

0489

法 馬 羅

---

著 慈 闍 金

册 下





中華民國廿六年四月出版

羅馬法 (下冊)

定價國幣壹元

外埠酌加  
運費匯費

著者 金蘭蓀

出版者 金蘭蓀

印刷者 民友印刷公司

上海勞神父路一一七弄二六號  
電話八二三六八

版權所有  
翻印必究

代售處

上海四馬路二五四號  
黎明書局

上海福州路三八四號  
生活書店

上海愛文義路八一五號  
大華書店

# 羅馬法下冊目錄

第四節 監護……………一

## 第一部 法人

第一章 種類……………一二

第二章 未有繼承人之遺產……………一四

## 第三篇 物法

### 第一部 物權法

第一章 物……………一五

第一節 物之觀念……………一五

第二節 物之分類……………一六

第二章 物權……………一〇

|                |       |    |
|----------------|-------|----|
| 第一節            | 引言    | 二〇 |
| 第二節            | 所有權   | 二〇 |
| 第三節            | 他物權   | 三六 |
| 第四節            | 占有    | 五三 |
| <b>第一部 繼承法</b> |       |    |
| 第一章            | 繼承之意義 | 六〇 |
| 第二章            | 繼承人   | 六〇 |
| 第三章            | 資產占有  | 六三 |
| 第四章            | 法定繼承  | 六五 |
| 第五章            | 遺囑繼承  | 六九 |
| 第一節            | 遺囑之意義 | 六九 |
| 第二節            | 遺囑之方式 | 七〇 |



|     |             |    |
|-----|-------------|----|
| 第三節 | 遺囑能力……………   | 七二 |
| 第四節 | 繼承人之設定…………… | 七五 |
| 第五節 | 遺囑之失效……………  | 八一 |
| 第六章 | 繼承之效力……………  | 八二 |
| 第七章 | 遺贈……………     | 八四 |
| 第一節 | 遺贈之意義……………  | 八四 |
| 第二節 | 遺贈之分類……………  | 八四 |
| 第三節 | 遺贈之方式……………  | 八六 |
| 第四節 | 遺贈之標的物…………… | 八七 |
| 第五節 | 多數受遺人……………  | 八八 |
| 第六節 | 遺贈之效力……………  | 八九 |
| 第七節 | 遺贈之限制……………  | 八九 |

第八節 遺贈失效……………九一

第八章 信託……………九二

第九章 遺贈證書……………九四

第十章 死因贈與……………九五

## 第二部 債權

第一章 法律行爲……………九六

第一節 引言……………九六

第二節 成分……………九七

第三節 要素……………九七

第四節 附款……………一〇八

第五節 代理……………一一六

第六節 無效與撤銷……………一一八

第二章 債權……………一二〇

第一節 引言……………一二〇

第二節 債權之分類……………一二一

第三節 債權之發生……………一二三

第四節 故意過失遲延偶然事故……………一八七

第五節 債權之消滅……………一九一

第六節 債權之讓與……………二〇一

第七節 連帶之債與全部之債……………二〇三

第四篇 訴訟法

第一章 私權之救濟……………二〇五

第一節 救濟之機關……………二〇五

第二節 救濟之方法……………二〇七



第二章 訴訟之程序…………… 一一六

第一節 引言…………… 一一六

第二節 傳喚…………… 一一六

第三節 保證…………… 一一七

第四節 爭訟…………… 一一七

第五節 審問…………… 一一二

第六節 判決…………… 一一四

第七節 上訴…………… 一一四

第八節 執行…………… 一一五

第三章 訴訟代理人…………… 一一六

# 羅馬法

金蘭蓀編著

## 第四節 監護

### 第一款 監護之觀念

自權人雖以得獨立行使權利爲原則，然因特種事由，例如年齡幼稚，精神喪失等，其行使權利須受法律之限制者，則付監護。監護制度發生甚早，在十二表法已有明文規定。初認監護爲監護人之權利，非爲被監護人之利益而設，故監護人常爲被監護人之財產繼承者，蓋恐被監護人不善經紀，預防其財產之傾蕩也。後法律進步，監護之觀念一變，認監護爲國民應盡之義務，完全爲被監護人之利益而設。

### 第二款 監護之資格

依羅馬法，外國人，奴隸，精神病人，聾子，啞子，年在二十五歲以下者，兵士，僧侶，進賄賂謀爲監護人者，及被監護人之債權或債務人，均無爲監護人之資格。至於婦女，通常不能爲監護人，其唯一例外即祖母或母得爲其子孫之監護人。

### 第三款 監護人之責任

監護人之責任如左：

- (一) 優帝時，凡為監護人者，應為忠於其職務之宣誓。
- (二) 監護人須編造被監護人之財產目錄。
- (三) 除遺囑或高級官吏選任之監護人外，監護人應立保證，以確保監護終了時決算之清楚。至羅馬後世，被監護人對於監護人之財產取得法律上之質權。
- (四) 監護人對於被監護人之財產負管理自己財產之同一注意。
- (五) 監護終了時，關於監護期間內監護人所為行為，監護人應造具清冊，報告於被監護人或其繼承人。

### 第四款 監護之管理

依羅馬法，國家為最高監護機關，故國家得設定監護人，監督監護人，罷免監護人或處罰監護人。至帝政時代，國家特設官署，以管理監護人，稱之曰監督監護官 (Praetor

tutelarvis)。



## 第五款 監護之制裁

對於監護人有左列三種制裁：

- (一) 監護人有不忠實之嫌疑時，除未適婚年之被監護人外，無論何人均得訴請解除其職務。自被訴之時起，即停止其職權之行使。
- (二) 監護人有詐欺行爲時，除解除其職務外，並予以破廉恥之處分。
- (三) 監護人擅用被監護人之財物時，應加倍賠償。

## 第六款 監護之免除

羅馬後世，非有正當理由，不得拒絕充任監護人，所謂正當理由者，有下列各種：①七十歲以上之老年人。②業已爲三人以上之監護人。③有法定數額之子女者，例如在羅馬有子女三人，在意大利有子女四人，在外省有子女五人。④充任重要官職者，例如元老院議員，行政官長，財政官等。⑤從事於國家公務而離家者。⑥貧窮者。⑦身體虛弱者。⑧不識字者。⑨被監護人之夫。⑩被監護人之財產在監護人本籍所在地以外者。⑪軍人。⑫曾與被監護人發生訴訟，而其請求額涉及被監護人之全部財產者。⑬有高尙之職業者，例如醫師，宗教

師等。⑭與被監護人之父有重大仇恨者。

第七款 監護之分類

羅馬之監護制度，有保護(*tutela*)與保佐(*cura*)之別，茲當分別論之。

第一項 保護

(一)保護之種類。保護有二種：

① 未適婚年人之保護(*tutela impuberum*)。凡脫離家父權之未適婚年人，不問男女，必付保護。

② 婦女之保護(*tutela mulierum*)。共和時代，婦女在法律上不能獨立，凡已適婚年之婦女，若不立於家父權或夫權之下，則須付保護。

(二)保護之設定。保護之設定，未適婚年人保護與婦女保護異：

① 未適婚年人之保護。未適婚年人保護之設定方法有左列各種：

(甲)遺囑保護(*tutela testamentaria*)。家父得爲直接立於其家父權下之未適婚年家子，以遺囑設定保護人，蓋根據十二表法家父得以遺囑處置財產之同一規定也。

(乙)法定保護 (*tutela legitima*)。法定保護者，依法律之規定，應充任保護人也。於無遺囑保護人時，始適用法定保護。法定保護人可分爲三種：(子)依市民法應爲被保護人之財產繼承人，有爲保護人之權，故宗族關係最近之人得爲保護人，若無宗族，同姓人亦然，迨至優帝時，法律一變，血親關係之最近者，非宗族或同姓人，有爲保護人之權。(丑)恩主對於未適婚年之被解放者得爲保護人。(寅)家父對於未適婚年之被解放家子得爲保護人。

(丙)信託保護 (*tutela fiduciarii*)。信託保護發生之情形有二：(子)家父解放未適婚年之家子時，經第三次賣却後，若買主不再回賣家子于家父而自行解放，則買主居於恩主之地位，得爲被解放者之信託保護人。(丑)家父解放未適婚年之家子後，而自己死亡時，則其未解放家子對於被解放家子有爲信託保護人之權。

(丁)官選保護 (*tutela dativa*)。凡應設保護而無上述保護人時，得聲請法院選任保護人。此項聲請有必然與任意之別。在前者，以聲請爲責任，例如解放的自



由人不爲其已死恩主之子聲請選任保護人者，則以之爲不敬論，又母不爲其子聲請選任保護人者，則喪失其對於子之繼承權。在後者，是否聲請，悉聽其便，例如其他親屬及友人。既被選任之保護人得推荐較已勝任之人爲保護人以卸其自己之職務 (*potioris nominatio*)，但至優帝時此制已不行矣。

② 婦女之保護。 婦女保護之設定方法有左列各種：

(甲) 遺囑保護。 此種保護人，由家父或夫以遺囑指定。

(乙) 選擇保護。 夫得以遺囑授權於妻選擇保護人，由妻自行指定之保護人，稱爲選擇保護人 (*tutor optivus*)。

(丙) 法定保護。 婦女之法定保護，與未適婚年人之法定保護同，其差異之處，卽血親不得爲婦女之法定保護人。

(丁) 信託保護。 婦女欲脫離其宗族保護人之法定保護，假裝與另一男子依買賣式結婚，該男子將其賣於所擇定之第三者，此第三者解放之，而爲其信託保護人。

(戊)受權保護。法定保護人得將其保護權依擬訴棄權之方式移轉于第三者，因此取得保護權之人稱爲受權保護人 (*tutor cessarius*)。

(己)官選保護。無上述保護人而應設保護者，由法院爲其選任保護人。

(三)保護之職務。保護人之職務，因未適婚年人保護與婦女保護而異：

① 未適婚年人之保護。此種保護人之職務有二種：

(甲)補充能力 (*auctoritatis interpositio*)。所謂補充能力者，卽未適婚年人能力之發達，尙未完全，故以保護人補其缺陷也。詳言之，可分爲未滿七歲之未適婚年人與已滿七歲之未適婚年人。在前者，因被保護人無意思能力與識別力，不能自爲法律行爲，由保護人以其自己之名義代爲之。在後者，因被保護人雖有意思能力，但無識別力，其負擔義務之法律行爲須得保護人之同意，而此種同意必親臨行爲地口頭爲之。

(乙)管理財產 (*gestio*)。管理財產者，卽保護人以相當之方法，保存被保護人之財產，且爲之計劃增加也。初保護人之權限甚廣，然至帝政時代，漸形縮小。

依紀元後一百九十五年之法律，保護人不能自由處分被保護人之土地。嗣後又擴充此律之範圍，除管理財產之通常處分外，凡讓與財產，支付金錢及其他重大事件，均須得監督監護官之許可。

② 婦女之保護。 婦女保護人之職務，祇有補充能力，無管理財產之權，且補充能力，亦限於市民法上行爲，例如設立遺囑，解放奴隸等。至帝政初期，宗族法定保護歸於消滅。又生而自由之婦女有子女三人，或被解放之婦女有子女四人時，可免除保護。迨及其曷史時，除其他二種法定保護外，得強迫保護人付與同意。至優帝時，婦女保護已不復存在矣。

(四) 保護之人數。 依羅馬法，保護人<sup>以一人爲限</sup>。如有數保護人 (contutores)，各人有補充能力及管理財產之權，亦負全部債務之責。然有時爲此種指定之目的，係分別其職務者，則彼此之地位不同。例如以保護人中之一人管理財產兼補充能力，稱之曰執務保護人 (tutor gerens)，其餘之保護人祇有補充能力，無管理財產之權，稱之曰名譽保護人 (tutors honorarii)。又若被保護人有多額財產，得依其財產之種類或所

在地，使數人分別執掌，各人對於自己所執掌之財產為執務保護人，而對於他人所執掌之財產為名譽保護人。於斯情形，執務保護人首先負責，倘有不足，再由名譽保護人清償。

(五)保護之終了。保護因下列原因而終了：①被保護人已達婚年。②被保護人死亡。③被保護人人格減等。④保護人之職務附有條件或期限，其條件成就或期限屆滿。⑤保護人有不能繼續職務之事情，而經法院許可辭職。⑥保護人有不正當行為，而經法院免職。⑦保護人死亡。⑧保護人人格大減等或中減等。⑨法定保護人人格小減等。⑩保護人無資格之事由發生。有以上第四至第十種情形，如被保護人尚有設置保護之必要者，仍應另選保護人。

(六)保護之變態。凡本非保護人，誤以自己為保護人，而執行保護之職務者，或本係保護人，不知此項事實，而執行保護之職務者，稱為事實保護人 (Protutor)。事實保護人對於被保護人所負之責任與一般保護人同。

## 第二項 保佐

(一) 保佐之種類。保佐有左列各種：

① 已適婚年而未成年人之保佐 (*cura minorum*)。依紀元前一百八十六年之法律，凡二十五歲未滿之已適婚年人，當其父亡故時，如有特別事由，得向法院聲請選任保佐人。迨至馬卡史奧理立曷史帝時，法律一變，雖無特別事由，一經本人之聲請，法院應選任保佐人。在保佐之下，已適婚年之未成年人，於自己有益之行為得獨立為之，但財產之移轉及其他負責行為，須得保佐人之同意。

② 精神病人之保佐 (*cura furiosi*)。精神病人即精神喪失或精神耗弱者，例如癲癲，白痴等。依十二表法，精神病人常立於法定繼承人保佐之下。如無法定繼承人時，得請求法院為精神病人設定保佐人。精神病人為無行為能力者，其一切法律行為，皆由保佐人代為之。

③ 浪費人之保佐 (*cura prodigi*)。浪費人即無思慮而濫費財產者。依十二表法，浪費人與精神病人同立於法定繼承人保佐之下。至紀元後一百七八十年，凡浪費人必經法院宣告禁治產，始得設定保佐人。浪費人與精神病人異，雖無處分自己財產之行

爲能力，但仍有增加其財產之行爲能力。

④ 被保護人之保佐。於下列情形，被保護人雖在保護之下，仍得另設保佐人：（甲）保護人不勝任時。（乙）被保護人與保護人發生訴訟時。（丙）保護人暫時不能行使職務時。

⑤ 其他無能力人之保佐。羅馬後世，保佐之範圍擴大，凡人不能自己管理其財產時，例如盲者，啞者，聾者，老者，病者等，均得有保佐人。

（二）保佐之比較。保佐與保護之差異如下：①發生原因不全：保護有未適婚年人之保護等，保佐有已適婚年而未成年人之保佐等。②設定方法不全：保護人得以遺囑指定，保佐人則否。③職務不全：保護人之職務爲補充能力及管理財產，保佐人之職務僅爲管理財產。④權限不全：保護人皆爲普通的，其權限較大；保佐人有普通的，有特殊，前者如精神病人之保佐，其權限較大，後者如被保護人與保護人發生訴訟時所設之保佐，其權限較小。

## 第二部 法人

法人依近世法律言之，雖非自然人，而於法律上亦爲權利義務之主體也。羅馬古代，無法人制度。後世始有類似法人之團體，然並無法人之名稱，不過實質上存在而已。

### 第一章 種類

羅馬法上有左列各種法人：

(一) 國庫 (Fiscus)。古時國家財產，認爲全體人民所共有，乃不可有物。此際國家云者，不過係全體人民之謂。及帝政之世，法律思想進步，除供公用者外，國家之財產亦認爲可有物，爲國家所有。於是國家始與全體人民有別，國家之人格觀念漸生矣。嗣後君權日強，凡國家所有之財產悉屬於皇帝，稱爲國庫。在私法上，國庫爲國家之代表，除保留相當特權外，與個人同視，享有權利，負有義務。

(二) 地方自治團體 (municipia)。地方自治團體，亦羅馬法人之一種。其權利義務與組

成地方自治團體各人之權利義務異。此種團體具有法人之觀念，起自共和時代之末，其最重要者厥爲市府。

(二)寺院 (ecclesia)。寺院亦具有獨立人格，蓋得獨立享有財產也。其初以耶教以外之寺院爲限，始得認爲法人。迨及後世，耶教傳播既盛，其寺院亦取得法人之資格矣。

(四)社團 (corpus)。社團者，乃人之集合體，而於團員外有獨立之人格也。其設立須經國家之認可。團員至少必須有三人。其管理以過半數之決議定之。社團之消滅有四種原因：曰團員全體死亡或脫離，曰成立期限屆滿，曰自動結束，曰國家強制解散。至于社團之目的，則或爲營利的，或爲非營利的，均無不可也。

(五)財團 (Pia causa)。財團者，以捐助行爲設立之法人也。羅馬財團，始於帝政時代之初，當時皇帝撥款救濟貧兒，該項基金視爲國家財產之一部，有法人之資格。然此以皇帝設立者爲限，若私人爲一定目的，捐助財產，法律上不與以法人資格，蓋此種財產卽移轉於受贈者，而受贈者僅對於捐助者負有從其指定目的使用財產之義務而已，其財產自身不能爲權利義務之主體。迨至紀元後五世紀，法律一變，對於爲一定目的



捐助之財產，不論何人捐助，均認為有獨立人格，惟捐助行為須以慈善事業為目的，例如以一定財產設立孤兒院，貧人院，醫院等。羅馬採取此寬大主義，實受耶教博愛說之影響也。

## 第二章 未有繼承人之遺產

死者之遺產，在繼承人未確定時，是否得為法人，羅馬法上並無明文規定，於是遂為學者所爭論，其學說可分為三派：

(一) 溫特喜 (Windscheid) 之學說。遺產為獨立法人，其所有權利義務與死者之權利義務異。

(二) 徐拉志 (Cyslarz) 之學說。遺產並非獨立法人，乃死者之代表。

(三) 索姆 (Sohn) 之學說。遺產非獨立法人，亦非死者代表，乃屬於死者繼承人之財產。

以上三說，以索姆之學說為最當，蓋優帝法典中之學說彙集，有「繼承人自被繼承人死

亡之時，視爲繼承」一語，是以權利之主體祇限於死者及其繼承人，而繼承之效力溯及開始之時，遺產當然不能爲獨立法人也。

### 第三篇 物法

羅馬法之物法包括物權法，繼承法與債權法。今當分三部述之。

#### 第一部 物權法

##### 第一章 物

###### 第一節 物之觀念

羅馬法之所謂物 (*res*) 與現代異：現代法律之所謂物指有體之物而言，在羅馬法則否，  
凡於人有益者皆稱之曰物，不以有體物爲限，此不同之一也。現代學者，恆謂物須得以金錢評定之，然羅馬法上共用物中之空氣海洋，雖無金錢價值，亦認爲物之一種，此不同之二也。今之法學家以物爲權利之客體，但羅馬古時，權利思想，未臻發達，卽權利主體之意義

於法律上亦欠明瞭，何況權利客體，此不同之三也。據上述三點觀之，羅馬法上物之意義，較之近世法律上物之意義，廣汎多矣。

## 第二節 物之分類

(一)有體物 (*res corporales*) 與無體物 (*res incorporales*)。有體物具有形態，可以觸覺得之，例如奴隸，金銀是。無體物不具形態，不能以觸覺得之，例如債權，用益權是。

(二)要式移轉物 (*res mancipi*) 與略式移轉物 (*res nec mancipi*)。要式移轉物者，須依曼兮怕血或擬訴棄權之方式而移轉所有權之物也。略式移轉物者，不必依此等方式而移轉所有權之物也。屬於要式移轉物者，為古代羅馬人所認知之物，例如意大利土地，奴隸是；屬於略式移轉物者，為征服意大利以外之領土後羅馬人所認知之物，例如州縣土地，市府地役是。

(三)不可有物 (*res extra nostrum patrimonium*) 與可有物 (*res in nostro patrimonio*)。

① 不可有物。不可有物者，不得為一私人所有之物也。不可有物可分為左列四種：

(甲)神法物 (*res divini juris*)。神法物又可分爲三種：

(子)神用物 (*res sacrae*)。神用物者，以相當之程序供獻於神之物也。例如寺院是。

(丑)安魂物 (*res religiosae*)。安魂物者，卽屍體埋葬之所也。例如墳墓是。

(寅)神護物 (*res sanctae*)。神護物者，雖認爲受神之保護，而直接與神無關係之物也。例如羅馬市府之牆壁是。

(乙)共用物 (*res communae*)。共用物者，萬人所共用，而不爲一私人所有之物也。例如空氣，海水是。

(丙)公有物 (*res publicae*)。公有物者，直接供公衆使用之國家所有物也。公有物，又可分爲人人可以使用者與非人人可以使用者二種。前者例如河流，港灣是；後者例如城砦，牢獄是。

(丁)府有物 (*res universitatis*)。府有物者，直接供市民使用之市府所有物也。例如屬於市府之演劇場，跑馬場是。

② 可有物。可有物者，得為一私人所有物也。凡私有物 (*res singulorum*) 及得為先占之無主物 (*res nullius*) 皆為可有物。

(四) 不動產 (*res immobiles*) 與動產 (*res mobiles*)。不動產指土地及其定着物而言，此外之物皆曰動產。動產又可分為他動產與自動產二種：他動產藉人力得移動，例如書籍，器皿是；自動產不藉人力得移動，例如奴隸，家畜是。

(五) 代替物 (*res fungibiles*) 與不代替物 (*res non fungibiles*)。代替物者，得以同種類同數量同品質之物抵換之，例如米，油是。不代替物者，乃特定之物，不得以他物抵換之，例如奴隸，牛馬是。

(六) 消費物 (*res consumptibles*) 與不消費物 (*res inconsumptibles*)。凡非消費不能使用之物，謂之消費物，例如煤，炭是。凡不消費亦能使用之物，謂之不消費物，例如衣服，器具是。

(七) 主物 (*res Principales*) 與從物 (*res accessoriales*)。主物者，獨立存在之物，與他物無從屬關係者也。從物者，附隨於他物，而立於從屬之地位者也。例如表為主物，

其鍵爲從物。

(八)可分物 (*res divisibiles*) 與不可分物 (*res indivisibiles*)。可分物者，得分爲同性質之物，而其各部應有之價值不劇烈減少也。不可分物者，如分割之，則爲不同性質之物，或其各部應有之價值劇烈減少也。例如土地綢布爲可分物，而牛羊犬馬則爲不可分物。

(九)事實上之聚合物 (*universitas facti*) 與法律上之聚合物 (*universitas juris*)。事實上之聚合物者，集多數獨立物而立於一名稱之下也，例如羊羣圖書館是。法律上之聚合物者，權利義務之集合也，在羅馬法上，約有三種：曰繼承物 (*hereditas*)，曰家子或奴隸之特有財產 (*peculium*)，曰嫁資 (*dos*)。事實上之聚合物與法律上之聚合物之區別，學者議論不一：有謂事實上之聚合物，以人之意思，集種種物件，視爲一體之謂；而法律上之聚合物，以法律之力集種種物件，視爲一體之謂。有謂事實上之聚合物，以同種類之物件爲之；而法律上之聚合物，以異種類之物件爲之。二說相較，應以前說爲當，蓋法律上之聚合物，未嘗無同種類者在也。

(十)天然孳息(*fructus naturales*)與法定孳息(*fructus civiles*)。天然孳息者，當其未由母物分離之時，構成母物之一部，及其分離之後，得爲獨立之物，例如對於耕地，則其菜穀，對於樹木，則其果實，對於畜類，則其產子皮毛，皆天然孳息。法定孳息者，使用一物之對價，例如房屋之租金，借款之利息是。

## 第二章 物權

### 第一節 引言

物權(*jus in rem*)者，於物上得直接支配之絕對權也，大別之有二種：曰自物權(*jus in re propria*)，曰他物權(*jus in re aliena*)。前者爲自己所有物上之權利，後者爲他人所有物上之權利。自物權卽所有權；他物權又可分爲四種：曰役權，曰地上權，曰永借權，曰質權。今當一一分論之。

### 第二節 所有權

#### 第一款 所有權之觀念

所有權 (*dominium*) 者，於物上之概括支配力也。申言之，所有權即權利人於最廣之範圍內，在物上能行使之權利，故凡爲事實所許者，權利人爲自己利益，能充分行之而無礙，不受他人絲毫之牽掣。其重要作用有四：曰占有 (*possessio*)，曰使用權 (*ius utendi aut usus*)，曰收益權 (*ius fruendi aut fructus*)，曰處分權 (*ius abutendi aut abusus*)。然羅馬法並非解釋所有權爲無限制之權利，有時爲保持社會安寧及公衆道德起見，亦許以法令阻遏所有權之行使。

### 第二款 所有權之沿革

遠古之時，羅馬有村邑共產制，財產爲一村或一邑所共有。繼之而起者，爲家族共產制，即財產屬於家族全體，而不屬於個人。其後，個人思想逐步發達，而對於動產亦許個人特有，此特有財產漸推至土地，於是所有權生矣。

### 第三款 所有權之取得

所有權之取得，大別之爲原始取得與傳來取得二種。原始取得者，不問前所有者之有無，全與前所有者無關係，而生新所有者之權利也。傳來取得者，自前所有者移轉所有權于新



所有者，新所有者繼承前所有者之權利也。

### 第一項 原始取得

原始取得有六種：曰先占，曰附合，曰加工，曰發現埋藏物，曰孳息之取得，曰取得時效。第一至第五種產自萬民法，第六種生於市民法，今當分述之于左：

(1) 先占 (occupatio)。先占者，以己有之意思占有無主物也。無主物之主要者有下列數種：① 山禽野獸江魚海介。② 在自然狀態之貝殼寶石。③ 棄棄物。④ 戰爭時敵國政府或人民之財產。⑤ 海中島嶼。

(11) 附合 (accessio)。附合者，二個以上之物結為一體之謂也。附合大別之有三種：曰不動產與不動產之附合，曰動產與不動產之附合，曰動產與動產之附合。

#### ① 不動產與不動產之附合。

(甲) 淤積 (aluvio)。自上流流下之泥土，逐漸堆積，增加河岸土地者，謂之淤積，其增加土地屬於河岸所有人。

(乙) 驟積 (avulsio)。上流之泥土，為急流所沖下，而堆積於下流之土地者，謂之

驟積。歷時長久而驟積上植物之根固着於土地時，下流之土地所有人取得其增加土地之所有權；反之，其增加土地仍爲上流之土地所有人所有。

(丙)沙州 (*insula nata*)。河水冲集泥沙，日久于河中漲起土地者，謂之沙州。如沙州在於河中央者，屬於兩岸土地所有人。如沙州偏於一方者，屬於所偏一方之河岸所有人。

(丁)涸河 (*alveus derelictus*)。河流乾涸或變更流域後，其從前之河床屬於兩岸土地之所有人。又河流分爲二，至下流再合爲一時，其中間土地仍屬於舊所有人。

② 動產與不動產之附合。

(甲)建築 (*inaedificatio*)。建築可分左列二種情形述之：

(子)以他人之材料建築房屋於自己土地上時，其房屋屬於土地所有人。然材料之舊主，並非無救濟。如他人故意取其材料，得請求代價二倍之金額或於房屋破壞時收回材料；如他人非故意取其材料，得於房屋破壞時收回材料

或請求其代價。

(丑)以自己之材料建築房屋於他人土地上時，其房屋屬於土地所有人。材料舊主人知其爲他人土地而爲之者，不能請求賠償。材料舊主人信其爲自己土地而爲之者，則其救濟方法當視其是否占有該房屋而定。如有占有，土地所有人非歸還其因此所受利益，不能取得該房屋。如無占有，材料舊主人祇能於房屋破壞時收回其材料。

(乙)種(satio)植(plantatio)。種子從其播撒時，植物從其生根時，視爲土地之成分，屬於土地所有人。惟若種植者有善意之占有時，土地所有人非歸還其因此所受之利益，不能取得該種子或植物。

③ 動產與動產之附合。

(甲)合併(connexio)。一動產附着於他動產，非毀損物體不能分離或欲分離而需費過鉅者，其合成物應歸主物所有人所有。至於由合成物所生之責任，當視合併之意思而定。在於善意的合併，如從物所有人爲之，主物所有人應歸還其因

此所受之利益，如主物所有人爲之，應賠償從物所有人，因此所受之損失。在於惡意的合併，如從物所有人爲之，不能請求賠償，如主物所有人爲之，以之爲竊盜而罰之。

(乙)混融 (confusio)。流動物或金屬物混融而不可分時，若無主從之別，不問出於各所有人之合意或偶然之事故，混融物應按各物之價值歸各所有人共有。

(丙)混淆 (commixtio)。固體物混淆而不分主從時，倘混淆出於各所有人之合意，則爲其共有，若混淆出於偶然之事故，則各物仍視爲屬於其原主，與未混淆同，但如難以區別，則裁判官經當事人之聲請得酌量各物之價值分還之。

(三)加工 (specificatio)。加工者，于他人之材料上加以工作，而製造新物品也。此新物品應歸何人取得，羅馬之二大學派，主張不同。依薩皮納史派加工不變物之本質，所有權不應受影響，故其物仍屬于材料所有人。依潑老塊勒史派，加工物純是一新動產，與原有材料完全不同，應置重于改進原因，故其物之所有權當屬于加工者。二派交爭，各不相下。至優帝法典時，遂採一折衷辦法，謂加工後可以回復原狀時，其所有

權屬於材料所有人，而對於加工者，於所受利益範圍內，負給付報酬之義務，不能回復原狀時，其所有權屬於加工者，而如加工出於善意，則應賠償材料所有人之損失，如加工出於惡意，則以之為竊盜而罰之。

(四)發現埋藏物 (*thesaurus*)。埋藏物者，久埋藏于他物之中，不知究屬何人所有之動產也。埋藏物與無主物異，以其所有人，但不明了耳。羅馬古昔，埋藏物屬於國庫。後至哈特來納史帝時，法律一變。凡人于自己土地內發見埋藏物時，即歸其所有。其在寺院或坟墓發見時，亦同。若于他人土地內發見埋藏物，以其一半為發見者所有，以一半為地主所有。其在皇帝或市府所有地內發見時，亦依此例，以一半屬於皇帝或市府，以一半屬於發見者。以上所述，乃就埋藏物發見于土地中時而言，如發見于動產之中，得準用該規定。

(五)孳息取得 (*fructuum perceptio*)。凡有益權者，皆有收取孳息之權利。然權利人之外，亦有獲得孳息者。例如以善意占有他人之物者，在占有繼續中所獲得之孳息，縱令消費，亦不負賠償之責，僅以現存之孳息退還之足矣。然若權利人既已提起返還

請求之訴，達于爭訟時期後，占有者所獲得之孳息，應返還于權利人，苟消費之，須負賠償之責。

(六)取得時效 (Præscriptio acquisitiva)。取得時效者，因時間之經過，發生取得物權之效果也。羅馬之取得時效，分爲通常時效與非常時效二種：

① 通常時效。通常時效又分爲市民法時效 (usuocapio) 與萬民法時效 (Præscriptio)。

(甲) 市民法時效。關於市民法時效，有左列數點可言：

(子) 意義。市民法時效之意義可由分析其拉丁文字見之。「usu」者，出自「usus」，使用之意。「capio」者，出自「cāpere」，取得之意。合之，則爲由使用而取得之意，此卽市民法時效之意義也。

(丑) 效用。市民法時效之效用有二：一爲不確定之所有權，使之確定，例如依市民法，僅以交付方法，不能移轉要式移轉物，然苟依時效規定而占有之，則于市民法可取得所有權矣。一可使所有權之證明便利，考羅馬法，凡提起所有權確定之訴者，須證明自己權利之正當，欲證明自己權利之正

當，須證明讓與人權利之正當，依此推進，追溯至原始取得者而已，但如此證明，非獨煩雜，且亦不易，蓋一物所有權之移轉，常不知經過若干次，爲免除此種困難起見，遂引用市民法時效，苟能證明依時效取得所有權，即爲原始取得，無須再證明讓與人及其前手所有權之正當矣。

(寅)要件。市民法時效之成立，應備下列要件：(天)須有正當原因，例如買賣，贈與等。(地)須出於善意，例如誤以他人之物爲自己之物。(元)須事實上占有他人之物，即以他人之物置於自己之管領力下。(黃)須占有法定期限，動產一年，不動產二年，此期限不必由一人完成，即合數人之占有亦可。(宇)占有須繼續，羅馬法上時效中斷有二種：曰自然中斷，例如喪失占有；曰法定中斷，例如占有物所有人提起反對之訴而已經法院判決。

(宙)占有者須有財產權，故外國人不能依市民法時效取得所有權。(洪)占有物須可以適用市民法時效，依羅馬法，不適用市民法時效之物如下：

(a)不可有物，(b)外省土地，(c)竊盜物，(d)嫁資，(e)暴力占有物

(f) 教會或市府所有土地，(g) 官吏收受賄賂物，(h) 置有監護人財產，(i) 國庫所有物。以上所述，乃原則也，然不無例外之規定：(天) 未有家內繼承人之遺產，於外來繼承人接受繼承以前，不問動產或不動產，雖明知他人之物，若占有一年，取得所有權，蓋鼓勵外來繼承人迅即接受繼承耳，但至哈特來納史帝時，此時效消滅。(地) 在信任質，如質物原所有人於清償債務後占有質物一年，即不備善意要件，取得所有權，考其理由，無非保護質物原所有人之權利而已。(元) 抵押於國家之土地，因行使抵押權而出售於他人，倘原所有人占有之二年，縱出於惡意，取得所有權，緣欲使買受人速為事實上之占有，以免土地之荒廢。

(乙) 萬民法時效。關於萬民法時效，亦可分左列各點論之：

(子) 意義。萬民法時效之意義可由分析其拉丁文字見之。「*Præscriptio*」者，前之意，「*scriptio*」者，書之意。合之，則為前書之意。前書制度，實淵源於訴訟法。羅馬共和時代，其訴訟程序，可分為二段：曰法律審理，由裁判



官爲之；曰事實審理，由事實審理人爲之。當法律審理終結之際，裁判官作成一程式，交與事實審理人，以作事實審理之根據。此程式之內容有五：曰事實審理人之設定，曰爭執之問題，曰原告之請求，曰被告之抗辯，曰裁判之指示。其記載之次序，通常被告之抗辯，書于原告請求之後，惟時效之抗辯，必須記載于原告請求之前，于是遂稱時效爲前書，久之漸成習慣，此「*praescriptio*」之字所從來也。

(丑)效用。市民法時效僅適用於羅馬市民與意大利土地，爲補救此缺點，萬民法時效產生，萬民法時效得適用於外國人與外省土地。

(寅)比較。萬民法時效與市民法時效之差異如下：(天)萬民法時效祇令原所有人喪失救濟權，市民法時效不唯使原所有人喪失救濟權，且亦使占有人取得所有權。(地)萬民法時效期限，不分動產與不動產，凡當事人住居同地者十年，住居異地者二十年；市民法時效期限分動產與不動產，前者一年，後者二年。(元)萬民法時效因反對之訴達爭訟時期而中斷；市民法時

效因反對之訴判決而中斷。(黃)萬民法時效之占有者不必有財產權；市民法時效之占有者須有財產權。(宇)萬民法時效之占有物得爲外省土地；市民法時效之占有物不得爲外省土地。

(丙)優帝時規定。優帝統一二種時效：(子)無論市民法時效或萬民法時效，均發生所有權。(丑)動產時效之期限二年；不動產時效之期限，凡當事人住居同地者十年，住居異地者二十年。(寅)時效一律因占有物所有人提起反對之訴而中斷。(卯)凡帝國以內人民皆得爲時效占有者。(辰)取消意大利土地與外省土地之區別。

(7) 非常時效。非常時效，亦稱爲最長期時效 (*longissimi temporis praescriptio*)，其與通常時效之不同有三：(甲)不以正當原因爲要件。(乙)除不可有物外，雖前述不適用通常時效之物，亦可取得所有權。(丙)其期限較長，在普通情形，須占有三十年，在國庫，市府或教會所有之財產，須占有四十年。

## 第二項 傳來取得

傳來取得有四種：曰曼兮怕血，曰擬訴棄權，曰交付，曰分配裁判。第一第二及第四種係市民法上方法，第三種是萬民法上方法。今當分述之於左：

(一)曼兮怕血。曼兮怕血者，由買賣發生所有權移轉之方法也。除前論中所述之方式外，尚須具備以下要件：①買賣雙方須有財產權。②當事人須親自到場。③買賣標的物須為要式移轉物。④須不附條件或期限。⑤須置標的物於當事人前。曼兮怕血既為買賣，出賣人亦負追竊担保之責任，若第三者對於買受人提起反對之訴時，出賣人應出而主張其所有權，否則當賠償買受人二倍價金。曼兮怕血至紀元後四世紀已不用矣。

(二)擬訴棄權。擬訴棄權指以假裝訴訟移轉所有權而言。其適用範圍，較曼兮怕血廣，不問要式移轉物或不要式移轉物，有體物或無體物，均得依此方法移轉所有權。擬訴棄權之方式已於前論中述之，茲須補充說明者有二點：①標的物如能提出者，提出其自身於法官前，如不能提出者，提出其標識於法官前。②當事人應親自到場，不能派遣代表。擬訴棄權至紀元後三世紀已不用矣。

(三)交付 (traditio)。交付者以移轉所有權之意思，授與占有也。欲依交付而取得所有

權，須具備下列要件：①讓與人須爲所有人或其代理人。②讓與人須有授與之意思，而讓受人須有接受之意思。③交付之物須爲可有物。④須有正當原因。⑤須有移轉行爲。此可分爲事實的與推定的二種：前者，例如甲手持某物授與乙。後者又可分爲四種：(甲)讓與之物在他方，讓與人以取得該物之權授與讓受人，以代交付，此稱爲長手交付 (*longa manu traditio*)。(乙)讓受人於讓與之先已占有標的物，讓與人不必別爲交付之程序，惟表示讓與之意思，交付即完成，此稱爲短手交付 (*brevi manu traditio*)。(丙)讓與後，讓與人繼續占有標的物，讓與人與讓受人約定使讓受人取得間接占有，以代交付，此稱曰易位交付 (*constitutium possessorium*)。(丁)讓與人祇移轉取得讓與物之必要用具，使其處於讓受人支配力之下，作爲交付讓與物，此稱曰標識交付 (*traditio symbolica*)。在市民法時代，交付僅可移轉不要式移轉物，而不能移轉要式移轉物，至優帝時要式移轉物與不要式移轉物之區別廢止，而曼兮怕血與擬訴棄權亦不復存在，於是交付爲移轉所有權之最要方法矣。

(四)分配裁判 (*adjudicatio*)。分配裁判者，即于共有物分配之訴訟，所爲之裁判也。若

共有物易于分配者，則裁判官可分配于各共有人，若共有物難于分配而分配之後一方多而他方少者，則祇可令受多量分配者，對於受少量分配者，按比例而支付價金。若共有物絕對不能分配者，則僅能將物斷與共有人中之一人，而使其對於他方支付相當價金。分配裁判與通常裁判異：通常裁判或斷原告勝訴或斷被告勝訴，無非確定既存權利而已，並不創設權利。但分配裁判，乃廢棄共有權，而代之以數個獨立所有權，此所以分配裁判亦為傳來取得之一種也。

#### 第四款 所有權之分類

羅馬法上所有權可分左列二種：

(一) 市民法上所有權 (*dominium quiritarium*)。此種所有權為市民法所承認，其要件有四：①取得者須有財產權。②標的物須為可有物。③取得之方法須為市民法所承認。④如依傳來方法取得所有權，其前手須為市民法上所有人或其代理人。

(二) 萬民法上所有權 (*dominium bonitatum*)。此種所有權為萬民法所承認，又可分為以下三種：①外國人無財產權，市民法方法不適用之，但仍可依萬民法方法取得所有

權。②羅馬古昔，要式移轉物非依曼兮怕血或擬訴棄權不能移轉所有權，但萬民法認要式移轉物亦得依交付移轉所有權。③外省土地或屬於皇帝，或屬於全國人民，故事實上之占有者並非所有人，但若經過取得時效期限後，萬民法視之如所有人，加以保護。

市民法所有權與萬民法所有權之區別，至優帝時始消滅。

#### 第五款 所有權之保護

爲保護所有權起見，有左列救濟方法：

(一)保護市民法上所有權之方法。此有二種：①所有權確定之訴 (*actio rei vindicatio*)。此乃有所有權而未占有者，對於無所有權而有占有者得提起之訴。不問占有者之善意或惡意，所有者對於占有者總立於優勝之地位，而占有者有返還其所占有物之義務，但如占有者對於其所占有之物有權利時，則不在此限。②所有權侵害禁止之訴 (*actio negatoria*)。此乃所有者於他人侵害其所有物之占有時得提起之訴。羅馬後世，此訴之原告，除得請求禁止侵害外，尙可請求賠償損害及將來不爲損害之担保。

(二)保護萬民法上所有權之方法。此亦有二種：①買賣成交之抗辯 (*exceptio rei venditae et traditae*)。市民法上所有人依交付讓與其物後而對於讓受人提起所有權確定之訴時，讓受人得以買賣成交之抗辯拒絕之。②伯白立西阿那之訴 (*actio Publiciana*)。萬民法上所有人喪失其占有或其占有受侵害時，得提起伯白立西阿那之訴以收回占有或禁止侵害。

#### 第六款 所有權之消滅

就原則言之，所有權有永久性質，祇有移轉，而無消滅，然此亦有例外之情形：曰所有權事實上之消滅，此即標的物之毀滅，例如牛馬之死亡，家具之燒燬。曰所有權法律上之消滅，此即標的物雖未毀滅，但法律置之於財產權以外，例如奴隸因解放而變為自由人，禽獸因逃逸而變為無主物。

### 第三節 他物權

#### 第一款 役權

(1) 役權之意義。役權 (servitutes) 者，爲一定人或土地之便益，而享用他人所有物之定限物權也。役權爲市民法所承認，係發生最早之他物權。役權之共同原則如下：① 役權之客體須爲有體物。② 役權必存在於他人物上。③ 役權不能設在役權上。④ 役權得於他人物上直接行使之。⑤ 役權有一定範圍而非概括的。⑥ 受役權之負擔者僅負消極之義務。⑦ 役權須爲需役人或需役地之便益而設。⑧ 役權不發生占有。⑨ 役權不能離需役人或需役地而讓與他人。

(二) 役權之種類。役權大別之爲人役權與地役權：

① 人役權。人役權者，爲一定人便益之役權也。以權利人之終身爲最長期限。人役權又可分爲左列四種：

(甲) 用益權 (usus fructus)。用益權者，使用收益他人之物，而不損其本質之權利也。在羅馬古時，其標的物須爲不消費物，蓋用益權之設定，本爲他人暫時之便益，於用益權終了之時必將標的物返還原主。但後來羅馬法推廣用益權之標的物至可消費物，而用益權人得消費之，不過祇須於用益權終了時以同種類



同品質同數量之物返還原主而已，此稱曰準用益權 (quasi usufructus)。用益權人之權利有三：(子)對於標的物有使用收益權。(丑)得享受標的物之附屬利益。(寅)可將其權利之實益讓與他人。用益權人之義務有五：(子)對於標的物應有良家父之注意。(丑)為尋常之修理並負擔其費用。(寅)繳納課稅。(卯)不損壞標的物之本質。(辰)於用益權終了事時返還標的物於所有人。(巳)當用益權成立之際，須與所有人相當担保以保證上述義務之履行。

(乙)使用權 (usus)。使用權者，從物之本性而使用他人所有物之權利也。使用權與用益權之差異，約有二端：(子)使用權之範圍較用益權小，僅得使用他人之物，不能收取其利益，但若使用權之標的物為土地，則使用權人得收取其所生之果實花草以充其一人或家屬之用。(丑)不惟使用權之權利，即其權利之實益，亦不能轉讓於他人。除此二者之外，大致與用益權相似。

(丙)居住權 (habitatio)。居住權者，居住於他人房屋之權利也。其居住情形，不

能以己意定之，須受房屋所有人之支配。居住權人得以其居住之房屋租於他人。

(丁) 奴隸及家畜使用權 (*operae servorum et animalis*)。奴隸及家畜使用權者，使用他人所有之奴隸及家畜也。享有此權利者不僅自己得使用標的物，且可以之租於他人。

② 地役權。地役者，為一定土地便益之役權也。於此應注意者有三點：① 必有屬於不同所有人之二個土地，一為需役地 (*praedium dominans*)，即利用他土地之土地，一為供役地 (*praedium serviens*)，即為他土地利用之土地。② 地役權有永久性，不得附以期限。③ 地役權不因需役地所有人或供役地所有人變更而受影響。地役權可分為左列二種：

(甲) 田野地役 (*servitutes praediorum rusticorum*)。此指關於土地之地役權而言，至於土地之是否在田野，則非所問也。田野地役又可分為以下各種：(子) 牧畜權 (*ius pascendi*)。(丑) 飲畜權 (*pecoris ad aquam appulsus*)。

(寅) 步行權(*iter*)。 (卯) 獸車通行權(*actus*)。 (辰) 重載貨車通行權(*via*)。 (巳) 航渡權(*ius navigandi*)。 (午) 導水權(*aquae ductus*)。 (未) 汲水權(*aquae haustus*)。 (申) 放水權(*aquae educendae*)。 (酉) 石灰燒製權(*ius calcis coquendae*)。 (戌) 砂土採掘權(*ius arenae fodiendae*)。 (亥) 取石權(*ius lapidis eximendae*)。

(乙) 都市地役(*servitutes praediorum urbanorum*)。 此指關於建築物之地役權而言，至於建築物之是否在都市，則非所問也。都市地役又可分爲以下各種：(子) 支柱權(*ius oneris ferendi*)。 (丑) 支持樑柱於鄰壁權(*ius tigni immitendi*)。 (寅) 突出欄杆或其他物件於鄰地權(*ius proijciendi*)。 (卯) 承檐水地役(*stillicidii recipiendi*)。 (辰) 承河水地役(*fluminis recipiendi*)。 (巳) 禁止建築物加高地役(*altius non tollend*)。 (午) 透光地役(*luminis*)。 (未) 觀望地役(*prospectus*)。 (申) 污池地役(*stercuntii*)。 (酉) 水管地役(*cloacae mittendae*)。 (戌) 放煙地役(*fumi immitendi*)。

(三) 役權之設定。 役權之設定方法如下：①曼兮怕血。此僅適用於意大利地役權，至優帝時已失用。②擬訴棄權。此適用於一切地役權，不以在意大利者爲限，至優帝時亦已失用。③讓與保留。物所有人依曼兮怕血或擬訴棄權讓與物於他人時，爲自己在物上保留 (Reservatio) 役權，但若依交付讓與物，則不能爲此種保留。④分配裁判。數人共有一物，於請求分割時，法官得將各人應有部分分歸各人而於各人應有部分上互設役權，或以所有權與一方而將役權與他方。⑤遺囑。物之所有人得以遺囑於物上設定役權。⑥契約。凡在外省土地設定地役權，兩地主先以無形約束 (Pactus) 約定，再由供役地所有人以要式口約 (stipulatio) 担任不干涉役權，否則當處以罰金。至優帝時，尤爲間便，即要式口約亦可不用，僅當事人間之合意，並一方與他方以行使權利之可能 (quasi traditio servitutis) 足矣。其適用範圍漸廣，爲設定一切役權之最要方法。⑦時效。初役權得依民法時效取得，後法律一變，凡欲依時效設定役權，須取得者於十年間（如當事人居住同地）或二十年間（如當事人居住異地）在他人物上公然和平繼續行使之。⑧法定。役權亦得因法律之明文規定而取得，惟此種情形不多，其

最著者即家父對於家子由家父以外之人取得之特有產享有有益權。

(四)役權之消滅。役權之消滅原因如下：①混同。如標的物所有人取得役權或役權權利人取得標的物，則役權即歸消滅。②拋棄。役權因權利人之拋棄而消滅。③死亡。人役權於權利人死亡時消滅。④人格滅等。權利人之人格滅等使人役權消滅，但居住權與奴隸及家畜使用權不因權利人之人格小滅等而消滅，至優帝時權利人之人格小滅等並不影響一切人役權。⑤標的物滅失。役權因標的物之滅失而消滅。⑥不行使。權利人於十年間(如當事人居住同地)或二十年間(如當事人居住異地)不行使其權利，則役權消滅，但此不適用於居住權與奴隸及家畜使用權。至於何謂不行使，積極役權與消極役權異：在前者如人役權與田野地役，必須有權利人之行為，方得謂之行使，故以權利人之末次行為為消滅期間之起算點。在後者如都市地役，此種權利之存在，不需權利人之任何行為，乃由標的物所有人之不作為行為有以成之，故以標的物所有人之反抗行為，為消滅期間之起算點，若經過一定期間權利人不出而反對，其役權即歸消滅。⑦行使不當。用益權因權利人不依約定行使而消滅。⑧期限屆滿。如人役權定有

期限者，於期滿時消滅。

(五) 役權之保護。役權受左列各種訴訟之保護：

- ① 本權訴訟。此或生於市民法或產自萬民法。屬於市民法者有二種：(甲) 役權承認之訴 (*actio confessoria*)。他人阻碍或侵擾役權之行使時，權利人得請求法院禁止其阻礙或侵擾並令其承認役權之存在。如有損失，亦可請求賠償。惟提起此項訴訟，必須證明確有役權。(乙) 役權拒絕之訴 (*actio negatoria*)。役權拒絕之訴與役權承認之訴異：前者為權利人之訴，後者為物所有人之訴。他人於物上濫行使役權時，物所有人得請求法院禁止其濫行使役權並命其負損害賠償之責。屬於萬民法者有伯白立西阿那役權承認之訴 (*Publilian confessoria in rem*)。凡依契約而取得外省之地役權者，不為市民法所承認，故於他人阻礙或侵擾役權之行使時，祇得提起伯白立西阿那役權承認之訴，請求法院禁止其阻礙或侵擾並令其承認役權之存在。

- ② 占有令狀。役權權利人雖對於役權之標的物無占有，但因其行使役權，對於役權

之權利取得占有，此種占有稱爲準占有，亦受占有令狀之保護。

## 第二款 永借權

(一)永借權之意義。永借權 (emphyteusis) 者，支付租金，而無期限借用他人所有之不動產也。其標的物以土地爲主，然有時亦爲房屋。永借權起源於羅馬征服諸方之時，國家以掠得之敵人土地，貸於人民，而收取租金，其後市府及宗教團體亦做此方法，以所有土地貸於他人，而收取租金。此種貸借之期限，初則自二三年至十年二十年不等，嗣次第延長，竟至無期限爲止，永借之名因此而生。後個人所有土地亦多貸於他人，而皇帝所有荒地更利用此方法，使人民開墾。於是永借制度日漸盛行，至優帝時遂明文規定於法律矣。

(二)永借權之效力。永借權人之權利甚廣，與所有權近似，有下列各種：①對於標的物及其從物有使用收益之權。②於自己利益認爲必要時，得變更或改良標的物。③能賣却其權利或以遺囑處分之。④可於標的物上設定役權或質權。⑤取得標的物之法定占有。以上權利於永借權人死亡時移轉於其繼承人，蓋永借權並非專屬於一身之權利也。

、永借權人之義務如下：①繳納租金，此並不因收益減少得請求免除或減少。②不得加標的物以永久損害。③負擔標的物之賦稅。④如永借權人將其權利賣於他人，必先通知標的物所有人，因其於二個月內有優先買受之權。⑤若永借權人將其權利賣於他人，須以其所得價金五十分之一付與標的物所有人。

(三)永借權之設定。永借權之設定方法有三：①契約。有認此種契約為買賣，有認此種契約為租賃，至齊諾(Zeno)帝時始以法律明定之為永借契約(*contractus emphyteuticus*)。②遺囑。標的物所有人得以遺囑設定永借權。③時效。在他人不動產上於十年間(如當事居住同地)或二十年間(如當事人居住異地)繼續行使永借權，即取得之。

(四)永借權之消滅。永借權之消滅原因有七：①拋棄。永借權人自願拋棄其權利時，永借權消滅。②混同。永借權因與所有權屬於同一人而消滅。③時效。永借權人於十年間(如當事人居住同地)或二十年間(如當事人居住異地)不行使其權利時，永借權消滅。④條件成就。如永借權之設定附有條件，於條件成就時永借權消滅。⑤無人



繼承。永借權人死亡而無繼承人時，永借權消滅。⑥標的物滅失。永借權因標的物滅失而消滅。⑦永借權取消。標的物所有人遇以下情形之一時，得取消永借權：（甲）加標的物以永久損害。（乙）怠於支付租金達三年以上。（丙）怠於繳納賦稅達三年以上。（丁）賣却永借權於他人而未預先通知標的物所有人或雖已通知而報價不實。

（五）永借權之保護。永借權之範圍甚廣，與所有權相髣髴，故永借權人得提起所有權人之訴訟。再者永借權人既取得標的物之占有，是以亦受占有令狀之保護。

### 第三款 地上權

（一）地上權之意義。地上權 (superficies) 者，支付租金，建築房屋於他人土地之上，而對於該房屋有永久使用收益之權也。其標的物為房屋，並非土地。按羅馬法，於他人土地之上建築房屋，其房屋所有權屬於土地所有人，蓋房屋乃土地之從物。然此規定對於支付租金而租借他人之土地以建築房屋者，頗不公允，為保護此種租地建屋者起見，於是地上權生矣。

(二) 地上權之準用。地上權之對於房屋與永借權之對於土地同。二者之效力相似，其設定方法與消滅原因無甚差異，保護之訴訟亦然。其唯一區別值得吾人之注意者，即地上權人賣却其權利，無須預先通知標的物之所有人也。

#### 第四款 質權

(一) 質權之沿革。質權者，在債務人或第三人物上取得物權，以担保其債權之清償也。就其沿革觀之，羅馬法上質權有左列三種：

- ① 信任質(*Fiducia*)。信任質者，即以質物之所有權依曼兮怕血或擬訴棄權方式移轉于質權人，而附于清償債務後返還質物之約束也。此種質權，不便之處有三：(甲) 質權人有時為無信用者，縱令債務人清償債務，質物所有人有難于取回質物之虞。(乙) 曼兮怕血與擬訴棄權手續繁重，適用範圍狹小，漸漸廢弛。(丙) 質權人雖取得質物之所有權，但受于清償債務後返還質物之約束，如債務人不清償債務，質權人非拋棄其担保品，無法解除其約束。

- ② 物件質(*Pignus*)。物件質者，質權人占有債務人或第三人移交之物以担保其債權

之清償，而質物之所有權仍屬于提供人也。物件質亦有缺點二：（甲）質權人雖占有質物，但不能使用之，故在質權存續期間內質物置于不用，于社會經濟有害。（乙）如債務人不清償債務，質權人徒有質物之占有，而無法取償。後大法官法對於質權人與以債務人不清償債務時賣却質物之權，此弊不復存在矣。

③ 書狀質 (hypotheca)。書狀質者，質權人依契約對於債務人或第三人不移轉占有而供担保之物，在債務人不履行債務時，有賣却而就其價金受清償之權也。此種質權初適用於農業，按羅馬習慣，凡人民租地耕作，通例交納農具，為租金之担保，然交納農具于地主時，不能用於耕作，為兩便計，于是雙方僅訂立契約，一方面農人仍得使用農具，一方面地主于農人不付租金時對其農具得行使担保物權。此種辦法，一舉兩得，一洗信任質與物件質之弊。書狀質漸由農具而推行于其他各物，遂盛行于羅馬矣。

(二) 質權之性質。關於質權之性質，有二點可述：①從屬於債權之物權。質權既以確保債權之清償為目的，故常依附於債權，不能獨立存在，如一旦其所担保之債權移轉或

消滅，則質權亦隨之移轉或消滅。②不可分之物權。此生二種結果：（甲）質權人受債權全部清償以前，得對於質物全部行使權利。（乙）雖分割質物與他人，質權並不受影響。

（三）質權之效力。質權之效力，因其種類而不同：

① 信任質。在信任質，質權人取得質物之所有權，但質物所有人於清償債務後有請求返還質物之權。

② 物件質。物件質之效力，可分原則與例外述之：

（甲）原則。質權人之權利如下：（子）取得質物之占有。（丑）得將質物轉質於他人。（寅）除當事人有特約外，於清償期屆至，未受債務人清償，已以賣却質物之意思通知債務人後滿二年者，得將質物公開賣却，以充償債權。（卯）如質物依合法之程序出賣而無人收買，經質權人之請求，滿二年後，得由法院作價斷歸債權人所有。倘當事人約定於屆期不能清償債務時質物即屬於質權人，此項契約無效。質權人之義務如下：（子）於債務人清償債務後須將質物返

還。(丑)管理質物應有處理自己事務之同一注意。(寅)若以賣却質物價金充償債權後尚有剩餘金額，須返還之。

(乙)例外。質物使用收益之權本屬於質物所有人，惟若當事人間有代利息支付之特約 (antichresis) 者，則生下列效果：(子)質權人對於質物得使用收益，但不得請求債權之利息。(丑)質物收入之額較法定利息之額，有超過者，不必返還，有不足者，亦不得請求其差額。

③ 書狀質。此與物件質完全相同，二者唯一之區別，即在書狀質，質權人未占有質物，然若質物所有人有侵害質權之行為，質權人得行使追及權，不問質物在何人手中，能收回之而歸諸自己執管。

(四)質權之順位。對於同一質物，設定數個質權時，其行使順位，以法定優先質為先，如無法定優先質，則依設定時間之先後定之。所謂法定優先質者有五種，茲依其先後之次序列舉於下：①因征收賦稅，國家對於人民財產上取得之質權。②因返還嫁資，妻對於夫財產上取得之質權。③因修繕房屋或船舶所生之債權，修繕人對於其修繕物

上取得之質權。④因貸款購物所生之債權，貸與人對於所購物上取得質權。⑤書狀質經證人三員簽名者。一切質權人權利，僅上位者得行使之，下位者則否。若上位者賣却質物，下位者祇就上位者已充償債權後之剩餘金額，得請求充償。然法律對於下位者並非全未與以救濟之途，如下位者提供相當金額作為上位者債權之担保，即得代其行使質權矣。

(五)質權之設定。凡可有物，不問動產或不動產，有體物或無體物，均得設定質權。其設定之方法如左：

① 依當事人意思設定。此有二種：(甲)質權人與質物所有人以契約設定質權，至於質物所有人，不以債務人為限，即第三人亦無不可。(乙)質物所有人以遺囑為受遺人或債權人設定質權。

② 依法律設定。此亦可分為二種：(甲)法律推測當事人之意思而設定質權，與今之留置權相似，例如耕作地之出租人，本於耕作地租賃關係所生之債權，對於承租人在耕作地上收穫之出產物，有法律上之質權。(乙)法律不問當事人之意思而設

定質權，例如爲確保決算清楚被監護人對於監護人財產有法律上質權。

- ③ 依裁判設定。此亦可分爲二種：（甲）由法官之指定占有令所生質權（*Pignus praetorium*），例如債務人逃避而不應訴，法官就其全部財產發指定占有令，使債權人占有之，因此債權人取得之質權。（乙）由法官扣押令所生質權（*pignus in causa iudicatio praetorium*），例如債務人敗訴，法官就其一定財產發扣押令，使執達員扣押之，因此債權人取得之質權。

- （六）質權之消滅。質權之消滅原因如下：①質權人拋棄質權。②質物滅失。③質權人取得質物或質物所有人取得質權。④質權人接受其他担保以代質權。⑤質物被第三人因時效取得所有權。⑥質權人於受清償以前同意質物之賣却。⑦担保之債權消滅。⑧質權人賣却質物之實行。

- （七）質權之保護。質權受對物質權之訴（*actio in rem hypothecaria*）保護。初此稱爲

塞維阿納之訴（*actio Serviana*），僅適用於地主對於依書狀質抵押之農具，後優帝以之適用於一切質權，遂得是名。依此訴訟，質權人得追及質物，不論其是否在質物所

有人之手也。此外爲保護質權人之占有，亦得請求發給令狀。

#### 第四節 占有

##### 第一款 占有之意義

占有(*possessio*)者，應受法律保護之事實的管領力也。故占有一方面與所有相異，一方面總握有(*detentio*)不同。其與所有相異者，以占有不過爲所有權作用之一種，不必常在所有人手中。其與握有不同者，以占有恆受法律之保護，握有則否。至於占有爲事實乎，抑爲權利乎，關於此問題，議論紛歧，然就羅馬法言之，則占有爲事實也。

##### 第二款 占有之種類

羅馬法上之占有有左列分類：

(一)適法占有(*iusta possessio*)與違法占有(*injusta possessio*)。適法占有者，有法律上正當原因之占有；違法占有者，無法律上正當原因之占有。

(二)善意占有(*bona fidei possessio*)與惡意占有(*malae fidei possessio*)。善意占有者，自知有正當權利而爲占有；惡意占有者，自知無正當權利而爲占有。



(三)法定占有 (civiliter possidere) 與自然占有 (naturaliter possidere)。法定占有者，受法律保護之占有；自然占有者，不受法律保護之占有，實即握有也。

### 第三款 占有與握有之區別

考占有之成立，須有二要件：曰心素 (animus)，即占有之意思；曰體素 (corpus)，即占有之事實。在握有，則此二要件殘缺不全。茲將各派之學說分述於左：

(一)主觀說。是派學者以心素區別占有與握有，認二者之體素相同，皆指保持物件，排斥他人之干涉而言。此又可分為三種：

(甲)薩焚尼 (Savigny) 之說。薩氏云占有須有所有人之意思，若無此意思謂之握有。

(乙)溫特喜 (Windscheid) 之說。溫氏云占有須有行使所有權之意思，否則謂之握有。

(丙)鄧姆白 (Dernburg) 之說。鄧氏云占有須有爲自己支配物之意思，若無此意思，謂之握有。

(二)客觀說。是派學者以體素區別占有與握有，認二者之心素相同，握有無論已，即占有亦祇須有支配物之意思足矣。主張此說爲耶林 (Therinc)，耶氏云，占有之體素無外部障礙，握有則有之。例如古領神法物，縱有所人之意思，因有不可有物之一重外部障礙，故祇能稱之握有。

以上二說，各具一理。自法律上沿革觀之，古代之法律未臻完善，占有之意義甚狹，故主觀說盛，後法律之精神漸趨活潑，占有之意義日益廣大，故客觀說盛。就全部羅馬法言之，以客觀說較當，蓋按諸具體情形，從主觀說，則適合者頗少，從客觀說，則貫徹者甚多也。

#### 第四款 占有與握有之實例

(一)占有。占有之實例有左列各種：

① 所有人意思之占有。若有所有人意思而爲占有，在所有人自不待言，即盜賊亦不失爲占有人。

② 永借權人。永借權人是否爲占有人，學者間議論殊多，然以主張爲占有人爲羅馬

法之通說。

③ 地上權人。多數羅馬法學家認地上權人爲占有人。

④ 質權人。依羅馬法之正文，物件質之質權人爲占有人。

⑤ 爭物保管人。二人爭執一物，使第三人保管之，此時保管爭物之第三人爲占有人。

⑥ 容假占有人。容假占有者，承所有人之容許，占有其物件，而所有人得隨時收回之也。例如羅馬貴族以其所有土地貸于賤民耕作。

(二) 握有。握有之實例有左列各種：

① 使用貸借。貸與人爲物之所有人，且爲占有人，借用人則僅爲握有人。

② 寄託。寄託人爲物之所有人，且爲占有人，受託人則僅爲握有人。

③ 租賃。出租人爲物之所有人，且爲占有人，承租人則僅爲握有人。

④ 家子與奴隸之保管物件。家父與主人爲所有人，且爲占有人；家子與奴隸爲握有人。

⑤ 占有不可有物。不可有物，不得爲私權之容體，縱占有之，法律祇認其爲握有。

#### 第五款 占有之效果

占有生以下之效果：①除對於有較優之權利者外，能對抗一切第三人。②得依時效之規定取得所有權。③如爲善意占有人，可收取孳息。④受令狀之保護。⑤在物權訴訟，占有人常立於被告地位，得免除舉證之責。

#### 第六款 占有之取得

占有或由本人取得，或由代理人取得。

(一)由本人取得之占有。占有之取得必備心素與體素二要件，前已述之，今僅將體素再爲說明。體素云者，卽保持物件，排斥他人干涉之事實。此事實由物之掌握 (*apprehensio*) 發生。所謂物之掌握者，應從寬解釋，不必以手把持，祇須能直接支配之足矣。此乃一事實問題，當視物之性質與取得之狀態而定。試就交付言之，手相授受，無論已，卽與以取得物件之權，亦認爲占有之移轉也。

(二)由代理人取得之占有。羅馬後世，占有亦得由代理人取得，惟此須備三要件：①代

理人有占有之事實。②本人有依代理人取得占有之意思。③代理人有爲本人取得占有之意思。以上所述，乃原則也，不無例外之規定。於下列情形，雖本人無依代理人取得占有之意思，苟具其他二要件，法律亦認爲取得占有：①主人或家父由奴隸或家子取得占有。②被監護人完全無行爲能力時，由監護人取得占有。凡由代理人取得占有，代理人爲握有人，本人爲占有人。

第七款 占有之喪失

占有之喪失，亦有二種：

(一)本人占有之喪失。占有之喪失者，即占有之心素與體素缺一或二者全缺之謂。例如占有之物，自願返還于所有人，有此意思表示，即喪失占有，因缺少占有之心素。又如占有之物，被他人劫奪，即喪失占有，因缺少占有之體素。又如物遭毀滅，或讓與于他人，即喪失占有，因占有之心素與體素全缺也。

(二)代理占有之喪失。代理占有之喪失原因有三：①本人拋棄占有之意思。②代理人表示以後爲自己或第三人占有。③代理人喪失物之支配力。

## 第八款 占有之保護

占有受令狀 (*interdictum*) 之保護。令狀云者，即法官所發命令之謂，可分爲三種：(一) 占有保持之令狀 (*interdictum retinendae possessionis*)。此以禁止侵害占有爲目的，占有人於其占有受侵害時得請求之。(二) 占有回復之令狀 (*interdictum recuperandae possessionis*)。此以使占有人取還其喪失之占有爲目的，占有人於其占有被強奪時得請求之。(三) 占有創設之令狀 (*interdictum adipiscendae possessionis*)。此以創設占有爲目的，當事人於占有未開始時得請求之。

## 第九款 準占有

羅馬古代，以占有僅適用於有體物，後大法官法變更之，認役權可爲占有，於是權利亦得爲占有之標的矣。此種占有實爲權利之行使，學者稱之曰準占有 (*quasi possessio*) 或權利占有 (*juris possessio*)。從準占有或權利占有，遂發生準交付 (*quasi traditio*)，準交付云者，即一方便他方得行使權利之謂。惟羅馬法始終認債權不得爲占有之標的，亦無準交付可言。

## 第二部 繼承法

### 第一章 繼承之意義

繼承 (successio) 者，被繼承人之財產，除專屬於一身者外，包括的移專於繼承人也。所謂包括的移轉者，即一切權利義務總移轉之謂，此項權利義務並非新設，不過承受原有之權利義務而已。但專屬於被繼承人之一身者，例如用益權，使用權等，並不因繼承移轉於繼承人。

### 第二章 繼承人

繼承人者，依法律或遺囑而有繼承權之人也。今當分左列二點述之：

(一) 繼承人之種類。繼承人大別之為家內繼承人與家外繼承人：

① 家內繼承人 (domestici heredes)。家內繼承人者，屬於被繼承人之家之繼承人也。家內繼承人無須為繼承之承認，於繼承開始時，當然為繼承人。家內繼承人可

分爲二種：

(甲) 正統且必然繼承人 (*sui et necessari heredes*)。正統且必然繼承人者，在被繼承人家父權下之家子爲繼承人也。依市民法，此等繼承人不得拒絕繼承。至羅馬後世，始與以拒絕繼承之權 (*beneficium abstinendi*)。但若有干涉遺產之行爲，則喪失其拒絕繼承之權矣。

(乙) 必然繼承人 (*necessarii heredes*)。必然繼承人者，被繼承人以遺囑解放其奴隸，而指定其爲繼承人也。此種繼承人之由來，因主人死亡時，負債太多，無力清償，恐有礙其名譽，遂以遺囑解放其奴隸，而指定其爲繼承人，使己之債務歸其負擔，則主人之名譽得保全矣。必然繼承人並無拒絕繼承之權，但依大法官法，經其請求後，法院得許必然繼承人將被繼承人之遺產與自己以後取得之財產分開 (*beneficium separationis*)，而其所負之責任，以被繼承人之遺產爲限。

② 外來繼承人 (*extranei heredes*)。外來繼承人者，上述二種繼承人以外之繼承人



也。依後代羅馬法此種繼承人對於繼承有取捨之權，故亦稱爲任意繼承人 (*voluntarii heredes*)。外來繼承人如接受繼承，須有承認繼承之行爲 (*aditio*)。此種承認繼承之行爲，除被繼承人曾於遺囑中指定方式及時間 (*cretio*) 外，不需任何方式，得於任何時爲之。如外來繼承人不願接受繼承，可拒絕之 (*repudiatio*)，惟若被繼承人於遺囑中指定承認繼承行爲之方式與時間，則不能拒絕，祇得不於指定期間內依指定方式爲承認繼承之行爲以達此目的。承認繼承之後，不能再拒絕；拒絕繼承之後，不能再承認。倘外來繼承人對於繼承之承認否，未有表示，被繼承人之債權人等得請求法院令其於一定時期決定之 (*interrogatio in iure*)。

(二)繼承人之人數。繼承人有數人時，則生下列結果：①如遺囑人以遺囑設定數繼承人，其中一人拒絕繼承，或因死亡或喪失受遺能力而不能繼承者，其應繼之分屬於其他繼承人。②各繼承人按其應繼之分共同承受遺產，但得提起請求分割遺產之訴 (*actio familiae ercisundae*)。③爲保持繼承人間之均等起見，各繼承人於被繼承人生時取得之財產應歸入於遺產之中 (*collatio bonorum*)，將來一併分配，此項財產包括女之

嫁資，子之聘娶贈與，被解放家子之財產等。

(二)繼承人之曠缺。無繼承人之遺產 (*bona vacantia*)，經財政官之報告，屬於國庫，此際其地位與繼承人相似 (*Loco heredis*)，對於被繼承人之債權人，負償還之責。在財政官報告以前，無繼承人之遺產，能為他人因時效而取得。

## 第三章 資產占有

關於繼承，市民法與萬民法異，凡依大法官法取得遺產者稱為資產占有 (*honorum possessio*)。茲分二點說明之。

(一)資產占有之起源。關於本問題，學說有三：①原被兩造因繼承而涉訟者用神聖金式，裁判官於爭訟時期之末常斷令一造於訴訟存續中占有遺產，此種占有僅有暫時性質，然當事人往往不待訴訟之終結，即以之為本案之解決，資產占有由是而起。②按古代羅馬法，外來繼承人承認繼承有一定方式，否則占有遺產一年而依時效取得之，因大法官限制該項占有，資產占有遂生。③被繼承人死後，其遺產占有屬於家內繼承人

，外來繼承人雖得因承認繼承而占有遺產，但若有人出而爭執，非經法院之確定不可，考資產占有，實淵源於是，故最初大法官法僅有輔助市民法之作用也。迨後外來繼承人因無拒絕繼承之權，欲達斯旨，常不承認繼承，其結果陷繼承於長期停頓，蓋市民法既未限制承認繼承之時間而又不將繼承權遞至下一順位之繼承人，為救濟此弊，大法官法規定有繼承權者，須於一定期間內承認繼承，不然當與遺產占有於其他繼承人，於是大法官法漸生補充市民法之作用矣。嗣市民法進步，承認繼承不需一定方式，外來繼承人對於繼承有取捨之權，至是大法官法始與市民法分離而獨立發展，漸形成萬民法之繼承制度。比較上述三說以第三說為當。

(二)資產占有之種類。資產占有之分類有二：④依其與市民法之關係，資產占有有三種：(甲)追認市民法之資產占有(*juris civilis adjuvandi gratia*)，即與市民法上繼承人之資產占有。⑤補充市民法之資產占有(*juris civilis supplendi gratia*)，即無市民法上合法繼承人或雖有而不接受繼承時所與之資產占有。(丙)變更市民法之資產占有(*juris civilis corrigendi gratia*)，即與非市民法上繼承人之資產占有。第二種資產

占有僅有暫時性質，故稱爲空虛資產占有 (*honorum possessio sine re*)；第一與第三種資產占有有永久性性質，是以稱爲確實資產占有 (*honorum possessio cum re*)。②依其發生情形，資產占有亦有三種：(甲)無遺囑時之資產占有 (*honorum possessio ab intestatio*)。(乙)依大法官法遺囑之資產占有 (*honorum possessio secundum tabulas*)。(丙)市民法遺囑無效時之資產占有 (*honorum possessio contra tabulas*)。

## 第四章 法定繼承

法定繼承 (*successio ab intestatio*) 者，未立遺囑或遺囑失效時之繼承也。依其沿革，法定繼承，有左列各種：

(一)十二表法之繼承。十二表法所規定繼承人之順位如下：①正統繼承人 (*sui heredes*)。正統繼承人者，在家父權下之家子，因家父死亡而得爲自權人也。死亡者之親生子或養子，在夫權下之妻，先家父死亡之家子之子皆爲正統繼承人。但被解族之家子與依市民法結婚已嫁之女子非正統繼承人。如正統繼承人有數人時，則同親等者以頭數

(*per capita*) 繼承，即按人數平均繼承；不同親等者以株數 (*per stirpes*) 繼承，即同親等繼承人中有於繼承開始前亡故者，其應繼之分由其繼承人代位繼承。②旁系宗族 (*proximi agnati*)。無正統繼承人者，以旁系宗族之最近者為繼承人，蓋無代位繼承也。若宗族之最近者有數人，則平均繼承。③同姓人 (*gentiles*)。如無宗族時，以同姓人為繼承人，但至烏爾比亞納史之世，同姓人之繼承已遭廢止。

(二) 大法官法之繼承。此繼承制度產自大法官法。必須經繼承人之請求始生，直系親屬應於一年內請求之，旁系親屬應於一百日內請求之。依此制度所取得之遺產為資產占有。大法官法所規定繼承人之順位如下：①嫡系繼承人 (*unde liberi*)。此與上述之正統繼承人同，其所異者即以下二種雖非正統繼承人亦包括在嫡系繼承人內：(甲) 被解放之親生子。(乙) 出養之親生家子而已經養父解放者。正統繼承人取得之遺產為追認市民法之資產占有，其他嫡系繼承人取得之遺產為變更市民法之資產占有。②市民法上繼承人 (*unde legitimi*)。無嫡系繼承人或嫡系繼承人不於法定期間內請求時，以市民法繼承人為繼承人。此包括正統繼承人，旁系宗族與同姓人三種。其先後

之次序，亦依十二表法之規定。市民法繼承人取得之遺產爲追認市民法之資產占有。

③血親 (*unde cognati*)。若無市民法上繼承人或市民法上繼承人不於法定期間內請求，以血親爲繼承人，其順位如下：(甲)直系卑屬。(乙)直系尊屬。(丙)六親等以內之旁系血親，但再從兄弟姊妹之子，雖爲七等親，亦有繼承權。上述同順位之血親有數人時，如爲同一親等者，則平均繼承，如爲不同親等者，以近者爲先。血親取得之遺產爲補充市民法之資產占有。④配偶 (*unde vir et uxor*)。無血親或血親不於法定期間內請求時，以配偶爲繼承人。配偶取得之遺產亦爲補充市民法之資產占有。

(三)帝政市代之繼承。在帝政時代元老院以其決議，皇帝以其一般敕令，修正十二表之繼承制度如下：①哈特來納史帝時元老院之決議。凡生而自由之婦女有子女三人或被解放之婦女有子女四人，得爲其子女之繼承人，其順位與宗族姊妹同，但如其子女有宗族兄弟，則不能繼承。②馬卡史奧理立曷史帝時元老院之決議。此以子女爲母之第一順位繼承人。③范輪鐵納士帝二世及狄奧多西斯帝之一般敕令。此規定孫得爲祖母

之繼承人。④安納斯太休士帝之一般敕令。凡已解放之兄弟姊妹可爲其未解放兄弟姊妹之繼承人，惟其應繼之分祇有其他未解放兄弟姊妹所得之半。

(四)優帝法典之繼承。

優帝法典中之新律令第一百二十七號定繼承人之順位如下：①直

系卑屬。第一順位之繼承人爲被繼承人之直系卑屬。至於死亡者爲父抑爲母，及直系卑屬之爲親生子抑爲養子，則均非所問。如直系卑屬有數人，其不同親等者，以親等近者爲先；其同親等者，平均繼承。同親等者中有死亡時，死亡者之子女僅能分受其父或母之應得部分。②直系尊屬，純血兄弟姊妹及純血兄弟姊妹之子女。直系尊屬排除一切旁系親之繼承權，但純血兄弟姊妹及其子女則不在此限。僅有直系尊屬時，以近者爲先，如父母全無，則以遺產之一半歸父系尊屬平均繼承，以遺產之另一半歸母系尊屬平均繼承。直系尊屬之外尚有純血兄弟姊妹及其子女時，直系尊屬之最近者與純血兄弟姊妹按頭數繼承，純血兄弟姊妹之子女平均分受其父或母之應得部分。③混血兄弟姊妹及其子女。混血兄弟姊妹以頭數繼承，其子女以株數繼承。④其他旁系血親。第四順位包括第二與第三順位以外之旁系血親，不問其親等若何，均有繼承之權。

如其他旁系血親有數人，其不同親等者，以近者爲先，其同親等者，以頭數繼承。至於以株數繼承之法，對於此順位之繼承人，不適用之。無上述第一至第四順位之繼承人或雖有而拒絕繼承時，死亡者之配偶始有繼承權，此乃根據大法官法之規定也。優帝法典不認配偶爲繼承人，惟夫死後，妻無嫁資而陷於赤貧時，得繼承幾分財產。其應繼分之大小，當視其子女之多少而定。如有子女不過三人，得繼承夫遺產四分之一。如有子女超過三人，其應繼分與子女同。

## 第五章 遺囑繼承

遺囑繼承乃依死亡者之遺囑而移轉遺產之謂。有遺囑時不適用法定繼承。茲分節述之。

### 第一節 遺囑之意義

就優帝時羅馬法言之，遺囑者，設定繼承人之單方行爲，而於遺囑人死亡後始生效力也。於此應注意者有三點：（一）遺囑爲單方行爲，其成立無須所設定繼承人之同意。（二）遺囑於遺囑人死亡後始生效力，故在生存中不論何時得撤銷或變更遺囑。（三）遺囑雖有時



爲遺產之處分，但其主要目的爲繼承人之設定。

## 第二節 遺囑之方式

遺囑之方式，因時代而不同，就其沿革觀之，可分爲左列各種：

(一)市民法之遺囑。此有三種：①民會遺囑。羅馬古昔，遺囑須在貴族會爲之。考其理由，因遺囑之目的在設定繼承人，與收領養子相似，收領自權人爲養子應經過貴族會問訊之程序，故遺囑亦必於貴族會中爲之。爲使人民便於設立遺囑起見，貴族會每年開特別會議 (*calatis comitiis*) 數次，通常在三月二十四日與五月二十四日。因平民在貴族會無表決權，是以此種遺囑僅貴族得爲之。②陣前遺囑。陣前軍士立遺囑 (*testamentum in proinctu*)，不必履行若何方式，祇須將遺囑之意旨口述於其同伴。③曼兮怕血式遺囑。遺囑人於五證人及持衡器者前依曼兮怕血方式將遺產移轉於另一人，並責令該人遵照其宣示意旨而於其死後處分其財產。此人稱爲家產購買人 (*familiae emptor*)。家產購買人雖名義上取得家產，但有履行遺囑人宣示意旨之義務，故實際上不過爲遺囑之執行人而已。曼兮怕血式遺囑，不論貴族與平民，均得用

之。

(二)大法官法之遺囑。大法官法遺囑由曼兮怕血式遺囑蛻化而來。初曼兮怕血式遺囑之遺囑人常口述遺囑意旨，其繼承人以財產購買人爲限。後記載遺囑意旨於書狀，繼承人得爲財產購買人以外之人。爲便於證明起見，五證人，持衡器者及財產購買人均蓋章於該書狀之上。嗣漸漸不注重曼兮怕血之程序，以此七人蓋章之書狀爲遺囑之主要部分，財產購買人一變而爲遺囑證人。在斯情形，大法官遂規定遺囑祇須有七證人蓋章之書狀，至於曼兮怕血程序之有無，祇影響遺囑繼承人所取得之資產占有耳。若履行曼兮怕血之程序，遺囑繼承人取得追認市民法之資產占有，否則，取得補充市民法之資產占有。迨及安托奈納史庇護士帝時，卽未履行曼兮怕血之程序，遺囑繼承人亦能排除市民法上法定繼承人之請求，是以取得變更市民法之資產占有矣。

(三)優帝法典之遺囑。優帝法典之遺囑方式有普通與特別之分：

- ① 普通方式。此有私式與公式二種：(甲)私式遺囑或爲書面或爲口頭，但必於七證人前一次爲之。書面遺囑通常由遺囑人自寫之，若遺囑人不能自書，由證人中一

人以遺囑人之名義爲之，作成後遺囑人在七證人前宣布其爲自己之遺囑而簽名於其上，然後再由七證人簽名蓋章。口頭遺囑由遺囑人在七證人前口述遺囑意旨，即成立，雖於遺囑人口述遺囑意旨後往往由證人作成書狀，然此不過爲遺囑之一種證據，非其成立之要件也。（乙）公式遺囑須由遺囑人親自爲之，惟不需證人，祇須遺囑人以遺囑向法院登記或呈遞遺囑書狀於皇帝，即成立。

② 特別方式。此有下列七種：（甲）盲人遺囑。其作成較普通私式遺囑不易。除七

證人外，尚須有公證人到場，如無公證人，則必增證人一名。此人聽盲人可口述而筆錄之，並須宣讀講解，然後與其他證人在遺囑上簽名蓋章。（乙）聾啞遺囑。聾啞人爲遺囑，必須自書遺囑全文，不得由他人代筆。（丙）軍人遺囑。軍人於戰時爲遺囑，不需任何方式，凡足以證明遺囑意旨者即可，惟此種遺囑於軍人解職後一年喪失效力。（丁）鄉村遺囑。在鄉村爲遺囑而缺乏證人者，祇須五證人到場。（戊）傳染病流行時遺囑。於傳染病流行時爲遺囑，各證人得陸續到場，不必同時列席。（己）直系尊屬爲直系卑屬利益之遺囑。其作成較普通私式遺囑易，如爲

口頭遺囑，僅須有證人二名到場，如爲書面遺囑，僅須由遺囑人親筆書寫，並記載立遺囑之年月日。（庚）爲教會利益或慈善目的之遺囑。此項遺囑得以任何方法爲之。

### 第三節 遺囑能力

羅馬法上遺囑能力 (*testamenti factio*) 可分爲左列三種：

- (一) 立遺囑之能力 (*testamenti factio activa*)。下列各人不能立遺囑：① 奴隸。但官署之奴隸就其特有產二分之一範圍以內有得爲遺囑之權利。② 盲人，聾人，啞人。此三種人須依前述之特別方式始得立遺囑。③ 家子。僅對於其軍功特有產及準軍功特有產得立遺囑。④ 浪費人。⑤ 未適婚年人。⑥ 精神病人。惟於清醒時所爲之遺囑仍有效。⑦ 受人格大減等或中減等者。⑧ 在保護下之婦女。須得保護人之同意，始得立遺囑。⑨ 外國人。⑩ 第二與第三等解放的自由人。⑪ 俘虜。⑫ 經法院判決犯誹謗，通姦等罪者。以上第八至第十種限制至優帝時已消滅。

(二) 依遺囑爲繼承人及受遺人之能力 (*testamenti factio passiva*)。法律限制較寬，大

半無立遺囑能力者仍得依遺囑爲繼承人或受遺人。不但於設立遺囑時，且於遺囑發生效力時，必有此種能力。次列各人不能依遺囑爲繼承人或受遺人：①叛徒及不信耶教者之子女。②外國人及第二與第三等解放的自由人。③獨身者及無子者。按奧格斯脫史帝時之法律，獨身者完全無依遺囑爲繼承人或受遺人之能力，無子者僅得享受以遺囑所與權利之半額。④在居喪期內再婚之婦。夫亡故後一年內爲居喪之期，婦不能再嫁，若違反此規定，卽不得依遺囑爲繼承人或受遺人。⑤殺害遺囑人者。⑥龐康法規定之婦女。據紀元前一百六十九年制定之龐康法 (Lex Voconia)，凡遺囑人之財產超過十萬「薩史脫西史」(sesterces)者，婦女不得依遺囑爲繼承人。⑦法人。祇公法人例如寺院，市府等有依遺囑爲繼承人或受遺人之能力。以上第二，第三與第六種限制至優帝時已不存在。

(二)爲遺囑證人之能力 (testamenti factio relativa)。下列各人無爲遺囑證人之能力：

①婦女。②未適婚年人。③盲人。④聾人。⑤啞人。⑥精神病人。⑦浪費人。⑧奴隸。但若因其有自由人之名譽，不知其爲奴隸而以之爲證人者，不在此限。⑨家子不能

爲其家父遺囑之證人。⑩家父不能爲其家子遺囑之證人。⑪繼承人或其一家之人。⑫外國人及第二與第三等解放的自由人。此至優帝時已消滅。⑬經法院判決犯誹謗，誦姦等罪者。

#### 第四節 繼承人之設定

遺囑中，雖得記載財產之處分，保護人之指定等，然其目的則爲繼承人之設定（*heredes institutio*）。若無繼承人，遺囑完全失效。茲將關於繼承人之設定各點，分述之于後：

（一）繼承人設定之方法。羅馬古代，繼承人之設定，須用一定文字，且必記載于遺囑之首，然至優帝時，此種嚴峻之規定，已不復存在。惟遺囑人設定繼承人之意思，須清楚明確，如記載不確定人（*incertae personae*）爲繼承人，其設定無效。又繼承人之設定，必對於全部遺產爲之，蓋一人勿許同時有遺囑與法定二種繼承也。再者，繼承人之設定，不能附解除條件或期限，否則其解除條件或期限等于無記載，但繼承人之設定得附停止條件，不過此種條件必非爲不能者或不道德者，若違反此規定，亦視爲無記載。

(二)繼承人設定之限制。羅馬古代，一家之財產，認為家族所共有，遺囑人不得任意處分其財產，故設定繼承人受左列限制：

① 形式上之限制。遺囑之形式上限制，因時代而不同：

(甲)市民法。在市民法時代，家父欲設定正統繼承人以外之人為繼承人，不可不廢除正統繼承人。欲廢除正統繼承人，不可不具一定形式。若被廢除之正統繼承人為子，遺囑人應于遺囑內記明其姓名，否則遺囑完全無效，而法定繼承即行開始。若被廢除之正統繼承人為女或孫，不必於遺囑內記明其姓名，概括廢除足矣。即使不為廢除，其遺囑亦非完全無效；如其設定之繼承人為外來繼承人，未被廢除之女或孫可得遺產之半；如其設定之繼承人為正統繼承人，未被廢除之繼承人與設定之繼承人平均承受遺產。收養者與親生者同視。至於遺囑人死後所生之正統繼承人或立遺囑後所生之正統繼承人，初羅馬法以為不確定者，是以不能設定為繼承人，而于設定繼承人時，亦無須在遺囑中廢除之。後羅馬法一變，遺囑人死後所生之正統繼承人或立遺囑後所生之正統繼承人亦認

爲可以設定爲繼承人，而於設定繼承人時必須在遺囑中廢除之。其廢除之方法，若爲子，應明白爲之，若爲女或孫，雖得概括爲之，但必受有遺贈方可，故通常仍明白廢除之較妥。

(乙)大法官法。大法官法改變市民法有三端：(子)被解放之親生子與出養之親生家子而已經養父解放者，亦須廢除。(丑)非但子之廢除，即孫男之廢除，不問其是否在家父權下，必記明其姓名。(寅)女或孫未依法廢除時，如設定之繼承人爲外來繼承人，可取得其法定繼承應繼分之全部，惟此後爲安托奈納史庇護士帝修正，未依法廢除之女祇能與設定之繼承人分受遺產。根據市民法取得之遺產爲變更市民法之資產占有，其結果使遺囑設定之繼承人，遺贈，奴隸解放等無效，但繼承人之廢除，保護人之指定等，不受影響也。

② 實質上之限制。遺囑之實質上限制，亦因時代而異：

(甲)優帝前法律。除有正當廢除理由外，凡遺囑人之近親，不論已否設定爲繼承人，均有繼承其法定繼承應繼分四分之一之權利。此四分之一不得加以任何負



担。所謂近親者指以下三種而言：（子）直系卑屬。（丑）直系尊屬。（寅）旁系親中之純血兄弟姊妹，惟須遺囑人以遺產與喪失名譽人（*turpis personae*）時，始有此權利。若遺囑人無正當廢除理由而不與法定繼承應繼分四分之一時，上述近親得提起不義遺囑之訴（*querela inofficiosi testamenti*），以請求其法定繼承應繼分之全部，而於此範圍內遺囑無效。至於正當廢除理由云者，法律無明文規定，其有否由法院自由決定。

（乙）優帝時法律。優帝增加近親應繼之分，其法定繼承應繼分爲遺產四分之一者，其應繼分爲法定繼承應繼分三分之一，其法定繼承應繼分爲遺產五分之一者，其應繼分爲法定繼承應繼分二分之一。如應繼分不足額，非全無，近親不能提起不義遺囑之訴，祇得提起應繼分補充之訴（*actio ad supplendum legitimam*），以請求其不足之額。

③ 限制之統一。優帝法典中新律令第一百十五號統一遺囑之限制如下：（甲）除有法定廢除理由外，直系尊屬與直系卑屬，不問男女或有無家父權，應互設爲繼承人

。(乙)此項法定廢除理由皆明文規定，有關於直系卑屬者，例如虐待直系尊屬，有關於直系尊屬者，例如告發直系卑屬應處死刑之重罪，必須與被廢除繼承人之姓名明白列入於遺囑之內。(丙)若不依法廢除而不設為繼承人，得提起不義遺囑之訴，以請求其法定繼承應繼分之全部。(丁)雖設定為繼承人，如其所得不及應繼之分，可提起應繼分補充之訴，以請求其不足額。(戊)遺囑僅於此項訴訟之請求額範圍以內無效，其他部分不受影響。

(三)多數繼承人之設定。遺囑人得設定一人或數人為繼承人。若設定一人為繼承人而與以遺產一部者，則認為取得遺產全部，蓋遺囑繼承與法定繼承不能同時並存。若設定數人為繼承人，則可分為三種情形：①未指定各繼承人之應繼分時，各繼承人當平均承受遺產。②曾指定各繼承人之應繼分時，各繼承人當按指定應繼分之大小承受遺產。③指定若干繼承人之應繼分而未指定其他繼承人之應繼分時，則以全部遺產為一「亞斯」(ass)，分為十二部，每部稱為「溫夏」(uncia)，其分配之方法如下：(甲)如指定之應繼分未滿十二個「溫夏」，以其餘額歸未指定應繼分之繼承人平均承受

。(乙)如指定之應繼分適為十二個「溫夏」，以半數歸未指定應繼分之繼承人平均承受。(丙)如指定之應繼分超過十二個「溫夏」，以遺產為二十四個「溫夏」，於其中扣除超過十二個「溫夏」之數，將其餘額歸未指定應繼分之繼承人平均承受。

(四)補充繼承人之設定。遺囑人恐遺囑因繼承人不能繼承或拒絕繼承而失效，更設定其他繼承人以補充之。此種方法，羅馬法稱為補充繼承 (*substitutio*)。補充繼承有左列三種：

- ① 普通補充繼承 (*substitutio vulgaris*)。普通補充繼承，乃遺囑人指定第二繼承人，於第一繼承人不能繼承或拒絕繼承時，承受其遺產；或第三繼承人，於第二繼承人不能繼承或拒絕繼承時，承受其遺產；以下類推。其最後一名，則必指定自己之奴隸，蓋雖以前之繼承人得拒絕繼承，但奴隸為必然繼承人，決不能拒絕也。
- ② 未成年人之補充繼承 (*substitutio pupillaris*)。未成年人之補充繼承，係遺囑人指定他人，於繼承人未達成年亡故時，承受其遺產。
- ③ 準未成年人之補充繼承 (*substitutio quasi pupillaris*)。準未成年人之補充繼承

，即遺囑人指定他人，于繼承人患精神病而亡故時，承受其遺產。此種補充繼承與未成年人之補充繼承相似，其所異者，不過後者之繼承人爲未成年人，而前者之繼承人爲精神病人，故稱爲準未成年人之補充繼承也。

### 第五節 遺囑之失效

遺囑之失效，有左列原因：

- (一)自始失效。遺囑有於作成時不生效力，其情形如下：①遺囑人無遺囑能力，例如遺囑人爲未適婚年人。②遺囑不依法定方式作成，例如遺囑人未於遺囑中設定繼承人。
- (二)至後失效。遺囑有於作成喪失效力，其情形如下：①遺囑人撤銷遺囑。遺囑因次列事項而撤銷：(甲)新正統繼承人產生，例如遺囑人於作成遺囑後收領養子。(乙)新遺囑作成，若新設定之繼承人有法定繼承權，雖新遺囑之方式有瑕疵，亦有撤銷效力，此際當認爲法定繼承。(丙)遺囑破壞，遺囑因作成人之撕破或塗壞而喪失效力。(丁)倘遺囑已作成十年，而遺囑人曾於證人三名前或書狀中表示其不繼續有效，即認爲撤銷。②遺囑人人格減等。如遺囑人於作成遺囑後受人格減等，其遺囑失效

，但於死亡前恢復人格者，其遺囑受大法官法保護，繼承人可依遺囑之指定取得資產占有。③繼承人缺曠。此又可別爲三種情形：（甲）繼承人先於遺囑人死亡。（乙）繼承人喪失受遺能力。（丙）繼承人拒絕繼承或不於指定期間內接受繼承。④提起不義之訴，其要件有六：（甲）須以設定之繼承人爲此訴之被告。（乙）原告必爲近親而未得其法定繼承應繼之分。（丙）廢除原告並無理由。（丁）原告對於遺囑人之廢除行爲未曾同意。（戊）並無其他救濟方法。（己）此訴須於遺囑人死亡後五年內提起。

## 第六章 繼承之效力

羅馬法上之繼承爲包括移轉，前已述之。凡被繼承人之財產上權利與義務，除專屬於被繼承人一身者外，概由繼承人承受。茲將繼承人之地位分別說明之於左：

（一）權利。繼承人不獨取得被繼承人之物權，且亦承受其債權。繼承人得提起二種訴訟

：①繼承人根據被繼承人之權利，對於被繼承人之債務人，得提起訴訟。②繼承人根

據其繼承權，對於妨礙其繼承者得提起訴訟 (*hereditatis petitio*)。繼承後，繼承人之固有財產，與被繼承人之財產，合而爲一。故繼承人之債權人，不獨得就繼承人之固有財產，且亦可就被繼承人之財產，請求償還。因此對於被繼承人之債權人，有時發生不利。爲保護被繼承人之債權人起見，大法官法與其財產分離之請求權。但此請求權須于繼承開始後五年內行之，且必被繼承人之債權人于請求前並未與繼承人約定以繼承人固有之財產償還。既分離之後，被繼承人之債權人對於遺產有優先受償之權。但如遺產不足償還，被繼承人之債權人能否再向繼承人請求償還，學者之間意見不一，然多數主張否定說。

(二)義務。繼承人接受繼承後有二種義務：①清償債務。羅馬古代，繼承人對於被繼承人之債務，負無限責任。即使被繼承人之財產不足清償其債務，繼承人亦須以自己之財產清償之。至優帝時，得限定繼承，其方法如下：(甲)繼承人自其知爲繼承人後三十日內開始編制遺產目錄 (*inventarium*)，而於九十日內完成之。(乙)此遺產目錄須於公證人或證人三名前編制之。遺產目錄經依法作成生二種效果：(甲)繼承人

之責任，以遺產為限。繼承人首付被繼承人之喪費，次付遺產目錄之編制費，再次照其呈報之先後付被繼承人之債務。以上各項付後，如遺產尚有剩餘，則歸繼承人承受。若遺產不足付以上各項，繼承人不負責任。(乙)被繼承人之遺產與繼承人之財產分離。故如被繼承人為繼承人之債權人，繼承人應償還之；若被繼承人為繼承人之債務人，繼承人得請求之。②給與遺贈。被繼承人設有遺贈者，繼承人有依其設定給與遺贈之義務。

## 第七章 遺贈

### 第一節 遺贈之意義

遺贈 (legatum) 者，於遺囑或遺贈證書 (codicillas) 中所為之贈與也。遺贈與遺囑異：遺囑之目的在設定繼承人，遺贈之目的不過以遺產與他人而已。遺贈與贈與亦不同：遺贈係處分死後之財產行為，贈與係處分生前之財產行為；遺贈須以遺囑或遺贈證書為之，贈與則否。

### 第二節 遺贈之分類

遺贈有左列各種：

(一)直接遺贈 (*legatum per vindicationem*)。此種遺贈之受遺人，於繼承開始時，直接取得遺贈物之權利，不必向繼承人請求其移轉。直接遺贈之標的物，須為遺贈人可以自由處分者。若繼承人拒不交出遺贈物，受遺人得提起所有權確定之訴，取得其物。

(二)間接遺贈 (*legatum per damnationem*)。此即遺贈人使繼承人對於受遺人負贈與之義務。繼承開始時，受遺人無直接取得遺贈物之權利，不過對於繼承人得請求權利之設定或移轉而已。是以間接遺贈與直接遺贈異：前者生債權之關係，而後者生物權之關係。間接遺贈之標的物，不以遺贈人得自由處分者為限，即使屬於繼承人或第三人者亦無不可。且遺贈人更可令繼承人對於受遺人為某種行為，例如建一房屋。

(三)容許遺囑 (*legatum sinendi modo*)。此即遺囑人使繼承人容許受遺人取去遺贈物。容許遺贈如間接遺贈，亦祇發生繼承人與受遺人間債權關係。然二者不同之處有二：在間接遺贈，繼承人對於受遺人有積極之義務；在容許遺贈，繼承人僅有消極之義務。又間接遺贈之標的物，得為屬於第三人之物；容許遺贈之標的物，以遺贈人或其



繼承人得自由處分者爲限。

(四)先取遺贈 (*legatum per praecipionem*)。先取遺贈之受遺人爲共同繼承人之一。此共同繼承人于繼承財產分析之先，得以受遺者之資格，于應繼分之外，請求遺贈物。故先取遺贈亦祇發生債權關係，其債權人爲共同繼承人中之受遺贈者，其債務人爲其他共同繼承人。此種遺贈之標的物，以屬于遺贈人者爲限。如受遺者欲實行其權利，得提起分割遺產之訴。

### 第三節 遺贈之方式

羅馬古代，各種遺贈，有特定之用語。如遺贈以遺囑爲之，其記載之文字，須寫在設定繼承人一項之後，否則無效。至帝政時代，法律思想進步，不重用語，力主寬大。縱誤記受遺人之姓名，若遺贈人之意思能明白，遺贈仍認爲成立。標的物之指示或遺贈之原因有誤記時，亦認爲有效。紀元後六十四年尼陸你哀倫元老院決議 (*SC. Neronianum*) 規定凡遺贈之用語有瑕疵者，均可解釋爲間接遺贈。紀元後三百三十九年君士坦丁納史帝廢止各種遺贈用語，不論何種方式，均有效。迨及優帝時，遺贈不因記載於設定繼承人前而失效，且更許

遺贈與信託之規定互用，凡遺贈之規定不完備者可援引信託之規定以補充之。

#### 第四節 遺贈之標的物

(一)遺贈之標的物，不必爲遺贈人所有，無論屬於繼承人或第三人者均可，不過受遺人須證明遺贈人知其非爲己物而爲遺贈。如繼承人不能取得之而付與受遺人，應代以其價金。此義務並不因受遺人已於遺贈人生時取得遺贈物而消滅，但無償取得則不在此限。

(二)遺贈之標的物，不必爲現存者，即將來取得之物，例如未收穫之植物，亦可。

(三)遺贈之標的物，不必爲特定者，無論種類遺贈或選擇遺贈，均可。所謂種類遺贈者，遺贈人僅指定遺贈物之種類，此時除遺贈人有相反之表示外，受遺人得依其指定之種類選擇之，但不能取其最優者，倘遺贈人曾明白與繼承人以選擇之權，繼承人亦不能將最劣者付與受遺人。選擇遺贈與種類遺贈同，其所異者即遺贈人以選擇之權明白授與受遺人，而受遺人得取其最優者。遺贈人亦得以遺產之一部爲遺贈，於斯情形，繼承人取得遺產後，當與受遺人分割遺產矣。

(四)遺贈之標的物，不必為一次給付者，例如扶養品之遺贈，如無特別之表示，當認為終身之遺贈。

(五)遺贈之標的物，不必為有體者，即無體物亦可。遺贈人得以債權或免除受遺人之債務為遺贈。

(六)遺贈之標的物，不必為未有他物權之設定者，遺贈人得以抵押於他人之物為遺贈，此際繼承人負贖回之義務，不過須遺贈人知其抵押於他人始有效。若遺贈人為遺贈後將遺贈物抵押或出售於他人，雖學者之間意見不一致，然以遺贈人無撤銷之表示時不影響遺贈為通說。

#### 第五節 多數受遺人

受遺人有數人時，如一人因先遺贈人死亡或其他原因不能接受遺贈，其權利即消滅，並不歸併於其他受遺人。然此原則不適用於共同遺贈，其發生情形有二：一由遺贈人聯合指定，例如甲於其遺囑中記載「余以奴隸乙與丙及丁」。一由遺贈人分別指定，例如甲於其遺囑中記載「余以奴隸乙與丙，余以奴隸乙與丁」。在共同遺贈，如受遺人中一人不能接受遺贈

，其權利歸併於其他受遺人。有時共同遺贈似是而實非者，例如甲於其遺囑中記載「余以奴隸乙與丙及丁，各得其半」，此際丙雖先甲死亡，其半份並不歸併於丁。

### 第六節 遺贈之效力

受遺人之權利有三：①取得遺贈物。受遺人可向繼承人請求移轉遺贈物，因實行此權利，受遺人得提起遺贈之訴（*Actio Legataria*）。在直接遺贈，受遺人於遺贈人死亡時取得遺贈物之物權，故亦能提起所有權確定之訴。②法律上質權。為担保其取得遺贈物起見，法律認受遺人在繼承人承受之遺產上取得質權。③拒絕遺贈。遺贈無強制使受之性質，受遺人當然有拒絕之權，但對於是否需要表示問題，學者之間不無議論，薩皮納史派主肯定說，潑老塊勒史派主否定說，前者後為優帝所採取。以上所述乃受遺人之權利，然受遺人有時亦負義務，如遺贈附有負擔者，受遺人應於所受利益之範圍內履行之。

### 第七節 遺贈之限制

依十二表法，遺贈人舉全部遺產而為遺贈，亦不受何等限制，然繼承人既毫無利益可得，或雖有而微少，常拒絕繼承，因之遺贈亦失效。欲矯正斯弊，各種限制遺贈之法律遂起，

其中最著者有左列三種：

(一)富里阿(Lex Furia)。此係紀元前一百八十二年制定，規定遺贈人不得對於六親等內近親以外之一人爲千「亞斯」以上之遺贈。但此限制極易避免，遺贈人仍得於千「亞斯」範圍內，對於多數人爲遺贈，而處分遺產殆盡。

(二)福康法(Lex Voconia)。此係紀元前一百六十九年制定，規定遺贈人對於一人之遺贈，不得超過繼承人一人或數人所得財產之總額。此制之弊與前同，遺贈人仍可增加受遺人之數，而使繼承人所得甚微也。

(三)反而西地法(Lex Falcidia)。此係紀元前四十年制定，規定繼承人應得遺產四分之一，「稱爲反而西地四分之一」(quarta Falcidia)。其計算之方法，以繼承開始時遺產之價值爲標準，扣除①遺產清理費，②遺贈人債務，③被解放奴隸之身價及④遺贈人喪費，然後決定繼承人應得四分之一。如繼承人有二人以上，每人當得遺產四分之一，而應分別計算。例如甲設定乙與丙爲繼承人，各與遺產之半，在乙方面未有遺贈之設定，在丙方面設定遺贈頗多，其一部份遺產幾處分殆盡，此際反而西地法祇適用

於丙，而不適用於乙，丙得保留遺產半額之四分之一，將其餘四分之三比例分配於各受遺人。

#### 第八節 遺贈失效

遺贈緣以下原因而失效：（一）遺囑失效。遺贈之效力繫於設定之遺囑，若遺囑失效，遺贈不能獨存。（二）標的物滅失。遺贈之標的物為特定物時，如非因繼承人之行為而滅失，遺贈即消滅。（三）違反遺贈限制。凡遺贈超過法定之最高額者，其超過部分無效。（四）受遺人死亡。受遺人先於遺贈人死亡時，遺贈消滅。（五）受遺能力喪失。若受遺人喪失受遺能力，不能取得遺贈物。（六）撤銷遺贈。依市民法，遺贈撤銷應與其設定有相同嚴重方式，但至帝政時代，法律漸趨寬大，不論何種行為，苟足以表示撤銷遺贈之意思者，即可，次述二例法律認為撤銷遺贈：①出售或抵押遺贈物，但如受遺人能證明遺贈人無撤銷遺贈之意思者，不在此限。②受贈人與遺贈人之間發生重大惡感者。（七）移轉遺贈。遺贈人得將遺贈自一人移轉於他人，例如於遺囑中記載「余以與甲之物與乙」，此時甲喪失遺贈。（八）遺贈物屬於受遺人。以受遺人所有之物為遺贈，不生效力。（九）無償取得遺贈物。若受

遺人於遺贈人生時無償取得遺贈物，遺贈無效，但自其奴隸或家子無償取得者，不在此限。

(十)債務遺贈。遺贈人對於其債權人以清償自己之債務為遺贈，除有優於原來狀態之情形外，不生效力。以上所述為遺贈失效之原因，此外尚須注意者，即本為無效之遺贈不能因嗣後其他事項之發生而有效，此稱為客東尼規則 (*regula Catoniana*)，蓋由法學家客東尼所創也。

## 第八章 信託

(一)信託之意義。信託 (*fiduciaria*) 者，被繼承人囑託其繼承人或受遺人以遺產之全部或一部或特定物轉給於第二人之謂也。考信託之生，為避免遺囑與遺贈之嚴重方式，使無受遺能力者取得繼承人與受遺人之實益。初不需任何方式，但無法律上效力。至奧格斯脫史帝時，始受法律保護，且專設法院，審理信託案件。迨及優帝之世，認信託與遺贈相同，二者之規定得互用。至是信託亦有一定方式，須記載於遺囑或遺贈證書中，若被繼承僅口頭表示信託之意思，雖受益人有請求之權，但此因受託人之宣誓否認而消滅。

(二)信託之種類。信託有遺產信託 (fideicommissaria hereditas) 與特定物信託 (fideicommissum singulare) 二種。

① 遺產信託。遺產信託即被繼承人囑託其繼承人以遺產全部或一部轉給於第三人。此際繼承人常依曼兮怕血程序假裝賣遺產於受益人，並以要式口約與之訂定其將來因被繼承人債務所受之損失須由受益人償還。然曼兮怕血與要式口約手續甚繁，履行不便，此缺點之一。繼承人僅有空名而無實益，每不願接受繼承，因此信託失效，此缺點之二。為補救上述之短處，遂有左列三種法律：

(甲) 曲蘭板梁元老院決議 (S.C. Trebellianum)。此於紀元後六十二年作成，其規定有二：(子) 遺產因繼承人之意思表示而移轉。(2) 受益人按其取得遺產之大小負擔被繼承人之債務。

(乙) 潘家與元老院決議 (S.C. Pegasianum)。此於紀元後七十五年作成，其規定有三：① 繼承人得保留遺產四分之一。② 行使此權利後，受益人之地位與一部分遺產受遺人同，即繼承人移轉於受益人其應承受一部分遺產，並與之以要式



口約訂定，受益人須按其承受部分遺產償還繼承人因遺產債務所受之損失。③如繼承人拒絕繼承，受益人得請求大法官督促其接受，此際繼承人不能再扣留遺產四分之一，一切遺產及其債務包括的移轉於受益人。

(丙)優帝法典。優帝法典調和以上二法律，其規定有三：①繼承人仍有保留遺產四分之一之權。②行使此權利後，繼承人與受益人各比例其所承受部分負擔遺產之債務，不必以要式口約訂定。③如繼承人拒絕繼承，受益人仍得請求大法官督促其接受。其結果遺產及其債務一併移轉於受益人，繼承人則既無所得，亦無所失。

② 特定物信託。特定物信託即被繼承人囑託其繼承人或受遺人以特定物轉給於第三人。凡得為間接遺贈之物亦得為信託。如以他人之物為信託，給付義務人須購與之，否則應償以物價。

## 第九章 遺贈證書

(一)遺贈證書之意義。遺贈證書者，被繼承人對於繼承人，所表示處分遺產之意旨也。遺贈證書，不論遺囑之有無，均得爲之。且有遺囑而爲遺贈證書時，遺贈證書亦不必經遺囑之確認。一人得爲數份遺贈證書。

(二)遺贈證書之方式。遺贈證書起於奧格斯脫史帝時。初無一定方式，不過通常以書面爲之。至優帝時，遺贈證書須有證人五名，而得以書面或言詞爲之。若以書面爲之，非似遺囑，證人祇須簽名，而不必蓋章也。

(三)遺贈證書之內容。在遺贈證書內被繼承人得爲遺產之處分。此種處分，或爲遺贈，或爲信託，均無不可。但繼承人之指定或廢棄，不得以遺贈證書爲之。即使以遺囑追認此種繼承人之指定或廢棄，亦歸無效。

## 第十章 死因贈與

死因贈與(*donatio mortis causa*)者，贈與人以死亡爲原因所爲之贈與也。羅馬古代，死因贈與以有危險而預料有死亡之虞爲前提，若危險既去而尙存在，則不生效力。至羅馬後代，此種條件已不復存在，即使無死亡之危險，亦得爲死因贈與，不過其受贈人必須後于贈與

人而死亡也。死因贈與亦爲贈與之一種，然與普通贈與異：死因贈與類似遺贈，亦受<sub>而</sub>西<sub>而</sub>地法之限制，不得超過贈與人財產四分之三，比不同一也。死因贈與之設定，得以遺贈證書爲之，故雖超過五百元，亦不必經法院之登記，此不同二也。死因贈與，如無特約，贈與<sub>人</sub>于死亡前得隨時撤銷之，但普通贈與人之撤銷贈與，限制頗嚴，此不同三也。死因贈與，雖于夫婦間，亦得爲之，普通贈與在優帝以前則否，此不同四也。死因贈與與遺贈亦不盡同：死因贈與之標的物，非爲遺產之一部，法律視爲于贈與人最後生存之一刹那間賦與于受贈人，此不同一也。死因贈與之實行，不似遺贈，非以繼承人承認繼承爲前提，比不同二也。家子得爲之遺贈以其軍功特有產及準軍功特有產爲限，但家子得爲之死因贈與無此限制，此不同三也。

## 第三部 債權

### 第一章 法律行爲

#### 第一節 引言

凡因行爲者所欲而生法律上效力之行爲，謂之法律行爲。羅馬法上，各種法律行爲，雖各有其專名，然求一概括之總名，則無之。至紀元後一千八百零五年，德儒休古（Hugo）以爲各種法律行爲，雖各有其特異之處，但亦不乏相似之點，欲發見其共同之原則，不得不一總括之名稱，遂創法律行爲之名，至今延用之。

## 第二節 成分

法律行爲之成分有三種：（一）要素（*essentialia*）。此乃法律行爲不可缺之成分，非此法律行爲不能成立，例如買賣之標的物。（二）常素（*naturalia*）。此乃無當事人之特別意思表示時，當然附屬於法律行爲之事項，例如出賣人之担保義務。（三）偶素（*accidentalit*）。此乃由當事人之特別意思表示，而加於法律行爲之附款，例如買賣之條件。

## 第三節 要素

法律行爲之要素有普通與特別之分。普通要素者，無論何種法律行爲不可少也。特別要素者，特別法律行爲不可少也。特別要素當於債權中論之，茲先述普通要素。普通要素大別之爲三種：曰行爲能力，曰適當標的，曰無瑕疵意思表示。今分款說明之。

### 第一款 行爲能力

行爲能力者，人之行爲在法律上能發生一定效力之資格也。就行爲能力言之，人可分爲

左列三種：

(一)無行爲能力者。無行爲能力者不得爲一切法律行爲，有左列二種：

① 幼孩 (*infantes*)。幼孩指七歲以下之男女而言。幼孩祇有權利能力，而無行爲能力。幼孩須置保護人，其一切法律行爲，由保護人代爲之。幼孩自己所爲之行爲，不生法律上之效力，但受領他人贈與之物，則不在此限也。

② 精神病人 (*furiosus*)。精神病人須設保佐人，其一切法律行爲由保佐人代爲之，否則無效。但精神病人在精神清爽時所爲之行爲，雖未得保佐人之同意，亦爲有效也。

(二)限制行爲能力者。限制行爲能力者，僅能爲某種法律行爲，不能爲一切法律行爲，有左列五種：

① 未適婚年人 (*impubes*)。未適婚年人者，七歲以上之男女，而男未滿十四歲，女

未滿十二歲也。未適婚年人，無遺囑與結婚之能力，縱得其保護人之同意，其遺囑與結婚亦爲無效。至於此外各種法律行爲，則視其是否有利於己而定。凡增加財產或享受權利之行爲得單獨爲之，凡減少財產或負擔債務之行爲須經保護人之同意，而此種同意必親臨行爲地口頭爲之。

② 已適婚年之未成年人 (minors)。已適婚年之未成年人者，十四歲以上之男，十

二歲以上之女，而未滿二十五歲也。此輩本有行爲能力，得爲一切法律行爲，然究以年輕而缺少經驗之故，法律加以保護，使其隨時得請求指定保佐人，保佐人指定之後，已適婚年之未成年人之行爲能力，即受限制，蓋其管理財產之權已移轉于保佐人矣。在保佐之下，已適婚年之未成年人，祇能爲增加財產或享受權利之法律行爲，而不能爲減少財產或負擔債務之法律行爲。欲爲減少財產或負擔債務之法律行爲，非得其保佐人之同意不可也。此種同意，不必親臨行爲地口頭爲之，無論于行爲前或行爲後，口頭或書面爲之均可。未得保佐人同意所爲之減少財產或負擔債務之法律行爲，若于達成年後經本人承認者，亦爲有效。

③ 浪費人 (Prodigus)。浪費人者，無意識而濫用財產之人也。欲限制浪費人之行為能力，必須聲請宣告禁治產。在宣告禁治產以前所為之法律行為，仍為有效，故不得以宣告禁治產之故，而對於以前所為之法律行為亦不負責任。既宣告禁治產，則指定保佐人，以管理其財產。在保佐之下，浪費人之行為能力與未適婚年人相似，即欲為減少財產或負擔債務之法律行為，非得其保佐人之同意不可，但對於增加財產或享受權利之法律行為，不妨單獨為之。

④ 婦女 (mulier)。近世文明法律，無論男性或女性，于法律上除有特別規定外，無稍差異焉。羅馬法則不然，在共和時代，婦女不立于家父權或夫權之下者須付保護，雖已成年，其行為能力不得完全。後優帝法典廢止成年婦女之保護制度，然婦女之能力仍受限制，例如婦女不得為官吏，保護人，保佐人，遺囑證人，家父，養父等。

⑤ 不具者 (Insidem)。不具者指缺少生殖器官而言。不具者，無論由于先天或後天，不得結婚及收領養子。具有男女兩性之生殖器官者，近男者為男，近女者為女。有疑

義時，則以爲男，而決定其法律行爲之能力焉。

（三）有行爲能力者。羅馬法以滿二十五歲爲成年。凡不屬於前述一類之二十五歲以上男子有完全行爲能力。

## 第二款 適當標的

法律行爲之標的，須具左列要件：

（一）須不違反法律與道德。法律之禁止規定，有絕對與相對二種。前者稱爲 *lex perfecta*，如禁止平民與貴族結婚，後者稱爲 *lex imperfecta*，如禁止無法上原因之片意離婚。違反絕對禁止規定之法律行爲無效；違反相對禁止規定之法律行爲非無效，不過生法律上不利益而已。道德者乃社會善良風俗之謂。違反社會善良風俗之法律行爲亦無效，如以賣淫爲目的之契約。

（二）須可能。法律行爲之標的，于事實上或法律上不可能時，則爲無效。事實上之不可能者，如特定標的物全不存在或業已滅失。法律上之不可能者，有絕對與相對二種。前者如神法物之讓與，後者如知州購買州內之土地。



(三)須確定。所謂確定者，非必一一固定，即可以確定者，亦為確定，故種類債務與選擇債務，均為有效。但若法律行為之標的不能確定時，則不生法律上之效力，如贈與契約，而未說明贈與之物。

### 第三款 意思表示

(一)意思表示之意義。意思表示者，以意思之內容表彰於外之謂也。意思本為發生法律上效力之基礎，惟未表示于外時，則僅為人之內心作用，與法律無直接關係，必表示于外，法律始與以一定效力。羅馬法上，無意思表示之名稱，然其實際上之存在，毫無疑義也。

(二)意思表示之要件。意思表示須具左列要件，方始有效：

① 意思表示之一致。構成法律行為之意思表示，必須表示與意思一致，依羅馬法意思與表示不一致，有左列二種情形：

(甲)故意之不一致。故意之不一致者，即意思與表示不一致，為表意人所知者。

此又分為二種：

(子)心裏保留 (*reservatio mentalis*)。心裏保留者，表意人本無欲爲其意思表示之意思，而爲之意思表示也。心裏保留，其意思與表示全然不一致，依理論言之，實不能謂之爲有效。但意思表示之相對人，通常無由知表意人心中之事，故誤認其表示之意思爲真實之意思者甚多。如其意思表示爲無效，則相對人因此必受不測之損害，因而影響交易之安全，實屬不當。故於此情形，法律不能不保護其相對人，認其意思表示爲有效。然相對人若明知表意人之真意，或可得知其真意，則無保護之必要，其意思表示當爲無效。

(丑)共同詐欺 (*simulation*)。共同詐欺者，相對人與表意人通謀而爲虛僞之意思表示也。此種意思表示無效，但對於善意之第三人，不得不加以保護，故不能以無效對抗之。

(乙)偶然之不一致。偶然不一致者，即錯誤 (*error*) 是也。錯誤者，認識與對象相齟齬之謂。茲分述之於左：

(子)錯誤之種類。錯誤大別之爲二種：(天)事實上錯誤 (error facti)。此又  
 可分爲四種：(趙)人之錯誤 (error in persona)。例如甲欲與乙訂買賣契  
 約，誤與丙爲之。(錢)法律行爲性質之錯誤 (error in negotia)。例如甲  
 以某物賣於乙，乙誤認之爲贈與。(孫)標的物之錯誤 (error in corpore)  
 。例如甲以坐落城外之土地賣與乙，乙誤認爲坐落城內之土地而買受之。  
 (李)標的物物質之錯誤 (error in substantia)。例如甲以鍍金之物賣與  
 乙，乙誤以爲真金之物而買受之。(地)法律上錯誤 (error iuris)。法律  
 上錯誤者，誤解法律規定之謂，例如合夥員對於合夥債務之責任爲無限，  
 甲誤認其爲有限而加入合夥。

(五)錯誤之效果。此可分二點述之：(天)錯誤之效果，因錯誤之種類而異：  
 在事實上錯誤，第一，第二與第三種錯誤爲無效，至于第四種錯誤，學者  
 意見不一，然其最適當之說，謂標的物物質之錯誤，不過爲動機之錯誤，  
 與標的物之錯誤有別，故並不當然無效，僅善意爲要件之法律行爲，如買

賣是，其當事人之一方始得以此種錯誤爲理由，而請求撤銷。在法律上錯誤，羅馬法通常認爲不影響法律行爲，蓋人人應知法律，不知法律乃不知者自己之過失，但對於種特人民，如兵士，婦女等，因不知訴訟法或刑法而陷於錯誤，法律亦許其撤銷之。以上所述各種錯誤對於法律行爲之影響，皆以錯誤者毫無過失爲限，否則仍不受法律之保護。（地）法律行爲因錯誤而無效或得撤銷時，錯誤者可請求回復其錯誤以前之狀態。

② 意思表示之自由。意思與表示，縱屬一致，然如非出于表意人之自由意思，仍不能完全發生效力。所謂非出于表意人之自由意思，卽被強迫或許欺之意思表示是也。茲將強迫與詐欺分述之于左：

（甲）強迫（*metus*）。強迫有左列二點可言：

（子）強迫之意義。強迫者，故意表示危害，使他人人生畏懼心，而從事于法律行爲之謂也。就此定義，可知強迫之要件有四：曰強迫者須有危害表示，曰危害表示須出于故意，曰被強迫者須生畏懼心，曰因畏懼而爲法律行爲

。強迫與暴力行爲異；前者爲精神上之強制 (*vis compulsiva*)，被強迫者不過意思不自由，尙得甘受痛苦，不爲被強迫之行爲；後者爲身體上之強制 (*vis absoluta*)，如執人之手使之作成債券是，被劫持者意思全不存在，無從拒絕被劫持之行爲，故此種行爲完全不生效力也。

(丑)強迫之救濟。依市民法，凡被強迫之行爲，法律上完全有效。迨至後世，大法官法修正之，對於被強迫者予以下列救濟：(天)回復原狀 (*in integrum restitutio*)。此即使被強迫者回復強迫以前之狀態，而免除其所負擔之債務。(地)強迫之訴 (*actio quod metus causa*)。被強迫者對於強迫者得請求物件之返還。如強迫者不從，則應出該物件價額四倍之罰金。然自強迫之時已經過一年者，被強迫者祇能請求物件之返還或單純之價額，而不能爲四倍罰金之請求矣。再者，強迫之訴爲對世之訴，被強迫者不僅對於強迫者能提起，即對於因強迫而得利益之第三者亦然，不過第三者縱令被訴，對於被強迫者不負賠償之責，僅返還現存利益而已。(元)

強迫抗辯 (exceptio quod metus causa)。因他人強迫所爲之行爲而被訴時，被強迫者得以強迫爲抗辯，拒絕原告之請求。

(乙) 詐欺 (dolus)。詐欺有左列二點可言：

(子) 詐欺之意義。詐欺者，故意爲虛僞意思表示，使他人陷于錯誤，而從事于法律行爲之謂也。就此定義，可知詐欺之要件亦有四：曰詐欺者須有虛僞意思表示，曰虛僞意思表示須出于故意，曰被詐欺者須陷于錯誤，曰因錯誤而爲法律行爲。

(丑) 詐欺之救濟。市民法對於被詐欺之法律行爲，無救濟之規定。後大法官法加以保護，其救濟之方法亦有二種：(天) 回復原狀 (in integrum restitutio propter dolum)，此使被詐欺者回復詐欺以前之狀態。(地) 詐欺之訴 (actio doli)。詐欺之訴目的係請求撤銷法律行爲或賠償損害。依大法官法此須於一年內提起，依優帝法典此須於二年內提起，過此期限被詐欺者祇能提起事實之訴 (actio in factum)，請求詐欺者返還現存利益

。詐欺之訴與強迫之訴有下列差異：（趙）詐欺之訴僅得請求損害賠償，強迫之訴能請求四倍原物罰金。（錢）詐欺之訴祇可向詐欺者或其繼承人提起，強迫之訴亦得向因強迫而得利益之第三人提起。（孫）詐欺之訴對於詐欺者生破廉恥之處分，強迫之訴則否。（李）詐欺之訴於被詐欺者無其他之救濟時始得提起，強迫之訴無此限制。（元）詐欺抗辯（*exceptio doli*）。因詐所爲之行爲而被訴時，被詐欺者得以詐欺爲抗辯，拒絕原告之請求。

#### 第四節 附款

附款者，附加于法律行爲之任意限制也。此卽法律行爲之偶素。羅馬法上法律行爲之附款有三種，曰條件，曰期限及期間，曰負擔。今當分別說明之。

##### 第一款 條件

（一）條件之意義。條件（*conditio*）者，法律行爲之附款，而使其效力之發生或消滅，決于不確定之事實也。例如甲與乙約，謂汝若考優等，則吾資助汝學費，此乃附條件之贈與也。又如甲與乙約，謂吾將馬車一輛借與汝，但吾自某處歸來時，則必收回，此

乃附條件之使用貸借也。

(二)條件之種類。就近代法律言之，條件有停止與解除之分。停止條件者，限制法律行為效力發生之條件也，如前述附條件之贈與。解除條件者，限制法律行為效力消滅之條件也，如前述附條件之使用貸借。羅馬法於此二者，無相當用語，然其實質上之存在可無疑義。停止條件確認較早，設定繼承人得附停止條件，已成爲定例。至於解除條件，羅馬古代以爲不能附於移轉物件，後依康密索利法 (*lex commissoria*) 及日後准予解除之附約 (*addictio in diem*)，方得附解除條件而移轉物件。所謂康密索利法者，即規定買賣時，若出賣人恐買受人將來不付代價，得于契約上加以「如不付代價，則解除契約」之附款之法律也。此與現代法律不同，蓋依現代法律，凡雙務契約之當事人，于一方不履行債務時，他方當然得解除契約，不必特別訂定。所謂日後准予解除之附約者，例如甲賣地一方于乙，謂之曰，若一月內有出高價者，則吾與汝之契約解除。此二者初認爲停止條件，後至優帝法典，始認爲解除條件，于是學者咸遵從之。



(三)條件之內容。就近代法律言之，條件必須以將來客觀不確定之事實爲內容。但依優帝法典之規定，條件不盡限于將來客觀不確定之事實，縱以過去或現在當事人間主觀不知之事實爲條件，亦無不可。例如以船舶沉沒爲條件而訂立契約，于訂約時雖船舶已沉沒或在沉沒中，若此爲當事人所不知者，其條件仍爲有效。惟附此種條件之法律行爲，非即無效，則即有效。

(四)條件之成就。條件成就者，條件內容之事實發生之謂也。茲須研究者，即條件成就之效力是否溯及既往。關於此問題，立論不一：①不論停止條件或解除條件，其成就之效力均不溯及既往。②停止條件與解除條件不同：前者之成就效力，除行爲人有相反之表示外，不溯及既往；後者之成就效力，溯及既往。③不論停止條件或解除條件，其成就之效力均溯及既往。以上三說中，皆三說爲羅馬法之通說，蓋羅馬法有格言曰：「條件之成就溯及于法律行爲之當初」。然近世學者，則大抵採取第二說。

(四)條件之瑕疵。下列條件認爲有瑕疵：①不法條件 (*turpis conditio*)。不法條件者，法律所不許之條件也。以此種條件爲停止條件而附加于契約者，契約無效，以此種

條件爲解除條件而附加于契約者，條件無效，而契約仍爲有效。然附加于遺贈之不法條件，不論爲停止條件或解除條件，其條件無效，而遺贈並不因之失效也。于此有一疑問生矣，卽同一不法之停止條件，何以附加于契約，則契約本身無效，而附加于遺贈，則僅條件無效？其理由因在契約，當事人雙方俱有過失，但在遺贈，祇遺贈人有過失，而受遺人並無過失。②不能條件 (*impossibilis conditio*)。不能條件者，決不能成就之條件也。關於不能條件之效力，學者議論不一，優帝法典定爲適用不法條件之同一規則。③法定條件。法定條件者，以法律上之要件爲條件也。自外表觀之，頗似條件，但實質上不生條件之效力，蓋此乃法律所規定，當事人以之附加於意思表示，亦不過畫蛇添足而已。

## 第二款 期限與期間

### 第一項 期限

(一) 限之意義。期限 (*dies*) 者，法律行爲之附款，而使其效力之發生或消滅，決于確定發生之事實或確定時之事實也。期限與條件之區別甚微：條件者，發生之事並發生

之時均不確定；期限者，發生之事並發生之時，均皆確定或確定其一。

(二)期限之種類。期限有二種：①確定期限(*dies certus*)。確定期限者，其發生之事並發生之時均確定者也，例如以某年某月某日為期限。②不確定期限(*dies incertus*)。不確定期限又可分為二種：(甲)發生之事可確定，而發生之時不確定。例如以某人死亡之日為期限，其亡故雖可確定，而何時亡故不能確定。(乙)發生之時可確定，而發生之事不確定。例如以某人達于成年之日為期限，其成年之日雖確定，然屆時是否生存不能預料。

(三)期限之到來。羅馬法有權利義務成立期(*dies credit*)與權利義務履行期(*dies venit*)之別。二者之關係可從兩方面觀之：一為權利義務已成立且已到履行期(*dies credit et dies venit*)，例如甲謂乙曰，吾與汝書一冊，此時乙對於甲即可請求書之交付。一為權利義務已成立但未到履行期(*dies non venit*)，例如甲謂乙曰，吾于二年之後與汝書一冊，此時乙對於甲，非經過二年，不得請求書之交付。

(一)期間之意義。期間 (tempus) 者，自特定之時起至特定之時止，其中間經過之時期也。期間與期限不同：期限者，譬如幾何學上之點；期間者，譬如幾何學上之線也。

(二)羅馬之曆法 欲知期間之計算，不可不明羅馬之曆法。羅馬曆法，因時代而不同，就其沿革觀之，有下列數種：①羅馬勒史曆。以十個月為一年，一年僅三百零四日。此曆成于羅馬勒史王時（紀元前七百五十三年至七百十六年）。②努馬曆。以十二個月為一年，一年有三百五十五日。十二個月中，一、三、五、八月為三十一日；十二月為二十八日；其他月為二十九日。此曆成于努馬旁筆立史王時（紀元前七百十五年至六百七十三年）。③尤立士曆。分年為平年與閏年，每四年有一閏年。平年為十二個月三百六十五日六小時。閏年亦為十二個月，但比平年多一閏日，附加于二月二十四日之後。此曆成于弗和時代末尤立士愷撤執政時，即紀元前四十五年也。尤立士歷一反前制，係按太陽之運行日數而定，然在實際上，太陽之運行日數為三百六十五日五小時四十八分四十八秒，雖設閏月，究不免與太陽之運行稍有差異。④格來哥利曆。至一千五百八十一年，教皇格來哥利第十三世修正尤立士曆，使其與太陽運行純粹一致。

，世稱爲格來哥利曆，即今之世界各國所採取者也。

(三)期間之計算。關於期間之計算，有左列數點可言：

① 計算之單位。期間之單位有年，月，日，時與分。一年者，三百六十五日，若逢

閏年，則合二月二十四日與閏日爲一日，仍爲三百六十五日，蓋羅馬盛時，採用尤立士曆也。一月者，不論月之大小，統爲三十日。一日者，二十四小時。自夜半始，經過二十四小時，至其次之夜半止，爲一日。一小時者，六十分。一分鐘者，六十秒。

② 計算之方法。計算期間之方法，有下列二種：(甲)自然計算法 (*computatio*

*naturalis*)。此即依實際時間之精確計算，宜用于計算短時期。例如本月一日午前十時三十分起二十日，到二十一日午前十時三十分爲滿期。(乙)曆法計算法

(*computatio civilis*)。此即按曆法所定之年，月，日，而計算，雖不精確，但甚

簡便，宜用于計算長時期。茲將依此法計算之始期與終期分述之：(子)始期。始

期之計算，第一日不必滿二十四小時，若未滿二十四小時，則至其日之夜半作爲一日，而算入之。(丑)終期。終期之計算，有二種：一以末日之完成，爲期間之終

了；一以末日之開始，為期間之終了。此二種方法之適用，以事件之性質而定。凡關於權利消滅之期間，適用前之方法，例如消滅時效；凡關於權利取得之期間，適用後之方法，例如取得時效。

③ 計算之期間。自訴訟法觀之，期間有二種：(甲)繼續期間(*tempus continuum*)。繼續期間者，盡計期間內之日數而不得除去一日也。通常之期間指此而言。(乙)有用期間(*tempus utile*)。有用期間者，僅計有用之日，而無用之日，則在所不問也。此須為法律所特許，始適用之。例如計算大法官法訴訟之起訴期間，除去法院不開庭之日，祇計算法院開庭之日。

### 第三款 負擔

(一) 負擔之意義。負擔(*onus*)者，當以物無償移轉于他人時，使其以所取得物之全部或一部，或其價值之全部或一部，為某種行為也。例如甲以價值千元之地一方與乙，令乙以百元救濟貧民。負擔與條件異，不影響移轉之權利，不過取得者個人負擔為指定行為之義務而已。

(二)負擔之種類。負擔有附加于贈與者，有附加于這贈者，試分述之。

① 附加于贈與之負擔。贈與有負擔者，贈與人本人及其繼承人對於受贈人有請求履行其所負擔義務之權利。若受贈人不履行其義務，贈與人本人及其繼承人，除得訴請履行外，有收回贈與物之權。若負擔係為第三人之利益而設，該第三人亦得請求履行，此乃羅馬法上利他契約受益人無請求權一原則之例外也。

② 附加于遺贈之負擔。遺贈有負擔者，受遺人有履行負擔所定應為之義務。若受遺人不履行其義務，則須以其所取得財產之全部或一部返還於遺贈人之繼承人，但受遺人之不履行負擔所定之義務係因特別事由之發生者，仍得保留其取得之財產。負擔倘係不法時，視為無負擔。若依遺囑所指定之方法不能實行負擔時，應以類似之方法行之。羅馬古昔，對於受遺人之履行義務，有請求權者，以遺贈人之繼承人為限。至羅馬後世，法律一變，凡關於負擔之實行有利害關係者，不論何人，均有請求權。

(一)代理制度之不發達。代理者，爲他人爲意思表示，或爲他人受意思表示之謂也。羅馬時代，關於代理之規定，殆付缺如。自原則言之，不能以自由人爲代理人。考其原因，約有二端：①羅馬古昔，無論何種法律行爲，皆以嚴重方式行之，否則其行爲無效。因重視方式之故，一切法律行爲均須親自爲之，此乃代理不發達之一大原因。②羅馬之奴隸制度與家族制度之結果，主人與家父常因奴隸與家子之行爲取得權利負擔義務。自此點觀之，則與今之代理相似，故彼時不感代理之必要，此乃代理不發達之又一原因。

(二)代理制度之漸產生。前述不承認代理制度之原則，至羅馬後世，漸爲大法官修正，茲分述之於左：

①物權法。萬民法首先承認占有得由代理人取得，亦得由代理人喪失，於是凡以占有爲所有權取得喪失之前提者，亦得由代理人取得喪失矣。

②訴訟法。帝政時代，羅馬有訴訟代理制度。代理人可以原告名義起訴，亦可以被原告名義應訴，而判決則直接對於原被告本人發生效力。



③ 債權法。代理始終不適用於契約，然亦有類似之規定：

(甲) 家父與主人因授代理權或給特有產於家子與奴隸而對其行為負責，但此與真正代理有別：(子) 本人以代理人之行為為自己之行為而負責，家父與主人以家子與奴隸之行為為他人之行為而負責。(丑) 代理人對於其代理權範圍以內之行為不負責，家子與奴隸對於其代理權範圍以內之行為仍負責。

(乙) 船舶所有人委任他人為船長以經營運送事業，商人委任他人為經理以經營商業者，關於委任事務涉訟時，得向船舶所有人與商人起訴，但此亦與真正代理有別：(子) 本人以代理人之行為為自己之行為而被訴，船舶所有人與商人以船長與經理之行為為他人之行為而被訴。(丑) 對於代理人在代理權範圍以內之行為不得向代理人起訴，對於船長與經理在代理權範圍以內之行為仍得向船長與經理起訴。上述規則後推而適用於其他委任關係，即非船長或經理而被委任處理事務者，關於受任人處理之事務，第三人得對於委任人起訴。

第六款 無效與撤銷

## 第一項 無效

無效者，法律行為不發生效力之謂也。無效有二種分類：（一）自始無效與至後無效。自始無效於法律行為時即因欠缺生效要件而無效，通常之無效屬之。至後無效於法律行為時尚非有無效之原因，乃於其行為之後，發生效力之前，因欠缺生效之要件而無效，例如適法遺贈因以後受遺人喪失受遺能力而無效。（二）絕對無效與相對無效。絕對無效乃任何人均得主張或對於任何人均得主張之無效，通常之無效屬之。相對無效乃僅一部人能主張之無效，例如無力為清償之債務人以欺債權人為目的而解放奴隸，祇債權人得主張其無效；或僅對於一部人能主張之無效，例如共同詐欺，不得以其無效對抗善意之第三人。無效之法律行為，不能追認。若當事人知其法律行為之缺點，從而為之彌補者，此成為新法律行為，非使以前無效之法律行為變為有效也。

## 第二項 撤銷

撤銷者，否認法律行為發生效力之謂也。得為撤銷之人，不以當事人為限，即第三人亦可。例如無力為清償之債務人以欺債權人為目的而讓與財產於他人時，債權人得請求撤銷讓

與，此稱爲保羅士之訴 (*actio Pauliana*)，蓋由法學家保羅士所創也。依羅馬法，撤銷之方法有三；曰撤銷訴訟，曰回復原狀，曰提出抗辯。得撤銷之法律行爲能追認之，其效力溯及既往，與自始有效者同。

### 第三章 債權

#### 第一節 引言

債權一字，羅馬法無相當名稱，其與債權最近似者，厥爲 *obligatio*，優帝法典解之曰：「依國法使他人爲一定給付之法鎖也」。就此定義，分別說明之於下：(一)法鎖云者，債權債務關係之謂。債權人對於債務人有請求履行債務之權利；債務人對於債權人有履行債務之義務。(二)債權爲特定人間之權利義務關係。債權人與債務人，雖得爲數人，然非特定不可。(三)債權之客體爲債務人之行爲，故與標的物不發生直接關係。優帝法典解之曰：「債權之本質，非以某物，或某役權爲吾有，乃使他人移轉所有權或他物權，爲或不爲某事，或爲損害之賠償也。」析而言之，包括三種：曰 *dare*，曰 *facere*，曰 *praestare*。 *dare* 者，與之之謂，換言之，即移轉所有權或他物權是也。 *facere* 者，爲之之謂，換言之，即移轉所

有權或他物權以外之作爲或不作爲是也。praestare者，有種種解釋：或謂指損害賠償，或謂指種類給付，二者之中，似以前說爲優也。（四）債權之成立，須依國法，否則無效。

## 第二節 債權之分類

(1) 特定債權 (obligatio certa) 與不特定債權 (obligatio incerta)。特定債權者，以特定物之給付爲標的之債權也。從物之本性言之，凡不可以種類數量品質指定之者，卽爲特定物。從當事人之意思言之，無論物之本性如何，當事人指定其物不許替代者，卽爲特定物。此之所謂特定物者，兼指二者而言也。在特定債權，若其標的物非因歸責于債務人之事由而滅失者，債務卽歸消滅。不特定債權有二種。曰種類債權 (obligatio generis)，曰選擇債權 (obligatio alternativa)。種類債權者，其給付以種類而指定也。在此種債權，非屬于其指定種類之物悉數滅失者，不得消滅債務。選擇債權者，以于數宗給付中選定一宗給付爲標的之債權也。除有特約外，選擇之權屬于債權人。若數宗給付中有不能而債務人無從選擇者，債務人並不免除其債務，仍有爲其剩餘給付之義務。

(1) 可分債務 (*obligatio dividua*) 與不可分債務 (*obligatio individua*)。可分債務者，分割而不害標的物本質之債務也。不可分債務者，標的物不許分割之債務也。可分債務，非皆可分割履行。除當事人有特約外，羅馬法以債務不分割履行為原則。僅于繼承之時，可分債務得分割履行之。

(二) 法定債務 (*obligatio civilis*) 與自然債務 (*obligatio naturalis*)。法定債務者，本于市民法及大法官法而來，得以訴訟請求履行也。自然債務者，本于道義而來，不得以訴訟請求履行也。茲將自然債務分左列數點述之：

① 自然債務之由來。羅馬法之所以認自然債務存在者，蓋由于社會組織使然。羅馬古代，家族制度與奴隸制度盛行。凡家子奴隸貸金于家父主人或家父主人貸金于家子奴隸，在法律上均無訴權，其履行僅視為道德上之義務。此種債務，即所謂自然債務是也。

② 自然債務之實例。依羅馬法，自然債務有以下數種：曰家子與家父之間債務，曰奴隸之債務，曰被監護人行為所生之債務而未得監護人同意者，曰婦女為他人保

證人負擔之債務。

③ 自然債務之效果。自然債務，雖以不能訴請履行爲原則，然在法律上非全無效力

。茲將其效力列舉于下：（甲）自然債務之履行基於錯誤者，不得請求返還。（乙

）自然債與法定債務可以抵銷。（丙）主人與奴隸之間有自然債務存在時，於解放

奴隸後，應將其特有財產扣除或增加。（丁）如自然債務設有保證人，其保證人有

效。（戊）對於現存之自然債務爲日後履行之約束者，其約束有效。（己）以物担

保自然債務之履行者，其担保有效。（庚）自然債務得更改爲法定債務。

### 第三節 債權之發生

羅馬法上債權發生之原因有四：曰契約，曰準契約，曰私犯，曰準私犯。茲分款說明之。

#### 第一款 契約

##### 第一項 契約之意義

羅馬法稱契約爲 *contractus*。分析言之，*con* 由 *cum* 轉化而來，有相與意義。*tractus* 有

交易意義。二者合而言之，即相與交易之謂。故契約云者，即當事人互相表示意思一致

，而以發生債權債務關係爲目的者也。契約乃法律行爲之模範，而爲債權發生之最重要原因。

## 第二項 契約之分類

契約之分類如左：

(一)嚴正契約 (*contractus stricti juris*) 與誠意契約 (*contractus bonae fidei*)。嚴正契約者，當事人依契約之約款而爲給付者也。誠意契約者，當事人依誠意之觀念而爲給付者也。由嚴正契約所生之訴訟，稱爲嚴正訴訟 (*actio stricti juris*)。由誠意契約所生之訴訟，稱爲誠意訴訟 (*actio bonae fidei*)。在嚴正訴訟，事實審理人就契約之約款決定判決之內容。在誠意訴訟，事實審理人不能單憑契約之約款，尙須據誠意之觀念，酌量雙方之情形，以決定判決之內容。

(二)片務契約 (*contractus unilateral*) 與雙務契約 (*contractus bilateral*)。片務契約者，僅

當事人之一方負爲給付之義務，或雖當事人之雙方負爲給付之義務，然不立于對待之關係也。雙務契約者，當事人之雙方各負爲對待給付之義務也。片務契約之當事人一

方有主訴訟 (*actio directa*)，一方無主訴訟，而僅有從訴訟 (*actio contraria*)。雙務契約之當事人雙方皆有主訴訟。

(三)有名契約 (*contractus nominati*) 與無名契約 (*contractus innominati*)。有名契約者，法律上有特別名稱者也。無名契約者，法律上無特別名稱者也。依優帝法典有名契約有四種：曰要物契約 (*contractus re*)，曰口頭契約 (*contractus verbis*)，曰文書契約 (*contractus litteris*)，曰合意契約 (*contractus consensu*)。此分類最爲重要，茲將上述各種契約分別述明之。

### 第三項 有名契約

#### 第一目 要物契約

(一)要物契約之意義。要物契約者，以標的物之授爲要件之契約也。無標的物之授受，雖有當事人之合意，亦不生效力。

(二)要物契約之起源。要物契約起源于牛齊姆與曼兮怕血。牛齊姆係金錢貸借契約。其方式與曼兮怕血相似。當履行時，除當事人外，須有證人五名及持衡器者一人到場



。持衡器者，先以衡器計量貸與人所貸之青銅塊，而交付于借用人。然後貸與人對于借用人述一定言語，使其負擔返還之義務。若借用人至期不返還者，貸與人得逮捕之。逮捕之後六十日內，經貸與人三次公開催請借用人之贖取，而仍無人來贖取者，則貸與人得殺戮之，賣却之，或使之爲奴隸，一任其便也。嗣後雖貨幣制度興，在金錢之貸借，似無計量之必要，然爲貸與人之利益起見，實際仍沿用之。直至紀元前三百十三年，伯德利阿法 (Lex Poetelia) 取消債權人賣却及殺戮債務人之權，于是牛齊姆失其從前之效力，而其嚴重之方式漸不用，其所剩餘者僅爲一不要式之消費貸借契約耳。曼兮怕血之方式前已述之。初此祇用于買賣，後利用法律上擬制推行之於信託事件。例如甲欲向乙借洋一千元，以土地一方爲担保，甲可將土地以虛構之代價依曼兮怕血方式移轉于乙，而附以于清償後返還該土地之約束。使用貸借與寄託，亦得以此法行之。然爲此種目的而移轉標之物之所有權，究有未便。故後廢曼兮怕血之方式，而認標之物之授受，即可成立使用貸借，寄託與典質矣。

(三) 要物契約之種類。要物契約有左列各種：

## ① 消費貸借 (mutuum)。

(甲)意義。消費貸借者，當事人之一方移轉可代替物之所有權于他方，而他方約定以種類品質數量相同之物返還之契約也。於此應注意者有三點：(子)消費貸借之標的物以可代替物爲限，如貨幣，油酒等。(丑)消費貸借之目的爲消費，欲使借用人達此目的，非移轉標的物之所有權不可。(寅)消費貸借之借用人既消費標的物，故其將來返還者非借用物，乃與借用物相同之物。

(乙)效力。消費貸借爲片務契約，是以僅借用人有返還物件之義務，而貸與人則有請求返還之權利，不負担任何義務也。又消費貸借爲嚴正契約，因此借用人祇依約款負返還與借用物相同之物之義務，無須支付利息，即使借用人怠于履行返還之義務，亦不必支付遲延利息。若貸與人欲使借用人支付利息，須另訂契約。此種關於利息之契約方式，在羅馬古代，因借用物而異。如借用物爲金錢，關於利息之契約，須爲要式口約。如借用物爲金錢以外之可代替物，關於利息之契約，不必用一定方式，雖爲無形的束，亦爲有效。至羅馬後世，凡海

運貸借與銀行業貸借，即使其借用物爲金錢，亦得以無形約束設定利息。倘借用人不履行返還與借用相同之物之義務。貸與人得對之提起 *condictio certi* 之訴。

(丙)限制。依元老院決議，不得貸金與家子。其所以如此規定者，因羅馬有家子買西度 (*Macedo*) 者。負債過鉅，無力清償，遂欲謀殺其父，以父之財產歸還債務，事覺，于是元老院有此決議，若違反此規定而貸金于家子者，不得對於家父及家子起訴。然此種消費貸借，並非完全無效，蓋家子雖不負法定債務，仍有自然債務也。

② 使用貸借 (*commodatum*)。

(甲)意義。使用貸借者，當事人之一方以物無償貸與他方使用，而他方約定於使用後返還其物之契約也。於此應注意者有四點：(子)使用貸借之貸與人須以物授與借用人，然此並不移轉物之所有權，亦不移轉物之占有，是以此種授與稱爲空虛交付。(丑)使用貸借之借用人，無消費借用物之權，僅得依契約使用

之而已。(寅)使用貸借之借用人對於貸與人不支付酬金，否則爲物件質貸借。(卯)使用貸借既未移轉標的物之所有權，借用人應於使用後返還借用物於貸與人，不得以同種類同品質同數量之物代替之。

(乙)效力。使用貸借之效力，可從二方面觀之：

(子)及於借用人之效力。使用貸借之借用人，負下列義務：(天)使用貸借爲誠意契約。此單爲借用人利益而設。故借用人對於借用物之使用與保存，須有良家父之注意，否則對於借用物所受之損害，借用人負賠償之責。(地)關於借用物之通常費用，由借用人負擔。(元)借用人應于使用後返還借用物于貸與人。若借用人怠于返還，貸與人對於借用人得提起 *restitutio commodati* 之訴。

(丑)及于貸與人之效力。使用貸借，雖爲片務契約，然貸與人並非全無義務，不過其所負之義務與借用人之義務不立于對待關係而已。貸與人所負之義務如下：(天)關於借用物之特別費用，由貸與人負擔。借用人得

以 *contraia commodati* 之訴請求之。(地)貸與人有惡意之責任。若因貸與人之惡意行爲而借用人受有損失時，貸與人有賠償之義務。例如貸與人明知借用物有危險性之瑕疵，而故意不告知借用人，以致借用人受損害者，貸與人有賠償之責。關於此種損害賠償，借用人亦以 *contraia commodati* 之訴請求之。

### ③ 寄託 (*depositum*)。

(甲)意義。寄託者，當事人之一方授與物于他方，而他方允爲無償保管之契約也。於此應注意者有三點：(子)寄託爲要物契約，以物之授與爲要件，但受寄人在寄託物上並未取得任何物權，亦未取得占有，故寄託物之授與亦爲空虛交付。(丑)寄託以物之保管爲目的，是以受寄人不得使用寄託物。(寅)受寄人不受報酬而保管寄託物，否則爲雇傭貸借。

(乙)效力。寄託之效力，可從二方面觀之：

(子)及于受寄人之效力。寄託亦爲片務契約，故受寄人之義務與寄託人之義

務不立于對待關係。受寄人之義務有二：(天)寄託爲誠意契約，寄託純爲寄託人之利益而設，故受寄人對於寄託物之保管，僅負惡意與重過失之責任。(地)受寄人有返還寄託物之義務。若受寄人違反此義務，寄託人得提起 *directa depositi* 之訴。

(丑)及于寄託人之效力。寄託人之義務如下：(天)寄託物保管之費用，由寄託人負擔。受寄人對於寄託人得提起 *contraria depositi* 之訴，以請求寄託物保管之費用。(地)寄託既專爲寄託人之利益而設，故寄託人應有良家父之注意。凡因缺少此種注意，而使受寄人受有損害者，寄託人有賠償之責。

(丙)特種。以上所述乃普通寄託也。此外尚有左列特種寄託：

(子)不規則寄託 (*depositum irregulare*)。不規則寄託者，當事人一方以保管爲目的，移轉金錢或其他可代替物于他方，而他方約定以種類品質數量相同之物返還之契也。不規則寄託，亦稱爲消費寄託。其與普通寄託不同之

點有三：不規則寄託之標的物以可代替物爲限，而普通寄託之標的物不必爲可代替物，此差異一也。不規則寄託之受寄人取得寄託物之所有權，但普通寄託之受寄人則否，此差異二也。不規則寄託之受寄人以種類品質數量相同之物返還于寄託人，而普通寄託之受寄人須以寄託物之原物返還之，此差異三也。自上述三點觀之，不規則寄託，似與消費貸借同，然二者亦有區別：消費貸借之目的爲消費，而不規則寄託之目的爲保管，此不同一也。消費貸借爲嚴正契約，故即使借用人怠于履行返還之義務，亦不負遲延利息，但不規則寄託爲誠意契約，故若受寄人怠于履行返還之義務，須負遲延利息，此不同二也。以金錢爲標的物之消費貸借，如欲設定利息，須以要式口約，然以金錢爲標的物之不規則寄託，如欲設定利息，以無形約束爲之已足，此不同三也。

(丑)危難寄託(*depositum miserabile*)。危難寄託者，因水火等災，于情形急迫時，所爲之寄託也。在此種寄託，受寄人之爲何如，寄託人大都急不暇

擇，故羅馬法對之，保護較普通寄託爲嚴。若受寄人惡意拒絕返還寄託物，法院當判令其支付標的物價值一倍之金額。

(寅)爭物寄託(*sequestratio*)。爭物寄託者，以雙方爭執之物，託第三人保管，至爭執終結時爲止之契約也。爭物寄託與普通寄託亦不同，前者之受寄人取得寄託物之占有，但後者之受寄人並無占有，僅有寄託物之握有也。

#### ④ 典質契約(*pignus*)。

(甲)意義。典質契約者，債務人或第三人移轉物件之占有于債權人，以担保債權之清償，而債權人約定于受清償後返還其物之契約也。於此應注意者有四點：  
(子)典質契約爲從契約，其成立以債權存在爲前提。(丑)典質契約之訂立者，不以債務人爲限，即使第三人亦無不可。(寅)典質契約與使用貸借及寄託異：在使用貸借及寄託，借用人及受寄人僅取得借用物及寄託物之握有；在典質契約，債權人取質物之占有。(卯)質物占有之移轉，本爲担保債權之清償，債權於清償後已消滅，則質物當然應返還於其所有人矣。



(乙)效力。典質契約之效力，可從二方面觀之：

(子)及于債權人之效力。債權人之義務有三：(天)典質契約為誠意契約。

債權人對於質物，負保管之義務，不得使用或收益。債權人之保管質物，應有良家父之注意，蓋典質契約乃為當事人雙方之利益而設也。(地)債權人受清償後，應將質物返還於其所有人。若債權人違反此義務，質物所有人得對之提起 *pignoratio directa* 之訴。(元)債務人不履行債務時，債權人得依法定程序賣却質物，以其價金充償債權。倘充償債權後尚有剩餘者，應以該剩餘額歸還于質物所有人。

(丑)及于質物所有人之效力。質物所有人之義務有二：(天)保管質物之費用，由質物所有人負擔。債權人對於質物所有人，有 *pignoratio contraria* 之訴。(地)典質契約之訂立，既為雙方利益，故質物所有人亦須有良家父之注意。因缺少此種注意而使債權人受損害時，質物所有人有賠償之責。

## 第二目 口頭契約

口頭契約共有三種：①嫁資給與允諾 (*dotis dicio*)。此乃一方以單純宣言設定嫁資，至優帝時已失用。②解放的自由人約束 (*jurata Promissio liberti*)。此係解放的自由人用宣誓約定對於恩主服勞務，後亦不行。③要式口約 (*stipulatio*)，此由當事人一定方式之問答而成，其適用範圍最廣，吾人今詳細研究之。

(一)要式口約之由來。要式口約之拉丁字由 *stipulum* 轉化而來，有堅固之意；而 *stipulum* 又由 *stipes* 轉化而來，有樹幹之意。考要式口約之起源，實發生於神前盟約 (*sponsio*)，即債務人在神前聲明其所負之債務，並宣誓云若不履行其債務，神當罰之。此初僅生道德上效力，後宣誓之方式漸廢，代之以問答方式，經法律之確認，遂成爲要式口約矣。

(二)要式口約之成立。要式口約之成立，須具備左列要件：

①須以問答爲之。要式口約，由當事人之問答而成。例如要約者發問：「汝爲與余百元之約束否？」承諾者答曰：「與之」。於是契約成立矣。啞者及全聾者既不能

爲問答，故無締結此種契約之能力。

- ② 須用一定言語。羅馬古代時，締結要式口約，必須用一定拉丁言語，即 *spontes* 與 *spondeo* 是也。嗣後亦得以別拉丁言語代替之，例如 *promittis* 與 *promitto*。至共和時代之末，羅馬版圖擴張，不知拉丁語之外國人陸續移住羅馬，而羅馬人亦有出外遠征諸方者，若法律上強以用拉丁言語，實際上必有難行之處，故法律一變，要式口約所用之言語，不以拉丁爲限，即當事人一方用拉丁言語，而他方用希臘言語爲問答，亦無不可也。

- ③ 須當事人到場。要式口約應由當事人雙方親自到場爲之，否則無效。

- ④ 須問答連續。羅馬後世，要式口約之間答，雖不必用一定言語，然必須連續。若問答之間雜以他種行爲，因而隔斷者，要式口約不能成立。

(三) 要式口約之性質。要式口約爲片務契約與嚴正契約之模範。其爲片務契約也，要約者必爲債權人，而承諾者必爲債務人。要約者有債權而無債務，承諾者有債務而無債權。若承諾者欲附加債務于要約者，不能于一要式口約爲之，須別立要式口約。其爲

嚴正契約也，承諾者謹依約款而負擔債務，此外無任何義務。即使承諾者怠于履行債務時，亦不負遲延利息。由要式口約所生之訴訟，爲嚴正訴訟。此種訴訟之原告，不必指出起訴之理由，祇須以要式口約爲根據而已，蓋由要式口約所生之債權乃抽象的債權也。

(四)要式口約之效力。要式口約之效力祇及於當事人。自承諾者一方面觀之，契約所訂定者須爲承諾者自身之行爲，不得爲第三人之行爲，然當事人言明使第三人爲某行爲或於第三人不爲某行爲時承諾者支付罰金者，不在此限。自要約者一方面觀之，契約須爲要約者之利益而締結，非以對於第三人爲給付爲目的，但當事人言明於不依約對於第三人爲給付時與要約者罰金或因對於第三人爲給付而要約者確受利益者，不在此限。

(五)要式口約之適用。要式口約之適用範圍甚廣，其最著者有二：

- ① 債權之創設。羅馬古代，無形約束不生法律上效力，故常以要式口約創設有效的債權。左列契約，皆依要式口約爲之：

(甲)利息契約。消費貸借不生利息 (foenus)，故欲附加利息于消費貸借者，當以要式口約爲之。羅馬利息，雖按年支付者，亦以月計算。其利率有四種：曰 *centesima usurae*，即月息一厘，年息一分二厘；曰 *semisses usurae*，即月息半厘，年息六厘；曰 *trientes usurae*，即月息三分之一厘，年息四厘；曰 *beses usurae*，即月息三分之二厘，年息八厘。十二表法以原本十二分之一爲最高額，後改爲二十四分之一。至帝政時代，以 *centesima usurae* 爲利息之最高額。及優帝時，除海運貸借仍定爲 *centesima usurae* 外，以 *semisses usurae* 爲利息之最高額。超過法定利率之利息，無效，複利亦爲法律所不許。

(乙)罰金契約。罰金契約 (*stipulatio poenae*) 者，當事人約定一方于不履行債務時，支付一定金額于他方之契約也。例如在外省土地設定地役權，供役地人與需役地人，先以無形約束設定地役權，然此地役權不爲法律所承認，故需役地人之權利並不確定，爲安全起見，遂由雙方再締結罰金契約，訂定若供役他人違約干涉需役地人之役權行使者，當支付一定罰金與需役地人。此種罰金契約

，須依要式口約爲之，始生法律上之效力。

(丙)保證契約。此可分左列數點述之：

(子)意義。

保證契約 (ad promissiones) 者，當事人約定，一方于他方之債務

人不履行債務時，由其代負履行責任之契約也。就此定義，分析說明之：

(天)保證之成立，以有主債務存在爲前提。若主債務于締結保證契約時無效，保證契約亦不能成立。然由保證所生之債務與主債務，其關係究若何？在羅馬古時，認此二種債務爲一種債務，主債務人與保證人乃同一債務之債務人。至羅馬後世，法律進步，此二種債務漸漸分開，而爲個別債務矣。(地)由保證所生之債務係從屬於主債務，故有以下結果；(趙)主債務失效時保證債務亦失效。(錢)保證債務以主債務之標的爲標的。(孫)保證債務之範圍大于主債務時，無效。(元)保證乃補充主債務之履行，故仍以主債務人履行爲主，此證之以保證人之後訴利益，益明矣。

(丑)沿革。就其沿革，保證有左列各種：

(天)「凡地亡銀」(vadimonium)。凡地亡銀者，保證人于主債務人不履行債務時，支付一定罰金之契約也。此有保證性質，然與真正保證不同，蓋主債務與保證債務之標的不同也。

(地)司邦雪」(sponsio)。「司邦雪」以要式口約爲之。其問答所用言語，必有 *spondes*，即汝允諾否之意。僅羅馬市民得用之。

(元)「非特潑洛密西」(fidepromissio)。此亦以要式口約爲之，不過其問答所用之言語，必有 *fide promittis* 以代 *spondes*。所謂 *fide promittis* 者，即汝爲誠意約束否之意。「非特潑洛密西」之適用範圍，廣于「司邦雪」，無論爲羅馬市民與外國人，均得用之。

(黃)「非特尤西」(fidejussio)。「非特尤西」發生最後，亦以要式口約爲之。其問答所用言語，必爲 *fide iubes*，即汝誠意允爲此否之意。「非特尤西」與「非特潑洛密西」及「司邦雪」有不同之點五：(趙)後二者，以主契約依要式口約所締結者爲限，始得附加之。前者

，無論主契約爲何種契約，均得附加之，即使自私犯而生之債務關係，亦可。(錢)依後二者而生之保證債務不移轉于繼承人。依前者而生之保證債務得移轉于繼承人。(孫)後二者應于結約後二年內起訴。前者有永久訴訟。(李)後二者須與主債務同時成立。前者得前於或後於主債務而成立。(周)在後二者，有數保證人時，各人對於主債務分擔負責。在前者，有數保證人時，初各人對於主債務負全責，後雖經哈特來納史帝修正，但仍須提出抗辯後，始各人對於主債務分擔負責。(寅)效力。保證之效力，可從三方面觀之：

(天)及于保證人與債權人之效力。保證既爲補充主債務之履行，故保證人對於債權人有後訴之利益 (*beneficium ordinis*)。後訴之利益者，債權人不訴主債務人，而先訴保證人時，保證人令債權人先向主債務人起訴之抗辯也。羅馬古代，債權人必先訴主債務人。若主債務人之財產不足清償債務，債權人始得向保證人起訴。然此制對於債權人



頗爲不便。例如主債務人居住于審判區域之外者，債權人既難于對主債務人起訴，又不能向保證人請求，不便孰甚。于是五大法學家之一伯比尼央納士，主張修改此制，債權人可不必先訴主債務人，即得向保證人起訴。至優帝時，又以此法律不便，遂以新律令第四號第一章再修改之，其大旨如下：如主債務人與保證人住居于同一審判區域內，債權人必先訴主債務人。主債務人之財產不足清償其債務時，方可向保證人起訴。如主債務人與保證人不住于同一審判區域內，債權人得不訴主債務人，而先訴保證人。然此時保證人得向法院聲請傳喚主債務人于一定日期到案，並于該日期前檢查主債務人之財產。倘主債務人于該日期到案，或其財產足以清償債務，保證人即可免除訴訟，否則代爲履行債務。

(地)及于保證人與主債務人之效力。保證人代主債務人對於債權人爲清償後，債權人對於主債務人之權利移轉于保證人，此即所謂代位之利

益 (*beneficium cedendarum actionum*) 是也。但移轉權利有害債權人之利益者，保證人不得主張之。例如債權人對於主債務人所有之質權，係為多數債權之担保者，如保證人僅清償債權之一部，不得要求質權移轉于自己。

(元) 及于保證人互相間之效力。數人保證同一債務時，其相互關係如左：

(趙) 分割之利益。分割之利益 (*beneficium divisionis*) 者，數保證人各就主債務一部負保證責任之謂也。非特尤西之保證人本無此權利，對於主債務，各負全責。故債權人對於數保證人中任何一人，得請求全部債權之清償。後至哈特來納史帝時，保證人始有分割之利益。申言之，數保證人中一人被訴時，此一人于爭訟時期，得請求分割利益，而許各就主債務一部負責。但若數保證人中，有無資力者，不能請求其分担，其應負擔之分，由其他有資力之

保證人分担之。故于爭訟時期，多一無資力之保證人，其他有資力之保證人多增一分負擔也。分割之利益，保證人得拋棄之。是以數保證人中一人被訴時，若不主張分割利益而悉數支付者，即喪失分割之利益。

(錢)代位之利益。代位之利益，不獨于保證人與主債務人間得行之，且于保證人與保證人相互間亦適用。若數保證人中一人對於債權人代主債務人清償債務之全部，債權人對於其他保證人之權利，亦移轉于該保證人。

(卯)限制。紀元後四十六年凡立及納元老院決議(See Valijanna)禁止婦女為保證人或為他人負擔任何債務。若婦女締結此等契約，祇生自然債務，而無法律上效力。

(丁)副債權人。要式口約之債權人為自己之便益，常以另一人與其共同訂立契約，凡債權人對於債務人能行使之權利，此人均得行使之，學者稱其為副債權人

(*ads iudicatos*)。在副債權人與債權人之間，副債權人僅處於代理人之地位，其自債權人取得之一切利益，有移轉於債權人或其繼承人之義務。奴隸不得爲副債權人，家子於脫離家父權後始得爲之。副債權人對於債務人之權利於其死亡時消滅。

② 債權之更改。債權之更改，得以要式口約爲之。所謂債權之更改者，卽成立新債務以消滅舊債務之契約也。自消滅舊債務一點觀之，亦爲債權消滅之原因，此當於債權消滅之一節中詳述之。

(六) 要式口約之證書。要式口約成立之後，當事人之懷惡意者，難保不藉口于當日未曾訂立，以避債務之履行，于是防此弊者，往往記載要式口約于證書，羅馬法稱爲 *cautio*。初 *cautio* 不過爲要式口約之一種證據，後受希臘法律思想之影響，認爲事實上必要矣。至優帝時代，凡當事人執有 *cautio* 者，法律推定有要式口約之存在，當事人如欲否認要式口約之存在，必須提出反證，證明要式口約訂立之日全日不在場，故無從履行問答之程序。

### 第三目 文書契約

(一)文書契約之由來。文書契約發生較次于要式口約。據多數學者之說，亦由古昔牛齊姆蛻化而來，蓋文書契約大都關於金錢之借貸，且為嚴正契約也。

(二)文書契約之種類。就其沿革，文書契約有左列各種：

- ① 債權記載 (*nomen transcripticium*)。羅馬古昔，各家置有金錢出納簿。在此種金錢出納簿，有二種記載：一為通常金錢之收支，稱為 *nomen ararium*。一為債權，稱為 *nomen transcripticium*。所謂文書契約者，即指後者而言。債權人，如得債務人之同意，以支出金額記入于金錢出納簿者，文書契約即為成立。至于金額之支出，不必實際上真有其事，不過得債務人之同意為此記載而已，蓋文書契約發生抽象之債權也。債權記載如要式口約，亦有二種作用：一為債權之創設，例如甲欲贈千元于乙，乙得甲之同意，在其金錢出納簿上記載對於甲為千元之支出。一為變更既存在之債務，此又有二種：(甲)更改債務之種類，例如甲因買賣欠乙千元，為便于證明起見，今欲以此由買賣所生之債權變為文書契約。乙得甲之同意，可先于

金錢出納簿上收入項下記入千元之收領，然後再于支出項下記入千元之付出。（乙）更改債務人，例如甲欠乙千元，今丙欲承担甲之債務，乙可先于其金錢出納簿上收入項下記入從甲處收領千元，然後再于支出項下記入對於丙為千元之付出。

② 「謙洛葛辣勿」(chirographum)。此種文書契約，起源于希臘，後傳入于羅馬。所謂「謙洛葛辣勿」者，乃債務人關於債務之書面承認，而以此給與債權人者也。此種債務亦為抽象之債務，至其實際上是否存在，則在所不問，與今之票據債務相似。

③ 「心葛辣非」(syngraphe)。此與「謙洛葛辣勿」同，不過前者由債權人與債務人雙方簽字，各執一紙，而後者僅由債務人一人簽字，一人執債券也。

(三) 文書契約之性質。文書契約為片務契約與嚴正契約。其為片務契約也，債權人祇有權利，而不負任何義務。其為嚴正契約也，債權係抽象的，而債務人僅依記載而負責。

(四) 文書契約之失用。「債權記載」盛行于羅馬共和時代之初，後「謙洛葛辣勿」與「

心葛辣非」與羅馬人民漸捨「債權記載」而用之。及帝政時代，次第廢止，至紀元後三世紀，完全不用，故優帝法典，不認此種契約焉。

#### 第四目 合意契約

(一) 合意契約之由來。羅馬古代，重法律行爲之形式，故契約不獨須有當事人之合意，且必依一定方式爲之。後至共和時代之末，萬民法興，漸注重當事人之意思，遂認契約中之通常用者，不必有一定方式，祇須當事人之合意即可成立，于是合意契約生矣。較之以上三種契約，合意契約實發達最後。

(二) 合意契約之意義。合意契約者，由當事人之合意而成立之契約也。合意之外，諸凡物之授受及方式之履行，均非契約成立所必要。

(三) 合意契約之性質。合意契約皆爲誠意義務約。當事人須依誠意觀念而履行契約。若當事人之一方怠于履行契約，則應付遲延利息，並賠償他方因此所受之損害。

(四) 合意契約之種類。合意契約有左列四種：

#### ① 買賣 (emptio venditio)

(甲)意義。買賣者，當事人約定，一方移轉物件，而他方支付價金之契約也。就此定義，分別說明之于下：(子)買賣之標的，以物爲限。至於此物爲動產或不動產，有體物或無體物，現存之權利或將來之權利，自己所有物或他人所有物，則在所不問也。(丑)買賣之標的物，由當事人一方約定移轉。移轉云者，卽標的物離原主體，而屬於他主體之謂，此通常以交付爲之。約定云者非逕行移轉標的物，乃將來移轉之意。(寅)買賣以價金爲標的物之對待給付。關於價金，應注意者有三點：(天)價金以金錢爲限。若以金錢以外之物爲對待給付，則爲互易。又若以勞務爲對待給付，則爲雇傭借貸或承攬借貸。(地)價金須確定或可得確定。至於確定之方法有三：一當事人雙方訂定之；一由當事人使他人決定之；一由當事人以標的物之市價決定之。(元)價金必爲正當數額。羅馬古昔，法律對於買賣之價金無數額上限制。故如當事人合意，雖價金與標的物不相當，買賣亦不受影響。至提鶴克來的納史帝時，法律一變，凡價金未達標的物之實值半數者，出賣人有解除契約之權。此稱爲非常



損失規則 (laesio enormis)。但倘買受人已補償至實值者，則出賣人不得解除契約。(卯)買賣之價金係約定支付，故對於他方，僅成立金錢之債務，金錢之所有權，並非因訂立買賣契約而即移轉也。

(乙)效力。買賣為誠意契約，出賣人與買受人須依誠意觀念履行契約。買賣亦為雙務契約，出賣人與買受人各負債務，而此等債務乃立于對待之地位，故當事人之一方于對方履行債務以前，得拒絕履行自己債務。茲將出賣人與買受人所負之義務，分別說明之于左：

(子)出賣人之義務。出賣人之義務有二：

(天)標的物之移轉。買賣成立後，出賣人有移轉標的物之義務。然此所謂移轉標的物者，並非移轉標的物之所有權，乃移轉出賣人對於標的物之一切權利。申言之，即以移轉所有權之意思而移轉標的物之占有，並使買受人得完全使用收益之。此與現代法律不同，蓋當時羅馬人對於買賣，以占有為要件，而所有權反不置重。如出賣人不為標的物

之移轉，買受人得對之提起 *actio empti*。

(地)標之物之担保。標之物之担保有二種：

(趙)追奪担保。追奪担保者，出賣人對於買受人，担保于訂立契約時，第三人就其標之物，無對於買受人得主張之權利。若較出賣人有優等權利之第三人，自買受人奪取標之物之占有，買受人對於出賣人得提起 *actio empti*，以請求賠償因此所受之損害。

(錢)瑕疵担保。此更分述之于左：

(A)瑕疵担保之意義。瑕疵担保者，出賣人對於買受人，担保于訂立契約時標之物無瑕疵之謂。故瑕疵担保與追奪担保不同，蓋前者乃關於標之物品質之担保，而後者乃關於標之權利之担保。

(B)瑕疵担保之要件。出賣人對於買受人，于具備下列要件時，始任瑕疵担保之責：(a)買賣之標之物須為特定物，若為

依種類指定之物而有瑕疵時，則視爲未爲標之物之移轉，故買受人對於出賣人得提起 *actio emphi*。(b)標之物之瑕疵須爲重大者，倘係輕微而于標之物之價值效用無關緊要者，出賣人不負責任。(c)買受人于訂立契約時須不知瑕疵之存在。(d)標之物之瑕疵須隱匿者，如爲顯而易見之瑕疵，出賣人不任瑕疵担保之責。

(c)瑕疵担保之訴訟。出賣人破壞瑕疵担保時，買受人得對之提起二種訴訟：一爲 *actio redhibitoria*，一爲 *actio quanti minoris*。前者之目的係解除買賣，後者之目的係減少約定價金至有瑕疵標之物之真值止。*actio redhibitoria* 須于訂約後六個月起訴月內提起之，而 *actio quanti minoris* 須于一個可起訴年內提起之。如不于法定期限內提起者，此種訴訟因時效而消滅。

(D) 瑕疵担保之由來。市民法上無瑕疵担保。蓋在特定物買賣，出賣人之責任，以移轉該特定物爲限，至於其有否瑕疵，則非所問也。故除標之物之瑕疵係由出賣人之惡意行爲而生者外，出賣人不負任何責任。此規定漸由內政官修正。內政官亦如大法官，得公佈關於其所管轄事項之命令。內政官命令與買受人上述二種瑕疵担保之訴訟，是以瑕疵担保實由內政官命令而來也。

(丑) 買受人之義務。買賣成立後，買受人之義務有二：

(天) 標之物之受領。買受人應受領移轉之標之物。

(地) 價金之支付。此與標之物之移轉爲對待給付。若買受人怠於價金之支付，應支付遲延利息，並賠償出賣人因此所受之損害。出賣人對於買受人之訴訟爲 *actio venditi*。

(丙) 危險。買賣標之物危險之負擔，可分二點述之：

(子)買賣標的物爲特定物者。買賣之標的物爲特定物者，在交付前已確定。自買賣發生效力時起，買受人即負標的物危險之責任。故在交付前，如標的物因不可歸責于出賣人之事由而滅失，概由買受人担任，如標的物生有利益，亦歸買受人享受。

(丑)買賣之標的物依種類而指定者。買賣之標的物依種類而指定者，在交付前，羅馬法以爲未確定，至交付時，始爲確定，故買受人對於標的物之危險責任，不自買賣發生效力時起，乃自標的物交付時起。在交付前，標的物雖因不可歸責于出賣人之事由而滅失，其損失仍由出賣人負擔。在交付前標的物之滅失既由出賣人負擔，其所生之利益當然亦屬於出賣人矣。

(丁)定金。有定金 (arrha) 之買賣，在支付定金者不履行契約時，必須拋棄定金；在受取定金者不履行契約時，必須支付二倍定金之額于對方。

(戊)書據。買賣本爲合意契約，不需任何方式，但至優帝時，如當事人曾訂定須作成書據者，在此項書據作成以前，買賣不能成立。關於書據之作成，法律亦

有限制，必爲當事人親自書寫，或出自他人代筆而經當事人簽名，或由公覽人作成，始認爲有效。

② 賃貸借 (*Locatio conductio*)。

(甲) 物件賃貸借 (*Locatio conductio rei*)。此可分述之於左：

(子) 意義。物件賃貸借者，當事人約定一方以物貸與他方使用，而他方支付租金之契約也。於此應注意者有三點：(天) 物件賃貸借之標的物以不消費物爲限，蓋否則將來無法返還原物。(地) 物件賃貸借之賃貸人約定以物貸與他方使用。約定者，祇生義務，而非卽爲貸與之謂。貸與者，不移轉占有及所有權而以物與他方使用之謂。使用者，不毀損而利用物之謂。(元) 物件賃貸借之賃借人約定支付報酬。此項報酬以金錢爲限，並須確定或可得確定。

(丑) 效力。物件賃貸借爲誠意契約與雙務契約，其效力可從三方面觀之：

(天) 對於賃貸人。賃貸人之義務如下：(趙) 交付標的物，但賃借人僅

取得握有，故爲空虛交付。(錢)貸貸人担保貸借人得完全使用担保物並不被他人排斥。標的物生孳息時，貸借人亦得使用其孳息。(孫)貸貸人有修理標的物之義務。(李)如貸借人因保持標的物之原狀而支出必要費用者，貸貸人負償還之責。(周)貸貸人應繳納標的物之賦稅。

(地)對於貸借人。貸借人之義務如下：(趙)支付租金於貸貸人，此義務並不因貸借人廢棄標的物不用而免除。如有遲延，更須支付遲延利息。(錢)對於標的物之保管，貸借人必有良家父之注意，否則須負損害賠償之責。但若標的物之損害係出於偶然事故，物之本性或貸借人自己之過失者，貸借人不負賠償之責(孫)契約期限屆滿後，貸借人當以標的物返還於貸貸人。

(元)對於第三人。物件貸借借生債權而非物權，故其效力不及于第三人。若貸貸人讓與標的物于第三人，貸借人不能以貸貸關係對抗第三

人，故第三人對於賃借人得請求返還標的物，但于此情形賃貸人當負賠償之責。

(寅)訴訟。賃貸人對賃借人之訴訟曰 *actio conducti*。賃借人對賃貸人之訴

訟曰 *actio locati*。

(卯)終了。物件賃貸借因下列事由而終了：(天)約定期限屆滿時契約消滅，但期限經過後其關係繼續存在者，視為契約之更新 (*relocatio*)。(地)如無期限約定者，當事人之一方得通知他方而終止契約。(元)雖有期限約定，賃貸人得因己之必不可少需要而收回標的物。(黃)賃貸人出售標的物於第三者時，契約消滅，(字)賃借人拖欠租金達二年以上時，賃貸人得收回標的物。(宙)契約因標的物不可歸責於任何當事人之事由滅失而消滅。(洪)賃借人濫用標的物而情形十分重大者，賃貸人得收回標的物。(荒)如賃貸人對於標的物僅有暫時之權利，契約於賃貸人之權利消滅時終了。(日)賃借人因非可歸責於己之事由而不能使用標的物，得終止契



約。

(辰)轉貸。賃借人得將標的物轉貸 (*sublocatio*) 於他人。於此情形，轉賃借人與轉賃借人有權利與義務關係，但轉賃借人與原賃借人無任何關係也。

(巳)特種。若物件賃貸借之標的物爲農地，賃借人對於農地出產物，祇有分離與使用之權，而不能收取之，但有特約者，則不在此限，蓋物件賃貸借僅生債權而非物權，故賃借人之權利如此薄弱也。倘有收取孳息之特約，租金不必用金錢，卽自賃借物所生之孳息亦可供租金之用，且若收成不良，賃借人亦得請求減少租金，不過日後豐收仍有補足之義務。

(乙)雇用賃貸借 (*Locatio conductio operarum*)。此可分述之于左：

(子)意義。雇用賃貸借者，當事人約定一方爲他方服勞務，而他方給付報酬之契約也。於此應注意者有四點：(天)雇傭賃貸借以服勞務爲目的。依羅馬法，勞務有高級與低級之分。所謂高級勞務者，精神勞動是；所謂低級勞務者，身體勞動是。雇傭賃貸借之標的必須爲低級勞務。至於高級勞

務，例如教師，醫生，僧侶，律師等之勞務，祇能為委任之標的，其報酬稱為謝儀。（地）雇傭貸借以服勞務本身為目的。此即雇傭貸借與承攬貸借之區別。故以服勞務為達目的之一種方法時，則非雇傭貸借。（元）雇傭貸借為有償契約。對於一方之勞務，他方須與以報酬。（黃）上述勞務之供給與報酬之支付，係約定為之，故為契約所生之義務，而非契約成立之要件。

（丑）效力。雇傭貸借為雙務契約與誠意契約。其效力可從二方面觀之：

（天）及于受雇人之效力。受雇人之義務如下：（趙）依契約供給勞務。

但因疾病及其他不可抗力事由不能服務勞務時，僅無報酬請求權，不負賠償之責任。（錢）勞務必須由受雇人親自為之，不得令他人代服勞務。（孫）倘受雇人因服勞務而取得物之握有者，受雇人應有良家父之注意。故對於其惡意或過失所致之損害或滅失，受雇人有賠償之責任。

（地）及于雇傭人之效力。雇傭人之義務如下：（趙）雇傭人對於受雇人

有支付報酬之義務。倘怠于支付者，應出遲延利息。至於支付報酬之時期，依契約定之。如未約定，于勞務終了時支付之。（錢）雇用人有受領勞務之義務。如因雇用人之惡意或過失不能服勞務，受雇用人雖不服勞務，仍有請求報酬之權利。

（元）訴訟。雇用人對於受雇人之訴訟為 *actio conducti*，受雇人對於雇用人之訴訟為 *actio locati*。

（黃）終了。雇傭借貸借因受雇人之死亡而消滅。若專為雇用人而服勞務，遇雇用人死亡時，亦然。

（丙）承攬借貸借 (*Locatio conductio operis*)。此分述之于左：

（子）意義。承攬借貸借者，當事人約定一方供給勞務結果，而他方支付報酬之契約也。於此應注意者有二點：（天）承攬借貸借之當事人一方約定供給勞務之結果。此即承攬借貸借與雇傭借貸借之區別。前者以供給勞務之結果為目的，後者以供給勞務為目的。因此區別，遂生二種不同之結果：

(趙)雇傭貸借之受雇人皆自己服勞務。承攬貸借之承攬人，除有特約外，不妨使他人代服勞務。(錢)受雇人之執行勞務，受雇用人之指揮監督。承攬人之執行勞務，不受定作人之指揮監督。(地)承攬貸借之當事人他方約定給與報酬。報酬為承攬貸借之不可缺少要件。給與報酬與供給勞務之果結乃對待之義務也。

(丑)效力。承攬貸借為雙務契約與誠意契約。其效力可從二方面觀之：

(天)及于承攬人之效力。承攬人之義務如下；(趙)依契約供給勞務之結果。(錢)對於定作人所授與之材料須有良家父之注意。(孫)對於其所供給勞務結果之瑕疵，應任損害賠償之義務。

(地)及于定作人之效力。定作人之義務如下；(趙)定作人于承攬人供給勞務結果時，應給與約定之報酬，若契約訂定按成功之部分而支付報酬者，則于每部分成功時給與之。(錢)定作人有受領勞務結果之義務。若定作人惡意妨害勞務，使其不能完成者，承攬人之勞務雖未完成

，仍得請求報酬之給付。

(元) 訴訟。定作人對於承攬之訴訟爲 *actio conducti*、承攬人對於於定作人之訴訟爲 *actio locati*。

(黃) 危險。初定作人承認勞務之結果前，其危險承攬人負擔之。嗣後稍加限制，在承攬人完成勞務後，定作人承認前，如因意外事變，勞務之結果毀損滅失時，由定作人負擔之。

(字) 材料。在承攬貸借，材料之主要者，須由定作人供給，否則爲買賣矣。然僅供給材料中附屬品者，並不變更承攬貸借之性質，例如成衣匠供給鈕扣。

### ③ 合夥 (*societas*)。

(甲) 意義。合夥者，二人以上之當事人互約出資以達共同目的之契約也。於此應注意者有三點：(子) 合夥爲契約，由當事人之合意而成立。故就原則言之，法律不認合夥有人格。其權利義務之主體爲合夥員，而非合夥。(丑) 合夥爲當事

人互約出資之契約。出資一語，義甚寬泛。所出之資不以金錢爲限，即以貨物或勞務爲出資，亦無不可。再者，所出之資亦不必相等，或多或少，一任當事人之約定。惟合夥員皆有出資義務，若合夥員中有人全不負出資之義務者，不能認爲合夥員。(寅)合夥爲當事人互約出資以達共同目的之契約。目的一語，義亦寬泛，故其種類如何，可以不問。惟此目的必須共同。共同云者，即目的之能達與否，于合夥員全體有利害關係也。

(乙)種類。合夥可分爲四種：(子)全產合夥 (*societas universorum bonorum*)。各合夥員悉以自己之財產合併爲共同財產而成之合夥。不但合夥成立後各合夥員取得之財產，即合夥成立前各合夥員之財產，皆變爲合夥財產。故在全產合夥，無個人財產可言，此乃起源於家族共產制也。(丑)營業合夥 (*societas universorum quae ex questu veniunt*)。此以營業爲目的之合夥，凡各合夥員由營業而來之財產爲合夥財產，但非由營業而來之財產，如繼承，遺贈等，則仍屬於個人。(寅)特業合夥 (*societas negotiationis alienius*)。以經營一定

事業爲目的之合夥稱爲特業合夥，如共同經營米業。(卯)個別合夥(*societas rei unius*)。此專以完成一事爲目的之合夥，如合資購買一地。

(丙)效力。合夥爲誠意契約與雙務契約，其效力可分對內與對外述之：

(子)對內之效力。及於合夥員相互間之效力如下：(天)各合夥員應依契約

爲出資。(地)對於合夥之業務與財產，各合夥員須有處理自己事務之全

一注意。(元)損益之分配如下：(趙)各合夥員之損益分配額有約定者

，從約定，無約定者，以平等分配之。(錢)分配之率僅於利益與損失之

一方約定而他方未約定者，其既約定一方之分配率於未約定一方準用之。

(孫)若合夥員中有人祇分担損失而不受利益之分配者，稱爲獅子合夥

(*leonina societas*)，法律認爲無效。

(丑)對外之效力。合夥不生對外效力，各合夥員爲合夥與第三人所訂之契約

，僅自己有履行之義務，不能使其他合夥員負責，此乃羅馬法之原則也。

然於下列二種情形，合夥亦生對外效力：(天)如爲合夥而訂契約之合夥員

爲其他合夥員之受任人，則訂約之合夥員一方面須將自契約取得之利益移轉於合夥，他方面得請求其他合夥員負擔自契約所生之費用及債務。於是其他合夥員雖與第三人無直接關係，但已有間接關係矣。至於訂約合夥員之委任，因事件而異：如執行合夥之通常業務而締約，則無須明白委任，蓋當然爲其他合夥員之受任人。如執行合夥之特別事務而締約，則非經其他合夥員之明白委任不可也。（地）大法官法亦許其他合夥員於無別種方法保護其利益時，得直接起訴，並於合夥受有利益時，直接被訴。

（丁）訴訟。合夥員相互間之訴訟爲 *actio pro socio*。法律推定合夥員應互相友愛，故對於被告，此訴之結果，一方面得酌留其生活費，他方面得生破廉恥之處分。

（戊）消滅。合夥因下列事由而消滅：（子）事業之成就，或不能成就。（丑）存續期間之屆滿。（寅）合夥員之合意。（卯）解約之告知。合夥爲相互信任關係，故各合夥員得隨時告知他合夥員而退夥。一合夥員之退夥，合夥即解散。



雖其餘合夥員仍可繼續合夥，然此非舊合夥之繼續，乃新合夥之另組。合夥員之告知解約，須不違反契約規定與誠意觀念，否則雖得退夥，然對於其他合夥員應負損害賠償之責。（辰）合夥員之死亡。（巳）合夥員之人格大減等與中減等。（午）合夥員財產之全失，如破產，沒收等。（未）合夥之成立附有解除條件者，其條件之成就。（申）個別合夥之標的物滅失。（酉）除輕微之糾紛外，合夥員間之訴訟。

#### ④ 委任 (mandatum)。

（甲）意義。委任者，當事人約定一方委託他方處理事務，而他方不索報酬，允為處理之契約也。於此應注意者有三點：（子）委任處理之事務，以高級勞務為限。（丑）委任處理之事務，必須屬於委任人或第三人，若屬於受任人者，不得成立為委任。（寅）處理云者，即得依自己之相當意見以處分或管理所委託之事務也。申言之，即無論委託之行爲為管理行爲抑為處分行爲，均應使受任人為此行爲時有相當獨立決定權。（卯）委任必須無償，然就羅馬之習慣言之，委任者

對於受任者常給與報酬，然此種報酬並非爲處理事務之對待給付，僅表示受任者之感激，故稱爲謝儀，而受任人不得追索之。（辰）委任既爲合意契約，是以處理事務不過爲委任所生之義務，非其成立之要件也。

（乙）區別。委任與雇傭貸借不同，而與承攬貸借亦異：

（字）委任與雇傭貸借之區別如下：（天）雇傭貸借以供給勞務爲目的，委任以供給勞務爲手段。（地）雇傭貸借所供給之勞務須爲低級勞務，即身體勞動；委任所供給之勞務須爲高級勞務，即精神勞動。（元）雇傭貸借借爲有償，委任爲無償。（黃）受雇人服勞務，必受雇用人之指揮，不能具有獨立之意思；受任人處理事務，得有相當獨立之意思。

（丑）委任與承攬貸借之區別如下：（天）承攬貸借專以完成勞務爲目的，重在結果；委任僅于一定目的之方向處理事務，並不重在一定之結果。（地）承攬人就完成勞務，有完全獨立之意思；受任人就處理事務，並無完全獨立之意思，僅得有相當獨立之意思。

(丙)種類。委任有下列五種：(子)爲委任人之利益者，例如甲委託乙，代其買地。(丑)爲委任人及受任人之利益者，例如甲委託乙，貸資于丙，丙得資，用於甲之財產，甲既受利益，乙亦得利息。(寅)爲第三人之利益者，例如甲委託乙，代丙買土地。(卯)爲委任人及第三人之利益者，例如甲託乙，代甲及丙買土地。(辰)爲受任人及第三人之利益者，例如甲託乙貸資于丙，丙得金使用，乙得利息。

(丁)效力。委任爲片務契約與誠意契約。其效力可從二方面觀之：

(子)及于受任人之效力。受任人之義務如下：(天)依契約之意旨，處理委任事務。(地)因處理委任事務，所領得之物與收取之孳息，應交付委任人。(元)處理委任事務，須有良家父之注意。

(丑)及于委任人之效力。委任雖爲片務契約，然委任人亦有義務，不過其義務與受任人之義務不立于對待關係而已。委任人之義務如下：(天)受任人所支出費用屬於處理事務所必需者，委任人須償還其費用。(地)受任

人因處理事務担負必要債務時，委任人有代為清償之責。(元)受任人因處理事務並無過失而受損害時，委任人須賠償其損害。

(寅)及於第三人之效力。初委任人對於受任人處理事務所訂之契約，祇生間接關係，而無直接關係。後大法官法變更之：一方面許委任人直接對於第三人起訴，凡受任人得提起之訴訟委任人皆得提起之，其唯一之限制即在概括委任須委任人無其他方法保護其利益時始予以此種救濟。他方面許第三人直接對於委任人起訴，稱為 *utilis actio quasi institoria*。

(戊)訴訟。委任對於受任人之訴訟，稱曰 *actio mandati directa*。受任人對於委任人之訴訟，稱曰 *actio mandati contraria*。

(巳)終了。委任因下列事由而終了：(子)委任事務之完結。(丑)契約附有期限者，期限屆滿。(寅)當事人之一方死亡。受任人死亡時，委任即消滅，惟其繼承人對於受任人已着手而未完了之事務，當完了之。委任人死亡時，委任亦即消滅，不過受任人因未知委任人之死亡所為之行爲，對於委任人之繼承人

亦生效力。(卯)告知解約。委任為互相信任關係，故當事人之一方得隨時告知他方面解約。但受任人之解約無正当理由而致委任人受有損害者，受任人應負賠償之責。(辰)契約附有解除條件者，條件之成就。

#### 第四項 無名契約

(一)無名契約之種類。有名契約之外，羅馬法上尚有無名契約。無名契約者，即法律上無特別名稱之契約也。此種契約皆關於互易，五大法學家之一保羅士分為四種：①物與物之互易(*do ut des*)。②物與勞務之互易(*do ut facias*)。③勞務與物之互易(*facias ut des*)。④勞務與勞務之互易(*facio ut facias*)。

(二)無名契約之要件。無名契約之成立，除當事人之雙方合意外，一方尚須履行其約定之債務，故亦稱為無名要物契約。無名契約之已履行一方對於他方之訴訟為 *civilis actio in factum*。

(三)無名契約之由來。考無名契約之由來，實出于羅馬法之訴訟程序。各種有名契約有各種訴訟，但互易，無論為何種，祇有一種訴訟，即 *civilis actio in factum*，是以

稱之曰無名契約。

### 第五項 約束

約束 (Pacta) 者，單純合意之謂也，亦稱爲裸體約束 (*nuda pacta*)。羅馬古代，契約必須履行一定方式，始爲有效。因此約束祇生自然債務，而不生法定債務，祇得以爲抗辯，而不得依之提起訴訟。嗣後法律進步，漸重當事人之合意，而不重形式，于是被衣約束生矣 (Pacta vestitia)。被衣約束云者，即法律上認爲生訴權之約束也。依羅馬法，被衣約束有左列各種：

(一) 市民法之被衣約束。市民法上之被衣約束者，凡締結誠意契約時，當事人當場附加之約束也。羅馬法稱爲 *pacta adjecta*，其最著者有左列三種：

- ① 利他約束。利他約束者，爲他人利益而爲之約束也。例如甲以物寄託于乙處，而甲依約束令乙將寄託物返還與丙。初羅馬法不認此種約束爲有效，蓋以爲契約之效力不及于第三人。後設例外，認以 *pacta adjecta* 對於第三人爲死因贈與爲有效。至帝政時代，此例外逐漸擴充，但利他約束終未全體認爲有效。

② 解除約束。解除約束者，以約束附解條件于法律行為之謂也。例如甲以地一方賣於乙，與之約定曰，若一個月內有出高價者，吾與汝之買賣解除。

③ 違約金約束。此即當事人訂定一方於不履行契約時支付一定金額於他方之約束。若附加於誠意契約，不需要式口約。例如甲以地一方賣於乙，與之約定曰，若汝不於一星期內給付價金，須罰五十元 (*solida*)。

(二) 大法官法之被衣約束。依大法官法，左列約束認為有效；

① 償還現存債務之約束。倘約定償還之債務為自己者，此種約束稱為 *constitutum debiti proprii*。倘約定償還之債務為他人者，此種約束稱為 *constitutum debiti alieni*。

② 書狀質約束。書狀質亦得以約束設定。此種約束稱為 *pactum hypotheca*。

(三) 皇帝敕令之被衣約束。左列約束，皇帝敕令認為有效：

① 贈與。此可分述之于左：

(甲) 意義。贈與 (*donatio*) 者無償移轉財產于他人之謂。贈與有生前贈與 (*donatio*

inter vivos) 與死因贈與。茲之所謂贈與乃指前而言，即普通贈與是也。

(乙)成立。羅馬古代，贈與必以虛式曼兮怕血，要式口約，文書契約等方式爲之。至安托奈納史庇護士帝時，尊卑親屬間，得以約束爲贈與，不過須登記耳。至優帝時，五百元以下之贈與，得以單純約束爲之，但超過五百元之贈與，必須在法院登記，否則其超過之額無效。

(丙)限制。贈與有無效者，有得撤銷者。

(子)無效之贈與。左列贈與認爲無效：

(天)以現在或將來之財產全部爲贈與者，是否有效，學者意見不一致，然今日多數學者認無效說爲羅馬法之正當解釋。

(地)羅馬古代，夫妻財產制採歸一主義，無贈與之可言。嗣後夫妻別產主義推行漸廣，離婚之風濫，夫妻之一方常以離婚要脅對方爲贈與。因防斯弊，遂定爲夫婦間之贈與無效。

(丑)得撤銷之贈與。左列贈與得由贈與人撤銷：



(天)受贈人對於贈與人有重大忘恩負義之行爲時，例如欲危害贈與人或譏謗其名譽之類，贈與人得撤銷贈與。

(地)恩主對於被解放者爲贈與時無子，而其後生子者，恩主得撤銷贈與。

② 嫁資。羅馬古昔，嫁資必須以要式口約設定之。但至狄奧多西斯帝二世及范倫鐵納士帝第三世時，嫁資得以無形約束設定之。

## 第二款 準契約

準契約(*quasi contractus*)者，當事人間雖未締結契約，自其結果觀之，恰與契約無異，發生相同之債務關係也。準契約有五種：曰不當得利，曰事務管理，曰監護，曰共有，曰繼承，曰旅客攜帶物。

### 第一項 不當得利

今之不當得利實淵源于羅馬法，惟羅馬法謹就各種不當得利，認許特別訴訟，並無一般共同之原則，茲將此種認許之訴訟列舉於左：

(一)無原因之取回訴訟 (*condictio sine causa*)。此又可分爲左列數種：

① 非債之取回訴訟 (*condictio indebiti*)。因錯誤而償還不存在之債務，償還者對於受償還者得提起取回訴訟。例如甲誤以乙爲債權人，而對之支付千元，嗣後甲知乙非其債權人，甲對於乙得請求返還其所支付之千元。此訴訟之成立，有要件三：曰債務之不存任，曰償還者之誤信，曰舉證之責任在償還者。

② 目的不成就之取回訴訟 (*condictio ob causam*)。以將來發生某種結果爲目的而給付物于他人，而其結果不發生者，爲給付者對於受給付者得提起取回訴訟。例如甲有女乙，許字于丙，甲先以千元與丙爲嫁資，後乙在結婚前死亡，甲對於丙得請求千元之返還。

③ 原因消滅之取回訴訟 (*condictio ex causa finita*)。據現在之原因爲給付，日後原因消滅者，爲給付者對於受給付者得提起取回訴訟。例如甲有償的以衣服交乙洗濯，衣服遺失，乙對甲爲損害賠償，其後衣服發見，乙對甲得請求返還其所賠償之標的物。

(二)不法原因之收回訴訟 (*condictio injusta causa*)。此可分爲左列三種：

① 贓物之收回訴訟 (*condictio furtiva*)。失主對於竊盜得請求贓物之返還或賠償損失。

② 不正原因給付之收回訴訟 (*condictio ob injustam causam*)。依不正當原因而給與財產于他人者，給與者對於受給與者得提起收回訴訟。例如支付法定利率以上之利息者，得請求其返還。

③ 有傷風化原因給付之收回訴訟 (*condictio ob turpem causam*)。依有傷風化原因而給與財產于他人者，給與者對於受給與者得提起收回訴訟。例如甲以毀損乙之名譽爲要脅，向乙索千元，乙因畏懼而與乙，乙對於甲得請求千元之返還。惟于此情形，給與者一方必須非違反風化，否則不得提起收回訴訟。例如甲男約乙女曰，汝爲賣淫之行爲，余與汝百元，此時甲對於乙不能起提起收回訴訟，因甲之給與乙百元係有傷風化也。

## 第二項 事務管理

(一)事務管理之意義。事務管理(*negotiorum gestio*)者，不受委任，且無法律上義務，而為他人管理事務之謂也。例如隣人遠出，見其屋將傾倒，為之修葺。

(二)事務管理之效力。此可從管理人與本人二方面觀之：

① 及于管理人之效力。管理人之義務如下：(甲)對於其所管理之事務，應有良家父之注意。(乙)於管理事務時所取得之物件或權利，應交付或移轉于本人。(丙)應完了管理之行爲。(丁)管理終結時，須為決算。

② 及于本人之效力。本人之義務如下：(甲)管理人為本人所支付之費用，而于本人有利益者，本人應償還之。(乙)管理人為本人所負擔之債務，而于本人有利益者，本人應代為償還之。

(三)事務管理之訴訟。管理人對於本人之訴訟為 *actio negotiorum gestorum contraria*，本人對於管理人之訴權為 *actio negotiorum gestorum directa*。此二者均為誠意之訴也。

### 第三項 監護

後代羅馬法以監護爲一種公務。監護人與被監護人之間，非契約關係，認爲一種類似委任契約之法律關係。監護人對於被監護人有宣誓之義務，保證之義務，編造財產目錄之義務，處理自己事務同一注意之義務與監護終了時決算之義務。被監護人對於監護人有歸還所支出必要費用之義務及代爲清償其所負擔必要債務之義務。監護人對於被監護人之訴訟爲 *actio tutelae directa*。此二者均爲誠意之 *tutelae contraria*，被監護對於監護人之訴訟爲 *actio tutelae directa*。此二者均爲誠意之訴訟也。

#### 第四項 共有

共有云者 (*communio*)，數人共有有一物之謂也。共有有依當事人之意思而生者，有不依當事人之意思而生者。前者即爲合夥契約。後者則爲準契約，例如多數繼承人之遺產，疆界線上之建築物及混融物。此種共有人間之權利義務有三：(一)各共有人對於共有物應有對於自己物同一之注意。(二)對於他共有人因管理共有物支出之必要費用，各共有人按其所有部分償還之責。(三)各共有人得請求分割共有物。如共有物爲可分者，將共物分割後，分配于各共有人。如共有物爲不可分者，則將共有物與共有人中之一人，使其對於其他共有人負

償還之責。

### 第五項 繼承

繼承本非契約，然繼承人對於受遺人及受益人，有交付遺贈物及信託物之義務。此種義務與由契約所生之義務相似，故稱之為準契約義務。

### 第六項 旅客攜帶物

船舶所有人與旅舍主人對於旅客所攜帶物之損害滅失，除因不可抗力或旅客自己過失所致者外，負賠償之義務，與由契約所生之義務相似，故稱之為準契約義務。

### 第三款 私犯

私犯(*delictum*)者，即不法行為也。此亦為發生債權之一大原因。優帝法典中之法學階梯分私犯為四種：曰竊盜(*furtum*)，曰強盜(*rapina*)，曰對物私犯(*damnum injuria datum*)，曰對人私犯(*injuria*)。

### 第一項 竊盜

(一)竊盜之意義。竊盜者，乘他人不覺，故意侵占他人之物，物之占有或物之使用也。

就此定義，可知竊盜之要件有四：①須有故意。故意云者，即竊盜者知其所侵占之物，或物之占有或物之使用屬於他人，而其侵占係反于該他人之意思也。②須有侵占。侵占指不法支配他人之物，或物之占有或物之使用而言。羅馬法稱之爲 *contractatio fraudulosa* ③須乘他人不覺。乘他人不覺者，祕密之謂也，此即竊盜與強盜之別。④須爲動產。竊盜謹得對於動產行之，對於不動產不能爲竊盜。

二)竊盜之種類。竊盜有二種分類：

- ① 依竊盜之客體。依竊盜之客體，竊盜有下列三種：(甲)物之竊盜 (*furtum rei*)。此即物自身之竊盜。例如甲入乙家，偷取乙之金表。(乙)占有竊盜 (*furtum possessoris*)。無占有之所有人偷取物之占有者，謂之占有之竊盜。例如甲以己之金表質于乙處，在質權存續中，甲從乙處偷回金表，甲爲占有之竊盜者，蓋金表雖爲甲所有，但占有屬於乙，故甲偷取乙之占有也。(丙)使用之竊盜 (*furtum usus*)。使用之竊盜者，無使用他人所有物之權者，擅自使用之之謂也。例如甲寄金表一只于乙處，乙未得甲之允許，使用該金表。

② 依竊盜之行爲。依竊盜之行爲，竊盜有下列二種：(甲)現行犯 (*furtum manifestum*)。現行犯指竊盜者當場被捕，或在追捉中被捕，而贖物仍爲其占有也。依十二表法，奴隸爲現行犯者，殺之。自由人爲現行犯者，罰爲奴隸，委之于被害人。若未成人爲竊盜，無論爲自由人或奴隸，僅加以鞭撻而已。其後大法官法，對此規定，加以修正，凡爲現行犯者，不分自由人與奴隸，一律科以贖物價值四倍之罰金，其被害人得請求之。(乙)非現行犯 (*furtum nec manifestum*)。非現行犯者，現行犯以外之竊盜也。對於非現行犯，自十二表法至優帝法典皆科以贖物價值二倍之罰金。考現行犯與非現行犯處罰之差異，實因羅馬古代，處罰採復仇主義，故處罰之輕重視被害人仇之大小而定，在現行犯，事變之發生未遠，被害人于忿怒之下，其仇較對於過去已久者大，是以處罰重于非現行犯也。

(三)竊盜之訴訟。被害人對於竊盜者有下列三種訴訟：①請求罰金之訴 (*actio furti*)。在現行犯，請求贖物價值四倍之罰金；在非現行犯，請求贖物價值二倍之罰金。此訴訟，不獨物之所有人得提起，即其他利害關係人，如用益權人，質權人等，亦然。惟



提起此訴訟者必須與物有直接關係也。②所有權確定之訴 (*actio rei vindicatio*)。此訴之目的為返還物件，得提起之者，僅物之所有人。物之所有人非但得請求罰金，且可收回物件。此訴之被告不以竊盜者為限，即對於賊物之占有人亦得提起。③賊物收回之訴 (*condictio furtiva*)。如物件已損壞或滅失而不能返還時，物所有人得請求返還其價值，並賠償因此所生之損失。

### 第二項 強盜

強盜者，竊盜之加以暴力者也。強盜與竊盜之構成要件同，不過以暴力之侵佔他人不覺之侵占。強盜不分現行犯與非現行犯，如被害人於一年之內起訴，可請求物價之四倍，其中三倍為罰金，餘則為損害賠償，如被害人於一年以後起訴，僅得請求物價，無所謂罰金。對於強盜者之訴，羅馬法稱為 *actio vi bonorum raptorum*。此訴除得為上述之請求外，並生破廉恥之處分。

### 第三項 對物私犯

對物私犯指財產上之一切不法損害而言。關於對物私犯，羅馬法上有左列訴訟：

(1) *actio legis Aquiliae*。此係規定於紀元前二百八十七年阿貴里亞法，爲對物私犯之訴中最要者，茲分述之於左：

① 成立之要件。此訴之成立要件有五：(甲)須有故意或過失。故意者，明知不正當而爲之；過失者，應注意而不注意。(乙)須有損害行爲。此種損害行爲，必爲作爲行爲，非不作爲行爲。(丙)損害行爲須不法。若有權加損害於物者，例如主人因被奴隸攻擊而殺之，不生此訴訟。(丁)物須受有形損害。物所受之損害，以有形者爲限。(戊)物之有形損害與損害行爲必有直接關係。換言之，卽不法行爲者以身體加物以有形損害。

② 訴訟之請求。*actio legis Aquiliae*之請求，因情形而異：(甲)凡殺害他人之奴隸家畜者，以其於最後一年內之最高價額爲賠償額。(乙)凡傷害他人之奴隸家畜或毀損他人之其他物件者，以其於最後三十日內之最高價額爲賠償額。

(1) *actio legis Aquiliae utilis*。此爲大法官法所創設之訴，乃補充上述 *actio legis Aquiliae*之不足也。蓋 *actio legis Aquiliae*之成立，必須不法行爲人以身體直接加有

形損害于他人之物，故其範圍太狹。大法官法欲擴充之，使不法行為間接所生之損害，亦得請求賠償，于是遂創設 *actio legis Aquiliae utilis*。例如甲有船舶一艘，以索繫于岸邊，乙割斷索，船舶漂至海中而沉沒，此時甲對於乙不能提起 *actio legis Aquiliae*，因甲未以身體直接加有形損害于船舶，然甲得對於乙提起 *actio legis Aquiliae utilis*，緣船舶之沉沒係乙之不法行為間接所致者也。

(11) *actio in factum*。此訴訟亦為大法官法所創設，用以補充 *actio legis Aquiliae* 之不足也。蓋 *actio legis Aquiliae* 之成立，須不法行為人以身體直接加有形損害于他人之物，故其範圍太狹。大法官法欲推廣之，使不法行為所生之無形損害，亦得請求賠償，於是遂創設 *actio in factum*。例如甲有奴隸一人，以鏈鎖之，乙解開鏈，奴隸遂逃去。此時甲對於乙不能提起 *actio legis Aquiliae*，因奴隸未受有形之損害，不過甲喪失奴隸之權利而已，但甲得對於乙提起 *actio in factum*，緣甲喪失奴隸之權利，係乙之不法行為所致也。

#### 第四項 對人私犯

(一)意義。對人私犯者，指一切故意侵害人格權之不法行為而言。十二表法以對人私犯為故意傷害身體之不法行為。嗣後大法官法推廣其範圍，凡不法故意侵害他人之人格權，如以言語或文字誹謗他人之名譽等，均認為對人私犯。

(二)加重。對人私犯於以下情形加重：①因行為而加重，如以棒傷人是。②因處所而加重，如在劇場，公眾會所或大法官之前為侮辱是。③因身分而重，如家子毆家父，被解放者毆恩主，卑賤者毆元老院議員是。④因受害之部分而加重，如擊傷他人之目是。因對人私犯之加重發生二種效果：①本不能起訴者得起訴，如被解放者對於恩主。②裁判官許被害人請求較大之賠償額，而事實審理人不得減少之。

(三)訴訟。十二表法於對人私犯採反坐法，即折人一股者，亦折其一股以報復之。大法官修正此規則，認關於對人私犯，得提起 *actio injuriarum*。此訴之目的係請求賠償損害，裁判官得酌量被害人之身分及其他情形定之，不過事實審理人有減少之權。不僅被害人自己得訴請賠償，即與其有關係者亦然。如在夫權下之妻為被害人，夫亦得起訴。

#### 第四款 準私犯

準私犯 (quasi delictum)，就其性質言之，與私犯無異，惟其發達在後，故另設一類，而不列于私犯之中。羅馬法上準私犯有左列各種：

(一)事實審理人加于他人之損害。羅馬審理訴訟者有二種人：曰裁判官，曰事實審理人。前者為公吏，審理法律；後者為人民，僅依裁判官之指示審理事實。事實審理人執行職務時，如有捏造事實，為不正之審判，或誤用程序，致當事人受損害者，對於被害人，應負賠償之責。

(二)自屋內投棄物于街上所生之損害。自屋內投棄物于街上，加損害于他人時，房屋之居住人負損害賠償之責，不問投棄者為何人也。

(三)置物或懸物于街上所生之損害。于通衢置物或懸物，因此他人受損害時，被害人對於置物或懸物者得請求十「奧利」(aurei)以下罰金。

(四)奴隸加于他人之損害。如奴隸加損害于他人，主人對於被害人，有損害賠償之責，但亦可委棄該奴隸于被害人，以免其責任。

(五)畜類加于他人之損害。畜類反其本性而加損害于他人時，飼養者對於被害人，負賠償之責，但亦得委棄該畜類于被害人，以免其責任。

(六)船舶，旅館及馬廐使用人加於他人之損害。船舶，旅館及馬廐所有人對於其使用人在執行職務時加於他人之損害，負賠償之責。

(七)家子加於他人之損害。在家父權下之家子加損害於他人時，家父對於被害人，負賠償之責，但亦得委棄該家子，以免其責任。至優帝時，此免責方法已廢止，不過家父所負之責任，以其給與家子之特有產為限。

#### 第四節 故意過失遲延偶然事故

##### 第一款 故意

故意(dolus)者，知其行為之不正當，而仍為該行為之心理狀態也。凡由故意所為之行為，均須負責。此種責任，不能預訂契約免除之。

##### 第二款 過失

(一)過失(culpa)之種類。過失者，怠于注意(diligentia)之謂也。過失因注意之程度

分爲左列數種：

① 重過失 (*culpa lata*)。此即缺少通常之注意。

② 輕過失 (*culpa levis*)。輕過失又分爲二種：(甲) 抽象輕過失 (*culpa levis in abstracto*)。此即缺少良家父之注意。(乙) 具體輕過失 (*culpa levis in concreto*)。此即缺少處理自己事務之同一注意。二種輕過失中，後者較前者爲重。

③ 最輕過失 (*culpa levissima*)。此即缺少非常之注意。德儒赫珊 (*Hasse*) 不承認之，在其所著過失論一書中主張羅馬法上過失僅有重過失與輕過失二種，最輕過失與輕過失同，近世學者多從之。

(二) 過失之責任。債務人對於自己之過失，應負責任，然因債務之性質不同，所負之責任亦異：

① 專爲債權人之利益者。凡專爲債權人利益起見而立契約，債務人僅負重過失責任，而不負輕過失責任。例如寄託契約專爲寄託人之利益而成立，受寄人祇負重過失責任，而不負輕過失責任。惟此乃原則也。對此原則有例外四：(甲) 自己向他人

求爲受寄人負輕過失責任。(乙)受任人負輕過失責任。(丙)在事務管理，若管理人自求爲他人管理事務者，負輕過失責任，若因不得已事由而任管理之責者，負重過失責任。(丁)保護人與保佐人對於被保護人與被保佐人之財產負輕過失責任。

② 祇于債務人有利益或雙方當事人均有利益者。祇于債務人有利益者，例如使用貸借。于雙方當事人均有利益者，例如物件貸借。在此種契約，債務人應就一切過失負責任，重過失無論已，即抽象輕過失，債務人亦負責任。

③ 同時管理自己財產與他人財產者。例如共有人中一人管理共有物。此時管理人須有管理自己財產之同一注意，而任具體輕過失之責，若債務人舉出與管理自己財產同一注意之證明，得免除責任。

過失所生之責任，與故意所生之責任不同，得以合意預爲免除之。

### 第三款 遲延

遲延(mora)有二種：曰債務人之遲延(mora debitoris)。曰債權人之遲延(mora creditoris)

。今當分別說明之。



(一)債務人之遲延。債務人之遲延者，于應履行債務之時，不為履行之謂。此有二點可述：

① 債務人遲延之條件。債務人遲延之條件如下：(甲)債務須有效存在。(乙)履行期已屆至。(丙)須有償還之催告，不獨不附期限之債務應有催告，即附期限之債務亦然。但對此原則，有二例外：(子)債務人盜取標的物，為惡意之占有者，不必催告。(丑)故意規避催告者，不必催告。(丁)不履行因可歸責于債務人之事由。若債務人不履行有法律上正當理由，不生遲延，例如債務人有同時履行抗辯。

② 債務人遲延之效果。債務人遲延之效果如下：(甲)應賠償債權人因遲延而生之損害。(乙)債務人對於遲延中因偶然事故而生之損害，亦應負責，但債務人能證明縱不遲延而仍不免發生損害者，不在此限。

(二)債權人之遲延。債權人之遲延者，債務人提供償還之義務，而債權人拒不受領之謂。此亦可分二點述之：

① 債權人遲延之條件。債權人遲延之條件如下：(甲)債務人提供履行。(乙)債

務人依契約提供履行。(丙)債務人現實提供履行。(丁)當事人有能力。

② 債權人遲延之效果。 債權人遲延之效果如下：(甲)債權人陷於遲延後，債務人之責任減輕，僅就故意與重過失負賠償責任，輕過失則不負任何責任。(乙)債務人因債權人之遲延而就標的物支出必要費用者，得向債權人請求償還。(丙)羅馬古時，若債權人陷於遲延，債務人於催告其受領後得拋棄標的物。此法不當，後即修正。債權人不受領時，債務人須提存其標的物，始得免除債務。但若標的物不能提存者，仍得拋棄，此點與現代法律不同也。

#### 第四款 偶然事故

偶然事故 (casus)，乃不可預料之事變，其發生非人力可以抵抗者也。凡因偶然事故所生之損害，不得請求賠償。

#### 第五節 債權之消滅

##### 第一款 清償

(一)清償之意義。 清償 (solutio) 者，從債務本旨而為履行之謂也。此乃消滅債務之最普

通方法。

(二)清償人。除債務之性質須債務人自己履行者外，清償人不以債務人爲限，即使第三人爲債務人履行債務，亦無不可，依優帝法典，第二人爲債務人履行債務時，不必經債權人之同意，而債權人亦不得拒絕之。

(三)受償人。履行債務應對於債權人或其指定之人爲之。若債權人無受領之能力，則向其監護人爲之。然無受領能力之債權人，因受清償而增加其財產者，如再對債務人爲同一之請求，債務人得拒絕之。雖對於無受領清償權之人爲清償，倘事後經債權人承認者，亦有效力。

(四)清償之抵充。清償之抵充者，債務人對於同一債權人負同種類給付之數種債務，因債務人提出之給付不足清償全部債額，而決定以該給付充一部債額之清償也。其決定之方法如下：①由債務人指定之。②若債務人不指定，由債權人指定之。但債權人之指定必須通知債務人，俟債務人承諾時，方生效力。③當事人雙方皆不指定，則依下列次序清償之：(甲)有利息者。(乙)屆清償期者。(丙)於債務人多不利者。(

丁)利害相同之債務，其清償期在先者。④若一切相同而無從分別，則就數宗債務爲、比例之清償。

(五)代物清償。清償之標的，以契約所指定者爲限。然經債權人之同意，雖非契約指定之標的，亦得以之清償，即所謂代物清償(*datio in solutum*)是也。關於代物清償，有一問題焉，即如代物清償之標的物被第三者追奪時，債務人有何救濟。于此優帝法典有不同之規定。依律令類典。債權人可向債務人請求損害賠償。依學說彙集，債權人得請求原債務之履行，若原債務有保證人或質權，亦得向保證人起訴或實行質權。從此不同之規定，遂生三種學說：①債權人對於債務人，得請求損害賠償，或原債務之履行。②債權人請求損害賠償，或請求原債務之履行，因情形而走。③債權人僅得請求損害賠償。其立論之理由，謂凡代物清償，皆以無條件行之，故代物清償之標的物縱被第三人追奪，無根據前債務關係而請求履行之理。以上三說，就解釋羅馬法而言，以第一說爲最當；但就學理而言，以第三說爲最當。

## 第二款 免除

(一)免除之意義。免除(*acceptatio*)者，依契約而拋棄債權之法律行為也。免除究爲單獨行爲，抑爲契約行爲，學說不一，然就羅馬法言之，以契約說爲當，蓋正式免除須用要式口約也。

(二)免除之種類。免除有左例二種：

- ① 正式免除。依古代羅馬法，免除債務，應與設定債務，用同一方式(*contrarius actus*)。例如以要式口約設定債務者，免除時亦應以問答之方式爲之。以文書契約設定債務者，免除時亦應以記入清償之事由于賬簿爲之。以合意契約設定債務者，免除時亦應以合意爲之。至紀元前六十五年，有裁判官名阿貴利史加勒史者創立新例(*stipulatio Aquiliana*)，凡不以要式口約設定之債務，先更改爲要式口約之債務，然後再以要式口約免除之。依以上方法免除債務時，其債務完全消滅，故有保證人者，保證債務亦因之消滅。又債務人有二人以上時，若其中一人已受免除，其效力及于債務人全體。

- ② 略式免除。此根據大法官法而生。債權人以無形約束與債務人約定不請求債務之

履行 (*præsum de non petendo*) 者，裁判官認此約束為有效。若債權人違約，對於債務人再行請求時，債務人得提出抗辯，以拒絕其請求。略式免除與正式免除之差異有三：(甲)正式免除，債務完全消滅；略式免除則不然，依市民法，債務依然存在，唯依裁判官法，得提出抗辯而已。(乙)正式免除，不得附條件或期限，略式免除，得附條件或期限。(丙)正式免除，對於多數債務人之一為之者，其效力及于全體；略式免除對於多數債務人之一為之者，其效力不及全體。

### 第三款 抵銷

(一)抵銷之意義。羅馬法稱抵銷為 *compensatio*。由 *cum* 與 *penso* 而來。由 *cum* 者，相互之意；*penso* 者，權衡之意。故 *compensatio* 者，乃二人互有債權債務，法律權其重量，許其各以債權為債務之清償。

(二)抵銷之沿革。依其沿革，抵銷有左列各時期。

① 抵銷起自大法官法。原告提起誠意之訴時，被告得反訴。若被告反訴，裁判官依其職權許雙方抵銷，蓋所以符合當事人間之誠意也。此外對於銀行業者 (*argentarius*)

與財產購買人 (bonorum emptor)，有更嚴峻之視定。經營銀行業者與他人有金錢之往來，非扣除其自己對於債務人所負之債務，不得對於債務人起訴。購買破產人之全部財產者承受破產人之一切債權債務，若欲對於破產人之債務人起訴，必先扣除破產人對於債務人所負之債務。但前述原則不適用於嚴正訴訟。

- ② 抵銷由誠意訴訟漸推行至嚴正訴訟。在嚴正訴訟，如被告提起反訴，裁判官認原告之起訴有瑕疵，予被告詐欺抗辯，而以之列入於程式，其結果將原告之全部訴訟駁斥。由此觀之，在此時期，嚴正訴訟並無真正抵銷，詐欺抗辯不過使原告於起訴時從其訴訟標的扣除其對於被告所負之債務也。

- ③ 馬卡史奧理立易斯帝以敕令規定，倘有以上詐欺抗辯情形，裁判官應許雙方抵銷，非駁斥原告之全部訴訟。

- ④ 至優帝時，法律尤為寬大，不問債權之發生原因及種類是否相同，均得抵銷。且抵銷之請求，於訴訟終結前，無論何時得主張之。其唯一之限制，即得抵銷之債權必須易於證明也。

(三)抵銷之成立。關於抵銷之成立，學者之間意見不一：①雙方之債務，只須適於抵銷，即當然成立抵銷而消滅，至於以後當事人間締結抵銷契約或訴訟上提出抵銷請求，無非表示抵銷之存在而已，故抵銷之效力不在此種抵銷之表示，乃起自適於抵銷之時也。②雙方之債務，僅適於抵銷，尚難成立抵銷，必須當事人間締結抵銷契約或訴訟上提出抵銷請求，始得成立抵銷而債務消滅，故抵銷之效力不在此種抵銷之時，乃起自此種抵銷之表示也。羅馬法採前說，蓋優帝法典有當然抵銷(*ipso jure compensatio*)一語。

#### 第四款 更改

(一)更改之意義。更改(*novatio*)者，以使舊債務消滅爲目的而創設新債務之謂也。更改與代物清償有別：在代物清償，舊債務即時消滅；在更改，不但使舊債務消滅，且使新債務發生。故就舊債務消滅一點，二者固同，而于新債務發生一點，則二者顯有差異也。

(二)更改之性質。關於更改之性質，學說有二：①變造說。新債務之創設與舊債務之消



滅，有因果關係，故新債務不過爲舊債務之改換而已。②創造說。新債務之創設與舊債務之消滅全無關係，新債務乃另行設立也。羅馬法採第一說，蓋烏爾比亞納士有言曰：「更改者，將舊債務變更爲新債務，不問新債務爲法定債務或自然債務也。」

(三)更改之要件。更改之要件有四：①須有舊債務存在，但舊債務不妨爲自然債務。②須有新債務創設，然新債務亦得爲自然債務。③須以要式口約或文書契約爲之，二者相較，要式口約尤爲通行，迨後文書契約失用，祇有要式口約一種矣。④須有更改之意思，卽新債務之創設係以舊債務之消滅爲目的也。

(四)更改之種種。更改可分爲四種：①債務人之更改。第三人與債權人約定代債務人履行債務，此時雖未得債務人之同意，亦生效力。②債權人之更改，債權人令債務人對第三人爲債務之履行。③債務性質之更改。如舊債務非自要式口約所生，縱一切與前相同，得依要式口約更改爲新債務。④債務內容之更改。舊債務自要式口約所生時，苟其當事人仍如前，非其內容有變動，不得更改爲新債務。

## 第五款 混同

混同 (confusio) 者，二種不相容之資格，集合于一身之謂，例如債權人爲債務人之繼承人，或債務人爲債權人之繼承人，或債權人債務人二人死亡而他一人爲二人之繼承人時，均生混同之結果。混同爲消滅債權債務之原因，蓋自己不得追訴自己也。據優帝法典，債務因混同而消滅者，有時得再生，例如甲乙兄弟二人，乙以一百元貸于甲，假定乙死之後，甲爲其繼承人，卽爲混同，然甲若以乙之財產包括的賣于他人時，則甲之債務復活。混同非限于債權，卽物權亦有時發生。例如需役地與供役地屬于一人時，地役權卽因混同而消滅。

## 第六款 消滅時效

(一) 消滅時效之意義。消滅時效 (prescriptio extinctiva) 者，債權因經過起訴時期而不得請求之謂。羅馬時代無此用語，乃後世註釋家所創設也。

(二) 消滅時效之沿革。就其沿革，消滅時效有左列三時期：

① 在市民法時代，無消滅時效，僅有取得時效。

② 至大法官法時代，訴訟有期限與永久之分。前者須于法定期限內提起之，後者無論

何時得提起之。大法官法之訴訟皆屬於前者。其起訴期限通常爲一年，蓋大法官之任期爲一年也。逾一年而不起訴，債權人不僅喪失救濟之途，並且喪失其權利。

③ 至紀元後四百二十四年，狄奧多西皇帝二世修正時效之規定，一切訴訟均有一定期限，即從前之永久訴訟，亦附以一定期限，普通者三十年，特別者四十年。依此律，不于法定期限內起訴者，並不喪失債權，不過無救濟之途而已。換言之，若債權人不予法定期限內起訴，債務人之法定債務變爲自然債務。

#### 第七款 給付不能

非因歸責於債務人之事由而不能依債務之本旨履行者，債務消滅。例如在特定物買賣，若標的物於訂約後因不可抗力而滅失，出賣人免除履行之義務。

#### 第八款 提存

提存 (consignatio) 者，債務人依債務之本旨提出標的物，而存放於公共機關也。依優帝法典，債務到期，若債權人所在不明或拒絕受領，債務人得提存標的物而免除責任。

#### 第九款 人格減等

依市民法，凡由契約或準契約所生之債務因債務人受人格滅等而消滅，但後大法官予以救濟，使債權人仍得請求履行。

#### 第十款 死亡

就原則言之，當事人之死亡不影響債務，然此不無例外之規定，在合夥，委任，雇傭等契約，債務人之死亡使債務消滅。

#### 第十一款 無償原因競合

無償原因競合 (*Ingrativa causa*) 者，債務人依無償原因負擔給付，而債權人依無償原因取得之之謂也。無償原因競合使債務消滅，此通常於遺贈適用之。例如甲以遺囑，令乙將丙之物與丁，嗣丙將該物贈與丁，於遺囑發生效力後乙無履行遺贈之義務。

#### 第十二款 爭訟

爭訟者，決定原被告兩造爭點之程序也。經過爭訟時期，舊債務消滅，新債務產生。故爭訟實有更改之效力也。

### 第六節 債權之讓與

(一)讓與之沿革。債權讓與者，債權人移轉其債權于第三人之謂也。就其沿革言之，債權讓與有以下各時期：①古代羅馬法不認債權之讓與，蓋債權為特定人間之關係也。在此時期，債權之移轉，祇得以更改為之。②更改究不能達讓與之目的，於是因實際之需要，遂有間接方法，讓與債權。所謂間接方法者，即讓與人委任讓受人代理自己之訴訟，對於債務人為債務之追索，取其所償之款項。然依此方法而讓與債權者，讓受人之權利頗薄弱，蓋讓受人不過有訴訟代理人之資格，讓與人得隨意撤銷委任。③讓與方法漸有進步，若讓與人以代理訴訟之事由，通知債務人，則自通知時為始，讓與人不能撤銷委任，故此時讓受人雖仍為讓與人之訴訟代理人，然其權利已較前鞏固矣。④最後讓受人始認為讓與人之權利繼承人，而非其訴訟代理人。于讓與行為完成時，讓與人之權利移轉于讓受人。讓與以當事人之合意為之。惟在債務人一方面，常有不知讓與之事實者，是以讓與之效力對於債務人於其知債權移轉之事實時始發生。因此之故，讓與人或讓受人應將讓與之事由通知債務人，但于通知前債務人已知讓與者，則不在此限。

(二)讓與之效力。讓與之效力如下：①讓與人之一切權利移轉於讓受人。②讓與人担保讓與債權之存在，但不担保讓與債權之清償。③凡債務人得對抗讓與人之事由亦得以之對抗讓受人。④依安納斯太休士帝之法律，讓受人對於債務人之請求額，以其付與讓與人者爲限，蓋防故意移轉債權於有權勢者，而藉其地位以壓迫債務人也。

### 第七節 連帶之債與全部之債

數人負同一債務或享同一債權者，羅馬法上有二種情形：曰連帶之債，曰全部之債。今當分別說明之：

(一)區別。連帶之債與全部之債之差異如下：①連帶之債依當事人之意思而生，例如甲與乙合租一屋，並約定每人對於租金負全責。全部之債依法律之規定而生，例如甲與乙共竊一物。②連帶債務人之一人被訴，而經過爭訟時期者，雖被訴之債務人無力清償，其他債務人即可免除責任。全部債務人之一人被訴，而經過爭訟時期者，若被訴之債務人無力清償，仍得向其他債務人請求履行。此區別後至優帝時廢止，蓋不論連帶債務或全部債務，均不因對於債務人中一人之訴訟經過爭訟時期，而其他債務人免

除責任。③在連帶之債，就債務人中一人所爲之判決，其效力及於其他債務人。在全部之債，就債務人中一人所爲之判決，其效力不及於其他債務人。④對於連帶債務人中一人所生時效中斷之效力及於其他債務人。對於全部債務人中一人所生時效中斷之效力不及於其他債務人。

(二)性質。連帶之債與全部之債爲單一抑爲複數，學者之意見不一：①連帶之債爲單一，即數人共負同一債務，故對於一債務人之債權消滅，對於其他債務人之債權亦消滅。全部之債爲複數，即數人各負同一債務，故非債務人中一人履行債務或用與此相等之方法使債務消滅者，對於其他債務人之債權繼續存在。②不但全部之債，即連帶之債亦爲複數，蓋依羅馬法，連帶債務人之債務，非必有同一狀態，縱債務人中一人之債務附有條件或期限，其他債務人之債務得不附條件或期限。以上二說各具理由，比較言之，似前說爲當也。

## 第四篇 訴訟法

# 第一章 私權之救濟

## 第一節 救濟之機關

羅馬司法制度之特色卽有法律審(in iure)與事實審(in iudicio)之別，此直至提鶴克來的納史帝時始廢止之，今當分述之於左：

(一)法律審。法律審由國家官吏主持之。其職權爲決定訴訟之是否合法，宣布法律，並行使國家之強制力。此種官吏因時代而異。在王政時代，審判之權操於國王。迨王政改爲共和，總裁代之。至紀元前三百六十六年，設內事大法官，審理羅馬市民間之訴訟。此外內政官對於市場之糾紛，亦有管轄之權。後涉外案件漸多，乃於紀元前二百四十二年設外事大法官，審理羅馬市民與外國人間或外國人與外國人間之訴訟。大法官之人數時有增加，及共和時代之末已有十六人矣。至於羅馬外省之案件，則由其總督於各主要城市中定期審理之。帝制肇興，奧格斯脫史帝復設特種大法官審理關於信託，監護及國庫之訴訟。嗣君權日益擴大，大法官之權愈形縮小，司法制度一變。皇



帝握最高之審判權，由諮議會輔佐之。其下有衛隊督辦，為全國之上訴機關。初審案件，在羅馬屬於都市督辦，在外省則視其大小而定，三百元以上者屬於省長，不滿三百元者於市鎮歸警察官 (defensores) 審理，於鄉村歸簡易法官 (judices pedanei) 審理。

(二)事實審。除無爭議之案件如擬訴棄權外，一切訴訟經過法律審，再有事實審。此由人民主持之，其職權為調查事實而下裁判。主持事實審之人民可分為四種：①事實審理人 (iudex)。初須為元老院議員，後限制漸寬，大法官每年作成事實審理人名冊，凡編入者均有資格。每一案件之審理，由當事人就事實審理人名冊內選擇一人為事實審理人。如兩造意見不一，以抽籤之法決定之。事實審理人一經選擇，非有正當之理，不能拒絕，並於就職之始舉行宣誓，以昭慎重。②仲裁 (arbiter)。此與事實審理人同，不過其自由決斷之權較大，且有時得為數人耳。③會審員 (recuperatores)。初僅適用於涉外訴訟，後對於羅馬市民間之訴訟亦得行之。其人數須三人至五人，並不選自事實審理人名冊。④大審院 (centumvirs)。此乃常設機關，由各區人民每年推

舉代表三名組織而成，其人數於最多時竟達一百八十，職是之故，分爲四組，各司專職。大審院管轄之訴訟，以關於身分，市民法所有權及繼承者爲限。至提鶴克來的納史帝時，廢止以上四種制度，不問法律審與事實審，均由國家官吏執掌矣。

## 第二節 救濟之方法

私權救濟之方法有左列各種：

(一) 訴訟。山爾塞史曰：「訴訟者，依法定之程序而請求其應得之權利也」。訴訟之分類如左：

① 對物訴訟 (*actiones in rem*) 與對人訴訟 (*actiones in personam*)。此乃以請求救濟之權利而分。對物訴訟請求救濟之權利爲物權，身分權，家族權及繼承權；對人訴訟請求救濟之權利爲債權。前者從標的之所在得對於任何人提起，如 *actio negatoria*，後者僅得對於特定人提起，如 *actio empti*。對物訴訟亦稱爲 *vindicatio*，對人訴訟亦稱爲 *condictio*。介於此二種訴訟之間爲混合訴訟 (*actiones mixtae*)，兼有對物與對人之性質，大概用以分析共有財產及決定疆界，如 *actio familiae*

*erisoundae*。

- ② 市民法訴訟(*actiones civiles*)與大法官法訴訟(*actiones praetoriae*)。此乃以訴訟之淵源而分。市民訴訟根據市民法而生，如 *actio rei vindicatio*。大法官法訴訟根據大法官法而生，且用以改進市民法，其最著者有以下二類：① *actiones utiles*。此請求救濟之權利係類比市民法上權利而生，故為一種擬制，試舉例說明之。甲依交付將地一方讓與乙，非繼續占有二年，乙不能取得市民法所有權，若未滿二年而喪失該地，乙不能提起 *actio rei vindicatio*，但大法官法假定時效已完成而許其提起 *actio Publilianna*，是乃 *actio utiles* 之一種也。② *actiones in factum*。此完全根據事實而生，其請求救濟者既非市民法上權利，又非類似市民法上權利，若能提出一定事實而大法官視為應予以救濟者，即得起訴，試亦舉一例說明之。甲耕乙之地，約定如甲不付租金，乙得賣其農具充償，市民法不承認此種契約，雖甲不付租金，乙無法行使其權利，然如乙可證明該事實，大法官許其提起 *actio hypothecaria*，是乃 *actiones in factum* 之一種也。

③ 誠意訴訟 (*bona fidei iudicia*) 與嚴正訴訟 (*stricti juris iudicia*)。此以事實審理人之自由決斷權而分。在誠意訴訟，事實審理人之自由決斷權較大，得調查當事人有無惡意，宣告債權之抵銷並依正義而計算賠償金額。在嚴正訴訟，事實審理人無此種自由決斷權，須嚴格遵守法官之指示而為裁判。前者如 *actio mandati*，後者如 *actio ex stipulatu*。此外與誠意訴訟類似者有仲裁訴訟 (*actiones arbitrarie*)，其實事審由仲裁為之，亦有廣大之自由決斷權，不但能令被告歸還原物，且於其不服從時得科以罰金，如 *actio quod metus causa*。

④ 賠償訴訟 (*actiones prosectoriae*) 與罰金訴訟 (*actiones poenales*)。此乃以請求之標的而分。賠償訴訟請求原物之返還或損害之賠償，大概由物權及契約所生之訴訟屬於此類，如 *actio rei vindicatio*。罰金訴訟請求不法行為之罰金，大概由私犯所生之訴訟屬於此類，如 *actio furti*。

⑤ 永久訴訟 (*actiones perpetuae*) 與期限訴訟 (*actiones temporales*)。此以起訴之期間有無限制而分。永久訴訟得隨時提起之，期限訴訟須於法定期限內提起之。初根

據市民法，元老院決議及皇帝立法所生之訴訟皆爲永久訴訟；根據大法官法所生之訴訟皆爲期限訴訟。至紀元後四百二十四年，法律一變，卽永久訴訟之起訴期間亦有限制，以三十年爲原則，四十年爲例外。故嗣後所謂永久訴訟者指須於三十年或四十年內提起之訴訟而言，如 *actio confessoria*；所謂期限訴訟者指須於較短之期間內提起之訴訟而言，如 *actio rescissoria*。

⑤ 直接訴訟與間接訴訟。此以訴訟之被告而分。就原則而言，訴訟皆爲直接，在契約僅能對於訂約者起訴，在私犯僅能對於爲私犯者起訴。然上述原則有左列例外：

① 關於契約者。於左列情形，雖對於訂約者以外之人亦得起訴：

(甲) 對於無自主能力者之契約。此又可分爲五種情形：(子) 主人或家父授權於奴隸或家子與他人訂立契約者，他人就奴隸或家子所訂立契約得向主人或家父提起 *actio quod iussu*，而主人或家父須負全責。若事前未授權而事後承認者，亦同。所授之權不必特定，卽概括亦無不可。例如主人或家父令奴隸或家子爲經理時，若奴隸或家子因執行經理職務而與他人訂立契約，他人得向主人或家父

提起 *actio institoria*，以請求契約之履行。又主人或家父令奴隸或家子爲船長時，若奴隸或家子因執行船長職務而與他人訂立契約，他人得向主人或家父提起 *actio exercitoria*，以請求契約之履行。(丑)主人或家父給與一定財產於奴隸或家子，而奴隸或家子經主人或家父同意以之營商者，主人或家父對於奴隸或家子因營商所訂立之契約負責，不過其責任以給與之財產爲限。若此際主人或家父亦爲債權人，應將上述之財產，按自己及其他債權額比例分配之，如分配不公，得對之提起 *actio tributoria*。(寅)主人成家父給與一定財產於奴隸或家子而令其自由管理者，主人或家父於奴隸或家子管理財產限度內，就其與他人訂立之契約負責，他人得對之提起 *actio de peculio*。倘主人或家父亦爲債權人，有優先受償之權，得自奴隸或家子所管理財產內扣除自己債權而將其殘餘額償還債務。(卯)主人或家父因奴隸或家子與他人訂立契約而受利益者，主人或家父於其所受利益限度內有償還之義務，他人得對之棍起 *actio in rem verso*。

(乙)對於有自主能力者之契約。此可分爲四種情形：(子)商店主人對於經理與

他人訂立之契約負責，他人得向商店主人提起 *actio institoria*。(丑)船舶所有人對於船長與他人訂立之契約負責，他人得向船舶所有人提起 *actio exercitoria*。(寅)授權於他人與第三人訂立契約者，第三人就他人所訂立契約得對於授權人提起 *actio quasi institoria*，以請求契約之履行。(卯)未經委任而為他人之利益與第三人訂立契約，本人於所受利益之限度內負責，第三人得對之提起 *actio de in rem verso*。

② 關於私犯者。主人對於奴隸所為之私犯負責，被害人得向主人提起 *actio noxalis*，於此情形主人非委棄奴隸於被害人，須為金錢之賠償。主人對於其獸畜所加於他人之損害亦然。在古時此原則得適用於家父權下之家子，但後法律一變，家父不能委棄家子而免責，不過其責任以給與家子之財產為限。

(二)抗辯。訴訟為原告之救濟方法，然法律亦與被告以保護工具，此即抗辯是也。茲分三點述之：

① 意義。被告對於原告之請求有三種辯護方法：一為完全否認原告所提出之事實，

如原告云被告欠其千元，被告云未欠。一為承認原告所主張事實，但不認此事實所生之請求權，如原告云被告欠其千元，被告云已清償。一為抗辯 (*exceptiones*)，如原告云被告欠其千元，被告云原告依詐欺而取得債權。第一與第二種辯護方法提出之新事實，為訴訟性質所許，不問誠意訴訟或非誠意訴訟，雖未經被告主張而記載之於程式，事實審理人亦應調查之而為裁判。第三種辯護方法提出之新事實，不為訴訟性質所許，係獨立的，故除誠意訴訟外，被告須主張之而記載於程式；然後事實審理人始得調查之而為裁判。抗辯本為程式訴訟之辯護方法，迨非常訴訟興，抗辯之性質變更，凡否認原告請求權存在以外之辯護方法皆稱為抗辯。

② 種類。抗辯可分為二種：①定局抗辯 (*exceptiones peremptoriae*)。此指足以推翻原告請求之抗辯而言，如強迫抗辯。②遲延抗辯 (*exceptiones dilatoriae*)。此指並不推翻原告請求，不過使其於一定期間內不得為請求之抗辯而言，如被告以原告會依無形約束約定於一定期間內不為請求為抗辯。

③ 反應。原告對於被告之抗辯，亦可提出抗辯以反駁之，稱為反抗辯 (*replieatio*)。



被告對於原告之反抗辯，亦得提出再反抗辯(duplicatio)。

(三)令狀。以上所述者，乃一般私權救濟方法。然於情形急迫之際，通常程序太嫌遲緩，法律遂定迅速保護之方法，此即令狀是也。茲分二點述之：

① 意義。令狀者，大法官因當事人一造之聲請，使他造作為或不作為之命令也。若他造接受命令，程序即告終了，否則當繼之以通常訴訟，故有暫時性質。令狀為保護公益事項而設，於占有之糾紛適用最多。迨及優帝時，令狀歸併於一般訴訟程序，已喪失其固有之方式與性質矣。

② 種類。令狀有二種分類：①禁止令，返還令與提出令。禁止令者，禁止為某行為；返還令者，令其返還某物件；提出令者，令其提出某人或某物。②取得占有令，保護占有令與收回占有令。取得占有令者，以之取得占有；保護占有令者，以之保護占有；收回占有令者，以之收回喪失之占有。

(四)回復原狀。回復原狀者，因法律之嚴格適用而受有不利益，由大法官恢復其從前之狀態，以解除其不利益之謂也。回復原狀與令狀同為特別救濟方法，皆產自非常訴訟

，無須事實審理人之指定，不過回復原狀生永久效力，而令狀僅有暫時性質。欲請求此救濟，必備下列要件：①須受有不利利益。②請求者自己毫無過失。③所受之不利利益可以解除。④必須有應予救濟之情形如下：（甲）未成年。（乙）詐欺。（丙）強迫。（丁）錯誤。（戊）不在或其類似者如精神病，禁錮等。（己）其他因不可抵抗事變或他人過失而受損害之事由。

（五）自力救濟。羅馬古時有扣押式（*Pignoris capionem*）。此即對於特種債務，債權人未經法院之判決，得直接扣押債務人之財產，以充償債權。所謂特種債務者，例如兵士欠餉。迨後司法制度益完備，扣押式漸失用，自力救濟之爲法律所許者祇有緊急防衛。緊急防衛者，因情形急迫，法律不及保護，以己力排除現在不法侵害之謂也。保羅士曰：「以武力對付武力是合法」。然茲所謂緊急防衛者，乃消極的而非積極的，乃用以排除侵害而非填補損失。在馬卡史奧理立曷史帝時，法律規定凡藉武力自債務人取得其債權者，喪失該債權，自占有人取得其所有之物者，喪失該物之所有權。

## 第二章 訴訟之程序

### 第一節 引言

就訴訟之進行觀之，羅馬訴訟有七步驟：曰傳喚，曰保證，曰爭訟，曰審問，曰判決，曰上訴，曰執行。就訴訟之沿革觀之，羅馬訴訟有三期：曰法律訴訟 (*legis actio*)，此生於市民法；曰程式訴訟 (*formula*)，此生於大法官法；曰非常訴訟 (*extraordinaria iudicia*)，此生於皇帝之一般敕令。茲將訴訟各步驟之各期法律述之。

### 第二節 傳喚

依十二表法，傳喚爲個人之事，非當事人各提出其主張於法院，裁判官無管轄之權。故被告之到案，完全由原告引致之。若被告拒不前往，經第三人之證明，原告得拘捕之。嗣此爲大法官法修正，但傳喚仍由原告爲之，其不同者即倘被告拒不到案，則作爲犯罪而罰之。及馬卡史奧理立曷史帝時，傳喚祇須由原告正式通知被告以到庭日期已足。君士坦丁納史帝再改正傳喚程序，原告提出通知書於法院，然後法院以通知書送達於被告。至優帝時，傳喚

程序更求完備。原告應將起訴事由及請求繕寫訴狀 (*libellus conventionis*)，並須宣誓，向法院呈遞。法院收到訴狀而認為無瑕疵時，即命執行吏 (*executor*) 送達之於被告並通知其到庭。

### 第三節 保證

羅馬古昔，被告經原告傳喚後，非有人 (*videtur*) 保證其到案，即須清償原告之請求，否則不得釋放。在大法官法，對物訴訟與對人訴訟有別：如為對物訴訟，須供保證，被告及其保證人以要式口約担保到案依法辯護並遵守判決，敗訴時返還標的物或其價金，及於訴訟期間內不惡意損壞標的物 (*cautio iudicatum solvi*)。如為對人訴訟，除有特別情形外，不必立任何保證。迨及優帝時，無論對物訴訟或對人訴訟，被告皆須具保證，不過其目的為担保被告到案依法辯護並遵守判決而已 (*cautio iuratoria*)。至於此種保證之方式，照被告之身分而定，如為名人，祇須被告自己以無形約束約定到案足矣。

### 第四節 爭訟

爭訟 (*litis contestatio*) 者，決定原被兩造爭點之程序也。茲分述之於左：

(一)方式。爭訟之方式因時代而異：④法律訴訟時期。羅馬最古之訴訟爲神聖金式。在對物訴訟，爭物或其一部分須帶至法官前，原告握物，作嚴肅之語曰：「依羅馬固有之法律，此物爲余所有，現余置杖於其上」，言畢以杖觸之。若被告承認原告之請求或不爲抗辯，則該物卽爲原告所有，而訴訟完了。但被告有異議時，當述與上相同之言語並爲與上相同之行爲。此段程序稱爲「手搏」(manuum conseritio)，卽當事人爭執之意，而杖(vindicta)者乃所有之記號也。至是法官始干涉，令雙方放開其手(mittite ambo)，並表示其糾葛歸國家處理。再次爲賭賽金錢(sacramentum)。原告問曰：「汝有何權利爲此主張」？被告答曰：「余依羅馬之固有法律爲此主張」。原告又問曰：「汝敢賭賽五十亞斯否」？被告答曰：「可，余亦以詢汝」。兩造遂各提供所述之賭賽金，何造敗訴，沒收其金錢，作爲祭神之用。至於賭賽金之數額，則視爭物之價值而定，如爭物之價值未滿一千亞斯，賭賽金爲五十亞斯，如爭物之價值已滿一千亞斯，賭賽金爲五百亞斯。最後由法官決定判決以前之爭物保管人而爭訟時期終結。在對人訴訟，其程序較爲簡單，原告謂被告曰：「余確言汝負余某債」。若被

告承認原告之主張或不爲抗辯，則請求即成立，而訴訟完畢。然被告有爭執時，雙方應提供賭賽金如上。神聖金式爲一般之訴訟程序，惟對於決定疆界，分析共有財產等情形複雜案件，適用不便，於是遂有特別訴訟程序之規定，稱爲請求指定事實審理人式 (*Judicis postulatio*)，於此原告祇須在法官前陳述法令所規定之一定事實，並以嚴肅之言語要求事實審理人之指定，而爭訟時期終結。後對於一定金額之請求返還及一定物之請求返還，復有請求返還式 (*condictio*)，其程序首由原告與被告在法官前以要式口約約定敗訴一造應付勝訴一造請求金額或標的物價金三分之一罰金，次由原告以莊言通知被告於三十日期限之末日出庭，聽候指定事實審理人審理案件，而爭訟時期終結。以上三種訴訟皆爲法律訴訟，其缺點有四：十分注重形式，當事人必嚴守法律之文句，稍有錯誤，即遭敗訴，一也。手續繁重，行使不便，二也。僅羅馬市民能援用，外國人無此權利，三也。適用範圍甚小，不能應新環境之需要，四也。②程式訴訟時期。程式訴訟由外事大法官所創設，後經阿皮梯亞法（關於其制定時間，學者意見不一，伏哀脫謂制定於紀元前二百四十一年至二百三十七年間，但多數學者謂制定

於紀元前一百六十年左右）確認，至奧格斯利史帝時欲利亞法（*Lex Julia*）以之爲羅馬之一般訴訟程，其特色在於法官根據兩造當事人之陳迹而作成之程式（*formula*），內記載下列事項：甲）*institutio iudicis*。此爲事實審理人之設定。（乙）*demonstratio*。此記載雙方之爭執問題。（丙）*intentio*。此說明原告之請求。（丁）*exceptio*。此即被告提出之抗辯，如有反抗辯，或再反抗辯，亦得一併附記之。（戊）*condemnatio*。此乃判決之指示。通常命事實審理人爲金錢給付之處分，然其數額不必確定，或僅定一最高額，或完全由事實審人酌量情形而定，均無不可。此原則有二例外：（子）在分析遺產或共有物之訴及決定疆界之訴，令事實審理人爲分配裁判。（丑）在對物訴訟，有時令事實審理人先使被告返還標的物於原告，若不服從，則處以若干罰金。程式不似法律訴訟，未受法律之嚴格規定，得隨環境之需要而變更，乃改良羅馬法之最大工具也。③非常訴訟時期。自哈特來納史令起，程式訴訟漸漸失用，至紀元後二百九十四年，正式代之以非常訴訟。其爭訟程序較前簡易寬大，通常由被告呈遞辯訴狀（*libellus contraditionis*）而完成。在辯訴狀內，或否認原告請求權之存在，或提出

抗辯。對於抗辯，得有反抗辯及再反抗辯，如是則爭訟時期不免稍長矣。

(二)效力。在法律訴訟與程式訴訟，爭訟時期之經過為法律審之終結，事實審之開始，故十分重要，生以下效果：①就同一案件，不得再行起訴。②時效中斷。③判決之效力溯及於兩造當事人爭執確定之時。④原債務消滅而新債務產生。⑤在程式訴訟，判決通常以金錢計算之，故非以金錢為目的之訴訟，於爭訟時期後，變為以金錢為目的之訴訟。⑥對人私犯之訴訟，以不移轉於被害者之繼承人為原則，但若被害者於生存中起訴，經過爭訟時期而死亡者，其繼承人得繼續訴訟。⑦在有保證人之債務，如債權人對於保證人之一人或主債務人起訴，其他保證人或主債務人之債務消滅。⑧不能轉讓爭物於他人。在非常訴訟，既無法律審與事實審之區別，爭訟時期之經過不似從前之重要，上述效力亦有變更：例如優帝之世，時效因起訴而中斷，非因爭訟時期經過而中斷。又在非常訴訟，判決並不一定以金錢計算，故非以錢為目的之債務未必於爭訟時期後變為以金錢為目的之債務。再者優帝時雖已對於保證人之一人或主債務人起訴而經過爭訟時期，債權人仍得對於其他保證人及主債務人起訴。



## 第五節 審問

在法律訴訟與程式訴訟，審問由事實審理人爲之；在非常訴訟，審問由國家官吏爲之。初審問無一定格式，但後漸有許多規則產生，大半皆關於證據，茲分述之於次：（一）舉證之責任。凡主張事實者負舉證之責任，但推定或自認爲事實，則不在此限。推定爲事實可別爲二類：曰事實上之推定（*Præsumptiones facti*），此即從一事實推定另一事實，如從交通之斷絕推定原被告兩造之難往來。曰法律上之推定，此又得分爲相對的（*præsumptiones juris*）與絕對的（*præsumptiones juris et de jure*）二種：前者如法律推定動產之占有者爲所有人，後者如法律認離婚後經過十個月以上所生之子非爲夫之婚生之子。事實上推定之事實與法律上推定之相對的事實，均得提出反證而駁斥之。法律上推定之絕對的事實，不得提出反證而駁斥之。自認之事實者，當事人一造主張之事實而經他造承認之謂。如被告接受原告之請求，有判決之效力，可逕爲執行。（二）證據之准許。提出證據有下列限制：①證人祇能陳述事實，不得表示意見，但鑑定筆跡，不在此限。②僅與本案有關係之證據始可提出。③書狀之原本存在時，勿許以其抄本爲證明。④不能以口供變更書狀之記載。⑤傳聞通常無證據效力。

(三)證據之種類。證據有二種：①書證。書狀有公私之別，前者之效力優於後者。欲辨別書狀之真偽，先視其有無證明人。有證明人者，傳喚證明人，如證明人已死亡，則比較其簽名之筆跡。無證明人者，以該書狀與同一人作成之其他書狀比較筆跡。凡得為證人者所執之書狀，均可要求其提出，作為證據。通常當事人一造不能要求他造提出所執之書狀，但銀行或金錢貸放者訴追欠款時，債務人得為此要求。②證人。一切人均得為證人。對此原則有二例外：曰絕對不能為證人者，例如未適婚年者，精神病者，犯罪者，雇傭角鬥者，賣淫者，不名譽者等。曰相對不能為證人者，例如當事人一造與他造，訴訟代理人與當事人，父與子，奴隸與主人，解放的自由人與恩主等。傳喚證人由法院發傳票為之。請求傳喚證人之當事人應付證人之旅費。不論何人不能拒絕為證人，但年老者，患病者，兵士，主教，長官及因公務而他出者，不在此限。自君士坦丁納史帝起，證人於為證言之前，須宣誓。訊問證人由法官為之，但當事人或其代理人亦得發問。僅奴隸可以刑罰取口供。(四)證據力。書證優於人證。須有二證人始能證明一事實。估計口供之證據力，應注意證人之信用。如證據相等而對於一事實發生懷疑時，當為有利於被告之推定。(五)證據與請求。程式訴訟證據與

請求之不符(*Plus Petitio*)爲重大瑕疵。如原告所能證明者小於其請求，即遭敗訴，且不能再請求。如原告所能證明者超過其請求，祇能取得其請求額。此項嚴厲規定後爲非常訴訟廢止，於是若證據與請求不符，法官祇須爲請求之增減耳。

### 第六節 判決

在法律訴訟與程式訴訟，判決由事實審理人爲之；在非常訴訟，判決由國家官吏爲之。倘原告勝訴，判決與其*actio iudicati*，以之於被告不履行判決時原告得請求執行。倘被告勝訴，判決與其*exceptio iudicati*，以之被告得拒絕原告再提起同一之訴。

### 第七節 上訴

帝政時代以前，雖有時人民得上訴至民會，然大都關於刑事方面，至奧格斯脫史帝之朝始確立上訴制度。凡不服初審判決者，或於宣判時或於宣判後十日內向原審法院聲明上訴。如於宣判時聲明上訴，祇須口頭爲之。如於宣判聲後明上訴，須繕寫上訴狀(*libellus appellatorius*)，內記載當事人姓名，原判決及上訴理由，由原審法院送交上訴機關。同時原審法院亦應以上訴事項通知上訴機關，此種通知通常稱爲*apostoli*，但若上訴機關爲皇帝，則稱爲

relatio。上訴人須提供担保，以備上訴駁回時罰金之給付。原審法院不得拒絕上訴，否則當處以罰金。於三十日內原審法院應將一切案卷送交上訴機關。上訴人得提出新證據及新理由。上訴有停止執行之效力。上訴駁回時，上訴人當付被上訴人所支出費用四倍之罰金，後法律一變，上訴人應付之罰金當由法官酌量情形而定。

### 第八節 執行

羅馬古昔，執行用拿捕式（*manus injectio*），債務人應於判決確定後三十日內清償債務，否則債權人得拘捕之，帶其至法官前，責其歸還，如債務人無力清償，且亦未有人為其保證者，債權人得拘捕其至家，於六十日內三次牽其至市場，宣布其所負之債務，催告他人代其歸還或為其保證。若屆限仍無人代其清償或為其保證者，原告得賣却之，殺戮之或使其為自己之奴隸。此制十分殘酷，至紀元前三百十三年，經法律修正，禁止殺戮債務人或賣却之為奴隸。然債權人仍得管收之，不過不得視其為奴隸而加以虐待，且須許其隨時清償債務或提供担保而恢復自由。以上所述，皆為對於人之執行，迨及大法官法，始得對於物執行，因債權人之聲請，大法官發占有財產令（*missio in bona*），使債權人占有債務人之全部財產，

並公告其拍賣。此占有繼續至三十日（如債務人生存）或十五日（如債務人死亡），在此期間內其他債權人亦可參加。屆限召集債權人會議，選舉一人為全體之代表（*magister*）。十日或五日後，代表規定整個的拍賣債務人全部財產之條件，再過二十日或十日拍賣實行。買受人（*bonorum emptor*）有清償債權人債權若干成之義務，凡清償成數最大者拍得債務人之全部財產。於此情形，宣告債務人破產。欲避免此種處分，方法有二：一為債務人請求大法官指定財產管理人（*curator*），由其執管債務人之全部財產，而分別拍賣之，以其價金比例清償各債權人，若有剩餘，歸債務人所有。一為債務人自願委棄其全部財產於債權人，斯時除不受破產恥之處分外，且得保留生活必需品並免除收管。至非常訴訟，法律再一變，執行係對於債務人之特定物為之，不影響其全部財產。

### 第二章 訴訟代理人

羅馬古昔，除少數例外如保護人得代被保護人起訴等，無訴訟代理可言。迨及程式訴訟，法律稍有更改，兩造當事人均得有代理人（*cognitor*），其選任須於開庭時對造當事人前為

之，且必述一定言語，但被選任者無須到場，而判決對於當事人爲之。後又有所謂 *Procurator* 者，其選任不必於開庭時對造當事人前爲之，亦無須述一定言語，僅選任者與被選者之合意已足，惟應用 *procurator* 之名義，判決亦對其爲之，故必供担保。後法律再一變，如 *procurator* 能證明當事之人委任，得以訴訟代理人之資格起訴或被訴，而判決直接對於當事人爲之，與今之訴訟代理相同矣。

經馬法

