

法 律 概 論

林 紀 東 編 著

行 印 周 東 林 紀 東

論 概 律 法

著 編 東 紀 林

行 印 局 書 東 大

1 9 4 6

本書提要

本書特點，在著者，能以其賅博的知識，將繁重難解的法學，平易道來，條分縷析，娓娓如數家珍，即使非專門的人，亦可階此而入窺法學的堂奧。本書對於法之本質、形式與內容等，於處理時，莫不隨處設喻取譬，並充分引證我國現行諸法典，而予以適切、必要、而又意味深長之說明，務使橫互於其中的許多困難問題，得以渙然而自解。又本書羅織雖富，而剪裁恰切，不豐不殺，洵為大學法學一年生的最佳教本，且亦為授與一般專門外的人以必要的法學知識而養成其遵法精神之適切的讀物。

本書內容共分二篇，第一篇為總論，包涵一、法之概念，二、法之淵源，三、法之種類，四、法之效力，五、法之解釋及適用，六、法之制裁，及七、權利及義務等七章；第二篇為各論，包涵一、憲法，二、行政法，三、刑法，四、民法，五、土地法與勞働法，六、訴訟法，及七、國際公法等七章。

本書著者林紀東教授，為國內當前有數的法學名家，在中央政治學校擔任行政法學講座，歷有年所，素著權威，而現仍在職中。

法律概論目錄

第一編 總論.....一

第一章 法之概念.....一

第一節 法之意義.....一

第二節 法之基礎.....四

第二章 法之淵源.....一

第一節 成文法.....一

第二節 習慣法.....一六

第三節 判例法.....一八

第四節 法理.....二〇

第三章 法之種類.....二一

第一節 國際法與國內法……………一一一

第二節 固有法與繼受法……………一二二

第三節 公法與私法……………一二三

第四節 普通法與特別法……………一三〇

第五節 強行法與任意法……………一三一

第六節 實體法與手續法……………一三四

第七節 原則法與例外法……………一三四

第四章 法之效力……………一三六

第一節 關於時的效力……………一三六

第二節 關於人的效力……………一四〇

第三節 關於地的效力……………一四二

第五章 法之解釋及適用……………一四三

第一節 法之解釋……………一四三

第二節 法之適用……………五〇

第六章 法之制裁……………五二

第一節 行政法上之制裁……………五三

第二節 刑法上之制裁……………五五

第三節 民法上之制裁……………五七

第七章 權利及義務……………六〇

第一節 權利之觀念……………六一

第二節 權利之分類……………六四

第三節 義務……………七一

第二編 各論……………七五

第一章 憲法……………七五

第一節 憲法之概念……………七五

第二節 中國憲法史概要……………七九

第三節 訓政時期約法概要……………八三

第四節 憲法之新趨勢……………八八

第二章 行政法……………九二

第一節 行政法之概念……………九二

第二節 行政法之內容……………九七

第一款 行政機關……………九七

第二款 行政行爲……………一〇一

第三款 行政爭訟……………一〇二

第四款 各部行政……………一〇四

第三節 行政法之新趨勢……………一〇六

第三章 刑法……………一〇九

第一節 刑法之概念……………一〇九

第二節	犯罪	一四
第三節	刑罰	一二二
第四節	刑法之新趨勢	一二八
第四章	民法	一三〇
第一節	民法之概念	一三〇
第二節	民法總則編	一三四
第一款	私權之主體	一三五
第二款	私權之客體	一三八
第三款	私權之得失變更	一三九
第一項	法律行爲	一三九
第二項	期日及期間	一四四
第三項	消滅時效	一四五
第四項	權利之行使	一四六

第三節 民法債編通則	一四七
第一款 債之發生	一四八
第二款 債之標的	一五〇
第三款 債之效力	一五一
第四款 多數債務人及債權人	一五三
第五款 債之移轉	一五四
第六款 債之消滅	一五五
第四節 民法債編分則	一五七
第五節 民法物權編	一六六
第一款 所有權	一六七
第二款 用益物權	一六九
第三款 擔保物權	一七〇
第四款 占有	一七二
第六節 民法親屬編	一七三

第一款	通則	一七三
第二款	婚姻	一七五
第三款	父母子女	一八〇
第四款	監護	一八二
第五款	扶養	一八三
第七節	民法繼承編	一八四
第一款	遺產繼承人	一八四
第二款	遺產之繼承	一八六
第三款	遺囑	一八八
第八節	民法之新趨勢	一九一
第九節	民事特別法	一九三
第十節	國際私法	一九五
第五章	土地法與勞動法	一九七

第一節 土地法……………一九七

第二節 勞動法……………二〇〇

第六章 訴訟法……………二〇六

第一節 民事訴訟法……………二〇七

第二節 刑事訴訟法……………二〇八

第三節 強制執行法與破產法……………二一〇

第四節 法院組織法……………二一一

第七章 國際公法……………二二三

第一節 國際公法之概念……………二二三

第二節 平時國際公法……………二二五

第三節 戰時國際公法……………二二七

法律概論

林紀東編著

第一編 總論

第一章 法之概念

第一節 法之意義

法是什麼？法的含義如何？這是法律學的最初問題。又是牠的最後問題，所以古往今來，有無數的說法，有的說：法是神的命令，有的說：法是主權者的命令，有的說：法是正義的一部，有的說，法是強行的規則，還有以法為共同生活的要件，或人類行為的規則的，衆說紛紜，莫衷一是，據我們看來，所謂法，『是社會生活上，人與人間相互關係的規律』。茲為使讀者澈底理解起見，特為詳細說明於下：

第一、法是社會生活的規律 人類生存在世界上，不能夠孤獨地生活，即不能不營社會生活，而和他人發生關係，這種關係，無論其為夫婦關係，親子關係，政治關係，或經濟關係，均不能不有一定的

規律，大家共同遵守，俾期社會生活的安定和發展，這種社會生活的規律，即是法，所以我們說法是社會生活的規律。

第二、法是人與人間相互關係的規律。法因為是社會生活的規律，所以他是人與人間相互關係的規律，和自然法則，宗教、道德等，均不相同。法和自然法則的不同，在於自然法則，是支配無理性的自然世界，是必然的；法是支配有理性的人類社會，是或然的，沒有人能夠違反自然法則，但却儘有人敢於破壞法律。法和宗教的不同，在於宗教是人對神的關係，法是人對人的關係。至於法和道德的不同，在於法所規律的，是人對他人的關係，即人類之外部行動；道德所規律的，是人對自己的關係，即人類之內部意思。

第三、法和國家并無必然的關聯。法是社會生活的法律，而社會的範圍至廣，大之如國與國間的關係，小之如父與子間的關係；莫不為社會關係，國家不過是社會關係的一種，所以國家和法並沒有必然的關聯。但許多學者，仍為國家法萬能思想所束縛，而囿於法是主權者命令的陳腐思想，以為有國家而後有法，法和國家間，具有必然的關聯，所以他們確定法的定義的時候。往往說「法是國家所制定或承認的行為規則」，「法是國家所承認之國家生活的規範」，或「法是受國家最終判定之人類生活上的規範」。國家固然是人類社會生活最有組織的一種，國家的秩序多半依賴法來維持，所以國家的法占着法

的主要部分，固無可疑，然而（一）在國家之外，尚有種種社會，這些社會亦各有其固有的法，其內容和效力縱和國家法不同，然其為社會生活上，人與人間關係的規律，和國家并無二致。（二）在主權并未確立的社會，在政治權力所在不明的未開化或半開化的社會，乃至在因內亂而分裂的社會，均不乏人與人間關係的規律，即法的存在，所以由事實上看來，并非有國家而後有法，國家和法並沒有必然的關聯，國家法只因其性質最顯或效力最大之故，所以成為法學研究上的主要對象。

法不但和國家并無必然的關聯，和民族亦無必然的關聯。在昔有人特別注意法和民族間的關係，以法為民族精神之無意識的產物，謂法為國民共通確信的表現，所以輕視成文法，尊重習慣法，近來因民族主義勃興，尤著此種趨勢。這種說法，重視法律之社會基礎，使他不致和現實相隔閼，固含有相當的真理；但他只看到法之客觀的，歷史的因素，而忽略了法之主觀的，人為的要素，對於國內諸社會之法，和國際社會之法，尤有不能證明的缺點。

因為法和國家及民族，并無必然的牽聯，所以我們只汎稱法為社會生活的規律，不像通說那樣，以國家制定或民族意識，為法所必備的因素。

第四、強制并不是法的要素 許多學者，由於認為法與國家有必然的關聯，所以跟着發生一種誤解，即以強制為法的要素，這亦是一種很普遍的誤解，有特加說明的必要。許多法固然附有強制的制裁，

但這只是達到法目的所用的手段，並不是法的要素。因爲在法裏面，未附有強制規定，縱使違法，亦無法加以制裁者很多，如憲法上關於選舉人應依良心投票的規定，民法上關於夫妻同居義務的規定等皆是，特別是以規定國與國間關係爲目的的國際法，因爲沒有居於國家之上的監督者之故，在某一國違反國際法時，更無法加以強制，但憲法、民法、國際法，仍不失其爲法，所以我們說強制並不是法的要素。

第二節 法之基礎

法有兩種要素，第一是法之內容要素，第二是法之基礎要素，法之內容要素，所以指出法所包含的內容，法之基礎要素，所以指出法的存立基礎，即法之所以爲法，而使我們認其爲法的基礎何在？前面我們已說過法之內容要素，現在再進而說明牠的基礎要素，藉以把握法的全般概念。

關於法的基礎何在的問題，學說極不一致，但大體說來，似可大別爲二種傾向，第一的傾向，是說法的基礎和法的內容毫無關係，無論內容怎樣，法乃是依着有作法力量者所制定而成立的，這更可細別爲二種傾向，一種是置重於作法的權力，以法的成立根據，在於強者的權力的「實力說」，和以法的成立根據，在於國家的主權的「主權說」，都是屬於這種傾向的；一種是置重於服從法的規律的人們之意思，其中有以法的存立根據，在於國民總意的「總意說」，在於弱者對強者服從的「服從說」，在於社

會內人人承認的「承認說」，和在於社會之法的確信之「確信說」。

第二的傾向，則求法的存立根據於法的內容，以爲法的內容，適合自然條理，適合正義，又和社會生活條件相適合，故具有拘束人和人間關係的效力，「自然法學說」和「功利說」，都是屬於這種傾向的。

現在沒有把這些學說，一一加以論述的必要，只就其中比較重要者，加以簡單的評述，藉以指出法所以爲法的真正基礎。

一、實力說 以法的存立根據，在於強者的實力之說，自古至今，在種種形態上被提倡着，其中最純粹的實力說，直謂法是強有實力者對於弱者的命令，所謂『勝則爲王』，『實力卽真理』，卽是這種思想之顯著的表現。他如自由主義者斯賓挪沙(Spinoza)，專制主義者哈拉(Karl Ludwig Von Haller)，乃至共產主義者馬克斯、恩格爾斯，無政府主義者普魯東、巴枯寧、克魯泡特金等，均主張實力說，其中以共產主義者的說法尤爲徹底。共產主義者，崇信所謂唯物史觀，以經濟事象尤其是財富的生產形態 爲所有社會現象的原動力，而謂人類的歷史，都是階級鬭爭的歷史，國家和法，卽不外支配階級的武器。所以恩格斯說：『國家在所有的時代，都無例外，是支配階級的國家，又在所有的時候，均以便被壓服掠奪的階級服從爲任務』；Anton Menger說：『過去所有的法律，皆是基於實力關係而發

生的，以犧牲一般民衆，而圖少數實力者的利益爲目的。」

實力說原含有半面的真理，因爲國家的成立及發展的歷史，多半是戰爭的歷史，戰勝者，同時也就取得支配的權力，爲維持其權力計，實有兵力財力等實力的必要，因爲具有這種實力，所以能夠維持法的效力，如果沒有實力的根底，法的效力，亦難於維持，尤其於戰勝國和戰敗國所締結的媾和條約，其以實力爲根底，尤爲顯著，戰敗國原是爲實力不及的原故，故不得已而簽印於該約。

但如只根據這種事實，而說法的存立基礎，唯在於實力，那就是不對的，蓋如說法只是實力的表現，那法就不能不和暴力的威脅，同其性質，而在實力與實力之爭，實力較差者，不得不屈服於實力較強者之前，故如以法爲實力，則以實力破壞法者，苟其實力足以破壞，也不能不認其爲適法的行爲，換句話說，實力說的歸結，並不是說明法的存立根據，卻是反對地，淪於將法的破壞適法化的結果。這樣一來，法並不是不可破壞的規律，而是在完全的實力之下，得以正當地破壞的規律。

實力說的錯誤，在於不明瞭法在實力的要素以外，更有心理的要素。心理的要素，實是法的存立之真正基礎，實力的要素，不過是惹起其心理的一原因而已。我們所以服從法，在很多的時侯，不爲畏懼實力，而實是由於以服從爲是的意識。我們遵法的精神，即是法之所以被遵守的基礎，法和暴力的區別，亦即在此。

二、主權說 以法爲主權者的命令，或法是國家主權的表現的學說，在以權力爲法的存立基礎之點，和實力說相類似，不過實力說是以物理的事實上的力量爲法之基礎，而主權說，則求其根據於主權的發動。在這種地方，二者實不相同。

主權說由於浩布士的提倡，更因奧斯丁的鼓吹，而傳播於世。現在崇奉這一說的學者，仍然很多。此和國家萬能的思想相聯繫，以國家有無制限的絕對權力，得從其所欲而作法，其以之爲法而規定者，卽成爲法。英國古諺所謂『國會除使女變男之外，無不得爲之事』和法國王權專制時代，『王之所欲卽爲法』的古諺，皆是基於這種思想而來的。此外，所謂『實證法學』(Rechtspositivismus)的思想，和晚近維也納學派所謂『純粹法學』(Rechtstheorie)的思想，也是屬於這種傾向。

但是，如上所述，法和國家並沒有必然的關聯，在國家之外，還有種權的社會，在國法之外，亦還有種種社會的法，這些社會法的成立，和國家並沒有直接的關係。而且卽以國家法而論，如概歸之於國家主權的發動，亦有三種缺點，第一，不能說明習慣法的存在，第二，忘却了法對於人生的價值，第三，不能說明國家意思所以能成爲法的根據。所以主權說是不足採用的。

三、歷史學派 恰和主權說處於相反的地位者，是以薩維尼爲代表的歷史學派。牠以爲法和言語、藝術、道德等相同，等是民族精神的表現，不是由於立法者的創作而成，卻是由於歷史的慣行，無意

識地自己作成，自己發展者。恰和言語之自然地興起，自然地發達，而後作成「文法」一樣，立法者也不過是在民族精神，作為歷史的慣習，而表現、而發達之後，將這種慣習成文化而已，抑主權說之尊重成文法相反，歷史學派以慣習法為法之惟一淵源，他說慣習法是民族的精神，和國民的法的確信之表現。國法在某程度內，自然受着歷史的影響，所以歷史學派的思想，固有片面的真理，其缺點，在於不顧人們是有理性的。具着依其理性，革新沈滯的，退化的歷史傳統的能力，過於重視歷史，過於重視各民族的特殊性，把民族精神神祕化，輕視普遍的正義，而且過於重視習慣法之為法的淵源，而不當地輕視了立法者的權威。

四、承認說 承認說的代表者是畢亞林 Binding，他在所著的各書裏，一再詳論「承認」是法的成立基礎。他說：法是「在某些社會裏共同生活的人們，以之作為該共同生活的規範的法則」，又說「國家法律，也是因為國民以之作為有拘束力的社會規範，而承認的原故，故具有拘束力」。依照畢亞林的意思，法惟有得着服從該法者的承認，纔具有法的效力。但他所謂承認，不以自覺的任意承認為必要，被強制的承認，無意識的承認，也不失為承認。

承認說，原亦具有片面的真理，因為法如和一般社會人們的心理無關，即不能具有法的效力，這是法和實力所以不同的地方，實力不足的人，對於實力的威脅，因不得已而服從，自然不是衷心的服從，

不過是爲着實力不足之不得已的結果，但人們之服從法的規律，卻和服從實力不同，不單是因爲實力不足而屈服，而是心理上認爲不得不服從牠，這一種心理，即是法的存立基礎，在這種意義下，承認說實不失爲含有正常的理由。其缺點，在於不把個人心理和社會心理區別明白，用由於個人心理作用而承認的語句，彷彿服從法的規律的各個人，有一個一個地來承認的必要，其實法之所以爲法，不在於社會各個人的承認，而在於社會一般的心理，即在社會一般心理上，認其爲不可破壞的規律。

五、自然法說 法是基於事物的自然條理，或普遍的正義而存在的思想，自古至今，在種種形態上不絕的被倡導着，*ius Rechi, Droit* 等含有「法」的意思的文字，同時亦是含有「正」的意思的文字，故所謂自然法說，自遠古希臘以至現代的西洋各國，均不乏主張之者。

在希臘，蘇格拉底、柏拉圖、亞里斯多德等理想主義的哲學家，即力言正義法則的存在，謂有不問時間與場所，出於自然的萬古不易的自然法，羅馬從事於實務的法律家，也受希臘哲學的影響，在市民法及萬民法之外，承認自然法的存在，以其爲較市民法和萬民法優越的普遍法則，而且不僅以它爲單純的哲學理想而已，且作爲現實的法而應用於實際。在中世，則有奧格斯庭(Augustinus)和阿奎納士(Thomas Aquinas)等教士，力倡自然法思想和基督教思想相結合之說，十六世紀文藝復興之後，尤其是十八世紀以後，自然法學說在新形態下被倡導著，他和中世紀之富有神學色彩者不同，而立於個人主義合

理主義的見地，英國的洛克，德國的蒲蘇道諾夫(N. B. V. Pufendorf)、湯姆秋士(Thomasius)、和法國的盧騷，均是其佼佼的代表者，至於康德哲學，尤可說是這思想之最高峯的表現。迨於十九世紀，歷史法學和實證法學勃興，自然法學說，一時幾被廢棄，但十九世紀末葉以後，新的法律哲學勃興，自然法思想，再為學者所支持，而囂叫「自然法之復興」。

自然法學說之含有真理，但看其自古以來，支配了許多偉大思想家的思想，在法律歷史上，又有極大影響的事實，（如奴隸解放，自由運動，民權思想等，均可說是自然法說的產物），便可瞭然，不過由現實的法律看來，法的具體內容，每因國和時代的不同，而大異其趣，很難發見統一的原理，其內容之違反正義，不適自然條理者，亦不在少，所以自然法說只是法的理想，雖足為立法的南針和法律解釋的標準，却不足以說明法之所以存立的基礎。

綜合上面諸說看來，由實力說以至自然法說，原都含有某程度的真理，在說明法的成立基礎時，不能忽視其中的任何一說，自不庸疑，不過這些說法，都只是片面的觀點，而不是全盤的觀察，要說明法的成立基礎，應該不失一偏，綜合這些學說而為統一的說明，故據我們觀察，法之所以為法，在於社會心理上認其為不可破壞的規律（法之心理基礎）這種社會心理的形成，或由於有權威者的制定（法之權威基礎），或由於事實上的慣習（法之歷史基礎），或由於理性的判斷（法之正義基礎），其原因至

爲複雜，而且有時只由於某一個原因，有時又由於數個原因的結合，在幾個原因相結合的時候，法的力量亦最爲堅強確實。

第二章 法之淵源

法之淵源一語，因應用的不同，而有種種不同的意義，或指法規的材料言，或指法規形成的原動力言，或指法規形成的機關言，或指法規形成的形態言，據我們看來，所謂法之淵源，不外是依照組成法律的形式，而發生的法的類別之一。即依照法律之採作文書的形式與否，而分爲成文法和不成文法二種，不成文法包括成文法以外所有的法源，其中最要者爲習慣法，所以成文法和不成文法的對立，亦即等於成文法和習慣法的對立。成文法，因爲是由於國家或其他團體所制定的，故又稱爲制定法，不成文法，因爲并非特別制定的，故又稱爲非制定法。以下就各種法源，分別論述於次。

第一節 成文法

成文法，謂作文書，依照一定的手續和方式，而公布的法律。由法律發達史看來，各種法源中，習慣法最先發達，因爲在古代，法律和道德，習俗，宗教，神話，詩歌，等文化現象，并未分開，團體

生活，亦是以血緣爲基礎之小規模的，自然的結合，團體的秩序，依於無意識的習慣而維持着，故在原始的小社會裏，其社會生活秩序的維持，不需要成文法那種特殊的技術形式，而且當時的文化狀態，亦沒有發達到能夠創造成文法的程度。迨後社會生活漸次進步，社會規模愈益廣大，因爲社會生活的組織化，和人類相互間的交通與交易，感到成文法的必要，於是制定法令，一方面和道德，習俗，宗教等相分立，一方面採取明瞭的形式，以避免像習慣法那樣含混不清之弊，所以成文法成爲有組織的現代社會中，最重要的法源。除了英美等國，仍以不文法爲原則，成文法範圍并不很廣者外，大陸法系各國，如德國，法國，瑞士，義大利，日本等，均爲成文法國家，在這些成文法國家裏，不但憲法，民法，商法，刑法，民事訴訟法，刑事訴訟法等編有法典，其他的公法和私法，亦有很多的小規模法典，或特別法的存在，中國亦是大陸法系的國家之一。

成文法只是一個籠統的名詞，牠包含下列各種法規：

(甲)憲法 憲法，是規定國家基本組織，及國家和人民間，基本權利義務關係的根本法，舉凡國家組織，政府主要各部門的組織，及其各別的職權和相互的關係，以及人民的權利義務等，都規定於憲法之內。

憲法，亦有成文憲法和不成文憲法之別，將上述各種事項，完全以明文規定，而成爲一有系統的單

一法典者，叫做成文憲法，反之，則爲不成文憲法。憲法是一國的根本大法，其效力高於普通法律，故爲最主要的法源。（詳見本書第二編第一章）。

（乙）法律 法律有廣狹二義，廣義的法律，與法同其意義，即「社會生活上，人與人間相互關係的規律」，狹義的法律，則專指國家機關所制定的成文法律而言，如民法刑法民事訴訟法刑事訴訟法等是，這裏所說的法律，即是狹義的法律。一般說來，法律須經過一定的制定程序，即法律案的提出、議決、裁可、公布、施行後，始正式成立，而爲法之淵源。

（丙）自治法規 自治法規，是自治團體，基於其自主權或自治立法權所制定的法規。縣各級組織綱要第五條規定：「縣爲法人，鄉鎮爲法人」，承認縣鄉鎮等自治團體；有法人的資格，既承認他們有法人的資格，則關於其固有事務，或中央及省委辦事項，於不抵觸國家法令的範圍內，自應制定法規，以拘束自治團體內的分子，這種自治法規，亦自然得爲法的淵源。

（丁）條約 條約，爲國與國間所締結的契約，如關稅條約，通商條約，工業所有權條約是。條約是否法的淵源，學者的見解不一，否定說謂：條約既爲國家和國家間的契約，故條約的效力，僅能拘束當事人的國家，而不能拘束第三者的國民，而且國家的締結條約，只是國家意思對外發動的結果，和牠對內的發動，法理上並沒有直接關係，所以不能夠直接拘束國民，而爲法之淵源，要想直接拘束國民，

還要把條約的內容，另以法律或命令公布；其實國家和國民實際上是分不開的，條約的內容，一定和國民的權利義務，有直接的關係，否則條約將毫無實益。而且國家在締結條約的時候，即有決定拘束國民的意思，因為國家的意思是單一的，對外締約的意思，和對內決定的意思，事實上不能分開，所以我們反對否定說，認為條約一經公布，具有拘束國民的效力，即當然是法的淵源。

成文法的內容，略如上述，現在我們再進而討論法律學上一個重要問題，即成文法和不成文法的優劣得失問題。成文法與不成文法的優劣是在什麼地方呢？不成文法的優點是適合國情，如後述的習慣法，以社會的慣行做基礎，當然與人情風俗相合，即如後述的判例法，也是按照當時環境演變而成的，至於成文法則不盡然，因為成文法的特徵，是人為性多而自然性少，容易偏重法律之美觀，而忽視法律之實用。但除此以外，不成文法不及成文法的地方很多，第一，不成文法比較缺乏條理，因為無論習慣法或判例法，都不是由一個系統造成的，雜湊堆積，零亂失序，而成文法則皆經由專家起革，句斟字酌，綱舉目張。第二，不成文法詳略不均，尤易掛一漏萬，因為不成文法是以事實為背景，有一個事實，纔有一條法律，假使事實不發生，法律就無從成立，而成文法則有一個通盤計劃，對於社會上各種現象，可加以普遍的規定，不管已經發生或還沒有發生過的問題。第三，不成文法較不明確，因為一條法律背後皆藏着一個事實，應用時難得遇到完全相同的事實，不免發生困難，而成文法則從原則立論，意義比

較明確。第四不成文法不能預知，因為要有事情以後纔能成爲法律，而成文法則是規定某行爲將發生某效果，使大家有所依據，知所遵循，這於社會秩序的安定，關係尤大。第五，不成文法不能追隨社會的進化，因爲習慣判例都是守舊的，從前怎樣辦，現在依舊怎樣辦，成文法則可以隨社會的進化，而發生指導作用，因爲它是由社會上優秀的人所制定，可用來領導民衆向前進，例如中國社會，一向沿襲宗祧制度，重男輕女，雖然近數十年來，各方面已經逐漸覺醒，但習慣法判例法對此仍毫無辦法，直等到立法院創造民法，纔根據男女平等原則，打破宗祧繼承的舊習，把女子的財產繼承權，規定在法律條文裏面，這樣領導社會向前進，只有成文法纔能發生這個作用，不成文法是絕對不行的。

以上五點都是成文法優於不成文法的地方，不過成文法因爲人爲性特多，假使運用不得其道，也可發生種種流弊，第一是抄襲的毛病，因爲法律既可像做文章一樣，用人力做出來，起草的時候，總想把條文弄得愈新穎愈完備愈好，結果因欲博採衆長，很容易犯了東抄西襲的毛病，不但與本國國情，難期完全適合，就連所繼承的外國法精神，也往往因爲斷章取義的緣故，同時失去了。第二是遷就的毛病。在實行憲政的國家，通常國會起草法典的時候，會內各個政黨，根據本身的立場，對於條文多少總有爭論，結果往往是取一種調停的態度，甲黨的意見，容納一點，乙黨丙黨的意見，也容納一點，這樣補苴拼湊，成了一個百衲本的法律案，內容就可想而知了。第三，成文法是以文書來表現其意旨的，而人類

所作的成文書，性質上往往不甚完全，所以國民對於法規的真正內容，時常難於把握，於是有解釋法律的必要，而解釋法律又未必絕對正確，合於立法的原意。第四，成文法既為若干條文的排列，其內容不免帶有固定性，固定的成文法，即難適應流動不絕的社會生活的需要，雖然可以修正變更，但因立法手續的煩雜，殊難一蹴而幾，故不免於把複雜多歧的社會現實，機械地配列於一體系中的結果，規定不完備的缺點，亦遂因而發生。

上面所述的四種流弊，以我國的現狀而言，除其中的第二種流弊，可保無虞外，其餘各種流弊，都是相當值得注意的。

第二節 習慣法

習慣法，就是因社會的慣行而發生的行為規則，由社會力量承認他具有法律效力的法律。除了成文法以外，何以習慣法亦為法的淵源，即習慣法發生拘束力的根據何在？關於此點，學者們大有爭論，略有下列諸說：（1）慣行說：此說以多數人經過長期間，對於同一事項，反覆為同一行為的事實，為習慣法發生拘束力的根據。此說不能說明習慣法和習俗禮儀的區別，故不足採。（2）法的確信說：此說以國民對於某種慣習，信之為法，為習慣法發生的根據。此說的缺點：在於強把無意識的，自然生長的習慣

法，認爲是人類意識的產物。(3)法定要件說。此說以習慣法所以具有拘束力，由於他具備成文法所預定的要件，即以成文法爲習慣法發生效力的要件，但是習慣法并非後於成文法而產生，其後於成文法而產生者，亦未必以成文法的規定爲前提，故此說亦屬不當。(4)國家承認說：此說謂習慣法經國家承認後，取得法的拘束力，即以國家承認的行爲，爲習慣法發生拘束力的根據，此說的缺點，由於誤認國家和法有必然的關聯，但法和國家并無必然的關聯，已如本編第一章第一節所述，所以這一說亦是不妥當的。

我們以爲習慣法所以成爲法的淵源的根據，在於他具有下列兩大條件，第一是慣行的事實，就是一事而重復爲之，經長久時間而無違背。第二是規律的力量，即社會公認這種習慣，有拘束衆人行爲的力量，假使某人不到這樣做，他良心上覺得不好意思，同時還怕他人對他責難或擯棄，對內對外，都會覺得不妥。至於在成文法之外，習慣法所以亦成爲法之淵源者，則由於上面所述，成文法把複雜多歧的社會現實，機械地配列於一個法律體系之中，有不能適應社會變遷，而且規定不能完備的缺點，有願習慣法爲之補充，所以不但古代社會有習慣法的存在，即在文化發達的現代社會，亦有以習慣法源之一的必要。

習慣法的效力如何，即在習慣法和成文法發生衝突的時候，效力究竟那一個大？是一個值得研究的

問題，關於此點，各國的立法例不很一致，有完全排斥習慣法的效力者，如普國國法第三條規定：「未列入法典之慣習，無法律效力」，巴丁(Baden)國法第六條規定：「慣習法須法典定爲可以適用時，始可適用」是，有以習慣法的效力高於成文法，習慣法可以變更成文法者，如羅馬共和時代的法律是，現代大陸法系各國法律，大都認爲習慣法只能協助成文法，補充成文法，沒有變更成文法的力量，即成文法的效力高於習慣法，我國民法第一條規定：「民事、法律無明文者，依習慣，無習慣者，依法理」。明定習慣法僅有補充成文法的效力，亦是屬於這一法例的。但這只是就原則的現象而言，實際上民法規定習慣有優先效力者，不一而足，譬如第三七二條，規定重量的計算，應該去掉包皮，計其淨重，但如當地習慣與這個規定不同者，依習慣。又如第四二九條，規定租屋的修繕，應該歸房主負擔，但地方上有特殊習慣者除外，舉此二例，可見習慣法在我國法律上的地位，是值得相當重視的。

第三節 判例法

凡法院辦案，依據本院或上級同級法院已成的判例，於法律上及事實上受其拘束者該判例即成爲判例法。按諸辦案成例，法院對於某一案件所下的判決，以後遇有同樣或類似的案情發生時，審判官必仍下同樣的判決，同一判決屢經援用之後，不但對於審判官有拘束力，人民亦有信其爲法之心，這就是判

例法的由來。在古代法律未備，立法司法不分的時候，司法官兼有立法權，其判例即成爲法律，故歐洲有集判例而成的「審定法」，中國昔時斷獄理訟，亦極注重所謂「成案」。迨後文化進步，立法權和司法權分立，判例的權力漸減，除英美法系各國，仍以判例法爲主要的法源，成文法僅有補充判例法的效力者外，大陸法系諸國，皆否認判例有法律上的拘束力，普魯士國法節序第六條，且明白規定：「將來爲裁判時，對於法律學者的意見，及裁判官的判決，無加以任何考慮的必要」，各國學者亦附和其說，而否認判例爲法之淵源。

但我們却以判例爲法的淵源之一，因爲如上所述，「按諸辦案成例，法院對於某一案件所下的判決，以後遇有同樣或類似的案情發生時，審判官必仍下同樣的判決，同一判決屢經援用之後，不但對於審判官有拘束力，人民亦有信其爲法之心」的原故。而且以中國的情形而論，我們更可找到判例法爲法源之法律的根據，和事實的根據。以法律的根據而論，法院組織法第二五條規定：「最高法院各庭審理案件，關於法律上之見解，與本庭或他庭判決先例有異時，應召集判例會議決定之」，在未履行此項程序以前，法律上雖無拘束一般法院的效力，但最高法院本身，則須基於已發表之見解，而爲裁判。以事實的根據而論，高等法院以下各級法院，假使沒有堅強的自信，實際上總以最高法院的判例做準繩，來裁判同性質的事件，這由於下列三個原因：第一，最高法院的法官，一般說來，經驗總比下級法院的法官更多

一點，第二，假使下級法院的裁判，不照上級法院的判例，到上訴審時，易被廢棄。第三，社會羣衆的心理，也很希望判例有相當的力量，希望法院對於同樣的事情，能作同樣的判決，所以判例不但有法律上的拘束力，還有事實上的拘束力，加以我國變法以後，雖然特別尊重成文法，但在民法等法與未公布施行以前，將近二十年之間，均以大理院的判決做根據，直到現在，解釋及適用法律，仍未脫此種現象，所以就我國司法現狀言，判例法的地位尤爲重要。

否認判例法爲法的淵源者，往往謂判例法僅有助長習慣法的效用，甚至謂牠卽是習慣法的一種，故不能爲直接的法源，或獨立的法源；這是由於誤認習慣法和判例法相同，所以引出這種結論，其實習慣法裏面有許多成分是無意識的，判例法則在最初作成時候，總有相當的理由；而且習慣法是無意中創造成功的，判例法則須由法院，用一定之形式造成，兩相比較，無論實質外表，都有不同，所以上述的說法，實在似是而非，判例法之應爲獨立的法源，從此可見。

第四節 法理

法理亦稱條理，卽多數人所承認的共同生活的原理，例如正義，衡平，立國主義等皆是。法理所以成爲法的淵源之一者，因爲成文法和習慣法的規定，縱使如何完備，亦不足以適應複雜的社會生活，審

判官又不能以法無可據爲理由，而拒絕裁判，假使審判官遇到有些問題，法律既無可據，習慣又無所從，則惟有「斟酌情理」，以作解決的標準，故法理亦爲法源之一。

法理之爲法的淵源，幾爲各國法律所公認，但各國法律，同時又多認其僅有補充成文法和習慣法的效力，如前述我國民法第一條規定：「民事，法律無明文者依習慣，無習慣者，依法理」，卽其適例。

第二章 法之種類

第一節 國際法與國內法

前面所述的法的淵源，係依照組成法律的形式，而發生的法的類別，現在我們再按照其他標準，來敘述法的種類，這裏先述國際法和國內法的分別。

國際法和國內法的分類，是以法律制定的主體，和適用的範圍爲標準，而生的分類。國際法，是國際社會所公認的原則，而以國家相互間的關係，爲其適用範圍的法律，如國際聯盟公約是；國內法，是國家所制定，而以該國主權所及範圍，爲其適用範圍的法律，如中華民國民法是。

學者中頗有因國際法缺乏強制性，或沒有立法機關和司法機關，而否認國際法爲法律者，其實國際

法國未必無立法機關和司法機關，立法機關和司法機關的有無，亦未足執爲判斷牠是否法律的根據，至於國際法缺乏強制性云云，固屬言之鑿鑿，但這是誤認法必定是國家法的結果，法和國家並沒有必然的關聯，強制并不是法的要素，已如本書第一編第一章第一節所述，所以不能因爲缺乏強制性，而否認國際法之法的性質。（詳見本書第二編第七章）

第二節 固有法與繼受法

固有法和繼受法的分類，是依照法律成立的來源，而發生的分類。固有法，是依照本國固有文化而制定的法律，即根據本國的社會狀態及民衆心理而制定者，故較能適合於本國的風俗人情；如我國唐明各代的律例是，繼受法，是模倣外國法而制定的法律，即係由外國的法律中，採取其適應世界潮流，及與本國國情較爲適合者，制定爲本國的法律，藉以促進本國文化的發展，如從前德國民法之模倣羅馬法，日本大寶律令之模倣我國隋唐律例是。

由法律發達史看來，法的繼受，現代較古代爲繁，因爲古代民智未開，交通閉塞，國與國間甚少往還，故繼受他國法律機會較少；現代則文化日新，交通便利，國際往來，益形發達，借助他山，參酌外制的事實極多，故各文明國間，盛行法的繼受之事實，如我國國民革命後頒布各種法典，多係擷取他

國的成規而來，即其顯著的例證。所以研究法律的人們，不應以認識本國法律爲已足，還應參看他國的法律，以收探源窮變之效。

第三節 公法與私法

公法與私法的分類，是依照法律關係的主體，而生的分類。這個分類肇始於羅馬法時代，所以是最古的分類，但因牠的區別標準，學說紛紜，迄未一致，所以又是最困難的分類。若干學者，鑒於這種爭訟紛紜的情形，頗有主張根本廢棄這種區別的。如奧大利學者克爾生（Hans Kelsen），即是主張最熱烈的一個。他在所著「國法學的主要問題」一書中說：「國家和人民的關係，由法律上看來，不是權力服從關係，而是權利義務關係，性質上，和個人相互間的對等關係，毫無所異，所以不應有公法和私法的區別，因爲公法和私法區別的起點，在於國家和人民的關係，爲無限制的權力服從關係，與私人相互間的關係，全然異其性質，但這是專制時代的思想，不能見容於現代法治主義時代」。提倡這種主張者，不只克爾生一人，在克爾生以前，同一奧大利學者威亞（Franz Weyer），曾發表「論單一法系問題」一文，主張廢棄公法和私法的區別，他認爲區別公法和私法，不但沒有實際上的利益，而且有礙統一體系法律學的發達，在法律學的研究方法上，寧以廢棄二者的區別爲是，因爲現代法治國家，不但和舊時代權力

大異其趣，而且在國家之下，設有種種公共團體，這些公共團體，很多和私法人極爲近似，所以難於把公法和私法截然區分。在克爾生以後，又有奧大利學者麥爾克爾，主張廢除公法和私法的區別。「他說，在行政法學上，行政法究係屬於公法？抑或屬於私法？是一個不必討論的問題。因爲法律學上的分類，只在把法律學上相同的現象，和法律學上相異的分類，精密分開時，纔有學術上經濟上的價值，公法和私法的分類雖然爲法律學上最舊而又最普遍的分類，但并不能滿足這種要求」。

但是儘管有少數人要廢除公法和私法的分類，多數學者，却主張保留這種分類，因爲他具有實際上的必要，誠如某爾克(Gierke)所說：「公法和私法的區別，是現代國法的基本原則，現代國法的全部，是以公法和私法的區別，爲其當然前提的，對於國家所有的制定法規，如果不曉得其規定是屬於公法？抑或屬於私法？對於該規定所生的效果和內容，卽屬無法明瞭，國法的一切規律，沒有不屬於公法，亦不屬於私法的，因其屬於何者，而異其規律」。尤其是在採用行政裁判制度的國家，民事訴訟屬於普通法院的管轄，行政訴訟屬於行政法院，要決定某種案件應起訴於普通法院或行政法院，先要知道他是屬於私法（民事）事件，或是屬於公法（行政）事件，所以公法和私法的區別，是決定裁判管轄的前提。

公法和私法既然有區別的必要，那麼他的區別標準何在呢？關於這一問題，學說極爲紛歧，（瑞士學者賀林加 HoJinger）曾舉出十七種不同的學說，德國學者威爾朱（Waltz）亦曾舉出十二種不同的學說

，可見學說之多，我們不能把這些學說，分別加以介紹批評，現在只就其中最主要的幾種學說，略述於後，以見一斑。

1、主體說 (Subjekttheorie)

此說謂法主體雙方，均為私人或私團體者，為私法，法主體的一方或雙方，為國家或在國家下的公共團體者，為公法，即以法律關係的主體，為公法私法區別的標準。如耶林克(G. Jellinek)說「公法，是拘束保有統治權的團體，和其對等者，或其隸屬人民關係的法」，列林克(Loening)說：「公法，是公權力的組織及作用，與被統治者對統治者關係的法，國家不以統治權力的資格，和其他人們形成法律關係的時候，該法律關係，不屬於公法，而於私法」，可薩克(Corbin)說：「公法，是為公益而存在的組織體，即國家公共團體教會等的法，不過在這些組織體，和私人立於同等法律上地位的時候，其法律關係，屬於私法，例如買賣土地發行公債等是」。威哈(Warh)說：「公法的特徵，在於該法律關係，是公團體以公益支持者的資格，立於主體的地位，或者是公團體與其相對人，立於全部和一部關係的法律關係」等，均為其顯著的代表，這一說我們認為是比較妥當的學說，所以我們在本節開頭就說，公法和私法的區別，是依照法律關係主體而生的分類。

1j. 意思說 (Willentheorie)

此說以公法和私法區別的標準，在於法律關係性質的差異，公法關係，是權力者和服從者間的關係，私法關係，是對等者間的關係，公法所規律的意思，是權力者及服

從者的意思，私法所規律的意思，是對等者的意思，如拉勞德（Laband）以公法的特色，在於其為統治關係的法，而說；所謂統治，是對於自由人，命令其作為不作為或給付，並得強制其遵守的權利。公法和私法區別的要點，即在於此。私法只能支配物，沒有支配自由人的權利，牠對於自由人只有請求權，對於義務人沒有強制力，亦沒有命令其為某事的力量」云云，即是這種思想的代表。這一學說，固然含有片面真理，因為公法的主要性質，在於其為國家與人民關係的規律，而國家的主要特徵，在於國家得以其優越的支配權，以命令強制人民，所以權力者和服從者的關係，確是公法關係的通常性質，對等者的關係，亦確是私法關係的通常性質。然而這只是公法和私法通常的差異，不能以此為二者區別的標準。國家不僅命令人民強制人民，有時亦立於供給人民利益，負擔義務的地位，人民亦不僅服從國家的命令，忍受國家的強制，有時亦具有請求國家為某種行為的權利，所以國家和人民的關係，是互享權利互負義務的關係，並不是單純的權力服從關係。且如國家和國家間的關係，國內某一公共團體和另一公共團體的關係，亦不能稱為權力服從關係，但他却是公法關係，而非私法關係。在另一方面，私法裏面，如公司內部的法，親屬關係的法等，亦不能稱為對等者關係的法。

三、利益說（Interessenlehre）此說以公法和私法區別的標準，在於法底目的的差異，公法是以

以公益為目的的法，私法是以私益為目的的法，羅馬法學家所謂：「公法，是關於羅馬國家制度的法，私

法，是關於個人利益的法』，即是此說的代表。如果公益一語，包含國家自身的利益，及社會公共的利益而言，國家無疑的是以維持和增進公益爲目的，作爲國家法的公法，亦自係爲公益而存在，反之，個人相互間的法，認各個人爲獨自的目的主體，以調和各個人相互的利益爲目的，其主要的目的，自在於維護個人的利益，由這種意義說來，利益說自亦含有片面的真理。但是，國家不僅是公益的保護者，而且是個人私益的保護者。保護各個人的生命財產及自由安全，是國家重要任務之一，所以公法中保護個人利益的規定，亦不在少，如我訓政時期約法第十七條：『人民財產所有權之行使，在不妨害公共利益之範圍內，受法律之保障』云云，無疑的是保障私有財產安全的規定，即宣告尊重各個人的私益，爲公法上的重要原則。他如刑法上對於殺人罪強盜罪等，設有刑罰的制裁，其主要目的，固在保護個人的生命財產，但他却是公法。而且在個人相互間的法律上，亦多尊重公益的規定，如民法第七二條：『法律行爲，有背於公共秩序，或善良風俗者，無效』的規定，即其顯著的例證。尤其在由自由主義放任主義經濟，變爲統制主義經濟的現代情況之下，個人相互間的法律，應受公益拘束者，有日見增多的傾向，私法之以公益爲主要目的者，亦不在少，所謂公益的法私益的法云云，雖可指出公法和私法大體的傾向，但却不能作爲二者區別的標準。

四、社會說

此說爲德國名法學家基爾克（Gierke）所主張，他分法爲個人法和社會法兩種以此

爲公法私法區別的標準，他說：『人，一方面以個體資格而生存，一方面又爲有組織全部的一分子，作爲個體的人人相互關係的法，是個人法，個人法，以各個人爲主要對象，他是以對總關係爲基礎的，故以主體的不拘束爲出發點。社會法，則規律作爲社會人的人人意思關係，社會法，規律比各個人更高的全體，而且團體自身，亦作爲團體結合的一部，而被規律着』。又說：『在羅馬法，國家以外沒有社會，所以國家法和社會法同其意義，反之，在近代，國家以外還形成種種社會，所以國家法以外，還有無數的社會法。國家以最高團體的資格，對於此類國家法以外的社會法，依其所規律的共同生活，對於國家自身生活的價值，賦與其中一部分，以和國家法相同或類似的權力手段，對於其他的社會法，則不承認其有比個人法更高的權威，現代所謂私法，包含全部個人法，及未被國家編入公法的社會法，卽家族法公司法及其他私團體的法；所謂公法，則包含全部國家法，及在國家下的團體，被國家認爲係公共團體的社會法，卽教會法，地方團體法，公共組合法，及國際法』。基爾克所謂社會法，不外是一般所謂團體法，在這種意義上，社會法和主體說大略相同，故亦可以說他是正當的。不過一切社會的法，無一不是社會的規律，各個人是以社會一分子的資格，受法的規律，故以個人相互關係的法爲個人法，而與社會法相對稱，並不是正確的觀念；而且他既認團體全部作爲單一個體的時候，應與個人同視，又以規律國家相互關係的國際法，爲社會法，亦不免矛盾之嫌，凡此兩點，均爲社會說的缺點。

關於公私法區別標準的諸學說，及其優劣得失的情形，略如上述，但是這種區別，和後述的幾種區別一樣，都不是絕對的而是相對的，因為公法和私法的區別，並不是先驗的論理上區別，而是現實國法上的區別，而現實的國法，是種種複雜思想的成果，甚難以極單純的標準，把二者截然劃分，在某原則之外，往往有增補以其他原則的必要，譬如我們前面所認為比較妥當的主體說，對於國家以私經濟主體的資格，與他人發生關係的時候，及私人以公權力主體的資格，而與他人發生關係的時候，亦有不能透澈說明之缺陷，所以主張主體說者，於肯定公法是國家或公共團體，與其構成分子關係之法，私法是私人相互關係之法以後，仍不能不承認有一立於準私人地位的國家，及「立於準國家地位的私人」之兩種例外，舉此一端，亦可見公法和私法的區別，是相對的區別了。

而且公法和私法，固然有其區別的地方，亦非沒有其共通的地方，兩者并非全異其性質、異其適用的原則，他們具有極多的共通之點，在權利義務關係上，在權利義務的種類上，在法律原因上，均有極多的共通性，而且他們不但有共通性，在某些點上，還有相當的關聯，如近年所謂私法公法化，即其顯著的例子，對於這些問題，以篇幅所限，姑不深述，我們只想指出公法和私法，不但有區別，也有若干共通和關聯的地方，以促進讀者對於這個重要問題的認識而已。

關於公法和私法的區別，還有一個應該討論的問題，即是近年有許多學者，往往認為在公法和私法

二大領域之外，還有所謂「社會法」的存在，在社會法的領域裏，沒有公法和私法的區別。這裏所謂社會法，和前面基爾克所說的社會法不同，係指勞動法，及其他為保護經濟上的弱者階級，而干預國民經濟生活的法律而言，在這種法律裏，公法和私法，往往相結合而規定於同一法條之中。因為例如資本家和勞動者的關係，本來是個人相互間的關係，為私法所規定，但因資本家和勞動者的經濟實力不同，如僅與以裁判上的保護，不能充分保護經濟上弱者的利益，所以國家進而直接當其保護之任，而設公法的規定，故所謂社會法者，并非公法和私法以外的第三分野，只是公法和私法，結合於同一規定之中而已。

第四節 普通法與特別法

普通法與特別法的分類，是以法律效力所及的範圍為標準，而生的分類，凡全國任何地方，任何一種人，任何一種事項，都可適用的法律，叫做普通法，反之，僅適用於特定地方，特定人，或特定事項的法律，叫做特別法，茲為明瞭起見，特分為地、人、事、三項，分別說明於次。

第一、以地為標準之普通法與特別法 此項分法，係以受法律適用之地域為基礎而區分的，凡適用於全國各地方的法律，為普通法，僅適用於全國某一地方的法律，為特別法，如我國的民法刑法，適用於中華民國各省，故為普通法，雲南四川各省的單行條例，僅適用於各該省以內，故為特別法。

第二、以人爲標準之普通法與特別法 此項分法，係以受法律適用的人民爲基礎，而區分的，凡適用於全體人民的法律，爲普通法，僅適用於一部分人的法律，爲特別法，如刑法適用於一般人民，故爲普通法，陸海空軍刑法，僅適用於陸海空軍軍人，故爲特別法。

第三、以事爲標準之普通法與特別法 此項分法，係以受法律適用的事項爲基礎，而劃分的，凡適用於一般事項的法律，爲普通法，僅適用於特定事項的法律，爲特別法，如民法適用於一般民事事項，刑法適用於一般刑事事項，故爲普通法，懲治漢奸條例，係專對於妨害抗戰的事務而設，海商法係專對於海商事務而設，故爲特別法。

普通法和特別法的分別，在法律適用上，有極重要的意義，因爲法律上有個原則，叫做「特別法優於普通法」的原則，即在同一案件，普通法和特別法均有規定時，應先適用特別法，必特別法沒有規定時，而後適用普通法，例如審判貪污官吏，應先適用懲治貪污條例，而以刑法爲其補充，關於公司的糾紛，應先適用公司法，而以民法爲其補充是，不曉得普通法和特別法的分別，就不能決定適用的先後。

但是普通法和特別法，是相對的區別，而非絕對的區別，例如民法雖爲普通法，但民法中未始沒有特別的規定，如後述關於未成年人、禁治產人行爲能力的規定是；海商法雖爲特別法，但對於船員法船舶法等而言，則海商法又爲其普通法。而且普通法和特別法的區別，常因社會情形的變遷而變遷，由法

律發達史看來，關於特定人或特定事項規定的法律，每因適合於其後社會的情形，而變為普通法，例如原為商事法規的規定，結果常被吸收於民法，如所謂「民法商法化」的事實，即其適例。

第五節 強行法與任意法

強行法和任意法的分類，是以法律效力的強弱為標準，即以法律的遵守，是否聽任私人自由為標準，而生的分類，凡法律的規定，與國家社會的安甯秩序有關，不問私人的情願與否，一律適用者為強行法；反之，法律的規定，與公益無甚關係，僅涉及個人的利益，適用與否，聽諸個人的自由，僅於當事人間無特別約定時，始有其適用者為任意法，前者如行政法刑法等公法法規的多數規定是，後者如民法商事法等私法法規的多數規定是。

但是公法中雖因保護公益上的必要，以強行規定為多，私法中雖因保護私益上的必要，以任意規定為多，但公法并不就是強行法，私法亦并不就是任意法，公法中儘多任意的規定，私法中亦儘多強行的規定，例如刑法為公法，但不乏「告訴乃論」的條文，即除非當事人提出自訴者外，法院不加追究，民事訴訟法為公法，却有「合意管轄」的規定，即訴訟事件的管轄法院，得以雙方當事人的合意定之，不受法定管轄的拘束；民法為典型的私法，但如總則編中關於無能力制度的規定，債編中關於僱傭契約，暴

利行爲的取締、利息制限的規定，物權編中，關於物權不得自由創設的規定，親屬編中關於家族關係的規定等，或爲保護經驗缺乏的少年人，或係本於社會政策的精神，或爲扶持國民經濟的發展，或爲維護善良的風俗，概不許當事人不如遵守，即皆爲強制的規定。所以精密地說來，某法條爲強行規定或任意規定，除法律明白表示者外，應由該法律關係的本質上，視其係以保護公益爲主眼，或以保護私益爲主眼而決定，不能漠然地因其爲私法，而斷定爲任意規定，或因其爲公法，而斷定其爲強行規定。

強行法和任意法，還可以再爲分類，強行法可細別爲命令法和禁止法兩種，命令法，是強制爲某種行爲的法律，如訓政時期約法法第二十五條：『人民依法律有納稅之義務』的規定是；禁止法，是禁止爲某種行爲的規定，如民法第二〇五條：『約定利率，超過週年百分之二十者，債權人對於超過部分之利息，無請求權』的規定是。任意法，亦可細別爲補充法及解釋法兩種，補充法，乃補充當事人意思表示欠缺之法規，即國家預設規定，於當事人意思表示欠缺時，使之遵守適用，以完成某法律關係之效力，如民法一千零五條規定：『夫妻未以契約訂立夫妻財產制者，除本法另有規定外，以法定財產制，爲其財產制』故該法一千零十六條至一千零三十條的規定，即爲補充法，解釋法，乃解釋當事人意思的法規，即國家本於一般慣例，爲適於當事人意思的規定，於當事人意思表示不完全，無從知其真意時，使之適用，以釋明當事人的真意，如民法第一千二百零七條規定：『繼承人或其他利害關係人，得定相當

期限，請求受遺贈人於期限內，爲承認遺贈與否的表示，期限屆滿尙無表示者，視爲承認遺贈」的規定是。

強行法和任意法區別的實益，在於法律上效果的不同，卽違反強行法者，不但其行爲無效，甚且應受刑罰或行政罰的制裁，違反任意法者，只須當事人間別無異議，其行爲仍然生效，并不因違反法律規定，而妨礙該行爲的效力。

第六節 實體法與手續法

實體法與手續法的分類，是由於法律規定的內容，而爲的分類，實體法亦稱主法，是規定權利義務本體的法律，卽指何人享有權利，何人負有義務，和某權利義務所及的範圍等，關於權利義務的性質及領域的規定而言，如民法刑法是。手續法亦稱助法或程序法，是規定運用權利義務手續的法律，卽係指實施權利義務的方法，及對於違反者加以制裁的方法之規定而言，如民事訴訟法，刑事訴訟法。實體法和程序法的分類，亦是相對的，故在典型的實體法如民法者，亦有若干手續的規定。

第七節 原則法與例外法

原則法和例外法的分類，是以法律所認定的根本原則爲標準，而生的分類，原則法，是關於某特定事項，可以一般適用的法律，即與法律所規定的原則相適合，除被特別法限制者外，皆可適用的法條，如民法第六條：『人之權利能力，始於出生，終於死亡』的規定是。例外法，則是爲適應某種不應受原則法的規律，而特別規定的法條，如民法第七條：『胎兒以將來非死產者爲限，關於其個人利益之保護，視爲既已出生』的規定是，換句話說，第七條是第六條的例外法，第六條亦即第七條的原則法。

原則法和例外法的分類，不但在法學原理上有認識的必要，在法律實際的適用上，有很大的意義，因爲法律學上，有『例外法應從嚴解釋』的格言，故例外法不能爲類推解釋、擴張解釋、縮小解釋等等，某法條應如何解釋，視其爲原則法或例外法，而大有不同。但是這種分類，亦和普通法與特別法一樣，並不是絕對的，考二者所以發生區別，不外是立法者把時常適用，而具有普遍性的事項，置於原則的地位，把適用機會較少的事項，置於例外的地位，但由法律發達史看來，若干例外法因社會情勢變遷，適用的機會日多，而躋於原則法的地位，原有的原則法，反而變爲例外法的事實，所在多有，故我們說這個分類亦是相對的。

第四章 法之効力

法之効力，係研究法律在什麼時候，對什麼人，在什麼地方，纔可以適用，故可分爲關於時的効力，關於人的効力，和關於地的効力三項來說。

第一節 關於時的効力

關於時的効力，卽法律在什麼時候發生効力，在什麼時候失掉効力的問題。概括說來：法律因成立而發生効力，因廢止而失却効力，幷因戒嚴等特殊事故，宣告停止適用，而暫時不發生効力，但這種說法不免過於籠統，事實上關於法律發生効力的時期，還有若干應該說明的地方，爰爲分別論述於下。

一、法律發生効力的時期 關於此點，原應分爲不文法和成文法兩項，但不文法如習慣法判例法

等，其真正發生効力的時期，不容易確定，只能抽象地說，在其經過相當期間的反復運用，而一般認其具有規律力量的時候起，發生効力，至於成文法，則因其爲法律的主要淵源之故，問題比較複雜，他要經過一定制定的程序，始爲成立，制定以後，還要公佈，以使人民知悉，但公佈而未施行，還不能發生効力，必待達到「施行期限」以後，纔能夠發生効力。

規定施行期限的方法，各國法例不同，1.有自公佈之日，實施於全國者，2.有公佈以後，尚須經過相當的期間，始實施於全國者，3.有規定到達期間，以距離公佈場所的遠近，而異其實施的時期者，我國因地域遼闊，交通不便，多半採用第三方法，根據法律施行日期條例第一條規定：『凡法律明定自公布日施行者，在首都以刊登該法律於國民政府公報之日，或公布該法律之命令，依限到達各主管官署之日起，發生效力；在各省市，以刊登該法律之公報或公布該法律之命令，依限到達該省市最高主管官署之日起，發生效力』，至到達各地方的期限，因距離國民政府的遠近而不同，根據法律施行到達日期表規定，首都為三日和五日兩種，各省市則自十五日至一百二十日不等，概視實際需要的期間而為定。所以我國法律，雖然規定『本法自公布之日起施行』者很多，實際上却不是採用第一方法，而是採用第三方法的。

我國法律亦有採用第二方法的，如印花稅規定：『本法施行日期，以命令定之』；刑法施行法規定：『本法自刑法施行之日施行』之例是，但即使在這種特定施行期限的法律，亦沒有忘記了我國地域遼闊交通不便的現實，故法律施行日期條例第二條規定：『凡法律特定有施行日期者，自特定日期起，發生效力，但刊登該法律之公報，或公布該法律之命令，到達各主管官署，或各省市主管官署，在特定日期之後者，以依限應到達之日起，發生效力』。

二、法律不溯既往的原則 法律只能適用於實施後所發生的事項，不能適用於實施以前，所發生的事項，這叫做『法律不溯既往的原則』。這個原則，肇始於羅馬法，確立於法普等國民法，迄今盛唱不衰，成爲各國法律所共同遵守的原則。因爲法律不溯既往原則的精義，在於同一事項，新舊兩法異其規定時，新法支配其實施以後的事項，舊法則支配其實施以前的事項，假如不是這樣，卽不承認法律不溯既往的原則時，則在舊法時代所爲的合法行爲，新法時代可以變爲不法行爲，舊法時代所取得的權利，新法時代可以橫被剝奪，一度成立的婚姻可以撤銷，無罪的行爲也可以變爲有罪，這不但妨害法律生活的安全，使人民有朝令夕改，無所適從之感，亦且動搖人民信仰法律的心理，使法律自失威信，故由公平正義以及實利的見地看來，有使法律效力不溯及既往的必要。

但是法律不溯及既往的原則，只是法律適用上的原則，并非立法上的原則，卽司法官雖不能使法律效力溯及既往，立法機關却仍可制定法律溯及既往的條文。固然，在自由主義思想極濃的一二憲法裏，如法國共和三年憲法，挪威憲法，美國憲法等，未始不以牠爲立法上的原則，卽立法機關亦不得制定溯及既往的法條，但這非偏於尊重既成法律秩序一方面的想法，而忽略了法律應適應時代，趕上文化進步的機能。因爲國家之制定法律，所以適應時勢的需要，有時因政治上社會上經濟上乃至道德上的種種理由，有使某種法律溯及既往的必要，若使機械地，以法律不溯及既往爲立法上的原則，則從前的苛政，

不能制新法而改革，從前的犯罪，不能制新法而有恕，從前的苛稅，不能制新法以減免，法律的改良，將歸無望，又豈合於國家制定法律的原意？所以法、荷、義、比、普各國法律，均不以他爲立法上的原則，我國也是這樣。

我國法律上，有許多承認法律溯及既往的條文，茲爲明瞭起見，特引錄數條於次：如民法親屬編施行法第四條規定：『民法親屬編關於婚約之規定，除第九百七十三條外，於民法親屬編施行前所訂之婚約亦適用之』，民法繼承編施行法第二條規定：『繼承開始，雖在民法繼承編施行前，而在左列日期後者，女子對於直系血親尊親屬之遺產，亦有繼承權……』，團體協約法第三十條規定：『團體協約，在本法施行前訂立者，自本法施行之日起，適用本法』等，皆其顯著的例子，此類規定，在勞動法等帶有社會政策的法律上，例證尤多。

關於法律不溯既往的原則，還有一個值得討論的問題，即牠與既得權的關係是。所謂既得權，是依法律所取得的權利，如因婚姻而取得同居權，因契約而取得的債權是。多數學者認爲法律不溯既往原則的成立即所以尊重既得權，故牠雖僅是法律適用上的原則，但人民的既得權，却不能以立法機關的意思，制定新法，濫加侵害，以維護法律關係的秩序，但少數學者則認爲：既得權的尊重，亦不過是法律原則之一，一切權利，均爲法所賦與，只在法的範圍內，有其效力，故如因社會公益上的必要，以

新法的規定，來限制或消滅人民的權利，亦屬毫無妨礙。由社會法學的見地看來，兩說之中，以少數說為當。

三、新法變更舊法的原則 關於同一事項，如果有兩個規定不同的法規存在，殊有礙於國家意思的統一，所以在一國之內，關於同一事項，不能有兩個不同的法律，其間必有時間的先後，這個時候，推定為國家以後出的意思，更改前出的意思，適用新法，而不適用舊法，這在法律學上，叫做「新法變更舊法的原則」。但這個原則，只適用於立於同一順位的兩個法律，若使兩個法律立於普通法與特別法的關係，即一為普通法，一為特別法，則仍然適用舊的特別法，而不適用新的普通法，這在法律學上，叫做「新普通法不能變更舊特別法的原則」。

第二節 關於人的効力

關於人的効力，即法律對於何人發生効力的問題。關於這個問題，古往今來，因為政治社會情形的變遷，立法例很不一致。大體說來，有屬人主義、屬地主義、折衷主義三種。在昔遊牧社會的時代，人民逐水草而居，雖有類似國家組織的存在，却無精密的領土觀念，故採「屬人主義」，即法律專適用於本國人民，而不適用於外國人民，如屬本國人民，不問其在本國在外國，均適用本國法律，如為外國人

民，則縱係僑居本國，亦不受本國法律的支配。迨後農業社會時代，封建制度成立，割疆分土，互爭雄長，既深感領土的必要，又因本國人之僑居外國者，事實上不容易受本國法的支配，外國人之僑居本國者，爲本國的安甯秩序起見，又有使其遵守本國法的必要，故由屬人主義「轉而爲「屬地主義」。但是這種屬地主義，固適合於以農業爲主的封建社會，對於工商業爲主，國家不但與領土發生密切關係，與人民亦有密切關係的現代社會，却不甚適合，假如嚴格採用屬地主義，必有許多窒礙難通的結果，所以現代各國法律，多採用「折衷主義」，即以屬地主義爲原則，以屬人主義爲例外，中國亦然。

在折衷主義之下，法律關於人的效力，有如下舉：

一、凡住居本國領土內者，無論其爲本國人外國人，以適用本國的法律爲原則。

二、本國人之僑居外國者，雖以適用住在國的法律爲原則，但關於家長，家屬，父母子女及夫妻的關係，與因此而發生的繼承順序及扶養義務等「身分問題」，及成年，未成年，禁治產，監護，婚姻能力，收養子女能力，財產之取得與處分能力，遺囑能力等「能力問題」，仍應適用本國法。又國民之公法上義務，如當兵納稅從事公務等義務，及刑法上之特殊犯罪，如外患罪，內亂罪，偽造貨幣罪等，亦應適用本國法。

3. 依照國際慣例及條約，下列各種僑居外國之人，仍適用本國法，即甲、外國之君主總統及其侍從；乙、外國使節使館館員及其家屬與侍從；丙、外國領事；丁、外國軍隊是。

4. 在君主國家的君主，基於「國王不能爲惡」的格言，不負刑法上的責任，民主國的總統，亦因維持一國元首尊嚴起見，除謀叛罪外，亦不負刑事上的責任。又按立憲國家通例，議員在議院內所發的言論，於院外不負責任。我國雖未實行憲政，但立法委員和監察委員，亦享有此類權利。

第三節 關於地的効力

關於地的効力，即法律在什麼地發生効方的問題，這和前邊關於人的効力，是同一問題的兩面，不過因觀察點不同，而異其說法而已。由法律關於地的効力看來，有左列幾個原則可舉。

一、法律適用於全國各地。

二、各地方的單行法規，或專爲適用於某一地方而制定的法律，則僅適用於該地方，這尤以聯邦國爲然。

三、法律不但適用於全國領土，且爲維持國家的安寧，增進人民的幸福起見，還適用於本國的領空和領海，依據國際法原則，領海的範圍，限於距離本國海岸三海里以內的地域，但晚近國際法學者，亦有主張改爲六海里者。

四、法律適用於外國領海內的本國軍艦，執行特定公務的公船，並適用於航行公海內的本國船舶。

第五章 法之解釋及適用

第一節 法之解釋

法律是不能自己說話的，他所包含的意思，有賴文字爲其表現。然文字不過是表現人們意思的標記，未必能纖細無誤，恰如分際，在發生疑問的時候，究應如何適用，勢不能不待於解釋的確定，此法律所以需要解釋者一，其次，法律是欲以極少數的條文，網羅極複雜的社會事實，爲便於適用和遵守起見，條文固應力求其少，文字尤應力求其短，以免卷帙浩繁，人民有無所適從之嘆，但因力求簡短的結果，不免發生晦澀不明的缺點，而有待於解釋的確定，此法律所以需要解釋者二，而且社會現象，不但在橫的方面複雜多歧，在縱的方面，又復變化靡常，白雲蒼狗，日新月異，今日法律所規定者，未必能適用於明日的社會現象，而法律又未便朝令夕改，時時變更，欲期固定的法律，能夠適應變動的事實，亦有待於法律的解釋，此法律所以需要解釋者三，綜此三義，可知所謂法的解釋，即不外探求法律真意的方法，而爲法的適用底前提。

法的解釋，可大別爲有權解釋，和學理解釋兩種。

(甲)有權解釋 有權解釋，是官署基於其職權以解釋法文，他所解釋的意義，認爲法律的真義，

具有一定的效力，對於人民及執行法律的人，均發生遵守效果的解釋。又可分爲立法解釋，司法解釋，和行政解釋三種。

一、立法解釋 立法解釋，是立法機關所爲的解釋，其解釋的主要方法有三：1. 爲將解釋條文，列入法律之中，例如民法第六十六條規定「稱不動產者，謂土地及其定着物，不動產之出產物尙未分離者，爲該不動產之部分」。第六十七條規定，「稱動產者，爲前條所稱不動產以外之物」，第六十八條一項規定，「非主物之成分，常助主物之效用，而同屬於一人者，爲從物，但交易上有特別習慣者，依其習慣」，第六十九條規定：「稱天然孳息者，謂果實動物之產物，及其他依物之用法所收穫之出產物；稱法定孳息者，謂利息租金，及其他因法律關係所得之利益」等皆是。2. 爲在施行法或其他法律條文中，爲解釋法律意義規定，如民法總則施行法第十條，規定民法上法人登記的主管官署，「爲該法人事務所所在地的法院」，民法物權編施行法第十四條：「民法物權編關於質權之規定，於當舖或其他以受質爲營業者，不適用之」規定皆是。3. 爲在法律中揭其實例，以爲解釋的標準，如訓政時期約法第六條規定：「中華民國國民，無男女種族宗教階級之區別，在法律上一律平等」，條文中所舉「男女」、「種族」、「宗教」、「階級」、不過揭其實例而已，自不能因爲這四個標準以外，如「職業」、「籍貫」等的區別，而使國民在法律上的地位，不能平等。除了這三個主要的解釋方法以外，他如立法機關所頒

發的立法理由書，或其他解釋文件，亦屬這裏所說的立法解釋。這些立法解釋，事實上和法律一樣，所以和法律具有同一的效力，一切人民和官署，均應受其拘束。

二、司法解釋 司法解釋，是法院所爲的解釋，亦可分爲二種，一爲審判解釋，一爲質疑解釋，審判解釋，是法院在審理案件的時候，對於所依據的法律，加以闡明的解釋，例如刑法上所謂公務員，是否包括縣立學校校長而言，法院在其審判此種案件時，自可斟酌解釋；質疑解釋，是人民或各機關，對於法律條文有疑義時，向法院詢問，法院據而予以答復的解釋。此種解釋，理論上原僅對於該一案件，有拘束人民和機關的效力，但因我國現制，以司法院爲統一法令解釋的機關，行使統一解釋法令，及變更判決之權（參看司法院組織法第二條），所以司法院對於法令的解釋，和最高法院的判決，事實上恆爲各級官署和人民所遵守，其具有拘束官署和人民的效力，和立法解釋相差無幾。

三、行政解釋 行政解釋，是上級行政機關，關於法律的執行，對於下級行政機關，所爲的指示，這種解釋，僅限於執行法令的時候，且只在同一系統的行政機關間，發生效力，并無拘束各級官署和人民的效力，故其效力較上述兩種解釋爲差，惟就其係基於行政機關職權所爲的解釋，且有拘束同一系統的行政機關的效力而言，自亦不失爲一種有權解釋。

(乙)學理解釋 學理解釋，即依照學理上見解而爲的解釋，可分爲文理解釋與論理解釋兩種。

一、文理解釋 文理解釋，是依照法文的文義或字義，而爲的解釋，一般認爲這種解釋，有下列幾個應該遵守的原則。

1. 解釋法律應先從文理解釋着手。 因爲法律的文句，是立法者意思的符號，要知道法律的真意，自應先尋究法律的文義或字義，卽應先從文理解釋着手。

2. 除法律明定的用語例外，解釋法律，應以平易通常的意義爲主。 所謂明定的用語例，卽即上述解釋法律的條文，列入法律之中的情形，如刑法第十條：「稱公務員者，謂依法令從事於公務的員，稱公文書者，謂公務員職權上制作之文書；」的規定是 除了此類法定的專門術語外，解釋法文，應以平易通常的意義爲主，不可拘泥於某一專門的術語，因爲法律是社會生活潛的規律，是爲全體社會構成分子而說的，而非爲某些專門學者而設的，故解釋其文義字義時，應照通常的意思解釋，不可照專門的意思解釋。

3. 解釋法律，須注意法律的全體意義。 恰和一篇文章有整個的組織，不能斷章取義一樣，法律

條文亦是整個的，各部分互相關聯，所以在解釋法律的時候，亦應注意其全體的意義，不可斷章取義，專注意於其中的一條一句或一字。例如民法第七十五條一項規定：「無行爲能力人之意思表示無效」如拘泥於這一個條文，將謂無行爲能力人別無表示意思的方法，故必須關顧第七十六條：「無行爲能力人

，由法定代理人，代爲意思表示，或代受意思表示』的規定，始知無行爲能力人，尙有其意思表示的方
法，舉此一例，可見解釋法律，不可拘於一義。

4. 解釋法律，必須注意其穩定性及適應性 法律爲社會規範，所以維持社會生活的安定，凡有破
壞社會生活的安定者，法律必加以或大或小的制裁，但欲求社會生活安定，必須作爲社會規範的法律自
身，穩定不變，假如朝令夕改，變動靡常，則社會失其軌道，人民無所適從，有法不如無法，這不特立
法如此，即在解釋法律的時候，亦須尊重法律的穩定性，不可舞文弄法，輕易變動其所包含的意義，但
是由另一方面說，法律既是社會規範，是爲社會而存在，應社會需要而產生的，故如社會的需要變遷，
法律獨一成不變，則社會自社會，法律自法律，法律即不成其爲社會規範，故在這種時候，非以立法的
手段，廢止或修正舊法，另定新法，即以解釋的手段擴張或變更法文的含義，以適應社會的需要不可，
法國民法頒布垂百數十年之久，但不必廢止，仍能適應於二十世紀的社會者，即係得力於敏活的解釋，
所以我們在解釋法律的時候，固應尊重其穩定性，亦須注意其社會適應性，俾法律不至和社會分離。

二、論理解釋 論理解釋，是參酌法律發生的原因、理由、或沿革，及其他和法律有關一切情事
，而闡明法律真意的解釋，因爲解釋法律，固然應該先注意法律的文義字義，但有時法律的文辭章句，
完全不能明瞭，或前後條規自相矛盾，僅依文理解釋，殊難達到解釋法律的目的，故於法律發生的原因

理由沿革，及其他有關的一切情事，亦應參酌注意，以求法律真意的所在，所以在文理解釋之外，又有論理解釋的必要。

論理解釋，又可細分為下列七種。

1. 擴充解釋 這是法律所規定的文字，失於狹隘，或不足以表現法律真意時，乃擴張其意義，使其合於法律真意的解釋，如法律上所稱的國家領土，由字面上說，僅屬國家所有的土地，但由實際上觀察，則應包括領海領空等而言，以法律上所規定的領土，為包括領海領空而言，即為擴充解釋。

2. 限制解釋 這是法律所規定的文字，失於寬泛，故將法文的字義加以限制，使其合於法律真意的解釋，如約法上謂「中華民國人民有服兵役之義務」，這所謂人民，應僅指男子而言，不包括女子在內，這種把女子除外的解釋，即為限制解釋。

3. 變更解釋 這是把法文上所用的字句，不以通常的意義解釋，而以特殊底意義解釋底解釋，例如民法上常有「善意第三人」云云，其善意二字，并非通常的良善慈善之意，而是指不知情的第三人而言，依照後一意義的解釋，即為變更解釋。

4. 反對解釋 這是依照法文規定的結果，而推論其反對的結果，藉以闡明法律真意的解釋，例如民法第十二條規定：「滿二十歲者為成年」，則凡未滿二十歲者，原則上均可解釋其為未成年人。

5. 當然解釋 這是法文并未規定，而由當然的道理，以闡明法律真意的解釋，例如公園中立有禁止花木的告示，竹雖非花木，自亦不許任意攀折，這就是當然解釋的結果。

6. 補正解釋 這是因立法者的疏忽，以致法律文字發生錯誤時，統觀法律全文，加以補正，以闡明法律真意的解釋。

7. 歷史解釋 這是搜集法律成立以前的歷史材料，以闡明法律真意的解釋，例如關於刑法上規定有疑義時，可搜集刑法草案意見書，審查刑法報告書等，有關的歷史材料，以解釋法律的真意。

文理解釋和論理解釋的方法，略如上述，關於這兩個解釋，還有若干共通的準則，茲為析述於次：
一、法律解釋的順序，應先文理解釋而後論理解釋。因為文字是思想的標記，法律的文句，是法律真意直接的表現，故在法律有疑問時，應先從其文義字句上尋究，而後再及於其他方面。

二、文理解釋的結果，和論理解釋的結果相牴觸時，應從論理解釋的結果。關於這一點，原有兩種學說，主張文理解釋說者，注重於法律的形式，謂文字為法律真意的符號，亦即人民所據以遵循的標準，故應依照文理解釋的結果，主張論理解釋說者，則注重於法律的精神，謂所貴於解釋法律，不在於闡明其表面的含義，而應把握其基本的精神，故應依照論理解釋的結果，二說以後說為當。

三、通則外的變則，特權的規則，以及加懲罰，負義務，與使負責任的法律規定，均應從嚴解釋，

以維護法律的確實性，和人民的權利。

第二節 法之適用

法律之所以為法律，不在於抽象的規定，而在於具體的適用，所謂法之適用，即指有權限的官署，適用法律的情形而言，有適用法律之權的官署，略有司法官署和行政官署二種，所以適用法律的原則，亦因司法官署和行政官署而異，茲為分別論述於次：

(甲)司法官署適用法律的原則

1. 司法官未受當事人的請求，不得自行審判。這即所謂「不告不理」的原則，無論民刑案件，未經正式起訴，司法官不得自行審判，因為司法官的責任，在於適用法律，必待當事人起訴以後，始為判斷曲直，若不問當事人願意與否，越俎代庖，不但與司法官的職務不合，且有增加人民訟累之虞。

2. 司法官不得以法文不明不備為理由，而拒絕審判。因為社會現象，複雜紛歧，變化萬端，勢

不能以有限的法律，適應無窮的事實，故如司法官得以法文不明不備為理由，而拒絕審判，則司法官將託詞推諉，而使人民權利失其保障，社會秩序無法維持，殊有背於國家立法設官的原意，所以司法官在法律不明的時候，應該用解釋以闡明之，在法律不備的時候，如為刑事案件，應該依據罪刑法定主義，

宣告無罪，如爲民事案件，應該依據『民事，法律無明文者依習慣，無習慣者依法理』的規定，按次適用。

3. 司法官不得以法律不正不良爲口實，而拒絕適用。因爲法律既經國家制定，無論正常與否，司法官均有適用的義務，假如司法官可以法律的不正不良爲藉口，而拒絕適用，是以司法官而兼有立法官之權，殊與近世權力分立的原則不合，而且正與不正，良與不良，殊無絕對的標準，如果司法官可以任意取捨，則他對於正當的立法，亦可漫解爲不良的惡法，將使國家法律的效力，存廢無常，其流弊之大，更有不可勝言者。

不過以上的原則，僅對於普通法律的不正不良而言，如果法律的規定違反憲法，司法官是否有拒絕適用之權，則屬有待研究問題？如謂司法官可以無條件地拒絕適用，是予司法官以解釋憲法之權，如謂司法官應該無條件地適用，則又無以維護根本大法（憲法）的尊嚴，故據一般見解，司法官對於法律，應有審查形式違憲之權，而無審查實質違憲之權，即在法律的形式違反憲法時（如未經合法的議決或公布的手續），雖得拒絕其適用，但如法律具備適法的形式，則不問其實質如何，均應適用。

（乙）行政官署適用法律的原則

1. 行政官雖未經人民的請求，亦應適用法律。即行政官苟受法律的委任，必須依法執行，而不

問人民的意思如何，這和前述「法官底『不告不理』」的原則，恰恰相反。

2. 行政官不得拒絕法律的執行。上級行政官署，命令下級行政官署執行法律時，不問該命令有無違反憲法或法律，下級行政官署均應遵令執行，以維護行政上的秩序，不過依照公務員服務法第二條規定：「長官就其監督範圍以內，所發命令，屬官有服從之義務，但屬官對於所發命令如有意見，得隨時陳述」，即下級行政官署，如認為上級行政官署的命令，有違法違憲的嫌疑，可以陳述意見，請求核示，但如為上級行政官署所駁斥，則仍應依法執行。

3. 行政官因執行法律的必要，得以發布命令。法律僅規定大綱，不能夠詳及細目，所以各國立法例，在執行法律的時候，每由行政機關規定執行細則，以資遵守。

第六章 法之制裁

我們曾在本篇第一章裏說過，強制并不是法的要素，所以并非每一種法律，都附有制裁的規定，但由另一方面說來，制裁究不失為保證法的效力，或達到法底目的所用的手段，附有制裁規定的法律，究居多數，故我們於論述法的適用之後，再進而論述法的制裁。

所謂制裁，是對於破壞規範者所加的惡報，法的制裁，即是國家對於違反法律規定者，所予的惡報

，例如違反公務員服務法規定，而違法曠職者，應受懲戒處分，違反刑法規定，而傷害人的生命身體者，應受刑罰的處分，違反民法規定，而侵害他人的財產者，應負損害賠償的責任等皆是。法之制裁的形態，既然如此複雜，所以很難為極正確的分類，現在參酌多數學者的意見，分制裁為行政法上的制裁，刑法上的制裁，和民法上的制裁三種，論述於次。

第一節 行政法上之制裁

行政法上的制裁，是對於違反行政法規或行政處分者，所加的制裁，又可分為二種，一為對於行政官吏的制裁，一為對於人民的制裁。

(甲)對於行政官吏的制裁 這是在行政官吏為違法或不當處分，致損害人民的權利或利益，或有廢弛職務或其他失職行為的時候，所加的制裁。其制裁又有兩種方式，其一為對於官吏行為的制裁，即在官吏為違法不當處分的時候，由其上級官署，使其撤銷或變更，自為撤銷或變更，或由行政法院，將其撤銷或變更。其二為對於官吏個人的制裁，這在行政法上即為懲戒處分。依照公務員懲戒法（民國二十二年十二月一日，國民政府修正公布）規定，公務員有違法，廢弛職務或其他失職行為者，應受懲戒（第二條），懲戒處分，分為免職、降級、減俸、記過、申誡等五種（第三條），免職除免其現職外，並於

一定期間停止任用，此項停止任用期間，至少爲一年（第四條），降級，依其現有的官級，降一級或二級改敘，自改敘之日起，非經過二年不得敘進，受降級處分，而無級可降者，比照每級差額，減其月俸，其期間爲二年（第五條）。減俸，依其現在之月俸，減百分之十或百分之二十支給，其期間爲一年以下（第六條），記過者，自記過之日起，一年內不得進級，一年內記過三次者，由主管長官依前條的規定減俸（第七條）。申誡，以書面或言詞爲之（第八條）。掌理懲戒的機關，視被彈劾的官吏而不同，被彈劾人爲選任政務官者，爲中央黨部監察委員會，被彈劾人爲選任以外的政務官者，爲國民政府政務官懲戒委員會，被彈劾人爲事務官者，爲公務員懲戒委員會（第十條），其中又有中央公務員懲戒委員會，和地方公務員懲戒委員會的區別，後者掌理地方委任職官吏的懲戒。

（乙）對於人民的制裁 這是在人民違反行政法規或行政處分時，所加的制裁，亦可大別爲下列二種。

一、行政罰 這是行政機關對於人民所加的科罰，其最著者，有警察罰財政罰軍政罰各種，1. 警察罰，是對於違反警察上義務者所加的處罰，如對於游蕩無賴，行跡不檢，或奇裝異服有礙風化者，所科的拘留或罰金是。2. 財政罰，是對於違反財政上義務者，所加的處罰，如對於應貼印花而不貼印花者，所科的罰金是。3. 軍政罰，是對於違反軍政上義務者所科的處罰，如對於逃避兵役義務者所科的罰金

是。

二、行政上的強制執行 這是在人民不履行行政法上義務時，行政機關，以強制的手段，使其履行，或使其實現和履行相同的狀態。可分爲下列四種：1. 代執行。即在義務人不履義務時，行政機關自爲其所應爲的行爲，或命第三人代爲，而同義務人徵收其費用的情形。2. 執行罰。即爲使義務人履行義務起見，預告其倘不履行義務，有一定的處罰，經過相當時日，而義務人仍不履行義務或不完全履行時，乃加以一定處罰的情形。3. 直接強制。即在用代執行或執行罰的方法，不能強制其履行義務，或有急迫情形不能久待時，直接強制義務人的身體，而使其履行義務的情形。4. 強制徵收，即在不履行財產上義務時，以強制的手段，扣押乃至拍賣其財產，以使其履行義務的情形。

第二節 刑法上之制裁

刑法上的制裁，是對於違反刑法規定者，科以刑罰，而使其感受痛苦的制裁，刑法上制裁的方法，因爲社會組織的歧異，和刑罰目的底變遷，故因時因地而不同，最普通的刑罰，略有下列四種。

一、生命刑 生命刑亦稱死刑，是剝奪犯罪人生命的刑罰，如斬首、絞、殺、槍斃等皆是。生命刑，是最重的刑罰，考其設置的目的，不外以某種犯罪人罪大惡極，無法使其悔改，所以斷送其生命，

使其與國家社會隔離，藉以維持國家社會的安寧秩序。生命刑剝奪人類的生命之機，不予犯罪人以改過遷善的餘地，固與刑罰改善犯人惡性的目的不合，且萬一裁判錯誤，即無補救的餘地，亦非愛惜民命之道，所以各國學者，多有從哲學上、社會上、法律上種種理由，提倡廢止生命刑者，瑞士、葡萄牙、羅馬尼亞、挪威、荷蘭、瑞典、丹麥，以及若干中南美國家的刑法，亦不以生命刑為刑罰的一種，多數國家，雖因事實上的必要，未能斷然廢止，但對於他的適用範圍，亦力求縮小，適用的程序，又力求慎重，例如我國現行刑法，專科唯一的死刑者，僅有強姦故意殺被害人罪（第二二三條），犯海盜罪而又放火、強姦、擄人勒贖、或故意殺人者（第三三四條），犯擄人勒贖而又故意殺被害人者（第三四八條）三條，即為時代動向的表徵。

二、自由刑 自由刑是束縛犯罪人自由的刑罰。這種刑罰，一方面予犯罪人以精神上的痛苦，促其自行悔改，一方面束縛其自由，使其不能再度犯罪，較生命刑等他種刑罰為優良，故為各國刑法所普遍採取，且為適用最多的刑罰，依照我國現行刑法，自由刑為下列三種：1. 無期徒刑，即將犯罪人終身監禁的刑罰。2. 有期徒刑，即將犯罪人監禁二月以上，十五年以下，但遇有加重減時，得減至二月未滿，或加至二十年的刑罰。3. 拘役，即將犯罪人監禁一日以上，二月未滿，但遇有加重時，得加至四個月刑罰。（刑罰第三十三條）。

三、財產刑。財產刑是剝奪犯罪人財產的刑罰，包含罰金和沒收兩種。1. 罰金，亦有專科罰金和併科罰金的區別，前者適用於輕微的犯罪，僅對犯罪人略施懲戒，以免其身陷囹圄，後者則對於和財產有關係的犯罪，於執行自由刑以外，併科罰金，以期對症下藥，改變其貪財的惡性。此外又有一種易科罰金的辦法，如我刑法第四十一條規定：「犯最重本刑為三年以下有期徒刑以下之罪，而受六月以下有期徒刑或拘役之宣告，因身體發育職業或家庭之關係，執行顯有困難者，得以一元以上三元以下折算一日，易科罰金」的規定，即其適例。2. 沒收是一種附帶的刑罰（從刑），即除對於犯罪人科以相當的刑罰外，並將違禁物，供犯罪所用或供犯罪預備之物，因犯罪所得之物沒收，以防犯人藉之以再度犯罪，或以改變犯人的惡性。

四、能力刑。能力刑亦是一種從刑，即剝奪乃至限制犯罪人的權利能力或行為能力，使其不至藉某種地位或權力，而再度為非作惡的刑罰，如我國刑法上關於褫奪公權的規定，即其適例，依照我國刑法規定，「宣告死刑或無期徒刑者，宣告褫奪公權終身，宣告六月以上有期徒刑，依犯罪之性質，認為有褫奪公權之必要者，宣告褫奪公權一年以上十年以下」（第三十七條），而所謂褫奪公權，係指褫奪1. 為公務員的資格，2. 公職候選人的資格，3. 選舉罷免創制複決四權之資格而言。

第三節 民法上之制裁

民法上的制裁，是對於違反民法上義務者所加的制裁，詳細地說，即國家或私人在某一私人，有侵害權利懈怠義務的行為時，依照民法，而施以惡報的制裁，其制裁略有下列數種：

一、損害賠償

即由法院判決，使加害人對於被害人交付一定的金額，藉以賠償其損害的制裁方法。損害賠償1. 必須經由法院的判決，2. 以填補被害人所受損害為目的，且3. 必須以金額為之，這種金額，學理上叫做「償金」，償金又可分為下列二種：

1. 定額償金和不定額償金

定額償金，是由契約當事人約定，不履行契約或遲延契約的一方，所應賠償的金額，如各種契約上的違約金是；不定額償金，是由法院判決，所確定的賠償金額，如法院對於回復名譽之訴所定的償金是。

2. 實額償金和名義償金

實額償金，是被害人實際上受有金錢上的損失，法院針對其損失，而使加害人賠償的償金額；名義償金，是被害人的權利受損，但未受有金錢上的損失，惟為撫慰被害人的感情，或懲罰加害人的行為起見，由法院所判定的償金，前者如法院判令毀損他人鐘錶者，賠償其修理費是，後者如法院判定不法侵害他人名譽者，賠償相當的金額是。

二、回復權利

即由法院判令侵權人，將其不法所得的權利，返還於權利所有人，以恢復其原來狀態的制裁，例如乙侵占甲的田產，經甲起訴後，由法院判令乙將其所侵占的田產歸還是。

三、強制履行 卽義務人怠於履行性質上不能以金錢賠償，或無代替性的義務時，由法院以判決，強制義務人直接履行其義務的制裁，例如某名畫家不履行繪畫的義務，某名魔術家不履行表演魔術的義務，由法院強令其履行是。

四、無效及撤銷 無效，是由法院宣告某種行爲，全然不生法律上的效果，例如超過週年百分之二十的約定利率，由法院判定債權人對於超過部分的利息無請求權是（民法第二百零五條參照）。撤銷是由法院宣告，某種行爲經撤銷後，失其法律上的效力，例如因被詐欺或被脅迫，而對他人負擔某種債務，經法院判定債權人對於該項債務無請求權是（民法第九二條參照）。何種行爲無效？何種行爲應該撤銷？原爲法律所明定，當事人可以據以主張，不以法院的宣告爲必要，不過一但提起訴訟，必須經法院宣告，始可確定。又這種無效或得以撤銷的行爲，經法院宣告後，均屬溯及既往，不生效力，不過無效的行爲，縱使當事人或法院認其爲有效，亦不生法律上的效果；而得以撤銷的行爲，在未經撤銷以前仍具法律上的效力，這是二者區別的要點。

五、契約的解除 卽在當事人的一方，不履行義務，或履行而不完全時，由他方通告解除契約的情形，例如教師久不到校上課，由學校通知解除聘約是。

六、人格剝奪 這是專對於法人的制裁，卽在「法人之目的或其行爲，有違反法律、公共秩序或

善良風俗者，法院得因主管官署、檢察官或利害關係人之請求，宣告解散」，（民法第三十六條），以免其貽害社會。

七、權利剝奪 卽將違反民法者依法應享之權利，予以剝奪的制裁，例如民法第九十條：「父母濫用其對於子女之權利時，其最近尊親屬或親屬會議，得糾正之，糾正無效時，得請求法院宣告，停止其權利之全部或一部」的規定，卽其適例。

上述的民法上制裁，乃至前列兩節的行政法上制裁，和刑法上制裁，不過專由「制裁」二字着眼，依照一般理論，略述大概，實則這些制裁，如何適用？如何執行？和各該法的其他規定，息息相關，欲求澈底瞭解，應參看本書第二編各論，關於各該法的說明。

第七章 權利及義務

在昔個人主義盛行時代，權利和法律，有形影不可分離的關係，法律的主要規定，多半是關於權利的規定，權利的觀念，亦構成法學的主要內容，所以德國學者說：「法學，權利之學」，「法是客觀的權利，權利是主觀的法律」日本學者亦說：「法律的概念，和權利的觀念，不可分離，其差異只在於法律爲客觀的，一般的及抽象的，權利則爲主觀的，特定的及具體的」，再由法律的語源上看來，在拉丁文

和法德義俄各國文字上，象徵法律的字，亦即是象徵權利的字，從前權利和法律關係的密切，可以概見。現在事過景遷，個人主義已趨凋落，權利并不能包括法律的全部內容，但由法律的主要規定看來，似仍不外為權利和義務的規定，不過其內容大有變更而已，所以即使在現代社會，權利仍可說是法律的中心觀念，有加以詳細討論的必要。

第一節 權利之觀念

關於權利的觀念，古往今來，有種種不同的學說，茲為便於學者明瞭起見，就其中較為通行的數說，略為介紹如左：

一、自由說 此說以權利為法律所保障的自由。換句話說：我們在法律所允許的範圍內，所享有的種種自由，即為我們的權利。此說的缺點有三：（1）自由權只是權利的一種，不能包括全部的權利。（2）自由權的含義過於寬泛，如以極端適宜此說，則我們的一言一笑，一起一臥，將無一而非權利。（3）權利并不一定以自由為內容，尤如在古代的注律上，權利中多附有義務，因享有權利反而不自由者，比比皆是，如享有親權的父母，負有扶養子女的責任，即其適例。（參看民法一千零八十四條）。

二、意思說 此說又分二派，一派以意思的自由，為權利的本質，一派以意思的支配，為權利的

本質，意謂權利爲個人意思所能自由活動或個人意思所能任意支配的範圍，故意思爲權利的唯一基礎，離却意思卽無所謂權利。此說固能說明權利之某一方面，但具有下列的缺點：(1)權利可離却意思而存在，如心神喪失，致不能處理自己事務者，固無辨別利害的意思能力，但在法律上仍可享有權利，可見權利非必以意思爲基礎。(2)權利的取得未必基於意思，例如私生子因被其父認知，而取得被扶養的權利，父母因其子女的出生，而享有親權，或由於他人的法律行爲，或由於自然的事實，和其本身的意思，并不相干，但權利并不因此而不發生，可見權利的取得，未必基於意思。(3)權利的行使，亦未必基於意思，例如無行爲能力人的權利，由其法定代理人代爲行使，至於該無行爲能力人自身，有無行使該權利的意思，其真正意思爲何，則非法律所問，可見權利的行使，未必基於意思。(4)權利有時亦不受意思的支配。公法上的權利，如國家的警察權等，因其行使與否，和社會公益攸關，故多附有不能拋棄不能移轉的限制，私法上的權利，亦間因維護社會的公益，而禁止其拋棄和移轉，如我國民法第十七條一項：「自由不得拋棄」的規定是，在這種時候，權利人縱有意拋棄，亦不可得，可見權利有時且不受意思的支配，意思說的缺陷，更爲明顯。

三、利益說 此說謂權利爲法律所保護的利益，因爲權利的主體和意思的主體，固未必同一（如前述的無行爲能力人是），但權利的主體和利益的主體，沒有不同一的，可見權利係以利益爲中心觀念

，權利即為法律所保護的利益。此說固可糾正意思說的錯誤，但亦有下列兩項缺點：（1）利益一語，過於寬泛，如貫徹此說，勢必解為權利係包括一切利益而言，則因國家行為的結果，而私人間接得其好處的「反射利益」，亦不能不認其為權利，和權利的本質，顯不相合。（2）利益只是權利觀念的一部分，并非權利觀念本身，此說把二者混而為一，尤屬錯誤。

四、折衷說 此說以意思說和利益說的見解，各失一偏，故折衷二說包括意思和利益二者說，而說明權利的觀念，故謂權利為「依意思力而保護的利益」，或係「為保護利益起見，所賦與的意思力」，此說雖能糾正意思說和利益說的偏見，但亦兼含意思說和利益說的錯誤，其不足採，至為明顯。

五、法律上之力說 此說謂權利是「可享受特定利益的法律上之力」，意謂權利的內容，是一種特定利益，權利的外形，則是法律上之力，所謂特定利益，是法律上的特定利益，就是所謂法益，權利即以享受法益為目的，如所有權裏面，有使用收益處分三種法益是；至所謂法律上之力，就是法律所許可主張之力，可用以對抗他人，如債權有要求他人作為或不作為之力是。此說為十九世紀德國學者梅克爾(Merkel)所主張，附和之者甚多，我們亦贊同這種說法，爰為引申其義於下：

一、權利是法律所付與的力 這又包含兩種意思（1）權利是法律所創造的。因為權利的存在，有賴於法律的維持，權利的內容，有賴於法律的規定，離開法律，則權利不成其權利，至於自然法學者謂

權利與吾人生而俱來，有自然法以維持之，和現實法律并無不可分離的關係云云是一種純憑想像的說法，不足置信。(2) 特以主張權利的意思力量，是法律上的意思力量，而非事實上的意思力量，所以事實上沒有意思力量的胎兒和法人，在法律上仍不妨為權力的主體；在事實具有雄大力量，對民衆可以生殺予奪的軍閥，在法律上却沒有這種意思力量。

二、權利係以保護人們的特定利益為目的。這裏所說的利益，不以金錢上的利益為限，舉凡一切足以滿足人們精神上或物質上的力量者，莫不包含在內，例如人們行使所有權，使用或處分其所有物，以滿足其慾望，行使債權，使他人為某種行為，而滿足其慾望皆是。而且這裏所說的利益，并非漫無限制的利益，而必須是特定的利益，故凡因法律的反射作用而生的利益，即所謂反射利益者，并非這裏所說的利益。例如國家為平抑物價起見，對於某數種商品的價格，以加限制，因而一般人民，獲得購買廉價商品的利益，但這種利益，并非權利的目的，故如一旦國家取消商品價格的限制，人民亦不得以侵害既得權為理由，控訴國家的某一行政機關。

第二節 權利之分類

權利，因為所依據標準的不同，可以為種種不同的分類。茲將其中比較重要的分類，分別論述於

第一：公權和私權

這是依照權利所依據的法律，而爲的分類。公權，是公法上的權利，又可分爲國際法上的公權，和國內法上的公權二種，國際法上的公權，即一國家對於其他國家所有的權利，如獨立權、平等權、自衛權、相互尊重權、及自由交通權等國家的基本權利皆是，當於本書第二編再爲申述，至於國內法上的公權，又可分爲國家的公權和人民的公權二種。

(甲)國家的公權 國家的公權，指國家自身的公權，及公共團體和其他賦與國家的公權者，在其存立目的範圍內，所享有的公權而言，略可分爲下列四種：

1. 下命權 下命權，是要求相對人爲特定行爲或不行爲的權利，如徵兵納稅是，就其以得以請求某事爲內容而言，和後述的私法上債權相似，不過下命權的實行，無須基於相對人的同意，純粹由於國家的命令，而且具有強制力，在相對人不履行的時候，得以實力強制其履行，所以和私法上的債權不同。

實行下命權以後，相對人負有遵守的義務，即應依照下命的內容，負有爲某事或不爲某事的公法上義務，倘使違反或不履行義務，即應受制裁或強制執行。

2. 強制權 強制權，是以強力加害相對人的身體或財產的權利，如逮捕、監禁、扣押財產、折毀危險的建築物等皆是，在私人和私人的關係上，除緊急不得已時的正當防衛或緊急避難外（參看刑法第二三條第二四條），不能任意加害於他人的身或財產，在國家對人民的關係上，則只要國家機關具備一定的要件，即可對人民行使強制權，故可說是公權最顯著的特色。

實行強制權以後，相對人負有容忍的義務，不許抵抗，如加抵抗，即構成爲刑法上的妨害公務罪，可處以三年以下的有期徒刑（參看刑法第一三五條）。

3. 形成權 形成權，是爲他人形成法律上之力，或參與其形成的權利，如公務員的任命，自治團體設立的允許是，其效果在於形成某種法律上之力。

4. 公法上的物權 公法上的物權，是固定存在於特定的有體物，而且得以對抗一般人的權利，又可分爲下列三種：

a. 相當於所有權的公法上物權，例如國家在海及河川上所有的權利是，海和河川，在私有財產制之外，不能爲私法上的所有物，但亦併非無主物，而屬於國家之所有，國家在海和河川上，有使用收益處分的權利，可以禁止人民使用，並且可以允許特定人使用，這就是說，國家於此具有可以任意支配，並得以對抗世人的權利，和私法上的所有權一樣。

b. 相當於使用物權或制限物權的公法上權利，前者是國家爲達到公共目的，而使用他人所有物的權利，例如土地所有人保留其所有權，而允許國家在若干年內，將其土地供道路之用是；後者是國家爲保全公共利益，而限制私人所有權自由行使的權利，例如國家把私人的土地列爲要塞地帶，不許任意通過是。

c. 相當於擔保物權的公法上權利，例如在私人欠繳租稅的時候，國家將其所有物扣留，以爲租稅的擔保是。

(乙) 人民的公權 人民的公權，指人民對於國家及公共團體，所有的公法上權利而言，可分爲下列三種：

1. 自由權 自由權，是要求行政機關，非依法律，不得侵害人民自由的權利，其最主要者，有居住移轉的自由，住所安全的自由，書信祕密的自由，集會結社的自由，思想發表的自由 所有財產的自由，信仰宗教的自由等八種，自由權的特色，在於其并無積極的內容，而僅以消極的拒絕行政機關之非法行動，爲其惟一的內容，所以一名，「消極的公權」。

2. 受益權 受益權，是人民爲其自己的利益，而請求國家爲行爲的權利，略可分爲下列六種：
(a) 要求爲特定行政行爲的權利如行政訴訟權訴願權是。(b) 營造物利用權，如入公立學校求學的權利

，入公立醫院受診的權利是。（國家或公共團體，爲公共利益起見，經營某種事業，以供人民利用，這種事業，叫做營造物）。(c)公物使用權，如公有山林的採伐權，公有水井的汲水權是。（國家或公共團體，設供人民利用的土地物件，叫做公物）。(d)特許企業權，如請求開礦的權利是。(e)公法上的金錢請求權，如公務員領取俸給的權利是。(f)公法上的榮譽權，如保有學位勳章的權利是。受益權，以由國家獲得某種積極利益，爲其內容，故又名爲「積極的公權」。

3. 參政權 參政權，是人民參與國家權力行使的權利，又可分爲下列四種：(a)選舉權，是人民選舉官吏和議員，或自身被選爲官吏和議員的權利。(b)複決權，是人民對於立法機關所提出的某種法律案，予以同意，或某種已通過的特定法律案，予以批准的權利，前者稱爲諮詢的複決權，如瑞士憲法上：『當聯邦議會的一院，主張把憲法全部修正，而其他一院不同意時，或瑞士投票人五萬人以上，請爲全部的修正時，其應否修正，以瑞士全國國民的投票決定之』的規定是，後者稱爲批准的複決權，如瑞士必奴(Berne)邦憲法上：『凡關於1.同一事項的經費，經會議議決超過五十萬元以上者……均須得人民的批准』的規定是。(c)創制權，是人民就某種事項，請求立法機關制定某種法律的權利；其目的，在於防止立法機關的懈怠，和複決權意在箝制立法機關的專橫者，恰恰相反，但是這兩種權利的作用，又是互爲呼應的，必須同時享有，始有相得益彰之妙。(d)罷免權，是選舉權之反面權利，即人民

對於所選舉的議員和官吏、或政府所任命的和官吏，當其枉法失職時，把他罷免的權利。

私權，是私法上的權利，可分為下列數種：

1. 人格權 人格權，是與權利人的人格不可分離，且須與之相終始的權利，包含生命權，身體權

自由權，名譽權，信用權，姓名權，肖像權各種。

2. 身分權 身分權，是和一定的身分不相分離，且須與之相終始的權利，包含基於親屬身分的「

親屬權」，家長對家族的「家長權」，以被繼承人所有的權利義務為標的的「繼承權」等。

3. 物權 物權，是以對物享受一定利益為內容的權利，有所有權，地上權，永佃權，地役權，抵

押權，質權，典權，留置權等八種，容後詳述。

4. 債權 債權，是特定人對於特定人，要求特定行為的權利，實行要求的人，叫做債權人，被要

求的人，叫做債務人，債權人和債務人的關係，叫做債權債務關係，簡稱為債的關係，容後詳述。

5. 無體財產權 無體財產權，亦稱專用權，是以個人知能的作品為客體的權利，如著作權是。

第二：對世權和對人權

這是依照權利效力所及的範圍，而為的分類，對世權亦名絕對權，是得以對抗一般世人的權利，如前述的物權是，物權，一般世人均負有不得無故侵犯的義務，故為對世權；對人權，亦名相對權，是僅

得以對抗特定人的權利，如前述的債權是，債權底目的，僅在要求特定人的作爲不作爲，故爲對人權。

第三：原權和救濟權

這是依照權利的相互關係，而爲的分類，原權亦名第一權，是不待他人侵犯而即存在的權利，救濟權亦名第二權，是在原權受侵害時所產生的權利，例如甲有馬一匹，被乙傷害，甲對於馬的所有權爲原權，因乙的傷害行爲而發生的損害賠償請求權，則爲救濟權。

第四：主權利和從權利

這亦是以權利的相互關係爲標準，而生的分類，主權利是獨立存在的權利，從權利是附屬於別種權利而存在的權利，例如所有權是獨立存在的權利，所以所有權是主權利，使用他人土地的地上權，是附屬於所有權而存在的，所以地上權是從權利，從權利以主權利的存在爲前提。故其發生或變更，均以附隨於主權利爲原則。

第五：專屬於一身的權利和有移轉性的權利

這是以有移轉性與否爲標準，而生的分類，專屬於一身的權利，是該權利和權利人個人的利益，有不可分離的關係，故爲不許移轉的權利，如人一身身分權是，反之，則爲得以移轉的權利，如物權是。

第六：支配權請求權抗辯權形成權

這是以權利的作用爲標準而生的分類。支配權，是直接支配權利標的之權利，如物權是。請求權，是要求他人作爲不作爲的權利，如債權是。抗辯權，是拒絕他人的請求權，而使之不能履行的權利，如承租人以出租人未交還押租爲理由，而拒絕交還房屋是。形成權，是以一方的意思表示，而發生一定的法律效果的權利，如無代理權人代理本人所爲的行爲，本人加以承認，而使之對於自己發生一定的法律效果是。

權利的意義和種類，略如上述，此外如權利的主體（人），權利的客體（物），權利的得喪變更（自然事實和人類行爲），以及權利行使的限制等，原應加以討論，惟因我國民法，對於這些問題均有明文規定，在討論民法時一併敘述，對讀者較有實益，故讓諸後述。

第三節 義務

權利和義務，在學理上爲對待的名詞，在法律上，亦多具有相互的關係，一般地說來，有權利者必爲義務，有義務者亦必有權利，例如父母對於子女，有行使親權的權利，即負有應爲扶養的義務，子女對於父母，有服從親權的義務，亦即享有被扶養的權利，所以西諺有謂「每一權利必創設一義務」，(Every right in poses a duty)此言雖不免太過，但亦可見權利和義務關係的密切，因爲權利和義務的

關係這樣密切，所以關於義務的觀念，亦和關於權利的觀念一樣，有種種不同的說法，大致在權利的觀念上，主張某種學說者，在義務的觀念上，亦主張某種學說，例如主張意思說的學者，則以義務為對於意思的限制，主張利益說學者，則以義務為義務人的不利益，其立論要旨，這裏沒有復述的必要，我們對於權利的觀念，既贊同「法律上之力說」，則於義務的觀念，自亦可依照該說，而為確定——即「義務是法律所加於人們的行為或不行為的拘束」，這個定義，又可分為下列三點說明：

一、義務是法律所設定的 恰和權利是法律所設定的一樣，義務亦是法律所設定的，所以自然法學者以義務為與生而俱來的說法，固然不足置信，道德上的義務，宗教上的義務等，亦非這裏所說的義務。

二、義務係以人們的行為不行為為內容 因為法律既為社會生活的規範，所支配者，以人類的行為為限，則其拘束的對象，自為人們的行為或不行為，以人們的行為（亦稱作為）為內容的義務，亦稱積極義務，如當兵納稅的義務是；以人們的不行為（即不為一定行為亦稱不作為）為內容的義務，亦稱消極義務，如不許殺人放火的義務是。

三、義務是法律所設定的拘束 即人們有遵照法律所定，為一定行為或不為一定行為的必要，如不遵照這種規定，即負擔法律上的責任，而受某種的制裁。因為義務具有這種性質，所以一般學者，往

注謂義務卽是法律上的責任，爲法律對於人們的強制，其實責任是義務的結果，義務是責任的原因，強制則爲義務之法的效力，亦非義務自身，這幾個不同的概念，不應混爲一談。

義務的觀念略如上述，至於義務的種類，亦和前述關於權利的種類一樣，可以依照各種不同的標準，而爲不同的分類，而且和前述權利的種類，息息相關，沒有一一複述的必要，現在只將幾種較重要的義務分類，略述於左。

一、公法上的義務和私法上的義務 公法上的義務，是依照公法所應負擔的義務，如當兵的義務，納稅的義務是；私法上的義務，是依照私法所應負擔的義務，如親屬法上父母有教養子女的義務，夫妻有同居的義務是。

二、積極義務和消極義務 積極義務，是應爲一定行爲的義務，如甲借乙法幣一千元，則甲有如數清償的義務是，消極義務，是不應爲一定行爲的義務，如對其他人的所有權，負有不可侵害的義務，對於他人的人格權，負有不可破壞的義務。

三、第一義務和第二義務 這一個分類，和前述原權及救濟權的分類，有密切的關係。第一義務，是對於原權的義務，即不許侵害他人權利的義務 第二義務，是對於救濟權的義務，即侵害他人權利時，負有損害賠償責任的義務。如負有不可侵害他人所有權的義務，是第一義務，因侵害他人所有權而

生損害賠償的義務，是第二義務，所以第二義務由於第一義務而來，和救濟權之由於原權而來者相同。

第二編 各論

第一章 憲法

第一節 憲法之概念

(甲) 憲法的意義

憲法，是規定國家基本組織，及國家和人民相互間基本權利義務關係的根本法，析述於左：

第一、憲法是規定國家基本組織的法。所謂國家的基本組織，即是國家最重要機關的組織、職權、及其相互的關係，而所謂國家的最重要機關，雖無確定的範圍，要不外指最高行政、立法、司法各機關而言。這些機關的組織如何？職權如何？相互間關係如何？雖然仍有許多部分，必須以普通法律，為補充的或具體的規定，然凡與國家組織有重大關係者，固不容不規定於憲法之中，至於中央機關和地方機關的關係，在單一國家，雖未必在憲法中有所規定，在聯邦國家，則中央與各邦的權限，固莫不於憲法上劃定。

第二、憲法是規定國家和人民相互間，基本權利義務關係的法。

所謂國家和人民相互間的基本

權利義務關係，係包括國家和人民兩方面而言，如由人民一方面看來，即不外個人的基本權利和義務。個人的基本權利，在十八世紀美法大革命時代，僅限於當時人權宣言中所說的人權，即人身自由，言論自由，集會自由等等，現代憲法上的個人基本權利，則兼及經濟上的生存權等等；個人的基本義務，早在法國一七九五年的憲法中，即已有所規定，惟該法所規定者，只是服從法律，捍衛國家和負擔租稅等幾種義務，以比晚近憲法所列举的個人義務，其種類或範圍，殊為狹小。但無論權利和義務的正常範圍，應該如何劃定，憲法既是規定國家根本組織的法律，當然也是規定個人與國家關係的根本法律，從而個人的基本權利和義務，總應於此根本法中有所規定，因為所謂個人的基本權利，即是國家權力的限度，亦即是國家所不應侵犯的權利；所謂個人的基本義務，即是人民所必須犧牲的自由，亦即是人民對於國家，所必須負擔的義務，二者有了規定，國家與人民的活動，纔可不相衝突。

第三、憲法是根本法。憲法規定國家的基本組織和基本作用，一切法律依而制定，憲法上規定

：「人民有服兵役之義務」，所以有兵役法的公布，憲法上規定：「省置省政府，受中央之指揮，綜理全省政務，其組織以法律定之」（訓政時期約法第七十八條），所以有省政府組織法的公布，因為這種原因，故學者咸謂憲法為國家根本法，其實這還不但是學理上的名稱，且亦或為代替憲法的正式名詞，如蘇俄一九一八年七月憲法，即取名為俄羅斯社會主義蘇維埃聯邦共和國根本法，即其適例。

(乙) 憲法的種類

憲法可分爲下列三類：

一、成文憲法與不成文憲法

歷來學者，大都分憲法爲兩種，一爲成文憲法，一爲不成文憲法，凡將關係國家根本組織的事項，以一種文書或數種文書規定者，謂之成文憲法，如日本及法國是，反之，如關係國家根本組織的規定，未嘗併諸一種文書或數種文書之內，而散見於習慣法與多種文書（即單行法律）中者，則爲不成文憲法，在現代國家中，凡關於國家根本組織的事項，決沒有完全存諸習慣中者，縱令某一國的憲法爲不成文憲法，亦只是一部分的憲法散見於習慣之中，另一部分，則仍爲文書式的憲法，如英國卽其適例。

成文憲法和不成文憲法的區別，只是就其大體而言，嚴格的講，現今立憲國家，其憲法有一部分存於習慣而不存於條文者，實不限於採用不成文憲法的國家，卽在採用成文憲法的國家，往往因憲法條文的疏略與含混，或因憲法條文與實際情形難於融洽，亦不免產生許多的憲法習慣，以爲成文憲法的補充，甚或與成文憲法的條文，公然牴觸，所以嚴格講來，成文憲法和不成文憲法的區別，只是一個程度問題而已。

二、剛性憲法與柔性憲法

這是英人蒲萊士(Bridge)所倡的分別，柔性憲法，是憲法的修改機關

及手續，同於普通法律的憲法，換句話說，凡以憲法修改權，交給普通立法機關，而其修改手續，又和普通立法手續相同者，則該憲法爲柔性憲法，如英義是，反之，憲法的修改機關，或其修改手續，不同於普通法律者，則該憲法爲剛性憲法，如美法是。剛性憲法又可分爲許多種，剛性最大的，如美國聯邦憲法，其修改的艱難，殆已達於極點，剛性最小的，如第一次歐戰前的普魯士憲法，其修改手續，幾與普通的立法手續，沒有難易的區別，所以剛性憲法和柔性憲法的分別，嚴格的講，亦只是程度的問題。

三、欽定憲法、協定憲法、與民定憲法 這是由憲法制定的手續而生的區別，欽定憲法，是由一

國君主所制定頒布的憲法，如日本憲法是。協定憲法，是由一國的君主，和其國民所共同制定的憲法，如一二一五年的英國大憲章（*Magna Carta*），即係英國各貴族和國民所提出，而由英皇約翰加以承認者，民定憲法，是由國民或其代表所制定的憲法，如美法各國憲法是。

（丙）憲法的特性

憲法既然是國家的根本法，自然不免有和普通法律不同的地方，這就是憲法的特性，一般地說來，憲法的特性有二：

一、憲法的效力高於一般法律 這就是說憲法與普通法律有主臣之別，普通法律與憲法條文相抵

觸時，則普通法律失其效力。這是各國憲法所共同承認的一種特性，所不同者，許多國家，不獨承認憲

法的效力高於法律，而且對於憲法這種最高性，設有一種有效的保障，即法院對於違反憲法的普通法律，得拒絕加以適用；有些國家，則儘管承認憲法的效力應高於普通法律，儘管承認普通法律不得牴觸憲法，但爲防止法院干涉立法起見，却不設置這種保障。

二、憲法的修改異於普通法律 這就是說，修改憲法的機關或手續，和修改普通法律者不同，這一個特性，只有上述的剛性憲法纔有，但因剛性憲法，是現代極大多數國家憲法所採取的形式，所以這個特性，實際上亦可說是現代一般憲法的特性。而且憲法的效力，既然要高於普通法律，則在理論上講，變更憲法的機關，自應和普通法律有別，就令機關相同，變更憲法的手續，亦應和普通法律不同，假如憲法和普通法律，都由一個機關變更，這個機關變更憲法的手續，又和普通法律一樣，則憲法和法律的效力，趨於平等，憲法亦必不易取得一種優越的權威，所以由理論上說來，憲法的這一個特性，可以說是前一個特性附帶的結果。

第二節 中國憲法史概要

前節所說的，只是憲法的基本概念，沒有提到憲法的具體內容，憲法的具體內容，因國而異，我們所最急於明瞭的，自然是中國憲法的具體內容，雖然由形式上說來，中國這沒有一部號稱憲法的法典，

不過由實質上說來，訓政時期約法，規定國家的基本組織，及其和人民關係，其性質實與憲法約略相當，次節我們將略述訓政時期約法的概要，以明中國憲法的具體內容，本節則先說明中國憲法史的概要，俾爲鑑往知來之助。

談到中國憲法的歷史，自然要提到中國憲政運動的歷史，中國憲政運動，肇始於前清季世日俄戰爭之後，當時有識之士，鑑於日本實行立憲，政治就軌，乃能以蕞爾小國，挫敗強俄，故立憲之呼聲，甚囂塵上，清廷雖以時勢所迫，不得不虛與委蛇，而有憲法大綱的擬定，諮議局及資政院的召集等，貌似立憲的措施，實際上仍盡力拖延，直至宣統三年武漢革命發生，始將資政院所草擬的十九信條公布，而開我國成文憲法之始，但因當時革命怒潮澎湃，非此所能挽回，故十九信條公布未久，清廷亦覆亡。

武漢革命以後，各省相繼獨立，感於彼此聯繫的必要，乃有各省都督代表聯合會的成立，該會以建國伊始，不可無規定國家基本組織的法律，故會議決臨時組織大綱二十一條，是即他日南京臨時政府組織的法律根據，不過該大綱屬稿匆匆，缺陋甚多，所以南京政府成立以後，參議院又於民國元年三月八日，議決臨時約法五十六條，作爲中華民國的根本法，迨後清廷退位，南北和議告成，孫中山先生辭臨時總統職，由袁世凱繼任，當時國會急欲選舉正總統，以獲得各國的承認，故在憲法草案審議未竣以前，先由國會通過大總統選舉法，由憲法會議公布，這個大總統選舉法，雖因臨時的需要而產生，但在

法理上、自屬憲法的一部分。

贛寧之役以後，袁世凱權勢日張，野心漸大，急欲解除臨時約法的束縛，以遂其個人獨裁的野心，故始則肆意干涉國會的制憲工作，繼因干涉無效，乃以莫須有的口實，解散國會，組織御用的約法會議。另草約法，於三年五月一日公布，這個約法成立以後，元年的臨時約法，以及幾個有關係的法律，一概失効，中國又一轉而入於無法的狀態。

自是以後，始則有袁世凱的僭號稱帝，張勳的乘機復辟，繼則有直皖之爭，奉直之爭，國會時開時緘，制憲蹉跎無成，直至民國十二年奉直戰爭結束，國會二次復會，始將審議十餘年的憲法草案通過，由憲法會議於十月十日公布，該項憲法，原為民國成立以來，體系最為完全的憲法，但因草擬該憲法的議員，亦即受賄選舉曹錕為總統的議員，憲法之所以匆匆通過，即係藉以掩飾其賄選的罪狀，於該憲法不為國人所重視，稱為『曹錕憲法』或『賄選憲法』。迨十三年冬季，奉直再戰，奉系戰勝直系，段祺瑞組織臨時政府，把『賄選憲法』一手推翻，另頒布所謂臨時政府制，嗣更組織國憲起草委員會，重新起草憲法，歷四個月的的工作，於十四年十二月，完成憲法草案，但因國民代表會議，迄未召集，臨時政府旋亦瓦解，故草案始終沒有公布的机会，終北京政府時代，亦遂沒有一個正式的憲法。

現在我們轉過來略述國民政府統治後制憲的情形：國民政府自十七年北伐告成，統一全國後，即依

照胡漢民孫科二氏實行五權制度的提議，於是年十月八日，公布中華民國國民政府組織法，其中規定國民政府的組織和職權，五院的組織和職權，富有憲法的性質，但他只有關於國家基本組織的規定，沒有關於基本作用的規定，故只能視為憲法的一部，不能視為真正的憲法，其真正可以比擬於憲法者，為民國二十年六月一日，國民政府公布施行的訓政時期約法，訓政時期約法，為民國二十年國民政府召集的國民會議所制定，而召集國民會議乃至制定約法的原因，則由於『在訓政開始之時，一切建國根本問題，應與國民共約，乃得齊一全國國民之意志，集中全國國民之能力，以立民有民治民享之基，而明本黨執政時期之責任』（見國民黨三屆四中全會主席團提出召開國民會議案）。該約法在憲法未公布的現在，仍為中華民國的根本大法，其詳容俟後述。

訓政時期約法沒有關於人民代表機關的規定，一般不瞭解訓政的意義者，因而頗置疑辭，迨九一八國難發生，還政於民的呼聲甚高，政府感於精誠團結共赴國難的必要，四屆三中全會，乃有『擬二十四年三月開國民大會，議決憲法，立法院應速起草憲法發表之，以備國民之研究』的決議，立法院遵令於翌年一月開始起草憲法的工作，經過該院的數次易稿，和中央黨部的一再修正，於二十五年五月二日通過修正草案，并於是年五月五日，由國民政府公布，定名為中華民國憲法草案（俗稱五五憲草）。該草案雖因國難嚴重，國民大會一時未能召集，無法審議，致未成為正式的憲法，但將來抗戰勝利，召集國

民大會制定憲法時，該草案將爲國民大會討論的基礎，所以他雖未具憲法的效力，却亦至值我們的注意。

第三節 訓政時期約法概要

訓政時期約法的公布，雖爲民國二十年夏季的事情，而公布訓政時期約法的擬議，則始於十九年的冬季，當時中樞當局鑒於『軍事工作，已告段落，既由軍政時期入於訓政時期，允宜制定約法，共同遵守，以期促成憲政，授權於民選之政府』，所以決定召集國民會議，制定訓政時期約法，至其所以不稱爲憲法而稱爲約法者，因爲（1）依照建國大綱規定，憲政時期纔能有憲法，所以訓政時期的根本法，不能稱爲憲法（2）憲法是人民代表機關所制定的，訓政時期約法，則是負有訓政責任的國民黨，和國民會議所協定的，故不稱爲憲法，（3）訓政時期約法制定的手續，和其規定的內容，都較憲法爲簡略。而且他只適用於訓政時期，非憲法之爲不磨大典者可比，故只稱爲約法，這三點原因，也就是訓政時期約法的特性。

除了上列的特性外，訓政時期約法的內容，和憲法的內容，沒有什麼大不同的地方，該約法全文八十九條，分爲八章，茲爲按章說明於次。

第一章「總綱」，規定領土、國民、主權、國旗、國都等，最基本的事項。第一條規定：『中華民

國領土爲各省及蒙古西藏』，第二條規定：『中華民國之主權屬於國民全體，凡依法律享有中華民國之國籍者，皆爲中華民國國民』，第三條規定：『中華民國永爲統一共和國』，第四條規定『中華民國國旗，定爲紅地左上角青天白日』，第五條規定，『中華民國國定都於南京』。

第二章「人民之權利義務」，規定人民的基本權利和義務，關於人民的基本權利，又可分爲國家行爲請求權、自由權、受益權等三類。

(甲)國家行爲請求權 包含下列三種：即1.『人民有請願之權』(第二十條)，2.『人民依法律有訴訟於法院之權』(第二一條)，3.『人民依法律有提起訴願及行政訴訟之權』。

(乙)自由權 包含下列十三種：1.『中華民國國民，無男女種族宗教階級之區別，在法律上一律平等』(第六條)，2.『人民非依法律，不得逮捕拘禁審問處罰，人民因犯罪嫌疑被逮捕或拘禁者，其執行逮捕或拘禁之機關，至遲應於二十四小時內，移送審判機關審問，本人或他人并得依法請求於二十四小時內提審』(第八條)，3.『人民非依法律，不受軍事裁判』(第九條)，4.『人民之住所，非依法律，不得侵入搜索或封鎖』(第十條)，5.『人民有信仰宗教之自由』(第十一條)，6.『人民有遷徙之自由，非依法律不得停止或限制之』(第十二條)，7.『人民有通信通電祕密之自由，非依法律，不得停止或限制之』(第十三條)，8.『人民有結社集會之自由，非依法律不得停止或限制之』(第十四條)，9.『人民有

發表言論及刊行著作之自由，非依法律不得停止或限制之」(第十五條)，10「人民財產非依法律，不得查封或沒收」(第十六條)，11「人民財產所有權之行使，在不妨害公共利益之範圍內，受法律之保障」(第十七條)，12「人民財產，因公益上必要，得依法律規定徵用或徵收之」(第十八條)，13「人民有財產繼承權」(第十九條)。

訓政時期約法上的各種自由權，多半附有「非依法律不得停止或限制之」云云的規定，這就是說，約法對於各種人民的自由權，不採直接保障主義，而採法律保障主義，即人權的保障有賴於法律，而法律亦可限制人權。

(丙)參政權 這包含下列三種：即1.「中華民國國民依建國大綱第八條之規定，在完全自治之縣，享有建國大綱第九條所定選舉、罷免、創制、複決之權」(第七條)，2.「人民依法律有應考試之權」(第二三條)，3.「人民依法律有服公務之權」(第二四條)。

關於人民的基本義務，約法規定下列三種，即1.「人民依法律有服兵役工役之義務」(第二六條)，2.「人民依法律有納稅之義務」(第二五條)，3.「人民對於公署依法律執行職務之行爲，有服從之義務」(第二七條)。

第三章「訓政綱領」，規定訓政時期的綱領，以及中國國民黨和國民政府在訓政時期的權責，藉以

促成憲政，其規定如下：1. 「訓政時期之政治綱領及其設施，依建國大綱之規定」（第二八條），2. 「地方自治，依建國大綱及地方自治開始實行法之規定推行之」（第二九條）。3. 「訓政時期，由中國國民黨全國代表大會，代表國民大會，行使中央統治權，中國國民黨全國代表大會閉會時，其職權由中國國民黨中央執行委員會行使之」（第三十條）。4. 「選舉罷免創制複決四權之行使，由國民政府訓導之」（第三一條），5. 「行政立法司法考試監察五種治權，由國民政府行使之」（第三二條）。

第四章「國民生計」，規定關於國民生計的基本事項，又可分爲三類，1. 爲關於工農商業的推進和獎勵者，如第三三條是，2. 爲關於個人經濟活動的限制者，如第三七條是，3. 爲關於經濟上弱者的保護者，如第四三條是，而其中最可注意者，爲獎勵生產及勞資協調二大原則。

第五章「國民教育」，規定厲行普遍的教育政策，國家對於私立大學，應加以監督和獎勵等，這和前章的規定，均不屬於法學的範圍，故不多論。

第六章「中央與地方之權限」，規定採用均權制度，即「事務有全國一致之性質者，劃歸中央，有因地制宜之性質者，劃歸地方，不偏於中央集權制或地方分權制」（建國大綱第十七條，訓政時期約法第五九條），因爲採用均權制度的結果，所以「各地方於其事權範圍內，得制定地方法規，但與中央法規牴觸者無効」（第六十條），「中央與地方課稅之劃分，以法律定之」（第六一條），「中央對於各地方

之課稅，爲免除妨害社會公益等弊害起見，得以法律限制之」(第六二條)，「工商業之專利專賣特許權，屬於中央」(第六三條)。

第七章「政府之組織」，規定中央制度和地方制度，關於中央制度，約法規定國民政府總攬中華民國之治權(第六五條)，具有統率海陸空軍，行使宣戰媾和及締結條約，舉行大赦特赦及減刑復權，授與榮典，公布歲入歲出的預算決算等權力(第六十六條至第七十條)，國民政府下，設行政院、立法院、司法院、考試院、監察院及各部會(第七一條)，國民政府內設主席一人委員若干人，由中國國民黨中央執行委員會選任，委員名額，以法律定之(第七二條)，國民政府主席，對內對外代表國民政府(第七三條)，各院院長及各部會長，以國民政府主席之提請，由國民政府依法任免之(第七四條)，公布法律發布命令，由國民政府主席依法署名行之(第七五條)，各院部會，得依法發布命令(第七六條)。

關於地方制度，約法的規定如下：1.「省置省政府，受中央之指揮綜理全省事務，其組織以法律定之」(第七八條)，2.「凡一省依建國大綱第十六條之規定，達到憲政開始時期，國民代表會得選舉省長」(第七九條)，3.「蒙古西藏之地方制度，得就地方情形另以法律定之」(第八十條)。4.「縣置縣政府，受省政府之指揮，綜理全縣事務，其組織以法律定之」(第八一條)，5.「各縣組織縣自治籌備會，執行建國大綱第八條所規定之籌備事項，縣自治籌備會之組織，以法律定之」(第八二條)，6.「工商繁盛

，人口集中，或有其他特殊情形之地方，得設各種市區，其組織以法律定之」(第八三條)。

第八章附則，規定約法的効力，有効期間，解釋權的歸屬等事，其中最可注意的規定有二：1. 「凡法律與本約法牴觸者無効」(第八四條)，2. 「本約法之解釋權，由中國國民黨中央執行委員會行使之」(八五條)。

第四節 憲法之新趨勢

第一次世界大戰以後，整個歐洲，受了大規模的破壞，社會經濟有顯著的變遷，號稱社會生活規範的法律，自然不能不有若干變革，以適應新的環境，尤其是被認為國家根本大法的憲法，更不能不因環境的變遷，而另具新的內容，這種新的內容，一唱百和，浸成一種新趨勢，殊有加以檢討的必要。

第一次世界大戰的結果，在歐洲形成二種國家，一為社會民主主義的國家，一為獨裁主義的國家，所以關於憲法的新趨勢，亦可分為社會民主主義的憲法，和獨裁主義的憲法兩部分來討論，以社會民主主義的憲法言，具有下列的特色：

一、選舉權的擴張 從前選舉制度，是以財產身分等為標準，而定選舉權的有無，沒有若干元以上的財產者，缺乏某種資格者，不識字者和女性，均不能享有選舉權或被選舉權，社會民主主義的憲法，

則打破這種限制，除一二特殊限制外，以選舉權平等為原則。

二、國民議會政治的實現 從前各國憲法，採用議會政治制度，人民僅有選舉代表之權，國家大政，由其所選的代表，組織議會來處理，在這種議會政治之下，政治為政黨所操縱，施政多偏於某一階級的利益，往往和全體民意相違背，社會民主主義的憲法，為了糾正這種弊病，故採國民議會政治制度，對於議會政治，加以適當的限制，人民有複決議會的法案之權，對於不盡職務的議員，并可將其罷免。

三、經濟上自由平等的注重 從前各國憲法上，雖有保護人民自由平等的規定，但這種自由平等，只是政治上的自由平等，而非經濟上的自由平等，而經濟上不能自由平等者，政治上的自由平等，亦必無法享受，所以社會民主主義的憲法，頗多保護經濟上自由平等的規定，這又可分為兩類：

a. 個人權利的限制 欲求經濟上的自由平等，首在防止貧富不均，欲防止貧富不均，對於個人的權利乃不得不加以限制，故德國威瑪憲法第一五三條六項規定：『私有財產，負有義務，私有財產之使用，不許違背公共利益』，第一五五條第一項規定：『土地之分配及利用，應由國家按以下二種目的監督之，第一防土地之濫用，第二使德國各人民，各有衛生之家宅，其生齒繁多之家庭所需要之住宅與營業地，尤當特別為之注意』，第三項規定：『土地之利用耕作，為土地所有人對於社會之義務，土地價值之增加，并不由於勞力或資本而來者，應為公共而利用之』，第四項規定：『土地寶藏及可利用之天然

力，立於國家監督之下，私人特權（指礦業言）依法律之規定，移轉於國家」，第一百五十六條規定：「國家得以賠償，依公用徵收章程，將合於社會公有之私人企業，收為國有財產」。

b. 勞動階級的保護 勞動階級居社會的絕對多數，經濟地位又至為微弱，自有加以特別保護的必要，所以德國威瑪憲法第一五一條一項規定：「經濟生活之秩序，須合於正義之原則，以使各人得到人類生活為目的」，第一六五條三項規定：「國家為公共生計計，依法律所定，得將經濟企業及經濟團體，結合為一種經濟團體，使勞工工主均得參與其管理方法，其經濟財物之製造、分配、消費、定價、輸出、輸入等，可依公共經濟之原則定之」，第一五七條一項規定：「勞工立於國家特別保護之下」，第一五九條一項規定：「為增進勞工條件經濟條件之結社自由，一切人與一切職業，均得享有之」，第一六三條二項規定：「凡德國人民，應予以機會，使得由勞動而維持生計」，同條第三項規定：「有求相當勞動而不得者，應為每人籌給必要之生活費」。

四、貧民教育的增進 教育為增長人類智識的工具，小而個人的謀生技能，大而國家的文化進步，均有賴於教育的發達，從前各國憲法，絕少增進貧民教育的規定，所以只有富人的教育，沒有貧民的教育，以致國民經濟國家文化均只有畸形的發展。社會民主主義的憲法，則就厲行義務教育，教育機會平等，設有詳細的規定，藉以增進貧民的教育。

五、憲法之國際化 社會民主主義的憲法，鑑於戰爭殺戮之慘，故將國際法上的重要原則，規定於憲法之中，予以國內法的保障，以企求國際的和平。例如德國威瑪憲法，對於1. 國際法規効力的保障，2. 戰爭權的限制和條約權的限制，3. 少數民族的保護，4. 強制仲裁的接受，5. 憲法裁判所關於國際法問題的管轄等，均有詳細的規定，即為憲法國際化的明徵。

社會民主主義憲法的特色，略如上述，以次我們再看獨裁主義憲法的特色，藉以瞭解憲法之另一種新趨勢。一般認為德義蘇三國，為獨裁主義國家的模型，但據我們看來，蘇聯自一九三六年憲法公布以後，在法律上和一般社會民主主義國家沒有什麼大區別，不應列入獨裁國家的類型。義大利莫索里尼的獨裁政權已倒，所以我們談獨裁主義的憲法，僅能以德國為目標。

獨裁主義的憲法，和社會民主主義憲法不同的地方，不在於經濟方面的規定（因為他們的是實行統制經濟的），而在於政治權力方面的規定，大致說來，獨裁主義憲法的特色，不出於1. 縮小立法部的權限，2. 擴張行政部的權限，3. 把行政部的權力集中於一黨或一身，從而4. 人民的自由大受限制四點，以德國而論，自一九三三年希特勒當政後，即於是年三月，迫令下院通過授權法，作為國社黨獨裁的基本法律，其中規定：1. 國家法律除了依照憲法所規定的手續之外，可由政府制定，關於預算案和募債案的立法，政府亦可制定，2. 政府制定的法律，若不涉及下議院或上議院的存廢問題，不妨和憲法條文相抵

觸，但不得傷及總統的權利。3. 政府制定的法律，由內閣制定，公布於公報之上，除有特別規定外，自公布之翌日起，發生効力，憲法第六十八條所規定的立法手續，不適用於政府所制定的法律，4. 和立法事項有關的對外條約，不必徵求下議院的同意，政府得制定施行條約所必要的法律。

觀於上列的規定，德國行政部權力之大可知，但希特勒并不鑿足，還根據授權法的規定，陸續公布許多法律，其中最重要者，有(1)一九三三年七月十四日的法律，以國社黨為德國惟一合法的政黨，不許人民另組織其他政黨，違者受刑法的制裁，(2)一九三三年十二月一日的法律，承認國社黨領袖同時必兼政府的官員，而實行黨國一致的政策，(3)一九三四年一月三十日的法律，改聯邦國為單一國，因之代表各邦的上議院，亦被廢除，而且他又積極利用公民投票制度，遇事可隨意交付公民複決，把下議院的勢力，亦復剝奪無遺。(4)到了一九三四年八月二日，興登堡總統逝世，希特勒又制定法律，使國務總理兼攝總統的職權，而改稱為「國家領袖」，經八月十九日公民表決贊成之後，希特勒於八月二十五日就職，於是德國獨裁主義的憲法，乃臻完成。

第二章 行政法

第一節 行政法之概念

(甲) 行政法之意義

行政法：是關於行政權的組織及其作用的國內公法，茲爲分析說明如次：

一、行政法是關於行政權的組織及其作用的法 行政法可以分爲行政組織法和行政作用法二部，

前者規定行政機關的組織權限，即行政權應由何種機關行使，該機關的組織如何？後者規定行政機關和人民的關係，即行政機關在什麼時候，可以授與人民權利，限制人民權利，或使人民負擔義務。行政法因爲是關於行政權的法，以行政權爲中心觀念，所以和以國家基本組織爲中心觀念的憲法不同，不過牠倆均是關於國家組織的法，憲法舉其大綱，行政法定其細目，憲法發其端緒，行政法臻於詳備，所以牠倆的關係是極密切的。

二、行政法是國內法 國際法和國內法的不同，已如上述，行政法以規定國家機關的組織權限，及其與人民的關係爲目的，自然是國內法而非國際法。但是行政法和國際法，亦非毫無關係，因爲現代交通發達，國和國間的關係，日見繁密，一國的行政設施，常影響於他國商民的利害，他國自不能無所關心，他如保護勞動者，劃一度量衡，保護著作權，禁止人口販賣等等，和列國公益有關的事項，尤有締結條約，互相協力的必要。此類國際公約，既因其爲國與國間的約定，而有國際法的性質，復因其爲國內行政設施的準則，而具行政法的性質，所以學者把他叫做「國際行政法」。

三、行政法是公法

公法和私法的不同，已如上述，行政法是規律國家行政機關和人民間關係的法律，所以行政法是公法。

(乙)行政法關係之特色

因爲行政法是公法，所以行政法上的法律關係，和一般私法上的法律關係不同，而具有左列各點的特色。

一、權利義務的相對性

由私法上觀念說來，權利和義務，是對待的名詞，一方面享有權利，他方面即享有義務，一方面的所得，即是另一方面的所失，如一般所知道的債權債務關係，即其最顯著的例子，行政上的權利義務，則具有相對性，權利中含有義務，義務中含有權利，權利未必是權利主體的利益，義務亦未必純粹是相對人的損失，因爲行政法是公法，規律團體和其構成分子的關係，而團體和其構成分子的利益，是相共通而不能夠絕對分離的，故如人民的應考權，公務員的受俸權，以及國家的警察權、刑罰權、財政權、軍政權等，均爲相對性的權利。

行政法上的權利，因爲是相對性的權利，所以發生下列兩種結果：

1. 不能拋棄

私法上的權利，是爲當事人自身利益，而存在的權利，所以有拋棄的自由，行政法

上的權利，則因其行使與否，和社會公益攸關，所以原則上不能拋棄。

2. 不能移轉 私法上的權利，對於享有該權利的權利主體爲誰，并不注重，所以原則上是可以移轉的，行政法上的權利，則注重各該權利歸屬的主體，因爲只有某一主體享有某一權利，總能夠合於公益，所以原則上是不能移轉的。

二、國家意思的公定力 所謂國家意思的公定力，是說國家機關的意思行爲，在行政法關係上，對於該法律關係有決定的効力，除了有正當權限的機關，將其撤銷或確定其無効外，常被推定爲適法，相對人不能夠自行否認其効力，這亦是行政法關係和一般私法關係不同的地方，因爲在私法關係上，兩方當事人，有對等的意思力量，所以私法關係的爭執，必待民事裁判的確定，而在行政法關係上，則國家可以先加確定，人民亦不能不先服從，只能以後述的提起訴願或行政訴訟，爲事後救濟的手段。

三、國家意思的強制力 私人對於私人的權利，在權利人違反義務或不履行義務的時候，除了提起民事訴訟，以請求國家的保護外，沒有別的办法，但在國家對於人民的行政法上權利，則情形與此大不相同，當人民違反義務的時候，國家可以運用一己的強制力，加以制裁，當人民不履行義務的時候，國家亦可運用一己的強制力，加以強制執行，這種情形，叫做國家意思的強制力。

四、行政法關係爭訟手段的特異 關於私法關係的爭執，概得提起民事訴訟，而請求普通法院的裁判，但是關於行政法關係的爭執，則情形與此大不相同，人民如因行政機關的違法或不當處分，以致

損害其權利或利益者，只能向其上級機關，提起訴願再訴願，經裁決不服，而屬於違法 and 損害權利者，纔得再向行政法院提起行政訴訟，所以由行政法關係的爭訟手段說來，亦和一般私法關係不同（詳見下節第三款）。

（丙）行政法之法源

行政法因為內容極為繁雜，故不像後述的刑法民法一樣，具有統一的法典，他只有若干極為凌亂的單行法規，所以我們在討論行政法的時候，有特別研究行政法法源的必要，即行政法是由那些種因素所構成的？所謂行政法者，係指那些種法規而言？

以我國而論，行政法的法源，略有下列六種：

一、根本法 訓政時期約法中，關於行政組織及人民權利義務的規定，和國民政府組織法中，關於行政組織的規定。

二、法律及命令 法律，指經立法院三讀通過的法律而言，命令，包含府令、院令、部會令、省市令、縣令、局令、各種。

三、條約 如關稅條約，通商條約，工業所有權條約是。

四、自治法規 如鄉鎮自治公約是。

五、習慣法 包含行政習慣法，判例法，民間習慣法等。

六、條理 即由於人民的推理想，如正義意識，自然條理，立國主義等，而獲得法之効力者。（參看本書第一編第三章法之淵源）。

第二節 行政法之內容

行政權的範圍，較立法司法各權爲廣，所以以行政權爲規律對象的行政法，其範圍亦至爲廣泛，加以如上所述，行政法是由若干單行法規構成的，并無統一的法典，其內容既極爲繁雜，又復變動無常，極難在很短的篇幅內，爲包括的敘述，現在只能把其中的主要之點，略述於下，以見一斑。

第一款 行政機關

所謂行政機關，簡單地說來，就是行使國家行政權的機關，國家的行政權，除爲國家自身所行使者外，更設立自治團體，授以某範圍內的治權，使其自治，所以行政機關，可分爲國家行政機關和自治行政機關兩大類，以國家的行政機關而論，又可分爲1. 行政官署，2. 諮詢機關（以對於行政官署或行政首長，陳述意見，爲其任務的機關），3. 監察機關（以檢查行政官署所行事務的當否，爲其任務的機關），4. 補助機關（補助行政官署處理職務的機關），5. 執行機關（承行政官署之命，事實上執行國家意思

的機關)等五種，其中以行政官署最為重要，有略加說明的必要。

(甲)行政官署

行政官署，是隸屬於行政首長之下，就一定的事務，有決定并表示國家意思於外部之權限的機關，如行政院院長各部部长是。行政官署，可分為下列三種：

一、由其組織狀態，而分為單獨制官署和合議制官署。單獨制官署，是以一人的單獨意思，有決定國家意思的効力，合議制官署，是由多數人合議決定國家的意思，前者由一人單獨負責，後者由多數人共同負責，前者如縣市長是，後者如省政府委員會是。

二、由於管轄區域，而分為中央官署和地方官署。中央官署，是其行使權限遍及全國的官署，地方官署，是其權限行使僅及於特定區域的官署，前者如財政部部长是，後者如各省財政廳廳長是。

三、由於職權廣狹，而分為普通官署和特別官署。普通官署，是在特定區域內，就一般事務有其權限的官署，如各省省政府委員會是；特別官署，是僅就特定區域內的特定事務，有其權限的官署，如各省社會處處長是。

行政權，是國家治權中，範圍最為廣泛的部門，亦是事務最為繁忙的部門，故必設種種的行政官署，協同處理，因為是協同處理，所以各行政官署相互間，發生種種關係，這些關係，又可大別為：(一)

上級官署和下級官署的關係，及（二）同級官署的關係二大類，就上級官署和下級官署的關係言，不外1. 報告的徵收和業務的檢閱，2. 處理事務的訓示，3. 撤銷或停止下級官署的違法不當行爲，或命其自爲撤銷或停止，4. 裁決下級官署相互間的主管爭議等四點；就同級官署的相互關係言，不外1. 權限的不可侵越，2. 處理事務的協議，3. 權限內行爲的互相拘束，4. 事務的委託等四種。

（乙）自治團體

和國家行政機關相併立的行政機關，爲自治團體。由政治的意義看來，自治團體，是以管理公共事務爲目的，在一定範圍內，對國家保有獨立自主權的團體；由法律的性質說來，則所謂自治團體，是立於國家之下，以管理公共事務，爲其存在目的的法人，可分爲地方團體和公共組合二種：（甲）地方團體：是以一定的地域和人民爲基礎，而構成的團體，如鄉鎮是，（乙）公共組合：是以一定的人員爲基礎，而以處理特定公共事務爲目的的團體，如商會、農會是。

（丙）官吏和公吏

構成行政機關的分子，是官吏和公吏，所謂官吏，是由國家的特別選任，對於國家，服無定量之勤務，且負有忠實義務的人員。其要點，在於1. 經過國家的特別選任，2. 對國家服無定量的勤務，及3. 對國家負忠實的義務三點。

官吏可分爲下列三種：1. 依其任命形式，而分爲高等官和普通官。凡由中國國民黨中央執行委員會選任，或由中央政治委員會選任，或由國民政府直接間接任命者，爲高等官；由所屬官署自行任命者，爲普通官，高等官分選任、特任、簡任、荐任四種。普通官則只有委任一種。2. 依其所任事務，而分爲文官和軍官，軍官是從事於戰鬥行爲，及其他法定軍務的官吏，軍官以外的官吏，爲文官，軍官分爲陸軍軍官、海軍軍官、空軍軍官三種；文官亦可概分爲行政官和司法官二種。3. 因其決定國家行政方針與否，而分爲政務官和事務官，政務官，是參與決定國家行政方針的官吏，事務官，是依照既定方針而執行的官吏。據前中央政治會議解釋，我國法律上所謂政務官，指下列六種官吏而言：「a. 國民政府委員，b. 各院院長副院長，c. 各部部长副部长政務次長，及各委員會委員長副委員長，d. 各省政府委員主席及廳長，e. 直轄於行政院之市長，f. 駐外大使特使，及特任特派官吏」，此類官吏以外的官吏，爲事務官。

普通人民，須具備公務員任用法所規定的任官要件，纔能夠被任爲官吏，這種要件，又可分爲能力要件和資格要件二種，所謂能力要件，是就任官吏之一般的要件，如缺乏這種要件，根本不能被任爲官吏，如須非褫奪公權尚未復權是，資格要件，是就任某種官吏所應具備的資格，如必須具有高等考試及格等資格，始可被任爲荐任官是，具備了法定的任官要件，而被任爲官吏以後，即享有一定的權利，負

有一定的義務，在不履行義務或違反義務的時候，并應負一定的責任。(甲)官吏的權利，略有：1. 領取俸給權，2. 領取卹金權，3. 職務上實費請求權，4. 身分保障權等四種，為暫行文官官等官俸表，公務員撫卹法，國內出差旅費規則等法規所明定，(乙)官吏的義務，略有1. 執行職務，2. 服從命令，3. 忠實服務，4. 嚴守祕密，5. 保持品位，6. 不為一定行為等六種，為公務員服務法所明定，(丙)官吏的責任，略有民法上的責任，刑法上的責任，和懲戒法上的責任等三類，懲戒法上的責任，為公務員懲戒法所明定，有免職、降級、減俸、記過、申誡等五種。(參看本書第一編第八章法之制裁)

以上是關於官吏的敘述，至於公吏，就其產生的原因，由於選舉而非委任，其服務對象為自治團體而非國家而言，固然和官吏不同，但其和公共團體的關係，與官吏和國家的法律關係，沒有根本的不同，故不另述。

第二款 行政行為

行政行為，是行政機關所做的行政行為為底總稱，其內容至為複雜，學理上的分類，亦不一致，但大體說來，約有行政命令，行政處分，和行政上的執行三種：

一、行政命令 行政命令，是行政機關依據職權，或依據法律委任而發布的命令，又可分為下列

三種：1. 緊急命令——國家元首在緊急情況時公布，而變更平時法律規定的命令。2. 執行命令——行政機關

為執行法律而發布的命令，3. 委任命令——行政機關根據法律的委任，而發布的命令。

二、行政處分

行政處分，是行政機關對於某特定具體事件，所為的行為。最重要的行政處分，有下列六種：1. 下令行為——行政機關對於其所管轄的人民，命以特定行為或不行為的行政行為，如稅收機關命令某商號納稅是。2. 許可行為——行政機關就禁止一般人所為的行為，而允許某人適法為之的行政行為，如醫師藥師營業的許可是。3. 認可行為——是行政機關，對於人民所為的行為，予以同意，而使其發生法律上効力的行政行為，如私立學校設立的認可是。4. 確認行為——行政機關，對於某種特定的法律事實或法律行為，確認其存在與否的行為，如文官考試合格與否的決定是。5. 公證行為——行政機關，對於某種特定的法律事實，或法律關係，而證明其存在與否的行為，如戶籍簿的設置是。6. 裁決行為——行政機關，就人民和官署間爭執的事件，而決定其曲直的行為，如訴願的決定是。

三、行政上的執行

行政上的執行，分為代執行、執行罰、直接強制，和強制徵收四種，有如本書第一編第六章第一節所述。

第三款 行政爭訟

人民的權利或利益，受行政機關的違法或不當處分，以致受有損害的時候，為保護其權利起見，自可提起爭訟，而請求國家為一定的處置，這種關於行政事件的爭訟，叫做行政爭訟，又可分為訴願和行

政訴訟二種。

一、訴願

所謂訴願，是人民因中央或地方官署的違法或不當處分，以致其權利或利益受損害時，請求原處分官署的上級官署，或該官署自身，以行政上的程序，審查該處分的妥當與否，並為一定決定的爭訟。由這個定義看來，可得訴願的要點如次：1. 訴願事項——為因行政官署的違法或不當處分，以致人民的權利或利益受損害，故如係由於適法或正常的處分，縱使人民的權利或利益受損害，亦不應提起訴願。2. 提起訴願的人——為因該處分以致權利及利益受損害的人，但不限於該處分的相對人，且包含因而連帶受損害的第三人。3. 受理訴願的官署——為原處分官署的上級官署，或原處分官署自身，例如不服縣市政府的處分者，向省政府提起訴願，而不服中央各部會的處分者，則向原部會提起訴願。4. 訴願的效果，在於對原處分為一定的決定，即或為廢棄原處分，或係維持原處分，而駁回訴願。

二、行政訴訟

所謂行政訴訟，是人民因中央或地方官署的違法處分，以致其權利受損害，經依照訴願法提起訴願，而不服其決定，或提起再訴願已逾兩個月，而尚未為決定的時候，請求行政法院，以審判程序，審查該處分或決定，而為一定裁決的爭訟。由這個定義看來，可得行政訴訟的要點如次：1. 行政訴訟事項——為人民因中央或地方官署的違法處分，以致其權利受損害，經提起再訴願而不服其決定，或提起訴願已逾兩個月，而尚未為決定，故如因合法處分而損害權利，因不法處分而損害利益

，或雖因不法處分而損害權利，而未經提起訴願、再訴願者，均不應提起行政訴訟。2. 提起行政訴訟的人——為前項權利受損害的人民。3. 受理行政訴訟的機關——為隸屬於司法院之下的行政法院。4. 提起行政訴訟的效果，在於請求行政法院為一定的裁決，即「行政法院認起訴為有理由者，應以判決撤銷或變更原處分……認起訴為無理由者，應以判決駁回之……」（行政訴訟法第二三條）。

依照前面的敘述，我們可以知道訴願和行政訴訟，有下列三點的不同，第一、訴願的受理機關，為原處分官署的上級官署，或原處分官署自身，行政訴訟的受理機關，為行政法院。第二、訴願的審理，採用行政程序，行政訴訟的審理，採用審判程序。第三、提起訴願的原因，為因官署的違法或不當處分，以致人民的權利或利益受損害，提起行政訴訟的原因，則限於因官署的違法處分，以致人民的權利受損害。但是訴願和行政訴訟的關係，亦是極為密切的，因為依照行政訴訟法規定，必須提起再訴願而不服其決定後，始得提起行政訴訟，故訴願或謂行政訴訟的先行程序。

第四款 各部行政

跟着行政內容的複雜，其種類亦至為紛繁，依照一般的分法，有下列五種：

一、內務行政 內務行政，是以保持社會的安甯秩序，和增進人民的福利為目的的行政。由這個定義看來，我們知道內務行政，含有積極和消極兩種目的，為達內務行政的消極目的起見，有警察行政

，爲達其積極目的起見，又有保育行政，故內務行政又可分爲警察行政和保育行政二種：（甲）警察行政——是以維持社會的安甯秩序爲目的的行政，關於警察行政的主要法規，爲違警罰法。（乙）保育行政——是以增進人民福利爲目的的行政，又可細分爲1. 關於保健及醫藥事項的衛生行政，2. 關於教育及宗教感化事項的文化行政，3. 關於工商農礦各業，以及道路河川郵政電報鐵路船舶等交通工具的經濟行政，及4. 關於救貧恤難的救濟行政等四種，關於保育行政的法規甚多，不勝枚舉。

二、軍務行政 軍務行政，是國家爲維持、管理其陸海空軍軍隊，而爲各種設施，或課人民以兵役和其他負擔的行政，關於軍務行政的主要法規，有兵役法、防空法、軍事徵用法等。

三、財務行政 財務行政，是關於國家財產的收納、支出、和管理的財政，舉凡國家的歲入歲出，豫算決算，審計等，均屬於財務行政的範圍，關於財務行政的主要法規，有會計法、預算法、財政收支系統法等。

四、外務行政 外務行政，是關於國際交涉、在外僑民、和居留外人等外交事務的行政，關於外務行政的主要法規，有外交部組織法、僑務委員組織法等。

五、司法行政 司法行政，乃附隨於司法權作用而生的行政，舉凡法院的組織權限，裁判的執行，律師的甄錄，監獄的管理等，均屬於司法行政的範圍，關於司法行政的主要法規，有法院組織法、律

師法、監獄規則等。

第三節 行政法之新趨勢

談到晚近各國行政法的趨勢，我們不能不同溯行政法發達的歷史，以明其演進的經過。在昔十七世紀十八世紀的時候，封建制度崩潰，商業資本剛剛發達，因為要對內求統一、對外求獨立，極有伸張國家權力，限制個人自由的必要，於是盛行所謂「警察國家主義」，以為國家的使命，在竭力保障各個人的生活幸福，故國家權力應深入各個人生活之中，以盡其指導監督維護的責任，凡屬有利於各個人幸福的事項，不遺巨細，均由國家決定，人民不容置喙，在這種「朕即國家」的時代，一切依照君主和官吏的意旨進行，自然沒有行政法的存在。

但是這種極端專制的警察國家主義，把本來活潑而有生氣的社會生活，變為一成不變的機械，人民不堪壓迫，固已亟圖反抗，加以十八世紀下半葉以後，因為工業革命的完成，工業資本大為發達，因為要覓取原料和市場，尤有掙脫國家束縛，放任個人自由競爭的必要，所以在法國大革命前後，自由主義的思想勃然而興。她們認為「國家非出於萬不得已，對於個人的事情，絕不應加以干涉，個人事情應絕對放任個人自己處理，因為個人對於自己的幸福，是最好的判斷者」，而且國家縱使因萬不得已而干涉

個人的事情，其干涉的方法，亦不能由行政官吏任意決定，而應有法律的根據，這就是說：人民的自由及其他權利，應受法律的保障，人民的義務，應由法律來規定，行政機關非根據法律，不得漫加限制，這種作爲行政機關施政根據的法律，即爲行政法，所以行政法，誠係誕生於自由主義思想勃興的時代。

在這個時代，行政法的主要現象，略有五點：第一是行政訴訟制度的成立，即人民因中央或地方官署的違法處分，以致損害其權利時，可向行政法院提起行政訴訟，請求他變更或撤銷原處分，以維護人民的權利。第二是私有財產制度的確立，即人民的財產所有權爲不可侵犯的，且有交易和繼承的自由，國家不得漫加限制。第三是門閥政治的禁止和職業自由的承認，即國家的權力屬於人民全體，人人均可出秉國政，國家的政權，不爲某一階級或某少數私人所壟斷，而且人人有選擇和更改其職業的自由，各職業一律平等，不因其所操的職業，而異其應享的公權。第四是行政法規的詳密化，即行政法規力求詳密，使官吏不得上下其手，以保障人民的權利。第五是人民對於行政的控制權之賦與，即人民有選舉官吏的權利。

以上是行政法發展歷史的大略，知道了這些史實以後，對於晚近各國行政法的趨勢，就不難說明了，概括地說，晚近各國行政法的趨勢，就是把國家社會主義的意思，滲雜在行政法規裏面。因爲自由主義時代力持放任政策的結果，使財富集中一隅，形成貧富懸隔的偏畸現象，且因經濟地位不平等的結果

，以致社會諸分子間，只有少數人的自由，沒有多數人的自由，空言平等，而沒有實際上的平等，所以慘狀百出，流毒社會。於是國家社會主義勃然而興，認爲國家應把社會的利益，放在個人利益的上面，爲了社會的利益，不妨對於個人的自由和其他權利，加以相當的限制，俾社會得獲共存共榮的幸福；也就是說在貧富懸殊的狀況之下，國家應該出以壓制強者，扶助弱者，幫助他社會地位的向上，和經濟生活的安全，藉以謀取全社會的福利。這種主義，既不偏重個人的利益，又不忽視個人的權利，而是權衡於自由和干涉之間，一方面承認個人的利益，一方面更承認社會大眾的利益，既免個人恣肆專橫的弊害，復得社會均衡發展的利益，所以各國翕然風從，莫不將國家社會主義的思想，引用於行政法規之中，而成爲行政法上的新趨勢。

具體地說來，晚近各國行政法的新趨勢，略有下列四點。第一是土地所有權的限制。土地兼併，是貧富不均的主要根源，故應「防止私人壟斷土地，以謀不當利得之企圖，并須設法使土地本身，非因施以資本或勞力結果，所得之增益，歸爲公有」（見土地立法原則），藉以平均地權，防止兼併。第二是交易自由的限制，在昔自由主義盛行時代，人民相互間的交易，被認爲純粹是私人的事情，故極爲放任自由，在國家社會主義思想影響之下的行政法規，則爲保護經濟上弱者的利益起見，對於人民相互間的交易，特設若干干涉的規定，如租金的限制，高利貸的取締，生活必需品價格的限制等是。第三是企

業的統制，鐵路、電燈、瓦斯、自來水等，和國民生活關係極大的企業，如放任私人在追求利潤的目的下，任意經營，勢必發生種種流弊，故晚近各國行政法規，均厲行企業的統制，多半移歸國有，禁止私營，其因一時情勢關係，未能收回國營者，亦由國家施以嚴密的監督，例如我礦業法第九十六條規定：『農礦部或省主管官署，對於礦業工作，認為危險或妨害公益時，應令礦業權者設法預防，或暫行停止工作』，卽其適例。第四是對於勞動者和貧民的保護，因為這兩種人，是經濟上的弱者，為求合於國家社會主義的理想起見，且有特別加以保護的必要，如我工廠法上關於禁用童工，保護女工，及工作時間的規定，卽其適例。

第三章 刑法

第一節 刑法之概念

(甲) 刑法的意義及其種類

刑法，是規定國家刑罰權的實體法，換句話說，卽是規定國家在何種條件之下，於何種範圍之內，可以具體的行使其刑罰權的法律。因為國家的行使刑罰權，係以人民的犯罪為前提，故又有人稱刑法為

規定犯罪和刑罰之法律。

刑法有廣義的刑法和狹義的刑法兩種，廣義刑法，係泛指一切規定犯罪和刑罰的法規而言，包含1. 規定如何始為犯罪，某種犯罪應適用何種刑罰的「實體刑法」，和2. 規定審理犯罪及執行刑罰程序的「程序刑法」二種，狹義的刑法，則專指前舉的實體刑法而言。狹義的刑法，又可分為下列二類：

一、從其具有刑法的形式與否，而分為形式刑法和實質刑法 形式刑法，是定名為刑法，且其法規內容，單純規定犯罪和刑罰的刑法，如民國二十四年一月一日，國民政府公布，同年七月一日施行的「中華民國刑法」是，實質的刑法，是并不定名為刑法，只於規定其他事項的法規中，附有處罰規定的刑法，如印花稅法是。

二、從其適用的普遍與否，而分為普通刑法和特別刑法 普通刑法，是不問何人、何地、何事、何時一律適用的刑法，如中華民國刑法是，特別刑法，是對於特定的人、特定的地方、特定的事項、特定的時期適用的刑法，如陸海空軍刑法是。

我們以下所說的刑法，指中華民國刑法而言。

(乙) 中華民國刑法的內容

中國刑法，發達甚早，戰國時代李悝的法經，即具刑法法典的雛形，自漢迄清，經過歷代因革損益

的結果，內容愈臻完備，不過自成一體，和西洋各國的刑法典大不相同，至前清末葉，因為海禁既開，舊律和時代潮流不合，有根本改革的必要，乃由沈家本等著手起草新律，於光緒三十三年完成，宣統二年十二月公布，定名為大清新刑律。但因辛亥革命，清室覆亡，該律遂未見實行。

民國成立以後，因為刑法法典不可一日或缺，乃由司法部將新刑律中，和民國國體牴觸的部分刪去，早請大總統於元年三月十日公布，定名為暫行新刑律，以為各級法院定罪科刑的準則，國民政府定都南京以後，因為該律內容不甚完備，乃將從前北京修訂法律館所起草的刑法二次修正案，重加修正，於十七年三月十日公布，定名為中華民國刑法。嗣因民法業已公布施行，刑法中關於親屬的規定，和民法規定不同，有加以修正的必要，乃由立法院從事起草刑法，於二十四年一月一日，送由國民政府公布，同年七月一日施行，仍定名為中華民國刑法，這就是現行有效的刑法典。

該法全文三百五十七條，分總則分則兩編，總則編規定犯罪的一般要素，和刑罰的共同原則，分十章：1. 法例。2. 刑事責任，3. 未遂犯，4. 共犯 5. 刑，6. 累犯，7. 數罪併罰，8. 刑之酌科及加減，9. 緩刑，10 假釋，11 時効，12 保安處分，分則編規定各個犯罪的特別構成要素，和應科刑罰的限度，分三十章：1. 內亂罪，2. 外患罪，3. 妨害國交罪，4. 瀆職罪，5. 妨害公務罪，6. 妨害投票罪，7. 妨害秩序罪，8. 脫逃罪，9. 藏匿人犯及湮滅證據罪，10 偽證及誣告罪，11 公共危險罪，12 偽造貨幣罪，13 偽造有價

證券罪，14 偽造度量衡罪，15 偽造文書印文罪，16 妨害風化罪，17 妨害婚姻及家庭罪，18 褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪，19 妨害農工商罪，20 鴉片罪，21 賭博罪，22 殺人罪 23 傷害罪，24 墮胎罪，25 遺棄罪，26 妨害自由罪，27 妨害名譽及信用罪，28 妨害祕密罪，29 竊盜罪，30 搶奪強盜及海盜罪，31 侵占罪，32 詐欺背信及重利罪，33 恐嚇及擄人勒贖罪，34 贓物罪，35 毀棄損壞罪，以下我們試就其中的重要規定，繫以理論的說明。

(丙) 刑法的演進

在我們論述刑法的重要規定之前，有二個理論問題，必須先告解決，纔能把握到刑法全般規定的理論基礎，這就是 1. 國家對犯罪人科以刑罰，具單純對他罪行的報應呢？還是具有預防再犯的目的？和 2. 司法官對於犯人犯罪輕重，和處罰輕重的量定，是以被害事實的大小為標準呢？還是以犯罪人的惡性大小為標準的問題，關於這二個問題，古往今來，有許多學說，我們與其很繁瑣的，把這些學說來列舉說明，毋寧略述刑法演進的歷史，藉以得到這兩個問題的答案。

關於刑法的演進情形，一般分為下列四個時代：

一、復仇時代 在昔原始社會，沒有所謂國家，亦沒有所謂刑法，個人被他人侵害以後，只知道本於生物自衛的觀念，實行復仇，即被害人或被害人的親屬，對於加害人或其親屬，出以反擊的手段，

所謂「殺人之父者，人亦殺其父，殺人之兄者，人亦殺其兄」是，當時視這種做法，最合於正義的要求，故爲復仇時代。

二、威嚇時代 迨後社會進化，國家產生，把個人的復仇權，移歸國家管理，就成功了國家的刑罰制度。可是當時國家的組織，沒有現在這樣鞏固，爲維持公共生活秩序起見，就不能不用嚴刑峻罰，來處置危害公共秩序的行爲，以收威嚇的效果，故爲威嚇時代。

三、博愛時代 十八世紀以後，社會發達，國家的組織日臻堅固，同時個人自由權利的觀念，亦極形開展，大家都認個人自由是天賦的權利，爲維持公共秩序而科人刑罰，是不得已的例外現象，對這有害於個人自由的例外現象，當然要盡量加以限制，於是大家由博愛的觀點，提倡法律無明文不爲罪的罪刑法定主義，故爲博愛時代。

四、科學時代 十九世紀以來，因爲社會學和生物學的發達，許多學者，都用生物學研究犯罪人自身，用社會學研究犯罪人的環境，研究的結果，知道從前把犯罪事實和犯罪人分開觀察的錯誤，而提倡以犯罪人惡性的大小，定刑罰輕重標準的「罪刑從人主義」，因爲犯罪是性格或社會環境所造成的一種事實，人們不過受這種事實的支配而已，基於這種事實，所以他們都研究犯罪人的環境和性格，都研究刑事政策，都採用防衛主義，又由於這種思潮的影響，刑法乃由博愛時代，而進於現在的科學時代，

科學時代刑法的特徵，是注重犯罪人的，是注重預防方法的，是採用感化政策的。

綜合前面的敘述，我們不難解答上述的兩個問題。即現代刑法是有目的的，其目的在預防犯罪人的再犯，現代司法官量刑的主要標準，亦不是客觀犯罪事實的重輕，而應該是犯罪人主觀惡性的大小。

第二節 犯罪

刑法是規定犯罪和刑罰的法律，所以犯罪和刑罰二者，是刑法的中心觀念，有加以討論的必要，現在先由犯罪說起，所謂犯罪，是法令明白規定科以刑罰之有責的不法行爲，詳細地說：就是有責任能力人，在沒有違法阻礙時，因爲故意或過失，違犯刑罰法令所列舉的行爲。由這個定義看來，可得犯罪的構成要件如次：

一、要有行爲 所謂行爲，是由於意思發動的身體動作，以1.意思發動和2.身體動作爲要件，故如只有犯罪的心理，沒有表現在外面，即不能稱爲行爲；如只有身體動作，而其動作并不是出於自由意思者，像睡夢中的動作、被強制的行動等，亦不能稱爲行爲。不過這裏所說的動作，不以手足的行動爲，其以言語表示意思者，亦屬這裏所說的行爲，例如以言語侮辱他人或誹謗他人的名譽者，亦不能不認爲犯罪。但如意思并未以言語表現，只保存在內心的時候，則其意思縱屬非法，亦只是道德上的問題，

而非法律所能夠管束的。

二、要係刑罰法令所列舉的不法行爲。由於意思發動的身體動作，雖然是行爲，但未必就是犯罪行爲，其應認爲犯罪行爲者，必以刑罰法令所列舉的行爲爲限，這是近世罪刑法定主義的結果，所以某人的行爲，雖然被一般認爲犯罪，但如刑罰法令，對於這種行爲，并未規定，即不得加以處罰。我國刑法第一條規定：『行爲之處罰，以行爲時之法律有明文規定者爲限』；即是表明這種意思。

三、須其行爲沒有違法的阻礙。所謂違法的阻礙，即本來是違法的行爲因爲有違法的阻礙，而刑律不予以制裁的行爲，故必須是沒有違法阻礙的行爲，纔算犯罪行爲，如果具有違法的阻礙，則縱使其行爲違犯刑法，亦不是這裏所說的犯罪，不過所謂違法的阻礙，不是可以任意認定的，而必須法律有明文的规定。我刑法所認定的阻礙違法行爲，有下列四種：（刑法第二一條至第二四條）。

甲、基於法令的行爲。基於法令的行爲，指法律所認許的行爲而言，其行爲縱使表面上違法，實質上亦不認爲違法。又包含下列四種：1. 職務行爲，如監獄官奉令執行死刑是。2. 懲戒行爲，如父母對於未成年子女的懲戒是（參看民法一零八五條），3. 監護行爲，如監護人將精神病人監禁於私宅是（參看民法一一一二條），4. 逮捕行爲，如逮捕現行犯是。（參看刑事訴訟法八十八條）。

乙、基於正常業務的行爲。正常業務，是法令所不禁止的業務，基於正常業務所做的行爲，縱使

表面上與法令抵觸，亦不認爲犯罪。例如醫生因爲診療上的必要，對病人注射麻醉劑，或因爲實驗上的必要，而無剖人體，自不能科以刑法上的妨害自由罪，或侵害屍體罪。

丙、出於正當防衛的行爲

所謂出於正當防衛的行爲，即「對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利的行爲」(刑法第二三條)，其成立要件有四：1. 必須是現在的侵害，故如爲對於過去的侵害所做的報復行爲，或對於將來的侵害，所做的預防行爲，均不能成立正當防衛。2. 必須是不法的侵害，故如爲合法的侵害，例如監獄官對於犯人執行死刑，犯人即不能實施正當防衛。3. 必須是爲着保護自己或他人的權利，故如不爲着這個原因，而對人濫施腕力，即非這裏所說的正當防衛。4. 必須係對加害人實行腕力，故如遷怒於毫不相干的第三人，亦非這裏所說的正當防衛。

在國家權力發達，不許私力救濟的現代，這種正當防衛行爲，本來應認爲犯罪，不過法律因爲公力救濟，有時緩不濟急，爲保護權利的安全起見，特將出於正當防衛的行爲，認爲阻却違法的行爲，不加處罰，但如防衛行爲過當者，自仍有加以處罰的必要，僅「得減輕或免除其刑」而已。

丁、出於緊急避難的行爲

所謂出於緊急避難的行爲，即「因避免自己或他人生命、身體、自由、財產的緊急危難，而出於不得已之行爲」(刑法第二四條)。其成立要件有三：1. 須遇出於偶然不及防範的危難，即出乎意料以外的一切危險情形，2. 必須因爲避免危難，而有不得已的情形，即除損害他

八的權利外，沒有別的法子避免危難。8. 必須是對於加侵害人以外的人所做的行爲，否則緊急避難卽和正當防衛相同。緊急避難行爲，因保護自己權利而損害他人權利，原應認爲犯罪，不過在非常危迫

的時候，仍責令人民尊重他人權利，絲毫不許變通，事實上殊難辦到，故法律亦認爲阻却違法的行爲，不加處罰，但如避難行爲過當者，自仍有處罰的必要，僅得減輕或免除其刑而已。

四、要有責任能力 是負擔刑事責任的能力，因爲刑罰的目的，原在懲儆惡性，預防再犯，故必有普通人知識程度者，始有使其負擔刑事責任，科以刑罰的必要，否則縱加處罰，亦難達到刑罰以懲儆善的目的。我刑法第十八條規定：「未滿十四歲人之行爲不罰。十四歲以上未滿十八歲人之行爲 得減輕其刑。滿八十歲人之行爲，得減輕其刑」。第十九條規定：「心神喪失人之行爲不罰，精神耗弱人之行爲，得減輕其刑」，第二十條規定：「瘖啞人之行爲，得減輕其刑」。無非因爲這幾種人，或則知識薄弱，或到精神衰減，或則殘廢不具，缺乏辨別事理的能力，故或則根本不負刑事責任，或則僅負一部分的刑事責任，所以必須是責任能力人所做的不法行爲，纔是刑罰法令上的犯罪行爲。

五、要合於責任條件 責任條件，是處罰其行爲的條件，亦卽是故意與過失。刑法第十二條規定：「行爲非出於故意或過失者不罰。過失行爲之處罰，以有特別規定者爲限。」可見行爲之是否成立犯罪，以其是否出於故意過失而決定。那么何謂故意？何謂過失呢？刑法第十三條規定：「行爲人對於構

成犯罪的事實，明知并有意使其發生者爲故意。行爲人對於構成犯罪之事實，預見其發生，而其發生并不違背其本意者，以故意論」。第十四條規定：「行爲人雖非故意，但按其情節，應注意并能注意而不注意者爲過失。行爲人對於構成犯罪之事實，雖預見其能發生而確信其不發生者，以過失論」。『明知并有意使其發生』的故意，叫做「確定故意」，例如一刀砍去，或一槍放出子彈，要將仇人殺死是，『預見其發生，而其發生并不違背犯罪人本意』的故意，叫做「不確定的故意」，例如向人叢中投彈，預料凡在人叢中的人，必有中彈死亡者是。『按其情節，應注意并能注意，而不注意』的過失，叫做「懈怠的過失」例如醫生爲人治病，病人本爲熱症，因怠於注意誤認爲寒症，投以治寒的藥，而致病人的死亡是。『行爲人對於構成犯罪的事實，雖預見其能發生，而確信其不發生』的過失，叫做「疏虞的過失」，例如舉槍擊獸，明知獸的旁邊有人，因自信槍法高妙，決不致傷到獸旁的人，昧然發槍，以致其人死亡是。凡與上述規定相符的行爲，即爲合於責任條件的行爲，亦即不免構成犯罪。

犯罪的意義與要件，略如上述，以次我們來分析犯罪的態樣，犯罪約可分爲左列十二種：

一、故意犯和過失犯 故意犯，是因故意而成立的犯罪，過失犯，是因過失而成立的犯罪，故意

犯無不處罰，過失犯則以法律有特別規定者爲限，始受處罰，已如前述。

二、普通犯和特別犯 普通犯，是犯刑法法典所規定之罪的犯人，特別犯，是犯陸海空軍刑法等

特別法所規定之罪的犯人，前者依刑法典處斷，後者依各該特別刑法處斷。

三、行爲犯和不作爲犯 作爲犯，是因積極的爲某種行爲而成立的犯罪，如殺傷他人是，不作爲犯，是因權極的不爲某種行爲而成立的犯罪，例如刑法第二百九十四條規定：「對於無自救力之人，依法令或契約，應扶助養育或保護而遺棄之：」的遺棄罪是。

四、政治犯與常事犯 政治犯，是直接對於政治上安寧秩序的犯罪，如「意圖破壞國體，竊據國土，或以非法之方法，變更國憲，顛覆政府，而着手實行：」的內亂罪是（刑法第一百條），政治犯以外的犯罪，爲常事犯，如刑法上的殺人、放火、竊盜等罪皆是，政治犯和常事犯區別的實益，在於政治犯逃往外國時，駐在國以不引渡爲原則，常事犯則沒有這種優待。

五、卽成犯和繼續犯 卽成犯，是一達到既遂狀態，卽完結其犯罪行爲的犯罪，如殺人傷人者，於對方殺死或受傷後，其行爲卽同時終了，繼續犯，是犯罪行爲已達於既遂的狀態後，尙於若干時內繼續其犯罪行爲的犯罪，如和姦罪，脫逃罪，藏匿犯人及湮滅證據罪等皆是。卽成犯和繼續犯的區別，和起訴權時效的計算，極有關係，卽成犯的時効，應該從實行終了時起算，繼續犯的時効，則應從繼續行爲終了時起算。

六、現行犯和非現行犯 現行犯和非現行犯的區別，係以犯罪發覺的時間爲標準，前者是於行爲

時或行爲終了時，所發覺的犯罪，後者是不於行爲當時發覺，或不於行爲終了後始行發覺的犯罪，這個區別，和犯人的逮捕極有關係，因爲依刑事訴訟法第八十八條一項規定：『現行犯，不問何人得逕行逮捕之』的原故。

七、牽連犯和非牽連犯 牽連犯，是以『一行爲而觸犯數罪名，或犯一罪而其方法或結果之行爲犯他罪者』的犯罪（刑法第五十五條），如發射一槍，而生殺人和損物二種結果是，非牽連犯，是只犯一種罪名，而和別種罪名沒有關係的犯罪，如單純殺人罪是，這個區別的實益，在於牽連犯是『從一重處斷』的，如在前舉殺人而兼損物的時候，即僅問其殺人罪，而不科其損毀罪。

八、併合論罪和單一論罪 併合論罪，是一人在裁判宣告以前，犯有數項罪名，而併合加以處罰的情形，例如甲在裁判宣告以前，犯有殺人罪，又犯有強盜罪和放火罪各種罪名是；反之，一人僅犯一個罪名的情形，則爲單一論罪，併合論罪，應該分別宣告各罪的刑罰，其執行方法如下：『1. 宣告多數死刑者，執行其一，2. 宣告之最重刑爲死刑者，不執行他刑，但從刑不在此限。3. 宣告多數無期徒刑者執行其一。4. 宣告之最重刑爲無期徒刑者，不執行他刑，但罰金及從刑不在此限。5. 宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期，但不得逾二十年。6. 宣告多數拘役者，比照前款定其刑期，但不得逾四個月，7. 宣告多數罰金者，於各刑中之最多額以上，各刑合併之金額以

下，定其金額。8. 宣告多數褫奪公權者，僅就其中最長期間執行之。9. 宣告多數沒收者，併執行之。10. 依第五款至第十款所定之刑，併執行之」(刑法第五十一條)。

九、親告罪和非親告罪

親告罪，是須經被害人告訴後，檢察官纔得提起公訴的犯罪，如妨害名譽罪和妨害風化罪是。非親告罪，是不待告訴而檢察官即可起訴的犯罪，如殺人罪和強盜罪是。

十、初犯和累犯

初犯是初次的犯罪，累犯是「受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行，而赦免後，五年以內再犯有期徒刑以上之罪者」(刑法第四十七條)，累犯加重本刑至二分之一。

十一、單獨犯罪和共同犯

一人單獨犯罪叫單獨犯，二人以上共同為犯罪行為叫共同犯，共同犯，亦稱共犯，又分下列三種：1. 二人以上共同實施犯罪行為的「共同正犯」，如甲乙二人共同殺丙是。2. 教唆他人使他實施犯罪行為的「教唆犯」，如甲使乙殺丙是。3. 幫助他人犯罪的從犯，如甲入室殺丙，乙為其在外巡風是。正犯和教唆犯，都照所犯的罪名同樣處罰，惟「從犯之處罰，按正犯之刑減輕之」(刑法第二十八條至第三十條)。

十二、既遂犯和未遂犯

犯罪實行終了而發生結果者，叫做既遂犯，犯罪實行終了，而并未發生結果者，叫做未遂犯。未遂犯的處罰，以法律有特別規定的時候為限，而且可按照既遂犯的刑減輕處罰

(刑法第二五條二項，第二六條前段)。在同一未遂犯之中，又分爲不能犯和中止犯二種，其行爲不能發生犯罪結果，而且并無危險的犯罪，叫做不能犯，例如甲誤認白糖爲毒藥，欲使乙食之致死是，「已着手於犯罪行爲之實行，而因己意中止或防止其結果發生」的犯罪，叫做中止犯，例如甲使乙服毒後，又給以解毒劑是。這兩種犯罪，縱使法律有特別規定處罰，亦「得減輕或免除本刑」(刑法第二六條後段 第二七條)。

第三節 刑罰

(甲)刑罰的意義及其種類

所謂刑罰，是國家對於犯罪的制裁，用它來剝奪私人的法益。其要點有三：1. 刑罰是國家對於私人以制裁：國家和國家之間，無所謂刑罰，雖然可以用戰爭爲制裁外國不法的手段，但它并不是刑罰，私人 and 私人之間，更無所謂刑罰，私刑是現代國家所不許的。2. 刑罰是對於 犯罪的制裁：刑罰必以犯罪爲原因而加以制裁，所以民法上的損害賠償，行政法上的懲戒處分和執行罰等，均不是刑罰。3. 刑罰是剝奪私人的法益：所謂法益，是生命、身體、自由、財產、名譽等權利的總稱，有些人說刑罰的目的，是給予犯人的痛苦，但科學時代刑罰的目的，是在防衛社會，預防再犯，而非單純的報應，所以刑罰之

剝奪私人的法益，祇是一種手段，並不是目的。

依照我刑法規定，刑罰分爲單獨科罰的主刑，和跟着主刑而科罰的從刑兩大類，主刑又分爲1.死刑，2.無期徒刑，3.有期徒刑（二月以上十五年以下，但遇有加減時，得減至二月未滿，或加至二十年），4.拘役（一日以上，二月未滿，但遇有加重時，得加至四個月），5.罰金（一元以上）五種，從刑亦分爲1.褫奪公權（褫奪爲公務員之資格，公職候選人之資格，行使四權之資格），2.沒收（沒收違禁物，供犯罪所用或供犯罪預備之物，及因犯罪所得之物）二種，死刑亦稱生命刑，無期徒刑有期徒刑及拘役，亦稱自由刑，罰金及沒收亦稱財產刑，褫奪公權亦稱名譽刑，關於這幾種刑罰，我們在第一編第八章「法之制裁」裏，已有論述，茲不再贅。（參看刑法第三十二條至第四十六條）

（乙）刑罰的酌科

刑罰的目的，在於防衛社會的安寧，預防犯人的再犯，已如前述，所以法官的論罪科刑，不能像工人的操縱機器一樣，是一成不變的，必須注意和犯罪有關的各種事實，在刑法所規定的限度內，酌量決定犯人應科的刑罰，庶不至畸重畸輕，和刑罰的本來目的不符。刑法有鑑於此，故特於第五十七條規定科刑重輕的標準云：「科刑時應審酌一切情狀，尤應注意左列事項，爲科刑輕重之標準。一、犯罪之動機，二、犯罪之目的，三、犯罪時所受之刺激，四、犯罪之手段，五、犯人之生活狀況，六、犯人之

品行，七、犯人之智識程度，八、犯人與被害人平日之關係，九、犯罪所生之危險或損害，十、犯罪之態度。因爲同一殺人，因利慾而殺人，與因義憤而殺人的不同，同一偷竊，因貪多而偷竊，與因生活上之必需而偷竊不同，同一毆人，因受侮辱而盛氣毆人，與恃強凌弱而毆人不同，自不能同一論罰。

刑法不但昭示法官以法定刑度內科刑的標準，還允許法官關顧犯罪情狀，得在法定制度之外，酌量加重或減輕，其關於酌量加重者，如第五十八條規定：「科罰金時，除依前條規定外，并應審酌犯人之資力，及因犯罪所得之利益，如所得之利益，超過罰金最多額時，得於所得利益之範圍內，酌量加重」。其關於酌量減輕者，如第五十九條規定：「犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑」，這一類關於刑罰內科的規定，是科學時代刑法的象徵，在刑的適用上，關係甚大，故深有注意的價值。

(丙) 緩刑假釋與時効

刑法的目的，既不在於報應，所以不但在科刑之時，應審酌犯罪一切情形，爲科刑輕重的標準，即在宣告刑罰之後，亦可以因事實上的必要，暫緩執行其刑，或在已經執行一部以後，暫不執行，以求符合刑罰的本來目的，這就是刑法上的緩刑制度與假釋制度。此外，還有一種時効制度，亦有討論的必要。爰爲分別析述於次：

一、緩刑

緩刑，是暫緩短期自由刑的執行，以促進犯人的自新，來達到刑罰目的的制度。依照

刑法規定，緩刑之要件有四：1. 要受二年以下有期徒刑拘役或罰金的宣告。故如根本未受刑的宣告，固不發生緩刑問題，所受宣告的刑罰如較此爲重，亦不能宣告緩刑。2. 要未曾受有期徒刑以上刑的宣告，或3. 前受有期徒刑以上刑的宣告，執行完畢或赦免後五年以內，未曾受有期徒刑以上刑的宣告，故如在不久以前，剛受刑罰的制裁，即不能宣告緩刑，4. 要認爲以暫不執行爲適當，例如犯人聲譽素著，一旦身陷囹圄，即有身敗名裂的危險，或犯人惡性甚輕，把他送入監獄，反有沾染惡習的危險時，則有宣告緩刑的必要。這一點是緩刑最重要的條件，因爲刑法上所以設定緩刑制度，即是由於這個原因的，（刑法第七十四條）。受緩刑宣告之後，如果1. 在緩刑期內又犯了罪，以致受有期徒刑以上刑的宣告，或2. 在緩刑以前犯有他罪，在緩刑期內受有期徒刑以上刑的宣告者，則撤銷緩刑的宣告，即應重新受刑的執行（第七十五條），如果緩刑期滿，而緩刑的宣告未經撤銷，則其刑之宣告失其効力，即等於沒有受過刑罰的宣告（第七十六條）。

二、假釋 假釋，是對於有悔悟實據的徒刑受刑人，許其出獄自由生活的辦法，俾使那沒有得到假釋的，爲希望得到解釋，而自己進於悔悟的道路，那已經得到假釋的，唯恐失了假釋，因而斷了再犯的念頭。依照刑法規定，假釋的要件有三：1. 要無期徒刑執行逾十年，有期徒刑執行逾二分之一後，但有期徒刑執行未滿一年者，不在此限，2. 要犯人確有悔悟的實據，3. 要由監獄長官呈請司法行政部的許

可（第七十七條），合於這三個條件後，即可宣告假釋，但如在假釋期內，又犯了別的罪名，受有期徒刑以上的宣告者，則撤銷其解釋，仍舊送監執行，而且假釋時出獄的日數，不算入刑期之內，（第七十八條），如果『在無期徒刑假釋後滿十年，或在有期徒刑所餘刑期內，未經撤銷假釋者，其未執行之刑，以已執行論』（第七十九條），就是把沒有執行的剩餘刑罰，作為已經執行。

三、時效 所謂時效，是法律上權利，因時效的經過而發生或消滅的制度，時效大別為民法上的時效，和刑法上的時效二大類，刑法上的時效，又分為追訴權時效，與行刑權時效二種，追訴權時效，是追訴權因一定時間經過而消滅的制度，如刑法第八十條的規定是，行刑權時效，是行刑權因一定時間經過而消滅的制度，如刑法第八十四條的規定是。至於刑法所以設定這種制度，允許犯罪人倖逃法網的原因，則因或則年久月湮，證據難於把握，或則事過景遷，不必重翻舊案，反有害於社會生活安全的原因故。

（丁）保安處分

刑罰的目的，固在於防衛社會，預防再犯，但有些犯人，或則根本不能施以刑罰，或則單靠刑罰的力量，不能達到改惡遷善的目的，故在刑罰以外，又有施以保安處分的必要，所謂保安處分，是在刑罰以外，輔助刑罰，藉以保護社會安寧的處分，其特徵有二：（1）在剝奪單純法益之外，再施以教育醫療

或其他方法，(2)在犯罪人有社會危險性的期間，對犯人繼續加以一定的管束，前者意在改善犯人的惡性，使犯人不與社會生活關係相衝突，即使其適應社會生活關係；後者意在把犯人與社會隔離，使犯人不能為害於社會，籍以達到保護社會安寧的目的。

依照刑法規定，保安處分計有左列各種：

一、感化教育 凡犯罪因未滿十四歲而不罰的，應施以感化教育，因未滿十八歲而減輕其刑的，亦得在刑罰執行完畢或赦免後，為同一的措施（第八十六條）。

二、監護 凡犯罪因心神喪失而不罰的，得送入相當處所，施以監護，因精神耗弱或瘖啞而減輕其刑的，亦得在刑罰執行完畢或赦免後，為同一的措施（第八十七條）。

三、禁戒 凡犯吸食鴉片罪的人，得在刑罰執行以前，送入相當處所，施以禁戒；因酗酒而犯罪的人，亦得在刑罰執行完畢或赦免後，為同一的措施（第八十八條，第八十九條）。

四、強制工作 有犯罪的習慣，以犯罪為常業，或因游蕩懶惰成習等原因，而犯罪的人，得於刑罰執行完畢或終了後，送入勞動處所，強制工作（第九十條）。

五、強制治療 患有花柳病或麻瘋，而傳染於他人的犯人，得送入相當處所，強制治療。（第九十一條）。

六、保護管束 受緩刑宣告的犯人，在緩刑期內，可以交付保護管束，因假釋出獄的犯人，在假釋期間內，應該交付保護管束。負責保護管束的人，為警察官署，自治團體，慈善團體 本人之最近親屬，或其他適當的人（第九十三條，第九十四條）。

七、驅逐出境 外國人受有期徒刑以上刑的宣告者，可以在刑罰執行完畢或赦免後，驅逐出境（第九十五條）。

第四節 刑法之新趨勢

現代刑法的新趨勢，即是從客觀主義漸漸趨向於主觀主義，客觀主義，亦叫做應報刑主義，是以客觀的犯罪事實為標準，以決定刑的輕重的主義，主觀主義，亦叫做保護刑主義，是以犯人主觀的惡性為標準，而定刑的輕重的主義，因為犯人犯意的有無與強弱，與社會秩序的安危，有重大關係的原故。概括地說：客觀主義底目的，注重在犯罪的報復，主觀主義底目的，則注重在社會底防衛，所以在以前注重維護個人權利的刑法，為防止官吏控斷起見，固奉客觀主義若天經地義，在注視保衛社會安寧的晚近刑法，則多採用主觀主義的原則，茲舉其重要之點於下：

一、未遂犯的規定 從前刑法，因為未遂犯的客觀情節較輕，認為必須減輕處刑，

義，現代刑法則因未遂犯既有犯罪意思，居心已不可問，基於主觀主義的精神，不應減輕處刑，即採用不減主義，至多亦只能採用得減主義，由法官按其情形，酌量減輕而已。

二、累犯的規定 累犯怙惡不悛，惡性較強，影響社會的安全極大，所以現代各國刑法，多根據主觀主義的觀點，設有加重處罰的規定，藉以維護社會的安寧。

三、併合罪的規定 從前的刑法，對於併合罪的規定，或基於博愛的觀點，採用「從一重處斷」的辦法，或純以犯罪事實為基礎，分別處斷。前一種辦法，固不免失於寬縱，後一種辦法，又不免失於嚴酷，事實上亦有窒礙難通之處，而不顧刑罰的效果，膠柱鼓瑟，又為二者共通的缺點，所以現代主觀主義的刑法，宣告多數死刑或無期徒刑者，執行其一，宣告多數的有期徒刑或罰金者，則合併數罪之刑，由裁判官顧及犯人的惡性，在法定範圍內，定一適當的刑罰，以期符合刑罰底目的。

四、共犯的規定 共犯分為共同正犯、教唆犯、與從犯三種，已如前述，客觀主義的刑法，以「二人以上共同實施犯罪行為者」，始為共同正犯，「教唆他人犯罪者，為教唆犯，教唆犯處以正犯之刑」，主觀主義的刑法，則以共同正犯，應不限於共同實施犯罪行為，如有共同實施犯罪的意思，如事前發縱指示，參與謀議，雖臨時并未共同實施，亦應認為共犯。至於教唆犯，明明是一種獨立犯罪，所以應單獨論罪，不應跟着正犯而決定，否則如教唆未滿十四歲的人殺人，將因正犯行為的不罰，而跟着

免罪，不合於刑罰底目的。

五、刑期上自由裁量範圍的擴大，與犯罪規定的簡括 從前的刑法，多以法律固定刑期，使法官不得高下其手，現代的刑法，則寬定刑期，擴大法官自由裁量的範圍，俾能適應變化無窮的社會狀態。又從前的刑罰，對於犯罪的規定，極為複雜，往往同一性質的犯罪，因所用方法的不同，而分為數條規定，如我國舊律，分殺人為謀殺、故殺、鬥毆殺等等，而分別定刑；即其適例。現代主觀主義的刑法，則對於犯罪的規定，極為簡括，俾法官在裁判的時候，可以犯人的主觀意思如何，而斟酌判定刑罰。刑法的新趨勢，略如上述，此外，如前節所述的刑罰的酌科，假釋，緩刑，乃至保安處分等制度，亦是主觀主義的結果，可以認為刑法新趨勢的一部分。

第四章 民法

第一節 民法之概念

(甲)民法之意義及其內容

民法有形式和實質兩種意義，形式意義的民法，指民法法典而言，實質意義的民法，則指規律私人

互間日常生活關係的法律而言，由這一個定義觀察，我們對於民法，可以得到下列兩種認識。第一、民法是規律私人相互間關係的法律，而非規律國家和人民間關係的法律，所以民法是私法而不是公法。第二、民法是規律私人日常生活關係的法律，而所謂私人日常生活關係，不外財產關係和身分關係二種，所以在學理上，又可分為財產法和身分法兩大部分，前者規定私人相互間財產上的關係，如買賣、租賃等債權關係，及所有權，使用物權，擔保物權等物權關係是，後者規定私人相互間的身分關係，如婚姻關係，親子關係，繼承關係是。身分關係自身，具有道德的價值，法律對他只有附屬的作用，不過籍以維持善良的風俗而已，然如買賣等財產上關係，則完全在法律支配之下，如從買賣中除去法律的要素，即不成其為買賣，所以法律對他具有主要的作用，蓋欲籍以維護正義，實現公平的理想，由此看來，身分法和財產法本質上是不同的。

此外，關於民法的定義，還有幾點可以注意的。第一，民法是通用於全國一般民衆的普通法，而非僅適用於某地某人或某物的特別法，第二、民法是規定國內一般人民關係的國內法，而非規定國與國間關係的國際法。第三、民法是規定權利義務實體的實體法，而非僅規定施行手續的程序法。第四、民法上任憑當事人隨意取捨的任意規定固多，但亦不乏當事人必須遵守的強行規定，所以民法既非強行法，亦非任意法，而是以任意法而略兼強行法。

民法可大別爲財產法和身分法二類，略如上述，但這只是學理上的分類，由各國民法典的編制看來，民法的內容，似不外分爲總則、債編、物權、親屬、繼承五部，我國民法即是採用這種分類的，但亦有混實體法和程序法爲一體，分民法爲人事、財產、訴訟三篇，把人事法置於財產法之前的，如法國民法，奧大利民法是，這一種編制法，叫做羅馬式編制法，和我國民法相同的編制法，則叫做德國式編制法。

(乙) 中國民法的內容及其特點

中國從前刑律混合，民法雜廁在刑律之中，未曾區分，迨前清末年，因爲外憂內患的紛至沓來，深感有變法自強的必要，設立修訂法律館，從事於各種法律的修訂，乃於宣統三年完成民律草案五編，以開中國獨立民法典的端緒，北京政府成立後，復將該案詳加改正，而成第二次民律草案，但均未成爲正式法律，迨民國十七年十月，國民政府組織法公布，立法院繼而成立，深感公布正式民法典的必要，急急從事民法工作，遂於民國十八年五月二十三日，公布民法第一編總則，同年十一月廿二日，公布民法第二編債，同年十一月卅日，公布民法第三編物權，同年十二月廿六日，公布民法第四編親屬，并於翌年一月二十四日，公布民法第五編繼承，而完成民法的全部，全文共一千二百二十五條。

立法院制定民法的時候，以三民主義爲最高原則，以世界最新立法例爲模仿對象，所以和從前的民

律草案比較起來，著有許多的特點：

一、因襲外國法的痕跡極深，模仿德國民法規定尤多，這不但於債編物權編爲然，即在特別應注意本國固有習慣的親屬繼承二編，亦不惜捨已學人。這種做法，在立法能夠適應潮流上，固有可取之處，但由法律効用上看來，未免有削足適履之嫌，因爲法律重在實用，欲求法律合於實用，對於本國的風俗民情，殊不能不加以注意，否則法律和實際社會分離，不但無裨實用，反而引起無益的訟爭，殊失國家制法的本意。

二、善於吸收世界最新的立法潮流，對於社會福利和個人利益兩方面能夠兼籌并顧，既不純憑理論，失之太過，又不故步自封，流於不及。如後述的禁止權利的濫用，男女平等的觀念，重利盤剝的嚴禁，受僱人的保護，租金的減免，所有權行使的限制等，均爲民法規定進步的地方。

三、採用民商合一主義。在大陸法系的國家，如德法日本諸國，多採民商分立主義，在民法以外另外設有商法，爲規律商事關係的法律，考其所以分別制法的原因，不外基於沿革上的理由，即認商人爲特別階級，應受特別法的管轄和保護，在全民平等的現在，這種理由，固然不能成立，而且使適用易於混淆，阻礙交易的安全和敏活，流弊殊多，所以我國民法採用民商合一主義，把從前商人通例中的各種規定，概列入債編之中，對於不便包括於民法典中事項，則另頒公司法、票據法、海商法、保險法等

單行法規，作為民事特別法。這一點，也是我國民法規定進步的地方。

第二節 民法總則編

民法總則，是關於各種私權，及私法上法律關係的共通規定，其中又分七章，第一章「法例」，規定法律，習慣及法理的適用次序，法律行為的方式，以及文件上的數量號碼，和文字所載有出入時，取捨的標準。第二章「人」規定自然人的權利能力，住所，禁治產及失蹤，與法人之種類、設立、管理、及清算等。第三章「物」，規定動產，不動產，主物、從物、原物、孳息等的意義，及其相互關係，第四章「法律行為」，規定法律行為的共通法則，自然人的行為能力，意思表示，附條件及期限的法律行為，使人代理的法律行為，無効及得撤銷的法律行為，第五章「期日及期間」，規定法律關係時間計算的標準，第六章「消滅時効」規定由一定狀態的延續，而喪失權利的情形，第七章「權利之行使」，規定行使權利的準則。

以上是我國民法總則編規定的大概，即屬法律上的分類，由學理上看來，民法總則編的規定，可以概分為四類：第一為各種私權及私法上法律關係的基本規定（法例），第二為私權主體的規定（人），第三為私權客體的規定（物），第四為私權得喪變更的規定（包括法律行為，期日及期間，消滅時効，權利之

行使等章），除關於第一類規定，前面已有說明，沒有申述的必要外（參看本書第一編第二章），茲就其他各類規定，分款析述於左：

第一款 私權之主體

在法律上，得以享有私權的資格，叫做權利能力，具有權利能力的人，叫做權利主體，權利主體有二，一爲自然人，一爲法人。

（甲）自然人 自然人，是具備人類的形態，而爲權利義務主體的人，他的權利能力，原則上「始於出生，終於死亡」（民法第六條），但有兩種例外：1「胎兒以將來非死產者爲限，關於其個人利益之保護，視爲既已出生」（第七條），2「失蹤人失蹤滿十年後，法院得因利害關係人之聲請，爲死亡之宣告。失蹤人爲七十歲以上者，得於失蹤滿五年後，爲死亡之宣告，失蹤人爲遭遇特別災難者，得於失蹤滿三年後爲死亡之宣告」，「受死亡宣告者，以判決內所確定死亡之時，推定其爲死亡」（第八條，第九條一項）。

享有權利爲一事，行使權利爲一事，在人權思想極盛的現代，固然個個自然人都有「權利能力」，但因個個自然人未必都有判別是非利害的能力，即未必都有「行爲能力」，所以民法在「權利能力」以外，又有關於行使權利，負擔義務能力之「行爲能力」的規定，其規定如次：

一、有行為能力人 即在法律上能為完全法律行為之人，亦即能單獨取得權利負擔義務之人，屬於此類者，為滿二十歲的成年人，與已結婚的未成年人二種（第十二條及第十三條二項）。

二、無行為能力人 即絕對無法律行為能力之人，亦即其行為在法律上完全不生效力之人，屬於此類者，為未滿七歲的未成年人，及因心神喪失或精神耗弱，不能處理自己事務，經法院宣告禁治產的「禁治產人」（第十三條一項、第十四條、第十五條）。

三、限制行為能力人 即其法律行為，并非絕對無效，亦非絕對有效，原則上須經法定代理人允許，始為有效的人（第七七條參照），屬於此類者，為滿七歲以上的未成年人（第十三條二項）。

民法上關於權利能力與行為能力的規定，略如上述，這種享受私權與行使私權的能力，是構成人格的要素，故如權利能力與行為能力可以拋棄，不獨使個人的人格有虧，亦且違礙社會的公益，所以民法第十六條，有「權利能力及行為能力，不得拋棄」，第十七條，有「自由不得拋棄，自由之限制，以不背於公共秩序或善良風俗者為限」的規定，此外，對於人格權與姓名權的遭受侵害，并特設有保護的規定（第十八條第十九條）。

住所為人類生活的根據地，亦即生活關係的中心點，在法律上發生種種關係，所以民法對於住所特設規定，即以久住之意思，住於一定之地域者，即為設定其住所於該地，一人同時不得有二住所（

第二十條），「無行爲能力人及限制行爲能力人，以其法定代理人之住所爲住所」（第二一條），倘「其人住所無可考，或在中國無住所者，則以其居所爲住所」（第二二條），倘「因特定行爲選定居所者，關於其行爲，視爲住所」，（第二三條）至若「以廢止之意思，離去其住所者，卽爲廢止其住所」（第二四條）。

（乙）法人 法人，是非自然人而得爲權利義務主體的人，可分爲公法人與私法人二大類，公法人，是爲國家自身，及爲國家公務而存在的法人，如地方自治團體是，私法人，是爲私的事務而存在的法人，又分爲社團法人與財團法人二種，社團法人，是以人的集合爲基礎的法人，其中有以公益爲目的者，如工會是，有以營利爲目的者，如公司是，財團法人，則係以財產爲基礎的法人。

法人非依民法或其他法律規定，不得成立（第二五條），法人的成立，須先向主管官署登記，并須得其許可（第三十條，第四十六條，第五十九條），設立社團者，應訂立章程，記載法定事項（第四十七條），設立財團者，原則上亦應訂立捐助章程，記載法定事項（第六十條） 社團法人與財團法人成立後，在法令限制的範圍內，有享受權利，負擔義務的能力，但專屬於自然人的權利義務，不在此限」（第二十六條），所謂專屬於自然人的權利，如親權夫權是，所謂專屬於自然人的義務，如夫妻相互間的同居義務是（參看本章第六節）。

法人因成立而取得法律上的人格，因解散而消滅法律上的人格，法人因主管官署的撤銷許可，聲請宣告破產，其目的或行爲，違反公共秩序善良風俗，及無從依照章程進行事務等原因，而宣告解散（民法第三十四條至第三十六條，第五十八條）。

法人不像自然人那樣，有四肢五官，故要以自然人爲其機關，代表法人執行事務，代表法人執行一切事務，并對外代表法人的機關，稱爲董事，但社團法人在董事以外，又有社員總會，爲其最高的決定意思機關。

第二款 私權之客體

私權的客體爲「物」，所謂「物」，是非人體的構成部分，而占有空間，并得充足人類需要的「有體物」，故如人體的構成部分，不能滿足人類需要之物，不占有空間的色、臭、以及電氣等無體物，均非民法上之物。物之種類甚繁，依民法則總規定，物分爲下列三類：

一、不動產與動產 民法上所謂不動產，指土地及其定著物而言，不動產所出產之物，尙未與不動產分離者，如禾砍的樹木，未掘的鑽石等，亦爲該不動產的一部分（第六六條），不動產以外之物，均爲動產（第六七條）。

二、主物與從物

主物爲從物所附隸之物，「非主物之成分，常助主物之效用，而同屬於一人者

，爲從物』，例如船舶爲主物，其篷帆則爲從物，時計爲主物，時計之指時針，則爲從物是。『主物之處分，及於從物』（第六八條）。

三、原物及孳息 原物，是產出孳息之物，孳息是由原物產生的收益，例如鷄鴨爲原物，鷄卵鴨卵則爲由原物而出產的收益。孳息又分爲天然孳息與法定孳息二種，天然孳息，是果實動物的出產物，及其他依物的用法，所收穫的出產物，法定孳息，是利息租金及其他因法律關係所得之收益（第六十九條），有收取天然孳息權利之人，在其權利存續期間內，取得與原物分離的孳息，有收取法定孳息權利之人，則按其權利存續期間的日數，取得其孳息（第七十條）。

第三款 私權之得喪變更

第一項 法律行爲

（甲）法律行爲的意義及其種類

使私權發生得喪變更的結果者，爲人的行爲與行爲以外的事實，人的行爲以法律行爲爲最重要，行爲以外的事實，以時間的經過爲最重要，現在先就法律行爲來說。所謂法律行爲，是以發生法律上效果爲目的的意思表示，可分爲下列數種。

一、單獨行爲，契約，與合同行爲

單獨行爲，是由當事人的一方意思表示而成立的行爲，如遺

囑是，契約，是由二以上的當事人，所為意義不同，內容互相適應的意思表示，而成立的法律行為，如買賣是，合同行為，是由二以上當事人，所為之同一內容，同一意義的意思表示，而成立的法律行為，如社團法人的設立是。

二、生前行為與死後行為 死後行為，是因行為人的死亡，而發生效力的行為，生前行為，則為死後行為以外的一切法律行為，前者如遺囑是，後者如租賃是。

三、要式行為與不要式行為 要式行為，是必須遵從一定方式，而始生效的行為，不要式行為，則係無須遵從一定方式，而可生效的行為，前者如婚姻是，後者如普通買賣是。

四、要因行為與無因行為 要因行為，是以原因為法律行為要件的行為，無因行為，則係不以其為要件的行為。前者如買賣是，後者如繼承是。

五、有償行為與無償行為 有償行為，是當事人雙方均受利益的行為，無償行為，是只有當事人一方受利益的行為，前者如買賣是，後者如贈與是。

六、主行為與從行為 法律行為的成立，以他種法律行為或法律關係的存在為前提者，稱為從行

其可以獨立成立者，稱為主行為，如夫妻財產契約，以婚姻的存在為前提，故前者為從行為，後者

為。

(乙) 法律行爲的成立要件

欲使法律行爲有效成立，必須具備三個根本條件：

第一、必須行爲人具有行爲能力，所以無行爲能力人由，法定代理人代爲意思表示并代受意思表示（第七六條），限制行爲能力人的行爲，原則上亦須得到法定代理人的允許，始生效力（第七七條至八五條）。

第二、法律行爲的內容必須合法。所以法律行爲，違反強制規定或禁止規定者，有背於公共秩序或善良風俗者，不依法定方式者，均屬無效（第七十一條至第七十三條），又「法律行爲，係乘他人之急迫，輕率或無經驗，使其爲財產上之給付，或爲給付之約定，依當時情形，顯失公平者，法院得因利害關係人之聲請，撤銷其法律行爲，或減輕其給付」（第七十四條一項）。

第三、法律行爲須基於意思表示爲之，把要發生法律上效力的意思（效果意思），表示於外部（表示行爲），叫做意思表示，其構成要件有三：（一）要有要發生法律上效力的意思，所以精神病人無意識的動作，不是這裏所說的意思表示。（二）要把他的意思表現於外部，所以人們心中所含蓄的意思，亦不是這裏所說的意思表示，（三）法律行爲的意思和表示的意思，要完全一致，故意思和表示不一致的意思表示，并非真正的意思表示，以不發生法律上效力爲原則。

意思和表示不一致的行爲，有由於表意人的故意者，有非由於表意人的故意者，前者叫做故意的不

一致，後者叫做非故意的不一致。故意的不一致，又分二種，1. 爲心裏保留。即表意人無欲爲其意思表示所拘束的意思，而爲的意思表示，例如甲欲將某物出售於乙，因礙於情面，妄以贈與爲詞是，這種表示，除其情形爲相對人所明知者外，仍屬有效（第八十六條），2. 虛僞之意思表示。即表意人和相對人通謀，而爲之假意的表示，如甲因欲避免債權人的押迫，與乙通謀，假裝以自己房屋出售於乙是，這種意思表示，在法律上無效，但不得以其無效，對抗善意第三人（第八十七條）。

非故意的不一致，亦分爲二種1. 爲錯誤，即表意人不自知其與真意不符，而爲的意思表示，或因傳達人或傳達機關，傳達不實而致的錯誤，這種表示，原則上可以撤銷。（第八十八條至第九十一條）。2. 爲被詐欺或被脅迫的意思表示，即非出於表意人自由意思的意思表示，這種表示，原則上亦可以撤銷（第九十二條第九十三條）。

（丙）法律行爲的附款

以上所述，爲單純的法律行爲，此外尚有附款的法律行爲。所謂附款，是對於一定的法律行爲，以限制變更其通常應有的效力爲目的，而爲的意思表示，可分爲條件和期限二種：

一、條件 條件，是當事人使一定法律行爲效力的發生或消滅，繫於某種不確定的未來事實的情形，又分爲停止條件與解除條件二種，停止條件，是使法律行爲於條件成就時，發生效力的一條件「例

如甲與乙約定，當乙與丙結婚後，每月給以津貼百元是，解除條件，是使法律行為於條件成就時，失其效力的「條件」，例如丙與丁約定，每月贈以生活費五十元，俟丁尋得職業後，即停止其津貼是（第九條至第一百零一條）。

二、期限 期限，是當事人使法律行為效力的發生或消滅，繫於確定的未來事實之屆至的情形。又分爲始期與終期二種，附始期的法律行為，是於期限屆至時發生效力的行為，附終期的法律行為，是於期限屆滿時失其效力的行為，前者如甲借乙債百元，約定明年六月一日歸還是，後者如甲以戒指向乙抵借百元，約定明年六月底如不贖回，聽乙將衣服變賣是（第一百零二條）。

（丁）代理

法律行為的成立，固以意思表示爲其主要條件，但意思表示，不必本人自爲，即由他人代爲亦可，且如無行為能力人等，亦有由他人代爲代受意思表示的必要，所以現代各國法律，都承認代理制度的存在。所謂代理，是代理人在代理權限內，以本人名義，對他人爲意思表示，或接受他人的意思表示，而其效果直接及於本人的情形，如甲以乙之名義，向丙爲意思表示，而該項意思表示的效果，直接對乙發生。代理又分爲法定代理與意定代理二種，法定代理，是法律所規定的代理，意定代理，是本人所委任的代理。前者如未成年人的監護人是，後者如甲託乙代向丙訂立契約是。關於代理之效力，雙方代理

，代理權之限制及撤回，無權代理等，詳見民法第一百零三條至第一百十條，茲不贅述。

（戊）無效及撤銷

法律行爲的成立，必須具備一定的要件，有如上述，其不具備法定要件的行爲，叫做不完全的法律行爲，亦即該行爲的效力，在法律上完全不發生，或不完全發生的行爲。其中完全不發生效力的行爲，叫做無效行爲，如有背於公共秩序或善良風俗的行爲是。不完全發生效力的行爲，叫做得撤銷的行爲，如意思表示有錯誤的行爲是。前者因缺乏法律行爲根本要件，故自始不能成立，後者則因其內容有瑕疵，特許當事人於一定期間內，將其撤銷，如經有撤銷權人的承認，其行爲即發生法律上的效力。（參看第一百十一條至第一百十八條）

第二項 期日及期間

時間在人類法律生活中，非常重要，時間的計算方法，往往足以影響各人的權利義務，故各國法律概有關於時間計算方法的規定，其中又分爲期日與期間二種，期日是不得區分的特定日，如云三十年十月十日是，期間是由期日集合而成的時期，如云自二七年八月十三日起，至二十九年七月七日止是，茲述我民法關於期日及期間的重要規定於次，以見一斑。（參看第一百十九條至一百二十四條）

1. 以時定期間者，即時起算，惟以日、星期、或年定期間者，其始日不算入。

2. 以日、星期，或年定期間者，以期間末日之終止，爲期間之終止。

3. 稱月或年者，依曆計算；月或年非連續計算者，每月爲三十日，每年爲三百六十五日。

4. 年齡自出生之日起算，出生之日無從確定時，推定其爲七月一日出生，知其出生之日，而不知其出生之日者，推定其爲該月十五日出生。

第三項 消滅時效

時效，是因在一定期間內，永續行使其權利，或永續不行使其權利，而發生權利得喪的法律事實，其因一定期間，永續行使其權利，而取得權利的時效，叫做取得時效，反之，其因一定期間，永續不行使其權利，而喪失權利的時效，叫做消滅時效，例如甲占有乙物，經過一定期間，乙因不行使其權利而喪失所有權，甲因行使權利而取得所有權，就甲方面觀察，爲取得時效，就乙方面觀察，則爲消滅時效。

考法律設立時効制度的理由，良以一定的事實狀態，既經連續至相當期間之後，社會上往往已本於這種事實，發生若干正當的法律關係，故國家不可不予以確認，以維持交易的安全，與經濟的發展。惟消滅時效的期間，因請求權的標的不同，通常爲十五年（第一二五條），亦有定爲五年（第一二六條）或二年的（第一二七條）。

時效完竣後，債務人所負債務，并非根本已不存在，不過債務人得拒絕給付而已，故如債務人不知消滅時效的完成，仍為給付時，不得以不知時效為理由，請求返還（第一四六條）。但由另一方面說來，時效制度關係社會公益，為強行規定，所以民法又定明當事人不為以法律行為，加長或減短時效期間，并不得預先拋棄時效的利益（第一四七條）。

時效進行中，得因一定事由的發生，而停止或中斷。（一）時效的停止，是在時效完成期近，因一定事由的發生，在一定期間內暫止其時效的進行；（二）時效的中斷，則係在時效進行中，因一定事由的發生，將已經過的時效消滅，迨該事由中斷後，始重新起算時效，如因債權人的請求，債務人的承認，或債權人的起訴，而致時效中斷者皆是。

第四項 權利之行使

權利固應保護，但亦不得濫用，在近代法律之下，權利的行使，并非絕對自由，而有一定的準則，依我民法規定『權利之行使，不得以損害他人為主要目的』，（第一四八條）對於現時不法之侵害，為防害自己或他人的權利起見，固得為正當防衛行為，但如『已逾越必要程度，則應負損害賠償責任』（第一四九條），『因避免自己或他人生命、身體、自由或財產上急迫之危險，所為之行為』，固不負損害賠償之責，但如超過避免危險的必要，或逾越危險所能致之損害程度者（如因避免財產上的危險而

我害他人生命），仍應負損害賠償之責（第一五一條）。又爲保護自己權利起見，在一定條件之下，固得對他人的自由或財產，加以拘束，但應即時向官署聲請援助，倘其聲請被駁回，或聲請遲延時，行爲人仍應負損害賠償之責（第一五二條）。

第三節 民法債編通則

民法債編，是規定債權債務關係的法律，其中又分爲通則與各種之債兩部分，各種之債部分，學理上稱爲「債編分則」，規定各種債權債務的法律關係，通則部分，則爲關於各種債務關係之一般規定，其中又分爲六節，第一節爲債之發生，規定債權債務關係發生的原因，第二節爲債之標的，規定債權債務關係的標的，第三節爲債之效力，規定債權債務關係在法律上的效力，第四節爲多數債務人及債權人，規定多數當事人之債，第五節爲債之移轉，規定債權的讓與債務的承擔，第六節爲債之消滅，規定債權債務關係的消滅原因，茲爲分別說明於後。

在說明債編通則的規定以前，有先就債的意義，加以說明的必要。所謂債，是特定人相互間請求爲特定行爲的法律關係，特定人的一方，享有請求爲特定行爲的權利（即債權），故爲債權人；反之，特定人的另一方，負有應其請求而爲履行的義務（即債務），故爲債務人，合債權人與債務人兩方面的關

係，稱爲債權債務關係，亦稱債權關係或債務關係，簡稱爲債。

第一款 債之發生

所謂債的發生，指債權債務關係，客觀的從新發生而言，故如後述的債權讓與或債務承擔，均爲債的移轉，而非債的發生。依民法規定，債的發生原因有五。

一、契約 大多數的債權債務關係，係由於契約而發生，如買賣租賃等皆是，如上所述，所謂契約是由二以上的當事人，所爲意義不同，內容互相適應的意思表示，而成立的法律行爲，以二以上的意思表示爲要素，而這兩個意思表示，是先後發生的，其發生在前的，叫做「要約」，發生在後的，叫做「承諾」，要約與承諾一致時，契約即爲成立。例如甲欲將錶售乙，索取五十元的代價，乙允諾之，此時甲的意思表示爲要約，乙的意思表示爲承諾，甲乙間的契約，即告成立。（參看第一百五十三條至一百六十六條）

契約的種類甚多，其分類，與前述法律行爲的分類，大致相仿，其中特有提出的必要者，爲下列三種：（1）雙務契約與片務契約 前者爲當事人雙方皆負義務的契約，後者則僅當事人一方担负義務。

（2）而成契約與要物契約 前者係因當事人雙方的意思合致，而成立的契約，後者則在意思合致以外，更須交付目的物，始能成立的契約。（3）有名契約與無名契約 前者是在法典上有特別名稱的契約

，後者則係其名稱不見於法典上的契約。

二、代理權的授與 代理權的授與，是本人對於他人授與以代理權的行為，既經授與以後，其債權關係，即因而發生，故亦爲債的發生原因之一（參看第一六七條至一七一條）。

三、無因管理 無因管理，是「未受委任，并無義務，而爲他人管理事務」的行為，其管理他人事務者，稱爲「管理人」，其事務受人管理者，稱爲「本人」，「管理人違反本人明示，或可得推知之意思，而爲事務管理者，對於因其管理所生之損害，雖無過失，亦應負賠償之責」，反之，「管理事務利於本人，并不違反本人明示或可得推知之意思者，管理人爲本人支出必要或有益之費用……得請求本人償還其費用……」，故無因管理，亦爲債的發生原因之一（參看第一七二條至第一七八條）。

四、不當得利 不當得利，是「無法律上原因而受利益，致他人蒙受損害」的情形，其原有法律上的原因，而其後不存在者，亦爲不當得利，不當得利的受領人，原則上須返還其利益，如有損害，并應賠償，僅在某種特殊情形之下，得免除其返還的責任，故亦爲債的發生原因（參看第一七九條至第一八三條）。

五、侵權行爲 因故意或過失不法侵害他人的權利，或故意加損害於他人者，爲侵權行爲，加害人應負損害賠償的責任，故亦爲債的發生原因。如加害人爲無行爲能力人，則應視其行爲時有識別力與

否而決，無識別能力者，法定代理人應完全負責損害賠償之責，否則亦應與行爲人連帶負責賠償，但如法定代理人對於監督，並不疏懈，或縱加以相當監督，仍不免發生損害時，則不負賠償責任。又受僱人因執行職務，不法侵害他人權利時，僱用人除於選任受僱人及監督其職務的進行，已盡相當的注意，或縱加以相當注意，而仍不免發生損害者外，僱用人應與受僱人連帶負擔賠償責任，但僱用人賠償損害時，對於受僱人具有求償權（民法第一八四條至第一九八條）。

第二款 債之標的

債之標的，是構成債權內容的債務人行爲，在學理上稱爲「給付」。債權人根據債的關係，可以向債務人請求給付，其給付不以有財產價格者爲限，亦不以作爲爲限，不作爲亦得爲給付（第一九九條）。

給付物僅以種類指示的「種類之債」，依照法律行爲的性質，或當事人的意思，不能夠定其品質時，債務人應給以中等品質之物，債權人亦不得發生異議（第二百零一條一項）。其以特種貨幣的給付，爲債底標的者，如其貨幣到給付期間，已失却通用力，則應給以他種通用貨幣，不得仍以已失却通用效力的貨幣給付（第二百零一條），以外國通用貨幣，定給付數額者，除契約另有訂定外，得按給付時給付地的市價，以中華民國通用的貨幣給付（第二百零二條），應付利息的「利息之債」，其利率未經約定，亦無法律可據者，週年利率率爲百分之五（第二〇三條），如有約定，則以其約定爲準，但約定利率逾週年百分之十二

者，經一年後，債務人得隨時清償原本，但須於一個月前預告債權人（第二〇四條）其超過週年百分之二十者，債權人對於超過部分的利息，無請求權（第二〇五條）又債權人除民法所限定的利息外，不得以折扣或其他方法巧取利益（第二百零六條），利息亦不得滾入原本，再生利息（第二百零七條）。

以上爲民法關於債之標的重要規定，此外民法對於『在數宗給付中，選定一宗給付爲標的』的選擇之債，及『以賠償他人損害爲標的』的損害賠償之債，亦均設有規定，茲不贅述（第二百零八條至第二百零九條）。

第三款 債之效力

債之效力，是基於債的關係所生的法律上效力，可概分爲對內效力與對外效力二種，對內效力，是在雙方當事人間所生的效力，對外效力，是對於當事人以外第三人所生的效力。

就債之對內效力言，爲債務人對於債權人的給付，故如債務人不爲給付或不爲完全的給付者，債權人得聲請法院強制執行，并得請求損害賠償（第二二七條），但因不能歸責於債務人的事由，致給付不能者，債務人得免除其給付義務（第二二五條），反之，其因可歸責於債務人的事由，致給付不能者，債權人仍得請求損害賠償（第二二六條）。

債務人給付遲延時，亦應負相當責任，即給付有確定期限者，債務人自給付屆滿時起，負遲延責任

，給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付者，自受催告時起，負遲延責任（第二二九條），債務人遲延者，債權人得請求賠償因遲延而生的損害（第二三一條一項），遲延後的結付，如對債權人并無利益，債權人得拒絕其給付，并得請求賠償因不履行而生的損害（第二三二條），其以支付金錢為標的的給付，債權人并得請求依法定利率計算的遲延利息，但約定利率務高者，仍從其約定利率（第二三三條）。

以上給付遲延的情形，如由於不可歸責於債務人的事由時，則債務人不負遲延責任（第二三零條）。

如債務人在得為給付的時候，依債務本旨提出給付，而債權人拒絕受領或不能受領者，自提出時起，債權人亦應負遲延責任（第二三四條，第二三五條），在這種「受領遲延」的時候，債務人除得就其因提出及保留給付物的必要費用，請求賠償外（第二四〇條），其應支付利息者，并得因而停止支付（第二三八條）有支付不動產義務的債務人，於債權人遲延後，得拋棄其占有，但除不能通知的情形外，應於拋棄其占有前，通知債權人（第二四一條）。

就債之對外效力言，為債權人的代位權與撤銷權的行使，所謂代位權，即在債務人怠於行使非專屬於其一生的權利時，債權人為保全起見，得以自己的名義，行使其權利（第二四二條），所謂撤銷權，又

分爲兩種情形，即1債務人所爲的無償行爲，有害於債權人者，債權人得聲請法院撤銷之，2債務人所爲的有償行爲，如於行爲時明知有損害於債權人的權利，而該行爲的受益人，亦明知其情形者，債權人亦得聲請法院撤銷之（第二四四條）。

民法關於債的效力規定，略如上述，此外，民法復因契約爲發生債權債務關係的主要原因，故對於契約底標的，違約金，定金，契約的解除與終止，雙務契約的效力，以及關於第三人的契約等，均設有規定，茲以篇幅所限，故不備述。（參看第二四六條至第二七〇條）

第四款 多數債務人及債權人

尋常債權債務關係，多發生於單一債權人與單一債務人之間，但亦有有數個債務人，有數個債權人，或債務人債權人均爲二個以上者，這種情形，稱爲多數債務人及債權人，亦稱多數當事人之債，按民法規定，多數當事人之債，又分爲下列三種：

一、可分之債 亦稱速合之債，即數人負同一債務，或有同一債權，而其給付可分的債權債務關係。這種債，除法律另有規定或契約另有訂定外，應平均分担或享受之（第二七一條）。

二、連帶之債 這又分爲連帶債務與連帶債權二種：連帶債務，是數個債務人，對於債權人，各負爲全部給付責任的債務，（第二七二條）其效力如下：

1. 連帶債務的債權人，得對於債務人中的一人、數人、或其全體，同時或先後請求全部或一部的給付；連帶債務未全部履行前，全體債務人仍負連帶責任（第二七三條）。

2. 連帶債務人相互間，除法律另有規定或契約另有訂定外，應平均分担義務，但因其中某一債務人，應單獨負責事由所致的損害，及支付的費用，由該債務人負擔（第二八〇條）。

3. 連帶債務人中的一人，不能償還其分担額者，其不能償還的部分，由該求債權人與其他債務人，按照比例分担（第二八二條）。

4. 連帶債務人中的一人，因清償或其他行爲，致其他債務人同免責任者，得向其他債務人請求償還其各自分担的部分，與自免責時起的利息（第二八一條）。

至於連帶債權，則爲數人依法律或法律行爲，具有同一內容，而各得向債務人請求全部給付的債權，其效力在於（1）連帶債權的債務人，得向債權人中的一人，爲全部的給付，（2）連帶債權人相互間，除法律另有規定，或契約另有訂定外，應平均分受其利益（第二八三條，二八四條，二九一條）。

三、不可分之債 即數人負有同一債務，或享有同一債權，而其給付不可分的債權債務關係，這種債，原則上適用關於連帶債務或連帶債權的規定。（第二九二條，二九三條）

第五款 債之移轉

債之關係，雖爲特定人間的關係，但債的主體，沒有永久不變的必要，所以民法有債之移轉的規定，所謂債之移轉，是債權債務關係繼續存在，而僅變更其主體的情形，又分爲債權的讓與和債務的承擔二種，分述於次。

一、債權的讓與 除1. 依債權的性質不得讓與，2. 依當事人的特約不得讓與，3. 禁止扣押的債權外，債權人得將債權讓與於第三人（第二九四條），讓與債權時，讓與人應將證明債權的文件，交付受讓人，並應告知關於主張該債權所必要的一切情形（第二九六條），且非經讓與人或受讓人通知債務人，對於債務人不生效力（第二九七條）。

二、債務的承擔 第三人和債權人訂立契約，承擔債務人的債務者，其債務於契約成立時，移轉於第三人（第三百條），第三人與債務人訂立契約，承擔其債務者，則非經債權人承認，對於債權人不生效力（第三〇一條），但就他人的財產或營業，概括承受其資產，及負債者，因對於債權人爲承受的通知或公告，而生承擔債務的效力（第三〇五條）。

第六款 債之消滅

債之消滅，是債權債務關係，客觀上失其存在的情形，債之消滅的原因甚多，如前節所述的法律行為的撤銷，解除條件的成就，消滅時效的完成等皆是，債編所規定的債之消滅原因，則有下列五種：

一、清償 清償，是實現債權內容的行為，債務的清償，須依債務本旨，向債權人或其他有受領債權人爲清償，經其受領後，始消滅債權債務關係（第三〇九條），向第三人爲清償者，則以下列三種情形爲限，發生清償的效力：1. 經債權人承認，或受領人於受領後取得該債權，2. 受領人係債權人之準占有人，而債務人不知其非債權人者，除上述二種情形外，如債權人因而取得利益，則於所受利益的限度內亦有清償的效力（第三一〇條）。清償的時期，除法律另有規定，契約另有訂定，或不能依債的性質，及其他情形決定外，債權人得隨時請求清償，債務人亦得隨時爲清償（第三一五條），至於清償的地點，則除法律另有規定，契約另有訂定，或另有習慣，或不能依債的性質及其他情形決定者外，依照下列的規定：1. 以給付特定物爲標的者，於訂約時其物所在地爲之，2. 其他之債，於債權人之住所爲之（第三一四條）。

二、提存 提存是在債權人受領遲延，或不能確知債權人爲誰，無法實行給付時，清償人將給付物提存於提存所，或其他法院指定處所的行爲（第三二六條，第三二七條）。提存人實行提存，並通知債權人後，即發生消滅債權債務關係的效力，故對於提存後給付物所生的危險，不負責任，並無須支付利息，或賠償其孳息未收取的損害（第三二八條）。

三、抵銷 抵銷，是二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期時，各得以其債務，與他

方債務抵銷的情形（第三三四條）。故抵銷的要件有四：1. 須爲同種類的給付，2. 須同時屆滿清償期，3. 須二人互負債務，4. 須以意思表示爲之，具備上列四要件時，即發生消滅債務的效力，但禁止扣押之債，因故意侵權行爲而負擔之債，及約定應向第三人給付之債等，均不許主張抵銷（第三三八條至三四一條）。

四、免除 免除是債權人向債務人表示免除其債務的意思，從而消滅其債之關係的情形（第三四三條）。

五、混同 混同，是債權和債務同歸一人，因而消滅債之關係的情形，但其債權爲他人權利底標的，或法律另有規定者，不在此限（第三四四條）。

第四節 民法債編分則

民法債編分則，規定各種債權債務的法律關係，民法典上稱爲「各種之債」，茲分別析述大要於次：

一、買賣 買賣，是當事人約定，一方移轉財產權於他方，他方因而支付價金的契約，前一當事人，稱爲「出賣人」，後一當事人，稱爲「買受人」，出賣人與買受人，就標的物與價金互相同意時，

買賣契約即爲成立，買賣契約成立以後，出賣人負有下列三種義務：1. 將所賣之物交付於買受人，或使買受人取得其所賣之物的權利，2. 担保無第三人主張該物的權利，3. 担保該物并無瑕疵，買受人則負有交付約定價金，和受領買得物的義務（第二四五條至第二九七條）。

二、互易 互易，是當事人雙方約定，互相移轉金錢以外財產權的契約，亦即物物交換的契約。

牠與買賣的區別，只在買賣以金錢爲媒介，互易則不以金錢爲媒介，所以民法規定互易準用買賣的規定。（第二九八條，二九九條）。

三、交互計算 交互計算，是當事人約定，以其相互間交易所生的債權債務關係，爲定期計算，互相抵銷，而僅支付其差額的契約，亦即平時貨物與金錢互相往來，在年終或三節始行結算的契約。（第四百條至四百零五條）。

四、贈與 贈與，是當事人的一方，以自己的財產，無償的給與他方之意思表示。贈與經他方允受者，即生效力，但以非經登記，即不得移轉的財產爲贈與者，在未爲移轉登記前，其贈與不生效力。贈與物未交付前，贈與人得撤銷其贈與，其一部已交付者，得就其未交付的部分撤銷，但立有字據的贈與，或爲履行道德上義務的贈與，不在此限。

此外，民法對於贈與的撤銷，尚有下列數條比較重要的規定：（1）贈與附有負擔者，如贈與人已爲

給付，而受贈人不履行其負擔時，贈與人得請求受贈人履行其負擔，或撤銷贈與（2）受贈人對於贈與人或其最近親屬，有故意侵害的行為，刑法上有處罰的明文者，或對於贈與人有扶養義務而不履行者，贈與人得撤銷其贈與。（3）受贈人因故意不法的行為，致贈與人死亡，或妨礙其撤銷贈與者，贈與人的繼承人，得撤銷其贈與。（4）贈與人在約定贈與後，其經濟狀況顯有變更，如因贈與致其生計有重大影響，或妨礙其扶養義務的履行時，得拒絕贈與的履行（第四百零六條至第四百二零條）。

五、租賃 租賃，是當事人約定，一方以物租於他方使用收益，他方支付租金的契約。租賃契約成立後，出租人負有下列四種主要義務：1. 應以合於所約定使用收益的租賃物，交付承租人，並應於租賃關係存續中，保持其合於約定使用收益的狀態，2. 負擔租賃物應納的一切稅捐，3. 擔任租賃物的修繕，4. 償還承租人所支出的必要費用，及增加租賃物價格的有益費用。承租人亦負有1. 應以善良管理人的注意，保管租賃物，2. 按期支付租金，3. 應依約定方法，為租賃物的使用收益，4. 租賃關係終結後，歸還其租賃物等義務（第四百一一條至第四百六三條）。

六、借貸 借貸，分為使用借貸與消費借貸二種，使用借貸，謂當事人約定，一方以物無償貸於他方使用，他方在使用後，返還其物的契約，於借用物交付後，發生效力；消費借貸，謂當事人約定，一方移轉金錢，或其他代替物使用權於他方，而他方以種類、品質、數量相同之物返還的契約，因金錢

或其他代替物的交付，發生效力。使用借貸，以無償貸與為特質，故為絕對的無償契約，而與租賃不同，消費借貸，則得約定利息或其他報償（第四六四條至四八一條）。

七、僱傭 僱傭，是當事人約定，一方於一定或不一定期限內，為他方服勞務，由他方給與報酬的契約。僱傭契約，特別注重人的因素，故僱用人非經受僱人同意，不得將其勞務請求權，讓與第三人；受僱人非經僱用人同意，亦不得使第三人代服務務。至於僱傭關係的消滅期間，則因其定有期限與否而異，僱傭定有期限者，僱傭關係於期限屆滿時消滅，其未定有期限，又不能依勞務之性質，或目的定其期限者，則除有利於受僱人的習慣外，各當事人得隨時終止契約（第四八二條至第四八九條）。

八、承攬 承攬，是當事人約定，一方為他方完成一定的工作，他方俟工作完成後，給付報酬的契約。前者為承攬人，後者為定作人，承攬契約成立後，承攬人負有下列的義務：1. 完成工作不留瑕疵，如有瑕疵，定作人得定相當期限，請求其修補，2. 若修補遲延，經定作人自行修補者，須賠償其所需的費用，3. 在定作人受領前，工作的目的物，因天災及其他不可抗力，而有毀損滅失的危險者，須負擔危險責任。定作人亦負有下列各種義務：1. 工作目的物，已依據契約的本旨完成，除依據事項的性質，無須受領者外，應受領之，2. 定作人因不能歸責於承攬人的事由，而解除契約者，須負損害賠償責任，3. 受領工作時，須給付報酬。4. 須定作人的行為，始能完成其事項者，如怠於實行，須負遲延責任（第

四九〇條至五一四條）。

九、出版 出版，是當事人約定，一方以文藝學術或美術的著作物，爲出版而交付於他方，他方担任印刷及發行的契約，前者稱爲著作人，後者稱爲出版人，出版契約的成立後，出版人除担任著作物的印刷及發行外，并負有下列的義務：1. 對於出版物，不得增減或變更，2. 給與報酬，3. 允許著作人，在不妨害出版人利益的範圍內，修改其出版物，著作人或其他出版權授與人（例如著作人的繼承人），除交付著作物外，并負有下列義務：1. 担保其有出版權，2. 於出版物未售完時，不得爲不利於著作人的處分（第五一五條至五二七條）。

十、委任 委任，是當事人約定，一方委託他方處理事務，而他方允爲處理的契約，分爲處理一切事務的概括委任，和處理特定事務的特別委任二種，受任人受特別委任者，就委任事務的處理，得代委任人爲一切必要的行爲，其受概括委任者，則原則上得爲委任人而爲一切法律行爲。不問何種委任，受任人均負有下列的義務：1. 依照委任人的指示，并與處理自己事務爲同一的注意，而處理委任事務，2. 非有急迫情事，不得變更委任人的指示，3. 原則上應躬親處理事務，4. 將委任事務進行的狀況，報告於委任人，5. 將所收取的金錢等，交付於委任人。委任人亦負有下列義務：1. 非經受任人同意，不得將處理委任事務的請求權，讓與第三人，2. 預付處理委任事務的必要費用，并償還受任人支付的必要費用

，3.其約有報酬者，應交付報酬（第五二八條至五五二條）。

十一、經理人及代辦商

經理人，是為商號管理事務的人，對商號的事務，有為管理上一切必要

行為的權能（但對於不動產的買賣或設定負擔，須另有書面的授權），且就其所任事務，為代表商號的行為或被告，并得為其他一切訴訟行為。代辦商，是非經理人而受商號的委託，在一定處所或一定區域，以該商號名義，辦理其全部或一部事務的人。代辦商，就其所代辦的事務，有為一切必要行為的權限，但除有書面的授權外，不得負擔票據上的義務，為消費貸借，或為訴訟（第五三條至五六四條）。

十二、居間

居間，是當事人約定，一方為他方報告訂約的機會，或為訂約的媒介，他方因而給

付報酬的契約。為居間行為的人，叫做居間人，居間人關於訂約事項，應就其所知報告於各當事人，對於顯無支付能力的人，或知其無訂立該約能力的人，不得為其媒介。因居間人媒介的結果，而成立契約者，居間人固得請求報酬，但如居間人違反其對於委託人的義務，而為利於相對人的行為，或違反誠實信用方法，由相對人收受利益者，不得請求報酬。又因婚約居間而約定報酬者，其約定無効（第五六五條至五七五條）。

十三、行紀

行紀，是以自己的名義，為他人的計算，為動產的買賣或其他商業上的交易，而受

報酬的營業，行紀和居間不同，其為委託人計算所為的交易，對於交易相對人，係自得權利自負義務，

故除契約另有訂定或另有習慣外，行紀人爲委託人的計算所訂立的契約，如其他方相對人不履行義務時，對於委託人，應負直接履行契約的義務。又行紀和前述的委任大體相同，故除有特別規定外，準用前述關於委任的規定（第五七六條至五八八條）。

十四、寄託

寄託，是當事人的一方，以物交付他方保管的契約，負責保管的人叫做受託人，實行寄託人，叫做寄託人。保管人的義務，爲注意保管寄託物，非經寄託人同意，不得使用寄託物，並不得將其交付他人保管。寄託人的義務，則爲償還對方因保管寄託物，而支出的必要費用，賠償對方因寄託物的性質或瑕疵，所受的損害，其寄託定有報酬者，並應支付報酬（第五八九條至六一二條）。

十五、倉庫

堆藏物品的處所，叫做倉庫，因其性質近於寄託，故除有特別規定外，準用關於寄託的規定（第六一三條至六二一條）。

十六、運送營業

運送營業，是運送物品或旅客，而由其取得運費的營業，分爲物品運送和旅客運送二種，在物品運送，運送人對於非因不可抗力，亦非因託運人或受貨人的過失與物的性質，而致的喪失毀損或遲到，應負責任，惟金錢及貴重物品，則以託運人於託運時，報明其性質及價值爲限，始負責任。在旅客運送，運送人對於非因不可抗力或旅客過失，而生之旅客因運送所受的損害，應負責任（第六二二條至六五九條）。

十七、承攬運送 承攬運送，是以自己的名義，為他人的計算，使運送人運送物品，而受報酬的營業，因其性質和行紀相似，故除法律另有規定外，準用前述關於行紀的規定（第六六零條至第六六六條）。

十八、合夥 合夥，是二人以上共同出資，以經營共同事業的契約，各個出資的人，叫做合夥人，出資不以金錢為限，提供勞務或物品者，亦不失為出資。合夥的權利義務，為各合夥人所同有，故除契約另有訂定外合夥事務由全體合夥人共同執行，且負連帶責任，故在合夥財產不足清償合夥債務的時候，各合夥人對於不足的差額，應負連帶清償責任（第六六七條至六九九條）。

十九、隱名合夥 隱名合夥，是當事人約定，一方對他方所經營的事業出資，而分受其營業所生的利益，及分担其所生的損失。他和前述合夥的主要不同，在於合夥是全體合夥人出資營業，隱名合夥，則有一方當事人出資而不出名，故他雖分受合夥事業所生的利益，但他所分担的損失，則僅以出資的範圍為限，如損失超出出資的限度，則不另負責任。其餘關於隱名合夥的法律關係，除有特別規定外，準用關於合夥的規定（第七百條至七零九條）。

二十、指示證券 指示證券，是指示他人，使其將金錢有價證券或其他代替物，給付第三人的證券，發出證券的人，叫做指示人，被指示的人，叫做被指示人，受領給付的第三人，叫做領取人。被指

示人向領取人，承擔所指示的給付時，有依證券的內容，而為給付的義務，如被指示人拒絕承擔或給付，則應通知指示人。又除指示證券載明禁止讓與者外，領取人得將指示證券讓與第三人（第七一零條至七一八條）。

二一、無記名證券

無記名證券，是持有人對於發行人，得請求依其記載的內容，而為給付的證券，亦即證券上無領取人姓名的證券，發行人發出無記名證券後，當持有人持示證券的時候，除明知持有人對該證券並無處分的權利，或受有遺失被盜或滅失的通知者外，應依照記載的內容，實行給付。真正持有人，遇有遺失等情形時，得請求法院，依照公示催告程序，宣告該證券無效（第七一九條至七二八條）。

二二、終身定期金

終身定期金，是當事人約定，一方於自己或他方或第三人生存期內，定期以金錢給付他方或第三人的契約。終身定期金的給付期間，除契約另有訂定外，應按季預先支付，此項權利，不得移轉於他人（第七二九條至七三五條）。

二三、和解

和解，是當事人間互相讓步，以終止其爭執，或防止爭執發生為目的的契約。和解契約的效力，在於使當事人所拋棄的權利消滅，及因而取得所訂明的權利，且不得以單純錯誤為理由，將和解契約撤銷。但因他沒有請求法院強制執行力量，故和訴訟上和解不同（第七三六條至七三八

條)。

二四、保證 保證，是當事人約定，一方於他方的債務人不履行債務時，由其代負責任的契約，爲此約定的人，叫做保證人，保證人的保證範圍，除契約另有訂定外，包括主債務的利息，違約金，損害賠償，及其他從屬於主債務的負擔，又除法律另有規定外，保證人，在債權人未就主債務人的財產，爲強制執行而無效果以前，對於債權人得拒絕清償(第七三九條至七五六條)。

第五節 民法物權編

民法物權編，是規定各種物權的法律，其中分爲十章，1. 通則，2. 所有權，3. 地上權，4. 永佃權，5. 地役權，6. 抵押權，7. 質權，8. 典權，9. 留置權，10. 占有。這是法律上的編次，由學理上看來，除通則和占有二章，係特殊規定，應另加說明外，其餘各種物權，似可按其性質，歸納爲三類：一、所有權二、用益物權(包含地上權、永佃權、地役權)，三、担保物權(包含抵押權、質權、典權、留置權)，以次分款說明，并殿以占有。

在說明各種物權以前，應先就物權的意義，和物權篇第一章通則的規定，加以簡單的敘述，所謂物權，是「直接行使於特定有體物上的絕對財產權」。由這個定義看來，我們可以發見物權的三個要點，

第一、物權是財產權，故和前述的人身權不同；第二、物權是直接對物的權利，故凡須假手他人的行爲，始能管領物件者，即爲債權而非物權；第三、物權是絕對權，得對一般人主張其權利。故當他人侵害其權利時，物權人可以主張訴追（物上請求權），物權的實行，較諸通常債權與其後成立的物權爲先（優先權），且不問目的物存於何人之手，權利人得追隨其物所在，主張其權利（追及權）。

因爲物權具有這種強大的效方，所以物權爲第一章通則，對於物權的得喪變更，設有詳細的規定，即1.物權除民法或其他法律有規定者外，不得創設，2.不動產物權，依法律行爲而取得、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力，3.不動產物權的移轉或設定，應以書面爲之，4.動產物權的讓與，非將動產交付，不生效力，但受讓人已占有動產者，於讓與合意時，即生效力，同一物的所有權及其他物權（如地上權），歸屬於一人者，其他物權因混同而消滅，但其無物權的存續，對於該所有人或第三人，有法律上的利益者，不在此限。物權，除法律另有規定外，因拋棄而消滅（第七五七條至七六四條）。

第一款 所有權

所有權，是在法令限制的範圍內，可以自由使用、收益、處分其所有物并排除他人干涉的權利。由這個定義看來，可以知道所有權的主要內容有三，一爲使用，即以其物爲自己的利益而使用之，二爲收益，即收取物的天然孳息與法定孳息，三爲處分，即將該物讓與，消費或加以變更，至於排除他人的干

涉，則屬一般物權的通性，已見前述。

取得所有權的方法，有普通取得和特別取得之別，前者如繼承，買賣，贈與等是，後者如先占、添附、占有等是，先占，是占有發現，無主物或埋藏物後，所取得的權利，添附，是以有形物和他物合併，或在有形物上加工後所取得的權利，占有，又分爲四種情形：（1）以所有的意思，五年間和平、公然、占有他人的動產者，取得其所有權、（2）以所有的意思，二十年間和平，繼續占有他人未登記的不動產者，得請求登記爲所有人，（3）以所有的意思，十年間和平，繼續占有他人未登記的不動產，而在占有時善意并無過失者，得請求登記爲所有人。（4）拾得他人的遺失物，漂流物，或沈沒品，經過六個月後無人認領者，占有人取得該物的所有權。以上三種所有權特別取得方法，適用於不動產所有權者，僅有占有有一種。

此外，民法對於所有權的共有，亦設有規定，所謂共有，是對於同一物件，數人各有一部分所有權的情形，在共有關係中，各共有人的應有部分不明者，推定其爲均等，各共有人，就其應有部分的範圍內，對於共有物的全部，有使用收益之權，并得自由處分其應有部分，惟全部共有物的處分，變更及設定負擔，應得全體共有人的同意，各共有人對於共有物，除因物之使用目的不能分割，或契約訂有分割的期限外，得隨時請求分割，但在數人基於共同關係而共有一物的「共同共有物」，在共同關係存續中

，不得請求分割（第七六五條至八三一條）。

第二款 用益物權

用益物權，是在他人所有物上，爲使用，收益的物權，分爲下列三種：

一、地上權 地上權，是在他人土地上，有建築物，其他工作物或竹木爲目的，而使用其土地的權利。除另有習慣外，未定有期限的地上權，地上權人得隨時拋棄其權利，但有支付地租的訂定者，地上權人拋棄權利時，應於一年前通知土地所有人，或支付未到支付期之一年分地租。又地上權人積欠地租達二年之總額者，除另有習慣外，土地所有人得撤銷其地上權。

地上權人得將其權利讓與他人，但契約另有訂定或另有習慣者，不在此限。地上權消滅時，地上權人得取回其工作物及竹木，但應回復土地原狀（第八三二條至八四一條）。

二、永佃權 永佃權，是支付佃租，永久在他人土地上，爲耕作或牧畜的權利，以永久使用爲其特質，故如永佃權定有期限，則適用關於租賃的規定。永佃權人得將其權利讓與他人，因不可抗力致其收益減少或全無者，得請求減少或免除佃租；但永佃權人不得將土地出租於他人，其積欠地租達二年的總額時，除另有習慣外，土地所有人得實行撤佃（第八四二條至八五〇條）。

三、地役權 地役權，是以他人土地，供自己土地便宜之用的權利。其供便宜使用之地，稱爲供

役地，受便宜使用之地，稱爲需役地。民法規定：地役權不得由需役地分離而爲讓與，或爲其他權利的標的物。地役權人，因行使或維持其權利的必要，得爲必要的行爲，但應擇於供役地損害最少的處所及方法爲之。地役權沒有存續的必要時，法院因供役地所有人的聲請，得宣告地役權消滅（第八五一條至八五九條）。

第三款 担保物權

担保物權，是以該物爲担保債權之用，而設定的物權，分爲下列四種：

一、抵押權 抵押權，是對於債務人或第三人，不移轉占有，而供擔保的不動產，得就其賣得價金，而受清償債權利。其要點有三，1. 抵押權的標的爲債務人或第三人的不動產，2. 該不動產并不移轉占有，3. 抵押權人，得就該不動產賣得價金，而受清償。

抵押權所擔保的範圍，爲原債權、利息，遲延利息，及實行抵押權的費用，但契約另有訂定者，不在此限。抵押權的効力，及於（1）抵押物的從物和從權利，（2）抵押物扣押後，由抵押物分離的天然孳息，（3）抵押後扣押後，抵押人就抵押物得收取的法定孳息。不動產所有人，在設定抵押權後，縱於同一不動產上，設定地上權及其他權利，甚至將不動產讓與他人，抵押權亦不因而受其影響（第八六零條

至八八三條）。

二、質權 質權分爲動產質權和權利質權二種，動產質權，是因担保債權，占有由債務人或第三人移交的動產，得就其賣得價金，受清償的權利。質權因移轉占有而生效力，因喪失其質物的占有，或質物滅失而消滅。除契約另有規定外，質權所擔保者，爲原債權，利息，遲延利息，實行質權的費用，及因質物隱有瑕疵而生的損害。質權契約存續中，質權人得收取質物所生的孳息，并得將質物轉質於第三人。

至於權利質權，則係以可讓與的債權，及其他權利，爲質權標的物的質權，如以公司股票爲質權的標的物是，除民法第九零二條至九一零條所設的特別規定外，權利質權，均準用關於動產質權的規定（第八八四條至九一零條）。

三、典權 典權、是支付典價，占有他人的不動產、而爲使用收益的權利。典權約定期限，不得超過三十年，其超過三十年者，縮短爲三十年。其不滿十五年者，不得附有『到期不贖即作絕賣』的條款。典權存續期中，典權人得將典物轉典、出租或讓與他人，出典人於典權設定後，亦得將典物的所有權讓與他人。

典權人未定期限者，出典人得隨時以原典價贖回典物，但自出典後，經過三十年不贖者，典權人即取得典物所有權，出典人如在典權存續期中，表示讓與其典物所有權於典權人者，典權人得按時價找

貼，取得典物所有權（第九一一條至九二七條）。

四、留置權 留置權，是債權人占有屬於債務人的動產，在債務未清償前，依照法律規定，留置其物以爲債權擔保的權利。民法上允許債權人行使留置權的要件有三：1. 債權已至清償期者（債務人無支付能力時，債權人在其債權未屆清償期前，亦有留置權），2. 債權的發生，和該動產有牽連關係者，3. 其動產非因侵權行爲而占有者，倘不合於這些要件，即不得行使留置權，又動產的留置，不得違反於公共秩序善良風俗，並不得與債權人所承担的義務，或債務人在交付動產前後所爲的指示相抵觸。留置動產後，債權人應以善良管理人的注意，保管留置物，因而支出的必要費用，得向留置物的所有人，請求償還，並得收取留置物所生的孳息，以抵償其債權（第九二八條至九三九條）。

第四款 占有

對於并無所有權之物，而爲事實上的管領者，叫做占有，有此權力之人，叫做占有人，占有人在占有物上所行使的權利，推定其適法有此權利，占有人，亦推定其爲以所有的意思，善良、和平及公然占有的人。

占有的移轉，因占有物交付而發生効力，但如占有物係盜賊或遺失物，被盜人或遺失人，自被盜或遺失時起，二年以內，得向占有人，請求回復其物，但如占有人係由市場等處，以善意買得者，非償還

其支出的價金，不得請求其物，盜賊或遺失物，如係記名或無記名證券，則非償還其支出的價金，不得向其善意占有人，請求回復。占有人的權利義務，亦因其占有人的善意和惡意而異，大概說來，自信有其權利，而占有該物的善意占有人，得使用收益占有物，自知無占有權利，而占有其物的惡意占有人，則負有返還孳息的義務，其孳息已經消費，因過失而毀損，或怠於收取者，并須償還其孳息的價金（第九四零條至九六六條）。

第六節 民法親屬編

民法親屬編，是規定親屬和親屬間關係的法律，其中又分七章，第一章通則，規定血親的親系親等，姻親的親系親等，及姻親關係的消滅等，第二章婚姻，規定婚約，結婚，結婚的普通効力，夫妻財產制及離婚等，第三章父母子女，規定誕生子女，收養子女，父母的權利義務等，第四章監護，規定未成年人和禁治產人的監護，第五章扶養，規定扶養當事人，扶養的要件，及扶養的程度方法等，第六章家，規定家長家屬的權利義務，第七章親屬會議，規定親屬會議的組織，茲爲分款析述於次：

第一款 通則

一、親屬的範圍 民法親屬編，分親屬爲配偶，血親，和姻親三種，配偶，指男女兩性的配合關

係而言，即夫婦是，血親，又分爲直系血親和旁系血親兩種，直系血親，謂「己身所從出，或從己身所出的血親」，如祖父母，父母，子女，及孫子女是，旁系血親，謂「非直系血親，而與己身出於同源的血親」，如叔叔是（第九六七條）。姻親包含下列三種：1. 爲血親的配偶，如弟婦是，2. 爲配偶的血親，如內弟是，3. 爲配偶的血親的配偶，如妯娌是（第九六九條）。

二、親系及親等的計算 親系及親等的計算，因親屬的種類而不同，「直系血親，從己身上下數，以一世爲一親等」，例如孫與祖父，爲二親等直系血親，父與子爲一親等直系血親；旁系血親，則「由己身數至同源的直系血親，再由同源的直系血親，數至與其計算親等之血親，以其總世數爲親等之數」，例如胞兄弟同源於父母，故爲二親等關係，胞叔叔同源於祖父母，故爲三親等關係（第九六八條）。至於姻親親系和親等的計算，則如下舉：（1）血親的配偶，從其配偶之親系及親等，例如己身與兄弟爲二親等旁系親，故與兄弟之妻，亦爲二親等旁系親，（2）配偶的血親，從其與配偶的親系和親等，例如妻與妻的父母，爲一親等的直系親，故己身與妻之父母，亦爲一親等的直系親。（3）配偶之血親之配偶，從其與配偶的親系及親等，例如妻與妻的兄弟，爲二親等的旁系親，與其兄弟之妻，亦爲二親等的旁系親，故己身與妻之兄弟之妻的關係，亦應準此計算（第九七〇條）。

三、姻親關係

「姻親關係，因離婚而消滅，夫死妻再婚，或妻死贅夫再婚時，亦同」（第九七

第二款 婚姻

一、婚姻

婚姻關係，開始於婚約的締訂，婚姻原則上應由男女當事人自行訂定（第九七二條），但男未滿十七歲，女未滿十五歲者，不得訂立婚約（第九七三條），未成年之男女，訂立婚約，應得法定代理人的同意（第九七四條），又婚約係屬身分契約，無從強制，故不得請求強制履行（第九七五條）。

婚約當事人的一方，有下列情形之一者，他方得解除婚約，并得請求因此所受的損害：1. 婚約訂定後，再與他人訂定婚約或結婚者，2. 故意違結婚期約者，3. 生死不明已滿一年者，4. 有重大不治之病者，5. 有花柳病或其他惡疾者，6. 婚約訂定後成爲殘廢者，7. 婚約訂定後與人通姦者，8. 婚約訂定後，受徒刑的宣告者，9. 有其他重大事由者。（第九七六條九七七條）。不具上列理由，而違反婚約者，對於他方因此所受的損害，應負賠償責任（第九七八條）。

二、結婚

婚姻關係，因結婚而成立，結婚須具備下列要件：

（一）須已逾法定年齡，故男未滿十八歲，女未滿十六歲，不得結婚（第九八零條），違反此項規定

者，當事人或其法定代理人，得向法院請求撤銷，但請求撤銷時，當事人已達法定年齡或已懷胎者，不得請求撤銷（第九八九條）。

（二）未成年人結婚，應得法定代理人的同意（第九八一條），違反此項規定者，法定代理人得向法院請求撤銷，但自知悉其事實之日起，已逾六個月，或結婚後已逾一年，或已懷胎者，不得請求撤銷（第九九零條）。

（三）應有公開的儀式，及二人以上的當事人（第九八二條）。違反此項規定者，其結婚無効（第九八八條一項）。

（四）與下列親屬，不得結婚 1. 直系血親及直系姻親，2. 旁系血親，及旁系姻親之輩分不相同者，但旁系血親，在八親等之外，旁系姻親，在五親等之外者，不在此限。3. 旁系血親之輩分相同，而在八親等以內者，但表兄弟姊妹，不在此限（第九八三條），違反此項規定者，其結婚亦無効（第九八八條二項）。

（五）監護人和受監護人，在監護關係存續中，不得結婚，但經受監護人父母的同意者，不在此限（九八四條）。違反此項規定者，受監護人或其最近親屬，得向法院請求撤銷，但已逾一年者，不得請求撤銷（第九九一條）。

(六)有配偶者，不得重婚（第九八五條），違反此項規定者，利害關係人，得向法院請求撤銷，但在前婚姻關係消滅後，不得請求撤銷（第九九二條）。

(七)因姦經判決離婚，或受刑的宣告者，不得和相姦者結婚（第九八六條）違反此項規定者，前配偶得向法院請求撤銷，但結婚已逾一年者，不得請求撤銷（第九九三條）。

(八)女子自婚姻關係消滅後，非逾六個月，不得再行結婚，但於六個月內已分娩者，不在此限（第九八七條）。違反此項規定者，前夫或其直系血親，得向法院請求撤銷，但自前婚姻關係消滅後，已滿六個月，或已在再婚後懷胎者，不得請求撤銷（第九九四條）。

結婚，除因上列規定以致撤銷者外，民法尚定有下列三種撤銷的原因：1.當事人之一方，於結婚後不能人道而不能治者，他方得向法院請求撤銷，但自知悉其不能治之時起，已逾三年者，不得請求撤銷。2.當事人之一方，於結婚時，係在精神錯亂中者，得於常態恢復後六個月內，向法院請求撤銷。3.因被詐欺或被脅迫而結婚者，得於發見詐欺或脅迫終止後，六個月內向法院請求撤銷（第九九五條至九九七條）。

結婚撤銷的效力，不溯及既往（第九九八條），當事人的一方，因結婚無效或被撤銷，而受有損害者，得向他方請求賠償，但他方無過失者，不在此限（第九九九條）。

三、婚姻之普通効力

男女結婚以後，發生下列之普通効力。(1)姓氏：妻以其本姓冠以夫姓，贅夫以其本姓冠以妻姓，但當事人另有訂定者，不在此限。(2)同居義務：夫妻互負同居的義務，但有不能同居的正常理由者，不在此限。(3)住所：妻以夫的住所爲住所，贅夫以妻的住所爲住所。(4)日常家務代理權：夫妻於日常家務，互爲代理人，如一方濫用代理權時，他方得加以限制，但不得對抗善意第三人(第一千條至一千零零三條)。

四、夫妻財產制

夫妻財產制，是關於夫妻財產的管理及處分的制度。夫妻既共營同居生活，其財產應如何區別，事實上甚爲困難，但是夫妻的財產，有由結婚後共同取得者，有於結婚前各自原有者，又不能不予區別，故民法有夫妻財產制的規定。民法分夫妻財產制爲法定財產制和約定財產制二種，夫妻有約定者從其約定，無約定者則適用法定財產財產制，惟如夫妻的一方受破產宣告時，則當然適用約定財產制中的一分別財產制，再爲申述於下。

法定財產制，亦即聯合財產制，是以結婚時屬於夫妻的財產，及婚姻關係存續中，夫妻所取得的財產，爲其聯合財產的制度。此制的主要內容，爲(1)妻的原有財產，由妻保有其所有分；(2)夫之原有

財產，及不屬於妻之原有財產的部分，爲夫所有，(3)聯合財產由夫管理，其管理費用由夫負擔，(4)夫對於妻的原有財產，有使用收益之權，(5)夫對於妻之原有財產的處分，除管理上所必要者外，應得妻的同意。

約定財產制，是夫妻於結婚前或結婚後，以契約就民法所定的約定財產制中，選擇其一，爲處理其財產標準的制度。又可分爲三種：(一)共同財產制，即夫妻之財產及所得，除特有財產外，合併爲共同財產，屬於夫妻共同共有的制度。(二)統一財產制，即夫妻以契約訂定將妻之財產，除特有財產外，估定價額，移轉其所有權於夫而取得該估定價額返還請求權的制度。(三)分別財產制，即夫妻各保有其財產的所有權管理權，及使用收益權的制度。

關於夫妻財產制的種種規定，詳見民法第一千零四條至一千零四十八條，茲不贅述。

五、離婚

男女結婚以後，如不能得到圓滿的生活，法律准其離婚，離婚分爲兩願離婚和判決離婚二種，兩願離婚是夫妻雙方，兩相同意的離婚，原則上如兩相同意，即可離婚，但未成年人的離婚，應得法定代理人的同意(第一零四九條)。兩願離婚，應以書面爲之，并應有二人以上證人的簽名(第一零五〇條)，兩願離婚後，關於子女的監護，由夫擔任，但另有約定者，從其約定(第一零五一條)。判決離婚，是夫妻

的一方，因他方具有法定離婚原因，而請求法院判決，准予離婚的情形其離婚的原因有十：1. 重婚者，2. 與人通姦者，3. 夫妻的一方，受他方不堪同居的虐待者，4. 妻對於夫之直系尊親屬爲虐待，或受夫之直系尊親屬的虐待，致不堪爲共同生活者，5. 夫妻的一方，以惡意遺棄他方，在繼續狀態中者，6. 夫妻之一方意圖殺害他方者，7. 有不治的惡疾者，8. 有重大不治的精神病者，9. 生死不明已逾三年者，10. 被處三年以上的徒刑，或因犯不名譽之罪，被處徒刑者（第一千零五十二條）。夫妻的一方，雖具有前列第一與第二原因，但如有請求權的一方，於事前同意，或事後宥恕，或知悉後已逾六個月，或自其事情發生起，已逾二年者，不得請求離婚（第一零五三條），又雖具有前列第六至第十的原因，如有請求權的一方，自知悉後已逾一年，或自其情事發生後，已逾五年者，不得請求離婚（第一零五四條）。

離婚除消滅婚姻關係外，尙發生下列的效果。（1）子女的監護，由夫担任，但如法院認爲不妥當時，得酌定監護人（第一零五五條）。（2）夫妻的一方，因離婚受有損害者，得向有過失的他方，請求賠償（第一零五十六條）。但夫妻無過失的一方，因判決離婚而陷於生活困難者，他方縱無過失，亦應給與相當的贍養費（第一零五七條）。（3）夫妻離婚時，無論其原用何種夫妻財產制，各取回其固有財產，如有短少，由夫負擔，但其短少係由非可歸責於夫的事由而生者，不在此限（第一零五八條）。

父母子女，是關於父母和子女關係的規定，子女分爲婚生子女和非婚生子女二種，婚生子女，是由婚姻關係受胎而生的子女（第一零六一條），反之，則爲非婚生子女，非婚生子女，在下列二種情形之下，視爲婚生子女：1. 生父與生母結婚者，2. 經生父認領者（第一零六四條一零六五條）。有下列情形之一者，非婚生子女的生母，或其他法定代理人，得請求其生父認領：1. 受胎期間，生父與生母有同居的事實者，2. 由生父所作的文書，可證明其爲生父者，3. 生母爲生父強姦或略誘成姦者，4. 生母因生父濫用權勢成姦者，此種請求權，因子女出生後五年間，不行使而消滅（第一零六七條），又生母於受胎期間內，曾與他人通姦或爲放蕩的生活者，亦不得請求認領（第一零六八條）。

婚生子女和非婚生子女，是基於血統的子女，此外尚有基於法律的養子女，即收養他人子女爲子女的情形，其收養者爲養父或養母，被收養者爲養子或養女（第一零七二條），養子女和養父母的關係，除法律另有規定外，與婚生子女同（第一零七七條）。

父母對於子女，有下列三種權利義務：1. 父母對於未成年的子女，有保護及教養的權利義務，2. 父母得於必要範圍內懲戒其子女，3. 父母爲其未成年子女的法定代理人（第一零八四條至一零八六條）。父母濫用其對於子女的權利時，其最近尊親屬或親屬會議，得糾正之，糾正無效時，得請求法院宣告停止其權利的全部或一部（第一零九十條）。

第四款 監護

監護有未成年人的監護，和禁治產人的監護二種，分述於次：

一、未成年人的監護

未成年人無父母，或父母均不能行使，負擔對於其未成年子女的權利義務時，應置監護人（第一零九一條）。未成年人的監護人，又可分爲下列四種：（1）委託監護人，即父母對於其未成年子女，得因特定事項，於一定期限內，委託他人行使監護的職務（第一零九二條）。（2）指定監護人，即後死的父或母，以遺囑指定的監護人（第一零九三條）。（3）法定監護人，即父母均不能行使負擔對於未成年子女的權利義務，或父母死亡而無遺囑指定監護人時，依照法定順序，所定的監護人（第一零九四條）。（4）選定監護人，即由親屬會議選定的監護人（同條五款）。監護人爲受監護人的法定代理人，對於受監護人自身及其財產，有保護監督的責任，如有違反法定義務等情形時，得由親屬會議撤退之（參看第一零九七條至一一零九條）。

二、禁治產人

禁治產人無處理自己事務的能力，故應設置監護人（第一一一零條），代其處理事

務，禁治產人的監護人，依照下列順序定之：1. 配偶、2. 父母、3. 與禁治產人同居的祖父母，4. 家長、

5. 後死的父或母，以遺囑爲指定之人，不能依照此項順序定其監護人時，由法院徵求親屬會議的意見選定（第一一一條），關於禁治產人的監護，除親屬編第四章第二節另有規定外，準用前述關於未成年人

監護的規定（第一一一三條）。

第五款 扶養

扶養，是對於不能維持生活，且無謀生能力的人，所與的生活上輔助，民法規定下列親屬互負扶養的義務：1. 直系血親相互間、2. 夫妻之一方，與他方的父母同居者，其相互間，3. 兄弟姊妹互間，4. 家長家屬互間（第一一一四條）。其中應負扶養責任的人，稱爲扶養義務者，應受扶養助力的人，稱爲扶養權利者，負扶養義務者有數人時，應依照下列次序，定其履行義務之人：1. 直系血親卑親屬，2. 直系血親尊親屬，3. 家長，4. 兄弟姊妹，5. 家屬，6. 子婦女婿，7. 夫妻的父母。同爲直系尊親屬或直系卑親屬者，以親等近者爲先。負扶養義務者有數人，而其親等相同時，應各依其經濟能力，分擔義務（第一一一五條），反之，如受扶養權利者有數人，而負扶養義務者的經濟能力，不足扶養其全體時，則應依下列順序，定其受扶養之人：1. 直系血親尊親屬，2. 直系血親卑親屬，3. 家屬，4. 兄弟姊妹，5. 家長，6. 夫妻的父母，7. 子婦女婿。同爲直系尊親屬或直系卑親屬者，以親屬近者爲先。受扶養權利者有數人，而其親等同一時，應按其需要狀況，酌爲扶養（第一一一六條）。

扶養的權利和義務，均有一定的限制，即受扶養權利者，除直系血親尊親屬外，以不能維持生活，而無謀生能力者爲限（第一一一七條），其因負擔扶養義務，不能維持自己生活者，免除其義務（第一

一一八條），至於扶養的程度，則應按受扶養權利者的需要，與負扶養義務者的經濟能力及身分定之（第一一九條）。

除上列五款外，民法親屬編對於「家」及「親屬會議」，亦均設專章規定，因其比較次要，故不備述。

第七節 民法繼承編

民法繼承編，是規定繼承及遺囑關係的法律，其中又分三章，第一章遺產繼承人，規定繼承的順序及其應繼分，繼承權的喪失及其回復，第二章遺產繼承，規定繼承的效力，限定繼承，繼承的拋棄，以及無人承認的繼承等，第三章遺囑，規定遺囑的方式，遺囑的效力，遺囑的執行撤銷，以及特留分等，茲為分款析述於次：

第一款 遺產繼承人

遺產繼承人，是於繼承開始時，繼承被繼承人權利義務的主體。遺產繼承人除配偶外，依下列順序定之：1. 直系血親卑親屬，此項繼承人，以親等近者為先，繼承人，如於繼承開始前死亡時，則由其直系血親卑親屬，代位繼承其應繼分，例如子死於父之先，則由孫繼承其祖的遺產是。2. 父母，3. 兄弟姊

妹，4.祖父母（第一一三八條至一一四〇條）。無直系血親卑親屬者，得以遺囑就其財產的全部或一部，指定繼承人，但以不違反後述關於特留分的規定爲限（第一一四三條）。

以上爲關於繼承順序的規定，次就各個繼承人的應繼分而言，民法規定：同一順序的繼承人，有數人時，按人數平均繼承，但法律另有規定者，不在此限（第一一四一條），養子女的繼承順序，雖與婚生子女相同，其應繼分，則爲婚生子女的二分之一，養父母無直系血親卑親屬時，其應繼分始與婚生子女相同（第一一四二條），至於配偶，有互相繼承遺產之權，其應繼分如下（第一一四四條）：

1. 與直系血親卑親屬同爲繼承時，其應繼分與他繼承人平均。

2. 與被繼承人的父母或兄弟姊妹同爲繼承時，其應繼分爲遺產二分之一。

3. 與被繼承人的祖父母同爲繼承時，其應繼分爲遺產三分之二。

4. 無前列各種繼承人時，其應繼分爲遺產的全部。

繼承人有下列情事之一者，喪失其繼承權：1. 故意致被繼承人或應繼承人於死，或雖未致死，因而受刑的宣告者，2. 以詐欺或脅迫，使被繼承人爲關於繼承遺囑，或使其撤銷變更之者，3. 以詐欺或脅迫，妨害被繼承人爲關於繼承的遺囑，或妨害其撤銷或變更之者，4. 偽造、變造、隱匿或湮滅被繼承人關於繼承人關於繼承的遺囑者，5. 對於被繼承人有重大的虐待或侮辱情事，經被繼承人表示其不得繼承者

。前列二至四的情事，如經被繼承人有恕者，其繼承權并不喪失（第一四五條）。

第二款 遺產之繼承

（一）遺產繼承的效力

繼承，因被繼承人死亡而開始。除民法另有規定外，繼承人自繼承開始時起，承受被繼承人財產上的一切權利義務，但權利義務專屬於該繼承人本身者，不在此。被繼承人生前繼續扶養之人（例如死亡者之妾），應由親屬會議，依其所受扶養的程度及其他關係，酌給遺產（第一一四七條至一一四九條）。

（二）限定繼承

限定繼承，是繼承人限定以因繼承所得的遺產，償還被繼承人債務的情形，為限定繼承者，應於繼承開始時起，三個月內，開具遺產清冊，呈報法院，法院接到報告後，應依公示催告程序公告，令被繼承人的債權人，在一定期限內，報明其債權，繼承人在該期內，不得對被繼承人的任何債權人，償還債務，必俟該期限屆滿以後，始得將在該期限內報名的債權，及繼承人所已知的債權，按其數額，比例計算，以遺產分別償還，但不得有害及有優先權人的利益。繼承人償還債務後，始得對受遺贈人交付遺贈。繼承人如不依照前述的手續辦理，致被繼承人的債權人受有損害者，應負賠償之責（第一五六條至一一六一條）。

繼承人爲限定繼承者，其對於被繼承人的權利義務不因繼承而消滅（第一一五四條三項），但如繼承人隱匿遺產，在遺產清冊內爲虛偽的記載，或意圖詐害被繼承人債權人的權利，而爲遺產的處分者，不得主張其所得的利益（第一一六三條）。

（二）遺產的分割

除法律另有規定，契約另有訂定，或被繼承人有禁止分割的遺囑外，繼承人得隨時請求分割遺產，其以遺囑禁止分割者，僅於二十年內發生效力（第一一六四條，一一六五條）。

遺產分割後，各繼承人按其所得部分，對於他繼承人因分割而得的遺產，負與出賣人同一的担保責任，且按其所得部分，對於他繼承人因分割而得的債權，就遺產分割時債務人的支付能力，負擔保之責（第一一六八條，一一六九條）。

（四）繼承的拋棄與無人承認的繼承

繼承人拋棄其繼承權者，叫做繼承的拋棄，此項拋棄，應於知悉其得繼承之時起、二個月內，以書面向法院，親屬會議，或其他繼承人表示。繼承的拋棄，溯及於繼承開始時，發生效力，至於繼承拋棄的效果，則因拋棄者爲法定繼承人或指定繼承人而異，法定繼承人中有拋棄繼承權者，其應繼分，歸屬於其他同一順序的繼承人，同一順序的繼承人，均拋棄繼承權時，則準用後述關於無人承認繼承的規定

。指定繼承人拋棄繼承權者，其指定繼承部分，歸屬於法定繼承人（第一一七四條至一一七六條）。

無人承認的繼承，是繼承人有無不明的情形，此時應由親屬會議選定遺產管理人，并具報法院，請求依照公示催告程序，公告繼承人，命其於一定期限內，承認繼承。（第一一七七條，一一七八條）。若期限內有繼承人承認時，遺產管理人，在繼承人承認繼承前，所爲之職務上行爲，視爲繼承人的代理人，又如期限屆滿，仍無人承認繼承時，則其遺產於清償債權，並支付遺贈物後，如有賸餘，應歸屬國庫（第一一八四條、一一八五條）。

第三款 遺囑

遺囑，是表意人預爲身後處分遺產方法的意思表示。除未滿十六歲的人，不得訂立遺囑外，凡已滿十六歲的人，縱使尙未成年，亦無須法定代理人允許，而得自立遺囑（第一一八六條）。遺囑可分爲下列四種：

一、白書遺囑 卽遺囑人親自書寫的遺囑，此項遺囑，遺囑人應自書遺囑全文，記明年月日，并親自簽名，如有增減塗改，應註明增減塗改的處所及字數，另行簽名（第一一九〇條）。

二、公證遺囑 卽在公證人前所訂立的遺囑。此項遺囑：須1.指定二以上的見證人到場，2.遺囑人在公證人前口述遺囑意旨，3.由公證人筆記、宣讀、講解，4.經遺囑人認可後，記入年月日，5.由公證人

見證人，遺囑人同時簽名，遺囑人不能簽名時，由公證人將其事由記明，使按指印代之（第一一九一條）。

三、密封遺囑——即遺囑人於遺囑上簽名後，將其密封，於封縫處簽名，指定二以上的見證人，向公證人提出，陳述爲其自己遺囑的遺囑（如非本人自寫，并應陳述繕寫人的姓名住所）。此項遺囑，由遺囑人在封面上，記名該遺囑提出的年月日，及遺囑人所爲的陳述，和遺囑人見證人共同簽名（第一一九二條）。

四、代筆遺囑——是由遺囑人指定三人以上的見證人，由遺囑人口述遺囑意旨，使見證人中的一人筆記、宣讀、講解，經遺囑人認可後，記明年月日，及代筆人的姓名，由見證人全體及遺囑人同行簽名的遺囑（第一一九四條）。

五、口授遺囑——遺囑人因生命危險，或其他特殊情形，不能依其他方式爲遺囑者，得爲口授遺囑。此項遺囑，應由遺囑人指定二人以上的見證人口授遺囑意旨，由見證人中的一人，將該遺囑意旨，據實作成筆記，并記明年月日，與其他見證人，同行簽名（第一九五條）。

以上各種遺囑，自遺囑人死亡時起，發生效力（第一一九九），遺囑所定遺贈，附有停止條件者，自條件成就時起，發生效力（第一千二百條）。遺囑人得以遺囑指定遺囑執行人，或委託他人指定（第一二零九條），遺囑未指定遺囑執行人，并未委託他人指定者，得由親屬會議選定，親屬會議不能選定時

，得由利害關係人聲請法院指定（第一二一一條），遺囑執行人，有管理遺產，并為執行上必要行為的職務（第一二一五條），繼承人在遺囑執行人執行職務中，不得處分和遺囑有關的遺產，并不得妨礙其職務的執行（第一二一六條），惟遺囑人怠於執行職務，或有其他重大的事由時，得由親屬會議改選他人，或由法院另行指定（第一二一八條）。

遺囑人，得隨時撤銷遺囑的全部或一部，又如有下列情形之一者，法律亦視為撤銷1. 前後遺囑相抵觸者，其抵觸的部分，前遺囑視為撤銷，2. 遺囑人訂立遺囑後所為的行為，與遺囑有相抵觸者，其抵觸部分，前遺囑亦視為撤銷，3. 遺囑人故意破毀或塗銷遺囑，或在遺囑上記明廢棄的意思，其遺囑視為撤銷。（第一二一九條至一二二二條）。

民法第一一八七條規定：「遺囑人於不違反關於特留分規定的範圍內，得以遺囑，自由處分遺產」，所謂特留分，即法律囑令被繼承人，劃出遺產的一部分，必須遺留於繼承人，而不許被繼承人自由處分的部分。依民法規定，繼承人的特留分因人而不同：1. 直系血親卑親屬，父母、配偶的特留分，為其應繼分二分之一，2. 兄弟姊妹及祖父母的特留分，為其應繼分三分之一（第一二二三條）。惟此項特留分，係專指以遺囑為身後處分者而言，若為生前處分，自不受特留分的限制，故如被繼承人生前，已將所有財產贈與友人，繼承人自不得於被繼承人死亡後、主張其處分為無效。

第八節 民法之新趨勢

民法是規定私人相互間日常生活的法律，而私人的日常生活，是跟着社會的變遷而變遷的，所以民法也跟着社會變遷，而作成新的規定，這種新的規定，普遍地見於各國民事立法的時候，即形成民法的新趨勢。

十八世紀以降的民事立法是以個人主義與自由主義爲其中心觀望念的，由於極端採用這種主義的結果，以致形成貧富懸隔的病象，這種病象，迨二十世紀社會，因工商業發達，生產工具進步而更見顯著，浸成重大的社會問題，各國民法，乃針對着這些社會問題，而爲與舊日民法完全不同的新規定，這新規定略有下列幾種。

一、個人所有權的限制 個人所有權的漫無限制，爲造成貧富懸隔的重要原因，欲挽救這種病象，自然要從限制個人所有權入手，使不儘少數富人者所有權，且使全社會大衆均有生存權，限制個人所有權的方法，除了把大企業與公用事業，收歸國營，和限制土地所有權外（見本編第二章第三節）還要一向視爲神聖不可侵犯的財產所有權，限制他的行使；在積極方面，禁止權利的濫用，不許權利的行使，以損害他人爲目的，在消極方面，不許權利的不行使，蓋以法律所以承認各人的權利，在使它能爲社會利益而行使，故如應行使而不行使，不免有害於社會的公益，故爲法律所不許。

二、契約自由的限制 所謂契約自由，是各個人的意思行爲，以當事人的自由意思爲主，不受任何干涉的意思，這種意思，自拿破崙法典以來，各國民法，奉爲圭臬，由抽象的觀點而論，原不失爲一個合理的原則，但在貧富懸殊的社會，貧者與富者所締結的契約，事實上不能夠表現其自由的意思，而唯富者之命是從，空言標榜契約自由，反足爲契約不自由的掩護，故最近各國民事立法，多限制契約的自由，既在法律上承認團體的契約，以代替個人的契約，復在法律上規定某典型契約的要點，以代替個人的自由意思，即在任諸個人自由意思的時候，亦必無背於公共秩序，善良風俗，或當事人一方的生活情況，方始認爲有效。

三、繼承自由的限制 繼承自由，爲個人主義自由主義的法律，所認爲天經地義的原則，極端的實行此種原則的結果，將使富者愈富貧者愈貧，助長貧富的懸殊，促使人類的墮落，故各國民事立法，多以限制遺產繼承額，限制繼承人範圍等手段，限制繼承的自由，甚至有根本否認繼承權者。

四、賠償責任的變遷 個人主義自由主義的立法，對於侵害他人權利的行爲，採取過失責任主義

，即權利所有人在其權利範圍內，行使權利時，如果未有故意和過失，縱其行爲損害他人，亦不負損害賠償責任，如法國民法第一三八二條規定，「損害他人的行爲，其於發生損害有過失的人，須負損害賠償責任」，即其一例，這種規定，在昔日或不違反公平的原則，但近代大工業發展，勞動者及其他平民階

級的權利，常因着使用大機器大動力的結果，易生種種損害，如膠着舊日的原則，反非法律保護弱者之道，故各國法律，多有改採結果責任主義的傾向，即他人所受的損害，不問是否出於行爲人的故意或過失，祇須被損害的原因，是由於行爲人行爲的結果，即應負賠償責任。

第九節 民事特別法

我國民法，採用民商合一主義，把從前商法中的各種規定，改列於民法債編之中，對於不便包括於民法典中的事項，則另頒有公司法、票據法、海商法、保險法等單行法規，以資適用，已如前述，這些法規，對於民法典而言，稱爲民事特別法。現在就這些法律，略爲介紹其內容於次：

(甲) 公司法 公司法於十八年十二月廿六日公布，二十年七月一日施行，中分六章，凡二百三十三條，依照該法規定，公司分爲下列四種：(1) 無限公司——是由二人以上的無限責任股東，組織而成的公司，股東全體，均負擔無限責任，即在公司財產，不能清償債務時，各股東除出資額外，尙連帶負無限償還責任。(2) 兩合公司——是由無限責任股東，和有限責任股東，共同組織的公司，其無限責任股東的責任，固和無限公司的股東相同，惟有限責任股東，對於公司債務所負的責任，則僅以他的出資額爲限。(3) 股份有限公司——是由七個以上有限責任股東，組織而成的公司，在這種公司，必定把牠

的資本，分爲若干股份，各股東對於公司所負的責任，僅以繳清所認股份的金額爲限。(4) 股份兩合公司——是由無限責任股東和股份有限責任股東，共同組織的公司，其無限責任股東的責任，和無限責任的股東同，有限責任股東的責任，則和股份有限責任公司的股東相同。公司法上的公司，既因股東所負責任的輕重，分爲上列四種，故關於公司設立的程序，組織的方式，以及解散的原因等，各種公司，亦均有不同的規定。

(二) 票據法 票據法於十八年十月卅日公布，同日施行，中分五章，共一百九十三條，依該法規
定，票據分爲下列三種：(1) 匯票——即發票人委託付款人，對於受款人或執票人，於一定期日或任何
期日，支付一定金額的證券。(2) 本票——即出票人約定期間付款於執票人，立下票據，叫執票人屆期
憑票向出票人支款的證券。(3) 支票——是出票人把款項存入銀行錢莊，取得支票簿，銀行錢莊，依照
他所填發的支票，向持票人支付款項的證券。 票據法上的票據，既僅屬上列三種，故此外的所有票
據，均不能適用票據法的規定，只能作爲普通的債權債務關係，而受民法的拘束。

(丙) 保險法 保險法於二十六年一月十一日公布，中分四章，共九十八條。依該法規定，保險分
爲損害保險和人身保險兩大類：(甲) 損害保險是對於財產上發生損害所爲的保險，又分爲火災保險和責
任保險二種：(1) 火災保險，是保險人對於由火災而致保險標的物滅失或毀損時，負賠償之責的保險，

(2) 責任保險，是保險人於被保險人對於第三人負損害責任，而受賠償的請求時，應負賠償責任的保險。例如某甲因恐所用的汽車闖禍，損害他人的身體或財產，故向保險公司為汽車保險，如不幸發生事故，由保險公司代負損害賠償責任，即為責任保險的適例。(乙) 人身保險，是對於人的生死或傷害所為的保險，又分為人壽保險和傷害保險二者。

(丁) 海商法 海商法於十八年十二月卅日公布，二十年一月一日施行，共分八章，一百七十四條，對於船舶、海員、海上運送、船舶碰撞、救助撈救、共同海損、海上保險等事項，均有詳細的規定。

第十節 國際私法

國際私法，一名法律適用法，是對於涉外法律關係，就內外國的法律，決定應適用何國法律的國內公法。試為分析說明於下：

1. 國際私法，以涉外法律關係為對象。即是規定涉及外國人的法律關係，本國法院到底有沒有管轄權，假如有權管轄，又到底應該適用那一國法律等問題的法律。

2. 國際私法，以就涉外法律關係，決定應適用何國法律為目的。本國人相互間的私法關係，專適用本國法，外國人相互間的私法關係，專適用外國法，均不發生適用何國法律問題，惟在涉外的法律

關係。當事人的國籍不同，究竟應適用何國法律，殊有明白規定的必要，國際私法的目的，即在於此。

3. 國際私法是國內法 國際私法雖冠有國際二字，但牠并不是規定國家和國家關係的法律，而是規定一國立法機關，關於內外私法的適用，所制定的法則，所以國際私法是國內法。

4. 國際私法是公法 國際私法，是公法或是私法，為學者間爭執的問題，但據我們看來，國際私法的間接目的，雖係就私人間的關係，定其應適用的法律，但其直接目的，仍為國家對於私人間的爭執，定其應適用的法律，即係規律國家和私人間的關係，故國際私法為公法。

在昔農業社會時代，各國人民老死不相往來，自無產生國際私法的餘地，迨後工商業發達，內外國人交通頻繁，各國互相尊重僑民的權利，和國家的法權，而各國因風俗習慣不同之故，法律制度又多不同，故在涉及外國人的法律關係，有所爭執時，有決定適用何國法律的必要，因而有國際私法的產生。

我國的「法律適用條例」，即是規定涉外的法律關係，應適用何國法律的法規，亦即學理上的國際私法，公布於民國七年八月五日，共分七章，第一章總綱，第二章為關於人之法律，第三章為關於親族之法律，第四章為關於繼承之法律，第五章為關於財產之法律，第六章為關於法律行為方式的法律，第七章為附則，觀此章目，可見牠和民法關係的密切，但牠的制定，遠在現行民法之前，頗多不甚適當的地方，當此收回領事裁判權，涉外訴訟日多的時候，立法機關，誠有從速另行制定法律適用法的必要。

第五章 土地法與勞動法

第一次世界大戰以後，國家社會主義勃然興起，認為國家應把社會的利益，放在個人利益的上面，爲了社會的利益，不妨對於個人的自由和其他權利，加以相當的限制，也就是說，爲了糾正昔日貧富偏畸情形下，所發生的種種弊害，以謀取全社會的幸福，國家的施政方針，應該以全社會的利益爲目的，應該扶助經濟上的弱者，壓制經濟上的強者，俾貧富不至懸殊，社會生活得有健全的發展。這種施政方針表現於法律上的，則爲土地法和勞動法的制定。因爲土地是財富之母，土地兼併，是貧富不均的主要根源，故制定土地法，使地盡其用，私人不能壟斷；又因勞動階級居社會的絕對多數，經濟地位又最爲微弱，故制定各種勞動法規，加以特別的保護。我國以三民主義立國，平均地權和節制資本，又爲民生主義的中心，故亦制定土地法和各種勞動法規，以實現民生主義的政策，現在就這兩種法規略加析述，以見內容的一斑。

第一節 土地法

土地法，是規定關於土地的權利義務的法則，於十九年六月三十日公布，二十五年三月一日施行，

全文三百九十七條，分爲五編：

第一編「總則」，分爲1. 法例及施行，2. 土地所有權，3. 土地重劃，4. 土地測量，及5. 地政機關及土地裁判所等五章，其中重要規定甚多，如第一條謂：「本法所稱土地，謂水陸及天然富源」，第七條謂「中華民國領域內之土地，屬於中華民國國民全體，其經人民依法取得所有權者爲私有土地，但附着於土地之礦，不因取得土地所有權而生影響」，第十三條謂：「地方政府對於管轄區內公有土地，除法令別有規定外，有使用及收益之權」，第十四條規定「地方政府對於私有土地，得斟酌左列情形，分別限制個人或團體所有土地面積之最高額，但應經中央地政機關之核定：1. 地方需要，2. 土地種類，3. 土地性質」，第十五條規定：「私有土地受前條規定限制時，由主管地政機關規定辦法，限令於一定期間內，將額外土地分劃出賣，不依前項規定分劃出賣者，該管地方政府得依本法徵收之」，第十八條規定：「因一定區域內之土地，其分段面積不合經濟使用者，得由主管地政機關，就該區域內土地之全部，重行劃分，並將重劃地段，分配於原土地所有人」等皆是。

第二編「土地登記」，分1. 通則，2. 登記簿冊及登記地圖，3. 登記程序，4. 登記費，5. 土地權利書狀等五章，俾因登記的結果，使土地權利確定，移轉便利，而免種種糾紛的發生。

第三編「土地使用」，分爲1. 通則2. 市地，3. 農地4. 土地重劃程序等四章，其中最重要的規定，有

「土地，得就國家經濟政策，地方需要及其所能供使用之性質，編爲各種使用地。凡編爲某種使用地之土地，不得供其他用途之使用」（第一四二條第一四三條），「繁盛區域內之空地，市政府得斟酌地方需要情形，規定二年以上之建築期限，逾規定期限而不建築者，得准使用土地人，請求徵收其全部或一部」（第一五五條），「地租，不得超過耕地正產物收穫總額千分之三百七十五，約定地租超過千分之三百七十五者，應減爲千分之三百七十五。不及千分之三百七十五者，依其約定。出租人不得預收地租，并不得收取押租」（第一七七條），「出租人出賣耕地時，承租人依同樣條件，有優先收買之權」（第一七三條）等皆是。

第四編「土地稅」，分爲1.通則2.地價之申報及估計，3.改良物價值之估計，4.地價冊，5.稅地區別，6.土地稅徵收 7.改良物徵稅，8.欠稅，9.土地稅之減免，10.不在地主稅等十章，其立法主要目的，在使土地因人口增加，和社會進步的結果，所由增漲的價值，歸國家徵收，以爲社會公益之用，但因施用資本勞力所獲得的利益，則仍歸於供給資本或勞力者所有，并加以保障，以獎勵土地的改良。

第五編「土地徵收」，分1.通則，2.徵收準備，3.徵收程序，4.補償地價，5.遷移費，6.訴願與公斷，7.罰則等七章，規定國家因1.實施國家經濟政策，2.調劑耕地，3.國防軍備，4.交通事業，5.公共衛生等公共事業的需要，得依土地法的規定，徵收私有土地（第三三五條三三六條），徵收的土地，如

不依核准計劃使用，或於徵收完畢一年後，不實行使用者，其原土地所有權人，得要求照原徵收價額，買回其土地（第三五一條），被徵收土地，如所有權已經登記，而未轉賣者，照申報地價補償；其已經轉賣者，照已登記的最後賣價補償，如該土地未經依法申報地價，則其應補償的價額，由主管地政機關估定之（第三七六條第三七七條）。

土地法立法原則說：『國家整理土地之目的，在使地盡其用，并使人民有平均享受使用土地之權利，總理之主張平均地權，其精意蓋在乎此。欲求此主張之實現，必須防止私人壟斷土地，以謀不當利得之企圖，并須設法使土地本身，非因施以勞力資本改良結果所得之增益，歸為公有……』這一段話，把土地法的立法精神，表現得非常明白，是我們於知道土地法的輪廓後，應該特加注意的。

第二節 勞動法

勞動法，是規律勞動關係的法律底總稱，要知道什麼是勞動法，先要知道什麼是勞動，勞動法上的勞動，和尋常意義的勞動不同，包括下列幾個要點：（1）有履行法律義務的意思，不本於履行法律義務的勞動，譬如隨便幫人家的忙，不是勞動法上所謂勞動。（2）有依契約而履行法律上義務的意思，如果不是履行契約，像由於兵役義務之兵士的勞動，也不是這裏所謂勞動。（3）要是有意義的和為職務的，即

以取得生活資料爲目的，而爲某種職務者，纔是勞動法上所謂勞動。(4)要是身分的或經濟的服從他人，而有隸屬的關係，故如律師的勞動，雖具備上述三個條件，仍非勞動法上的勞動。

勞動法，既是規律勞動關係法律底總稱，故凡以隸屬的勞動關係爲前提，而存在的一切法律關係，都包括在裏面，卽凡是規律勞動及其聯帶的一切關係的法律，都叫做勞動法。所以勞動法裏面，不僅包含規定雇主和被雇者間契約關係的勞動契約法，而且包含規定被雇者團體和雇主、或雇主團體間協約關係的團體協約法，和規定屬於同一工會工人共同關係的工會法，此外，如勞動保護法，勞資爭議處理法，職業介紹法等，亦均屬於勞動法範圍。我國自國民政府成立以來，先後公布的主要勞動法規，計有1. 工廠法，2. 工會法，3. 勞資爭議處理法等，茲略述其內容於次，以供參考。

工廠法於二十一年十二月三十日修正公布施行，共分十三章，第一章「總則」，規定凡用發動機器之工廠，平時僱用工人在三十人以上者，均適用該法（第一條），工廠應備工人名冊，登記關於工人之各種事項（第三條），工廠每六個月，并應將有關工人的各種事項，呈報主管官署（第四條）。第二章「童工女工」，規定凡未滿十四歲的男女，工廠不得僱用爲工廠工人（第五條），男女工人在十四歲以上未滿十六歲者爲童工，童工祇准從事輕便工作（第六條），童工及女工，不得從事各種有危險性的工作（第七條）。第三章「工作時間」，規定成年工人，每日實在工作時間以八小時爲原則（第八條），童工

每日的工作時間，不得超過八小時，童工不得在午後八時至翌晨六時的時間內工作，女工不得在午後十時至翌晨六時的時間內工作（第十一條至第十三條）。第四章「休息休假」，規定凡工人繼續工作五小時，至少應有半小時的休息；凡工人每七日中，應有一日的休息，作為例假（第十四條第十五條）。第五章「工資」，規定工人最低工資率之規定，應以各廠所在地的工人生活狀況為標準，工廠對工人，應以當地十足通用貨幣，為工資的給付，工資的給付，應有定期，至少每月發給二次，論件計算工資者亦同（第二十條至第二二條）。第六章「工作契約之終止」，規定凡有定期之工作契約期滿時，必須雙方同意方得續約（第二六條），凡無定期的工作契約，如工廠欲終止契約者，應於事前預告工人（第二七條），工人欲終止契約者，應於一星期前預告工廠（第三二條）。第七章「工人福利」，規定工廠對於童工及學徒，應使受補習教育，并負擔其全部費用，對於其他失學工人，亦當酌量補助其教育，女工分娩前後，應停止工作共八星期（第三六條第三七條）。第八章「工廠安全與衛生設備」，規定工廠應為一定的安全設備和衛生設備，主管官署，如查得工廠的安全設備或衛生設備不完善時，得限期令其改善（第四一條至第四四條）。第九章「工人津貼及撫卹」，規定在勞動保險法施行前，工人因執行職務而致傷病或死亡者，工廠應給以醫藥補助費及撫卹費（第四五條），第十章「工廠會議」，規定工廠應由工廠代表，和全廠工人選舉的同數代表，組織工廠會議，其職務為改善工廠和工人的關係，調解工廠和工人的糾紛，協助團體契

約、勞動契約、和工廠規則的實行(第四九條第五十條)。第十一章「學徒」，規定未滿十三歲的男女，不得爲學徒，學徒的習藝時間，準用關於工人的規定，學徒除覓習外，不得從事各種危險工作(第五七條至第五九條)，學徒在學習期間內，工廠應使職業傳授人，盡力傳授職業上的技術(第六五條)，學徒在習藝期間內，所有膳宿醫藥各費均由工廠負擔，并應酌給相當的津貼(第六一條)。第十二章「罰則」規定工廠違反工廠法各條規定的處罰等(第六八條至七四條)。第十三章「附則」，規定工廠規則的訂定或變更，須呈准主管官署，并揭示公告(第七五條)。

工會法，於三十二年十一月二十日修正公布施行，共分十三章，第一章「總則」，規定工會以增進工人知識技能、發達生產、維持改善勞動條件及生活，并協助政府關於國防及生產等政令之實施爲宗旨，工會爲法人，工會不得爲營利事業，工會的職務，爲團體協約的締結，各種會員福利事業的舉辦，勞資間糾紛事件的調處(第一條至第四條)，從事國家行政教育專業各機關的員工，不得組織工會(第六條)。第二章「設立」，規定凡同一區域，年滿二十歲，同一產業之工人，人數在五十人以上，或同一職業之工人，人數在三十人以上者，均應依該法組織產業工會或職業工會(第七條)。發起組織工會，應有上列人數的連署，向主管官署申請許可，經許可後，發起人應即推定籌備員，組織籌備會，呈報主管官署備案，工會於召開成立大會前，應將籌備經過，連同章程草案，呈報主管官署，并請派員監選(第九條)。

第三章「會員」，規定凡在工會區域內，年滿十六歲的男女工人，均應加入所從事的同一產業或職業工會為會員，同一產業或同一職業的被僱員役，除代表僱主行使管理權者外，均有工會會員資格（第十二條第十三條）第四章「職員」，規定工會設理事五人至九人，候補理事二人至四人，監事一人至三人，候補監事一人，均由會員中選任之，任期兩年，連選得連任（第十六條第十七條第十九條）。第五章「會議」，規定工會每年至少應開會員大會或代表大會一次，必要時得舉行臨時會議，由理事會召集之，並應於十五日前呈報主管官署，工會的重要事項，均須經會員大會或代表大會議決（第二一條第二二條）。第六章「經費」，規定工會經費，以下列三種款項充之，一為會員的入會費和經常會費，二為特別基金，三為臨時募集基金（第二四條）。第七章「監督」，規定工會不得拒絕法律上認為合格之人入會，亦不得許法律上不合格之人入會。勞資間的爭議，非經過調解仲裁程序後，於會員大會以無記名投票，經全體會員過半數以上的同意，不得宣告罷工。其已付仲裁或依法應付仲裁者，仍不得宣言罷工。工會於罷工時，不得妨害公共秩序的安寧，及加危害於僱主或他人的生命財產。工會不得要求超過標準工資之加薪，而宣言罷工。在非常時期，并不得以任何理由，宣言罷工（第二八條第二九條）。工會非得政府的認可，不得和外國任何工會聯合（第三九條）。第八章「保護」，規定僱主或其代理人，不得因工人為工會會員或職員，而拒絕僱用或解僱，及為其他不利益的待遇。對於工人，亦不得以不任工會職務

，爲僱用條件。在勞資爭議調解仲裁期間，不得解僱工人（第四十條至四二條）。第九章「解散」，規定工會有違反法令情節重大，或破壞安寧秩序妨害公益等情形時，主管官署得將其解散，除了這種命令解散的情形外，亦得因工會的破產，會員人數的不足，以及合併和分立，而宣告解散（第四五條第四六條）。第十章「市縣總工會」，規定工會爲促進當地各業聯繫，提高生產效能，協助政令推行，得集合同市縣區域各個產業工會或職業工會，呈經主管官署核准，組織市縣總工會（第五三條）。第十一章「聯合會」，規定工會爲謀增進同業工人間的知識技能，發達生產，協理互助事業，得聯合同一產業或同一職業的工會，呈經主管官署核准，組織各該省工會聯合會（第五六條）。第十二章「罰則」，規定工會的職員會員，僱主或其代理人，違反工會時的處罰（第五九條至第六二條）。第十三章「附則」，規定該法自公布日施行（第六五條）。

勞資爭議處理法，於二十一年九月二十七日修正公布施行，共分六章，第一章「總則」，規定該法於僱主與工人團體，或工人十五人以上，關於僱傭條件的維持變更，發生爭議時適用之。主管行政官署，於勞資發生爭議時，經爭議當事人一方或雙方的聲請，或自認爲必要時，應召集調解委員會調解。電燈自來水等公用事業，發生勞資爭議，經調解而無結果時，應即付仲裁委員會仲裁。此外的勞資爭議事件，調解而無結果時，經爭議當事人雙方的聲請，或行政官署認爲情勢嚴重，并延長至一月以上尙未

解決時，應付仲裁委員會仲裁。爭議當事人對於仲裁委員會的裁決，不得聲明不服（第一條至第七條）。第二章「勞資爭議處理之機關」，規定勞資爭議的調解，由調解委員會處理，該會置委員五人或七人，以主管行政官署所派代表一人或三人，及爭議當事人雙方，各派代表一人組織之（第八條第九條）；勞資爭議的仲裁，則由仲裁委員會處理，仲裁委員會置委員五人，以1. 主管行政官署派代表一人，2. 省黨部或該地市縣黨部派代表一人，3. 地方法院派代表一人及4. 與爭議無直接利害關係的勞方及資方代表各一人組織之（第十四條第十五條）。第三章「勞資爭議處理之程序」，規定調解和仲裁的程序（第二十一條至第三五條）。第四章「爭議當事人行爲之限制」，規定公用事業的僱主和工人，不得因任何勞資爭議停業或罷工。其他工商業的僱主或工人的爭議，在調解或仲裁期內，不得停業或罷工，僱主不得開除工人。工人或工人團體，不得有1. 封閉商店或工廠2. 擅取或毀損商店工廠的貨物器具，3. 強迫工人罷工的行爲（第三六條第三七條）。第五章「罰則」，規定爭議當事人違反該法規定的處罰（第三八條至第四二條）第六章「附則」，規定該法自公布日施行，但對於該法修正公布前的爭議，亦得依該法處理（第四四條）。

第六章 訴訟法

法律有實體法與訴訟法的分別，規定權利義務實體的法律，是實體法，規定運用權利義務程序的法律

律，是訴訟法，訴訟，有爲保護私權而提起的民事訴訟，和國家實行刑罰權程序的刑事訴訟二種，故訴訟法亦有民事訴訟法刑事訴訟法的分別，前面我們已就各種重要的實體法，略加介紹，現在再就民事訴訟法和刑事訴訟法，略述概要，并附述和牠有密切關係的——強制執行法、破產法、法院組織法等法律。

第一節 民事訴訟法

民事訴訟法，是規定私權的保護，和牠實行程序的法律。由於社會生活的必要，國家法律允許私人享有各種權利，但在這些權利被侵害或不能實現時，如不能請求保護，或對於請求保護的方法，沒有明白的規定，則權利保護終成具文，所以有民事訴訟法的規定。

我國民事訴訟法，於二十四年二月一日公布，同年七月一日施行，中分九編，共六百三十六條，第一編「總則」，規定法院、當事人、訴訟費用、訴訟程序等一般問題，第二編「第一審程序」，「規定通常訴訟程序和簡易訴訟程序的手續，第三編「上訴審程序」規定第二審程序和第三審程序的手續，第四編「抗告程序」，規定對於裁定不服時，請求上級法院廢棄或變更裁定的方法，第五編「再審程序」，規定經過上訴期間，歷盡各級法院，爲確定的終局判決後，因判決法院的組織不合法等，提起再審之訴聲

明不服的手續。第六編「督促程序」，規定債權人關於給付金錢或其他代替物的請求，可以不先起訴，僅請求法院發給支付命令，命令債務人給付，如債務人不提出異議，亦不如期給付時，法院得以裁定宣告假執行，於宣告假執行的十五日內，債務人仍不提出異議時，即進而強制執行的程序。第七編「保全程序」，規定債權人爲保全訴訟後的強制執行，以免日後債權人財產或其他狀態有變更起見，就其金錢請求，或得以金錢替代的請求，請求法院爲假扣押，或就金錢以外請求，請求法院爲假處分的程序。第八編「公示催告程序」，規定法院根據當事人的請求，用公示的方法，催告利害關係人，從速申報權利，逾期不申報權利，即發生失權效果的程序，第九編「人事訴訟程序」，規定婚姻事件程序，親子關係事件程序，禁治產事件程序，死亡宣告事件程序等。

民事訴訟法條文衆多，篇目甚繁，殊難爲詳細的說明，但根據上面的說明，可知民事訴訟法，不外規定1.訴訟的管轄，2.訴訟的提起，3.訴訟的審判，4.上訴抗告及再審，以及5.督促程序等民事訴訟特別程序。

第二節 刑事訴訟法

刑事訴訟法，是規定國家刑罰權行使程序的法律，國家爲了維持社會的安寧秩序，故制定刑法，規

定何種行爲爲犯罪行爲，對於某種犯罪行爲，科以某種刑罰，以達到遏止犯罪預犯再犯的目的，但是縱有刑法的規定，倘國家刑罰權的行使，沒有一定的程序，則曲直不彰，或致侵害人民的權利，故有刑事訴訟法的規定。

刑事訴訟法於二十四年一月一日公布，同年七月一日施行，全文五百十六條，分九編，第一編「總則」，規定法院的管轄，法院職員的迴避，辯護人輔佐人及代理人，文書、送達、期日及期間，被告的傳喚及拘提、被告的訊問和羈押、搜索及扣押、勘驗、人證、鑑定及通譯、裁判等，第二章「第一審」，規定由檢察官提起訴訟的「公訴」，和由當事人提起訴訟的「自訴」，以及在公訴中的偵查、起訴、審判等手續。第三編「上訴」，規定上訴的一般程序，和第二審與第三審上訴的特別程序，第四編「抗告」，規定，當事人不服法院裁定的抗告程序，第五篇「再審」，規定判決確定後，因特殊情形，請求再審的程序，第六編「非常上訴」，規定最高法院檢察長，對於已確定的判決，因違背法令之故，請求最高法院撤銷或變更該判決的程序。第七編「簡易程序」，規定檢察官對於具有特定情形的特定輕微案件，請求不經過通常審判程序，逕以命令處刑的程序。第八編「執行」，規定刑罰執行的手續。第九編「附帶民事訴訟」規定就請求回復損害的民事訴訟，附帶於刑事訴訟提起，請求刑事法院合併審判的程序。

第三節 強制執行法與破產法

強制執行法，是規定強制執行程序，而使債權人的債權，發生實行效果的法律。個人的私權，被侵害或陷於不能滿足的狀態時，雖依民事訴訟程序，訴經審判機關判決，得以確定私權的存在和範圍，但如債務人並不遵判履行時，若非由執行機關，依照執行程序，對債務人加以強制執行手段，則債權人的債權，將不能發生實行的效果，審判程序，亦歸徒勞，殊與國家保護私權的本旨不合，因此之故，各國於民事訴訟法內，規定強制執行的程序者，其未規定於民事訴訟法內者，亦另有強制執行法的規定。

強制執行法，於民國二十九年一月十九日公布，共分七編，第一編「總則」，規定強制執行的主體，強制執行的名義，強制執行的費用和救濟，強制執行的開始和終結，強制執行的分配，以及債務人的拘提管收等事項。第二編「動產之執行」，規定動產的強制執行程序，第三編「不動產之執行」，規定不動產的強制執行程序，第四編「對於其他財產權之執行」，規定對於動產不動產以外的財產權，如債務人對於第三人的金錢債權等的強制執行程序，第五編「關於物之交付請求權之執行」，規定債權人對於債務人，具有得請求給付某種動產不動產自體的權利時，應該遵守的強制執行程序，第六編「關於行爲及

不行爲請求權之執行，規定債權人對於債務人，具有得請求其行爲或不行爲的權利時的強制執行程序，第七編「假扣押假處分之執行」，規定執行法院，對於管轄法院，以裁定准許的假扣押或假處分，應該遵守的執行程序。

破產，是債務人的財產不能清償債務時，債權人或債務人自己，得聲請法院，就債務人所有的全部財產，按照一定的比例和程序，分別清償的程序。破產法是規定破產程序，而使債權人對於債務人財產，能得到公平分配法律。於二十四年七月十七日公布，同年十月一日施行，共分四章，第一章「總則」，規定破產的原因，破產事件的管轄法院等，第二章「和解」，規定債務人不能清償債務時，在未爲聲請破產以前，得先向法院或商會請求和解，以及和解的程序和解的撤銷等，第三章「破產」，規定宣告破產的原因，宣告破產的效力，對於破產人財產的管理方法、分配方法、破產的結束和破產人的復權等，第四章「罰則」，規定破產人不盡其應盡的義務，或有詐欺等行爲時，應受的處罰、以及各種和破產有關係的人，有不正当行爲時，應受的處罰。

第四節 法院組織法

法院有廣狹二義，廣義的法院，包括司法審判機關，行政審判機關、和軍事審判機關而言，狹義的

法院，則單指從事司法審判的機關而言，不但軍事和行政審判機關不在其內，并且還要除去普通司法審判機關裏面，其職務含有司法行政性質的檢察部分，但普通所謂法院，不是廣義的，亦不是狹義的，即指司法審判機關而又包括檢察部分而言，這是在敘述法院組織法的時候，首先要明瞭的。

法院組織法，是規定法院的審級、管轄、法官的配置、任用和待遇、以及執行職務方法的法律，於二十一年十月廿八日修正公布，二十四年七月一日施行，共分十五章，第一章「總則」，規定法院分為最高法院，高等法院及地方法院三種，第二章「地方法院」，第三章「高等法院」第四章「最高法院」，分別規定各級法院的設置，管轄的事件，以及內部的編制，第五章「檢察署及檢察官之配置」，規定各級法院均應設置檢察官，以及檢察官的職權，第六章「推事檢察官之任用及待遇」，規定推檢的任用資格，及其應得的待遇，第七章「書記官及通譯」，規定書記官的配置、職務、官等、任用資格，以及通譯的設置，第八章「檢驗員執達員庭丁及司法警察」，規定各項人員的設置及任務，第九章「司法年度及事務分配」，規定司法年度起迄及事務分配方法，第十章「法庭之開閉及秩序」，規定法院審判案件，以公開為原則，審判長有維持法庭秩序之權，對於不守秩序的人，得加以相當的處分，第十一章「法院之用語」，規定法院審判應用中國語言，筆錄應用中國文字，第十二章「裁判之評議」規定合議裁判案件，以評議決定判決的方法，第十三章「法律上之協助」，規定各種司法人員，在執行職務上，應互相協

助，第十四章「司法行政之監督」，規定各級司法長官，有監督所屬行使職務之權，但不影響於審的行使，第十五章「附則」，規定該法的施行日期。

第七章 國際公法

第一節 國際公法之概念

國際公法，是規律國家和國家相互關係的法，因為牠所規律的對象，是國家和國家的關係，而不是一個國家裏面，國家和人民的關係，所以牠是國際法，不是國內法，又因為牠是國家和國家關係的法，而不是私人和私人關係的法，所以是公法，不是私法。

國際公法，既是規律國家和國家相互關係的法，故在各國閉關自守，未營共同生活的時候，沒有國際公法存在的必要，必待國家和國家間有密切不斷的交際，組成國際社會的時候，纔感到國際行為法則的必要，或以默示的方式，承認若干國際行為上的慣例，具有法的效力，或以明示的方式，簽訂某種作為國際行為法則的條約，以共同遵守，於是有了國際公法的產生。

國際公法的產生，固以國際社會的存在為前提，但是國際社會，是以各個自由獨立個體組成的社會

，組成此社會的國家，不受何項最高權力的支配，換句話說，國際社會雖以國家為組成分子，但自身并不構成國家的形式，所以國際公法和國內法不同，國內法所依附的國家，是具有政治權力的組織體，國際公法，則不是依據最高權力而存在的法律，而是基於國際社會各分子的公認之法律，所以學者說：國際公法，是存於列國之間的法，而不是加於列國之上的法，換句話說，國際公法，是列國自己公認的法，而不是從上級權力加諸列國的法。

因為這個原故，國際公法是否法律，至今仍為學者討論的問題，有些學者說國際公法，并不是法律，而只具有道德規則的性質，因為法律是主權者的意思，對於違反法律者，要具有制裁的力量，國際法的制定，既非由於主權者的意思，對於違反者又未必能為有效的制裁，所以牠不是法律。其實，法律固非由於主權者的意思，制裁也不一定是法律的要素，這種理由，殊不足以否認國際公法之法律的性質。而且，在事實上，國際公法固已不斷的被認為法律，文明國家的政府和議會，自認在道義上法律上，均受國際公法的支配，文明各國的輿論，亦無不認定國家在法律上，有遵從國際法律的義務，如有一國破壞國際公法，文明世界的輿論及各國政府，即將加以指斥，視同違反普通的法律，在違反國際公法者，亦常力圖證明他們的行為，并不構成違法之事，而說他們依照國際公法，有如此行動的權利，故國際公法在一般人的觀念上，誠已認為法律。

國際公法的發達，是最近幾世紀的事，國際公法學的研究，尙在比較幼稚的時期，所以關於國際公法的内容，學說尙未一致，有的依照私法的編制，分爲關於人的法、關於物的法、關於義務的法，和關於訴權的法四種；有的依照法律學上一般的分類，分爲實體法和程序法兩種，但是最普遍的分法，是從國際公法所包含的材料着眼，分爲平時國際公法，和戰時國際公法二部，以下我們也依照這種分法，略述國際公法的内容。

第二節 平時國際公法

平時國際公法，是國家和國家相互間，在和平時期應守的規則，其主要内容，略如下舉。

第一、爲關於國際法主體的法則 這一部分，除了承認國家、國際聯盟、國家聯合，爲國際法的主體，若干自治殖民地，亦部分的具有國際人格以外，并承認國家有下列幾種基本權利：1. 平等權，即各國在法律上的地位一律平等，2. 獨立權，即一國處置自己對內對外的事務，在不侵害他國權利，和違反國際協定的範圍內，不受他國支配的權利，3. 自保權，即國家有使用他所有的資力，爲防禦設備的自由，對於外來的侵犯，并有行使抵抗的權利，4. 法權，即國家對於領土內的一切人與物，及在國內外的本國人民，具有管轄的權利。國家除了上述的權利外，在國際公法上并負有相當的責任，其責任可分

爲直接責任和間接責任二類，凡責任之發生於國家自己的行爲，或官吏和人民得國家的許可而爲者，爲直接責任，其責任發生於官吏和人民的行爲者，則爲間接責任。

第二、爲關於國際法客體的法則 這一部分，包括領土的概念、領土的範圍、河川、領海和領空的意義，領土的取得方式，以及國家在領土內外所有的法權。

第三、爲關於國際交涉的法則 這一部分的重要規定有二，一爲關於條約的，即條約的成立要件，條約批准和條約效力的關係，條約文字解釋的原則，條約終止的方式等，另一爲關於國際交涉機關的，這除了一國的首和外交部長外，正式的國際交涉機關，厥爲使節和領事，使節的職分如何，分爲幾等，他的就任手續和卸式手續如何，以及領事的職權等，均爲國際公法所規定。

第四、爲關於國際爭議解決手段的法則 這有平和的解決手段，和強迫的解決手段兩種，平和的解決手段，除了直接談判以外，又有四種1. 翰旋，即第三國爲促成爭議當事國開談判而盡力的情形，2. 調停，即第三國爲促成爭議當事國爭議的解決，以中人的資格參與談判，甚且提出條件，以爲爭議當事國談判基礎的情形。3. 國際調查委員會，即兩國間無關名譽或根本利益，而只起於事實爭點的爭議，如不由外交手段解決時，於情勢所許的限度內，設立國際調查委員會，根據公平的調查，辨清事實，以謀爭議解決的情形。4. 仲裁，即爭議國家，以其爭議事件，交給他們自己所選任的裁判官判決，而相約服

從其判決的情形。

強迫的解決手段，亦有三種：1. 爲報復，即對於外國之非友誼行爲，報答以同樣或類似行爲的情形，例如甲國對於乙國貨物，特別課以重稅，乙國亦課甲國貨物以重稅是。2. 爲報仇，即一國因爲他國的行爲而受損害，乃對後者採取極端手段，以求救濟的情形。3. 爲平時封鎖，即封鎖他國海港，而表面上仍和他國立於平和狀態的情形。

第三節 戰時國際公法

戰時國際公法，是國家和國家相互間，在戰爭時期所應遵守的法則，其主要內容，略如次舉。

第一、爲關於陸戰的法規 這爲一九〇七年海牙條約第四編所規定，其主要者，有下列諸點：

1. 確立戰鬥員和非戰鬥員的區別，非戰鬥員倘不參加戰鬥，且不犯禁止的行爲，即不受故意的殺害。

2. 規定俘虜必須受人道的待遇，他們所帶的物件，除武器馬匹及軍用文件外，仍歸他們所有。

3. 對於交戰國的害敵手段，加以一定的限制。

4. 規定交戰國對於傷害病人，應尊重照顧，對於移動的營救機關，如野戰病院等，應特加尊重與保

護。

5. 對於交戰國間，戰時所爲的非敵性交涉的方法，詳加規定。

6. 規定一國軍隊佔領某一地點後，所有權利的範圍。

第二、爲關於海戰的法規

這一部分較陸戰法規爲簡單，略有1. 合法的交戰分子的認定，2. 使用

水雷的規則，3. 砲擊無防禦城鎮的限制，4. 拿捕敵船敵貨的限制，5. 對於海上敵人的待遇，6. 對於海上

傷者病者遭船難者的待遇等規定。

第三、爲關於空中戰爭的法規

這一部分的法規，至今極少，海牙會議雖宣言禁止從氣球或

竹船上，投擲彈丸及爆發物，但許多強大的國家，均未予承認。

第四、爲關於中立的法規

規定交戰國和中立國間的權利義務：中立國的主要義務有四：1. 不得

供給軍隊、軍艦、軍需品給交戰國，2. 不得借款於交戰國，3. 當防止交戰國在其領土上募集兵員，并當防止國民大規模的結隊往交戰國投軍，4. 須禁止交戰國軍隊通過領土，或軍火運送車過境。交戰國對於中立國的義務，則爲凡中立國應當防止的一切事情，交戰國均當避而不爲，尤應尊重中立國的領土，而不因軍事目的使用之。此外，關於交戰國干涉中立商務的範圍，國際公法上亦有詳細的規定。

