

丘漢平著

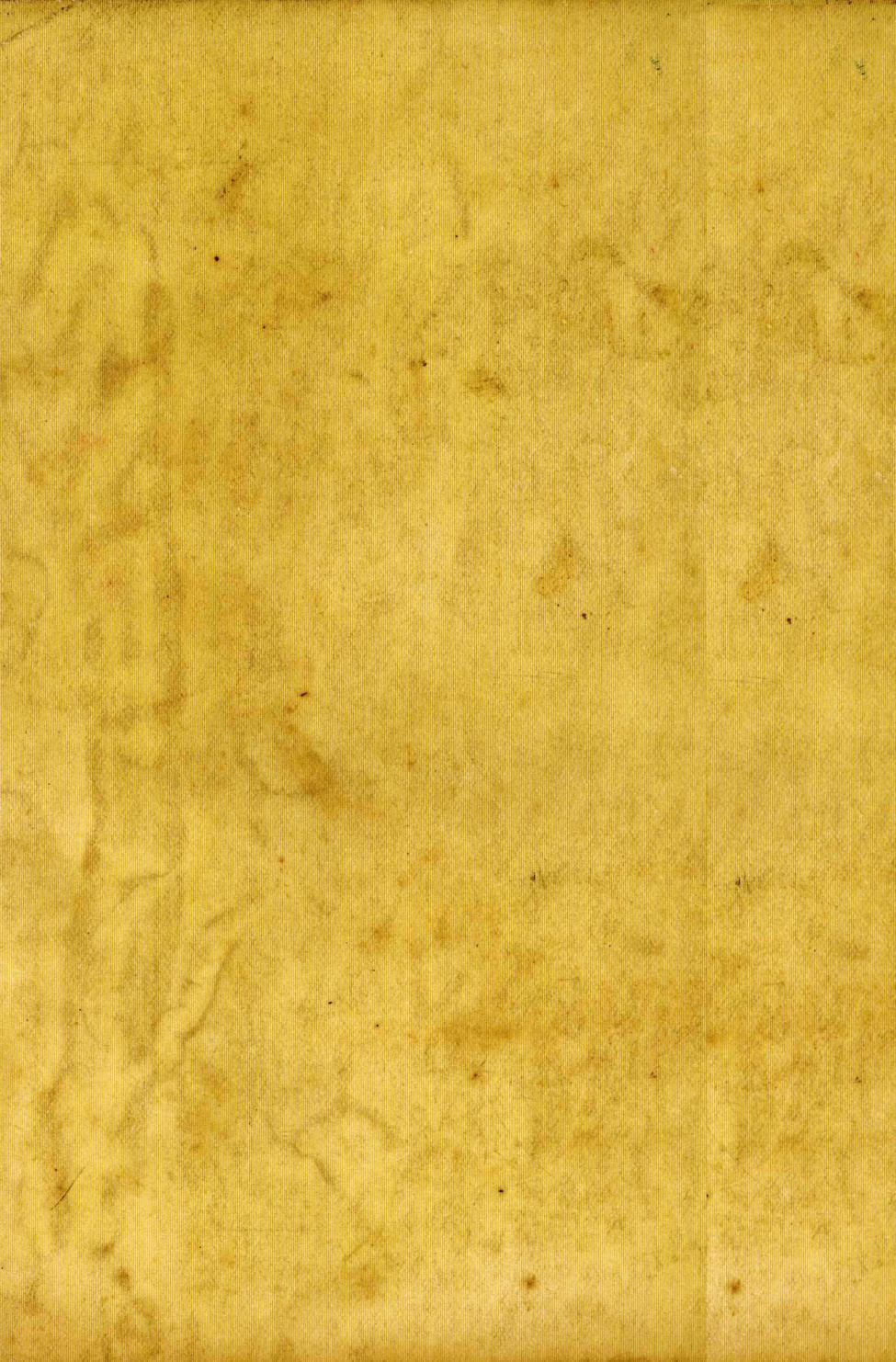
羅

馬

法

下冊

上海法學編譯社編輯
會文堂新記書局發行



中華民國二十六年一月再版

**有 著
作 權**

羅 馬 法
全書
二冊

著 者 人

丘 漢 平
海 漢 平 社 費加埠

發 行 人

徐 寶 魯
上海河南路三二五號

印 刷 所

會 文 堂 新 記 書 局
上海河南路三二五號

總 發 行 所

上 海
三馬南路

會 文 堂 新 記 書 局

分 發 行 所

北 平
漢口路
廣 州
長 沙
永 漢
南 陽
交 通
琉 璃
北 街
廣 州
永 漢
北 街

會 文 堂 新 記 書 局

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

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

第二十三章 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……………四五二

第三項 役權之設定方式……………四五三

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		
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		
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	五一二
第一項	家屬繼承人	五一三
第二項	家外繼承人	五一四
第五節	資產占有制	五一六
第一項	資產占有制之性質及其由來	五一六
第二項	資產占有制之種類	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 未成年人補充繼承……………五六〇

第三項 準未成年人補充繼承·····	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
第二十一章 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
第二十二章 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
第二十三章 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

第二十七章 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—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	提供誓金之訴	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		
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		
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		
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

二〇

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 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, II, 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，土地并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 universitatis*）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，雖不能為物質之消耗，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，其唯一之請求權為向甲索還款項也。故金錢之為物，過手則成消耗，無辨別之可能。

至於非消費物 (*res inconsumptibles*)，其性質與消費物迥異。凡物經使用而不即失其原質者，謂為非消費物。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，至為明瞭。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，為物之一種折舊損失，不得視為消耗也（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為準。設甲向乙借到米十石，則甲對乙所負之義務為返還乙同種類之米十石。替代物殆皆為消費物，以其為消費物，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 incorporeales*) 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*) 二者，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. 無主物可分爲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 Wütemberg geltenden Privatrechts, Stuttgart, 1845, vol. 2, § 42.

(註十九) Muirhead, p. 53, 56, 58, 121, 130, 242, 379; Buckland, p. 168, 188, 225, 228, 231, 234, 259, 241, 250, 263, 276, 486; Sohm, p. 305 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 abutendi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（*Dominum 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移轉是。

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 *Sipandarii*。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轉移之。（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。商業權爲市民權之一 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轉移之法者，外國人概不能爲之。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 bonitatum*） 次於市民法上所有權者，厥惟裁判官法所有權較爲重要。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 (actio vindicatio rei) 以排除之。進斯以談，事實所有人 人不亦陷於極孤立危險

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」（Publius）最先在告令中倡用也（註十二）。法儒賈拉（Girard）耗多年之攷訂，謂并無「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（Servius）門徒之一（註十四）。英儒左羅韋克志雖未肯定「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（Sabrinus）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 juro 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(註二十一)。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。此於解放奴隸時尙屬可信，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蠶而來，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，此物當歸已有，謹以此銅片及衡具買之。」 (Hunc ego hominem ex jure

Quiritum meum esse aio, iusque in hi 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。蓋買主將物割愛與買主，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（*Imaginaria 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，則曼企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。蓋曼企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已有之事實。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 *Seperius* 爲賣價，以防所有權發生瑕疵時，讓與人僅負 11 *Seperius* 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 1 *Seperius* 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，卽爲善意。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卽爲善意，準斯以言，物件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，卽善意之定義有如下述：凡占有入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
有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」（Usureceptio），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。（Usureceptio 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（*Usurapio 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為也。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（*Judex*）在爭訟期間（*His 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，毋寧謂爲萬民法上之一種適法原因較爲切當。譬如甲贈乙書一本，則所有權因引渡 (*traditio*) 而移轉。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爲移轉所有權者，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，卽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，惟康斯丹丁帝會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，則非爲漸積，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爲限（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爲界限也。至於海中之島嶼，因海底不爲任何人所有，則爲無主物，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爲是也（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。卽以「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（*creatio*），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（*Fitting*）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（*Moiniha*）如貴金屬寶石等類而言。

(註一百六十九) 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，不外以埋藏物之現所有人已無從追考。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（Ozyllarz）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，會員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（Aurélius）及維路斯（Verus）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（Lois）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（Sewerius）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。

此外尚有善意占有人 (*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，以冀攫

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，因羅馬法中并無此種論據也。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，乃應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)。鄔爾賓 (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尙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，然在事實上亦所有權雖經移轉而占有在嚴格的意義上却尙未移轉。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 (Lel 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。卽出於想像或推測者亦視爲正當原因。譬如雙方當事人想某物之移轉爲買賣交易，此種想像不失爲一有效之引渡，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，承受人不知其爲贈與而視爲應付以代價，意思之表示雖不一致，仍爲一有效之引渡，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，而乙誤以爲借貸，則貨幣之所有權當然移轉乙承受，因貨幣爲消費物，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，甲之交付非爲贈與，但乙誤以爲贈與，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)。鄔氏謂正當原因爲引渡之基本要件，必須有真實之存在方爲有效。然依羅馬之通說，鄔氏所言顯爲無據。不惟正當原因之是否真虛不問，卽交易之動機爲不法行爲，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 negatoria*) 此訴之效力為禁止妨害人為繼續妨害之行爲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; Parisch, 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) 關於救濟權之討論、參見 Buckland, Text-Book, etc., p. 19, 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, Rom'sche 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. 15; 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.

(註三十二) G. 1. 119; 2 22 2; Ulp. 19. 3.

(註三十四) Girard, Textes, 8. 9 sqq; Bruns, 1, 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. 141 sqq; Text Book, p. 236 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. 1; Girard, Manuel, 1. 310, Jolowicz, P. 146.

(註三十八) Cug, Manuel, p. 271.

- (註三十九) Bruns, II, 5; Buckland, 238, n. 9.
(註四十) Girard, Manuel, p. 393; Buckland, p. 238.
(註四十一) Kniep, Gal. Inst. 1, r. 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. II, 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; Kühler, p. 41; Cug, Manuel, p. 273; Schönbauer, Z. S. S.

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 附註。
(註七十三) G. II. 47; Buckland, p. 245.
(註七十四) D. 41. 10. 3; 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. 3. 9; C. 7. 36. 1.
(註七十九) C. 7. 39. 8
(註八十) C. 7. 33. 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) Sohm, 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. 37. 26. 1; Gerard, 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.

本論 中篇物法 第二十章 所有權

羅馬法

四〇〇

(註一百零二) Leage, p. 144.

(註一百零三) Vat. Fr 298-305, 310.

(註一百零四) Inst. II, 7, 2.

(註一百零五) C. Th. 8, 1, 1; C. 8, 53 34, 36; Nov. 162, 1.

(註一百零六) C, 8, 53, 31, 36.

(註一百零七) Leage, p. 145; Buckland, P. 253-256.

(註一百零八) Shom, P. 315.

(註一百零九) Sohm, P. 316.

(註一百一十) Girard, P. 670-673; Buckland, P. 252; Jolowicz, P. 157.

(註一百一十一) Ulp. 19, 17.

(註一百一十二) Sohm, P. 317; Leage, P. 124; Buckland, P. 207; G. II. 66-69; Inst. II. 1, 12
sqq.

(註一百一十三) 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. 23. 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. 23. 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) 參閱 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) Afr. 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. 559 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. 46.
(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.

- (註二百十七) D. 41. 1. 35; 18. 1. 15. 2; 參轉 12. 4. 3. 8.
(註二百十八) D. 12. 1. 41. 17. 1. 49; 參轉 22. 6. 8.
(註二百十九) D. 41. 2. 1. 21.
(註二百二十) D. 41. 2. 1. 21.
(註二百二十一) D. 41. 1. 9. 5.
(註二百二十二) D. 41. 2. 18. pr.
(註二百二十三) D. 18. 1. 74; 41. 1. 9. 6; Inst. II. 1. 45.
(註二百二十四) D. 7. 9. 9. 2; 41. 2. 38. 1.
(註二百二十五) Inst. II. 1. 41; D. 18. 1. 19; 18. 1. 53; C. 4. 54. 3.
(註二百二十六) Inst. II. 1. 41.
(註二百二十七) G. 2. 41; Ulp. 1. 16; 19; 7.
(註二百二十八) 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，並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卽構成占有。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入之意思者則爲占有；其無所有入意思

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土地及質物亦各有占有，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有所人之意思也。因之，後來之主觀說學者漸認定原因（*Causa*）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)鄔爾賓(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，即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（*Nerva*）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*）。心素即意思，體素即事實。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（*Jus 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。若純爲權利，則不能復有占有之事發生。例如對於利益權不能爲占有是。後期之法家或以權利之占有爲準占有，但究非古典時代之觀念。或謂羅馬舊說以通行權或汲水權爲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

占有既爲權利，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。(retinendae 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，甲欲妨止其鄰居之建築，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 ubi 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 retinendae 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(以圖妨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，被占有人僅能就

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，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，被占有之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 (terry trovsl).

（註四）見 Rechts des Besitzes 一書。

(註五) D. 13. 7. 37; 41. 2. 1. 20.

(註六)前引沙氏書第二十五節。

(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. 44. 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.

- (註三十一) Buckland, Text-Book etc., p. 204; Main Institutions, etc., p. 107.
 (註三十二) Buckland, Text-Book etc., p. 205; Main Institutions, etc., p. 108.
 (註三十三) Buckland, Main Institutions, p. 109.
 (註三十四) D. 43. 17. 2. pr.; G. 4. 160.
 (註三十五) G. 4. 106. D. 43. 31. 1. pr. 或稱 *Interdictum utruhi*.
 (註三十六) D. 43. 31. 1.
 (註三十七) Ihering, Jahrbucher f. Domatik des heutigen Röm. Rechts vol. ix, p. 44. sqq.
 (註三十八) D. 41. 2. 23. pr.
 (註三十九) Cicero, pro Caecina, 32, 94.
 (註四十) 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

本論 中篇 物法

第二十二章 他物權之意義
第二十三章 役權

四二九

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，——卽非役權也。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

役權爲市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，但吾人不能以此卽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)。前者爲一定之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 (*Praedium d. minus*)，供便益之地曰供役地 (*Praedium 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 (*Praediorum urbanorum*) 與田野地役 (*Praediorum 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

(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，得於供役地上為種種必要之事項，但限於必要事項為度，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，依其性質分為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為準。即需役地為田野時，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，或市廛為準。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為積極行為時，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

市廛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 tigni immittendi*)。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 projiciendi*)。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「摭簾」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，在門窗上裝摭簾，因而突入乙地之空間，則此項役權為「摭簾突出」權。(servitus protegendi)

(四)通水地役權 (stillicidii s. fluminis recipiendi s. avertendi s. immittendi 簡稱 stillicidium 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 storculini*) 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，可分爲四（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 pecoris 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. immittendae*)，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。

辛、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

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。

(三)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

負擔之責。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，為羅馬法之重要者。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，似為人役權之流亞。(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、苟物之所有人曾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) 宣布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 Iogata)。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 (*Non-usus*) 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 liberatio)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 Possessiones)

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 (Nec vi, nec clam, nec 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 privato) 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* (Ledlies' transl.) p. 339; Mackelday, *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.

(註三) 東吳大學法學季刊第二卷二二九頁。

(註四) Mackeldey, Roman, Law, p. 237 sqq; Moyle, Institutiones, p. 214.

(註五) D. 41. 1. 20. 1; D. 35. 1. 5. 9.

(註六) D. 8. 2. 26.

(註七) D. 33. 2. 1.

(註八) 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 (Prætorian, Servitude) 卽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.

(註十) Moyle, op. cit. p. 215.

(註十一) 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.

(註十三) Moyle, p. 215, sqq.

(註十四) Glück, Comm. vol. X, § 667-673; Buckland, 263, sqq; Sohm, 342; Mackelley, p. 245, sqq.

(註十五) D. 8. 2. 20. 3. 6; 8. 6. 8, pr.; 8. 5. 16; Inst. II. 3. 1.

(註十六) D. 8. 2. 28. 參較 Glück, p. 125.

(註十七) Inst. II. 3. 1; D. 8. 2. 12. 21. 32, pr. 8. 4. 16; Const. 8. 9.

(註十八) 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.
(註三十二) D. 8. 5. 8. 5-7.
(註三十三) *Beiner Diss. de differentus itineris, actus, et viae gⁿunniis*, Leipzig, 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. 28. 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, 166 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) Meekley, P. 257. sqq; Solu 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(Vectigal)。此租出之土地，稱曰納稅地(Ager vectigalis)(註1)。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2)。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，卽自帝王以下之大

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(Naric)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。如爲轉讓，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 此卽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、永佃權爲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，非爲獨立之權利，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，祇爲行使一種權利而已，故羅馬法又稱爲準占有。

(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 vestigüs, Göttingen, 1793; Eichhorn, Einl. Deutsche

- Privatrecht, § 160; Glück, Comm. V. VIII, § 577, 600; D. 22. 1. 25. 1.; C. 4. 65. 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，尚屬疑問。
(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) Mackelley, 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)。故地上權為在他人土地上有建築之永久租賃權，其與永佃權之以耕作為目的者相同。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 credit*)(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, Pensis)，惟此種義務，不若永佃權之絕對性，此爲其別耳(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爲限(註四)；
- 二、地上權爲可繼承之權利(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) 此爲羅馬法之通則：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.

(註十四) Moyle, P. 323. Mackelley P. 264.

(註十五) D. 6. 2. 12. 3; 41. 3. 26.

(註十六) D. 41. 3. 26; Mackelley, p. 264.

(註十七) Mackelley, p. 234.

(註十八) 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償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，仍可將該物之利益權設定質權（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。但吾人須知依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 fiducia)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 fideiuae) 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，顯名思義，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爲告竣 (註十六)。

二、遺囑 (*Pignus testamentarium*) 此於取得遺產時同時取得質權 (註十七)。關於設定質權之行爲，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*)，研究羅馬法者又稱爲法定質權 (*Pignus legale*)。法定質權得分爲普通與特別二種，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，但以不妨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)。

第二項 基於審判上之行爲

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爲。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，而此項時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，而不能將質物變爲己有。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，祇規定一次之通知爲已足，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。遇質物并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 (*Tus 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.; 13, 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 sqq.

(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 sqq.

(註二十) D. 13. 7. 26; D. 27. 9. 3. 1.

(註二十一) D. 13. 7. 35. 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. 28. 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; 35. 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？況死者之後或其宗親，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 jacens)（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，死者頻於破產無疑矣。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 hereditarij)，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，即認為已足，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*)，則為例外。通常事例，遺囑人若明白規定正式承受之行爲為必要時，多以一百日為限，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 jure*) 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，得為拋棄之表示 (*repudiatio*)。市民法時代，并無拋棄之手續。帝政初期，始以拋棄之表示為必要。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為必要者，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 (Asacius) 及施爾禱壽 (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，卽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？卽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，裁判官卽依此訴訟方式，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 (cautio) 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，祇對死者遺產之如何處置而已，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之。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 (Juris civilis adjuvandi)，二爲市民法否認之資產占有 (Juris civilis corrigendi)，三爲市民法暫認之資產占有 (Juris 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.* 35; 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. 163.

(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，尚不失爲正統繼承人。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)。

二、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 (Legitimi) 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 (Cognati) 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

承人而已。惟此所宜注意者，即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，即對其生母亦然。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 (*Vir et uxor*)。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) (註二十二) 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。

二、奧斐地阿南元老院諮議 (*SC Orphitianum*) (註113) 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。惡留列斯帝 (*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平等，廢棄傳統之「正統」(sui)「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削奪繼承時，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 *asini* (幣名) 以內者，得以遺囑自由處分；其在一百 *aurei* (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1） 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,

Taxt Book, 361—402; Sohm, 530 sqq.

(註二)見憲令第一百十八號及第一百二十七號。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. 雜良 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. 2.

(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. 38. 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，故此項意囑，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 procinctu*）（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——一為貴族所獨享，一為戰時所適用，於一般人民之使用頗感不便，漸以古代買賣之方式以為設立遺囑之行爲。其法由遺囑人於證人五名及一計量者之前，將其「家產」（*familiæ pecuniæque*）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，即家產買主不外為一名義上之所有人，其唯一義務在於執行遺囑，一旦遺囑人亡故，即應將家產（此時成為遺產）移轉與遺囑上指定之繼承人。由是以觀，家產買主，不啻為一遺囑執行人，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，在形式上為遺產全部之過渡負責人，即死者之債權與債務均應為之分別執行，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 (*Marcus 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，卽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 tripertitum* 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)蛻螻而來，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，卽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 當傳染病流行時爲遺囑者，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，亦爲所許。若遺囑人在遺囑上指定之繼承人，雖不經指定，亦將爲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額時，此項數目字應以文字爲之（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（*inertae 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 omni idem*

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，卽乙丙分受二分之一，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（*substitutio*），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)；一曰準未成年人補充繼承 (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，其用意與未成年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年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，與未成年人補充繼承相同，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 snus*) 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）即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，即遺產之四分之一，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，即女得一半，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，未免矯枉過正。其後馬柯士奧雷列士（Marcus 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，其間情感較家外人爲親密。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，是遺產尚在曠缺，無從提起此訴也。

二、主張此訴之繼承人應釋明確係未曾分受依法定繼承之應繼分之四分之一。

三、應釋明除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 legitimam*] 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，改依法定繼承之原則分受遺產，假遺囑并非完全無效，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