

法學叢書

羅馬法

---

丘漢平著

上册

# 序

昔余嗜法理之學，故在習法時代，則孜孜於此科學問。其後漸及於古代法律史，殊嫌孟恩（Maine）之說偏斷，乃進而研究各國法律史，羅馬法尤爲所好。良以世界現存法系，其未受羅馬法之燻染者，殆不一見。中日固勿論，彼素稱獨立之英美法系，亦難逃外。故吾人欲不研究法律則已，苟欲研究法律，則羅馬法爲基本之學科，不可不明其演進焉。以是歐美諸國之法律學校，羅馬法列爲要科。吾國民法，因襲德瑞，溯源究末，蓋亦羅馬法之精髓也。不

佞講授斯學，閱時五載，由口授而摘要，漸成講義。承吳院長德生慇懃於前，得諸生之討論於後，本書得以問世。惟以人事繁忙，未暇詳閱，晦澀之處，不無可議，掛一漏萬，亦所不免，殊覺遺憾。今乘付梓之便，用敘數言，藉明顛末。

民國廿四年七月四日丘漢平識於東吳大學法律學院

# 羅馬法上冊目錄

|     |           |    |
|-----|-----------|----|
| 第一章 | 研究羅馬法之理由  | 一  |
| 第二章 | 羅馬法之意義    | 一一 |
| 第三章 | 羅馬法之分期    | 一四 |
| 第一節 | 羅馬歷史之段落   | 一四 |
| 第二節 | 羅馬之歷史分期   | 一五 |
| 第三節 | 各家分期之批評   | 一九 |
| 第四章 | 羅馬法之淵源    | 二三 |
| 第一節 | 羅馬法之實質淵源  | 二三 |
| 第一項 | 共和時代之法律淵源 | 二四 |
| 第二項 | 帝政初期之法律淵源 | 二九 |

羅馬法

二

第三項 帝政後期之淵源……………四九

第四項 僭帝之編訂法典……………五四

第二節 羅馬法之資料……………五九

第五章 羅馬法近代化之演進……………八三

第一節 教會法之影響……………八四

第二節 羅馬法研究之復興……………八五

第三節 羅馬法之適應中世社會……………八八

第六章 羅馬私法之分類……………九七

本論 上篇 人法

第一章 人之意義及身分……………一〇三

第二章 自由權……………一〇五

|     |       |     |
|-----|-------|-----|
| 第一節 | 生來自由人 | 一〇五 |
| 第二節 | 解放自由人 | 一〇六 |
| 第二章 | 奴隸    | 一一四 |
| 第一節 | 奴隸之原因 | 一一五 |
| 第二節 | 奴隸之地位 | 一一九 |
| 第三節 | 奴隸之解放 | 一二四 |
| 第四節 | 優帝之變更 | 一三二 |
| 第四章 | 市民權   | 一四六 |
| 第一節 | 市民    | 一四六 |
| 第二節 | 拉丁人   | 一四九 |
| 第三節 | 外國人   | 一五一 |
| 第五章 | 家屬權   | 一五四 |

|     |        |     |
|-----|--------|-----|
| 第六章 | 家父權之性質 | 一五六 |
|-----|--------|-----|

|     |            |     |
|-----|------------|-----|
| 第七章 | 家父權之發生——婚姻 | 一六〇 |
|-----|------------|-----|

|     |            |     |
|-----|------------|-----|
| 第一節 | 合法婚姻或稱夫權婚姻 | 一六〇 |
|-----|------------|-----|

|     |    |     |
|-----|----|-----|
| 第一項 | 意義 | 一六〇 |
|-----|----|-----|

|     |    |     |
|-----|----|-----|
| 第二項 | 效力 | 一六一 |
|-----|----|-----|

|     |    |     |
|-----|----|-----|
| 第三項 | 要件 | 一六一 |
|-----|----|-----|

|     |    |     |
|-----|----|-----|
| 第四項 | 儀式 | 一六七 |
|-----|----|-----|

|     |       |     |
|-----|-------|-----|
| 第二節 | 無夫權婚姻 | 一七二 |
|-----|-------|-----|

|     |       |     |
|-----|-------|-----|
| 第三節 | 婚姻之效果 | 一七四 |
|-----|-------|-----|

|     |       |     |
|-----|-------|-----|
| 第一項 | 夫權之婚姻 | 一七四 |
|-----|-------|-----|

|     |        |     |
|-----|--------|-----|
| 第二項 | 無夫權之婚姻 | 一七五 |
|-----|--------|-----|

|     |       |     |
|-----|-------|-----|
| 第四節 | 婚姻之解除 | 一八四 |
|-----|-------|-----|

|     |      |     |
|-----|------|-----|
| 第五節 | 姘合制度 | 一八九 |
|-----|------|-----|

|     |    |     |
|-----|----|-----|
| 第六節 | 改婚 | 一九一 |
|-----|----|-----|

|     |            |     |
|-----|------------|-----|
| 第八章 | 家父權之發生——收養 | 二〇二 |
|-----|------------|-----|

|     |        |     |
|-----|--------|-----|
| 第一節 | 自權人之收養 | 二〇二 |
|-----|--------|-----|

|     |    |     |
|-----|----|-----|
| 第一項 | 儀式 | 二〇二 |
|-----|----|-----|

|     |    |     |
|-----|----|-----|
| 第二項 | 限制 | 二〇三 |
|-----|----|-----|

|     |    |     |
|-----|----|-----|
| 第三項 | 效果 | 二〇六 |
|-----|----|-----|

|     |        |     |
|-----|--------|-----|
| 第二節 | 他權人之收養 | 二〇七 |
|-----|--------|-----|

|     |    |     |
|-----|----|-----|
| 第一項 | 方式 | 二〇七 |
|-----|----|-----|

|     |    |     |
|-----|----|-----|
| 第二項 | 限制 | 二〇九 |
|-----|----|-----|

|     |    |     |
|-----|----|-----|
| 第三項 | 效果 | 二一〇 |
|-----|----|-----|

|     |    |     |
|-----|----|-----|
| 第四項 | 比較 | 二一二 |
|-----|----|-----|

|      |                 |     |
|------|-----------------|-----|
| 第三節  | 遺囑收養·····       | 二一四 |
| 第九章  | 家父權之發生——認領····· | 二一八 |
| 第十章  | 家父權之效力·····     | 二二二 |
| 第一節  | 關於財產之效力·····    | 二二二 |
| 第一項  | 使用特有產·····      | 二二二 |
| 第二項  | 軍役特有產·····      | 二二二 |
| 第三項  | 準軍役特有產·····     | 二二四 |
| 第四項  | 別種特有產·····      | 二二四 |
| 第二節  | 關於契約之效力·····    | 二二五 |
| 第三節  | 關於侵權之效力·····    | 二二六 |
| 第十一章 | 家父權之終止·····     | 二二九 |
| 第十二章 | 監護·····         | 二三四 |

|     |                                       |     |
|-----|---------------------------------------|-----|
| 第一節 | 監護制度之由來·····                          | 二三五 |
| 第二節 | 監護之種類·····                            | 二三六 |
| 第二項 | 未適婚人之監護·····                          | 二三七 |
| 第二項 | 婦女之終身監護·····                          | 二四四 |
| 第三節 | 監護之性質·····                            | 二四六 |
| 第四節 | 選任監護人之限制·····                         | 二四八 |
| 第五節 | 監護人之職權·····                           | 二五一 |
| 第一項 | 提供保證·····                             | 二五一 |
| 第二項 | 管理財產 (Administratio)·····             | 二五二 |
| 第三項 | 補充能力 (Auctoritatis interpositio)····· | 二五六 |
| 第六節 | 被監護人之保護·····                          | 二六〇 |
| 第七節 | 監護之終止·····                            | 二六一 |

|                  |     |
|------------------|-----|
| 第八節 婦女監護之特徵····· | 二六三 |
|------------------|-----|

|                |     |
|----------------|-----|
| 第九節 多數監護人····· | 二六四 |
|----------------|-----|

|                |     |
|----------------|-----|
| 第十節 事實監護人····· | 二六五 |
|----------------|-----|

|              |     |
|--------------|-----|
| 第十三章 保佐····· | 二七九 |
|--------------|-----|

|                |     |
|----------------|-----|
| 第一節 保佐之性質····· | 二七九 |
|----------------|-----|

|                |     |
|----------------|-----|
| 第二節 保佐之種類····· | 二八〇 |
|----------------|-----|

|                  |     |
|------------------|-----|
| 第一項 瘋癲病人之保佐····· | 二八〇 |
|------------------|-----|

|                 |     |
|-----------------|-----|
| 第二項 浪費人之保佐····· | 二八二 |
|-----------------|-----|

|                     |     |
|---------------------|-----|
| 第三項 適婚年而未成人之保佐····· | 二八三 |
|---------------------|-----|

|                  |     |
|------------------|-----|
| 第四項 被監護人之保佐····· | 二八六 |
|------------------|-----|

|                  |     |
|------------------|-----|
| 第五項 特殊原因之保佐····· | 二八七 |
|------------------|-----|

|                   |     |
|-------------------|-----|
| 第三節 監護與保佐之比較····· | 二八七 |
|-------------------|-----|

第十四章 人格減等……………二九三

第一節 「人格減等」名詞之由來……………二九三

第二節 人格減等之意義……………二九五

第三節 人格減等之等級……………二九七

第一項 人格大減等……………二九七

第二項 人格中減等……………二九八

第三項 人格小減等……………二九九

第十五章 名譽減損……………三〇三

第一節 名譽減損之意義……………三〇三

第二節 名譽減損之由來……………三〇四

第三節 名譽減損之原因……………三〇五

第四節 名譽減損之效力……………三〇六

第十六章 法人……………三〇七

第一節 「法人」名詞之由來……………三〇七

第二節 法人觀念之演進……………三〇八

第三節 法人之性質……………三一

第四節 法人之種類……………三一二

第一項 國庫……………三一二

第二項 地方自治團體……………三二三

第三節 私有社團……………三二四

# 羅馬法

丘漢平著

## 第一章 研究羅馬法之理由

吾國法律，巍成一系，與歐美諸國，異乎其源。漢唐以還，律例相因，代鮮變更，垂二千餘載，其所以然之故，殆由於農村社會之保守停滯歟！

鴉片一役，遜清逼於外力，弛放門戶，與萬國互通往來。經濟侵略，乘隙而入，固有農村，逐漸崩潰，社會日形杌隉不安。亡清觀此情狀，知非變法不足以圖存。（註一）中外人士，咸以大清律例過於苛酷，應行廢弛；參照歐美法例，編訂法典，方爲要策。（註二）於是創辦法律學堂也，開設法律修訂館也，盛極一時。（註三）然以大勢所趨，亡清雖欲掙扎，終難苟延。（註四）辛亥之役，政制易體。大清律例，成爲史跡。惟民國成立伊始，百政待理，民事法律，未遑制定，乃求變通辦法：凡大清律例民事部分不牴觸國體者，暫認有效。（註五）

自茲以還，民商諸法，次第擬訂，究其內容，不外東搜西襲，草草成編，原案俱在，可覆按也。（註六）

國民政府成立，以取消不平等條約及修明內政明示國人。故於法典之編訂，頗見積極。關於民法方面，先後頒行總則，債，物，親屬，繼承五編，是爲吾國有民法典之始也。（註七）窺其內容，類多因襲德瑞，商事部分兼採英美，固有法制，幾無一存。（註八）論者譏之。良以民法關係人民之日常生活，至深且巨，而親屬與繼承二編尤關密切。新民法於此，幾皆模仿瑞制，似嫌削足適履。（註九）雖然，此爲革命後立法之通病，固不獨我國已也。（註十）歐洲各國法系，含英倫外，幾皆直接淵源羅馬。（註十一）卽以英美法系而論，其受羅馬法之燻染者亦灼然可見。（註十二）他若日本，自維新以來，私法編訂，以德法爲藍本，而德法固以羅馬法爲精髓也。（註十三）卽就吾國而論，遜清修訂法律館所擬各種法案，迨皆抄襲東鄰，追溯其本，亦羅馬法之物也。（註十四）遠至南美各國，昔多隸屬法西二邦，民法編訂，仿照大陸法系。（註十五）所謂大陸法者，羅馬法適應於近代歐洲大陸各國之別名也。（註

然則羅馬法系果具何種特徵耶？吾人不能無以應之。蓋羅馬法既爲各國私法之淵源，卽研究法學之士，非先一諳羅馬法無以明其理。是則羅馬法應有其特徵，不言而喻。茲舉其要者有五：一，羅馬法爲現今世界上唯一之完成法系，由古代之粗陋法律漸次演進至合理而成熟而分化。（註十七）二，羅馬法爲一進化之法系，與其他法系之至半途而停滯衰落者不同。（註十八）三，羅馬法爲近代法律名詞及概念之淵源。吾人現所習問之債權，物權，質權，抵押權，地役權等詞，皆羅馬法所恩賜也。（註十九）四，羅馬法爲國際法及比較法之基礎，欲明此兩門學問之底蘊，舍研究羅馬法末由。（註二十）五，吾國新民法泰半脫胎於德瑞，而德瑞民法則承受羅馬法系之精髓，故欲明新民法之內容，非研究羅馬不可也。（註二十一）

要之，吾人研究羅馬法之目的，非欲以稽古自炫。物有本末，事有終始，研究羅馬法者，所以溯其本而究其始也。良以吾國新民法泰半因襲大陸，而大陸諸國之法源，幾盡艦觸羅馬法。卽此一端，已足示吾人研究羅馬法之重要。苟從法學之價值觀之，羅馬法爲治法者之

基本學問。倘能融會貫通，法學智識已習過半矣（註二十二）。

（註一）光緒二十八年，四月初六日諭旨有云：『現在通商交涉，事愈繁多，著派沈家本，伍廷芳將一切現行律例，按照交涉情形，參酌各國法律，悉心考訂，妥爲擬議，務期中外通行，有裨治理。』

『見沈家本刪除律例內重法摺（寄籍文存卷一）』

（註二）在鴉片戰爭之前，有清威赫一世，斯時之外國人，祇求能獲清政府之允准貿易，至於服從中國法律，皆衆口同聲。遠者如一七八〇年之沙西斯（Succes）船員案。此事發生於廣東，彼時有英船沙西斯號水手法國人殺死英船斯踏爾（Starmont）葡籍水手，逃入法國領事館（彼時中國并不承認其爲領事館）清吏要求交付犯人，法領事以在一七五四年拒絕交付殺害英人之法國人，法國貿易曾受停止之苦痛，遂將此次之法人交付清吏，由巡撫命斬首示衆，但外人曾譏謗爲酷刑，然亦無異議。美國一八二一年之埃米利號（Emily）水手因過失殺害華婦案，初美人亦拒絕交付，遂將其貿易停止。旋於船中會審，認定有罪，然仍由美人幽羈之，彼時清廷認爲不滿，終乃交付中國官吏，即爲斬決。美國政府對此會正式承認中國之司法權曰：『吾人在貴國領海內當然遵守貴國法律，即雖屬不公平，亦不加以反抗。』鴉片一役，喪地辱國，威權盡失。一八五八年之