

李宜琛 著

日爾曼法概說

商務印書館印行

重慶市圖書館藏書
世圖字第三一五二號



李宜琛 著

日爾曼法概說

商務印書館印行

自序

這本小書的寫成，記得是在民國二十五年的夏天，正是蘆溝橋事變的一年以前。歲月匆匆，轉瞬已是七個年頭。不料這一冊書稿，在這六七年中，也和作者一同經了若干人事的滄桑。回想起來，不禁有無限的感慨。

我自回國以來，即承白經天余戟門二位師長的好意，留在國立北平大學法商學院，擔任民法的課程，二十四年秋天，何海秋先生離校，戟門師叫我繼續講授外國法制史這一門功課，道在我當時實在感覺到是一種艱苦的工作；不過師命諄諄，不便固辭，只好勉強承受了下來。所謂外國法制史這一門課程的內容，原沒有一定的標準，因為時間的限制，又不能牽涉範圍太廣。再三考慮，便決定做照日本學者的先例，講授日爾曼法的梗概。

在古代法制之中，對於近代法律影響最大的，可以說有兩個主潮。一個是羅馬法，一個是日爾曼法。因為在羅馬當時，商業發達，經濟繁榮，有古代資本主義社會之稱，所以支配當時的法律，就形式說是嚴密精確，就內容說，是主張意志自由，充滿了個人主義的思想。日爾曼法的產生，雖在羅馬法之後，但因為是農業社會的法律規範，所以反映着前資本主義社會的精神，沒有成文的法典，只有習慣的聚斂，法律的內容也大多是支配服從義務拘束的關係，不過

可以說是富於團體本位的思想。中世紀的末期，都市勃興，商業發達，固有的日爾曼法，已不足適合現實社會的需要，於是又紛紛繼起羅馬法，作為普通法。近代的法制，當然充分受了羅馬法的影響，例如有名的拿破崙法典，幾乎可以說是羅馬法的近代版。但到德國民法制定的時候，法學思潮，已經有了顯然的變遷，不得不在羅馬法思想之外，參酌日爾曼法的精神。最近因資本主義已經到了爛熟期，弊竇日登顯著，代表資本主義社會的近代法制，不得不加以修正，所以最近法學思潮，才由個人本位趨向於社會本位，而團體本位的日爾曼法思想，於是也格外抬頭起來。現代的社會立法，很多蒙受日爾曼法的影響。法律學者對於日爾曼法的研究，也可以說是到了白熱的程度。

因為同是農業社會的法律，所以日爾曼法中很有許多地方是和中國的固有法息息相通的。例如合有監護，共同繼承，死者分……在中國都有類似的制度。又如中國法律上的典權，法律的性質應當如何解釋，中外學者同一向有着熱烈的論爭。但我們研究日爾曼法的時候，便不難了解這是一種「純然的物上責任」，和日爾曼法的「古質」，完全相同。可見日爾曼法的研究，不特可以幫助我們理解現代的法制，而且可以做我們研究中國法制史的比較參證。尤其是日爾曼法學者以現代法律觀念整理固有法制的這種方法和態度，更可以供我們的效法。

但是，說也慚愧，我們貧乏的法學界中，關於羅馬法的著作，雖然已經有了幾種，但研究日爾曼法的著述論文，似乎一種還不會見過。所以我擔任外國法制史講義的時候，不但想把

日爾曼法的輪廓，介紹給聽講的學生，同時，想趁此寫一部關於日爾曼法的書籍，以補償中國法學界的這種缺陷。這一本小書，便是在這種動機之下，寫了出來的。

從民國二十四年的秋天，到民國二十五年的夏天，埋首於這本小書的寫作，記得曾經用了課餘的大部時間。完成之後，原想將課堂上的補完教材，一併添寫進去，然後再加以訂正修補，才拿出來就正於法學界的人士，不料下半年課務多忙，個人又有其他私事的牽累，始終沒有修訂的閒暇。二十六年，事變發生，學校奉命西遷，我也因為戟門師的委託，與學校同到西安。在匆促離開北平的時候，行篋中只帶了幾冊參考必需的書籍，因為偶然的動念，這冊書稿，居然也夾在書籍中，帶到西北。不過，離平以後，手頭無書，當年授課的筆記，也留在北平的寓所，自然更無從修改。於是這一冊書稿，在行篋中，一擱就是五年。這其間，隨或由西安到了閉塞的城固，去年又由城固到了重慶。今年接受國立編譯館的聘約，主編法律學名詞和四國法制史料，因為參考上的需要，將這冊書稿，清理出來，重讀一過。微帶自珍，對於這一冊和我同時流亡五年的書稿，不覺有些憐惜之感。而且，在這五年之中，似乎還不曾看見有關日爾曼法的論著，這一冊小書，雖然敘述簡單，也許可以多少供有志法學者的參考。所以決定有略加修正，即行出版，以了我當年介紹日爾曼法的宿願，「推輪為大輅之始」，倘能進一步因說此引起法學界對於日爾曼法的研究興趣，則將來完善的著作出現之日，這一本小書的命運，縱然只是用來「覆瓿」，作者也是感到滿足的。

這本書既然是爲外國法制史講義而寫的，所以在卷首原有一篇序論，略述法制史的意義，範圍、研究方法以及日爾曼法在西洋法制史上的地位。現在付印的時候，爲了名實相符，改題爲日爾曼法概論，這一篇序論似乎已經成爲蛇足，所以便將它刪除，只保留了原書的本論。附記於此，以表示這冊書稿的本來面目。

最後，這本書稿，從印刷到出版，友人陳北鵬兄曾予以莫大的助力，在這裏對他表示誠懇的謝意。

第三章 物權法……………三五

第一節 物之概念……………三五

第二節 不動產物權……………三八

第一項 占有……………三九

第二項 不動產所有權……………四八

第三項 地上負擔……………五八

第四項 權利不動產……………六〇

第三節 動產物權……………六四

第一項 動產之占有……………六四

第二項 動產之追及權……………六五

第三項 孳息之取得……………七一

第四章 債務法及責任法……………七二

第一節 債務與責任之概念……………七二

第二節 人上責任……………七七

第一項 人上責任之範圍……………七七

第二項 契約……………八三

第三項	純然責任契約	八七
第四項	侵權行爲	九三
第五項	債權之讓與	九七
第六項	代理	九七
第三節	物上責任	〇〇
第一項	動產質	〇〇
第二項	不動產質	〇二
第五章	親屬法	〇七
第一節	家族與氏族	〇七
第二節	親屬	一〇
第三節	婚姻	一四
第一項	婚姻之方式	一四
第二項	婚姻之效果	一三
第三項	夫妻財產權	二三
第四項	婚姻之消滅	二三
第四節	父母子女	三三

第一項 父權……………三三

第二項 非婚生子女之準正……………三六

第三項 收養關係……………三七

第四項 父權之脫免……………三八

第五節 監護……………三九

第一項 普通財產監護制……………三九

第二項 封的監護制……………四一

第六章 繼承法……………四二

第一節 法定繼承……………四二

第一項 總說……………四二

第二項 繼承順序……………四二

第三項 代位繼承……………四六

第四項 繼承人之曠缺……………四七

第五項 遺產之歸屬……………四八

第六項 債務之繼承……………五〇

第二節 死因贈與……………五二

第三節	繼承契約	一五五
第四節	遺囑	一五六
第五節	特別繼承法	一五八

日爾曼法概說

第一章 總說

第一節 日爾曼法概觀

第一、總說 日爾曼民族 (Germani, Die Germanen) 於言語學上爲屬於阿里安族 (Aryans) 之一大支派。日爾曼云者，意爲「軍人」，爲羅馬人所命名，蓋謂其文智未開，而慍悍善鬥也。紀元前一百年時，即有多數獨立之政治團體，分布於萊因 (Rhein) 多瑙 (Donau) 兩河之間。爲半定住之農業部落，從事於穀物之栽培，並時與羅馬帝國相衝突，以圖劫掠。至紀元後四世紀時，蒙古之遊牧民族，進攻日爾曼人，日爾曼人既苦不能抵禦外侮，復加以耕地之不足，及對於羅馬文化之憧憬，遂放棄故土，大舉向羅馬侵入，是爲所謂民族移轉 (Völkerwanderung)。日爾曼人大舉南侵之結果，西羅馬帝國遂因而滅亡 (四七六年)。於其舊址，乃建設有若干日爾曼族之家國。日爾曼人之文化，本視羅馬爲遠遜，益以長期之侵襲戰爭，於是生產銳減，商業摧毀，城市衰落，文明日退，是爲西洋史上黑暗時代之開始，直至十二世紀，

始重見文藝復興 (Renaissance) 之曙光焉。自法律狀態方面言，則爲羅馬法衰落，日爾曼法代之而興。直至近代，因資本主義勃興，羅馬法復彼繼受，日爾曼法始趨廢止。是以於第五世紀直至第十五世紀，約一千年間，所謂歐洲中古之法制，殆咸爲日爾曼法所支配焉。

雖然，此十世紀間，雖爲所謂日爾曼法時代，然其法律狀態，要非同一。茲姑就此，分爲三期。初期自五世紀至九世紀爲部族法時代，中期至十世紀至十二世紀爲封建法時代，終期爲十三世紀至十五世紀爲都市法時代。若就其政治情勢而言，則初期時日爾曼民族移轉之巨潮，尙未平息，日爾曼諸部族，正紛紛於羅馬廢址，建設新國。中期則封建君主已獲以武力抑止社會之動搖，維持治安。終期則都市勃興，商業復活，近代式之國家漸次成立，古典文化亦從而甦生，適與文藝復興期相當。換言之，則初期爲動搖不安之時代，中期爲壓迫沈靜之時代，而終期則爲更始一新之時代也。

第二、部族法時代 中世初期，適爲日爾曼人驅逐羅馬文明，建設本族國家之時。因多年紛爭擾亂之結果，羅馬時代之繁華，悉被摧毀殆盡。經濟生活亦從而復歸於自然經濟之時代。商業衰退，產業則僅餘農業。各戶各家，自給自足，僅於同村之間，存有極少之交換關係而已。

當時內亂頻仍，中央集權之制，尙未確立，自無從加以抑制。而熱病時疫，復來侵擾。農業經營，原極幼稚，往往爲自然力所破壞，致感荒旱饑饉之苦。鄰村之間，又少往來。其

時人民，生活於此種孤立無援之境遇中，其痛苦悲慘，殆可想見。唯一可恃者，唯有朋輩忠實，可以相互扶助而已。蓋除依血統鄉土之關係，堅固結合，勉圖共存外，別無生活之道也。

法律爲社會規範意識之表現，當時社會既以朋輩間忠實互助爲美德，於是立法者亦認爲根本義務，苟有背反信義，擾亂平和者，卽斥爲重大違法。茲請略舉數例，以明當時法律制度之一斑。

(一)當時法律，氏族觀念極盛。凡同一父祖所出者，卽屬於一氏族。對於重要之事實上及法律上之行爲，皆須取一致之態度。苟有一人受族外人之侵害者，則共同復讐。侵害外部人者，亦共同任責。一族中有生活困窮者，則同族一致扶養。有擾亂平和者，則同族一致制裁。

(二)不特同一血統者，有上述之關係。卽同一村落之居民，相互之間，團結亦極密切。土地之屬，概屬村之總有。宅地爲各家所有，而耕地則由村管理，分配於各家，公用利用。森林牧場等則爲村人共同之利用物，不得爲個人所私有者也。

(三)一家之中，忠實互助之念尤盛。宅地之屬，名爲家長所有，但絕無處分之自由，處分時，須與家中成年男子共同爲之，至少須得其同意。

(四)賦與某個人以權利時，其行使權利也，亦不得害及朋輩之利益。換言之，其賦與權利

恆爲附有義務，負擔者也。

日爾曼民族侵入羅馬前，爲其社會生活之規範者，僅有粗朴慣習，口耳相傳，絕無成文法典之存在。西羅馬帝國瓦解而後，日爾曼族之國家，相繼建設。因與羅馬文明接觸，改宗耶穌教，於是次第就固有之習慣法，加以整理，編纂爲成文法典。至中世初期終了時，日爾曼諸族，大抵皆有成文法典。是爲部族法 (Volksrecht)，亦曰蠻民法 (Leges barbarorum)。然部族習慣法之成文化者，僅爲其中之一部。此外則仍以不文之形態，規律人民之生活也。

彼時日爾曼人之部落極夥。部族不同，法律亦異。部族法之適用，僅限於自己之部民。其他部民，縱在自國領土，亦不適用。換言之，部族法之效力，純爲屬人主義者也。故俗諺有云：『有五犯人，卽有五種法律。』其法制之不統一，有如此者。然各種部族法，原由同一系統分化而來，且互相模倣他族之規定，故尙保有多數之共通分子焉。

第三、封建法時代 中世中期以後，日爾曼人間，階級之對立，日形嚴刻。蓋因日爾曼諸王既於羅馬舊址，建設王國。乃視其臣下之軍功，而分配以功田。其臣下遂命其功田內之農民，負擔特別勞務調貢。功田內之農民遂化爲權門豪勢之私民，與一般農民，顯有區別。同時，一般農民亦往往不堪饑饉、疾病、戰禍之侵襲，亦自行獻納貢物，負擔勞務，托庇權門，乞其保護。此等私民，謂之農奴 (Grundhörige)。有農奴者謂之領主 (Grundherr)。其農奴耕作之土地，則謂爲莊園。

中古時代，不特農民輩深爲戰禍所苦。即在權門勢家，擁地甚多之大地主，亦未嘗免於不安。良以當時內亂，咸以土地之爭奪爲目的。而地主等乃適當其衝，不得不武裝以圖自衛。其武力較小者，則僅將莊園之一部，自行保留，而將其他部分，貢獻於武力較大之權門內，冀其蔭庇，遂發生保護服從之關係。其武力較大者，復將其莊園之大部，獻於武力更大者，而發生保護服從之關係。如此，乃漸次上昇，而達到勢力最大之王。此種情勢，若自王之一方言之，則係王於自己保留一部莊園而外，餘者分封諸侯，諸侯亦保留其一部，分之臣下，臣下復分之於陪臣。漸次下降，而達於最小之領主。是卽所謂封建制度。

封建制度，既經確立，身分之區別，遂行嚴格，一切人類，對上則爲奴隸，對下則爲領主，身分相同者，始能平等對立。身分差異者間之排斥，威壓，服從，咸視爲當然。因此，立法者亦以此種思想，爲法律之指導原理。承認下級者之服從，上級者之支配。賦與高級者以種種之特權。重要之法律行爲，僅於身分相同者間，始能締結。至土地制度，則脫離村民總有之形態，而代之以分割所有之觀念。同一土地，領主享有其上級所有權，而下級所有權，則屬於農民。要言之，封建期之法律，爲支配服從之法律，而以對上之忠勤 (Fidelity) 爲其基調者也。

中世中期以後，初期之部族法，已失其效力。國王及領主之立法，亦不多見。此一時期，其法律狀態之本體，殆爲以民族法爲基礎而發達之習慣法。但因領土分立，階級之別日嚴。

其法制不僅因地方而不同，且因階級而差異。法律種類，自較往日更行加多。因此等地方習慣法之成立，昔日之屬人主義，遂行廢止，而代之以屬地主義。每一小區域，即有其特殊之習慣法，適用上自感種種困難。故當時有『驛馬如更，法律亦易』之歎焉。雖然，各地法律，固有不同。而其立法原理，則無二致。要皆以支配服從關係爲基礎者也。

第四、都市法時代。十三世紀以來，歐洲各處，都市 (Stadt) 勃興。都市之起源，學說多歧，要以市場說爲最有力。市場說者，蓋謂都市係由固定市場發達而來者也。當時之國王及領主，咸認爲獎勵商業，有利於己。於是增設都市，許與市民以種種特權。例如移住於都市之非自由人（農奴等），即可脫離其領主之羈絆；又或生活於都市達一年零一日者，期內無人對其主張權利，即可承認其自由。都市之住民，軍事上之義務，復多輕減，於是遂有『都市空氣自由』之俗諺。

都市之實力充實而後，遂成努力於其獨立運動。或以金錢向領主購買自治權，或以武力壓迫得之。縱未正式獲得自治權者，事實上亦殆等於獨立。凡一都市，大抵皆有其獨立之法院及法律。是即所謂都市法 (Stadtrecht)。

都市之主要構成分子爲商人階級。商人團結之團體謂之商人「基爾特」(Kaufmannsgilden)。以相互之扶助，及法律上之保護爲目的。並就販賣價格，均有協定。基爾特有長老，有評議會，從事於基爾特之經營。基爾特之會員間，如有爭訟，並有特別審判機關，爲之審判，浸漸

而成爲一種商人階級團體法。是爲後世商法典之濫觴。

都市之構成，既以商人爲中心，商人又以營利爲目的。於是法律思想，亦因而大變。認爲一切人類，皆應爲「全體」之一分子，而非其主人之從者。人類應由家族民族間解放，自由追求其利益。於是此一時期之法律，乃由團體之拘束，趨向於個人之自由。以個人解放人格平等，意思自由爲其指導原理。是故於契約法上則有契約自由之原則，物權法上則有個人所有權之觀念。於親屬法，則親權之勢大減，財產之處分，婚姻之締結，其家屬皆獲得相當之自由。於繼承法，則家產制度衰退，死者得以遺囑處分其遺產。信如梅恩 (Maine) 所謂係『由身分而契約』(from status to contract) 者也。

雖然，有應注意者，則都市法中，個人主義之法理，雖已萌芽。但亦不過爲片段零碎，略具雛形，尙未克發展成一體系。個人主義法律之大成，要屬近世國家之任務，而爲後一世紀之事業。都市法者，不過爲日爾曼法與民法間過渡之橋梁而已。

於此時期，尙有一事足紀者，即固有法之記錄編纂是也。第十三世紀後，往往有個人就地之習慣，編纂記載之者，對於後世法律之統一，極有助力，其最著者爲所謂『薩克遜鑑』(Sachsenspiegel)。此書係一二一〇至一二三五年間薩克遜法官名雷普幹 (Eike von Repgan) 者所編纂。雖係私人輯錄，且參以著者主觀的判斷，但因當時並無成文法典，可資準據，於是薩克遜法院，殆即視之爲法典，援引適用，其後做其體例，編述各地習慣者，頗不乏人。亦往

往爲法院所引用參攷。日爾曼法因地而異。頗不統一，蓋亦後世繼承羅馬法之一原因也。

第二節 日爾曼法之特色

日爾曼法既爲農業經濟之產物，封建時代之規範，較之羅馬法之產生於絢爛繁榮之古代資本主義時代 (der antike Kapitalismus) 者，自異其趣。羅馬法嚴密精緻，富於合理的精神，以意志自由爲其指導原理，故純爲個人本位之法律。反之，日爾曼法則於實粗俗，缺乏合理的精神，以身分拘束爲立法主旨，故趨向於團體本位。茲就此兩種法制之特色，對照說明於左：

(一) 羅馬法爲抽象的，而日爾曼法則爲具體的

羅馬法係先有抽象的法規之存在，其法規原爲編製而成之裁判規範，故係先有論理存在，因其論理而生出事實。法官之裁判，卽以法規爲大前提，裁判事實爲小前提，純爲法律理論之運用。反之，日爾曼法則純以具體的生活關係爲根據，其法律大部基於習慣，絕少成文法典。故係事實之存在，先於論理，因其事實，而生出論理。其裁判也，多本於祖先遺教，故老記憶，以確定其生活關係。因此，不特爲爭訟事件之判斷，且爲他日同種情形可得適用之規範焉。羅馬法爲抽象的，故其論理明確，思考精微，自非日爾曼法之所能及，然職此之故，其法律乃僅爲概念的存在，不若日爾曼法之能與生活關係合爲一體也。

(二) 羅馬法爲個人的，而日爾曼法則爲集團的

羅馬法以私法爲個人意思之領域，個人之意思，遂成爲私法之中心。有完全之意思者，始能享有權利，負擔義務。羅馬法之權利主體，亦即意思主體，並限於具有五官四肢之自然人。法人之觀念，雖經漸被是認，然亦不過擬制爲個人，從而賦與人格而已。故羅馬法純爲個人的；反之，日爾曼法則爲集團的。日爾曼法上並無所謂「人」之抽象的概念。凡國民之一員，皆具有取得國法上權義之資格。凡團體之構成員，亦皆有取得其團體中權義之資格。且團體不唯爲各個人之總合，且係獨立享有人格之實在體，而非法律擬制之個人。其各個人於其個人之地位而外，更各有其團體構成員之地位。成員之人格，與團體之人格，其關係蓋在不即不離之間。團體之目的及利益，非僅爲其自身之利益及目的，且亦爲構成員全體之目的及利益。無論團體個人，皆於爲自己生活而外，更兼爲他人而生活。此種團體之觀念，在吾人熟聞社團及公司組織之今日，固易索解，但在羅馬法上，則屬全然尙未發現者也。

(三) 羅馬法爲自由的，而日爾曼法則爲拘束的

羅馬法既爲個人本位之法律，故苟爲完全獨立之人格者，即可從其意慾，發生法律上之效果，不受任何人之拘束。換言之，一切權利之取得，係因人格者欲享有之，故能取得；一切義務，亦因其自行認容承諾，始行賦課之者也。是蓋純爲資本主義法理之表現。反之，日爾曼法則爲封建社會之法制，一切法律關係，概以其身分爲基礎。其權利義務之關係，恆依其各人之

身分而決定，受其拘束，毫無意志之自由。

(四)羅馬法爲世界的，而日爾曼法則爲地方的

葉寧 (Hering) 嘗謂：『羅馬嘗三次征服世界。最初以武力，其次則以宗教，第三次則以法律。後者爲最平和，故最有力，能遠駕前三者之上焉。』現行世界各國民法，殆莫不直接間接，受有羅馬法之影響。足徵葉寧之說爲不謬。其所以致此者，良以羅馬時代法曹階級之發達，與成文法源之優位，其法理的技術，精緻嚴密，因此有世界統一之可能。故吾謂羅馬法爲世界的，日爾曼法則爲地方的。蓋日爾曼法既多爲習慣法所構成，純以人民現實生活爲基礎。民族精神，極爲濃厚。其概念之完整，論理之周密，自不逮羅馬法遠甚。然日爾曼法富於地方色彩 (Local colour)，適合民衆之生活，純粹建樹於民衆確信之上，則固亦有其特長也。

綜上所述，羅馬法與日爾曼法之精神，殆適成鮮明之對照 (Contrast)。日爾曼法之發達，雖在羅馬法之後，然因時值古代資本主義凋落之時期，其法律狀態，遂一仍日爾曼人原始野蠻之舊慣。其成立也，就二種法制精神之差別，並無充分的自覺，故亦毫未攝取羅馬法之精神。就時間上言之，日爾曼法雖係直承羅馬法之後，而其內容，則反具有前羅馬法之性格。故於中世末期，遂又不得不以繼受之形式，將其自己之地位，復返諸羅馬法焉。

羅馬法繼受之原因，雖有種種。而其最重要者，則因個人主義發達，近代資本主義勃興，固有之法制，不足適應新時代之需要。於是遂廢棄團體本位之日爾曼法，繼受個人本位之羅馬

法，以期促進自由經濟之發展。雖然，個人主義之近代法制，促動資本主義之發達，造成物質文明之進步，於人類文化史，固自有功績。然在資本主義爛熟之今日，其種種之弊害，亦爲吾人所痛切感觸，而欲力圖救濟者。於是法律思潮，遂亦由個人本位而趨向於團體本位，而日爾曼法之研究，遂又甚囂塵上焉。

第二章 人法

第一節 自然人

第一項 權利能力

第一、權利能力之取得 日爾曼古法，自然人之權利能力，並非始於出生，須俟其父養育行為開始，方克取得法律上之人格。所謂養育行為，或係嬰兒之父將其由地上抱至床上，作為養育其子之意思表示；或係由其父親自食以飲料——蜂蜜、牛乳之屬——視為人格發生之始期。此外，更有以命名，水浴諸式，為養育開始者。往往因地方不同，習慣亦異。要皆於開始養育行為前，承認其父有拒絕養育其子之權利。是謂之棄兒權 (Ansetzungsgrecht)。

上述習慣，直至中世中期，尚行存在。其後因基督教思想之流布，遂視棄兒為罪惡。中世終期以後之法律，已不復許遺棄嬰兒。自然人遂以於出生時即行享有人格為原則。雖然，日爾曼法上，嬰兒之享有人格，尚有種種要件。即(一)嬰兒須具有人類之形態。故在中世法律，奇胎 (Mensura, Molen) 之屬，為不得享有人格者也。(二)須具有相當之生存能力 (Vitalität)。換言之，即以非早產為必要。更有以嬰兒生時，須能以生存之體重，始能享有人格者。故嬰

兒雖非死產，但因不具有一定期間之生存能力，於日爾曼法上仍不能取得權利能力者也。

此種繁瑣之要件，直至中世末期，仍行存續。嬰兒之生父殆仍可假藉畸形早產等口實，將之遺棄。故嬰兒於出生時即行享有人格之原則，究須遲至十九世紀以後，始能完全確立者也。

日爾曼財產法上，對於胎兒別無特別保護之規定，不過因刑法上妊婦之保護，較為充分，因此胎兒亦可享受反射的利益而已。至都市法時期，因受羅馬法之影響，此種觀念，始行一變。出生前之胎兒，雖未克取得權利能力，但如非死產，則可溯及的取得繼承財產之權利焉。

日爾曼法原無身分登記制度。僅由教會備置洗禮簿 (Taufregister)，記入受洗者之姓名及其生年月日。十四世紀以後，意大利各都市之市廳，始備有身分登記簿，為出生、結婚、死亡之登記，並課市民以呈報身分變動之義務。至德法諸國之身分登記制度，皆係十八世紀以後，始行發達者也。

第二、權利能力之喪失 日爾曼人以權利能力為法律所賦與，故亦可依法律而剝奪。因此，日耳曼法上於死亡而外，更有諸種權利能力喪失之原因。茲分述之：

(一) 死亡

日爾曼古法，人於死亡而後，尚生存於幽冥。法律上之人格，往往存於死後。死者於死後，尚有所謂「死者之權利」(Potestas)，得將其財產之一部，攜入地府。此種財產，男子則為武器乘馬，女子則為婦人用品。再則如有人被他人殺害者，則被害者之親屬，得將被害人之屍

體，運至法廷，代其起訴(Die Klage mit dem toten mann)。反之，殺害現行犯人者，亦可將犯人屍體，運至法廷，向其起訴(Die Klage gegen den toten mann)。是則人於死後，猶可爲訴訟之原告或被告者也。此等思想，於中期以後，始行稍殺。

(二)人格剝奪

日爾曼法，苟有危害團體生存，及犯其他重罪者，即可處以「人格剝奪」(Friedlosigkeit)之刑罰，剝奪其人格。凡人格經剝奪後，財產沒收，夫婦關係消滅，其生命身體，聽許他人自由殺害。於法律上全然失其保護。中世中期以後，因國家刑罰權之確立，此種制度，漸次緩和，而代之以「追放」(Ächtung)之刑，使之自一定之場所退出。但並非全然消滅。仍有所謂「準死」(bürgerlicher Tod)之制度，存續於若干地方焉。

(三)修道院之死

中世以來，修道僧(Mönch)及修道尼(Nunnen)入修道院修行者，即喪失享有財產之能力。入院前所有者，全部屬諸繼承人；入院後取得者，則概屬於修道院。蓋一入修道院，即應脫離俗緣，殆與死去無異。故曰「修道院之死」(Kloster Tod)。但此不過喪失其一部分能力，並非全人格概行喪失也。

(四)死亡之推定

關於失蹤之法制，於中世中期前，尙未發現。其始，此種制度甚不完全。苟有人多年所在

不明者，即將其財產交與繼承人，但須提出擔保，於他日失蹤人歸還時，仍行反還。其後，則苟經過相當時期，失蹤人仍未歸還時，即確定由其繼承人繼承。其時期則一任審判官之自由認定。至都市法期，始有「死亡推定」(Totestvermutung)之制度。自失蹤人有最後之消息之日起算，經過一定之失蹤期間，即推定其為死亡。據此推定，開始繼承，解除婚姻；使繼承人取得其財產，配偶取得再婚權。以免此種財產身分等關係，永不確定。故他日失蹤人縱再生還，亦不得取回財產，撤銷其配偶之再婚焉。至其失蹤期間，則或為三十年，或為二十年，或為十年，因地而異。其後因都市生活之發達，失蹤人之利害關係人，皆欲早日獲得繼承再婚等權利，期望失蹤期間，更行短縮。因此意大利法學者，遂利用羅馬法源中，有『人壽最高百年』之成語，失蹤者之年齡，苟達百歲，則失蹤期間，縱未屆滿，亦推定其為死亡。後此則更援引聖書中『人壽七十』(Unser Leben währt 70 Jahre)之記載，由百歲縮短至七十。失蹤人如已年至古稀，則縱在失蹤期間滿了前，亦得為死亡之推定。雖然，都市法上之死亡推定制度，原因失蹤期間滿了，即當然發生。不似現代法制，係因裁判所之判決而發生，且於判決前，有公示催告之程序，以為判決之準備也。至現代之死亡宣告制度，則係以一七六三年十月二十三日之普魯士失蹤令為濫觴焉。

第三、身分與權利能力 身分(Stand)云者，全體社會內部之各集團相互間，法律上設有上下差別時之觀念也。是故所謂身分者，原為組織法上之觀念，但中世法制，則恆就身分賦與

私法上之效果。或為特殊之身分者於法律上有其特權；或禁止身分不同者相互間，締結一定之法律關係。因其身分之不同，私法上之權利能力，亦顯有差異。茲專就私法之觀點，概述中世身分制度如下。

(一) 非自由人

(a) 奴隸

日爾曼古代，即有奴隸之存在，多為戰時之俘虜及其妻子。但其數絕少，民族移轉而後，大行增加。奴隸之地位，極行低下，殆與物無殊。其後因受基督教之感化，始漸改善。奴隸 (servus, skalks, scale) 一語，原係最劣等非自由人之義，九世紀後此名稱遂經廢除，代以奴僕 (Knecht) 之稱，其地位漸次上昇，逐漸乃與後述之半自由人等，殆無區別。夷狄中世奴隸制衰頹之原因，固亦由於基督教反對氣勢之強大，然其經濟原因，亦難忽視。蓋因當時商業萎縮，並無海外貿易，自不似羅馬時代感有奴隸勞動之必要也。雖然，所謂奴隸制度，則原存在於全中古世紀，奴隸制度之消滅，蓋在十九世紀以後。

(b) 半自由人，解放人

日爾曼法於奴隸而外，復有所謂半自由人 (Halbfreien) 之身分。半自由人者多為降服民族及其子孫，雖有權利能力，但無居住移轉之自由。定着於主人之土地，有供給勞力物品之義務。缺乏訴訟能力，審判時須由主人為之代表。但得以自己之名義，享有財產，締結契約，並

可以私蓄向其主人買取居住移轉之自由，以進於完全之自由。解放人 (Freigelassenen) 亦爲半自由人之一種。奴隸解放而後，不卽昇爲完全自由人 (Gemeinfreien)，而僅進至半自由人之地位。此種半自由人及解放人之差別，不久卽行喪失，形成高於奴隸，而低於完全自由人之一種集團。謂之體僕 (Leibeigenen)。

(1) 自由人

(a) 農奴

中世之領土，除使用奴隸及解放人耕作其土地而外，多將其土地貸與農民，向之收取佃租。此種農民遂位於領主權力之下。居住移轉，悉被制限。並對領主有種種負擔。但此種農奴之非自由性，原係基於莊園關係，而非由於國法。故農奴於國法上仍爲一個自由人，得向國審判所 (Landgericht)，自行主張其國法上之權利。不過於其莊園關係，須適用莊園法 (Hofrecht)，服從莊園審判所之判決耳。唯於十世紀以後，農奴地位，日行下降，經濟上，法律上，皆與體僕無異，遂不克與自由農相並列矣。

(b) 自由農

中世初期，人民大半，皆爲多少擁有土地之地主。至九世紀之末葉，遂行沒落。因不堪戰亂時疫之侵襲，多將其土地獻與權門，爲其農奴，乞其保護。至十世紀以後，所有土地殆皆化爲莊園關係，屬於農民私有者，極爲少數。此少數擁有土地，自行耕種之農民，謂之自由

農(Freie Bauern)。自由農之地位，原與農奴並列，其後因農奴地位之沒落，自由農之身分，遂處於農奴之上矣。

(c) 騎士

日爾曼人古無兵農之分，平日從事於耕種，有事則執干戈以效命。其後因武術之發達，遂有平素專習武術，以之爲業者，此種武士之中堅，卽所謂騎士(Krieger)。騎士於國法上原亦與自由人無異。但因其具有特別之道德、儀禮及思想，於是逐漸上昇，達於一般自由人之上位。

(d) 貴族

中世初期，貴族多附隨於其官職，賦與土地特權，但其身分則僅限於一世。及王權衰微，此種官位貴族，逐漸化爲世襲貴族，其官職亦可傳之子孫。封建時代號爲 Herzog, Graf, Markgraf 者，多爲此種官位貴族之後裔也。此外雖非官勳之家，但於地方上擁有領土高權之豪族，亦發生甚多。此種豪族之地位，原與騎士無別，其後則漸有差別，其身分乃漸高於騎士。

綜上所述，則日爾曼人原爲自由人之社會，於此之外，高於自由人者爲貴族，低於自由人者有半自由人，但皆不過例外而已。封建以後，於社會內部，發生諸種集團，集團相互間，顯有上下之區別。卽第一爲貴族，第二爲騎士，第三爲自由農，第四爲農奴。因封建制度確立，

過去自由人之社會，遂化爲階級分立之時代，封建時期，既重視階級之區別，於是法律上遂有同等身分之原則 (Ebenbürtigkeit)。凡繼承人及監護人之身分，至少亦須與被繼承人及被監護人相等。無論何人，皆無庸以下級身分者爲審判官或證人而服從審判。欲婚姻發生完全之效果，須男女雙方皆屬於同等之階級。否則所生之子女皆從其較低之身分。是誠爲封建法制之表現。至都市法時代，則一切都市住民，皆克平等享有都市法上之私權，受都市審判所之保護。無論貴族、武士、商人、農夫，皆爲市民，並不因其身分之不同，影響及於私法上之效果。封建法時代身分之差別，遂漸撤廢焉。

第四、外國人之權利能力 日爾曼古法，外國人咸視爲敵人，任何人皆有將其殺害之自由。自無從享有權利。外國人之欲享有權利者，必須與內國人締結保護服從之關係，始可享受法律上間接之保護。內國人之爲保護人者，可代其起訴，任責，以期其生命，身體，財產之安全。至中世初期，仍因襲此種舊慣，外國人尙無享有任何權利之能力，但亦略有進步，即凡無保護人之外國人，皆立於國王保護之下。換言之，即國王爲境內外國人之補充的保護人也。但國王於保護外人死亡時，有取得其遺產之權利，以爲報償。

中世中期以後，不唯國籍不同者爲外國人，即一國之內藩籍不同者，亦皆視爲外人。不欲其闖入境內。苟有滯留境內者，亦加以種種苛酷之待遇。其最著者如不得享有土地所有權及不動產物權。外國人死亡時，諸侯有取得其遺產之全部或一部之權利。外國人繼承內國人之財產

時，諸侯有扣除其一部之權利。此外，外國人欲與內國人結婚，或欲於國內營業者，皆須經諸侯之特許。其中尤以沒收外人遺產一事，弊害最著。德皇菲得力二世 (Friedrich II) 曾於一二〇年。一度加以禁止，惜亦未見諸實施也。

至都市法時代，外國人亦認許其有私法上之權利能力，縱不立於特別保護人保護之下，亦克享有私權。當時都市有所謂賓客法 (Gastrecht)。就短期滯留之外國人享有之私權，雖亦不無多少之制限，但皆視之爲賓客，予以保護，使之與市民享有同等之權利。至永久居住之外國人，私法上殆與市民同樣待遇，無所軒輊。且其所以設有制限者，並非視外國人爲無權利能力人，不過保護市民之利益，防止外國人與之競爭營業而已。外國人苟無競業之虞，則可享有都市法之私權，毫無限制。例如當時外國學生遊學於意大利者極多，皆與內國人享有同等之私權者也。此外，都市與都市之間，基於相互主義，締結條約，互相保證其市民之權利者，亦復不少。

第二項 行爲能力

第一、年齡 古代日爾曼以本人體力發達之程度，爲決定其成熟與否之標準，凡克執武器者，即謂之成熟者。中世紀以後，始以法律規定一定之年齡，以爲判別成熟者之標準，謂之決定之年齡 (Legitima aetas)。亦即所謂成熟期 (Mündigkeit) 但其年齡皆規定極幼，例如 Burgund 及 Ribuarier 爲滿十五歲，Salier 及 Langobarden 則爲滿十二歲。但日爾曼法，

男子在父之家則服從父權，女子則係終身立於監護之下。故雖達成熟期，而能享有獨立之能力者，要僅限於無父之男子也。

中世之終期以來，成年制度，始行確立。其年齡則因地而異，或爲十八歲，或爲二十歲，或爲二十五歲。一二十五歲，爲羅馬之成年期，故仿之者頗多。苟達成年期者，卽有獨立之能力，同時其家長卽免保育之責任，蓋亦家族主義衰頹，個人主義勃興之結果也。

第二、健康 日爾曼法與羅馬法不同，不唯精神上之缺陷，對於人之能力，有重大影響，卽身體上有缺陷者，亦不克享有完全之權利及行爲能力。據薩克遜鑑所載，則侏儒無繼承權，盲者、啞者、缺手者，皆無封地繼承權。此外，癩病患者，須隔居於特定地域，婚姻解除，訴訟、遺囑、繼承、負債之權力，皆被剝奪。在德國中世，猶認爲締結法律行爲者，須具有完全之健康，故健康狀態，如有可疑，往往須加以體力試驗，始可爲法律行爲焉。至一時的疾病，亦影響及於行爲能力，於病臥中不得爲不動產及重要動產之處分。至都市法時代，此種對於身體疾患者之制限，始漸撤廢。

至精神病患者，最初或視爲惡魔所憑，或視爲一種罪人，皆加以監禁，以咒詛、祈禱爲治療方法。至其法律行爲，若具備行爲之實質，亦屬有效，與健康人所爲者無異。都市法時代以來，始知加以特別保護。一般都市皆將精神病人，收容於病院，並爲之設置監護人。

第三、女性 日耳曼民族是否曾有母權時代之存在，學者原有種種議論，但多數法制史

家，皆否認曾有母權時代。據其神話傳說，則女性原亦被人尊敬，有時且尊敬逾於男子，但在法律上則女性一向處於劣等地位。不唯於公法上無出席民會，參加審判，提起訴訟之能力，即於私法上，亦係終身服從其男性近親之監護。在家則服從父權；既嫁則服從夫權；夫死仍須服從其子及其夫之男性親屬之監護權。尤以爲人妻者，與未婚女子及寡婦不同，其能力受有特別之制限。處分財產，負擔債務，皆須一一徵求其夫之同意。蓋以夫爲妻之「監護及主人」(Vogel und Meister)也。

都市法期以後，因家族制度之崩解，女子地位，乃較前提高。女子監護之制，漸趨廢止。尤以都市中從事商業之女子，殆與男性享有同等之行爲能力及訴訟能力。但其遺產繼承權，則尙劣於男子，且不得爲他人之監護人，並缺乏以遺囑處分財產之能力。

十六世紀以後，因交易關係複雜，於法律行爲上深感女子有需人輔佐之必要，於是多數地方，又重見女子監護之制。直至法國大革命後，近世立法上，女性始漸獲與男性處於平等之地位焉。

第二節 法人

第一項 共同態

第一、共同態之意義 共同態 (Gemeinderschaft) 云者，爲多數人之結合，就權利之保

有取得，義務之負擔，皆採取共同一致之態度者也。例如家長死亡時，其繼承人等並不分割遺產，仍居住於原有之家宅，以共同之生計，繼續生活。其遺產遂屬於繼承人等之合有 (Gesamthandigentum)，得以平等比例，共同利用。此種共同繼承 (Ganerbschaft)，即為共同態之適例。更如出自共同父祖之家長，聯合為一氏族 (Stippe)，亦為共同態之一種。唯共同態者，僅為多數人之連合而已，並非以此多數人為基礎，而另成獨立之一體；故僅有多數有形人之存在，而非別有一無形之權利主體。因此，亦無所謂意思之機關，其決議殆皆以全體一致之方法為之焉。

中世初期之共同態，皆係以一定之事實為前提，因有此種事實關係，即當然成立。如前述之共同繼承及氏族，皆因有血統關係之連繫，而不得不結合一致者也。但於中世終期以後，縱無何等自然事實關係，亦得依契約之作用，成立共同態。例如並無血統關係之農民等得以契約將一定土地移屬彼等之合有；又或商人等得互相結合，共營營業。蓋初期之共同態原以現存生活利益之維持防衛為目的；而後期之共同態，則多為「營利共同態」，以獲得經濟之利益為目的者也。

第二、共同態之組織 共同態之始，原為全體合有財產，須有全體之共同行為，始得加以處分；權利之取得，義務之負擔，亦須以全體之共同行為為之。其後則一份子之行為，皆得代表全體，為全體取得權利，負擔義務。共同態之活動方式，為之一變。後此，則代表全體之

權，僅限於時定之一員（例如共同繼承之長兄）。有代表權人，始得代全體取得權義。他人皆無此等能力。於是共同態之行爲，遂又由任意代表主義變爲有權代表主義。唯有應注意者，所謂共同態原非獨立之人格者，故雖曰代表，亦非一獨立「團體」之代表，不過爲「全體」之代表而已。

初期之共同態，原無所謂總會之組織。中世終期而後，共同態之人數較多，遂深感須有決定公同意思之方法。乃由有權限之代表，定期召集開會，以其決議，爲全體之公同意思。但出席人不能無視缺席人之意思，須與其明示或默示之條件相一致，始克作成決議。蓋共同態之事務，應取決於全體之總意，故與後世之總會決議，頗異其趣。至中世行將終了之際，始漸有多數決之方法焉。

第三、共同態之能力 共同態非獨立之人格者，其不能自有意思能力及行爲能力，原如前述。唯於改採有權代表主義而後，其代表人得爲全體之代表，儼同團體之機關，遂似共同態亦與人格者相同，得依代表人而爲行爲，表意思矣。

共同態之債務，原爲不可分債務，須全體共同履行；其債權人亦須對其全體，爲履行之請求。但此種情形，殆使債權人之債權，苦於無從行使。其後遂改採連帶主義，債權人得對共同態中任何一人，請求爲全部之履行焉。

第二項 團體

第一、團體之意義 團體 (Genossenschaft) 一語，得用於廣狹二義。廣義之團體，爲日耳曼法上諸種集團之總稱；倘用於狹義，則係與法人及共同態相對立之概念。狹義所謂團體，既非法人，又非共同態，而爲介於二者之間之特殊集團形式。團體自有人格，得以其名義對外爲權利義務之主體。故與共同態之並無獨立人格者不同。但團體於外部雖爲獨立之一體，於其內部，則仍爲多數人之結合，其權利義務，仍歸屬於各構成員。與法人之對外有獨立之人格，同時對其內部構成員亦爲第三人者亦異。是以團體之外廓爲法人，而其內部則仍爲共同態。換言之，團體云者，僅於對外的形式上爲權利主體，於其內部實質上，則仍係其構成員等爲權利之主體也。是即基爾克 (O. Cierke) 所謂對外爲單一性 (Einheit) 而對內則爲複多性 (Vielfalt) 者也。

據上所述，是所謂團體者與其構成員間，具有不即不離之關係。既得以團體自身之名義，享有權利，負擔義務；同時其權利義務復不外爲其構成員等之權利義務。例如所謂馬克團體 (Markgenossenschaft) 爲共用地之利用權人集合而成之團體，伐木團體 (Hainberggenossenschaft) 爲森林採伐權人集合而成之團體，皆有此種性質。此外，以慈善、宗教、學術、社交等非營利的事業爲目的之團體亦復不少。至都市內，則職業相同者亦各有其團體，例如商人「基爾特」 (Gilde) 及手工業人之「威夫特」 (Zunft) 等皆是也。

第二、團體之機關

(一) 總會

初期之團體，亦有總會。凡規則之制定，職員之選舉，總有財產之處分，契約之締結，義務之負擔等，悉由總會決議並執行之。但當時之總會，與其謂為團體之機關，無寧謂為團體之自身。蓋在當時粗朴之法律思想，僅知有形的多數人之集合為團體，至無形的主體機關等觀念，則尚未發達。總會既即團體，故無論何事無不可決議執行，與後世之總會由組織法劃定權限者，顯有不同。至總會之決議恆以多數之方法為之。但當時之多數決。並非團體意思作成之方法，不過為明瞭集會中贊否兩派實力之差異耳。故必須為顯然多數，始能決定，僅過半數，尚不充分也。

至後期之總會，不過為團體機關之一，由組織法賦與一定權限者而已。故須依一定之程序，於一定之時間地點，從事集會。其討論之事項，議決之方法，皆依組織法之規定，不得違反。其決議，大抵以過半數主義為之。

(二) 董事

總會不能執行一切之事務，遂將其一部委之於董事。初期之董事不過為受總會委任之受任人，須服從總會之意思，處理事務。其後，漸有其獨立性，成為團體之機關。董事之選舉罷免，雖仍於總會為之。但其權限之行使，則並不完全服從總會，得以團體之名義，恣意為之。且可強制全體社員。此外，尚有召集總會之權。至團體人數較多時，並有輔佐董事之參事，及

代表總會監查董事執行業務之監察人。

第三、團體之行為能力 初期之團體既與總會無別，故與第三人締結契約時，概由總會爲之。董事僅能就契約之締結，事先從事準備，事後加以記錄。就其契約之內容，則無決定，表示之權限。其後，董事既成爲團體之機關，遂得以團體之名義，對外部第三人——例如領主，其他團體，及構成員以外之個人——訂結契約。其行爲，皆當然爲團體之行爲，無庸一一取得總會之承認。

第四、團體之權利能力 團體之財產，其始原屬於構成員之總有 (Gesamteigentum)，如馬克團體之土地，基爾特之建築物，皆屬於其各構成員。但因團體漸與其構成員分離，成爲獨立之主體，共同財產遂亦逐漸移屬於其團體自身。例如基爾特之土地、會館、共同貯藏所、共同工場，共同販賣所之類，皆屬於團體自身所有。於公簿上亦得以基爾特之名義登記。基爾特並各有其獨自之名稱，印章，旗幟等人格之標幟，並有獨自之住所及審判籍。雖然，所謂團體固有獨立之人格，但亦僅於對外的形式上爲其財產之主體而已。於內部的實質上，其財產依然屬於其構成員之總有也。

第五、團體之債 團體既有二重人格性，團體之債，亦然。團體之債權，同時爲其構成員之債權；團體之債務，亦卽爲其構成員之債務。各構成員得分割團體所有之債權，成爲分割債權，獨立行使。各構成員就團體之債務，亦皆有清償之責任。或分割負擔，或連帶負擔。

第三項 社團法人

第一、法人之意義 上述之團體，對外雖有獨立之人格，而其內部，則仍不外為其構成員之結合。故團體之財產不過為其構成員等之財產；團體之債務實不過為構成員之債務。是所謂團體者，仍為構成員本位之集團。因此，其構成員等之交替過於頻繁時，自影響及於團體對外之信用。蓋外部之第三人表面上雖似與團體為交易，實質上仍係以其構成員為其相對人者也。故在構成員交替極盛之時代，此種團體乃苦於不克適應時代之需要。於是，遂於共同體，團體而外，更有第三種集團形式，崛起而興，即所謂法人者是也。

法人之構成員與其集團皆絕對獨立存在，不似團體與其構成員尚有不即不離之關係。法人之財產非其構成員等之財產；法人之債務，亦非其構成員等之債務。構成員等對於法人之財產既無直接支配之權能，故對法人之債務，亦不負何等直接之責任。法人之地位，與其謂為位於構成員之上，無寧謂為離絕構成員等，存在於其外部。故法人云者，實為構成員等以外之第三人 (Third person) 也。

法人既為構成員等以外之第三人，故與法人為交易者，純以法人自身之財產狀態，為其「與信」之基礎。其構成員究為何人，固無檢查之必要，更無慮其交替之虞。以視與團體為交易者，自較簡單安全也。

第二、法人觀念之變遷 法人觀念之發生，固基於實際社會之需要，而其觀念之演進，則

顯受當時學說之影響。十二三世紀時，註釋法學者（Glossatoren）雖受羅馬法影響，時用法人一語，但當時彼等所見者，並非真正之法人，仍不過為團體及共同體而已。故謂「法人為有團體名義之多數人之集合」。蓋仍就其集團之構成員而言，並非於構成員而外，更承認獨立存在之抽象人。法人觀念之發生，實為寺院法學者（Kanonisten）之功績。彼等於構成員之多數人而外，更想像有一抽象之人格，此抽象之人格，即為法人，亦與一個人相同，能享有財產。蓋就人之觀念，推廣至於人類以外，故謂法人為非人類之「人」。如 Johannes Andreare 曰：『法人（Universitas）者人（Person）也』。羅馬教皇 Innozenz IV 則曰：『法人之人格基於法之擬制，法人純為觀念的存在』。蓋以法人為擬制人（personaficta）或觀念人（persona repraesentata）者也。其後，後期註釋法學者（Postgloratorn）即應用教會之法人理論，以法人為多數人以外獨立自存之一抽象的人格。如 Bartolus 即完全根據寺院法學者之理論，建設其法人學說。其言曰：『自然人為實在之人類，而法人則為無肉體，無精神之觀念上之存在。是不過為法律擬制之產物而已』。故與寺院法學者同視法人為擬制人及觀念人。彼又謂法人為永遠的存在，能於成員交替之上，保持超然的存續。對於法人之成立解散，亦與教會同探許可主義。其所異者，則寺院法學者謂為由於神及教皇之許可，而彼則以為國家之許可而已。

以上所述，為法人擬制說（Fiktions-theorie）之濫觴。其後因德國歷史法學者薩維尼（Savigny）之主張，遂告大成。至近世之法人學說，則已由法人擬制說，而趨於法人實在說

(Realität-theorie)。其中復有種種不同之主張。因非本講義論究之範圍，當讓諸民法總則著述中，更爲探討。以下僅就法人設立、解散、能力、機關各點，分別論述註釋法學者，寺院法學者及後期註釋法學者主張之差異。

第三、法人之設立 註釋法學者謂法人之設立，須有三人以上之構成員，章程及董事。且非合法之團體，不得爲法人。雖無一一請求國家賦與人格之必要，但非國法所容認者，則不得爲法人，因註釋法學者對法人觀念尙未充分明瞭，故其見解亦不免極爲茫然也。

寺院法學者主張於構成員、機關、組織而外，更須有官廳之許可。蓋認爲集團之成爲法人，非基於其自己之意思，而係由於神、教會或國家之賦與者也，後期註釋法學者亦從之，主張國家許可主義。

第四、法人之權利能力 註釋法學派承認法人有名稱、印章、住所及審判籍。並承認其所有權及其他物權、債權、債務。但就法人之財產與其構成員間之權義關係，尙欠澈底。仍不免主張『法人之財產同時爲其構成員之財產』也。

至寺院法學者則謂法人之財產爲抽象人之個人所有而非構成員之總有。構成員之利用法人財產，係利用他人之物，卽他物權 (*Jura in re aliena*) 也。

後期註釋法學者因受教會學說之影響，亦主張法人之權利與其構成員之權利，截然二分。構成員之利用法人財產之權利，仍爲一種之他物權也。至法人之債務，亦非構成員等之債務，

構成員不負直接責任。

第五、法人之機關

(一)董事

註釋法學者以董事爲法人之代理人。總會所爲之意思表示，爲法人自身之行爲，而董事所爲之意思表示則雖直接就法人生效，但非法人自身之行爲，而爲董事本人之行爲。至寺院法學者亦謂董事不過爲法人之代理人。蓋以法人爲思想上之存在，不能自爲法律行爲，故非依他人——即代理人——之行爲，不克取得權利，負擔義務。至後期註釋法學者，對此問題，始唱新說，謂董事爲法人之機關而非其代理人，故法人無庸他人爲之代理，得由其自己之機關——董事——自行締結契約，負擔債務者也。

(二)總會

註釋法學者正式之總會與社會任意之集合，並未截然區分。寺院法學者則認爲二者應嚴予區別。謂總會始能代表法人，社員之任意集合，則不克爲法人之代表。欲明瞭總會之成否，須就召集之程序，嚴格規定。欲期總會之有效成立，須經適法之召集，於一定之時間、場所，集合已達法定人數之社員，從事討論決議。倘有出席人之過半數，即可爲決議。蓋以多數決僅爲作出法人意思之方法，而非用以表示事實之勢力之優越，故無庸絕對之多數。後期註釋法學者之見解，即遵從寺院法學者之主張，謂總會之召集、討論、表決、記錄之方法，皆應嚴重規

定，違反程序之決議，概屬無效。決議之方法，亦以出席人之過半數爲已足。

第六、法人之解散 註釋法學者以法人爲多數人之集合。故其構成員若減至僅餘一人時，法人即無存續之可能，應行解散。但寺院法學者則謂法人爲構成員等以外之第三人，故其構成員縱減至一人，苟非全然滅亡，則法人本身，並不消滅，不過其財產應移屬於教會或國家之直接管理而已，彼等並以法人人格之發生，由於官廳之許可，故其消滅亦以許可之撤銷，解散之命令爲其重要事由。至後期註釋法學者，則於許可撤銷及解散命令而外，更以總會之解散決議及構成員之死亡等爲法人消滅之事由。構成員完全欠缺時，法人固不得不消滅，但若尚有一人存在，且確有新構成員加入之希望者，則法人仍繼續存續。

第七、法人之立法主義 中世終期以前，法人觀念之變遷，既如上述。此等學說之演進，殆亦卽法制變化之反映。現實之集團生活，隨同學說之進展，逐漸由團體，趨向於法人。十六世紀爲中世團體主義之崩壞時期。各地方之教會，於此時期，大抵皆成爲獨立之權利主體；商人基爾特則於十七世紀前亦殆完全變爲法人，蓋皆由於當時法人學說之影響也。

至當時之成文法，亦由團體主義，趨於法人主義。十五世紀末至十七世紀間，德國之各種法人立法，反團體主義之色彩，皆極濃厚。對於法人之設立、解散、機關、能力諸種規定，皆以後期註釋法學者之理論爲基礎。如法人之設立須經國家許可，法人與構成員之關係，皆爲獨立之人格。構成員對於法人之財產無直接支配之權能，而法人之債務，亦不負擔直接責任。蓋

十五六世紀之法人立法，皆不出後期註釋法學說之成文法化也。

第四項 財團法人

自五世紀以降，凡貧病者之救濟，悉由教會教爲之，慈善事業，殆爲教會完全獨占，國家、個人，概無參預之資格。其有悲憫之忱，欲舉救濟者，皆將資金捐助教會。此項資金，卽屬教會所有，由僧正管理。其尊重捐款人之目的以使用者，固亦有人；但法律上原無限制，強其遵從，故得任意支配，縱將捐助目的，變更廢止，均無不可。

十二三世紀後，教會改以捐助財產，爲一種抽象的人格，卽抽象的法人。但其設置之目的，財產之管理，主事人之任免，悉依教會之意思，非捐款人所得左右也。

至都市法期，因適值文藝復興時代，當時人士，自我意識極強，對教會之介在捐款人及法人之間，深感不快。多主張法人之目的及其管理方法，應由捐款人自由決定。且擬於貧病救濟之外從事於教育藝術等文化事業。及宗教改革之勢颯興，對於舊教攻擊甚烈。此種捐助財產，遂亦乘勢化爲完全獨立之法人，是爲財團法人 (Stiftung)。

十六世紀以後，無論新舊教國家，凡設立財團法者，皆須取得國家之許可，以代教會之認許。於是財團法人乃脫離教會之監督，改隸國家之管轄。然國家不過就其人格之賦與，有許否之權耳。其財產之用途，管理之方法，悉由捐款人自由決定。

往昔資金捐助教會之後，卽爲教會財產之一部，由其管理人任意支配，則管理人縱予中

飽，亦無從查覺。反之若將捐助行為假定爲一抽象人格，捐助財產即屬此抽象人格所有，則管理人非甘冒侵害他人財產之罪名，無從染指。洵爲立法技術之進步也。

第三章 物權法

第一節 物之概念

羅馬法因受希臘哲學之影響，故得將一切權利之客體悉綜合歸納於物 (Hör) 之概念。而日爾曼法則為法律習慣之集合，一切法律觀念，恆係基於具體的事實關係，其規範相互間，並無抽象的概念之統一。故其規定人之對物支配關係也，亦以其物之性質形狀為標準。物之性質形狀不同者，其支配之型態亦異。是以羅馬法上，動產物權不動產物權，概為同一原則所支配。反之，日爾曼法則動產與不動產之支配型態，固不相同，即其效力以及保護方法，均有顯著之差異。蓋動產法與不動產法之發生年代，原非同時；而其發達之徑路，亦不一致。彼此之間，毫無關涉。故將一切權利客體，概以物 (Sache) 之概念表示之者，原屬羅馬法 *res* 觀念之影響，實為近世法上之現象也。

中世日爾曼法，動產謂之 *varande Gut* 或曰 *varande Habe*，而不動產則多謂為 *Ertel*，動產與不動產區別之標準，有二：

(一) 以標的物有無移轉性為標準。據斯瓦奔鑑 (*Schwabenspiegel*) 所載，則動產之定義，

爲金、銀、寶石、家畜，馬及其他一切人得制御攜帶之物 (Was varende gut heizet, daz-suln wir n sagen. Golt, siber, und edel gesteine, vie ros und allez daz man treiben und tragen muo……)。

(二)以標的物容易滅失與否爲標準。法諺云：『炬火所得燒盡之物，悉爲動產』 (Was die Fackel verzehit ist Fuhrnis)。是以木造家屋，不問其有無定着性，悉視爲動產也。

動產與不動產之區別既明，容更就二者法制發達之經過，略予論述，以示日爾曼法物之概念之梗概。

古代日爾曼人，原以狩獵牧畜爲主要生產，農耕爲從。當時權利客體限於武器、家畜、衣服、耕耨狩獵之用具以及與日常衣食住等有關之物。故於此時代，所謂物者，僅有動產；動產之中，最重要者，則爲家畜。以其存在，極爲普遍，且有相當之均一性，故並用爲交易之媒介，與東洋之貝類，同爲貨幣之起源。及至部族法時代，日爾曼人之生活，已進步至農業社會。故於此時代所謂物者，爲土地及動產。當時法制，就動產設有竊盜，毀棄之規定，並有追求之程序，可知動產之範圍及其價值之大小。至土地則別有繼承及權利移轉之規定。唯所謂家者不過爲構造簡單之小屋，可以自由破壞移轉，故尙不屬於不動產之部類。迨封建法時代，因封建制度之發達，土地成爲財富與權力之淵源，不唯於經濟上，具有優越力 (voll-macht)，且於政治上及法律上，咸有重大之意義，不似動產之僅爲物質 (Substanz)，有其經濟的價值已也。

其後，至都市法時期，土地始成爲完全私所有權之客體，家屋亦次第發達，唯除石造之大建築而外，尙未視爲不動產也。

日爾曼法既爲具體事實關係之產物，故法律上物之概念，恆依其經濟的用途而決定，不以其自然的性質爲標準。物之構成部分 (Bestand teil)，其自身雖非一物，然法律恆認許於一物之構成部分，成立獨立之權利；反之，獨立各個之物相集合，以其結合體，視爲物之一體 (Bachheit)，此種物之總體，於各個物外，成爲新標的物 (neue Objekte)，創成獨立之法律關係，亦爲法律之所許。

日爾曼法認許構成部分上有獨立之權利，此種觀念，以今日之法律學說明之，則爲構成部分與從物之混合。從物之觀念，自部族法時代，卽經存在。不唯動產得爲土地或其他動產之從物，卽土地亦往往成爲其他土地之從物。例如以原野 *campi* 農場 *agri* 牧場 *prata* 等共有地 *Allmende* 爲主要地之從物是也。此種從物及集合物之觀念，皆爲日爾曼法之特徵。

日爾曼法，凡能滿足吾人生活需要者，皆賦與排他的直接支配力。故不限於自然的有體物 (Naturgegenstande) 卽產業上、封建上之諸權利，亦皆認許其有物權的效力。羅馬法有有體物 (res corporales) 之外，更承認有無體物 (res incorporales)。其意義原與日爾曼法不同。但近世立法類皆排斥無體物之觀念，是故於此一點，亦可謂羅馬法與日爾曼法偶然立於同一立場者也。

第二節 不動產物權

第一項 占有

第一、占有之觀念 日爾曼法謂占有爲 *Gewere*。古代日爾曼語謂爲 *Giweri*, *Giweri*·da·, 拉丁語則謂爲 *vestitura*。蓋以不動產爲中心而發達之制度也。

Gewere 之語源，有二種學說：

第一說爲 *Eichhorn*, *Albrecht*, *Maurer* 之見解。謂 *Gewere* 一語，源自 *Ware* *wehr* *Gewehr*, *Varjan*, *Prohibere*, *defendere*·, 蓋爲保護 (*Schutz*)、防禦 (*Verteidigung*)、保證 (*Sicherung*) 之意。所謂 *Gewere* 者，乃對物之法律的保護；換言之，亦即法所保護之對物之支配也。是以對物有 *Gewere* 者，就其物遂取得請求法律保護之權利焉。

第二說則爲多數說，且爲現今之通說。其說謂 *Gewere*, *were*, *Giweri*, *Giweri*·da 諸字，於動詞則爲 *wern*, *wasjan*, *werjan*, *verjan*·, 蓋爲穿衣之意。故 *Gewere* 云者，不過爲寓意的表示，將對物之事實上之力，譬爲衣服；物之主體，取得此等事實上之支配力，猶之穿有衣服也。是以所謂 *Gewere* 者，並非保護，防禦之意，實爲對物支配之外面的表現也。換言之，即對物之事實的支配是已。

不動產之事實的支配，欲期發生 *Gewere* 之效果，須具備下列之二要件。

(一) 其不動產之支配，須以所謂用益 (Nutzungs) 之形式，表現於外部。

羅馬法之占有 (Possessio)，僅爲排他的支配，而日爾曼法則必須爲物之使用收益。故霍衣斯勒 (Holsler) 氏詮釋 Gewere 爲『以用益而表現之占有』 (Der durch Nutzung sich manifestirnde Besitz)。雖然，用益云者，原非限於不動產之直接收益，即將不動產之利用委之他人，從而取得地租，賦課者，亦謂之用益。換言之，所謂用益者，不必爲實際之利用，即就之取得法定孳息者，亦爲用益。蓋包括事實上之支配力與法律上之支配力者也。因此，一切不動產物權悉得以 Gewere 之形式，表示其現實存在。同時，凡就不動產上行使物權者，皆有其物之 Gewere。故日爾曼法上之 Gewere 既無須現實持有，復不似羅馬法以所有之意思 (animus dominium) 爲要件。於一個不動產上，恆有數個收益物權，同時併存。每一物權，皆各有其 Gewere，故於同一不動產上，自不妨有數個 Gewere，同時成立。於此一點，與羅馬法『二人之兩個占有 (Possessio) 不能同時存在』之原則，自屬迥然不同。

(二) 其不動產之支配須基於與其支配相一致之物權之主張。

凡不動產支配之具有 Gewere 之效力者，必須其利用人就該不動產上主張不動產物權。故代地主而管理土地之使用人，及無權利能力之奴隸，縱就其土地爲現實之用益，亦不克享有 Gewere。雖然，其所爲之主張，若僅爲基於主觀之信念，猶不充分，必須爲客觀的事實之主張。故就 Gewere 有訴訟爭執時，主張其有 Gewere 者，必須就其權源 (客觀的取得物權之原

囚)，舉證明示。至其主張之真實與否，則非所問。倘無反對之確證，即推定其為正當之權利人。

據上所述，是日爾曼法之 *Gewere* 與羅馬法之 *possessio* 大異其趣。蓋 *possessio* 係基於所有之意思於標的物上加以排他的支配之事實的狀態，占有人是否客觀的有其權利，則屬法律上之問題，與其占有，全無關係。故占有之保護，純為事實狀態之保護，不因其實質的權利而左右。是以羅馬法上，占有之訴與所有權及其他本權之訴，互不相妨。占有之訴，不得基於本權而為審判。反之，日爾曼法之 *Gewere*，則其標的物之支配須以適法享有物權之主張為基礎，而其支配又僅以用益為其形式。*Gewere* 之保護，亦即權利之保護。有 *Gewere* 者，即受權利之推定。訴訟時即依本權而為審判。故 *Gewere* 之本身，雖非權利，而其根底則必須與權利相結合。*Gewere* 與權利結合之狀態，亦為近世學者屢經論爭之點。現今學者，殆皆一致主張 *Gewere* 為物權表現之外形，胡勃 (Huber) 氏謂 *Gewere* 為物權之形式 (Die Form der d'inglichen Rechte)，基爾克 (Gierke) 氏則謂為物權之衣服 (Das Kleid des Sacheurechts)。皆屬言簡意賅，克中肯綮者也。

第二、占有之種類 日爾曼法之 *Gewere*，因其占有之狀態及其支配之權原等，復可為種種分類。占有人直接就標的物為用益者，謂之 *ledigliche Gewere*。基於所有權而為占有者，謂之 *Fingengewere*。因受封而取得占有者，謂之 *Lehngewere*。凡交付佃租，取得佃權之占

有謂之 *Zinsgewere*。不動產質權人之占有則謂之 *Satzungsgewere*。因監護權而為占有者則謂為 *Gewere zu rechter Vormundschaft*。近世學者，因就日爾曼法研鑽之結果，更依學理，而為分類。茲略述之：

(一) 現實占有與想象占有

現實占有 (*leibliche Gewere*) 云者占有人就標的物現實占有之而為使用收益者也。*Gewere* 既為物權之形式，物權人類皆就標的物自為用益，故此種占有，自屬常態。然自部族法時代以來，法律往往認許，縱未就標的物現實用益，亦例外的認許其 *Gewere* 之存在。此種無對物之事實支配關係而成立之占有，即謂為想象占有 (*ideelle Gewere*)。屬於想象占有者，有左列各種情形：

(1) 由於讓與行為者

日爾曼法，法律行為之效力恆依其形式至公示而定。故物之移轉非直接交付其物，即須以象徵之方式讓與其物。故土地之移轉於物權的合意 (*Sala*) 之外，更須有象徵的交付行為 (*vestitura*)。此二種行為結合成一讓與行為 (*Auflassung*)。因此讓與行為，受讓人縱無對物之事實的支配，但於其瞬間，即行取得 *Gewere*。

(2) 由於繼承者

繼承人因被繼承人之死亡，無庸事實上占有繼承財產，於其繼承開始之瞬間，即對繼承財

產，取得 Gewere。

(3) 由於占有侵奪者

土地之支配爲他人不法侵奪者，被侵奪人之 Gewere，仍行存續，被侵奪人得主張自己之 Gewere，對侵奪人提起物權訴訟。

此種想象占有，僅有相對的效力。如受讓人之想象占有僅對讓與人發生效力，而被侵奪人之想象占有，亦僅能對侵奪人主張。不似現實占有之效力爲絕對的，得對抗一般第三人者也。

(11) 休止占有 期待占有

休止占有 (ruhende Gewere) 云者，於某種事實發生以前，其占有處於休止狀態，及其事實發生，始有現實占有之效力者也。例如夫對於妻許與寡婦扶養費者，其妻於設定時，即取得標的物之 Gewere，但於夫之生存中，則其現實占有仍屬於其夫，須俟其夫死亡，其妻之占有始變爲現實占有者也。又如不動產質於他人時，其不動產之現實占有，即屬於質權人，但所有人對其標的物仍保留一種 Gewere 俟其他日贖回不贖產，其 Gewere 即當然變爲現實占有者也。期待占有 (anwartschaftliche Gewere) 云者，不動產附有條件或期限而爲讓與時，於其條件成就或期限到來前，受讓人所有之 Gewere 也。此二種占有皆與想象占有不同，於其實事發生，條件成就前，皆不發生 Gewere 之效力。

(12) 物之占有與權利占有

日爾曼法，物權之客體，不限於有體物，既如前述。故存在於土地上之各種公私權利，亦恆視為不動產，並承認其上亦有 *Gewere*，是謂之權利占有 (*Rechtsgewere*)。反之，其有體物上之占有，即謂之物之占有 (*Sachgewere*)。

第三、占有之效果 日爾曼法之占有，原為物權之外形。凡物權因其有此種表現形式，遂發生數種補充之效果。是為占有之效果。據多數學者之主張，計有左述之三種：

(一) 權利之防禦

權利防禦 (*Rechtsverteidigung*) 之效果云者，凡對物之支配具有 *Gewere* 者，於其審判傾覆以前，概認為正當，加以保護者也。因此，占有之主體，遂有下列二種利益：

(1) 權利之推定 *Gewere* 雖非物權之本身，但為物權表現之形式。是以凡具有此種形式者，即予以物權的保護。於其未被他人舉出反證加以傾覆以前，皆推定其為物權人。且無論對於何人，皆得主張其中所表現之物權。換言之，即其 *Gewere* 苟未傾覆，即推定其有真實的權利之存在也。

(2) 證明之優先權 中世法上之訴訟程序，凡原告皆須就自己請求權之存在，舉證說明；而被告則不負舉證責任。而物權訴訟則事實上具有 *Gewere* 者，通常恆立於被告之地位。因此原告須就其有真實之權利，可以傾覆被告之 *Gewere*，而被告則為不法占有等情事，舉出確證。然後，始由被告就其占有取得之權原，加以說明。故不問占有之主體，是否具有真實之權

利，但因其具有物權之形式，遂取得被告之地位，是於證據法上已先立於有利之地位矣。

依上所述，是日爾曼法之占有人於訴訟外得對一般人主張權利，密判上復可以之代表物權，故其 *Gewere* 遂具有防禦之效力焉。

權利實現 (*Rechtsverwirklichung*) 之效果云者，凡 *Gewere* 皆有實現其權利，排除防礙支配之效果也。凡因 *Gewere* 與其實質上之權利不一致，致為審判所傾覆時，其真實權利人，皆得請求不法占有人返還其物，以實現其權利者也。詳言之，則有下列三種之情形：

(1) 將物租借於他人用益，使之保管者，或擔保債務，以物出質者，於其期限終了或債務清償後，其所有人得請求相對人返還其物。

(2) 於上述之情形，其取得不動產之 *Gewere* 者，後將其不動產對第三人為讓與或其他之處分，及因被第三人侵奪占有，致不能返還於所有人者，其所有人並得對第三取得人，請求返還其不動產，(但於此種場合，動產固有 *Hand muss Hand wahren* 之原則，所有人不得請求返還，其詳當容後述。)

(3) 無論動產不動產，非由於所有人之意思，而喪失其 *Gewere* 者，則對現時取得人——無論其為善意惡意——皆得請求返還。

(三) 權利之移轉

權利移轉 (*Rechtsübertragung*) 之效果云者，蓋謂其物權之移轉恆須依移轉 *Gewere*，為

之也。申言之，即日爾曼法上，於標的物具有 *Quasi-proprietarius* 者，始有適法移轉其物權之資格。故其物權移轉之可能性，實係 *Quasi-proprietarius* 所賦與。因此，物之處分必須就其 *Quasi-proprietarius* 爲之。因其 *Quasi-proprietarius* 之得喪，以決定其物權之得喪。

第四、占有之保護 *possessionis*。羅馬法之 *possessionis*。原爲對物之單純事實狀態，與其真實權利關係無涉。故占有之保護，僅爲占有之保護；占有之爭訟，亦僅爲占有之爭訟。不得依其真實權利，而爲審判。故羅馬法上占有制度之發達，純以其保護爲中心。^{爲原}反之，日爾曼法之 *Quasi-proprietarius* 則爲其物權表現之形式，占有之爭訟，恆依其真實權利之存否，而解決之。故日爾曼法上自無與其本權全無關涉，獨立存在之占有保護制度。僅於決定本權之爭訟時，首有決定其 *Quasi-proprietarius* 歸屬之方法，以爲審判之準備行爲耳。即兩人同就一土地主張其有 *Quasi-proprietarius*，則法官應審查其土地現由何人用益，以其現在之收益人爲占有之主體，使之立於被告之地位。如兩人皆屬現爲用益時，則以其時間較長者爲 *Quasi-proprietarius*。時間長短不明者，則召集附近住民以決定之。如仍不能決定者，則由法官暫將其土地之 *Quasi-proprietarius*，分割隸屬於二人，使其各就其分得部分，立於被告之地位。

上述情形，僅爲本權訴訟之預備行爲，原非獨立之占有保護制度。至羅馬法繼受以後，始行承認有所謂占有保護之訴焉。

第五、羅馬法繼受後占有觀念之變遷。中世末期以後，日爾曼法之占有 (*Quasi-proprietarius*)，遂趨

消滅。其消滅的原因有二：其一，爲貨幣交易之發達；其二，爲羅馬法之繼承。蓋因中世末期，都市商業發達，人類之財產觀念，顯有變更。往昔農業經濟時代，以土地不動產爲財富之淵泉，其經濟上之地位，迥非動產所可比擬。迨貨幣交易發達後，貨幣及其他動產之所有關係，遂獲與土地不動產相對立。加之，權利關係之尊重，甚於對物之事實支配。於是 *Gewere* 制度，遂不足規律一切法律關係。此種傾向，既與羅馬法相適合，於是羅馬法之占有 (*Possessio*) 遂被繼承，以代固有之 *Gewere*。是即現代民法上之占有 (*Besitz*) 制度。所謂 *Besitz* 者，原非純粹羅馬法之占有，而係經意大利學者及實際上之事實而加以變更者。其變更即係秉承日爾曼法占有之影響。換言之，近代法上之占有制度原係羅馬法及日爾曼法上之觀念混同而成者也。

羅馬法之占有，爲動產及不動產所共同之制度，均以對物之事實支配 (*corpus*) 與占有意思 (*animus*) 爲要件，且其占有之意思以所有之意思 (*animus domini*) 爲原則。單純之物之持有 (*Detention*)，並非占有，而係與占有對立之觀念。不似日爾曼法就動產不動產設有區別，不動產以土地之用途爲表象，動產以物之持有爲表象。羅馬法繼承後，此種動產不動產之區別，雖經暫歸消滅，但因登記制度之發達，二者之區別，乃又復活。即不動產以登記制度爲物權之表象，動產則以占有爲物權之表象。凡具有此種表象者，即與以權利推定之效果。是爲現代物權法上所謂公示主義與公信主義二大原則之濫觴。顯然爲 *Gewere* 制度之遺留也。

羅馬法占有之意思以所有之意思 (*animus Domini*) 爲要件，是爲學者所謂占有之主觀說。其後持客觀說在則謂無庸有此種特別意思，苟有持有之意思 (*animus sibi habendi*) 爲已足。而最新之純客觀說則更謂卽此持有之意思，亦復無庸具備 (註一)。羅馬法之占有爲排他的觀念，於同一標的物上不能有二個占有同時存在。而現行民法殆皆承認同一物上得爲二重占有 (註二)，皆爲日爾曼法 *Gewere* 觀念之表現。其受日爾曼法影響之最爲顯著者，則爲占有之移轉性。蓋羅馬法之占有既爲單純事實關係，故僅能因具備占有要件而爲原始取得，不能自他人傳來的取得，亦不能爲繼承之客體。反之，日爾曼法因承認有所謂想象占有 (*ideelle Gewere*)，故占有亦得讓與繼承。至現行民法類皆繼承日爾曼法觀念，承認占有之移轉性者也 (註三)。

現代占有制度承受日爾曼法影響之最少者，爲占有之保護。日爾曼法無所有與占有之區別，僅有 *Gewere* 制度，爲物權之保護，既如前述。羅馬法則占有之保護，僅限於其占有關

(註一) 現行民法採取主觀說者爲法民法 (二二二八條，二三二〇條)，奧民法 (三〇九條)，意民法 (六八五條，六八六條)。採取純客觀說者爲純民法 (八五四條)，瑞民法 (九一九條) 及我國民法 (九四〇條)。

(註二) 德民法 (八六八條)，瑞民法 (九二〇條) 及我國民法 (九四一條)，皆於直接占有之外，並承認間接占有。

(註三) 占有之移轉參照德民法八五四條，八七〇條，九三〇條；瑞民法九二二條，九二四條；日民法一八二條；我民法九四六條。占有之繼承參照法民法七二四條；德民法八五七條；瑞民法五六〇條；日民法一八七條；我民法九四七條。

係，與其本權之訴，全無關涉。現行民法，亦皆承認占有訴權，占有之訴，與本權之訴，互不相妨，此則顯爲羅馬法之影響也。

第二項 不動產所有權

第一、總說 日爾曼法係以具體的事實關係爲基礎，故無所謂所有權之抽象的概念。凡動產之屬於己有者謂之 *Hahe*，土地屬於己有者謂之 *Eigen*。皆鑑於其物屬己所有之狀態而命名者也。今日通用之 *Eigentum* 一語，則係第十四世紀以後，始行發生者。猶自羅馬所謂 *Dominium, proprietas* 諸語，皆係共和時代末季所發現，於此以前，僅用 *meum esse*（我之物）以表示之也。

日爾曼法之物權，因其支配之客體不同，法律之構成亦異。動產與不動產間，區別井然，既如前述。是以動產所有權與不動產所有權，遂顯然異其性質。動產不過因其爲物質 (*Substantz*)，從而具有經濟上之價值而已。是以動產所有權爲排他的，絕對的支配權，與羅馬法之所有權無異。反之，不動產則爲收益之源泉，爲社會所重視。故不動產所有權乃以標的物之用益權 (*Nutzungsrecht*) 爲中心而發達。遂與羅馬法之所有權，顯然差異。茲就日爾曼法所有權觀念之特徵，列舉如次：

(一) 羅馬法上所有權爲對物完全圓滿之法律上支配力，所有人得排斥他人爲物之使用收益。所有人於其所有物上設定地上權，地役權等用益物權，將其使用收益之權委託他人時，

此等用益物權人僅能於一定之方向，爲一部之利用。此種用益物權係成立於他人之所有物上，故謂爲他物權 (*Jura in re aliena*)，其性質與所有權迥然不同。他物權消滅時，則所有權因制限消滅，仍恢復其圓滿之支配力，是爲所有權之彈性性。故對物之全面的支配與其一面的支配乃其質的差異。反之，日爾曼法各種土地利用權，皆爲獨立之權利，予以同樣之效果，其全面的支配則視爲一切利用權之集合。故不似羅馬法有所有權與他物權二種觀念之對立。不過其對物支配力範圍有大小強弱之差而已。申言之，對物之全面的支配與其一面的支配，並非其質有不同，乃其量的差異也。

(二) 羅馬法之所有權爲抽象的概念，具有同一之內容，並不因時因地，而有種類階級之差別。反之，日爾曼法則因經濟上之需要，基於對物之各種利用形態，皆認許其爲權利。故於永久的所有權而外，復有附期限或附條件之所有權；於自由的所有權之外，更有附負擔之所有權。有得爲處分之所有權；更有不能處分之所有權。此蓋由於羅馬法係以物質的利用爲抽象的權利之作用；而日爾曼法則係適應其物質的利用從而認許其權利存在者也。

(三) 羅馬法之所有權爲個人主義的概念，以一物一權主義爲原則。凡一物皆應屬於個人私有，任其獨爲排他的支配。反之，日爾曼法之所有權則有團體主義的色彩，其對物之支配皆由於家族，親族，村落等團體生活；且有各種共用制度，相互連結。絕少屬於個人之私有者也。

(四) 羅馬法之所有權純爲私法上之支配權，物權之概念中，並之含有公法的義務。反之，

日爾曼法之物權觀念則為社會上身分支配關係之反映。及封建制度發達，土地所有權更與土地之上公法的支配權相混同。一面以各種公法的支配權為土地所有權之副產物；一面復以各種公法的支配權視為無體之不動產，承認其為所有權之客體。於是公法上之權利義務遂亦包攝於物權之觀念中焉。

現代民法原以個人主義為本位，故所有權之觀念，遂概以羅馬法之思想為依歸。蓋欲確立個人自由，廢止封建制度，則對物之支配關係，自須首與身分關係分離獨立；欲增加物資之價值，保障私人之支配，更應承認所有權為絕對不可侵犯之權利。是為所謂所有權絕對之原則，亦即現代物權法之基本理念。此等羅馬法系之所有權概念，於促進個人自由競爭，發揚資本主義文明，固有莫大之功績。然因資本主義之爛熟，遂亦日漸曝露其缺陷。法律學者乃又根據社會現勢，擬就物權法理論，根本加以改造。於是「所有權社會化」之主張，遂行盛極一時。而此種最新法律理論之構成，往往直接間接，援用日爾曼法之所有權理論，此誠大可注目之現象也。

等二、分割所有權。日爾曼法之所有權觀念，因經濟組織之變遷，乃轉化為羅馬法系之所有權觀念，既如前述，於其轉化之過程，有為吾人所不容忽視之制度，即所謂分割所有權 (Gemeinliches Eigentum) 之觀念是已。

歐洲中世，凡領主或地主將其土地委之他人耕作者，可向耕作人徵收佃租、地租或其他一

領主或地主則謂爲上級所有權人。其耕作人對領主或地主負有支付佃租、地租或其他代償之義務，但同時享有使用收益其土地之權利。此等耕作人所有之權利謂之下級所有權（*Untereigentum*）亦曰利用所有權（*Nutzungseigentum*）。耕作人則謂爲下級所有權人亦曰利用所有權人。上級所有權之內容主爲管理權，處分權。下級所有權之內容則主爲使用權，收益權。然其土地則並無自己之物與他人之物之區別；故利用所有權並非存於他人物上之他物權。上級所有權人及下級所有權人均爲其土地之所有人。唯有應注意者，則此分割所有人間之關係，與共有不同。蓋共有係共有人各有其完全所有權之一部，彼此權利之內容，全然相同。因其內容相等權利之併立，始合成一個完全所有權者也。反之，分割所有權則係上級所有權人及下級所有權人各有其所有權能之一部。兩者之權利，皆異其內容。此種內容不同之權利，依上下之關係（*über und unter einander*）而結合，成爲一個完全之所有權。換言之，則共有係所有權之量的分割；而分割所有權則係所有權之質的分割也。

分割所有權原爲歐洲中世極行普遍之土地制度。但於羅馬法繼受後，因此種觀念，顯然違反羅馬法所有權之本質，遂改依羅馬法之觀念，加以整理。於是現代歐洲民法皆排斥分割所有權之觀念。或以昔日之上級所有權爲所有權，而以下級所有權爲其上之利益物權（地上權，永佃權）；或以下級所有權爲所有權，而以上級所有權爲其上之土地負擔（*Reallast*）。日爾曼系

之所有權觀念，遂皆改遵羅馬法系之形式與體系焉。

雖然，所有權之本質，原不在抽象之『所有』，而在於具體的『利用』。土地所有人若不自爲利用，將其土地，租與他人使用，僅以徵收租金爲目的，則其利用人之利用權，較之土地所有權，自更有確保之必要。於是最近民法，咸以『所有權之社會化』，及『利用權之確保』，爲其基礎觀念，不唯對所有人課以利用義務（德國我瑪憲法一五三條，一五五條參攷），復更努力於地上權，永佃權，租賃權之強化。而往昔日爾曼法之分割所有權觀念，遂又復立於指導的地位焉。（註）

第三、合有 羅馬法之共有（*communio*）純爲物權法上之關係。蓋羅馬法之觀念，原以個人主義爲基礎，故一切財產以屬於各人單獨所有爲原則，一物之上，不得有兩個以上之完全所有權。倘因特殊情事，多數人共有一物時，此多數所有人，固因共同所有之理由，互受節制；但皆於其標的物上，有其特殊之應有部分（*Anteil*）。各所有人皆得單獨處分其應有部分，將之自由讓與他人。且羅馬法以共有關係爲所有權之變態，故各共有人皆有分割請求權，得隨時請求分割其物，廢止共同所有關係。反之，日爾曼法之合有（*Gesamthandeiigentum*）雖亦爲多數人之共同所有關係，但並非純然物權法上之制度，而係由於其多數所有人間，有共同態之存

（註）詳細參攷我妻榮教授物權法七頁，石田文次郎博士土地總有權史論三五五頁以下，及拙著現行物權法論五四頁以下。

在，故並具有人格法之關係。是以各所有人皆有其應有部分，得對其標的物有一部使用、收益、管理、處分之權能，固皆與共有無異。但有左列各種特徵，故與羅馬法之共有不同：

(一) 合有之多數所有人，係依其共同態而結合，故各所有人非與全體協力，不得任意行使及處分其自己之權利。不似共有人得單獨行使其權利，並得將其應有部分，任意處分。

(二) 合有之多數所有人固亦各有其應有部分，但其應有部分於共同態存續期內，僅處於潛在的狀態；俟其團體解散以後，始行實現。反之，共有人之應有部分，則係自始即顯然確定者也。

(三) 合有以其構成員之身分的結合為要素，其構成員不許任意變更。反之，共有即非以身分關係為基礎，自無禁止共有人更迭之必要。故共有人得隨時請求分割標的物，脫離共有關係焉。

合有制度之起源，原基於古代親屬法上之家族共同態 (Haugemeinschaft)，因共同繼承等身分關係而發生。其後，至中世終期，則並無血統關係者亦得以契約關係，創設共同態，成立合有關係。前已說明，茲不復贅。

第四、總有 總有云者物之屬於團體共同所有之型態也。日爾曼固有法有所謂團體之特殊制度，其團體與構成員間，具有不即不離之關係，均如前述。凡物之屬於團體所有者，即謂之總有。故既非法人之單獨所有，亦非各個人之共有，更非二者之結合，蓋亦日爾曼法上特殊之

共同所有關係也。

所謂總有，係將所有權之內容，依團體內部之規約，加以分割，其管理、處分等支配的權能，屬於團體，而使用、收益等利用的權能，則分屬於其構成員；此等團體之全體的權利，與其構成員之個別的權利，為團體規約所綜合統一，所有權之完全內容始從而實現者也。是以標的物之管理及處分須得構成員全體之同意，或基於團體之規約，以多數決為之。其各構成員之為使用收益，須遵從團體所定管理、處分方法。有違反團體規約而為使用收益者，團體得依規約請求其中止利用，賠償損害。遇必要時，並得將其開除。如因其越權行為致妨害其他構成員之使用收益權之行使時，各構成員亦得以侵害其個別權為理由，請求停止妨害行為，賠償損害。若構成員以外之第三人侵害構成員之使用收益權時，不唯團體得請求排除侵害，賠償損害，即各構成員亦得基於其個別權之侵害，各自獨立為排除妨害行為使賠償損害之請求焉。

團體構成員所有之使用收益權與其構成員之身分有密接關係，因其身分之得喪而得喪，故不得脫離其身分用為繼承及讓與之標的。至其物之管理、處分，既屬於團體之全體的權能，故不似共有之各共有人皆有分割請求權焉。

總有權之各構成員對於土地有使用收益的權能，得因此滿足其利用之需要。但於構成員利用權之上，更有團體之支配權，以統制各構成員之個別權；故於全體之利益與個人之利益結合一致之範圍內，構成員之個別權，始得行使。不似物之屬於個人所有時，純以個人之利益為

標準，依所有人之意思，獨斷行使。故總有之構成員個別權實係爲全體福利所統制之利用權也。因此，現今學者多謂總有權係位於絕對的個人所有權與絕對的國家所有權中間之一種所有權之型態，蓋爲社會法上之觀念也。

依上所述，是總有與合有同爲多數人共同所有關係，且因其多數人結合成一團體，基於其身分關係，始行發生者也。故其財產屬於構成員之全體，其團員對於財產之關係爲其身分之反映，與其身分關係，同其運命。各團員之應有部分皆不得任意處分——於此數點，總有皆與合有無異。故往昔日爾曼法學者對於二者之區別，皆無明確觀念。唯自貝仄拉 (Beseler) 首唱總有理論，繼之以基爾克 (Gierke) 于伯納 (Hübner) 諸氏之研究，總有權之法學的構成，遂經確立；而總有與合有之區別，因亦昭然。要言之：

(一) 總有之構成員，人數較多，結爲團體；而合有之所有人，則人數甚少，僅爲共同態而已。其團體之組織，迥然各異，已如前述。

(二) 總有財產之管理、處分權，屬於構成員之全體 (團體)，各構成員皆無管理處分之權能；反之，合有之各構成員皆有管理處分權，不過其管理、處分權須由各構成員結合一致，共同行使而已。

要之，總有與合有雖同爲團體的所有權，但總有之各構成員僅有利用的權能，而無管理、處分之權利；反之，合有財產則屬於各構成員自身之共同管理。故左慕 (Sohn) 氏謂總有爲管

理組織體 (Verwaltungsorganisation)；含有爲管理共同體 (Verwaltungsgemeinschaft)，以示二者之區別焉。

第五、不動產所有權移轉之方法 日爾曼法對於不動產所有權之移轉，素採公示主義。古法，凡土地之讓與，於物權移轉之合意 (Sala, donatio) 外，更須有占有之移轉 (traditio investitur)，二者須同時同地爲之，始能發生物權移轉之效果。申言之，卽讓與人與受讓人須親臨移轉之土地，於一定多數之證人前以特定之言詞，交換移轉之意思表示，約定爲土地之讓與。同時讓與人更以象徵行爲 (symbolische Handlung)，以土塊、草莖之屬，象徵移轉之標的物，交付於受讓人，占有之移轉，始行終了。其後，更尙形式，須交付笏杖，手套等物。此則非用以象徵有形之土地，而係象徵土地支配力——權利——之支付也。此二種行爲相結合，始構成一個讓與行爲 (Achtung)。故皆爲讓與行爲不可缺之要素。蓋在當時，所有權及占有之觀念，尙無區別，『欲移轉所有權者，必須移轉占有 (Wer Eigentum übertragen will, thätigst Besitz)』。因標的物之交付，所有權移轉之意思，始行明瞭，故在古代日爾曼遂以此等現實交付 (reale Investitur) 爲物權移轉之方法。及部族法時代，土地讓與時，多利用文書，而土地讓與之形式，遂發生若干變化。當時土地讓與時所利用之文書，約有二種。其一，爲讓與證券 (carta)，其一，爲證據文書 (notitia)。讓與證券者，讓與不動產得以作成之文書交付於相對人以代標的物之交付者也。讓與人於證人面前，使代書人作成文書，交付受讓人，

其讓與行爲，卽行完了。故於此種場合，其文書之交付，亦爲讓與行爲要素之一。至證據文書則係爲證明讓與行爲之經過，於審判所前作成之文書，曾經審判官之確認(Friedewirkte)者，原非讓與行爲之要素也。

及至成文法時代，土地之讓與恆以裁判上之讓與(Gerichtliche Aufassung)方法爲之。其程序係由讓與當事人至法廷向審判官爲讓與之意思表示。審判官當向出席之民衆，爲三次公示催告，凡有異議者，應卽行提出。否則，卽不得主張權利。其未出席法廷者，亦限於一年內提出異議，一年後，卽不得再行提出。是以一年後，倘無人提出異議者，受讓人卽於受讓之不動產上，取得適法之(Gewere)。

第十二世紀以來，德國北部各都市，更有所謂都市帳簿(Stadtbuch)之制度。凡不動產之移轉行爲，皆須記入帳簿。此種帳簿制度，原係由證據文書(notitia)變化而來，其始不過用爲一種證據方法而已。至第十三世紀以來，帳簿之形式，漸經整頓，遂成爲讓與行爲之一要素。凡不動產之移轉皆須記入帳簿，始生物權移轉之效果。是爲近世不動產登記制度之濫觴，然於歐洲中世，不過爲地方的習慣，尙未成爲共通的制度也。

羅馬法繼受後，土地讓與之制度，更行混亂。依羅馬法之原則，無論動產不動產，凡所有權之移轉，皆以交付(Traditio)爲之，無庸具備何等形式。但實際上絕對奉行此種制度之地方，頗不多見。多數地方，皆保守固有法之公示主義，不過多少受有羅馬法之影響而已。

第三項 地上負擔

地上負擔 (Reallasten) 云者，因其土地或家屋之收益須向特定權利人爲週期的給付，從而成立之土地負擔也。蓋爲固定於其土地上之物的負擔。其權利之性質若何，日爾曼法學者間素多歧說，有謂爲物權者，有謂爲債權者，更有謂爲物權與債權之混合者。顧自日爾曼法之精神言之，地上負擔原非特定人之債務，無論其土地之占有人爲誰，於其占有間，皆負有給付之義務，故地上負擔原爲土地本身之負擔，亦卽所謂物上債務 (dingliche Schuld) 之一種也。地上負擔之特質如左：

(一) 此種負擔，不問其占有土地者之爲何人，於其占有期間，皆應爲週期的給付；且就前占有人滯納部分，亦負有給付義務。

(二) 義務人拋棄其土地占有時，卽當然免除其給付義務。

(三) 土地縱成爲無主物，其負擔仍不消滅。

(四) 義務人怠爲給付時，權利人僅得就其土地爲強制執行，但不得扣押義務人之其他財產。

據上所述，可知其給付義務，原係固着於土地本身，而非土地占有人之債務。故法諺曰：『地上負擔係取諸不動產，而非取諸人血者也 (Der zins geht von gut, nicht von Blute)』。地上負擔原爲日爾曼上之特殊制度。種類極多。有基於莊園地主或地方領主所有之支配公

權者；亦有由於當事人間以純然的私法契約而設定者。良以中古世紀，公私權之觀念，殊欠明瞭，故不論其發生之原因如何，皆一律承認其爲地上負擔也。茲就其主要者說明如次：

(一) 地租與賦役

中世紀時，農民占有之土地，法律上咸目爲特別財產，爲特別法律所支配，謂之農民占有地(Bauegüter)。此等農民占有地大多數固爲地主所貸與，但亦間有爲農民自身之所有地。然在中世紀時，自由農民與所有地顯著減少，即偶有殘存，亦多服從附近大地主之裁判權及保護權，對其保護主(Vogther)，亦與其他借地人等負有同樣負擔，並應按期支付地租，與隸屬農民無異，不過並不因而影響及其自由農民之身分關係而已。

上述農民占有地負擔之地租(Zins)與賦役(Florden)，即爲地上負擔。蓋此等負擔其初原爲服從地主權之隸屬農民之身上負擔，中世以後，遂視爲固定於土地本身之負擔。其地租最初原爲土地之收穫物及酒、鷄等天然物；其後則次第以金錢代之。地租遲延給付時，每經過一定期間，即須加收罰金；經過特定期間時，地主即得就其土地加以扣押。至其賦役則又有手役(Handdienst)與車馬夫役(Spanndienst)之別。

(二) 十一稅

十一稅(Zente)、(Decima)云者，寺院或僧界之領主等，就其管轄內之土地有徵收其收穫之十分之一之權利也。

(三) 土地定期金

日爾曼人爲祈求死後之冥福，恆有就其所有之土地或家屋上，設定永久的周期的給付，以其收納權捐助寺院者，謂之爲靈魂地租 (Seelzins)，是爲終身定期金 (Rente) 之濫觴。至後世通行之終身定期金制度，則係十四世紀後始行發達，名爲終身定期金買賣 (Rentenkauf)。是爲困於資金之商工業者，爲向富有者貸借巨額之資金，遂將自己所有之家屋，設定永久的負擔，其性質與所謂靈魂地租，全然相同。此種制度，於十四世紀後，或藉之以謀資金之融通；或用爲投資之方法；更有以之作爲迴避寺院法上利息限制法之手段者。要爲各都市通行之制度焉。

終身定期金買賣之設定，因視爲不動產無形部分之讓與（一部讓與），故其設定行爲須依不動產讓與之形式。且義務人恆對權利人授與一種設定證書 (Rentencrief)，此種設定證書亦往往用爲一種有價證券 (Wertpapier) 而融通焉。

終身定期金與其受領資金之比例，其始原由當事人間自由約定，至後世則習慣法上漸有一定之標準，通常殆爲資金之百分之五。定期金遲延給付時，權利人得先就置於該不動產之動產予以扣押，尙有不足，則得就該不動產爲強制執行。終身定期金原爲不動產上之物上負擔，故不動產所有權之取得人縱不知其存在而取得者，亦有給付義務。且就前所有人遲延未納之部分，亦有完納之義務。

終身定期金原爲不能解除之負擔，有永久的性質。是以其始非有權利人與義務人雙方協議，概不能由當事人片面使之消滅。然其後世，則設定人恆於設定契約保留其解除權；更至後世，則法律並於一定條件之下，承認其有解除權。至羅馬法繼受之後，爲使物上負擔容易解除，不唯終身定期金之權利人，法律上與以解除權；即義務人亦得以其他不動產（後世則更不限於不動產，並擴張及於其他財產）爲終身定期金之擔保。於是終身定期金遂喪失其地上負擔之性質，而與以不動產擔保有償的消費借貸者相接近。故近世德國民法上之不動產抵押權仍多少具有終身定期金之性質焉。

第四項 權利不動產

第一、封土 佛蘭克時代，有所謂恩給制度 (Beneficialwesen)，卽由主人對其家士 (Vasalli) 授與恩給 (Beneficium)，其家士僅須繳納少額之地租，卽有耕作主人土地之權利。此種制度，原濫觴於羅馬時代名曰 Precaria (懇望之意) 之一種土地借貸法。其後，因教會擁地甚廣，依法不得讓與，遂以此種制度，貸與莊民，使之耕種。因其借貸恆出於教會之恩惠，故名之爲恩給。至第八世紀，國王及貴族大官等，亦紛紛採取恩給制，將其土地貸與其家士。第九世紀時，此種恩給制度更與家士制度相結合，凡家士與主人締結忠勤誓約 (Trendienstverträge) 時，主人卽授與恩給，以代往昔乘馬武器之屬焉。

此種恩給制度，於十二世紀以前，極爲發達。家士之封土，名曰 Lehn，以別於純粹之所

有地 (Allod)。中世之封土，有係其受封者 (Lehnsman) 負有軍事的勤務者，亦有負有他種勤務或給付義務者。其負有軍事的勤務者，謂為純粹封土 (Rechtes Lehn)，普通所謂封土，蓋即指此。此等純粹封土，僅能授與騎士階級 (Ritterbürtigen)，換言之，即限於騎士，始具享有純粹封土之能力者也。由於封主之特別恩典，有時亦可授與僧侶、市民及婦人女子，但於此種場合，受封者亦須選定適當之騎士，使為封土之代表，並代行軍事的勤務。謂為 Lehnsträger。

封土之標的物為土地及各種公法私法之權利，為其土地之永久的收入之淵源者，例如裁判權、稅關、鑄貨特權、漁業權、狩獵等皆屬之。

封主與受封者間之封的關係由於授封行為 (Belehnung) 而發生。授封行為須具備二種方式。其一，為受封者跪於主人之前向主人為忠誠服從之宣誓；其二，則由封主以特定文言，並交付受封者以一定之象徵物——如手套、帽子、劍、槍等——以示授與封土。

因封主與受封者間履行授封行為，雙方遂發生封的關係。其封的關係復可分為人的關係與物的關係。其始，原以人的關係為中心；唯因後世所謂封土漸次成為受封者之財產，遂改置重於其物的關係焉。茲分述之：

(一) 人的關係

封主與受封者間之人的關係即以雙方之相互的忠誠為基礎而發生之保護與勤務之關係也。

受封者對於封主平時負有表示尊敬之義務，戰時負有奉命出征之義務。此外，並有參加審判，服從判決等義務。

(二) 物的關係

受封者就封土有占有及收益權。並得所受封土更分封與自己之臣下。封土之處分須得封主之同意。封土之讓與須依特別之方式。即須由讓與人將封土返還封主，更由封主授封於受讓人。但至後世，則僅有封主之許可，即得直接讓與。

上述封的關係，於當事人之一方死亡時，即屬當然消滅。然事實上受封者死亡時，封主即授封與其子；封主死亡時，受封者亦恆與封主之子，繼續封的關係。故十一世紀，封土制度遂多化為世襲。不過其封的關係因繼承而變更時，仍須依授封行為以更新之耳。

封主不得單獨解除封的關係。反之，受封者則得返還其受封之象徵物或為拒絕忠誠之意思表示，消滅其主從關係。受封者違反忠誠義務及其他勤務時，封主得取回其封土。封主違反其忠誠及保護義務時，則喪失其封主權 (Lehnsherrlichkeit)，受封者及其封土皆移屬於封主之上級封主之支配焉。

第二、家產 第十三世紀以來，高級貴族之間，往往因繼承或其他原因，將家產分割，致危害及於家之勢力及其存在。因此，第十四世紀以後，高級貴族之家，基於其特有之自主權 (Autonomie)，將其祖先傳來之土地，定為家產 (Blammgüter)，禁止分割處分，以期依單獨

繼承法，傳諸子孫。此等定爲家產者，非得一切有繼承權之『男系親屬 (Agnaten)』之同意，雖家長亦不得加以處分，並不得變更其繼承順位。若家長不法處分之時，其親屬等因有期待的繼承權，得向財產取得人取回家產。

關於上述家產之所有權，日爾曼法學者間約有二種解釋。第一說謂高級貴族之家爲團體 (Genossenschaft)，故家產所有權之主體，實爲其家。第二說則謂係其家長享有制限的所有權，卽其所有權受有男系親屬之期待權之制限者也。

上述家產，原係高級貴族基於其自主權而設定。下級貴族因無此種自主權，自不克設定家產。然其維持一家繁榮之必要，原與高級貴族無異。故亦往往以生前行爲或遺囑，禁止其繼承人分割家產。然直至第十七世紀尙無一種確定之制度也。

第三節 動產物權

第一項 動產之占有

日爾曼法上，動產之占有 (Gewere) 亦爲標的物之事實支配關係，原與不動產之占有無異。然動產之占有僅以其物之事實的保持 (Gewahrsam) 爲其形式，不似動產之占有以其物之利益 (Nutzen) 爲其形式。於此一點，實爲動產占有與不動產占有有重要之差異。是以動產占有之取得移轉，須現實持有或交付其物；動產占有者若喪失其物之現實支配，亦卽當然喪失其占

有。故動產占有與不動產不同，既不克於同一物上同時成立數個占有，亦無所謂想象占有 (Idelle Gewere) 之存在。唯於此有應注意者，即日爾曼法上，凡取得不動產之占有者即當然取得不動產中一切動產之占有，故關於動產占有之爭，往往依其不動產之占有以決定之焉。

第二項 動產之追及權

日爾曼法，凡動產之占有人，喪失其動產之占有時，皆有追及權，是否所有人，在所不問。唯其占有之喪失，究係基於自己之意思，抑或違反自己之意思，是則嚴予區別，效果迥異。茲分述之。

(一) 基於自己之意思交付動產者

動產之所有人——或其他之占有人——由於租賃、借貸、寄託或質權契約等，基於自己之意思，將動產之占有交付於相對人者，其相對人因即取得其動產之占有。然其占有原係於契約上一定條件之下所取得者。於契約條件完了後，自應負有返還之義務。而其所有人基於其自己之權利，亦得為返還之請求，固不待言。唯日爾曼法上，所有人僅得向其契約之相對人，請求返還。其相對人若更將其標的物之占有，交付與第三人，或為第三人所侵奪時，所有人即不得向第三取得人為返還之請求，僅有向相對人請求賠償損害之權利而已。而其物之第三取得人遂因其占有之取得，即同時取得其權利焉。

以上所述，為日爾曼法上著名之 Hand muss Hand wahren 之原則，或更簡稱之曰

Hand wahre Hand。其文義云何，原多歧說，近世通說則謂 *wahren* 猶云 *waren*，意爲保證。蓋謂僅有自他人受取物之 *Gewere* 者（第 1 Hand）應保證其對於交付 *Gewere* 者（第 2 Hand）爲返還也。

此種原則，於部族法時代，卽已成立。薩克遜鑑中，且有明文，足資證明。近世學者，殆承認其爲日爾曼法時代各地共通之制度。唯對此原則，要亦有多少例外。例如一部之都市法，物之所有人因加工修繕將衣服等物交付於手工業者（*Handwerker*），其加工人將之出售或出賃時，許可所有人無條件行使其追及權，而多數法源亦皆規定許可所有人支付債金收回其物焉。

Hand muss Hand wahren 原則成立之理由，日爾曼法學者間。聚訟紛紜，莫衷一是。如 *Heinecius* 謂爲因其動產之交付，其所有權亦卽移轉；*Sandhess* 則謂因其占有之脫離，物權遂行消滅。V. Bar 及 *Heusler* 等則主張係基於日爾曼法之訴訟制度，故其所有人不得向第三取得人請求返還。Walter 則謂所有人既未充分考慮受託人之信用，所託非人，自應負其責任。此等諸說，雖亦有其相當理由，唯皆僅得一偏，未足懸爲定論。多數學者，遂成主張公示主義說。公示主義之學說，原爲 *Huber* 及 *Gierke* 氏等所主張，因 *H. Meyer* 及 *Schultze* 二氏之研究，遂告大成。其大義謂 *Hand muss Hand wahren* 之制度，原爲日爾曼法上形式主義之產物。蓋動產原以其 *Gewere* 爲表象，得藉此向一般人公示其權利之存在。動產所有

人基於其自己之意思，將其物之 *Gewere* 交付於受託人，其權利之公示性，遂被剝奪，與受託人間雖有返還之約定，但其約定，既無從公示，故經第三人取得其物時，遂僅得向受託人請求賠償，而不克向第三取得人直接訴追焉。

羅馬法繼受以後，上述制度，遂經暫時改廢，除少數例外而外，咸以承認所有人之絕對的追及權為原則。其後，因迫於交易之需要，此種制度，復被採用。是為現行民法即時取得制度之濫觴。各國民法，殆皆有同樣規定（*德民法九三二條、九三三條及九三五條，瑞民法九三三條，日民法一九二條，中民法八〇一條，九四八條參考*）。唯在日爾曼法，基於其客觀主義之立場，當事人之內心狀態如何，原與法律之保護，並無關涉。故第三取得人是否知悉寄託人並無實際的權利，原非所問。而近世法制，因受寺院法等之影響，改以第三取得人之善意為要件，此其異也。且日爾曼法上，原為所有人追及權之制限，而今則發展為權利取得之原因焉。

(二) 違反自己之意思喪失占有者

所有人之動產被人竊取或強奪時，為鎮壓此等破壞和平之行爲，維持社會之公安起見，所有人之 *Gewere* 雖經喪失，然不問其物移屬於何人之手，所有人均有追及權，得取回其物。於部族法時代，動產追及之方法，計有下列三種：

(1) 現行犯審判程序

現行犯審判程序 (Handhafte Verfahren) 云者，於犯罪之現在場所，捕得竊賊或強盜時之訴訟程序也。被害人如於竊盜逃亡前目擊之時，得依一定之形式，為救援之聲喊 (Gericht)，召集鄰人，逮捕竊盜，如即時捕獲，則將被害之標的物，縛於盜者背上，同至法院。因其為現地捕獲，法院對於盜者犯罪之事實，已不許加以否定，故其程序，極為簡單，苟經原告會同鄰人宣誓，被告即行敗訴。被告不唯應繳納贖罪金，且須負刑事上之責任，往往即宣告平和喪失。至被害之標的物，得由原告請求回收，斷不待言。

(2) 追跡

如竊盜未於犯罪現場被獲時，或被害人得與聞呼聲 (Gericht) 而聚集之鄰人，同出追跡。如於一定期間內——通常咸為三日——發見形跡可疑者，得至其家內搜索，被嫌之家主拒絕搜索時，並得強制為之。若追跡者於家宅搜索後，未發見被盜物品時，則須支付罰金。反之，如確發見被盜物品，則追跡者得回收其物，並處其家主以盜犯之罪。唯於此種場合，相對人如不欲反還其物，並主張其權利之取得，有正當權原，並舉出其權利之讓與人時，則追跡人得與之約誓，俟相對人起訴時，當在法庭依第三人程序 (Drittenhandsverfahren)，與其指出之證人 (前權利人)，繼續訴訟；然後將物品取回。唯其家主如曾拒絕搜索，遂喪失其指定前權利人之權利。此種程序，謂之追跡 (Spurfolge)。原為發見逃逸之犯罪人及被盜物品之一種程序，並非即以盜品之占有人為盜賊而行起訴，故可謂為現行犯程序之一種變態也。

(3) 捕捉

如動產之所有人於失盜後未爲追跡，或已追跡而未獲於三日內發見，以及其物屬於第三人占有者，則其物之回復，須依所謂捕捉 (*Anfang*) 之特別訴訟程序。——其所以名爲捕捉者，蓋以日爾曼時代，所謂動產，主爲家畜之屬，故動產之追求程序，遂以捕捉名之。——於上述諸種情形，被害人得以手置於標的物上，宣誓其爲自己被盜之物品，此種形式，蓋爲訴訟之開始。其被告——標的物之現占有人——如未主張係因贈與買賣等原因，自他人承繼取得者，則被害人得即時取回其物。反之，若現占有人主張其承繼取得時，則可指出前權利人 (讓與人)，並向被害人誓約於一定日期定使前權利人至審判所；於誓約後，現占有人遂得保留其標的物。至約定之期日，關係人齊集法庭，其標的物遂由現占有人之手，移屬於前權利人之手，於是前權利人遂應代現占有人與原告爭論曲直，而訴訟關係遂繫屬於原告與此前權利人間，是爲第三人程序 (*Dittandverfahren*)。其前權利人如亦主張其繼承取得時，亦得提向法院提示其前權利人，至無可指名時爲止。前權利人如不能證明其自己之正當權利，——例如原始取得之抗辯 (*Einrede des originären Erwerbs*)。——即視爲犯人，科以贖罪金，並返還原物。如於約定之期日，被告所指名之前權利人未至法庭時，則被告即行敗訴，應返還原物。且被告如未爲雪冤宣誓 (*Reinigungseid*)，證明其係以善意取得者，則並視爲犯人，課以贖罪金。反之，原告敗訴時，則標的物即由法庭以公示方法交付被告，原告並因提起不正之訴，應支付罰金焉。

依上所述，非基於自己意思，喪失占有者，雖得無條件回收其物，但至中世以後，因市場交易之發達，凡於市場支付正當之代價，不知其為盜難物品而買得者，其買主自亦有保護之必要。於是其所有人行使追及權時，買主亦有代價償還請求權，並於代價償還前，有留置權，對於上述捕捉之原則，成爲顯著之例外。於此以外，尚有數種例外。如韓查都市之法律，凡踏海輸入之物，絕對不許所有人追求，其他他方移入之物，則於經過一審判年 (Tahr und Tag) 後，縱經發見其爲盜品，亦不許所有人更行追求焉。

雖然，日爾曼法，凡不基於自己喪失其物之 *Geheer* 者，不問其物之所在，亦不問其現在占有人之爲誰人，概得追及取回，固如前述，而其立法理由，果何在？學者對此，尙無定論。而以鄙見所及，則似仍不外爲公示主義之表現。蓋在日爾曼古代及中世時，動產被人竊取時，被害人應即聲喊 (*Geruf*)，召集鄰人，同爲追跡，既如前述。是物於失竊後，卽爲村民所周知；其 *Geheer* 之喪失，業經公示。故被害人遂有追及之權利。至第三人於市場買得被盜物品者，第三人之取得 *Geheer*，亦已公示，故被害人須償還代價，始能收回其物。是則以代價賠償請求權調協 (*Geheer*) 喪失及取得之公示者也。

復次，上述三種追及制度，原爲部族法時代之產物，故皆具有刑事上之意義，而非純然民事上之訴訟。至中世紀時，追跡制度消滅，於捕捉制度外，更有一種純然私法上之訴訟，卽所謂 *actio in rem* 者，同時並立。此種訴訟，原與捕捉同爲動產追及之制度，但不限於竊

盜，凡動產之基於自己意思，喪失占有者，皆得依此訴追，故原告須就被告占有之物，舉證主張其爲己有。此種制度更與捕捉有二異點。卽其訴訟之開始，不似捕捉須先於審判外爲宣誓之準備行爲；且因純爲民事上之訴訟，故被告敗訴時，亦不併科罰金也。

第三項 孳息之取得

關於天然孳息之取得，羅馬法與日爾曼法，於法制史上殆爲顯明之對立。羅馬法採原物主義 (Substantialprinzip)，凡未與原物分離之果實等天然孳息，咸爲原物之一部，原非獨立之權利客體，於分離時，屬於有收取權利人。是以天然孳息以屬於原物所有人爲原則。反之，日爾曼法則向採生產主義 (Produktionsprinzip)，視孳息爲勞動之報酬，故孳息之所有權，以屬於生產者爲原則。法諺曰：『播種者刈 (wer saet, der mähet)』，又曰：『以鋤耕地，則取得所生之穀物 (Hat die Egge des Land bestrichen ist die Saat er worben)』，皆屬此意。且孳息於其自原物分離以前，卽得爲獨立所有權之客體，亦與羅馬法不同。唯日爾曼法之所謂生產人，雖不限於原物之所有人，但須就原物有收益之權利，或爲原物之善意占有人，是不待言。

第四章 債務法及責任法

第一節 債務與責任之概念

第一、總說 羅馬法上，所謂 *obligatio* 者，與 *nexum*, *teneri* 等同爲『法鎖』(*Juris vinculum*)之義，蓋指當事人間之羈束 (*Gebundenheit*) 狀態而言。對於債務 (*Schuld*) 與責任 (*Haftung*) 二者，原無顯著之區別。若以今日所謂債務與責任之觀念，解釋羅馬法上 *obligatio* 之意義，則或與責任更相近似，亦未可知。然羅馬法上，債務責任原無區別，故所謂 *obligatio* 者，或用於主動的意義，與請求權 (*Forderung*) 之旨相當；或用於被動的意義，以示當事人之債務 (*Schuldpflicht*) 焉。

德國普通法時代，亦繼受羅馬法之思想，未嘗樹立債務與責任之區別，一般學者恆謂責任爲債權及於債務人財產上之效果。鄧伯義 (*Demburg*) 嘗解釋 *Obligation*，謂爲債務人對於債權人所負有財產的價格給付義務之法律關係，一時歎爲不刊之論。薩維尼 (*Savigny*) 則謂債權爲債權人自然的自由之擴大，債務爲債務人自然的自由之制限。債權關係之自然進行狀態，爲債務人之任意履行。不履行時，債權人卽得強制執行。其強制執行爲對於不正之鬭爭，亦卽債

權關係之不自然狀態之排除也。是就債務與責任之間，皆未設何等之區別者也。

於債權關係上，首先樹立債務與責任區別者，厥爲羅馬法學者布林茲（Brinz）氏。布氏於一八七四年，根據古羅馬時代各種瑣碎資料，發表論著，就 *Obligatio* 之觀念，論究債務與責任之區別。於是法制史上，始有此種新穎之發見。惜以羅馬法上，二種觀念，混同已久，布氏所論限於史料，不無矛盾之處。故布氏雖首創此論，而確立二者之區別者，實爲日爾曼法學者之功績。有阿米拉（Amira）氏著，研究挪威、瑞典等地之債權法，於一八八二年至一八九五年之間，發表所著之北部日爾曼債權法（*Nordgermanisches Obligationenrecht*）1卷。以豐富之材料，精密之論證，就二種觀念之區別，詳予論列，始喚起世人之注意。繼有彭霞托（Punchat）氏於一八九六年，研究中世薩克遜法制，亦與阿氏獲得同樣結論。其後則意格（Egger）氏研究法國中世法，哈彩丁（Hazelstine）研究英國實權法，證明英法各國，皆有債務與責任之別，於是此一問題，遂成爲日爾曼民族各國法制之共通問題，日爾曼法系債權法物權法之研究，遂爲之面目一新。迄一九一〇年，日爾曼法大家基爾克（Kierke）氏綜合前人研究之結果，參以個人鑽研所得，著爲一書。於是債務與責任之研究，遂告成功。

因日爾曼法學者努力於此種問題之研究，法制史學者，對此遂深感興趣，競爭探討。據其研討所得，則日爾曼法而外，不特希臘、巴比崙等古法，有此區別，即在遠東中國日本諸國，亦皆有此二種觀念之存在。是以此一問題，非止爲日爾曼法上之問題，蓋亦爲比較法制史極有

興趣之問題焉。

第二、債務與責任之區別 日爾曼法上，債務 (Schuld) 一語，古語謂之 *Skuld* 出自 *Skulan* (*Sallen*) 義為當為。故所謂債務 (*Schuld*) 者，原謂債權人與債務人間之當為 (*Sollen*) 狀態。詳言之，債務人對於債權人有當為給付 (*Leistensollen*) 之法律上之運命 (*rechtliches Bestimmen*)，反之，債權人則對於債務人有當為受領 (*Bekommensollen*) 之法律上之運命，而此二者間之關係，即謂為當為狀態。是以日爾曼法上所謂 *Schuld* 一語，不特為債務，且有債權之意；而所謂 *Schuldner*，非僅謂債務人，即債權人亦往往以此語稱之。此種用語方法，於部族法時代及封建法時代之法源中，均屬數見不鮮者也。

債務之內容，既為當為狀態，故非由外部所得而強制之者。債務人並不負有強制履行之義務，履行與否，悉屬債務人之自由；若債務人基於其自由意思，自進而為履行時，則其給付有終局的效力，即不得再行任意取回，而當事人間之債權債務，亦即因而消滅。至債權人亦不過僅得保有所受領之給付而已，債權人亦無強制訴追，要求債務人給付之權利也。

反之，所謂責任 (*Haftung*) 者，於日爾曼法上，為服從攻擊權 (*Untertwelfung unter die zugriffsmacht*) 之義。蓋謂於債務不履行時，得訴之強制手段，要求債務之滿足，損害之賠償及復讎者也。是以責任為對於債務之羈束狀態，得稱之為羈束 (*Binding, Band, Verbindlichkeit, Verstrickung*)，亦即債務之擔保。部族法之法源中，恆謂債務人對於自己之債務，自

負責任者，為保證人 (Fidejussor)。即在中世法源中，亦嘗謂之為自己保證 (Selber Bürge)。故在日爾曼中世法往往謂責任為保證或擔保 (Gewahre) 焉。

責任 (Haftung) 係為擔保債務 (Schuld) 而存在，二者純屬不同之概念，既如上述。是以若就二者之相互關係言之，遂有下列各種情形：

(1) 有無責任之債務 (Schuld ohne Haftung) 也。此種債務，因缺乏強行性 (Erzwingbarkeit)，故為不完全債務。但若補充責任，則仍成為完全債務，故無害於其債務之性質。例如已罹時效之債權，因賭博而生之債權皆是也。

(2) 有無債務之責任 (Haftung ohne Schuld) 也。純粹之責任觀念，與債務關係全無聯絡者，固非吾人所能想象。但若於債務關係成立以前，豫為設定責任關係，固屬可能，且於實際上亦往往有此必要。例如對於將來可能發生之債務（將來之債務，附停止條件之債務），先行設定質權或保證之類是也。於此種場合，其債務關係，將來竟不發生，亦未可必，然其保證質權等責任關係，固屬完全成立者也。

(3) 有負債務而自己不負責任者 (Schuld ohne eigene Haftung) 也。是其債務雖有責任，而債務與責任則不屬於同一之主使者也。例如對於自己之債務，由他人提供擔保或設定物上保證者皆是也。

(4) 有負責任而自己不負債務者 (Haftung ohne eigene Schuld) 也。是蓋自己無債務而

爲他人之債務負其責任者也。而其債務與責任主使分屬於不同之主使，則與上述情形無異。例如家長因其家屬之侵權行爲而負有責任，至其債務則僅屬於其家屬（加害人）家長並不負擔何等之債務也。更如動物之占有人就動物加於他人之損害，亦僅有責任而無債務，其債務則由動物負之。

（五）債務與責任縱屬同時存在，而其範圍則不盡相同。蓋無論其債務與責任是否屬於同一主體，而其範圍亦顯有廣狹。如非無限責任之債務（Schuld ohne Vollaftung），亦即所謂有限責任——即其適例。

（六）債務之內容與責任之內容，多不相同，無特煩言。蓋債務之內容，原有金錢債務，特定物或代替物之交付，作爲不作爲之義務，種類不一。而責任之內容，殆皆係於債務不履行時，以損害賠償爲之也。

綜上論述，是日爾曼法上，債務與責任之發生原因、主體、範圍、內容，皆屬迥然各異，已無疑義。唯有應注意者，則現行各國民法，多爲繼承羅馬法之產物，債之關係原爲債務與責任結合而成之單一關係。有責任者即負債務，負債務者斯有責任。雖然，二者之區別，固已不若中世法上之顯然易見，唯於觀念上要不得謂無區別之可能焉（註）。

第三、責任之種類 日爾曼法上之所謂責任，既不外束縛，保證之意，故無論人、物，皆

（註）現行民法上債務與責任之關係，參照北平大學法商學院出版法學專刊所載拙稿「債務與責任」。

得負擔責任。依基爾克 (Gierke) 之分類，則所謂責任者，得分爲(1)人上責任 (persönliche Haftung)，(2)物上責任 (Sachhaftung) 及(3)財產責任 (Vermögens Haftung) 三者。然近學者恆以財產責任與人上責任之區別，殊欠明瞭；故多改採二分主義。即將責任分爲人上責任 (persönliche Haftung) 及物上責任 (Sachhaftung) 之二種。物上責任云者以物體代償債務而受束縛之謂，以質物爲其典型。反之，人上責任則爲以人之身體及其所有之財產負有代償債務之責任。故人上責任又可細分爲身體責任 (Leibliche Haftung) 及財產責任 (Vermögenshaftung)。茲即依此分類，說明如次：

第二節 人上責任

第一項 人上責任之範圍

人上責任之內容及其實現方法，原因時代而異；中世以後，變化愈多。茲依時代之先後，分述如左：

第一、部族法時代 日爾曼古法，債務 (Schuld) 發生之原因，原有侵權行爲 (Delikt) 與契約 (Versprechen Vertrag) 二種。因侵權行爲而發生罰金債務 (Busschuld)；因契約而生約束債務 (Versprechensschuld)。唯對於約束債務，別無獨立之規範。債務人不履行約束債務時，即視爲侵權行爲，一併課以罰金。債務人即於約束債務外，更負有罰金債務。如就二者，

概不履行，即因罰金債務不履行而被訴。加之，當時法律知識，極爲幼稚，民事責任之觀念，尙未發達，故凡債務人不履行債務者，即應負刑事上之責任。是以當時法制，如債務人避不應訴，或不遵判履行時，則即處以人格剝奪 (Eridlossigkeit) 之重刑，於是債務人之身體，得由他人任意殺害，所有財產除一部交付於債權人外，亦概被沒收。故所謂人格剝奪之制度，蓋於刑罰之中，復含有人上責任——身體責任及財產責任——之觀念者也。

其後，因法律之進步，上述制度，漸行緩和。若當事人間之債務關係，係因某種之要式契約而發生時，則債權人得不請求法院處以人格剝奪之刑，而以自力扣押債務人之財產，其財產不足清償時，並有扣押債務人身體之權利焉。

更至後世，於上述私扣押 (Privatpfändung) 之外，更有審判上扣押 (Gerichtspfändung) 之制度。即於債務人不履行時，法院得扣押債務人之財產或身體交付於債權人者也。於是人上責任 (身體責任及財產責任) 遂與人格剝奪之刑罰，次第分化，而漸成爲獨立的民事責任焉。茲就部族法時代人上責任之內容及其實現方法，詳細說明於下：

(一) 財產責任

債權人財產責任之實行方法，係於債務人不履行債務時，扣押其財產，以滿足自己之債權。其扣押財產之方法，復有左列二種：

(1) 私扣押

私扣押 (Privatpfändung, od. aufpfändung) 云者，爲日爾曼古代之財產扣押方法，卽債權人以其自力扣押債務人之財產者也。債權人如欲依此種方法，扣押財產，經當事人間先依要式契約——例如後述之質約 (Wadatio, Weltvertrag)——設定財產責任。且其扣押之客體，限於動產。債務人不履行時，債權人先就其扣押之動產上，取得質權。特定期間內，如未履行債務，請求返還，則債權人卽取得其動產之所有權，以代債務之清償焉。

(2) 審判上之扣押

審判上之扣押 (Richterlichepfändung od. Amtliche pfändung) 云者，法院所爲之動產之扣押，扣押物於扣押時卽交付於債權人，債權人卽時取得其上之所有權者也。上述私扣押制度衰退以後，此種審判上之扣押，遂成爲一般之扣押方法。

依上所述，是其扣押之標的物，原以動產爲限。然至部族法時代之末季，其扣押方法，併及於不動產。卽王室法院對於拒絕審判者——卽避不應訴或不遵判履行者——課以刑罰，名曰 *Misio in Vannum*。沒收拒絕審判者之全部動產不動產，卽以其一部交付於債權人。其後此種制度之適用範圍，日形擴大，人民審判所，亦採用之，遂成爲一般之財產責任實現方法。唯其扣押之順序，則應先扣押動產，動產不足時，始及於不動產耳。

(二) 身體責任

債務之代當人 (卽負責任人) 無財產或其扣押之財產尚不足清償時，則債權人得扣押代當

人之身體。其始，債權人得以自力扣押代當人之身體，並得任意加以殘傷，此種情形，與其謂爲抵償債務，勿寧謂爲出於復讎之念，或更近似。至法蘭克時代末葉，一般人身扣押程序，改由法院以判決爲之。卽由法院以判決扣押代當人之身體，以之交付於債權人。於是代當人之身體，遂得由債權人任意處分，債權人有殺害變賣之自由。但至後世，此種制度，又行變更。於債務不履行時，法院得扣押代當人之身體判令爲債權人之奴隸，而債權人遂僅得加以役使，而無生殺之權。是謂之裁判債奴 (Gerichtliche Schuldknechtschaft)，又因其爲一種執行方法，故亦曰執行債奴 (exekutive Schuldknechtschaft)。此種債奴，於判令交付後，原卽終身喪失自由，永久爲債權人之奴隸。至卡洛林 (Karoline) 朝時，其待遇漸被改善。凡債奴如已以其勞務將債務抵充完畢時，或其親屬人等爲之清償債務從事回贖時，卽可回復自由。於是永久的債奴制度，遂改爲一時的債奴 (Zeitknechtschaft)，亦曰質奴 (Pfandknechtschaft)。

第二、封建法時代 中期日爾曼法，因法律觀念之進步，代當人其人之上責任之內容及其實現方法，較諸往昔，頗有變更。而身體責任之緩和，尤其變更之最著者也。

(一) 財產責任

於此時期，財產責任得及於代當人所有之動產，不動產等一切財產。然其順序，則仍係先扣押動產，不足清償時，始併及於不動產也。其動產之扣押，通常成依審判上之扣押 (gerichtliche Pfändung) 方法爲之。然其扣押動產，並不卽時屬諸債權人所有。於一定期間

內，仍許代當人償債贖回。期間經過後，尙未回贖時，則或由法院變賣，以其賣得價金，抵償債務，或即將該動產判歸債權人所有。動產不足清償時，則代當人之不動產，亦得加以扣押，而其扣押程序，則與動產不同。不動產之扣押，中世以來，謂爲 *Fronung*，係自前述 *misson hannun* 嬗變而來之制度。其方法係由法院以罰令查封代當人之不動產，禁止所有人之處分，謂之「平和評定」(*Friedekann*)。於特定期間內（即一審判年內），所有人仍不清償債務，解除查封時，法院即將不動產變賣，以其價金抵充債務，或即將不動產之所有權，判歸債權人，以代清償焉。

中世日爾曼法，原以審判上之扣押爲普通強行扣押方法。債權人之私扣押，固非法之所許。但於下列三種情形，亦例外的允許債權人以自力爲私扣押焉：

(1) 土地所有人遇他人之家畜侵入地內，發生損害時，土地所有人得扣押其家畜，請求損害賠償。是謂爲家畜扣押 (*Viehpfandung*)，蓋亦日爾曼古法之遺留也。

(2) 土地之承租人滯納租金 (*Zins*)，土地所有人對於承租人置於土地上之動產，有扣押之權利。

(3) 旅店之主人於其住宿費用之債權未受清償時，對於客人所攜帶之行李，有扣押之權利。

(二) 身體責任

中世日爾曼法，代當人之身體責任，較前顯形緩和。因其債務之種類，地方之習慣，其中又有種種形式。

(1) 債僕

往昔之債奴，質奴制度，於中世時，遂化為債僕 (Schuldienscharkeit) 制度。債僕云者，代當人雖未清償債務，亦不喪失其自由人之身分，不過於其自身——或第三人——回贖以前，須於債權人之下，為其下僕，從事於勞役而已。

(2) 債囚

債權人於債務不履行，得將代當人於一定期間內加以監禁，以強制其清償債務。期間經過後，仍未清償時，則亦即加以放免。是謂債囚 (Schuldhaft)。其始，原由債權人監禁於個人之私牢，其後則普通皆拘留於都市公設之債塔 (Schuldturm) 及債牢 (Schuldkerker) 焉。

(3) 債宿

於上述債僕，債囚外，復有所謂 *Einlager* 之制 (因無適當譯語，姑以債宿名之)。是為人質制度之一種變態 (人質制度，當容後述)。債務不履行時，債權人得攜同隨從與代當人同至約定之場所，共同起居，一切費用，概由代當人支付。如於期間經過後，仍不清償債務時，亦即回復自由而去。故此種制度，亦與債囚同為督促清償，身體強制之一種手段並無抵償債務之意，寓於其間也。

第二項 契約

第一、總說 債務及人上責任之發生原因，爲契約及侵權行爲。茲先就日爾曼法上契約之形式，加以論究。

據其爾克 (Gierke) 氏一派之主張，日爾曼法上債務契約 (Schuldvertrag) 與責任契約 (Haftungsvortrag) 均屬獨立之法律行爲。債務契約無庸何等之方式，而責任契約則除要物契約 (Realvertrag) 外，咸爲要式契約，以具備一定之方式爲要件。此種主張，不唯對於債務與責任之區別，誇飾過甚，且在日爾曼法上，是否有所謂不要式之債務契約，亦苦無充分之證據。因此反對論者遂皆主張日爾曼法之契約，如非要物契約，即係要式契約 (Formalvertrag)。且各種契約，不唯發生債務，且亦同時發生責任。雖亦有單純發生責任或債務者，要屬於少數之例外也。

第二、要式契約 日爾曼法素採形式主義，一切法律行爲之發生，類皆以手口爲之，俾可使他人聽聞，故各種契約中，以要式契約最爲普遍。茲就要式契約中最主要者數種，列舉說明於左：

(一) 信約

日爾曼諸民族間，要式契約中最普遍者，厥爲信約 (Fides facta)。蓋在日爾曼民族古代之信念，恆以信義爲人格之代表，故信義之質入亦卽爲人格之質入。信約之成立，必須具備

一定之形式，以手與口爲之，始屬有效。卽由契約當事人同至約定之場所，以特定之文句宣言訂結信約，然後互出右手相握，其契約遂告成立。其握手之行爲，謂之 Handsalve (Handschlag)，蓋以手之授受，象徵信義之授受，以堅固雙方之信念也。此種信約，原爲部族法時代最普遍之契約方式，用以訂結各種債務契約；如買賣、借貸、判決、執行之屬，皆以此爲之。蓋此種信約係於發生債務外，更同時發生債務人之人上責任——財產責任及身體責任者也。(註)。

部族法時代之信約 (Fides facta) 制度，至封建法時代，恆名之爲手約 (Handfestung)，要亦信義實入之意。其契約之締結，仍須具備信詞 (Fidewort) 及握手行爲 (Handschlag) 之二要件，原與往昔無異。但於少數地方，亦有由當事人高舉右手，以代握手者。唯有應注意者，則往日之信約原爲債務與責任之設定行爲，而封建法時代則僅用以變更或加重債務人之法定人上責任，殆已失原有之意義。其後遂更有二種變態。其一，爲僅須具備信詞，並於證書中記入「信約」字樣，卽無庸更爲握手行爲者；其一，則無庸信詞，僅依握手行爲以確定其契約之效力者也。

(註) 日爾曼法學者之通說，咸謂信約爲信義之實入，亦卽人格之質人，故解爲債務與人上責任之設定行爲。而最近學者頗有主張信約係基於日爾曼之古代迷信而訂結之契約，債務人違反契約時，因破壞信義，應受宗教上之制裁，及刑法上之處罰；但並不負有民事上之責任。確否尙待考證。

(二) 宣誓

中世紀以來，耶穌教之宣誓 (Eid)，亦與信約有同樣效力。然違反宣誓者，應受寺院法上之審判，故其責任，更強於普通之信約；因此訂結契約者，頗有於信約而外，更爲宣誓者也。

(三) 法杖口約

審判進行中，法官持有法杖 (Gerichtstafel)。故當時對於審判內所爲之法律行爲，恆以手觸法官所持之手杖，以爲締結契約之方法，謂之法杖口約 (an der Stab geloben)。其效果與信約同。

(四) 質約

佛蘭克時代之諸民族間締結契約時，債務人恆須將草莖，木棒之屬，交付於債權人，此種形式，謂之質約 (Medicatio)。是蓋以草莖，木棒之交付，象徵債務人之身體及一切財產悉舉而爲質也。債務人不履行時，債權人遂得扣押其財產，不足時，並得拘禁其身體。是以此種質約，亦爲責任契約之一種。當時訂結保證契約，多依此等方式。先由債務人以木棒交付於債權人，債權人更交付於保證人，保證人受取後更返諸債務人，而保證契約，遂告成立。是則以木棒之授受，象徵當事人間保證關係之委任、承諾也。

(五) 債務證書之授受

債務證書之授受 (Schuldurkunde) 以借款證書 (cautio) 或其他債務證書之授受，發生債

務與責任者也。

第二、要物契約 (Realvertrag) 云者，因當事人之一方自他方受領物之給付，從而負有返還之義務或自爲反對給付之義務者也。例如使用借貸之借用人因受領借用物而負有返還原物之義務；買賣之出賣人因先爲物之給付遂使其相對人負有反對給付，有支付價金之義務是也。此種要物契約之性質如何，學者間所論多歧。基爾克 (Kierke) 謂此種要物契約原爲單純之責任發生原因，而非債務契約。當事人間之債務係因無形式之契約而發生，其物之授受，原屬對其既存之債務，設定責任之行爲也。唯對於此種學說，日爾曼法學者間素有異說，且徵之實例，買賣、借貸之各當事人，於締結契約後，仍須更爲信約 (Fides facta)，以確保所負之債務。是以阿米拉 (Amira) 希來得 (Schieder) 等多數學者咸謂此等要物契約原爲附負擔之授與 (Gabe mit Auflage)，即因一方之交付而他方遂負有返還或反對給付之義務者也。受領人如不履行其義務時，僅能請求其返還，而對於其債務所負之責任，則非得加以強制者；此所以當事人於契約締結後，尙有更爲信約之必要也。

中期而後，要物契約之種類，日形增加。買賣、借貸、承攬、僱傭等契約，皆爲要物契約，因物之交付而成立。且在中期以後，此等要物契約，不僅發生債務，並當然發生責任。與要物契約之發達有密切之關係者，爲定金契約 (Arrha)。

初，雙務契約當事人之一方如已將自己給付之全部交付於相對人時，其相對人始因而負有

對待給付之義務。此種制度，實際行之，頗感不便。於是至封建法時代，當事人之一方，無庸全部給付，苟給付一部——且爲形式上之一部——，即克使相對人負有對待給付之義務。仍爲買賣契約之買受人因其支付定金（*Artha*）——即支付價金之一部——而出賣人遂負有對待給付之義務。其後，此種定金之支付不特發生債務，並因此而反使當事人雙方皆負有責任。

此種定金契約之成立，原不限於買賣契約。亦得利用於其他諸種契約。因之，其效力亦有諸種之差異。蓋所謂定金其始原爲價金之預付，其後則更有違約定金，解約定金等諸種之性質焉。

第三項 純然責任契約

第一、人質契約 純然責任契約中之最古者爲所謂人質契約（*Reisalvertrag*），其起源殆遠在日爾曼之古代。最古之人質，原爲所謂占有質（*Festpfand*），即因擔保債務，以人爲質，債權人於清償債前，即得占有質人。若債務適法清償時，人質即行解除；反之，債務不履行時，則人質之身體生命，概由債權人自由處分。或鬻爲奴隸，或使服勞務，或加以殺害，均無不可。此種人質固多屬爲他人之債務而設定；然因擔保自己之債務，自行爲質者，亦復不少。

此種純然人質契約，其效果甚爲苛酷，故部族法時代以來，改以諸種手段，緩和其效果。於是人質之制，變爲債奴（*Schuldner*）。債奴云者，即爲質之人，並不屬於債權人之占有，

唯於債務不履行時，始隸屬債權人權力之下，爲其奴隸。而於此種情形，債權人亦僅得加以役使，並無生殺之權也。債奴之制，更一變而爲質奴 (Pfandknecht)。所謂質奴者，不似債奴之終身永爲奴隸，如經自己或他人備資贖取，即可回復自由。不過於其贖回以前，實於債權人，爲其奴隸而已。至封建法時代，遂更有債僕 (Schuldianschaft)，債囚 (Schuldhaft)，債宿 (Fingerg) 諸種制度。前已論及，茲不復贅。

第二、保證契約 近世學者通說，殆咸謂日爾曼法上之保證契約 (Bürgschaftsvertrag) 爲純粹之責任契約。與羅馬法系之保證制度，性質迥異。其顯著之差異，約有三點：

(1) 羅馬法系之保證人爲主債務之從債務人，保證人與主債務人負有同樣之債務。反之，日爾曼法之保證人，則爲所謂「無債務之責任」 (Haftung ohne eigene Schuld)，對於債權人並不負有何等債務，僅就他人之債務，負有代償之責任而已，故爲純然之代當人，其地位殆與質物無異。而原債務人則因有保證人之存在，雖負債務，但無責任，亦即所謂無責任之債務 (Schuld ohne eigene Haftung)。

(2) 羅馬法之保證人，僅負有第二次的補充責任，債權人應先就主債務人之財產，滿足其債權；不足時，始得就保證人之財產取償。故保證人有所謂檢索之抗辯權 (Beneficium excussionis)。反之，日爾曼法系之保證人則爲債務之唯一代當責任人，債務不履行，債權人即得對保證人強行實現其責任；而對於債務人反不得加以何等之強制。

(3) 羅馬法系之保證原爲債務，故當然移轉於保證人之繼承人，反之，日爾曼法系之保證，則僅爲單純之責任，故無被繼承性，保證人死亡時，債權人不得對其繼承人實現其責任者也。

日爾曼法系保證制度之特徵，固如上述。然一九二七年貝爾勒 (Beyle) 氏發表新說，謂於封建法時期以前，日爾曼法之保證制度，經過四次之變遷。而保證契約之變爲純然責任契約實爲第三期之變化。此種主張發表以來，雖未即行成爲通說，爲世人所公認，要不失爲現代最有力之學說。茲即依據貝氏所說，略述保證制度之沿革如次：

(一) 交出保證

日爾曼古法，債務不履行時，其債務人非提供質物，或自爲人質，即不免爲債權人所捕獲。於此種情形，往往有第三人介入當事人間，爲之調解，請求債權人寬予期限，俾使債務人別謀清償之方法。於其所定期限內，債務人之身體，暫由第三人看管，期內仍不清償時，第三人應即交出債務人之身體。此種信約 (Fides Ficta) 即爲保證契約之濫觴，而其第三人即爲古代之保證人，是以古代之保證人，原有將債務人加以留置之權利，於期限經過時，有交出於債權人之義務。故爲債務人之一種，而非純然之責任人也。唯保證人違反義務時，應負信約破壞之責，固不待言。此種保證制度，學者謂之爲交出保證 (Feststellungsgeschäft)。

(二) 執行保證

於上述交出保證制度，其債務人既於期限內暫由保證人看管留置，復須使之別謀清償之方法，實際上自多困難。於是習慣上由於保證人之好意，往往允許債務人有行動之自由，使其設法清償債務。然因債務人不無逃亡之虞，遂又取得扣押債務人財產之權利，以為其自由行動之代償。此種制度，謂為執行保證 (Exekutionsbürgschaft)。然於此種場合，其保證人亦僅負交出之債務，不過因有扣押債務人財產之權利，得以之直接交付於債權人，以免除自己之債務而已。

(三) 執行的支付保證

上述執行保證制度，第八世紀後，復行變化，而為執行的支付保證 (Exekutorische Zahlungsbürgschaft)。於執行保證，其債務人之得行動自由，原出於保證人之好意，其後遂成爲其權利。而保證人之交出義務，亦遂因而消滅。於是保證人對於債權人遂應講求何等方法，以滿足其債權。唯於此時期，保證人仍保有扣押債務人財產之權利，而對於債務人之身體，已無何等之權利。是以債務不履行時，保證人或以自己之財產，代爲清償；或扣押債務人之財產，交付於債權人，以免除自己之保證責任。然保證人若未以何等方法，滿足債權人之債權時，則債權人即得扣押保證人之財產，以資取償。此種保證制度，保證人自身對於債權人負有財產責任，於是保證契約乃成爲擔保契約 (Genantievertrag)，有代當他人債務之責；且保證人之自身，並不負擔何等債務，僅就他人債務，負有代當之責，故謂純然之責任契約 (Reine

Haftungsgesellschaft)。當時之法諺曰：『人若爲債務而設定保證人，則保證人對其債務，卽爲質物（*Wan man man borgen setzt umb Schulz, szs werden die borgen pfunde für die Schulz*）』。蓋謂保證人之代當責任，有類於質物；債務人爲債務而設定保證人時，卽與設定質物無異也。

(四) 純然支付保證

中世之日爾曼法，改以審判上之扣押爲普通強行扣押方法，債權人之私扣押，除少數例外，已非法之所許。於是保證人亦因而喪失扣押債務人財產之權利，而保證人之責任，遂更變化爲純然之支付保證。唯有應注意者，則中世以來，一切之債務，不問其發生原因如何，皆於法律上當然負有代當責任，故債務人雖經設定保證人，而對於自己之債務，依然負有責任，並不因而免除。因此保證人之責任遂與債務人之責任，同時存在，成爲同一債務之連帶責任人。更至後世，則保證人之責任逐漸變爲第二次的補充責任，對於債務人，亦有檢索之利益。遂與羅馬法上之保證制度，日趨接近。至羅馬法繼受以後，而日爾曼法上之保證制度，乃更形羅馬法化。保證人遂不僅負有代當責任，且亦負有債務；因其負有債務，遂亦有被繼承性，與羅馬法無異。

第三、人格法益之出質 中世日爾曼法上，身體責任之制度，日形緩和，固如上述。但當事人如以特約加強或限定其身體責任，亦爲法之所許。此等以身體責任爲標的而設定之特約，謂爲人格法益（*Personlichkeitsgüter*）之出質契約。

(一) 生命之出質

第十三世紀時，*Kalm* 市嘗有債務人於法官之前，向債權人締結特約，如不履行債務，即聽以債權人加以殺害者。

(二) 肢體之出質

第十三世紀以前，往往有締結特約，謂於債務不履行時，則債權人得切斷債務人之手、足或傷其肢體之一部者。

(三) 權利能力之出質

中世紀時，時有以帝國放逐，或處以破門罪為債務不履行時之懲罰者。

(四) 自由之出質

中世日爾曼法上，債權人與債務人間更得締結特約，於債務人不履行時，債權人得不經過法院，自行強制債務人為債囚 (*Schuldhaft*) 者。

(五) 榮譽之出質

中世日爾曼法更許可債務人以其榮譽出質。債務不履行時，無庸審判上之程序，出質之榮譽，即行流質，債務人遂喪失其法律上之榮譽。有時，當事人間更締結特約，於榮譽流質時，債權人即得任意對債務人，加以嘲笑侮辱，或繪成圖畫，或形之詩歌，均無不可。

上述諸種人格法益之出質契約，至十六世紀以後，遂漸趨於消滅。

第四、扣押文書 中世日爾曼法，債權人之私扣押，僅限於少數例外情形，固如上述。然當事人不妨以特約訂定於法定情形而外，得不經審判，由債權人自行扣押債務人之財產。此種特約，須以證書爲之。羅馬法繼受後，雖已不許其私行扣押，唯債權人如特有扣押文書時，則可無庸經過審判上之程序，得向法院直接請求扣押債務人之財產焉。

第四項 侵權行爲

第一、總說 任何民族，於其法律觀念幼稚之時代，皆無民事責任與刑事責任之區別。侵權行爲之概念，恆須幾經變遷，始能確然獨立，成爲純粹私法上之制度。日爾曼法，自非例外。古代日爾曼法，私法上之侵權行爲與刑法上之犯罪，皆謂爲犯行(Missetat)，於觀念上毫無區別。唯日爾曼法與羅馬法不同，所謂犯行之意義，雖屬單一漠然，要不失爲統一的觀念。反之，羅馬法上各種侵權行爲制度，則係個別發展，各有獨立之地位。故學者有謂現代各國法之所以設有侵權行爲之統一的規定，尙屬繼承日爾曼法之觀念者也。

日爾曼古法加害人與被害人之間因犯行而生之關係，謂爲私鬪(Fehde)。私鬪云者被害及其氏族(Sippe)，基於人類之報復本能得以自力救濟之方法，爲復讎之權利也。此種私鬪，原爲當時法律秩序所承認，故因適法之私鬪而爲之復讎行爲，原屬適法行爲，並不以爲犯行。其私鬪之適法，則恆以公示爲要件，即須公告於衆，或於衆人目擊之場所爲之。

復讎之目的，原爲滿足憤怒之感情。迨理智進步，改於經濟計算之下，以獲得財貨，平解

其激情，遂有贖金 (Sühngeld) 制度，以代復讎。被害人及其氏族遂於私鬥復讎之方法而外，並有向加害人請求贖金之權利。於是所謂私鬥者，遂為復讎與贖金請求之選擇權。唯其選擇之權利，自僅屬之被害人及其氏族。加害人自無選擇之餘地。且加害人若拒絕支付罰金時，被害人並得於審判上請求支付。如判決加害人應行支付，則社會全體，皆應起而應援。是以加害人如仍不履行，則即為人格剝奪 (Friedlosigkeit)，於法律上全然失其保護焉。日爾曼古代，凡為血及名譽 (um Blut und am Ehre)，皆許為私鬪，殺人者無論矣，凡婦女名譽被人侵害，婦女被人姦通或掠奪者，皆為私鬥之發生原因。此外則傷害及竊盜亦皆許其私鬥也。

其後，私鬥制度消滅而代之以贖金契約 (Sühnvertrag)，於審判上審判外皆得為之。加害人得支付贖金，為其購取平和之對價。其贖金之數額原由當事人間自由訂定，其後則以被害人之地位、年齡、性別為標準，於法律上或習慣上，皆經確定。至其贖金支付之形式，固皆因時因地，而有不同，但大都為家畜、穀物之屬，非以貨幣為之也。

贖金 (Sühngeld) 一語，原亦謂之 Busse。中世以後，則自由人被殺害時，其贖金謂之 Wergeld，其他之贖金始謂為 Busse。Wergeld 之數額主因被害人之國籍而有差異；同一國籍者間，復因身分、年齡、性別，而有不同。婦女之贖金因其缺乏防衛能力，且有懷孕能力，原為男子之二倍或三倍，其後則反少於男子。身體傷害之贖金恆以人類贖金之分數定之，毆打、蹴踏、罵詈、侮辱、貞操之蹂躪等，亦各斟酌被害人之地位及其加害行為之程度，支付贖金。

至物品之毀損，財產之侵害，其贖金之數額亦視其加害行爲而異。家畜、果木被人傷害時，類皆處以同額之罰金，竊盜強盜，爲贗品之二倍三倍，放火者則爲焚毀物品價額之九倍。

上述殺人放火諸種犯罪，其直接蒙受損害者固屬個人，而社會生活之公共秩序，遂亦受其威脅。是以公共團體對於侵權行爲人恆課以一定之罰金。此等罰金，日爾曼上謂爲平和金 (Friedensgeld)。蓋謂其以回復平和關係爲目的也。平和金制度之始，原係徵收罰金時，法官附帶徵收之手續費，漸次變爲公法上之刑罰。平和金之性質，雖爲公法上之刑罰，而其徵收之方法，則不盡單獨向被害人要求支付；多數地方，皆包含於私法罰金之中，附帶徵收，然後從中扣除。

雖然，平和金之徵收，原限於重大之犯罪行爲，其他之侵權行爲——動物，無生物之加害——縱因之受有損害，亦不課以平和金。僅課以罰金，以填補既生之損害，警戒將來之犯行。於是，私法上之損害賠償，與公法上之刑罰制度，遂漸行分化，而其成立要件，遂亦因之而異。

復次，日爾曼法上之侵權行爲有一特徵。凡侵權行爲，皆置重於其加害行爲之結果，而不以犯意之有無爲要件。換言之，純以外部表現之行爲爲標準，其加害行爲之發生，究係由於加害人之故意過失，抑係單純之偶然行爲，其間並無何等區別。故法諺曰：『加損害者須爲賠償 (Valbe loetes elbe, habe, Wer Schaden tut muss schaden hassen)』。又曰：『事實裁判

人 (Le fait juge l'homme)]，均爲此等思想之表現。因此，今日所謂未遂、教唆、幫助等皆不構成侵權行爲；然而苟有損害之結果，則加害人概須受罰。其後，刑法與私法之分野，漸行明瞭，於是刑事犯改以惡意爲要件，而民事責任則仍不以意欲之有無爲必要，雖然意欲之犯爲 (ungewollte, uebeltat)，而加害人亦應負純然之結果責任 (reine Erfolgshaftung)。是爲所謂原因主義 (Veranlassungsprinzip od. Verursa chungsprinzip)，雖於今日之私法領域，猶與羅馬法上之過失主義 (Culpaprinzip) 相對立也。

第二、他人加害行爲之責任

(一) 無責任能力人之行爲

羅馬法採取過失主義，無過失者，斯無責任。其對於自己之行爲不知有過失者，亦不負何等責任。是以未成年人，心神喪失人就其所爲之侵權行爲，皆不負責任；唯其監督義務人如因過失而怠於監督時，則因有過失，故不免損害賠償之責。反之，日爾曼法無責任能力人亦有侵權行爲之責任；而其家長對於其家屬加於他人之損害，亦應負絕對的責任，蓋因家屬既服從家長之支配，故不問家長之監督義務如何，皆應對第三人負其責任也。

(二) 受僱人之行爲

羅馬法採過失責任主義，故僱用人非就受僱人之選任監督與有過失時，不負責任。反之，日爾曼法則苟關於事務之執行，對於受僱人之一切行爲，皆承認其結果責任。

第三、動物及物體加害之侵權行爲

(一) 動物

羅馬法上，因動物之違反其通常性質加損害與他人時，其所有人得交付動物（或交付贖金），免其責任；猛獸之加害或通常動物依其性質而加害時，則因所有人有無過失而定其責任。反之，日爾曼法則苟爲動物之占有人，則對於動物之加害，即應負擔無限責任。

(二) 建築物或其他工作物

羅馬法上，因建築物或其他工作物之設置或保存之瑕疵而發生損害時，其占有人如與有過失，或預與鄰地所有人爲損害賠償之約定（*cautio damni infecti*）時，始負損害賠償責任。反之，日爾曼法於此種情形，不問其爲所有人或占有人，亦不問是否與有過失，苟就物之利用享有益者，皆負賠償責任。

第五項 債權之讓與

日爾曼法，非經債務人之承諾，債權人不得單獨將其權利讓與他人。蓋因日爾曼法上契約概須依其文詞嚴格解釋，非契約當事人之第三人對於特定債務人所負之債務或責任，自不克享有何等之權利也。及至都市法時期，少數都市，漸承認債權之讓與。羅馬法繼受以後，遂皆改依羅馬法之原則，承認債權讓與之自由焉。

第六項 代理

日爾曼法自佛蘭克時代以來，僅於訴訟法上例外的許為代理；而私法上之交易，則直至第十二世紀終了，尚不許為直接代理。第十三世紀以後，經過法官之承諾，則許其以委任指定私法上之代理人，然其法律行為於代理人與相對人間為之以後，本人尚須更與相對人間重複為之。是日爾曼法上之直接代理制度於封建法時期之末葉，尚未充分發達。然以他種形式間接達到代理目的之手段，則於佛蘭克時代，即經存在。茲就其主要者列舉說明如次：

(一) 向第三人為給付之契約

部族法時期以來，當事人間以契約訂定一方向相對人以外之第三人負有給付之義務；或就相對人及第三人中，任擇一人為給付者，此種契約，原屬有效。故當事人往往利用此種向第三人為給付之契約，以達到代理或債權讓與之目的。且此等向第三人為給付之契約，與羅馬法之原則不同，其第三人雖未承諾，亦因此契約而當然取得債權焉。

(二) 信託

日爾曼法上有所謂信託(Salman)制度，其起源原為繼承法上之遺囑執行人。凡以遺囑選定執行人者，於遺囑人死後，即取得遺產之所有權及占有，然後依其遺囑之趣旨，處分財產。此種制度，於中世以後，往往利用於諸種目的。其利用之以達代理之目的者，有左述之二種：

(1) 州法之信託

州法上之信託，約有下列二種情形：

(a) 不動產之所有人於其外出中委託受託人向特定人爲不動產之讓與，於是受託人遂於將來向第三人爲讓與之條件人，取得其不動產之所有權，同時，遂對第三人——即所有人指定之受益人——負有讓與之義務。

(b) 不動產之受讓人於其外出中得豫先選定受託人，於是讓與人先將其不動產移轉於受託人俟信託人歸還後，更由受託人移轉於信託人焉。

於上述二種情形，其受讓人即取得其不動產之所有權及占有，不過於其被選任爲受託人之際，須以信約 (Treuhand) 確保其義務之履行。故其取得之所有權及占有，因此信約遂受有債權之制限焉。

(2) 都市法之信託

都市法上之不動產所有權限於市民始能享有。其無市民權之外人，恆選定市民爲其受託人，藉此以達其取得並保有不動產之目的。其受託人須以信約確保其義務之履行，固與州法無異，而其所負之義務，則迥然不同。即

(a) 受託人於取得不動產所有權後，須於一定期間後，將其不動產之占有及用益移轉於信託人。

(b) 須代信託人對第三人保護其不動產之所有權。換言之，如有第三人侵害其不動產所有權者，受託人負有保護之義務。

(c) 於信託人命令將不動產讓與第三人時，有將其讓與第三人之義務。是則都市法上之受託人雖爲其取得不動產之唯一所有人，然因依其信約，負有上述義務，毫無處分之權能，不過純爲名義上之所有人而已。

第三節 物上責任

第一項 動產質

日爾曼古法，質權之客體，限於動產。動產質之發生原因，復有二種：其一，係因公私之扣押 (Pfändung) 而發生者；其一，係依契約而設定者。最古用語，前者謂之 Pfant, pfand；後者謂之 Wadia, wette。而中世以後，則二者咸謂爲 Pfant，不復加以區別。

日爾曼古代之法律行爲概爲現實行爲，故動產質權之成立，亦以債權人取得質物之占有 (Pfandgewere) 爲要件。故法諺曰：無拳即無質權 (Ohne Faust kein Pfand)。意謂債權人如不握有質物，其質權即不成立也。

至其動產質之性質，原爲債權之預爲清償，故於出質人清償債務時，其質權人須保存質物受領時之價格，返還於出質人。是以如無特約，質權人自不得加以使用、處分或轉質與人。如因可歸責於質權人事由致標的物受有損害者，固應賠償，即係由於偶然之事件 (Zuhall) 致標的物毀損滅失者，亦有損害賠償責任。然其後對此原則，漸有例外。如薩克遜鑑 (Sachsenspiegel)

對於嚴正之質權人之責任，設有例外。即家畜之因偶然事件（例如疾病）而有損害者，其質權人即可免除責任。其後各地之法律，更就此種例外，加以擴張。凡因偶然事件致標的物滅失者，其損益由質權人及出質人平均負擔。債權人方面因之喪失其質權，而出質人亦因之喪失其質物之價格。

動產質原為純然之物上責任（reine Sachhaftung）。純然之物上責任云者，即僅以質物負代償債務之責任，債務人於質物而外，別無入上責任者也。是以債務不履行時，其債權人僅能就質物取償，如其價格不足清償時，債權人亦不能更就債務人之其他財產，請求滿足。反之，如其質物之價格，超過債權額時，亦無庸返還於債務人。然至第十三世紀以後，當事人間得以特約約定債務人就質物價格之不足部分應就債務人之其他財產，另行支付，同時，債權人就其超過部分，亦應返還於債務。此種慣例，漸於多數地方，成為法律。於是動產質權遂由純然之物上責任，一變而為確保債權之單純擔保方法焉。

動產質之始，原為歸屬質（Verfallspfand），即於債務不履行時，其質物應歸屬於債權人之所有者也。至第十三世紀以後，因上述出質特約之發達，而動產質之性質，遂變為變賣質（Verkaufspfand）。即於債務不履行時，債權人得變賣質物，就其價金，受領清償者也。而其質物之變賣，如無特約，應由法院為之。將不能變賣時，則由法院評定價格，歸屬於債權人所有。

動產質之成立，原以質權人取得質物之占有爲要件。及至都市法時期，多數都市，亦漸承認無占有質 (*nevere Satzung an Fahrverdi*) 之制度，就不便移轉之貨物、農作物、農具及船舶，雖不移轉占有，亦得成立質權。唯其設立時須經證人到場，並登載於都市公簿 (*Stadtbuch*) 耳。雖然，其各個動產如已不屬債務人之占有，而移屬於第三人時，則因適用 *Hand muss Hand wahren* 之原則，而債權人之質權，亦即因而喪失。

第二項 不動產質

第一、所有質 日爾曼民族於第七世紀以前，并無純然之不動產質權制度。唯有將不動產所有權爲附條件之讓與，以供債權擔保之用而已。此種制度，近世學者恆名之爲所有質 (*Proprietätspfand, Eigenthumspfand*)。其不動產附條件之讓與方法，復有二種：

(1) 附解除條件之讓與

依此種方法，須由債務作成不動產之出賣證書 (*Carta venditionis*) 交付與債權人；債權人則另具返還證書 (*Contracarta*) 一紙，載明債務清償時其出賣證書，即行無效，應即返還於債務人等字樣，交付與債務人。其結果，債權人遂取得該不動產之附解除條件所有權與占有焉。此種制度先將不動產所有權讓與債權人，俟債務清償時，再將擔保物之所有權，返還於債務人。是其經濟的意義以及其法律的性質皆與羅馬法上之所謂信託行爲 (*Fiducia*) 極形酷似。所不同者，於債務清償時，其信託行爲之債務人僅有對人訴權，不得對第三取得人主張返還；而

日爾曼法上所附之解除條件，則有物權的效力耳。此種附解除條件之讓與方法，於後世不動產質權發達以後，依然存續。至中世以後，遂與附買回約款之買賣 (Verkauf auf Wiederkauf) 相混同。

(二) 附停止條件之讓與

此種制度，爲少數民族間之習慣。依此種方法係由債務人於債務證書上書明如不於清償期清償債務時，債權人即得扣押指定之不動產，或即以本證書視爲出賣證書等等字樣，交於債權人。債權人即從而取得該不動產之附停止條件之所有權。而其擔保物之占有，則於條件成就以前，尙屬諸債務人（所有人）者也。

第二、古質 純然之不動產質權制度，至佛蘭克時代末葉，漸形發達。其最古之形式，即所謂古質 (Aeltere Pfandung)。此種質權制度，以債務人將質物占有移轉於債權人爲其設定之要件，故今日之學者，恆稱之爲占有質 (Besitzung mit Gewere)。上述之所有質須將質物之所有權移轉於債權人以擔保質權之清償，而此種古質則僅將質物之使用收益權移屬於債權人，以供債權之擔保，故學者更稱之爲收益質 (Nutzpfand, Nutzungspfand)。

日爾曼法上之古質復有二種：其一，其質物之收益，不特用爲借貸原本之利息，且以其收益之一部抵充債務之原本，俟原本全部銷除完了時，則債權人應將其質物返還於債務人者也。此種古質係因收益而其質權遂漸趨死滅，故名爲死質 (Todsatz, Todsatzung)。又因其收益銷除

原本，故近世學者又呼之爲銷除質 (Annullationssatzung)。其二，則債權人以其質物之全部收益，用爲借貸原本之利息，並不以之抵充原本者也。學者謂之爲利質 (Zinssatzung)。

所謂古質，雖有上述二種之區別，而中世紀時最普通之收益質，則爲利質。其質物之收益如顯然超過借款之利息時，則或以特約限定其收益之比例；或將質物之占有仍委付於債務人，使之按期交付一定之租金 (Pachtzins)，以爲代價。債權人雖有將其質權讓與他人之自由，然質物之本身，則非債權人所得處分。債務人若不清償債務，則債權人既不克取得質物之所有權，亦不得將其變賣。其質物之所有權既仍屬於債務人，故債務人自有處分之權能，並有返還借款，回贖質物之自由。此種回贖，原爲債務人之權利 (Kaufungrecht) 而非其義務，故債權人自不克向債務人請求清償債務，回贖質物。且其回贖權之行使，以無期限爲原則，無論何時，皆得爲之。故後世學者恆又名利質爲永久質 (Ewigkeitzins)。然當事人間往往有就回贖期間，設有若干限制者。或約定於一定期間內不得回贖；或約定須於回贖期前豫先通知；或爲債權人之便宜，約定須於不妨礙其收益之時期，備價回贖。更有約定如不於一定期限內回贖，則其回贖權即行消滅，而債務人遂永遠喪失其質物之占有與收益，債權人之質物收益權，則化爲永久的權利。不過其質物之所有權爲屬於債務人而已。是即學者所謂之無回贖權之永久質 (Ewige unlosbare Satzung, Ewigkeitsbeschaft ohne zeitgrenze)。

債權人對於質物，僅能爲使用收益，而不得加以處分，以代清償，固如前述。唯其後則當

事人間時以特約約定就質物取償之方法。或由債權人取得質物，以代清償；或將質物變賣，以其價金，受領清償。前者爲歸屬質 (Verfallpfand)，後者爲變賣質 (Verkaufspfand)。蓋皆收益質而兼有物質質 (Substanzpfand) 之性質者也。

以上所述之古質，係以質物爲其債物之唯一責任物 (Haftungsoljekt)，倘無特約，債務人卽不負有人上責任。故爲純然之物上責任 (reine Sachhaftung)。與羅馬法系之質權制度，有二顯然不同之點：

(一) 質物之價值如不足清償時債權人不得更就債務人之其他財產，請求清償；

(二) 其質物如因偶然之事件 (Casus) 而滅失時，其損害應由債權人負擔，其債權關係，當然消滅 (註)。

第三、新質 都市法時期，更有所謂新質 (neuere satzung) 之制度，因其不以質物之占有移轉爲要件，故亦曰無占有質。此種新質，係由當事人間利用前述之平和評定 (Friedehaun) 之不動產扣押程序而來。卽爲確保債權之清償，由債權人及債務人雙方合意，並經過審判上之程序，預先指定債務人所有之特定不動產爲其強制執行之標的物者也。是以又名爲強制執行質 (Pfandgesetzung)。

(註)我國固無法，有所謂不動產典之制度。其性質既非不動產買回，復非不動產質權。學者對之，多苦不易解釋。應見所及，則實與貝爾曼法之古質，同爲所謂純然之物上責任。詳細參攷早稻田法學第十四卷所載拙稿「典權之研究」。

新質之債務人仍保留其質物之收益及占有，然不得就其質物爲不利於債權人之處分。於債務不履行時，債權人得就其不動產爲強制執行。或取得質物，以代清償；或變賣質物，以其價金，受領清償。此種質權人之權利，是否物權，學者間雖亦不無議論。然最低限度，於十四世紀以後，已有物權的效力，則無疑義。此種新質，與古質不同，爲不動產之附停止條件讓與故爲所有質之一種。同時，債權人復得就質物取償，故又不失其爲物質質（歸屬質或變賣質）焉。

新質之性質，其始亦與古質同爲純然之物上責任，質權人僅得就質物滿足其債權。其後，多數地方，皆承認質物不足清償時，債權人得更就債務人之其他財產取償；反之，其價格如有餘額，亦應返還於債務人焉。

第五章 親屬法

第一節 家族與氏族

第一、家族 古代日爾曼人之所謂家者，原不出二世間——親子與未婚之弟妹間——之共同生活。女子因結婚而去父家入夫家，男子亦恆因結婚而創設新家，故三世同居——於二世而外，包括孫男女——者，殆屬例外，頗不多見。如以專門術語言之，則古代日爾曼之家族團體，爲所謂個別家族 (*Bonderfamilie*)，非大家族 (*Großfamilie*) 也。雖然，喪父之未成年之子爲被監護人，同居於監護人之家；離婚之女子同居於父兄之家；非則由人——僕婢——與主人同居，而受僱人，食客等自由人亦往往同居於其主人之家。故一家之中，於妻子弟妹而外，更包括被監護人、僕婢、受僱人食客等人，而形成一家庭團體 (*Herrschensschaft*) 者，固爲數見不尠者也。

家族團體爲支配的團體 (*herrschaftlicher Verband*)，所屬之家屬，悉位於家長權力之下。此等家長對於家屬之權利，名爲家長權 (*Macht*)。然因其家屬之身分不同，所受之待遇亦異。如家長對於其妻，以夫之地位而行使其夫權；對於其子，以父之地位而行使親權；對於其

被監護人則以監護人之資格行使監護權；對於其僕婢，則以主人之資格行使物權的支配權；而對於其受僱人及食客等則因為保護人而有保護權。是以所謂家屬，並非統一的觀念，其中更包括有妻子，被監護人……等特殊觀念；而所謂家長權，亦非統一的權利，其中實包括有夫權、親權、監護權、物權、保護權等種種特殊權利者也。法制史上，家長對於家屬頗有得以其家長權為同等之支配者；然日爾曼法上各種親屬權皆各有其特殊之意義也。

第二、氏族 日爾曼人所謂親屬者，原僅以男系親為限。蓋因當時親屬法制，女子因結婚而入夫家，與其夫家之親屬，發生親屬關係；而與其父家之親屬關係，亦即因有斷絕。故法諺曰：『女子為親屬之終了』焉。女子於夫家所生之子女與其夫家之親屬，固有親屬關係，而對其父家之親屬，則毫無親屬關係。因此，日爾曼古代之所謂親屬者，要以與己身出於同一之父或祖父者為限。其出於同一之母或祖母以及母方之祖父者，則非親屬。此種純以男系為基本之親屬組織，謂之氏族 (Stippe)。

在日爾曼古代所謂氏族者原為軍隊編成上之單位，且為土地分配上之單位。平時則氏族受領公有地之分配，從事於耕作；戰時，則以氏族編成一部隊而出征。且氏族為自主之團體，族內之事件，概得自行處理，並排除外力之侵入。然此等氏族之公法的軍事的機能，因國家之成立，遂行喪失。蓋因國家成立以後，改以郡 (Hunderschaft) 為軍隊組織之單位；土地所有之單位，亦改屬於馬克共同體；皆改以地方的團體，代替血族的團體。且國家成立以後，氏族內

部之事件，亦須聽從國家之干涉。而氏族之自主的地位，亦遂因而喪失。

日爾曼之氏族爲平等的團體 (*genossenschaftlicher Verband*)，而非支配的團體。故氏族之內，並無族長。族內事務概由氏族所屬之各家家長合議決定之。

氏族云者，原爲一種保護團體。同族之人，皆有相互親愛扶助之義務。其義務約如左述：

(一) 氏族中如有生命、身體、名譽爲他氏族人所毀者，則對於加害人及其同族之人，負有共同復讎之義務。反之，加害人之族人，對於他族之復讎，負有共同應戰之義務。

(二) 於上述情形，被害人方面如請求贖罪金時，則加害人之族人，皆有於特定比例共同分擔之義務。被害人之族人則得按照比例，享有分配之權利。

(三) 對於族中之寡婦及未成年者，族人負有共同監護之權利義務。

(四) 族人爲訴訟時，其同族人須爲其訴訟輔佐人，同至法院，與以訴訟上必要之補助（例如宣誓之補助）。

上述氏族之團體——亦即所謂男系本位之親屬組織——，於部族法時代，即有崩潰傾向，中世而後，殆僅餘少數之痕跡而已。蓋因法律思想，較前進步。親屬法上之權利義務——例如扶養之權利義務，繼承之權利、監護之權利、復讎之權利等等——皆不應爲男系親所獨占，女系親亦應共同享有負擔。於是男系女系，遂不復予以區別，苟有血統關係，即互視爲親屬。法諺曰：『親屬之血，一滴亦沸 (*Freundesblut wallt, wenn es auch nur ein Tropfen ist*)』

蓋卽爲此等思想之表現。此種不分男女系別，以個人爲中心之血族團體，亦往往稱爲氏族(Sippe)。故近世學者往往改稱古代之氏族爲 feste Sippe，以示二者之區別焉。

第二節 親屬

第一、親屬之分類 日爾曼人之親屬觀念，於部族法時期以後，卽行擴大。於是親屬之中，遂又有種種區別。其中之一團往往優先於其他一團，或得特別享有親屬法上之權利，或須特別負擔親屬法上之義務。其區別之方法，原有多種。茲就其重要者分別說明如下：

(一) 男性親 女性親

男性親(Schwertmagen)者男系血族中之男性親之謂也。女性親(Spindelwagen) (註)者男系血族中之女性親及女系血族中之男女兩性親之謂也。此種區別，恆於監護權之行使時用之。蓋男系親之監護權恆優先於女性親也。

(二) 父方親屬 母方親屬

父方親屬(Vatermagen)爲父方之親屬；母方親屬(Muttermagen)爲母方之親屬。是爲就親屬賠償金(Magstühe)之分配所設之區別。親屬賠償金者係於殺人或身體被害時，由加害人之親屬全體向被害人親屬全體支付之賠償金。日爾曼人恆將之分爲二份，三分之二，以與父方

(註) Schwert 之義爲劍，用以象徵男性；Spindel 義爲紡錘，用以象徵女性。

親屬；三分之一，以與母方親屬。

(三) 同列法

同列法 (Vaterschaftssysteme) 係就親屬全體中特將同列親 (Vetter) 取出之方法也。同列親者，蓋謂其與最近之共同始祖之距離世數，與自己相同者也。例如堂兄弟姊妹與祖父母相隔二世而與自己同列，再堂兄弟姊妹則與曾祖父母相隔三世而與自己同列，故皆爲同列親。此等同列親間大抵年齡相近，故交際既密，相知亦深。而親屬法上之某種義務——例如復讎義務，保證義務——皆以由同列親負擔爲最適當。故日爾曼法上，以上二種義務，不問其親等之遠近，概由同列親負擔之焉。

上述同列親相互之間，以堂兄弟姊妹爲第一同列親 (erster Vetter)，再堂兄弟姊妹爲第二同列親 (zweiter Vetter)，而三堂兄弟則爲第三同列親，位於最後。兄弟姊妹的理論上固亦爲同列親，而同列親之觀念中，則兄弟姊妹不與焉。

(四) 同圓法

日爾曼親屬區別中，最重要者，爲遠親 (Magschaft) 與近親 (Magschaft in engerem Kreis) 之區別，近親云者，親子及兄弟姊妹之謂。此等親屬皆居於同一家屋，形成一家屬共同體，故日爾曼人以之置於全親屬中之中心內圓，以示特別尊重。卽以此內圓爲中心，於其周圍，更繪無數外圓，一切親屬，皆於外圓內，指定其親屬地位。內圓爲近親，包括親子，兄弟

姊妹、第一外圍則包括祖父母、孫、伯叔、姪男女，是謂之第一遠親 (erst Mageschaft)。第三外圍則爲曾祖父母、曾孫、伯叔祖父、堂兄弟姊妹、諸姪之子女等。謂之第二遠親 (Zweite Mageschaft)。以下皆以一世爲半徑依次繪其外圍，以分別其第三遠親，第四遠親等。此種親屬分類法，即謂之同圖法 (System der Konzentrischen Kreise)。

(五) 同行法

中世以後，日爾曼之親屬分類法中，復有所謂同行法 (parentelenordnung) 者，以定親屬之遠近。同行親云者，即各始祖之卑親屬全體之謂也。依此種方法，則自己之卑親屬全體——子、孫、曾孫、玄孫等爲第一同行親 (erste Parentel)。親、兄弟、姪、姪之子、姪之孫等爲第二同行親 (Zweite Parentel)。祖父母、伯叔、堂兄弟姊妹、堂兄弟姊妹之子等則爲第三同行親 (dritte Parentel)。

依上所述，是或因其性別之不同，分爲男性親與女性親，或因其年齡之差異，分爲同列親與非同列親；或因其生活之狀態，分爲近親與遠親。要皆注意其親屬之實質的區別而爲分類者也，而親屬法上之權利義務之分配，亦即依其親屬之分類而爲適宜之分配。此爲其與近代親屬法顯然之差異。蓋在近代之親屬法，所重視者爲親屬間之距離——即其親等之遠近——而其實質之區別，往往忽略不顧；反之，日爾曼法之最注意者則爲其親屬之種類焉。

第二、親等計算法 日爾曼法之親等計算法，與羅馬法不同。日爾曼法測度親屬關係遠近之方法，謂之親節制。蓋日爾曼人以模擬人體之圖形表示家族之系譜。即將父母書於人體圖之頭部。自身及兄弟姊妹書於頸部，兄弟姊妹之子書於肩部，次代之子書於肘部，更次代則書於手腕，以至中指之第一節，第二節，至第三節已無關節可書，而親屬亦即因此終止。父母及兄弟書於頭部及頸部，此等部分，為軀幹 (Rumpf) 而非關節 (Gelenk)。兄弟姊妹之子以下，則以第幾節呼之。如兄弟姊妹之子書於肩部，是為第一節親屬，次一代書於肘部，則為第二節親屬。以下依次類推。軀幹部分，固同屬共財，純受家屬法之支配，故無論究親屬關係遠近之必要。其後因家屬分解，故致以兄弟姊妹為第一節，其子為第二節焉。反之，羅馬法則為狹義之親等制，以親屬二人間之雙方世數之和為象徵親疏之階段。故父子為一親等，祖父與孫為二親等。傍系之親等則合算雙方至同源始祖之世數，故兄弟為二親等，叔姪為三親等。日爾曼式之親節制，對於直系血親，頗苦不能計算，故十一世紀後寺院法為制定婚姻法與世俗法相對抗，乃做羅馬式以修正日爾曼式，是為寺院法式之親等制。其計算方法，直系血親與羅馬法式同，傍系血親則先就二人至其共同始祖之雙方世數，比較其多少。世數相等時，即以其一方為其親等之數，不等時則取其多者為親等之數。故兄弟姊妹為一親等，叔姪為二親等。現行各國民法，大都採取羅馬法式，我國法律草案，因寺院法式計算法與我國固有之五服制度，頗多暗合，故曾採取寺院法式，但現行民法則仍做多數立法，例採取羅馬法式焉。

第三節 婚姻

第一項 婚姻之方式

第一、日爾曼法 日爾曼人於有史以來，即以一夫一婦為家庭生活之中心。塔西塔斯 (Tacitus) 於所著日爾曼誌 (Germania) (註)，即曾讚美謂『日爾曼人與其他野蠻人不同，人有一婦，均感滿足』。唯在經濟優裕之貴族，仍有一夫多妻之風；而國王殆以多妻為通例；於一妻之外，蓄妾之風，亦頗盛行。

日爾曼民族之婚姻制度，雖自古代以來，即以一夫一妻制為原則，而真正婚姻制度——即因新郎新婦間之合意而成之婚姻契約——之確立，則始自十二世紀間。於此以前，日爾曼人之婚姻，非新郎新婦間之契約，而為新郎與新婦之家長 (Muntwalt) 之契約，或新郎之家長與新婦家長間之契約也。茲就日爾曼法婚姻制度之沿革，因講述之便利，分為四期，說明於左：

(一) 第一時期

日爾曼古代婚姻之方式，亦不脫野蠻民族之慣例，有掠奪婚 (Raubhe) 與買賣婚 (Kaufehe)

(註) 塔西塔斯為羅馬有名之歷史家，所著日爾曼誌一書，對於日爾曼人之種族習俗，論究最詳。與德撒 (Orosius) 之『卡里西德志 (de Belle Gallico, De Gallicis Rite)』同為研究古代日爾曼社會生活之重要史料。

二種原始婚姻型態，同時存在。達爾貢 (Darwin) 等少數學者，主張日爾曼人之原始婚姻僅有掠奪婚，以掠奪行爲爲婚姻成立之必要前提；其後因重視賠償金之支付，苟支付對價，縱無掠奪行爲，亦得成立婚姻，始發達至買賣婚之觀念，故買賣婚之制度，實係自掠奪行爲支付賠償金之習慣進步而來者也。然一般通說則主張買賣婚之獨立性，二種制度，同時並存。且以買賣婚爲普通之婚姻方式，掠奪婚者，不過爲不得已時，承認之例外而已。

買賣婚之方式，通常皆由新郎新婦之家長以現實買賣之形式爲之。當事人非新郎新婦而爲雙方之家長，新婦之家長於受領價金後，即將新婦移轉於新郎家長。其所以採取現實買賣之形式者，固係將新婦視同契約之物體；而當時法律行爲典型之貧弱，亦其原因之一。蓋在日爾曼古代，法律行爲不出現實買賣與宣誓 (Eid) 二種典型。凡移轉標的於將來者，概依宣誓之形式；反之，即時移轉者則悉取買賣之形式。故婚姻亦不得不依買賣之形式爲之焉。

掠奪婚之成立，係掠奪者於掠奪行爲以後，向被掠奪者之父，提供一定之賠償金——其金額與其女被殺害時所應支付者同——。對方受領其賠償金時，掠奪婚即化爲正當婚，掠奪者遂取得夫之身分。唯此種賠償金之支付，原限於同一部族內之婦女掠奪行爲。其掠奪他族之婦女者，則無支付賠償金之必要；掠奪者原可任意取爲妻妾者也。

(二) 第二時期

其後因法律行爲觀念，略有進步。已知於移轉行爲中，更有債務行爲與其履行之區別。於

是婚姻行爲亦分爲婚約 (Verlobung) 與結婚 (Trauung) 二者。前者爲債務行爲之性質，後者爲履行行爲之性質。當事人亦非雙方之家長，改爲新郎與新婦之家長。女子則尙未取得締結婚姻當事人之地位也。

(1) 婚約

婚約之方式，如僅新郎與新婦之父——或其監護人——互約將來交付新婦，猶若未足，必須爲物之授受。換言之，卽婚約爲要物行爲，其成立也，於雙方之合意外，更須爲一定之現實行爲。然其授受物之性質，則因地方而異。文化較低之種族，以之爲買賣之價金；其較爲開化者則視爲定金。但其定金非用以證明婚約之成立，而係婚約成立之要件。蓋非證約定金 (arra confirmatoria)，而爲成約定金 (arra constitutiva)。故其物之授受非婚約之附屬行爲而爲其構成之要素焉。

(2) 結婚

結婚爲婚約之履行，以將新婦交付於新郎爲目的。結婚行爲之實行，皆經過二段順序。(一) 新郎至新婦之家；訂婚之際，如未支付代價，則於此時支付；如未全部支付，則支付其餘額。其支付之對方，非新婦而爲新婦之父或其監護人。支付既畢，其新郎與新婦之父或其監護人握手。並使新婦，跪坐其前。手爲權力之象徵，新婦之父既與新郎握手，以示將新婦自其權力解放。跪坐則爲服從之象徵，新婦跪坐於新郎之前，以示其服從。是爲結婚行爲之前段，蓋

以新婦脫離其所屬之血族團體爲目的者也。(二)前段行爲，既經終了，則由新郎將新婦迎至其家，於親屬面前，同入寢室。是爲結婚之後段行爲，要不外以新婦之加入新郎之血族團體爲目的者也。——是爲日爾曼婚姻法之第二期，大致與部族法時期相當。

(三)第三時期

其後，因受基督教之影響，婦人之地位，顯有進步。新婦遂非絕對服從其父代訂之婚姻，對於其父締結之婚約，已有拒否權 (*Widerspruchsrecht*)。其次，則新婦自身，且得爲契約之當事人，得與新郎訂結婚約，而其父及監護人遂僅擁有同意權而已。因此，新郎遂無庸向其父或監護人支付價金，改向新婦本人爲之；而新婦亦因地位之平等，須向新郎，有所饋贈。羅馬時代，指環交換之遺風，至此復被採用。而其法律的性質，亦不似前此之出捐行爲，純爲婚約之成立要件，有成約定金之性質；蓋用以證明婚約之成立，不過爲證約定金而已。至婚約之本身，則苟有新郎與新婦之合意爲已足。

於此時期，婚約既成爲單純之合意，無庸爲物之授受；同時，結婚亦變爲空虛之儀式。即新郎亦不似前此須親握新婦之父或監護人之手，僅與新婦之媒妁握手，爲新婦解放之表示即可。然此種表示，仍爲婚姻成立要件之一部，若無媒妁，婚姻即不成立。是以於此時代，婚約爲單純之合意，而結婚則爲空虛之儀式，二者相合，婚姻即行成立。是爲日爾曼婚姻法之第三時期。

上述時期，新郎雖仍須爲出指行爲，而其支付之意義，則顯然變更。並非用爲新婦買得之價金，而係確保妻之將來而支付者也。申言之，卽用以確保離婚後妻之地位以及夫死後寡婦之地位而支付者也。故其性質，並非代價，而係離婚罰，應繼分，以及寡婦扶養費焉。是以此等費用之支付，非向新婦之父或監護人爲之，應向新婦本人支付。其支付之時期，亦不必與結婚同時，類皆婚後支付。蓋此等出指行爲無論於觀念上，時間上，皆係與結婚獨立之財產行爲。婚姻之締結，既不包含財產的要素，遂成爲純粹身分法上之行爲焉。

(四) 第四時期

十二世紀以後，日爾曼婚姻法已入於無式之時期。婚約已非婚姻之要素，別爲獨立之契約，媒妁所爲之新婚解散之表示，亦非婚姻之要素，成爲單純事實上之儀禮。婚姻之本身，則因無式之合意而成立。當事人間，苟有締結婚姻之合意，婚姻卽行成立。羅馬法上烏爾脾阿奴斯(Ulpianus)所謂『非合衆成婚姻，實合意成婚姻 (Nuptias non cenobitibus, sed consensus facit)』，遂亦通行於日爾曼法。是爲日爾曼婚姻法之第四時期。

綜上所述，是日爾曼之婚姻法史，實爲當事人意思之向上史。因其置重當事人之意思，故其後遂排除家長之干涉，排除親屬之參與，並排除媒妁人之媒妁，僅因當事人之合意，婚姻卽行成立。且因其置重於婚姻意思，故財產移轉之意思，亦復嚴予區別，各自獨立，俾使婚姻得因純粹婚姻意思之合致而成立。要言之，則日爾曼之婚姻法係自事實主義趨於意思主義，自要

式主義趨於無式主義；自要物主義趨於諸成主義，而婚姻之成立要件，遂歸一於意思一元，而婚姻遂與婚姻意思表示成爲同義語焉。

第二、寺院法 寺院法對於歐洲中世婚姻所採取之態度，大別言之，得分爲認可時期及干涉時期。茲分述之。

(一) 認可時期

寺院尙未握有婚姻主權之際，婚姻原依世俗法而成立，寺院並不加以干涉。不過於婚姻成立之後，寺院得基於宗教之立場，重行審查。合於寺院法之規定者，予以認可；不合者，則拒絕認可。其拒絕認可者，固不發生寺院法上之效果，然仍無害於其世俗法上之效果。是故婚姻之成否，原依世俗法而決定，寺院法不過於婚姻成立後，分別認否而已。

其後，世俗法上，婚姻締結之方式，雖已變更，得依新郎新婦無式之合意而成立，而其與寺院法之關係，則仍依舊慣。蓋新郎新婦，成爲契約之當事人，因無式之合意，成立婚姻，原屬世俗法上婚姻要件之變更，而寺院法與世俗法之關係，並無二致。十二世紀以後，結婚之儀式，雖經改由僧侶執行，亦不過爲事實上之儀禮；婚姻之成立，則仍單純由於當事人之合意者也。

依上所述，是在十二世紀以前，有二種婚姻。其一，係依無式之合意而成立，於成立後並經寺院之認可者；其一，係僅依婚姻之合意而成立未經寺院認可者。而事實上，則後者——未

經寺院認可之婚姻——日趨減少。蓋據寺院方面之主張，則婚姻經寺院認可之後，遂行純化，得享上帝所賜之恩惠。否則，雖亦不失其為婚姻，但非上帝所佑。中世紀人，類皆信仰宗教，遂爭趨寺院，請求認可焉。

雖然，寺院之認可，既係於婚姻成立後，決其是非，對於婚姻之成否，無從左右。是以僅依無式之合意而成立之婚姻，並不絕跡。寺院僧侶，深感不滿。蓋在寺院方面，原以肅正人類性慾生活為己任，不合於寺院法之規律者，頗不欲認為婚姻。為使未經認可之婚姻，絕跡於世，於是寺院方面，遂放棄成立後之認可主義，改就婚姻之成立，採取干涉主義焉。

(二)干涉時期

寺院法既擬改取干涉主義，婚姻之成否，須依寺院法而決定，若不具備寺院法上之成立要件，則其婚姻自始即不成立。唯寺院法雖欲就婚姻之成立，加以干涉，同時，仍擬保持婚姻之契約性，以當事人自身之婚姻意思，為婚姻關係發生之主因。遂採取日爾曼法上行為證人之制度，以為其干涉之方法。蓋日爾曼法上所謂之證人有證據證人（*Beweiszeuge*）與行為證人（*Geschafterzeuge*）之別。證據證人不過為一種證據方法，證明法律行為之成立，而不能左右法律行為之成立。反之，行為證人則為意思表示之方式，得左右意思表示之成否。因法律行為之重要與否，附加行為證人二人，三人，或七人，當事人須於行為證人前為意思表示，始屬有效。寺院法遂採取此等行為證人之制度，參與婚姻之締結。寺院既自居於行為證人之地位，成

爲婚姻締結之方式。於是婚姻雖仍保持其契約性，因其合意而成立，然其成立，須經寺院監視。故寺院之參與，雖不過爲婚姻意思表示成立之補助，然爲其必要之補助，非經寺院參與，婚姻契約，即不成立。蓋婚姻關係之發生，雖仍以當事人之意思爲原動力，而其成立，則係位於寺院監視之下者也。至寺院法之明白表示此種干涉主義，當以托崙 (Trient) 宗教會議，爲其嚆矢。托崙宗教會議之決議曰：

『有效之婚姻，須當事人於管轄該教區之僧侶前，帶同證人二人或三人，表示婚姻之意思，始行成立。』

是故寺院雖處於被動的地位，然爲婚姻表示之必要的補助人。非有管轄僧侶及二人以上之證人到場，婚姻即不成立。其所以須有證人二人到場者，則係因襲日爾曼古代之風習，蓋以古代婚姻之際，恆有新郎新婦雙方之氏族 (Stippe) 代表二人到會焉。

第二項 婚姻之效果

婚姻成立後，夫即取得夫之身分，而妻則取得妻之身分。因其身分關係，而發生諸種之效果。婚姻之效果，得分爲夫婦之身分關係與財產關係兩方面以說明之。

第一、身分關係 夫因正當之婚姻，對於其妻，遂取得所謂家長權 (Munt)。在古代之買賣婚，原以妻爲所有權之客體，其後始略進化，謂爲家長權之買賣，故妻於結婚後，即服從夫之家長權。因此，夫於法律有保護其妻之權利，並有代表出席法庭之權利。無庸其妻之一一授

權，當然得以妻之名義，起訴或被訴。夫於平時對於其妻有懲戒權，得任意加以鞭笞。妻與他人姦通時，則夫有加以殺害之權利。夫於窮迫時，並得將其妻售與他人。妻於結婚後，即與其夫屬於同一身分，共同生活。故薩克遜鑑(Sachsenspiegel)謂「夫因結婚而爲妻之監護人，妻因同衾而爲夫之伴侶。夫死之後，夫之權利，始行消滅。(Der man ist auch oemunde seines weibes, Zu hant als sie ihm getuwet wirt, Das weib ist auch des mannes genotinne, Zu hant als sie sin hette trit. na des mannes töte ist ledie von des mannes rechte.)」

妻於婚姻後，應服從夫之夫權，既如上述。此等思想，於羅馬法繼受後，依然存續。至十七八世紀時，自然法學者主張婚姻爲當事人間之自由契約，其服從關係，亦係基於二人之合意。近世立法，類皆保持此種思想。妻之獨立訴訟能力，亦係十九世紀以後之立法，始行認許者也。

第二、財產關係 日爾曼古代，原以妻與財物同視，於法律上自無所謂夫妻財產關係之可言。然部族法時代，日爾曼民族間，已有共同管理之觀念，支配當時之夫妻財產關係。並承認妻爲其特有財產之所有人。唯妻因服從夫之夫權，故妻之財產，於成立後即應屬諸其夫之占有，聽其管理而已。其後因受基督教之影響，妻之地位，漸行提高。夫妻之間，遂有所謂夫妻財產制。且日爾曼法與羅馬法不同，於法定夫妻財產制而外，並允許夫妻間締結夫妻財產契

約。夫妻間之財產關係，從而愈行繁複。茲爲另項說明於次。

第三項 夫妻財產制

第一、部族法時代

(一)妻之特有財產

妻之特有財產得大別爲左列各種：

(1)聘金

在古代買賣婚時期，新郎例須向新婦之父或其監護人，支付一定之聘金 (*Pretium*)，以爲其嫁女之代價 (*Pretium puellae*)。此等聘金，即屬諸其父或監護人之所有。其後婚姻之觀念，略有進步。聘金之目的，爲之一變，成爲夫對於妻之法定贈與。此等聘金，於古時多爲動產——如家畜、武器、奴隸、侍婢之類——，於結婚之際，由新郎交付於新婦。後此則改以不動產爲其標的物，於結婚之際，僅交付其設定證書 (*Libelli dotis*)；俟夫死亡後，始行交付其標的物。而聘金之支付，遂具有寡婦扶養費之性質。且在少數民族，若未以契約定其聘金數額者，妻就夫之現在及其將來之總財產之一部或僅就特定之動產，爲法定之聘金，有受領之權利焉。

(2)新婚晨之贈與

日爾曼人之習慣，於新婚之翌晨，夫例須以動產或不動產贈與其妻，謂之新婚晨之贈與

(Morgengabe)。此種贈與之性質，學者通說，咸謂爲處女性之代價 (Pretium virginitatis)，且因妻與夫立於對等地位，故於其獻身時，應予以對價，以示婚姻與侍婢買賣之區別。唯至後世，則新婚晨之贈與與聘金之性質，漸行混同。皆以寡婦之扶養，爲其存續之目的。然直至十九世紀，多數地方，尙保存有此等習慣。

(3) 嫁資

新婦於歸夫家時，其父或其監護人，恆須給付一定之嫁資 (Aussteuer)。蓋因婦女於婚姻後，遂與其父母兄弟，脫離財產關係，就其父母之財產喪失用益及受扶養之權利。故於其結婚之際，恆多少給予財產，俾使其於夫家保持相當財產上之地位。唯嫁資之給付，原屬任意贈與，新婦之家長並無嫁資設定之義務。唯如已約定時，則有履行之義務。嫁資設定之契約，恆於婚約時爲之，其數額恆因新郎給付聘金 (Witum) 之多少而左右。

上述之嫁資，通常恆爲婦女之傢統 (Fensde)，卽家具 (Hausmitgegenstände) 及衣服，裝飾品等婦女日用品 (Frauengeräte)。故爲妻之自由財產，自屬當然。此等財產，於妻死之後，恆由女子繼承。至第七世紀以後，嫁粧而外，往往以金錢及其他不動產爲嫁資之物體，此種嫁資，則仍依通常繼承法之原則而繼承。

(4) 婚姻中之取得財產

妻於婚姻中或婚姻前，因繼承而取得之財產，亦屬於妻之特有財產，其夫不過享有管理收

益權而已。妻於結婚之後，雖不能更向其母家繼承土地等不動產，然屬於其母所有之嫁粧等動產，則婦女向有繼承之特權。其他動產於其父母無男子時，亦得排斥其他男性親屬而繼承之焉。

婚姻關係繼續中，妻因勞動而取得之財產，多數部族法，皆定為全部屬於夫之所有。僅有少數部族，承認其妻有取得一部之權能也。

(二) 夫妻財產之運命

部族法時代之夫妻財產關係，大體為所謂聯合財產制 (Güterverbindung)，亦曰共同管理制 (Verwaltungsgemeinschaft)。即夫妻各保有其自己之財產，而夫因基於其家長權 (mund) 之作用，對於妻之財產得與自己之財產共同收益管理者也。是以婚姻繼續中，夫就夫妻財產之全部，皆有管理收益權。且於裁判上，夫並當然為妻之代理人，無庸特別授權行為。唯在中世法制，夫就妻之所有動產均有處分權，得任意處分。夫之此種權利，是否於部族法時代，即經享有，原屬疑問。夫之債權人就妻之財產，並無何等之請求權。是以妻及其繼承人對於夫之債務，以不負責任為原則，但夫之債務如係為共同債務而負擔時，則妻不免負有一部責任耳。至妻之所有不動產，縱係其夫以之為聘金 (Wittum) 或新婚晨之贈與 (Morgengabe) 而給與者，亦非得妻之同意，夫不得任意處分。夫之財產，如夫未於其上為其妻設定何等之權利者，則夫原有自由處分之權利。但在蘭哥巴登 (Lombarden) 及佛蘭克 (Franken) 之法律，皆承認妻於

夫之財產上，享有聘金（謂爲 *Quarta* 或 *Tertia*），故妻就夫之財產皆享有一定之應有部分，則夫雖就自己之財產，亦不得單獨處分，應取得妻之同意，固不待言。

妻於夫之生存中，非經夫之許可，無論何種財產，概無處分之權能。如未得夫之許可，妻以其自己之財產售與他人或以供擔保者，其法律行爲無效。

夫妻之財產，於婚姻繼續中，皆屬於其夫之管理，夫或妻一方死亡時，則此等財產，遂皆分離獨立。因其財產之種類如何，死亡者之爲夫或妻，夫妻間有無子女，而其財產之運命，遂亦有顯著之差異。

（三）夫妻財產契約

以上所述，原爲法定夫妻財產制。唯日爾曼法，法定財產制僅爲任意法規，當事人間不妨另行締結夫妻財產契約，與羅馬法之法定財產制——嫁資制——有強行性，不容當事人有反對意思者，大異其趣。故日爾曼法上，夫妻間原得以雙方之合意，任意就法定財產之制，加以變更，日爾曼法之夫妻財產契約，其始原係就夫妻之額，加以協定——例如嫁資，新婚禮之贈與——；繼而則爲適合夫妻間之個人關係，故就法定財產制，多少加以變更；最後，並認許夫妻間得完全排除法定財產制之適用，採用他種夫妻財產制焉。

第二、封建法時代

（一）法定夫妻財產制

封建制度確立以後，因經濟情事之變動，夫妻財產關係，亦發生顯著之變化。蓋在部族法時代，基於夫權至上之觀念（所謂婚姻上的監護關係 *Eheherrliche Vormundschaft*），故以聯合財產制爲法定財產制。及至封建法時期，因妻之地位提高，故以夫妻共同之觀念（*Genossenschaft der Ehegatten*），爲夫妻財產法之基礎。而聯合財產制之外，遂更有夫妻同財共產之制度，存在於多數地方。大別言，約有左列之三種：

（一）聯合財產制

部族法時代之聯合財產制，於中世時，仍存續於薩克遜（*Sachsen*）法系之各地。據薩克遜（*Sachsenspiegel*）所載，則夫就妻之財產於法律上當然「基於監護權之占有（*Gewere za rechter Vormundschaft*）」，享有管理收益權，並應負擔一切婚姻費用。至婚姻前之財產所屬之狀態，則不動產方面並無變更，嚴格維持其舊狀。且不限於妻之婚前所得，即於婚姻中因繼承、贈與、或互易而取得者，亦不失其所有權。但以動產爲對價——或因勞務之報酬——而取得之不動產，則與動產適用同一原則。蓋動產因適用所謂嫁粧法（*Fenaderecht*），故與不動產不同，結婚之後，其權利之所屬，爲之一變。依嫁粧法之規定，則夫妻之動產，分爲二種。其一，謂之嫁粧（*Gerade*），爲家具，婦女日用品之類，屬於妻之所有；其二，謂之非嫁粧（*Ungerade*），包括一切非嫁粧之動產，屬於夫之所有。

夫於自己所有之財產外，有處分一切動產之權利。然妻所有之不動產，則非經妻同意，以

不得處分爲原則；例外，限於緊急必要之情形，夫得以法院之許可，代妻之同意而處分之。夫於權限外所爲之處分行爲，妻有撤銷權及賠償請求權。唯於處分後經過一年時，則因不動產取得人取得加重占有 (*rechtes Gewand*)，已不許其撤銷，僅得對夫請求賠償而已。

夫就妻之財產雖有上述之處分權，而妻就夫之債務，應負如何責任，原屬迥然二事。夫於婚姻前所負債務及侵權行爲上之債務，無論於何種情形，妻概不負責。——夫雖得基於其動產處分權，以妻之動產，清償債務；但夫之債權人，則不得扣押妻之財產。至婚姻繼續中，夫因契約而負擔之債務，原則上亦僅得以夫之財產任責；唯債權人如能證明該項債務，係爲妻之利益（例如受僱人之報酬，房租）或夫與妻同負擔者，始得就妻之財產，請求清償。

妻就財產上之行爲，原無行爲能力，即嫁粧 (*Geräte*) 之處分，亦須取得夫之同意。夫於疾病、外出或其他事由，不得處理重要之財產行爲時，雖得付與妻以代理權限，但於此種場合，妻就不動產之處分，亦僅有出質之權能，不許讓與。且其財產交易，限於必要行爲，決非夫所固有之管理處分權能，皆暫時概括的移轉於其妻也。妻之權限外行爲，夫並不受其拘束，妻踰越權限而爲不動產之讓與或出質時，於相對人取得加重占有 (*rechtes Gewand*) 以前，得請求返還，固不待言。動產之讓與或出質時，夫之返還請求權，不唯不因時效而消滅，且不適用于 *Hand muss Hand wahren* 之原則。蓋因婚姻財產，縱在妻之事實管領之下，而於法律上則依然屬於夫之占有，故動產取得人事實上雖基於妻之行爲，而法律上則仍視爲侵奪夫之占有

者也。

(2) 所得共產制

封建法時期，多數地方，皆採取所得共產制 (Ermungenschafts gemeinschaft)。所得共產制云者，夫妻於婚姻繼續中因勞力或有償取得之財產，屬於夫妻共有者也。申言之，即夫妻之所得不動產及一切動產，形成單一之共有財團，夫妻就之共有合有權 (Gesamteigentum)。因此；所得不動產，須以夫妻二人之名義登記，離婚時，共有財產之分離，須依一定之比例爲之，不以過去權利之所屬爲標準。然夫因尚不失其夫權人 (Ehevoget) 之地位，故爲婚姻共同生活之代表人，得獨占的行使其管理、收益、處分諸權能。但不動產之屬於共有財產者，不問其是否夫妻各自之特有財產，概不許其夫專斷處分。非有夫婦之協力 (mit gesamter Hand *communis causa manū*)，不得處分。夫妻所負擔之債務，概爲共有財產上之債務，應以夫妻之共同財產，負代償責任，並不限於其特有財產。唯所謂共有財產上之債務，原不限於其夫爲維持婚姻所負擔之債務，即夫之人的債務 (例如侵權行爲之債務)，並其妻於婚姻前之債務，及婚姻中於其日常家事之範圍內，或於夫同意之下，所負擔之債務，皆屬之。夫就此種共同債務，概不得免除債務清償責任，而妻則因有鑰匙權 (Schlüsselrecht) —— 亦曰外套權 (Mantelrecht) —— 依一定之擬裝行爲 (如將鑰匙或外套置於亡夫之遺骸，或葬具。或墳墓之上，以示其與夫脫離)，拋棄共有財產上之一切權利時，即可免責。

夫妻一方死亡時，夫妻之財產關係，因其有子與否，而有不同。無子時，則夫妻之特有財產固仍屬原所有人，而共有財產則由生存配偶死亡配偶之繼承人間分割之。反之，如有子時，則將一切婚姻財產，分為二種財團。其一，為自由財產 (freie Güter)，包括一切之動產，屬於生存配偶之獨占的所有；其一為制限財產 (verfangene Güter)，一切不動產，不問其是否特有財產，皆屬之。生存配偶雖享有管理收益權，但非有緊急之必要，未得其子之同意，概不得加以處分。換言之，即於制限財產上，承認其有親子間之共同管理關係者也。

(3) 一般共產制

一般共產制 (allgemeine Gütergemeinschaft) 行者，夫妻間之共產關係，不限於特定之婚姻財產，並及於一切財產者也。此種法定財產制，原以夫妻平等之思想為基礎，故夫妻之一切財產，法律上當然為夫妻之合有，倘未以夫妻間之契約，特別保留一定之財產者，即無何等特有財產存在之餘地。夫因為婚姻生活之首領，故享有合有財產之管理權及代理權，然妻就日常家事，亦享有專斷的權能。至夫之處分權因各地立法而異，然大體言之，則夫有動產處分權，而不動產之處分，則須以夫妻之合同行為為之。夫妻之債務責任，則與前述之所得共產制無異。

夫妻一方死亡後，其財產之歸屬，各地立法，頗不一致。有因有子與否而異其處置者；亦有不然者；有不問有子與否概承認財產之分割者，亦有不然者也。

(一) 夫妻財產契約

日爾曼人，允許夫妻間於法定財產制外，更就夫妻財產關係，締結契約，既如前述。故上述之法定財產制，當事人得於婚姻前後，以契約變更或補充之，固不待言。此等夫妻財產契約，原有多種，無從列舉；茲僅舉其重要者三種，說明如次：

(2) 寡婦收益權

薩克遜地方，夫妻間往往以契約設定寡婦收益權 (Leibzucht)。寡婦收益權者，即夫若先妻死亡時，則妻得就夫之遺產之一部，享有終身收益之權利者也。其標的物通常皆為不動產或不動產上之權利。寡婦收益權之設定，通常恆以裁判上之讓與形式為之，設定之期間，大都為結婚之時，但不問婚前婚後，皆得有效成立也。

(2) 新婚晨之贈與

部族法時代之新婚晨之贈與 (Morgengabe) 制度，於封建法時代，仍行存續。且其設定仍依舊日風習，於結婚之次晨為之，故仍維持原名。贈與之標的物，因社會之階級而異。妻因新婚晨之贈與，即享有完全所有權，然其所有權之處置，則與妻之其他財產，並無差異。故於婚姻繼續中，依然屬於夫之支配。若為動產，則夫亦享有自由支配權，原不待言。夫若先妻而死亡時，則妻之所有權，自可永久保持；反之，若於夫之生存中，婚姻關係消滅時，則不問其由於離婚或妻之死亡，其物仍復歸夫之所有。蓋因離婚時，新婚晨之贈與契約 (Morgengabe)

Zwang) 卽失其效力，妻若死亡時，則其夫享有法定繼承權故也。

(8) 聘金

薩克遜地方，類皆爲設定寡婦收益權，以爲寡婦扶助之資；而佛蘭克 (Franken) 斯瓦奔 (Schwaben) 等地，則恆採取聘金 (Wittum) 制度，以期達到同樣之目的。其標的物通常皆爲土地之所有權或其終身用益權。

第四項 婚姻之消滅

婚姻消滅之原因有二：其一，爲夫妻一方之死亡；其一，爲離婚。茲就離婚法制之沿革，略述如左：

部族法時代，諸民族法皆允許夫與妻之氏族 (Stippe) 間得爲協議上之離婚。且承認逐出離婚主義 (repudium)，於具備法定之原因時 (例如無子或與人通姦等)，夫有出妻之權利，得依夫一方的意思，與妻離婚。且縱未具備法定原因，夫亦有遺棄其妻之自由，不過於此種場合，夫將蒙受財產上之不利利益，並引起妻之氏族之惡感而已。反之，因羅馬法之影響，除少數部族法外，妻則無離婚之權利。此外，夫妻之一方如被處人格剝奪 (Friedlosigkeit) 之刑時，則夫妻間之婚姻關係，當然消滅。

其後，因基督教之弘道，寺院之隆盛，關於婚姻之裁判權，遂漸專屬於寺院法之管轄。兩性關係之制限，原爲寺院立法之動機。婚姻關係應爲一男一女之終身結合，重婚爲同時之一夫

多妻，再婚爲異時之一夫多妻，皆非基督教之所許。離婚爲再婚之前驅，若許可離婚，卽屬間接獎勵一夫多妻，故寺院法向主張離婚禁止主義。加之，寺院法上之婚姻爲神前之結合，非男女之私通可比。新約全書馬太傳第十九章，耶穌之言曰：「人離父親，膠漆其妻，成爲一體。上帝所耦者，人不可分之。」故妻縱犯姦通之太罪，亦不得離婚，以期貫徹離婚禁止之主義焉。

寺院法既採取嚴格之離婚禁止主義，且著爲法令，強人服從。然此種主義，違反人情之自然，遠於生活之實際，強勉行之，自多礙難。故於托崙 (Trient) 會議以來，遂確認夫妻間之別居制度 (divortium a mensa et thoro, Trennung von Tisch und Bett)。別居制度與離婚不同。僅解除夫妻間之同居義務，而夫妻間之羈絆，並不斷絕。婚姻關係，依然存續。當事人皆不得再婚。托崙會議之決議，就別居之原因，並未限定，僅曰「種種之原因 (ob causas)」。故據學者解釋，虐待、犯罪、不治之惡疾、夫妻間義務之不履行、惡意之遺棄等情形，皆得請求別居，與現今之法定離婚原因，殆無差異。且於因法定原因而別居者外，並許爲協議別居焉。

第四節 父母子女

第一項 父權

日爾曼古法，父對子之權力，非以子之出生為原因當然獨立發生者，而為對於其母權力（Munt über die Mutter）之擴張。因此，僅限於服從夫權之妻所生之子，為夫之父，始取得權力；其母如不服從夫權，而服從他人之權力時（例如母之父），則所生之子女，即置於他人權力之下。反之，嫡出之子（即適法之妻所生之子），固以入父之家，服從父權為原則。然亦不必盡然。蓋因日爾曼古法，父有遺棄之自由，且有生殺之權利。故得於出生後遺棄之，或於長成後，放逐出賣之也。其後，因國家權力之確立，父權之行使，漸受制限。於是，婚生子女，因出生即當然為家屬之一員，服從父權。父不得殺戮其子，僅因懲戒關係，得就子之身體，多少予以痛苦而已。且父非別無生活資料，萬不得已，亦絕不許將其子女，鬻為奴婢。但子之職業選擇與決定，則全屬其父之自由。父並有強制其子服勞務之權利。最初，子女之婚姻，亦概依父之意思，父得強制其子為婚姻。其後乃漸次變化為婚姻同意權焉。

若就子女之保護方面，觀察父之權利，則父於其子逃脫父之支配或為他人所侵奪時，有取回其子之權利。此種權利，最初原係基於父之占有（Gewere）而發生，其後則改以父之監護教養之權利義務為根據而確認。至扶養義務，是否亦屬父權之內容，學者所見，殊不一致。唯既承認子之保護權，則於子同居父家期間，自應有扶養義務。且子不得獨立於法院為訴訟行為，故父無論於積極的關係（原告）及消極的關係（被告）皆應為子代理。此外，父並得自為宣誓以免除子之債務或減免子之刑罰。

日爾曼法之父權與羅馬法上之家長權 (patria potestas)，於財產法方面，其差異最形顯著。羅馬法之家子，最初原無積極的財產能力，其後漸就所謂戰陣特有財產 (peculium castrense)，承認子有享有能力，然後漸次擴張，始承認子有特有財產。反之，日爾曼法則於子之服從父權期間，亦享有完全財產能力。故子得因繼承及其他原因，取得自己之財產。父若向其子爲贈與時，其贈與財產，亦自家產 (Hausgut, Hausvermögen) 分離，移屬其子之占有。唯子因勞動所得，則屬於父之所有。因妻或子等家屬勞動之所得，應歸屬於一家全體之利益，不得私有也。

日爾曼法，子雖可享有獨立之固有財產，而其財產法上之地位，應受家長權之制限，所不待言。父因家長權之效力，對於子之財產，享有管理收益之權利（法律上基於監護權而爲之占有 Gewere zu rechter Vormundschaft），並負有管理義務。但子之所有權，並不因而剝奪；父權消滅時，父負有以財產原形交付其子之義務。如因自己之過失而致毀損減少時，負有賠償責任。法諺曰「子之財產，如鐵之固。(Kindes Gut ist eisern Gut)」，即謂其不得增減也。父就子之財產，享有管理收益權，既如上述。至其管理收益權，不似今日之嚴格。權利人於將來返還相當物之條件下，更得就原物爲種種處分，故父就子之財產，自亦享有處分權能。唯儘就子之動產，始得自由處分。子之不動產則非得子之同意，不得處分。其處分於子之同意前，位於效力不確定之狀態，而子之同意，則非於子之成年後，不得爲之者也。

子之服從父權期間，其固有財產之使用收益，既爲其父所享有，子自不得更就其財產，爲法律上之處分，原屬當然。子所爲之法律行爲，對於其父無拘束力，父就子所處分之財產有取得人取回之權利。子因契約負擔之債務，無庸清償。

父就子之固有財產，既得享有上述諸種之權能，故就子之侵權行爲，亦應以自己之財產，負其責任。此種原則，原於古代法以來，即經承認。唯父若將其子放逐出家，或能證明其監督義務並未懈怠時，即可免責。父之責任範圍，原有種種。有僅限於一定之數額者；有僅限於動產者；亦有及於全財產者。至封建法時代末葉，通常皆以子之財產爲限度焉。

父對其子所有之權能，原爲其家長權 (*Mundschau*) 之發露。母與其子同屬家長權支配之下，故對於其子，自不克享有何等支配的權能。且母無行爲能力，故無論就身上關係，財產關係，皆無財產管理權及代理權，自屬當然。故日爾曼法上僅有父權而無所謂母權及親權也。雖然，由於母之身分，對於子女之肉體上及精神上之監護教育，原應與父同時協力爲之。且此等事務，無寧視爲母之當然工作也。至子對其兩親，皆應負有從屬義務，固不待言，

第二項 非婚生子女之準正

於部族法時代，自由人於婚姻外與自由人之女子結合生有子女者，其子女僅與其母方有親屬關係，服從其母家家長之家長權。謂之私生子 (*Bastard*)。私生子經其父認領者，即屬於父之家族，與以制限外之繼承權。反之，私生子之母如非自由人時，則復從其劣等之身分，即與

翼母亦於法律上無親屬關係。

寺院法原以兩性關係之制限爲理想，私生子之產生，視爲罪惡，努力排斥。因此，於中世紀時，不問私生子之母是否自由人，凡非婚生子女，皆一律屬於「既無親屬又無氏族者 (Necne genus neque gentem hobent bastardi)」。對於其父，無繼承權。且在少數地方，對於其母，亦無繼承之權利。不過對於其父或母有請求生活費之權利而已。但多數地方，並有許與其父，得對其非婚生子女爲少額之贈與者。謂之 *Höringsgabe*。

至第十三世紀以後，非婚生子女之準正 (*Legitimationis*) 制度，始行發達。其最古制度爲因父母之婚姻而準正。即於父母正式結婚之際，其私生子之即藏於其母之外套之下，同入教堂，從而取得婚生子女之身分。謂爲「外套子 (*Mantelkind*)」此外，更有所謂「因君主之指令文書而準正 (*Legitimatione per Rescriptum principis*)」。即因國王或領主之指令文書 (*Rescriptum*) 賜與非婚生子女以婚生子女之身分者也。

第三項 收養關係

日爾曼民族，向有養子制度。部族法時代以來，凡無子者得收養他人之男子爲子，但須得子之同意。唯依日爾曼法之原則，收養關係之效果，僅於養父與養子之間發主親屬上之關係與繼承權而已，其養父並不享有父權者也。收養關係之方式，約有左列之數種：

(一) 養父授養子以武器；

(二) 養父爲養子剃髮；

(三) 養父將養子抱至自己膝上；

(四) 養父以雙腕抱擁養子；

(五) 養父以自己之外套包裹養子。

此等形式，蓋皆模倣做嫡生父子間之行為動作，以示其收養關係之發生也。中世以後，養子之風漸熄。

第四項 父權之脫免

父權之脫免，約有左列數種之原因：

(一) 父之死亡；

(二) 子爲養子而入他家；

(三) 女因婚姻而入他家；

(四) 子之經濟獨立。

男子如於事實上能營獨立之生計，即當然脫免父權，獨立創設新家，原爲日爾曼民族古來之原則。但少數地方亦有許與已達成年之子得向其父請求異財別居 (*absonderung*) 者。

於上述諸種原因之外，部族法時代，凡子爲他人之從兵 (*gefolge*) 而入主人之家者，亦免脫其父權。封建法時代，父並得於法院解放其子，謂爲「置於麵包與義務之外」 (*aus Brot und*

第五節 監護

第一項 普通財產監護制。

第一、監護人 日爾曼古代，凡喪父之未成年男子，未婚女子及寡婦，皆置於死者氏族共同監護 (Gesamtvormundschaft) 之下，更就其中特別選定男性親 (Schwartzelge) 一人，擔當監護之事務。及至部族法時代，監護權成爲死者最近之男性親之權利，氏族及居於監督監護人之地位。是爲單獨監護制 (Individualvormundschaft)。男子之監護於其已達成年時，即行終了，反之，女子則終身不脫監護。但部族法時代以後，女子監護制度，漸行緩和。迨封建法時代，如非未成年之女子，亦僅附加訴訟補助人而已。

封建法時代，未成年人之監護人爲其亡父之最近之男性親。是與部族法時代之監護人，同爲法定監護人 (Geborener Vormund)。然十三世紀以後，父得以遺囑或契約選定監護人。無監護人時，法院並得以職權選任之。是爲選定監護人 (Gekorener Vormund)。在少數地方，更有不問監護人爲法定選定，皆須以法官之任命，執行職務。是則監護人之性質已由親屬法上之權利，變爲保護未成年人之公職矣。

第二、監護人之權利 日爾曼法之監護權亦爲家長權 (Munt) 之一種。故監護人非被監護

人之法定代理人，既與其父同有遺產之遺產繼承權或之權利者也。未成年人之財產並由監護人之占有 (Gewalt)。得管理收益並得任意處分其財產。是為收益的監護制 (tutela usufructuaria, Nießbrauchliche Vormundenschaft)。唯監護人既非被監護人之法律代理人，故其所釐之法執行爲，自不克以之拘束未成年人之故監護人爲未成年人之利益處分其不財產者，於未成年人已達成年後一年零二日內，得任意撤銷之。

於部族法時代，凡侵害未成年人之權利者，監護人得以其家長權爲理由，提起訴訟。未成年人之加損害於他人時，監護人亦應負其責任。然至封建法時代後，監護人就刑事事件，已漸次取得法定代理人之資格，而民事訴訟，尙無此等資格。除延期以待未成年人之成年外，別無方法。至十三世紀後半，未成年入始得以監護人之補佐 (Coadiutor) 出席法庭爲民事上之訴訟行爲焉。

上述之監護制度，於第十四世紀以後，復生重大之變化。多數地者，皆剝奪監護人之被監護人財產用益權，改認以清算報費交義務。於是監護人遂變爲單純之財產管理人 (Custodius Gubernator, nicht Verwaltungsverwalter)。加之，第十四世紀中，多數法制，於監護人爲被監護人之最近繼承人，或得其最近繼承人之同意時，皆賦與法定代理人之資格。此種變化，其後更與羅馬法上之監護制度相結合，而近世之監護制度，遂行產生。

第三、監護之監督 部族法時代，監護人之監督，原屬於氏族，封建法時代，改屬國王或

領主之監督。第十四世紀以後，則屬諸都市，由代表都市之特別官廳或法院行使之焉。

第二項 封的監護制

中世紀時，封土之監護，與普通財產之監護人不同，由特別之監護人管理之。

封的監護制淵源於返封 (Aneville) 制度。蓋封建法原以滿十二歲爲成年期。封土之繼承人未及成年時，既不克履行封的勤務 (Lehndienst)，於此期間，封主 (Lehnsherr) 遂將封土之占有 (Gewere) 與收益，收回己手。此種回收及保留之權利，即謂爲返封 (Aneville)。然此種權利，不僅爲封土之收益權，且包括封土之保護管理權，故薩克遜鑑 (Sachsenspiegel) 遂謂行使返封權之領主爲封建法上之監護人 (Vormund Zu Lehnrecht)。然此種制度，對於封土之繼承人及領主雙方，皆多不利。故至後世封主恆將返封之權授與未成年繼承人之普通財產監護人或其他之人。是即所謂封的監護人 (Lehnsvormund)。封的監護人應代未成年入更新受封行爲，履行封的勤務，並代表封土，出席法庭。其後，封的監護人之權利，遂漸制限，而封物收益權，遂化爲單純之管理權。但監護之時期，則又延長，直至被監護人二十歲滿了時焉。

第六章 繼承法

第一節 法定繼承

第一項 總說

日爾曼法系之繼承法與羅馬法系之繼承法不同。其顯著之特徵，約有二點。第一，羅馬法系之繼承為總括的 (Gesamtachfolge)；反之，日爾曼法系之繼承則為個別的 (Sondernachfolge)。申言之，即日爾曼法非將繼承財產，全部統一而為繼承；係因遺產種類之差異，故依不同之原則而為繼承者也。第二，羅馬法於法定繼承之外，並有遺囑繼承；反之，日爾曼法則向無遺囑制度，僅有法定繼承與後述之繼承契約而已。

第二項 繼承順序

第一、部族法時代 塔西塔斯 (Tacitus) 嘗於所著日爾曼誌 (Germania) 中，論及日爾曼人之繼承制度。謂：『日爾曼人間無遺囑 (testamentum)。繼承人為被繼承人之子孫 (liberi)。無子孫時，則由最近之親屬，繼承遺產。即死者之兄弟 (fratres) 伯叔 (patru) 舅父 (avunculi) 是也』。文詞簡略，未克充分理解日爾曼古代之繼承法制。而當時繼承法之尚未發達，當可蓋

此證明。蓋繼承制度原爲私有財產制度之產物，日爾曼古代，個人原由氏族社會扶養，自未痛感繼承法之必要。且遺囑制度，原在所有人就死後遺物，任意處分，原爲極端尊重個人意思之表現。故不唯日爾曼古代，此等思想，尙未萌芽。卽中世以後，此種制度，亦未臻於發達也。部族法古時代之繼承法制，原因部族而異。且文獻未備，考證難詳，學者主張，亦多岐異。茲僅就其大體，撮述如次：

(一) 普通動產

普通動產之繼承順序，係先將親屬區別爲近親與遠親。被繼承人之近親爲(1)男子，(2)女子，(3)父，(4)母，(5)兄弟及(6)姊妹六者。蓋皆與被繼承人同居一家或隸屬於同一家長權之下者也。無近親時，始由遠親繼承。其親等之遠近，通說卽以同行法(Parentelenordnung)爲標準。唯有應注意者二事：

(1) 女性與男性雖皆有繼承權。但女子之繼承順序，皆劣於同等親之男子。且女性之取得分恆少於男性。通常僅男性取得分之半。法諺曰：『男子以雙手受之，而女子則以隻手(Mit einer Hand)』。

(2) 被繼承人之子女列於第一順序，無子女時則遺產溯及尊屬，屬於死者父母所有。父母均歿時，則逸至傍系，屬諸兄弟姊妹。故在當時，孫之順序劣於兄弟姊妹。換言之，卽傍系親優於卑親屬，孫尙無代位繼承(承祖繼承)之權，不得代其先死之父，繼承祖父也。

(一) 武器

日爾曼人因有崇拜死者之信仰，故有『死者分 (Tatenteil)』之制度，生者生前之日常用品，應以殉葬。死者之武器 (Heergeräte) 原為其死者分之一部，應與死者同時埋葬。其後則致以之為特別財產，應由死者之子或男系親之男性繼承。且此種繼承人並當然承繼被繼承人之一定身分權及其附屬權利焉。

(二) 嫁粧

凡構成婦女嫁粧 (Gebraut) 之各個動產，其始亦為死者分，應以殉葬。其後，亦與武器同樣，形成特別財團，應由被繼承人之女或女系之女性親繼承之。

(三) 不動產

初、村內各家分配之土地，僅限於死者之子始有繼承權利。無子時，則復歸於村落團體 (Vögin)。及至第六世紀後半，不動產繼承人之範圍更擴張及於死者之女、兄弟、姊妹。於無此等親屬時，其土地始復歸於村落團體。

第二、封建法時代 封建法時代以後，日爾曼法系之繼承法，益形複雜。地方之差別，亦愈顯著。因此學者中有謂中世日爾曼法系之繼承法，因地而異，並無共通之原則者。然據多數學者之主張，則中世之繼承法始皆以同行法為根據，不過因時代與地方之不同，遂發生多種之變態而已。茲就中世繼承法制，略述如下：

(一) 普通財產

中世紀時，封土 (Fief) 莊園 (Hof) 及農民所有之農民占有地 (Bauernhof) 等皆構成特別財產，依特別繼承法而繼承；然其他不動產，則皆屬於普通財產，與普通動產，同樣繼承。唯女子之繼承權，於此時期，恆劣於男子。其情形則又因地而異。亦有二般的劣於男子者，亦有僅就不動產之繼承，劣於男子者。

普通財產之繼承順序，雖因地方不同，而有多少差異。大體上，則皆依左述之順位：

- (1) 直系卑親屬；
- (2) 父母；
- (3) 兄弟姊妹
- (4) 祖父母。

(二) 武器

武器 (Heergewalt) 之特別繼承法，於中世紀時，通行於薩克遜 (Sachsen) 等地方。然此等地方，亦有以武器爲亡者最近之男性親或男性親中年長者之前取分 (Vorzug) 者。更有限於武器，男子之職業用具，亦皆包含在內者。

(三) 嫁妝

嫁妝之特別繼承法，亦通行於薩克遜等地。直至近世，始漸歸消滅。

日爾曼法系女子繼承權之沿革，素有相反之二說。二說之區別，蓋以日爾曼民族間是否曾有母權制 (Mutterrecht) 爲前提。第一說謂日爾曼民族間亦曾經過母權時代，於其時期，女子之繼承權範圍極大。因母權制度衰微，而女子之繼承權亦漸被制限。部族時代各民族法之規定適爲其最後之時期，故女子繼承權，極形狹隘，且其順序恆劣於同等親之男子。反之，第二說則根本否認日爾曼民族間曾有母權時代之存在，故女子最初原無遺產繼承權。因社會之進步，始漸行獲得制限的繼承權。部族法時代之規定，實係立法進步之結果焉。二說之中，要以後者爲較可信。故於封建法時代，女子之繼承權，尙劣於男子，直至都市法時代，男女兩性之繼承權，始有漸趨平等之傾向焉。

第三項 代位繼承

代位繼承 (Intestament) 云者，法定繼承人於被繼承人死亡前死亡時，其直系卑親屬得與死亡者於同一順序繼承其應繼分之謂也。此種權利，適合人情，殆爲近世文明諸國所公認；而古代羅馬法上，亦卽有此種制度。據十二銅表法之規定，家父死亡時，其家內繼承人 (Sui heredes) 於第一順序爲其遺產繼承人。家內繼承人云者，於家父死亡之際，直接服從其家長權之家屬之謂也。故不獨限於家子，凡直接服從家長權之直系卑親屬，不問其爲孫或曾孫，皆得於同一順序，繼承遺產。反之，古代日爾曼法則向無此種制度，夷攷其故，良以日爾曼法之家制，雖亦係家長權下結合之團體，然服從家長權之家屬，亦得於相當範圍，享有權利能力，家

屬亦有取得他人財產之可能。故不似羅馬法上有將家長遺產分配於全體家屬必要。加之，於家屬之中，遺產之分配，先子而後孫，要亦防止家產分散之良策，故不承認代位繼承之制度焉。

部族法時代，曾有二三部族之法典（即 Burgunden, Wisigothen, Langobarden, 等部族）因受羅馬法之影響，採用代位繼承之制度。然限制極嚴，孫以下之直系卑親屬，即不獲享有此等權利。至多數地方，則仍固守日爾曼民族之舊慣，否認代位繼承之制度。唯在第十世紀以後，日爾曼民族間對於直系卑親屬，亦漸有賦與代位繼承權之傾向。如教士魏杜傾杜（Widukindus）編纂之薩克遜紀事（*Res Gestae Saxonicae*）中，即曾有記載及此。即於九百三十八年，俄特一世（*Otto I.*）時，法學者間對於孫是否得代其亡父與伯叔等繼承祖父之遺產之一問題，爭議不絕。俄特一世，命積極論者與消極論者，各舉代表，以決鬥的方法，決定其是非。結果積極論勝，遂確定為永久的法律。顧其施行，亦僅限於德國之一部而已。直至十五六世紀時，代位繼承權，始經確立，要為羅馬法繼承受之影響也。

第四項 繼承人之曠缺

繼承人之曠缺云者，通常固皆指無繼承人之情形而言，然雖有繼承人而不於一定期間內取得其遺產者，自亦屬之。此外，死亡者如為私生子時，則因其無被繼承能力，亦為繼承人之曠缺。此外，被繼承人之被追放，亦為繼承開始之原因，故繼承人於被繼承人被追放後，一定期

間內不請求繼承時，亦謂之繼承人曠缺。

繼承人曠缺時，於部族法時代，國王有取得遺產之權利；封建法時代，則歸屬於領主；都市法時代，則屬諸都市。唯此種權利之性質，究爲繼承權，抑爲無主物之沒收權，尙欠明瞭。

第五項 遺產之歸屬

羅馬法之規定，*Sui heredes*（家內繼承人）繼承遺產時，無庸何等之形式，不必爲何等之意思表示；其他繼承人繼承遺產時，則須爲特別之意思表示，謂之 *Creto*。反之，日爾曼法則因繼承之開始，繼承人即當然取得遺產之占有 (*ideelle Gewere*)，並不因繼承人之種類，而有差別。是爲所謂『死者使生者繼承 (*Der Tote erbt den Lebendigen*)』蓋依日爾曼人之原始觀念，死亡者尙依然保有其人格，故得基於其行爲，使繼承人繼承遺產人之權利焉。然繼承人爲確保其權利起見，或爲遺產之調查；或現實占有其遺產；或藉裁判上之程序，向占有遺產之第三人請求返還，固皆爲事實上之所恆有。繼承人如未於一定期間內取得其遺產時，即爲繼承人曠缺之遺產，應歸屬於國王或領主，既如前述。繼承人是否有拋棄繼承之自由，法諺中尙無明證。唯既無強制繼承之規定，則繼承人自得任意爲意思表示，使次順序之繼承人爲繼承人也。

繼承開始後，繼承人之行使權利，履行義務，尙須經過一定之期間。即於第三十日之供養 (*Dreissigste*) 完了前，遺族及關係人皆應爲死者服喪，死亡之家，並須保持平靜。故生存之配

偶事實上尙占有遺產，營其生計，婢僕之屬，亦仍舊使用，無論有何等情事，亦不負有離去其家之義務。但葬儀及其他法事，須得繼承人之同意，繼承人調查遺產時，不得加以阻撓。喪服期間經過後，其遺產之歸屬情形如左：

(一) 生存配偶之財產與遺產之分離

妻死亡時，妻所有之不動產及其嫁粧 (Gerade) 皆自夫之占有分離，各自歸屬於其繼承人。夫死亡時，則夫所占之妻之特有財產 (其不動產並其攜來之嫁粧) 而外，於夫之財產上，妻如享有何種權利時——例如新婚晨之贈與 (morgengabe) 及寡婦收益權 (Leibzucht) 等，皆自夫之遺產分離。日爾曼法於形式上雖似不承認夫婦之相互繼承權，然夫所有之妻之動產取得權及妻於夫財產上所有之上述權利等，皆得視為繼承權；不過形式上則規定之為婚姻法上之財產權而已。

(二) 遺產之分割

日爾曼法雖基於經濟上及政治上之原因，就財產之處分，設有諸種限制 (此等情形，尤以不動產爲甚)，然繼承制度則素以共同繼承主義爲原則，獨占繼承主義，於中世以後，始行例外的發生。爲調節不動產之維持與共同繼承二種制度之矛盾，共同繼承人間，遂有共同態 (Gemeinderschaft) 之制度，繼承人等並不分割遺產，仍居於原有家宅，共同生活，而其遺產遂屬於繼承人等之合有 (Gesamthandigentum)。部族法時代以來，凡共同繼承，大都維持合

有關係，並不分割遺產。唯如有分割遺產之必要時，則其分割之方法，應依「年長者分之，年幼者擇之」(Der ältere soll teilen, der Jüngere Riessen)之原則，應由年長者分割，分割後，則應由年幼者選擇之。至被繼承人(但限於直系卑親屬)於分家或婚姻之際，曾自被繼承人受有贈與者，於遺產分割時，是否須將其所得財產加入於應繼遺產中，參與繼承，多數地方，並無一定之限制，故加入與否，屬屬繼承人之自由。

第六項 債務之繼承

被繼承人之債權債務，是否應由繼承人繼承，法源所載，殊欠明瞭，學者議論，亦不一致。據紀蓋爾(Geig)氏主張，則純然之債權債務，除例外之情形外(例如侍役之報酬支付債務)，皆非當然移轉於繼承人。僅就物權之標的物或其利得(Wohlfahrt)——被繼承人就此等利得尚保有物權或因其利得之占有，債權人已取得物權者——存於遺產中時，則其債權人，就此等之物上，原有物上請求權，故其義務應由繼承人繼承。同理，被繼承人如已支付對價而其標的物尚屬諸相對人之占有者，則被繼承人亦有物上請求權，其物權得由繼承人繼承之。是以

(一)純然之人的債務，例如保證債務及侵權行為上之債務，繼承人皆以不受其拘束為原則。但因侵權行為而取得之財產，如尚屬於繼承人時，則繼承人負有返還義務；其贖金及其他損害賠償額於繼承前業經確定時，繼承人亦應負賠償義務。

(二)因契約而生之債權債務，如其對價或利得已不存在者，即不移轉於繼承人。反之，則

由繼承人繼承，例如：

(1) 消費借貸上之債權債務，皆移轉於繼承人。

(2) 使用借貸或寄託契約上之債權關係因其當事人一方之死亡而消滅，其繼承人得向相對人請求返還其借用物或寄託物。

(3) 租賃契約成立後，尙未交付其物，而出租人即行死亡時，其繼承人或返還被繼承人所受領之租金，或貸與租賃物，有自由選擇之權利。

(4) 僱傭契約於僱用人死亡後經過三十日而消滅，但僱用人得因一方的意思表示，繼續契約關係。

(5) 買賣或互易契約締結後，當事人之一方死亡時，如已支付對價，當事人就其標的物已經取得物權，故繼承人應繼承其標的物交付請求權。反之，出賣人之繼承人則不因被繼承人所締結之契約，而受何等之拘束。

(6) 出賣人死亡時，其繼承人繼承其回贖權。

(三) 因無償行為，而生之債權債務，概不移轉於繼承人。

(四) 以不動產爲給付標的之債務，因繼承人有同意權 (*Beipflichtrecht*)，故繼承人毫不受其拘束。被繼承人所爲之不動產處分，如繼承人不予同意時，得拒絕交付，固不待言。已經交付之不動產，繼承人亦有返還請求權。

雖然，日爾曼法上，債務與責任之觀念，原屬截然區別，既如前述。故繼承人繼承債務之範圍如何，爲一問題；而繼承人就其繼承之債務，應負何等責任，則又別一問題。蓋日爾曼法並不以繼承爲人格之承繼，故繼承人雖於一定範圍內，繼承債務，然繼承人所負擔之物上責任，則僅以遺產中之動產（除武器，嫁粧等），爲其限度。繼承人之自己固有財產無論矣，即其繼承之不動產，亦不必用以清償債務。固日爾曼人之思想，以爲一定之債務，雖移轉於繼承人，而固有之債務人，要不外爲被繼承人。被繼承人生存時所得自由處分之財產，既僅限於動產則繼承人之代償責任，亦應以動產爲限，自屬當然。

至都市法時期，因經濟交易之發達，而繼承人債務繼承之範圍，遂行擴張。而債務之代償責任，亦自動產及於不動產；由遺產推及於繼承人之固有財產焉。

第二節 死因贈與

第一、指定繼承人 日爾曼系族間以爲繼承權係神所賜與，非人力所得而左右。故法諺有曰：『作繼承人者神也，非人也。』(Soll, nicht der mensch macht die Erben) 而塔西塔斯 (Tacitus) 於日爾曼誌 (Germanie) 中謂日爾曼人無遺囑制度，卽繼承故。然於無親屬繼承時，亦得於生前指定他人爲自己之繼承人。此種法律行爲，謂爲 *Affatomie*。其形式亦頗嚴格，須經過下列三段程序：

(一)被繼承人須於裁判會議向自己之受託人(Salman)明確宣言遺產之範圍及其指定繼承人。然後以財產移轉之象徵行爲(Festica)，交付於受託人。

(二)受託人於受託後，赴被繼承人之家，停留三日(Seasio Fridane)，以示取得其財產上之占有。

(三)被繼承人死亡後一裁判年內(Jahr und Tag)更將繼承財產以移轉象徵行爲交付於指定繼承人。

指定繼承人並不因而取得何等身分，故非純然之養子。但 *Attornie* 之性質既爲遺產繼承人之指定行爲，且以無繼承人之存在爲要件，自不失爲繼承法上之制度。唯以此種制度，程序過於煩雜，故佛蘭克時代以後，漸行廢止，改以「證書之交付(Traditio per Cartan)」方法代之。而 *Attornie* 之固有性質，遂形喪失，成爲物權法上之制度，僅以死後財產之讓與爲目的。故至後世，乃更與後述之死後贈與(Donatiopost obitum)制度相結合焉。

第二、死後贈與 死後贈與(Donatio post obitum)云者，不動產所有權之附停止條件讓與行爲，因讓與人之死亡而發生效力者也。申言之，即讓與人於其一生間保留其所有權，而受讓人則於讓與人之生存期間取得期待的所有權者也。此種死後贈與亦以「證書之交付(Traditio per cartam)」之方法爲之，故於佛蘭克時代末葉，遂與前述之指定繼承人(Affatowie)制度相結合。其贈與之標的物，因亦不限於不動產，財產之全部或一部，動產不動產均得爲之，且

往往即用指定繼承之名義。然其性質則實爲物權法上之讓與，並非繼承法上之制度也。

死後贈與自與指定繼承制度結合後，多數地方，恆改名之爲 *Gemähte*，亦曰 *Geschäfte*。其中復有三種區別：

(一) 財產全部或一部之死後贈與

此種死後贈與須於法庭內以讓與行爲 (*aufassung*) 之方式爲之。少數地方則採取摺印書 (*Brief und Siegel*) 之方式。受贈人與贈與人死後，有取得財產之權利，支付贈與人債務之義務，殆與其繼承人無異。

(二) 各個不動產之死後贈與

此種死後贈與，亦於法庭內以讓與行爲之方式爲之。德國南部則依捺印書之方法。

(三) 各個動產之死後贈與

各個動產之死後贈與，其始原非法之所許，第十四世紀以來，始得於法庭內以契約之方式爲之。於此種情形，受贈人就贈與人之遺產中，取得請求贈與財產之權利。然其權利非俟遺產清償債務有剩餘時，不得行使。

以上三種死後贈與，原爲後述繼承契約之濫觴。然繼承契約爲純然繼承人設定之契約，而此則爲死因贈與之一種。受贈人並不因此而取得繼承人之資格者也。且此種行爲，原爲生前行爲，如無特約，贈與人自不得單獨撤銷之。

第三節 繼承契約

第一、總說 封建法時代末葉，繼承契約 (Erhvertrage) 之制度，漸行發達。廣義所謂繼承契約，蓋兼指繼承權之賦與與拋棄二種契約而言，狹義之繼承契約，則專指繼承權之賦與；而繼承權之拋棄則謂爲繼承拋棄 (Erhverzicht)。

第二、狹義之繼承契約 狹義之繼承契約，復可分爲二種：

(一) 繼承人設定契約

繼承人設定契約 (Erbeinsetzungsvertrag) 爲最狹義之繼承契約，係自前述財產全部或一部之死後贈與 (Gernächte) 發達而來，卽一方指定他方爲其遺產之全部或一部繼承人之契約也。其契約之締結，通常恆於法庭內爲之。

指定繼承人之權利義務，與法定繼承人同，因繼承開始，卽享有繼承遺產之權利，並負有清償債務之義務。此種契約，原與法定繼承、遺囑繼承同爲特殊之繼承原因，然此種制度，原爲羅馬法上之所無，於羅馬法繼承受後，屢經羅馬法學者反對；故於近世僅爲少數地方之特別法而已。

(二) 遺贈契約

遺贈契約 (Vermachnisvertrag) 係自前述之動產死後贈與 (Gernächte) 發達而來，卽一方

以他方爲其遺產中各個之物或權利之繼承人之契約也。指定之繼承人有自遺產中受領贈與物之權利，但僅就遺產清償債務後，尙有賸餘時，始得行使其權利。

第二、繼承拋棄契約 部族法時代以來，少數民族間，尙有繼承權喪失之制度。卽家子於身家別居時，或於結婚時，曾受其父之分配財產者，對於父之遺產，卽喪失其繼承權。封建法時代，對於此種財產分配之處置，各地頗不一致。有視爲繼承權之補償(Erbabfindung)者；有非返還與分配財產相當之價格，卽不得參加遺產之繼承者。然多數地方，皆於此等財產分配與之際，由受領贈與之子女對衆爲拋棄繼承權之意愿表示。是卽所謂繼承拋棄契約(Erberzicht)。中世紀時，各貴族階級，爲維持其家產之繁榮存續，恆採取單獨繼承制，全部家產，概由長男一人承繼。次子以下之諸子女則僅酌與財產，維持生計。於其財產分配之際，類皆締結繼承權拋棄契約，使之宣言拋棄繼承權焉。

第四節 遺囑

第一、供養分與遺囑 日爾曼自古墨守家團主義，限制個人之贈與自由，故向無所謂遺囑制度，既如前述。然自教會發達以來，教會之僧侶爲扶植教會之勢力，努力勸導世人施助財產，祈禱冥福。而遺囑及其他死後處分之制度，遂行萌芽。

初，日爾曼人篤信靈魂不滅，故有死者分(Totentheil)之制度，死者生前之日用品皆於死

者同時葬埋燒燬，俾使死者得安全到達冥土，繼續其平日之生活。其後因受基督教之影響，原始宗教上之死者分，爲之一變。改以所有財產之全部或一部，捐助寺院，以祈求死後之冥福。是謂之供養分 (Seelgarste)。

供養分之方法，最初原以死後贈與 (Totatpost aditum) 之形式爲之。然死後贈與原爲雙方的行爲，以雙方之合意爲要件。故瀕死之病人，頗苦不便捐助。故十二世紀以來，寺院法許可捐助人以一方的行爲爲供養分。是爲遺囑 (Testament) 之濫觴。

後此，寺院法更進一步，使僧侶與供養分相結合，承認其他財產，亦得爲一方的處分。其形式則須於牧師及證人二人前，或於寺院裁判所，以意思表示爲之，通常並皆作成公正證書等，以期其意思之明確。

依上所述，是遺囑云者，原爲寺院法上之制度，盛行於僧侶之間。第十三世紀以後，俗界人士，亦羣起倣效，依寺院法之規定，作成遺囑。因此，世俗法亦漸承認其效力。其形式則因地方而異。有於參審官二人前爲之者，有於市會議員二人前爲之者，亦有於法院及市會爲之者。其遺囑全文並須向法院或市會提出。但遺囑人病重時，則法院或市會並可派遣吏員至其家中，使爲遺囑之意思表示。

日爾曼法之遺囑與羅馬法不同，不以繼承人之指定 (Heredis institutio) 爲必要條件，因此，日爾曼法遺囑之普通內容恆爲供養分之設定，遺贈，債務之支付，監護人之選定，遺囑執

行人之指定等。迨羅馬法繼承以後，遺囑法制，始改受羅馬法之支配。然近世各國立法，尙多少保存日爾曼法之特徵。後述之遺囑執行人，卽其一例。

第二、遺囑執行人。初，凡設定供養分者，如不於向寺院爲死後贈與時，得做前述指定繼承 (affatome) 之制，選定受託人 (Salmann)，爲信託行爲，委託其將財產之全部或一部捐助於寺院。而其財產則卽交付於受託人，或向受託人爲死後贈與 (donatio post obitum)，迨遺囑制度發達之後，遺囑人得以遺囑一方的指定受託人 (Salmann)。是爲遺囑執行人之起源。是以遺囑執行人於遺囑人死後，先一度取得其遺產之所有權與占有 (Gewere)，然後始依遺囑之趣旨處分之。此種遺囑執行人之制度於羅馬法繼承後，依然存續。但近世法上，則遺囑執行人僅有處分遺產之權限，並不自行取得其遺產也。

第五節 特別繼承法

第一、封土 恩給 (Beneficium) 制度，自佛蘭克時代以來，漸有世襲的傾向，既如前述。此種事實上之繼承，至第十一世紀頃，遂確定爲習慣法上之權利。但封土繼承人之範圍，則極狹隘。僅限於被繼承人之男系直系與親屬中之男子。加之，封土之分割，有減少受封者勤務能力之虞，故封土之繼承，亦以單獨繼承爲原則，不許爲共同繼承。若同順序之繼承人有數人時，則或由繼承人間相互協議，或由封土自行選定人繼承之。其後則漸由最長者繼承之，浸

假遂成爲習慣法。

雖然，上述之諸種原則，原得以封主之特典加以變更。於此等場合，則尊親屬，傍系親，或女子，均得繼承。或同順序之繼承人有數人時，封主並得以其遺封授與全體共同繼承人，使之發生合有關係焉。

第二、家產 高級貴族之家產，往往基於其特有之自主權 (Autonomie)，將其祖遺土地，定爲家產。此等家產，限於男系之男子，始得繼承，且以單獨繼承爲原則，以防止分割家產，致危害及於家門勢力，至下級貴族，雖無此等自主權，但亦往往以生前行爲或遺囑，禁止其繼承人分割家產。其繼承人，如設定行爲有規定時，自應從其規定，否則依法律之規定。其方法又有種種。或爲最年長者 (Seniorat)，或爲最近親之最年長者 (Majorat) 或爲長房之最年長者 (Primogenitur)。

第三、農民占有地 農民占有地，多係借自地主，若許其自由分割，經濟上之能力，勢將減退。是以地主類皆禁止分割，僅許其由單獨繼承人繼承之。於是，封建法時代之末葉，多數地方，於農民間皆有所謂長子繼承法 (Anerbenrecht)。單獨繼承人恆爲被繼承之長男 (Anerbe)，但亦間有由其末男 (Juniorat) 繼承之者。於此種情形繼承人得單獨繼承全部遺產，不過須對其兄弟姊妹，分與相當資金而已。

土地以外之財產，概不單獨繼承，與羅馬法不同。