

羅馬法對現代法之貢獻 (羅馬法伴讀) (上)

楊崇森*

壹、緒言	柒、羅馬對犯罪之處理
貳、羅馬簡史	捌、羅馬之法律編彙
參、羅馬之法律簡史	一、優帝以前法律彙編
一、十二銅表法	二、優帝與羅馬法大全
二、權利本位	玖、羅馬法之復興與繼承
三、市民法與萬民法	一、羅馬法復興之原因與意義
肆、羅馬法之法源	二、注釋法學派、後期注釋法學派與羅馬法之復興
伍、羅馬法發達之推手	三、歐州共同法與羅馬法之繼承
一、法務官 (Praetor)	拾、羅馬法對後世之影響
二、法學家與其他法律職業	一、對後世政治及大陸法之影響
陸、羅馬法之基本內容	二、對英國法之影響
一、人法	三、對美國法之影響
二、物法	拾壹、結論
三、訴訟法	

壹、緒言

羅馬人是最先將法律提升為科學的民族。今日所謂「民法」係起源於羅馬法。羅馬法對列國法制與法律思想影響極深。今日不但各國許多法律與政治制度和觀念，係來自古代羅馬，而且極多具體法律制度與原則、用語也淵源自羅馬法。尤其大陸法系各國的法

制受羅馬法的影響更為深遠，我國現行法制既然繼承歐陸法制，自然亦不例外。因此欲瞭解現行法制的由來，必須窮本溯源，略諳羅馬法，方克有濟。筆者大學時期羅馬法為法律系之必修課程。可惜後來由於師資、教材與高考無關等原因，甚至連法律系選修課亦未列入，致學子對歐陸法律發展歷史與比較法梗概，不免懵然無知，遑論教會法與日

* 本文作者係紐約大學法理學博士，曾任中央圖書館館長、高教司司長、中央標準局局長、中興大學法研所所長、台灣省民政廳副廳長、財政部及法務部信託法起草小組召集人（信託法原起草人）。現任仲裁人、銘傳大學講座教授

耳曼法。筆者有感於此，爰不揣孤陋，在國內資料極端欠缺下，勉力草此蕪文，以簡明易懂方式，擇要略述羅馬法之內容、特色、變遷及對後世之影響，尤其特別注意其精彩之處，俾加深讀者印象，便于有志人士瞭解歐陸法律之一助。

按羅馬法是指羅馬共和國與羅馬帝國所制定的法律規範的總稱。它是現代許多國家法律體系的基礎。羅馬法發源於羅馬城邦，隨著羅馬版圖的不斷擴大，從統一義大利，壟斷地中海，到建立地跨歐、非、亞三洲的帝國，羅馬法也由狹隘的城邦習慣法、市民法，發展為萬民法，最後形成為第一個世界性的法律制度。羅馬法的系統推廣歷史開始於東羅馬帝國時期，而以優帝時期最為鼎盛。

羅馬法的形成發展可分為三個時期，即羅馬王國（公元前八世紀至公元前六世紀）、共和國（公元前六世紀至公元前一世紀）與帝政時期（公元前一世紀至公元七世紀）。羅馬法產生後，隨著羅馬國家歷史的遞嬗，為了適應羅馬政治、經濟與統治階級的需要而不斷發展。公元初250年為羅馬法與羅馬法學發展到巔峰之時期，此時期常被後世稱為羅馬法古典時期。

貳、羅馬簡史

古羅馬先後經歷羅馬王政時代（公元前753-前509年）、羅馬共和國（公元前509-前

27年）、羅馬帝國（公元前27年至公元476年 / 1453年）三個階段。

據說羅馬城于公元前753年建立。在王政時期，羅馬由國王、元老院及人民代表會議統治。國王是由選舉產生，掌握絕對的權力，元老院相當于國王的顧問團，都是貴族，由國王指定。立法機關是區會議，後來變為百人隊會議。王政時期共歷七個國王，最後因暴政被人民推翻，而進入共和時期。此時國家基本上由執政官、元老院及人民大會三權分立。掌握國家實權的元老院由貴族組成。執政官由百人隊會議從貴族中選舉兩名產生，為期一年，行使最高行政權力。¹公元前451年，頒布了十二銅表法。于是平民與貴族的鬥爭告一段落，意大利半島基本統一。

到了公元前272年，在一陣領土擴張後，羅馬幾乎控制了整個義大利。在經三次布匿戰爭後，在公元前146年終於征服了爭奪中西地中海的對手迦太基。接著羅馬與東方國家作戰，在公元前25年至公元前168年三次馬其頓戰爭，羅馬控制了整個希臘。領土的擴張使羅馬自小農變為仰賴奴隸勞力的大莊園。公元前2世紀30年代至前一世紀30年代是內戰時期。其間凱撒與龐培等結盟，不久凱撒征服高盧，甚至不列顛，後來實施獨裁統治。²凱撒死後內戰又起，加速共和國的崩潰。公元前27年，凱撒之養子屋大維被尊稱為奧古斯都，結束一世紀內戰，開始帝政時期，羅馬進入和平繁榮時期。此時地中海四周及更遠地

註1：（法）菲利普·內莫著，張竝譯（2011），《羅馬法與帝國的遺產》，第5頁以下，華東師範大學出版社。

<https://baike.baidu.com/item/古羅馬>；

<https://zh.m.wikipedia.org/zh-tw/羅馬共和國>

註2：前揭註1，第21頁以下。

方納入羅馬版圖。但羅馬未能取得日耳曼民族佔領的多瑙河以北土地。戴克里先皇帝期中（公元286年）將羅馬帝國分為東西二部分治。公元313年君士坦丁一世皇帝頒佈米蘭敕令，承認基督教合法地位，復於公元330年遷都拜占廷，更名為君士坦丁堡。公元395年狄奧多西一世皇帝死後，帝國正式分裂為東西羅馬兩部分。³西羅馬帝國於公元476年被日耳曼人所滅。在君士坦丁堡的東羅馬帝國經一段時間後，於1453年為奧圖曼土耳其人所滅。奧圖曼帝國直到第一次世界大戰敗于協約國之手才滅亡。而意大利終於到1870年，始自分裂的眾多小國成為統一的民族國家。

參、羅馬之法律簡史

一、十二銅表法

《十二銅表法》是羅馬法發展史上的一個里程碑。在十二銅表法前羅馬私法基本上為習慣法，相當保守、落後、採嚴格形式主義。⁴由於使用習慣法，司法權操于貴族之

手，任其解釋，訴訟程序不予平民知曉，引起平民不滿，組織起來，要求政府編纂成文法。元老院被迫于公元前454年成立了十人立法委員會，還派人到希臘考察法制。⁵於公元前451年制定法律十表公佈於羅馬廣場，俾眾週知。次年，又制定法律二表，作為補充，成了所謂《十二表法》，由於這些表法都是由青銅鑄成的，所以又稱《十二銅表法》，代表爭取限制貴族地方官對平民隨意修改的成文與公開法律的努力。⁶

十二表法的篇目分為傳喚、審理、索債、家長權、監護與繼承、所有權與占有、土地與房屋、私犯、公法、宗教法、前五表與後五表的追補。內容如同其他古代法，至為混雜，公法、私法與訴訟法混為一體，惟偏於程序性質，且處罰嚴酷，例如當場拿獲之竊賊如果係奴隸，可處以死刑。債務人不能償還所欠，即變為債權人之奴隸；債權人不止一人時，可將債務人分割之。⁷《十二表法》的頒佈雖對貴族的專橫與濫權加以某程度限制，但主要目的仍在於保護貴族的私有財產權與人身安全。⁸它是制定法，也是最早羅馬

註3：Joseph Reither, World History At A Glance (Ferma Giants, 1949)，第92頁以下，第10頁以下。

註4：<https://zh.m.wikipedia.org/zh-tw/羅馬法>；蘇希洵著（民國42年），《羅馬法與中國固有法之比較》，第1-2頁，大信圖書公司。

註5：現代不少學者以為當時貴族不可能派代表團去希臘，而是自希臘與羅馬之間的Magna Graecia諸城取得希臘立法。

<https://zh.m.wikipedia.org/zh-tw/羅馬法>

註6：十二表法原物可能在公元前387年羅馬被高盧人征服時所毀。自殘存片斷顯示它不是現代意義的法典，因無完整與一貫系統，或對所有可能案件提供可應用的規則，而是包含要改變當時習慣法的特定條文。固然條文涉及所有法律領域，但最大部分是私法與民事訴訟。參照

<https://zh.m.wikipedia.org/zh-tw/羅馬法>

註7：參照Law in Ancient Rome (<https://www.crystalinks.com/romelaw.html>)；蘇希洵，前揭註4，第1-2頁。

註8：羅馬法資料後世可從留傳下來的法律文書，文學作品，紙草（papyri），蠟板及碑文找到。十二表法時間比我國戰國時期李悝所撰法經稍早。參照蘇希洵著，前揭註4，第4頁。

法法典化的例子。私人間的約定受到國家的承認與執行，後世契約法可上溯到十二表法。該法繼續成為羅馬法的基礎，但後來羅馬人不斷修改這些原則，以因應社會變遷情形。

二、權利本位

羅馬人與希臘人不同，重視法律。後來變成商業民族，建立龐大的商業帝國，更需要法律以規範複雜交易關係。羅馬法以權利為本位，嚴格區分權利主體與權利客體，同時以個人主義為基礎，著重于個人之自由與利益⁹，與我國固有法以團體為本位，以義務為中心不同。歷史上羅馬政府組織不斷更張，基本上大致可分為三部門：立法議會（legislative assemblies，人民），元老院（senate，貴族）及執政官（consuls，行政部門）。羅馬帝國法律由稱為法務官（praetor）的官員負責施行。法務官是羅馬僅次於執政官（consuls）的第二高官，負責司法行政。法律則由許多途徑成立，很多元與非常彈性，以因應羅馬社會自共和到帝政，自地方到全國貿易，自國家至國際政治情勢的變遷。¹⁰現代公法與私法之分別，係淵源于羅

馬法學家Ulpianus之理論¹¹，當時羅馬亦有任意法與強行法之分。¹²

三、市民法與萬民法

羅馬人通常不竄改被征服民族的地方習慣與法律¹³。

在羅馬共和與帝政長期間中法制有許多面相出現。在共和時期（公元前753-31年），基於習慣或立法的市民法（the jus civile）出現了，市民法只適用於羅馬公民，注重形式，程序繁瑣，缺乏靈活與變通。到了公元前三世紀中葉，羅馬人發展了另一種法律，稱為萬民法（jus gentium（law of nations）），適用於他們自己的公民及外國人。不過萬民法並非立法的結果，而是掌管涉及外國人司法的官員（地方官Magistrates）與總督（governors）所發展出來的產物，¹⁴作為市民法彈性代替物的大部頭法律體系的一部。因為羅馬法如同其他古代法一樣，最初採屬人主義，即國家法律只適用於其公民。外國人不能享有權利，除非由他們國家與羅馬間有條約加以保護，否則他們可由任何羅馬人扣押，如同無主物。但自早期開始，羅馬有與外國擔保互相保護的條約。即使沒有

註9：Cartwright, Roman Law (in Ancient History Encyclopedia, 2013) (https://www.ancient.eu/Roman_Law/)

註10：Constitutional Rights Foundation, When the Roman Law Ruled the Western World (Fall, 2001) (<https://www.crf-usa.org/bill-of-rights-in-action/bria-17-4-b-when-roman-law-ruled-the-western-world>)

註11：Id at 50.

註12：Id at 51.

註13：Ibid.

註14：從大約公元前242年開始，涉及外國人之爭議以及羅馬與外邦關係之爭議，由一個特別的官員（稱為praetor peregrinus）來主審。

條約，羅馬越來越多商業利益驅使它以某種司法方式去保護入境的外國人。地方官不能只應用羅馬法，因為那是公民的特權；即使沒有此種困難，外國人也會受到早期市民法煩累形式主義之苦。

地方官所適用的法律似由三種因素所構成：(1)由地中海貿易商使用的現行商法；(2)羅馬法除去刻板形式因素後，能一體適用於任何訴訟當事人，不問羅馬人或外國人的那些部份；(3)最後是地方官自己公平正義的觀念。¹⁵萬民法含有不少非常進步的希臘城邦與其他海權國家的商法，更適合羅馬領土日益擴張的經濟需要。¹⁶

到了三世紀當公民權擴充到整個帝國時，市民法與萬民法的實際差異已不復存在了。萬民法在現今，一部分是規範外交與國際關係的國際公法，一部分是規範商事交易與商事習慣的國際私法。

羅馬人相信自然法，導致後來帝國內部羅馬人與公民有相同的權利。後來在萬民法中的自然法原則仍舊是羅馬法的一部。這些原則因為相信所有公民平等，影響後代政治思想，只是時經幾百年後，才完全實現羅馬人的平等原則。¹⁷

肆、羅馬法之法源

第一是立法 (leges, 單數為lex)，為全體

羅馬人民的議會 (assemblies) 之一所訂的法律。早期有錢階級或貴族掌控這些議會，後來平民階級 (plebeians) 也有他們自己的議會 (council) 所通過的決議 (稱為plebiscita)。但只有在公元前287年通過所謂Lex Hortensia的法律後，平民議會的立法才拘束所有階級的公民。大致上立法只有在共和時期是法律的一個來源，到了奧古斯都在公元前31年成立帝國時，議會的同意變成只是對皇帝意思的形式上批准而已。¹⁸

第二是由高級地方官 (即法務官praetor) 對司法事務所發告示 edicta (edicts) 或通告 (proclamations)：法務官的職位是在公元前367年設置，管理公民愈來愈多的法律事務。後來另設了處理外國人的法務官。他們在就職時，會發布一個告示 (edict)，實質上是他年度的工作計畫。同樣地負責管理市場的官員 (稱為curule aediles) 也發布告示。到了共和後期，這些告示形成了革新的法律，而法律 (leges) 已不再是私法的主要法源了。

此外由于羅馬訴訟制度賦予法務官提供或拒絕司法救濟及決定救濟應採方式的大權之結果，發展出所謂大官法或榮譽法 (jus honorarium)，一種與私法併存，且常取代私法之新的法規體系，成為羅馬法之一來源，直到公元約131年，哈德良 (Hadrian) 皇帝下令將所有法律改組合併，並宣佈此後所訂法律除由皇帝自己外，不得修改為止。

註15：Roman Law (<https://www.britannica.com/topic/Roman-law>)

註16：The New Illustrated Columbia Encyclopedia, vol. 19, (1981) p.5820.

註17：The World Book Encyclopedia, vol. 12 (2008), p.134.

註18：最後一個法律是在Nerva帝 (公元96-98年) 在位時通過。當然最早最重要立法是十二表法，但原物失傳，只有片斷殘留，在西塞羅等作者著作引述與引用才能看到。

第三是羅馬元老院決議（*senatus consulta*）：在共和時期，元老院決議是主要的法律來源。在帝政早期，由於議會力量衰退，皇帝地位提升，元老院決議變成皇帝建議的背書。隨著元老院同意愈來愈自動，皇帝的建議變成了真正權力的來源。因此皇帝不再將建議提交元老院，在帝政早期後不久，終結了由元老院立法之慣例。

第四是皇帝立法權之表達（*constitutiones principum*）：到了公元二世紀中葉，皇帝基本上成為創造法律之唯一來源。皇帝立法的主要方式是敕令（*edicts*）或通告（*proclamations*）、對臣下，尤其各省總督的訓令、對官員或其他請示之人之書面裁答、以及皇帝自己聽訟時之判決。¹⁹皇帝當羅馬法與各省地方法有衝突時還充當法官。²⁰

第五種成文法來源是法學家對諮詢他們法律問題的人的答復（*responsa prudentium*），詳如後述。²¹

伍、羅馬法發達之推手

一、法務官（*Praetor*）

在大約公元前570年，羅馬創立了法務官

（*Praetor*）制度，以解決民間爭端。依照這新制度，法務官是有權力的政府官員，從公民接受書面陳訴，加以調查，決定是否在一個法官前進行審理。原被告向法官提出證據，最後法務官再決定案件結果。如原告勝訴，則命被告救濟或作某種賠償。刑事犯罪也由法務官以同樣方法處理。法務官派任任期一年，變成越來越有權力的司法官。雖然他們並無立法權，但他們一種慣例：在任期之初發一個書面說明，稱為法務官告示（*praetor's edict*），敘述法務官想要執行的權利以及對違法行為建議的救濟方法、最後這種告示變成一套標準的法律原則與規則、從一個法務官傳到另一個。法務官用這些告示解釋十二表法以及共和國議會通過的法律。²²羅馬法上所謂榮譽法或大官法（*jus honorarium*），就是以法務官的告示為淵源而形成的法律。所謂大官係指有司法責任之高級官吏，包含內事法務官、外事法務官、羅馬警監及外省省長。其中以內事法務官頒布之告示影響羅馬法最大，因其他官吏之告示類皆屬於行政方面。凡人民能否進行訴訟，與權利有無法律上保護，須取決於法務官，如不幸被拒絕，固無可如何，可見法務官影響法律之

註19：皇帝創造新法最有名事例，似係公元212年Caracalla皇帝將羅馬市民權賦予帝國所有自由居民的勅令*edict*。

註20：實際上各地的地方法是當作習慣留下，通常不會被推翻，除非抵觸羅馬人的感受，例如有關近親相姦與重婚。參照Cartwright, *op. cit.*。

註21：羅馬人也將法律分為成文法（*jus scriptum*）與不成文法（*jus non scriptum*）。不成文法指習慣；成文法指除了來自立法之法律外，包含基於任何書面來源之法律。制定新法律主要方法是經由羅馬議會，由議會議員（公民）投票。（但這種制定法很少，通常限於儀典事務，諸如決定要不要將身後榮譽賦予早死的皇帝兒子。此外法律尚包括平民院（*Plebeian Council*）與元老院的法規（*decrees*），選出官員（*magistrates*）之決定，及皇帝敕令（*edicts*）等。參照Cartwright, *op. cit.*。

註22：Constitutional Right Foundation, *op. cit.*

大。而且如法務官認定市民法有缺陷時，可予以補正，有不公正時，可加以修改。其修改或補正市民法的方法，係透過制定與拒絕訴訟之方式來進行，因此此時雖未形成一種成文法，但由此方法形成習慣法，則比比皆是。羅馬從嚴峻的形式的與國界森嚴的法律，一變而成為世界性的法律，應歸功于內事法務官的努力。²³

二、法學家與其他法律職業

(一) 法學家

羅馬對後世法律文化最重要的貢獻，不是制定完善的制定法，而是產生專業法學家（jurist）與法律科學。這是應用希臘哲學到法律上之漸進過程的結果。在羅馬法的發展過程中，法學家扮演十分重要的角色，解答法律、參與訴訟、著書立說、編纂法典，推動了羅馬法與羅馬法學的發達。按羅馬法律知識最初雖由僧侶秘密獨占，但不像雅典，自公元前三世紀早期開始，羅馬出現了稱為法律顧問（jurisconsults (iuris consulti)）這種通曉法律的專家階級。他們是自學出身，富有的業餘人士，琢磨法律與提供免費法律意見，是出於智識上的嗜好，尋求出名與在社會出頭。法學家在智識上深究與討論，研究成文法法規與制度，萃取它們所含基本法律原則，然後就假設特定案件予以應用與測

試，以便適用它們到新立法上。²⁴因此羅馬人是首先有整天思考法律問題的階級，這是羅馬法律變成精確、詳盡又專門的原因。

法學家著書立說，最有影響力法律教科書之一是公元前一世紀Q. Mucius Scaevola的“De Iure Civili (On the Civil Law)”。他們基於當事人之請求，提供法律意見，並對法務官提供諮詢，有些甚至擔任司法或行政職務。他們是就所諮詢問題專心研究個案的實務家，因此被稱為法律顧問（iuris consult）。

大約公元130年，法學家Iulianus起草了一本法務官告示的格式書，這書包含法務官准許法律訴訟及准許抗辯所有案件的詳細說明。這標準告示指出訴訟成功的要件，即使形式上沒有法律的效力，但功能宛如一個完備的法典，因此變成日後古典時期法學家好多法律注釋書的基礎。²⁵在帝政前期，法學家非常活躍，著書立說，就個別法律、民法、敕令及整體法律撰寫了無數注釋書，羅馬法學的發展也進入黃金時期。許多法學家還被皇帝授予法律解答權，其解答（responsa）成為法律的重要淵源。法學家所著法律注釋書與教科書成為重要文化遺產。²⁶

法學家是屬於一種精英群，任何時期人數似不超過二十人，資格是法律及其歷史的廣泛知識。法學家在斟酌法律問題時，也關心兩個基本社會原則：公平（aequitas）與實用

註23：陳朝璧著（民國54年），《羅馬法原理》上冊，第15-16、26頁，商務印書館台1版。

註24：Cartwright, op. cit.

註25：Law in Ancient Rome (<https://www.crystalinks.com/romelaw.html>)

註26：羅馬法學家著作只有蓋尤斯的法學階梯留傳下來，其他主要是透過後人編纂時所作的引證。參照（法）菲利普·內莫著，張竝譯（2011），《羅馬法與帝國的遺產》（以下簡稱張竝譯），第94頁，華東師範大學出版社。

(utilitas)。在公元二世紀中葉前，對法律知識多少有獨占，因為當時並無學習法律作為通常教育課程一部之機會。由於他們在智識上的獨占，自政治與宗教獨立的程度，比起古代許多社會要大得多。

在帝政時期之初，奧古斯都授權一些法學家對皇帝的諮詢提出答復意見 (responsa)，如此一來增加了他們的威望，（但此種慣例早在公元200年已經消失。）帝政時期皇帝對法律事務扮演積極角色，尤其答覆私人請願 (libelli)，但通常是根據法學家的意見處理。在這時期法學家融入服務皇帝的一般官僚中。

自奧古斯都至哈德良帝約一世紀間，法學家解釋法律，分為普羅庫魯斯 (Proculus) 與薩比努斯 (Sabinus) 兩派。其間還出現了最著名的五大法學家：蓋尤斯 (Gaius)、伯比尼安 (Papinianus)、保羅 (Paulus)、烏爾比安 (Ulpinianus)、莫迪斯蒂努斯 (Modestinus)。依公元426年“引證法”之規定，只有這五大法學家的法學著作與法律解釋具有法律效力。若全體一致同意，則拘束法官，如兩派人數相同，則以伯比尼安的意見為準。²⁷如伯氏無意見，則由法官自由選擇何人之見解。由于只能引用這些法學家的著作，以致法律學者的影響力在後古典時期為之衰退。

自公元三世紀開始，法學家制度被統治者，尤其皇帝自身較直接干預所取代。法律

專家人數逐漸大增，變得較像現代律師，受到任何需要法律建議的人諮詢。但與現代律師不同，至少他們提供服務原則上是免費。到了3世紀中葉，皇帝對於政治生活各方面加以比較直接的控制，羅馬一般政治與經濟情況為之衰退，²⁸此後羅馬很少出現有名法學家。法學教育在帝國東邊雖有某程度繼續，但在西邊，大部分古典時期法律精彩的地方被人忽視。

(二) 其他法律職業

1. 辯護人 (orator與advocate)

在早期至公元初期，羅馬有稱為 orator與advocate (即相當于辯護人) 這種法律職業發展起來。在審理案件時，他是主角，法律顧問並不扮演積極角色，而由辯護人出庭，法庭是由非法律人所組成，判斷案件之法律與事實。西塞羅 (Cicero) 是當時傑出的辯護人 (advocate)、雄辯家與政治哲學史上重要作家，被英國人視為法治 (rule of law) 學說之父。²⁹

如同希臘人，早期羅馬辯護人 (advocates) 是受修辭訓練，而非法律。他們辯護對象的法官亦未受過法律訓練。Advocates與普通人也去徵詢法律顧問法律意見。法律顧問與advocates在共和與帝政早期，不受管制，因前者是業餘，後者是非法。任何公民可自稱

註27：Crittenden, Readings in Roman Law (The Antioch Press, 1928) p.12-13.

註28：Hall, The Contribution of Roman Law to Modern Legal Systems (<https://europeanconservative.com/2019/05/the-contribution-of-roman-law-to-modern-legal-systems/>)

註29：參照張竝譯，前揭註26，第117頁；Lusk, Business Law, Principles and Cases (Richard D. Irvin, Inc., 1965)，第9頁。

advocate或法律專家，但是否受到信賴，要靠他的聲譽。等到Claudius皇帝正式承認法律職業後，此情形很快改變。到了拜占庭帝國，法律職業確立了，受到嚴格規範，且變得非常僵化，漸漸中央化與官僚化，在哈德連（Hadrian）皇帝時變化加速。同時法律顧問在帝政時期衰落了。依照Fritz Schulz的研究，到了第4世紀在東羅馬帝國情況發生改變，Advocate現在是真正律師了。他們須在出庭的法院註冊，同一時間只能附屬在一個法院。有時一個法院申請註冊的人數都有限制。到了公元380年代，advocate除了修詞外，也要學習法律，因此減少了法律顧問的需求。到了460年代，Leo皇帝更規定新Advocate須取得其老師的證明。到六世紀時，欲入會之人須上正規法律課程約四年。Claudius皇帝對他們所定收費的上限，一直沿襲到拜占庭時期，不過常被規避。

2. 公證人

公證人（tabelliones）在羅馬帝國晚期出現，與大陸法系當代公證人一樣，負責起草遺囑，不動產移轉及契約。大多數鄉村有一名公證人。公證人並非受過法律訓練，當時被認為其地位在advocates與jurisconsults之下。依據Antonius Pius帝（公元8-161年）之敕

令，公證人可領薪水或公費。後來演進到公證人變成政府當局（包括皇帝）之秘書。³⁰影響後世歐陸與南美國家重視公證人之傳統。

陸、羅馬法之基本內容

一、人法

人法包括自然人、法人的權利能力、行為能力以及婚姻家庭關係等內容。

（一）自然人

羅馬法上的人格（權利能力）係由自由權、市民權與家族權三者組合而成。如三者毫無缺陷，則有完全權利能力，失去一部或全部時，則發生所謂「人格減等（又分大、中、小三種減等）」，而限制甚至喪失其權利能力（例如自由人淪為外國人或奴隸）。而且即使在完全人格範圍內，亦可能發生妨害「令名」（亦可譯為榮譽）之某種情形（稱為「令名減少」，分為無信用、破廉恥及污辱三種），而使權利能力受到某種限制（例如不能充證人，或以他人為證人，剝奪起訴權或不能被選為官吏……等）³¹。由于其制度極為複雜，且與現代法無何影響，姑從略。

羅馬法規定，只有年滿25歲的成年男子才享有完全的行為能力。羅馬所有的人分為自由民與奴隸。奴隸在古代羅馬很普遍。奴隸

註30：在查理曼大帝（768-814年）統治時，公證人起草之文書取得了與終局判決同一之效力。在文藝復興時期，公證人職業盛行，在1803年被拿破崙賦予不少功能與義務，這些制度大體流傳到今日歐陸與大陸法系國家。台灣於民國88年大幅修正公證法，引進民間公證人制度，擴大公證人功能，提升公證人資格，就是受到歐陸與南美重視公證人傳統法制之影響。

註31：陳著上，第63、69頁以下。

身分因在戰爭被俘、為奴隸之母所生、或因犯某些罪而產生。在共和時期主人對奴隸有生殺之絕對權，亦可解放。奴隸在理論上是一種動產，可被擁有與處理，如同任何別的財產。所以他不但可由主人隨意處置，且不享有權利與負擔（除刑法外）義務。但因事實上是人，所以這原則有所修正。即奴隸雖不可訂立契約或享有財產，但可給他事實上遺產（patrimony），當他被解放時，可保留這財產。如他向他人作允諾時，該他人最後可對主人請求履行。被解放的奴隸在大多數情況，不但變成自由，且又是公民。羅馬婦女有有限公民權，不能投票或任公職，但可享有財產與營業。公民之定義對私法言，頗為重要，因法律一些部分只適用於公民（市民法）。非公民可能是羅馬殖民地的住民或外國人或受羅馬管理但未併入羅馬之人。羅馬市民比外國人較受國家法的保護。例如外國人不能享有羅馬市民的結婚與遺囑能力及其他財產之所有權，對其配偶無市民法上之夫權。³²

羅馬市民權甚至有不同層次，每種所享權利比別種有多或少。在公元212年Caracalla皇帝宣佈在帝國所有自由人都是完全羅馬公民。此種對公民權之大擴充，減少了市民法這部分法律的重要性。

在人法部分，羅馬法影響後世之制度如下：

- 1.十二表法已規定胎兒有繼承遺產之權，到了法律昌明時期，凡關於胎兒之權利更以已出生者論。³³
- 2.二人同時遇難死亡，依年齡推定其死亡時間之先後。³⁴
- 3.亦有失蹤久者，推定為死亡之規定。³⁵
- 4.羅馬法上幼兒與精神病人全無行為能力。行為能力受限制之人，共有五種：一、少童（7歲以上14歲以下之男子，及7歲以上12歲以下之女子），二、未成年之已適婚人（12歲以上女子，及14歲以上男子，而均未達25歲之成年年齡），三、浪費人，四、女子³⁶，五、不具者。³⁷其中浪費人應置保佐人，與我民法不設保佐制度不同，較為特殊。其他應置監護人。³⁸
- 5.關於禁治產制度，依羅馬法凡精神病人與浪費人應置保佐人（Curator）。所謂精神病人除瘋狂人外，亦含聾啞人或不能速癒之重病而不能管理財產者。所謂浪費人，就是浪費財產，而對本人或他人並無正當利益之人。浪費人行為能力的限制與該限制的終止，都需請求法院為禁治產之宣告。³⁹
- 6.非常損失制度：優帝為保護因窮乏所

註32：戴東雄（1981），《中世紀義大利法學與德國的繼承羅馬法》第49頁，元照。

註33：陳著上，第32頁以下。

註34：陳著上，第35頁以下。

註35：陳著上，第37頁。

註36：成年女子之監護制度直到公元第五世紀初葉，才廢止。

註37：陳著上，第72頁。

註38：關於羅馬法上監護與保佐之詳情，參照《羅馬法教科書》，第169頁以下。

註39：陳著上，第74頁以下。

迫，不得已處分其物之社會上弱者、規定凡以市價一半以下將物出賣的人、可在價金未付清前，將買賣解除，此即所謂非常損失（*laesio enormis*）制度。今日各國民法禁止暴利行為，即係濫觴于此。⁴⁰

7.羅馬法對意思表示並無深切理論，亦無特別名稱，惟被詐欺之人可請求回復原狀，提起詐欺之訴，或詐欺之抗辯。⁴¹受脅迫之人可提基于脅迫之訴訟，或基于脅迫之抗辯。

8.法律錯誤一般不可原諒。⁴²

9.羅馬法對條件與期限，有詳細分類。⁴³

10.時效制度：羅馬自十二表法出，即有時效之規定。⁴⁴但並未統一發達，而係取得時效、役權之消滅時效及訴權之消滅時效個別發達。⁴⁵

11.自然債務：羅馬法已有自然債務之名稱。

12.羅馬法對時間的計算，係按日計算。⁴⁶

13.羅馬法對自力救濟，只有在有節制的限

度內，努力維持現狀時才合法。⁴⁷

14.信託：羅馬法已經流行所謂的信託（其實乃讓渡擔保*fiducia*）制度。⁴⁸

（二）準法人組織

法人制度可溯源到羅馬法，羅馬人尚未發展出有權利義務的團體意義的普遍性或一般性的法人概念，亦無法人之專門法律術語，但他們對一些人的集合賦予了特定權力與能力，亦即一些權力可由一群個人共同享有。但這種共同權力的來源一直是一種國家行為。可謂已有初步的法人制度。⁴⁹

羅馬法區別四種團體組織或初步法人：

1.自治團體（*Municipia*）：

最初由被征服之城市，後來由其他地方社區而成，有團體性，被承認為有權力取得物與訂立契約。在帝政時期它們有權解放奴隸、取得遺產，最後（在後古典法律才變為流行）可被任命為繼承人。

2.公有財產：

羅馬人（*populus Romanus*）可共同取

註40：例如我民法74條暴利行為之救濟，法民1674條-1676條、德民138條2項、瑞債21條。又楊崇森譯〈行為自由與商法〉（松本烝治[商法解釋の諸問題]內一文）《法律評論》26卷2期，民國49年2月。

註41：陳著上，第106頁，鄭玉波編譯（民國47年），《羅馬法要義》（以下簡稱鄭著），第62頁以下，三民書局。〔意〕彼德羅·彭梵得著，黃風譯（1996），《羅馬法教科書》（以下簡稱羅馬法教科書），第73、75頁，中國政法大學出版社。

註42：羅馬法教科書，前揭註41，第84頁。

註43：羅馬法教科書，前揭註41，第226頁。

註44：鄭著，前揭註41，第31頁。

註45：鄭著，前揭註41，第37頁以下。

註46：羅馬法教科書，前揭註41，第81頁。

註47：羅馬法教科書，前揭註41，第86頁。

註48：羅馬法教科書，前揭註41，第361頁。

註49：由巒，孫孝堃編著（1987），《外國法制史簡編》，第55頁，光明日報出版社。

得財產，訂立契約及被指定為繼承人。包含國庫。

3.特殊團體 (Collegia)：

無數有專門作用的私人團體，諸如手工業或商業基爾特（行會）、殯葬業團體及從事特別宗教祭祀之行會，在共和時期似已處理事務，共同擁有財產。由於皇帝們對他們有些疑懼，自始制訂了除國家授權外不能設立，且密切規範它們解放奴隸與取得遺產之權利。

4.慈善資金 (Charitable funds)：

為後古典時期法律關切的對象，人們財產通常可能捐贈或遺贈予教會作為慈善之用，教會然後有監督此種資金之義務。帝國立法控制此種資金之處分，以免被人不法使用。在此等案件所有權被解為暫時歸屬管理人員。

(三) 婚姻家庭法

羅馬實行一夫一妻的家長制家庭制度。

古羅馬所稱的家或家族是指在家父權支配下的一切人和物，包括家父、妻、子女、奴隸、土地。家的特點是以家父長權為基礎。因羅馬親屬法主要特色是所謂家父長權 (patria potestas)。即父對子女、男系較遠卑親屬及養子女（羅馬流行收養），不問年紀，以及對由於收養進入其家庭之人所享有之權，它是一種絕對權，為羅馬通例。⁵⁰這種權力通常只于父死亡時終止，但父可由解放使子女獲得自由。對女兒之父權於其受夫

之夫權 (manus) 節制時告終。家長可以遺囑自由處分財產，且可以遺囑剝奪法定繼承人之繼承權，惟應顧慮近親之義務分。⁵¹到了共和後期，家父長的權力逐漸受到限制。原先家父長不但對子女有控制，甚至有生殺之權，而且只有他在私法上享有權利。因此在家父長權之下之小孩所取得的物成為父之財產。當然父可准小孩（正如他可准奴隸）將若干財產當作他自己所有，但法律上它繼續屬於父。到了一世紀，此制度發生變革：父之生殺大權縮減到了輕微懲戒，且子可在適用於奴隸與主人之同樣嚴格限制內，與第三人訂立契約，拘束其父，子亦可保留當兵所得，甚至就此所得訂立遺囑。在優帝時有關財產之立場有了重大改變。父給子之財物法律上仍是父之財產，但有關子自己所賺的規則已擴大到許多種職業所得；且其他所得（諸如自母繼承之財產），父之權利縮小到只有終身利益 (usufruct)。羅馬法上婚姻有兩種：即“有夫權 (manus) 婚姻”與“無夫權婚姻”。所謂夫權 (Manus) 是夫對妻的專制權力，正如家父對子一樣。但有夫權婚姻並不多見，即使在共和後期亦然，且在優帝前很久已經消失。無夫權婚姻較為常見，只須由雙方（須當事人已適齡（男14，女12），如在家父長權之下，應經父同意）以結婚意思開始同居生活而成立，不需宗教或其他儀式。通常由將新娘帶進新郎之家作為證據。雙方配偶，須係公民，如一方不是，

註50：關於我國古代家長權之詳情，可參照仁井田陞著，楊崇森譯（民國48年4月），〈中國家父長權之構造〉，《法學叢刊》，第14期。

註51：戴著（初版），第49頁。

則他須有conubium（締結羅馬婚姻之權，此權有時賦予非羅馬人）。妻須帶粧奩交夫管控。在無夫權婚姻，配偶之間財產分開，甚至夫妻間贈與也歸無效。

夫欲與妻離婚，在早期羅馬須有特定原因。後來在有夫權婚姻，可基於夫之請求；在無夫權婚姻，任何一方不需法律手續，可自由結束此關係。通常法律上只需給對方一封正式信，但對對方有任何明白表明結束關係之意思，加上真正分手為已足。妾在帝政時期被承認為無奩粧之婚姻，地位較低，條文有所生子女在法律上非父之繼承人。又男子不可有一妻一妾。在四世紀，君士坦丁皇帝首先制訂法律，使此種結合之子女可因父母嗣後結婚而取得婚生身分。中世紀私法擴大此規則到所有非婚生子女。未達適婚年齡之人如無家父長，則需要監護人。此種監護人可由父以遺囑或由家之男主人指定之。如無指定時，則由一定的親屬擔任。如無合適之人，則由地方官指派。最初小孩于成年認為大人，但經長期演變變成通常在成年與二十五歲之間，須有地方官委派之監護人。最初所有不在父權或夫權之下的婦女亦需監護，以對子女同樣方法指定監護人。到了帝政早期，此規定幾乎只是多餘的繁文縟節，故自優帝法律起已經絕跡。

當公元395年基督教成為羅馬正式宗教後，

羅馬法發生一些變化。例如婚姻除了雙方接受一個教會僧侶的祝福外，不是合法。離婚變成困難得多。皇帝也禁止舊的所謂異端宗教信仰。⁵²

此外羅馬法在親屬法方面，值得注意的尚有下列幾點：

1. 優帝時廢宗族（男系）之制，而純以血親（不問父族之血族與母族之血族）作為親屬之標準，為一大進步。⁵³
2. 羅馬法之親等計算法，簡易合理，為後世多數國家所沿用，我現行民法亦同。⁵⁴
3. 收養：羅馬人因採一夫一妻制，如妻不育，其祀將絕，故創設養子制度以為補救。古代限制頗嚴，凡有子者，不得迎養養子，後來放寬。優帝法禁止年少者收養年長者為養子，且年齡須相差十八歲。⁵⁵
4. 羅馬古代有親屬會議之制度，若家父濫用其家父權，親屬會議得干涉之。⁵⁶我現行民法亦有親屬會議之設。

二、物法

物法由物權、繼承及債三部分而成，有關物權與債權之規定最為完備。與我國歷代法典大部分為刑法，民事法規則簡略，大異其趣。⁵⁷物法在私法體系中占有極重要地位，是羅馬法的重心，對後世民法的影響最大。

註52：Constitutional Right Foundation, op. cit.

註53：蘇著，第54-55頁。

註54：蘇著，第57-58頁。

註55：蘇著，第89頁以下；鄭著，第101頁以下。

註56：蘇著，第55頁。

註57：唐律與明律所載民事條款寥寥數十則，僅居全部條文十分之一強而已。蘇希洵，前揭註4，第24頁。

（一）物權

羅馬法上所謂之物，範圍極廣，泛指除自由人以外存在於自然界，對人有用並能滿足人需要的一切物品。

物權是指權利人可以直接行使於物上的權利（其範圍與種類由法律予以規定，不能由當事人自由創設）。羅馬法下個人可絕對擁有土地與動產，此絕對權之觀念（*dominium*）乃其特色，而與日耳曼法及英國法不同。⁵⁸羅馬對物的分類有：要式移轉物，略式移轉物、有體物、無體物、動產、不動產、代替物與不代替物、消費物與不消費物、主物與從物、特定物與非特定物、有主物與無主物、神法物（為其獨特之物權，包括神用物、安魂物及神護物三種）、原物與孳息等。當時物權有地上權、永佃權、役權（還有人役權）、質權、抵押權等種類。⁵⁹除要式與略式移轉物及神法物原係根據羅馬當時特殊情況而來，現代社會無此需要，極少有此規定外，後世民法似亦均沿用未有更改。⁶⁰又值得注意者，所謂物權一語，乃中世學者所創之名詞，在羅馬當時所有權與他物權合稱之物權與債權對立之理論尚未形成，僅於訴訟上有所謂“對物訴訟”與“對人訴訟”之區別，但後世物權與債權區別之理論，卻因此而得展開。⁶¹

關於羅馬物權法，須說明之重點如下：

1. 羅馬隱然已有物權限定原則。
2. 羅馬最初的所有權移轉係採〈要式的握取行為（*Mancipatio*，或逕音譯為曼兮怕蓄）〉或正式移轉財產，須有讓與人與受讓人，五名證人（成年男性羅馬公民）與同一資格之一人為銅秤的計量人，持一個磅秤出席儀式性移轉。受讓人在計量人前，手持銅片，抓住要移轉的標的物，先說“我主張此物依羅馬法是我的，讓它由這銅片及銅秤由我買下”，說完，將銅片敲打磅秤說“透過價金”，然後將銅片（象徵金錢）交與讓與人，於是移轉所有權手續完成。此種儀式最為隆重，但優帝時廢而不用。⁶²
3. 擬訴棄權（*In iure cessio*）：此乃以透過訴訟程序之形式來移轉產權。雙方當事人到法庭，受讓人作為原告，向法官主張該物是他所有，而地方官乃問出賣人：“你對原告之主張有抗辯否？”出賣人則答稱：“沒有抗辯”或默不作聲，于是由法官判該物歸受讓人所有，而移轉方式亦告終了。此種方式純屬一種訴訟之擬制，當事人事先已同意，即法官亦明知其為一種形式。⁶³優帝時法律亦將其廢止，改用較簡便方式。

註58：關於英美法系之物權法方面，詳見楊崇森著（2015），《遨遊美國法》第一冊，共三冊，第263頁以下，台北大學與華藝學術出版社。

註59：陳著前揭上，第346頁以下。

註60：陳著，第89頁以下；蘇著，第26頁。

註61：鄭著，第79頁。

註62：Georg Klippenberg, *Roemisches Sachenrecht*，瀧澤榮治譯（2007），《ローマ物權法講義》，第56頁以下，大學教育出版；鄭玉波著，第86頁；陳朝壁著上，第97頁以下。

註63：羅馬法教科書，第213頁以下；陳著上，第98頁。

- 4.羅馬所有權被侵害時，所有人可提起：所有物返還之訴或所有權妨害排除之訴，甚至否認之訴。但當時尚無相當物上請求權之概念。⁶⁴
- 5.羅馬有取得時效（Usucapio）制度：係指由於長期占有他人之不動產而取得其所有權。早期羅馬法土地所有權需繼續占有二年，動產需一年。後來法律變為占有之初還須善意，且該物需非被盜（即使占有人對竊盜無辜）或由暴力取得。⁶⁵
- 6.羅馬有先占（occupatio）：無主物（除了寺廟）易成為私有物，成為第一個占有人之財產。此原則適用於野獸與海島之類，但也有人認為也適用於被拋棄的物品。
- 7.當時有添附（Accessio）：其操作如下：如一個屬於A之從物與屬於B之主物合併，則整個物所有權歸B。例如如A的原料被B用來染布料，所染之布完全歸B。至今此原則最重要應用是主張不問在土地上建築何物，都變成土地之一部，而不可分開歸屬。加工（Specificatio）則有些不同，如A用B的材料作成一物，一派學者認為所有權歸A，另一派以為仍舊歸B。優帝採折衷說：如可能回復原狀，（銅瓶可熔解），則B保有所有權，如不能（酒不能變回葡萄）則由A取得所有權。
- 8.埋藏物：如某物在自己土地上發現，則屬於他，如在別人土地上發現，則一半歸發現人，一半歸土地所有人。
- 9.交付（Traditio）：是以移轉所有權意思之交付，是萬民法上之移轉方法。如A出賣奴隸只有交付予B，因尚缺法定要件。依市民法A仍舊是奴隸之所有人，直到特定期間屆滿。但後來法官為了保護B，設計了使A之權利變成無價值，由B取得該物所有權之程序方法。這是非正式賦予權利之重大勝利。後來優帝廢止了要式移轉物與略式移轉物之區別。⁶⁶
- 10.土地所有權，羅馬法已經公認及于土地之上下。注釋法學派對此則以“土地所有權上至天空，下達地心”解釋之。⁶⁷
- 11.相鄰關係：羅馬法對土地之相鄰關係，規定頗詳，為現代制度之先河。⁶⁸
- 12.地上權：現代法之地上權皆導源于羅馬法，惟今昔頗多不同之處。例如羅馬法僅限於在他人土地上有建築物，我民法則擴及於竹木，羅馬法以支付地租為要件，我民法則不然；又羅馬法其建築物之所有權應歸於土地所有人，我民法則不然。⁶⁹
- 13.羅馬法亦有永佃權（emphyteusis）。
- 14.信託（fiducia，讓渡擔保）是羅馬法最古老之擔保權，值得注意。讓渡擔保係

註64：鄭著，第88頁以下；羅馬法教科書，第227、230頁以下。

註65：鄭著，第83頁以下；羅馬法教科書，第217頁以下。

註66：陳著下，第320頁。

註67：鄭著，第83頁。

註68：羅馬法教科書，第235頁以下。

註69：陳著下，第347頁；鄭著，第93頁。

指債權人雖取得擔保物之所有權，但在當事人內部關係上，受到信託條款之拘束。⁷⁰由于其成立方式隆重，且債權人如背信非法處分原物時，債務人將蒙受巨大損失，故質權起而代之。⁷¹

15. 依羅馬法，擔保物權有質權 (pignus) 與抵押權 (hypothecate) 之制度，且甚為複雜。羅馬先有質權，因須移轉占有，對債務人殊多不便，故抵押權應運而生。抵押權與現代法多以不動產為限不同，適用於動產或不動產，且依其成立先後，定其受償之次序。⁷²羅馬擔保權法與今日各國之擔保權法相似，承認附從性之原則（擔保權附屬於被擔保之債權）、責任不可分原則（以擔保物之全部，擔保債權之全部）、順位優先之原則（同一物多次質入時，先設定之擔保權有優先清償權）。惟當時尚未實施現代特定之原則，而常見以債務人之總財產為對象之一般抵押權。因此對其他債權人不利。結果以財產設有一般抵押權之人，很難找到願再放款之債權人。且現代公示之原則（因無土地登記簿，且完

全准許非占有之質權）亦尚未實現。⁷³

16. 羅馬法也有地役權 (servitudes)，即一個人在他人所有財產上享有一定權利。通行權與水權是田野地役 (rustic servitudes)，而採光與觀望是城市地役 (urban servitudes)。
17. 羅馬有人役權，乃特定人利用他人所有物之物權，可分四種：用益權、使用權、居住權及奴隸與家畜之使用權。⁷⁴
18. 羅馬法承認用益權 (Ususfructus)，它是使用與取得某物（五穀）之孳息之權，而相當於現代終身利益 (life interest) 之觀念。⁷⁵
19. 羅馬法又有所謂使用權 (usus)，是一個較用益權權能更為狹隘之權利，也不可逾權利人生存期間，只准使用某物⁷⁶，例如一人可住在某屋，但不可將其出租，因為那是等於“收取孳息”。
20. 羅馬法上共有係採分別共有制度，而與日耳曼法上公同共有不同。⁷⁷
21. 占有：依羅馬法，占有須具備體素與心素二者，僅具備心素或僅有體素，尚不足以取得占有。占有分善意與惡意，效

註70：瀧澤榮治譯（2007），《ローマ物權法講義》（Georg Klippenberg著Roemisches Sachenrecht），第101頁，大學教育出版。

註71：陳著下，第384頁。

註72：陳著下，第387-394頁。

註73：瀧澤前揭，第99-101頁。

註74：陳著下，第356頁以下；羅馬法教科書，第256頁。

註75：陳朝壁氏以為此種用益權之習慣現猶見諸法、比、意、瑞士各國，亦即歐洲各國民法似均有用益權之規定。我民法雖未明白承認用益權為物權，但默認類似制度。例如民法第1204條規定：「以遺產之使用收益為遺贈、而遺囑未定返還期限、並不能依遺贈之性質、定其期限者，以受贈人之終身為其期限。」陳著前揭下，第356頁以下。

註76：陳著前揭下，第362頁以下。

註77：戴著，第49頁。

果不同，當時也有準共有（權利共有）。由於所有權有絕對性，因此與占有大不同。但任何所有人欲干預一個現存占有人時，須起訴證明其權利。

（二）繼承

繼承法是羅馬法最複雜領域之一，羅馬法繼承有二種方式：遺囑繼承與法定繼承。以遺囑繼承為主，法定繼承僅有補充性質。⁷⁸換言之，與我國固有法不同，除法制很早就承認遺囑繼承外，社會上亦頗為流行。法律實務上，遺囑繼承優先於法定繼承。家長可以遺囑自由處分財產，且可以遺屬剝奪法定繼承人之繼承權，惟應顧慮近親之義務分。⁷⁹羅馬早期採“概括繼承”的原則，繼承人在羅馬是普遍的繼承人，即接收死者的整個權利與義務（只要能移轉）。接受時如死者是所有權人，他就是所有權人，如死者是債權人，他就是債權人，如死者是債務人他就是債務人，即使遺產不足清償被繼承人債務亦然。因此繼承可能使繼承人蒙受損失。直到優帝時，上述不利結果只能由拒絕繼承予以避免，雖然某些類繼承人不能拒絕。後來優帝作了最有名改革之一是在公元531年規定凡繼承人于繼承開始後，自知悉為繼承人時起60日內，就被繼承人之遺產開具財產目錄者，得僅就其所受利益限度內，負償還債務之責任、現代法所定限定繼承之制度乃取法于此。⁸⁰

後來逐步確立了“限定繼承”的原則。羅馬繼承係以平等比例繼承，並無男女差別，亦無長子或末子優越制度，與許多民族之繼承制度不同。又羅馬准許遺囑繼承，當時任何羅馬成年公民可作遺囑，家長可以遺囑自由處分財產，且可以遺囑剝奪法定繼承人之繼承權⁸¹。但須遵守數個正式要件才能生效。尤其是指定一個或更多繼承人。不過當時遺囑自由並不完全：⁸²遺囑人須顧慮近親之生活，即須保留一部分財產予子女，有些場合須保留予孫及兄弟姐妹。此為現代特留分制度之起源。死亡未以遺囑定繼承人時，則適用法定繼承，羅馬法上對於法定繼承人之順序與遺囑繼承之方式等問題，有較完備的規定。早期首先是死者自己繼承人即他死時居於父權或夫權及他死時自該權力解放之人。無這些繼承人時，由最近男系親屬繼承，如無男系親屬時，則由死者之宗族或氏族之成員繼承。後來改革為：自父權解放之子女與在父權下之子女居於平等繼承地位，且逐漸予生存配偶（無夫權婚姻）較大繼承權。到優帝時制度演變如下：首先是直系卑親屬（子孫），如無這些繼承人，則依次由直系尊親屬、同父同母之兄弟姐妹及已死兄弟姐妹之子女（共同繼承）。然後是同父或同母的兄弟姐妹及其子女，最後是其他旁系血親。⁸³

註78：陳著下，第551、548頁。

註79：戴著，第49頁。

註80：陳著下，第546、585頁。

註81：戴東雄，初版，第49頁。

註82：陳著前揭下，第614頁以下。

註83：陳著前揭下，第559頁以下。

提到夫與妻，但如無上述任何種類之人時，他們的老權利照舊。優帝也對貧困寡婦給予夫遺產四分之一權利，除非有三名以上子女，此時她與他們平等分配。但如繼承人是她與夫所出之子女，則她只得到一個 *usufructus* (life interest 終身用益權)。

此外羅馬法還承認所謂信託遺贈 (*Fideicommissum*)，即由遺贈人將財產之一部或全部或特定物委託所信賴之人，囑其于自己死後贈與第三人。⁸⁴

(三) 債

1. 私犯與契約

羅馬法已有初步承認契約自由。在羅馬法，債是物法的一個重要內容。

古典法學家按債務是否自私犯 (*Delict*) 或契約發生，將其分成兩大類：一類是合法原因，即由雙方當事人之契約所發生的債；一類是違法原因，即由侵權行為所發生的債，稱之為私犯 (*delict*)；優帝法律又承認另兩類債務，稱為準私犯與準契約 (*quasi-delict* 與 *quasi-contract*)，也是債之發生原因，值得注意。

早在公元前六與五世紀，羅馬法已自私人復仇制度演變為國家規定被害人須接受賠償以代復仇。

因此在傷害 (*assault, injuria*) 案件，如被人打斷手足，仍准被害人同態復仇 (*talio*，即以牙還牙，以眼還眼)⁸⁵，

可對對方科以同樣損傷外，其他案件，則訂有固定之罰金。例如竊盜除當場被捕，可由被害人鞭打處罰外，要罰被偷物品價值之二倍。到了帝政早期，對當場被捉竊賊不罰四倍，而由法院評定被害 (此時包括毀謗與侮辱行為) 之所有罰金。財產損失之法律由制定法 (*the Lex Aquilia*) 規定，由於解釋而擴大很多。此外一人可能要對即使他本身不負責的損害負責。在優帝的法學階梯，只處理四種私犯：竊盜，強盜、損害財產及口頭或身體毆打。

早期共和時期幾乎沒有契約法，但有稱為 *nexum* 的制度，是壓榨性的借債，可使債務人完全受債權人操縱，但在帝政時期很久前即已絕跡。古典時期法律上契約分為四類：文書、口頭、要物及諾成 (合意) (*literal, verbal, real, consensual*)。文書契約是一種擬制貸款方式，由登記在債權人帳簿而成立，較不重要，在優帝時已絕跡。口頭契約須說固定的話或句型。其中 *stipulatio* 是口頭契約最重要的形態，由當事人以問答體發表關於發生債權之合意之問答契約。須用一定語言，任何契約 (如合法與可能) 可由於 “你答應付我一萬元？” “我答應” 之簡單問答方式而生拘束力。最初絕對需要說出話來，但到了優帝時，這種契約只要有一個書面備

註84：鄭著，第130頁以下；羅馬法教科書，第499頁以下。

註85：關於原始巴比倫社會情形，可參照楊崇森 (2017.10)，〈漢摩拉比法典的傳奇內容、影響與省思〉，《月旦法學》269期。關於伊斯蘭世界方面，楊崇森 (2009.4)，〈伊斯蘭法系介述〉，《法令月刊》60卷4期。

忘錄，即使事實上從未說話，也有拘束力。

如契約未以stipulatio之形式作成，則須作成要物或諾成形態，才能生效。要物契約是要求一方移轉某物予他方，他方負擔返還該物之債務，包括金錢借貸、貨物借貸、定金與設質。諾成契約除了當事人口頭或書面合意外，不需任何條件。諾成契約之觀念是羅馬人的一種發明，雖然法律上只有買賣、租賃（羅馬法包含物之租賃與服務之租賃）、合夥及委任（基於他人指示行動）四種契約，但都是日常生活最重要的契約。在優帝時更有一原則：任何雙務契約，諸如互易（但非買賣），如一方當事人已履行時，可起訴要求他方履行。除了上述契約外，一些其他約定亦被承認為有效，但羅馬人從未達成將所有認真約定全面承認為有拘束力的地步。

所謂準契約包含：因當事人間無合意，不能適當劃歸契約，以及因無違法行為致非私犯之債務，故無共通特色之情形。最明顯例子首先是無因管理，即准許未經授權介入他人事務致他人受益之人，可請求該他人補償與賠償。其次是一堆准許A起訴B請求返還B自A所得之不當得利，諸如A誤付B他未欠之債（condictio indebiti）。此種不當得利成

為法律債務之一原因之觀念，乃羅馬法對後世法律思想一個最深刻貢獻。準契約此外尚有共有、繼承、海損、監護與保佐、旅店與船舶接收旅客攜帶物之事實。⁸⁶

至於所謂私犯乃使他人蒙受損害之不法行為，有些可能是現代刑法上之犯罪行為。私犯最重要的有六種，一、竊盜。二、強盜。三、恐嚇。四、詐欺。五、侵害財產。六、侵害人格人體。⁸⁷

準私犯是類似私犯的侵權行為，而未列入私犯的情況。私犯與準私犯本無何差別，只因私犯之種類內容已經確定，尚未列入的侵權行為無以名之，乃稱為準私犯而已。準私犯種類亦甚繁多，最重要的有下列六種：一、法官不盡職守。二、占有人自屋內投擲或傾倒物品到街道等公共場所致生損害。三、建築物內陳列或懸掛物件墮落街道致生損害。四、船主、旅舍主人或馬厰主人由於員工對顧客犯竊盜或侵害財產。五、奴隸加損害於他人。⁸⁸

羅馬法對詐欺脅迫、錯誤、瑕疵擔保、買賣之危險負擔、高利貸禁止、夜間正當防衛、由牲畜動作而生之侵權行為⁸⁹、債的履行（含給付遲延與給付不能）、債的保全（廢罷訴權即源于羅馬法）、債的轉移（含債權讓與）、債的消滅（惟尚無提存制度）及各種之債都

註86：陳著上，第145頁以下。

註87：陳著上，第150頁以下；羅馬法教科書，第401頁。

註88：陳著上，第159頁以下；羅馬法教科書，第405頁以下。

註89：蘇著前揭，第38頁以下。

作了詳細規定。此外根據債的標的和標的物的不同，對債作了詳細分類，主要有：特定債和種類債、可分債和不可分債（含連帶之債）、單一債和選擇債、法定債和自然債。其精緻與進步情形，令人驚嘆。⁹⁰茲將其債法對後世影響較大或需進一步說明者，分述如下：

- (1)當事人之合意，即使與上述有名契約不相當，羅馬法務官也承認其發生效力、而受訴訟上的制裁。例如當事人和解，而不以任何方式約定：債權人同意債權延期清償或將債權拋棄時，如債權人不顧此項合意之存在，仍提起請求訴訟時，准許被告提起約束合意之抗辯（*exceptio pacti conventi*）或惡意之抗辯（*exceptio doli*），拒絕原告之請求，而承認其合意在法務官法上之效力，從而緩和了古來契約形式主義之嚴格性。
- (2)初步承認契約自由原則：羅馬法已承認所謂無名契約之理論，即承認當事人一方為了使他方供與某物，自己也供與某物、為使他方為某事，而自己供與某物、與二者相反之情形，以及為使他方為某事，自己亦為某事等情形。此等合意與買賣等契約不同，沒有特有名稱，故

為後世無名契約之起源。羅馬無名契約之理論由於對昔日僅承認特定型態之合意為契約，各契約有其特有訴訟之理論加以修正，為了對各種合意之制裁，一律承認訴訟之成立，故可謂為契約自由原則之萌芽。⁹¹羅馬法上比較重要的無名契約有互易與行紀兩種。⁹²

- (3)羅馬古代沒有代理制度，對代理制度並無深入理論，故對現代法制沒有重要貢獻。因為一般法律行為需作成一定方式，如曼兮怕蓄。履行時需當事人親自到場，故無代理的可能。其次家子的人格被家父所吸收，奴隸被視為家主的所有物，家子與奴隸所取得的財產，無論有無為家父或家主取得之意思、家父即當然取得，實際上可收到代理的便利，故法律無明定代理制度之必要。羅馬法除法定代理外，從未明定直接代理之原則。⁹³
- (4)無因管理人不盡其義務時，本人得提起無因管理直接之訴以制裁之。本人不盡其義務時，管理人得提起無因管理相對之訴⁹⁴，履行後得提起不當得利之訴。
- (5)依羅馬法學者之理論，債之標的可

註90：詳見陳著上，第123頁以下。

註91：船田享二，羅馬私法提要第158頁。楊崇森（民國51年7月），〈私法自治制度之演進〉，《法學叢刊》27期。陳著上，第133頁以下。

註92：羅馬法教科書，第387頁。

註93：陳著上，第111-112頁；羅馬法教科書，第61頁以下。

註94：陳著上，第142頁以下。

- 分為下列三種（一）dare（交付），就是各種物權的移轉交付。（二）facere（作為），就是交付以外其他積極行為（三）Praestare（供給）就是交付與作為兩種以外的給付。⁹⁵
- (6)羅馬法對過失有深入分析，所謂過失，除原來已有的重過失與輕過失之分類外，經中古注釋家之分析，更有抽象輕過失與具體輕過失之別。如已盡疏忽之人可有之注意，而未盡「善良家父之注意」，則為輕過失。⁹⁶羅馬法對注意義務有所謂「善良家父之注意」，乃後世善良管理人一詞之所本。
- (7)羅馬債權人基于給付有精神上之利益者，每附定違約金，于債務人不履行時，請求給付違約金作為行使主債權之方法。⁹⁷
- (8)羅馬法損害賠償以金錢賠償為原則（而與我民法回復原狀不同），不必為原狀之回復。⁹⁸
- (9)按照優帝時代法律的規定，凡損害的價格不能準確估計時，債務人賠償不可超過客觀實價的兩倍。⁹⁹
- (10)高利貸之禁止：早在十二表法時代，羅馬法對利息之標準，已設限制，至帝政時代，年息定為12%，優帝時又減為6%，航海借款則不得超過12%。且未付利息之總額，不得超過原本之額數。¹⁰⁰
- (11)羅馬法對債務之履行，雖不似我民法規定應以誠實信用之方法為之，但實際上不可違反，且常見衡平之字眼。¹⁰¹
- (12)定金與違約金，羅馬法視為債之擔保方法，現代法此二者乃依羅馬法學者之理論。¹⁰²
- (13)羅馬法已有債務人遲延與受領遲延之規定。¹⁰³
- (14)廢罷訴權導源于羅馬法，為羅馬法學家保利斯（Paulius）所發明，故又稱為保利斯訴權（actio Pauliana或譯為保羅訴權）¹⁰⁴為我民法第244條債權人撤銷權之所本。
- (15)第三人利益契約，在羅馬古代法律並不承認，到了法律昌明時期，遂承認第三人可向有履行義務之當事人直接請求給付，而完成現代利他

註95：陳著上，第162頁。

註96：蘇著，第47頁；陳著上，第148-149頁。

註97：陳著上，第164頁。

註98：陳著上，第170頁。

註99：陳著上，第173頁。

註100：即當已付的利息達到了本金的數額時，不得再請求利息。蘇著，第44頁以下。羅馬法教科書，第364頁。

註101：陳著上，第175頁。

註102：陳著上，第174、192頁以下。

註103：羅馬法教科書，第329頁以下；陳著上，第180頁。

註104：陳著上，第188頁以下。

契約。¹⁰⁵

- (16)在優帝以前，債權人請求連帶債務人清償時，須分別起訴，即多數連帶債務人不可為同一請求之被告，自優帝以後，債權人始可對各連帶債務人同時起訴，請求清償。¹⁰⁶
- (17)債權雖然可以讓與，但債務則不可。¹⁰⁷
- (18)債務人可提前清償。¹⁰⁸
- (19)代物清償，經債權人同意，為羅馬法所准許。¹⁰⁹
- (20)債的更改（novatio）：亦為羅馬法所准許。¹¹⁰事實上由於羅馬法債權讓與與債務承擔之制度尚不發達，致債之更改扮演了重要角色。¹¹¹惟我民法並無更改之規定。
- (21)羅馬法亦承認免除為債務消滅之原因。¹¹²
- (21)羅馬的古法沒有提存的制度。後來修改為債權人受領遲延時，債務人可將給付物提存于官廳或寄託私人保管。但給付物有毀損滅失之虞，

不能提存或提存需費過巨時，債務人可拋棄給付物，以代給付。¹¹³

- (22)現代抵銷制度係導源於羅馬法。¹¹⁴
- (23)羅馬法亦有混同制度。¹¹⁵

2.在各種之債方面

- (1)買賣之危險負擔：依羅馬法，買賣契約已成立者，雖物件未經移轉，但物件之危險負擔已移歸買主，故因不可歸責于賣主之事由，致物件毀損滅失時，由買主自任其責，不能請求賣主賠償。其物件如生有利益，亦歸買主所有。¹¹⁶此羅馬法之原則影響後世甚深。
- (2)瑕疵擔保責任（追奪擔保及瑕疵擔保）：羅馬古代物件之品質除有特約外，賣主不負責任。嗣後法務官法出，凡物件本身藏有重大缺點，而買主于移轉後發現者，不論賣主是否知情，買主可解除契約或請求減少價金，此外曾立保證或曾知物品有瑕疵而不告知者，雖輕微瑕疵，賣主亦負賠償責任。¹¹⁷

註105：陳著上，第97頁。

註106：陳著上，第199頁以下。

註107：羅馬法教科書，第316頁以下；陳著上，第207頁。

註108：羅馬法教科書，第321頁。

註109：羅馬法教科書，第322頁。

註110：羅馬法教科書，第322頁以下。

註111：鄭著，第71頁。

註112：羅馬法教科書，第324頁。

註113：陳著上，第216頁。

註114：羅馬法教科書，第325頁；陳著上，第217頁。

註115：陳著上，第224頁。

註116：蘇著，第43頁以下。

註117：蘇著上，第42頁。

- (3)羅馬法亦有買回。我民法第384條所稱之試驗買賣，羅馬法又分為試嘗買賣與試用買賣兩種。¹¹⁸
- (4)互易為羅馬法上一種無名契約，已如上述。¹¹⁹
- (5)依羅馬法，贈與也包括附負擔贈與與死因贈與。優帝時贈與可因受贈人之忘恩負義而加以撤銷。¹²⁰
- (6)租賃：羅馬法所謂租賃，包括現代法制所稱之租賃、雇傭及承攬三種契約。¹²¹依羅馬法，承租人死亡時，租賃契約仍對其繼承人繼續發生效力，而與我民法第452條前段其繼承人原則上可終止契約之規定不同。
- (7)羅馬法將雇傭稱為勞務租賃（*locatio conductio operarum*）。依羅馬法，奴隸可以買賣，自由人則不可。法學者以為自由人之勞務可以買賣，於是形成所謂勞務租賃之契約。其要件與效果幾乎與物件租賃相同。羅馬法分勞務為自由勞務與非自由勞務兩種，前者指腦力方面的勞動、後者指體力方面的勞動。羅馬法所謂勞務租賃只有以非自由勞務為對象，至於醫師律師等自由職業者的工作，因羅馬法以委任契約為一種無

償行為，不適用於這些自由勞務，他們的報酬不稱為工作的薪金，而稱為榮譽之代價（*honorarius*），故請求報酬時，應依特別的訴訟程序，而不可提起「基于委任之訴」。¹²²

- (8)羅馬法將承攬稱為「勞務結果之租賃」（*locatio conductio operis*）。¹²³
- (9)羅馬古代無代理制度、所以委任契約不甚適用。依照羅馬市民法規定，委任契約對第三人並無任何效果，即委任人及與受任人為行為之第三人間，不發生任何關係、只有受任人與該第三人之間發生關係而已。後來優帝改為：受任人由第三人取得物權時，如曾聲明為委任人之計算而取得之者，不論是要式移轉物或略式移轉物，委任人都可因受任人之行為而直接取得其所有權。

其次，在債權債務方面，由他人設定債權或債務者，最初只有受任人為債權人或債務人，委任人不對該第三人行使權利，只對受任人行使；亦不對該第三人負擔義務、只對受任人負擔。因此第三人對受任人之債權不啻為受任人對委任人之債權，其債務亦同。後來優帝改

註118：羅馬法教科書，第387頁；陳著上，第239頁。

註119：羅馬法教科書，第387頁；陳著上，第240頁。

註120：羅馬法教科書，第413頁以下。

註121：羅馬法教科書，第367頁以下；陳著上，第247頁。

註122：陳著上，第258頁以下；羅馬法教科書，第382頁。

註123：陳著上，第260頁以下。

為：凡受任人對第三人聲明：以委任人本人之名義而為行為者，基此行為所發生之債，委任人及受任人都可對該第三人行使權利；該第三人只能對委任人行使權利、而不可對受任人有何請求。如受任人未為此種聲明時，委任人亦可對該第三人行使權利，而該第三人則得對受任人或委任人行使其權利。¹²⁴

- (10) 委任可以是特別委任或一般委任¹²⁵。
- (11) 羅馬法上寄託必須是無償行為，如受寄人受有報酬，則成為勞務租賃契約。又受寄人使用寄託物時、應負使用竊盜（furtum usus）的責任。¹²⁶
- (12) 合夥：約定某合夥人只分擔損失而不享受利益者，羅馬人稱為獅子合夥，依羅馬法不生效力。在優帝時期，合夥人中有一人破產時，合夥歸於解散。¹²⁷
- (13) 關於保證，羅馬法最初保證只有允諾契約（sponsor）與誠意負責保證契約（fidejussio）兩種，後來又形成委任保證（mandatum pecuniae credendae）及簡約保證

（constitutum）兩種。¹²⁸優帝法對保證債務之附隨性與補充性有進一步之規定。¹²⁹

三、訴訟法

羅馬法上之訴訟法較不發達，關於傳喚、審判、上訴等訴訟程序，各時代均無完備之制度，實不如人法與物法部分之有研究價值。¹³⁰有關證據之理論，亦不甚進步。但羅馬法的實體法上新權利之發生，頗多是透過法務官准許提起訴訟予以救濟之方式予以承認，此點值得注意。申言之，近代法上訴權本以實體權為基礎，但羅馬法則先有訴權而後有實體權，直至拜占庭時期，此觀念始被否定，認為“債權為訴權之母”，而漸與近代法之規定相符。¹³¹

在羅馬法的發展過程中，訴訟法歷經三個時期，訴訟程序先後呈現出三種不同的形態：法定訴訟、形式訴訟、特別訴訟。後兩種形態對後世有深遠影響。

最早法律訴訟（legis actiones）是以口頭分二階段進行。第一階段是在該管地方官（magistrate）前預審，找出爭點，然後向法官（Judex）（由當事人選出之民間人士）提出證據。第一階段要求嚴格符合非常形式的規則，需由雙方當事人，有時由官員，說出

註124：陳著上，第263頁以下。

註125：羅馬法教科書，第382頁。

註126：羅馬法教科書，第367頁；陳著上，第270頁。

註127：陳著上，第280頁；羅馬法教科書，第380頁。

註128：陳著上，第280、288頁以下。

註129：鄭著，第73頁。

註130：陳著下，第643頁。

註131：鄭玉波，前揭第10、133頁。

固定的言詞，甚至固定的動作。例如主張所有權之當事人須握著系爭物，並將一條棒子放在上面，然後地方官介入說「你倆鬆手吧」。程序很形式化，以致原告如犯了輕微錯誤，即會敗訴。¹³²第二階段在法官面前，並無正式規矩，但原告有舉證責任，負責帶被告到庭，且常負責執行判決。

第二時期，即古典時期（公元前二與一世紀）發展了較為彈性的公式化程序。在官員階段的爭點是對法官以書面指示作成。訴訟分為兩部分，第一部分在確定爭點，第二部分在決定案情的成敗。首先由雙方當事人對稱為praetor的法務官以口頭提呈請求與答辯，由他聽取雙方主張，決定法律爭點或駁回（denegatio actionis）或指定一名法官（iudex datus）來審理，他在訴訟上可自行審究事實與下判決，僅審查當事人訴訟資格之有無，並使當事人達成爭點決定。然後形成一個公式，作成書面指示給法官，並以選擇題格式說（例如）：“如認為被告欠原告一萬元，則法官應命被告給付原告一萬元；如不認為如此，則應免除他的債務。”¹³³這些書面指示的稿子可能在原告上庭前為他擬好，但在

被告接受前可能並無審理。因為無論依新與舊的制度，訴訟必定含有雙方合意的因素，但地方官可對不接受自己已同意的指示的原被告施加壓力。¹³⁴

自共和時期到羅馬司法程序官僚化為止，法官通常是私人，他必須是羅馬的男性公民。當事人雙方可由協議選定法官，或自一個名單中逐一選定，直到雙方有合意之人選為止，如找不到合意人選，則須選定名單上列名最後之人。任何人沒有義務接受法官之職務。法官進行訴訟有很大的裁量權。他考慮所有證據，以其認為適當之方式下決定。由於法官不是法學家或法律技術人員，常需請教法學家關於案件的技術方面、但他不受其意見的拘束。在訴訟結束時，如案情還不明朗，他可于宣誓案情尚未明朗後不下判決。當時也有下判決的最長期限，要看訴訟的種類與技術爭點而定。¹³⁵

到了共和後期，又有新制度出現，由官員運用其行政權力解決爭端。最初在各省，然後在羅馬出現。依新制，地方官運用廣泛的行政權解決爭端。如有人對他人向他陳訴，他可調查該案而下認為適當的命令。到了帝

註132：楊崇森撰（民國51年7月），〈私法自治制度之演進〉，《法學叢刊》27期。

註133：以法學家蓋尤斯所作關於寄託訴訟程式書範例一則為例，文字如下：「本案指定某人為法官（法官之姓名），原告甲曾將其銀桌寄託在被告乙處，本案係就此起訴（請求原因之表示），被告應將該桌向原告返還（原告之主張），法官若審究上述事實為明確時，即應判決被告向原告返還該桌，或賠償該桌之價格；若不明確，則對於被告應予免訴（判決權之賦予）。」參見鄭玉波，前揭第138頁。又參照羅馬法教科書，第92頁以下。

註134：蘇希洵氏指出：羅馬程式訴訟施行時代，凡裁判官承理訴訟，必先作成程式（Formula），記載訴訟要旨，發交予事實審理人。在記載之要旨中通常先列原告之請求，次列被告之答辯。（蘇著，前揭第32頁）又羅馬法有葡萄被伐，訴狀不依式寫樹，而實寫葡萄，即遭敗訴之笑話。同蘇著，第25頁。

註135：按法官選定部分，頗接近今日仲裁作法。
https://en.m.wikipedia.org/wiki/Roman_law

政時期，皇帝派的官員取代了共和時期的地方官時，這種行政程序更為流行。結果是程序上舊的當事人合意因素消失了，如同舊的雙階段之分。這時裁判自始至終由一個官員（法官）擔任，他有義務下判決（原則在晚上）¹³⁶，如不服判決，可向高一層官員上訴。即訴訟變成國家由上下決定，而非如昔日讓當事人在國家監督下作一種自願仲裁了。另外一切訴權可因經過一定期間不行使，由於對方的抗辯而消滅。¹³⁷

總之，訴訟包含原告與被告及公正法官（及陪審團）之觀念可能起源于羅馬法。將爭議交給法官，由法官聽取雙方的證據與律師（*oratores*即*advocates*）之意見，再下判決是羅馬人留給後人的遺產。¹³⁸

被告與原告須自己出庭，因其時尚無法律代理制度。如被告輸了民事案件，原告可扣押被告的人身或財產。被告須付出法官所判一筆錢，可能包括原來貨物的價值或原告所受的損失。在許多案件，尤其民事，如被告

在訴訟終結前死亡時，他的繼承人可能需承受其地位。¹³⁹在共和時期在羅馬法並無真正上訴方法，但在帝政時期。不服判決之當事人可上訴到皇帝或高層官員。且原判決可被廢棄或取消，但任何上訴如缺乏正當理由時，上訴人可能要負擔刑罰。¹⁴⁰

此外關於羅馬訴訟法，值得補充者如下：

- （一）判決之效力：羅馬法對於以特定給付為標的之債權，涉訟時，債權人僅能請求判決給付相當金額，而不能強制其履行本來之給付，即一概變為為損害賠償。優帝時成立債權人依訴訟，亦得直接強制債務人現實履行之制度，而與現代法相同。此點值得注意。惟現實履行之強制與損害賠償之請求二者，究以何種為原則，則尚無明確之理論。¹⁴¹
- （二）羅馬法訴訟分為對人訴訟與對物訴訟，已如上述。¹⁴²
- （三）訴訟進行中，主張權利或事實之存在

註136：張竝譯前揭，第83頁。

註137：黃風譯，彼德羅·彭梵得著（1996），《羅馬法教科書》，第107頁，中國政法大學出版社。

註138：有學者謂：羅馬法庭發展到後來，是在司法行政由*advocate*與*orator*移轉到職業法官與法學家之抬頭，非法律人之陪審團不見了，大多數民刑審案由獨任法官主持，且司法行政（公元二與三世紀）與政治事務之行政劃分起來。這發展是希臘、希伯來或埃及人從未達到的情況。在整個羅馬帝國的*praetor*（受過訓練的法官）按照羅馬法辦案。在這時期羅馬法律發展達到最高峯，除了司法行政與一般行政劃分外，也建立了依法司法的觀念，*praetor*的地位幾乎與現代法官相若，也成立了法律學院，傑出法律學者撰寫深入的法律論著。他們是首先將實定法表現為抽象一般化的形式。（參照Lusk, *Business Law, Principles and Cases* (Richard D. Irwin, Inc. 1963) p.10.）

註139：羅馬法教科書，第109頁。

註140：Cartwright, *op. cit.*

註141：鄭著，第66頁。此點有似當年英國普通法最初債務人不履行特定給付之債務時，債權人只能請求債務人賠償不履行之損害，直到衡平法出現後，法院才准許命債務人履行原定之給付（*specific performance*）。參照楊崇森著〈遨遊美國法〉第一冊，有關英國衡平法部分之說明，尤其第22-23頁。

註142：羅馬法教科書，第86頁。

者，應負舉證之責，此為羅馬法上之一般原則。¹⁴³

(四) 羅馬法有所謂“出示之訴”，任何人需針對某一標的提起訴訟時，如有必要，可要求持有該標的之人將其出示，此種訴訟稱為出示之訴（*actio ad exhibendum*）。出示之訴通常是為要求返還所有物之訴做準備。¹⁴⁴我民事訴訟法第342條第一項：“聲明書證係使用他造所執之文書者，應聲請法院命他造提出。”之規定，似乎間接淵源自羅馬法。

(五) 古羅馬已有不少仲裁之規定：

1. 公元前5世紀，羅馬共和時期所制訂的《十二銅表法》，即有不少仲裁的規定。例如第九表公法第三法則規定：

“法官或委派某案之仲裁人，為了影響其判決，收受金錢或其他贈與，應受死刑。”第十二表對前五表之補充，第二法則規定：“任何判斷勝訴人之主張被發現為虛假，而其已違法扣押財產或已交付移轉時，法務官應派三名仲裁人回復判斷給他利益之兩倍予對造。”¹⁴⁵

2. 古羅馬著名法學家保羅（Paulus）視仲裁與訴訟為並行的兩種糾紛解決方式，指出“為了解決爭議，也可進行仲裁，正如可以進行訴訟一樣。”

3. 羅馬訴訟法更有仲裁協議（*compromesso*）與仲裁訴訟（*arbitrariae*）之規定。（投稿日：2020年11月4日）

（待續）

註143：陳著下，第337頁。

註144：羅馬法教科書，第409頁。

註145：THE LAWS OF THE TWELVE TABLES，
https://www.constitution.org/sps/sps01_1.htm