

法 學 叢 書

法 馬 羅

丘 漢 平 著

上 冊

序

昔余嗜法理之學，故在習法時代，則孜孜於此科學問。其後漸及於古代法律史，殊嫌孟恩（Maine）之說偏斷，乃進而研究各國法律史，羅馬法尤爲所好。良以世界現存法系，其未受羅馬法之燻染者，殆不一見。中日固勿論，彼素稱獨立之英美法系，亦難逃外。故吾人欲不研究法律則已，苟欲研究法律，則羅馬法爲基本之學科，不可不明其演進焉。以是歐美諸國之法律學校，羅馬法列爲要科。吾國民法，因襲德瑞，溯源究末，蓋亦羅馬法之精髓也。不

佞講授斯學，閱時五載，由口授而摘要，漸成講義。承吳院長德生慇懃於前，得諸生之討論於後，本書得以問世。惟以人事繁忙，未暇詳閱，晦澀之處，不無可議，掛一漏萬，亦所不免，殊覺遺憾。今乘付梓之便，用敘數言，藉明顛末。

民國廿四年七月四日丘漢平識於東吳大學法律學院

羅馬法上冊目錄

第一章	研究羅馬法之理由	一
第二章	羅馬法之意義	一一
第三章	羅馬法之分期	一四
第一節	羅馬歷史之段落	一四
第二節	羅馬之歷史分期	一五
第三節	各家分期之批評	一九
第四章	羅馬法之淵源	二三
第一節	羅馬法之實質淵源	二三
第一項	共和時代之法律淵源	二四
第二項	帝政初期之法律淵源	二九

羅馬法

二

第三項 帝政後期之淵源……………四九

第四項 優帝之編訂法典……………五四

第二節 羅馬法之資料……………五九

第五章 羅馬法近代化之演進……………八三

第一節 教會法之影響……………八四

第二節 羅馬法研究之復興……………八五

第三節 羅馬法之適應中世社會……………八八

第六章 羅馬私法之分類……………九七

本論 上篇 人法

第一章 人之意義及身分……………一〇三

第二章 自由權……………一〇五

第一節	生來自由人	一〇五
第二節	解放自由人	一〇六
第二章	奴隸	一一四
第一節	奴隸之原因	一一五
第二節	奴隸之地位	一一九
第三節	奴隸之解放	一二四
第四節	優帝之變更	一三二
第四章	市民權	一四六
第一節	市民	一四六
第二節	拉丁人	一四九
第三節	外國人	一五一
第五章	家屬權	一五四

第六章 家父權之性質……………一五六

第七章 家父權之發生——婚姻……………一六〇

第一節 合法婚姻或稱夫權婚姻……………一六〇

第一項 意義……………一六〇

第二項 效力……………一六一

第三項 要件……………一六一

第四項 儀式……………一六七

第二節 無夫權婚姻……………一七二

第三節 婚姻之效果……………一七四

第一項 夫權之婚姻……………一七四

第二項 無夫權之婚姻……………一七五

第四節 婚姻之解除……………一八四

第五節 姙合制度……………一八九

第六節 改婚……………一九一

第八章 家父權之發生——收養……………二〇二

第一節 自權人之收養……………二〇二

第一項 儀式……………二〇二

第二項 限制……………二〇三

第三項 效果……………二〇六

第二節 他權人之收養……………二〇七

第一項 方式……………二〇七

第二項 限制……………二〇九

第三項 效果……………二一〇

第四項 比較……………二一一

第三節	遺囑收養	二一四
第九章	家父權之發生——認領	二一八
第十章	家父權之效力	二二二
第一節	關於財產之效力	二二二
第一項	使用特有產	二二二
第二項	軍役特有產	二二二
第三項	準軍役特有產	二二四
第四項	別種特有產	二二四
第二節	關於契約之效力	二二五
第三節	關於侵權之效力	二二六
第十一章	家父權之終止	二二九
第十二章	監護	二三四

第一節	監護制度之由來	二三五
第二節	監護之種類	二三六
第二項	未適婚人之監護	二三七
第二項	婦女之終身監護	二四四
第三節	監護之性質	二四六
第四節	選任監護人之限制	二四八
第五節	監護人之職權	二五一
第一項	提供保證	二五一
第二項	管理財產 (Administratio)	二五二
第三項	補充能力 (Auctoritatis interpositio)	二五六
第六節	被監護人之保護	二六〇
第七節	監護之終止	二六一

第八節 婦女監護之特徵……………二六三

第九節 多數監護人……………二六四

第十節 事實監護人……………二六五

第十三章 保佐……………二七九

第一節 保佐之性質……………二七九

第二節 保佐之種類……………二八〇

第一項 瘋癲病人之保佐……………二八〇

第二項 浪費人之保佐……………二八二

第三項 適婚年而未成年人之保佐……………二八三

第四項 被監護人之保佐……………二八六

第五項 特殊原因之保佐……………二八七

第三節 監護與保佐之比較……………二八七

第十四章 人格減等……………二九三

第一節 「人格減等」名詞之由來……………二九三

第二節 人格減等之意義……………二九五

第三節 人格減等之等級……………二九七

第一項 人格大減等……………二九七

第二項 人格中減等……………二九八

第三項 人格小減等……………二九九

第十五章 名譽減損……………三〇三

第一節 名譽減損之意義……………三〇三

第二節 名譽減損之由來……………三〇四

第三節 名譽減損之原因……………三〇五

第四節 名譽減損之效力……………三〇六

第十六章 法人……………三〇七

第一節 「法人」名詞之由來……………三〇七

第二節 法人觀念之演進……………三〇八

第三節 法人之性質……………三一〇

第四節 法人之種類……………三一〇

第一項 國庫……………三一〇

第二項 地方自治團體……………三一三

第三節 私有社團……………三一四

羅馬法

丘漢平著

第一章 研究羅馬法之理由

吾國法律，巍成一系，與歐美諸國，異乎其源。漢唐以還，律例相因，代鮮變更，垂二千餘載，其所以然之故，殆由於農村社會之保守停滯歟！

鴉片一役，遜清逼於外力，弛放門戶，與萬國互通往來。經濟侵略，乘隙而入，固有農村，逐漸崩潰，社會日形枵隉不安。亡清觀此情狀，知非變法不足以圖存。（註一）中外人士，咸以大清律例過於苛酷，應行廢弛；參照歐美法例，編訂法典，方為要策。（註二）於是創辦法律學堂也，開設法律修訂館也，盛極一時。（註三）然以大勢所趨，亡清雖欲掙扎，終難苟延。（註四）辛亥之役，政制易體。大清律例，成為史跡。惟民國成立伊始，百政待理，民事法律，未遑制定，乃求變通辦法：凡大清律例民事部分不牴觸國體者，暫認有效。（註五）

自茲以還，民商諸法，次第擬訂，究其內容，不外東搜西襲，草草成編，原案俱在，可覆按也。（註六）

國民政府成立，以取消不平等條約及修明內政明示國人。故於法典之編訂，頗見積極。關於民法方面，先後頒行總則，債，物，親屬，繼承五編，是爲吾國有民法典之始也。（註七）窺其內容，類多因襲德瑞，商事部分兼採英美，固有法制，幾無一存。（註八）論者譏之。良以民法關係人民之日常生活，至深且巨，而親屬與繼承二編尤關密切。新民法於此，幾皆模仿瑞制，似嫌削足適履。（註九）雖然，此爲革命後立法之通病，固不獨我國已也。（註十）

歐洲各國法系，含英倫外，幾皆直接淵源羅馬。（註十一）卽以英美法系而論，其受羅馬法之燻染者亦灼然可見。（註十二）他若日本，自維新以來，私法編訂，以德法爲藍本，而德法固以羅馬法爲精髓也。（註十三）卽就吾國而論，遜清修訂法律館所擬各種法案，迨皆抄襲東鄰，追溯其本，亦羅馬法之物也。（註十四）遠至南美各國，昔多隸屬法西二邦，民法編訂，仿照大陸法系。（註十五）所謂大陸法者，羅馬法適應於近代歐洲大陸各國之別名也。（註

然則羅馬法系果具何種特徵耶？吾人不能無以應之。蓋羅馬法既爲各國私法之淵源，卽研究法學之士，非先一諳羅馬法無以明其理。是則羅馬法應有其特徵，不言而喻。茲舉其要者有五：一，羅馬法爲現今世界上唯一之完成法系，由古代之粗陋法律漸次演進至合理而成熟而分化。（註十七）二，羅馬法爲一進化之法系，與其他法系之至半途而停滯衰落者不同。（註十八）三，羅馬法爲近代法律名詞及概念之淵源。吾人現所習問之債權，物權，質權，抵押權，地役權等詞，皆羅馬法所恩賜也。（註十九）四，羅馬法爲國際法及比較法之基礎，欲明此兩門學問之底蘊，舍研究羅馬法未由。（註二十）五，吾國新民法泰半脫胎於德瑞，而德瑞民法則承受羅馬法系之精髓，故欲明新民法之內容，非研究羅馬不可也。（註二十一）

要之，吾人研究羅馬法之目的，非欲以稽古自炫。物有本末，事有終始，研究羅馬法者，所以溯其本而究其始也。良以吾國新民法泰半因襲大陸，而大陸諸國之法源，幾盡艦觸羅馬法。卽此一端，已足示吾人研究羅馬法之重要。苟從法學之價值觀之，羅馬法爲治法者之

基本學問。倘能融會貫通，法學智識已習過半矣（註二十一）。

（註一）光緒二十八年，四月初六日諭旨有云：『現在通商交涉，事愈繁多，著派沈家本，伍廷芳將一切現行律例，按照交涉情形，參酌各國法律，悉心考訂，妥爲擬議，務期中外通行，有裨治理。』

『見沈家本刪除律例內重法摺（寄籍文存卷一）

（註二）在鴉片戰爭之前，有清威赫一世，斯時之外國人，祇求能獲清政府之允准貿易，至於服從中國法律，皆衆口同聲。遠者如一七八〇年之沙西斯（Success）船員案。此事發生於廣東，彼時有英船沙西斯號水手法國人殺死英船斯踏爾樣號（Starmont）葡籍水手，逃入法國領事館（彼時中國并不承認其爲領事館）清吏要求交付犯人，法領事以在一七五四年拒絕交付殺害英人之法國人，法國貿易會受停止之苦痛，遂將此次之法人交付清吏，由巡撫命斬首示衆，但外人會譏謗爲酷刑，然亦無異議。美國一八二一年之埃米利號（Emily）水手因過失殺害華婦案，初美人亦拒絕交付，遂將其貿易停止。旋於船中會審，認定有罪，然仍由美人幽羈之，彼時清廷認爲不滿，終乃交付中國官吏，卽爲斬決。美國政府對此會正式承認中國之司法權曰：『吾人在貴國領海內當然遵守貴國法律，卽雖屬不公平，亦不加以反抗。』鴉片一役，喪地辱國，威權盡失。一八五八年之

中英天津條約始明文承認領事裁判權之存在，然此時猶未思及改革法制。逮庚子之役，亡清知武力不足以抗敵，自後始覺悟往昔之非。光緒二十七年九月五日締結之中英追加通商航海條約第十二條載明積極革新法制，以期達到廢棄領事裁判權，曰：「中國得欲整頓律例，期與各國改同一律」云云。故光緒二十八年間有改革法律之論旨。

(註三)光緒三十二年由沈家本奉旨創辦京師法律學堂，聘日人岡田博士主講法學通論，九月間開學，入學者數百人。見岡田著之法學通論講義序。光緒三十年四月初一日法律修訂館成立。自該館設立後，即從事蒐集各國法制，着手編譯。其間經過大略，可參看楊鴻烈編之中國法律發達史下冊八百八十七頁以下，各草案可看前北京修訂法律館出版之法律草案彙編上下冊。

(註四)亡清對於法律之修訂，純係迫於外力，兼以清廷重要官員皆無決心，以致卒鮮收效。而制憲一舉，尤踟躕不決，迨革命風雲瀰漫全國，始將十九條憲章頒布，以冀挽回大局，然已不及矣。

(註五)民國成立，法制未及編訂，故於元年三月十一日公布臨時大總統宣告暫行援用前清法律及暫行新刑律令文，其令云：『現在民國法律未經議定頒布，所有從前施行之法律及新刑律，除與民國國體牴觸各條，應失效力外，餘均暫行緩用，以資遵守。此令』。旋於四月三十日公布附刪修新

第一章 研究羅馬法之理由

刑律與國體牴觸各章條。

(註六)參較前引法律草案彙編。

(註七)民國十八年五月二十三日公布民法總則，同年十月十日施行；十八年十一月廿二日公布債編，十九年五月五日施行；十八年十一月三十日公布物權，十九年五月五日施行；十九年十二月廿六日公布親屬繼承二編，二十年五月五日施行。

(註八)吾國以前民法草案，以日民法爲藍本，日則大部分根據德國民法；親屬繼承兩篇，新民法取材瑞士民法。

(註九)例如夫婦財產制，未免繁複，與中國實情不合，是其明證。

(註十)美獨立革命時，一般人士主張廢棄承襲英法例；法國大革命後，法律驟變，驕往過正，遂釀成法國多年之內亂。

(註十一)參見 Sherman, *Roman Law in the Modern World*, Vol. 1, § 185 et seq.

(註十二)諾曼征服英倫後，羅馬法乘隙而入，龍巴人華卡雷斯 (Lombard Vacarius) 於一千一百四十九年偕大僧正施苞特 (Theobald, Archbishop of Canterbury) 蒞英，華氏被邀在牛津大學

講授羅馬法，其講義乃根據意大利註釋學派之方法而編成。因當成難得羅馬法原本，故華氏輯遺優帝會典及憲令成一巨帙，都凡九篇，顏曰『*Liber ex universo enucleato jure exceptus, et pauperius praesertim destinatus*』。并附短註。一般研究羅馬法者莫不奉為圭臬，為時頗久，威爾稱其書為 *Pauperistae*。見 Pollock and Maitland, *History of English Law*, Vol. I, p. 118 (Cambridge); Ortolan, *Roman Law*, § 615; Colquhoun, *Roman Law* § 144; Sherman, *op. cit.*, p. 352。自茲以還，羅馬法彌漫英倫，學者趨之若鶩。華氏蒞英後之二世紀期間內，其對於英法之影響，至深且巨，堪稱為「英國法律史之羅馬法時期」(Roman Epoch of English Legal History) 見 Güterbock, *Bracton and his Relation to the Roman Law*, p. 16, Phila., 1866; Hunter, *Roman Law*, p. 109。遲至十四紀初季，羅馬法在英之權威，毫未稍替。阿摩斯在其所著羅馬法一書有言曰：『羅馬法之權威著述常為普通法院(即英國之慣習法裁判庭)所引用，為法學家所確認，咸視為法律是非之定判根據，而非視為說明之資料。』見 Amos, *Roman Law*, p. 750。被排外主義之英倫法家管標榜英法為獨樹一幟，絕未受外來法系之影響。此種論據，已被英法律史家布洛克(Pollock)及麥特蘭(Maitland)二氏視為無稽之談。見 Pollock and

第一章 研究羅馬法之理由

Maitland, 前引書及 Maitland, *Collected Legal Papers* (3 vols, 1911)。詳見 T. F. Scuttton *Roman Law Influence in Chancery, Church Courts, Admiralty, and Law Merchant, Selected Essays in Anglo-American Legal History* (3 vols) 1907 Vol. 1, pp. 208 seq.; Same, *The Influence of the Roman Law on the Law of England*, 1885, Cambridge University Press, 關於英倫之接受羅馬法乃出於長時期之陶冶，并非出於立法方式。見 Hunter, *Roman Law*, p. 112. 英美法與羅馬法之歷史發展，柏來斯曾爲文述其大要。見 Bryce, *Studies in History and Jurisprudence*, 1901 (N. Y.) Oxford university Press, p. 745—781.

(註十三)日本之編訂法制，初以拿破崙法典爲藍本，嗣因德法頒布，當時舉世認爲傑作，乃重依德法編訂也。

(註十四)此因吾國鑒於日本維新之後，成績可觀，中日習俗相似，且以咫尺關係，故因襲日本法制乃勢之必至。其後京師法律學堂設立，日人岡田博士主講法學通論，其講義頗喧騰一時。影響所及，自無待言也。

(註十五)關於西班牙時代之美洲殖民地法律，一六八〇年查里斯第一編訂成集，定名印度法規 (*Recopilación de Leyes de las Indias*)。

plación de Indias)都凡九篇，二百十八目，共收集六千四百四十七項法令。其後凡經四版，一七五六年，一七七四年，一七九一年，及一八四一年。此書所收集者，頗可瞭然西屬美洲當時之法律也。自一六八〇年至一七八七年之法令，即有墨西哥法曹名家拜黎拿 (Beleña) 編集成書，名曰 *Recopilación sumaria de todos los autos acordados de Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España, etc.* (2 vols.)。墨西哥政府亦有刊行全集，其所收法令截至一八二一年止。見 *Collección de los decretos y ordenes de las cortes de España, que se reputan vigentes en la Republica de los Estados Mexicanos, Mexico, 1829*。迨一八〇年至一八二六年，革命風雲瀰漫全美，於是西班牙之屬地相繼獨立，創設共和國，先後編訂民法典，皆以拿破崙法典為藍本，然於商法典則多以西班牙商法典為根據也。

(註十六)大陸法，乃羅馬法經過各國接收後之法律，為欲示明其與羅馬有別，故學者間稱為大陸系。此緣歐陸各國，率皆因襲羅馬法也。

(註十七)見 Roscoe Pound, *The Spirit of the Common Law*; Bryce, *Studies in History and Jurisprudence*, p. 745—781; Lefroy, *Rome and Law*; *Harvard Law Review*, x x 606; She-

rman, Roman Law in the Modern World, vol. 1. (History); Sohm, Institutes of Roman Law (Ledlie's transl.) 3rd ed. Part I; Maine, Village Communities, 332 et seq.

(註十八)如回法系是。

(註十九)見 Maine, Village Communities, p. 337, 338, 349, 350, 361.

(註二十)英分析派法學家奧士丁亦認羅馬法爲國際法之基礎。見 Austin, Jurisprudence (1832) I.

§ 378; Maine, Village etc. p. 351—353; Ancient Law (Pollock's ed., 1907) p. 100. International Law, p. 20.

(註二十一)瑞士民法之羅馬法成分，可見 T. R. Robinson, Roman Law Element in the Swiss Civil Code of 1912, 15 Ill. Law Rev., 181 (1920); 德國之受羅馬法影響，可見 Sherman, op. cit., Vol. p. 307. 沈家本於刪除律例內重法摺奏中有云：「中日兩國，政教同，文字同，風俗習尚同，借鑑而觀正，可無庸疑慮也。」(寄繆文字卷一。)

(註二十二)見 Sherman, Roman Law etc. vol. 1, § 4—7; Munro Smith, Problems of Roman Legal History, Columbia Law Review, IV, 539, 540。

第二章 羅馬法之意義

羅馬法應研究之理由，既如上述，則羅馬法之內容奚若，亦必爲吾人所欲問也，換言之，所謂羅馬法，果盡包括羅馬自建國以至滅亡期間所有之法律乎？（註一）羅馬法之爲各國法系之淵源，果爲羅馬法之全體乎？凡此問題，皆爲初學者所欲問，而爲研究羅馬法者所不可不知也。

羅馬法之精神及特徵，前章已爲述及，非因其有萬全之法律，乃在其私法之發展，獨具異彩及有一貫的內容與進化也。吾人今日之研究羅馬法，祇指其私法而言。（註二）而羅馬法得以燦爛千古成爲各國法系之淵源者，亦唯此私法。故羅馬法者，羅馬之私法也。（註三）

惟羅馬之歷史綿延千餘載，吾人今所研究者與大陸諸國所承受考究爲羅馬何時之法律？以時間考之，羅馬私法起自十二表法之頒布至優帝編訂法典之告成。（註四）然若從羅馬法之發展而言，卽自紀元後第一世紀初葉至第三世紀末季爲羅馬法之黃金時代，學者名之曰「古

典時代」。(註五)蓋在此期間，羅馬法家之輩出與法學之闡明，開羅馬空前絕後之盛況。(註六)對於以前法律，盡整理、批評之能事，示未來法律進展之途徑。逮第六世紀初季，優士丁尼大帝登極，酷好法學，禮聘法家，將前此數百年之法學著述，去繁取要，刪訂成編，集其大成，卽今所習聞之優帝法典是也。(註七)

故就歷史言之，吾人所研究之羅馬法，爲羅馬千餘載之私法。就實質而言，則優帝法典爲吾人研究羅馬私法之根據。惟欲明瞭其演進由來，不得不溯源歷史矣。

此外應宜注意者，吾人研究羅馬法應具一批評觀察之眼光。換言之，吾人應視羅馬法爲一進化之法系，並研究其特徵及其偉大之所在。如是，方可進而探討各國民法之精神，不致囿圖吞棗，徒事撫拾矣。

(註一)羅馬之建國日期，一般史家定爲紀元前七百五十二年。見 Munro's *Source Book of Roman History*; Dionysius, *Roman Antiquities*, ii; Cicero, *on the Commonwealth* ii; How and Leigh, *History of Rome*, Chap. i and ii; Shackburgh, *History of Rome*, Chap. i—iii,

(註二)羅馬法之特徵爲私法部分，至於刑法則與吾國舊律例相似，殘酷野蠻，無以復加。吾人所研究之羅馬法卽此私法部分，刑法部分，因時代之變遷，已與今世全異面目矣。

(註三)學者間之著述，多定其書爲羅馬法，實皆爲羅馬之私法也。

(註四)羅馬之有明文法律，以十二表法爲始。該法之頒行日期，論者不一，大約在紀元前四五二年至四四九年間。詳見，丘漢平著之羅馬十二表法之研究，法學季刊第三卷第一期，三九頁以下。優帝編訂法典起於紀元後五百二十八年二月十三日。見 Const. "Haec qual necessario" 憲令彙編前序。

(註五)古典時代(Classical age)所以示法學之全盛，此時期適爲帝政初期，卽自奧古斯都士(Augustus)帝至康摩特斯(Commodus)帝也。(自紀元後十四年至紀元後二百八十四年止。)佐樂草克斯(Jolowicz)在其大著 Historical Introduction to Roman Law (Cambridge, 1932) 之羅馬年代表定古典時代爲前後期，前期起於哈德林帝(Hadrian)，後期起於沙地苗士色味魯(Septimius Severus)帝，而以亞力山大色味魯斯帝(Alexander Severus)爲止。其時期卽自紀元後一七一年至二三五五年。

第二章 羅馬法之意義

(註六)羅比氏考訂羅馬之法家共六十八人，其姓名傳略可見 Roby, Introduction to Roman Law, pp-

cxxiv—ccviii.

(註七)優帝法典現所知者包括四項：一，法律綱領；二，會典；三，憲令；四，新憲令。前三項係優帝時代所編訂，末一項爲優帝所頒布之命令，後人編訂成書。此四者總稱爲法律大全 *Corpus Juris civilis* 爲哥陀忽列道士 (Gothofredus) 所命名，彼於一千五百八十三年集成全書出版，自茲以還，世人始獲觀羅馬法之全體也。

第三章 羅馬法之分期

第一節 羅馬歷史之段落

羅馬歷史之自然分期，莫若依其政體之更易最爲合理，即王政共和帝政三時代是已。

(註一)王政時代起自紀元前七百五十三年，訖於達棍士王 (Tarquinius Superbus) 被逐 (五百十年)。(註二)此時期之歷史，猶吾國唐虞，史缺有間，難以稽考；大半歷史，多屬臆測。

(註三) 次爲共和時代，以至奧古斯特大帝(Augustus)登極時止，歷時達五百載，爲羅馬自城市國家擴展至帝國疆域之時期。(註四) 羅馬私法，大半在此時期落下種子，備後代之收穫。(註五) 末爲帝政時代，又可分爲三期：前期爲帝政分權時代，視帝王爲人民之首領，元老院及民會尙具相當權力；故帝王在名義上爲一國之總裁也；次期爲帝政專權時代，元老院及民會之大權傍落，形成爲帝王之隸屬機關，不復有獨立之主意。(註六) 至紀元後四百七十六年，西羅馬之命運告終；(註七) 末期爲東羅馬之崛起，至一千四百五十三年，被土耳其所滅。(註八) 在此一千餘年間，紛亂變更，不勝縷述，其與羅馬法律有重大關係者，厥爲優士丁尼大帝之朝。(紀元後五二七年至五六五年)故言羅馬法之歷史恆以優帝爲止點也。(註九)

第二節 羅馬法之歷史分期

法律之進化，本非一蹴而幾。古代法充滿習慣，故其進化段落，尤難劃分。以言羅馬法，其歷史分期，學者間所持標準不一。今特述其要者於次：

第三章 羅馬法之分期

一、依羅馬政治之組織，羅馬法之歷史得分爲四大時期：曰王政時代，曰共和時代，曰帝政分權時代，曰帝政專權時代。法儒賈拉（Guizard）氏主之。（註十）英儒左羅韋克志（Lwigz）雖亦以政治組織爲羅馬法分期之根據，但其分期與賈氏互有出入：第一期爲臆測時期，（自羅馬建國至十二表法之制定）；第二期爲自十二表法至共和末季；第三期爲帝政時代之初世紀；第四期爲古典時期（即全盛時期）；第五期爲自古典末季之優士丁尼大帝登極；第六時期爲優帝統治時期（註十一）。左氏此種分期，以政治組織爲劃分段落，但其所劃分段落，亦即羅馬法進化之比較顯然階段也。（註十二）

二、依羅馬法之變遷，而分歷史段落者，視學者之見地而殊。言其要者如左：

（一）梭姆分法 梭姆（Sohn）分羅馬法爲二大時期：（註十三）一爲市民法之時期（Jus Civile），一爲萬民法之時期（Jus Gentium）。此法過於簡單，惟其大致堪足表示羅馬法進化之二大階段也。曼夷（Mayr）從之。（註十四）

（二）繆赫特分法 繆氏（Muirhead）分羅馬法之歷史爲五時期：（註十五）一曰貴族法時

期 (Jus Quiritium)；一曰市民法時期 (Jus Civile)；二曰萬民法時期 (Jus Gentium)；四曰自然法時期 (Jus Naturale)；五曰編訂法典時期 (Codification)。此種分期，頗能示羅馬法之進化程序，惟亦不無可議之處。蓋羅馬法中雖有貴族法與自然法之事實，但語焉不詳，似難自成一段落。貴族法不外市民法之初期，與其儼然分爲二期，毋寧併爲一時期。至於自然法不啻爲萬民法之末期，似宜合併爲一。如是，繆氏之分期，方臻完善。

(三) 苟格分法 苟氏 (Gug) 之分法，係就羅馬法律進化之程度爲根據，故分爲三時期：(註十六) 曰古代法時期，曰法律進步時期，曰法律退步時期。此種分期，殊不足取。羅馬法之自古代法漸次進步，固屬切當，而以羅馬法自紀元後第三世紀初葉以至優帝止爲退化時期，殊有言不符實之弊。與其曰退化，毋寧謂其成熟可也。

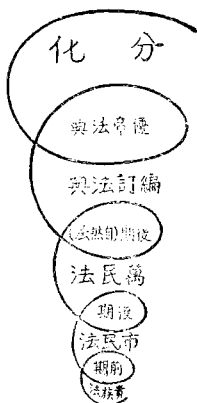
(四) 龐德分法 龐德 (Pound) 就羅馬法及英美法爲比較之研究，所得法律之進化歷程有五：第一期曰自助時期；第二期曰嚴法時期；第三期曰衡平法或自然法時期；第四期曰成熟法時期；第五期曰法律社會化時期 (末一期爲龐氏對於現代法律進化之趨勢而言)。(註十七)

依龐氏之研究，羅馬法之進化至第四期爲止。羅馬法由自助至嚴法（市民法），再由市民法之逐漸適應新環境，遂產生與市民法對等之法律，即萬民法。萬民法爲脫羈市民法之約束，再進而爲人道主義之主張，如寬放奴隸，改良待遇等等，皆是表示法律之合理化也。惟法律之生長進化，必有止境。花開結實，物之至理。故羅馬法進化達到某程度時無以復加，於是編纂法典，使法律告一有系統之段落，是則龐德之所謂法律成熟期也。

(五)宜本分法 宜氏 (Gibbon) 爲研究羅馬史之大家，其巨著羅馬帝國之衰亡一書，洋洋數十萬言，爲史界之傑作。宜氏分羅馬法爲四大時期：第一期起自羅馬建國至十二表法之制定（曰不文法時期）；第二期自十二表法至共和末季（曰成文法時期）；第三期起自帝政初期至薛味魯斯帝 (Alexander Severus) 止（曰成文法發達時期）；第四期起自薛帝至優士丁尼帝 (Justinian)（曰法典編纂時期）。（註十八）宜氏分期，亦與羅馬法之進化歷程相符，言非無據。

第三節 各家分期之批評

上述各家分期，已足代表羅馬法之歷史分期方法。今所欲問者，即吾人研究羅馬法之歷史，究以何家之說較為切當，就實質言之，各家分法大同小異，惟根據之標準略有不同耳。龐氏分法，堪為一般法律進化之說明，誠不愧為歷史法理學之新發現也。惟以之為說明羅馬法之進化歷史，殊嫌過於抽象，非初學者所能領會。苟克分法，殊不足取，前節已述梗概，毋庸再贅。梭姆分法，過於簡單，未能表現羅馬私法之進化顯然程序。宜氏分法，祇可說明一面之事實，蓋羅馬自十二表法以至優帝編訂法典，固皆可視為成文法也。繆氏分法，不厭其詳，而對羅馬法進化之歷程，頗能一一揭出，惟貴族法與市民法及萬民法與自然法應各併為一期或分前後期，較符事實，今以圖表之於左：



說明：優帝編訂法典，包括自十二表法以至其編訂時之法律。削繁取要，集其大成。

(註1)見 Jolowicz Historical Introduction to Roman Law, pp. 1: How and Leigh, 前1。

(註2)見 Mommsen, Römische Geschichte, 9th ed. Berlin, 1903: (Dieckson 英譯本) 2nd ed.,

London, 1868, 但據曼耶士之羅馬史，則定以紀元前五〇九年為王政止點。(Mayer, History of

Rome, pp. 1)

(註3)李味 (Livy 紀元前五九年——紀元後一七年) 及迪奧尼秀士 (Dionysius of Halicarnassus 約在

紀元前二十五年間) 等人著述，對於此時期之情形，言之鑿鑿。近代史家，則認為不足徵信。

(註4)共和時代起於紀元前五百十年(一說五百零九年)，迄於紀元前三十一年。

(註5)羅馬法學之闡明，以馬秀斯施凱浮拉 (Q. Mucius Scaevola) 為始祖。(施氏在紀元前九十五年

被任為總裁) 卡克 (Cuij, 見 Institutions, etc., vol. ii, p.) 認定施氏為羅馬古典時期之開端

共和時代之法家，可見 Ruby, Introduction to the Digest, p. xcv; Sherman, vol. 1, § 53; Lenel, Palingenesia Juris civilis, 2 vols., Leipzig, 1889.

(註六)羅馬之由共和轉入帝政時期，其過渡之重要人物厥惟奧古斯士大。帝論者謂『羅馬帝國之建立爲任何政治組織所不及，厥功之偉，卽縱橫一世之亞力山大(Alexander) 西薩(Caesar) 查爾(Charlemagne)、拿破崙(Napoleon) 諸傑亦望塵莫及。』見 Myers, A History of Rome, p. 136.

(註七)西羅馬之命運告終，亦則人類文明之曙光。蓋羅馬自帝政以來，希臘，羅馬，耶教之文化漸冶於一爐，然皆無活潑之新生命。迨日耳曼種人崛起，遂將人類文化予以重大之激盪，其進步之速，堪稱後來居上。詳見 Tacitus, Germania; Dill, Roman Society in the Last Century of the Western Empire; Curtius, History of the Roman Empire, Chaps. vi-ix; Gibbon, op. cit., Chap. ix. 關於羅馬之衰亡原因，見 Hodgkin, Italy and her Invaders, vol. ii, pp. 532-613; Seeley, Roman Imperialism, Lect. ii, pp. 37-64; Bury, A History of the Later Roman Empire, vol. i, Chap. iii.

第三章 羅馬法之分期

(註八)羅馬帝國滅亡之時，堪稱爲人類之大浩劫。土身其人既奪康斯丁諾頗 (Constantinople) 後，於是大肆屠戮，傷亡者數萬人，希臘人尤夥，以是希臘人恨土身其人最深。詳見 Gibson 前引書。

(註九)優帝之後，羅馬法已無向上之發展，祇見分化作用，漸侵入日耳曼民族割據之西歐。

(註十)見 Girard, Manuel Élémentaire de droit Romain, 8^{ème} éd, 1929.

(註十一) Jolowicz, Historical Introduction etc., p. 4-6.

(註十二) 見前書。

(註十三) Sohn, Roman Law, (Ledlie's transl), 3rd ed, (oxford).

(註十四) Mavr, Romische Rechtsgeschichte, 1912-1913.

(註十五) Muirhead, Historical Introduction to the Private Law of Rome, (3rd by Grant).

(註十六) Cug, Manuel des Inroduction juridiques des Romains, 1917.

(註十七) Pound, The Spirit o the Common Law.

(註十八) Gibbon, History of Decline and Fall of Roman Empire.

第四章 羅馬法之淵源

羅馬法之淵源云云，含有二種不同之意義。其一，爲羅馬法自身之淵源（註一），換言之，即羅馬法之內容從何處來也。其二，爲吾人今日研究之羅馬法，究根據羅馬法之何種資料也。二者大有區別，不能混談。今分別述之。

第一節 羅馬法之實質淵源

羅馬私法之歷史，始於十二表法。在此之前，傳聞古昔王長（註二）亦有立法事例（註三）。當羅馬共和奠基之時，有柏比雷斯者，集王政時代之法令，稱曰教儀法（*de reu securarum*）（註四）後儒弗列格斯（*Granius Flaccus*）注釋之（註五），遂名爲柏比雷斯法（*Ius Papirianum*）（註六），猶吾國李俚法經六篇也（註七）。共和時代之法家，多爲引註（註八）。惟此等王律（*leges regiae*），不外古昔習慣之加以明文規定，其中十之八九殆皆爲教儀事項，其於後

來羅馬法制固無若何之影響也(註九)。

故在共和時代以前之羅馬私法，史缺有間，文獻未詳，(註十)本書姑略而不加專述，祇於敘述共和時代之法律淵源時，附註其概要，以明始末而已(註十一)。今爲便於說明起見，吾人分爲四期述之。第一爲共和時代，第二爲帝政初期，第三爲帝政後期，第四爲優帝統治時代。

第一項 共和時代之法律淵源

共和時代之法律淵源可分爲五：一爲民會通過之法律，二爲平民會通過之議案，三爲教侶之解釋，四爲高級官吏之告令，五爲習慣。

一、民會通過之法律 在王政時代，羅馬人民分爲二大階級；貴族與平民是也(註十二)。政治權及經濟權，獨貴族享有，平民不與焉(註十三)。其後貴族革命成功，易王政爲共和，對於平民之待遇，不惟未稍改進，且專橫日甚，平民與貴族猶水火之不相容(註十四)。凡貴族會通過之議案，享有法律(Leges)之尊嚴；而所謂法律，亦唯民會議決通過者爲限(註

十五)。

共和時代之民會 (Comitia) 機關有二：曰軍伍會 (Comitia centuriata) (註十六)，曰家族會 (註十七)，(Comitia curiata) 二者通過之議案，皆成法律。此時期之會議立法範圍稍廣，然在私法方面之創制，除十二表法 (Lex Duodecim Tabularum) 外，不足稱道 (註十八)。軍伍會所爲無幾，可得而述者，在其取得選任高級官吏之權力耳 (註十九)。蓋此時代之羅馬，其重要法案類皆出於階級鬥爭之結果，因之，立法事項寓政治性質者，殆居十之八九。不過此項政治性質之法案，常兼改進私法上之嚴酷部分，是亦不可忽視也。

關於法律效力之程度，不盡一致 (註二十)：有強制規定者 (稱曰 Lex Perfecta) (註二十一)，有罰則規定者 (Lex minus quam perfecta)，有任意規定者 (Lex imperfecta)。任意規定之法律，雖有明文禁止某種法律行爲，但對於違反者並無示其無效或罰則之效果 (註二十二)。例如真琪亞法 (Lex Inicia 204 E.C.) 禁止親屬間之贈與不得超過一定之金額，而對於違反此項規定之贈與，並不示其無效或罰款之效果 (註二十三) 是。若弗雷亞遺囑法 (Lex

Furia testamentaria 其正確日期已難確定)，對於遺贈 (*Legatum*)，除特定人外，不得逾越一千阿斯 (*as* 羅馬通貨單位名稱)。惟違反此項規定之遺贈，不視為無效，受遺人仍得受之，但須擔負四倍之罰金。故在實際上，受遺人莫不拒受之。(註二十四)

此外羅馬尚有第三種會議，曰區域會，(*Comitia tributa*)，其組織以地方為選舉單位。相傳此項地方團體之設立，歸功於涂留士 (*Tullius*)。嗣後羅馬版圖日擴，地方團體日增，至紀元前二百四十一年已臻全盛時代。此時地方團體有三十五個之多(註二十五)。其後新征得土地之所有人，概分別歸入上項地方團體。此項區域會之會員限於土地所有人，故非土地所有人，不能加入。迨紀元前三百一十二年間，克魯地斯 (*Appius claudius*) 始許無土地之羅馬人民編入某區域。自茲以還，羅馬人民皆加入一定之區域會矣(註二十六)。

二、平民會通過之議案 在共和初季時代，惟民會通過之議案視為有法律效力，(註二十七)至於平民會 (*Concilium plebis*) 通過之議案，不稱曰法律 (*Leges*)，而稱曰平民決議案 (*Plebis iura*) (註二十八)。此項決議，若未經元老院之認許，其效力僅及於平民而已，羅馬

貴族階級不受其拘束（註二十九）。惟因平民鬥爭劇烈，力量澎漲，貴族勢有不得不認許其力。其後荷典希亞律（*Lex Hortensia*）約在紀元前二百八十七年）始規定平民決議亦視同法律，不論貴族人民均應遵守，平民會之立法權，於焉確定（註三十）。

三、教侶之解釋 十二表法之範圍，雖甚迂闊，然亦非包括羅馬法律之全部（註三十一）。考其內容，不外私法之一般重要原則而已，卽此原則，亦多爲羅馬固有之習慣（註三十二）。故於詳細之規定及格式，多缺焉不詳，聽任法曹之取舍與教侶之解釋而已（註三十三）。古代羅馬，宗教法律不分，此爲各原始文化之所同，非羅馬一國然也（註三十四）。且往古之世，宗教勢力，尤爲澎漲。羅馬之教侶（*Pontif*）爲貴族之榮譽高貴職，擅解釋一切人事之權。斯時羅馬，所謂人事，莫不與宗教有密切之關係。如歷法之計算，吉凶之決定，嗣續之儀式，家子奴隸之解放，遺囑之形式等，皆爲人事，故其解釋權均操於羅馬教侶之手（註三十五）。雖其解釋，非皆得當，然其有助於羅馬法律之生長，則爲不可否認之事實矣（註三十六）。

教侶既限於貴族，則其爲平民所欲爭競者，亦爲事勢之當然。故至紀元前三百年間，與

古尼亞律 (Lex Ogulnia) 乃規定平民亦得有被選爲教侶之資格 (註三十七)。然平民實際上列入教侶者，要推柯蘭甘紐斯 (Tiberius Coruncanius) 爲最早，時約在紀元前二百五十三年間也。(註三十八) 柯氏不惟應答裁判官及當事人詢問之法律事項，卽對於普通人民之法律上諮詢或學理上之討論，亦喜爲解答。(註三十九) 自茲之後，教侶之解釋法律，不復視爲祕寶，羅馬人民均得與聞其事，遂開羅馬法學自由研究之先聲 (註四十)。其後法家輩出，爭相研究，殆由柯氏之倡導歟？(註四十一)

四、高級官吏之告令 羅馬之高級官吏 (Magistrate) 均賦與頒行告令之權 (註四十二)。訴訟之權，至紀元前三百六十七年始由總裁 (Consul) 移至新設立之執政官 (註四十三)。然此時之訴訟程序，仍以民法訴訟方式爲主，故其運用裁判權，甚爲有限 (註四十四)。蓋在共和初期，民法之訴訟程序頗可備救濟一時，無須借助特別方式。迨後民法不能適應新社會之需要，致有若干權利，徒有其名而無其實，不得不請求官吏之救濟。高級官吏或裁判官本無制定法律之權，不過對於救濟權之設定，爲其職務所應有耳 (註四十五)。歲月以還，

庸詎知救濟權之效果遂變成爲權利之創設？而羅馬之行政官吏得以改進其私法，亦唯由此途徑（註四十六）。官吏本其職務皆得發布告令，其效力常爲一年，故又稱曰「常續告令」（*Edicta Perpetua*）。繼任之官吏，原無遵守之權（註四十七）。惟無論其爲因襲或增刪與否，此項告令，年積月累，積成巨帙，遂成所謂大官法者（*Jus Honorarium*）（註四十八）。其後治法之士，或爲註釋援引，或爲批評討論，啓法學研究之風氣。

雖然，利之所在，害亦隨之。行政官吏之告令既各得自由發布，於是徇情苟且，事之常有。且告令前後矛盾，頗啓爭端。至紀元前六十七年，康拿利亞律（*Lex cornelia*）乃規定裁判官須遵循其已布之告令，以杜弊端（註四十九）。

五、習慣 古代社會，法律之成分幾皆爲習慣。羅馬在共和時代，除十二表法外，私法上之大部分權利，適用習慣者居多。故在共和時代。習慣亦爲法律之重要淵源也（註五十）。

第二項 帝政初期之法律淵源

政體雖由共和更易帝政，但法律之淵源，大都陳陳相因，今請首言其自共和時代存下之

舊律者(註五十一)。

一、律令 此項律令，(Leges) 卽民會通過之法案也(註五十二)。史乘記載此類決議寥寥，雖前後有五百餘年之歷史，然亦未能示其爲私法之主要淵源(註五十三)。迨一觀律令所涉事項，尤可徵信；蓋除十二表法外，律令多屬憲政事項(註五十四)。其後範圍漸廣，但亦限於公安問題。(註五十五) 卽自奧帝登極之後，所立律令亦鮮有爲私法事項者。(註五十六) 奧帝時之律令雖屬不少，(註五十七) 但至泰柏雷斯帝 (Tiberius) 時，爲數已鮮，及克魯地斯帝 (Claudius) 之朝，僅有一二律令而已。終寧哇 (Nerva) 帝之身，律令之佈告，不過一次耳。(註五十八) 自此之後，吾人可得而知者，僅有一授權律 (Lex de imperio) 加授新任帝王之權能，此時議會不外一形式機關。(註五十九) 格阿士 (Gaius) 之著述雖以律令與平民決議案同爲法律淵源，但在實際上，民會之立法，至紀元後初世紀末已無聞焉。(註六十)

就此時期之立法而言，殆皆非出於人民之意思。以奧帝之雄才大略，且亟於恢復議會之固有立法權，則知其別有作用，至爲明瞭。蓋奧帝實見乎議會足資爲其利用，藉此以發施號

令，減除阻力，非以議會之能盡立法之事也。試一考奧帝時之議會組織，不啻其附屬機關，從未有創制立法之權。議會之決議案，僅主席之執政官方可提出。奧帝既廢弛議會選任之職，又自握朝審之大權，則召集民會，提交議案，自爲權力之事，無人可爲置議。而推選議會之人員，奧帝具有絕大之權力，以是，凡由其推選者，議會莫不依其旨意而通過。由此觀之，奧帝身兼立法司法行政，權力之大，曠古無有。（註六十一）迨泰柏雷斯（Tiberius）帝即位，選任執政官之權，由議會移至元老院，（註六十二）而此時之元老，幾皆爲帝王之人選，故其結果與奧帝之制毫無差異也（註六十三）。

二、高級官吏之告令 奧帝既恢復舊制，在形式上自當保存前代所爲之律令。故凡官吏之告令，皆繼續認其效力。以此之故，外務執政官（Praetor Peregrinus），內政官（Aediles）及省府之告令（Provinciale genus edicondi），迄數世而後廢。惟關於省府告令一項，奧帝略有修正，以符時代之需要。并將羅馬之地域劃分二種省區：一曰院轄省區，大抵保存舊有制度，置有共和時代之執政官。一曰直轄省區，若省之有軍事上重要或其新由戰爭取

得統治者，則置設新任官吏，直接歸帝王管轄。(註六十四) 此種新任官吏之任期，殊無定例，一視在上之意志而定，其權限兼執政官之所有，然在實際上，無異帝王之代表，非一獨立之官吏也。(註六十四) 此等新任官吏，亦一如其他執政官，具有發佈告令之權。惟在此等新任官吏之省區，內政官似無發施告令之權也。(註六十五)

告令雖依舊頒行，而其爲私法之淵源今已不見重要，此在共和末造已然。蓋新任之執政官依樣接受前任之告令，故改變殊鮮。但因新政設施後之制度，則告令之內容隨之改變，——舊者廢弛，現存者因事制宜。且所謂新告令，亦大率援引比附，羅馬法之由舊入新，多由此也。其後執政之官，因事分別設置，名目繁多，然無發佈告令之權。(註六十六) 奧帝之所以分散執政官之事務者，無非欲謀職務之便利，固未嘗有意變更或擴充司法制度也。

歲月以還，告令日夥，哈特里安 (Hadrian) 帝爲求法曹引用便利計，特令猶令安 (Julianus) 編纂告令，以期劃一。(註六十七) 此舉施行後，執政官之因時制法之權，於焉消沉。吾人今可得而知者，見於四百年後優帝之勅令中也。(註六十八) 自茲之後，新訂告令，經元老

院決議頒布爲法規，遂懸爲定式。（註六十九）史載猶令安編訂告令事績數見，其重要尤爲稱置不已。（註七十）

法貴適時，而羅馬之法律，自告令編訂之後，遂使新令無以復生。蓋哈特里安帝明定新訂之告令爲定式；故縱有不符情事者，執政官亦不能以己意變更。此項變更之權今已由皇旨（Imperio Sancto）定之。（註七十一）以是自猶令安之後，告令不復爲法律之淵源，新任之執政官雖亦依例於即任之初，發佈告令，大抵因襲舊文，毋敢妄更其要旨。

三、法律解答（responsa Prudentium, jus respondendi）羅馬法律之解答，自紀元前二世紀後，不復爲教侶之專利品，貴族平民俱得參與法律事項。此風一開，研究法學之士漸多，共和時代，已開其端。（註七十二）帝政初期，遂臻全盛。故在羅馬法律史上，法家之位較任何立法人材爲重要，而羅馬法之能燦爛千古者，法家厥功最偉。

法家之解答，恆以文書爲之。若其與訴訟有關係者，則逕送執政官或由辯論家轉達。此項解答，純係一種意見，初非有拘束之效力也。（註七十三）然因兼理司法之執政官，泰半於

法令懵然，故法家之解答，常爲若輩所遵從，職是法家解釋之權威，幾同立法。（註七十四）

法律解答之範圍，言其要者有三：（註七十五）

（一）曰顧問意見，卽法家答覆私人或法官及執政官之法律上問題也。其形式甚不一致，且可隨時行之，卽法家在公共場所閒步，亦得就而問之。

（二）曰指導意見，卽法家指導辯護士如何辦案也。惟法家本身祇負指示法律適用之責，至於辯護一項，則由辯論家爲之。施舍羅乃此輩之傑出人材也。

（三）曰非訟事項，卽法家對於法律上之事項予以正當手續之指導也。

法律解答，年積月累，漸有可觀，法家之註釋市民法及大官法，亦日見增多，遂成巨帙，而爲後期編輯法典之主要資料。（註七十六）今將法家之派別及著述，分述於次：

法家之解答，純係一種意見，（註七十七）既如上述，但其左右羅馬司法，法家之解答法律，純係名譽職務，既非官吏，又不若今人之收受公費；其所特以爲活者，端賴他項職業。雖然，法家之地位，亦非一無利益焉。法家之名，既易博社會之信仰，又居社會之特殊地位

，故其轉入宦途甚易。(註七十八)考羅馬之最榮譽職業有三：一曰軍人；二曰辯論家；三曰法家。三者之中，其在帝政時代，尤以法家爲最高尚之職。(註七十九)

以上所言，皆爲法家對於職務上之貢獻也。至於法家之著述，影響羅馬法尤偉。羅馬帝國雖亡，而其法制長存不衰者，端賴此輩之力也。

法家解答(註八十)之權，初無限制。凡有名之法家，均得發表其意見。至奧帝時代，論者謂經其特准之法家意見，對於案件則有拘束之效力。哈特里安帝之後，始規定其效力及於將來之案件。(註八十一)此論有謂係根據史乘之一二斷片記載而已，未可全信。然統觀奧帝時代之政績，則難定評。徵之歷史最早法家取得特准命令者，不外二人而已。一爲戴柏雷士帝(Tiberius)所特准之沙敏諾士(Sabinus)；(註八十二)一爲第奧克禮充帝(Dioleleion)時代者。(註八十三)吾人研究羅馬法之目的，爲其能示法律之蠟蠟原則，此種考據，固無若何之重要也。

當哈特里安帝之朝，法家分爲二派。(註八十四)考其原因，則由於拉比(Antistius La-

beo) (註八十五) 與卡必士 (Ateius Capito) (註八十六) 之個人爭競及政見不同所致。蓋拉比爲共和黨人，具有卓識天資，富革命性。卡必士則崇奉帝制，趨於保守，服從威權。然其成爲法家二獨立之門戶，恐非朝夕之功也。試觀兩派之卓越代表，皆爲後來之法家。其附和拉比之言論者，稱爲普魯鳩魯士派 (Proculus)，普氏爲賴哇之門徒，賴氏則拉比之門人也。其附和卡必士之言論，稱爲沙賓儒氏派 (Sabinius)，因沙氏樹立門戶以與普氏對抗故也。兩派聚訟頗久，但其日趨一致則無可諱言。論者有謂柏粟尼安 (Papinian) 始集二派之大成，實則猶令安之後，此派已無形消滅。(註八十七) 况兩派所見不同者僅瑣細事項，其於要點實未見有何出入也。

自第二世紀至第三世紀之交。羅馬法家輩出。最著者有格阿士 (Gaius)，柏粟尼安 (Papinian)，郎爾稟 (Ulpianus) 包羅 (Pauus)，莫特士丁諾士 (Modestinus) 等人，稱爲法界五傑。除莫氏外，各有重要著作貢獻。此外猶令安一人，頗負時望。今各爲簡述之於左

:

(1) 猶令安 (Julianus) (註八十八) 之名，雖未爲法律引用條例列爲特許法家，而其影響所及，則較任何法家爲大。考引用條例未列入其名者，蓋由於其年代過於湮遠。猶氏在共和帝政交替時代，數居顯職。但其名則歿後益彰，後代君主曾屢次讚揚其材幹。猶氏一生發表法律意見甚夥，原文雖未得見，但觀阿斐里甘儒斯 (Africanus) 屢論猶氏之解答，殊令吾人信其權威之大也。猶氏之巨著，首推會典 (Triginta)，內容次序似以布令爲藍本，其關於市民法與司法官之告示，論述頗詳。優帝會典所引猶氏之著述，多至五百餘段。故有謂優帝之法典編訂委員會用其書爲底本，此則未免過甚其詞矣。吾人細玩猶氏之著述則可知所以得時人之讚許者，要在其文筆之暢達，識地之深廣，與夫認定法律觀念之具有時代化。後人有稱猶氏爲時代之造者，誠非過言也。

(11) 格阿士 (Gaius) (註八十九) 之年代，迄今尚無可考。其在羅馬法律史上，頗佔重要位置。格氏生時，殊未見有何顯要，徵之當時法家言論，亦鮮有述格氏之名。惟自格氏歿後，其名日噪：法律引用條例并列其名爲五大法家之一，則格氏著述之爲後世推重，可以見矣。

。格氏著述頗夥，其最受後人讚許者，乃爲一部法律綱領。其後優帝編輯之法律綱領，泰半根據格氏之書成也。有謂私法之分類，爲格氏所倡。其在法律綱領一書分爲三篇：一曰人法，二曰物法，三曰訴訟法，後儒多崇之。迨考之史乘，格氏之分類，似爲因襲前人，實非格氏所自創也。

(11) 柏寧尼安士 (Papinianus) (註九十) 之一生，曾居顯要官職，有謂柏氏與在朝帝王色勿羅士 (Severus) 有姻親關係。卡劣卡拉 (Caracalla) 帝之朝，柏氏拒絕發表關於謀殺格達 (Geta) 之證言，遂遭殺戮而終。柏氏歿後，其名大噪，後代法家，羣推柏氏爲空前之大師。法律引用條例特標柏氏之言論具最大權威。其聲價之重，於此可知。優帝雖廢弛此種無理由之引用條例，然其推崇柏氏之言詞，則一如前代。後世法家，始稍易其觀念，有認猶令安居柏氏之上。夫柏氏之爲當代顯要法家，亦非無因。良以柏氏秉性溫和，議論中肯，終生未施詭譎。其致名之由，此實居多。所發議論，則力求簡括，故言不妄發，此亦柏氏思想之精透有以致之。柏氏著述不多，其中以法律問答一書爲最佳，於學識之批評，別具卓識，非當

時法家所可望項也。

(四)包羅 (Paulus) (註九十一) 與鄔爾賓同時，較柏稟尼安爲後。斯時羅馬有此三法家，其蓬勃氣象，實開空前絕後之歷史。包氏數居最高官職，久爲帝國議會之人員。包氏善著書，法律會典引其文者約占全書六分之一，實不亞於鄔爾賓。其名亦爲法律引用條例列入五大法家之中。優帝之前，包氏著作早已見重於人君，聲名之隆，遠駕格阿士之上。惟後儒意見紛紜，莫衷一是：有謂包氏具有超絕學識，聰穎天資；有謂包氏不外一編纂家，未見有何卓識。然就包氏遺下之著述觀之，包氏酷好論評，尤喜比附事例，讀其書者，恆能見之。

(五)鄔爾賓 (Ulpianus) (註九十二) 亦如包氏，數居權貴之職。曾一度流逐，後遭司法官之刑殺。鄔氏著作佔優帝法律會典全書三分之一。包鄔二氏著述，實居會典之半，鄔氏既可擴覽前賢之著述，兼以卓越天資，故可運用之於盡致，鄔氏猶吾國之韓非。其學識雖不遠過前人，然其集法家之大成，則厥功不可謂非偉。羅馬法學之進展，至鄔爾賓而迄止境。在中世時代，甚有用鄔爾賓之名以代表羅馬法者，鄔氏聲價之重，當可知矣。

法家研究範圍，不外左列：

(一)法學要旨 (Institutions or encliridia) 此項著述，盛行於紀元後二世紀前後。其內容包括市民法與大官法，敘述簡單。至於何人首創此學，年湮代遠，已無可考矣。

(二)法律要覽 (Regulae, definitiones sententiae) 此與法學要旨大同小異，內容敘述，大都簡要法律原理，其目的爲供習法之士及從事法律事業之用。

(三)市民法通論 (Jus Civile) 市民法爲羅馬法之骨幹，故此項研究頗多。大都根據前人搜集材料，加以整理或敘述而已。惟市民法通論諸事，常溯源至十二表法之註釋，此不可不注意及之。

(四)告令之詮釋 告令爲大官法之重要淵源，故告令之詮釋卽爲大官法之註解，然亦不可不述及市民法部分。此項告令幾如汗牛充棟，法家所爲之註解，祇取其與法律有關係之事項耳。

(五)會典 (Digesta) 會典之著述，包括羅馬法之全體。其內容分爲三部：曰告令，曰

市民法，曰刑法。但亦有以法令及市民法爲內容者。

(六)法規及元老院諮議之詮釋 羅馬法家有專將特個法規加以詮釋，或就元老院諮議予以註解者。

(七)法家之解答 (*Responsa, Questions*) 此項解答，以法家之間答集編成書。其問答之範圍，自官吏以至門生，罔不包羅。逮奧古斯特帝之朝。法家解答至夥，官吏無所適從，深感不便，奧帝乃規定法家解答之效力。凡各家意見一致時即視爲法律，裁判官應遵從之。若不一致時，裁判官方可自由擇引，以判決案件也。

四、習慣 優帝法典將法律分爲成文法 (*Jus Scriptum*) 與非成文法。 (*Jus non Scriptum*) 此不外因襲鄔爾賓法家之分類也。(註九十三) 所謂非成文法，祇指習慣而言，與吾人今日之「不文法」觀念異其範圍。至於法律解答，告令，律令，平民會決議案，元老院諮議，以及皇諭憲令等，皆稱「成文法」。(註九十四) 以是羅馬法上之成文法與不成文法，其意義乃以法律是否載在文書。(註九十五) 例如法家之解答，并非法規，但以其行之於文，故亦視爲

成文法。若習慣者，既不能發現於任何文字之間，祇可視人民間之行爲而定，故爲非成文法。
。（註九十六）

習慣之成爲法律，散見於羅馬文獻之中，且其間一二法制之淵源，可溯之於習慣。（註九十七）惟羅馬法家對於習慣之性質及條件，語焉不鮮。猶令安（Julianus）法家謂習慣之成爲法律，以其爲人民之公意。其言曰：『法律（指法規而言）之有拘束力，以其爲人民公意所承認，故凡爲人民公意所承認之行爲，雖未載之於文，亦應拘束一般人之效力。至於是否出於公同票決或實際行爲，可置不問』。（註九十八）故習慣與法規，俱有同等法律之效力。不寧惟是，習慣且優於法規，此不獨猶令安之言數見不鮮，（註九十九）即羅馬法典中關於某種法規因習慣之成立而失效者，亦不乏其例。（註一百）其以習慣不能變更法規者，在「古典時代」尚非事實，入帝政後期，君權擴張，法令滋彰，習慣之變更法規，可謂絕無其事矣。

帝政初期之新法律淵源，言其大者有二：曰元老院諮議，曰憲令。今各分述之。

一、元老院諮議

在共和時代，元老院本無立法之權，（註一百零一）惟自共和末葉以後，元老院漸變爲一國之執政樞紐。（註一百零二）考元老院最初擁有之權力，僅有訓導官吏而已。（註一百零三）其在共和時代雖有不少元老院諮議形同法規，迨一考其內容，大都爲訓導官吏行政之方針及其發施告令之準則，非有一般之規定也。（註一百零四）初時此項諮議，不外顧問性質，顧名思議，「元老院諮議」一詞，尤足啓吾人信其爲意見書，實無拘束之力也。况乎官吏之告令，實際上由官吏自爲之。（註一百零五）

然初時關於法令之提案，俱須先經元老院之認許，後再徵「貴族之同意」，方可懸爲法規。（註一百零六）此事直至共和末季，仍存其舊。（註一百零七）法案之方式有瑕疵者，元老院得宣告無效。（註一百零八）在緊急之時，亦得命令停止其適用。官吏之審理案件，元老院得加以命令干涉，但須經議會之認可。自紀元前一五〇年後，此項手續已不復存。權力既廣，弊害自生，削減權力之議，時有所聞，但終未見施行。延至紀元前六十六年法令始規定元老院須有法定人數二百以上之出席，並經大會之通過方得發生效力。但在行政方面，元老院

仍擁有一部分之權力。可得而舉者，如對外關係，分配官吏之職務，以及監督宗教團體之職務有關於國政者。至共和末季，且可修正議會或元老院之院例，並任免派往外地服務之人員等。（註一百零九）凡此數端，均爲砌成帝政時代立法之道路。由此觀之，元老院之取得立法權，固非朝夕之功也。

其後羅馬政制改體，由共和轉入帝政後，元老院遂變爲皇帝之議事機關。當奧帝之朝，元老院之人數限額爲六百，每年更換名單，遇有缺職時，則由皇帝任命補缺。（註一百十）至於元老院諮議，曾否有明文規定其法律之效力，史家意見，紛歧不一。（註一百十一）就歷史言之，元老院之運用立法權，似在議會失掉立法權之後，較爲有徵。（註一百十二）在帝政初期之立法，已別有特殊機關爲之起草，元老院之諮議不過名義而已，實不關重要也。（註一百十三）自茲之後，帝王每親自提案，付元老院決議。此種帝王之提案，名曰議案（Oratio）（註一百十四）日久之後，治法之家，咸視議案本身已具法律效力。（註一百十五）故元老院之諮議，不外一形式耳。（註一百十六）此項元老院諮議，祇對羅馬人民具有拘束力，此又不可不

察也。（註一百十七）

二、君令

奧帝既將羅馬政制改弦更張，君權於是漸擴，然奧帝仍認自己須受制於法律之下。（註一百十八）故在帝政初期之二百年間，皇權在理論上并不高於一切。但在事實上，皇帝爲一國之統治者，掌握軍符，其左右法律之勢力，自無待言，當紀元後二世紀中葉，法家咸認帝王之立法權矣。（註一百十九）

帝王立法之權，至哈特里安帝（Hadrian）始形確立。（註一百二十）此時皇帝之命令，儼如法規，不受他項機關之制裁。法家格阿士謂帝王之命令與法規，有同等效力者，因其皇權係法律所賦與也。（註一百二十一）鄔爾賓之言更爲顯明，其言曰：『凡皇帝之裁奪旨意均具有法律之效力，以法律授與皇帝治民之主權故也。』（註一百二十二）然上述格鄔二氏之解釋，意有未盡。皇權既由於法律之賦與，則當然之結論，皇權不能超過法律，理至明甚。（註一百二十三）夷考其實，此項皇權之伸張係漸次演進之結果，固非朝夕之功也。（註一百二十四）良

以帝王爲人民之統治者，則其意思之表示，每有拘束之效力，歲月以還，成爲定例，鮮敢發生疑問。故至第三世紀末葉，帝王自擅立法之權，不復有另置議法機關矣。（註一百二十五）

迨第四世紀之開始，羅馬分爲東西二國，各戴其主。惟在頒布法令方面，仍歸一律。凡在東羅馬頒行之法律，其在西部亦生效力；反之，凡在西羅馬頒行之法律，其在西部亦生效力。然以各有其主，遂致法令紛紜，人民莫知適從。施爾禱壽大帝（Theodosius）乃於四百三十九年間頒行其纂訂之法典，並明定其後東西二國之法令，如未經他方君王之重行頒布者，不生法律效力。（註一百二十六）第閱時未幾，西羅馬則歸湮歿，而施爾禱壽大帝之計劃，頓成泡影矣。（註一百二十七）

君令（*Placitum*）之涵義較「憲令」（*Constitutio*）爲廣。蓋羅馬之法家，「憲令」一詞并不包括「訓令」，（*Mandata*）且有以憲令與批令（*Rescripta*）爲對待之名詞。（註一百二十八）茲爲避繁起見，以君令概括之，分述於左：

（一）布令（*Edicta*）

帝王以一統之尊，發施號令，具有法律之效力。故自奧帝之後，布令已有所聞。（註一百二十九）惟在初時，君主之布令，一如共和時代，不過就當時之法例加以修正，鮮有完全出於創制也。及至皇權日擴，帝王立法遂不由舊昔途徑。哈特里安帝時，帝王得隨意施令立法，不復受限制矣。即在優士丁尼帝之時，此項布令仍絡繹不絕，第所涉者，多係公法範圍耳。然在較昔之布令，其涉及私法者亦夥。（註一百三十）

在共和時代，執政官之任期，僅為一年，且有一定地域，故其布令之效力甚有限也。自奧帝改制之後，易任期為終身，於是布令遂有較大之效力。然亦終其身而已。其繼任帝王，每將前王之布令重諭其繼續效力。年代既久，此項手續，且亦不過一形式。論者有謂此種布令與帝王俱歿，未免言之失實也。或問君王布令之權限何所據耶？曰布令為皇權之一也。其頒布手續，亦由天子一人直接為之，並非假手另一機關，此不可不察也。（註一百三十一）

(11) 裁決令 (Decreta)

君主不惟有布令之權，且有裁決案件之權也。（註一百三十二）此裁決權包括（甲）鞠審（乙）

(覆審丙)告審(丁)特審四者。鞠審者，即帝王立在執政官之地位，親爲審問當事人也。覆審乃上訴審也。告審則由於私人之特別情形訴願殿前行之。特審之權，似爲後來之產物，而其權力則極重要。蓋無論訴訟程序之若何，帝王得以旨意指揮該案之判決。其所示之命令，則爲法律。(註一百三十三)嗣後裁決權漸弛，所有上訴各案另由批令爲之。批令猶如吾國今日之司法院解答法律之疑問也。其在羅馬，由執政官將本案情節詳呈皇上批閱。但裁決令之原來目的，非爲制法而設；其後雖漸成法律，爲時亦甚短。况其涉及事項多屬瑣細，於私法之影響殊甚淺鮮。(註一百三十四)

(II) 批令 (Rescripta)

批令者，即帝王批覆在下所詢問之事也。(註一百三十五) 其式有三：一曰吏批，帝王批覆官吏之呈文者屬之；二曰民批，君主批答私人之請願書者屬之；三曰君批，即官吏雖未有呈問而帝王自爲批諭者屬之。三者之中，要以前二類爲夥。批令或以假定事實爲之，或不問事實之真僞而僅言法文者。就其用途觀之，批令約有四焉。其一爲專批示法律者；其二爲特

種案情規定適用法律之條文而不欲爲一般之適用者；其三爲變更法文具有一般適用情形者；其四爲其所批之新法文而在事實上確係錯誤並不以之適用者。以其如此複雜，執政官吏每感援用之不便。其後雖略有更制，終未稱善。卽至優士丁尼帝時，批令之適用，仍未見解決也。（註一百三十六）

（四）訓令（Mandata）

訓令爲皇帝對官吏訓示之命令也。（註一百三十七）此不獨對於皇帝直轄省區，卽院轄省區亦然。（註一百三十八）此項訓令之效力終帝王之身而已。其遵守訓令之官吏如有變更時，訓令卽重新頒行。職是之故，歲月以還，訓令漸成定例。其所涉及事項，大都行政方面。舉其要者，如准許現役軍人之遺囑毋庸遵守一定方式是。（註一百三十九）故訓令雖爲皇帝對官吏之命令，但與其他批令同具法律之效力。

第三項 帝政後期之法律淵源

帝政初期之羅馬爲法學闡明時代，開空前絕後之盛況，自三世紀以還，內亂頻仍，人心

不定，研究法學漸非社會所重，以是治法之士皆屬末流人物。其間雖有著述，大都抄襲前人，未足言學。（註一百四十）惟前代法家，關於法律之解答，間有出入，司法之吏常藉此上下其手。於是規定法家著述之權威尙焉。

羅馬之法學至鄔爾賓而登峯造極。鄔氏之後，除馬施安 (Marotian) 及莫特士丁諾士 (Moesinus) 外，他無聞焉。莫氏之名，雖亦爲法律引用條例列爲五大法家之一，然非一超等人材，未可與前賢比擬也。越百年，有阿措地士 (Arcadius) 與黑莫更年士 (Hermogenianus) 二人之著述，會典亦數見其言，但於羅馬法律之闡發，毫無重要。羅馬法學之全盛已成過去，故後之視昔，猶嘆羨不置也。（註一百四十一）

羅馬法學衰落之原因，論者不一。或謂羅馬法律至鄔爾賓已如曇花之怒放，無須繼續之闡明矣。作此言者，其知法律之爲物乎？法者所以治亂求平；故必與羣俱進。因時立法，卽此之謂也。羣之進化既無已，則法之適應亦何可止耶？且觀羅馬法學衰落之秋，正新興耶教長驅直入之時，其影響羅馬人之思想自不待言。（註一百四十二）試一閱此時期之羅馬法律，

其變動較昔尤烈。治法之士，滿佈士林，但法之爲學，已不復爲時賢所崇奉矣。其所以然之故，緣由羅馬自一統以來，勢力澎漲；人安於習，奢華日甚；昇平之世，漸如斜陽之日落。及至海內鼎沸，戰爭連年，潮流所趨，漸以富貴爲榮，勢利是逐，人不談法。（註一百四十三）故自羅馬帝政之一二百年間，法學之所以蓬勃如春筍者，良以天下昇平故也。及至戰亂，天下紛擾，有爲之士，多投筆從戎。而治法之士，率爲庸常之輩，遂不復有柏稟尼安之一流人物矣。

法學既日趨衰落，後繼無人，於是前賢之著述，益見重要。昔孔子作春秋而亂臣賊子懼，刪詩書而後賢遵從。此蓋孔子歿後，繼起之人，未有若夫子之聖也。羅馬法學，則自鄔爾賓之後，法家不復世出，其後治法之士，多狃於前人著述；或斷章取義，或拘泥文字，遂使司法之官，茫然無措。至紀元後三百二十一年間，康士坦丁大帝（Constantine）乃頒令關於鄔氏之一部分註解及包羅之柏稟尼安註解不得視爲權威。（註一百四十四）就此命令觀之，吾人當可推知鄔包二人之註解曾爲當代之推崇，或因前代帝王有明文定其權威。後起之法家馬施

安氏，其註解之一部分，亦似有受同樣命令之排除。(註一百四十五)迨至三百二十七年間，對於包羅著述之權威，亦爲承認。(註一百四十六)然亦未見包括上述之註解也。自茲以還，法律上之爭論問題，咸由帝王命令決之。然其取舍之標準，亦惟前賢之著述是判耳。直至四百二十六年始頒佈法律引用條例，(lex de responsis prudentium) 羅馬法學之進展，亦止於此。該條例之內容，約有三端：(註一百四十七)

(甲)凡柏粟尼安，包羅，格阿士，鄔爾賓，及莫特斯庭諾士五人之著述，均有拘束效力，司法官吏得援用之以定案。但鄔包等人之柏粟尼安註解，不在此限。

(乙)凡前條規定之法家，其著述中引用前代法家之言論如施措華拉，(Scalvala)，沙賓儒(Sabinius)。猶令安(Julian)，馬舍魯氏(Marcellus)等人者，其引文具有同等之效力；但若其著作年代湮遠而致疑者，得就原著比較之。

(丙)遇上舉法家之意見有出入時，從多數；遇意見平時，從柏粟尼安。如柏氏著述未涉及者，則由司法官吏斟酌情定之。

自此引用條例頒布之後，法官於適用法律方面較前稱便。但羅馬法學之衰落，亦隨此引用條例而來矣。蓋繼起之法家，其言論已不復爲法曹所注視，於是治法之士，漸移他業，法學之衰落種因於此。至於意見之出入，不以適當而以多數者爲準，雖近代研究羅馬法學者如 Buckland, Jolowicz 等人有譏爲不智之舉，然亦未見其當。（註一百四十八）蓋智帝之引用條例，其目的在求法家意見之趨於一致。施帝既未盡覽前代法家之著述，則對於何去何從，自難預爲指出。若將此項選擇權任諸司法官吏，其危險一如往昔，不亦自落圈套乎？逮施爾禰壽帝之朝，聖上酷好律學，曾一度創設法律學院，（註一百四十九）計劃編輯法典工作（註一百五十），乃以人選俱屬庸輩，致其原定計劃，終未全部實現也。至優帝時，始設立編輯法典委員會從事法律之編訂，引用條例之效力，至是乃告一段落。

帝政初期，君主對於立法事項，已大權獨攬，雖常假手元老院機關，然亦不外一形式耳。（註一百五十一）入帝政後期，天下一統，帝王類皆直接立法，不復假手形式機關。此項帝王直接頒行之法案，稱曰普通法案（*leges generales*）以其有普遍之效力也。關於法案之成立原

因，大都出於帝王對官吏所下之行政訓令或對一城鎮人民之告書。(註一百五十二)此時帝王之意思卽法律，故凡帝王表示之意思，在法律上卽生絕對效力。職是之故，帝王之法令至爲煩瑣，人民常以爲成例，以求倖免。康斯丹丁帝乃於三百十五年間訓令曰，凡批令違反成憲者視爲無效。(註一百五十三)阿措地士帝復於三百九十八年絕對禁止援引批令爲成例。(註一百五十四)至四百二十六年時，施爾禱壽第二大帝及范郎丁尼第二大帝再申前令，但規定批令如經皇帝表示具有一般效力者，則可引用。(註一百五十五)此項例外，幾成通則。優帝之朝，復許批令遇同樣之案情者可援用之。(註一百五十六)遂使批令有一般之效力矣。

要之，帝政後期之羅馬，法令蕪雜，內憂外患，社會不安，人民視線轉移，法家不復爲社會所企重，以致法律漸呈呆滯紛亂之象，而有待於賢明君主之編訂也。

第四項 優帝之編訂法典

物有本末，事有終始。羅馬法律自建國至優斯丁尼諾斯(Justinianus)大帝，歷千餘年之發展，閱時非暫。當其盛也，適羅馬天下昇平之秋，人安其業。法律爲人士所推重，羣競

爭名。其蓬勃景象，幾壓今古。第自三世紀以還，國家多事，人民驕侈，風氣更變，法律視為末業。（註一百五十七）其後法律引用條例頒布，不啻為羅馬法進化宣布死刑。蓋從斯之後。雖有極聰智之法學著述，亦將視同糟粕，不能與前賢並列。故羅馬法學之衰落，勢使然也。

自西羅馬帝國之命運告終，羅馬法遂分途而馳。逮優斯丁尼亞諾斯大帝（Justinianus）繼位乃父（Justinus）統治東羅馬後，除致力武功外，並積極從事宗教與立法二事業，而立法一項尤三致意焉。（註一百五十八）

優斯丁尼亞諾斯（簡稱優帝）於五百二十七年登位，次年即選派委員十人從事編訂憲令法典。（註一百五十九）期年而成，於五百二十九年四月七日頒布，同月十六日施行。（註一百六十）此即所謂優帝第一法典也。自此法典發生效力後，凡未經法典中所規定援引者，除特別准予援引外，概不發生效力。惟此法典至五百三十四年，則見廢弛，今已不能觀其原璧矣。（註一百六十一）

優帝有鑒於前代法家著述之繁多，於是有整理之計議。吾人當知在優帝以前，施荷禱壽

第四章 羅馬法之淵源

斯帝之計劃會如曇花一現，未能見諸實行。(註一百六十二)至所頒布之法律引用條例，其中規定則多有未合，優帝豈容繼續？職是之故，優帝乃首先注重現行法之整理，對於已成陳跡之法制，一概刪除。爲求此目的之實現，優帝先後頒行憲令五十編，收集成書，然今已無可考。(註一百六十三)蓋此項憲令，其目的在整理法家之著述，故其頒行年月當在紀元後五百三十年十一月十七日以前也。(卽下令編輯會典之前)(註一百六十四)

優帝之最重要立法，厥爲左列：

(一) 法律會典 (Digesta) 會典之編訂，爲優帝對於前代法家著述，學說，及問答之整理。換言之，凡收入會典者，皆具有法律之效力。於五百三十年十二月十五日命令開始工作，至五百三十三年十二月三十日頒布施行。全書計分七篇五十章。其取材皆爲法家之著述言論，爲羅馬法之寶庫。(註一百六十五)

(二) 法律綱領 (Institutes 原稱 *Impe ab-aris Justinians Institutions*) 此書堪稱爲會典之撮要。優帝以會典一書，初學者不易攻習。乃另編訂一法律綱領，專述法律大要，以供初

學者入門之助。優帝不惟列此書爲教科書，且明定其有法律之效力。法律綱領亦於五百三十二年二月三十日頒佈施行。（註一百六十六）

(II) 憲令彙編 (Codex Repetitae praelectionis) 自第一憲令法典頒佈後，新憲令又見繁多。優帝乃令編訂委員着手整理。凡關於前代及優帝頒發之君令適用者一概列入。至五百三十四年十一月十六日頒佈施行。彙編分爲十二篇，篇分若干章，章分若干節，節分若干段。其排列次序約如下：教會法，淵源，高級官吏之職務，私法，刑法，以及行政法之詳細事項。（註一百六十七）

(四) 新憲令 (Novellae Institutiones) 優帝編訂法典告竣，以爲從此羅馬法律可以永久不變，無新令產生之可能。乃閱時未幾，優帝因事勢之需要，先後頒發君令，其中不少與私法之改進有關。（註一百六十八）優帝雖欲將新令彙集成編，終未見諸事實。（註一百六十九）今之所謂新憲令者，乃後儒彙編成書也。（註一百七十）

優帝編纂法典之初，原冀頒佈之後，全羅馬之司法得以統一；然以東西羅馬之分治及

人民習慣之牢固，故優帝法典終未見全國奉行也。卽就優帝施行法典之東羅馬而言，習慣依然越法而行。至於帝國之邊陲，更無論矣。且在優帝法典之前，民間已有 *Syro-Roman Law* 一書流行。是書不惟彙集舊羅馬法例，且亦兼載大部分之外國法也。自優帝法典施行之後，是書依然援用。論者謂在第七世紀期間，優帝法典已成具文。逮第十世紀之初，希臘文之優帝法典於焉出現，未附學說一篇，蓋爲第六世紀以後註釋家之編訂也。

以上所述，乃就羅馬之明文法言之。然以羅馬之大，歷史之久，習慣固隨地域異也。况一國法制，不能盡舉人事而厘定之，其有待於地方或人民習慣之解釋輔用者，蓋彰彰甚明。故在羅馬共和及帝政時代，且有認定良久之習慣足以廢弛明文法律之舉。惟在康士坦庭帝時，曾命令法律與習慣抵觸時，依明文法律之規定。其後會典一書，所收律文，驟觀之，似與康帝之命令相反。然詳察康帝之所謂習慣者，乃指地方習慣言，而彙纂之習慣，則指全國習慣，故無所謂矛盾。

第二節 羅馬法之資料

吾人今日研究羅馬法之資料，已經前人歷盡心血與工作。歐陸自優帝歿後，天下紛擾達千餘年。浩劫所至，文化爲之蕩然。羅馬原有法律散佚過半，今所存者，或於中世紀發現，或由探掘埋藏而得，種種稽古考訂，歷數世紀學者之苦心孤詣，始獲原形。（註一百七十一）今將羅馬法之資料述之於次：

一、法律會典 法律會典爲羅馬法律之寶藏，吾人今日所述之羅馬法，大半取材於斯。此項會典，在中世時代，由比沙（Pisa）城寶藏，至一千四百零六年，該城陷於弗羅蘭西（Florence）人之手，會典原文遂被弗羅蘭西人攫去。該稿出於第七世紀初葉希臘書法家之手筆，並加校對訛字。（註一百七十二）自中世以後，羅馬法之研究及史料，大半均以此爲據也。惟口述之稿，亦非無訛，間且有次序顛倒者。德儒孟森（Mommsen）以畢生精力從事校讎，根據歷史之探討加以更正，至一千八百七十年出版（原名 *Digesta Justiniani Augusti 2 v. 1.*）

，遂爲此後研究羅馬法者奉爲善本也。（註一百七十三）

二、法律綱領 法律綱領一書，流行本甚多，且因卷佚不多，敘述簡單，故在中世初葉，仍見採用。（註一百七十四）其最佳之稿本爲第九世紀之彭柏本（Bamberg）（註一百七十五）及第十世紀之杜林本（Turin）（註一百七十六）後者附有註語，出於優帝時代法家之手筆，惜杜本散佚不完耳。

三、憲令彙編 此書原本，已無完璧。十二編之中，僅首九篇由味倫騰本（Veronese P. Imbrecht）得之。餘三篇至今雖未考訂完全，然於研究羅馬法，亦不關重要，因其所述大都關係拜真丁帝國時代之公法事項也。（註一百七十七）版本以柯魯克所編者爲最良（Krieger）。惟憲令與會典須互相參照，因會典所無者，憲令或有述及，且會典述之甚詳者，而憲令中不無有變改之處。（註一百七十八）

四、新憲令 新憲令既非優帝所編，係出於學者之搜集，故版本不一。其最古者當推憂令安諾士新憲令（Epitome Julians），凡一百二十四令，其最後之一令爲五百五十五年（註

一百七十九)，以上四者，爲吾人研究羅馬法之寶庫。自文藝復興，羅馬法復活。迨東羅馬帝國命運告終，列國林立，爭相稱雄，然其法律，固一仍羅馬之舊也。其後德意法西等國勢力日大，殖民地漸廣，凡其所到之處，羅馬法亦隨之樹立，厥功之偉，無與倫比。羅馬雖亡，而其法系則與日俱長照耀普天之下也。（註一百八十）

（註一）羅馬法之淵源，詳見 Clark, *Practical Jurisprudence* (Sources).

（註二）王政時代相傳羅馬共有七王：•羅馬魯斯 (Romulus 開國元首)；•紐馬 (Numa 立法者)；•霍斯地留士 (Tullus Hostilius) 及麻休士 (Ancus Martius 皆武功最盛之王)；•斐立斯卡士 (Priscus 建國之主)；•色味斯杜留士 (Servius Tullius 改革者)；•達棍紐士蘇柏布斯 (Tarquinius Superbus 暴君被逐)。參見 Lewis, *The Credibility of Early Roman History*, *Inne, Early Rome*, Chaps. i-v, vii-ix.

（註三）羅馬古代法律，可見 *Geschichte der Quellen und Literatur der Römischen Rechts*, (2te Aufl.) p. 3-82。

第四章 羅馬法之淵源

(註四) Dig. 1, 2, 2, 36. 在會典中，引文散見。據梭姆云，此項王律之收集，約在共和之末期，與克爾所言相出入。依梭氏推測，「王律」之名稱，或因以帝王為天意之發洩機關（天意 = *Fas*），或因該項律令直接受帝王之保護也。（*Sohn, Institutes of Roman Law* (Ledlie's transl., 3

rded.) p. 54 note 4. *Brunns, Fontes Juris Romani Antiqui*, II, 78

(註五) D. 50, 16, 144; 參較 *Hirschfeld, Kleine Schriften*, 239-245; *Buckland, A Text Book of Roman Law*, 1921, p. 1.

(註六) 柏比雷斯法之年代，已無可考，學者之間，意見不一。見 *Brunns, I, 1-15*; *Jolowicz, Historical Introduction to Roman Law*, p. 83, note 1; *Pais, Ricerche*, I, 243-270.

(註七) 法經六篇堪稱為吾國法典之淵源，與羅馬不同者，則法經所載幾皆刑律公法之類，私法百不一見焉。

(註八) 見 *Girard, Textes de Droit Romain*, 4re éd, 3 sqq; *Brunns, op.cit.*, I, 1 sqq.

(註九) 見 *Buckland, op. cit.*, p. 1; *Jolowicz, op. cit.*, p. 83; 比較 *Clark, Sources*, p. 19.

(註十) 詳見 *Voigt, Ueber die Leges Regiae*, Leipzig, 1876, 1877; *Murihead, Historical Intro*

duction to the Private Law of Rome, 3rd, pp.19, note 10.

(註十一)王政時代之法律，見 Muirhead, op. cit., p. 1-74.

(註十二)詳見 Jhering, Geist des Römischen Rechts, vol. i (3rd ed. Leipsic, 1873) §14;

Genz, Das Patricische Rom. (Berlin, 1875), p. 1 Sq; Mommsen, Röm. Staatsrecht, iii, p. 13 sqq; Carle, Le Origini del diritto romano, (Torino, 1888) p. 17 sqq; Jolowicz, op. cit., p. 7 sqq; Guq, Les institutions juridiques des Romains (Paris, 1891) p. 43 sqq.

關於平民之如何侵入羅馬社會，言人人殊，詳見 Mommsen, op. cit., pp. 66-68, 130-141。

蒙森謂羅馬初時社會并無平民獨成一級，與客民同為貴族之役民。其後因客民 (clientes) 制度漸見崩潰，而平民方面，則因人數之增多與意識之發達，始形成獨立階級，與貴族相對抗焉。卡羅華 (Karlowa) 之研究結果，則謂蒙說不近史實。見其大著 Römische Rechtsgeschichte, (L-

eipsig 1885) p. 62。

(註十三)政治及經濟原因，可見 Jolowicz op. cit., p. 7 sqq.

(註十四) Muirhead, op cit., p. 75: 'Patrician predominance soon became much more marked

第四章 羅馬法之淵源

and oppressive than it had been in the time of the later Kings." Sherman, op. cit., p. 32; § 35.

(註十五) Buckland, op. cit., p. 4-5; Jolowicz, op. cit., p. 22; 討論見 Mommsen, iii, 1037 sqq., Clark, Roman Law, p. 137; Becker, Röm. Alt. ii, 1, 315 sqq.; Muirhead, op. cit., p. 78-79。

(註十六)軍伍會或譯兵員會，其詳細組織見 Botsford The Roman Assemblies 80-82, 203-211, 軍伍會之設立，說者咸歸功於杜留士 (Servius Tullius 紀元前 578-535) 之朝。(Botsford 引 Livy 之言爲據。) 全會分成六級，上級爲騎兵級，(Equites)，餘五級爲步兵級、(Pedites) 每級又分成若干隊。騎兵級共有十八隊，每隊一百人，(Centuria)，另有工兵四隊，貧民一隊 (Proletarii, capite censi)：步兵級分爲五級，第一級(最高級)共八十隊，第二第三第四級各二十隊，第五級有二十四隊，共計一百九十三隊。(此係據 Dionysius iv, 18; vii 59; 但據 Livy 則爲一百九十四隊)。每級之隊數又分爲高年隊 (Seniore 男子四十六歲——六十歲) 與低年隊 (iuniores 男子在四十六歲以下)，隊數相若，惟騎兵級與第一級所得隊數合計佔九十八隊，故在

選舉上恒佔勝利，因隊爲開政事會議之選舉團體。（此係據 Jolowicz, p. 19;）但關於軍伍會之組織考據，學者間意見不一致。德儒蒙森（Mommsen）謂軍伍會係以軍隊之結合而投選舉之會議，（見 Mommsen, Staatsr. iii, 247; 參較 Greenidge, 69 之意見）。鮑斯服（Botsford）對蒙氏之說，加以否認，綜其理由，約有二端：其一，羅馬軍隊之組織，絕不如此之整齊簡單，因軍隊數量須隨人口地域而增加也。其二，高年隊之隊數既與低年隊同佔半數，是軍力方面未免過弱。（見鮑氏前引書）以是學者間謂軍伍會之組織實係選舉之團體，不過仿軍隊之組織耳。（見 Jolowicz, p. 29）此說亦屬過於臆測。按古代法制，殆皆出於當然之要求而成。軍伍會之末期，雖已失却軍事之地位，然在初時，實一軍事機關，藉以供給軍力，要無可議。後儒每以今人之眼光推測古代政制，未免失徵。

（註十七）集族會或譯貴族會，其性質亦無確定之論據。傳說羅馬人由三種族結合而成，即 Rannes, Tities, Luceres 是也。每種族分爲十族，共三十族 Curiae，族爲選舉單位，每族由若干家團集合而成，但亦有謂每十家團成一族者，此說不能認爲正確。蓋族之以爲地域爲界限，故有一定之數額。至於家團（Gens）組織，隨各族之盛衰而定，當難劃一不變。（說近 Buckland, p. 3; 然亦

第四章 羅馬法之淵源

有人主張以集團爲地域界限者，如 De Francisci, Storia del Diritto Romano, I, p. 110. 初時之集族會，祇限於貴族，及後平民始准參與焉。(Botsford, p. 8-15)

(註十八)參見拙著羅馬法之淵源，東吳法學季刊第四卷第七期第七九九頁，Jolowicz, p. 18, 119, 125.

(註十九) Buckland, p. 4, Mommsen, iii, 270.

(註二十)據鄔爾賓所云。見 Ulpinus, Reg. I, 2.

(註二十一) Sohm, p. 208. 羅馬後來大部分法律皆屬此項。

(註二十二) Jolowicz p. 85; Sohm, p. 208; Buckland, 7, n. 2.

(註二十三) Fr. Vat. 266 sqq; Buckland, § xci. 關於此項行爲，如權利人欲主張其權利時，被告若提起抗辯之訴，則權利人之主張遂失其作用。

(註二十四)此爲罰則規定，即違反者之行爲視爲有效，不過加以處罰耳。弗雷亞遺囑法之外，尚有麻

西亞律 (Lex Marcia) 亦同。(見 G. 4, 23; Bu kland, § CXIX)

(註二十五) Mommsen, iii, 161 sqq; Botsford 48 sqq.

(註二十六)至紀元前三〇四年，對於無地之羅馬人則另編入四市區域會。羅馬人加入區域會後，其姓名上亦隨之而示區別，此項姓氏，代代相繼。(見 Jolowicz, p. 21)

(註二十七)詳見 Jolowicz, p. 22.

(註二十八) Buckland, p. 415.

(註二十九)遠在紀元前四五六六年之伊西利亞律 (Lex Iulia) 及四四四年之甘紐黎亞律 (Lex Canuleia) 皆是。

(註三十)見 Mommsen, ii, p. 159.

(註三十一)十二表法初僅十章，後補入兩章，樹立於公共場所，俾衆週知，此爲法律公布之義。內容所載，係屬刑法私法及訴訟之一部分。

(註三十二)詳見拙作羅馬十二表法之研究，法學季刊第三卷第一期第三十六頁——四十二頁。參較 Mackenzie, Roman Law (7th ed.) p. 6; Ihne, Early Rome, Chap. 18; Dury, History of Roman, 1, 331-340; Gibbon, History of the Decline and Fall of the Roman Empire, Chap. 44; Greenidge, Historical Introduction to Poste's Gaius, XXI, XXII (Whituck's

ed.); Pais, *Storia di Roma*, I, 7, p. 584.

(註二十三)見 Jolowicz, p. 85 sqq.

(註三十四)如中國·印度·希臘、等是。• Jolowicz, p. 89.

(註三十五) Murhead, p. 23, 44, 67, 70 note 38, 174, 200 sqq., 235 n. 7, 236.

(註三十六) Jolowicz, p. 86-87.

(註三十七) D. 1. 2. 2. 38; Jolowicz, p. 15, 88.

(註三十八)有定在二百五十四年者，見 Leage, p. 270 D. 1. 2. 2. 38.

(註三十九) D. 1. 2. 2. 38; cp. D. 1. 2. 2. 35; Leage, op. cit., p. 27; Jolowicz, p. 88.

(註四十)見 D. 1. 2. 2 埃利斯 (Senus Aelius) 在紀元前二〇四年著述市民訴訟法行世，後儒稱爲

埃利斯法 (Jus Aelianum)。此書價值遂凌加三百零四年之弗禮咪斯法 (Jus Flavianum)。

(註四十一)柯氏之後，羅馬法學漸茲蓬勃，其間治法成名之士，達四十五人之多。詳見 Lenel, *Palingenesia juris Civilis*, 2 vols., 1889; D. 1. 2. 2; Sherman, vol. 1, 46 sqq; Jolowicz, p.

(註四十一) Mommsen, op. cit. 1, 203; Buckland, 5; Girard, Org. Jud. 1, 272 sqq.

(註四十三) Livy, 6, 42; Mommsen, op. cit. 2, 193.

(註四十四) Buckland, § ccvii, ccxiv.

(註四十五) 約在紀元前一百四十年。(梭姆之說，則估定在紀元前一三〇年，見 Sohn, p. 247。)埃

百地律亞 (lex Aebutia) 始規定准許裁判官 (Praetor) 依時代之需要及特個案件情形改用較合

理之訴訟方式，以替代市民法之訴訟方式 (Legis actio)。見 Gaius, 4, 30。但學者間對於此律

之意見頗有出入。法儒賈拉 (Girard) 謂在埃百地亞律以前，羅馬訴訟，全以市民法訴訟方式爲

主。見 Girard, Mém. 1, 67-174; Org. Jud. 1, 217。關於此律日期之討論，參較 Jolowicz, p. 2

22 sqq.

(註四十六) 左爾士詳謂羅馬私法因裁判官告令而發生變更。Jörs, geschichte und system des rö-

mischen Privatrechts, 158 sqq; Jolowicz, p. 98, 99, 222-229; Buckland, 5, 6;

(註四十七) Jolowicz, p. 96.

(註四十八) 大官法即裁判官因行使職務而發施之法令也。拉丁文之 Honor 即屬官職之義。此項彙集

之告令、稱曰 *edictum tralatium*。

(註四十九)謝西羅所述 *Verres* 悲劇中、將裁判官濫用裁判權之情形暴露無遺。見 *Cicero*, in *Verres* II 1. 46.

(註五十) *G.* 4. 26; *Cicero*, *Top.* V. 29; *Murhead*, p. 18-19.

(註五十一)見 *Buckland*, *Main Institutions*; etc, p. 1-4; *Text-Book etc.* p.7-8; *Jolowicz*, p. 359 sqq.

(註五十二) *Buckland*, *Text-Book*, etc., p. 7. note. 1.

(註五十三)其頒行手續、詳見 *Mommsen*, *Gen. Schrift (Jur.)* 3, 390; *Ulp. Reg.* 1.

(註五十四)即如 *lex Canuleia* (444 B. C.) 亦然。

(註五十五)見 *Mommsen*, *Strafr* 202 sqq.

(註五十六)見 *Buckland Text-Book*, etc, § xxviii, ciii, cxi, cxxxiv. 此項律令、類皆涉及婚姻及離婚、(如 *Lex Julia de moritandis ordinibus*; *lex Julia de adulteriis Coercendis*; *L.*

Papia Poppaea) 解放、(如 *L. Aelia Sentia*; *L. Fufia Caninia*) 訴訟程序、(如 *Leges Juliae*

等。

(註五十七)如解放律等。

(註五十八) D. 47. 21. 3. 1; Krueger, *Röm. Rechtsq.* 89.

(註五十九) *Brunns, Fontes Juris Romani*, I, 202; Girard, *Textes*, 107; 參見 *MommSEN, Staatsrecht*, 2, 878 sqq.。如紀元後九年之柏比亞卜柏亞律 (*Papia Poppaea*) 關於羅馬人未婚及無子者之消極的規定，實非當時羅馬人民所歡迎，且提此案之裁判官皆爲鰥夫，則可見議會之議案悉依帝王之意志。

(註六十) 見 *Jolowicz* p. 383, 391; *MommSEN, Staatsr* 3, 348, *Buckland*, p. 8.

(註六十一) 見 *Buckland*, p. 8; *MommSEN, Staatsrecht*, 2, 916.

(註六十二) *Tactus*, I, 15.

(註六十三) *Buckland*, p. 8. 例如 *I. Julia de maritandis ordinibus* 及 *I. Papia Poppaea* 關於婚姻方面之規定，雖經數年間之爭執，然終由元老院通過，以順承帝王之意旨。

(註六十四) 見 *MommSEN, Staatsr.* 2, 1087 sqq; *Jolowicz*, P. 341; *Buckland*, p. 9.

第四章 羅馬法之淵源

(註六十五) G. 1. 6.

(註六十六) 新置之裁判官，大都因事而設。見 D. 26. 1. 6. 2; C. 4. 56. 1; Just. 2. 23. 1.

(註六十七) 時紀元後一百二十五年。

(註六十八) Const. "Tantia," 18.

(註六十九) 同上。

(註七十) 見 Krueger, Röm. Rechtsg. 94; Girard, Mélanges, 200; Buckland, A Text-Book,

etc. p. 11-12; Muirhead p. 279 sqq.

(註七十一) 見註六十八。

(註七十二) 共和時代之法家著述，詳見 D. 1, 2; Lenel, Palingenesia Juris Civilis 2 vols. (1889

); Roby, Introduction to the Digest, p. XCV.

(註七十三) 各家意見參見 Krueger, Röm. Rechtsg. 121 sqq; Girard, Manuel etc., 79; Karlowa,

Röm. Rechtsgeschichte 1. 660; Kipp, Geschichte der Quellen (3 te Aufl.) 110.; Cuyq,

Manuel des Institutions juridiques des Romains 53; Jörs, Röm. Rechtswissenschaft der

Republik, p. 84; Jolowicz, p. 365 sqq

(註七十四)見 Wlassak Die klassische Prozessformel (1er Teil), p. 42; D. 9, 3, 5, 12; 3, 5, 20.

(註七十五)詳見 Jörs, Römische Rechtswissenschaft der Republik, § xx-xxiv. 本文所引之意見，係根據謝西羅 (Cicero) 所言，見 De Orat. 1. 48, 212; Pro Murena, 9, 19.

(註七十六)優帝編訂法典大全，皆取材於法家著述。

(註七十七) Cic., Pro Caec. 24, 67-69.

(註七十八) D. 1, 2, 2, 37,

(註七十九) Jörs, Römische Rechtswissenschaft der Republik, p. 255,

(註八十)法家解答—Jus Respondenti.

(註八十一) Buckland, Text-Book etc, 25 以後論此頗詳。

(註八十二) D. 1, 2, 2, 48.

(註八十三) Krueger, 見註一書 236.

第四章 羅馬法之淵源

- (註八十四) Roby, Introduction to Digest, cxxvii 之後。• Buckland, 27 頁以後。• Krueger, 160 頁以後。• Jolowicz, op. cit., 384 頁以上。
- (註八十五) Sohm, Rom. L., 94.
- (註八十六) Sohm, Rom. L., 104.
- (註八十七) Kipp, Geschichte der Quellen, (3 te Aufl.) § 18.
- (註八十八) Buhl, Salvius Julianus.
- (註八十九) Roby, Introd. to Dig., cixxiv 之後。• Classon, Étude Sur Gaius; Ledlie, Great Jurist etc., 38.
- (註九十) Roby, Introd. cxci; Costa, Papiniano, 13, 之後。• Ledlie, Papinian, Great Jurists etc.
- (註九十一) Roby, cci; Fiting. Atter and Folge, 81; Ledlie, etc.
- (註九十二) Roby, cxcvi; Fiting, 99; Buckland, 31.
- (註九十三) Just. 1 2. 3; D. 1. 1. 6. 1; Jolowicz, op. cit., p. 359.

(註九十四)參較 D. 1. 2. 2. 5.

(註九十五)近代之所謂成文法與非成文法，含義不若羅馬法之廣。今言成文法者，謂法律有系統之編訂也。見 Blackstone, Commentaries, 1. 63.

(註九十六) Jolowicz, op. cit., p. 359.

(註九十七)例如宣告禁治產及 (D. 27. 10. 1. pr.) 禁止夫妻間之互相贈與等是。(D. 24. 1. 1.)

(註九十八) D. 1. 3. 32. 1. 說者有謂此係古典後期之學說，受希臘哲學思想之影響。見 Steinwenter,

“Zur Lehre vom Wohnheitsrechte” (St. Bonfante, 11. 419-440).

(註九十九) Just 1. 2. 9; Ulp. 1. 4; D. 1. 3. 35.

(註一百)如對於傷害之處罰是 (Just. 4. 4. 7.)。

(註一百零一) Buckland, p. 13; Jolowicz, p. 13; Sohn p. 106-7; Muirhead, p. 278,

(註一百零二) Mommsen, Staatsr. 3. 1024 sq.

(註一百零三) Buckland, p. 13.

(註一百零四)見 Girard, Textes 129 sqq.; Bruns, 1. 164 sqq.

第四章 羅馬法之淵源

(註一百零五) Kipp, *Gesch. der Quellen*, 62.

(註一百零六)此項手續如何規定及廢弛，可見 Mommsen, *Staatsr.* 3, 1037 以下。

(註一百零七)前引書一〇四五頁以下。

(註一百零八) Willems, *Droit Public Romain*, 157, 185.

(註一百零九)見前引書一八五頁以下。

(註一百十)前引書四四一頁以下。

(註一百十一)泰柏雷斯朝 (Tiberius) 雖將選舉之權由議會移至元老院，但不能即視為賦與元老院之

立法權。(見 Jolowicz, p. 333, 368)

(註一百十二) D. 1. 2. 2.9; Gaius 1. 4. 但 Theophilus 在第六世紀時以此係出於荷典希亞律 (L. Ho-

rensia) 之更制，史家認為無據。

(註一百十三)見 Buckland, p. 15.

(註一百十四)德儒 Mommsen 之研究結論，謂在帝政時代，僅皇帝有權提案耳。見 *Staatsr.* 2, 899

Sohn, p. 167.

- (註一百十五) 如關於被監護人財產之色味利提案 (Oratio divi Severi) 是。見 D. 27. 9.
- (註一百十六) Krüger, op. cit. 83; Karlowa, op cit., p. 643;
- (註一百十七) Wlassak, Röm. Prozessgesetze, vol. ii, p. 173; Mackeldey's Roman Law, (Dr-opsiés translation, 1883) p. 18; Puchta, Just. § 75.
- (註一百十八) Mon. Anc. I. 37-39
- (註一百十九) 參見 Kreller. Z. S. S. XLI. 262-272.
- (註一百二十) Buckland, p. 16.
- (註一百二十一) G. I. 5.
- (註一百二十二) D. 1. 4. 1. pr. 1
- (註一百二十三) Jolowicz, p. 371.
- (註一百二十四) 同前。
- (註一百二十五) D. 1. 4. 1; G. 1. 5; Buckland, p. 17.
- (註一百二十六) Krueger. op. cit. 310.

〔註〕百二十七) Krueger, op. cit. 331.

〔註〕百二十八) C. 2. 42 3. pr.

〔註〕百二十九) D. 16. 1. 2. pr.; Bruns, I. 253.

〔註〕百三十) 如 C. 7. 6. 1. 3; Just. 3 7. 4; Just. 2. 6. 14. 見 Mommsen, Staatstr. 2. 906.

〔註〕百三十一) Buckland, p. 18; Jolowicz, p. 372.

〔註〕百三十一) 雜見 Karlowa, op. cit. 649; Krueger, Röm Rechtsq. 103; Kipp, op. cit. 72; Jolowicz, p. 373.

〔註〕百三十三) G. 1. 5; D. 1. 4. 1. 1. 2; 40 5. 38.

〔註〕百三十四) D. 48. 7. 7.; 40. 5. 38; Lenel, Palingenia, 1. 959.

〔註〕百三十五) Karlowa, op. cit. 1. 650; Kipp, op. cit. 73; Krueger, op. cit. 394.

〔註〕百三十六) Buckland, p. 21.

〔註〕百三十七) 雜見 Krueger op. cit. 109.; D. 47. 11. 6.

〔註〕百三十八) Jolowicz' p. 376.

- (註一百三十九) D. 29. 1. 1. 其他之例、可參見 D. 1. 16. 6; 23. 2. 65.
 (註一百四十) Krüeger, op. cit., 348-359.
 (註一百四十一) Buckland, p. 33; Clark Roman Private Law (Sources) p. 97.
 (註一百四十二) Sherman. Roman Law etc, vol. 1, p. 126 sqq; Declareuil, Rome the Law-giver, (Parker's translation), p. 339sqq.; Muirhead, p. 345 sqq.; Krüeger, op. cit., p. 29
 7; Riccobono Riv di, diritto, 1910, 37; Baviera, MéI. Girard, 1. 67.
 (註一百四十三) Karlowa, op. cit., 1. p. 932; Kipp, op. cit., p. 127.
 (註一百四十四) C. Th. 1. 4. 1.
 (註一百四十五) C. 1. 17. 1. 6.
 (註一百四十六) C. Th. 1. 4. 2.
 (註一百四十七) C. Th. 1. 4. 3;
 (註一百四十八) Buckland, p. 35; Jolowicz, p' 469;
 (註一百四十九) C. Th. 14. 9. 3.

- (註一百五十一) C. Th. 1. 1. 5
 (註一百五十二) Jolowicz, p. 372.
 (註一百五十三) C. 1. 1. 1.
 (註一百五十四) C. Th. 1. 2. 2; 參錄 1. 2. 3.
 (註一百五十五) C. Th. 1. 2. 11.
 (註一百五十六) C. 1. 14. 3; Nov. Val. 8. 1.
 (註一百五十七) Dill, Roman Society in the Last Century of the Western Empire; Hodgkin, Italy and her Invaders, vol. ii, p. 532-613; Seeley, Roman Imperialism, lect. ii, p. 37-64;
 Bury, A History of the Later Roman Empire, vol. i, chap. iii.
 (註一百五十八) 參見 Bury, History of the Later Roman Empire, 2 vols.; James Bryce, Justinian, Encyc. Brit.; Rawlinson, The Seventh Great Oriental Monarchy, chap. XXIV
 (註一百五十九) const. "Haec quae necessario"

(註一百六十) Const. "Summa rei publicae"

(註一百六十一) Jolowicz, p. 485, 510; 關於第一法典之考訂，見 The Oxyrhynchos Papyri

XV. No. 1814; Krieger, Z. S. S. XLIII 561-563; Bonfante, B. I. D. R. XXXII 277-282.

(註一百六十二) Jolowicz, p. 479-480; Kühler, Geschichte des römischen Rechts (1925) p. 384

(註一百六十三) Bonfante, Historie du Droit Romain, II, p. 57.

(註一百六十四) Ser. Giur. I. 232.

(註一百六十五) 丘漢平著·羅馬法之淵源法學季刊第四卷第八期第七六一二頁。Jolowicz, p. 486 sqq.;

Buckland, p. 4. sqq.; 最良版本，見德儒 Momm森校訂，共二冊。關於會典之研究，可閱

Roby, Introduction to the Study of Justinian's Digest. 羅比教授將會典全書列出綱要，可閱

研究羅馬法者不可不閱。關於內容排列之討論，見 Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, IV (1818), 256-474.

(註一百六十六) Jolowicz; p. 498 sqq; Moyle, Imperatoris Justiniani Institutiones, Intro-

duction; Muirhead, p. 369-371. 丘漢平著前引書。

(註一百六十七) Krüger, *Röm. Rechtsq.*, p. 386; Walton, *Historical Introduction to Roman*

Law (2nd ed., 1912) p. 303 sqq.; Muirhead 3rd ed.) p. 372 sqq.

(註一百六十八) 例如第一百十八號及第一百二十七號新憲令之關於無遺囑繼承是。

(註一百六十九) *Joh. Scholasticus* 在紀元後五百五十年編輯寺院憲令時，謂彼須從各方面搜集方得。見 *Heimbach, Anecdota*, II, 208. 於此可見當日僂帝之朝并未將其頒行之憲令編訂成書也。

(註一百七十) 關於後儒編訂之新憲令，吾人今可觀者凡三種版式。見 *Jolowicz*, p. 503-505.

(註一百七十一) 見 *Sohm, (Ledités translation)*, 3rd ed., p. 19 sqq.; Muirhead, p. 393 sqq.;

Mackeldey's Roman Law (Dropsie's transl.) 1883, § 108-117.

(註一百七十一) *Mackeldey, op. cit.*, p. 87; *Sohm*, p. 19, sqq.; *Brenemann, Hist. Pandectarum (Utrecht)* 1722.

(註一百七十三) *Muirhead, op. cit.*, p. 396; *Sohm*, *op. cit.*, p. 20

(註一百七十四) 今所發現之本無一在第九世紀之前。見 *Jolowicz, op. cit.*, p. 499; *Mackeley,*

op. cit p. 86.

(註一百七十五) Schrader, *Prodrromus*, (Berlin, 1823), p. 35 sqq. 參看 Mackeldey 之書，彼則未確定何世紀，即第九或第十世紀。

(註一百七十六) 杜林本係一千八百二十年發現。詳見 Schrader, op. cit., p. 55; Savigny, *Rechts etc.*, (2nd ed.) vol. 2, p. 71.

(註一百七十七) Savigny, op. cit., Vol. iii, p. 486.

(註一百七十八) Buckland, op. cit p. 47.

(註一百七十九) Sohm 謂有一百二十五令，而 Jolowicz 則稱僅有一百二十四令也。

(註一百八十) 德儒伊埃林 (Ihering) 有言曰：『羅馬征服天下凡三次：首爲武力，繼以宗教，末乃法律。』 Brissaud, *Cours d'hist. gen. du droit francais*, vol. 1, pp. 192.

第五章 羅馬法近代化之演進

優帝編訂法典之後，羅馬法律自身之演進告終。而東羅馬帝國不惟未能發揚光大，且因

其對於羅馬法斷章取義之故，反予羅馬法以紛亂之結果也（註一）。

但就日耳曼民族盤據之西歐而言，則羅馬法之侵襲，適與東羅馬相反。卽至羅馬帝國滅亡後，優帝法典仍被奉行不衰。（註二）且羅馬之侵襲歐陸，一如羅馬之語言，善能吸取侵入地之精華，益使羅馬法自身力量之澎湃，而成今日之世界化。（註三）故吾人今日研究羅馬法之近代化，不可不追溯本，以明其演進。概括言之，不外三端：（註四）一曰宗教勢力之擴張，教會立法漸成一獨立法系，二曰羅馬法研究之復興，開其端者，卽世所謂註釋學派也。三曰羅馬法之適應近代，總其成者，解釋學派也。茲分述之。

第一節 教會法之影響

自十一世紀末季以還，教會力量漸見根深蒂固，而權威之大，幾凌駕皇權之上。教會所訂定之法規，雖稱爲教會法，然其範圍，不僅宗教事項已也。蓋其目的在求改善法律全體，故不論私法也，刑法也，訴訟法也。罔不欲求其改革，使與宗教信條不悖。（註五）中世時代

，神權皇權并立。法律亦因之而分野。耶教統治世界，以教會法爲神聖不可侵犯。至十四世紀初葉，教會法遂爲耶教之金科玉律矣。

就教會法之實質內容而言，（註六）其因襲羅馬法成分灼然可見，不過加注以中世之觀念耳。在私法方面，教會之改革收效雖不若其他部分法律之深刻，而其中亦有不少基本原則爲後世法律所尊重者。例如取得時效應以繼續善意爲要件以及重利之禁止等是。（註七）在訴訟法及刑法方面，其影響所及，幾同新創。（註八）因之，羅馬之訴訟法及刑法遂蛻變爲教會之訴訟法及刑法。然亦以其如此脫胎之故，遂使羅馬之私法與教會法同爲西歐各國所承受。而教皇之法典不啻羅馬帝王法典之中世化，使其適應中世人民之需要也。

但吾人宜加注意者，則上述教會法雖大半襲自羅馬法，然其適用亦祇及教庭耳。教庭以外，非教會之管轄所及。故羅馬法近代法之演進仍有待於法家之努力焉（註九）。

第二節 羅馬法研究之復興

第五章 羅馬法近代化之演進

自優帝編訂法典之後，羅馬法西侵歐陸。斯時龍巴人（Lombards）對於日耳曼習慣及古代法整理闡明，不遺餘力，在司法方面，形成獨立一派，（註十）以適用日耳曼法為裁判之根據。故在第十及第十一世紀之間，羅馬法幾皆摒之度外，不為時代所重視。（註十一）況羅馬法自編訂法典後，註釋研究，幾無其人。習法之士，類皆斷章取義，撮要引文，無益於法學之研究。與龍巴法相形之下，羅馬法殊近奄奄一息，無重振之望也。

然事有不盡然者。龍巴法雖得助於龍巴法家整理闡明之功，然以龍巴法系自身粗陋不堪，甚難適應時代之需要。而研究羅馬法之士，觀於龍巴人整理日耳曼法律及習慣，有條不紊，堪以為法，遂即應用於羅馬法之研究。自十一世紀下半紀以還，波羅諾（Bologna）派學者始以龍巴法家之方法治羅馬法，開羅馬法研究復興之先聲，即所謂註釋學派（School of glossators）是也。伊爾尼雷斯（Imerius）者，註釋學派之領袖也。（註十二）說者謂伊氏之前，有卜比氏（Peppo）者實為註釋派之先聲。（約生於一〇七〇年）（註十三）伊氏之後，有馬丁諾斯（Martinus Gosia）、卜爾札魯斯（Bulgarus）、雅可布斯（Jacobus）、胡歐（Hugo）或

作 *rego*) 等人發揚其學，世人稱曰「四博士」(註十四)。至十二世紀初葉，阿梭 (*Azo*)，(註十五) 阿庫爾修斯 (*Accursius*)，(註十六) 奧杜弗列杜斯 (*Odofredus*)，(註十七) 華卡雷斯 (*Vacarius*) (註十八) 柏拉生丁諾斯 (*Placentinus*) (註十九) 均爲此派後起之秀，頗能繼續闡明伊氏之學。

註釋派之學者，其研究羅馬法也，先就優帝法典正文加以簡要註釋，然後尋其相關之條文，互爲闡明意義。故不但就文義加以解釋而已，即對於法典正文有矛盾出入之處，亦必一一引出釋明，務使矛盾出入部分得以調和。要之，此派之重要工作，在於能研究羅馬法之全體，不復如前人之斷章取義，舍難就易。雖正文之一字一句，亦必明其義而後已。羅馬法從此一番之研究整理，遂成一極有價值之法律寶藏，而其法理於馬大昌(註二十)。

雖然，註釋學派之工作，亦非一蹴而幾也。當其始也，日耳曼法律仍爲法院奉爲金科玉律，優帝法典正文，固已註釋闡明，不復如前此之晦澁，然其適應中世社會之需要，則有待於後來註釋派學者之繼續探討。註釋學派爲求羅馬法之適應中世社會之需要，故於註釋法典

正文之後，兼引龍巴法比較之。此例一開，羅馬法貫注中世精神之收效日著，而其適用漸見實行，日耳曼法漸爲司法官吏所鄙棄。此不獨日耳曼法爲然，即意大利方法亦同出一轍，次第受其征服，羅馬法遂爲中世時代之現行法矣（註二十一）。

第三節 羅馬法之適應中世社會

十四世紀中葉以還，註釋學派之工作已臻完備，羅馬法正文之註釋，幾無以復加，研究羅馬法之士，對於羅馬法之整理，漸告段落。故當前之急務，厥惟羅馬法如何方可適應中世社會之需要，此後期註釋學派或解釋學派（School of Post Glossators or Commentators）之任務也。（註二十二）羅馬法之寶藏山前期註釋學派之發現而闡明，而其應用於中世社會，則至後期註釋學派始完緒其工作。此派之健將，舉其著者，有奇諾斯（Cinus），（註二十三）巴妥路斯（Bartolus），（註二十四）鮑爾杜斯（Balduus），（註二十五）等人，均生於十四世紀之間。至其治學之地，則俱在伯路基亞（Perugia），霸去亞（Padua），霸味亞（Pavia）

等地。關於後期註釋派之功，論者每失於檢察其特點。苟以闡明羅馬法正文而言，此派之功誠無足道，蓋其遵承之法，不外就前期註釋學派之註釋加以冗長辨詰，甚至與法律無多關要者，亦一併拉雜論列。若以此而評後期註釋學派之工作，實屬欠允（註二十六）。夫後期註釋學派所負之使命，並非如前期註釋學派之闡明文義。而在後期註釋學派觀之，闡明法典正文已臻完備，亦毋容添足。故其治學，別具方法。况中古之意大利，政治文學等類，漸見統一，而法律方面，亦感統一之需要。此派法家，遂取羅馬法之法文注以意大利當時之觀念，同時兼取習慣及地方法律相彰明，使羅馬法與意大利法收互相關係之效。閱時未幾，法曹咸以羅馬法為旨歸，意大利之地方習慣及法律，漸與羅馬法冶成一爐（註二十七）。不但此也，教會法之適用，在前此祇限於教庭者，今則因後期註釋家之善於引導，使羅馬法重復生機，貫以當時社會觀念，而成羅馬法獲用於近代，即所謂「有效羅馬法」也。

不寧惟是，歐洲中世之理性學派觀念，解釋學派更引用以研究法律，遂啓法律科學之抽象的研究。（註二十八）理性學派之立論，與吾國宋學相近，同以天下萬物，俱出於理。故其

第五章 羅馬法近代化之演進

治學之主要方法，厥爲演繹法，換言之，卽注重抽象概念之分析研究也。此派之方法既如是抽象，於是對於經驗之爲物，視同糟粕，無一顧之價值，而其所注意者，一以理性爲依歸。風氣所趨，理性派之學說大受中世時代之歡迎，辯證法奉爲金科玉律矣。

理性學派之立論，推其極也，遂視萬有爲無物，唯思想理性宰制天下耳。吾人生於今世，對此理性學派之見解，莫不具反抗之心理。然吾人若稍視時代之背境，則理性派之見地，在中世黑暗時代，則不可不認爲人類之曙光矣。良以中世時代，人類幾失理性，視人爲天所賦與，一切命運俱已天定，莫可逃違，遂使人類靈性失却，中世之所以如是黑暗慘淡者，蓋由於「定命」一說深入人心也。其後理性派振臂一呼，啓示人類之智慧凌駕萬物之上，攻擊定命論之失當，奄奄一息之人類，遂復得生機，而啓歐洲文藝復興之先聲也。

理性學派之治學方法，由意大利之解釋學派用以研究羅馬法律，而近代大陸法學於焉奠立基礎。解釋學派之前賢已將羅馬法簡要註釋，不必再事探求，其認爲迫切之工作，要在法律之概念化。蓋羅馬法之正文雖已明晰，但其適應於中世生活却成問題，理性學說既爲時代

之思想，則必須使羅馬法中世化而後可得當世之信仰也。故此派專研究羅馬法之一般概念及原理，而不問羅馬法之原來條文意義如何。此風一開，法律之抽象的研究，成爲中世紀之治學方法。其結果遂將羅馬法之精神貫注於中世之法律，歷十四五六三世紀，解釋學派之羅馬法一變而爲德意及西歐各國之「普通法」，此皆得助於解釋學派之治學方法也。（註二十九）

（註一）優帝歿後，希臘文取拉丁文而代之。故至第七世紀間，拉丁文在帝國中之希臘及亞細亞各州府已視爲外國語。職是之故，優帝編訂之拉丁文法典，遂被節譯希臘文，不復存其原璧矣。Bury, Later Roman Empire, p. 514; Gibbon, Decline and Fall of Roman Empire, ch. 53. 此項希臘文法典，稱曰，Basilica 卽就優帝法典摘要節譯成編。其計劃之進行始於馬斯杜帝 (Basilus Macedo 867-886 A. D.)，而由其子斐羅梭孚 (Leo Philosophus, 886-911 A. D.) 完其緒也。書凡六十編，大都根據第六世紀之譯文及節要而成。版本可見 Heimbach, Basilicorum Liber LX, 7 vols, Lipsiae, 1833-97.

（註二）詳見德儒沙威尼 (Savigny) 之大著 Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter

第五章 羅馬法近代化之演進

2nd. ed. 7 vols., Heidelberg, 1834.

(註三) Mackeldey, p. 69 sqq.; Sohm, p. 133.

(註四)關於羅馬法之發展途徑，研究羅馬法者恒分爲東西二部。至羅馬法之如何侵入各國法系，見

Sherman, vol. 1, p. § § 183-412; Mackeldey, p. 65-83; Sohm, p. 132 sqq.

(註五)關於耶教對於優帝編訂法典之影響，可見 Riccobono, L'influence du Christianisme dans la codification de Justinien (in 5 Revista di Scienze, "Scienza," no. IX-II, 1909)。耶教

對於中世時代之影響，詳見 Tropiông, De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains, Paris, 1843; Merivale, The Conversion of the Roman Empire, London, 18

64; Allard, Le Christianisme et l'empire romain, 2nd ed. Paris, 1897; Cuyq, Vol. ii, p.

775; T. W. Lindsay, The Triumph of Christianity.

(註六)寺院法大典 (corpus juris canonici) 之內容，因編訂之年代而分爲四部。即一千一百四十年

N Decretum Gratiani, 一千二百三十四年 N Liber Extra, 一千二百九十八年之 Libre

Sextus, 一千三百十七年 N Clementinae.

(註七) Sohm, p. 139; Sherman Vol. 1, p. § 152.

(註八) Sohm, p. 140.

(註九)前引書全頁。

(註十)龍巴人之司法制度、可見 ZS. d. Sav. St., germ. Abt., Vol. 1, pp. 23, 24.

(註十一)在一千零七十年，龍巴法之註釋問世，是則吾人所習聞之“Expositio.”詳見 Boretius,

Bonum. Germ. Legum tom. IV, p. LXXXIV sqq.

(註十二)伊氏生於一〇五五年，卒於一一三〇年。彼在一〇八一—一〇八二年間在羅馬編述名著 *Qu-*

aestines de juris subtilitatibus. 其事跡見 Savigny, *Geschichte d. röm. Rechts*, vol. IV,

chap. 26-7; Ortolan, *History of Roman Law* § 613; Colquhoun *Roman Law*, § 138

(註十三) Fitting, *Pepo zu Bologna*, Z. S. d. Sav. St., vol. XX iii, P. 31.

(註十四)四博士之年代相若。今可考者，馬丁諾斯逝世在下爾軌魯斯之前，卜氏卒於一一六六年。雅

可布斯卒於一一七八年，胡臥卒於一一七一年。見 Colquhoun, *Roman Law*, § 139; Savigny,

op. cit vol. IV, Chap. 28; Ortolan, *Hist. of Roman Law*, § 615.

第五章 羅馬法近代化之演進

(註十五)阿梭爲波羅諾派最傑出之人材，其著述之影響及於歐陸全土。卽如第十三世紀英習慣法之始祖必力頓(Bracton)在其不朽大著 *De legibus et consuetudinibus Angliae* 一書中因襲阿氏原文頗多。見 Amos, *Civil Law*, p. 446; Gütterbock, *Bracton, and his Relation to the Roman Law* p. 51-4. 阿梭約生於一一五〇年，約卒於一二三〇年。見 Colquhoun, § 146; Savigny *op. cit.*, chap. 370.

(註十六)阿庫爾修斯爲阿梭之最傑出門生，幾與其師齊名，生於一一八二年，在波羅諾大學掌教達四十年，卒於一二六〇。見 Savigny, *op. cit.*, p. chap. 41; Ortolan, *op. cit.*, § 628; Colquhoun *op. cit.*, § 150.

(註十七) Sohm, p. 136; Ortolan, *op. cit.*, 599.

(註十八)華卡雷斯約生於一二二〇年，卒於二二〇〇年，其對於英吉利法之影響，見本書第一章註十一。

(註十九)柏拉生丁諾斯生於一二二〇，卒於一一九二年，爲創辦法蘭法律學校之始祖。見 Savigny, *op. cit.*, vol. iv., ch. 30; Ortolan, *op. cit.*, § 615; Colquhoun, § 141.

(註二十一) Sohm, p. 135-138. 關於後期註釋派之法家及其貢獻，詳見 Savigny, Röm. Recht, in Mittelalter, Vol. iii, chap. 18, 23, 24; Vol. iv, Chap. 5; Panciroli, De Claris Legum, 2nd ed, by Hoffman, Leipsic, (1721); Sarti et Fattorini, De Claris Archigymnasi Bonon. Professoribus, Bologna, (1769, 1772).

(註二十二) 見 Mackeldey, op. cit, p. 69 sqq.

(註二十三) 見 Girard, Manuel de droit romain, 5th ed, p. 85.

(註二十四) 奇諾斯(Cino de Pistola)生於一二七〇年，卒於一三三六年，當其居法國時，熟研該國法律，先後教學於塞拿(Siena, 時一三三三年)、伯路基亞(Perugia 時一三三六年)及佛羅蘭斯(Florence 時一三三六年)。見 Colquhoun, op. cit., § 168; Savigny, Geschichte d. röm. Rechts, 2nd ed. vol. iv, Chap. 50; Ortolan, op. cit., § 628.

(註二十五) 巴安路斯生於一三一四年，卒於一三五七年，為解釋學派之最傑出人材。初在伯路基亞習法，旋入波羅諾大學，於一三三四年獲民法博士學位。其後在比沙(Pisa)及伯路基亞(Parugia)講學，因其在伯地講學十餘年(1343-1357)，且其名望為時賢所仰，遂使伯路基亞大學與波羅諾

第五章 羅馬法近代化之演進

大學同爲當時研究羅馬法之中心地。Ortolan, *Op. cit.*, § 62; Savigny, *op. cit.* vol. iv, chap. 53; Woolf, *Bartolus of Sassoferrato*, Cambridge, 1913; Sohm, *op. cit.*, 148; Sherman,

Vol. 1, p. 212. 關於巴氏之學識，按所述其簡要，見 Sohm, 150-151.

(註二十五)鮑爾杜斯(一名 Baldeschi)生於一三二七年，卒於一四〇六年，掌教波羅諾，伯路基亞，比沙，佛羅蘭斯，巴丟亞，霸味亞等校，爲巴安路斯之最得意門生。詳見 Colquhoun, *op. cit.*, § 157; Savigny, *op. cit.*, Vol. iv, Chap. 55; Sohm p. 151.

(註二十六)此點參見 Engelmann, *Die Schuldlehre der postglossatoren* (Leipzig), 1895, p. 1. (註二十七) Sohm p. 140 sqq. Sherman, Vol. 1, p. 209.

(註二十八)關於理性學派之歷史及治學之法，詳見 Kaufmann, *G. der deutschen Universitäten* Vol. i (1888) p. 1. sqq. 理性學派之始祖，當推阿百拉(卒於一千一百四十二年)。當時巴黎爲此派之中心，而最先應用於法學研究者亦爲法國之法家，時約在十三世紀下半期也。詳見 Savigny, *op. cit.*, vol. V, p. 603 入十四世紀上半期，奇諾斯(Cinus)由法國而應用於意大利，其後奇氏門生巴安路士及巴氏門生霸杜斯相繼闡明。詳見 Engelmann, *op. cit.* p. 11, 12; Savi-

gny, op. cit. Vol. vi, p. 88, 155

(註十九) Sohm, 145, sqq; Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, vol. iii, (1881) p. 38
7, p. 456)

第六章 羅馬私法之分類

優帝在其法學綱領曰：吾人所見之私法全體，或關於人或關於物或關於訴訟（註一），會典從之，（註二）並各明示其爲格阿士（Gaius）之分類。（註三）以是後來研究羅馬法之士，均以此種分類係格氏所創。（註四）然吾人就羅馬法史乘尋繹，實不能使人無疑者。夫格氏之書不過爲古典時代遺下之唯一整個著述，明示當時法家對於私法之分類而已。其後優帝復從而引用，格氏之名大廣，但不能遽認此種分類卽爲格氏所首創也。吾人不必傍徵博引，以證斯言，祇就會典中載錄名家之著述解答加以抉擇，當可徵信。其與格氏同時或較後學者之著述，關於私法之分類，與格氏均係相似，此或可謂盡皆因襲格氏分類，以爲其辯護。（註五）然

有一事足爲吾人特別注意者，卽尼螺學斯（Neratius）法律要旨所遺下之佚文，顯有示出其與格氏之分類相同。（註六）尼氏生在格氏之前，蓋格氏尙在幼年而尼氏已物化矣。（註七）與其曰格氏首創羅馬法私法之分類，不若謂其因襲當時之傳統分類較爲切當也（註八）。

今有一問題較考訂私法之分類爲重要者，卽以私法分爲人法物法訴訟法究有何涵義也。易言之，格氏此項分類果何所據乎？吾人苟將格氏羅馬法一書取而讀之，幾不能下一斷語，於是治羅馬法之學者，遂各持其說。舉其最爲後人所崇信者，不外二派，茲分述之。

據正統派之見解，謂私法之系統應分爲三類：曰人法，曰物法，曰訴訟法。並舉格氏書中原文拉丁名詞 Jus Personarum 以爲「人法」之證明。（註九）惟吾人若進一步之探究，則每分類下所包括者何項，其內容奚若，誠一煩難之問題。蓋訴訟法所包括者，雖其大部分爲法律上之訴訟程序，易言之，卽如何實現權利之內容也，而人法及物法二分類則不盡然矣。人法所包涵者何項，學者各異其說。舊派以爲人法所論者爲關於人之特別權利及義務，（註十）迨究其實，關於人法所包涵事項，則非如舊派之所述。（註十一）惟爲便於敘述起見，近

代學者每於人法之下詳述人之特別權利及義務，但此并非當然之理。此外復有一說，以爲人法則爲親屬法，德儒沙威尼主之（註十二），其不能自圓，正與舊派之論見相同。何況格氏書中「人法」一類所涉論者又非親屬法乎？舉其最淺顯之例，如關於拉丁人之取得自由人格之方法決不能視爲親屬法之部分，乃格氏在人法中則論及之。吾人苟以人法與物法係對待而言，亦不能盡爲解釋，因格氏關於家父權（*Patria Potestas*）之內容，除結婚時取得同意外，固毫末敍及。上述二說之外，尚有許多不同之見解，可置勿論。惟吾人就格氏觀之，其第一篇之所論，涉及權利義務者甚鮮，迨皆關於人格之變更喪得也（註十三）。

與正統派相反者，有法律三面說焉。此說以格氏原意並非欲將法律分爲三部分，乃謂每種法律之規定涉及三面，換言之，得從人之關係一面觀之，或從事物之關係觀之，或從救濟之方面觀之。（註十四）此爲第六世紀智爾飛魯斯（*Theophilus*）所持之解釋者。（註十五）論者有謂智氏之解釋過於抽象（註十六），殊不知吾人以法律分爲三類者，乃爲更抽象之觀念，正非羅馬人所可曉喻也。（註十七）英儒梅恩（*Maitne*）且進一步言曰：「大體言之，羅馬人之法

制得助於權利之觀念者實鮮」。(註十八)此言誠是。再就優帝之法律綱領觀之，更可徵信智氏之說較近切合。優帝因襲格氏之說，而加以按語曰：「法律既皆爲人而設，故吾人宜先明瞭人爲何物。」(註十九)於此可見其所論述者爲人，非「人之法」也。(註二十)試以此說而徵驗法律綱領及格書尤見明瞭。關於「人法」應包括之「人之權利及義務」散見書中各處，格書首篇所概括者爲關於人格之意義得喪變更，他鮮有焉。吾人研究格氏一書，應以此爲觀點，方可洞悉羅馬人之觀念也(註二十一)。

本書爲便於敘述起見。仍依羅馬法之原來分類而加以整理，使讀者獲得正確之觀念，詳言之，則人法，物法及訴訟法也。人法包括人格之得喪變更及家屬法；物法包括所有權之得喪變更方法及其種類，又分繼承遺言，及債等類，訴訟法則包括訴訟程式及救濟程序。本書依此標準而分述，期與優帝法典相仿，而使讀者明瞭原來羅馬法之分類也。

(註一) Just. 1. 2. 12.

(註二) D. 1. 5. 1.

(註三) G. 1, 8.

(註四) Buckland, p. 56.

(註五) 如卡利斯脫拉士 (Callistratus) 鄔爾賓馬施安 (Marician) 施卡華拉 (Scaevola) 保羅斯 (Paulus) 等人著述中皆與格氏分類相仿。說見 Lenel, Palingenesia Juris Civills, 1, 773 sqq.

(註六) Lenel 前書 77 四頁。

(註七) Buckland, p. 57.

(註八) 多數學者研究之結果，皆以格氏因襲傳統一說爲是。見 Girard, Textes etc., p. 222. 尼比謂此項分類溯源於共和時代。見 Kniep Der Rechtsgelehrter Gaius, p. 95. 參驗 Fitting, Al-

ter und Folge, 52, 116; Krüger, R. m. Rechtsquellen, 211; Maine, Early Law and Custom, p. 367; Buckland, p. 57 note 3.

(註九) G. 1, 9, 48.

(註十) Austin, Jurisprudence, II, 709; Poste's Gaius (Whituck ed), 15.

- (註十一) Buckland, p. 58.
- (註十二) Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, I. p. 400.
- (註十三) 同 Moyle, Institutions, (3rd ed.) p. 90 seq.
- (註十四) Moyle, op. cit. 92; Gard, Manuel, 7; Kuntze, Cursus des röm Rechts. § 352.
- (註十五) Parapr. ad. In. I. 3pr.
- (註十六) Moyle, op. cit., p. 90.
- (註十七) Buckland p. 58.
- (註十八) Early Law and Custom, 365, 365
- (註十九) Just. I. 2. 12.
- (註二十) Buckland, p. 59. 參見 Emerton, The Threefold Division of Roman Law.
- (註二十一) 前書第六十頁以下。

本論 上篇 人法

第一章 人之意義及身分

近世法律之所謂人，以其爲權利義務之主體。（註一）故不論嬰孩老少男女，皆稱曰人。甚至胎兒，在形骸上雖未脫離母身獨立，亦享有特定之權利能力焉（註二）。

人之意義，既爲權利義務之主體，則凡能爲權利義務之主體者，皆爲法律上之所謂人矣。故人有自然人與法人之分。

然在羅馬法，則自然人不盡皆爲人，此與近代法律不同。吾人生於斯世，視自然人一律爲人，幾無可疑，庸詎知此觀念實經長期之演進耶？（註三）

自然人之能力，羅馬法依身分之不同分爲三種：一曰自由身分權，依此身分，自然人有自由與奴隸之分也。二曰市民身分權，依此身分，自然人有羅馬人與外國人之分也。三曰家

屬身分權，依此身分，自然人有家父與家子之分也。

自由身分權即 *Libertas*，簡稱自由權。市民身分權，即 *Civitas*，簡稱市民權。家屬身分權，即 *Familia*，簡稱家屬權。此三種身分權，總稱曰人格或人格權 (*Caput*) (註四)。

(註一) *Sohm* p. 161 sqq 參較吾國民法第六條。Robinson, *American Jurisprudence*, § 17; Terry, *Common Law*, § 210, 503; *German Civil Code* p. 1, 1923; *Austria*, 22; *Spanish Civil code*, 29; *Japanese Civil Code*, 1, 968; *Italian Civil Code*, 724; *Argentine Civil Code*, 70; *Chilian Civil Code*, 74; *Mexican Civil code*, 11.

(註二)吾國民法第七條：『胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生。』。

參較羅馬法之規定，見 *C. 6. 29. 3*; *Mackenzie, Roman law*, p. 72

(註三)見 *Sohm* p. 165.

(註四)詳見 *Sohm*, p. 161 sqq.; *D. 1. 5. 2. 3*; *D. 30. 86. 2*; *D. 50. 16. 215*; *D. 50. 17. 22*; *G. I. 49. 50. 120. 121. 132*; *II. 96*; *III. 163. 189*; *IV. 80. Ulp. 19. 18*; *Novel Theod. Const.*

第二章 自由權

自由權爲自由人所不可或缺之生存權利（註一）。故在羅馬法上，人之區別，以是否自由爲最重要。享受自由權之人有生而自由者，曰生來自由人（*Ingenunous*），有因解放或其他原因取得自由者，曰解放自由人（*Libertus*）。今分述之：

第一節 生來自由人

生來自由人與解放自由人雖皆爲自由人，然其所享之權利不同，故其區別亦不可忽視。按生來自由人之資格，基於左列原因：（註二）

- 一、其父母皆爲自由人者；
- 二、其父母之一方爲自由人而他方爲解放自由人者；
- 三、其父母皆爲解放自由人者；

四、其父雖爲奴隸而母爲自由人或解放自由人者；

五、其父不明而母爲自由人或解放自由人者；

六、其母懷胎時爲奴隸而分娩時爲自由人者；

七、其母分娩時爲奴隸而懷胎時曾爲自由人者。

八、其爲棄兒被收養者。

主來自由人之原因，隨羅馬法之進化而寬大。當其始也，限制綦嚴。逮共和末季，法律漸取寬容主義。及優帝之朝，甚至棄兒雖生爲奴隸而亦認爲生來自由人（註三），則可見在優帝之朝，奴隸與自由人之區分漸形隱沒，不復若原始界限之嚴明矣。

第二節 解放自由人

解放自由人雖爲自由人，然以其取得自由權係出於生後之原因，故其地位與生來自由人有別。尤有進者，解放自由人且不因其被解放之故而取得完全之自由權。換言之，在法律上

雖同列爲「自由人」，而在享受權利方面，則受種種之限制也，惟限制之權利屬於公法者多，私法者少（註四）。今請分別論之。

關於政治權方面，解放自由人祇有限制選舉權，詳言之，其選舉權僅限於四市域。因之此級之自由人在卅五市域中喪失卅一市域之選舉權（註五）。至於軍伍會，解放自由人在共和時代全無參與之權，惟較低之海軍職務或有參與。其後軍伍會之組織漸與兵役脫離關係，軍人權利改以種族團體爲服務單位，解放自由人始獲參與之權。他若元老院及官吏各職，自共和以至帝政時代。解放自由人皆無有焉（註六）。

不惟此也，解放自由人在共和時代不能與生來自由人通婚，卽至帝政時代，亦禁止其與元老院議員及子孫結婚，限制之嚴，於茲可見（註七）。逮優帝之朝，所有解放自由人與自由人婚姻之障礙，始一律廢弛，而階級之區分乃成史跡（註八）。

解放自由人除受上述之限制外，更有與其主人之關係在焉。主人對於解放自由人享有承繼權，(Jura in bonis)（註九）。承繼權之設定，爲十二表法所認許，因之，主人對於解放自

由人兼有監護權 (Tutela Legitima) (註十)。解放自由人負有尊敬 (Obsequium) 主人之義務，此項義務乃羅馬法所認為必要者。即使被解放之原因係出於主人與被解放者之物質報酬，被解放之奴隸仍應對主人履行尊敬之義務 (註十一)。即對主人之子孫，亦如之 (註十二)。解放自由人不得對於主人有不尊敬之行爲，如起訴或作證足使影響主人之名譽等是，但若經官吏之恩准，則不在此限 (註十三)。主人贈與解放自由人之物，不論解放自由人有無不敬之行爲，得隨時收回之 (註十四)。但解放自由人贈與主人之物則認為有效；辛西亞律 (Lex Cincia) 且規定無最高額之限制 (註十五)。倘主人解放女奴隸以結婚爲目的者，被解放之女奴隸不得拒絕之 (註十六)。主人如有與解放自由人訂有勞務契約者，解放自由人須誠實履行之。除此之外，主人設遇生活上之困迫，解放自由人應依其狀況而負扶助之義務 (註十七)。

然主人之於解放自由人亦非全無限制。在帝政初期，主人不得供認證言致解放自由人受刑事之處分，即至後期法律，亦規定主人不得被迫供認不利於解放自由人之證言 (註十八)。如解放自由人不能生活時，主人亦應予以賑濟 (註十九)。因營業之競爭，解放自由人不受主

奴關係之約束。惟若主人因此致蒙損害時，優帝時代許主人得禁止其營業（註二十）。主人無強迫解放自由人同居之權利（註二十一）。要之，主人對於解放自由人雖保有特殊之關係，然不能因之而使其再陷於奴隸之地位也（註二十二）。

上述主人與解放自由人之關係乃就一般之解放而言。羅馬法對於主人之權利，在實際上不盡一致，大都視解放之原因而異其規定。凡自願爲無條件之解放者，彼主人對於解放自由人有要求勞務（*Operae*）及贈與（*Munera*）之權利（註二十三）。贈與一項未見重要，且主人對奴隸以金錢贈與爲要挾者，此爲法律所禁止（註二十四）。至勞務則不盡然矣。惟主人亦不得爲過分之要求，致使解放奴隸之生活困難或影響其身分及地位（註二十五）。解放自由人如遇疾病，得爲免除勞動之理由，而主人亦不能要求報酬（註二十六）。若主人應得解放自由人之勞務，如非出於正當原因而不履行，解放自由人須付相當之報酬。此種勞務，不因解放自由人之結婚或顯貴地位而終止（註二十七），但若解放自由人婚後有子女二人以上或付相當贖價時，則對於主人之勞務當然免除（註二十八）。至於女奴隸受解放者，凡年在五十以上或其

結婚經主人同意(註二十九)，或其地位關係不能使其爲勞務之服役者，則免除勞務之責任(註三十)。此項勞務，係以每日爲一定之工作計算，故可移轉之(註三十一)。

主人對於解放自由人亦有應遵守之義務，否則，喪失其權利：如重使解放自由人爲奴隸；命其宣誓永不嫁娶或養育子女(註三十二)；免除女解放自由人之監護等(註三十三)。他若無論何方淪於人格大減等或中減等，亦則喪失主人對解放自由人之權利。惟主人陷於人格減等時，其子孫仍可承繼之(註三十四)，若解放原因係出於主人之過失或行爲失檢者，則主人祇有名義上之關係，無享受勞務之權利(註三十五)。

解放自由人固無從變更其身分爲生來自由人，但得使其與生來自由人享受同一之地位。逮奧古斯特斯帝之朝，准許解放自由人自稱爲生來自由人(註三十六)，其後並賜用指環，以示與生來自由人享同等之權利(註三十七)。自第二世紀以降，賜用指環與解放自由人之事，習以爲常(註三十八)。然解放自由人對於主人之義務，並不因此而受免除(註三十九)。其後復進一步之改革，由皇帝之敕令賦與解放自由人之完全自由權 (*Restitutis natatum*)。(註四

十) 但其對於主人之義務，非經其同意或明示放棄後，仍不得免除(註四十一)。惟就公權及私權兩方面觀之，優帝之朝已盡行廢弛歧視矣。

(註一)自由之定義，羅馬法會如此解釋曰：『凡得以實現其意志之權力而不爲法律所禁止者是曰自由

』Just. 1. 3. 1; D. 1. 5. 4 pr.

(註二) G. 1. 9 sqq.; Ulp. 1-5; Just. 1. 3-8; D. 1. 5

(註三) Th. 5. 9. 1. 2; C. 8. 51. 3.

(註四) Mommsen, op. cit., 3. 440.

(註五) Jolowicz, p. 80.

(註六) Jolowicz, p. 81.

(註七) D. 23. 2. 44 pr.

(註八) Sohm, p. 478.

(註九) Buckland p. 375 seq.

(註十) D. 24 4. 1. pr.; 5. pr.; 8. 1. 165.

- (註十一) D. 37. 15. 3.
- (註十二) D. 37. 15. 5. 6.
- (註十三) G. 4. 46; C. 6. 6. 1; D. 37. 15. 2; D. 48. 2. 8; C. Th. 9. 6. 4; C. 4. 20. 12.
- (註十四) Vat. Fr. 272.
- (註十五) Vat. Fr. 308, 309.
- (註十六) D. 23. 2. 29.
- (註十七) C. 6. 3. 1.
- (註十八) D. 22. 5. 4;
- (註十九) D. 37. 14. 5. 1.
- (註二十) D. 37. 14. 2; 37. 15. 11; 38. 1. 45.
- (註二十一) C. 6. 3. 12.
- (註二十二) C. 6. 6. 6.
- (註二十三) D. 88. 1. 7. 4; C. 6. 3. 3.

(註二十四) D. 38. 1. 32. 但奴隸如願以金錢贖與而取得解放時，則爲法所不禁。D. 37. 14. 6. 1; 38. 1. 59.

(註二十五) D. 38. 1. 2; h. t. 16. 1; h. t. 50.

(註二十六) D. 38. 1. 15 pr.

(註二十七) C. 6. 3. 7. 1; 38. 1. 13. 3.

(註二十八) D. 38. 2. 370.

(註二十九) D. 38. 1. 13. 4; h. t. 30. 1; h. t. 46; C. 6. 33. 然於女主人之權利則不受影響，見

D. 38. 1. 48. 2.

(註三十) D. 38. 1. 34. 35.

(註三十一) Theolon, *Études d'histoire juridique*, 1. 355 sqq.; Buckland, § § xcvi, cix. 此項移轉，限於非屬人義務。見 D. 38. 1. 9. 1. h. t. 23 pr.; Desserteaux, *Capitis Deminutis*,

2. 290. 其已屆勞務之請求權，且可由主人之合法繼承人承繼也。

(註三十二) D. 38. 2. 9; D. 37. 14. 6.

(註三十三) D. 37. 14. 3.

(註三十四) Buckland, § CXXXIV.

(註三十五) C. 7. 6. 1. 4.

(註三十六) Suetonius, Augustus, 74.

(註三十七) Mommsen, Staatsr. 2, 893.

(註三十八) 同前書并見 Vat. Fr. 226.

(註三十九) 康慕杜斯 (Commodus) 帝似以先得主人之同意方可賜與指環。見 D. 40. 10. 3.

(註四十) D. 49. 10. 2.

(註四十一) Nov. 78.

第三章 奴隸

奴隸乃一不自由人，在法律上視同財產，(註一)然其形骸與自然人無異，故奴隸之地位，隨社會觀念之變遷而改進。(註二)羅馬法於此尤為顯然。今將奴隸之原因地位，及解放分

述之。

第一節 奴隸之原因

以自然人爲「物」，今人或將大惑不解，然在斯時，幾同天經地義焉。羅馬法關於奴隸之原因，依市民法及萬民法之規定而稍異，其所以然之故，蓋由於羅馬社會前後之變遷也。

市民法規定奴隸之原因，遠者姑置勿論，自十二表法以降，律有明文。今臚述於次：

- 一、自由人爲盜賊當場被捕者，（見十二表法）
- 二、自由人趨避戶籍之登記經國家販賣爲奴隸者，（見十二表法）
- 三、逃避兵役者，（註三）
- 四、債務人無力償還判決確定之債務經販賣於外國爲奴者，（註四）
- 五、處死刑獸刑及礦役者，（羅馬法總稱曰 *Servi poenae*）（註五）
- 六、解放自由人對舊主人失却尊敬之義務得重使爲奴者，（*Revocatus in servitutem*）

(註六)

七、自由人年逾二十賣却自己爲奴以詐欺買主者。(註七)

依萬民法之規定，奴隸之原因以出生及俘虜爲主。茲分別述之：

一、俘虜 戰爭時捕獲之俘虜爲國家所有，轉售與私人爲奴。此不但外國人爲然，即羅馬人被外國捕獲後，亦視爲奴隸。(註八)然其被捕以前之身分及財產如何處置，實屬問題。苟一旦被捕之羅馬人返國，又將如何？羅馬法關於此問題之解決，獨具卓見。一方爲使法律與事實相符起見，不得不視被捕之羅馬人於被捕時貶爲奴隸身分，一方則顧全日後萬一被捕之羅馬人歸返時，對於其被捕以前既得之身分及財產不可不予以相當之回復。羅馬法本此二點，折衷其規定：凡羅馬人被捕時，其身分及財產即時停止，視其是否死亡或生存而異其效力。若爲生還，則在被捕時起至生還時止期間內之財產權，不過暫時停止而已，於生還時回復(註九)。因之，家子在此期間內取得之財產仍爲其生還家父所有。(註十)於此問題，學者間分爲二派。一派以爲生還之羅馬人並不因其生還之事實當然恢復其權利，須行使重新占有

之行為，方生效力。英儒霸克蘭 (Buckland) 主之。(註十一) 另一正統派之意見，以爲被捕之羅馬人祇要其生還，卽當然恢復其權利，梭姆主之。(註十二) 就上述意見比較觀之，梭氏解釋較符羅馬人之思想，蓋被捕之羅馬人既視爲暫時停止其權利，則其生還時起當然恢復其權利，無須爲重新占有之行為。觀於家子在其家父生還前之取得且屬於家父所有，是可知梭氏之論據較爲有徵矣(註十三)。

家父權因家父被捕而暫時停止，但監護權隨其被捕而終止，因其生還依恢復權法而恢復。(註十四) 婚姻之關係，隨被捕之事實而解除，如欲回復，必須徵得對方之同意。(註十五) 然若妻係其解放自由人，似不在此限(註十六)。至優帝時，法律重爲規定，凡被捕人之生存明時，婚姻依然存在，不得解除之；若生死不明時，則在被捕時起五年期間內妻不得改嫁。(註十七)。

於此有一問題：倘被捕人永不生還或死於異域，其人格及權利將如何處置乎？(註十八) 羅馬人解決法律問題，恆顧全事實。遇此種情形時，羅馬法視被捕人於被捕之時死亡。故在

被捕時之前，其一切法律行為如贈與等皆為有效；而繼承權亦於被捕時確定。（註十九）一切困難問題，均迎刃而解。俘虜原不能為遺囑之行爲，其後康尼利亞律（*Lex Cornelia*）始加認許，視遺囑猶同未被捕時為之（註二十）。

被捕人因生還而恢復其既得之身分及權利，稱曰「恢復權」。（*Jus Postliminium*）取得恢復權之被捕人，必須其被捕原因非出於投降（稱曰 *Trausfuga*）或戰爭不力，且須於可能範圍內逃還。（註二十一）若其為他人贖回時，在贖金未清償前，則無恢復權（註二十二）。惟在此期內，其地位若何，誠一疑問（註二十三）。自由人於歸還羅馬境內時即取得恢復權，如為奴隸，須經其主人重為占有。（註二十四）倘被捕人歸還並無居住之意思者，仍不能享受恢復權。但其後法律規定，凡奴隸經他人贖回時，舊主人在未償清贖價時，無請求返還之權利（註二十五）。

二、出生 凡生母為奴隸者，所生子女俱為奴隸，不問其生父之身分如何也。此為萬民法之規定，與羅馬市民法之以父系計算者不同（註二十六）。吾人詳究其原因，殆由於奴隸階

級之無婚姻權歟！夫奴隸之地位既視同牛馬，則牛馬之產育，易於辨別其母而不知其父。今奴隸之身分，若以其父爲定，不但困難叢生，且有若干問題不能解決者。例如一女奴隸與一自由人及數男奴隸野合，究以何人身分爲準，不亦無從決定乎？此萬民法之所以視生母而不視生父也（註二十七）。

雖然，萬民法之一般規定，有二例外焉。其一，依克陸定南律（*Lex Claudiaum*）規定，凡自由婦女與奴隸同居而生育者，苟獲其主人之同意，所生之子女得視爲奴隸。哈德林帝（*Hadrian*）始廢止之。第五世紀間，羅馬法又爲一變，自由婦女與其解放之男奴隸結婚者，除將其驅逐出境外，其所生子女皆爲國庫奴隸（註二十九）。優帝始廢弛之。要之，萬民法對於奴隸之待遇，已大加寬容，凡生母曾於任何期間獲得自由者，其所生子女則爲自由人（註三十）。視以前法律，不啻天淵之別矣。

第二節 奴隸之地位

奴隸之爲財產權之一，此爲羅馬法一貫之觀念。然以奴隸之智能形骸，與人初無二致，祇因其境遇之不幸，失却其人格，遂與其他動物爲伍，固非天經地義應如斯也。因之，羅馬法雖以奴隸視同財產，但亦斟酌其特殊情形而與以不同之待遇。奴隸之生息，猶其他動物然。不惟其勞力所獲歸於主人，卽他人之贈與物，亦爲主人所有。良以奴隸在法律上無享受權利之人格。但此勞力或贈與之所獲，實非孳息，祇可視爲勞務報酬（*Loco Fructuum*）而已。奴隸之孳息，厥爲生育。逮帝政初期（卽古典時代）始規定奴隸之生育非法律上認爲孳息（註三十一），遂與其他動物異其規定（註三十二），而視爲奴隸之所有。因之：懷孕女奴之主人不因其生母而取得其生育（註三十三），所生子女亦不能視爲其生母之附從物（註三十四）。

奴隸雖無人格，但若對奴隸有重大之侮辱等，法律仍予以適當之保護，此與其他動物顯見有別（註三十五）。不惟此也，對於奴隸之損害，侵權者應負相當之賠償責任（註三十六）。竊盜奴隸，視爲誘略（*Plagium*）（註三十七）。若竟而殺之，主人除得提起賠償損害之訴外，殺害者并處以殺人罪（註三十八）。

至於動產之權利皆因死亡毀滅而終止，然於奴隸，則另有「解放」(Manumissio)之法以毀滅奴隸之身分。蓋奴隸一經解放，猶同再生，以前之地位全滅。

奴隸之買賣，猶他動物然。自契約訂定之日起，舉凡奴隸之一切取得，皆歸買主所有。倘遇被竊等情，誰負其責，羅馬法未有明文規定(註三十九)。賣主對於買主除須擔保無瑕。之事實外(註四十)，並應保證其無逃亡，自殺等項，但須將國籍詳為登記(註四十)。在賣主方面，亦得訂定適當條件，如禁止賣却外國，規定相當期間後解放自由等等，皆為買賣奴隸法律之所許(註四十二)。

至以奴隸與自然人相同者，實係自然法之觀念。在共和時代，奴隸對於主人，惟命是從，生殺予奪，從主人之所欲。帝政初期，漸加限制，稍殺虐待之風。犯罪奴隸仍歸公開法庭審判(註四十三)。克魯特亞律(L. *Clautia* 218. B. C.)規定主人遺棄疾病奴隸時，奴隸即取得自由而入於拉丁人之一級。(註四十四) 逮哈德林帝(Hadrian)之朝，復加限制，禁止主人非經官吏之認許，不得殺害奴隸，殊與近代禁止虐待牲畜之律例相仿。(註四十五) 皮幽

斯 (Pius) 帝更進一步，凡奴隸不堪主人虐待時，得避匿廟堂，經官吏鞠鞫確實後，則賣却於他人，附以不再賣還於舊主人。(註四十六)但至古典時代末期，虐待之風熾熾。康斯丹丁帝於三百十九年始制定殘殺奴隸者以殺人罪論(註四十七)。優帝重加限制，奴隸之待遇漸斯改進(註四十八)。奴隸之墳墓，亦視同神地，不得加以侮辱(註四十九)。

奴隸之婚姻，爲羅馬法所否認。(註五十)但在事實上，男女奴隸之同居，及奴隸間之家屬關係，則爲事之常有(註五十一)。不但此也，奴隸經解放後，除有婚姻之障礙原因外(註五十二)，且在相當範圍內應遵守家屬關係。例如子女不得對解放父母提起訴訟是(註五十三)。優帝更規定許奴隸於解放後享受相當之繼承權(註五十四)。

奴隸雖無「人格權」，然若發生犯罪(註五十五)或侵權行爲時，仍應負責。惟侵權行爲一項，因奴隸無獨立人格，故實際上不能使其如何負賠償責任，惟被害人得令主人交付奴隸，否則應賠償被害人之損害，(註五十六)所以保護被害人之權利也。

在共和時代，奴隸大都用於勞役方面，其後商業繁盛，奴隸漸充爲書記傭工等職。因其

無獨立財產權，故舉凡奴隸之所獲，悉爲主人所有。然主人對於奴隸常予以相當之管有產，（*Peculium*）以便其營業（註五十七）。在法律行爲方面，奴隸不能爲訴訟上之原被告，更不能爲有效之法律行爲，以是第三者與奴隸訂定之債務，爲一種自然債務（*Naturalis obligatio*），與主人無關（註五十八），即在奴隸被解放之後，亦非完全可令其負責償還。其後裁判官有見於此，顯失公平交易之義，乃許債權人對於奴隸管有產有主張抵償債務之權，此項救濟，是曰「管有產之訴」。(*actio de peculio*) 奴隸雖許以管有產爲營業上之必要行爲，但亦不能達到便利，蓋商業上之交易，買賣乃日常之行爲。倘奴隸無此權限，則每一交易必須主人之同意，其煩難自無待言。職是之故，主人常予奴隸對管有產有處置之權，視其性質而定。此項處置權常包括買賣，質押，付債，等，但不能爲贈與之行爲也（註五十九）。

奴隸既非市民，故不能服務軍職。奴隸得爲曼企帕地奧（*Mancipatio*）買賣之當事人，蓋此項能力係從其主人而取得也（註六十）。如曼企帕地奧買賣發生爭執時，彼奴隸不能供述證言（註六十一）。即其他市民法之訴訟，奴隸亦無爲證人之資格，但如彼等有關於買賣事項

，而因無他項證據時，則不無許其供述證言（註六十二）。關於犯罪案件，羅馬法則常用刑訊，迫令奴隸招供（註六十三），然若有關於其主人之犯罪事實，彼奴隸得拒絕供述，帝政初期且適用此原則於奴隸自身或其親屬也（註六十四）。

第三節 奴隸之解放

奴隸身分之終止，在帝政初期甚爲簡略，此時解放奴隸之方法有三：曰登記解放（*Census*），曰執杖解放（*Vindicta*）曰遺囑解放（*Testamentum*）。今分述之。

一、登記解放 羅馬戶口登記，每五年調查一次（註六十五），以爲賦稅及軍役之憑藉。登記解放之步驟如下：奴隸親向登記官吏請求登記，猶自由市民然，但須記明曾得主人之認可並將姓名記入。設登記官吏認爲奴隸卑劣時，得拒絕其登記（註六十六）。此項戶口登記，祇在羅馬舉行，且解放之主人對於奴隸須爲民法上之所有權及無附帶任何條件。惟登記解放，隨戶口調查之廢弛而終止。吾人可得而考者，末次之戶口調查舉行乃在紀元後七十四年

(註六十七)，但前此期間，已時行時廢，故實際上奴隸因登記而解放者，實屬罕觀。(註六十八)。登記解放之制，或未入帝政初期已廢弛矣(註六十九)。

二、執杖解放 執杖解放者，以第三者出而主張奴隸爲自由人也。此種解放形式，係由羅馬古代之擬訴棄權 (*Tunc in cessio*) 而來。其程序乃由他人出而代奴隸提起擬訴，以杖觸其身，然後述一定之語言，略謂奴隸係屬自由人，主人則立於被告地位，不爲抗辯，或對於原告之請求明示其容納之意。裁判官始爲解放之宣告，而奴隸從此獲得自由權矣。(註七十) 其在初時，儀式至爲嚴重，不得稍有瑕疵。否則，不生解放之效力。未幾，手續漸見簡略，法院之侍衛 (*Lictor*) 代第二者爲原告之地位，甚至於街道上雖無侍衛亦得行之；即不在裁判日期，解放之事常見(註七十一)。惟執杖解放之主人，不得附帶何種條件，因其形式純係訴訟之行爲也(註七十二)。至於解放奴隸之主人，須爲市民法之所有人，并須親自爲之(註七十三)。執杖解放之儀式告終，奴隸之解放遂即發生效力。至於當事人之意思直可不問。關於執杖解放之方式，雖至僂帝之朝，仍沿古制，未加變更，惟儀式趨於簡單矣(註七十四)。

三、遺囑解放 羅馬古代，遺囑祇可在議會中爲之。因議會之舉行，有一定期間，故遺囑解放奴隸較難（註七十五）。遺囑解放之形式有二：一曰直接解放，即奴隸因主人遺囑許其自由之謂。此項解放，於主人去世時發生效力。故奴隸依直接解放取得自由者稱曰亡者之解放自由人。（*Liberus orinus*）直接解放之成立，以主人立遺囑及遺囑發生效力時對於奴隸享有市民法上之所有權爲限。（註七十六）遺囑之內容應詳敘奴隸之姓名或可證明之點，以資辨別（註七十七）。一曰間接解放，即主人在遺囑中委託其繼承人爲解放之行爲也。奴隸之自由權，非於主人死時取得，乃於繼承人爲解放之行爲，始發生效力，故稱曰「信託解放」（*Fideicommissaria Libertus*）。間接解放之奴隸，對於繼承人負有尊敬之義務，而必須舉行解放之一定程序也（註七十八）。

在共和時代，解放奴隸之程序以上述三者爲必經之儀式。且解放之主人對於奴隸須有市民法上之所有權，方爲有效。惟若主人對於奴隸之占有，享有事實上之權利，雖其解放不爲市民法所認許，然若主人因而解放奴隸，裁判官仍承認其效力（註七十九）。但以保護奴隸之

自由及主人之解放係出於自由意思，且備具成年之條件爲限（註八十一）。

其後解放程序漸趨簡單，奴隸之取得自由得由主人出具文書或在證人面前爲解放之意思。前者稱曰「文書解放」（*Manumissio per epistolam*），後者稱曰「證人解放」（*Manumissio inter amicos*）（註八十二）。文書解放乃許奴隸以證書使其取得自由權之證狀。證人解放或有邀請賓客宴會時爲之（註八十二），學者間有誤解爲解放之一種，顯有未當。逮康斯丹丁大帝之朝，奴隸解放又可於僧侶面前爲之。詳言之，即主人在僧正面前宣言其解放奴隸之意思後，奴隸遂獲自由權。此種解放稱爲「寺院解放」（*manumissio in ecclesia*）。

凡奴隸之解放非出於民法之程序者，其管有產（*Peculium*）及其所得均歸主人享受（註八十三）。所不同者，則主人欲使被解放者重爲奴隸時，裁判官則從而禁止耳（註八十四）。故在市民法上觀之，被解放者仍爲奴隸，但在事實上却爲解放自由人，以是又稱爲「大官法解放自由人」（註八十五）。

解放奴隸之立法，至帝政初期漸次變更。舉其要者有三：一曰頓雷尼亞律（*Lex Julia*

Carinia)，一曰聖地亞律 (Lex Aelia Sentia)，一曰優尼亞律 (Lex Junia Norbana)。多數學者，定聖地亞律在前(即紀元後四年)，頓雷尼亞律次之，(即紀元後八年)，優尼亞律最後(即紀元後十九年)。但據霸克蘭 (Buckland) 之羅馬法，則定頓雷尼亞律在紀元前第二年，故列為最先，優尼亞律次之，而聖地亞律在後也(註八十六)。吾人現姑從多數學者之意見，以爲論列。

一、聖地亞律 聖地亞律關於解放之規定如次：

(甲) 凡以詐欺債權人爲目的而解放奴隸者，其解放無效(註八十七)。若於解放時或解放後致遭破產者，以詐欺論(註八十八)。所謂詐欺，不惟須有詐欺之事實，主人且有詐欺之意思。

(乙) 解放者須爲滿二十歲之成年人，否則解放視爲無效(註八十九)。但解放者如爲執杖解放之程序，則須附具正當原因，經委員會 (Consilium) 之同意，解放方發生效力(註九十)。其不依此種程序者，被解放者，祇取得拉丁人之地位 (Latinus) (註九十一)。苟欲取得委

員會之同意，必須備有正當原因。所謂正當原因，亦非有一成不變之規定。舉凡恩惠，特別勳勞，或將來許爲成就之行爲等皆屬之（註九十二）。

（丙）奴隸之年齡須在三十歲以上，否則，不能取得自由市民之資格。但若有正當原因經委員會之認可者，不在此限（註九十三）。倘不能備具正當原因，則奴隸之地位如何，羅馬法家之著述不盡一致。惟自優尼亞律之後，始列其與拉丁人同一地位也（註九十四）。

（丁）凡不名譽之奴隸，雖經解放，不能獲得市民資格或拉丁人之地位，僅視爲與「降服人」（Peditior）同等之待遇。降服人者，即投降羅馬之敵人也。此輩奴隸永無改進其地位之機會，且限制其居住於羅馬百哩之外。（註九十五）設有違反逃入者，即變爲終身奴隸（註九十六）。

（戊）未滿三十歲之奴隸經解放未具正當原因及經委員會之認可者，雖不能獲得羅馬市民之資格，然亦不無救濟之方法焉。其法維何？即此輩奴隸若與享有自由權之婦女在羅馬成年市民七人而前舉行婚姻，其婚生子滿一歲者，則可備具上述事實請求裁判官或省長賦與市民

權利(註九十七)。此種解放稱曰「親子週歲解放」(Manumissio anniculi pr. patris)。

二、頃甯尼亞律 此律之目的，在於禁止濫以遺囑解放奴隸。緣當時羅馬，解放之風盛行，於社會之治安不無發生重大影響。且主人爲欲使其死後光榮，故每於遺囑中解放大批奴隸。此頃甯尼亞律所以有限制解放奴隸數額之設也。依其規定，凡主人之奴隸不滿二名者，得盡解放之；二名以上十名以下者，得解放一半；十名以上三十名以下者三分之一；三十名以上百名以下者四分之一；百名以上五百名以下者，五分之一。但無論何種情形之下，解放奴隸之數目不得逾百。主人在遺囑上須逐一註出被解放者之姓名或可辨別之證明(註九十八)。若主人遺囑上記載被解放之奴隸超出法定數目時，以先後次序定之(註九十九)。如主人在遺囑上祇載明「吾之奴隸，盡解放之」，不生解放效力(註一百)。

三、優尼亞律 當優尼亞律頒布之時，被解放之奴隸除降服人外，有二級焉：一曰自由市民，即依據市民法之程序而解放之奴隸也。一曰事實市民，即法律上仍視爲奴隸，其享受自由權，出於裁判官之保護也。事實市民，以無一定之地位，爲狀至爲可憐。優尼亞律乃從

而規定，列此輩之奴隸與拉丁人享受同一之待遇，但不無加以嚴格之限制耳。（註一百零一）因其并非拉丁人。故稱曰優尼亞拉丁人（*Latini Juniani*）。享受限制之權利，除公權及婚姻權外，其他財產權在生時均得享受之；一旦辭世，其財產歸於舊主人。雖無婚姻權，而其所生子女却享受完全市民之權利。此輩優尼亞拉丁人，非若降服人，皆得隨時改進其地位。舉其顯者有如左列：

（甲）重新解放（*Iteratio*），即第一次之解放具有瑕疵，得為第二次之正式解放也。

（乙）皇帝之諭令。

（丙）得以「親子過歲」之事實請求解放。

（丁）錯誤原因證明後請求解放。所謂「錯誤原因證明」（*Erroris Causae Probatio*）者，即優尼亞拉丁人原欲援用「親子過歲」之事實請求解放，誤與外國人通婚致成錯誤之謂也（註一百零二）。此項錯誤經向省長或裁判官證明認可後，仍得請求解放。

（戊）如為女奴隸，曾生育三子者。

(己)服兵役者 (militia) (註一百零三)。

(庚)建造船隻載運穀物六年者 (Nave) (註一百零四)。

(辛)建造房屋者 (Aedificio) (註一百零五)。

(壬)開設焙館者 (pistrino) (註一百零六)。

自優尼亞律以還，人之身分，依其享受自由權之程度得分如左：(註一百零七)

(一)生來自由人 (Ingeniti)。

(二)解放自由人 (Tibertini)。

(三)優尼亞拉丁人 (Latini Junian)。

(四)降服人 (Dediticii)。

(五)奴隸 (Severus)。

第四節 優帝之變更

奴隸之地位，至優帝而加改善，今列其要者如左：

- 一、一切解放，不論何種形式及解放者之何種意思，悉予奴隸以市民資格（註一百零八）。
- 二、主人須爲滿二十歲之成年人，但若執杖解放經委員會之認可或信託解放之經過合法手續或解放出於遺囑者，則滿十四歲爲已足（註一百零九）。
- 三、奴隸之同意與否，不關重要，但信託解放不在此限（註一百十）。
- 四、解放須由主人親自爲之，然亦得由其家子以執杖解放式代爲之（註一百十一）。
- 五、以詐欺債權人之解放者，無效（註一百十二）。
- 六、解放爲永久且不容撤銷（註一百十三）。即使解放出於奴隸之詐欺，亦認爲有效（註一四）。倘係信託解放或附帶條件之解放，如該項條件在事實上顯無成就之可能者，奴隸仍可取得自由（註一百十五）。

七、解放自由人，除對主人應遵守之義務外，與生來自由人同享平等權利（註一百十六）。

八、主人如將奴隸立爲承繼人時，當然包括解放之效力。

九、解放得附帶條件(註一百十七)。

十、廢弛優尼亞拉丁人及降服人，并刪除頃雷尼亞律。

十一、廢止聖地亞律關於限制奴隸年歲之規定。

十二、刪除市民法所有權與事實所有權之區別(註一百十八)。

(註一)詳見 Buckland, § Lxxxvi, G. I. 9; Just. I. 3; D. 1. 5. 3.

(註二)詳見 Buckland, The Roman Law of Slavery.

(註三) Mommsen, Strafr. 561.

(註四) Moyle, p. III; Buckland, p. 72; Mackeldey, p. 123.

(註五)見 Just. 1. 12. 3; D. 48. 19. 2pr.; Zimmer, Geschichte des Röm Privatrechts bis

Justinian, § 197; Buckland, 70 seq. 此種立法，始於奧古斯帝。

(註六) Just. 16. 1. D. 25. 3. 6. 1; 37. 145; C. 6. 7. 2. 但如不敬行爲如非重大者，則主人常行以責罰，鞭打，或剝奪其市民權等，見 D. 37. 14. 7. 1; C. Th. 2. 22. 1. 此項重使爲奴之行爲，須經裁判官之論准。D. 1. 16. 9. 3; C. 6. 7. 1. 其受信託解放之奴隸，不在此限。換言之，祇主人自願解放之奴隸，方可重使其爲奴也。C. 6. 7. 1. 參較 C. Th. 4. 10. 3; Nov. Val. 25. 1; C. 6. 7. 3; D. 50. 16. 70; C. 6. 7. 4.

(註七) Just. 1. 3. 4; D. 1. 5. 5. 1; 40. 13. 3; 40. 14 2pr.; Leage, Roman Private Law, P. 46.

(註八)學者之間，對於被搶之羅馬人是否即貶爲奴隸，各有不同之意見。一派謂祇居於奴隸之地位（*servi loco*）而已。見 Mommsen Ges. Schrift, (Jur), 3. 3; Mitteis, R. Pr., 1. 128. 另一派則謂羅馬法上對此項俘虜之規定，前後稍有不同。在帝政初期時代，視爲事實奴隸而已，其在法律上視俘虜爲奴隸，實在帝政後期之時代也。見 Desserteaux, *Capitis Demunitio*, 1. 82, 135 sqq., 2. 79 etc.

(註九) D. 4. 6 15pr.; C. 8. 50. 3; Just. 4. 10 pr.

(註十) D. 9. 2. 43; 45. 1. 73. 1; 49. 15. 12. 1; h. t. 22. 1.

(註十一) Buckland, p. 68; Main Institutions etc., p. 104.

(註十二) Sohm, Institutes of Roman Law, p. 179. 慕爾 (Moyle) 謂被捕人於生還時回復其權利

應具備三要件：一為回復其權利須為其本人返還之意思；二為被捕人并非擅離職守或自動投降或被羅馬國家交付敵人；三被捕人生還時須非在休戰期間。Institutiones, p. 144-145; D. 49. 15. 5. 3; 49. 15. 19. 1

(註十三) 薩爾猛亦同梭氏。見 Sherman, vol. 2, p. 28. 至於恢復權之詳細討論，可見 C. Th. 5. 7; G. 1. 129; Just. 1. 12. 5; 1. 20. 2; 2. 12. 5; 3. 1. 4. 1; D. 49. 15; C. 8. 50. 51; Hunter, Roman Law, 216-217.

(註十四) G. 1. 129, 137; Just. 12. 5; D. 26. 14.

(註十五) D. 24. 2. 6.

(註十六) D. 24. 2. 1. 6; 23. 2. 45. 6; 49. 15. 8; Nov. 22. 7.

(註十七) D. 24. 2. 6.

(註十八)參見 Buckland, Slavery, 299 sqq.

(註十九) G. 1. 129; D. 49. 15. 12. 1.

(註二十)關於康尼亞律之性質、內容、年代、可見 Buckland, Slavery, 229 sqq.

(註二十一) D. 49. 15. 12 pr.; Buckland, Slavery, 305.

(註二十二) D. 38. 16. 1. 4; 49. 15. 12. 14.

(註二十三) Buckland, Slavery, p. 312; Text-Book, p. 69.

(註二十四) D. 49. 15. 30

(註二十五) Buckland, Slavery, p. 315.

(註二十六) G. 1. 56. 82.

(註二十七)奴隸之生育，當胎兒脫離母身時，即爲主人所有。Ulp. 5. 9. 16; D. 13. 7. 18. 2.

(註二十八) G. 1. 84.

(註二十九) Nor. An hemi. 1. 參較 G. 1. 85. 86.

(註三十) P. 2. 24. 2. 3. 參較 G. 1. 91. 生母自懷胎至生育之任何期間內獲得自由之原則，在後期羅

馬法更爲寬大之解釋，舉其顯者有四；一，凡生母之自由權附帶相當條件之實現方可獲得時，其後雖該條件未實行，因而生母不能於生育時取得自由權，其育下嬰孩仍視爲生來自由人。D. 40.

7. 11。凡生母之解放自由，出於信託解放人之遲延或故意拖延因而致生育時尚未獲得解放時，其育下嬰兒亦視爲生來自由人。D. 1. 5. 22. 三，凡以遺囑解放生母，因立遺言之故意遲延因而使其生育時尚非解放自由人，其生育子女仍視爲生來自由人。D. 40. 5 55. 1. 四，凡解放之原因經委員會之批准而遲不爲解放之行爲，因而致生育時未能獲得解放，其所生子女視爲生來自由人。D. 40. 2. 19. 詳見 Buckland, Slavery, 400 sqq.

(註三十一) Just. 2. 1. 37; D. 5. 3. 27 pr.

(註三十一) Just. 2. 1. 37.

(註三十三) D. 7. 1. 68

(註三十四) D. 30. 62. 63. Buckland, Slavery, 24 sqq.

(註三十五) G. 3. 222; D. 47. 10. 15. 43 sqq.

(註三十六) D. 11. 3.

(註三十七) D. 48. 15. 6.

(註三十八) D. 48. 15. 6; C. 3. 213; Just. 4. 3. 11

(註三十九) D. 18. 4. 21; 42. 2. 14 pr.

(註四十) D. 21. 1. 1. 1.

(註四十一) D. 21. 1. 31. 21.

(註四十二) D. 18. 7. 6 pr.; 18. 7. 7sq; 40. 1. 20. 2.

(註四十三) D. 48. 2. 12. 3.

(註四十四) D. 40. 8. 2; C. 7. 6. 3.

(註四十五) D. 1. 6. 2; 48. 8. 4. 5; Coll. 3.

(註四十六) G. 1. 53.

(註四十七) C. Th. 9. 12. 1. 2.

(註四十八) Just. 1. 8. 2.

(註四十九) 此可顯出宗教色彩之濃厚，而亦足表現人類之恐懼其變心理也。

(註五十) Ulp. 5. 5; p. 2. 19. 6.

(註五十一) Buckland, Slavery, 76.

(註五十二) D. 23. 2. 14. 2.

(註五十三) D. 2. 4. 4. 3. 此外兄弟被販賣時，應同時買賣，不得分開。D. 21. 1. 35. 39.

(註五十四) 見 Buckland, § CXX XII; Wallon, Histoire de l'Esclavage, 2. 231 sqq; Warde

Fowler, Roman Essays., 56. sqq.

(註五十五) Buckland, Slavery. p. 91.

(註五十六) D. 47. 10. 17. 4-7; Buckland, p. 594 sqq.

(註五十七) D. 2. 13. 4. 3; 17. 2. 18; h. t. 63. 2.

(註五十八) G. 2. 86. 87; Just. 2. 9. 3; D. 41. 1. 10. 1.

(註五十九) D. 12. 6. 13; 13. 7. 18. 4; 20. 6. 8. 5; 46. 4. 22.

(註六十) G. 2. 87,

(註六十一) G. 1. 119.

(註六十一) Buckland, *Slavery*, p. 86.

(註六十二) D. 48. 18. 1. 1. 9, pr. 18, etc.

(註六十四) D. 48. 18. 1. 3; h. t. 1. 8; h. t. 10. 2.

(註六十五) Mommsen, *Staatsr.*, 2, 343.

(註六十六) Cicero, *de Orato.*, 1. 49, 183; *Ulpian.*, 1. 8, 8; G. 1. 17. 4.

(註六十七) Mommsen *op. cit.*, 2, 336 sqq.

(註六十八)同前書。

(註六十九)鄔爾賓謂登記解放係屬古制，言非無徵。Ulp. 1. 8.

(註七十) Buckland, p. 74.

(註七十一) G. 1. 20; D. 40. 2. 78.

(註七十二) D. 49. 4. 1. 5; 50. 17. 77.

(註七十三) Buckland, p. 74, N. 9.

(註七十四) D. 40. 2. 4.

- (註七十五) Girard, Textes, etc, 17; Bruns, 1, 28, Buckland, 74 sqq; Leage, p 54 sqq.
(註七十六) G. 2, 267; Ulp. 1, 123; D. 40, 4, 35.
(註七十七) C. 2, 239, 267.
(註七十八) Buckland, p. 75-78.
(註七十九) G. 3, 36; Ulp. 1, 1, 16.
(註八十) Wlassak Z. S. S. 26, 367.
(註八十一) G. 1, 44; Wlassak, op. cit., 26, 367.
(註八十二) G. Ep. 1, 1, 2.
(註八十三) Buckland, p. 78.
(註八十四) G. 3, 56
(註八十五) G. 3, 56; Mommsen, Staatsr 3, 421. Wlassak Z. S. S. 28, 22.
(註八十六) Buckland, 79.
(註八十七) G. 1, 37; Ulp. 1, 15; Just. 1, 6.

- (註八十八) G. 1. 47; D. 40 9, 16, 2.
 (註八十九) G. 1. 38, 40; Ulp. 1. 13; C. 2. 30, 3.
 (註九十) G. 1. 38.
 (註九十一) G. 1. 17, 18.
 (註九十二) G. 1. 19, 39; D. 40. 2. 9pr; 15. 1.
 (註九十三) G. 1. 18; Ulp. 1. 12.
 (註九十四) G. 1. 17.
 (註九十五) Leage, p. 57, 60; Buckland, § XXXVI.
 (註九十六) G. 1. 26.
 (註九十七) Leage, p. 57.
 (註九十八) Ulp. 1. 10, 16.
 (註九十九) G. Ff. 1. 2. 2.
 (註一百) G. Ep. 1. 2. 2.

(註一百零一) G. 1. 16, 22, 23, 3, 56, Ulp. 1. 10, 16.

(註一百零二) G. 1. 67; Leage, 59.

(註一百零三) G. 1. 326.

(註一百零四) G. 1. 32c.

(註一百零五) G. 1. 33.

(註一百零六) G. 1. 34.

(註一百零七) Leage, p. 59-60. 此外正式奴隸之外，又有各種類似奴隸之制度，吾人先後略已述及，

今特將此輩類似奴隸之各不同身分略述於下，以使讀者較為明瞭：一曰客民，(Civens) 即羅馬古代之平民也。客民與羅馬自由市民，猶家子之於家父然。羅馬人對客民雖擁有相當權力，但不能過分嚴酷，因十二表法規定『凡庇護人如欺詐客民時，應作神壇之犧牲，』以限制其行使也。二曰土著農夫 (Colonus)，在法律上享有自由，但與土地不能分離，(Glebae adscripti) 故其地位在事實上猶奴隸也。三曰條件奴隸 (Statu liber)，即奴隸在遺囑上已解放其為自由人，但附帶相當條件之成就方發生效力。例如甲在遺囑上載明『乙奴隸須付與承繼人二百阿西』之條件是

。四曰錯誤奴隸 (Bona fidei servien)，即自由人誤以奴隸自居也。在其錯誤未發覺前，其所得之財產，一如真實之奴隸，悉歸主人所有。五曰雇傭打手，(Auctorati)即自由人被雇爲「打手」也。此輩自由人，因出賣其氣力，故自由權受雇主之限制。設有人將其誘略，彼雇主可提起竊盜之訴也。六曰贖還俘虜 (Redempti)，即自由人在戰爭時被捕而經第三者贖回也。在未償清該款時，仍居於奴隸地位。七曰債務奴隸 (Judicatus)，即債務人因不能償還欠款而貶爲奴隸也。

(註一百零八) C. 7. 6. 6.

(註一百零九) 初定十七歲，後乃一律改爲十四歲。見 Just. 1. 6. 7; Nov 119. 2.

(註一百十) D. 40. 5. 32. 2; 50. 17. 69.

(註一百十一) D. 36. 1. 26. 2.

(註一百十二) D. 38. 5.

(註一百十三) D. 4. 3 7 pr

(註一百十四) D. 40. 4. 33. 34.

(註一百十五) D. 40. 4. 47.

(註一百十六) Nov. 78.

(註一百十七) D. 40. 7. 1.

(註一百十八) 見 Leage, p. 62

第四章 市民權

市民權爲羅馬自由市民所享有之權利，故依市民權以言人之分類，可得而舉者有三：曰市民 (*Cives*)，曰拉丁人 (*Latini*)，曰外國人 (*Peregrini*)。茲分述之。

第一節 市民

古代羅馬，人之權利悉依市民之身分而享有。換言之，如非市民，雖其權利之享受萬民法之保護，但在市民法上則爲一無市民權之人。故享有市民權者，不但享有選舉權 (*ius suffragii*) (即享有選舉官吏之權)，與官職權 (*Jus honorum*)，(即被選爲官吏之權)，且有

婚姻權 (*Jus Connubii*) (即訂定合法之婚姻而取得家父權)，與財產權 (*Jus Commercii*)，(即取得財產及訂結契約之權利)。凡享受此四權之市民，謂之完全市民(註一)。羅馬市民，雖皆享有市民權，但其程度則不盡一致。市民之中，亦有特殊階級與限制階級之分。特殊階級者，即享受市民法上之一切公權及私權也(註二)。舉其要者有二：曰元老階級 (*Ordo Senatorius*)，曰受封階級 (*Ordo Equestris*)。前者爲奧古斯特帝所創制(註三)，即元老之子孫有繼襲市民之特權，至元老之孫而止，而非永遠世襲也。其享受之特權，屬於公法者多。在羅馬法上稱曰「上乘階級」(*Clarissimi*)，禁止其與解放自由人通婚(註四)。至於受封階級之市民，係杜宙斯 (*Servius Tullius*) 之創制，然至帝政時代已改舊觀。此實富戶貴族之特權，因其受封之故，大都以財富爲主。遂使國家軍事及財政機關，幾皆操握於彼輩之手，與近代之財閥無稍異致。受封階級之市民，其特權之享受祇及於終身而已，非若元老階級之得遺繼子孫也。(註五)

除上述特權之市民外，享受限制市民權之市民實較重要。一曰解放自由人，其所享受之

市民權祇爲限制之財產權及選舉權而已，此在前章已述，茲從略。一曰農奴（或稱土著農夫 *Colini adscriptitii*），帝政時代頗見盛行，至拜真丁帝政時代更爲增多，而立法之事尤夥（註六）。農奴原爲自由市民（註七），享有婚姻及普通訂定契約之權（註八），其對於地主亦無如解放自由人之須負有尊敬義務（*obsequium*）（註九），然農奴對於土地及其附從之物無處分離開之權，倘若離棄耕地，則地主得追還之。（註十）至地主對於農奴之耕地，亦無單獨處分之權，更不得迫令農奴離開耕地或有加租之行爲（註十一）。農奴之權利義務爲世襲的（註十二）。雖在四百十九年時，施荷禱壽斯帝規定，凡農奴在事實上已脫離耕地滿三十年者（婦女爲二十年），得與耕地脫離關係，但至優帝時代，遂即廢弛。（註十三）至農奴身分之終止有出於雙方契約者（註十四），有因出家爲僧正者（註十五）。而產生農奴之原因，亦有數端：（註十六）（一）出生，（二）合意，（三）時效。農奴對於地主無控訴之權，但關於地租之增加及其耕作權，則不無例外。（註十七）由上觀之，農奴與自由人所不同者，則其與土地發生特別關係之一點。易言之，其自由係附着於土地，而土地之轉移，農奴亦隨其轉移也（註十八）。

第二節 拉丁人

次於市民之地位者爲拉丁人 (Latini)。羅馬法上之所謂拉丁人，其中亦有階級之分。舉其要者有三：

一、拉丁種人 (Latini Veters) 此爲意大利社會中之拉丁種人，其享受市民權遠在帝政以前，本節所述拉丁人，非此拉丁種人也(註十九)。

二、殖民地拉丁人 (Latini colonarii) 羅馬版圖日拓，新併領土之住民，其地位與羅馬本部不同。即羅馬人民亦有移殖外郡或被遣送外府佔領土地，遂形成一種特殊社會(註二十)。逮紀元後第二世紀中葉，此類殖民地多在遼遠之區，住民所享受之權利漸加擴充，終至與羅馬人無所分別(註二十一)。其在初時，因新經佔據領土，人民習俗難與本國同化，不得不使其地位降低，剝奪其與市民應享之權利，以防變亂。然此輩拉丁人，亦非全無市民權。凡拉丁殖民地之高級官吏及其子女享有市民權者稱曰「特殊拉丁人」(Minus Latium)

(註二十二)，然亦有將此市民權普及地方議會之議員者。「普通拉丁人」(mans Latini) (註二十三)乃拉丁人在其殖民地享有拉丁市民權，但無羅馬之市民權，惟財產權則有之。(註二十三)

三、優尼亞拉丁人 (Latini Juniani) 此輩拉丁人，在事實上并非拉丁種人，亦非殖民地拉丁人，乃係一種準拉丁人。詳言之，即被解放之奴隸取得拉丁人之地位也。以其爲優尼亞律所規定，故名。吾人已略述於前。此輩拉丁人，其地位與殖民地拉丁人相同，但受有三種限制：一爲解放自由人與舊主人之關係；此係出於奴隸之身分，非法律所可更變者。一爲財產權之限制，即生時享有所得財產權而已；死後之財產權，悉返於舊主人。一爲優尼亞拉丁人無遺囑之能力，亦無因遺囑取得財產之利益(註二十五)。

關於優尼亞拉丁人之得改進其地位，吾人已於前章述之，今不復贅。至於殖民地拉丁人，卜拉卡拉帝 (Caracalla) 賦與市民之權利。故自卡氏之後，祇優尼亞拉丁人尚不能享，受市民權。(註二十六)延至優帝時代，市民法與萬民法不復爲對待法源，在法律上遂臻於較平

等之待遇。緣此時之市民法與萬民法既無區別，則所謂市民法之權利與萬民法之權利併而爲一，而解放自由人前此所受之限制，無形泯滅。在政權方面，則因專制政治樹立，人民參政權利等於具文，市民權亦失其重要（註二十七）。

第二節 外國人

市民權既由市民法所賦與，故外國人（*Peregrini*）無市民權，因非羅馬市民也。外國人爲無市民權之人，亦非拉丁人種或優尼亞拉丁人，其地位，由市民法觀之，爲一無權利之人。雖非羅馬市民，却爲另一社會之市民。故外國人在羅馬，不能享受公權，卽市民權也。（註二十八）至帝政時代，所謂外國人係指羅馬藩屬，卽外府是也。在私權方面，不適用市民法，因之凡市民法上之私權，彼外國人不能享受之。惟外國人在羅馬法上雖無市民權，但依其本地之法律當然享有市民權。其後羅馬帝國疆域日擴，萬民法取市民法而代之。在卡拉卡拉帝之朝，市民權大爲開放，使外國人同護平等之待遇。此時所遺留之外國人者爲亡國人民（

Deregrini dediticii) 耳。降服人 (*Dediticii*) 一詞，在初時係指敵人經羅馬俘囚者而言(註二十九)。至帝政時代：凡不名譽之奴隸被解放者，稱曰降服人。雖因解放而取得自由，但無市民權(註三十)。前章已述其概，茲不復贅。

(註一) Sohn, p. 173.

(註二) Buckland, 87, 88.

(註三) Mommsen, Staatsr. 3, 458.

(註四) D. 23, 2, 44 pr.

(註五) Mommsen, P. 509 sqq.

(註六) C. Th. 5, 9.

(註七) C. 11, 50, 2.

(註八) C. 11, 48, 8, 2; h. t. 24.

(註九) C. 11, 50, 2; 11, 55, 1; Cuj. Manuel, p. 90.

(註十) C. Th. 5, 17, 1-3; 5, 19, 1, 2; C. 11, 48, 6, 12; 11, 50, 2.

(註十一) C. 11. 48. 2, 5 7. 15.

(註十二) C. 11. 48. 13. 16.

(註十三) C. Th. 5. 18. 1; C. 11. 48. 19, 20

(註十四) C. 71. 48. 21.

(註十五) Nov. 123. 4.

(註十六) C. Th. 5. 6. 3; C. 11. 48. 19, 20; C. Th. 14. 18. 1.

(註十七) C. 11. 48. 20.

(註十八) Buckland, p. 92.

(註十九)參較 Girard, Manuel, p. 111. 賈氏謂在未有「殖民地拉丁人」一詞前，「拉丁人」一詞兼包括居住於殖民地之人民而言。

(註二十) Mommsen, Röm. Staater. 3. 620 sqq.

(註二十一) Buckland, § XXXVII

(註二十二) Sohm, p. 175 n. 2; Buckland, p. 94.

〔註二十三〕同上。

〔註二十四〕Ulp. 19. 4. 5 Mommser, 3. 643.

〔註二十五〕C. 2. 23. 24.

〔註二十六〕Sohn, p. 175.

〔註二十七〕Sohn, p. 175.

〔註二十八〕Buekland p. 97 sqq; G. 1. 14.

〔註二十九〕Buekland, § XXVIII

〔註三十〕G. 3. 75; Ulp. 20. 14.

第五章 家屬權

家屬權 (Status familiae) 爲身分權之最重要者。綠羅馬重視家屬制度，故因家族而產生之家屬權，在法律上獲有根深蒂固之保障。惟「家」之意義，(註一)範圍有廣狹之分，茲僅從「家屬權」之家而論述之。

羅馬之「家」，就其實際之意義言之，乃一家之分子，以家父 (Paterfamilias) 爲首領而統治也。此在家父統治之分子，包括子女未脫離家父權者，妻有夫權之婚姻者，奴隸未經解放者。因家父與子女之關係，家父取得「家父權」(Patria Potestas)；因婚姻之關係，取得夫權；(Mar) 因奴隸與主人之關係，取得家主權 (Dominium) (註1)。家父對於家子，不問家子之年齡如何，視其關係而定。若家子經家父之解放或賣却者，家父喪失其家父權。又如家子入嗣他人或爲養子時，家父權亦遭同樣之喪失，不再視爲生父家中之一員。至於妻，因市民法婚姻儀式之效力遂使家父權由本家而移入夫家，於是妻及其所生子女皆受夫家家父權之統制，妻之地位與家子相若。反之，如婚姻之儀式非依市民法之規定者，則此種婚姻不發生夫權，妻之地位并不變更，仍受其本家家父權之統制，而不因婚姻移轉家父權。但妻生之子女，皆不屬夫家或本家家父權之統制，在未經認領前，各取得自權人之地位 (註三)。家父死後，家父權當然終止，但實際上由繼承權人承續。例如祖父對其子及孫皆有家父權，祖父死後，則家父權移與其子而孫受其統制 (註四)。凡享有家父權者，稱曰自權人，(

Suifuris)，受家父權之統制者稱曰他權人 (*Alieni iuris*)。爲便於敘述起見，先言他權人，次及自權人。他權人又可分受制於家父權與夫權二者。今分述之。

(註一)見 *Heumanns Handlexicon in den Quellen des Römischen Rechts*, 9te Aufl. ed. E. Seckel.

(註二) *Buckland* p. 102.

(註三) *G. I.* 64.

(註四) *G. I.* 127.

第六章 家父權之性質

家父權爲羅馬法特有之制度，古今法制無可與之倫比者。雖其過半之內容略似吾國之家長權，但與我國法制之精神實相悖。(註一)願我國家族制度，其出發點爲「人倫」，「父慈子孝」爲父子各應盡之義務，並非如羅馬之以權利爲中心也(註二)。因之，羅馬之家族，以權

力爲基礎。詳言之，凡家父權所可及者，皆爲「家人」，反之，則否。此與我國家長權之以血統爲基礎者又異。

家父權之性質，堪稱爲「無上權」(Patria majestas)。羅馬古代，家父操殺生之柄，雖尊若一國之元首，亦不能過問(註三)。至帝政時期，家父權漸受限制。今將家父權之犖犖大者臚舉於左：

一、家父有生殺子奪之權。羅馬古代，遺棄嬰孩，頗見盛行，卽至帝政時代，此風猶存。其後雖有法令予路人以收養之特殊權利，亦無見大效。延至三百七十四年間，遺棄嬰孩始由法令明文禁止，但亦未能杜絕此無人道之風氣(註四)。康斯丹丁帝爲更進一步之立法，規定殺害親子者，以殺人論(註五)。自是以後，家父生殺之權始告中止，祇限於督責權耳(註六)。

二、家父有出賣家子之權。羅馬古代，家父出賣家子爲奴，爲法律所許；帝政時代，此風始經禁止。此時家父出賣家子之原因，不外下述三點：(一)出賣家子以解放其免除受家父

權之統制者，此遠在十二表法，業有明文規定：凡家父三度出賣其親子，則喪失其家父權。
(二) 出賣家子以爲他人之養子者，其程序與前同。(三) 出賣家子以抵償其不法行爲之責任者，即家子因不法之行爲而家父應負賠償責任時，家父得交出家子抵付之(註七)。

三、家父有否決婚姻及離婚權 家父對於家子之婚姻，雖未經家子之同意，亦得代爲訂聘或撤銷，家子無拒絕或反對之權(註八)。此點與吾國舊律實殊途同歸，蓋羅馬法以權利爲出發點，而我國則以孝爲出發點也。

四、家父有監護親子之權 此即現代法律之所謂監護權也(註九)。

五、家父有家子之一切財產權 家子既受家父之節制，故無獨立財產權。凡家子之一切所獲，其權利盡歸於家父。迨帝政時代，家子始有一部分之財產權，名曰特有產，與古斯特帝實開其端(註十)。

六、家父得以遺囑爲家子指定監護人之權(註十一)。

七、家父得爲家子指定繼承人之權(註十二)。

八、家父因其家子被損害時得向他人請求損害賠償之權（註十三）。

上述家父權之內容，至帝政後期漸次削減，不復若往昔之漫無限制。而家父權之削減，則家子之權利漸為法律所承認，終使家子在某一限度內享有獨立之行為也（註十四）。

（註一）參較拙著中國與羅馬收養之比較一文，東吳英文法學季刊。

（註二）此為中國與羅馬之最大殊點。就此觀點而研究兩國之法制，則思過半矣。

（註三）Livy, 8. 7.

（註四）C. 8. 51. 2.

（註五）C. 9. 17. 1

（註六）C. 9. 15. 1; D. Th. 9. 13. 1. 在帝政時代，夫權之婚姻亦不與夫有此項權力。

（註七）D. 4. 42. 2; G. 1. 131; Buckland, p. 103-104.

（註八）Buckland, §§ XLI sqq.

（註九）Buckland, §§ LI.

(註十) Buckland § § XCIX

(註十一) Buckland, § § LI

(註十二) Buckland, § § CV.

(註十三) D. 9. 2. 7; 49. 17. 4. 1; Girard, Manuel, 145.

(註十四) D. 25. 3; 49. 17. 18. 5; C. 5. 25. 4.

第七章 家父權之發生——婚姻

家父權之發生，其原因不外合法婚姻所生之子女，收養他人之子女，及認領子女，本章首述婚姻。

第一節 合法婚姻或稱夫權婚姻

第一項 意義

合法婚姻 (*Justae nuptiae*) 者，謂男女當事人享有市民法之婚姻權而締結之有效婚姻也(註一)。非然者，則此項婚姻稱曰不合法婚姻或不正當婚姻，又稱萬民法婚姻 (*nuptiae non justae, matrimonium non justam matrimonium juris gentium*)，因其爲萬民法所承認，而非市民法之所有(註二)。蓋市民法之婚姻(或稱曰正當婚姻)，其結果使夫取得夫權(*manus*)，所生之子女遂受家父權之節制，萬民法之婚姻則否，易言之，夫對於婚生子女在未經認領前無家父權也(註三)。

第二項 效力

市民法婚姻之效力，對子則取得家父權(註四)；對妻則取得夫權(註五)，但妻之姓氏不因結婚或更改，大多依其本姓(註六)。惟在帝政時代，妻固常襲用夫之本姓，而夫之榮譽銜號，妻得并稱之(註七)。夫妻間之財產，各具獨立(註八)；互相贈與，視爲無效(註九)。就羅馬法家之著述觀之，關於婚姻之效力，要以取得家父權爲最要淵源也(註十)。

第三項 要件

本論 上篇 人法 第七章 家父權之發生——婚姻

婚姻非依一定之要件，不生效力。今臚述其要件於左：

(一)合意 婚姻之兩造男女須有同意之表示。其為家父權下之子女，在帝政以前，則男女之合意并非必要(註十一)。所謂合意，亦須視男女兩造之行為能力而定。例如神經病人，則不能視為有合意之能力矣(註十二)。然羅馬法上對於婚姻之成立，雖以合意為要件，但亦不無例外。即主人解放女奴隸係以結婚為目的，則解放後不得拒絕之，易言之，不問其同意與否，主人有權與之結婚也(註十三)。至於結婚係出於錯誤詐欺等原因，於婚姻之成立，並無影響，因羅馬之離婚甚為簡易也(註十四)。

除男女之合意外，兩造家父之同意亦為必要(註十五)。若非經其同意(註十六)，則婚生子女不隸屬於家父權之下(註十七)。詳言之，家父對於孫視同外人，否認其為家子。職是之故，家父之同意為必要之手續(註十八)。即在女方，亦應取得其家父之同意(註十九)。但家父之同意權非全無限制(註二十)。優利亞律 (*lex Julia*) 規定家父否認婚姻者應具正當原因(註二十一)。其後賽味魯斯 (*Severus*) 及卡拉卡拉 (*Caracalla*) 等復規定家父對於家子應

爲擇定相當配偶(註二十二)。換言之，倘家子自己擇定相當配偶，而家父並無較相當之配偶可提出時，則家父之同意，勢在必行(註二十三)。惟遇特種情形，家父之同意，并非必要。如家父被敵人俘虜，則家子無須徵得家父之同意，其後優帝規定俘虜須在三年以上以爲限制耳(註二十四)。家父失蹤亦然(註二十五)。

(二)年齡 適婚年齡，羅馬法定男十四歲，女十二歲(註二十六)。然在古代，則以身體發育與否爲標準也(註二十七)。此外，生理上具有重大不治之疾者 (*caeratus*)，不能結婚(註二十八)。設男女未屆適婚年齡而結合同居者，不視爲婚姻，應待至兩造屆滿適婚年齡時，方爲有效(註二十九)。

(三)結婚權 男女之兩造須備有結婚權 (*Conubium*) 方可締結正當婚姻，卽市民法婚姻。依結婚權之性質言之，得分爲絕對結婚權與相對結婚權。絕對結婚權者，謂有締結婚姻之能力，而爲市民法所承認也。此項結婚權，凡羅馬市民或拉丁人及外國人經特許者始享有之(註十三)。至於其他人民，或限於其同級社會享受結婚權，然在市民法上則否認其效力也。

相對結婚權者，謂享有市民法結婚權之人因血統或其他障礙之故，致不能締結正式婚姻也。此項障礙原因頗夥，今述其要者於左：

甲、因地位政治及宗教之關係 男女當事人因地位之不同，法律有時禁止相互間之婚姻。羅馬古代，貴族平民間，禁止通婚。逮肯紐黎亞律（I. Caninia）始行廢止（註三十一）。（約在紀元前四百四十四年）其後生來自由人與解放自由人之通婚，初時亦爲法律所不許。帝政時代，法令漸弛，解放自由人，除元老階級外，有與自由人通婚之權。巴比亞律（Lex Papia）禁止元老院議員非經皇帝之特許不得與伶人或女優及其他不名譽婦女通婚（註三十二）。帝政末期，復禁止猶太教徒與基督教徒締結婚姻（註三十三）。優斯丁（Justin）帝曾許其姪與女優結婚（註三十四），及優斯丁尼大帝登極，即行廢弛（註三十五）。

乙、因職務之關係 在帝政時代，一省之長官或其子不得與其屬下之人民結婚，但若婚姻之締結在就職以前者，則視爲例外（註三十六）。羅馬法之所以禁止此項婚姻者，不無涵有深長之意義焉。蓋一省之長官，若聽令其與屬下人民結婚，勢必因親而濫權。而在其他方面

，或則因姻親關係致使其減少忠誠國家之心（註三十七）。爲杜絕計，此項禁止，實屬必要。此不獨長官本人受禁止而已，卽其親子，亦在禁止之列。但對女兒之出嫁，則爲法律之所許（註三十八）。此外，監護人及其子孫不得與被監護者結婚，以防舞弊（註三十九）。然亦有例外焉：其一，爲監護人與被監護者之結婚或訂婚在執行監護職務前者；其二，爲與被監護者之結婚係出後者家父之同意者；其三，爲被監護者之年齡已滿二十六歲者；其四，爲經皇帝之特許者（註四十）。惟監護人之女兒與被監護者（*Pupillus*）結婚，則爲法所不禁（註四十一）。此又不可不察也。

凡違反上述限制而締結之婚姻，市民法視爲無效（註四十二）。甚至加以處罰者，如監護人及猶太人（註四十三）等例之結婚是。其與不名譽者結婚亦同（註四十四）。惟一省長官與屬下人民訂定之婚姻，祇在其執行職務時禁止結合，解職之後，如兩造當事人尙能繼續同居爲夫婦，固不失其婚姻之效力也（註四十五）。

丙、因親屬及血統之關係 結婚權之限制。除上述二種原因外，其最重要者厥爲親屬關

係。親屬關係得分爲三點述之：第一，血統關係；第二，姻親關係；第三，養子關係。茲依次略述之：

(甲)血統關係 在帝政時代，血統之障礙至爲簡單。卽直系之尊卑親屬間絕對禁止互相締結婚姻也。(註四十六)。其他親屬，凡在一親等內者，亦不得通婚(註四十七)。伯叔姪女之間，禁止通婚，但堂兄弟姊妹則否。(註四十八) 不論其間之關係有無貶人爲奴者，上述限制，未稍弛放。克虜迪斯帝 (Claudius) 因欲娶其姪女阿格利賓那 (Agrippina) 竟不惜變更定制，承認伯叔姪女間之通婚。迨康斯丹丁帝之子登極後，乃恢復往制，視伯叔姪女間之通婚爲亂倫(註四十九)。

(乙)姻親關係 直系姻親間，絕對不得互相通婚(註五十)。迄帝政後期，卽至妻之兄弟姊妹，亦所不許(註五十一)。又妻與前夫所生之女不得與現夫通婚(註五十二)。此外復禁止配偶人娶亡兄弟之妻，限制較前益嚴矣。

(丙)養子關係 在直系尊卑親屬間之關係，其限制與血統同。(註五十三) 在旁系親間之

障礙，視養子之關係存否而定。設養子之關係消滅，旁系親之婚姻限制隨其終止。例如養父對於養女，其養父女之關係一經成立，則養父女間禁止結婚，雖其後養父女間之關係消滅亦然。至於旁系親則否，此時養父女之關係既經消滅，則養父之親子固可娶以爲妻也（註五十四）。故養子關係祇及於養父子之間而已，非若血統關係之出於自然也。

第四項 儀式

前已言之，市民法上所承認之婚姻儀式，祇市民方得舉行之。換言之，非備有結婚權者，不能舉行市民法上之婚姻儀式。此種婚姻之效果，遂使妻人於夫家統治之下。斯時盛行之儀式有三：一爲合昏婚（*Confarreatio* 一名共食婚），一爲買賣婚（*Coemptio*），一爲時效婚（*usus*），今略述於次：

（一）合昏婚 此爲宗教儀式之婚姻，程序繁複而隆重。以麥製之食餅曰 *Far*，供祀於優必特神（*Jupiter*）前，然後邀請享有市民權之證人十名與大僧正（*Pontifex maximus*）及優必特神之僧侶（*Flamen Dialis*）以爲監禮。婚姻舉行，須誦一定之言詞，交相拜神，在神

前共食「麥餅」，以示夫婦之結合，與吾國舊式婚姻之男女應於結婚當夕行合卺之禮，實無稍異。此種合卺婚，祇貴族得用之，其參加舉行儀式之僧正并須其父母亦曾用此儀式而結婚者。否則，不得爲之（註五十五）。至共和末季，夫權之婚姻漸失其重要，舉行合卺婚更感困難。法家鄔爾賓在其著述中，謂合卺婚已成歷史陳跡（註五十六），是此項儀式廢之頗久矣。

合卺婚之結果使妻受夫權之統制。而所謂夫權者，卽夫之對妻，猶家父之於家子也。妻之地位與家子然，故其婚後之財產取得，悉歸夫之所有。如夫仍受家父權之節制，則夫妻同爲家子矣（註五十七）。

（二）買賣婚 與合卺婚相反者，曰買賣婚。合卺婚爲宗教儀式之婚姻，而買賣婚則無此宗教之意義。因其爲買賣式，故平民與貴族均得用之。其式由男於五名證人及一評量者面前，用「古代買賣式」之手續（稱曰曼企柏地與 Mancipatio），述一定之語言，以收買女子，而婚姻之儀式告成。男子取得夫權之故，由於收買之行爲而成，此與合卺婚之因宗教儀式取得夫權不同。惟儀式雖仿照「古代買賣式」，但所述之語言則與購買財物不同（註五十八）。關

於買賣婚之性質，學者間之意見分爲二派。一派謂買賣婚之起源，發生於古代購買式成爲擬制之後，其以實際買賣女子結婚者，決無其事。此緣合昏婚專限於貴族階級，致平民在事實上均不能舉行此種婚姻，不得不出於仿照古代買賣式之移轉物權方法，以取得婚姻之效力也。（註五十九）此派所持之理由，謂貴族拒絕平民參與國家高級官職權者，因平民無正當婚姻之儀式，則其婚生子女當然失去地位。欲救斯弊，乃創行買賣式之婚姻，俾可杜絕貴族之口實。再者，買賣婚全無宗教儀式，殊非羅馬古代法制之本物。但據另一派之研究，其觀點與前說迥異。此派謂買賣婚爲羅馬古代通行之婚姻儀式。初因女子隸屬於家父權之下，男欲娶以爲妻，必須使其脫離本家之家父權或監護權。此家父權之轉移條件，恆由男方付給女方之家父或監護人相當之代價，猶買賣財物須繳付價金而得所有權，始由賣主移轉至買主也（註六十）。就二說比較觀之，後說較爲有徵。試述其理由焉。其一，買賣婚通行於各古代民族。即以吾國舊律而論，男家應送之「聘財」，已顯出買賣婚之遺跡，實無可疑。羅馬之宗教式婚姻既繁且複，舉行不便，且用之者限於貴族階級，則較便而合法之儀式，自必爲一般人民

所適從。買賣婚制度之成立，勢使然也。其二，古代民族，趨於保守，其以故意介紹婚姻儀式以爲奪取政權之具，未免過於臆想。其三，人類社會，家族制度，積習最深。卽以吾國言之，家族綿延數千載，歷代律令，鮮敢變更。故買賣婚之起源，不能視爲出於民族之意識（註六十一）。

(三)時效婚 物權因時效完成而取得，婚姻亦然。若男女結合滿一年而女方未曾外宿繼續三宵者，是爲婚姻之成立。如在此一年中，女方連續外宿三夜以上，則時效不完成，婚姻不成立，而男子不能取得夫權。此在十二表法已有明文規定，是其起源亦甚古。惟學者間對於時效婚制度之性質，仍分二派：一派以時效婚並非另一獨立婚姻之方式，乃爲糾正合娶婚及買賣婚方式之瑕疵耳（註六十二）。蓋合娶婚之手續繁複，且限制綦嚴，譬如執行監禮之大僧正，或供奉優必特神之僧侶，若其父母非依合娶婚而結合，則認爲合娶婚程序之瑕疵，男女雖成夫婦，但夫不能取得夫權。倘夫婦婚居一年以上而其婦并未外宿達三宵者，則合娶婚之瑕疵，因時效完成而補正，夫權於焉確定。此猶財產權之移轉，因手續之欠缺，所有權

固不即時移轉，得因買主占有所有物一年以上而始取得完全之所有權也。惟有瑕疵之婚姻儀式與全無婚姻儀式而結合同居之男女，事實上難以區別，終使男女結合後同居滿一年者亦可取得夫權。此風一開，時效婚爲取得夫權之最簡便方式，而啓後來之無夫權婚姻（註六十三）。然吾人於此不能無疑者，卽在此一年時效未完成前，男女之地位果何如乎？此可從兩面觀之：其一，在此期間內，女子不受夫權之節制。易言之，男子不因其同居未滿一年之事實而取得夫權也。其二，男子雖無夫權，但因同居之意思及事實而獲得「夫婦」名分。故格阿斯之「在婚後」(*Nupta perseverabat*)一語，甚可瞭然時效婚之男女并非單純之同居而實備有結婚之事實（註六十四）。惟男女卽依時效婚同居結合一年以上，若遇女子外宿連續達三宵者，亦不能取得夫權，但男女間之結合依然存在。職是之故，時效之完成與女子之故意外宿祇爲避免夫權之發生，於既成婚居事實實無影響也。

第二說所持之見解，卽以時效婚爲獨立婚姻之方式，非如前說所云由於進化而來。且據此說之立論，時效婚之起源甚早。古代蘇格蘭及英格蘭北部，曾一度盛行男女之同居，若女

子產育一兒或懷孕在一年及一日以內時，則男女因同居而成婚，取得夫婦身分，否則，男子得解除之（註六十五）。此與羅馬之時效婚相似。然此說之理由猶不止此，更以掠奪婚為持論之根據。因掠奪婚之女子，如與男子同居一年以上者，則女子之父喪失其追還權也（註六十六）。然此說所言，殊不足採。夫掠奪婚與時效婚之性質，不盡相同：一為出於男子之掠奪而使女子屈服於同居之生活，一為男女雙方之同意或對方之誘致而營同居生活。且掠奪婚之女子，除逃亡外，完全受制於夫權之下，而時效婚之女子得避免夫權之產生，但不妨礙其同居生活也（註六十七）。

第二節 無夫權婚姻

一、演進 自由婚姻（即結婚祇憑當事人之意思及同居事實）為市民法所否認，但自時效婚盛行之後，自由婚姻漸為人民所樂從。此時社會之觀念，對於夫權之觀念，因時代之變遷漸失其重要。婚姻以自由意思表示授受之結合為基礎，雖不發生夫權，萬民法（即大官法

一、亦維持其效力。若由市民法觀之，無夫權婚姻之夫婦關係，一如婚前，未稍變更。即婚生子女，不入於家父權之下。迨無夫權婚姻爲社會間結婚之通行儀式，則法律縱欲否認婚生子女不屬於夫家，勢所不能。初時此婚生子女須經一度認領之手續，尋乃視爲事之當然，無須多此認領之舉，遂使無夫權之婚姻變爲正當婚姻。其演進之由來，實非朝夕之功。吾人讀史，宜三致意焉（註六十八）。

二、比較 考無夫權婚姻與夫權婚姻不同者有三：一，夫不因婚姻取得夫權，故妻在婚後之地位與婚前同。詳言之，如其家父尚在，仍隸屬於其家父權之下；倘家父亡故，彼卽爲自權人，但受監護人之監護。二，妻非夫家之家人，其地位與子女有別。此時夫妻同爲平等，不復若市民法婚姻之以妻與家子立於同等之地位。三，結婚要件着重男女當事人之意思，無須履行累贅之儀式。惟習慣上視婚姻爲大事，不免舉行婚禮，引女子歸，扶其入室，授以水火，以示同居，實行夫婦生活，然此非法律上規定之必要方式。故凡足以表現男女之結合爲開始夫婦之道者，皆爲婚姻。例如男子雖不在家，女子于歸，亦視爲有效，祇須男子以書

面表示結婚之意思足耳。此種「通函結婚」，且爲萬民法所承認，則可知婚姻方式之簡便自由爲何如矣（註六十九）。

第二節 婚姻之效果

婚姻之效果，得分夫權之婚姻與無夫權之婚姻，今分述之。

第一項 夫權之婚姻

夫權婚姻之夫婦，其財產關係猶家父之與家子。舉凡妻婚前婚後之所得，悉歸夫之所有。妻婚後之債務，亦與家子同，夫不負何種責任。其後大官法規定家父對家子亦應負相當責任，故債權人亦得援用同一之規定使夫對妻負責也。至若妻婚前之債務，依夫權婚姻之效力，則因結婚而消滅，但對於債權人殊失平允，未免偏重夫之權利，故大官法規定夫應償還其妻在婚前訂結之有效債務，否則，裁判官得就妻婚前之財產爲破產之宣告，使債權人獲得償

還（註七十）。

妻之侵權行爲。夫應負其責，此與家父之於家子然。倘夫不願負責時，得將妻付與被害
人，而妻遂居於奴婢地位。(Folius 100) 所謂夫有賣却妻之權，要以此爲顯明之例(註七十
一)。

至於妻之權利，其最大者莫若繼承權。蓋夫權之婚姻既將妻之地位視同家子，遂使其與
家子同爲合法承繼人。此亦事理之必然也(註七十二)。

第二項 無夫權之婚姻

妻之財產權因取得夫權而佔有，此爲夫權婚姻之特徵。至於無夫權婚姻，夫不因婚姻取
得夫權，故夫於妻之財產，在原則上當然不因婚姻而占有也。他若妻之婚前財產與債務，仍
爲妻之所有。卽其婚後自己取得之財產贈與等，亦歸其享受，并有處分之全權。夫在法律上
對於妻之財產絕無染指之權，惟在事實上妻常於婚後將其財產歸夫掌有。遇此情形，夫不過
立於代理人之地位，妻固隨時得撤銷其委任代理權也。故依無夫權之婚姻，夫婦財產不因婚
姻而變動，各保獨立。此不但生前夫婦間之財產關係如此，卽死後亦然。迨至優帝法律，始

許妻於夫死後要求相當贍養費，但亦限於寡婦家境貧寒，無力辦理嫁資；且須乃夫死時之境况佳勝，方可爲之耳。夫婦財產之互相繼承，雖爲大官法所准許，然亦以死者無合法繼承人時爲限。

由上述無夫權婚姻之效果言之，夫婦之財產關係，除因同居生活之故外，殊鮮變更。基於婚居生活而發生財產關係者，不外四端：一爲家費之負擔。此爲夫之責任，夫除應扶養妻外并負擔家費，惟妻家恆於出嫁時與以嫁資 (*Dote*)，使其負婚後家中之費用 (註七十三)。二爲夫婦間之贈與。夫婦關係，乃一最親密之關係，故其間交互贈與，法律上視爲無效。惟婚前贈與 (*Donatio ante nuptiae*) 則爲例外 (註七十四)。三爲夫婦間之竊取。夫婦之間，不得以竊盜罪控告他方。其後大官法稍爲變更，准許被害人提起離婚之訴并退還賠償損失，然仍不得告以刑事責任。四爲婚前之贈與。卽夫於未結婚前之贈與也。今將嫁資與婚資分述之於次：

一、嫁資

(一)性質 嫁資者，(Dox) 謂女子於出嫁時攜往男家一定之財物，以供婚後家計之負擔及爲婚姻終了後之生活費也(註七十五)。故其旨趣，不外於婚後使妻與夫共同負擔家費；設萬一夫婦結合，中途分離，爲妻者仍可藉嫁資以維生活，不致無所倚靠。在原則上，婚姻解除時夫應返還全部嫁資，彼之權利祇可享用嫁資之收益而已，固不能妄爲處分。由此觀之，嫁資實爲妻之所有物(Res uxoria)，不過在婚姻繼續期內夫享有用益權耳(註七十六)。

(二)種類 在事實上，嫁資之設定，大多由女之家父爲之。女子於出嫁時類由其父給與嫁資。斯時社會，視嫁資之寡以定地位。故稍康之家，莫不遵俗爲其女設定。然此項權利，爲女子之權利，夫家固不得要求之。其應負責給與嫁資者，稱曰「法定嫁資」(dos perfecta) 。應負責云者，謂妻之尊親屬若父或祖而言。然由他人贈與妻之父轉給者，亦視爲法定嫁資(註七十七)。其爲妻之母或本人或他人代爲設定者，稱曰「別定嫁資」(dos adventitia)(註七十八)。其由他人設定嫁資，以要式口約(Stipulatio)附帶條件須於婚姻解除時返還設定人者，稱曰「期還嫁資」(dos receptitia)(註七十九)。

(二)設定 嫁資設定之方式，不盡一致，彙言之有三：一爲「嫁資給付」(*dotis datio*)，謂將嫁資之特定財產利益，如所有權或用益權，即時移轉與夫也。二爲「嫁資約付」(*dotis promissio*)，謂將嫁資爲一定之約言，於一定事故發生時移轉與夫也。三爲「嫁資許諾」(*dotis dictio*)，謂對於嫁資爲單純之許諾設定也(註八十一)。依羅馬古代習慣，嫁資許諾應於訂婚時爲之。優帝法律沿用智爾禱壽斯第二大帝(*Theodosius II*)舊制，規定不論何人均得以非正式之許諾設定嫁資，無須以要式口約爲之。故依優帝法律，設定嫁資之有效約付即視爲嫁資財產，遂使「約言」之效果則爲增加夫之財產。迨要約人履行給付義務時，此時視爲夫之債權之收回，而非此時始設定嫁資也(註八十一)。

嫁資一經給付夫後，彼對於嫁資之財產在婚姻繼續期內有用益之全權。舉凡嫁資財產之負擔，彼可爲之。其後夫之權限日張，竟有將嫁資擅自處分者。然在實際上，嫁資爲妻之財產，其設定宗旨原爲保護妻之利益，若任夫之自由處分，則妻之權利，未由保障，優利亞律(*Lex Julia*, 註八十一)始設明文規定：夫對妻之嫁資財產如爲意大利土地者，不得變賣或抵

押之。廢帝復從而修正，凡屬土地均適用之。依此規定，縱夫獲得妻之同意，其處分仍歸無效，所以保護妻之利益也。

(四)返還 夫對於嫁資財產之受益既以婚姻存續期間爲限，故於婚姻解除時，夫應負返還嫁資全部之義務，然亦當視嫁資之性質而定。如爲消費物，則返還同類同量同性質之物。設爲非消費物，應將原物返還之。倘原物因已處分或不能追回時，得以相同之物代之，但若原物受損害時，依其損害之性質及程度而負責，惟亦以『處理自己事務爲同一之注意』爲限。換言之，凡會以處理自己事務之注意致嫁資受損害時，夫不負賠償之責。反之，夫之處理注意未達此程度而致嫁資財產損害時，則應賠償損失(註八十三)。

關於嫁資之返還，隨時代之演進而異其規定，今分三期言之：(註八十四)

第一期 依市民法之規定，夫對於嫁資有享用之全權，雖至婚姻解除，亦無返還義務。惟在習俗上，夫常於遺囑中或婚姻解除時將嫁資財產返還之，此不外由於社會之習俗使夫不得不負道德上之責任也。

第二期 市民法既無規定夫對於嫁資應負返還之義務，於是欲使夫於婚姻解除時將其返還，勢非借助於事前約定不可。故嫁資之設定，恆以要式口約規定於婚姻解除時返還之。即在紀元前二百年間，請求返還妻之財產之訴（*actio rei uxoriae*）已為法律所認許。其後即無要式口約，妻亦得請求返還，聽由裁判官（*Praetor*）之自由心證耳。而裁判官對於夫之如何返還恆規定相當期間：如為金錢及消費物，則限定分三期返還；非消費物則應即時返還原狀。夫於返還嫁資時，得扣除因嫁資所生之種種費用。倘離婚係出於妻之不執行為或過失者，夫且得扣留一部分：如妻與人通姦而離婚者，扣留嫁資總額六分之一，其他原因八分之一。此外每一子女，亦得扣留六分之一，惟夫之扣留部分不得逾嫁資全額之半。然若離婚出於夫之不正當原因者，夫亦受相當之處罰，即將其上述嫁資額應扣留之部分一律沒歸妻所有。倘係由於夫與人通姦者，嫁資如為消費物，應立即返還；其他原因得分三年期歸還。如嫁資為非消費物，除即時返還外，且應返還一部分之華息（註八十五）。上述規定，原以限制問審官之權限，至奧古斯特斯帝而成定讞。顧法律對於嫁資之返還所以如此煩瑣規定者，蓋有

見於此項義務係出於婚姻之關係。夫婚姻之關係，重在營養共同生活。今遇雙方不能繼續夫婦之道，殊宜訊問其爲誰之過失或誰須負責而加以賞罰。奧氏之制，不可謂爲無因矣。

此時期對於返還嫁資之救濟方式有二：其一，爲依要式口約提起之訴，稱曰「要式契約之訴」，(actio ex stipulatio) 其二，爲依法令規定提起之訴，稱曰「關於妻財產之訴」。(actio rei uxoriae) 前者爲市民法之訴訟，故爲嚴格法，悉依一定之方式行爲，且請求返還時，亦限於要式口約所訂定者爲限。後者爲衡平法，依萬民法之寬大規定，請求嫁資之返還，得視夫婦之關係如何而定，固非一成不變也。「要式口約之訴」權得承繼之，但「關於妻財產之訴」權則否。故若妻一旦死後，如無要式口約返還嫁資財產在先，則嫁資財產掃數歸夫所有。但若嫁資之設定爲「法定嫁資」時，妻之父或祖父仍可提起「關於妻財產之訴」以退還嫁資財產。除此之外，凡非有要式口約者(如「期還嫁資」是)，所有嫁資因妻之死亡而掃數歸夫享有(註八十六)。

要之，嫁資財產在優帝以前仍屬夫之掌有，法律雖加限制，但亦未見顯著。故就夫婦之

兩方觀之，尚難稱爲平允。

第三期 優帝之朝，關於嫁資之返還，重爲規定。夫對於嫁資財產，除因婚姻解除係出於妻之失檢行爲外，負完全返還義務，此項義務爲絕對的，并非若前期之僅加限制已也。因嫁資所發生之費用，夫得暫時扣留并扣除之，但以「必要費用」爲限。否則，應將嫁資返還之。如爲不動產，須即時返還；如爲動產，則盡一年內返還。倘夫在婚姻繼續期內處分嫁資屬於動產者，應負賠償之責，其因失却處理自己事務同一注意致嫁資財產受損害時，亦須賠償損失。「關於妻財產之訴」權此時亦得承繼之。倘爲法定嫁資則應先由妻之父或祖行使是項權利。無父或祖父時，承繼方開始。優帝之改革猶不止此。彼於妻財產權之保護，更進一步之立法。凡妻本人提起請求返還嫁資財產之訴時，則視夫爲嫁資之事實佔有人，而妻却爲所有人。妻對於夫之全部財產，因有請求返還嫁資權之故，取得優先抵押權。若夫之情況不佳或頻危破產時，妻立得取執行其權利。此不但解除婚姻後如此，卽婚姻繼續期間亦得爲之（註八十七）。

綜上以觀，嫁資之演進事跡，極爲顯然。由於公平觀念之發達及夫婦關係之改進，遂使古制蕩然無存，夫婦財產重訂關係，實行營養共同生活。其去古昔專以夫權爲出發點者，相差不可以道里計矣。

二、婚前贈與 (Donatio ante nuptiae 其後改稱「婚娶贈與」Donatio propter nuptiae)

(一)性質 女子於出嫁時由其本家或第三者爲之設定嫁資，其目的要在使女子於婚後得與夫共同負擔家計，以減輕夫之責任。故嫁資之返還，視婚姻之有無存在爲原則。然在東羅馬，習俗上男婚女嫁，類多對換條件：則女家須設定嫁資，而男家亦應爲同樣對待之給付，但依市民法規定夫妻間之互相受授贈與，絕對無效，於是男方恆在結婚之前給付與女方一定之贈與。此項贈與，稱爲「婚前贈與」，簡曰婚資，以別於嫁資。若贈與在婚後爲之，則歸無效。逮優斯丁第一大帝之朝 (Justin I) 始規定婚前贈與亦得於婚後增加。優帝復進一步之立法，規定不論婚前婚後均得爲之，遂將「婚前贈與」改稱「婚娶贈與」(Donatio propter nuptiae)，以糾正名不實之弊。

(二)設定 婚資之目的，不外二端：一爲維持妻於夫死後之生活費用；一爲妻萬一因夫之過失或其他失檢行爲致婚姻決裂時，得以贍養有着。職是之故，婚資一項遂由法律明文規定：夫之尊屬有割出婚資與妻之義務。優帝復規定夫之婚資額須與妻之嫁資額同等。惟婚資財產之管理權，在婚姻存續中，歸夫掌有；故夫之義務仍屬未來。優帝有見於夫濫權之弊，乃規定婚資如爲不動產，夫不得變賣抵押或爲其他處分，且與妻對於夫之全部財產享有法定抵押權，以爲擔保執行婚資之權利。由斯以觀，婚資與嫁資係屬對待給付。學者間或以此制之由來歸於基督教男女一體之觀念註八十八。然吾人研究當時之羅馬社會，婚資之目的，厥欲防杜夫對於妻之嫁資之濫用以及夫因不正當行爲之結果致發生離婚時應負相當之負擔，以期公允。苟吾人就優帝法典之整個思想推案之，不難洞悉其中充滿「平衡權利」之觀念也。(註八十九)。

第四節 婚姻之解除

婚姻之結合既以營謀夫婦之共同生活爲目的，則遇夫婦之一造不能達到上述目的時，婚姻之關係應予終止。考羅馬法關於婚姻解除之原因有三：曰配偶人之死亡，曰配偶人自由權或市民權之喪失，曰配偶人之離婚。今依次述之：

一、配偶人之死亡 夫妻之一方死亡時，則夫婦之道末由維持，故爲婚姻解除之自然原因。生者之婚嫁與否，各聽自由。衡以吾國夙昔觀念，婚姻之目的不在於夫婦之道，而在於嗣續，故有「在家從父，出嫁從夫，夫死從子」之三從，遂使妻於夫死後，仍不能解除婚姻之關係，而社會上亦視同天經地義焉（註九十）。

二、配偶人自由權或市民權之喪失 配偶人之一方喪失自由權或市民權時，婚姻之關係終止。蓋喪失自由權或市民權之人無異等於死亡，自難與他配偶享受因婚姻應得之種種權利。設日後自由權或市民權恢復時，婚姻亦不因之而恢復。至優帝之朝，始爲規定：妻不因夫之被俘虜或失蹤而解除婚姻，但自被捕或失蹤時起逾五年者不在此限（註九十一）。

三、離婚 羅馬法之離婚，因結婚之方式而異其程序。故依市民法方式結婚者，應依市

民法之方式解除之；依萬民法之結婚方式者，應依萬民法之方式解除之。如共食婚爲宗教儀式之婚姻，其解除婚姻之程序須舉行同一之儀式：所謂「離食」(Diffractio)是也。然「離食式」之離婚，似爲較後之程序，其爲僧侶所倡議，言非無徵。(註九十二)蓋在羅馬古代，凡由優必特神僧侶監禮之婚姻視爲絕對不能解除之婚姻。而合昏婚之成立及其解除之儀式，必須由此等僧侶參加監禮方克舉行，故合昏婚之在初時是否得以解除，實屬疑問(註九十三)。至於買賣婚與時效婚之離婚程序，一如家父之解放奴隸或賣却家子然。夫欲離婚時，應舉行買賣儀式稱曰再賣，(Remanipatio)由第三者假爲買主而夫爲賣主，述一定之語言而離棄之。此種解除婚姻，純由夫之片面行爲，妻之同意與否不問也。職是之故，與其曰離婚，毋甯曰「離棄」較爲名實相符。惟無夫權之婚姻，則不必經過「再賣」程序。然法律上雖予夫有離婚之自由，而習慣上則夫亦難如是易易。在未離棄其妻時，彼爲夫者應召集家族會議，通知妻之家屬到場，說明其離棄之正當原由。所謂正當原由，不外酗酒，通姦，及不正當行爲等(註九十四)。設離婚無正當理由者，則由登記官吏予以處罰(註九十五)。如在紀元前三百

零七年間，登記官吏因安通紐斯 (Antonius) 未得家族會之同意擅自離棄其妻，遂驅逐安氏出元老院(註九十六)。但吾人宜注意者，則夫之離婚非出正當原因時，雖受處罰，而其離婚并非無效也(註九十六)。

至於無夫權之婚姻，夫婦之脫離要以當事人之意思表示為原則。所謂當事人之意思表示，不限於雙方一致同意，即夫婦之任何一方均得解除婚姻關係。為免除輕率起見，故羅馬法對於提議離婚之一造必須為「離棄」(Repudium)之行爲，詳言之，由離婚之一造將其離婚意思明白通知對造也。此項通知，并不限於書面(註九十七)，得以言詞或第三者轉達之。然以舉證不易，常生爭執，優利亞律(Lex Julia de adulteris 詳譯優利亞律關於通姦之規定)始規定應有證人七名在場為之，方為有效。自是之後，離婚之意思，不論出於片面或雙方，不能解除婚姻關係之效力，必須除意思表示受授外，并為離棄之通知手續。往昔學者，僉以「離婚」(Divortium)係出於雙方之意思，稱曰「協議離婚」；其出於單方之意思，稱曰「片面離婚」(Repudium)。經左邁(Zaumer)之苦心研究，始指出此種見解係屬謬誤。所謂離

婚 (Divortium)，不限於單方意思或雙方意思，凡解除婚姻關係者皆屬之。至於「離棄」(Repudium) 乃爲有效離婚之必經程序，其式由一方通知他方，此爲羅馬法對於離婚之一般規定。後儒未見及此，以爲係二種離婚之方式，不免誤解矣(註九十八)。

無夫權婚姻之夫婦，均有離婚之全權。其在初時，自由離婚之制，祇行於萬民法之婚姻(即無夫權婚姻)。迨夫權婚姻日見衰落，自由離婚亦漸適用。然其結果，亦祇能間接毀滅夫權。及至夫權婚姻之制崩潰，離婚程序始皆依萬民法之規定。惟自由離婚之風氣一開，夫婦結合殆皆朝秦暮楚，於社會風氣，影響殊深。在夫權時代，對於不正當原因之離婚，已予相當之處罰。康帝 (Constantine) 之朝復嚴爲限制離婚，除法律規定之理由外，均不得爲之。其違反者，除處罰其嫁資之權利外，并規定離婚如出於妻之意思者，應受流之科刑；如出於夫之意思者，禁止其再娶。倘夫違反再娶時，前妻得攫取後妻之嫁資(註九十九)，限制不可謂不嚴。九十年後，法令稍弛，而上述之嚴厲處罰，僅限於離棄全係無理由者；倘其理由爲不充分時，則妻不得再嫁。夫於離婚後二年內不得再娶(註一百)。逮優帝之朝，上述限制未

爲所採（註一百零一），但對於四百四十九年間之同樣法令仍爲保留（註一百零二），并添增離婚之合法原因（註一百零三）。然優帝此舉，仍不能稍殺離婚之風；其後復制定命令，凡妻之離婚原因非法令所承認者，罰其落身尼庵；如係出於夫之意思者，則處以罰金（註一百零四）。惟吾人宜謹記在心者，則羅馬法對於離婚原因不當或無理由雖受嚴厲之處罰，而離婚苟依法定程序，皆視爲有效。於此亦可概見羅馬法注重意思表示之一般矣。

第五節 姘合制度

正式婚姻之外，羅馬法尚有「姘合」(Concubinatus)之制。姘合者，男女以同居爲目的之結合也（註一百零五）。蓋在帝政初期，正式婚姻限制甚嚴，如現役軍人結婚之禁止及一省高級官吏結婚之限制等，（註一百零六）遂使若輩採自由之結合，而形式「姘合」制度，風氣所趨，姘合漸多。官員或富戶婦女，間或祕密爲不道德之行爲；即男子之間，亦多樂與貧寒婦女爲姘合之舉。所以然之故，由於正式婚姻之舉行，女方須備「嫁資」，男方須備「婚資」，

有時或爲當事人間所難照辦。至姘合之結果，使女子之地位低微，（註一百零七）故姘合之女子，要以下級女子居多。賽味魯斯帝（*Severus*）之後，與外國婦女亦得姘合。雖然，男女之姘合亦非謂全無限制。有妻室者不得同時與婦女姘合，有姘婦者不得同時有二人。（註一百零八）姘合之男女關係，須非爲正式婚姻所禁止者（註一百零九）。監護人與被監護人之姘合，懸爲例禁，（註一百十）但省長與所屬結合則爲所許（註一百十一）。男女俱須成年，彼此亦應同意。（註一百十二）由此觀之，姘合與婚姻殊難區別。然二者之顯然不同者，莫若視嫁資之有無以爲準。（註一百十三）姘合之男女，有互相贈與之自由，但姘婦并不取得姘夫之銜號，或享受其地位（註一百十四）。所生子女從母不從父，稱曰私生子，或自然子女。（*liberinae*）如父遺下財產，嫡子女有要求承繼權，而姘合子女僅對生母有承繼權。然現役軍人姘合所生之子女，入伍後固享有乃父之承繼權也（註一百十五）。

由此觀之，生父所與姘婦或子女之財產權，已屬渺少，至帝政後期更爲削減，康帝且爲廢弛，旋復恢復，但對於遺產額則加以限制。（註一百十六）其後法令時有增減，直至優帝之

朝始告一段落焉。(註一百十七)

第六節 改婚

改婚可分二端言之：一曰姘合之改婚；一曰正式婚姻解除後之再婚。由於前者之婚姻，康帝時規定：凡已姘合而改婚者，其婚姻之效果當然認領已生子女，但以具備下列條件爲限：(一)姘婦須爲生來自由人；(二)非爲摒除之階級；(三)未有妻室及嫡子女；(四)得子女之同意。左儒 (Zeno) 之朝，復再申令。(註一百十八) 迨紀元後五百十七年間，安那斯達學士帝 (Anastasius) 規定姘合之婚姻亦適用上述法令之規定，惟此種婚姻須有文書之證明并令姘婦置備嫁資。二年之後，此令遂即廢弛。(註一百十九) 優帝之朝，復爲數次之立法，以期改善。此後，凡姘合之婚姻，不論姘婦爲自由人或爲解放之奴隸，均得認領子女，卽有嫡子女，亦所不禁，祇規定婚姻應有書面之證明耳。(註一百二十)

由正式婚姻解除後之再婚，其情形與由姘合而結婚者不同。帝政後期之羅馬法，對於再

婚之夫婦恆予以相當之不利益，而對於子女則賦與相當權利。其中最顯者，莫若規定夫婦之一方續娶或改嫁時，不論其所得之財產權爲嫁資，贈與，或婚娶，遺囑承繼等，均於再婚時當然由前婚子女享受，父母所得享有者，祇用益權已耳。他若寡婦在服期未滿時不得改嫁。違反此規定者，遂受不名譽 (*Infa-mia*) 之處分，其承繼權同時亦削減。卽其獨立之財產轉讓後夫，亦受種種之限制也。

(註一) Ulp. 5. 2; G. 1. 56, etc.

(註二) Buckland p. 105.

(註三) G. 1. 55 65, 66.

(註四) *Patria Potesta*

(註五) *manu*

(註六) Marguardt, *Frivalleben der Römer*, 18.

(註七) D. 1. 9. 8.

- (註八) Buckland, p. 106.
 (註九) Buckland, § XL.
 (註十) D. 23. 2; C. 5. 4.
 (註十一) Buckland, p. 113.
 (註十二) D. 23. 2. 16. 2.
 (註十三) D. 23. 2. 29; h. t. 29.
 (註十四) Buckland, § XXXV.
 (註十五) Inst. 1. 10 pr.; D. 23. 2. 2; C. 5. 4. 12.
 (註十六) 孫更須徵得其父之同意。D. 23. 2. X.9; 16. 1.
 (註十七) G. 1. 55, etc.
 (註十八) Inst. 1. 10 pr.; D. 23.2. 2; C. 5. 4. 12.
 (註十九) D. 23. 2. 16.
 (註二十) Buckland, p. 113.

- (註四十一) D. 23. 2. 19.
- (註四十二) D. 23. 2. 19.
- (註四十三) Buckland, p. 113.
- (註四十四) D. 23. 2. 9. 1, 11; 49. 15. 12. 3.
- (註四十五) D. 23. 2. 11.
- (註四十六) Inst. 1.10 pr.; c. 5. 4. 24.
- (註四十七) Ulp. 11. 28.
- (註四十八) D. 23. 3. 39. 1.
- (註四十九) D. 23. 2. 4.
- (註五十) Ulp. 5. 4.
- (註五十一) Livy, 4.
- (註五十二) Ulp. 13. 16. 2; D. 23. 2. 23; h. t. 31. 44 pr.
- (註五十三) C. 1. 9. 6.

- (註三十四) C. 5. 4. 23.
(註三十五) Nov. 117. 6.
(註三十六) D. 23. 2. 36, 59, 69, 66.
(註三十七) D. 23.2. 57, 63.
(註三十八) D. 23. 2. 38.
(註三十九) D. 23. 2. 59, 60, 6, 64, 66; C. 5. 6. 4.
(註四十) D. 23. 2. 36, 59, 60, 66.
(註四十一) D. 23. 2. 64. 2.
(註四十二) D. 23. 1. 16; 23. 2. 16 pr.
(註四十三) 監護人、見 D. 23. 2. 64. 66pr.; 猶太人見 C. 1. 9. 6.
(註四十四) C. 5. 6. 7.
(註四十五) D. 23. 2. 65. 1; C. 5. 4. 6.
(註四十六) G. 1. 59; Ulp. 5. 6. Inst. 1. 10.

- (註四十七) G. 1. 60; Inst. 1. 10. 2.
(註四十八) Ulp. 5. 6.
(註四十九) Ulp. 5. 6; G. 1. 62; Inst. 1. 10. 3; C. Th. 3. 12. 1.
(註五十) G. ? 63; Inst. 1. 10. 6.
(註五十一) C. Th. 3. 12. 2; C. 5. 5. 5.
(註五十二) D. 23. 2. 12. 3.
(註五十三) G. 1. 59; Inst. 1. 10. 1.
(註五十四) G. 1. 60, 61; Inst. 1. 10. 2.
(註五十五) G. 1. 112; Ulp. 8.
(註五十六) Ulp. 9.
(註五十七) Maine, *Ancient Law*, (Pollock's ed. 1907) 159-160.
(註五十八) G. 1. 123.
(註五十九) Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, (1901) p. 166; Muirhead, *Roman Private*

Law, p. 60.

- (註六十) Vinogradoff, Historical Jurisprudence, V. 1, p. 248
(註六十一) Sohm, p. 452-462; Jolowicz, p. 115.
(註六十二) Mitteis, Rom'sches Privatrecht, I, p. 252.
(註六十三) 說見 Sohm, Buckland,
(註六十四) G. I, 111.
(註六十五) Vinogradoff, p. 246.
(註六十六) Küber, Geschichte des römischen Rechts 1925, p. 33.
(註六十七) Jolowicz, p. 115 sqq.
(註六十八) Sohm, Roman Law, p. 456-457; Jolowicz, p. 239-240.
(註六十九) D. 23. 2. 5.
(註七十) Buckland, p. 145 sqq.
(註七十一) Buckland, p. 105 sqq.

- (註七十一) C. 2. 9. 8; Sohm, 509, 531-534.
 (註七十二) Castelli, *Obbligo di dotare*; Moriaud, *Méj. Girard*, II, 291 sqq.
 (註七十四) Buckland, p. 111 sqq.
 (註七十五) Buckland, p. 107 sqq.
 (註七十六) Sohm, p. 465; Wendt, *Pandekten*, § 301; Kuntze, *Cursus des Römischen Rechts*,
 p. 625; Jolowicz, p. 242
 (註七十七) D. 23. 3. 5pr.; Ulp. 6. 3.
 (註七十八) Ulp. 6. 3.
 (註七十九) Ulp. 6. 5.
 (註八十) Ulp. 6. 1. D. 11. 20; Buckland, p. 474.
 (註八十一) Buckland, p. 444 sqq.
 (註八十二) 18. B. C.
 (註八十三) Buckland, 110 sqq.

(註八十四) Sohn, p. 468; Bechmann, Das römische Dotalrecht, 2 vols., 1863, 1867; Czychlarz,

Das römische vol. iii, § §. 13, 14.

(註八十五) Ulp. 6, 13.

(註八十六) Sohn, p. 469.

(註八十七) Sohn, 468 sqq.

(註八十八) Mitteis, p. 308, 311.

(註八十九) Nov. 97.

(註九十) Buckland, p. 117.

(註九十一) G. I. 128; Ulp. 10, 3; Inst. I. 12, 1; D. 24, 1, 13, 1; 24, 3, 56; 48, 20, 5, 1.

(註九十二) Karlowa, II, 183, 惟 Brassloff 之見解不同。見大著 Bonfante, II, 368-369.

(註九十三) Bruns II, 16.

(註九十四) Dionys, II, 25; 詳見 Karlowa II, 187.

(註九十五) Val. Max. II, 9, 2.

(註九十六) *Mitteis*, p. 252.

(註九十七) 黃右昌著之羅馬法與現代書中，謂 *Repudium* 含有離婚證書之意，殊近誤解。見黃著第
一百九十二頁。

(註九十八) *Zeumer*, *Geschichte d. Westgothischen Gesetzgebung*, vol. XXIV, p. 620 sq.

(註九十九) *C. Th.* 3. 16. 1.

(註一百) *C. Th.* 3. 10. 2.

(註一百零一) *C. 9. 9. 34.*

(註一百零二) *C. 5. 17. 8.*

(註一百零三) *C. 5. 17. 10. 11.*

(註一百零四) *Nov.* 117.

(註一百零五) *Meyer*, *Der Römische Koncubinat*.

(註一百零六) *D. 25. 7. 5.*

(註一百零七) *D. 23. 2. 41. 1; 25. 7. 3. 1. 5.*

- (註一百零八) C. 5. 26. 1.
 (註一百零九) D. 23. 2. 56; 27. 1. 7. 3; 38. 10. 7.
 (註一百十) Meyer, p. 61.
 (註一百十一) D. 25. 7. 5.
 (註一百十二) D. 27. 1. 7. 4.
 (註一百十三) Buckland, p. 129.
 (註一百十四) D. 32. 49. 4.
 (註一百十五) Meyer, p. 112.
 (註一百十六) G. Th. 4. 6. 2. 4.
 (註一百十七) Meyer, p. 134 sqq.
 (註一百十八) C. 5. 27. 5.
 (註一百十九) C. 5. 27. 7.
 (註一百二十) C. 5. 27. 8. 10 10 11; Nov. 12. 4. 18. 11, 78. 4.

第八章 家父權之發生——收養

收養 (Adoptio) 者，謂收養他人爲子女使其歸於家父權之支配也。此收養者稱曰養父或養母，被收養者稱曰養子或養女。羅馬之收養制度有三：曰自權人之收養，曰他權人之收養，曰遺囑之收養。今分別述之。

第一節 自權人之收養

羅馬收養制度，以收養自權人爲養子最古。自權人收養者，謂以收養他家父爲養子也（註一）。其收養效力，遂使養子之全家歸併於養父之下。此種自權人之收養稱曰 *Adrogatio*，影響養子之關係最大，故儀式隆重，雖終優帝之朝，大體仍與古法一致。

第一項 儀式

凡收養自權人爲養子者須經教侶之認可及民會之通過。所謂教侶之認可，乃就收養事實

而加以詳細詰問并審查其有無符合法定條件(註二)。惟在初時，教侶權力甚大，其認可手續未必遵照法律，不過此種收養事例日多之後，限制規定漸有定識，而對於收養之效果頗爲重視。教侶認可後，則移歸民會(Comitia curiata)之通過。民會專爲此種收養及其宗教儀式事項而召集者稱曰特別民會(Comitia calata)，由大教正(Pontifex maximus)主持(註三)。其程序如下：詢問養父及養子是否同意，如爲同意，次問蒞會之人民是否認許(註四)，而後由民會決議通過，養子之自家宗祀遂告終止，收養之程度至是始備(註五)。此種儀式直至地荷克力興帝(Diocletian)無甚變更，不過將民會之權力代以皇帝之諭令耳(註六)。然在施西羅(Cicero)時代，民會早失其效用，以三十侍衛(Lictors)代之，但教侶之詰問審查仍視爲必要(註七)。其後教侶失其權力，審問手續改由官吏主持，優帝之朝，固未加以變更也(註八)。

第二項 限制

自權人收養之效果既足使消滅養子之自家，故限制甚嚴。如對於儀式之舉行，在共和時

代，因民會地址在羅馬，非在羅馬舉行不可（註九）。迨民會失其存在，此項手續改由帝王命令爲之，於是自權人之收養不受區域之限制矣。此外對於自權人收養之性別，在民會舉行手續時，女子一概拒絕，至改由帝王命令時，性別之限制，亦不復見（註十）。然此種養女，祇可承繼一代，因其歿後仍無嗣續也，故在事實上，收養異性自權人爲養女者甚鮮。如自權人爲未成年者（*Impubes*），古代羅馬法亦予禁止（註十一）。考其理由，不外二端：其一，未成年之自權人爲嗣續者，在事實上，多不能達到嗣續之目的（註十二）；其二，未成年之自權人皆置有監護人，如准許其被收養，恐易啓監護人濫用職權之弊（註十三）。連安通紐斯比士，（*Antonius Pius*）之朝，始規定在限制條件之下准許未成年之自權人爲他人之養子（註十四）而對於未成年人之利益，則予以縝密之考慮及調查（註十五），并以監護人之同意爲必要（註十六）。不但此也，收養者（*Adrogator*）須提出相當擔保，如被收養者（*Adrogatus*）亡故仍在未成年時，收養者應將被收養者之遺產返還其合法承繼人，換言之，視被收養者猶同未經收養然（註十七）。倘收養者中途解放被收養者，亦應即時返還其財產；其被剝奪繼承權時

亦同。如其解放之原因出於不當者，被收養者得就收養者死後之遺產分取四分之一（註十八）。惟此項義務是否包括在提供擔保之內，尙屬疑問（註十九）。若被收養者屆滿成年時，則上述之擔保及限制，除無故被迫解放外，一概終止，此時被收養者與成年之自權人被收養者無稍二致（註二十）。

自權人之收養，既以嗣續爲目的，故非爲嗣續之收養，律所禁止。不但收養者有親子時不能有收養他人家父爲養子，卽無子而欲繼續宗祀時，亦祇能收養一人而已（註二十一）。而收養者且須年滿六十顯無子息之望者方可爲之。至於有無結婚，則不視爲重要（註二十二）。被收養者如年未滿二十五歲者，其保佐人監護人或會居此地位之人不得收養之（註二十三），恐其逃脫清還被監護人財產之責任也。惟此種限制，如有正當理由時，得設定例外。要之，收養事實倘已實行，亦法所不禁（註二十四），其准許與否，主管官吏有自由裁量之權力也。此外被收養者之同意，視爲重要（註二十五）。如其在瘋癲或神經病狀態，則不能收養，因其不能爲意思之表示也（註二十六）。他若被收養者有聾啞等病，亦不能收養之，蓋此輩人

不能參加舉行儀式也。

第三項 效果

自權人收養之效果得分三點言之：

一、關於被收養者之家父權 因收養之效力，遂使被收養者之家父權消滅，而隸於收養者家父權之下。此不但對於被收養者本人而已，即被收養者在未經收養前之卑屬，亦同歸於收養者之家父權（註二十七），職是之故，自權人之收養，其影響被收養者之關係甚大。羅馬法所以如此鄭重者，蓋有由矣。

二、關於被收養者之財產權 被收養者因收養之故，其以前之財產，除屬人權外，（例如解放自由人應盡之義務是）概歸收養者所有。至於被收養者之一切債務或準債務，依市民法之規定，則歸消滅。此對於債權人殊鮮保障。其後裁判官法始予救濟：倘遇收養者拒絕代償時，債權人得就被收養者之財產（視被收養者未經收養然）執行抵償（註二十八）。亦可概見羅馬法對於權利平衡思想之一斑矣。

三、關於被收養者之地位 被收養者與收養者之關係爲家父與家子之關係。羅馬法對於被收養者之地位多因收養而改善，自權人之收養亦然，但有二例外，一爲被收養者爲解放自由人時（註二十九）并不因收養而變爲生來自由人（註三十）；一爲貴族被平民爲養子時則降爲平民，以示歧視（註三十一）。

第二節 他權人之收養

凡收養他家父權下之家子爲養子者謂之他權人收養。（*Adoptio alieni iuris*）他權人收養爲普通收養，羅馬法上之收養事例，以此爲多。今分四項言之：（一）方式，（二）限制，（三）效果，（四）比較。

第一項 方式

凡收養他家父權下之家子爲養子時，依市民法之規定，必須經過二段程序：消滅養子本家之家父權及產生養父之家父權。前者之程序，緣於十二表法之規定；凡家父賣却家子三次

者即喪失家父權。收養他權人爲養子者，首宜舉行此買賣方式，方可消滅其原有之家父權。格阿士 (Gaius) 所述之程序如下：設甲爲家父率其子乙邀同友人丙同往評量者面前，由羅馬市民五名爲證人，然後丙向甲買乙，交付相當代價並述一定之語言，而乙遂對丙居於奴隸之地位。甲乙丙復同往裁判官面前，由甲主張乙爲自由人，丙并不加以否認（或承認甲之請求），裁判官當即宣告乙爲自由人，乙遂返還於甲家父權之下。如是兩複其程序畢，乙依然隸屬於甲之家父權下。但至第三次之程序告終，依十二表法之規定，甲之家父權消滅，使乙不但脫離甲之家父權，即與其本家親屬亦割斷關係，視同陌路人。此程序告終，即開始如何使養父（設爲丁）取得對乙之家父權。爲完成此項程序，丁對丙提起擬訴棄權之訴。主張乙爲其子，丙不抗辯，裁判官即判乙歸丁領去。然丙丁亦可同爲一人，如是，則乙於第三次被賣却之後仍再賣與甲，此際甲乙之關係非家父與家子而爲主奴之關係，丙乃向甲提起擬訴棄權爲上述之主張。至是收養之方式始備，養父與養子發生關係矣（註三十二）。

上述方式，凡養子爲親子者，必須履行，但女子及孫爲他人收養時，則教侶派之法家謂

買賣程序，舉行一次則可（註三十三），其理由謂十二表法之規定文字乃指「子」（*filium*）而言，女子及孫并非「子」，故舉行一次足矣。

帝政時代，上述買賣方式，設有瑕疵，得由帝王諭令改正。其認為重要者，厥在當事人間須在主管官吏面前當場行之（註三十四）。迨至優帝之期，此種煩複無謂之買賣方式盡皆廢弛，凡收養者之雙方當事人偕往主管官署，將收養事項登記則事畢矣（註三十五）。

第二項 限制

養父與養子雖爲人爲之父子關係，但收養係仿照自然，故羅馬法對於他權人之收養亦設種種限制焉。其一，養父之年齡須長於養子。優帝規定至少滿十八歲（註三十六）。其二，養父須爲非不能結婚者。養父曾否結婚，固爲法所不問，然若養父因有不治之疾致無結婚之可能者，則不得收養（註三十七）。其三，養父須爲自權人。蓋養父與養子之關係爲家父與家子，如養父非爲自權人，則養子無從隸屬養父家父權之下也。其四，養父須爲男子。在帝政以前，女子無家父權，故不能爲收養之行爲（註三十八）。至二百九十一年間，地荷克立與帝（

(Diocletian) 始規定婦女因子女夭折後，得收養子女以爲慰藉，優帝復寬定婦女得爲收養之行爲，但須經帝王之准許（註三十九）。然收養之效力，亦祇爲養母與養子間之有交互承繼權而已，養母對於養子仍無家父權也。其五，收養須無附帶條件。收養爲消滅一方之家父權而產生他方之家父權，此項程序爲嚴格程式，不容附帶任何條件。如收養附帶條件者，則收養之行爲歸於無效（註四十）。此外養子之同意或默認是否必要，尙屬疑問。帝政以前，養子之同意并無明文規定。以是學者意見不一。然多數意見謂家子之同意爲非必要，其理由謂家子之買賣爲家父權所許可，是家子之同意爲非必要之行爲。此在市民法時代，可謂合理見解。惟在優帝之憲令中曾述及古法規定，謂如養子有反對之表示時，可阻却收養行爲之成立（註四十一）。開爾壽斯（Celsus）謂養子之心理狀態如何可置不問，但養子須遵述一定之語言。由此觀之，其默認之同意殊爲必要（註四十二）。

第三項 效果

收養之行爲成立後，養子遂由原有之家父權下移歸養父之家父權下，而與養父之宗族發

生關係，但血族之關係依然存在（註四十三）。然若養子被解放後，養父子之關係終止（註四十四）。惟他權人之收養效果，祇及於被收養者本身，其子及孫之地位不隨之變更（註四十五）。即在第三次買賣程序未完結前，養子仍屬於原來家父權之下。羅馬法對於收養之次序，不限於昭穆相當。子女非屬於自己家父權之下者，雖經出養於他人，亦得收養之，但此再收養之子女仍居於養子女地位，不因此而恢復其親子身分（註四十六）。此時再收養後之養子與養父，在前固為親生父子關係，但因再收養之故，仍為養父子關係。且養子以前之親生子女并不與其發生父子關係。此外以被收養者為養子或養孫均無不可，如為養孫，雖收養者無子亦不禁止。例如甲無子而收養他權人乙為其孫是。倘有親子時，亦可將被收養者為親子之子，惟須取其親子之同意。在此種情形之下，被收養者則為其子之繼承人而非收養者之繼承人矣（註四十七）。

收養之制，至優帝而大加更變，因鑒於收養之效果常不利於被收養者，遂規定凡以子出養者，養子仍隸屬生父之家父權下，享受承繼權（註四十八），但對於養父之承繼權，則以未

有遺囑時爲限。如是方可保護養子之承繼權，此種收養稱曰「不全收養」(adoptio minus plena)，以家父權并未消滅也。尊親屬以外之人收養者，悉依此規定。其以尊親屬爲養父時，則適用舊法，詳言之，子與生父之關係終止，而養子全入於收養者家父權之下。良以養父與養子仍爲血族之親，收養之效果，祇變更其地位而已，於養子並無不利也(註四十九)。羅馬法稱此種收養曰「完全收養」(Adoptio plena)。

第四項 比較

他權人收養與自權人收養之異同，得臚述於左(註五十)：

(甲)相同者

子、二者之效果(除不全收養外)均變更養子之家屬關係。

丑、收養者之年齡必須較長於被收養者，至少相差爲十八歲。如收養者有不治之疾時，不得收養。

寅、婦女不得爲收養之行爲，其後法律雖許女子「收養」，但實際上并無家父權，祇可視

爲「準收養」而已。

(乙)不同者

子、一則被收養者須係自權人，一則被收養者須爲他權人。

丑、自權人收養之效果，不但自權人本人，卽隸屬其下之人，亦一併歸入收養者之家父權下。他權人之收養則否，其效力祇及於被收養者自身而已。

寅、在民會未消替以前，自權人收養之舉行，僅限於羅馬。他權人收養則否。

卯、他權人被收養者，男女均可，不加限制，然在自權人收養，在地荷克立與 (Diocletian) 帝以前，則女子不能爲被收養者。

辰、他權人之被收養者，雖爲未成年人，亦得收養之，然在自權人收養，在比斯 (Tius) 帝以前，則未成年人不得爲被收養者。

巳、他權人爲被收養時，同意與否，不關重要，而自權人被收養時，其同意爲必要。

第三節 遺囑收養

遺囑收養者，謂以遺囑收養他人爲養子也。此制盛行於希臘（註五十一），而與吾國之立繼相似。自共和末季至帝政初期，羅馬之遺囑收養事例漸多，然在法家之著述中，則毫不敘及，故其性質如何，難以斷言。據德儒莫森（Mommsen）云，此制亦爲承繼制度，使被指定爲養子者依特別民會之儀式入於遺囑人之家，故不外爲自權人收養之改變方式耳。但據另一見解，則謂以遺囑被收養者祇取得遺囑人之姓名而已，其與遺囑人本家之合法承繼人毫無關係，惟亦有因政治原因而令被收養者舉行特別民會之程序以入於遺囑人之家（註五十二）。要之，遺囑收養爲當時羅馬民間通行收養方法之一，其發生原因殆由於死亡者之未有子息歟？

（註一）Buckland, p. 125 sqq.

（註二）D. 1. 7. 15. 2; 1. 7. 15. 17; Cicero, De Domo, 13, 14; Aul. Gell. 5. 19.

（註三）Mommsen Staater. 2. 27.

(註四) G. 1. 9).

(註五) Mommsen, 3. 38. 318.

(註六) 此時市民權已失却重要。

(註七) Cicero, de domo, 13, 14.

(註八) C. 8. 47. 2. 6.

(註九) G. 1. 100; Ulp. 8. 4.

(註十) 因在民會時代，女子不能履行儀式也。

(註十一) G. 1. 102.

(註十二) Buckland, p. 126.

(註十三) Aul. Gell. 5. 19. 10

(註十四) G. 1. 102; Ulp. 8. 5.

(註十五) D. 1. 7. 17. 1. 2.

(註十六) D. 17. 17. 1.

本論 上篇 人法 第八章 家父權之發生——收養

- (註十七) Inst. 1. 11. 3.
(註十八) Inst. 1. 3; 7. 6. 1. 21.
(註十九) D. 1. 7. 20.
(註二十) D. 1. 7. 32 pr.
(註二十一) D. 1. 7. 15. 3; h. t. 17. 3 C. 8. 47. 3.
(註二十二) Ulp. 8⁶; D. 1. 7. 30.
(註二十三) D. 1. 7. 17.
(註二十四) Arg. 1. 7. 17. 參照 D. 38. 2. 49.
(註二十五) D. 1. 7. 24.
(註二十六) Arg. 1. 7. 5.
(註二十七) G. 1. 107; Inst. 1. 11. 11; D. 1. 17. 15 pr.
(註二十八) G. 3. 84.
(註二十九) D. 38. 2. 49.

- (註四十) D. 1. 5. 27; 1. 7. 43; 23. 2. 32; 28. 2. 49.
 (註四十一) Cicero, 11 (4-38).
 (註四十二) G. 1. 99, 132-134.
 (註四十三) G. 1. 134.
 (註四十四) D. 1. 7. 38.
 (註四十五) Inst. 1. 11. 1. 1. 12. 8; C. 8. 47. 11; G. 1. 38; Ulp. 8. 2.
 (註四十六) G. 1. 106; Inst. 1. 11. 4; D. 1. 7. 4). 1.
 (註四十七) G. 1. 103; Inst. 1. 11. 9; D. 1. 7. 15.
 (註四十八) G. 1. 104; Ulp. 8. 8a.
 (註四十九) Inst. 1. 11. 10; C. 8. 47. 5.
 (註五十) D. 1. 7. 34.
 (註四十一) C. 8. 47. 10 pr.; 8. 47. 11.
 (註四十二) D. 1. 7. 5.

- (註四十三) Buckland, p. 367.
(註四十四) D. 1. 7. 13; G. 2. 137.
(註四十五) G. 1. 7. 40 pr.
(註四十六) D. 5. 1. 7. 12.
(註四十七) Inst. 1. 11. 5; D. 1. 7. 6; Ulp. 8. 7.
(註四十八) Inst. 1. 11. 2 C. 8. 47. 10.
(註四十九) Inst. 1. 11. 2; c. 8. 47. 19. 1a. 4.
(註五十) Leage, Roman Private Law, p. 77.
(註五十一) Daremberg et Saglio: Dict. des Antiq. S. V. Testament
(註五十二) Michel, Droit de cité Romaine, p. 240 sqq.

第九章 家父權之發生——認領

非婚生子女認母不認父，故欲使其歸於家父權之下，則認領 (*legitimatio*) 尙焉。認領者，謂非婚生子女經過生父之認可手續而取得嫡子之地位也。羅馬法稱未經認領之非婚生子女曰「自然兒」 (*liberi naturales*) 或曰「不正當兒」， (*liberi non iusti*) 其與生父猶如陌路人，絕無關係，父子之間，亦無交互繼承權。認領之制，始於耶教紀元，格阿士 (*Gaius*) 時代 (約紀元後第二世紀) 祇有「親子過歲」 (*anniculi proptio*) 及「錯誤原因證明」 (*erroris causae proptio*) 之認領方法。延至優帝時代，非婚生子女之認領手續始由明文規定。今分述之。

一、因充里會會員而認領 (*legitimatio per oblationem curial*) 羅馬古制，每十家爲一里會 (*curiae* 此係依通說而言) 由里會而遴選地方官吏。惟里會會員爲名譽職，負擔繁重，市民多設法趨避，以致名額常虞不足。智荷多壽斯帝 (*Theodosius*) 爲補救斯弊，乃規定凡以非婚生之子充里會會員或以其非婚生之女嫁與里會會員者，於生父死亡無遺囑時與其他嫡子同享遺產繼承權。(時在紀元後四百四十二年) (註一) 嚴格言之，尙未可視爲認領，因此輩

子女仍未歸屬生父家父權之下，即與其父之宗族血族等親屬亦無何種關係。優帝乃許其認領，但亦僅與其父發生關係而已，對於其父之親屬則否。

二、因日後結婚之認領 非婚生子女因生父母之正式結婚而取得嫡子身分者，(Legitimatio per subsequens matrimonium) 此爲康斯丹丁帝所創制(紀元後三百三十五年)。優帝重復康帝法令，并規定非婚生子女須具備三條件方可取得嫡子身分：其一，非婚生子女爲胎兒時，父母須有結婚之能力。故如亂倫通姦或一方爲市民一方爲奴隸而結合所生之子女，雖父母雙方日後結婚，亦不能改進其地位。其二，婚媾須有婚資之設定。其三，認領須經子女之同意，蓋非婚生子女爲自權人，不屬於生父之家父權下也。今欲使其入於生父之家父權，則應先取得其同意，易言之，並無反對之表示也(註一)。

三、因皇帝勅令之認領 (Legitimatio per rescriptum principis) 優帝復規定父無嫡子 (legitimi) 而有自然兒 (liberi naturales) 時，得向皇帝奏請認領之許可。如已故之父在遺囑中載明認可之意旨者，得於死亡後奏請之，但亦應徵得被認領子女之同意。且其生母係

已死亡或無結婚之可能時方可爲之(註三)。故以皇帝勅令准予認領之方式，其目的在使不能因日後結婚而認領之子女亦得認領(註四)。

家父權之發生，不外上述三項。(正式婚姻，收養，認領)惟康帝之時，對於被解放之家子如有不敬行爲，則規定其回復於原有家父權之下，並應返還其所得之贈與(註五)。此種家父權與其曰產生原因，毋寧曰恢復較爲切當也。(註六)。

(註一) C. 5, 27, 3.

(註二) C. 5, 27, 8, 10, 11; Nov. 12, 14, 18, 11, 78, 4.

(註三) Nov. 74, 1, 2.

(註四) Leage, p. 71.

(註五) C. Th. 8, 14, 1; C. 49, 1; D. 1, 7, 12.

(註六) Buckland, p. 131.

第十章 家父權之效力

家父權之性質及其發生，吾人已述其梗概，今進而言家父權之效力焉。茲分三端言之：一曰關於財產之效力，一曰關於契約之效力，一曰關於侵權之效力。

第一節 關於財產之效力

第一項 使用特有產

帝政以前，家父權甚為伸張，家子猶同奴隸，其取得之財產，皆屬家父所有。雖在共和時代，家父亦有給與家子相當之特有產 (*peculium*)，然家子祇有管理用益之權，至於所有權仍屬家父，故家父可隨時取消家子之權利也。此項特有產，稱曰「使用特有產」。*(Pecuniam profectitium)* 與奴隸之特有產，無稍異致(註一)。

第二項 軍役特有產

帝政時代，羅馬從事展拓版圖，爲獎勵人民入伍起見，於是對於家子服軍役者，予以特有產之權利。此項特有產稱曰「軍役特有產」(Peculium castrense)，始於奧古斯特士帝。(Augustus)家子對於軍役特有產有完全用益及處分權(註一)。例如某甲贈與家子乙田地十畝，以入伍爲條件，此際乙若入伍，當即取得財產權。然在奧古斯特士帝以前，甲贈與之田地將歸乙之家父享有矣(註三)。

家子不但生前有處分特有產之權，卽臨終時亦可立下遺囑。家子如被解放或出養時，此項特有產歸其帶去(註四)。倘其財產權被侵害時，其救濟權一如家父(註五)。至哈德林(Hadrian)帝始規定：凡家子在遺囑書中處分其特有產者，以現役軍人爲限(註六)。惟若家子亡故并未立有遺囑時，則家父當然取得其特有產，猶同己有(稱曰 Jure peculii)(註七)。優帝之朝，家子對於此項特有產未有遺囑者，其子女及其兄弟姊妹有按序承繼權，俟無此等繼承人時，方及家父(註八)。至於家父究以承繼人之資格取得遺產抑仍以特有產名義取得，吾人難以確定(註九)。但英儒李芝氏在其羅馬私法一書，則認定家父係以遺產名義取得(註十)。

，德儒梭姆亦同此見也（註十一）。

第三項 準軍役特有產

康斯丹丁大帝又將軍役特有產擴大其範圍：凡家子爲公務員者，其所得之財產，概歸家子所有，漸次擴至專門職業上所得之財產，稱曰「準軍役特有產」(*quasi peculium castrense*)（註十二）。惟律令是否一致，吾人知之甚鮮，殊難斷言。其與「軍役特有產」不同者，則家子不得以遺囑處分之，優帝始廢除此限制（註十三）。

第四項 別種特有產

除上述「準軍役特有產」外，康帝復規定：凡子女自其生母應得之財產，歸子女所有，家父不得主張之，惟在生時享有益權而已（註十四）。此項財產稱曰別種特有產（*Bona adventitia* 或 *Peculium adventitium*）或稱「母系特有產」(*Bona materna*)。其後帝王漸將康帝法令擴大其適用範圍，不論自生母或母系繼承或取得之財產（*bona materna generis*）或由婚姻而取得之財產，（*Luera nuptialia*）皆歸子女所有，家父祇享有益權而已。

(註十五)。優帝又重新規定：子女自家父及上述各項特有產以外所取得之財產，悉爲「別種特有產」(註十六)，均屬子女所有，家父無處分之權(註十七)。惟子女對於此項特有產，亦非如軍役及準軍役特有產之得以遺囑處分者。其在初時，凡子女死後，此項財產當然歸由其父以特有產名義取得，但其後則形成承繼遺產(註十八)。優帝爲更進一步之立法，將此項財產權於本人死後由其子女兄弟姊妹按序承繼，如無人承繼時，始由其直系尊親屬承繼之。(註十九)。倘被其家父解放或出養時，康帝法令規定分與家子三分之二之財產，餘歸家父享有；優帝則祇與家父一半之利益權。由是觀之，最後之所有權仍全歸家子也(註二十)。

第二節 關於契約之效力

家父與家子間訂定之契約祇可視爲自然債務，在法律上不能發生效力(註二十一)。然若家子與第三者之契約行爲，依市民法視爲有效。當家父權伸張之際，此項契約之利益當然全歸家父享有，但家父方面却不負對待給付之責任。職是之故，第三者除左述二種情形外，罕

有與家子訂定契約者，因在事實上不能獲得利益也。

(一)家子擁有特有產時 共和時代，家子祇有使用特有產，對於此項特有產訂定之契約行為，債權人得執行之。帝政時代，家子之地位改進，由使用特有產而取得獨立特有產，遂使債權人子以保障契約履行之機會(註二十二)。

(二)家子爲家父之代理人時 家子得爲家父之代理人，此際家子訂定之契約，家父應負其責。設有不履行情事，債權人得向家父執行之(註二十三)。

第二節 關於侵權之效力

家父與家子之間，家父權爲絕對的，故家父對於家子之督責毆打等，家子無救濟之權。其後法律漸加限制，若第三者侵害家子時，家父則爲主張要求損害賠償之權利人，惟家子亦可提起侵害之訴 (*actio injuriarum*)，并得請求發給禁令 (*interdictum quod vi aut clam*)，以保護其不再被害也。

設若家子侵害家父時，後者得自由處罰之。帝政時代，法律始加限制；凡嚴重之處罰，非經主管官之允許，不得爲之。倘有侵害第三人時，初也，家父應將家子交與被害人，而家子遂立於奴隸之地位。未幾，法律漸寬，家父得交付家子或賠償被害人之損失。逮法家柏賓尼安諾斯（Papinianus）之時，即使家子交與被害人，其情形并非若往昔之永遠居於奴隸地位：此時家子得將其工作報酬以抵償被害人之損失，直至賠償額滿時爲止。優帝乃廢除將家子交付被害人之權利，只許要求損害賠償之請求權而已（註二十四）。

在私法上，家父權不啻一統治權；然在公法上，則家父權殊無權力。羅馬法有言：公法上無家父權也。（*Quod ad jus Publicum atinet non sequitur jus potestas*）故家父與家子均可享有選舉權及官職權，家子亦可爲監護人。於此可以規見皇權日張之後，家父權日削，然終羅馬之世，家父權在私法上固依然存在也。

（註一）Sohm p. 485.

（註二）D. 14. 6. 2.

- (註三) D. 49. 17. 11.
- (註四) D. 49. 17. 12.
- (註五) D. 49. 17. 4.
- (註六) Inst. 2. 12 pr. 2. 11. 3.
- (註七) D. 49. 17. 2.
- (註八) Inst. 2. 12 pr.
- (註九) Buckland, P. 372-373.
- (註十) 參較 Leage, P. 72.
- (註十一) Sohm, p. 484, 539.
- (註十二) C. 12. 30. 1; C. Th. 6. 35. 15. 參見 Fitting, *Das peculium castrens.*
- (註十三) Inst. 2. 11. 6.
- (註十四) C. 6. 60. 1; C. Th. 8. 18. 1.
- (註十五) C. Th. 8. 18 sqq.

(註十六) C. 6. 61. 6.

(註十七) C. 6. 61. 4 pr; 6. 61. 6. 2.

(註十八) Inst. 2. 12 pr; Nov. Theod. 14. 1 8; C. 6. 61. 4.

(註十九) C. 6. 61. 6. 1c

(註二十) C. 6. 61. 6. 3.

(註二十一) Leage, p. 80.

(註二十二) Sohm, p. 177, 430; Leage, p. 80.

(註二十三) G. 2. 83; 3. 163.

(註二十四) Buckland, p. 594 sqq; Leage, 80-81; Sohm, p. 483

第十一章 家父權之終止

家父權之終止原因甚多，茲述其要者於次：

一、死亡 家父或家子亡故時，家父權當然終止，因家父權之行使必須有可行使之人與

可被行使之人也(註一)。家子死亡後，家父固無對其行使家父權之可能；卽家父死後，家父權亦當然終止。然若家父爲祖父，於其死後，家父權遂一移於其子，而孫仍隸屬其父之家父權，并不因祖父之死亡而取得自權人之身分。

二、收養 家子出養他人時，本生家父權當然終止，優帝時以完全收養爲限。但若家父出養時，除家父權消滅外，並將其原有家子一併歸入養父家父權之下。

三、夫權婚姻 在夫權婚姻制度下，家父對於出嫁女子無家父權，但無夫權之婚姻不在此限。

四、家子就榮譽職 羅馬古代，崇奉教儀。凡家子爲優必特神僧侶 (*Flamen dialis*) 或女子爲威斯托爾神廟之貞女 (*Vestal virgin*) 者，依市民法規定，當然脫離家父權(註二)。優帝時，凡爲僧正或裁判官者亦如之(註三)。

五、虐待家子 帝政時代，家父將子女虐待驅逐或拋棄者，卽喪失其家父權。使女操淫業者亦然(註四)。

六、貶爲奴隸 家父或家子被貶爲奴隸者，家父權當然終止。但家父因戰事被敵人俘虜時，則有恢復權 (*ius postliminium*) 之救濟。喪失市民權亦然。

七、賣却家子 凡家父三度賣却家子或一度賣却女或孫時，即喪失其家父權。

八、解放 家父解放家子者，家父權當然終止。此爲最常見之事。今特簡述於次：

(一) 方式 家父解放 (*emancipatio*) 家子之程序，猶出養子女然，應先爲終止家父權之程序。詳言之，即家父須履行三次賣却家子之手續，至第三次完結時，家父權始告消滅，而家子對買主遂居於奴隸地位，俟經其解放，方爲自權人。然於女子，則一次已足。惟此種解放，使買主取得對家子之承繼權，殊失自然。故在通常之例，第三次之賣却，買主立於信託地位，將家子再度賣回與其家父，而後由家父解放 (註五)。如是，則家父對於家子之承繼權不致若前例之被削奪也。第此種程序複雜，非家子本人在場不能行之。於是安那斯大休斯帝 (*Anastasius*) 乃規定如家子不在時，家父亦得申請皇帝解放之，一經皇帝恩准，解放即發生效力 (註六)。然於舊昔麻煩程序，固未予以廢弛也。至優帝之朝，本其改訂法典之精神，

乃將舊式程序廢止，實行登記方式：祇有關各造當事人同往裁判官前將解放事由登入法院紀錄，可矣（註七）。前者之解放稱「安帝解放式」，（*emancipatio Anastasiana*）後者稱曰「優帝解放式」。〔*emancipatio Justiniana*〕解放之權屬於家父，家子不能要求為當然之權利。其為祖父解放孫者，無須徵得子之同意，因孫及子皆在其家父權下也（註八）。然家父解放其子時，家子之同意是否必要，羅馬法家之意見未能一致（註九）。在共和時代，家子之同意雖殊非必要；蓋縱有不肖家子，家父得在遺囑上剝奪其承繼遺產權（註十）。惟家子之同意雖非必要，但彼亦須無反對之表示（註十一）。安帝（*Anastasius*）復明定未成年之家子被解放時，則無須其同意之表示（註十二）。

（二）效果 凡養子被養父解放後，養父子之關係遂告斷絕。但在法律上，則視同由其生父為之解放（註十三）。家子被解放者，其與本家之關係亦終止（註十四）。因時代之演進，故解放之效果前後不盡同。依市民法規定，被解放之家子（*emancipatus*）喪失其對生父之一切權利，然於生父方面則對家子保留一部分之繼承權。遠在十二表法時代，生父對被解放家子

乃立於「準保護人」(quasi-patron)地位，猶主人之與被解放奴隸也。共和末季，裁判官法始與被解放家子相當繼承權(註十五)，其後漸加改進。優帝之朝，被解放者之權利幾與未解放之家子無異。蓋羅馬宗祀制度，在優帝之前，早已廢弛，社會上不復視爲重典。而解放家子時，家父恆給家子相當之贈與，家子并得帶去其特有產(註十六)。倘解放家子爲未成年時，生父當然爲其監護人，女子亦然。安帝更許被解放之家子且得爲其未成年胞弟之監護人矣(註十七)。

(註一) G. 127; Ulp. 10. 2.

(註二) G. 1. 130; Ulp. 10. 5; Buckland, p. 131.

(註三) Inst. 1. 12. 4; c. 12. 3. 5; Nov. 81.

(註四) D. 37. 12. 5.

(註五) G. 1. 132; Ulp. 10. 1.

(註六) C. 8. 48. 5.

- (註七) Inst. 1. 12. 6.
(註八) D. 1. 7. 28; Just. 1. 12. 7.
(註九) C. 8. 48. 5; C. 8' 47. 10pr.
(註十) C. 8. 46. 6; Mitteis, Reichsr. und Volker, P. 212.
(註十一) C. 8. 47. 11.
(註十二) C. 8. 48. 5.
(註十三) G. 1. 136. 1. 37.
(註十四) G. 1. 162.
(註十五) Buckland, P. 366. sqq.
(註十六) D. 39. 5. 31. 2.
(註十七) C. 5. 30. 4.

第十二章 監護

第一節 監護制度之由來

自權人不屬於家父權之下，而爲一獨立之人，故具有獨立之行爲。簡言之，卽能單獨享受權利負擔義務也。享受權利爲自權人之利益，不論老幼智愚，皆無差等。至於負擔義務，則不然矣。智愚之殊，常使愚者受累，智者獲益。然人不盡爲愚，亦不盡爲智；智愚之別，祇可見其行事而已。大體言之，發育者，智識較充，蓋由於生理上之原因也。然亦有生理上已臻發育之境，而心理上具有特殊之變態者，此輩之人，行爲乖戾，意識欠缺，易受欺罔，其與未發育之孩童，無稍異致。此外有因性別而加以歧視。凡此種種，今古法律，異曲同工，對於自然人之負擔義務（稱曰行爲能力或法律行爲 *Juristic acts*）視其生理及心理狀態之不同而加以區別。其有生理上之欠缺或心理上之變態者，法律則予以特別保護，使能力欠缺者，得以補充，其財產另委他人照管。此卽所謂監護制度也（註一）。

夷考羅馬監護 (*Tutela*) 之起源，其目的殊非爲保護被監護人而設，吾人可於十二表法

中見之，蓋監護人之選任，以最近宗親爲限。設一旦被監護人未至適婚年齡而夭折時，監護人則爲其繼承人，享受其遺產（註二）。若被監護人已達適婚年齡，是已有子息之希望，故宗親對其財產之利益終止，而監護亦即終止（註三）。直至共和末季，宗法制度已見崩潰，正義觀念滋長，漸認監護爲被監護人之利益，一洗從前之權利思想（註四）。然新舊頂替，難免參差，甚至削足適履，在所不問。於是監護之外，又有保佐（*curatio*）之設，以照管身心不健全自權人之財產。因性別之故，女子初受終身之監護，其後創設種種監護，使被監護人有自由之主張，監護人之設，形同傀儡矣。

故監護制度，在古代羅馬，無監護（*tutela*）與保佐（*Cura*）之分。至共和末季，監護之觀念更變，而監護之外，另設保佐以輔之。二者之職務不盡同，旨趣亦殊。茲爲便利說明，仍依通說分述，本章先言監護。

第二節 監護之種類

監護，(Tutela) 依其性質得分爲二：曰未適婚人之監護，(Tutela impuberum) 曰婦女之監護。(Tutela perpetua mulierum) 前者終羅馬帝國，其制猶在，後者至帝政後期，萬然無有。(約在紀元後四世紀末。賈拉謂自四百十年後，此制不復再見)(註五)。

第一項 未適婚人之監護

羅馬法定女子之未適婚年齡爲十二歲，男爲十四歲(註六)。但格阿士(Gaius)所言男爲十四歲者，謂係依照拉比亞(Laebus) 派法家之意見，至於薩比諾斯(Sabinus) 及卡休斯(Cassius) 等法家之解釋，則謂適婚年齡應視男女之發育狀態定之。凡男女未達此年齡者，應設定監護人保護之(註七)。其設定之方法有四：一曰遺囑監護，(Tutela testamentaria) 一曰法定監護，(tutela legitima) 一曰選任監護，(tutela dativa) 一曰信託監護。(tutela fiduciaria) 就歷史言之，法定監護最早，然以遺囑監護爲最普通且重要之方式，故依多數學者之說，列爲首項，今分述之。

一、遺囑監護 對於未適婚人之監護，通常由家父於遺囑中爲之。此遠在十二表法已有

明文規定：凡家父應於遺囑中指定監護人以保護未達適婚年齡之承繼人。易言之，卽此輩未適婚人於家父死後將爲自權人也（註八）。然若家父亡故而家子應入於他家父權者，則不在此限，例如祖父爲家父時，其子及孫皆家子也。一旦祖父亡故，其子爲自權人，但孫則仍爲他權人。反之，所謂繼承人亦非盡指家父之遺囑時爲限。若家父立遺囑後所生之子女或甚至死後誕生之子女皆屬之。不但此也，凡祖父立遺囑後，其子先孫夭折者，則孫於祖父亡故當然爲自權人（註九）。對於「期待子女」（*Postumi*）視同已生，應爲設置監護人。帝政時代，遺囑監護之設定，須遵循一定方式（註十）。優帝削除繁文枝節，無一定之儀式（註十一）。至於監護人之資格，法律亦取寬大主義。凡有遺囑能力者均得任之，惟優尼亞拉丁人（*Latini Juniani*）則因優尼亞律（*Lex Junia*）之規定不得充任爲監護人（註十二）。奴隸經其主人指定者亦可爲監護人，而當然因此取得自由人之身分矣。甚至指定他人之奴隸爲監護人者，亦承認其效力，惟須在遺囑中載明「俟其恢復自由時」（*Cum libererit*）等語以爲條件，然後由其承繼人將該奴隸買入而解放之，否則無效（註十三）。故爲遺囑之監護人，除外國人，婦女

，優尼亞拉丁人，降服人，以及被監護人外，皆得充任之。惟指定之監護人須爲特定人（註十五），並須指定受監護之人（註十六）。對於削奪繼承之子女，亦得爲其設定監護人（註十七）。於此可以概見監護制度已不復爲監護人之利益而設矣。

二、法定監護 法定監護者，謂依法應充任監護人也。十二表法已有明文規定，故名。此制之起源，當遠在十二表法之前，因十二表法所規定者爲社會風行已久之習慣。蓋此時之羅馬，凡家父死後，其遺產歸最近宗親所有。監護之設，亦正爲此。吾人前已言之。

法定監護人，以無遺囑監護人時始得充任之。原有之十二表法規定甚略，經羅馬法家之註釋，於是包義漸廣。依其次序，得分爲三：曰法定宗親權監護，（*Legitima agnatorum-tutela*）曰法定家主權監護，（*Legitima patronorum tutela*）曰法定家父權監護。（*Legitima Parentum tutela*）

（一）法定宗親權監護 十二表法規定：凡未達適婚年之自權人（*Impuberes sui juris*）如未經遺囑指定監護人時，應由其最近宗親任之（註十八）。無宗親時，則族人（*Gentiles*）

得爲監護人。至共和末季，此制已不復見矣。因有承繼權之關係，故監護人以有此項承繼權者爲限。倘最近宗親爲女子時，例如姊妹，因其不能爲監護人，則以其次之宗親遞任之，而此監護人常同時爲上述女子之監護人（註十九）。若遇最近之宗親亡故或遭人格之滅等，此監護權亦順序落於其次之宗親（註二十）。如最近之宗親有數人時，譬喻兄弟，此數人同時爲其監護人（註二十一）。其後承繼權之範圍擴大，於是法定監護亦隨之而擴張。故至紀元後四百九十八年間，（Anastasius之朝）被家父解放之兄弟，雖非宗親，亦享有監護權（註二十二）。優帝復進一步之立法，凡近親者均爲法定監護人，不問其爲宗親或血親矣（註二十三）。

(1) 法定家主權監護 家主 (Patrons) 解放奴隸後，家主對被解放者享有承繼權，此爲十二表法所明定。其後法家加以推釋，謂被解放之奴隸如尙未達適婚年，則家主及子孫當然爲其監護人（註二十四），而同時取得承繼權。遇家主有數人時，例如被解放之奴隸係屬共有，則皆爲其監護人（註二十五）。若其中之家主一二人亡故或受人格之滅等，此監護權則歸生存之家主享有（註二十六）。

(三)法定家父權監護 此與前項所述家主權監護相同，皆由於承繼權而取得也。蓋家父解放家子爲自權人時，其所居之地位猶似主人。優帝法律綱領列其爲法定監護人之一（註二十七）。然在格阿士（Gaius）或鄔爾賓（Ulpian）之著述則未爲分類（註二十八）。惟格氏以解放家子之家父視同主人，故以其應與主人立於同等地位（註二十九）。其後法家乃從而區別之，易稱家父爲「法定監護」人（*Legitimus tutor*），以別於家主，因之家父爲其解放家子之監護人時，免除提供擔保之義務，而亦無所謂共同監護人矣（註三十）。

三、信託監護 信託監護者，因信託而發生之監護權也。有由他人解放而發生者：例如家父解放家子時，經第三度之賣却後，若買主不再賣回家父而自行解放時，則買主遂居於家主之地位，取得市民法上對被解放者之承繼權，監護權亦隨之。惟其地位祇視爲信託監護人，而非法定監護人（註三十一）。優帝之朝，解放家子之程序由假買賣式變爲登記式，此項信託監護之發生，遂告終止（註三十二）。

有由家父直接解放而使其子女享有監護權者。若非最終之解放由於家父之所爲，則永無

發生此項監護權之可能。僂帝之時，凡家父解放其家子尚在未適婚年時，例如自身早逝是，則其未被解放之家子對於被解放者有信託監護權。例如甲有乙丙長次二子，將次子丙解放為自權人，時年僅十一，則甲於解放後當然為丙之法定家父權監護人。若一旦甲亡故，乙遂為丙之信託監護人，直至丙達十四歲時而後解除之（註三十三）。

四、選任監護 選任監護者 官吏遴選適當之人以為監護人也，然其產生，以未有上述之監護人方可為之（註三十四）。此項監護人之選任，為皇權之一，非普通官吏兼而有者。故官吏之有無此項選任監護權，要視有無法令之賦與（註三十五）。顧羅馬古代，監護人之產生，不外遺囑，信託，及法定等制，選任監護固未之聞也。然若未適婚人未有此等監護人時，不可不謀補救之道，此選任監護所由設也。考此制之最早法令厥為阿地利亞律，（*Lex Atilia*）此律之年代已無可攷，或云約在紀元前一八六年（註三十六），規定未適婚人無遺囑監護人及法定監護人時，由裁判官商同保民官之多數人員為之選任監護人，但此法祇適用於羅馬市。依此法選任之監護人，稱曰阿地利亞監護人，（*Tutor Atilianus*）蓋以律取名也。其後此制

之效用日著，優利亞律 (Lex Julia) 及帝地亞律 (Lex Titia) (註三十七)，乃予省長亦得選任監護人之特權(註三十八)。惟此項法令，對於監護人之限制甚寬，遂致弊端叢生。優帝之前，監護人之選任已無依此法令。在省轄之區，由省長選任之，倘遇被監護人之財產甚少時，(在優帝時規定五百梭利地以下)得由地方官吏逕為選任，但須呈請省長核准(註三十九)。優帝之朝，始廢弛此項核准之手續，而以提供擔保代之，除此之外，概須審問監護人之勝任能力。

申請選任監護人之權利，不論親屬朋友均得為之(註四十)。如不為申請時，債權人或有利害之關係人得通知之。若經通知而仍不為申請時，則可直接向主管官署申請選任監護人(註四十一)。然亦有規定申請選任監護人為當然責任者。例如解放自由人，對於已死舊主人之子，若不代為申請選任監護人時，則以不敬論(註四十二)。他若生母亦然。如不代為申請選任相當監護人，遇被監護人未達適婚年夭折而無遺囑時，生母則喪失其承繼權，其有正當理由者，不在此限(註四十三)。

第二項 婦女之終身監護

婦女之受終身監護 (*Tutela perpetua mulierum*)，其爲監護人之利益甚爲顯明。法家格阿斯 (*Gaius*) 謂婦女之受終身監護原因，由於婦女之智識淺陋，易受欺罔故也。然究其實，則格氏之說，近於曲解。蓋市民法之規定，婦女不能有合法後裔 (*Sui heredes*)，而其血族或家父 (如婦女係被解放者) 遂有永遠之繼承權，此監護之所由起也。入帝政時期，此制已蕩然無存。

關於監護人之設定方式，與未適婚人之監護人大致相同。今請述其異點於後：

一、遺囑監護 此種監護人之指定，其不同點，即夫不特得在遺囑中爲之，且可授權與其妻選擇監護人，此與「監護人須爲特定人」之原則相反 (註四十四)。由妻自行擇定之監護人稱曰「選擇監護人」 (*Tutor optivus*) 不惟此也，選擇權又有普通與限制之別，限制選擇權者，謂一經選擇之後即不許其自由調換也。普通選擇權則否，妻得自由選擇，監護人亦得自由解除之 (註四十五)。

二、法定監護 此與未適婚人監護之不同要點，厥爲克陸地亞律 (Lex Claudia) 廢除婦女血族之監護權，卽未成年之女子亦然(註四十六)。康斯坦丁帝 (Constantine) 復恢復對於未成年女子之血族有監護之權，於是婦女之受終身監護不復再見(註四十七)。故自克陸地亞律之後，對於生來自由之婦女已無有法定監護人之設，惟若爲其父所解放時，則不在此限。(註四十八)

三、信託監護 婦女爲欲脫羈血族監護人之監護，常有與另一男子舉行假定婚姻，而在實際上并無婚姻之事。此假定之夫負有信託義務，卽於假定儀式成立之後，須將其賣與所擇定之眞夫，受此信託解放之人是謂信託監護人。但在實際上，婦女雖舉行此項儀式，事前似先徵得血族監護人之同意(註四十九)。

四、選任監護 此與未適婚人之監護完全相同，卽在未有法定監護人時，選任監護爲常有之事也(註五十)。

五、受權監護 除上述四種監護方式外，尚有所謂受權監護焉。受權監護者，(Tutela

cessicia) 卽法定監護人將其監護權以擬訴棄權之方式移轉與第三者，而後者取得監護權之謂也。此種監護，爲婦女監護之特色，而亦可徵信羅馬最初監護制度專爲監護人之利益而設。(但格阿斯則謂監護人因監護之麻煩而有移轉與他人之事，實則格氏時代之羅馬法已漸變前此之觀念)(註五十一)。此取得監護權之人稱曰「受權監護人」。*(Tutor cessicia)* 遇受權監護人中途死亡或遭人格減等或轉讓他人時，則監護權當然回復其前手(原有之法定監護人)。若前手死亡或因其他原因致停止行使監護時，受權監護卽爲終止(註五十二)。

第三節 監護之性質

監護爲公共職務 (*Publicum munus*)，故凡爲監護人者非有正當理由或資格不符時不得辭却之(註五十三)。優帝之前，殊有二例外：其一，法定監護人得放棄其監護權。此爲鄔爾賓之所言(註五十四)。然一觀瓦地耿佚文 (*Varian Fragments*) 之鄔氏著述，既未經優帝之修訂，則謂法定監護人猶如其他監護人，非有正當理由不得解除之(註五十五)。會典從之

註五十六)。其所以如是出入者，殆由於鄔氏之時已經變更耶？抑或法定監護人之放棄權利非爲絕對耶？就鄔氏之前後文義觀之，殊以此種權利限於成年婦女之法定監護人而言，蓋所述法定監護人得放棄其監護權之文句與「受權監護」(Cessio tutelae)相銜接。然無論如何，此例外旋即廢弛，而法定監護人得放棄權利之特權即告終止。

此外如有與被監護人較近親屬時，選任監護人得推薦之(註五十七)。推薦者須將推薦之詳細理由詳呈選任官署之鑒核(註五十八)。被推薦者亦得重提較彼近親之人(註五十九)。由此以觀，推薦似亦可視爲正當理由之一。但在羅馬之法律典籍中則區別顯然，第此制至優帝時已不復見矣。

監護之職務，雖非具正當理由不得請求解除，然所謂正當理由者，則又複雜異常。法家莫特斯丁諾斯(Modestinus)謂不論任何監護人均適用之(註六十)，但吾人細究會典文義，又似法定監護人與信託監護人爲例外焉(註六十一)。被選任之監護人若有正當理由時應於一定期間內詳呈選任官署之鑒核(註六十二)。此項正當理由有爲一般者：如年齡，不治之疾，

愚蠢，貧困，流逐，擔任高級官職（註六十三），親生子息，（羅馬市者三人，意大利者四人，省府者五人，不論其已經出養或戰死者均計在內）（註六十四），現任三種監護職務（註六十五），以及其他事由等等，有為特種原因者，如當事人間有不睦或訴訟關係，或居住較遠（註六十六），或暫時離開原有住所，或退休等項（註六十七）。要之，凡具有正當理由者，均可請求解除職務，而准否之權，則由選任官署裁定之。

雖然，上述種種解除理由，祇適用於選任之監護人而已。若監護人曾於被監護人之家父生存時，允許擔任監護或在遺囑中被指定為監護人時，則事後不得藉口解除之（註六十八）。否則，取消其在遺囑中應享之利益，縱為違反遺囑人之意思亦不顧也（註六十九）。

第四節 選任監護人之限制

監護既為公共職務，於是何人得為監護人，法律上不無有相當之限制。今將設定監護人之限制簡述於次：

一、異性 婦女不得爲監護人（註七十）。此在帝政初期，毫無例外。逮紀元後三百九十年，法律始許婦女有限制之監護權，但此以無遺囑或法定監護人時方得請求選任，且禁止其再嫁，而優帝則以宣誓爲必要。若其後違禁改嫁時，後夫對被監護人負完全之責任（註七十一）。優帝復於五百三十年時將法律修正，即親母對於所生子女亦有監護權，但須放棄凡爾黎南姆元老院決議（*See Vellianum*）所賦與之特別利益（註七十二）。（該決議約在紀元後四十六年通過，規定婦女不得爲他人擔承債務。）依第九十四號新憲令，除放棄上述權利外，并應正式宣誓（註七十三）。其後復有被監護人之母或祖母若放棄凡爾黎南姆決議之權利時，且當然爲其法定監護人矣（註七十四）。

二、年齡 凡未成年者（即未滿二十五歲）不得爲監護人。在帝政初期視爲解除監護職務之正當理由，然在優帝之時，即規定爲不符資格（註七十五）。至於未達適婚年人，優帝以前之法律固皆視爲不合擔任監護之職務，但於法定監護人則不在此限。優帝乃廢弛此項例外，使歸一律。蓋依舊法之規定，兄弟之中，必有一人爲弟之監護人。故憲令評其爲違性悖理（

註七十六)。

三、暗疾 所謂暗疾，不問身體上或精神上之原因均屬之。如聾啞之人，在帝政初期，除法定監護外，皆禁止其爲監護人，優帝乃將此例外一併廢弛(註七十七)。至於精神病人，當時社會視爲可治之疾，故不爲喪失監護人資格之原因，但得請求解除監護之正當理由(註七十八)，而暫設一保佐人以管理被監護人之財產(註七十九)。惟在帝政初期之法律，瘋癲病并不以之爲解除法定監護之職務也(註八十)。

四、豁免 選任監護人之限制，又有出於特權者，易言之，即因監護人之身分，地位，或職務而豁免其監護職務也。例如現役軍人或高級官吏是。即使本人願任監護之職務，亦法所禁止(註八十一)。他若債務人及債權人均不得執行監護職務。如被選任之監護人具有上述事實而不即時聲明時，則科以重罰(註八十一)。此外又有出於階級之不同而不能行使監護職務者，如生來自由人不得選任解放自由人爲監護人，然此係以有解放自由人得爲監護人而言

(註八十二)。

五、失檢 被選任之監護人如有行爲失檢或品行惡劣時，選任之官署，在選任監護人時應注意及之。然若家父委定之監護人確有行爲失檢者，在法律上仍視爲有效。至於法定監護人之行爲更無論已。蓋法定監護制度，其目的在保護監護人自身之財產上利益，而行爲失檢與否，在所不問。故行爲失檢之事實，祇可限制於選任監護人而已。

監護之資格，雖有上述之限制，因其性質爲公共職務，故家子亦得爲監護人（註八十三）。蓋在公法上，家子之地位與家父無殊。至於奴隸，外國人，及優尼亞拉丁人（優尼亞律有明文禁止之規定）因在公法上不能享有，故無被選任爲監護人之資格（註八十四）。

第五節 監護人之職權

第一項 提供保證

羅馬之監護人，除遺囑指定（註八十五）及高級官吏選任之監護人外（註八十六），均應於就職前提供擔保（註八十七）。其在初時（自託拉揚之朝起 Trajan）（註八十八），以選任監護人

爲限。哈德林帝乃擴充其適用範圍，即其他監護人亦須提出保證也。此項保證之是否相當，則歸主管官署裁定（註八十九）。至於如何提供之方法及主管官署如何知悉監護人有無提供擔保，史缺有間，語焉不詳。吾人今可據以述者，即監護人未提供擔保前，其一切之監護行爲不能拘束被監護人（註九十）。然在事實上，債權人爲保護自己之利益，每令監護人提出保證，否則，不與之交易。優帝在法律綱領一書略有述及如何迫令監護人提供保證，但此項機關之性質如何，吾人不得而知矣（註九十一）。

提供擔保，視監護人與被監護人之身分，地位，財產，而定。爲監護人者，常無若是巨大財產提供擔保，故羅馬之監護保證制度，注意保證人。易言之，即保證人對被監護人聲述保證之要旨也（註九十二）。

監護人提供保證之後，方可行使監護職務，亦即監護人之職權也。此監護權得分爲二：一曰管理財產，一曰補充能力。今分述之。

第二項 管理財產 (Administratio)

管理財產，爲監護人者，應負相當注意之義務。初因監護權漫無限制，以致時有害及被監護人之利益。紀元後第二世紀末，塞味魯斯帝 (Severus) 始禁止監護人售賣城市田野土地，縱遺囑上規定監護人得有處分之權，亦必須先呈請主管官署核准方可爲之，但若爲緊急之處分時，則不在此限(註九十三)。惟此項緊急處分權雖經主管官署之核准，監護人仍不能完全免除責任，易言之，卽其緊急處分在事實上并非必要或不能認爲緊急狀態時，彼監護人須負其責。至於呈請主管官署之核准，若未將處分之理由及事實完全釋明，則監護人對被監護人因此所受之損失仍應負賠償之責(註九十四)。然據另一法令，其年代已無可考，則規定不生產或易於損壞之動產及市廛房屋奴隸等，應由監護人迅速售却，否則，亦應負其責任(註九十五)(此法令或塞味魯斯時所制定)。故若遺囑上雖有禁止處分之規定，監護人爲保護被監護人之利益起見，仍得處分之(註九十六)。上述制度，在事實上未見有何收效，康斯坦丁帝乃重爲制定，以歸一律，卽監護人不得擅自處分被監護人之財產，但遇必要情形時得售賣田野土地(註九十七)。倘監護人之處分未有正當理由時，亦可因時效而補正。康帝規定如被

監護人於成年日起一年內未有相反之表示時，該項處分認爲有效（註九十八）。優帝則展長至五年期限（註九十九）。

監護人對管理財產外，并應代被監護人立即收回已到期之債權，不得展長期限。即使展長期限之結果有利於被監護人及債務人，亦不得爲之（註一百）。如有訴訟事件，監護人宜依法盡保障之責（註一百零一）。若遇被監護人已能以自己之名義爲訴訟之主體，監護人須爲其訴訟之代理人（註一百零二）。對於被監護人之資金，應於相當期內爲之投資，否則，須負遲延利息之責任。若監護人將資金用於自己之事業或充自己之用途，應償還被監護人以最高之利息（註一百零三）。上述種種規定以及其他事項監護人所應注意者（註一百零四），純爲保護被監護人之利益，而杜監護權之濫用。前此之純以注重監護人之權利者，今則一變而純以被監護人之利益，甚至使監護人擔負不合理之責任。

然監護人亦非均可代被監護人爲一切之行爲者。關於代表被監護人取得財產權之行爲，以萬民法所規定者爲限。至於市民法之行爲，則非監護人所能代爲。例如曼奇拍地奧買賣式

，彼監護人不能代行之（註一百零五）。然若萬民法上之裁判官法繼承權（即資產占有權 *Pro-norm Possessio*），監護人得爲其被監護人而取得（註一百零六），但不能爲放棄之行爲（註一百零七）。市民法之繼承權，在帝政初期尚不許監護人代爲取得，帝政後期，始許監護人得代幼兒爲之（註一百零八）。惟此種限制，在事實上恆有排脫其羈束之法。依據「奴隸之取得悉歸主人」之原則，故監護人雖不得代被監護人爲市民法上之行爲，然可假奴隸之手以爲替代。此不論市民法上之買賣方式（註一百零九）或市民法上之繼承權均可爲之。倘被監護人無奴隸時，得購買之（註一百十）。

因管理財產而發生之種種契約行爲，帝政初期，此項契約應由監護人本人名義爲之，與被監護人不發生權義關係，但其結果則由監護人與被監護人理清。依此規定，監護人在法律上訂定契約，純爲個人之行爲。關於此問題之研究，學者間考證不一（註一百十一）。今可得而述者，即監護人雖以自己名義訂定契約，而實際上之享受者却爲其被監護人，故監護人得向之索償或使其負責，所以保監護人之權利也（註一百十二）。

此外監護人對於管理財產應盡相當之注意。然相當之注意云云，因時代之演進稍有輕重。其在初時，監護人祇負詐欺 (Dolus) 責任而已，此說近是 (註一百十三)，因其較符監護之原來觀念也。凱爾修斯帝 (Celsus) 對於監護人應盡之責任漸次加重，而以「與處理自己事務為同一之注意」以為率 (註一百十四)。故監護人對於管理財產欠週而致被監護人受損失，則應負其責任也。

第三項 補充能力 (Auctoritatis interpositio)

監護人之最要行為，厥為補充被監護人之行為能力。易言之，乃使被監護人之行為在法律上發生效力也。故補充能力云者，謂由被監護人之獨立行為，經監護人之同意認可後，使其有行為之能力也。此項認可之手續，亦為正式之行為。監護人之同意認可，不得附帶條件，(註一百十五)，且應由言詞許諾之 (註一百十六)。彼監護人於付與同意時應在場為之，事後之追認或以書面認諾者不生效力 (註一百十七)。設有對造人諮詢時，監護人須置答之 (註一百十八)。後來法律，略有變更，對造之在場與否，不關重要也 (註一百十九)。

補充能力既由監護人對於被監護人之行爲加以同意認可爲限，則被監護人非具有相當之智識或辨別力不可。因之，若被監護人爲幼兒或嬰孩時，自無從補充能力。此爲羅馬法之原則（註一百二十）。但對此原則：吾人不可不加以說明。蓋羅馬法之較量被監護人之行爲能力以其有無理解力（*Intellectus*）爲準（註一百二十一）。在第五世紀以前，所謂幼兒時期，係從最狹義之解釋：即不能言語是也（註一百二十二）。若衡以生理上之發育，則幼兒至四五歲時多能言語，然亦有至六七歲始能言語者，故至四百零七年間，爲避免事實上之困難，乃規定未滿七歲者爲幼年時期，視爲全無行爲能力之人（註一百二十三）。會典之中，有將缺乏理解力（*Intellectus*）與幼年狀態混談者，其間實有區別。蓋幼兒既不能言語，當然亦無理解力，於是舉凡須以語言或對話成立之種種法律行爲，彼不能爲之，因其不能言語也（註一百二十四）。此於瘖啞人亦然，但瘖啞人固不能視爲無理解力，祇因其不能說話之故，遂使其無此種行爲能力。反之，幼兒或有能言語，却無理解力（註一百二十五）。此輩之人，羅馬法列爲「準幼年人」。在格阿士法家時代，可藉監護人之補充能力權限，使其訂定契約行爲，經監

護人之同意認爲有效（註一百二十）。其後復從而擴充適用之範圍，卽被監護人在幼年期，亦得由監護人補充其行爲能力，但以該項法律行爲非以需要對話者爲限（註一百二十七）。

監護人之同意與否，由監護人斟酌情形決定，不得加以強迫。惟監護人對於被監護人之行爲如爲正當而有利益時，不應不付與同意（註一百二十八）。至於監護人與被監護人之間，不得以被監護人之行爲有利於監護人時而付以同意。蓋因此所發生之行爲，在法律上視爲無效。例如監護人同意將自己資金借與被監護人，則此種債務契約視爲自然債務（*naturalis obligatio*），被監護人祇負返還不當得利之部分（註一百二十九）。故在監護人爲一人時，不能與被監護人爲上項之交易，但得由裁判官指定另一監護人爲上述付與同意之行爲。例如監護人與被監護人間發生訴訟關係時，另指定一監護人爲訴訟代理人是。

然監護人之付與同意權亦非一無例外者。若被監護人之單獨行爲純係有權利而無義務者，則無須監護人之同意（註一百三十）。故如片面契約，若甲贈與被監護人耕地一畝是，監護人之付與同意權并非必要。然以一般之法律行爲，雙方面者居多，此時之問題遂發生種種

困難。若認對造人應負其責任而被監護人則否，未免失之公平，因之，如被監護人在此種情形之下欲解除其責任，非返還其已得利益不可；反之，彼若主張對造人應履行契約之義務，被監護人亦宜爲對待應盡之義務。例如某甲向被監護人乙購買布料一件，此時若乙同意賣出，乙非先交付貨物不得向甲訴追貨價；反之，乙如向甲買物，若欲索回已付貨價，則應將貨物退還（註一百三十一）。倘被監護人已先履行其部分，則可要求退回其已付與對造人之代價或訴訟對造人履行應盡之義務（註一百三十二）。要之，被監護人不得以其受監護之故而有不當得利之行爲；在對造人方面，亦不能因被監護人之智力未充藉以攫取過分之利益也。

關於受財之行爲，羅馬法又有特別之規定。被監護人之收受金錢在法不生效力，惟其後若再追償同項款額時，彼應將已收之款額返還（註一百三十三）。然若付與監護人，則又恐被監護人藉詐欺之事由而再追償款項。故最妥當之法，第三者應於監護人在場時徵得其同意後付與被監護人。但在事實上，此種辦法，常感不便，如監護人與被監護人隔地居住是。優帝爲補救上述之不便，乃規定付款人得逕付與監護人，但須經民選推事（*Judex*）之核准。惟此

種手續，祇限於大宗款項或款項超過一定數額者；至於在一定數額之下者，仍可付與監護人，而無須多此核准之手續也。

第六節 被監護人之保護

爲防杜監護人之濫用職權，故法律上亦予被監護人相當之救濟權。監護人除就職前提供保證及編造財產目錄外，尚應盡其他之義務，否則，被監護人得行使救濟權。今舉其要者如左：（註一百三十四）

- 一、監護人如犯有嫌疑罪時，得解除其職權，此在十二表法已有規定。
- 二、監護人被發覺詐欺時，除解除其職務外，并受不名譽之處分。
- 三、監護人處理被監護人之事務未盡「與處理自己事務同一注意」時（*Diligentia Quam suis rebus*）應負賠償之責。
- 四、監護人將被監護人之財物擅充己用時，應受加倍返還之義務。

五、監護人於監護終了時應將一切手續理清，其未依照辦理者，受不名譽之處分。

六、康斯坦丁帝規定被監護人對於監護人之財產有法定之抵押權 (*Tacita hypotheca*) 監護人如有失職依法應賠償時，被監護人則可對上述財產取償之。

此外對於選任監護人之官署未令監護人提出保證或雖提出保證而顯有不足時，被監護人亦可訴追賠償損害。於此可見後期羅馬法保護被監護人之厚矣。

第七節 監護之終止

監護之終止原因甚多，今舉其要者於後：

- 一、被監護人死亡或遭人格減等者；
- 二、被監護人已達成年者；(註一百三十五)
- 三、選任監護之原因終了者；(註一百三十六)
- 四、監護人死亡或遭人格大中減等者；

五、法定監護人遭人格小減等者；(註一百三十七)

六、監護人之行為失檢免職者。

上述各項原因，除行為失檢一項須加以伸述外，餘均毋庸說明。監護人對於被監護人有侵權行為時，應負其責任，吾人在前節已略為述及。而法律為保護被監護人之利益起見，設有種種救濟程序。(註一百三十八)但除此之外，復有公訴之手續，即向主管官署訴請解除監護人之職權是也(註一百三十九)。此項告訴手續，係依據十二表法上之規定，稱曰 *Crimen Suspecti Tutoris*。因監護為公共之職務(即國民之職務)，除未適婚年之被監護人外，無論何人均得告訴(註一百四十)。自被告訴之時起，即停止監護人之行使職權(註一百四十一)。監護之職務為信託之職務，故不因監護人之身分地位而有區別，即舊主人為監護人時，亦不能豁免被告訴之責任(註一百四十二)。至於告訴之原因是否正當，法院有自由心證之全權。且此項失檢行為，要以監護人在行使監護職務期內所發生者為限。後來法令稍嚴，即在監護人未行使監護職務以前之不正當行為亦得為訴請解除之原因(註一百四十三)。惟若解放自由

人之舊主人有不正当行爲時，其解除之事由則不載明，以免受不名譽之結果（註一百四十四）。然通常并不解除其職務，而另選任一保佐人與其共同處理財產（註一百四十五）。此種事例，於監護人境遇窮困時常見之（註一百四十六），所以保護被監護人之利益也。

第八節 婦女監護之特徵

吾人上述種種監護之職權等等，皆以未適婚人之監護而言。今請進而述婦女監護之特徵焉。

成年男子，無須監護，然於女子則不然。在未達適婚年固須設置監護人，卽至成年，亦受監護，故有「婦女受終身監護」之設也（註一百四十七）。惟女子成年後，雖有監護人，却只有自己管財之能力；監護人之唯一職務，祇爲補充能力而已（註一百四十八）。此項補充能力且非絕對的，易言之，卽婦女之相當行爲亦無需監護人之付與同意，如收受款項掣給收據，（註一百四十九）以及萬民法上之買賣行爲等是（註一百五十）。然如市民法上之行爲，若遺囑，

正式解放，財產買賣，役權設定，嫁資設定等，則以監護人之同意爲必要（註一百五十一）。但在事實上，婦女得迫令監護人（除法定監護人外）付與同意（註一百五十二），故監護人不但非以保護被監護人，且被視爲贅物。至於法定監護人所以不能被迫付與同意之理由，乃因其對被監護人之財產權沾有承繼權之利益也（註一百五十三）。

成年婦女監護之終止原因，除上述之原因外，與未適婚人之監護大致相同。惟有一特殊之事由，即婦女有子息三人，如爲被解放自由之婦女則須四人，得免除受監護之拘束（註一百五十四）。其爲威斯泰爾神處女（*Vestal virgins*）者亦同（註一百五十五）。因監護人無管財行爲，故於監護終止或消滅時，無須結算賬目，即提供擔保亦未見其爲必要也。

第九節 多數監護人

監護人有數人時，對於被監護人之管財職務則爲其有人，易言之，其中之一人俱得爲管財之行爲也。然問題之發生却不在此，而在補充能力焉。遇此情形，究以其守一人之同意爲

已足，抑亦全體監護人之同意爲必要。帝政初期之法例，似認法定監護人有數人時，以其中一人之付與同意則可發生效力，毋庸全體監護人之一致表示。然若付與同意之結果致使監護終了者，如被監護人爲自權人之出養是，(Adrogatio)則非有全體監護人之同意不可。他若監護人中之一人與被監護人發生訴訟，其餘之監護人得行使監護職務，而無須另選任暫時監護人(註一百五十六)。

逮優帝之朝，凡監護職務未經分開者，不論監護人之人數，任何監護人之付與同意則可，但付與同意之效果將致監護終了者，不在此限(註一百五十七)。倘監護事務繁多，監護人間得自行分配職務，然各監護人之責任仍應連帶負責(註一百五十八)。惟若依法令之規定以分擔職務者，則監護人間之責任爲單獨的而非連帶的。其在初時，祇限於法定監護人，由裁判官裁定之(註一百五十九)。

第十節 事實監護人

事實監護人者，(Procurator) 謂誤以自己爲監護人或自己本爲監護人并未知悉此項事實而執行監護職務也。例如甲誤信自己爲乙之選任監護人，然在法律上并非乙之監護人，此際甲對乙仍應負責，設有疏忽或不稱職致乙受損害時，甲須賠償之。又如甲經選任爲乙之監護人并未知悉其事，但甲却已事實上對乙行使監護之職務，故亦與前例負同一之效果。被監護人得以「監護職務之訴」(Actio tutelae directa) 責令監護人履行義務；而事實監護人如有代爲墊付開支，亦可提起「監護對待之訴」也(Actio tutelae contraria)。

(註一) Buckland, p. 143 sqq; Jolowicz, p. 120 sqq.

(註二) Inst. 1. 17 pr; c. 5. 30. 5. 3.

(註三) Jolowicz, p. 121-122; Buckland, p. 144.

(註四) Inst. 1. 13. 1; D. 26. 1. 1. pr.

(註五) Girard, Manual, p. 227; C. Th. 8. 17. 3; 參較 Oug, Manual, p. 222.

(註六) G. 1. 193; Jolowicz, p. 120, note 3.

- (註七) G. 1. 144.
(註八) Ulp. 11. 14. 15.
(註九) Inst. 1. 13. 4; G. 1. 116.
(註十) D. 26. 2. 3 Pr.; G. 1. 149.
(註十一) C. 5. 28. 8.
(註十二) D. 26. 2. 21; Ulp. 11. 16.
(註十三) Leage, p. 99; D. 26. 2. 23. **1.**
(註十四) D. 26. 2. 20.
(註十五) D. 26. 2. 23. **30.**
(註十六) D. 26. 2. 4.
(註十七) D. 26. 4. 1. pr; 5. pr; G. 1. 153.
(註十八) G. 1. 155; Inst. 1. 15 pr.
(註十九) D. 26. 4. 1. 1.

(註二十) D. 26. 4. 2; 26. 3. 9.

(註二十一) D. 26. 4. 8; 9.

(註二十二) C. 5. 30. 4.

(註二十三) Nov. 118. 5.

(註二十四) G. 1. 165; D. 26. 4. 3 pr., Inst. 1. 17 pr.

(註二十五) D. 26. 4. 3; 4.

(註二十六) D. 26. 4. 3. 5.

(註二十七) Inst. 1. 18.

(註二十八) G. 1. 166; Ulp. 11. 3.

(註二十九) G. 1. 172.

(註三十) 此種免除之義務，純係基於父子之關係。

(註三十一) G. 1. 166; Inst. 1. 19.

(註三十二) Inst. 1. 12. 6.

(註三十三) G. 1. 175; Inst. 1. 19. 優帝法律綱領并述理由，籍克蘭認為不近情理。見 Buckland, P. 148.

(註三十四) G. 1. 185; Ulp. 11. 18; Inst. 1. 20 pr.

(註三十五) D. 26. 1. 6. 2.

(註三十六) Girard, Manual, 224.

(註三十七)約在紀元前一八六年。

(註三十八) G. 1. 185.

(註三十九) Inst. 1. 20. 4. 5.

(註四十) D. 26. 6. 2 pr.; C. 5. 31. 5.

(註四十一) D. 26. 6. 2. 3.

(註四十二) D. 26. 6. 2. 1; C. 5. 31. 2.

(註四十三) D. 26. 6. 2. 1; C. 5. 31. 6. sqq.

(註四十四) G. 1. 148. 150 sqq.

- (註四十五) G. 1. 154.
- (註四十六) G. 1. 157; Ulp. 11. 8.
- (註四十七) C. Th. 3. 17. 2; C. 5. 30. 3.
- (註四十八) Ulp. 19. 11.
- (註四十九) G. 1. 115.
- (註五十) G. 1. 195.
- (註五十一) G. 1. 168.
- (註五十二) G. 1. 170; Ulp. 11. 7.
- (註五十三) G. 26. 6. 2, 2; 4. 5. 6. 7; Inst. 1. 25 pr.
- (註五十四) ulp. 11. 17.
- (註五十五) Vat. Frag. 156. 173a, 202.
- (註五十六) D. 27. 1. 6. 17; 27. 1. 13. pr.
- (註五十七) Vat. Frag. 157-167; 2 6-220.

(註五十八) Vat. Frag. 166, 210.

(註五十九) Vat. Frag. 206.

(註六十) D. 27. 1. 2. 5.

(註六十一) D. 27. 7. 1. 8. pr.

(註六十二) D. 27. 1. 13. 1 sqq.

(註六十三) D. 27. 1. 2 pr.; 27. 1. 6. 1 sqq; 27. 1. 6. 19 7. 40.

(註六十四) Inst. 1. 25. 5; D. 27. 1. 2 9 sqq; 15. 5. 16. 31.

(註六十五) Inst. 1. 35. 4.

(註六十六) Inst. 1. 25. 4; 1. 25. 9-12; D. 27. 15 sqq.

(註六十七) D. 27. 1. 10. 2, 3; 22. 1. 41; C. 5. 62. 10.

(註六十八) Vat. Frag. 153.

(註六十九) D. 27. 1. 28. 1, 32.

(註七十) D. 26. 1. 16. Pr; 26. 2. 26. Pr; C. 5. 35. 1.

- (註七十一) C. Th. 3. 17. 4; C. 5. 35. 2.
(註七十二) C. 5. 35.
(註七十三) Nov. 94.
(註七十四) Nov. 118. 5.
(註七十五) Inst. 25. 13.
(註七十六) C. 5. 30. 5.
(註七十七) D. 26. 1. 1. 2. 3.
(註七十八) D. 27. 1. 10. 8; 27. 1. 10. 12.
(註七十九) D. 26. 1. 17.
(註八十) G. 1. 139
(註八十一) Inst. 1. 26. 14; D. 6. 5. 21. 3; Nov. 123. 5.
(註八十二) D. 27. 1. 1. 4.
(註八十三) Inst. 1. 14 pr; Ulp. 11. 16.

- (註八十四) Inst. 1, 24.
(註八十五) G. 1, 20; Inst. 1, 24 pr; D. 26 2, 17.
(註八十六) G. 1, 200; Inst. 1, 24 pr; D. 26, 3, 2 3.
(註八十七) G. 1, 199; Inst. 1, 4 pr; D. 26, 3, 5.
(註八十八) C. 5, 75, 5; *Quaest. Manuati*, 214, n. 2,
(註八十九) D. 27, 8, 1, 11.
(註九十) C. 5, 42, 1 sqq; C. 2, 40 4.
(註九十一) Inst. 1, 24 3.
(註九十二) D. 27, 8, 1, 15, 16; 46, 6, 2 3.
(註九十三) D. 27 9, 1.
(註九十四) D. 27, 9, 1; C. 5, 5, 7, 5.
(註九十五) C. 5, 57 22 pr
(註九十六) D. 26 7, 5 9; 26, 7, 7, 1, 50, 16, 198; C. 5 38, 3.

羅馬法

(註九十七) C. 5. 37. 22. 1 sqq.

(註九十八) C. Th. 3. 32. 1.

(註九十九) C. 5. 74. 3.

(註一百) D. 26. 7. 15.

(註一百零一) D. 12. 2. 17. 2; 26. 7. 1. 2. 15. 23. 23.

(註一百零二) D. 26. 7. 1. 2. 2.

(註一百零三) D. 26. 7. 7. 4

(註一百零四) D. 29. 7. 5. 8. 7. 1. 7. 8. 7. 14.

(註一百零五) *Mitteis, Rön. Pr. 1. 208.*

(註一百零六) D. 37. 1. 7. 1; 39. 9. 1. 4.

(註一百零七) D. 37. 1. 7. 8.

(註一百零八) C. Th. 8. 18. 8; C. 6. 30. 18.

(註一百零九) C. 2. 87.

- (註一百十) G. 2, 88.
- (註一百十一) Wenger, *Actio Judicati*, p. 193 sqq.
- (註一百十二) Buckland, p. 156-158.
- (註一百十三) Metteis, p. 324.
- (註一百十四) Metteis, p. 326.
- (註一百十五) D. 25, 8, 8.
- (註一百十六) D. 26, 8, 3.
- (註一百十七) D. 26, 8, 9, 5, 10; Inst. 1, 21, 2.
- (註一百十八) D. 26, 8, 3.
- (註一百十九) D. 26, 8, 9, 6.
- (註一百二十) G. 3, 109.
- (註一百二十一) G. 3, 109.
- (註一百二十二) D. 27, 8, 1, 15; 40, 5, 30; 45, 1, 70; Inst. 3, 19, 10.

- (註) 百二十三) C. Th. 8. 18. 8; C. 6. 30. 18; Girard, *Man al.*, p. 203 n. 4.
 (註) 百二十四) D. 26. 7. 9. pr.
 (註) 百二十五) D. 29. 2. 9; 44. 7. 1. 13.
 (註) 百二十六) G. 3. 109; Inst. 3. 19. 10; D. 29. 2. 9.
 (註) 百二十七) D. 36. 1. 67. 3; C. 7. 32. 3.
 (註) 百二十八) D. 26. 8. 17.
 (註) 百二十九) Inst. 1. 21. 3; D. 26. 8. 1 pr.
 (註) 百三十) D. 2. 83. 3. 105; Inst. 1. 21 pr. D. 26. 8. 9.
 (註) 百三十一) D. 18. 5. 7. 1 pr. 44. 4. 8. pr.
 (註) 百三十二) G. 2. 82.
 (註) 百三十三) G. 2. 84; In t. 2. 8. 2
 (註) 百三十四) League, p. 112.
 (註) 百三十五) G. 1. 196.

- (註一百三十六) Inst. 1, 14, 3.
 (註一百三十七) Ulp. 11, 9, 17.
 (註一百三十八) Buckland, p. 164-166.
 (註一百三十九) Inst. 1, 26, 1; D. 23, 10, 13.
 (註一百四十) Inst. 1, 26, 3; D. 23, 10, 1, 7.
 (註一百四十一) Inst. 1, 26, 7, C. 5, 43, 7.
 (註一百四十二) Inst. 1, 26, 3; D. 10, 1, 5; C. 5, 43, 4.
 (註一百四十三) D. 26, 3; 10, 3, 5; C. 5, 43, 2; Inst. 1, 26, 5.
 (註一百四十四) D. 23, 10, 1, 5, 4, 2.
 (註一百四十五) D. 26, 10, 9.
 (註一百四十六) C. 5, 43, 6.
 (註一百四十七) G. 1, 190; Ulp. 11, 1.
 (註一百四十八) G. 1, 190, 191; Ulp. 11, 25.

- (註一百四十九) G. 2. 85.
(註一百五十) G. 2. 80; 2. 81.
(註一百五十一) G. 1. 190 sqq; Ulp. 11 27.
(註一百五十二) G. 1. 130
(註一百五十三) G. 1. 192.
(註一百五十四) G. 145, 194. 3. 44; Ulp. 29. 3.
(註一百五十五) G. 1. 145.
(註一百五十六) D. 26. 2. 24.
(註一百五十七) C. 5. 59. 5.
(註一百五十八) D. 26. 7. 55. 2; C. 52. 2. 3. 3.
(註一百五十九) D. 26. 2. 19; 26. 7. 3. 7.

第十三章 保佐

第一節 保佐之性質

保佐 (Cura Curatio) 與監護同爲公共職務。但其性質則不同。保佐之目的，在於照管被保佐人之財產權而已，故無補充能力之權限。蓋監護制度，因年齡幼稚，智識未充或性別之故而設。至於社會上尚有一部分之人常處於不利地位，易受欺罔，則設置保佐人，以監督其財產權也。然在初時，保佐亦一如監護，以保佐人之利益爲目的。此可於最早之受保佐原因中見之。在十二表法時代，凡瘋癲病 (Furiosi) 及浪費 (Prodigi) 之人，皆爲設置保佐人。吾人於此可測見其理由焉。蓋瘋癲病人與浪費人之行爲將使其財產爲不利益之處分而致妨礙保佐人之利益。設置保佐人者，直接以監督被保佐人財產權，而間接則保護保佐人之權利也。(註一)

第二節 保佐之種類

保佐人之設置原因，依歷史之順序言之，得分爲五：一曰瘋癲病人之保佐，(Cura furiosi) 一曰浪費人之保佐，(Cura Prodigii) 一曰適婚年而未成年人之保佐，(Cura Minorum)，一曰被監護人之保佐 (Cura Pupilli)，一曰特殊原因之保佐。今分述之。

第一項 瘋癲病人之保佐

瘋癲病人，依十二表法之意義，係指偶然患瘋狂病者而言。易言之，卽有時精神清爽，有時瘋狂也。十二表法規定由其宗親爲之保佐，如無宗親時，由同族人爲保佐人(註1)。但是否得由 囑指定保佐人，則并無明文規定。其後裁判官對於瘋狂病人，不分別其爲偶然瘋狂或永遠患精神病及不治之精神病者，(insani mente capiti) 皆得設置保佐人(註3)。若患瘋狂之原因不在十二表法範圍內者(如永遠患精神病之類)，得由裁判官委派或由家父以遺囑指定保佐人呈請核准(註4)。鄒爾賓謂依照十二表法設置之保佐人稱爲法定保佐人(Cura

legitimi) 其由裁判官委派者稱爲名譽保佐人 (註五) (Cura honorarii)。至於保佐之原因爲十二表法範圍以內者，設置保佐人之權，如無宗親時，方得由裁判官爲之。(註六)但在事實上，則不盡然，有時因宗親之行爲不檢或不能行使保佐時，則裁判官亦可另爲委派，以保護被保佐人之利益，此於後來法律尤夥(註七)，蓋由於保佐之觀念漸次認爲義務也。

保佐人之職權，以監督被保佐人之行爲(註八)及照管財產爲主。卽處分財產，不論其爲市民法上或萬民法上之方式，均可爲之(註九)。此在十二表法已有明文規定。至於保佐人之代被保佐人取得財產權之行爲，文獻未有紀載。惟吾人所可考者，卽在優帝以前之法律，保佐人不得代被保佐人之接受遺產(註十)。優帝始廢弛此規定，但爲取得財產之行爲，顯爲被保佐人之利益，殊無禁止之理由也。故此類保佐人之權限猶如幼兒監護人。(tutor infantis) 惟若被保佐人之癡癲狀態停止時，則保佐自然隨之停止；同時被保佐人之癡癲病重發作時，保佐亦當然隨之開始(註十一)。他若保佐人之提供保證及請求免除之理由，一如監護人，優帝均詳爲規定(註十二)。倘保佐人管理被保佐人之財產未盡相當之注意因而致受損失時，其

應負責任與監護人相同(註十三)。

第二項 浪費人之保佐

依十二表法之規定，所謂浪費，僅以依法繼承取得之財產而言(註十四)。且此項繼承之財產，如由遺囑繼承取得者，亦不得以浪費之原因設置保佐人(註十五)，其由他種原因取得者，更無論焉(註十六)。蓋依法繼承取得之財產，宗親有利害之關係，故設置保佐人，亦以宗親爲限(註十七)。無宗親時，始及於同族人，然文獻無徵，殊難視爲定論(註十八)。惟所謂浪費，究無正確之定義，詳言之，卽至何種程度，始得視爲浪費也。十二表法以主管官署宣告禁治產爲始(註十九)。在未經宣告前，卽有浪費之事實，其行爲仍視爲有效。此項宣告權，在十二表法時，凡宗親或同族人亦得爲之，但限於依法繼承之財產(註二十)。其後保佐之觀念改變，以被保佐人之利益爲旨歸，於是浪費之原因不以依法繼承取得之財產爲限，舉凡足以浪費者均可設置之(註二十一)。此項保佐之行爲，在禁治產宣告未撤銷前，連續存在有效。故此項保佐人之職務與瘋癲人之保佐人不同。以浪費爲原因而設定保佐人，目的在使

其財產不爲無益之耗費。因之，浪費人除處分財產外，得爲一切之有效法律行爲（註二十二）。或謂卽遺產（hereditas）之繼承，亦得爲之（註二十三）。然據另一說，則以此種承受「遺產」之結果，浪費人不得爲之，因其結果或至損害其自己之財產，卽普通法律行爲，亦應徵得保佐人之同意（註二十四）。惟此說并無正確之證據，殊不能視爲正當之解釋。反之，與此說相反之紀載，固可於會典與格阿士之著作尋覓也（註二十五）。

關於保佐人之委任，提供擔保，免除之理由以及責任等等，大致與癡癲人之保佐人相同（註二十六）。保佐人若由家父提名呈請委任者，如浪費之事實顯然時，則裁判官常核准之（註二十七）。他如保佐人之處分財產，與監護人受同一之限制（註二十八）。要之，浪費人之設置保佐，蓋以照管財產爲主要之目的也。

第三項 適婚年而未成年人之保佐

羅馬法規定男子之適婚年齡爲十四歲，而成年則爲二十五歲。在此期內，依傳統之羅馬法，彼固有完全行爲之能力。換言之，凡男子達適婚年後，卽能負擔義務。然此種已達適婚

年齡之人，在實際上，智力仍未健全，閱歷甚淺，常受欺罔。且羅馬帝政之後，人道觀念發達，而自然法尤視爲天經地義，深入人心。以是社會思想漸次改變，對此未閱世故之人似應予以公平之指導，庶免墮入法網，致受其害。於是設定保佐人尙焉。故此制之起源，與上述二種之保佐，大異其趣，卽純以被保佐人之利益而設也（註二十九）惟此制始於何時，以及其詳細之規定，則除一般文獻紀載外，法源方面，語焉不詳（註三十）。

吾人今可得而述者，卽此制之由來，殊爲柏拉多雷亞律開其端（*Lex Plaetoria*）（註二十）依此律之規定，凡乘未成年人之智識幼稚詐取非分之利益者，得訴追其損失。其後裁判官更賦與未成年人得提起回復原狀之訴，（*In integrum restitutioes*）（註二十一）不但對於詐欺之行爲得請求之，卽稍有過分之利益亦准其訴追（註三十三）。此項裁定由裁判官自由心證爲之（註三十四）。但若事由得歸咎於未成年人時，如犯罪或侵權行爲等，則不得請求「回復原狀之訴。」（註三十五）法律保護未成年人既如是之厚，於是一般人咸不欲與其交易，而事前必先與成年人者商洽後行之，故在初時之保佐人，祇爲事實之保佐而已，固無法律上之一定

地位也(註三十六)。其後因事實上之情形，委派保佐人漸認為必要。如監護人於監護終了時，應與被監護人理清賬目(註三十七)以及未成年人應償還之債務等(註三十八)，非委定保佐人不可，由是保佐人始獲法律上之地位。然上述之事項，保佐人之委定，亦祇暫時性質。至第二世紀間，設定保佐人始有明文規定，(考此項規定出於 Mareu Aurelius 之朝)(註三十九)，未成年人得呈請主管官署為其設置保佐人。此項保佐人，一經設置，在未成年前連續有效(註四十)。若由家父遺囑指定者，得不經審問而予以核准，但事實上多由裁判官委派(註四十一)。被保佐人^{未成年時}在未到成年時，亦得免除其保佐，如塞味魯士 (Severus) 及卡拉加拉 (Caracalla) 兩帝之朝，許以命令撤銷未成年人之保佐(註四十二)。康斯丹丁帝 (Constantine) 則限於滿二十歲之男子或十八歲之女子(註四十三)，然其處分財產仍受限制(註四十四)。關於裁判官對於保佐人之委派，擔保，免除，解除，處分財產之限制以及保佐之終止等等，在後期之法律，大致相同，惟瑣細事項，不無稍有歧異耳。

保佐人之職權與被保佐人之能力，羅馬法前後之規定不盡同。但其相同之點，則保佐人

之設置與否，要以當事人之意思而定。優帝之時，未成年人設置保佐，幾成定例。前期之法律，未成年人縱有保佐人之設定，仍可請求「回復原狀」（註四十五），惟既有保佐人之後，此類回復原狀之訴，或不至時常發生。保佐人亦得單獨代被保佐人爲相當之行爲，然回復原狀之救濟固不因之而喪失也（註四十六）。其後漸次更變，在地荷克立與帝（Diocletian）以前，未成年人雖可不請求設定保佐人，但一經設定後，則不能另爲單獨之行爲，此時其地位猶似未達適婚年前所居被監護人（Pupillus）之情形，非經保佐人之同意，其對財產上之行爲無效（註四十七）。羅馬法於不知不覺之中自陷於矯枉過正之弊，將未成年人之行爲能力反不如他權人矣（註四十八）。其後法律對於監護人及未成年監護人漸次融合，同時各得付與同意或爲能力之補充。且保佐人之處理事項，除照管被保佐人之財產外，要以訴訟者居多（註四十九）。

第四項 被監護人之保佐

被監護人雖在受監護之時，亦得另爲設置保佐人。舉其要者如左：

一、如被監護人與監護人發生訴訟事件時，(註五十) 則另設一保佐人。

二、在帝政時代，監護人因暫時離開被監護人所在地或有臨時原因致不能行使監護職務時，(如臥病)此際常爲設置一保佐人(註五十一)。

三、如監護人不能行使監護權(如窮困)或舊主人及解放家父(Paren manumissor)行爲惡劣時，此際常不解除其職務，另委派一保佐人幫同處理之(註五十二)。

四、凡女子已滿十二歲仍不能自理事務，而其監護人無管理財產之職權時，此際大致爲其設定保佐人(註五十三)。

第五項 特殊原因之保佐

保佐之設置既全爲被保佐人之利益爲定，故優帝大加擴充。凡因不能處理自己事務而出於精神之衰弱，聾，啞，以及不治之疾者，均可請求委定保佐人，以保護其利益也。

第三節 監護與保佐之比較

本論 上篇 人法 第十三章 保佐

監護與保佐，在後期羅馬法同爲保護自權人因年齡，智力，或其他原因致其常受不利益之結果爲目的。優帝之朝，此制已完全合理化，今舉其異殊於左：

一、關於相同點：（註五十四）

- (一) 監護人與保佐人同爲裁判官所設定；
- (二) 於就職時應編造財產目錄；
- (三) 同爲公共之職務，非有正當之理由經准許後不得辭却；
- (四) 同須提供擔保，但經審問者無需此；
- (五) 得因行爲失檢而受犯罪嫌疑程序 (*Ausatio Suspecti*) 之免職；
- (六) 負相當之注意并應賠償因處理失當之責任；
- (七) 處分財產俱受法律上之限制，易言之，即非經裁判官之核准，不得爲之；
- (八) 被監護人被保佐人對於監護人及保佐人之財產有法定之抵押權。

二、關於異殊點：

(一) 監護與保佐之發生原因不同；

(二) 職權不同：監護以補充能力為主要目的，保佐以照管財產為主要目的；

(四) 監護人之委定為普通的，而其期間亦較長；保佐人之委定多為特殊的，且期間之長短不一；

(五) 保佐人不得由遺囑指定，而監護人則否；

(六) 監護人之職權較大，有時兼照管財產；保佐人則以後者之任務為限。

(註 1) Jolowicz, p. 120, 121, 246-248; Buckland, p. 160.

(註 1) Bruns, *Fontes Juris Romani*, I, 23; Girard, *Textes de Droit Romain*, p. 14; Buckland, p. 169; Jolowicz, p. 121.

(註 2) D. 50, 16, 53 pr., Inst. 1, 23, 4.

(註 3) D. 27, 10, 16 pr.; Inst. 1, 23, 3.

(註 4) Ulp. 12, 1.

(註六) C. 5. 70. 5.

(註七) D. 27. 10. 1. 1, 13; C. 5. 70. 7. 6.

(註八) D. 27. 10. 7 pr.

(註九) Girard, *Manual*, 229; *Mitteis*, I, p. 210.

(註十) C. 5. 70. 7. 3.

(註十一) D. 27. 10. 1 pr.; C. 5. 70. 6.

(註十二) D. 27. 10. 7. 1, 2; C. 5. 70. 7. 4 sqq.

(註十三) D. 27. 10. 15. 1; 27. 3. 4. 3.

(註十四) Jolowicz, p. 121, 247; Buckland, p. 170.

(註十五) Ulp. 12. 2. 3.

(註十六) D. 27. 10. 15.

(註十七) Ulp. 12. 2.

(註十八) Jolowicz, p. 121. n. 6.

- (註十九) Ulp. 12. 2; D. 27. 10. 1 pr.
 (註二十) Jolowicz, p. 121, n. 7.
 (註二十一) Ulp. 12. 3.
 (註二十二) D. 12. 1. 9. 7; 27. 10. 10 pr.; 45. 1. 6.
 (註二十三) D. 29. 2. 5. 1; Girard, Manual, 231.
 (註二十四) Ulp. 20. 13.
 (註二十五) D. 2. 14. 28. 1; G. 1. 58.
 (註二十六) D. 27. 10. 1 pr.; 27. 10. 15. 1; 27. 10. 16. 1; 27. 3. 4. 3; C. 5. 70. 1
 (註二十七) D. 27. 10. 16. 1.
 (註二十八) C. 5. 70. 2.
 (註二十九) Jolowicz p. 247.
 (註三十) Bruns, I, 108; Girard, Textes, 87.
 (註三十一) Jolowicz, 247, n. 4; Buckland, p. 171.

- (註三十二) D. 4. 4.
- (註三十三) D. 4. 4. 1; 7. 1; 7. 5; 7. 7; 9. 2; 11. 3-5; 24. 1; 24. 2; 44; C. 2. 21. 5.
- (註三十四) D. 4. 4. 11. 3; 4. 4. 11. 16 pr.
- (註三十五) D. 4. 4. 9. 2. 27.
- (註三十六) Roby, R. P. L., 6. 123; Girard, Manual, 233; Cuzq, Manual, 227.
- (註三十七) C. 5. 31. 7.
- (註三十八) D. 4. 4. 7. 2.
- (註三十九) Leage, R. P. L., P. 111; Buckland, p. 172.
- (註四十) D. 4. 4. 1. 3.
- (註四十一) D. 26. 3. 6; 26. 5. 12 pr.
- (註四十二) D. 4. 4. 3 pr.; c. 2. 44. 1.
- (註四十三) C. 2. 44. 2.
- (註四十四) C. 2. 44. 3.

(註四十五) C. 2. 24. 2.

(註四十六) C. 2. 24. 3 5.

(註四十七) C. 2. 21. 3. 但會典中仍有相反之記載、D. 45. 1. 101.

(註四十八) Accarias, Precis, 1. 451.

(註四十九) D. 26. 8.

(註五十) Inst. 1. 21. 3; 參較 G. 1. 184; ulp. 11. 24.

(註五十一) D. 26. 5. 7. 15; Inst. 1. 21. 3; ulp. 11. 20; G. 1. 178.

(註五十二) D. 26. 1. 13. pr.; 26. 10. 9; Inst. 1. 23. 5; C. 5. 43. 6.

(註五十三) Inst. 1. 23. pr.; G. 1. 190; C. 5. 37 12.

(註五十四) Leage, P. 112.

第十四章 人格減等

第一節 「人格減等」名詞之由來

本論 上篇 人法 第十四章 人格減等

關於自然人之人格權，吾人已詳加敘述矣，今請進而論其喪失之原因。羅馬法稱此喪失人格權曰人格減等。(Capitis deminutio) 故人格減等者，謂已享有之人格權，因特別原因之發生而減喪也。格阿士簡稱曰：「原有身分之變更」(註一)。但人格減等之意義及觀念，羅馬法前後并非一致。格氏之書，分人格減等爲三級：曰人格大減等。(Capitis deminutio maxima) 曰人格中減等。(Capitis deminutio media) 曰人格小減等。(Capitis deminutio minima) 至於人格減等之觀念，并未加以片語之說明(註二)。惟此種三級觀念，殊爲較後之說，蓋在施西羅(Cicero) 時代，人格減等(Capitis deminutio) 一義猶同後來之人格小減等(註三)，然有時或用於與後來所謂人格大減等或中減等同一之義(註四)。即會典所揭前人之著述佚文，亦有將人格減等分爲大減等(Maior) 及次減等者。(Minor) 所謂次減等，則後來之小減等也(註五)。故人格減等云云，其在初時究爲包括後來之大小中三級之人格減等，抑亦包括其中之一級而已，吾人今難斷定。且後來視爲人格小減等之原因者，未必即與前時相同(註六)。考羅馬古代法中得視爲人格小減等之原因者，厥爲自權人之被收養歟？

(Adrogatio) 卽此原因，在古代社會是否爲人格之小減等，亦未敢斷言也（註七）。

第二節 人格減等之意義

「人格減等」一詞既難斷言其如何演進，則其意義如何，亦一爭論之要點。一說謂人格減等之特徵在於消滅人格，其所根據之文獻，卽格氏著述中曾言及人格減等係一種死亡宣告（註八）。然此說顯與事實不符，難以憑信。蓋死亡之效果，及於死亡者之一身，換言之，舉凡刑事上之責任，皆因死亡之原因而終了。人格減等則不然，彼遭人格減等者，對於刑事責任仍負其責，却不因其減等而消滅。由此以觀，以人格減等與死亡宣告相提并論，顯有未當，灼然可見。一說，謂人格減等係一種人格之消滅。其與死亡比較者，不外言其重耳（註九）。此說較前說近理，惟視爲消滅人格，仍有未當。於是有所折衷說焉，此說以人格減等爲一種能力之遞減是也（註十）。依此說，卽凡遭人格減等者，其結果必較前惡劣，易言之，受減等之人處於較不利之地位也。例如自權人之被收養是。然其適用於帝政時代之法例，仍不能圓

其說。彼自權人出養後，其自身之地位固因此而降低，其子女雖亦同遭人格減等，未見其地位有何變更也。今試舉例說明之。甲爲自權人，有乙丙子女二人，丁收養甲爲家子後，乙丙隨之；甲由自權人降爲他權人，依後期之羅馬法，是曰喪失其家屬權；乙丙則由甲之原有家子地位移於丁之下，故乙丙不論其家父甲被收養之前後均同爲他權人，而乙丙遭人格減等之結果并不降於較劣之地位也（註十一）。由是以觀，人格減等之觀念，若依上述之任何一說以釋明之，均難與羅馬之法例相符（註十二）。然則人格減等之觀念果何如耶？解答此問題，應先明瞭人格減等之原因。蓋在初時，人格減等，容或單純指消滅同族權而言，因之其效力及於市民權。因古代羅馬，祇有同族權之人方得享受市民權，故消滅同族權當然及於市民權也。其後社會制度蛻變，族制漸見泯滅，變更家屬之關係視爲人格小減等。至若人格大減等與人格中減等之區別，殊在帝政初期始見之。其原因大致由於此時社會觀念之變遷：視奴隸在某種情形之下亦得取得限制之自由權，而外國人於某種情形之下，亦得享受限制之市民權。人格減等遂漸視爲身分之變更，卽格氏所謂原有身分之變更是也。在格氏著書之時，人格減

等已分大中小三等級。格氏未加申述，其或此歟？上述三說，以之爲說明羅馬法人格減等之演進則可，然若以之爲原因，未免一端之見耳。

第二節 人格減等之等級

人格減等，至格阿士時，已分爲三等級；卽人格大減等，中減等，小減等是也。今請分述之。

第一項 人格大減等

人格大減等者，卽喪失自由而消滅其人格之謂也。易言之，凡遭大減等之人，卽消喪其已前人格之身分，在法律上變爲全無能力之人。故喪失自由權之結果，卽同時喪失其市民權及家屬權（註十三）。

人格大減等之原因大致如左：

一、逃避戶口登記被貶賣爲奴者；

本論 上篇 人法 第十四章 人格減等

- 二、降服人被解放後違背其指定住所潛入羅馬居住而重被貶爲奴隸者(註十四)；
 - 三、自由婦女與他人之奴隸通姦經主人之勸告不聽者(註十五)；
 - 四、自由人以詐財爲目的而以自己爲奴隸賣却者；
 - 五、解放自由人未盡尊敬之義務者；
 - 六、受判重刑者；
 - 七、被敵人俘虜者；
 - 八、其他足致奴隸之原因者。
- 由是以觀，人格大減等之效果，無異宣告死亡。舉凡一切權利，殆皆因之而喪失也。

第二項 人格中減等

人格中減等者，謂自由人喪失其市民權也。換言之，凡遭人格中減等者，仍享有自由權，惟市民權及家屬權則隨之而喪失。例如羅馬人移殖於拉丁殖民地是。蓋羅馬人移居殖民地遂喪失其市民權。但至奧帝之朝，凡在羅馬帝國治下之居民，均一律享受市民權，故羅馬人

移居殖民地者，并不如前此之喪失市民權。此時剝奪市民權之原因，祇爲被流逐之自由人而已。

第三項 人格小減等

人格小減等者，謂自由人僅喪失其家屬權也。故其效力爲毀滅其以前之家屬身分。在市民法時代，家之觀念與近世迥殊。吾人今之所謂家者，係指血統之結合而言。然在羅馬，依市民法之觀念，則以同受家父權統制之下者而言，至於血屬與否不問也。此種「族屬」(Agnatio) (註十六) 制度爲羅馬市民法之特徵。亦即家父權之基礎也。以其如此，故家中份子得自由分合。若血屬之家制，則不能如此，因其爲自然之結合而成，不容毀損。但羅馬之家制，初無此困難。家父權爲家制之基礎，故凡家父權，對之不能行使之份子，雖有血屬之關係，亦不視爲家屬。例如親女出嫁，因夫家取得夫權之故，遂將其與本家脫離關係是。女子經此一度之變遷，即喪失其原有身分。詳言之，彼自出嫁後而入於夫家權力之下矣。此不獨於女子而已，即親子亦然。如家子之出養或被販賣是。職是之故，人格小減等爲毀滅本人原有之

家屬關係，即變更其家制，其發生原因不外五端：曰販賣家子，曰他權人收養，曰自權人收養，曰家子解放，曰夫權婚姻。吾人均經詳述，茲不復贅。（註十七）。

人格小減等既為變更身分，於是有左列之效力焉：

一、毀滅宗屬關係及家父權 此為人格小減等之最大效力，且有以此效力即視為人格小減等之定義者。（註十八）然查羅馬法中，亦有因家父權喪失而并不發生人格小減等者，例如出家為威士托爾臣貞女（*Vestal Virgin*）或優必特神僧侶（*Flamines diales*）是。至於無夫權之婚姻，仍不能發生人格小減等，此不可不注意及之。

二、喪失用益權 欲避免此種效果，在帝政時代，則於該項權利喪失後重為設定。至優帝之朝，此例已不復見（註十九）。

三、免除已立遺囑之效力（註二十） 然若持有軍役特有產之家子，則以其有處分之完全能力，而困難問題遂以發生。在帝政時代，人格小減等并不影響其對於此項特有產所立之遺囑。（註二十一）

四、終了一切債務，但關於刑事責任者不在此限。(註二十二) 所以有此例外之設定者，蓋因刑事責任基於報復之觀念而欲使被害人滿足其要求。然因人格小減等而致終了其他債務，對於債權人殊欠平允。裁判官乃漸次實施救濟，使債權人得主張權利(註二十三)。

(註一) G. 1, 159.

(註二) G. 1, 159.

(註三) Cicero, Topica, 18, 20.

(註四) Cicero, Pro Caecina, 33, 50; De Domo, 29, 30.

(註五) D. 38, 16, 1, 4; 38, 17, 1, 8; Cuj. Manual, 111.

(註六) Buckland, p. 137.

(註七) Desserieux 所著「人格減等」一書，謂自權人之被收養至帝政初期始認為小減等之原因，前此則否。見其著第一篇第七頁。但柯亨(Cohn)之意見適與此相反。

(註八) G. 3, 10 1, 153.

- (註九) Deserteaux, 2. 1. 129 sqq.
- (註十) D. 1. 5. 3; Savigny, System, 2. § § 66 sqq.
- (註十一) D. 4. 5. 3. pr.
- (註十二) G. 1. 162. 163.
- (註十三) G. 1. 159.
- (註十四) G. 1. 26.
- (註十五) G. 1. 160.
- (註十六) Jolowicz, P. 122.
- (註十七) Sohm, P. 180 sqq; Buckland 138 qq.
- (註十八) G. 1. 163; 3. 21; Inst. 3. 5. 1.
- (註十九) Inst. 2. 43; C. 3. 33. 16. 2.
- (註二十) G. 2. 145, 146; Ulp. 13. 4; Inst. 2. 17. 4.
- (註二十一) G. 28. 3. 6. 13; 37. 11. 1. 8.

(註一十一) D. 4. 5. 2. 3.

(註一十二) D. 48. 20. 4; 49. 14. 6.

第十五章 名譽減損

第一節 名譽減損之意義

人格減等爲喪失人格或變更身分，在法律上發生嚴重效果。往昔羅馬社會，尊重榮譽，凡行爲不檢或從事不正當事業者，社會則貶低其地位。久而久之，法律亦漸加承認。此種社會地位，即各個人所應享之名譽也。名譽 (*existimatio*) 未受削減者，在法律上視爲完全無疵；反之，如經受名譽削減之處分者，則視爲名譽減損。惟吾人所應注意者，名譽減損與名譽消滅不同。凡遭人格大中減等者，名譽當然隨之消滅， (*Consumitio existimationis*) 否則，祇爲名譽之減損 (*minutio existimationis*) 而已。在羅馬法上所稱之「名譽減損」即指後者

本論 上篇 入法 第十五章 名譽減損

三〇三

言也。故名譽減損云者，謂在法律上祇減損其在社會上應享之名譽而不發生人格減等之效果也（註一）。

第二節 名譽減損之由來

名譽減損之制，遠在十二表法時代已有明文紀載。第八表第二十二章云：『凡證人拒絕證言者，應受不名譽處分，而卽喪失其爲證人之能力』。此爲名譽減損之可考者。迨戶口調查之制行，登記戶口之吏役每於經營賤業之戶名下加以簽註。（*nota*）此等經簽註之人，在社會上頗失其聲名。其後登記之制廢，裁判官乃承其缺。然裁判官之權力，以有關於訴訟事件者爲限。故對於名譽之損減，亦祇能於訴訟範圍內爲之。例如聲名惡劣者，裁判官每於告令中揭出名單而禁止其代理他人爲訴訟之事件是。但其效力亦非直接形成不名譽之處分，因裁判官并無此項權力也。然聲名惡劣之人經裁判官限制其訴訟行爲能力後，社會人士遂視爲不名譽之事，而名譽減損之觀念始立。格阿士之言曰：『凡經裁判官揭出限制訴訟行爲能力

之人者，稱爲「不名譽」(註二)。自茲以還，「不名譽」之處分方視爲能力之瑕疵，而爲羅馬法之特有制度。

第三節 名譽減損之原因

名譽減損之原因有二：一由於法律明文之規定，一由於裁判官之自由心證。名譽減損出於前項原因者，稱曰「不名譽」(Infamia) 出於後項原因者稱曰「穢名」(turpitud) 不名譽之處分又有近因與遠因之別。近因不名譽(Infamia immediata) 謂凡爲某項不正當行爲者，不經其他手續，則當然受不名譽之效果，如經營賤業，觸犯重婚，入伍行爲不檢被黜等是。遠因不名譽(Infamia mediata) 則反是，必須經過裁判官之審判而後知之，如犯罪，監護人被控等是。(註三) 名譽減損似以男者爲限(註四)。

不名譽與穢名本無甚區別，所不同者一爲明文規定，一爲裁判官之自由心證。故穢名之處分，恆以當時社會之意見爲轉移，視案件之情節而加適當之裁可耳。

第四節 名譽減損之效力

在優帝以前，名譽減損之效力如左：

- 一、喪失選舉及官職權；
- 二、限制結婚權，如禁止不名譽人與生來自由人通婚是；
- 三、限制訴訟行為能力，如禁止代理人為訴訟之行爲是。

右述效力至優帝殆皆終止。蓋選舉權及官職權在此時已失卻其真實意義，禁止通婚之惡例，亦經取消。至於代理人為訴訟之行爲，則裁判官有准否之權，不受限制，故在優帝之法，名譽損減之原因，悉聽裁判官之裁量而已（註五）。

（註一）Sohm, p. 182.

（註二）G. 4. 182.

（註三）Sohm, p. 182

(註四) Buckland, p. 93.

(註五) D. 3. 1. 58. 3. 2. passim; C. 2 11; Greenidge, *Infamia in Roman Law*; Buckland, P. 9293; Solm, 182-185.

第十六章 法人

第一節 「法人」名詞之由來

羅馬法之 *Persona* 原義與近代迥殊，蓋指自然人在社會上所佔活動之部分也。故不問自由人或奴隸，在法律上均視爲具有 *Persona*，因其爲自然人也(註一)。其後法學發達，*Persona* 一詞漸次與 *Caput* 之義相近，而形成「人格」(*Caput*) 觀念之開始。故 *Persona* 之原義可視爲自然人之人格，*Caput* 則爲法律上之人格：由自然人之人格蛻變爲法律之人格——以享受權利負擔義務爲標準，是爲羅馬法人格觀念之進化也(註二)。以是後來法家有

以奴隸及未成年無訴訟行為能力者視為不完全之 *Persona*；其意已近於法律上之人格而言（註一）。然在會典中尚未用為專門之意義。逮拜真丁時代，*Persona* 及 *Caput* 始互通用。而 *Persona* 且專指法律上之人格，謂能享受權利負擔義務也（註二）。準此以觀，*Personna* 有二義焉：一曰自然人之人格，一曰法律上之人格（註四）。

法律人格觀念既立，於是凡能享受權利負擔義務者皆視為有獨立之人格，不問其是否為自然人也。反之，凡不能享受權利負擔義務者，即雖為自然人，亦視為無獨立之人格。前者如羅馬法之「遺產期待繼承」(*hereditas iacens*) 是，後者如奴隸是。其以財團或自然人之集合體具有法律上人格者，吾人為便於敘述起見，簡稱曰法人。（*Juristic person*）惟「法人」一詞以及中世通行之「擬人」(*Persona ficta*) 一詞皆非羅馬之物，不過後人就羅馬法關於近於法人一類之事例加以彙列而已，此不可不察也（註五）。

第二節 法人觀念之演進

近代民法分人爲二類：曰自然人，曰法人。然在羅馬，此觀念曾經長時期之進化而來。羅馬市民法之中心觀念爲自由市民，故在市民法時代，祇自然人享有權利義務之主體，他無有焉。惟羅馬古代，亦有社團 (Collegia) 之存在，但皆無權利能力，社團之財產爲個人所擁有，視同個人之獨立財產然，易言之，卽社團在古代羅馬法無獨立人格也。至於公用之財產，爲國家財產及神用財產，則視爲「非交易物」(res extra commercium) 羅馬國家與羅馬國民既同爲一體，故凡屬於國家者，亦屬於羅馬國民全體，而自然之結論，則視此等財產爲「公有物」。(res Publica) 於是羅馬法遂區別「私有物」(res Privatae) 與公有物。公有物非任何個人所有，亦非全體個人所有，易言之，羅馬國民全體非一獨立之私人，但亦非法人也。蓋公有物爲非交易物，既爲非交易物，任何私人不能取得處分，以是國家之財產，在羅馬人觀之，猶同無主物 (res nullus) (註六)。市民法既以個人爲單位，則國家財產爲市民法所不及。凡國家關於財產之取得處分等等，悉爲公法之範圍。人民如有受其侵害，祇可請求行政救濟，不能適用私法上之程序。國家爲主權之所有者，超越乎任何團體及個人之上。故

在古代羅馬法，以國家爲法人者，蓋未有也（註七）。

公有物之中，除國家財產外，又有神用物焉。神用物 (*res sacrae*) 爲公有物之一種，故亦不在私法範圍之中，而視爲非交易物。此項神用物，爲私人所有權所禁止。準斯言之，在私權範圍內，僅自然之個人爲權利之主體，在公權範圍內，祇國家爲權利之主體。其以私權得由自然人以外之團體享有者，此時蓋未夢見也。

延至帝政時代，羅馬擁有天下，居萬國貿易之要衝，文物俱備，帝政制度，漸次樹立，國家財產，於公用物之外，復有兼營之事業。故在帝政時代，除專供公用之物外，國家之財產亦視爲「交易物」， (*res in commercio*) 而入於私法之範圍。例如國家戰爭時之俘虜拍賣與人民是。此時羅馬版圖遼闊，地方行政團體漸爲私權之主體，私人團體亦起而仿效，終至於國家財庫除保有相當特權外，盡皆入於私法之範圍，同爲權利義務之主體。在私法方面，已由市民法而進於萬民法，法人觀念之演進至此而告確立矣（註八）。

第三節 法人之性質

法人者，謂自然人以外之團體享有法律上之獨立人格也。詳言之，卽此獨立之人格猶自由獨立之自然人，能享受權利及負擔義務。然此獨立之團體，其結合之分子爲自然人，則其相互間之關係若何，殊有研究之必要。在帝政時代，所謂法人，係指獨立之團體。以其爲獨立之團體，故爲權利義務之主體。於是凡法人取得之財產，非其各分子所共有。換言之，則法人享有獨立之財產權也。顧私權之享有，既以個人爲限，則此自然人結合之團體在私法上爲權利義務之主體，非使其個人化不可。故後期羅馬法視此多數人結合之團體爲獨立之個人，以使其享受權利負擔義務。法人與其分子——自然人，在法律上各視若無關係，由法人自負其責任。今舉一例以明之。設甲主人養有乙奴隸，如甲犯罪，裁判官不得強迫乙奴隸供述關於主人犯罪之證言。然於法人則否。若乙爲甲法團之奴隸，甲法團爲丙丁戊三人組織成立，倘丙犯罪，裁判官得令乙奴隸陳述關於丙犯罪之證言。蓋乙奴隸爲甲法人所有，非丙丁戊

所共有。如爲其有，則乙奴隸不得供述證言矣。故羅馬法有一格言曰：『法人之權利義務爲其所獨有。與屬於法人之各個人無干。』此法人獨立人格與其組合自然人截然不同，爲羅馬法之中心觀念。由此基本思想。私人社團以及各種公團始入於私法之範圍，而與獨立個人，同爲權利義務之主體（註九）。

第四節 法人之種類

在共和時代，社團之種類有三。曰國家（*Populus Romanus*），曰地方自治團體（*Municipia*），曰私有社團。今分述之。

第一項 國庫

羅馬國民全體，在公法上具有獨立之人格，然不入於私法之範圍，其權利義務由公法定之。故實爲一超然之獨立團體也。其後皇權日盛，元老院漸形薄弱，「羅馬國民全體」之權力遂失其憑藉，國有之財庫（*aerarium*）至第三世紀幾蕩然無存，代之而興者爲帝王之財庫

(fiscus)。此種王庫之性質，學者間之研究不一(註十)。然王庫在會典中時有述及，故在私法上頗形重要，且有取得財產之所有權。不但此也，王庫更有訴訟之行為能力，得爲原告與被告(註十一)，適用普通訴訟程序。然在後來之法律，關於王庫之案件常設特別法院受理之，是爲近代行政訴訟之起源(註十二)。但王庫之財產與帝王之私有財產亦不相同。蓋皇帝在法律上猶若私人，得自由處分其私有財產(註十三)。至於王庫之財產，則歸其繼承登位之帝王。然在初時，皇帝之官吏祇爲其屬員，國家主權之行使仍有元老院參預其間，故吾人不能區別帝王之地位。迨元老院之權限歸於無形消滅，皇帝爲一統之尊，此時「普天之下，莫非王土」，則皇帝之私有財產與國家公用之財產難以區別，王庫一變而爲國庫，在私法上遂爲權利義務之主體(註十四)。然王庫之所有權誰屬，吾人究未敢斷言也(註十五)。

第二項 地方自治團體

地方自治團體之種類甚夥(註十六)。在共和時代，大都將被征服之地域，保存其原有獨立團體性質，或賦予法人之組織。入帝政時代，地方團體亦享同等自治之權利(註十七)。故

地方團體之取得法人資格，皆由於國家之特許也。然地方自治團體之爲法人，其權力恆受一定之限制（註十八）。惟意大利之地方團體則自古得解放奴隸爲自由人，而外府之團體至紀元後百廿九年始有此權限（註十九），但地方自治團體之爲法人，自身實不能行使職務，故在帝政前期，選任特定人處理特定事務，迨職務終了而免除，其後漸變爲永久職務，改任特定人處理一般事務（註二十）。

第三項 私有社團

當帝政初期，專事慈善事業之財團頗不乏其例，然皆爲帝王所特設也。該項財團之目的，在於救濟孤寡，爲國家之附庸機關，凡人民欲捐助公益事者，得向已設立之法人爲之。不但此也，捐助者且可規定其用途。此指定之行爲漸形成事實上之財團，受託人必須遵照贈與者之意思行之。然在法律上，此贈與之財產並不視爲獨立財團，故無獨立之人格。蓋法律上之財團，得爲權利義務之主體，在法律規定之範圍內，得爲一切之行爲也。羅馬法在帝政初期，私有財團尙未成制，其以財團爲法人者，僅限於國家設立者而已。

降至第五世紀，私有財團漸具有獨立人格，始爲法律所承認，然亦限於以慈善爲目的。易言之，即以財產充用於慈善事業也。例如捐資設立孤兒院，則孤兒院爲一財團法人是。同時，此項財團法人之設立既限於慈善事業，故其財產列入教堂財產之類。然教堂在法律上視爲公法人，遂使私有財團之設立仍具有公共團體之性質。而其結果，則財團法人在羅馬法上均視爲公共團體；在帝政初期爲國家設立之慈善機關，在帝政後期兼認宗教團體設立之慈善機關，前後固同出一轍也。

財團之進化已爲上述，今請言社團焉。羅馬之結社，除國家設立者外，皆所禁止。其以私人得隨時組織社團法人者，在羅馬實未有其制。雖然，吾人亦非謂社團在羅馬全無有也。蓋帝政時代，皇權盛張，合法社團必須經國家之特許，所謂特許，則依皇帝命令或元老院決議而設立也。然依羅馬法之解釋，凡依特別法令成立之社團，皆視爲國家之附從機關，而取得法人之資格。職是之故，社團法人之成立，以其是否爲公共團體爲斷。如爲公共團體，則當然爲一法人，否則，反是。故終優帝之朝，私有社團視爲獨立人格，舍上述之方式外，未

之有也(註二十一)。

(註一) Sohm, P. 186 sqq.

(註二) C. Th. 3. 17. 1; C. 5. 34. 11.

(註三) Nov. Theod. 17. 1. 2.

(註四) Kuhlrenbeck, Entwicklungsgeschichte des Rechts, 2 10 sqq.

(註五) Maitland, Collected Papers, 3, 30 4 sqq.

(註六) G. 1. 8;

(註七) D. 3. 4. 1 pr.

(註八) Maitland, Introduction to Political Theories of the Middle Ages, XVIII sqq; Buckland, p. 174-176; Sohm, 188-190.

(註九) Sohm, p. 192-193; Sohm, deutsche Genossenschaft 1888; Karlowa, Röm. R. G. vol. ii, pp. 1ff and 59 ff; Mommsen, De Collegiis et.

Sodalitatis Romanorum 1843; Gurke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Vol. iii, 1881.

- (註十) Mommsen, *Staatsr.*, 2, 998; Mitteis, 359.
- (註十一) Bethmann-Hollweg *Röm Civil. Proc.* 3, 78.
- (註十二) Mitteis, *Röm. Pr.* 1, 364 sqq.
- (註十三) Mommsen *op. cit.*, 2, 999, n. 1.
- (註十四) Mitteis, 1, 30.
- (註十五) Mitteis, 376 sqq.
- (註十六) Mitteis, 376 S_{qq}.
- (註十七) D. 46, 1, 22.
- (註十八) C. 6, 24, 12.
- (註十九) C. 7, 9, 3; C. 7, 9, 1-3; C. 11, 37, 1.
- (註二十) Liebenam, *Stadteverwaltung*, 30.
- (註二十一) Buckland, p. 178-181; Sohn 196-199.

羅
馬
法