

大 學 叢 書

羅 馬 法 原 理

上 冊

陳 朝 璧 著

臺 灣 商 務 印 書 館 發 行

大 學 叢 書

羅 馬 法 原 理
單 物 理

上 冊

陳 朝 璧 著

臺 灣 商 務 印 書 館 發 行

居序

羅馬法肇自十二銅標，成於優士緝尼恩帝，厥時約當我國周貞定王十五年起迄五代陳文帝六年爲止。我國古代文物粲然，而禮法之學，至周文王時亦已大昌，其時所謂禮者，乃指民法而言，法者，乃指刑法而言。惟羅馬至皇帝時卽有法典之編訂，而我國禮法之學雖早興於羅馬，然終未有法典之形成，殊爲我中華民族之一大憾事。羅馬法獨能發軔於後世，以成世界崇仰之羅馬法系，而我國禮法之學不免停滯衰落，未能將中華法系之精神發揚光大於世者，其因或在乎此。

考各國法典，除英美外，大都淵源於羅馬法，卽以英美而論，其法律之精神，受羅馬法之影響者，亦復不少，如英國普通法之契約原則，遺囑制度，信託規則等，固均出自羅馬法。而日本維新後所訂之法典，亦以德法法典爲藍本，然德法法典固仍淵源於羅馬法。我國民律草案係依日本民法所擬訂，新民法則率皆根據德瑞民法而成，追原溯本，仍爲脫化於羅馬法。故論者謂羅馬法具有世界法學之統一性，其言雖似過當，然不能謂無理由也。

夫我國新民法既大部根據德瑞民法所成，而德瑞民法又係淵源於羅馬法，則我國對於羅馬法之研究爲不可忽，否則研究我國民法，祇知旁及德瑞民法，而不與羅馬法比較研究，則將何以知德瑞民法之原由，更將何以辨我民法之得失哉。

雖然，因我國民法大部根據德瑞民法訂立之故，學者以我國風俗人情與德瑞大異，每有削足適履之譏，然此

爲各國革創法典同具之現象，非我國所獨有也。惟今後欲改善我國民法，則不得不多根據我國民族精神以從事焉。然欲根據我國民族精神改善我國民法，則整理中華法系之工作爲不可少矣。蓋中華法系之精神，不啻我民族精神之表現也。

陳君朝壁，究法有年，近著羅馬法原理一書，約四十萬言，請序於余，余瀏覽一過，覺其編制內容，靡不盡善。就其編制言，除最後一編爲訴訟法外，餘皆依照我國現行民法之編制次序而成，使讀者易與我民法作比較之研究。就其內容言，於歷史方面，則凡制度之背景淵源及其演進，無不探求詳盡；於理論方面，則博採各家學說，旁引現代法例，並批評其得失臧否，闡明其取舍之道，是誠可謂法學界之一大偉著矣。

今陳君對於羅馬法固有所成功矣，惟苟能本其研究羅馬法之精神，廣續進而整理中華法系，若干年後，亦如羅馬法之有所貢獻於世，是則余所厚望焉。

中華民國二十五年八月居正序於司法院

王序

世界法系凡五，印度、回回兩系既成陳跡，無足稱道，中華法系凌亂不堪，有待吾人之整理發皇，獨英國法系羅馬法系互爲消長，各有其相當勢力。羅馬法蓋自十二銅表，至優斯體尼亞魯士帝法典，中經千年之沿革損益，始卓然成一代典制，爲大陸各國所祖述，其淵源固遠也。今雖時易世遷，而當初創制，隨時代之演變以去者，其形式。隨時代之演變而無不條貫者，其精神。治法學者，泯古不可，眩新亦不可，以固有之文化爲本位，以當前之需要爲準則，從而旁徵博稽，觀其異同，斟酌至當，庶乎其爲實用之學。吾國近世立法，多規摹於大陸各國，而羅馬法又大陸法系所自出，則援古證今，比權量德，研究羅馬法，誠學者所應有事，惜乎此類著作，尙屬鳳毛麟角，間有一二，亦失簡略。陳君朝璧，研究法學有年，於羅馬法，尤多心得，今欲以其大學講稿，付梓問世，余取而讀之，覺其提綱挈領，秩然有序，而於法理源流，尤推闡不厭其詳。將見此書出後，風行海內，俾治法學者，知一切制度產生，確非偶然，而不純以襲取皮毛爲能，其裨益於法律教育，詎淺鮮哉。

中華民國二十五年一月十日郇陽王用賓序於司法官廳

宋序

羅馬法之原則，隨社會環境之演進，經歷各種文化不同之顯明階段，由萌芽而發育，而長成，始終一貫，條理井然，極法學界之偉觀；古代學者，研究之，註釋之，視爲終身事業，豈偶然哉！文藝復興以還，意大利人 伊里尼（Irnerius）首創法科大學於波羅那（Bologna）地方，教授羅馬法，並從事註釋，世稱註釋法學派；而全歐風從，各學派相繼成立，如後期註釋法學派中之意大利人 霸爾島侶斯（Barolus），法國 沿革法理學派中之意大利人 亞爾西亞杜斯（Alcia-
ius），性法學派（亦稱自然法學派）中之荷蘭人 格羅地與斯（Grocius），歷史法學派中之德人 虎哥（Hugo），沙維尼（Savigny）等人，固皆中古時代歐洲法學界之錚錚者，然此五大學派，更莫不以羅馬法爲研究之主要對象，而養成獨到之理論者。不特此也，羅馬法對於各國法律，均有極大之影響，如十八世紀以前，德國採用之德國普通法（Pandekten），雖混合寺院法，意大利習慣法，德國法規，德國習慣法四者，而優帝國法大全，實佔重要之成分；歷史家或分十五世紀至十六世紀之期間，爲德國之「採用羅馬法時代」（Rezeptionszeit）」其受羅馬法影響之甚，可見一斑。法國南部於拿破崙法典（Code Napoléon）施行前，固純受羅馬法之支配，即拿破崙法典本身，亦多以羅馬法爲藍本，關於債權物權之原則，則尤彰明較著者。以言英國，其衡平法院（Chancery or Equity Court）採用羅馬法無論已，關於契約原則，遺囑制度等項，即普通法亦不乏採用羅馬法主義者。況美國法律，與英略同，比利時 盧森堡等國則全完適用法國民法，現代一般重要民法，則或以羅馬法爲基礎，或參配德國法律，未有不

直接或間接受羅馬法之影響者也。職是之故，現代各國均列羅馬法爲法科主要之必修課程，惟我國學術界，對於羅馬法之研究，歷史較短，故鮮有詳切之國文羅馬法專書，此誠法學界之遺憾也。余侄孫婿陳君朝璧有鑒於此，搜集海內外羅馬法專書多種，經長時間之探求，完成羅馬法原理一書，都數十萬言，是不啻作者個人之成績，抑亦我國出版界之光榮也。歟！本書作者，文筆流暢，易於閱讀，猶其餘事，每一原則，必闡明其原因與理由，每一制度，必詳述其背景之顛末，至其如何形成，如何變遷，如何廢除，亦皆備述無遺，故綜合讀之，瞭如指掌；他如旁採各種理論，以批評其得失，引用現代法例，以比較其沿革，則皆本書之特點也。本書作者就正於業師謝冠生先生等當代法家，咸贊許之而樂爲之序，其優越處，各序中亦多有道及之者，爰掇數語，爲海內外明達一介紹之。

中華民國二十五年六月易齋宋士驥序於海上

目錄

緒論

第一節	羅馬法之定義	一
第二節	羅馬法對於法學之貢獻	二
第三節	羅馬人之法律觀	三
第四節	羅馬法之特質	四
第五節	羅馬法之淵源	八
第六節	羅馬法之分類	二四
第七節	羅馬法之解釋	二七

本論

第一編 總則

第一章	人	三一
-----	---	----

第一節 自然人	三二
第一款 人之出生與死亡	三二
第一目 出生	三二
第二目 死亡	三五
第二款 權利能力	三七
第一目 自由權	三七
第一項 自由人	三八
第二項 奴隸	四二
第三項 準奴隸	五〇
第二目 市民權	五五
第一項 市民	五五
第二項 拉丁人	五九
第三項 外國人	六一
第三目 家族權	六二
第一項 自權人	六二

第二項 他權人	六三
第四目 人格減等	六三
第五目 令名減少	六八
第三款 行爲能力	七〇
第一目 全無行爲能力者	七一
第二目 有限制行爲能力者	七二
第三目 有完全行爲能力者	七五
第二節 法人	七六
第一款 法人之意義	七六
第二款 法人之分類	七七
第三款 法人之成立與消滅	八〇
第四款 法人之權利能力	八一
第二章 物	八四
第一節 物之意義	八四

第二節 物之分類……………八四

第一款 物之性質方面之分類……………八四

第二款 物之用途方面之分類……………八八

第三款 物之移轉方式方面之分類……………九七

第三章 法律行爲……………一〇一

第一節 總論……………一〇一

第二節 法律行爲之意義與分類……………一〇三

第三節 法律行爲之要件……………一〇四

第一款 關於當事人之要件……………一〇四

第二款 關於標的之要件……………一〇七

第三款 關於形式之要件……………一〇八

第四節 法律行爲之原素……………一〇八

第一款 要素……………一〇八

第二款 常素……………一〇九

第三款 偶素.....一〇九

第五節 代理.....一一一

第六節 法律行為之無效與撤銷.....一二二

第四章 期日及期間.....一二七

第一節 期日及期間之意義.....一二七

第二節 期日及期間之計算.....一一八

第五章 消滅時效.....一二一

第二編 債權

第一章 通則.....一二三

第一節 債權之意義.....一二三

第二節 債之發生.....一二四

第一款 契約.....一二五

第一目 總論.....	一二五
第一項 契約之意義.....	一二五
第二項 各種契約方式上之演進.....	一二五
第三項 各種契約及簡約之內容.....	一二八
第二目 契約之要素.....	一三六
第二款 準契約.....	一四一
第一目 無因管理.....	一四一
第二目 不當得利.....	一四三
第三目 其他準契約.....	一四五
第三款 侵權行爲.....	一四七
第一目 侵權行爲之意義.....	一四七
第二目 侵權行爲之種類.....	一四七
第一項 違反約定義務之行爲.....	一四七
第二項 直接違反法律之行爲.....	一四九
第三節 債之標的.....	一六二

第一款	給付之意義	一六二
第二款	給付之要件	一六二
第三款	給付之分類	一六五
第四節	債之效力	一七四
第一款	總論	一七四
第二款	給付	一七五
第三款	遲延	一八〇
第一目	債務人之遲延	一八〇
第二目	債權人之遲延	一八四
第四款	保全	一八八
第五款	契約	一九〇
第一目	給付不能	一九一
第二目	定金	一九二
第三目	違約金	一九四
第四目	契約之解除與契約之終止	一九五

第五目 契約之效力	一九五
第一項 契約對於當事人之效力	一九五
第二項 契約對於第三者之效力	一九六
第五節 多數債務人及債權人	一九八
第一款 分割之債	一九八
第二款 連帶之債及共同之債	一九八
第六節 債之移轉	二〇三
第七節 債之消滅	二〇八
第一款 總論	二〇八
第一款 清償	二〇九
第一目 清償之意義與清償之理論	二〇九
第二目 清償之要件	二一〇
第三目 清償之效果	二二三
第四目 清償之證明	二二五
第三款 提存	二二六

第四款	抵銷	二二六
第一目	抵銷之意義與其功用	二二六
第二目	抵銷之要件	二二七
第三目	抵銷之限制	二一九
第四目	抵銷之效力	二二〇
第五款	變更	二二〇
第一目	變更制度之沿革	二二〇
第二目	變更之要件	二二一
第六款	免除	二二二
第七款	混同	二二四
第二章	各種之債	一二七
第一節	買賣	二二七
第一款	通則	二二七
第二款	買賣之效力	二二二

第一目	出賣人之義務	二二二
第二目	買受人之義務	二三七
第三款	買回	二三九
第四款	特種買賣	二三九
第二節	互易	二四〇
第三節	贈與	二四二
第四節	租賃	二四七
第五節	借貸	二五二
第一款	使用借貸	二五二
第二款	消費借貸	二五五
第六節	僱傭	二五八
第七節	承攬	二六〇
第八節	委任	二六三
第九節	寄託	二六九
第十節	合夥	二七三

第十一節 保證.....二一八〇

第一款 總論.....二一八〇

第二款 誠意負責保證.....二一八二

第一目 要件.....二一八二

第二目 效果.....二一八三

第三款 委任保證.....二一八八

第四款 簡約保證.....二一八九

第三編 物權

第一章 物權之意義.....二一九三

第二章 所有權.....二一九六

第一節 所有權之意義與其特質.....二一九六

第二節 所有權之限制.....二一九八

第三節 所有權之沿革.....二二〇〇

第四節 所有權之取得	三〇五
第一款 因國家之處分而取得 之 所有權	三〇五
第二款 原始取得	三〇六
第一目 先占	三〇六
第二目 加工	三〇八
第三目 孳息之取得	三〇九
第四目 添附	三一二
第三款 協議傳來取得	三一七
第一目 曼兮怕蓄	三一七
第二目 擬訴棄權	三一九
第三目 引渡	三二〇
第四款 強迫傳來取得	三二二
第一目 取得時效	三二三
第二目 分配裁判	三二九
第三目 因法律之規定而取得之所有權	三三〇

第五節	所有權之保護	三三二
第一款	各種所有權保護方法上之區別	三三二
第二款	保護所有權之重要訴權	三三四
第一目	返還所有物之訴	三三四
第二目	禁止妨害之訴	三三九
第三目	普保利斯之訴	三四〇
第六節	所有權之消滅	三四一
第三章	地上權	三四六
第四章	永佃權	三四九
第五章	役權	三五四
第一節	人役權	三五六
第一款	用益權	三五六
第二款	使用權	三六一

第三款 居住權與奴隸及家畜使用權..... 三六二

第二節 地役權..... 三六三

第一款 地役權之意義..... 三六三

第二款 地役權之條件..... 三六四

第三款 地役權之分類..... 三六六

第一目 田野地役..... 三六七

第二目 城市地役..... 三七〇

第三節 役權之設定..... 三七二

第四節 役權之消滅..... 三七六

第五節 役權之保護..... 三七九

第六章 典當權質權及抵押權..... 三八三

第一節 典當權..... 三八三

第二節 質權..... 三八四

第三節 抵押權..... 三八五

第四節	典當權質權及抵押權成立之條件	三八六
第五節	典當權質權及抵押權之效力	三八九
第六節	典當權質權及抵押權之消滅	三九三
第七章	占有	三九七
第一節	占有之意義與要素	三九七
第一款	沙維尼氏關於占有之理論	三九七
第二款	延陵氏關於占有之理論	三九九
第三款	沙延二氏所持理論之比較	四〇〇
第二節	占有之取得	四〇一
第一款	取得占有之限制	四〇一
第二款	取得占有之方法	四〇二
第三款	占有之喪失	四〇五
第四節	占有之代理	四〇八
第五節	占有之效力	四一一

第一款 總論.....	四二二
第二款 占有令狀之種類.....	四二三
第六節 準占有.....	四一七

第四編 親屬

第一章 通則.....	四二一
-------------	-----

第一節 羅馬法上親屬關係之沿革及其種類.....	四二一
第二節 親系及親等.....	四二五

第二章 婚姻.....	四一九
-------------	-----

第一節 總論.....	四二九
第二節 婚約.....	四三二
第三節 結婚.....	四三四
第一款 婚姻之要件.....	四三四
第二款 婚姻之無效.....	四四〇

第三款	結婚之方式	四四一
第四節	婚姻之效果	四四五
第一款	婚姻之普通效力	四四五
第一目	有夫權之婚姻	四四五
第二目	無夫權之婚姻	四四七
第二款	夫妻財產制	四四九
第一目	通則	四四九
第二目	統一財產制	四五一
第三目	分別財產制	四五二
第四目	嫁資	四五二
第五目	對妻贈與	四六〇
第五節	婚姻關係之消滅	四六一
第一款	消滅婚姻關係之各種原因	四六一
第一目	非基於關係人本意之原因	四六一
第二目	基於關係人本意之原因	四六五

第二款 離婚.....四六五

第一目 離婚之種類及其限制.....四六五

第一項 協議離婚.....四六六

第二項 片面離婚.....四六六

第二目 離婚之方式.....四七四

第三目 離婚之結果.....四七五

第三章 父母子女及家父權.....四七八

第一節 總論.....四七八

第二節 家父權之發生.....四七九

第一款 婚生子女.....四八〇

第二款 認領子女.....四八一

第三款 收養子女.....四八五

第一目 總論.....四八五

第二目 自權人之收養.....四八八

第三目 他權人之收養·····	四九一
第三節 家父權之效果·····	四九二
第一款 家父權對於家子身分方面之效果·····	四九三
第二款 家父權對於家子財產方面之效果·····	四九四
第四節 家父權之消滅·····	五〇〇
第四章 監護及保佐·····	五〇六
第一節 總論·····	五〇六
第二節 監護·····	五〇七
第一款 未適婚人之監護·····	五〇七
第一目 監護人之設置·····	五〇七
第二目 監護人之職務及其權限·····	五〇四
第三目 監護職務之拒絕·····	五〇九
第四目 監護之終止·····	五二一
第五目 受監護人之保障·····	五二二

第二款 女子之監護……………五二五

第三節 保佐……………五二八

第一款 總論……………五二八

第二款 精神病人之保佐……………五三〇

第三款 浪費人之保佐……………五三一

第四款 未成年人之保佐……………五三二

第五章 扶養……………五三七

第六章 家……………五三九

第七章 親屬會議……………五四三

第五編 繼承

第一章 總論……………五四五

第二章 遺產繼承人……………五四八

第一節	緒論	五四八
第二節	羅馬各種時期中之法定繼承人	五五一
第一款	十二表法之制度	五五二
第二款	裁判官法之制度	五五四
第三款	帝政時代之制度	五五七
第四款	優帝時代之制度	五五八
第三節	繼承權之喪失	五六二
第四節	繼承權之保護（基於繼承權之訴權）	五六七
第一款	市民法上請求繼承之訴	五六七
第二款	裁判官法上繼承權之保護	五六九
第三章	遺產之繼承	五七三
第一節	效力	五七三
第一款	繼承之接受	五七三
第二款	繼承之一般效果	五七九

第三款 繼承人間之關係……………五八〇

第四款 繼承人與被繼承人之債權人間之關係……………五八〇

第二節 限定之繼承……………五八五

第三節 遺產之分割……………五八六

第一款 總論……………五八六

第二款 裁判官法上之扣還制度……………五八七

第三款 帝政時代之扣還制度……………五九〇

第四節 繼承之拋棄……………五九二

第五節 無人承認之繼承……………五九五

第四章 遺囑……………五九八

第一節 通則……………五九八

第一款 繼承人之指定……………五九八

第一目 總論……………五九八

第二目 受遺人之能力……………五九九

第三目 繼承人指定之方式	六〇四
第二款 遺囑人之能力	六〇九
第一目 總論	六〇九
第二目 不得爲遺囑之人	六一〇
第三款 遺囑之限制	六一三
第二節 遺囑之方式	六一五
第一款 遺囑之普通方式	六一六
第二款 遺囑之特別方式	六一〇
第三節 效力	六二二
第一款 總論	六二二
第二款 遺囑之條件與期限	六二三
第三款 遺贈	六二五
第一目 遺贈之意義	六二五
第二目 遺贈之要素	六二五
第一項 遺贈之方式	六二六

第二項 遺贈之當事人	六二九
第三項 遺贈之標的物	六三〇
第三目 遺贈之取得	六三二
第四目 死因贈與	六三三
第四節 執行	六三四
第五節 撤銷	六三六
第六節 特留分	六三七

第六編 訴訟法

第一章 法定訴訟程序	六四五
第一節 法定訴訟之特質	六四五
第二節 法定訴訟之訴訟程序	六四六
第三節 訴訟之方式	六四八
第二章 程式訴訟程序	六五六

第一節	預審	六五七
第二節	復審	六六二
第三節	上訴	六六五
第四節	執行	六六七
第五節	裁判官之非常處置	六六九
第一款	裁判官之口約	六六九
第二款	特准占有	六七〇
第三款	令狀	六七〇
第四款	回復原狀	六七二
第三章	非常訴訟程序	六七七
第一節	總論	六七七
第二節	非常訴訟程序之特質	六七七
第一款	傳喚	六七八
第二款	審理	六七八

第三款 判決	六八〇
第四款 上訴	六八〇
第五款 執行	六八一
附載 羅馬法參考書	六八三

羅馬法原理

緒論

第一節 羅馬法之定義

羅馬法者何無待思索，而知其爲羅馬國之法律制度也。但就其範圍言，學者間有不同之定義焉。或謂羅馬建國時在西曆紀元前七百五十三年，羅馬帝國亡於紀元後一千四百五十三年，則羅馬法者，此二千二百零六年間羅馬帝國之法制也；或謂羅馬之有法制也，始於西曆紀元前四百五十年，則羅馬法者，即羅馬國自十二表法頒布之日至東羅馬滅亡，一千九百零三年間，所有之法制也。惟此兩說，均不適當，前者爲純理論之定義，後者之錯誤，則半在傾向理論，半在不明十二表法之歷史性，故均爲今之學者所不取也。然則羅馬法者何耶？曰，羅馬法者，自羅馬建國伊始，至優司悌尼亞帝（Justinianus）去位，即自西曆紀元前七百五十三年，至紀元後五百六十五年，羅馬國所有之法制也。夫十二表法，雖頒布於紀元前四百五十年，實爲自羅馬建國時起，以至十二表法頒布之年，三百零三年間社會習慣之結晶品，自不得抹煞此三百零三年間之習慣法，以強定羅馬法之範圍也。優司悌尼亞帝（註）固集羅馬法之大成者，惜其嚴令學者及法官絕對遵守其國法大全，故自優帝國法大全告成後，以至優帝去位，羅

馬法毫無進步；嗣後，至東羅馬帝國滅亡，此八百八十八年間，既未新制法典，而官方編纂之羅馬法書籍，亦寥寥無幾。若法律全書 (Basilica)，若法學階梯註解 (Glossa Institutiones)，此兩大著作，一爲雷耳六世帝 (Leo VI.) 勅諭編輯，一爲私人之著述，經政府默認其價值者；前者用希臘文編成，凡六十卷，卷分爲章，其特點，在每章搜集優帝學說階梯、優帝學說彙編、優帝法典及優帝新律中之相對條文，綜合解釋之；後者編輯之方法，爲各註解位於優帝法學階梯條文之旁，其研究之對象，僅爲優帝法學階梯，故名。然此二書之內容，除原條文外，均爲機械式之解釋，鮮有新貢獻也，故學者研究羅馬法，皆以自羅馬建國至優帝去位，一千三百餘年間之羅馬法制，爲研究之對象，而不取上述兩種不切實際之定義也。

(註) 優司憐尼亞帝之理論法律，本書援引最多，凡稱優帝，即係指優司憐尼亞帝而言。

第二節 羅馬法對於法學之貢獻

羅馬法，死法也，失其強制力者久矣。今之學者何乃研究不懈耶？曰：羅馬法，影響於現代各國法例最大，且其原理原則，有條不紊，凡各問題，每能適應社會之背景，而有合理之演進，故各國法科，類皆以羅馬法爲必修之課程。茲將羅馬法對於法學之貢獻，分析言之：

(一) 可供研究現代比較法之基礎。羅馬法，爲現代法最重要之淵源，各國法律無不受其影響。就原則言，除少數之特別規定，因今昔環境不同，與羅馬法無相同之點外，餘則類皆由此死法脫化而成，故羅馬法之研

究，足稱研究比較法之初步工作。

(二) 可使初學養成法學觀念，列舉法律之根本原則，而融會貫通之，闡發其相聯之關係，並指明各法之基礎，是皆養成法學觀念之必經過程。然則羅馬法之研究，定可使學者有此偉大之收穫焉；其理有二，茲分述如次：

(1) 凡一問題之規定，嚴格與簡明之特點，當推羅馬法爲第一。此其優點，於優帝前，已可於法學著作中，略見一斑；迨奧古斯都斯 (Augustus) 與提奧克來借女斯 (Diocletianus) 二帝之間，益見顯著，而於第三世紀前半葉，則尤甚焉。

(2) 羅馬法之各個原則間，有和諧之特點，而無矛盾之嫌，頭緒萬千，而精神一貫，此亦其他法例所望塵莫及者。

(三) 可使學者明瞭法制演進之道。法律，社會制度之一也，非立法者所能任意創制，或修改之；必適合一時代之社會環境，一民族之文化特質，而後可有完善之法律。羅馬法，經過千餘年之歷史，更隨各階段不同之文化，而變遷演進，以成適合當日時間空間之完法，故從史的方面，研究羅馬法，勝讀十部法制史也。(註)

(註) 德儒達帝斯特 (Von Dietz) 氏用語。

第三節 羅馬人之法律觀

古羅馬時代，法律之範圍，極端狹小，故曰：『法律者，維持城市秩序所必需之規則之總和也。』基此定義，法律祇建築於限制極嚴之功利基礎，其作用，在維持現狀，在維持已然之社會生活，則當日之法律，並無創造性也明矣。然則其原因安在耶？當日之國家，祇可謂為各家族之聯合體，家族內部之處置，國家不得從而干涉之，故有權者為家族，而非國家，有嚴格之家法，而無有力之國法也。

降至西曆紀元前後，受希臘哲學思想之影響，法律觀念，為之一變，賽爾書斯 (Celsus) 曰：『*Jus est ars boni et aequi*』(法律者，善良公平之藝術也。)(註)意若曰：法律者，何者為善，何者合乎正義，何者足稱平允之標準也。其基礎，導源於自然法，嗣因與天主教意旨脗合，復受宗教勢力之推助，故是項理論，頗有權威，而足以推翻前說。然此新觀念，並非偶然形成，良以原始時代，「家父權」高於一切，對妻子奴隸，濫用權威，違背人道，國家不能干涉，先賢目擊此不人道不平等之現象，乃希望伸張法律之權威，藉重法律，以殺宗法之勢力，而提高被壓迫階級之地位耳。

(註)或根據此定義，而誤認羅馬時代之學者混法律與道德為一體，但余默察保魯斯 (Paulus) 之評語：『法律所許者，未必盡合乎道。』(Non omne quod licet honestum est)』云云，則當日法律與道德之有區別，似已昭然若揭矣。

第四節 羅馬法之特質

羅馬法特質之顯著者有五：如重形式，主嚴峻，不平等，司法不統一，立法不統一，皆是也。但此數者，或僅存在於

某一時代，或因時制宜，多所改革，固未可概括言之，茲分述如後。

(一) 重形式 羅馬建國伊始，以至文字普及時期，凡一法律行為，必經過一定之方式，而後發生效力，如必須本人到場等是。訴訟行為亦然，雙方必須遵守已定之方式，應用無訛者，則必勝訴，雖有捏造事實之形迹，亦所不問，且方式極端簡單，當事人對於法官之問話，或唯或否，別無他語，偶因錯誤，不合法定之方式，則必慘遭敗訴，而無補救之可能。揆其原因，原始時代，一般人智識簡陋，苟如現代法院，參酌證據，盡量辯論，而後斷定是非曲直，法官將感繁複之苦，而莫知適從。然此不合理之制度，卒至援用數百年之久者，其原因有二：

(甲) 羅馬人富於保守性，雖文化進步至可以採用合理制度之時期，仍不願舍棄舊制也。

(乙) 羅馬法之內容與訴訟之程序，僅限於僧侶學校，知之綦詳，法律之研究，幾為僧侶之專利；以其欲壘斷操縱也，故主張嚴格遵守舊制。

然則此嚴格之形式主義，何以失其勢力耶？其原因有二：

(子) 形式主義漸無適用之可能性。羅馬既漸由農業社會而成商業社會，人民遷徙無常，關於法律行為，或訴訟行為，如欲本人到場，或完成其他之必要方式，殊感不便，甚至不盡可能。

(丑) 形式主義漸有不公平之危險。原始時代，人民混然天真，欺詐虛偽者不多見，迨人民智識發達，欺詐百出，如理由不足者，賄賂證人使其為利己之證言等是。

綜上弊端，羅馬法當一掃過去之形式矣！不然，除少數通用之契約外，無意識之形式主義，散見於法學

呂明時代之羅馬法者，猶比比皆是。

(二) 主嚴峻 原始時代，社會生活簡單，人民渾厚性成，既有善良之風俗，復有健全之家族組織，國家之職權，微乎其微，自不需嚴峻之法律，降至奧古斯都斯帝 (Augustus) (註) 時代，社會環境，迥與昔異，於是法律漸尚嚴峻主義，茲就其原因，分析言之如次：

(一) 家族組織之解體 家族組織，逐漸解體，「家父」之權威，日漸消失，勢不能維持固有之秩序，非嚴峻之國法，不足以取而代之。

(二) 商業之發展 羅馬版圖，既漸擴大，需要日繁，財富與人口俱增，貨幣普遍，於是商業漸發達矣；人民間既發生新關係，不得不有新法律，以規定之。

(三) 善良風俗之消失 至奧古斯都斯帝 (Augustus) 就位時代，羅馬已有一百二十萬之人口，昔日在狹小孤獨之城市中所畏懼之輿論制裁，已不足恃，加以天神之信仰日淡，社會騷然，故人民間，社會方面及經濟方面之行動，需要嚴峻之法律，以制裁之。

羅馬法最初所持之嚴峻主義，可謂登峯造極，任何權利，有其絕對之規定，在任何情形之下，不得變更。或謂此絕對主義之採取，係因昔人智識之簡單，似不無理由，然羅馬法最嚴峻之部分，首推市民法，市民法之內容，則類皆合乎平衡之道，與市民法相反之處，數見不鮮，結果，大官法佔優越之地位，以其較合自然法故也。繼而萬民法以簡明與合乎論理著稱，亦於共和末年與市民法冶於一爐，羅馬法之嚴峻特質，於是逐漸消失，但其嚴峻主

義所遺留之簡明與合乎論理之特點，卒成整個羅馬法之特點矣。

(註)奧古斯都斯帝(Augustus)於紀元前二十七年即位。

(三)不平等 羅馬時代，階級觀念與國籍觀念，特別尖銳，一家之中，「家父」操絕對之權，居其下者，如妻、子、奴隸，唯有服從，在私法上均爲無能力者；對於奴隸，更有生殺子奪之權，法律上不平等之甚，更不待言。羅馬人與外國人間，法律上之不平等亦然，如「要式買賣」，如「共食婚」，外國人均不得參加；迨優帝時代，法律雖漸平等化，而彼此間終未有完全平等之待遇也。

(四)司法不統一 自十二表法頒布施行，(紀元前四百五十一年)以迄共和末年，羅馬市民與外國人，絕對受異樣法律之統制，對於前者應用市民法，對於後者，則應用萬民法。自共和末年以至紀元後第三世紀，外國人雖得與羅馬人受同一法律之保護，然僅限於萬民法，而市民法猶爲羅馬市民專用焉。迨第四世紀初葉以還，外國人始得與羅馬市民同受市民法之保護，斯時也，市民法與萬民法無畛域之分，而司法亦告統一。

(五)立法不統一 民會之決議，與夫平民會(註一)之決議，同有法律之效力，立法權固有不統一之嫌；至元老院(註二)之決議或皇帝之勅令之有法律效力也，亦不得謂非畸形發展；至若法學家之解答，有拘束法官之權威，尤足破壞立法之系統也。

(註一)平民會通過之法律，初僅對平民發生效力，至紀元前第三世紀，以好登細亞法(Lex Hortensia)之制定，其效力遂及於全體羅馬人民，而無貴族平民之畛域。

(註二)元老院自帝政伊始，有制定法律之權，民會之立法權，於以廢除，但自紀元後第三世紀初葉，遂以皇帝之勅令，代替元老院之決議。

第五節 羅馬法之淵源

羅馬立法之不統一，已如上述，唯其如是，故構成整個羅馬法之原素，特別繁多。概括言之，羅馬法之淵源，可分七種：一曰習慣，二曰民會議決之法律，三曰平民會通過之法律，四曰元老院之決議，五曰皇帝之勅令，六曰裁判官之告示，七曰法學家之解答。加以歷史悠久，此其原素，先後各異其趣，欲詳言羅馬法之淵源，非按照羅馬法各別之時期，以研究之不爲功。茲仿魯文大學德不利也(Dupriez)教授之方法，將羅馬法史分成四期，並就其各期之淵源，分別說明如次：

(壹) 羅馬法之幼稚時期

自羅馬建國以至十二表法，(紀元前七百五十三年以)是爲羅馬法之幼稚時期。在此三世紀中，羅馬法唯一之淵源，厥爲習慣，此亦原始時代各國法律同歷之過程也。歷史家及法學家有謂羅馬於大古尼斯帝(Tarquinius) (註一)時代，曾有法律之編纂者；時至今日，此說已被視爲無稽之談。王政時代，間有類似法律之規章，而不得認爲純粹之法律，僅屬一種關於國王行使祭祀權之規定耳。迨王政推翻之後，共和時代，猶無正式之成文法，有法律之權威與功用者，唯有習慣而已；卽一種制度原則，未得政府之明白承認，而被一般人接受並默認爲社會生活中相互關係之規則者也。然以習慣法之有兩大缺點也，(註二)於共和末年，有成文法運動之發生，試

言習慣法之缺點及其在羅馬發生之結果如次：

(一) 習慣法缺少準確性 既無明文規定，自不乏伸縮出入之可能。

(二) 施用習慣法時法官可濫用權威平民備受壓迫 羅馬雖於紀元前五百十年建立共和，然階級猶極森嚴，法官等重要位置，均爲貴族僧侶所把持；法官執行職務，既無成文法之拘束，凡有訟事，類皆故意壓迫平民，袒護貴族。

平民既受不平等待遇，乃主張廢除習慣法，頒佈新法。第一次之請求，在紀元前四百六十一年，主其事者，爲代人求利斯 (Terentilius Arsa) 氏，結果於其他方面獲得平等之地位，而編纂新法，卒被元老院拒絕。不數年，平民再度反抗，元老院見勢不可遏，乃於紀元前四百五十三年組織立法委員會，負責起草適用於全體市民之法律；但元老院爲遷延時日計，選任三人組織考察團，前赴希臘考察法制；紀元前四百五十一年，考察團歸國，政府乃任法典編纂委員十人，負責起草，不逾年，制度十表；以其未臻完備也，同年，另任編纂委員十人，以補充之，次年，既紀元前四百五十年末，補充表成，鐫諸銅表，以示人民，是爲十二表法。根據最後二表，平民與貴族不得通婚，故或呼爲「不平等之法律 (Iniquae leges)」至十二表法之內容，分述如後：

第一表 傳喚

Tabula I. De in jus vocando.

第二表 審判

Tabula II. De iudiciis.

第三表 求償

Tabula III. De aere confesso rebusque iudicatis.

第四表 家父權

Tabula IV. De jure patris.

第五表 繼承及監護

Tabula V. De haereditatibus et tutelis.

第六表 所有權及占有

Tabula VI. De dominio et possessione.

第七表 房屋及土地

Tabula VII. De jure aedium et agrorum.

第八表 私犯法

Tabula VIII. De delicto.

第九表 公法

Tabula IX. De jure publico.

第十表 宗教法

Tabula X. De jure sacro.

第十一表 前五表之追補

Tabula XI. Supplementum V. priorarum tabularum.

第十二表 後五表之追補

Tabula XII. Supplementum V. posteriorarum tabularum.

綜觀十二表法之內容，至爲混雜幼稚，公法私法，混爲一體；訴訟法，則祇知維持一市之秩序，而不能澈底保護人民之權利。然則十二表法，迄於今日，世皆傳爲美談者何耶？其理由有三：

(子) 十二表法適合於羅馬市民 各種規定，悉本諸已有之習慣，(註三) 演繹而成，故人民稱便。

(丑) 平民階級在法律上有平等之地位 除平民與貴族，不得通婚外，法律上完全平等，既有明文之規定，法官亦不得行其偏袒之慣技，故平民之反抗，於以停止

(寅) 評論一制度之價值，應以社會環境文化程度爲標準 羅馬之於紀元前四百五十年也，草昧初開，文化遠不若我國周代之進步，十二表法之內容，雖未能盡合法理，自亦未可厚非。

(註一) 大古尼斯帝 (Tarquinius Priscus) 於紀元前六一六年即位，在位三十八年，或謂大帝曾命派彼旅斯 (Capitius) 編纂法律。

(註二) 或謂習慣法亦有其優點，如：(一) 適合社會之新需要，(二) 有伸縮性是也。然而本書列舉之習慣法缺點，則皆此所謂優點之

結果也。

(註三)或謂十二表法，頗受希臘法制之影響，然據多數學者之意見，如(Accarias, Dupriez)等均反對此說。

(貳)羅馬法之進步時期

自十二表法頒佈以至帝政時代，(自紀元前四百五十年至紀元後二十七年)是爲羅馬法之進步時期。在此時期，羅馬法之淵源有五，即：(一)習慣，(二)民會及平民會之決議，(三)元老院之決議，(四)法學家之解答，(五)法官之告示是也。

(甲)習慣 原則上，習慣仍有法律之權威，既可爲新法律之基礎，更可變更已存之法律。但實際上，較諸第一時期，已頗多差異：第一，作用不同：習慣之作用，在解釋十二表法，引伸其原則，以應付新環境，而不復如昔日之爲純粹習慣法矣；第二，形式不同：習慣漸被法學者搜集成書，是習慣之形式，亦不復如昔日之散見民間矣。

(乙)民會及平民會之決議(Leges 或 Lex) 「Leges」一字，有廣狹二義：法官之提議，得國民會之可決者，是爲狹義之民會決議，亦即最初之意義也；嗣凡平民首領之決議，得平民會之可決者，不曰(Placita)而亦曰(Lex)，其意義亦漸廣。然平民會之決議，祇對平民發生效力，自紀元前二八五年，好登細亞法制定以還，始與民會之決議，有同一效力，故學者推定(Lex)一字，至紀元前二百八十五年，始有此廣義之解釋。民會決議之法律，類屬刑法公法範圍；屬於私法者，寥寥無幾；其主要者：如紀元前第四百四十四年，革美禮亞法(Lex Camilla)，(註)關於准許貴族平民通婚之規定，紀元前第二世紀，阿貴利亞法(Lex Aquilia)關於

損害賠償之規定，關於債權人債務人相互關係之規定，及紀元前第一世紀關於遺贈贈與之法律是也。此外，關於法律行爲無效或撤銷之法律，則有特殊之類別，茲分述如次：

(一)「完全法律 (leges perfectae)」即對違法之法律行爲，宣告無效，或撤銷之法律也。

(二)「次完全法律 (leges minus quam perfectae)」即宣告對違法者，加以處罰，而仍保存其法律行爲之法律也。

(三)「不完全法律 (leges imperfectae)」即對違反法規者，未宣告如何制裁之法律也。此不完全法律，或謂係近代法學者增入。

(四)「最完全法律 (leges plus quam perfectae)」即宣告違法之行爲無效或撤銷之，同時懲罰行爲人之法律也。

(註)羅馬法律，均冠以提議之裁判官之姓氏，而不依各法之本質定名也。

(丙)元老院之決議 (senatus consultum) 元老院本無立法權，祇以其組成分子，悉爲法官等重要人物，所有決議，法官擁護之，執行之，故得操縱一切。至共和末年，民會停止召集，元老院之決議，遂有法律之權威。

(丁)法學家之解答 紀元前第三世紀以還，羅馬與希臘埃及克賽基等國，交通日漸發達，關閉自守之小都市，一變而爲各族雜居之繁華重地；昔日之簡單成文法，已不足以規範新社會之繁複生活，於是不得

不悉藉重法學家以補充舊法律之缺陷，而應新社會之需要。況自羅馬建國伊始，以至紀元前三百年，宗教、法學與夫天文之學，均有祕密性，殆咸爲屬於貴族階級之僧侶（*pontifex*）所持；結果，關於法律方面之常識，若法律行爲之形式，若工作日與休息日（*dies fasti et nefasti*），若習慣與簡知法文之解釋，除僧侶外，莫得而知之，故訴訟當事人及法官，亦不得不就教於僧侶法學家也。嗣因平民與貴族之鬪爭，漸趨激烈，紀元前三百零三年，有僧侶名愛祕予斯（*Appius Claudius Cocculus*）者，將關於法律及歷數之文獻，作局部之公開，但一般人民對疑難之問題，猶不能解決；繼而平民階級中之僧侶有高忍革侶斯（*Gornicearius*）其人者，復於紀元前二百五十四年，將所有文獻，全部公開，並公開教授法律，青年之習學法律者亦日多，然而人民就教僧侶法學家者如故，其原因有三：

（甲）僧侶法學家之解答，全屬義務性質，不取報酬。

（乙）因人民已有傳統習慣，對於僧侶以外之法學家，尙未有相當之信任。

（丙）成文法極端嚴格，解釋法律，悉爲僧侶法學家之專有事業，他人實不易解釋也。

綜上原因，僧侶法學家，仍有操縱壟斷之機會；然其解釋法律也，猶拘泥成文，忽略論理，就法理言，並無價值可言，於羅馬法亦無若何貢獻也。但自紀元前二百年以還，一方面因新社會需要之法律，與昔日有別，另一方面，因研究法律者日衆，加以受希臘哲學藝術科學之影響，解釋法律者，已變更昔日墨守成規之態度；且除此解釋法律之職務外，對於向其諮詢之各問題，及如何解決之各方案，彙編成書，加以註釋，紀元前五十三年，

法學家頗多發表行世者，雖未必均有科學之價值，然從個別之問題，推演有一般性之規則（*regulae*）者，亦不乏人。共和末年，凡此規則，概皆以格言之方式，編纂成書，每遇有新問題而為舊法所未解決者，輒用論理或演繹之方法，採用是項規則以補充之，殆卽法學家對於羅馬法之貢獻之先聲歟。不數年，法學家有名苦詣對斯（*Quintus Mucius Scaevola*）者，對羅馬法作有系統之研究，搜集先進之規則，擇其與原始法制之關係，對照解釋之，嗣由其門人完成此偉大之工作，而羅馬法亦漸入最盛之階段矣。

（戊）裁判官之告示（*edicta magistratum*） 在羅馬紀元前第五世紀以前，裁判官執行職務，極爲機械，並無立法權。自愛比亞亞法（*Lex Aebutia*）頒佈以還，裁判官之職務，不復如昔日之機械，卽由被動之地位，變爲主動之地位，而得指揮訴訟之進行，新訴訟程序，於是產生。其始也，先由裁判官（*Praetor*）製定極嚴格之程式，如訴訟如何進行，如何問供，如何答辯，均嚴爲規定，此程式發給民選推事後，不得有所出入，所謂「裁判官程式判決（*iudicium per formula pretori*）」是也；繼也，法律付予裁判官以拒絕作成程式（*formula*）或譯作書狀之特權，質言之，人民能否進行訴訟，與保護法律賦予之權利，須取決於裁判官，不幸而被拒絕，無可如何也，然則裁判官影響法律之大，可見一斑。不特此也，如裁判官認定市民法上有何缺陷，可以補正之，有不公正者，可以修改之；其修改或補正市民法之方法，則在訴訟程式之製定與拒絕，故對於法律之影響，在此時期，雖未直接形成一種成文法律，然由此方法而形成習慣法者，實比比皆是也。

裁判官之告示（*edicta*）云者，卽裁判官所頒佈關於執行職務之規則也。是項規則，以屬於訴訟程序者

爲最多，最初雖無法律上之強制力，而事實上對於頒發各命令者之職務上行爲，有拘束之效力；質言之，裁判官既頒發告示以後，關於同樣之情形，自到任以至解任一年之任期中，一切行爲，須合乎已頒發之告示，而不得擅自變更，或與之衝突，所謂「一般告示 (edicta perpetuum)」是也；間有特殊情形，爲裁判官到任伊始頒發之一般告示所未規定者，則頒發「特別告示 (edicta repentina)」以補充之。繼而各裁判官頒佈告示，均尊重前任已有之告示，如同一問題，前任裁判官已有相當之規定，則不得擅自重行製定，或違守已有之告示，或以此爲藍本，略加修改補充，均以適合需要爲標準，於是拘束個人之告示，漸有拘束其他裁判官之效力矣，故學者稱之曰「傳襲告示 (edicta translatita)」，卽根據已有之告示，而加以修正者；此外曰「新告示 (edicta nova)」者，爲新頒之告示，亦卽傳襲告示之相對名詞也。所謂裁判官者，指有司法責任之高級官吏而言，若內事裁判官，若外事裁判官，若羅馬警監，若外省省長等皆是；由上述各裁判官之告示而形成之法律，統稱榮譽法或大官法 (ius honorarium)。從字面言，稱榮譽法者，以其爲有榮譽地位者所創造也，是爲廣義之裁判官法；至狹義之裁判官法，卽內事裁判官創造之法律，二者不容混淆，學者不可不察也。（註）且也，外省省長，悉尊重內事裁判官之告示，而羅馬法之由嚴峻的形式的與國界森嚴的法律，一變而爲世界的法律，亦皆內事裁判官之成績，至於其他裁判官之告示，類皆屬於行政方面，無足取者，故各學者之言裁判官法者，類皆內事裁判官之法律也。

（註）詳法體 Accarius 所著之羅馬法第四十六頁。

(叁) 羅馬法之昌明時期

自帝政時代至提奧克來借女斯帝 (Diocletianus) 攝政，(自西曆紀元前二十七年至紀元後第二百八十四年) 是爲羅馬法之昌明時期。在此時期中，習慣法幾乎絕跡，祇法學者搜集各地習慣，以編纂其單純之成文法而已；且民會或平民會議決之法律，亦逐漸減少，而無足稱道，殆民會或平民會之立法權，在此時期，已先後移轉於元老院與帝王之掌握矣。然而此時期中，羅馬法最主要之淵源，首推法學家之解答，法學家漸將市民法與萬民法治於一爐，而成有系統之單一法律，此羅馬法之所以昌明也。試詳言之：

(一) 民會及平民會之決議 (Leges) 自奧古斯都斯 (Augustus) 稱帝執政以還，爲避免人民反抗起見，利用民會，以變更共和之政體；表面上，人民尚有完整之立法權，至帝不利子斯帝 (Tiberius) 時代，民會決議之法律，已屬少數，奈爾法帝 (Nerva) 時之 (Leges)，則爲最後之民制法律，嗣後民會之設置，實等於形式，而參加民會者，已不足人民百分之一之數目矣。

(二) 元老院之決議 (senatus consultum) 帝政伊始，各帝王均假藉元老院之決議，以剝奪人民之立法權，但元老院之掌握立法權也，爲時僅及百年，即自奈爾法帝 (Nerva) 至賽不第密子斯帝 (Septimius Severus) 是也。按即自西曆紀元後九十六年至一百九十三年 其所立之法律，亦祇補充育利亞法 (Lex Julia) 及修改繼承法而已，始也帝王必須尊重元老院之主張，繼而帝王提出之議案，元老院反有必須通過之勢矣。

(三) 皇帝之勅令 (constitutiones principum) 帝王之權威，逐漸擴張，元老院之立法權，亦被擢

於掌握之中，武兒比亞女斯 (Ulpianus) 有云：「凡帝王認為可以規定者，即有法律之效力 (quid principi placuit, legis habet vigorem)」是帝王之立法權，已漫無限制矣；當代法學者，以製定之形式與強制力為標準，將哈德利亞女斯帝 (Hadrianus) 以還之皇帝勅令，分為四種：

(甲) 勅諭 (edicta) 即皇帝對於全體人民所發之通令，其效力及於全國。

(乙) 勅裁 (decreta) 即關於非常訴訟案件，初審或再審中皇帝所為之裁判，原則上，其效力僅及於各案之當事人，但勅裁有解決法律問題者，全國法官均應援用，是司法上之主張，不啻為變相之法律矣。

(丙) 勅答 (responsoria) 即皇帝對於人民或官吏法律上之疑問所為之答復也。皇帝勅令中，以勅

答為最多，而於第二第三世紀為尤甚；是項勅答之效力，及於全國，與現代之法律解釋令，庶乎彷彿。

(丁) 勅委 (mandata) 即皇帝於被委任之高級官吏就職時，對其職務上種種，所下之訓令也。其

效力本僅及於接受訓令之官吏，繼而同級之官吏，有統一之訓令，是其拘束性，亦漸擴大；就勅委之性質言，以屬於行政方面者居多，似與一般法律無若何關係，但影響於民法者亦未嘗無之，而於委任契約為尤著。

(四) 裁判官之告示 (edicta magistratum) 就理論言，政體之變更，未必影響裁判官頒發告示之

特權，事實上，帝王之權威，未有敢犯之者，同一問題，既由皇帝規定，則莫敢有其他規定，引其忌惡，故惟有率由舊章而已，無進步可言也。迨第二世紀初葉，哈德利亞女斯帝 (Hadrianus) 更進一步，命法學家沙奧費斯

(Socius Julian) 編纂裁判官之告示，並加以修正，於是祇限於已編纂者發生效力，任何裁判官不得有所

變更，卽有需要添補之處，惟皇帝始得爲之，裁判官之立法權，至此遂剝奪無餘。

(五) 法學家之解答 (*Responsa prudentium*) 西曆紀元後第一世紀前半葉，有賴倍耳 (*Laabeo*) 格比道 (*Caibe*) 二大法學家，分爲互相爭辯之兩大學派：前者之傑出門人，有潑羅科利亞 (*Proculus*) 後者則有賽比尼亞 (*Sabinus*) 斯二者，各存門戶之見，爭辯較前尤烈，故學者呼潑羅科利亞學派，或賽比尼亞學派，而不以賴倍耳或格比道之名，名其學派也。賴倍耳氏有堅強之意志，以奧古斯都斯帝 (*Augustus*) 之武斷，亦未嘗其改造法律之主張，其於羅馬法之形式主義，雖爲有力之保守者，而於法律之原則，則絕對主張民主化，學者稱爲進步學派，宜其極大之權威，至歿後不稍遜也。格比道氏爲一頑固之保守主義者，於法學上無大貢獻，故一至歿後，卽失其權威。總之，此兩學派之對立，實爲羅馬法昌明之莫大原動力，格比道之功績，亦未可完全抹煞之也。迨西曆紀元後第二世紀初葉，潑羅科利亞學派健將有賽爾書斯 (*Celsus*) 賽比尼亞學派則有育利亞女斯 (*Julianus*)，然而各學派已漸趨融洽，門戶之見，已不復如當日之紛歧矣。嗣有朋比尼語斯 (*Pompilius*) 及尤士 (*Gaius*) 兩大學者，於羅馬法亦有甚大之貢獻，後者手著之法學階梯，尤爲今昔學者所推重；至紀元後第三世紀初葉，馬爾賽盧斯 (*Marcellus*) 及拜彼尼語斯 (*Papinius*) 兩大法學者，復爲羅馬法學界開一新紀元，繼其後者，惟毛待斯繼女斯 (*Modestinus*) 一人而已；至此時期，羅馬法學者之工作，已無創造性，其貢獻祇在發揮過去之裁判官法，及調劑市民法與萬民法而已，每一問題之解決，悉依舊法，舊法有違反公平正義者，則以邏輯之方法，從舊原則中，演繹新規定，以補救之。然法學者之活動，雖被限制，而

其權威，則猶未可忽視，奧古斯都斯帝 (Augustus)

西曆紀元前二十七年至紀元後十四年

欲壟斷一切，乃限制法學者答復法律上

之疑問，並規定所謂「解答特權 (jus respondendi publice)」，凡予以是項特權者，其答覆有拘束法官之效力；此特權，無異一種榮典，予奪之權，則操在皇帝掌握中，漫無限制，嗣後各帝，莫不援用是項政策，以爲操縱立法司法之武器。至哈德利亞女斯帝 (Hadrianus)

紀元後一百一十七年至一百三十八年

時，對於法學者答復之效力，有不同之

規定，即法學者對於同一問題，意見一致時，始發生法律之效力，足以拘束法官，如不一致，則法官有援用與否之自由。第二世紀末葉，各法學家羣起爭此答復之特權，皇帝亦漸讓步，允如所請；結果，意見紛擾，莫知所從，至紀元後第三世紀末葉，各法學家之解答，彙編成書，嗣後立法取材於此者，不一而足。

至此極昌明之時期中，羅馬法之淵源，雖不一而足，其最重要者，厥爲法學家之解答。按法學家之職務，雖有編撰 (civitate) 辦案 (agere) 答覆 (respondere) 著述 (scribere) 四種，而其對羅馬法之貢獻最大者，則惟後二者而已。

(肆) 羅馬法之衰落時期

自提奧克來借女斯帝 (Diocletianus) 至優司悌尼亞帝 (Justinianus) (自西曆紀元後二百八十四年至五百六十五年) 是爲羅馬

法之衰落時期。羅馬法忽由昌明之時期轉入衰落之時期者，其原因有二：

(一) 法學研究之中斷。羅馬法之得以昌明，本以法學家之解答爲第一原動力；至第三世紀末葉，各法學家之解答，彙編成書，對同一問題，類皆依據已有之解答，有解答權者雖較多於前，已無創造之作用。迨德

爾道細語斯二世帝 (Theodosius II. 西曆紀元後四百零八年至四百五十年東羅馬皇帝) 及法輪繼尼語斯三世帝 (Valentinus III.

西曆紀元後四百二十三年至四百五十五年西羅馬皇帝) 於四百二十六年頒布引證法 (Lex citationis) 限制法學家之解答之效力，法學

者之權威，更一落千丈，其對羅馬法之進步，亦無貢獻可言。按東西羅馬德法二帝，承認嘎尤士保魯斯、武兒比亞、亞女斯拜、彼尼語斯及毛得斯繼女斯五大法學家之解答，有法律上之效力，遇有問題爲成文法所未規定者，悉以五大法學家之解答，以解決之。五大法學家中，各解答不臻一致時，取決於多數之主張，數同，則以拜彼尼語斯之說爲準則，卽有失當之處，其他法學者，亦不得有有法律上效力之主張也。

(二) 羅馬君主政體變爲絕對專制政體。在此時期中，政體爲絕對專制，皇帝總攬一切行政、立法、司法各方面之有權威者，祇皇帝一人而已，而人民、學者或其他官吏，均無置喙之餘地矣。

綜上原因，在此時期中，羅馬法唯一之淵源，厥爲皇帝之勅令，或勅諭編纂之法典而已。試將優帝以前之法典，及優帝時之法典，分別言之：

(一) 優帝以前之法典 優帝以前之重要法典有三：一曰格賴高律斯法典 (Codex Gregorianus)，二曰海謀諾尼亞法典 (Codex Hermogenianus)，三曰德爾道細語斯法典 (Codex Theodosianus) 茲分述之如次：

(甲) 格賴高律斯法典，頒布於西曆紀元後二百九十五年，由提奧克來借亞女斯帝命格賴高律斯 (Gregorius) 教授編纂，故名；該法典於紀元後二百九十四年前後編纂，其內容，則爲哈德利亞女斯帝至

二百九十四年所有之法律是已。

(乙) 海謀諾尼亞法典，頒布於三百二十四年，時在君士坦丁帝之末年，該法典編纂於三百一十四年及三百二十四年之間，主其事者名海謀諾尼亞 (Hermogenius)，故名。自二百九十四年所有之法律，悉被彙集於此。

(丙) 德爾道細語斯法典，頒布於四百三十八年，即德爾道細語斯二世帝勅諭編纂，該法典開宗明義第一章，即追認上述兩法典之效力，共十六卷，取材豐富，以各法產生之年月日爲編纂之次序。

(二) 優帝時編纂之法典，優帝於五百二十七年即位，在位三十九年而崩，內政外功，多所建樹，尤關心法制，以其欲垂不朽之名於法制也，乃選任編纂委員多人，編纂法典，關於優帝時代之法典，計有(一) 優帝法典，(二) 優帝學說彙編，(三) 優帝法學階梯，及優帝新律四種，學者總稱曰優帝國法大全 (Corpus Juris Civilis)，集羅馬法之大成，洵不愧爲東羅馬帝國第一英明君主也。

(子) 優帝法典 (Codex Justinianus) 優帝於西曆紀元後五百二十八年，任命法典編纂委員十人，以特利保利亞女斯 (Tribonianus) 爲委員長，彙集當時有效之勅令，爲編纂之資料，故內容充實，學者認爲過去十一世紀中法制之結晶品。各委員或爲法學教授，或爲實行家，故優帝極端信任，准其酌量增損，如有不合時宜或互相矛盾者，得刪除之，條文有不明顯者，得修改之。是書於次年，即五百二十九年，告竣，凡十二卷，卷分爲章，章列法律或勅令若干條，各條之次序，依頒佈之日期，每期除冠以立法之帝名外，並載

明頒佈之年月日，檢查極易；優帝以初版未盡妥善，乃重加修改，卒於五百三十四年再度頒佈，即所謂修正優帝法典 (Codex repetitae praelectionis) 是也。該法典之內容，悉爲過去之法律或勅令，故亦名舊法典 (Codex Vetus)。

(丑) 優帝學說彙編 (Digesta Justiniani 或 Pandectae) 優帝於五百三十年，任命編纂委員十六人，以特利保利亞女斯 (Tribonianus) 爲委員長，負責編輯羅馬歷代法學大家之著述。各編纂委員遇各學說有矛盾之處，得修改之，使與新法之精神相脗合。三載書成，五百三十三年年底，頒佈施行，全書五十卷，除第三十、第三十一及第三十二、三卷外，各卷分章，章分爲節，各帝冠以名稱，所有法律之解說與評論，出於何家何書，均有詳細說明。是書羅致各法學家之手著，共計五十餘種之多，誠當日偉大之著作，惜各書之內容，每多糅雜而無系統，是其缺憾也。是書之取材，悉爲過去之著述，故此稱曰舊法學 (Ius vetus) 或舊法也。

(寅) 優帝法學階梯 (Institutiones Justiniani) 編纂優帝法學彙編時，特利保利亞女斯氏以噶尤士所著之法學階梯，與新法之精神，不能融洽，東羅馬京師法科學生用爲讀本，不合時宜，乃向優帝建議另行編著；於是命法科教授二人，以噶尤士法學階梯爲藍本，另編適用之讀本，即優帝法學階梯是也。書凡四卷，卷分爲章，章分爲節，告成於紀元後五百三十三年年底。

(卯) 優帝新律 (Novellae Constitutiones Justiniani) 自優帝修正法制以至退位，三十餘年

中新頒之勅令，類皆屬於公法，行政法範圍，關於私法者，祇有變更繼承制度之規定而已。總稱新律，既未及編入法典，復未正式委任學者從事編纂，僅由法學家彙集成書而已；其包括之勅令，均在優帝法典編成之後，故曰新律也。

第六節 羅馬法之分類

羅馬法之分類，可從五方面，類別言之：

- (一) 從法律之本質，以分公法與私法；
- (二) 從法律產生之形式，以分成文法與不成文法；
- (三) 從法律之效力，以分市民法、萬民法、與自然法；
- (四) 從法律之來源，以分市民法與大官法；
- (五) 從法律之內容，以分人法、物法、與訴訟法。

(一) 公法 (*jus publicum*) 與私法 (*jus privatum*) 公法與私法之分野，羅馬法學者與近代學者之界說，各異其趣：近代學者，以規定國家與人民之權利義務關係者為公法，以規定人民相互間之權利義務關係者為私法，而羅馬法則以規定國家之公務者為公法，以規定個人之私益者為私法，如訴訟法，現代認為公法，而在羅馬法，則編入於私法，他如刑法、治罪法，今日之公法也，而羅馬法則未嘗有明文認定之也；就私法言，羅馬法中無特別

之商法，祇有民法而已，以言公法，既乏深切之研究，復無完全之法令，故吾人今日研究之羅馬法，謂爲羅馬民法，亦無不可。

(二) 成文法 (Jus scriptum) 與不成文法 (Jus non scriptum) 由立法者及行政機關，先後制定頒佈之法律，曰成文法；民間習慣，經長久時間之反復援用而依法發生法律之效力者，則謂之不成文法，亦曰習慣法。羅馬法中之成文法，計有：(一) 民會議決之法律，(二) 平民會通過之法律，(三) 元老院之決議，(四) 皇帝之勅令四者；他如裁判官之告示，及法學家之解答，謂爲成文法之淵源可，謂爲純粹之成文法則不可。成文法與習慣法，其效力有大小之區別，此爲現代法例之原則，如我國民法第一條所載：「民事，法律所未規定者，依習慣，」是其明證，而在羅馬則不然，如共和時代及帝政初期，裁判官於制定訴訟程式時，得依據習慣，間接廢除十二表法是也。即優帝學說彙編中，亦有「習慣法得廢除成文法」之記載，君士坦丁帝雖謂「習慣法不得廢除成文法」云云，亦指特別習慣不得廢除一般成文法云爾，以視現代「先成文法而後習慣法，二者不得抵觸」之原則，相去遠矣。

(三) 市民法 (Jus civile) 萬民法 (Jus gentium) 與自然法 (Jus naturalis) 市民法者，支配羅馬市民，而不保護外國人之法律也。迨羅馬版圖擴大，外人僑居於此者日衆，而市民法重形式主義，於漸趨複雜之新社會中，推廣其適用之範圍，諸感不便，無已，於西曆紀元前二百四十一年置「外事裁判官 (praetor peregrinus)」，專司羅馬人與外國人間及外國人與外國人間之訴訟事件，外事裁判官處理案件，以自然之正義 (naturalis) 公眾之利益 (publica utilitas) 與夫通行於一般人民之法律規則爲準繩，所謂萬民法者是也。古代法學者如優尤

士氏，以為萬民法即係繼相之自然法，故從法律之效力方面，分羅馬法為市民法與萬民法二者，是為二分說；但武兒比亞女斯則主張三分說，武氏有云：「自然法者，生物間之規則也。」意若曰：一般生物，尚受自然法之支配，其保護人類無論已，然則違背自然之奴隸制度，為萬民法所承認，不啻自然法與萬民法有抵觸之處，故分羅馬法為市民法、萬民法及自然法三者，而不主張二分說也。後世學者之界說，對此未能一致，謂羅馬學者採二分說者有之，謂羅馬學者採三分說者亦有之，我國羅馬法學者黃右昌、陳允應時諸氏，謂舊派學者多採二分說，新派學者多採三分說，余頗然其說，以學者對自然法及奴隸制度之見解，新舊兩派異其旨趣故也。

(四) 市民法 (jus civilis) 與大官法 (jus honorarium) 市民法者，即以 (一) 民會議決之法律，(二) 平民會通過之法律，(三) 元老院之決議，(四) 皇帝之勅令，及 (五) 法學家之解答為淵源之法律也；大官法者，即以裁判官之告示為淵源之法律也。所謂大官者，指 (一) 內事裁判官，(二) 外事裁判官，(三) 羅馬警監，(四) 外省省長而言，其中以內事裁判官頒佈之告示，影響於羅馬法者為最大；其他官吏之告示，類皆屬於行政方面，良以外省省長等雖兼長司法，實際上，每援用內事裁判官之告示，而無何等貢獻可言。故就羅馬法之淵源分類，與其分為市民法與大官法，不若分為市民法與內事裁判官法，較切實際也。

(五) 人法 (jus personarum) 物法 (jus rerum) (註) 與訴訟法 (actiones) 噶尤士法學階梯及優帝法學階梯，均分人法、物法及訴訟法三編，其次序則人法居先，物法次之，訴訟法最後；後之學者著作羅馬法，率皆依其編別及次序。自德國新民法分為總則、債權、物權、親屬、繼承五編，羅馬法作者，每多依從此新進之編制方法，而將

訴訟法列入總則編之權利保護節目內，如德利也（Dupriez）教授等是。時至今日，三分之編制方法，已爲學者及立法例所不取矣。

（註）人法者，規定人格人事之法律也，包括人之出生、死亡、能力、婚姻、監護、親屬等諸問題；物法者，規定財產之取得、喪失、契約之條件效力諸問題之法律也，包括債權、物權、繼承、三編。民法之分人法物法者，有拿破崙民法、比國民法等，如此編制，殆亦做倣羅馬法者也。

第七節 羅馬法之解釋

法律之解釋，可分強制解釋（即法律解釋）與學理解釋兩種，茲分述如次：

（一）強制解釋或法律解釋 以法律解釋法律，則解釋之內容與所解釋之法律，有同一之效力，良以立法者之意旨或習慣法之內容未盡明瞭時，由立法機關或司法機關從而解釋之，是不啻爲原法之補充，故各有其拘束力，宜乎法律解釋，亦名強制解釋也。法律解釋，又有成文法解釋與習慣法解釋之分，由立法機關制定成文法以解釋他成文法，是爲成文法解釋，亦曰立法解釋，司法機關以習慣法解釋成文法，或以習慣法解釋他習慣法，是爲習慣法解釋，亦曰司法解釋，惟司法解釋，必爲最高司法機關所爲者，方足以拘束全國法院，如我國昔之大理院及今之司法院之解釋令等是，普通法院所爲之解釋，僅足以拘束法官本人而已。其在羅馬也，自西曆紀元前後，已打破是項原則矣，即法官之解釋，其他法官，亦必受其拘束也；至於羅馬皇帝所爲之勅答，謂爲立法解釋可，謂爲司法解釋，亦無不可，以皇帝一人統攬立法司法之最高權力也。

(二) 學理解釋 學理解釋云者，即依據學理解釋法律也，又可分為文義解釋、論理解釋及類推解釋三種。現代之學理解釋，祇足供立法司法機關之參考，固無若何強制力；然在羅馬則不然，法學家之解答，有拘束法院之效力，至哈德利亞女斯帝 (Hadrianus) 時代，甚至有法律之效力焉。試就文義解釋、論理解釋及類推解釋之意義，及羅馬人採取之解釋方法，分別言之如次：

(甲) 文義解釋 依據法文之文字以解釋法律，是為文義解釋。所謂文義解釋者，並非拘泥文字，惟根據文字，推定立法者之意旨而已。今之學者，更主張文義解釋須尊重下列四項原則：(一) 須注重法文之用字通例，(二) 須依據法文之平常意義，(三) 須注重法律之一貫精神，(四) 須注重立法者立法之背景；殆非然者，未有不拘泥一字一句，失其真諦者耳。然則羅馬法之文義解釋，又將如何？曰：羅馬古代之解釋法文也，完全拘泥文字，真所謂文字解釋，而於訴訟程序中為尤甚，如十二表法「私犯」表所載之樹字為「arbor」，則對偷伐葡萄者提起訴訟時，必曰某人伐樹 (arbores)，若曰某人伐葡萄樹 (vites)，其訴訟行為即歸無效；至共和末年，解釋法律，已漸重論理解釋，而不復拘泥文字矣。

(乙) 論理解釋 論理解釋云者，不拘泥法文字句之末節，而用論理之法則以闡明法律之意旨也。法文雖須尊重，而得以論理之方法擴張之或補正之。自帝政時代起，羅馬法每依論理解釋之，其原因有二：

(子) 十二表法之所規定者，至帝政時代，因社會情形之變遷，漸有不合時宜之弊，非依論理之方法解釋之擴張之補正之，不足以應新社會之需要。

(丑)自西曆紀元前後，哲學方面，受外界之影響，法學思想，因以變遷，故不復墨守古法，拘泥法文。

羅馬法之得以昌明也，由文字解釋而轉重論理解釋，實其主要之前因。學說彙編記載賽爾書斯(Celsus)之言曰：「羅馬法學昌明時代，解釋法律，不拘文字，悉本於法律全部之精神而解釋之。」惟其如此，立法之真意，始得發揮無遺，法律之解釋方法，亦無以辭害意之弊也。

(丙)類推解釋 類推解釋，即比附援引以解釋法律之方法也；即關於某一問題，法無明文規定時，比附其他條例或習慣，以推定適當之解決之道耳。但現代類推解釋，僅可用於民法，而在刑法，則絕不採用，如我國刑法第一條謂：「行爲之處罰，以行爲時之法律有明文規定者爲限。」云云是也。

羅馬法學家，究採用類推方法以解釋法律否耶？曰：然其始也，因十二表法之內容，極端簡單，遇有未規定之問題，輒用類推方法，以謀解決，但另一方面，凡爲十二表法所規定者，則拘泥文字以解釋之，誠極端相反之兩種解釋方法同時並用者也；至帝政時代，舍文字解釋而趨重於論理解釋，法律有未規定者，更常用類推方法以解釋法律。迨優帝國法大全告成，乃嚴令援用法律者，尊重法律之條文，並定僞妄罪以制裁之，於是，羅馬法復專用文字解釋以代論理解釋與類推解釋矣。

第一編 總則

第一章 人

現代法律上所稱之人，指權利主體而言，即得取得權利享受權利並負擔義務之人類一分子或團體也。在進化之國家，一般人民，不論貧賤富貴，在法律上一律平等；除法人外，全體人民，凡生理上有人之條件者，在法律上咸有人之地位，亦即咸得爲權利之主體，是人與權利主體，實二而一者也。依自然法之原則，舉凡人類均應有其權利，亦僅限於人類得爲權利之主體。雖然，羅馬法之所謂人（*persona*）者，與現代法律上之人及自然法上之人，均異其旨趣。羅馬法上「*persona*」一字，有廣狹二義：用於廣義，作物理上圓顛方趾之人類解，與「*homo*」一字同，自由人或奴隸包括在內，但泛指一般人時，拉丁文慣用「*homo*」一字，而不用「*persona*」用於狹義，指權利能力，人之身分而言，奴隸在法律上無人之身分，無權利能力，故法律用語中之「*persona*」一字，專指自由人，而奴隸除外也。然則羅馬法上之人，與自然法上之人，有何區別耶？前者之意義，或狹於後者，或廣於後者，茲分述如次：

（一）羅馬法上人之意義，狹於自然法上之人。依據自然法則，圓顛方趾而爲萬物之靈者，人也，亦即無論貧富貴賤，咸有權利能力者也；然在羅馬法，則惟自由人始得爲人。故曰：「奴隸，物也，不得有何權利者也。」（*non*

persona sed res jure non habet)]但至西曆紀元後第五世紀以還，奴隸之法律上地位，與自由人無甚區別矣。

(二) 羅馬法上人之意義，較廣於自然法上之人。在十二表法上，羅馬法已有法人之規定，然則法人者法律之所擬制，而非自然法所稱之實體人也；法人雖無自由人之全部權利能力，而其享有之法定權利能力，均為奴隸所無者，是羅馬法之所謂人，實與自然法上之人，有廣狹不同之意義矣。

第一節 自然人

第一款 人之出生與死亡(即權利能力之始期與終期)

第一目 出生

(一) 出生之時間 吾人雖於母胎中即有生命，然自出生時起，始謂之人，始得享受權利，故何時為出生之時間，須有明白之規定，夫出生之時，即與母體脫離之時也。

(二) 關於胎兒權利之例外 出生而後享有權利之原則，若嚴格採用，則必妨害胎兒之權利，於是有例外之規定焉，即認胎兒亦得享有權利是也。關於胎兒權利之規定，可分下列數種：

(1) 在十二表法中，關於繼承部分，規定胎兒有繼承遺產之權。

(2) 至法律昌明時期，胎兒之權利，已不限於遺產之繼承，舉凡關於胎兒之權利，則以已出生者論，如為

胎兒置保佐人等是也。現代刑法，科墮胎者以重刑，固採用羅馬法之原則，承認胎兒有生命權者也。但除墮胎外，必胎兒曾具備出生之法定條件，而後推定其曾有某種權利。例如某甲死時有遺腹子乙，除兄弟丙丁二人及妻戊外，別無親屬，如遺腹子乙曾具備出生之條件，雖不逾兩小時而夭殤，在胎時已有繼承乃父遺產之權，而殤兒之遺產，亦惟乃母戊得以繼承，甲之兄弟不得分析乃兄遺產之毫末也。非然者，如胎兒乙未具備出生之條件，則與未爲甲之遺腹子者同，甲之遺產繼承人，將爲妻戊及兄弟丙丁等三人。現代法例，關於出生之條件，雖未必盡如羅馬法，而胎兒之權利，加以限制，則如出一轍，如我國民法第七條規定：「胎兒以將來非死產者爲限，關於其個人利益之保護，視爲既已出生。」法國民法第九零六條第三項規定：對於胎兒所爲之贈與或遺囑，必該胎兒出生時有生活能力，方得發生效力等是也。

(三) 出生之條件 羅馬法關於胎兒出生爲人，規定三項條件，三者或缺其一，以從無人格之死產者論；實言之，卽不得主張在母胎時已得之權利或出生後可得之權利也。所謂出生之條件如後：

(甲) 離開母體時須有生命 所謂有生命，卽非死產之謂也。如爲死體，則以從未在母胎者論，自無人格可言；如其出生時，尙有生命，雖生活瞬息之間而夭殤，則在母胎時已得之權利及此瞬息間可得之權利，如遺產繼承等，均爲該殤童之遺產，以法律承認其人格故也。

(乙) 生兒須有生活能力 卽須生兒曾在母胎內經過相當之時日，羅馬法規定：出生之胎兒，須曾在母胎一百八十日，蓋立法者推定在母胎生活一百八十日而出生者，先天方面始有相當之發育，而具備將來長成

之條件也。未滿一百八日而出生者，謂之「不熟胎兒 (abortus)」，雖出生時尚有生命，亦無發育成人之希望，故法律不承認其人格，而以死產論也。

(丙) 生兒須具備人之形體。生兒不具備人之形體，羅馬法謂之「怪胎 (monstrum)」，不承認其人格，此條件從未適用，即從未遇有所謂怪胎是也；所以有此規定者，因當日神話小說中，有產婦產生魔鬼剪刀等之記載，十二表法第四表規定：「奇形怪狀之子孫，家父得撲殺之」云云，殆亦防止於未然耳。苟生兒具有人之形體，即使五官四肢有殘缺之處，仍有權利能力也。

(四) 出生條件之證明。關於證據之理論，羅馬法不甚進步，但胎兒之出生之條件，當由主張胎兒安全出生或未安全出生者，負舉證之責；至證明之方法，並無何等限制，嗣後乃規定證明方法數種，茲分述如後：

(一) 人證。關於出生之事實，以分娩時在旁之人，為當然之人證。

(二) 關於胎兒曾有生命之證明。關於此點，有出聲說與呼吸說不同之主張；潑羅科利亞學派主張，凡證明胎兒出生後曾發呼啼聲者，即推定胎兒並非死產；賽比尼亞學派則謂體弱之胎兒，未必即能呼啼，但不能斷定其出生後從無生命，故主張凡能證明胎兒之臍帶割斷後曾單獨呼吸者，即推定胎兒為非死產；是即出聲說與呼吸說兩種主張，優帝則採納後說者也。至證明胎兒出生後究竟曾否呼吸，則將已死嬰孩之肺割下，置諸水中，如浮於水面，即推定其曾經呼吸，反之則否；此不人道之方法，固為今之法例所不取，即在羅馬，亦祇一種理論而已，究非時常見諸實現也。

(三) 關於是否有生活能力之證明 關於此點，依據專家之鑑定，時至今日，醫學、生理學，均甚發達，是否有生活能力，本不難鑑定，然在羅馬，似仍無準確之證明方法也。

第二目 死亡

(一) 死亡時期之關係

人之權利能力，終於死亡，固無疑問可言，我國民法第六條亦本此原則，以明文規定之者，唯一之問題，即何以證明死亡之事實是也。且也，死亡時期之證明，有時關係他人之利益，例如：夫妻甲乙二人，無直系卑親屬，但曾互立遺贈，他人忽發現其同死於臥室內，若證明夫甲先死，其繼承人爲其妻乙，結果，其遺產均由妻方之繼承人全部繼承；反之，若證明妻乙先死，則由其夫甲繼承遺產，結果，全部遺產，均由夫方之繼承人繼承之矣；在此情形之下，死亡之先後，極難證明，甚至不能證明，故推定二人同時死亡，由夫妻雙方之繼承人，平均分析其遺產全部，我國民法第十二條，及德國民法第二十條規定：『二人以上同時遇難，不能證明其死亡之先後時，推定其爲同時死亡』云云，殆亦本乎此歟。

(二) 死亡時期之推定

死亡之時期，關係他人之利益，已如上述，故二人同時遇難斃命時，羅馬法依死者之年齡，推定其抵抗力大小，更進一步而推定其死亡之先後焉：

(1) 尊親屬與卑親屬同時遇難斃命時，如卑親屬未屆適婚年齡，即男子在十四歲以下，女子在十二歲

以下，推定卑親屬先死。

(2) 尊親屬與卑親屬同時遇難斃命時，如卑親屬已屆適婚年齡，即男子在十四歲以上，女子在十二歲以上，推定尊親屬先死。

羅馬法如此推定，因卑親屬每少於尊親屬，抵抗力亦較小，如卑親屬已有十四歲以上，則尊親屬已經老弱，則少壯之卑親屬，當有較大之抵抗力也。總之，此種推定，完全建築於年齡上；法國民法第七百二十一條及第七百二十二條類是之推定，實由羅馬法而來，但其推定抵抗力之大小，除以年齡為標準外，更以性別為標準，如第七百二十二條規定：『十五歲以上六十歲以下之多數人同時遇難斃命時，如為同庚或年齡之相差不及一歲，則推定女性之死亡先於男性』云云，蓋法國立法者推定年齡彷彿之人，女性之抵抗力不及男性也，亦可謂舉一反三，善讀古法者矣。

(三) 推定死亡之條件

綜合言之，推定死亡之時期，須守下列三項條件：

甲、遇難斃命者，須一為尊親屬，一為卑親屬。

乙、須死亡於同一危險，如水災、沉船、火災等是；雖死亡於同一事實，而死者危險之性質，如有不同，亦不得推定其死亡之先後，如產婦嬰孩同死於難產是也。

丙、須除推定外，無其他任何方法，可以證明死亡之先後。

(四) 失蹤

現代法例對於失蹤者，經過一定之年限後，亦推定其死亡，並得因利害關係人之聲請，由法院宣告之，如我國民法第八條，法國民法第一百一十五條所規定是也。羅馬法對於失蹤久者，亦得因失蹤之情形，推定其爲死亡，但經過若干時日後，始得爲死亡之推定，則未嘗有明文規定之也。

第二款 權利能力

權利能力云者，即得享受權利之能力也。在羅馬法上，權利能力，非人人得而有之，已如上述，且欲具有人之資格，必先有自由權，亦即必爲自由人；自由人中，復因羅馬市民與非羅馬市民，有不同之身分，而不同其權利，如前者有完全市民權，後者有限制市民權或全無市民權等是，即羅馬市民中，更以在家族團體中所處之地位不同，而有「自權人」與「他權人」之區別。故羅馬法上之權利，包括：「自由權」、「市民權」、「家族權」三者，所謂「人格」(caput)或權利能力者，即由此三種權利組合而成；而人格之三大原素，以自由權爲骨幹，無自由權者，即無人格，不得享有其他兩種權利，如奴隸是；有自由權者，雖無市民權、家族權，仍不失爲自由人，雖無完整之人格，究有殘缺之人格也，如外國人是。按拉丁文「caput」一字，本作頭顱解，在法律用語上，作人格解，作權利之總和解，言權利之於人之身分，其重要性之大，有如頭顱之於人之生命也。

第一目 「自由權 (Status Libertatis)」

自由權者，即自由人之特權也；所謂自由人者，指非奴隸而言，故以自由權爲標準，區別當代之人類，可分(一)

自由人，(二) 奴隸，(三) 與準奴隸三種。茲分三項論述如後。

第一項 自由人

自由權，有自出生即獲得者，有先爲奴隸嗣因解放而始獲得者，故自由人有「生來自由人」與「解放自由人」之分，茲分述之如次：

(壹) 生來自由人 (*ingenui*)

生來自由人之自由權，始於出生，故名；其自由權之取得，以母之身分爲基礎，即依「子之身分從母」之原則。是也。在古昔夫妻關係難以確定之母系社會中，血統繼承等，悉依母系，故子之身分，亦從其母。羅馬建國以來，雖已由母系社會而轉入父系社會，而援用是項原則如故也。至於母之身分，遺傳於子者，可分下列數種情形：

- 一、母爲生來自由人或解放自由人時，雖父爲奴隸，子亦生而爲自由人。
- 二、母爲自由人或解放自由人時，雖無確定之生父，子亦生而爲自由人，如私生子是。
- 三、如出生之時，母爲自由人，雖母於受胎之時，曾爲奴隸，子亦生而爲自由人。
- 四、如成胎之時，母爲自由人，雖於出生之時，生母流爲奴隸，子亦生而爲自由人。
- 五、如自成胎至出生之數月間，生母曾一度爲自由人，雖成胎時與出生時，其母均處於奴隸之地位，子亦生而爲自由人。

就「子之身分從母」之原則言，子之身分，自應以出生時母之身分爲標準，以出生前尚無人之身分也；然則

羅馬法有上述後三項之規定者何耶？亦即由「凡關胎兒之利益者，胎兒以既已出生論」之原則，演繹而成者耳。

(貳) 解放自由人 (Iberitini)

解放自由人者，即曾爲奴隸，嗣被解放而爲自由人者也。解放自由人與生來自由人，在法律上無平等之地位；奴隸被解放後，對於已往之主人 (patronus 或譯曰保主)，仍有法定之義務，此爲對於特定人之義務；再就一般情形言，解放自由人之公權私權，在優帝以前，均有限制，且歷代解放之方式，有正式略式之分，故在優帝以前，解放自由人，亦各因被解放時所用之方式，解放者之國籍等情形，而有不同之等級焉。

(子) 市民解放自由人 (Iberitinus civilis)

被正式解放之解放自由人，亦名「市民解放自由人 (Iberitinus civilis)」正式解放，計有：(一) 執杖解放式 (manumissio vindicta)，(二) 註冊解放式 (manumissio censu)，(三) 遺囑解放式 (manumissio testamento) 三種。(一) 依執杖解放式，家主與奴隸及第三者，同到法院，由第三者在法官前以杖觸及奴隸之身體，並伴稱其爲自由人，家主則不與抗辯或答稱第三者之主張屬實，再由法官以判決之手續，認定該奴爲自由人；此種解放，實屬一種擬制之形式，不特家主事先同意，故作圈套，即法官亦明知之，甚至執杖之第三者，係由法官之侍衛充任，以期完成此法定形式也。(二) 註冊解放，即由家主將解放某某奴隸之意，註明於戶口調查冊中，再依宗教儀式，舉行洗污禮，則奴隸即可取得自由權；按羅馬調查戶口，每五年舉行一次，而依此方式

解放奴隸，亦必五年中始可舉行一次。(三)遺囑解放式，可分兩種：家主立遺囑時，聲明解放奴隸，是爲直接解放；家主囑託其繼承人，於死亡之後解放某某奴隸，是爲間接解放。上述三種方式，均爲羅馬古代所採用；第二種方式，直至西曆紀元後第一世紀末葉，始被廢止。至於君士坦丁帝以還之「寺院解放」(manumissio in ecclesia)，或認爲正式解放之一種，或認爲略式解放，難以斷定；按寺院解放云者，卽於寺院舉行盛會時，在僧侶信徒前，解放奴隸是也。

被正式解放之自由人，可取得限制市民權，故名「市民解放自由人」。以言私權之限制，則不得與生來自由人結婚；至紀元後七百三十六年，因育利亞法之規定，雖得與生來自由人結婚，而不得與元老階級結婚；以言公權，則除於平民會有選舉權外，既不得充任官吏或就名譽職，更不得充國家兵役，但至帝政時代，得因皇帝之特赦而獲得政治上之平等地位；其特赦之方法有二：(一)由皇帝賜用黃金戒指者，(二)由皇帝頒發「恢復令」(restitutio natalium)，以滌除奴籍之污點者。

(丑)拉丁解放自由人 (libertinus Latini)

被略式解放之自由人，其地位與殖民地中之拉丁人同，故名「拉丁解放自由人」(libertinus Latini)；其權利之內容，爲西曆紀元後十九年育尼亞法所規定，故亦名「育尼亞拉丁人」(Latini Juniani)；至育尼亞帝時代，解放奴隸，多從略式，卽家主在證人前表示解放，而不採用上述三種方式；裁判官謂此爲不合法之解放，不承認其法律上之效力，育尼亞帝則以被略式解放之奴隸，日多一日，苟不承認其效力，則女奴所生

之子女，仍爲奴隸，與當代希望奴隸減少之心理，顯有未合，乃制定法律，規定：凡被略式解放者，有自由權，但祇以拉丁人之身分，所謂育尼亞拉丁人是也。嗣後，因特種情形被解放者，雖未經育尼亞法規定，亦與育尼亞拉丁人有同等之地位，例如：（一）依據西曆紀元後四年愛利亞生計亞法（*Lex Aelia Sentia*），未滿三十歲之奴隸，不得完全解放而卒被解放者；（二）衰老或有疾病之奴隸，被家主拋棄者；（三）告發有害情形之奴隸，依君士坦丁帝之勅令，而得脫奴籍者；此三種情形，育尼亞法雖未規定，然於此等情形而被解放之奴隸，則與育尼亞拉丁人有同等之地位也。

拉丁解放自由人，固不得享有公權，卽私權亦被限制，故既無「婚姻權」復無「遺囑能力」，以言財產權，則名存而實亡，蓋至死亡時，其全部遺產，仍歸保主繼承之也。關於遺囑方面，拉丁解放自由人，與一般拉丁人不同，前者得爲遺囑之證人，如繼承開始後取得市民資格，則經過相當之時日，更可繼承他人之遺產，而後者則無此權利也。再至帝政時代，拉丁解放自由人，可於特殊情形之下，取得市民資格：（一）被解放後充當國家兵役者；（二）有功於警政者；（三）有功於首都行政者；（四）有功於公路者；（五）受皇帝之特赦者。

（寅）外籍解放自由人（*Iberinus peregrinus*）

此類解放自由人，係被外國人解放之奴隸，故名，蓋解放時所用之方式，係依解放者之本國法律，故被解放者雖有自由權，祇有外國人之地位；但自西曆紀元後四年，頒佈愛利亞生計亞法（*Lex Aelia Sentia*），凡犯罪之奴隸，被解放後，祇取得外國人之地位，名之曰：「外籍解放自由人」，是項名詞，遂由狹義而廣義矣。

外籍解放自由人在法律上之地位，與戰爭時敵國之降服人 (Deditici) 同，故其等級，劣於「市民解放自由人」及「拉丁解放自由人」最顯著者，計有數點：(一) 永久不得爲羅馬市民或拉丁殖民地人，(二) 不得自立遺囑或取得他人遺囑上之利益，(三) 不得居留於羅馬都市之百里以內，犯此居留地段之規定，則捕爲永久奴隸，不得再被解放也。

上述三種解放自由人法律上之地位，固有甚大之差別，然自優帝時代，不特解放自由人中，無此區別，卽一般解放自由人，已與「生來自由人」有同等之地位，奴隸之被解放者，除「保主」(即奴隸被解)(放前之家主)「得保留其特權外，其權利不受任何限制矣。

第二項 奴隸 (SERVUS)

奴隸，人類之一員也，生而圓顛方趾，生而有聰明才智，與自由人同，而名之曰「物」(res)「待之若牛馬，故不合人道，莫此爲甚！如此制度，固爲近代法例所不取，其在羅馬也，於羅馬建國前，奴隸制度，已經盛行，嗣後，羅馬屢與外國戰爭，捕獲之俘虜極多，收爲奴隸，使服勞役，與畜養牛馬同其作用，一旦解放之，未免蒙經濟上之損失，故至西曆紀元前後，雖有宗教與法學家，極端反對奴隸制度，而直至優帝時代，此不人道之制度，尙未完全廢止也。

(壹) 奴隸身分之起因

奴隸身分之起因，可分爲兩大種，卽(一)出生，(二)出生後發生之某種事實，是也。

(甲) 出生 出生時，自由人或奴隸之身分，以母之身分爲標準。(詳本目第一項自由人部分)

(乙) 出生後發生之事實 是項原因，類皆規定於市民法；依萬民法，則惟有俘虜爲淪爲奴隸之原因，茲分別言之如後：

(I) 萬民法上自由人淪爲奴隸之原因（即俘虜）

凡一國家與敵國宣戰後，捕獲敵人，淪爲奴隸，此固古昔普遍之情形；但在羅馬，凡所屬國未與羅馬訂立條約之外國人，均不承認其任何權利，故羅馬任何私人，可收是項外國人爲其奴隸，與取得無主之物同。是項制度，直至優帝時代，仍然存在，亦即羅馬法中從未更變之一點也。

(II) 市民法上自由人淪爲奴隸之原因

是項原因，在市民法先後，有不同之規定，然「自由權得因受重刑而被剝奪，不得由本人放棄」之原則，則十二表法時代與帝政時代，悉遵循之，茲依其先後之次序，分別言之：

(子) 古代自由人淪爲奴隸之原因：

(一) 脫逃之將兵，被官吏賣於外國者；

(二) 因忽略法令，不至調查戶籍機關登錄，而被官吏賣於外國者；

(三) 被父母賣於外國者；

(四) 盜賊被其被害人賣於外國者；

(五) 無清償能力之債務人，被債權人賣於外國者；

(六) 因侮辱外國，被國家引渡於被侮辱之國家者。

按上述六種原因之發生，必具有兩種條件：(一) 貶自由人為奴隸，須對於流為奴隸者有相當之權力；(二) 須被貶者，至外國時始失其自由人之身分，良以羅馬古代，有「羅馬自由人，不得在本國淪為奴隸」之觀念也。至於外國之界限，或謂須為拉丁以外之地方，以拉丁為羅馬之同盟國，不得以外國視之也。關於盜賊之流為奴隸者，或謂被害人可收為奴隸，不必賣於外國始得淪為奴隸。至帝政初年，古法所規定之原因，完全廢止，於是有新規定矣。

(丑) 優帝以前帝政時代自由人淪為奴隸之原因：

(1) 自由人串同他人使用詐術自稱奴隸，由該同謀者將己身賣與第三人，以圖分用賣身之價金者；依據裁判官法，使用詐術之被賣者，即淪為賣主之奴隸，不得恢復自由，但於此有三項條件：(一) 被偽賣者已在二十歲以上，(二) 買受人已給付價金之全部或一部，(三) 買受人收買時，確信其真為奴隸。

(2) 被判處死刑，(死刑之執行以令罪犯與猛獸格鬪者居多) 或強迫工役刑(以在鑛內作苦役者居多)者，即以剝奪自由權為當然之從刑。

(3) 自由婦人與奴隸私通，經奴隸之主人勸止而不聽從者，得由該主人收為奴隸。(是項規定，始於西曆紀元後五十二年。)

(4) 解放自由人，對於舊主人有重大之忘恩行為者，得由舊主人撤銷其解放而再度收為奴隸，但於

此有三項條件焉：(一) 舊主人須對忘恩之奴隸正式起訴；(二) 認爲忘恩之行爲，須爲重大事故，如傷害或侮辱舊主人，或舊主人困窮時，被解放之奴隸明有扶養之能力而不盡扶養之義務等是；(三) 前次之解放，須完全出於舊主人之本意，如因主人買入奴隸令其賣淫等情形，而被解放者，舊主人不得主張撤銷其解放。

(寅) 優帝時代自由人淪爲奴隸之原因：

降至優帝時代，帝政時代所規定之第二第三兩種原因，已被廢止，故自由人淪爲奴隸之原因，僅餘下列兩種：

(一) 自由人串同他人使用詐術，偽賣己身，以圖分用價金者；

(二) 解放自由人，對於舊主人有重大之忘恩行爲者。

(貳) 奴隸之地位

奴隸既無自由權，則不得享有其他任何權利，已如上述，茲就事實上數種問題，略言奴隸之地位如下：

(1) 奴隸無家屬 奴隸中間有有配偶子女者，但事實上無人承認其夫妻或父子關係，而奴隸本身，亦不得贍養其妻子或保護之也。

(2) 奴隸無財產 奴隸無債權，亦無債務，間有所取得如拾得遺棄物無主物等，奴隸不得爲本人之計算，從而收益，使用，或私自處置之；至帝政時代，奴隸對於主人賞賜之金錢土地或房屋，得收爲己有，是爲「特有財產 (peculium)」與我國諺語所謂私放錢，大致相同，然亦有不同之點：(一) 主人破產時，奴隸之特有財

產，即爲破產財團之一部，而被分配與其債權人；（二）是項特有財產，主人得任意收回之；（三）奴隸將其特有財產貸與主人時，不得對之有清償請求權，而主人對之祇負自然債務（*naturalis obligatio*）；（四）奴隸被賣與第三人時，主人得留置其特有財產，然則奴隸對其特有財產，不啻僅爲持有人而已，而實際上之所有人，厥爲其主人也。

（3）奴隸不得與自由人有同樣之衣冠，奴隸有奴隸之衣冠，最初本所以區別自由人者，未必普遍；凡奴隸，家主均禁止其服自由人之衣，戴自由人之冠，而法律上固無明文規定之也。

（4）奴隸不得爲訴訟行爲，奴隸縱被人污辱毆打，亦不得直接提起訴訟，必由主人，以財產被人侵害之被害人地位，出而交涉也；如奴隸之身分，有所爭執，例如：甲主張乙爲其奴隸，乙主張其爲自由人，則乙亦得以自由人之資格，爲訴訟行爲也。

（5）奴隸無個別之姓名。奴隸以「之奴隸」字樣，冠以主人之姓名，爲其姓名；主人姓張，奴隸則曰：張君之奴隸，如主人名「Lucius」，則奴隸名「Servus Lucipor」等是。嗣後之習慣，每保留奴隸之姓名，而冠以主人之姓名也。

（6）奴隸在宗教方面之地位與自由人略同。奴隸死後，得與主人同一墓地，所謂「安魂地」（*locus religiosus*，即墓地），「與市民之墓地，受同等之保護；主人祭祀祖先時，外人不得參與之宗教儀式，奴隸亦得參與末座；國慶日，祭祀天神時，非羅馬市民不得參加，而奴隸亦得參與盛典；夫此種種，均爲宗教規則所規定，或爲

習慣所演成，并未有法律加以規定，故奴隸不幸而被剝奪是項特殊之地位，并無何等保障也。

(叁) 奴隸之解放

奴隸之解放，可分兩種：(一)以主人之解放意思為條件者，與(二)以法定之解放原因為條件者；第一種解放，復因解放時所用之方式不同，而有(1)正式解放與(2)略式解放之區別焉。

(I) 奴隸由主人自動解放者

(1) 正式解放 正式解放可分三種：即(a)註冊解放，(b)執杖解放，(c)遺囑解放等是。(此三種見前項放方式詳)

(2) 略式解放 被略式解放者，在優帝前，祇有拉丁人之資格，而不得有羅馬市民之資格。至共和時代，因正式解放太嫌不便，解放奴隸，漸從略式或在友人之前，表示解放之意旨，或發給證書，為解放奴隸之證據，至君士坦丁帝，在寺院中(註)憑僧侶解放者，其形式尤為簡單。至優帝時代，分直接解放與間接解放兩種，凡被解放者，均取得羅馬市民之資格。解放奴隸，以言詞為之者，須憑五人以上之證人，以書面解放者，須有五人以上之署名，是為直接解放；間接解放云者，即根據主人對於奴隸之特定行為，推定其有解放之意思者也，例如(一)主人於信件上提及某奴隸而未書奴隸字樣者，(二)主人令女奴與自由人結婚而給與嫁資者，(三)主人於遺囑中特許奴隸自由人之冠參與本人之殯葬禮者；在此三種情形之下，均推定主人有解放奴隸之意思，所謂間接解放者是也。

(註)寺院解放 (*manumissio in ecclesia*) 或亦認爲正式解放之一種。

(II) 奴隸因法定原因而被解放者

凡構成解放奴隸之法定原因者，奴隸即取得自由權，在法律上有自由人之地位，主人縱有相反之意思，亦不得拘束之也。所謂法定原因，共分下列六種：

(一) 被敵人俘虜而淪爲奴隸之自由人，一旦逃回本國，即以從未流入奴籍論，此即羅馬古法所謂復境權 (*postliminium*) 者是已；且對敵國人民，羅馬法亦承認是項特權焉。

(二) 衰老或有殘疾之奴隸，被主人遺棄者。

(三) 奴隸被舊主人讓與他人時，受讓人向讓與人約定解放日期，而屆期不履行約言者。

(四) 主人買入奴隸，令其賣淫以圖營利者。

(五) 奴隸發見殺害主人之兇手，致主人得以脫險者。

(六) 奴隸告發犯罪者。(如偽造貨幣，誘拐幼孩，兵士逃亡，等重罪。)

在上述六種情形之下，奴隸均得恢復自由，縱主人有反對之意思，亦無可如何也。就解放奴隸之法定原因沿革上言之，第一項，始於羅馬古代，後五項，則至帝政以還，始先後規定；在第二項規定以前，凡被主人拋棄之奴隸，曰無主奴隸，與無主物 (*res nullius*) 同，任何人得攫爲己有，而奴隸之身分存在如故也。

(III) 解放奴隸之限制

解放奴隸，不特爲自然法學者所提倡，宗教家亦極端主張，故至西曆紀元前後，釋奴之風極盛，除受人道觀念與宗教思想之影響外，更有解放奴隸，以自炫慷慨者。雖然，奴隸可以變賣，可令服務，本爲財產之一部份，解放無度者，將無清償能力，致債權人蒙其損害，或死後遺產蕩然，致繼承人毫無所得，類是弊端，屬於私人之利益者，固難倖免；且羅馬之奴隸，類皆猶太埃及腓尼基亞非利加等處之俘虜，其智識程度，每低於羅馬人民，若漫然解放，使與羅馬人平權，勢必使社會騷然，損及社會利益；奧古斯都斯帝（Augustus）有鑒於此，乃制定法律，以限制世人解放其私有之奴隸，是亦限制私權維護公益之特式也。此等限制，共分下列三種：

（一）關於奴隸數目之限制 是項限制，頒布於西曆紀元前一年，專用於遺囑解放，卽以遺囑解放奴隸者，不得超過法定額數：有奴隸三人時，不得解放至三分之二以上，有奴隸四人至十人時，不得解放至半數以上，有奴隸十一人至三十人時，不得解放至三分之二以上，有奴隸三十人以上時，則得解放之額數，遞減爲四分之一，五分之一，等比率，以一人解放之奴隸，不得多於一百人爲標準；若超此法定額數，則依遺囑上各奴隸名次之先後，凡在此額數以外者，視爲未被解放，若遺囑上各奴隸之姓名書成圓形，致法官不能依姓名之次序，以作宣告無效之標準者，則各奴隸之解放，均歸無效；但至優帝時代，是項限制，已被廢止之矣。

（二）爲保護債權人而規定之限制 無清償能力之債務人，解放奴隸意圖損害債權人之利益者，其解放無效，但無其他繼承人時，以遺囑解放之者，不在此限；良以主人恐生前所有財產不足清償債務，致死後傷及名譽者，以遺囑解放奴隸，立爲繼承人，則被解放之奴隸，卽爲其當然繼承人，並繼承其所有債務，是遺囑人如此

解放奴隸，並不致損害債權人之利益，故法律承認其效力，不加限制也。是項限制，規定於愛利亞生計亞法 (*Lex Julia Sentia*)，頒布於西曆紀元後四年，直至優帝時，猶被援用，而載於優帝法典焉。

(三) 關於年齡之限制。是項限制，可分主人與奴隸兩方面之年齡，分別言之：

(1) 關於主人年齡之限制。依西曆紀元後四年頒布之愛利亞生計亞法之規定，凡主人年齡未滿二十歲者，欲解放奴隸，須合下列三項條件，方為有效，即(1)須有合法理由，(2)須得官廳許可，(3)須用執杖解放之方式。所謂有合法理由者，即因主人與奴隸有特殊關係，法律認其解放，有正當之理由是也。例如：解放其教師或私生子，或以婚姻為目的，解放其女奴等是；但至優帝時，改為十八歲以上之主人，得以遺囑解放，而無須上述之三項條件也。嗣於新勅令第一百十九號，更進一步而廢除年齡之限制矣。

(2) 關於奴隸年齡之限制。依愛利亞生計亞法，凡奴隸年齡未滿三十歲者，必有合法之理由，始得受完全之解放，否則縱被解放，僅與殖民地拉丁人取得同一權利，而不得有羅馬市民之資格也；所謂合法理由者，即因主人與奴隸有特殊關係，法律認其解放為有正當之理由是也。是項限制之原因，在唯恐年少之奴隸，解放後不能有獨立之能力，故寧限制解放，使其仍受主人之保護也。但時至優帝，已全廢年齡之限制矣。

第三項 「準奴隸」(quasi servus)

非純粹之奴隸者，亦有數種，學者名之曰「準奴隸」。準奴隸自由權之限制，以法律為原因者有之，以單純事實為原因者亦有之，賅括言之，共有六種：(註)(一)誤信為奴隸者，(二)被私禁之債務人，(三)欠贖身金者；

(四) 被僱傭之鬪獸員，(五) 被出讓之子女，(六) 農奴。茲分述如次。

(註) 詳參臘爾氏所著之法文本羅馬法讀本第一百四十一頁至一百四十六頁。(P. F. Girard, *Manuel de droit romain*)

(壹) 誤信爲奴隸者 (*Liber homo bona fide serviens*)

在法律上，凡自由人誤信爲他人奴隸時，該他人亦因善意之誤會以奴隸待之者，並不因此而損其自由人之身分；但其勞力所得，均歸該他人所有，而不得爲本人之計算也。

(貳) 被私禁之債務人 (*addicti, iudicati, nexi*)

債務人或因契約或因法官之判決，得被債權人拘捕私禁；因法官之判決而被私禁者曰「*iudicati*」，因契約而被私禁者曰「*nexi*」。法定之私禁期間，最長爲六十日，而事實上每長於六十日。在此私禁期間中，債權人得縛之以繯綫，剝奪其行動自由，與待遇囚犯同，另一方面，被私禁者得保存其財產，自給食物，並得與債權人約定以清償債務之日爲恢復自由之日，是祇事實上之奴隸而已；但從來學者呼之曰準奴隸者，因被私禁之債務人，被他人劫奪時，必致債權人蒙受損失，與奴隸之被劫奪，致主人蒙受損失無異也。至西曆紀元前三百二十五年，因德利亞 罷那利亞法 (*Lex Poetelia Papiria*) 之規定，債權人已不得因契約而私禁其債務人矣；但債權人因判決而私禁債務人之制度，直至西曆紀元後三百八十八年，始經廢止之也。

(參) 欠贖身金者 (*redempti*)

喪失自由者，(俘虜奴隸等) 由他人籌墊贖身金時，在未清償贖身金前，對於該他人所處之地位，與奴隸同，

即債權人以被贖身者之身體爲其貸金之抵押品 (*vinculum pignoris*) 也。是項制度見諸條文者，自賽不第密子斯帝 (*Septimius Severus*) 時之法律始，但據學者之推測，或始於賽帝以前也。至西曆紀元後四百零九年，好臘留語斯 (*Honorius*) 規定是項債務人所處之奴隸地位，以借貸贖身身後五年內之期間爲限；直至優帝時代，並未有所變更也。

(肆) 被僱備之鬪獸員 (*Auctorati*)

羅馬古代之鬪獸戲，與今日之馬戲略同，其不同點，在前者爲賭博性質，後者爲遊戲性質。被長期僱備之鬪獸員，保存其自由人及市民之資格，惟少數權利，如充任騎士，或市府名譽職等公權，有所限制；且被人刼奪時，必致其僱備人蒙受損失，與奴隸之被刼奪，致主人蒙受損失同，此學者所以以準奴隸論之者也。至君士坦丁帝 (*Constantinus I.*) 時，嚴禁械鬪賭博，故在法律上，是項準奴隸，已不復存在於羅馬，而事實上究未嘗因以絕跡也。

(伍) 被出讓之子女 (*Pili familias mancipati dati*)

在父權下者，因侵權行爲，致他人蒙受損害時，父得拋棄之，並引渡與該他人，以賠償其損害。且也，父得出賣其子女，與出賣奴隸或其他財物同；因上述情形而被出讓之子女，出讓與外國者，則淪爲奴隸，出讓於羅馬或拉丁以內者，則完全在受讓人支配之下，度其類似奴隸之生活；與自由人同者，被出讓之子女，保存其自由權與市民之身分；然其所處之地位，與奴隸相近者，亦有數點：(一) 不得負擔義務，(二) 受讓人將其轉讓與第三者，或賣諸外國，貶爲奴隸時，亦不得表示反對，(三) 解放之爲完全自由人時，悉用解放奴隸之方式。至優帝時，爲人父者，對於

子女之侵權行爲，已不得引渡該子女於受害人，以免除其損害賠償之責任，而是項準奴隸，亦不復存在於羅馬矣。

(陸) 農奴 (colonus)

(I) 農奴之地位 [colonus] 一字，本作農夫解，但爲永久世襲之農夫，而本身及其後裔，不得脫離其所耕作之土地者，故曰「土地奴隸 (servus terrae)」，學者謂：「農奴，非某人之奴隸，而爲其耕作地之奴隸」，殆以此歟，農奴之地位，類似奴隸者，計有四點：(1) 主人責斥時，不得反抗；(2) 除反對主人增加佃租外，不得與主人發生訴訟；(3) 農奴自其耕作地逃走時，主人有請求回到原地之權；(4) 其財產視爲國稅與佃租之擔保品，故農奴對之無處分權也。然而農奴之地位，異於奴隸者，亦有四點：(一) 農奴祇與耕作地，不可分離，而與地主無不可分離之關係，地主出讓耕作地時，則必受新主人之支配；(二) 有限制之私權，如婚姻權、債權、所有權，均得享受之；(三) 有受地主保護之權；(四) 主人不得變更納租之條件，或增加佃租之數目也。

(II) 農奴制度之起源 對此問題，界說不一：(1) 或謂始自羅馬古代，其理由爲：古時解放奴隸時，每附有不得脫離耕地之條件，故可推定農奴之制度，卽由此形成；(2) 或謂農奴制度，始自提奧克萊借、斯帝 (Dionysius) 西曆紀元後二百八十四年至三百零五年) 時代，其理由爲：提帝開拓北方邊境，制定關於農奴之法，並令外族如日耳曼人等耕作於此，守衛於此，藉以充裕民食，堅實邊防，故可推定農奴制度，卽由此形成；(3) 或謂農奴制度，始自帝政時代，其理由爲：羅馬關於農奴之法律，至西曆紀元後三百三十二年君士坦丁帝 (Constantinus) 時代，始有明白詳細之規定，是農奴制度，未必始於帝政時代以前，另一方面，提帝開拓邊境，在羅馬北

方，考諸史乘，羅馬南方，在提帝以前，亦有農奴，且農奴之耕作地，非全由政府給予，由私人給予者亦有之，是農奴制度，未必自提帝始也。故可推定農奴制度，始於帝政時代，而農奴數目之增加，則始於提帝時代云云。上述三種界說中，似以第三說較為確當也。

(III) 農奴身分之起因 農奴身分之起因，有兩大類別：即(子)一般的起因，與(丑)個別的起因是也；茲分述如後：

(子)一般的起因 如日耳曼等地方若干部落之居民，均因法律之規定，全數處於農奴之地位是也。

(丑)農奴身分之個別的起因 此類原因，計有四種：即(1)生而為農奴者，(2)因契約關係而淪為農奴者，(3)因三十年之時效，而被視為農奴者，(4)因懲罰而貶為農奴者也。

(1)生而為農奴者 就遺傳身分之原則言，子之身分從母，故在優帝新律以前，父母雙方或母一方為農奴者，其子生而為農奴；但依優帝新律，父或母一方為農奴者，其子即生而為農奴矣。

(2)因契約關係而淪為農奴者 貧乏之自由人，由他人給予耕作地者，向該地主約定為其農奴時，即由自由人而淪為農奴矣。

(3)因三十年之時效而被視為農奴者 即自由人之生活狀態，類似農奴，而繼續至三十年之久者，則以農奴論是也。

(4)因懲罰而貶為農奴者 身體健全而為乞丐者，被他人告發時，經過法院之判決，則當然為該告

發人之農奴，殆所以獎勵告發人而杜流氓者也。

(IV) 農奴身分之終止 在優帝以前，農奴身分之終止，其原因有下列四種：

(一) 農奴因地主給予其耕作地而解放之者，

(二) 因三十年時效而消滅農奴之身分者，

(三) 因陞任天主教僧侶中之主教者，

(四) 因取得其耕作地之所有權者。

上述四項原因中，第一項與第二項，至優帝時已經廢止，蓋優帝深恐被解放之農奴，不務正業，致減少稅收，甚至為害社會，故禁止地主解放農奴，並廢止因時效而消滅農奴身分之規定也。

第二目 「市民權 (Status civitatis)」

市民權者，羅馬市民 (civis) 之權利也，顧名思義，凡羅馬市民，始得有完全之市民權，非羅馬市民，或僅有限制之市民權，如拉丁人是，或全無市民權，如外國人是；故依市民權之有無，可分人為：(一) 市民，(二) 拉丁人，(三) 外國人三大類別也。

第一項 市民 (Civis)

(壹) 市民權之內容

市民權，包括一切公權與私權，茲分述如後：

(1) 公權 公權包括選舉權 (*jus suffragii*)、榮譽權 (*jus honorum*)、選舉權、謂選舉總裁官 (*consul*) 及其他官吏之權利；榮譽權，則指被選舉權及充任官吏兵將與其他名譽職之權利而言。

(2) 私權 私權包括婚姻權、財產權、遺囑能力、與起訴權等四者。茲分述如次：

(子) 婚姻權 (*jus conubii*) 婚姻權者，即得依市民法與羅馬市民結婚，並得享受家屬關係中一切權利之權利能力也；如於妻有「夫權」，於子有「父權」，於親屬間有遺產繼承權，等是。

(丑) 財產權 (*jus commercii*) 財產權者，即得享受關於財產方面市民法所賦予之權利之權利能力也，如所有權、債權、締結契約、負擔債務，等是。

(寅) 遺囑能力 (*testamentio factio*) 遺囑能力，有自動被動之分；有自作遺囑之能力者，曰「主動遺囑能力 (*testamenti factio activa*)」，得爲他人遺囑之證人，或得因他人遺囑而取得利益者，曰「被動遺囑能力 (*testamenti factio passiva*)」。夫此二者，羅馬市民，則兼而有之者也。

(卯) 訴權 (*actio*) 訴權云者，即權利被人否認或被人侵害時，得訴諸法院，請求確認權利，或排除障礙之權利能力也，亦即我國民事訴訟法所稱之當事人能力也。

(貳) 市民資格之取得

市民資格之取得，其方法可分四種：一曰出生，二曰奴隸之解放，三曰法律之恩施，四曰民會或人民代表或皇帝之賞賜；茲分述如次：

(1) 出生 父母爲市民時，其子卽生而有市民之資格，固無疑問，但於此有問題焉：(一) 父母之身分不同時，子之身分從父歟？抑從母歟？(二) 子之遺傳身分，以何時之父母身爲標準耶？依受胎時父母之身分歟？抑出生時父母之身分歟？曰：(一) 視父母有無婚姻關係，而異其遺傳之身分，父母有婚姻關係時，子之身分從父，父母無婚姻關係時，則子之身分從母，但至西曆紀元前四十三年，明尼亞法 (Lex Minicia) 規定，若父非市民，縱母爲市民，其子亦不得因此而取得市民之身分；(二) 身分從父時，以成胎時父之市民身分或非市民身分爲標準，故苟成胎時父爲市民，雖出生時，父已喪失市民之資格，其子仍爲市民，反之，如成胎時，父非市民，雖出生時，父已取得市民資格，其子亦不得爲市民也，身分從母時，以出生時母之市民身分或非市民身分爲標準，故母於受胎時，雖爲市民，苟於分娩時，喪失市民資格，其子亦不得爲市民，反之，如母於受胎時，雖無市民資格，苟於分娩時，取得市民資格，其子卽生而有市民之身分也。

(2) 奴隸之解放 奴隸被正式解放者，卽取得市民資格，故稱之曰：「市民解放自由人」，然其權利，猶有限制，不得與其他市民，等量齊觀，如不得與生來自由人結婚，不得充任官吏，不得執兵役等是；但至優帝時，不特市民解放自由人，與一般市民有同等之權利，卽被略式解放者，及被外國人解放者，如「拉丁解放自由人」與「外籍解放自由人」等，均取得完全之市民權矣。

(3) 法律之恩施 因法律之恩施而取得市民資格者，在優帝以前，拉丁人與外國人，不得受平等之待遇；(一) 如古拉丁人得因移居羅馬而取得市民之資格，(註) 然而是項規定，未嘗惠及外國人也；(二) 依羅

馬建國紀元後六百三十一年（即西曆紀元前一百二十二年）亞希利亞法（*Lex Aelia repetundarum*）之規定，凡外國人告發羅馬官吏之受賄行爲者，即因此取得市民資格，然而是項規定，直至紀元前一百十年，拉丁人始得援用之也；（三）拉丁人得因充任拉丁地方官或市議員而取得市民資格，然而外國人不得受是項法律之恩施也。

因法律之規定，而取得市民資格者，往往惠及一般人民，如西曆紀元前八十九年，因吉利亞法（*Lex Julia*）之規定，舉凡意大利人民，均一躍而處市民之地位，西曆紀元後二百十二年，因卡拉卡拉法（*Lex Caracalla*）之規定，殖民地拉丁人（*Latini Coloniarii*）均取得市民資格是也。

（註）嗣恐是項規定推行後，致拉丁人均移居羅馬，無人耕作，拉丁地方變成荒地，乃立法加以限制，即移居羅馬者，必遺留其子孫於拉丁地方，始可取得市民資格；至西曆紀元前九十四年，復以利尼西亞法（*Lex Iulia Municipalis*）廢除是項取得市民資格之方法，卒至引起社會戰爭，而於西曆紀元前八十九年，對於古拉丁人遂整個予以市民之資格矣。

（4）民會或人民代表或皇帝之賞賜，除「降服人」外，拉丁人或外國人，均得由民會賞賜市民資格；因此方法而取得市民資格者，有特別之姓名，即其本來之名字，須冠以所屬部落之名稱，及主要建議人之姓名是也。賞賜市民資格之權，最初本限於民會得行使之，嗣乃推及人民代表；至帝政時代，皇帝亦得賞賜市民資格矣。因受賞賜而升爲市民者，類皆與一般市民，同其權利；然僅得享受限制私權者有之，得享受完全私權而無公權者亦有之，如意大利人一度享有私權而並無選舉權是也。

(叁) 市民資格之喪失

市民資格之喪失，爲「人格大減等」或「人格中減等」必然之結果，其發生之情形，計有四種：卽（一）喪失自由，（二）放棄國籍，（三）逐出國境，（四）宣告重刑，是也。

（一）喪失自由 例如受嚴刑之宣告，或爲敵人俘虜，或被賣於外國而喪失自由權者，市民權卽因之喪失；但取得復境權而恢復自由時，市民權可再度取得之也。

（二）放棄國籍 市民自願入外國籍時，以放棄國籍，放棄市民資格論，而不得享受市民權，蓋依羅馬法之原則，一人不得同時爲兩國市民也。

（三）逐出國境 羅馬市民，因罪被逐出國境時，卽淪爲外國人（*peregrini*），而喪失市民資格矣。

（四）宣告重刑 如被處流刑，卽喪失市民資格，但遇大赦而歸國時，則仍得恢復其市民資格也。

第二項 拉丁人 (*Latini*)

介乎市民與外國人之間者，有拉丁人。拉丁人在法律上之地位，優於外國人，而劣於羅馬市民，故羅馬法上之人，依市民權分類時，呼拉丁人爲「中等階級」也。拉丁人更分爲三種：（一）古拉丁人，（二）殖民地拉丁人，（三）育尼亞拉丁人。此三者，或爲羅馬同盟國之人民，或爲羅馬殖民地之人民，故羅馬待之極寬，而劃出外國人範圍之外也。

(壹) 古拉丁人 (*Latini Veteres*)

古拉丁人，或意大利拉丁人者，與羅馬同盟之拉丁市 (Latium) 之人民也。與羅馬人同種族，同語言，同習慣，且與羅馬人攻守同盟，故在非市民中，古拉丁人享有之權利，幾與羅馬人同，各種私權，如婚姻權、財產權、遺囑能力及起訴權，固兼而有之，且移居羅馬時，甚至可享受限制之公權焉，如選舉權是；其與市民不同者，爲無榮譽權 (honorum)，卽不得充任官吏兵將及其他名譽職等是也。嗣凡古拉丁人居住羅馬者，卽取得市民資格，至西曆紀元前八十九年，因育利亞法之規定，古拉丁人遂全體取得市民資格矣。

(貳) 「殖民地拉丁人 (Latini Coloniarum)」

殖民地拉丁人，卽羅馬殖民地之居民也，最初本爲羅馬市民移住於殖民地，從事開發；繼則居住於此者，泰半爲拉丁人，故名，共和末造，因採用同化政策，對被征服國之若干城市居民，亦與殖民地拉丁人同等待遇，至帝政時代，地中海流域，如意利而利 (Illyrie) 地方之居民，及西班牙全部之居民，均有殖民地拉丁人之權利，而殖民地拉丁人之名稱，遂狹義而廣義矣。殖民地拉丁人，在法律上之地位，劣於古拉丁人，非特不得享有公權，卽私權亦被限制，例如在原則上，不得享有婚姻權等是也。至西曆紀元後二百十二年，已無殖民地拉丁人可言，蓋因卡拉卡拉法之規定，殖民地拉丁人，均取得市民之資格矣。

(參) 「育尼亞拉丁人 (Latini Juniani)」

因育尼亞法 (Lex Junia) 之規定，凡被略式解放之奴隸，不得取得市民資格，其所處之地位，類似拉丁人，故名育尼亞拉丁人，但育尼亞拉丁人，並不得與其他拉丁人享有同等之權利，不特無公權，卽私權中，亦祇有財產權

與「被動遺囑能力」而已。以其無「自動遺囑能力」不得以遺囑處分遺產也。故至死亡後所有之財產悉歸保主繼承。所謂「育尼亞拉丁人，以自由人生，以奴隸死 (Latini Juniani liberi vivunt, servi moriuntur)」者，即指此也。殖民地拉丁人，雖於西曆紀元後二百十二年，因卡拉卜拉法之規定，取得市民資格，而該法並未廢止育尼亞法之規定，故育尼亞拉丁人，直至優帝時，始全體取得市民資格也。

第三項 外國人 (peregrini)

外國人，指市民與拉丁人以外之友邦人民而言，所謂友邦者，即與羅馬訂有條約之國家也；非友邦之人民，呼之為「敵國人 (hostis)」亦即外國人之相對名稱也。敵國人之在羅馬也，其生命財產，均不得受羅馬法律之保護，任何人可以收為奴隸，可以生殺予奪，而政府莫或阻止之，夫此亦為當代國際習慣法之所許也。

原則上，外國人既無婚姻權，又無財產權或市民法上之其他權利，公權之不得享有，固無論矣。外國人與外國人間發生之關係，悉依其本國法之規定，外國人與羅馬市民發生之關係，則依萬民法之規定；至西曆紀元前一百五十三年至一百四十二年間，阿比亞法 (Lex Arbuta) 規定程式訴訟以還，凡外國人主張權利時，須向「外事裁判官 (praetor peregrinus)」提起訴訟；至西曆紀元後二百一十二年，因卡拉卜拉法之規定，除降服人及野蠻人外，均已取得市民之資格矣。

外國人中，所謂「降服人 (Deditici)」者，即抵抗羅馬最力之人民，其在法律上之地位，非常惡劣；固不得受市民法之保護，即其本國法，亦不得適用之也；一切關係，悉依萬民法解決之，以法律不承認降服人之所屬市故也。

降服人之範圍，嗣後亦漸擴大，如被逐出國境之羅馬市民，及在奴籍中曾犯重罪之「解放自由人」均屬之。降服人，直至優帝時，始全體取得市民之資格。蓋卡拉卡拉法雖承認一般外國人之市民資格，而未嘗惠及是項降服人也。

此外，所謂「野蠻人 (*barbaris*)」者，在法律上之地位，更爲惡劣：不受羅馬任何法律之保護，市民法與萬民法，對之均不適用，卽至優帝時，對於外國人民，特別寬厚，而野蠻人猶未取得市民之資格也。

第三目 「家族權 (*Status familiae*)」

「家族權」云者，家族團體中之一員在家族關係中所有之權利也。奴隸在法律上無家族，故無家屬之身分，故無家屬權；然自由人亦因在家族團體中所處地位之不同，而有自權人與他權人之區別焉：

第一項 「自權人 (*qui juris*)」

「自權人」者，在家族團體中不受他人權力之支配之人也；反之，自權人有支配他人之權，如「家父 (*pater familias*)」之於「家子」有「家父權 (*patria potestas*)」，夫之於妻有「夫權 (*manus*)」，領主之於出讓子女，有「領主權 (*mancipium*)」等是。家父與家子間，未必有父子關係，凡屬男子，不論長幼尊卑，而無尊親之男性家長者，謂之家父，居其家父權之下者，則統稱家子；且家子娶妻時，不得對妻行使夫權，而惟家父得行使之，家子生子時，不得對子行使親權，而惟家父得行使之，家子領受他人出讓之子女時，對之不得行使領主權，而惟家父得行使之，故凡得行使夫權或領主權等「自權人」之權利者，必爲家父；然則自權人中之地位最高者，當首推家父，

以其吸收其他自權人及他權人之權利故也；學者每統稱「自權人」曰「家父」者，殆以此歟。

家父之特質有二：即（一）得自有財產，（二）得對於他人行使權力，是也。婦女之不處於他人權力之下者，雖得自有財產，而不得對他人行使權力，故婦人祇得爲家長，而不得有家父權也。

第二項 「他權人 (aliena juris)」

「他權人」者，即在「自權人」權力支配下之人也。他權人有完全之公權，而無完全之私權，良以他權人雖得依市民法之規定，締結婚姻，雖得與他人訂立契約，但因其行爲或法律行爲而取得之權利，則悉歸家父所有，例如親屬關係中對妻之夫權，對子之親權等，及財產方面之物權債權等，均由其家父行使之也。原則上，他權人不得行使訴權，然於此有例外焉，即精神上或身體上被人侵害時，他權人得提起「對人格人體侵害之訴」(actio injuriarum)也。他權人不得提起訴訟之原則，爲其不得享有私權之當然結果，然他權人得負擔義務，與自權人同，故在民刑訴訟中，他權人得爲被告，與自權人同也。

家子取得之權利，悉歸家父，而義務則由家子自負擔之，已如上述，但至帝政時代，是項原則，已有變更，例如家子可享有特有財產 (peculium)，家子之契約上行爲，在相當之範圍內，家父應負其責任等是；且婚姻漸爲「無夫權婚姻」，處於「夫權」下者，因之減少，而子女之出讓，漸被限制，處於領主權下者，亦因之不復多見，故他權人之地位，均已逐漸改進矣。

第四目 「人格減等 (deminutio capitis)」

權利能力由「自由權」、「市民權」、「家族權」三者組合而成；凡此三者毫無缺陷時，則曰有完全之權利能力，或曰有完全之「人格」，已於本節詳述之矣；反之，此三種權利，失去一部或全部時，則無健全之人格，所謂「人格減等」是也。人格之原素有三，故因喪失之權利不同，有「人格大減等」、「人格中減等」及「人格小減等」之別；但失去原來之權利後，得取有新權利以代替之，而新取得之權利，有時甚至優於舊者，例如失去他權人之身分而爲自權人是也；故實際上，祇可謂身分變遷，而人格未必真減等也。

(I) 「人格大減等 (dominatio capitis maxima)」

人格大減等者，即喪失自由權而淪爲奴隸之謂也；且奴隸不得享有任何權利，故人格大減等時，市民權家族權均同時喪失之矣，然則所謂「人格大減等」云者，實不啻人格消滅，或法律上之死亡也。

人格大減等，以自由人淪爲奴隸之原因，爲其發生之原因，惟戰爭被俘虜者，雖爲萬民法上奴隸之起因，而於人格大減等，不適用之；質言之，凡被俘虜者，法律上不認爲人格大減等，其原因有二：(一) 被俘虜者逃出敵境時，得因「復境權」之行使，而除去奴籍；(二) 卽未逃出敵境者，因考乃利亞法 (Lex Cornelia) 推定其死亡於被俘虜之前，在法律上亦不被認爲人格大減等也。是項擬制之目的，本在維持被俘虜者所爲之遺囑之效力。(註) 而後之學者，復引爲「不得因被俘虜而認爲人格大減等」之原則之根據矣。

(註) 若被俘虜者，法律認爲「人格大減等」，則其死亡時已淪爲奴隸；而以前所爲之遺囑，至死亡時始發生效力者，必歸無效，致損害其受遺人之利益矣；故考乃利亞法推定其死亡於被俘虜以前也。

(II) 「人格中減等 (deminutio capitis media)」

人格中減等者，即喪失市民權，而降爲拉丁人或外國人之謂也；且喪失市民權者，同時喪失家族權，僅得保有自由權，不爲奴隸而已，故雖非法律上之死亡，而法律上之人格，實已一落千丈矣。

人格中減等，以市民降爲拉丁人或外國人之原因，爲其發生之原因，如受刑之宣告或入外國籍等是。此外，拉丁人之有限制市民權者，降爲外國人時，亦以人格中減等論也。

(III) 「人格小減等 (deminutio capitis minima)」

人格小減等者，即喪失原有之家族權之謂也；但羅馬市民，必有家族權，喪失原有之家族權，則必取得新家族權，而嗣後在家族團體中所有之地位，且或較優於前，人格小減等者，在法律上之人格，固未必因以低落，茲所謂減等云者，即喪失以前之身分云耳。

人格小減等，概以法律行爲爲其發生之原因；在家族團體中身分之變遷，由於法律之規定者，不得謂爲人格小減等；例如祖父死亡時，即由祖父之「家父權」而轉入於父之「家父權」之下，父再死亡時，則由「他權人」之身分，而變爲自權人；在此兩種之下，並不發生人格小減等之問題也。

人格小減等時，因本人在家族團體中，前後所處之地位不同，而有三種不同之現象焉，茲分述如後

(一) 由自權人之身分而變爲他權人者 「人格小減等」如此發生者，共有四種情形：(1) 「自權人」爲他人養子者，(2) 有「自權人」身分之女子，因結婚而受夫權之支配者，(3) 被他人認領之自權

人，因承認認領而受親權之支配者，(4) 曾被解放之「家子」，因家父撤銷解放而再度受「家父權」之支配者。

(二) 由他權人之身分而變為自權人者。「人格小減等」如此發生者，有下列三種：(1) 「家父」解放「家子」使其自立者，(2) 受「夫權」支配之婦女，解除婚姻關係者，(3) 已被親父出讓三次以上之男子(註)或被祖父出讓之孫，被父出讓之女子，或被夫出讓之婦女，嗣被領主解放者。

(註) 被親父出讓一次或兩次之男子，縱被領主解放，仍受出讓者親權之支配。

(三) 由甲權力之下轉入乙權力之下者 例如(1) 「他權人」為他人養子而受養父親權之支配者，(2) 在「家父權」支配下之婦女，因結婚而改受「夫權」之支配者，(3) 被「家父」出讓而受「領主權」之支配者，(4) 被親父出讓一次或兩次之男子，因被領主解放而再度受親父權力之支配者，等是。

(IV) 「人格減等」之結果

人格減等之結果，可分下列三方面言之：

(子) 親屬關係方面之結果 各種親屬關係，建築於權力之基礎者，均歸消滅，故「宗族 (agnatio)」關係，不得繼續存在，而「血族 (cognatio)」關係存在如故也；「夫權」不能行使，而婚姻關係存在如故也。

(丑) 刑事責任方面之結果 公法方面之責任，如應受之罪刑，固不得因以免除；私法方面之責任亦然，例如：如損害未賠償者，雖受刑之執行，而受害人對加害人之身體，仍保留報復之權，且此亦羅馬法從未變更之一點。

也。

(寅)財產方面之結果 人格減等對於財產之結果，可分兩方面言之：一曰關於財產上之權利者，二曰關於財產上之義務者，茲分述之如次：

(一)就財產上之權利言 人格減等後，僅專供本人享受之權利如「用益權」、「使用權」等，及與本人之身分有關係者如合夥權等少數權利，因本人人格之變遷而同時消滅，致相對之義務人如供用益權者等人，間接蒙其利益；其他權利，則由直接利用人格減等之自然人或法人，悉數取得之也。例如自由人因罪刑而人格大減等，或市民因罪刑而人格中減等者，則由國庫繼承其權利；因與男子結婚或被收養而人格小減等者，則由夫或養父繼承其權利；無清償能力之債務人，或侵害他人法益之行為人，因被賣為奴隸而人格大減等者，則由債權人或被害人繼承其權利；餘皆類推。但於此有一例外，即市民自動入拉丁籍或外國籍時，其財產上之權利，不得移轉於他人是也。嗣自夫權及領主權無形廢止以還，已嫁之婦女或出嗣之子女，均得享有財產，故其財產上之所有權，已不因人格小減等而移轉於他人矣。且一般他權人，既得享有特有財產或「準特有財產」，故由「自權人」之身分而變為「他權人」時，僅將其原來自有之財產，變為特有財產或準特有財產，而所有權不移轉於他人也；人格小減等因其他情形發生時，亦僅移轉財產上之享用權，而所有權之得行使如故也。且至優帝時代，用益權與合夥權，已不因人格小減等而歸於消滅矣。

(二)就財產上之義務言 原則上，凡「人格減等」者，即喪失其財產上之權利，而財產上之義務，亦完

全消滅，不負履行之責任矣。除至後世人格小減等時他人不得完全繼承其財產上之權利外，人格減等者之權利，既歸他人承繼，揆之正義，自應由是項繼承人代負履行之責；但在羅馬古代，人格減等時，財產上之義務，竟因以完全消滅，各繼承人祇繼承其權利，而義務不負擔之，有之，則僅限於在人格減等前開始之繼承，其權利繼承人應負擔義務而已。自法學者承認自然債權以還，人格減等者，雖免除其現行法上之義務，而自然債務則依然存在；第其債權人對之無請求權，固無實益可言也。雖然，自大官法出，此不公正之規定，遂被矯正：遇「人格大減等」時，債權人得向其繼承人起訴，如繼承人拒絕償還，則須返還其所已繼承之權利，以免除其代位履行之責；遇人格小減等時，則債權人得向其本人提起「回復原狀之訴」(restitutio in integrum)也。迨至後世，人格小減等時，其財產已不復移轉於他人矣。

至優帝時代，因親屬方面，崇尚血族主義而廢宗族主義，故人格小減等之結果，亦歸消滅；例如爲他人養子者，雖爲人格小減等，而其原有之家族團體中各種權利，則仍完全保留之也。

第五目 「令名減少」(existimatio minor)

喪失權利能力之全部，或自由權、市民權、家族權三者，喪失其一時，則法律上之「人格」有所變遷，即發生所謂人格減等之問題；然在保全人格之範圍內，亦得因發生妨害「令名」(existimatio)亦可譯作榮譽)之某種情形，限制權利能力焉，所謂「令名減少」者，是也。令名云者，指未受打擊而爲常人所有之完全名譽而言，非必聲望卓著之盛名也。令名減少之情形，共有三種：一曰「無信用」，二曰「破廉恥」，三曰「污辱」；茲分別言之如次：

(甲)「無信用 (intestabilis)」凡屬「無信用」之人，其權利能力應受兩種限制即(一)不能作證(二)不能舉他人爲其權利關係之證人是也。在羅馬古代，任何法律行爲，須有證人，即主張其他證據之效力，亦須人證以確定之；然則不能利用證人之限制，實非常嚴厲之制裁也。是項制裁，其起因有三：(1)作僞證者，(2)對於曾參加爲證人之法律行爲，拒絕作證者，(此爲十二表法所規定)(3)十二表法以還，以書面侮辱他人者；上述三項，均爲法律所規定，故受「無信用」之宣告者，必爲會犯此三項規定之一者也。

(乙)「破廉恥 (infamia)」是項令名減少，就其成立之條件言，可分下列三種：(1)警監裁定之破廉恥，(2)選舉大會主席裁定之破廉恥，(3)裁判官宣判之破廉恥；就其成立之方式言，則可分「直接破廉恥」與「間接破廉恥」兩種。茲依第二種分類，分述如次：

(子)「直接破廉恥 (infamia immediata)」直接破廉恥，包括(1)警監 (censor) 裁定之破廉恥，及(2)選舉大會主席裁定之破廉恥兩種。對於曾犯某種罪刑者，如以卑劣方法逃免兵役者，犯重婚罪者，或從事卑賤職業者如娼優鬪獸員等，或其他不名譽之人民，警監認爲顯係破廉恥者流，載諸戶籍，破廉恥即因以成立，所謂「警監裁定之破廉恥」是；另一方面，選舉大會主席，對於此等不名譽之人民，拒絕其爲候選人時，破廉恥亦即因以成立，所謂「選舉大會主席裁定之破廉恥」是。上述兩種破廉恥，不以法官之宣判爲成立之條件，故總稱爲「直接破廉恥」也。然此兩種破廉恥，有各別之結果焉：即前者之結果，爲剝奪本人之起訴權，後者之結果，則爲剝奪其被選舉爲官吏之權，能是也。

(丑)「間接破廉恥 (*infamia mediata*)」間接破廉恥者，即由裁判官宣判而後發生效力者也是。項官判，祇裁判官得爲之，故又名「裁判官宣告之破廉恥」。是項破廉恥，其成立之原因頗多：如監護人不盡職務，公司職員侵吞公司財產，受寄人偷用寄託物，從事做戲或與野獸格鬪等卑賤職業者等是；然而各種原因，類皆載明於裁判官告示彙編，而裁判官亦多以此爲根據也。嗣凡因有上列各種原因之一，而被裁判官拒絕其起訴或爲訴訟代理人者，破廉恥即告成立，是項破廉恥之結果，即爲剝奪本人之選舉權是也。

(丙)「污辱 (*turpitudō*)」凡因有卑劣行爲，在社會上被人輕視而爲輿論所排斥者，即謂之「污辱」。受污辱之制裁者，則曰「污辱人」(或不名譽人 *turpes personae*)。「污辱之起因，每在其他令名減少之起因以外，純以事實爲標準，故亦謂之「事實上之破廉恥 (*infamia facti*)」，殆亦與「法律上之破廉恥 (*infamia iuris*)」相對者也。凡因某種卑鄙行爲，經法律之規定或法官之宣告，不得爲證人，監護人，不得與元老階級通婚，或不得享受不利於其他親屬之遺囑上之利益者，則以事實爲基礎之污辱，亦發生限制權利能力之結果；且是項權利能力之限制，利害關係人，並得聲請法院實現之也。

第三款 行爲能力

行爲能力者，即行使法律所賦予之權利之能力；而有行爲能力之人，亦即所爲法律行爲得發生法律上之效果者也。欲以有益之方法，行使吾人之權利，必須有了解其行爲所引起之結果之能力；蓋吾人之行爲，每引起權利義務之關係，甚至影響他人之利益或社會利益焉，故羅馬法以年齡心理狀態性別等爲標準，推定是項能力之有

無，並爲保護行爲人本人或他人之利益或社會利益起見，斟酌情形，對於幼者弱者，完全否認其有行爲能力，或限制之也。

第一目 全無行爲能力者

「幼兒 (infantia)」與「精神病人 (furiosus)」均爲無行爲能力人，除依法繼承其親屬之遺產不須監護人或保佐人代爲接受外，其他一切行爲，不得其同意或輔佐時，不發生法律上之效力，此乃關於幼兒及精神病人之行爲能力上之共同原則也；試就關於此兩種無行爲能力人之特殊規定，分別言之：

(I) 「幼兒 (infantia)」

在優帝以前，依年齡區別人之行爲能力，並以適婚與否爲標準，分人爲「已適婚人」(即已達法定結婚年齡之人 (puber)) 與「未適婚人 (impuber)」兩種。是項區別，以男子滿十四歲女子滿十二歲之年齡爲標準；然十四歲以下之男子及十二歲以下之女子，事實上之能力，亦有高下之分，故未適婚人中復分「將適婚人 (pubertatis proximi)」及「近幼兒 (infantia proximi)」兩種；「將適婚人」與「近幼兒」行爲能力上不同之限制，以事實上之能力爲標準，而不以確定之年齡爲標準也。迨優帝時代，分「未適婚人」爲「幼兒」與「少童 (infantia maior)」兩種，凡在七歲以上之未適婚人曰「少童」，或簡稱未適婚人，在七歲以下者則曰幼兒；幼兒置監護人 (tutor) 爲之管理財產，取得權利並負擔義務，任何法律行爲，幼兒本人不得爲之，但受領他人無負擔之贈與時，不在此限。

(II) 「精神病人 (furiosus) 」

依十二表法之規定，凡精神病人均置保佐人 (curator)，嗣裁判官對所謂「mente captus」者，亦置保佐人就字而言，「mente captus」作病態心理理解，其與「furiosus」之區別，學者間鮮有能為詳切之證明者。精神病人非僅指瘋狂人而言，凡聾啞者或因不能速愈之重病而不能管理財產者，均以「furiosus」論，並為之置保佐人。但精神病人行為能力之喪失與恢復，均無須法院之宣告，故精神病人雖因保佐人之法律行為而取得權利或負擔義務，本人不得為之，而痊愈後一切行為，仍可發生法律上之效力也。

第二目 有限制行為能力者

行為能力受限制之人，共有五種：(一)「少童」(二)「未成年之已適婚人」(三)「浪費人」(四)女子，(五)「不具者」茲分述如後：

(1) 「少童 (infantia maior) 」 「少童」指七歲以上十四歲以下之男子，及七歲以上十二歲以下之女子而言。法定適婚年齡，在男子須滿十四歲，在女子則須滿十二歲，故在七歲以下者，固亦「未適婚人 (impuber) 」也。然用於狹義時，則未適婚人與少童，指七歲以上之未適婚人而言。是項少童，置有監護人，除純粹取得之行為外，其他行為，非得監護人之同意，不發生法律上之效力；純粹取得之行為，極屬罕有，如受領債權之標的，亦不得認為純粹取得之行為，殆債權將因其受領而消滅耳。但遺囑與婚姻契約，雖得監護人之同意，少童亦不得為之。嗣後除遺囑與婚姻外，其所為行為，未得監護人之同意時，關於本人之權利者，認為有效，關於本

人之義務者，則認爲無效。例如：少童因買賣契約自賣主受領標的物時，對此標的物取得一般買受人應有之權利，但不負責受人所有支付價金之相對義務也。是項規定，本所以保護少童，然其結果，未免失之太偏，而反乎衡平之原則，故至安東尼庇護斯帝（Antonius Pius 西曆紀元後一百三十八年至一百六十二年）時，凡少童所爲之法律行爲，未經監護人同意者，於增加其利益之限度內，亦應認爲有效，並負擔相對之義務也。

（2）「未成年之已適婚人（minores）」 未成年之已適婚人，指十二歲以上之女子及十四歲以上之男子，而均未達二十五歲之成年年齡者而言。原則上，此等未成年人，有行爲能力，然以其年輕而少經驗，每易受人愚弄，故羅馬建國後第六世紀規定兩種方法，以保護之：（一）凡利用其缺少經驗而詐欺之者，應受「破廉恥」之懲罰，（二）未成年之已適婚人受他人詐欺時，對於該他人因詐欺行爲而取得之權利，得提起「詐欺之抗辯」，以免履行其義務也。至羅馬建國第七世紀，未成年之已適婚人，如因法律行爲而蒙損失時，不論對方有無詐欺行爲，就對方享受利益之限度內，得提起「回復原狀之訴（*restitutio in integrum*）」以撤銷其法律行爲也。然此數種規定究爲救濟於已然之方法，至西曆紀元後第二世紀，爲預防於未然起見，乃創設選任保佐人之制度。依此規定，未成年之已適婚人，得因需要而請求選定臨時保佐人，是項保佐人，既非當然設置，故未請求選定之者，其所爲之單獨行爲，仍發生法律上之效力；至馬而古斯帝（Marcus Aurelius 馬帝攝政期間爲西曆紀元後一百六十年至一百八十年）時，未成年之已適婚人，每有常備保佐人輔佐其爲法律行爲，此亦爲馬帝所不反對者，蓋有常備保佐人時，可免時常請求選定之麻煩，故馬帝雖不強制實行常備保佐人之制度，而馬帝以還，間有常備保佐

人者，均默認其職權；且未成年之已適婚人，由乃父選定保佐人時，如未指明關於某項特定行爲，則關於被保佐人之一般行爲，均適用之也。

(4) 「浪費人 (prodigens)」 浪費人者，即浪費財產，而對於本人或他人並無正當之利益者也。浪費人行爲能力之被限制，及是項限制之終止，均須請求法院爲禁治產之宣告；故在宣告禁治產以前及撤銷禁治產宣告以後，其所爲之法律行爲，仍爲有效。受禁治產之宣告後，即置保佐人管理其財產；除純粹取得之無義務行爲浪費人得單獨爲之外，任何法律行爲，須由保佐人代爲之，且「浪費人」並無因保佐人同意而親自爲之之能力也。但於此有例外焉：即繼承遺產時，雖有繼承債務之義務，而浪費人仍得自動接受，無須保佐人同意或代爲表示接受之意思也。按「浪費人」行爲能力之限制，始於十二表法，本以保護因法定繼承而取得之財產爲目的，故其行爲能力之受限制，亦以關於是項財產者爲限；直至西曆紀元後，浪費人之一般行爲能力，始全受限制也。但其行爲能力之限制，既始終以保護財產爲目的，故浪費人因不法行爲侵害他人利益時，仍有完全之責任能力也。

(4) 女子 (mulier) 依市民法之規定，除守貞之修道女子外，女子已成年者，亦祇有限制行爲能力；在「家父權」或「夫權」之下者，固無論已，即爲「自權人」時，無論已嫁或未嫁，均須爲之置監護人也。但依共和末年與帝政初年之規定，女子雖置監護人，然僅限於極重要之行爲，如舉債、作保、立遺囑、設定嫁資、解放奴隸、接受遺產、訂立婚姻契約、處分「要式移轉物」等數項，始須得監護人之同意；其他法律行爲，若貸與，若受領債權。

之標的等項，則得任意自爲之也。女子行爲能力之受限制，其理由有二：（一）女子意志薄弱，且缺少經驗，故限制其行爲能力，以保護之；（二）女子之行爲能力，如不加限制，則受人愚弄時，必影響其法定繼承人未來之財產上之利益，故限制其行爲能力，所以保護其法定繼承人也。羅馬古法之精神，最合於第二說，蓋女子之監護人，均以其未來之法定繼承人充任之也。但嗣後女子之父得爲之選任監護人，繼而女子本人亦得選任之，且裁判官亦間有強令女子之監護人對其法律行爲，表示同意，或罷免其監護人者。至帝政時代，凡女子爲「生來自由人」而有子女三人者，或爲「解放自由人」而有子女四人者，可取得「自由之權利（*ius liberorum*）」或譯作「獨立權」，而免受監護人之支配；至西曆紀元後第五世紀初葉，德爾道細語斯二世帝（*Theodosius II.*）及好腦留語斯帝（*Honorius*），對於女子均予以獨立權，成年女子之監護制度，遂因以廢止之矣。雖然，成年女子之行爲能力，究不得與男子等量齊觀，例如：不得爲本人子孫以外之他人之監護人或保佐人，不得爲官吏及遺囑證人，不得有「家父權」，不得自收他人爲養子等是。

（5）「不具者（*insignem*）」成年男子，雖有完全之行爲能力，然其出生後，或因先天而生殖器不具者，或由人爲或災難疾病而生殖器變爲不具者，則無爲婚姻契約之能力，並不能爲他人之養子。具有男女兩性之生殖器者，近男者爲男，近女者爲女，有疑義時則以男子論，而其行爲能力之大小有無，則均以是項推定之性別爲標準也。

第三目 有完全行爲能力者

至羅馬建國後第六世紀，已適婚人，分成年人與未成年人兩種。無論男女，滿二十五歲者，均為成年人，成年人有完全之行為能力。滿二十歲，男子及滿十八歲之女子，證明其有管理財產及獨立為法律行為之能力者，得受皇帝之「成年特許」，而享有完全之行為能力；然與已滿二十五歲之法定成年人，微有區別：即未滿二十五歲之特許成年人，不得為贈與行為，不得為重要之處分財產行為等是也。

第二節 法人

第一款 法人之意義

法人云者，因法律之擬制而成立，並被認為權利義務之主體，所以簡易自然人間之法律關係，而維護自然人之利益者也。共和時代以還，種種社團如國家等，已先後被認為法人，承認其得為權利義務之主體之資格，然僅為實體上之存在，而無法人之名稱也。法人制度之理論，所以早為羅馬人所發明者，實以適應當時之需要為最大原因，例如二十人共有一物或一債權時，取得之，處分之，須得全體之同意，對於「要式買賣」更須全體到場，且給付債務或處分財產時，二十人中如有一人尚未同意，即可阻止其他大多數共有人之行為，共有財產，既不得與各共有人有獨立之關係，則共有財產所負擔之義務，各共有人應全部代為履行，如有對之起訴者，則二十人應全體到場，然則在此法律關係中，二十人全體到場，未有不感困難者，然則一二人不能舉辦之事業，亦因畏懼是項困難，而鮮有集股與辦之者，其結果，必影響社會之利益；於是立法者擬制法人，認某種團體為法人，承認其為權利義務之

主體，凡法人之權利義務關係中之法律行爲，由少數人代表爲之，並使法人與其組成之各個分子間，有獨立之法律關係焉；然則法人純爲法律之擬制，其功用，在簡易自然人之法律關係，維護自然人之利益，並增進社會利益也明矣。

第二款 法人之分類

法人既爲法律所擬制，非真有獨立之實體者也；組成法人之原素，不外自然人或財產二者：由自然人之集合體而組成法人者，謂之社團 (*universitates personarum* 或 *corpus*)，由財產之集合體而組成法人者，則謂之財團 (*universitates rerum*)，故法人可大別爲社團財團兩種：

(甲) 社團

社團云者，即以其共同利益爲目的之多數人之集合體，而得單獨爲權利義務之主體，與其組成各個分子之權利義務，不相混淆者也。是項法人，應以各分子之共同利益爲目的，否則即失其存在之意義矣；故就廣義言，國家及地方政府，亦社團也。

(子) 國家 依共和時代之理論，國家爲公有物或民有物 (*res publica, populus*)；而國家之被視爲法人也，則以屬於財政方面者最爲顯著，故國家繼承無繼承人之遺產時，及在其他法律關係中，恆用國庫 (*fiscus* 或 *aerarium populi Romani*) 之名義也。但國家以法人之資格爲法律行爲時，較諸自然人或其他法人，有諸多便利，即不須經過一定之形式是也。

(丑) 地方政府 地方政府者，指國家以下之行政區域或自治集團而言，若省（或殖民地 (provincia)）若市 (civitates)，若自治市 (municipia)，皆是也。地方政府被視爲法人者，自共和末年始，其主要者，爲市，爲省，而殖民地次之。

(寅) 一般社團 國家及地方政府以外之一般社團，即狹義之社團也；有以宗教爲目的者，如僧侶團體，宗教區域等是；有以政治爲目的者，如「官吏協會 (decuriae)」等是；有以公益爲目的者，如「國有土地管理會 (Societates publicanorum)」等是；有以經濟爲目的者，如殯葬合作社等是；有以營業爲目的者，如採鑛公司、船舶公司、食鹽公司等是；有以娛樂爲目的者，「如友誼會 (sodalitates)」等是。

(乙) 財團

財團云者，卽一宗財產之集合體，得單獨爲權利義務之主體，而與是項財產或捐助人或原來所有人之權利義務，不相混淆者也。依羅馬法之制度，財團之可以認爲法人者，共有三種：(一) 寺院、(二) 慈善團體、(三) 未有繼承人之遺產，茲分述如後：

(一) 寺院 (ecclesia) 最初認爲法人者，限於天主教以外之寺院，嗣後天主教傳播日廣，勢力擴大，其寺院，亦取得法人之資格矣。

(二) 慈善團體 (piae causa) 「piae」一字，本作慈善解。最初取得法人之資格者，祇有貧兒院而已。帝政伊始，以救濟被拋棄之貧兒爲目的之慈善機關，亦有法人之資格，是項救濟院，係由皇帝設立，其費用由國

家負擔當日私人設立之慈善機關，尙未取得法人之資格，如私人捐助財產，指定用途時，捐助之財產，祇移轉於受贈人，而對捐助入負擔依照指定用途之義務者，亦惟有受贈人而已，財產本身，並不得爲權利義務之主體也；至西曆紀元後第五世紀，凡以慈善事業爲目的而捐助財產者，是項財產，卽取得法人資格，有負擔義務取得權利之能力矣。慈善事業之範圍極廣：如養老院、救貧院、義務病院等均屬之。至於捐助方法，或爲贈與，或爲遺囑，無若何限制也。是項法人，悉由寺院管理之，蓋古昔慈善事業，類皆由僧侶主辦管理耳。

(三) 未有繼承人之遺產 (hereditas iacens) 凡人於死亡之後，卽對其財產，喪失所有權，而其繼承人亦未必旋即成爲是項遺產之所有人，以取得其所有權，蓋「任意繼承人」須先爲「接受繼承」(aditio hereditatis) 之表示也。然則在被繼承人死亡後與繼承人接受遺產前，所有遺產，將變爲「無主物」(res nullius)，「將見任何人可以攘奪之矣；故爲避免是項理論之不良結果起見，承認是項財產爲法人，而以遺留財產之總和，爲單獨之權利義務之主體；例如：遺留之奴隸加害於第三者時，或修繕遺留之房產時，均由遺產負責，而不認爲死者或其繼承人之負擔；遺留之奴隸受他人贈與或報酬時，或遺留之其他財產有增益時，均認爲遺產之收入，而不認爲死者或其繼承之收入也。

雖然，未有繼承人之遺產，是否有法人之資格，並未有明文規定，故學者間有反對此說者：有謂遺產爲死者之代表，而非獨立之法人者，如齊臘志 (Cyrillan) 等是，其理由爲：遺留債權時，整個遺產卽立於債權人之地位，遺留債務時，整個遺產卽立於債務人之地位，則遺產之存在，實不啻繼續死者之生命也；有謂遺產非法人亦非

死者之代表者，如宋謨 (Solum) 等是，其理由爲：對於遺產有權利義務者，必爲死者之繼承人，被繼承人於死亡時已有繼承人者，固無論已，即遲至十數年後始定繼承人者，亦溯及被繼承人死亡之時，而繼承其權利義務，是遺產本身之存在，自被繼承人死亡時，已經確定，故遺產並不能組成法人也。

第三款 法人之成立與消滅

(一) 法人之成立條件 法人與自然人有別，故其成立也，須具備一定之條件焉：

(1) 須有自然人或財產之存在 在社團方面，至少須有社員三人；在財團方面，財產之最少數，無一定之限制，故遺留財產者雖爲極貧之人，其遺產亦得視爲法人也。

(2) 須得政府之承認 原則上，成文法或習慣法，均可以賅括之方式，承認社團或財團爲法人，如慈善團體等是。但以私益爲目的之社團，有謂須個別得政府之承認者，有謂可由成文法或習慣法賅括承認之者，沙維尼 (Savigny) 氏，則主張前說者也。至於承認是項法人之權，則屬於最高權力機關：共和時代，屬於元老院，帝政伊始，仍屬於元老院，但嗣後已轉移於皇帝之掌握中矣。

(II) 法人消滅之條件 法人成立之條件，已如上述，而其成立條件之缺少，亦即消滅條件之完成也：

(一) 社員或財產之缺乏 在社團方面，社員完全退出，或在社者不滿三人時，社團即因以消滅；在財團方面，如慈善團體之財產缺乏，致不能繼續維持時，亦即當然消滅。

(二) 政府承認之撤銷 法人之存在，既爲法律所擬制，故雖經政府承認之法人，亦得由政府解散之也。

第四款 法人之權利能力

法人之權利能力，以其存在之目的之範圍以內爲限，故不得與自然人有同等之權利能力也。試就法人所得享有之權利能力，分別言之如次：

(1) 財產權 法人既得爲權利義務之主體，故得享有債權所有權，且得負擔債務，然以在其目的之範圍以內爲限；例如採礦公司祇得購買採礦所必需之不動產等，而不得購置市房轉租他人也。

(2) 訴權 法人之利益受他人侵害時，自得由其經理人代表起訴，然亦以其存在之目的之範圍以內爲限也。

(3) 被動遺囑能力 (*testamenti factio passiva*) 原則上，法人無被動遺囑能力，蓋法人無「家族權」也。但至帝政時代，法人對其所解放之奴隸，有繼承遺產之權，嗣凡社員之遺產，社團亦得繼承之；贈與及遺贈之接受，最初本限於市府及寺院，繼而各種法人，均得接受贈與及遺贈矣。

本章參考書記要

M.-J. Cornil, *Droit romain* p. 10, 11, 13, 14, 17, 20, 27; T. C. Sindars, *The Institutes of Justinian* p. xxxvi-xlv, xi, 17-20, 42-45, 149, 168, 250, 344, 354, 360, 437, 485; J. Declareuil, *Rome et l'organisation du droit* p. 349-359, 384, 385, 387, 388; Georges Cornil, *Ancien droit*

- Romain p. 41-46, 51; J. Cornil, Possession dans le droit romain p. 91-95, 168-170, 387, 388, 420; P. F. Girard, Manuel élémentaire de droit romain p. 109; F. de Visseher, Etudes de droit romain p. 21, 25, 55, 61, 373, 378, 381, 382, 399, 405, 465, 468, 469; E.-M. Léonce Delaporte, De la condition du prodigue dans le droit romain, le droit français, et les Régislations étrangères modernes p. 22-148; 黃右昌, 羅馬法與現代 p. 73-238; F. Dessesteaux, Etude sur la formation historique de la "Capitis deminutio" p. 17-172, 193-383; P. F. Girard, Manuel élémentaire de droit romain p. 94-153, 195-244; Gaston May, Eléments de droit romain p. 72-102, 181-184; F. Marekelden, Manuel de droit romain p. 78-90; Charles Maynz, Eléments de droit romain p. 204-241 (Tome I); Charles Demangeat, Cours élémentaire de droit romain p. 140-219, 341-350 (Tome I); Accarius, Précis de droit romain p. 84-257, 454-478 (Tome I); Ruben de Coudier, Résumé de répétitions écrites de droit romain p. 11-43; Edouard Cour, Les institutions juridiques des Romains p. 153-204; René Foignet, Manuel élémentaire de droit romain p. 19-94; W. W. Buckland, The main institutions of roman private law p. 7, 38-91; W. W. Buckland, The roman law of slavery p. 1-158; R. W. Leage, Roman private law p. 43-86, 113-115; R. W. Lee, Introduction to Roman-Dutch law p. 31, 112-115; Lemonnier, Etude

historique sur la condition privée des affranchis p. 8-12, 46, 83; Louis Rigaud, Evolution du droit de la femme de Rome à nos jours p. 23, 45, 63; Greenidge, Infamia p. 20-24, 32, 36, 40; J. Ortolan, Explication historique des Institutions de l'empereur Justinien p. 36-73; E. Henriot, Mœurs juridiques et judiciaires de l'ancienne Rome p. 59-86 (Tome I); J. Declareuil, Rome the law-giver p. 126-137, 152-155; Rudolph Sohm, Institutes of Roman law p. 161-204.

第二章 物

第一節 物之意義

羅馬法上所稱之物，所包者廣，除自由人外，凡存在於自然界者，皆謂之物，法律上之利益，亦謂之物。近代法理，以得爲權利之客體者爲物，頗合羅馬法之精神，惟羅馬時代，權利之觀念，不甚發達，而權利客體之名稱，不見諸當日學者之著作中耳。故德不利也（Dupriez）教授謂物也者，得爲人之財產之一部者也。

第二節 物之分類

第一款 物之性質方面之分類

(I) 有體物與無體物 (*res corporales, incorporales*)

「有體物」者，實體存在於自然界之物質，而爲人之五官所可覺及者也 (*quae tangi possunt*)，如土地、房屋、奴隸、牛馬、貨幣、衣帛等是；「無體物」者，法律上擬制之關係， (*quae consistunt in jure*)，而爲人之五官所不可覺及者也，如「用益權」、「地役權」，繼承權、債權債務等是。但此等關係，法律視爲無體物者，以得以金錢估計其價

值者爲限，故「家父權」「夫權」「婚姻權」等，不以無體物視之也。在共和末年以前，本無所謂無體物，蓋「*corporealis*」一字，直至賽那古司（*Senequius*）時，方始發覺也。「物（*res*）」之一字，有時專指有體物而言，有時兼作有體物與無體物解；至優帝時，有體物簡稱「*corpoream*」（有體），「無體物則簡稱「*iura*」（權利）」，殆所以示兩者之區別者也。

（II）動產與不動產（*res mobilis, immobilis*）

能獨自移動之物，或得用外力移動而不致變更其法律上之性質者，謂之動產；屬於前者，如奴隸、家畜等是；屬於後者，如什物、衣服等是。反之，不能獨自移動之物，或不得用外力移動而仍保全其法律上之性質者，則皆不動產也；例如房屋、樹木，雖得用外力拆毀之、移動之，而移動以後，即將喪失其原來所有之法律上之性質矣，故房屋等均不動產也。

羅馬法上之不動產，又有數種分類如左：

（甲）本有不動產之性質者，因與土地結合而變爲不動產者，與其用途而變爲不動產者。

本有不動產之性質者，厥爲土地一種而已；因與土地結合而變爲不動產者，如籽種、草木、磚瓦、棟梁及其他各種土地之上定着物皆是；因其用途而變爲不動產者，即有永久狀態用於不動產之各物也，如建築物之鑰匙，工廠中之機器，配置於窗門之玻璃等是。

（乙）一般土地、住宅地、耕作地、與城郭地。

是項分類，繁複而感困難：例如鄉村之佃房，「住宅地 (urbana)」也，同時亦「耕作地 (rusticum)」也，殆以耕作爲目的耳。所謂「城郭地 (suburbana)」者，城市近郊之土地也；所謂住宅地者，無論其在城市或在鄉村，凡以居住爲目的者，均屬之。

(丙) 意大利土地，與州縣土地。

所謂州縣土地 (provinciale solum) 者，指由敵國奪來爲公地之土地，亦曰外省土地。原則上，是項土地，爲國家所領有，私人對之祇有收益權。意大利土地上，私人得有所有權；再對州縣土地，國家徵收賦稅，而意大利土地則不負擔賦稅，此則兩者之不同點也。迨至帝政時代，兩者唯一之區別，在一則負擔賦稅，一則不負擔賦稅而已。蓋私人就州縣土地，亦得取得所有權也。嗣至優帝時，是項區別，復歸消滅，而意大利土地與「州縣土地」遂無高下之分矣。

上述各種動產與不動產之區別，非特用於有體物，即無體物亦適用之；各種權利之性質，爲動產抑爲不動產，均以該權利之標的之性質爲標準也。

(III) 消費物與不消費物 (res consumptibles, inconsumptibles)

非消費不能使用之物，謂之消費物；不必消費而亦可使用者，則謂之不消費物。使用時，物之本質依然存在，而在用人方面不能存在者，亦謂之消費物，如貨幣是；飲料、食物，則皆消費物之最顯著者也。至若衣服、器具，經多年使用，雖歸於消滅，但不得謂爲消費物，蓋消費物與不消費物之標準，在依其性質使用之時，必須消滅與否耳。消費

物，泰半爲代替物，故同一物也，得因觀念之不同，稱爲消費物或代替物；例如油、酒、消費物也，另一方面，在不特定之給付中，酒若干瓶，油若干瓶，是爲代替物矣。然而消費物，非皆代替物也；例如，酒雖爲消費物，而被個別指定之油，則不得稱曰代替物也。

(IV) 可分物與不可分物 (res divisibiles, indivisibiles)

「有體物」與「無體物」，在可分與不可分之觀念中，有不同之定義焉，試分別言之：

(一) 有體物中之爲可分物者，指分割後各部分之性質仍與原物有同一性質，而不致減少價值者而言；實言之，凡物經分割後，各部分仍能構成與原物同性質之單位，而其價值之總和，不致少於原物之價值者，卽謂之可分物，如土地布疋等是。反之，若牛馬、若字畫、若璧玉、若寶石，一經分割，則失其本來之性質，或減少原物之價值，故曰不可分物也。在普通情形之下，房屋，可分物也，然以有分界之牆壁者爲限；殆非然者，分割後之各部分，不能構成個別之單位，故不得視爲可分物也。

(二) 無體物中之爲可分物者，指權利之得以局部行使者而言，如所有權、用益權等是；蓋所有人或用益人可行使其權利之全部或一部也。反之，地役權，不可分物也，殆需役人經過供役地，則行使其地役權之全部，否則全部不行之，而不得行使其一部分也。

綜上數端，有體物與無體物間之可分性，並無共同之關係，例如動物上之所有權，可分物也，而動物之本身，則爲不可分物矣。

(V) 代替物與非代替物 (*res fungibiles, non fungibiles*)

代替物者，指以數量、重量、體積或面積等計算之物件，使用時恆注重其種類而不注重其特質者而言，如油、酒、貨幣等是。反之，在契約關係中，以某處某種質量之物為標的，而不能以同種類之他物代替之者，謂之非代替物，如牛馬、奴隸、房屋等是。然而代替物有時可視為非代替物，而非代替物有時亦可視為代替物焉。例如：以米酒等代替物，為契約之標的時，苟約定須給付某處某號內之某等米酒，是代替物被視為非代替物矣；反之，以奴隸牛馬等非代替物為契約之標的時，苟祇言其性別年齡數目，而不逐加揀選，則非代替物亦被視為代替物矣。蓋在此情形之下，契約之標的，祇注重其種類，而不注重其特質也。

第二款 物之用途方面之分類

(I) 融通物與不融通物 (*res in commercio, extra commercium*)

是項分類，至為重要，蓋依羅馬法，凡以不融通物為契約之標的者，則此契約全歸無效也。就理論言，凡物均應為融通物，殆物之作用，在適應人類之需要耳；然屬於某種類之物，以滿足公益為其存在之目的，故不得為個人私權之客體也。

(子) 融通物

融通物，指物之得為個人私權客體者而言。原則上，除不融通物外，物各有主，不屬於甲，即屬於乙，然有「無主物 (*res nullius*)」之例外焉；所謂「無主物」者，即無所有人之物也。無主物計有兩種：(一) 從來未所有人

之物，如山野之禽獸，海洋之魚介等是；（二）委棄物；委棄物與遺失物有別，凡物之視為委棄物者，須有兩項條件：即（1）須所有人明白表示其委棄之意思，（2）須事實上所有物之行為也。上述兩種無主物，皆可由私人收為己有融通物；以其得為契約之標的，得為私人財產之一部也，故又名「可有物（*res in nostro commercio*）」。

（丑）不融通物

不融通物者，指物之不得為個人私權之客體者而言，故又名「不可有物（*res extra nostrum patrimonium*）」。不融通物，不得為契約之標的，不得買賣讓與；凡以之為契約之標的者，其契約無效。不融通物，更可分為「神法上之非私有物（*res nullius divini juris*）」與「人法上之非私有物（*res nullius humani juris*）」兩種，茲分述如後：

（壹）「神法上之非私有物」屬於此類者，計有下列三種：一曰「神用物（*res sacrae*）」；二曰「靈魂物（*res religiosae*）」；三曰「神護物（*res sanctae*）」。

（一）「神用物 *res sacrae*」神用物者，供奉神靈所用之各物也。如神前之供物、祭祀之器皿、偶像、神廟等皆是，亦即我國刑法所稱之祀典也。所謂神靈者，在西曆紀元後三百十三年天主教得勢以前，指天主教以外所信奉之神而言，嗣亦指天主教所信奉之神靈矣；是項神用物，專指供奉神靈所用之物，他如可以生息之寺院財產，得為契約之標的焉。凡「神用物」私人不得任意設置，最初須民會或元老院以立法之程序

特別許可；至共和時代，手續更繁，除許可外，更須舉行宗教之儀式，並在僧侶旁朗讀公文，表示政府對於神靈讓步，爲之設置祀典，是項手續，由最高官吏爲之，且有民選官吏專司此職焉；迨帝政時代，手續較簡，得皇帝之許可，即可設置神用物矣。且也，神用物變更用途時，仍須經個別之許可，手續之繁，與設置神用物時同。神用物在正式變更用途以前，不得爲私權之客體，有損壞之者，處以死刑，有加以褻瀆行爲者，罰，至優帝時，凡羅馬市民，有急迫之需要，或舉辦慈善事業時，得撤銷製作神用物之許可，變更其用途，使其爲私權之客體，例如羅馬市民爲敵人虜去時，得將神用物變賣或抵諸他人，以籌贖身之價金等是然。此祇爲變更神用物用途之原因，而必須得皇帝之許可如故也。

(一)「安魂物 (res religiosae)」
羅馬法上所謂安魂物者，卽一般墓地是已。凡掩埋人之屍體或火葬後之遺灰之處所，皆爲安魂物，不得爲私權之客體。法律所以如此保護安魂物者，殆所以保護鬼魂耳；而是項觀念之發生，因羅馬人深信墓地爲魂魄之所寄也。故土地視爲安魂物，須有屍體或遺灰埋葬於其間，如某處曾經選定爲墓地，而尙未埋葬屍體或遺灰時，仍得爲契約之標的，其在屍體或遺灰取出後亦同。至安魂物之設置，任何私人，均得爲之，非若「神用物」之設置，須得特別之許可也。但有損壞之者，則必處以重刑焉。

(二)「神護物 (res sanctae)」
神護物，謂受神保護之物也，如羅馬城市之城門與城牆，及田地之界址，均屬之；凡損壞之者，必處以重刑。

(三)「人法上之非私有物」
屬於此類者，計有三種：一曰「萬民共用物 (res communae)」；二曰

「屬於國家之公用物 (res publicae)」三曰「屬於市府之公用物 (res universitatis)」茲分述如次：

(1) 「萬民共用物 (res communis)」 「萬民共用物」者，依其性質與自然法之原則，應歸人類共同使用之物也。如空氣、光線、海洋、海岸等是。海岸有建築物時，則在該建築物存在之期間內，其基地應歸建築物之主人所獨占，他人不得占用之也。是項建築，本以捕魚爲目的，故海潮低落時，建築物往往伸至海灘，然皆臨時性質也。法國至拿破崙時，已不採用是項理論，蓋恐敵國人民，利用海岸或海灘上之建築物，爲軍事上之根據地耳。

(2) 「屬於國家之公用物 (res publicae)」 屬於國家之公用物者，謂國家之所有物，而供全國人民共同使用者也。國家之所有物，可分爲兩種：一爲私有財產，與個人之私有財產同，人民不得直接使用之。如用國稅所置之財產以租賃爲目的者，如國家對承攬人之債權，如官署所用之器具等是；一爲公用物，即供人民共同使用者，如河川、公路、監獄、城堡、法院、公共戲院、公共體育場等是；然公用物中，亦有依其特別之性質，爲一般人所不能使用者，如監獄、城堡是也。原則上，公用物爲全國人民所得使用之物，亦限於國民得使用之。故外國人非得許可不得使用之也。公用物不得爲個人私權之客體，但國家變更其用途時，則得爲個人私權之客體矣。如國家重建監獄或另闢公路，將舊監獄之基地及建築物或舊有之路基，出賣於私人等是。至於河川，在羅馬法上，分爲：(一)公用物之河川，與(二)非公用物之河川兩種；前者指大川巨流而言，後者則指細流而言。是項細流，屬於沿岸土地之所有人，左右兩岸之土地，不屬於同一之主人時，則均分爲兩部；左半部

屬於左岸之地主，右半部屬於右岸之地主。非公用物之河川，雖得爲個人之私有財產，其所有人對於田鄰，亦不得禁止其使用或妨害之也。是項所有權之限制，容於所有權章再論述之。

(3) 「屬於市府之公用物 (res universitatis)」 屬於市府之公用物者，市府之所有物，而供全市人民共同使用者也。市府之財產，可與國家之財產，作同樣之分類，即分爲：(一) 市府之私有財產，與(二) 市府之公用財產兩種是也。前者，如市府之普通債權等屬之；後者，如市立之公園、公共浴池、公共體育場、公共戲院等屬之。

(II) 特定物與不特定物 (species, generum)

特定物者，在契約中個別指定之物也；不特定物者，在契約中祇指定其賅括之質量之物也，如買賣某處產生之某色之牝馬一匹，則該馬即爲不特定物也。不特定物之質量，時有伸縮性，如指定馬之質量，或合於千萬匹馬，或合於三兩匹馬等是；然苟未個別指定某物，則所指定之條件，無論嚴格與否，雖指定之條件，祇合於一物，猶不失爲不特定物也。

(III) 單一物與集合物 (simpulum, universitates)

(一) 單一物者，單獨存在之物也，如馬一匹、奴隸一口、寶石一塊等是。

(二) 集合物者，多數獨立物之集合體，而保存各物獨立之存在，以構成另一物之單位者也。集合物，因其內容之不同，有「法律上之集合物 (universitatis iuris)」與「事實上之集合物 (universitatis facti)」。

之區別焉，試分別言之：

(1) 「法律上之集合物」 法律上之集合物者，「有體物」與「無體物」之總和，因受同一法律關係之支配，而視爲一物之單位也。例如：(一) 嫁資，(二) 某人之財產，(三) 家子或奴隸之特有財產，此三者包括有體物及權利義務，且各受同一法律關係之支配，而視爲賅括之單位，故稱之曰法律上之集合物。法律上之集合物，或包括各種之物，或包括一物，無一定之內容，如貧苦者祇有田一畝，既無債務，更未設物權，其爲財產則一，並不失其爲法律上之集合物也。

(2) 「事實上之集合物」 事實上之集合物者，多數有體物之集合體，而保存各物獨立之存在，以構成另一物之單位也；例如：羊羣一個、圖書館一座、盞蓋一套，均包括多數之羊或書籍或盞蓋等是。事實上之集合物，與組合物 (*universitatis rerum cohaerentium*) 有別；組合物者，多數有體物之組合體，而消滅各物獨立之存在，以構成另一物之單位也，如船舶、房屋、書櫃等是。

(VI) 主物與從物 (*res principales, accessoriales*)

(子) 主物與從物之意義

主物、從物，相對之名詞也；無主物，則無從物，無從物，更無主物，故各物之主從性質，須依多數物間個別之關係而確定焉。在同一主從關係中之多數物，非從物卽主物，欲知何者爲主物，尤須先知何者爲從物也，然則從物之定義，又何如耶？曰：在某一法律關係中，附屬於他物，永續助其效用之物，謂之從物；而該他物，則主物也。主物與從物之

分類，至爲重要。蓋某物視爲他物之從物時，則該物與該他物，在原則上，視爲有共同存在之關係。例如物主出賣或租賃主物時，苟未言明從物除外，則從物即應認爲包括在內也。從物更可分爲三種，茲分別言之如次：

(一) 因與他物結合而成從物者。凡物與主要之他物結合，在永續之狀態中，另成一物時，此物即成從物，而該他物爲整個新物之基礎，故謂之主物。例如動產與不動產結合時，前者爲從物，後者爲主物；動產與動產結合時，無論兩者價值之高下，凡爲新物之基礎者，皆爲主物，如金質與鑽石結合，成一鑽石戒指時，前者之價值雖小於後者，然而前者主物也，後者則從物也；但於此有例外焉，即圖畫以顏色爲主物，而以畫底之質料爲其從物是也。

(二) 因物之用途而成從物者。凡物在永續之狀態中，以助他物之效用爲存在之目的者，亦謂之從物。而該他物，則主物也，如房屋上或箱匣上之鑰匙，戶牖之屏簾，庭中之花石等是。但是項附屬物，必合下列三項條件，然後可稱從物。

(1) 須附屬物專供某項用途。如鑰匙專供某建築物之用者，則爲該建築物之從物，專供某箱匣之用者，則爲該箱匣之從物，餘皆類推。

(2) 須依物主之意思，永久供某項用途。如鑰匙之所有人，臨時使用之以扃某建築物，苟無永久用諸該建築物之意思，則該鑰匙不得視爲該建築物之從物也。

(3) 須物主已經實現該物之用途。如屏風雖已購買，並預定供某幢房屋之用，然事實上，苟從未依

此用途使用，則不得視為該幢房屋之從物也。

(三) 孳息 (fructus) 孳息云者，依物主預定之用途，母物所產生之物，而有相當之規則性者也。例如：菓園之樹木，非孳息也，殆物主之目的，在收穫水菓，而不以供給木料或燃料為其菓園之預定用途耳。以言鑛地之鑛產，如所有人已經動工開採，則為孳息，否則不得視為孳息也。總之，某物是否孳息，均以其母物之用途，及所有人之意思為標準，所謂相當之規則性者，即母物各因其性質，按時產生孳息之謂也。孳息，分天然孳息與法定孳息兩種。試分別言之。

(一) 天然孳息 (fructus naturales) 天然孳息者，直接由母物所取得之孳息也。如耕地之米穀棉花，菓園之水菓，園圃之花卉蔬菜，畜類之乳毛產子等是。天然孳息，未與母物分離時，視為母物之構成分子，故在原則上，必自離開母物時，始可單獨為權利之標的；但在離開以前，亦得單獨為權利之標的，例如出賣禾苗若干畝等是。天然孳息，又分 (一) 「完全天然孳息 (maere naturales)」與 (二) 「加工天然孳息 (fructus industriales)」兩種：前者純為自然之產物，而不須加以人工者，如灘地之柴草，荒地之野菜等是；後者須用人工，如米穀之收穫，須用人工播種耕耘等是。

(二) 法定孳息 (fructus civiles) 法定孳息者，母物被他人使用時，使用人給付之代價也；如土地房屋之租金，借款之利息等是。

(丑) 從物之意義對於權利方面之應用

主物從物之分，不特於有體物爲然，而於無體物亦然，如抵押權之存在，以保全債權爲目的，而爲債權之從物等是；故抵押權，或稱從權利也。

(寅) 從物之意義對於義務方面之應用

權利有主從之分，義務亦然。從義務云者，卽限制相對之權利，而屬於權利人之義務也。法定義務中，每有因某種權利而規定者；其權利不啻爲相當之義務之前因，故權利人欲行使其權利，不可不履行其相對之義務，此卽所謂從義務是也。依羅馬法之精神，最主要之從義務，可分爲兩種，卽：(一) 返還費用之義務，(二) 損害賠償之義務是也。

(I) 返還費用 (impenses) 之義務 對於他人之所有物，支出費用時，該他人主張對於該物之權利者，在原則上，應負返還費用之義務。是項規定，極合乎衡平之道，抑亦近代法例中無因管理制度之來源也。如我國民法債編第一百七十二條，一百七十五、六、七、八條之規定等是；然而是項費用之返還，須以支付人之善意或惡意及費用之性質等情形爲標準焉。是項費用，共有下列三種：

(一) 必要費用 (impense necessariae) 必要費用者，保存各物所必需之費用也；如供給動物之食料，修理將倒之房屋等是。

(二) 有益費用 (impense utiles) 有益費用者，雖非必需，但可增加物之價值之費用也；例如承租人，因於承租之房屋旁面建一廁所，或於天井中搭一天篷，而支出若干費用等是。

(三) 奢侈費用 (Impensae Voluptariae) 奢侈費用者，既非必需，又不能增加物之價值，而為因個人欣賞所支出之費用也。例如承租人，因粉飾承租之房屋，而支出若干費用等是。

(II) 損害賠償之義務 即因物之行爲，致他人蒙受損害時，其所有人所負賠償之義務也。殆此視為所有權之從義務耳。例如某甲之奴隸或動物，侵入乙之耕作地，損害乙之禾苗時，則乙可留置加害之物；另一方面，甲於賠償損害之前，不得主張放還其所有物也。

第三款 物之移轉方式方面之分類

(壹) 「要式移轉物」與「略式移轉物 (res mancipi, res nec mancipi)」

依物之移轉方式，可分物爲「要式移轉物 (res mancipi)」與「略式移轉物 (res nec mancipi)」兩種。要式移轉物者，即移轉所有權時，必須履行法定方式之物也。略式移轉物者，則當事人可以不拘方式，自由移轉所有權之物也。故前者之移轉，爲要式行爲，後者之移轉，則非要式行爲也。所謂移轉之法定方式，共有兩種，即正式處分 (mancipatio，譯音爲曼兮怕蓄) 與擬訴棄權是已。前者專用於要式移轉物，而後者則關於要式移轉物或略式移轉物，均得使用之也。舉行該兩種法定方式之情形，試分別言之如次：

(1) 正式處分或「曼兮怕蓄」 除當事人外，須有十四歲以上之羅馬市民六人到場。此六人中，以五人爲證人，另一人則爲「計量人 (libripens)」，即手持衡器之人也。買受人手持青銅片一，並在「計量人」前，握其買受之標的物而言曰：『余以此青銅片及衡器，買受此物，依羅馬固有之法律，此物應歸余所有。』言畢，以

青銅片拌擊衡器，而將青銅片付與出賣人，作為該物之價金，於是手續告終；而物之所有權，因以移轉於買受人矣。所以用青銅片者，蓋羅馬古代無貨幣時，每以青銅為貿易之工具；嗣自西曆紀元前四百五十年以還，已有貨幣，本以貨幣給付價金，而表面上仍用青銅片代表價金者，殆遵循古代之方式也。古代既以青銅為貿易之工具，故買賣時，必用衡器以權其重量，而使用貨幣時，仍用衡器者，殆亦拘泥古代方式使然耳。是項方式，初本用於買賣行為，嗣凡出讓子女，解放子女，「買賣婚姻」等重要法律行為中，移轉人或物之所有權時，均適用之；在此等重要法律行為中，因是項方式而取得權利者，處於買受人之地位，喪失權利者，則處於出賣人之地位，殆皆擬制之方式也。

(2) 「擬訴棄權 (cessio in jure)」 擬訴棄權者，即擬制訴訟關係，以移轉物之所有權之方式也。例如：在買賣契約中，當事人雙方同到法院，買受人處於原告之地位，出賣人則處於被告之地位；買受人於法官前，主張承買之標的物為己所有，法官乃問出賣人曰：「汝對原告之主張，有抗辯否？」出賣人則答曰：無抗辯，或默不作聲，於是法官判定該標的物為原告所有，而移轉之方式，亦告終了，是項方式，純為一種訴訟之擬制，當事人，事先固均已同意，即法官亦明知其為一種形式也。且擬訴棄權不特用於買賣，其他重要法律行為中，亦援用之，如解放奴隸時所用「執杖解放」之方式，亦皆擬訴棄權之應用也。

(貳) 依移轉方式分類之標準

何謂要式移轉物，何謂略式移轉物，初無一定之標準；依武兒比亞與賤尤士二氏之界說，則(一)奴隸

(二)意大利土地上之所有權。(三)意大利土地上屬於耕作地之地役權。(四)能負物或曳物之家畜，如牛馬騾驢等四種，均爲要式移轉物，此外如「州縣土地」屬於耕作地以外之地役，貨幣野獸等物，則皆略式移轉物也。是項區別，不啻羅馬古代，以何物爲必需物，何物爲非必需物之區別。上述四種，認爲農業所必需者，則定以麻煩之移轉方式，以限制其輸出，或使外國人對之不得取得所有權，故要式移轉物之規定，實農業保護政策之實施也。此外各物，視爲非必需物，無待法律之保護，亦不必限制外國人取得其所有權，故法律規定簡單之方式，以移轉其所有權也。是項區別，既以各物有無重要性爲標準，則古代視爲必需物，視爲要式移轉物者，亦因社會情形之變更，而不同其範圍，如古代視爲重要之物，僅限於農業上所必需者數種而已，嗣羅馬幅員漸廣，小工業亦漸發達，昔日視爲不重要之略式移轉物，其數日增，而於法律關係中占重要位置矣。至西曆紀元後第四世紀，凡物因贈與或出賣移轉所有權時，祇用簡單之「引渡 (traditio)」方式，曼兮怕蓄之方式，已無形廢止，而要式移轉物與略式移轉物之區別，亦因以廢止。所謂引渡者，卽當事人授受標的物，無須舉行繁複之方式是已。降至優帝時代，是項區別，復以勅令明白廢止之矣。

本章參考書記要

T. C. Sanders, *The Institutes of Justinian* p. xlii-xlix, 88-93, 116, 123, 328; M.-J. Cornil, *Droit romain* p. 20, 22-26; J. Declercq, *Rome et l'organisation du droit* p. 173-175, 389;

- Georges Cornil, Ancien droit romain p. 55, 56, 61, 62, 67; J. Cornil, Possession dans le droit romain p. 10, 51, 96-99, 245, 249, 256, 257; 黃右昌, 羅馬法與現代 p. 233-250; P. F. Girard Textes de droit romain publiés et annotés p. 829; P. F. Girard, Manuel élémentaire de droit romain p. 245-260; Gaston May, Eléments de droit romain p. 185-193; F. Marekelden, Manuel de droit romain p. 91-96; Charles Maynz, Eléments de droit romain p. 242-256 (Tome I); Charles Demangeat, Cours élémentaire de droit romain p. 418-427 (Tome I); Accarias, Précis de droit romain p. 479-509 (Tome I); Ruben de Couder, Résumé de répétitions écrites de droit romain p. 113-130; Edouard Cug, Les institutions juridiques des Romains p. 440-446; René Foignet, Manuel élémentaire de droit romain p. 94-100; W. W. Buckland, The main institutions of roman private law p. 91-93; R. W. Leage, Roman private law p. 117-123; R. W. Lee, Introduction to Roman-Dutch law p. 118; J. Ortolan, Explication historique des Institutions de l'empereur Justinien p. 229-337; Eugène Henriot, Mœurs juridiques et judiciaires de l'ancienne Rome p. 377-397; (Tome I); J. Declarenil, Rome rbe law-giver p. 156, 157; Rudolph Sohm, Institutes of Roman law p. 302-307.

第二章 法律行爲 (negotia juris)

第一節 總論

任何權利之成立，須有三項原素：(一)須有權利之主體，(二)須有權利之客體，(三)須有得使該權利客體依法支配於該權利主體之事實。蓋權利之主體，非偶然得支配權利之客體，斯二者，更非偶然有相對之關係；苟無一種事實，介乎其間，則不得稱某甲爲某權利之主體，更不得稱某物爲某甲之權利客體，自無權利之足道也。是項事實，在法律上得因其他事實而消滅之，故因某種事實而取得之權利，亦得因另一事實而喪失之；例如因某甲死亡而取得遺產繼承權後，得因被繼承人之近親屬主張繼承權而喪失其權利等是也。

權利之取得，可分兩種：(一)曰「原始取得」，(二)曰「傳來取得」。凡一權利，從未存在，祇因某種事實之發生，依法視爲某甲之權利者，謂之原始取得，如捕獲野獸，對之取得所有權等是，蓋前此他人對該野獸並無所有權也。凡一權利，由他人傳襲而來，則謂之傳來取得，如受讓他人之所有物等是。原始取得與傳來取得之分類，於確定權利時，極爲重要；苟爲傳來取得，則後之取得權利者，所有各種權利之範圍，均以前手之權利爲標準，例如讓與人對其讓與之物並無權利時，則受讓人對於該物亦不得主張權利；此蓋羅馬法上「受讓人之權利，不得超過

讓與人 (*Nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet*) 之原則使然之耳。傳來取得，更分 (1) 概括承受，(2) 個別承受兩種。承受一人之全部權利者，謂之「概括承受」(*successio per universitatem*)，是項情形，每發生於遺產繼承之時；承受之權利，經個別指定者，則謂之「個別承受」(*successio in singulas res*)，如買馬一匹，租屋一幢等是。

因而取得權利或喪失權利之事實，不一而足，然可大別之爲下列兩種，無論爲「原始取得」或「傳來取得」，均不外以此兩種事實爲原因也。

(一) 不得由利害關係人自主之純粹事實，屬於此類原因者，如人之出生死亡，法定之時效，不動產之附合等是。夫此各種事實之發生，皆足以依法律之規定，發生權利義務之關係，而利害關係人，固不得自動使之發生，故是項取得權利與喪失權利之原因，統稱曰「法定原因」，如依法律之規定，得因人之死亡而取得繼承權，因時效之完成而喪失債權之請求權等是。

(二) 基於當事人本人意思之事實或行爲，凡當事人以取得權利或負擔義務爲其行爲之直接目的者，當然發生權利義務之關係，如買賣租賃等法律行爲，皆屬之。但行爲人以其他目的爲行爲之目的者，亦有之，如侵權行爲人，雖負法律上之責任，致被害人對之發生權利關係，而其直接目的，固不在此也。因侵權行爲而發生權利或義務關係者，近代學者，多主張以法律爲其權利或義務之原因，故將取得權利與喪失權利之原因，分爲法律與法律行爲二者。

取得權利及喪失權利，概以法律或法律行爲爲原因，已如上述；但就實際言，其因法律行爲而發生者，最爲普遍，故法律行爲，於法律關係中實佔最重要之地位焉。茲就法律行爲之意義、分類、原素、等項，分節論列如次。

第二節 法律行爲之意義與分類

(I) 法律行爲之意義

法律行爲者，以發生法律上之一定效果爲目的之行爲也。所謂法律上之一定效果者，指設立、保護、變更、或消滅權利者而言；如買賣、租賃、借貸等行爲，則皆法律行爲也。

(II) 法律行爲之分類

法律行爲，可分爲四類如下：

(一) 一方行爲與雙方行爲 一方行爲者，謂僅因當事人一方之意思而成立之法律行爲也；如作成遺囑，接受繼承，收取天然孳息等是。雙方行爲者，謂因當事人雙方之同意而成立之法律行爲也；如買賣、租賃、借貸等是。

(二) 有償行爲與無償行爲 有償行爲者，當事人之一方取得利益，而他方有相對之報償之法律行爲也。依法律行爲之性質，以利於雙方爲成立之目的者，曰有償行爲，而雙方所得之利益未必均等也，如買賣等是；蓋買賣契約中，買受人取得標的物之所有權，而出賣人亦取得相對之價金也。無償行爲者，祇限於當事人之一

方取得利益之法律行爲；如贈與等是。

(三) 要式行爲與略式行爲 要式行爲者，須經過法定方式而後成立之法律行爲也；如遺囑、「要式移轉物」之買賣等是。略式行爲者，不須經過法定方式之法律行爲也；如租賃、借貸等是。

(四) 死因行爲與生前行爲 死因行爲者，於行爲人死亡時始發生效力之法律行爲也；如遺囑、遺贈等是。生前行爲者，不以行爲人之死亡爲發生效力之條件之法律行爲也；如贈與、買賣等是。

第三節 法律行爲之要件

法律行爲之要件，可分三方面言之：(一) 關於當事人者，(二) 關於標的者，(三) 關於形式者；茲分述之如後。

第一款 關於當事人之要件（行爲能力意思表示）

法律行爲之要件，關於當事人者有二：(一) 當事人須有能力，(二) 當事人之法律行爲，須出於真實意思。關於前者，可參考我國民法第七十五條至七十九條；關於後者，可參考我國民法第八十八條至九十二條。

(子) 須當事人爲有能力人

當事人爲有能力人時，其法律行爲，始能生效；蓋法律推定無能力人，不能行使權利，或有合理之意思也。是項能力，依羅馬法，又有特別能力與普通能力之區別；特別能力，指特定行爲所必須具備之行爲能力而言，例如爲市

民法上之法律行爲時，須爲羅馬市民或其他有市民權之人，及外國人不得依市民法而爲遺囑或與羅馬市民通婚等是；普通能力，指一般行爲所必須具備之行爲能力而言，如未成年人、「精神病人」、「浪費人」等，均爲無完全能力人，不得爲有效之法律行爲是也。

依現代法例，原則上，各人均有權利能力，就法律行爲所稱之能力，則僅指行爲能力而言。對於行爲能力，現代法例雖有否認或限制之規定，例如法比日本等民法，限制已嫁女子之行爲能力，一般法例否認或限制未成年入禁治產人等之行爲能力，然其目的，咸在保護當事人之利益，非若羅馬法之否認或限制某階級之權利能力，常以剝奪其權利爲目的也。

(丑) 須當事人之法律行爲係出於真實意思

當事人因特殊情形而爲法律行爲者，如因錯誤或被詐欺脅迫而爲法律行爲者，以並非出於真實意思論，蓋法律推定，當事人如無是項特殊情形，即不爲法律行爲耳；故爲保護當事人利益計，法律否認或限制其法律行爲之效力也。至影響自由意思之特殊情形，計有三種：即（一）錯誤、（二）詐欺、（三）脅迫是也。茲分述之如次：

(1) 錯誤 (error) 對於法律行爲之原素，有所誤會時，謂之錯誤。但當事人事先並無錯誤，而於事後誤稱錯誤以圖免除責任者，亦往往有之，且因當事人忽於考慮，有所錯誤，而提起異議時，必致善意之他方蒙受損害，故爲避免是項弊端計，羅馬法規定，當事人不得僅因本人錯誤而主張其行爲無效或撤銷之也，我國民法第八十八條但書謂：「但以其錯誤或不知事情非由表意人自己之過失者爲限」云云，殆亦本此原則也歟？

(2) 詐欺 (dolus) 以詐術使他人發生錯誤，或利用他人之錯誤而慳惠其為法律行為者，是為詐欺。在被詐欺人方面，為錯誤，而於使用詐術者方面，則為惡意之欺騙行為，故詐欺之性質，較錯誤為嚴重，而被詐欺之當事人，備受大官法之保護也。保護之方法有三：(一) 被詐欺人得請求「回復原狀」；(二) 得提起「詐欺之訴」；(三) 得提起「詐欺之抗辯」。

(3) 脅迫 (metus) 以嚴重而迫切之禍患，恫嚇他人，使其為法律行為者，謂之脅迫；脅迫云者，非對於被脅迫人之身體，加以暴行已也，蓋對他人身體，加以暴行時，必使該他人有所畏懼，而後可望其就範耳；例如：甲強執乙手，以生命上身體上名譽上或財產上之危險恐嚇之，使其作成借貸契約或出賣契約，而乙所以勉強作成是項契約者，非以甲之暴行，為唯一之原因；其最重要之原因，則為恐懼遭甲毆辱或蒙受其他禍患也。且也，使用脅迫者，未必對他人身體加以暴行，例如純粹以嚴重而迫切之禍患，恫嚇他人，使其為某種法律行為是也。故學者多稱脅迫與詐欺及錯誤三者，同為當事人意思之瑕疵也。

當事人之意思，不得有上述三種瑕疵，固為現代各國法例採用之共同原則；至於某項意思之表示方法，明示默示兩種，亦為羅馬法與現代法例所盡同者。當事人直接而積極表示其意思者，謂之明示；例如以語言文字或其他表現方法表示其意思是也。就當事人之行為，可以間接推定其所欲為之其他法律行為者，則謂之默示；例如某甲於租賃契約終了後，繼續居住而表示繼續租賃之意思等是也。但關於意思之表示，羅馬法並無深切之理論，即意思表示一語，亦無特別之名詞也。現代學者，或謂意思表示，即法律行為；或謂意思表示，非即法律行為，而法律

行爲，僅爲意思表示之結果而已；執此兩說，似以後者較爲確當，蓋在雙方行爲中，雖雙方當事人均爲意思表示，尙其意思未曾合致，仍不得視爲已經成立某種法律行爲也。依羅馬古法之規定，在少數法律行爲中，必於表示意思時，實行其所表示之意思，始發生效力，例如欲因「先占」或「引渡」而取得所有權者，必須實際上有先占或引渡之行爲等是；但在要式行爲中，當事人履行一定方式而表示其意思時，卽不以有實際上之行爲爲必要。依萬民法之精神，一切法律行爲，重意思而不重方式，故表示意思，以能使人領會爲已足，固不必履行一定方式或爲一定行爲也。

第二款 關於標之要件

(一) 須標之內容已經確定或嗣後得以確定 如標之內容，毫無標準，則義務人將敷衍從事，規避其履行義務之責任；例如允許飲助，或出賣木板一塊，則義務人究應如何飲助？出賣人須給付何種木板？大有出入之餘地，故是項法律行爲，不能成立也。但標的非必個別指定，如出賣奴隸，則義務人應給付中等價值之奴隸，該法律行爲，仍可發生效力也。再可以事後確定標之物之標準，如經載明，則其標的亦視爲已經相當之確定，如允許供給某甲之膳食等是；蓋膳食之質量，可依雙方當事人在社會上之地位，以確定之也。

(二) 須標的有可能性 宇宙間，本無絕對不可能之物事，是否可能，悉依當事人之環境與法律之規定，以決定之耳。標的之可能性，可分兩方面言之，卽：(一) 事實上之不可能，與(二) 法律上之不可能是也。標的之給付，反乎自然之法則時，謂之事實上之不可能，如以已經滅失之物爲買賣之標的等是；如標的物之給付，爲法律所

絕對禁止者，則爲法律上之不可能，如出賣不融通物等是。

(三) 須標的合法 凡爲道德或法律所禁止者，則爲不合法，如偷竊等是；在法律上爲不可能之行爲，亦卽不法行爲也。

(四) 須標的對於當事人供相對之利益 所謂應享利益之當事人者，依各個法律行爲之性質，以決定之。如買賣之法律行爲中，買受人應有享受標的物之利益等是。然則利益云者，金錢上之利益，抑精神上之利益耶？曰：依羅馬法之精神，似以精神上之利益爲已足也。

第三款 關於形式之要件

此爲羅馬法特質之一；在羅馬古代，法律行爲之效力，悉根據當事人之表面形式，如言辭容態之表示等是，而其本來之意思，則解釋法律行爲之次要根據也。但至法律進步時期，已轉注重當事人之意思，而所謂形式主義，已不復完全採用；卽一般法律行爲，已無須一定之形式，爲成立之條件矣。

第四節 法律行爲之原素

第一款 要素 (Essentia)

要素云者，法律行爲舍此不能成立之必然原素也。是項要素，可分三種：(一) 爲一般法律行爲所共同者，如當事人之意思是；(二) 爲某種法律行爲所共同者，如雙方行爲中需要雙方當事人之意思合致是；(三) 爲個

別法律行爲所專有者，如買賣須以貨幣給付價金等是；綜上三種要素，均爲相對之法律行爲，所不可缺少之原素也。但一法律行爲缺乏要素時，苟具有其他法律行爲之要素，則法律推定該他法律行爲爲當事人之目的，而不承認其原來主張之法律行爲之效力也；例如甲欲贈與友乙田百畝，但因避免登記手續，或有其他原因以買賣之形式，行其贈與之實者，則法律視甲乙間之行爲，爲贈與行爲，而不承認其買賣之效力也。蓋此行爲中，並無實在之價金，具備贈與之原素，而缺乏買賣之要素耳。

第二款 常素 (Naturalia)

常素云者，依法律之規定，視爲某種法律行爲之當然原素，而爲當事人所得明白除去者也；例如出賣人對於標之物之瑕疵擔保責任，雖未明白約定，依法則視爲買賣之當然原素，但出賣人得向買受人約定除去其瑕疵擔保之責任也。

第三款 偶素 (Accidentalia 條件、期限、負擔)

偶素云者，由當事人特別約定，附加於法律行爲之偶然原素也。其重要而慣用者有三：即（一）條件、（二）期限、（三）負擔是也。

（一）條件 (conditio 或 dies incertus)

條件云者，不確定之未來事實，而法律行爲之成立或解除所由決定者也。故條件共有兩種：決定法律行爲之成立與否者，曰停止條件，以條件未成立前，法律行爲停止其效力故也；例如買賣行爲中，出賣人約定，如尋獲遺失

之書籍，則給付現有之書籍等是；反之，決定法律行爲之解除與否者曰解除條件，例如出賣人約定，如我家中之書籍被竊，即解除買賣之契約等是。總之，條件云者，與期限迥異其趣，得爲條件之事實者，須具備下列三種要素：（一）須於法律行爲中特別約定；（二）須爲約定時尚未來之事實，如爲已成過去之事實，雖爲當事人所未察覺，亦不得謂爲條件；（三）不確定性（*incertus*），須在未來之事實究竟到來與否，而非到來之時日之不確定也，例如某甲約定，如某乙死亡，贈與房屋十間，則是項約定，不得視爲條件，蓋死亡爲必然之事實，其不確定性，在時日之早遲，而非死亡與否之疑問耳。

（2）期限（*dies certus*）

期限云者，確定之未來事實，而法律行爲之效力所從開始或終止者也。期限亦有兩種：法律行爲之效力所從開始者，謂之始期（*dies a quo*），如約定某日贈與某物等是；法律行爲之效力所從終止者，曰終期（*dies ad quem*），如約定租賃以十年爲期等是。期限雖爲必然到來之事實，但因指定之事實之性質，亦有（一）確定期限與（二）不確定期限之區別焉。如約定某年某月某日或若干時日以後，贈與某物，乃確定期限也。然若約定某甲死亡時，贈與某物，則爲不確定期限矣。

（3）負擔（*onus*）

負擔云者，在法律行爲之普通效力以外，當事人之一方，對於他方特別約定之附帶義務也。是項負擔，每見諸無償行爲；如受贈人對贈與人約定，以贈與物之一部充慈善事業之用等是。負擔與條件有別，蓋附有負擔之法律

行爲，其效力之開始或終止，不受是項負擔之影響也；質言之，縱義務人不履行負擔，其法律行爲，依然發生效力也。但至法律進步時期，受贈人如不履行負擔，則贈與人及其繼承人，除得請求履行外，並得對之起訴，請求返還贈與物焉；然此究與解除條件異其性質，蓋法律行爲附有解除條件者，條件成就時，即當然失效，而不若附有負擔之法律行爲，須提起返還之訴，始失其效力也。

第五節 代理

關於代理制度，羅馬法無深切之理論，故對現代法例，並無重要之貢獻，以羅馬古代，並不採用代理制度故也。羅馬古代，無代理制度，其原因有二：其一，一般法律行爲，均須履行一定方式，如「曼兮怕蓄」等是，而履行時，必須當事人親自到場，故無代理之可能也；其二，「家子」之人格，羅馬法視爲全爲「家父」所吸收，奴隸則視爲「家主」之所有物，家子與奴隸所取得之財產，不論其有無爲家父或家主而取得之意思，家父即當然取得之，是實際上，已可收代理之便利，故法律無明定代理制度之必要也。家父或家主就家子或奴隸之行爲，雖有時應負責任，究非純粹之代理關係，以行爲人並無代理之意思也；況家父或家主之應負責任，並非基於代理之關係，而僅因其對之有種種權限並有監督之義務耳。

嗣後，占有可由家子或奴隸以外之自由人代理而取得之，此爲羅馬法不承認代理制度之唯一例外；迨商業發達時代，商業方面之行爲，漸有代理之必要，法律遂頒行類似代理之規則，以補救過去之缺陷矣。依此等規則，船

船所有人 (exercitor) 以其奴隸家子或其他自由人爲船長 (magister navis) 時，其承運之貨物，如因有過失而發生毀損滅失等情事，託運人得直接對船舶所有人提起「航駛之訴 (actio navigatoria)」商人委任經理 (insitor) 代營商業時，就其經理所爲之商業上行爲，亦應負完全責任，凡因與其經理貿易而取得權利者，均得直接對本人起訴；且此等規定，嗣後除商業方面外，於民事關係中，亦適用之，均得對本人起訴，請求履行，將與現代法例關於代理之規定相彷彿。但在上述之實例中，託運人及與經理貿易之人，除得對船舶所有人或委任經理之商人起訴外，並得對船主或經理起訴，實言之，直接對船主等本人起訴，抑對其代理人起訴，有自由選擇之權能；故雖類似代理，究與現代法例關於代理之原則有別也。

代理有直接代理與間接代理之分：代理人以本人名義爲法律行爲，並直接對本人發生效力者，謂之直接代理；其以自己名義爲法律行爲，並直接對其自己發生效力者，則謂之間接代理。但羅馬法，除關於法定代理外，從未明定直接代理之原則也。

第六節 法律行爲之無效與撤銷

(I) 無效之法律行爲

無效之法律行爲，即法律上視爲從未存在之行爲也；其效果有三：(1) 不發生法律上之任何效力；(2) 任何利害關係人，得向法官爲無效之聲明，法官亦得自動爲無效之確定也；(3) 當事人於無效之原因消滅後，

不得追認其效力也。且法律行為有自始無效者，如爲遺贈時受遺人已經死亡，是有嗣後無效者。如遺贈適法成立後，受遺人先於遺囑人而死亡是也。

然則在何種情形之下，法律行為視爲無效耶？曰概括言之，計有兩種，分別言之，如次：

(一) 缺少要素之法律行為。要素爲法律行為成立之必然原素，故缺少要素，則法律行為，即不能發生法律上之效力。但視爲無效之行為，有另一行為之要素時，得以另一行為之名義而存在焉，即得發生另一行為之效力是也。

(二) 因違反「禁止法」依法應歸無效之法律行為。法律禁止某種行為，並規定其違反之行為，應受無效之制裁者，則違反是項「禁止法」(Leges prohibentes)所爲之法律行為，即當然無效。反之，如法律強制爲某種行為，雖當事人爲相反之行為，則祇受其他制裁而已，而其行為依然有效，以其違反之法律爲強制法而非禁止法故也。此點與我國法例有別，蓋我國民法第七十一條謂：「法律行為，違反強制或禁止之規定者無效，但其規定並不以之爲無效者，不在此限。」是違反強制法或禁止法者，其法律行為，受同樣之制裁矣。

(II) 可以撤銷之法律行為

可以撤銷之法律行為者，即有瑕疵之法律行為，得因利害關係人請求撤銷而失其效力者也。是項法律行為之效果有三，然皆與無效法律行為之效果相對立者也。(一) 可以撤銷之法律行為，在撤銷以前，視爲有效，例如租賃契約成立三月後，承租人方始撤銷，則撤銷前三個月之租金，仍應給付也。(二) 須由當事人或蒙不利益之

第三人，請求法官爲撤銷之裁判；（三）可以撤銷之法律行爲，當事人得追認之，被追認之法律行爲，則視爲自始有效，但追認，須於可以撤銷之原因消滅後爲之，例如因詐欺而成立買賣契約，必被詐欺者已察覺被對方詐欺之事實後，自願追認，始發生追認之效力，否則追認後仍得撤銷之也。至追認之方式，有（1）默認與（2）明白追認兩種；默認云者，即有撤銷請求權者所爲之行爲，可視爲追認之表示是也，如買受人明知被對方詐欺而依然給付價金等是。

法律行爲之撤銷，每發生不幸之結果，以其往往影響第三者之利益也。羅馬法爲免致發生是項不幸之結果起見，制定三項原則如次：

（一）同一法律行爲，包括多種可以單獨成立之不同成分者，則一部之撤銷，不影響其他部分之效力。（*Utile per inutile non viciatur*）例如同一法律行爲中，買賣土地百畝，馬十匹，並分別約定價金；苟出賣人於土地部分使用詐欺，買受人自得撤銷關於土地之買賣契約，然關於馬匹之買賣契約，既無任何瑕疵，且有個別之價金，可以單獨存在，則不因土地買賣之撤銷，而失其效力也。

（二）凡一法律行爲可作數種不同之解釋者，應解作可以發生效力之行爲。（*Actus interpretandus potius ut valeat quam ut pereat*）例如當事人之一方之情形，可以解作詐欺之行動，亦可解作誠實之行動時，則應作非詐欺之行動解，使其法律行爲，不合撤銷之條件也。

（三）當事人意圖隱匿某種法律行爲，佯爲其他法律行爲者，應依實際上所爲之行爲，發生效力，而不承

認其虛偽行爲之效力。(Plus valet quod agitur, quam quod simulate concipitur.) 例如：甲欲對乙贈田百畝，但因避免登記或有其他原因，以買賣之形式，行其贈與之實者，則甲乙間之法律行爲，視爲贈與行爲，而不承認其虛偽買賣之效力，蓋實際上甲乙所爲之行爲，厥爲贈與，而買賣則爲虛偽之圈套而已；然欲是項法律行爲，發生贈與之效力，仍須具備贈與行爲之條件也。

本章參考書記要

M.-J. Cornil, Droit romain p. 27, 28, 30, 32-36, 231-233, 244-250, 281-288; J. Declareuil, Rome et l'organisation du droit p. 266, 268, 404; T. C. Sanders, The Institutes of Justinian p. 18, 90, 123, 321, 322, 441, 451, 478; J. Cornil, Possessor dans le droit romain p. 11, 52, 54, 60, 61, 156, 158, 185, 188, 227, 231, 422; 黃右昌, 羅馬法與現代 p. 371-388, 395-398, 400, 401; P. F. Girard, Manuel élémentaire de droit romain p. 451-486; P. Collinet et A. Giffard, Précis de droit romain p. 98-114 (Tome II); Gaston May, Éléments de droit romain p. 286-305; F. Marceldén, Manuel de droit romain p. 97-110; Charles Maynz, Éléments de droit romain p. 256-284 (Tome I); Charles Demangeat, Cours élémentaire de droit romain p. 444-453 (Tome II); Paul Collinet, Etudes historiques sur le droit de Justinien p. 51 (Tome I); Ruben

de Couder, Résumé de répétitions écrites de droit romain p. 357-361; Edouard Cug, Les institutions juridiques des Romains p. 332-391; René Foignet, Manuel élémentaire de droit romain p. 144-181; W. W. Buckland, The main institutions of roman private law p. 161-174, 298-306; W. W. Buckland, The roman law of slavery p. 159-186; R. W. Leage, Roman private law p. 263-309; R. W. Lee, Introduction to Roman-Dutch law p. 204-207; Saleilles, Etudes sur la théorie générale de l'obligation p. 43-48, 71, 72; Accarias, Théorie des contrats innomés p. 35-39, 44, 48; Eugène Henriot, Mœurs juridiques et judiciaires de l'ancienne Rome p. 439-481 (Tome I); J. Declareuil, Rome the law-giver p. 209-236; Rudolph Sohm, Institutes of Roman law p. 204-224.

第四章 期日及期間

第一節 期日及期間之意義

(I) 期日 (Dies)

期日云者，即通常所指之年月日時也，如附有期限之法律行為中，當事人約定其契約自某年某月某日發生效力，或法官諭知當事人於某年某月某日到庭候審等是。期日或期限，有確定與不確定之區別。所指事實之到來，在確定之年月日時者，謂之確定期日，通常以日曆為標準，然除日曆所指之年月日時外，亦有依日曆所指之季節為標準者，如某年兒童節、勞工節、中秋節，或某節前若干日，或某節後若干日等是。所指事實之到來，不在確定之年月日時者，則謂之不確定期日，如某甲約定，其所為法律行為俟病愈時發生效力等是。

(II) 期間 (Tempus)

期間云者，指時間之過程而言。例如某契約成立於民國二十二年十一月一日，終止於翌年三月一日，則二十二年十一月一日及二十三年三月一日，均為期日，而此契約所經歷之四個月份，則其有效期間也。期間之效果，常足以發生變更或消滅權利義務之關係，例如：(一) 行使某項權利，須達一定之年齡；(二) 某種行為，如訴訟行

爲等，經過法定之期間，即失其效力。(三)因取得時效或消滅時效之完成，而取得或喪失某種權利是也。上述各種期間之效果，如在法理學以外之立場以評論之，或將謂其不甚合理，何以一人之權利，應受期間之影響耶？曰：法律所以規範具體之社會關係，類是之原則，雖爲抽象之論理所不容，然實爲法理學之實施所必需者也。以言上述之第一項效果，其存在之理由，厥爲實際上之需要，蓋某項權利之行使，或以相當能力爲標準，或以需要爲標準；如被選舉權等，達法定年齡後始得行使者，殆法律推定其達到某種年齡始有此能力耳，如受國家贍養等權利，達法定年齡，始得行使者，殆法律推定其達到某種年齡，始有此需要耳。以言第二項第三項效果，其存在之目的，在督促權利人注意其權利之行使，而避免社會上訴訟之紛爭；蓋主張權利者必負舉證之責，然則逾時既久，證據湮滅，法官將無從判斷其是非耳。且權利人既怠於行使權利，則經過相當之期間以還，法律推定其並無權利，或推定其權利已經行使，未嘗不合邏輯，此法律所以有時效之規定也。近代學者，或謂時效之規定，除以避免糾紛爲存在之理由外，更有經濟方面社會利益之意義，蓋謂取得時效及消滅時效之結果，足以勗勵人民行使其權利，而增加社會生產耳；但是項理論，在羅馬法時代，立法者或法學家，似猶未嘗發覺之也。

第二節 期日及期間之計算

羅馬法關於期日及期間之計算，祇有三種單位，卽年、月、日三者。以年計算者，每年爲三百六十五日；以月計算者，每月三十日，月大或月小，在所不問；以日計算者，則每日爲二十四小時，但遇閏月之年份中，二月二十四日，一日

包括四十八小時，亦以一日論。此外，日以下之時數分數，曰「自然計算法 (computatio naturalis)」而於法令審判或法律行爲所定之期日及期間，不適用之也。

計算期間，其始日亦算入，即使第一日未滿二十四小時，亦以一日論，此與我國民法第一百二十條第二項之規定相反，而與德國民法第一百八十七條第二項一致者也。羅馬法所謂一日之時間，始於午夜，即夜十二點鐘以後，而終於次日之第二十四小時，即次夜十二點鐘；例如使用借貸契約，成立於十一月一日午後六時，以三天爲借貸之期間，則至十一月二日夜十二時後，(即三日第一分鐘開始時)其借貸期間，即視爲已經屆滿矣。至於最後之一日，有算入期間以內者，有不算入者，悉以期間之效果，爲算入與否之標準。質言之：(一)期間之完成，有發生權利關係之效果者，則末日開始時，即認爲期間已經完成，如關於取得時效，滿足適婚年齡，成年年齡，債權人之請求權等，均依此方法，以認定其權利之成立，具體言之，在前例中，貸與人自十一月三日午前，即可請求借用人，返還其借用物矣；(二)反之，如期間之完成，有消滅權利關係之效果者，則末日須完全算入，即俟最後之一日完全過去，始認爲期間完成，例如依消滅時效之規定，請求權因十五年不行使而消滅，則必俟此十五年期間之最後一日完全過去，而後認爲時效完成也。

在優帝以前，期間之計算，更有「繼續期間 (Tempus continuum)」與「有用期間 (Tempus utile)」之別：期間內之日數，完全計算，謂之繼續期間，如一年之期間內，各日數全部算入，時效繼續前進是也；反之，祇限於當事人可以行使權利之日數，算入期間內者，則謂之有用期間，例如有用期間爲一年，而一年之過程內，當事人僅有三

百日可以行使權利者，則必俟在此一年後再經過可以行使權利之六十五日，然後視爲完成一年之有用期間也。有用期間，最長不得在一年以上，殆所以避免事件之延宕耳。繼續期間，爲通常之計算方法，而有用期間之適用，則以法律有特別規定者爲限。至優帝時代，一年之有用期間，均代以四年之繼續期間，有用期間遂因以廢止之矣。

本章參考書記要

- J. Cornil, Possession dans le droit romain p. 422; M.-J. Cornil, Droit romain p. 33, 35.
黃右昌, 羅馬法與現代 p. 338-391, 394; P. Collinet et A. Giffard, Précis de droit romain p. 115, 116 (Tome II); Saleilles, Etudes sur la théorie générale de l'obligation p. 68, 69, 82-84; F.-L. de Keller, De la procédure civile et des actions chez les Romains p. 97, 393; Rudolph Sohm, Institutes of Roman law p. 98, 284, 400, 419, 423, 527.

第五章 消滅時效

羅馬古代，一般債權有永久性；質言之，除信用擔保等保證之債權，自到期之日起，因二年間不行使而消滅外，其他市民法上之債權，無論經過若干時日，均得行使之，但債之請求權，由裁判官或「市場場長 (aeditui)」特別規定者，不在此限。由市場場長規定者，其消滅時效之期間，最長為一年，例如於市場中為買賣行為者，基此法律行為所發生之請求權，最多因一年間不行使而消滅也；由裁判官規定之請求權，有永久性者有之，但其多數，則因一年間不行使而歸消滅。此消滅時效之一年期間，均為「有用期間」，即請求權之消滅，須債權人得以行使權利，並無任何障礙，而經過一年之期間，未行使其權利是也。

嗣後，東羅馬帝國法律，擴大時效消滅之範圍，即市民法上或裁判官法上之請求權，依舊法不因三十年以下之時效期間而消滅者，均因三十年間不行使而消滅也。然此，僅東羅馬法律關於時效期間之原則而已，其因較長之時效期間而消滅者，亦有之，例如：寺院及慈善團體之請求權，因四十年間不行使而消滅；依優帝時代之規定，因禁止之賭博而為給付者，其返還請求權，因五十年間不行使而消滅；國庫徵稅之債權，則自始至終，均不因不行使而歸消滅也。至依舊法因三十年以下之時效期間而消滅者，謂之暫時請求權，其時效消滅之期間，則概仍其舊也。期間之完成，有消滅請求權之效力，其理由，已於前章論及之矣。現代法例所定消滅時效之期間，類皆較短於

羅馬法，且有逐漸縮短之趨勢，例如我國民法第一百二十五條謂：『請求權因十五年間不行使而消滅，但法律所定期間較短者，依其規定；』然則依我國民法之規定，消滅時效之最長期間為十五年，以視羅馬法所定之期間，猶未及其半數也。

本章參考書記要

- M.-J. Cornil, Droit romain p. 385; T. C. Sanders, The Institutes of Justinian p. liii, lxx, 134, 138, 146; 黃右昌, 羅馬法與現代 p. 492-495; P. Collinet et A. Giffard, Précis de droit romain p. 138, 139, 250, 251 (Tome II); Gaston May, Elements de droit romain p. 222, 241, 253, 269, 270, 272, 626, 638, 640, 643, 658; R. W. Leage, Roman private law p. 321, 387, 388; R. W. Lee, Introduction to Roman-Dutch law p. 141, 145, 166, 197, 262, 307; J. Ortolan, Explication historique des Institutions de l'empereur Justinien p. 372, 373; F.-L. de Heller, De la procédure civile et des actions chez les Romains p. 179-181, 189, 190, 285, 453; J. Declareuil, Roman the law-giver p. 280, 281; Rudolph Sohm, Institutes of Roman law p. 283, 298, 319, 321.

第二編 債權

第一章 通則

第一節 債權之意義

債權、債務、債之關係，夫此三種不同之名詞，拉丁文均作「*obligatio*」，而債權一語，羅馬法上無單獨之文字也。依優帝法典之定義，債權云者，當事人之一方依法得請求他方爲一定給付之法律關係也（*obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*）。分析言之，則債權有下列三種原素焉：

（一）二人以上之當事人 得請求給付者，曰「債權人（*creditor* 或 *reus credendi*）」；負擔債權上之義務者，則謂之「債務人（*debitor* 或 *reus debendi*）」。債權人與債務人，至少須各有一人，蓋債權，乃當事人之一方請求他方爲一定給付之法律關係也。但債權與親屬權有別，此二者雖同爲人與人間之權利，而親屬權之本質，則爲支配權，而非請求權也；例如親權之行使，以子女之本人爲支配之對象，非若債權之行使，以給付爲請求也。

對象，而僅以債務人爲行使權利之工具也。

(二) 債權之標的 債權之標的，即債務人向債權人應爲之給付是已；債權當事人之一方，既得請求他方爲一定之給付，則無標的，即無所謂債權也明矣。但債權與物權有別：(一) 物權以物爲直接之對象，債權則以物爲請求之對象，而債權人不得直接支配之；(二) 物權有追及性，而債權無之，此所以稱物權爲「對物權」(in re)，而稱債權爲「對人權」(jus in personam) 也。

(三) 債之保護 債權人之請求，既以法律之規定爲根據，合法成立之債權，自應受法律之保護，如債權人之起訴權與強制執行等，均屬之；此亦「法定債權」與「自然債權」之所由區別也。

第二節 債之發生

債之意義，既如上述，則債之關係成立後，當事人間即發生權利與義務之關係；然權利與義務，乃相對之問題，享受權利或負擔義務，均應有相當原因。質言之，發生權義關係之債之關係，亦必在某種相當情形之下，具備某種法定原因，然後得視爲成立而發生法律上之效力也。自羅馬法以還，關於債權之法例，必明定債之原因，而另成章節，我民法債編開章明義第一節所載「債之發生」，亦即規定債之關係所由成立之原因者。依羅馬法之編制，債之發生原因，大別爲(一)契約，(二)「私犯」，(三)「其他複類原因」(variae causarum figure)；三項所謂複類原因者，指債之原因，不屬於契約或私犯者而言，如監護、保佐、共有、海損、無因管理、不當得利、奴隸加損

害於他人等項，均屬之後之註釋學派，將此三種原因，分別而爲四種：一曰契約，二曰私犯，三曰「準契約」，四曰「準私犯」。凡債之原因，與契約發生類似之效果者，名之曰準契約，其與私犯發生類似之效果者，則名之曰準私犯。現代法例，關於準契約，除無因管理及不當得利兩者，仍於債編中明定爲債之原因外，餘皆不明定之；至所謂私犯，實爲現代刑法上之犯罪行爲，而準私犯則類皆違警行爲或事實也，其於公法上所發生之結果，不在民法範圍之內，故民法不規定之，惟因所謂私犯及準私犯而發生私法上之責任，現代法例，則皆明定爲債之原因之一種，我國民法所稱之侵權行爲，固包括羅馬法上之私犯及準私犯兩種者也。

第一款 契約

第一目 總論

第一項 契約之意義

契約云者，二以上之當事人之意思合致，而以設定、變更、保護、或消滅某種法律關係爲目的者也。契約爲發生債之關係之最普通最主要之原因；在契約自由主義盛行之今日，契約之成立，以當事人是否合意爲最要標準，除關於婚姻或不動產物權等特別重要事項外，固不論其出諸何種形式也。

第二項 各種契約方式上之演進

羅馬古法，偏重形式，契約發生法律上之效力，必須經過一定之方式。是項方式，代有變遷，羅馬法關於契約成立之方式，演進至優帝時代，始有合理之規定，足爲現代契約之模型。茲分三種時期，略述契約方式之演進情形如

次：

(一) 羅馬古代

依古代法律，除移轉所有權須用「曼兮怕蓄」之方式外，其他契約之成立，必須經過「奈可少姆(nexum)」之方式。是項方式，最初用於金錢借貸；舉行時，除當事人外，必須證人五人及持衡器之「計量人(libripens)」一人到場。計量人用衡器權衡所貸之金屬塊後，交付借用人，貸與人則宜應讀固定之術語，其言曰：「借用人應負返還借用物或其代價之義務，借用人不知期履行債務時，貸與人得收爲奴隸，使役之，出賣之，殺戮之。」「nexum」一字，可作「拘束」、「關係」、「處分」等解釋，與「mancipatio」爲相對之名詞；後者用於要式移轉物所有權之移轉，前者最初祇用於金錢借貸之契約，嗣後於其他債之關係成立時，亦援用之。奈可少姆之方式，以衡器及金屬爲要素，故亦名「金屬塊與衡器之方式(per aes et librum)」。迨至後世，貨幣制度興，既不以金屬塊爲交易之工具，本無援用是項方式持衡計量之必要；然債之關係，依此方式成立者，始受法律之保護，故實際上，仍援用之。至西曆紀元前第四世紀，「對人強制執行」之制廢，債權人對其債務人，已無收爲奴隸之權，是項方式，亦因以無形廢止之矣。

羅馬古代，另有一種「口頭契約(contractus verbis)」，其最重要者，曰「要式口約(stipulatio)」，舉行時，須雙方當事人到場爲一定之術語，並互相對應。是項契約，溯源於十二表法以前；訂立時，債務人須於神前爲將來履行債務之宣誓，其不履行時之制裁，則唯有恐受神靈處罰之心理上之制裁而已，債權人並不受法律之保護。

也。但自十二表法以還，是項契約，遂發生法律上之效力；債務人不履行時，債權人亦得提起「基於要式口約之訴（*actio ex stipulatu*）」矣。迨共和時代，更有一種「文書契約」，亦發生法律上之效力，但文書契約，限於以給付金錢爲標之債務適用之；其成立之方式，至爲簡單，僅「家父」於其家用簿上記載某種債務之標的期日而已。與文書契約同時發生者，有所謂「簡約（*paetum*）」之一種，我國學者或譯作「無形約束」，以其不須經過一定之形式，並不能使債權人有訴追履行之權能也。所謂簡約者，其有多種，雖不足爲債權人行使訴追權之根據，然債務人不履行債務，而請求債權人爲對待之給付或請求其「回復原狀」時，債權人得提起「基於簡約信用之抗辯（*exceptio pacti fiduciae*）」以對抗之也。簡約之制度，由「曼兮怕蓄」之方式，蛻化而成，殆簡約之本質，亦即舉行曼兮怕蓄之附帶約言耳。至於以授受物件爲目的之契約，而不經過上述數種方式之一者，不得爲發生債務之原因，惟一方面，已依此種契約履行，另一方面，無法定原因之債務當事人，不得爲回復原狀之主張，殊非法理之平；故嗣後改定，凡債之關係，以授受物件爲目的者，亦發生法律上之效力；以其以授受物件爲要素也，故名「要物契約（*contractus re*）」。「要物契約，產生於曼兮怕蓄廢止之後，蓋在羅馬古代，凡消費借貸（*mutuum*）、寄託（*depositum*）等契約，以物件授受爲目的者，必須依曼兮怕蓄之方式，則曼兮怕蓄之方式廢止後，苟不代以要物契約，則寄託等契約，將無成立之相當方式耳。況當日法律思想，比較進步，已不若以前之拘於方式，故僅物件之授受，亦得視爲債之發生之原因也。」

（二）羅馬建國後第七世紀至優帝時代

羅馬建國第七世紀初葉，關於契約之理論，已大有進步，凡債之關係，僅因當事人之合意而成立者，亦發生法律上之效力。實言之，債權人得根據是項債之關係，對債務人起訴，請求其履行也。在此時期，最通用之契約，則為買賣、租賃、合夥、借貸、寄託、質權之設定等數種；概括言之，共有「口頭契約」、「文書契約」、「要物契約」、「合意契約」四大類別。但東羅馬時代學者謂：產生永佃權之契約，既非買賣契約，又非租賃契約，故合口頭契約等而成五大類別。自此時期以至優帝、羅馬法復形成數種前所未有之契約，抑亦契約之理論上又有一進步也。

(三) 優帝時代

除分契約爲口頭契約等四大類別外，優帝對於類似要物契約，而不能使當事人有個別獨立之訴權者，名之曰「無名契約」；然僅要物契約之相對名詞而已。所謂「有名契約」，則指口頭契約、文書契約、要物契約及合意契約四種而言。至所謂「簡約」者，最初不能使債權人有起訴之權，其法律上之效力，與一般契約有別，但嗣後已漸有與一般契約發生同一之效力者矣。至優帝時，亦與前盡同，並未有何變更也。

第三項 各種契約及「簡約」之內容

(甲) 「有名契約」

(子) 「口頭契約 (contractus verbis)」

(一) 口頭契約之種類

口頭契約云者，當事人正式宣稱一定之語言，以產生法定債權爲目的之謂。口頭契約，復分三種：一爲「嫁

資之設定 (dotis dictio) 』二爲「奴隸被解放時之宣誓 (in jurandum liberti) 』前者於設定嫁資時適用之，祇允許設定者一方爲設定之宣稱，他方當事人，則無與問答之必要；後者於解放奴隸時適用之，亦祇被解放之奴隸，對主人宣誓將來負擔某種義務而已，主人可默無一言也；第三種口頭契約，厥爲「要式口約 (stipulatio) 』其適用範圍較廣，例如金錢借貸契約，違約金契約，保證契約中，均適用之。要式口約，爲口頭契約中之最重要者，但其得爲發生債務之原因，須具備下列數種要件：

(II) 要式口約之條件

(一) 須當事人雙方到場 要式口約之本質，爲當事人雙方之要式問答；其一方不到場，則無舉行之可能，自感不便。嗣後遂用補救辦法，將當事人所應爲之問答，另用證書記明，即視當事人爲已經到場；但至優帝時，凡當事人能證明證書作成之日並未到場者，雖有證書，其契約亦歸無效。

(二) 須用一定語言 依市民法之規定，要式口約，限於羅馬市民，得適用之，故其所用語言，亦以拉丁文爲限。後因拉丁人及外國人僑居羅馬者日衆，爲適應需要計，遂許外僑爲要式口約之當事人，並許其用外國語言而爲問答；且當事人之一方用甲種語言發問時，他方亦得用乙種語言答覆之也。

(三) 雙方問答須依一定次序並須相連合致 須債權人開始發問後，再由債務人立即答覆，後者所爲之答詞，更須與問詞脗合一致；苟問答不依此次序，或遲遲答覆，或所答非所問時，則要式口約，即不具備法定條件，而債之關係，亦不得視爲成立也。

(II) 要式口約之效果及其弊端

要式口約爲單務契約之一種，祇當事人之一方，負擔義務，發問之當事人，從不負任何債務，此其效果一；要式口約成立後，發問之當事人，對於答覆之當事人，得提起「基於要式口約之訴 (actio ex stipulatio)」，此其效果二；要式口約，有此種利於債權人之效果，故債權人咸爭用之。但要式口約，亦有其弊端焉：其一，須雙方到場，則當事人均感不便；其二，此爲「嚴格之契約」，債務之內容，均以問答之內容爲標準，而不論其是否公平，或有無正當之原因；其三，要式口約，須具備嚴格之條件，當事人稍一不慎，卽有歸於無效之虞。要式口約有此三種弊端，故至優帝時代，實際上，當事人不常採用之矣。

(丑) 「文書契約 (contractus litteris)」

文書契約云者，以某種書據，爲法定原因之契約也。依共和時代之習慣，執掌家政之「家父」，必備一種帳簿，所有關於家庭經濟之各項收入支出，均於此簿上，逐一記載，故名「收支簿 (codex accepti et expensi)」；至西曆紀元前第三世紀，銀行營業，自希臘輸入羅馬，商業逐漸發達，是項收支簿，商業方面，亦多採用之者。收支簿之記載，雙方當事人，均須爲之，卽債權人爲支出之記載，債務人爲收入之記載；最初之文書契約，亦卽由雙方之記載而形成者，但證明債權之存在，以債權人一方提出其收支簿爲已足，其所記載之額數，並不必與他方一致也。至其適用之範圍，則以金錢債務爲限，其他債之關係，不適用之。至西曆紀元後第一世紀，家長已無使用收支簿之習慣，故是項文書契約，亦無形廢止。至優帝時，亦承認文書契約，但非指收支簿上之記載而言；當時學者

所認爲文書契約者，則僅指承認債務之書據而已。按依羅馬人習慣，某甲欲向乙借貸時，先書一欠據，寄交與乙，殆與債權人最後催告債務人履行時先寄受領證書與債務人之習慣略同。是項欠據，最初即視爲文書契約之一種；然乙之爲人，如不誠實，未如甲之請求實行貸與時，竟持甲之欠據，爲主張債權之根據，殊非法理之平，故嗣後改定，凡不具備契約之方式者，不生效力。至優帝時，則規定欠據，必於寄出後經過二年之期間，始發生法律上之效力，如乙於此二年內主張債權，甲得提起「尙未受領金錢之抗辯」(exceptio non numeratae pecuniae)也。後之學者，對優帝時學者之將欠據視爲文書契約，加以公正之批評，謂其將債之法定原因與債之證明方法，混爲一談，鑄成大錯也。

(寅)「要物契約(contractus re)」

要物契約云者，因授受標的物而成立之契約也，是項契約，既以標的物之授受爲成立之要件，故當事人如不互相授受標的物，縱當事人意思合致，亦不發生債之關係也。要物契約，共分左列四種：

(一) 消費借貸(mutuum)

(二) 使用借貸(commodatium)

(三) 寄託(depositum)

(四) 質權(pignus)之設定。

(卯)「合意契約(contractus consensu)」

合意契約云者，不以履行方式或授受物件爲要件，僅因當事人之意思合致而成立者也。契約之成立，無不以當事人之合意爲要件，則是項契約，本無冠以合意二字之必要，即現代各國法典中亦無合意契約之名稱也。但羅馬法上之契約，如口頭契約、文書契約、要物契約三者，均以履行一定之方式或授受標的物爲成立之要件，其因當事人意思合致而成立者，不啻爲羅馬古法上之例外；自共和末造以還，契約之成立，側重當事人之意思，而不注重其所採用之方式，是爲合意契約，殆亦所以對口頭契約等，表示差別也。歟？合意契約，又分左列四種：

(一) 買賣 (emptio venditio)

(二) 租賃 (locatio conductio) 羅馬法上之租賃，有「物件租賃」與「勞務租賃」之分，前者即

今之租賃契約，後者又包括僱傭契約與承攬契約兩種，故羅馬法上之租賃契約，實包括我國民法所稱之租賃僱傭承攬等三種契約；此三種契約，法國民法亦統稱之曰租賃契約也。

(三) 合夥 (societas)

(四) 委任 (mandatum)

(乙) 「無名契約」

羅馬法所謂「要物契約」，祇消費借貸等四種，發生法律上之效力；除此四種外，縱當事人有授受物件之意思，並有履行之事實，亦祇形成「簡約」而已，不得發生要物契約或其他有名契約之效力也。例如：甲與乙相約以戰馬一匹換耕牛一頭後，甲已將馬交付與乙，乙不遵約將牛交付與甲以爲對待之給付時，甲亦不得向乙起訴，請

求其履行，自非法理之平。迨帝政時期，裁判官有鑒於此，遂設補救之道，依裁判官法之規定，是項簡約中，已經履行之當事人，對於未爲對待給付之當事人，得提起「未爲對待給付之訴」(conductio causa data causa non secuta)〔請求其返還原物也。然原物毀損滅失，或債務人喪失支付能力時，債務人仍無返還原物之可能，是履行在前之當事人，仍未有充分之保障，故嗣後規定一種更完備之原則，以保障其權利也；此原則者，何即「當事人之一方，向他方交付物件，使該他方對己負交付物件之義務以爲相對之代價者，此種行爲，發生契約之效力；已受領給付之一方，不爲對待給付時，他方得提起「口頭契約之訴」(actio prescriptis verbis)〕請求其返還原物或履行其約定之給付；』是也。依此原則，簡約已成爲正式契約之一種，即「無名契約」是已。且已經履行之當事人，對於他方之請求標的，得自由選擇；故此種簡約所取得之權利，將與要物契約之當事人相埒矣。是項原則，或謂至優帝時始經明定，或謂早經賴倍耳 (Tabeo) 發明，並自賴氏起已經確定其效力，似以前說爲當也。但「口頭契約之訴」存在時，「未爲對待給付之訴」並未廢除，實言之，無名契約之當事人，上述兩種訴權，兼而有之；但前者之效力，優於後者，故「未爲對待給付之訴」雖無明文廢止，實際上，亦鮮有提起之者。

無名契約之形成，既如上述，極與要物契約相類似，故其標的，概以當事人互相授受物件爲限；但嗣後已不復有此限制，例如當事人之一方交付物件與他方，使其爲某種行爲，或一方爲某種行爲，使他方爲行爲或給付物件以爲對待之給付時，均視爲無名契約，而當事人亦均受上述兩種訴權之保護也，然則註釋家稱無名契約曰「要物無名契約」(contractus re innominati) 似有名不副實之嫌矣。

適用之範圍擴大後，無名契約，可分四種如次：

(一)「授物與授物之交換 (*do ut des*)」即當事人之一方給與物件與他方，使他方給與物件之契約也；例如甲給戰馬一匹與乙，使乙給耕牛一頭，以爲對待之給付等是。

(二)「授物與行爲之交換 (*do ut facias*)」即當事人之一方給與物件與他方，使爲某種行爲之契約也；例如甲給耕牛與乙，使乙爲其耕種土地若干畝，以爲對待之給付等是。

(三)「行爲與授物之交換 (*facio ut des*)」即當事人之一方對他方爲某種行爲，使他方給與物件之契約也；例如甲爲乙繪畫一幅，使乙給古書若干卷，以爲對待之給付等是。

(四)「行爲與行爲之交換 (*facio ut facias*)」即當事人之一方對他方爲某種行爲，使他方亦爲某種行爲之契約也；例如甲爲乙繪畫一幅，使乙爲其寫字若干，以爲對待之給付等是。

(丙)「簡約 (*pacta* 或譯作無形約束)」

簡約云者，不履行一定方式之契約也；羅馬法不稱之曰「契約 (*contractus*)」，而稱之曰「*pacta*」。依羅馬古代法律，契約不履行一定方式者，不生法律上之效力，不得爲訴訟之原因，但足以發生自然債務之關係，故或譯作「無形約束」；但嗣後法律思想進步，此種契約，亦多發生法律上之效力，與一般契約所不同者，僅在履行方式與否而已，似以譯作「簡約」較切實際也。

依古代法律，簡約不能發生訴權，當事人不受法律之保護，故羅馬人呼之曰「裸體簡約 (*nuda pacta*)」。

其嗣後與一般契約發生同一之效力，而得爲訴訟之原因者，則呼之曰「被衣簡約 (Pacta vestita)」，殆亦裸體簡約之相對名稱也。得爲訴訟原因之簡約，共分三種如次：

(一)「附加簡約 (Pacta adiecta)」即訂立契約時，當事人所爲之附帶特約，而與主要契約不可分離者也。例如買賣契約成立時，買受人約定將標的物租與出賣人使用，或出賣人約定如標的物有何瑕疵即支付違約金若干，此皆附加簡約也。基於附加簡約享有權利之一方，均得對他方提起訴訟，請求履行，至其所得行使之訴權，則皆基於主要契約所有之訴權也；例如買受人請求履行附加簡約時，得提起「買受人之訴」，出賣人則得提起「出賣人之訴」等是。若當事人之特約，於契約成立後始補訂者，不得視爲附加簡約，即不得據爲訴訟之原因，僅足引爲抗辯之根據而已。

(二)「裁判官法上之簡約 (Pacta praetoria)」即由裁判官承認其效力，並許當事人訴請履行之簡約也。此種簡約有二：一曰「設定抵押權之簡約 (Pacta hypotheca)」二曰「承認債務之簡約 (Pactum constitutae pecuniae)」當事人之一方對他方約定設定抵押權者，謂之設定抵押權之簡約，債務人對債權人聲明履行存在之債務者，則曰承認債務之簡約；後者之適用範圍，是初以金錢債務爲限，嗣後任何債務，均得援用是項簡約，爲承認之正當方式矣。債務之承認，可分兩種：一曰「本人債務之承認 (constitutum debiti proprii)」二曰「他人債務之承認 (constitutum debiti alieni)」債務經債務人本人承認履行者，固可使自然債務一變而爲法定債務，使債權人得就已經時效消滅之債權，對債務人提起訴訟；即經第三人爲代位

履行之聲明者，亦可發生保證之效力，故此兩種「承認債務之簡約」於債權人均有重要之利益。至承認履行者，無論其爲自然債務或法定債務，此兩種簡約，均適用之也。

(三)「皇帝勅諭有效之簡約 (pacta legitima)」羅馬古代「嫁資之設定 (dictio dotis)」爲「口頭契約」之一種，已如上述，其不履行口頭契約之方式者，卽歸無效；但至德爾道細語斯二世帝時代，設定嫁資之簡約，亦發生法律上之效力矣。此外，「贈與 (donatio inter vivos)」之成立，至帝政時代，亦不復若古代之須履行「曼兮怕蓄」或「要式口約」或「文書契約」等繁複之方式。依安東諾司帝 (Antonius) 之勅令，直系親屬間所爲之贈與，得僅因當事人之合意並向官廳登記而生效力；至優帝時代，卽登記之手續，亦非必要，贈與之標的，超過五百「元 (solidi)」者，雖仍須登記，但不登記時，僅就超過之額數，歸於無效而已。上述兩種簡約，均因皇帝承認其法律上之效力，而得爲訴訟之原因，故名皇帝勅令之簡約或「法定簡約」也。

第二目 契約之要素

契約之成立，須具備四種要素：(一)須有二以上之當事人，(二)須有標的，(三)須當事人之意思合致，(四)須有原因；茲分述之如次：

(I)二以上之當事人 契約之當事人，至少須有二人。爲契約之當事人，更有種種限制：奴隸無人權，固不得訂立契約；此外，子不得與父訂立契約，受同一親權支配之兄弟姊妹，亦不得互訂契約，縱有訂立之者，祇發生自然債權之關係而已。且契約當事人，更須有行爲能力；未成年人或「精神病人」單獨訂立之契約，雖非完全無效，

但無完全行為能力者，訂立契約後，均得撤銷之也。

(II) 標的 契約既發生債之關係，則不得不有相當之標的。是項標的，更須具備四種要件：(一) 標的須屬可能，(二) 須屬合法，(三) 標的之內容，須經確定或嗣後得以確定，(四) 契約之標的，對於應享利益之當事人，應俱相當之利益；此四種條件，已於總則編法律行為章中，詳細論及，茲不贅述。

(III) 當事人之意思之合致 當事人之合意，為各種契約之基礎；當事人之合意，有兩種步驟：一為要約，一為承諾。要約云者，訂約之提議，承諾云者，則接受訂約之提議之謂。要約與承諾，更須合致而為明白之表示，即所謂「意思表示」是已；意思表示一語，羅馬法上無獨立之名稱，可見其關於此點，無精深之理論。但據學者之解釋，則依羅馬法之精神，當事人間之意思之視為合致也，亦須要約與承諾兩相照合，並明白表示之也。要約 (pollicitatio) 未經接受前，除要約人外，他方當事人固不受其拘束；雖經承諾，亦必承諾人對於要約之內容，全部接受方始發生效力。至表示之方法，原則上，須有外界之行爲以表示之，至內心之意思而未現諸行爲者，必當事人間已有其他法律關係，而其意思並不能作另一解釋時，始得視為表示之方法；例如租賃契約終了後，承租人仍不遷讓時，苟承租人並不就租賃物主張物權，或爲其他之表示，其延不遷讓之事實，即可視為繼續租賃之表示矣。承諾之表示，須於要約人受要約之拘束時，或要約人要約之意思存在時爲之；當事人對話爲要約時，固極簡便；其隔地而爲要約者，則受要約拘束之時間，除經明定外，或至承諾之通知可以達到時爲止，或至要約人明瞭其通知之內容時爲止，或至承諾人作承諾之通知爲止，或至其發出通知書時爲止，是爲「受信主義」、「了知主義」、「表白主

義、「發信主義」等四種不同之學說；德日諸國及我國民法，則以受信主義爲原則者也。

再當事人之意思，須無瑕疵，卽其訂約之意思，並非因錯誤詐欺或脅迫而表示者是也；此三種「意思之瑕疵」之意義，於法律行爲章中，已有論列，茲將錯誤及詐欺所及於契約之不同效果，分別言之如次：

(甲) 錯誤 錯誤分「重要錯誤」與「次要錯誤」兩種，其是否重要，則以其是否關於各個契約之要點爲標準。因重要錯誤而訂立之契約，不得發生效力，其因次要錯誤而訂立者，則依然發生效力；例如：就契約之本質，或標之物之本質，或當事人之身分，有所錯誤，而訂立契約者，其契約無效；就標之物之質量，就當事人之信用或財產，有所錯誤，而訂立契約者，其契約依然有效。具體言之，如因誤認某甲富有財產或信譽素著，而與之訂約，雖嗣後發覺其無支付能力，亦無可如何；若本欲與子訂約，而誤認丑爲子，則爲身分上之錯誤矣。至就標之物之數量，有所錯誤時，是否爲重要錯誤，則以個別之情形爲斷；在單務契約中，當事人之一方，請求若干，他方誤就較小之數量表示同意時，其契約視爲成立；在雙務契約中，當事人請求若干，他方誤就較小之數量表示同意時，亦就較小之數量，其契約視爲成立；但在雙務契約中，當事人之一方，請求若干，他方誤就較小之數量，表示同意時，則爲重要錯誤，其契約亦歸無效也。

(乙) 詐欺 羅馬法分詐欺爲「善詐欺 (dolus bonus)」與「惡詐欺 (dolus malus)」兩種；前者指當事人隱藏標之物之瑕疵，故意誇炫其質量而言，契約並不因此而歸無效；後者則指當事人虛僞聲稱其標之物所不具備之質量而言，有使契約無效之效力也。按詐欺本出於惡意，無善惡之可分，現代法例或學說，固不

採此說，似亦不爲羅馬法所應有之理論；或謂羅馬法學者之採此說，係摭拾古代之遺緒，以免契約無效爲目的者也。

(IV) 須有原因 原因或稱契約之近因，乃債務人負擔義務之直接目的，而同一法律行爲所共同之法律上之前因也；例如：承租人以使用租賃物爲租賃契約之法律上之前因，此爲各租賃契約所共同者也。契約之原因與契約之動機有別；契約之動機，或稱遠因，或稱原因之原因，乃同種類法律行爲所各異之事實上之前因，而原因所以發生之緣由也；例如：因宴會而租賃禮廳，使用租賃物爲租賃之原因；而宴會則租賃之動機或遠因，亦即使用禮廳之原因，而爲各個租賃契約所未必盡同者。依現代法例，契約之動機如何在所不問，而契約之成立，均以具備真實而合法之原因爲前提；依羅馬古法則否，契約履行一定之方式後，即發生效力，而不論其原因之有無也。但後世思想進步，契約之成立，重意思而不重方式，略式契約，固須具備原因，即要式契約中，無原因而負債務之當事人，亦受法律之保護矣。茲分羅馬法兩種時期中不同之規定如次：

(甲) 羅馬古代 古代之契約，均爲要式契約，苟履行一定方式，其契約即發生效力，例如：口頭契約中，債務人對債權人之發問，一經答覆，即負照約履行之義務；因借貸而承諾付款者，縱嗣後未收到借款，實際上並無付款之原因，其付款之義務，依然存在；因使他人犯罪或勸阻其犯罪而承諾付款者，其付款之原因，縱不合法，不道德，而履行之義務，依然存在。總之，有無原因，或原因是否合法，是否合乎道德，均不影響契約之成立也。

(乙) 羅馬新法 迨後世形式主義漸殺，一般契約，不重方式，是爲略式契約。略式契約，類皆具體化，債權

人起訴主張權利時，必須證明其權利所由發生之契約之內容；在雙務契約中，當事人一方之債之標的，即爲他方之債之原因，一方之債，無合法之原因，則他方之債，無合法之標的，故其契約，亦歸無效；即在單務契約，例如消費借貸，亦以借用人收到借用物，爲其償還義務之原因，亦即以此爲借貸契約之要素，苟借貸契約，缺乏是項要素，則債權人不得主張借貸契約所付予之權利也。

略式契約存在時，要式契約，並未完全廢除；要式契約，祇以一定之方式爲要素，而不必具備原因，但至後世法律思想進步，遂認原因爲契約成立之條件，故無原因之契約，或因不法原因成立之契約，亦不克完全發生效力矣。依裁判官法之規定，當事人因誤信有原因而承認債務，其原因並不存在時，得提起「詐欺之抗辯」，拒絕履行。另一方面，依市民法之規定，當事人已經因錯誤而履行是項債務者，得提起「不當得利之訴」(condictio indebiti)；請求他方返還之，其未履行者，得提起「無原因之訴」(condictio sine causa)；請求宣告其不受是項債務之拘束；是無原因而負債務之當事人，即在要式契約，亦備受兩種之保護也。於此與略式契約有別者，即在略式契約中，祇債權人對於原因之存在，負證明之責；而在要式契約，則須債務人證明其所承認之債務，不具備實在之原因耳。

至要式契約之祇有不法之原因者，其不法之原因，於當事人雙方存在時，債務人祇得提起「詐欺之抗辯」，拒絕履行其所承認之債務；例如某甲向乙約定給付銀洋千元，使乙爲犯罪行爲時，此債務之原因，就甲乙雙方均爲不法，而甲祇受裁判官法之保護，得提起抗辯，拒絕履行而已；反之，如其不法之原因，僅就債權人一方存在時，債務人除得拒絕給付外，更得依市民法之規定，請求債權人返還，或訴請法院宣告其不受債之拘束也。所謂不法之

原因，僅就債權人一方存在者，例如某甲向乙約定給付銀洋千元，以勸阻乙之犯罪爲負債之原因等是。是不法之原因，因存在於當事人之一方或雙方，而發生不同之效果；此其原則，現代法例多援用之。我國民法第一百八十條第四款謂：「因不法之原因而爲給付者（不得請求返還）但不法之原因，於受領人一方存在時，不在此限。」云云，其一例也。

第二款 準契約（無因管理不當得利及其他準契約）

第一目 無因管理（negotiorum gestio）

（一）無因管理之意義及其要件

「negotiorum」一字，作事務解，「gestio」一字，則作管理解，二字並用時，就其抽象之字義言，本作管理事務解，故我國學者或譯作「事務管理」；但其具體之意義，即「未受他人委任，並無法律上之義務，以避免損害爲目的而管理他人之事務」之謂，故我國學說及法例，現多稱「無因管理」也。無因管理之意義，既如上述，故其成立也，須具備下列數種要件：

（一）管理之標的須爲他人之事務 所管理者，如爲本人之事務，或誤信爲他人之事務，並有爲他人管理之意思而處理之者，自不得與該他人發生債之關係。所謂他人之事務者，指屬於管理人以外者而言，其與管理人之事務，有牽連關係者，則就管理人以外之部分，仍爲他人之事務也；例如甲乙二人共同對丙負債若干，苟甲就全部而爲清償，則就乙所負之部分之清償，仍爲他人（即乙）之事務也。所謂管理，指廣義之處理而言，不

以狹義之管理行為爲限，例如見鄰人之水果有腐壞之虞，代爲賣出時，雖爲處分行爲，其爲無因管理，則一也。

(二) 管理須無法律上之原因。因受他人委託而處理其事務者，是爲委任契約之履行；至因有法律上之義務而處理他人之事務者，例如警察或救火員之救護等情，則爲法定義務之履行，亦不適用無因管理之規定也。

(三) 管理人須有爲他人管理事務之意思。即管理人處理事務時，應有爲本人之計算之意思，亦即就其管理事務所可取得之利益，應有移轉於本人使本人享受之意思；其以自己之利益爲管理之目的者，則不適用無因管理之規定，例如以使用他人之房產爲目的，而代爲修繕等是。

(II) 管理人之義務

(一) 開始管理後，管理人於本人不能繼續處理前，應完成其所管理之事務，日本民法第七百條，法國民法第一千三百七十二條，亦有同樣之規定；但依日本民法第七百條但書，如繼續管理，有反本人之意思或顯然不利於本人時，則管理人無繼續之義務也。

(二) 管理人應就其管理之事務，而爲決算，並向本人報告之。

(三) 因其管理之事務所可取得之利益，管理人應移交於本人。

(四) 管理人須有誠實之意思，並盡善良管理人之注意。

管理人不盡上述數種義務時，本人得提起「無因管理直接之訴」(actio negotiorum gestorum directa)。

以制裁之也。

(III) 本人之義務

(1) 管理人因管理事務所支出之必要費用或有益費用，本人應支付之；關於奢侈費用，管理人僅於不毀損原物之限度內，得拆除其改良物，而無請求本人支付之權。至管理人因管理事務所耗去之時間精力，本人無支付報酬之義務也。

(2) 管理人因管理事務所負擔之債務，本人應承擔之。

本人不盡上述兩種義務時，管理人得提起「無因管理相對之訴」(*actio negotiorum gestorum contra-ritā*)，以制裁之，但須具備三種條件：其一，管理人支出費用或負擔債務，須為本人之計算，而以拘束本人為目的；其二，須管理人並不違反本人之確定意思；其三，須為本人之利益而支出費用或負擔債務。至於管理之是否需要，費用之是否必要或有益，則均依開始管理時之實際情形斷定之也。

第二目 不當得利 (*receptum indebiti*)

(I) 不當得利之意義

無法律上之原因而受利益，致他人蒙受損害者，謂之「不當得利」。無原因而負債務或因不法之原因而負債務者，履行後，得提起「不當得利之訴」；其履行要式契約之方式者，除不法之原因，於當事人雙方存在外，亦得提起之；是皆不當得利之實例，已於契約之要素部分論及之矣。

(II) 不當得利之要件

不當得利之成立，須具備三種要件，否則已爲給付之一方，不得提起「不當得利之訴」，請求他方返還其所受之利益也。茲分述此三種要件如次：

(一) 須已爲給付并以消滅債務爲交付之目的。交付之物件，爲金錢爲特定物或不特定物，則在所不論也。

(二) 須受領人之受領給付無法律上之原因。例如：給付人所欲消滅之債務，事實上並不存在，或爲得以撤銷之債，或爲附有停止條件之債，或非受領人所應享受之債，或非給付人所應履行之債，則受領人因他人之給付而享受利益，致他人蒙受損失，自非法律所許也。

(三) 須給付人係因錯誤而爲給付。即須給付人誤信其對受領人負擔債務是也；反之，如給付人明知無給付之義務而爲給付時，以贈與論，但依情形，其給付可解作爲第三人消滅債務者，不在此限。依我國民法第一百八十條第三款，日本民法第七百零五條之規定，因清償債務而爲給付，於給付時明知無給付之義務者，不得請求返還；非因錯誤而爲給付者，雖未明定其作贈與論，然既不得請求返還，固應亦作贈與解釋之也。

(III) 不當得利之訴之效果

不當得利成立後，已爲給付之當事人，有請求受領人返還之權，而受領人亦即有返還之義務，故與契約等同爲債之發生原因。但給付人所得提起之「不當得利之訴」，因受領人之受領，出於善意或出於惡意而發生不同

之效果果其受領出於善意，僅就其現存之利益，負債還之責；反之，如其受領出於惡意，則應連同所可取得之孳息，返還其受領之利益，其受領之利益，如依其性質或其他情形，不能返還，應償還其價額，如有損害，並應賠償；我國民法第一百八十二條譯『不當得利之受領人，不知無法律上之原因，而其所受之利益已不存在者，免負返還或償還價額之責任，受領人於受領時，明知無法律上之原因或其後知之者，應將受領時所得之利益，或知無法律上之原因時所現存之利益，附加利息一併償還，如有損害，並應賠償』云云，殆與羅馬法同有精密合理之規定矣。

第三目 其他準契約

學說上視爲準契約之關係者，除無因管理不當得利兩種外，復有其他多種，茲略述左列五種如次：

(一) 共有 (communio incidens)

共有云者，就同一物件之全部，數人同有所有權之謂；但共有之視爲準契約，以因法律而成立者爲限，例如因繼承遺產而成立之共有關係等是。基於共有關係，各共有人間，發生分析共有物，分擔費用等權利義務關係，故其亦有爲債之發生原因之一；但共有因契約而成立者，其所發生之權義關係，則以當事人間之契約爲其原因，而不以共有之事實，爲其發生之原因也。

(二) 繼承 (successio)

繼承亦發生權利義務之關係，例如遺贈或死因贈與之履行等，皆爲繼承人之義務是也。是項義務，並不以契約爲其發生之原因，其發生之原因，即繼承之事實是已，故亦爲準契約之一種也。

(三) 海損 (*Lex Rhodia de jactu*)

船舶遇險時，以避免沉沒爲目的而拋棄貨物者，謂之海損；因拋棄貨物而發生之損失，應由船舶所有人及貨物所有人，平均負擔，此乃現代各國海商法所採取之原則。是項原則，來自老代斯島 (*Rhodes*)，其和末造，羅馬法學者採此原則而成海損之理論，故稱海損曰「*Lex Rhodia de jactu* (老代斯拋棄之規則)」也。基於海損之事實，船舶所有人及貨物所有人間，均發生權利義務關係，故亦爲債之發生原因也。

(四) 監護及保佐 (*tutela et curatio*)

監護保佐，均發生權利義務之關係，但不以當事人之意思合致爲必要；質言之，監護人與受監護人間及保佐人與受保佐人間之權義關係，不以當事人間之契約爲原因，而以監護或保佐之事實爲原因也。

(五) 旅店及船舶接收旅客攜帶物之事實 (*receptum nautarum cauponum stabulariorum*)

船舶運送旅客，或旅店寄寓旅客，本以運送旅客或供給旅客住宿爲契約之本旨；對旅客攜帶之物件所負擔之運送或寄託之義務，並非直接以契約爲發生之原因，而其發生之原因，厥爲接收是項物件之事實而已，故此事實亦爲準契約之一種也。

綜上數種所謂準契約，固同爲債之發生原因，但依現代法例之規定，及現代學說之解釋，則類皆債之法定原因；例如前四項皆分別規定於物權法、繼承法、親屬法、或海商法，因第五項事實所發生之債，則視爲運送契約寄託契約之當然結果，而以契約爲其直接之發生原因，而無所謂準契約也。即就我國法例言，除無因管理不當得利兩

者，與契約並列而爲債之法定原因外，因旅客攜帶之物品所發生之債，均規定於寄託契約及運送契約，以契約爲其原因；基於共有等項所發生之債，則分別規定於物權法、親屬法、繼承法、或海商法，而以法律之規定，爲其發生之原因也。

第三款 侵權行爲 (actus injura)

第一目 侵權行爲之意義

侵權行爲者，因故意或過失不法侵害他人權利之行爲也；故侵權行爲之原素有二：(一)須有侵害他人權利之事實，(二)須行爲人對其行爲負法律上之責任。侵權行爲，發生權利義務關係，蓋被害人對於行爲人享有權利，另一方面，行爲人對於被害人負有義務，如損害賠償等是；故侵權行爲，亦爲債之發生之原因也。

第二目 侵權行爲之種類

侵權行爲，可分兩種：(一)違反約定義務之行爲，(二)直接違反法律之行爲；茲分述之如次：

第一項 違反約定義務之行爲

違反約定義務云者，行爲人所違反者，爲契約上之特別義務，而非直接違反法律之謂。然約定義務之違反，因行爲人出於故意或出於過失而發生不同之效果焉，例如債務人違反約定義務，出於故意時，不得事先與債權人約定免除其違約之責任；反之，因過失而違約之責任，當事人得事先合意免除之也。至於違反約定義務之行爲，或爲積極之行爲，或爲消極之不行爲，茲將故意與過失之意義，分別言之如次：

(1) 故意(dolus)

明知其行爲害及他人之權利而立意爲之者，謂之故意；故意，指行爲與不行爲兩種而言，如債務人有給付能力而不願履行債務，則爲不行爲之故意也。債務人因故意行爲或不行爲而害及債權人之權利者，則債權人有請求損害賠償或解除契約之權；且是項權利，並不得於發覺以前，合意拋棄之也。

(2) 過失(culpa)

對於應加注意(diligentia)之事，怠於注意者，謂之過失；過失，亦指行爲及不行爲兩種而言，如因僕人未繫妥所馭之馬，該馬逃逸無蹤，致主人蒙受損失，則爲不行爲之過失也。

羅馬法分過失爲「重過失(culpa lata)」與「輕過失(culpa levis)」兩種：重過失，指未盡「疎忽之人」可有之注意而言，質言之，極簡明之事實，雖疎忽之人，亦可注意及之而免致害及他人之權利，而當事人並未加注意，致害及他人之權利，故該當事人之過失，視爲重過失也；反之，已盡疎忽之人可有之注意，而未盡「善良家父(honus paterfamilias)」之注意，則爲輕過失，蓋善良家父，每爲機謹之人，其所不注意者，往往不關重要，故怠於爲善良家父之注意時，祇犯輕過失也。且也，依中古註釋家之理論，輕過失，更有「抽象輕過失(culpa levis in abstractio)」與「具體輕過失(culpa levis in concreto)」之分：前者，指未盡「善良家父」於處理一般事件時所爲之注意而言，輕過失之有無，祇依抽象之標準，故名抽象輕過失；後者，指未盡當事人本人於處理自己之事件時所爲之注意而言，輕過失之有無，則依具體之標準，故名具體輕過失也。

綜上分類，羅馬法所謂過失者，除原有重過失與輕過失之分類外，經中古註釋家之分析，更有抽象輕過失與具體輕過失之別。至西曆紀元後第十八世紀，學者謂除上述各種之輕過失外，更有一種所謂「最輕過失」(culpa levissima)；但德儒赫斯 (Haseo) 於其所著之過失論一書中，曾反對此說，且謂羅馬法上之過失，僅有重過失與輕過失兩種，並證明最輕過失與輕過失實無差別也。

第二項 直接違反法律之行爲〔私犯〕 〔準私犯〕

直接違反法律之行爲，可分爲兩種，即（一）「私犯」(delictum)；（二）「準私犯」(quasi delictum)』是也。竊盜、強盜、加害於他人之所有物、妨害名譽等項，屬於前者；奴隸加害於他人等項，則屬於後者。所謂準私犯云者，即類似私犯，而在法定各種私犯以外之侵權行爲；因準私犯而發生之債，其義務人並未必即爲侵權行爲之主體也。以言「私犯」與「準私犯」之分類，並無若何標準；迨法律進步時期，理論方面，有兩種標準：其一，私犯之構成，須有惡意，準私犯則否；其二，私犯成立後，除民事責任外，並有罪刑之制裁，準私犯則僅發生損害賠償之責任而已；然此兩說，並不合羅馬法之精神也。

(甲) 「私犯」(delictum)』

私犯云者，致他人蒙受損害之不法行爲也。「delictus」一字，本作犯罪解，但至十二表法時代，有「公犯」(crimina publica)』與「私犯」(delicta privata)』之分；前者，指妨害國家法律及社會秩序之罪行而言，直接由國家懲罰之；後者，則指妨害私人法益之不法行爲而言，其發生之結果，則僅對被害人給付金錢，以賠償其損害而

已，所謂私犯云者，亦即公犯之相對名詞已耳。至帝政時代，昔之所謂私犯者，亦漸入於公犯之範圍，可由國家直接處罰之矣；但私犯之行爲人，或受公法上之制裁，或負私法上之責任，被害人仍得選擇之也。

私犯之意義，既如上述，其所包括者，本不一而足，其最重要者，則有六種：一曰竊盜，二曰強盜，三曰恐嚇，四曰詐欺，五曰對於財產之侵害，六曰對於人格人體之侵害；茲分述之如次：

(壹) 竊盜 (Furtum)

現代法例所謂竊盜，僅指竊取他人之所有物之行爲而言；我國刑法第三百二十條第一項前段，亦謂：「意圖爲自己或第三人不法之所有而取他人之動產者，爲竊盜罪。」但羅馬法所稱之竊盜，其範圍極廣，而分竊盜爲三種：一曰「物品盜 (furtum ipsius rei)」即竊取物件之本身之謂；二曰「使用盜 (furtum usus)」即無使用權者，私自使用他人之物件之謂；三曰「占有盜 (furtum possessionis)」即就本人之物件已失占有者，從占有人處竊取其占有之謂。依據羅馬法之定義，「意圖不法之利益，惡意移動物件，而違反被害人之意旨者 (contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi causa)」謂之竊盜，故分析言之，竊盜之成立，須具備三種要素：一曰「物件之移動 (contrectatio rei)」即竊取物件之本身，物件之使用或其占有之謂；二曰「惡意 (fraudulosa)」即無移動之權者，有違反權利人之意旨之違法故意是已；三曰「意圖不法之利益 (lucri faciendi causa)」即移動物件，以享受財產上不法之利益爲目的之謂。其第一要素，爲物件之移動；故竊盜之成立，以關於動產爲限也。

因竊盜而發生之訴權，可分爲兩種：一曰「處罰竊盜之訴」(actio furti)；二曰「基於竊盜之民訴」(con-dictio furtiva)；茲分述之如次：

(I) 「處罰竊盜之訴」

處罰竊盜之訴，即對竊盜處以罰金之刑訴也。罰金之數額，爲物價之兩倍或四倍；普通竊盜犯之罰金，爲竊盜標之物之價值之兩倍；現行竊盜犯之罰金，則爲物價之四倍。正爲竊盜行爲時被捕者，或竊盜初途時當場被捕者，或在贓物藏匿於穩妥之處所以前被捕者，皆謂之「現行竊盜犯」(furtum manifestum)；此外，則皆「非現行竊盜犯」(furtum non manifestum)也。得提起此訴者，不以物件所有人爲限，凡就竊盜之發生有利害關係者，均得提起之；例如竊盜而爲「物品盜」時，質權人受寄人承租人或使用借貸中之借用人，對物件所有人負返還之責者，就竊盜之發生，均有利害關係，故均得提起處罰竊盜之訴也；竊盜而爲物品盜時，有直接利害關係之人，並非物件所有人本人，而爲質權人等對之負返還責任之人，故有提起此訴之權者，首推質權人等，而所有人次之，必質權人等死亡或不提起此訴，並不能向所有人負返還責任之時，所有人始得提起之；蓋必在此等情形之下，所有人始爲「物品盜」之直接被害人耳。

「處罰竊盜之訴」爲刑訴之一種，故竊盜犯本人死亡時，不得以其繼承人爲被告，竊盜犯有數人時，對於罰金之總額，各負連帶責任；例如被竊盜之物價爲五十元，罰金以物價之兩倍計算，共爲百元，三人共犯竊盜時，其總額爲三百元；罰金以物價之四倍計算，即爲二百元，三人共犯竊盜時，其總額則爲六百元；此三百元或

六百元之總額，各犯均有全部給付之義務也。再加害人爲「他權人」時，得以其所屬之「自權人」爲此訴之被告焉。

依羅馬古法，竊盜在公法方面所受之制裁，因其係現行犯或非現行犯而有重要之區別：對於非現行犯，自十二表法以至優帝時代，均處以兩倍物價之罰金而已；現行犯在十二表法時，則因各人之身分而有不同之嚴酷制裁也。依十二表法之規定，現行竊盜犯爲奴隸時，處以死刑，爲自由人時，則應淪爲被害人之奴隸；縱現行犯爲未成年，不論其爲奴隸或自由人，亦得鞭撻之也。直至裁判官法時代，始改科四倍物價之罰金，然較諸非現行犯之制裁，仍嚴厲多也。再此所謂罰金，與現代法例有別，卽罰金由被害人享受，而不若現代之罰金，均由國家享受之也。

(II) 「基於竊盜之民訴」

是項訴權，爲民訴之一種，其目的，僅在被害人請求返還原物或給付其價值而已。返還原物時，應連同孳息及其他從屬物，一併返還之。且是項訴訟之被告，不以竊盜犯本人爲限，對其繼承人及一般占有贓物之人，均得提起之；竊盜犯有數人時，對於原物之返還或其代價之給付，各負連帶責任，但其繼承人不負連帶責任，僅各按其部分 (pro parte)，比例分擔而已。

竊盜而爲「物品盜」時，得提起此訴者，以物件之所有人爲限，但爲「使用盜」時，則寄託物件之人亦得提起之，而不以其所有人爲限；例如甲將某物寄託乙處，乙使用該物時，固構成使用盜，而甲亦得提起此訴。

然甲未必即爲該物之所有人也。

(貳) 強盜 (rapina)

強盜云者，意圖不法之利益，以強暴脅迫之方法，非法攫取他人之所有物之謂。羅馬古代，強盜與竊盜，在制裁方面，並無差別；直至羅馬建國後第六百七十八年，有外事裁判官戴刃濟語斯 (Terentius Luccillus) 其人者，頒佈告示：凡糾衆竊盜或攜帶兇器致生損害於他人者，不以普通私犯論科，並規定一種特別新訴，曰「強迫奪取之訴 (actio bonorum vi raportum)」以制裁之；所謂強盜者，亦適用此新訴權，而不適用關於竊盜之新訴；竊盜與強盜，遂有不同之制裁矣。此訴之普通效果，即被告給付四倍物件之價值或四倍損害之金額而已；但用以制裁強盜，則發生特別嚴峻之效果，即提起此訴時，強盜犯即當然「破廉恥」而無健全之「人格」是也。此四倍之物價，依法律進步時期之一般解釋，均爲公法上犯罪之罰金，依優帝之規定，則其三倍爲罰金，一倍爲私法上損害之賠償。是項罰金，既由被害人享受，此四倍之物價全部，均係罰金，抑祇一部分爲罰金，固非重要問題；顧苟全部均係罰金，則被害人除請求強給四倍之物價外，仍得請求加害人負私法上損害賠償之責任，反之則否，故此問題之結果，未盡同也。

得提起此訴者，以被害人本人爲限，其被告亦爲強盜犯本人而已，而不得向其繼承人提起之。且提起此訴，自強盜成立之日起，以一年之「有用期間」爲限；經過此期間後，則被害人僅有請求賠償損害之權利而已。

(參) 恐嚇 (metus)

恐嚇之構成「私犯」亦自裁判官法始。在裁判官耳打護斯 (Oclavius) 以前，關於恐嚇，並無處罰之規定，蓋在古代，法律行為之成立，每須官吏或證人到場，以恐嚇之方法，使人爲某種法律行為之情狀，實際上，不易發生，迨羅馬建國後第七世紀末葉，耳打護斯氏規定，凡使他人爲法律行為或非法律行為而實施恐嚇者，以「私犯」論，被害人得提起「恐嚇之訴」(actio metus)，以制裁之。此訴於一年之「有用期間」內提起時，恐嚇犯應給付四倍損害金額之罰金，但於此期間後提起之者，被害人亦得請求其賠償因恐嚇而發生之損害也。

被害人除得提起上述「恐嚇之訴」外，得提起「恐嚇之抗辯」(exceptio metus)，以拒絕履行因被恐嚇而成立之法律行為，并得行使「回復原狀之訴」(restitutio in integrum)，以撤銷之也。至恐嚇之訴之被告，最初以恐嚇犯本人爲限，嗣凡因恐嚇而受利益之第三人，亦得爲此訴被告，而處以所得利益之四倍之罰金；繼而，以第三人拒絕返還其所受之利益者爲限，得爲此訴之被告；最後，則此訴之目的，僅在解除因恐嚇而成立之法律行為而已。但恐嚇之訴，究爲刑訴之一種，不得以恐嚇犯之繼承人爲被告，帝政時代伊始，其繼承人雖得列爲被告，然僅就其享受利益之限度內，負返還之責任已耳。

(肆) 詐欺 (dolus malus)

詐欺之視爲「私犯」，亦爲裁判官法所規定。依羅馬古法，詐欺之行為，並不處罰，推其原因，或謂：古代立法者認爲行爲人可向證人徵求意見，並應機謹行事，而對詐僞之應行制裁，尙未注意及之，似亦不無理由也。嗣後，人民機詐百出，裁判官阿貴利語斯 (Aquilus Gallus)，遂於羅馬建國後第六百八十八年，規定「詐

欺之訴 (actio de dolo) 以制裁之。「詐欺之抗辯」則此後始規定者。提起此訴，亦以一年之「有期間」以內爲限，但與「恐嚇之訴」所不同者，則有下列四要點，茲分述之如次：

(一) 此訴成立後，被告即當然爲「破廉恥人」，而無健全之人格，其效果如此嚴重，故必行使詐術之人，拒絕賠償被害人所受之損害，始得提起之，殆亦刑期無刑之原則，與現代法例刑訴進行中華子和解之規定，相類似也。至此訴成立後，被告除受「破廉恥」之制裁外，祇賠償被害人因詐欺所受之損害而已。

(二) 此訴祇得對行使詐術者本人提起之；因此而享受利益之第三人，則不得列爲被告也。

(三) 詐欺之訴，有補充之性質，實言之，被害人必須無其他方法攻擊加害人時，始得提起之；例如因詐欺而成立之行為，爲法律行爲時，被害人得根據契約對之起訴或提起抗辯者，不得提起詐欺之訴；反之，因詐欺而成立者，如爲非法行爲或與第三人訂立之契約等，被害人即無根據此等關係向加害人起訴或提起抗辯之可能，故得提起詐欺之訴也。夫此限制，殆亦所以使加害人免受破廉恥之制裁耳。

(四) 加害人有數人時，如其中之一人，已經賠償被害人所受之損害，則詐欺之訴，對於其他共犯，亦歸消滅，此亦與恐嚇之訴等之不同點也。

(五) 對於財產之侵害 (damnum injuria datum)

竊盜與強盜，固均爲對於財產之侵害行爲，但此兩種侵害行爲，以行爲人意圖利益爲要素；此所謂「對於財產之侵害」者，其行爲人未必有希圖利益之意思，依十二表法之規定，爲特別之「私犯」，而與竊盜等不受

同樣之制裁。在十二表法及羅馬建國後第七世紀之間，有平民會委員阿貴利語斯（Aquilus）其人者，提議一種新法，分此等特別私犯爲三種，是爲阿貴利亞法（Lex Aquilia）。此新法共分三章：第一章規定對殺死奴隸或家畜之侵害行爲，第二章規定「副債權人（*adshpulator* 卽債權人委任行使債權之代理人）」擅自免除債權之侵害行爲，第三章則規定傷害奴隸家畜或毀損其他有體物之侵害行爲。阿貴利亞法之條文，早已殘缺不齊，第二章之內容，直至西曆紀元後第一千八百十六年，發現嚙尤士之法學階梯時，始知其詳，卽其頒行之期日，現代亦鮮有能明辨之者矣。依第一章之規定，加害人應給付奴隸或家畜於過去一年內所有之最高價額；依第二章之規定，加害人應給付債權人所受損害之金額，如副債權人否認債之關係，則同時處以兩倍損害金額之罰金；依第三章之規定，則加害人應給付傷害及毀損各物過去三十日內所有之最高價額，依嚙尤士及優帝之見解，加害人所應給付者，並非單純民法上之制裁，而刑法上之制裁，亦包括在內；前者之理由，謂侵害債權之副債權人否認債之關係時，處以兩倍之罰金，則此兩倍罰金，卽刑法上之制裁也；後者之理由，謂第一章及第三章規定之侵害行爲，其行爲人所應給付各物過去一年內或三十日內之最高價額，每超過加害時各物所有之實在價額，則給付超過之價額，卽刑法上之制裁也。然所謂刑法上之罰金，皆由被害人受領之；或爲刑法上之制裁，或爲私法上之制裁，亦祇理論方面之區別耳。

阿貴利亞法第一章及第三章所載之侵害行爲，須具備兩種特別要件，而與其他「私犯」不同其趣，茲分述之如次：

(一) 須損害係直接由加害人之行爲所致。例如奴隸或家畜須直接由加害人打死或殺斃等是；反之，如因加害人追逐或驚嚇等情，致失足跌死或墮水溺斃者，則損害之發生，非直接由加害人之行爲所致，不得適用阿貴利亞法之規定也。

(二) 須有損及各物本身之侵害行爲。所有人蒙受損害，不以其奴隸家畜本身之死傷或其他有體物之毀損爲必要，例如：釋放家畜或造成機會使奴隸逃走時，未嘗損及各物之本身，而其所有人蒙受損害如故；在此等情形之下，阿貴利亞法不適用。苟適用此法，除所有人蒙受損失外，必須有一種侵害，直接加諸各物本身，例如：殺斃或傷害奴隸家畜，或毀損其他物件，致所有人蒙受損害等是也。

歸納言之，上述兩種要件，一爲發生損害之原因方面之要件，一爲侵害之結果方面之要件。羅馬法統稱之曰：「因行爲並對於物件 (*corpore et corpori*)」之要件。因有此兩種要件也。阿貴利亞法之適用範圍極狹，但嗣後裁判官漸擴大其適用之範圍矣；例如損害之發生，非直接因加害人之行爲所致者，或未損及各物之本身者，均得援用阿貴利亞法之規定也。

依阿貴利亞法之規定，因對於財產之侵害而得提起訴訟者，以各物之所有人爲限，他如質權人、占有人、抵押權人等，就物件而有利害關係者，不得爲訴訟之原告；但後之裁判官，鑒於實際上之需要，乃相繼改定，予質權人等以起訴之權；嗣凡自由人被傷害時，且得援用阿貴利亞法之規定，請求加害人賠償損害也。再侵害財產之事實，最初須爲積極之行爲，繼而凡有爲積極行爲之義務者，不盡此義務之消極不行爲，亦得與積極行爲，發生

同一之結果矣。

(陸)對於人格人體之侵害 (injuria)

是項「私犯」十二表法已有明文規定，但其內容，代有變遷，而發生之結果，亦未必盡同；然其本質爲對於人格或人體之侵害，其制裁爲刑法上之處罰，則始終如一也。茲分四種時期，探討其變遷之情形如次：

(一)十二表法 十二表法所舉之實例，其最重要者，厥爲對於人體之侵害，或謂即僅此而已，對於人格或其他精神方面之侵害，並未列入之也。對於人體之侵害，又分三種：一曰四肢之折斷，二曰骨節之損傷，三曰因推打等情而發生之輕微傷害；以言其處罰之標準，亦有不同之規定：(1)四肢之一被折斷者，對加害人有報復之權，但已協議賠償約定之金額者，不在此限；(2)損人一骨者，視被害人爲奴隸或自由人，處以「亞斯(As)」一百五十枚或三百枚之罰金；(3)其他輕微傷害，則僅處以二十五「亞斯」之罰金也。

(二)裁判官法 裁判官保留十二表法所列舉之實例，同時擴充其內容，凡對於人之肉體或精神方面加以侵害者，均處罰之，故語言文字，均得視爲侵害人格之方法；以言此等私犯之制裁，均爲法定金額之處罰，但變更過去罰金一律之原則，而付法官以斟酌出入之權；即法官得依加害人之經濟狀況，受害人之社會地位，加害之情形，受害之部位等項，於大多數及最少數之限度內，科罰不同之金額是也。

依裁判官法之規定，加害人判處罰金，卽淪爲「破廉恥人」，故夫妻之一方，不得因他方侵害其身體人格，而對之起訴也。

(三)考乃利亞法(Lex Cornelia de injuriis) 考乃利語斯(Cornelius Sulla)將毆打及侵入住宅兩項列入於「公犯(delictum publica)」之範圍，是爲考乃利亞法(Lex Cornelia de injuriis)此兩項公犯之被害人，有「永久之利益(quaestio perpetua)」卽其起訴權，不因時效而消滅是也。

(四)帝政時期之法律 帝政時期之法律，漸有將此等「私犯」列入「公犯」之範圍之趨勢；但在各種侵害人體人格之私犯中，被害人得請求依舊法制裁之，或請求法官處以身體上之刑罰，就此兩種制裁，仍得自由選擇之也。

此等「私犯」隨個人利益主義及國家公益主義之消長，而漸列入「公犯」之範圍，已如上述，卽在十二表法時，雖由被害人領受罰金，而此等私犯之處罰，亦視爲完全刑法上之制裁；加害人有數人時，得同時向其全體起訴，而不得向繼承人提起之，而加害人死亡時，被害人之訴權，卽歸消滅，再加害人爲「他權人」時，得以其所屬之「自權人」爲被告也。

(乙)「準私犯(quasi delictum)」

準私犯者，乃類似私犯之侵權行爲，而未列入私犯者也。私犯與準私犯，本無若何區別，祇以私犯之種類內容，已經確定，尙未列入之侵權行爲，無以名之，乃名之曰「準私犯」耳。準私犯之種類，亦甚繁多，其最重要者，有下列六種，可資參考，前四者，則曾經尤士及優帝明文認定者也，茲分述之如次：

(一)法官不盡責守者(Judex qui item suam fecit) 法官故意爲不適當之審判時，固負損害賠

償之責，即於法律上或程序上有輕微過失，或怠於注意訴訟當事人之利益等情，亦應負責；例如於指定之期日不到庭審理者，其情節本輕，但因此而蒙受損害之當事人，亦得請求賠償損害也。

(二) 從建築物向街道投棄物件致生損害者，投棄之物件，或為液體物或為固體物，凡致人死傷或蒙受其他損害者，被害人得向所從投棄之建築物所有人，提起「澆潑或扔擲之訴」(actio de effusio vel de jactus)。此訴之名稱，蓋指投棄之物件或為液體物或固體物而言也。是項「準私犯」之效果，可分下列三種：

(1) 他人之奴隸牲畜或其他物件，因投棄之物件致死傷或毀損滅失時，其所有人，得向建築物所有人，請求賠償其損害金額之兩倍。

(2) 自由人因投棄之物件而被傷害時，得向建築物所有人請求賠償損害；其所得請求之金額，並無法定之限制，惟法官得斟酌增損之耳。

(3) 自由人因投棄之物件致死時，任何人得向官廳告發，而建築物所有人，並應向告發人給付五萬「賽斯達四」(sestertius)之罰鍰也。

(三) 建築物內陳列或懸掛之物件有墜落街道致生損害之虞者，損害雖未發生，既有發生之虞時，建築物之所有人，即應注意避免其發生，故裁判官法規定，任何人得向官廳告發是項未來之公共危險，並得請求判令建築物所有人向其給付一萬「賽斯達四」之罰鍰；但這是項「準私犯」所得提起之訴，曰「陳列或懸掛之訴」(actio positis et suspensis)，殊不足以表現其具體之意義也。

(四) 舟船旅店或馬房之員役犯竊盜或「對於財產之侵害」者 員役犯竊盜或有對於財產之侵害之不法行爲時，被害人得向船主旅店店主或馬房主人請求賠償損害金額之兩倍；夫此規定，殆所以使船主等僱用員役時，慎於擇人，免致旅客蒙受損失耳。

(五) 奴隸加損害於他人者 因奴隸之行爲致他人蒙受損害時，其所有人縱不知情，亦負賠償之責。被害人所得提起之訴，曰「過失之訴」(actiones noxales)，然而奴隸之所有人，並未必有何過失也。此訴之被告，當然爲奴隸現時之所有人；如所有人不履行賠償之義務，法官即將奴隸判歸被害人所有，但履行此義務時，奴隸仍歸原主所有也。

(六) 牲畜加損害於他人者 牲畜加害於他人時，其所有人雖無過失，亦對損害人負賠償之責。被害人提起「損害之訴」(actio de pauperie) 時，牲畜所有人賠償損害或無償移轉其牲畜於被害人，有自由選擇之權也。

「因牲畜致生損害於他人者，其所有人應負責任」之原則，現代法例，多採用之。此原則之目的，固在使所有人注意管束其牲畜而已，苟所有人已爲相當注意之管束，自不應仍負賠償之責；我國民法第一百九十條第一項謂：「動物加損害於他人由其占有有人負損害賠償責任，但依動物之種類性質已爲相當注意之管束，或縱爲相當注意之管束而仍不免發生損害者，不在此限。」云云，較諸羅馬法所載「損害之訴」之內容，似更精密而得體矣！

第三節 債之標的（給付）

第一款 給付之意義

我國民法第一百九十九條第一項謂：『債權人基於債之關係，得向債務人請求給付。』給付云者，即債之標的。是已；債之標的，與債之標的物有別：前者為債之目的，後者則為債務人應給付之物件，例如由買賣契約發生之債，債務人所應交付之物件，為債之標的物，而物件之交付，則其標的也。但債之標的，並不以物件之交付為限，故我國民法第一百九十九條第二項謂：『給付不以有財產價額者為限。』同條第三項及德國民法第二百四十一條末段同謂：『不作為亦得為給付』也。依羅馬學者之理論，債之標的，可分為下列三種：

- (一)「dare（交付）」即各種物權之移轉交付是也；
- (二)「facere（作為）」即交付以外之其他積極行為也；
- (三)「praestare（供給）」即「交付」與「作為」兩項以外之給付也，如關於損害賠償之給付等屬之。

第二款 給付之要件

依羅馬法之規定，債之標的，須具備四項條件：一曰給付須屬可能，二曰給付須屬合法，三曰給付須經確定或嗣後得以確定，四曰給付須於債權人有益，茲分述如次：

(一) 給付須屬可能

債之關係之存在，以債務人履行其給付之義務爲目的；給付如不可能，債之關係，已無存在之可能，故給付之可能，爲其第一要件也。是項不可能性，可分事實上之不可能，與法律上之不可能；如標的物從未存在或於債之關係成立時已不存在者，或以人力所不能及之行爲爲債之標的者，此爲事實上之不可能；給付之履行，違反法律之規定者，則爲法律上之不可能矣。如以不融通物爲買賣之標的物等是。關於法律上之不可能，法國民法亦有明文之規定，即第一千一百二十八條謂：『得爲契約之標的物者，以融通物爲限』是也。現代學者，對於給付之不可能性，更有其他分類：(一)絕對的不可能與相對的不可能，(二)原始的不可能與嗣後的不可能，(三)主觀的不可能與客觀的不可能等是也。

(二) 給付須屬合法

給付於事實上或法律上爲可能者，未必盡然合法。不合法之給付，指法律所禁止或處罰者之謂，例如不道德之事項或妨害公共秩序者，均屬之；我國民法第七十二條謂：『法律行爲有背於公共秩序或善良風俗者無效』瑞士債權法第十九條第一項，亦謂：『契約之標的爲不可能不合法或違反善良風俗者，其契約無效』蓋國家立法以維護社會安全，提高人民道德爲目的，故不承認是項契約與給付之效力也。

(三) 給付須經確定或嗣後得以確定

給付如未明定其內容，亦須嗣後有確定之可能；殆非然者，債務人將隨便免其責任，致債權人無從行使權利

矣；例如泛稱買賣房產一所，既未明定其種類，債務人將交付大都市中之高樓大廈耶？抑鄉村中之茅廬草舍耶？此其間，出入既大，債之標的，更無確定之可能矣。法國民法第一千一百二十九條第一項謂：『債之標的，至少須確定其種類；』蓋種類等項苟經確定，則債之標的有嗣後確定之可能耳。至於如何可謂確定或嗣後得以確定，則爲事實問題，隨各給付之性質而異其旨趣，固無共同之原則也。

(四) 給付須於債權人有益

給付有無利益，以債權人主觀的利益爲標準；然則是項利益，須爲金錢上之利益，抑精神上之利益耶？依延陵氏之說，則以純粹精神上之利益爲已足；但延氏之說，未必盡當，蓋羅馬債權人基於給付有精神上之利益者，每附定違約金，於債務人不履行時，則以請求給付違約金爲行使主債權之方法也。是項違約金之特約，於買賣奴隸時，往往用之，例如出賣人因愛惜奴隸，令買受人相約不虐待之，並於不履行是項給付時，給付違約金若干是也。「給付所供之利益，不以屬於金錢爲限」之理論，現代法例，亦多受羅馬法之影響，例如我國民法第一百九十二條謂：『給付不以有財產價格者爲限，』日本民法第三百九十九條謂：『債權雖不得見積於金錢者，得以之爲其目的，』等是也。至於精神上之利益之有無，其標準若何，抑亦學理上之重要問題；學者於此，分主觀說與客觀說兩派：前者謂給付有無利益，以債權人主觀之見解爲標準；後者則謂給付於債權人有無利益，應以一般常人之見解爲標準。按此兩說，當以客觀說，較爲合理，例如以繪畫一小幅，爲債之標的時，幼穉之圖畫，依一般常人之見解，無藝術上之價值者，債權人或以爲奇貨可居，堅令債務人繪畫之；若依主觀說，債務人應履行之，則實際上，債權人基於是項

債之關係，並無利益可言，法律自無保護之必要也。

第三款 給付之分類（債權之分類）

債權之標的物，性質未必盡同，給付之方法，亦不一致，故學者每分類言之，而債權之分類，則概以給付之分類爲標準者；例如以特定物爲債之標的物者，曰特定給付，亦曰特定債權等是。然則給付之分類與債權之分類，實二而一者，故學者概將債權之分類，列入給付之部分也。茲將債權之分類，分別言之如次：

（I）單一債權與集合債權

前者，指債權以單數物件之給付爲標的者而言；後者，則指當事人間同一之債之關係，而以多數物件之給付爲標的者而言，例如買馬四匹等是。但多數標的物，未必即構成集合債權；蓋依物之性質多數物組成集合物時，仍視爲單數之物件也，例如米穀一斗，圖書一部，數百圓之款項一宗等是。

（II）任意債權與選擇債權

任意債權云者，乃債務人得以他種給付代替原給付之債權也，例如債務人約定給付書籍一部之債務，於不給付時，得給付銀洋拾元以代清償等是；債務人以他種給付代替原給付之權利，曰代用權，亦曰補充權，我國民法雖未直接規定，但同法第三百十九條謂：『債權人受領他種給付以代原定之給付者，其債之關係消滅。』云云，是亦承認任意給付之效力矣。選擇債權云者，得從數個給付中選定一個給付以爲標的之債權也，例如債務人給付書籍一部或銀洋若干等是；選擇權，原則上屬於債務人，但法律另有規定或契約另有訂定者，不在此限。是項原則，

現代法例多採用之，我國民法第二百零八條亦有同樣之規定也。就理論言，任意債權與選擇債權，兩者間基本之區別，厥為標的之大多數與少數之區別：選擇債權之標的，係屬多數，而債務人所應履行者，則一而已；至於任意債權之標的，祇一而已，而債務人所得履行者，則有兩個；質言之，選擇債權中，各個給付均為債權之正式標的，任意債權中，祇以一個給付為債權之正式標的，而其他給付債務人所得用以替代原定之給付者，祇其補充之標的也。此原則，此兩種債權，發生下列三種區別：（一）任意債權之原定標的，因不可抗力而不能履行時，債務人即免其責；而在選擇債權，則非各個給付均因不可抗力而不能履行時，債務人仍不免其責任；（二）原定之給付為不可能或缺乏其他要件時，任意債權即不能成立；但在選擇債權，各個給付中，苟有一個健全之給付，雖其他給付為不可能或缺乏其他要件，而債權之本身，仍得視為成立也；（三）在任意債權中，債務人未表示拋棄其代用權時，縱有履行原定債權之意思表示，仍得行使其代用權，以他種給付代替之；但在選擇債權，債務人向債權人表示選擇時，其選擇權即歸消滅，而不得以他種給付代替選定之給付矣。

（III）種類債權與特定債權

以交付不特定物為標的之債權，曰種類債權，亦即以同種類數量之物件為標的物之債權也，例如當事人約定一方給付中國煤炭十噸於他方等是；反之，給付之標的物經個別指定者，曰特定債權，例如當事人約定以債務人之某部汽車為給付之標的物等是。種類債權，自始雖無特定給付物，在某種情形之下，亦視為有特定給付物，而成為特定債權焉；至種類債權，何時得視為變成特定債權，各國法例判例，不同其標準；有採分離主義者，即債務人

從同種類之物件中取出給付物時，該物即視為特定給付物；有採給付完了主義者，即債務人交付同種類物件之必要行為完了時，該物始視為特定給付物；有採受領主義者，即債權人受領給付時，同種類之物件，始視為特定給付物；我國民法仿德日民法採取折衷主義，故同法第二百零二條第二項謂：「前項情形，（指種類）債權人交付其物之必要行為為完結後，或經債權人之同意指定其應交付之物時，其物即為特定給付物。」標之物為特定物時，發生法律上重要之效果：特定給付物，因不可抗力而滅失時，債務人即免其責任，此其一；特定給付物，因債務人之過失而滅失時，債務人亦祇負損害賠償之責，而無給付同種類物件之義務，且買賣之標之物為特定物者，依我國前大理院三年上字第三七五號判例，債務人（賣主）更無以同種類數量之物件代替原給付物之權利，此其二；上述兩點，為特定給付及種類債權中給付物已經確定之效果，而與一般種類給付，劃然不同者也。以言種類債權，其標之物既非特定物，其品質復有高下之分，故最公允適當之道，應以法律行為之性質或當事人之意思，定其品質；不能依是項方法定其品質時，債務人應給付中等品質之物件，我國民法第二百零二條第一項有同樣之規定，且亦現代各國法例所採用之通則也。

（IV）金錢債權

金錢債權云者，即以給付一定數量之貨幣為標的之債權也。金錢債權之標的物，並非特定金錢；例如某甲將金錢若干儲藏於保險箱內，寄託某乙處，則其債權為特定物之債權，而非金錢債權也。貨幣為便利貿易之工具，更有法定貨幣與自由貨幣兩種：前者，係指有強制通用之效力者而言；後者，則為可以通用而無強制通用之效力之

貨幣也。再金錢給付之內容，性質亦不盡同，故現代學者分「金額給付」與「金種給付」兩種：金額給付云者，以一定金額爲標的物，而不以某種貨幣爲限之給付；金種給付云者，則以某種金錢爲標的物之給付也。無論爲金額給付或金種給付，除當事人間有相反之約定外，如約定之貨幣，至給付期喪失通用效力，債務人均得用通用貨幣履行給付也。

(V) 利息債權

利息債權云者，以給付利息爲請求標的之謂；而利息云者，則以替代物爲標的物之債權中，債務人依一定之利率給與債權人之報償，與主債務之額數及存續之期間成正比例，而與主債權之標的物同種類之替代物也。利息爲原本之報償，乃孳息之一種，利息債權，亦即附屬於原債權之從債權，故其成立也，必以主債權之成立爲要件，而主債權消滅時，利息債權，亦歸消滅；反之，從債權雖經消滅，而主債權仍能單獨存在也。利息債權之標的物，雖不以金錢爲限，而事實上，除金錢外，鮮有以其他代替物計算利息者。利息分法定利息與約定利息兩種：法定利息者，法律規定之利息；約定利息，則由當事人約定之利息也。就理論言，關於利息之約定，當事人固有絕對之自由；但社會經濟發生恐慌時，金融板滯，供不應求，重利盤剝者流，遂提高利率，剝削貧民，而一般貧民亦唯有重利借貸，飲鴆止渴，其結果極不人道，故羅馬法對於利息之約定，規定嚴格之限制，以救濟之也。是項限制，共有三種，茲分述如次：

(一) 關於利息總額之限制 未付利息之總額，不得超過原本之額數；質言之，到期而未給付之利息，已等於原本之額數時，原本即不得繼續孳生利息，即俗稱「一本一利」或「子不過母」之意，我國前清律例謂：

『私放錢債，年月雖多，不得過一本一利』殆亦參照羅馬法之規定也。歟？我國民法第二百零五條規定最高之利率不得超過週年百分之二十，同法第一百二十六條又規定利息各期給付之請求因五年間不行使而消滅，則債權人依此利率所得請求之利息總額，適爲原本百分之百，亦即與原本相等，故關於利息總額，民法之規定與前清律例之規定，實有完全相同之結果也。

(二)關於複利之限制 羅馬法禁止未付之利息滾入原本再生利息，縱當事人約定自請求給付時起得將利息加入原本，其約定亦不生法律上之效力，我國民法第二百零六條，雖有「利息不得滾入原本再生利息」之規定，然該條但書復謂：「但當事人以書面約定，利息遲付一年後，縱經催告而不償還時，債權人得將遲付之利息滾入原本者，依其約定。」是仍承認有條件之複利。

(三)關於利率之限制 利率云者，計算利息之標準也，如約定按月幾釐，或週年幾分起息等是。羅馬法規定之最高利率，先後不同：共和時代以還，約定之最高利率，爲週年百分之十二，但自優帝時起，復減至週年百分之六；我國民法第二百零五條規定之約定最高利率，則爲週年百分之二十，較諸羅馬法及其他現代法例，可謂過高之利率矣。

對於約定利息所加之限制，事實上，並無若何之效用，蓋舉債者迫於需要，急不暇擇，或於債務成立後無清償原本之能力，縱有禁止複利及限制利率之規定，債務人依然受債權人重利盤剝之痛苦，例如我國通行惡習，有折扣原本，預付利息，借據上虛載原本，或債務人各期給付之利息多於借據所載之利息等情是也，故救濟債務人之

根本辦法，在使社會安定，金融流通，民得其所，供過於求，殆非然者，限制雖嚴，仍無裨於實際也。

(VI) 損害賠償之債權

損害賠償，乃救濟損害之方法，損害賠償之意義，與刑罰之意義有別：後者之目的，在懲戒加害人之行為，而前者之目的，則在填補受害人所蒙之損害而已；故損害賠償之債權，亦即以填補損害為標的之債權也。然是項債權，有自債權成立伊始即以賠償損害為標的者，是為原始之損害賠償債權，如基於侵權行為或保險契約而發生之債權等；有自其他債權成立後方始成立，而本來不以賠償損害為債之標的者，是為傳來之損害賠償債權，如因債務人違反給付之本旨而發生之債權等。損害賠償之目的，既在填補受害人所蒙之損害，應以回復損害未發生前之原始狀態為原則；回復原狀太感困難甚至不可能時，得以金錢補償之，此為一般現代法例之通則也。但羅馬法以金錢賠償為原則，而不必為原狀之回復，日本民法因之；我國民法，則以回復原狀為原則者，故同法第二百一十三條第一項謂：「負損害賠償責任者，除法律另有規定或契約另有訂定外，應回復他方損害發生前之原狀；」第二百一十五條復謂：「不能回復原狀或回復顯有重大困難者，應以金錢賠償其損害。」且依同法第二百一十四條之規定，應回復原狀者，如經債權人定相當期限催告後，逾期不為回復，縱回復為可能或並無困難，債權人仍得請求以金錢賠償其損害也。

以金錢賠償損害時，計算之方法有二：或依市價估計債權人所失物件之價值，是為「客觀實價 (Verum rei pretium)」之計算；或以債權人主觀之利益為標準，估計其所受損失或所失利益之價值，是為「主觀利益 (uti-

Itas creditoris)」之計算，依第二項方法計算者，多爲因不履行債務而發生之損害。「客觀實價」之計算，極爲簡易，不至發生若何困難；「主觀利益」之估計，則不易過及適中，而收公平之效果。總之，計算損害時，無論採取何種方法，須具備三項條件：其一，須實際上發生損害；其二，須損害與可歸責於債務人之事由，有因果關係；其三，須損害之發生，爲債務人所能預見。茲分述如後：

(一) 須實際上發生損害 是項原則，羅馬法系之現代法例，均採用之。但英國法系，則不以損害之存在爲賠償之要件，實言之，依英國法系之法例，凡侵害他人權利者，縱令實際上並未發生損害，仍不免其責任也。損害，可分財產上之損害與非財產上之損害；前者，係指所受之不利利益，有財產上之價格者而言；後者，則指所受之不利利益，如生命、身體、名譽、姓名、自由等方面之損害，而有財產價格以外之價值者而言。有財產價格之損害，應依債權人財產上主觀之價值計算之，而不得依其精神上主觀之價值計算之也。例如某甲有古書十部，爲其祖先之遺產，如其業務上之需要爲估價之標準，值洋百元，則該書因他人之侵權行爲而損失時，甲祇得請求百元之數，而不得藉口係祖先之遺產，精神上之價值極大，而以百元以上之給付爲請求之標的也。依現代法例之規定，關於非財產上之損害，亦得請求賠償；我國民法第十九條謂：「姓名權受侵害者，得請求法院除去其侵害，並得請求損害賠償；」同法第一百九十五條謂：「不法侵害他人之身體、健康、名譽或自由者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額；」則皆其實例也。

損害又分積極之損害與消極之損害兩種：積極之損害云者，因某種原因事實，致減少現存之既得利益之

謂，如現存之物被毀損滅失等是，羅馬法稱曰「*dominium emergens*」，亦即我國民法第二百一十六條所稱之「所受損害」也。消極之損害云者，則因某種原因事實，致可得之未來利益不能實現之謂，例如債權人所有牛馬之勞務，每日可有十元之收入，因可歸責於債務人之事由，致十日內不能工作，卒使債權人可得之百元收入，無從實現等是；至其牲畜因受傷而減少之價值，則又積極之損害矣。消極之損害，羅馬法稱曰「*lucrum cessans*」，亦即我國民法第二百一十六條所稱之「所失利益」也。

(二) 須損害與可歸責於債務人之事由，有因果關係。此兩者間之因果關係，為客觀之因果關係；損害賠償債權之成立，固不以有是項直接之關係為必要，然此關係如太間接，致損害之發生與損害所由發生之事由，相去懸遠時，債權人亦不得主張之也；例如某甲因被乙傷害而往醫院就醫，途中遺失銀洋千元，而甲對乙之損害賠償債權，除醫藥費及因不能工作而損失之利益外，不得包括其所遺失之銀洋也。

(三) 須損害之發生為債務人所能預見。即所生之損害，須於契約成立時或事由發生時，為債務人所能預見之事實是也。是項條件之適用範圍，以損害賠償債權之因契約而發生者為限，質言之，其因法令而發生者，損害賠償債權之成立，不必具備是項條件也。且損害因契約關係而發生者，債務人如屬惡意，其所負之責任則愈大，例如某甲將明知有傳染病之牲畜，出賣於乙，乙將該牲畜與其他牲畜置諸一處，卒致全羣牲畜均染病疫而死，則全羣牲畜之損失，均應由甲負賠償之責任也。

再發生之損害，可根據市價而計算其客觀之實價者，固不至有不公平之結果，但以債權人主觀之利益為標

準，而計算其損害之金額時，雖有上述三種條件，債務人所賠償者與發生之損害，仍難相當；故羅馬法規定下列三種標準，以定損害賠償之範圍也：

(一) 損害之金額，不易估定者，法官得命受害人本人陳述所蒙損害之金額，並令其為確係據實陳述之宣誓，但法官並不受其拘束，對其宣誓陳述之金額，仍得為酌減之裁判也。

(二) 法律進步時期，金錢債權中，債務人逾期不為給付時，債權人祇得請求法定利息，而不得主張以其他損害為請求賠償之標的也。

(三) 依優帝時代法律之規定，凡損害之價格，不能為準確之估計時，債務人所賠償者，不得超過其「客觀實價」之兩倍。

關於損害賠償之範圍，現代法例，亦多有明文之規定，我國民法第二百一十六條謂：「損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限，依通常情形或依已定之計劃設備或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益。」云云，其一例也。再賠償義務人負賠償之責任，本以損害之發生因其應負責之事由所致者為前提，如損害之發生或擴大，被害人亦與有過失，依其過失之輕重，酌由被害人共同負責，或本人自負全責，則亦事理之平，故依我國民法第二百零一十七條第一項之規定，對於加害人之責任，「法院得減輕賠償金額或免除之」也；且依同條第二項之規定，「重大之損害原因，為債務人所不及知，而被害人不予促其注意，或怠於避免或減少損害者，」被害人即視為與有過失，而減輕或免除賠償義務人之責任矣。是項原則，現代

法例，多採用之，抑亦現代學者所謂「過失相抵」之理論也。

第四節 債之效力

第一款 總論

債之效力云者，就債權人言，爲其基於債權關係之權能，就債務人方面言之，則債務人本於債權關係所應負之義務也。是項權義關係之主要客體，卽給付是已，亦卽債之主要效力也。債務人本於債之關係而負給付之義務，故怠於履行是項義務時，應受法律上之制裁，加重其責任。債務人不爲相當之給付，債權人固得請求法院強制執行，但給付之內容如爲債務人之行爲，債權人猶難因強制執行而受給付之完全利益，故法律規定債務人損害賠償之義務，以救濟之；反之，債務人已依債務本旨而爲給付時，如債權人拒絕受領或不能受領，債務人亦將因以蒙受不利益之結果，故在此情形之下，法律減輕債務人之責任，使怠於受領之債權人，亦受私法上之制裁也；總之，債權人受領遲延及債務人給付遲延之責任，均以雙方之權義關係爲根據，故亦爲債之效力也。給付及遲延，均爲債之效力，已如上述，但債務人處分其財產或怠於行使其權利，致債權人蒙受不利益時，債權人雖得請求賠償損害，終不足以預防損害之發生，故法律規定，在此情形之下，債權人得行使代位權或廢罷權，以保全其債權，此所以是項保全之權能，亦爲債之效力之一種也。至於定金及違約金，羅馬法作者，均視爲債之擔保方法，而與抵押權、質權、保證等項，另成章節，給付不能與契約之解除等項，亦鮮有列入債之效力之部分者；茲依我國民法之編制次序，分

債之效力章爲：(一)給付，(二)遲延，(三)保全，(四)契約等四節，分別論述如後。

第二款 給付

(I) 給付之原則

債務人有給付之義務，已如上述；給付云者，乃債務人實現債權內容之行爲或不行爲也；我國民法或稱履行，或稱清償，或稱給付，名詞不一，而意義實同，惟就債權之效力言，多稱履行，就債權之消滅言，多稱清償，就債權之標的言，則多稱給付耳。債務究應如何履行，固以各個債權之關係爲標準，而給付之一般原則，亦有下列兩種：即(一)須依誠實及信用方法而爲給付，(二)須依債務本旨而爲給付是也。所謂誠實及信用方法者，即給付方法之標準，羅馬法雖無明文之規定，然違反誠實及信用方法之給付，固爲法律所不許；現代法例，關於此點，有以明文規定之者，例如德國民法第一百五十七條謂：「契約須依交易上之習慣信義以解釋之。」法國民法第一千一百三十四條第三項謂：「契約須以善意履行之。」我國民法第二百一十九條謂：「行使債權，履行債務，應依誠實及信用方法。」等是也。所謂依債務本旨而爲給付云者，即給付之標的、給付地、給付日、給付人、給付之方法等項，均須遵守債權關係所定之內容是也。是項原則，現代法例，多援用之，我國民法第二百三十五條前段謂：「債務人非依債務本旨實行提出給付者，不生提出之效力。」其一例也。

(II) 不給付或不完全給付

債務之全部或一部不履行時，無論其原因如何，其致債權人蒙受不利益則一也；是項不利益，應由債權人負

擔，抑由債務人負擔，則於此所應研究者。不給付或不完全給付，其原因有三：即（一）故意，（二）過失，（三）意外事變是也。故意云者，以惡意違反義務之謂；過失云者，則因怠於注意而違反義務之謂，又有重過失與輕過失之分。不給付或不完全給付，因債務人之故意或重過失而發生者，債務人應負責任，此乃一般之原則，我國民法第二百二十條之規定，亦以此爲精神者也；其因輕過失而發生者，債務人得因契約之規定而免其責任，我國民法第二百二十二條祇禁止免除故意或重大過失之責任，而不限制輕過失責任之免除，殆亦本乎此歟？關於輕過失責任之免除，無明白之約定時，則債務人負輕過失之責任與否，以債務人就債之關係享受利益與否爲標準；債務人就債之關係享受利益時，就其輕過失，亦應負責，例如租賃買賣等雙務契約中之債務人等是；反之，如債務人就債之關係，並無利益可享，縱有輕微過失，亦不負任何責任，但依羅馬法之規定，代理人、監護人、保佐人三者，雖無任何報酬，就其輕過失，仍不得免除其責任，似非衡平之道也。至於意外事變（*Casus*），則債務人之故意或過失以外之事實也，意外事變，可分自然之事件與人爲之事件兩種：前者指自然界之變動而言，如天災、地震等屬之；後者則指債務人以外之第三人之行爲而言，如竊盜、放火等屬之；總之，債務人除有故意或過失外，就意外事變，不負責任也。

（III）給付不能

給付不能云者，即不能依債務本旨而爲給付之謂；給付不能，有廣狹二義：實際上無給付之可能者，是爲狹義的不能；實際上雖屬可能，若債權人所得利益與債務人所供犧牲，兩者相差懸遠，致失公平之原則者，亦以不可能論，是爲廣義的不能，此二說當推廣義說爲當也。

給付不能時，是否應由債務人負責，則以不能之原因是否因歸責於債務人之事由所致為標準。質言之，給付不能，如因意外事變或其他不可歸責於債務人之事由而發生者，債務人即免除給付之義務，標的物毀損時，債務人得交付殘餘之物以代給付；但為種類給付時，不在此限。例如：給付標的物為特定良馬一匹，該馬因瘟疫而死，或被人劫奪，或打傷致死時，債務人即免除給付義務；至於種類給付，債務人雖因不可歸責於己之事由而毀損或滅失某種物件，仍得以其他同種類之物件履行債務，故不發生給付不能之問題，自不得引為免除給付義務之原因也。

給付不能，如為可歸責於債務人之事由所致者，債務人應向債權人負損害賠償之責，此亦最公平之道。蓋債務人既因故意或過失致債權人無受領給付之可能，自應賠償其所受之損害也。給付全部不能時，固無論已，即一部不能時，如係歸責於債務人之事由所致，則債權人除就可能部分得請求給付外，就不可能之部分，仍得請求損害賠償；且其一部可能給付之受領，於債權人無相當之利益時，債權人更得拒絕受領，而請求全部不履行之損害賠償也。

(IV) 代償請求權

因不可歸責於債務人之事由致給付不能時，債務人得免除給付之義務，此為保護債務人之原則；但債務人因所有物毀損或滅失而對第三人所得主張之物權或賠償請求權，不啻為毀損或滅失之標的物之代價，債務人既因給付不能而免除義務，如是項權利，仍歸債務人行使，則債務人反因給付不能而享受意外之利益，自非法理

之平，故羅馬法及現代法律規定，債權人得請求債務人移轉是項權利以代給付也。我國民法第三百二十五條第二項及二百二十八條，有同樣之規定；至羅馬法上債權人所得向債務人主張之移轉權利請求權，亦即我國法學者所稱之「代償請求權」是也。

(V) 無支付能力之債務人

因不可歸責於債務人之事由致給付不能時，債務人免除給付義務，已如上述，然此祇就客觀之不能而言，若債務人之財產不足清償債務，仍不得免除其給付之義務也。有給付之義務者，不為給付或給付不完全時，債權人固得請求損害賠償，然對於無支付能力之債務人，較有利益之辦法，厥為依保全程序保全債權，或於判決確定後請求法院強制執行而已。依現代法例，即至執行時期，亦以債務人之財產為執行之對象，而不得限制債務人之行動自由，如我國民事執行規則，雖有短期管收債務人之規定，然純以避免債務人隱匿財產處分財產為目的，僅屬便利執行判決之手段，而拘束債務人之身體，究非債權人行使債權之主要方法也。但在羅馬則不然，依羅馬古代之理論，債之效力，使債權人之身體與債務人之身體，發生一種密切關係，基此唯物觀念，故債權人得拘束債務人之身體，是為「對人執行」，直至羅馬建國後第五世紀中葉，始有「對物執行」之規定，即執行債務人之財產是也。茲將羅馬法上所謂「對人執行」與「對物執行」之演進情形，分別言之如次：

(一) 「對人執行」 對人執行之制度，自十二表法始，依該表法之規定，至給付期時，債權人得任意扭拘債務人，並得私自監禁之，如第三者出為債務人張目而聲明債權人之行為不當，得強令債權人將債務人提

交法院審理，並應與債權人發生新訴訟關係，而對其行爲不當之主張，負舉證之責；該第三人敗訴時，則完全處於債務人之地位，爲債權人執行之對象。在債務人被拘禁時，如無人出而干涉，則經過相當之期間後，債權人對之有生殺予奪之權，有出賣爲奴隸之權；嗣以是項制度不合人道，學者非之，而法律思想亦逐漸進步，故法律規定，「對人執行」時，須經法院之審理，其絕對之性質，逐漸殺矣。繼而，法律更禁止債權人殺害債務人之行爲；迨法律進步時期，債權人對於被執行之債務人之權能，祇爲強迫使之工作，以至債務清償之時期而已。

(二)「對物執行」 至羅馬建國後第五世紀中葉，始有對物執行之制度，然此祇爲「對人執行」之補充制度而已；質言之，債權人對債務人之身體而爲執行或執行其財產，二者雖不得兼，然有自由選擇之權能。執行財產時，以債務人之全部財產爲對象，其效力更及於已到期及未到期之各個債權。是項財產之賣價，有一定之支配方法，現代法例，關於破產財團之規定，多援用之，即所得之賣價，先充保全債權之費用，如管財人之酬金及出賣之費用等是，次充死亡之債務人之喪葬費，次按比例充一般債權之給付；如係連帶之債，因債務人與第三人之共同「私犯」行爲而發生者，則於抵充上述各項用途後，始得就債務人之全部財產之賣價爲清償之主張也。關於債務人之財產之出賣，羅馬法最初定有特殊之規則：出賣時，須就全部財產爲單獨之買賣行爲，而不得個別出賣其一部，此其一；賣價不以金錢之額數爲計算之標準，僅依各債權之總額之百分數而計算之，此其二。此兩種規則，於債務人及各債權人，均不利益，至帝政時代伊始，以得法院許可者爲限，得分別出賣債務人之財產，並得以金錢之額數，計算賣價，是爲「財物之零賣(*discretio bonorum*)」；迨德爾道細語斯二世

帝時代，是項出賣之新方式，遂成普遍之制度矣。

「對物執行」或「對人執行」，債權人初本有選擇之權能；圖經育利亞法 (Lex Julia) 之規定，除當事人間合意「推產 (cessio bonorum)」者外，以處境困難之債務人而有善意者為限，得將其所有財產全盤托出，由債權人出賣，以避免債權人對其身體而為執行，是為「法定推產」。「推產」為債務人與債權人間之委任行為，除移轉占有外，不生移轉所有權之效力；故在財產尚未出賣前，債務人得解除推產之關係，而債權人仍得就原債權向之訴追執行也。繼而，「對人執行」一變而為補充之執行方法，實言之，債務人有財產時，應儘先執行其財產，而不得就其身體而為執行；迨優帝時，關於「對物執行」復有合理之改進，即債務人不依判決執行時，必須債權人就債務人之財產，請求移轉占有，始得拍賣其財產，但當事人間約定「推產」以代清償者，不在此限。

第三款 遲延 (mora)

遲延云者，當事人之一方因可歸責於己之事由怠於給付或怠於受領之謂；因可歸責於債務人之事由而發生者，謂之給付遲延，亦曰履行遲延，羅馬法稱曰債務人之遲延；其因可歸責於債權人之事由而發生者，則謂之受領遲延，羅馬法稱曰債權人之遲延。茲就各種遲延之要件及其效果，分別言之如次：

第一目 債務人之遲延 (mora debitoris)

(I) 給付遲延之要件

給付遲延之成立，須具備下列三項要件：

(一) 須爲債權人可以請求履行之債務。遲延責任，爲違反債務本旨之一種制裁，如債之關係，依法不能成立或得以撤銷，或債務人有其他正當之抗辯致債權人依法不得請求履行時，則債務人對之無給付之義務，自不負遲延之責任也。

(二) 須未爲給付係因歸責於債務人之事由所致。我國民法第二百三十條謂：「因不可歸責於債務人之事由致未爲給付者，債務人不負遲延責任。」殆與羅馬法取同一之原則。德國民法第二百八十五條及瑞士債權法第一百零三條第二項，亦有同樣之規定。因不可歸責於債務人之事由致未爲給付者，學者稱曰「事變遲延」，但未爲給付，其原因爲債務人所未能預料者爲限，得視爲事變遲延，如債務人缺乏金錢，致未爲給付，仍負遲延之責任，但債務人用以履行債務之金錢，被竊被搶或偶爾遺失時，則未爲給付，係爲意外事變所致，與缺乏金錢之通常情形有別，債務人並不負遲延之責任也。

(三) 須債權人曾爲給付之催告。債務人經催告而不爲給付時，始負遲延之責任，此其原則也；然在下列三種情形之下，縱債務人未經催告，亦負遲延之責任焉。

(1) 因私行爲占有物件者，自占有該物時起，即負遲延之責，是爲「返還遲延」(mora restituenti)。

(2) 債務人因規避給付義務而逃避他處，致債權人不明其所在地者，自債權人起訴時起，負遲延責任，此爲當然之例外；蓋在此情形之下，債權人無從催告也。

(3) 在十九世紀以前，學者多謂給付有確定期限者，債務人自期限屆滿時起，不待催告，即負遲延責

任；今之學者，則反對此說，並謂依羅馬法之精神，債務人因給付確期之到來而負遲延責任，以當事人有特約者爲限，苟無特別約定，給付雖有確定期限，該期限屆滿後，仍以債權人之催告爲負遲延責任之要件也。

關於遲延之要件，法蘭西法系，均採用羅馬法之原則，例如依法國民法第一千一百三十九條之規定，除契約明定於期限到來時債務人不待催告即負遲延責任外，無論不給付之原因如何，須經債權人催告或爲類似催告之行爲後，債務人始負遲延之責任也；瑞士債權法第一百零二條，日本民法第四十二條，我國民法第二百二十九條，及德國民法第二百八十四條，與法國民法略同，質言之，債務人負遲延責任，亦以經過催告爲要件，但給付定有確定期限者，或當事人之一方得任意指定給付期限並通知他方者，自確定期限或自通知之指定期限屆滿時起，債務人即負遲延之責，而不若法國民法以約定不待催告爲要件也。

(II) 給付遲延之效果

依債務本旨而爲適當之給付，乃債務人應盡之義務；債務人不履行是項義務時，非特於己爲不當，更致債權人蒙受損害，故法律對於給付遲延之債務人，必加重其責任，以制裁之，並所以保護債權人也。至債務人因給付遲延所負之責任，可分下列數種：

(一) 債務人應賠償因遲延所生之一切損害。因給付遲延致債權人蒙受損害時，債務人應賠償之，我國民法第三百三十二條第一項，亦有同樣之規定。其在羅馬法，債務人所應賠償者，範圍極廣，例如債之標的物爲產生孳息之物件時，債務人就標的物應賠償之孳息，不以已收穫者爲限，而以善良管理人所可收穫者爲計。

算孳息之標準，故債務人所應賠償之孳息，有時超越債權人所得收穫之孳息也；再如債之標的爲金錢之給付時，給付遲延之債務人，應自遲延時起，依法定利率支付利息，但亦以此爲限，縱當事人約定之利率較高，是項遲延利息，仍依法定利率計算之也。我國民法第二百三十三條第一項前段謂：「遲延之債務，以支付金錢爲標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息。」殆與羅馬法盡同；但該條第一項但書復謂：「但約定利率較高者，仍從其約定利率。」云云，則與羅馬法有別矣。

(二) 債務人對於過失或意外事變均應負責。自遲延時起，因重過失或輕過失致債權人受損害時，債務人固應負責，即因意外事變而生之損害，通常不歸債務人負責者，遲延中之債務人，仍不得免其責任，但債務人能證明其縱未遲延給付仍發生同樣之損害時，不在此限。例如：債務人甲應向乙給付馬一匹，在遲延給付中，債務人甲所應給付之馬，因瘋疫而斃，乙與甲相距不遠，乙所有之馬，亦因同一之瘋疫而歸消滅，則債務人甲縱將標的物如期交付與乙，而乙就該馬所發生之意外損失，仍難倖免，根據遲延之意義，債務人對此意外事，自不應負若何責任；但債權人如能證明其假使如期受領該馬，已將其出賣，或借貸或寄託於瘋疫所未波及之處所，則債務人仍不免其責任，蓋在此情形之下，馬匹之損失，雖直接由意外事變所致，溯其遠因，仍在債務人給付之遲延也。

(III) 給付遲延之消滅

給付遲延之消滅云者，即債務人免除給付遲延責任之謂，其原因有下列四種：

- (一) 債務本身消滅者，
- (二) 債權人准許展緩給付之期限者，
- (三) 債權人拋棄其因給付遲延所得主張之權利者，
- (四) 債務人提出履行主債務及因遲延所生之從屬債務之要約者。

第二目 債權人之遲延 (mora creditoris)

(I) 受領遲延之要件

債權人之遲延，即債權人受領遲延之謂，債權人負受領遲延之責任，須具備下列三種條件：

(一) 須為債權人利益而確定之清償期已經屆滿 就債權人之利益言，受領給付，需要相當之準備，債之給付無確定期限時，債權人不知其何時給付，固無從為受領給付之準備，即使有確定期限，而依債之性質，或依當事人約定，債務人得於清償期前為給付者，則債務人所得提前給付之期限，亦為債務人之利益而設定者，且債權人仍不知其何時給付，無從為受領之準備；故在此期間，若債務人未為受領給付之通知，或提出給付，仍不因債權人一時未即受領而構成受領遲延之要件。反之，清償期如為債權人之利益而設定者，則受領期限屆滿時，即構成受領遲延之要件，例如債務人因債權人之催告而約定期限者等是。

(二) 須受領遲延係因歸責於債權人之事由所致 期限屆滿後，苟債之清償，須債權人為協助之行爲或對待之給付，則債權人拒絕履行是項義務，或因基於債權人本人之事由，致不能履行時，即負受領遲延之責；

反之，如債之清償，無須債權人爲協助之行爲，並未拒絕受領，或因不可歸責於其本人之事由致未能協助或履行其他義務時，不構成受領遲延之要件。我國民法第二百三十四條謂：「債權人對於已提出之給付，拒絕受領或不能受領者，自提出時起，負遲延責任。」是債權人是否負遲延責任，以其即時受領與否爲斷，不能受領之原因如何，在所不問；實言之，縱因不可歸責於其本人之事由致未能受領者，債權人仍負遲延之責。再依同法第二百零三條之精神，因債權人未卽爲受領之準備者，僅就「一時」不能受領之情事，不負遲延責任；「相當期間」云者，指準備受領所需要之時間而言，苟過此時間而不受領，雖因不可歸責於本人之事由所致，債權人仍負遲延責任。於此數端，實可證明我國民法對債務人保護之周密，較諸羅馬法更勝一籌也。

(三) 須債務人已依債務本旨提出給付 所謂依債務本旨者，卽提出之給付，關於給付期、給付地、給付人、標的物、當事人之能力等方面，確具備適當給付所應有之各種條件之謂。給付之提出，可分兩種：一曰「實行提出給付」，二曰「通知提出給付」；前者，係指債務人已完成給付之必要行爲，僅待債權人受領者而言，例如債務人已將給付標的物置諸債權人卽可受領之處所等是；後者，則債務人通知債權人已爲給付之準備，並僅告其實行受領或完成其他協助行爲之謂。使債權人負遲延責任，原則上，須債務人依債務本旨實行提出給付；但通知提出給付，於下列兩種情形之下，亦與實行提出給付發生同一之效力：卽（a）債權人預先有拒絕受領之表示者，（b）給付必需債權人爲協助之行爲者。在第一種情形之下，債務人既預知債權人行將拒絕受領，卽使實行提出，亦難實行給付，故得以準備給付之通知，以代提出；在第二種情形之下，債權人之協助行爲，需

要相當之準備，則不預先通知，未必即能完成受領之行為，縱使債務人實行提出給付，亦難即達給付之目的，故亦得以準備給付之通知，以代提出也。我國民法第二百三十五條之規定，殆與羅馬法上是項受領遲延之要件，完全相同者也。

(II) 受領遲延之效果

受領遲延之要件，已如上述，各種要件完成後，即發生重要效果，茲分述之如次：

(一) 受領遲延之債權人，對於債務人所受之損害，因其受領遲延所致者，應負賠償之責。是項損害，事實上，均為債務人就給付物所支出之費用，例如牲畜之餵養費用或其他動產之保管費用等是。

(二) 受領遲延，減輕債務人之責任。例如債務人負輕過失之責任者，自受領遲延時起，僅就故意或重過失負其責任，其因特約須負意外事變之責任者，自受領遲延時起，就提出之標的物所生之危險，即由債權人負其責任，而債務人不負擔之也。縱標的物為不特定物，提出後，亦以特定物論。蓋債權人既應受領，則無論其為特定物或不特定物，苟受領之，其受領後發生之危險，均由債權人負擔，故自遲延時起，債務人應免除負擔危險之義務也。

(三) 債務人得將標的物提存於官廳指定之處所，以代給付。依現代法例之規定，縱依給付物之性質，有毀損滅失之虞，不能提存原物或提存需費過鉅時，債務人如欲免除責任，亦應聲請法院拍賣，提存價金，以代給付，如我國民法第三百三十一條，日本民法第四百九十七條，瑞士債權法第九十三條，德國民法第三百八十三

條及三百八十四條之規定等是。依羅馬古法，債務人催告受領遲延之債權人後，得拋棄給付物以免其責任。嗣以此制未盡公平，乃略加修改。依據新法，債權人雖受領遲延，債務人欲免除責任，亦應將給付物提存官廳，或寄託私人保管。但依新法，給付物有毀損滅失之虞，不能提存或提存需費過鉅時，債務人仍得拋棄之，以代給付。是項規定，固仍難認為完善；然而後世法例，以羅馬法為淵源而有不斷之進步，亦於此略見一斑。我國民法第二百四十一條第一項謂：『有交付不動產義務之債務人，於債權人遲延後，得拋棄其占有。』似猶羅馬法之遺迹也。歟！依我國民法，債務人所得拋棄者，以不動產之占有為限，拋棄不動產之占有有前，如債務人預先通知，則債權人因其拋棄行為所蒙受之不利，不至何等嚴重；但依同法第二百四十一條第二項但書之規定，債務人不能通知者，得不經通知，逕行拋棄不動產之占有，債權人自難免蒙受嚴重之不利，而是項規定失當之甚，殆與羅馬法上債務人得拋棄給付物之規定相埒矣！

(III) 受領遲延之消滅

受領遲延之消滅云者，即債權人免除受領遲延之責任之謂；其消滅之原因有四，茲分述之如次：

- (1) 債務本身消滅者，
- (2) 債務人准許展緩受領之期限者，
- (3) 債務人拋棄其因受領遲延所得主張之權利者，
- (4) 債權人提出受領給付及履行遲延責任之要約者。自是項要約提出時起，受領遲延，即歸消滅；債

務人因債權人受領遲延所得主張之權利，如保管費用等項，則得就原債務之標的扣除之也。且債權人受領給付時，如不為准許扣除之表示，債務人得拒絕給付，而受領遲延仍不得視為消滅；質言之，受領之要約提出後，債務人仍得提存給付物，以代給付，或主張債務人對遲延之債權人所得主張之其他權利也。

第四款 保全

(一) 總論 債之主要效力，即給付是已，怠於給付或怠於受領給付，即負遲延責任；遲延責任，雖云債之效力，實不啻督促當事人及時給付或及時受領之方法也。怠於給付者，固有遲延責任以制裁之；惟債務人不積極行使其權利，或故意處分其財產，致喪失給付物或減少支付能力時，債權人仍難免蒙受不利益之結果，蓋債務人怠於給付時，雖負損害賠償等遲延責任，但債務人而至無支付能力，縱經強制執行，亦難補足債權人所受之損害也。總之，遲延責任，祇足以制裁債務人於給付遲延之後，而不足以保護債權人於未受損害以前，故嗣後創設保全程序，以保護之也。是項保全制度，共分兩種：一為代位請求權，即除專屬於債務人本身之權利外，債權人得以自己之名義，行使債務人之權利，縱在本債務未到清償期前，亦得就其權利為保存之行為是也；一為「廢罷訴權」，即債權人得請求法院撤銷債務人處分財產之行為是也。此兩種保全方法之適用，必致當事人與第三人間發生直接或間接之關係，故債之保全，曰「債之對外效力」。再債之關係，本以債權人與債務人間為限，故債之保全，亦曰「債之外延效力」也。廢罷訴權，導源於羅馬法，現代法例，多援用之。是項訴權，以撤銷債務人處分財產之行為為目的，故亦曰「撤銷權」。發明是項訴權者，為羅馬大法學家保利斯(Paulus)氏，故又名「保利斯訴權」(actio Pau-

liana) 」。茲將其要件及其效果，分別言之如次：

【II】「廢罷訴權」之要件 債權人行使「廢罷訴權」須具備下列三種要件：

(一) 須請求撤銷之法律行為，有減少債務人現有財產之效果 即債務人因其行為所受財產上之損害，須為「所受損失」而非「所得利益」。例如：債務人拒絕遺贈時，其所拋棄者，僅屬將來所可取得之財產，而現存之財產，未嘗減少，則債權人不得請求撤銷。是項拒絕遺贈之行為，強使其接受之也；反之，新債務之增加，使財產上加重負擔，亦為減少現有財產之另一方式，故對於債務人之舉債行為，債權人得請求撤銷之也。

(二) 須請求撤銷之法律行為，有使債權人蒙受損害之效果 即債務人所為之行為，足使其喪失支付能力時，債權人始得請求撤銷之也。例如：債務人有十萬元之財產，所負債務之總數，為八萬元，尚有二萬元盈餘，苟其處分之財產，在二萬元以內，則盈虧相抵，並不至喪失支付能力，其處分二萬元以內之財產之法律行為，亦不至害及債權人之權利，故債權人不得請求撤銷之也。

(三) 須債務人於行為時有損害債權人權利之故意 是項詐欺侵害之故意，須於行為時曾經存在；其存在與否，則以債務人明知將因此行為而喪失支付能力致害及債權人與否為斷也。

(四) 除無償行為外，須第三人明知債務人之行為係出於損害債權人權利之故意 如債務人之法律行為，為無償行為，則當事人以外之第三人，不勞而獲，並使債權人無從受償，蒙受損害，顯違法理上衡平之道，故不論該第三人有無惡意，債權人均得請求撤銷之。反之，如債務人之法律行為，為有償行為，則以該第三人有惡

意時爲限，債權人得請求撤銷之；蓋就有償行爲，該第三人應爲對待之給付，苟撤銷之，則該第三人難免蒙受相當之損害，故法律於保護債權人之中，復規定是項要件，使善意之第三人，不至蒙受意外之損害也。

(III) 「廢罷訴權」之效果 廢罷訴權之客體，爲債務人之行爲，債權人得直接對受益之第三人行使之，亦得對其繼承人行使之；但對其繼承人起訴時，所得請求返還於債務人者，以其所得之利益爲限，直接對受益之第三人起訴時，所得請求返還之範圍，則以該第三人究爲善意或惡意爲標準。茲分述如次：

(一) 第三人爲惡意時，應賠償債權人因其行爲所受之損害，其由債務人取得之財物，應返還之，其對債務人所爲之對待給付，則不得爲請求返還之主張；但自債務人之法律行爲時起，經過一年以上之「有用期間」始提起撤銷之訴時，該第三人所應返還者，以其所受之利益爲限。

(二) 第三人爲善意時，所應返還者，則以其所受之利益爲限，而不負損害賠償之責任也。

第五款 契約

債之主要效力，即爲給付，怠於給付或怠於受領給付者，有遲延責任以制裁之，債權有受損害之虞者，有代位權及廢罷訴權以保全之，則遲延保全二者，均與給付之實現，有直接之關係，固可列入債之效力章內；他如給付不能、定金、違約金、契約之解除、契約之終止等項，或爲給付之擔保，或爲不給付對於契約之影響，亦與債之主要效力，均有密切之關係，而非單純之契約問題，故我國民法將此數項規定，彙成契約節目，而與「給付」、「遲延」、「保全」三節，同列於債之效力章也。羅馬法作者，多將定金違約金兩點，編入債之擔保項內，即現代最新法例，亦鮮有

編入債之效力項內如我國民法者。茲依我國民法債編之編制次序，於債之效力章內，將給付不能等項，分款論列如次：

第一目 給付不能

(I) 給付不能對於契約本身之效果

給付爲債之主要標的與效力，以不能之給付爲契約之標的時，債之標的，即不具備前述之要件，故契約本身，亦不能發生效力也。給付之不可能性，有原始不能與嗣後不能等區別，前已言之，但給付不能致契約無效者，以原始不能爲限；例如買賣契約，以特定房產所有權之移轉爲標的，契約成立後，該房產因鄰人失慎燬於火劫，是爲嗣後的給付不能，出賣人即因以免除給付之義務，而買受人不得請求返還已付之價金，質言之，是項買賣契約，有效如故也。以不能之給付爲契約標的者，其契約無效，此其原則也；但在下列情形之下，其契約仍然有效也：

(一) 給付不能之情形可以除去，而訂約時，當事人並預期於不能之情形除去後爲給付者，其契約仍然有效。例如甲乙買賣公地若干畝，則出賣人乙在未依法取得該地所有權以前，自無給付之可能；但乙取得其所有權時，其不能之情形，即不復存在，如訂約時，當事人有俟乙取得其所有權時再爲給付之意思，則此不能情形之除去，與始期或停止條件無別，是項契約，亦不啻爲附有始期或停止條件之普通契約，故不得否認其效力，致違背當事人之意旨也。

(二) 附有停止條件或始期之契約，於條件成就前或期限屆滿前，其不能之情形，已經除去者，其契約亦

有效力。蓋附有停止條件或始期之契約，至條件成就時或期限屆滿時，始發生效力，給付義務之履行，亦自此時始；若給付不能之情形，於條件成就前或期限屆滿前，已不存在，則給付之實現，並無障礙，故當事人亦不得僅以訂約時給付不能為理由，而主張附有停止條件或始期之契約為無效也。

(II) 因給付不能所生之損害賠償請求權

契約以不能之給付為標的者，原則上，應歸無效，已如上述；當事人之一方，於訂約時明知其給付為不能或可得而知者，如其契約卒因給付不能而歸無效，則對於他方非因過失而信契約為有效致受損害之當事人，應負損害賠償之責，夫此原則，蓋所以使明知給付為不能或可得而知之當事人，不與他人訂立將來歸於無效之契約，致該他方因善意訂約而蒙受損害耳。我國前大理院六年上字第一零六五號判例謂：「契約標的之給付，如係客觀的絕對不可能，其契約固屬無效，惟以較短之時期使債務人交付不特定物之債務，則決非不可能之事，自難以此否認其效力。」是契約以主觀的不能給付為標的者，其契約仍然有效，自不發生損害賠償之問題也。

第二目 定金(arrae)

定金云者，當事人之一方，基於債之關係，向他方給付之財物，是項財物，事實上，每為金錢，故我國多稱「定金」。「定銀」或謂定金之授受，為主要債務之附帶契約之一種，實際上，多用於合意契約；質言之，利用定金產生主要債務之契約，多為合意契約也。羅馬法學者，分定金為「不完全定金附約 (arrae pacto imperfecto data)」與「完全定金附約 (arrae pacto perfecto data)」兩種；給付定金之當事人，不必受主要債務之拘束，而得以犧

性定金爲條件，擺脫債之關係者，謂之「不完全定金附約」；定金之授受，爲契約成立之表示者，則謂之「完全定金附約」。考其作用，或在促成當事人履行契約，免致犧牲定金；或在證明契約之成立。現代法學者，則就其不同之作用，而分定金爲下列四種：曰「違約定金」，即收受定金之當事人，於他方違背契約上之義務時，沒收其定金之謂；曰「成約定金」，即以定金之授受，爲契約成立之要件之謂；曰「證約定金」，即定金之授受，爲契約成立之證明方法之謂；曰「解約定金」，即給付定金之當事人，得拋棄定金，收受定金之當事人，得返還定金之兩倍或兩倍以上，爲保留契約解除權之代價之謂。現代法學者，對於定金之解釋，雖有上列四種之多，要皆根據羅馬法學者之理論也。我國民法關於定金之用途，並無強制之規定，例如同法第二百四十九條第一項謂：「定金除當事人另有訂定外，適用左列之規定。」即除當事人有相反之訂定外，「契約履行時，定金應返還之，或作爲給付之一部，契約因可歸責於付定金當事人之事由致不能履行時，定金不得請求返還，契約因可歸責於受定金當事人之事由致不能履行時，該當事人應加倍返還其所受之定金，契約因不可歸責於雙方當事人之事由致不能履行時，定金應返還之。」是也。以言定金對於契約本身之效果，依我國民法第二百四十八條之規定，亦祇爲契約成立之附隨證明方法而已，該條法文謂：「訂約當事人之一方由他方受有定金時，其契約視爲成立。」是當事人如能以其他方法證明於未授受定金前，其契約已經成立者，則該契約並非自授受定金時始發生效力；參照德國民法第三百三十六條之規定，及我國前大理院三年上字第九十七號判例內載：「定銀之授受，非一般買賣契約所必要不可缺之行爲，不過於締結契約時，得爲附隨條件。」云云，與此規定，更若合符節矣。

第三目 違約金 (stipulatio paenae)

「stipulatio paenae」云者，「處罰之契約」之謂，亦即我國學者譯稱之「違約金契約」。質言之，即當事人約定債務人不履行債務或履行不適當時，給付金錢若干，以爲制裁之方法是也。是項罰金，我國稱曰「違約金」。殆是項罰金之目的，在保障約定債務之實現，而制裁違約之當事人耳。原則上，凡債務人違約時，債權人得請求其履行主要債務，或請求其給付約定之罰金，就此兩種請求，有選擇之權能，亦僅得選擇其請求之一而行使之，但於此有下列兩種例外：

(一) 當事人約定，於債務人不依債務本旨履行債務時，得給罰金或履行主要債務者，則債務人有選擇之權能，而債權人就上述兩種請求，不得自由選擇之也。

(二) 當事人約定，以債務人不如期履行或有其他特定違約事項，爲給付違約金之原因者，債權人得同時請求債務人履行主要債務及給付違約金額。我國民法亦因其約定之目的之不同，而分違約金爲兩種：即(一) 因債務人不履行債務所應支付之違約金，(二) 因履行不當所應支付之違約金，如同法第二百五十條第二項之規定等是；考其內容，更與羅馬法無異。以言前者之性質，法律推定其爲因不履行債務而生之損害賠償總額，故債權人對於主要債務之履行及因債務不履行所應支付之違約金二者，祇得擇一而爲請求，故我國民法第二百五十一條規定，債務人已爲一部履行者，法院得比照債權人因一部履行所受之利益，減少違約金；至於債務人因履行不適當所應支付之違約金，則視爲履行時期履行方法等方面履行失當之損害賠償，故

債權人向履行失當之債務人，請求給付違約金，同時請求其履行主要債務也。

第四目 契約之解除與契約之終止

契約之解除云者，有解除權之當事人，向他方為意思表示，取消已經成立之契約，並追溯既往不承認其效力之謂；任何契約，既經合法訂立，當事人均應受其拘束，但當事人間預約行使解除權之特定原因者，或有法定之解除原因者，當事人仍得解除契約，免受其拘束。依我國民法第二百五十四條，第二百五十五條，及二百五十六條之規定，解除契約之法定原因有二：即（一）給付遲延，（二）給付不能是已。瑞士債權法上之法定解除原因，祇為給付遲延一種；（瑞士債權法第一零七條至一零九條）德國民法債編，（德國民法第三百四十六條至三百六十一條）則謂：「除當事人預約保留解除權外，給付標的物因意外事變而滅失時，亦得解除契約，」是不啻承認給付不能為解除契約之法定原因矣。解除之效力，既溯及既往，故凡已經解除之契約，視為自始未曾存在，當事人雙方均負回復原狀之義務，其因解除之契約關係，已自對方取得任何利益者，應返還之。

契約之終止云者，有終止權之當事人，向他方為意思表示，廢止契約未來之效果，使債之關係不繼續生效之謂；然而契約之終止，與契約之解除，實截然不同者也。

第五目 契約之效力

第一項 契約對於當事人之效力

契約所發生之效力，亦即當事人於訂約時其同期待之效力，法諺有云：「契約即當事人間之法律（*Da contractus est ius inter partes*）」

vention fait la loi des parties)] 此其界說，於傾向「契約自由主義」之今日，尤稱允當。契約成立時，其效力即影響於當事人之財產，而債權人或債務人死亡時，其權義關係，亦各移轉於其繼承財產之人，但特種契約，以當事人之信用能力等特殊情形為基礎者，自當事人死亡時起，即終止其效力，例如委任契約，合夥契約，僱傭契約等是。

債權人對於債務人履行債務之請求權，除契約附有期限或條件外，得隨時行使其請求權，但基於雙務契約者，不在此限；蓋雙務契約中，雙方當事人互享權利，並互負義務，其所負義務，復為所享權利之相對報償，與一方負擔義務他方享受權利之單務契約，如單純贈與者有別耳。且在雙務契約中，除有相反之約定外，各方當事人均得隨時請求對方履行債務，故當事人之一方，於未履行其所負義務前，請求他方給付時，該他方得以未受對待給付為抗辯，拒絕其請求也。此其抗辯，羅馬法稱曰「未履行契約之抗辯」(exceptio non adimpliti contractus)] 與我國學者所稱「同時履行之抗辯」同其意義。至雙務契約中，當事人之一方已為對待給付者，對於他方所得行使之權利，原則上，仍以請求該他方履行原來所負義務為限，而不得請求該他方返還其所為之給付也。但是項原則，亦有下列三種例外：(一)買賣契約之當事人立有特約，或於契約中附帶載明可以請求返還原物者，已給付標之物之出賣人，得請求買受人返還之；(二)在各種「無名契約」中，已為對待給付之當事人，得向他方為「回復原狀」之請求，而不請求其履行原來所負之義務；(三)在非即時所可完全履行之契約，如租賃契約等，當事人之一方，堅不履行債務時，他方得請求其履行或解除契約，就此兩者，有自由選擇之權能焉。

第二項 契約對於第三者之效力

契約之於當事人以外之第三人，不直接發生任何權利義務關係，此乃古今法理上不易之原則，現代所謂「利他契約」之理論，則不曾爲此原則之例外，是項理論，雖未見諸羅馬古代法律，然亦隨羅馬法之演進，逐漸形成者也。在羅馬古代，任何契約，不得使當事人以外之第三人，享受法律上之權利，例如甲對乙約定贈丙銀洋千元，丙既未參加，固不得對甲起訴請求履行贈與，另一方面，依羅馬古代學者之理論，行使訴權，須有直接之利益，而乙在法律上，就甲之履行贈與，並無直接之利益可言，故亦不得對甲爲履行贈與之請求也。嗣後，當事人因有此嚴格之規定，致不能達到締結契約使第三人享受利益之目的，每巧設規避之辦法，以補救之，卽於利他契約中，附加「違約金契約」，以爲當事人行使給付請求權之方法，是已，例如甲對乙約定贈丙銀洋千元，如不履行贈與，應向乙給付違約金百元等是；如此，則乙得請求甲履行契約，以遂其利丙之志願矣。夫此辦法，與違約金之理論，本未盡合，而後之法學者及法官，爲使當事人達到「利他」之目的計，亦默認之；但就契約享受利益之第三人，終不得直接請求給付也。迨法律昌明時期，關於代理及債權移轉之理論，逐漸形成，法學者遂根據此兩種理論，承認享受利益之第三人，得以當事人之代理人或其債權受讓人之名義，向有履行義務之當事人，直接請求給付，而現代所稱利他契約之理論，遂如此演進而完成矣。

利他契約之特點，在以第三人享受契約上之利益爲當事人訂立契約之目的。至於或種契約，以第三人對當事人之一方爲某種給付爲標的者，我國民法第二百六十八條亦承認其效力。惟契約之訂立，乃特定人間之法律行爲，當事人間之契約，使第三人享受利益者，無害於該第三人，固無不可，若使其發生拘束第三人之效力，則該第

三人未必同意，更未必有利，揆之法理，自有未當；故我國民法縱承認以第三人之給付爲標的之契約之效力，仍規定由約定「由第三人對於他方爲給付」之當事人，負給付之實際上義務，即第三人不爲給付時，應由約定之當事人，負損害賠償之責任，而該第三人並不因是項契約而受任何拘束也。

第五節 多數債務人及債權人

第一款 分割之債

債權之當事人，至少須有二人，即一爲債權人，一爲債務人，已如上述；當事人之數目，在二人以上時，原則上，其權利或義務，各依比例平均分享或分擔之；即各債權人，就其本人之部分，享受權利，各義務人，亦就其本人之部分，負擔義務是已。故關於債權之當事人方面，原則至爲簡易，然於此有兩問題焉：（一）多數債權人及多數債務人間，有連帶關係時，其解決之道如何？（二）債權成立後，當事人可否變更？爰於下列兩款，分別言之。

第二款 連帶之債及「共同之債」（即約定連帶之債）

（一）連帶之債今昔之區別

依羅馬法之原則，債權人或債務人有二人或在二人以上時，各依比例平均分享權利或分擔義務，此點與我國民法第二百七十一條之規定同，其於連帶債權或連帶債務部分，則異其旨趣。例如我國民法第二百七十二條謂：「數人負同一債務，明示對於債權人各負全部之責任者，爲連帶債務。」——無前項之明示時，連帶債務之成

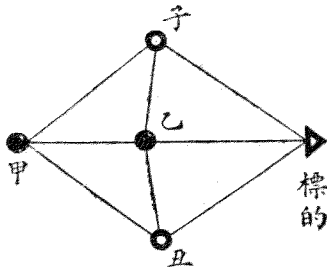
立，以法律有規定者爲限。」同法第二百八十三條，又謂：「數人依法律行爲有同一債權而各得向債務人爲全部之請求者，爲連帶債權。」是連帶債權或連帶債務，均得由當事人之意思或法律之規定而發生之矣；但依羅馬法之規定，則現代統稱連帶債務者，因其發生之原因爲法律或法律行爲，而有「連帶債務」與「共同債務」之區別也。

(II) 連帶之債

債權人或債務人間，就債之成立與消滅，互有連帶之關係者，謂之連帶之債；此連帶性，存在於債權人方面，曰連帶債權，存在於債務人方面，則曰連帶債務。連帶之債，其債權人或債務人，必爲多數，其債之關係，亦爲多數，至其標的，則爲同一之標的，並無二致也；其意義略如下圖：

就此圖例言，甲乙爲債權人，子丑則爲債務人，債權人甲或乙，對於債務人子或丑，得爲全部給付之請求；而甲或乙既經受領給付，除爲給付之債務人外，其他債務人之義務，均歸消滅，在債權人方面，則除受領給付者外，其他債權人之權利，亦均歸消滅也。

在優帝以前，債權人請求清償時，須分別起訴，實言之，多數連帶債務人，不得爲同一請求之被告；自優帝以還，債權人始得



甲子 = 債之關係
 甲丑 = 債之關係
 乙子 = 債之關係
 乙丑 = 債之關係
 甲子 + 甲丑 + 乙子 + 乙丑
 = 多數債之關係

對各連帶債務人同時起訴，請求清償，但亦以債務人得主張「順序之利益 (beneficium ordinis)」或「分擔之利益 (beneficium divisionis)」者為限。多數監護人負連帶責任時，無過失之被告，得請求債權人加列有過失者為被告，並儘先向有過失者為給付之請求，是為連帶債務人所得主張之「順序之利益」。數人因共同過失而負連帶責任時，其被債權人起訴追償者，得請求其加列其他債務人同為被告，則為「分擔之利益」。但連帶債務如因「私犯」而發生者，其債務人不得主張此兩種特殊之利益也。再債務人中之一人或數人，就債之標的為一次之給付時，其他債務人之責任，固歸消滅，其與給付相等之行為，亦發生一般之效力，例如債之變更，債之抵銷，或正式免除等是。至於裁判混同，或免除債務之普通約言，祇有個別之效力，而其他債務人並不因此而免其責任也。

(III) 共同之債

羅馬法上，除連帶之債外，與之相彷彿者，更有所謂「共同之債」。是項債之關係，就債權人言，曰共同債權，就債務人言，則曰共同債務。共同之債，發生於羅馬古代「法律訴訟」時期，嗣因法律訴訟之制廢，關於共同之債之規定，不復見諸實用，於是有連帶之債，起而代之；而債權人或債務人間連帶之關係，不論係由法律規定抑由當事人之意思而成立者，遂均曰連帶之債矣。至於共同之債之意義與效力，與連帶之債略同，而微有區別；茲就兩者之不同點，分別言之如次：

(一) 連帶之債，為法律所規定，而共同之債，則由當事人之意思而成立者也。後者成立之原因，為當事人

間之一般契約或遺囑，但以明示連帶之關係者爲限；前者之成立，則以法律有規定者爲限，當事人間不得變更其效力也。法律規定「連帶之債」，除以特別保護債權人爲目的外，仍有懲戒債務人之意義，故法定連帶之債，在羅馬法上不多見，而僅限於就「私犯」或「準私犯」同負責任之人之於被害人，及數監護人或數受任人之於受監護人或委任人，發生連帶債務之關係也。

(二) 連帶之債，除全部清償外，不因訴追而消滅；但共同之債中，債務人中之一人或數人被訴時，不論債權人曾否受領給付，其他債務人，即免其責任。連帶債務人中之一人被訴時，債權人如未受償，仍得對其他債務人行使債權，此乃極合理極公允之理論；但依羅馬法，共同之債，因債務人中之一人被訴時，其他債務人，即免其責任，實言之，訴訟拘束 (*litis contestatio*) 開始後，被訴之債務人，成爲唯一之債務人，無論得受清償與否，債權人與其他債務人之債之關係，即完全消滅矣。再被訴之債務人，除基於原債之存在問題而受判決者外，其利益或不利益，祇對該債務人發生效力，債權人依判決不得主張權利，固無論已，即使原則上各債務人均負有全部清償之責任，如被訴而依判應爲清償之債務人，確無支付能力，自起訴時起，債權人亦不得向其他債務人再爲請求，自不得謂爲得理之平。夫此制度之行諸羅馬，自「法律訴訟」時期始。斯時也，訴訟偏重形式，訴訟當事人從無申述理由之權能，例如：債務人信用不著者，請由第三人以「要式口約」之方式，向債權人約定負代位償還之責者，是同一標的之債權，而有多數債之關係；及訴追時，法官祇問被告以債之關係存在與否，被訴之債務人，明知其他債務人已經被訴，亦不得否認其本人之債務，而提起不爲清償之抗辯，故每有狡黠之債權人，對各

債務人分別起訴，就同一債權而受數度之清償也。裁判官以其失乎公平之道，遂加以改革，凡「共同債務人」中之一人被訴時，其他債務人即免其責任；然則此制度之以防止債權人之狡黠取財爲目的者，卒致債權人蒙受過度之不利，亦可謂校枉過正矣。但自優帝以還，債權人對共同債務人中之一人起訴後，如未受償，仍得對其他債務人訴追，且得於同一訴訟中，列各債務人爲共同被告也。

(三) 在連帶之債，消滅時效，因基於某一債權人方面或某一債務人方面之個別原因而中斷者，其他債權人不得同享其利益，其他債務人亦不蒙受其不利益；其於共同之債，則有普及各債權人或各債務人之一般效力焉。但共同之債中，各債權人之權利或各債務人之義務，不同其期日時，消滅時效之進行，仍祇有個別之效力；實言之，期日不同者，一債權人基於消滅時效而生之不利益，或一債務人基於消滅時效而取得之利益，不影響其他債權人或債務人之權義也。至於消滅時效之中止，無論於連帶之債或共同之債，祇有個別之效力，無中止消滅時效之原因之其他債權人，不得主張時效中止之利益也。

(IV) 連帶之債及共同之債之性質

連帶之債及共同之債，究爲單一之債抑爲多數之債，學者不一其說。羅馬之法學家，均謂共同之債中，各債務人之給付義務，得附有不同之條件或期限，而一債務人之債務歸於無效時，其他債務人仍不免其責任，遂基此兩端而認定共同之債中，有多數之法律關係，更認定其爲多數之債務，此說頗合羅馬法之精神，但學者間不乏反對此說者；至於連帶之債，則多謂爲多數之債也。現代羅馬法學者，若法儒奚臘爾，若比儒德不利也 (Duprès)，若德

儒鄧補爾 (Demburg) 若曰儒戶水等，則或謂此兩種債權，均非單一之債，而爲同一標的之多數債所組成之債之關係也。

(V) 債權人及債務人間相互之關係

連帶之債或共同之債，其債權人已受領全部之給付者，或債務人已爲全部之給付者，對於其他債權人之分配義務或對於其他債務人之補償請求權，均依普通之債權債務關係；債權人所受領者，如超過其應有部分，應向其他債權人按照比例分派；債務人已爲給付者，亦得按照比例請求補償，但依法應由已爲給付之債務人完全負擔者，或各債務人各應負擔全部之給付者，不在此限，例如主債務人雖已爲全部之給付，而不得請求保證人分擔等是也。

第六節 債之移轉

(I) 關於移轉債權債務之理論

依羅馬古代之理論，債之關係，爲特定人間之關係，以特定人爲必要，故認爲債之當事人，絕對不可變更，更從而認定債權不得讓與，債務不得由他人承擔。「債務不得承擔」之理論，不無相當之理由，蓋承擔債務之他人，苟無支付能力，或其信用不及原債務人時，必致債權人蒙受損害，殊非公允之道；然依現代法例，如我國民法第三百零一條，德國民法第四百一十五條，瑞士債權法第一百七十六條，規定他人承擔債務時，該他人須經債權人認可

而同意者，則債務之承擔，亦無不公允之結果。至於債權之讓與，雖發生更換債權人之結果，而債務人亦不因此而蒙受損害，況債權人需款應用或本人無力追償時，更有讓與債權於他人之必要與利益焉。法學者有鑑於此，遂擬制補救之道矣。

(II) 債權之讓與方式之演進

羅馬法關於讓與債權之理論，不甚發達，循序漸進，方式亦多，直至帝政時代，始成完備之制度，足為現代法例之典型，茲列舉其演進中之各種方式如次：

(一) 債之變更 羅馬法承認債權之讓與之第一方式，厥為債之變更之允許，即原債權消滅而代以新債權，由第三人行使新債權所賦予之權利是也。然依債權變更之原則，新債權之成立，須得債務人之同意，且原債權既經消滅，其所有之各種擔保，亦歸消滅，甚至使新債權無清償之可能；綜上兩點，則債權之變更，雖與債權之讓與相彷彿，究非完善之制度也。

(二) 訴訟代理 至「程式訴訟」時期，法學者乃發明移轉債權之另一方式，即債權人得將債權之行使移轉於第三人，而該第三人得以訴訟代理人之名義，訴追債務人是也。依此方式，移轉債權，無須得債務人之同意，且原債權仍然存在，其所有之擔保，亦不受其影響，則較諸變更債權之移轉方式，似不無進步。惟受讓人祇處原債權人之代理人之地位，原債權視為存在如故，原債權人仍得受領債務人所為之給付；且依委任之規定，當事人之一方死亡時，委任關係，即歸消滅，在法律上視為受任人之債權受讓人，或其繼承人，自難免有喪失訴

追權之危險。然則依此方式移轉債權者，受讓人所得之權利，毫無保障，是猶未能盡合移轉之旨趣也。

(三) 訴訟通知 至帝政時代，訴訟代理人，得以代理人自己之名義，行使訴權，且依前項方式移轉債權者，受讓人對於債務人起訴後，其受讓債權之通知，由法院送達債務人時，對於債務人即發生「訴訟拘束」之效力。自接受是項通知之時起，債務人即不得向原債權人履行債務，致妨害受讓人之權利；然在債務人未受通知前，受讓人之權利，仍無相當之保障，蓋債權之讓與行為，仍未發生充分之效力也。

(四) 權利之繼承 最後，裁判官法參照移轉債權之演進程序，集其大成，乃規定債權之讓與，於讓與人受讓人間，自讓與行為成立時起發生效力，對於債務人，則自其受讓與之通知時起發生效力，但債務人已明知讓與之事實者，不在此限。總之，讓與行為完全生效後，受讓人為讓與人之權利繼承人，非復處於代理人之地位，而債權之讓與，遂有完善公平之規則矣。

(III) 羅馬法上之債權讓與制度對於現代法例之影響

羅馬法上關於債權讓與之規定，現代法例，多採用之，如我國民法第二百九十四條，第二百九十七條，德國民法第三百九十八條，第四百零九條等是；但依法國民法第一千六百九十條及第一千六百九十一條之規定，債權之讓與，須債務人已受通知或書面承諾後，始得對抗債務人及其他第三人，而依日本民法第四百六十七條，則是項通知或承諾均須附以確期，用書面正式為之。至於債權之讓與，應由讓與人通知債務人，抑由受讓人通知之，羅馬法無規定之明文，故學者之解說，未能一致，現代法例中，日本民法明定，應由讓與人向債務人為是項通知，他如

瑞士德法及我國民法，則均未明白規定之也。

(IV) 債權之讓與之效力

債權之讓與，其效力，可分兩方面言之，即讓與人與受讓人間之效力，及受讓人與債務人間之效力是也。

(一) 讓與人與受讓人間之效力 讓與人應許受讓人行使其所有之權利，並於可能範圍內，對其權利之行使，予以便利，例如交付有關係之證書及指示其證明之方法等是。債權之讓與，爲有償行爲時，除有相反之約定外，讓與人應擔保其債權之存在，但債務人支付能力之有無，則讓與人不負責任也。債權之讓與，爲無償行爲時，讓與人就其債權之存在，不負擔保之責，但契約另有訂定者，不在此限。

(二) 受讓人與債務人間之效力 未受通知前，債務人祇對原債權人負責，自受通知時起，則完全對債權之受讓人，負其責任，而受讓人對於債務人，即取得爲通知時原債權人所有之各種權利矣。但債務人對於原債權人，或有債權之關係，即就其所讓與之債權，亦未嘗無對待給付或其他有理由之抗辯，苟因債權之讓與，致債務人不得向原債權人爲抵銷或其他有利益之主張，殊非法理之平。故羅馬法規定：債務人關於債權之標的及基於讓與人之私人關係之抗辯，而於未受通知前所得向讓與人提起者，如債之抵銷，或契約之撤銷等項，均得以之對抗受讓人也。

東羅馬時代，重利盤剝者流，每以現金買受金額較高之債權，從中漁利；如此讓受債權者，行使債權時，必較原債權人急迫嚴厲，債務人苦之，阿那斯大修斯一世帝 (Anastasius I 在四世紀元後四百九十一年至五百十八年) 遂規定救濟之道，

限制其讓與債權之效力，以取締之。依其規定，債務人對於債權之受讓人，祇須給付其受讓之價金，而無履行原債務之全部之責任，但債權之讓與，如為無償行為，或以履行債務或便利分析遺產為目的者，不在此限；蓋在此三種情形之下，讓與債權，非受讓人以不正當之方法剝削債務人者可比，故不限制其效力也。

(V) 不得讓與之債權

原則上，各種債權，均得讓與，然亦有數種例外，其一當事人間預約不許讓與者，其二雙務契約中之債權，其三，依法律之一般原則而不得讓與者，茲分述之如次：

(1) 當事人間預約不許讓與者 我國民法第二百九十四條第一項第二款之規定，與羅馬法同，但該條第二項後段謂：「前項第二款不得讓與之特約，不得以之對抗善意第三人，」則是項特約之效力，殆亦不足限制債權之讓與矣。

(2) 雙務契約中之債權 雙務契約中各方面之債權，均有相對之債務，依羅馬法，債權雖得讓與，而債務則否，故是項債權，不得為讓與之標的，夫此原則，已為現代例所不取矣。

(3) 依法律之一般原則而不得讓與者 我國民法第二百九十四條第一項第一、第三兩款所稱「依債權之性質，不得讓與者」及「債權禁止扣押者」均屬之；具體言之，是項不得讓與之債權，可分下列數種：

(a) 債權因移轉而變更其內容者，不得讓與；例如供給贍養之請求權，其債權人更易時，給付之內容，亦將隨之變更，故不得為讓與之標的也。

(b) 監護人不得將其債權讓與於受監護人。此其限制，殆所以防止監護人利用受監護人智識簡單，而詐取其財產上之利益耳。我國民法第一千一百零二條謂：「監護人不得受讓受監護人財產。」蓋亦做此；但依同法第一千一百零五條之規定，父母或同居之祖父母為監護人時，仍得受讓受監護人之財產，蓋立法者推定此等監護人，不至有使兒孫蒙受損害之惡意耳。

(c) 債權之標的為係爭物者，不得讓與。債權之標的物，既為訟爭之標的物，在訴訟關係未終結前，其所屬問題，尙未解決，故不得讓與之也。

第七節 債之消滅

第一款 總論

債之消滅云者，即債之關係，失其客觀之存在之謂。債之消滅，與債之移轉有別。債之移轉成立後，祇債權人或債務人擺脫債之關係而已，而債之本身，仍不失其客觀之存在也。債權消滅後，是否能用契約使之復活，學者對此問題，界說不一。吾人以爲債之關係消滅後，在同一當事人間，再訂契約，產生同一內容之債權，是不啻新債權之成立，而非舊債權之復活；依此理論，則舊債權所附屬之擔保，亦隨舊債權而歸消滅矣。

債權消滅之主要原因，可分清償、提存、抵銷、變更、免除、混同等六種。關於提存，羅馬古法之理論，不甚發達，已如上所述，以言變更（我國學者或稱更改）之爲消滅債權之原因，本溯源於羅馬法，但最新法例，如德國民法及我國民法，均不採取。

消滅債權之原因，除清償等項外，更有其他數種，例如（一）法律行爲之撤銷，（二）契約之解除，（三）解除條件之成就，（四）終期之到來，（五）因意外事變所致之給付不能，（六）當事人之死亡，（七）消滅時效之完成等是。當事人之死亡之得爲消滅債權之原因，以當事人有特別訂定，給付有特別性質，或法律有特別規定者爲限。至於消滅時效之完成，學者間有視爲消滅債權之原因者；但債權經時效消滅時，祇使債權人喪失請求權，而自然債務，依然存在，似不得視爲消滅債權之原因也。

第二款 清償

第一目 清償之意義與清償之理論

清償云者，即依債務本旨而爲給付之謂。履行二字，係就債權之效力言，給付二字，係就債之標的方面，指作爲或不作爲之事實言，而清償二字，則指消滅債權之行動而言者；意義雖同，各殊其用耳。

清償爲消滅債權之最大原因，各國法例，皆明定之；以言其理論上之性質，學說未能一致，其重要者有三，茲分述之如次。

（一）法律行爲說 此說以清償爲法律行爲之一種，更有三種詳細區別：一曰契約說，二曰單獨行爲說，三曰契約或單獨行爲說。

（1）契約說 此說謂：清償係由債務人表示爲給付之意思，並由債權人表示受領給付之意思，必兩造之意思合致時，始能成立清償之契約云云。

(2) 單獨行為說 此說謂：清償雖不必債權人表示受領給付之意思，然必債務人確有消滅債權之意思而為給付，始可謂為清償，故應認為單獨行為云。

(3) 契約或單獨行為說 此說謂：清償之須債權人受領給付者，是為契約，其不須債權人受領給付者，則為單獨行為，不得一概而論云。

(二) 非法律行為說 此說謂：清償云者，與因清償所為之給付有別，蓋因清償所為之給付，或係不作為，或係事實上之作為，或係契約，或係單獨行為，雖有若干區別，而清償云者，乃所以實現債權內容之行為，非即法律行為也。

(三) 折衷說 此說則謂：清償之性質，非可一概而論，須債權人受領給付者，則清償為契約，若其給付係不作為或係事實上之作為，而無須債權人受領者，則清償即非法律行為矣。

綜上三說，以非法律行為說為當，蓋所謂清償者，並非必有清償之意思，例如不作為之給付，祇在繼續不作為之狀態而已，給付義務人，並未必有清償之意思，自不得概謂清償須有意思表示，而為法律行為。況債之清償，應從消滅債權之觀點，以論其性質，凡債務人之行為或不行為，足以實現債之內容者，債權即達到目的，而歸消滅，故債務人之行為或不行為，是否足以消滅債權，祇以債權之內容能否在客觀方面因以實現為標準，而不在主觀方面研究債務人有無清償之意思，或債權人有無受領之意思也。

第二目 清償之要件

清償發生消滅債權之效力也，須具備五種要件：(一)關於清償人者，(二)關於受領清償人者，(三)關於清償之時期者，(四)關於清償之處所者，(五)關於清償之方法者。茲分述之如次：

(I) 清償人須有為清償之能力。就債之關係，惟債務人有清償之義務，但任何他人得不待債務人之同意而代其清償；他人代債務人而為清償時，必須用債務人之名義，並以除去債務人之給付義務為目的，始發生消滅債權之效力。由他人代為清償時，債務人無法律上之利害關係，故不得反對之，其於債權人則不然；蓋在或種債之關係中，必須特定債務人之專門技能或特殊能力，方足以實現債權之內容，達到債權之目的，由他人代為清償，則債權人難免有蒙受不利益之虞，故得拒絕他人代為清償也。

無論清償人果為債務人本人與否，欲使清償發生消滅債權之效力，必須清償人為給付標的物之所有人，並有處分該標的物之能力，清償人而非給付物之所有人，則所謂清償，即不能視為存在，此固「不得就他人所有物而為處分行爲」之原則之當然結果；若清償人而為無行為能力人，除無行為能力之清償人，得請求法院撤銷其清償及返還給付標的物外，就債權人方面言之，其清償仍然生效，他人不得為無效或撤銷之主張也。

(II) 受領清償人須有受領清償之能力。受領清償人，須為債權人本人或其代理人，債權人受領清償者，則須有處分財產之能力；蓋受領清償時，其債權即歸消滅，是無異處分債權，無處分財產之能力者，自不得就債權而為處分行爲，故清償人向無處分能力之債權人而為清償時，其清償無效。但無行為能力人如尚保持其所受領之財物，或使用得當，並未蒙受損失，則不得請求債務人重為給付，殆所以保護無行為能力人，同時使其

不得藉口無行為能力而享受分外之利益也。

向代理人而為清償者，與向債權人清償，有同一之效力：是項代理人，或為法定代理人，或為約定代理人，並無任何差別也。原則上，約定代理人，債權人得隨時撤回之，契約訂明由某代理人受領清償時，則必須由該代理人受領，但該代理人祇有受領之權限，而不得直接向債務人起訴追償也。

(III) 須於適當之時期而為清償。清償之時期，除法律有規定者外，依當事人之約定，未約定者，依個別之情形決定之；例如甲向乙定製燈彩，以為慶祝國慶之用者，或子向丑定印計聞，以為開弔治喪之用者，雖未約定何時給付燈彩計聞，而乙應於國慶日前而為清償，丑則應於開弔之前數日而為清償，至為明顯。如清償期未經約定，并不能於事後決定者，債權人得隨時請求給付，而債務人亦有隨時清償之義務。所謂即時清償云者，仍應予債務人以相當之準備清償之時間，並非立即實現債權之內容也。總之，債之清償期，原則上，係為債務人之利益而設，如債務人於清償期前而為清償，是自甘拋棄其利益，故除當事人有相反之約定，或依特殊情形，不於一定之期間內為清償，即不能達到償之目的者外，債權人不得拒絕受領其清償，苟拒絕之，則應負受領遲延之責任也。

(IV) 須於適當之處所而為清償。清償之處所，即債務之履行地是已，簡稱清償地，或履行地。清償地，除法律有規定者外，依當事人之約定，未經明白約定者，依各債之性質之個別情形決定之；例如僱用某甲在某工廠做工，則甲之債務清償地，即為該工廠無疑。清償地，如未明定，並不能於事後依個別情形決定者，亦應於相當

之處所而爲清償債權人得請求清償之處所，即爲得對債務人起訴追償之處所，亦即債務人住所地或居所地，但當事人有相反之約定者，不在此限；在此情形之下，依我國民法第三百一十四條第二款之規定，除以給付特定物爲標的者外，應於債權人之住所地而爲清償，是與羅馬法之原則，完全相反。至於以給付特定物爲標的之債，其清償地，除已明定或事後可以決定者外，應爲給付標的物於訂約時之所在處所，此則現代法例所同者也。

(V) 須依債務之本旨而爲清償 清償之結果，須能依債之本旨實現其內容；債權人所得請求者，固以債務人所負義務之履行爲限，債務人亦不得強令債權人受領債之標的以外之其他給付，但出於雙方當事人之同意者，不在此限。除債權人自願受領外，債務人應一次而爲清償，但依羅馬法之規定，有下列兩種例外：(一) 債務人與債權人有親屬關係及恩惠關係者，如其全部清償債務，即缺乏生活所必需之財物時，債權人不得請求之；(二) 債務人破產時，債權人應接受其一部清償，而不得爲全部清償之主張。我國民法第三百一十八條第一項謂：「債務人無爲一部清償之權利，但法院得斟酌債務人之境況，許其於無甚害於債權人利益之相當期限內，分期給付，或緩期給付；」此其規定，雖顧慮債務人之實際困難，似猶未及羅馬法之周密也。

第三目 清償之效果

清償後，主債務及其從屬之債務，如保證債務等，均歸消滅。但債務人對於同一債權人負有數宗同種類之債務時，如其所爲之給付，不足清償數宗債務，究應視爲清償何宗給付，實爲相當重要之問題，以其關係當事人之利益故也。是項問題，我國學者名之曰「清償之抵充」。關於清償之抵充，羅馬法已有明白之規定，茲分述之如次：

(一) 原則上，債務人於清償時有指定之權，即就各宗債務得自由選擇而為清償；但須儘就某宗債務而為清償，而不得同時就數宗債務為局部之清償，此其選擇權之限制也。

(二) 債務人未曾指定清償何宗債務時，債權人得於清償時指定之，但債權人須依最利於債務人之方法指定之，而無任意選擇之權。

(三) 債權人債務人均未指定清償之債務時，則依下列次序：

(子) 債權孳生利息者，應儘先抵充已到期之利息；

(丑) 債務已屆清償期者，應抵充之；

(寅) 債務人就數宗債務之清償，有不同之利益時，應以債務人因清償而獲益最多者，儘先抵充；例如數宗債務，依不同之利率，計算利息時，應先抵充利率最高之債務也。

(卯) 利率相等者，應先抵充成立最久之債務；

(辰) 如無上述各種區別，則就各宗債務，按照比例抵充之；其結果，將使債務人得就各宗債務而為一部給付，然此並非「債務人不得為一部給付」之原則之例外，蓋債權人既未指定抵充之方法，是無異自願受領其一部給付耳。

現代法例，關於清償之抵充之規定，雖與羅馬法未必盡同，其泰半悉本諸此，而鮮有若何之進步。我國民法第三百二十二條第二款前段謂：「債務均已屆清償期或均未屆清償期者，以債務之擔保最少者儘先抵充，擔保相

當者，以債務人因清償而獲益最多者儘先抵充。』是當事人之利益之保護，先債權人而後債務人矣；我國民法既採取社會主義，如此規定，則視羅馬法未免有遜色也。

第四目 清償之證明

債權之存在，由債權人負證明之責，債之清償之證明，則責在債務人，而債權人不負舉證之責。債之清償之證明方法不一，如書據、人證、認諾，或法律之推定等，均屬之。關於金錢債務，羅馬法，則以受領證書為證明清償之主要方法，然受領證書，必須經債務人持有三十日以後，始足認為清償之有力證據；蓋依羅馬人之習慣，債權屆滿清償期後，在未訴追前，債權人每將受領證書，寄與債務人，以為最後催告之表示，故債務人除有其他證據外，持有受領證書，不足為清償之抗辯之根據，然事實上確已清償之債務人，除受領證書外別無其他清償之證據者，亦難免有蒙受不利益之虞，裁判官為補救計，對於債務人持有受領證書經過三十日之期間者，即推定其確已清償。因有是項規定，債權人寄出受領證書以為催告之方法者，必於寄出後三十日內起訴追償，以免蒙受法律上之不利益也。

關於清償之推定，羅馬法亦有數種規定，茲分述如次：

(一) 債權人將債權之書據返還債務人時，依法即視為確已清償，蓋書據為主張債權之有效證明方法，債權人在未受領清償前，必不願返還債務人，此種推定，極合邏輯，故我國民法第三百二十五條第三項，亦有同樣之規定也。

(二) 債權之書據，記載「作廢」或「清償」等字樣時，債權即視為確已清償，以此足以推定債權人有

毀滅該書據之意思也。

(三)關於定期給付之債務，如債務人證明已連續而為三期之給付，即推定其以前各期之給付，為已經清償，我國民法第三百二十五條第一項謂：「關於利息或其他定期給付，如債權人給與受領一期給付之證書，未為他期之保留者，推定其以前各期之給付為已清償。」其與羅馬法不同者，祇在一期給付及三期給付之區別，蓋債權人所為之保留之效力，羅馬法雖未明定，依其精神解釋之，自亦無否認其效力之理耳。

第三款 提存

羅馬古法，無提存之制度，債務人催告受領遲延之債權人後，得竟拋棄給付物，而免其責任；嗣以未盡公平，略加修改，即債權人雖受領遲延，債務人如欲免除責任，應將給付物提存官廳，或寄託私人保管。但依新法，給付物有毀損滅失之虞，不能提存或提存需費過鉅時，債務人仍得拋棄之，以代給付。總之，羅馬法所規定關於提存制度之實施辦法，可謂卑之無足高論；然而現代法例，關於提存有完善之規定，亦不得謂非因羅馬法導源於前有以致之也。

第四款 抵銷

第一目 抵銷之意義與其功用

二人相互間均有同種類之債權時，各以其所有之債權而消滅其所負之債務，使雙方之債權，就其共同之額數而同歸消滅，謂之債之抵銷。債之抵銷，可分兩種情形：一曰約定抵銷，二曰法定抵銷。約定抵銷云者，指二人合意

消滅彼此間之債權而言。抵銷契約之性質，與清償免除等有別，而爲一種獨立之契約。二人互有債權時，即可互訂抵銷契約，不以具備其他要件爲必要；其發生之效力，亦概依契約之內容也。法定抵銷云者，二人互有之債權，因具備法定要件而同歸消滅，而不以兩造之合意爲必要；至通常所稱抵銷，則概指法定抵銷而言也。

抵銷之制度，導源於羅馬法，現代各國法例，均採取之，以其具有便利與公平兩大優點故也。例如：甲對乙負債千元，乙又對甲負債千元，則乙應對甲而爲給付，同時甲亦應對乙而爲給付，雙方消滅債權，必須經過兩次清償之手續，但依抵銷之制度，具備法定之抵銷條件時，雙方之債權，即歸消滅，而可免互爲給付互領給付之煩勞，此其便利之優點一也；再如互有債權之雙方，其一方已爲給付，他方給付遲延或忽然喪失支付能力時，則已爲給付者，將有難受清償之虞，另一方面，已受領給付者，則將有利己損人之機會，其不公平孰甚？但依抵銷之制度，則無損此益彼之弊，此其「公平」之優點又一也。關於抵銷之制度，現代學說及各國法例，不一其致：（一）二人互有債權，具備一定要件，即當然抵銷者，是爲實質主義，法國民法，奧國民法及日本舊民法，均採用之；（二）二人互有債權，具備一定要件後，再由當事人之一方，請求抵銷而經法院之確認者，是爲形式主義，現代法例鮮有採用之者；（三）二人互有債權，具備一定要件時，依一造之意思表示而發生抵銷之效力者，是爲折衷主義，德國民法，瑞士債權法，日本新民法，我國民法，均採用之。依羅馬法之規定，具備一定條件後，當事人之一方，向他方請求給付時，該他方得爲抵銷之抗辯而已；質言之，雙方之債權，並非僅因具備抵銷之條件，即當然消滅也。

第二目 抵銷之要件

債之抵銷，羅馬法雖不以當事人表示抵銷之意爲必要，但須具備下列數種要件：

(一) 須有兩個債權，得以抵銷之債權，以依法有效者爲限，但自然債權，亦得抵銷之；我國民法第三百三十七條謂：『債之請求權，雖經時效而消滅，如在時效未完成前，其債務已適於抵銷者，亦得爲抵銷。』是亦承認自然債權得爲抵銷之原則矣。

(二) 須就兩個債權，二人互爲債權人並互爲債務人。甲對乙主張債權時，如乙對甲亦有債權，則乙固得對甲爲債之抵銷之抗辯，另一方面，欲主張債之抵銷，亦以二人就兩個債權，互爲債權人並互爲債務人時爲限；但在下列三種情形之下，債務人雖直接與債權人無相互之債之關係，亦得因抵銷而消滅債權。

(子) 債權讓與後，受讓人向債務人請求給付時，債務人，就其對受讓人所有之債權，及就其接到讓與債權之通知前對讓與人所有之債權，均得對債權人提起抵銷之抗辯。

(丑) 在保證債務中，債權人向保證人請求給付時，保證人就其本人及主債務人對債權人所有之債權，均得提起抵銷之抗辯。

(寅) 在連帶債務中，債權人向債務人中之一人或數人請求給付時，如連帶債務人中，有對債權人享有債權者，連帶債務得即因抵銷而歸消滅，然而各連帶債務人之於債權人，並非均有債權人之地位也。

(三) 須兩個債權之標的物，均爲種類質量相同之代替物。債之抵銷，爲消滅債權之原因之一，與清償同，而原則上，債務人更不得強使債權人受領債務本旨以外之其他給付，故兩個債權之標的物，如非同種類同

質量之代替物，則不得適用抵銷之制度也。

(四) 須兩個債權，均已屆滿清償期。當事人之一方，對他方所有之債權，如尚未屆滿清償期，則不得請求他方給付，故對他方已屆清償期之債權，不得以抵銷為抗辯而拒絕給付也；但其債權之期限，係因便利他方而展緩延長，致未屆滿者，不在此限。例如：法官因善意債務人甲無力即時對乙給付，為便利甲方起見，特准展期兩月而為給付；在此兩月之期間內，甲復對乙取得即時可以行使之另一債權，如甲對乙為給付之請求，則乙對甲之債權之清償期，雖因展期而未屆滿，亦得提起抵銷之抗辯。蓋對甲展期，本以其無力給付為主要原因；適用抵銷時，並不須甲給付，故因恩惠甲方而展緩之期限，雖未屆滿，亦不得為乙方主張抵銷之障礙也。再未屆清償期之債務人，就已屆清償期之另一債之關係，對他方請求給付時，他方固不得主張抵銷，但得即時請求給付之一方，如表示承認抵銷，以消滅雙方相互間之債權，是自願拋棄其權利，故其抵銷亦發生效力也。

(五) 須兩個債權，確然存在，並均有確定之內容。如各債權是否存在，不易證明，或其內容多寡，難於計算，或尚有疑問時，則不得適用抵銷之規定也。

第三目 抵銷之限制

債之抵銷，於下列數種情形，不適用之：

(1) 因不公平之原因事實而發生之債權，其債務人不得主張抵銷。例如：因侵權行為而發生之損害賠償之債，其債權人即為被害人，其債務人則為加害人；被害人雖對加害人負有債務，仍得請求其為給付，而加害

人並不得爲抵銷之主張也。

(2) 在寄託契約關係中，寄託人，因不忠實之受寄人不依約返還寄託物，而向其請求損害賠償時，該受寄人不得藉口對寄託人另有債權，而爲抵銷之主張也。

(3) 以給付贍養費爲債之標的者，債務人不得以對債權人另有債權爲理由，主張抵銷；蓋是項債權之存在，爲債權人生活上所必需，故債務人不得用抵銷之方法，使其消滅也。

第四目 抵銷之效力

抵銷與清償等，同爲債之消滅原因；抵銷後，主債務固然消滅，其從屬之債務，亦同歸消滅。當事人相互間之債權，其數量不同時，祇就其相對之數額，發生抵銷之效力，餘則存在如故，此又我國民法第三百三十五條第一項之規定所同者也。

債之抵銷，有追溯之效力；質言之，抵銷之債權，並非自當事人主張抵銷時起，始歸消滅，而自抵銷之各種要件完成時，即歸消滅也。例如：各種抵銷之要件，於月初完成，直至月底，當事人之一方，始主張抵銷，則雙方之債權，自月初起，即視爲消滅；如有利息，自月初起，當事人雙方即無支付利息之義務矣。

第五款 變更

第一目 變更制度之沿革

以消滅債權爲目的而成立另一債之關係，謂之債之變更；以言其性質，則以新債權替代已存在之債權之契

約也。債之變更之制度，亦自羅馬法始。法、意、瑞士、日本諸國民法，多採用之。但德國民法及我國民法，則無此規定，其理由謂債之變更，與債權讓與及債務承擔，發生同樣之結果，既經明認債之移轉，故無明定變更之必要。但羅馬法最初不許讓與債權時，固以變更制度為補救之方法者，嗣後承認債之移轉時，並未廢除變更制度；現代法例，如法、意、瑞士及日本諸國民法，對此兩者，仍兼採並用，蓋以債之移轉，與債之變更，並行不悖，其性質亦不盡同耳。

第二目 變更之要件

依變更之方法，消滅債權，須具備數種要件：其一、須有依法發生效力之債權；其二、須有產生有效之新債權之契約；其三、須新債權之成立，係以消滅舊債權為目的；其四、須雙方當事人有處分債權或發生債務之能力；其五、須債之變更，係依一定之方式。茲分述如後：

(一) 須有依法發生效力之債權。變更既以消滅已存在之債權為目的，苟當事人所欲消滅之債權，不生效力，即不能視為存在，而變更云云，亦無目的可言，故欲變更發生效力，欲依變更而成立另一債之關係，必以有依法生效之債權為前提；至於自然債權，其債權人，雖無請求權，然以消滅是項債權為目的者，亦得依變更而成立另一債之關係也。

(二) 須有產生有效之新債權之契約。因變更而產生之新債權，須為有效之債權，但新債權得為自然債權或附有停止條件。新債權附有停止條件時，如條件不能完成，則變更不能發生效力，而原有之債權，亦依然存在也。

(三) 須新債權之成立，係以消滅舊債權爲目的。消滅舊債權而產生新債權，其目的與其利益，即在避免存在已久之舊債權所可引起之糾紛或困難。苟不以消滅舊債權爲成立新債權之目的，則失其變更之目的，且將與立法者之意旨，背道而馳。故雙方當事人均應以消滅舊債權爲目的，並應明白而爲此意思表示也。瑞士債權法第一百一十六條第一項謂：「債之變更，不得推定。」云云，殆與此若合符節矣。

(四) 須雙方當事人有處分債權或發生債務之能力。變更成立後，舊債權即歸消滅，固須債權人有處分債權之能力，另一方面，變更之結果，發生新債之關係，實言之，債務人亦因此而受此新債之拘束，故亦須債務人有自舉債務之能力，有因其法律行爲而受契約之拘束之能力也。

(五) 須債之變更，係依一定之方式。變更必須依必要之方式，殆所以昭鄭重而免糾紛也。在羅馬古代，債之變更，須依「口頭契約 (contractus verbis)」或「文書契約 (contractus litteris)」爲之，至法律進步時期，則多依「要式口約 (stipulatio)」也。

已存在之債權，因合法之變更而消滅後，其附隨之債權如抵押權等，亦歸消滅；新發生之債權，則獨立存在，而與前者無牽連關係也。

第六款 免除

債權人不受領代價而無償豁免債務人給付之義務，是爲債之免除；其發生消滅債權之效果，與清償同。惟在羅馬法，債之免除，有「市民法上之免除」與「萬民法上之免除」之區別；此兩者之效果，及其方式，亦不一致，茲分

述之如次：

(I) 市民法上之免除 依市民法之規定，債權免除後，即完全消滅。免除債權，更須採用產生債權之相對方式，而為相反之表示，例如債權因雙方載明帳簿而成立者，免除時，須一方於帳簿上，載明已為給付，他方載明已受領給付；因「要式口約」而成立者，則須當事人再用要式口約，而互為解除債之關係之聲明等是；但債權因「要物契約」而發生者，不在此限，蓋是項債權之履行方法，為金錢之給付，而非原物之返還，苟以要物契約為免除之方式，實際上殊感困難也。

(II) 萬民法上之免除 依市民法之規定，債之免除，須依一定之方式，已如上述。故債權人，曾為免除之表示者，因未依一定方式而免除行為不能生效時，每於免除後，復向債務人請求給付，債務人苦之；裁判官認為有悖公正之道，遂承認未依一定方式而受免除之債務人，得對免除後，請求給付之債權人，提起「違約之抗辯」(exceptio pacti conventi)，以拒絕其請求。但債權之本身，不因免除而視為消滅，是為萬民法上之免除。是項免除，不生市民法上之效果，以言其性質，亦不得視為正式契約，僅為一種「簡約」(pactum)而已。是項「簡約」，更有「對人簡約」(pactum in personam)與「對物簡約」(pactum in rem)之別：前者之效力，僅及於債權人或債務人之本身，例如債權人約定不向債務人本人請求給付，而於將來向其繼承人請求給付，或約定債權人本人不請求給付，而將來由其繼承人請求給付是已；對物簡約，則限於「共同債權」(註)中適用之，例如共同債權人為甲乙二人，甲對債務人為免除之表示後，祇甲受免除之拘束，而乙仍得向債務人請求給付也。

(註)「共同債權」之意義，詳第二編第一章第五節第二款。

第七款 混同

就同一法律關係，依法不能兼有之法律上不同名義，同歸於一人時，謂之混同；夫此抑亦廣義之混同，例如就同一物件，取得所有權時，其役權，即因與所有權同歸一人而歸消滅等混同情形，均屬之。「債權與其債務同歸一人時，債之關係消滅」此乃我國民法第三百四十四條前段所明定；法國民法第一千三百條瑞士債權法第一百八十八條之規定，亦與此盡同。是依現代一般法例，債之混同，以「債權及其債務同歸一人」時，為唯一之實例；但依羅馬法學者之解釋，混同之實例，不僅此已也。茲分述之如次：

(一) 債權及其債務同歸一人時，債之關係即因混同而消滅。此為最普遍而最主要之實例，此種情形，每於繼承財產，移轉債權債務時發生之。

(二) 在連帶債務中，如債權人因繼承財產等情而成為債務人之一員，或債務人之一員成為債權人時，就債權債務之共同部分，債之關係，應歸消滅，其他部分，則依然存在也。

(三) 保證關係中，保證人之名義，與債權人之名義，同歸一人時，僅保證債務，歸於消滅，而主債務依然存在也。

(四) 主債務人之名義，與保證人之名義，同歸一人時，則一人而有兩個不能兼有之名義，故有從屬性質之保證債務，應歸消滅；但保證債務之於債權人，較諸主債務為有利益者，則主債務歸於消滅，而保證債務，仍然

存在也。

本章參考書記要

- J. Cornil, Possession dans le droit romain p. 55, 156, 185-188, 203, 231, 394, 408; M.-J. Cornil, Droit romain p. 197, 198, 227-229, 254, 313-330, 334-354, 356-359, 361-363, 366-376, 383, 384; Georges Cornil, Ancien droit romain p. 72, 74, 76, 85, 96, 97; T. C. Sanders, The Institutes of Justinian p. lvi, 219-221, 319-321, 426, 428, 437, 446, 465, 478; F. de Visser, Etudes de droit romain p. 112, 119, 261, 267, 279, 281, 320, 327, 367; J. Declareuil, Rome et l'organisation du droit p. 212, 213, 262, 263, 272-274, 402, 403, 416-418; 黃右昌, 羅馬法與現代 p. 403-407, 442-460, 467-496; P. F. Girard, Textes de droit romain publiés et annotés p. 860-868; P. F. Girard, Manuel élémentaire de droit romain p. 608-778; P. Collinet et A. Giffard, Précis de droit romain p. 1-6, 47, 118-129, 135-169, 186-189 (Tome II); Gaston May, Eléments de droit romain p. 285-305, 438-485; F. Marekelden, Manuel de droit romain p. 198-260; Charles Demanngat, Cours élémentaire de droit romain p. 142-297, 346-354, 357-374, 378-414 (Tome II); Accurius, Précis de droit romain p. 1-267 (Tome II); Paul Collinet, Etudes

historiques sur le droit de Justinien p. 85-114 (Tome I); Ruben de Couder, Résumé de ré-
pétitions écrites de droit romain p. 181-188, 355-361, 494-499, 500-522; Edouard Cug, Les
institutions juridiques des Romains p. 332-391, 578-592; René Faignet, Manuel élémentaire de
droit romain p. 149-226; W. W. Buckland, The main institutions of roman private law p.
142-145, 234-252, 281-297, 307-324; R. W. Leage, Roman private law p. 262-293, 309-321; R.
W. Lee, Introduction to Roman-Dutch law p. 200-202, 292, 309; Viard P., Les pactes adjoints
aux contrats en droit romain p. 13-20, 45, 61; Saleilles, Etudes sur la théorie générale de
l'obligation p. 1-12, 43-45, 71, 78; Paul Gide, Etude sur la novation et le transfert des créances
dans le droit romain p. 3-12, 42-53, 67, 68; Ch. Appleton, Histoire de la compensation en droit
romain p. 42-47, 61, 69; E. Henriot, Mœurs juridiques et judiciaires de l'ancienne Rome p.
439-488 (Tome I); J. Declareuil, Rome the law-giver p. 222, 232-268; R. Sohm, Institutes of
Roman law p. 358-396, 408-447.

第二章 各種之債

第一節 買賣

第一款 通則

稱買賣者，當事人約定，一方移轉物件於他方，他方支付價金之合意契約也。買賣契約爲合意契約之一種，故無履行一定方式之必要，但此契約之成立，須具備下列三種要素：一曰物件，二曰價金，三曰當事人之意思合致，第三種要素，本爲一般合意契約所共同者，然於買賣契約，亦有其特別之點在，茲就此三種要素，分別言之如次：

(甲) 物件 (Res)

物件云者，指有財產上價值之各種物件而言，有體物或無體物，均得爲買賣之標的物，而單純之行爲不與焉。就無體物言，如債權及物權中之地上權、永佃權等，固無論已，卽尙未成立之物權，亦得爲買賣之標的，例如甲與乙約定，就甲之土地尙未成立之「步行權」出賣於乙等是；但無論已經成立與否，物權亦有不得出賣者，例如地役權，不得與需役地分離而出賣之，抵押權，不得與債權分離而出賣之等是。就現時尙未存在之物件，亦得成立買賣契約，例如定製衣服，定購印刷中之書籍等是；不特此也，現時尙未存在，而將來有無亦未必之物品，亦得爲買賣

標的物，是爲「希望物品之買賣 (emptio rei sperata)」，例如尙未產生之奴隸牲畜，尙未收穫之米麥等屬之，如爲「希望物品之買賣」，出賣人因牲畜奴隸之難產，或遇饑饉之凶年，並無所得時，其買賣視爲自始不成立，故此等買賣，實不啻爲附有停止條件之法律行爲耳。與此類似而不盡同者，更有所謂「希望之買賣 (emptio spei)」，「希望之買賣」之標的物，爲已確定之物體，特就此物體，應有可以實現之希望在焉；其最古典而最切實之實例，則卽獎券之買賣是已。是項買賣，既以確定之物體爲標的物，故不論希望果否實現，買賣均視爲自始成立。希望物品之買賣，與希望之買賣，此兩者之區別，可分兩方面言之：標的物之產生，合乎自然之法則者，是爲前者，就標的物所附有之希望，純依難得之機會而實現者，則爲後者，此其標的物本身方面之區別一也；就標的物賅括之數量，定賅括之價金者，是爲前者，依標的物數量之單位，而定比例之價金者，則爲後者，此其價金方面之區別又一也。再「希望之買賣」，其危險負擔，均歸諸買受人，在「希望物品之買賣」，則買受人祇負擔質量上之危險而已，例如：甲向乙定購乙所有某處田產將來出產之食米百擔，將來收穫之米，質量優劣，在所不問，其數量少於百擔，則乙就其不足之數量，有折減價金之義務也。

有財產上價值之物件，得爲買賣標的物者，羅馬法上祇有有體物、債權、物權等三種，他如現代法例准許買賣之著作權、商標專用權等智能權，均不與焉；另一方面，現代法例禁止買賣之權利，如親權、公權兩者，羅馬法則有時視爲可以買賣；後者之例，如東羅馬帝國時代鬻賣給俸之官爵皆是，前者之例，如因「買賣婚 (coemptio)」而取得「夫權」，因「出讓子女 (mancipium)」而移轉對於子女之「家父權」等是。至法律進步時期，除子女侵害

他人時，家父得將其交諸他人，以代賠償損害外，家父不得出讓之；君士坦丁帝，則規定凡罹奇重之災難者，或以維持生活上必要之費用為目的者，得出讓其子女與他人焉；至優帝時，即此例外，亦廢止之矣。

除公權親權外，買賣之標的物，須為有財產上價值之有體物或無體物，已如上述，但依羅馬法之規定，就是項有財產上價值之物件所為之買賣，亦有兩種不可能之情形：一為事實上之不可能，例如訂立買賣契約時，標的物已不存在者屬之；一為法律上之不可能，例如標的物為不融通物，或因當事人間特殊關係，法律禁止買賣者等是。法律特別禁止買賣者，實例繁多，茲略舉其最重要而與現代法例略同者，數種實例如次：

(一) 法律進步時期，禁止就生存人之未來遺產，而為買賣，殆買受人之利益，以他人之死亡為實現之條件，於道德有未合耳；但是項買賣，優帝不完全禁止之，即將來之被繼承人，對其未來遺產之買賣，表示同意，並至死亡時仍未變更其意旨者，其買賣視為自始發生效力，是不啻為附有停止條件之買賣也。

(二) 監護人或保佐人，不得買受其受監護人或受保佐人之財物，法國民法，亦有同樣之規定也。

(三) 省長不得於其管轄區域內，買受動產或不動產，但為日常生活所必需者，不在此限。依法國民法第一千五百九十六條之規定，公務人員，不得買受其所管理或經賣之公有物，與羅馬法之規定，略有不同，蓋前者之目的，在避免公務人員低價買受，害公以肥己，後者之目的，則在避免省長濫用權威，強以低價買受，致人民蒙受不利益之結果也。

(四) 妻就不動產所有之嫁資，夫不得出賣之。

(五) 標的物爲贓物，買受人明知其爲贓物者，其買賣無效；但買受人出於善意時，其契約仍然有效。出賣人不能履行其交付物件之義務時，且應對買受人負損害賠償之責任焉。

(六) 當事人不得買受自己所有之物件，蓋在此情形之下，出賣人無從履行交付標的物之義務，則其買賣成爲無標的之法律行爲，故不能成立也。但就其所有物已經設定之「他物權」或已經移轉之占有，所有人得買回之；附有停止條件而出賣其所有物者，於條件未完成前，亦得買回之，例如：甲將其所有物出賣於乙，甲於條件未成就前得買回之，則甲所買之物件，固即其本人之所有物也。

(乙) 價金 (pretium)

價金云者，即買賣標的物之金錢上之代價是已，但價金須具備下列三種要件：其一、價金須爲金錢，其二、價金須經確定，其三、價金須屬真實；茲分述如次：

(一) 價金須爲金錢 (in pecunia numerata) 價金之內容，須爲金錢，蓋所以使買賣行爲不與互易行爲有所區別，而明買受人及出賣人之責任也。但買受人除給付金錢外，得並爲從屬之其他給付，以充價金，例如除給付銀洋萬元外，並給付白米百擔等是。所謂從屬之給付云者，須以金錢之給付，估價金之重要成分之謂；反之，祇以金錢充價金總額之一小部分，餘以其他給付抵充之者，則不得視爲具有價金之買賣行爲也。

(二) 價金須經確定 (certum) 買賣契約中，價金確定之條件，較諸其他債之關係，特別嚴格；蓋「出賣人之訴 (actio venditi)」爲羅馬法上「確定請求 (intentio certa)」之一種，故依古法，必具體約定價金之

數額時，方得視爲確定。但此嚴格之原則，未幾即經變更，嗣凡可據以確定價金額數之原素，於契約成立時已經明定者，其價金以已經確定論；例如當事人訂明，依過去某日之市價，以爲計算價金之標準，則可隨時查明市價以確定之，固與已經確定者無異。我國民法第三百四十六條第一項謂：「價金雖未具體約定而依情形可得而定者，視爲定有價金。」云云，殆亦本乎此歟？再價金，當事人得約定由第三人評定之；但此第三人須經特別指定，而其買賣，亦視爲附有條件之法律行爲也。

(三) 價金須屬真實 (Verum) 即買賣須有實在而相當之價金；所謂實在之價金云者，買受人事實上給付價金之謂，例如名爲買賣而實行贈與者，在法律上不得視爲買賣；所謂相當之價金云者，即標之物之實在價值，與價金之額數須有相對之關係，例如以銀洋一元爲價值萬元之標之物之價金，在法律上亦不得視爲買賣行爲也。

(丙) 意思之合致 (consensus) 當事人意思之合致，本爲一般合意契約之共同要素，但此共同要素之於買賣契約，亦有特別之點，即當事人得約定以訂立字據爲買賣之要件是也。當事人有此特約者，固爲附有停止條件之買賣契約，依優帝之規定，凡當事人言明須訂立字據時，即推定其有此特約，而以訂立字據爲買賣成立之要件矣。再就當事人意思方面之有效條件而言，除須當事人有行爲能力並有自由之意思，爲一般法律行爲所共同者外，關於買賣，更須具備一種特別要件，即「出賣人於經濟方面，須有自由之意思，而就其所得之價金，未受過分之損失。」是也。是項特別要件，爲優

帝所規定，優帝以爲出賣人迫於急需而賤賣其物件，致所得之價金，與其物件之實價相差懸遠者，表面上，雖係自願出賣，而實際上，亦非出於完全自由之真實意思，故規定：凡價金在標的物實在價值之二分之一以下者，出賣人得提起「出賣人之訴」，請求撤銷其買賣行爲，而買受人則應返還標的物，或補足其實在之價金也。法國民法第一千六百七十四條謂：『不動產出賣人所得之價金，低至該不動產市價之十二分之七以下者，得請求撤銷其買賣契約，出賣人於契約中載明拋棄其撤銷權並將其價金與市價之差額贈與於買受人者，其特約無效。』殆亦社會主義化之法律，而導源於羅馬法者也。

第二款 買賣之效力

買賣之效力，可大別爲二：卽出賣人之義務與買受人之義務是已，茲分兩目論述如後。

第一目 出賣人之義務

出賣人之義務，又可分爲下列四種：一曰爲買受人之計算，保管其出賣物之義務，二曰交付標的物與買受人之義務，三曰對買受人擔保第三人不得就標的物主張權利，致買受人喪失占有之義務，四曰擔保標的物不藏瑕疵之義務，試分別說明如次：

(I) 保管標的物之義務

在未交付前，買受人應盡「善良家父之注意」，保管其出賣之物件，因其過失致毀損滅失時，應負損害賠償之責。

(II) 交付標之物之義務

依現代法例之原則，物之出賣人，應移轉其物件所有權於買受人；我國民法第三百四十八條第一項謂：「物之出賣人，負交付其物於買受人並使取得該物所有權之義務。」固以明文規定之者。法國民法第一千五百九十九條前段謂：「出賣他人之所有物者，其買賣無效。」殆亦以出賣他人之所有物時，不得使買受人取得其物之所有權耳。但在羅馬法，不以移轉出賣物所有權爲必要，故他人之所有物，亦得出賣之，如不能交付物件，祇負損害賠償之責，其買賣行爲，依然生效；所謂出賣人交付物件之義務，僅以交付物件爲限，買受人縱不能取得該物所有權，亦無可如何，祇得因取得時效之規定，取得其所有權而已，但出賣人本人，就物件所已取得之權利，均應移轉於買受人也。例如，出賣人就該物已有所有權，則其所有權即因受領價金而移轉於買受人；且約定嗣後給付價金，或買受人對於價金提供擔保，經出賣人接受者，以受領價金論，其所有權，亦即因交付物件而移轉於買受人也。再買賣行爲，雖未必有使買受人取得所有權之效果，當事人間亦不得有出賣人不移轉所有權之特別約定也。

至羅馬法上「不因買賣而移轉所有權」之原則，其原因有四，茲分述於後：

(一) 國家公賣物件時，國家及官吏處於出賣人之地位，故規定買賣之規則時，不以所有權之移轉，列爲出賣人之義務，殆所以避免其負擔移轉所有權之責任也。

(二) 在合意契約形成前，買賣行爲，以「要式口約」爲之，根據要式口約，買受人被他人追奪，致不能占有時，出賣人應給付價金之兩倍；既有此嚴厲制裁，凡無所有權者，不敢冒險出賣他人之物件，故法律雖不明定

移轉所有權，而事實上買受人甚少蒙受損害之危險也。

(三) 取得時效之期間極短，在時效未完成前，買受人雖不得抵押或出賣其買受之物件，但於時效完成後，即當然取得其所有權，故無即時移轉所有權之必要。

(四) 如法律明定買賣契約即時發生移轉所有權之效果，則出賣人應證明其確為標的物之所有人，而買賣之成立，將有不甚便利之虞。

基上四種原因，故羅馬法未明定買賣契約即時發生移轉所有權之效果，然此原則，已為現代法例所不取矣。

(III) 擔保占有之義務

依羅馬法之規定，出賣人雖不負移轉所有權之義務，但應使買受人有占有標的物之權利，如第三人就該物主張權利，致買受人喪失占有，是為物件之追奪，出賣人應負其責。出賣人負擔保占有之義務，最初以當事人有特約者為限，嗣凡於訂立契約時未有此特約者，買受人得於契約成立後提起「買受人之訴」，請求出賣人補定之，故其擔保占有之義務，仍非直接以買賣契約為基礎也。迄帝政時代，出賣人即直接基於買賣契約之關係，而負有擔保占有之義務，不以立有特約為必要矣。至買受人因他人主張權利致喪失占有時，以物件被追奪為理由而對出賣人起訴者，須具備下列三種要件：

(一) 須買受人係因第三人主張權利而依法喪失標的物之占有。例如第三人證明其為物件之所有人時，或證明就該物有永佃權地上權或「人役權」時，買受人即喪失占有之「體素」，依法並無排除是項「追

奪」之可能，故應由出賣人負其責任；反之，如第三人祇就標的物主張地役權，則買受人仍可保持其占有，而不得藉口物件被人追奪，向出賣人有何請求也。再第三人主張所有權等致買受人有喪失占有之虞時，買受人如認為賠償該第三人之損失較爲得計，而賠償其損害者，仍得以物件被人追奪之名義，向出賣人提起訴訟，請求其履行擔保占有之義務也。

(二) 第三人追奪物件之原因，須爲可以歸責於出賣人之事由。出賣人就標的物並無完全之所有權時，苟其出賣係出於善意，則標的物縱被第三人追奪，出賣人亦不負責也。

(三) 物件被第三人追奪，須爲法院裁判之結果。第三人就標的物主張權利時，出賣人應即通知出賣人，使其供給抗辯之資料，並應於可能範圍內提出有利之抗辯，例如主張出賣人或其本人已因時效而取得物件，以抵制第三人之請求等是；反之，如買受人對第三人之請求，不予抵制，擅自拋棄其占有，或於訴訟拘束中未盡防禦之能事，因過失而歸敗訴，致喪失其占有者，出賣人仍不負責。

買受人因第三人主張權利而喪失占有時，其對出賣人所得提起之訴訟，最初爲「基於要式口約之訴」，根據是項訴權，出賣人應返還兩倍之價金；嗣因出賣人之負「擔保占有」之義務，不以訂有特約者爲限，故買受人得直接提起「買受人之訴」，請求出賣人賠償其因第三人追奪物件所蒙受之一切損害，例如標的物被追奪時對於買受人之主觀價值，其對第三人應返還之孳息，及其就標的物所已支付而未由該第三人返還之各種費用，出賣人均應返還之；故買受人因買受人之訴所可享受之利益，較諸基於要式口約之訴，有過之無不及也。

(IV) 擔保無瑕疵之義務

標的物藏有瑕疵時，不論出賣人是否惡意，買受人均得請求其解除契約或減低價金。但出賣人負擔是項責任，最初以當事人訂有特約者為限，關於牲畜之買賣，擔保無瑕疵之要式口約，且與擔保占有之要式口約，同其格式；繼而市場場長對於奴隸牲畜之買賣，負有監督之責者，頒發告示，強令出賣人說明出賣物件所藏之瑕疵，而其擔保無瑕疵之責任，遂直接以契約之本身為其基礎，不以定有特約為必要矣。但買受人根據市場場長之告示，對出賣人提起訴訟，亦須具備下列三種要件：

(1) 須有重大之瑕疵，致標的物不合原來之用途或減少其大部分之價值，但當事人間另有特約者，不在此限。

(2) 瑕疵須於契約成立時，已經存在，並須於起訴時，仍未消滅。反之，如契約成立後，始有瑕疵，根據「危險由買受人負擔 (periculum est emptoris)」之原則，出賣人不負任何責任；另一方面，契約成立時所有之瑕疵，如於嗣後消滅，則出賣人無損失可言，亦不得以物件藏有瑕疵為理由，向出賣人起訴也。

(3) 物件之瑕疵，須隱藏於內部，而為買受人所未察覺之瑕疵；蓋物有明顯之瑕疵而未察覺者，或買受人明知物有瑕疵而買受之者，是其本人之過失，而出賣人不負責任也。

上述三種要件，祇其原則而已，苟當事人間另有特約，免除出賣人瑕疵擔保之義務，或加重其擔保之責任者，固不受此三種條件之拘束也。買受人因物有瑕疵對於出賣人所得提起之訴，共有兩種：一曰「解約之訴 (actio

rethitoria)] 二曰「估價之訴 (actio aestimatoria) 」前者以解除買賣契約爲目的，此訴成立時，出賣人除返還價金外對於買受人所受之損害，應賠償之，但自契約成立時起，買受人限於六個月之期間內得提起之；後者以減少價金而依瑕疵之情狀重行定價爲目的，其期間則爲一年。提起「解約之訴」或「估價之訴」，買受人得選擇之，但對於同一瑕疵，買受人不得同時或先後提起此兩種不同目的之訴訟；例如對於某一瑕疵，已提起估價之訴者，取訴後，即不得提起解約之訴，先提起解約之訴者亦同，但解約之訴，祇因經過請求期限而被駁回者，則仍得提起估價之訴，以補救之也。

第二目 買受人之義務

買受人之主要義務，即給付價金是已，但不於買賣契約成立時給付價金者，就其未付之價金，有支付利息之義務；再自契約成立之日起，出賣人因保管標的物而支出費用者，買受人並有償還之義務。出賣人對於買受人給付價金之義務，及其兩種從屬之義務，得提起「出賣人之訴 (actio venditi) 」，以制裁之。以言買受人給付價金之期日，除有相反之約定外，應於受領物件時而爲給付，出賣人不得於交付物件前強令其履行給付之義務也；另一方面，買受人於給付價金前，亦不得強令出賣人交付物件，但另有特約者，不在此限。

自契約成立以至交付物件之期間內，就物件所發生之利益，如土地之漲長，價值之增高，均應由買受人享受之，而物件所有毀損滅失之危險，則亦以買受人負擔爲原則；此所謂危險云者，物件本身，因氣候風雨等自然界之事變，或其他不可抗力，而發生損失之謂，其因當事人之過失而發生者，不得以單純之危險論也。契約成立時，標

的物已爲買受人之物件，卽有損失，買受人亦以完全受領論，故仍應給付價金。但買受人負擔物件所生之危險，亦有一種例外，茲分述於後：

(一) 以不特定之代替物若干數量爲買賣之標的時，買受人不負擔標的物所發生之危險；蓋標的物既未特別指定，則出賣人之物件，縱有毀損滅失之情形，未必卽爲行將交付買受人之物件，故不應由買受人負擔之也。

(二) 買賣契約附有停止條件者，在契約成立至條件完成之期間內，標的物所生之危險，分「滅失之危險 (periculum interitus)」與「毀損之危險 (periculum deteriorationis)」兩種，後者由買受人負擔，而前者則由出賣人負擔；蓋條件完成時，物件既已滅失，則買賣契約卽已失其標的，致契約之本身不能成立，故買受人不負擔滅失之危險也。

(三) 在試驗買賣中，以買受人承認標的爲停止條件者，或某種代替物之買賣，以計算數量爲停止條件者，在承認前或過數前，標的物所有之危險，亦均由出賣人負擔。但以過數爲買賣之停止條件者，就物件之質量方面所有之危險，則仍由買受人負擔；例如購買某一舟車所載之米麥或某一倉庫儲藏之豆穀，每擔之價金若干，在未過磅前，數量減少或完全滅失時，其危險由出賣人負擔，而質量方面之損失，則由買受人負擔之也。按以某一舟車倉庫等所載之代替物，爲買賣之標的物時，羅馬人有估定賅括價金之習慣，例如購買米麥一船，計價若干等是，在古代法律，且亦視爲特定物之買賣也；至就某宗代替物購買若干數量，而以該數量之單位，爲計

算價金之標準者，則嗣後始發覺適用之耳。是項特定代替物之賤括買賣，現代法例固皆視爲代替物之買賣，但羅馬古法，則視爲特定物之買賣；嗣後，原則雖略有變更，然仍規定質量方面之危險，由買受人負擔之也。

第三款 買回

我國民法第三百七十九條第一項謂：「出賣人於買賣契約保留買回之權利者，得返還其所受領之價金，而買回其標的物。」現代其他法例，多有類似之規定；羅馬法亦承認出賣人得保留其買回之權利，而未詳定當事人間之權義關係也。參照羅馬法作者所舉之例證，買回多於親友間發生之，例如某甲迫於急需將其物件暫賣於乙，俟將來經濟寬裕時，再買回之；此乃有親密關係者間，通緩急昭信用之救濟辦法，與抵質略同，似無法定之買回期間，然此與抵質有別者，卽出賣人甲不買回時，乙卽以買賣之名義，而當然取得其物之所有權耳。

第四款 特種買賣

我國民法第三百八十四條所稱之試驗買賣，羅馬法又分爲「試嘗買賣」與「試用買賣」兩種；前者指飲料食物之買賣，而以買受人嘗味並承認標的物爲條件者而言，後者則指用物之買賣，而以買受人試用並承認標的物爲條件者而言；是項分類，祇以標的物之性質爲標準，而定各別之名稱而已，其在法律上之效果，固無若何重要之不同點也。在試嘗買賣或試用買賣中，買受人承認標的物時，須明白表示其買受之意思，而不若我國民法第三百八十七條之推定買受人承認之也。至標的物之拒絕，則不以明白表示爲必要，例如買受人於試驗後批評其標的物之惡劣，或未於約定之試驗期間而試驗之者，則皆視爲拒絕之默示，但於約定之試驗期間內，因出賣人之

阻礙而未爲試驗者，不在此限。試驗買賣，以買受人承認標的物爲買賣之停止條件，此乃我國民法第三百八十四條所明定，但買受人之承認標的物，羅馬法則視爲停止條件或解除條件；其在試嘗買賣，原則上視爲停止條件，而在試用買賣，則多視爲解除條件也。以言標的物之試驗，在試嘗買賣中，類皆買受人本人爲之，在試用買賣中，則多由第三者爲之，是乃此兩種試驗買賣之又一區別也。再依羅馬法之規定，諸多飲料食物之買賣，均推定其以買受人嘗味及承認爲契約之停止條件，例如以酒爲買賣之標的物時，必經買受人嘗味後表示買受，其契約始視爲完全成立也。

原則上，價金應於買賣成立時給付之，但當事人另有分期付款之約定者，羅馬法亦不禁止之。至於拍賣制度，自帝政時代伊始，羅馬人已用爲公賣債務人財產之通常方法；拍賣時，出價最高之應買人，即當然爲拍賣物之買受人，但各應買人所出之最高價格，未及預計之售價，出賣人認爲不足者，不在此限，此亦現代法例所採用之原則也。

第二節 互易

互易云者，當事人雙方約定，互相移轉金錢以外之財產權之契約也；就經濟方面言之，買賣行爲，亦即以金錢爲工具之互易行爲而已。互易行爲，有時亦與買賣混合成立；例如當事人之一方約定移轉金錢以外之財產權，並應交付金錢時，其金錢部分，即準用關於買賣價金之規定，亦即所謂混合契約是也。

互易爲羅馬法上無名契約之一種，其與買賣契約之區別，可分下列四種：

(一) 買賣爲合意契約，而互易則爲無名契約；互易之當事人，必於履行債務後，始得對他方起訴請求履行；在履行前，基於互易而發生之債，祇有自然法上之價值而已，此其形式方面之區別一也。

(二) 互易以兩個給付爲其標的，即當事人雙方各自移轉其物之所有權是已；當事人一方，就其交付之物件無所有權時，他方得提起「口頭契約之訴」(actio proscriptis verbis)以制裁之，此與買賣契約不同之又一點也。

(三) 互易當事人之一方交付物件與他方時，他方即當然爲該物之所有人；但在買賣契約，則必須買受人給付價金，或約定分期付款或提供擔保，經出賣人接受後，始得就其受領之物件取得所有權也。

(四) 互易當事人已經交付物件者，得請求他方爲對待之給付或返還其所受領之物件；但在買賣契約中，出賣人不得直接請求買受人返還買賣之標的物也。

互易與買賣所有之上述四種差別，爲羅馬法之特點。依法國民法，除出賣人得因價金太低而解除契約之規定，不適用於互易契約外，關於買賣之其他規定，於互易均適用之；我國民法第三百九十八條且謂：「當事人雙方約定互相移轉金錢以外之財產權者，準用關於買賣之規定。」是債之關係，基於買賣或互易而發生者，受同樣法律之支配矣。至羅馬法所以有上述四種差別者，以其區別此兩種契約之性質（視買賣爲「要物契約」，視互易爲「無名要物契約」）及其移轉所有權之效果耳。

第三節 贈與

(I) 贈與之意義

贈與云者，當事人之一方，以嘉惠他方爲目的，自願積極犧牲其財產上之利益之無償行爲也。贈與之成立，以受贈人表示接受爲要件，故贈與非一方行爲，而爲雙方行爲。贈與又有生前贈與與死因贈與之分：於當事人生存期間即發生效力者，謂之生前贈與，通常簡稱贈與；其以贈與人先受贈人而死亡爲要件者，則謂之死因贈與，其性質與遺贈遺囑相近。茲所研究者，爲生前贈與，至死因贈與，容於繼承編論列及之。

(II) 贈與之要件

贈與之要件，可分普通要件與特別要件兩種：前者指一般契約所應具備之要件，而於贈與契約略有變更者而言，例如當事人之能力，贈與之標的，意思之合致，皆屬之；後者則指贈與所特有者而言，又可細別爲三，茲分別言之如次：

(甲) 普通要件

(一) 當事人之能力 當事人縱有處分財產之能力或負擔義務之能力，亦未必卽有爲贈與人或受贈人之能力，蓋贈與之發生效力，關於當事人之能力方面，有數種特別之限制也；其一，依共和末造之法律，除近親間之贈與外，不得超過法定之最高額數，始亦保持「一家族之財產不使分散」之舊觀念使然也；其二，夫妻間

不得爲贈與行爲，現代法例，如法國民法等，均採此制，且夫妻間之買賣行爲，亦限制之，其目的，固在使妻之財產不受夫之操縱剝削耳，但羅馬法上是項限制之目的，則與此略有不同：羅馬古代之夫妻財產，均爲聯合財產制，其贈與本無危險，嗣後改用分別財產制，在盛行離婚之時，夫妻之一方，每以離婚爲要挾他方贈與之方法，裁判官遂明定夫婦間不得爲有效之贈與行爲，以杜夫妻間要挾贈與之弊；但妻先夫而死亡時，其死亡前對夫所爲之贈與，仍然有效，而妻之繼承人，不得以贈與無效爲理由對抗其夫也。

(二) 贈與之標的 贈與之標的，不以有禮物之交付爲限；他如物權之移轉，債權之移轉，債權之消滅，債權之設定，均得爲贈與之標的也。

(三) 意思之合致 在優帝以前，贈與爲「簡約」之一種，當事人之一方表示贈與，他方表示接受，其意思合致時，贈與即告成立，固無履行任何方式之必要；但自優帝以還，凡贈與之標的有五百金元以上之價值者，應至官廳登記，不登記時，就其超過之部分，不生法律上之效力。現代法例，亦多採用登記之制度，凡不動產之贈與，均以登記爲必要；法國民法第九百三十一條，且有「關於贈與之字據，非經登記，不能生效」之規定；我國民法第四百零七條，則謂「以非經登記不得移轉之財產爲贈與者，在未爲移轉登記前，其移轉不生效力。」是贈與之有重要標的者，除須當事人意思合致外，更以登記爲補充之要件也。

(乙) 特別要件

(一) 須贈與人積極犧牲其財產上之利益 積極犧牲其財產上之利益云者，即減少其財產上現存之

價值之謂，故一般無償行為，未必即爲贈與；例如甲將其物件借貸與乙，借用物仍爲甲之財產之一部，又如無償而爲他人代理事務者，其財產方面，亦無積極之損失，故皆不得視爲贈與。且拋棄可以行使之權利，而使他人享其利益爲目的者，亦不得謂爲贈與，例如不行使其繼承權，故意使順序之繼承人繼承遺產，不得謂爲贈與，以其現存之財產，並未積極減少其價值故也。再贈與之成立，不以表面上即時犧牲財產上之利益爲必要，例如贈與附有始期或停止條件者等是；蓋此等贈與成立後，贈與人即負擔附有始期或停止條件之債務，在法律方面，實已減少其現存財產之價值耳。

(二) 贈與人犧牲財產上之利益，須係出於自願，即犧牲財產上之利益，並無法律上之義務之謂，例如債務之清償，縱債權人無請求權，亦不得謂爲贈與；反之，以履行道德上之義務爲原因者，則皆謂之贈與也。

(三) 須當事人雙方存有嘉惠受贈人之共同意旨，當事人之一方，存有嘉惠他人之意思時，仍非贈與。例如甲因乙曾爲其服務，任乙利用時效取得其物之所有權，而不阻止其時效之進行，祇甲方有嘉惠乙方之意思，而乙方並無接受其嘉惠之意思者；再例如以鉅款購買無甚價值之物件，而誤信其價值與價金相埒，或以細微之價金，出賣極有價值之物件，而不知其價值者，皆非贈與行爲，蓋當事人雙方並無使其一方格外享受利益之共同意旨耳。

(III) 贈與之效果

贈與之效果，因其標的內容，而各異其趣，例如以移轉所有權爲標的者，則贈與人有移轉所有權於受贈人之

義務，以免除債務爲標的者，則贈與人有放棄債權之義務，其效果，固未盡同也。總之，贈與人不就贈與而享受利益，故法律對之極寬，而祇使其負重過失之責任，贈與人之主要義務，則爲使受贈人依贈與之本旨享受利益而已；履行遲延時，贈與人固無給付遲延利息之義務，以移轉有體物所有權爲標的者，對於受贈人，亦不擔保其確無瑕疵或被他人追奪之危險；此等原則，殆皆現代法例所採用者也。

(IV) 附有負擔之贈與

負擔之附加，每見諸無償行爲，就負擔享受利益之人，不以贈與人爲限，實言之，第三人亦得爲負擔之受益人。惟受贈人履行負擔之義務，因受益人爲贈與人本人或第三人，而有不同之規定，茲分述之如次：

(一) 享受負擔之利益者，如爲贈與人本人，受贈人不履行其負擔之義務時，贈與人得提起「口頭契約之訴」(actio prescriptis verbis) 強使其履行之。

(二) 享受負擔之利益者，如爲第三人，受贈人不履行其負擔之義務時，依羅馬古法，贈與人不得對之起訴，請求履行，以其就負擔之履行，並無直接之利益也。嗣後，以享受利益之受贈人，不可任其隨意爽約而無制裁之道，乃規定贈與人得提起「未爲對待給付之訴」(condictio causa data causa non secuta) 請求受贈人履行負擔；另一方面，就負擔享受利益之第三人，亦得準用是項訴權，請求受贈人履行其負擔之義務也。

(V) 贈與之撤銷

贈與爲契約之一種，成立後，當事人均受其拘束，故就理論言，當事人似無片面撤銷之可能。但依羅馬法之規

定，有下列兩種撤銷贈與之法定原因焉：

(一) 舊主人對其奴隸所爲之贈與，得撤銷之，但至優帝時，此法定原因之適用，遂有所限制。依優帝之規定，對其奴隸而爲贈與者，欲撤銷其贈與，須具備兩種要件：(一) 須贈與時，贈與人尙無子女；(二) 須撤銷時，贈與人生有子女；蓋法律推定贈與人，果於贈與時已有子女，卽不爲贈與，且推定其生有子女時，生活費用較多於前，而有撤銷贈與之必要也。是項原則，現代法例，亦有完全採用之者，如法國民法第九百五十三條第九百六十條第九百六十一條之規定等是；依瑞士債權法第二百五十條第一項第三款之規定，「贈與人爲贈與之要約後，如發生新有之家庭責任，或家庭之負擔驟然劇增，得撤回其要約而拒絕履行」；抑亦此原則之遺跡，而同一以保護負擔增加之贈與人，爲特許撤銷之理由者也。

(二) 尊親屬對卑親屬而爲贈與者，受贈之卑親屬有忘恩行爲時，得撤銷其贈與；但至優帝時，不論當事人間有無親屬關係，凡受贈人對贈與人有忘恩行爲時，贈與人均得撤銷其贈與，以制裁之，此亦現代一般法例所採用之原則也。羅馬法所謂忘恩行爲，有法定數種實例如次：

- (1) 受贈人對於贈與人之生命，有加害行爲者；
- (2) 受贈人對於贈與人，有重大之侮辱情事者；
- (3) 受贈人，故意使贈與人之財產減少者；
- (4) 附有負擔之贈與，其負擔直接爲贈與人之利益而設定者，受贈人拒絕履行負擔時，亦以忘恩行

爲論，贈與人得撤銷其贈與，但以是項負擔與贈與之價值相埒者爲限。

第四節 租賃

(I) 總論

稱租賃者，當事人之一方，對他方供給物之享用，由他方支付租金之契約；租賃契約，固爲合意契約之一種，然由「要物契約」蛻化而成，蓋羅馬古法以物件之交付，爲租賃契約之要件也。羅馬法所稱租賃，包括現代法例所稱之租賃、僱傭、承攬三種契約，前已言之，然此三種所謂租賃契約，除共同點外，並不乏特異之點，而於後兩種爲尤甚；茲姑依現代法例之編制方法，分別論列及之，本節所稱，亦即狹義之租賃也。

租賃契約，有三項要素：一曰當事人之意思合致，二曰租金，三曰租賃之物件。第一要素，爲一般契約所共同者，茲不贅述；第二項要素（租金），羅馬法稱曰「merces」，依其規定，租金須與買賣中之價金，具備同樣之要件，即須確定、真實，並爲金錢是已，但租賃物產生天然孳息時，得以其孳息之一部充作租金；或謂充作租金之天然孳息，與其全部比例計算時，則爲合夥契約，而非租賃契約也。我國民法第四百二十一條第二項謂：「前項租金，得以金錢或租賃物之孳息充之。」是承租人得以孳息充作租金之全部矣。

至於得以租賃之物件，依羅馬法之規定，範圍極廣：原則上，有體物或無體物，均得爲租賃標的物，但消費物，不得租賃之；殆承租人於租賃期間屆滿後，有返還租賃物之義務，苟以消費物爲租賃標的物，則無返還之可能也。

(II) 租賃之效果

租賃之效果，可大別為兩種：(一) 出租人之義務，(二) 承租人之義務，茲分述之如次：

(甲) 出租人之義務

(一) 出租人應將租賃物交付承租人，其交付之物，並應使承租人得依租賃之本旨而享用之。如有不能享用之情形，則出租人應於改良後，交付承租人，使其得以享用之也。

(二) 於租賃期間內，出租人應擔保承租人有享用租賃物之可能。即在租賃期間，出租人應維持租賃物合於享用之狀態；非修繕不能享用時，出租人應為必要之修繕，並負擔其費用，但其不可享用之狀態，係由承租人之故意或過失所致者，不在此限。其依習慣應歸出租人修繕者，縱非必要，出租人亦應修繕之。至因意外事變，或可歸責於出租人之事由，致租賃物不堪享用時，例如因水災、地震、致租賃物滅失者，或租賃物藏有瑕疵，或被第三人追奪者，則均歸出租人負其責任。

出租人不履行上述兩種義務時，承租人得提起「承租人之訴」(actio conducti)，以制裁之。租賃關係終止時，承租人如有損害，得請求其賠償之，就租賃所支付之必要費用，得請求其給付之，承租人並得留置 (retentionis) 租賃物，以為求償之方法也。

(乙) 承租人之義務

(1) 承租人應依適當之方法，享用租賃物。所謂適當之方法，當事人無明定之必要，而以租賃關係成

立前之享用狀態爲標準，總之，承租人享用租賃物時，應盡善良管理人之注意也。

(2) 租賃契約終止時，承租人應返還租賃物及其從物。租賃物所附之從物，由承租人接收之者，應連同主物返還之。實言之，承租人應依照接收時租賃物之原來狀態，返還出租人，但減損情形，因通常之享用及租賃之時日而發生者，承租人不負恢復原狀之責。

(3) 承租人應於約定之期日給付租金。依羅馬法之原則，租金純爲承租人享用租賃物之代價，故出租人不供給其物之享用時，承租人即免給付租金之責任，但因可歸責於承租人之事由致不能享用，或承租人本人自動不享用者，不在此限，例如房屋承租人將房屋焚燬，致不能居住，或因事他遷而不居住該房屋者等是。除此兩種情形外，就租賃物祇能爲一部之享用者，或短時間內不能享用者，承租人有請求折減租金之權。

再耕作地之租賃關係中，因不可歸責於承租人之事由，致收穫減損者，承租人亦得請求折減租金，但須具備下列三項要件：

(一) 須減損之情形，發生於收穫之前。羅馬法認爲開始收穫時，出租人已盡其供給享用之義務，故規定嗣後發生之減損，應由承租人負擔之也。

(二) 收穫減損之原因，須爲非常災害。羅馬法認爲非常之災害者，僅奇重之冰雹，罕見之水災，敵國之侵襲等三種而已。至沿河川之土地，因水流改道或河堤坍倒，而蒙損失者，本數見不鮮，但在羅馬法，並非「非常之災害」，故承租人不得據此以爲折減租金之理由也。

(三) 須有嚴重之損害 有非常之災害時，如未發生嚴重之結果，承租人仍無請求減租之權。嗣後羅馬法規定，估計損害時，出租人得平均已往年份之收穫而計算之；例如租賃之期間在一年以上者，已往年份之收穫，如極豐裕，則承租人請求減租時，出租人得以已往年份之豐收可補本年之不足為理由，而為拒絕減租之抗辯也。

承租人就租賃契約而享受利益，故對輕過失亦負責任；承租人不盡其義務時，出租人得提起「出租人之訴 (actio locati)」以制裁之。再租賃物為耕作之土地或供居住之房屋處所者，出租人對於該土地之天然孳息，或該房屋該處所內之陳設及其他動產，有法定之抵押權，但出租人對於承租人之債權，非就租賃契約而發生者，不在此限。是項原則，現代法例，多採用之；我國民法第四百四十五條第一項謂：「不動產之出租人，就租賃契約所生之債權，對於承租人之物置於該不動產者，有留置權，但禁止扣押之物，不在此限。」抑亦羅馬法之原則也，且其但書之限制，則較諸羅馬法更為精密而合理也。

(III) 租賃契約之終止

羅馬法上租賃契約之終止，共有四種原因：一曰租賃物之滅失，二曰權利之混同，三曰約定期間之屆滿，四曰當事人解除契約之意思；茲分述之如次：

(一) 租賃物之滅失 租賃物全部滅失時，承租人無享用之可能，則契約本身，已失其標的，故租賃契約因租賃物滅失而當然解除也。

(二) 權利之混同 承租人就租賃物取得物權，致有享用該物之權能者，例如承租人因另一法律關係，而或為該物之所有人，用益權人，或地上權人等是；在此等情形之下，租賃契約，因承租人權利之混同而歸消滅，但租賃契約之期間，較長於地上權，用益權等物權之期間者，則此等物權之期間屆滿後，於剩餘之租賃期間內，當事人雙方仍受租賃契約之拘束也。

(三) 租賃期間之屆滿 租賃之期間，除明白約定者外，得依習慣而決定之，例如羅馬人之習慣，耕作地之租賃期間，至少須為一年等是。至租賃關係之存續，得依當事人之行為或不行為而默示之；例如明定之期間屆滿後，雙方當事人仍繼續履行其義務時，其租賃契約，即視為依照原契約之條件而繼續存在，但此新契約之存續期間，則不依原契約之規定也。

(四) 當事人解除契約之意思 定有期限之租賃契約，除有法定原因外，當事人之一方欲終止契約時，須得他方之同意；但其一方不履行義務或不能履行義務時，他方仍得片面終止之也，例如出租人對租賃物不為必要之修繕，或承租人毀損租賃物或積欠兩年之租金等是。至租賃契約之未定有期限者，當事人之一方得隨時終止之，但有相反之習慣者，不在此限，例如耕作地之租賃，依羅馬之習慣，至少須有一年之期間，並應於收穫後解除契約等是。

「承租人死亡者，租賃契約雖定有期限，其繼承人仍得終止契約，」此為我國民法第四百五十二條前段所明定，現代其他法例，亦多以承租人之死亡，為終止租賃契約之原因之一；但在羅馬法則不然，依其規定，承租人死

亡時，租賃契約仍對其繼承人繼續發生效力，現代學者常謂爲不盡合理。至出租人處分租賃物時，已存在之租賃契約，不因此而受影響，此則現代一般法例所採用之原則也。

第五節 借貸

第一款 使用借貸

(I) 使用借貸之意義

使用借貸云者，當事人約定，一方無償移轉物之持有與他方，以供其特定之使用，他方使用後返還其物之契約也。使用借貸爲羅馬法上要物契約之一種，以物件之交付爲要件，與消費借貸同，然使用借貸中，借用人應返還原物，則與消費借貸異，其旨趣者也。再使用借貸，不生移轉所有權之效力，故貸與人不必卽爲物之所有人；占有人，或就他人之所有物有移轉使用之權者，均得將該物貸與第三人，供其相當之使用，但借用人或受寄人，不得擅自將借用物或寄託物貸與他人使用之也。

(II) 使用借貸之要件

(一) 須有物件之交付 交付物件時，僅移轉其持有而已，對其所有權或法律上之占有，不發生若何影響，故非所有人或法定占有者，亦得將物貸與他人使用之也。

(二) 交付物件，須以供特定之使用爲目的 借用人使用物件，不得超過約定之範圍或方法；未經明定

者，得依借用物之用途及習慣上之使用方法而決定之，借用人使用過度時，並負「使用盜 (furtum usus)」之責任也。

(三) 使用借貸須爲無償行爲，即貸與人不得就借貸契約而受相對之報酬是已，殆非然者，將與租賃契約無別矣；至消費借貸，原則上，此爲無償行爲，惟當事人得約定給付相當之利息耳。

(四) 須借用人於使用後返還原物，使用借貸，以供特定之使用爲目的；依借貸之本旨而爲使用後，借用人應返還原物，標的物爲代替物或消費物者亦同。

(III) 使用借貸之效果

(甲) 借用人之義務

使用借貸之關係，乃爲借用人之利益而發生者，故借用人就使用借貸而負擔義務，爲是項契約之當然效果，亦即其必要之效果也。借用人之義務，共分三種：一曰保管借用物之義務，二曰依特定之範圍及方法而爲使用之義務，三曰使用後返還原物之義務。此外，借用人應負各種過失之責任，其使用逾越指定之範圍或方法者，並就意外事變而負責任；例如借用人甲，將借用物轉借第三人乙使用者，如該物因乙蒙受普遍之火災而毀損滅失，甲對其貸與人仍負責任也。再借用人不履行上述各種義務時，貸與人得提起「使用借貸直接之訴 (actio commodati directa)」以制裁之也。

(乙) 貸與人之義務

原則上，使用借貸，僅有使借用人負擔義務之效力，但使用借貸成立後，有時亦使貸與人負擔義務，然此非使用借貸之當然或必要之效果耳；得使貸與人負擔之義務，可分兩種如下：

(一) 借用人支付特別之必要費用者，貸與人應返還之。是項費用，非指通常之必要費用而言，例如牲畜之餵料，奴隸之食宿等費用，為通常之必要費用，視為借用人使用之代價，貸與人無償還之義務。此所謂特別之必要費用者，指必要費用，而在特種情形之下支出者而言，例如牲畜失足跌傷或奴隸偶染疾病時，借用人因此而支出之醫藥費用，固為必要費用，然非通常費用，不得視為使用之代價，故貸與人應返還於借用人也。

(二) 因重過失致借用人蒙受損害者，貸與人應賠償之。借用人就借用物蒙受損害時，如由貸與人之重過失所致，貸與人應負賠償之責；例如甲將瘋癩之奴隸，貸乙使用，而不將該奴隸足以發生損害之情形告知於乙，致乙因此而蒙受損害，則貸與人甲，對於借用人乙，負有損害賠償之義務也。

借用人因使用借貸關係，對於貸與人享有債權時，得提起「使用借貸相對之訴」(actio commodati con-taria)「請求貸與人履行其義務也。」

(IV) 使用借貸之終止

使用借貸明定期限者，或得依借貸之目的定其期限者，在期限未屆滿前，貸與人不得請求借用人終止契約。所謂依借貸之目的定其期限云者，依借貸之目的使用完畢時，視為期限屆滿；總之，依羅馬法之原則，終止是項契

約之唯一法定原因，厥爲期限之屆滿而已。

第二款 消費借貸

（I）消費借貸之意義

消費借貸云者，當事人約定，一方移轉代替物之所有權於他方，由該他方返還種類、品質、數量相同之物之契約也。貸與人應移轉其物之所有權，故原則上，非所有人，不得爲消費借貸之貸與人；借用人得消費借用物，故非代替物，不得爲消費借貸之標的物。依是項契約之性質，僅借用人負返還之責，而貸與人不得無任何義務，且對借用人有返還物件或給付利息之請求權。但給付利息之消費借貸，僅爲羅馬法上之例外，蓋羅馬古法分消費借貸爲金錢借貸及金錢以外之代替物借貸兩種，均以無利息爲原則，嗣後雖承認利息，而於金錢借貸，必當事人附有特約時，借用人始有給付利息之義務也。

（II）消費借貸之要件

（甲）須貸與人移轉代替物之所有權於借用人。代替物所有權之移轉，須即時實現；縱有移轉之約定而並未實現者，其消費借貸之契約關係，仍不得視爲成立，蓋是項所有權之移轉，爲借用人負擔義務之法律上之原因耳。其標的物爲代替物，故僅以「引渡」爲移轉之方式，而不以舉行「曼兮怕蓄」等方式爲必要。消費借貸，既須移轉標的物之所有權，故原則上，於貸與人方面，須具備下列兩種要件：貸與人須爲標的物之所有人，此其一；貸與人須有處分該物之行爲能力，此其二；但標的物爲消費物時，其所有權雖未依法移轉，借用人仍就

消費借貸享同樣之利益，故羅馬法爲便利當事人計，並不嚴格拘泥是項原則，實言之，貸與人雖非消費物之所有人，將該物貸與他人時，亦發生法律上之效力也。

(乙) 須借用人約定返還種類、品質、數量相同之物件。借用人所應返還於貸與人之物件，須與標的物之種類、品質、數量相同，故得爲消費借貸之標的物者，以代替物爲限。嗣後範圍漸廣，凡以非代替物貸與他人出賣者，亦視爲消費借貸，然其標的物，非該物之本身，而爲該物出賣之價金，故必出賣人受領價金時，是項消費借貸，方可視爲成立也。

(III) 消費借貸之效果

消費借貸，爲單務契約之一種，僅借用人一方負擔義務，其主要義務，即返還與標的物種類、品質、數量相同之物件是已；借用人不履行是項義務時，貸與人得提起「基於消費借貸之訴」(condictio ex mutuo)，「以制裁之。借用人返還之物件，應與標的物之種類、品質、數量相同，前已言之；但標的物爲金錢時，借用人祇有返還價值相同之金錢之義務，而不以某種金錢爲限。例如借貸標的物爲英幣拾磅，如償還時，每磅合華幣貳拾元，則借用人返還華幣貳佰元或英幣拾磅，或其他貨幣若干於償還時有英幣拾磅之價值者，均無不可。再自借款至償還之期間內，貨幣之價值，如有變更，借用人亦祇有返還同一數額之義務；例如借用銀幣百元，借款時每元合銅元叁百枚，至償還時，銀幣每元合銅元四百枚或貳百枚，則借用人亦僅應返還銀幣百元而已，對其漲落之價值，既無折減之權能，亦無補足之義務也。

就理論言借用人之義務，以取得借用物之所有權，爲其法律上之原因，而貸與人請求返還之範圍，亦以標之物之本身爲其標準；質言之，除請求返還與標的物種類、品質、數量相同之物件外，貸與人不得基於消費借貸關係，以利息之名義，請求借用入爲其他給付也。但羅馬法學者，關於金錢以外之消費借貸，嗣已承認貸入人有請求利息之權，至於金錢之借貸，則始終保持是項理論，蓋以金錢爲借貸之標的時，貸入人之得請求利息，以有「要式口約」明白約定者爲限，且應提起「基於要式口約之訴 (actio ex stipulatu)」，以請求之，而不若金錢以外之消費借貸，直接以借貸契約爲發生利息債權之原因，並以「基於消費借貸之訴 (condictio ex mutuo)」爲請求履行利息債務之方法也。按羅馬人每以金錢借貸重利斃剝，貧者苦之，至東羅馬帝國時代，重利借貸之風益熾，故至優帝時，仍維持是項原則，藉以挽頽風而杜流弊耳。

再依羅馬人之習慣，某甲欲向乙借貸時，先書一欠據寄交與乙，至優帝時，是項欠據，經過二年之期間，即發生法律上之效力；是項規定，最初祇於金錢借貸適用之，嗣於金錢以外之其他借貸，亦適用之矣。

(IV) 消費借貸之限制

借用人就消費借貸負擔義務，故須有普通之行爲能力，就理論言，亦祇須具備普通之行爲能力而已；但依元老院之決議，借用人負擔法律上之義務，有特別之限制，即處於「家父權」下之「家子」爲借用人時，貸與人不得對之起訴請求返還是已，蓋重利斃剝者流，每將巨量金錢貸與「家父」多金之家子，有釀成慘劇之危險耳。按家子處於家父權之下者，現時雖無財產，但多金之家父死亡後，即可繼承其遺產而成爲富有；一般奸人，因家子不

知物力之艱難，揮霍金錢，急不暇擇，可格外抬高利率，取得特別之利益，自不惜貸與巨量金錢，供其揮霍。此輩浪子迫於債權人之追索，則唯有希望家父死亡，可有遺產以償積欠，此固通常之情狀也。會元老院議員有馬式圖 (M. Cedo) 其人者，乃子積欠過多，債償乏術，竟使人殺害馬氏；元老院爲避免類似之危險計，遂決議：凡對家子爲消費借貸者，不得對該家子或其家父起訴追償，且規定家子已經判決償還者，亦得拒絕履行，是爲馬式圖元老院之決議 (senatus consultum macedonianum)。然依是項決議，家子僅不負法律上之義務，得拒絕履行而已，固仍對貸與人負有自然債務焉。再是項決議，更有三種例外，茲列舉之如次：

(一) 家子借貸，曾得家父之允許者；

(二) 家子爲家父之利益而借貸者；

(三) 家子因彌縫必要之費用而借貸者。

家子在上述三種情形之下爲借用人時，仍負法律上償還之義務，不特負擔自然債務已也。

第六節 僱傭

僱傭云者，當事人約定，一方對他方供給勞務，他方給付報酬之契約。羅馬法稱之曰：「勞務租賃 (Locatio conductio operarium)」。依羅馬法之規定，奴隸得買賣之，而完全之自由人則否；法學者以自由人雖不得爲買賣之標的，其勞務得買賣之，於是形成所謂「勞務租賃」之契約，所有成立之要件與其發生之效果，則幾與「物

件租賃 (Locatio conductio rei) 完全相同。法國民法第一千七百零八條，亦分租賃爲物件租賃與勞務租賃兩種，然僅與羅馬法略同而已。蓋法國民法所稱勞務租賃，雖包括現代法例所稱僱傭與承攬兩種契約，但其要件與效果，則泰半與物件租賃，異其旨趣耳。至現代一般法例，關於租賃與僱傭之規定，則皆截然不同，而形成兩種單獨之契約矣。

羅馬法分勞務爲「自由勞務 (operae liberales)」與「非自由勞務 (operae illiberales)」兩種。前者指腦力方面之勞働而言，後者則指體力方面之勞働而言。羅馬法所謂「勞務租賃」亦祇以「非自由勞務」爲適用之範圍。至於「自由勞務」之供給，如醫師、律師等自由職業者之工作，現代法例雖皆規範於委任契約，然羅馬法以委任契約爲無償行爲之一種，於此等自由勞務不適用之，故此等自由職業者之報酬，不曰工作之薪金，而曰「榮譽之代價 (honorarius)」(註) 故請求給付報酬時，須依特別之訴訟程序，而不得提起「基於委任之訴 (actio mandati)」也。

依法國民法及日本民法，無論何種勞務，於僱傭契約均適用之。最新法例，雖不確定何種勞務屬於僱傭契約，何種勞務屬於委任契約，然依其精神，固類皆以委任契約規範精神方面之勞務，以僱傭契約規範體力方面之勞務者。例如我國民法第五百二十八條謂：「稱委任者，謂當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允爲處理之契約。」同法第五百二十九條謂：「關於勞務給付之契約，不屬於法律所定其他契約之種類者，適用關於委任之規定。」瑞士債權法第三百九十四條，則有同樣之規定者也。

(註)拉丁文「honorarius」一字，從「honori」(榮譽)而來，作「榮譽的」解。法文現稱醫師、律師等之酬勞，不曰「salaire」(薪金)，而曰「honoraire」，殆亦羅馬法之遺義也歟？

羅馬法關於僱傭契約與租賃契約，同其規定，前已言之，然基於標之物之特質，所謂「勞務租賃」，亦有其特點焉：「勞務出租人(即受僱人)」死亡時，其契約即歸消滅，此其一；服勞務者，須為受僱人本人，不得由他人代理，此其二；除另有特約外，報酬應於勞務終了時支付之，此其三。再受僱人應負擔過失之責任，因服務不周致生損害者，應賠償之，則皆與租賃契約相同之原則，故受僱人因疾病或其他不可抗力不能給付勞務時，僅喪失報酬請求權，而無賠償損害之義務；其因可歸責於「勞務承租人(即僱用人)」之事由，致不能服務者，則仍有請求僱用人給付報酬之權也。

第七節 承攬

(I) 承攬契約之意義及其與租賃契約之差別

承攬云者，當事人約定，一方為他方完成一定工作，他方給付報酬之契約也。羅馬法稱曰「勞務結果之租賃」(locatio conductio operis)，法國民法，亦將承攬契約列入租賃契約之範圍，而視為「勞務租賃」之一種。僱傭與承攬，羅馬法固同視為租賃契約之一種，然此兩種契約，亦有其不同之點，故現代法例，類皆分別規定而立為單獨之契約也。茲分述此兩種契約之重要異點如次：

(一) 僱傭契約以供給勞務爲目的，承攬契約則以供給勞務之結果，完成一定之工作爲目的，此其標的不同者一。

(二) 僱傭契約中，受僱人本人供給勞務；在承攬契約，則可由第三人供給之，但當事人立有特約使承攬人本人服務者，不在此限。

(三) 承攬契約以供給勞務之結果爲目的，工作未完成時，承攬人之義務，尙未完全履行，故除有相反之約定外，必俟工作完成時，方得請求報酬；但在僱傭契約，受僱人請求報酬之期限，依特約或習慣定之，而原則上，不以工作之完成爲給付報酬之期限也。

(II) 承攬契約與買賣契約之差別

承攬契約，有時類似買賣契約，甚至與買賣契約互相混淆，不易辨別，茲略述羅馬法上此兩種契約分野之標準如次：

(一) 承攬人完成工作並供給必要之材料時，是爲買賣契約，例如衣商供給衣料代製衣服等是。

(二) 承攬人完成工作而由定作人供給必要之材料時，則爲承攬契約，例如某甲自購衣料，交由成衣匠代製衣服等是。

(三) 承攬人與定作人同時供給材料時，如前者供給主要之材料，即爲買賣契約，如後者供給主要之材料，則爲承攬契約。

綜上三種標準，羅馬法將材料與勞務分爲兩部，前者視爲完成工作之主要原素，後者則其從屬之原素。依主從關係之理論，承攬人供給材料之全部或其主要之部分時，其主要者爲材料之出賣，而勞務之供給，僅契約之從屬原素而已，故視爲買賣契約；如材料之全部或其主要之部分，係由定作人供給，則承攬人所供給者，以勞務爲主，故爲承攬契約也。

(II) 承攬契約之效果

承攬契約，以供給勞務之結果爲目的，故原則上，承攬人不受定作人之指揮監督；其因特殊情形而在定作人指揮監督之下完成工作者，如有損害，承攬人不負賠償之責，但承攬人明知其指揮失當而祕不告知，致生損害者，不在此限。至承攬人不受定作人之指揮而完成工作者，如因承攬人本人或其僱用人員之過失，致生損害時，定作人亦得請求其賠償之也。

標的物有瑕疵時，承攬人對於定作人，負損害賠償之責；然承攬人所供給之勞務結果，適合契約之本旨者，定作人應接受之，並應給付酬金。至標的物非因當事人之過失而毀損滅失者，其危險之負擔，依下列之規定：

(一) 工作未取前，因不可抗力致標的物滅失，而不能完成者，承攬人無依法完成之義務，亦無請求酬金之權，實言之，當事人雙方，不負任何責任。

(二) 工作已經完成而未交付定作人時，因不可抗力致標的物滅失者，其危險由定作人負擔，蓋援用「危險由買受人負擔」(periculum est emptoris)之原則也。準此原則，定作人對承攬人無請求交付標的

物之權，但仍有給付全部酬金之義務焉。

(三) 工作完成後，承攬人已將標的物交付定作人時，其因該物內部之瑕疵致毀損或減色者，定作人不得援用買賣契約中瑕疵擔保之原則，請求承攬人賠償損害；蓋法律推定定作人受領時並無瑕疵之存在，其於嗣後發生致生損害者，亦推定其以意外事變為發生之原因。如定作人主張，係因承攬人之詐欺行為致生損害者，僅得直接以詐欺為理由，對之起訴，而不得以標的物藏匿瑕疵為理由，對承攬人有所請求也。

第八節 委任

(I) 總論

委任云者，當事人約定一方為他方處理事務而不受報酬之合意契約也。羅馬古代無代理制度，故委任契約亦不甚適用。依羅馬法之原則，委任契約，以受人無償處理事務為要件，雖有對受人支付酬勞之習慣，然不視為依據委任契約而成立之債之關係，故醫師、律師等，不得以委任契約為原因請求酬勞，而必須依特別訴訟程序以請求之；蓋者英國之醫師，不得起訴請求診金，抑亦羅馬法之遺迹也。依德國民法第六百六十二條之規定，委任契約，仍以受人不受報酬為要件；法國民法第一千九百八十六條，日本民法第六百四十八條第一項謂：「除當事人有給付報酬之約定外，委任契約為無償行為。」是與羅馬法之原則，尚屬接近。但瑞士債權法第三百九十四條第三項謂：「如依契約或習慣有報酬者，委任人應給付之。」我國民法第五百四十七條謂：「報酬縱未約定，如

依習慣，或依委任事務之性質，應給與報酬者，受任人得請求報酬，則皆與羅馬法之原則，相去遠矣。

(II) 委任契約之要件

委任契約之要件有二：其一須受任人爲委任人之利益而處理其事務；其二須受任人無償而爲他方處理事務；茲分述之如次：

(甲) 須受任人爲委任人之利益，而處理其事務。某甲完全爲第三人之利益，委託某乙爲某種行爲時，甲與乙間不成立委任契約，例如某甲託乙爲內治療疾病等是。但委託借貸時，雖當事人之一方委託他方，對第三人而爲貸與，以第三人之利益爲目的，而受委託之一方，仍得對他方提起「委任契約相對之訴」，蓋是項委任契約，爲保證之一種方式，故不直接以委任人之利益爲要素，抑亦是項要件之例外也。

(乙) 須受任人無償而爲他方處理事務。爲他人處理事務者不受報酬，此乃羅馬法上委任契約之要素，前已言之，抑亦「勞務租賃」契約及「無名契約」二者，與委任契約所由區別之一點也。從事自由業務者如醫師、律師等，其所得請求者曰酬勞，或曰「榮譽金」，其與委任人間，事實上雖有委任之關係，而請求他方給付酬勞時，不得提起「委任契約相對之訴」，蓋羅馬法因其非無償行爲，故不承認其爲委任契約耳。

(III) 委任契約之效果

(子) 對於當事人間之效果

原則上，僅受任人直接就委任契約而負擔義務，而委任人之義務，則於嗣後發生者也。委任契約對於當事人

間之效果，可分兩方面言之，即受任人之義務與委任人之義務是已，茲分述之如次：

(一) 受任人之義務 受任人雖無報酬，而羅馬法對其所負之義務，規定極為嚴格，不履行其義務時，委任人得提起「委任契約直接之訴」(actio mandati directa)，以制裁之。再委任契約以信用為基礎，故雖無報酬，受任人仍應盡忠盡力，以處理委任事務也，茲將其應盡之義務，分別言之如次：

(1) 受任人須依契約之本旨，完成其約定處理之事務。委任契約明定處理事務之目的及其方法時，受任人應依從之，如不依從，受任人應負其責任，但其所採之方法，較原定之方法經濟而有利者，不在此限至委任人未明白指示處理之方法時，則受任人應採用於委任人最有利益之方法，以處理之。

(2) 受任人因處理委任事務所收取之財物，或為委任人取得之權利，應交付於受任人，蓋受任人不得因處理委任事務而享受利益耳。就其處理事務，受任人對於輕過失，亦應負責，數人同以受任人之名義處理他人之事務者，且對委任人連帶負責也。

(二) 委任人之義務 委任人之義務，亦可分為兩種：其一、受任人依委任契約之本旨處理事務者，委任人應接受之；其二、受任人因處理事務而受損失者，委任人應賠償之；茲詳言其內容如次：

(1) 受任人依委任之本旨處理事務者，無論其結果如何，委任人應接受之。受任人處理事務逾越權限時，不得強使委任人接受之，但受任人自願負擔因逾越權限而生之損害者，不在此限。例如某甲託乙，以百元之價金代購土地一畝，受任人乙雖給付百元以上，但乙如僅向委任人甲索取百元，餘由自己負擔，則甲不

得拒絕接受其買賣行為也。

(2) 受任人因處理委任事務而受損失者，委任人應賠償之。是項損失，可分為兩種：一曰因處理委任事務而支付之費用，例如路費、應酬費等是；二曰基於委任事務所發生之債務，例如代為買賣行為時所應給付之價金等是；夫此種種，委任人均負賠償之責也。

委任人不履行上述兩種義務時，受任人得提起「委任契約相對之訴」(actio mandati contrarium) 以制裁之也。

(丑) 對於第三人之效果

依羅馬市民法之規定，委任契約對於第三人無任何效果，質言之，委任人及與受任人為行為之第三人間，不發生任何關係，僅受任人與該第三人間，發生關係而已。例如受任人因處理委任事務而負擔債務時，僅受任人為債務人，其取得物權或債權者，亦僅受任人為權利人，而與委任人無涉。嗣後，是項理論，已逐漸變更，而於物權之取得，更有迅速之進步。由受任人取得所有權時，最初，僅受任人為法律上之所有人，必由受任人履行「曼兮怕蓄」之移轉方式，交付委任人後，委任人方為正式之所有人，嗣至法律進步時期，占有得自由由人代理。基此原則，「略式移轉物」遂得由受任人之行為直接移轉於委任人，但關於「要式移轉物」，則仍援用代理占有之原則，於取得時效完成後，其所有權始移轉於委任人本人。至優帝時代，受任人由第三人取得物權時，如曾聲明為委任人之計算而取得之者，不論其為要式移轉物或略式移轉物，委任人均因受任人之行為而直接取得其所有權也。

委任人因受任人之行為而取得物權之變遷情形，已如上述，但關於債權或債務，委任人與第三人間之關係，則不同其演進之形態。由他人設定債權或債務者，最初，亦僅受任人爲債權人或債務人，而委任人不對該第三人行使權利，祇對受任人行使之，不對該第三人負擔義務，祇對受任人負擔之，故第三人對於受任人之債權，不啻爲受任人對於委任人之債權，其債務亦同。嗣後援用「債之關係可以移轉」之理論，委任人得對該第三人行使權利；但依一般原則，債務人不得強使債權人對他人行使債權，然則受任人自不得強使該第三人對於受任人行使權利。結果，受任人仍有蒙受不利益之虞，例如受任人對該第三人履行債務後，委任人如無支付能力，將無取償之可能。故優帝改定：凡受任人對第三人聲明，以委任人本人之名義而爲行為者，基此行為所發生之債，委任人及受任人，均得對該第三人行使權利，該第三人則僅得對委任人行使權利，而不得對受任人有何請求；如受任人未爲前項聲明，委任人亦得對該第三人行使權利，而該第三人則得對受任人或委任人行使其權利也。

(IV) 委任契約之終止

委任契約終止之原因，可分爲兩大類別：一曰一般原因，二曰特別原因，茲分述之如次：

(一) 一般原因 一般原因，細分之共有兩種：一曰契約期間之屆滿，二曰委任事務之完成；此乃各種契約共同之終止原因，故曰一般原因。

(1) 契約期間之屆滿 是項原因，每見諸賅括委任，例如託人管理財產，期以三年爲限等是。

(2) 委任事務之完成 是項原因，每見諸特別委任，例如託人買馬一匹等是；委任事務完成時，其契

約即失其目的，故委任關係，即當然終止也。

(二) 特別原因 特別原因，包括委任契約之解除及當事人一方之死亡兩種，以其非各種契約所共同適用，故曰特別原因。

(a) 委任契約之解除 委任人得隨時解除委任契約，而受任人不得主張任何抗辯以拒絕之。但其委任契約之解除，自第三人知悉其已經解除之日起，始對第三人發生效力。質言之，在此時期以前與受任人爲法律行爲之第三人，如基於該行爲對委任人享有權利者，委任人不得藉口已解除委任契約，拒絕履行其因委任事務而發生之義務也。至受任人解除契約，須在適當之時期爲之，其於不利於委任人之時期解除之者，應負過失之責，如有損害，並應賠償之也。

(b) 當事人一方之死亡 委任契約，以當事人間之信用爲基礎，故其一方死亡時，原則上，其委任契約，即當然終止。然依當事人之特約，或依委任事務之性質，委任契約，不以當事人一方之死亡爲終止原因者，於當事人之一方死亡後，其契約，仍應繼續存在。所謂依委任事務之性質，委任契約，不以當事人一方之死亡爲終止原因者，係指委任契約，以委任人死亡後之事務爲目的者而言，例如某甲託乙於甲本人死亡後，代爲行使債權，或託乙代爲處理殯葬事務等是。再委任契約因受任人死亡而終止者，已開始處理之委任事務，其繼承人應完成之，但委任人拒絕之者，不在此限；至委任契約因委任人死亡而終止者，受任人於知悉其死亡前所爲之行爲，對於委任人之繼承人，仍然發生效力也。

第九節 寄託

(I) 總論

寄託云者，當事人之一方向他方交付動產，他方無償保管並應隨時返還原物之契約也。依羅馬法之原則，寄託契約，以受託人不受報酬爲要素；法國民法第一千九百十七條，則有同樣之規定。日本民法，雖未明白規定有無報酬，同法第六百五十八條謂：「無報酬而受寄託者，保管寄託物，應與處理自己事務爲同一之注意。」是已間接承認寄託得爲有償行爲。再依德國民法第六百八十九條，瑞士債權法第四百七十二條第二項，及我國民法第五百八十九條第二項之規定，縱當事人無給付報酬之特約，受寄人亦得依寄託之情形而請求報酬，殆皆與羅馬法之原則，異其旨趣矣。寄託人交付其物於受寄人後，受寄人不就該物取得任何權利，而僅負保管之義務而已。故學者稱寄託物之交付，爲「空虛引渡 (nuda traditio)」也。

羅馬法，以受寄人不受報酬爲寄託之要素，故寄託與使用借貸略同；惟借用人得使用借貸物，受寄人則不得使用寄託物，而僅負保管之義務耳。

(II) 寄託契約之要件

寄託契約之要件，共凡四項：其一，須寄託人交付物件於受寄人；其二，寄託物須爲動產；其三，寄託契約，須爲無償行爲；其四，受寄人之義務，須以物件之保管爲限。茲詳言其內容如次：

(一) 須寄託人交付物件於受寄人。交付物件時，其所有權或占有，不因之移轉，而僅使受寄人取得其物之持有而已。

(二) 寄託物須為動產。交付物件時，須移動其物之本質，故不動產不適用之。法國民法第一千九百一十八條，德國民法第六百八十八條，有同樣之規定；然現代其他法例，關於是項限制，已鮮有明白之規定者矣。

(三) 寄託契約，須為無償行為。羅馬法以為，受寄人如有報酬，將成「勞務租賃」契約；蓋受寄人如受有報酬而保管物件，將類似受僱人受有報酬而為他人服保管之勞務耳。是項要件，不復為現代法例所採用，已於總論中言之甚詳，茲不再述。

(四) 受寄人之義務，須以物件之保管為限。於其保管物件之義務，附有其他義務者，則為委任契約，而非純粹之寄託契約，例如委託受寄人，僱人修理其保管物，或出賣保管物等是。

(III) 寄託契約之效果

寄託契約之效果，可分受寄人之義務與寄託人之義務兩種，但前者為其直接發生之必要效果，後者則於契約成立後可得發生之效果也；茲分述如次：

(甲) 受寄人之義務

(一) 受寄人有保管寄託物而不使用該物之義務。受寄人使用寄託物時，應負「使用盜」(furtum usus) 之責任；依現代一般法例，凡經寄託人同意者，受寄人得使用之，或使第三人使用之，如日本民法第六

百五十八條第一項，我國民法第五百九十一條第一項之規定等是。

(二) 受寄人有即時返還原物之義務。寄託之期限，係爲寄託人之利益而設定者，故在寄託期間屆滿前，寄託人亦得對受寄人爲返還之請求，但當事人明白約定寄託人不得於某期限前請求返還者，不在此限。

(三) 受寄人應負過失責任。受寄人不受報酬，故僅就其重過失而負責任；但當事人約定，對於輕過失亦負責任者，不在此限。

受寄人不履行上述各種義務時，寄託人得提起「寄託契約直接之訴」(actio depositi directa)，以制裁之。是項訴訟，發生「破廉恥」之效果，質言之，受寄人敗訴時，即成爲「破廉恥人」，而無健全之「人格」(caput)。再寄託人起訴後，受寄人仍得請求保管費用，或主張損害賠償，但不得據以爲抗辯之理由，或留置寄託物，以爲求償之方法也。

(乙) 寄託人之義務

(1) 受寄人因保存或修理寄託物，而支出必要費用或有益費用者，寄託人應返還之，如牲畜之餵料等是。

(2) 受寄人因寄託物而蒙受損害者，寄託人應賠償之，例如牲畜毀損物件，致受寄人蒙受損害等是。

(3) 寄託契約，乃爲寄託人之利益而成立者，故寄託人就其輕過失亦負責任。

寄託人不履行上述各種義務時，受寄人得提起「寄託契約相對之訴」(actio depositi contraria)，以

制裁之也。

(IV) 特別寄託

特別寄託云者，其要件與效果，依特別規定者之謂。特別寄託，共分三種：一曰「必要寄託」或曰「災厄寄託」；二曰「不規則寄託」或曰「變例寄託」；三曰「係爭物之寄託」；茲分述之如次：

(甲)「必要寄託 (depositum necessaria)」在急迫之危險狀態中成立者，曰必要寄託，以其常於火災、水災、地震、劫搶等非常事變之際發生之，故亦名「災厄寄託」。是項寄託契約中，寄託人迫不暇擇，事實上鮮有安立證據之可能，而不顧信義之受寄人，每易侵占寄託物而否認寄託之關係；故羅馬法規定嚴格之罰則，以制裁之，即對否認寄託關係之受寄人，處以寄託物之兩倍價值之罰金是也。

(乙)「變例寄託 (depositum irregula)」以代替物為寄託之標的，受寄人得消費該物，而返還種類、品質、數量相同之物者，謂之變例寄託。是項代替物，事實上，多為金錢，例如將金錢若干寄託於某甲或某銀行商號等是。是項寄託，實即變相之消費借貸，故依日本民法第六百六十六條，德國民法第七百條，我國民法第六百零二條，受寄人依契約得消費寄託物者，適用關於消費借貸之規定。但羅馬法關於消費借貸之規定，極為繁複嚴格，例如陸續存款，每次均須當事人到場為「要式口約」，若援用寄託之規定，則僅於第一次為要式口約，而嗣後陸續存款，可不舉行繁複之方式；故羅馬法學家雖明知是項寄託為消費借貸，而仍視為寄託，並使其援用關於寄託之規定也。存款於銀行，固即消費借貸之法律行為，現代習慣上，則多稱為「存款」，在英法文字通

稱「*deposit*」而「*deposit*」一字，復與法律上之「寄託」一字，完全相同，殆亦羅馬法之陳跡也歟？

(丙)「係爭物之寄託 (*sequestratio*)」是項寄託，以訴訟未決定前，多數人互相爭執之物件，爲其標的物；受寄人應保管至訴訟終了之時，並將原物交付於因判決或和解而取得該物之一方，其性質，與一般寄託有別。法國民法第一千九百一十六條，亦分寄託爲兩種：一曰真正之寄託，二曰係爭物之寄託。係爭物之寄託，其標的物，得爲財產之全部，故不以動產爲限。係爭物之寄託，又分兩種：一曰「協議的係爭物寄託 (*sequestratio voluntaria*)」，二曰「必要的係爭物寄託 (*sequestratio necessaria*)」。前者，係指當事人協議選定受寄人者而言，後者，則指法官以職權指定者而言；凡由法官指定爲受寄人者，不得拒絕，故曰必要也。

羅馬法上，係爭物寄託與一般寄託之差別，其重要者有下列兩點：

- (一) 一般寄託，祇得以動產爲標的物，而係爭物寄託，則於不動產亦適用之。
- (二) 一般寄託中，受寄人祇得就寄託物取得持有，而係爭物寄託中，原則上，受寄人雖僅爲持有人而已，然當事人或法官使其爲占有人時，受寄人得就寄託物取得占有人之權限也。

第十節 合夥

(一) 總論

合夥云者，二人以上互約出資，經營事業，而其同分配其損益之結果之契約也。合夥爲合意契約之一種，故以

當事人之合夥意思爲要素。合夥可分單純合夥與產業合夥兩種；前者泛指合夥之不以財產上之利益爲目的者而言，例如以宗教學術、娛樂、藝術爲目的者，均屬之，但以妨害善良風俗、公共秩序爲目的者，不生合夥之效力。產業合夥，則專指以財產上之利益爲目的者而言，而有「共產合夥」(societas totorum bonorum)與「特業合夥」(societas unius alicuius negotii)之分：(一)各合夥人推出其財產之全部，合併而爲共同之財產者，謂之共產合夥，例如同屬於「家父權」下之「家子」間或夫妻間同財共居者皆是；現代法例關於夫妻財產制，亦仍有採用共同財產制者，然與合夥之性質，稍有不同耳。(二)各合夥人互約出資以經營特定事業爲目的者，則謂之特業合夥，社會上習見之一般合夥，均屬之，例如共同出資，開設商號，創辦工廠，而成立合夥契約等是。

(II) 合夥契約之要件

(甲) 須各合夥人有出資之約定。合夥之出資，不以金錢爲限；除金錢外，一般動產或不動產、債權、物權、合夥人之勞務，及未來之財物，均得充各人之出資。一般合夥，以取得財產上之利益爲目的，然則不出資而享受利益者，將與贈與無異，故不得視爲合夥。各合夥人之出資，及利益之分配率，由合夥人估計之，約定之。依羅馬法之規定，利益之分配率，與出資之多寡，不成相當之比例，顯背公平之原則者，其合夥無效；但當事人間約定各人之出資時，擡高其出資之價值，以爲多分利益之方法，則爲法律所不禁者也。

(乙) 須以共同之結果爲契約之目的。事業之結果，須爲各合夥人共同之結果，即共同享受合夥利益，並共同負擔其不利益是已；但當事人間損益之分配率，未必完全相同，依出資之多寡，而定其分配損益之數額。

者，固無論已，且當事人間，更得約定某甲多分利益，而少負損失，或約定某乙按照某百分數分配利益，而不負擔損失也。分配利益而不負擔損失者，多屬以勞務充作出資之合夥人；凡以勞務爲出資者，忙於共同之事業，而不得從事其他工作，就合夥事業無利益可分，已蒙損失，故不令其分擔合夥之損失，此誠極公允之原則也；我國民法第六百七十七條第三項謂：「以勞務爲出資之合夥人，除契約另有訂定外，不受損失之分配。」殆亦本乎此歟。

(III) 合夥契約之效果

合夥契約之效果，可分兩方面言之，即對於合夥人間之效果與對於第三人之效果是也；茲分述之如次：
(子) 對於合夥人間之效果

合夥爲完全雙務契約之一種，各當事人均就合夥契約負擔義務；在其他契約，雙方當事人不同其權利，然在合夥契約，則各當事人之權利，完全相同。出資之額數，雖未必一致，而相互間所得提起之訴，則同爲「關於合夥之訴 (actio pro socio)」以言各合夥人共同之義務，可分下列五種：

(一) 合夥人應履行其約定之出資 履行之方法，因出資之性質而各異，例如以有體物爲出資者，應盡出賣人之義務，而對各合夥人負「追尋擔保」及「瑕疵擔保」之責，以供給物件之享用爲出資者，應盡出租人之義務，而對各合夥人負供給享用之責，以勞務爲出資者，則對各合夥人負服務之責等是；但以有體物爲出資者，無履行「曼兮怕蓄」等交付方式之必要，蓋法律視爲出資合夥之意思，有移轉物件之效果也。

(二) 各合夥人應依據契約處理合夥事業。依據契約處理合夥事業，且亦各當事人應享之權利；各合夥人得約定，由其全體，或少數合夥人，或某合夥人一人處理合夥業務。未經約定時，各合夥人均得根據合夥之目的，處理共同之事業，與其他合夥人互相默認其為處理事業之負責人同，但各合夥人均得反對未經明白選定之人處理之也。

(三) 處理業務者，應對其他合夥人報告，並交付其收入。各合夥人處理合夥事業後，應將處理之顛末，向其他合夥人公開報告，並交付其所取得之財物；但為共同之利益，而支出費用或蒙受損失者，其他合夥人，應賠償之。

(四) 各合夥人應分配其合夥事業之結果。處理合夥事業之結果，各合夥人間，應分配之；其分配之標準，則依下列之規定：

(1) 合夥人間有特約者，依其特約。當事人間，得約定某合夥人享受利益，而不分擔損失，已如上述。但約定某合夥人僅分擔損失而不享受利益者，羅馬人稱曰「獅子合夥」(societas leonina)；依羅馬法不生效力。按古代有一故事，略謂獅子與驢出獵，而獅子獨占其共同獲得之物云云，所謂「獅子合夥」一語，亦即由此而形成者也。

(2) 合夥人間未明白約定分配之標準者，法律推定其出資相同，而依合夥人之人數，平均分配。

(3) 合夥人明定分配利益之標準，而未提及合夥之損失者，則應與約定之利益分配率成正比例。

而分擔其損失也。

(五) 各合夥人應負輕過失之責任。原則上，各合夥人均就其輕過失而負責任，但有輕過失者，能證明其處理自己之事務，亦常發生同樣之過失時，得免除其責任也。

合夥契約，以當事人間之信用情誼為基礎，合夥人不履行其義務或逾越權限，致其他合夥人蒙受損害時，本應受嚴厲之制裁，故「關於合夥之訴 (actio pro socio)」，依羅馬法有「破廉恥」之效果；質言之，是項訴訟提起後，敗訴之被告，即成爲「破廉恥人」而喪失健全之「人格 (a pra)」矣。但依此訴訟，僅得確認各合夥人應有之部份，而合夥財產之所有權，並不因此而移轉於某一合夥人，蓋分析合夥財產，則仍須提起「分析共有財產之訴 (actio communi dividendo)」也。

(丑) 對於第三人之效果

合夥乃抽象之名詞而已，既非自然人，更非有法律上人格之法人，故關於合夥之事務，僅合夥人本人對第三人而負責任。至合夥人負責之情形，則依下列之規定也：

(一) 關於合夥事業，合夥人全體與第三人爲法律行爲時，原則上，不發生合夥契約之問題，僅以合夥人之人數爲比例，而各爲債權人或債務人，例如：合夥人全體爲十人，其所取得之債權爲萬元時，則各就此債權十分之一爲債權人，而得向第三人請求千元，其所負擔之債務爲萬元時，則各就此債務十分之一爲債務人，而應向第三人給付千元，但合夥人對第三人明白約定負連帶之責任者，仍應對第三人負連帶責任。至合

夥人對第三人約定各按其出資之多寡，比例負責者，依其約定；且合夥人對第三人聲明，以合夥人之名義為法律行為，並說明其出資及合夥財產之數額時，法律即推定其有此約定也。

(二) 合夥人中一人或數人，與第三人為法律行為時，僅行為人對第三人為權利人或債務人，而其他合夥人不受拘束；但至法律進步時期，依一般理論，合夥人處理合夥事業時，不啻為其他合夥人之代理人，則準用關於委任之規定，其他合夥人亦應享受權利或負擔義務，故法律改定，各合夥人均對該第三人享受權利或負擔義務也。

(IV) 合夥之解散

合夥解散之原因，可分為一般原因，與特別原因兩大類別；前者，係指一般契約終止之共同原因而言，後者，則指合夥契約解散之特別原因而言；茲分述如次：

(子) 一般原因 一般原因，可分為下列兩種：

(一) 合夥期間之屆滿

(二) 合夥目的之喪失 合夥目的之喪失，又有數種情形，例如已達合夥之目的者，或因合夥財產滅失而不能達合夥之目的者，或因經營之對象已不存在而不能達合夥之目的者，其因喪失目的而解散合夥則一也。

(丑) 特別原因 合夥解散之特別原因，則有四種：一曰合夥人之退夥，二曰合夥人之死亡，三曰合夥人

之「人格滅等」四曰合夥人之破產。

(1) 合夥人之退夥 合夥以各當事人間之信用爲基礎，故合夥人中之一人退夥時，其合夥關係，即應解除；其一人退夥後，其他合夥人固可繼續合夥，然僅爲新立之關係，而非原契約之廢續也。退夥乃合夥人之權利，當事人間雖得相約於相當之期間內禁止退夥，然此期間如未明白確定，則各合夥人仍得隨時退夥也。

各合夥人有退夥之權能，已如上述，但不得出於惡意或於不適當時期爲之；所謂退夥出於惡意者，以獨占全體合夥人所得之利益，爲退夥之目的者之謂，例如全體合夥人可以繼承遺產時，其一人或數人偶然退夥，以繼承之，而使其他合夥人喪失繼承之機會等是；所謂於不適當之時期退夥者，因退夥而使其他合夥人蒙受損害之謂，例如合夥人爲經理，遽爾退夥，致合夥事業停頓或不能達其目的等是。於不適當時期退夥者，雖非惡意，然亦不無過失，故以惡意退夥或於不適當時期退夥之合夥人，對於其他合夥人因退夥而蒙受之損害，應賠償之，其獨占之利益，則應與全體合夥人照常分配之也。

(2) 合夥人之死亡 合夥人中之一人死亡時，其合夥關係，即歸消滅。當事人間互約，於其一人死亡後，其他合夥人仍繼續合夥者，固得從其約定；然就其言，其一人死亡後，其他合夥人繼續合夥者，則不啻另成合夥關係，而非原契約之廢續也。至死亡合夥人之繼承人，僅得請求清算，並領取其被繼承人應有之部分，而不得當然代表其爲合夥人，縱當事人間有此特約，其他合夥人亦得拒絕之也。蓋合夥人間，未必對其繼承

人有同樣之信任心耳。

(3) 合夥人之「人格減等」或「人格大減等」或「人格中減等」時，其財產應沒收之，故合夥人中之一人受此處分，則其合夥之關係，即應歸於^{上卷}。

(4) 合夥人之破產，合夥人中之一人破產時，其出資即成爲破產財團之一部，結果，整個合夥財產，受其影響，故合夥當然解散；但是項合夥解散之原因，直至優帝時，始規定之也。

第十一節 保證

第一款 總論

保證云者，謂當事人約定，一方對他方爲從債務人，而就第三人之債務，負履行責任之契約也。羅馬法上保證契約之最古者，曰「允諾契約」(sponsio)，以「要式口約」爲之；履行要式口約時，債權人問保證人曰：「spondeane (同樣允諾否)？」保證人答曰：「spondeo (允諾)」，故名允諾契約，我國學者或稱「斯邦蓄」，始以音譯者。是項要式口約，限於羅馬市民得履行之，嗣後交通發達，羅馬版圖漸廣，外僑因以日多，於是形成所謂「誠意允諾契約」(fidepromissio)，於羅馬市民及外國人，均適用之，此第二種保證契約，亦以要式口約爲之，債權人問曰：「同樣誠意允諾否」(idem fidepromittisne)？保證人答曰：「誠意允諾」(fidepromitto)，故名誠意允諾契約，我國學者，或稱「斐代濱洛密蓄」，則亦以音譯者。此兩種保證契約成立時，尙未脫離宗教之色彩，故最初

以保證人宣誓爲之，而履行宗教之方式；上述當事人間問答之詞，則嗣後改用者也。以言其共同之弊端，則有下列數點：

(1) 此兩種保證契約，須與主要之契約同時爲之；例如甲因對乙允給「嫁資」，而對乙負債，並由丙擔保時，則丙與乙二人間之保證契約，須與甲乙間之「要式口約」同時爲之。

(2) 此兩種保證債務，於保證人死亡時，即歸消滅，而其繼承人不負責任。

(3) 依富利亞法 (Lex Furia) 之規定，意大利地方之保證人，有兩種特權：即保證人之義務，自主債務清償期屆滿後，經過兩年而消滅，此其一；保證人有數人時，不論其全有支付能力與否，債權人應向各保證人，按照比例，平均請求，而不得請求全部，此其二。

(4) 此等保證契約之適用範圍，僅限於由「口頭契約」而成立之主要債務；他如由合意契約等成立之債務，不得援用此兩種保證契約，以擔保之也。

綜上弊端，此兩種保證契約，未臻完善，於是習慣形成第三種保證契約，即「誠意負責保證」(Fidejussio) 是已，我國學者，或以音譯而稱曰「斐代郁蓄」。此第三種保證契約，亦以要式口約爲之，債權人應問曰：「誠意負責否」(fide ne tua id esse iubes) 保證人則答曰：「誠意負責」(fide mea iubes) 故曰「誠意負責保證」(Fidejussio) 此三種保證契約，統稱「口約保證」，或「要式保證」。「誠意負責保證」，雖盡掃前兩種保證契約之弊端，然仍須履行「要式口約」之繁複方式，且當事人必須親爲一定之發問或答覆，不特聾者啞者無參加

之可能，而不能到場之人，亦感困難，猶難認為完善之制度，故此外更有「委任保證 (mandatum pecuniae cre. danda)」及「簡約保證 (constitutum)」兩種合意保證契約，以救此弊也。保證人委託債權人，與第三人成立債之關係者，謂之「委任保證」，而適用關於委任之規定。保證人對債權人承認，代位履行第三人已有之債務者，則謂之「簡約保證」，拉丁文曰「constitutum」或「receptum」，均作約言解；以其不具備契約之效力，而僅由裁判官法承認其效力，故名「簡約保證」或「裁判官認定之保證」也。

上述五種保證契約，至法律進步時期，事實上，僅誠意負責保證，委任保證，及簡約保證三者，見諸適用，至「ad-promissio」(保證)「」一字，最初專指前三種保證契約，殆以表示其與最後兩種保證契約互有區別者。嗣後，一般保證契約，雖有時通稱「ad-promissio」，而見諸適用之三種保證契約，則仍不同其成立之要件，及發生之效果；茲就「誠意負責保證」、「委任保證」及「簡約保證」三者，分三款論述如後。

第二款 「誠意負責保證 (Fidejussio)」

第一目 要件

是項保證契約之意義，已詳前款，茲不贅述，其成立之要件，則有下列四項：

(一) 誠意負責保證，為契約之一種，保證人更就此負擔義務，故須具備一般契約當事人之行為能力，且須具備一種特別能力。茲所謂特別能力者，即須為男性是已，蓋羅馬法以一般婦女，意志薄弱，易於受人包圍而為他人負擔債務，故禁止婦女為各種保證人也。

(二) 是項契約，須以「要式口約」爲之，當事人必須爲上述之發問及答覆，不依此一定之方式，即不能視爲成立；且此契約之成立，以完全履行是項方式爲已足，當事人之意思如何，則所不問也。

(三) 此爲從屬之契約，故其發生效力，以主債務之存在爲前提，但主債務人爲未成年人，依法不負履行之責任者，保證人仍負履行之責。我國民法第七百四十三條謂：「保證人對於因錯誤或行爲能力之缺乏而無效之債務，如知其情事而爲保證者，其保證契約，仍爲有效。」與羅馬法之原則略同，蓋羅馬法雖無「知其情事」之限制，然可推定保證人知悉主債務人究爲成年人或未成年人也。

(四) 此爲從屬之契約，故保證債務與主債務，須有同一之標的。實言之，保證人所負之責任，不得較重於主債務人，否則其保證契約無效；例如主債務人所負之債，爲任意之債務，或爲不特定物之給付，則保證人亦應有任意給付或給付不特定物之權能，否則其全部契約，即歸無效。反之，保證人所負之責任，較輕於主債務人者，則爲法所不禁，例如保證人於履行之方法，期限等方面，較爲便利，或就主債務人之債務，保證其一部等是；考乃利亞法 (Lex Cornelia) 且明定各種「口約保證人」對於同一債權人，不得超過二萬「賽斯達四 (aesteratii)」(註) 之保證金額也。

(註) 每一「aesteratium」約合華幣四分半，二萬共計，約值華幣九百元。

第二目 效果

保證契約之效果，可分三方面言之：一曰保證人對於債權人之義務，二曰主債務人對於保證人之義務，三曰

保證人間之義務，惟關於此等效果，「委任保證」及「簡約保證」與本款論列之保證契約，不盡同也。

(一) 保證人對於債權人之義務

基於是項保證契約，債權人對於保證人，取得個別之債權，而得提起「基於要式口約之訴」。保證債務為從屬債務，故主債務人所有之抗辯，保證人得主張之；但主債務人之抗辯，專以保護其個人為目的者，不在此限，例如以未成年為理由，或以缺乏生活費用為理由之抗辯等是。另一方面，保證責任，發生於個別之債之關係，保證人得就保證契約，對債權人單獨提起抗辯，例如以保證人本人有錯誤，或被詐欺脅迫而成立保證契約，為理由之抗辯等是。不特此也，至帝政時代，為保護保證人起見，法律且增定數種特別之抗辯，基於此等抗辯，保證人有特殊之利益，故名「利益 *beneficium*」，茲分述之如次：

(1) 「順序之利益 (*beneficium ordinis*)」 債權人未對主債務人起訴前，直接對保證人起訴時，保證人得以依次起訴為理由，提起抗辯，令其先對主債務人起訴，是為「順序之利益」；是項「利益」，以使債權人後對保證人起訴為目的，故我國學者或譯作「後訴之利益」，實即現代法例所稱「先訴之抗辯」也。保證人所有先訴之抗辯，於定約時預先拋棄之，固為現代法例所許，但依羅馬法之精神，則除對銀行為保證人外，雖經拋棄，保證人仍得主張之也。

保證債務，既為個別之債務，就理論言，先對主債務人起訴，或先對保證人起訴，債權人本有自由選擇之權。但依羅馬法律，就同一權利，不得先後發生多數之訴訟，債權人對無支付能力之主債務人起訴後，其起訴權

即歸消滅，而不得再對保證人起訴，則債權人將有無從受償之虞；故保證人較主債務人富有時，縱主債務人有支付能力，債權人亦必對保證人起訴追償。法學家認為未盡公平，遂先後規定補救辦法數種；其最初使用之方法，為訴訟拘束之效果之規避，即當事人間訂立契約時，得變更其契約之內容，使債權人對主債務人起訴後，仍得對保證人起訴，而間接使債權人無對保證人起訴之必要是已；其第二種方法，為「委任訴訟」之擬制，即保證人不願為訴訟當事人，並知主債務人有支付能力者，得委任債權人對主債務人起訴，並相約於訴訟無效果時，保證人對債權人負委任人之責任。質言之，債權人因對主債務人起訴所受之損失，及主債務人所未清償之債，均歸保證人負責，是誠使債權人不欲對保證人起訴之較好方法也；但另有第三種方法，即保證人對債權人約定，拋棄「起訴權消滅之抗辯」，使其先對主債務人起訴是已。質言之，債權人對主債務人起訴後，其起訴權，依法雖經消滅，如再對保證人起訴，保證人不得以起訴權已經消滅為理由，提起抗辯，而拒絕代位履行也。訴訟拘束所有消滅起訴權之效果，為強制法之一種，依據理論本不因當事人之特約而稍變更，嗣以是項特約頗稱公允，法律亦承認其效力，且因當事人間多有附加是項特約之習慣，除有相反之證明外，法律即推定其有此特約，蓋以保證之目的，在主債務人債務之履行，必對之起訴而無效果時，始應由保證人負責耳。至優待時代，訴訟拘束，已不發生消滅訴權之效果，而所謂「順序之利益」，遂成保證人法定之抗辯矣。

(二)「分擔之利益 (beneficium divisionis)」即保證人有數人時，被訴之保證人，得請求債權人對其他有支付能力之保證人同時起訴之謂。例如保證人為甲乙丙三人，其一人甲無支付能力，債權人對乙起

訴時，乙得請求債權人同時對丙起訴，而與丙二人各負擔保證債務二分之一，故保證人中，如有缺乏支付能力之人，其他保證人，則應平均代負其責也。是項利益，保證人得於訂約時或被訴時拋棄之，而不爲有利益之抗辯。但保證人否認保證債務之關係者，或其所保證之債務，爲監護人對於受監護人所負之債務者，則保證人不得主張「分擔之利益」也。

各保證人對於債權人，本負連帶責任，質言之，債權人得對其中任何一人起訴；惟被訴之保證人，履行保證債務後，事實上，每有無從取償之可能，故哈德利亞女斯帝規定分擔之利益，以保護之。是項利益之目的，本專在保護「誠意負責保證」中之各保證人，嗣於「委任保證」亦適用之；至其適用於「簡約保證」，則至優帝時始也。

(三)「代位之利益 (beneficium cedendarum actionum)」是項利益，以保護被訴之保證人，使其將來得對主債務人或其他保證人取償爲目的，保證人未對債權人履行前，得請求債權人，將其對於主債務人及各保證人之權利，讓渡與己；受償後已不需要之訴權，債權人如堅不讓與，保證人且得提起「詐欺之抗辯」，拒絕履行保證債務，其因債權人之過失致失訴權者，保證人亦得拒絕履行之也。讓渡與保證人之權利，如附有質權或抵押權，債權人應一併讓渡之；但此等權利，如係供多數債權之擔保者，則保證人非就各債權已爲清償，不得請求債權人讓與之也。

(II) 主債務人對於保證人之義務

保證人爲主債務人履行債務後，固得對主債務人起訴追償，但就法理言，是項請求權，並非以保證契約爲原因，而以另一法律關係爲其原因。質言之，請求權之原因，爲保證契約本身之原因，而於事前存在者；故因保證之情形不同，而各異其請求之方法也。茲分述其各種請求之方法如次：

(1) 保證人如係因主債務人委託而保證之者，是以委任關係爲保證之原因，故應對之提起「委任契約相對之訴」，請求其返還之；尙未被訴之保證人，因主債務人委託，而代爲清償者亦同。

(2) 債之保證及債之清償，未經委任，而以便利主債務人爲目的，並爲主債務人所明知者，亦準用關於委任之規定。

(3) 債之保證及債之清償，爲主債務人所不知者，保證人應提起「無因管理相對之訴」，請求其返還之。

(4) 債之保證及債之清償，違反主債務人之意思者，保證人不得對之主張保證關係，而有所請求。但已受清償之債權人，已將債權讓渡於保證人時，保證人仍得純以債權受讓人之名義，請求其償還也。

無論對主債務人提起之訴，爲「委任契約相對之訴」，或爲「無因管理相對之訴」，保證人所得請求者，祇以其依債之本旨所已給付之數額爲限。但在「允諾保證」契約中，如主債務人自保證人已爲給付時起，六個月內不爲給付，則保證人得提起「基於支付之訴」(actio de parati)，「請求其返還之」，在「程式訴訟」時期，更得請求其返還已付金額之兩倍也。

(III) 保證人間之義務

保證人各對債權人負連帶責任，已爲給付之保證人，固得對其他保證人，請求平均分擔，但其請求權之法律上之原因，即債權人之起訴是已，故祇得以債權人之權利受讓人之名義，對其他保證人起訴也。在「允諾保證」或「誠意允諾保證」，保證人間視爲有合夥之關係，並得互相準用合夥人之訴訟，但於其他保證契約，不適用之。再保證人既有全部履行之義務，則保證人之對債權人履行債務，非無因管理可比，故不得援用「無因管理相對之訴」也。

第三款 「委任保證 (mandatum pecuniae credendae)」

上述各種保證契約，爲「要式口約」之一種，聾者、啞者，及不能到場之人，無舉行方式之可能，且此爲「嚴格之契約」，保證人所負之責任，固嫌太重，其嚴格之方式，稍有違背，其整個契約，即歸無效；是「誠意負責保證」契約，猶非足以適應需要之完善保證制度，故有所謂「委任保證」者，應運而生。委任保證云者，即擬制委任之關係，以爲保證金錢債務之方法是已，例如：甲擬向乙借貸，由丙爲保證人時，擬制丙乙二人間之委任關係，並以丙爲委任人，使乙對甲貸與金錢，如甲不履行債務，致乙蒙受損害，則乙得以受任人之名義，對丙請求賠償損害；言其性質，固非純粹之委任契約，故名「特別委任」。且在一般委任契約，受任人並無報酬，在委任保證，則受任人就債之關係享受利益，此其區別又一也。

委任保證，爲合意契約之一種；至保證人及主債務人對於債權人所負之債務，在法律上並無同一之標的，蓋

保證人對於債權人之責任，僅在賠償其就委任關係所蒙受之損害耳。委任保證中，保證人之債務，既與主債務人之債務，異其標的，故發生下列數種結果，而與「要式保證」有別也。

(1) 保證人所負債務之標的，僅為對債權人所受損害之賠償，必債權人對主債務人起訴而無效果時，始應由保證人負賠償之責，故要式保證中，保證人所得行使之「順序之利益」，於此不適用之。

(2) 保證人對債權人履行後，主債務並不因此而歸消滅；另一方面，被訴之主債務人，已為一部之履行後，債權人仍得對保證人起訴，請求其補足之也。

(3) 主債務人所提起之抗辯，保證人不得利用之，蓋依羅馬法之理論，主債務人與債權人間債之關係發生前，保證關係已經存在，故保證人不得利用主債務人所有之抗辯也。

(4) 保證人得請求債權人，將其對主債務人所有之債權，讓渡與己；如因債權人之過失，致失起訴之權利，則保證人得拒絕賠償其所受之損害也。

上述數點，均與「誠意負責保證」有別；保證人有數人時，被訴之保證人，最初雖不得主張「分擔之利益」，然究與上述數點，不同其原因。蓋分擔之利益，本為保護「誠意負責保證」契約中之保證人而設，嗣後始適用於委任保證，此僅為立法方面之史的問題，並非因係不同性質之保證契約而後發生之理論上之差別也。

第四款 「簡約保證 (constitutura)」

委任保證契約，須成立於主債務之前，其所保證者，均為行將發生之債，而已經存在之債，不得適用是項簡便

之保證方法。於是裁判官發明一種所謂簡約保證，即保證人對債權人約定，為主債務人履行已經存在之債務是已。是項保證，為合意契約，然不發生市民法上之法定效果，而僅由裁判官承認債權人有起訴之權能而已，故名「簡約保證」，亦曰「裁判官認定之保證」。至其保證之債務，範圍極廣，不若委任保證以金錢債務為限也。

已經存在之債，第三人或債務人本人，均得為履行之聲明；債務人本人為此聲明者，曰「本人債務之承認（*constitutum debiti proprii*）」；第三人為此聲明者，則曰「他人債務之承認（*constitutum debiti alieni*）」，即所謂簡約保證是也。簡約保證，僅為「簡約」之一種，而發生「善意之債務」，故與「要式保證」有別。不特此也，簡約保證中，原則上，必先對主債務人起訴而無效果時，債權人始得對保證人起訴，然在「誠意負責保證」，則因當事人之約定，及嗣後法律有「順序之利益」之規定，債權人始有先對主債務人起訴之義務；至誠意負責保證中，保證人所得主張之「分擔之利益」，直至優帝時，始適用於簡約保證，是皆此兩種保證契約之區別也。另一方面，簡約保證與誠意負責保證，亦頗多類似之處，而與「委任保證」有別，茲分述之如次：

（一）「代位之利益」，此兩種保證契約中之保證人，均得主張之，受償後已不需要之訴權，如債權人堅不讓渡與保證人，則保證人得提起「詐欺之抗辯」，拒絕履行保證債務，因債權人之過失致失訴權時，保證人亦得拒絕履行；但於「委任保證」，此等規定，均不適用之也。

（二）簡約保證及誠意負責保證中，保證債務與主債務，同其標的主債務無效時，保證債務，亦歸無效，而於「委任保證」則否；但就此點言，簡約保證，亦有下兩特點焉：

(1) 簡約保證中，保證人之債務，雖不得重於主債務，但超過主債務時，祇就其超過之部分，不生效力，而整個保證契約，並不因此而歸於無效；例如主債務之標的為千元，如保證人約定負千元以上之責任，則仍就千元之數目，而負保證之責任也。

(2) 在簡約保證中，得附加條件，使保證債務之履行，較苛於主要之債務；實言之，保證債務附加之條件，可以付予債權人特別之利益，例如保證債務之期限，較短於主債務，或於選擇債務中，保證人拋棄選擇之權能，而確定其將來給付之標的等是也。

本章參考書記要

- J. Declareuil, Rome et l'organisation du droit p. 249-258, 294, 296-299, 407-408; T. C. Sandars, The Institutes of Justinian p. lvii, 60, 61, 209, 327, 329, 330, 331, 337, 354, 357, 365-369; M.-J. Cornil, Droit romain p. 256-267, 280, 297, 307-310, 313-317, 322-328, 338-344; J. Cornil, Possession dans le droit romain p. 11, 18-14, 20, 29, 33, 45, 46, 72, 73, 268, 281; 黃右昌, 羅馬法與現代 p. 408-435, 461-466; P. F. Girard, Textes de droit romain publiés et annotés p. 825-827, 843, 849, 853-858; P. F. Girard, Manuel élémentaire de droit romain p. 516-528, 539, 540, 545-592, 951-960; P. Collinet et A. Giffard, Précis de droit romain p. 41-95

- (Tome II); Gaston May *Éléments de droit romain* p. 306-321, 339-367, 380-385, 485-498; F. Marekellen, *Manuel de droit romain* p. 203-214, 230, 231; Charles Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain* p. 297-346 (Tome II), p. 556-571 (Tome I); Accarias, *Précis de droit romain* p. 267-392 (Tome II); Paul Collinet, *Études historiques sur le droit de Justinien* p. 114-124 (Tome I); Ruben de Couder, *Résumé de répétitions écrites de droit romain* p. 361-382, 416-422, 435-478; Edouard Coug, *Les institutions juridiques des Romains* p. 556-561; René Foinet, *Manuel élémentaire de droit romain* p. 161-172; P. F. Girard, *Mélanges de droit romain* p. 5-413 (Tome II); W. W. Buckland, *The main institutions of roman private law* p. 269-280; R. W. Leage, *Roman private law* p. 264-271, 293-309; R. W. Lee, *Introduction to Roman-Dutch law* p. 270, 277; Monier R., *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine* p. 9-12, 37, 38, 59; Salaries, *Études sur la théorie générale de l'obligation* p. 43-45, 79-82, 85, 86; Accarias, *Théorie des contrats innomés* p. 35-39, 42-48, 62; Eugène Henricq, *Mœurs juridiques et judiciaires de l'ancienne Rome* p. 488-570 (Tome I); J. Declercq, *Rome the law-giver* p. 222-232; Rudolph Sohm, *Institutions of Roman law* p. 378-381, 396-408.

