

# 法 馬 羅

譯編俊 黃縣柳

黃  
俊  
編  
譯

---

世  
界  
書  
局  
印  
行

羅  
馬  
法



中華民國二十四年九月初出版

羅馬法 (全一册)

定價大洋九角

(外埠酌加運費匯費)

編譯者 黃俊

發行者 陸高誼

印刷者 陸高誼

發行所 上海及各省 世界書局



本書負責校對者顧炳章

# 目次

## 第一編 總論

第一章 羅馬國史之概要

第二章 羅馬法史之概要

第一節 地方法律時期

第一款 十二表法

第二款 解釋

第二節 普通法律時期

第一款 大法官之告令

第二款 法學家之解答

第三款 皇帝之勅令

第三節 法典編纂時期

第三章 中古以後研究羅馬法之略史

第四章 羅馬法之功用

第五章 法律

第一節 法律之觀念

第二節 法律之語義

第三節 法律之定義

第四節 法律之類別

第一款 公法私法

第二款 市民法萬民法自然法

第三款 不文法成文法

第六章 權利

第七章 羅馬法之編制

第二編 人之法

第一章 人

第一節 人之意義

第二節 人格之意義

第二章 自由

第一節 自由人

第二節 奴隸

第一款	奴隸之成立	三三
第二款	主人與奴隸之關係	三四
第三款	主人對外人之關係	三五
第四款	奴隸之解放	三五
第一項	解放之方法	三八
第二項	解放之制限	三九
第三項	解放之效力	三九
第四項	解放者與被解放者之關係	三九
第三節	佃奴	三九
第三章	民籍	三九
第一節	羅馬市民	三九
第二節	外國人	三九
第三節	拉丁人	三九
第四節	降服人	三九
第四章	家族	三九
第一節	家長權	三九
第一款	家長權之內容	三九

第二款 家長權之取得

第三款 家長權之喪失

第二節 婚姻

第一款 定婚

第二款 結婚

第三款 夫妻關係

第四款 嫁資

第五款 因娶贈與

第六款 婚姻制限

附 親等計算法

第七款 解婚

第三節 妾制

第四節 獨身

第五節 監護及保佐

第一款 監護

第一項 未及婚年者之監護

第一目 監護人之職務

六九

七〇

七一

七二

七二

七三

第二目 監護人之設定……………七四

第三目 監護人之規則……………七五

第四目 監護人之解職……………七六

第二項 婦女之監護……………七七

第二款 保佐……………七八

第五章 人格喪滅……………七九

第一節 人格大喪滅……………

第二節 人格中喪滅……………

第三節 人格小喪滅……………

第六章 名譽喪失……………

第三編 物之法……………

上編 物權……………

第一章 物……………

第一節 物之意義……………

第二節 物之分類……………



第二章 所有權

第一節 所有權之意義

第二節 所有權之沿革

第三節 所有權之取得

第一款 原始取得

第一項 先占

第二項 附合

第三項 加工

第四項 埋藏物

第五項 收取滋息

第六項 時效

第二款 傳來取得

第一項 偽買賣之方式

第二項 偽訴訟之方式

第三項 交付

第四節 所有權取得之制限

第五節 所有權取得之代理

第六節 所有權之保護

第七節 所有權之喪失

第三章 占有

第一節 占有之性質

第二節 占有者之類別

第三節 占有之取得

第四節 占有取得之制限

第五節 占有取得之代理

第六節 占有之喪失

第七節 占有之保護

第四章 他物權

第一節 役權

第一款 地役權

第一項 地役權之種類

第二項 地役權之設定

第一目 地役權設定之方法

一〇二

一〇三

一〇四

一〇四

一〇五

一〇七

第二目 地役權設定之制限

第三項 地役權之消滅

第四項 地役權之保護

第二款 人役權

第一項 用益權

第一目 用益權之設定

第二目 用益者之權利義務

第三目 用益權之消滅

第二項 使用權

第三項 住居權

第四項 奴隸家畜使用權

### 第二節 永借權

第一款 永借權之意義

第二款 永借權之沿革

第三款 永借權者之權利義務

第四款 永借權之設定

第五款 永借權之消滅

### 第三節 地上權

一一三  
一一三  
一一四  
一一四  
一一五  
一一五  
一一六

第四節 質權.....一二七

第一款 契約上質權.....一二七

第一項 信託.....一二七

第二項 質權.....一二八

第三項 抵押權.....一三〇

第二款 法定質權.....一三一

第一項 法律上質權.....一三一

第二項 法律上抵押權.....一三一

第三款 審判上質權.....一三一

第一項 指示質權.....一三一

第二項 扣押質權.....一三一

中編 繼承.....

第一章 繼承總論.....

第一節 繼承之概念.....

第二節 繼承人之權利義務.....

第三節 繼承人之種類.....

第二章 無遺囑繼承.....

第一節 十二表法之無遺囑繼承

第二節 大法官之無遺囑繼承

第三節 儒帝新勅令之無遺囑繼承

第三章 遺囑繼承

第一節 遺囑之方式

第二節 指定繼承人

第三節 廢除繼承

第四節 法定遺額

第五節 遺囑能力

第一款 立遺囑之能力

第二款 繼承之能力

第三款 作證之能力

第四章 遺贈

第一節 遺贈之意義

第二節 遺贈之方法

第三節 遺贈之目的物

第四節 受遺人之權利

一五三

第五節 遺贈之無效

一五三

第五章 信託

一五四

第六章 遺贈與信託之統一

一五五

第七章 因死贈與

一五六

第一節 因死贈與之意義

一五六

第二節 因死贈與之種類

一五六

第三節 因死贈與與遺贈

## 下編 債務關係

第一章 債務關係之意義

第二章 債務關係之類別

第三章 契約

第一節 物約

第一款 消費貸借

第二款 使用貸借

第三款 寄託



第四款 實權

第二節 口約

第一款 口約之作用

第二款 口約之設定

第三節 書約

第四節 合意約

第一款 買賣

第二款 質貸借

第三款 合夥

第四款 委任

第五節 無名契約

第六節 約束

第七節 保證

第八節 契約之通則

第一款 錯誤

第二款 暴行及脅迫

第三款	詐欺	.....	一八六
第四款	不正當原因	.....	一八六
第五款	地點	.....	一八七
第六款	期間	.....	一八七
第七款	條件	.....	一八八
第八款	過失	.....	一八八
第九款	能力	.....	一八九
第十款	代理	.....	一九〇
第四章	準契約	.....	
第一節	事務管理	.....	
第二節	非債取回	.....	
第三節	共有	.....	
第五章	私犯	.....	
第一節	竊盜	.....	
第二節	強盜	.....	
第三節	對物損害	.....	
第四節	對身分損害	.....	

第六章 準私犯

第七章 債務關係之移轉

第一節 債權讓與

第二節 債務承任

第八章 債務關係之消滅

第一節 絕對之消滅

第一款 清償

第二款 更改

第三款 正式之免除

第四款 抵銷

第五款 混同

第六款 履行之不能

第二節 相對之消滅

第一款 不正式之免除

第二款 時效

二〇九

二〇九

二〇九

二〇九

二〇九

二〇九

二〇九

二〇九

二〇九

二〇九

二〇九

二〇九

二〇九

二〇九

二〇九

## 第一編 總論

### 第一章 羅馬國史之概要

羅馬法律。其形式上有效之期間。歷時千有餘年。其間因革損益。變遷彌多。非先明其國歷史之梗概。莫其法律遞嬗之由來。用先述其國史之概要焉。

羅馬建國於紀元前七五三年。卽在我國周平王十八年。其開國之主曰羅馬魯斯 (Romulus) 卽以其國。故曰羅馬 (Rome)。政體爲王制。王爲國家元首。總攬政教大權。並設元老院 (Senatus) 額定百員。事悉取決之。王位由元老院或國民擇賢推戴。不由世襲。綜計七主。閱時二百四十有四年。迨紀元前第七王達達里爾斯蘇拍布斯 (Tarquinians Superbus) 橫暴。舉國怨憤。乃逐其王於國外。推翻王制。改羅馬共和政制。乃由貴族與平民集合而成之國會 (Comitia Centuriata) 選舉總裁 (Consul) 理國政。平時兼爲元老院議長。戰時兼爲軍隊統帥。任期一年。惟其時貴族平民。因權利不均。爭鬪迭

選。因亦時行時廢。直至紀元前二八六年。因荷吞希亞法 (Lex Hortensia) 之公布。貴族平民之權利。而向之所引爲內訌之淵源者。乃完全消滅。至愷徹 (Caesar) 始推翻共和。創行帝政。緣愷徹初與羅海 (Pompey) 客拉蘇斯 (Crassus) 並稱三雄。既而客氏東征帕西亞 (Parthia) 被戮。愷徹與澎湃相下。治兵相攻。卒殺澎湃而併其衆。由是政柄盡出其手。積威既久。爲共和黨人所憤。刺殺於元老院。馬共和之制。亦遂亡於愷徹之手。惟其時羅馬國內雖變亂頻仍。然對外侵略。則未嘗稍懈。初則蠶食意併吞希臘及北非洲。較原有版圖。僅限於意大利之西海濱者。已相去懸殊矣。

愷徹被刺而後。其嗣子阿克台威亞魯斯 (Octavianus) 於紀元前二七年間。與愷徹部將恩安尼 (Antony) 列匹杜斯 (Lepidus) 搜索共和黨人。盡殺之。是爲後三雄。此時羅馬內亂已極。人皆望治。其醉心民政者。已殆盡。故阿克台威亞魯斯遂得乘此機緣。實行帝制。自稱曰大帥 (Imperator)。上尊號曰阿格斯士斯 (Augustus) 自後二百餘年。武功最盛。領域擴張。幾及歐洲全部。而小亞細亞及非洲之北。亦皆賓服。至馬苦斯阿來里爾斯帝 (Marcus Aurelius) 復遣使取道南洋。與中國交通。時在漢桓帝延熹九年。漢稱羅馬曰大秦。馬帝而後。羅馬遂日趨崩潰。篡弑頻仍。四夷交侵。紀元後二八四年。第阿克來梯恩魯斯 (Diocletianus) 帝時。分爲東西帝國。旋建東都於君士坦丁堡 (Constantinople)。西帝國於紀元後四七六年爲德國民族所滅。適當我國宋後廢帝之時。東帝國於一四五三年爲阿士門 (Ottoman) 所滅。適當我國明景泰帝之時。綜計羅馬全盛之時期。適在我國兩漢



年間也。

## 第二章 羅馬法史之概要

羅馬國體政體。既幾經變遷。故其法律。亦隨其國情而有所更易。學者間通常恆分作數期。以便爲有系統之研究。惟分期之法。多按著作之主旨及範圍。而以意爲之。如英國史家吉波 (Gibbon) 則分爲四期如左。

一、不文法時期 自羅馬建國至十二表法 (Lex duo decim tabularum) 公布。

二、成文法時期 自十二表法公布至共和末葉。本期除公布十二表法外。尙時頒布單行法。

三、成文法發達時期 自帝政初年亞歷山大塞威魯斯 (Alexander Severus) 帝時。本期羅馬文

十二表法及其他單行法。不足以應時勢之需要。於是乃以法院之判決例及法學家之學說。解釋一切成

四、法典編纂時期 自亞歷山大塞威魯斯帝時至儒斯梯尼恩魯斯 (Justinianus) 帝時。(以下

帝) 本期羅馬成文法與日俱增。而法院判決例及法學家之學說。亦浩瀚無極。遂以促成法典之編纂。

本書乃就其成文法發達之順序。分爲左列三期。卽

一、地方法律時期 本期始於十二表法。終於共和末葉。爲市民法 (Jus Civile) 盛行之期。適

於羅馬市民。



二、普通法律時期 本期始於帝政之初。爲萬民法 (*Jus Gentium*) 盛行之期。凡屬羅馬人民。  
三、法典編纂時期 本期即儒帝編纂法典之時。亦即羅馬法集大成之時也。

## 第一節 地方法律時期

本期法律。即所謂市民法也。市民法者。乃羅馬固有之法律。僅羅馬市民受其支配。故曰市民法。其法律行爲。均須履行一定方式。程序繁重。在幼稚社會。實有防護錯誤。杜絕詐欺。保存證據之必要。惟當社人事日繁之時。則不免遇事滯延。難收敏捷之效矣。

### 第一款 十二表法

羅馬共和之時。司法權幾全爲貴族操縱。平民向隅。屢起反抗。貴族不得已。乃選委員十人。編纂法律。初成十表。翌年復成二表。於紀元前四百五十年公布。銘諸十二銅表。揭於法院。俾衆周知。因名十二表法。爲羅馬法成文之始。其法嚴苛。重形式。如關於債務之規定。債務者欠債不能償。則爲債權者之奴。生殺與奪由之。若債權者不祇一人。則得分解債務者之身體。又如關於家長權 (*Patria potestas*) 之規定。許家長 (*Pater familias*) 對於家內妻子奴婢。有生殺權。至其詳細法條。則中因哥利亞 (*Gallia*) 人種之侵入。兵燹之後。蕩然無存。雖十七世紀時。法人嘉可布斯哥佐弗來杜斯 (*Jacobus Gothofredus*) 搜集殘編。然亦未竟厥功。近世得於斷簡中者。僅有

四、五條而已。茲將該法規定事項之標題。列舉如后。

- 第一表 (Tabula I.) 傳喚 (De in jus vocando)
- 第二表 (Tabula II.) 審訊 (De judiciis)
- 第三表 (Tabula III.) 責償 (De aere confesso rebusque jure judicatis)
- 第四表 (Tabula IV.) 家長權 (De jure patrio)
- 第五表 (Tabula V.) 遺產繼承及監護 (De haereditatibus et tutelis)
- 第六表 (Tabula VI.) 所有權及占有 (De dominio et possessione)
- 第七表 (Tabula VII.) 房屋及土地 (De jure aedium et agrorum)
- 第八表 (Tabula VIII.) 私犯 (De delicto)
- 第九表 (Tabula IX.) 公法 (De jure publico)
- 第十表 (Tabula X.) 宗教法 (De jure sacro)
- 第十一表 (Tabula XI.) 補充前五表 (Supplementum V. priorum tabularum)
- 第十二表 (Tabula XII.) 補充後五表 (Supplementum V. posteriorum tabularum)

## 第二款 解釋

十二表法既經公布。其有效期間頗爲久遠。直至一千年後。儒帝編纂法典。然後廢止。其施行之長。時移勢易。變遷彌多。矧自古卽無一成不變之法。故漸覺不合時宜。於是當時人士。爲求補偏救弊。不解釋。以應需要。從而十二表法。法文雖不改。而精神已大變。如該法本無解放子孫之明文。迨後因有解需要。於是解釋者。乃利用家長賣子孫爲奴至三次者。失其家長權之規定。以爲解放子孫之方。其法卽賣其子孫爲奴。買者釋之。如是者三。其子孫遂爲自權人矣。

## 第二節 普通法律時期

本期法律。卽所謂萬民法也。萬民法者。乃基於比較法學之法律也。非理想之法律。亦非外人之法律。乃羅馬人採集固有之習慣。與乎他國人民多數遵守之法律。準乎情理。取世界主義。定爲法律。以施行於非羅馬市民。卽羅馬市民亦得受其支配。故仍爲羅馬法之一種。而與市民法對峙者也。

萬民法既應時崛起。其發達過程。實閱五百年之長久期間。而所以助成之者。則賴左列三項。卽：

一、大法官之告令 (Edicta praetorum)

二、法學家之解答 (Responsa prudentium)

三、皇帝之敕令 (Constitutiones)

## 第一款 大法官之告令

紀元前三百六十七年。羅馬始設大法官 (Praetor) 乃最高法官也。紀元前二百四十二年。羅馬因疆土日闊。國際貿易。日益發展。外來之非羅馬市民。與羅馬市民。交易漸多。降服之人亦漸衆。此等外人之行爲。既不能適用市民法。於是遂無法律以資依據。因亦無法律效力。此種情形。漸感不便。乃另設大法官。專司外人訴訟。名之曰外人大法官 (Praetor peregrinus) 遂名前者曰內地大法官 (Praetor urbanus) 以資區別焉。

右之兩項大法官。均於就職之初。發布告令。預定審判案件擬持之辦法。書於木板。懸諸公堂。以告有衆。此項告令。以外人大法官所發布者。尤關重要。因其不受市民法之拘束。純本自然之正義 (Naturalis aequitas) 及公衆之利益 (Publicae utilitas) 與乎通行一般民衆之規則。以爲根據。惟告令之有效期間。僅及一年。因大法官之任期。以一年爲度。新官就職。另頒告令。前者自成陳迹。其後此項告令。因大法官之更迭。每年發布不之曰永續令 (Edictum perpetuum) 嗣以歷時既久。新官常因循舊令。不加改易。乃名之曰因襲令 (tralatium) 其後諸項告令。遂漸有法律性質。內地大法官亦援用之。故其適用範圍。漸次擴大矣。

羅馬當時之大法官。本無立法權。因其既處最高法官之地位。自握有程序法之權。如案件應否受抗辯與否。均有權決定。且當時採用之訴訟方法。係由大法官預將法律決定。擬具方式 (Formula

(Jures)

羅馬審理官之制十二表法時已有之。由當事人於元老院議員或騎士中選任一人。受大法官之指揮。審理事實。

審理官審理事實。依其方式。以斷曲直。

以長大法官之權。故其告令直等法律。而竟名之曰官吏法 (Jus honorarium)。於是萬民法之法之上矣。

準上所述。大法官既得發布與法律同等效力之告令。實無異握有最高法權。帝制成後。自不相容。百二十九年。哈第里恩魯斯 (Hadrianus) 帝乃命法學家沙比魯斯 (Sabinius) 儒里恩魯斯 (Julianus) 將前之大法官告令編輯為一名曰儒里恩魯姆告令集 (Edictum Julianum)。或曰哈第里恩魯姆 (Edictum Hadrianum)。自後大法官惟許依據此項告令。不得有所損益。於是大法官之法權始受限制。其範圍焉。

## 第二款 法學家之解答

羅馬法學家最初全係僧人 (Pontifices) 僧人均貴族。對於法學。祕密傳授。不事公開。平民殊無機會。獲得法律知識。至紀元前二百五十四年。平民僧人體伯里爾斯柯倫康里爾斯 (Tiberius Coruncanius) 始允凡關於法律問題。任人質疑。盡量解答。於是法學因之大興。不為貴族僧人所私有。至阿格斯土斯帝時。並對於其所指定之法學家之解答。與以法律效力 (Jus respondendi)。大法官及審理官審判案件。均受其拘束。迨後不獨於法學家之案件解答。認為有法律效力。即其著作亦認為有法律效力焉。

羅馬帝政時代。法學進步。學說繁興。阿格斯土斯帝時。學者分兩大派。一曰沙比魯斯 (Sabinius) 派。一曰普



羅苦魯斯 (Proculus) 派。前者師克鄙士 (Capito) 採進步主義。後者宗來比阿 (Labeo) 採守舊主義。兩派所見互異。立說亦歧。彼此爲學理上之辯論。歷時百有六七十年。裨益法學。實非淺鮮。迨沙比魯斯派之嘉優斯 (Gaius) 出。該派遂大佔優勝。氏所著之法學階梯 (Institutiones) 辭意簡賅。頗適於初學之用。其後儒帝編纂法典中之法學階梯。取材於是書者甚多。

此後第二世紀與第三世紀之交。凡百年間。學者輩出。其中最著名者。有五大法學家。曰帕鄙尼恩魯斯 (Papinianus) 鮑魯斯 (Paulus) 烏爾鄙恩魯斯 (Ulpianus) 嘉優斯謨德斯梯魯斯 (Modestinus) 等。尤以帕鄙尼恩魯斯爲最。其餘四家。亦均聲名藉甚。著作學說。均多發揮。至威蘭梯尼亞魯斯 (Valentinianus) 帝第三世。於紀元後四百二十六年。特頒勅令。所有前述五大法學家及其引用之法學家之著作。均有法律效力。如各家意見不同。以多數取決。數同則以帕鄙尼恩魯斯爲主。五大法學家既歿。後起無人。法律之學。頓形衰歇矣。上述之諸大法學家。其功績卽在就現有之材料與事實。編爲有系統之法律。且闡明其法理。其中最典卽關於債權及債權中契約之一部。兩方締約者所未表示之意思。均代爲發明之。此着不獨適宜於羅馬。則於來茲。此其所以蜚聲於法學界也。

### 第三款 皇帝之勅令

阿格斯土斯帝混一羅馬之初。政體雖改帝制。而共和之形式。猶然存在。仍號共和國。仍有元老院。



皇帝須提出法律案 (Oratio) 於元老院。經院議決 (Senatus-Consultum) 方由皇帝公布施行。惟斯於即位之初。即將元老院分爲司法、諮詢、評議三部。藉削其權。且自爲平民會議 (Comitia Tributa) 便操縱。劃全國爲三十七州。設皇帝領邑。元老領邑。力圖中央集權。是時皇帝尙無立法權。僅得藉左列更法律。卽：

一曰裁 (Decretum) 乃對於案件之判決。

二曰答 (Rescriptum) 乃對於案件之意見。

三曰訓 (Mandatum) 乃對於官吏之命令。

四曰諭 (Edictum) 乃對於國民之命令。

綜上四者。總名之曰勅令 (Constitutiones)。

當時皇帝雖無立法權。然有司法權。惟御審之程序。與大法官不同。不用方式手續。而用特別手續。法律與事實。均由皇帝或欽差獨裁。不由二人執掌。因之皇帝變更法律。毫無窒礙。紀元後三百年。第阿克來梯恩魯斯帝在位。實行專制。君權獨尊。向例皇帝僅得提出法律案於元老院。通過與否。無權過問。迨後帝權漸增。元老院對於皇帝所提之法律案。罕能否決。提交院議。成爲具文。至是遂並此形式亦取消之。皇帝逕自公布法律。以對於國民所用之命令 (Edictum) 行之。大都偏重萬民法之原理。而市民法遂成歷史上之遺迹。皇帝之有立法權。亦由是始。

### 第三節 法典編纂時期

羅馬法學之研究。雖自五大法學家歿後。繼起無人。然法律自身之發達。則駸駸乎靡所底止。當時頒布之一條一例。堆積若山。遂促法典編纂之進行。

羅馬法律。至儒帝時。可分爲兩大類。一曰舊法 (*Jus vetus*)。即三世紀以前之法律。一曰新法 (*Jus novum*)。即皇帝所立之法律。前者包括十二表法。平民會議議決之法律 (*Plebiscita*)。元老院之決議。大法官之告令。及三世紀以前皇帝之勅令。惟援引原法者甚少。大都皆引法學家之意見及著作。以其詳明也。

當時私人編纂之法典。最著者爲格來哥里恩魯斯法典 (*Codex Gregorianus*) 及黑摩梗里恩魯斯法典 (*Codex Hermogenianus*)。皆編輯三世紀以前皇帝之勅令。又有哲阿采西爾斯二世 (*Theodosius II.*) 所之哲阿采爾斯二世法典 (*Codex Theodosius II.*) 乃編輯三世紀後皇帝以命令所立之法律。儒帝法典材焉。

儒帝卽位於紀元後五百二十七年。當以法律散布。統系毫無。且學說紛紜。莫衷一是。乃選任法學家。尼恩魯斯 (*Tribonianus*) 等十六人爲委員。編纂法典。於紀元後五百三十三年告竣。共成三部。卽當吾大帝朝昭明太子纂輯文選之時也。

儒帝東羅馬皇帝也。故其編纂法典之地。非在意大利。乃在今之土耳其首府君士坦丁堡 (Constantinople)。然因其復君臨意大利。故其法典。不惟行於東羅馬。且行於意大利。儒帝既崩。其法典勅令。悉被譯為希臘文解釋之。或加以改正。或廢止原文。至紀元後八百九十八年。里阿非羅梭斐斯 (Leo Philosophus) 希臘文更編纂巴西里卡 (Basilica) 新法典。凡六十卷。實則有名無實。故後世立法者。仍多以儒帝法典。茲將儒帝編纂之法典。分述於后。

一、法學階梯。(又譯法律綱要) (Institutiones) 乃法典之緒言。於五三三年公布。實即無異法學教。頗適於初學者研究之用。惟具有法律效力。為法典之一部。編者為法學教授哲阿非魯斯 (Theophilus) 及朱哲爾斯 (Dortheus)。總其成者為體里波尼恩魯斯 (Tribonianus)。書分四卷。要皆根據嘉優斯 (Gaius) 之法學階梯。

二、學說彙纂。(又譯會典) (Digesta 亦名 *Contestata*) 於五三三年公布。編纂委員十餘人。總其成者為體里波尼恩魯斯。是書於各法學家學說 (約二十九大家學說) 之中。獨取一說。全部前後一貫。自後各家學說。不許再引。實為羅馬法之發達。集其大成者也。書凡五十卷。內容可分為三。即：

1. 市民法。以沙比魯斯 (Sabinus) 學派之學說為主。
2. 大法官告令。以烏爾鄙恩魯斯 (Ulpianus) 之學說為主。

3. 特別法律問題及案件。以帕鄙尼恩魯斯 (Papinianus) 之學說為主。

三、法令類典。(又譯法典) (Codex) 乃編輯歷代皇帝之勅令。始於哈第里恩魯斯 (Hadrianus) 帝。終於儒帝。原於五二九年公布。嗣因前兩項法典。編纂告成。法律多有變更。乃重加修正。復於五三四年公布之。凡十二卷。

右述一、二、三項法典。均儒帝委員編纂。帝並鑒於前此法學家意見紛歧。解釋法律。極不一致。乃決定自後凡關於法律上疑問。均由帝自行解釋。所有帝解釋法律及變更法律之勅令。統名之曰新勅令 (Novellae Constitutiones)。自五三五年至五六五年。凡三十年間。共有百數十條。後人並前三部為四部。總稱曰民法大全 (Corpus Juris Civilis)。

### 第三章 中古以後研究羅馬法之略史

羅馬法律。儒帝而後。即漸荒廢。中古以降。其形式上之效力。已隨其帝國之滅亡而消滅。惟其潛勢力則歐洲諸國。當時研究羅馬法者。首推意大利。次為法、德等國。茲因其研究之方法不同。大別為五派。述之於左。

一、註釋法學派 (Glossators) 中古之世。意大利文藝復興。十二世紀時。有伊爾來里爾斯 (Irnerius)

羅馬法於波隆格拉 (Bologna) 大學。專門註釋儒帝法典。法文條款。悉皆暗誦。風靡一時。人材輩出。繼起

稱四博士(Quartor doctores) 卽馬丁魯斯(Martinus) 嘉可布斯(Jacobus) 胡果里魯斯(Hugo) 布爾嘉魯斯(Bulgarus) 均此派中之錚錚者。迨十三世紀初葉亞卓(Azo) 講授斯學兼事著述。理想偉章雄渾。推倒一世。勢力所及。越意大利而達於歐洲。德之耶陵格(Jhering) 謂羅馬法如已死之樹。復於波拉發芽。卽指此派之功也。故斯派不僅掌握當時法界之牛耳。亦爲引導後世法學之津梁。迨十三世紀中葉。亞爾斯(Franciscus Accursius) 蒐集斯派學說彙輯成書。以示後學焉。

一、後期註釋法學派 (Post-Glossators) 十三世紀與十五世紀之間。繼註釋學派而起者。曰後期註釋派。重在研究羅馬法之精神。尋溯法律原理。不拘泥於法文。實開法律哲學之基。使人人深信羅馬法爲近人情適實用之法律。歐洲諸國。羣棄其固有之習慣法。而採用羅馬法者。要皆斯派有以致之。至其中之傑出者。當十三世紀末葉。則有杜蘭梯斯氏(Durantis) 所著法鑑。頗重實用。十四世紀中葉。則有巴圖魯斯氏(Bartolus de Saxoferrato) 之學說。流行於後世者頗多。十五世紀初葉。則有巴爾杜斯(Baldus de Ubaldis) 及梅魯斯(Jason Mainus) 他如阿朵佛來杜斯(Odofredus) 西魯斯(Cinus) 等。亦足稱焉。

三、沿革法學派 繼後期註釋派而起者。爲法國之學派。法之研究羅馬法。始於佛蘭西斯一世(Francois I. 1515—1547) 佛帝聘意大利碩學亞爾西亞士斯(Alciatus, 1492—1550) 爲波爾格斯(Bounges) 大學教授。主講羅馬法。學者日衆。此後自一千五百年至一千六百五十年。爲最盛時期。名家有苦嘉西爾斯(Cujacius)



宋來魯斯 (Donellus) 苦氏之研究。重在沿革。不惟研究儒帝法典。亦且追溯羅馬法歷史及文學。實爲沿革法學派之鼻祖。學術淹博。超邁前哲。苦氏學說。德之普通法。引用頗多。宋氏則專究羅馬法之原理原則。直至今日。其著述猶爲研究羅馬法者所利賴。德國學者貝克 (Bekker) 尤稱道之。

四、理性法學派 十六世紀之際。法國宗教戰爭。法學家多避難荷蘭。於是荷蘭法學。遂於十七世紀初葉。繼法而起。最著名者爲國際法學鼻祖格羅體爾斯氏 (Grotius) 以自然法 (Jus naturale) 乃基於人類之天性。具有永久不易之真理。從而以現實法律 (Positive Law) 亦必合乎人之天性。故其研究羅馬法。注重理性。因成爲理性法學派。至其思想之起源。則純受希臘哲學從性論之影響。矧羅馬法與希臘哲學。原有密切關係。格氏主張。蓋有由來也。

五、歷史法學派 繼荷蘭之後而研究羅馬法者。厥爲德國。德自十六世紀中葉。經其國著名學者哈羅恩德 (Haloander) 輸入羅馬法後。其固有法律。頓受影響。羅馬法大佔優勢。至十七世紀末葉。德之著名學者康林格 (Covring) 及卡甫磋佛 (Carpzov) 等。提倡固有法律。不沉溺於羅馬法。因是德之固有法復興。羅馬法勢力。如昔日之盛。泊十八世紀。大法學家薩威尼 (Savigny) 提倡羅馬法學。著有羅馬法史及羅馬法體論等。靡一世。不僅促成羅馬法之興盛。且儼然自成一家。是即所謂歷史法學派也。故羅馬法學。近世以德之學者如耶陵格 (Jhering) 溫德斯許德 (Windscheid) 貝克 (Bekker) 等。均於羅馬法之研究。享受盛名。



陵格所著之羅馬法精神論。爲研究羅馬法者必讀之書。一千九百年。德國民法施行。德之法律。遂一統矣。

## 第四章 羅馬法之功用

羅馬滅亡。距今千有餘年。其法律尙爲大陸法系諸國研究者。其價值何在。原因何在。是不可以不察也。德法學家耶陵格羅馬法精神論之首曰。羅馬號令世界者三。統一萬國者三。始則兵力統一。繼則當帝國衰微。尙握宗教大權。是爲宗教統一。終則中古以降。歐洲諸國。皆援用羅馬法。是爲法律統一。而羅馬法之於近世。其將一統法律世界乎。云云。夫羅馬帝國與其兵力共滅亡。羅馬教又與其教皇之權力共衰頹。獨法律一學。自古至今。日在進展之中。誠如耶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。準斯以談。可知羅馬法。其功用有三。一爲比較法學方面之功用。二爲研究法史方面之功用。三爲尋溯法理方面之功用。茲申述之。

一、比較法學方面之功用 學者中有認法律爲地理與人種之產物。因取古今各國各人種之法制。以作實驗比較研究者。曰比較法學。近世德法。對於斯學。極力提倡。而尤以羅馬法爲其研究之重要資料。蓋以羅馬法歷史。亘千餘年。若以近世歐洲法律爲其繼承者。則其歷史又延長千餘年。其中自十二表法至儒帝編纂法典。歷時九百八十四年。不惟他國法律史之長。莫能與比。卽其法律之發達與變態。亦莫能及。英之美因 (Maine) 於其所著古代法 (Ancient Law) 卷首曰。世界著名之法制。以法典始。以法典終。卽指羅馬法也。欲從事於比較法學者。

烏可忽諸。

二、研究法史方面之功用。歐洲各國法律。大都淵源於羅馬法。舉凡法律名詞。法律原理。莫不本於羅馬。研究羅馬法。即無異研究歐洲各國法律史。茲分述德、法、英法律史之大概以證之。

a. 德

德國法律。中古之時。始受羅馬法影響。即值歐洲所謂再生 (Renaissance) 之時也。斯際日耳曼當久歷變亂之後。社會安寧。羅馬文化。乘之而入。法律思潮。亦受震盪。德之固有法。遂遭擯棄。自十五世紀中葉至十六世紀中葉。百餘年間。德國援用羅馬法。盛極一時。致當時有德皇爲羅馬皇繼承人之語。史家亦竟稱之曰採用羅馬法時代 (Rezeptionszeit)。溯德在十二三世紀之際。未設大學。德人多留學於意大利之波隆格拉 (Bologna) 大學。研究羅馬法。迨學成返國。即用之於立法、司法。且因羅馬法之實質。本優於德之固有法。故風行一時。視爲當然。一四九五年。德創設高等法院。司法官吏。多以法學博士充之。羅馬法之侵入德國。其程度當以斯時爲最。至十六世紀中葉。形勢一變。其時行於德之羅馬法。非純粹之儒帝法典。乃參合寺院法。寺院法者。乃源於羅馬教會之裁判權。經寺院法全典之編纂而大成者也。當上二世紀中葉。意大利之波隆格拉大學。極力研究羅馬法。教會因亦編纂寺院法。以與羅馬法相抗。其所編纂者。(一)高僧格拉維尼法令集 (Decretum Gratiani)。(二)法王格來果里爾斯九世法令集 (Decretum Gregorius IX)。(三)法王波尼斐西爾斯八世法令集 (Bonifacius VIII)。(四)克里門梯亞五世法令集 (Constitutiones Clementiae V)。(五)法王約翰二十二世增補法 (Extravagantes Joannis XXII) 以上五種法令集。爲寺院中重要之法典。至一五八〇年。法王格來果里爾斯十三世 (Gregorius XIII) 編輯諸法令集。名之曰羅馬寺院法全典 (Corpus juris canonici)。至是寺院法典。始告大成。意大利習慣法。德國習慣法。德國固有法。及儒帝法典。五者而

德國普通法。至一七〇〇年。普通法又漸成過去。適用於全德人民。僅及三分之一。迨一七九四年。普魯士民法。八〇四年。法國民法。均於萊茵(Rhine)河左岸。次第施行。一八〇九年。巴敦(Baden)民法。一八一一年。奧國民法。一八六三年。撒克遜(Sachsen)王國民法。相繼制定。於是各該區域內。遂不援用羅馬法。卒至一九〇〇年。國民法施行。德民法於一八八八年起草。一八九六年公布。一九〇〇年施行。羅馬法遂失效力。惟其實質仍多基於羅馬法。故近世德國法學者。尙多研究羅馬法也。

## b. 法

之法律。因國境關係。素分二部。北部與德比鄰。採習慣法。南部與意接壤。採羅馬法。大革命後。各項法律。均行頒布。始趨一致。拿破崙(Napoleon)當國。於一八〇〇年。編纂法典。閱時四年。始告厥成。沿用至今。雖名稱屢易。而其實質。則始終未越羅馬法之範圍。就中如物權債權諸編。尤多援襲羅馬法焉。

法國民法。除其本國外。他如德領之爾入撒斯(Elsass)、羅者凌簡(Lothringen)、比利時及瑞士之貝恩(Berne)、與盧森堡(Luxemburg)等處。俱皆援用。卽一八一一年奧國民法。與一八六五年意國民法。亦均參照法國民法。又如著稱於世之瑞士債務法。亦係兼採法民法與羅馬法而成者也。

## c. 英

英與羅馬。遠隔重洋。被治於羅馬。爲時甚暫。故其國法律。受羅馬法之影響。不如他國之甚。然至十三世紀時。

學者中頗有研究之者。而英之教會法 (Ecclesiastical law) 及平衡法 (Equity Law) 均有取於羅馬法。其普通法 (Common law) 中之契約原則。遺囑制度。及信託規則。援用羅馬法之處。尤屬顯著也。

準上所述。足見歐洲法律。大都承受羅馬法。我國近年法律。已趨於大陸法系。則對於本系所認為淵源之羅馬法。實有研究之必要。故若欲明悉大陸法系諸國法律之變遷。自宜從事於羅馬法也。

三、尋溯法理方面之功用 羅馬法論理精純。足以磨鍊人之法律思想力。蓋羅馬人法律上之知識。實受希臘哲學之影響。古時哲學。首推希臘。迨被羅馬征服而後。其哲學亦隨之而傳於羅馬。羅馬之文物制度。爲之一新。而法律之學。亦因以進步。致當時有羅馬以武力征服希臘。希臘以文化征服羅馬之稱。又因羅馬人原具有一種緻密微妙之法律思想。故其發爲事實。自能冠絕古今。卓越東西。至其議論之純正。注重應用。不尙空談。主義一貫。無有紛歧。用能久遠流傳。不與其國偕亡也。十八世紀時。德之哲學者萊布尼茲 (Leibnitz) 竟以數學比之。謂羅馬法之原則。猶如數學學理。其法理之精密。可想見矣。

## 第五章 法律

### 第一節 法律之觀念

法律之發達。與社會之演進。有密切關係。故其觀念亦因時而異。當原始社會。謂法律乃由神意直接表

罕默德 (Mohamat) 之可蘭 (Koran) 經典。自謂係神使格布里爾 (Gabriel) 所賜。斯巴達 (Sparta) 之克格斯 (Lycurgas) 法典。傳說由亞波洛 (Appollo) 神所授。他如印度 (India) 之馬紐法典 (Code Manu) 猶太之摩西斯 (Moses) 十戒。希臘之門來斯 (Menes) 法典。莫不皆然。中古以降。民智漸啓。乃謂法律由神意間接表示。以爲立法者修訂法律。實基於神意。法之德波諾爾德 (Debonold) 德之司達黑爾 (Stachi) 均持是說。蓋往古當國者。欲其人民尊敬服從。要皆假神道以設教。以期迷信人民。爲治國之政策。在十五六世紀之際。宗教改革。神權衰而君權盛。乃謂法律即主權者之命令。倡於英之分析法學派阿斯挺 (Austin) 德國賓登格 (Binding) 桑恩 (Thon) 及比亞林 (Beirling) 等。所見亦復相同。至於近世。社會進化。民智發達。乃謂法律之制定。由於民意。此說古代雖間有道之者。然實大成於盧梭 (Jean Jacques Rousseau, 1712-1778) 而德國歷史法學派薩威尼 (Savigny) 亦主是說。此其觀念遞嬗之大略也。

準上所述。羅馬法律。果何所基乎。考十二表法 (Lex duo decim tabu-larum) 以前之法律。要皆託於神意。十二表法以後。則一以民意爲歸。故可謂其基於民意主義也。

## 第二節 法律之語義



法律一詞。考之我國。起源甚古。管子曰。法律政令者。吏民規矩準繩也。（七臣七主篇）韓非子曰。人臣又以徒取舍法律。而言先王明君之功者。上任之以國臣。（飾邪篇）足見法律連綴成詞。非始於近日也。

羅馬表示法律之文字有二。一爲 *Jus*（儒斯）一爲 *Lex*（來格斯）*Jus* 一字。由梵語之 *Ju* 而來。爲羈束之義。羅馬有時以之指法律。有時以之指權利。至 *Lex* 一字。當王政時代。國王制定之法律。卽曰 *Lex*。至共和時代。平民會議議決之法律。亦曰 *Lex*。是 *Jus* 之義較廣。而 *Lex* 之義較狹也。

歐洲諸國稱謂法律之文字。英語曰 *Law*。德語曰 *Recht*。法語曰 *Droit*。意語曰 *Diritto*。考英語之 *Law*。由盎格魯撒克遜（Angro-Sachsen）語之 *laga* 及拉丁語之 *Lex* 而來。爲製作之義。至於法、德、意之語源。皆由拉丁語之 *Derictum* 而來。爲事物之道理。正直之源泉之義。惟除英語 *Law* 僅指法律。權利則曰 *Right* 外。餘均合權利與法律二義。不過英語之 *Law* 用例甚廣。或指自然之法則。或指宗教之法則。或指道德之法則。適與我國法字之用例相當。亦可知皆於表示法律而外。尙兼他之意義也。

### 第三節 法律之定義

法律之定義。本隨其觀念而異。故自來學者。人各一辭。莫有定論。羅馬對於法律之定義。亦不一其說。稱道者。則爲塞爾晷斯（Celsus）所下之定義曰。法律者。善與公正之術也（*Jus est ars boni et aequi*）。



右之塞氏之定義。儒帝法典中之學說彙纂 (Digesta) 曾採用之。烏爾鄙恩魯斯 (Ulpianus) 接表義曰。正義者。使人人各得其所應得之權利之恆久意思也 (Justitia est constans et perpetua voluntas suum cuique tribuens) 又曰法律訓言。持躬正直勿損人。使人人各得其所應得 (Juris praecepta sunt haec honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere) 又烏氏所下法律學之定義曰。法律學者。神事人事之知。及公不公之學也 (Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia. iusti atque iniusti scientia.)

綜觀塞烏兩氏所下法律定義。如塞氏定義中所謂善 (Boni) 卽德 (Virtue) 之意。所謂公正 (Aequi) 卽正義 (Justitia) 之意。而烏氏之定義。亦認定正義卽法律。以道德與正義爲法律。乃發源於希臘之斯妥異派 (Stoicism) 哲學。足見當時法學家受哲學家之影響。降至後世。英之布拉克斯頓 (Blackstone) 亦謂法律不外正理。荷蘭之格羅體爾斯 (Grotius) 謂法律爲強制人類歸於正道之道德的規則。我國古昔。皆以法律在補道德之所不及。均屬此意。惟時至今日。該項定義。已無甚價值。蓋法律固不可與正義及道德背馳。然二者之作用。究有不同。如憲法、行政法、訴訟法等之規定。與道德殊無關聯。自不能入其範圍也。

#### 第四節 法律之類別

法律之分類。可由其性質上、應用上、形式上三者而區別之。據儒帝法典中之法學階梯。先就其性質區分二類。一曰公法 (Jus Publicum) 一曰私法 (Jus Privatum)。次就其應用之區域。分私法爲三。一曰市民法 (Jus Civile) 一曰萬民法 (Jus Gentium) 一曰自然法 (Jus Naturale)。終就其形式分爲不文法 (Jus non Scriptum) 與成文法 (Jus Scriptum) 茲分款以述明之。

### 第一款 公法私法

儒帝法學階梯曰。公法者。關於羅馬事務之規則也。私法者。關於私人利益之規則也。近世所謂公法。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。其內容有三。一爲神聖之儀式。二爲僧侶之組織及其任務。三爲法官之職權及任命之方法。而元老院、民會及官署之組織。亦屬之。足見羅馬公法。法律與宗教。固併爲一談也。

羅馬私法。亦與近世不同。近世私法。在規定人民相互間權利義務之關係。如民法、商法及其他附屬法是。古時羅馬所謂私法。乃專關於私人之身分及財產上之權利。殊無民商之別。惟其意義明晰。秩序整然。近世私法。多取法之。其價值所在。誠可永垂不朽也。

### 第二款 市民法萬民法自然法

儒帝謂市民法爲一國特有之法律。各國各有其特別法云。實則市民法者。乃羅馬固有之法律。夫

(Praetor) 變更之古法也。在昔羅馬。惟市民得受此法支配。故曰市民法。

萬民法。儒帝謂爲人類通用之法律。似與事實不合。蓋人類通用之法律。卽在今日。亦莫由成立。故以爲之。萬民法者。乃大法官審判外人訴訟最初採用之法律。原適用於外人。後並適用於市民者也。是萬民法僅爲馬法之一種而已。

自然法。儒帝謂爲自然對於一般動物所示之規則。故不惟人類。卽凡屬動物。均適用之。此種觀念。純基於希臘斯妥異派 (Stoicism) 哲學。該派學說。以爲天下事務。無一不從自然法之法則。正如我國老子所謂人法地。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。惟此等學說。以之施於法律。實未能恰合。不過羅馬當時已有萬民法。而研究法學之士。又多係哲學家。故遂認萬民法卽自然法。而儒帝之法學階梯。亦未有明確區別。惟於奴隸之說明。則謂係由於萬民法。自然法則人人自由。自無此項制度之存在。其說於後世歐洲法學。頗有影響。然實無可取之處。今日法學界皆否認之。

### 第三款 不文法成文法

不文法者。乃未經立法者之制定。惟基於人民之永久習慣。遂生法律之效力。卽今日所謂習慣法是也。羅馬當十二表法未頒布以前。幾全係不文法。十二表法卽編不文法爲成文法。卽萬民法原亦係不文法。經大法官採用後。列諸告令。遂亦漸由不文而爲成文。儒帝編纂法典。凡關於有法律效力之習慣。悉納於法典之中。於是幾無

所謂不文法。至習慣之所以有法律效力。殊非一朝一夕所致。其成立經過。必係先由個人行之。繼則多數人效之。社會上大多數亦法之。卽此亦不過事實上之習慣。不能卽謂之習慣法。終必社會認爲人人均有遵行之義務。始得成爲習慣法。故其成立之要素。約有五端。卽：

- 一、反復爲同一行爲。
- 二、永久之年月日。
- 三、須永久習慣而關於法律上規則者。
- 四、行爲反復。非因誤解法律而然者。
- 五、不背風紀。

德國學者沙威尼 (Savigny) 之論習慣。則謂須先有一種原則。而後始能發生一種習慣。是說也。歷史學派多主張之。

羅馬所謂習慣法。其性質亦與近世無殊。約而言之。其類有三。卽：

- 一、由祖先遺傳之風俗慣例 (Mores majorum)。
- 二、當世人民通行之輿論慣例 (Consuetudo)。
- 三、司法官下同一判決所生之慣例 (Usus fori)。

習慣法之成立。固如上述。惟從來之習慣。隨地而殊。凡關於訴訟行爲。一賴司法官之記憶而爲訴表。稍有不便。則人民之自由及權利諸問題。輒受影響。故近世各國。大都趨重成文。卽素以習慣法爲基本法之。亦有偏重成文之勢。蓋自十九世紀初葉以來。遂爲成文法萬能時代矣。

成文法者。依舊有之習慣。而經立法者制定之法律也。故名雖成文。實仍基於習慣。當時羅馬。恆以習慣廢止法律。亦恆依習慣訂立法律。其理相同。所異者。卽在消極的與積極的耳。羅馬成文法。計有六種。分述如次。

一、貴族平民國會議決法 (Leges) 此項法律乃由貴族與平民集合而成之國會 (Comitia Centuriata) 所議決。此項國會爲羅馬塞威斯圖里斯王 (Servius Tullius) 所創設。

二、民會議決法 (Plebiscita) 乃平民會議 (Comitia Tributa) 所議決之法律。原僅施行於平民。至紀元前二八七年荷吞西亞法 (Lex Hortensia) 頒布。始通行於一般市民。羅馬私法。多由此項會議議決。其決議亦往往稱 Leges。

三、元老院決議 (Senatus-Consultum) 羅馬元老院。原無立法權。至共和末葉。漸代平民會議。議決法律。及帝政初期。所有法律。全由該院議決。直至第二世紀之末。立法權始專由皇帝行之。

四、皇帝之勅令 (Principum Placita) 此項勅令。亦稱 Constitutiones。卽本書前述之皇帝用以變更法律之四項辦法也。



五、官吏之告令 (Magistratum Edicta)。羅馬高級官吏多有發布告令之權。最著者爲前述之外人大法官所發布之告令。此外尚有市政官 (Aediles Curules) 乃管理街道及市場之官吏。亦有發布告令之權。凡屬此項告令。統稱之曰官吏法 (Jus Honorarium)。

六、法學家之解答 (Responsa Prudentium)。見本編第一章第二節第二款。

## 第六章 權利

權利者。個人以國家之同意及援助。得而支配他人行動之能力也。故權利與法律。實同一物而具兩面。自客觀言。則爲法律。自主觀言。則爲權利。權利由法律而生。法律以前無權利。拉丁語權利曰儒斯 (Jus)。羅馬時代。權利思想。尙未發達。故十二表法及儒帝法典。皆非基於權利之思想而制定者也。

近世學者。分權利爲兩種。一曰物權 (Jus in rem)。一曰債權 (Jus in personam)。物權者。乃對於一般人。之權利。債權者。乃對於特定人之權利。故又有稱物權爲對世權。債權爲對人權者。至債權相對之義務。有積極的。有消極的。物權相對之義務。則祇有消極的。而無積極的。

在昔羅馬。雖無物權債權之分。然其時訴訟。則有對物訴訟 (Actio in rem) 與對人訴訟 (Actio in personam) 之別。對物訴訟。謂從物之所在。提起訴訟。如甲有物。乙不應取而取之。甲對乙可起返還之訴。若物



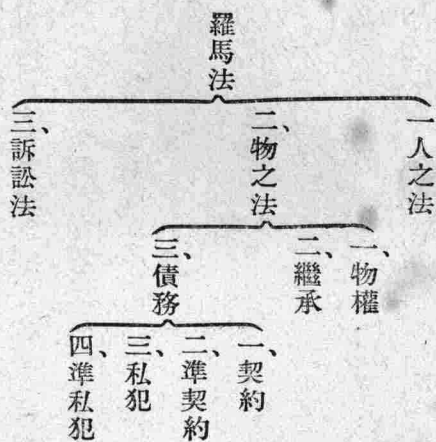
於丙。則得對丙起訴。故就其結果言。卽甲乃對於物起訴。不問持物者爲誰。對人訴訟。謂對於特定之人。按表如貸金請求之訴。損害賠償之訴是。依對物訴訟而保護之權利。中古學者謂之對物權。卽物權也。依對人訴訟保護之權利。謂之對人權。卽債權也。故近世物權債權之名。卽係學者採用羅馬訴訟之名稱而來也。

## 第七章 羅馬法之編制

羅馬法之編制。據嘉優斯 (Gaius) 及儒帝之法學階梯。皆分爲三大編。第一編曰人之法 (Jus quod ad personas pertinet)。第二編曰物之法 (Jus quod ad res pertinet)。第三編曰訴訟法 (Jus quod ad actiones pertinet)。物之法包含繼承 (Hereditas) 與債務 (Obligaciones) 而債務又因其成立之原因不同。別爲四類。一曰契約 (Contractus)。二曰準契約 (Quasi Contractus)。三曰私犯 (Delicto)。四曰準私犯 (Quasi Delicto)。茲表列於後。

後表所列羅馬法之編纂方法。學者稱之曰羅馬式之編纂法。又曰三編分類法。現今歐洲諸國。關於民事法典之編纂。多採論理的方法。以定其次序。其所依據之方式。大要有二。一卽羅馬式。法國法系從之。二爲德國式。德國法系從之。德式之編纂法。又曰五編分類法。第一編爲總則。第二編爲物件法。第三編爲債務法。第四編爲親屬法。第五編爲繼承法。而德前次頒布之民法。則以債務法置於物件法之前。近今歐美學者。對此二種編纂方法。頗

羅馬法編制表



揚德國式而抑羅馬式。其理由有三。(一)與現勢不能相容。以羅馬式以人為基礎。適於家族制時代。而不適於個人制時代。故不宜採用。致礙社會之進步。(二)無總則之規定。不克以兼容並包。因法文貴在簡明。近世立法之原則。恆以總則概括分則之各條。羅馬式無一般權義共通之規定。則法文更難免於浩繁。(三)所列順序。未必適合論理。因羅馬式編纂之論理。在有人而後有物。有物而後有取得之行為。然有人而後有物。固無悖於事實。惟因有財產編。以上三說。固有相當理由。然見智見仁。是又在乎立法者。此法國法系與德國法系之所以並行也。

嘉優斯 (Gaius) 法學階梯及儒帝法典之此項編制。均先人之法物之法而後訴訟法。而十二表法則先訴訟法而後人之法物之法。此中先後之理由。蓋純因時而異。當民智未開之時。應先訴訟法。人文進步之後。宜先法體法。足證法律之發達。乃先由訴訟法也。

近世學者因法律之作用上關係。分法律爲二種。一曰實體法 (Substantive law) 一曰程序法 (Law)。凡關於規定權利之界限之法律。統爲實體法。凡關於規定國家保護權利之程序之法律。統爲程序法。因羅馬人之法與物之法爲實體法。訴訟法爲程序法。

羅馬法律。素以私法著稱。其人之法與物之法二編。俱爲大陸法系各國民法之淵源。故不可不加以研究。(詳見本編第四章) 至其所謂訴訟法。則因羅馬古代。置重訴訟方式。凡一事之起訴。必有其特別名稱。如買主之訴 (Actio empti) 賣主之訴 (Actio venditi) 是。是項訴訟方法。殊不爲近世各國所取。且其訴訟之程序與機關。並不完備。無可以爲法者。故本書之範圍。不敢與人苟同。除以第一編爲總論外。以第二編述人之法。第三編述物之法。而訴訟法則於人之法與物之法各該編內。連類及之。不爲另設專編。庶免無謂之研求也。

# 第一編 人之法

## 第一章 人

### 第一節 人之意義

羅馬稱人曰頗生來 (Persona)。此字具有三義。一爲自然人。二爲義務之主體。三爲權利之主體。羅馬對於此字所取之意義。因時代關係。有所不同。最初僅用以表示自然人。卽認人之成立。始於出生。終於死亡。當時除自然人而外。尙認如近世之所謂公法人。如國。市。殖民地。宗教的結社等均是。本書研究之範圍。僅限於私法。公法人之性質。乃屬於公法。故不及之。迨後除以表示自然人而外。兼及義務之主體。至中古時代。奴隸制廢。而頗生來一字。遂以爲權利之主體矣。

### 第二節 人格之意義

羅馬除上述之頗生來。用以代表人字外。尙有客菩提 (Caput) 一字。卽人格之意。其義較頗生來爲更。如

代法律。關於人之人格。占重要地位。羅馬法律亦然。儒帝法典。對於人格。特有規定。至人格之定義。則學說衷一。是。其較普通者。爲人格者。依法律所特定之權利義務之集合。而有人之位置者也。羅馬法關於人之其內容爲三。一爲自由 (Libertas)。二爲民籍 (Civitas)。三爲家族 (Familia)。三者俱備。始得爲完全律。上始有權利義務。德國民法中權利能力之規定。卽淵源於此也。

## 第二章 自由

### 第一節 自由人

自由人者。謂非奴隸之人也。依羅馬法可別爲二。一爲純粹自由人。卽生而自由者 (Ingenuus)。二爲解放自由人。卽奴隸被解放而取得自由者 (Liberus 或 Libertinus)。至自由人之意義。據儒帝法典云。自由人者。乃於法律範圍內。得從其所欲。而有處分事物之能力也。古時自由人與奴隸。區別甚嚴。亦爲法律中之重要部分。故羅馬人格。以自由爲首。奴隸無自由。因亦無民籍與家族。下節特詳述奴隸。藉以明自由人之人格焉。

### 第二節 奴隸



羅馬稱奴隸曰塞物斯 (Servus)。此字乃源於保存 (Servare) 一字。因古時戰爭捕獲俘虜。多殺戮之。或赦而不殺。則以之爲奴。以保存其生命。故以此名。奴隸爲人抑爲物。學者所見不一。卽羅馬當時。亦不一致。惟應視解釋人之意義以爲斷。如釋爲自然人。則奴隸當然爲人。如釋爲義務之主體。則奴隸於刑法或有義務。於民法則無之。如釋爲權利之主體。則因時代關係。各有不同。古時奴隸。毫無權利。迨後稍有權利。故羅馬人有稱之爲人者。亦有否者。然考嘉優斯 (Gaius) 及儒帝之法學階梯與哲阿斐魯斯 (Theophilus) 之著書。均認奴隸爲人。蓋採自然人之解釋也。惟若以物爲權利之客體。則奴隸純爲主人之所有物。似應認之爲物。至奴隸無人格。則毫無疑義也。

### 第一款 奴隸之成立

羅馬奴隸制度。儒帝謂其始於戰時所獲之俘虜。然其成立之原因。約有七項。分述於次。

一、俘虜 羅馬古時。注重武功。屢事征伐。俘獲敵人。率以爲奴。其中有非洲人。有猶太人。有西歐諸國人。此等人民。皆與羅馬異種異言。故均被視爲下等人類。羅馬奴隸。多由於此。

二、出生 出生時其父或母若係奴隸。則亦爲奴隸。如其父母經正式婚姻則隨父之身分。以受孕時爲斷。其父母係非正式婚姻。則隨母之身分。以出產時爲斷。但若其自受孕以至出產。有一時係自由人。則亦爲自由人。

三、債務 依市民法若欠債不能償。則債權者得以之爲奴。甚或賣之國外。以所得身價。作爲清償之費。



四、罪罰 羅馬對於罪犯。有時罰其在礦山服苦役。卽爲國家奴隸。此不過羅馬懲罰之一種而已。

五、自賣 羅馬法律。凡在二十五歲以上者。得以分配賣得金之約。將自身賣作奴隸。

六、犯姦 依市民法。凡女子與奴隸私通。經家主三勸而不改者。則以之爲奴。其曾爲奴隸已被完全人者。奴隸私通者亦同。至儒帝時。此項規定已廢止矣。

七、取消解放 曾係奴隸。因取消解放而又爲奴隸者。其情形有二。一爲負債者無力償債。其債主若出而主張。得取消其解放而再爲奴隸。一爲被解放之奴隸。對其舊主。若有極端忘恩之行爲。舊主得取消解放。使其再爲奴隸。

## 第二款 主人與奴隸之關係

家主於奴隸。完全視爲所有物。其對待奴隸。有下列之諸種權利。

### 一、使用權

家主對於奴隸。有完全使用之權。凡奴隸力所能爲。家主均得令使之。奴隸所得財產。悉爲家主所有。奴隸無權處分。其後因習慣之轉移。漸許奴隸得有私蓄。特有財產 (Peculium)。凡奴隸自己儲蓄之產。或家主賞賜之金。經家主特許其所有者均屬之。奴隸對此特有財產。享有所有權。得處分之。惟家主隨時均有取消其此項權利之權。又如奴隸與外人訂有契約。外人對於家主起訴時。則以奴隸之特有財產擔負其應負之責任。

二、生殺權 帝國以前，家主對於奴隸，有絕對生殺之權。帝國之時，始定法律，予以保障。如克勞第爾斯（Claudius）帝首禁殺戮奴隸。犯者以故殺論。恩業林魯斯鄙爾斯（Antoninus Pius）帝則規定奴隸若因主人虐待，逃入寺廟者，另賣與人，不歸還其原主。至儒帝時，則祇許家主薄施懲罰，不得虐待矣。

三、處分權 家主對於奴隸，其處分之權，與對於所有物無異。故得買賣之，典押之。惟家主之命是聽。奴隸無權可否。其後道德與法律之觀念漸明，如係父母、子女、兄弟、夫妻同為奴隸，則買賣典押之時，不得將其分離。

家主於奴隸，除上述之三項權利外，且不負民法上之義務。故家主奴隸，無民事訴訟。

### 第三款 主人對外人之關係

羅馬法律，既視奴隸為其主人之物，故奴隸對於外人之行為，或外人對於奴隸之行為，均以奴隸之家主為主體。奴隸不當其衝。例如外人損傷奴隸，即無異損傷其主人。如勢須成訟，應由其主人起訴。又如奴隸損傷外人，外人亦祇對其主人起訴。斯際其家主可任意自擇，或賠償損失，或以奴隸作抵。關於此項訴訟，羅馬名曰 *Noxalis*。

### 第四款 奴隸之解放

#### 第一項 解放之方法

奴隸之解放（*Manumissio*），因其方法之不同，大別為二。一為正式之解放，二為非正式之解放。分述如

## 一、正式之解放

1. 執杖式 (Per Vinctam) 羅馬古時法律行爲方式之中。有所謂在大法官前讓與之方式。卽僞訴訟式 (In iure Cessio)。此式凡被告於大法官前承認原告之要求。則無須判決。其效力與判決同。因遂利用此式。乃於大法官之前。假作訴訟。一方拋棄權利。一方取得權利。由第三之自由人。以杖接觸奴隸之身體。稱之爲自由人。其家主明認或默認之。大法官遂宣告其爲自由人。此式凡大法官所在地。均得行之。卽在街道中亦可。後爲便利計。竟以大法官之侍衛 (Lictor) 充作執杖之第三人。故執杖解放之方式。實卽在大法官前讓與權利之方式之一種也。

2. 註冊式 (Censu) 古時羅馬。每屆五年。卽須調查戶口一次。若逢調查戶口之時。家主將奴隸之名。註入冊中爲市民。奴隸卽由此自由。是亦解放奴隸之一法。惟調查戶口之期。須經五載。閱時既久。機會難待。且帝國之後。僅舉行三四次。最末次爲紀元後二四九年。至威斯帕西亞魯斯 (Vespasianus) 帝時。廢止調查戶口。此式亦隨之消滅矣。

3. 遺囑式 (Testamento) 此式卽由家主於遺囑中。許奴隸自由。家主死後。奴隸卽爲自由人。惟遺囑須有繼承人承繼遺產之時。方能發生效力。否則解放亦歸無效。因遺囑而被解放者。名曰幽界被解放者 (Liberus originus)。且認其爲死者之被解放者。非繼承人之被解放者。若家主之遺囑。非直接解放。但信託 (Fiduci-

commisum)某人囑其解放。則奴隸須待受信託者解放之。始得爲自由人。此種解放。認奴隸爲受信託者之被解放者。非死者之被解放者也。又若遺囑中雖許奴隸自由。但附以條件或期以時日。則非俟條件之完成。時日之到來。不得自由。在此時期之間。仍暫爲繼承人之奴隸。惟改稱之曰速成被解放者 (Starchliber)。

4. 寺院式 (Ecclesiis) 羅馬當君士坦丁魯斯 (Constantinus) 帝時。提倡新教。寺院林立。教權擴大。故家主若於寺院僧侶之前。解放奴隸。法律上亦許其有效。此式因係君帝勅令規定。故又稱君帝勅令之解放。

## 二、非正式之解放

1. 證人前之解放 (Inter amicos) 家主於證人前口頭宣布解放其奴。其奴即時取得自由。此爲共和時代之非正式解放。

2. 書面之解放 (Per epistolam) 家主以書面表明解放其奴。其奴亦得自由。

3. 儒帝法典中規定之解放 儒帝時編纂法典。對於1. 證人前之解放。限定證人須有五人。對於2. 書面之解放。限定須有證人五人簽字。又對於奴隸因家主遺囑或經繼承人同意。許戴自由人平常之冠會葬者。得視爲被解放。可以取得自由。

4. 收爲養子之解放 羅馬法律。家主收奴隸爲養子。認爲無效。但經此手續。奴隸卽得自由。無異解放之矣。

## 第二項 解放之制限

羅馬共和時代。解放奴隸。毫無制限。帝國時爲保障家主及債權人與繼承人之權利起見。始加以限制。關於此項限制之法律。最要者爲紀元後四年公布之愛利亞省梯亞法 (*Lex Aelia Sentia*)。所加之制限凡二。及紀元後八年頒布之釜利亞肯里亞法 (*Lex Furia Caninia*)。所加之制限凡一分述如左。

一、關於債權之制限 家主因詐欺債權人而解放者。其解放無效。詐欺云者。須具有詐欺之事實及意思二者。所謂詐欺之事實者。即解放時其債務已超過債權。或因解放遂致債務超過債權也。所謂詐欺之意思者。即解放者明知其自己之債務情形而故意解放也。若能證明二者之缺一。其解放仍屬有效。但如遺囑者解放奴隸以作繼承人時。則雖因此而無力償債。其解放亦屬有效。蓋否則恐無人願作其繼承人也。

## 二、關於年齡之制限。凡二：

1. 家主年齡未滿二十歲者。其解放奴隸。須一、有正當之理由。二、經委員會 (*Consilium*) 之許可。三、用執杖之方式。始得有效。但羅馬法律。年滿十四歲者。即可立遺囑。處分其財產。反不能解放一奴隸。儒帝以爲不近情理。乃規定年滿十七歲者。可以遺囑解放奴隸。不加制限。後復減爲十四歲。

2. 奴隸年齡。須滿三十歲。始得被解放。若未滿三十歲者。其限制與家主未滿二十歲者同。惟未依限制而被解放者。不致完全無效。雖不得爲羅馬市民。亦得爲拉丁人 (*Latini*)。儒帝時廢除拉丁人之制。此制限亦



因之消滅焉。

三、關於人數之制限。紀元後八年頒布之釜利亞肯里亞法 (Lex Furia Caninia) 對於以遺囑解放奴隸者。設有人數限制。卽三人以內。得解放一人。且限定一人不得解放百人。否則其超過之數無效。儒帝時廢止之。

### 第三項 解放之效力

奴隸之解放。其效力因適用之方式與時代上之關係而生差異。茲分述之。

一、共和時代。解放奴隸。須經正式方法。始能生效。倘係正式解放。則被解放者卽爲市民。若係非正式解放。則完全無效。

二、非正式之被解放者。其身體自由。得受大法官之保護。此外卽財產權亦不能享有。蓋因市民法不認非正式之解放。致被解放者不得爲市民。紀元後十九年。乃頒布儒尼亞諾本納法 (Lex Junia Norbana) 規定凡非正式之被解放者。以拉丁人待遇之。名曰拉丁尼儒尼亞尼 (Latini Juniani)。故帝國時。正式被解放者。則爲市民。非正式被解放者。則爲拉丁人。

三、儒帝時廢除拉丁人之制。於是非正式被解放者。亦得同爲市民矣。

### 第四項 解放者與被解放者之關係

羅馬奴隸。其家主 (Dominus) 對之。有所有權。故雙方之間。無相互之權利義務。惟一經解放。則前之家

自失其所有權。然此後被解放者尚負有種種之義務。解放者尚享有種種之權利。蓋亦感恩圖報之意云耳。解放者名曰庇護人 (Patronus)。被解放者名曰解放自由人 (Liberinus)。而解放自由人又有三種之分。即(1)市民自由人 (Liberi cives)。(2)拉丁尼儒尼亞尼 (Latini Juniani)。(3)降服人 (Dedititii)。庇護人與被解放者權利義務之關係。亦因被解放者之不同。而各有差異。茲分別說明之。

一、市民自由人 (Liberi cives) 市民自由人者。乃依正式之解放。而得羅馬市民之資格。羅馬人之權利義務。皆得享有之者也。庇護人對於此項被解放者之權利。列舉如左。

1. 被解放者對庇護人。須表示尊敬 (Obsequium)。
2. 被解放者非先得大法官之許可。不得對庇護人起訴。
3. 庇護人陷於貧困時。被解放者有扶養之義務。
4. 被解放者死後無子時。其遺產庇護人有繼承權。
5. 被解放者有置監護人之必要時。庇護人得為監護人。
6. 家主解放奴隸時。若奴隸承認並宣誓於解放後仍行服務。則庇護人得令其服務。至服務之程度。則以被解放者之境地為斷。若奴隸係贖得自由者。則庇護人不得令其服務。

上述之權利。若庇護人死亡時。由其繼承人繼承之。惟被解放者所負之義務。僅及身而止。不責之於其後人。

也。

此項被解放者。雖與羅馬市民。受同一待遇。然於羅馬之公權。尙不能完全享有。其重要之制限有三。卽(1)無完全選舉權。(2)無任官權。(3)不能爲元老院議員。

此項被解放者。若欲與生來自由人享同一之權利。其法有二。分述如左。

1. 金指環權 (*Jus aureorum annulorum*)。自共和以迄帝國以來。羅馬之生來自由人。有常帶金指環之習慣。故皇帝若與被解放者帶金指環之權。卽無異與以生來自由人之權利。惟庇護人之權利。依然存在。

2. 回復生來 (*Restitutio Natalium*)。若皇帝勅令。特與此項被解放者與生來自由人同一之權。則與完全市民無殊。而庇護人之權利。亦因之消滅。

二、拉丁尼儒尼亞尼 (*Latini Juniani*)。拉丁尼儒尼亞尼者。卽非正式解放之被解放者。因儒尼亞亞諾本納法 (*Lex Junia Norbana*) 之規定。而受拉丁人待遇者也。其對於解放者之義務。與市民自由人同。

此項被解放者。若欲爲市民。其法有三。卽

1. 娶妻生子滿一歲。
2. 婦人生子女三人。
3. 以正式方法再行解放。

儒帝時廢除拉丁人之制。由是遂當然爲市民矣。

三、降服人 (Dediticii) 降服人者。卽與羅馬戰敗投降之人也。紀元後四年頒布之愛利亞省梯亞法 (Lex Aelia Sentia) 規定。凡犯重罪之奴隸。雖被解放。無論其解放係正式與否。不得爲市民或拉丁人。僅得與降服人受同一之待遇。且不得居羅馬百里之內。故其於解放後與解放者卽不致發生若何關係。儒帝時廢此制。於是同爲市民。無所歧視焉。

### 第三節 佃奴

羅馬佃奴 (Colonus) 之地位。介乎自由人與奴隸之間。因其不受身體之拘束。故非真奴隸。然不能離開其所耕之地。地移轉則亦隨之而移轉。故非真自由人。蓋卽附著於土地之一種奴隸。其所有財產。亦名曰特有財產。非經地主同意。不得讓與。惟地主不能取消其所有權。佃奴對於地主。負有每年繳納地租之義務。租金有定額。地主不得增加。地主之於佃奴。亦名曰庇護人。佃奴對之。除特例外。不能起訴。

羅馬佃奴之制 (Colonus) 起於何時。學說紛紜。莫衷一是。有謂係由奴隸轉化者。卽古時羅馬解放奴隸。以不離其從前耕作之土地爲條件。致漸成此制。有謂係由外國人移住羅馬。佃地爲生。久之遂成爲此種農夫。而其發生當在第阿克來梯恩魯斯 (Diocletianus) 帝時者。如德之沙威尼 (Savigny) 卽持是說。而日本之戶水

寬人。則謂以上二說均不可靠。以爲羅馬當征服埃及以前。其本國及被征服諸國。已有與佃奴相類似之農夫。不過帝國時發布之法律。及於佃奴者較多。若即據以爲第帝以前無佃奴之制。則不免謬誤。惟其後羅馬人與德國人交通日繁。德人移住羅馬。日益增加。與羅馬人共爲耕種之業。因而成爲佃奴。其人數之激增。則確在第帝以後耳。惟據余所見。羅馬佃奴之制。雖不能斷自何時。然其起源。必在古代。蓋代耕之事。無國無之。因代爲佃。久佃爲奴。積習相因。遂成制度。矧羅馬古時。貴族平民。本不平等。權利義務。失其均衡。以具有資產之地主。對於代耕之農夫。又安得不有上述之權利。明乎此。則羅馬佃奴之發生。有不期然而然者矣。

此項佃奴之子孫。世襲其身分。非具有左列之原因。不得免除。

- 一、三十年時效。此項儒帝時廢止之。

- 二、爲僧正。

- 三、服兵役。

## 第三章 民籍

### 第一節 羅馬市民



羅馬古時。凡屬羅馬市民 (Cives Romani) 均隸市民籍。因有市民籍。始享市民權。而市民權又含有公權與私權。分述如左。

### 一、公權

1. 選舉權 (Jus suffragii) 卽參政權。

2. 榮譽權 (Jus honorum) 卽爲官權。

### 二、私權

1. 交易權 (Jus commercii) 卽財產所有、立遺囑、作證等權。

2. 結婚權 (Jus connubii) 卽正式結婚權。而家長權、夫權及繼承權。均由此而生。

## 第二節 外國人

羅馬之所謂外國人 (Peregrini) 非指敵國之人。乃其對等國人也。凡外國人民。不得與市民受同等待遇。故支配市民之法律。與支配外國人之法律。有大異而無小同。羅馬古法。外國人無公權。故不能參與政事及任爲官吏。亦無私權。故不能有財產。不能立遺囑。不能爲證人。不能結正式婚姻。從而家長權、夫權、繼承權亦無有焉。外國人如有關於私權上之行爲。各依其本國法律之規定。其本國法律承認之。在羅馬法則不發生法律上之效力。

他國待遇羅馬人。亦復如是。此羅馬對於一般外國人之辦法也。若對於互換利益。締結友誼條約之國。則羅馬法特與其國人以交易權。蓋所以利便商務也。

上之所述。乃指市民法時代而言。自設外人大法官後。萬民法隨之而起。於是外國人之行爲。乃專有特種法律以支配之。至紀元後二一二年。卡拉克來 (Caracalla) 帝時。以羅馬市民籍者甚少。稅收不旺。國用日艱。特擴充範圍。俾同與市民納稅。以裕國課。故對於外國人。皆授以市民籍。於是羅馬法律。始不作歧視矣。

### 第三節 拉丁人

羅馬附近之地。名曰拉丁 (Latium)。其人名曰拉丁人 (Latini)。實則羅馬人卽拉丁人之一部。羅馬法亦拉丁法之一種。故拉丁人均得享有羅馬法之私權。惟公權則否。蓋與普通外國人有別也。紀元前八十九年。凡拉丁人皆授與羅馬市民籍。於是並公權亦享有之。與羅馬市民。無所區分矣。

紀元後十九年。儒尼亞諾本納法 (Lex Junia Norbana) 頒布對於不正式解放之奴隸。與以拉丁人之待遇。名之曰拉丁尼儒尼亞亞尼 (Latini Juniani) 卽該項法律所創造之一種拉丁人。其所受之待遇。不如上述拉丁人之優。無正式結婚權。卽交易權亦不克完全享有。僅有生間交易 (Commercium inter vivos) 故能有財產所有及作證等權。無因死交易 (Commercium mortis causa) 故不能有立遺囑及受他人遺產之權。此制儒帝

時廢除之。

#### 第四節 降服人

降服人 (Dedititi) 者即與羅馬戰爭之國。爲羅馬所敗。因而降服之人也。此種人民無一定之居住。與其他外國人有殊。其於羅馬法公權私權。均不克享有。惟僅得身體之自由。儒帝廢此制。乃得爲羅馬市民。

### 第四章 家族

羅馬家族 (Familia) 非完全指同一血統關係者而言。乃法律上之關係也。其家族之制。代表一家者爲家長 (Paterfamilias)。家長所屬爲家族。其中包括正式結婚所生之子女。嫁入其家之子婦。及收養之子。家長對於家族。有家長權 (Patria potestas)。因家族之關係。羅馬人民。在法律上可分爲二種如左。

1. 自權者 (Sui iuris) 卽不屬於他人權力之下。獨立而有權力者也。若自權者有家族卽爲家長。  
 1. 他權者 (Alieni iuris) 卽屬於他人權力之下者。家族是也。他權者隸屬之權力。又可分爲三。卽：

1. 家長權 (Patria potestas) 如爲人子之他權者。卽屬於家長權。

2. 夫權 (Manus) 如爲人妻之他權者。卽屬於夫權。

3. 買主權 (Mancipium) 如被權主出賣之他權者。即屬於買主權。

## 第一節 家長權

家長權者。乃謂具有羅馬市民資格之家長。對於其家族之權也。此權不惟羅馬有之。不過羅馬法認其爲正當之權耳。其權與家主對於奴隸之權。頗相類似。惟在家長權下之子孫。仍享有公權。故爲子孫者。可以任官吏。可以被選舉。均無須得其家長之許可。並得爲審理官。審理其家長之訟案。蓋以爲義務之所在。應先國而後家也。

### 第一款 家長權之內容

屬於家長權者。男曰家子 (Filius familias)。如子、孫及曾孫等是。女曰家女 (Filiam familias)。如女、孫女等是。羅馬古時。家長權非常廣大。罕有制限。迨後始逐漸縮減。茲依時代之先後。舉其重要者如左。

#### 一、關於財產方面者

1. 羅馬古時。一家之產。概由家長全權處理。家子不得干涉。家子所得。悉歸家長。家子無私產。一如奴隸。即家子負債。家長亦不負其責。故是時家子之於家產。僅有消極的能力。而無積極的能力。

2. 共和時代。家子得有特有財產。與奴隸之特有財產同。須經家長之許可。始得享有。家長仍得隨時取消其所有權。

3. 帝國初年。家子因從軍所得之財產。無論其係由贈與或捕獲。均爲其所有。有完全處分權。因其係由從軍所得。故名曰軍事特有財產 (Peculium Castrense)

4. 其次則家子爲文官或律師所得之財產。亦有完全處分權。名曰準軍事特有財產 (Peculium Quasi-Castrense)

5. 儒帝時家子由其母及其他親戚或外人所得之財產。有完全處分權。名曰外親特有財產 (Peculium Adventitium)。惟家長對於此項財產。有用益權。 (Ususfructus)

6. 家子由家長所得之財產。實際上家子有處分權。法律上仍認爲家長所有。因名曰由家長所得之特有財產 (Peculium Profecticiam)

## 二、關於身體方面者

1. 十二表法規定。家長對於家子。有生殺權。共和時代。家長濫殺家子。律有重罰。迄於帝制。始行禁絕。由是家長於家子。僅有薄懲權。

2. 羅馬古時。家長得典賣家子。被賣之家子。非爲奴隸。惟在買主權下。十二表法對於家長賣其家族。卽喪失家長權。其規定約有三項。卽(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。比於古昔。稍有制限。至第阿克來梯恩魯斯 (Diocletianus) 帝。始



禁止家子之典賣或贈與。君士坦丁魯斯 (Constantinus) 帝復許貧民賣其初產之子女 (Sanguinolenti) 但得隨時贖回之。

總之古代羅馬家長對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。於是對於家族之權曰家長權。對於家產之權曰家主權。而家族中夫對於妻之權曰夫權。故家長權至是遂隨法律之進步而次第分化。及共和變為帝政。家長權遂益減縮其範圍。迨家族制衰。而家長一權竟為歷史上之遺迹矣。

## 第二款 家長權之取得

家長權之取得。或對於自身之子孫。或對於他人之子孫。方法有三。分述如左。

一、出生 (Naisance) 凡由正式婚姻 (Justae nuptiae) 所生之子女。其父有家長權。子之子女亦然。女之子女則否。以其在夫權之下也。若父對於所生之子。不信為己子。得否認之。一經否認。則該子即非其家之人。故無家長權之發生。

二、認嫡 (Legitimatis) 凡無結婚權之男女。其結合時所生之子女。不在家長權之下。謂之為私生子 (Naturales liberi)。其父得以認嫡之法。取得家長權。其法有三。即：

1. 日後結婚之認嫡 (Legitimatis per subsequens matrimonium) 君士坦丁魯斯 (Constantinus)

帝規定。凡未經正式婚姻所生之子女。若日後其父母舉行正式婚姻時。則前生之子女。得認爲嫡子。其父對之。有家長權。

2. 地方市會議員之認嫡 (*Legitimationis per oblationem curiae*) 羅馬古時。地方上設有市會 (*Curia*)。充任該會之議員 (*Decurio*) 者。雖有名譽。惟費用繁重。人多規避。至哲阿采西爾斯 (*Theodosius*) 帝時。乃規定。凡私生子爲議員。或私生女嫁議員者。視爲嫡出之子女。惟僅對於其父生關係。對於其他親族不生關係。蓋爲挽救規避議員之習。而又加以制限者也。

3. 皇帝敕令之認嫡 (*Legitimationis per rescriptum principis*) 儒帝新敕令。凡無嫡子而有私生子者。若因私生子之母死亡。或因其他事故。不能與之結婚時。得請求皇帝。予以敕令。許其認嫡。若正爲此項請求。尚未邀准。而適死亡時。其遺族得據其遺囑。請求敕令之許可。認嫡之法。要如上述。惟仍須子女之承認。若子女已有知識。不願認嫡時。則應從子女之意。不得認嫡。

三、收養 (*Adoptio*) 收養之制。古今中外。無國無之。目的所在。約有二項。一爲繼祖。一爲慰情。蓋繼往開來。不令中斬。人情所同。而老年無嗣。圖破枯寂。亦事所恆有。矧羅馬重後嗣。其收養之目的。亦不外是。故羅馬人若無嗣。輒多養他人之子以爲子。其養子之種類。可分爲二。述之如左。

1. 以自權者爲養子 (*Adrogatio*) 羅馬法律。若以自權者爲養子時。則養子本身及其子孫。均在養父

權力之下。其財產亦歸養父所有。儒帝時規定。養父對於此項財產。僅有用益權。而所有權則仍屬於養子。此項收養。有二方式。三條件。分述如左。

A 收養之方式有二。即：

a. 國民之許可 (Populi Auctoritate) 國民之許可云者。即須得古國會 (Comitia Curiate) 之許可也。共和時代。以自權者爲養子。其程序須由國民會首詢收養者是否確有收養之誠意。次詢被收養者是否確願被人收養。終乃由國民會許可之。此外尙須經僧侶之承認。若被收養者無兄弟。則僧侶決不爲之承認也。

b. 皇帝之勅令 (Constitutioes) 帝政時代。以 a 項程序繁重。乃以勅令代之。收養者得僅請求皇帝。予以勅令之許可。卽爲有效。

B 收養之條件有三。即：

a. 收養未滿四歲者爲養子時。有左列四項制限。

- (1) 皇帝在許可之先。必調查收養之目的若何。是否爲養子之利益。
- (2) 養子年齡若未達十四歲而死亡時。養父須歸還其財產於其原有之繼承人。
- (3) 養父非有正當理由。不得解放。卽解放時。亦須歸還其財產。

(4) 養父死亡。若不以養子爲繼承人時。除應歸還其原有財產外。並須給以自身財產四分之一。

(Quarta Antonina)

以上制限。蓋恐年幼而有財產者。受人利用。故特保護之也。

b. 收養者須已娶妻不育。並須年滿六十。或因多病。懼無後嗣。

c. 有嫡子者不能收養。無嫡子者僅得收養一子。

2. 以他權者爲養子 (Adoptio) 此項收養。原爲移轉家長權。故家長不但得收養子。且得收養孫。惟孫

之收養。須得子之許可。儒帝時加以變更。卽如收養者爲被收養者之外祖父、或祖父、或父族、或母族之曾祖父。則收養之後。卽移轉家長權。若收養者爲外人。則家長權仍屬於被收養者之生父。並不移轉。惟被收養者之於收養者。則有繼承權。蓋是時收養之目的。多在慰情。而不在繼祖。故儒帝有此改正。羅馬法於移轉家長權之收養。謂之完全收養 (Adoptio plena)。不移轉家長權之收養。謂之不完全收養 (Adoptio minus plena)。至此項收養。有二方式。二制限。依次述之。

A 收養之方式有二。卽：

a. 羅馬古時法律行爲中。有僞買賣式 (Mancipatio)。十二表法規定。家長賣子至三次。賣女一次者。失其家長權。於是乃利用此項規定。以爲收養之方式。卽由生父用僞買賣式賣子於欲收養者。欲收養

者解放之。賣之者三。解放之者二。子即離其生父之家長權。而屬於欲收養者之買主權。斯際欲收養者復賣之於其生父。仍由其用偽訴訟 (*Cessio in iure*) 之方式。爭爲己子。於是養父養子之關係。始得而成立焉。

b. 第阿克來梯恩魯斯 (*Diocletianus*) 帝時。以 a 項程序過繁。乃規定生父偕其子與欲收養者同至審理官之前。面告收養。卽爲有效。儒帝時更規定。僅將收養事由。報告審理官。卽生效力。手續益簡矣。

B 收養之制限有二卽：

a. 儒帝規定。養父年齡。至少須長於養子十八歲。

b. 女子無家長權。故不能收養。第阿克來梯恩魯斯 (*Diocletianus*) 帝規定。無兒女之女子。經皇帝許可。得準收養 (*Quasi-adoptio*)。養母養子之關係。與親生母子同。母對於子。無家長權。子對於母。有繼承權。以上二制限。於自權者之收養適用之。

第三款 家長權之喪失

家長權之喪失。其情形有三。一爲解放。卽家長家子雙方同意。由家長解放其家子。致失其家長權。二爲法定。卽因法律上之作用。使家長權不克存在。三爲出賣。卽因家長出賣其子女而喪失其家長權。依次述之。

一、解放 (*Emancipatio*) 解放之方式有三卽：



1. 羅馬古法。無解放家子規定。十二表法頒行。有家長賣子至三次者。失其家長權之條。於是欲解放者乃利用之。以爲方式。由生父賣之於信託父 (Paterfiduciarius)。信託父以執杖式之解放方式 (Manumissio per vindictam) 解放之。生父賣之者三。信託父解放之者三。其子即脫離家長權。蓋以其合於十二表法之規定也。

2. 恩拉斯韃西爾斯 (Aristotilas) 帝時。以上項方式。手續繁重。乃以皇帝之勅令代之。即凡解放其子者。祇須呈請皇帝。若經勅令許可。即爲有效。

3. 儒帝時規定。凡解放其子者。祇須家長於主管官吏前。宣言解放。即生效力。

上述諸項。解放者對於被解放者。有庇護權。其權與對於被解放之奴隸同。古時爲避免信託父享有此權起見。多由信託父再賣子於其生父。由其生父解放之。則庇護權即屬諸生父。後大法官乃特爲規定。凡解放其子者。手續上無論經何人解放。而庇護權則始終屬諸生父。俾免多費周折。

二、法定 法定之情形有四。即：

1. 家長死亡。家子自脫離家長權。孫則以有無父爲斷。若無父或有父而已被解放。則孫亦脫離家長權。
2. 家長或家子之人格變更 (Capitis deminutio) (詳人格喪減章)
3. 家長對於家子有過當之行爲。如使與猛獸鬥。以供衆覽。或使女爲娼之類。

4. 羅馬古法。子爲僧。女爲尼。卽脫離家長權。否則雖貴爲元老院議員或總裁 (Censor) 仍不得脫離儒帝時凡爲皇帝顧問、州長及其他高等文武官吏者。被任之日。卽爲脫離家長權之時。

三、出賣 家長出賣家子。買主對之。卽有買主權。是卽家子一方脫離家長權。一方又屬買主權。羅馬古時。出賣子女。認爲平常。故十二表法有三度賣子失其家長權之規定。殆卽禁止之意。嗣後出賣子女。僅有二種作用。卽

1. 若家子傷害他人。其情形一如奴隸。被害者僅對家長起訴。此項訴訟。謂之 *Actio noxalis* 家長得將家子交於被害者。以卸其本人之責任。其子卽在被害者權力之下。儒帝時始禁止之。

2. 爲收養及解放之經過方式。卽以之爲暫時之假買賣。家子於最短期間內。處於買主權之下。然尋亦以皇帝之勅令代之。故儒帝編纂之法學階梯。未曾列入也。

隸屬買主權者。雖與奴隸相等。然仍爲自由人。仍爲羅馬市民。因其身分僅對買主有關係。不及於他人。若買主解放之。得享有庇護權。惟被解放者與奴隸不同。視爲生來自由人 (*Ingenus*)。非爲解放自由人 (*Libertinus*)。買主權之成立。僅有一種方式。卽僞賣買式是也。

買主權之解除。其方式與解放奴隸者同。類別有三。卽

1. 執杖式 (*Per vindictam*)

2. 註冊式 (*Censu*)

## 3. 遺囑式 (Testamento)

## 第二節 婚姻

婚姻 (Nuptiae 或 Matrimonium) 者。一男一女之結合。而永續個人之共同生活 (Viri et mulieris conjunctio, individuum consuetudineum vitae continen) 也。羅馬法分婚姻爲正式婚姻 (Justae nuptiae) 及非正式婚姻 (Injustae nuptiae) 二種。正式婚姻者。卽有結婚權之男女結定之婚姻。亦卽發生家長權之婚姻也。非正式婚姻者。卽無結婚權之男女結定之婚姻也。

羅馬結婚權 (Jus Connubii) 原爲限制平民與貴族結婚。故結婚權僅限於一族。不許與他族交婚。其初蓋起於會族共同婚。迨後因政策之作用。爲防血統混亂。乃設此制限。近世歐洲諸國。亦多設同族婚之制。以防貴族平民血統相混。殆與羅馬之用意無殊。然羅馬終至許平民貴族互爲婚姻。其後解放自由人與純粹自由人。亦許交婚。復因自然法說之勢力。而各個人得以相互結婚。雖其後有元老院議員之親族。不許與解放自由人結婚之禁。然儒帝新勅令終廢止之。總之羅馬結婚權。其初僅限於一族。至後則平民亦得與貴族結婚。其初僅限於羅馬市民。至後則拉丁人亦得與市民結婚。至卡拉克來 (Caracalla) 帝授與外國人以市民籍。於是外國人亦有結婚權矣。

羅馬古法。夫對於妻。有夫權 (*Mans*)。妻對於夫。如家族之對於家長。故妻之地位。與他之家族相等。因是母之對於子女。等於姊弟。習慣上雖不必如是。法律上則認爲當然。十二表法時。已有不發生夫權之婚姻。夫妻平等。爲妻者不屬夫權。不脫父權。蓋由前之習慣而變爲法律也。迨儒帝時。已不復有夫權之婚姻矣。

### 第一款 定婚

定婚之制。除羅馬外。當以吾國行之最早。自唐迄清。代有規定。爲害之甚。當亦首推吾國。蓋歐洲諸邦。雖認婚約。然與吾國舊制較。現行民法親屬編第九七三條第九七五條已加改訂異點有二。即：(一)定婚年齡與結婚年齡相距不遠。(二)婚約效力。不

甚固定。吾國定婚制度之害。即在此二點。因定婚與結婚之期。相距過遠。人事變遷。必難保持原狀。易使一方生不滿之感。婚約效力。過於固定。使當事人無更改餘地。強爲結合。不獨無家室之樂。反增無窮之苦。殊乖婚姻之道也。

羅馬定婚制度。男女約婚之後。有於相當期內。履行婚姻之義務。據「儒里亞」及「帕鄙亞頗陪亞」法 (*Lex Julia et Papia Popsaea*) 規定。自締約日起二年以內。除有特別理由。如婚約者一方疾病。或父母去世。或遠出未歸等事項外。若不結婚。則婚約消滅。至締結婚約。若屬家長權者。除男女同意外。尚須家長之命。別無何等方式。若男女均各對其家長命令。不加抗拒。即認爲同意。而女對於其家長所定婚約之男。除非人格喪滅或品行卑污。不得違命。背約者雖不負損害賠償之責。然亦別有制裁。即對於婚約時互相贈與之婚約物 (*Arrhae*)。由理直者沒收之。不必互相退還。倘解除婚約。確有理由。則婚約物須彼此璧還。若因女之過失而壞約。則除退還婚

約物外。並科以該項婚約物價值四倍之罰金。迨後該項罰金。減至與婚約物同價。儒帝時凡男爲僧。女爲尼。卽有解除婚約之權。他若婚約者一方之死亡。則婚約認爲當然解除矣。

## 第二款 結婚

羅馬婚姻。有有夫權者。有無夫權者。有夫權之婚姻 (*Matrimonium cum manu*) 爲市民法上之結婚。無夫權之婚姻 (*Matrimonium sine manu*) 爲萬民法上之結婚。二者既不相同。故其所行之方式亦異。分述如左。

### 一、有夫權婚姻之方式

1. 買賣式 (*Coemptio*) 此方式之結婚。卽夫利用僞買賣式買妻。蓋古時真買妻之遺俗也。

2. 共食式 (*Confarreatio*) 羅馬祭神。例供麥餅 (*Farrens panis*)。結婚者儀式將終。共食此餅。故曰

共食式。至此項方式之儀文。卽女家當女子歸時。女父陳俎豆供犧牲。祭祀祖先及優鄙特 (*Jupiter*) 神。羅馬最尊之神。虔告其女子歸某氏。與某結婚。迨于歸時。婿必親迎。偕行至家。有時或使他人引導。途中唱宗教之歌。及達夫家。女不卽入。婿僞爲逮捕。女伴僞爲防止。始行入門。引女升堂。致祭家神。行盥洗之禮。誦拜神之句。共食此餅。乃爲禮成。行此方式。例擇吉月吉日。月則六月爲吉。五月爲凶。日則以卜筮定之。

3. 時效式 (*Usus*) 男女同居一年。卽爲正式婚姻。發生夫權。蓋基於以時效取得物權 (*Usucapio*) 之

原則。故又謂之時效婚姻 (*Matrimonium per usum*)。十二表法規定。若女子不欲發生夫權者。可於一年以



內。連續外宿三夜。則時效中斷 (Usurpatio) 而夫權無由發生。蓋當時女子多不欲有夫權。故十二表法順應人情。乃爲如是規定。嘉優斯 (Gaius) 時。有夫權之婚姻。已屬罕見。儒帝法典。並不及之。

上述三項方式。惟共食式須貴族始得行之。其餘二項。無貴族平民之分。凡屬羅馬市民。均得執行。故十二表法有禁止貴族平民相互結婚之規定。至紀元前四四五年。平民肯努來爾斯 (Canuleius) 爲總裁 (Consul) 乃頒布法令。除奴隸外。貴族平民。得聯婚姻。

考三項方式。以共食式爲最重。買賣式次之。時效式又次之。若就其沿革言。則時效式爲掠奪婚之遺風。獨爲最古。買賣式爲買賣婚之遺俗。故其起源。次於時效式。而基於祭祀祖先之遺習之共食式。尤居其最後。中世歐洲婚姻。要皆屬於宗教。故設關係於宗教之法制。近世始以之屬於民法。然結婚之時。仍行祭祀祖先之儀式也。

二、無夫權婚姻之方式 此種婚姻。僅由雙方同意。即可偕歸 (Daemptio in domum) 並無一定之方式。亦不發生夫權。得萬民法之保護。故曰萬民法上之結婚。帝國時卽已盛行。至儒帝時。乃爲羅馬結婚之惟一方法矣。

### 第三款 夫妻關係

羅馬夫妻之關係。亦因有無夫權而生差異。茲分述之。

#### 一、有夫權之夫妻關係

1. 夫有生殺權。惟習慣上夫行使此權時。須商諸家族會 (Judicium propinquorum)。

2. 夫有出賣權。迨後非真賣。僅假賣以解除夫權。

3. 妻之財產。悉爲夫有。惟得有特有財產。其情形與子女奴隸者同。

4. 妻加害於人。夫有交付免責之權。

二、無夫權之夫妻關係。此種夫妻間之關係。法律上並無規定。僅有道德上及社會上之習慣。蓋由於羅馬離婚手續較易。茲將習慣上之關係。列舉如左。

1. 夫妻有同居之義務。

2. 夫應負擔家中生活費。

3. 夫應教育子女。

4. 夫得妻之委託。得管理其妻之財產。但不得反其意而強爲管理。

5. 夫妻財產混同時。視爲夫之財產。

6. 夫妻間贈與。不生法律上效力。

夫妻關係。要如上述。惟於財產上之關係。羅馬法有數主義。卽：

A 歸一主義。謂婚姻之後。凡妻之產。概歸夫有。如羅馬之正式婚姻。妻之財產。以歸夫有爲原則。

B 嫁資主義。詳見第四款嫁資。

C 共通主義 謂婚姻之際。先定夫妻共同生活之資。而其管理處分之權。則一任其夫。

D 別產主義 謂婚姻之後。夫於妻產。不生關係。惟羅馬法所認為妻之別產者。僅屬裝飾品 (Para phanatio)。其他全由夫管理。英國歷來取歸一主義。及一八七〇年以後。屢布婚婦別產之條例。迄於近世。遂以別產主義為原則。日本法亦然。

#### 第四款 嫁資

羅馬女子于歸。其家及其親屬。通例贈與財產。以作嫁資 (Dos)。俾其攜往夫家。補助生活。此制行之最古。無論有無夫權之婚姻。莫不皆然。此項嫁資。共有三種。分列如左。

一、妻父或祖所給者。稱曰家長給與嫁資 (Dos profecticia)。

二、妻母或妻自身及親屬所給者。稱曰加添嫁資 (Dos adventicia)。

三、前項嫁資。聲明解婚時繳還原人者。稱曰約還嫁資 (Dos recepticia)。

夫於上述嫁資。所享權利。亦因時代而各有差異。古法夫為嫁資之所有者。故得自由使用及處分。婚姻解除。亦無須繳還。共和末年。風俗日壞。無故出妻。事同尋常。乃加以種種制限。於是夫僅名為所有者。實則僅有用益權。儒帝時如嫁資為不動產。夫不得將其出賣。典質或贈與。雖得妻之允許。亦屬無效。且夫對於該產之利益權。亦僅限於婚姻期間以內。若婚姻解除。應即繳還原主。故雖名為夫之產。實則無異妻之產也。

### 第五款 因娶贈與

因娶贈與 (*Donatio propter nuptias*) 者。夫對於妻所爲之贈與也。帝國後四百餘年初。  
(*Donatio ante nuptias*) 之制。夫在婚前贈與妻產。以爲婚後費用。適與嫁資相對。此項財產之管理。  
同。婚姻期間以內。夫管理之。無故解婚。妻得取之。故其性質當視爲妻產。儒帝時以此項贈與。不應僅限於婚前。宜  
可兼行於婚後。由是娶前贈與之名。遂變爲因娶贈與之名矣。

### 第六款 婚姻制限

羅馬婚姻。有種種限制。分別如左。

一、男女本人。均須同意。

二、男女之家長。均須同意。但家長有精神病時。得視爲默許。羅馬法系諸國。皆有幼者結婚。須經父母許諾之規定。英美法系諸邦。則純任本人自由。

三、男女均須及婚年 (*Pubes*)。儒帝法典規定。男子結婚。以滿十四歲爲適齡。女子結婚。以滿十二歲爲適齡。羅馬古法。原無年齡之制限。其後守舊派主張婚姻應有一定年齡。進步派則以結婚年齡應依各個人身體上之發育定之。後說實行甚難。故儒帝法典之規定。乃採用前說。

四、左列各人。絕對不能結婚。

1. 奴隸 奴隸之結合。稱曰 *Contubernium*。法律上不認其爲婚姻。惟所生子女。得認爲血統。

2. 已婚者 羅馬婚制。限定一夫一妻。故已婚之人。不能再婚。

3. 已有妾者 (詳見妾制)

五、左列各人。不得互相結婚。

1. 血親 (*Cognati*) 血親者。乃謂子之兩親。及兩親之血親。卽同始祖所出之親族也。如同父或同母是。蓋子者。父母之血親。卽祖父母之血親之血親。故血親關係。以是否同一血統爲標準。乃萬民法所認也。

直系尊屬。不得與卑屬結婚。如父與女。祖母與孫。違者爲親族相姦。有重刑。

旁系血親。古法六等親外。始能結婚。後改爲四等外。再後爲三等外。故兩兄弟之子女。可以結婚。惟若其中一人離同出始祖僅一等者。則雖與親族關係在三等之外。仍不得結婚。故姊妹之孫女。雖四等親。不得與之結婚也。

2. 宗親 (*Agnati*) 宗親者。乃子之父。及父之男系親族關係。卽由同一始祖而生男系親族之關係也。

與血親異。血親關係。以同一始祖爲要件。而男女勿論。此則專指男系之親屬。且必限於同一始祖之男系卑屬。故宗親關係。以是否同在一家長權下爲標準。乃市民法所認也。

直系尊屬。不得與卑屬結婚。雖家長權已解除。仍不得結婚。故養父不能娶已解放之養女爲妻。



旁系宗親。其限制與血親同。但家長權若已解除。則可結婚。

3. 姻親 (Affines) 姻親者。配偶者一方與他方血親之關係也。

男子不得娶其繼母或其子之妻。或其妻之母。或其妻前夫所生之女爲妻。以其地位與母或女相等也。不得娶前妻之姊妹爲妻。惟夫與前妻所生之子。與妻與前夫所生之女。得互爲婚姻。

4. 準親屬 準親屬者。謂雖非親屬關係。而視同親屬者也。

如離婚再嫁之妻所生之女不得娶。又如許嫁其子之婦亦不得娶。

5. 特種關係者 特種關係云者。即謂因其人之地位關係或其他關係也。

如高等官吏。不得與其屬下之婦女結婚。監護人 (Tutor) 或保佐人 (Curator) 不得娶其所監護或所保佐之人。

紀元後三八年頒布法律。禁止基督教徒與猶太人結婚。

外國人及拉丁人。在羅馬法上。無結婚權。故不得與羅馬市民結婚。儒帝之時。此項制限。久已不行矣。

### 附 親等計算法

親等計算法者。算定親屬等第之方法也。一等親較二等親爲近。三等親較二等親爲遠。其計算之法。歷來有二大區別。即階級主義與世數主義是也。其參酌親屬關係之地位尊卑與世數遠近。而附以適宜之等級者。謂之

階級主義。如日本古來之儀制令。父母養父母夫子爲一等親。祖父母妻妾爲二等親是也。其依世數以定親等。而以一代爲一親等者。謂之世數主義。此主義更分爲二。一爲羅馬法主義。一爲寺院法主義。

羅馬法主義之計算法。於直系親則算親屬間之世數以定之。如父母與子爲一世。則爲一親等。祖父母與孫爲二世。則爲二親等。曾祖父母與曾孫爲三世。則爲三親等是也。於旁系親則由旁系親族之一方。溯諸同源之始祖。再由同源之始祖下算至他方。合計兩方之世數而定之。卽兄弟姊妹間爲二親等。伯叔父母與姪之間爲三親等是也。

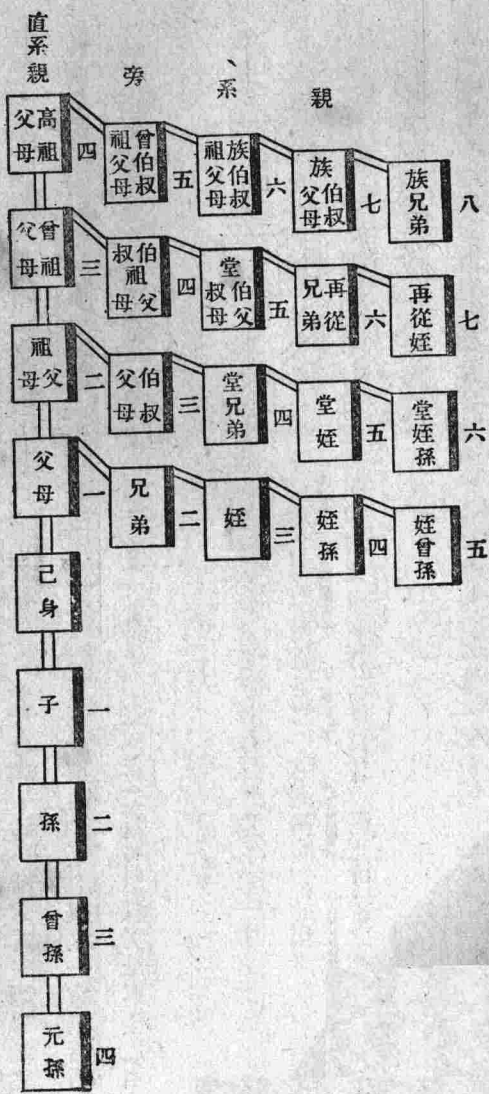
寺院法主義之計算法。其直系親之計算。與羅馬法同。惟計算旁系親之法。則專算一方之世數以定之。而不合算雙方世數。如兄弟姊妹爲一親等。堂兄弟姊妹爲二親等是也。若由一方溯諸同源始祖之世數。與由他方溯諸同源始祖之世數不符時。則取其多者以定之。如伯叔父母與姪之間。由伯叔溯諸同源之祖爲一世。由姪上溯之爲二世。則取其多者定之爲二親等是也。

親等計算。各國祇有此二種。泰西諸國親屬法。多用羅馬法。日本亦然。我國向無親等計算法。歷次民律草案。悉用寺院法。因其與宗親服圖相似也。寺院法乃源於歐西宗教遺規。其計算親等。不盡依親疏之比例。理不合。民國十九年國民政府之民法親屬編。因已將親屬分類。從根本改革。我國舊律親屬分類。除配偶外。向分宗親、外親及妻親。蓋淵源於宗法制度也。新民法關於親屬。

以血統及婚姻爲主。分爲配偶、血親及姻親三類。蓋如是則不獨出於自然。且與世界法制相合矣。故於親等之計算。亦舍寺院法而改從羅馬法焉。

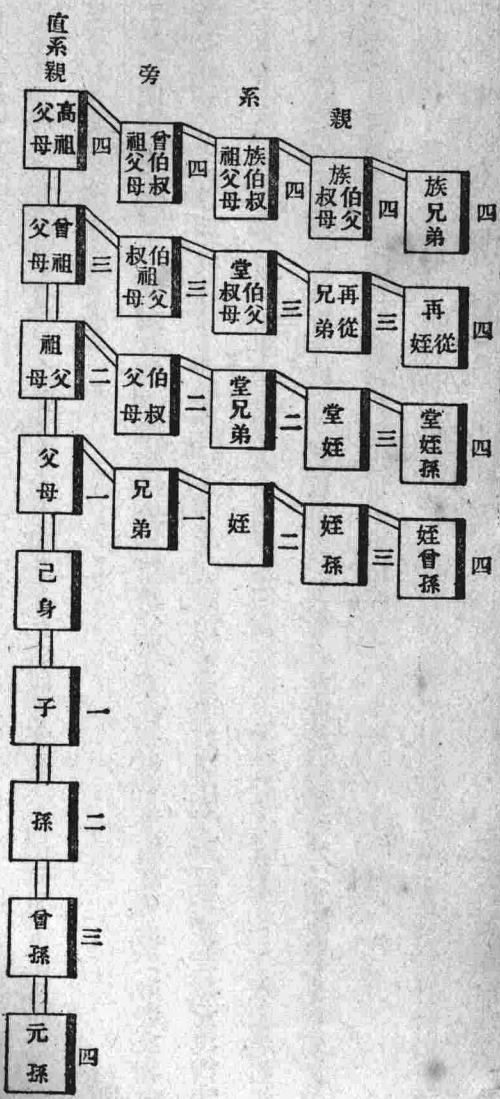
茲將羅馬法親等計算法與寺院法親等計算法分別表列於後。藉資參證。

羅馬法親等計算法表



寺院法親等計算法表

第七款 解婚



解婚者。即解除婚姻之謂也。其原因有二。一為結婚者死亡或失自由。二為結婚者之行爲。是即離婚。若結婚者死亡或失自由。自爲婚姻之當然解除。無待詳述。至離婚之法。則有二種區別。一曰協議離婚 (Divortium)。謂因雙方之協議而解除夫妻關係。一曰片意離婚 (Repudium)。謂因一方之意志而解除夫妻關係。斯二種離婚所用之方式。又因夫權之有無。而各有差異。分述如左。

## 一、有夫權婚姻之離婚。

1. 以共食式 (Confarreatio) 結婚者。離婚時須行不食式 (Diffarreatio)。此項方式。禮節繁冗。詳細程序。已莫可考。要不外與結婚時相同。陳麥餅 (Farreus panis) 於神前。雙方不食。告以離婚。離婚者除履行此方式外。尚須得僧侶之同意。始為有效。

2. 以賣買式 (Coemptio) 或時效式 (Usus) 結婚者。離婚時須行再偽賣買式 (Remancipatio) 即由夫偽賣妻於偽買者。偽買者解放之。婚姻即由是解除。行此式時。夫無須妻之同意。以妻之地位。等於家女 (Filia familias) 也。

二、無夫權婚姻之離婚。無夫權婚姻之離婚最易。無須何等方式。亦無須法院許可。由夫向妻。或妻向夫。告以離婚之意。即可生效。且此項告知。得以書面行之。不須晤面。迨後始稍加制限。帝國時家長若命女與婿離婚。須有重大原因。否則無效。紀元前十七年儒里亞得亞杜特里斯法 (Lex Julia de Adulteriis) 規定。離婚須有離婚證書 (Libellus repudii)。以及婚年以上之羅馬市民七人為證。並取消結婚證書 (Nuptiales tabulae)。儒帝時無故離婚者。強令入寺院。儒帝而後。此項制限。即已取消矣。

此項無夫權婚姻之離婚。本無制裁。帝國初年。風俗頹壞。德義衰微。離婚之事。屢見不鮮。於是始有財產上之懲罰。儒帝時對於妻與夫離。須問原因。如夫犯姦或謀叛等。原因合法。妻即得享嫁資及因娶贈與原因不合法。



則不僅不得享有上項財產。並禁其五年內不得再嫁。夫與妻離。原因合法。則享有妻之嫁資。原因不合法。則並因娶贈與。亦不克享有。是儒帝於不正當之離婚。並未使其行爲無效。以爲根本之解決。僅有財產上之處置而已。

古代諸國之離婚制度。大要有三。卽：

一、自由離婚制 此制爲私法上之制度。離婚與否。認當事人之自由。惟在文化未啓之國。多由一方意志行之。如掠奪婚。買賣婚時代。離婚一由夫之隨意。在文化開明之國。則祇有雙方之合意而無一方之任意矣。

二、禁止離婚制 此制爲宗教上之制度。既不許自由離婚。亦不認限制離婚。因歐洲中世。以婚姻係由神意結合。如聖經中所謂「依神意而結者。不得依人意而解。」故舊教諸國。均有離婚之禁。新教諸邦。亦多奉行。如英於一八五八年前。尙行禁止離婚之法也。

三、限制離婚制 此制爲政治上之制度。離婚須在法律上有一定原因。否則無效。蓋折衷於前之二制也。近世各國。多採用之。

準上所述。羅馬之離婚制。古時採一方意志之自由離婚。帝制時代。則離婚已由自由而進於限制。而解放自由人若與庇護人結婚。則無離婚之權。是以上三制。羅馬時已參行之矣。

### 第三節 妾制

羅馬帝制初年。獎勵人口繁殖。乃頒布法律。許民納妾（Concubinatus）。其制度與我國異。其性質與婚姻同。茲舉其規則之大要如左。

- 一、有妻者不得有妾。
- 二、有妾者不得有妻。
- 三、有妾者不得更有妾。
- 四、不得以他人之妻。爲自己之妾。

上述要件。若缺其一。法律上卽視爲野合。至妾之地位。較妻爲卑。然爲法律所承認。關於婚姻上之制限。如屬萬民法者。亦適用於妾。若屬市民法者。則不適用。故高等官吏得以屬下之女作妾。惟古代爲妾者。僅出身微賤或喪失名譽之女子。及被解放之奴隸。若係自由人及有名譽之女子。則不得以之爲妾。否則處以奸淫罪。迨後對於有名譽之女子爲妾。若得本人承諾。卽不論。

妾生之子爲私生子。不屬於其父之家長權。且對於其父無繼承權。但其父須扶養之。並得認爲嫡子。

羅馬妾制。直行於儒帝之時。至八百八十七年。里阿非羅梭斐斯（Leo Philosophus）帝以其反乎宗教。有背公益。遂廢止之。

#### 第四節 獨身

羅馬共和中期競尙嫁娶。不重獨身 (Coelibus)。洎共和末葉國勢稍強。介胄之士多好獨身風靡一時。成爲習慣。惟當時羅馬方事武力。獨身者衆。生殖不繁。乃訂法律獎勵結婚。以圖人口之繁殖。因於紀元後四年制定儒里亞法 (Lex Julia)。九年復頒帕鄣亞頗陪亞法 (Lex Papia Poppaea) 以修正之。該法對於獨身及無子者 (Orbus) 與以不利益之待遇。茲譯其規定之重要者如左。

一、男子二十五歲以上。六十歲以下。女子二十歲以上。五十歲以下。須行婚嫁。寡婦於夫死後二年。離婚婦於離婚後一年半。須行結婚。否則私法上有制裁。如剝削其繼承權之類。

二、已結婚而無子者。僅得受他人遺囑所與權利之半。又無子之夫婦。關於其配偶之一方遺囑之權利。亦受制限。

三、有子者享有特定之利益。其利益如在羅馬有三子。意大利有四子。外省有五子者。免除爲監護之義務。君士坦丁魯斯 (Constantinus) 帝時。因受耶教影響。乃廢止獨身及無子者不利益之法。儒帝時對於無子者之不利益及有子者之特權。均廢除之。

## 第五節 監護及保佐

監護 (Tutela) 及保佐 (Cura) 者。乃一種家族權。無人行使家長權時。以代家長權者也。二者均係護理

人之身體及財產。其不同之點。即在於財產上之權耳。

監護人 (Tutor) 之職務。在能力補充 (Auctoritatis interpositio) 即被監護人 (Pupillus) 在法律上本無行為能力。若其行為經監護人之許可。即為有效。故監護人乃補充被監護人之能力者。監護人有時或兼財產管理 (Gestio) 代被監護人處分財產。但非其專責也。

保佐人 (Curator) 之職務。在財產管理。即保佐人乃代無能力之人。治理財產者。惟於能力之補充。則非其所任矣。

### 第一款 監護

羅馬之監護。乃一種公務 (Publicum munus) 不得推諉。亦無酬報。為監護者。不得藉其地位。以謀利益。其所負責任。為準契約 (Quasi ex contractu) 之責任。羅馬法因其所監護者之不同。故大別為二。一為未及婚年者之監護 (Tutela impuberum) 二為婦女之監護 (Tutela mulierum) 茲分項以說明之。

#### 第一項 未及婚年者之監護

未及婚年者之監護。即未滿十四歲者之監護也。羅馬法律。對於人之年齡。分為四項。

- 一、未滿七歲者為幼穉 (Infans) 無意思能力 (Intellectus) 亦無行為能力。
- 二、滿七歲。男未滿十四歲。女未滿十二歲者。為未及婚年者 (Impubes) 有意思能力。無識別力 (Judicium)。

法律許以一部分之行為能力。即於其有利益之行為。認爲有能力。於其有損害之行為。認爲無能力。若其行為已經監護人之許可。則完全有能力矣。

三、未滿二十五歲者 (*Pubes minor XXV Annis*) 有完全行為能力。如有保佐人時。即無處分財產之權。雖其行為全屬有效。然對於其財產之行為。則須經保佐人之同意。否則俟其成年後追認亦可。

四、滿二十五歲者爲成年 (*Major*)

### 第一目 監護人之職務

監護人對於被監護人無能力之行為。應權其利害。加以補充。若被監護人之行為於己有利者。則無庸監護人之同意。如收受物件是。於己有損者。則須監護人之同意。如買賣、寄託是。關於此類行為。若未得監護人之同意而爲之。則被監護人對他人無義務。他人則有義務。但被監護人不能藉此謀不應得之利益。若被監護人係未滿七歲者。則完全無行為能力。一切須監護人代理。如被監護人與監護人互相訴訟。監護人不得許其訴訟。須另委保佐人專辦訟事。監護人之許可。須表示於行為之時。若行為終了。其許可無追溯力。至其許可與否。應純以被監護人之利益爲準。

監護人應調護被監護人。並監理其教育。

監護人管理被監護人之財產。應以尋常之注意 (*Diligentia ordinaria*)。一若其對於自己財產所加之



注意。

監護人若係一人以上 (Conutores) 按古時法律對於被監護人之行爲須全體同意。儒帝時則祇須一人同意。至管理財產或共同管理或各理一部均無不可。

監護人因監護所耗費用被監護人應如數歸還並應賠償其所代負之義務。

## 第二目 監護人之設定

監護人之設定其法有三。即：

一、遺囑監護 (Tutela testamentaria) 遺囑監護乃家長以遺囑指定其子女之監護人也。十二表法許家長以遺囑指定家子之監護人。若對於遺腹之子女亦可以遺囑預定其監護人。聲明監護起於何時止於何時或附以條件但專限於一事或專限於一物則無效。

二、法定監護 (Tutela legitima) 法定監護乃無遺囑監護時依法律規定之監護人也。十二表法以最親之宗親 (Agnati) 爲監護人。同親等不祇一人時即同爲監護人。儒帝新勅令以最親之血親 (Cognati) 爲監護人。被解放之奴隸其監護人依十二表法規定以庇護人 (Patrons) 及庇護人之子孫充之。被解放之子女其監護人爲解放者。若解放者死亡則爲解放者之子孫。此項監護名曰信託監護 (Tutela fiduciaria)。

三、選任監護 (Tutela dativa) 選任監護乃無遺囑監護與法定監護時由特定官吏選任之監護人也。

羅馬京兆尹。大法官及各省省長。均有選任監護人之職權。未及婚年者之母或祖母。亦均有呈請該管長官選任監護人之責任。

### 第三目 監護人之規則

監護人有須具保證 (Satisfactio) 者。有無須具保證者。如遺囑監護與選任監護。則無須具保證。因前者爲死者所信任。後者爲官吏所選擇。若法定監護。則須具保證。惟法定監護中被解放者之監護人。如解放者富。被解放者貧。則無須具保。羅馬法律。下列各人。無充監護人之資格。

- 一、奴隸無充監護人之資格。若解放之則可。如以遺囑指定時。卽視爲許其自由。
- 二、外國人、拉丁人。
- 三、精神錯亂者。聾者啞者。
- 四、未滿二十五歲者。屬於家長權與否。在所不問。
- 五、軍人、僧人。

六、婦人無充監護人之資格。以監護係一種公職也。儒帝特許母及祖母爲監護人。並先於其他血族。惟充監護人後。卽不得再嫁。

以上由一至六爲必然免除監護人之資格者。故稱曰必然之免除 (Excusationes necessariae)。

七、與被監護人有世讐者。

八、同時已爲三人以上之監護人者。但被監護人若係兄弟數人。則祇算一處。

九、貧困者。

十、不識字者。

十一、多疾病者。

十二、年在七十以上者。

十三、監護財產所在地與監護人居住地不同省者。

十四、在羅馬有子女三人。意大利四人。外省五人者。有免除監護之特權。惟收養者不計。已解放或與人收養

者計。孫計。外孫不計。生者計。死者不計。但戰死疆場者則計。

十五、在羅馬之修語學者 (Grammatici)、修辭學者 (Rhetores) 及醫士 (Medici)。在外省者則有一定額數。

十六、因公外出者。可以暫免。回時仍須復任。

以上由七至十六。皆因有正當理由。免除充任監護。故稱曰任意之免除 (Excusationes voluntariae)。

#### 第四目 監護人之解職

監護人之職務。因左列事故而解除之。

一、被監護人達於婚年 (Pubertas)。

二、被監護人或監護人死亡。

三、被監護人或監護人人格喪減 (Capitis deminutio)。(詳見人格喪減章)

四、監護人職務附條件或期限者。其條件成就。或期限到來。

五、監護人有正當理由。請求解職者。其理由大抵如前述。

六、有嫌疑之監護人 (Suspectus tutor) 得罷免之。嫌疑之範圍頗廣。如監護人不盡心職務。或行欺詐。或有過失。或應具保而不具等類。如被罷免。則以之爲無恥而處罰之。

七、法定監護人之人格小喪減 (Capitis deminutio minima)。(詳見人格喪減章)

## 第二項 婦女之監護

羅馬古時法律。婦女無論年齡長幼。若不屬家長權夫權。則須有監護人。三者必居其一。故終身無完全自由。惟婦女之監護人。職在能力補充。不管財產。故婦女關於市民法規定之法律行爲。須得監護人之同意。財產之管理。則得自爲之。古時監護人對於同意。有完全自決之權。迨後漸成具文。多由婦女強其同意。惟宗族之法定監護人。得拒絕婦女之要求。與古時無異。

婦女之監護人。可由家長或其夫遺囑指定。但往往空格。由婦女自填。十二表法規定宗族爲法定監護人 (Tutor legitimus)。但得轉讓於他人。名曰讓與監護人 (Tutor Cessio)。紀元後四十五年。廢除宗族監護之制。他如特定官吏。亦得選任監護人 (Tutor dativus)。

婦女有子女三人者。享有一種所謂子女權 (Jus liberorum)。得免除監護。若被解放之婦女。則須有四人。羅馬對於婦女設置監護。初非爲婦女之利益。乃爲宗族之利益也。儒帝時此項監護。已不復行矣。

## 第二款 保佐

保佐 (Cura) 之要素。在財產管理。故保佐人 (Curator) 乃代理無能力之人。治理其財產者。此卽與監護人相異之點也。凡人已逾婚年。自有行爲能力。惟因有種種原因。於其自有之財產。不能完全管理。於是乃設保佐人。代其專管財產。茲就應設保佐人者。分列如左。

一、未成年者之保佐人 (Curator minorum) 未成年者 (Minores) 之保佐人。須由其本人願意。請官選派。不能強其必有。惟於特定事由。得強其有臨時保佐人。如提起訴訟。必須保佐人補助。或爲人收養。必須保佐人同意是也。

二、心神錯亂者之保佐人 (Curator furiosi) 心神錯亂者 (Furiosi) 乃完全無行爲能力人。故其保佐人不僅代管財產。亦須補充能力。心神錯亂者之宗親爲法定保佐人 (Curatores legitimi)。若無宗親。則其母須



請求有司。選任保佐人 (Curatores dativi)

三、浪費者之保佐人 (Curator prodigi) 浪費者 (Prodigi) 之保佐人。應由其親屬請派。惟浪費者於其自己有利益之行爲。毋須得保佐人之同意。

四、聾者啞者及不可治之病者之保佐人 聾者 (Surd) 啞者 (Muti) 及不可治之病者。均係因身體上關係。應有保佐人也。

五、被監護人之保佐人 若監護人不宜於管理財產。或因其暫離職守。則應爲被監護人設保佐人。

保佐人之職權。與監護大致相同。心神錯亂者之保佐人。兼管被保佐人之身體。

保佐人之設定。應由法院行之。不許以遺囑指派。被任爲保佐者。非具有與監護推辭相同之理由。不得推辭。至其職務之終了。亦與監護人大致無差也。

## 第五章 人格喪減

人格喪減 (Capitis deminutio) 者。乃指喪失人格 (Caput) 中所包含之自由 (Libertas) 民籍 (Civitas) 家族 (Familia) 三者之一也。其差別有三。一曰人格大喪減 (Capitis deminutio maxima) 二曰人格中喪減 (Capitis deminutio media) 三曰人格小喪減 (Capitis deminutio minima) 茲分節以說明之。

## 第一節 人格大喪滅

人格大喪滅者。謂喪失自由也。如奴隸是。失自由者。並民籍與家族均失之。是即完受喪失人格也。

羅馬市民。若爲俘虜。倘得歸來。則法律上仍許其回復一切權利。如家長仍爲家長。家子仍爲家子。所有者仍爲所有者。債權者仍爲債權者。一若其並未被敵所俘。故對於前之種種。有追溯之權。此權名曰歸國權 (Jus Postliminii)。謂其回歸祖國。即得享此權也。惟此權之享受。以被俘時尙在盡力拒敵者爲限。若自行投降者。雖歸亦不克享有也。

羅馬市民。若爲俘虜後。竟死異國。是無異以奴隸死矣。若認其以奴隸死。法律上諸多不便。如在羅馬所立之遺囑。是否有效。其繼承人能否繼承。歸國權又不能適用。因於紀元前八一年頒布柯累里亞法 (Lex Cornelia) 規定凡死俘虜中者。以被俘之日爲死亡之日。即仍假定其以自由人而死。於是法律上即不致發生問題矣。

羅馬市民之財產。如爲敵捕獲。倘得回復。則仍歸原主。故如奴隸被俘而復得歸來。則仍屬其故主。惟如軍器。礦產。爲敵所得。則管理人須受處罰。

## 第二節 人格中喪滅

人格中喪滅者謂喪失民籍也。失民籍者並失家族。惟不失自由。故如家長喪失民籍。即失去家長權。家子喪失民籍。即脫離家長權。羅馬民籍之喪失。要不外左列四者：

一、殖民拉丁 (Latium) 者 昔時羅馬人民。殖民於拉丁。如子受父命。移居拉丁。即失其羅馬民籍。且脫離家長權。從茲受新國人民之待遇。

二、被逐於國外者 羅馬市民。若犯罪刑。倘被逐諸國外。即可免刑事訴訟之累。亦即失去民籍。而非羅馬市民矣。

三、被流刑者 (Deportatio Insulam) 羅馬流刑。始於阿格斯土斯帝。如市民因犯罪被流於遠島。即失其羅馬民籍。若父被流。即失家長權。子被流。即脫家長權。倘以後得邀皇帝特赦。則從前一切權利。仍可回復。

羅馬流刑。係無期徒刑。徒刑則或終身。或有期。拘禁於特定地點或島嶼。受徒刑者。其財產不被沒收。民籍猶克保留。惟自由受限制。故父受徒刑。不失家長權。子受徒刑。不脫家長權。此徒流二刑相異之點也。

四、降敵者 羅馬自共和季世以來。崇尚武功。臨敵不屈。雖被俘虜。回時猶能享歸國之權。甘心降敵。即視為異國之民。故降敵者即失去羅馬民籍。

### 第三節 人格小喪滅

人格小喪滅者。謂喪失家族也。失家族者。其自由與民籍。均不喪失。僅變更其家族而已。其類有三。卽：

一、自權者變爲他權者。如以自權者爲養子及認嫡之類。雖自權者當時僅孑然一身。無有家族。然法律上則認其有成家之能力。故仍視爲變更其家族。

二、他權者改入新家族。如完全收養或被權主出賣。及夫權之發生等均是。

三、他權者變爲自權者。如家子被解放之類。

人格小喪滅。卽家族之變更。家族一經變更。則屬於原來家族之一切權利。完全喪失。如家長權繼承權等均

## 第六章 名譽喪失

羅馬社會。以其人有完全名譽。謂爲有 (*Existimatio*) 而所謂名譽者。非有出類拔萃之意。乃指普通人應有之名譽也。若社會以其人名譽有虧。則其所享法律上之權利。亦受制限。考羅馬古時。設有監察官吏 (*Censor*)。監察人民風化。兼司人民冊籍。倘有違背風化者。該項官吏。卽爲之簽註或除名。迨設立大法官時。此項辦法。遂成法律。羅馬所謂名譽喪失。其類有二。分述如左。

一、名譽消滅 名譽消滅 (*Existimatiois Consumitio*) 者。謂喪失全部名譽也。如人格大喪滅或人格中

喪滅者。均屬名譽消滅。

二、名譽喪滅 名譽喪滅 (Existimatiois minutio) 者。謂喪失一部名譽也。又分二項。卽：

1. 無恥 (Infamia) 羅馬法律。認爲無恥者。如左列諸項是。

A 受刑事裁決有罪者。

B 私犯中之竊盜 (Furtum) 強盜 (Rapina)。

C 違背契約中之合夥 (Societas) 委任 (Mandatam) 及寄託 (Depositum)。

D 違背準契約中之監護 (Tutela)。

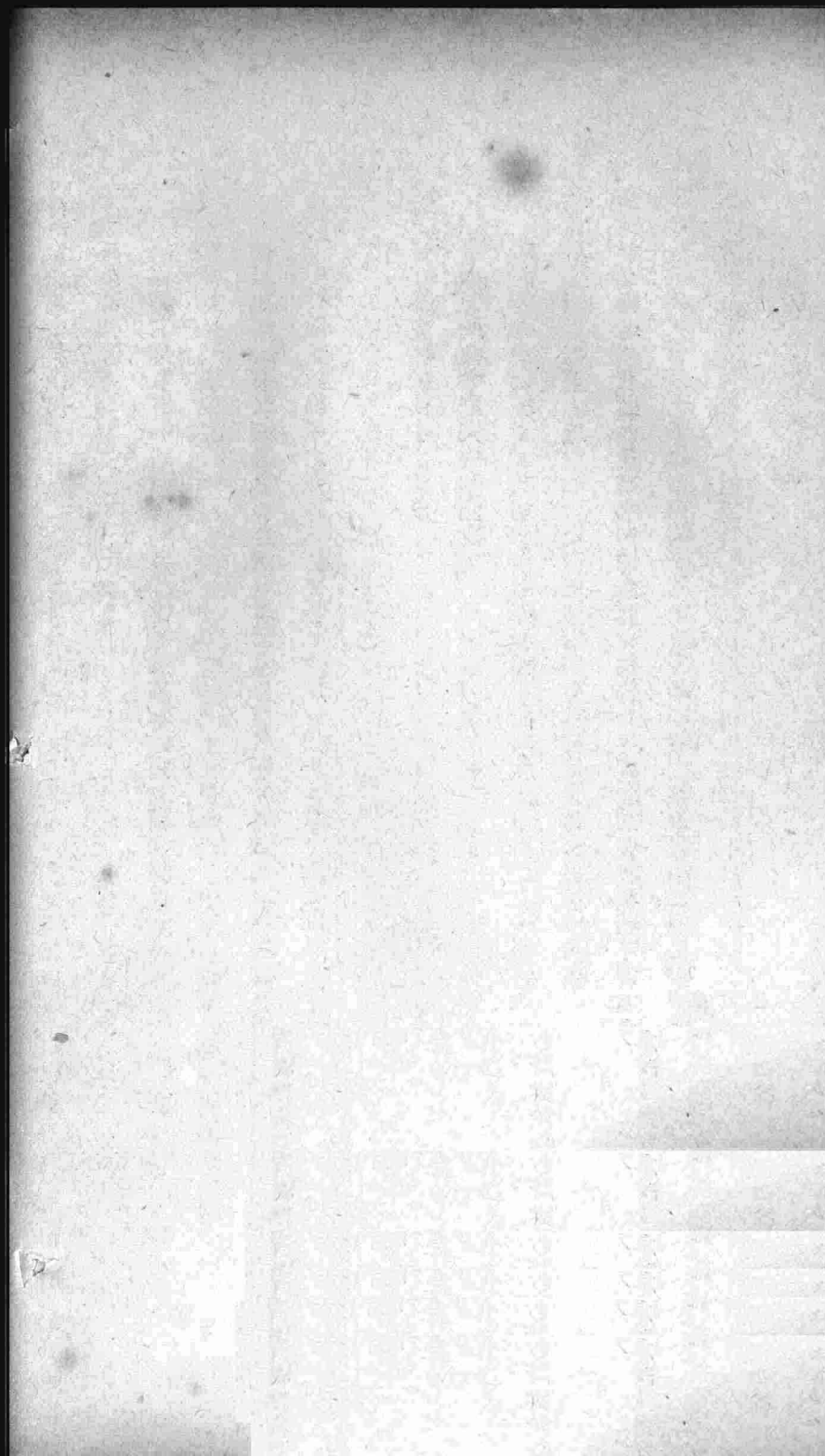
E 犯婚姻法中之重婚。

F 賤業。如優人與角鬪者。

凡被宣告爲無恥者。失其選舉權及榮譽權。不能與生而自由之女子結婚。儒帝時對於無恥者之處分。由審理官斟酌情形。酌量辦理。

2. 污辱 (Turpitudō) 污辱之認定與處分。一任審理官權衡。如不許其爲證人或監護人之類。





## 第二編 物之法

羅馬物之法。包含物權、繼承、債務三法。茲依其次序。分本編爲上、中、下三編。上編述物權。中編述繼承。下編述債務。

### 上編 物權

## 第一章 物

### 第一節 物之意義

羅馬物 (Res) 字之義。範圍頗廣。凡有利益於人者。皆以之爲物。故羅馬之所謂物者。不僅限於得以金錢評價者。卽不能以金錢評價者。如空氣、流水、海洋等。亦均謂之爲物。且不論物之有體無體。均認爲物。故除所有權外。各種權利。亦皆爲物矣。

準上所述。羅馬物字之義。既如是廣泛。故儒帝及嘉優斯 (Carinus) 所謂物之法。不惟包括普通所謂物之法。即債權法亦在其中。以其爲無體物也。繼承法亦在其中。以其既爲無體物。且爲取得物之一方法也。本編擬專論普通所謂物之法。債權及繼承。另付他編。

## 第二節 物之分類

羅馬之所謂物。其類甚多。分述如左。

一、有體物無體物 有體物 (Res corporales) 者。謂存在於客觀的物件。得依吾人之五感機能而認知者也。如土地、奴隸、衣服、金銀、牛馬、貨幣之類。

無體物 (Res incorporales) 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。如繼承權、債權、用益權之類。儒帝云。雖繼承之財產。收益之果實。債權所應得之物件。往往皆有體物。然繼承之權。用益之權。債權之權。則無體物也。

羅馬古法。無有體物與無體物之區別。共和末葉。始有此項分類。

二、可有物不可有物 可有物 (Res in nostro patrimonio) 者。法律上可爲個人私有之物也。又因其可以買賣、讓與。故亦名融通物 (Res in Commercias)。

不可有物 (*Res extra nostrum patrimonium*) 者。法律上不可爲個人私有之物也。又因其不得買賣讓與。故亦名不融通物 (*Res extra commercium*)。

右二者之區別。載在嘉優斯 (*Gaius*) 及儒帝法典之法學階梯。其大要分物爲神法物 (*Res divini juris*)。人法物 (*Res humani juris*) 二種。神法物均爲不可有物。人法物中則共用物、公有物、公共團體物爲不可有物。私有物爲可有物。分述如次。

### 1. 神法物。其類有三。即：

A 神聖物 (*Res sacrae*) 神聖物者。乃經一定之手續。而供奉於神之物也。如廟宇及進獻於神之各種物件之類。此種物品。私人不得擅造。必經國民會及元老院許可。帝政時須得皇帝許可。除得用爲贖還俘虜外。不得爲私權之目的。倘有侵害之者。處以死刑。若有不敬行爲。亦嚴加處罰。

B 宗教物 (*Res religiosae*) 宗教物者。卽墓地也。不必如神聖物之手續。只所有者埋葬屍體於其地。其地卽失私權目的之性質。若地雖選定。尙未埋葬。或已埋葬而又遷移者。均不認爲墓地。破壞墓地者有重刑。

C 神護物 (*Res sanctae*) 神護物者。受神法保護之物也。如城牆、城門之類。破壞之者。處以死刑。

### 2. 人法物。其類有四。卽：

A 共用物 (*Res communes*) 共用物者。人類共同所用之物。非個人所得私有也。如空氣、光線、流水、海洋、海底及海岸（以冬季潮長最高之線爲限）等是。故人人得在海岸築小舍。曬魚網。得在海洋捕取魚類。若空氣流水。入於一定之器。則爲個人之所有物矣。

B 公有物 (*Res publicae*) 公有物者。謂直接供公共使用之物也。其類有二。卽：

a. 羅馬國家所有之物。如官署使用之器具是。此項財產。認爲國家之私有財產。與普通人之私有財產無異。

b. 公用之物 (*Publicae usui destinatae*)。惟羅馬國民。乃可使用。非盡人得使用也。如河川港灣。國民皆得取魚。得航行。又如河岸。雖或爲個人所有。然國民得繫舟卸貨。蓋卽係一種公共地役權也。

C 公共團體物 (*Res universitatis*) 公共團體物者。謂供城市團體使用之物也。其類有二。卽：

a. 城市團體所有之財產。與普通人之私有財產無異。他人不得使用。

b. 市民公共可用之物。如屬於城市之劇場及跑馬場是。

D 私有物 (*Res singularium*) 私有物有二。一爲個人之私有財產。一爲先占之無主物 (*Res nullius*)。

無主物實卽可有物。因一時無主。先占者卽爲所有者。如山野禽獸。河海鱗介及遺棄之物。皆爲無主物。先占者卽爲所有者。嘉優斯 (*Caius*) 之法學階梯。則以神法物爲無主物之一種。



三、依方式移轉之物不依方式移轉之物 (*Res mancipi*, *Res nec mancipi*) 依方式移轉之物 (*Res mancipi*) 者。乃依偽買賣式或偽訴訟式而移轉所有權之物也。須用此方式以移轉物之所有權者。如奴隸。在意大利之田地、家宅、田野地役權、牛、馬、驢、騾等是。

不依方式移轉之物 (*Res nec mancipi*) 者。乃不依上述兩項方式而移轉所有權之物也。如在意大利以外之田地、家宅、野獸及等於野獸之象、駱駝、都市地役權、各種無體物及其他大多數之有體物。

右二者之區別。儒帝以前。久已不用。儒帝編纂法典。遂廢止之。揆其所以有此區分者。蓋因羅馬古時。民多務農。故於農事有關之物。須以公開之手續。以移轉所有權。否則貴如珠寶。亦無須履行上項方式也。

四、動產不動產 動產 (*Res mobiles*) 有他種動產與自動產之別。他動產者。指一般動產。吾人得以移動者也。如器具等是。自動產者。謂不待吾人之感觸而自可移動者也。如牛馬奴隸等是。

不動產 (*Res immobiles*) 者。指土地及以永久之目的附著於土地之物也。如房屋、牆壁、樹木等是。

五、代替物不代替物 代替物 (*Res fungibiles*) 者。謂以一定之品質數量為標準。而可以他物代用者也。如穀米、油、酒、貨幣等是。是即代替物。乃可以輕重多少或長短計算者也 (*Res quae pondere numero mensurae constant*)。

不代替物 (*Res non fungibiles*) 者。謂限於特定之物。不能以他物代用者也。如某地某村之房屋或某號

之牛馬等是。

六、消費物不消費物 消費物 (*Res quae usu consumuntur*) 者。謂使用時必消費之物也。如食品等是。

不消費物 (*Res quae usu non consumuntur*) 者。謂使用時不消費之物也。如牛馬田地等是。

七、滋息 滋息 (*Fructus*) 者。謂物之經濟上之收益也。其類有二。即：

1. 天然滋息 (*Fructus naturales*) 天然滋息者。謂依物之用法。所收取之出產物也。是即當其未由母物分離之時。為母物之一部。及其分離之後。乃得為獨立之物。而獨立為權利之目的也。如對於耕地。則其穀麥果樹。對於畜類。則其產子。對於牛羊。則其皮毛。均屬此類。他如牛之乳。雞之卵。礦場之金石。森林之材木。亦然。惟奴婢所生之子女。則否。以滋息不應用於人類。故奴婢生子。不為用益者所有。而為所有者所有。

2. 法定滋息 (*Fructus civiles*) 法定滋息者。謂使用其物之對價所受金錢及其他物也。如房屋之租金。金銀之利息等是。

## 第二章 所有權

### 第一節 所有權之意義

所有權 (Dominium) 者。謂使用收益處分其物之權。是即物之所有者 (Dominus) 對於物所享最高之權也。故所有權具有三要素。即一、使用權 (Jus utendi) 二、收益權 (Jus fruendi) 三、處分權 (Jus disponendi) 是也。

使用權者。謂從物之方法而使用之權。如房屋則居住之。馬匹則乘騎之。是收益權者。謂收取生產物滋息之權。如牛之乳。雞之卵。房屋之租金。借金之利息。是處分權者。謂有自由處分其物之權。亦即所有權中最重要之權。如對於其物變更之。毀損之。拋棄之。均無不可。故其作用。較使用收益二權。更爲重大。

## 第二節 所有權之沿革

羅馬古時市民法之所有權。名曰市民法之所有權 (Dominium ex jure quir itium)。享有此權。須二條件。即一、其人須有交易權 (Commercium) 二、其物須爲交易權所及之物 (In commercio)。因之外國人不能有所有權。迨設置外人大法官後。特保護其權利。雖不稱爲所有權。然與市民法之所有權。無大差異。後人因稱爲萬民法之所有權 (Dominium ex jure gentium)。對於非交易權所及之物 (In commercii)。如外省之地亦然。

市民法對於依方式移轉之物之移轉所有權。須用僞買賣式或僞訴訟式。否則讓與者仍爲市民法之所有者。讓受者則毫無權利。大法官特矯其弊。讓受者如無占有。許其提起訴訟。假定其已以時效取得物權。許其訴訟。

一如所有者。讓受者因此取得之物權。稱之爲業主權 (In bonis habere) 此項訴訟。名曰卜不里西亞 (Actio Publiciana)。此訴訟於紀元前六九年大法官 (Publicanus) 所許故以其名名之 自許有此項訴訟權後。凡屬物之移轉。雖係依方式移轉之。罕用古式。儒帝時種種區別。概行廢止。於是僅有一種所有權 (Dominium) 而已。

### 第三節 所有權之取得

所有權之取得 (Acquisitio) 分爲原始取得與傳來取得二種。原始取得者。不問前所有者之有無。全與前所有者無關。而生新所有者之權利也。傳來取得者。謂由原來之所有者移轉所有權於新所有者也。新所有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。故取得者權利之有無。惟視讓與人權利之有無也。

#### 第一款 原始取得

##### 第一項 先占

先占 (Occupatio) 者。謂以據爲己有之意思而占有無主之物也。此項取得。爲萬民法所規定。無主物 (Res nullius) 者。或其物向來無主。或爲人所遺棄之物均是。茲分述之。

一、各種動物。均可以先占取得。如野獸魚鳥。無論在自己土地或他人土地。皆可捕取。

有野性之動物。取得之後。須能保管之。一脫保管。即復爲無主物。所謂脫離保管者。如其已去不復見。或雖尙可見。而難於追捕者。均是。至被傷之獸。雖易於捕獲。然在未獲之先。仍爲無主物。必實際捕獲方可。

動物之中。有雖屬野性。然有來去之常習者。如蜂、鹿、鴿、孔雀之類。此等動物。若已經離去。尙尙有歸來之意思。*(Animus revertendi)*。則仍爲飼養者所有。無此意思。則爲無主物。此項意思之有無。以其有無歸來之常習爲準。

動物有非野性者。如雞、鵝之類。雖他去。仍不失所有權。

二、略取敵人之物。爲略取者所有。即捕獲敵人。亦爲其奴隸。但若逃脫歸國。即非其所有矣。

三、海岸上發見之寶石及其他各物。爲發見者所有。

四、海中發見之新島。先占者爲所有者。

五、遺棄物 (*Res derelictae*) 爲拾得者所有。

## 第二項 附合

附合 (*Accessio*) 者。謂二以上之物。附合而成爲一體也。區分之。則有土地與土地之附合。動產與動產之附合三種。分述如左。

### 一、土地與土地之附合

1. 河水漸增土壤於河岸。增大河岸之土地。謂之曰淤淺地 (*Alluvio*)。此項淤淺地。屬於河岸所有者。若



因洪水氾濫。沖斷上流土地之一部。附著於下流之土地。謂之曰沖斷地 (Avulsio)。斯際仍爲上流地所有者所有。若附合日久。樹根已生入下流原有之土地。則爲下流地所有者所有。

2. 公河河中發生沙洲 (Insula nata) 時。爲兩岸地主所有。其多少以各地主沿岸地之多少爲比例。若沙洲偏於一岸。則爲該岸地主所有。又若河分爲二流。於下流復合爲一。則中間島形之土地。仍爲原主所有。

3. 河流乾涸或變更其流域之時。其從前之河牀 (Alevus derelictus) 爲兩岸地主所有。以其沿岸地之多少爲比例。新河牀則爲公有物。若日後河復改流。則此新河牀亦爲兩岸地主所有。若土地僅爲水所氾濫。則與所有權無關。

## 二、動產與土地之附合

1. 建築 (Inaedificatio) 羅馬法律。認建築物爲土地之一部。故無論何人所建。其物之所有權。專屬於地主。是即嘉優斯 (Gaius) 所謂地上之物。附著於地 (Superficies solo cedit) 是也。惟以他人之物。建築於自己之地時。物主得要求賠償物價二倍之數。若該項建築物傾倒。物主尙未得賠償時。則得索還原物。若以自己之物。建築於他人之地。除係不知土地爲他人所有者外。不能主張何項權利。蓋認其爲故意拋棄也。

2. 植 (Plantatio) 及種 (Satio) 植物從其種植時。種子從其播種時。若已生根。則歸地主所有。故如樹根蔓延於鄰地。則樹爲兩地主所有。若種植者爲善意。則地主須支付代價。否則不能取得所有權。

故意種植他人之物於己地者。是爲竊盜。若係錯誤。則須償原值。

### 三、動產與動產之附合。

1. 書寫文字於紙張或皮革。無論字或文之寶貴。皆附著於紙或皮。爲紙或皮之主所有。至於價值。其原則與前同。惟關於繪畫。儒帝特爲規定。應屬於繪畫者。蓋以畫貴而物賤也。

2. 流動物或金屬。如混化爲一。不可分離。是謂混同 (Confusio)。爲兩所有者共有。若固體物如穀物之類。雖已相混。而仍可分。則爲混合 (Commixtio)。不生共有權之效力。可各取還其所有物而已。

上述諸項。失其所有權者。對於取得所有權者。得爲賠償之請求也。

### 第三項 加工

加工 (Specificatio) 者。謂以他人之原料。製造新物品也。加以葡萄作酒。以橄欖作油。以稻麥作粉之類。若材料完全爲他人所有。而加工物可以回復原狀。如銀瓶仍可鎔化爲銀塊。則原主爲所有者。若不可回復原狀。如酒不能回復爲葡萄。則爲加工者所有。惟材料原主可提起竊盜之訴。若加工者誤信材料爲己有。則須賠償。

### 第四項 埋藏物

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。賀爾里恩魯斯 (Hullianus) 帝以前。埋藏物之所有權。屬於國庫。同帝以後。如在自己所有之地發見。即取得其物之所有權。在

他人所有之地。偶然發見。非故意探索。則半屬地主。半屬發見者。若發見於動物之中。亦準用此項規定。

### 第五項 收取滋息

收取滋息 (*Fructuum perceptio*) 者。謂有取得滋息之權利也。滋息由母物分離而為獨立所有權之目的。則歸母物所有者所有。他如永佃權及善意之占有者。亦得因滋息由母物分離而取得所有權。

### 第六項 時效

時效 (*Usucapio*) 者。乃以占有經過一定期間而取得所有權也。各國法律。無論古今。多有時效之規定。蓋以凡人占有物件。歷時既久。雖其先移轉之法。容有未當。然證明來歷。既屬非易。且為維持社會秩序計。不得不尊重其占有。此時效之制所由來也。

羅馬時效。因時代關係。致有二種。分述如左。

一、古法之時效 羅馬古法時效。名曰烏蘇克鄙阿 (*Usucapio*)。即使用取得之意。乃市民法上之時效也。惟羅馬市民。始能適用。且僅限於動產。及意大利以內之土地。十二表法已有規定。名曰烏蘇斯 (*Usus*)。男子以時效取得夫權。即係時效之一種。

古法時效之期間。依十二表法規定。動產一年。不動產二年。且其期間無須完全在一人占有之中。如死者占有之期間。得算入繼承人占有期間之內。賣者與買者。贈與者與受贈者亦然。名曰占有期間之附合 (*Accessio*)。

possessoris) 惟東羅馬之不動產多係古法之所謂外省地故不適用之

古法時效之取得。有下列各項制限。即：

1. 占有不得中斷。如中斷則認為時效中斷 (Usurpatio)。
2. 占有者須善意 (Bona fides) 如讓與者非所有者。讓受者信其為所有者。則讓受者得以時效取得所有權。善意以交付時為準。故若交付時讓受者不知讓與者為非所有者。則雖日後查知實情。仍與時效無礙。
3. 誤信錯誤之原因為正當者 (Error falsae causae) 不能以時效取得。如甲交付物於乙。以為質押。乙誤為贈與。乙不能以時效取得所有權。
4. 因公外出之人。或為敵俘去之人。若以時效取得在羅馬之市民之物。則歸國後。原主得以一年內提起訴訟。取消其時效。因占有者不在管轄之內。原主無從禁阻其占有也。至此兩項人之財產。他人亦不能以時效取得所有權。蓋亦因其不在管轄之內。無從禁阻他人占有也。
5. 對於自由人。逃走之奴隸。神聖物 (Res sacrae) 宗教物 (Res religiosae) 等。不能以時效取得所有權。
6. 盜竊及以暴力所得之動產。不惟自身不能以時效取得。即他人以善意受領之。亦不能取得所有權。若以惡意。非以暴力。占有他人之不動產。第三者以善意受領之。則可以時效取得所有權。

古法之時效取得。除上述六種限制外。並限於有交易權 (Commercium) 之人。方能適用。復限於可取得之

物。如各省土地。不適用其規定。故範圍甚狹也。

二、新法之長期占有 長期占有 (Possessio longi temporis) 云者。即取得各省之土地之時效也。蓋各省以古法時效。範圍過狹。故以長期占有之制。補古法之不足。此制如兩造同居一省。占有土地十年。即可取得所有權。不同居一省。則二十年可取得所有權。若期間已滿。地主提出訴訟。則占有者得以此項時效抗辯之。其抗辯書於原告請求節略書 (Formula) 之前。故又名此項時效曰前書 (Praescriptio)。

上述二種時效。儒帝時均廢止之。另設規定。即土地之時效取得。無論意大利與外省。一律以同省者十年不同省者二十年為期。動產則以三年為期。

右述時效制度。乃通常時效。此外儒帝法典中尚有一種非常時效 (Longissimi temporis praescripto) 於五七八年制定。其適用範圍。僅限於不能以通常時效取得之物。如贓物及以暴力取得之土地。與乎賭博之債金等是。此項時效之期間。以三十年、四十年或五十年為限。

## 第二款 傳來取得

### 第一項 偽買賣之方式

市民法之移轉所有權。須用偽買賣方式 (Mancipatio)。惟羅馬市民。乃可用之。如依方式移轉之物 (Res Mancipi) 其移轉即須用此方式或偽訴訟之方式 (In iure cessio) 方為有效。



羅馬偽買賣之方式。乃以羅馬市民之及婚年者五人以上爲證人。另以同資格者一人爲持秤人。*(Libri Pons)*。讓受物者一手執讓與之物。惟不動產則否。一手以青銅塊擊秤曰。此物按照羅馬市民法。爲我所有。我以此青銅塊青銅秤買之。於是所有權即移轉矣。

此項方式。所以用銅塊及秤者。蓋古時羅馬。未嘗鑄錢。故買賣時秤銅以爲代價。此其所以用銅塊與秤也。僑帝時此項方式。久已不行。

### 第二項 偽訴訟之方式

偽訴訟之方式 (*In iure cessio*)。亦係市民法移轉所有權之一方法。此式凡讓受者須於大法官或高等官吏之前。以手執物曰。此物按照羅馬市民法。爲我所有。官吏乃問讓與者。讓與者明認或默認之。官吏即判歸讓受者所有。

此式無論依方式移轉之物 (*Res mancipi*) 或不依方式移轉之物 (*Res nec mancipi*)。無論有體物或無體物。均適用之。惟手續繁難。用者甚少。僑帝時已不復存在。

### 第三項 交付

交付 (*Traditio*) 者。謂以移轉所有權之意思。而爲占有之交付也。其條件有二。分述如左。

一、占有之移轉。交付須移轉占有。故若無實體之交付。則雖有文書契約。仍不能移轉所有權。若有實體之

交付。則無須文書契約。亦爲有效。

二、移轉所有權之意思。移轉所有權之意思 (Animus transferendi dominii) 云者。即謂須有正當原因 (justa causa) 也。正當原因者何。即賣買 (Pro emptii) 遺贈 (Pro legato) 嫁資 (Pro dote) 清償 (Pro soluto) 贈與 (Pro donatio) 等是。無正當原因。即無移轉所有權之意思。雖移轉占有。亦不能移轉所有權。至買一項。除應具備所述之兩項條件外。尚須給付代價。否則仍不得移轉所有權。

以交付方法移轉所有權。倘具備上述條件。自爲有效。惟讓受者之權。不能超越讓與者之權。故若土地負有地役權。則雖經賣買。其地役權仍存在。

交付爲移轉所有權最自然之方法。除依方式移轉之物及無體物外。其他各物。皆適用之。

#### 第四節 所有權取得之制限

羅馬法對於取得所有權。有種種制限。分述如左。

一、關於人之制限。如奴隸、家子等。其取得所有權。均有制限。

二、關於物之制限。如各種不可有物。均不得爲個人所私有。故不能取得所有權。

三、贈與 (Donatio) 者。當事人以無償移轉其財產於他人也。是即由於加惠之意思 (Animus don-

andi) 而發生也。其類有二：即

1. 生間贈與 (Donatio inter vivos)

2. 因死贈與 (Donatio mortis causa) 此項贈與與遺贈類似。其規定亦與尋常贈與有別。當於後另

述。茲專述生間贈與。

生間贈與之制限如左。

A 贈與在五百梭里底 (Solidi) 以上。須在官廳註冊。否則逾額之數無效。

B 夫婦之間。不得贈與。但有二種例外。即一、尋常贈與。所值無幾者。二、因娶贈與。蓋以其目的不同也。

C 贈與之成立。須由贈與人交付其財產於受贈人。但若贈與人表示意思。允許贈與。雖其表示非正式。

贈與人亦有交付之義務 (Pactum donationis)

D 贈與既經完結。不得撤回。惟受贈人對於贈與人有忘惠行為時。則可撤回之。

## 第五節 所有權取得之代理

所有權之取得。本人固無論矣。他人能否代本人取得所有權。質言之。即羅馬法於物權有無代理制度。考羅馬古法。不容有代理制。惟奴隸、家子與乎在夫權下及在買主權下之人。可代家長或家主取得所有權及占有。惟

此種代理。既非由於雙方之同意。即非真正之代理。古法之所以不容有代理者。蓋因對於物權之取得。均須履行方式。故非本人行使其方式。不得取得所有權也。

羅馬自萬民法發生後。漸許他人代理本人 (Procurator) 取得占有。因亦可代理取得因占有而取得之所有權。交付其最著者也。其後交付成爲惟一之移轉方法。而代理制度。遂亦隨之盛行矣。

## 第六節 所有權之保護

羅馬法對於所有權之保護。有五項訴訟。述之如次。

- 一、收回所有權之訴 (又名所有權之訴) 收回所有權之訴 (Rei vindicatio) 者。乃所有權者被人奪其所有物之時。得以此訴收回其物也。此爲羅馬古法保護所有權之方法。原本由占有者提出爭訟之物於法院。以手執之。稱爲己有。他造亦以手執之。稱爲己有。其後此項訴訟。變爲非占有者之所有者訴訟。故被告爲占有者。
- 二、禁止侵害所有權之訴 禁止侵害所有權之訴 (Actio negatoria) 者。乃所有者於他人侵害其所有物之占有時。提起此訴。請求禁止也。如甲本無權通行乙地。若通行之。乙得以此訴請求禁止。其後並許原告對於被告請求損害賠償。及以後不爲侵害之擔保。

三、大法官卜不里西爾斯 (Publicius) 所許之訴 此訴名爲卜不里西恩來訴訟 (Actio Publiciana) 卽

以大法官之名得名。始於紀元前六十九年。此訴凡係善意且有正當原因之取得者。其占有若喪失。即得提起之。

四、確定界址之訴 (Actio finium regundorum) 羅馬古法。關於界址之訴。有廣地 (De loco) 與狹地

(De fine)

之別。面積在五佛絲 (Fess) (約五尺) 以內者為狹地。五佛絲以外者為廣地。

狹地所有者對於鄰地得提確定界址之訴。廣地所有者得提所

有權之訴。以求判定。帝政初年。並許廣地所有者亦得提確定界址之訴。

五、排洩雨水之訴 (actio aquae pluviae arcendae) 此訴由土地所有者對於將為妨害其地雨水排洩

之動作者提起之。如鄰其地為開渠築堰等工作。均足以妨害其地雨水之排洩。對於將為此等行為者。即可提此訴。請求停止該項工作。如被告確有正當理由。亦可以抗辯。

此訴乃補充禁止侵害之訴者。因禁止侵害之訴。乃對於損害已生時之救濟。此則對於損害將生時之救濟也。

## 第七節 所有權之喪失

所有權之喪失者。即謂由於所有者遺棄其所有物也。所謂遺棄 (Derelictio) 者。乃指所有者以遺棄所有權之意思。遺棄其占有之物也。故遺棄既須行為。復須意思。適與先占相對。是以當急風驟雨之時。欲避船舶沉沒。投物於海。雖有遺棄之行為。實無遺棄之意思。當仍為原主所有。不得視為遺棄物。若其物漂流於海。他人拾得之。



不許先占。否則以竊盜論。再若遺失之物。亦係所有者無遺棄所有權意思之物。故拾得遺失物者。亦不能定可取得所有權也。

### 第三章 占有

#### 第一節 占有之性質

占有之意義。自來學說紛歧。而各國立法例。亦不一致。故其性質。亦因之而異。茲依羅馬法之所謂占有。爲占有（*Possessio*）者。乃以所有之意思。占有其物之謂也。與所有異。有時所有者即占有者。有時所有者非占有者。有時占有者非所有者。各國法律。除保護所有權外。並保護占有。蓋因所有權之發生。多由占有。故法律上頗重視之也。

羅馬法關於占有。須備二種要素。即：

一、體素（*Corpus*） 體素者。乃形而下之要素。即占有者對於占有物須有事實之管領也。管領以能排斥他人享用爲標準。無須與占有物接觸。此蓋爲事實上問題。亦程度上問題。如甲賣物於乙。送至乙家。乙雖未接觸其物。然已爲乙管領。又如前人窖藏金錢於乙室中。乙未掘得。則非爲乙管領之類。

二、心素 (Animus) 心素者。乃形而上之要素。即占有者對於占有物須有特定之意思。所謂特定之意思。即所有之意思 (Animus domini) 亦即據爲己有之意思。具有此種意思。乃得爲占有。

至僅有管領之事實。而無所有之意思者。謂爲握有 (Detentio) 又名自然占有 (Naturalis possessio) 羅馬法律。不予保護。握有者對於相對人雖有債權。然第三者若侵犯其握有物時。則無保護矣。現今德國法與英國法。無占有握有之別。二者均爲占有。同受占有之保護。

羅馬法律。對於占有。須具體素與心素。已如上述。至係善意。抑或惡意。則非所問。故瑕疵占有。對於外人。仍屬有效 (Adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet) 是以盜賊。亦有占有。惟學者對於羅馬法中之一種占有。謂爲法定占有 (Civilis possessio) 即係以時效取得所有權之占有。此項占有。則須以善意矣。

## 第二節 占有者之類別

羅馬法之對於占有。既無善意惡意之分。亦無法定自然之別。故關於占有之分類。要皆後世學者爲便於研究而立之名稱。近世學者。多棄置之。初無關於羅馬法也。惟占有者 (Possessor) 之類別。是即何謂占有者。則羅馬法文。已有規定。茲分述之。

一、以所有之意思而占有者 (Animus domini) 此即排斥他人之權利。而欲自爲其所有者。如所有主。買

主或竊盜之占有等是。惟竊盜強以所有之意思。占領他人所有之物。法律上自不認其爲真所有者。僅謂其爲占有者而已。

二、質權者 (Pignus) 此即因典質契約而占有他人之物者。

三、爭物保管者 (Sequester) 此即因雙方對於同一之物。彼此均主張自己有權利。結果使第三者保管其物。在權利未確定以前。不交付於當事者。此第三者即爲爭物保管者。

四、容假占有者 (Precario tenens) 此即經原所有者容許。而假之以占有者。此項占有。起源於羅馬之古代。因彼時貴族占領公地。不自耕種。常假與受其保護之平民 (Clientes) 不取代價。隨時可以收回其地。承種此項土地者。謂之容假占有者。

五、永借權者 (Emphyteuta) 此即無期或長久期間支付年租。租用他人之土地者。

六、地上權者 (Superficies) 此即於他人所有土地之表面。而有建築物之權利者。

上之六種人。除第一種外。餘均無據占有物爲己有之意思。羅馬法何以認其爲占有者。學說紛歧。莫衷一是。德之薩威尼 (Savigny) 則謂此五者無須所有之意思。得以行使他人占有之意思 (Animus alienam possessionem exercendi) 代之。而英之梭姆 (Sohn) 則以所有之意思。非享用占有物之意思。乃排斥他人之意思。信如斯說。則上述之五種人。亦可謂其有此意思矣。

羅馬法既於占有之外。復認握有。而何謂握有者。亦不可不連類及之。茲依其規定。分述如次。

一、使用貸借 (Commodatum) 此即貸主爲所有者。且爲占有者。而借主爲握有者。

二、寄託 (Depositum) 此即寄託者爲所有者。且爲占有者。而受託者爲握有者。

三、賃貸借 (Locatio-conductio rei) 此即賃貸主爲所有者。且爲占有者。而賃借主爲握有者。

四、家子及奴隸 羅馬法家子屬於家長權。奴隸屬於家主權。故其占有物件。均認爲爲家長或家主占有。其自己僅爲握有者。

五、占有神法物者 羅馬法以神法物爲不可有物。故如占領神社之餘地或墓地。不認爲占有者。僅爲握有者。

六、準占有 (Quasi possessio) 準占有亦名權利占有 (Juris possessio) 卽有使用他人之物且有收益之權利者曰準占有者。共和時有用益權者卽爲物之占有者。帝政時有用益權者一面爲權利之占有者。(卽準占有者) 一面爲物件之握有者。

### 第三節 占有之取得

占有須具體素與心素。既如前述。而占有之取得。其條件仍不外一、須有管領之事實。二、須有特定之意思。分

述如次。

一、管領之事實 此項事實之發生。其情形有二。即：

A 先占 占有無所有者或無占有者之物。須有排斥他人並有自己支配其物之事實。前述先占之例。即係取得占有之方法。

B 交付 即係占有之移轉。如讓受者實在接觸其物。自爲有管領之事實。亦爲最顯明之移轉。若投遞物於甲所占領之房屋。甲若知之。雖未接觸。亦爲占有。甲若不知。則非占有。又如存物於棧房。讓與者以棧房之鎖鑰交與讓受者。則物之占有。隨而移轉。有謂此種移轉。非真實之移轉。乃表號之移轉 (Symbolic delivery) 者。德之薩威尼 (Savigny) 已揭其謬。蓋以鎖鑰之交付。即係移轉物之管領者。至以移轉占有之意思。置物於當事者之前。雖未接觸。亦爲占有。如甲售地於乙。並不親臨其地。僅於鄰近登高指示之。即認爲交付其地於乙。此項交付。名曰長手交付 (Traditio longa manu)。

二、特定之意思 此項意思。即謂占有之意思。大抵與占有之行爲同時。亦可在行爲之後。如甲貸物與乙。翌日復賣之於乙。是即行爲在先。意思在後。此項交付。名曰短手交付 (Traditio brevi manu)。

#### 第四節 占有取得之制限



占有取得之制限。與所有權取得之制限相同。約而言之。可分二種如左。

一、關於人之制限。占有者之制限。與所有者之制限同。故如奴隸。家子等。均不能有占有。惟特屬於市民法之制限。則不適用於占有。故如外國人。亦可有占有。

二、關於物之制限。不能爲所有權之目的物者。亦不能爲占有之目的物。惟特屬於市民法之制限。則亦不適用。故如外省田地。亦得占有。

## 第五節 占有取得之代理

占有之取得。不僅限於本人。亦得由他人代理之。惟本人須有由代理人取得占有之意思。代理人亦須有代理本人取得占有之意思。此項意思。在取得行爲之先。固爲必要。即在取得行爲之後。亦得有效。如甲占有一物。原爲自己占有。繼復決意代乙占有。斯際甲卽爲代理占有人。而乙爲占有者。名曰合同占有者 (Contractum Possessorium)。

上述之代理人。乃指自由人而言。若奴隸及其他在人權力下之人。其自身除特有財產外。若有占有。均屬於其家主。故此種人乃取得占有之非志願的代理人。

## 第六節 占有之喪失

占有之成立。須具行爲與意思。占有之繼續。亦須具此二者。若缺其一。卽喪失占有。故與所有之喪失異。因所有之喪失。既須行爲。復須意思。而此則祇須其一。茲分三項說明如左。

一、失管領未失意思。情形有二。卽：

1. 物尙未爲他人占有。原占有者雖暫失管領。尙能隨時可以回復。則仍推定其爲繼續占有。如甲藏金於他人之地。其管領雖暫斷。仍爲占有。卽甲忘卻藏金之處。亦不失爲占有。若甲失金於地。不知處所。卽失占有。

2. 物已爲他人占有。則原占有者失其占有。故如物爲盜所竊。所物之占有屬於盜。

二、失意思未失管領。占有者須有遺棄或移轉占有之意思。乃失其占有。若意思尙在遲疑。卽仍未失占有。

三、管領意思同時並失。管領意思俱失。卽喪失占有。如贈與、遺棄及解放奴隸之類。

右所述者。乃就本人自己占有而言。若由他人代理占有之時。則因左之事由而喪失占有。卽：

一、本人拋棄占有之意思。

二、代理人表示以後爲自己或第三者占有之意思。

三、代理人失其占有物之管領。

## 第七節 占有之保護

羅馬法律。除保護所有外。對於占有。亦加保護。與各國法律無殊。蓋亦所以維持社會安寧秩序也。茲將儒帝時對於占有之保護。分述如左。

一、維持占有之禁令 (*Interdicta retinendae possessionis*) 此項禁令。由大法官發布之。即以維持現存占有爲目的也。如占有被人侵犯。占有者即可請求大法官。發此禁令。以阻止之。但占有者之占有。原係以暴力。或祕密手段。或由他人容許者。則不但不能阻止他人。且須移轉占有於他人。故此項禁令保護之占有。須非以暴力。祕密及他人容許 (*Nec vi nec clam nec precario ab adversario*) 之取得而後可。古代羅馬法。關於此項禁令。有不動產與動產之別。維持不動產占有之禁令。曰因汝占有之禁令 (*Interdictum uti possidetis*)。維持動產占有之禁令。曰無論何處之禁令 (*Interdictum utrubi*)。二者之區別。即在禁令之句首。其用於不動產者。爲「因汝占有」(*Uti possidetis*)。用於動產者。爲「無論何處」(*Utrubi*)。儒帝編纂法典。以無須爲此名稱上之歧異。故統以此禁令行之。

二、回復占有之禁令 (*Interdicta recuperandae possessionis*) 此項禁令。乃以回復所喪失之占有爲目的。其中主要者爲因暴力之禁令 (*Interdictum unde vi*)。即如占有爲他人以暴力所奪。則可請求發此禁令。以回復其占有。若暴力者原爲正當之所有者。或占有者原係以暴力。祕密。容許或其他方法。由暴力者取得者。暴力者亦不能以此爲理由。而提出抗辯。此其與上述禁令相異之點。初僅適用於不動產。至後動產亦適用之。

三、關於容假之禁令 (*Interdicta de precario*) 此項禁令專用於返還容假占有之事項。如現占有者之占有。本係由原占有者容許而取得。若原占有者欲其返還占有。現占有者不與時。乃請求發此禁令。現占有者無抗辯之權。此項禁令。動產不動產均適用之。

四、創設占有之禁令 (*Interdictum adipiscendae possessionis*) 此項禁令。乃以創設占有為目的。種類甚多。如繼承人欲取得遺產。或貸地人欲取得借地人在其土地上所設備之動產等。均可請求發此禁令。

上述諸項禁令。凡係事實上占有者。即可受保護。不問其有無占有之權也。羅馬人對於上項保護占有辦法。頗為稱便。且以關於所有權之訴訟。過於繁重。故往往利用占有之禁令。以保其所有權。蓋所有者多係占有者。能維持占有。即能維持所有。此其所以避繁而就簡也。

## 第四章 他物權

所有權之範圍。甚為廣大。已如上述。因其廣大。故可分析。如將其分為二部。一部分仍歸物主。一部分授之他人。他人得之。仍係物權。惟稱之曰他物權 (*Jus in re aliena*)。是即對於他人之物所享之物權也。若對於他人之物所享之權。非物權而為債權。則非他物權矣。

羅馬法之他物權。其類有四。即一、役權。二、永借權。三、地上權。四、質權。羅馬古法。僅有役權。其餘三項。發生稍晚。

茲分節以說明之。

## 第一節 役權

役權 (Servitudes) 者。乃一種物權。附屬於一定之主體。對於他人之物。以一定之方法。限制所有者之享用者也。故役權之目的。乃使享有役權者對於所有者之物。有享用之權。然為保障所有者之權計。故對於有役權者之權。加以限制。其限制有二。即：

- 一、其權利之內容。有一定之範圍。
- 二、其權利不能單獨移轉。

據羅馬法規定。或以土地之利益為目的。或以人之利益為目的。分役權為地役權與人役權二種。即一、役權之主體因地而定者。為地役權。有其地者。即享其權。地主死亡。權仍存在。繼有其地者。即繼享其權。地若消毀。則權消滅。二、役權之主體為特定之人者。為人役權。人若云亡。權即消滅。故地役權期間長而權利狹。人役權期間短而權利廣。此其大要也。

### 第一款 地役權

地役權 (Servitudes praediorum) 者。為一定土地之利益。於一定土地之上。而有物權之利用權也。即他人



在自己土地上有地役權。則所有權因之而受限制。不能完全行使。故地役權非所有權之支分權。乃限制所有權者行使其權之一種物權。德國學者稱爲制限物權 (Beschränktes Sachenrecht) 或定限物權 (Begrenztes Sachenrecht) 之一種云。

地役權之主體。既因地而定。故其內容有二。一曰主地 (Praedium Dominans) 即需役地。乃權利所屬之地也。一曰奴地 (Praedium serviens) 即供役地。乃義務所屬之地也。無論何人爲主地之地主。即享有役權。惟不能脫離主地而移轉於他人。故其權須隨地之移轉而移轉。

羅馬古法。主地與奴地。須相毗連 (Praedia vicina) 降及後世。除田野地役探毗連主義外。都市地役。則僅以奴地實際上直接與利益於主地而已。

### 第一項 地役權之種類

地役權之種類。大別爲二。一曰田野地役權。二曰都市地役權。分述如左。

一、田野地役權 (Servitutes praediorum rusticorum) 此權大都關於平地。類別甚多。舉其著者如次。

1. 畜牧權 (Jus pascendi)

2. 牧畜飲水權 (Pecoris ad aquam apulsus)

以上二者。起源於畜牧時代。爲羅馬最古之地役權。

3. 步行或騎行權 (Iter) 役權者得步行或騎馬經過奴地。

4. 牲畜或輕載車通行權 (Actus) 役權者得驅牲畜或駕輕車通行奴地。

5. 重載車通行權 (Via) 役權者得駕重車通行奴地。道寬八尺。

以上第四種包含第三種。第五種包含三四兩種。

6. 導水權 (Aquae ductus)

7. 汲水權 (Aquae haustus)

8. 放水權 (Aquae educendae)

9. 石灰燒製權 (Jus calcis coquendae)

10. 沙土採掘權 (Jus arenae fodiendae)

以上由三至十。起源於農業時代。

二、都市地役權 (Servitutes praediorum urbanorum) 此權乃關於房屋。類別如左。

1. 承重之地役 (Oneris ferendi) 乃承受鄰屋之重壓。

2. 梁木穿架之地役 (Tigni immittendi)

3. 突出空閒之地役 (Jus projiciendi)

4. 承露之地役 (Stilleidii recipiendi) 乃接受滴水之義務。
5. 承水之地役 (Fluminis recipiendi) 乃接受流水之義務。
6. 禁止建築物加高之地役 (Altius non tollendi) 得免此項限制者。稱其權曰建築物加高權 (Jus altius tollendi)。
7. 光線之地役 (Lumina)。
8. 瞭望之地役 (Prospectus)。
9. 污地之地役 (Sterculinii)。
10. 水管之地役 (Cloacae mittendae)。
11. 放烟之地役 (Fumi immittendi)。

第二項 地役權之設定

第一目 地役權設定之方法

羅馬古法。關於地役權之設定。其方法爲一、偽買賣式。二、偽訴訟式。三、古法時效 (Usucapio) 三種。儒帝時  
 改定其方法如左。

一、無式約束及正式口約 (Pactionibus et stipulationibus) 兩地主以無正式約束 (Pactum) 設定役

權再由奴地主以正式口約 (*Stipulatio*) 擔任不干涉役權。此式於外省之土地適用之。此乃以契約設定地役權之法。以契約發生物權。羅馬法不多見也。

二、遺囑 (*Testamento*) 乃以遺囑設定地役權。

三、時效 羅馬古時。以時效取得地役權。乃依古法時效 (*Usucapio*) 之法則。以極短期間。取得地役。致土地所有者偶以好意供人便宜。卒成慣例。爲害殊多。故特頒斯克里綑來法 (*Lex Scribona*) 以廢止之。然全然廢止。則從前確定之權利。亦必失其保障。於是乃認新法長期占有 (*Longa temporis possessio*) 之時效。取得者與所有者住居同省者十年。不同省者二十年。

四、扣留 (*Deductio*) 乃交付地屋時。交付者扣留地役權。

## 第二目 地役權設定之制限

羅馬法律。對於地役權之設定。有三種制限。述之如左。

一、對於自己所有之地不得有役權 (*Nulli res sua servit*) 此因自物權與他物權二者。同時不能併存於一人。因既有所有權。當然包括地役權也。

二、地役權不能令奴地地主服勞務。僅能加以消極之義務。其義務有二。

1. 容忍 (*Patiendo*) 奴地地主之義務。在容忍主地地主之行爲。田野地役。多係此類。因名積極的地役

(*Servitus affirmativa*)

2. 不爲 (*Non faciendo*) 奴地地主之義務。在不爲其可爲之事。都市地役。多屬此類。因名消極的地役

(*Servitus negativa*)

準上所述。可知地役權不能加奴地地主以積極義務。但有一例外。如承重之地役 (*Oneris ferendi*)。經

雙方同意。則奴地地主。有修繕之義務。

三、不能有役權之役權 (*Servitus servitutis esse non potest*) 如甲對於乙地有通行權。甲欲以通行權

之用益權與丙。則不可。

### 第三項 地役權之消滅

羅馬法關於地役之權。得因左列原因而消滅之。

一、返還 (*Remissio*) 以合意成立之地役。自得以合意消滅之。是即役權者以役權返還奴地地主也。但不

得以役權讓諸外人。

二、混同 (*Confusio*) 主地與奴地之所有權同歸於一人。役權即因混同而消滅。若他日兩地復分主。役權

不復活。

三、不行使權利 (*Non utendo*) 儒帝以前。主地地主如二年間不行使權利。則其權消滅。同帝以後。乃規



定一定期間。非經過期間。役權不消滅。其期間雙方同省者十年。不同省者二十年。至所謂不行使權利。則因田野地役與都市地役而有歧異。田野地役權係積極的。如通行權必有通行之行爲。始謂之行使。故此項地役。必待人之行爲。非當然繼續無間。故其消滅期間。以主地地主末次行使其權之日起算。都市地役。係消極的。如光線權。享此權者。不能有何項作爲。以此權存在。須由奴地地主不作一種行爲。有以成之。故此項地役。不待人爲。自然繼續無間。故其消滅期間。與奴地地主作反對行爲之日起算。

四、物之滅失或變更。地役權得因奴地與主地之滅失或變更而消滅。如都市地役。若房屋被焚。地役權自然消滅。田野地役。若因地震或洪水氾濫。形勢變更。地役權亦當然消滅也。

#### 第四項 地役權之保護

地役權之保護。有二種訴權。分述如次。

一、地役權保全之訴 (Actio confessoria) 此訴專以保全地役權爲目的。與收回所有權之訴。以提出占有爲主目的者不同。原告爲主地所有人。主地共有時。其中一人亦可單獨起訴。起訴之一人勝訴。他之共有者亦受利益。敗訴。他之共有者亦受不利。此外地上權人永借權人及質權人於其物權存在之土地上有地役權時。亦得提起此訴。用益權人限於因侵害地役權而損及其用益者。亦有此權。被告爲侵害或將加侵害地役權之人。其侵害之程度。不問其爲一部或全部。此訴目的。卽在地役權之承認與保全。

二、地役權拒絕之訴 (*Actio negatoria*) 此訴爲奴地地主拒絕供役之訴權。其目的即在除去地役權而爲完全所有權。

## 第二款 人役權

人役權 (*Servitutes personarum*) 卽屬人的役權。與地役權同爲物權。惟地役權乃爲土地之利益而使用他人之物。人役權乃爲人之利益而使用他人之物。羅馬法律。人役之權。其類有四。卽一、用益權。二、使用權。三、住居權。四、奴隸家畜使用權。

### 第一項 用益權

用益權 (*Ususfructus*) 者。謂使用及收益他人之物。而不損壞其物之實質之權也 (*Ususfructus est jus utendi fruendis alieni rebus, salva rerum substantia*)。其範圍甚廣。幾與所有權同。故英國法律。直認其爲所有權。而羅馬法則僅認爲役權。用益者不能損壞其物。其享用期間。以終身爲限。斯際原物主之所有者。其所有權僅有名無實。故稱此項所有權曰裸體所有權。言其虛有也 (*Nuda proprietas*)。

羅馬古法。消費物 (*Res quae usu consumuntur*) 不能設定用益權。後以元老院之議決。許對於消費物設定準用益權 (*Quasi-ususfructus*)。不過享用此權者。須出具保證。其權消滅之時。以同量同質之物償還之 (*Cantionsufructuaria*)。

## 第一目 用益權之設定

用益權之設定。得以遺囑或契約爲之。由物主以用益權與人。而自留所有權。或以所有權與人。而自留用益權。或以用益權所有權分與於人。均無不可。其方法與地役權之設定類似。

## 第二目 用益者之權利義務

用益者之權利義務。各有數端。分述如次。

### 一、用益者之權利

1. 使用及收益權 如山地得開礦。但不得斬伐樹木。田地得栽種。但不得變更地形。此就不動產而言也。若動產則獸類與奴隸有別。獸類則其子得加入於收益之中。而爲用益者之物。如對牝牛一頭。有用益權。牝牛所產之犢。應爲用益者所有。奴隸則僅能就其本身使用之而收益之。奴隸所生之子。不爲用益者所有。應爲奴隸之所有者所有。

2. 讓與權 用益者本不得讓與其權於他人。後漸許讓與其權之實利。名義上則仍屬諸用益者。

### 二、用益者之義務

1. 精密注意 (*Exacta diligentia*) 精密注意者。卽一般用意周到之人所爲之注意。卽以善良家長

(*Bonus perfamilias*) 所用之注意爲標準。

2. 爲尋常之修理。

3. 繳納課稅。

### 第三目 用益權之消滅

用益權之消滅。約而言之。原因有四。分述如次。

一、死亡 用益權爲專屬一身之權。不能逾其終身。故用益者死亡。卽權利消滅。

二、期滿 用益權若定有期限。則期限到來。權利卽終止。

三、人格喪滅 用益者之人格大喪滅及中喪滅。其權卽消滅。小喪滅則否。

四、不行使權利

除上述四者外。其他消滅之原因。與地役權類似。

### 第二項 使用權

使用權 (usus) 者。謂從物之本來性質。而得使用他人之物之權利也。使用權與用益權不同之點。在無收益權。且其使用僅限於自身之需要。如田地則得取花果菜蔬。以供本身日用必需爲度。如房屋則除本人外。其妻子奴僕。亦得居之。但不能轉讓他人居住。至能否招待來賓。尙屬疑問。使用者並不得讓與其權於他人。

使用權之設定及消滅。與用益權同。

### 第三項 住居權

住居權 (*Habitatio*) 者。謂住居於他人之房屋之權利也。住居權與房屋之使用權相仿。其範圍較用益權狹。較使用權廣。適位於二者間之權。住居權者不僅自己得住居於其房屋。並得租賃其屋於他人。且不因人格喪滅及不行使權利而消滅。此其與使用權不同之點也。

### 第四項 奴隸家畜使用權

奴隸家畜使用權 (*Operae servorum et animalis*) 者。乃使用他人奴隸及家畜之權也。其權僅限於享有者本身而不及於他人。如奴隸則權主本人得使用之。他人則否。如牲畜則權主僅可使用。不能取其乳毛小畜。其他與使用權大致無差。不過使用權因人格大喪滅與人格中喪滅及不行使權利而消滅。此則否耳。

## 第二節 永借權

### 第一款 永借權之意義

永借權 (*Emphyteusis*) 者。謂無期或長久期限租用他人土地之權也。其範圍甚廣。幾不亞於完全所有權。故頗與賣買類似。惟永借權 (*Emphyteuta*) 者須納年租。否則所有者可收回土地。故又似乎賃貸借。學者爭訟不決。至整諾 (*Geno*) 帝時。始定爲永借契約 (*Contractus emphyteuticarius*) 焉。



## 第二款 永借權之沿革

古時羅馬征服諸方。掠奪敵人土地。長久貸與人民。收取年租。稱其地曰亞格韋克梯格里斯 (Ager vectigalis)。稱其租曰韋克梯格爾 (Vectigal)。其後市府寺院。亦以同樣方法。以其所有土地。貸與於人。借主年納地租。貸借期間。頗爲久遠。故羅馬法對於此項借主權利之保護。亦與所有權相仿。考此制之由來。乃始於希臘。希臘古時。凡欲造作森林或葡萄園者。常永借他人土地。而稱其種植之草木曰恩斐託 (ἐμφυτεύσις) 卽拉丁語之恩斐託西斯 (Emphyteusis)。故此制非發源於羅馬。乃發生於希臘。迨羅馬征服希臘。遂廢亞格韋克梯格里斯 (Ager vectigalis) 與恩斐託西斯 (Emphyteusis) 之區別。統稱之曰恩斐託西斯 (Emphyteusis) 是此項名稱。乃胚胎於希臘語。而永借之制。亦係傳諸希臘也。

## 第三款 永借權者之權利義務

永借權之範圍。既甚廣大。故永借權者自有廣大之權利。然亦有其義務。茲將其權利義務分述如左。

## 一、永借權者之權利

1. 使用權及收益權 此權較用益權尤廣。果實雖未經收取。卽爲所有。土地房屋。得以變更。種種權利。與所有者相似。惟不得損壞財產而已。

2. 讓與權 永借權者可傳其產於繼承人。或遺贈他人。卽出賣亦可。出賣時須先通知地主。地主於得到

通知後二月以內。有照價先買權 (Jus Protimisos)。如地主不買。乃得賣與他人。賣價若干。地主得稅其百分之二。曰勞頓米爾姆 (Laudemium)。此款通常由買主支給之。

二、永借權者之義務

1. 按期繳租 (Vectigal 亦名 Canon)。
2. 不得損壞財產。
3. 繳納課稅。

第四款 永借權之設定

永借權之設定。約而言之。其法有三。分列如左。

- 一、契約。如賣買、贈與、交換之類。
- 二、遺贈。

三、新法時效 (Praescriptio)。

第五款 永借權之消滅

永借權之消滅。其原因有四。分列如次。

- 一、財產之消毀

二、新法時效。如地主占有其地。則雙方同省者十年。不同省者二十年。其權即消滅。

三、混同。如所有權與永借權同屬一人。則永借權當然消滅。

四、沒收。沒收之原因有三。即：

1. 損壞財產。

2. 不繳租金三年。

3. 移轉財產。不依法律規定。（見本節第三款讓與權段內）

### 第三節 地上權

地上權 (Superficies) 者。謂有使用他人土地表面之權。即於他人所有土地之表面。而有建築物之權利也。據羅馬法之規定。於他人土地上建築房屋。其屋之所有權。屬於土地所有者。地上權者無所有權。然地上權者依契約所定年限。與所有權者同有行使權利之物權。如以房屋有償無償。貸與他人。或改築。或典質。或設定役權。或讓與權利於他人。或移轉權利於繼承人。均無不可。土地所有者當地上權存續期間。全缺實用。不過僅有處分其所有權之權利。與請求地上權者支付約定地租之權利。至地上權之存續期限。法律上毫無限制。

上述而外。其他一切權利義務。以及設定消滅等。均與永借權同。

## 第四節 質權

質權 (Pignus) 者。謂債權者爲其債權之擔保。對於債務者之物。有擔保物權也。此權既爲對於他人之物存在之權。故亦爲他物權之一種。羅馬質權。大別爲三。卽一、契約上質權。二、法定質權。三、審判上質權。茲分款以說明之。

### 第一款 契約上質權

本項因其沿革上關係。可分三類。一爲信託。二爲質權。三爲抵押權。往昔羅馬。抵押權爲最新方法。與信託質權二者。同時並行。自信託一項。棄置不用後。而質權與抵押。遂風行一時。

### 第一項 信託

信託 (Fiducia) 者。乃債務者以物之所有權移轉於債權者。約定清償債務時。債權者將所有權返還債務者也。此種行爲。爲羅馬古法之擔保物權。全賴債權者之誠信。若其違約。將物轉賣他人。則無法取還。僅能對於債權者起訴。以資救濟而已。迨儒帝時。乃廢止之。此項債權者與債務者。各有其權利。分述如左。

一、債權者之權利 債權者既係物主。自得移轉所有權。雖有意詐欺。債務者亦不能向買主索回原物。若清償債務時。債權者不能還物。債務者惟有起訴。使其喪失名譽 (Infamia) 而已。

二、債務者之權利 債務者僅負有債權。故當其清債務時。自有要求債權者交還原物之權利。信託之設定。其法有二。即：

1. 偽買賣式。

2. 偽訴訟式 信託之消滅。其原因亦有二。即：

A 債務者至期不償。

B 債務者占有其物一年。

第二項 質權

質權 (Pignus) 者。乃債務者不移轉所有。僅移轉占有。債權者不能變賣質物者也。此雖可免信託之危險。然債權者無變賣權。自屬不便。而債務者無有占有。不能使用收益。亦屬不便。至其間之權利義務。可分為物權與債權二者而分述如次。

一、物權 (Jura in rem)。

1. 債權者之權

A 債務者不履行債務時。若債權者未有占有。則無論標的物係債務者或第三者占有。債權者均得取之。



B 變賣 (Distractio)。此項須特約聲明。乃可行之。行使時條件有三。一、清償日期已過。二、通知債務者。行將變賣。復待之兩年。三、債權者本人不能購買。得價若干。除扣除債金外。餘款應交付債務者。

C 斷贖。儒帝以前。當事者議定擔保契約時。常加一條款。曰柯密梭里亞法則 (Lex Commissoria)。即債務者逾期不還。債權者得沒收其物。儒帝時加以限制。須債款到期。復拖欠兩年後。得皇帝之許可。又再過兩年。然後斷贖。

D 轉質。或賣其質權。抵押亦然。

## 2. 債務者之權

A 債務者既係物主。自得處分或出賣標的物。但不得妨礙債權者之權利。

B 凡添附於標的物者。均為債務者所有。如有損害。亦歸其負擔。

## 1. 債權 (Jura in personam)

### 1. 債權者之權

A 債權者行使出賣權時。標的物若係債務者占有。債權者得要求交付標的物。否則債務者應任賠償之責。

B 要求債務者償還其對於標的物所用之費。

## 2. 債務者之權

A 清償債務時。若標的物典質於債權者。債務者得要求還物。

B 債權者變賣標的物。得價若逾債款之數。債務者應得其餘款。

C 債權者占有質物。若得滋息。應與債務相殺。然往往雙方協約。以滋息屬債權者。以代利息。名曰恩梯

阿卜來西斯 (Antipresis)

D 債權者對於標的物。應用精密注意。

質權之消滅。其原因有六。即：

一、擔保之債務。若完全消滅。則擔保亦消滅。但如債務尚有一部存在。則擔保權完全存在。

二、債權者變賣標的物。則擔保權消滅。但若所得價值不足以抵銷債務。則所餘之債務仍存在。

三、免除。如債權者允受別項擔保。或許債務者變賣。或交還其標的物。

四、混同。如債務者為債權者之繼承人。

五、物之消毀。

六、時效。

## 第三項 抵押權

抵押權 (Hypotheca) 者。乃債務者僅以某物擔保債務。既不移轉物之所有。亦不移轉物之占有。債務者不履行債務時。債權者得變賣其物者也。此制傳自希臘。其始大法官許佃戶對於田主以其財產爲佃租之抵押物。屆期不交租。則許田主以塞威爾來之訴 (Actio Serviana) 占有抵押物。其後擴充範圍。凡一般債務者設定抵押。債權者可以準塞威爾來之訴 (Actio quasi-Serviana) 占有抵押物。即使其物在他人之手。此項訴訟。亦可適用。故此乃真正之他物權 (Jus in re aliena) 至其間之權利義務。除變賣爲債權者固有之權外。其餘均與質權相同。惟設定抵押者。既仍繼續占有抵押物。即可再以標的物重行抵押。則數個抵押權者相互之權利。其標準之決定。有如左述。卽：

一、數個債權者同時取得抵押權。則各人權利均等。

二、數個債權者。非同時取得抵押權。則以取得之先後。定其優先權。但如後者代償先者。則遞得其優先權。與英國法貸借契約 (Tacking) 類似。但亦有數種債權。不以時期先後爲斷。如國庫 (Fiscus) 對於罰則之欠款。婦人對於其嫁資 (Dos) 被監護人對於監護人以其財產所購之物是。

抵押之設定。可以口頭協約訂定。無須何種形式 (Pactum) 卽以遺囑。亦得設定之。至其消滅之原因。亦與質權同。

## 第一款 法定質權

### 第一項 法律上質權

法律上之質權。約有四項。分述如左。

一、質貸者 房屋、倉庫、厩舍、堆棧、工場等之質貸者。本於質貸借關係所生之債權。於質借者在質貸借物所備置之動產。有法律上質權。此項備置動產。須有常設性質。若僅供一時之用者。則不與以此權。

房屋之質貸借。質貸者於質借者備置動產之上。有質權者。本係羅馬市質屋之一種慣例。儒帝時乃認爲一種法定權利。通行全國。

二、貸地者 耕作地之貸地者。本於耕作地之質貸借契約所生之債權。於借地者或轉借者在借地所採取之產物。有法律上質權。

三、修繕費之質貸 爲修繕建築物而生之質貸借關係。質貸者於質借者之建築物上有法律上質權。承攬者亦同。

四、受遺人之請求權 受遺人未受遺贈以前。對於給與遺贈人因繼承而受領之財產。有法律上質權。信託受益者亦同。

### 第二項 法律上抵押權

依羅馬法規定。關於特種之債務。債權者對於債務者之財產全部或一部當然有抵押權。因名曰法律上抵

押權 (Tacita hypotheca) 茲分述之。

一、對於債務者之財產全部應有抵押權者。約有五項。即：

1. 國庫 國庫之債項。無論由於課稅。或由於契約。對於債務者財產之全部。有法律上抵押權。

2. 寺院 寺院對於永借權者濫用借地而生損害於其土地。對永借權者之財產上有法律上抵押權。據羅馬判例。寺院因管理寺院財產所生之債權。於該管理人財產上亦有法律上抵押權。

3. 未及婚年者 羅馬法律。未及婚年者。應有監護。被監護人對於監護人之財產。有法律上抵押權。被保佐人對於保佐人之財產亦同。

4. 子女 子女對於家長之財產。以擔保其由母家所來之財產。有法律上抵押權。再婚之子女。對於父或母因前婚解除而應歸其所有之婚姻財產 (Lucranuptialia) 有法律上抵押權。

5. 妻 妻為擔保嫁資之返還。於夫之財產上有法律上抵押權。其他嫁資以外之財產。委夫以管理權者亦同。

二、對於債務者之財產一部應有抵押權者。約有四項。即：

1. 城市抵押 (Hypotheca urbana) 房主對於房客在屋內之家具。有抵押權。以擔保其履行契約。故此項抵押。乃因契約關係而發生。原僅行於羅馬及郊外。儒帝時始行於各省。其抵押之物。如穀倉、客棧、打穀牀。



及住屋均可。惟田產不在其內。

2. 鄉村抵押 (*Hypotheca rustica*) 地主對於佃戶之種植，以擔保其履行契約。

3. 貸資於人。建築房屋。則貸者對於該屋有抵押權。

4. 監護人以被監護人之資財購物。被監護人對於其物有抵押權。

### 第三款 審判上質權

#### 第一項 指示質權

指示質權 (*Pignus praetorium*) 者。乃本於大法官之指示 (*Missio*) 而為占有所成立之質權也。其類有四。分述如左。

一、財產保存之指示 (*Missio rem servandae causa*) 此指示於債務者逃亡而不應訴。或負債過多而猶讓與財產於他人。及死亡而無繼承人時。用之。有此指示。即為開始破產之先導。但為執行判決。亦得用之。

二、遺產保存之指示 (*Missio legatorum servandorum causa*) 遺贈附有期限。或因其他事由。不能即時支付者。受遺人有使遺贈人立保證之權。遺贈人若不立保證。受遺人得以此項指示為該遺產之保管。從而取得審判上之質權。至卡拉克來 (*Caracalla*) 帝時。復行恩託里來指示 (*Missio Antonina*) 之制。即繼承人於滿期之遺贈。受審判上督促後。六個月內不為支付時。得使受遺者占有繼承人之固有財產。以其滋息充當清償。

三、障害擔保之指示 (Missio cautis damni infecti) 土地所有者因鄰人之不法行爲而將加危害於其所有土地時。得據此指示而占有將加危害之鄰地。以代障害擔保之提供。

四、胎兒指名之指示 (Missio ventris nomine) 懷胎婦女於其未出產之子。而推測將來應爲遺產繼承人者。得據此指示而占有應保全之繼承財產。並可取得扶養費。

### 第二項 扣押質權

扣押質權 (Pignus in causa iudicatio praetorium) 者。乃法院扣押特定動產時。於其動產上設定之質權也。羅馬帝政時代。常以審判上之扣押爲判決之執行。但僅於非常訴訟程序行之。

## 中編 繼承

### 第一章 繼承總論

#### 第一節 繼承之概念

繼承 (Successio) 者。乃以所繼人 (Ancestor) 之繼承財產 (Hereditas) 包括的或單獨的移轉於繼承人 (Heres) 也。故繼承可別爲二種。卽：

一、包括繼承 (Successio per universitatem) 包括繼承者。乃以所繼人全部之權利及全部之義務移轉於繼承人也。但其繼承之範圍。以可能爲限。若用益權及關於死者本身之權利。皆不能繼承。故是項繼承。如人死而繼承其遺產。繼承人不惟承受死者之財產權利。且擔負其各種義務。其人雖死。而權利義務猶存。繼承人入而居其地位。就法律上觀察。卽無異死者並未死。繼承人並非繼承其財產。實繼承其人格也。

二、單獨繼承 (Successio singularium rerum) 單獨繼承者。乃僅以所繼人特定之權利移轉於繼承人也。所謂權利。無論物權或債權。如所有權、地役權及契約之債權等均是。

羅馬法之繼承。爲包括繼承。是卽所謂繼承人承繼所繼人財產上之一切權利義務之繼承也。

## 第二節 繼承人之權利義務

繼承人之權利義務。分述如次。

一、繼承人之權利 繼承人對於死者所有之權利。皆享有之。但專屬死者本身之權利。則不在此限。

二、繼承人之義務 繼承人所負義務。或爲對於死者之債權人。或爲對於受遺人。其義務因時代而有不同。

分述如次。

### 1. 儒帝以前

A 對於死者之債權人 繼承人負擔死者之義務。故除少數不能移轉於繼承人者外。所有債務均移轉於繼承人。即使死者債務超過遺產。繼承人亦須以自己財產清償債務。此種遺產。名曰損失的遺產 (*Damnosa hereditas*)。但若奴隸因為繼承人而被解放者。則得請求將其在死者死亡後所得之財產分離之。名曰分離財產之利益 (*Beneficium separationis*)。若繼承人負債甚多。死者之債權人。恐其以遺產清償其債務。則得請求將遺產與繼承人之財產分離。名曰分離財產 (*Separatio bonorum*)。

B 對於受遺人 (*Legatarius*) 繼承人須遵遺囑給付各種遺贈。此為準契約之債務。但其義務以遺產為限。

繼承人給付遺贈。雖不致受損失。然若遺贈過多。遺產所餘無幾。則於繼承人無多少利益。必致拋棄繼承。如是則遺囑無效。遺贈亦遂無效。故有斐爾西底亞法 (*Lex Falcidia*) 之制定。以矯其弊。此法規定。凡遺囑人設定遺贈。不得逾遺產四分之三。即繼承人除先支付死者之債務及各項費用外。餘產若干。自取四分之一 (*Quarta Falcidia*)。其餘四分之三。支給受遺人。如有不足。則攤減之。

## 2. 儒帝修正

A 對於死者之債權人 羅馬法自十二表法以來。千有餘年。均以繼承人負擔無限責任為原則。儒帝始加以變更。乃規定繼承人自知其被指定為繼承人之後。九十日內。調查遺產。編製目錄 (*Inventarium*)。

則所負債務。僅以遺產爲限。此項利益。稱曰目錄利益 (Beneficium inventarii)。其不編製目錄者。則仍負無限責任。且不許其享有斐爾西底亞法 (Lex Falcidia) 規定之利益。是以繼承人均願編製目錄。從而繼承人之性質。亦與前不同。不再繼承死者之人格。僅爲死者之遺產執行人。而前之混同 (Confusio) 主義。至是亦廢。繼承人亦可爲遺產之債權人矣。

繼承人之責任。既有限制。則債權人優先權問題。自必隨之而生。羅馬法關於此項之規定。除應支付各項費用外。繼承人得不問債權之先後。祇以債權人索償之先後爲標準。依次清償之。

B 對於受遺人 繼承人因斐爾西底亞法 (Lex Falcidia) 規定享有四分之一 (Quarta Falcidia) 之利益。若遺囑人聲明否認時。則不能享有。又如不編製目錄之繼承人。亦不克享此利益也。

### 第三節 繼承人之種類

繼承人之種類。據羅馬民法。可大別爲二。一、爲家內繼承人。二、爲家外繼承人。分述如次。

一、家內繼承人 (Domestici heredes) 家內繼承人者。乃屬於死者家內之繼承人也。此項繼承人。據市

民法規定。於繼承開始時。雖反其意思。亦當爲繼承人。其類有二。卽：

1. 必要繼承人 (Heredes necessarii) 死者遺囑以自己之奴隸爲繼承人。並同時解放之。則奴隸卽



於遺囑人死亡時繼承。無須經其承認。亦無拋棄之權。故曰必要。但有分離財產之利益。

2. 自權必要繼承人 (*Heredes sui et necessarii*) 無論死者有無遺囑。若其繼承人爲其自權繼承人 (*Sui heredes*) 卽因所繼人死亡而爲自權者之人。如死者之子女。及無父之孫等。則亦爲必要繼承人。無須經其承認。古法並不許拒絕。大法官始與以拒絕之利益 (*Beneficium abstinendi*)。但若其有過問遺產之行爲。則不得拒絕矣。

1. 家外繼承人 (*Heredes extranei*) 家外繼承人者。本無繼承之權利。亦無繼承之必要。乃因遺囑或法律之規定而爲繼承人也。除上述家內繼承人外。其他繼承人。均屬此類。其繼承與否。得自由取捨。非如上述之必要。故又曰任意繼承人 (*Voluntarii heredes*)。

家外繼承人之於繼承。既有取捨自由。如其願意繼承。自必表示承認。此項表示。古法須正式承認 (*Cretio*)。卽承認者須於證人之前。以一定方式。表示繼承。其後於正式承認之外。復許兩項辦法。一、祇須承認者之表示承認繼承之意思 (*Aditio*)。二、其行爲足以表示承認之意思者 (*Proherede gestio*) 卽可。卽承認者以願爲繼承人之意思而管理繼承之事務。如出賣繼承財產或清償繼承債務。儒帝時已不用正式承認 (*Drectio*)。僅用後許之兩種辦法。在未有表示以前。若經債權人催促。可向大法官請求。予以考慮時間。若一經承認。則不能撤銷。家外繼承人。如不願繼承。可表示拋棄 (*Repudiatio*)。此項行爲。無須何種方式。決定後亦不能撤銷。

## 第二章 無遺囑繼承

無遺囑繼承 (Successio ab intestato) 者。即死者未立遺囑。或雖立遺囑而無效之繼承也。是項繼承。即法定繼承。在歷史上常先於遺囑繼承。古法於此項繼承。最爲單簡。且背人情。大法官乃加以修正。遂致其法趨於複雜。儒帝新勅令復加改訂。故羅馬之無遺囑繼承。其變遷可分三期。即一、十二表法之無遺囑繼承。二、大法官之無遺囑繼承。三、儒帝新勅令之無遺囑繼承是也。

### 第一節 十二表法無遺囑繼承

羅馬十二表法。完全以家長權爲標準。如無家長權關係。即父子之親。不克繼承。有家長權關係。雖非血統。亦得繼承。故其法依此標準。分繼承人爲三等。以等第定先後。蓋古時羅馬家族制度。一家之產。爲一家共有。家長不過爲一家之代理人。故有如是之規定。茲將十二表法所規定者分述如左。

一、自權繼承人 (Sui heredes) 自權繼承人者。即因所繼人死亡而爲自權者之人也。凡屬自權繼承人。不問人數。不問親疏。同時繼承。其遺產之分配。同親等者以頭計 (Per capita) 不同親等者以株計 (Per stirpes) 平均繼承之。

一、宗親 (Agnati) 無自權繼承人。乃及最親之宗親。

凡人同出始祖。如尙存在。則皆隸其家長權之下。此種人皆爲宗親。故自權繼承人亦係宗親。不過離其同出之祖較近。女系之親屬。不得爲宗親。如母之兄弟姊妹或姊妹之子女。均非宗親。但死者之女則爲宗親。宗親之繼承。以最親者。如同親等在二人以上。則以頭計。平均繼承之。

三、同姓 (Gentiles) 無宗親則以同姓繼承。但至嘉優斯 (Gaius) 時。同姓繼承業已廢止。

## 第二節 大法官之無遺囑繼承

大法官以十二表法之繼承。不適人情。乃加以修正。然大法官無直接違反法律之權。故不能另行規定繼承人。僅能與以占有。是以大法官之無遺囑繼承人。名曰無遺囑之遺產占有人 (Bonorum possessor intestati) 是項繼承。名曰占有無遺囑之遺產 (Bonorum possessio intestati) 其法以血親爲重。分繼承人爲四等。述之如左。

一、子孫 (Liberi) 所謂子孫者。不僅指在家長權下之自權繼承人。即免除家長權之子孫。亦包括在內。但爲他人養子者。則不在此限。

二、法定 (Legitimi) 即十二表法規定之繼承人。

三、血親 (Cognati) 不分男系女系。不問是否在他人家長權下。皆得繼承。但以六等親內者爲限。以最親

者繼承之。故死者之母及爲他人收養之子，均得繼承。

四、夫妻 (Viri et uxores) 夫妻互相繼承。

### 第二節 儒帝新勅令之無遺囑繼承

儒帝以十二表法之繼承，與大法官之繼承，同時並行，頗嫌複雜。乃以新勅令修改之。仍以血親爲重。其法分繼承人爲五等。述之如左。

一、直系卑屬 凡屬死者之子孫，皆得繼承。養子亦得繼承。其次序以最親者爲先。親等同則同爲繼承人。以頭計。若有死亡者，則其子女得代表之，以株計。

二、直系尊屬 兄弟姊妹及已故兄弟姊妹之子女。若死者祇有直系尊屬，則以最親者繼承。不問其爲男爲女。爲父族爲母族。若同親等者有二人以上，則父族得半。母族得半 (Per lineas) 族同則均分之。若尊屬之外，尚有兄弟姊妹，或已故兄弟姊妹之子女，則同時同爲繼承人。其法兄弟姊妹與尊屬不分父族與母族。平均分配之。已故兄弟姊妹之子女則以株計。

三、同父異母或同母異父之兄弟姊妹及此類已故兄弟姊妹之子女 兄弟姊妹以頭計。其子女以株計。

四、其他旁系親屬 並不限其親等。以最親者繼承之。同等者二人以上，則均分之。已故親屬之子女無代表

權。

五、夫妻 夫妻之繼承最後。雖最疏遠之親屬。亦在其前。但若妻貧。又無嫁資。則可向繼承人要求遺產四分之一。若有子女三人以上。則祇可要求與子女所得相同之數。

### 第三章 遺囑繼承

遺囑繼承 (Successio testamentaria) 者。所繼人以遺囑指定繼承人也。羅馬法認遺囑 (Testamentum) 爲立遺囑人片面之行爲。非若契約之雙方行爲。遺囑之效力。發生於立遺囑人死亡之時。未死之先。得隨時撤銷之。遺囑之要素。乃在指定繼承人。故若指定之繼承人。不合法。或被指定之繼承人。拒絕繼承。則遺囑完全無效。於是其繼承遂爲無遺囑繼承。遺囑繼承之成立。要點有五。卽一、遺囑之方式。二、指定繼承人。三、廢除繼承。四、法定遺額。五、遺囑之能力。茲分節以說明之。

#### 第一節 遺囑之方式

羅馬法律。遺囑方式。因時代關係。其類有五。分述如左。

一、國會同意之遺囑 (Testamentum calatis comitiis) 羅馬古法。遺囑方式。爲國會同意。蓋認爲一種立



法之行爲。故須經國會之同意。其所以如此重視者。乃因指定繼承人。即無異定立嗣子。此項方式。僅適用於貴族。平民不得爲之。

二、臨敵之遺囑 (*Testamentum in procinctu*) 軍人身臨陣地。從事征伐。自不克履行方式。故許其僅以口頭通告。以立遺囑。

三、僞賣買方式之遺囑 (*Testamentum per aes et libram*) 此項遺囑。即用僞賣買方式。由立遺囑人將其遺產賣與繼承人 (*Familiae emptor*)。使繼承人遵照遺囑。分配其遺產。此項方式。適用於羅馬市民。

四、大法官之遺囑 (*Testamentum praetorium*) 大法官對於遺囑繼承。須於所立遺囑。有七人蓋印作證。方爲有效。此項辦法。非大法官能以變更法律。乃因大法官特許繼承人占有遺產 (*Bonorum Possessio*)。再由占有因時效完成而取得所有權耳。

五、儒帝之遺囑 儒帝時上述四項遺囑。均已廢除。代之者都爲二類。即：

1. 普通方式 此項方式。又可分而爲二。即：

A 書面遺囑 (*Testamentum tripertitum*) 此項遺囑。須有七人在場作證。由遺囑人及證人署名於遺囑之下端。並由證人蓋印。

B 口頭遺囑 (*Testamentum nuncupativum*) 此項遺囑。由遺囑人宣告其遺囑 (*Nuncupatio*) 於

七證人之前。

2. 特別方式 此項方式。因特定之人或特別之事而各有不同。約有六項。即：

A 盲者 盲者立遺囑。須有七證人。一公證人到場。若無公證人。則須再添一證人。證人須署名蓋章。

B 傳染病流行之時 傳染病流行之際。立遺囑之證人。可減為五人。

C 田舍之地 於田舍為遺囑。證人可減為五人。

D 直系尊屬 直系尊屬。對於直系卑屬為遺囑時。被指定為繼承人之直系卑屬。須自署名。由遺囑人

以文字明示其應繼分。至遺囑人署名與否。則非必要。

E 為教會利益或慈善目的者 此項遺囑。依寺院法得以無式行之。

F 軍人 軍人遺囑。僅須軍法官一人或士官一人或證人二人到場署名即可。遺囑人亦須署名。

## 第二節 指定繼承人

指定繼承人 (Instituzione) 要點有二。述之如左。

一、指定之要件 繼承人既係包括繼承。自不能對於特定財產為之指定。亦不能附解除條件及期限而為指定。若附以解除條件。或限以時間。則該項條件及期限無效。而指定仍為有效。故曰一為繼承人。即永為繼承人。

(Semel heres semper heres) 但可附以停止條件及負擔。

二、指定之補充 立遺囑人得補充指定 (Substitutio) 古時羅馬常以遺囑指定多數補充繼承人。且最後並以奴隸爲補充繼承人。如遺囑謂指定甲爲繼承人。若甲不能爲繼承人。則以乙爲繼承人。有此補充辦法。庶可免無繼承人之虞矣。

### 第三節 廢除繼承

廢除繼承 (Exhereditatio) 者。卽立遺囑人聲明廢除應爲其繼承人之人也。立遺囑人以何人爲其繼承人。本有自由權。然有數種人。若不立爲繼承人。則應聲明廢除其繼承。否則雖已另行指定他人。其遺囑應視爲無效。儒帝時所應廢除繼承者爲子女及男系之直系卑屬。無論其爲出生者。爲遺腹者。爲自權者。爲解放者。或爲他人收養者。若完全收養則否。廢除繼承之制。惟羅馬法有之。蓋羅馬家族制度。一家之產。爲一家共有。家長死亡。其家屬自應有繼承權。若遺囑人改立他人爲繼承人。是無異奪去其權。故須聲明廢除之也。

### 第四節 法定遺額

法定遺額 (Legitima portio) 者。卽廢除繼承人對於遺產所得法定之額也。立遺囑人雖如上述。得以任意

廢除繼承。或脫漏不與遺贈。然有數種人。得因此提起遺囑不倫之訴 (*Querella inofficiosi testamenti*)。其假定之原因。謂立遺囑人立遺囑時有精神病。故不顧人倫正義。立此遺囑。此訴之效力。足使遺囑撤消。得以提起此項訴訟者。無論立遺囑人之直系卑屬及直系尊屬均可。兄弟姊妹有時亦得提起之。但起訴者須係有無遺囑繼承權者。

右述之人。固有起訴之權。然若得有遺產若干。即不能再起訴。其額數以無遺囑時所應得財產四分之一為度。名曰法定四分之一 (*Quarta legitima*)。至其取得財產之方法。無論由於遺贈。或贈與。或因死贈與。均無不可。但若起訴者有不孝、不慈或不友之行爲。則雖無法定遺額。亦不能起訴。若其人已得有財產。不過未及其應得之額。則僅得提起補充法定之訴 (*Actio ad supplendam legitimam*)。俾補足其額數而已。

## 第五節 遺囑能力

羅馬法關於遺囑能力 (*Testamenti factio*)。可分三項。即一爲立遺囑之能力。二爲繼承之能力。三爲作證之能力。茲分款以說明之。

### 第一款 立遺囑之能力

立遺囑之能力 (*Testamenti factio activa*)。立遺囑人須於兩時期有之。一爲立遺囑之時。二爲死亡之時。

其中間之時期。有無此項能力。在所不問。凡屬羅馬市民。均認爲有此能力。左列諸人。則無此能力。卽：

一、屬家長權下者。但於其特有財產則可。

二、未及婚年者。

三、精神病者。

四、浪費者。

五、聾者啞者瞽者。儒帝規定。聾者啞者立遺囑。須能自書全文者始可。瞽者則須於普通七名證人之外。加

公證人一人。無公證人時。須再加證人一人。使其筆記聾者口授之遺囑。並須宣讀說明之。

六、俘虜。俘虜若歸國。則以前所立之遺囑。因有歸國權 (*Jus postliminii*)。故仍爲有效。若死於敵國。則因

有柯累里亞法 (*Lex Cornelia*) 之規定。以被俘之日爲其死亡之日。故其以前遺囑亦有效。

### 第二款 繼承之能力

繼承之能力 (*Testamenti factio passiva*)。繼承人須於三時期有之。一爲立遺囑之時。二爲所繼人死亡

之時。三爲繼承之時。左列諸人。無繼承能力。卽：

一、外國人。

二、拉丁人。



三、降服人。

四、被流者 (Deportatus)。

五、不確定之人 (Incertae personae)。

六、不婚之人及無兒之人。不婚之人指男年六十。女五十者而言。古法對於不婚者與無兒者有制限。後與

以完全能力。

七、不信基督教者。

八、叛徒及其子女。

繼承能力之規定。於受遺贈人適用之。

### 第三款 作證之能力

作證之能力 (Testamenti factio relativa)。證人須於作證時有之。左列諸人無作證能力。即：

一、奴隸。

二、婦人。

三、未及婚年者。

四、聾者、啞者。

五、精神病者。

六、繼承人及其父子兄弟。但受遺贈人則可。

七、家長對於家子之遺囑。

## 第四章 遺贈

### 第一節 遺贈之意義

遺贈 (Legatum) 者。乃死者遺留之贈與。亦即因遺囑而爲之贈與 (Donatio testamento relicta) 者。故是項繼承。爲單獨繼承。非包括繼承。其目的僅在遺贈財產於他人。不爲人格之承繼。其效力之發生。須有繼承人承認繼承。此制之起源。由於羅馬古時。重視有後。晚年無子。多以遺囑指定繼承人。以承繼其人格。故頗以人格繼承爲重。迨後成爲習慣。雖有數子。亦僅指定一子以爲其人格之繼承。他之子女。對於財產。不免向隅。故生此制。以便分配財產於其他子女。使一家之產。均得分潤。自基督教傳入羅馬。遺贈財產於寺院者日多。而他如受人恩惠。遺贈財產以爲報答者。亦不乏其例。是遺贈之目的。又與前不同。此其制之大略也。

### 第二節 遺贈之方法

羅馬古法。遺贈方法。厥有四種。各須特定之用語。且須載在遺囑。茲述其方法如左。

一、對物遺贈 (*Legatum per vindicationem*) 此種遺贈。其效果乃直接移轉物權於受遺人。如繼承人遲延不交。受遺人得以收回所有權之訴 (*Vindicatio*) 取得其物。

二、宣告遺贈 (*Legatum per damnationem*) 此項乃立遺囑人命令繼承人移轉物權於受遺人。故受遺人僅有對於繼承人之債權而已。立遺囑人以此方法。不僅可以遺贈自有之物。且可遺贈他人之物。如立遺囑人遺贈他人之物時。繼承人應取得其物與受遺人。否則應交付其代價。

三、許容遺贈 (*Legatum sinendi modo*) 此項遺贈之所以稱爲許容者。乃謂由繼承人許容受遺人取去其物件。故不僅死者遺產可任其取去。即繼承人自有之產。亦可任其取去。此項受遺人之權利。亦爲債權。

四、先取遺贈 (*Legatum per praeceptionem*) 此項遺贈。乃立遺贈人於共同繼承人中之。一遺以特定財產。此時共同繼承人爲債務者。其中受遺之一人爲債權者。受遺人如實行權利。得以家產分析之訴 (*Actio familiae erciscundae*) 取得其物。

### 第三節 遺贈之目的物

遺贈之目的物。大別爲二分。述如次。

一、物權遺贈 此項遺贈。又分二種。即

1. 特定物之遺贈 (*Legatum specie*) 此乃立遺囑人以宣告遺贈之方法所爲之遺贈。(見上節)
2. 不特定物之遺贈 此乃由遺產中之一定種類。選擇其一個或數個以爲遺贈者。儒帝時許受遺人在種類中自己選擇。惟仍須有繼承人時始可。

3. 扶養費之遺贈 (*Alimenta*) 此項如無特別意思表示。則視爲遺贈其終身之扶養費。

二、債權遺贈 此項遺贈。可分三種。即

1. 債權遺贈 (*Legatum nominis*) 此即現存債權之遺贈。受遺人於繼承人繼承之時。取得債權。若以他人之債權爲遺贈。則繼承人須由其人取得而給付於受遺人。至立遺囑人之債權。若於生前受清償時。卽以其受清償之目的物以爲繼承。惟認爲立遺囑人有變更意思之情形時。則遺贈失效。如遺囑人生前已處分清償之目的物是。

2. 債務遺贈 (*Legatum debiti*) 此卽立遺囑人對於自己之債權者。以清償自己之債務爲遺贈。羅馬法關於此項遺贈。須超過原債務之數額或較優於原債務。否則無效。蓋不如是。則受遺贈殊無利益也。

3. 債務免除之遺贈 (*Legatum liberationis*) 此卽立遺囑人對於其自己或繼承人或第三人之債務人。以遺贈免除其債務。受遺人於繼承人繼承時。得請求返還債務字據。或交附受取證書。若以免除受遺人對

於第三人之債務而爲遺贈時。繼承人須代受遺人清償該項債務。

#### 第四節 受遺人之權利

此項權利約有二類：

一、保證遺贈權 立遺囑人所爲遺贈。若附有期限。或因其他事由。不能即時交付。受遺人有要求遺贈人立保證人之權。否則受遺人得請求遺產保存之指示。爲該項遺產之保管。（詳見質權節內審判上質權）

二、拒絕遺贈權 遺贈不能強人收受。故受遺人應有拒絕之權。惟帝政時學者於此問題。意見不一。守舊派主張取得遺贈與否。一任受遺人之意思。非表示意思。不能取得。進步派則謂遺贈取得。乃法律上當然之事。不必另爲表示。若不欲受遺時。則有拒絕權。此說儒帝法典從之。

#### 第五節 遺贈之無效

遺贈無效情形有四：

一、遺囑無效 遺囑之主要。在指定繼承人。若繼承人之指定無效。或繼承人不願繼承。均足使遺贈無效。儒帝以前。若遺囑人將遺贈記載於指定繼承人之前（*Legatum anteheredis institutionem*）。則遺贈無效。以其



輕重倒置也。同帝以後。則無此項制限矣。

二、不確定受遺人之遺贈。受遺人不確定。遺贈自應無效。因無收受之人也。

三、譴罰原因之遺贈。此卽立遺囑人對繼承人以科罰一定之行爲。或不行爲爲目的之遺贈。如甲立遺囑。謂其繼承人乙若不以其女妻丙。卽與丙若干金是。儒帝以前。認爲無效。儒帝時則以爲有效。

四、克唐里亞來規則 (Regula Catoniana)。此項規則。爲法學者克唐里亞來 (Catoniana) 所創。故名。其內容卽遺囑人立遺囑時所爲之遺贈。若係不能履行者。不能因遺囑作成後立遺囑人未死前變爲履行可能而有效。如遺囑之標的物。立遺囑時本係受遺人之所有物。此項遺贈。自屬履行不能。若以後受遺人讓其物於遺囑人。則遺贈已變爲履行可能。亦仍無效。因當初既屬無效。不能因後之行爲而成爲有效也。

## 第五章 信託

信託 (Fideicommissa) 乃一種不正式之遺贈。帝政而後。始有此制。無須特定之用語。亦無須載在遺囑。祇須載於一種不正式之遺囑。卽所謂小書 (Codicilli) 者卽可。故對於無遺囑繼承或對於受遺人均可信託也。

信託受益人無須有受遺人之能力。故雖外國人亦可信託。

斐爾西底亞法 (Lex Falcidia) 之規定。於信託不適用之。

信託原無法定效力。惟賴受信託人之信用。而阿格斯士斯 (Augustus) 帝始對於小書與以法定效力。與遺贈並用不悖。

## 第六章 遺贈與信託之統一

儒帝時以遺贈與信託無併立之必要。乃以勅令統一之。採取二者之長。將遺贈加以變通。將信託予以限制。統設一般遺贈之規定。嗣後二者同歸一轍。無有區分。茲述統一後之遺贈各項關係如左。

一、方法 遺贈之方法。或以之載在遺囑。或載在小書 (Codicilli) 或竟口頭宣告 (Ficommissum orale) 於受信託人亦可。有小書時。同時有無遺囑。均無不可。但須有證人五人。無庸蓋印。其與遺囑異者。卽在不得以之指定繼承人。且不得以遺囑追認小書。又因小書無須方式。故可作成數通。

二、受遺人之權利 前之受遺人之權利。或係物權。或係債權。視乎遺囑之用語而定。儒帝勅令。則視乎遺贈之性質而定。若遺贈物爲特定之物。則受遺人對於其物卽有物權。無待繼承人之移轉。若遺贈物爲非特定之物。則受遺人祇有對於繼承人之債權而已。

遺贈人不僅可命遺囑繼承人交付遺贈。且可命無遺囑繼承人受遺人因死受贈人交付之。

三、期限 (Dies) 及條件 (Conditio) 權利賦與於受遺人之時。謂之 Dies Cedit。此時雖尙不能要求遺

贈之交付。然若交付之。則不能以非債取還。受遺人得以要求交付之時。謂之 *Dies venit*。

遺贈附有條件時。其條件與契約之所謂條件同。但若以繼承人之死亡爲期。在契約雖謂爲期限。在遺贈則爲條件。若遺贈無條件。亦無期限。則立遺囑人死亡之日。爲 *Dies cedit*。而繼承人承受之日。爲 *Dies venit*。若遺贈無條件而有期限。則立遺囑人死亡之日。爲 *Dies cedit*。而日期到著之日。爲 *Dies venit*。若遺贈附帶條件。則條件成就之日。爲 *Dies cedit*。若無他種期限。則並爲 *Dies venit*。若受遺人死亡在 *Dies cedit* 之先。則遺贈無效。若其死亡在 *Dies cedit* 之後。則遺贈仍有效。由受遺人之繼承人取得之。

## 第七章 因死贈與

### 第一節 因死贈與之意義

因死贈與 (*Donatio mortis causa*) 者。乃贈與人因死亡所爲之贈與也。其性質介於生間贈與 (*Donatio inter vivos*) 與遺贈之間。凡人預料死之將至。贈物與人。是卽因死贈與。惟其條件在於死亡。故未死亡之先。贈與人得隨時撤銷之。

### 第一節 因死贈與之種類

因死贈與之種類。可得而述者。約有二項。分述如左。

一、贈與人死亡時。標的物乃爲受贈人所有者。此卽標的物之所有權。須俟贈與人死亡。方行移轉。

二、贈與人爲贈與時。卽以標的物交付受贈人。但贈與人若病愈未死。則受贈人須繳還。此卽標的物之所有權。以贈與人贈與時而移轉。以贈與人不死而撤回。

### 第三節 因死贈與與遺贈

因死贈與。頗與遺贈類似。故遺贈之規定。得準用於此項贈與。但亦有與遺贈異者。卽：

- 一、贈與人死亡時。其贈與卽即有效。不僅無須待繼承人之交付。且無須待繼承人之繼承。
- 二、受贈人之有無能力。以贈與人死亡時爲斷。

## 下編 債務關係

### 第一章 債務關係之意義

羅馬法之阿步里格體阿 (Obligatio) 一字。具有債權債務二者之義。故譯爲債務關係。庶於債權債務。均

可包含。

債務關係之意義。據儒帝法學階梯中所下定義曰。債務關係者。法律之連鎖。拘束吾人按照國法而爲一定之行爲也（*Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura*）。

右之定義。其中所謂「吾人」。乃指一定之人。此其異於物權也。而所謂「行爲」。乃包含不行爲而言也。

至債務關係之本質。據儒帝法典中之學說彙纂所下定義曰。債務關係之本質。非以某物及某役權爲我所。乃使他人與某物。爲或不爲某事。或爲某物之給付。爲本質也（*Obligatio substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*）。此定義中具有三要素。一曰與（*Dare*）謂給與所有權及市民法上認許之他物權之行爲。二曰爲或不爲（*Facere*）謂他人之作爲或不作爲。三曰種類之給付（*Praestare*）。此項亦有謂爲變本來之給付爲損害賠償之關係者。近世各國民法。則統以給付（*Leistung*）包括之。

## 第二章 債務關係之類別

羅馬法債務關係之類別。約可分三項以說明之如左。



一、法律之規定 (Civiles) 及大法官之判例 (Praetoriae) 本項乃就債務關係成立之淵源而爲之區別。即律例規定之債務關係。乃起於法律之規定。及市民法所承認之事件。大法官判例之債務關係。乃起於大法官之判例。又名官吏之債務關係 (Honorariae)。易言之。即前者爲其他各種法律所創定。後者爲大法官所創定也。

二、律例之規定 (Civiles) 及自然之關係 (Naturales) 本項所謂律例之規定 (Civiles) 乃包括前項所述之法律之規定 (Civiles) 及大法官之判例 (Praetoriae) 二者而言。至所謂自然之關係。乃指該項債務債權者不能以訴訟請求履行者而言。此種債務。仍有多少法律效力。惟屬於消極方面。故其關係如：

1. 債務者自願履行。則不能復取償於債權者。
2. 債權者得以之相殺 (Compensatio)。
3. 數種債權。有現存之債務爲根據。乃能發生者。自然債務。可爲此種債權之根據。如保證、質權及更改等均是。

三、儒帝就債務成立之原因。別之爲四種。即：

1. 因契約發生之債務關係 (Obligatioes ex contractu)。
2. 因準契約發生之債務關係 (Obligatioes quasi ex contractu)。

3. 因私犯發生之債務關係 (*Obligations ex delicto* 又名 *ex maleficio*)
  4. 因準私犯發生之債務關係 (*Obligations quasi ex delicto* 又名 *quasi ex maleficio*)
- 上述四種債務關係。其意義分章以說明之。

### 第三章 契約

因契約之債務關係 (*Obligations ex contractu*) 者。乃由於雙方同意而發生之債務關係。債務者所志願也。契約之要素。在二人以上之意思合致。而所以表示之者。則一方須有要約。一方須有承諾。若僅有要約而無承諾。不得謂之契約。羅馬法稱爲頗里西特體阿 (*Pollicitatio*)。若僅有雙方意思合致。除合意約外。仍不得爲契約。羅馬法稱爲約束 (*Pactum*)。其所發生之債務關係。爲自然債務 (*Obligatio naturalis*)。至若發生法定債務 (*Obligatio civilis*) 之契約。則須具有法定之原因 (*Causa civilis*)。此項原因。其類有四。即

- 一、因移轉物之所有、占有、或握有而發生之契約。名曰物約 (*Contractus re*)
- 二、因用一定之口頭方式而發生之契約。名曰口約 (*Contractus verbis*)
- 三、因用一定之文字方式而發生之契約。名曰書約 (*Contractus litteris*)
- 四、僅以雙方意思之合致而發生之契約。名曰合意約 (*Contractus consensu*)

上之物約口約書約三項。發生甚早。羅馬古法。多重方式。微之市民法。已可概見。故此三項均以方式爲重。嗣因人事漸繁。日常締結契約。均須墨守方式。未免遇事滯延。難收簡便敏捷之效。於是大法官乃以萬民法重精神。不重形式之主義。創設合意約。僅雙方合意。無須何項方式。即可訂約。故合意約較前三者發生稍晚。

## 第一節 物約

物約之種類有四。卽：

- 一、消費貸借 (Mutuum)。
- 二、使用貸借 (Commodatum)。
- 三、寄託 (Depositum)。
- 四、質權 (Pignus)。

### 第一款 消費貸借

消費貸借者。當事人之一方移轉代替物 (Res fungibiles) 之所有於相對人。約定以種類品質及數量相同之物返還之也。此爲無償之貸借。故借主無須支付利息。若貸主欲得利息。須與借主另訂契約。此項貸借。爲片務契約。因祇有借主擔負返還同種類品質數量之物之義務。貸主則無義務。

此項契約之設定。須由貸主交付所貸之物於借主。始克成立。否則雖雙方同意。仍未完成。此其所以爲物約也。

依元老院之議決 (Senatus-Consultum Macedonianum) 禁止貸金於家長權下者。否則貸主對之無權起訴。僅有自然債務而已。

此外尙有一種海業消費貸借 (Foenus nauticum pecunia trajectitia) 亦盛行於古時。此制始於希臘。傳於羅馬。其內容卽借主於借金及利息之返還。以安全到達目的地爲條件。貸主負擔此項危險。故利息高於通常貸借。惟貸主負擔危險之範圍。僅限於借主航路之方向及時期二者。若因借主自己之過失。或貨物內部之損壞。則不在此限。

## 第二款 使用貸借

使用貸借者。乃以物貸人使用。不索報酬。約定借主以原物返還者也。此項貸借。貸主並不移轉物之所有或占有。僅移轉握有而已。至雙方之權利義務。亦有可述者。分列如左。

一、貸主之義務 此約原係片務契約。貸主無義務。迨後大法官乃爲之設定義務如次。

1. 如約許借主使用。

2. 借主對於標的物。如有特別耗費。貸主應償還之。

3. 貸主明知標的物有瑕疵。而貸於借主。借主因此所受之損害。貸主應賠償之。

## 二、借主之義務

1. 返還原物。

2. 除尋常使用之捐耗外。須仍如原狀。

3. 須如約使用。否則爲盜竊。如借馬遊玩而驅赴戰場之類。

4. 須用精密之注意 (*Diligentia exacta*)。因此約乃於借主有利也。

## 第三款 寄託

寄託者。乃以物寄存於人代爲保管。並無酬報。且隨時因其要求而交還原物者也。此項契約之成立。並不移轉所有與占有。僅移轉物之握有而已。茲將雙方權利義務。分述如次。

### 一、寄託人之義務

1. 償還費用。

2. 寄託人明知標的物有瑕疵。而寄託於人。受託人因此所受損害應由寄託人賠償。

### 二、受託人之義務

1. 如有詐欺 (*Dolus*) 或重大過失 (*Culpa lata*)。致寄託物受損害。則應負責任。輕過失 (*Culpa levis*)



則否。因此項契約。於受託人無利益也。

2. 不得使用寄託物。違則爲竊盜。

3. 寄託人取物時。應卽返還原物。

羅馬法除上述普通寄託而外。尙有三項特種寄託。依次述之如左。

一、不規則寄託。又名消費寄託 (*Depositum irregulare*) 不規則寄託者。乃以代替物 (*Res fungibiles*) 寄託於人。

且移轉該物之所有權。受託人將來須以同種類、數量、品質之物返還之者也。如存款於銀行是。此項寄託。與消費貸借略同。而其差異之點。則在消費。貸借乃於借主有利。此則於寄託人有利。消費貸借不能有利息。此則可取利息於受託者。且無論受託人之遲延返還。或由雙方協議。均可支取利息。惟前述元老院之議決 (*Senatus Consultum Macedonianum*) 禁止貸金於家長權下者。於此項寄託。亦適用之。

二、危難寄託 (*Depositum miserabile*) 危難寄託者。乃因水火震災等事故。情形危難。而寄託物於人者也。此項寄託。羅馬法予以保護。若受託者坐視他人危難。不允寄託。或受託之後。以惡意拒絕返還原物時。受寄者應負交付寄託物倍價之處分。

三、係爭物寄託 (*Depositum sequestratio*) 係爭物寄託者。乃因二人以上對於同一之物。均主張自己

有權利。在權利未確定以前。將該物寄託於第三者保管者也。故此項寄託。寄託者常有數人。受寄者稱爲爭物保管人 (Sequester)。

#### 第四款 質權

羅馬法之質權。本有三種。一爲信託。二爲質權。三爲抵押權。均係物權之一。亦係契約之一。且亦爲物約之一。因除抵押外。其餘均須移轉物之占有。契約乃得成立。其雙方之權利。有物權。有債權。前爲講述便利計。並詳述於物權編矣。

### 第二節 口約

羅馬口約。僅有一種。其成立須按問語答之。若僅點頭或作勢。則爲無效。如要約非僅指一物。則須承諾全體。其全體始有效。否則僅承諾之物有效。故名要式口約 (Stipulatio)。爲要式契約之一。其範圍頗廣。不拘何事。均可用之。最初兩造訂約。係以木一根。折而爲二。各執其一以爲證。如二木斷處能合。卽爲約定之證。此卽要式口約之濫觴。我國之手票及各項收據。均於紙縫填號數。蓋戳記。以一紙付人。一紙留爲存根。與羅馬最初口約。頗相類似。此爲片務契約。僅諾約者 (Promittor) 有踐約之義務。要約者 (Stipulator) 無之。若欲雙方均有義務。則可分用兩口約。以達其相互之目的。

第一款 口約之作用

羅馬口約用處甚多。約而舉之。可得三項。述之如次。

一、原始契約之用口約者。無論何項契約。均可以問答成之。如借貸金錢之交付利息契約、保證契約、預定罰則契約均是。

二、更改契約之用口約者。如變更契約之標的。或更換債權人債務人均是。

三、訴訟程序中之用口約者。羅馬訴訟程序中。亦常用口約。乃由大法官或審理官。命當事人以口約承認其事。如不詐欺。不損害他人財產之類。與英國法中之承認 (Recognisances) 相仿。實係法院之一種命令。藉口約以行之。蓋由於國家行政機關之薄弱。致有此項辦法也。

第二款 口約之設定

羅馬古法。設定口約。有一定方式。如：

一、問：汝誓否 (Spondes?) 答：予誓 (Spondeo.)

二、問：汝諾約否 (Promittis?) 答：予諾約 (Promitto.)

三、問：汝將與否 (Dabis?) 答：予將與 (Dabo.)

四、問：汝將爲否 (Facies?) 答：予將爲 (Faciām.)

一項問答。僅羅馬市民能用。且皇帝有時用以問其屬官之政績。二、三、四三項。則無論市民與非市民。均可用之。問答用語。亦不限於拉丁語。卽希臘語亦可。問者用何語。則答者亦須用同一之語答之。李阿 (Leo) 帝時。乃勅令毋須一定之問答方式。僅須問答相符。並相銜接。卽爲有效。故此項口約。啞者與聾者。均不克訂立。因前者不能言。後者不能聞也。

此項口約。亦有以文書記載者。然不過爲其成立之證據。非其成立之方式也。蓋因妨當事者藉口兩造非同時在場。或以問答不符爲辭。爲悔約之理由。故以文書記載。以便稽考。如是則除當事者確能證實是日並未在場外。無法悔約也。

### 第三節 書約

羅馬之書約。因時代與用途之關係。可分三項述之如左。

一、費用書 (Expensilatio) 又名 *nomen transscripticium* 羅馬古時。一家用費。均須詳細登記出納簿

(*Codex accepti et expensi*) 國家並設有檢察官 (Censor) 檢察其登記是否屬實。且須登記者發誓。因其確實可信。故若債權者得債務者之同意。記其借款於出納簿時。卽認此項登記爲書約之設定。債權者因之取得債權。債務者因之擔負債務。惟債權者未得債務者之同意。或並未通知債務者。卽擅將借款記於出納簿。則不認爲

書約之成立。若債務者未將借款記入其自己之出納簿。則與書約無關。至若具有不道德性質之債務。如某甲臨終時故意虛構事實。登記欠其所私之婦若干元。則不能生效。此項登記出納簿之辦法。實爲羅馬法之真正書約。僅適用於市民。盛行於共和時代。迄帝政時。則久已廢止矣。

除上述外。尚有一種文書。名諾米拉亞卡里亞 (*Nomina arcaria*)。與前者頗類似。惟僅可爲契約之證明。不能爲契約之設定。

一、手書 (*Chirographum*) 及同書 (*Syngraphae*) 二者均係希臘之書約。前者爲手書。即債務者書立借據。交與債權者收存。後者爲同書。即債務者債權者均簽字於所立字據之上。書寫兩份。各執其一。二者均僅適用於外國人。不適用於市民。帝政時無市民與外國人之分。故此項書約。亦遂廢除。而改用口約矣。

二、證明書 (*Cautio*) 此項實係以文書記載之要式口約 (*Stipulatio*)。僅得爲口約之證據。不得逕稱爲書約。蓋由希臘書約之影響於口約而成者也。

#### 第四節 合意約

合意約與上述之物約口約書約不同。因前三者或須用方式。或須交付物品。而此則僅以雙方之意思合致。契約即爲成立。其種類有四。即：



一、買賣 (Empio-venditio)

二、賃貸借 (Locatio-conductio)

三、合夥 (Societas)

四、委任 (Mandatum)

### 第一款 買賣

買賣契約者。乃由當事者之一方。約明交付財產。他方約明交付價金而成立者也。故其要素有三。一須雙方同意。二須特定之標的物。或不特定之標的物。前者如特定之房屋。後者如米一斤是。三其價金須係金錢。若以物易物。則爲交換 (Permutatio)。非爲買賣。價金並須確定。否則契約莫由成立。但約明由第三者評價。亦可有效。惟所評之價。雙方均須遵守。若第三者不允評價。或不能評價。則契約仍無由成立。至價金與物值是否相當。則非所問。第阿克來梯恩魯斯 (Diocletianus) 帝時。對於不及物值半價之買賣。特定法律。令買主補給其值。否則買主得取消其契約。是法名曰重大損失法 (Laesio enormis)。儒帝時對於須立書據之買賣。若書據不完成。則買賣不成立。

買賣雙方之權利義務。當事人可以隨時約定。若無約定。則依法律規定。其規定如左。

#### 一、買主之義務

1. 交付價金。且須移轉價金之所有權。
2. 賣主交付標的物時。應即接受。

## 二、賣主之義務

1. 交付物之占有。羅馬法律對於賣主之義務。僅在給與占有 (*Tradere*)。不在給與所有權 (*Dare*)。其所以無須移轉所有權者。以所有權有時不易確定。故設此變通規定。以利交易。至交付之時。則以買主交付全部價金之時為準。此項契約之履行。須雙方同時也。

2. 擔保買主之占有。不為他人奪取。若為人所奪。則賣主之義務。非在交還其價金。乃在賠償其所受之損失。此蓋補充上述義務之缺點也。

3. 擔保標的無瑕疵。若物有瑕疵。則買主得取消契約。其取消契約之訴。名曰恢復原狀之訴訟 (*Actio redhibitoria*)。或減其價金。其請求減價之訴。名曰減少定額之訴訟 (*Actio quanti minoris*)。若賣主故意隱匿其瑕疵。則為詐欺。因是所生之損失。亦應賠償之。

4. 標的物若為特定物。則當契約成立之後。標的物未交付之前。賣主對之。應用精密注意 (*Diligentia exacta*)。故如有意外之損失。則由買主擔負。是即所謂物之危險 (*Periculum rei*)。應由買主負之。儒帝法典舉例曰。「買主買得土地。倘一旦遭逢水災。其損害歸之買主。若水退面積增廣。亦歸買主。」是即害之所。利

亦隨之也。

上述之責任。乃就普通者而言。若因一方延遲不履行義務 (Mora)。則責任有變更。如咎在買主。則賣主責任。僅限於詐欺 (Dolus) 及重大過失 (Culpa lata) 如 在賣主。則雖意外損害。亦歸其擔負。

買賣契約之成立。僅以雙方意思合致為條件。無須預交價款。更無須支付定金 (Arra)。然亦有預納定金者。此則僅為契約成立之證據。至雙方對茲定金之責任。若買主悔約。賣主得沒收之。賣主悔約。則應二倍賠還。

## 第二款 賃貸借

羅馬法之賃貸借 (Locatio-conductio)。其類有三。分述如次。

一、物之賃貸借 (Locatio-conductio rei) 物之賃貸借者。乃賃貸主 (Locator) 約明以某物貸於賃借主 (Conductor) 使用或收益。賃借主約明支付賃費者也。此項賃費之支付。須以金錢。若雙方以物互相借貸。則為交換使用。類於交換之約。非為賃貸借。且賃費須確定。如買賣之價金然。此約之所以異於用益權 (Usufructus) 及永借權 (Emphyteusis) 者。以其發生之權為債權。而非為物權也。

二、雇傭之賃貸借 (Locatio-conductio operarum) 雇傭之賃貸借者。乃受雇人 (Locator) 約明為雇主 (Conductor) 服勞務。雇主約明與以報酬者也。此乃就普通之雇傭而言。若事屬高尚之業。如律師、醫士之類。其關係為延聘。不得視同雇傭。其報酬名曰酬金 (Honorarium)。對於其勞務。不得訂立契約。英國現行之契約

法。律師不得以契約關係索取委託人之報酬。醫師非經官署核准，亦不得以契約關係索取診金。

三、承攬之賃貸借 (Locatio-conductio operis) 承攬之賃貸借者，乃承攬人 (Conductor) 約明爲定作人 (Locator) 完成某事。定作人約明對於其事項之結果，與以報酬者也。如甲與金工約，金工以其自己所有之金，作一指環，償以十金。此約爲買賣。若金由甲供給，則其約爲承攬。

右述三種當事人之權利義務，各有不同，分述於左。

### 一、物之賃貸借

#### 1. 賃貸主之義務

A 交付標的物，使賃借主得使用收益。

B 標的物如有損壞，應加修理。

C 擔保物之適用，如有瑕疵，其責任與賣主同。

#### 2. 賃借主之義務

A 支付賃費。

B 用精密注意。

C 期限滿時，交還原物。

## 二、雇傭之貸貸借

### 1. 受雇人之義務

A 如約服勞務。

B 用精密注意。

### 2. 雇主之義務 支付報酬。

## 三、承攬之貸貸借

### 1. 承攬人之義務

A 如約完成事項。

B 用精密注意。

### 2. 定作人之義務 支付報酬。

貸貸借契約之成立。祇須雙方同意。故爲合意約之一。至其契約之解除。則視契約之條件與雙方之意思而定。惟雇傭之貸貸借。與承攬之貸貸借。則因受雇人與承攬人之死亡。而契約卽歸解除。蓋因遇有此種事項之發生。則契約無法履行也。

## 第三款 合夥



合夥 (Societas) 者乃二人以上約明共同出財產或供勞務以圖分利爲目的者也。其類別依儒帝之法學階梯有左列二種。

一、全產合夥 (Societas totorum bonorum) 此項合夥乃以合夥人所有全部財產爲合夥之財產。

二、特業合夥 (Societas unius alicujus negotiationis) 此項合夥其宗旨僅以某種特定事業爲限。

合夥所發生之權利義務可分二項如左。

一、合夥人相互之義務 此項義務又可分而爲三：即：

1. 如約供給財產或勞務。因合夥所獲之財產應歸入合夥財產項下。

2. 分擔損失及費用。

3. 對於合夥事業應用尋常注意 (Diligentia ordinaria) 即尋常對於自己財產所用之注意。

二、合夥人對於外人之義務 羅馬法關於此項義務並無規定。故合夥人中之一人與外人締結契約僅束縛其本人與其他合夥人無關。此蓋因羅馬之代理法不發達所致也。

合夥之成立方法可分三項以說明之。

一、合夥乃合意約之一。其契約之成立當以各當事人意思合致爲要件。

二、若甲乙二人訂約。有利益則三分二屬甲。三分一屬乙。有損失則三分一屬甲。三分二屬乙。其約仍有效。但

若乙損失分擔。利益不分潤。則此項契約。非以分利爲目的。不得認爲合夥。別名之曰獅子合夥 (Leonina Societas)。希臘故事。獅子與驢。共同出獵。得物獨歸獅子。不分與驢。故以此名。

三、若契約無特別聲明。則利益與損失。不論各人出資或出力多少。皆應平等均攤。

合夥一經成立。合夥人即不得轉讓其股分於他人。因合夥乃專恃信用。爲一種信任契約 (Bonae fidei negotium)。故曰吾夥之夥。非吾之夥 (Socii mei socius meus socius non est)。

合夥之解除。其原因有四。述之如左。

- 一、合夥中之一人脫離。若其脫離係以惡意。如希圖獨享利益之類。則應賠償其他合夥人因此所受之損失。
- 二、合夥中之一人死亡。
- 三、合夥中之一人其財產完全喪失。如被官署沒收或被債主變賣之類。
- 四、特業合夥之目的已達。

此外尙有一種共同合夥。即所謂共同海損是也。此制由於羅馬共和時代。地中海之羅都斯 (Rhodus) 島。商業爲東部諸國之冠。其著稱於世之羅底亞法 (Lex Rhodia) 卽爲世界最古之商法。當時鄰近諸國。皆採用之。阿格斯土斯 (Augustus) 帝時。凡海事與羅馬法不抵觸者。適用該法。該法中之羅底亞德傑克土法則 (Lex Rhodia de Jactu) 卽係規定共同海損。其內容卽船主與船貨主之間。自積貨以至卸貨。法律上設一共同

合夥。該項合夥。以現實之積貨而自然成立。無須另行組織。其分配損害之法。有四條件。卽：

- 一、須直接對於船舶及積貨所生之共同危險。
- 二、須因救助上述二者之危險而供犧牲。
- 三、其方法由船長命之。
- 四、須爲維持船舶及積貨之一部分。

#### 第四款 委任

委任契約 (Mandatum) 者。乃委任人 (Mandator) 委任受任人 (Mandatorius) 爲其處理某事。受任人允爲處理。不索報酬者也。故此項契約。重在受任人不索報酬。否則其約爲僱傭之約矣。

委任契約。其類有五。茲分述之。

- 一、爲委任人之利益者。如甲委乙代其購地是。
- 二、爲委任人及受任人之利益者。如甲委乙貸資於丙。丙得資用之於甲之財產。是甲既得利。乙亦得利息。
- 三、爲第三人之利益者。如甲委乙代丙購地是。
- 四、爲委任人及第三人之利益者。如甲委乙代甲及丙購地是。
- 五、爲受任人及第三人之利益者。如甲委乙貸資於丙。乙得利息。丙得金使用是。若僅爲受任人之利益者。則

非委任。不過謀畫而已。聽從與否。本人自有權衡。倘從之而受損失。謀畫者不負其責。不能要求損害賠償也。委任之權利義務。各有不同。分述如次。

### 一、受任人之義務

1. 依委任本旨。處理委任事務。
2. 遵守委任人之指示。不得逾出範圍。如甲委乙以百金購地。乙以一百二十金購之。則僅得向甲索還百金而已。
3. 用精密注意。
4. 所得各項財產及利益。完全交付委任人。

### 二、委任人之義務

1. 償還受任人之費用。
2. 清償受任人代負之債務。

委任契約之成立。僅須雙方之意思一致。但若受任人尙未開始處理其事。原狀未有變更時。委任人仍可撤消委任。受任人亦得辭任。故委任契約之完全成立。要在變更原狀以後。是此項契約。非完全合意約 (Contractus consensu) 亦非完全物約 (Contractus re) 實介於二者之間者也。

委任契約之解除。原因有三。即：

一、撤消委任。

二、辭任。

三、委任事項尙未著手處理。即值一方死亡。但如委任人死亡。受任人不知。仍以善意續行處理事務。則對於委任人之繼承人。有訴訟權。

## 第五節 無名契約

羅馬共和取消以後。於其法律中之物約。加以擴充。如甲對乙約明作某事。乙亦對甲約明作某事。以爲酬報。甲如約履行。而乙不履行。有此二要件。則甲可起訴。強乙履行。其訴名爲事實時效口頭之訴 (*Actio in factum praescriptis verbis*)。此項契約之所以類於物約者。即在須一方之履行也。

此項契約。羅馬法中。無有定名。後世註釋家乃以無名契約 (*Contractus re innominati*) 稱之。羅馬法學家拋魯斯 (*Paulus*) 別爲四類如左。

一、贈與與贈與之交換。即我贈與。汝贈與 (*Do ut des*)。

二、贈與與勞力之交換。即與我贈。汝勞力 (*Do ut facias*)。



三、勞力與贈與之交換。即我勞力汝贈與 (Facio ut des)。

四、勞力與勞力之交換。即我勞力汝勞力 (Facio ut facias)。

無名契約之性質。於下列二項說明之。

一、交換 (Permutatio) 本項為交換之約。即以物易物之謂。其所以異於買賣者。以其無價金也。二者效果之區別如下。

1. 買賣為合意約。交換為物約。因須一方交付標的。其約乃成。

2. 賣主僅須交付物之占有。交換者則須交付物之所有。

3. 物未交付之先。物之危險 (Periculum rei) 在買賣契約。由買主負擔。在交換則由原主負擔。

4. 交換契約交付標的物時。其所有權隨即移轉。買賣則物雖交付。其所有權尚不移轉。必須買主交付價金。或賣主允許其欠負。始移轉所有權。

5. 賣主得以價金不及物值之半為理由。依重大損失法 (Laesio enormis) 取消契約。交換者則否。

二、我汝贈與 (Aestimatum) 此約乃由甲以物交乙。約明於一定期間後。乙須交還原物。或交付值金若干。似此契約。不得謂為買賣。因乙得還原物。不得謂為貸借。因無賃費。不得謂為委任。因若乙轉賣。得值高於原價。其利歸乙自得。不得謂為合夥。因甲不能分利。故此種契約。實即我贈與汝贈與 (Do ut des) 之無名契約也。

其物之危險。由乙擔負。

準上所述。羅馬法對於此類契約。何以不逕稱之爲交換契約。而以無名稱之者。蓋因羅馬古代。注重訴訟法。凡有名契約。在訴訟上均有特別名稱。例如買賣訴訟。必用買主之訴 (*Actio empti*) 賣主之訴 (*Actio venditi*) 之類。獨無名契約。無特別名稱。須依他種訴訟程序起訴。故契約之有名無名。非關於契約之本身。乃關於訴訟法也。

## 第六節 約束

約束 (*Pacta*) 者。乃當事人雖有意思合致。而無法定原因者也。因是乃名之曰約束 (*Pactum*) 以別於契約。又以其僅能發生自然債務關係。故又名之曰裸體約束 (*Pactum nudum*)

裸體約束而外。亦有數種約束。或爲古法所許。或爲大法官所許。或爲皇帝所許。可以發生法定債務關係。因名之曰著裝約束 (*Pacta vestita*)。茲將此項約束。分述如左。

### 一、古法所許者

1. 附加約束 (*Pacta adjecta*) 此項約束。乃由締結信任契約 (*Negotium bonae fidei*) 之時。如買賣、借貸、合夥等契約之類。當事人當時當場附加約束。則其約束雖非口約。亦有效力。例如買賣房屋。訂約時買

主允將原屋仍賃貸於賣主居住。是即附加約束。

二、大法官所許者 (Pacta praetoria) 例如

1. 抵押約束 (Pactum hypothecae) 乃設定抵押之約束。

2. 償債約束 (Constitutum debiti) 乃對於存在之債務。無論爲自己者 (Constitutum debiti proprii)

或爲他人者 (Constitutum debiti alieni) 約束於一定日期履行之。此約束認爲有效。

三、哲阿采西爾斯 (Theodosius) 帝所許者 (Pacta legitima) 例如

1. 嫁時資約束 (Pactum de constituenda dote)

2. 贈與約束 (Pactum donationis)

右之著裝約束 (Pacta vestita) 實即合意之擴充。猶無名契約之由物約擴充也。

合意約與物約。僅各限於四種。迨後社會進化。人

事日繁。故設著裝約束。以濟合意約之窮。亦若無名契約之發生。乃濟物約之窮。他若口約書約。形式雖有限。而種類無窮。故無擴充之必要。此合意約物約有擴充。而書約口約無擴充也。

## 第七節 保證

保證契約者。乃保證人與主債務人之債權人約明。若主債務人不履行其債務。則保證人履行之之契約也。故保證契約爲附加契約。

羅馬法關於保證契約。其類有五。茲分述之。

一、盟約保證 (Sponsio) 此項保證。乃因債權者債務者雙方問答之際。必用宗教上盟約 (Spondes) 之語。故名。此約乃以口約爲之。其主債務亦須係口約。僅適用於羅馬市民。

二、實約保證 (Fidepromissio) 此項保證。亦因雙方問答。用汝係真實約束否 (Fide promittis?) 之語。故名。此約亦以口約爲之。其主債務亦須係口約。羅馬市民與外國人均得用之。蓋羅馬中世。版圖擴張。外來者衆。因認此約。藉便外人也。

上述二種。儒帝時已廢止之。

三、依命真實保證 (Fide iussio) 此項保證。發生也晚。與宗教無關。問答用真實 (Fide) 及命汝 (Tuus) 之語。故名。儒帝僅存此一種。亦係以口約爲之。但其主債務無須係口約之債務。且無須係契約發生之債務。如由私犯發生者亦可。並無須係法定債務。如自然債務亦可。故此項之範圍。頗爲廣大。

四、委任 (Mandatium) 此項乃以委任契約爲之。如甲委乙資於丙。或與丙訂他項契約。而丙不履行債務。則甲負委任人之賠償義務。是甲卽保證人也。此項實爲保證之特色。因保證人之債務。反發生在主債務之先也。此項委任。名曰加資格之委任 (Mandatium qualificatum)。

五、他人債務之保證 (Constitutum debiti alieni) 此項乃對於他人存在之債務。以約束 (Pactum)

約明於一定日期履行。其約束爲有效。無須契約也。

保證契約之權利義務。可分三項。卽

一、保證人對於債權人之義務。主債務人不履行契約時。保證人應代履行之。

儒帝以前。若主債務人屆期不履行債務。債權人得任意起訴主債務人或保證人。儒帝新勅令。許保證人以後訴之利益 (*Beneficium ordinis*)。又名寬容之利益 (*Beneficium excussionis*)。若主債務人與債權人同在一管轄區域以內。保證人得要求債權人先訴主債務人。然後及己。若不同管轄區域。債權人得起訴保證人。但保證人得請求法官假以時日。俾其尋覓主債務人。

二、債權人對於保證人之義務。保證人代主債務人履行債務。則債權人對於主債務人所有之權利。如質權、抵押權等。自應移轉於保證人。使保證人代立於其地位。若保證人不祇一人。而一人獨自履行全部債務。則債權人亦應將其對於他保證人之訴訟權。移轉於此保證人。此種代位之利益。羅馬法名之曰移轉訴訟權之利益 (*Beneficium cedendarum actionum*)。

若保證人在二人以上。債權人得要求一人履行全部債務。哈德良 (Hadrianus) 帝時。許保證人提起抗辯。要求債權人分攤債務。但分攤人數。以能履行債務者爲限。此項分攤之利益。羅馬法名之曰分析之利益 (*Beneficium divisionis*)。



本項所述之兩項利益。僅於上述三、四、五三種之保證人適用之。此兩種利益。不及前二項保證人者。因前二者發生較早。此兩種利益發生在後。

三、主債務人對於保證人之義務。保證人代其履行債務。主債務人應償還之。保證契約之其他關係。可分三項。即

一、主債務人同意與否。及其知悉與否。均無關係。

二、保證人所擔負之債務。不得重於主債務。

三、依元老院議決 (Sc. Velleianum) 婦人不得爲他人訂約或交物作保證。即係其父、夫或子。亦屬不可。

保證契約之解除。以主債務解除爲準。但亦有例外。如保證人以詐欺使主債務解除。則保證契約仍不能因之而解除也。

## 第八節 契約之通則

### 第一款 錯誤

羅馬法錯誤 (Error) 與不知 (Ignorantia) 相同。有時用錯誤之語。有時用不知之語。契約之成立。本須雙方意思合致。而意思之表示。則端賴乎言辭或行爲。倘其所表示者與意思不符。是即發生錯誤。因意思表示之錯

誤。以致契約無效者。約有二項。卽

一、本素之錯誤 (Error in corpore) 本項可類別爲三。卽

1. 關於債務關係性質之錯誤 (Error in negotia) 如甲約明賃貸。乙以爲約明出賣。

2. 關於標的物之錯誤 (Error in corpore) 如甲所指者爲一物。乙所指者另爲一物。

3. 關於人之錯誤 (Error in persona) 如甲誤以乙爲丙。與之締約。則無效。

二、物質之錯誤 (Error in substantia) 本項之錯誤。有使契約無效者。有不使契約無效者。其標準未易決定。羅馬法律書舉例甚多。如欲買金物。實則銅物。欲買男奴隸。而得女奴隸。則契約無效。如欲買上等金物。實則半金半銅之物。則契約仍有效。

## 第二款 暴行及脅迫

暴行 (Vis) 者。乃契約之成立。由於一方之暴行也。脅迫 (Metus) 者。乃由於一方之威嚇也。羅馬古法。脅迫所成之契約。仍爲有效。迨有大法官。始與被脅迫者以救濟之方。其方法如左。

一、原狀回復 (In integrum restitutio) 卽回復脅迫以前之狀態。免除負擔之義務。

二、基於脅迫之訴 (Actio quod metus causa) 此訴之目的。對於脅迫者得求返還物品。賠償損害。卽對於第三取得者。亦得請求現有物之返還。蓋一種對物訴訟也。第三取得者除負返還現有物義務之外。不負損害

賠償之義務。而脅迫者則命之返還。不返還時。處以價額四倍之罰。

三、以脅迫爲理由之抗辯 (*Exceptio quod metus causa*) 此抗辯係拒絕履行脅迫行爲之訴。得對抗脅

迫者並第三者。

被脅迫之行爲。得求救濟者。其程度須該項脅迫。係對於本人或其近親之生命、身體或自由。且須現受而莫能避去者始可也。

### 第三款 詐欺

詐欺 (*Dolus*) 之情形有二。卽

一、不實 (*Suggestio falsi*) 卽謂所言不實。以圖欺罔他人。全無爲法律行爲之意思而爲者也。

二、不盡 (*Suppressio veri*) 卽謂所言不盡。其詐欺僅存於爲法律行爲之原因者也。

羅馬古法。於詐欺之契約。無救濟之規定。共和末葉。大法官始許受害人提詐欺之訴 (*Actio doli*)。要求損害賠償。或取消契約。又恐此訴不足以收保護之效。復許被詐欺者對於詐欺者之請求之訴。得提出抗辯 (*Exceptio doli*)。並許被詐欺者得爲原狀回復之訴 (*In integrum restitutio*)。蓋純與脅迫相同也。

### 第四款 不正當原因

不正當原因 (*Iniusta causa*) 可分爲不可能與不合法二種。蓋諾約之事。若係不可能者。或係不合法者。則

不能強諾約人履行也。茲述二者如左。

一、不可能之事 本項情形有二即

1. 事實上之不可能。如諾約以某奴隸與人。而某奴隸實已死亡是。若諾約以百金與人。而實無百金。則不得謂爲不可能之事。蓋所謂不可能。須人人所不能。乃絕對不可能。非相對不可能也。

2. 法律上之不可能。如諾約以神聖物 (Res sacrae) 與人是。

二、不合法之事 如違背法律或違背道德之事。

第五款 地點

履行契約之地點 (Loco)。以雙方所表示之意思定之。其表示爲明示或默示。均無不可。如約明在羅馬交物。則債權人須在羅馬取物。不能在他處索之。如契約無表示。則債權人得於債務人之管轄地要求履行。所以便於起訴也。

第六款 期間

期間 (Tempus) 者。時之經過也。凡權利之發生。變更或消滅。受時間經過之影響者甚大。如時效取得。時效消滅是也。至若契約聲明期間。如某年、某月或某日。履行契約。則須俟是年是月或是日完全經過。乃得要求履行。若契約不聲明期間。則以相當之期間爲準。

## 第七款 條件

羅馬法之所謂條件 (Condicio) 須具二種情形。一係將來。二係不確定之事實。故如曰倘甲尚生存。則爲某事。非條件也。因甲之是否尚生存。乃確定之事。不過訂約人知之未確耳。如曰待甲死時則爲某事。此亦非條件。乃期限 (Dies) 也。因甲何時死亡。雖未可知。然其終必一死。則固確定。如曰待甲任大法官時。則爲某事。乃爲條件。因甲之將來能否任大法官。爲未確定之事。至條件之區別。依近世法律。分爲解除條件與停止條件二種。羅馬法於此二者。名辭上雖無區分。法律上則有區別。茲述二者如左。

一、停止條件 (英文名曰 *Suspensive condition*) 此項條件。繫於契約效力之發生。如甲賣物於乙。但聲明俟六星期無人與更高之價格。其物乃歸乙。則須俟六星期無人與更高之價。其買賣契約之效力。乃得發生。

二、解除條件 (英文名曰 *Resolutive condition*) 此項條件。繫於契約效力之消滅。如甲賣物於乙。將物交乙。約定如六日內乙不交價。則乙須還原物。此契約固已成立。但如六日內乙不交價。則契約即消滅。

他若條件係不可能或係不合法者。則契約完全無效。如甲與乙約。若乙能以手觸天。則與乙十金。此約應爲無效。但甲若與乙約。如乙不能以手觸天。則與乙十金。此則與無條件同。契約應爲有效。至條件之不合法者。即謂法律上所不許之條件。如違反公共秩序。善良風俗。及強行法之規定等是。

## 第八款 過失



羅馬法對於過失 (Culpa) 可分三種如左。

一、重過失 (Culpa lata) 重過失者。乃謂當事人雖非故意損害。然因其並未用普通之注意。尋常人斷不至有此過失也。此項過失。當事人應負責任。無論何種契約皆然。

二、具體的輕過失 (Culpa levis in concreto) 具體的輕過失者。乃謂依法律規定。當事人對於其義務。應用其人尋常對於其自己之財產所用之注意 (Diligentia quam suis rebus adhibere solet 亦名 Diligentia ordinaria) 而當事人不用之是也。應用此項注意者。如合夥人、監護人、保佐人之類。

三、抽象的輕過失 (Culpa levis in abstracto) 抽象的輕過失者。乃謂依法律規定。當事人對於其義務。應用善良家長所用謹慎周密之注意 (Exacta diligentia) 而當事人不用之是也。應用此項注意者。如賣主、使、用借主、賃借主、受雇人之類。

過失之外。當事人尚有因一種情節。絕對應負責任者。因一種情節。絕對不負責任者。述之如左。

一、詐欺 (Dolus) 如當事人故意不履行義務。無論如何。應負責任。雖契約預先聲明。不負責任亦屬無效。

二、偶然 (Casus) 即係意外之事變。非意料所能及。智力所能防者。無論何人。不負責任。

### 第九款 能力

契約之能生效力。以締結契約者之有能力為必要。羅馬法於締結契約者之能力。於左列五種人。規定不同。

述之如次。

一、奴隸 (Servus) 奴隸無訂立契約之能力。倘訂立之。亦無法定效力。僅有自然債務關係。但其主人可以起訴。若奴隸有特有財產 (Peculium) 則債權人可起訴其主人。要求將其特有財產交出。以償奴隸之債務。惟主人得先扣除奴隸所欠主人之債。然後交出。此項訴訟。名曰基於特有財產之訴 (Actio de peculio)。

二、家子 (Filius familias) 家子之地位。與奴隸略同。但債權人可以起訴家子。此其歧異也。

三、精神病者 (Furiosus) 精神病者無行為能力。但其精神回復時之行為則有效。

四、未及婚年者 (Impubes)

1. 未滿七歲者 (Infans) 絕對無能力。

2. 滿七歲。男未滿十四歲。女未滿十二歲者。有一部分之能力。得為債權人。不得為債務人。

五、浪費者 (Prodigus) 浪費者與未滿十四歲者之地位同。

#### 第十款 代理

代理法之完成。應具有三項要素。一為代理權由於本人之意思。二為代理人不能起訴。亦不能被訴。三為本人能起訴。亦能被訴。不如是。不得謂為代理法也。

羅馬法於代理法。不甚完密。故未能與近世代理法相合。其原因有三。即

一、古法無代理之觀念。一切法律行爲。皆重方式。須本人自爲。不能由他人代理。  
二、在家長權下者。已係一種法定代理人。此外無任意代理人之必要。  
三、子孫及奴隸所得。悉爲家長所有。惟家長能起訴及被訴。故其代理。非由於雙方之意思。乃由於法律之規定。

上述三因。卽羅馬代理法之所以未克周詳。然亦有類似代理之規則。列舉如下。

一、由於家長命令之訴 (*Actio quod iussu*) 古法奴隸及家子之契約。有利於家長者。家長得其利。有損於家長者。家長不負責。大法官乃諭令。若家長命令奴隸或家子訂約。則須負責任。因有此項訴訟。

一、由於移轉利益之訴 (*Actio de in rem verso*) 此項訴訟。卽因大法官諭令若奴隸及家子訂約。雖無家長之命。而轉用其利益於家長。則家長亦應負責任。惟其責任範圍。以所受之利益爲限。

一、二兩項。頗與代理之原則相符合。其範圍不廣耳。

三、船舶所有主之訴 (*Actio exercitoria*) 此項訴訟。爲大法官所許可。如船舶所有主 (*Exercitor*) 以奴隸或自由人爲船長。則船長所訂契約。可縛束船舶所有主。契約之他方。得提此項訴訟。

四、商店管理人之訴 (*Actio inoctoria*) 此項訴訟。亦爲大法官所許。如商人命人爲其商店管理人 (*Initor*)。則管理人在其委任範圍內所訂之約。可縛束商人。契約之他方。得提此項訴訟。

三、四兩項。未能盡合代理原則。一因債權人不僅可以起訴本人。並可起訴船主或商店管理人。二因本人不能直接起訴債務人。

五、準商店管理人之訴 (*Actio quasi institoria*) 大法官仿三、四兩項訴訟。復許此項訴訟。如甲委乙與丙訂約。丙得起訴甲。蓋卽一項訴訟之適用於自由人也。然其不能爲真正之代理。其理由與四、項訴訟同。

## 第四章 準契約

因準契約之債務關係 (*Obligaciones quasi ex contractu*) 者。卽債務者並未擔任債務。因其行爲。法律加之以債務。一若其擔任之者是也。蓋雖非契約而類似契約也。其類不一。重要者有三。卽

- 一、事務管理 (*Negotiorum Gestio*)
- 二、非債取回 (*Condictio indebiti*)
- 三、共有 (*Communio*)

### 第一節 事務管理

事務管理 (*Negotiorum Gestio*) 者。無法律上之義務。未受他人委任。而管理其事務之謂也。因此發生之

債務。有似委任。法律爲謀社會便利計。故認雙方有義務。例如有人以急事他出。無暇委人管理其事務。其友出而代管理之。則雖無契約。亦有準契約之債務關係。茲述其權利義務如次。

一、管理事務人 (Negotiorum gestor) 之義務

1. 詳細核算。

2. 對於事務應用之注意。因情節而異。卽

A 若其管理係爲防禦重大損害。則僅負詐欺之責任。

B 若其管理無緊急之需要。則應用精密注意。

C 若其事務並無管理之需要。則雖意外之事變。亦應負責任。

二、本人 (Dominus negotii) 之義務 償還管理人之費用。

事務管理之成立。其要素有四。述之如左。

一、管理人之目的。須係爲他人管理事務。若專爲利己。則非事務管理。

二、無本人之委任。

三、本人未禁止其管理。

四、管理人之意思。須縛束本人。而非爲厚施於本人。亦非履行管理人應盡之義務。



## 第二節 非債取回

非債取回 (Condictio indebiti) 者。乃謂本不欠人之款。而誤以款給之。則可以非債取回之者也。如甲本不欠乙金。誤以金給乙。是爲非債給付 (Solutio indebiti) 則甲得以非債取回之訴訟。取回其金。乙所負者爲準契約之債務。與消費貸借相仿。其條件有三。卽

- 一、甲對於乙完全不負給付之債務。無論爲法定的。抑爲自然的。
- 二、甲之給付。由於事實上之錯誤。非法律上之錯誤。若法律上之錯誤。則不能取回。然亦有例外。如未成年者、軍人、鄉人等則可取回。
- 三、乙之受領。須以善意。卽係誤以甲爲有給付之義務。否則爲竊盜。

## 第三節 共有

共有 (Communio) 者。乃謂二人以上。並非由於合夥而共有財產。且有相互之權利義務者也。此項權利義務。與合夥相仿。然非由於契約。乃由於準契約之關係。茲述其權利義務如左。

- 一、一人所耗費用。他人應分擔之。

二、各人對於財產。應用對於己物之注意 (*Diligentia ordinaria*)。

三、各人得要求分割共有物。其訴訟名曰分析共有之訴 (*Actio communi dividundo*)。若共有物爲承繼之財產。如要求分析此項財產。其訴訟名曰分析家產之訴 (*Actio familiae erciscundae*)。若共有物爲兩地之疆界。欲求劃分疆界。則其訴訟爲確定疆界之訴 (*Actio finium regundorum*)。

其他準契約之例。依儒帝法典所舉。如監護人對於被監護人之關係。繼承人對於受遺人之關係等。既非由於契約之行爲。亦非由於不法行爲。俱屬於準契約關係。其詳已於各該章內述明之矣。

## 第五章 私犯

因私犯之債務關係 (*Obligaciones ex delicto*) 者。乃謂侵犯他人之物權。被害人因此項侵犯行爲。對於加害人。即取得一種債權。得向之索取賠償或罰金者是也。儒帝法學階梯。列舉私犯。計有四種。即

一、竊盜 (*Furtum*)。

二、強盜 (*Rapina*)。

三、對物損害 (*Damnnum injuria*)。

四、對身分損害 (*Injuria*)。

## 第一節 竊盜

竊盜 (Furtum) 者。乃以詐僞手段處理動產也。惟羅馬法對於竊盜之定義曰。竊盜者乃以詐僞手段處理物也 (Furtum est contraeactio rei fraud ulosa)。未聲明係動產。是其缺點。竊盜之要素有二。即

一、竊盜之行爲 若僅有竊盜意思而無竊盜行爲。不爲竊盜。

二、詐僞之意思 若無詐僞之意思。如誤以某物爲己有而取之。不爲竊盜。此外尙須有得利之意思 (Lucei faciendi causa)。若僅有損害之意思。並無得利之意思。亦不爲竊盜。

竊盜之意義。範圍甚廣。不惟可盜物之本體。且可盜物之使用及物之占有。故可分竊盜爲三類如左。

一、物之本體竊盜 (Furtum ipsius rei) 此即以自己得利益爲目的。盜竊他人之所有物也。如監守自盜。亦屬此類。

二、物之使用竊盜 (Furtum usus) 如受託人使用寄託物。使用借主不依契約使用所借之物。均是。

三、物之占有竊盜 (Furtum possessionis) 如債務人之竊盜質與債權人占有之物是。故對於盜竊他人占有自己所有之物。亦可爲竊盜。竊盜之處置。因現行犯與非現行犯而不同。分述如次。

1. 現行竊盜 (Furtum manifestum) 如竊盜人尙持贓物。未至所欲寄藏之地。爲所有者或他人發見

捕獲。卽爲現行竊盜。若已至寄藏地後。被人發覺。雖尙持贓物。則非現行竊盜。對於現行竊盜之訴。名爲竊盜之訴 (Actio furti) 卽請求罰金之訴。竊盜人應受四倍物價之罰。此項訴訟。不僅所有者可以提起。卽與贓物有利害關係之人。如占有者、用益者、質權等均可提起之。同時並可提出返還原物或賠償原值 (Condictio furtiva) 之訴。使竊盜人交還原物。或賠償其價值。惟此項訴訟。僅所有者乃可提出。他人則否。

2. 非現行竊盜 (Furtum nec manifestum) 非現行竊盜者。乃對上述現行竊盜而言。對於此種竊盜。亦可提出上述兩種之訴訟。但竊盜之訴 (Actio furti) 之罰款。爲物價之兩倍而已。

羅馬古法。對於竊盜。尙有種種訴訟。要皆歷史上之關係。蓋古時失物由失主自行搜查。法律不過立於補助地位。此類訴訟。儒帝時均已廢止。茲列舉如左。

- 一、對於搜出贓物之訴 (Actio furti concepti) 此項訴訟。乃對於在其家宅搜出贓物者提出之。
- 二、對於移轉贓物之訴 (Actio furti oblati) 此項訴訟。乃對於以贓物轉置他人家宅中者提出之。
- 三、對於阻礙搜贓之訴 (Actio furti prohibiti) 此項訴訟。乃對於阻礙搜查贓物者提出之。
- 四、對於拒還贓物之訴 (Actio furti non exhibiti) 此項訴訟。乃對於在其家宅內搜出贓物拒不交出者提出之。

準上所述。羅馬古法。乃以竊盜爲民事之私犯。不以爲刑事之犯罪。蓋因上古社會。凡人被害。不賴國家之力。

爲之罰辦。而賴其自身及親族。以求報復。是以搜查贓物。皆自爲之。迨後國家組織。日益完密。乃以法律替代強力。爲之嚴定罰款。使被害者樂就法律而捨強力。現行竊盜與非現行竊盜之分。卽所以順乎人情。及社會益進。刑罰之觀念益明。乃知竊盜之所爲。不僅損害個人。亦且爲害社會。故應以爲刑事犯罪。帝國時若係重大盜案。於民刑兩項訴訟。被害人得任意選擇提出之。

## 第一節 強盜

強盜 (Rapina) 者。乃竊盜而加以暴力也。羅馬法對於強盜。無現行與非現行之分。被害者於一年內得提起強奪財物之訴 (Actio vi bonorum raptorum)。請求物價四倍之款。此四倍中以三倍作罰金。一倍作損害賠償。此點與竊盜不同。現行竊盜之四倍罰金。物價不在其內。故罰金之外。尙得提返還原物或賠償原值之訴 (Cohorsio furtiva)。強盜之被害者。若於一年後起訴。則僅能請求賠償物價。對於強盜所提之訴訟。爲大法官所創設。因羅馬古時。強盜與竊盜。初無區別。紀元前七十七年。大法官乃爲之劃分。故關於竊盜之訴訟。十二表法時已有之。而此則始於大法官之時也。

## 第三節 對物損害



對物損害 (Dammum injuria 又名 Dammum injuria datum) 者。謂以惡意或因過失而損害他人之有體物也。被害人對於此項損害得提之訴訟。名曰亞魁利亞法之訴 (Actio legis Aquiliae) 係由紀元前二八六年頒布之亞魁利亞法 (Lex Aquilia) 所規定。該法第一章之規定。凡殺死他人之奴隸或家畜 (Pecus) 者。須賠償該奴隸或家畜最後一年內最高之價格。若係殺死奴隸。主人並得同時提出刑事訴訟。其所謂家畜。乃指牛馬羊驢等。若犬則否。第三章除第一章所規定者外。凡損害各種有體物者。應賠償該物最後一個月內最高之價格。其所謂損害。須無正當理由。若有正當理由。如行使職權。行使自衛權之類。則不在此限。再損害非僅指故意。即因過失之損害。甚或係經過失。加害人亦應負責。但事出意外者則否。

如甲在樹上伐枝。乙之奴隸經過其下。枝落致死。甲之責任問題。以案情如何爲斷。若樹在公路之傍。枝落時甲並未警告。則爲過失。應負責任。反之則甲不負其責。他若因技藝拙劣。致生損害。如庸醫殺奴隸之類。亦以過失論。應負責任。至賠償之價格。原以該物市價爲準。後經羅馬法學家之解釋。凡間接損失。亦應計算在內。

該法之適用。除上述而外。擴張之處甚多。如原僅許所有者提起訴訟。後則占有者、用益者、質權者均可提起。且可對於所有者提起。又原須直接損害。所謂以體及體 (Corpore corpori) 也。迨後雖非直接損害。亦須負責。如驅牛於深淵之類。又家長關於其子之損害。即自權者關於本身之損害。亦可起訴。此種訴訟。適用本身之訴 (Actio utilis) 或事實之訴 (Actio in factum)。

## 第四節 對身分損害

對身分損害 (Injuria) 者。乃故意侮辱人之身分也。凡侵犯人之身體安寧。以及自由、名譽等。均包括之。二表法對於此項損害。採反坐法 (Lex talionis) 即以目償目。以手償手。以足償足。以齒償齒是。爾後大法官乃改用罰金制度。特許侮辱之訴 (Actio injuriarum) 被害人起訴時。因其地位身分以算定罰款。但終由六法官決定之。適用此項訴訟。有左列諸點。應行注意。即

- 一、加害人須係故意。若係過失。則應提起亞魁利亞法之本身之訴 (Utilis actio legis Aquiliae)。
- 二、不法行為。或係對於身體安寧。如毆打之類。或係對於身體自由。如拘禁之類。或係對於人之名譽。如毀謗之類。凡此種種。不僅本人可以起訴。即他人因其行為而受侮辱者。亦可起訴。如侮辱人子。則父可起訴。侮辱人妻。則夫可起訴。

二、若損害行為。係有權之行為。如防衛身體或防護財產之類。則不得視為侮辱。

羅馬法認為重大之侮辱 (Atrox injuria) 種類有四。茲列舉之。

一、行為 (Ex facto) 乃由於侮辱之行為。如以棍棒毆人之類。

二、處所 (Ex loco) 乃由於侮辱之處所。如撻人於市朝之類。

- 三、身分 (*Ex persona*) 乃由於被害人之身分。如子毆父。僕毆主。被解放者毆庇護人之類。
  - 四、部位 (*Ex loco vulneris*) 乃由於負傷之部。屬於要害者。如傷人之目之類。
- 上述四項。其賠償數額。由大法官定之。

## 第六章 準私犯

因準私犯之債務關係 (*Obligaciones quasi ex delicto*) 與私犯之債務關係。二者之區別。莫由確定。或謂由於發生在後。未得列於私犯之中。故其性質雖無殊異。然不得不另列。或謂債務人所負之責任。乃由於公益。有時債務人並無若何過失。亦須負責。其義務純為代負之義務。故與私犯不無區別。茲將儒帝所舉因準私犯發生之債務關係。計有五種。述之如左。

一、審理官因故意或過失。生損害於當事者 (*Judex litem suam facit*) 審理官審理案件。或由於故意。或由於過失。致當事者受損害。被害者得要求賠償。其賠償數額。則由審理此案之審理官決定之。

二、自屋內投物品於通衢。致他人受損害者。此乃由自己居住之屋。無論為其所。抑為賃借。抑為借用。借投物或潑物。致他人受損害。受害者得以投物或潑物之訴 (*Actio de effusis vel dejectis*) 索雙倍之賠償。若損害行為。係奴隸或家子所為。家長亦應負責。

三、置物或懸物於通衢之旁可以發生危險於行人者。此乃在公路之旁。置物或懸物。致為行人之危險。則雖未生損害。亦得以置物或懸物之訴 (*Actio positi vel suspensi*) 請求罰以十金。如係奴隸或家子所為。家長應負其責。

二、三兩項訴訟。為公共訴訟 (*Actio popularis*)。無論何人。均可提起之。

四、船舶所有者 (*Nautae*)、旅店主人 (*Carpones*)、廐舍主人 (*Stabularii*)。對於其使用人之故意損害或竊盜。須負責任。雙倍賠償。

五、畜類反其本性加損害於他人者。畜類之飼養者。對於被害人。應負賠償之責。或交付該畜於被害人。以卸其責。被害人對於損害所提訴訟。名為受困之訴 (*Actio de pauperie*)。

## 第七章 債務關係之移轉

債務關係之移轉。其類別有二。一由債權人移轉債權於第三人者。為債權讓與。二由債務人移轉債務於第三人者。為債務承任。茲分節以說明之。

### 第一節 債權讓與

羅馬古法。關於各項契約。無一可用於債權讓與者。故欲移轉債權。惟有用更改 (*Novatio*) 之法。由債權人與債務人撤銷其原債務關係。再由第三人與債務人訂立相同之契約。此法乃以新約替換舊約。非移轉債權也。且實際上亦有不同之處。即非得債務人之同意不可。帝政以後。因時勢需要。法律上始有債權讓與之法。其間沿革。可大別爲三期。

第一期 讓與人委任讓受人爲訴訟代理人。讓與人有取消委任權。羅馬市民法時代。關於債權讓與。以委任 (*Mandatum*) 方法行之。即債權讓與人委任讓受人爲其訴訟代理人。並許其由訴訟追償之債務。歸其所。此項訴訟代理人。稱曰他人所有物之代理人 (*Procurator in rem suam*)。是項辦法。實非移轉債權之良法。因雖可不求債務人之同意。然讓受人在未起訴之時。仍非債權人。且讓與人若撤銷委任。或值讓與人死亡。則委任無效。即起訴之後。亦不過係讓與人之代表。非自身即爲債權人。是以讓受人之權利。極其薄弱。此項讓與。名曰名義之讓與 (*Cessio nominum*)。亦曰訴訟之讓與 (*Cessio actionum*)。蓋紀實也。

第二期 讓受人爲讓與人之訴訟代理人後。讓與人即不得再有行使債權之權。讓受人若以訴訟代理人之事由。通知債務人。則自通知時始。債務人不得向讓與人清償。讓與人亦不得再向債務人索償。且讓受人起訴時。不用讓與人之名義。而用本身之名義 (*Actio utilis*)。是項讓與。無須何種方式。祇須讓與人意思表示。卽爲有效。



第三期 讓受人純然爲讓與人之權利承繼者 大法官告令不以讓受人爲讓與人之訴訟代理。而以讓與人之讓與行爲完成時爲始。認爲完全移轉債權於讓受人。讓受人純然爲讓與人之權利承繼者。對於債務者所爲之請求。乃以債權者之資格行使自己之權利。惟讓與權利所附之瑕疵。讓受人亦須承繼。債務人對於讓與可提之抗辯。於讓受人亦可提出之。

## 第二節 債務承任

各國法律。對於移轉債務。殊不若移轉債權之易。因債務所在。債權隨之。若債務人得隨時隨意移轉其債務於貧困之人。勢必使債權者不克享受其債權。殊非法律保護權利之本旨。羅馬法之於移轉債務。須用更改 (*Novatio*) 之法。名之曰由於允許 (*Expromissio*)。即謂須得債權人之同意。始得爲債務之移轉。於是則債權者之債權。庶不致失其保障矣。

## 第八章 債務關係之消滅

債務關係之消滅。大別爲二。一爲絕對之消滅。即因法律自身之作用 (*Ipso iure*)。乃由於古法者。債務關係。因此完全消滅。二爲相對之消滅。即因抗辯之作用 (*Opae exceptionis*)。乃由於大法官法者。債務關係。因而停

止。不完全消滅。茲分節以說明之。

## 第一節 絕對之消滅

### 第一款 清償

清償 (Solutio) 者。乃謂從債務之本旨而為履行也。故債務之清償。非必債務人履行。始為有效。即第三人代其履行。其債務亦歸消滅。甚或債務人不知或竟不許其履行。其履行亦有效。

因契約所負之債務。須依契約所定而為履行。如無權利者之同意。自不得以約定以外之物清償。若債權人允許債務人給付他項標的。亦無不可。此項清償。名之曰代物清償 (Datio in solutum)。

債務人清償債務。自以向債權人為之為原則。然若債務人欲為清償之時。不知債權人之所在。斯際債務人得將標的物提存於廟宇或法院。以免除其義務。

### 第二款 更改

更改 (Novatio) 者。乃發生新債務關係。以消滅舊債務關係之契約也。羅馬古法。無債權讓與之規定。實際上諸多不便。故以更改為補救之方。其結果與債權讓與無異。

近世各國。以許債權讓與為原則。故適用更改之處甚少。羅馬法之更改。依嘉優斯 (Gaius) 之法學階梯。分

爲三類。一爲債務關係變更之更改。二爲債權人替換之更改。三爲債務人替換之更改。儒帝法典從之。茲述如左。

一、債務關係變更之更改 如甲買乙物。其給付價金之義務。爲合意約之義務。若甲以要式口約 (*Stipulatio*) 承認給價。則其合意約之債務。因更改而變爲口約之債務。

此項方式有二。一爲口約。一爲書約 (*Expensilatio*)。書約廢後。祇餘口約一種而已。

二、債權人替換之更改 如甲與乙之債務關係。變爲丙與乙之債務關係。此種更改。乃因舊債權人對新債權人負有債務而發生。通常以舊債權人之委託 (*Delegatio*) 行之。

三、債務人替換之更改 如甲與乙之債務關係。變爲丙與乙之債務關係。此種更改。乃因新債務人對舊債務人負有債務而發生。故新債務人代舊債務人任負債之責。免除舊債務人之債務。名曰由於允許 (*Expromissio*)。即謂得債權人同意之意。舊債務人囑託新債務人負債。名曰委託債務 (*Delegatio debiti*)。

更改之要素有三。即

一、舊債務之存在 更改乃消滅舊債務。創設新債務。故以舊債務之存在爲前提。若舊債務係自然債務。得因更改變爲法律上完全債務。

二、新債務之創設 創設之新債務。不必爲法律上完全債務。即創設自然債務。亦不失爲更改。

三、更改之意思 有更改之意思 (*Animus novandi*)。舊債務方能消滅。

更改之性質。解釋羅馬法之學者。有二大學說。卽

一、變造說 (Umwandlungstheorie) 此說謂新債務與舊債務。本係同一體質。不過新債務係由舊債務所變造。羅馬法學家烏爾鄙恩魯斯 (Ulpianus) 所下更改之定義。卽採是說。其定義曰。更改者。乃將原債務變爲他之債務。不問其爲法律上完全債務或自然債務也 (Novatio est prioris debiti in aliam obligat ionem vel civilem vel natura lem transfusio atque tranlatio)。此定義中之 Transfusio 及 Tranlatio 卽變更與轉移之意。烏氏之主是說。從可知矣。

二、創造說 (Neuschöpfungstheorie) 此說謂新債務與舊債務。毫無關係。新債務純爲創造。故若與舊債務截然不同之原因與體質。亦可因當事人同意。而以之更改爲新債務。

### 第三款 正式之免除

正式之免除 (Acceptilatio) 者。乃依契約而拋棄債權之法律行爲也。此項免除。爲市民法上之免除。羅馬古法。免除債務。須與創設債務時用同一方法。如物約則交還原物。書約則塗銷其出納簿中之登記。合意約則以雙方之合意。口約亦須以問答方式免除之。如債務人問曰。予與汝所約之物。汝已受領否。債權人必答曰。予已受領。如是則債務完全免除。故債權人若已用此問答。雖實際上未受清償。亦與清償同。否則雖受清償。與未清償同。此種假定受領之問答方式。名曰 Acceptilatio。

紀元前六十五年。大法官亞魁里爾斯哥魯斯 (Aquilus Gallus) 特許。凡不依要式口約創設之債務。即無論何種債務。如他種契約或私犯之類。皆可更改為要式口約。以問答方式 (Acceptilatio) 免除之。因名之曰亞魁里恩拉之問答方式 (Acceptilatio Aquiliana)。於是各種債務。均可以免除。儒帝時口頭受領契約 (Acceptilatio verbis) 仍為債務免除之一方式。於是債務創設與債務免除之方法。乃分為二矣。

正式之免除。其債務完全消滅。附有保證之債務。保證人亦隨之消滅責任。若二人以上所負之債務。其中一人既受免除。全體債務人亦解除責任。

#### 第四款 抵銷

抵銷 (Compensatio) 者。兩人互有債權債務。法律許其各以債權為債務之清償也。故抵銷亦為消滅債務關係之一法。儒帝以前。須同一原因 (Ex eadem causa) 發生之債權債務。乃能適用抵銷。儒帝加以擴充。雖不同一原因 (Ex dispari causa) 者。亦可抵銷。

抵銷之要件有三。即

一、須同種標的之債務。儒帝以前。抵銷不以同種標的之債務為必要。如金錢與麥。亦可抵銷。因其時適用之訴訟程序。訴訟標的物。須以金錢評價故也。儒帝時則僅限於同種標的之債務。如金錢與金錢相抵。酒與酒相抵之類。否則即令其價相等。亦不能抵銷。



二、須雙方債務均屆清償期。債務之履行。當以清償期爲必要。若一方之債務未屆清償期。卽不能抵銷。  
三、須雙方債務均確定。債務不確定。自不能抵銷。

### 第五款 混同

混同 (Confusio) 者。乃債權債務同歸一人也。如債務人爲債權人之繼承人。或債權人爲債務人之繼承人。則債務關係。因之消滅。

### 第六款 履行之不能

承諾不可能之事。則契約無效。前已述之。茲所謂履行之不能者。乃關於契約之成立。須非由於債務人之過失。始爲有效。否則債務仍不得消滅也。

## 第二節 相對之消滅

### 第一款 不正式之免除

不正式之免除者。乃謂債權者對於債務者僅以不起訴之約束 (Pactum de non petendo) 允許免除也。此項約束之免除。本不能發生消滅債務之效力。後經大法官特認。始爲有效。故又名大法官之免除。若債權者背約束而訴債務者時。債務者得據不起訴之約束。提出抗辯 (Exceptio pacti de non petendo) 以拒絕原告之

請求。故此種不正式之免除。亦有消滅債務之效力。惟與正式免除不同。在法理上其債務並未絕對消滅。不過債權者不能起訴而已。假使日後債務人復以約束承諾清償 (*Pactum de petendo*)。則前之債權者所爲不起訴之約束 (*Pactum de non petendo*)。因而取消。債權者對於前之債權。即復有起訴之權。債務者則不復有抗辯之權矣。

## 第二款 時效

羅馬法之新法時效 (*Præscriptio*)。後世註釋家分之爲二。一爲取得時效 (*Præscriptio acquisitiva*)。其效力爲成立的。爲積極的。占有者占有若干年。則取得物權。原所有者之物權。因而消滅。一爲消滅時效 (*Præscriptio extinctiva*)。其作用適與前者相反。爲消滅的。爲消極的。債權人不行使其權若干年。則以後不能起訴。斯際債權人之債權。非即絕對消滅。不過其起訴時。債務人得提起時效期限 (*Præscriptio temporis*) 之抗辯而已。

羅馬訴訟之期限。因時代而不同。共有三種。分述如左。

一、永久訴權 (*Actiones perpetuae*) 羅馬古法。對於訴權。原無時效之規定。各種訴權。皆爲永久。無論何時。得提起之。但請求取消遺囑不倫之訴 (*Querella inofficiosi testamenti*)。須於五年內提起之。

二、短期訴權 (*Actiones temporales*) 此種訴權。爲大法官所創設。因其任期祇有一年。故以

逾期不能起訴。如各種公共訴訟 (Actiones populares) 卽屬此類。惟現行竊盜之訴訟。則無論何時之。

三、皇帝勅令改正之規定 哲阿朶西爾斯二世 (Theodosius II.) 帝改正消滅時效之規定。保存從前永久訴權之名。惟加以期限。普通訴訟爲三十年。特種訴訟爲四十年。對從前短期訴權。債權者不於期限內起訴。雖失救濟之方。然其固有之權利。並不完全消滅。不過變爲自然債務。若債務者願意履行。亦無不可。

羅馬消滅時效 (Praescriptio extinctiva) 制度之沿革。可分四期。卽

一、市民法時期 羅馬古時。無消滅時效之制。市民法盛行之時。僅有一種時效。名曰烏蘇克鄙阿 (Usucapio)。是卽僅有物權之取得時效。而無債權之消滅時效。

二、大法官時期 大法官以其在職年限。定爲出訴時限。消滅時效之制度。卽源於此。

三、哲阿朶西爾斯二世 (Theodosius II.) 帝時期 東羅馬哲阿朶西爾斯二世 (Theodosius II.) 帝加以修正。凡永久出訴期限。均附制限。卽短期之出訴期限。亦不致失其固有之權。

四、承繼羅馬法時期 歐洲諸國承繼羅馬法時。均認因消滅時效而消滅之債務。(卽法律上完全債務) 變爲自然債務。且定爲原則。