離去或離別之爲確當也。然在文明諸國。亦有自由離婚之傾向。其理由在凡人處分自己之生活。宜任各人之自由。又營共同生活。亦當由共同者之協議。故因承諾而結者。得因承諾而解。雙方同意許其離婚之說。漸次得其勢力。由此自由離婚而生之弊害。遂因人民之德義進步而減少。故純粹之共諾婚行。自由離婚之風。亦因而起也。

第二 禁止離婚之法

禁止離婚之法。全基於耶蘇舊教之教義。即以婚姻爲宗教上之制度也。如聖經中有「依神意而結者不可依人意而解」之成文。故舊教諸國。概設離婚之禁令。然而

奉新教之國亦有行之者。如英國於一千八百五十八年以前。尙行禁止離婚之法。律是也。

第三 限制離婚之法

限制離婚法之由來。以婚姻全爲私法上之制度。自公益上道德上亦得限制之也。蓋自由離婚之弊。傷夫婦之情誼。害子孫之幸福。而社會之風儀。亦大蒙其影響。然若絕對的禁止。則又反乎人性。以德義上感情上既絕。夫婦之關係。而法律上猶存。夫婦之關係。不惟無益。或反害之也。故特設限制離婚法。以補上二者之偏。凡欲爲婚姻之解除。必有萬不得已之理由。例如配偶者有不正之行爲。法律上即豫定條件。若違反條件。則婚姻解散。如普魯士、英吉利、其他新教諸國之離婚法是。

古代諸國之離婚法。既述如右。試再述關於羅馬法之離婚法於下。
羅馬法離婚於配偶者雙方之生前。因雙方或一方之意志而定。故羅馬法之離婚法有二。

1. Divortium 謂因雙方之協議而解夫婦之關係也。

一曰 Repadium 謂因一方之意志而解夫婦之關係也。

在文化半開之諸國。婚姻之解除。恒主「箕波爾秀母」(Divortium)之慣習。無法律所必要。就中「連比箕母」(Repadium)之慣習。僅存於夫而不存於妻。而羅馬離婚亦猶是也。至共和政治之末。羅馬離婚之風熾。歷史上有名人物。終身不去其妻者。甚爲罕見。如塞沙爾、馬爾慢脫里、阿梯優士等皆然。及帝政之初。風俗頹壞。德義衰微。離婚之事。屢見不鮮。遂頒布勅令。限制離婚。凡離婚必有正當之理由。無理由而離婚者。科以刑罰。但此等勅令。僅關於無理由之離婚。非絕對的禁止離婚。於是欲離婚者。皆構造其理由。或甘科以刑罰。故羅馬之限制離婚法。概不能奏完全之効力。至後又頒布法律。凡離婚者。必於七人之證人前。授與離別狀。未幾又廢除證人之規則。僅以授與離別狀。即爲完全離婚之手續。迄帝政之末。復設離婚之限制。與近世限制離婚法。所謂無理由不離婚者。殆略同其旨趣云。

第六節 獨居及畜妾

羅馬當共和政治之中期。有賤獨居之風。及共和政治之末。國勢稍盛。軍人好獨居。一

時風行。成爲慣習。惟當時羅馬之立國。競尙勇武。人而獨居。生齒日減。國家之存亡。於焉係之。因特立獎勵結婚之法律。以圖人口之繁殖。至帝政之初。益認獎勵結婚之必要。遂發有名之 *Lex Julia* 或 *Papia Poppia* 法令。此法令之目的。在與獨居者及結婚而無子者以不利益。例如獨居者及結婚者無子之時。則剝奪其相續權及關於財產權之一部。且結婚者有二子以上。即與以相續上之特權。並其他獨居者及結婚無子者之相續分。亦概與之。

如是帝政之初。大獎勵人口之增殖。遂頒布法律。許其畜妾。通常諸國之法律。設畜妾之制者。爲其繼續祖先之祭祀。或家氏之繼續。或家產之繼續爲目的。而羅馬畜妾制度。在以人口增殖爲目的。試將關於畜妾之規則。舉其大要。

- 一。有妻者不許畜妾。
- 二。不許畜一人以上之妾。
- 三。不許以他人之妻爲自己之妾。

以上三者之要件。若失其一。則法律上即視爲野合。不生正當婚姻之効力也。

觀右所述。畜妾之制。羅馬法既已公認矣。惟依歷史家所云。自表面上觀之。畜妾爲法律所允許。而自實際上論之。專限於身分懸隔之男女。及有子失妻之鰥夫。是羅馬畜妾制度。亦因人而許。非盡人皆然也。

妾生之子。即庶子。不屬於其父之家長權。且對於其父。無有相續權。故其位置爲私生子。與爲其父所認知者。有同一之性質。即對於其父。僅有受保育之權。對於其母。有與他私生子相同之相續權也。

畜妾之制。直行於優斯啟利安帝之時。其後八百八十七年。以畜妾制度。反乎宗教及公益。遂全廢除。

第五章 家長權 (Patria Potestas)

第一節 家長權之起源及內容

幼稚社會。原自禮拜祖先之風習而起。自禮拜共同祖先者之集合而成者也。其後生齒日繁。種族漸多。生存競爭。愈起愈烈。遂至強種併他種。而成一國。故原始社會。一國之成立。由於數多種族之集合。而其種族。又自數個之家族而成。其家族儼然一

無形人也。爲之長者即家長。家長對於外，則代表一家。對於內，則統御其家族奴婢及其家產等。

古代羅馬。家長對於其家族。握無限之全權。即對於其家族有生殺之權。(Jus vitae necis sine) 故或殺害其家族。或賣售。或贈與。或以之爲他人之養子。或免除家長之管轄。皆由家長之意思。法律毫不加以制限也。然而關於殺害之情形。須開親族會議。經其承諾之必要。及共和時代。設殺害子孫之限制。凡擅自殺害子孫者。科以重罰。而賣售子孫之風習。亦漸衰退。迄於後世。遂全禁止。依十二標法。家長若賣售其家族。則對於其家族即喪失家長權。試列舉於左。

- (一) 三度賣其男子。則喪失家長權。
- (二) 一度賣其女子。或男女之孫。則喪失家長權。
- (三) 同時賣其女與妻。則喪失家長權。

其後萬姓法 (Jus gentium) 之規定。家長之權利。遂大失其效力。家長對於其家族。僅有養育及懲戒之權。其他無有也。

至關於家族之財產。亦概受家長之管轄。或拋棄。或變更。家長有自由處分之權。家族不得而干涉之。然關於家族之債務。應歸家族自負擔之。而家長毫不負責任也。換言之。家族之於財產。無積極的能力。僅有消極的能力耳。至於後。家族對於自己之特有產。有直接管理之權。其稱爲特有產者。厥有四種。

(一) 依武功而得之財產。

(二) 依文勳而得之財產。

右二種財產。家族有完全之處分權。

(三) 依使用家長所管轄之財產而得之財產。

此種財產。縱令在家族之掌握。而其處分權屬於家長。

(四) 由父以外之人(即外祖等)而得之財產。

古代羅馬。此種財產。專屬於家長。至於後世。家長僅有用益之權。

要而言之。古代羅馬。家長對於家族及家產。有最上無限之全權。社會稍進。對於家族之家長權。與對於家產之家長權。遂生區別。例如羅馬對於家族之權利。特稱曰家長

權。對於家產之權利。特稱曰主人權。而家族中夫對於妻之權利。特稱曰夫權。隨法律之進步。家長權漸至分化。及共和政一變而為帝政。遂益減縮其勢力。試以優斯啟利安帝時代之規定。比較十二標之法律規則。優斯啟利安法典之家長權。於古昔民法 (Jus Civile) 之規則。僅存殘迹片影。而羅馬家族制度。今也殆在廢滅之境涯云爾。

第二節 家長權之取得

取得家長權之方法。大致可分為三。概論之如左。

第一 出產

由正當婚姻而生之子。則屬於其家長權之下。但對於所生之子。家長若不信其為自己之子。得否認之。既已否認。則其子即為異族之子。不得與其祖先之祭祀。

第一 認正 (Logismatio)

羅馬元老院及議官。恒行內族婚姻之制。對於平民又設結婚權之制限。且畜妾之風。亦盛行於世。故私生之子。屢見不鮮。既如前所述矣。但側室之子。雖為法律所公認。而以此比於嫡出之子。其權利義務。殆判霄壤。此認正 (Logismatio) 之法所由

起也。

認正者即非嫡出之子。或出生本末不明之子。如承認其爲自己之子。則對於其子即取得家長權。其認正之法有二。試略言之。

(甲) 因後日之婚姻認正。

君士瞻丁帝之時。凡後日之結婚。則結婚以前所舉之子。得認正其爲子。但此認正僅限於既生者。不適用於將來。至優斯啟利安帝。益擴張其範圍。對於將來生產之子。亦許認正之。認正之後。無論爲私生子或妾腹之子。皆得與嫡出之子享同一之權利。

(乙) 因皇帝之勅令認正。

上述之方法。婦若死亡。或失踪。或因不良品行不能爲婚姻之時。則其子即不能達認正之希望。優斯啟利安帝有鑒於此。特於新勅令第七十四號。規定以皇帝之勅令而許認正之制度。是稱曰 *Legitimatia per us Ceipium principis*。

右二種認正之方法。舉其最重要者而言也。其他種類甚多。茲不具論。

第三 養子

甲 養子之方式

收養他人之子女或獨立人。而與自己生親子之關係。是曰養子。據羅馬法關於養子之方式有二。

一曰 *Adrogatio* 謂取自權者而爲養子也。

一曰 *Adoptio* 謂取他權者而爲養子也。

收養自權者之結果。恰與一家同。其被收養者之家長與被收養者之家族。皆爲養親之家族。被收養者之所有財產。概歸於收養者之所有。

收養他權者之結果。被收養者離自己生家之屬籍。而移於養親之屬籍。然優斯啟利安帝之時。改革制度。養子不離生家之屬籍。其養親若死亡而無遺囑。則可得其相續之權。

乙 養子之目的

古來法律上定養子制度之目的。大概歸於以下所舉之四種。

(一) 爲繼續祖先之祭祀也。蓋古代社會祖先祭祀。關於社會之成立。甚爲貴重。若絕祖先之祭祀。則法律上、道德上、尤爲惡事。前既屢述之矣。故人而無子。禮祀將絕之時。必養他人之子以繼續之也。

(二) 爲繼續家長權也。羅馬古法之養子。大概基於第二之目的。蓋以族制時代。家氏保存。爲組織社會之必要。家族若無相續者。則家氏不將斷絕乎。故依法律上之擬制。收養他人之子以爲子也。然於收養者之一方。爲家氏之繼續。而對於被收養者之一方。勢必廢滅其禮祀。故法律上又設養子之制限。非經貴族會議決。不生養子之效力。

(三) 爲繼續財產也。蓋社會稍進。個人之財產。漸至增加。所有者之死後。以有相續人爲必要。自古無子而死亡者。其處分遺產之法有三。

- 一。歸之國庫。
- 二。讓於他人。
- 三。置相續人。

夫以自己之財產。被收入於國庫。此固人情所不願。若以後事委託於他人。又恐不能勝其任。故羅馬法之規定。必以養子而爲財產相續者。然羅馬法養子與遺言並行。養子自生前定財產相續者。遺言止豫定相續者。及本人死亡之後。乃確定其相續也。

(四) 爲慰養親之心。或保護爲養子者也。自族制頹敗。遺言盛行。養子之制度。漸失其效力。故爲慰老而無子者。及失子者之心。或爲扶持幼而無父者。而定養子之規則也。英國法律。全不載養子之規定。至扶助救養之事。概爲道德上之觀感。法律毫不干預之。

丙 養子之條件。

依上所述。養子之目的。大半爲家長權之繼續。故凡爲養親者。必限於家長。假令無家長權。或爲結婚年齡以下之幼者。既不能爲他人父。又焉能爲養親也。今試將關於養子之條件。列記於左。

(一) 須有家長之資格。

羅馬古法。婦女無爲家長之資格。故不能置養子。及優斯啟利安帝之時。婦女喪其子者。爲慰其悲痛之心。許置養子。此與近世養子之法。略同其趣云。

(二) 須達於適婚之年齡。

(三) 養子必幼於養親。

既曰養子。自不得以年長於收養者爲之。故養子之年。至少必幼養親之年十八歲。

(四) 收養自權者之制限。

羅馬古法。收養自權者爲養子。須經國會之議決。至後又須皇帝之勅許。否則。不生養子之效力也。

丁 養子之效果。

羅馬古法。養子以自然法爲原則。養子養親之間。與血脈親子之間。無少差別。至於後。養子之性質一變。養子於收養者之生前。定爲財產相續人。故被收養者依然屬於生家之家長權。對於收養者。惟取得相續權耳。

及優斯啟利安帝之時。關於養子之效果。分爲二種。

一、完全收養 (Plena adoptio)

二、不完全收養 (Adoptio minus plena)

完全收養者。尊屬親收養卑屬親之謂也。此種養子。純以自然法爲原則。養子對於收養者。不惟有相續權。且屬於收養者之家長權。而生家與法律之關係。全然廢絕。不完全收養者。收養他人以爲己子之謂也。此種養子。不離生家與法律之關係。對於其養親。惟得相續權。

第三節 家長權之喪失

喪失家長權之原因。大別之有二種。曰

因法律之作用而喪失家長權者。

因雙方之同意而喪失家長權者。

第一 法律之作用

甲 家長之死亡。

家長之死亡。則其家長權即消滅。自然之理也。向之屬於家長權之下者。皆獨立而

握家族權。或兄或弟。漫然無等級之差別。

乙 身分之改變。

如前所述。羅馬人之身分。有三要素。即自由權、市民權、及家族權是已。身分之改變者。謂失此三權中之一也。而身分之改變。又分爲身分之大改變、身分之中改變、及身分之小改變三種。(Maxima C.D. Media C.D. & Minima C.D.)

身分之大改變者。謂喪失前三權中之自由權也。自由權既喪失。則市民權、家族權、亦隨而失之。故爲家長者失家長之權利。爲家族者失家族之資格。固其所也。然當戰爭之際。爲敵之俘虜而失自由者。則僅於未歸國以前。停止其家族權。若其家長或家族。死於爲俘虜之時。則自初爲俘虜之日。認爲死亡之日。

身分之中改變者。謂喪失前三權中之市民權也。既無市民權。則家族權亦因之而消滅。例如隸屬外國者。被處流刑者。皆失羅馬市民之權利。

身分之小改變者。謂喪失前三權中之家族權也。例如爲他人養子之時。則屬於他人之家族。即移於他人之家長權。

丙 家長之過失。

家長對於家族。若有重大之過失。則其家長即喪失家長權。例如爲家長者使其家子與猛獸搏鬪。以供公衆之觀覽。或鬻其女子爲娼妓。或怠於家族之保護是也。

丁 官吏之任用。

羅馬古法。凡爲高僧者無家長權。被宮中顧問官者。自免除家長權。至優斯啟利安帝之時。益擴張其範圍。凡被任用爲高等官吏。皆無家長權。

第二 雙方之同意

依十二標法律。爲家長者三度賣其男子。則喪失家長權。而其子即爲自權者。故羅馬古代。凡欲解除家長權。必經三度賣子之手續。其後哈那斯打斯 (Anastase) 帝。爲避此繁雜之手續。僅以皇帝之勅許。即解除其家長權。及優斯啟利安帝之時。益減縮其手續。惟於相當之官吏前。陳述解除家長權之意志。即生效力也。

第六章 後 見

後見者家長權之繼續也。當家族制度盛行之際。家長死亡。或因他事由失其資格。其

家族內之男子。皆爲自權者而有家長權。但自權者之中亦因年齡身體及精神上之狀態而有不適當之行爲者。於是生後見之必要。「音士求脫」法典有云。人之不能自保護其身體財產。使他人保護其身體財產者。則謂之後見。而他權者因身體或精神上之狀態。自不能監督其身體財產者。固屬於家長權之下。無俟他人監督之必要。然自權者之身體或精神上。有缺點者。非受他人之監督。即不能保全其家長之資格。故後見乃管理自權者之身體及財產。並代表法律行爲。而蒙於他自權者之職務也。依以上所述。而得羅馬之後見有二。

一 後見 (Tutela)

二 財產管理 (Cura)

第一節 後見

第一款 未成年者之後見

第一項 後見之任務

後見之任務。依羅馬法之規定。厥有二種。即管財行爲 (Gestio tutoris) 及能力補充

(Ancientia, is, interpositio) 是也。

管財行爲者謂以自己之名義管理幼者之財產也。蓋後見人之權力甚爲寬泛。對於被後見者之財產儼然被後見者之財產所有主。凡有利益於被後見者之行爲得隨意處分其財產。如受領收入。或追訴債務。及有償讓與等之行爲是。及於後世。惟動產乃可處分。而不動產設有限制。即依紀元後百九十五年之法律。後見人不得以其自由意思賣却被後見人之土地。但其土地如爲相續物。而被相續人曾以遺言與後見人以賣却之權利者。不在此限。

能力補充者謂從一定之形式補充幼者之能力也。依羅馬法律。人民之身分恒因年齡而生等差。如人生二歲以前稱曰幼兒 (Infans) 無毫末之能力。自二歲至七歲稱曰近於幼兒之幼年。此七歲爲第一級。世傳羅馬好七數。蓋爲此也。七歲以上。迄十四歲稱曰近於幼年者之成年。智識薄弱。思想幼稚。縱令有理解之觀念。要無判決之能力。故凡爲法律行爲。必得後見人之補助。過此以往。智識充足。思想發達。無須後見之必要矣。

第二項 後見之種類

羅馬之後見。厥有三種。

第一 遺囑後見。

第二 法定後見。

第三 認定後見。

遺囑後見人者。謂由家長之遺囑而選定者也。據十二標法。爲家長者。依遺囑得處分其財產及對於家族之後見。然家長若無遺囑而死亡。則法律上即豫定爲後見人之順序。由此順序而定者。是稱曰法定後見人。如羅馬市民法所規定。凡無遺囑後見人之時。則以最近之男系親爲後見。及於後男系親與女系親。得占同等之位置。遂至以血屬中之最近者爲後見。若此者。即法定後見人也。近世法律。如家長死亡之時。未以遺囑定後見人。又無可爲法定後見人者。則於裁判所認定之。是稱曰認定後見人。

第三項 關於後見之各種規則

第一 後見人之資格

依羅馬法律。凡外國人及未滿二十五歲者。皆無爲後見人之資格。又依一般之原則。女子不得爲未滿十四歲者之後見人。但其母或祖母。則得爲後見人。若已改嫁於他人。則喪失爲後見人之資格。按後見之制度。大半基於公之性質。故雖在家長權下之家族。尙得就後見人之職務。

第二 後見人之辭職

在羅馬古昔。以後見人爲權利。及帝政時代之後。以後見人爲義務。故凡爲後見人之時。非有正當之理由。則不得辭其職。

第三 二人以上之後見人

後見人有二人以上之時。則以其中之一人。任管財行爲。且不僅任管財行爲。並有能力補充之權利。而其不任管財行爲之他後見人。惟有能補充之權利耳。故如被後見人欲爲法律行爲。則無論何種後見人。皆得補助被後見人。然此種後見人。或僅一人。則不能代被後見人爲何等之行爲。

第四 後見人之消滅

後見人之職務。得因左之事由而消滅。

甲 關於被後見之事由。

(一) 幼者死亡。

(二) 達於成年。

(三) 人格減少。(Capitis deminutio)

乙 關於後見人之事由。

(一) 後見人死亡。

(二) 人格減少。

(三) 辭職理由之裁可。

(四) 有不正之行爲。

後見人消滅之際。後見人就於後見所領受之財產。及後見中收入之金額。與爲後見之利益之一切支出。皆當詳悉計算。若收入超越支出。則後見人對於剩餘有返還之義務。若收入不及支出。則後見人對於不足有請求之權利。總之後見人有公

之性質。其權利義務。最宜規定明晰也。

第五 代理後見人 (Pantufches)

依羅馬法律。凡現在執行後見人之職務。而法律上又非真正之後見人。則稱爲代理後見人。例如遺言效力之有無。法定資格之當否。當未判明之時。而已執行後見人之職務。即所謂代理後見人也。此種後見人。如經裁判所之認許。則爲真正後見人。否則。亦不失後爲代理後見人也。

第二款 成年女子之後見

男子達於十四歲。則後見消滅。而女子則不然。女子雖過於成年。猶必被拘束於父權或夫權之下。所謂終身被後見者也。

誠如上言。婦女終身對於法律行爲。無完全之自由。而其理由果何如乎。羅馬之學者曰。婦女身體之孱弱。精神之輕佻。且暗愚於世上之事務。故也。然考其真正之旨趣。羅馬法關於家族之組織。惟男子執家政。握家長權。婦女惟立於從屬之地位。而無自主之狀態。若不置於父權或夫權之下。則必立於後見人之下。其他父之死後。相續者之

女子。往往。逐。輕。忽。之。意。下。嫁。於。他。人。舉。一。家。之。財。產。盡。投。於。夫。權。之。下。斷。絕。祖。先。之。祭。祀。尤。妨。害。社。會。之。發。達。故。婦。女。不。論。其。年。齡。若。干。必。以。後。見。人。監。督。之。此。種。後。見。與。古。代。對。於。幼。者。後。見。之。精。神。殆。同。其。旨。趣。不。在。無。能。力。者。之。保。護。實。由。猜。疑。心。而。來。特。嚴。束。其。行。爲。也。

婦女後見之規則。循於幼者後見之規則。既如上所述矣。試再述婦女後見特有之規則。

婦女之後見。亦有遺言、法定、認定之三種。而其後見之職務。與未成年男子之後見之職務。亦大槪相同。惟至紀元一二世紀頃。婦女後見。僅有補充能力之權。而無管財行爲之權。然如欲爲市民法所規定之法律行爲。尙必得後見人之同意。例如要式契約。遺言。賣買。婚姻。訴訟。及爲相當之承諾等是已。

迄於後。遺囑後見及認定後見。對於被後見之婦女。不得拒絕要求之同意。惟法定後見。得以拒絕婦女之要求。後見人之權限。漸次減縮。對於婦女之行爲。非監督。乃勸告也。然至第二世紀之末。此制度遂全廢滅。優斯啟利安之法典所認許之矣。

第二節 財產管理

財產管理之性質。與後見人之性質異。後見人者保護被後見人之身體也。財產管理者保護其財產也。又後見人主要之職務全在補充能力而管財行爲不過伴於補充能力至管財人之職務僅關於財產上之行爲耳。然依多數學者之說。財產管理之制度。係裁判官之創設。其起源後於後見人而管財行爲非管財人之權利。乃其義務也。又依或一派之說。財產管理之制度亦以管財人之私益爲目的。與後見人毫無差別之二說者。各執一見。以何說爲確當。未易斷言。故二者之職務時或有不能判然區別矣。

據羅馬法律。財產管理可分爲三種。第一未成年者之財產管理。第二精神病者之財產管理。第三浪費者之財產管理。試順次說明之。

第一款 未成年者之財產管理

羅馬古代之法律。達於適婚年齡者。除婦女之外。概不必置後見人。至紀元後百八十六年之法律。達於適婚年齡之未成年者。凡特別事情。須請求置財產管理人。其後馬

爾苦耶爾爾 (Marco Aurelio) 帝之時。無論何等特別之理由。有本人之請求。則達於適婚年齡之未成年者。皆得置財產管理人。其所以置特別管理人者。實基於左之事項。

一 起訴訟之時。

二 受支拂之時。

然苟無管理人。則未成年者得隨意處分其財產。若有管理人。則其財產之管理權。即移轉於管理人。或讓與財產於他人。或對於財產負義務。皆必得管理人之同意。

第二款 精神病者之財產管理

精神病者。如瘋癲白痴是也。精神錯亂。心思暗昧。對於自己之財產。毫無自主之能力。依十二標法。精神病者常立於法定相續人之後見之下。然其後之法律。無法定相續人之時。則請求於裁判所。因為精神病者之財產管理。選任其財產管理人。此所以精神病者之財產管理。亦有法定財產管理及認定財產管理之二種也。且得因遺言指定管理人。惟必經裁判所之許可。迄於後世。益擴張其規則。凡身體上有欠點不能管理自己之財產者。亦由管理人管理之。例如五官不具之盲者。聾者。啞者。及其他之癡

疾是已。

第三款 浪費者之財產管理

浪費者。無所思慮。濫費其財產之謂也。依十二標法。浪費者與精神病者。同立於財產管理人之下。至紀元百七十八年頃。益擴張其法律。凡浪費者必由裁判所之決議。發禁治產之宣告。受禁治產宣告者。必受財產管理人之監督。然其與精神病者相異之點。浪費者雖無處分自己財產之行爲能力。而要有增殖財產之行爲能力。精神病者其用費與增殖。皆無以異。除一時治癒外。所有行爲。皆全然無效也。

又是等財產管理之職務之消滅。與後見人之職務之消滅。略同其原因。然亦有特別之消滅原因。列記於左。

- 一 未成年者之達於成年。
- 二 精神病患者之全癒。
- 三 禁治產之取消。

第二編 物之法

第一章 物權法之位置

近世歐洲諸國之法典。通常大別爲人事編及財產編。然攷之往古。未嘗如此分類。蓋古代之社會。凡關於財產之權利。概附屬於身分。而無獨立之財產權。其所謂財產者。即家產也。家產之權利。家長掌之。故家長權即對於其家族之權利。亦即對於其家產之權利也。及族制墮敗。農工商業之進步。個人之財產。逐漸增殖。凡關於財產之法律。遂離家長權而獨立。其最先占獨立之位置者。爲動產。而不動產依然具家產之性質。迨於後世。社會進化。法律周密。動產及不動產。遂皆爲個人所有權之目的。而法典中特立財產編。

第二章 物 (Res)

第一節 物之定義

羅馬法之所謂物。意義廣汎。凡於人有利益者。皆稱之曰物。物也者。強半得以金錢評

價。故學者之解釋。恒謂物有可以金錢評價之性質。然依是而解釋羅馬法之物。未免謬誤。何也。羅馬法凡不能以金錢評價者。亦稱爲物。例如所謂共用物 (Res Communia) 是。共用物者謂空氣、流水、海洋等。爲萬人所共需用者也。雖不可以金錢評價。而羅馬法皆認爲物之一種。

近世之法律。以物爲權利之目的。然羅馬古代。權利思想。未臻發達。故不得以權利之目的。解釋物之性質。即如空氣、流水等。亦不得爲權利之目的。以羅馬法皆認爲物之一種也。故羅馬法無爲權利主體之意義之文字。求諸相類似之語。大概與「批梭那」(Personae) 之文字相當。然一細案之。「批梭那」僅有人之意義。不得指爲權利之主體。故奴隸亦賅括於「批梭那」之中也。權利主體之意義。已無適切之文字。況權利目的之觀念乎。

第二節 物之類別

第一、有體物 (Res Corporales) 無體物 (Res incorporales)
有體物者。謂存在於客觀的物件。得依吾人之五感機能而認知者也。例如土地、家

屋、奴隸、牛馬、貨幣等是無體物者。謂存在於主觀的物件不能依吾人之感觸認知之。僅可以智能推定者也。例如債權、相續權、收益權、使用權等是。若自二者之利益言之。有體物爲占有之目的。無體物不然。古代羅馬法無有體物與無體物之區別。有之則自共和政治之末始也。

第二「列斯滿期比」(Res mancipi)「列斯涅克滿期比」(Res nec mancipi)

此爲羅馬法中獨特之區別。欲譯以適切之文字頗爲困難。「列斯滿期比」者得依所謂「蒙基泊俄」(Mancipatio)之方式及擬訴棄權(In Jure cessio)之方式而移轉所有權之物件也。「列斯涅克滿期比」則不必依此等之方式而得移轉所有權之物件也。在意大利。凡田野、都府、奴隸、牛馬及負物或荷車之四足獸皆屬「列斯滿期比」。其他之物如都府之地役、州縣土地上之一切地役、貨幣、商品及上舉以外之家畜。例如駱駝、象獅等皆屬「列斯涅克滿期比」。

「列斯滿期比」與「列斯涅克滿期比」之區別在優斯啟利安帝以前久不之用。殆呈消滅之狀態。及優斯啟利安帝之時編纂成文法典遂廢止之。

以下略述「蒙基泊俄」及擬訴棄權之方式。

(一)「蒙基泊俄」之方式。以十四歲以上之羅馬市民五名以上爲證人。又以具相同之資格者爲携衡人。使持青銅之衡器。而買物件者行於携衡人之前。取其物件曰。「此物件依羅馬固有法律。爲余之物品。余依此青銅之片及衡器而買之也。」且以青銅之片敲衡器。青銅之片。即物件之代價。畀之於賣主。然則何以必如是。而用青銅之片乎。古代羅馬。未嘗鑄錢。故以青銅之片爲買賣之媒介。而其用青銅之片。不可不一。一權其重輕。此所以必用衡器也。「列斯滿期比」者。即因此「蒙基泊俄」之方式。而移轉所有權。故得其名焉。

(二)擬訴棄權之方式。凡欲購物者。須赴於裁判所。主張其物爲自己之物。裁判官對於其相手方(賣主)發「汝對於原告之請求有抗辯與否」之問。賣主若答曰不抗辯。或默然不答。則裁判官即將其物畀與買主。(原告)是固非眞訴訟。不過訴訟之擬似。即被告應原告之請求。畀與物件。而假裝賣買物件也。蓋「列斯滿期比」。原依「蒙基泊俄」之方式。而爲賣買。否則。即爲無效。擬訴棄權。即所以防此弊。

寶之制度也。

按擬訴棄權之方式。不僅羅馬法有之。英國中古亦用類是之方式。即英國不動產法中之 (fines and Recoveries) 是也。

第三。可有物 (Res in nostro patrimonio) 不可有物 (Res extraneum-patrimonium) 得爲一私人所有之物。謂可有物不得爲一私人所有之物。謂不可有物。不可有物不得買賣或讓與。故又名不融通物 (Res extra commercium)

右二者之區別。揭載於加阿士之法學階梯。及「優斯啟利安」法典之法學階梯。今摘記其大要。凡物分爲神法物 (Res divini iuris) 人法物 (Res humani iuris) 兩種。神法物。舉爲不可有物。而人法物之中。則有可有物及不可有物焉。試詳言之如左。

一。神法物有三種。一神用物 (Res sacrae) 二安魂物 (Res religiosae) 三神護物 (Res sanctae) 是也。

(甲) 神用物者。經一定之手續。而供於神之物。即所謂神前之供物。如神之殿堂地基及其他各種器物。既經國民會及元老院之許可。更必受皇帝之許可也。此

等物不得爲私權之目的。倘有觸犯之者。則處以死刑。或有不敬之行爲。亦嚴加懲罰。而普通國民。皆有提起公訴之權。

(乙)安魂物者。墓地也。不必如神用物之手續。只所有者埋葬屍體於其地。而其地即失私權目的之性質。然若地雖選定。而屍體尙未埋葬。則不得視爲墓地。屍體起去之後亦同。而破壞墓地者重刑。

(丙)神護物者。受神之特別保護。非與神有直接之關係也。例如羅馬市之門及廊壁等是。破壞者科以死刑。

二 人法物與神無毫末之關係。試列舉之。則有共用物 (Res Communia) 公有物 (Res publica) 府有物 (Res universalia) 私有物 (Res singularia) 之四種。

(甲)共用物者。謂非一個人所能獨占其使用權之物也。故法律上委於二人以上之共用。不認個人之權利。例如空中之大氣光線。河川之流水。海洋。及海底海岸等是。然空氣流水。若入於一定之器。則爲個人之所有物。其他海底海岸。羅馬法上有特別之規定。設爲建築物於海底或海岸之時。其敷地歸於建物者。

之所有。

(乙)公有物者。謂直接爲公共使用之物也。凡國家之財產。大別爲二。一爲私有財產。與普通人之私有財產無異。例如官署所使用之器具是。二爲公有物。例如河川、港灣、國道、城砦、及牢獄是。關於公有物之規則。與關於私有財產之規則不同。公有物。固所以供公共之使用。然非盡人使用之也。例如城砦、牢獄等。不許各個人之使用。其他若港灣、國道。人人皆得而使用之。

公有物之性質如何。法理學者。議論歧出。依或一派之說。公有物。無主物也。雖國家亦不得爲其所有主。惟對之有至高權(德語 *Hoheitsrecht* 英語 *Eminent domain*)耳。故國家不過得排斥個人。以供國家之用。然國家若不用。則個人皆得用之。而個人之用之也。必從無主物之規定。故首先占有者。得以之爲自己之所有物。例如有古城砦所在之土地。國家不之用。則個人得占領之。營家屋以安居處矣。德國學者喀辣(Böllner)主唱是說。而依反對一派之說。謂公有物即國家之所有物。故國家得貸與於私人。而徵收其賃金。又得自行使之。夫公

有物之性質。近世議論如斯。而在羅馬時代。未有如是之紛議也。日本羅馬法學大家戶永寬人氏評此說曰。前說不適合羅馬法之精神。何則。古昔無論何國。其土地非屬於部落。即屬於村邑。未嘗有無主之物。雖羅馬建國之當時。村邑共產之制。既歸消滅。而其遺風猶存。故無主物之規定。不適用於土地也。以下略述公有物之河川。

「優斯啟利安」法典揭載倭比昂之說曰。永久不枯涸之河川。乃爲公有物。否則非公有物。按此規定。雖用河川之文字。而無細流之文字。於是諸解釋家之紛議以起。即辯論細流之爲河川否也。然倭比昂曾自述其說曰。河川與細流。或比較其大小。或由住於其近傍者之言決之。由是觀之。倭比昂之意。河川與細流。甚有區別。是則此規定。惟適用於大川巨海。而不適用於細流也。又自法理上考之。細流寧謂爲私有財產。而非公有物之爲確當矣。

公有物之河川。果爲國家所有與否。此亦學者間之問題也。德國營脫下脫(Windsheld)氏曰。河川不可不從國法所規定而使用之。以國家之於河川。握

有至高權故也。然依戶水寬人民之說。苟爲公有物。則皆係國家之所有。河川而爲公有物。則屬國家之所有。故政府得使用之。或貸與於私人而徵收其賃金。然政府若不禁公衆之使用。則公衆得隨意使用之。即或自由航行於水面。或繫留舟筏於沿岸也。

羅馬之河川及海洋。各人皆有漁業之自由。〔優斯啟利安〕法典所明認也。而近世諸國法律。無不加制限於漁業權。如德國法律。於公之河川漁魚介之權。專屬於政府。但得政府之特許。或因舊來之慣習而營漁業者。則不在此限。河川而非公有物者。即個人之私有財產也。概言之。此種水流。屬於沿岸之所有主。若左右兩岸異其所有主之時。則二分之。右即屬於右岸之所有主。左即屬於左岸之所有主。蓋依羅馬法之規定。河川所有權。與對於物之上之所有權。無甚差別。即得從自己之所欲而自由使用也。近世諸國法律。大異其趣。如德國法律。雖私有之水流。亦必供公衆之使用。

(丙) 府有物者。謂市府之人民。皆得共同使用之物也。市府之財產。分爲二種。一爲

市府之私有財產。與普通人之私有財產無異。二即所謂府有物是也。例如屬於市府之演劇場及競馬場、球戲場。皆爲府有物。

(丁)私有物者。個人之私有財產也。如棲息於山野之禽獸。皆爲無主物。誰先占有之。即爲誰之私有財產。然如前述之神法物。則不得爲私有物。

何謂無主物。(Res nullius)試舉例明之。如山野之禽獸。河海之魚介。以及遺棄之物。皆爲無主物。歸於先占者之所有。加阿士之法學階梯。謂神法物亦無主物之一種。然詳釋之。無主物者。專指動產中之無主物而言也。神法物之內。雖亦包含墓地。此不過村邑共產制之遺風耳。而村邑共產制之時代。土地爲人民之公有物。非無主物也。依加河士之法學階梯觀之。死者之遺留財產。亦爲無主物。然據他學者之說。遺留財產。非真正之無主物。死者若有相續人。則其遺產即爲相續人所有。故自法律之結果論。不得謂遺留財產爲無主物也。

第四 動產及不動產

動產有他動產與自動產之別。他動產指一般動產。吾人得以移動者。例如桌椅、器

皿等是自動產。不待吾人之感觸而可自移動者。例如家畜及奴隸是。而不動產者。即土地或附著於土地之物。例如家屋及竹木等是。而其土地之範圍。可及於其土地之上下。

第五代替物 (Res fungibiles) 不代替物 (Res non fungibiles)

代替物者。謂以一定之品質數量爲標準。而可以他物代用者也。不代替物者。謂限於特定之物。不能以他物代用者也。例如穀米油酒貨幣等。屬前者。何地何村之家屋。或何號之牛馬。屬後者。

第六 消費物及不消費物

物有不消費而不能使用者。亦有不消費而能使用者。例如飲食諸品。皆消費物中之最主要者也。而衣服器具。經多年使用之後。乃得破壞。故不得爲消費物。

第七 主物及從物

主物者。謂有獨立效用之性質能力者也。例如田產、家屋、及單獨器具等是。從物者。謂隨主物之處。分以爲效用者也。例如鑰之於鎖。舵之於船是。至關於添附 (Accessio)

之規則容後詳言之。

第八 可分物及不可分物

天下無絕對的不可分割之物。然法律上所謂可分物者。非僅謂實際的分割且謂不因分割而失本來之性質或致價額之減少也。例如土地、織物、羔餅等。雖分割而不失本來之性質。謂爲可分物。反之如牛馬、書畫、骨董等。若分割即失本來之性質。故謂爲不可分物。其他實際的雖可分割而價格必減。則視同不可分物。試舉一最極端之例。如屏風一幅。馬車一輛。分割甚易。而價值必因以減少。故通例爲不可分物。

第九 果實

果實者。謂物之經濟上之收益也。分天然果實及法定果實二種。天然果實。當未由其母物分離之時。構成母物之一部。及其分離之後。乃得爲獨立之物。而爲獨立之權利之目的。例如對於耕地。則其穀麥菓樹。對於畜類。則其產子。對於牛羊。則其皮毛。皆果實也。其他如牛之乳。鷄之卵。鑛場之金石。森林之材木亦然。而法定果實。謂

使用其物之代價也。例如家屋之貸賃、金銀之利息等是。

第三章 所有權 (Dominium et jure quiritium)

第一節 所有權之意義及性質

羅馬法稱所有權曰「鐸米紐母」(Dominium)而「鐸米紐母」謂使用收益處分其有體物無體物之權利也。故所有權之成立有二要素。即使用權 (Jus utendi) 收益權 (Jus fructu) 處分權 (Jus abutendi) 是已。

● 使用權 (Jus utendi on usus) 者。從物之方法而使用之權利。例如家屋則居住之。馬匹則騎乘之。收益權 (Jus fructu on fructus) 者。收取生產物之果實之權利。而真正之生產物。不僅指樹木穀物等。他如貸家之賃金。借金之息子等。皆包括之。處分權 (Jus abutendi, abusus) 者。不問其方法如何。有自由處分其物之權利。蓋所有權之絕對的。基於此權者也。或變更物之形態。或毀損其物。或拋棄其物。皆此權之作用。較使用收益二種之重大。殆有不可同日語者矣。

使用、收益、處分三權。集合一束。乃為完全無缺之所有權。而其特別之性質。則有除外、

絕對永久之三事。羅馬法夙認識此理而論究之。其採用之學理。雖近世法律。尙多襲用也。

何謂除外的性質。即物之所有者。於由所有權之目的物而生之利害。不能分與於他人也。是凡一物。必依所有權而屬於一個人之所有。然一物之所有權。非必其全體屬於一人。時而分裂組成之元素。屬於數人。各人有一二元素。或一個之所有權。屬於數人。各人有其一部。而此等情形。現時之所有權者。恒依前之所有權者之意思。而爲創立之狀態也。

何謂絕對的性質。即物之所有者。得隨意破毀其物。或拋棄之。毫無所顧慮也。然此絕對之權力。亦非漫無制限。例如分割所有權之時。或屬於數人共有之時。其間不得以一人之意思。自由破滅其物。又土地所有者。對於隣地之所有權者。如有工作之行爲。必從一定之規則。或下位之土地。不得阻塞上地之水流。或因公之利益。而被土地之徵收。凡若此者。皆制限所有權也。

何謂永久的性質。即所有權非依所有者之意思。或因何事由破毀其物。不得消滅也。

故所有權之運命。乃永久的。非若他之物權。祇暫時之存在。

第二節 所有權之取得

第一款 總論

所有權之取得。與一般權利之取得。大略相同。區分之則有傳來取得及原始取得之二種。

傳來取得者。謂自從來之所有者移轉所有權於新所有者也。新所有者即取得者。承繼前所有者之權利。然讓與人如非真所有者。則取得者亦不得爲真所有者。要而言之。取得者之有權利與否。惟視讓與人權利之有無耳。

反是者則爲原始取得。從來所有者之有無。概置不論。惟關係於新所有者之權利之謂也。

羅馬法屬於傳來取得者。則如「蒙基泊俄」擬訴棄權。分配判決。引渡。及遺贈是也。屬於原始取得者。則如先占。添附。埋藏物之發見。果實之獲得。加工及時效是也。

然所有權取得之方法。尙可分爲市民法上之取得方法與自然法上之取得方法二

種。市民法上之取得方法。如「蒙基泊俄」擬訴棄權取得時效及遺贈是。其他皆自然法之取得方法也。而「優斯啟利安」法典。市民法上之取得方法。僅存取得時效及遺贈二種耳。

第二款 原始取得

第一項 先占 (Occupatio)

先占者。謂以取得所有權之意思。而占有無主之物也。無主物。即無所有者之物。或所有者以拋棄所有權之意思。拋棄其占有之物。(即委棄物)如前所述。凡無主物歸於先占取得者之所有。此法律原則也。然當急風驟雨之時。欲避船舶之沈沒。投置於海之物品。或遺失之物品。何以不認爲無主物乎。蓋投物於海。非所有者拋棄所有權。以免船舶之沈沒而爲此也。至若遺失物。所有者亦無拋棄所有權之意思。不過偶爾遺亡。出於不知覺耳。未可與委棄物同一視之也。

按古代羅馬。先占之效用。尤爲取得所有權最大之權原。蓋當戰爭之際。敵國之所有物。(Res nullius)無論爲公有。爲私有。皆必略取而先占之。如軍隊之掠取物品或土地。

歸於人民之所有。惟格鬪而得之物品。或隱匿之物品。則歸於兵卒。

第二項 添附 (Accessio)

添附者。謂以二個以上之物。結合而成一體也。區分之則有動產之添附及不動產之添附之二種。

第一 不動產之添附

(甲) 建築家屋於土地之時。則家屋視爲土地之一部。無論係何人所建築。其家屋之所有權。屬於土地之所有者。而土地之所有權。遂由是而增大也。但建物取用之材料。如爲從來所有者之所有。依十二標法所規定。從來之所有者。得請求其物之代價。

(乙) 栽植樹木於土地之時。則樹木亦視爲土地之一部。歸於土地所有者之所有。而土地所有權。亦因之增大也。

(丙) 自上流流下之土塊。逐漸堆積。增大河岸之土地。此之謂「漸積」。其增大之部分。屬於河岸所有者之所有。反之如洪水氾濫。上流土塊之一部。移著於下流之

土地。則謂爲「劇堆」。若其發生之植物。尙固著於土地。則下流地之所有者。不得取得其所有權。

(丁) 擁積沙洲於河中之時。則沙洲屬於兩岸之土地所有者。若其沙洲偏於一方。則屬於所偏一方之河岸所有者。又河流乾涸或變更其流域之時。則從前之川床。屬於同兩岸之土地所有者。

第二 動產之添附

一動產附着於他動產之時。非毀損其物體不能復原形。或分離而需過大之費用。各所有者得請求其分離。但亦有主從之區別。主物之所有者取得從物之所有權。(甲) 用他人之布帛。刺繡錦文。或書寫文字。則布帛爲主物。而全體物之所有權。歸於主物之所有者。但關於繪畫而設特別之規定。描畫於他人之布帛。則其全部之所有權。屬於畫師。

(乙) 混同 (Confusio) 流動物或金屬。混同而不可分之時。則應其材料之割合。屬於各材料所有者之共有。

(丙) 混合 (Commixtio) 固體物。例如穀物等。雖已混合。不生共有權之效力。各所有者。得應其物之割合。請求分還之。然若金錢混合不能識別之時。則所有權屬於其混合之人。

以上諸種。失其所有權者。對於取得所有權者。得為賠償之請求。自不待煩言而可解矣。

第三項 加工 (Specificatio)

加工者。謂用他人之原料。製造新物品也。其製造品屬於何人。羅馬之二大學派。即前述之擦比魯與普羅苦派。各執一議。依擦比魯派之說。應歸於原料所有者。謂有原料而後有製造品也。依普羅苦派之說。應歸於加工者。謂製造物之所由來。即加工之結果也。兩派之爭議。久不能決。遂生一折衷主義。此主義為「優斯啓利安」法典所採用。謂製造品如得復原形。則製造品之所有權。歸於原料所有者。否則。歸於加工者。但加工者亦供材料之一部。則無論能復原形與否。加工者取得其製造品之所有權。然加工者必出於善意。且取得所有權者。對於失所有權者。不可不賠償其損害。

第四項 埋藏物之發見

埋藏物 (Thesaurus) 者。謂原有所有者之物。以久埋沒於土中。而不能分明其所有者也。哈脫利安 (一) 帝以前。埋藏物之所有權。屬於國庫。同帝以後。如爲土地所有者所發見。則取得其全部之所有權。如爲他人所發見。則發見者與土地所有者。折半取得其所有權。此爲發見埋藏物於土地之原則。然若發見於動產之中。亦準此規定。

第五項 果實之獲得

果實之種類。前既言之。茲再述取得果實之權利。果實由母物分離而爲獨立所有權之目的。則歸於母物所有者之所有。其他永小作人及善意之占有者。亦因分離而取得其所有權。但母物所有者。提起回復之訴訟。占有者爾後收獲之果實。或怠於收獲。則必負賠償損害之義務。

第六項 時效 (Usucapio et praescriptio longi temporis)

羅馬之時效。有「烏斯格培」(Usucapio) 與「普列斯苦利普基」(praescriptio) 之二種。

而以「烏斯格培」爲最古。今分析其文字。「烏斯格培」之「烏斯」(U)與英語「埃斯」(Es)同爲使用之意。又「格培」(Ucarpio)之文字乃由「格披」脫化而來。有取字之義。「普列斯苦利普基」之語亦由二字結合而成。「普列」(P)前也。「斯苦利普基」(Scrip)書也。故綴合譯之曰前書。前書之制度如何發達。試約言之。在古代羅馬。訴訟之方式有稱爲「敷爾母拉」(Formula)者。以短文記載各種之事項。曰原告請求之要領。曰原告答辯之要旨。曰事實審理人取調之事項。曰裁判官之判決。其他一切方法無不一一揭載。而所謂事實審理人。非官吏。乃對於事實之點而審問者也。若依法律而下裁判者。則爲裁判官。在於羅馬。皆爲高等之官吏。通常答辯之要旨。必書於請求要領之次。然若爲時效之抗辯。則必書於原告請求之要領之前。此所以有稱時效爲前書之慣習也。故前書者。即謂書事項於原告請求之前。而非有時效之意義。今日英法語之「普列斯苦利普基」(Prescription)皆由羅馬之「普列斯苦利普基」而來也。時效之效用有二。一補所有權取得方法之缺點。一簡易證明所有權之取得。蓋在羅馬法。依法律之規定。處理所有權之移轉。未免缺失。又讓與人苟非眞所有者。則無完

全所有權之移轉。故必於一定之期間。具備時效所必要之條件。而繼續占有。遂能取得完全之所有權。是第一之效用也。又據羅馬法所規定。凡欲起回收所有權之訴訟者。必證明權原者之權利（即讓與人之權利）正當與否。且必證明自己之權利。證明之法。不可不溯及原始的取得所有權之人。若其所有之權。屢次移轉。則證明匪易。是時所有者。如於一定之期間。具備時效所必要之條件。而證明繼續占有。則得以代所有權之證明。是第二之效用也。

以下述「烏斯格培」與「普列斯普利普基」之性質。

「烏斯格培」者。市民法上之時效也。惟適用於動產及意大利國內之土地。並羅馬之市民耳。蓋依市民法所規定。彼「列斯滿基比」。非踐「滿基泊俄」之手續。則不能讓與其所有權。又非所有者。雖讓與所有權。而所有權不爲之移轉。又因先占而取得所有權。則其目的物。必爲無主物。苟闕是等之要件。則取得所有權。必生種種之障礙。若取得所有權者。不知其障礙之事實。如買賣贈與。或先占。得因正當之權原。取得其目的物。然究不得爲完全之移轉所有權也。惟於一定之期間。因繼續其占有。始能取得完

全之所有權。其期間在動產爲一年。在不動產爲二年。

「普列斯苦利普基」者。取得州之土地之時效也。在羅馬古代。州之土地。屬於國領。而法律上不認個人之所有權。實則私人所有之。亦得買賣贈與或爲其他之讓與也。而因正當權原且以善意。取得州之土地。於一定之年限間而占有之者。則司州裁判權之知事。須認其權利而保護之。此裁判官法之所有權之所由生也。其年限因當事者住居於同州與否而有差異。在同州爲十年。異州則爲二十年。

及優斯啟利安帝之時。廢「烏斯格培」與「普列斯苦利普基」之區別。折衷之而設特別之規定。即改動產時效之期爲三年。而土地時效之期。則無論意大利國之土地。與州之土地。凡居於同州者。則爲十年。居於異州者。則爲二十年。而其時效同於從來之時效。取得之原因。不可不爲正權原。（正權原。謂無他闕點而足移所有權之原因。如買賣、贈與、是也。）其他取得者必爲善意。目的物必爲融通物。且依十二銅標以來之規定。贓品或以暴力而占領之土地。雖具備正原權及善意之條件。亦不能因時效而取得也。

右之制度。名曰通常時效。而優斯敵利安法典。更有一種制度。名曰非常時效。其年限爲三十年。或四十年。而其目的物。則不得因通常時效而取得之物。即贖品及以暴力而奪得之土地也。惟關於此無須正權原之存在。而占有者之善意。尙必視爲切要。不待言也。

第三款 傳來取得

第一項 「蒙基泊俄」之方式

第二項 擬訴棄權之方式

擬訴棄權之方式。與「蒙基泊俄」之方式。前章已詳言之。茲不過數其可爲取得所有權之一方法耳。

第三項 引渡 (Traditio)

引渡者。謂以移轉所有權之意思而與之占有也。引渡之義甚廣。非必以手授與其物。乃爲引渡。如物雖在遠方。然其占有得由一人對於他一人與之。而他一人即取得其占有權。又物件之貸借主。當買受其物之時。賣主不必別爲引渡之手續。惟表示賣却

之意思。則引渡即爲完成。此謂略式之引渡。(Brevi manu traditio) 又售其倉庫中之物者。祇須引渡其鍵。亦成爲物件全體之引渡也。

第四項 分配判決

分配判決者。謂於共有物分配之訴訟。而爲分配之判決也。例如共有之物件。若爲容易分配之物。裁判官則令訴訟人各自分配之。若爲難於分配之物。分配不能平均。此方多。彼一方必少。例如分配共有地。而以貫流其中之川河爲境界。右與甲。左與乙。斯固然矣。然其受多量之分配者。對於受少量之分配者。須應其割合而拂償金。是所以保持權衡也。又如絕對的不能分割之物。斷然與於訴訟人之一方。而對於他一方。必拂償金。例如分配共有之金剛石是也。

誠如斯言。分配之判決。與通常裁判異。通常裁判。或原告勝訴。或被告勝訴。不過確定權利之判決。而非判決之後。始設定權利也。然分配之判決。乃廢其共有權。而代之以一個獨立之權利也。

第五項 遺贈

依羅馬法。遺言有效之時。即相續開始之時。遺贈品之所有權。必待被相續人之引渡。而直接移轉於受遺者也。故遺贈爲所有權取得之一權原。而受遺者即承繼被相續人之權利。此遺贈所以亦爲傳來取得方法之一也。

有爲相續之權利者。如無相當之理由。而被除去相續權。則得提起排斥遺言之訴訟。以攻擊其遺言之非義。若於此勝訴。則原告得受死者財產之幾分。（稱之爲 *Portio legitima*）至於後。定其額得總財產之四分之一。及優斯啟利安帝之時。少改正此規則。法國民法第九十二條以下之規定。實懷胎於羅馬之此規則也。

第三節 所有權之保護

所有權者被他人奪其所有物之時。得以求所有權回收之訴訟。取還其物。又或被他人妨害所有權之時。得以求所有權妨害之訴訟。排除其妨害。其他善意之占有者。及具備取得時效之條件者。亦得於時效期間已滿以前。提起回收其占有物。或妨害排除之訴訟。此占有之訴訟與所有權之訴訟之差異。所有權之訴訟。非所有者不得提起。占有之訴訟。具備取得時效必要之條件者。得以提起。其對於比。自已有優等之權利者。

雖不得行使其權利。然對於有劣等之權利者。不僅得以行使之。並與實用上所有權之訴訟。亦有同等之效力。然元來對於有劣等權利之占有者。有權利。則此之訴訟。對於所有者。不得提起。且其效力。若相手方雙方同為善意之占有者。或相手方之一方之占有。新於他一方之占有。則對於相手方雙方之占有讓與人。因其同一人與否而生差異。若同為一人。則前之讓受者勝。若其不同。則後之取得占有者勝。由是觀之。此占有之訴訟。蓋所以保護占有者也。亦即保護所有權者也。故羅馬於所有權者。所有權之訴訟。必依占有之訴訟。而保護也。

第四章 占有 (Possessio)

第一節 總論

古有一語。解釋匪易。自來諸國之立法例。及學者之著書。議論歧出。莫衷一是。其最著者沙威尼之占有論。千八百三年出第一版。千八百六十五年印第七版。自第一版至第七版。凡六十餘年間。為絕無竟有之論文。稍得與之雁行者。惟普倫斯 (Bruns) 之論文耳。其他概摭拾沙威尼之糟粕。未嘗出一新機軸也。至於近世。關於占有之論文。流行一時。甲論乙駁。僕難更數。就

中最有名者蘭特 (Ranta) 之占有論及馬鐵爾 (meider) 悲卡 (Bolker) 伊耶陵 (Horing) 等之論文是也。

欲詳說占有之事。當舉一二實例以證之。羅馬法律以質取主爲占有者。又或關於同一物件。甲乙相爭。其相爭之結果。使丙保管其物。稱之爲爭物之保管 (Sajustratio) 其丙即保管者。而即占有者。然據羅馬法律。當使用貸借之時。貸主爲通常物件之所有者。且爲占有者。借主不過爲物件之握有 (Detentio) 者耳。又如寄託之時。物件之受寄者。非爲占有。乃握有耳。其他類此者頗多。不勝枚舉。總之占有與所有異。且與握有異。誠未可相混也。然二者之區別。讓次節論之。茲先論占有之爲事實。抑爲權利。學者於此。議論紛歧。而就羅馬法論之。占有之爲事實。可斷言也。且更進一解曰。事實之占有。單稱之曰占有。認爲權利者。則稱占有權。二者之區別。可以釋然矣。

第二節 占有及握有之性質

欲明占有及握有之根本的性質。不可不先明占有之意思。占有之成立有二要素。即體素 (Corpus) 與心素 (Animus) 是也。體素者。形而下之要素。而保有物件。且排斥他

人之事實也。欲獲得占有。此實爲其必要。然依多數學者之說。一旦欲保全所獲之占有。祇以意思已足。是羅馬法之原文所規定也。至心素乃形而上之要素。不外指占有之意思。然占有之意思。果爲如何種類之意思乎。學者間之議論。曾不一定。今能解決此問題。則占有之性質自明。占有與握有之區別。亦自可以判然矣。

關於占有意思之學說。大別爲二。第一主觀說。(Subjectivistheorie) 又稱意思說。第二客觀說。(Objectivistheorie) 其主張主觀說之極端者。乃沙威尼之議論。反之而唱客觀說者。則伊耶陵是也。以下略述主觀說、客觀說之論旨。

第一 沙威尼之說

依沙威尼派之說。有所有之意思。而支配其物者。謂之占有者。無意思者。則謂之握有者。而所有之意思。非必謂所有者之意思。亦惟如所有者有所有之意思。而支配其物。則已足矣。故如強盜、竊盜。於羅馬法上不能取得其物之所有權。而以如所有者有支配其物之意思。遂亦有占有者之資格也。

沙威尼之說。風靡一世。德國有名學者咸稱贊之。英法學者亦多從之。試一翻閱英

國之書。萬調一律。莫不曰羅馬法之占有。以有所有之意思爲必要。然於今之世。沙威尼派之勢力。殆已墜地。其說亦成腐敗。不爲後世所推重。而其所以致此之由。蓋以次述二三學說漸得其勢力故也。

第二 溫脫霞特之說

依溫脫霞特 (Windscheid) 等之說。占有者必有行使所有權之意思。反之者則爲握有者。

是說固由沙威尼派之說而改良者也。故其說之形式雖異。而區別占有與握有。同以意思爲標準。即占有者必有所有之意思。或行使所有權之意思。握有者不然。此主觀說之所由稱也。

第三 鍊倫普魯之說

依鍊倫普魯 (Dernburg) 之說。以爲自己之意思而支配其物。謂之占有者。否則即爲握有者。故若有爲他人支配物件之意思者。僅得謂之握有者。不得爲占有者。是說亦爲主觀說之一種。其區別占有與握有。亦以意思爲標準。而其適用與沙威

尼及溫脫霞特二說之所以異者。即沙威尼溫脫霞特所認爲原則之例外。依鍊倫普魯之說。概認爲原則而無所謂例外也。試就質取主之例明之。質取主本無所有者之意思。亦無行使所有權之意思。而質取主之保持質物。謂爲他人。寧謂爲自己也。故以質取主爲占有者。若依鍊倫普魯之說。則認爲原則而非例外。由是觀之。鍊倫普魯之說。比於沙威尼溫脫霞特等之說。殆稍近於客觀說者也。

第四 伊耶陵之說

伊耶陵之客觀說。較鍊倫普魯之說。更進一步者也。即依鍊倫普魯之說。占有必有爲自己之意思而支配其物。而伊耶陵反對之曰。占有者不要有所有之意思。或爲自己之意思。無論何人。苟有支配其物之意思。則已足也。詳言之。伊耶陵固於占有 (Possessio) 握有 (Detentio) 「拉母爾魯脫里斯、子魯、沙黑」 (Raumerhältnisse zur Sache) 之二者間而立區別者也。「拉母爾魯脫里斯、子魯、沙黑」者。謂僅以身體觸物。即無何等之意思。蓋「拉母爾魯脫里斯、子魯、沙黑」之情形。僅有體的要素。而無心的要素。是其與占有及握有相差異之點也。占有及握有。皆有體的要素。與心的要素。而

「拉母爾魯脫里斯、子魯沙黑」不過具有體的要素耳。

伊陵耶區別握有爲有對握有與無對握有之二種。無對握有者不認他人之占有而保有物件也。例如占領神社之敷地或墓地等是。神社之敷地及墓地等。法律上不得買賣。蓋即不融通之物也。縱令占領之。亦不受法律上之保護。而自法律上觀察之。不過握有物件已耳。有對握有者。即認他人爲真正之占有者。而保有物件也。例如借用他人之物。借物者即握有者。何則。以對於他人而認爲占有者。即以物件之貸主爲真正占有者也。依伊陵耶之所說。握有亦由體的要素與心的要素而成。而握有之意思與占有之意思固二而一者也。形而上之要素即主觀的要素。二者無毫末之差。異然一方爲占有。一方爲握有者。無他。握有爲外部之故障所制。遂不能占有也。占有與握有之區別。不可不以客觀的要素。即事實爲標準。如前述沙威尼區別占有與握有之標準。全基於意思。而伊陵耶反對之。謂二者區別之標準。雖在於事實（即客觀的）而無論占有或握有其於意思固無所異也。世人或以伊陵耶之說。僅屬法理上之議論。無關於羅馬法。是誤會也。然伊陵耶之解釋羅馬法。固

嘗唱道之。且自明其事焉。今試以代數之符號。示客觀說與主觀說之區別如左。
依主觀說則

天 = 甲 + 子 + 乙

地 = 甲 + 乙

天 = 占有 地 = 握有

甲 = 心的要素 子 = 深意思 乙 = 體的要素

即占有與握有之差異關於深意思之有無也

依客觀說則

天 = 甲 + 乙

地 = 甲 + 乙 + 丑

丑 = 外部之故障

即占有與握有區別之標準關於受外部之故障與否也。占有握有二者同具心的要素及體的要素所不同者占有無外部之故障而握有不能免也。

如右諸說。各具一理。然求其適合羅馬法之精神。且與正文不相背戾者。果從客觀說乎。抑從主觀說乎。自法律之沿革觀之。古代之法律。未臻完善。占有之意義甚狹。故主觀說盛。中古以降。法律之精神。漸趨於活潑。占有之意義甚廣。故客觀說盛。觀於德國新民法第八百五十四條。全基於伊耶陵之說。日本新民法第八十條。亦胎生於德國法。學者稱之爲進步主義。其他諸國法律。殆無不採用伊耶陵之說矣。

第三節 占有及握有之類別

占有及握有之性質。既述如前。而多數學者。主唱法定占有。然法定占有之意義。解釋未一定。依沙威尼一派之說。法定占有者。謂有所有之意思。而爲占有也。反對是說者。謂以占有之訴訟而保護占有也。蓋法定占有之語。不存於羅馬法之法文中。學者特爲分類之便宜。而有此名稱耳。故學說與實質相差異。亦不足怪也。且此種分類方法。近世學者。多不採用。茲惟從羅馬法之規定。分說何謂占有者。與何謂握有者之二點。

(甲) 占有者

1. 以所有之意思占有者。即排斥他人之權利。而欲自爲其所有者。例如所有主買

主或竊盜之占有是。但盜賊對於他人之物。明知其物非己所有。而強以所有之意思占有。在法律上不得認爲真所有者。惟猶得謂爲占有已耳。

二質權者。即以典質之契約。而占有他人之物也。依羅馬法律。雖認質取主爲占有者。然以無所有之意思。故不受占有之保雙。中世以降。法律發達。占有者不論有所有之意思與否。祇有爲自己之意思。而占有即生效力。故質權者亦受占有之保護。

三容假占有 (Precarium) 者。即承原所有者之容許。而假之以占有也。溯容假占有之起源。在古代羅馬。貴族占領之公地。不自耕作。貸與出入於其家之賤民。不受報酬。其貴族無論何時。得以請求返還。賤民耕作如斯之土地者。謂之容假占有。蓋容假占有。無所有之意思。且無行其所有權之意思。故此等占有。近世學者。不認爲原則。而認爲例外。

四爭物保管者。即甲乙二人。對於同一物件。各主張自己之權利。其相爭之結果。使第三者保管其物。而不引渡其物於當事者。(甲與乙) 此第三者即謂爭物保管

人。然第三者無所有之意思。且無行其所有權之意思也。

五、永小作權者。即永小作人對於他人之土地。支拂永小作料。而有耕作或牧畜之權利也。

六、地上權者。即於他人之土地。而爲所有之工作物及竹木。有使用其土地之權利也。

右五、六二者。其爲占有與否。學說紛歧。未得一是。然據羅馬法學者。多謂爲可以占有。惟溫脫霞特一派之學者反對之。

(乙) 握有者

一、使用貸借者。關於使用貸借之情形。貸主乃爲所有者。且爲占有者。而借主不過爲握有者耳。

二、寄託者。關於寄託之情形。寄託者乃爲所有者。且爲占有者。而受寄託者。則僅爲握有者也。

三、質貸借者。關於質貸借之情形。質貸主乃爲所有者。且爲占有者。而質借主。則僅

爲握有者矣。

右三者之中。於使用貸借及寄託之情形。物件之握有者。雖無排斥貸主及寄託者以外之人之意思。而羅馬法律。或視同占有者。至賃貸借之情形。賃借主雖有排斥所有者之意思。而法律或不認爲占有者。但此等規則。比於容假占有及爭物保管。其能得權衡與否。屬於別項問題。茲不贅述。

四。家子及奴隸。依羅馬法律。家子及奴隸。皆屬於其家長權之下。故家子奴隸之保管物件。不得爲完全之占有者。不過自然之占有。即握有也。

五。占有神社之敷地及墓地者。依羅馬法律。神社之敷地及墓地。皆爲神法物。不得爲私權之目的。既如前所述矣。故縱令占領其地。而法律不認爲占有者。特爲握有已耳。

第四節 占有之得喪

第一款 占有之取得

占有之取得。必具備心素與體素之二要素。二者若缺其一。占有即不能取得。既述如

前矣。茲更述占有之體素。體素者。即排斥他人而自已支配其物之事實。此事實之發生。以物之握手爲必要。惟所謂物之握手者。意義甚廣。非謂必以手握持其物。祇能直接支配其物。且有排他的關係者。即是也。然則必有如何情形。而後惹起此種關係乎。是乃事實之問題。恒因種種之情況目的物之性質而異。且因新取得占有之情形。與由他人讓受占有之情形而異也。而由他人讓受者。不必實際物之讓受。惟依簡易之引渡。或占有之改定。而占有即可生效力也。

何謂簡易之引渡。即所有者之物。當未讓與於人之先。而其物已在他人之手。斯時物之所有者。如對於持物者。有讓渡之意思表示。則持得者即取得其占有物。而有占有權。並不須別有引渡之事實。乃生效力也。手續甚簡。故曰簡易之引渡。

何謂占有之改定。即所有者於自己之占有物。對於第二者。如有以後爲第二者占有之意思表示。則其物雖未引渡於第二者。而第二者已取得其占有權。原所有者即失其占有權。而變爲第二者之代理占有人。是曰占有之改定。

第二款 占有之代理

占有之取得。占有者不僅以自已之意思。亦得依代理而取得之。惟代理人必有取得之體素。且代理人必有爲本人占有之意思。或本人有因代理而取得占有之意思也。雖然。據羅馬法所規定。亦有本人無取得占有之意思而取得者。

其一 本人無意思能力。僅後見人有取得占有之意思而已足也。

其二 家長及主人無意思能力。僅家子及奴隸有爲家長及主人取得占有之意思而已足也。

第三款 占有之喪失

如前所述。占有之成立。有心素與體素之二要素。二者若缺其一。則占有必因之而喪失。例如占有之物。自願返還於原所有者。或願贈與於他人。有此意思表示。即爲拋棄占有之意思。是缺其心素也。又或占有之物。或已返還於原所有者。或已贈與於他人。或已遺失。則占有物即失其把持。此爲失其占有之事實。即缺其體素也。但若一時或繼續的無占有之意思。而占有仍不喪失。惟必有不占有之意思表示。占有始因而喪失矣。

右所述者。關於本人自己占有之規定。若由他人而代理占有之時。則依左之事由而喪失。

- 一 本人拋棄占有之意思。
- 二 代理人表示以後爲自己或爲第三者占有之意思。
- 三 代理人失其占有物之握持。

附 準占有 (Quasi possessio)

準占有。一名權利占有 (Juris possessio) 是羅馬法之正文所明言也。此準占有者。關係於用益權 (usufructus) 用益權之性質。俟後章說明之。茲約言之。則使用他人之物件。且有收益之權利也。羅馬當共和政治之頃。有用益權者。即爲物件之占有者。帝政以來。用益權者。僅爲物件之握有者耳。

第五章 役權 (Servitutes)

役權之定義。謂享有他人所有之土地之權利也。而據羅馬法所規定。或以土地之利益爲目的。或以人之利益爲目的。因分別爲地役權 (Servitutes praediorum) 及人役權。

(*Servitutes personarum*)之二種。試於下分二節說明之。

第一節 地役權

第一款 總論

地役權者。關於土地之各人之權利。互相抵觸而生者也。例如甲者之所有地。與乙者之所有地。境界錯接。則雙方之土地。各爲土地之利益。自不得不供其使用權。或收益權之一部。於是地役權生焉。當原始社會。草昧初開。區域不明。非如近世土地之交錯。家屋之接觸。故無地役權之必要。例如狩獵時代。廣漠大地。物若無主。境界錯接之關係。視之無足重輕。進而至於牧畜時代。邑族互於芳草之地。或清流之泉。飼養家畜。以營生活。比於狩獵時代。則人與土地之關係。漸次重大。於是地役之慣習。亦漸次發達也。故據多數學者所說。舉羅馬法典之各種地役權。當以牧畜權 (*Jus pascendi*) 飲畜權 (*Neoris ad aquam appisum*) 爲最古云。

再進而至於農業時代。耕作地之境界。犬齒相錯。則地役之權利。益見重大。於是羅馬法典之所謂田野地役 (*Servitutes prediorum rusticarum*) 者。亦因之而發達。例如步行

權 (Itaq) 通行權 (Via) 導水權 (Aguas ductus) 汲水權 (Aguas hausus) 等之權。皆起於是時。及商工時代。人口增殖。家屋增加。都府街市。逐漸繁盛。不僅土地之接觸。而家屋稠密。比隣而居。於是羅馬法典之所謂市。府地役權 (Servitutes praediarum urbanorum) 者起。例如眺望權 (Jus prospiciendi) 支柱梁於隣壁之權 (Jus tigni immittendi) 等。皆生於此時代也。

如右所述。地役權發生於牧畜時代。至農工商業時代。乃益進步。而其中之田野地役。又先市府地役而發達者也。

第二款 地役權之性質

關於地役權之性質。學者固之議論。紛歧無定。然揭各種之學說。讓於法理學。茲試舉其最適當之定義曰。地役權者。以屬於他人所有之物。依特定之方法。而有使用之權利。從此定義。則地役權非所有權之支分權。乃他物權 (Jus in re aliena) 之一種權也。而其與所有權不同之點。所有權之使用。方法。廣而無定。地役權之使用。方法。狹而有定。且所有權之目的。物。其全體屬於自己。而地役權之目的。物。其全體屬於他人者。

也。

準是以譚所有權與地役權。雖異其性質。而有使用之權則一也。在羅馬法律。稱地役爲「奢爾尾土里斯」(Servitutes)者。含有奴隸之意義。而其承役地之所有者。關於他人或他人之土地。儼若奴隸與主人之關係也。故據「優斯啟利安」法典所規定。不以地役爲權利。而以地役爲義務。然在羅馬古代。權利思想未臻發達。重義務而輕權利。會不足怪。迄於近世。人人皆富於權利思想。故諸國法律之論地役。罔不基於權利之規定。

第三款 地役權之設定

據羅馬法律。關於地役之權利。得依左記之方法而設定之。

第一 同意

羅馬古法。地役權之設定。恒基於雙方之同意。而後爲擬訴之讓與。例如甲者之土地。對於乙設定地役。甲乙如得同意。則甲爲承役者。乙爲要役者。由乙提起地役之訴訟。甲不爲抗辯。則裁判官即判定乙對於甲之土地。爲有地役權。然此擬訴讓與。

不僅限於地役之設定。其他財產讓與。皆可適用。至於後擬訴讓與之方式。漸次廢止。惟基於同意。即可設定也。

第二 法律行爲

物權之設定。恒由法律行爲。地役權亦然。然亦有由遺言相續者。惟不若法律行爲之多。

第三 效時

由時效而取得地役。必係準占有。蓋依羅馬法律。準占有者。如經過一定之期間。即取得其占有權。而地役權亦然。

第四款 地役權之消滅

據羅馬法律。關於地役之權利。得依左記之原因而消滅之。

第一 同意

地役權之設定。既多基於雙方之同意。自亦以同意而消滅之。不待贅言。

第二 混同

要役地與承役地之所有權。如歸於同一人之所有。是謂混同。則地役權即消滅。

第三 設定者之權利消滅

設定地役權者。其權利若消滅。則地役權亦與之俱消滅。例如依或條件。設定繼受財產之相續人之地役權。則自條件之發生。相續人即失其所有者之資格。而其地役權亦消滅。

第四 期間之經過

設定地役權者。如豫定設定之期間。則自其期間經過之時。地役權即消滅。

第五 不行使權利

優斯啟利安帝以前。要役地者。如二個年間。不行使其權利。則地役權消滅。同帝以後。規定一定之期間。故非經過期間。而地役權不消滅。

第六 物之滅失或變更

地役權。得因承役地與要役地之滅失或變更而消滅。例如前述之市府地役。若家屋被焚於火。則地役權消滅。又如田野地役。若因地震或洪水氾濫。而變更其形勢。

則地役權消滅。

第二節 人役權

人役權。即屬人的役權。與上述地的役權。同爲物權。惟地的役權。乃爲土地之利益。使用他人之物。而人的役權。乃爲人之利益。使用他人之物也。據羅馬法律。人的役權。可區分四種。

一 用益權 (Usus fructus)

二 使用權 (Usus)

三 住居權 (Habitatis)

四 奴隸及家畜之使用權 (Operae servorum animalis)

第一款 用益權

用益權者。謂不變其實質。而得使用收益他人之物之權利也。用益權與所有權。得互相分離。例如甲當臨死之際。遺言與其所有地之用益權於乙。而其所有權。又與於丙。如是乙有用益權。丙有所有權。而丙之所有權。謂之虛有權 (Vana proprietas) 蓋丙雖

所有權。惟其名爲然。而實則不能行使也。有名無實。故曰虛有。用益權不僅得因遺言而設定。亦得因契約而設定。且不僅得設定於土地、建物之上。並奴隸及獸類之上。亦得設定之也。惟關於奴隸之用益權。奴隸生子。其子不得收益。而歸於奴隸之所有主。不屬於用益權者也。然在獸類。則其子得加入於收益之中。而爲用益權者之物。例如牝牛一頭。有其用益之權。則其牝牛所產之犢。即爲用益權者之所有。

按古代法律。金錢之上。不許設定用益權。後則得以元老院之決議而設定之。但若此者。不稱用益權。而稱準用益權。(Quasi usufructus) 關於金錢而設定準用益權。不必引渡現金。祇以讓與債權。而得設定準用益權也。例如甲以乙爲保證。讓與己之債權。如已經過約束之期限。則直使返還債權。而乙於其期限內。對於債權者。雖得請求利息。然乙未保證於甲。而負擔返還債權之義務者也。故乙之債權。非永續的。即乙非純粹之所有者。惟爲有準用益權者耳。

第二款 使用權

使用權者。謂從本來之性質而得使用他人之物之權利也。使用權與用益權異。用益權不僅得使用物件。且有收益之權。使用權僅得使用物件。而無收益之權。且用益權得讓與於他人。而使用權不能。然法律之規定。未必如斯嚴正。關於土地之使用。使用權者。於由其土地所生之果實。本以供自己之需要。勿論供家族奴婢及賓客之需要。亦得收獲使用之。至關於家屋之使用權。惟自己得使用之。無使他人而亦使用之權利也。然其家族奴婢及賓客。相與共使用。亦未始不可。惟不得貸其家屋於他人。或買賣贈與其收獲之果實也。

第三款 住居權

住居權者。謂住居於他人之家屋之權利也。住居權之範圍狹於用益權。而廣於使用權。恰位於其中間之權利。而取得住居權者。不僅自己得住居於其家屋。且得貸與於他人。然依羅馬之慣習。雖無償金。亦得貸與也。

第四款 奴隸及家畜之使用權

奴隸及家畜之使用權。即謂於自己之奴隸及家畜。而有使役之權利也。此種權利。與

上述使用權同。無庸贅言。

右述四種權。惟以用益權爲所有權之要素。而兼收益使用之二權者也。其住居權、奴隸及家畜之使用權。不過爲人役權之一部耳。

第六章 永借權 (Emphyteusis)

永借權者。謂無期永遠或限以長久期間而借用土地及家屋之權利也。永借權之區域。甚爲廣大。而鬻鬻於所有權。然無破壞家屋或賣却土地之權利。其他關於權利之行使。皆毫無制限矣。

永借權者。一方雖有如斯廣大之權利。而一方對於所有主。不無支給年金之義務。且如欲賣與其權利於他人。必先通知所有主。受此通知之所有主。有先他人而買受之權利。故所有主若不買受。永借者始得賣與其權利於他人。是時所有主。尙有受取價金百分之二之權利。通常由買主支給之。稱之曰「竦疊基猛」(Lindosim) 又若永借權者。三年間不納年金。則所有主得沒收其權利。而羅馬法律之所謂永借權。雖主關於土地。而亦關於家屋也。

以下略述永借權之沿革。

古代羅馬征服諸方。以掠奪於敵之土地。貸與於永年之人。受取相當之年金。稱此年金曰「非苦啟加爾」(Vectigal) 又稱其土地曰「哈格爾非苦啟加利斯」(Ager Vectigalis) 其後市府及寺院。亦以同樣之方法。貸與其所有之土地於他人。借主每年支給地金。而此貸借之期間。頗巨永久之年月。故羅馬裁判官。其保護借主之權利。亦猶所有權云。然在希臘。亦有類此之慣習。即希臘古代。凡爲作森林或葡萄園。常借受永年人之土地。而稱其播植之草木曰「音普脫由」(Gourai) 臘丁語之所謂「耶母普脫基」(Impytensis) 是也。故土地永年之貸借。非發達於羅馬。直發達於希臘。及羅馬征服希臘。遂廢「哈格爾非苦啟加利斯」與「耶母普脫基」之區別。而設同一之制度。統稱之曰「耶母普脫基」。要而言之。「耶母普脫基」之文字。由希臘語胚胎而來。而永借之慣習。傳自希臘。不得謂爲無稽之說也。

第七章 地上權 (Superfices)

依羅馬法律。地上權者。謂有使用他人土地之表面之權利。即於他人所有土地之表

面而有建造物之權利也。此種權利。近世諸國法律。皆認爲特別權利之一。而其源實始於羅馬法。其權利之範圍。諸國法律所規定。大概相同。如土地之權。皆有上至天際。下至地中之原則。此原則恒隨社會之進步。而生種種之變遷。例如採掘礦產之時。土地之所有者。每與地下之採掘者異。或興工作於地面之時。土地之所有者。每與建造物之所有者異。又或建造高樓之時。上層之所有者。每與下層之所有者異。故在羅馬法。關於建造物之所有權。已認爲特別權利。不得不謂爲羅馬社會進步之一端。然而此種權利。皆與地役權、礦石採掘權等有同一之性質。大半依他人之權利與自己之權利互相接觸而生者也。

第八章 質權 (Pignus)

質權者。謂債權者爲其債權之擔保。占有債務者之物。且就其物而有先於他債權者。受自己債權之返還之權利。即爲擔保債權之返還。而有債務者所有物之上之物權也。故若債務者不履行返還之義務。則債權者得賣却其物。或即以爲自己之所有物。而充其債務。然學者或曰。質權非物權。乃債權也。而唱債權說者。又更分爲二。一曰對

於物之債權。一曰對於質物現在所有者之債權。

前說誤以物爲權利之主體。第二說稍優。然亦未免誤謬。何則。質權而爲債權。則設定前後之效力必無優劣之差。與他債權者立於同等之地位。如用益權等。即不可對抗於物。權然實際。質權對於他物權而設定之時。先於他債權。而有優先權。質權者。間設定前後之效力。雖有優劣之差。而無不備物權之性質。而羅馬法之論質權。不以動產與不動產之區別爲標準。而以移目的物之占有與否爲標準。移其占有者。即爲質權。而其目的物之爲動產與不動產。無論也。反之而不移其占有者。即爲抵當權。而其目的物之爲動產或不動產。亦無論也。

質權與抵當權之差異。在移其占有與否。然達其目的之終局。二者如一。皆有賣却其目的物以賣物之代價。供自己債權之返還之權利。若目的物無買主之時。得由裁判所之許可。從其評定之價額。取得其目的物之所有權。而賣却其目的物。或自己取得其所有權之時。如其賣物之代金。或評定之價額。不足充債權金額之全部。則對於本債務者。有請求補足之權利。

質權者爲自己債權之擔保。而有物權之質權。且占有其目的物。而有受償債之權利。然對於其目的物以不使用收益爲原則。但爲債權之利息。而有使用收益其質物之特約者。不在此限。此種特約。稱之曰「安啟庫爾」(Antikeu)而結此特約者。遂生左之效果。

- 一。債權者對於質物。得使用收益。
- 二。債權者不得請求債權之利息。因債權者以質物之使用收益。而代利息也。
- 三。由質物收益之額。若超越於利息。不必返還之。反之收益之額。若不足於利息。不得請求其差額。

然對於主債權之利息。無何等之約定。且質物之不動產。許其收益之時。則當事者即爲默認代於利息之支拂。而許收益也。

又質權之目的物。得以買賣贈與。亦猶財產權之目的物。而財產權之目的物。必不僅屬有體物。凡無體物之權利。亦得爲財產權之目的物。故有體物及權利。皆得謂爲質權之目的。又質權之目的物。必限於得爲讓渡之物。蓋若以不得讓渡之物。爲質權之

目的。畢竟不能完全質權之效力故也。

又依羅馬法律。質權設定之時。其目的物之所有者。非必限於債務者。即債務者以外之第三者。亦得設定之。

又依質權而爲擔保之債權。則其債權之範圍如何。即於主債權以外所生之債權。作爲附隨之債權。例如因債務不履行而生之損害。質權保存及實行之費用。或因質權有瑕疵而生之損害。以及契約上之利息。契約上之違約金等。皆依於質權而爲擔保者也。

質權不可分之權利也。質權者。於受其債權全部返還之前。對於質物之全部。得行使其權利也。試再詳言之如左。

(一) 質物必以其全部爲主債權之擔保。故若主債權之全部。當未消滅之時。縱令已返還其全部幾分之幾。而尙必以質物之全部。爲債權之擔保。例如一千金之債權。以一畝之土地爲質物。既已返還九百金。則其殘餘百金之債權。仍必以質權之全部爲擔保。即一畝之土地。非債務全部返還之後。不能脫其負擔也。但債務者應其債

權之割合。請求擔保物之減少。如得質權者之承諾。則其土地之全部得免負擔。

(二)質物分割之時。其各部皆受主債權全部之羈束。例如前例一畝之土地。若歸於二人所有。則其各部之土地。對於一千金之債權。皆受負擔也。

質權設定之時。必以其目的物之占有。移轉於質權者。則質物之所有者即失其物之占有。然對於其物之處分權。依然猶存。惟行使其處分權之時。有不得侵害質權及奪質權者。質物之占有之二個限制也。

對於同一物而設定數個質權之時。則其順序依設定時間之前後定之。然據羅馬法律。得行使其質物之賣却權者。必限於第一順序之質權者。此羅馬古法與近世法律。差異之點也。



國立北平圖書館
NATIONAL LIBRARY OF PEIPING
PEIPING

登錄號 10280 分類號 508
Acc. No. Class No. 723
:24

