

丘漢平著

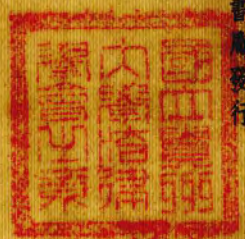
上海法學編譯社編輯  
會文堂新記書局發行

羅

馬

法

下冊



09079

中華民國二十六年一月再版

**作有  
權著**

**總發行所**  
**分發行所**

上海  
北平 漢口 廣州  
河南 馬首 三路  
湖北 漢陽 北街  
廣東 廣州 永漢路  
湖南 長沙 永漢路  
安徽 蕪湖 永漢路  
江西 九江 永漢路  
福建 廈門 永漢路  
浙江 杭州 永漢路  
山東 濟南 永漢路  
山西 太原 永漢路  
陝西 西安 永漢路  
四川 成都 永漢路  
雲南 昆明 永漢路  
貴州 貴陽 永漢路  
廣西 柳州 永漢路  
海南 海口 永漢路

著 者 人  
發 行 人  
印 刷 所

羅 馬 法  
全書  
二冊

**會文堂新記書局**  
**會文堂新記書局**  
**會文堂新記書局**

徐 寶 魯  
上海河南路三二五號  
丘 漢 平  
海 漢 平  
社

費加本

# 羅馬法下冊目錄

↓  
6(2)  
5

## 本論 中篇 物法

第十七章 物之意義	三一九
第十八章 物之種類	三二一
第一節 非交易物	三二一
第二節 交易物	三二五
第十九章 物權之內容	三三三
第二十章 所有權	三三四
第一節 所有權之觀念	三三四
第二節 所有權之演進	三三六

目 錄

一

第三節 所有權之取得.....三四二

第四節 市民法之取得方法.....三四三

第一項 擬訴棄權.....三四四

第二項 曼金帕地荷買賣式.....三四六

第三項 時效取得.....三五二

第四項 贈與.....三六一

第五項 分配裁判.....三六五

第六項 法定取得.....三六七

第五節 萬民法之取得方法.....三六七

第一項 先占.....三六七

第二項 添附.....三六八

第三項 加工.....三七三

第四項	埋藏物發現.....	三七七
第五項	孳息.....	三八一
第六項	引渡.....	三八五
第六節	所有權之保護.....	三九一
第二十一章	占有.....	四一〇
第一節	占有之意義.....	四一〇
第二節	占有之取得.....	四一四
第三節	占有之要素.....	四一七
第四節	占有之性質.....	四一八
第五節	占有之保護.....	四一九
第六節	占有之喪失.....	四二三
第二十二章	他物權之意義.....	四二八

第二十二章 役權……………四二九

第一節 役權之意義……………四二九

第二節 役權之性質及其與債權之異殊……………四三〇

第三節 役權之一般原則……………四三一

第四節 役權之種類……………四三二

第一項 地役權……………四三三

第二項 人役權……………四三四

第五節 役權之設定……………四五〇

第一項 設定人之資格……………四五〇

第二項 取得役權人之資格……………四五一

第三項 役權之設定方式……………四五二

第六節 役權之消滅……………四五五

第七節	役權之效力	四五六
第二十四章	永佃權	四六四
第一節	永佃權之性質	四六四
第二節	永佃權人之權利	四六五
第三節	永佃權人之義務	四六七
第四節	永佃權之設定	四六八
第五節	永佃權之消滅	四六九
第六節	永佃權與地役權之區別	四七一
第二十五章	地上權	四七五
第一節	地上權之性質	四七五
第二節	地上權人之權利義務	四七六
第三節	地上權之設定	四七七

第四節 地上權之消滅..... 四七八

第二十六章 質權..... 四八〇

第一節 質權之性質..... 四八〇

第二節 質權之沿革..... 四八二

第三節 質權之設定..... 四八七

第一項 基於當事人之意思..... 四八七

第二項 基於法律上之原因..... 四八八

第三項 基於審判上之行為..... 四九一

第四節 質權之效力..... 四九二

第一項 出質人之權利..... 四九二

第二項 質權人之權利..... 四九四

第三項 優先質權..... 四九六



第五節 質權之保護.....	四九九
第六節 質權之消滅.....	五〇一
第二十七章 概括繼承之通則.....	五〇七
第一節 概括繼承之意義.....	五〇七
第二節 概括繼承之性質.....	五〇九
第三節 遺產之待繼.....	五一〇
第四節 概括繼承人之種類.....	五一一
第一項 家屬繼承人.....	五一一
第二項 家外繼承人.....	五一四
第五節 遺產占有制.....	五一六
第一項 遺產占有制之性質及其由來.....	五一六
第二項 遺產占有制之種類.....	五二二

第二十八章 法定繼承……………五二五

第一節 自由人之繼承制……………五二六

第二節 解放自由人之繼承制……………五三七

第二十九章 遺囑繼承……………五四三

第一節 遺囑之方式……………五四三

第二節 遺囑能力……………五五二

第一項 遺囑之積極能力……………五五二

第二項 遺囑之消極能力……………五五四

第三節 遺囑繼承人之設定……………五五六

第四節 補充繼承人……………五五八

第一項 普通補充繼承……………五五九

第二項 未成年補充繼承……………五六〇

第三項 準未成年入補充繼承·····	五六一
第五節 遺囑之效力·····	五六二
第六節 遺囑之限制·····	五六五
第三十章 繼承確定之效力·····	五七七
第三十一章 遺贈·····	五八〇
第一節 遺贈之性質·····	五八〇
第二節 遺贈之方式·····	五八一
第三節 遺贈之標的·····	五八五
第四節 遺贈數額之限制·····	五八八
第五節 遺贈之失效·····	五九〇
第三十二章 信託·····	五九四
第一節 信託之意義·····	五九四

第二節 遺贈與信託之一致	五九六
第三節 信託之種類	五九九
第一項 特定物信託	五九九
第二項 遺產信託	六〇〇
第三十三章 債之概念	六〇四
第一節 債之意義	六〇四
第二節 債之性質	六〇六
第二十四章 債之標的	六〇九
第二十五章 債之發生——契約	六一二
第一節 契約之要件	六一二
第二節 契約之種類	六一四
第三節 要物契約	六一五

第一項	消費借貸	六一五
第二項	使用借貸	六一七
第三項	寄託	六一九
第四項	質權契約	六二二
第四節	口頭契約	六二三
第一項	性質	六二四
第二項	發生	六二六
第三項	效力	六三〇
第五節	文書契約	六三一
第六節	合意契約	六三五
第一項	買賣	六三五
第二項	質借貸	六四五

第三項 合夥.....	六五四
第四項 委任.....	六五九
第七節 無名契約.....	六六六
第一項 無名契約之種類.....	六六七
第二項 互易.....	六六八
第三項 行紀.....	六六九
第四項 和解.....	六七〇
第八節 合約.....	六七一
第一項 附加合約.....	六七一
第二項 裁判官法合約.....	六七二
第三項 法定合約.....	六七五
第九節 自然債務.....	六七六

第三十六章 債之發生——準契約……………六九四

第一節 無因管理……………六九五

第二節 共有……………六九八

第三節 債務履行之錯誤……………七〇〇

第四節 條件不成就之返還……………七〇二

第五節 不法原因……………七〇二

第三十七章 債之發生——侵權……………七〇七

第一節 竊盜……………七〇八

第二節 強盜……………七一—

第三節 財產權之侵害……………七二三

第四節 屬人權之侵害……………七一五

第五節 脅迫……………七一八

第六節 詐欺.....七二〇

第二十八章 債之發生——準侵權.....七三二

第一節 承審員職務上所爲之損害.....七三三

第二節 拋棄物件所致之損害.....七三三

第三節 懸掛物件所致之損害.....七三四

第四節 運送人館舍及馬廐主人所致之損害.....七三四

第五節 家主對於奴隸侵權行爲之損害賠償責任.....七三六

第六節 動物所有人之損害賠償責任.....七三七

第二十九章 附帶責任.....七四二

第一節 家父對家子或奴隸所爲契約之附帶責任.....七四二

第二節 本人對代理人所爲契約之附帶責任.....七四五

第四十章 債之移轉.....七四八



第一節	債務之移轉	七四八
第二節	債權之移轉	七四九
第一項	沿革	七四九
第二項	效力	七五二
第四十一章	債之消滅	七五四
第一節	清償	七五五
第二節	給付不能	七五九
第三節	提存	七五九
第四節	免除	七六〇
第一項	正式免除—即市民法上之方式	七六一
第二項	略式免除—裁判官法上之方式	七六三
第五節	抵銷	七六四

第六節 混同.....	七六六
第七節 更改.....	七六七
第八節 當事人之死亡.....	七六九
第九節 無償原因之競合.....	七六九
第十節 消滅時效.....	七七〇
第十一節 人格減等.....	七七一
第十二節 爭訟.....	七七一

## 本論 下篇 訴訟法

第四十二章 法院之編制.....	七八一
第一節 民事法院.....	七八一
第一項 管轄.....	七八一

第二項	編制	七八二
第二節	刑事法院	七九五
第四十三章	共和時代—法律訴訟之程序	八〇五
第一節	法律訴訟之特徵	八〇六
第一項	嚴格與形式	八〇六
第二項	法律審理與事實審理	八〇七
第二節	法律訴訟之方式	八〇八
第一項	提供醫金之訴	八〇九
第二項	實施拘押之訴	八一—
第三項	實施扣押之訴	八一三
第四項	通知返還之訴	八一五
第五項	請求指定承審員之訴	八一六

第三節 法律訴訟程序之缺陷……………八一六

第四十四章 帝政前期——程式訴訟之程序……………八二五

第一節 程式訴訟之由來……………八二五

第二節 程式訴訟之程序……………八二八

第一項 傳喚……………八二九

第二項 審理……………八三〇

第三項 爭訟……………八三二

第四項 執行……………八三四

第三節 程式之內容……………八三七

第四節 程式之種類……………八四二

第一項 市民法與裁判官法之訴訟程式……………八四二

第二項 對物訴訟與對人訴訟之程式……………八四五

第三項	善意訴訟與非善意訴訟之程式	八四六
第五節	裁判官之命令	八四八
第一項	回復原狀之命令	八四九
第二項	指定占有之命令	八五〇
第三項	成立口約之命令	八五一
第六節	禁令	八五二
第一項	禁令之程序	八五三
第二項	禁令之種類	八五四
第四十五章	帝政後期——特別訴訟之程序	八七〇
第一節	緒論	八七〇
第二節	傳喚制度之改革	八七三
第三節	審理制度之改革	八七六

羅馬法

第四節	上訴	八七八
第五節	執行	八七九
第六節	訴訟代理人	八八〇

# 本論 中篇 物法

## 第十七章 物之意義

人格權爲享受權利負擔義務之先決條件，故凡有獨立人格者，皆爲權利義務之主體。權利云云，在羅馬法上實指「物權」而言，易言之，凡權利得以金錢評價者均屬之（註一）。職是之故，在人法中所述之權利，因其不能以金錢評價，自無物權之可言，如自由權是。顧自由權雖爲人格權最重要原素，然不能以金錢評價之。至於主人對於奴隸之所有權使用權等，則爲物權（*ius rerum*）（註二）。

由上觀之，羅馬法上之所謂「物」（*res*），要以爲一種之資財或財富而言。空氣也，海洋也，俱不失爲物，不過爲一種共同物耳。（*res communes*）故吾人研究羅馬法，不可不明羅馬人之所謂物，乃以有法律上之金錢價值言耳。

物既不限於有形之物，於是範圍之所及甚廣，而與近代所謂物異其意義。近代私法，分權利爲二：曰物，曰債，前者基於物質，後者基於行爲。然在羅馬法上，則物權之範圍分爲對世權 (*jura in rem*) 與對人權 (*jura in personam*) 而與訴訟法上之對物訴訟 (*actio in rem*) 與對人訴訟 (*actio in personam*) 固無稍異也。惟此種分類，實有未當。如遺產一項，不但爲對世權，且亦爲對人權。吾人將何以區分之？故物權之分類，自羅馬法以至現代，仍無絕對之標準。此不可不注意也。

今人所謂物權，單以對世權爲限。至於對人權則視爲債權，而非入於物權之列。然羅馬人之觀念則不然，彼以權利爲可以金錢評價者，皆稱爲物，不問其爲有形無形，對世對人也（註三）。故物權之意義較現代之觀念爲廣（註四）。

（註一） Moyle, *Inst. Just.*, p. 187.

（註二） D. 50.17. 103.

（註三） 參見 Buckland, *Main Institutions, etc.*, p. 91; *Text-Book, etc.*, p. 182; Sohm, *Insti-*



tutes, etc., p. 302; Leage p. 117 sqq.

(註四) Austin, Jurisprudence, I, 708 sqq.

## 第十八章 物之種類

物之種類 依交易之標準，得分爲「交易物」(*res commercium*)與「非交易物」(*res extra commercium*)前者入於私權之範圍，後者則否，今請分述之(註一)。

### 第一節 非交易物

非交易物者，即物之不能設置私權也。此又可分爲三類：一曰神用物，一曰公有物，一曰共用物。

一、神用物 神用物 (*res divini juris*) 者，即供宗教上或神道上使用之物也。又可分爲神聖物，(*res sacrae*) 神護物，(*res sancta*) 神息物 (*res religiosae*)。

本論 中篇 物法 第十八章 物之種類

(甲)神聖物者，謂依法定程序或經正式儀式供與神用之物也。(註二)如教堂廟堂地基以及其內部一切設備等是。倘教堂房屋倒塌，地基仍爲神聖物。廟堂內財物因其爲非交易物，故無犯竊盜罪之可能(註三)。在優帝之時，神聖物漸有限制之交易性，則可因贖俘虜或其類似之行爲而售賣也(註四)。

(乙)神護物者，受神保護之物也。如城垣城門等是。凡有損壞之者，則處以重刑。此等物在私法上無甚重要。惟城垣城門何以不屬於市府，殊難索解(註五)。抑以城垣城門爲一市防禦之所繫，而視爲神護物歟？

(丙)神息物者，用以供神安息之物也。墳墓葬地屬之。神息物猶如神聖物，俱不得交易移轉。然土地如何始一變爲神息物，亦爲吾人所亟欲知者。依羅馬法之規定，埋葬須爲合法，否則，土地並不因埋葬而變爲神息物(註六)。所謂合法，不但埋葬者須爲埋葬地之所有人，且其尸首亦須爲埋葬者有負埋葬之義務。(註七)惟埋葬尸首於他人之土地，若經其同意後，埋葬地亦視爲神息物。故羅馬法一方保護土地所有權之排除性，一方却承認當事人間意思

之效力也。例如埋葬之時未經徵得土地所有人之同意，但事後亦可請求其追認而將埋葬地變爲神息物。（註八）此外又有一問題，則埋葬地視爲神息物之範圍究如何劃定。羅馬法規定以尸首埋葬佔據之地爲限，但若有墓穴者，則以墓穴之週圍爲神息物也（註九）。埋葬地既爲非交易物，於是土地之轉移，不影響於墳地，而不入於私權之範圍（註十）。若買主善意購入該項土地而不知悉其有墳地時，得要求減低價格。（註十一）

二、共用物 (*res communes*) 共用物者，謂公共享用之物也，如空氣，流水，海洋，海岸等是。海岸爲衆人所共用，無論何人不得建築房屋於其上。然若祇爲一時之使用搭蓋草棚或其他臨時建築物者，則視爲使用海洋之一種權利。不過在海岸上搭蓋棚屋，應事前得到官署之許可耳。此類棚屋雖附着於海岸，但海岸并不因之而變爲私有。棚屋所有人之所有權祇及於棚屋而已，海岸土地不與焉。若日後棚屋拆毀或被風浪吹倒，棚屋所佔據之海岸地仍爲共用土地也（註十二）。

三、公有物 (*res publicae*) 公有物者，謂公共享有之物也。其與共用物不同之點，即

共用物爲無主物，而公有物即屬於羅馬人民全體也。以其屬於羅馬人民全體所有，故公有物不得爲私人所佔有。逮帝政初期，羅馬人民全體之觀念漸爲皇權所併吞，普天之下，莫非王土，羅馬國家由是入於專制政體，一切設施均出於皇帝意旨。往之以國家爲人民全體所有者，今則視爲皇帝所有。吾人於述國庫一節中，已爲論及，茲不復贅。

其在初時，地方自治團體首爲羅馬法認許具有獨立之人格，遂爲權利義務之主體。於是舉凡地方上之公有物如道路，港灣等，皆爲地方自治團體所有，非任何個人得私爲佔有。迨優帝之朝，公有物又分爲交易物與非交易物。凡非直接爲公共之利益或使用者，概視爲交易物，例如維持學校之用具，修理道路之器具等是。反之，凡物直接充公共之使用者，如公路，公地，河川等，則爲公有物，不能爲私權之支配也（註十三）。

此外又有所謂法人所有物（*Res universitates*）者，其性質殆與公有物相同。優帝時，市府在法律上具有獨立之人格。故凡市府所有之戲院，運動場，公園等，皆屬於市府，而人民均得使用也，準斯以談，則社團（*Collegia*）之財產，當亦屬於此類矣（註十四）。

## 第二節 交易物

交易物者，(res in commercio) 謂得爲私法上之買賣取得轉讓之物也。依此標準，交易物得分爲四種：曰有主物與無主物，曰消費物與非消費物，曰替代物與非替代物，曰可分物與不可分物。此外又可依市民法與萬民法所有權取得之不同，分爲要式交易物與非要式交易物。優帝更以物之有形無形而分物爲有體物與無體物。請依次分述之。

一、有主物與無主物 有主物者，謂物已爲人所有也。有主物得分爲公有與私有。公有物之所有權屬於一定之團體，如國家，而其使用則爲衆人也。私有物則爲各個人所有，依法有自由處分及用益也。至於無主物，(res nullius) 則物未被任何人取得所有權，有得爲交易物與非交易物之別。如神用物爲無主物，但爲非交易物。荒山之野獸同爲無主物，然可取得所有權，以其爲交易物也(註十五)。

二、消費物與非消費物 消費物者(res consumptibles)，謂物因使用而消耗也。如米

，穀，麵粉等是。此種消費物，無所謂使用權，蓋一經使用，即消費其物之存在也。他如金錢，雖不能爲物質之消耗，然其性質則與食糧等同。因金錢使用後，不能辨別其原物。例如甲以乙之款還丙，丙接到款後，乙不能強使丙返還原有貨幣，其唯一之請求權爲向甲索還款項也。故金錢之爲物，過手則成消耗，無辨別之可能。

至於非消費物 (*res inconsumptibiles*)，其性質與消費物迥異。凡物經使用而不即失其原質者，謂爲非消費物。例如椅桌房屋等是。椅桌不因使用一次二次而消耗，房屋不因租賃居住而消耗。其與酒米之性質不同，至爲明瞭。或謂椅桌雖不因使用而消耗，然經過長久之使用，不無發生磨損情事。但此種磨損，爲物之一種折舊損失，不得視爲消耗也(註十六)。

三、替代物與非替代物 替代物 (*res fungibiles*) 者，謂物屬於同種類或同數量也。如穀物酒油蛋菓煙等是。此項替代物，皆以同種類或同數量爲準。設甲向乙借到米十石，則甲對乙所負之義務爲返還乙同種類之米十石。替代物殆皆爲消費物，以其爲消費物，故僅返還同類之物也。其與非替代物 (*res non-fungibiles*) 之性質不同。凡屬於特定之物而不得以他

物替代者，屬之。如甲向乙租用白馬一匹，甲於租賃滿時應將原有白馬返還與乙，不得以他種白馬替代之。替代物與非替代物之區別，要以其是否以種類或數量為標準。有時亦可由當事人之意思約定之（註十七）。

四、可分物與不可分物 可分物 (*res divisibiles*) 者，依物之性質可以分割而不損害其價值也。如土地，酒布等是。然此等可分物，若經分割之後而失其用途者，則視為不可分物矣。例如一塊土地，經分割後，將全無所用是。不可分物 (*res indivisibiles*) 與可分物之性質，羅馬法既以經濟價值為主要標準，故凡關於共有物之分割問題，聽由裁判官決定之。其能分割者，固無問題。不能分割者，則另設辦法，吾人將於所有權之取得一章中述之（註十八）。

五、要式交易物與非要式交易物 古代羅馬，交易物之移轉買賣，必須履行一定之方式，否則，不發生效力。此等依要式移轉之交易物，稱曰 *res mancipi*；其無須要式移轉者，稱曰 *res nec mancipi*。「曼奇比」者，謂以手取物也（註十九）。

要式交易物，在羅馬古代，以能取得私有權爲限。其後漸爲買賣之法定方式，而形成「曼奇帕地荷」(Mancipatio) 之要式買賣，以爲移轉物權之唯一有效方法，優帝始爲廢止。所謂要式交易物者，乃以買賣之成立，須履行一定之方式也。其非要式交易物則否。依要式買賣取得之所有權，稱曰完全所有權，即市民法所承認之合法所有權也。嘗考此種嚴重煩瑣買賣方式之由來，乃因古羅馬係一農業社會，視農具牲畜等物爲莫大之財富。試觀羅馬之要式交易物種類，則可徵信。蓋此等農具牲畜之買賣，於一社會之生活極有影響，不能草率了事。當履行買賣儀式時，不但須有證人五名到場，且當事人之兩方，必須親自到場，不能推舉他人代表之。尤有進之，外國人除賦與交易權者外，概行禁止取得要式交易物之所有權。

要式交易物可分爲動產與不動產二者：前者之買賣移轉，以在羅馬國內爲限；後者之買賣移轉則限於羅馬市之土地，其後擴至意大利土地；且買主必須爲羅馬市民，否則，所有權并不隨之轉移。逮帝政初期，要式交易物分爲四項：一、意大利土地，二、田野地役，（以



意大利土地爲限)，三、奴隸，四、載負牲畜。此四者爲羅馬農業之要具，非依「曼奇帕地荷」之方式不生物權之轉移也（註二十）。

六、有體物與無體物 優帝又將物之分類依物體之性質分爲有體物 (*Res corporales*) 與無體物。 (*Res incorporales*) 凡物具有實體之存在而可觸知者，謂之有體物，簡言之，卽具有形態之物也。 (*Quae tangi possunt*) 其無實體之存在者，謂之無體物，以其無形態也（註二十一）。 (*Quae tangi non possunt*) 此種區別，驟觀之，似甚簡單：有體物爲實體物，無體物爲抽象物。權利乃爲抽象物，故屬於無體物（註二十二）。然所有權之爲物也，既無形態之存在，又不能觸知之，依邏輯上之效果，當然爲無體物矣。詎羅馬人之見解適反乎是耶？彼以所有權 (*Dominium*) 爲有體物，而否認其爲無體物。吾人不亦將大惑不解乎？曰非也。所有權雖爲抽象之觀念，然必隨物而存在。古代人民，所有權云云，謂物具有完整之利益處分等權利，彼固未嘗視爲抽象之觀念。若吾人以此爲觀點，則羅馬人之觀念未可厚非也。

無體物雖以無形態之物體而言，然亦以有金錢評價者爲限。故人法中之自由權，家屬權，監護權等等，固爲無形體之存在，但非物件中之物也（註二十三）。依此言之，所謂無體物，不外役權，承繼權，債權三者而已。債權之爲無體物，吾人已略述於前，茲不復贅（註二十四）。

七、動產與不動產 近代民法，以動產與不動產爲區別物之重要分類。然在羅馬法，則視爲次要。動產 (*Res mobiles*) 云者，物得以實體占有且能移動也。如椅桌米穀牲畜等是。至於不動產，(*Res immobiles*) 不但難以實體占有，且不能移動自如也。羅馬法上之不動產爲土地，而土地又有意大利土地 (*Solum italicum*) 與外府土地 (*Solum provinciale*) 之分。逮優帝之朝，始行廢弛（註二十五）。

土地之外，建築物亦爲不動產，簡言之，卽土地之定着物皆不動產也。此與近代法律無異。

（註一）詳見 G. 2. 1-17; Inst. 2. 1. 2; D. 1. 8; Westphal, System des Röm. Rechts, Leipzig

1788; Buckland, Text-Book, etc, p. 184 sqq.

(註一) G. 2. 5; D. 1. 8. 91.

(註二) Mommsen, Strafr., p. 762.

(註三) Inst. 2. 1. 8; C. 1. 2. 21.

(註四) D. 1. 8. 8. 9.

(註五) G. 2. 6; Inst. 2. 1. 9.

(註六) G. 2. 6.

(註七) D. 1. 8. 6. 4.

(註八) Inst. 2. 1. 6; D. 1. 8. 6. 4

(註九) P. 1. 21. 7.

(註十) D. 18. 1. 22-24.

(註十一) D. 1. 8. 6. pr.; D. 43. 8. 3. 1.

(註十二) Buckland, p. 186-187.

(註十四) Buckland, p. 184.

(註十五)參見 Buckland, § CVII CVIII. 無主物可分為神法無主物與人法無主物。

(註十六) Sohm, p. 304; Mackeldey, Roman Law, p. 142.

(註十七) Sohm, p. 305; Mackeldey, p. 142.

(註十八) Sohm, p. 305; Wachter Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts, Stuttgart, 1845, vol. 2, § 42.

(註十九) Muirhead, p. 53, 56, 58, 121, 130, 242, 379; Buckland, p. 168, 186, 225, 228, 231, 234, 239, 241, 250, 263, 276, 486; Sohm, p. 306 sqq.

(註二十) Sohm, 307.

(註二十一) G. 2. 12, 13; Inst. 2. 2. pr. 1.

(註二十二) G. 2. 14; Inst. 2. 2. 2.

(註二十三) Buckland, § LXXIV.

(註二十四) G. 2. 14; 3. 83; Inst. 2, 2. 2; 3. 10 1; D. 1. 8. 1. 1; 41. 1. 43. 1; C. 7. 33. 12. 4.

(註二十五) Buckland, p. 188.

## 第十九章 物權之內容

物權之範圍爲對人權與對世權。吾人已於第十七章述之。今所欲研究者，則物權之內容是也。依物權之強度，其內容得分爲絕對權與相對權，或稱爲完全權與不完全權。所謂絕對權或完全權者，即物權之最高強度也。所謂相對權或不完全權者，即物權之較低強度也。前項物權，羅馬法稱曰自物權，(Jura in re propria) 後項物權，則稱曰他物權，(Jura in re aliena) 以權利之存在係附屬於他人之物上也(註一)。

自物權之重要成分厥爲所有權，次於所有權者曰占有。然所有權之當然內容，占有自爲其應有成分。今請分章述之。

(註一) 參見 Sohm, p. 307-308.

## 第二十章 所有權

### 第一節 所有權之觀念

所有權之觀念，自來聚訟紛紜。羅馬法上之完全所有權 (Dominium) 前後之意義又不一致。有謂所有權即使用收益處分之權利也。(Jus utendi fruendi abutenti註一) 然在事實上，無論任何法系，對於所有權之行使，莫不與以相當之限制。其以所有權為使用收益處分之權利者，殆未見及此。不獨各種所有權為然，即羅馬法之完全所有權 Dominium 亦不能例外。故完全所有權之性質，苟以使用收益處分釋之，則與其他較次之所有權，殊無軒輊。不但此也，以所有權為使用收益處分之權利亦非羅馬人之固有觀念。(說見 Buckland P. 189) 在格阿士時代，土地所有人 (Dominus) 不依市民法上之方式賣却土地時，買主雖在事實上享受土地上之一切權利，但所有權仍屬於賣主。欲補此市民法上方式之瑕疵，買主僅能待時

效之完成而取得完全所有權。反之，賣主雖保有完全所有權之名義，然土地之一切享受權利則爲買主所有。此種完全所有權，僅爲一名存實亡之權利，但在市民法固巍然認爲完全之所有權 (Dominium ex jure Quiritium) 也。有以所有權爲絕對無限之權利，且以此與他物權爲區別之標準，(註二)吾人將有說焉。夫物權之性質，不論自物權或他物權，在其權利本身範圍之內固皆爲絕對無限之性質者，豈獨所有權哉？夫所有權(卽自物權)與他物權之不同，不在權利範圍之有限無限，却在權利之獨立與否也。所有權者，獨立完整之權利也。他物權者，附從之權利也，縱使所有權之一切實質權利盡皆喪却，然法律上之名義仍屬於所有權人。反之，他物權之實質權縱皆存在，但無獨立之可能。例如地役權之隨需役地而轉移，抵押權之隨抵押物而轉移是。

故所有權云云，依市民法之規定實指完全所有權而言。此種完全所有權觀念之沿革，不外爲家父權擴張之結果。羅馬在共和末季以前時代，家之組織儼如國家。主持一家之長者，賦與家父權。而此家父權之內容，包括家產之支配權。職是之故，家父權與所有權之觀念混

爲一物，難以區別。此可於家父處分家產時，不稱爲轉移所有權，而稱爲設定新所有權一例徵信之。

## 第二節 所有權之演進

前節所述所有權之觀念，乃示明羅馬法係指市民法上之所有權而言。此項市民法所有權又稱爲完全所有權，蓋因其爲物權中之最高無上之權利也。然以市民法上所有權之取得頗爲困難，且於當事人之資格限制甚嚴，適用範圍又甚有限，在事實上難符合羅馬商業社會之需要。故在帝政初期，其他較便取得之所有權漸隨之發生。舉其要者有三：曰外府土地所有權，曰外國人所有權，曰裁判官法所有權。今依次分述之。

一、外府土地所有權 羅馬外府州縣分爲皇權管轄區與元老院管轄區二種。在皇權管轄之外府州縣，稱曰 *Agri Tributarii*。在元老院管轄府縣，稱曰 *Stipendiarii*。此類土地之執有人，在事實上與所有權人無稍二致。蓋耕作權具有永久之性質，每年祇繳納一定之賦稅



而已。然在市民法上，土地執有人并非所有人 (*Dominus*)，故不能適用市民法上之方式以轉移土地之權利，但得將其耕作用益權隨時移轉之。(註三)關於救濟權方面，此類土地執有人不能提起所有權確定之訴 (*actio rei vindicatio*)，因其并非土地之所有權也。然則其應提起何種救濟權，典籍語焉不詳。學者之間，有謂得提起與所有權確定相類似之訴訟者，(註四)亦屬近於臆測。迨優帝之朝，意大利土地與外府土地之區別始行廢弛(註五)。

二、外國人所有權 外國人無市民權，吾人前已述之。商業權為市民權之一 故無市民權即無商業權(或稱貿易權)也。無貿易權之外國人自無取得市民法上所有權之能力。詳言之，即凡交易物依市民法之取得移轉之法者，外國人概不能為之。萬民法上雖無羅馬市民與外國人之分，然其保護救濟程序，則語焉不詳(註六)。優帝法律方廢弛此項歧別，視羅馬人與外國人一體同仁矣(註七)。

三、裁判官法所有權 (*dominium bonitarium*) 次於市民法上所有權者，厥惟裁判官法所有權較為重要。其發生之原因，由於市民法上之方式過於繁複，交易不便，人民之間，常

以引渡 (*traditio*) 手續行之。但此種引渡手續，市民法不認爲發生移轉所有權之效力。而在事實上，則依引渡手續取得之物權固享有種種之實質權利也。此事實上之權利享有者，羅馬法名曰 *Possessio in bonis*。(至於此名詞之由來，今已無可考，其關於希臘文原詞之由來，參見 *Theophilus ad Inst. 1. 5. 3*) 以其爲裁判官法所保護，吾人求其符合真義，故譯爲裁判官法所有權或稱爲事實所有權。

裁判官法所有權之演進，事非偶然。市民法之方式既若是之煩瑣嚴重，而簡便方式又非爲市民法所認可，裁判官於此兩難之中，自不可不求適當之道：一方承認市民法之威嚴，一方保護權利人之利益。依前者之效果，權利人祇有實質權利而無市民法上之所有權，依後者之效果，權利人雖無市民法上所有權却得享受權利而獲保護。此種保護之程序，即「布必利奇安拿訴訟」(*actio Publiciana*)也。

事實所有人之受保護原因有二：一爲合法所有人事後向其退回原物，一爲事實所有人之占有受侵害。基於前者之原因，事實所有人得提起買賣成交抗辯之訴，(*exceptio rei vendit*

ae et traditae) 基於後者之原因，得提起布必利奇安拿訴訟(即退回占有權之訴)。今分述之。

甲、買賣成交抗辯之訴 事實所有人，除原所有人外，對於物上之一切權利，俱得享受之，無論何人不得以其無市民法上所有權而加以攻擊。此不獨於合法所有人之後手而已，即事實所有人之承受人亦然。例如甲所有人售貨與乙，交付後而亡故，乙復將貨售與丙，此時甲之繼承人代替其賣主，丙則承受乙之權利也。然事實所有人之享受權利，非全無限制。若合法所有人於售却之物上已設定質權或用益權時，則事實所有人於質權或用益權人享有之範圍內不得對抗之(註八)。此種所有權轉移之限制，合法所有權與事實所有權相同，并不以其為事實所有權而加歧別也。

反之，合法所有權，在市民法上則仍為合法所有權人所享有，彼事實所有權人固不得與之對抗，因合法所有權為完全之物權也。苟有第三者與之為難，合法所有權人得提起所有權確定之訴(acio vindicatio rei)以排除之。進斯以談，事實所有人亦不陷於極孤立危險

之地位乎？於是裁判官乃從而救濟之。凡合法所有權人對於事實所有權人提起所有權確定之訴時，裁判官允許事實所有權人提出買賣成交之抗辯。此項抗辯果爲屬實，則所有權確定之訴不能成立。其在初時，抗辯之範圍祇以買賣事件爲限，嗣後漸援用於其萬民法上之移轉方法（註九）。買賣成交抗辯之詳細方式及內樣，今已無可考，吾人祇知其與所有權確定之訴常并提而言耳（註十）。此抗辯之作用，既爲對合法所有權人而設，則第三者非基於由合法所有權人所得物權者，自不能適用之。故善意占有人（*bona fide possessor*）不得對抗原所有人，何則？以其占有權之享受非由原所有權人所授與也（註十一）。

乙、布必利奇安拿之訴 此訴雖稱爲「布必利奇安拿」，然名詞之由來，說者莫衷一是。優帝法律網領謂此訴之命名「布必利奇安拿」者，蓋因裁判官「布必利學斯」（*Procloius*）最先在告令中倡用也（註十二）。法儒賈拉（*Giard*）耗多年之攷訂，謂并無有「布必利學斯」裁判官其人以合優帝所言者（註十三）。據拉沙克（*Wlassak*）之研究，以「布必利學斯」爲塞味斯（*Sævius*）門徒之一（註十四）。英儒左羅章克志雖未肯定「布必利學斯」爲何人，但加以按

語，謂優帝之所言或卽法家中首先倡設此抗辯方式與其當事人者（註十五）。就其年代觀之，布必利希安拿抗辯方式，沙賓尼斯（Sabinius）時已知其用（註十六）。沙氏處在帝政初期，按此以言，買賣成交之抗辯較布必利希安拿式爲早，然吾人亦無十足左證也（註十七）。

事實所有人於享有權利時，不無有受侵害之虞，若第三者出而侵犯其占有權，則應如何排除之，甚爲重要。彼既非合法所有人，自不能提出所有權確定之訴；此時，裁判官非另覓方式，無以保護事實所有人之權利。布必利希安拿訴訟卽爲此目的而設（註十八）。故遇事實所有人之權利被侵害時，乃姑認事實所有人已因時效之完成而取得合法所有權。故此種訴訟，又名「擬訴」（*Actio fictitia*）。在事實所有人方面，祇須舉證其物權得以時效完成而已。今舉一例以明之。設甲賣却奴隸與乙，因奴隸爲要式交易物，非依市民法上之買賣方式，不生所有權之轉移，故乙并不取得市民法所有權，祇可待時效之完成。若乙之奴隸被丙占有時，此時乙可提布必利希安拿之訴，其情形與善意占有者無異。然乙之對抗權，不但對丙已也，卽對抗合法所有人，亦得爲之。甲對乙固可提起合法所有權之抗辯。（*Exceptio iusti do-*

mini) 但乙得對此抗辯提起買賣成交之復辯。(Replicatio rei venditae et traditae) 如是，則甲不能以虛空之合法所有權而企圖不法之利益。

惟吾人所宜注意者，則善意占有人之地位較遜於事實所有人，因善意占有人不能對抗合法所有人之侵害也。例如甲將乙之所有物賣却與丙，丙并不知情其爲乙之所有物，在時效未  
完成前，此物被丁占有，則丙可依布必利奇安拿之訴以追回其占有權也。然若該物入於原主  
乙之手，丙不能追回其占有權，而布必利奇安拿之訴根本上不能對抗合法所有人，蓋善意之  
占有祇可享受占有之權利也(註十九)。

### 第三節 所有權之取得

所有權之取得，依手續之簡易，得分爲正式與略式二種。若依取得之權原，則可分爲原  
始取得與承受取得。然羅馬法之分類，率以市民法取得與萬民法取得爲區分之標準(註二十)  
。本書從之。

萬民法之取得方法有六：曰先占 (Occupatio)，曰添附 (Accessio) 曰加工 (Specificatio)，曰埋藏物發現 (Thesauri inventio)，曰孳息 (Fructus)，曰引渡 (Traditio)。市民法之取得方法，亦有六種：曰擬訴棄權 (Cessio in iure)，曰曼奇帕地荷買賣式 (Mancipatio)，曰時效 (Usucapio)，曰贈與 (Donatio)，曰分配裁判 (Adjudicatio)，曰法定取得 (Leges)。優帝以前之法律，萬民法與市民法之取得方法，區別仍甚顯然。市民法取得方法為羅馬人所特有，注重公開儀式為其特徵。詳言之，非經履行一定之儀式及述一定之語言，則不認為有效（註二十一）。優帝法典祇述時效與贈與為市民法之取得方法，然在事實上則尚有分配裁判及法定取得二種，而古代之買賣式不與焉。故依羅馬法之演進而言，吾人應先敘述市民法之取得方法，次及於萬民法之取得方法。

#### 第四節 市民法之取得方法

市民法之取得方法，殆皆淵源於十二表法。儀式為有效行為之要件，缺乎此，則法律行

爲不成立。今請依次分述之。

### 第一項 擬訴棄權

擬訴棄權 (*cessio in jure*) 者，模擬所有權確定之訴訟以爲取得物權之方法也。凡買主或受讓人欲取得所有權者，應與賣主或讓與人偕同至裁判官前，由買主爲原告，申述一定之語言曰：『依羅馬固有之法律，此物應歸余所有。』(Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio) 若係提起確定所有權之訴，則被告當然聲敘否認之抗辯 (*Contravindicatio*)，以駁斥原告之請求。然於移轉所有權之擬訴，并非所有權確定之爭執，却在藉以達到買賣交易之合法，使買主取得市民法上之所有權，故於原告(買主)申述請求後，裁判官則詢問被告(賣主)有無抗辯。若被告答以「無抗辯」或默然不答，裁判官遂將所有權判歸原告(註二十二)。或謂擬訴棄權之原告於上述儀式外并須以杖 (*festuca, vindicta*) 觸所欲買之物，方爲完備。此於解放奴隸時尚屬可信，其他買賣則無徵矣。

擬訴棄權之方式究起於何時，文獻略焉不詳。十二表法中祇有法律訴訟 (*Legis actio*)



之規定，并無述及擬訴棄權之效用。惟擬訴棄權之方式既從法律訴訟蛻變而來，斯說不無可徵。以擬訴棄權方法解放奴隸之事實，則爲制甚古（註二十三）。

擬訴棄權適用之範圍，據鄔爾賓所言則甚廣，彼謂要式交易物與非要式交易物俱得以擬訴棄權之方式轉移之（註二十四）。然在事實上，則少有用之者。誠如格阿士云，其以擬訴棄權方式轉移要式交易物者，百不一見（註二十五）。蓋要式交易物之轉移，曼奇帕地荷方式實較簡便，亦何取乎擬訴棄權方式哉？至於非要式交易物之轉移，則有萬民法上之引渡方式最爲簡便，自無舍易就難之理。故以擬訴棄權方式轉移物權者，實甚罕觀。然則擬訴棄權之方式果何用耶？以吾考之，凡不能以直接方法轉移者，大多藉擬訴棄權方式以成之。如無體物（註二十六），承繼權（註二十七），監護權，他權人之收養等等，皆不能直接轉移，若以擬訴棄權方式則可解決其中困難矣。

擬訴棄權爲一種模擬訴訟，除訴訟之原因外，其一切形式與訴訟無異。以其爲形式訴訟，故與訴訟受同一之限制，則原被告俱不得附具條件（註二十八）。擬訴棄權之標的物如能提

出，應提出於裁判官前（註二十九）。其不能提出，如土地，則可以標識代表之。若擬訴棄權之標的物錯誤時，其效果如何？殊屬疑問。此種移轉方法既以儀式爲要件，則錯誤似無關重要。（註三十）

優帝雖未明文廢弛擬訴棄權以爲移轉物權之方式，而事實上則在三世紀末已失效用（註三十一）。其以擬訴棄權適用於人事者，則爲時較長，故依所有權之取得觀之，擬訴棄權之方式，入帝政初期，已成歷史之陳跡矣。

## 第二項 曼企帕地荷買賣式

曼企帕地荷買賣式 (*Mancipatio*) 爲羅馬法上移轉物權之最古方式，其起源較早於十二表法（註三十二）。在羅馬古代社會，農具視爲重要之財產，非依此式移轉，不生效力。格阿士敘述其儀式如下：（註三十三）買賣兩方偕同具有行爲能力之羅馬市民五人及計量者一人，手持衡具并附一銅片 (*aes,raudusculum*)，由買主取其欲買之物行至計量者前曰：「余依羅馬固有之法律，此物當歸己有，謹以此銅片及衡具買之。」（*Hunc ego hominem ex iure*

*Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*) 語畢，則以銅片擊衡具而後交與賣者作為付價。格阿士述至此為止，至於買賣價格則未提及。然在履行申述一定語言時，買主并須陳述「付以價格若干」。蓋依此式取得物權之買主，若事後發現所有權有瑕疵時，賣主應加倍坐償之。如賣主無保證義務者，則述一普通價格而已（註三十四）。

曼企帕地荷買賣式究為擬制抑亦實制，不可不研究焉。在羅馬未有貨幣之前，此種買賣式實為當時交易之實際情形。蓋賣主將物割愛與買主，則應付與相當之代價，自無待言。此項代價，因彼時對於銅屬物認為難得之貨，故交易上咸以此為付價。然物體之大小與銅之輕重不等，欲求雙方之公平交易，舍衡器莫屬焉。於是賣主將欲賣之物置於衡器之一端，買主將銅片置之他端，由熟悉衡器之人為計量者務使平衡。但買主付與銅貨之後，對於所購之物恐發生瑕疵，為證明賣主之所有權起見，故有證人五名到場，以證明買賣之成立。若日後萬一發生爭執，則可就證人而詢曲直。良以古代社會，文書未甚便利，故一切交易，凡具有極

嚴重之性質者，皆以人證爲要件。况要式交易物爲羅馬農業社會之重要財產，對於此類農具物權之轉移視爲重大事件，其邀集證人以表示交易之公開，自屬當然。惟邀請之證人，大都以近鄰爲常。蓋此輩居民方可知悉要式交易物之是否確實也。

及至貨幣興，買賣交易遂有一定之媒介物，而此曼企帕地荷買賣式漸變爲擬制。往之以銅片爲買主之交付代價者，今則祇作形式上之交付，至於買主之付價，皆待買賣儀式終了後行也（註三十五）。

尤有進者，羅馬在十二表法以前，通貨未行，此時之曼企帕地荷顯非擬式買賣（*Imaginara venditio*）。迨大憲官（*Decemviri*）考察各國法制歸返，羅馬乃開始鑄造貨幣，而銀幣之鑄造且遲至紀元前二百六十九年也。故在十二表法頒行之時，曼企帕地荷已成擬制，（註三十六）祇爲買賣要式交易物之履行儀式而已，不復視同真實之交易。此在十二表法時代已承認之（註三十七）。但卡克之意見，則謂衡秤銅片至銀幣出而始成擬制云（註三十八）。

至於證人五名到場之理由，說者莫衷一是。傳統派學者咸認曼企帕地荷買賣式須證人五

名到場者，因其爲代表羅馬塞味亞之五級人民也。所以代表五級人民之理由，則以要式交易物之移轉足以影響該級人民之財富（註三十九）。然否認此說者，亦殊鮮有論據（註四十）。其以證人五名爲代表階級之觀念者，當亦事之常有，但以此爲唯一之理由，吾人不能無疑焉。蓋羅馬後期之法例，曾將證人五名增至七名。（註四十一），則傳統派將何以自圓其說乎？

此外吾人尙欲研究者，則曼金帕地荷式當事人所述語言含蓄之意義。買主申述『依羅馬固有之法律，此物當歸余有，謹以此銅片及衡器購買之。』語畢而後以銅片擊衡器，所有權始歸買主所有。今乃於未履行第二步儀式時，已先由買主稱述欲買之物當歸其所有，不亦前後顛倒乎？學者之間，解說各異。一說爲上句『依羅馬固有之法律，此物當歸余有』等語係後來加入於儀式之中，其目的在使讓與人負保證所有權確實之責任，設有瑕疵，應坐償對造人加倍之金額。（註四十二）一說謂上句係主要部分，下句『謹以銅片及衡器購買之』等語爲後來之添增（註四十三）亦不無有相當之理由。蓋曼金帕地荷買賣式之舉行，祇爲移轉所有權爲目的，上句『依羅馬固有之法律』云云，則表示所有權已由買主主張而賣主不加抗辯，「謹

以銅片及衡器購買之」等語或爲後來加入以符合十二表法規定所有權須待付價後始轉移也。  
（註四十四）但前後兩說論據之比較，則前說較爲有徵。誠如後說所云，吾人對於羅馬法中許多事例將有不能自解者（註四十五）。然二說所云，以吾觀之，均有牽強附會之病，殆皆以今人之見解強爲古人者也。夫曼企帕地荷儀式之舉行，隨物件之情形而稍有不同。今既爲移轉所有權而設，則當事人間之最重要行爲厥爲先說明其意義。依照「權利應由權利人主張」（註四十六）之原則，買主將所有權之移歸已有之意思先爲提出，自屬當然。且就拉丁原文觀之，買主所述之語言祇帶有「主張」之意思并非認定已爲己有之事實。此前提既立，買主隨後申述其主張原因，「謹以銅片及衡器購買之」一語，則其主張之原因也。買主述畢後，方開始交付銅片以了結移轉之手續。依此解釋，儀式中所述語言，不但無顛倒，且先後一貫，交互爲用，較之前後兩說私自竄改原有文義實爲近理。

曼企帕地荷買賣式祇適用於要式交易物，且爲義甚狹。卽如載負牲畜而言，限於牛馬之類，他若象駝，雖在後來用於載負，亦不列爲要式交易物（註四十七）。於此尚有一趣味之問

題發生，即牲畜之爲要式交易物究如何決定之？普奴鳩羅斯派法家以其經馴養或在馴養者而言，但沙賓諾斯派法家之意見謂應自牲畜出生日起也（註四十八）。何說爲羅馬人所遵從，吾人不得而知。

要式交易物與非要式交易物之分別，至優帝而廢弛（註四十九）。曼企帕地荷買賣式之適用於動產所有權之移轉者，第四世紀間已成陳跡（註五十）。雖在人事上之適用有終優帝之朝而未曾廢弛，（如解放奴隸）但以曼企帕地荷式爲交易上之要式行爲，則至紀元後三百五十五年時已百不一見矣（註五十一）。

曼企帕地荷買賣式之效力爲所有權之移轉，然亦祇以賣主之所有權無瑕疵者爲限。若讓與人對於販賣之物并無所有權，縱使舉行曼企帕地荷式亦不發生移轉效力，蓋原所有人得依所有權確定之訴退回所有物也。受讓人遇此情形，應即告知讓與人出面主張其所有權，否則，讓與人須坐償受讓人加倍賣價之金額。此種訴訟，稱爲主張所有權之訴。（*actio auctoritatis*）羅馬後期之買賣法，則由此演進而來。讓與人須擔保受讓人取得所有權，此項擔保不

得以契約或雙方之同意免除之。其後當事人間有願減輕責任者，乃於曼企帕地荷式中祇述 *Castertius* 爲賣價，以防所有權發生瑕疵時，讓與人僅負一 *Castertius* 之責任也。例如贈與一項，贈與人不願因贈與物發生所有權之糾葛而致償還加倍之價額，則可申述一 *Castertius* 價格可也（註五十二）。至於讓與人對於所有權之擔保期間，則以時效完成之時爲止。如不動產之時效爲二年，非待受讓人享足二年期間，讓與人不得解除其責任。待二年期間屆滿時，受讓人之所有權雖因曼企帕地荷式有瑕疵，已依時效原因而完成，原所有人不能退回所有物矣（註五十三）。

此外尚有一興趣之問題，即讓與人所賣却之土地，若事後發覺較賣却時之畝數爲少時，其所負責任若何？不無疑問。按羅馬法之規定，讓與人應照相差數量之價格比例加倍償還受讓人，此在十二表法中已載明之（註五十四）。

### 第二項 時效取得

時效取得 (*Usucapio*) 者，謂因繼續占有經過相當期間而取得所有權也。十二表法規定



取得土地之時效期間爲二年，其他所有物爲一年（註五十五）。期間之所以如此短促者，蓋因古代國家狹小，財產易於知悉（註五十六）。占有須具備三條件：

其一，占有人有事實上之占有，換言之，若所有人權僅離開其所有物，并不因而發生時效之作用，必須有第三者乘其荒棄而占有之。譬如甲有田地十畝，荒棄不耕，鄰居之乙若欲取得該地所有權，則應占有之；否則，乙僅口頭稱述該地已爲占有而事實上并未爲之，乙不因甲之荒棄而取得時效，易言之，甲片面之荒棄事實并不構成時效作用也。

其二，占有人須有繼續之占有。所謂繼續，即占有人之占有，在時效開始期間內，從未間斷也（註五十七）。若占有人中途被所有人排除或被第三者占有而後重歸其占有時，占有人不得將前後二期間併合計算時效，必須從新開始（註五十八）。今將上例引伸說明之。設乙將甲地占有耕作，閱年，甲發覺時，遂將乙驅逐之。乙待甲去後復爲占有，期年，甲復往驅逐。此時乙若將前二期間併合計算，固得以時效完成爲理由而主張所有權，但羅馬法則以乙之初次時效因其被排除而間斷，故不能取得所有權也。

以上乃以時效間斷之原因出於現時占有人之被排除而言，今可進而研究時效是否可以繼承。設前例之乙占有一年而終，該地占有權歸其繼承人丙管有。丙復繼續占有一年，乙丙之占有期間若併合計算則屆滿二年，間斷計算，丙尙有待於一年之完成。吾人將謂乙之時效間斷耶？則乙始終未被第三者排除，因丙居於繼承人之地位，并非第三者也。將謂繼續占有耶？則乙丙顯爲兩人，乙僅占有一年而已。羅馬法於此情形，視丙之占有爲繼續，不因乙之亡故而間斷，故可將乙之占有期間併合計算也（註五十九）。尤有進者，繼續占有之義，不僅適用上述之繼承人而已，即買賣贈與占有物亦然。例如甲占有乙之奴隸，未及一年，將奴隸賣却與丙，甲丙之占有雖不同，但因非出於排除之事由，羅馬法仍許丙將甲之占有期間併入計算（註六十）。然若丙之取得出於排除或未徵得甲之同意時，則甲之占有期間不得併入（註六十一）。惟上述占有併合（*accessus possessionum*）之例至帝政時代始見，前此固未之聞也（註六十二）。

其三，占有須爲善意。何謂善意（*Bona fides*），究難置答。有謂占有人誤信爲物件所

有人之意思者，即爲善意。此說之不能自圓，可於引渡交易見之。蓋依萬民法，引渡買賣要式交易物之受讓人固明知其非所有人也。或謂誤信自己有合法之占有即爲善意，準斯以言，物性質之質權人對於質物不亦將因占有而發生時效作用乎？要之，羅馬法上之所謂善意，其義至不一。誠如左樂章克志 (Jolowicz) 所云，其以占有人之意思有無善意爲論據者，蓋忘却古代法律較注重外部行爲也（註六十三）。吾人苟欲於善意下一定義，則應明瞭善意多係出於事實之錯誤原因，依此言之，即善意之定義有如下述：凡占有人信其占有物爲己有者稱曰善意。不但此也，凡法律行爲出於法律錯誤之原因者，其行爲自不成立，而時效當然不能開始。如向被監護人購物未徵得監護人同意時，則買賣行爲不成立，此項手續之欠缺不因買主之占有而發生時效之作用也（註六十四）。

善意雖爲占有之必要條件，然亦有四例外：

一、爲繼承財產未開始之時效取得。（*Usucapio Inerativa pro herede*）蓋繼承財產在未繼承人開始接收繼承時，此期間內之財產既未經繼承人取得，則任何人因而占有屆滿期

年，當然取得所有權，善意與否不問也（註六十五）。此項占有時效之完成，不論動產與土地均爲一年，十二表法中已爲言及。至於此制之由來，今已無可考。（註六十六）哈德林帝（Hadrian）始明令更改舊制，許以繼承人阻礙時效取得之進行。至卡拉卜拉帝（Caracalla）始全廢弛（註六十七）。

二、爲關於信託物之返還。此亦無須善意者（註六十八）。舉其顯者有二例：一爲物件信託。（*Cum amico*）如甲以其物託乙保管，而乙到期不返還，則甲得因占有期間滿一年而收回之。一爲物件質權。（*Cum Creditore*）凡出質人屆期已將債務付清，亦可因占有而取回該物也（註六十九）。此種時效取得稱曰「收受時效取得」（*Usucapio*），以其因收受原物而發生時效也（註七十）。

三、爲國有土地之買賣。原主得因占有而發生時效取得。例如甲之土地抵押與政府，其後該地轉賣與乙，此時若甲再占有該地屆滿二年期間，則因時效之完成取得所有權也（註七十一）。此種收受時效取得稱曰國有土地權時效取得。（*Usucapio ex praedictura*）其所

以然之故，論者或謂國家讓與之土地，目的在使受讓人速爲事實上之占有，以免土地之荒廢也（註七十二）。

四、爲羅地利安那時效取得（*Usucapio ex Rutiliana Constitutione*）。凡向婦女購買要式交易物而未經其監護人之同意時，買主得因時效之完成取得所有權，但在時效未完成前，亦可返還賣價以阻却時效之完成也（註七十三）。

惟時效取得之要件雖如上述，然在古代，則善意一項並不視爲重要。此時之羅馬法與其他民族之古代法相同，均以外部行爲爲主要根據。以是時效取得之要素，乃重視其原因之是否適法也。羅馬法稱曰適法原因。（*Iusta Causa*）適法原因者，謂時效取得基於法律上之行爲也。如買賣，贈與，拋棄等是。然市民法上之適法原因與萬民法上之適法原因不同。如萬民法上之引渡交易（*Traditio*），雖亦須適法原因，却不以交易行爲爲限。祇須信其有該項行爲則認爲已足。至於市民法上之時效取得，則其適法原因須爲該行爲本身足以顯示爲適法者。故依前者之效果，以意思爲主要，依後者之規定，則以行爲本身爲根據也。及後社會觀

念進步，人民着視意思，於是往之以適法原因爲要素者，漸以善意爲必要，沙賓諾法家且起而否認適法原因之實在性。然吾人一觀羅馬法上之實例，則沙派之意見未免矯枉過正，因在事實上容許若干例外也（註七十四）。

取得時效之阻却原因有自然原因與法定原因之別。所謂法定原因，卽有反對之請求也，至於事實上有無排除現有占有人則不問。古代羅馬法，此種反對請求不限於判決，換言之，祇須請求之事實，則可阻却現有占有人時效之完成；入帝政時代，始以判決爲限。然當事實審理員（*Juror*）在爭訟期間（*Litis Contestatio*）決定時，雖未經裁判官之判決，已足使時效進行之阻却，優帝之朝，更無論已（註七十五）。

自然原因者，謂占有因事實上之拋棄也。如甲占有乙之田地，其後甲無意占有，將該地荒廢是。取得時效既爲市民法之規定，故其適用範圍限於羅馬或意大利土地，且外國人因無交易權之故，亦不能因時效取得。但外府土地，若不另籌補救之策，則對於占有人之權利未免失於保護。至第二世紀間（註七十六），始以皇帝諭令規定長期時效之制（註七十七）。考此

制之初，本以保護土地占有人而設，卡拉卡拉帝 (Caracalla) 更爲擴張其範圍，即動產亦適用之（註七十八）。長期時效 (Longi temporis Praescriptio) 之原則，與取得時效大致相同。然在沿革上則與時效有差別，今述其要者於後：

一、目的不同。時效取得之設，以取得所有權爲目的，故其效力不惟使原所有人失去救濟權，且與現占有人取得所有權。長期時效則不然，初時之效力祇消滅原所有人之救濟權，並不使現占有人取得所有權。其後法律更變。長期時效之占有人亦可取得所有權矣（註七十九）。

二、時效期間不同。長期時效之占有期間較取得時效爲長，住在同地者爲十年，異地者爲二十年（註八十）。同地異地之意，優帝法典釋爲州之住所而言（註八十一）。至於變更住所後之效力若何？則未有言及也。

三、適用範圍不同。長期時效之適用範圍以萬民法上之交易物爲限。惟其效力不同，故於市民法上之事件，有時亦可適用。如對於質權時效之消滅是。即在優帝之前，亦漸用於

意大利之土地（註八十二）。

四、阻却之原因不同。較後法律，對於取得時效之阻却，雖亦承認爭訟期間爲其原因，但長期時效則較早。

五、關於他物權之效力不同。依取得時效承受之土地，對於土地上之他物權如地役權及質權之設定，不因取得所有權而消滅。地役權祇可因停止使用始得解除之。然長期時效之效力，除地役權與時效取得同一規定外，對於質權之設定却可因期間之經過而解除，惟占有人須於占有時不知其有質權爲限（註八十三）。

六、善意之條件前後不同。初時之長期時效對於占有人之善意並非必要，其後始由皇令定之（註八十四）。

取得時效與長期時效至優帝時已無甚區別，優帝更以長期時效之條件爲必要。詳言之，凡遇二者有異殊之規定時，則從長期時效之規定。此外復改定動產時效爲三年（註八十五），以取得時效一詞專用於取得動產之物權也（註八十六）。



此外又有最長期時效 (Longissimi temporis Praescriptio) 之規定，其要件與前二者略有不同。康斯丹丁帝 (Constantine) (註八十七) 鑒於長期時效仍不能達到保護占有人之權利，乃規定一最長時效之原則：凡占有期間經過四十年者，不問其占有原因如何，原所有人之救濟權即行消滅。智荷陀修士 (Theodosius) 將期間縮短為三十年，且明文規定除被監護人外，其他婦女或失蹤人亦不在免除之列。易言之，即此項占有之物權雖屬婦女或失蹤人依法不發生時效之進行者，得因最長期時效之原因而消滅救濟權也。故最長期時效之效力，以期間為唯一原素，其他原因概行不問。優帝更為規定，若占有人之占有出於善意者，即可取得所有權之保護。然於竊盜之物果何如乎？梭姆 (Sohn) 謂優帝既規定善意為要件，則竊盜占有之物為惡意，當然不能適用最長期時效之規定，但若現有占有人以善意取得竊盜之物則不在此限(註八十八)。

#### 第四項 贈與

贈與 (Donatio) 之列為所有權取得之一，蓋始於優帝之法律綱領(註八十九)。格阿士所

著羅馬法並未言及。就贈與之性質而論，與其曰市民法之取得方法，毋寧謂為萬民法上之一種適法原因較為切當。譬如甲贈乙書一本，則所有權因引渡 (*traditio*) 而轉移。然若甲祇許諾贈乙書一本，乙雖因此而取得「受贈」之權利，但所有權並不隨之轉移。其後法律雖亦有以贈與之行爲認為移轉所有權者，但究屬不多觀(註九十)。

優帝將贈與分爲三類：曰死因贈與 (*donatio mortis causa*)，曰生前贈與 (*donatio inter vivos*)，曰婚姻贈與 (*donatio propter nuptias*)。婚姻贈與一項，吾人前已述之，茲不復贅。今就死因贈與生前贈與論列於後：

一、死因贈與者，謂贈與人以亡故之原因而爲贈與之行爲也。換言之，即以贈與人之死亡爲發生贈與之絕對效力(註九十一)，其形式隨贈與人之意思而不同：贈與財產或解除債務均無不可(註九十二)，但贈與人得隨時撤銷之。不但此也，如贈與人境况不佳致受破產或受贈人先亡故，贈與卽失其效力，而無須贈與人爲積極撤銷之行爲也(註九十三)。惟此種撤銷，因贈與之條件稍有不同。若贈與屬於停止條件者，贈與之標的物雖已交付受贈人，但所有

權並不轉移，俟死亡原因發生方生效力（註九十四）。此類贈與之撤銷行爲，自無何種困難，因撤銷原因不問出於意思表示或破產，或受贈人先時死亡或於某種特定死亡原因不發生，贈與人以所有權未移轉與受贈人故，得隨時追回其贈與物也。然解除條件之贈與則不無困難。物權既由贈與人移轉與受贈人，其後若贈與人因上述之撤銷原因發生，贈與物之所有權將如何處置乎？在帝政時代，受贈人負有返還之義務而已，故贈與物之所有權不隨撤銷原因而當然回復原主。優帝之朝，始改與停止條件之贈與同一規定，易言之，即隨撤銷原因之發生而當然回復贈與人也（註九十五）。

關於死因贈與之方式，在帝政時代，吾人並無確據可言，惟康斯丹丁帝曾規定死因贈與之儀式一如生前贈與（註九十六）。優帝更以死因贈與之作成須有證人五名在場，猶書面遺囑然（註九十七）。凡死因贈與如此作成者，其效力與遺贈相同，即贈與物之所有權因死亡原因之發生而移轉，不問占有之有無移轉也。然優帝亦非謂死因贈與不依此式履行者則不發生效力，反之，凡贈與物經事實上交付後，發生贈與之效力，不過須依舊法之規定耳（註九十八）。

優帝之意，在於併合遺贈與死因贈與之規定，觀乎其常言二者之相同點，殊可置信。（註九十九）。然二者亦非盡同。言其要者有二：其一，贈與之行爲成立後即發生效力，而遺贈却須繼承人開始繼承。其二，家子就其特有產部分得徵家父之同意爲有效之死因贈與，然於遺贈則否（註一百）。

二、生前贈與者，謂贈與人以無報酬而爲財物之贈與行爲也。其在初時，生前贈與得依下述三種方式行之：其一，以曼企帕地荷或擬訴棄權或如後來之引渡方式移轉贈與物。此種贈與，不啻視爲適法原因也。其二，以口頭要約（*Stipulatio*）爲贈與者。其三，以許諾契約解除受贈人之債務。凡贈與非基於上述之方式者，概不發生效力。降至第三世紀初，辛西亞律（*Lex Cincia*，年代已無正確記載，有考訂在紀元前二百年者（註一百零一），有考訂在紀元前二百零四年者（註一百零二）吾人祇可列其爲紀元前三世紀初之法律也。）禁止贈與超過一定之數額，至其數額若干，今已無可考。此外又規定贈與物須爲即時移轉，否則贈與人得隨時撤銷之。職是之故，學者間有以此列爲不完全債務者。（*lex imperfecta*）惟辛西亞律

雖設定數額之限制，但於至親或家主則爲例外（註一百零三）。其後安通尼斯比耶士（Antoninus Pius）復規定家父家子間之贈與，雖無要式契約，亦視爲有效。優帝始將舊法修正。茲述其要點於後：

（甲）贈與不必以引渡之方式，凡有贈與之合意者即視爲已足（註一百零四）。

（乙）贈與數額超過五百蘇利地（Solidi 羅馬貨幣）者，須報請法院登記，否則，超過之數額視爲無效（註一百零五）。但皇上之贈與或贈與之目的以贖回俘虜者，不在此限（註一百零六）。

（丙）贈與人得撤銷其贈與，但以法定原因爲限。所謂法定原因，如受贈人未依贈與人之意思履行條件或受贈人對贈與人有不敬之行爲是（註一百零七）。

### 第五項 分配裁判

分配裁判者，謂共有物之各所有人因欲分配其共有物而由裁判官爲分配之決定也。蓋共有物之各所有人時或因利害之不同難於行使共有權，此時若各共有人同意分配，自無問題之發生。倘共有人中有持異議者，則同意分配無從成立，不得不請求裁判官爲分配之決定。此

種決定，視共有物之性質而不同。如爲可分物，各共有人依應得部分享受之；如爲不可分物，則將共有物之所有物判歸各共有人中之一人，由承受者補償其他共有人之應得代價也。依此分配之手續辦理者，是曰分配裁判。

分配裁判爲所有權取得之一者，因所有權由各共有人移至單獨所有人也。設甲乙丙丁共有住宅一所，在未經判歸甲獨有時，該屋爲甲與乙丙丁所共有。迨判歸甲後，甲之所有權爲單獨性質，前此乙丙丁於該屋上之所有權今則移轉與甲。且分配裁判之決定即當然移轉所有權，不必共有物之有無移轉占有也（註一百零八）。

分配裁判與擬訴棄權及所有權確定判決各不相同。擬訴棄權爲移轉物權之模擬訴訟，在當事人間之原告先時並無所有權。至分配裁判之原被告則於繫爭物（共有物）均有所有權，分配裁判程序之目的不過由共有人間之互相受授耳。此與所有權確定判決又不同。蓋所有權確定判決乃爲確定原被告間之一人孰爲合法所有人，其性一爲保護原所有人對於所有權之被侵害，固非如分配裁判之移轉物權也（註一百零九）。

分配裁判適用之事件有三：一爲承繼權分配裁判 (*actio familiae erciscundae*)，卽繼承人繼承之財產爲共有也；二爲普通共有物分配裁判 (*actio communi dividundo*) 三爲疆界分配裁判 (*finium regundorum*)，卽當事人間因共有疆界之發生糾紛也(註一百十)。

## 第六項 法定取得

凡取得出於法規所明定者，稱曰法定取得。惟事實上由法律明定取得者，殆不多觀。卽爾賓謂遺贈係十二表法所規定之取得方法，他若柏比亞律 (*Lex Papia Poppaea*) 之遺囑繼承亦屬之(註一百十一)。

## 第五節 萬民法之取得方法

### 第一項 先占

先占者，謂以占有無主物或委棄物而取得所有權之意思也(註一百十二)。此爲原始取得之最早者。先占須具備下述要件：一須事實上占有先占之標的物(註一百十三)。二須占有物

在先占人支配之下（註一百十四）。三須有取得所有權之意思。四占有物須爲無主物或委棄物。無主物如荒山之野獸是；委棄物如拋却之廢物是。敵人在羅馬之財產爲無主物（註一百十五），但以非戰時奪得者爲限。蓋戰時奪得之敵人財產，則歸羅馬國家也（註一百十六）。海島亦可爲先占之標的物（註一百十七），但河中之島嶼則否（註一百十八）。先占具備上述條件後，先占人則取得所有權，與其他所有權同一效力（註一百十九）。先占之動物如鴿及蜜蜂等，雖隸歸先占人權力支配之下，但其本性則往來自如，吾人將何以解釋之（註一百二十）？羅馬法以其常時往返之習慣定之。至於委棄物之性質，普羅鳩林派法家謂拋却之物須經他人占有時方爲委棄物，而猶令安（Julianus）之說則反是。一說孰是，法家意見不一（註一百二十一）。然則土地果爲委棄物乎（註一百二十二）？以土地爲不動產之故，除所有人正式意思表示外，祇可就其拋棄之事實狀況而施以時效取得，固不宜視爲委棄物也。

## 第二項 添附

添附者，謂主物因併合他人之所有物而取得所有權也。換言之，即兩物各爲獨立之物，



其中之一物致結合爲他物之部分而成他物之一體也。如甲以桃樹一株種植於乙之田地是。添附須具備下述要件：一爲添附之物須爲主物不可分離之部分。一爲添附之物與主物不發生共有權。添附與混雜 (Commixtio) 不同。若兩物因錯誤而混雜，則各人得按自己之部分請求原物之返還，所有權并不隨之轉移 (註一百二十三)。其爲同意混雜者，混雜物遂爲兩人所共有。若併合之物不能回復原狀者，則爲混合。(Confusio) 混合物之所有權爲共有，故亦無添附問題之發生也 (註一百二十四)。然若二物之混合發生主從關係時，此際混合之所有權歸與主物所有人 (註一百二十五)。

添附之區別有二說：曰本質說、曰價值說。前者爲附合之物非經毀損或變更主物之本質不能分離者，屬之 (註一百二十六)。價值說則以二物孰昂爲所有權歸屬之根據 (註一百二十七)。此外尚有主觀說，以附合之意思爲標準者，殊屬無謂，因此說不能解決物之附合非出於雙方之意思者 (註一百二十八)。如甲偶將乙之木料鋪成地板，甲固無意思中爲之，意思說將何以自圓耶？

添附之種類有三：一曰動產與動產之附合，二曰動產與不動產之附合，三曰不動產與不動產之附合。今分述之。

一、動產與動產之附合 動產與動產之附合，須視附合之程度及附合物之性質而定。混雜不發生添附問題，吾人前已述之。即混合（*Confusio*）之各物，若不能分離時，混合物始歸各人共有，其能分離者，仍依各人應得之部分取得之。然若混合各物有主從區別者，此時之混合物則歸主物所有人，由後者坐償對方所有人也。

惟主從之區別，有時亦甚困難。爲書文字於他人之羊皮紙者，雖文字爲金色，羅馬法則以羊皮紙之所有人應得混合物。其理由謂文字不能離羊皮紙獨立存在。反之，羊皮紙雖無文字，固可獨成一物也（註一百二十九）。然於繪畫，則說者不一。通說謂繪畫於他人板上，混合物之所有權屬於畫工，因畫之價值較昂也。但事實上未必盡然。優帝引格氏之言，以此說實無多大根據（註一百三十）。保羅（*Paul*）反對斯說，謂應將混合物歸與木板之所有人，因畫不能離板獨立存在也（註一百三十一）。

二、動產與不動產之附合 此種發生之原因有三：一爲以他人之材料建築自己地上者；一爲以自己之材料建築於他人地上者；一爲栽種他人之樹木穀物於自己土地或以自己之樹木穀物栽植於他人土地者。茲依次述之。

(一)以他人之材料建築房屋於自己地上者，即房屋屬於建築者所有（註一百三十二），然材料則仍歸原主所有。因之，如依取得時效而占有房屋，取得時效占有人祇取得房屋，材料不與焉（註一百三十三）。惟事實上，材料所有人保留之所有權祇爲名義而已，蓋房屋永遠存在時，材料所有人則不能要求返還其材料也（註一百三十四）。如建築者之附合係出於惡意者，材料所有人，依十二表法之規定，得請求償還加倍之價格（註一百三十五），且可於房屋傾壞或拆毀時要求返還原有材料（註一百三十六）。然若材料係由第三者竊偷而入於建築人之手時，則材料所有人僅可於上述二種救濟中任擇其一。詳言之，即彼可請求加倍之價額或於房屋毀損時要求返還材料也（註一百三十七）。倘建築者取得之材料并非出於惡意，此時材料所有人祇可於房屋毀損後請求返還。或謂彼可請求材料價格之償還，然斯說殊難認爲有據，因

會典中前後紀載互相矛盾也（註一百三十八）。

(一)以自己之材料建築房屋於他人地上者，則問題較前複雜。若建築人係出於善意而在他人地上建築房屋，房屋仍爲其所有。倘土地所有人欲併合之，彼建築人得提起錯誤抗辯 (Exceptio doli) 以要求對造人償還費用（註一百三十九）。如建築之土地陷落或致使房屋傾壞時，材料仍歸原主（註一百四十）。但建築人出於惡意者，材料築成之房屋則依前例歸與土地所有人。即遇日後房屋拆毀，材料所有人亦不得要求返還原有材料（註一百四十一），以示懲戒。至於建築人明知他人之土地而代其蓋築房屋，則其行爲爲無因管理矣。

(三)以他人之樹木穀物栽植於自己土地或以自己之樹木穀物栽種於他人土地者，如樹木已發根芽，則樹木屬於土地所有人。其以穀物種植於他人土地或自己土地者，亦歸土地所有人所有。然若土地所有人已無事實上占有而欲追回其占有時，現時善意占有人得以錯誤抗辯以要求土地所有人之償還費用也（註一百四十二）。

三、不動產與不動產之附合 此種事例大都爲河川沿岸土地之添附。凡河川土地漸次堆

積而增大土地所有人之土地者，其增大大部分之土地即屬於土地所有人（註一百四十三）。但堆積有漸積（Avvio）與驟積（Avulsio）之別。如甲處之土地因川流之急湍沖開而附合於乙地，則非為漸積，其所有權當歸原主，但若驟堆上樹木之根黏着於乙地時，乙對於驟積之土地遂取得所有權（註一百四十四）。

河中突起之島嶼，則歸兩岸土地所有人，其所有權以各至河之中心界為限（註一百四十五）。此與羅馬法上之河底所有權原則正相符合。蓋兩岸之土地所有人對於河底之所有權以河之中心為界限也。至於海中之島嶼，因海底不為任何人所有，則為無主物，不適用上述之原則（註一百四十六）。羅馬法家中雖亦有對此河中島嶼所有權誰屬一問題發生爭執者（註一百四十七），但通說則認河底歸兩岸土地所有人為是也（註一百四十八）。

若河流乾涸或變更流域，舊河底歸屬於兩岸土地所有人，而新河底則歸公有，倘日後河流回復原流域時，則兩岸所有人恢復其原來狀態（註一百四十九）。

## 第三項 加工

本論中篇物法 第二十章 所有權

加工者，謂以他人之材料製造新物品而取得所有權也。加工 (Specificatio) 爲中世註釋家所引用，非羅馬法之固有名詞。關於改造他人之原料，其所有權若何？已在添附一項附帶述及(註一百五十)。

加工之意義雖甚簡單，然於法理上之觀念則說者紛紛，各執一見。甲以乙之原料施以技巧工作製成一新物品，此際新物品之所有權究誰屬？何謂新物品？原料所有人之權利如何？凡此問題，俱非易答。依照沙賓諾派法家 (Sabinians) 之持論，謂加工物之所有權仍屬原料所有人，詳言之，即上例之乙取得加工物之所有權也。此說吾人可稱爲原料說，因其以原料誰屬爲加工物所有權之根據也。與此論相反者爲加工說，普羅鳩林派法家 (Proculians) 主之。依此說，加工人應取得製造物之所有權，因製造物已與原料截然二物，而成一獨立之新製造品(註一百五十一)。優帝編訂法典時始以折衷說爲論據，謂新物品 (Nova species) 應歸加工人，但若能恢復原狀者，則歸原料所有人。(註一百五十二)。

何謂「新物品」？羅馬法并無定義。後世法家雖有就法典中各實例而加以歸納，但均不

能自圓其說。即以「能否回復」爲標準，亦無補於事。如以他人之銅鑄像，銅像爲一新物品，得溶化回復，故不歸加工人（註一百五十三）。若五穀經剝棹手續而成粒，雖爲一新物品，仍視爲原物，而屬於原所有人，其理由謂穀粒係從禾穗取出也（詳一百五十四）。葡萄酒釀成酒後，酒爲一新物；但屠宰一豕，不論如何割砌，亦不構成新物品。倘將其肉製成香腸，則香腸爲一新物品矣。又如雞蛋被打破，不得謂爲新物品，若以之而炒成熟蛋，羅馬法亦視爲新物品。故就各種事例言，顯無法定之標準可言，但在實際上，何者爲新物品，則較無困難也（註一百五十五）。

其次，加工人對於加工物取得之所有權究爲何種性質，意見亦不一致。一說謂加工人須以善意占有他人之原料爲所有權取得之要件，此殊非羅馬法之規定，因由添附取得之所有權，以是否有添附事實爲根據，至於善意惡意祇屬責任問題，不影響於所有權之取得；且格阿士著述中曾謂加工人得偷竊他人之原料爲之（註一百五十六），足見善意非爲必要之說較可徵信（註一百五十七）。

至於此種所有權取得之性質，言人人殊。有以爲原始取得者（註一百五十八）。蓋新物品爲一無主物，由加工人先占取得也。其所根據之文獻，謂會典中會揭載普羅鳩林派之意見曰：凡製造物爲無主物（註一百五十九）。不惟此也，會典與綱領之排列次序，亦於論「先占」之後即繼以堆積及加工。然此說殊不足採，普派法家雖言及製造物爲無主物，但并未主張即可爲「先占」（註一百六十）。倘新物品可爲先占之標的物，則任何人可先占有之，固不獨加工人已也。其不能自圓，至爲顯然。即以無主狀態而言。加工物於他人之原料加以製造時，在加工物完成後，實不能在任何時間有無主之狀態。若謂加工人拋棄其加工物，此乃出於拋却之意思，當然適用先占之取得方法也。由此觀之，舊說之不近事理，昭然若揭。與其曰「先占」，毋寧曰「創造」。如是解釋，則加工人之取得新物品所有權係出於創造行爲（*creation*），而非先占也。惟吾人所宜注意者，即「創造」意義之範圍僅限於就他人原料而言，至於加工人就自己之原料加以製造，則非此所謂創造矣（註一百六十一）。費丁（*Friede*）謂在羅馬法古典時期，加工之取得視爲先占，優帝之法典始視爲創造，似未可全非（註一百六十二）。



關於償還責任問題，文獻略焉不詳。格阿士謂如原料係從他人竊取者，原料所有人得提起返還竊物之訴（註一百六十三），然於善意者則不能適用。論者紛紜，莫衷一是（註一百六十四），吾人殊難下一定語也（註一百六十五）。

加工人於新物品既取得所有權，但第三者在原料上設定之他物權則又如何，亦屬問題。用益權自然隨原料之被改造而消滅（註一百六十六），故用益權人不能提起要求返還竊物之訴（*Conditio furtiva*），然可對竊取者提起竊物之訴，故原料之質權隨加工而消滅也（註一百六十七）。

#### 第四項 埋藏物發現

埋藏物發現（*Thesauri inventio*）者，謂有價值之物久埋地下經發現而取得所有權之全部或一部也。所為有價值，即貴重物品而言。所謂久埋地下，即其物之所有權已無可考。然貴重之涵義甚為廣泛。保羅斯（*Paulus*）謂凡具有金錢價值（*Pecunia*）者，則可。（註一百六十八）智荷陀修士法典（*C. Theodosianus*）指貴重物品（*Moinilia*）如貴金屬寶石等類而言。

(註二百六十九) 優帝法令則規定爲動品，(Montilia) 其含義是否較廣，吾人殊難定論(註一百七十)。要之，凡爲埋藏物，必須有特別價值之物。

埋藏之行爲出於故意與否，羅馬法亦頗重視。埋藏云云，必須物之所有人有埋藏該物之意思。若裝飾品之偶然遺失地上因而被埋歿，則非埋藏物(註一百七十一)。至於埋藏之動機，不關重要。然所謂「久埋地下」，究須經過幾久時間，始得稱爲久埋，殊無定例。久埋云云，不外以埋藏物之現有人已無從追考。此處所宜注意者，卽埋藏物發現後雖能識別其原有之所有人，如在物上刻有姓名足資識別等，仍不失爲埋藏物，但若能知其現有所有人則不在此限。多數學者咸認埋藏物須埋藏地下爲要件，至於在他人動產上發現物件，則不得稱爲埋藏物矣(註一百七十二)。

依埋藏物之發現而取得所有權，其性質若何，說者不一。埋藏物既屬無主或雖有原主而不悉其在何處，則首先占有者自然取得其物之權利。以是學者之間有以爲「先占」之一例者。然此說殊不能自圓。蓋埋藏物之發現者對於物上祇有一部分之權利而無全部分之權利，因埋

藏物之一部分須歸與該土地所有人也。但依先占取得之物，先占所有人無須分給其物之權利與土地所有人（註一百七十三）。齊來慈（*Quilars*）爲之解釋曰：發現人應得部分之所有權係基於發現（*inventio*）行爲，猶加工人之所有權基於創造行爲（*Creatio*）；至於發現地所有人取得埋藏物之所有權，則基於添附，因埋藏物係埋在地下也（註一百七十四）。但齊氏之說，未免牽強。埋藏物之發現者并不單純基於發現行爲，如甲在乙之地上發現埋藏物，若甲不即實行支配爲己有，有丙某乘機取得，則甲雖爲發現者，并無取得所有權，其非基於完全發現行爲，至爲明顯。乙爲土地所有人，依添附之原則，則埋藏物不待甲之發現應爲甲所有。今則不然，匪特於發現前非甲所有，即發現後甲亦僅得一部分，其非添附性質，固亦明甚。（註一百七十五）。

羅馬法上關於埋藏物之所有權，前後立法不同。在共和時代，會典中述及埋藏物之發現并不視爲埋藏物而視爲土地之一部分（註一百七十六）。然此說殊不能視爲定論。蓋以乘中亦有紀載尼羅帝（*Nero*）以埋藏物歸於國庫者（註一百七十七）。此外更有謂奈哇帝（*Nerva*）

始規定埋藏物之所有權完全歸由土地所有人承受之說（註一百七十八）。以上數說，言人人殊。然據優帝法律綱領所載，要以哈德林帝之規定較為詳盡也。哈帝規定，凡在自己土地上發現埋藏物者，當然歸其所有；其在聖地或神地發現之埋藏物亦同。但若在他人土地發現埋藏物者，則與土地所有人分受（註一百七十九）。優帝復為申述之。凡在市有土地或國庫土地發現埋藏物，一半歸與市府或國庫。然上述之原則係指偶然發現而言。倘若第三者故意在他人土地或市府國庫土地尋覓埋藏物，發現人則無享受一半之權利。若土地為無主物事，歸國庫所有（註一百八十）。其後鄔黎劉斯（Artorius）及維路斯（Vergis）復規定在公地或國有土地發現埋藏物者，若發現人即為報知主管官署，則一半歸其所有，否則，不得請求享有。（註一百八十一）康斯丹丁帝從之（註一百八十二）。惟第四世紀間之立法，對於國庫及土地所有人之權利漸見減削，此時地主祇可請求分受埋藏物四分之一之權利。至於偶然在國庫土地發現者，則全歸發現人所有（註一百八十三），優帝綱領未為載入。據四百八十年之劉荷憲令（Leo），規定在自己私有土地上發現埋藏物者，不問偶然與否，概歸其所有。若在他人土地偶然發

現時，應分一半與土地所有人；其係出於尋覓發現者，則全歸土地所有人（註一百八十四）。此與哈德林帝之法令相同。但關於公有土地之發現，優帝法典兼載哈德林帝與鄔黎劉斯及維路斯之律文，而此二者之規定顯有出入（註一百八十五）。據哈德林帝之規定，如在無主土地發現埋藏物，該物全由發現人承受之，但鄔維二律之規定則以一半歸國庫所有。若在市有土地發現者，哈德林帝規定以一半歸與市府，而鄔維二律之規定則將此一半歸與國庫所有也。用益權人在土地上發現埋藏物時，與發現人同一之權利，即其他一半之埋藏物亦無用益權，以其非土地之一部分也（註一百八十六）。即質物之債權人在抵押土地上發現時，亦僅分受一半之權利。塞味魯斯（*Severus*）帝始規定，若債權人已將抵押地聲請查封而債務人之贖回權已屆滿時，此後發現之埋藏物概歸債權人所有（註一百八十七）。

### 第五項 孳息

孳息者，即母物之生產也。依其性質，得分爲二：曰天然孳息，曰法定孳息。凡由母物之生產，尚非脫離而爲原物之一部者，則爲天然孳息（*Fructus naturales*），如果樹之果實

是。其以他種形式而增益者，則爲法定孳息 (*Fructus civiles*)，如利息是。孳息之所有權，常爲用益權人所享受。然若物之所有人未將該物設有限制時，母物之所有人當然爲孳息之所有人。且也，子物未與母物分離時，子物無獨立之標的也。職是之故，永佃權人對於地上之孳息有收取之權利，但其取得孳息之所有權以自分離時計算（註一百八十八）。至於用益權人在用益權繼續期間內，有收取孳息之權利，然亦以分離後爲限。設用益權人應得之孳息未將其分離而亡故，則該項孳息歸所有人承受，用益權人之繼承人并無取得孳息之所有權也。

此外尙有善意占有人 (*Bona fide possessor*) 之問題，詳言之，即善意占有人對於母物之孳息果將如何處置乎？此問題爲羅馬法所重視，而亦一興趣之討論也。大體言之，善意占有人對於母物之生產有收穫之權，即因分離之行爲而取得子物，至於何人爲之分離不問（註一百八十九）。所以不問何人爲分離之行爲者，其事實上之理由不外保護善意占有人而設。蓋若聽令第三者得依分離而取得子物，則凡知悉母物非善意占有人時，均可惡意分離子物，以冀撰

取子物之所有權，此非所以保護善意占有人之權利也。

惟吾人對於善意占有人取得子物權利之性質奚若，羅馬法前後之見解殊不一致。舊說謂其取得子物之根據并非基於所有權，乃基於時效占有權，易言之，即善意占有人取得子物之權利猶其享受母物然。但就律文中觀之，則以善意占有人取得子物之性質爲所有權（註一百九十）。而後來學者對此之解釋，謂善意占有人猶如事實所有人（或稱裁判官法所有人），故其取得孳息之權利亦同此理（註一百九十一）。夷考其實，此說未免近於臆測，因羅馬法中並無此種論據也。要知善意占有人取得孳息之權利係別一種性質（註一百九十二），彼於分離後當然取得所有權，但在未分離前，母物所有人固得干涉阻止之。不寧惟是，有時彼雖不能依時效取得母物，亦可享受子物之權利，如物之不能因時效之完成者是（註一百九十三）。此外優帝綱領另有解釋，彼謂善意占有人所以取得孳息之所有權者，乃基於勞力之結果（註一百九十四）。此說不無較爲完全，然亦有疑問之點。苟善意占有人於開始占有母物時，該母物已有孳息，則彼并無勞力可言，依此說則仍應歸其享受，是可見勞力之說亦不能視爲健全。

不過羅馬法家捧蓬紐斯 (Pomponius) 之說，謂勞力非屬不勞而獲，乃懸出於占有人之勞力結果方爲勞力，故天然之草或於占有時母物已生之孳息均非占有人所應得（註一百九十五）。就此觀之，則羅馬法初時對於勞力之解釋，殊從狹義，其後始逐漸寬大（註一百九十六）。

倘善意占有人知悉孳息非其所有而仍爲分離之，此時彼是否取得，誠一辯論之題目。羅馬前後法家對此解釋，略有不同。猶令安 (Julianus) 謂不論天然孳息或法定孳息，彼善意占有人均因分離而取得，至於是否知情，在所不問（註一百九十七）。鄧爾賓 (Ulpianus) 及保羅 (Paulus) 則對猶說加以否認（註一百九十八）。然在實際上殊難決定知情之事實，其舉證責任頗不易爲。亦可見後期法律之重視善意行爲矣。

雖然，善意占有人亦非對於孳息有絕對之享受權也。如遇母物所有人追回物權時，此項孳息是否應由善意占有人償還，抑亦僅對於未消費之部分返還，羅馬法前後之規定頗不一致。一說謂孳息經善意占有人取得後，即歸其所有，母物之所有人不因追回物權而有要求償還孳息之權利（註一百九十九）。另說則謂善意占有人應將未消費之孳息返還母物所有人（註二百）。



。然消費之義，若從狹義言之，當係完全消耗，追究其實，殊非盡然。蓋若占有人將孳息售賣，或將孳息加工變造，羅馬法雖無明文規定是否消費，惟就事實言之，自亦認爲消費（註二百零一）。準斯以言，其未經消耗之孳息須由其償還。依此解釋，善意占有人祇負償還之債務，而與孳息物權之取得并非例外。此種返還之責任，要非羅馬法之原有規定，蓋遲至紀元後三百六十六年之智荷陀修士帝憲令規定善意占有人於所有人提起退還物件之訴時，其在爭訟期間前取得之孳息仍歸占有人享受（註二百零二）。即會典中亦有同樣之記載（註二百零三）。由此觀之，返還未消費之原則似爲優帝所變更，前此固未有此制也（註二百零四）。

## 第六項 引渡

引渡者，謂交付物以移轉所有權也。若物爲數人所共有，即讓與人之交付物爲其應得之部分（註二百零五）。引渡實爲占有之移轉，然在事實上亦有所有權雖經移轉而占有在嚴格的意義上却尚未移轉。例如奴隸之取得即爲主人所有，但主人并未因之占有，必須其知情後始取得其占有（註二百零六）。

引渡之爲移轉所有權，必須具備下列要件。

一、讓與人須爲所有人或其代理人，如監護人或抵押權人取得賣却權是。但亦非謂凡所有人即可爲引渡之行爲，其間不無有特殊之例外，如夫對於嫁資，依優里亞律 (Lex Julia) 之規定，不得處分是。

二、讓與人受讓人對於物之所有權須有移轉之意思，換言之，即讓與人有授與之意思，而受讓人有承受之意思也。以是竊盜之物，不成引渡（註二百零七）。惟授與所有權之意思不必限於特定個人爲之，如甲擲金幣於羣衆，雖羣衆爲非特定之個人，不失爲一引渡交易（註二百零八）。惟若甲之意欲將金幣擲與某乙而丙誤爲承受者，則所有權不移轉（註二百零九）。又如甲同意將男奴售與乙，事後忘却，誤信其所售者爲女奴而交付之，此種引渡仍爲有效。然若甲誤以女奴爲男奴，則殊難視爲有效，惟律文於此并未詳述，吾人未敢斷言也（註二百十）。

三、標的物非爲「非交易物」者。

四、移轉須出於正當原因 (Justa causa) (註一百十一)。所謂正當原因，係指意思之有無存在而言。故正當原因不限於事實上之原因，如買賣是。即出於想像或推測者亦視為正當原因。譬如雙方當事人想某物之移轉為買賣交易，此種想像不失為一有效之引渡，所有權遂因之移轉，至於事實上雖無買賣，則無關重要(註二百十二)。又如將物贈與他人，承受人不知其為贈與而視為應付以代價，意思之表示雖不一致，仍為一有效之引渡，然在事實上，固無交易之存在也(註二百十三)。例如甲將畫一幅羅幣十梭羅地持贈與乙，而乙誤以為借貸，則貨幣之所有權當然移轉乙承受，因貨幣為消費物，借貸人必須取得所有權而後始可消費使用也。然於畫則否，蓋物件借貸，所有權不因此移轉，以乙并無承受所有權之意思。反之，甲之交付非為贈與，但乙誤以為贈與，則甲可依要求返還訴訟追償款項也。

上述兩當事人間意思錯誤之引渡，與羅馬法家鄔爾賓 (Ulpianus) 之意見不同(註二百十四)。鄔氏謂正當原因為引渡之基本要件，必須有真實之存在方為有效。然依羅馬之通說，鄔氏所言顯為無據。不惟正當原因之是否真虛不問，即交易之動機為不法行為，所有權且隨之

移轉。例如甲與乙金錢使其傷害某丙，所有權仍隨其移轉（註二百十五）。惟若移轉之行爲爲法律所禁止者，則爲無效（註二百十六），此又不可不注意也。

移轉所有權既以意思則可成立，於是隨而發生之問題厥爲意思之解釋。譬如甲之意思在事實上已將所有權移轉與丙，然其所爲却爲乙之代理人，此種移轉，如係有效，不啻移轉甲之所有權而非乙之所有權也。又如乙授權與甲將物移轉，甲交付物後，在事實上屬甲。他若監護人交付物件時，以爲該物係其被監護人所屬，但實際上却爲監護人之所有。上述二例，所有權果移轉乎？羅馬法家，各持一說。鄔爾賓與保羅謂所有權并不移轉（註二百十七），而阿斐里甘諾斯（Africanus）與馬塞路斯（Marcellus）則以此種移轉爲有效也（註二百十八）。

五、須有移轉之行爲，詳言之，即移轉須爲有形或無形之交付也。甲持物與乙，所有權因有形之交付而移轉。此種交付，謂之單純交付。羅馬法除單純交付之外，亦承認其他交付。例如將物置放受讓人之房屋或其指定地點或交與其指定之人是（註二百十九）。故單純交付之外，羅馬法尚有長手交付，（*Traditio longu manu*）在手交付，（*traditio brevi manu*）

易位交付 (Constitutum Possessorium) 簡易交付或稱標識交付四種。長手交付者，以物指與受讓人，由其自己逕行領取之謂也。此種交付，要以物件爲讓與人直接權力支配下者爲限，且須爲目光所及，否則，無從指定（註二百二十）。在手交付謂讓與人許受讓人將其已占有前者之物歸後者所有，如甲借與乙書一本，其後同意售賣與乙，即甲祇須聲言該書歸乙所有則可，無須另爲交付之手續也（註二百二十一）。易位交付適與此相反，讓與人將賣却之物占有，而聲言所有權已移轉與受讓人，如讓與人向受讓人租賃是。蓋此種所有權之交付，祇變更當事人間之地位，在事實上并無交付手續（註二百二十二）。簡易交付乃以物之主要件交付與受讓人，而無須爲全部交付之手續。如甲將一倉之穀移轉與乙，祇交付穀倉鑰匙是。此種交付或稱標識交付，殊屬欠通，因鑰匙并非標識，乃支配穀倉之主要件也。於此有一問題，即交付鑰匙與穀倉之地點果須在同一處所乎？會典佚文謂以當場爲限（註二百二十三）。惟「當場」之義，要指爲受讓人支配力之所及而言，較爲合理。

引渡爲一略式交易行爲，非若市民法上手續之煩瑣，故可附帶條件或期日（註二百二十四）

。凡引渡附有條件或期日者，所有權須俟條件完成期日到達時方爲移轉。若買賣之引渡，所有權并不因交付而移轉，必須賣價之給付或賣方承受賒欠或有相當之擔保，始可發生效力（註二百二十五）。此種規定，謂係遠在十二表法時代（註二百二十六），但究其實，殊非盡然，蓋此時之羅馬法，注重形式，一切交易，莫不以擬訴棄權與曼企帕地荷式爲之。其以交付價金爲移轉所有權之要件，亦指曼企帕地荷買賣而言，其後始漸加引用也。

依市民法上之規定移轉所有權者，舉行方式爲不可或缺之要件。故凡要式交易物，非依市民法方式不生所有權移轉之效力，此在前節已述之。若要式交易物以引渡方式爲者，祇移轉裁判官法所有權（即事實所有權），至於市民法所有權則仍屬讓與人（註二百二十七）。在事實上，裁判官法所有權雖可享受所有權之相當利益，與市民法所有權無大區別，但亦有其不便之處。例如奴隸之市民法所有權人不能解放其爲自由市民，必須待時效之完成而後可。此緣裁判官法所有權之瑕疵，得因受讓人占有時效之完成而取得市民法所有權也（註二百二十八）。

## 第六節 所有權之保護

所有人對於所有權被侵害時，視其性質而予以保護。若係所有物被他人占有，所有人得提起「確定所有物權利」之訴。*Actio rei vindicatio* 詳言之，凡遇第三者非法占有所有物時，確定所有物權利之訴則可排除之。然若所有人將所有物抵押他人，或他人占有所有物係基於合法之原因，則此訴失其效用，因對方可以提起抗辯也。如對方無抗辯理由，占有人必須將所有物返還原主。

此外所有權之行使發生障害時，所有人亦有救濟之方法。例如甲之草地受乙之羊羣踐踏，彼甲為保護其草地之使用起見，得提起「妨害所有權之訴，」(*Actio nega oria*) 此訴之效力為禁止妨害人為繼續妨害之行為并負賠償權利人因此所生之種種損失。

(註1) *Sohm*, p. 309

(註1) *Buckland Main Institutions etc.*, p. 95.

(註三) G. 2 21.

(註四) Lex agraria, 50, 81; Girard, Textes, 46 sqq; Patsch, Schriftformel 105 sqq.

(註五) Inst. 2. 1. 40; C. 7. 31.

(註六) G. 4. 7; Jolowicz p 276-277; Girard Textes, 46 sqq.

(註七) 關於家產繼承之討論。參見 Buckland, Text-Book, etc., p. 192, n. 6.

(註八) D. 21. 3.

(註九) D. 44. 4; 4. 31.

(註十) D. 21. 3. 3.

(註十一) Buckland, Text-Book etc., p. 193.

(註十二) Inst. 4. 6. 3.

(註十三) Girard, Manual etc., p. 375.

(註十四) D. 1. 2. 2. 44; Whassok, Die Klassische Prozeßformel, p. 33

(註十五) Jolowicz, p. 275 n. 1



- (註十六) D. 6. 2. 15; Girard, Manuel, 1. 375
- (註十七) Jolowicz, p. 275; Karlowa, Romische Rechtsgeschichte, Band II, p. 1223
- (註十八) G. 4. 36; Inst. 4. 6. 4; D. 6. 2.
- (註十九) D. 6. 2. 16, 17; 詳見 Buckland, p. 1. 5; Jolowicz, 273-275.
- (註二十) G. 2. 65; Inst. 2. 1. 11.
- (註二十一) Sohm, p. 309 sqq.
- (註二十二) G. 2. 24; Ulp. 19. 9. 11.
- (註二十三) Livy, 2. 5.
- (註二十四) Ulp. 19. 9.
- (註二十五) G. 2. 24, 25.
- (註二十六) G. 2. 29; Ulp. 9. 11
- (註二十七) G. 2. 34
- (註二十八) Buckland, p. 235.

(註二十九) G. 4. 16.

(註三十) D. 40. 2. 4. 1

(註三十一) Const. 6. 10.

(註三十一) Bruns, 1. 25; girard, Textes, etc., p. 15.

(註三十三) G. 1. 119; 2 22. 23; Ulp. 19. 8.

(註三十四) Girard, Textes, 8. 9 sqq; Bruns, I, 329 sqq; Buckland, Main Institutions, p. 114-115; Jolowicz, p. 145.

(註三十五) Sohm, p. 47-49; Jolowicz, p. 146; Buckland, Main Institutions, p. 144 sqq; Text Book, p. 226 sqq.

(註三十六) 左氏既以十二表法已承認曼企帕地荷爲擬式，又謂羅馬鑄幣之事約在十二表法頒行後一百  
年左右，不無矛盾。本書從梭姆說。見 Jolowicz, p. 146.

(註三十七) Tab. VI. I; Girard, Manuel, 1. 310, Jolowicz, P. 145.

(註三十八) Cud. Manuel, p. 271.

- (註三十九) Bruns, H. 5; Buckland, 238, n. 9.
- (註四十) Girard, Manuel, p. 393; Buckland, p. 238.
- (註四十一) Kniep, Gai. Inst. 1. f. 207
- (註四十二) Buckland, p. 237; Jolowicz, p. 148.
- (註四十三) Jhering, Evolution of the Aryan, (Drucker's transl.) p. 204
- (註四十四) Jolowicz, p. 148, n. 3.
- (註四十五) G. II, 104.
- (註四十六) 羅馬法、尤爲顯明、見 Buckland, p. 236.
- (註四十七) G. I, 16; Ulp. 19, 1.
- (註四十八) G. II, 16; Ulp. 19, 1.
- (註四十九) C. 7, 31, 1, 5.
- (註五十) C. Th. 8, 12, 1; C. 8, 53, 25.
- (註五十一) C. Th. 8, 12, 7; 參考 Buckland, p. 241.

(註五十一) Bruns, 1. 435.

(註五十二) Karlewa, II, p. 4)6; Kähler, p. 41; Cug, Manuel, p. 273; Schönbauer, Z. S. 8.

XLIX 379.

(註五十四) Cicero, de off. III. 16. 65 (Tab. VI. 2)

(註五十五) Tab. VI. 3; G. II. 42.

(註五十六) G. II. 44.

(註五十七) D. 41. 3. 3.

(註五十八) D. 3. 15. 2.

(註五十九) D. 4. 6. 30 pr.; 41. 2. 12; 41. 2. 23. pr; 41. 3. 40.

(註六十) D. 41. 3. 14; 41. 4. 2. 17.

(註六十一) D. 41. 3. 5; 41. 3. 14.

(註六十二) C. 7. 31. 1. 3; 3. 32. 4; Inst. 2. 6. 13; D. 44. 3. 11.

(註六十三) Jolowicz, p. 153.

- (註六十四) D. 41. 3, 31, 41. 4, 2, 15.  
(註六十五) G. II. 52.  
(註六十六) Leage, R. P. L. p. 139.  
(註六十七) C. 7. 29. 1.  
(註六十八) G. II. 59, 60.  
(註六十九) Buckland p. 245.  
(註七十) G. II. 59, 60.  
(註七十一) Roby, Roman Private Law, I. p. 478  
(註七十二) Poste, Gaus, II. 61 以下附註。  
(註七十三) G. II. 47; Buckland, p. 245.  
(註七十四) D. 41. 10, 9; Buckland, p. 245-247; Main Institutions, p. 122-123.  
(註七十五) Buckland, Main Institutions, p. 124.  
(註七十六) C. 7. 33. 1.

- (註七十七) 諭令引文見 Girard, Texts, 201, 301.  
(註七十八) D. 44. 3. 9; C. 7. 36. 1.  
(註七十九) C. 7. 39. 8.  
(註八十) C. 7. 39. 6.  
(註八十一) C. 7. 33. 12.  
(註八十二) Buckland, P. 250.  
(註八十三) D. 41. 3. 44. 5; 44. 3. 5. 1  
(註八十四) C. 5. 73. 1.  
(註八十五) Inst. II. 6. pr.; C. 7. 31. 1.  
(註八十六) Main Institutions, p. 127.  
(註八十七) 一說謂其子所定，見 C. Th. 4. 11. 2; C. 7. 39. 2.  
(註八十八) Sohn, p. 321; Leage, P. 142. 應時陳允著之羅馬法(大學叢書本)第一一五頁謂「凡不能通常時效取得所有權之物件即盜竊及由強奪取之土地，皆可爲其標的物。」此說殊無據。

- (註八十九) Inst. III 7. pr.  
(註九十) Buckland, P. 253; Leage, p. 142.  
(註九十一) D. 39. 6. 16.  
(註九十二) D. 39. 9. 18. 2 24, 28, 34.  
(註九十三) Inst. II. 7. 1; D. 39. 6. 7, 13, 16, 17,  
(註九十四) D. 39. 6. 2.  
(註九十五) D. 39. 6. 18. 1; C. 6. 57. 26. 1; Girard, Manuel, p. 963.  
(註九十六) Vat. Fr. 249, 3.  
(註九十七) C. 8. 56. 4.  
(註九十八) Buckland, 257.  
(註九十九) Inst. II. 7. 1; D. 39. 6. 17. 37.  
(註一百) Buckland, P. 258; Leage, p. 144.  
(註一百零一) Buckland, p. 254.

(註一四九一) Leage, p. 144.

(註一四九二) Vat. Fr 298-305, 310.

(註一四九三) Inst. II. 7. 2.

(註一四九四) C. Th. 8. 1. 1; C. 8. 53 34, 36; Nov. 162, 1.

(註一四九五) C. 8. 53. 31, 36.

(註一四九六) Leage, p. 145; Buckland, P. 253-256.

(註一四九七) Shom, P. 315.

(註一四九八) Sohm, P. 316.

(註一四九九) Girard, P. 670-673; Buckland, P. 252; Jolowicz, P. 157.

(註一五〇〇) Ulp. 19. 17.

(註一五〇一) Sohm, P. 317; Leage, P. 124; Buckland, P. 207; G. II. 66-69; Inst. II. 1. 12 sqq.

(註一五〇二) Inst. II. 1. 32 sqq.



- (註一百十四) D. 41. 1. 3, 4; Inst. II. 1. 14, 15.  
(註一百十五) D. 41. 1. 51. 1; Girard, Manuel, p. 323.  
(註一百十六) Mommsen, Strafrecht, 765.  
(註一百十七) Inst. II. 1. 22.  
(註一百十八) Leage, p. 125.  
(註一百十九) Girard, Manuel, p. 322.  
(註一百二十) D. 41. 3. 4.  
(註一百二十一) D. 41. 7. 2. 1.  
(註一百二十二) Buckland, p. 209.  
(註一百二十三) D. 41. 1. 12. 1.  
(註一百二十四) Inst. II. 1. 27.  
(註一百二十五) Inst. II. 1. 26.  
(註一百二十六) D. 34. 2. 29. 1; 41. 1. 26 pr; Inst. II. 1. 33; Girard, Manuel, p. 335.

- (註一百二十七) Ins. II. 1. 34.
- (註一百二十八) D. 41. 1. 27. 1.
- (註一百二十九) G. II. 77; Inst. II. 1. 33; D. 6. 1. 23. 3.
- (註一百三十) G. II. 78; Inst. II. 1. 34; D. 41. 1. 9. 2.
- (註一百三十一) D. 6. 1. 23. 3.
- (註一百三十二) G. II. 73; Inst. II. 1. 29.
- (註一百三十三) D. 6. 1. 28. 7. 41. 1. 7. 11.
- (註一百三十四) D. 41. 1. 7. 10; Inst. II. 1. 29.
- (註一百三十五) D. 47. 3; 24. 1. 63.
- (註一百三十六) D. 41. 1. 7. 10.
- (註一百三十七) D. 24. 1. 63; 47. 3. 1 pr.
- (註一百三十八) D. 47. 3. 1. 2, 2; 6. 1. 63. 6; 41. 1. 7. 1; Inst. II. 1. 29.
- (註一百三十九) D. 41. 1. 7. 12; 44. 4. 14; Inst. II. 1. 30.

- (註一百四十) C. 3. 32 2.
- (註一百四十一) C. 3. 32, 5; Inst. II. 1. 30.
- (註一百四十二) Inst. II. 1. 31, 32; G. II. 74-76.
- (註一百四十三) G. II. 70; Inst. II. 1. 20; D. 41. 1. 7. 1.
- (註一百四十四) G. II. 71; Inst. II. 1. 21; D. 41. 7. 1. 2.
- (註一百四十五) G. II. 72; Inst. II. 1. 22; D. 41. 1. 7. 3. 4.
- (註一百四十六) Inst. II. 1. 22.
- (註一百四十七) D. 41. 1. 7. 5; 41. 1. 65. 4; Girard, Manuel, 332.
- (註一百四十八) 保羅士所言、顯與此異。 D. 41. 65. 3.
- (註一百四十九) D. 41. 1. 7. 5. Inst. II. 1. 23.
- (註一百五十) Buckland, p. 216.
- (註一百五十一) G. II. 79.
- (註一百五十二) Inst. II. 1. 25; D. 41. 1. 7. 7.

- (註一百五十三) Inst. II. 1. 25; D. 41. 1. 7. 7.  
 (註一百五十四) Inst. II. 1. 25; D. 1. 1. 7. 7.  
 (註一百五十五) Czychlarz, Eigentumserwerbarten, 248 sqq; Windscheid, Lehrbuch, § 187;  
 Buckland, p. 217, n. 3.  
 (註一百五十六) G. II. 79.  
 (註一百五十七) 近代研究羅馬法學者之意見不一、有謂善意爲必要者。詳見 Buckland, p. 217, n. 3.  
 (註一百五十八) Czychlarz, p. 315.  
 (註一百五十九) D. 41. 1. 7. 7.  
 (註一百六十) Czychlarz, p. 314 sqq.  
 (註一百六十一) Buckland, p. 218.  
 (註一百六十二) Windscheid, Lehrb. § 187, n. 2.  
 (註一百六十三) G. II. 79.  
 (註一百六十四) Witte, Bereicherungsklage, p. 329.

- (註一百六十五) Czychlarz, p. 380.  
 (註一百六十六) D. 7. 4, 10. 5, 6.  
 (註一百六十七) D. 13. 7, 18. 3.  
 (註一百六十八) D. 41. 1, 31. 1.  
 (註一百六十九) C. Th. 10. 18. 2.  
 (註一百七十) C. 10. 15. 1  
 (註一百七十一) 倫敦 Attorney General V. British Museum Trustees (1903), 2 ch. 598.  
 (註一百七十二) Czychlarz, p. 212.  
 (註一百七十三) D. 41. 1, 63 pr; Inst. II. 1. 39; Czychlarz, p. 22, sqq.  
 (註一百七十四) Czychlarz, p. 221.  
 (註一百七十五) Czychlarz, p. 229 sqq.  
 (註一百七十六) D. 41. 2. 3, 3.  
 (註一百七十七) Sueton, Nero, 31; Tacit. Ann. 16. 1.

- (註一百七十八) Zonaras, p. 440.  
(註一百七十九) Inst. II. 1. 39.  
(註一百八十) C. 10. 15. 1. 3.  
(註一百八十一) D. 49. 14. 3. 11.  
(註一百八十二) C. Th. 10. 18. 1.  
(註一百八十三) C. Th. 10. 18. 2. 3.  
(註一百八十四) C. 10. 15. 1.  
(註一百八十五) D. 47. 14. 3. 10; Inst. II. 1. 39.  
(註一百八十六) Arg. 41. 1. 63. 3.  
(註一百八十七) D. 41. 1. 63. 4.  
(註一百八十八) D. 22. 1. 25. 1.  
(註一百八十九) D. 41. 1. 48.  
(註一百九十) 如 Inst. II. 1. 35 等。

- (註一百九十一) Brinz, *Bona fide Possessio*, 1.548; Czychlarz, p. 506.  
 (註一百九十二) Czychlarz, p. 506.  
 (註一百九十三) D. 41. 1. 48. 1.  
 (註一百九十四) Inst. II. §. 35.  
 (註一百九十五) D. 22. 1. 45.  
 (註一百九十六) Girard, *Manuel*, p. 329 所引 Ferrini 之說。  
 (註一百九十七) D. 22. 1. 25. 2.  
 (註一百九十八) D. 41. 1. 28. 1; 41. 1. 48. 1.  
 (註一百九十九) D. 22. 1. 25; 22. 1. 28.  
 (註二百) D. 41. 1. 40; 41. 3. 4. 19.  
 (註二百零一) Czychlarz, p. 565.  
 (註二百零二) C. Th. 4. 18. 1; Mel. Girard I. 523; Czychlarz, p. 569 sq.  
 (註二百零三) D. 6. 1. 48.

- (註二百零四) Buckland, P. 227; Main Institutions, P. 141.  
(註二百零五) D. 21. 2. 64, 4.  
(註二百零六) Inst. II. 9. 3.  
(註二百零七) G. III. 10.  
(註二百零八) D. 41. 1. 9. 7; Inst. II. 1. 48.  
(註二百零九) Arg. 47. 2. 52. 21. 67. 4.  
(註二百一十) D. 41. 2. 34. pr.  
(註二百一十一) G. II. 20; Ulp. 19. 7.  
(註二百一十二) D. 41. 1. 36.  
(註二百一十三) D. 41. 1. 36.  
(註二百一十四) D. 12. 1. 18. pr.  
(註二百一十五) D. 12. 5. possim.  
(註二百一十六) D. 24. 1. 3. 10.



- (註一百十七) D. 41. 1. 35; 18. 1. 15. 2; 參見 12. 4. 3. 8.  
 (註一百十八) D. 12. 1. 41. 17. 1. 49; 參見 22. 6. 8.  
 (註一百十九) D. 41. 2. 1. 21.  
 (註一百二十) D. 41. 2. 1. 21.  
 (註一百二十一) D. 41. 1. 9. 5.  
 (註一百二十二) D. 41. 2. 18. pr.  
 (註一百二十三) D. 18. 1. 74; 41. 1. 9. 6; Inst. II. 1. 45.  
 (註一百二十四) D. 7. 9. 9. 2; 41. 2. 38. 1.  
 (註一百二十五) Inst. II. 1. 41; D. 18. 1. 19; 18. 1. 53; C. 4. 54. 3  
 (註一百二十六) Inst. II. 1. 41.  
 (註一百二十七) G. 2. 41; Ulp. 1. 16; 19; 7.  
 (註一百二十八) Buckland, p. 231.

## 第二十一章 占有

羅馬法上之最繁複問題，厥爲占有。(Possessio) 不惟意義紛紜，且議論滋多，莫衷一是(註一)。本章祇可就其要者摘述之。

### 第一節 占有之意義

何謂占有？謂對於物件有實體上之占據力而不問其物權之爲何人也(註二)。所謂實體上之占據力，非必指即時或直接而言。如甲之白馬，雖經脫羈，不失爲占有。又如甲離開其書房，對於書房中之書籍，并不因其暫時離開而喪失占有。故占有之狀態視物件之性質及情形而定。如甲之車停放路邊，甲雖不在，不失其占有。然若甲之鉛筆落在路邊，則喪失其占有。以是在同一情形之下，而因物件之性質不同，使占有隨之變更。

不惟此也，單純事實上之占據亦未即構成占有。例如囚犯之受鎖禁，該項鎖扣固非彼所

占有也。反之，甲之鉛筆偶然遺失地上，經乙拾得，所有權雖仍在甲，但占有則已一移至乙之身上矣。職是之故，羅馬法一再申明占有爲事實問題，此可於所舉事例及歸納若干原則中見之。然事實問題，亦易引人誤會。夫法律上之所謂事實，要以發生法律上之效果而言，其與此無關者，自不在探問之列。羅馬法上關於占有之名詞，有「占有」(Possessio)，市民法占有 (Possessio civilis) 及自然占有 (Possessio naturalis) 等別。此等名詞之意義，頗不一致。吾人可得而述者，即「占有」云云，在「古典時期」，係指占有在法律上受禁令程序之保護者。若市民法之占有，則以足致發生時效占有之效力爲限；而自然占有僅爲事實上之握有。然在羅馬法上，前後文義紛歧，近代研究羅馬法之士，更從而闡發之，於是紛歧愈甚，學者更無所適從(註三)。今摘其最要之二說於左：

沙威尼之主權說 (德儒沙威尼 (Savigny))，近代研究羅馬法之專家也。彼於羅馬法之造詣甚深，其著作影響後人頗深。彼對於占有之解釋(註四)，係根據羅馬法家保羅斯 (Paulus) 之佚文(註五)。沙氏謂凡有事實上之占有而具有所有人之意思者則爲占有，其無所有人意思

而占據物件，乃爲握有。故占有須具二要件：卽物體占據 (Corpus) 與所有意思 (Animus Domini)。依其說，則賃借人及用益權人均非占有人，然在羅馬法上，彼等固有準占有也。他若永佃權人及質權人對於<sup>4</sup>匱及質物亦各有占有，主觀派者將何以自圓其說乎？彼輩不能無以辯正，乃謂此等占有爲傳來占有(註六)，但事實上永佃權人與賃借人之占有性質究難區別。倘占有之事實以意思狀態爲區別標準，實際上亦難申說。例如寄託人將物件交與受託人，則占有已移轉與受託人。信如沙氏之說，彼寄託人若倏忽之間將該物自行保管之意思，占有應卽一移於寄託人，其不合於事實，甚爲顯然。後來學者，暫將沙氏「所有人之意思」加以推釋，謂係指排除他人之意思言也。

伊埃林之客觀說 伊埃林氏 (Ihering) 攻擊沙威尼之主觀說甚力(註七)。吾人今可不必詳細討論伊氏之學說，而祇就其對沙氏之攻擊要點簡述之。在理論方面，伊氏認爲主觀說與羅馬法之實際情形不符。例如主人對於逃逸奴隸仍有繼續之占有是。然伊氏之最大攻擊，厥爲沙威尼所謂占有爲「所有人之意思」(Animus Domini)。彼以沙氏所引保羅之佚文，祇可

視爲保氏之特殊見解，蓋其他法家固未以主觀說爲然。伊氏又謂此不獨說明上欠透澈，卽事實上亦難舉證其是否所有人之意思也。因之，後來之主觀說學者漸認定原因（Cause）爲意思之證明。殊不知原因云云，已爲外部行爲，更變原有主觀說之面目。惟其推論入微，則又與沙氏同陷錯誤矣（註八）。

然則占有之性質果何如乎？伊氏謂占有非所有人之意思，乃爲所有權之外部事實（註九）。占有人對於物之關係，視其地位而不同。前已言之，在同一地位之不同物，有視爲繼續占有者，有視爲非繼續占有者。占有雖有心素與體素，但心素云云，不外示明其意識而已。例如精神衰弱人不能取得占有，以其欠缺意識也（註十）。

就上述二說觀之，伊氏之攻擊主觀說，已爲近今法家認爲針對事實，難以置議。然以其說明羅馬法上占有之性質，亦非全無瑕疵，難之者亦多（註十一）。要知羅馬法上視意思之重要，較伊氏所言爲甚，故法家中未敢明言主張客觀說。所謂「意思」（卽心素）亦非空洞之物，必能以外部事實表現之方可，否則，吾人又將何以知耶？要之，羅馬人之理論原不一致，今

欲純以邏輯之方法築成完善系統，削足適履，自所不免（註十二）。沙氏之說，固不足採，但伊氏之說，要亦非羅馬人當時所能見及也。

## 第二節 占有之取得

占有之取得，在表面上觀之，似甚簡單，即具有占有之意思（Animus）與占有物之支配實體力（Corpus）是也（註十三）。所謂支配實體力，不必限於物之直接屬於占有人，祇問其是否在占有人之權力支配下爲已足。職是之故，占有人之支配占有物視物之性質而不同，固不能一概而論，吾人已在前節設例述之。

占有之意思云云，謂占有人具有占有之認識。譬如占有人指揮其物應搬存某處。則彼於某物雖未經搬移完畢時，固不失其占有，亦無須待搬存某處完畢後始占有也。夫認識之意義，不限於直接或即時，即以前授權之行爲亦屬之（註十四）。要之，占有人本人須具有意思能力，缺乎此者，不能爲占有行爲。彼癡狂人則無意思能力，不能取得占有（註十五）。他若非

交易物，因其不能融通之故，不能爲所有權之取得，占有自亦爲法律所禁止也。

占有出於占有人之直接行爲，則意思與支配力較易解決。然若占有之取得藉第三者之手或由代理人爲之者，問題遂變爲繁雜。於此，羅馬法之前後法律稍有不同。在格阿士(Gaius)時代，占有是否得假他人之手以完成之，尙無確定之規定(註十六)。他若奈內學斯(Neratius)色味魯斯(Severus)卡拉卡拉(Caracalla)卽爾賓(Ulpian)等輩意見，則以占有得藉自由人之手而取得(註十七)。考古之家，或以此而疑爲後人所竄改(註十八)，但吾人殊未敢附和。蓋先時之羅馬法雖對於代理人之取得占有未有明文規則，然吾人却不能否認後來之法律也。觀優帝法律綱領所載，固明言占有得藉任何自由人而取得也(註十九)。惟此之所謂間接取得要指明占有物之實體而言。至於占有之意思，則不能代理，換言之，彼本人必須具有占有之意思，方能取得。如第三者爲其占有而本人未知悉時，不發生取得之效力。

占有得假奴隸之手而取得乎？羅馬法之規定頗見簡單，卽奴隸均可代其主人爲占有物實體之取得，惟須經主人之同意後，占有之取得方爲完全。然於此尙有數點須待申述者：

其一，奴隸之特有產仍爲主人所有，故凡奴隸取得者，即屬於主人。惟特有產之目的，原爲便利第三者與奴隸之代主人交易而設。倘主人中途干涉奴隸對於特有產交易時，此項特有產遂失其獨立之目的。基此理由，羅馬法即承認奴隸之取得，雖未經主人之知情，亦可由奴隸補正心素也（註二十）。

其二，若主人之神智不清或尚在幼兒時，則心素一項自屬欠缺，當然不能取得占有。然會典之中，頗不一致：一說謂如經其監護人同意時，亦可占有之（註二十一）。但在事實上，所謂監護人之同意要指幼兒時期已過而言。龐旁紐斯（Pompilius）之說，仍係根據事實上之便利，以奴隸仍可爲瘋癲主人或幼兒取得占有也（註二十二）。

其三，待繼遺產并無心素，故其是否能取得占有尙爲問題。惟待繼遺產若係奴隸，則其在遺產未開始時，自得繼續完成之（註二十三）。然此種規定，奴隸亦祇能對特有產之占有耳（註二十四）。

其四，奴隸雖不必有占有之意思，但亦不能有神智不清之狀態。蓋人若失其意識，自無



管理物件之可能。故奴隸爲精神病人時，則彼不能爲其主人而取得占有也（註二十五）。

其五，主人對於在逃之奴隸仍不失其所有（註二十六），但此在逃奴隸之取得占有，究屬主人乎？會典記載互有出入；那哇（Nava）及龐旁紐斯（Pomponius）否認在逃奴隸可爲主人取得占有（註二十七），然後期法家則皆承認在逃奴隸之占有屬於主人（註二十八）。就二說觀之，後說較爲合理。蓋在逃奴隸既仍爲主人所有，則其取得占有當亦爲主人所有矣（註二十九）。

### 第三節 占有之要素

占有之要素有二，曰心素（Animus），曰體素（Corpus）。心素卽意思，體素卽事實。羅馬律文中嘗亦涉及上述占有之二要素，然不甚明瞭。其後研究羅馬法學者則以心素與體素爲占有之要件，視同天經地義。此實未免矯枉過正，反失其原來意義。就羅馬法之進化言之，以占有須具心素及體素者，殆始於保羅（Paulus）之著述，逮優士丁尼帝方見顯要，然亦

不若後儒附會之甚。誠如通說之所言，占有須具備心素與體素，則當然之邏輯，遇有缺一時，占有自必隨之喪失，但在事實上，却又不然。彼瘋癲或睡眠之人，并不因其心智不清或暫時休息而失去占有，理至顯明（註三十）。不寧惟是，心素與體素二者，孰為重要，亦難一概而論。惟就事實上之情形言之，體素似較為重要。蓋吾人若謂占有某物，必須該物於占有時未為他人所占有。否則，縱有占有之意思，固無從以實施支配力也（註三十一）。

#### 第四節 占有之性質

占有為權利乎？抑為事實乎？羅馬法之規定殊不一致。在古典時代，法家皆認占有為事實而有法律上之效果耳。帝政後期之法律，乃漸認占有為權利。蓋占有之是否權利，可於律文中之問題見之。苟占有為權利，則一如物權（*ius in rem*）之得以援用救濟程序，自屬當然之理。然占有之非物權，即在優帝時代亦未變更。吾人謂占有為權利者，不過認其在法律上發生相當之效果，而得法律之保障耳（註三十二）。

不寧惟是，占有祇適用於物體之存在。若純為權利，則不能復有占有之事發生。例如對於利益權不能為占有是。後期之法家或以權利之占有為準占有，但究非古典時代之觀念。或謂羅馬舊說以通行權或汲水權為有形物故亦得占有之，惟此說殊屬無據，吾人不能盲從附會也（註三十三）。

## 第五節 占有之保護

占有既為權利，故至優帝之時，占有遂得法律上之保護。此項保護手續，即羅馬法所謂「令狀」(interdictum)是也。其保護令狀有三：一曰確認占有之令狀 (Interdictum uti possidetis)，一曰回復占有之令狀 (Interdictum unde vi)，一曰返還占有之令狀 (Interdictum de precario)。今分述之。

一、確認占有之令狀 此種令狀之目的，在禁止他人妨害占有人之享用也。故又稱曰持續占有或保存占有。(reivindicatæ possessionis) 占有人於其占有被妨害時，則可請求發給

此項確認令狀。惟妨害之程度，羅馬法規定頗嚴。凡屬臨時妨害或阻礙占有人之行使占有權利者，占有人不得提起此項令狀，必須妨害之程度有永久侵害占有之性質，方得爲之。例如甲之鄰居將在其地上建築房屋致損害甲之占有時，甲欲防止其鄰居之建築，可提起此項令狀。然若鄰居於夜間無端擾甲之安寧，則此項令狀不適用之。當狀請此項命令時，申請人須先陳述其爲合法占有人，請求終止妨害之繼續以及因此妨害所受之損害賠償。所謂合法占有，謂占有之取得并非出於威迫，祕密，容假之原因。(nec vi, nec clam, nec precario ab adversario) 在優帝之前，動產與不動產占有之保護有別。凡妨害不動產占有之救濟，稱曰確認現存占有之令狀。(interdictum uti possidetis) (註三十四) 其爲妨害動產占有之訴則稱曰保存占有之令狀 (interdictum reinvendae possidetis) (註三十五)。優帝會典始併爲一，皆適用確認現存占有之令狀也(註三十六)。

合法占有若非出於威迫(以強力取得占有曰威迫)，祕密(以圖防止對方之發覺曰祕密)，容假(以隨時可以撤銷占有而收回曰容假)之原因，則申請人爲證明妨害之永久性，自可獲得

占有之保護。反之，若申請人之取得占有係出於威迫，秘密或容假之原因，不惟不能取得確認現存之占有，且因此而確定占有爲其所由來之占有人，并應將占有物返還之。例如甲以強力奪乙之書而占有之，乙因心有不甘，時與甲爲難，甲若申請確認現存占有之令狀時，則其結果不但原告甲不受令狀之保護，且應將書返還與被告乙也。

二、回復占有之令狀 此項令狀之目的，在使合法占有人回復其喪失之占有。詳言之，凡合法占有人之占有物爲第三者以強力所奪去，則可申請此項令狀以回復其占有也。此爲對排除者之直接命令。以其如是，排除者不得以申請人之占有爲出於威迫，秘密，容假爲抗辯理由。不寧惟是，縱使排除者以占有物係被申請人所佔據，亦不得加以抗辯。此與前項之確認現存占有之令狀比較，二者顯有不同。蓋確認現存占有之申請人必須證明其現存占有之權利，否則，彼被告得抗辯之。至於回復被奪占有之令狀，則申請人之請求具有絕對之效力，不容被告之抗辯也。

回復被奪占有之訴，祇適用於不動產，其時效爲壹年。時效屆滿之後，彼占有人僅能就

被告之不當得利範圍內請求償還而已。

三、返還占有之令狀 此項令狀之目的，猶前述之回復被奪占有之訴，同在使占有人回復其喪失之占有。所異者，即返還占有之令狀，限於占有之喪失非基於威迫，秘密，容假之原因。例如甲將書許乙閱看，但并無訂立任何租賃契約或法律行為，乙拒絕返還與甲時，則甲得申請返還占有之令狀，命令乙將書返還與甲是。此項令狀，猶回復被奪占有之訴然，直接命令容假占有有人返還占有物也。但其適用之範圍，不限於不動產，即動產亦適用之，其時效亦較長，——三十年，或四十年不等也。

上述占有之訴，初時本為保護占有人而設。然其結果，則所有權亦適用之。在事實上，大多數之所有人即為占有人，故所有人於其占有被侵害時得就下列之救濟權任擇其一：

(一)得提起本權之訴以證明其為所有人而取得保護。

(二)得提起請求之訴，以證明其本人之權利基於時效占有。此種以時效占有為根據之訴訟，又稱布必利奇安拿訴訟 (actio Publiciana)。於提起此訴時，原告不以其所有權為根據

，而以其時效占有之完成爲請求保護之理由也。

(三)得提起保護占有之訴，而將所有權及時效占有之取得權利置之不問。蓋保護占有之訴祇基於申請人之占有事實及占有意思也(註三十七)。

## 第六節 占有之喪失

占有因占有人之死亡而喪失，彼繼承人並不因此當然獲得占有之繼續(註三十八)。然若當主人亡故而其奴隸握有時，施西羅 (Cicero) 謂繼承人遂取得占有，不問其本人有無積極之行爲也(註三十九)。惟施氏爲一演說家，其意見要不能視爲羅馬當時法律卽如此。吾人若一閱大法家保羅之佚文，則彼所述者適與施氏相反：繼承人不因奴隸之握有而承受占有，必須繼承人有爲積極之行爲始可取得占有。此爲古典時代之法律，實無疑義(註四十)。

此外尚有一問題，卽占有人之奴隸或其僕役喪失握有時，被占有人是否隨之而喪失占有。依羅馬法之原則，奴隸得增進主人權利，但不能減少其權利。準此以談，奴隸之不能使主

人失其占有，當亦明甚。雖然，迨主人取得占有後，即彼奴隸之人格如何變更，毫無重要，因奴隸祇爲一受物人耳。因之，若奴隸偶然將占有物失落，其與主人自己之失落無二致。譬喻奴隸忤逆，拒絕將物交付主人時，此際主人之占有是否喪失，不能一概而論。若占有之物爲土地，主人不因奴隸之拒絕而喪失占有（註四十一）。反之，如爲動產，則主人之占有視爲喪失（註四十二）。但若主人之占有地爲奴隸故意荒棄者，此際占有是否喪失，依羅馬古典時代法家之意見，不認爲喪失占有，惟荒棄之土地，如經第三者取得時（註四十三），主人之占有始喪失。優帝時代，乃否認主人在此情形之下有喪失占有之事也（註四十四）。

（註一）關於占有之參考書目，可閱 Windscheid, Lehrbuch, § 148, n. \*

（註二）Buckland, Main Institutions etc., p. 104.

（註三）詳見 Girard, Manuel etc. p. 275 sqq.; Windscheid, op. cit., § 148 sqq., Vermont, Possession en Droit Roman; Saigny, Possession (rerry trovsl),

（註四）見 Rechts des Besitzes 一書。



(註五) D. 13. 7. 37; 41. 2. 1. 20.

(註六)前引氏書第二十五節。

(註七)見 Besitzwille.

(註八) Buckland, Text-Book etc., p. 200.

(註九)見註七書第十一節。Lightwood, Law Quarterly Review, 1887, 32 sqq.

(註十) D. 41. 2. 1. 3.

(註十一) 見 Girard, Manuel etc., p. 279, n. 6; Windscheid, § 148, n. 4.

(註十二) 見 Girard, p. 274.

(註十三) D. 41. 2. 3. 3. 1.

(註十四) D. 41. 2. 18. 2.

(註十五) D. 41. 2. 1. 3.

(註十六) G. 2. 95.

(註十七) D. 41. 1. 13; 3. 41; 13. 7. 11. 6; C. 7. 32. 1.

- (註十八) Mitteis, Rom. Pri. 1, 212 sqq.  
(註十九) Inst. 2, 9, 5.  
(註二十) D. 41, 2, 44, 1.  
(註二十一) D. 41, 2, 32, 2.  
(註二十二) D. 41, 3, 28.  
(註二十三) D. 41, 3, 20.  
(註二十四) D. 6, 2, 9, 2; 41, 2, 1, 5, 4, 7, 1, 16.  
(註二十五) D. 41, 2, 1, 9, 10.  
(註二十六) D. 41, 2, 1, 1.  
(註二十七) D. 6, 2, 15; 41, 2, 14.  
(註二十八) D. 41, 2, 1, 14; 44, 3, 8.  
(註二十九) D. 41, 2, 1, 14; 44, 3, 8.  
(註三十) D. 41, 3, 31, 3.

- (註四十一) Buckland, Text-Book etc., p. 204; Main Institutions, etc., p. 107.
- (註四十二) Buckland, Text-Book etc., p. 205; Main Institutions, etc., p. 108.
- (註四十三) Buckland, Main Institutions, p. 109.
- (註四十四) D. 43. 17. 2. pr.; G. 4. 160.
- (註四十五) G. 4. 108. D. 43. 31. 1. pr. 或釋 Interdictum utrobi.
- (註四十六) D. 43. 31. 1.
- (註四十七) Ihering, Jahrbucher f. Domatik des heutigen Röm. Rechts vol. ix, p. 44. sqq.
- (註四十八) D. 41. 2. 23. pr.
- (註四十九) Cicero, pro Caecina, 32, 94.
- (註五十) D. 41. 2. 30. 5.
- (註四十一) D. 41. 2. 40. pr.
- (註四十二) D. 41. 3. 4. 8. 9.
- (註四十三) D. 41. 2. 3. 8; h. t. 31; h. t. 40. 1.

(註四十四) C. 7, 32, 12. 詳見 Buckland, *Main Institutions*, p. 109-112.

## 第二十二章 他物權之意義

物權之最完全者，厥爲所有權，以其包括物權之一切原素也。然人類社會，其複雜與日俱增，非僅所有權之制度可以滿足吾人之要求。即他人之物，吾人亦可從而用之，無須基於所有權之取得，方濟人羣之需要。

不寧惟是，彼所有人於其所有物，或因一時之需要而願捨却其相當成分，而無須爲所有權之處分，以與他人交換相當之報酬。如是，則他人對於其所有權上加以相當限制，取得其權利之保障。此種保障與普通之債權有別。蓋普通債權爲對特定人行使權利而已，除此之外，不能有何種行爲。例如甲向乙租牛一頭，雙方訂立契約，屆時乙如不將牛交甲使用時，甲祇可對乙爲賠償或請求強制執行之訴，固不能逕對乙之牛爲直接之行爲也。此種對人行爲之債務，於權利人之保障殊弱。如欲彌補上述缺陷，故於所有權之外，承認他物權之存在，使

他人於所有人之物上，在相當範圍內享有絕對之權利。古今中外法制，莫不異途同歸，皆認他物權之制度，緣於人類社會之需要而產生也。

他物權與所有權乃質同實異。何謂質同？即所有權與物權同為絕對權也。享受他物權之人，猶所有人，得對抗任何第三者，其權利之根據非基於特定人之行為，乃基於物權之存在。何謂實異？即所有權之範圍為無限，而他物權之範圍則為有限。彼他物權人祇能於物權內有行使之權利，他無有焉。

羅馬法關於他物權之規定，依其性質，得分為四：一曰役權，二曰永佃權，三曰永借權，四曰質權。今各分述之。

## 第二十三章 役權

### 第一節 役權之意義

役權者，謂一定之土地或人役使他人所有物爲目的之權利也（註一）。役權有爲一定之土地或人之利益而存在，故其利益因爲土地與爲人而有性質上之差別：蓋一爲土地之關係，以增進有役權之土地（即需役地）之使用爲目的；一則爲人之關係，對於一定之人與以一定期間或終身間得使用其物之利益爲目的。役權之使用，隨役權之內容而不同，有爲一種之收益權，有爲單純之使用權，有爲一種之禁令權。

役權之意義，又可就其本質而加以解釋。蓋役權爲一種權利，即所有權之一種成分另歸所有人以外之第三者享受耳。故役權爲對所有權之一種負擔，所有權受其限制。吾人可就地役權一例見之：地役權隨供役地與需役地之關係而移轉，固不限於特定享受役權人也（註二）。

## 第二節 役權之性質及其與債權之異殊

役權之性質有四（註三）：

一、役權爲物權，故役權對於物上有直接之支配權也。

二、役權爲他物上權之一種，故役權僅於他人所有物之上而存在也。

三、役權之目的爲便益需役權人而設，故得用益他人之物至適當限度也。

四、役權雖爲物權，但與所有權相較，則不能限制所有權人之行使權利也。

役權與債權相較，有根本上之殊異：凡依債權關係而使用他人之物，非物權也，——即非役權也。例如甲乙依契約之規定，由甲租地與乙，此爲債權之關係，其效力僅可拘束契約之當事人，對第三者絕無生效。易言之，則乙對甲有使用其債權的使用權而已；故乙祇可令甲履行交地爲其使用之義務，而不能對該地直接行使其權利也。

### 第三節 役權之一般原則

役權爲民法最先承認之一種他物權，故役權之一般原則，多可適用於其他物權（註四）：

一、役權既爲他物權，故行使役權人如有他人侵害其使用時，彼役權人得對抗之（註五）。

二、役權乃存在他人物上，故所有權人不能於自己物上設定役權也。職是之故，凡役權與所有物歸併於一人時，役權則歸消滅，其後如再分離時，在原則上亦不當然恢復（註六）。

三、役權上不得更設役權（註七）。

四、役權必爲需役人或需役地之便益而設（註八）。

五、受役權之負擔人僅負消極之義務，至於所有人允許役權人爲積極之行爲時，此爲債權關係，而非役權人之當然權利也（註九）。

六、役權不得占有之。然在事實上，享受與占有顯無甚區別，因受同樣之保護也（註十）。後來法律或有視爲「準占有」（註十一），然亦未見其當。蓋役權在最初之時容或有先占之事發生，但吾人不能以此即率斷認定役權爲可占有之。夫役權之觀念，殆由於使用而發生，良以此時占有之觀念尙未臻確立也（註十二）。

#### 第四節 役權之種類



役權之種類，依羅馬法之規定，可分爲人役權 (*Personarum servitus*) 與地役權 (*Prædiorum servitus*) 二者 (註十三)。前者爲一定人之利益而存在之役權 (註十四)，故遇權利人死後，人役權則歸於消滅 (註十五)。後者乃爲一定之土地之利益而存在之役權 (註十六)，此役權之利益，稱曰便益 (註十七)，受便益之地曰需役地 (*Prædium d minus*)，供便益之地曰供役地 (*Prædium serviens*) (註十八)。人役權又可分爲用益權 (*Usufructus*) 使用權 (*Usus*) 住居權 (*Habitatio*) 奴畜使用權 (*Operæ servorum et animalium*) (註十九)。地役權亦分爲市廛地役 (*Prædiorum urbanorum*) 與田野地役 (*Prædiorum rusticorum*)。其間區別，不甚嚴明，不過就大體上加以區別耳 (註二十)。

### 第一項 地役權

地役權謂以他人土地供自己土地便益之權利也 (註二十一)。需役地與供役地必須接近，且須因實際情形有設定地役權之必要。今將地役權之性質及種類分述於次 (註二十二)：

#### 一、地役權之性質及一般原則

本論 中篇 物法 第二十三章 役權

(一)地役權爲行使於他人土地之權利。地役權之目的物，必爲土地，且被行使地役權之土地，須爲他人之土地。故地役權人不得行使於土地以外之物，或行使於自己所有地之上也。例如甲乙各有田地二塊相連，假定甲之四圍均爲乙之田地，則甲欲進出己地必須經過乙地，故甲於乙地因實際情形之需要而設定地役權。然若乙地賣與甲時，則甲進出雖仍經過乙地，但無所謂地役權之發生也。地役權人於使用權利之範圍內，有直接支配供役地之物權，惟供役地之所有人對於地役權人祇負不爲的義務而已。

(二)地役權爲以他人土地供自己土地便益之權利。地役權之便益，必須以需役地之便益爲主體，而非以人爲主體，惟若有契約之特別規定僅原始受益人有此權利時，不無視爲例外。不但此也，供役地所供需役地之便益，必須存於供役地之中，而非存於供役地所有人之行爲者。故地役權之結果，需役地因受便益而有增其所值，供役地因供便益而致減其所值也。

(三)地役權爲不可分性質之權利。地役權既從屬於需役地，故其權利隨需役地之所有

人，而非隨特定之所有人，以是役權與需役地不能自行分離獨立。詳言之，若需役地人分離其所有權與地役權，或僅讓與其所有權而保留其他役權，或僅讓與其地役權而保留其所有權，或以地役權與土地所有權分讓二人，或以其地役權作擔保或賃借他人，均爲羅馬法所不許。不寧惟是，地役權人對於地役權之行使，須爲完全之行使。例如通行地役權，惟有欲通行則全爲通行，不通行則全不通行。若行使其半或幾分之幾，爲事實上所不能。故一部之地役權，羅馬法不認其存在。以是地役權之取得，非得其全部不可；其喪失或消滅亦然。譬如甲乙二人爲土地共有人時，各不得按其應有部分設定役權與人，或向他人取得地役權。反之，土地共有者之一人，亦不得按其應有部分使爲土地而存之地役權消滅或存於土地上之地役權消滅。

(四)地役權以需役地之必要行使爲度。在原則上，如無特別規定地役權之如何行使，需役地人對於其供役地上有完全行使權利。惟此等權利之行使，必限於需役地有行使之必要爲度。倘有特別契約規定地役權行使之期限，行使之範圍，以及行使之方式等，法律亦認爲

有效。

此外地役權人因行使權利，得於供役地上爲種種必要之事項，但限於必要事項爲度，所以防地役權人濫於行使役權，致損害或不利供役地之利益也。

(五)地役權人因行使役權在供役地上設置工作物應自己負擔費用。吾人在前已述及，即供役地所有人祇負消極之義務，故地役權人因行使役權在供役地上之設備，概歸自己負擔，然若供役地所有人利用該項設備或願意負擔修理義務時，則不無例外。

## 二、市廛地役與田野地役之區別

地役權之種類，依其性質分爲市廛地役與田野地役，但其區別之標準，頗屬困難。通說多以需役地之性質爲準，即需役地爲田野時，此項地役權稱曰田野地役，如係建築物時，則稱曰市廛地役(註二十三)。另說謂田野與市廛之區別，要以供役地之是否田野，或市廛爲準。但此所謂市廛，亦非指地役權之設定係在市鎮而言。折衷說者，謂市廛地役與田野地役之區別，應以地役權之內容而定。若地役權人之行使役權須爲積極行爲時，是曰田野地役，反之

，如對於供役地所有人爲禁止或不行爲時，是曰市廛地役。依此區別，則市廛地役權爲消極地役權，而田野地役權爲積極地役權。此外又有所謂繼續地役權與間斷地役權。繼續地役權者，卽繼續無間斷行使於供役地上之役權也。例如引水地役權，自敷設水道後，需役地之水自然無所間斷而流下於供役地，不需人之行爲是。間斷地役權者，謂地役權之行使，每次須地役權人之行爲也。例如汲水權通行權是。在原則上，市廛地役權常爲繼續性質，而田野地役權却多爲間斷性質。蓋市廛地役權既屬消極行爲，詳言之，卽地役權人對於供役地所有人祇有禁止或令其不爲之權利，其爲繼續役權甚爲顯然。譬如通光地役權，其所拘束於供役地人者，在於不妨礙地役權人之光線；此項役權，無須地役權人之積極行爲，而在禁止供役地所有人之「不爲妨礙通光」之行爲而已。至於田野地役權，則大多數爲間斷性質。例如通行權，此項權利之行使與否，在於通行權人之積極行爲。設彼永不通行於供役地上，則爲未使用其權利。且通行之性質究屬間斷的，良以通行權人非永遠繼續通行於供役地上而不稍息也。

### 三、市廛地役之種類

市廳地役之重要者約如左列(註二十四)：

(一)靠壁役權 (*servitus oneris ferendi*) 此項役權之供役地所有人應依役權設定時之規定爲必要之修繕及維持供役地之原始狀態，俾地役權人得行使其權利。故若無特別契約規定時，供役地人應負上述之義務。惟供役地所有人，亦可隨時放棄其供役地之建築物，以捨却其修繕及維持之責任也。

(二)架設棟梁於他人牆上之役權 (*servitus ligni immitendi*)。例如甲乙二家毗連，甲因其自己家屋不固，時有倒塌之虞，架設一梁柱於乙牆上，以抵住其屋是。若該梁柱日後腐壞或因他故失落，地役權人仍可重新架設，惟其架設之情狀數目等，應照原始情形辦理。

(三)設置突出建築物於他人空間之役權 (*servitus proiiciendi*)。此項役權之發生，如露台走廊之地位突出於自己之房屋而至逾越於他人土地之空間是。設有甲乙二空地相靠，甲於自己土地界限上建設三樓房屋一所，此時乙地仍爲曠野，甲之二層房屋建有露台，由自己之土地上建築物突至乙地之空間，由所有權方面觀之，是甲踰越其界限，蓋土地之所有權，

不僅地面之界限，且上至天空，下及地層。但在事實上，此項役權之發生，要以「遮簾」為最多。試以上述之例而略加變更，設甲屋因不堪暑太陽光之晒照，在門窗上裝遮簾，因而突入乙地之空間，則此項役權為「遮簾突出」權。(servitus protegendi)

(四)通水地役權 (stillioidii s. fluminis recipiendi s. avertendi s. immittendi 簡稱 stillioidum et flumen)。

通水地役權有二：一為引導自己家屋之簷水至他人之家屋或土地(註二十五)；二為引導他人家屋之簷水至自己家屋或土地，以為灌溉或其他必要之用途(註二十六)。

(五)限制鄰地屋舍加高之役權 (servitus altius non tollendi)。

鄰地屋宇均不得加高，以免窺探秘密及阻礙光線。此項役權，如經當事人間之同意自可解除，而許鄰屋加高也(註二十七)。

(六)通光地役權 (servitus luminum)。即自己家屋應有之光線不容鄰居之阻礙也。通光地役權之外，又有觀望地役權焉。觀望地役權者 (servitus de prospectus)，謂不許鄰居設

置障礙物以妨自己家屋之遼望也。前項通光役權，雖違背特別法，亦許其存在（註二十八）。至於觀光地役權，即可依當事人間之意思解除之（註二十九）。

(七) 污坑地役權 (*servitus stercoraria*) 者，禁止他人土地上設置污坑或其他類似物接近自己之屋宇或土地也（註三十）。

(八) 通管地役權 (*servitus cloacae mittendae*) 者，謂由自己之屋舍通管至鄰舍或鄰地之權利也（註三十一）。

(九) 引烟地役權 (*servitus fumi immittendi*) 者，即將自己屋舍之燻烟經過鄰舍或地也（註三十二）。

#### 四、田野地役之種類

田野地役權，舉其要者如左：

(一) 通行地役權，依其性質，可分為四（註三十三）。

甲、步行權者 (*Servitus itineris*)，謂准許步行或騎馬，或以他種輕便代步轎車之通行



權也(註三十四)。

乙、獸畜通行權者 (*servitus actus*)，即除前述之步行權外，并及於動物者，如驅牛馬駝象等是(註三十五)。

丙、載負通行權者 (*servitus viae*)，謂除上述二項通行權外，并允許木石等笨重物之通行也(註三十六)。

丁、水路通行權者 (*servitus navigandi*)，謂須經過他人河道而達其自己田地之權也。例如甲乙丙三人，甲有一地在乙丙河道之邊，甲住居河道他邊，甲欲達其田地，須經過乙丙之河道是(註三十七)。

(11) 牧畜地役權者 (*servitus pascendi s. pascui*)，謂以自己之家畜放於他人土地上飼食草料之權利也(註三十八)。因欲行使此權利，故前述之獸畜通行權為當然之結果。至於此項權利之行使期限及家畜之數目等，則視當事人間之約定。如無約定時，依左列原則(註三十九)：

甲、牧畜於他人田地上之地役權，其行使期限以在於未耕耘前及收穫後爲可行使期限。

乙、如家畜之種類及頭數無規定時，地役權人得以其所有家畜在供役地上餵食草料，但以爲可食之草料與無非常損害供役地者爲限。

丙、如當事人間無特別約定時，供役地主人之家畜亦可在供役地上餵食草料。但若供役地上之草料不足飼養地役權人之家畜時，則地役權人有全部行使之權利。然若其家畜種類頭數并無約定，供役地所有人又欲飼養其家畜於供役地上因而引起爭執時，則由裁判官斟酌雙方情形定之。

(ii) 引水地役權者 (*servitus aquae ducendae*)，即引水經過他人之土地以達自己田地之權也(註四十)。在原則上，地役權人引水時，應備用水管引導。此項役權之行使，視當事人間之約定而不同。如爲日常引水權，則地役權人不受時間之限制，終年均得行之。否則，祇可依規定之期間內行之。

(四) 汲水地役權者 (*servitus aquae hauriendae*)，即在他人田地上汲取井水或泉水之

權也。凡行使步行權者，此種汲水權自亦包括其中（註四十一）。

（五）飲水地役權者（*servitus peccoris ad aquam appulsus*），即地役權人之家畜在供役地飲水之權也。凡行使獸畜通行權者，此種飲水權自亦包括其中（註四十二）。

（六）放水地役權者（*servitus aquae educendae s. immitendae*），即自己地上之水導放於供役地之權也（註四十三）。

（七）此外尚有其他地役權，今舉其要者於左（註四十四）：

甲、斬伐供役地樹木權。

乙、儲藏己地產物於他人之屋舍權。

丙、建築草棚於供役地上以備牧畜之使用權。

丁、掘取供役地泥土權。

戊、在供役地上燒灰權。

庚、搬取供役地之土石權。

幸、在供役地掘穴權。

## 第二項 人役權

人役權者，謂以他人之物供自己之便益之權利也。其與地役權不同者，則人役權爲供特定人之便益而設。以其如是，故地役權之行使權限不因需役或供役地所有人之死亡而終止，然於人役權，則權利之行使以特定人爲限。故人役權因權利人之死亡而消滅，其得由繼承人繼承行使者，須有當事人間之明白約定。然在法律上觀之，彼繼承人所行使之人役權，乃係一新設定之役權，而非繼續之性質也（註四十五）。

人役權一制，較地役權爲晚。蓋在農業社會，土地之需要較切。嘗考羅馬文獻，人役權中之用益權爲最早承認者，然至普路杜斯（Plautus）約在紀元前第三世紀至第二世紀之間）時代尙未見有此制。其視爲役權之一者，爲時更晚。夷考其源，要爲古典時代之產物也（註四十六）。

人役權之種類，前已言之，分爲用益權，使用權，住居權，奴畜使用權四者，今各簡述

其性質於次(註四十七)。

### 一、用益權

#### (一)性質

用益權者，謂以他人之物供自己享用收益之權利也。凡用益權物上之一切副產及利益，用益權人均得使用收益之；惟不得損害權利物，致有不利於所有人。若行使用益權標的物變換原始狀態，例如葡萄園變為礦區，用益權因此而消滅。且也，用益權人對於標的物，僅能享用收益物上之必要利益，不能任意濫收物上之全般利益也。不論動產或不動產，皆得為用益權設定之標的物。就不動產言之，對於土地家屋均得設定人役權。此與地役權不同，因地役權祇限於土地也。

#### (二)目的

市民法以用益權之標的物須為「不可消費的」，至於動產或不動產，則所不問。用益權之設定，原為權利人之暫時便益而設，故權利人對於目的物無處分之權。於權利消滅之時，應

將標的物退還原所有人。故權利之標的物如爲「可消費的」，則用益權消滅之後，所有人不能收回其物。此用益權之標的物限於「不可消費物」之理由也。其後用益權之標的物，推至「可消費物」亦可設定，遂有真用益權 (*Verus usufructus*) 與準用益權 (*Quasi-usufructus*) 之別。何謂準用益權？今可舉一例明之。設甲交與乙五百瓶之酒，酒爲可消費之物；依用益權之標的物須爲不可消費物之原則，乙對於此五百瓶之酒并非有用益權，因所有權已於交付時移轉與乙，不亦自陷矛盾乎？職是之故，羅馬法求其符合事實起見，視乙對甲之義務仍爲交還同量同質之酒或同等之代價，故其結果與上述之真用益權同也。嚴格言之，此不得謂之用益權，以其目的物不僅收益，且消費之。故稱爲「準用益權」，以與真用益權區別焉。用益權之特質，爲用益權人須與標的物之所有人相當抵押品，以爲擔保權利消滅時，權利人將目的物退還所有人之履行。如有損壞等情，應由用益權人賠償也。

(二) 用益權人之權利

用益權人之權利有三：

甲、得享用收益標的物上之特定必要利益，惟不得傷害或損壞該物之本身。於用益權開始之時，如用益權物上之產物未曾被所有人收益，彼用益權人可收益享用之。在役權行使期內之產物，亦歸用益權人收益使用，然若至權利人死後或其他原因而致用益權消滅，此時如用益權物上之產物未曾被權利人收用，則此項產物，因役權消滅歸給主物所有人，繼承人不能藉口收取也。

乙、得使用主物之一切附屬利益。

丙、得將用益權與他人享用而取報酬。用益權與權利人爲不可分離之性質，故彼不得讓與第三者，但可交還標的物所有人。

(四) 用益權人之義務

用益權人雖有上列之權利，然亦有相當之義務焉：

甲、繳付標的物之一切租稅及其他負擔。

乙、應以善良家父之注意保護主物，不得傷害或毀損之。如物有損壞等情，用益權人須

負賠償之責。然若主物之維持及修理費過重時，彼可放棄其用益權，以免除此負擔也。

丙、用益權終了時，權利人應將主物退還所有人。

丁、用益權成立時，用益權人須繳付所有人相當之擔保以保證其履行上列之義務。此項擔保品，於用益權消滅後，將主物送交所有人時，則歸還用益權人。如權利人在用益權成立時，不將擔保品交給所有人，所有人可訴請用益權人退回主物或令用益權人交出擔保品。

(五) 準用益權人之權利義務：

甲、得消費主物之全部。

乙、於用益權終了時，應交與所有人同量同質之物，或同等代價。

丙、於用益權成立時，交給所有人相當之擔保品。

二、使用權

使用權者，謂物依標的之物性質，使用至於必要程度之權利也。由此定義，即可窺見使用權之權利人，僅能使用，不得收益，故權利人不得租借或轉讓其權利。蓋與前所言之用益



權不同也。但使用權人於權利成立時，一如用益權，須交付相當之擔保物與所有人，以保證其履行義務。如有不履行義務，或損壞主物之行爲，所有人得要求賠償也。當權利消滅時，使用權人應交還主物，同時所有人退還擔保品，此與用益權相同。使用權亦因權利人死後而消滅。然若設定期限較此爲短，則因期滿後而消滅。

### 三、住居權

住居權者，謂住居他人家屋之權利也。此與使用權大致相同。所異者，使用權或用益權人得以己意定屋內之住居情形，不受所有人之干涉支配；至住居權人，則無自己決定之權利，須聽屋主之支配。住居者雖可出租其所餘房間與他人，但不得轉讓頂替。住居權不因暫時房屋落空或人格減等而消滅，此又與使用權不同也。

### 四、奴畜使用權

奴畜使用權者，使用他人之奴隸或家畜之權利也。如本人不使用時，得租與他人以收取酬金，其期限仍以原來權利人之終身爲最長期限。例如甲有使用乙之奴隸權，出租與丙，收

取報酬；若甲死後，則此項役權立即消滅。至於權利人與丙之契約。係彼二人之事，不能因此而延長期限也。使用奴隸權與住居權同，不因「不用」(non-usus)而消滅，雖人格小減等亦不發生使用奴隸權之喪失也。

以上四種人役權，爲羅馬法之重要者。歐洲大陸諸國，至今猶有存在者。惟於使奴權一項，則各國立法取同一之趨勢，否認其存在也。歐洲學者，謂此三種人役權之存在，大足釀成經濟上之弊害。各國因古來之習慣傳下，未能即改，僅特設法規以防閑之。當日本在編定民法法典時，亦曾承認此三種人役權之存在。及後新民法成立時，則廢除之。故今日之日本民法，無所謂人役權之存在也。但日本有所謂入會權，似爲人役權之流亞。(註一)吾國民法，無人役權之規定。

#### 第四節 役權之設定

##### 第一項 設定人之資格

役權既爲一種物權，此物權又爲他物上權，故役權爲一種獨立之物權。其發生物權之效力，當必有供役權之標的物。故役權之設定須受相當之限制：

一、嚴格言之，僅物之所有人得設定役權。若非物之所有人於其物設定役權，則受主 (Grantee) 所得之權利，非爲役權，( *jus servitutis* ) 乃係一種準占有之權利 ( *juris quasi possessio* ) 。

二、若所有人對於其物之所有權僅有一定之期限者，則其擔負役權之時期，不能較其所有權期限爲長也。

三、共有之各個所有人不得按其所有部分設定地役權，以地役權爲不可分之性質也。

四、苟物之所有人會以其物設定用益權與人，其自己仍可對其物設定役權。此項設定必須無妨礙用益權之行使爲限。若設定此役權而有妨及用益權之行使時，則雖得用益權人之同意，法律亦不之認也。

五、永佃權人 ( *Emphyteuta* ) 與地上權人 ( *Superficiary* ) ，得不徵求所有人之同意設

定其物上之役權。然此等役權之設定，究屬有限制。遇永佃權或地上權消滅時，其物上設定之役權，亦因此而喪失也。

## 第二項 取得役權人之資格

關於役權之設定方法，俟後述之。今先就役權之取得人之資格言之（註四十九）：

一、無論何人，有普通取得權利之法律行為者，均可取得人役權。若地役權人之取得人，則非為土地之所有人不可，以地役權為附從土地故也。

二、物之所有人，雖以其物受用益權之限制，但彼對於用益權行使之物，依然有物權，（不過為空虛所有權 Naked ownership 耳，）不必徵求用益權人之同意，得為其物取得役權。而此取得之役權，用益權人在其權利有效期內固可使用受益也。

三、共有所有人不得個人獨享全部地役權。又地役權既為不可分之性質，則共有所有人不得按其應有部分取得地役權也。

四、土地所有人不得與鄰地共同取得地役權，彼僅可於己地取得地役權耳。

## 第三項 役權之設定方式

役權設定之方式，別之約有五端（註五十一）：

(一) 契約 (by convention) 羅馬市民法之所謂契約取得者，乃當事人二造合意設定役權後，由假定原告 (Fictitious Plaintiff) 即爲受主，易言之，取得役權人也，向裁判官申請審判，(Fictitious vindicatio) 由假定被告 (Fictitious defendant) 即授主，易言之，役權之設定權人也，(承認或默認役權之存在，然後由裁判官 (Praetor) 宣佈假定原告有行使役權。而役權之設定始立。然亦可以「曼企帕地荷買賣式」(Mancipatio) 設定地役權。惟上述之方式取得，不能用以設定省府土地，因市民法祇適用於意大利之田野地役也。其後裁判官法漸以當事人間之合意爲要件，而無取乎市民法上之煩瑣方式。至優士丁尼帝之朝，上述二種方式，已完全消滅。祇依當事人之意思訂立契約即爲有效。惟對此項契約是否可用於設定積極地役權，則學者間不無意見紛紛，爲羅馬法之爭論問題也。

(二) 遺囑 (Servitus legata)。物之所有人得以遺囑設定役權，但亦以該物若無此項役權

之附藉將流於無用者爲限。

(11)分割共有物之審判 (*Adjudicatio*)。審判上之分割方法，係視物本身之是否可以分割而定。故審判上之分割法可分爲二：

一、現物分割 何謂分割？謂對於現有之物或土地共有分歸各人之謂也。共有物之分割，每依各人應有部分定之。例如甲乙共有田五畝，而二人之應有部分相同，則各人得有田二畝半。於是甲乙二人共有土地之地役權，各人得使用之。

二、使用權與所有權分開 此即將共有物或土地之所有權歸與一共有人，而准他共有人有於其物上行使用益權之謂也。

(四)法定役權 此則法律於某物或土地，視有設定役權之必要，而不必由當事人之同意者也。

(五)時效 役權亦可因時效而取得。詳言之，所有人以所有之意思，於十年間（如當事人居住同地，*Inter Praesentes*）或二十年間（如當事人居住異地，*Inter Absentes*），在他

人物上和平并公然行使役權（即須非以強力或祕密或容假取得者 *Nec vi, nec clam, nec Precario*）而無惡意之存在者，即取得其役權也。

## 第五節 役權之消滅

役權同爲物權，故其消滅原因，除當事人協議取消外，有左列數種原因（註五十二）…

（一）行使役權人之拋棄 此項拋棄，必須出於行使役權人之本意。至是否以明白契約拋棄，抑或默認拋棄，則不關重要也。

（二）標的物之滅失。

一、人役權因權利人死後而消滅。

二、地役權因土地之滅失而消滅。但若土地回復時，役權亦隨之恢復。

（三）混同 地役權因需役地之所有人，依相續或其他原因取得供役地之所有權，或供役地之所有人取得需役地之所有權而消滅。人役權因行使役權之物爲權利人所有時而消滅。據

羅馬法家之理論，謂此種混同消滅，不過爲暫時停止役權之存在而已。若混同重行分開之時，役權隨之恢復也。

(四) 役權因遺囑中聲明廢除而消滅。

(五) 時效 役權因中斷無行使 (*Morans*) 經過相當期間而消滅。優士丁尼帝規定，凡當事人居住同省者 (*Inter Praesentes*) 以十年爲限；居住異省者， (*Inter absentes*) 則以二十年爲限也。

## 第六節 役權之效力

保護役權之訴訟，大致可分爲二種：

一、請求訴訟 (*Petitory action*)

(一) 因行使權利，得於供役物或土地上爲必要之事項。若因此而受他人之妨礙或侵擾，權利人得提起「承認役權之訴」， (*Actio confessoria in rem*) 要求裁判官禁止被告之侵擾，承



認原告之役權，并令被告負損害賠償之責。但原告當提起此項訴訟時，必須證明自己確有役權。否則，裁判官將不予以強制執行。

(二)物或土地所有人，如有他人在其地上濫行役權，所有人得提起「免除役權之訴」，(Actio negotiorum, s. vindicatio libertatis) 要求禁止被告之濫行使用役權，并負損害賠償之責。

(三)因行使役權之必要，權利人得提起「布必利奇安拿之訴」，(Actio Publiciana in rem) 請求行使役權。原告不必證明其有行使役權之權利，僅證明彼由引渡占有役權已足矣。但原告亦可援用此訴以請求已物之免除役權之負擔。

#### 11、占有訴訟 (Possessory actions)

占有訴訟云者，即占有人對於其占有物有提起關於該物之訴訟權也。羅馬法對於此種訴訟極視重要，於保護役權亦可用之。茲述其要者如左：

(一)關於人役權，則可提起「保存占有之令狀」(Interdictum retinendae Possessionis)

與「回復占有之令狀」(Interdictum recuperandae) 請求保護。此種請求，原告不必證明所有權，僅證明為善意取得役權與有實在行使役權，并對於此行使役權為自己意思者已足。

(二) 地役權之保護，因役權之種類而異：

- 一、若行使通行權人未有取得役權，但在實際上已行使權利，而其行使并非出於強力秘密或容假之原因 (Neo vi, nec clam, neo precario)，且其行使期限達三十日以上者，則可提起「禁止妨害通行權之令狀」(Interdictum de itinere actuque private) 以保護其通行權。
- 二、通水地役權之權利人得提起「禁止妨害通水權之令狀」(Interdictum de aqua)，惟原告須證明上年中曾行使役權一次以上者。
- 三、引水地役權之權利人得提起「禁止妨害引水權之令狀」(Interdictum de fonte)。

〔註一〕關於役權之定義，參較 Moyle, Institutiones, p. 214; Buckland, Text-Book etc., p. 258;

Sohm, Institutes (Ledies' transl.) p. 339; Mackeldey, Roman Law (Dropsie' transl.)

p. 237. 關於役權之討論，羅馬法史料方面可見 Gaius, II, 28-33; Inst. II, 3-5; Dig. VII,

VIII; Cod. 3. 33. 34. 文獻方面、除上述三書節要外、可詳閱下列各書。C. E. Münter, v n den servituten, 2 Vols. Hanover, 1806. 1810; Luden, Die Lehre von den servituten, Jena, 1837; E. Hoffmann, Die Lehre von den servituten, 2 vols., Darms'adt, 1838, 1843; R. Elvers, die Röm. servitutenlehre, Breslau, 1856; Colquhoun, Roman Law § 934-61:1921-35, 1461-1501; Hunter, Roman Law (4th ed), p. 394-447; Savigny, System, etc., vol. viii, § 368.

(註一) D. 3. 4. 12.

(註二) 東吳大學法學季刊第二卷二二九頁。

(註三) Mackeldey, Roman, Law, p. 237 sqq; Moyle, Institutiones, p. 214.

(註四) D. 41. 1. 20. 1; D. 35. 1. 5. 9.

(註五) D. 8. 2. 26.

(註六) D. 33. 2. 1.

(註七) D. 8. 1. 15. pr.

(註九) D. 8. 1. 15. 1.

(註十) D. 43. 19.

(註十一) Albertario, *Bullettino dell' Istituto di Diritto Romano*, 27, 275. sqq.

(註十二) Buckland, p. 260.

(註十三) Inst. 2. 3. 3; G. 2. 14. 薩爾猛 (Sherman) 在其「近代羅馬法」卷二書中將役權分爲人役權，地役權與大官法役權。Sherman, *Roman Law, etc.*, vol. II, p. 159. 惟此種分類殊屬不當，因薩氏所述大官法役權 (Praetorian, Servitude) 即他物權中之永佃權質權等類也。

(註十四) Inst. 1. 2. 4. 3; D. 23. 3. 66; D. 10. 2. 15; D. 8. 3. 37.

(註十五) Inst. 2. 4. 3; 2. 5. pr. D. 7. 4. 3; Const. 3. pr. Const. 12. pr. Const. 14; C. 3. 33.

(註十六) D. 8. 4. 12; Const. 3; C. 3. 34.

(註十七) 民法第八百五十一條曰「便宜之用」，但此語不若「便益」之切當。

(註十八) 參見民法物權篇第五章地役權之各條規定。

(註十九) Mackeldey, *op. cit.*, p. 239; Sohm, *op. cit.*, p. 339. sqq.

(註二十) Moyle, op. cit. p. 215.

(註二十一) D. 8. 4. 12. 吾國民法第八百五十一條，「稱地役權者謂以他人土地供自己土地便宜之用之權。」

(註二十二) Buckland, Text-Book p. 259. sqq; Moyle, Inst., p. 214. sqq; Mackelley, Roman

Law, p. 237. sqq; D. 7. 6. 5. pr; 8. 2. 26; 8. 5. 6. 2; 8. 1. 15. pr; 31. 1. 19; 39. 1. 5. 9; 41. 1. 20. 1. etc.

(註二十三) Moyle, p. 215. sqq.

(註二十四) Glück, Comm. vol. X, § 667-673; Buckland, 263. sqq; Sohm, 343; Mackelley, p. 245. sqq.

(註二十五) D. 8. 2. 20. 3-6; 8. 6. 8. pr.; 8. 5. 16; Inst. II. 3. 1.

(註二十六) D. 8. 2. 28. 參見 Glück, p. 125.

(註二十七) Inst. II. 3. 1; D. 8. 2. 12. 21. 32. pr; 8. 4. 16; Const, 8. 9.

(註二十八) Const. 12. 3; C. 8. 10.

- (註二十九) D. 8. 2. 4. 11. pr. 15. 17. pr. 22. 1. 23. pr.; 31 8. 5. 15.  
(註三十) D. 8. 5. 17. 2.  
(註三十一) D. 8. 1. 7; 8. 3. 2. pr.  
(註三十一) D. 8. 5. 8. 5-7.  
(註三十三) *Beiner Diss. de differentus itineris, actus, et viae g<sup>o</sup>nnis, Leipsic, 1804: Mac  
keldey, P. 248 sqq.*  
(註三十四) *Inst. II. 3. Pr.; D. 8. 3. 1. 7. 12.*  
(註三十五) D. 8. 1. 4. 1. 13; 8. 6.  
(註三十六) D. 8. 3. 1. Pr. 7. Pr.  
(註三十七) D. 8. 3. 23. 1.  
(註三十八) *Inst. II. 3. 2; D. 8. 3. 1. 1. 3. Pr., 4. 6. 1.*  
(註三十九) *Mackeldey, P. 249. sqq.*  
(註四十) D. 8. 3. 1. Pr. 9; *Inst. II. 3. pr.*

- (註四十一) D. 8. 3. 1. 1. 3. 3. 9; Inst. II. 3. 2.
- (註四十二) D. 8. 3. 1. 1. 3. 3. 4. 6 9; Inst. II. 3. 2.
- (註四十三) D. 8. 3. 29; 8. 5. 8. 5.
- (註四十四) Mackelley, 241.
- (註四十五) Inst. II. 2. 4. 3, D. 23. 3. 66; D. 10. 2. 15; 8. 3. 37.
- (註四十六) Buckland, 267 sqq.
- (註四十七) Mackelley, 238 sqq; Buckland, 267 sqq; Sohm, 339 sqq., Sherman, Vol; J  
P. 160 sqq; Leage, 156 sqq.
- (註四十八) Mackelley, P. 251. sqq.
- (註四十九) D. 8. 4. 1. 1; Inst. II. 3. 3; D. 7. 1. 15. 7; 7. 6. 1. pr. 5. 1.
- (註五十) 8. 3. 19. 34 pr; 8. 4. 5. 6-3. 18; 8. 4. 5. 6. Pr.
- (註五十一) Buckland, P. 264. sqq; Sohm, P. 348. sqq; Mackelley, 252. sqq.
- (註五十二) Sohm, P. 345; Mackelley, p. 255. sqq; Leage. 155 sqq.

(註五十三) Meckelley, P. 257. sqq; Sohn 346. sqq; Leage, 156.

## 第二十四章 永佃權

### 第一節 永佃權之性質

永佃權(Emphyteusis)者，謂在他人土地上有永久用益之權利以支付租金爲報酬也。簡言之，永佃權乃永久之租地權。然在羅馬古代，永佃權原非永久租借之性質。此時國有及市有土地，恆租與人民耕作以收取一定之年金(Vocifigal)。此租出之土地，稱曰納稅地(Ager vocifigalis)(註一)。其後對於荒地，亦適用此種辦法以墾闢。裁判官對於納稅地占有人乃加以保護，如有侵害之者，准其提起準物權之訴訟(註二)。其後因納稅地人之繼續租借，漸具長久之性質。至第三世紀末，永佃權一詞始成名稱，然此時之意義仍指定期之租賃。在羅馬統轄之希臘省區，私人亦多將其土地出租以收取一定租金者。東部羅馬，即自帝王以下之大



地主，對於荒地之墾殖，悉用納稅地辦法。因土地之耕作改良及納稅地占有人之繼續租用，久而久之，定期之租賃漸變為永久租賃。至第四世紀間，永佃權為永久租地權之觀念始確立。

永佃權既為永久使用他人土地之權利，於是羅馬法家對於此項權利之性質，遂生疑問。即永佃權究為買賣，抑為土地之賃借？苟以永佃權為賃借之性質，則遇耕作者因不可抗力而致土地收益減少，應有要求減免佃租之權利。若以永佃權具有買賣之性質，則永佃權人為土地所有人，對於土地應有自由處分之權利也。孰者為是，爭論不決，因皆不能完全說明永佃權之性質也。齊諾帝(Nero)為免除糾紛起見，乃規定永佃權為一種特別法律行為，換言之，永佃權人與土地所有人之關係乃一特殊關係，不適用賃借或買賣法之規定也(註三)。

## 第二節 永佃權人之權利

永佃權人之權利，除與所有權有不可分離之權利不能享受外，餘與土地所有人相埒(註

四)。舉其要者於左：

一、享受土地上之一切利益及副產（註五），但無以所有人之資格分受埋藏物之權利（註六）。

二、得增進土地用益及變更土地之使用形式，但不能毀損之（註七）。

三、對於土地之添附，得使用收益，但無所有權（註八）。

四、得自由處置其權利，詳言之，永佃權人得將其權利轉讓或以遺囑處置之。如為轉讓，應通知所有人。自通知之日起二個月內若所有人無表示時，永佃權人則可賣却之，毋須徵求所有人之同意也（註九）。

(一) 永佃權得由其繼承人承受（註十）；

(二) 得設定抵押權（註十一）；

(三) 得設定役權（註十二）。

五、永佃權人得拒絕第三者之干涉，如有受侵害，得提起準物權訴訟（*Actiones utiles*）

或占有之訴以排除之（註十三）。

### 第三節 永佃權人之義務

永佃權人，在無特約規定時，負有左列之義務：

一、繳納佃租 永佃權人對於用益之土地應照時繳納佃租。此項佃租之繳付，或以金錢，或以收穫物之一部交付。至其支付之方法及期限，皆於訂約時載明，惟羅馬法則以永佃權人之繳付佃租爲當然之義務，無須所有人之催收也（註十四）。

於此有一問題，即永佃權人因不可抗力之事變，以致收益減少，能否請求地主減免佃租。因永佃權非賃借性質，故雖遇有不可抗力之事變，亦應繳納佃租，無請求減免之權利。

二、完納地稅 永佃權人不惟繳納佃租，且對於土地之一切負擔，亦應如數完納。此又與賃借性質異也（註十五）。

三、改善土地 永佃權人對於土地之使用，亦非全無限制。彼雖有自由支配其土地之用

益。然限於增加生產力或暫時改變耕種形式。故此種改變為暫時之形態，而非對土地致永久之毀損也。若使用土地而生永久之損害致不易回復原狀，或變更土地之使用形式於生產力方面發生妨礙時，均為法律所不許。例如將耕地鑿為河池以養魚，是為對土地形態之永久變更，彼永佃權人應負其責也（註十六）。

四、轉讓同意 永佃權人如欲轉讓其永佃權時，不問出於贈與，遺囑，買賣手續，應提出賣價百分之二付給土地所有人，以為承認新永佃權人之費用。（羅馬法稱曰 *Candemium* 乃罰金之意，實則一種手續費也。）如非買賣，則按土地之價值由鑑定人估定抽付（註十七）。此項費用，如無特約時，由新永佃權人（後手）負擔。惟若所有人對於新永佃權人不予認許或經通知二個月後仍否認者，所有人無收取佃費之權利（註十八）。

#### 第四節 永佃權之設定

永佃權之設定方法，舉其要者有三：

一、合約 土地所有人與永佃權人訂立合約，載明要件，由前者土地交付後者，則永佃權之設定行爲具備（註十九）。

二、遺囑 此即土地所有人在遺囑中設定永佃權也。例如甲有土地十畝，位於某處，在遺囑上載明該地移交某乙，使其在該地有永佃之權利是（註二十）。

三、時效 學者之間，謂永佃權一如其他物權，得因使用時效之完成而取得永佃權也（註二十一）。然難之者曰：永佃權人既在他人之土地上占有使用，以永佃權人自居，而土地所有人對於永佃權人繳付之佃租亦收受不疑，則占有者之取得永佃權，不待時效之完成，因地主之默認已足設定永佃權矣（註二十二）。

## 第五節 永佃權之消滅

永佃權因左列之原因而消滅：

一、標的物之毀失 永佃權之標的物爲土地，故若土地因不可抗力而毀失者，則永佃權

歸於消滅，無待贅言（註二十三）。

二、所有權之喪失 若土地所有人之所有權爲暫時之性質，如原主可以收回是，則土地所有人之所有權被收回時，永佃權即歸消滅，因永佃權之設定基於所有權也（註二十四）。

三、永佃權之拋棄 永佃權人得拋棄其權利，但因永佃權人有支付佃租之義務，除有特約外，仍須照付至期滿時止（註二十五）。

四、存續期間之屆滿 永佃權之設定，如有特約規定存續期間者，則於該期間屆滿時終了（註二十六）。

五、條件之完成 若永佃權之設定基於條件之成就者，則於條件之完成後歸於消滅（註二十七）。

六、時效 永佃權經過相當期間不行使者（同州爲十年，異州爲二十年），其權利則歸消滅（註二十八）。

七、缺乏繼承人 永佃權爲可繼承之權利，然若永佃權人死後無合法繼承人時，則永佃

權歸於消滅，亦屬理之當然也（註二十九）。

八、永佃權人違背義務 永佃權人對於土地所有人應盡之義務而不遵守時，地主得訴請驅逐之，并撤銷永佃權之設定。此項原因有三：

（甲）損害土地致有不能恢復之狀態者（註三十）；

（乙）永佃權人怠於支付佃租繼續三年以上者（如為教會或慈善團體土地，則期間為二年）（註三十一）；

（丙）永佃權人怠於支付賦稅繼續三年以上者（註三十二）；

（丁）永佃權人轉讓其權利未預先通知土地所有人，或已通知而報告售價不確者（註三十三）。

## 第六節 永佃權與地役權之區別

永佃權與地役權之區別，言其大者有三（註三十四）：

本論中篇物法 第二十四章 永佃權

一、永佃權人在事實上不但享有土地所有人之各種權利，即在法律上亦幾與土地所有人相埒，就永佃權與地役權之權利範圍言之，則前者較大於後者，何況永佃權之目的在於使永佃權人立於所有人之地位乎？

二、永佃權為可繼承與轉讓之權利。但地役權則不盡然。地役權隨土地之移轉，非為獨立之權利，故不得離開土地單獨轉讓也。

三、永佃權人對於土地有法律上之占有，但地役權對供役地無法律上之占有，祇為行使一種權利而已，故羅馬法又稱為準占有。

(註一)然亦不限於土地。說見 Degenkolb, Platzrecht, pp. 51. 84. sqq.

(註二) Moyle, p. 323-324.

(註三) C. 4. 66. 1; Inst. III. 24. 3; Moyle, p. 324; Sohm, p. 349.

(註四) Sohm, p. 349; C. H. Lang, Comm. de dominu utilis natura, indole et historia,

ejusque in jure Romano et Germano vestigiis, Göttingen, 1793; Eichhorn, Einl. Deutsche



Privatrecht, § 160; Glück, Comm. V. VIII, § 577, 600; D. 22. 1. 25. 1; C. 4. 66. 3; 11

71. 1—3; D. 30. 71. 5—6; Inst. 3. 24. 3; Nov. 120. 8; D. 13. 7. 16. 2; D. 7. 4. 1. pr.

(註五) D. 22. 1. 25. 1.

(註六) D. 24. 3. 7. 12; 43. 9. 1.

(註七) Nov. 120. C. 8.

(註八) D. 23. 3. 65.

(註九) Const. 3; C. 4. 66; Inst, II, 24. 3; D. 30. 71. 5. 6; Const. 1. 3; C. 11. 70.

(註十) Nov. 7. C. 3; Nov. 120. C. 6. 1; D. 30. 71. 5. 6.

(註十一) D. 13. 7. 16. 2; D. 7. 4. 1pr.

(註十二) D. 13. 7. 16. 2; D. 7. 4. 1pr.

(註十三)即土地所有人侵害永佃權人之權利，亦無例外。見D. 6. 3. 1. 1; 6. 2. 12. 2.

(註十四) Inst. III. 24. 3; Const 2; C. 4. 66.

(註十五) Const. 2; C. 4. 66; D. 6. 2. 12. 2.

- (註十六) Nov. 120. C. 8; Const. 2. C. 4. 66.  
(註十七) Const. 3; C. 4. 66.  
(註十八) Const. 2; C. 4. 66.  
(註十九) Mackeldey, §418; C. 4. 63. 1; Inst. III. 24. 3.  
(註二十) Sherman, vol, II, P. 176.  
(註二十一) Moyle, Inst. p. 325; 謂是否得以時效取得，尙屬疑問。  
(註二十二) Mackeldey, P. 262.  
(註二十三) Const. 1; C. 4. 66; Inst III. 24. 3.  
(註二十四) D. 8. 6. 11. 1; 35. 1. 105.  
(註二十五) C. 11. 61.  
(註二十六) Mackeldey. P. 262.  
(註二十七) 同上  
(註二十八) Glück, Comm, V VIII. §548; C. 7. 39.

(註二十九) Mackelday, P. 262.

(註三十) Nvo. 120. C. 8.

(註三十一) C. 4. 66;

(註三十二) Nov, 7. C. 3. 2.

(註三十三) C. 4. 66;

(註三十四) Sohm, P. 347. 350.

## 第二十五章 地上權

### 第一節 地上權之性質

地上權者 *Superficies*，謂以在他人土地上有建築物而使用其土地之權也(註一)。故地上權爲在他人土地上有建築之永久租賃權，其與永佃權之以耕作爲目的者相同。依羅馬法添附之原則，土地所有人之所有權及於地上建築物(*Superficies solo cedit*) (註二)。地上權之設定

，即所以與地上權人對土地有用益建築之權也。地上權人，猶永佃權人，對土地所有人，負支付一定之租金(Solarium, Pensio)，惟此種義務，不若永佃權之絕對性，此為其別耳(註三)。

## 第二節 地上權人之權利義務

地上權人之權利與永佃權人之權利，大致相同：

- 一、有享用土地之完全權利，但限於建築物及其必需者為限(註四)；
- 二、地上權為可繼承之權利(註五)；
- 三、地上權人有處分之全權(註六)；
- 四、地上權人在其權利之期限內得設定抵押權或役權(註七)；

五、地上權人如被侵害時，得提起準物權訴訟(註八)，裁判官法且與以「地上權令狀」(Interdictum de superficie)之保護(註九)。

地上權人之義務如左：

一、支付土地之一切賦稅（註十）；

二、繳納地租，但以有特約爲限（註十一）；

三、對於土地之使用應盡相當之注意，但若因年代剝食或出於自然原因者不在此限（註

十二）。

地上權人如將其權利讓與他人時，無須付與土地所有人賣價之費用（註十三）。其他之義務與永佃權人相同。

### 第三節 地上權之設定

地上權之設定方法如左（註十四）：

一、合約 土地所有人得依合約設定地上權，此與永佃權之設定無異也；

二、遺囑 土地所有人得以遺囑設定地上權，猶永佃權然；

三、裁判 地上權亦可依裁判之命令設定之。惟地上權是否得以時效取得，則羅馬法家

之意見不一（註十五）。或謂地上權之以時效取得者，必須該土地同時亦可以時效取得者為限（註十六）。

#### 第四節 地上權之消滅

地上權因左列原因而消滅（註十七）：

- 一、土地之毀失。如土地因天災之毀壞是。
- 二、所有權之喪失。如土地所有人之所有權為暫時之性質，則該所有權被收回時，地上權即歸消滅是。
- 三、地上權之拋棄。如地上權人對於地上建築物表示廢棄是。
- 四、存續期間之屆滿或條件之成就。
- 五、地上權人積欠地租達二年以上時，土地所有人得占有之，但須償還建築物之代價（

註十八）。

(註一) D. 23. 3. 32; 31. 39; 43. 18. 2.

(註二) D. 43. 18. 2; G. II. 73—75; Sohm, p. 351; Moyle, p. 323; Mackeldey, p. 263.

(註三) Mackeldey, p. 263.

(註四) D. 43. 18. 1.

(註五) D. 10. 2. 10.

(註六) D. 43. 18. 1. 7; 10. 2. 10. 土地所有人無優先權，故無須預先通知。

(註七) D. 13. 7. 16. 2; 43. 18. 1. 6. 9.

(註八) D. 43. 18. 1. 3. 4; 6. 1. 74; 6. 2. 12. 3.

(註九) D. 43. 18. 1pr; 43. 17. 3. 7. 如地上權人失去占有時，得請求普通之占有令狀以恢復之。見

D. 43. 16. 1. 5; 43. 26. 2; Savigny, Vom Besitz, § 3.

(註十) 此為羅馬法之通則：使用者應負擔之。(Qui habet Commoda, debet ferre onera.) D. 7.

1. 7. 2.

(註十一) D. 6. 1. 73. 1; 6. 1. 74. 75; 20. 4. 15; 30. 5. 35.

(註十一) Sohm, p. 351; Mackelley, p. 264.

(註十二) Mackelley, p. 264.

(註十三) Moyle, P. 323. Mackelley P. 264.

(註十四) D. 6. 2. 12. 3; 41. 3. 26.

(註十五) D. 41. 3. 26; Mackelley, p. 264.

(註十六) Mackelley, p. 234.

(註十七) D. 20. 4. 15.

## 第二十六章 質權

### 第一節 質權之性質

質權者，即債權人於他人物上取得擔保債還債權之一種物權也。因債權人與債務人之關係為債之關係，前者祇可對債務人直接要求其履行，若債務人拒絕履行時，彼債權人僅可訴



請強制執行或要求損害賠償，至對債務人之財產，并無直接支配之權。苟債權人欲於債務人所有物取得擔保債權之履行，必須設定質權。故質權之目的，在使債權人屆期不獲償還時，得就擔保物賣得價金受清償，無須要求債務人之個人行為也。質權之債權人既可對債務人之擔保物有直接行使要求償還之權，則其為物權甚為明顯。良以質權之求償，不以債務人之行為為目的，而以擔保物為目的也。一旦債務人死亡，倘僅屬債之關係，則債務人殊無從要求其履行，然於質權之債權人，固無影響，仍得就擔保物受清償（註一）。

質權之性質，分析言之有二：

一、質權者，為行於他人物上之權利也。質權物之處分權歸屬於質權人，故設定質權，不問其為債務人或第三人，只須為標的物之所有人，苟非其所有，即不得出質也（註二）。

二、質權者，為附從於債權之權利也。質權所擔保者為債權，至於債權之性質則所不問。職是之故，質權之有效與否，視債權而定也（註三）。

此外，得以設定質權者是否限於有體物。依羅馬法之規定，凡屬交易物皆得設定質權，

至於有體與否，在所不問（註四）。惟關於無體物之設定質權，則定有左列原則焉：

一、所有人對於物上已有役權之負擔者，仍可將該物之用益權設定質權（註五），而用益權人亦可再將用益權設定質權，惟債權人并不因此取得用益權，不過在出質人（即用益權人）之權利期間內有收益之權利（註六）。

二、就權利設定質權者，質權人對該權利得處分之，或以自己之名義提起準物權之訴。如設定質權之權利，其標的物為一定數額之金錢者，債權人得扣付必要數額受償（註七）。

三、質權之上復得設定質權，在此情形之下，則再質權人對於質權物有優先受清償之權利也（註八）。

## 第二節 質權之沿革

羅馬法上之質權，歷長時期之演進而來。依其發展階段，可分三種言之：一曰信託質權（Fiducia），二曰物件質權（Pignus），三曰契據質權（Hypotheca）。今各分述於次（註九）：

一、信託質權 信託質權者，謂出質人將質物之所有權移轉與質權人，以擔保其債務之履行也。此項質物所有權之移轉，則以曼企帕地荷買賣式或擬訴棄權方式行之。惟吾人於此所宜注意者，即質物之所有權雖移轉與質權人，但事實上未必即移轉占有。質權人於債權受清償後，應將所有權重為移轉與出質人，此種義務實係一種信託性質，此信託質一名所由來也。蓋吾人詳究雙方之權利，在形式上，質權人殊占優越地位，因質物之所有權已歸其所有矣。但吾人須知曼企帕地荷買賣式或擬訴棄權方式移轉所有權者，不過形式上之手續，藉以完成市民法上之買賣規定而已。事實上質權人固不如是之得以自由處分也。何則？因質權人受「信託約言」(Pactum fiduciae)之拘束，應於受清償後將所有權移轉出質人。故質權人雖對質物取得所有權，不過為其債權之擔保，使債務人(出質人)在未清償其債務前，無處分該物之權，以防其中途損害質權人之權利，若質權人如欲取得自由變賣質物之權，應有出質人之「買賣約言」(Pactum de Vendendo)方可為之。

從債務人一方面觀之，信託質殊欠公允。蓋債務人縱能償還一切債務，但質權人能否依

其「信託約言」將所有權移還，則在不可知之列。債務人遇此情形，雖可提起「違反信託之訴」(Actio fiduciae) 要求損害賠償，但對於質物落入第三者之手，則無請求返還之權利。良以質權人在法律上為質物之所有人也。故信託質之結果，對債務人甚為不利。因債務人對於質物之所有權，無形中斷喪於質權人之手，顯非公平。惟信託質既與債權人若是之利益，遂為債權人所歡迎，終古典時代，此制與曼企帕地荷買賣式并存不悖。另一方面觀之，曼企帕地荷買賣式之存在，要為信託質之繼續採用。及後曼企帕地荷方式廢，信託質亦不復見矣。

二、物件質權 物件質權者，即將物之占有移轉與債權人以擔保債務之履行也。物件質之發生，考其原因有四：一由於信託質之種種缺陷，吾人已述於前，茲不復贅。二由於市民法所有權之不能適應社會需要，曼企怕地荷及擬訴棄權方式漸見廢弛。三由於裁判官法所有權之日趨完備，頗能滿足實際上之需要。四由於占有保護程序之漸備，在普通情形之下，保護占有之令狀已可滿足債權人之需求。有此四因，物件質之方式頗見流行。此種質權祇與質權人對質物之占有權利，但無所有權；在債務人方面，因所有權未曾移轉，故債權人不能處

分之。然此種質權，於債權人殊鮮保障。蓋債務人一旦不履行清償債務時，債權人仍不能對質物有何處分；反之，債務人對質物則仍有處分權。如債務人不願了結債務時，債權人對於質物毫無處置辦法。所謂質權，不過名存實亡。其後債權人爲保護其權利起見，乃與債務人約定：遇債務屆期未能清償時，質物之所有權即時移轉與債權人。入帝政時代，關於信託質中之「買賣約言」(Pactum de Vendendo)亦爲物件質所援用，而債權人始獲保障。但此僅爲一種特別規定，債權人并未因質權當然取得賣却權也。

三、契據質權 契約質權者，債務人約定以其物爲債權人之擔保品而不移轉占有及所有權也。此種質權，原非羅馬市民法所承認，乃爲希臘之抵押制度。裁判官法因其辦法甚爲公允，故予以承認保護。契據質最初祇用於農具之抵押，蓋農民一方將其農具向地主設定質權以擔保其能按時繳付租金，他方仍可從事耕作。屆期若不能償還時，裁判官始予質權人提起占有質權物之令狀，稱曰「沙爾味阿那令狀」(Interdictum Salvianum)，以占有質物。若質物落於他人之手，則可提起退回質物之訴。稱曰「色維安那之訴」(Actio Serviana)。其後租

金以外之物件，亦適用此法，「色維安那之訴」一變爲一般「質權保護之訴」(Actio hypothecaria)，以爲契約質之保護訴訟矣。

契據質之性質，以雙方當事人之契約爲目的，故物件之移轉占有與否，在所不問。如債務人欲將質物移與債權人占有，亦所准許。契據質權之發達，殆因羅馬帝政時代商業之繁盛及受希臘貿易之影響所致。羅馬之質權制度遂由原有不合理之方式一變而爲雙方當事人間之公平方式。蓋契據質之效力，在債務人方面，如能履行債務，毫無不利益之可言，——對於質物之占有及所有權均不移轉也。在債權人方面，一旦債務人不能償還債務時，彼可先提起占有質物之令狀，然後就質物賣得之價金以之清償其應得債權數額。手續既便，保護亦周，遂成羅馬法上之良美制度，而爲今日各國所採用也。

質權之沿革已如上述，但應加聲明者，則信託質，物件質，契據質，在沿革上并無嚴明之分野。不過就演進之階段言，有先後之次序而已，固非謂信託質之制廢而後有物件質，物件質之制廢而後有契據質也。本章所述質權，以共通性質爲限，其有特別規定者，則特爲註

明之。

### 第三節 質權之設定

質權設定之原因有三：一爲基於當事人間之意思；一爲基於法律上之規定；一爲基於裁判上之行爲。今各分述之。

#### 第一項 基於當事人之意思

物之所有人在其物上皆可設定質權之負擔，此無疑義，至設定質權究爲其自己之債務，抑爲他人之債務，在所不問（註十）。共有人在其應得部分仍可設定質權（註十一），即他人之所有物如經所有人之同意亦可設定質權（註十二）。若設定後始徵求所有人之同意，法律上仍認許其效力（註十三）。出質人設定質權時雖未取得質物之所有權，但若設定後取得所有權，該項質權之設定視爲有效（註十四）。設定質權之遵守必要手續一如買賣然（註十五）。

依當事人之意思設定質權者，不外左列二種方式：

本論中篇 物法 第二十六章 質權

1、契約 (*Pignus conventionale*) 物件質之設定，應訂立「物件質契約」 (*Contractus pignoratitius*)。契約質之設定，顧名思義，自以訂立契約為要件也。前者以交付質物為質權成立之要件，後者則於契約成立時為質權設定之行為告竣 (註十六)。

二、遺囑 (*Pignus testamentarium*) 此於取得遺產時同時取得質權 (註十七)。關於設定質權之行為，可由出質人之意思定之。

質權之目的，以擔保債權人之得受清償，如未經特別約定，凡債權之本息，質物之費用，以及因此債權人而致負擔之種種損失，如訴訟費等，均應就質物之價額內償還之 (註十八)。其有特別約定者，從其約定 (註十九)。

## 第二項 基於法律上之原因

質權之設定有由於法律之原因者，此種質權，則不問當事人之意思如何，祇視法律上之如何規定耳 (註二十)。羅馬法稱此項質權，曰默認質權 (*Tacit hypotheca*)，研究羅馬法者又稱為法定質權 (*Pignus legale*)。法定質權得分為普通與特別二種，今各分述於後：



一、普通法定質權(註二十一) 關於普通法定質權之種類有六：

(一)國庫 國庫之債權，不問由於賦稅或契約，均有法定質權。如為賦稅，則自該稅屆時日起，如為契約，則自該契約之成立日起，國庫在該物上有法定質權。不但此也，即官吏就職時起，國庫於官吏之所有物上亦有質權也。

(二)嫁資 凡為「嫁資許諾」者，夫對於許諾人之財產有法定之質權。若夫允許返還嫁資時，則妻及其繼承人或其家父自夫許諾之日起對夫之財產，有法定質權；同時，因設定婚資之故，妻對夫之財產亦有法定質權。倘妻之嫁粧委夫管理時，自委託日起妻於夫之財產上有法定質權。

(三)再婚 未成年子女，於其母再嫁時，對於繼父之財產有法定質權，以擔保其母行使監護職務之忠誠，此項法定質權，自再婚之日起發生效力。

(四)別種特有產 別種特有產為子女所有，通常由其父為之照管，故認許子女於乃父之財產上有法定質權，以防其不法處分也。

(五) 監護 被監護人及被保佐人對於監護人或保佐人之財產有法定質權，吾人前已述之，茲不復贅。

(六) 永佃權 寺院對於永佃權人之財產上取得法定質權，以擔保其不損害佃地也。以上之法定質權，除國庫外，皆為帝政時代之創制。

二、特別法定質權 關於特別法定質權亦有六：

(一) 質貸人 質貸人本於質貸借關係之契約，對於質借人所置備之物，自遷入時起取得質權。惟此所置備之物，須為繼續使用之性質，若係臨時使用者，不在此限（註二十一）。

(二) 土地出租人 土地之出租人，本於田地質貸借所生之債權，對於租戶在該田地之產物上取得質權（註二十三）。轉租人亦有同樣之質權，但以防害原出租人之權利為限（註二十四）。

(三) 修繕費質貸人 凡為修繕建築物而發生之質貸借關係，對於建築物及基地取得質權，但若質貸人之出資係以重建房屋者，則不在此限（註二十五）。

(四)被監護人 監護人或第三者以被監護人之金錢購置物件時，被監護人於該物上取得質權，但以非出於借貸之原因爲限(註二十六)。

(五)受遺贈人 受遺贈人或受益人對於繼承人所繼承之物上取得質權，以防繼承人欲避免給與受遺贈人之利益，而處分繼承之遺產也(註二十七)

(六)妻 爲擔保嫁資之返還，妻於夫之財產上，取得法定質權(註二十八)。

### 第三項 基於審判上之行為

質權之設定有時且違反當事人之意思者，此種質權由於審判上之行為。言其方式有二：

一曰財產扣押(*Pignoris capio*) (註十九)，一曰裁判質權(*Pignus praetorium* 又稱 *Missio in Possessionem*) (註二十)。前者爲裁判官對於債務人，因不履行清償債務實施扣押其財產，使債權人於扣押物上取得質權；後者本於裁判官之命令而爲占有所成立之質權也。此種裁判質權，別之有五：一爲保障安全之命令(*Missio damni infecta causa*)，即房屋所有人，因恐鄰屋之傾側致加危害時，得依此命令取得鄰屋之質權以爲擔保將來之損害也。二爲遺贈提

存之命令 (*Missio legatorum servandorum causa*)，即許受遺贈人，或受益人占有繼承財產以爲擔保遺贈之給付也。三爲胎兒權利之命令 (*Missio ventris nomine*)，即孕婦爲將來胎兒產後之利益計，許其占有承繼遺產以爲擔保也。四爲財產保存之命令 (*Missio rei servandae causa*)，即債務人負債過多而猶處分其財產，或死亡後無繼承人時許債權人占有其財產以爲擔保也。五爲嫁資保存之命令 (*Missio in possessionem dotis conservandae causa*)，即寡婦爲保存其嫁資之有着落許其照管亡夫之財產以爲擔保也。

#### 第四節 質權之效力

質權之效力，得分三點言之：第一，爲出質人之權利；第二，爲質權人之權利；第三，爲優先質權。

##### 第一項 出質人之權利

出質人以其所有物質押，不問其爲自己之債務抑爲他人之債務，仍保有質物之所有權，

故出質人，基於所有權之原因，繼續享有左列之權利（註三十一）：

一、契據質之出質人，因不移轉質物之占有，得收穫質物之生產。若為物件質，則質權人應將收益數額交與出質人，其以收益代替利息者不在此限（註三十二）。此項以收益代替利息之支付者，稱曰「質權之收益」(Antichresis)。物件質之債權人因占有質物之故，如該質物屬於收益之類者，倘未有利息之約定時，得就收益額內扣付法定利息，設有剩餘，則歸出質人所有。遇雙方有「質權之收益特約」時，依左列之規定（註三十三）：

(一) 質權人對於天然孳息之質物有收益之權，無須將收益數額報告出質人，但若當事人間另有約定者不在此限（註三十四）。

(二) 若質物之收益為收取利息者，質權人須將收得利息扣付應得之利息并報告出質人。

(三) 若質物祇可使用并無收益者，如房屋等，則質權人之使用權利以替代利息。倘以質物出租他人使用時，對於租金之收取應向出質人報告之。

二、出質人對於質物如無特約時，得賣却處分之。但質權人有留置質物要求受償之權（

註三十五)。惟出質人之賣却動產質物，如未通知質權人或徵求其同意時，羅馬法視爲竊盜（註三十六）。

三、出質人對於質物，如係僅有時效之占有，而此項时效尙未屆成就致未取得所有權時，在質押期間內之時效，不視爲中斷，仍可繼續併算也（註三十七）。

### 第二項 質權人之權利

質權人對於質物有左列之權利（註三十八）：

一、追及權 質權人對於質物有物權，既爲物權，則不問質物落於任何人之手，在主債權未受清償時，均得退回之。

二、對世權 質權人對於任何人侵害質物時，彼可對抗之。

三、轉質權 質權人得將質物轉質他人，但以其質權所許者爲限。

四、賣却權 質權人於債權屆期未受清償時，得將質物賣却之。此項賣却權，無須取得裁判官之命令。惟質權人之賣却質物宜以公開行之，并應先通知債務人。如雙方約定，倘屆

期不能償還債務時，則質物當歸質權人所有，此項約定無效。即債務人約定拋棄其贖回質物者，亦然。

故質權人對於質物祇有屆期依法賣却抵還之權，而不能將質物變為己有。但賣却之時，質權人須注意左列事項：

一、若雙方有約定關於賣却質物之期間時，質權人應遵守該項期間（註三十九）。

二、若無期間之約定時，依市民法之規定，債權人屆期不能受清償時，應於屆期後將賣却質物之意思通知債務人，經三次通知而無效果時，方可進行賣却之（註四十）。優帝之朝，祇規定一次之通知為已足，惟質權人須於通知時起屆滿二年之期間方可將質物賣却（註四十一）。

三、若質物依合法之手續出賣而無人承受時，債權人得請求裁判官按實價判歸己有，但債務人於二年期間內仍有贖回之權利（註四十二）。

質物賣却之後，質權人就賣得價受清償，如有剩餘，則歸債務人收受，不足由債務人照

補（註四十三）。質物既因交付而賣却，故所有權即入於買主之手，物上設定質權之負擔隨之而消滅矣（註四十四）。

### 第三項 優先質權

優先質權者，即一物設定數個質權時應以孰者受優先清償之權利也（註四十五）。大凡一物有數個質權，則最先設定者為優先質權，然亦有因法律上之規定而不問設定之先後也。故優先質權之設定有三種原因：一依日期之先後；一依法律之規定；一依當事人間之意思。優先質權之中，復有最優先，次優先等第之別。次優先質權人須於最優先質權人受清償之後方有清償之權。今特分述之：

一、法定優先質權 由於法律上之原因而設定之質權，不盡皆為法定優先質權。吾人於第三節第二項所述之各種法律上設定質權中，祇有左列四種為法定優先質權：

（一）國庫之稅收。

（二）妻之嫁資。



(三) 監護人或保佐人以被監護人或保佐人之金錢購置財物，則後者於該物上有法定優先質權。

(四) 修繕費貸人對於修繕建築物上有法定優先質權。

二、合意優先質權 由於當事人間之合意設定質權時，視其究爲質物之利益而設定質權，抑僅爲擔保債務之清還而設定質權。前者如以房屋之須修繕而在該房屋上設定質權以擔保修繕費之支付是；後者如債務人因借用款項而以房屋以擔保借款之清還是。一爲質權與質物有直接之關係，一爲質權與質物無直接之關係。羅馬法對於當事人之以一物設定數個質權時，則以質權與質物有直接關係者爲優先質權。此項合意優先質權，言其要者有二：

(一) 因改良修繕或增進質物而設定質權者，此項質權較其他質權有優先受清償之權。

(二) 因賣主於賣出物上聲明在未清還賣價時，則賣主在該物上有優先受清償之權。

三、優先質權之競選（註四十六） 法定優先質權與合意優先質權如有數個時，則孰者爲先，不無問題。羅馬法之規定如左：

(一) 國庫之稅收 此項優先權爲絕對的，不問時日之先後也。

(二) 妻之嫁資 此項優先權，以前妻及其子女有優先受清償之權。

(三) 質權之設定出於質物之原因者 除應先受前二項之優先權外，凡爲質物利益而設定質權之債權人較其他質權人享有優先受清償之權。

(四) 與國庫發生之契約債務 凡國庫與人民訂定契約而應受償之債權，亦享有優先地位，惟居於前三項優先質權之後耳。

四、質權設定之先後(註四十七) 質權之先後次序，除法定及合意優先質權外，概依設定日期之先後定之。設定在先者，較在後者有優先權。不能解決先後或設定同時者，則以質物之占有人享有優先權。遇質物並不爲任何質權人占有，且所享權利同等時，各個質權人，依其債權額，就質物有比例之受償權。

五、質權之代位(註四十八) 依設定時間之先後質權人，第一質權人當然優先受清償，但次位質權人如欲代位，亦爲法律之所許。其法則由次位質權人代償債務，因而取得最先質

權人之地位。此種代位權利，爲法律所承認。故如第一質權人拒絕承受時，彼次位質權人得將應付債權額提存於法院，羅馬法稱此種權利爲清償提供及承受權 (*Ius offerendi et Succedendi*)。次位質權人對於已償還優先質權人之債權爲繼續性質，故其間并無中斷也。

## 第五節 質權之保護

質權之保護程序有二：一基於訴訟程序，一基於占有程序。前者之程序，即質權保護之訴也。此項保護訴訟，初祇用於地主對佃戶之農具，稱曰「沙爾味阿那之訴」(*Actio Serviana*)，優帝乃適用於一般物件質及契據質權，統稱曰「質權保護之訴」(註四十九)。

質權人對於質物之任何占有人，不問其爲債務人或第三者，俱可提起此訴以追回之。若占有人(被告)之權利較優於原告(如被告爲最先質權人是)時，則占有人可提出抗辯。惟舉證之責任，因被告之是否爲質物所有人而有區別。倘質物占有人即係債務人時，則質權人(原告)如追回占有，祇舉證該項質權之存在爲已足；若被告對於質物之占有非從債務人取得者

，原告須負證明設定質權時，該質物爲債務人所有。設債權人僅能舉證債務人爲質物之善意占有人時，則債權人對於質物之權利以債務人所能得者爲限。

質權之設定亦有特定與普通者。例如甲以其所有房屋十幢向乙設定質權，但指定十幢中之子丑二屋爲特定質權，將來屆期甲不能清還時，乙應先就子丑二屋處分之。設有不足抵償，方可及於其他房屋。

質權保護訴訟之消滅時效，對債務人或其承繼人爲四十年；其對第三者占有質物之時效，如債務人健在時，亦同。倘債務人已故，此項對第三者之訴訟時效，視其是否計入債務人生時之占有期間爲定。如將債務人生時之占有期間計入，其時效爲三十年，否則，爲四十年，然若第三者將質物占爲己有，則此訴之時效，滿三十年而消滅。因第三者對質物依長期時效而取得所有權也。

以上所述爲質權保護之訴，今請進而言占有之訴（註五十）。質權人爲保護質物之占有，得提起「保存占有之令狀」；爲退回質物之占有，得提起「沙爾味阿那之令狀」。市民法時代，

此項令狀，不問質物占有人之是否債務人概可提起，但後來法律則以對占有人係出質人爲限。此外又有基於裁判官之命令而占有質物者，則遇占有人違抗命令時，彼債權人得提「強制交付占有之令狀」(Interdictum ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est)，其目的在使債權人得受賠償之權也。

## 第六節 質權之消滅

質權之消滅原因有二：一基於一般權利之共通原因，一基於質權之特別原因(註五十一)。茲分述之。

一、一般原因 基於一般之消滅原因有五：

- (一) 質物之毀失或變更；
- (二) 質物爲質權人併有；
- (三) 質物之拋棄；

本論 中篇物法 第二十六章 質權

(四)質物之所有權爲可回復者，質權於回復時即消滅；

(五)質物之所有權爲有一定之期間者，質權於該期間屆滿時消滅；

(六)債權人同意提供擔保以替代質物者，質權於該擔保提存時消滅；

(七)質權人於債權未受清償時允許債務人賣却質物者，質權歸於消滅；

(八)質物被善意第三者占有，而其占有已屆滿長期時效之期間者，質權於該時效完成時消滅。

二、特殊原因 特殊原因者，謂質權之消滅基於質權之性質也。言其要者，不外三端：

(一)主債權消滅 質權爲從屬權利，故遇主債權消滅，質權當然歸於消滅。

(二)債權與債務併於一人 債權與債務既歸於一人，則質權無由存在，因一人不能於自己物上設定質權也。

(三)質物之合法賣却 質物經合法賣却，不但於賣却人之質權消滅，即其他次位之質權亦歸消滅也。

(註一) Sohm, p. 351—352; Buckland, Main Institutions etc, p. 263 sqq; Text-Book etc., p. 470 sqq; Mackeldey, p. 265 sqq. 關於羅馬法之資料、見 D. 20; C. 8, 14-35.

(註二) 不能於自己物上設定質權者、以自己爲質權人也。D. 50, 17, 45pr.; 18, 7, 29; 41, 3, 33, 5; 20, 6, 9.

(註三) D. 20, 1, 5, 25; Const. 1, 2, C. 8, 33, Hass, über die Natur der Hypotheken Bonn, 1833. 惟債務若解除一部分、質權並不因之而比例縮減也。

(註四) D. 20, 1, 9, 1; 20, 3; C. 8, 17; Glück Commn, Vol. XIX, § 1091.

(註五) D. 20, 1, 11, 1; D. 20, 1, 15pr.

(註六) D. 2, 1, 11, 2; D. 20, 1, 15pr.; D. 20, 6, 8pr.

(註七) D. 13, 17, 18pr.; D. 20, 1, 20; Const. 4, C. 8, 17; C. 7, C. 4 39; Const. 2, C. 4, 15.

(註八) D. 20, 1, 13, 2; Const. 1, 2, C. 8, 24.

(註九) Sohm, 351, sqq; Buckland, Text Book, p. 470 sqq; Mackeldey, p. 265, sqq.

(註十) D. 20, 1, 5, 2.

- (註十一) C. 8. 21; D. 20. 4. 3. 2; 20. 6. 7. 4.  
(註十二) D. 20. 2. 5. 2; C. 8. 16.  
(註十三) D. 13. 7. 20. pr.; 20. 1. 16. 1.  
(註十四) D. 20. 1. 16. 7.  
(註十五) D. 27. 9. 1—3; Const. 22; C. 5. 37; Const. 2; C. 5. 70; Const. 1; C. 5. 71.  
(註十六) Inst. 4. 6. 7; D. 13. 7. 1 pr.; 20. 1. 4  
(註十七) D. 34. 1. 12; D. 33. 1. 9; 13. 7. 26; C. 6. 43. 然亦有以遺囑人死亡時起計算者。  
(註十八) D. 13. 7. 8. pr. 5; Const. 6. C. 8. 14; D. 20. 1. 13. 6.  
(註十九) D. 13. 7. 11. 3; D. 20. 2. 5. 1.  
(註二十) D. 20. 2; C. 8. 15.  
(註二十一) Mackeldey; p. 272; Glück, Comm: Vol. XVIII, XIX, § 1086—1089.  
(註二十二) D. 20. 2. 2—9; 20. 1. 32; 20. 4. 11. 2; C. 8. 15.  
(註二十三) D. 20. 2. 7; D. 19. 2. 24. 1.



(註十四) D. 13. 7. 11. 5; Glück, Vol. XVIII § 429 sq.

(註十五) D. 20. 2. 1.; D. 42. 5. 24. 1.; D. 13. 7. 21; Nov. 97. C. 3.

(註十六) D. 20. 4. 7.; D. 27. 9. 3 pr.; Const. 6. C. 7. 8; Const. 17. C. 8. 14.

(註十七) Const. 1. 3. C. 6. 43; Nov. 108. C. 2.

(註十八) Const. 30. C. 5. 12.

(註十九) 但此種扣押并非出於分配裁判。詳見 Buckland, p. 618 sq.

(註二十) D. 13. 7. 26; D. 27. 9. 3. 1.

(註二十一) D. 13. 7. 33. 1; Const. 9. C. 4. 24.

(註二十二) D. 20. 1. 11. 1.; D. 13. 7. 7.

(註二十三) D. 20. 2. 8; 20. 1. 1. 3; Const. 17. C. 4. 32.

(註二十四) D. 20. 1. 1. 3; Const. 17. C. 4. 32.

(註二十五) D. 13. 7. 38. 2; D. 20. 5. 7. 2; Const. 12. C. 8. 28. Const. 14. C. 8. 14; Novel.

112. C. 7.

(註三十六) D. 10. 4. 3. 15; D. 41. 3. 16.

(註三十七) D. 41. 3. 16.

(註三十八) D. 41. 3. 16; D. 10. 4. 3. 15; 43. 17. 3. 8; 41. 2. 3. 23; 13. 7. 11. 5; 39. 2. 34.

D. 13. 7. 8. 5; D. 20. 1. 16, 3; D. 13. 7. 4. 5; D. 2. 5; C. 8. 23. 28. 29. 30. 34; Mac-

keldey, p. 276 sqq.

(註三十九) Const. 3. 1; C. 8. 34.

(註四十) D. 13. 7. 4. 5.

(註四十一) Const. 3. 1; C. 8. 34.

(註四十二) D. 42. 1. 15. 3; Const. 3. 2—6; C. 8. 34; Const. 2; C. 8. 23.

(註四十三) D. 13. 7. 8. 5; 24. 2; 95. pr. 42; D. 20. 5. 9; Const. 3. 4; C. 8. 34.

(註四十四) D. 50. 17. 54.

(註四十五) D. 20. 4; C. 8. 18; Nov. 97. C. 3. 4.

(註四十六) C. 4. 46. 1; C. 8. 15. 4; C. 12. 63. 3; C. 5. 12. 30; Nov. 9. 7. C. 3. 4; D. 20. 4.

5. 6.

(註四十七) D. 20. 4. 11pr. C, 8. 18. 8.

(註四十八) Mackeldey, p. 282. sqq.

(註四十九) Inst. 4. 6. 7; D 13. 7. 41; D 10. 4. 3. 3; D. 10. 3. 7. 12; D 44. 2. 11. 10; D. 44.

2. 19; D 20. 1. 16; 3.

(註五十)見第二十章。

(註五十一) D 20. 6; 8. 26. 31.

## 第二十七章 概括繼承之通則

### 第一節 概括繼承之意義

羅馬法之繼承與現今各國之所謂繼承，在性質上及意義上均有不同，約與吾國舊律相似。其所以然之故，要由於家族觀念之根深蒂固也。在家族制度之下，一旦家長歿後，其人格

本論 中篇 物法 第二十七章 概括繼承之通則

五〇七

是否繼續，實甚重要。人之權利，雖始於出生，終於死亡，而其生時之權利究應如何處置以及生前之債務又應如何了結，殊屬問題。基此原因，羅馬法對於死亡者之權利義務不得不求解決之道焉。

尤有進者，在初期之羅馬法，視繼承為宗親之權利，吾人述監護權時，已言梗概，茲不復贅。惟死亡者之權利既有人繼承，則其生前債務亦應由其繼承，方符繼承之旨。否則繼承人祇繼承權利，對於死亡者未了之債務將末由理直，不惟有損死者名譽，要亦非債權人所准許。故羅馬法之繼承乃繼承死亡者之權利義務也（註一）。

不寧惟是，彼繼承人對於死亡者之權利及義務應為整個之繼承，不得從中選擇（註二），故繼承人之繼承權利及義務為整個的，至於繼承之權利不足償還債務之時，則由繼承人負擔，不能推諉（註三）。此種繼承，即羅馬法之所謂概括繼承也。易言之，概括繼承為對死亡者遺產之整個的繼承，不問其權利義務之是否互相抵銷也。但關於專屬死亡者之權利義務，則不在繼承之列，如解放奴隸對於主人應負尊敬義務是（註四）。

## 第二節 概括繼承之性質

概括繼承之性質，言其要者有四：

- 一、概括繼承之繼承人，不問其爲一人或數人時，繼承死者之全部遺產（註五）。
- 二、繼承全部遺產係包括死者之權利及義務，換言之，即死者之全部財產權及全部債務也（註六）。

三、概括繼承之遺產爲不可分之性質，詳言之，即繼承人不得按其人數而分擔責任或享受權利也。但遺產如爲可分之性質者，不在此限（註七）。

四、繼承人對於死者之債務應負完全償還之責，不以繼承之遺產額爲限。

概括繼承之性質既如上述，於是對於繼承人與遺產之關係，說者不一（註八）。有謂繼承人係繼承死者之人格，以其如是，故爲繼承死者之權利義務也。然此說殊屬欠當。若謂概括繼承爲人格之繼承，則何以專屬死者之權利義務不在繼承之列乎？此說之不能完滿解釋，毋

待多辯。余以爲羅馬法上之概括繼承，當非如上說之所謂人格繼承。蓋吾人一方須認明「人之權利，始於出生，終於死亡」之原則；他方宜了解羅馬法之權利中心思想。依前者之原則。人之權利，至死而終止，但非終了；依後者之原則，死者之債務應如何了結，方可維持債權人之利益，而不致債權之無着。倘許繼承人享受遺產而不負擔債務，殊欠平允。反之，彼繼承人既欲繼承死者之遺產，則對於死者之全部債務亦應負擔，方屬公平。非然者，彼死亡者之債權人不亦將就遺產而加以直接處分乎？况死者之後或其宗親，爲維持名譽計，對於死者之債務，亦有不可不代爲了結者。故繼承在羅馬法上不但爲概括的，且初爲法律所明定，不容合法繼承人之拒絕也（註九）。

## 第二節 遺產之待繼

遺產未有繼承人承受時，此時之遺產，羅馬法上稱曰「遺產期待繼承」(Hereditas iacens)（註十）。此項期待繼承遺產，在法理上究成問題。例如甲死後，其遺產一時尙未有合法繼承

人，在此期待之期間，遺產本身之性質如何，學者之間，意見不一（註十一）。舉其要者，約有三說（註十二）：曰法人說（或主體說）；曰人格說（或代表死者之人格說）；曰繼承人說。主法人所有說者，其大意以遺產爲具有獨立之人格，故可享受權利，負擔義務。但此說究非羅馬人之思想，因期待遺產不能與法人比擬，且羅馬時代之法人觀念，不若現代之嚴明。法人說實一中世之思想，非羅馬法之物也。

與法人說相反者，厥爲人格說。其要旨乃以死者遺產爲代表死者之人格。在未有合法繼承人繼承遺產時，此項遺產代表死者人格之繼續。但此說之不能自圓，甚爲明瞭。夫所謂權利或義務，必有其主客體在焉。今死者既不復生，則人格已不存在，何來乎遺產之主客體乎？遺產之爲物，乃權利義務之集合體耳。此遺產必須有所屬，不待言而喻。例如遇遺產無人繼承時，由國庫繼承是。故遺產之必須有所屬，於茲甚明。若認遺產爲代表死者之人格之繼續存在，則不能如此解釋矣。

於是有繼承人所有說焉。依此說，則以「期待遺產」爲將來繼承人所有，不過在此「期待

繼承」之期間內，未推定何人承受耳。若無人繼承時，則國庫當然爲繼承人。蓋遺產期待繼承，并非對於主體（繼承人）有所疑問，因繼承已於死時開始也。職是之故，如繼承開始與繼承確定之期間相隔甚遠時，繼承人之繼承仍溯及死亡之當時，而非自繼承確定之時也。此說與胎兒之享受權利，要視爲同一之情形，其較爲合理，甚爲顯然。惟羅馬法家，頗多以遺產代表死者之人格說爲是。吾人既以概括繼承非對死者之人格繼承，而僅爲一種權利之概括繼承，則「期待遺產」必有所屬，爲未來繼承人之所有，乃亦論理之必至也。苟死者全無絲毫產業遺留，縱有龐大債務，亦無所謂「遺產」可言，在此種情形之下，死者類於破產無疑矣。舉一反三，遺產云云，必須先有權利之待繼承，而後債務方可隨之。吾國舊律，「父債子還」，其原則與羅馬相似。良以家父死後，家業全歸子掌有，則償還父債要爲理之當然。

#### 第四節 概括繼承人之種類

在家父權制度之下，繼承人之資格依其是否隸屬於家父權爲決定先後之標準，以是羅馬



法上分繼承人爲二：曰家屬繼承人，曰家外繼承人即非家屬繼承人（註十三）。

## 第一項 家屬繼承人

家屬繼承人者，繼承人爲死者（即所繼人）之家屬份子也。因其權力之行使不同，此項家屬繼承人又可分爲正統當然繼承人（*sui et necessarii heredes*）與當然繼承人（*necessarii heredes*）。請依次言之：

一、正統當然繼承人 凡屬家父權下之子女及胎兒，因家父之亡故而將爲自權人者，皆爲正統當然繼承人。所謂正統，乃繼承人直接受家父權之支配；所謂當然，乃繼承人對於死者之遺產無須爲接受之行爲而當然繼承也（註十四）。此爲市民法之規定，故於繼承人甚爲不利。蓋一旦所繼人之遺產甚微而所負債務甚鉅，勢必陷繼承人於不可收拾之地位，裁判官乃予繼承人以拒却權（*ius abstinendi*），即繼承人不予預遺產并表示不願爲死者之繼承也（註十五）。然在市民法上，此種拒却接受繼承之行爲視爲無效。裁判官爲使繼承人不陷於困窮地位，故在手續法方面，予以救濟：即遇遺產不足清償時，不予債權人對繼承人提起請求償還

之訴也。但若繼承人有干預遺產之行爲 (*Immiscuit se hereditati*)，則繼承人應負責任，而不許其拒絕矣。

上述拒却權之行使，在帝政初期，以遺產經處分後，則不得改變其意思而請求回復繼承權。優帝之朝，此項拒受期間定爲三年；若債權人不明死者之遺嗣是否接受繼承人時，得對其提起訴訟以爲測驗。但在帝政後期，裁判官許死者之遺嗣請求予以相當期間之考慮。要之，後期法律對於遺產之接受與否，一以繼承人之意思也（註十六）。

二、當然繼承人 當然繼承人者，謂死者以遺囑解放奴隸并立其爲繼承人也。當然云云，乃因此類繼承人無拒却之權也。通常事例，由於死者恐遺產之不足抵償債務，有失體面，故以遺囑解放奴隸爲繼承人，使其擔負破產之惡名（註十七）。其後裁判官鑒於此種奴隸亦甚可憐，始規定准其請求將遺產劃立，稱曰財產分離 (*bonorum separatio*)，使債權人祇可就分離之遺產取償，此外繼承人不負其責焉。

## 第二項 家外繼承人

家外繼承人 (*extranei heredes*) 者，謂繼承人因遺囑或法律之設定而非屬於死者之家屬也 (註十八)。故除上述二種繼承人外，其他皆為家外繼承人。其是否繼承遺產，應有承受之行爲，否則，不發生繼承之效力。此項繼承人，因有受授之權，故又稱曰任意繼承人 (*heredes voluntarii*)。惟承受之行爲 (*aditio*)，不問公然或默認均可。在帝政初期，凡有實際上表示承受遺產之行爲者，即認爲已足，但遺囑人在遺囑上如明白規定繼承人須有正式承受之行爲者 (*cretio*)，則爲例外。通常事例，遺囑人若明白規定正式承受之行爲爲必要時，多以一百日爲限，否則，無期間之限制，倘債權人欲確知被指定之繼承人是否接受時，得以催問手續 (*interrogatio in iure*) 徵知繼承人之意思，而被指定之繼承人則可向裁判官請求准其予以猶預期間 (*tempus de deliberandum*) 也。

被指定之繼承人如不願承受遺產時，得爲拋棄之表示 (*repudiatio*)。市民法時代，并無拋棄之手續。帝政初期，始以拋棄之表示爲必要。然遺產一經拋棄，則不能再行請求承受，此猶遺產一經承受則不得再拋棄也。但若遺囑人明定不以承受遺產之行爲爲必要者，則被指

定之繼承人縱有拋棄之表示，亦不發生拋棄之效力，在遺囑上之規定期間內仍得隨時爲承受之行爲。此種正式承受之手續，至阿斯措地士帝 (Asca dius) 及施爾騰壽 (Theodosius) 帝已廢止，故在優帝時代早成陳跡(註十九)。

## 第五節 資產占有制

### 第一項 資產占有制之性質及其由來

基於市民法之遺產繼承制，在後期之羅馬，多有不能簡便。裁判官爲順應人民之需求，漸予救濟之道，日積月累，遂形式一新穎之遺產繼承制度，即所謂資產占有制是也。

關於資產占有制之由來，學者間考訂不一，言有要者有三說焉(註二十)。

第一說 資產占有之起源，說者謂係蛻嬗於法律之提供神聖金式 (legis actio sacramen-  
to)。何謂提供神聖金式之訴訟？即原被告雙方提供現金於神聖之處所，使敗訴一造之保證金沒歸國庫所有也。當裁判官管理案件時，得依自由心證以判定一造占有繫爭物，以待日後

訴訟結果而定歸屬。其後關於遺產之爭執，裁判官即依此訴訟方式，將遺產暫判歸一造占有。此種占有雖爲暫時性質，但因當事人間常不待訴訟之結果，而以此暫時之判定爲解決。此資產占有制之發生原因也。故此制初時之方式，不外藉市民法之效力以維持之。其後此制效用日見，市民法之繼承制頗多不便，裁判官漸取舊制而代之，久而久之，乃形成與市民法相對待之資產占有制。

第二說 與前說完全不同之論據者，則以資產占有制係由於遺產時效占有而來。依此說，當繼承人死亡時，其遺留之財產占有人因時效之占有而取得遺產繼承權。蓋家外繼承人欲取得遺產時，必須有正式承受行爲之表示；若不正式表示而占有遺產時，市民法仍不認爲正式承受之行爲，但得因其占有一年之時效而取得遺產繼承權。由是觀之，此種遺產時效之取得，猶如其他要式交易物之必須依曼企帕地荷買賣式方可有效，否則，倘方式上有欠缺之瑕疵，彼買主得因占有一年之時效而補成也。

時效取得之說，亦非謂不問何種原因言也。遺產占有人當其占有遺產時，必須以繼承人

之地位自居。蓋非如此，竊盜不亦將因占有以待時效之完成乎？此說以遺產之因時效取得，一如時效婚然。夫時效婚之男方，須與對偶同居一年後，方可取得夫權，而婚姻之關係始立。所謂同居，當然爲公開之行爲，即使人明信其有夫婦之關係。倘兩方之同居出於秘密之行爲，則雖同居一年，仍不能取得夫權也。遺產之時效取得，亦具同一之理由。彼占有人不但占有遺產已足，且應有積極之行爲：如祭祀，管理遺產，以及清還債務是。此種時效取得，在初時原所以補市民法上之缺陷。其後裁判官遇遺產爭執時，乃將遺產判歸一人或數人占有，而形成所謂「資產占有」制也。

第三說 市民法上分繼承人爲家屬繼承人與家外繼承人，故繼承之原則，以無家屬繼承人方及於家外繼承人。家內繼承人既爲當然繼承人，於是死者之遺產當然由其取得，無須繼承人之積極或消極行爲也。換言之，則該項遺產，因繼承人與死者之親屬關係取得繼承權，無須繼承人之正式表示承受遺產始可取得也。十二表法中有云：「死者無遺囑時，應由其正統繼承人繼承，無正統繼承人時，歸旁系宗親享受，無旁系宗親時，歸族人享受。」依此文

義觀之，則正統繼承人爲當然取得死者之遺產人，至於非正統繼承人，則曰歸其享受，而不曰由其繼承，良以家外繼承人非若正統繼承人，其對於遺產之取得，應有積極之行爲而後可。職是之故，家外繼承人之接受遺產，須經相當之手續，卽正式承受之行爲 (actio) 是也。此種正式承受之行爲，一方在使任意繼承人 (卽家外繼承人) 取得遺產，他方使其正式主張繼承之權利。吾人一考希臘繼承法，其制與此相仿，卽任意繼承人應先占有遺產。惟希臘法則以此項占有遺產須先取得法院之准許命令，而在此時之羅馬法則以被指定之任意繼承人須履行正式承受之行爲。設遇遺囑上指定之任意繼承人之遺產取得權發生爭執時，乃就裁判官而決定之。若死者未立有遺囑，任意繼承人間如欲取得遺產，亦不無有向裁判官請求決定者。然在初時，裁判官之決定尙屬權宜之計，歲月以還，任意繼承人爲杜絕爭端起見，恆先請求裁判官爲准許占有之決定。夫裁判官之此種決定，并非卽認任意繼承人之取得遺產權爲絕對的。蓋資產占有之原則，無非在未有遺囑繼承人，或雖有遺囑繼承人，但并未爲承受之行爲時，暫使任意繼承人中之與死者最近之一人許其占有遺產。裁判官爲求遺產之確定歸屬起見

，乃規定遺囑繼承人應於一定之期間內爲正式承受繼承權之表示，否則，此外之任意繼承人於該期間屆滿後均得請求取得該項遺產。職是之故，裁判官法之此種方式，祇對死者遺產之處置而已，彼固無權爲死者立繼承人也。以其祇爲遺產之處置，故稱曰資產占有（*bonorum Possessio*。或遺產占有），而不曰繼承權占有也。

由此資產占有之演進，漸確立順位繼承之原則。蓋任意繼承人間之順位不同，裁判官對於近位之請求人許其有優先請求占有遺產權，俟此類請求人不於一定期間內請求時，則將該項遺產請求占有權落於次位之請求人，餘類推，直至無請求人時，始由國庫取得之。

故資產占有制之由來，原在補救市民法繼承制之缺陷，初非欲取市民法而代也。其後，資產占有制，在多種情形之下，適用甚便。遂使羅馬法上之遺產繼承有市民法與裁判官之區別。依前者，繼承人不但取得遺產權，且當然取得繼承權。依後者，資產占有有人祇對死者遺產之占有，固非死者之繼承人也。

以上三說，要以末說爲較能說明資產占有制之由來。舉其論據，約有五端（註二十一）：



其一、萬民法（即裁判官法）之日趨普遍以及爲一般人民之歡迎，爲羅馬整個法律進化之自然趨勢。市民法之遺產繼承制，在多種情形之下，殊具缺陷，其有待於裁判官之補正，與其他市民法上之制度，蓋具同一之理由也。

其二、市民法初時規定遺囑上之繼承人不能正式拒絕接受遺產權，祇可消極的不予承受。故在此時期之市民法，尙未承認拋棄權之存在也。良以遺產權既不能僅爲意思之表示即可發生取得之效力，則拋棄當然亦不能徒以意思之表示而發生效力。古代法之充滿狹隘與形式主義，乃一般之性質，故遺產繼承制又焉能逃此哉。

其三、市民法并無規定遺囑上指定之繼承人履行正式承受行爲之期間，以是被指定之繼承人若遲遲不予承受時，該遺產則長此曠缺，并非因此即將遺產權遞至順位之繼承人也。裁判官爲求迅速確定遺產之歸屬起見，乃引誘該遺囑繼承人占有遺產，經過相當期間遂因時效之原因而取得，以免除履行正式承受之行爲。在另一方面，俾順位之繼承人於遺囑繼承人不履行正式承受行爲時，使其有權取得遺產權之機會。此裁判官所以後來規定正式承受行爲之

有期間限制也。

其四、市民法原不許正統及當然繼承人拒却繼承權，以其如此，故上項繼承人無須爲正式承受之行爲。殆後法律漸弛，承認死者得將遺產自由處分，打破向來之正統繼承制，遂將正統繼承人躋於家外繼承人之列，對於遺產權之取得與否，仍應爲正式承受之行爲，同時亦承認正統繼承人之拒却權矣。

其五、裁判官法之資產占有制祇與占有人以遺產權，而非繼承權，其係一種裁判官法之所有權（此項所有權以占有爲基礎）無疑，觀其請求裁判官發給「資產占有令狀」(interdictum quorum honorum)俾其占有死者之有體物以及其他手續，當可瞭然其由來矣。

## 第二項 資產占有制之種類

資產占有制，依其取得性質得分爲三種（註二十二）：一爲市民法共認之資產占有 (iuris civilis adjuvandi)；二爲市民法否認之資產占有 (iuris civilis corrigendi)；三爲市民法暫認之資產占有 (iuris civilis gratia)。所謂暫認者，乃此項資產占有視其有無市民法上之合法

繼承人也。無此合法繼承人時，則可從而取得遺產權。其因合法繼承人不欲承受遺產權者亦然。此種資產占有稱曰空虛資產占有 (*bonorum possessio sine re*)，以其權利尚游移不定也。至於市民法共認及否認二者之資產占有，則皆為確實資產占有 (*bonorum possessio cum re*)，因前者同為市民法所承認，而後者雖非市民法所承認，但為裁判官所賦與，故皆為確定之權利也。吾人於述法定繼承及遺囑繼承時，當再敘及。

(註一) Solm, p. 503 sqq; Buckland, *Main Institutions*, p. 175.

(註二) D. 50. 16. 208.

(註三) Jolowicz p. 128; Sohm, 502 sqq; D. 37. 1. 3pr. 1; D. 50. 16, 119, 208; D. 5. 3-50.

(註四) D. 43. 20. 1. 44; C. 3. 34. 14.

(註五) D. 37. 1. 3pr. 1; Sohm, p. 50. 3.

(註六) D. 29. 2. 37, 50. 16. 24, 208, 44. 3. 11; 41. 1. 34; 28. 5. 31. 1; 43. 24. 13. 5; 1. 8. 1.

(註七) Sohm, p. 503.

(註八) Sohm, p. 501 sqq.

(註九) G. 2. 153; Ulp. 22. 24; Inst. 2. 19. 1.

(註十) Buckland, p. 304 sqq; Sohm, p. 512 sqq.

(註十一) D. 1. 1. 38. 2. 2. 4; 參較 D. or. 14. 27. 10; h. t. 18. 2; h. t. 95; 46. 2. 24; 50. 17.

138; Inst. 3. 17pr.

(註十二) Sohm, 5-2 sqq.

(註十三) 梭姆分爲家屬繼承人與家外繼承人。但亦有將家內繼承之正統繼承人及當然繼承人與家外繼承人併分爲三級者，如 Buckland, Text Book 是。

(註十四) G. 2. 156. Inst. 2. 19. 2; D. 28. 2. 11; 38. 16. 14;

(註十五) D. 29. 2. 71. 9; G. 2. 158; Inst. 2. 19. 2.

(註十六) D. 28. 8. 8.

(註十七) Inst. 2. 19. 1.

(註十八) 詳見 Sohm, p. 520. sqq Ulp. 22. 25; G. 2. 168.

(註十九) Sohm, p. 511; Buckland, p. 310 sqq.

(註二十) 詳見 Girard, Manuel, 809; Costa, Storia 468; Danz, Geschichte des R. R. 2, 176;

Sohm, p. 515 sqq; Moyle, 471 sqq.

(註二十一) 本書從梭姆說，但 Jolowisz 則以第一說爲是，見 Historical Introduction, etc., p. 264.

(註二十二) Sohm, p. 528; 參較 Mackeldey, p. 492.

## 第二十八章 法定繼承

概括繼承，依其取得之方式，有法定與遺囑之分。法定繼承(又名無遺囑繼承 *Successio ab intestato*)者，謂死者未立遺囑而依法律以規定繼承人之順位也。遺囑繼承則依死者之意思，以定繼承人之順位，故其間之規定，各有不同(註一)。

法定繼承之順序，初以宗親爲主，不問血統關係，其後裁判官乃漸加變更，哈德林帝(Hadrian)復有明文之立法，至優帝始完全廢止宗親繼承，改爲血統繼承(註二)。今將羅馬法

上關於法定繼承之演進，分爲二項述之：一關於自由人之繼承制，一關於解放自由人之繼承制。

### 第一節 自由人之繼承制

自由人之繼承制，依其演進階段，得分爲四期：第一期爲十二表法時代，第二時期爲裁判官法時代，第三時期爲帝政時代（或優帝以前），第四時期爲優帝時代（註三）。茲依次言之。

第一期 十二表法時代 此時期之法定繼承，其順序有三：

一、第一順序曰正統繼承人 (*Qui Heredes*) 前已言之，正統繼承人謂爲家父權下之人，因家父之亡故而爲自權人也（註四）。不問其爲親生或收養，皆屬之（註五）。以是家父之家子先家父死亡，其子（孫）對家父亦爲正統繼承人，故羅馬法早已承認代位繼承之制。然若家父之家子生存時，則孫（家子之子）非爲正統繼承人，因於家父死後孫仍隸屬其父之家父權也（

註六)。胎兒以及「親子週歲」錯誤原因證明」之子女亦皆列爲正統繼承人(註七)。卽如家子經二度賣却，於其家父亡故而釋放者，尙不失爲正統繼承人。惟若經第三度賣却者，則宗親之關係斷絕，當然無繼承權(註八)。夫權下之妻，以其居於家子地位，故亦與家子同樣享有第一順序之繼承權(註九)。

一、第二順序曰旁系宗親(*Proximus agnatus*)。羅馬古代，家以父系爲中心，遂成宗親制度。旁系宗親者，謂與己身同在家父權下之人也(註十)。其間有近疏之別。此種旁系親之計算，不基於血統，且不能代位繼承(註十一)。設甲乙丙三兄弟，甲亡故，無正統繼承人，丁爲亡乙之子，則丙爲最近之旁系親，獨享遺產繼承權，故係採用人數平均分配制，而與前者之以份數分配制有別。若乙丙同存在時，則歸二人平均繼承。其後窩康尼阿律(*Lex Voconia*) (註十二)規定女子旁系以最近親等爲限，此外概無繼承之資格(註十三)。羅馬法家有謂在此之前，已不許立女子爲繼承人，此律不外重申以前原有習慣耳(註十四)。

旁系宗親之最近繼承人，若拒絕承繼時，該繼承權並不遞至次位之旁系宗親(註十五)。

反之，旁系宗親之如何疏遠，則所不問。

三、第三順序曰族人 (Cognates) 遇旁系宗親無人繼承時，始由族人承受遺產權。然其是否居爲繼承人之地位，已無可考 (註十六)。此制至紀元後第二世紀早已廢弛，格阿士并未詳載也。

### 第二期 裁判官法時代

裁判官無變更市民法之權，祇可於其權力範圍內爲程序上之設施。故裁判官不能設定遺產之繼承權，不過對於遺產之繼承無遺囑或其他原因，如無人承繼時，得爲必要之處置而已，此則吾人前章所述之資產占有制是也。其順序分爲四級：

一、第一順序曰直系卑屬 (liberi) 直系卑屬者，謂子孫屬於亡故者之後嗣也。其所包括之卑屬有二：一爲正統繼承人，二爲解放之家子及其亡後之子女 (註十七)，但不包括出養之子女。其已脫離養父母者，則與他卑屬同享遺產權利。對於遺產之分配，較市民法上爲繁複，因被解放之家子亦有分受遺產權也。



二、第二順序曰市民法繼承人 (Cognati) 市民法繼承人者，即市民法上所承認有要求繼承之權利人也(註十八)。此項繼承人，在古典法時代，包括正統繼承人，但不包括被解放之家子。故正統繼承人，如不依前順序爲資產占有之行為，依第二順序之先後，彼仍有優先之權利，故可於一年內爲請求資產占有也。舉例言之，譬如正統繼承人甲在第一順序中原有資產占有之請求權利，但第一順序之請求期間屆滿後，則甲失去第一順序之繼承人，而列入於第二順序之市民法繼承人。此時，彼因係正統繼承人之關係，故仍爲優先之請求人，得於一年之期間內爲該項資產占有之請求。若該一年期間屆滿而未請求時，則旁系宗親得請求之。如再無人請求時，則族人可從而請求之。

三、第三順序曰血親 (Cognatis) 若無第二順序之繼承人或其不於期間內請求資產占有時，裁判官即將該資產占有權由死者之血親請求(註十九)。惟血親之中，其請求權則以與死者之遠近關係而定先後。直系卑屬有最先請求權，舉凡死者之一切子女，不問其爲是否解放及是否出養屬之。緣血親之繼承權，以血統爲準則。故第三順位之直系卑屬，不限於正統繼

承人而已。惟此所宜注意者，卽夫權婚姻之妻并非第一順序之子孫，亦非市民法之正統繼承人，故仍不能與其子女共同享受此第三順序之資產占有請求權。他若在死者家父權下之被解放家子之子女，亦同，因被解放家子在第三順序中已爲直系卑屬繼承人，而其結果遂排除其子女之繼承權也（註二十）。今舉一例以明之。設甲爲家父，有乙丙二子，乙又生丁戊，甲將乙解放爲自權人，則丁戊仍隸屬於甲之家父權下。一旦甲死亡，依第三順位之血親繼承，乙丙當然爲甲之直系卑屬，丁戊則不然，以其被家父乙之繼承權而受排除也。

第三順序中之子女，不但對乃父有繼承權，卽對其生母亦然。反之，生母對其子女亦取得繼承之權利，至於是否爲夫權婚姻不問也。

凡旁系血親在六親等者，不問性別或有無人格小減等，均有第三順位之繼承權。如爲再從兄弟姊妹之子，雖至七親等，亦可請求資產占有權。

四、第四順序曰配偶人（*А. Н. и П. Ж.*） 夫妻之間，交互繼承，非市民法所認許。在夫權婚姻下之妻，因居於家子之地位，故已列於第一順序。故第四順序之妻，要係無夫權婚姻者

。夫或妻亡故，又無人可以繼承，則應予生存之配偶人有繼承權，使遺產有所歸屬。裁判官法之資產占有制，其所以承認夫妻間之交互繼承者，卽此之由（註二十一）。

### 第三期 帝政時代

裁判官藉行政權力以改善繼承制度，但猶未能臻於盡滿人意，尤其是母子間之交互繼承事件。入帝政時代，深感於改定之必要，乃有先後之立法。今將其要者言之。

一、迪杜鄰南元老院諮議 (SC Tertullianum) (註二十一) 依市民法之規定，如母非屬夫權婚姻者，母無請求繼承權。裁判官雖加改善，但僅列其爲血親而已。哈特林帝之朝，乃由元老院通過迪杜鄰南諮議，予生母以「親子權」(ius liberorum)，其地位遂較佳。親子權者，謂因生育三子以上（如爲解放女奴，則須生育四子）而取得繼承權也。依此諮議之規定，繼承之順序有如下述，卽（一）正統繼承人及直系卑屬；（二）生父，不問其係爲解放之家父與否，但以其子未被收養爲限；（三）血統兄弟姊妹；（四）母及姊妹，母得其半。帝政後期，對於繼承權之規定，日趨寬大。康斯丹丁帝爲更進一步之立法，卽對於無「親子權」之母，亦酌予以

遺產之分受。其後三百六十九年及四百二十六年之法令，均有加以變更也。

上述之元老院諮議雖對於母之繼承權加以改善，但對於舊法却未加變更。換言之，元老院諮議并不代替舊法也。然若依舊法應享有繼承權而在諮議中并無規定者，則應如何決定，殊屬問題。因諮議之目的祇在改善生母之地位，故以其明定者為限，此外不發生效力。若生母以外之人將因此而改善其繼承地位者，此諮議則不適用，而仍以舊法為準。

一、奧斐地阿南元老院諮議 (SC Orphistanum) (註二二三) 依市民法之規定，子對母無繼承權，其後之裁判官法亦不過列子於血親之順序。黑留列斯帝 (Marcus Aurelius) 於紀元後一百七十八年間由元老院通過一議案，賦予子女對生母亡故未立有遺囑者享有繼承權，不問其是否婚姻中所生子女以及是否人格小減等，但以生時為自由人為限。

上述二種元老院諮議，在適用上有時發生問題。蓋遇婦女死亡未有遺囑時，若遺留有生母及子女，則應適用何法以定繼承之順序，頗覺煩難。設甲婦有母乙及子女丙丁兩人，當死亡時并未立有遺囑。此時甲如有兄弟戊己，依迪杜鄰南元老院諮議，兄弟之繼承順序為先，

故甲之母乙不能取得繼承，然依奧斐地阿南元老院諮議，則子女之繼承順序爲先，故甲之兄戊已不能取得繼承，因子女依血統之計算，對母爲最近血親也。依此計算，丙丁二人應取得繼承權，故奧斐地阿南元老院諮議適用之。

#### 第四期 優帝時代

帝政時代之立法已漸次變更市民法上之繼承制。迨優帝登極，對於繼承法例，尤多修正，以期歸於合理化。然在編訂法律綱領時，修正之處雖多，尙無系統之立法（註二十四）。故於法律綱領頒行十年後，乃重加厘訂承繼制度（註二十五）。一洗從前之紛雜，消滅男女間繼承權之不公平，廢棄傳統之「正統」(stir)「宗親」(agnati)「血親」(cognati)等歧別，遂確立近代繼承法之基礎。今將優帝時代之繼承順序，簡述於後：

一、直系卑屬 不問性別，凡直系卑屬均有繼承權。直系卑屬有數人時，以近親等爲先。如同順位之繼承人已亡故，其子女得承父缺之繼承部分。

二、直系尊屬 凡直系尊屬均可繼承，惟以近親爲先。若同親等有數人而不同源時，各

得其半，不問其人數如何也。直系尊屬與胞兄弟姊妹則可平均分受繼承，而亡兄弟姊妹之子女，又許其承先人之缺，但以其先人尚有兄弟姊妹至少一人存在爲限。例如乙死後遺有父甲兄丙及亡弟之子丁共三人，此時甲丙丁各得承繼乙遺產三分之一是。若乙祇遺有父甲及亡弟之子丁，此時亡弟已無兄弟姊妹存在，故亡弟之子丁不能承其先人之缺與甲分受繼承權，而由甲獨享。倘乙死後僅遺有亡兄弟姊妹之子女，則子女依人數平均取得繼承。然若有亡兄弟之一人在時，該生存之兄弟與其他亡兄弟之子女各分其半。譬喻乙死後遺有兄丙一人及亡弟之子女丁戊二人，此時之分配計算，依二份分配，則丙得其半，而丁戊承受其先父之一半也。

三、兄弟姊妹之繼承無軒輊之分。

四、同父不同母，或同母不同父之兄弟姊妹，其繼承亦無軒輊之分。但若有純血亡兄弟之子女存在時，則亡兄弟之子女有優先權。

五、若無直系尊卑屬繼承時，則以最近親繼承。依照人數而平均，不適用代位制度。比方乙亡故祇遺同一近親等甲丙丁戊四人，其中有甲丙丁無後，而戊已先亡故，有子女庚辛二

人，此時僅甲丙丁有繼承權，戊之子女庚辛則不能援照承缺之例以爲分配也。

六、夫妻間有相互繼承權。

七、若死者無人出而取得繼承時，則遺產歸國庫承受，但債權人有取償之權利。然此種遺產之歸屬，究不能視爲繼承也。

八、家父之繼承權，可得而述者有如下列：

(一)家子未脫離家父權亡故者(註二十六) 此可分爲五項述之：甲、家子擁有軍役特有產者(*pecunia castrense*)；乙、家子擁有準軍役特有產者(*Quasi-Castrense*)；丙、家子擁有別種特有產(*Bona adventitia*)；丁、爲自權人養子而未成年者(*adrogatus impubes*)；戊、爲優帝時代之養子者(*adoptatus*)。上述家子，均在家父權之下。一旦亡故。家父之繼承權何時開始，其取得繼承之性質又何若，吾人在前均經述及。惟關於「特有產」(尤其是別種特有產)一項，雖曾略述，然於家父之取得性質尙未加以討論，今特簡要述之：

優帝以家父取得此項特有產係基於「共用權」(*Jure communi*)。所謂「共用權」，究以此

爲繼承遺產權乎？抑亦家父在其家子無合法之人承繼時，此項特有產回復家父所有乎？其以家父之取得此項特有產係基於繼承之關係者，不外以「別種特有產」之受益人，不問家父或亡故者之子女，皆處於同一之地位。然持相反之說者，則以特有產於家子亡故後，當然回歸其家父所有，此不獨會典中有是項之記載，即法家之中亦有此論據者。其後第一百十八號憲令始規定此項特有產於家子亡故後視爲繼承遺產。既爲繼承遺產，故家子亡故後該項特有產并不即時回歸家父所有，而由亡故家子之子女承繼。紀元後四百七十二年，即亡故家子之生存兄弟姊妹亦有繼承權（註二十七），法律之寬嚴，於此可見一斑矣。

(二) 家子已脫離家父權者 若家父解放家子者，（即家父於第三度賣却出於自己直接解放者）家父居於主人之地位，遇亡故被解放家子無嗣續時，則由家父繼承取得。優帝之朝，被解放家子之兄弟姊妹有優先權（註二十八），且同時以解放家父概居於主人之地位，而不問其是否直接解放也（註二十九）。若被解放家子之子女因他故而受創奪繼承時，彼家父，一如主人，取得資產占有之全部（如有遺囑，則僅得其半）（註三十）。



## 第二節 解放自由人之繼承制

關於解放自由人之繼承制，可分爲(甲)解放自由市民，(乙)優尼安拉丁人，(丙)降服人(註三十一)。茲依次述之。

一、解放自由市民 依十二表法之規定，解放自由人得以遺囑處分其財產，換言之，卽無遺囑時，舊主人有繼承之權利也。其後裁判官法乃略爲變更，遇解放自由人亡故遺有親生子女時，其子女有優先繼承權，但若其子女業經剝奪繼承權或全無子女時，則裁判官許舊主人得「資產占有」之一半，至於有無遺囑之規定，在所不問也。倘解放自由人死後并無正統繼承人時，裁判官法許舊主人取得全部遺產。紀元後第九年之柏比亞律(*Lex Papia Poppaea*)復規定解放自由人死後之遺產達十萬元或以上時(羅馬通貨稱曰 *Centenaes*)，除死者遺有親生子女三人以上應全歸其平均享受外，舊主人有參與分配之權利(註三十二)。設甲爲舊主人，乙爲甲所解放之自由人，乙亡故時遺有產業在十萬元以上。生有子女丙丁戊三人，此時甲

無分受遺產之權。若乙祇生有子女丙丁二人，則甲與丙丁對於乙之遺產各有三分之一。優帝時代，繼承制又爲一變。凡解放自由人僅有遺產在一百 *as* (幣名) 以內者，得以遺囑自由處分；其在一百 *as* (幣名) 或以上而解放自由人同時有合法繼承人，舊主人仍無參加分受遺產權。倘無子女或雖有子女而經剝奪繼承者，則舊主人得要求三分之一之遺產。若死者并無子女，又未立有遺囑，此時全部遺產歸舊主人所有。故至優帝之時，解放自由人之法定繼承順序重定如下：第一順序爲親生子女，第二順序爲舊主人，第三順序爲主人之子女，第四順序爲主人五親等內之旁系親屬。

二、優尼安拉丁人 (註三十三) 優尼安拉丁人在法律上不能立遺囑，一旦亡故，其所有產業悉歸與舊主人。故主人之取得亡故者之產業，并不若前例之基於繼承權，以是二者顯有不同：其一、優尼安拉丁人本無正統繼承人，而解放自由人則否。其二、家外繼承人對於解放自由人之遺產無繼承之權利，然於優尼安拉丁人則否。其三、解放自由人有數人時，各平均享受解放自由人之遺產，不問其共有份額是否相等也。但優尼安拉丁人之主人有數人時，

則各按其應得部分比例分配。設甲乙丙丁四人，甲出資二十元，乙出資三十元，丙出資四十元，丁出資十元。共買入奴隸戊一名，旋將奴隸戊解放為自由人，戊於亡故乏嗣，遺有產業約值一千元，依解放自由人之繼承制，甲乙丙丁居於主人地位，各分受四分之一，至於出資多寡，不問。然若戊奴隸為優尼安拉丁人時，則甲乙丙丁對於戊之遺產祇能依自己之份額按比例分配也。

三、降服人 降服人之子女無要求繼承之權，其所有財產悉歸主人，且無立遺囑能力（註三十四）。此外并無特別規定。惟奴隸被解放時本為解放自由市民，其後因不檢或不敬行為而致貶為降服人者，遇其亡故時，所遺財產，一如解放自由人，悉由主人享有。若被貶為優尼安拉丁人，則主人對於降服人之財產，一如優尼安拉丁人，依特有產之回復行為而取得（註三十五）。

（註一） Koch, *Successio ab intestato*, Giessen, 1798; Mackeldey, *Roman Law*, § 663-688; G. III, § 1-31; Inst. 3, 1-6; D. 38, 6-8, 11, 16, 17; C. 6, 14, 15, 18, 55-59; Buckland,

Taxi Book, 361—402; Sohm, 530 sqq.

(註二) 見憲令第一百十八號及第一百二十號。Buckland, op. cit., p. 363.

(註三) Buckland, op. cit., p. 363—375; Leage, Roman Private Law, p. 241—250; Mackeldey, op. cit., § 663-673; Sohm, 530-540.

(註四) Inst. 3. 1. 1.

(註五) G. 3. 2; Coll. 16. 2. 2

(註六) G. 3. 8, 15.

(註七) G. 3. 5.

(註八) G. 3. 6. 註或 Accarias, Précis de Droit Romain, 4me éd. I. 1158.

(註九) Mackeldey, R. L., p. 496.

(註十) G. 3. 9 sqq; Ulpian, 28. 1. 4. 5; Inst. 3. 2 pr.

(註十一) G. 3. 15, Inst. 3. 2. 5.

(註十二) 於一百六十八年頒行。

(註十三) Buckland, op. cit., p. 365.

(註十四) G. 3. 14; Inst. 3. 2. 3; Paulus, 4. 8. 20; Karlowa, Römische Rechtsgeschichte,

II. 883.

(註十五) Inst. 3. 2. 7.

(註十六)參看 Girard, Textes, 14; Bruns, I. 23; G. 3. 17.

(註十七) Ulp. 28. 7. 8; Inst. 3. 1. 9. sqq.

(註十八) Buckland, op. cit., § C XXXV.

(註十九) D. 39. 8. 1. pr.

(註二十) Buckland, p. 367; G. 3. 28—31; Inst. 3. 5 sqq.

(註二十一) D. 38. 11. 1.

(註二十二) Inst. 3. 3. 2; D. 38. 17; Ulp. 26. 8.

(註二十三) Inst. 3. 4; Ulp. 26. 7; D. 38. 17; G. 3. 43. 51.

(註二十四) Buckland, p. 371.

(註二十五) 頒行 Nov. 118, 127.

(註二十六) Buckland, p. 372 sqq.

(註二十七) C. 6. 61. 4

(註二十八) C. 6. 56. 2.

(註二十九) Inst. 3. 9. 5.

(註三十) 其他參見 Buckland, p. 373—375.

(註三十一) Leage, R. P. L., p. 250 sqq; Buckland, p. 375 sqq. G. 3 40; Ulp. 29. 1. 4; Inst. 3. 7.

(註三十二) 此律於第九年頒行。G. 3. 42—53; Ulp. 29. 3—7; Inst. 3. 7. 2.

(註三十三) G. 3. 56; Inst. 3. 7. 4.

(註三十四) G. 3. 75.

(註三十五) G. 3. 76.

## 第二十九章 遺囑繼承

遺囑繼承者，即遺產之移轉及分配依照亡故者之生前囑託也。因遺囑人之設定繼承人之行為，以自亡故時起發生效力，故此項遺囑，在遺囑人生存時，得任意取消或變更之。如遺囑人有二種遺囑時，祇最後之遺囑發生效力，而被設定之繼承人依遺囑取得全部遺產。蓋羅馬法上之原則，遺囑之效力及於遺產之全部，不得一部分本於遺囑之規定，而他部分本於法律之規定也（註一）。然於現役軍人，則不無例外。今將遺囑之方式、能力、內容、效力，分別述之。

### 第一節 遺囑之方式

遺囑之方式：依時代之演進，得分爲三時期言之：第一期爲市民法時代；第二期爲裁判官法時代；第三期爲優帝法典時代（註二）。

本論 中篇 物法 第二十九章 遺囑繼承

五四三

第一期 市民法上遺囑之方式 市民法初期，民會擁有權力，故如自權人被收養之行爲，以其影響一家之存亡，乃由民會舉行特別儀式履行之。遺囑亦然。其在初時，市民法祇認在民會所立之遺囑爲有效（註三）。此項遺囑，稱曰特別民會之遺囑（*testamentum calatis comitia*）惟遺囑未向民會提出時，恆先徵僧侶之許可。至於此項遺囑之如何通過程序，史缺有間，今已無從考訂（註四）。吾人所得而知者，卽至信史時代，民會遺囑早成陳跡矣（註五）。

然在市民法初期，亦非一切遺囑俱須經過民會之程序，方爲有效。出陣兵士，事實上不能到民會履行一定方式，故求變通之道焉。凡臨陣之軍人，得就其所服役之駐在部隊成立遺囑。說者謂羅馬古代之軍伍編制爲百人會，此百人會在戰爭時視同民會，凡屬軍人，俱受其統治。依此言之，則軍人在戰陣上爲遺囑，雖未經民法之程序，但其所服役之百人會（*centuriata*）固儼如一民會也（註六）。此種軍人所立遺囑，羅馬法稱曰戰時遺囑（*testamentum in proclitu*，（註七）。



此外又有所謂「曼企帕地荷遺囑」，即以曼企帕地荷買賣式以完成遺囑之方式也（註八）。蓋前述二種遺囑——民會遺囑與戰時遺囑——一爲貴族所獨享，一爲戰時所適用，於一般人民之使用頗感不便，漸以古代買賣之方式以爲設立遺囑之行爲。其法由遺囑人於證人五名及一計量者之前，將其「家產」（*familiæ pecuniarique*）依曼企帕地荷式售與第三者，稱曰「家產買主」（*familiæ emptor*），以壯嚴之宣告，使家產買主受其拘束，令其於遺囑人死後執行其最後遺囑上之規定也。惟吾人所宜注意者，卽家產買主不外爲一名義上之所有人，其唯一義務在於執行遺囑，一旦遺囑人亡故，卽應將家產（此時成爲遺產）移轉與遺囑上指定之繼承人。由是以觀，家產買主，不啻爲一遺囑執行人，他無有焉。然在初時，遺囑執行人不負責還死者遺下之債務。久而久之，此遺囑執行人，在形式上爲遺產全部之過渡負責人，卽死者之債權與債務均應爲之分別執行，責任既重，遺囑人欲求一遺囑執行人，頗覺不易，勢有不得不使其設定繼承人。良以繼承人一經設定，則死者之債權債務，均有所歸屬也。羅馬之繼承制度，由單純而趨於概括，要亦時勢使然也（註九）。

一切遺囑，均須以拉丁文爲文。至紀元後四百三十九年間，始以法律明定遺囑亦得以希臘文字書寫（註十）。

第二期 裁判官法上遺囑之方式

市民法上之曼企帕地荷遺囑既爲一般人所通用，裁判

官乃漸從而變更之。夫曼企帕地荷遺囑之要件有二：一爲形式之要件，即遺囑須舉行一定之儀式也；二爲實質之要件，即遺囑之作成，本於在場之證人五名及計量者，并有「家產買主」之列席也。其在初時，此種遺囑之證明，除形式上要件外，厥惟人證。裁判官對於遺囑之真偽，要以遺囑之本身有無瑕疵爲斷。欲知有無瑕疵，勢必就證人而問之。證人既與遺囑發生重要關係，并爲日後避免錯誤及糾紛起見，故遺囑須有在場證人之封印。換言之，裁判官對於遺囑之證明，亦漸以有無經在場證人之封印爲原則。如繼承人提出之遺囑具備證人之封印者，則認爲真實，至有無舉行曼企帕地荷儀式則所不問。原有之計量者及「家產買主」漸失其原來之地位，裁判官視若輩在遺囑上之證明猶同證人然。惟吾人茲應注意者，則本於遺囑之請求人，裁判官祇給與「資產占有權」，而非繼承權。自茲以還，凡遺囑上之指定繼承人如能

提出遺囑經證人之封印者，裁判官遂判與資產占有權，他非所問。若遺囑之製成，兼具備曼企帕地荷之方式者，則遺囑上之繼承人爲一市民法上之繼承人 (*heres jure civili*)。若遺囑未具備曼企帕地荷之方式者，彼法定繼承人得對遺囑之指定繼承人提起「遺產請求之訴」 (*hereditatis petitio*)，使後者之「資產占有權」末由成立。其後奧雷流斯 (*Marous Aurelius*) 帝始以諭令改變舊制，許遺囑上之指定繼承人，不問遺囑之方式是否瑕疵，取得資產占有權。設有法定繼承人出而主張，則可提出「詐欺之抗辯」 (*exceptio doli*)，使法定繼承人不若前時之得以取巧也 (註十一)。

第三期 優帝法典上遺囑之方式 裁判官法上遺囑之方式，既爲一般人所歡迎，故優帝登極之後，取長舍短，力求簡化，以符時代之需要。吾人爲便於證明起見，此時之遺囑得分爲普通方式與特別方式二種。普通遺囑方式又可分爲私式遺囑與公式遺囑。私式遺囑者，即立遺囑者邀請證人七名到場以證明其立遺囑之行爲也 (註十二)。證人之資格，須備具完全行爲能力 (註十三)。故非自由市民 (註十四)，外國人，被監護人，瘋癲人，浪費人等皆不能爲證

人(註十五)。即如有五官之瑕疵者，如聾、啞、盲諸類，亦無爲證人之資格(註十六)。他若證人與遺囑人有尊卑屬之關係者，均不能到場爲證人。所謂尊卑屬之關係，即證人應具有獨立之權力，而非在遺囑人家父權之下或指定繼承人權力之下是也(註十七)。

私式遺囑之作成，得以口頭或文書爲之。此項遺囑，稱曰口述遺囑 (*testamentum non cupativum*)，其以文書作成者，稱曰書面遺囑 (*testamentum unum scriptum* 原義爲三面遺囑)。口述遺囑之方式，乃由遺囑人於在場證人七名面前口述其遺囑之意思，將來如欲證明，則就此七證人而詢質之(註十八)。書面遺囑出於紀元後四三九年之憲令(註十九)較口述爲完備，其形式與內容，實集市民法裁判官法與智荷禱壽第二大帝之憲令而成也。此項遺囑之成立，係一獨立之行爲(註二十)，由遺囑人邀請證人七名到場(此爲市民法之一要件)(註二十一)，經七證人之蓋印(此爲裁判官之一要件)及簽名(此爲智帝憲令所規定)。由此觀之，書面遺囑實自「銅衡式遺囑」(*testamentum per aes et libram* 卽曼企帕地荷遺囑)蛻變而來。蛛絲馬跡，至爲顯然。吾人讀史至此，則可知羅馬法之進化非一蹴而幾也。

公式遺囑者，謂遺囑之成立要件由遺囑人向官署登記也（註二十二）。此種公式遺囑有二：  
一、爲法院登記遺囑（*testamentum apud acta conditum*），一、爲官署備案遺囑（*testamentum principi oblatum* 原義爲君主勅令遺囑）：前者由遺囑人向法院申述遺囑之意思，經法院記錄在卷；後者由遺囑人將遺囑文書遞呈君主保存。公式遺囑最爲簡單，毋需證人，其效力爲登記或送交之行爲。惟公式遺囑，均應本人爲之，此不可不察也。

特別遺囑者，即遺囑之成立應備具特別之行爲也。今舉其要者於後：

一、盲人 凡盲人欲立遺囑，其儀式較普通遺囑爲煩。口頭遺囑，除證人七名外，更須邀請公證人一名將遺囑人之意思筆之於書，經公證人逐一宣讀，使遺囑人了解，然後由公證人與在場之七證人簽印。若遺囑已由他人代筆者，則公證人將遺囑之內容當在場之證人對遺囑人宣讀，由七證人簽印。設無公證人可以邀請時，須另邀第八證人承缺（註二十三）。

二、啞人 盲人祇能爲口頭遺囑，而由他人代筆，啞人則反是。因無言語官能，故其意思除以文字宣達外，別無其他方法。以是啞人之遺囑祇能自己書寫作成，若由別人代筆，雖

經遺囑人簽名蓋印，仍不發生效力（註二十四）。

三、軍人 戰時服役軍人之遺囑行爲，較常人爲簡（註二十五）。既無須一定之證人，更無一定之方式，凡能證明遺囑無瑕疵者，則爲有效。故遺囑由本人親筆書寫成立者，固無問題，其由他人代筆經本人簽字者，亦視爲有效。若爲口頭遺囑，得由遺囑人對在場之證人表示其立遺囑之意思，設無其他相反之證明，亦認許其效力（註二十六）。此種軍人遺囑（*testamentum militis S. jure militari factum*），在服役期內方得爲之。其後漸適用於戰區之一般人，即凡處於生命危難之際者，皆准其援用軍人遺囑，稱曰「準軍人遺囑」（*testamentum quasi militare*）。然此項遺囑，以確在危難時爲限（註二十七）。一經脫離危難環境，遺囑則失其效力；至於軍人遺囑則不因離伍而失效（註二十八）。尤有進者，服役軍人對於未入伍前所爲之遺囑，縱其條件不備，亦可於服役後認定，無須另行補正也（註二十九）。

四、鄉村遺囑 鄉村遺囑（*testamentum ruri conditum*）者，謂遺囑在鄉村作成也（註三十）。此緣鄉村人口稀少，識字不多，爲求事實上之便利，故遺囑之方式較普通遺囑爲簡單

。鄉村遺囑之作成，祇須證人五名到場，至到場之證人，如有不能簽字時，由他證人代簽，如無人識字時，得以畫押行之。說者有謂鄉村遺囑僅適用於農夫（註三十一），然吾人詳考其原因，實不盡然：凡在鄉村作遺囑者，均適用之（註三十二）。

五、傳染病流行時之遺囑 當傳染病流行時為遺囑者，證人毋須同時在場，得分別作證，此亦基於事實上之原因也（註三十三）。

六、直系尊親屬之遺囑（註三十四） 尊親屬所立遺囑，除依通常程式外，并得在遺囑中指定繼承人，此項指定繼承人，不限於卑屬，即家外繼承人，亦為所許。若遺囑人在遺囑上指定之繼承人，雖不經指定，亦將為法定繼承人當然繼承死者之財產時，則遺囑之文字毋須遺囑人親筆，更毋庸邀請證人作證。惟遺囑之年月日必須載明及指定繼承人之姓名應由遺囑人書寫，以昭慎重。倘遺囑上載明指定繼承人應有之分類時，此項數目字應以文字為之（註三十五）。

## 第二節 遺囑能力

遺囑能力 (*testamenti factio*)，就廣義言之有三(註三十六)：一爲立遺囑之能力，或稱遺囑之積極能力 (*testamenti factio actio*)。一爲遺囑之消極能力 (*testamenti factio passiva*)，即依遺囑而爲繼承人或受益人之能力也。一爲遺囑證人之能力 (註三十七)，此已於前節述之，本節就前二項依次言之。

### 第一項 遺囑之積極能力

遺囑人應備具左列要件，始有立遺囑之能力：

一、須爲自由市民(註三十八) 遺囑爲一嚴重之行爲，故非自由市民，生前之權利且不能獨立，更何能對死後之遺產預爲處分乎？左列諸人均無立遺囑之能力(註三十九)：

(一) 奴隸；

(二) 外國人；



(三) 遭人格大中減等者，

(四) 受法律上之剝奪者(註四十)。如經法律判定誹謗、背信、異教等罪者屬之。優帝之前，甚至亂倫相姦者，亦限制其遺囑能力；優帝乃廢除之。依照寺院法，重利盤剝者，無立遺囑之能力。

二、須爲享有財產能力 遺囑人對於處置之財產，應備具財產能力。職是之故，在家父權下之人，除特有產外，既無財產能力，自不能爲遺囑之行爲。

三、須爲身心健全之人(註四十一) 遺囑乃爲立遺囑人之一種意思表示，以爲死後對其財產之如何處置，故必爲身心健全之人。所謂健全，要以能爲意思之受授爲原則。衰病老耄均不失遺囑之能力，然若患有精神病或浪費者，均無遺囑能力。未屆適婚年齡之被監護人縱得監護人之同意，不能爲遺囑之行爲；然於已屆適婚年齡而未成年者(卽限制行爲能力人)，雖未獲保佐人之許可，亦得立遺囑。聾啞人初均無遺囑能力，良以聾者缺乏聽能，啞者缺乏語能，不能互相受授意思之表示也。優帝乃將聾啞狀態別爲先天與後天。先天聾啞者，無遺

囑能力；後天聾啞者，有遺囑能力（註四十二），但須履行較繁之手續，吾人已於前節述之。至於盲人，因聽能語能均無欠缺，於意思表示并無妨礙，故羅馬法自初則認為有立遺囑之能力，惟須加一證人耳（註四十三）。至於婦女，在昔受終身監護，故無遺囑之積極能力。哈德林帝以還，乃許婦女經監護人之同意，亦可為遺囑之行爲（註四十四）。

## 第二項 遺囑之消極能力

遺囑之消極能力者，謂依遺囑有被指定為繼承人或領受遺贈之權利也（註四十五）。此項繼承人或受遺人不特應於立遺囑時備具繼承或領受能力，即於遺囑人死亡時及承受時亦不能欠缺。遺囑之消極能力，其限制較立遺囑能力為寬。凡屬羅馬自由人，不問其為家子，未成年人或浪費人等，概有遺囑之消極能力。其無此能力者，為外國人，優尼安拉丁人，降服人，剝奪為證人資格者，生死不明者（*inertiae personae*）以及經法令明文剝奪其能力者。例如優帝之時，凡信異端邪說及內亂罪者，皆剝奪其遺囑之消極的能力是。依窩空尼亞律（*Lex Voconia*）之規定（註四十六），凡遺囑人之財產超過十萬阿西斯（貨幣名）者，則婦女不得指定

爲繼承人，此律至優帝而廢弛。又如部比亞及柏比亞律 (Lex Julia et Papia Poppaea)，獨身人與遺囑人之間如非在六親等以內或於遺囑之內容知悉日起一百日內結婚者，彼獨身人不能領受遺囑之利益(註四十七)。柏比亞無子律 (Lex Papia Poppaea orbi) 又規定無子息者祇可領受所應得遺囑中授與利益之一半(註四十八)，但若領受人與遺囑人之間如爲近親者，則不在此限。鰥夫乏嗣者 (pater solitarius) 亦應受罰，但其詳細規定已無可考(註四十九)。惟上述之法令限制，要不能視爲能力之剝奪，良以遺囑上指定之受益人雖因特別原因不能領受或完全領受遺囑之利益，但此項利益却歸左列順序之人領受(註五十)：

- 一、遺囑人在遺囑上有指定其子女或父母爲繼承人時，其子女或父母；
  - 二、無前項之繼承人時，其繼承人或受遺人之子女；
  - 三、無前項之繼承人或領受人時，由國庫承受之。
- 此項獨身及乏嗣之規定，至康斯坦丁帝而廢，優帝時已蕩然無存矣。

### 第三節 遺囑繼承人之設定

遺囑繼承人之設定爲遺囑之最重要行爲（註五十一）。蓋遺囑無繼承人時，則遺產誰屬，勢將發生糾紛。以是市民法對於設定繼承人認爲應於遺囑之首項記載之，否則，遺囑無效（註五十二）。優帝始廢除此項形式，祇要遺囑中有繼承人之設定爲已足，毋取乎一定之順序形式也（註五十三）。不寧惟是，設定繼承人之文句，初亦限於一定之語言，稍有出入，視爲無效。康斯坦丁第二大帝（Constantine II）乃於三百三十九年間廢除此項規定，凡遺囑上有繼承人之設定記載者，視爲形式已備，無須前此之莊嚴形式矣（註五十四）。

遺囑人得設定一人或數人爲其繼承人，如無相反之記載，繼承人遇有數人時，各平均繼承之，但若遺囑人有明白之規定，從其規定（註五十五）。設遺囑人在遺囑上指定一人爲繼承人，而對此唯一繼承人僅賦與遺產之一部分時，此項規定，視爲無效，仍許繼承人繼承死者全部遺產，緣遺產在原則上不能同時有遺囑繼承與法定繼承之開始也。（*Neque enim idem*

ex parte testatus et ex parte intestatus deoedere potest)

若繼承人有數人，其中如有未經載明繼承分時，則依左列原則決定之：

一、指定繼承分并非全部遺產時，其餘額歸由未載明繼承分之指定繼承人領受。遇此項繼承人有數人時，各平均分配之。例如甲在遺囑上指定乙丙丁戊爲其繼承人，載明乙之繼承分爲遺產之十分之三，丙爲十分之四，至丁戊之繼承分則未加記載。此時丁戊對遺產之餘額十分之三各平均繼承。

二、若遺產之繼承分業經載明繼承分之繼承人完全領受，而致其他未載明繼承分之繼承人將無從領受遺產之利益，顯非平允。羅馬法爲求各繼承人均有繼承分起見，以遺產之全部歸載明繼承分之繼承人與未經載明繼承分之繼承人平均分配。如上例之乙丙丁戊稍爲變更，設乙之繼承分爲遺產十分之六，丙爲十分之四，丁戊不亦流爲無遺產之繼承人乎？此時乙丙之繼承分不能成立，應將全部遺產歸乙丙與丁戊各分之，詳言之，即乙丙分受二分之一，丁戊分受二分之一也（註五十六）。

繼承人之設定本爲單純之行爲，原則上不容附帶不能或不法條件。卽期日條件，亦爲法所禁止。例如甲在遺囑上載明「乙於余亡故五年後爲繼承人」，此種條件視爲無記載（*Pro non scripto*），易言之，卽乙於甲死後仍爲繼承人也。優帝雖許遺囑附帶條件，然亦有限制焉。卽（一）附帶條件非爲不能，違法，不道德等，否則，視爲無記載。（二）附帶條件如爲繼承人之身分或地位所不能成就者，其條件爲無效。（三）附帶條件爲解除條件者，於該條件成就時將使繼承人失去遺產繼承權，則該條件日後成就時，視爲無記載。（四）附帶停止條件之成就將使繼承人取得遺產者，該條件爲有效。例如規定「繼承人應與丙女結婚方可繼承」是。倘日後繼承人未與丙女結婚而另與丁女結婚，在市民法上當然失去繼承。惟裁判官爲補救繼承人之缺陷起見，乃認許其資產占有（註五十七）。

#### 第四節 補充繼承人

補充繼承人之設定（*sarbitrario*），在使指定繼承人不接受遺產時另有指定繼承人替代之

(註五十八)。此種補充繼承人有三：一曰普通補充繼承 (substitutio vulgaris)；一曰未成年人補充繼承 (substitutio pupillaris)；一曰準未成年入補充繼承 (substitutio quasi-pupillaris)。今依次述之。

### 第一項 普通補充繼承

普通補充繼承者，謂遺囑人除指定繼承人外并指定候補繼承人以遞補前者之缺也（註五十九）。此項補充繼承人設定之原因，在於防杜（一）指定繼承人或先遺囑人死亡；（二）指定繼承人拒絕或逾限不予承受繼承；（三）指定繼承人依法令不能為繼承之接受。基於第一種原因之補充繼承，毋待說明，因若無補充繼承人之設定，則遇指定繼承人先遺囑人死亡時，遺囑將失其效力也。至於逾限不予承受之設定補充繼承人，自裁判官法以降，例所常有。蓋裁判官法對於「承受」(creatio)繼承之期間，若在百日期滿尚未承受時，此項遺產將依資產占有而落於申請人之手。遺囑人如欲避免此種情形發生，得於遺囑上指定補充繼承人，凡被指定之繼承人不予百日內承受繼承時，則由第二繼承人承受，而前者從此喪失繼承權。但補充繼

承人亦有不願承受指定繼承人之缺者，故遺囑人爲保持遺產有所歸屬起見，常指定其奴隸爲最後補充繼承人，以防所有被指定繼承人之曠缺也。

補充繼承人有數人時，依其順序而遞補。若指定繼承人有數人時，例如甲與乙，則遺囑人常規定如甲乙之中有一人不承受繼承者，繼承全部歸由他方承受，而爲一單獨繼承人矣。補充繼承人如有數人，其繼承分如何決定。前後立法稍有不同。初時規定補充繼承人之繼承分，若遺囑人無明白規定時，遺產各平均分受之。逮安東紐斯比斯 (Antonius Pius) 之朝，始改定依其指定之繼承分比例分配。例如遺囑人指定甲乙丙爲其繼承人，甲之繼承分爲遺產二分之一，乙丙各得四分之一，甲乙丙間相互爲補充繼承人。其後有乙不願承受時，則乙之四分之一依甲丙之原有繼承分比例承受之。

## 第二項 未成年人補充繼承

未成年人補充繼承者，謂家父恐其家子未達成年亡故而爲其設定補充繼承人以承其缺也 (註六十)。蓋未成年人不能爲遺囑之行爲，設定補充繼承人所以預防萬一。家父均可爲其未



成年家子設定補充繼承人。至於指定特定人與否，皆所不問。

未成年入補充繼承涉及二種遺囑行爲，一爲家父自己之遺囑，一爲其家子之遺囑。此項遺囑之方式，與普通遺囑方式略有不同，其大致方式如下：「余今立子甲爲余之繼承人，但若不願爲吾之繼承人或雖願爲吾之繼承人而於未達成年卽亡故，則立乙爲吾之繼承人。」觀此方式，則可知補充繼承人係在特種情形之下而發生效力，換言之，如家子已達成年或家父之遺囑失效，補充繼承人之規定當然歸於消滅矣。或謂家子若在家父生時亡故者，補充繼承人之設定，亦失其效力。然此種論據，要以遺囑之文句如何而定。若遺囑上載明「余子某甲不願爲繼承人或願爲繼承人而未達成年卽亡故」，則上說之立論，自屬有據，無可置評。倘遺囑上祇載明「余子某甲不願爲繼承人時」，所謂家子在家父生前亡故而致補充繼承人亦失其效力之說，殊非羅馬之法律。

### 第三項 準未成年入補充繼承

優帝之前，凡繼承人患有精神病者，無補充繼承之設定。爲補救斯弊及適應需要起見，

乃有準未成人補充繼承之設定，其用意與未成人補充繼承初無二致，均爲智力未充或意思欠缺設定繼承人以承缺也（註六十一）。惟準未成人補充繼承與前項之未成人補充繼承略有不同：其一，前者之設定權，不限於家父，即母系尊屬亦得爲之；其二，前者被指定之補充繼承人以神經病人之近親爲限。至於此項補充繼承之失效原因，與未成人補充繼承相同，即遇神經病人回復其常態，此項規定遂失其效力也。

### 第五節 遺囑之效力

凡依法定手續所爲之遺囑行爲，均認許其效力。然遺囑之行爲初雖爲有效，亦可因事後情形之變更而失效。若遺囑之行爲自初爲無效者，謂之遺囑之不法（*testamentum injustum*），其係中途原因而致失效者，謂之遺囑之阻礙（*testamentum ruptum*）（註六十二）。

一、遺囑之不法 遺囑自初無效者，其原因有二：一爲遺囑能力之欠缺，如優尼安拉丁人無遺囑能力是。一爲遺囑方式之瑕疵，如證人中有資格及能力欠缺者，或遺囑未於遺囑中

指定繼承人者，諸如此類，皆爲方式之欠缺。

二、遺囑之阻礙 遺囑之行爲初爲有效，因左列之事由而中止：

●(一)遺囑人之撤銷行爲 遺囑之效力，以遺囑人亡故時始發生。故在生前所立之遺囑，遺囑人得隨時撤銷之。所謂撤銷，不限於遺囑人之明白表示，凡於原有遺囑外，再立遺囑者，前遺囑因新遺囑而失效。卽如新遺囑雖有方式之欠缺，有時亦發生撤銷前遺囑之效力，但此以前遺囑未經指定之繼承人而爲新遺囑所指定爲繼承人者爲限。例如甲之第一次遺囑指定乙丙爲繼承人，其後復立一遺囑，另以丁法定繼承人爲指定繼承人，此時甲之新遺囑縱有瑕疵，對前遺囑仍撤銷之。遺囑初有因時效而失效者，例如智荷禱壽帝時規定，遺囑經過十年失其效力。優帝法典始予更訂，凡遺囑人經過十年後對證人三名當場宣告撤銷之意思或將其撤銷意思向法院登記者，遺囑始爲無效，故單純之撤銷意思，不構成撤銷之效力。此外遺囑人若將遺囑文書毀損或塗銷指定繼承人者，視爲撤銷。

(二)遺囑人遭人格減等 在原則上，遺囑人於遺囑成立後發生人格減等之原因者，遺囑

失其效力，但有左列之例外：

甲、遺囑人之人格減等出於俘虜原因者，其遺囑因恢復權或康尼里亞律之規定，不失其效力。

乙、遺囑人如遭人格小減等，但於亡故時爲羅馬之自由市民及自權人者，譬喻自權人被收養而其後被解放，則裁判官對於遺囑上指定之繼承人仍予以資產占有。

(三)繼承人之曠缺，遺囑上指定之繼承人不予期限內承受或拒絕繼承，或繼承失却其能力而無補充繼承人以致繼承人曠缺時，遺囑失其效力。

(四)遺囑成立後之新嗣，遺囑成立後，因有新嗣 (*postumus suus*) 之添增，依法有繼承之權利，故遺囑之效力因而中止。例如甲遺囑人於立遺囑後添增婚生子是。優帝之時，此種「新嗣」之添增并不當然中止遺囑之效力，良以遺囑人得事先在遺囑上載明新嗣應否繼承也。遺囑一經中止，卽失其效力。日後「新嗣」卽使先遺囑人死亡，亦不恢復前遺囑之效力，但裁判官許前遺囑上之指定繼承人申請資產占有權。

(五)特留分之脫漏 遺囑人違反規定繼承人特留分者，其遺囑失其效力。此項中止原因，稱曰「遺囑違反倫道」(querela inofficiosi testamenti)，吾人將於次節申述之。

## 第六節 遺囑之限制

具有立遺囑之能力者，其對於遺產之處置亦非全無限制。在通常情形之下，父死子繼，自無問題之發生。然若父於遺囑上廢除應繼人而以遺產由他人繼承，則應繼人有無繼承權，在情理上是否維持遺囑之效力，均成問題矣。

羅馬之繼承制度，其出發點初以家父為一家之長，掌有家產，此項家產為家人所共有，故於家父歿後，歸其正統繼承人所有。家父如欲使其法定繼承人不能享有，不得不事先設法排擠之。基此觀念，故遺囑人立遺囑時，宜先廢除其不願為繼承人之規定而以其遺產歸其指定繼承人承受。此種應繼人因被遺囑之廢除致無繼承權者，稱曰廢繼人。依市民法之規定，(註六十三)被廢除之正統繼承人若為子，非經明白「指名」(nominatum)不發生效力(註六十四)

；至其他正統繼承人，無論女子或孫，祇須概括廢除 (*inter ceteros*) 之記載，則失却繼承權 (註六十五)。如未經爲「概括廢除」之記載，遺囑并不因此失效，不過賦與此輩繼承人與指定繼承人分受遺產之權耳。但分受遺產之分額視「指定繼承人」是否正統繼承人而有區別。若係正統繼承人，則與「脫漏繼承人」(*praeteritis*) 卽未經遺囑明白廢除之繼承人) 平均分受之；如爲家外繼承人，彼脫漏繼承人應分受遺產之一半。例如甲有三子一女，在遺囑上僅指定三子爲繼承人，而對女既未指定爲繼承人，但亦未廢除之，則女爲「脫漏繼承人」與三子平均分受之，易言之，卽遺產之四分之一，與其應繼分四分之一固相等也。若甲無子，祇有妻一子女，在遺囑上立乙丙(家外繼承人)爲繼承人，并未廢除其女之繼承權，此時女爲「脫漏繼承人」，應與指定繼承人乙丙各分遺產之一半，卽女得一半，乙丙共得一半也。其後裁判官法漸爲改正，不論子或孫，未經指名廢除者，遺囑雖未失效，但實質上僅存虛名，因「脫漏繼承人」依資產占有權而與指定繼承人各平均分受遺產，然此以指定繼承人爲正統繼承人爲限。其係家外繼承人者，裁判官法變本加厲，不依市民法之「各半」原則，而以遺產之全部歸「脫漏繼

承人」以占有資產名義承受之。此時家外繼承人雖在市民法上立於指定繼承人之地位，實則毫無所得，故裁判官法之變更，未免矯往過正。其後馬柯士奧雷列士（Marius Aurelius）始略予修正，規定脫漏繼承人如爲女子時，其依資產占有權取得遺產，一如市民法之規定，爲遺產全部之一半。

依市民法之規定，被解放之子女與家父已斷絕關係，故在遺囑上無須爲「指定」或「廢除」之記載。但裁判官則以此項記載爲必要，其手續一如未經脫離家父權之子女。至養子之地位，則與婚生子同，繼承與否，應在遺囑上指定或廢除之，但對於本家，則視同陌路人，無須爲廢除之記載也。職是之故，養子被其養父解放後，對養父當然失却繼承權，即對本家，亦然。其後裁判官法始賦解放養子對本家依資產占有制要求分受遺產之權利，但若生父在遺囑上明白廢除記載者，不在此限。

優帝法典，對於脫漏繼承人之繼承權，乃重爲規定，不問繼承人之性別，凡爲卑屬繼承人者，均須於遺囑上指名廢除，其不遵此手續者，如脫漏繼承人係正統繼承人時，遺囑歸於

無效；若係解放子女者，遺囑雖非無效，但許此脫漏繼承人依資產占有權而取得。至於親生子女，除完全收養外，悉應由生父在遺囑上指定或廢除爲繼承人。然此種立法。僅對遺囑形式之更正，以保持正統繼承人之利益。至於正統繼承人應有之實質利益，則有待於優帝後來之立法，此則第一百一十五號之憲令也。

就保護法定繼承人之利益而觀，「脫漏繼承」之原則殊屬欠全。既不適用於婦女之遺囑，即對男子之遺囑，除因廢除繼承之瑕疵足以影響遺囑效力外，脫漏繼承人殊鮮保障，顯失其平。故自裁判官法以降，對於違情悖理之制度漸施救濟，而其出發點要爲道義與人倫也。良以死者與法定繼承人之關係爲自然之關係，其間情感較家人爲親密。即同爲子女，雖好惡稍有不同，但亦不能偏頗過甚，使其毫無所得。職是之故，彼裁判官乃出而救濟，使遺囑人在通常情形之下，應對法定繼承人以分受繼承遺產之權。其有脫漏指定者，視遺囑爲「違背倫道」(inoffiosum)，許被排除或脫漏之繼承人提起「遺囑違背倫道之訴」(querela inofficiosi testamenti)，而以遺囑人之所爲由於神智不清之狀態(quasi non sanamentis)也。此



項訴訟權，卑屬親及尊屬親始有。旁系中男子之兄弟姊妹雖有此訴權，但以所繼人係「喪失名譽人」(turpis personae)爲限。

提起遺囑違背倫道之訴應備具左列要件(註六十六)：

一、應對所繼人提起，否則此訴不能進行。故如所繼人未承受遺產前，是遺產尚在贖缺，無從提起此訴也。

二、主張此訴之繼承人應釋明確係未會分受依法定繼承之應繼分之四分之一。

三、應釋明確提起此訴外別無其他救濟權。如有其他救濟權，不得提起此訴。例如脫漏繼承人得向裁判官請求資產占有是。

四、主張此訴之繼承人應釋明其被廢除或脫漏爲無理由。倘所繼人(被告)提出廢除繼承之原因係出於對遺囑人不敬之行爲或其他正當理由者，則此訴歸於無用。

五、主張此訴之繼承人事前并未同意遺囑人之廢除行爲或接受遺贈者。

六、主張此訴之繼承人應於遺囑人亡故後五年期間內行使訴權，逾限失其效力。

「遺囑違背倫道之訴」若發生效力，則遺囑中止，原告（請求人）依法定繼承之應繼分取得遺產。倘所繼人有數人而此訴祇對其中之一人提起請求分配不均時，一旦敗訴，申請人依遺囑應得之遺產全歸國庫所有。優帝乃改定訴訟方式，以原有「遺囑違背倫道之訴」限於主張此訴之繼承人依遺囑全無繼承權利者方可行使；其因依遺囑之規定致不能取得達到法定繼承之應繼分時，則不得行使遺囑違背倫道之訴。但得提起「繼承補充之訴」[*actio ad supplendam legitimum*] 要求主張補足其應繼分也。優帝復於第十八號憲令規定：凡遺囑人有子四人以下者，應各平均分受遺產，至少給予遺產三分之一；其四人以上者，至少二分之一。此項應繼分，不許減少。旋於五百四十二年頒第一百十五號憲令，規定尊親屬須指定應繼卑親屬為所繼人，或反是，但廢除之理由在遺囑上載明并能證明者，不在此限。若遺囑人未具正當事由將應繼人廢除或遺漏者，其廢除不成立，故依法定繼承之原則分受遺產，但遺囑并非完全無效，僅對設定繼承人一項言耳。若指定繼承人之所繼分不及應繼分時，得提起「繼承補充之訴」以補足之。至旁系中男子之兄弟姊妹，其繼承權一如往昔，未加變更。故自第一百十

五號憲令之後，應繼人之保障甚爲完備，因除法定之理由得廢繼外，概不發生效力。

(註一) "Nemo pro parte testatus." 詳見 Lenel, *Essays in Legal History*, ed. Vinogradoff, 120 sqq.

(註二) Sohm, p. 542 sqq; Buckland, p. 282 sqq.

(註三) G. II. 101; Ulp. 20. 2.

(註四) 參見 Appleton, *Le Testament Romain*; Girard, *Manuel*, 813 sqq; Greiff, *de L'origine du testament Romain*

(註五) Buckland, *Text—Book*, p. 282; Buckland, *Law Quarterly Review*, 32. 97 sqq; Lenel, *Essays in Legal History*, 120 sqq.

(註六) Cicero, *de nat. deorum*, 2. 3. 9; Buckland, *Text—Book*, p. 282.

(註七) G. II. 101; Aulus Gellius, 15. 27. 5.

(註八) G. II. 103; Buckland, p. 283; Sohm, p. 542 sqq.

(註九) Sohm, p. 543 sqq.

(註十) C. 6. 23. 21. 6.

(註十一) Leage, R. P. L., p. 175 sqq.

(註十二) Sohm, p. 543 sqq.

(註十三) Ulp. 20. 2; Inst. 2. 10. 6,

(註十四) G. 2. 104.

(註十五) Inst. 2. 10. 6. 7, 9; D. 28. 1. 18 pr., 20 pr; C. 6. 23. 1.

(註十六) Ulp. 20. 7; Inst. 2. 10. 6.

(註十七) G. 2. 105, 106; Inst. 1. 10. 9, 10. 但受遺人則不在禁止之列。至於證人均屬於一家族者

、亦爲法所許。見 Ulp. 20. 6; Inst. 2. 10. 8.

(註十八) Sohm, p. 548 sqq.

(註十九) Leage, R. P. L., p. 177.

(註二十) C. 6. 23. 21. "Uno contextu." 關於遺囑之文義雖可事先擬定，但證人之證明行爲須在同

時，並不許中間有任何其他行爲參預也。羅馬法稱曰 "Nullo actu interveniente."

(註二十一)古代市民法原定證人爲五名，其後漸改爲七人，適用於其他事例者甚夥。見 D. 24. 2. 9;

Girard, Textes, 124; Bruns, 1. 275.

(註二十二) C. 6. 23. 19; Leage, R. P. L., p. 177—178; Savigny, Rom. Rechts im mittelalter,

2ed., p. 107.

(註二十三) C. 6. 22. 8; Mackeldey, § 695.

(註二十四) C. 6. 23. 29.

(註二十五)以戰時爲限，如在平時，雖服役軍人亦應遵守通常儀式。見 C. 6. 21. 17; Inst. 2. 11.

3. 關於古代法，見 D. 29. 1. 4, 7—9; C. 6. 21. 5.

(註二十六) D. 29. 1. 1, pr; 24, 40 pr; C. 6. 21. 1. 3.

(註二十七) D. 29. 1. 44.

(註二十八)但以非被斥退爲限。見 Inst. 2. 11. 3; D. 29. 1. 21. 26<sup>c</sup> 38. 42; C. 6. 21. 13.

(註二十九) Inst. 2. 11. 4; D. 29. 1. 3

(註三十) C. 6. 23. 31.

- (註三十一) Thibart, System, § 710; Schweppe, Pand, § 821  
(註三十二) Glück, Vol. 42, p. 257.  
(註三十三) C. 6. 23. 8.  
(註三十四) Mackeldey, § 700.  
(註三十五) Novel. 107. 1.  
(註三十六) Leage, p. 232 sqq; G. 2. 112, 13.  
(註三十七) 雜見 Buckland, p. 292 sqq.  
(註三十八) G. 2. 113; Ulp. 20. 12; Paulus, 3. 4a. 2. 已屆適婚年者均有立遺囑之行爲。男十四  
女十二。見 G. 2. 1 2. 113. 118; Paulus, 3. 4a. 1; Ulp. 2). 15.  
(註三十九) Buckland, p. 287 sqq; Mackeldey, § 726 et sqq.  
(註四十) Buckland, p. 287—288; Leage, p. 233.  
(註四十一) Inst. 2. 12. 1. 3. 5; D. 28. 1. 12.  
(註四十二) Inst. 2. 12. 3; D. 28. 1. 7; C. 6. 22.

(註四十三) Leage, p. 234.

(註四十四) 見 G. 2. 112; p. 3. 4a. 1.; Ulp. 20. 15.

(註四十五) Leage, p. 234; Buckland, p. 289 sqq.

(註四十六) 紀元前一六八年。G. 2. 274.

(註四十七) 凡男滿二十五歲，女滿二十歲，而尙未有配偶者，是曰獨身。(Coetibs) Ulp. 16. 1; G. 2. 111.

(註四十八) G. 2. 286a:

(註四十九) Ulp. 13. rubr.

(註五十) Leage, p. 235.

(註五十一) 亦可視為遺囑之唯一行爲也。G. 2. 116, 229.

(註五十二) 如應廢除應繼人者，且須於設定繼承人前載明之。D. 28. 5. 1; 28. 3. 3. 2.

(註五十三) Inst. 2. 20. 34; C. 6. 23. 24

(註五十四) C. 6. 23. 15

〔註五十五〕 D. 28. 5. 35.

〔註五十六〕羅馬法上稱遺產之全部曰「阿士」(As)，遺產全部幾分之幾曰「安息亞」(Unciae)，常以十二安息亞爲一進。自一安息亞至十二安息亞，均有一定之名稱。一安息亞曰 sextans，三安息亞曰 quadrans，四安息亞曰 triens，五安息亞曰 quincunx，六安息亞曰 semis，七安息亞曰 septunx，八安息亞曰 bes，九安息亞曰 dodrans，十安息亞曰 destans，十一安息亞曰 denunx，十二安息亞曰 as。每安息亞又可分爲幾分之幾。據吾人所可考者，其最少之百分爲安息亞二十四分之一。若遺囑人將遺產分成九份，是爲九個安息亞。如將遺產分爲十二個安息亞，甲繼承人得十一安息亞，乙繼承人得一安息亞，設乙拒絕承受，則甲之十一安息亞變爲遺產之全部，換言之，即遺產全部視分爲十一個安息亞也。

〔註五十七〕 Buckland, p. 297; Leoge, p. 200; Inst. 2. 14. 11.

〔註五十八〕 G. 2. 174—184; Inst. 2. 15—16.

〔註五十九〕 G. 2. 174—178; Ulpian, 22. 33. 34; Paulus, 3. 4. 4. 5; Inst. 2. 15; D. 28. 6. C. 6. 25.

〔註六十〕 G. 2. 179—184; Ulp. 23. 7; Inst. 2. 16; D. 28. 63. C. 6. 26



(註六十) Inst. 2, 16, 1; C. 6, 26, 9; Mackeldey: § 723

(註六十一) Inst. 3, 1, 7, 8; C. 2, 145—147, Ulp. 23, 1, 4; 23, 2; Buckland, 329 sqq; Mac-

Keley, § 726—731; Leage, p. 238 sqq.

(註六十二) 詳見 Girard, Manuel, p. 867; C. 6, 28, 4

(註六十四) D. 28, 2, 1—3.

(註六十五) Sohm, p. 554

(註六十六) Inst. 2, 18, 詳見 Leage, p. 187 sqq; Buckland, p. 324 sqq.

### 第三十章 繼承確定之效力

繼承確定之後，在繼承人方面，應負履行遺囑上之規定，如償還債務，交付遺贈，執行信託是(註一)。而此時遺囑人之遺產與繼承人之財產併合爲一，故稱曰混合財產(Confusio bonorum defuncti et heredis)(註二)。職是之故，繼承人所繼承者，除屬遺囑人之個人權利外，爲遺囑人之所有權利與一切債務。縱遺產不足償還債務，繼承人亦應負償還之責任(註

三、惟繼承人欲避免本人負債還之責任，應編造遺產目錄。在昔，此項權利祇兵士有之，即其對遺囑人所負之債務，以遺產爲限也（註四）。優帝乃將此原則適用於一般之繼承人，不問何人，均可於繼承接收之前，編制遺產目錄，以免日後本人代負債還之責任。惟須依左列規定辦理之：

一、繼承人應於知悉遺囑發生效力時起，或遺產依法應由其承受時起，三十日內開始編制遺產目錄，并須於六十日內編竣。若繼承人不在時，應於遺囑人之死亡日起，一年內編竣之。

二、遺產目錄表應於公證人面前爲之。

三、繼承人應在目錄表上簽署并聲明無隱匿或洩漏遺產之事實。若不能自己簽署時，得以畫押十字代之，惟須經公證人之證明。倘繼承人有隱匿遺產之情事經發覺屬實者，應照價加倍坐償之。

遺產目錄表之效力，在於解除繼承人之無限責任。不寧惟是，繼承人且得於遺產中先償

還墊付遺囑人之喪事費用，即如繼承人之債權亦可就遺產減除，不過繼承人如有拖欠遺囑人之債務者，亦應償還之。要之，繼承人編製遺產目錄之後，不特解除無限責任，且自己之債權與其他債權人居於同等之地位。但債權人如發覺繼承人之境况不佳，對遺產負有債務，欲使債權不致陷於無着者，得申請「遺產分離」之權 (*Beneficium separationis*) (註五)。但自「遺產分離」之後，遺產設有不足抵償時，債權人無要求繼承人償還之權也 (註六)。

遺產既與繼承人之財產爲一體，故可由其處分繼承之。如爲正統繼承人，其子女有承缺之權利 (註七)。至於任意繼承人 (即家外繼承人)，非承受遺產之後，其子女無承缺之權也 (註八)。

(註一) D. 42, 8, 23; 39, 6, 17.

(註二) D. 46, 3, 75, 95.

(註三) D. 29, 2, 8 pr; C. 6, 30, 12, 14, 10, 22.

(註四) C. 6, 30, 15, 22.

(註五) D. 42, 6.

(註六) D. 42. 6. 1. 17, 3. 12.

(註七) C. 6. 30. 3.

(註八) C. 6. 30. 7; C. 6. 9. 4.

## 第三十一章 遺贈

### 第一節 遺贈之性質

遺贈 (Legatum) 者，依遺囑而爲之贈與也(註一)。本此定義，遺贈之效力與否，須視遺囑而定。夫遺囑之主要目的爲設定繼承人，以繼承死者之遺產。然其作用猶不止此。繼承人對於繼承遺產之處分，若死者別有囑託時，應在可能範圍內從其規定。遺贈即其一也。

惟吾人所宜注意者，即遺贈不限於遺囑文書內規定之。雖另附「遺囑證書」(Codicil)，亦無不可(註二)。在帝政初期，若將遺贈載於設定繼承人之文句以前，遺贈則失其效力。至

於使用文字，須以拉丁文爲之。延至四百三十九年間，希拉文始與拉丁文同具效力（註三）。

## 第二節 遺贈之方式

優帝之前，遺贈有左述四方式：

一、直接遺贈 (Legatum Per vindicationem) 直接遺贈者，謂受遺贈人直接依遺囑人之意思而取得受遺物也。（註四）然此項遺物，必須爲遺囑人所有，且爲民法上之物權，幷備具一定之語言。「余以此物與甲」(Do, lego)，是爲直接遺贈。受遺贈人對於遺物直接取得權利，無須待繼承人之移轉。若繼承人拒不交付，彼可提起返還物權之訴，故直接遺贈，在拉丁原文爲「返還遺贈」也。

然在受遺贈人未爲收受遺贈之表示前，則遺物之所有權如何，不無疑問，以是羅馬法家普羅鳩林派與沙賓諾派各持不同之見解（註五）。據普派之通說，謂受遺贈人未表示接受贈與物或拒絕接收之前，遺物視爲無主物，但不適用「先占」之法例。此說殊近牽強。蓋遺物如爲

無主物，當然可以先占，亦何能爲此而設例外乎？而沙派法家則以遺物於繼承人開始承受繼承時，卽爲受遺贈人所有，但若受遺贈人拒絕承受，始不爲其取得。

二、間接遺贈 (*legatum per auctoritatem*) 此種遺贈之受遺贈人并非因繼承開始直接取得權利，乃遺贈人在遺囑上或遺囑證書上命令所繼人負履行贈與之義務(註六)。故受遺贈人所得者非物權，祇爲對繼承人之一種請求贈與權利而已。以其爲債的關係，受遺贈人僅可對繼承人提起履行債務之訴。如贈與物爲要式物 (*res mancipi*)，卽市民法上之物，繼承人應依曼企帕地荷之買賣式移轉之；若爲略式物 (*res neo mancipi*)，則可依引渡方式讓與。間接遺贈之特點，在於遺贈人對於任何權利均可爲之。不特遺贈人之所有物可以贈與，卽他人之所有物，亦可爲贈與之標的(註七)。例如所繼人之物或他人之物，雖非遺贈人所有，若規定應贈與時，彼繼承人須購置而後轉讓之。卽如將來之權利，若穀物等類，亦可設定遺贈之行爲。不但此也，遺贈人且可命令繼承人對受遺贈人爲一定之作爲，例如爲受遺贈人建一住宅是。

三、容受遺贈 (*legatum sinendi modo*)，此即遺贈人令繼承人容許受遺贈人取去遺贈標的物也。「容受」(*sinere*) *in*，即繼承人無積極交付 (*dare*) 之義務，祇有消極之義務，——容許受遺贈人取去贈與標的物也(註八)。其與直接遺贈不同者，在容受遺贈之受遺贈人無直接取得物權，僅爲對繼承人之一種債的關係，換言之，繼承人有容許受遺贈人取去贈與物之義務，不得加以阻止。但與間接遺贈有別。因容受遺贈之範圍，以贈與物屬於遺贈人或繼承人者爲限，至第三人之物或繼承人於遺贈人死後取得之物概不在贈與之列(註九)。

四、先得遺贈 (*legatum per raeceptionem*) 此爲遺贈人在共同繼承人之中指定一人爲受遺贈人，於繼承遺產分析之先，取得其遺贈權利(註十)。「先得」(*per accipio*) 云云，羅馬法家之持說略有歧異。沙賓諾派所持之見解，與吾人上述者相同，即在分析遺產之前，予共同繼承人中之一人「先得」其遺贈也。職是之故，此項先得遺贈之受遺人須爲共同繼承人中之一人，否則，無效。即其後寧倫尼安喃元老院諮議 (*S. C. Neronianum*) 亦未改變此項規定。

(依此規定，凡遺贈因方式之欠缺失效者，概視爲間接遺贈，認許其效力。)如受遺贈人未能

取得贈與時，得對其他共同繼承人提起「家產分析之訴」(judicium familiae erisundae)。(註十二)故遺產人對於贈與物祇能就其已有者處分之，他人之物不得爲之。但普魯鳩林派法家則不以此爲然，謂「先得遺贈」與直接遺贈酷似，不限於共同繼承人中之人，即第三者亦可，適用物件返還之訴。格阿士謂普說經哈德林帝(Hadrian)之認可，但格氏對此仍加以疑問耳(註十二)。

上述四種遺贈方式，自紀元後六十四年，頒行寧倫尼安喃元老院諮議之後，已失其重要性(註十三)。自此之後，凡遺贈方式略有瑕疵者，均可依此諮議而改爲間接遺贈，以保護受遺贈人之利益。猶令安(Julian)謂「先得遺贈」自經此諮議頒行之後，其受遺贈人不限於繼承人也。但若受遺贈人之資格爲無能力者，如外國人或優尼安拉丁人，則此諮議仍不得援用(註十四)。康斯坦丁帝於紀元後三百三十九年以勅令廢弛遺贈之方式，不問何種文句，(拉丁文或希拉文)概視爲有效。逮優帝之朝，各種遺贈均屬一律，不分軒輊，并適用「信託」(fidei-commissa)之規定(註十五)。自茲以還，凡財產屬於遺贈人者，不問在何人之手，受遺



贈人得提起物件返還之訴。如贈與物不屬於遺贈人所有者，受遺贈人得對繼承人提起履行債務之訴。不特此也，在贈與物未交付時，受遺贈人對繼承人所繼承之遺產取得「法定抵押」(taotahy polhosa)也。

### 第二節 遺贈之標的

大體言之，凡為交易物者，均可供遺贈之標的。即如債權，亦不失為遺贈之物。今為分述之。

一、特定物遺贈 凡遺贈之繼承人，或第三者之物，均可供遺贈之標的。如為他人之物，應先購買而後交付受遺贈人，若該物不能購買時，得以代價交付之（註十六）。惟以他人之物供遺贈者，要以遺贈人之知情為限。倘遺贈人未悉其贈與物為他人所有者，遺贈視為無效（註十七）。

贈與物不限於現存者，即將來之物亦可，但以其有可能之存在性為限。例如田中之穀，

現雖未生禾穗，然將來有收穫之希望，故亦可供遺贈之標的也。

二、種類遺贈 特定物之遺贈，繼承人應將特定物授與之，種類遺贈則不然。遺贈人所指定之標的物，不屬於特定物，而屬於某一種或某一類者。此項種類遺贈，如該種類所包括之物概為廢物，或雖非廢物，但遺贈人所指定之種類過於廣泛，且未規定應由繼承人購置該種類之物時，則遺贈為無效。若遺贈有一定之種類者，其選擇權屬於選擇人。如受遺贈人有選擇權時，彼受遺贈人得選擇指定之種類中最良之物，又稱曰「選擇遺贈」(Legatum optima s. electionis) (註十八)。倘繼承人有選擇權時，受遺贈人則無權選擇，然繼承人亦不得選擇種類中之最劣者(註十九)。倘遺贈人未將選擇權指定歸何人時，優帝規定由受遺贈人選擇之，但若遺贈物屬於他人，則繼承人仍有選擇權。不論選擇權屬於何人，均不得以種類中之最良或最劣者。依此規定，受遺贈人不能選擇最良之物，而繼承人亦不能選擇最劣之物也。

三、債權遺贈 債權遺贈 (Legatum nominis) 者，謂遺贈人以其債權或雖非其債權而為其繼承人之債權以為贈與也。即如第三人之債權，亦可為遺贈之標的，惟應由繼承人將該項

債權讓渡(註二十)。然若遺贈債權已無存在或於遺贈人生存時業已理清，遺贈歸於無效，以無物可供受遺贈人受益也。倘遺贈債權應由受遺贈人給與者(如遺贈人與受遺贈人生前有債務關係是)，受遺贈人得爲以之爲任何抗辯并可依法解除其債務。此項遺贈，又稱曰解除債務遺贈(*legatum liberationis*)(註二十一)。解除債務遺贈固不僅限於遺贈人與受遺贈人之債務人，即受遺贈人與他人之債務關係，亦可爲之，在此種情形之下，繼承人應設法使該債權人解除受遺贈人之債務也(註二十二)。

四、債務遺贈 債務人以清償自己之債務而對債權人所爲之遺贈，是曰債務遺贈(*legatum debiti*)。債務遺贈之有效與否，要視債權人(即受遺贈人)有無利益爲斷。如所遺贈者，僅爲純粹之債務而於債權人毫無利益者，此項遺贈無效。反之，倘債務人(遺贈人)無條件的遺贈一定之金錢數額以爲償還其尙未屆清償之債權，遺贈視爲有效，以債權人於未屆滿清償時先獲清償之利益也(註二十三)。

五、特有產遺贈(註二十四) 奴隸之特有產，其所有權雖屬於主人，奴隸却有管理權。此

時若遺贈人願以該項特有產歸奴隸收受時，據猶令安之意見，自遺贈人亡故時起至遺產之承受時止期間內所有奴隸之取得或營業收入，視為特有產遺贈 (Legatum Pecuniae)。反之，若將奴隸特有產贈與他人者，則奴隸在上述期間內之取得不屬於受遺贈人，但特有產之生息收入不在此限。惟吾人所應注意者，則奴隸雖經遺贈人在遺囑上解放為自由人，如未載明特有產應歸其收受時，奴隸無要求之權。倘主人於其生前解放奴隸而未將其特有產收回者，則以該項特有產為奴隸之應得遺贈也。

#### 第四節 遺贈數額之限制

遺囑人得自由為遺贈之行爲，此在十二表法已有明文規定。以是遺囑人常可自由對其財產為無限制之遺贈，以博得良好之名譽。第此種無限制之遺贈，其危害繼承人尚少，而影響受遺贈人之利益殊多。良以遺囑人之遺贈過多以致遺產無價值時，彼繼承人可以拒絕承受遺產，遺贈遂無從發生效力，因遺贈應待「繼承開始」後方可請求也。反之，倘繼承人為正統繼

承人時，彼可依照應繼分而承受遺產，免除遺贈之負擔。職此之由，遺贈之不加限制，反於受遺贈人有損。以是先後立法三次，藉以補正上述之缺陷，然前二次之立法，仍不能達到目的，至末次之立法，始糾正以前之缺陷也（註二十五）。

首次之立法，稱曰富利亞律（*Lex Furia*），規定受遺贈人，除近親外，每人不得收受一千「阿斯」以上之遺贈。此種限制，收效殊鮮，因遺贈人得將受遺贈人之人數增加以分盡其遺產也。逮紀元前一百六十九年乃有窩康尼亞律（*Lex Voconia*）之頒行，規定受遺贈人一人所得之遺贈數額不得超過繼承人對遺產所得之金額。依此規定，遺囑人仍可避免法律之限制，因可增加受遺贈人之人數也。至紀元前四十年，福爾西地亞律（*Lex Falcidia*）始對遺產與遺贈額加以比例之限制，規定遺贈之金額不得超過繼承人之應留分（四分之一）。換言之，不論遺贈數額之如何巨大，彼繼承人至少應得四分之一，稱曰福爾西地亞四分之一（*quarta Falcidia*）。若繼承人有二人以上時，每一繼承人應得其應繼分之四分之一，且以各繼承人之應繼分分別計算。譬喻甲設定乙丙為其繼承人，各給與遺產之一半。甲對丙之應繼一半之遺產

上設定遺贈之負擔，以致丙不能收到遺產之絲毫利益。依福爾西地亞律之規定，丙對於其應繼遺產上之負擔以四分之三爲限，而應得其所繼分之四分之一。故依此律之結果，繼承人不至致遺產之無着落也。

關於遺產數額之計算，以自遺囑人死亡時爲核算之標準。就估算之遺產全部價值，先行扣去（甲）遺產之估算及清理費，（乙）遺囑人之債務，（丙）被解放奴隸之價金，（丁）喪葬費，如有剩餘，方爲遺產之淨額，始依福爾西地亞律之規定以爲遺贈之給與也。

### 第五節 遺贈之失效

遺贈之失效原因有七（註二十六）：

一、遺囑之無效 遺贈之效力繫於遺囑。若遺囑未設定繼承人，則遺囑爲無效，而所爲之遺贈，自無由執行也。

二、遺贈之撤消 遺囑人得以己意撤消遺贈，不問其在遺囑上載明或另在附件載明也。

市民法時代，遺贈之撤消行爲與遺贈之設立行爲應有同樣之嚴重方式，否則，無效。然至帝政時代，法律漸寬，僅遺囑人之意思表示足矣。但遺囑人雖未明白爲撤消之意思，而遺囑人對於遺贈物加以處分，如買賣贈與是，視同撤消；但若受遺人能證明遺囑人之行爲并非無撤消其遺贈者，不在此限。

三、標之物之滅失 遺贈物之滅失，當然發生失效之原因，蓋受遺贈人已無物可供收受也。然標之物之滅失，如係出於繼承人之行爲而非出於遺囑人之行爲或不可抗力者，彼受遺贈人有要求繼承人償還代價之權利。若出於遺囑人之行爲，如遺贈之標的爲奴隸，而遺囑人於遺囑上命令繼承人將該奴隸解放是，則受遺贈人不能向繼承人要求代價也。

標之物如有主從之關係者，主物滅失，從物當然亦無由存在，故所爲之遺贈當然歸於無效。否則，若遺贈之標的有數物時，一物滅失并不影響受遺贈人對他物之權利。

四、受遺贈人之夭折 受遺贈人先遺贈人而死亡，或出於其他原因喪失其能力，遺贈遂歸於無效。

五、遺贈之替代 遺囑人如將先時之遺贈歸由他人替代，則先前之遺贈歸於無效，至於最後之遺贈是否有效，不問。

六、受遺贈人之不敬行爲 受遺贈人對遺贈人有不敬之行爲時，遺贈歸於無效。

七、遺贈自始無效 若遺贈於立遺囑時已無效，則不能因事後情由而變爲有效，此爲略

東尼亞那法則 (*regulae Catoniana*) 也。

(註一) G. II. 101-89; Inst. 2, 20-5; D. 29. 7. 30-35; 36. 1-4; 36. 6; C. 6. 36. 37. 42-54; 8. 56.

(註二) 詳見 Buckland, § CXXIV

(註三) C. 6. 23. 21.

(註四) G. 2. 193 sqq.

(註五) G. 2. 196; ulp. 24. 7.

(註六) G. 2. 201; ulp. 24. 4.

(註七) G. 2. 197, 202, 203; ulp. 24. 8; 24. 9; P. 3. 6. 10.

(註八) G. 2. 209, 213. ulp. 24. 5.



- (註九) G. 2. 210, 211, 212; ulp. 24. 10.  
(註十) G. 2. 216; ulp. 24. 6.  
(註十一) G. 2. 217-223; ulp. 24. 11; P. 3. 6. 1.  
(註十二) G. 2. 221.  
(註十三) G. 2. 197; ulp. 24. 11a.  
(註十四) G. 2. 218  
(註十五) Inst. 2. 2. 3.  
(註十六) D. 22. 3. 21; P. 4. 1. 8; Inst. 20. 4.  
(註十七) 同上  
(註十八) D. 30. 37 pr.; Inst. 2. 20. 22.  
(註十九) D. 30. 110.  
(註二十) D. 30. 105; C. 6. 37. 18.  
(註二十一) Inst. 2. 20. 13.

(註二十一) Inst. 2, 20, 21.

(註二十三) Inst. 2, 20, 14

(註二十四) Inst. 2, 20, 20.

(註二十五) Leage, R. P. L., p. 221; Inst. 2, 22.

(註二十六) Mackeldey, R. L., p. 584 sqq.

## 第三十二章 信託

### 第一節 信託之意義

信託者，謂遺囑人以其遺產之一部或全部囑託其繼承人或受遺贈人履行本人之處分行爲也(註一)。其在初時，遺囑與遺贈之方式甚嚴，以致遺囑人不能自由給與財產與其生平所好之人。不寧惟是，此時之法律，對於繼承人與受遺贈人之資格，規定頗狹，難冀滿足遺囑人之意思。逮共和末季，遺囑人爲欲避免此種缺陷，常於遺囑上囑託繼承人將遺產之一部或全

部轉與其所好之人。然繼承人對於此種囑託，祇負一種道德上之義務，法律固不能加以執行。但因繼承人爲維持其信譽計，彌有不遵囑履行者（註二）。迨奧古斯特斯（Augustus）帝之朝，對於遺囑信託有時且令高級官吏嚴予督促執行。歲月以還，此制漸爲人民所樂從，事務既繁，乃另設專吏以司其事，是則所謂「信託裁判官」（Praetor fidei-Commissarius）也（註三）。

信託與遺贈，初非一致。蓋一爲裁判官法之法制，而一爲市民法之法制也。以是遺贈與信託在初時之不同點，頗足注意。今爲簡述之於次（註四）：

一、遺贈應有正式之行爲，但信託則否。

二、遺贈隨遺囑而發生效力，若無遺囑，則無遺贈之可能。然於信託，雖無遺囑，亦可對法定繼承人爲信託之規定。

三、遺贈之請求權，依法律而定，換言之，即市民法上所承認之制度也。至於信託，雖將後以行政權力予以督促執行，亦不過爲大官法之制度，市民法固始終未予承認也。

四、遺贈之受遺贈人資格，限制甚嚴，而信託受益人之資格 (*fidei-commissarius*) 甚則寬也。

五、遺贈之處分權，初時固無限制，但自福爾西地亞律 (*lex Falcidia*) 以降，遺贈之數額已有一定之限額。惟福爾西地亞律 祇適用於遺贈，故信託人在初時仍可藉信託方式自由處分其死後財產也。

## 第二節 遺贈與信託之一致

前節所述信託與遺贈之分別，乃就共和末季帝政初期者言之。夫法律之進化也，始於嚴者漸寬，始於寬者漸嚴。徵之羅馬法上之遺贈與信託，斯言尤爽。遺贈原為市民法上之制度，故於方式及要件，限制甚嚴；信託為裁判官法所承認之制度，初時本於道德之觀念，自無所謂一定之方式與要件，祇要受託人 (*fiduciarius*) 履行囑託可矣。此種本於道德義務上之觀念，若一旦受託人置之不理，殊無救濟，裁判官法為維持信義起見，不得不加以督促執行，

甚至遺贈之若干要件視爲信託所應具備者，信託遂自完全道德之義務進於半法律半道德之地位，是則由寬而嚴矣。反之，遺贈之一切繁文要件，因時代之演進與社會需要之不同，漸見寬弛，甚至信託之簡單原則，亦適用於遺贈，是則由嚴而寬矣。

吾人若稍加敘述，則可明遺贈與信託之如何趨於一致。遺贈之處分，初時本無數額之限制，其後福爾西地亞律乃規定遺贈在無何種情形之下，應予繼承人所繼承財產之四分之一。此律頒行之後，繼承人及受遺贈人均獲保障（註五）。但以此律未明文規定適用於信託，遂致再啓信託人得以自由處分死後財產之權。往之不能依遺贈爲者，今則可依信託方式爲之。前後矛盾，殊非立法之本意。於是紀元後七十年（或列七十二年）乃由元老院通過柏喀新南諮議（*S. C. Pegasianum*）不但規定該律同時適用於信託，且限制受益人之資格（註六）。換言之，凡無子息或不婚者，依優里亞律及柏比亞律（*leges Julia et Papia poppoea*）無未有受遺贈人之能力者，亦無爲受益人之能力。哈德林帝之朝，外國人及不確定之人（*incertae personae*）不能爲受遺贈人者，均失其爲受益人之能力（註七）。優帝時代，一去前此二者之並行混雜狀態

，而爲一致之規定，信託或遺贈成爲交替之名稱，廢除二者之區別(註八)。今將優帝法典所規定之遺贈(包括信託)簡述之(註九)於次：

一、受託人應依囑託履行所規定之行爲。

二、受遺贈人(或受益人)得對受託人提起遺贈之訴(*actio legati*)，但若遺囑人在遺囑上將遺產一部或其所附屬之所有權直接爲遺贈之行爲者，受遺贈人即取得所有權，無須再假手受託人之手。設有阻撓，此時受遺贈人更可提起物件之訴。

三、遺贈之方式，不問載於遺囑或遺書(*Codicil*)，均應有證人到場作證。惟遺書之證人，若有五名到場，已足，且蓋印與否，無關重要。此外雖無遺囑，亦可別立遺書，稱曰法定遺書(*Codicilli abintestato*)。若遺囑之外，附有遺書，是曰遺囑附書(*Codicilli testamantarii*)。優帝規定遺囑人如僅口頭聲敘遺贈之意思者，被受遺贈人仍得向受託人要求給與遺贈，但若受託人宣誓并未有受託之義務者，則受遺贈人無再要求之權。此種遺贈，又稱口頭信託(*fidei-commissum orale*)。由此觀之，往之信託法則，終優帝之朝，仍灼然可見也。

### 第三節 信託之種類

信託之種類有二：一爲特定物信託 (*fidei commissum res singulae*)，一爲遺產信託 (*fidei commissum hereditatis*)。今依次述之。

#### 第一項 特定物信託

特定物信託者，謂遺囑人以特定物囑託其繼承人或受遺人轉給於他人也（註十）。在原則上，遺囑人之信託行爲受有限制，即其處分財產要以其所遺留者爲限，此外繼承人或受遺贈人無代爲負擔之義務。柏喀新南諮議之後，更爲限制，遺贈與信託之數額，在無論何種情形之下，繼承人或受遺贈人對其應繼分應有四分之一之金額。若特定物信託爲解放奴隸，而該奴隸屬於他人所有者，受託人應向原主收買解放之。倘原主不肯出賣，此時該奴隸之自由并不即時取消，不過其自由暫時停止已耳。奴隸由信託解放者，稱曰間接解放，須經受託人之解放，始獲得自由也。

## 第二項 遺產信託

遺產信託(或稱概括信託)者，謂遺囑人以遺產之一部或全部囑託繼承人或繼承人及受遺贈人轉給他人也(註十一)。此制之目的，在於使他人爲事實之受益人，而受託人不過居於媒介之地位耳。嘗考此項信託之由來，不外在避免市民法上對於繼承之嚴格規定。蓋市民法之繼承人資格，限制甚嚴，不能使法定以外之人或因市民法無能力之人得其利益。遺產信託制，即在補救此缺陷。彼外國人不能爲受遺贈人者，今可依信託取得之是也。其後信託之規定，雖爲裁判官法所承認，但繼承人仍不能解除其繼承人之地位。譬喻甲爲繼承人兼受託人，將遺產之全部轉給於乙，是甲祇有繼承人之名義而無實惠。此時關於遺產之債權債務在法律上仍以甲繼承人名義，故甲徒受其累。欲避免甲今後之責任，甲與乙訂立遺產買賣口頭契約，由甲繼承人，依曼企帕地荷式，將遺產賣與乙受益人，遂使遺產由甲而入於乙之手。其後乙對於債權債務之收付，雖仍繼用甲繼承人之名義，但在法律上乙應負償還之責任。若遺產之債權人對甲有所取償，乙應如數償還之。惟此種擬制買賣式之結果，甲繼承人尚不能盡解除



之責任。爲糾正此種缺陷及掃除上述之麻煩方式，故於紀元後五十七年由元老院通過脫雷白里安南諮議 (S. C. Trebellianum) (註十一)，規定受託人（即繼承人）與受益人之同意移轉遺產爲已足，毋需前此之麻煩方式。自遺產之移轉後，受益人應對遺產之債權債務負其全責，且均可以受益人之名義爲訴訟之原被告。此種受益人，格阿士謂其「居於繼承人之地位」 (Horschols locc)。但在民法上，甲之繼承人資格，仍未解除。若債權人對其提起訴訟時，裁判官許其提出脫雷白里安南元老院諮議抗辯 (Exceptio S. C. Trebellianum) 也。

脫雷白里安南元老院諮議雖已改進繼承人之地位，然於繼承人及受益人之利益尙未有平允之規定。蓋遺產信託，一如遺贈，視繼承人之是否承受而定。倘繼承人以承受遺產爲無利益而不予承受或拒絕承受時，信託之規定不亦視同廢紙乎？受益人又何從而取得信託遺產乎？由繼承人之利益言之，彼之承受遺產不啻爲人作嫁，反多麻煩手續。爲補救上述之缺陷，元老院於紀元後七十年之柏喀新南諮議 (S. C. Pegasianum) 中 (註十三)，援照遺贈之原則，補充規定繼承人在無論何種情形之下保有其應繼分之四分之一。若遇繼承人不承受，或拒

絕承受遺產時，受益人可逕向裁判官請求發給督促命令，受益人依此命令接受信託遺產者，毋庸分與繼承人之應留分，但繼承人被債權人控告債務時，仍可提出遺產移轉之抗辯（即脫雷白里安南諮議之抗辯）。吾人須知柏喀新南諮議係補充前項諮議之不足，因遇遺產信託之處分未超過繼承人之應留分額。與繼承人未拒絕承受時，則此律無適用之可能也。

逮優帝之朝，上述二種諮議既冶爲一爐。復爲更平允之規定，以完成信託與遺贈之立法（註十四）。凡爲受益人者，除應保留繼承人之應留分（四分之一）外，遺產之全部歸其掌有。受益人永立於繼承人之地位，但以其所掌有者爲限。反之，繼承人既保有應繼分四分之一，故其責任亦以此爲限。如是，則受益人與繼承人之權利義務平衡，不若前此之偏倚。設繼承人不承受遺產時，受益人得請求強迫其承受，但繼承人則因此而解除一切責任矣。

(註一) G. II. § 101-289; nep. 24-25; Inst. 2, 20-25; D. 29, 7; 30-35; 36 1-4; 39, 6; C. 6, 36, 37, 42-54; 8, 56 (57); Mayer, Die Lehre Von den Legaten und Fidei Commisssen

Pf. I. Tübingen, 1854; Buckland, 345-356; Sohm, p. 570 sqq.

- (註一) 見 Cicero, Verres, 2. 1. 10; 2. 2. 14; 2. 2. 25  
(註二) Ins 2. 2. 3. 1.  
(註三) Leage, p. 225-226.  
(註四) Inst. 2. 22.  
(註五) G. II. 254 256; Ulp. 25. 14 sqq; Paul. 4. 3.  
(註六) G. II. 287; Ulp. 25. 13.  
(註七) Inst. 2. 23. 7.  
(註八) Inst. 2. 23. 2 sqq.  
(註九) Inst. 2. 24; Buckland, 353 sqq.  
(註十) G. 2. 270, 277.  
(註十一) Girard, Manuel, 947.  
(註十二) G. 2. 254, 256; Ulp. 25. 14, sqq. D. 4. 3; P. 4. 33.  
(註十三) Inst. 2. 23. 7.

## 第三十三章 債之概念

### 第一節 債之意義

優帝法典所述債之定義曰：「債者，依國法而應負擔履行義務之法瑣也。」（註一）依此定義，吾人可分析於後：

一、債者，法瑣也。法瑣二字，即拉丁文之 *Vinculum*，意即債權人 (*Reus credendi*) 與債務人 (*Reus debendi*) 間之連結也。債之成立，基於兩造當事人意思之結合，故為平等關係。債權人雖為權利之主張人，但亦僅能對於權利依法主張而已，却不能對權利以外向債務人為他項之主張也。債之關係有兩方面：一方面係要求對造履行約定或法定之義務，他方面係向對造盡履行之責任。以是債權人與債務人之地位為平等的。蓋若遇債務人不履行時，彼債權人祇可請求強制債務人履行，但仍以不妨害其身體為限（古代法應視為例外）。

二、債者，履行義務也。履行義務，即拉丁文之 *Aliquis solvenda rei*，此乃從廣義之解釋，凡履行之義務或任何作爲不作爲具有金錢上價值者均屬之。「履行義務」與「交付物件」或「主張物權」截然不同。前者爲對特定人要求其作爲或不作爲爲唯一之主張，後者却對物件爲直接之主張也。例如甲將其牛一頭租與乙耕田之用，依契約之規定，甲應將牛交付，設甲不交付，乙祇能依法請求甲履行交付之義務，却不能直接主張牽牛也。倘甲之牛已先行賣給他人，此時甲對乙祇可負損害賠償之責任，却不負交付原有約定特定牛之義務，而乙更無權向買主要求交付該牛。故上述甲乙間之交易爲債之關係，以其爲債之關係，乙無直接要求主張物之權利也。反之，設甲之牛已租與乙使用，乙事後不返還，此時甲可直接提起物件返還之訴，以追回其牛。即使該牛被乙轉租於丙，甲亦可從而主張之：此甲乙丙間之關係，非債之關係，乃物權之關係也。

三、債者，依國法而應負擔履行之義務也。依國法而應負擔履行之義務 *in* (Secundum *jura nostrae civitatis*)，乃指雙方當事人所約定之義務，而其履行爲法律所承認也(註

11)。

債，在羅馬法文字上有數個不同之名詞，舉其要者，如上述之 *Vinculum*，此爲最早之名詞。謝西羅 (*Cicero*) 以 *Obligatio* 與 *Vinculum* 同爲法律之連環，但 *Obligatio* 一詞，至格阿士 始見常用，前此十未一見。他若 *Nexum* 及 *Contractus* 俱爲債之一種意義，因前後法律概念之演進，故名詞亦隨之而更變。格阿士 之後，*Obligatio* 始成爲債之普通名詞矣（註三）。

## 第二節 債之性質

羅馬法 上關於債之性質，言其要者有三：

一、債之關係爲權利義務之集合體也。何以言之，債必有權利之享有人，而後有義務之履行人。如無權利人，則行爲人無從履行其義務，因債爲屬人之關係也。例如甲與乙訂立治療契約，甲乙之關係爲債的關係，甲或乙如先死亡或失其行爲能力，則對造人無履行義務或享受權利之可能，債亦歸於消滅。

二、債之關係爲相對關係而非身分關係也。父子之間，其關係爲身分關係，故家父對子女有無大之威權。至於債，債務人雖有對債權人負履行之義務，但無服從債權人之義務。債務人縱遇有未能履行債務時，彼債權人亦祇可依法要求強制執行而已，卽此強制執行，亦以雙方約定或法定之義務爲限，此外固無權主張也。基於身分關係之當事人則否。父子，主僕，夫妻，其間雖有權利義務之規定，但此權利義務不能視爲金錢的。譬如家父對家子有監護權，此監護權爲行使親權之一種表示，而無經濟上交易之價值。債則不然矣。甲爲乙治療，乙如不付治療費，甲有要求給付之權利。反之，甲因業務上之過失致乙之病日加沉重，此時乙對甲復有要求損害賠償之權。故債之關係，具有經濟的交易價值也。

三、債之關係以基於當事人間之意思爲原則。債之性質，自羅馬法降至現代，要以當事人間之意思爲原則。「契約自由」，本爲十八九世紀之立法大前提。凡基於當事人間之意思者，祇其行爲非爲法律所禁止，概予以承認。故法律所規定者，大致爲社會所不可或缺之事項。降至現代，債法之內容，仍以任意規定爲主，此爲債法之特性，而亦卽羅馬債法之性質。

也。

債之性質，既如上述，故羅馬債法之演進，在初時頗有與後來法律及近代法律不同者：例如債之關係，除少數外，概不能轉讓。卽至近代，債之轉讓，仍受相對的限制，卽債權人未先通知債務人以前，受讓人對債務人仍不能直接要求履行之義務。其次，債之關係，既爲特定人間之關係，故羅馬法初時絕不認定代理人制度，其後稍有變更，然亦未至完備。設甲代乙向丙購買白馬一匹，丙將馬交甲，該馬之所有權，則屬於乙，但關於債之權利及義務，彼乙本人不負其責任，以甲丙爲買賣之當事人，故應由甲丙負責也。爲欲免除代理人之責任，後來法律始另闢途徑，容後述之。

(註一) Inst. 3. 13 pr.

(註二) 參較近說。Cornil, Méi. Girard, I. 199 sqq. 與此說相反者，見 Duguesne, N. R. H. 37, 125 sqq.

(註三) 此名詞之由來及意義，可參見 Beseler, Beitrage, 4. 92 sqq.



## 第三十四章 債之標的

債之標的，依給付之性質言之，得分爲二（註一）：一曰財物給付，又可分爲金錢給付與選擇給付，一曰給付行爲。今依次述之：

一、財物之給付 債之標的，如爲財物，限於有財產上價值之物，因無財產上價值之物，不能爲交換之貨財也。此項有財產上價值之物，依給付之是否特定而有分別。換言之，此項給付，得分爲特定物與種類物。如爲特定物，債務人負給付特定物之義務，不得以他項同類物替代之。若該特定物因天災人禍或其他不可抗力致遭滅失而不能歸責於債務人之事由者，債務人之履行義務從此解除。故羅馬法上之原則，債務人僅負給付特定物之義務（註二）。反之，如給付之物爲種類物而非特定物，則債務人有給付該種類中物之義務。倘債務人自己擇定種類物中之某部分物爲給付因而致遭滅失，雖非可歸責於債務人之事由，仍不能解除其給付之義務，蓋債權人之要求履行權利爲該種類中之物也（註三）。

甲、金錢之給付 買賣契約爲雙務契約，一方給付物品，一方給付金錢。所謂金錢債務，以該項金錢爲羅馬通用之貨幣而言。買主之給付金錢義務，爲一定通貨之價值，而非特種通貨。例如甲向乙購牛一頭，牛價爲羅馬通貨二十賽士脫斯 (Sestera)，則甲之給付爲任何二十賽士脫斯，惟此項通貨，須爲羅馬之真幣耳。若以特種通用貨幣之給付爲債之標的者，不得稱爲金錢給付，乃爲一種替代物給付。金錢給付與否，於買賣債務頗爲重要，因若非金錢給付之債務，羅馬法上視爲非買賣債務，而爲一種互易，其間權利義務各有不同（註四）。

乙、選擇給付 於數宗給付中，得選定其一者，如無特別約定，其選擇權屬於債務人。若選擇給付中有事實上或法律上不能爲給付之標的者，債務人并不因此解除債務，不過得就餘存者爲給付之履行。蓋羅馬法以選擇給付雖有數宗，債務人對此數宗給付同負給付之義務，故不因其中給付一宗之不能或滅失而解除責任也。反之，若債務人之給付原爲特定物，依約定得准許債務人其他之給付——如金錢——以解除其給付特定物之義務，此種給付與上述選擇給付有別，而債務人之責任遂有不同。依羅馬法之規定，此種給付既非選擇，乃係一種

替代給付，故若一旦原給付之物因不可歸責債務人之事由致遭滅失時，債務人不再負履行替代給付之義務，換言之，彼即從此免除其義務也。

二、行爲之給付 債務人之行爲亦可爲債之標的，如診治病人或表演技藝等是。但行爲有積極與消極二方面：積極行爲則債務人應爲一定之作爲，如診治病人是；消極行爲則債務人被禁止爲一定之作爲，或容許對造之行爲，如債務人不通行某路是。市民法以行爲限於債務人自身之行爲，故第三人之行爲不能爲債之標的。其後萬民法以略式行爲爲有效，而第三人之行爲，亦可爲債之標的矣（註五）。

（註一）Sohm, p. 365. 羅馬法關於債標的之分類以包羅法家說爲據。包氏謂債之標的可分爲Dare, facere, Praestare. 因其意義模稜，故無從確定其範圍。

（註二）“Species perit ei cui debetur.”

（註三）“Genus perire non censetur.”

（註四）詳見 Sohm, p. 366 n. 1.

(註五)「行爲」是否須對債權人應有金錢上之價值，羅馬法前後略有不同。以「行爲」須備有金錢上價值者，見會典40.7.9.2. 其以債權分爲「嚴法債權」與「善意債權」者，則謂精神痛苦及情緒等，亦不失爲後類債權之標的。(Inst. 4. 6. 28.)

## 第三十五章 債之發生——契約

債之發生原因舉其要者有四(註一)：一曰契約，二曰準契約，三曰侵權行爲，四曰準侵權行爲。本章首述契約。

### 第一節 契約之要件

契約者，謂雙方當事人間之一致意思表示而發生債之關係也(註二)。依此意義，契約應備具四要件：

其一，當事人應有訂定契約之能力(註三) 契約之當事人各負履行契約上之義務，故必

須能擔負義務能力者，方可爲訂定契約之當事人。以是未屆適婚年齡之人固無訂約之能力，即未屆成年，亦受法律上之限制。他若瘋狂病人，因其失却自主力及識別力，故亦無契約當事人之能力。婦女初無當事人之資格，其後法律漸寬，終身監護制度廢弛，而婦女始有契約當事人之能力，然如擔保契約，則不認其有締結之行爲。

其二，意思表示之一致（註四） 契約本於二人以上意思之表示，而此意思又須一致。所謂一致，應無錯誤，脅迫或詐欺等事實，否則，有一於此，不得視爲意思表示之一致。譬喻甲之意思欲將某處田地出賣與乙，乙却誤以某處市街土地，是雙方之意思表示，雖爲買賣土地，但雙方當事人心所懷之特定物不同，故不得視爲意思表示之一致。

其三，具有法律上認許之方式（註五） 羅馬古代，契約須備具一定方式始得成立，否則，在市民法視爲無拘束之合約。降至後代，要式契約之外，有略式契約焉。然略式契約，雖無取乎一定之形式，但應不背於法律之規定者，則又與要式契約同一旨趣。故不論何種契約之訂定，必須爲法律所認許之方式。

其四，要因(註六) 羅馬法以契約應備具「市民法要因」(Causae civiles)所謂要因，不外爲發生債之效果。惟「要因」一詞，頗令人費解，而爲今日法理學之懸案。吾人就羅馬法而言，可釋爲「法律認許成立債務之原因」(註七)。依此解釋，則不問其原因爲實體的或形式的均屬之。例如「曼企帕地奧」買賣式之法律行爲，以形式爲唯一要件，至於實際原因，在所不問。其所以然之故，實由於法律認許形式爲成立債務之原因也。

## 第二節 契約之種類

契約之種類，依優帝法律綱領之分類有四(註八)：一曰要物契約(Contractus re)，二曰口頭契約(Contractus verbis)，三曰文書契約(Contractus litteris)，四曰合意契約(Contractus consensus)。此四者謂之有名契約，其無特別名稱者，謂之無名契約。然在古代，契約之成立，以形式爲要件，故其特徵爲煩複與嚴格。法律之由外形而進化至實質，於此略可窺見。依契約之形式言之，又可分爲要式契約與略式契約。前述口頭契約與文書契約屬於前者

，要物契約與合意契約屬於後者。此外依履行之方式，亦可分爲嚴法或嚴格契約 (*Stricti iuris*) 與寬法或善意契約 (*Bonae fidei*)，或分爲雙務契約與單務契約，本章先就優帝法典所述四類分述之。

### 第二節 要物契約

要物契約者，本於交付標的物而成立之契約也(註九)。此契約之要件爲標的物之給付，易言之，由要約人將物交與承諾人時即發生契約之效力。其僅以雙方之合意，不發生債之關係。優帝時代，要物契約分爲四類(註十)：一曰消費借貸(*Mutuum*)，一曰使用借貸(*Commodatum*)，一曰寄託(*Depositum*)，一曰質押(*Pignus*)。

#### 第一項 消費借貸

吾人在未述消費借貸之前，特將羅馬古代之要物契約——金錢借貸要式契約(*Nexum*)，略爲說明，俾讀者可以瞭然消費借貸之由來(註十一)。

要式金錢借貸契約 (*Nexum*)，猶如曼企帕地奧買賣式之契約，須履行同樣之儀式，所不同者，一爲買賣，一爲金錢借貸耳。今述其儀式如下：

雙方當事人邀請羅馬市民五名爲證人及一計量者 (*Libripens*) 到場。計量者手持衡器，由貸主將所貸金錢置入衡器，而後由計量者衡重取出，交付借主，同時貸主聲述借主爲其債務人之一定語言 (*Dare damnas esto*)。自是之後，借主視爲「隸附」 (*Nexus*) 於貸主，直至貸款清償後始得恢復。依此方式成立之金錢借貸，貸主對借主得以拘捕式 (*Manus injectio*) 程序要求償還欠款，并得降其爲奴隸以爲債務之清償。其後貨幣興，金錢借貸雖無需乎衡重，然其儀式仍是保存，不過雙方之授受金錢恆於儀式履行後爲之。惟此種金錢借貸契約，於借主殊屬過於苛刻。故卜地利亞律 (*Lex Poetelia*) 乃改善借主之地位，而予以先就其財產爲債務之清償，設有不敷，再及於債務人之身體自由 (註十二)。格阿士時代，古代金錢借貸之要式契約早已由消費借貸代之而興矣 (註十三)。

消費借貸者，謂貸主以消費物之一定數量交付借主，約定由借主日後以同種類同數量同



品質之消費物返還貸主也(註十四)。由此觀之，消費借貸之消費物爲一種替代物，其非替代物者則不得爲消費借貸(註十五)。依此原則，借主對於貸主所給付之消費物取得所有權，而貸主對於借主祇有請求返還同數量同品質之權利，却不得主張原物之返還。此項消費借貸爲自古代金錢借貸蛻變而來，故爲一種嚴格契約：借主祇負返還同數量同品質之義務，毋須負利息之給付也(註十六)。即使借主爽約，貸主亦不得請求延遲之利息。但常人之情，無利借貸誰肯爲之。於是貸主欲令借主負擔利息之給付，應另以口頭契約訂之。易言之，借主對於利息部分另立口頭契約，允於返還消費物時并給付利息。至帝政初期，不但貸主可以如上述得要求利息，且可要求借主因失約另負償還借額三分之一以爲違約金(即罰金)(註十七)。

麻斯唐尼南元老院諮議(S. C. Maedonianum)規定不得貸金與家子，并許家子以抗辯權(註十八)。自此諮議之後，凡貸金與家子者，貸主應自負危險。蓋家父既不負償還之責，而家子又可提出此諮議以爲免除償還之義務。

## 第二項 使用借貸

本論中編物法 第三十五章 債之發生—契約

凡訂定以物供付使用而借貸者稱曰使用借貸契約（註十九）。此項借貸契約，在貸主不收受報酬爲原則。其收取報酬之使用借貸，則變爲租賃契約，而非此種使用借貸也。就物之所  
有權言之，借主（*Commodatarius*）并不取得法律上之占有，換言之，彼僅有事實之占有——  
即握有也（註二十）。故使用借貸與消費借貸不同：消費借貸之借主，因取得借貸物之所有權  
，遂負有返還同價值同質類之物，至於借貸物之毀滅與否，於貸主毫無關係；但使用借貸之  
借主則不然，其對借貸物所負之責任限於「善良家父」（*Bonus paterfamilias*）注意之程度，外  
此不負賠償責任。

借主對於貸主有左列之義務（註二十一）：

一、借主應於屆期時將原物返還，逾期貸主得提起使用借貸之訴（*Actio commodati dir-  
ecta*）追還原物。

二、借主對於使用物負善良家父管理之注意，并不得違反契約之規定使用借貸物，否則  
，被借主且構成竊盜使用罪（*Furtum usus*）。

然借主對於左列事項得提起「使用借貸之抗辯」(Actio commodati contraria) (註二十一)并不負使用物損害之責任：

- 一、借主除通常保管使用物之費用外，其應特別注意所需之費用歸由貸主負責償還。
  - 二、使用物因可歸責於貸主之事由而致損害借主時，貸主仍負賠償之責。
- 要之，使用借貸契約雙方當事人之訴權均爲萬民法之訴權，故與消費借貸之從市民法規定者，不同，此讀羅馬法者不可不注意也(註二十三)。

## 第二項 寄託

寄託者，謂以物交付他人保管而成立之契約也(註二十四)。其與使用借貸相似之點，則受託人不收受報酬及對於寄託物僅有握有(Detentio)，換言之，寄託人并不移轉法律上之占有(註二十五)。職是之故，寄託物雖非寄託人所有，亦可訂立寄託契約。寄託物所有人有直接向受託人索還所有物，受託人對寄託人則負返還之責任。縱寄託物爲竊取而來，受託人仍有返還寄託物之義務(註二十六)。寄託人對於受託人得提起「寄託物之訴」(Actio depositi)

*dirigens*) 以索還寄託物。受託人祇負普通之注意，換言之，如非出於重大之過失及詐欺，不負賠償之責任(註二十七)。受託人不得違約使用寄託物，否則，構成竊盜使用罪(註二十八)。但若其使用係出於善意者，不無例外，由寄託人返還寄託物及其滋息(註二十九)。

受託人對於寄託人亦可因左列事由提起「寄託對待之訴」(*Actio depositi contraria*) (註三十)。

一、寄託物之損壞可歸責於寄託人之事由者，例如寄託物之腐壞為普通人所不能發見，而為寄託人所明知者是。

二、受託人因保管寄託物支出之必需費用。

上述為寄託之一般原則，羅馬法尚有三種之特殊寄託，今亦述其大略焉。

一、災患寄託 遇兵災，水火，沉船或其他重大危患而將物寄託於人者，謂之災患寄託 (*Depositum miserabile*) (註三十一)。此項寄託，與普通寄託不同。蓋在通常情形，彼寄託人有充分之時間及機會選擇寄託人，但在災患寄託之寄託人，則因出於一時之災難，心惶意亂

，不及選擇受託人，故受託人之責任與普通受託人不同。依羅馬法之規定，災患受託人如對於寄託物有圖賴不還或其他詐欺情事，應負加倍賠償之責任（註三十二）。不寧惟是，即受託人之繼承人，若有圖賴或詐欺者，亦應負同樣之賠償責任。但羅馬法又有較此奇特之規定，則上述災患受託人之賠償責任，不因死亡而終了，彼繼承人仍應擔負照價賠償，不過此項訴權應於一年內提起，此為其限制耳（註三十三）。

二、提存寄託 凡數人共同寄託之物或當事人間爭持之物寄託第三人保管以待日後之決定而返還者，謂之提存寄託（*Sequestratio*）（註三十四）。在通常情形之下，此項提存寄託要以繫爭物之暫時提存於第三者之事件為夥，如原被告因繫爭物之所有問題，在未經決定歸何人時，由第三者將繫爭物暫予保管是。提存寄託不限於動產，即不動產亦可為之。通常受提存人（*Depositarius*）對於提存物取得占有權，使當事人不能利用時效之方法以取得也（註三十五）。若受提存人無占有權時，則時效之計算併入將來勝訴之一造（註三十六）。依提存寄託之請求，得提起提存寄託之訴（*Actio depositi sequestraria*）（註三十七）。

三、變例寄託 (Depositum irregulare) 者，即以消費物或金錢寄託於銀錢業訂定返還同質量之謂也（註三十八）。故與消費借貸最相同。例如借貸金錢本以消費為目的，而金錢寄託之受託人對於寄託人所交付之金錢，倘中途私為使用，則變為消費借貸矣（註三十九）。在形式上，二者之區別甚難，祇在當事人間之意思如何耳。然此外又有一重要之區別者，則金錢受託人設有動用寄託物，受託人應支付利息（註四十）。此雖為寄託人之權利，但亦負有一種危險。蓋寄託人對於受託人宣告破產時，本有優先受償之權，其收取利息之寄託人，則喪失此優先權（註四十一）。金錢信託始於帝政後期，在此之前，雖有稱曰寄託，夷考其實，不外一種消費借貸也（註四十二）。

#### 第四項 質權契約

關於質權之物權效力，吾人已於質權一章詳述。今所欲言者，厥為質權之債的效力。蓋質權之設定，除與債權人以物權外，而於債務人之追還質物，乃基於契約之規定：此則吾人列為債的關係之理由也（註四十三）。質權契約之為要物契約，以此項質權因交付質物而發生

契約之效力也。質權人與出質人各有對待之義務。出質人屆期應備款取贖，質權人則於債權受償後有交還質物之義務。設遇出質人不能取贖時，質權人雖得依法拍賣質物，但應將餘款歸還出質人，不足仍由出質人負繳清之責（註四十四）。否則，出質人得提「質物追還之訴」（*Actio pignoratitia directa*）。然質權人因保管質物之必要費用，亦得向出質人提起「質物對待請求之訴」（*Actio pignoratitia contraria*）。出質人與質權人同負最大注意之責任（*Omnia diligencia*），蓋雙方均有負履行之義務也（註四十五）。

## 第二節 口頭契約

口頭契約者，謂契約之成立基於當事人一定之語言也（註四十六）。羅馬法上之口頭契約有四（註四十七）：其一，為設定嫁資而成立之口頭契約，稱曰嫁資口頭契約（*Dotis dictio*）；其二，為解放奴隸之自由而成立之口頭契約，稱曰自由解放口頭契約（*Jurata promissio libe*）；其三，基於教會財團而成立之口頭契約（*Votum*）；其四，為對答口頭契約，簡稱曰

要式口約 (*Stipulatio*)。上述四項口頭契約，一二兩項已經述及，且爲用甚狹，第三項之口頭契約，無關重要 (註四十八)；故以要式口約爲最重要。今特將其性質，發生，效力，逐一分述於後。

### 第一項 性質

要式口約者，謂當事人間依一定之問答語言而成立之契約也 (註四十九)。此項契約之特徵，在於雙方當事人之間答應有一定語言。其在初時，問答限於拉丁語言，且須有一定之問答語詞，否則，不生效力 (註五十)。例如甲欲將奴隸丙與乙，甲若祇謂「今余以奴隸丙與君」，不視爲口頭契約之成立。蓋口頭契約之要約人必須以發問方式爲之。依市民法之規定，乙應作如此問曰：「君爲與余丙奴隸之約束乎？」(*Spondesne mihi hominem C. dare?*) 甲應之曰：「與之。」(*Spondeo*)。問者必須用 *Spondes*，答者必須用 *Spondeo*，否則，無效。以其如此，故祇適用於羅馬人 (註五十一)。其後以不同之語詞表同樣之意義者，萬民法漸認其效力 (註五十二)，而外國人亦可成立口頭契約，格阿士時代，希臘語已可用爲此項要式口約之問



答(註五十三)。然原有市民法之方式，仍限於羅馬人。降至紀元後四百七十二年李奧(Leo)之朝，始明文規定要式口約之問答，不限於一定之問答語式(註五十四)；優帝對於要式口約之成立，以當事人之意思而定，至於用何語言，如何問答，在所不論(註五十五)。

要式口約之成立應由雙方當事人在場爲之，問答之行爲須爲繼續的，不得中斷(註五六)換言之，則問答之時間及行爲具有聯貫性也。要式口約本無須證人到場，但爲日後易於證明起見，每由雙方約定證人到場而後爲之。其後更進一步，將雙方之問答載於文書，以免雙方日後之爭議(註五十七)。

問答之內容須爲一致，要式契約方可成立。然在羅馬法學家著述之中，灼然可見者，殊有一例外焉(註五十八)：即發問者之約言內容有數項時，答者如僅擇其一，仍不失爲有效要式口約。例如甲發問曰：「君爲與余黑白二馬之約束乎？」乙應之曰：「願與白馬。」乙雖對甲之發問祇答其一，不失爲一要式口約。再如甲問酒二十升或十升，乙答以十升，此項口約仍視爲成立，蓋依「多含少」之原則也(註五十九)。

## 第二項 發生

要式口約之起源，言人人殊，然依通說謂要式口約發生於訴訟當事人之問答，殊較可徵（註六十）。其在初時，祇適用於一定數額之債務，漸次及於交付一定物件，終至推用於行爲。帝政初期，已臻發達。言其作用，不外二端：一爲發生債務，一爲更改債務。

一、爲發生債之原因而成立要式口約者 要式口約之特徵既爲一定語言之問答，故欲使非正式問答成爲有效契約，非藉要式口約不可。其爲發生債之原因者，舉其重要者如左（註六十一）：

甲 爲附帶利息給付之要式口約 凡欲收取利息，非依要式口約不生效力。如消費借貸之貸主，應與借主成立給付利息之要式口約，否則，借主無給付利息之義務。由此觀之，要式契約可補要物契約之不足，而使當事人增加法律上之保障也。

然利息給付之要式口約，羅馬法定有利息之限制。遠至十二表法，利息不得超過原本本十二分之一，其後減至原本二十四分之一。降至共和末季，法定利率以週息百分之十二爲最高

限度，優帝減至週息百分之六。複利 (Anatocismus 卽利上加利) 爲法所不許。凡以要式口約給付利息超過法定利率者，其超過額無效。至未付利息總額之追償，以不超越一本一利爲限 (Ultra alteram tantum) (註六十一)。

乙 爲訂定違約金給付之要式口約 此項要式口約之目的，在使失約之當事人負違約金償還之責任 (註六十三)。故不論何種契約，均可附帶成立此項要式口約也。

丙 爲保證而成立之要式口約 凡擔保主債務人債務之履行而成立之契約，稱曰保證 (Fidejussio) (註六十四)。此項保證義務，若不依要式口約之形式，保證人縱有爲保證之諾言，亦不發生效力。其以要式口約成立保證之契約者，保證人 (又稱副債務人 Adpromissor) 對債權人負履行保證之義務，換言之，與主債務人同負連帶清償全部債務之責任也 (註六十五)。但保證人之義務以主債務人屆時不能清償方爲負責，且其保證責任視主債務有無存在而定。倘債權人免除主債務人之債務，其效力及於保證人 (註六十六)。優帝之朝，復規定保證人有檢索抗辯權 (Beneficium excussionis 又稱後訴權 Beneficium ordinis) (註六十七)。此檢索權

之目的，在於減輕保證人之責任。故遇主債務人不能償還時，債權人應先就主債務人之所有財產先為執行清償，其不足時，方可向保證人索追。然在哈德林帝時，保證人如有數人，債權人應按有償還能力之保證人名額比例分擔，稱曰分擔保證抗辯權 (*exceptio divisionis*) (註六十八)。

保證為一種代償 (*Intercessio*) 之契約。代償者，依羅馬法之定義，謂代第三人而發生之債務也 (註六十九)。紀元後四十六年頒行之味黎伊安南元老院諮議 (*SC. Vellejana*) 不特禁止婦女為保證人，即訂立任何代償契約，亦所禁止。若婦女被控追代償之債務者，得提出味黎伊安南元老院諮議抗辯權 (註七十)。

二、為更新債務而成立要式口約者 更新債務 (*Novatio*) 者，謂成立新債務以消滅舊債務之要式口約也 (註七十一)。至於更新之種類，大別之有二：其一，當事人之替換，此又可分為債權人之替換與債務人之替換；其二，債之標的之更新。今依次述之。

甲 當事人替換之更新 當事人間為更換其債權人或債務人，得以要式口約成立此種更

新債務(註七十二)。例如甲願代乙償還欠款，經乙之債權人同意以甲爲債務人，此時甲應依要式口約承諾替代之責任，而於要式口約成立後，乙受免除清償之義務。反之，債權人亦可更新，但舊債權人須授權新債權人，方可發生更新之效力。此項授權之意義，不外令債務人完就相當之行爲，如履行，承認，免除是。設甲債權人通知乙債務人還丙一百元，是爲債務之履行(Dare)；其由甲通知乙債務人承認丙一百元之債務者，則爲債之承認(Promittere)；若甲通知乙債務人免除丙一百元之債務者，則屬債之免除(Liberare)。故債之更新，當事人間須藉要式口約之方式方可成立。

乙 債之標的之更新 此種更新，不變更當事人間之人數或地位，而單就標的加以替換，在羅馬法上，視爲重要(註七十三)。蓋要式口約爲簡單契約，其成立之根據爲雙方一致之問答語言，他無有焉。故當事人間欲免却將來買賣契約或其他租賃契約之糾紛，可依要式口約成立借款，以爲避繁就簡。蓋買賣契約之當事人，一旦發生訴訟，債務人可提出種種抗辯證據，然於要式口約，唯一之問題厥爲有無是項口約之成立，果有成立，裁判官將予以執行

，他非所問（註七十四）。由此觀之，標的更新之債務，并非謂將債之標的有所增減，乃欲使訴訟上取得較敏捷之方法也。

此外要式口約又有用於副債權人 (*Adesit pulsator*) 者。所謂副債權人，不啻爲一全權代理人，即在要式口約上列入他人 (第三者) 代理本人之一切行爲也 (註七十五)。此副債權人，猶同原債權人，得享受口約上之一切權利，但應對其原債權人負責。奴隸不能爲副債權人，至於家子則認爲有此能力。要之，副債權人之制，在羅馬法上頗見重要，因其與商業有密切之關係故也。

### 第三項 效力

要式口約基於嚴法 (*Stricti iuris*) 之觀念。故其訴訟，亦爲嚴法訴訟。依給付之性質，要式口約之履行訴訟有三 (註七十六)：其一爲返還金錢標的之訴 (*Conditio certis*)，凡給付一定數額金錢之口約屬之；其二，爲返還物件之訴 (*Conditio certis*)，凡給付一定物件之標的屬之；其三，爲履行之訴 (*Conditio in certis*)。凡以履行一定之作爲者屬之，普通稱曰

要式口約之訴 (*Actio ed stipulatio*)，參閱第四十四章第四節第三項。

#### 第四節 文書契約

文書契約者，謂債務由於賬簿之記載而成立也（註七十七）。詳言之，債權人在其總賬上登記債務人之債額，以爲成立契約之要件。良以羅馬古代，正當市民殆皆置備一賬簿，以爲一家收支之記載，其最要者厥爲「現金收支簿」(*Codex accepti et expensi*)，——舉凡家父之現金收支，皆登入此簿。在通常情形之下，此收支簿不過爲一種收支之證明，却非一種債之發生。故現金收支各項記載 (*Nomina arcaria*)，初非債務契約。例如甲向乙借入羅幣二十元，訂立金錢借貸契約，乙於其現金收支簿上記入付甲羅幣二十元。此種記載與否，於債之發生無關，因甲乙另有金錢借貸契約也。即使甲有圖賴借款，乙可依金錢借貸契約追償，故乙之此種記載，最多不過可供證明甲確有向乙借貸羅幣二十元，却非爲一種債務契約之成立。倘甲日後償還，則乙於賬上之對方記入收甲還款二十元，收支兩方相等。設甲日後不能准時

付還欠款，乙亦同意延長，在賬簿上擬先結清，另行列入新賬，此時乙可以「過賬」方式爲之。詳言之，卽乙在現金收支簿上記甲來羅幣二十元，同時另在甲戶付出羅幣二十元。就事實言之，甲固未收付分文，然在賬上，却發生不同之結果：蓋以前依金錢借貸契約發生之債務，在賬上之收付已告兩訖，而甲此時所欠乙者，變成另一債務，與前此之金錢借貸完全不同。此新債務之成立，則羅馬法上所謂文書契約，以其由於「過賬」(Nomen transcriptivum)而發生也。

上述過賬之方法，依簿記原理言之，則甲戶在總賬上之記載爲借方，待甲付還後始登入貸方，否則，在賬上已明白示出甲爲債務人。此種由舊賬過入新賬，羅馬法稱曰「債務過賬」(Transcriptio a re in personam)(註七十八)。其由甲賬轉入第三者賬戶以成立新債務契約者，是曰「債務人轉賬」(Transcriptio a persona in personam)(註七十九)。債務過賬之效力，無異債務之更新；債務人轉賬，對當事人間發生交替，固不特更新已也。

由上以觀，所謂文書契約，嚴格言之，與其稱爲債之發生之一種，毋寧視爲更新債務之



契約較爲切當（註八十）。就上舉二例而論，「債務過賬」雖謂成立新的債務，然其前身，甲乙之間已有契約之成立。依過賬之結果，甲固未收付分文，但甲在前向乙借貸之款項則爲事實，是其已受利益，毋待贅言。

反之，再從「債務人轉賬」一例觀之，甲雖未因丙之頂替有收付之利益，然甲對於以前向乙所負之債務，却已因丙之接受轉賬而免除，烏得謂無利益乎？故文書契約之意義，謂爲發生債務，實有未當。或曰，文書契約亦可完全由於擬制而成立者。例如丁在賬上記收付戊羅幣五十元，又在戊戶徵得戊之同意記付出五十元正，如是丁戊之收付遂成完全擬制，豈非成立一種新債務契約之明證？但吾人細加研究，則可知上舉之例在事實上絕少發生者。蓋依上述方法之成立債務，其手續及方式實較口頭契約爲繁，而徵諸羅馬法上事例，千不一焉（註八十一）。

文書契約至優帝時已完全廢弛，考其原因，約有三端（註八十二）：其一，文書契約與口頭契約同爲要式契約，而其效用已日見衰落；阿圭留斯朝（Gallus Aquinius）准許此類契約之

被告提出「詐欺之抗辯」(Exceptio doli)，是則文書契約之特徵，已不復存。其二，合約(Pactum vestitum)在後期羅馬法漸認許其效力，是其較文書契約尤形稱便，無取乎文書契約之方式，要亦勢之使然也。其三，優帝時代，視片面約據具有債務證據之效力，彼持有人得之以訴追，在法律上推定此項字據為有效。債務發生既如是之簡單，亦何取乎古代之文書契約哉？

惟吾人宜注意者，則古代之文書契約雖廢，而後來名符其實之文書契約却代之而興。當第二第三世紀之交，付款約據(Cautiones)在法律上推定其為正當口頭契約之證據，不過此推定非絕對的，可由立字據人提出反證，換言之，則約據之簽立人得提出種種證據否認其有口頭契約之成立，此項抗辯稱曰「無償抗辯」(Exceptio non numeratae pecuniae)(註八十三)，原告對此抗辯負有反證之責任，以證明口頭契約之存在。至於抗辯之時效，最初為一年，鄔雷留斯勃(M. Aurelius)改為五年，優帝復縮減為二年(註八十四)。在此時效期內，原告——即主張權利之人，應負舉證之責，易言之，即對其主張之權利，須提出證據。迨時效完成之

後，則「付款約據」(Cautiones) 推定其爲有效，而應由被告舉證原告并無付款之情事。故原告欲使此項舉證責任移至被告身上，可待至時效完成後始向其訴追。但被告欲免此不利益之結果，得於時效未完成前向法院登記抗辯之事由，或對債權人通知抗辯之意旨，或向其提起返還字據之訴(註八十五)。

## 第五節 合意契約

合意契約者，即契約之成立基於當事人間之合意也(註八十六)。羅馬市民法所承認之合意契約有四：一曰買賣(Emptio venditio)，二曰借貸(Locatio conductio)，三曰合夥(Societas)，四曰委任(mandatum)，今分述之。

### 第一項 買賣

買賣者，謂出賣人約定移轉財產權於買受人而承受價金之契約也(註八十七)。此項契約，以當事人間之合意而成立。買賣爲雙務契約，此與借貸借同。今將買賣契約之要件，賣主

之義務，買主之義務三者依次簡要說明之。

一、要件

買賣契約之成立須備具下列要件，即合意，標之物與價金三者。

甲 合意

買賣雙方當事人之合意本無一定之方式及手續，惟在帝政時代，買賣契約常以文書爲之，此項文書已足爲雙方合意之證明（註八十八）。優帝時代，此項買賣契約字據，須依下列任何一式爲之，方視爲有效，即該項契約爲當事人所親立，或出於他人代筆由當事人簽名，或由公證人訂立經雙方簽訂者（註八十九）。如買賣契約未照上述之任何一法訂立時，當事人得撤銷之，但已交付定金者，不在此限（註九十）。關於定金（*Altra*）一項，在羅馬法上視爲契約成立之證據。倘定金已交付者，不問是否書面契約，當事人間如有一方違約不履行時，如係買主，則定金被沒收，如係賣主，應加倍返還之；至於契約中對定金有無明白規定，在所不問（註九十一）。

乙 標之物

買賣之成立，以有標之物爲要件。故凡可供所有權取得之財產，不問動產或不動產，有體物或無體物，皆可供買賣之標的（註九十二）。不寧惟是，標之物須非賣主之

己物，因自己之物件不能由自己購買，否則，彼可追償已付價金。然若買賣之標的物非全屬已有者，則對於非其所有部份之購買爲有效（註九十三）。買主對於附有條件之標的物亦可以購買。法所不禁（註九十四）。

標的物須爲現存者，否則，無效（註九十五）。所謂現存，乃指訂約時有標的物之存在。其一部存在者，即契約之一部爲有效；全部不存在者，契約全部無效。例如甲擬向乙購買某地上之樹林，當訂約時，該樹林已遭大火滅燼，則買賣契約無效，蓋標的物已不存在（註九十六）。

至此吾人不可不注意者，則上述標的物不存在時，買賣契約雖不成立，但與將來標的物可否爲買賣之標的，究屬問題不同（註九十七）。蓋前例係指當事人間訂約時之買賣對象已失其存在，則買賣自不成立。反之，「將來買賣」之當事人，固皆知悉買賣之標的物屬於將來，現在雖不可知，但係一種附帶條件。換言之，即將來之物如存在時，買賣始爲成立，此種買賣，稱曰「附帶停止條件買賣」(Emptio rei speratae) 其與「希望買賣」(或稱徵倖買賣)不同

。所謂希望買賣(Emptio spei)者，即不問將來之標的是否存在，買賣即時成立。例如甲以羅幣一元購乙將來一網之魚是(註九十九)。

遺產亦可為買賣之標的，但以現存者為限；故對於將來之繼承權，不得為買賣之標的(註一百)。

買賣之標的物，須非法律上所禁止者，換言之，應為交易物(註一百零一)。不但此也，當事人間須無阻礙買賣之原因(註一百零二)。例如監護人不得收買受監護人之財產是。至於標的物應否須為出賣人所有，於買賣契約不發生影響，故他人之所有物，亦可為買賣之標的(註一百零三)。

標的物不限於特定物，即種類物亦法所許。其屬於選擇物者，如一部分滅失或不能履行時，應就現存之他部分交付之。

丙 價金 關於價金之要件，可分三端言之。其一，價金須為金錢，否則，不能分別買賣，而將成爲一種互易(註一百零四)。此爲普鳩括派之解釋，優帝從之(註一百零五)。但沙賓

諸法家之解釋則與此不同，略謂交換之物言明抵作價金者，其與以金錢交付者，又有何別（註一百零六）？惟就事實言之，非金錢之買賣于不得一，且兩方對於交付之物，似應負同一之責任，其與金錢買賣顯有不同。

然價金云云，亦非謂全部須為金錢，即使交付財物以代現金者，似亦為法律所承認（註一百零七）。吾人所宜辨明者，即買賣契約之成立，非以互易為條件，至於事後因履行之困難，而以財物抵付者，根本上不發生影響。

其二，價金之數額須一定。買賣未言明價金者，買賣契約根本上無從成立（註一百零八）。不但價金須訂明，即數額亦須一定，所謂一定數額，在解釋上并不嚴格（註一百零九）。例如甲向乙買麥一石，訂明照某日市價交付。雖未載明一定數額，但因有標準可據，故不失為買賣契約。又如將價金由第三者評定，此項買賣契約是否有效，羅馬法家拉比（Labeo）與卡修士（Cassianus）之解釋，則視為買賣不成立，但法家中亦有認為買賣有效者。優斯丁尼折衷二說，以價金由第三者評定者，視為附帶條件之買賣，換言之，即經第三者將價金評定後，買

賣始成立，但以特定第三者爲限（註一百十）。

其三，價金須爲實在，詳言之，即買受人應有交付賣人價金，不得表面上訂立買賣契約，而事實并未交付價金（註一百十二）。所以如此規定者，蓋由「買賣」與「贈與」之區別使然也（註一百十二）。倘當事人間訂立之買賣契約雖有價金之規定，但實際却不交付，此不得視爲買賣，而爲贈與，應依贈與之規定決定贈與人與受贈人之權義。

價金只要實在，至於高低與否，如無詐欺錯誤情事，當然不影響買賣契約之成立（註一百十三）。蓋價金之正當與否，爲當事人間之問題，在羅馬法個人觀念之下，法律非至不得已時，絕不加以干涉。惟若價金非常低賤時，則羅馬法家有不同之說焉（註一百十四）。一說謂單因價金之低賤不影響買賣契約之效力，但夫妻間之買賣，不在此限。主此說者爲猶令安。其較寬之解釋，乃謂夫妻間之買賣價金，即使甚爲低賤，亦不當然發生無效之結果，蓋必須證明其買賣確爲一種贈與，或非出於善意，方屬無效。延至帝政後期，契約自由之原則，不無稍注以社會公平之觀念。此時買賣之價金如低至驚人數目時，出賣人得要求非常損失（*Laesio*



io enormis)，否則，准許出賣人撤銷其買賣，此法咸稱爲地奧克立與帝 (Diocletian) 所制定 (註一百十九)。然一觀憲令之兩條文，頗似後人所竄改，卽此竄改之條文，其適用事件亦對土地買賣之限制而已。依英儒霸克蘭 (Blackland) 之考訂，則認此係優帝 時代之法制也 (註一百十六)。

## 二、賣主之義務 (註一百十七)

出賣人之義務爲交付標之物與擔保買受人之權利。標之物未交付時，出賣人負有保管之義務，應負善良家父管理之注意。然對於未交付之標之物如係出於災患 (Casus) 而滅損時，出賣人不負責任，祇須將剩餘之物交付買受人，買賣契約不受其影響。

其次，出賣人應將標之物交付買受人。「交付」者，謂出賣人移轉該物之占有與買受人，使其有支配該物之權力也。但出賣人却不負移轉所有權之義務，究其原因，不外三端：第一，買賣契約爲寬法債務，以當事人之意思爲原則，故所有權之有無保證，要以買受人與出賣人之合意爲依歸。第二，裁判官法之占有，其效果與市民法上所有權不相上下，故就實際利

益言之，買受人固無須取乎所有權移轉之保證。第三，倘出賣人須對買受人負保證所有權無瑕疵之義務，則出賣人於每次交易時，應先舉出所有權之證據，然此項手續甚覺不易，因出賣人之有無所有權，必待第三者出而爭執始可決定。故出賣人之出賣物件不必保證所有權之有無瑕疵，但在事實上，出賣人之交付占有及使買受人承受出賣人對該物之一切權利，其與移轉所有權之相差又有幾何哉。

復次，出賣人須保證買受人對於標的物有不被排斥之義務，而於物之品質亦應負保證之責任。然在初時，祇有消極之規定，即以出賣人知悉出賣物藏有瑕疵者，始負保證，此種規定，形同虛設，蓋買受人欲證明出賣人之知情，事實上頗感困難也。其後內政官 (*Aediles*) 鑒於販買奴隸之人常不將奴隸之隱藏瑕疵言明，買受人受害者習以為常，乃規定在市場間出賣奴隸時，出賣人須將奴隸之智力，品行，身體等方面，詳細開列瑕疵，并聲明除記載之缺點外，并無其他瑕疵。倘出賣人不加以聲明，則買受人於二個月期間得提起解約買賣之訴 (*actio redhibitoria*)，并得提起損害賠償之訴 (*actio quanto minoris*)，其賠償額規定六倍。若

出賣人曾加以聲明，其後發現重大瑕疵時，則解約之時效延長至六個月，而賠償之數額增至十二倍。自此之後，販賣奴隸之詐欺逐見減少，內政官復漸將此原則援用於牲畜之買賣，惟有數點不同：一，關於牲畜瑕疵之保證，僅限於生理方面；二，該項瑕疵須對於價值有發生減少之事實；三，須為買受人所不知悉，倘買受人於買入時已知悉有瑕疵，當然不能主張解約。其後此種瑕疵之擔保更推及於一切買賣，惟買受人亦可以合約規定免除出賣人此項保證瑕疵之義務。凡買賣免除一切保證者，稱曰「單純買賣」(Venditiones simpliciter)。

「解除買賣契約之訴」之效力有二：一為買賣契約之撤銷，一為追回價金之本息。說者，咸以此種訴權發生於重大瑕疵；至於輕微瑕疵，大都以請求「損害賠償之訴」，然於文獻，則未敢斷言，不過事實上或如上說之所言也。儼帝之時，買受人對於買賣上有所請求，均可提起「關於購買事件之訴」(Actio ex empto)。

### 三、買主之義務(註一百十八)

買賣契約既為雙務契約，故買受人應支付價金。如無特別約定，價金與標的為雙方同時

對待給付之行爲。倘買受人與出賣人訂有支付價金日期者，屆期應交付之，否則，須負自屆期日起之遲延利息。價金未交付者，雖契約已成立，如無特約，出賣人對標之物之權利并不移轉。買受人自約定物件交付之日起享受該物之利益及孳息，因此對於物件之費用亦應負擔。出賣人對於買受人有所請求，得提起「關於售賣事件之訴」(Actio ex vendito)。

#### 四、特種買賣(註一百十九)

上述之買賣爲一般買賣之通則，但在某種情形之下，買賣附有特種條件者，可稱爲特種買賣。言其要者，約有下列：一曰買回(Pactum de retrovendendo)，即出賣人於買賣契約保留依照約定價金買回原物之權利也(註一百二十)。二曰贖回(Pactum prolimiseos)，即出賣人保留依照任何人所出價金買回之權利也(註一百二十一)。三曰試驗買賣(emptio ad guestum. Pactum dispiciential)，即買受人對於標之物先行試用而後予以承認之買賣契約也(註一百二十二)。惟此種試驗買賣，有試樣與試用之別，前者由出賣人供給買受人出賣之標之物，經嘗試後而成立買賣契約；後者則由出賣人供給買受人標之物，經試用滿意後而成立買賣契約。

，通常有試用期間之限定(註一百二十三)。

## 第二項 賃借貸

賃借貸者，謂以收取報酬而發生賃借貸之契約行爲，換言之，即賃貸人以收取報酬而交付貨物與賃借人也(註一百二十四)。此亦雙務之契約，雙方當事人各應負相當之義務。言其發生原因有四：一曰物件賃借貸(*Locatio rei*)，二曰承攬賃借貸(*Locatio operis*)，三曰僱傭賃借貸(*Locatio operarii*)，後二者之賃借貸，又總稱爲勞務賃借貸；四曰特種賃借貸。

### 一、物件賃借貸(註一百二十五)

甲 意義 當事人之一方將物件貸與他方而受取報酬之契約，謂之物件賃借貸。物件之貸與人，稱曰賃貸人(*Locator*)，承受貨物者，稱曰賃借人(*Conductor*)。賃借貸與買賣有時不易分別。譬如承租地格阿士稱爲賃借貸之一種，但後來法律則併入永佃權。又如付鑽飾匠以代價，約定將其黃金督製戒指一枚，究爲買賣金貨，抑或勞務之賃借貸，不無問題。後來法令，以此類事例，因黃金非由付款人所供給，故視爲買賣契約，而非一賃借貸也。

乙 要件 關於雙方當事人之合意，與夫貸借貸之物件及報酬大半與買賣相仿，茲僅就異殊點稍加說明，以免重複。其一，關於優帝規定書面合約之要件，殊不適用於貸借貸。其二，消費物，除消費借貸外，不能為貸借貸契約之標的物，良以貸借人無法返還原物也。其三，報酬或稱貸金必須為金錢，否則不發生貸借貸契約，而將成為無名契約矣。例如甲貸與乙耕牛一頭，訂明租期十日，同時，乙將其白馬貸與甲以為抵銷。其後乙因過失將耕牛傷亡，此時甲不能提起「基於貸借貸請求之訴」，蓋甲乙間所成立之契約，無約付貸金之規定。其四，關於貨物之危險負擔，亦與買賣不同。即貸借人對於物件自負其責任，與貸借人無關，但詐欺之行爲，不在此限。

凡貨物為房屋時，貸借人稱為房客(Tinquilimes)；其為耕地時，貸借人稱為佃農(Colonus)。

丙 貸借人之義務如左：

1. 交付物件與貸借人并使其能在貸借期內有完全使用之權(註一百二十六)。
2. 對於貸借人在契約期間內使用貸借物時，貸借人負保護及修繕之責(註一百二十七)。

3. 如無特約，賃貸人負繳納賃物之稅捐（註一百二十八）。

4. 償還賃借人因物件所付出之必要費用（註一百二十九）。

丁 賃借人之義務如左：

1. 對於賃物之賃金應按約支付之。然若賃物之孳息純由於災患而致減少收入時，得請求比例減低賃金，但以無特約爲限。至賃物之孳息已屆成熟而遭災患時，無上述請求減租之權利（註一百三十）。

2. 不得中途拋棄或終止賃物之契約（註一百三十一），但如有重大事由致賃借人無法使用賃物者，則不在此限（註一百三十二）。

3. 契約期滿時應將賃物返還（註一百三十三）。

戊 契約之終了 物件賃借貸之終了原因，言其要者如左：

1. 賃物於契約期限屆滿時而終了（註一百三十四）。倘若再將原物延長租賃期限時，視爲「更新賃借貸」（*Re locatio*）。至於賃物之期限已滿，但未明示延長契約，而准許賃借人繼續使

用時，認定爲默認繼續前約，其條件與前約同受拘束。惟於土地，則稍有差別：若無特約或任何地方習慣時，此項默認延長之契約，如係田野土地，通常更新一年；如係市廛土地，則有待於他方之通知終止日期（註一百三十五）。

2. 貸貨人對於貨物僅有暫時之權利而於訂立契約時爲賃借人所知者，則賃借契約隨該貸貨人之權利終止而終了，不得藉口有所損害賠償之請求（註一百三十六）。

3. 貸貨人將貨物賣却時，買受人得終止賃借契約，不受其拘束，而賃借人亦可解除之。惟若賃借人因買受人之終止賃借契約時，得向貸貨人要求賠償損失（註一百三十七）。賃借契約不因當事人之一造死亡而解除，但有相反之規定者，不在此限（註一百三十八）。

4. 如無規定賃借之期限時，當事人之一方均得通知終止契約之繼續。後期法律，尤爲寬大，遇出租人欲收回房屋自用或修葺時，雖屬定期租賃，亦得通知終止，不負任何賠償責任，但該項通知應有相當之期間爲限（註一百三十九）。

5. 貨物之滅失，爲自然終止契約之原因，如無可歸責於任何當事人之事由，各不負賠償



責任。倘貨物之毀損係可歸責於對方之事由，如詐欺或過失者，該過失或詐欺之一方應負完全賠償之責任（註一百四十）。

6. 賃借人有重大之過失，如對於貨物之使用失當或延欠賃金二年以上時，賃借人得終止契約（註一百四十一）。反之，賃借人對於貨物之使用發生不可能之情形或賃借人不予其用益時，亦得終止賃借契約，但以該項原因非出於暫時狀態及對其用益有實際妨害者為限（註一百四十二）。

7. 貨物之所有權併歸賃借人時，賃借人之責任，亦因之而解除（註一百四十三）。

## 二、勞務賃借

勞務賃借貸分為僱傭賃借與承攬賃借，在未敘述二者之異殊時，吾人應先明瞭「勞務」之意義。何謂勞務？羅馬法上無一定之界說。就文獻而言，殊以勞力或對物質方面之工作為限（註一百四十四）。但為人畫圖，以近代法律觀之，不能視為非勞務，而在羅馬法則不認定其為勞力也（註一百四十五）。勞務之意義，既如此混殺，故欲求一明確之原則，殊不可得，

今特就二者分述之（註一百四十六）。

甲 僱傭賃借貸

僱傭賃借貸者，謂當事人之一方約定爲相對人服勞務而收受相當報酬之契約也（註一百四十七）。其與物件賃借貸相同者，茲不復贅，僅摘其異點簡述之。雙方當事人對於過失，均應負責。受雇人之工作欠缺或經驗不足者，視爲過失（註一百四十八）。受雇人應自己執行工作，否則，亦爲過失，其因不可抗力致工作不能者，受雇人在未尋得工作前，仍可享受報酬（註一百四十九）。雇主對於約定之報酬應支付之，逾期須負遲延之利息。此類契約，因受雇人之死亡而終了；如勞務專爲雇主工作者，遇雇主死亡亦然。

「勞力」云云，不外身體的勞動，其屬於精神者不在此限。身體的勞力須爲傭工，而非技巧，即此傭工，亦指得以交易金錢報酬者而言。故如代理人，友朋，醫師，或教師之勞力，在羅馬法上因其不能視爲傭工，——即身體的勞動，故不屬於勞力賃借貸之內（註一百五十）。

## 乙 承攬借貸

承攬借貸者，即當事人之一方約定為相對人完成一定之工作而收受報酬之契約也（註一百五十二）。其與僱傭契約之不同，在於承攬契約之承攬人所應負責任者為勞力之結果，即全部工作，而前者則直接以服勞務為唯一之條件（註一百五十二）。設例言之，甲約乙看管園林，月工羅幣十元，此為僱傭契約。若甲約乙佈置一園林，訂明園林全部工作之結果為羅幣一百元，此為承攬，而非僱傭。

承攬借貸與買賣契約有時亦難區別者（註一百五十三）。例如甲與乙十元，向乙訂購金戒指一枚，乙即以自己之黃金成一金戒指，此為買賣，而非借貸。但若甲與乙二百元，訂建房屋一所，雖乙建屋之材料同亦自己供給，却視為承攬借貸，而非買賣（註一百五十四）。

承攬人既非如受雇人之直接勞動，而為一定之工作，故無須其自己執行。因之，當事人之一方死亡，亦不得終止契約。惟對於承攬之工作，應由承攬人負完成之責任（註一百五十五）。設有過失，不問出其自己抑亦出於其手下工作人，均須賠償定作人之損失。定作人之義務

爲支付報酬，一次或分期，視雙方之契約而定。如係按工作之每階段經認可後給付報酬者，承攬人於每工作進一階段後，得向其支付之，并對該階段之工作，非有隱藏瑕疵者，承攬人則卸却責任。定作人對於承攬人之工作完成後，如無特約，應於相當期間內予以認可，在此期間內如定作物發生任何損害，承攬人不負其責，而報酬仍應由定作人照付（註一百五十六）。

### 三、特種貸借貸

特種貸借貸有二：一曰變例貸借貸 (*Locatio irregularis*)，一曰海事貸借貸 (*Lex Rhodia de jactu*)。

甲 變例貸借貸 變例貸借貸者，即借借人得以代替物返還貸借人之契約也（註一百五十七）。其與「變例寄託」 (*Depositum Irregularare*) 相仿。譬喻甲將純金送交乙煉製戒指一枚，乙以他人或自己同品質之純金爲之，是爲變例之貸借貸。又如運送人收受各託運人大宗同品質米穀，運送人祇要將託運人之數量品質送交到達地點，無須照交原運送人之物件。然上述二例物件之危險究應誰負其責，頗屬重要。按諸羅馬法，二例之責任略有不同。在原則上，貸

借人既可以替代物交換，當然負擔危險；但關於運送人一例，則以運送未到達地點前之責任，運送人不能負其責任。其所以如此規定者，不外古代交通器具未臻安全及無保險制度，使運送之危險性增大，故由託運人負途中之責任，亦屬事實上之需要。

乙 海事借貸 海事借貸者，謂在海難中船長為避免船舶及積貨之共同危險而將貨物之一部分拋棄或因此所為處分發生之損害，由被害人向船主與其他未受損害之運送人要求損害之分擔也（註一百五十八）。此為羅馬斐用羅地亞共同海損（*Lex Rhodia de jactu*）之原則。依羅馬法之規定，被害人得向船主提起借貸之訴以求分擔，而船主復向其他未受害之運送人要求賠償。舉其要點如左：

其一，運送人祇對其貨載之部分與其他利害關係人分擔，至於被害人之損失有無因此受價在所不問。

其二，共同海損之損害額，關於滅失或損害之貨物，依成本價格定之，其未受損害之運送人，依積貨之市價定之。

其三，船舶經投棄貨物而仍不能拯救致沉沒時，船主對於運送人不負賠償之責，但若船在投棄貨物後未經遭難而事後再因他海難沉沒者，則應賠償運送人之損失。

### 第二項 合夥

合夥者，謂二人以上互約出資經營共同事業之契約也（註一百五十九）。合夥契約之限制有二：合夥員有自由退出合夥之權利，雖有特約禁止此項退夥行為者，亦得為之，換言之，即「合夥無永久不散」之理。其二，合夥成立之目的須非為法律所禁止或不道德者。

合夥之成立，必有二人以上，一人不能成立合夥。故二人以上互約出資共營事業為必要條件。此項契約之成立，全憑當事人間之意思，并不需任何方式，以是合夥契約為善意契約。今將合夥之種類，合夥員之內部關係，合夥員與第三者之關係，合夥之解散分別簡述之。

一、合夥之種類 羅馬法上之合夥契約有四類：

一 曰共有合夥 (*Societas omnium a bonorum*)，即以各人全部財產合併為共有而成立之契約也。依此規定，不特於訂立合夥契約以後各合夥員所取得之財產為共有，即契約成立

以前之各人財產亦因合夥之行爲而爲共有之財產。因之，合夥員之債務，不論訂約前或訂約後，均由共有財產受償，其屬合夥員侵權行爲所受之損害賠償，不在此限，但若因其侵權行爲之結果而致合夥財產有所利益時，則視爲例外。此種共有合夥之由來，論者或謂發源於古代家產共有制，蓋遇一家家長沒後，其繼承人仍舊同居，不論個人之權利或債務，均由共有財產受償也。

二 曰普通合夥 (*Societas universi rum quae ex quaestu veniunt*)，即以營利爲目的而互約出資以共營某種事業也。

三 曰特業合夥 (*Societas negotiationis alicuius*)，即經營一種事業之合夥，如經營酒業或米穀業，是其例也。

四 曰單種交易合夥或稱臨時合夥 (*Societas rei unius*)，即合夥之成立以專成一事也。例如二人合資購田十畝是。

## 二、合夥之內部關係

本論 中編 物法 第三十五章 債之發生—契約

合夥員依合夥契約之成立，而發生內部之關係有如下述：

其一，合夥對於認定出資之數額應繳足之。此項出資不限於金錢，即財產或勞務技術均可。如為勞務或技術，須為法所不禁止之事項。以勞務充出資者，須居於合夥員之地位，不得視為受雇人，至於合夥員之出資多寡，由各人約定之，毋須同額。

其二，損益須應由合夥員分受，有約定者，依其約定，無約定時，各合夥員按照人數平均分受損益。

其三，執行事務之合夥員所負之義務應與處理自己事務為同一注意。對於執行事務之經過情形，須對其他合夥員負報告之責。若有向合夥借用款項時，應支付利息；反之，執行事務之合夥員如因事務上正當墊款者，亦得請求其他合夥員分擔。

其四，合夥員對合夥員之訴權為「基於合夥員之訴」(Actio Pro Socio)。但合夥員如無力繳負其分擔時，則依其財力分擔之(in quantum facere potest)。

其五，合夥員得否決營業之計劃或進行方針。全體合夥員，如無特約，均有執行事務之



權。倘提出反對之合夥員爲不合理，因而致合夥受損失時，應負賠償之責任。

### 三、合夥之外部關係

合夥之外部關係，即合夥與第三者之關係，今述其要者於左：

其一，合夥全體與第三者訂立契約者，每一合夥員得就其出資額之範圍內對債務人單獨提起訴訟，其爲連帶債權或有受其他合夥員委任者，不在此限。反之，第三者對於合夥員亦得單獨起訴，惟除連帶債務外，合夥員僅就其出資額負責。

其二，合夥員個別與第三者訂立契約者，依下述二原則決定：第一，如與第三者之契約由執行事務之合夥員訂定者，應由該合夥員名義行之，惟如有取得執行事務之合夥員之許可或其他合夥員不能得到受償時，得另行提起訴訟，然亦以其出資額爲限。第二，如爲無執行事務之合夥員個別與第三者訂立契約者，雖該契約屬於合夥全體之利益，亦祇該訂約之合夥員負責，但如該契約事後經其他合夥員之追認與夫該契約之效果對於合夥已有受惠者，則爲例外。

#### 四、合夥之解散

合夥之解散事由如左：

甲 死亡 合夥既非法人，故遇合夥員亡故，合夥當然解散。即使合夥契約上載明其繼承人應繼承時，在法律上仍視前合夥已解散，而視繼承人參加之合夥為一新的組織。所謂解散，并非應即停止或不得繼續營業，其效果不過死亡之合夥員與合夥之關係終止，將來合夥之一切事項，彼死亡合夥員不再負責分擔，但其未了結之事項，繼承人應負完成之責。

乙 退夥 合夥因全體合夥員之同意而解散，自無任何問題之發生。又如一合夥員聲明退夥，經其他合夥員之同意者，合夥遂即解散。其由合夥員單獨聲明退夥，不經其他合夥員之同意或違反契約之規定存續期間者，合夥亦隨之而解散，但聲明退夥之合夥員應負擔因此發生之損害賠償。聲明退夥出於詐欺之事由因而取得非法利益者，應與其他合夥員分受。合夥員將股份讓渡者，視為退夥。

丙 屆期 合夥契約訂有期限者，於該期限屆滿時解散。

丁 人格減等 在格阿士時代，人格小減等即爲發生合夥解散之原因，然後來法律，則僅限於人格之大中減等，換言之，以合夥員喪失自由權及市民權爲限也。

戊 其他原因 合夥之成立既爲合意契約，故其解散事由可依當事人之意思定之，如條件之成就，合夥經營事業之完成，合夥員之破產或無力清償債務等是。此外合夥員對於合夥提起析夥訴訟，亦視爲終止合夥之原因。此項訴訟，稱曰分析合夥之訴 (*Actio communi dividendo*)。

#### 第四項 委任

委任者，謂當事人一方約定爲他方處理事務而不收受報酬之契約也（註一百六十）。委任之一方，稱曰委任人 (*Mandator*)，受任之一方，稱曰受任人 (*Mandataris*)。委任之事務，祇爲法律所不禁止者，概可爲之。此項契約，明示或默認均可。惟委任契約之特徵，在以不受報酬爲原則，與僱傭借貸之爲有償者不同。其在初時，委任契約即使訂有報酬者，受任人無請求之權，及帝政時代，始准許提起承認特別報酬之請求程序 (*Cognitio extraordinaria*)

，但受任人仍不得以此爲任何抗辯，易言之，卽此項「報酬」不視爲委任契約之一部分。委任契約之成立，以雙方之合意爲唯一條件。委任人自契約成立時起，對受任人有一委任履行之訴權〔*Actio mandati directa*〕。受任人對委任人則可提「委任對待之訴」〔*Actio mandati contraria*〕。委任契約成立後，受任人尙未執行委任事務者，得向委任人聲明解除，惟須於相當期間內爲之。倘受任之解除通知致委任人受有損害時，受任人須負其責，但有可歸責於委任人之事由或受任人有可恕之情形者，不在此限。前者，如委任人事後受破產之宣告是；後者如受任人患病不能執行事務是。

### 一、委任之原因

委任之原因，依優帝法律綱領之記載有五：一曰單純委任（*Mandatum simplex*），卽專爲委任人之利益也，如甲委乙代買一宅是。二曰互惠委任（*Stipulatio*），卽爲委任人及受任人雙方之利益也。如甲委乙將現金貸丙收取利息，丙以之代甲置產，是甲受其利益；乙因貸款收取利息，是乙受益。三曰利他委任（*Aliena*），卽委任爲第三者之利益也。如甲委乙代丙

處理事務是。四曰爲第三者及委任人利益之委任 (*Sua et aliena*)，如甲委乙處理甲與丙之事務是。五曰爲受任人及第三者之利益而爲之委任 (*Tua et aliena*) 如甲委乙將款貸丙，約定由乙收取利息是。此種委任，又稱爲限制委任 (*Mandatum qualificatum*)，與保證契約相近，委任人負賠償之責。試以上舉之例而言，丙不將借款還乙時，甲應即代償。其與副債務人 (即保證人 *Adpromissor*) 不同者，則委任爲一獨立之契約，受任人 (即債權人) 對於委任人負有相當之義務。設遇第三者失約，未將借款償還時，委任人并不償付借款額，却應賠償受任人。故債權人向主債務人訴追借款，不因此免除委任人之責任。此不同者一。委任人與保證契約之保證人 (*Fideiussor*) 固可取得代位之訴權及其他權利，但保證之代位以現存之權利爲限，至委任人之擔保責任却較保證人爲佳，因債權人既居於受任人之地位，對於委任人負有「處理自己事務爲同一注意之義務」，故若有對債務人免除或拋棄任何權利時，委任人之保證責任遂即解除。此不同者二。委任人得在受任人未交付借款時，撤銷委任，因之，不負擔保之責，至保證契約之保證人則無此權利。此不同者三。委任人與保證人之責任又有差別之點

，即保證人通常得以債務人之欠缺行為能力而免除擔保義務，但委任人爲擔保時則否，此不同者四。

## 二、委任之效力

委任之效力可分二點言之：其一，爲委任人與受任人之效力；其二，爲委任人與第三者之效力。今依次述之。

### 甲 委任人與受任人之關係

委任爲合意契約，其間之法律關係，除與其他合意契約相似外，舉其要者如左：

1. 受任人應依委任人之指示執行委任事務，并須按時報告之。
2. 受任人對於處理事務所收取之金錢物品及孳息應交付於委任人。設有收取之金錢致遲延交付或受任人私用者，并負遲延部分之利息。

3. 受任人負普通注意義務，即與處理自己之事務負同一之注意，此緣受任人未受報酬，不能責以極大之注意義務也。

4. 受任人因過失致委任人受損害者，須負賠償之責。

5. 受任人處理事務超越委任之權限及範圍時，羅馬法家之意見不同。沙賓諾派法家謂受任人超越委任權限時，委任人不負承認之義務，換言之，則受任人雖對於未超越部份亦不能請求委任人承認或給付也。然普魯鳩林派法家則以沙說不近情理，而主張受任人對於超越權限之部如負其責任時，委任人對於未超越權限部分不得拒絕或否認。普說爲優帝法典所採。

6. 委任人之注意義務與受任人同，對於受任人依指示所處理之事務，不得拒絕或否認，并應自己擔承。

7. 委任人對於受任人因處理事務所發生之必要費用應支付之，如由受任人代墊者，并須支付利息。蓋委任契約既爲無償契約，受任人當然不能有所受酬，但亦不能使其擔負損失。故對於受任人費用及墊款之支付，爲委任人之重要義務。惟此項義務，羅馬法有一限制，凡屬於個人方面之損失，委任人不負償還之責，例如因處理事務而與人交際所發生之費用是。

#### 乙 委任人與第三者之關係

本論 中篇 物法 第三十五章 債之發生——契約

委任人對於受任人處理事務所發生之債務應負其責，惟委任人因與第三者并未直接訂約，故在請求權利時，仍應以受任人之名義行使之。然委任人欲直接行使者，通常由受任人將該項請求權讓歸委任人。至於受任人超越權限處理事務者，已述於前，茲不復贅。

### 三、委任之消滅

委任因委任事務處理完畢，處理不能，條件成就，終期屆滿，同意解除等事由而消滅。茲述其特別原因於左：

甲 撤銷 當事人之任何一方得撤銷委任，但應於未執行契約前爲之，否則，須負對方賠償責任。如委任人撤銷契約者，應將受任人因委任所發生之費用及債務償付之，而受任人在未接到撤銷通知前，仍得依委任權限行使之。第三者如未經接到撤銷之通知，其與受任人所爲之行爲，委任人仍須負責。受任人亦可隨時撤銷委任，如患病，與委任人有衝突之利害，或委任人受破產之宣告或無力清償債務等是；但受任人之撤銷意思須即以迅速之方法通知委任人，以便其及時另行委任他人。然若處理事務之性質不得半途拋棄者，受任人須賠償因



此發生之損失。

乙 死亡 當事人之任何一方死亡，委任契約當然終止。蓋委任契約爲屬人契約，當事人既失存在，又何能使契約履行哉。然徵之法文，死亡雖爲委任契約之通則，而死亡者究爲委任人抑爲受任人，不無差別。受任人因爲處理事務之人，故遇受任人死亡，即使有繼承人，委任契約亦屬終止，此在羅馬法家中殆無人持異議者。然於委任人之死亡，則有不同之解釋。原則上，委任固亦因委任人之死亡而終止，但有相反之約定者是否有效，不無疑問。例如委任人在契約上載明待其亡故後由受任人爲其立墓碑，依會典之記載，視爲有效。由此言之，是受任人所處理之事務爲委任人亡故後之事務，此若有效，何以其他事務視爲無效，吾人殊難索解。

#### 四、委任方式之推廣

由上觀之，委任契約不特爲自己之事務而可委任他人處理，即擔保債務及移轉債權亦可以委任方式爲之。關於擔保債務一項，吾人已述於前，今祇就移轉債權之一點加以說明焉。

所謂移轉債權，即委任人利用訴訟方式，委任受讓人為訴訟代理人，無須將第三者之債還債款交付委任人也。設例明之。乙欠甲羅幣十元，甲又欠丙十元，甲將乙之欠款十元讓渡與丙，委丙為訴訟代理人，向乙訴追欠款，其後乙將款還丙後，丙則以之抵償甲之欠款，無須繳還委任人也。安那達學士 (Anastasius) 之朝，規定受讓人之受償權利不得超過其代價，詳見第四十章。

### 第七節 無名契約

無名契約之由來，言人人殊(註一百六十一)。英儒霸克蘭 (Buckland) 謂無名契約亦為契約之一種，以其未能確定為何種契約，故無一定之名稱與訴權(註一百六十二)。此種契約，原為雙務契約，以對待給付為條件，須一方業已履行而他方向未履行始發生請求權利。苟雙方僅有合意之諾約而各無為給付之行爲，在法律上殊無強制執行之道。然若當事人之一方業已履行，則對造得提起通知返還之訴 (Condictio)，但此訴亦非全可適用。如甲與乙訂約，甲若

解放其奴隸丙，乙亦須解放其奴隸丁以爲對待給付，甲將丙奴隸解放後，乙違約不予履行其解放丁之義務，此時甲不能請求返還之訴，因奴隸一經解放，非有特種事由，不能重使其奴隸或撤銷其解放也。優帝之朝，此類雙務之契約，遇當事人之一方已履行時，得向他方請求返還之訴（如返還爲事實上所可能）或提起履行約言之訴（*Actio praescriptis verbis*），而無名契約從此之後，亦有一定之訴權，與其他有名契約無稍二致。

〔無名契約〕（*Contractus innominati*），原非羅馬法之固有名詞，乃係後來研究羅馬法之學者所命名。然在會典（*Digesta*）中，關於有名契約之有一定訴權與無名契約之不屬於某類契約而無特定訴權之區別，則原文俱可覆按。

### 第一項 無名契約之種類

無名契約之種類，依羅馬法家包羅斯之分析有四（註一百六十三）：一曰物物互換契約（*Do ut des*），即彼此以物互相交換成立之契約也。此不特與使用借貸（*Commodatum*）及消費借貸（*Mutuum*）相似，且亦與寄託，買賣，貸借貸無甚區別。互換契約之最顯明例，厥爲「互易」

(Permutatio)，容後述之。二曰物與勞務互換契約 (Do ut facias)，即我以物與君交換勞務之契約也。此與貸借貸相似。三曰勞務與物互換契約 (Facio ut des)，即我以勞務與君交換物之契約也。四曰勞務互換契約 (Facio ut facias)，即我以勞務換君之勞務也。惟包羅斯對於上述無名契約之分類，實有未盡。就羅馬法之原有事例言之，尚有不作為之契約。譬如甲乙約定，甲不得於某日結婚以交換乙之某物是。此亦無名契約之一種，然包氏之分類却未能概括之也。

## 第二項 互易

互易 (Permutatio) 者，謂當事人間約定互相移轉物權之契約也 (註一百六十四)。然在優帝之前，「互易」與「買賣」之區別并未如何之顯明。蓋互易契約之要點，厥為物物交換，所與買賣不同者，僅「價金」之是否金錢耳。互易契約之成立，要在於一方將物權之移轉。因之，物權因交付而移轉，至於對造人是否為對待之給付，在所不問。關於物權瑕疵之擔保，與買賣契約不相上下。互易契約同為一種善意契約，但非常損失之原則 (Laesio enormis) 則不適

用。當事人之一方已履行而對造未履行者，履行之一方得請求返還原物之訴 (Condicio obire *in casu*) 或提起履行約言之訴。倘一方業已交付，但因特種事由致物權未移轉者，則不得提起履行約言之訴，祇可請求返還原物之訴，以契約從未成立也 (註一百六十五)。

### 第三項 行紀

行紀 (*Aestimatum*) 者，謂當事人之一方約定以自己之名義爲他人買賣或將原物退回之契約也 (註一百六十六)。行紀與買賣之不同，在於行紀人雖以自己之名義與他人買賣，但自己却非買主，蓋其不能賣却時，得將原物退回也。職是之故，行紀人向物主取得之物，并不因交付而取得所有權，必須約定期限之屆滿，所有權始爲移轉。例如約定一個月內不能賣却者應將原物退還，否則，須對物主支付價金，則行紀人於該期限屆滿未將原物退還時，取得所有權。關於物件危險之負擔，究在何人，法文之規定不一。一說謂危險之負擔應歸行紀人 (註一百六十七) 另一說則以誰爲發動人爲負擔危險之標準 (註一百六十八)：如係物主發動者，應歸物主負擔該物件之危險，反之，如係行紀人發動者，則歸行紀人負其危險；不能定其孰爲發動

人者，則物件之危險推定應由物主負擔，而行紀人僅負侵權行為上之責任（註一百六十九）。

#### 第四項 和解

和解 (*Transactio*) 者，謂當事人約定互相讓步以終止爭執或不確定之權利而發生之契約也（註一百七十）。羅馬法以此列入無名契約之一。和解契約之訂定方式，視其是否為口約而發生不同之效果。如為口約 (*Stipulatio*) 則和解契約之當事人得依「口約訴訟」請求履行，其有違約金之規定者，且可請求償付。倘和解非依口約方式成立，僅基於雙方當事人對於某事件之爭執合意讓步者，已履行之當事人得依履行約言之訴 (*Actio praescriptis verbis*) 請求對造之履行。若當事人之一方向未履行者，此種合意視為「空虛約言」 (*Nudum pactum*)。

和解當事人之互讓，不僅請求權已也，即抗辯權亦為法所許。前者之和解，當事人可以據之請求履行；後者之和解，當事人可以據之為抗辯。和解契約，在原則上，當事人均得自由訂立，但關於扶養或其他類似事件之和解，非經裁判官之許可，不得為之（註一百七十一）。

## 第八節 合約

單純約言或稱無形約束 (Pacta)，乃羅馬法上之特種名詞，用以代表非正式成立之合意互約(註一百七十二)。蓋依古代之市民法，契約非備具相當方式，視為無效。但當事人間不無徒憑兩造之合意約定者，此種合約，在法律上不發生訴權，遂有「空虛合約」(Nudum pactum)之名稱(註一百七十三)。降至後代，因契約之方式日趨簡單，「空虛合約」亦漸有訴權之救濟，而成爲一種有效之契約。茲爲符合羅馬原義起見，特譯此類約言爲「合約」(Pacta vestita)，其僅可供抗辯而無訴權者，譯爲「空虛合約」(Nudum pactum)。今就其進化之程序，分爲附加合約(Pacta adjecta)，裁判官法合約(Pacta Praetoria)，法定合約(Pacta legitima)，依次簡述之。

### 第一項 附加合約

附加合約者，謂當訂立善意契約(Bona fidei negotium)時所附加之約言也(註一百七十四)。

本論 中篇 物法 第三十五章 債之發生——契約

六七一

。例如買賣契約之當事人約定任何一方不遵約履行時，應償還他方以相當違約金，此違約金附加之契約，因係與本契約同時 (In continenti facta) 訂立，故可適用「基於買賣之訴權」。此類契約，因無取乎市民法上之方式，雙方當事人應依善意之原則，誠實履行契約上之義務，故凡附加之契約，雖屬無式，亦須與本契約同一視為拘束也。附加契約若非同時 (Eodem intervallo) 爲者，則其效果與同時爲者異，不能依本契約之訴權以爲救濟，僅可供當事人之抗辯理由，以是此類契約，又稱爲「抗辯契約」(Exceptio pacti)。

## 第二項 裁判官法契約

裁判官法契約者，謂契約之效力基於裁判官法而發生也 (註一百七十五)。言其要者有左列四種：

一、清償債務之契約 (Pactum de Constituto) (註一百七十六) 對於現存之自己或他人債務約定於一定時期償還者，稱曰履行債務契約。其爲償還自己之現存債務者，是爲「清償自己債務之契約」(Constitutum debiti proprii)；其爲償還他人之現存債務者，是爲「清償他人債



務之合約」(Constitutum debiti alieni)。此等清償債務之諾言，如係依口約(Stipulatio)成立者，自無問題發生，蓋債權人得提起「基於口約之訴」以請求履行。其後裁判官對於此種單純之合約，雖屬無式，亦許權利人提起清償金錢之訴(Actio de pecunia constituta)。此種清償既存金錢債務之合約，如無約定一定時期，裁判官許債務人以十日之寬限。

其為他人清償金錢債務之合約，猶如保證契約，但基於合約之債務人，其責任較保證人為重。蓋保證人之保證責任因主債務之消滅而免除，例如債權人對於主債務人之免除償還義務是。然基於合約而清償他人金錢債務之債務人則無此權利，必須直接清償債權人或後者予以免除之約言，却不因債權人免除主債務人之償還義務而受其惠也。換言之，保證人所負之義務為共同連帶，而此合約之債務人所負者為個別連帶。共同連帶之債務人因其中一人之免除而對其他人發生同一效力，個別連帶則反是。

二、旅店馬廐船舶主人對於旅客攜帶物品之合約(Receptum nautae carponis stabularii)  
(註一百七十七) 旅店馬廐或船舶主人及其受雇人收受旅客之物件約定妥為存置者，應負責任

，其毀損喪失，縱由第三人所致者，亦同。若其毀損滅失如因不可抗力或因物之性質或因客人自己及其伴侶隨從來賓之所致者，主人不負其責。但對於物件被偷竊者，不問何人所為，均應負責。至於因侵權行為所發生損害之責任，吾人將於準侵權行為一章述之。

三、接受公斷之合約 (*Receptum arbitri*) (註一百七十八) 當事人對於爭執之事件與仲裁人 (*Arbitrator*) 約定由後者為公斷人時，仲裁人除特種事由外，負有履行仲裁之義務，否則裁判官將予仲裁人以處罰，藉使其履行此項合約。

四、宣誓合約 (*Pactum de iurejurando extrajudiciali*) (註一百七十九) 宣誓合約者，謂當事人對於爭執事件以宣誓決定權利誰屬之合約也。換言之，凡主張權利之人，應對於事件立誓。例如甲宣誓其有對乙之請求權，日後乙如不履行，甲得據以起訴，無須提出其權利之證據。反之，乙如宣誓甲已對乙免除履行之義務，甲若再對乙起訴同一之權利，則乙得據誓約以為抗辯，是曰宣誓抗辯權 (*Exceptio iurejurandi*)。宣誓合約因一方之立誓而成立，然若拒絕誓言時，則合約視為解除。惟解除宣誓之合約亦為法之所許，此又不可不注意及也。

## 第二項 法定合約

法定合約者，謂合約之訴權基於法令之明文規定也（註一百八十）。所謂法定，乃指由於皇帝之特別諭令，認許合約發生法律上之效果而言。此為帝政時代之規定，舉其要者，不外左列三項：

一、仲裁合約（*Compromissum*） 仲裁合約者，謂當事人對於事件約定交付仲裁人公斷以息爭執之合約也（註一百八十一）。此仲裁合約與前述之「接受公斷合約」不同，前者為當事人間對於同意交付公斷之約定，後者為爭執事件之雙方當事人與仲裁人約定公斷之合約。仲裁合約，如基於口約或其他契約，有拘束當事人交付仲裁之效力。通常當事人對於執行仲裁合約另有「違約金口約」（*Compromisso pecunie, poenae stipulatio*）之規定，換言之，即使違背仲裁合約之當事人負擔支付違約金之義務也。優帝時代，始規定仲裁人之決定有直接拘束當事人之爭執。然在五百二十九年時，初尚規定交付仲裁之事件須經宣誓附具書面及簽字。翌年，此項宣誓視為非必要，當事人祇對於仲裁之決定加以簽字或自決定起十日內未有反

對表示者，則認許其效力。其後優帝更明文廢弛宣誓制度，而羅馬法漸趨合理化，於此亦可見一斑矣。

二、贈與合約 (Pactum donationis) 贈與合約者，謂當事人之一方約定對他方為贈與之行爲也(註一百八十二)。羅馬古代，贈與應具相當之方式，否則，認爲無效。其後漸加寬弛，至優帝之朝，乃明文規定合約贈與之效力，惟若數額超過羅幣五百元時，應經裁判官之認可，其未經此認可手續者，對於超過部分之數額視爲無效。

三、嫁資合約 (Pactum dotis) 嫁資之設定，原應依照口約或嫁資之設定方式，方爲有效。至紀元後四百二十八年，施爾騰壽 (Theodosius) 始認許嫁資亦得以合約設定，無取乎一定之方式(註一百八十三)。

## 第九節 自然債務

自然債務 (Obligatio naturalis) 之觀念，散見會典中。惟吾人欲求一精確之定義，殊不

可得。蓋羅馬法上之所謂自然債務，就其與市民法上及裁判官法上之債務比較言之，除訴權外，可謂無甚區別。吾人對於自然債務之意義，誠如慕爾 (Moyls) 所言，祇可釋為無訴權之債務也（註一百八十四）。然訴權是否為權利之必要條件，研究法學者之意見有正反兩說。正說以訴權為必要，蓋無訴權之可以強制執行之權利，不能視為法律上之義務。與此說相反者，則謂訴權并非債權構成之絕對要件，故債務之為自然的與法律的，在實質上殊無區別。

自然債務之發生原因，有自始為自然債務者，有初為市民法上之債務而後變成自然債務者。前者如契約未依法定方式致權利人不能取得市民法之訴權是，後者如裁判官法對於市民法之債務不予執行，但亦不否認權利人之主張是。今舉羅馬法上自然債務之效果如左：

一、有排除請求償還債務之訴權 (Conditio indebiti)，但因不知而償還者，不得請求返還（註一百八十五）。

二、得與其他法律上債務互為抵銷（註一百八十六）。例如甲欠乙羅幣一百元，此項債務為自然的，其後乙欠甲金錢借貸五十元，設乙被甲追償欠款，乙得提出抵銷。

三、得以之爲其他權利之基礎而成立法律上之債務者，如設定質權而訂立質約，保證契約，或對於債務之更新等是（註一百八十七）。

四、家父與家子或主人與奴隸訂立之借貸契約僅發生自然債務之效力，得於特有產減除之（*Deductio de peculio*）（註一百八十八）。譬如主人貸與奴隸羅幣五十元，主人不能向之起訴，但其後奴隸被解放時，得就奴隸特有產中如數減除之。

（註一）*Inst.* 3. 13. c. G. 3. 88. 此係根據優帝法律綱領之分類，其不能概括羅馬法之一切事例，不言而喻。蓋第一類之契約，優帝分爲四類，合約不與焉。夫合約既與其他契約同一之效力，又何能排除於契約之外乎？詳細討論見 *Moyle, Imp. Inst.*, p. 392 sqq. 477 sqq; *Buckland* 406 sqq. 債之發生，又可依其法源而分爲市民法債務（*Obligations civiles*）與大官法債務（*Obligations honorariae*）*Inst.* 3. 13. 1. 此外債之分類，有片面債務與雙面債務（又稱片務債務與雙務債務 此非羅馬法本有之名詞），積極債務與消極債務，主債務與從債務，可分債務與不可分債務，嚴法債務與寬法債務（又稱嚴格債務與善意債務）。以上見 *Buckland*, p. 408 sqq. 優帝

法典之分類，雖有未盡，然大體已較其他羅馬法家之分類爲完備。本書從之，惟於每類之下先依優帝之分類，次述與該類相近或應併於該類之債。例如契約一項，優帝分爲要物，口頭，文書，合意四種，而合約則未列入。本書則於優帝分類之外，又爲之附述與契約有同一效力之各種合約。

(註一) D. 2. 14. 1. 1, 2.

(註二) Inst. 3. 19. 6, 8, 9, 10; C. 10. 53 (52). 9.

(註三) D. 2. 14. 1. 2: "Et est pactio duorum plurimum in idem placitum et consensus."

(註四) cf. Buckland, p. 408.

(註五) D. 2. 14. 7. 4; 15. 1. 49. 2. cf. Maine, Ancient Law, 333, 如無要因，視爲無效。見 Code

4. 7. 1, 5. 註或 Peterson, Evolution of Causa in the Contractual Obligations of the Civil Law, Bulletin of Univ. of Texas, No. 46; Prof. Drake, Consideration v. Causa in Roman American Law, Mich. L. R. Nov., 1905.

(註七)關於羅馬法上之意義、見 D. 1. 18. 10. 10. 2. 44, pr.; cf. Buckland p. 425.

(註八) Inst. 3, 13, 2; G. 3, 89; D. 44, 7, 52.

(註九) Inst. 3, 14 pr; G. 3, 90. Buckland, p. 459.

(註十) Inst. 3, 14.

(註十一) Girard, Manuel, 487 sqq., Buckland, p. 426 sqq; Sohm, 50, sqq.

(註十二) Cicero, de Rep. 2, 34, 59. 詳見 Buckland, 426-427.

(註十三)關於金錢借貸之起源及方式，學者意見不一。詳見 Girard, Manuel, 487 sqq; Niebuhr,

Röm. Gesch. 1, 322 (ed. 1853); Hushke Ueber Das Recht des Nexum. Leipzig, 1846;

De Zulueta, L. Q. R. x x | x (1913), 137-153

(註十四) G. 3, 90, Inst. 3, 14 pr.

(註十五) 同七

(註十六) C. 4, 2, 11; D. 44, 7, 1, 4; Inst. 314 pr.

(註十七)有利息之借貸，稱曰 Fenus，但就契約本身言之，仍係消費借貸(Mutuum)。D. 19, 5, 24;

C. 4, 32, 3, Leage R., P., L., p. 267



(註十八) 見 Buckland, p. 462; Mackelley, R. L., p. 335; Inst. 4. 7. 7; D. 14. 6. 7. 3; Moyle, Imp. Inst. Inst. p. 574—575.

(註十九) Inst. 3. 14. 2; D. 13. 6; C. 4. 23.

(註二十) Inst. 3. 14. 2.

(註二十一) Inst. 3. 14. 2; D. 13. 6. 5. 2—9; Inst. 4. 1. 6. 7.; D. 13. 6. 18 pr. Moyle, Supra, 396—397.

(註二十二) D. 13. 6. 18 pr. 3; 13. 6. 22; 13. 6. 17. 3; 13. 6. 18. 1. 2; 13. 6. 21, 22; Moyle, p. 397

(註二十三) 嚴格契約與善意契約、見 Sohm p. 367—371.

(註二十四) Inst. 3. 14. 3; D. 13. 6; C. 4. 34

(註二十五) Buckland, p. 664.

(註二十六) D. 16. 3. 1. 39; 16. 3. 31; 5. 1. c4.

(註二十七) D. 13. 6. 5. 2; 16. 3. 1. 47; 10. 7. 6.

(註二十八) Inst. 4. 1. 6.

(註二十九) C. 4. 34. 4.

本論 中篇 物法 第三十五章 債之發生—契約

- (註三十) C. 4. 34. 11; D. 13. 6. 5. 2; 16. 3. 12 pr. 23; 16. 3. 5 pr.  
(註三十一) D. 10. 7. 3. 11; 16. 3. 1 1—4; Buckland, 466.  
(註三十二) D. 10. 7. 3. 11.  
(註三十三) D. 16. 3. 1. 1—4.  
(註三十四) D. 16. 3. 6. 17; 50. 16. 110, C. 4. 4.  
(註三十五) D. 16. 3. 17. 1. 參譯 Buckland, 466.  
(註三十六) D. 41. 2. 39.  
(註三十七) D. 16. 3. 12. 2.  
(註三十八)此并非羅馬法之固有名詞。 D. 19. 2. 31.  
(註三十九) D. 12. 1. 9. 9.  
(註四十) D. 16. 3. 28; C. 4. 34. 4.  
(註四十一) D. 16. 3. 7. 2.  
(註四十二) Coll. 10. 7. 9.

(註四十三) Inst. 3. 14. 4; D. 13. 7; C. 4. 24.

(註四十四) C. 8. 38. 3.

(註四十五) D. 13. 6. 5. 2; 13. 7. 13. 1; Inst. 3. 14. 4.

(註四十六) Inst. B. 15pr. 19; G. 3. 92—127; D. 45. 1; C. 8. 38. 39.

(註四十七) Mackeldey, p. 345; Moyle, 401.

(註四十八) D. 50. 12. 2. Moyle, 401; Leage, R. P. L. p. 272.

(註四十九) Inst. 3. 15pr. 1; G. 3. 93.

(註五十) G. 3. 94.

(註五十一) G. 3. 94.

(註五十二) G. 3. 93.

(註五十三)然在格氏之書，亦祇言拉丁文與希拉文并用，其他文字，尙未見准許。

(註五十四) G. 3. 93; C. 8. 38. 10.

(註五十五) Inst. 3. 15. 1.

(註五十六) D. 45. 1. 1. pr.

(註五十七) Buckland, 432—433.

(註五十八) G. 3. 102; Inst. 3. 19. 5.

(註五十九) D. 45. 1. 83. 3. Riccobono, Z. S. S. 35. 243 sqq.

(註六十) Mitteis, Aus Röm. und Bürg. Recht, 107. 各說見 Girard, Manuel, 8<sup>e</sup>me ed. 516; Kneip, Gaius Inst. Commentarius, III. § 98—225; Jolowicz, 290—291. cf. Holdsworth, Hist of Eng. Law, II. 83 sqq.

(註六十一) Sohm, 383—386; Buckland, 440 sqq.

(註六十二) 一本一利之原則，現爲我民法所採用。然此條原則，并非羅馬法獨有。試觀明律清律均有「一本一利之條，即可知已。明律卷九戶律錢債門違禁取利條：「凡私放錢債及典當財物，每月取利并不得過三分。年月雖多，不過一本一利……」。是中國舊法之若干原則，與羅馬不謀而合矣。

(註六十三) C. 8. 38. 12. 14; Inst. 3. 19. 19; D. 45. 2. 115. 2; cf. D. 2. 14. 10. 1; C. 2. 14. 17.

(註六十四) D. 16. 1; C. 4. 29; Nov. 134. 8.

(註六十五) Inst. 3. 20, 2; D. 46. 1. 4. 1.

(註六十六) Buckland. 448.

(註六十七) Nov. 4. 此非羅馬法本有之名詞。

(註六十八) G. 3. 121. 122; Inst. 3. 20. 4; C. 8. 41. 3.

(註六十九) Sohm, p. 385; Moyle, 425; G. 3. 116.

(註七十) Paulus 2. 11; D. 16. 1. 2. 1; C. 4. 29. 1. 13. 16.

(註七十一) 詳見 Buckland, 563 sqq.

(註七十二) Sohm, 386; Buckland, 566.

(註七十三) Sohm, 387.

(註七十四) 同前。

(註七十五) G. 3. 110. 其成爲制度之原由，可見 Buckland, 440.

(註七十六) Sohm, 389 sqq.

本論 中篇 物法 第三十五章 債之發生—契約

- (註七十七) G. 3. 128 sqq; Inst. 3. 21. 參校 Moyle, 494—498, Sohm, 391—396; Buckland 45 sqq; Jolowicz 291 sqq.
- (註七十八) G. 3. 129.
- (註七十九) G. 3. 130.
- (註八十) Sohm 394.
- (註八十一) 入帝政時代、此項契約即已廢弛。Moyle, 494, Leage, 290.
- (註八十二) Leage, p. 290—291.
- (註八十三) Inst. 3. 21.
- (註八十四) Leage, 291—292.
- (註八十五) Leage, 292.
- (註八十六) Inst. 3. 22 pr.; G. 3. 135—145, 146—162.
- (註八十七) Inst. 3. 23, G. 139—141.
- (註八十八) P. 2. 17. 13; Girard, Textes, 843 sqq.; Bruns, 1. 329 sqq.; Buckland, 478—479.

- (註八十九) Inst. 3, 23 pr.
- (註九十) Inst. 3, 23 pr.
- (註九十一) Inst. 3, 23 pr
- (註九十二) D. 18, 1, 34, 1.
- (註九十三) D. 18, 1, 34, 4.
- (註九十四) D. 18, 1, 61.
- (註九十五) D. 18, 1, 8.
- (註九十六) D. 18, 1, 57, 58.
- (註九十七) D. 18, 1, 8 pr.
- (註九十八) Buckland, 480.
- (註九十九) D. 18, 1, 8 pr.
- (註一百) D. 18, 4, 1; 18, 4, 7.
- (註一百零一) Buckland, 481.

(註一百零二) 例如監護人不能收買監護人之利益是。D. 18. 1. 34, 7, 46, 62 pr

(註一百零三) D. 18. 1. 28.

(註一百零四) Inst. 3. 23. 2.

(註一百零五) Inst. 3. 23. 2.

(註一百零六) G. 3. 141.

(註一百零七) C. 4. 44. 9.

(註一百零八) Inst. 3. 23. 1.

(註一百零九) Inst. 3. 23. 1; D. 18. 1. 7. 1. 2.

(註一百十) Inst. 3. 23. 1; D. 19. 2. 25 pr.; C. 4. 38. 15; G. 3. 140.

(註一百十一) D. 18. 1. 36; c. 4. 38. 3.

(註一百十二) 見贈與章。

(註一百十三) Moyle, Contract of Sale in the civil Law, 75.

(註一百十四) Buckland, 483.



(註一百十五) Buckland, 483.

(註一百十六) Fuckland, 484.

(註一百十七) Buckland, 484 sqq.; Mackelvey, §403, D. 18. 6. 3; 18. 6. 8; 18. 1. 35. 5. 7. 19. 1.

31; 21. 2. 11; 47. 2. 14; Inst. 3. 23. 3.

(註一百十八) D. 19. 11. 2; Inst. 2. 1. 41; D. 18. 1. 19; D. 19. 1. 13. 8. 20. 22; 13. 6. 5. 2;

19. 5. 20. 1. Buckland, 290; Mackelvey, 404.

(註一百十九)關於特種買賣之種類甚多、可參閱 Buckland, 492 sqq.

(註一百二十) C. 4. 54. 2; D. 19. 5. 12.

(註一百二十一) D. 18. 1. 75.

(註一百二十二) D. 18. 6. 4; 18. 1. 34. 5.

(註一百二十三) D. 21. 1. 31. 22. 通常爲六十日・得因事由展長之。

(註一百二十四) G. 3. 142; Inst. 3. 24; D. 19. 2; C. 4. 65.

(註一百二十五) Inst. 2. 1. 36; D. 7. 1. 12. 2; 39. 4. 1. 1. 9. 3; 13. 6. 3. 6.

本論 中篇 物法 第三十五章 債之發生—契約

六八九

- (註一四二十六) C. 4. 65. 3; D. 19. 2. 54. 1, 56.  
(註一四二十七) D. 19. 2. 9. 1, 30.  
(註一四二十八) D. 50. 4. 3, 13, 14, 14; 50. 5. 11; C. 12. 41. 5. 9.  
(註一四二十九) D. 19. 2. 55. 1.  
(註一四三十) D. 19. 2. 25. 6; 19. 2. 15. 2-7.  
(註一四三十一) D. 19. 2. 55. 2.  
(註一四三十二) D. 19. 2. 25. 2, 27. 1, 28, 13, 7; 33.  
(註一四三十三) Inst. 3. 24. 5; D. 19. 2. 48. 1, C. 8. 4. 10; C. 4. 65. 34; C. 4. 65. 25.  
(註一四三十四) Mackeldey, § 412.  
(註一四三十五) D. 19. 2. 48. 1; Inst. 3. 24. 5; C. 8. 4. 10.  
(註一四三十六) D. 19. 2. 9. 1; 24. 3. 25. 4.  
(註一四三十七) C. 4. 65. 9.  
(註一四三十八) Inst. 3. 24. 6; D. 19. 2. 19. 8; C. 4. 65. 10.

(註一百三十九) C. 4. 65. 3.

(註一百四十) D. 19. 2. 9. 4; 19. 6; 30; C. 4. 65. 29.

(註一百四十一) D. 19. 2. 54. 1; C. 4. 65. 3

(註一百四十二) D. 19. 2. 24. 4.

(註一百四十三) D. 19. 2. 9. 6.

(註一百四十四) D. 19. 5. 5. 2.

(註一百四十五) D. 19. 5. 5. 2.

(註一百四十六) 惟多數事例，勞務云云，殊指工作而言。

(註一百四十七) D. 19. 5. 5. 2.

(註一百四十八) D. 19. 2. 9. 5.

(註一百四十九) D. 19. 2. 19. 9; 38.

(註一百五十) D. 11. 6. 1 pr. cf. D. 50. 13. 1. 4—5.

(註一百五十一) *Moyle*, 438.

本論 中篇 物法 第三十五章 債之發生—契約

- (註一百五十二) D. 50. 16. 5. 1.  
(註一百五十三) Inst. 3. 24. 4.  
(註一百五十四) D. 19. 1. 22. 2.  
(註一百五十五) D. 19. 2. 51. 1.  
(註一百五十六) D. 19. 2. 36.  
(註一百五十七) D. 19. 2. 31; 34. 2. 34 pr.  
(註一百五十八) D. 14. 2; p. 2. 7.  
(註一百五十九) Inst. 3. 25; G. 3. 148—154; D. 17. 2; C. 4. 37.  
(註一百六十) Inst. 3. 26; G. 3. 155; D. 17. 1; C. 4. 35.  
(註一百六十一) Girard, Manuel, 597.  
(註一百六十二) Buckland, 518, n. 9.  
(註一百六十三) D. 19. 5. 5.  
(註一百六十四) D. 19. 4; 19. 5. 5. 1; C. 4. 64.

- (註一百六十五) D. 19. 4. 1. 3  
(註一百六十六) D. 19. 3  
(註一百六十七) D. 19. 8. 1. 1.  
(註一百六十八) D. 19. 5. 17. 1.  
(註一百六十九) D. 19. 5. 17. 1.  
(註一百七十) D. 2. 15; C. Theod. 2. 9.  
(註一百七十一) D. 2. 15. 8 pr.  
(註一百七十二) D. 2. 14; C. 2. 3.  
(註一百七十三) D. 8. 2; Girard, Textes, 17; D. 2. 14. 17. 1,  
(註一百七十四) D. 2. 14. 7. 5; C. 2. 3. 10. 13; C. 4. 54. 2.  
(註一百七十五) Inst. 3. 13. 1; 4. 6. 3.  
(註一百七十六) Inst. 4. 6. 9.  
(註一百七十七) D. 47. 6. 1. 4; D. 4. 9.

- (註一百七十八) D. 4. 8; C. 2. 56.  
(註一百七十九) D. 48. 3. 2. 9. 10. 11. 15. 32.  
(註一百八十) D. 2. 14. 6.  
(註一百八十一) D. 4. 8; C. 2. 56.  
(註一百八十二) Inst. 2. 7. 2; C. 8. 53, 35 5; D. 39. 5.  
(註一百八十三) C. Th. 3. 13. 4; C. 5. 11. 6; C. 4. 29. 25.  
(註一百八十四) Moyle, Inst. etc. p. 479.  
(註一百八十五) Moyle 395, 481, 481; D. 46. 1. 16. 4.  
(註一百八十六) D. 16. 2. 6; cf. Inst. 4. 6. 39.  
(註一百八十七) D. 13. 5. 1. 7; 20. 1. 5; 39. 5. 19. 4; Inst. 3. 20. 1; 29. 3.  
(註一百八十八) D. 15. 1. 9. 2—4.

### 第三十六章 債之發生——準契約

準契約(Quasi ex Contractu)者，謂當事人事前未有合約，因其行爲而發生與契約同一之關係也。此爲吾人試下之定義，究非羅馬法本有之解釋。優帝會典及法律綱領對於準契約之性質，僅說明其與契約相似及與侵權不同之點而已。其言曰：「關於契約之種類已如前述，今進而檢討是項債之發生，嚴格言之，不基於契約之原因，亦非基於侵權之結果，爲一種準契約焉。」(註一)所舉事例，均以此爲準則，即在嚴格的意義上，既非屬於契約之範圍，然亦非侵權也。今將優帝所述準契約之事例簡述之。

## 第一節 無因管理

無因管理者(Negotiorum Gestio)，謂未受委任并無義務而爲他人管理事務也(註二)。易言之，管理人(Negotiorum gestor)與本人(Dominus negotii)原無委任關係，亦無任何法律上之義務，本無代他人管理事務之必要。但因爲管理人與本人之間，有時出於互助之心，而未受委任爲他人處理事務，究非侵權。在此種情形之下，此無因管理人之責任若何，本人應否

償還費用，斯皆爲法律上所應規定，以杜爭議也。

無因管理與委任(Mandatum)相似，所不同者一爲有契約之關係，一爲無契約之關係也。至於管理之事務，不問何種，均得爲之，如修葺房屋，爲保證人，經營商業等是(註三)。本人對管理人因管理事務之種種請求得提起「無因管理之訴」(Actio negotiorum gestorum)，而管理人因管理事務必要費用之請求，得提起「無因管理對待之訴」(Actio negotiorum gestorum contraria)。但管理人應注意其事務，否則，無要求受償之權。至於代本人訂立債務之行爲，須不背於本人之利益爲限(註四)。管理人代本人管理事務，應以本人之利益而非爲自己之利益(註五)。對於管理人之行爲，有爲拘束本人之意思，否則，非無因管理(註六)。管理人代本人管理事務，須視該事務是否爲本人所欲管理或繼續者。例如本人亡故或重大疾病致不能管理事務，因代本人管理之結果將使減少損失或使其原有事務得以繼續不斷(註七)，則管理人之行爲，本人須負其責。至於在管理中因災患或其他不可抗力之事由而致損失時，管理人不負賠償責任，對於墊付費用，仍可要求償還(註八)。然若本人禁止管理人爲某種行



爲或管理人違背本人之意思時，管理人應負其責（註九）。無因管理爲善意債務，故本人對於管理人之行爲，如無上述之違法原因時，須完全負責，即使本人對於事務不能自己行爲時，對於受益部分仍應依照無因管理之法例負其責任（註十）。

無因管理之效力，對管理人發生左列義務：

一、對於管理之事務，應負普通之注意，即使本人亡故，亦不發生影響，否則，應負賠償損失（註十一）。

二、對於管理事務進行之狀況，應報告本人。因管理事務所收取之金錢物品，及孳息應交付於本人（註十二）。

三、管理人爲自己之利益，使用事務管理上收入之金錢者，應支付利息。（註十三）

本人對於管理人應負之義務如左：

一、應償還管理人支出之費用，墊款及利息（註十四）。

二、負責清償管理人因事務上所發生之債務（註十五）。

此外尚有一特種無因管理，即所謂「喪事管理」是也（註十六）。喪事管理者，謂對於他人之喪事，并未受委，而為之料理也。喪事管理人對於死者之家屬或其他負有安葬之人有請求返還支出之必要費用（註十七）。此項訴權，稱曰「喪費請求之訴」(Actio funeraria)（註十八）。但喪事管理人之請求權，須不背於下列之規定：其一，喪事管理人對於死者之喪事并非盡義務之意思，換言之，即對於支出之費用，有收回之意思（註十九）。其二，喪事管理人對於喪事支出之費用須依死者之身分地位而為適當之支配，不得奢用，然亦不能過於儉約，致礙死者之聲名（註二十）。其三，喪死管理人對於喪事費用之請求，已無他種訴權可資救濟（註二十一）。倘有他種訴權可資救濟，則不得逕行提起喪費請求之訴，良以此種訴權給予管理人排除其他債權人之效力也。

## 第二節 共有

共有者，謂二人以上共有一物而發生相互間之關係也（註二十二）。共有人相互間之權利義

務，猶同合夥員。共有人得請求分割共有物，其不能分割或分割有失公平者，他共有人有請求補償不足部分之權利（註二十三）。分割對於共有物之一部分亦得爲之（註二十四）。他如數共有人請求分割，而其他共有人仍願繼續共有關係者，則分割祇及於請求之共有人（註二十五）。分割之訴，視共有物之性質稍有不同。遺產共有者，適用「遺產分析之訴」（*Judicium Familiae erisoundae*）。共有買賣或遺贈共有者，適用「共有分割之訴」（*Actio communi dividundo*）（註二十六）。請求分割之訴，雖以分割爲主要目的，但關於當事人之權利義務，亦可附帶請求（註二十七），例如共有物之損益，由於一方共有人之重大過失而致發生實際損害是（註二十八）。共有人如爲永遠不可分割之約定，其約定無效（註二十九），但於相當期內約定不分割而經裁判官認許其爲各共有人利益者，則爲法之所許（註三十）。因分割而致損失時，請求分割之共有人不負任何責任，此與合夥員之退夥不同。共有人得將其共有分轉讓，抵押，設定利益，但不能設定地役權（註三十一）。共有人死亡時，不影響共有之關係（註三十二）。

請求分割之權，祇限於共有關係存在中所發生之事項。故如共有關係發生前或共有關係

終止後之費用或負擔，他共有人不負償還之責（註三十三）。例如共有人對於共有物支出之費用而誤以爲該物係獨有者，則該共有人對於共有物有「善意占有」之權利，換言之，彼無訴權之救濟，僅有留置權耳。

共有物因滅失而終止共有關係，故請求分割之訴須有共有關係之存在，方得爲之，否則，僅可請求共有關係所發生費用之負擔（註三十四）。

### 第三節 債務履行之錯誤

債務履行之錯誤 (*Solutio indebita*) 或簡稱誤付債務者，謂對於不存在債務而爲錯誤之給付也（註三十五）。此與消費借貸相似，但不同者，爲誤付債務之效果非爲成立新債，却係履行債之給付而已。故欲構成此行誤付債務，其要件有四：其一，當給付時，并無債之存在（註三十六）。自然債務雖非法定債務，一經履行，則不得請求返還，故非「債務履行之錯誤」（註三十七）。他如對於未屆期之債務而先期履行者，亦不得請求返還（註三十八）。然若給付錯

誤時，例如誤乙爲丙，則屬於債務履行之錯誤（註三十九）。其二，「錯誤」爲此項請求之要件（註四十）。倘給付人明知其給付係錯誤而猶爲給付者，不得請求返還，視爲贈與（註四十一）。其三，受履行之對造須係出於善意，易言之，即不知其爲錯誤者，否則，視同竊盜，應負返還之責任（註四十二）。其四，債務人主張履行債務錯誤者，負舉證之責任（註四十三）。

基於債務履行錯誤之訴權，稱曰「返還非債之訴」(Condictio in debitis)，其效力如左：

一、返還現存之物或其價值，如爲消費物，自請求之日起將剩餘者返還之（註四十四）。誤受履行之人得請求支付必要之費用（註四十五）。

二、誤爲人保證或雖爲保證而代償之債務超過應有之數額者，得以此訴請求解除或回復保證（註四十六）。

三、誤爲人勞動或工作者，得請求支付酬金（註四十七）。

四、誤爲給付者，得請求返還給付之數額（註四十八）。

五、誤爲債之認許者，得請求撤銷之（註四十九）。

#### 第四節 條件不成就之返還

條件不成就之返還 (*Conditio ob causam datorum*) (註五十) 乃指物件之交付以待將來某項條件之成就也 (註五十一)，如甲給乙羅幣百元，以與丙結婚是。倘將來條件不成就，則交付之物應即返還，如上例之丙若未與乙結婚而亡故，則甲得向乙請求返還已交付之款。此不獨適用於條件不成就之事例，即無名要物契約，亦可援用此訴權。譬如互易契約之一方已交付其物者，得提起此訴請求返還 (稱曰撤銷權 *Jus reivendi*)，或依無名要物契約提起對待給付之訴，均無不可 (註五十二)。

#### 第五節 不法原因

不法原因履行之訴 (*Conditio ob turpem, ob iniustam causam*)，乃以金錢之給付基於非法律所認許之行爲也。此有二例，一爲不正當之原因而給付者 (即 *Dare ex iniusta causa*)，

如給付重利是(註五十三)、一爲違反善良風俗而給付者(即 *Dare ob turpem causam*)、如向  
綁匪贖票是(註五十四)。

(註一) *Inst.*, 3, 27 pr.

(註二) *D.* 3, 5; *C.* 2, 18. 關於監護人與受監護人, 保佐人與被保佐人, 繼承人與受遺贈人之義務,  
已各於人法篇述及, 本節不再重贅。

(註三) *D.* 3, 5, 3, 2; 21, 29.

(註四) *D.* 3, 5, 6, 4, 9; 3, 5, 45, 2.

(註五) 如非自己之利益, 祇可請求本人因受益之部份償付。見 *D.* 3, 5, 6, 3.

(註六) *D.* 3, 5, 27, 1; 3, 5, 44; *C.* 2, 19, 11

(註七) *Inst.*, 3, 26, 1; *D.* 3, 5; 44, 7, 5pr. 例見 *D.* 3, 5, 6, 12; 8 pr.; 11; 16 pr.; 19, 3, 5; 24,

2; 22; 31, 6; 35; 28.

(註八) *D.* 3, 5, 10, 1; 22; 27 pr.

(註九) *D.* 3, 5, 8, 3; 17, 1, 40; *C.* 2, 19, 24.

本論 中篇 物法 第三十六章 債之發生—準契約

七〇三

(註十) D. 3. 5. 33; 6 pr. 37.

(註十一) D. 13. 6. 17. 3; 3. 5. 21. 2; C. 2. 19. 20.

(註十二) D. 3. 5. 3. 7; 3. 5. 7. 1; 3. 5. 30. 2.

(註十三) D. 3. 5. 19. 4. 應支付六厘之利息，見 D. 3. 5. 38. 如濫貸款項，則對貸額及其普通利息

負其責任。

(註十四) D. 3. 5. 43.

(註十五) D. 3. 5. 2; 3. 5. 9. 1; 46. 7. 5. 6.

(註十六) D. 11. 7; Dietzel. De actione funeraria. Leipsic, 1853; Buckland, 540.

(註十七) D. 11. 7. 12. 2. 關於負擔喪事之債務，見 D. 11. 7. 12. 4; 11. 7. 16—23. 28. 31.

(註十八) D. 11. 7. 31. 2.

(註十九) D. 11. 7. 14. 7; 3. 5. 27. 1; 3. 5. 44; C. 2. 19. 11.

(註二十) D. 11. 7. 14. 7; D. 3. 5. 27. 1; 3. 5. 44; C. 2. 19. 11.

(註二十一) D. 11. 7. 14. 12.



- (註二十一) Inst. 3. 27. 3. 4; D. 10. 2. 13; C. 3. 36-38.
- (註二十二) Inst. 4. 17. 4. 5; D. 10. 3. 3. 1; 10. 3. 6. 1; 10. 3. 21.
- (註二十四) D. 10. 3. 13.
- (註二十五) D. 10. 3. 8 pr. 例外見 D. 10. 3. 19. 1.
- (註二十六) D. 10. 3. 詳見 Buckland, § cccxii.
- (註二十七) D. 10. 3. 3. Pr.
- (註二十八) D. 10. 2. 25. 16; 10. 3. 14. 1.
- (註二十九) D. 10. 3. 14. 2; C. 3. 37. 5.
- (註三十) D. 10. 3. 14. 2.
- (註三十一) D. 10. 3. 6. 1, 9; 10. 3. 14. 3; 10. 3. 24. 1; C. 3. 37. 2; D. 7. 1. 49; 8. 1. 2.
- (註三十二) D. 8. 3. 34 pr.
- (註三十三) D. 10. 3. 4. 3; C. 3. 37. 3; D. 17. 2. 65. 9.
- (註三十四) D. 10. 3. 11.

(註三十五) Inst. 3. 27. 6; 3. 14. 1; G. 3. § 91; D. 12. 6; C. 4. 5. Buckland, 537—539. 梭姆列  
 入「無原因債務履行之返還」，視為不得得利之一種。Sohm, 408.

(註三十六) D. 12. 6. 22 pr. 37. 40; 16. 1. 16. 1; 50. 17. 45 pr; C. 4. 32. 8; C. 3. 48. 3.

(註三十七) D. 12. 6. 13. 26. 9, 38 pr., 40 pr.; 14. 6. 9. 4—5; 14. 6. 10.

(註三十八) D. 12. 6. 10. 卽如附有條件之給付，於條件未成就前之給付，如該條件將來必定發生者，  
 亦不能請求返還。見 D. 12. 6. 17. 18.

(註三十九) D. 12. 6. 65. 9; 12. 6. 19. 1; 12. 6. 22; C. 4. 5. 8.

(註四十) D. 12. 6. 1. 1; 50. 17. 53; C. 1. 18. 10; Savigny, Syst. vol. 3. p. 447 sqq.

(註四十一) D. 12. 6. 50; 12. 6. 1; 22. 6. 6; 22. 6. 9. 2. 50. 17. 53.

(註四十二) D. 13. 1. 18. 對於惡意受履行之人應提起返還竊物之訴(Conditio furtiva)。

(註四十三) D. 22. 3. 25 pr.

(註四十四) D. 12. 6. 3. 26. 12. 32 pr., 65. 7—8. 66.

(註四十五) D. 12. 6. 65. 5.

(註四十六) D. 12. 6. 31. 36; 3. 4. 1 pr.

(註四十七) D. 12. 6. 26. 16; 12. 12. 6. 40.

(註四十八) D. 12. 6. 22. 1.

(註四十九) C. 4. 5. 3.

(註五十) D. 12. 4; 12. 6. 5. 2; C. 4. 6. 又轉 *Condictio ob rem dati* 或 *ob causam dati* 或

*Condictio causa data causa non secuta.*

(註五十一) D. 19. 5. 5. 1.

(註五十二) Sohm, 409; Mackeldey, § 444.

(註五十三) D. 12. 5; C. 4. 7; Sohm, 410.

(註五十四) D. 12. 5. 6. 7; 16. 3. 13. 1; 47. 2. 25. 1; C. 4. 9. 3; Sohm, 410.

### 第三十七章 債之發生——侵權

本論 中篇 物法 第三十七章 債之發生——侵權

債之發生，除契約行爲外，尚有侵權行爲焉。侵權云者，謂對於個人法益受侵害而發生損害賠償之權利也（註一）。衡之羅馬法例，權利之侵害有可以回復者，有不能回復者。其可以回復者，則爲契約上之請求權；其不能回復者，則發生賠償之責任。而此賠償之責任，在羅馬法上常表現於處罰行爲人以相當之金額。此種賠償責任，與其他之債不同，其效力僅及於個人，且不論其人格權之有無滅等，并不免除其責任（註二）。反之，一旦行爲人亡故，通常被害人之訴權消滅，不及於行爲人之繼承人（註三）。尤有進者，行爲人有數人時，其責任爲個別連帶，易言之，卽行爲人中之一人受免除不影響於其他行爲人也（註四）。

依優帝法律綱領之規定，侵權行爲之種類分爲四項，卽一，竊盜；二，強盜；三，財產權之侵害；四曰，屬人權之侵害（註五）。但此四者，雖爲侵權中之重要者，然除此以外，會典中尚不少其他侵權之種類，概括言之，有脅迫，詐欺，虐待奴隸，詐欺債權人，詐欺主人等五者（註六）。今將優帝之分類先爲簡述，益以脅迫及詐欺二類焉。

## 第一節 竊盜

竊盜者，謂竊取他人之財物以爲己有也（註七）。所謂財物，不限於有體物，卽物之使用或占有亦構成竊盜（註八）。但此項財產，以動產爲限，故土地不能成立竊盜罪（註九）。「竊取」云云，涵有詐欺不法之動機，而以他人之物，未經其同意，擅自移用爲目的也（註十）。

竊盜之行爲，有現行犯與非現行犯之別。此自羅馬古代直至優帝時代猶未廢除（註十一）。所謂現行犯（*Furtum manifestum*），謂竊盜於當時發覺，其稱爲非現行犯（*Furtum neo manifestum*）者，謂竊盜於事後始行發覺。此區別之重要，在於犯人所負之責任不同（註十二）。如竊盜非現行犯者，十二表法時代已規定犯人負加倍返還贓物之價值（註十三）。對於贓物之搜索，古代羅馬法准許物主對於可疑之人得於其住宅加以搜索（註十四）。若搜索時邀同證人發現贓物者，得提起贓物竊盜之訴（*Actio furti concepti*），要求返還三倍贓物之價值（註十五）。其在發現贓物住宅之主人指明某人藏匿贓物者，得對藏匿人提起藏匿贓物之訴（*Actio furti oblati*）要求三倍贓物之價值（註十六）。

十二表法規定現行竊犯之處罰至酷，其後裁判官准許被害人提起現行竊犯之訴（*Actio*

*furti manifesti*)，要求等於竊物價值四倍之賠償，不問其爲自由人或奴隸。直至優帝時代，對於上述現行竊犯與非現行竊犯之賠償額，一仍其舊(註十七)。

失主對於他人可疑之住宅，得加以搜索，在前略已述及。十二表法對於拒絕搜索之人未加規定，其後裁判官始准予失主對於拒絕搜索之人提起「拒絕搜索贓物之訴」(*Actio furti prohibita*) 請求賠償四倍竊物之價值(註十八)。但對於發現贓物之屋主拒絕交付贓物時，則又如何，十二表法亦無救濟明文，故裁判官爲制裁拒絕交付贓物之人，准予失主提起「拒絕交付贓物之訴」(*Actio furti non exhibit*)，要求賠償四倍竊物之價值(註十九)。

優帝之朝，上述四種特別訴權(即發現贓物之訴，藏匿贓物之訴，拒絕搜索贓物之訴，拒絕交付贓物之訴)，已行廢弛(註二十)，失主得依左列方法請求救濟(註二十一)……

- 一、對現行竊犯之請求，得提起現行竊犯之訴要求賠償四倍竊物之價值。
- 二、對非現行竊犯之請求，得提起非現行竊犯之訴要求賠償四倍竊物之價值。此訴與前項之訴，總稱曰「竊盜之訴」(*Actio furti*)(註二十二)。

三、除上述之救濟權外，失主得提起返還原物之訴 (*Actio vindictatio*) 或返還失物價值之訴 (*Condictio furtiva*) (註二十三)。前者得對任何人提起請求返還原物，後者則僅限於竊犯或其繼承人，不問竊物之有無存在也。

四、對於竊物之現在占有人或故意將物交付者，得提起「原物交出之訴」 (*Actio ad exhibendum*) (註二十四)。

最後吾人欲有所說明者，則「竊盜之訴」 (*Actio furti*) 限於竊物有受損害之人，易言之，即對於有物權之關係人也。至於對物未有受損害或有利益之人，不得提起。例如通常寄託物之受託人，雖寄託物被竊盜，除寄託人外，受託人不得提起此「竊盜之訴」 (註二十五)。

## 第二節 強盜

強盜 (*Rapina, vi bonorum raptorum*) 初與竊盜原無分別，依其是否為現行犯與非現行犯之情節而定 (註二十六)。迨至紀元前七十七年間裁判官魯克羅斯 (*Lucretius*) 鑒於強盜案件之

層出不窮，始定爲獨立之私犯，而與竊盜異其規定（註二十七）。構成強盜罪者，彌不有竊盜之要素。對此強盜罪之賠償請求權，定爲竊物之四倍，惟此四倍所包括者連同竊物價值在內，固與現行竊犯訴權之得請求四倍者不同（註二十八）。基於強盜之訴權，應於一年爲之，逾期，僅有賠償盜物價值之請求權。職是之故，被害人除不得已情形外，罕欲提起強盜之訴焉。蓋一旦一年時效完成，則請求賠償之價值，較之非現行竊犯之訴權爲少也（註二十九）。

強盜之成立要件，亦以故意爲因素（註三十）。故若某甲誤以他人之物爲己物而施強暴行爲奪得者，其在初時，不構成強盜或竊盜之行爲（註三十一）。嗣後爲防杜強盜藉此抗辯爲護符，以實行強盜之行爲，始逐由皇帝敕令加以改正，禁止以強暴或脅力奪取之行爲，即自己之物，亦無例外，違者視其是否己物而異其規定。如係己物，則沒收之；若非己物，除返還原物外，并應坐償原物之價值（註三十二）。此不特對於動產爲然，即土地亦在同樣禁止之列（註三十三）。

至於提起強盜訴權之基礎，要以權利之受侵害爲原則，但不限於自己之物（註三十四）。



故如基於貸借貸，質權，寄託，善意占有，用益或其他法律上之行爲對取得該物有相當之權利者，均得提起此訴，要求賠償損害，其較竊盜訴權之範圍固較廣也。

### 第二節 財產權之侵害

「財產權之侵害」(Dammun injuria datum)三者，謂故意或過失加害於他人之財物也(註三十五)。依阿桂利亞律(Lex Aquilia)之規定，被害人得請求損害賠償之訴。此律之年代，迄今尙未能確定，惟研究羅馬法者考訂爲紀元前二百八十六年或二百八十七年間(註三十六)。阿桂利亞律原爲一平民決議案，由平民會通過，斯時提此案者爲阿桂利亞，故名(註三七)。

依此律之第一章規定，凡不法殺害他人之奴隸或牲畜者(如牛羊之類)，加害人應依該被害奴隸或牲畜於最近一年內之最高價額賠償之(註三十八)。所謂牲畜，以食草獸爲限，如牛，馬，驢，羊等是，至於野獸或犬狗之類，則非牲畜(註三十九)。所謂不法，乃指非行使權

利而言，如係出於正當防衛而致殺害，當非不法可比（註四十）。不法包涵故意，如動機不正而殺害他人之奴隸是。他如過失，亦與故意同一之效果，即加害人仍不能免除賠償之責任也（註四十一）。其後法家之解釋，推求愈廣，對於損失一項不僅市價而已，即其他附帶之損失亦可計算在內（註四十二）。例如一羣之馬，原在馬戲中表演，因被殺害一匹以致失却表演精彩，此項損失，亦得列入最高市價之內，以為要求損失之標準。

阿桂利亞律第三章規定對加害於他人之物應負之賠償責任（註四十三）。此章之文義，經法家之推求益宏。舉凡加害他人所有物之行爲者，均足構成賠償之訴（註四十四）。其與第一章殺害他人之奴隸不同者，即第三章關於損失之計算，以最近三十日內之市價爲率。此所謂市價，仍依最高市價計算（註四十五）。

基於財產權侵害之訴 (*Actio damni injuria* 或稱基於阿桂利亞律之訴 *Actio legis Aquiliae*) 原限於所有人方得請求，其後裁判官准許善意占有人，用益權人等亦得援用（註四十六）。此外，阿桂利亞律訴權之發生，以加害人之行爲係對他人之財物爲直接之侵害爲限，如間接侵

害者，此訴權初無適用之可能（註四十七）。裁判官爲補此缺陷，乃許被害人提起「基於事實之訴」（*Actio in factum*）以請求損害賠償也（註四十八）。

#### 第四節 屬人權之侵害

前三節所述權利之侵害，均爲對物侵害，今將對於屬人權之侵害加以敘述。屬人權之侵害行爲，又稱爲「對人侵權」（*injuria*）直譯曰「損害」，在羅馬法上有四個不同之意義焉（註四十九）。其一，爲不法之行爲所受之損害；其二，爲故意或過失行爲所受之損害，如上述之阿桂利亞律是；其三，爲不公平或偏頗裁判所受之損害；其四，爲凌辱行爲所受之損害。優帝網領卽以末項之意義而言。所謂凌辱，涵義至廣，不特於個人之自由，名譽，身分加以侮辱已也，舉凡傷害凌虐個人之精神的與身體的均屬之（註五十）。惟此種凌辱所受之損害程度，有輕重之不同。重大之損害，羅馬法上有特殊之規定（註五十一）。左列行爲，視爲重大凌辱（*Atrox*）..

一曰侵害行爲之原因，如以棍棒毆人是；

二曰侵害行爲之處所，如在公共場所戲院，法庭等地是；

三曰受害之部位，如對於四肢五官之加害是（註五十二）；

四曰被害人之身分，如元老或官吏之受侮辱，尊親屬或主人之被家子或奴隸侮辱是。

重大凌辱之損害行爲，裁判官每許被害人要求較大之賠償額，承審員對於裁判官所定之罰金，雖得加以酌減，然在事實上罕爲之（註五十三）。

十二表法規定損害賠償之數額，視傷害之程度而定（註五十四）：毀損四肢者，加害人應受同一之痛苦；骨傷者，對於被害自由人應賠償三百「阿士」（*Asse*）之罰金，若被害者爲奴隸，則減半罰金；此外傷害，均處二十五「阿士」之罰金。但此種規定，不無予富者不仁（註五十五）。其後裁判官准許被害人提起「損害之訴」（*Actio injuriarum*），自定賠償之數額，惟裁判官得因情節酌減之（註五十六）。此項訴權，因一年間之不行使而消滅（註五十七）。直至優帝時代，損害賠償之請求額，率由裁判官視損害之性質，受害之部分，加害之情節，及被害

人之身分酌定之（註五十八）。

一般之凌辱，其涵義甚廣，吾人已述之於前。就其性質分析之，可分爲五：一曰身體權之侵害，如被毆打是；二曰名譽權之侵害，如以文字傳佈誹謗公衆辱罵是；三曰信用權之侵害，如取他人之物以清償不存在之債務致使其人失却信用是；四曰貞操權之侵害，如追逐婦女是；五曰家屬權之侵害，如追誘未成年之男女是：要之，舉凡足以侵害他人之個人權利者，皆足構成損害，而加害人負有賠償之責任（註五十九）。此項責任，不僅對直接受害之個人而已，即與被害人有關係之人亦得主張之（註六十）。例如夫權婚姻之妻受人凌辱時，不特妻得直接請求損害賠償，即夫亦得爲之，其爲無夫權之婚姻，則妻父兼有此請求權。此項請求權之基礎，不外以家屬權之受侵害爲由。反之，夫如受凌辱時，妻則無此權利，優帝謂此乃夫非受妻之保護所使然。推而至於奴隸，主人既負有保護奴隸之責，故當然得請求之，但奴隸原無獨立之人格，遂不能以自己名義要求損害賠償（註六十一）。且也，主人對奴隸之損害，須達至相當之深重，方有請求賠償之權。例如辱罵奴隸，不能成立對主人之損害，又如以

手掌奴隸之額，亦不足構成損害。然若將奴隸鞭笞，則主人始得請求之（註六十二）。

加害人有數人時，各行爲人均負連帶賠償之責任；教唆他人損害者，亦同（註六十三）。被害人有數人時，均得就其損害部分要求賠償。惟被害人對於損害之行爲，若以加害人無賠償能力，亦可請求治以刑事責任。延至紀元前八十一年間，康尼利亞律對於凌辱之損害，予被害人以永久之訴權，即不因一年時效之完成而喪失其訴權（註六十四）。倘被害人提起刑事之訴，則裁判官有自由處罰之權（註六十五）。依芝諾（Zeno）之敕令，有身分之被害人或加害人，不論刑事或民事部分，均得委任他人代理訴訟，不復規定應由本人出庭應訊（註六十六）。被害人對於加害人之行爲不即追究或已予寬恕者，其訴權即歸消滅，事後不得因他種原因而另行追究，此緣損害之訴權無非以滿足被害人故也（註六十七）。

### 第五節 脅迫

脅迫（Metus）者，謂以強力威赫他人完就法律行爲也（註六十八）。後來法律，推而至於其

他損害之行爲（註六十九）。其威嚇他人以身體之傷害，生命之危險，不法使人失却自由等，皆足構成脅迫。惟純以交付金錢之威嚇，不成脅迫（註七十）；且脅迫須爲實在的，不可避免。以及常人在斯種情形有發生畏懼恐怖之心（註七十一）。羅馬市民法對於脅迫之行爲，視爲有效，其後裁判官乃從消極方面糾正，准許被迫之當事人撤銷其因脅迫所發生之法律行爲（註七十二）。此救濟權可分爲三：其一，爲脅迫原因之訴（*Actio quod metus cause*），乃對於行爲人及第三者得請求返還因脅迫所交付之財產（註七十三）。但此訴權，爲對行爲人提起返還之訴而不交付者，裁判官處以照原物四倍之價值以爲賠償（註七十四）；若對第三者提起者，則限於不當得利之部分（註七十五）。此訴之效果，不發生「不名譽」之處分（註七十六）。被害人之繼承人亦得提起此訴，但行爲人之繼承人，除受利益之部分外，不負返還責任（註七十七）。行爲人有數人時，負共同連帶之責任，惟此有不同者，則行爲人中的一人對被害人賠償者，其他共同行爲人之責任當然免除（註七十八）。訴權之時效爲一年，逾期僅得請求原物之價值，但亦以無其他救濟權爲限（註七十九）。其二，爲脅迫原因之抗辯（*Exceptio quod metus*

*causa, exceptio metus*), 乃當事人因履行脅迫行爲得提出之抗辯也(註八十)。其二, 爲回復原狀之聲請 (*Restitutio in integrum*), 卽行爲人回復強迫以前之狀態也(註八十一)。

## 第六節 詐欺

詐欺 (*Dolus*) 者, 謂以詐術使人從事法律行爲也(註八十二)。凡被詐欺之當事人, 在羅馬市民法上, 一如脅迫之行爲, 不得藉詐欺之事由以爲抗辯。其後裁判官乃許被詐欺者得提起「基於詐欺之訴」(*Actio doli*) 以撤銷其承諾之法律行爲或要求賠償損失(註八十三)。此訴之時效爲一年, 且限無他救濟權者始得提起(註八十四)。數人詐欺時, 其中一人已賠償受害人者, 則免除其他行爲人之責任, 此與脅迫相同(註八十五)。但詐欺之訴與脅迫之訴異者有四: 其一, 詐欺之訴僅與受害人以實際之賠償, 不若脅迫之被害者有請求四倍原物之罰金也(註八十六)。其二, 詐欺之訴祇可對詐欺之行爲人及其繼承人請求賠償, 却不能如脅迫之訴得向第三者提起也(註八十七)。其三, 詐欺之訴對於行爲人發生「不名譽」之處分, 而脅迫之訴則



否(註八十八)。以其如是，故其適用之範圍較狹，且因身分之關係而有禁止不適用此訴者(註八十九)，如家子對家父或解放自由人對主人不得提起詐欺之訴是(註九十)。遇此等人發生不實或詐欺事件時，裁判官許其提起「基於事實之訴」(*Actio in factum*) (註九十一)，因此訴并不申述詐欺之事由且不發生「不名譽」之處分也。此外如詐欺之訴因時效而消滅時，受害人亦可請求「基於事實之訴」。其四，詐欺之訴為從訴權，即被詐欺之當事人必須無他救濟權始得為之，此與脅迫之訴顯有不同(註九十二)。然後來法律，對此已加變更，漸認許與其他訴權并列，由當事人自己選擇也(註九十三)。

受害人及其繼承人不惟得以詐欺之訴請求撤銷其法律行為，且於被訴追時，亦可為「詐欺之抗辯」(*Exceptio doli*) (註九十四)。此外復有「基於詐欺回復原狀之聲請」(*In integrum restitutio propter dolum*) (註九十五)。但當事人提起此訴者，要以其已因詐欺而受有損失，其提起此訴者，則不能再請求「詐欺之訴」，亦不能向第三者為之(註九十六)。

(註一)基於不法行為而發生之債，羅馬法稱曰 *Obligatio ex delicto*。Delicto 一詞，國人譯為「私

犯」，乃就英文譯語 Private wrong 轉譯而來。著者以羅馬法上之 Delicto 雖未必與吾國民法之「侵權」完全一致，然大體言之，實與侵權同一意義。且「侵權」一語與英文之 Private Wrong，或 Tort 本義較近，此吾人在本書以侵權二字譯羅馬法上 Delicto 之淺顯理由也。至於此處所述「侵權」之意義，係就最廣義而言。慕爾(Moyle)列舉侵權之特質有三：其一，基於侵權行為而發生之債務為獨立的，其二，侵權行為常含有詐欺(故意)或過失之成分，其三，基於侵權行為之救濟屬於處罰之性質。見 Moyle, Imp. Just. Inst. p. 512.

(註一) Buckland, 571.

(註三) Buckland, 571. 但有例外。

(註四) D. 47. 2. 21. 9; 9. 2. 11. 2; 47. 10. 34. 但有例外。

(註五) Inst. 4. 1 pr.

(註六) 見 Buckland, 578, 590 sqq. 虐待奴隸(Servi corruptio)之人，對主人或占有人應負兩倍賠償之責任。此為裁判官法之訴訟。所謂「虐待」，不外對於奴隸之身體，精神及道德之損害。D. 11.

3. 1 pr. 4. 5. 2. 詳見 Buckland, 580—591.

詐欺債權人者，謂債務人危害債權人之利益也。例如處分質物，增加費用及負擔等是。詳見 Girard, Manuel, 432 sqq.; Buckland, 531; D. 42, 8, 10, 2; 42, 8, 1, pr.

詐欺主人者，謂向解放自由人圖取不當得利以損害主人之繼承權或減損主人之利益也。基於此種原因之訴有二：一 *Actio Fabiana*，二 *Actio Calvisiana*。前者對於解放自由人死後立有遺囑者適用之，後者對於解放自由人死後無遺囑者適用之。見 D. 38, 5; Girard, Textes, 454; D. 38, 5 1. 6. 主人無須舉證詐欺之事實，凡收受解放自由人之不當利益者則可爲之。見 Buckland, Main Inst., p. 389—340.

(註七) 優帝法律綱領之定義曰：「竊盜者，謂以詐欺之方法取得他人之物，不問使用或占有也」。Inst. 4. 1. 1.

(註八) 學者之間，有分竊盜爲有體物之竊盜，使用物之竊盜，及占有物之竊盜者。但此種分類，與羅馬法原義不符，殊不足採，本書以竊盜之種類，祇可分爲現行竊盜與非現行竊盜，一本優帝之分類也。Moyle, 513; Inst. 4. 1. 3.

(註九) Jolowicz, 173 及同頁註 1。

本論 中篇 物法 第三十七章 債之發生—侵權

七二三

(註十) Inst. 4. 1. 6 7, 18; D. 43. 4. 65 47. 2, 52, 19.

(註十一) Inst. 4. 1. 3.

(註十二) Jolowicz, 170—171.

(註十三)此爲通說。現行竊犯之處刑因自由人與奴隸不同。自由人除須受鞭楚外并交付債權人爲奴隸。但是否爲奴隸，尙無定說。見 G. 3. 189. 如係奴隸，除受鞭楚外，則被拋棄於達爾賓石下 (Tarpelan Rock)。Jolowicz, 170; Moyle, 516.

(註十四)直接搜索法乃由失主著腰帶(Litium)攜盤(Lanx)至可疑之住宅搜索。倘當場發現贓物，則視爲現行竊犯。此法至格阿士時代已蕩然絕跡。D. 9. 3. 192 sqq.

(註十五) G. 3. 186, 191; p. 2. 31. 3.

(註十六) G. 3. 186, 187, 191; P. 2. 31. 3.

(註十七) Inst. 4. 1. 4.

(註十八) G. 3. 188, 192.

(註十九) Inst. 4. 1. 4; Buckland, 578 謂通說均定賠償之額爲贓物之四倍，但於羅馬法文中并無此

種之規定也。

- (註二十) Ints. 4. 1. 4.  
(註二十一) Leage, 328.  
(註二十二) Moyle, 519, §13.  
(註二十三) Inst. 4. 1. 19; 4. 6. 14, 15. *Condictio*, 見 Moyle, *Excursus X*.  
(註二十四) Moyle, 561. Inst. 4. 6. 31.  
(註二十五) Leage, 328—329; Moyle, 521; Inst. 4. 1. 13.  
(註二十六) D. 47. 8. 1; 487. 8. 2. 26.  
(註二十七) Cicero, *Pro Tullio*, 8; D. 47. 8. 2 pr. cf. D. 47. 8. 2. 17.  
(註二十八) Inst. 4. 2 pr. 現行竊犯請求之訴，不包括物值在內，祇得四倍原物價值之賠償也。  
(註二十九) Moyle, 524.  
(註三十) Inst. 4. 2. 1.  
(註三十一) Inst. 4. 2. 1.

(註三十二) 先後皇帝敕命之改正爲 Valentinian, Theodosius, Arcadius (紀元三百八十九年) C.

8. 4. 7: Inst. 4. 2. 1.

(註三十三) Inst. 4. 2. 1.

(註三十四) Inst. 4. 2. 2.

(註三十五) Inst. 4. 3 pr.; G. 3. 210, 214; D. 9. 2. 2.

(註三十六) 從 Grueber, *lex Aquilia*, P. 163-185, cf. Girard Manuel 4th ed. p. 411. note 1; Buckland,

p. 580.

(註三十七) Leage, 331. D. 9. 2. 1 pr.

(註三十八) Inst. 4. 3 pr.; G. 9. 210; D. 9. 2. 2. 最近一年內係指自傷害之時期起算，而非自死亡

時起算。見 9. 2. 21. 1 Julian.

(註三十九) Inst. 4. 3. 1; G. 3. 210, 214; D. 9. 2. 2. 此外象駱駝如經馴養者，亦爲家畜。見 D. 9.

2. 2. 2.

(註四十) Inst. 4. 3. 3; G. 3. 211; D. 9. 2. 5. 1.

(註四十一) Inst. 4. 3. 3.

(註四十二) Inst. 4. 3. 10; D. 9. 2. 7. 6; 9. 2. 11. 5; 9. 2. 29. 5; 9. 2. 30. 3; 9. 1. 1. 7; 19. 5.

14. 2. 3; 9. 2. 27. 20; 9. 2. 30. 2; 9. 2. 13 pr.; 9. 2. 7 pr.

(註四十三) Inst. 4. 3. 13; G. 3. 217. D. 9. 2. 27. 5.

(註四十四) Inst. 4. 3. 13. 見註四十二引會典文。

(註四十五) Inst. 4. 3. 15.

(註四十六) Leage, 384.

(註四十七) Inst. 4. 3. 16.

(註四十八) Moyle, 649. 延至紀元前八十年，Lex Cornelia de sicariis 規定於民事之外得處以重

刑。Inst. 418. 5; C. 8. 35. 3. 鄭爾賓謂民事之請求并不影響州事之訴權。見 D. 19. 5. 14. 1.

(註四十九) Inst. 4. 4 pr. 此項侵害個人之權利，學者或稱曰生存權也。其與前述之種種侵權性質顯

有不同。見 D. 9. 2. 5. 1; cf. D. 47. 10. 15. 46.

(註五十) Inst. 4. 4. pr.: 1. 損害成立之要件有二。一為有傷害之意思，故無行為能力之人，如幼兒

本論中篇物法 第三十七章 債之發生—侵權

七二七

，精神病人等，因無責任之能力，不能成立傷害。D. 47. 10. 3. 2. 1 爲公然行爲 D. 47. 10

1. 1.

(註五十一) Inst. 4. 4. 9; G. 3. 2. 2. 5; P. 5. 4. 10; D. 47. 10. 7. 6—9.

(註五十二)但在格阿士及保羅斯二人之著述却未述及受害之部分爲重大凌辱也。G. 3. 23; P. 5. 4. 10.

(註五十三) Inst. 4. 4. 7; G. 3. 224.

(註五十四) Inst. 4. 4. 7; G. 3. 223.

(註五十五)傳聞有一羅馬人名 L. Veratius 者，素有怪癖，以在路上掌打他人面額爲歡心。當其步行街路時，有奴隸攜帶羅幣阿士隨之，凡其主人毆打行人時，由奴隸按十二表法規定之前則分散罰金，藉此以消娛其性情。見 Leage, R. P. L. 337.

(註五十六) Inst. 4. 4. 7. 此訴權又稱曰「裁判官法損害請求賠償之訴」。

(註五十七) C. 9. 35. 5. 受損害賠償之處罰者，「不名譽」(infamia)隨之。Inst. 4. 16. 2.

(註五十八) Inst. 4. 4. 8.

(註五十九) Inst. 4. 4. 1. 無故深入人宅者，亦同。D. 47. 10. 5. Pr.; Inst. 4. 4. 8. 倘有其他事例，



原 D. 9. 2. 41 pr.; 47. 10. 1, 2; 47. 10. 19, 20; 47. 15. 32, 33; 47. 10. 5 pr; 47. 13. 7;  
47. 11. 9.

(註六十) Inst. 4. 4. 2.

(註六十一) Inst. 4. 4. 3.

(註六十二) Inst. 4. 4. 4.

(註六十三) Inst. 4. 4. 11; p. 5. 4. 20.

(註六十四) D. 48. 8; 47. 10 5. 6—8 48. 2. 12. 4.

(註六十五) Inst. 4. 4. 10.

(註六十六) Inst. 4. 4. 10; cf. p. 5. 4. 12; D. 48. 1. 13. 1.

(註六十七) Inst. 4. 4. 12; D. 23. 4. 27; c. 2. 22. 1.

D. 47. 10. 13 pr. 稱曰「滿足個人之情緒」(Vindicium sprans)。以其如是，故加害人之子孫或承繼人不負責任，反之，受害人之子孫或繼承人亦不得請求：權利與責任均及身而亡也。

(註六十八) D. 4. 2. 1; Buckland, 588; Sohm, 209.

本論 中篇 物法 第三十七章 債之發生—侵權

(註六十九) 註見 Accarias, Précis de Droit Romain, 4 me éd., 2, 931.

(註七十) D. 4. 2. 8. 3; 4. 2. 3. 1.

(註七十一) D. 4. 2. 5. 6.

(註七十二) Sohm 209.

(註七十三) D. 4. 2. 14. 1.

(註七十四) D. 4. 2. 14. 1.

(註七十五) D. 4. 2. 14. 5.

(註七十六) Buckland, 588; Main Institutions, p. 340. 其理由謂或以行爲係出於善意，但此種說明

，吾人殊認爲無根據，因行爲既出於強迫，又有何善意之可言哉？

(註七十七) D. 4. 2. 14. 15.

(註七十八) D. 4. 2. 19.

(註七十九) D. 4. 2. 14. 1. 2.

(註八十) D. 4. 2. 9. 3.

(註八十一) D. 4. 2. 1.

(註八十二) D. 4. 3. 1. 2.

(註八十三) Sohm, 209, 210.

(註八十四) D. 4. 7. 35.

(註八十五) D. 4. 3. 1. 8.

(註八十六) D. 4. 3. 1. 1.

(註八十七) D. 4. 3. 15. 3.

(註八十八) D. 3. 2. 1: G. 4. 81.

(註八十九) D. 4. 3. 9. 5.

(註九十) D. 4. 3. 11.

(註九十一) D. 4. 3. 11. 12.

(註九十二) D. 4. 3. 1. 3. 4.

(註九十三) D. 4. 3. 28.

本論 中篇 物法 第三十七章 債之發生—侵權

(註九十四) D. 4. 3. 1. 4

(註九十五) Sohm, 210.

(註九十六) D. 4. 1. 7. 1; Buckland, 589.

### 第三十八章 債之發生——準侵權

準侵權債務(Obligatio quasi ex delicto)者，謂雖無如侵權之行爲，但依其情形足致他人發生損害，而使行爲人負賠償之責任也(註一)。依優帝之法律綱領，分準侵權之種類有四(註二)：一曰承審員職務上所爲之損害(Iudex qui litem suam facit)，二曰拋棄物件所致之損害(Res deiectae vel effusae)，三曰懸掛物件所致之損害(Res suspensae)，四曰運送館舍馬廄主人所致之損害(Nautae caupones stabularii)。此外與準侵權有相同之事例，如奴隸及牲畜加害他人而致主人引起之賠償責任，亦加以簡述焉。

## 第一節 承審員職務上所爲之損害

承審員 (Judge) 爲事實審理之人，因不正或疏忽之行爲而爲錯誤之判決或使當事人爲無義務之負擔，裁判官准許被害當事人對承審員提起「基於事實之訴」(Actio in factum) (註三)。承審員違反裁判官之程式指示而審判者，亦同 (註四)。惟此訴之效力，僅及於行爲人而已，對其繼承人不得提起也 (註五)。至於應負賠償之數額，由承審員酌定之。吾人此所宜注意者，即其職務上之行爲，雖非達到「過失審判」(Imprudencia judicial) 之程度，如疏忽開庭日期，閉庭規則等，亦認爲準侵權之行爲 (註六)。

## 第二節 拋棄物件所致之損害

凡自住宅內拋棄物件於通行路上因而損害行人或他人之財產者，居住者應負賠償之責任 (註七)。被害人得提起「基於事實之訴」，要求加倍之賠償 (註八)；但如行爲人中之一人已賠償者，其他行爲人即行免除責任 (註九)。此訴無時效之限制，被害人之繼承人亦可提起，但

行爲人之繼承人却不負賠償責任(註十)。此種拋投物件於通行路上之行爲，羅馬法認爲與公安有關，因此而致自由人於死者，許任何人有對行爲人以訴權，稱曰「公安訴權」(Agtiones Populares)，其時效爲一年(註十一)。若同時起訴有數人時，則死者之最近關係人有優先之權利(註十二)。其係自由人受傷害者，則可以「事實之訴」要求損害賠償，由承審員酌定，其訴權爲終身的，但其繼承人不得提起，此與損害行人或財產又不同矣(註十三)。

### 第三節 懸掛物件所致之損害

懸掛物件於通行路上因而致損害行人者，被害人得對居住者提起「公安之訴」，要求賠償十梭利地(羅幣)，但其繼承人不負賠償責任(註十四)。大體言之，此與拋棄物件所致之損害相同(註十五)。

### 第四節 運送人館舍及馬廐主人所致之損害

關於運送人館舍及馬廐主人所負之準契約義務，吾人已爲言及。今所述者，則其因行爲所加之損害而已。在原則上，雇主對於其使用人須負完全責任（註十六）。被害人之訴權爲永遠的，依事實之訴得請求加倍之賠償，其繼承人且可提起此訴；反之，行爲人之責任因死亡而終了，其繼承人不負賠償責任也（註十七）。館舍主人不特對其使用人之損害行爲負其責任，卽長期住居之旅客所致之損害亦同（註十八）。

由上述之四種準侵權事例觀之，則可知行爲人責任之發生，不外基於過失及職務二者。如拋投棄物於行人路上，此爲常人所應注意之事；今因此而拋投，由行爲人言之，不能謂非過失。倘此種過失任其逍遙，不惟行人時有危險，且通行路上將成堆棄物矣。

至於承審員之誤判，過失審判以及館舍主人應對使用人負其責任，皆出於職務上之原因。羅馬法於此已立下一基本原則，爲後代立法之準繩。吾人今日受惠於羅馬法，不可謂不多也。

## 第五節 家主對於奴隸侵權行爲之損害賠償責任

羅馬法對於家父權下之人發生侵權行爲時，原賦與家父交付行爲人以免除其賠償責任（註十九）。例如家子犯法致侵害他人，則被害人得要求家父交付家子，否則，應賠償之（註二十）。奴隸更無例外（註二十一）。此種責任，羅馬法稱曰連帶侵權責任，基於此連帶侵權責任而發生之訴權，稱爲「被害之訴」（*Actio Noxalis*）（註二十一）。遠至十二表法時代，被害人之訴權已無直接要求交付行爲人之權，祇可請求交付或賠償而已，此選擇權非被害人所定，而由行使家父權之人定之（註二十三）。

被害訴權之發生原因，有由於法律明文規定者。有由於裁判官之告令者。前者如十二表法上之規定竊盜（註二十四），阿桂利亞律之規定不法損害賠償是（註二十五）；後者如強盜，傷害（註二十六）及其裁判官法上之不法行爲是（註二十七）。格阿士時代，被害訴權已限於奴隸之侵權行爲事件，關於家子之行爲，僅名存而已。優帝之朝，祇奴隸之侵權事件適用被害之訴



，且亦改變其規定（註二十八）。凡奴隸侵害他人之權利時，被害人得對其主人提起被害之訴（註二十九）。其後該奴隸轉爲他人所有，賠償責任亦隨之移轉於新主人，倘被解放，則奴隸自負其責，主人之責任從此解除（註三十）。反之，如加害他人時爲自由人，旋因他種原因變爲奴隸，則被害人得以被害之訴向主人訴追（註三十一）。然主人與奴隸之間，彼此雖發生侵害行爲，均不得提起被害之訴，此緣主人與奴隸不能發生債之關係也（註三十二）。

## 第六節 動物所有人之損害賠償責任

十二表法規定畜類反其本性致加害於人者，所有人得交付該畜與被害人以免除賠償之責任（註三十三）。此所謂反其本性乃指畜類原屬馴良，而非指畜類屬於野性者而言（註三十四）。良以野性畜類，一經脫羈，所有人已失其所有，庸得令其負責（註三十五）。其後民政官（Aedile）又規定犬，熊，獅諸畜類不得放置於公共道路之場所，違者因而致人傷害者，應對被害人負賠償責任，其數額由承審員定之（註三十六）；其他損害，則負加倍賠償（註三十七）。設被

害之自由人因而傷亡者，則處二百梭利地之罰金（註三十八）。優帝以此與「動物傷害之訴」(Actio de pauperie)可同時提起（註三十九）。

（註一）Sohm, 425; cf. D. 44. 7. 1 pr. 優帝法律網領謂因其行為不構成侵權，亦不能認為契約之原因，但依其情形，不得不使行為人負相當之賠償責任也。見 Inst. 4. 5. pr. 蓋爾謂準侵權之種類有二：其一，基於法定之連帶責任，或因行為人之不明；其二，由於過失之行為所生之損害。但此過失之責任不屬於前述四種侵權之範圍。Moyle, Imp. etc, 53), 540.

（註二）Inst. 4. 5. 會典中以此為格阿士所分類，但考其實，殊屬疑問。而會典對此準侵權之事例，原稱曰「Quasi ex maleficio。」D. 44. 7. 5. 4. 5. 梭姆列奴隸加害於他人所致之損害亦為準侵權

。Sohm, 425. cf. sohm, 428.

（註三）Inst. 4. 5. pr; D. 44. 7. 5. 4; 50. 13. 6.

（註四）G. 4. 52; D. 50. 13. 6.

（註五）D. 5. 1. 16. cf. Julian.

（註六）Sohm, 424; Leage, 339.

(註七) D. 9. 3. 1. pr; Inst. 4. 5. 1.

(註八) D. 9. 3. 1. pr, 4.

(註九) D. 9. 3. 1. 10. 4.

(註十) D. 9. 3. 5. 5.

(註十一) D. 9. 3. 5. 5; Inst. 4. 5. 1, 2, 詳見 Buckland, 688, 定賠償數額爲五十梭利地。Inst. 4.

5. 2.

(註十二) D. 9. 3. 5. 5.

(註十三) D. 9. 3. 5. 5; Inst. 4. 5. 2.

(註十四) Inst. 4. 5. 1; D. 9. 3. 5. 6—13; 44. 7. 5. 5.

(註十五) Inst. 4. 5. 1; Buckland, 593.

(註十六) Inst. 4. 5. 3.

(註十七) Inst. 4. 5. 3; D. 47. 5; 44. 7. 5. 6.

(註十八) D. 47. 5. 1. 6. 往來旅客則否。

本論 中篇 物法 第三十八章 債之發生—準侵權

七三九

(註十九) G. 4. 76; D. 9. 4. 2. 1.

(註二十) Inst. 4. 8. 7.

(註二十一) G. 4. 76; Inst. 4. 8. pr.

(註二十二) Actio noxalis 譯爲「被害之訴」，不過表示其大意而已，固不能視爲正確。依拉丁文

Noxia之意義，原指不法行爲之事實而言。至於不法行爲之奴隸，則稱曰Noxa。見 Inst. 4. 8. 1.

(註二十三) Ieage, P. 337; cf. G. 4. 80.

(註二十四) G. 4. 76; Inst. 4. 8. 4.

(註二十五) G. 4. 76; Inst. 4. 8. 4.

(註二十六) G. 4. 76; Inst. 4. 8. 4.

(註二十七) Buckland, 594.

(註二十八) Inst. 4. 8. 7. 家子之侵權行爲，被害人得對其單獨提起，家父固不負責任也。

(註二十九) Inst. 4. 8. 5.

(註三十) Inst. 4. 8. 5.

(註三十一) Inst. 4. 8. 5.

(註三十二) Inst. 4. 8. 6. 因之，其後奴隸歸爲他人所有，或被解放，被害之訴不得適用。即如不法行爲之奴隸旋爲被害人所有時，被害之訴亦歸消滅，此訴權一經消滅，縱其後該奴隸又歸於他人所有，仍不能回復。關於本節，可詳見羅比教授編之會典附註一三二頁至一三七頁。Roby's ed.

tion of D. 7. 1., 132—137.

(註三十三) Inst. 4. 9 pr. D. 9. 1. 1. pr., 3.

(註三十四) 前引。

(註三十五) Inst. 4. 9 pr.; D. 9. 1. 1. 10.

(註三十六) Inst. 4. 9. 1.

(註三十七) 前引。

(註三十八) D. 21. 1. 42.

(註三十九) Inst. 4. 9. 1.

### 第三十九章 附帶責任

家父對於家子或主人對於奴隸應負之侵權責任，吾人已述於前，今進而說明家父對家子或家主對奴隸或本人對代理人基於契約行為所發生之責任焉。本書雖於述家父權及奴隸時會稍為涉及，但對於此項責任之性質却未加以闡明。此種屬下之契約行為，家父或本人所負之責任，稱曰附帶責任（註一）。基於附帶責任之請求權，原出於裁判官法所加於原告之救濟權，故又稱曰「附加之訴」(Actiones adjectivae qualificatae)，本書譯為「基於附帶責任之訴」，以期不失此訴之性質（註二）。

家父對家子與主人對奴隸之契約行為所發生之責任大致相同，本章併為一節敘述，較為簡便（註三）；其次，則為本人對代理人所為契約之責任（註四）。

#### 第一節 家父對家子或奴隸所為契約之附帶責任

家子或奴隸訂立之契約行爲，原則上，家父不負其責任。其後裁判官法乃規定基於左列之原因者，視爲例外(註五)：

一、家子或奴隸之契約行爲出於家父或主人之意思時，裁判官准許債權人對家父或主人提起「授權之訴」(Actio quod iussu)請求償還全部債務(註六)。其理由乃因債權人之與家子或奴隸訂立契約係基於家父或主人之信用也。推而廣之，主人委派奴隸爲船長時，對於奴隸職務上所發生之債務應負其責。裁判官法稱此項訴權爲「基於船東行爲之訴」(Actio exercitoria)，蓋主人爲該船收入之權利人，自不能免除償還義務(註七)。主人委派奴隸爲經理人(Magister)者，對於奴隸經理人職務上所發生之債務不能免除其責任：債權人得對主人提起「基於經理人行爲之訴」(Actio institoria)請求清償債務(註八)。此三者之訴權，不外基於主人之授權行爲，明示或默示不問也。

二、家子或奴隸基於特有產發生之債務而爲家父或主人所知悉者，債權人得就特有產取償；家父或主人有所受償時，應與其他債權人自行比例分配，但如分配不均或有其他弊端，

債權人得提起「基於管有產分配之訴」(Actio tributoria)，請求裁判官命令主人交付清賬(註九)。

三、家子或奴隸未經家父或主人之同意而與人訂立契約者，如家父或主人受有利益時，債權人得對其提起「清算物件受益之訴」(Actio de in rem verso)(註十)。倘家父或主人并未受有契約上之任何利益者，則此訴不適用，債權人祇可依「特有產之訴權」(Actio de pecunio)請求就特有產部分受償(註十一)。惟家子未經家父同意而向他人借貸款項時，馬斯圖元老院諮議(S.C. Macedo)不許貸款人向家子追償，其家父亦不負任何責任，即使事後情形有變更，如家子因家父之亡故或解放成爲自權人時，亦不影響此禁止之規定(註十二)。蓋立法之原意，乃欲杜絕家子之濫用致啓殺害家父之企圖也。

此外吾人應宜注意者，即債權人對於家父或主人亦可直接提起履行之訴(Condictio)，視其爲契約之原當事人，至其家子或奴隸之訂立行爲可置不問，但原告須舉證家子或奴隸之契約，確有使家父或主人之受益(註十三)。



## 第二節 本人對代理人所爲契約之附帶責任

代理制度，在羅馬法上見於訴訟法（註十四）及物權之引渡（註十五）。然於一般契約行爲固未承認之。凡家子或奴隸或他自由人代表本人之契約行爲，在法律上不視本人爲契約之當事人，却以代理人爲契約當事人，惟若遇對造當事人請求履行時，本人方依前述家父對家子之原則負其責任。譬如甲委乙代與丙訂立買賣契約，依近世代理制度，此契約之關係爲甲與丙，乙不過代表甲之行爲耳。但在羅馬法上適與此相反，契約之當事人爲乙丙，甲不過基於乙之契約行爲而代其負責任，故曰附帶責任，以別於單獨責任也（註十六）。

（註一）附帶責任之種類，依近代法律觀之，不外二類：一爲無行爲能力人或限制行爲能力人之契約行爲，二爲代理人之契約行爲。羅馬法視此爲家父或本人代他人負責之行爲，與近代法律固異其觀點也。Inst. 4, 7; Savigny, *obl.-Recht*, vol. 2, § 54. 註見 Moyle, *Imp. etc.*, P. 499 sqq.

（註二）此訴共有六種，皆爲裁判官法所認許。「附加」云云，乃原告在市民法上本無此權利，而由裁判

判官准許此訴追之權也。此名詞爲解釋學派所創。

(註三) Inst. 4. 7 pr.

(註四) 英儒羅克蘭以家子或奴隸成立之契約所發生之責任，概稱爲「代理行爲」，分其演進程序爲四期：  
• 初期爲市民法時代，雖家父對家子或奴隸之取得均屬前者所有，但此實非基於代理關係也。  
• 二期爲裁判官法時代，進而承認家父對家子或奴隸所爲契約應負之附帶責任。第三期爲認許家子或奴隸代理家父或主人營業或行使商業上之職務所發生之契約行爲，家父應負其責，并由此原則推而適用於其他自由人交互之代理。第四期爲認許「委任」(Mandatum)之行爲，樹立契約上之一般代理原則。窺其所論，依進化之歷程言之，尙屬吻合。Buckland, 529 sq. 梭姆則以此附帶責任，實質上非如近代之代理制度，而列爲「對於他人訂立契約發生債務之責任」與羅馬法原意相符。本書從之。Sohm, 428 sq. cf. Inst. 4. 7.

(註五) 詳見 Inst. 4. 7. 全章

(註六) Inst. 4. 7. 1; p. 1. 4. 6. 關於夫權婚姻之妻及居於奴隸地位之人與他人訂約之責任 見 G. 4.

(註七) Inst. 4. 7. 2; D. 14. 1. 1. pr.

(註八) P. 2. 8. 1. 2; Inst. 4. 7. 2; D. 14. 3. 1. 此項義務得以公告解除或限制之。D. 14. 3. 11.

5. 訴權無時效之影響、且及於繼承人、不問其爲原告或被告。D. 14. 3. 15. 債權人并須知悉該契約係與營業有關。D. 14. 1. 7. 2.

(註九) Inst. 4. 7. 3; D. 14. 4. 1 pr. 2. 3; 14. 4. 7. 2; 14. 4. 8.

(註十) Inst. 4. 7. 4. 然在事實上、此訴實無多大利益。蓋奴隸爲主人之業務而開支之款項、則爲特有產之增加、故僅可適用「特有產之訴」以分配也。Buckland, 530.

(註十一) Inst. 4. 7. 4.

(註十二) Inst. 4. 7. 7.

(註十三) Inst. 4. 7. 8; D. 12. 1. 29; 14. 3. 17. 4. 5

(註十四) Buckland, 529.

(註十五) Buckland, 59.

(註十六) Buckland, 529; Sohm, 431, 432.

本論 中篇 物法 第四十章 債之移轉

七四七

## 第四十章 債之移轉

當事人間之債權債務可否移轉，在羅馬法上經過長期之演進，固非朝夕之事也（註一）。今將債權債務分述之。

### 第一節 債務之移轉

債務之移轉 雖為近代多數民法典所承認，但在羅馬法却視為一種更改，不以為債務之承擔也（註二）。如甲欠乙五十羅幣，其唯一途徑可使甲之債務移轉與丙者，祇能由甲乙丙三方面同意為之。其移轉方式有二：其一，乙循甲之請求與丙訂立口約，由丙擔承清償；其二，乙循甲丙之同意而訂立文書契約，由乙將甲之債務轉過於丙之名下 是則所謂過賬也（註三）。(Transcriptio a persona in personam) 此種債務之讓渡，必須經債權人之同意而後發生效力。降至近代，此原則固未加以變更（註四）。

## 第二節 債權之移轉

羅馬法初不承認債權得以讓與，而債權人欲將其權利讓與他人，初時祇可以更改 (*Novatio*) 方式爲之，其後始逐漸演進，終而樹立近代民法之原則焉。

### 第一項 沿革

在市民法初期，債權人得以訴訟委任 (*Mandatum actionis*) 委他人爲訴訟代理人 (*Procurator*) 以追償債務，同時將追償所得之款項歸由代理人收受，此爲債權移轉之最初方式，而此訴訟方式之讓與權利，稱曰 *Mandatum in rem suam*，吾人姑譯爲「受償之委任」。其依此委任受償之代理人，稱爲訴訟受償代理人，以別於普通訴訟代理人。基於上述方式之讓渡債權，在性質上不能稱爲債權之移轉。何以言之？蓋訴訟受償代理人之行爲非自己之行爲，其權利之主張者仍爲其委任人——即原債權人。彼代理人不過就訴訟上執行所得之債權由自己承受，對委任人不負返還之義務耳。

不寧惟是，前述代理人之權限，因委任債權人之撤銷或死亡而消滅，其與債權移轉性質之不同，於茲更爲明顯。卽以代理人與債務人二者而論，如訴訟未進行時，債務人亦無對代理人償付之義務。但若訴訟已至爭訟階段 (*Litis contestatio*)，則代理人爲債權之受償人，而成爲爭訟之當事人 (*Dominus litis*)，以後債務人負對代理人清償之義務，委任債權人無撤銷之權。此市民法第一期對於債權讓與之大略也。

歲月以還，上述之「訴訟受償委任」雖未達爭訟階段，委任債權人，自代理人將受任事由通知債務人之時日起，不得隨意撤銷之。此原則既立，於是「訴訟受償委任」與普通訴訟委任之不同立見。蓋依普通委任之代理人，在未達爭訟階段，委任人得隨時撤銷，至於依訴訟受償委任方式之代理人，則自通知債務人之時起，委任人失却撤銷權。從債務人方面言之，於接到代理人通知後，應對該代理人爲清償之行爲，不得再向原債權人爲之。由此觀之，債權移轉之方式較前期所述已爲完備：卽債權人以委任方式移轉其求償權與受任人，而受任人則以通知債務人之手續取得受償權，其與債權移轉性質之相差僅爲「權利本身」之未經移轉耳。

苟就權利之受益而言，受任代理人固不啻爲債權受讓人。是爲市民法第二期對於債權讓與之演進。

前述第二期市民法之改進，受讓人仍居於代理人之地位，故性質上債權并未移轉。其後裁判官爲進一步之改革，僅就債權移轉之是否爲雙方當事人之意思以爲斷，無取乎委任之方式。詳言之，即債權人與第三者成立之債權讓與，是否構成移轉之行爲。倘移轉之約定成立，不問出於何種原因（如買賣，贈與等），受讓人即取得讓與債權，而繼承前手之權利，以受讓人之名義與債務人發生關係，不復假手於訴訟手續或委任方式矣。

裁判官法所與受讓人之訴權爲一種準訴權（*Actio litis*），許其於訴狀上以受讓人之名義爲請求之行爲。此項準訴權，不因原債權人（即讓與人）之撤銷或死亡而消滅，是其與前此之「訴訟委任」方式發生不同之效果：即裁判官法承認「債權」之由原債權人移轉於第三者之手而不變更其債之內容也。

惟此尙宜注意者，即裁判官法雖承認債權人與受讓人之移轉行爲，但在未通知債務時，

債務人不負債付受讓人之義務。迨受讓人將受讓之事由通知債務人後，則債務人不得對前債權人爲償付之行爲（註五）。

## 第二項 效力

債權移轉之效力，言其要者有四（註六）：

- 一、債權讓與人對於債權之一切權利概移歸於債權受讓人（註七）。
- 二、債務人對於讓與人所有之抗辯，均得對受讓人爲之（註八）。
- 三、讓與人負有擔保讓與債權之存在，但不負擔保確實之義務（註九）。

四、受讓人對於債務人之主張償付金額以其付讓與人之代價爲限。此爲安那達修斯帝（Anastasius）敕令所規定，稱曰安那達修斯律（*Lex Anastasiana*），其立法本意在於禁止受讓人之因勢凌人以索取較大之利益（註十）。其後優帝復爲修正（註十一），今述其要點於左（註十

11)。

（一）本律適用於一切買賣債權之事件，但債權之移轉以贈與爲目的者不在此限。



(二) 債權之給付係以經付金錢或消費物者。

(三) 債務人如以安那達修斯律以爲抗辯者，受讓人應反證其受讓時所與之代價。與對債務人之求償標的確係相符。

(註一) 見Sohm 425 sqq; Leage, 312 sqq; Buckland, 550; Moyle, 481 sqq; Mackelvey, 291 sqq.

(註二) Inst. 3, 29, 3; Moyle, 481.

(註三) Leage, 312.

(註四) 如吾國民法第三〇一條：「第三人與債務人訂立契約承擔其債務者，非經債權人承認，對於債權人不發生效力」。即英美法系諸國亦同。此原則之重要，在於債務主體易人，對債權人利害甚大。倘不經債權人之承認而可對其發生效力，則債務人常可以無財力者爲債務承擔人，藉圖卸却自己責任。債權人又烏得而保障哉？

(註五) 從 Sohm 說。見 Sohm, 425—428; Moyle, 482—484.

(註六) Mackelvey, 293; Mackenzie, R. L., P. 265.

(註七) D. 18, 4, 6, 23; C. 4, 39, 7.

本論中篇物法 第四十章 債之移轉

(註八) D. 44. 4. 27—31. 但國庫爲受讓人者，不在此限。見 D. 23. 1. 17. 6; 49. 14. 6.

(註九) D. 18. 4. 4. 5; 21. 2. 74. 3. 但債權之移轉係出於贈與之行爲者，讓與人祇負詐欺之責任而已。  
。D. 39. 5. 18. 3.

(註十) Anastasius I 爲東羅馬帝國皇帝，在位自紀元四九一——五一八年。本律見 C. 4. 35. 22.  
28.

(註十一) 優帝之前，已有與安那達修斯帝相近之立法。如智荷騰壽斯 (Theodosius II) 及翁諾雷斯 (Honorius) 二帝之朝，亦經禁止債權不得讓與於較強有力之人，以防藉勢位之凌人也。(C. 2  
13. 2)

(註十二) C. 4. 35. 22. 詳見 Mackeldey, 294.

## 第四十一章 債之消滅

債之發生原因及其效果，本書已述其大略，今進而簡述債之消滅焉。

債之消滅，有分爲民法與裁判官法之原因者（註一），有依其性質而分爲法定與自動之原因者（註二），有不依其性質而列舉其重要原因者（註三），本書從之（註四）。

債之消滅原因，舉其要者有如下列：一、清償；二、給付不能；三、提存；四、免除；五、抵銷；六、混同；七、更改；八、當事人之死亡；九、無債原因之競合；十、消滅時效；十一，人格減等；十二、爭訟。今依次簡述之。

## 第一節 清償

清償 (Solutio) 者，謂依債務之本旨而履行給付之義務也（註五）。此項義務，視債務成立之原因而定。如買賣契約，則債之履行爲一方交付金錢，一方爲交付標的物。然有時亦可以他物清償原來約定之給付標的，惟以經債權人之同意爲限。此項清償，稱曰「替代清償」(Solutio in solutum)（註六）。

清償應就債之全部爲之，並應於履行地爲清償之行爲（註七）。其無約定在何處履行者，

得於適當或指定之處所清償(註八)。履行之債務有數宗時，由債務人自指定者履行之(註九)。其均未指定者，債權人得以該屆期之債務請求清償，但應計及債務人之利益，而以最利於債務人者先令履行。不能分別孰較有利於債務人時，得定該最先之債務請求清償(註十)，或由裁判官依此原則定之(註十一)。若債務之先後及孰為有利於債務人均不能分別時，應就數宗之債務同時為比例之清償(註十二)。

清償得由第三者為之，雖未經債務人之授權或同意，亦發生效力(註十三)，但應對債權人或其授權代理人為清償之行爲(註十四)。

債之清償，因債務為可分與不可分性質而有不同。不可分債務之債務人，非待全部履行後，不發生清償之效。例如承攬人之承攬建築，應將建築物建築完竣，不得為一部之履行(註十五)。選擇債務亦屬不可分之債務。設甲欠乙羅幣壹百元或房屋一幢，如祇付五十元，不能視為債之清償，因乙尚可要求清償五十元或房屋一幢也(註十六)。

不可分債務之重要，遇債務人有數人時尤為顯然。蓋每一債務人對於債務有連帶清償之

責任(註十七)。其他如混同(Confusio)，亦發生不可分債務之特殊效果。例如甲乙依約應對丙建築房屋一幢，其後甲被丙指定為繼承人，丙且可向乙請求履行之行爲是(註十八)。

其次，選擇債務之清償應由何人——債權人或債務人——定之，不無問題。其有約定歸誰選擇者，固無困難發生，但若無規定時，羅馬法以選擇權屬於債務人(註十九)。選擇債務如僅爲一部分之履行時，且不視爲一部清償(註二十)。免除選擇債務之一方面者，視爲全部債務之免除(註二十一)。選擇債務之一方面自始給付不能者，則變爲單獨債務，不因以後之給付可能而回復(註二十二)。

債務因可歸責於當事人之事由而致履行遲延者，該過失之一方應負遲延(Mora)之責任。遲延云云，係一事實問題，且因可歸責於何方而定其義務(註二十三)。凡債務人不依債務之約定期間清償者，自該期日起須負遲延之責任(註二十四)，其經債權人催告或要求清償而不履行者亦同(註二十五)。遲延債務人應對他方負償付利息及因此發生之一切損失(註二十六)。此種債務人之遲延，稱曰「清償遲延」(Mora solvendi)。然若債務人已向債權人爲給付之提

出而被拒絕受領或不能受領者，債權人應自該債務人提出時起負遲延責任（註二十七）。此種債權人之遲延，稱曰「受領遲延」（*Mora accipiendi*）。

債務之履行，因過失（*Culpa*）而發生責任問題。羅馬法上之過失程度分爲「重大過失」（*Culpa lata*）與「普通過失」（*Culpa levis*）及「輕微過失」或稱具體普通過失（*Culpa levissima*, *Culpa levis in concreto*）（註二十八）普通過失者，謂未爲極大之注意義務（*Diligentia maxima*），易言之，即怠於善良家父（*Bonus paterfamilias*）之注意行爲也（註二十九）。輕微過失或稱具體普通過失者，謂債務人未以處理自己事務之注意爲他人處理事務也（註三十）。重大過失者，謂怠於任何通常注意也（註三十一）。債務人對債權人爲債之履行應以其應注意之程度爲之。否則，須負其責任（註三十二）。

清償之效力爲對債務之全部解除，不問其爲主債務或從債務也，如保證人之義務因債務人之清償而消滅是（註三十三）。

## 第二節 給付不能

給付不能者，謂不能依債務之本旨而爲履行給付之行爲也（註三十四）。給付既不能，則債務人之義務解除。所謂給付不能，其原因有二：一由於天災（*Vis major*），如水災，雷電，暴風等是（註三十五）。一由於人禍（*Causa fortuitus*），如戰爭，火患，盜賊等是（註三十六）。此二種原因，統稱曰「不可抗力」之事變，而使債務之給付不能。例如甲約定向丙地採購某貨物與乙，嗣丙地發生戰事，則甲之給付爲不可能，而解除其履行之義務矣。

## 第二節 提存

提存（*Consignatio*）亦爲消滅債務之一原因（註三十七）。提存云者，即債務人之給付標的提出存置於公共處所也。優帝時代，凡債務人屆期應清償之債務，如遇債權人所在不明或拒絕受領時，得將該給付之標的物提存於承審員，自提存之時起，其債務視爲清償（註三十八）。

。其依給付之性質不能提存者，如牲畜或容易腐爛之物，債務人得為債權人之利益而先為變賣，將變賣價金提存。若債務人任該物現狀不為變賣者，雖其後發生損害，亦不負任何責任，蓋非可歸責於債務人之事由故也（註三十九）。

提存須備具提出與存置二要件，缺一不能。然亦有左列之例外：

一、當事人間約定債務人應於一定期日償付利息，如屆期不履行，約定應付較高之利息時，則債務人於屆期有實際向債權人提出給付者，免除其遲延之責任（註四十）。

二、債務人因債權人之受領能力問題而未便對其清償時，如未達適婚年之債權人又未有監護人之指定是，債務人祇將給付之金額或標的予以保管，則可解除其債務（註四十一）。

#### 第四節 免除

免除者，謂債務之消滅由於債權人解除債務人履行之義務也（註四十二）。依其種類，有正式免除與略式免除。前者為民法上之方式，後者為裁判官法之方式。民法上之免除方



式，又視各個契約之成立方式而不同，易言之，即以某種方式成立契約，亦應以該方式免除而後發生免除之效力也。今特分述之。

### 第一項 正式免除——即市民法上之方式

市民法本嚴格之形式以成立契約之行爲，故其履行亦必遵一定之方式，方發生債務消滅之效力。以是單純之清償行爲，在初期之市民法，不認爲債務之免除，必須於清償之行爲外，更應取得債權人之正式意思之表示。易言之，即履行給付須遵法律上規定之方式爲也（註四十三）。此種履行方式，是爲「相反之行爲」（*Contrarius actus*），其特徵即在以某種方式成立債務者，應以某種方式解除之（註四十四）。言其要者如左：

一、衡量式之免除 凡以曼企帕地荷式成立之借貸契約，應舉行同樣之方式，以履行債務，稱曰衡量式之免除（*Nexi liberatio*）（註四十五）。其法即由當事人邀同計量者及證人五名并衡器一具舉行與成立契約時相反之行爲。此方式之效果遂發生債務全部之免除也。

二、文書契約受領之免除 凡依文書契約成立之債務，其免除方式即在賬上爲相反之記

載，則發生債務消滅之效力(註四十六)。此稱免除，稱曰文書契約受領之免除(Accepti Relatio, acceptatio litteris)。

三、口約受領之免除 凡依要式口約成立之債務，應依要式口約之方式免除之(註四十七)。其要式爲問答，由債務人問債權人曰：「爾已受領余所爲之約言否？」(Habeane acceptum?)債權人應之曰：「余已受領」。(Habeo acceptum)債務人之債務遂即免除。

然於上述契約方式之外，債務人欲求一免除之方式，頗屬爲難。故於紀元前六十五年間由裁判官戈魯斯阿桂留斯(Gaius Aquilius)擬定一普通方式，凡債務人欲免除其債務者，得先將一切債務更改爲口約債務，而後依口約受領之方式免除之。此方式稱曰阿桂利安那口約(Stipulatio Aquiliana (註四十八)。然在事實上，阿桂利安那口約方式固不僅爲免除之原因，且亦爲債務之履行也(註四十九)。

四、反對合意之免除 凡依合意契約成立之債務尙未從事履行者，當事人間得以反對合意方式(Contrarius consensus)免除之(註五十)。此種反對合意之效力，及於全部債務之消滅

(註五十一)。倘當事人之一方已爲履行或一部清償者，則不得以此反對合意之方式免除，而以「免除訴權合約」(Pactum de non petendo)之方式以爲抗辯(註五十二)。

## 第二項 略式免除——裁判官法上之方式

市民法所承認之免除，以有履行一定之免除方式，其非依此方式舉行者，視爲未免除。

以是「嚴法債務」之消滅，非雙方當事人之合意則可發生。其後裁判官既承認略式契約之成立，而其自然之趨勢，略式免除遂亦不能予以承認。此項略式免除，以「免除訴權」之方式爲之，祇有消極之效力，易言之，則債務人得以之爲抗辯也(註五十三)。「免除訴權合約」方式得對債務之一部或全部或附帶限制條件而訂立(註五十四)。以其有利於債務人之行爲，故不問差役或奴隸對於免除訴權之合約均得付與同意(註五十五)。「免除訴權合約」(Pactum de non petendo)僅爲一種抗辯權，已如前述，以其效力并不消滅債務之存在，不過裁判官對於債權人之請求，因債務人提出「免除訴權合約」之抗辯(Exceptio pacti)而停止訴權耳(註五十六)。故若事後債權人與債務人將已訂定免除訴權合約予以撤銷，則債權人對債務人之免除

訴權抗辯得提出免除訴權合約之反抗辯 (*Replicatio Pacti de petendo*)，而原來債務復可據爲訴訟之標的矣(註五十七)。

### 第五節 抵銷

抵銷 (*Compensatio*) 者，謂二人互負債務而其給付種類相同各得以其債務互相抵消消滅也(註五十八)。在嚴法訴訟 (*Actiones stricti iuris*)，被告無抵銷之權利。依市民法之規定，凡債款屆期不還，則受判決之處分，縱使被告證明其對原告有其他請求權，亦所不問(註五十九)。裁判官有鑒於此類事件之不公平，乃運用善意訴訟 (*Actiones Bonae fidei*) 之抵銷原則於嚴法訴訟之程序，終而確認被告之請求抵銷權也。

其在初時，被告於訴訟中——即未達裁准程式時——提出抵銷之抗辯者，裁判官即將其抗辯視爲「詐欺抗辯」(*Exceptio doli*) 列入程式(註六十)。如被告之抗辯成立，原告之訴全歸失敗，至於被告之對待請求多寡，概置不問。以是初期之改進，乃裁判官利用嚴法訴訟程序

將被告之抵銷請求列爲詐欺抗辯，使原告蒙不利益之結果。由此觀之，裁判官法所與被告者，非爲確認被告之抵銷權，不過欲藉此迫令原告於提起請求之訴時，應先將被告之得以抵銷額部分予以扣除，使被告之詐欺抗辯權末由提起。其後烏黎留斯(Marcus Aurelius)之朝始規定：裁判官對於被告之抵銷權以詐欺抗辯方式列入程式者，應視爲抵銷之請求，苟其抗辯成立，則將其抵銷額如數減去，不得將原告之訴全部駁回(註六十一)。然此有一問題，即被告之抗辯若成立，此時其抵銷權是否有溯往之效力。易言之，抵銷債務究應於提出時起計算抑亦自抗辯成立之時起計算，其間不無區別。譬喻原告之債權爲附有利息之約定，而被告之抵銷權爲無利息，則時日之起始發生不同之效果。依前者之計算，原告於被告提出抗辯後則無利息之請求；依後者之計算，原告之債權利息直計至被告抗辯成立日止。由此觀之，溯往原則於原告爲不利。惟就抵銷權之性質而言，則被告之有無此權利，應自其主張權利時爲起始。故羅馬法以被告之抵銷權，如能成立，自其主張之時起與原告之債權互抵(註六十二)。此種抵銷原因，是曰「法律上之抵銷」(Ipsa jure compensari)，然其成爲債務之消滅，必須

爲當事人間之約定行爲(即合意)或經審判上之確認也(註六十三)。

優帝之朝，抵銷不問出於同一原因(*Ex eadem causa*)或不同原因(*Ex dispari causa*)及在訴訟進行中之任何階段，均得爲之(註六十四)。但被告提出之抵銷抗辯須爲易於證明之債權，此爲其限制耳(註六十五)。

至於善意訴訟(*Bona fidei iudicia*)之被告，市民法雖不認其抵銷爲當然之權利，然因原告本於善意訴訟之約束，不能不容納被告同一原因之對待請求。故裁判官對於善意契約之被告所提出抵銷之抗辯，應依職權審定其有無證據及理由，以爲准否抵銷之判決(註六十六)。

## 第六節 混同

混同(*Confusio*)者，謂債權債務併歸於一人也(註六十七)。債權債務既歸屬於一人，故爲債之當然消滅。債務混同之最常之例，如債權人爲債務人之繼承人或債務人爲債權人之繼承人是(註六十八)。然就實際言之，混同未必盡皆爲債之消滅。舉其顯者，如連帶債務人中之

一人爲債權人之繼承人時，仍可對其他債務人請求給付之權利（註六十九）。是混同之效果，主債務之消滅當然及於從債務；反之，從債務之混同，則不當然使主債務消滅（註七十）。譬喻保證義務因主債務之混同而消滅，但主債務却不因從債務而消滅也。混同亦可發生於債務人與債務人或債權人與債權人間，如甲債務人爲乙債務人之繼承人或丙債權人爲丁債權人之繼承人是。惟此種混同，歸屬之債務人或債權人雖有雙重債務或雙重債權，但取得一方之受償則發生免除其他債務之效力（註七十一）。雙重債務或債權中，視孰者利益爲斷，易言之，即較無利益者之債歸於消滅也（註七十二）。

混同債權與債務有時因分離而復活。例如甲欠乙羅幣一百元，嗣乙爲甲之繼承人，將甲全部遺產賣與他人，則乙對甲之債權復活，得就甲之賣得價金受償（註七十三）。

## 第七節 更改

更改(Novatio)者，謂債之消滅基於新債之發生也（註七十四）。易言之，即舊債務或債權

因另訂新債契約而消滅。債之更改須備具左列要件：

一、須有債之存在 更改債務或債權之前提厥爲先有債之存在（註七十五）。若當事人間原無任何債之關係，雖其後成立債之契約，不得稱爲更改。不寧惟是，債務已不存在者，亦不得爲更改，然若自然債務除特殊之情形外，恆視爲債之存在（註七十六）。

二、須爲要式契約發生之債 要式契約發生之債既屬有效，故對原債務不外一種更改。以是要式口約（*Stipulatio*）爲更改債之方式：凡依此方式更改債務者，法律皆認爲有效，至於原因則不問焉（註七十七）。

三、須對舊債爲更改 債務之更改應對舊債務爲之（註七十八）。惟更改債務不盡須照原債之內容，優帝之朝，許當事人間對舊債務得爲相當之更改（註七十九）。

四、須有更改意思 當事人間對於舊債加以更改，應有「更改意思」（*Animus novandi*）之表示。否則，新舊債務將并存（註八十）。

五、須爲形式之變更 更改債務之形式與舊債務不同，故應有形式上之變更，如條件期



日或當事人之變更是 註八十一)。

債務更改之效力爲對舊債務發生消滅，不問主債務或從債務均屬之(註八十二)。

## 第八節 當事人之死亡

當事人之死亡亦有發生債之消滅者，但此究非通則。大體言之，債權人或債務人之死亡不影響債之給付。然在雇傭契約，合夥關係，委任事件諸例，因其情形不同，且皆屬個人之行爲，故債之關係隨死亡而消滅，原則上，死者之繼承人固仍繼承其權利義務，惟屬於個人之特殊權利則不在繼承之列(註八十三)。

## 第九節 無償原因之競合

債務人依無償行爲負擔給付，而債權人依無償行爲取得權利，謂之無償原因之競合(Di. *de Inerctivis causis*)。例如甲遺囑上載明將丙之物贈與乙收受，乙若在甲生前付丙以代價而

取得丙物，得向甲之繼承人請求償還；反之，乙若以無償行為取得丙物（如贈與），則不得另行請求償還，蓋甲雖依無償行為應負擔給付，但乙既依無償行為取得該給付之標的，是兩者之無償行為相抵，遂發生債之消滅（註八十四）。

## 第十節 消滅時效

消滅時效者，謂債權因時間之經過而失却追償權也。嚴格言之，消滅時效與其視為債務之消滅，毋寧謂為債務之阻礙。蓋消滅時效之結果僅影響債權人之請求權而已（註八十五）。訴權時效之計算，自有請求權之日起開始，但因左列事由而停止進行或中斷：

- 一、債權人未屆適婚年（註八十六）或未屆成年者（註八十七），時效停止進行。
- 二、債務人對於債務為任何之認知者，其時效自認知之日起而中斷并同時重行計算（註八十八）。
- 三、法院因事由不能行使審判者，其時效視為中斷（註八十九）。

四、時效因起訴而中斷（註九十）。

五、債務人所在不明致不能進行訴訟者，債權人得將事由通知法院後，時效則爲中斷（註九十一）。

## 第十一節 人格減等

當事人受人格減等者，債務即歸消滅，然於侵權行爲之責任則不發生影響。其後裁判官法認許「回復原狀」及「準訴權」等訴訟，以便當事人由於人格減等之原因消滅後得謀適當之救濟（註九十二）。

## 第十二節 爭訟

爭訟 (Litis Contestatio) 者，即原告對被告之起訴請求由裁判官爲之制定程式之謂也。基此程式，承審員以爲判決之準則（註九十三）。故在法律上，原被告至爭訟之階段，其權利

義務則依此而定。依此程式請求之判決，原告即據爲執行，不問以前債務之如何。職是之由，「爭訟」爲消滅債務之原因，但考其實，不啻與「更改」債務相仿（註九十四）。

（註一）如 *Sohn*, 433 sqq.

（註二）如 *Buckland, Text-Book etc.* 557 sqq. 但在其 *Main Institutions* 一書，則不依此分類，僅就重要消滅原因加以討論而已。見上書 § 112.

（註三）*Inst.* 3. 29. 如 *Sherman*, II. § 720.

（註四）本章亦僅述其重要者，不依演進以爲列舉之次序。

（註五）*D.* 50. 16. 176; *D.* 46. 3. 49. *Inst.* 3. 29 pr. 廣義之清償謂債務之因種種行爲而消滅也。見

*D.* 46. 3. 54; 50. 16. 176.

（註六）*G.* 3. 168; *Inst.* 3. 29. pr.; *C.* 8. 42. 17. 羅馬法上原有二說：據沙賓尼派之解釋，亦即通

說，以替代清償之效果，當然發生法律上債的消滅原因。但普魯鳩林派之意見，則以替代清償僅予債務人以抗辯之權利，而於原來債務却未能視爲清償也。若替代清償之標的物發見瑕疵，如所  
有權之欠缺，說者謂債權人仍可請求履行原有之給付標的。見 *D.* 46. 3. 34 pr. 參較 *D.* 13. 7.

24 pr.; 42, 4, 15; C. 8, 44, 4

(註七) D. 13, 4, 9.

(註八) 詳見 Van Wetter, *Pandectes*, 3, § 289.

(註九) D. 46, 3, 1.

(註十) D. 46, 3, 1, 2.

(註十一) D. 46, 3, 3, 1—5 pr.

(註十二) D. 46, 3, 8.

(註十三) D. 3, 5, 38; Inst. 3, 29 pr. 但其清償係以解除債務人之義務者為限。如第三者并無此意而

係出於履行之錯誤，則不得視為代債務人清償。

(註十四) D. 3, 5, 38; 46, 3, 42, 1; 50, 17, 180.

(註十五) D. 45, 1, 2, 1; D. 8, 1, 17.

(註十六) D. 45, 1, 85, 4.

(註十七) D. 8, 1, 17; 10, 2, 25, 9.

本論 中篇 物法 第四十一章 債之消滅

七七三

(註十八) 見 Van Wetter, *Pandectes*, 9, § 337.

(註十九) *Inst.* 4. 6. 33; *D.* 13. 4. 2. 3; 45. 1. 75. 8; 18. 1. 25. pr.; 30. 109. 1; 31. 15; 23. 8.

10. 6.

(註二十) *D.* 12. 6. 26. 13. 14; 45. 1. 2. 1; 46. 3. 34. 19.

(註二十一) *D.* 46. 4. 17.

(註二十二) *D.* 45. 1. 128; 46. 3. 72. 4.

(註二十三) *D.* 22. 1. 32. pr.; 22. 1. 24. pr.; 22. 1. 47; 18. 6. 18.

(註二十四) *Sohn*, 370.

(註二十五) *D.* 22. 1. 32. pr.

(註二十六) *D.* 22. 1. 32. 2; 19. 1. 49. 1; 22. 1. 1. pr; *C.* 4. 32. 26. 1

(註二十七) *D.* 45. 1. 105; 46. 3. 72. pr.

(註二十八) 詳見 *Buckland*, 551.

(註二十九) *D.* 18. 6. 9; 13. 6. 18. pr.

(註三十) D. 10. 2. 25, 16. 此與抽象的普通過失相反 (Culpa levis in abstracto)。

(註三十一) D. 50. 16. 213. 2.

(註三十二) D. 11. 6. 1. 1; 17. 1. 29 pr; 47. 4. 1. 2; 50. 16. 213. 2; 50. 16. 223 pr., 228.

(註三十三) 參閱第三十五章第二節

(註三十四) Inst. 3. 29; D. 46. 3. 43.

(註三十五) 但其事由可歸責於債務人者，不在此限。見 D. 44. 7. 1. 4; 45. 1. 137. 2—3.

(註三十六) D. 19. 2. 59; 39. 2. 24. 4; 19. 2. 15. 2.

(註三十七) C. 9. 16. 1; 50. 17. 23; 45. 1. 33.

(註三十八) C. 4. 32. 19.

(註三十九) D. 22. 1. 7; 22. 41. 1; 46. 3. 39; C. 4. 32. 2. 6, 9, 12, 19. 裁判官或其他審判官署得

指定提存之處所。見 C. 4. 32. 19. 1. 債務人於提存後，在債權人未受領前，仍可撤回提存之行

爲。見 D. 22. 1. 7.

(註四十) D. 18. 6. 1. 3, 4; C. 8. 28. 8; 4. 32. 19.

(註四十一) D. 22. 1. 9. 1; C. 5. 32. 9.

(註四十二) D. 4. 4. 7. 2; 22. 1. 18.

(註四十三) Buckland, 567; Sherman, II, 8735; Mackeldey, § 540; Sohm, 434; Hunter, Roman Law (4th ed.) P. 641 sqq.

(註四十四) Sohm, 434. 英儒賴克蘭謂債務人已爲清償之行爲，雖未履行相反之方式，祇對債務人之個人地位發生關係，殊不能視爲債務之消滅必須經過「免除口約」之方式也。Buckland, 567. Eisele, Beiträage, 16. 以證其說。

(註四十五) 梭姆述之頗簡要。見 Sohm, 434—435.

(註四十六) G. 3. 173—4; Hunter, Roman Law, 641.

(註四十七) G. 3. 123—133; Val. Fr. 329.

(註四十八) D. 46. 4. 13 pr.; C. 8. 44; Inst. 3. 29. 1.

(註四十九) Inst. 3. 23, 2; D. 46. 4. 18.

(註五十) P. 1. 1. 3; C. 2. 4. 3; D. 2. 15. 2



(註五十一) Inst. 3, 29, 4; D. 18, 5; C. 4, 45; D. 50, 17, 35; 48, 3, 30.

(註五十二) 見 Buckland, 568.

(註五十三) D. 2, 14, 58; C. 4, 45, 1

(註五十四) D. 2, 14; C. 2, 3.

(註五十五) D. 2, 14, 7, 6; 2, 14, 17, 8.

(註五十六) D. 2, 14, 2.

(註五十七) Sohm, 440.

(註五十八) Sohm, 440; Buckland, 569; Inst. 4, 13, 3.

(註五十九) D. 16, 2; C. 4, 31; Inst. 4, 6, 30, 39; P. 2, 5, 3.

(註六十) Sohm, 442. 至於抵銷之演進、學者意見不一。見 Mackeldey, 403, note 5; Sohm, 441, note 4.

(註六十一) 從 Sohm 及 Girard 說。Sohm, 442; Girard, 705 (4 th).

(註六十二) Inst. 4, 6, 30. 惟在格阿士時代，銀錢業者對於債務人或破產財產買受人對於破產財產之

債務人提起訴訟時，已規定原告須將被告之債權扣除(deductio)後方得請求。見 G. 4. 64. 68. 是  
嚴法訴訟中已認許抵銷之原則矣。

(註六十三) Sohm, 445.

(註六十四) C. 4. 31. 14 pr.—1.

(註六十五) C. 4. 31. 14. 1. cf. Moyle, 559; Sohm, 445—448.

(註六十六) S. hm, 441.

(註六十七) D. 46. 3. 107.

(註六十八) D. 46. 3. 75; 46. 1. 21. 3; 46. 3. 93. 2.

(註六十九) D. 46. 1. 71 pr.

(註七十) D. 46. 1. 21. 3.

(註七十一) D. 45. 2. 13; 46. 1. 5.

(註七十二) D. 45. 2. 13.

(註七十三) D. 18. 4. 2. 18. G. 4. 78. 應時着羅馬法(大學叢書本)第二四二頁云:「然據優帝法典

之規定，債務雖因混同而消滅，亦有時因混同而復活者。例如甲爲乙之繼承人時，甲對乙所有之債權，固因混同而消滅。然苟舉乙之財產全部賣却於他，則甲之債權對於遺產之買主而復活者矣。』此處所謂『對於遺產之買主而復活』一語，令人墮入五里霧中。蓋遺產之買主爲第三者，甲又有何權利對其「復活」耶？而優帝法典（即會典）所載，乃指對「被繼承人」之債權而言。庶民之說，想係言文之誤。

（註七十四）G. 2, 38, 39; 3, 173—179; Inst. 3, 29, 3; D. 46, 2; C. 8, 42

（註七十五）D. 46, 2, 1.

（註七十六）Buckland, 564

（註七十七）D. 46, 2, 1.

（註七十八）D. 45, 2, 2, 8, 28, Buckland, 565.

（註七十九）D. 45, 1, 58; 46, 2, 1; C. 8, 41, 8.

（註八十）D. 46, 2, 2; 46, 2, 8, 2, 5; 46, 2, 28

（註八十一）Buckland, 565.

- (註八十二) Mackeldey, 406. 民 D. 46. 2. 1 pr., 15.
- (註八十三) Buckland, 557; Leage, 321.
- (註八十四) D. 44. 7. 17, Inst. 2. 20. 6.
- (註八十五) Hun' er, R. L., 645—9.
- (註八十六) C. 7. 39. 8. 1 a; C. 7. 40. 2.
- (註八十七) C. 2. 40. 5. 1.
- (註八十八) C. 7. 33. 7. 5 a.
- (註八十九) Buckland, 558.
- (註九十) C. 7. 40. 2. 1.
- (註九十一) C. 7. 40. 2.
- (註九十二) Leage, 321; Sohm, 446, 447; D. 4. 5. 1. 2 pr.
- (註九十三) Sohm, 285 sqq.
- (註九十四) G. 3. 180, 181.

# 本論 下篇 訴訟法

## 第四十二章 法院之編制

羅馬法院之編制，因民刑而稍有不同。惟於推事之權限，則不論民事刑事，均有執行判決之權。茲爲便利敘述起見，將法院之編制分爲民事與刑事，以求明瞭。

### 第一節 民事法院

#### 第一項 管轄

民事法院之管轄，有任意事件與訟爭事件之別。前者乃當事人間欲藉法院之權力以完成法律之手續，而免日後之爭議，如收養行爲之請求裁判是；訟爭事件之管轄，則因當事人間對於爭議事項須待法院之審理判決，如聲請分割共有土地是（註一）。

本論 下篇 訴訟法 第四十二章 法院之編制

法院管轄權之有無，視被告住所地而定。換言之，原告如欲對被告有任何訴訟，應向被告所在地之法院起訴或請求，此即所謂訴訟住所地主義也（*Actor sequitur forum rei*）（註一）。古代羅馬以此原則為決定管轄之標準，故無專屬管轄或屬人管轄之分（註三）。延至帝政時代，因「原就被」之原則頗有窒礙難行之處，乃有事物管轄之例外規定。依此規定，原告得於標的物所在地之法院起訴，即羅馬法上稱為 *Pactone rei sitae*（註四）。優帝復從而擴張此原則之適用，凡對物權之訴訟者，物權所在地法院有管轄權；但關於遺產確認或請求之訴者，則仍以被告住所地法院管轄，因此種訴訟之目的在於確認繼承權利，而非在遺產之標的物也（註五）。

因不法或侵權行為有所請求而涉訟者，得由行為地之法院管轄；其本於契約有所請求而涉訟者，得由契約訂立地之法院管轄（註六）。

## 第二項 編制

民事法院之編制，共和時代與帝政時代各有不同。今分述之。

## 一、共和時代之法院編制

王政時代之司法，原操於君王之手，迨王政廢，代而興者爲共和時代之總裁 (Consul)。此時之司法，總裁擁有極大之權力，其後漸由裁判官 (Praetor) 總攬司法之大權，而在某種限制之下，內政官 (Aediles) 亦兼理司法焉 (註七)。

(甲)總裁 羅馬之總裁 (Consul) (註八)，由軍伍會 (Comitia Centuriata) 選任之，每年改選一次。爲防杜濫用職權起見，總裁設有二席，俾可互相監督牽制。總裁主持一國內外大政，同時兼任元老院院長。共和時代之初期，總裁擁有君王之大權，操殺生之柄 (註九)。迨紀元前二百六十七年之立辛尼亞律 (Lex Licinia)，始設定專理司法之裁判官 (Praetor)，遂將總裁之司法權一移於此新設裁判官之手 (註十)。但關於任意事件之訴訟，總裁仍可辦理，如解放奴隸之請求是 (註十一)。

(乙)裁判官 總裁爲政治之最高領袖，裁判官則爲司法之最高職位，由軍伍會每年選任之。裁判官之地位不亞於總裁，此可於服裝見之。羅馬之裁判官，衣紫袍，坐高椅，出入侍

衡，其尊嚴一至於此（註十二）。依紀元前三百六十七年之立辛尼亞律，僅設裁判官一人，專理一國之司法，此初設之裁判官，稱曰內務裁判官（*Praetor urbanus*），其管轄權限於羅馬人民之訴訟（註十三）。然自共和以來，羅馬商業漸盛，平民勢力日漲，勢有不能不承認外國人之權利，故於紀元前二百四十二年設一裁判官，以專理外國人及非羅馬人之訴訟，此即所謂外務裁判官（*Praetor Peregrinus*）也（註十四）。

至紀元前二百二十七年，又增設裁判官二人，分理新征服之沙地尼亞（*Sardinia*）及西西里（*Sicily*）二省（註十五）。一百九十七年間，因新征服那蓬（*Narbonne* 法國南部）及西班牙，另設裁判官二人各理上述二地之司法（註十六）。此時羅馬之裁判官數已有六席之多。蘇拉（*Sulla*）增至十席，優里斯凱薩（*Jullius Caesar*）增至十一席，至奧古斯帝增至十六席（註十七）。裁判官之人數雖逐漸增多，而其地位與職權各有差異。職位至尊，權力最大之裁判官，首推內務裁判官，蓋遇總裁出巡時，由內務裁判官代理行使總裁職務也（註十八）。

內務裁判官既為羅馬司法之最高職位，故於案件之審理，自無一切躬為之者，於是裁判



官之下，設置推事十人，以承審案件（註十九），但關於判決，仍以審判官名義行之（註二十）。

依羅馬之向來司法先例，每一案件之審理分爲二項程序，即法律審理與事實審理是也。

裁判官之職務，厥在審理法律問題，故稱曰法律審理程序（註二十一）。若將法律與事實一手審判者，此種審判，稱曰非常程序（註二十二）。然在大多數案件，以事實問題居多，裁判官常先就法律問題加以審理明白，判定程式，而後將案件交承審推事就事實問題加以訊問，依審判官所指示之原則而爲判決焉（註二十三）。

（丙）推事 羅馬之承審推事，因職位稍有不同，吾人可得而述者有三：一曰事實承審員（*Judex* 簡稱承審員），一曰仲裁員（*Arbitrator* 又稱調解推事），一曰合議推事（*Reconperatores* 又稱會審員）。今各分述之。

（一）事實承審員 事實承審員并非裁判官，既無司法審判權，亦無獨立管轄。此類承審員乃由裁判官就羅馬人民中任命一人爲某案之事實審理員（註二十四）。其在初時，祇元老得被任爲承審員，厥後漸由官方編訂承審員名單，但其資格之規定先後參差，不能一概而論。

奧帝之朝，承審員名冊 (Album Judicum) 多至四千人。自茲以還，凡屬羅馬人民具有公民資格者，均編入承審員名冊，得爲民刑案件之承審員(註二十五)。

凡案件之審理也，裁判官應先制定程式，而後由當事人就承審員名單內擇任一人爲繫爭案件之承審員以審理事實。如兩造當事人未能合意，得由裁判官指定或依抽籤方法行之。其由裁判官任命者，當事人概可聲請拒絕或抗議之理由，惟如何聲請以及此項抗議權利行使之限制，典籍語焉不詳，吾人今日已難稽考矣(註二十六)。

承審員一經任命或由當事人擇定，除正當理由外，概不許其拒絕。就職之初，應履行宣誓，以昭慎重，然後裁判官將審理繫爭案件之要點作成程式，送交承審員，以爲定案之指示。此項程式，甚爲簡單，而其大旨，不外規定「苟被告確有某種情形(或義務)」或「苟原告所請求之權利屬實」，「應予原告勝訴之判決，否則，免除被告之責任」(註二十七)。承審員於接受程式後，即開始將開庭日期通知當事人。當庭訊時，原被告偕同其辯護士(即訴訟代理人，今之律師也。)到庭，由雙方之辯護士進行開庭辯論，審問證據，與承審員商討案由，而

後將審理經過，由承審員下一判決。關於證據之取捨，承審員有自由心證之全權；即採取證言，亦無一定之原則。要之，承審員得自由心證確定證據之虛偽，固無受任何法例之拘束也（註二十八）。設庭訊之日，原被告均未出庭，羅馬法殊准許改期再訊。但若原告未於事前或開庭時聲敘缺席之理由，則承審員之責任終了，而被告獲得解除之宣告。倘被告無故不出庭時，原告仍應進行訴訟程序，由承審員為缺席判決，以示懲戒。然不論原告或被告，如當庭訊之日未到庭者，承審員應坐候終日，非至下午四時不能予以判決；且於判決之前，應先派庭丁出外傳知「當事人應即到庭」，否則，承審員之判決有受偏頗之攻擊（*Litem suam face*，註二十九）。原告欲免除受缺席判決之危險者，得於庭訊之日派員提出正當理由要求改期，被告則可由他人代表出庭（註三十）。此外無法可以提起上訴，因羅馬此時尚未承認上訴制度也。惟當事人欲謀救濟，得為聲請「回復」程序，然此制之設，附有一定要件并應備具理由，固非妄可請求也。

承審員之審理案件，原則上不受先例之拘束（註三十一）。然於特許法家之解答，承審員

無違反之權。若遇案件發生重大困難，得就法家而求解答。設彼認為審理感覺棘手，亦可不下任何判決，惟須將情形加以宣誓耳（註三十二）。

(2) 仲裁員 事實承審員與仲裁員原無根本上之差異，所不同者，名義及事權之大小耳。仲裁員猶同承審員，依裁判官之指示程式，審理交下之案件。惟仲裁員之權限較大，如遇難決之訟案，亦得就法家詢問之。其在初時，仲裁員之設置，厥在調解雙方當事人間之利益，例如數人對於共有土地之請求分割，或疆界之爭執是。至承審員之權限，則以判決訴訟之勝負為唯一之職權，而無調解之權限也。帝政時代，仲裁員與承審員之職權，日趨一致，終使二者之名異職同，不復有前時之區別矣（註三十三）。

(3) 會審員 承審員及仲裁員之外，復有會審員之設置，其職權在審理羅馬市民之爭議事項，其後對於平民及外國人亦有管轄權，人數自三人至五人，由裁判官任命之（註三十四）。會審員之資格不限於「承審員名冊」內所登錄者，凡屬羅馬人民，均有被任為會審員之資格。會審員之審理案件範圍常有與承審員之管轄相同。會審員之意見不一致時，從多數。此制

之目的，在求審理上之便捷也（註三十五）。

（丁）大審院 羅馬在共和時代，分成三十五族，每族推派代表三人，共一百零五人，組織大審院（*Centumviri*）。史家定此院之設立，約在紀元前二百四十年。代表每年改選一次。惟選舉方法已無可考。大審院之人數，因時代而稍有增加，其最大數目可考者，達一百八十人。人數既如此之多，審議殊覺困難，乃分爲四委員會，各司專責，遇重大事故時，始召開全體審議會。在審議前應豎鎗一枝，以示羅馬市民權之標幟（註三十六）。

大審院原無直接管轄權，一切訴訟須先經裁判官受理，而後將案件性質應歸大審院者始送交之。此院之掌理案件，不外遺產繼承，監護，以及其他物權訴訟（註三十七）。

奧帝之時，大審院之外，尚有十人審議院（*Decemviri stitibus iudicandis*），專理市民權及自由權之案件。奧帝乃將此十人院併入大審院，主持常務之職。以時間言，十人審議院之設立較大審院爲後。大審院則至帝政末期已蕩然無存，優帝之朝更不見此制之形跡（註三十八）。

## 二、帝政時代之法院編制

吾人雖將時期分爲共和與帝政二時代，然此僅爲羅馬政治歷史變遷之二大階段，而非謂有嚴明之分溝。故共和時代之法院編制，入帝政初期并無即時消滅，此吾人讀史不可不注意及也。

(甲)總裁 帝政初期之總裁，其權力幾盡削奪無遺，然終羅馬帝政時代，此制未經廢置，在名義上總裁仍係高級行政官(註三十九)。關於解放奴隸及監護制度，總裁尙保有管轄權(註四十)。至訟爭事件之管轄，則歸由裁判官執掌。軍伍會與元老院雖爲名存實亡之機關，然當其未全廢置時，總裁兼任主席之職(註四十一)。往昔總裁由軍伍會選任者，今則由元首任命之。總裁一職，帝政時代仍視爲最榮譽之職位也(註四十二)。

(乙)裁判官 裁判官之人數，帝政初期之第二世紀間已增至十八人之多(註四十三)。內務裁判官及外務裁判官漸失其民刑管轄權，終而僅有內政官(Aediles)之職務權，成爲一較低級之行政官吏(註四十四)。然於帝政初期設置之監護裁判官，其職權至優帝時代且未經削

減（註四十五）。故裁判官名稱，終羅馬帝政未見廢弛也。

（丙）平民會 共和時代之平民會，入帝政時代尚保存其獨立，但其否決權須受皇帝之認可，其職權已不足輕重矣（註四十六）。

（丁）大審院 大審院雖在帝政初期二世紀間繼續存在，而其職權殊僅限於遺產繼承事項（註四十七）。內政官之職務，則因司法制度之變遷，漸失其重要性（註四十八）。

（戊）省長 帝政時代之省區，依行政之系統，分爲院轄省區與直轄省區。前者一如共和時代，設置省長（*Praesides*）由元老院選任，後者由皇帝直接任命，恆以高級軍事長官爲領袖（稱曰 *Legati, praesides, procuratores*），總攬一省民政軍政之大官也（註四十九）。

省長既總攬一省之民政，故有民刑司法之大權。其在羅馬市，此項民刑訴訟，由各不同官吏司理，而在省區，則統歸省長一人主持。刑案之權，尤大，其管轄不以當事人之住所爲限。然於民事，則以當事人之住所而定管轄也（註五十）。

省長之制，終羅馬帝政，迄未廢置。惟於行政制度一項，稍加變更，以求事權之統一。

以是帝政前期與帝政後期之省制，各有不同。提奧克立奧 (Dioletian) 與康斯丹丁 (Constantine) 二帝先後將省制改弦更張，劃帝國為四行政區 (Prefect)，各置總督一人，區分為十三道 (diocese) 各置主教一人 (Vicar)，道分為一百十七省，各置省長一人。(普通稱曰 Rector，但亦有稱為 Consularis, corrector, praeses 等名者。此外最大之省區，如亞細亞 Asia，亞差 Achmia，及阿非利加 Africa 等三省，仍沿用共和時代之 Consul 名義)。

帝政後期之省長，非若前期之兼有軍政統治權，僅為民政之長官耳。至其兼理司法，審判案件，則在省會舉行，廢除巡迴之制(註五十一)。

(己)承審員 共和時代之承審員制度，延至紀元後二百九十四年，始由提奧克立奧 帝命令廢弛(註五十二)。但關於法家顧問，終優帝之朝，未予廢置，旋改為有給之職，並規定不得兼充律師，以示限制焉(註五十三)。

(庚)帝政時代之改革 羅馬 政體，既由共和轉入帝政，故司法制度之變遷，亦勢所必至。今請摘其要者述之。



在共和時代，裁判官爲司法之最高領袖，入帝政時代，皇帝居一統之尊，司法大權獨攬，將前此裁判官之最高司法權遂一移至皇帝掌中。奧氏之朝，設置議事會，由總裁二人及元老十五人組成，以佐理其司法。

皇帝之下，要以總督 (Praefectus praetorio) 之權力最大。初僅握有軍符，迨施勿路士朝 (Alexander Severus)，司法權亦入其手。然在初時，總督之判決，皇帝尙能加以覆判。厥後權力日大，當事人除得向皇帝籲請外，其判決視爲終局，羅馬之三大法家，柏裏尼，包魯士，鄔爾賓，均居此權貴之職，故其解釋法律，尤具權威焉（註五十四）。

京畿警衛長 (Praefectus urbi) 爲奧氏卽任之新置官吏，原爲維持羅馬市之治安，未幾，權力漸大，將共和時代內務裁判官及民政官之行政司法權，亦漸歸其掌握。故在帝政初期之二世紀間，警衛長爲羅馬市之最高級官吏，對其判決，設有不服，祇可向皇帝上訴（註五十五）。然其權力猶不止此，關於刑事案件，卽羅馬市外之百哩內亦有管轄權。迨帝政後期因行政制度改革，京畿警衛長，在行政系統上，隸屬於總督之下，故其權力大減。此時人民對警

衛長之判決，設有不服，得上訴於總督（註五十六）。

京畿警察長 (Praefectus Vigilum) 一職亦係奧氏所設置，以掌理羅馬市之警政，初無司法權也（註五十七）。其後漸兼理民刑之瑣細案件，要亦出於便捷故。當事人對其判決，如有不服，可上訴於警衛長或皇帝。

糧食監督官 (Praefectus annonae) 爲奧氏晚年新設之官職，專司羅馬市之糧食管理，一爲物價之壟斷，一爲散賑糧食，初原無司法權也。其後隨職務發生輕微案件，亦可審判，但得向警衛長爲不服之上訴（註五十八）。

稅務法庭 (Rationales) 之設置，以司理國庫與人民之爭議事項，國庫爲當事人時，由律師代表之（註五十九）。然在帝政初期，稅務官 (Procurator Caesaris) 對於稅務案件，亦有管轄權焉（註六十）。

警備官 (Defensores civitatum) 爲帝政後期對於臨時市鎮或自治地方設置之官職，猶今之市長。此制爲范令丁尼第一大帝 (Valentinian I) 於紀元後三百六十四年至三百六十五年

問所設置。如當事人對警備官之判決有所不服，得上訴於省長。警備官於民刑事事件均有管轄權，但以案件之標的不滿五十梭里地(Soridi)者爲限(註六十一)，優帝增至三百梭里地，刑事則以情節輕微者爲有管轄權。

簡易推事(Judices per'anei)爲提奧克立與帝法令廢弛程式訴訟之新設司法官吏，由省長任命，專理輕微民刑案件，如當事人有所不服，得上訴於省長(註六十二)。

## 第二節 刑事法院

刑事案件之司法權，其法院組織與民事法院無甚區別。且也，凡官吏有審判權者，對於刑案大都兼有之。今就其要者述之(註六十三)。

羅馬王政時代之文獻，史缺有間，語焉不詳，吾人可得而言者，此時之君王當具有無上之威權，司法尤無例外之理。但君王常設置官員以爲佐理，則亦事之必然。觀夫塗魯士霍斯地列士(Tullus Hostilius)授權大員二人，以審理荷來學(Horatius)之殺案，並許其向家族會

(Comitia Curia) 上訴。達哀王(Tarquinius) 因對於刑案獨行獨斷，未設大員以供諮詢，致遭人民之攻擊。迨王政改爲共和，總裁擁有生殺予奪之權，但未幾，此種特權則受制限。紀元前五百零八年間，依華黎律(Lex Valeria) 之規定，羅馬人民對於任何重大犯罪之刑得向家族會上訴。歲月以還，家族會遂具有重大刑案之管轄權。其後十二表法乃設明文規定，不論任何羅馬人民，非經軍伍會之審判程序，不得剝奪市民權利或科以極刑。然遇國家多事之秋，元老院每賦予元首或總裁以生殺大權，固亦環境使然也。

元老院對於羅馬市民原無司法權。蓋在王政及共和初期，元老院縱有審理重大案件，亦不過爲初步之偵查而已，然後由裁判官依羅馬之向例，就家族會而訊問判決。惟家族會或軍伍會時或求辦案之慎重，將犯案移送元老院審問。至遇國家緊急危難之時，元老院不無逕行審判之權，但亦未嘗不先與總裁會商也。此種元老院與總裁之緊急處分，本非羅馬人民所樂許。謝西羅(Cicero) 當居總裁要職時，爲遏止亂萌，處置卡迪鄰(Catiline) 之叛黨，竟未經審判程序，卽予絞殺。在捍衛國家方面觀之，謝氏厥功不可謂非偉，但其非法處置頗爲當時

朝野所不滿，謝氏終被克陸迪士律 (lex Clodius) 處以流刑，而其理由，則因謝氏未依法定程序擅處羅馬人以極刑也。

元老院，在羅馬雖無刑事之管轄權，但於羅馬以外之意大利及省府，則掌有審理重大犯案之特權。入帝政時代，元老人選，既由皇帝任命，遂成名義上之機關，在事實上，元老院之一舉一動莫不出於帝王之意旨。以其如是，故皇帝賜賦元老院以大權，舉凡重大犯案，如內亂罪，侵害皇室罪，元老院均可逕行審問判決執行，而實際上決定犯罪與否，不外皇帝之意旨。

民會在共和時代，當推爲司法之最高權力機關。裁判官及總裁之司法權既受限制，則主持此終局之審判權遂入於民會之手。羅馬民會，依時代之先後，得分爲三，其最早者，厥爲家族會。文獻記載霍立學 (Horatius) 殺案，受家族會之審理頗詳，則其爲民會行使司法權之明證。

軍伍會又稱百人會，傳爲色味斯塗留士 (Servius Tullius) 所創制，其組織係將羅馬人民

，依財產，年齡，身分而分成若干級，凡羅馬人民不服裁判官或其他官吏之審判者，均可上訴於此民會。其後十二表法更設明文規定之。

區域會 (Comitia Tributa) 之司法權，原限定於侵害平民權利之案件，但因權力日大，遂使重大犯案亦加以受理。舉其要者，如謝西羅 (Cicero) 之被區域會判處流刑，謝氏雖以無管轄權爲抗辯，終未獲通過也。

民會審判之程序，以裁判官或其他行政長官爲檢察官，向民會提出公訴。在原則上，現任高級官吏無被檢舉之權，所以保持行政權之威嚴。然一旦解職，法律則可加於其身。其判決方法，由人民投票行之，此與通過法律案，無稍異致。

刑事專庭 (Quaestiones perpetuae) 遲至紀元前一百四十九年始依古爾柏尼亞律 (Lex Calpurnia) 而設立，初爲刑審委員會，專以管轄省長之暴斂案件。良以往昔民會制度，人數既多，辦案遲緩，以致人民哀苦反不能直。其在初時，倘有案件發生，則由民會任命專員一人或數人，稱曰訊問官 (Quaestores) 授以審理之權。迨案情結後，其職務即行終了。厥後案

件日夥，不得不設置專庭以司其職，此刑事專庭之由來也。刑事委員會或刑事專庭，置庭長一人，由裁判官兼任，但無事實審判權，庭員若干人，初時由元老充任，行使審判權，與承審員無異。自刑事專庭之制設，人民咸稱簡便，各種刑事專庭於是相繼設立，終而一切案件除少數特例外，概由刑事專庭管轄。刑事專庭既因事而設置，故數目至夥，而所根據之法令，亦參差不一。惟就大體言之，刑事專庭之庭長，除由裁判官兼任者外，亦有專設推事以專責成，稱曰審判長(Judge-Quaestoris)。往之民會公訴制度，今則許人民自訴之便利。其審理刑案，概由審判長及庭員承審員辦理。審判長之職務，在於指導法律及指揮訴訟程序，而承審員之職責厥為審問證據，然後依照審判長之指示各點，為有罪無罪之宣判。承審員有數人時，依投票之過半數決之。

入帝政時代，司法大權漸操於皇帝之手。但在初時，尚假藉元老院為判決之機關。邇後乃逐漸捨此形式之機關，而由皇帝之任命人員逕行審判權也。京畿警衛官原無司法權，惟自奧帝以還，往往裁判官及民政官之職權漸被蠶食，終而受理普通刑事案件。至京畿警察長，

因維持治安故，對於輕微案件如偷竊，放火等有審罰之權，惟其處罰以輕微爲限，此猶今日中國公安局依違警罰法以行使警察權也。

(註一) D. 2. 1; 1. 16. 2; C. 3. 4 cf. 13. 管轄又因直接與囑託而區別。直接管轄者，謂裁判官基於職務上而有之審判權也。囑託管轄者，謂裁判官受囑託而爲之審判也。見 Mackenzie, 337.

(註二) 法院不因地方管轄錯誤失其審判權，但法院全無審判權者，則雖兩造當事人之合意，亦無管轄權。此不可不區別也。前者如甲乙同級法院本有一定之管轄區域，若甲地當事人願在乙地進行訴訟者，乙地則取得管轄權。反之，設甲乙非同級法院而係上下級法院，則應歸上級法院之管轄事件，下級法院縱因當事人之合意，亦不能受理。D. 5. 1. 1. 2 pr. 1; 2. 1. 15; C. 3. 13. 3.

(註三) De Fresquet, Traite Elementaire de Droit Romain, (1855) vol. 2 P. 401.

(註四) C. 3. 19. 3.

(註五) Mackenzie, 338, D. 5. 1. 50—52; c. 3. 17.

(註六) De Fresquet, vol. 2, 519. Nov. 69. 1. cf. D. 13. 4; 5. 1. 19. 65; C. 7. 45. 14; Nov.



(註七) Ortolan, *Inst.* (8<sup>th</sup> ed.), 3, p. 479.

(註八) 據佐樂章志云：•總裁之最古名義爲「*Prætoris*」，固有「領袖」之意義。見 Jolowicz, 48, n. 2.

(註九) 宗教不與焉。見 Jolowicz, 44.

(註十) *Ilvy*, 6, 42; *Mommson*, *Staatsr.* 2, 193; *Buckland*, 5, 613; *Jolowicz*, 15; *Greenidge*, 120, n. 1.

(註十一) *D.* 1, 10, 1 pr.; *Sherman*, 2, 430.

(註十二) *Willems*, *Droit Public Romain*, (7<sup>th</sup> ed.) p. 245.

(註十三) *D.* 1, 2, 2, 27.

(註十四) *D.* 1, 2, 2, 28.

(註十五) *D.* 1, 2, 2, 32

(註十六) *D.* 1, 2, 2, 32.

(註十七) *D.* 1, 2, 2, 32.

(註十八) Willems, p. 245.

(註十九) Ulp. 1. 13.

(註二十) Mackenzie, 339.

(註二十一) Jolowicz, 46; Mackenzie, 339.

(註二十二) 見 Sohm, 289, 290.

(註二十三) 前書第二八五頁。

(註二十四) Ortolan, Inst. 1. 151.

(註二十五) Mackenzie, 340; Hunter, Roman Law 46—47.

(註二十六) Ortolan, 3. 484.

(註二十七) Buckland, 632.

(註二十八) 但對於證人之資格亦有相當之限制，如奴隸，除特種情形外，不能爲證人是。

(註二十九) Buckland, 633.

(註三十) D. 3. 5. 31. 2; 46. 7. 5. 1.

- (註三十一) C. 7. 43. 13.  
(註三十二) Mackenzie, 340.  
(註三十三) Cicero, Fro Murena, 12; Hunter, 48; Mackenzie, 341.  
(註三十四) Beaufort, R-p. Rom., 5, C. 2.  
(註三十五) Mackenzie, 341.  
(註三十六) G. 4. 16; Jolowicz, 199.  
(註三十七) Mackenzie, 3 2; Jolowicz, 199.  
(註三十八) 同前引書。  
(註三十九) Willem, 596.  
(註四十) D. 1. 10. 1.  
(註四十一) Willem, 596.  
(註四十二) C. Th. 6. 6. 1.  
(註四十三) D. 1. 2. 2. 32.

(註四十四) 內務裁判官之名直至西羅馬告終而止，但外務裁判官之名則於卡辣卡拉 (Caracalla) 帝頒行市民權法案 (時紀元後二百十二年) 後已不復見。

(註四十五) C. Th. 3. 17 3; C. Th. 6. 4. 16; D. 1. 14; C. 5. 33. 1; C. 5. 71. 18; Nov. 13. 1. 1.

(註四十六) 卽係保民官。 Willems, 462.

(註四十七) G. 4. 31.

(註四十八) Willems, 461.

(註四十九) Willems, 546—557.

(註五十) Hunter, 73.

(註五十一) C. Th. 1. 16 12.

(註五十二) C. 3. 3. 2—3.

(註五十三) C. 1. 51. 1. 2, 7; C. 1. 51. 14; Willems, 370, 603.

(註五十四) Sherman, 2. 445—446.

(註五十五) D. 4. 4. 48; 45. 1. 122, 5.

(註五十六) Willems, 637.

(註五十七) Willems, 430.

(註五十八) D. 48. 2. 13; 14. 1. 1. 16; Willems, 470, 476, 506.

(註五十九) C. 2. 7. 10, 23f.

(註六十) Hunier, 72.

(註六十一) C. 1. 35. 1. 3; Nov. 15. 6; C. Th. 1. 29. 7.

(註六十二) C. 3. 3. 2.

(註六十三) 本節大致參考 Mackenzie, 382—390. 至於以次數章所述訴訟法，以私法爲限。刑事訴訟之程序，不在本書之範圍。

## 第四十三章 共和時代——法律訴訟之程序

依訴訟之演進，可分爲三：一曰法律訴訟(Legis actiones)，二曰程式訴訟(Formula)，

三曰特別訴訟(Cognitio extraordinaria)。大體言之，法律訴訟至奧古斯特朝告一段落，(註

本論 下篇 訴訟法 第四十三章 共和時代——法律訴訟之程序

八〇五

一。代而用者爲程式訴訟。至紀元後二百九十四年，提荷克立與帝頒令廢止民選推事（即承審員）之制，自茲以還，是爲特別訴訟時代（註二）。然吾人對此三時期之劃分，不外示明其進化大略，要不得視爲嚴明之界限。况羅馬整個私法之進化，大半出於環境之需要，而成自然之演進，并非憑藉立法之程序。故在法律訴訟之末期，程式訴訟已與分庭抗禮，其後不過因既成事實加以法令之追認耳。明乎此，則吾人研究羅馬法不爲所昧矣（註三）。

## 第一節 法律訴訟之特徵

### 第一項 嚴格與形式

法律訴訟之特徵，厥爲嚴格與形式，而其審理又分爲二階段，卽法律審理與事實審理，直至程式訴訟，迄未廢弛。

嚴格者，謂當事人間之進行訴訟，須遵照法定之言詞及手續也（註四）。稍一錯誤，原告則受敗訴之駁回。「法定」一詞，不僅指當事人之權利應有法律上之根據，卽其訴權亦然。例

如他人損害葡萄時，則葡萄所有人對加害人起訴應沿用「樹木」(Arboris)名詞，不得據實稱曰「葡萄」(Vitis)，違者，原告歸於敗訴(註五)。其所以然之故，法律上祇有損害「樹木」之訴權，却無損害「葡萄」之訴權，彼受害人欲向被告索償，應依法律上之規定權利方得請求也(註六)。

嚴格之又一結果，則為「狹隘」。蓋法律之訴訟程序既嚴，遂使範圍有限。彼葡萄所有人固可援「樹木」之訴權以為請求，但亦不能推而至於不同類之物。故嚴格主義，亦即狹隘主義，非加以更變，無以適用於新環境也(註七)。

形式本與嚴格同一意義，亦可謂為嚴格之一種特徵也。法律訴訟之原告應述一定語言，稍有錯誤，則無法可以改正，遂致喪失其請求，危險莫甚。其不合於較複雜社會，固不言而喻。

## 第二項 法律審理與事實審理

自法律訴訟至程式訴訟之審理程序，向來分為二段：一為法律審理(La jure)，一為事實

審理(In iudicio)。前者爲裁判官之審理程序，後者爲承審員(或稱民選推事)之審理程序。法律審理之事項有三：其一，對於權利人之訴權是否爲法律所承認；其二，請求權屬於何種性質；其三，適用法律之情節。裁判官於審理後將此程序移與承審員爲事實之審理，羅馬法稱此爲「爭訟」(Litis contestatio)，拉丁文原義指「訴訟爭點之結合」(註八)。訴訟至此階段，是爲法律審理之終結，而爲事實審理之開始。承審員之職務在於審查證據，依照裁判官所指示之法律要點而爲判決(Sententia)，訴訟之程序，始告終結焉。

事實審理之程序，終程式訴訟時代迄未廢弛，而法律審理之階段，却因「程式」訴訟改其程序，然其與法律訴訟時代之分爲二階段，則前後同出一轍也(註九)。

## 第二節 法律訴訟之方式

法律訴訟之方式，依其演進之順序，可分爲五：一曰提供誓金之訴(Legis actio sacramento)，二曰實施拘押之訴(Legis actio per manus injectionem)，三曰實施扣押之訴(Legis



actio per pignoris captionem)，四曰通知返還之訴 (Legis actio per conditionem)、五曰請求指定承審員之訴 (Legis actio per iudicis postulationem)、茲依次簡述之。

### 第一項 提供誓金之訴

提供誓金訴訟者，謂當事人於訴訟進行中提供證金以爲擔保也。因其對人訴訟 (actio in personam) 與對物訴訟 (actio in rem) 而稍不同。對物訴訟之程序，格阿士述之頗詳 (註十)：對人訴訟一項，則因原文佚失多處，吾人僅可瞭然其大概而已 (註十一)。

一、對物訴訟之提供誓金式 (Legis actio per sacramentum in rem) 凡起訴標的爲動產，應即帶往裁判官面前，由原告握住該繫爭物 (設爲奴隸) 作嚴肅之言曰：『今余確言此人，依市民法之規定，爲余所有；現以杖置其身上』 (註十二)。言畢，遂以杖置放於奴隸身上，以示占有之意思。此時被告如以原告之請求屬實，得明白認諾其請求或不作任何抗辯，該奴隸則歸原告帶去，而訴訟亦至此終結 (註十三)。倘被告對原告之主張否認時，應在裁判官面前申述與原告同一之語言及爲同一之占有行爲。兩造之言詞行爲既畢，裁判官遂令兩造放開其

杖 (Mittite ambo hominem)，原告再行陳述曰：「余請求此物，汝有何理由而爲此權利之主張耶？」(註十四)。被告應之曰：「余已主張此物所有，故以杖置其身上」(註十五)。原告復爲陳述曰：「汝之主張權利無據，今特以五十阿士爲誓金而決勝負」(註十六)。被告應之曰：「可，吾與汝」(註十七)。言詞既畢，兩造遂將金額提存(後來法律亦許提出保證)(註十八)，裁判官對繫爭物卽裁定「中間占有」交由原告或被告收受，但中間占有人，不論爲原告或被告，概須提供擔保(註十九)，通常由起訴時之占有當事人爲中間占有人(註二十)。此階段之程序告竣後，裁判官卽時指定承審員審理爭訟案件。其後賓那留阿律 (Lex Pinaria) 始許三十日之審理寬限，以便當事人在此期間有自行和解之機會(註二十一)。承審員對於案件之處置，係就誓金之是否正當爲判決，易言之，孰者之誓金之不正當卽予沒收之判決(註二十二)。勝訴之一造則可取得繫爭物，而程序告終焉(註二十三)。

二、對人訴訟之提供誓金式 (Legis actio per sacramentum in personam) 此較對物訴訟程序爲簡單。蓋對人訴訟之標的并非物，而爲原告對被告之一種請求，故握住物件及主

張所有權等行爲，均未由發生。在對人訴訟之程序，原告陳述曰：「余確言汝欠吾之債」（註二十四）。被告如無抗辯，應爲認諾之聲明，此項認諾與判決有同一之效力，原告隨後即可請求執行（註二十五）。設有抗辯，而爭訟以生，一如對物訴訟之提供舊金式，兩造提出舊金以爲擔保誰之主張爲確實，然後由裁判官指定承審員審理之（註二十六）。

舊金之訴爲法律訴訟時代之普通訴權，易言之，凡權利有特殊方式可以請求者，適用特殊方式；其無特殊方式者，得以此訴訟爲救濟（註二十七）。

## 第二項 實施拘押之訴

實施拘押之訴者，乃對確定債務所爲之執行而發生之訴訟也（註二十八）。此確定債務，依十二表法之規定，係判決或審判上認諾之債務（註二十九）。原告於判決或認諾債務時起予債務人以三十日之寬限，俾可籌款償還；倘屆限不還，債權人得拘押債務人，帶其到裁判官面前，責其償還（註三十）。如無力償付，又無人願出爲擔保人（Vindex）時，債權人即可將債務人帶去，依十二表法之規定，得繫以十五鎊重左右之繩索。在拘押期間，債務人尙爲自由

人，仍可與債權人商議了結辦法。如無辦法，債權人繼續將債務人禁押六十日，在此期內，債權人應連續三次將債務人牽至市場，當衆公布其積欠債務數額，以冀有第三者憐其情況，出爲代償（註三十一）。若屆限無人願爲代償而債務人又無力償付，債權人得將債務人處死或貶賣外國爲奴隸（註三十二）。依十二表法規定，債權人有數人時，各得對債務人按分宰割，設有不等，亦不負任何責任也。

此種債務執行之程序，殘酷已極。因借債而亡身，亦可概見古代法之嚴厲。債務人受此拘押程序，不能爲任何抗辯（註三十三）。其唯一生路，除自己償付外，厥爲第三者出爲代償（註三十四）。然此保人，應對債權人立爲清償義務，并從此擔當訴訟；如提出之抗辯，一旦敗訴，須負加倍償還責任（註三十五）。若保人提出抗辯後，是爲爭訟之開始，由指定承審員審理之。惟保人所爲之抗辯，不得就以前案件加以攻擊，祇能反證債權人援用拘押式之程序爲不當，如債務人已償付了結或另與債權人訂有清償辦法是（註三十六）。

其後卜地利亞律（*Lex Poetelia*）（註三十七）修訂扣押式之程序，禁止將債務人繫鍊拘押或

對人爲身體上之執行，應先就其財產受償，設有不足抵償，債務人須以勞務折償債務，而當然之結果，前此六十日之期限無形歸於廢弛矣（註三十八）。

拘押式之程序漸擴其適用範圍。其一，凡保證人代主債務人償還債務未於六個月內受償者，得以拘押式程序請求主債務人償還（註三十九）。其二，保證人有數人時，其代償債務之數額超過應分擔之部分者，得對債權人進行拘押式之程序（註四十）。此種拘押式稱曰「準判決執行之拘押訴訟」(manus injectis pro iudicato)（註四十一）。

此外，拘押式之程序又隨債務之性質而加以變更。蓋債務人對於債權人以此拘押式進行訴訟者，原無抗辯之權利。厥後鑒於保人之不易尋覓，漸容許債務人之抗辯權（註四十二）。終則范利亞律(Lex Valia)（註四十三）規定受凡拘押式訴訟之債務人，除基於判決及「準判決執行之拘押程序外，均得異議，無須第三者出而擔當代償；倘異議不成立，須受加倍償還之處罰（註四十四）。

### 第三項 實施扣押之訴

本論 下篇 訴訟法 第四十三章 共和時代——法律訴訟之程序

實施扣押式之訴訟，乃容許債權人對債務人之財產，未經審判之程序，得直接為扣押之行為也。扣押債權人當實行扣押時，應陳述一定之語言 (*Carta Verba*)，并能於節日 (*Dies nefasti*) 爲之 (註四十五)。債務人應於相當期限內取贖，并加付罰金，逾限不贖者，扣押財產所有權當歸債權人取得。然在通常情形，債權人之扣押財產，意在警惕債務人，故每將扣押財產毀壞之。 (*Pignora caedere*) (註四十六)。扣押財產式之適用案件，不外依據法令或習慣。依據法令者，如出賣牲畜供犧牲者，賣主對供獻者未付清價金時，得進行扣押式之程序；其次，以牲畜之租金充購犧牲供獻優必太神者，租借人如不付租金時，亦適用此程序；復次，農人欠繳租稅者，對於欠繳租稅適用此程序以扣押其財產 (註四十七)。依據習慣者，如兵士餉款 (*Aes militare*)，購置馬匹價金 (*Aes equestre*) 或馬匹飼料費 (*Aes horidarium*) 等事由，兵士得對負有繳付責任者之財產進行此扣押式之程序 (註四十八)。

扣押式之程序是否爲法律訴訟之方式，羅馬文獻語焉不詳。格阿士 (*Gaius*) 謂法家之意見不一，然其自己之解釋，則以扣押式之程序爲法律訴訟之方式，因其須陳述一定之語言也。

(註四十九)。惟以扣押之手續爲債權人之直接行爲，且無須債務人之在場，則其如何發生訴訟，不無討論之餘地(註五十)。就事實而言，債務人之財產既遭扣押，如有異議，當可向裁判官提出抗辯，而訴訟之程序於焉開始，然後指定承審員判決雙方之勝負，由此以觀，扣押式之程序始成法律訴訟之方式也(註五十一)。

#### 第四項 通知返還之訴

通知返還之訴者，謂原告向裁判官陳述通知被告於三十日內出庭聽候指定承審員以審理繫爭之訴訟也。其適用之範圍有二：一爲對於一定金額(Certa pecunia)之請求返還，一爲對於一定物件(Certa res)之請求返還。前者爲西里亞律(Lex Silia)所制定，後者爲卡爾博尼亞律(Lex calpurnia)所修正(註五十二)。此二律之年代已無可考，學者間估定在紀元前二百五十年左右(註五十三)。

通知返還式之程序有如下述：原告邀同被告出庭，陳述其對被告之請求，如被告提出異議，雙方乃約定敗訴者應加付勝訴者罰金三分之一(註五十四)。然後原告依此約定，通知債

務人須於三十日期限之末日出庭，聽候指定承審員審理案件。屆期，原告有逕向裁判官指定承審員，而事實審理開始進行焉（註五十五）。

### 第五項 請求指定承審員之訴

凡原告對於爭執事件未能確定賠償數額而為法令所規定者，得直接陳述請求指定承審員，以審理其爭執事件（註五十六）。然原告欲使裁判官指定承審員，必須陳述與法令所規定之一定事實，以嚴肅之語言要求之。關於此式適用事件之記載，文獻已多佚失，未能斷言。據多數學者之意見，以此式適用於未能確定債務數額之事件，如疆界之爭訟是，但格阿士之著作謂屬於「通知返還式」之事件，亦適用「請求指定承審員式」之程序，其與前說不亦相反乎（註五十七）？

## 第二節 法律訴訟程序之缺陷

法律訴訟程序之特徵為嚴格與形式。吾已在第一節述之。然此特徵，亦即其缺陷所由生



。舉其顯者有三：一曰趨重嚴格形式，忽略實在。蓋權利人之請求權利，若稍一與法定方式不符，則遭敗訴之苦痛，危險之甚，莫逾於此。二曰程序煩複，不符實用。法律訴訟程序之煩複，可於前述各種方式見之，可毋庸多贅。至其不符實用，則因羅馬共和中葉以來，社會組織日趨複什，前此之舊式程序，雖可比附援用，然與事實矛盾，於審判上不無多增累贅。是舊式訴訟程序之不爲當事人，固亦有由矣。三曰適用事例有限，不能適應新環境。由於上述二點之缺陷，遂使舊式訴訟程序，縱能比附類推，然以限於一定語言之陳述，亦無法以適應新事物。有此三因，故法律訴訟程序之不能繼續長存，蓋亦勢之必然也（註五十八）。

（註一）承認程式訴訟與法律訴訟有同等之法律效力，乃哀不地亞律（Lex Aebutia）所規定也。此律之年代，學者間考訂不一。據賈拉（Girard）之考訂，當在紀元前一百四十九年至一百二十六年間，多數學者認爲可靠。M. l. 67 sq. 114 sq.; Manuel 1012; Z. S. d. Sav. S. t. val. xiv. 11 sq. 但此律并不廢弛「法律訴訟」，惟在事實上，人民成就程式訴訟，法律訴訟僅名存耳。此爲

梭姆說。Sohm, 247. 至於以法令廢弛「法律訴訟」者，則有待於優利亞律 (Leges Juliae) 也。  
此律之年代，學者間定爲奧氏之朝，(賈拉估定爲紀元前十七年)。Girard, Manuel, 1013, 參較  
Wassak, Römische Proceßgesetze, 1. 191 sqq. 本書從多數學者之說，以莫不地亞律非對「  
法律訴訟」宣告廢弛，然其結果，法律訴訟殆皆爲當時所厭惡，程式訴訟成爲通行之程序，則吾  
人今日讀史不可不明其由來也。

(註二) 通說以此爲「非常訴訟」之開始，猶莫不地亞律之承認程式訴訟也。C. 3. 3. 2 各家意見，參  
閱 Girard, Manuel 1140; cf. Costa, Profilo Storico 142; Buckland, 659.

(註三) 關於訴訟程序演進之大略，以梭姆之說明爲簡括。見 Sohm, 240—253. 分期之說明，可參考  
Buckland, 559—667; Jolowicz, 178—237, 400—413; 453—460.

(註四) G. 4. 11; D. 47. 7. 1; Declareuil, Rome the Lowriver, 60—61; Sohm, 241.

(註五) G. 4. 11.

(註六) 然此「嚴格」之特徵，由另一方面觀之，亦可視爲寬大。蓋砍伐樹木者應負損害賠償之責，此  
爲十二表法之明定，此外并無損害其他莫實花草等類之賠償明文。若依嚴格言之，則除「樹木」

以外之任何損害，加害人應無賠償之義務。惟樹木以外之所有人，苟不予以同一之訴權，既欠公允，亦將因此釀成羣居之安全，於是裁判官爲調劑法律與事實起見，乃於一方維持法律之威嚴，他方准許權利人得藉法律之方式以遂其保護，而形式一種擬制之訴權。換言之，由原有之訴權，不變其形式，而推用於其他同類之事件也。故曰「嚴格」之特徵，亦即寬法之所由漸，終而僅名存實亡。參見 Sohm, 241.

(註七) Sohm, 241.

(註八) 此緣初時之程序，由原告以嚴肅之語言對證人言也。Sohm, 226, note 2.

(註九) G. 4. 30; Sohm, 225—229; Jolowicz, 181—187.

(註十) G. 4. 16—17.

(註十一) G. 4. 14—15.

(註十二) "Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio secundum suam causam;

sicut dixi, ecce tibi, vindictam imposui."

(註十三) Jolowicz, 183; cf. Wengert, Institutionen des römischen Zivilprozessrechts, (1925)

本論 下篇 訴訟法 第四十三章 共和時代—法律訴訟之程序

P. 103.

(註十四) 'Postulo anne dicas qua ex causa vindic veris.' G. 4. 16.

(註十五) "Jus feci sicut vindictam imposui"

(註十六) "Quando tu iniuria vindicasti, Laeris te sacramento provec." 「誓金」即拉丁文原義

爲 Sacramento。係兩造對於權利主張所爲誓言之保證金，以爲勝負之處罰。Jolowicz, 184;

cf. Wenger, 119; 詳見 Strahan-Davidson, Problems of the Roman Criminal Law, 1. 48

sqd 提供誓金之數額，視案情而不同。凡標的物未達一千阿士價值或爲自由權而訴訟者，誓金之

數額定爲五十阿士，此外則應爲五百阿士。Buckland, 606.

(註十七) 'Et ego te'

(註十八) 金額提存之處所，先時係交與教侶，敗者，沒收其誓金充神用。見 Bruns, II, 54. cf.

Buckland, 603.

(註十九) G. 4. 16.

(註二十) Girard Org. Jud. 1. 74.

(註二十一) G. 4. 16.

(註二十二) Cicero, pro caec. 33. 97; de Domo, 29. 78; Buckland, 607.

(註二十三) Buckland, 677.

(註二十四) "Aio te mihi bare oportere." Val. Probus, Iv. 1.

(註二十五) 惟若被告認諾應履行之義務或賠償責任時，其認諾之效果如何，不得而知。Wenger, 109 sqq.

(註二十六) Jolowicz, 184; Buckland, 607.

(註二十七) G. 4. 13; cf. Karlowa, 13.

(註二十八) Sohm, 234; G. 4. 21 sqq.

(註二十九) 認諾債務(aeris confessus)雖非判決之債務，視與判決債務同一效力。見本節第一項。

Sohm, 236.

(註三十) G. 4. 21.

(註三十一) 說者謂於六十日期限之末三日爲之。見 Buckland, 615, N. 6.

本論下篇 訴訟法 第四十三章 共和時代—法律訴訟之程序

(註三十二) 卡羅華 (Karlowa) 謂宰割債務人爲非事實，其理由不外三端：(一) 文獻無此實例之記載  
 • (二) 拉丁文之 "Capite pœnæ dare" 殊爲「貶奴」之意義，"partis secanto" 係指財產之分配  
 • (三) 自由市民不能在羅馬市爲奴隸。Karlowa, Der Römische Civiprozess, 163, 178. 霸克  
 蘭非之，以爲古代民族對於法律之解釋着重嚴格文義。見 Buckland, 615. 近代多數研究羅馬法  
 之權威學者，皆以嚴格文義之解釋爲然。見 Wenger, 214—5; Kiiber, 51; Bonfante, 1 131;

Jolowicz, 189.

(註三十三) Sohn, 235; Buckland, 614.

(註三十四) G. 4. 21.

(註三十五) Girard, Manuel, 999; Textes 91; Sohn, 235.

(註三十六) Jolowicz, 190.

(註三十七) 其年代現估定紀元前三百二十六年。見 Girard, Manuel, 493.

(註三十八) Girard, Manuel, 1 00; Buckland 616 cf. G. 4. 21.

(註三十九) G. 4. 22. 此爲 lex Publilia 所規定。

(註四十) G. 4. 22. 此爲 *lex Furia de sponsu* 所規定，約在紀元前一四一年左右。見 Jolowicz, 19

7, N. 6.

(註四十一) G. 4. 23.

(註四十二) G. 4. 25.

(註四十三) G. 4. 25. 年代不詳，惟賈拉則估定在 *lex Aebutia* 之前。見 Girard *Manuel* 1001; Mel  
101, 124

(註四十四) Sohm, 236; Jolowicz, 198, 199; Buckland, 617; cf. Mitteris, 2, s. s. xxII, 116;

Junker, *Gedächtnisschrift für E. Seckel* (1927), 241. 此種中世之學識、羅馬法稱曰 *Manus  
injectio pura*.

(註四十五) G. 4. 26 sqq. 債務人毋須在場。

(註四十六) Mommsen, *Stratf.* 58; Sohm, 236; Jolowicz, 190; Buckland' *Main Institutions*,  
350, 351; *Text-Book*, 620. cf. Leage, 330.

(註四十七) Mommsen, *Staatsr.* 3, 195; Buckland, 619; Sohm, 237; Leage, 359.

本論 下篇 訴訟法 第四十三章 共和時代—法律訴訟之程序

(註四十八) Sohm, 237

(註四十九) G. 4, 28—29.

(註五十) Sohm, 237, 238; Buck and, 621.

(註五十一) 從 Sohm 及 Leage 說。簡要討論見 Buck and, 620, 621; 參較 G. 4, 32; Karlowa,

Legesactionen, 201 sq; Mommsen, Staatsr. (3rd ed.), 1. 177, N. 1; Wlassnk 1, 251

sqq.

(註五十二) G. 4, 19

(註五十三) Girard, Manuel, 1006.

(註五十四) 此項罰金歸勝訴者收受，故與提供誓金式之程序不同。然亦有一危險，即原告之金額稍一

不符，則歸敗訴。Sohm, 232, 233.

(註五十五) Leage, 355. 此式原非必要，因羅馬法上已有其他方式（提供誓金式及請求指定承審員式

）足資適用。今之研究羅馬法者，或以此式為較簡單，故法律予以承認也。見 Leage, 356; G.

4, 20; Buck and, 613.



(註五十六) G. 4. 12. 20.

(註五十七) Buck and, 612.

(註五十八) Leage, 361—363; Buck and, 621—625; S. hm, 240—242. 以梭姆之說明爲最佳。

## 第四十四章 帝政前期——程式訴訟之程序

### 第一節 程式訴訟之由來

羅馬法之演進，皆循自然之途徑，不論實體法或訴訟法，概無例外。明乎此，則吾人所述由法律訴訟之程序轉入程式訴訟之程序，亦由漸而成，并非假力於立法之機關。不寧惟是，此程式訴訟之發生，且係自法律訴訟之程序蛻變而來。何以言之？試就形式方面而觀，法律訴訟與程式訴訟均分審理程序爲二階段，卽法律審理與事實審理也。在法律訴訟時代，當事人欲求法律審理階段之完成，必須陳述一定之語言與一定之行爲；一有出入，立受駁回之

裁判。今程式訴訟所改革者，厥爲此階段，至於事實審理之程序，大都存其原制。苟非自法律訴訟蛻變而來，此法律審理之階段早可廢止，毋待帝政時代之改革矣。

尤有進者，法律訴訟之程序僅限於羅馬市民，易言之，凡非羅馬人或羅馬人與外國人發生之爭論事件，此法律訴訟之程序均不適用，聽任當事人另向裁判官請求救濟。但羅馬之原有裁判官(即內務裁判官 *Praetor urbanus* 亦不能受理羅馬人與外國人或外國人間之訟案，故在此種情形之下，遇有爭論，舍當事人自爲調處外，法律上殊乏救濟。

歲月以還，羅馬商業日盛，外國人與羅馬人之交易漸趨頻繁，爭論事件既多，不可不謀解決之道，迫於時勢之需要，乃於紀元前二百四十二年間設置外務裁判官 (*Praetor peregrinus*) 專理外國人相互間或羅馬人與外國人之訟爭事件。然於訴訟程序，既無明文規定，則裁判官有自由心證之權，自無疑義。惟裁判官受理雙方當事人之訴訟，其審理程序一方應能使當事人之滿意，他方又應有所依據。基於前者之原因，裁判官遂准許原被告得遴選會審員至少一人，以與裁判官指定之公正人一名會同審理，此等審問官，稱曰會審員 (*recuperato*

708)，其職務與承審官同爲事實審理之專員也。基於後者之原因，外務裁判官參照內務裁判官辦理羅馬人訟案之程序以爲依據，而將案情之大略爲簡切敘述并指示會審員宜如何決定之原則。其後此等會審員大都由裁判官指派，准許當事人提出更換之理由。裁判官於指派會審員之命令中，并將案情要點及指示原則載明，使會審員知所以依據。自茲以還，事例相因，遂成固定之方式，稱曰程式 (Formula)。此項程式，經裁判官製成後，即交由原告轉與被告，是爲訴訟程序之合意，雙方當事人即應受會審員判決之拘束。

由上以觀，此時市民法上之訴訟程序與裁判官法之訴訟程序并行不悖：前者依據法令之方式而由當事人爲一定語言之陳述及行爲；後者却由雙方當事人之合意承受裁判官製定之程式。前者適用於羅馬人，後者適用於外國人爲訴訟當事人之案件。前者因基於一定之方式，故適用事例甚狹，後者却不受法令之限制，故適用於最大多數事項。兩制相較，孰者簡便，不難明瞭。

上述外務裁判官之程式訴訟程序，因其適用之人民不同，故尚不能謂爲對於法律訴訟有

直接之影響。惟程式訴訟之簡便，則非舊式訴訟所可比擬。凡爲原告者，就二制之選擇，亦必含煩就便，此乃情勢使然。故遇羅馬市民在內務裁判官之法庭發生訴訟，如請求由裁判官制定程式，或裁判官因欲求簡便故而改由自己製成程式，經當事人之合意，自屬意中事（註一）。久而久之，程式訴訟遂爲多數人所歡迎，然在此時，法律上固未承認程式訴訟之方式也。

夫法律訴訟之程序乃教侶羽翼之物，今對此方式予以痛擊，大足減削教侶之權力，嘗議反對，曷能避免？哀不地亞律（*Lex Aebutia*）之頒行，蓋爲此也。此律規定程式訴訟之效力，易言之，即當事人得自由選擇法律訴訟或程式訴訟之程序以爲權利之救濟。至於明文廢止法律訴訟之程序，則有待於後來之優里亞律（*Lex Julia*）。自茲以還，除歸大審院及合意事件外，一概適用程式訴訟，而法律訴訟之程序乃壽歸正寢焉。

## 第二節 程式訴訟之程序

## 第一項 傳喚

前已言之，程式訴訟并非出於立法之斷然手段，乃由於市民法之舊式訴訟蛻嬗而來也。故在程式訴訟之程序，大都保存原有手續。原告對被告起訴時，應向被告傳喚 (*in ius vocatio*)，其手續一如舊式訴訟。所謂傳喚，即原告應邀同被告出庭，被告不得拒絕。倘被告不遵原告之命偕同出庭，原告得請路人或隣居作證，而後施以威力，迫其同往。然被告若有其他重大原因致不能出庭，如疾病或老耄等，原告應備車馬供其乘坐。被告欲避免原告之傳喚，祇可另覓保人 (*Vindex*) 擔保其隨傳隨到。惟原告對於保人之財力如視為不及被告者，亦得加以拒絕，令其更換，此為十二表法所規定，無非在防杜被告濫覓無財力之人以充保人也 (註1)。

傳喚程序至此時期亦加改進，除上述之手續外，原告與被告可以口約 (*stipulatio*) 方式約定被告應於指定日期到庭 (註三)。此種約定顯係無須傳喚程序，稱曰「庭期保證」 (*Voluntarium*) (註四)。被告如潛匿致原告無從傳喚時，裁判官之告令中載明准許原告占有被告之

物稱曰占有之指定 *Missio in possessionem* 并給與賣却權 (*vindictio honorum*) (註五)。

## 第二項 審理

原告傳喚被告時，須將案由通知對方，使其知悉傳喚之事由，即所謂「訴訟節略」(*editio actiones*) 是也(註六)。及至開庭日期，原告陳述案由及證據後，即將自擬之「程式」呈交裁判官，請求依式進行訴訟，并聲請指定承審員 (*postulatio actiones*) 受理審判(註七)。當此時也，被告對於原告提出之程式如不同意，得請求加入其抗辯 (*exceptio*)，而後裁判官就兩造之陳述及擬定之程式加以審核，說明其准許程式之大略(註八)。次乃指定承審員，由裁判官載明程式中，將製成之程式交由原告及被告之同意後(註九)，是謂「爭訟」之開始 (*litis contestatio*) (註十)，而為承審員之職務，進行審判矣。

被告對於原告請求支付一定之金額，如逕行承認不諱，當無問題發生，而此認諾之結果，遂視為審判上之認諾，與判決發生同一之效力(註十一)。然於其他債務之承認，通說否認此與「準判決債務」(註十二)相同，以認諾「不確定數額之債務」(*confessus incerti*) 屬於「不理

抗辯] (*indefensus*) (註十三)，但有提出充足保證者不在此例 (註十四)。何謂「不理抗辯」？即被告對於原告之訴不爲任何抗辯也。蓋此時之訴訟，仍須雙方當事人之合意，今被告對此置之不理，或雖出庭，但不置答，諸如此類，皆足使原告之訴難以進行 (註十五)。裁判官乃規定，凡屬於債務之案件，准許原告施行「占有指定」之程序 (*Missio in possessionem*)，占有被告之財產，給與賣却權。在「占有指定」之期間，如被告出而受理原告之訴，此占有程序即行撤銷 (註十六)。其債務請求性質屬於確定數額者，不理抗辯之結果給與原告取得「準判決」之效力 (註十七)。至對物訴訟之程序，被告雖認諾給付，亦不發生「準判決」之效果，不過原告本於被告之認諾，由裁判官許其取得被告之動產 (註十八)；如係不動產，則發給「提供占有令狀」 (註十九)。

承審員於開始審理案件應照程式之指示爲之。在「嚴格訴訟」之程序，本無自由心證之權，祇能對原告之請求爲准否之判決 (註二十)。然於善意訴訟之事件 (*bonae fidei iudicia*)，承審員頗具相當之「自由審判權」 (*Officium iudicis*) (註二十一)，對於被告之請求抵銷，不得

加以拒絕(註二十二)。審理員有數人時，均應在場爲審判之行爲，其判決從多數(註二十三)。此外審理員之職務，不僅審理案件，即對於事實上之聲請，亦得以「裁定」(Pronuntiatio)爲之(註二十四)。例如原告對於被告是否爲市民之身份，聲請先爲裁定是(註二十五)。

審理員之判決爲終局判決，此時無上訴之制。當事人之唯一救濟，厥爲「回復原狀程序」(restitutio in integrum)(註十六)。

### 第二項 爭訟

爭訟之意義及其性質已於前章述之，今請進而言其效力焉(註二十七)。

一、消滅舊債務 凡訴訟達到爭訟之階段，原告與被告本於訴訟標的之債權債務即歸於消滅，此在法律訴訟之程序爲當然發生之效果。原告嗣後再行起訴，被告得以債權因經過爭訟階段而抗辯(稱曰「審判終結之抗辯」*Exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*)。

二、發生新債務 原告因爭訟而消滅其債權，同時却因爭訟而發生新債權，易言之，即被告對原告之履行，不基於原有之債務，乃自爭訟成立後之債務也。



三、訴權因達到爭訟階段而有移轉性。對人侵權之訴權，本屬不可移轉，隨被害人之死亡而消滅。然若訴訟已至爭訟階段後被害人始死亡者，其繼承人得繼續承受訴訟之進行；此則訴權不因權利人之死亡而消滅之例外也。

四、訴權到達爭訟階段者不發生消滅時效之效力。何以言之？裁判官法之訴權，其時效通常為一年，故若逾一年未提起訴訟者，其訴權因時效而消滅，但訴訟到達爭訟時，消滅時效遂不發生效力，變成永久之訴權。

五、判決之效力溯及爭訟時期。自裁判官之法律審理以至承審員之事實審理，其程序究非一日期間即可了結。故日後承審員之判決，其效力是否溯及爭訟時期，頗為重要。就原則上而言，訴訟標的依爭訟時期之價值定之。反之，若自爭訟之後，標的物發生損耗或價格之跌落，除被告係出於惡意外，不負其責任。倘標的物在未交付前因災患而毀滅者，被告應否負責，不無解釋兩歧，但其大致相同者，即非出於被告之詐欺，過失，遲延事由者，免除其給付義務。上述原則，要以適用於對物訴訟及嚴法訴訟，至善意訴訟或基於事實之訴訟，則

視情節而定。

六、原告之一切請求因爭訟之效果而成爲金錢請求。羅馬法，在此時期，規定債權人交付特定物者，裁判官於製定程式時，亦必准許債務人得照價償付，無須返還原物。故非金錢之請求債權至爭訟時期遂變爲金錢請求矣。

七、繫爭物因達到爭訟階段不得轉讓買賣。

八、當事人因爭訟而應受判決之拘束。

#### 第四項 執行

程式訴訟時代之執行，一如舊式訴訟，由原告採取必要步驟以達到受償之目的。惟此時執行之原告不能逕行以拘押式程序 (*manus iniectio*) 拿捕被告，而替代之程序厥爲「執行判決之訴」(*actio iudicialis*)。原告於判決三十日後帶同被告到庭，爲「執行判決」之聲請註二十八。如被告對於判決爲瑕疵之攻擊，裁判官即交付審理，同時被告須尋覓保人，猶如舊式訴訟程序，由後者提出「確實保證」(*cautio*)，設執行異議之訴不成立，須負加倍

償付之責任（註二十九）。然因保人須負加倍之責任，故在實際上非確有充足之理由，被告每承認不諱，而執行遂即開始（註三十）。

被告對於「執行判決之訴」未有任何抗辯或逕行承認者，應即向原告清償，否則，裁判官遂裁定將被告交付原告帶去管收（註三十一），但不得加以虐待，并須供給日常生活（註三十二）及准許被告以勞務所得爲清償（註三十三）。

被告之財產不因管收而失其所有權，此與舊式訴訟相同，吾人已言之。對於被告財產之執行程序，先由裁判官，依據債權人（即原告）之請求，發與「占有指定」之命令（*inzeio in possessionem*）（註三十四），令其占有被告之財產并公告之（註三十五）。閱三十日，裁判官乃命令原告召集債權人會議，推定一財產拍賣人（*maester bonorum*）以處理出賣事宜（註三十六），而被告遂蒙不名譽之處分（註三十七）。在此期間之財產，恆由債權人或其中之一人或另行選定財產照管人（*curator bonorum*）爲債權財產之管理人（註三十八），凡爲此管理人者，負詐欺之責任，惟如有墊付費用，得先就財產受償（註三十九）。拍賣人乃將債權財產編製目錄及

債權數目(註四十)，經過相當期間，將整個財產公開標賣與最高價之投標人(註四十一)。但此項投標，非如今日之投標以最高價金為率，乃對於各債權之分攤最高成數以定債權財產之誰屬也(註四十二)。優先債權人之受償在先，普通債權人在後(註四十三)。財產拍賣之一再遷延期間，一方固欲使被告所有債權人得有充足機會參與分配，他方亦在給與債務人充足時間另籌償還辦法。至於因遲誤期間致未能參與分配者，此等債權人於將來債務人取得之財產可以請求受償(註四十四)，其他參與分配之債權人未受全部清償者亦同(註四十五)。

上述之執行程序，不特適用於判決債務，即審判上認諾之一定數額債務(*confessus certi*)或對於一定數額之債務「不理抗辯」者均得為之；其後對其他認諾或不理抗辯之債務，以及雖非訴訟上之事件，亦適用此執行程序(註四十六)。

債務人如欲避免對人執行之程序得將其財產獻交債權人以供執行(註四十七)。債務人依此程序者不受「不名譽」之處分，且可免却個人之受管收(註四十八)。此種「交付財產」(*cessio bonorum*)之執行，對於債務人顯屬有益，故法律設定限制，凡債務人有詐欺或其財產顯有

不足抵償者，不得享受此權利（註四十九）。

## 第二節 程式之內容

程式之製定，因訴訟事項而有不同。吾人現所知悉者，僅其大略而已，至於詳細結構，則不得而知焉（註五十）。就程式之編制而言，應記載之事項非只一端，今特逐一簡述之。惟本節所述程式記載之各事項，非謂每一程式書狀皆如此千篇一律，此又不可不注意及也。

一、指定承審員之記載 (*nominatio iudicis*) 此為每一程式書狀應記載之事項，其式如『今派某甲為承審員』是其一例（註五十一）。倘承審員有數人時，則改稱為『今派某甲乙某為會審員』（註五十二）。

二、請求原因之記載 (*Demonstratio*) 此乃原告對於請求加以說明其理由也。其式如下：『緣某甲售賣奴隸一名與乙』（“*Quod T. B. hominem vendidit*”）然此非每程式書狀所必

需，祇適用於對人訴訟之一部分，至於對物訴訟則無須記載請求原因（註五十三）。

三、請求之記載（*intentio*） 此爲程式書狀之最要部分，稍一不慎，大焉者使原告失其權利，小焉者阻礙其訴訟（註五十四）。以是對於「請求」事項之記載，鮮不細心爲之。惟「請求」之文例，視請求之性質而不同（註五十五）。如對於一定金額債務所爲之請求，則其文例爲：「苟乙某顯欠甲某羅幣一萬元時」（註五十六），此爲原告之請求，其是否成立，有待於承審員之調查事實後判決之。倘請求之標的非屬確定之數額，其文例與前不同，有如下式：「若乙某顯應對甲某償付或履行時」（註五十七）。其爲某種事實聲請裁定者，則程式僅有請求之記載，此已述之（註五十八）。

四、判決之提示（*condemnatio*） 此乃裁判官對於繫爭案件應如何判決之提示，俾承審員得有所依據。舉其文例如下：「仰承審員着即判令被告償付羅幣一萬元，如所陳非實，免除被告之給付」（註五十九）。此爲對請求一定金額之判決。若請求之金額未確定者，則判決之提示亦爲未確定，其文例如下：「仰承審員着即判令被告據實對原告清償或履行，如所陳非

實，免除其履行」(註六十)。但裁判官對於判決之提示得爲種種之但書，言其要者有四(註六十一)：一曰調解權(*clausula arbitraria*)，即承審員得先令被告返還原物，其不遵行者，始判決着其償付(註六十二)。二曰限制金額權(*limitatio*)，即裁判官對於不確定數額之債務，在判決提示內載明被告應負擔付之最高數額也(註六十三)。此對於賠償，竊盜，傷害或其不確定債額適用之(註六十四)。三曰分配裁判權(*adjuvantio*)，即共有物之分配應如何判決也(註六十五)。此適用於分析遺產，共有物或劃分疆界等事件(註六十六)。其文例約如下：承審員應按情節分配判決誰屬」(註六十七)。四曰扣除權(*deductio*)，即破產財產之買受人對破產人之債務人訴追欠款時應准該債務人扣除其對破產人之其他債權也(註六十八)。設甲爲破產人，乙內爲破產財產買受人，丁欠甲羅幣一百元，甲亦欠丁五十元，此時甲若追償丁之欠款，丁得以對甲之債權五十元，請求扣除之(註六十九)。

五、附加之記載(*praescriptio*) 原告對被告之請求，因債務之性質及清償之先後得爲附加之說明，否則，將受「一訴不再理」(*non bis in idem*)之限制。例如原告對於分期付款

之債務者，若先追償已到期者，應聲明「本訴以追償已到期之付款爲限」(註七十)。他若基於田地買賣契據而因要式買賣致發生訴訟者，原告如未聲明訴訟之範圍，則此後無權另行訴訟契約上之其他權利。因之，原告應附加說明曰：「本訴以請求曼企帕地荷所有權爲限」(註七一)。(一)。如是，原告對被告其他應履行之義務，不因本訴達到爭訟階段而消滅。

反之，被告對於原告之請求，亦得提出附加聲明，其要旨不外以原告之請求果能成立，將損害其他較重要之權利，如原告僅請求遺產之一部分，一旦聽其成立，不亦置一遺產請求權] (*hereditatis petitio*) 於不顧乎(註七十一)？故被告欲援用此理由以抗辯，得附加聲明曰：「本訴如無損害遺產事項儘可開始審理」(註七十三)。格阿士時代，此被告之附加聲明，已列入「抗辯」矣。

六、「抗辯」之記載(*exceptio*) 抗辯者，謂被告對原告之請求，得提出矛盾之事實以爲攻擊也。故抗辯不一定對原告之請求加以否認，其效果足使承審員不爲原告勝訴之判決。故抗辯之文句，大都爲「相反」之文義。依抗辯之性質得分爲「法定抗辯」(*exceptio sanatis con-*



〔註〕與「裁判官法抗辯」。前者爲市民法之抗辯，例如原告貸款與家子時，後者若被訴追，得提出馬斯圖尼安南元老院諮議（*SC. Macedonianum*）以爲抗辯，因此諮議禁止貸款與家子也（註七十四）。論者謂法律既有明文禁止規定，何以不駁回原告之請求，而須待被告提出法令以爲抗辯，殊屬令人索解（註七十五）。然就民法性質而言，降至近代，仍採國家不干涉主義爲原則，原告所陳述之請求，果未遭被告之抗辯，除依職權應知悉之事項外，推事亦無權代被告爲之：是上引之評論不無言之乏據也。

裁判官法之抗辯，自哀不地亞律以降，始爲定例。被告對於原告之請求，并不加以否認，不過另行提出事實耳。如原告貸款與被告，迨被訴追時，被告得提出因已與原告和解了結，約定捨棄訴權之事實爲抗辯，記載於請求之後。今錄原告請求及被告抗辯之文例於下：「苟被告顯應償還原告羅幣一萬元（此爲請求），若非原告與被告有捨棄訴追之約定時（此爲抗辯），仰着承審員判令被告如數償還，如非事實，免除被告之履行（此爲判決）」（註七十六）。

七、反辯之記載（*Replacatio*） 反辯者，卽原告對被告提出之抗辯所爲之答辯也。其內

容由原告陳述被告之抗辯縱使屬實，然因有其他事實之存在，被告仍應負履行之義務 註七十七)。如上舉以合約捨棄訴權之抗辯，原告得提出事後因另訂「撤銷免除訴權之合約」(repli-  
catio pacti)以為反辯，其文例如下：『(上文從略)或其後另有合約仍得訴追時，仰承審員  
着即判令被告如數清償，如非事實，免除被告之履行』(註七十八)。反辯之後，被告得再抗辯  
(Lupli actio)，原告得再反辯(Triplicatio)，直至無可答辯而後已(註七十九)。

#### 第四節 程式之種類

程式之種類可分爲三：一曰市民法與裁判官法訴訟之程式；二曰對物訴訟與對人訴訟之程式；三曰善意訴訟與非善意訴訟之程式(大半爲嚴格訴訟)。茲各簡述之。

##### 第一項 市民法與裁判官法之訴訟程式

基於市民法訴訟而爲之程式，裁判官不過代以簡單書狀，并無權改變其程序。至於依裁判官法之訴訟而爲之程式，因無先例可據，故因案情而有出入，今特舉其重要者述之。

一、擬制之程式 擬制之程式云者，乃程式所陳之事由爲假定之事實，以爲判決之依據也。易言之，市民法本無此訴權，但裁判官擬定其若依市民法有此訴權者，應准原告之請求。故擬制之程式，亦卽比附程式，以由甲事比附乙事也。今舉一例以明之。「竊盜之訴」(Ab-sio furti)原限於羅馬人民，若被告爲外國人時，依市民法之規定，原告不能對其提起「竊盜之訴」，但裁判官認爲不當，乃與原告提起此訴之權，然在程式中不曰：「苟被告應依法本於竊盜行爲賠償損害時」而擬定曰：「苟被告果爲羅馬人應依法本於竊盜行爲賠償損害時」(註八十)。

二、承擔之程式 羅馬市民法規定代理人之行爲，應以自己之名義負責，其本人與第三者不發生關係。嗣後裁判官爲改正此種程序，乃於程式上之請求部分一面記 原當事人間之關係，而於判決部分則將責任屬於本人。此種程式，姑稱曰承擔程式，蓋採他人承擔權利義務之意。例如甲派其子乙向丙購物，其後丙欲訴追價金，依市民法之規定，丙祇能對乙起訴，今則由裁判官改正程式，保存原有乙丙之交易，而移其付款責任與甲。此程式之文例如下

：「緣乙本於甲之授權并爲甲之家子向丙購進某物而致成爲本案之訴訟標的，若乙應以善意向丙清償或履行時，仰承審員着即判令甲如數償還，如所陳非事實，免除甲之給付義務」註八十一。

三，基於事實處理之程式 凡不能依前述二原因以爲發給比附程式之請求時，裁判官則僅就事實之陳述而定，此所謂「基於事實處理之程式」(*Formulae in factum conceptae*)，其訴權吾人簡稱曰「基於事實之訴」(*actio in factum*)。例如解放自由人非徵得舊主人之同意，不得對其提起訴訟，違者須受處罰。倘前者違背此規定而向舊主人訴追時，則裁判官准許原告(舊主人)之程式，其請求之文例如下：「苟其舊主人曾因某解放自由人，違反某裁判官告令之規定，傳喚出庭時，仰會審員判令該解放自由人償付一萬元，如所陳非事實，免除其給付之義務」註八十二。

此外又有基於「法律處理之程式」(*Formulae in ius conceptae*)，與前述「事實程式」不同。「法律處理之程式」不特在請一部分載明請求之事實，且涉及法律上之關係。其文例如下：

「苟本案之繫爭物依市民法爲原告所有時」。此請求包括「原告對物件之所有權」（此爲事實）及其取得所有權之根據——市民法（此爲法令）。故在實質上，基於事實之程式與基於法令之程式殊無區別也（註八十三）。

## 第二項 對物訴訟與對人訴訟之程式

對物訴訟與對人訴訟之程式，其區別較易。凡程式之請求部分未列被告姓名者，一見而知其爲對物訴訟（註八十四）。譬如請求部份記載「苟此物依照市民法顯應爲甲所有時」，此爲對物訴訟也。若對人訴訟，則請求部分應記載被告姓名，方可責令履行，故請求部份記載，「苟乙某顯應對甲某清償時」之文句。然有時因案由之性質而不記載被告之姓名者，例如基於脅迫原因之訴（*Actio quod metus causa*），原告雖對被告以脅迫之理由訴追原物或損害賠償，却不列其姓名，以便向任何人追回也（註八十五）。他若對物訴訟之程式，有時因案由之性質亦有記載對造人之姓名者，如「排除役權訴訟」須載明被告姓名是（註八十六）。惟就嚴格言之，雖程式列舉對造人之姓名，但其效果却非以「被告本人」爲訴訟之對象，所以記載其姓名

者，不外說明原告對物權之追索範圍，以免混亂也（註八十七）。

### 第三項 善意訴訟與非善意訴訟之程式

善意訴訟之程式，每於請求部份記載「依善意」（*ex fide bona*）以爲區別，藉使承審員得斟酌案情處理判決。大凡合意契約之訴訟，皆屬善意訴訟（註八十八）。例如甲出賣奴隸，名與乙而欲向乙追償價金時，則請求部分之記載爲：「緣甲出賣奴隸一名與乙而成爲本案之訴訟標的，若乙本於上述事由顯應依善意向甲清償或履行時，仰承審員判令乙應對甲給付之數，如非事實，其免除乙之給付」（註八十九）。

「嚴格訴訟」一詞，學者間已多數考出其非「古典時代」之產物，而爲優帝時代之名稱（註九十）。本節對此名詞之由來，姑略不同，僅就善意訴訟以外之各種訴訟列舉其要者於次（註九十一）。

一、基於公平正義之訴（*Actiones in bonum et aequum conceptae*）此與善意訴訟最相似，其在程式中并無「依善意」之記載，却於提示判決部份申明應照公平是非觀念以爲審理標

準。其文例如下：「緣甲某被乙某掌打面部，仰會審員依照公平正義之觀念核定乙某應賠償甲某之金額而後判令乙某如數償付甲某……」（註九十二）。

二、基於調解之訴訟 (Actiones arbitraiae) 此在本章第三節已述其梗概。凡提示判決中記載被告須先返還原物，俟不遵行後，始判令按價償還。故其結果，仍屬償還金額。惟此種訴訟之效力，在事實上常使被告不得不返還原物，若不遵行，則承審員將令原告估定價金，如非過於抬價，鮮有不照其估價額判決者（註九十三）。從被告之立場而言，亦屬有益，因彼可自行選擇返還原物抑亦償還價金。不寧惟是，被告於判決後仍有相當期間以履行此選擇權利（註九十四）。「調解之訴」適用於一切對物訴訟（註九十五），及一部分對人訴訟，如詐欺及脅迫等訴是（註九十六）。

三、通知返還之訴 (Conditiones) 凡請求返還一定數額之訴訟，統稱曰通知返還之訴 (Conditiones)。此原為法律訴訟之一方式，視其返還一定金額或特定物而不同（註九十七）。至於裁判官改用於程式書狀，說者謂當在優里亞律之後（註九十八）。此類程式，既由市民法

之舊式訴訟蛻蝻而來，故在請求部分祇記載「請求之金額及其市民法之依據」，至於「原因」則不問焉。例如返還一定金額之請求文例曰：「苟某甲顯應對乙某償付羅幣一萬元，仰承審員即判令甲某償付乙某羅幣一萬元，如所陳非事實，其免除甲某之給付」。若爲對特定物要求返還者，其文例如下：「苟某甲顯應對乙某給付某物，仰承審員着即判令甲某償付其價，如所陳非事實，其免除甲某之給付」。其後此訴訟方式之範圍漸廣，即不特定債務之返還亦適用之（註九十九）。

### 第五節 裁判官之命令

裁判官對於訴訟之處理，不過居於仲裁人之地位，蓋其程式之效力，要以當事人兩方之合意爲原則。惟此訴訟上之審判，不特當事人須有合意，且裁判官應有管轄權（*Turisdiction*），而此管轄權之根據，則基於其職務上之特權也。職是之故，裁判官於訴訟中或訴訟外，得依特權（*imperium*）以發揮命令及爲必要之處置。本節所述，即裁判官在共和時代發給命令



之特權也。今爲便利說明起見，簡分四端言之：其一，回復原狀之命令 (*Restitutio in integrum*)，二曰指定占有之命令 (*Misio in possessionem*)，三曰成立口約之命令 (*Firmitiones Praetoriae*)，四曰禁止之命令 (*Interdicta*)。

### 第一項 回復原狀之命令

回復原狀之命令者，謂對於當事人之法律行爲視同猶未成立或雖成立而撤銷之，使其回復原狀也（註一百）。此爲裁判官行使特權最明顯之例，其效力使法律上認許之權利失其存在。例如土地所有人因服務兵役遠適異地，在其離開期間，第三者出而依時效占有，取得土地所有權，此時土地所有人得聲請裁判官發給回復原狀之命令是。又如財產所有人受對造人之脅迫爲曼企帕地荷轉讓之行爲，裁判官亦可依所有人之聲請發給回復原狀之命令，撤銷上項之買賣行爲。他若未成年人與入成立法律行爲而蒙不利益之結果，裁判官對於聲請人陳述未成年之事實時，即發給回復原狀之命令，撤銷其法律行爲。惟裁判官對於發給回復原狀之命令，雖有自由之裁量權，通常每於告令中記載其要者。譬喻對於未成年人事件，在文句中可

保留其自由心證，今舉其例曰：一若聲請人因未滿二十五歲而與人成立法律行為者，余將視情節施以救濟（註一百零一）。以是裁判官之告令中常將得據以聲請回復原狀之事由一一列舉，以便當事人之遵行。但聲請回復原狀之事由因裁判官而有出入，今舉其重要者如下：一為詐欺；二為脅迫；三為未成年；四為離開住所；五為錯誤（註一百零二）。

### 第二項 指定占有之命令

指定占有之命令者，謂裁判官為對於特定物或他人之全部財產，指定占有而為之命令也（註一百零三）。此項指定占有因事件之性質而不同，有為暫時之狀態者，有為永久之狀態者，然其作用，要以使物件之對造人履行相當義務，有時即使無物件之所有人，此命令亦適用之，如對於死亡者之遺產無人繼承時由裁判官發給指定占有之命令，以便遺產之債權人占有遺產是（註一百零四）。又如胎兒應繼之財產，因其將來是否生存或死產，不得而知，裁判官即發給指定占有命令由孕婦為占有人，以保存此項財產權，此則暫時狀態之原因（註一百零五）。裁判官之行使此項權力，亦非以強迫之方法。例如某甲之鄰舍房屋行將傾倒，經其通知該

屋主乙某修塹而無效果時，裁判官遂先令兩造互立口約，若乙某仍不遵行，此時即發給指定占有之命令交甲某占有其房屋，設再被乙某拒絕其占有時，乃發與甲某完全占有該屋之命令，倘仍無效果，則因取得時效之完成而畀甲某對該屋取得所有權（註一百零六）。由此觀之，裁判官對於拒絕命令之甲某，並不採取強力，而僅依其特權，一手完成聲請人取得所有權，無待被告之應訊。惟每個不同性質之請求，裁判官發給指定命令之作用亦隨之殊異，此不可不注意也（註一百零七）。

### 第三項 成立口約之命令

成立口約之命令者，謂裁判官命令當事人之一方對他方為約定之行爲也（註一百零八）。基此約定之諾言，對造人得以爲權利之主張。例如甲之房屋已處於危險之狀態，一旦傾倒，勢必損害鄰居乙某之住宅。此時甲得要求乙某成立口約，約定日後房屋傾倒致甲受有損害時，乙應賠償損失（註一百零九）。蓋甲若不與乙先行成立口約，則將來因乙之房屋傾塌受有損害，除係出於故意或過失依阿桂利亞律所規定之責任外，不能要求乙負賠償之責。然依阿桂利

亞律之規定，甲不一定有請求賠償之可能。又如甲爲所有人，乙爲終身用益人，依市民法上之規定，甲固不得對所有物爲損害之行爲，然無負積極之行爲——如修塙；同時乙及其繼承人對於用益權終止後，雖不得繼續使用，但亦無交還之義務，裁判官乃令雙方依要式口約約定甲乙各應履行之義務，使法律關係較爲完密，如上舉之例，乙應對甲約定於用益權終止後，將物返還所有人；同時甲亦約定允負修繕之義務（註一百十）。

「裁判官口約」因請求之事由而不同，故無一定之方式。然通常對於「成立口約」之事由，每於告令中列其概略，以便權利人遵行。至於此命令之准否，由裁判官視各請求事由定，毋須交付承審員訊問也。

## 第六節 禁令

禁令者，謂裁判官依權利人之請求而定暫時之狀態所發之禁令也（註一百十一）。禁令僅爲定暫時狀態而發之命令，至於聲請人有無權利，非待另行訴訟不得而知。禁令所保護之權

利，不限於裁判官法所規定者，即市民法之權利，亦得以禁令保護之。且禁令之由來，吾人可遠溯至十二表法時代，蓋十二表法有一條規定菓樹所有人因菓實落於隣地上者得入該隣地拾取之（註一百十二），惟於禁令如何執行，今已不詳矣。

## 第一項 禁令之程序

大致言之，發給禁令之方式，約有左列二端（註一百十三）：

一、基於要式口約程序 (Per sponsionem) 依此要式口約，雙方當事人各以一定言詞約定之。設甲容乙使用其土地，訂定甲得隨時通知收回之（稱曰容假占有 *Per concessio*）。迨甲向乙通知收回時，乙不遵行交還，甲乃向裁判官聲請發給命令，其式如下：「今據稱汝向甲持有容假占有物，或可歸責於汝之事由已失持有，着即返還之。」乙接到此命令後，如認為其持有甲之物係基於容假占有并對甲返還該物，則甲乙之爭議遂告終了，倘乙不遵行，即乙是否違抗禁令，有待於審判。此時甲乙為要式之口約，約定乙若將來判定確係違抗禁令時，應償付甲若干金額；否則，甲亦應如數償付同一之數額，雙方乃各進行通常訴訟。倘審理結果

，判定乙持有甲物係容假占有，則甲受免除給付乙約定數額之義務，而乙應照數對甲償付之（前者爲乙對甲之訴訟，後者爲甲對乙之訴訟）。然甲乙互訴之結果僅爲乙應負口約之給付義務，并不當然返還占有物，故甲應另行提起返還物件之訴，裁判官本於既定事實着承審員判令乙某向甲返還該物，如不返還，須償付原物之價金（註一百十四）。

二、基於調解程式之程序（*Per formulam arbitriam*）前述之例，不特手續煩複，且雙方當事人各負償付口約規定金額之責任。被告爲避免此程序，得逕行請求裁判官指定仲裁員（*Arbiter*）其後與承審員之名稱互用）審理，如此，即可免却前述口約之責任也（註一百十五）。

## 第二項 禁令之種類

禁令之種類甚多，今所存者尙可知其大略（註一百十六），然佚失者實夥（註一百十七）。今特依格阿士之分類簡述之（註一百十八）。

一、提出令 提出令者，謂對現存繫爭物由裁判官命令持有人提出也（註一百十九）。提出令適用於對人或對物訴訟。凡禁令爲交出某物或某人者，其狀末記載「提出」（*Exhibeo*）之字

。現所知悉之提出令：大多爲命令提對人之權利，如命令交出非法扣留解放自由人是（註一二十）。其他如子女或妻被非法扣留時，亦發給此項提出令，惟必要時另附禁止令耳（註一百一十一）。惟交出物件之提出令，通常罕用之者。蓋已有「提出繫爭物之訴」(actio ad exhibendum) 足堪應用（註一百二十二）。然於遺囑文書，提出令之發給却載諸會典，良以遺囑文書既被匿藏，則其內容如何，非先交出遺囑原本，無從知悉（註一百二十三）。利害關係人對此遺囑得聲請發給「提出令」命持有人交出（註一百二十四）。

二、回復令 回復令者，謂對於法律行爲命其撤銷或回復也。其種類至夥。此令之狀末有「回復」(Restitutio)文字之記載，故名（註一百二十五）。至涉及之事由，不論屬於公權或私權皆得爲之：前者如對於公路，河道，神地等之阻礙而由裁判官發給回復令撤銷其行爲或使其回復原狀是（註一百二十六）；後者如對於容假占有物之請求返還，以詐欺成立之法律行爲得請求撤銷等是（註一百二十七）。

三、禁止令 禁止令者，謂對於某種事項禁止其作爲或繼續也。此令之文末，有「不准」

(Voto)之記載。其種類甚多，屬於公共者，如禁止公路或河道之堆積污物；屬於私人者，如對他人之通行私路聲請禁止其繼續是。要之，凡足阻礙權利之行使或享用者，概可請求發給禁止令(註一百二十八)。

禁令爲裁判官行使特權之最要表顯。羅馬私法之改進，禁令頗具湊效之功。惟「利之所在，弊亦隨之」，裁判官因有發給禁令之特權，故不無濫權之弊。入帝政時代，裁判官權力日削，優帝之朝，禁令早失其原有之作用矣。

(註一)抄姆以此係出於內務裁判官之自己主張，吾殊未敢完全贊同其說。蓋在外務裁判官之法庭，按姆既謂裁判官之程式尙須經原被告之合意，則內務裁判官之拼除法定方式於不顧，未免難圓其說。夫「程式」訴訟，在哀不地律以前，在市民法上不視爲有效。內務裁判官縱可以自己之主張改用「程式」訴訟亦必須經當事人間之合意。基此理由，故吾以程式訴訟之被內務裁判官法所採用，在未經明文法令承認其法律效力以前，要以當事人之請求改用爲較合理。本書即以此立論而說明



(註一) G. 4. 46; Jolowicz, 179—180. 被告如經傳喚不到，保人負償還之責任。據荷克云：被告之保人負隨傳隨到之責任，如經傳喚不到，不問原告之請求是否成立，彼保人均應償付之。Cuiq. Manuel. 868. 信如此說，是程式訴訟之保人與法律訴訟之保人各負不同之責任，因後者祇對原告之請求成立而後償付也。

(註二) Otero, pro Quinto, 19. 61.

(註三) G. 4. 184.

(註四) 告令見 Lenel, Das Edictum Perpetuum, 70 sqq. 「有之指定」見 D. 42. 4. 7. 1 sqq.

(註五) 此項「訴訟節略」大抵為非正式之陳述。見 Lenel, E. P. 59—62.

(註六) 原告對於程式之擬定及被告對程式之修正多就當時之從事律務者而問之。裁判官之程式，恒就詢於當時法家。Wlassak, Prozessformel, 25 sqq.

(註七) 裁判官對於程式有准否之全權，設原告不聽其所為者，將受「不受理」之處分；如被告抗拒者，且可予以威脅。見 Jolowicz, 203. N. 1.

(註八) 關於程式之如何發給手續，言人人殊。舉其徵信者，約有三說：一說以程式係由裁判官之發給

本論 下篇 訴訟法 第四十四章 帝政前期—程式訴訟之程序

八五七

而經被告之承認。見 *Wlassak, Römische processsq.* 1. 72 sqq.; 2. 13, 28. *Kell r. litis Co-  
nstitutio*. 第二說謂程式係原告依裁判官之授意交與被告承受。見 *Girard, Manuel*, 1027. 第三  
說謂程式係由原告向被告陳述而製定也。Lenel, 2. s. 9. 15. 374 sqq. 三說之中，以第二說爲較  
有徵，而與羅馬法上以「訴訟」係出於兩造當事人之合意相近也。按辯亦主此說。

(註十) *Sohm*, 244; *Buckland*, 827. 與合意說相反之意見者，見 *Schlossmann, Lis contestatio*,  
124, 188 sqq.

(註十一)「爭訟」之意義，已述於第四十三章第一節第二項及註八。至其效力，見第三項。

(註十二) *P. 5. 5 a. 2*, "*Confessus pro Judicato habetur*."

(註十三) 鄭爾賓著作中則與此說有出入。據會典第四十二卷第二章第六節第一項載，凡被告對於不確  
定數額之債務承認價付一定數額者，亦視同「一定金額之認諾」，但以原告之同意爲限。D. 42

2. 6. 1. 參見 *Giffard, Confessio in jure*, 88.

(註十四) *Girard, Textes*, 76; *Brunn*, 1. 89. 通說係依據羅不雷亞律 (*Lex Rubria*) 之文義也。

(註十五) *Buckland*, 629.

(註十六) Buckland, 630

(註十七) D. 42. 5. 38. 1.

(註十八) Girard, Manuel, 1021. N. 1.

(註十九) D. 2. 8. 1. 1.

(註二十) Buckland, 630, 726.

(註二十一) 此并非謂承審員無其他審量案由之權，乃指承審員限於程式所載之事項也。如對於事實之調查，證據之取舍，均有全權。Aul. Gell. 14. 2. 11.

(註二十二) Inst. 4. 17.

(註二十三) G. 4. 63.

(註二十四) D. 42. 1. 39.

(註二十五) G. 4. 44. 此種程序稱曰「裁定程序」，直譯爲「先行審判程序」(Actiones praejudiciales)。解釋見 Jolowicz, 206. N. 4.

(註二十六) G. 4. 44.

本論 下篇 訴訟法 第四十四章 帝政前期—程式訴訟之程序

(註二十七) Buckland, 712.

(註二十八) 詳見 Buckland, 689; Sohm, 285—286.

(註二十九) 承審員得展長期限，但不得縮短之。D. 42. 1. 4, 5.

(註三十) G. 4. 9, 102. 被告不得對於判決之內容加以攻擊，祇可提出判決之合法令，爲管轄權之欠缺

，程式之瑕疵等是。D. 49, 8. 1. pr.

(註三十一) Jolowicz, 220.

(註三十二) P. 5. 26. 2. "duci iubere".

(註三十三) D. 42. 1. 34.

(註三十四) Bethmann-Hollweg, C. P. 2. 662. n. 4, 5.

(註三十五) Cicero, pro Quinct. 6. 2.

(註三十六) G. 9. 79; D. 2. 4. 7. 1 所謂「公告」(Proscribere)不外指由債權人於公衆場所張貼通

告。

(註三十七) G. 3. 79.

(註三十八) G. 4. 102; P. 1. 2. 1.

(註三十九) Buck aud. 639.

(註四十) D. 42. 5. 8.

(註四十一) Cicero, pro Quinc. 15. 50.

(註四十二) G. 3. 79.

(註四十三) G. 2. 155. 所謂「比例分攤」(Pro portione)。例如各債權總數爲一千「梭利地」，投標人

對於投買財產之標價則爲每梭利地付價若干，易言之，如七成之債權是。見 Jolowicz, 221.

(註四十四) D. 42. 5. 24. 2

(註四十五) C. 7. 72. 10. 1a.

(註四十六) Buckland, 639.

(註四十七) Buckland, 640.

(註四十八) Jolowicz, 222.

(註四十九) Jolowicz, 222.

本論 下篇 訴訟法 第四十四章 帝政前期—程式訴訟之程序

(註五十) Jolowicz, 222.

(註五十一) Lenel, G. P. IX.

(註五十二) G. 4. 36. "T. iudex esto."

(註五十三) G. 4. 46. "T. S. recuperatores sunt."

(註五十四) G. 4. 40. 關於此法之解釋、見Jolowicz, 208, n. 3.

(註五十五) Buckland, 643; G. 4. 41.

(註五十六) 見Buckland, 646; S. hm, 258 sqq.

(註五十七) G. 4. 41: "Si Paret N. N. A. A. sestertium x milia dare oportere."

G. 4. 41: "quid quid caret N. N. A. A. dare facere oportere."

(註五十八) 見本章第二節第二項及註三十六。

(註五十九) "iudex N. N. A. A. sestertium x milia Conlemna, si non paret absolve." G. 4.

43.

(註六十) "quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N. N. A. A. Conlemna, si non paret

absolve." G. 4 47.

(註六十一) 詳見 Buckland, 654 sqq.

(註六十二) D. 4. 2. 14. 11; Inst. 4. 6. 31; G. 4 114.

(註六十三) G. 4 51.

(註六十四) G. 3. 224; D. 50. 16. 193.

(註六十五) G. 4. 39. 42.

(註六十六) G. 4. 42.

(註六十七) G. 4. 42. "quantum ad iudicari oportet, index T. adiudicatio." 原文之意義不無含糊。

見 Lenel; E. p. 207.

(註六十八) Lenel, E. p. 411.

(註六十九) 參見第四十一章第五節抵銷。

(註七十) G. 4. 131; "Ea res agatur cuius rei dies fuit." 詳見 Buckland, 648 sqq; schm, 275

sqq.

(註七十一) G. 4. 131a: "Ea res agatur de functo mancipando." 其他之例・見 G. 4. 134, 135, 136, 137.

(註七十二) G. 4. 133.

(註七十三) G. 4. 133: "qualis illo erat praescriptio ea res agatur, si in ea re praesudicium hereditati non fiat"

(註七十四) 此在上篇家父權一章已述之。法定抗辯之文例・「若本件并未違反法令或諸講註」。"Si in ea re nihil contra legem senatusve Consultum fuctum est." Lenei, E. P. 513.

(註七十五) Jolowicz, 210.

(註七十六) G. 4. 119: "Si paret N. N. A. A. sestertium decem milia dare oportere et si inter A. A. et N. N. non convenant ne ea per unia peteretur, iudex N. N. A. A. sestertium decem milia condemna. si non paret absolve."

(註七十七) G. 4. 126.

(註七十八) G. 4. 123.



(註七十九) G. 4. 128-129.

(註八十) 即原告爲外國人時，亦許其請求擬制程式。見 G. 4. 97.

(註八十一) Lenel, F. P. 278.

(註八十二) G. 4. 46.

(註八十三) Wenger, 152. 蓋兩種程式之承審員均應調查事實也。

(註八十四) 詳見 Buckland, 668; Sohm, 263.

(註八十五) Sohm, 264-265. 依舒爾志之研究，認爲此爲拜真丁帝政時代之訴訟，若在此程式時代而論，此訴亦僅能對脅迫者爲之耳。見 Schulz, Z. S. S. XL111. 240 sqq.

(註八十六) "actio negotiorum," 此可參考 Moyle, 544, 645; Buckland, 669 sqq; Main Institutions,

168, 380. cf. Inst. 4. 6. 20.

(註八十七) Buckland, 671.

(註八十八) G. 4. 62; Lenel, F. P. 253 sqq; Inst. 4. 6. 28.

(註八十九) Jolowicz, 215.

本論 下篇 訴訟法 第四十四章 帝政前期—程式訴訟之程序

八六五

(註九十) Biondi, B. I. D. R. XXXII(1923), 61-72. cf. G. 462; Inst. 4. 6. 28. 英儒羅克蘭列舉著

意訴訟與嚴格訴訟之異殊有八。見Buckland, 673—674; Moyle, 556—557.

(註九十一) 詳參見 Jolowicz, 216—219.

(註九十二) Pringsheim, Z. S. S. LII, 78—123.

(註九十三) D. 12. 3. 2. 承審員有酌核之權。原告之估價，須經宣誓為實在，所以取信於審員也。

D. 12. 3: 12. 3. 11.

(註九十四) Jolowicz, 217.

(註九十五) 田野地役之訴權似不在內。見

(註九十六) 見Buckland, 655 sqq; Jolowicz, 217.

(註九十七) 見第四十三章第二節第四項。

(註九十八) Wassak, Rom. Processé, § 10 sqq.

(註九十九) Girard, Manuel, 627. 簡要討論見Buckland, 675—678.

(註一百) D. 4. 1. 1.

(註一百零一) Lenel, E. P. 116: Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum

esse dicetur, uti quaeque res erit, animadueriam." 參見Sohm, 295 216.

(註一百零二) Buckland, 714—715.

(註一百零三) D. 2. 1. 4; 50. 1. 26.

(註一百零四) G. 3. 79.

(註一百零五) D. 37. 9; Lenel, E. P. 347. 但此以胎兒產後係自權人者爲限。

(註一百零六) D. 39. 2. 5pr, 7. pr. 12.

(註一百零七) 簡要敘述見Buckland, 717—721. 列舉命令發給之事由共有十五項之多。一，關於判決

執行之指定占有；二，關於自權人及夫權婚姻下之妻等人財產之指定占有；三，關於執行債務保人財產之指定占有；四，關於監護人未供受監護人扶養費之指定占有；五，關於嫁資之指定占有；六，基於哈德林勅令之指定占有；七，關於胎兒繼承權利之指定占有；八，基於卡蒙尼安諾勅令之指定占有；九，關於保佐人因精神病人爲繼承人之指定占有；十，關於限定繼承人提供保證之指定占有；十一，關於分析遺產之指定占有；十二，關於確定繼承人有無之指定占有；十三，

關於受遺贈人對繼承人財產之指定占有；十四，關於信託之指定占有；十五，關於鄰舍發生危險狀態之指定占有。

(註一百零八) Lenel, E. P. 493; D. 16. 2. 10. 3; 44. 7. 37.

(註一百零九) D. 35. 2. 13. 1; 35. 30. 51. 2. cf. D. 39. 2. 24. 1a

(註一百十) D. 7. 2. 1. Pr. 其他事由、見 D. 39. 1. 1; 37. 6. 1. 9; 35. 3. 4. pr; 7. 9. 7; Buckland, 721—722; Lenel, E. P. 521.

(註一百十一) G. 4. 139; 格阿士謂命令作爲某事項者曰 *decretum*，命令禁止某事項者曰 *interdictum*。

(註一百十二) D. 43. 28.

(註一百十三) 參見 Buckland, 730 sqq.

(註一百十四) G. 4. 165, 167。對於禁例之文句，裁判官因事由得爲但書之規定，會典以此視爲抗辯者。見 D. 43. 19. 1. 11; 43. 24. 155.

(註一百十五) G. 4. 162. sqq. 至於此類之程式文例，今已失其原文。

(註一百十六) 現存禁令之式例，見 Lenel, E. P. 449.

(註一百十七) 見 Buckland, 724.

(註一百十八) G. 4 140—142; Inst. 4. 15. 1. 又可依占有與非占有性質而分類。詳見 Buckland, 726 sqq.

(註一百十九) Buckland, 724.

(註一百二十) D. 43. 29. 1. pr. "quem liberum dolo malo retines exhibeas."

(註一百二十一) D. 43. 30. 2.

(註一百二十二)「提出繫爭物之訴」者，謂當事人之一方對於繫爭物因在對造人之持有中而請求對造人提出也。此在確認物權之訴訟常先進行此訴，藉使對造人提出，其他如抵押權，竊盜，虐待奴隸等事件，亦適用之。D. 10. 4. 1; 10. 4. 3. 1; 10. 4. 3. 3; 10. 4. 3. 5. 10. 4. 12pr; 19. 4. 12. 2; 10. 4. 3. 7; C. 8. 4. 2. 2; 10. 4. 20; 10. 4. 3. 6; 10. 4. 3. 10; 10. 4. 19. 其程式文例見 Lenel, Z. S. S. 37. 116 sqq.

(註一百二十三) D. 43. 5. 1. pr.

(註一百二十四) 但對遺囑人則不適用之。D. 43. 5. 1. 10.

本論 下篇 訴訟法 第四十四章 帝政前期—程式訴訟之程序

(註一百二十五) Buckland, 725.

(註一百二十六) 此種禁令，總稱曰「公益禁令」(interdicta popularia)。D. 43. 12. 1. 19.

(註一百二十七) D. 42. 8. 10. pr.; 43. 24.; Lenel E. P. 464.

(註一百二十八) 如D. 43. 6 sqq; 43. 11; 43. 13. 1. pr.; 43. 16. 1. pr.; 43. 19; 43. 20; 43. 21;

43. 22; 43. 23.

## 第四十五章 帝政後期——特別訴訟之程序

### 第一節 緒論

法律訴訟之轉入程式訴訟也，其由來以漸；及其成焉，法令始加以追認。於此可見羅馬法之進化，假手於立法者，不過在完成外形之手續，固非如近代之立法也。其後共和制度日趨崩潰，人民羣威堅強政府之需要，由是有爲之總裁漸次集中權力，此至奧古斯特士而造極

，樹下帝政之根基。然在此時，共和時代之固有法制，奧氏及其後人仍未敢完全改弦更張，此亦勢之使然也。惟在新征服之領地，既無舊有行政之實施，在位者自可自由委派官吏，行使治權，對於法律訴訟之程序不復沿襲羅馬固有之制度，由官吏全權處理案件，廢除交付承審員程序（註一）。史家稱此為特別訴訟程序，以別於前此之訴訟分為法律審理與事實審理之程序也（註二）。嘗考特別訴訟程序之發達，其由來也有故，言其顯者有三端焉：

一曰政制之易體也（註三）。夫羅馬自共和末季以來，民心厭亂好治。一年一任之總裁制，對於惡者固可稍收牽制之作用，然於賢明領袖，則不足以表現其事績矣。顧賢政之施行，有待於歲月，絕非朝夕半年一載所可概見。羅馬人民，處在多事之秋，其渴望賢能主政，猶大旱之望雲霓。故奧氏以雄辯之才，懷帝國之策略，羅馬人民共所愛戴，由一年一任之總裁變成終身職位，苟非時勢使然，曷能臻此？

奧氏之後，共和制度既蕩然無存，而因恐人民之怨惡君王觀念，故以元首（Princeps）自稱，然其大權，固與君王相差無幾也。奧氏分羅馬為二區，一為院轄省區，此時尚保存共和

時代遺下之制度，未敢擅改；一爲直轄省區，除意大利外，皆由元首之直接統治。在此直轄省區之官吏，既爲元首之代表，故其治權不受固有法令之牽制，司法制度亦何能獨外乎？

二曰訴訟之簡便也（註四）。苟特別訴訟之程序較程式訴訟爲煩複，雖施以行政權力，亦難湊效。反之，若非程式訴訟漸爲人民所厭惡，新制之設施更無如此之易也。程式訴訟之程序分審理爲二階段，不特手續煩複，且亦廢時曠日。非常程序之訴訟則廢除此二階段，兩制相較，人民自然趨簡就便，無待法令之施行。

三曰權力之集中也（註五）。自法律訴訟以至程式訴訟之「訴訟行爲」，皆本於當事人之合意，易言之，苟當事人不予合意，訴訟末由進行。其後裁判官漸依其固有之特權發給命令以爲救濟，然其作用亦祇能爲消極之處分，固不能施以強力。吾人於敘述禁令時，已述之矣。及至帝政時期，凡元首直轄行政區域之官吏，皆依元首之命令以執行審判案件，當事人之合意與否，概置不問，蓋基於元首有發施命令之特權也。

以上三端，要爲發生此特別訴訟程序之原因。至於哈德林在紀元後一百二十九年間頒行



之哈德林布令 (Edictum, Hadrianum Edictum Julianum) (註八)，亦屬對裁判官之告令權予以無形之禁止，蓋自此之後，裁判官僅能就哈德林布令所載者發布告令，前此之無限特權至此而終止 (註七)。

由上以觀，程式訴訟之轉入特別訴訟程序，其由也亦以漸，至紀元後二百九十四年，提荷克與帝頒行勅令，始由法律承認特別訴訟為通常程序 (註八)，非遇案件繁多時，不得委派承審員 (註九)。此雖對各省區行政官吏而言，却於整個司法制度發生劇烈之影響。就文獻而言，羅馬市之適用此特別程序，究始於何時，今雖不知其詳，但程式訴訟之事例，至紀元後三世紀下半葉已無可考，要亦可據以為反面之證據也 (註十)。

## 第二節 傳喚制度之改革

程式訴訟之傳喚程序已加以改革，往昔由原告直接傳喚者，今改由審判官為之。言其方式有三：一曰囑託傳喚 (Litereae)，二曰公示送達 (Edictum)，三曰通知 (D. nuntiatio)。

此三種方式之傳票，蓋依被告之住所有無及遠近而發給也（註十一）。通知式之傳票乃通常之傳喚程序，即對被告在管轄區域有住所所爲之傳喚也。或謂此種傳喚乃由原告直接發與被告之傳票（註十二），然此說已視爲無據（註十三），至於傳喚被告係依原告之聲請，此乃當然之事。其在羅馬市，初原告常經法院之同意，由其自傳被告到案，惟傳票上須經證人簽名（註十四）。旋因弊端叢生，此種「私傳」遂於紀元後三百二十二年間頒令禁止，改由原告應會同登記吏胥方可傳喚被告（註十五）。「囑託傳喚」乃原告因被告住在管轄之外，聲請法院發給囑託公文交原告向被告住所在地之官署請求傳喚，然後由受託官署在公文上批明業已傳喚字樣，發還原告帶回（註十六）。公示送達之傳票，因被告之所在不明而張貼於公共場所之傳喚也（註十七）。傳票之內容雖不知其詳，然其大旨不外載明原告起訴之案由及通知被告應遵傳到案聽審。自送達之日起四個月滿，雙方應於期限末日出庭，而審理於焉開始（註十八）。倘被告不到，得依原告之一造請求爲進行審理（註十九）。原告屆期不到時，則受駁回之判決，但得請求再審，最多以二次爲限（註二十）。

優帝之朝，傳喚程序更求敏捷，廢除四個月期間之規定（註二十一）。原告應將起訴事由及請求繕寫「起訴狀」（*Liberlus conventionis*）向有管轄權之官署或法院呈遞（註二十二），訴狀須由原告簽名及提供保證；案件至遲於二個月內達到審理終結，否則，應償還被告因原告遲延之二倍費用（註二十三）。設原告之起訴被判決駁回，應繳納訴訟標的十分之一（註二十四）。訴狀應將請求之性質為必要之記載，設有瑕疵，通常許其在訴訟進行中隨時補正（註二十五）。要之，此時之訴狀，採取自由主義，不斤斤於文辭也。

法院收到訴狀，視無瑕疵時，即命令法院之執達員（*executor*）送達被告（註二十六），後者收到送達，應繳付執達員相當之費用并聲明（通常提供保證）在訴訟未終結前負出庭之義務（註二十七）。如不能提出保證，被告得受拘押（註二十八）。被告應提出答辯（*Liberlus responsionis*）（註二十九），載明收到訴狀之日期及對原告請求為承認或否認之抗辯（註三十）。所以規定在答辯狀中記明收狀日期者，乃因被告收到訴狀後應有至遲二十日期間經過後，法院方可開庭審理（註三十一）。原告除受此限制外，應指定開庭日期。倘被告缺席不到，得因原告一

造之到庭進行審理，如繼續不應訊時，依一造之辯論而為缺席判決（註三十二）。

### 第二節 審理制度之改革

及至庭訊之日，雙方當事人到庭後，即開始訴訟進行。如被告對原告之請求加以認諾，遂即判決被告應履行之義務。倘被告有所聲明及答辯，此時審判官乃令雙方當事人各陳述起訴及答辯意旨，然後宣誓。對於訴訟之進行各無延滯妄訟之事由，而訴訟代理人（即辯護士）則聲明其當事人之案情顯係具有相當理由，并無虛構事實，設有此類不正當或虛稱情事之發覺，願將受託案件解除（註三十三）。此程序雖略似爭訟時期（優帝法典以此為「爭訟」，亦不過保留固有名稱耳），雙方當事人之合意受裁判之約束，然考其實，則有根本上之不同。蓋往昔之爭訟為當事人對同意受裁判之一程序，否則，審理無從進行，至特別訴訟之宣誓，却非對於受裁判之合意而為之，乃係雙方當事人及其代理人負忠誠行使權利之表示也（註三十四）。舊式訴訟之抗辯，其名雖存，而其作用已異。依特別訴訟，被告得隨時提出理由以

爲答辯。然若遲延之抗辯，如原告約定不於相當期間內訴追而猶違約訴追時，則被告之抗辯應在爭訟前提出，以此種抗辯之效果非對於原告請求有所否認，僅係一種延遲期間之理由耳。

審判官於訴訟進行中得爲必要之指揮及裁定，故遇應行先決事件，俱可庭諭准否或以裁定爲之，不若往昔之一一交付承審員也（註三十五）。雙方當事人之陳述答辯既竟，即應各負舉證反證之責任。關於證據之取舍及立證之方法，漸有固定之原則，不若往昔之承審員得以自由心證，不受任何方面之拘束矣。如有契據者，應就契據爲立證，不得以證言推翻其效力（註三十六）。證言因證人之身分而異其規定：證人僅有一人時，其證言不足採取（註三十七）；高尚人士之證言，視情節而採舍，身分衰微之證人，非經高尚身分之人證實者，無證言之效力，若經施以鞭楚後陳述者，視爲相當足採（註三十八）。法律上之推定亦於此時期之訴訟所採用，分爲絕對推定與相對推定。相對推定之事實，得由當事人反證之；絕對推定，不容另行舉證推翻（註三十九）。傳喚證人，由法院爲之，除權貴外，皆應到庭宣誓作證（註四十）。訊

問證人乃法院之職權，但當事人或其代理人得聲請審判官爲必要之發問（註四十一）。由此觀之，特別訴訟程序之審判官已爲訴訟權力之裁判者，當事人之合意程序，失其存在，羅馬法至此始入國家管理司法時代，而爲今日各法治國之基礎也（註四十二）。

#### 第四節 上訴

關於因不服審判官吏之判決得上訴於上級法院之大略，已於第四十二章述之。今所欲言者，僅爲上訴之程序耳。共和時代，以一審終結爲原則，因特種情形，敗訴之當事人得請求回復原狀及聲請執行判決異議之訴。至於對判決不服之上訴制度，乃帝政時代之新制，而亦可見君權集中之結果也（註四十三）。

當事人不服判決時，應對原審法院聲明不服。上訴得當庭以言詞聲明之，或於判決後十日內具狀上訴（註四十四）。若向皇帝上訴，民訴標的非超過一定數額，不得爲之（註四十五）。且上訴人若遭駁回，更應負擔相當費用（註四十六）。對於缺席之判決不得上訴，蓋亦具有相

當理由也(註四十七)。

## 第五節 執行

對判決未經上訴者，得開始進行(註四十八)，但通常給與被告以相當之期間，使其履行(註四十九)。迨此期間屆滿而被告仍未清償時，即予執行。執行分對物與對人二種，與往昔訴訟異其實施。如判決係交付特定物者，由司法官吏施以強制執行，將該特定物取交原告受償(註五十)。若判決係給付金錢者，被告經過相當期間未履行時，司法官吏則依給付數額扣押被告之財產，閱二個月後如仍未清償，乃將扣押財產標賣，以其賣得價金清償原告(註五十一)。設有不足，得再扣押，務使抵償原告之請求金額(註五十二)。倘標賣無人承買時，原告得依價承受以為償還(註五十三)。

債務人無力償付時，初，法律規定甚嚴，予債權人以管收被告之特權。其後優里亞律(*Lex iulia*) 准許與債權人自動「和解」，以債務人所有財產交出，稱曰「破產和解」(*Concordato*)。

*bonorum* (註五十四)，依此程序之債務人，得免逮捕拘押 (註五十五)。不寧惟是，此程序之債務人不受不名譽之效果 (註五十六)，并於將來取得之財產有留一部分爲其日常費用 (註五十七)。然此種程序，僅限於善意之債務人。

## 第六節 訴訟代理人

羅馬古代，原無訴訟代理制度，而其與後來之訴訟代理相近者，厥爲保護人 (*Patronus*) 之代表客民 (*clientes*) 爲訴訟上之一切行爲 (註五十八)，而客民乃以其工作爲報效 (註五十九)。其後保護之制 (*Patronatus*) 廢，客民常委聘他人代理訴訟行爲，以付相當之費用爲報酬 (註六十)。延至紀元前三世紀間，平民亦得爲大教侶，以供平民之諮詢法律事項，於是治法專家漸露頭角，成爲社會上之高尙職務 (註六十一)。出庭代人辯護及辦案之人，率多當時善於口才之演說家，故訴訟代理人又稱辯護士 (*Advocati*) (註六十二)。入帝政時代，訴訟代理漸形成後來之律師制度 (註六十三)。自茲以降，凡欲執行律務，應先備具相當資格，如行爲能力，



男性(註六十四)品行(註六十五)，以及會受相當之法律智識。帝政後期以至優帝時代，凡欲聲請執行律務者，應有受過五年之法律教育(註六十六)。律師分爲候補律師(*supernumerarii*) (註六十七)與從業律師(註六十八)。此緣每一管轄區域有一定限額之律師，故從業者不得超過此限(註六十九)。候補律師遇有從業律師缺額者，方可遞補(註七十)。律師之執行職務，原不能收受公費，自紀元前二百零四年之辛西亞律(*Lex Cincia*)之後(註七十一)，雖再三申五令，仍不能稍殺此風(註七十二)。然法律不能順應潮流，故至克魯特斯(*Claudius*)之朝，律師之收受公費，始由法令明文承認，惟加以規定限額耳(註七十三)。公費，除約定外，不得巧立名目收受，違者受開除處分(註七十四)。律師既受國家法令之保障，遂爲社會之高尙職務，帝政時期以至優帝時代，司法官吏大多由律師中選任。羅馬法制，至是而大備矣。

(註一)此可於提荷克立奧(*Diocletianus*)之憲令見之(紀元後二九四年)。C. 3. 3. 2

(註二) *Jolowicz*, 403

(註三) *Buckland*, 658; *Cernil, Spereu, historique* 461 sqq.

本論 下篇 訴訟法 第四十五章 帝政後期—特別訴訟之程序

(註四) Buckland, 658; Sherman, 406

(註五) 全前引書。Jolowicz, 402.

(註六) 此法令因係由哈德林令優令安編訂，故又名優令安布令，參見上卷四十七頁及該章註一百三十一。

(註七) Sohm, 86, 87.

(註八) 此時羅馬之行政區域，亦將意大利改隸爲省 見 Karlowa, R. Rg. 1, 850 sqq 及本書第四十一章第一節第二項。

(註九) C. 3, 3, 2, 1. 此時即使委派承審員，亦不過爲審判官之受託推事。

(註十) Mommsen, Staatsr. 3, 539. 至於特別程序之如何侵入羅馬市之司法，可見 Wlassak 'zum r. Provinzialprozess' (1919), 59—82。明文廢止「程式」之訴訟程序遲至紀元後三百四十二年始見

N. C. 2, 57, 1.

(註十一) D. 40, 5, 26, 9; P. 5, 5, a, 6.

(註十二) Costa, Profilo Storico. 151; Stemwenter, Studien zum r. Versäumnisverfahren (1

914), 40.

(註十三) *Wlassake*, 38, n. 7. *cf.* *Boydé*, *La denuntiatio introductive d' instance* (Bordeaux) 1. 22, 280 sqq, 316 sqq

(註十四) *Jolowicz*, 455. 亦可由審判官之下級屬吏代傳。見 *Mitteis*, *Chrest.* Nos. 50—56.

(註十五) *C. Th.* 2. 4. 2.

(註十六) *Vat. Fr.* 162—163.

(註十七) *Kipp*, *Litisdenuciation* (1887), 124. 但原告欲依公示送達後請求缺席判決，應舉證被告知悉此項送達之命令。說見 *Steinwenter*, 40.

(註十八) *C. Th.* 2. 6. 1; 2. 18. 2

(註十九) 此種一造之審理處分，稱曰「缺席處分」(*in contumaciam*) 通常須經上述三種傳喚之程序而猶不到庭，方始爲之，但有特別情形者，不在此限。見 *P.* 5. 5. a. 6.

(註二十) *Arg. c. Th.* 2. 6. 1.

(註二十一) *Wenger*, 235, n. 18.

本論 下篇 訴訟法 第四十五章 帝政後期—特別訴訟之程序

八八三

(註二十二) Boyé, op. cit. 333, 334.

(註二十三) Novel, 96, 1.

(註二十四) Nov. 112, 2, pr.

(註二十五) Inst. 4, 6, 35. 被告之答辯亦得隨時改正。C. 7, 50, 2; 8, 35, 8.

(註二十六) Jolowicz, 457. 公示送達仍爲所許，惟略加限制耳。見Nov. 113, 1.

(註二十七) Inst. 4, 11, 2.

(註二十八) C. 9, 4, 6, 3. 被告受拘押後應於三十日內開始審理之。

(註二十九) Nov. 53, 3, 2.

(註三十) Wenger, 267, n. 26.

(註三十一) Nov. 53, 3, 1, 2. 參較註二十八之說明。

(註三十二) Steinwenter, Versamnisverfahren, 193 sqq.

(註三十三) C. 2, 58, 2, pr.; 3, 1, 14, 4.

(註三十四) C. 3, 9, 1; 3, 1, 14 4 Steinwenter, 'Litskontestation im Libellprozesse', Z. S. S

L. 184—211.

(註三十五) C. 8. 35. 13; C. 2. 12. 13.

(註三十六) C. 4. 20. 1; 18.

(註三十七) "Testis unus, testis nullus." 即「一人證言無效」之原則。見 C. Th. 11. 33. 3. 1; C. 20. 9.

(註三十八) Nov. 90. 1. 對此立法頗煩複。

(註三十九) D. 31. 3. 28. 3.

(註四十) C. 4. 20. 16. pr; 19. pr.

(註四十一) Bethmann-Hollweg, 3. 278. D. 22. 3.

(註四十二) 詳見 Sherman, 2. § 858—854. 參較吾國民事訴訟法。

(註四十三) 言詞聲明上訴。見 D. 49. 1. 2. 十日期限爲優帝之制。見 Nov. 23. 1; D. 4. 9. 13. 4. 4 訴人應提供訟費之保證。見 P. 5. 33. 2. 提荷克立與帝之後，上訴費由上訴法院定之。C. 7. 6. 2. 6. 4.

本論 下篇 訴訟法 第四十五章 帝政後期—特別訴訟之程序

- (註四十四) D. 49. 1. 10. 1.  
(註四十五) Jolowicz, 408 ff Tac. Ann. XIV. 28.  
(註四十六) D. 49. 1. 23. 3.  
(註四十七) 執行因<sub>レ</sub><sub>レ</sub>訴而停止。見 D. 49. 7. 1; C. 7. 62. 3.  
(註四十八) D. 42. 1. 31. 皇帝時代定爲四個月。C. 7. 54. 2 3  
(註四十九) D. 25. 5. 1 2; 43. 4. 3. pr.; 6. 1. 68.  
(註五十) D. 42. 1. 31; C. 8. 22. 2.  
(註五十一) D. 42. 1. 15. 2.  
(註五十二) D. 42. 1. 15. 3.  
(註五十三) Inst. 3. 25. 8; 4. 9. 40; 4. 14. 4.  
(註五十四) C. 7. 71. 1.  
(註五十五) C. 12. 11; 7. 71. 8pr.  
(註五十六) Inst. 4. 6. 37; D. 2. 3. 4; C. 7. 71. 1.

(註五十七) Mommsen, staatsr. 3, 7; Colquh un, § 455.

(註五十八) 見上卷第三十三頁以下。

(註五十九) 此項公費，稱曰“Honorarium”。

(註六十) 見上卷。

(註六十一) Sherman, 2, § 8:5, § 905.

(註六十二) Sherman, 2 § 906.

(註六十三) 初時原無性別之限制，旋因發生女性律師對裁判官之種種醜態行爲，乃規定加以禁止。見

D, 3, 1, 1, 5. 直至優帝時代，仍未廢除。

(註六十四) 受不名譽處分或其他不名譽之人。見 D, 3, 1, 1, 5—8, 10—11.

(註六十五) 會典及優帝法律綱領序文俱有述及。羅馬之法律教育，可見 Sherman, 1, § 156—161.

(註六十六) 候補律師得在下級法院辦案。Mack-nzie, 448.

(註六十七) C, 2, 7, 11, 1; 2, 7, 13.

(註六十八) C, 2, 7, 8, 11, 13, 17, 22, pr 24pr. 26, pr.

本論 下篇 訴訟法 第四十五章 帝政後期——特別訴訟之程序

(註六十九) C. 2. 7. 11. 2.

(註七十) Tacitus Ann. XI, 5.

(註七十一) Sherman, 2, p. 455.

(註七十二) 公費限額見 Tacit. Ann. XI, 7; XII. 5, 42, D. 50, 1, 13.

(註七十三) D. 2, 14, 53, 17, 1, 7; C. 4, 35, 20. 惟律師得對當事人訴追公費，遲至紀元後第三世紀始以明文准許也。 D. 50, 13, 1, 10.

(註七十四) C. 2, 7, 14.



