

書叢法政

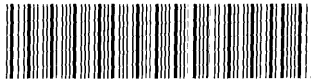
論要法刑民

著伯欣趙



行發館書印務商

上海图书馆藏书



A541 212 0001 76288

法

言

黎元洪題



# 序一

夫道德定善惡，經濟決貧富。而以道德爲理想，以經濟爲本源，律人生行事之臧否者，法律也。考法律之本質，一旦實施，既足以擁護經濟，復可以促進道德。則斯學之不可缺於社會民生者，可以明矣。然法律之爲學，分門別類，條理萬端。其義復精深綿密，非常人所能解，必待專門之士，窮其智力，竭其鑽研，而後明。此其普及全國之所以遲之又遲，而良可引以爲憾者也。余多年學友趙君欣伯，天資英明，學識豐厚，尤精於法律之學，與余同執教鞭於日本各大學，者有年。茲以疚心於涵養中華民國國民之法律思想，傾其蓄蘊，著爲民刑法要論一卷，以貢獻於當世。書成以示余。其說廣羅各國之法理，深入斯學之蘊奧；其文則井然有序，簡切易明。雖初學者讀之不難心領神會，簡捷有功；其裨益於普及斯學之大，必無疑也。際茲民國庶政革新，近且力圖治外法權之撤廢，則從茲完成民刑法法制，以昭大信於各國，爲急務矣。而國民同時亦須人習是學，爲養成習慣之備。故法律者，實當今中國上下



之所當盡心力者也。當此時，讀君之傑作，不勝爲善隣友邦慶。因呈是文，聊以代序云爾。

大正十一年二月二十三日

法學博士小林丑三郎識

# 序二

趙欣伯氏ハ中華民國ノ士ナリ我國ニ遊學シテ法律學ヲ修メ其造詣頗ル深シ學成ルノ後私學ニ於テ教鞭ヲ執ルコト茲二年アリ近者一書ヲ著ハシ題シテ民法要論ト謂フ一日之ヲ余ニ示シテ一言ヲ請フ余ハ氏ト相識ルコト久シキヲ以テ欣然之ヲ諾シ閑ヲ得テ之ヲ一讀スルニ民事刑事ニ關スル法律ノ全體ヲ網羅シテ之ヲ卷中ニ收メ其原則ヲ解說シ其法理ヲ闡明シテ餘蘊ナク簡ニシテ要ヲ得タリ法學ニ志ス者之ヲ讀ムニ於テハ容易ニ民法法律ノ大綱ニ通スルコトヲ得ヘシ即チ知ル本書ハ初學者法學ニ入ルノ門ニシテ法律ニ關スル中華民國人ノ智見ヲ開發シ之ヲ益スルコト決シテ尠カラザルコトヲ

今ヤ中華民國ハ銳意百般ノ施設ノ改善殊ニ其法制ノ完備ニ努メ其成績大ニ見ルベキモノアリ中華民國人カ治外法權ノ撤廢ニ因リ其法權ヲ回

復シ以テ其宿昔ノ志望ヲ貫徹スルノ機將ニ熟セントス然レトモ中華民國  
人カ最終ノ目的ヲ達スルカ爲ニハ尙幾多ノ曲折ヲ經サルヘカラスシテ而  
モ其成否遲速ハ主トシテ中華民國ニ於ケル法律思想ノ普及及ヒ其發達ノ  
如何ニ繫ルコトニ想到スルトキハ輒ニ大ニ法學ヲ振興スルノ策ヲ講スル  
ハ中華民國刻下ノ一大急務ナリト謂ハザルベカラズ此時ニ際シ趙氏ノ此  
著アルハ實ニ機宜ニ適シタルモノト謂フベク本書カ此機運ヲ促進シ中華  
民國ニ於ケル學界ノ面目ヲ一新スルニ與テ力アルヘキハ余ノ信シテ疑ハ  
ザル所ナリ

大正十一年二月三十日

法學博士橫田秀雄

## 序三

法律者，社會之現象也。一國之法，足以表現其國之文化，故文明國之法律，重國民之自由，野蠻國之法律，重國君之苛令。中世以來，各國學者，孜孜研求法律之精髓，促進法律之進步者，豈無故哉。

中國自皋陶治法垂數千年，其間雖無統系的研究，而歷代爲政者皆以刑爲治，以德爲教，其發達不可謂不早矣。而自十五世紀以降，各國法律思想之進步，速如電掣，中國反遲若牛走，至今日則懸若雲泥矣。其故何哉？蓋中國之法律，向來純爲王道之政策，缺少共同生活之觀念，人民苦於苛政，視法如爐，痛之惡之。儒者以爲刑非善政，謂無刑而民不亂，於是棄之者衆，論之者鮮矣。至清末始漸有近世法之彩色，而國事紛紜，法令不行，至今新民律尙未頒佈，稍具法律之形式者，刑律而已。然司法界中，能闡明法理爲合法的運用者，除二三高等廳及大理院外，尙屬鮮見。中國地大人衆，而法律學者寥若晨星，今又值撤廢治外法權之秋，若不積極的

爲之豫備，恐將來難免發生國際的問題也。因是余悚然爲友愛之中國法界憂之。余友趙君欣伯，研究法律多年，爲不可多見之熱心家。嘗著民刑法要論一書，示余余暇而讀之，雀躍者再。通俗解述，網羅法理，真濟時之寶也。此書若得風行全國，其功效豈可量哉。聊述所感，卽以爲序。

大正十一年三月二十六日

法學博士岡田朝太郎識

# 自序

法學，是以社會的組織、國民的性質、文化的程度、三者之現象，爲對象的一種精神科學，所以文化可以促進法律的改革，法律可以助長文化的進步。社會的進化，和法律的進步，是同一步調的。有人說：「法律是私有制的利器，——是社會進化的障礙——」其實：這是把現行的法律，和法律的本質，看混合了……

法律是「人生的法則」(Regel des Lebens)在共同生活上，不可沒有的。況且：法律是社會的現象，不是固定的，——是因上述之三個對象的變遷，而變遷的——法律的不良，是因爲前述之三個對象的不良；知道法律不良的時候，就是法律進步的時候，也正是前述之二個對象趨高的時候。

法律的進步，既然正是社會的進化，可見普及法律的知識，是要緊的。G. M. Hegel. 說：「人類主觀的精神之抽象的發展，爲自由的意思；自由的意思之客觀的發展，爲法律……」所以求法律的進步，就是求自由意思之客觀的發展。那麼：求法律的進步，當然要從普及一般人們法律的知識上入手——我專門研

究法律，僅僅的七年有餘，豈敢說：有指導一般人們法律知識的學力？不過作這本書，是有一個原因的：

我國修正民刑律的時候，最有力的顧問，是日本的刑法學泰斗岡田朝太郎博士，和日本大審院民事部長松岡義正博士。兩氏都是我的開蒙先生，我卒業之後，應政法學校的聘，當民刑法的編譯；恰巧：擔任民刑法講座的，就是他們兩氏。他們的講演，完全由我口譯，並且編成講義，有時和他們討論我國的民刑律，他們很親切的解答；以後：我又在明治日本兩大學，擔任講席，更得着研究的方便了。所以這幾年，得了一知半解；就根據着這一知半解，作了一部刑律論和一部民律論。我的願望是：「務求精密」，所以頁數太多，一時難以完成。現在把這兩部裏頭的主要領，短縮的摘出來，合成一冊，定名為「民刑法要論」，先把他出版，做初學者的捷徑。但是這本書，既是摘要，又是短縮的，自然難免「言簡意繁」的毛病。願意深加研究的，請參考不日出版的拙著的刑律論和民律論！

中華民國十一年二月十五日

著者識於日本江戶嚶求學社



## 凡例

- 一 本書之作，是爲普及民、刑、法、要領的知識；所以用簡單的通俗說明法。
- 一 本書，是爲供一般的查閱，容易解決疑問；所以用問答的體裁。
- 一 本書，又爲初學法律者，參考上的便宜；所以有時，略列重要的學說，並附註英、法、德、的名詞。
- 一 現行民律，與草案，有不同的地方；然而現在，法律思想已經漸漸進步，現行的前清遺物，不久就被淘汰的；所以仍按草案說明。
- 一 本書，因爲希望司法者，用仁愛的心，運用法律；所以有時，進以忠告。
- 一 本書，爲供將來修正法律的參考；所以有時，對於現行律，加以批評。
- 一 民草，條文後，都有註解，刑律，條文後，沒有註解；所以本書，在刑法上，稍微的從詳；在民法上，從簡。

# 民法法要論目次

## 緒論

### 法律

壹 法律的概念……………一

貳 法律的分類……………六

(一) 成文法習慣法……………六

(二) 公法私法……………一〇

(三) 普通法特別法……………一二

(A) 因地的區別 (B) 因人的區別 (C) 因事的區別

(四) 主法助法……………一三

(五) 國際法國內法……………一三

(六) 固有法承繼法……………一五

(七) 強行法任意法……………一七

# 本論

## 第壹編 刑法

壹 刑法	一九
貳 犯罪	二二
〔一〕 普通犯罪要件	二三
(一) 犯罪的主體	二四
(二) 犯罪的客體	三四
(三) 正條	三五
(四) 犯罪行爲	三七
(A) 積極的犯罪行爲 (B) 消極的犯罪行爲 (C) 消極行爲的原因力	
(五) 犯罪的責任	四一
(A) 責任能力 (B) 責任要素	
(六) 不法	七五
(A) 權利行爲 (B) 放任行爲 (C) 正當防衛和緊急避難的區別	

[2]	因果律·····	八七
[3]	決意豫備着手實行·····	九三
[4]	既遂未遂·····	九五
(一)	着手未遂·····	九六
(二)	既行未遂·····	九六
[5]	中止犯·····	九七
[6]	不能犯·····	九九
	(A) 客觀主義 (B) 主觀主義 (C) 折衷主義	
[7]	累犯罪·····	一〇二
[8]	俱發罪·····	一〇三
[9]	一罪數罪·····	一〇四
(一)	數行爲一罪·····	一〇四
	(A) 連續犯 (B) 集合犯 (C) 結合犯 (D) 持續犯	
(二)	一行爲數罪名·····	一〇六

(A) 牽連犯 (B) 法律競合

[10] 共犯.....一一〇

(一) 正犯.....一一〇

(二) 教唆犯.....一一二

(三) 從犯.....一一六

(A) 客觀說 (B) 主觀說 (C) 折衷說

[11] 犯罪種類.....一一八

(一) 親告犯非親告犯.....一一九

(二) 普通犯特別犯.....一一九

(三) 現行犯非現行犯.....一一九

(四) 國事犯常事犯.....一一九

(五) 即成犯繼續犯.....一一九

叁 刑罰.....一二〇

[1] 刑罰意義及原則和分類.....一二〇

(一)	生命刑	.....	一三三
(二)	肉體刑	.....	一二六
(三)	自由刑	.....	一二七
(四)	財產刑	.....	一二八
(五)	名譽刑和能力刑	.....	一二九
[2]	刑的裁量範圍	.....	一三〇
[3]	刑的加重	.....	一三一
[4]	刑的減免	.....	一三二
(一)	法律上的減免	.....	一三三
(二)	裁判上的減免	.....	一三五
(三)	酌量減輕的原因	.....	一三五
	(A) 主觀的原因		
	(B) 客觀的原因		
[5]	緩刑	.....	一三七
[6]	假釋	.....	一四三

[7] 時效……………一四二

(一) 中斷……………一四五

(二) 停止……………一四五

## 第貳編 民法

[1] 意義……………一四七

[2] 權利……………一四七

(一) 權利的本質……………一四七

(二) 權利的行使……………一五〇

(三) 權利的擔保……………一五二

[3] 私權之意義及分類……………一五三

(一) 人格權……………一五三

(二) 對人權……………一五三

(三) 對物權……………一五四

(四) 絕對權……………一五四



(五)	相對權	一五四
(六)	財產權	一五四
(七)	非財產權	一五五
(八)	專屬權	一五五
(九)	非專屬權	一五五
(十)	物權	一五五
(十一)	債權	一五五
(十二)	親族權	一五六
(十三)	繼承權	一五六
[4]	私權的主體	一五七
(一)	自然人	一五八
(二)	法人	一五八
(三)	自然人的私權能力發生	一五九
(四)	私權能力	一六一

(五) 行為能力·····	一六一
(A) 絕對的無能力者 (B) 相對的無能力者	
(六) 相對人的權利·····	一六九
(A) 催告追認權 (B) 否認撤消權	
[5] 私權的客體·····	一七一
(一) 不動產·····	一七二
(二) 動產·····	一七四
(三) 主物·····	一七四
(四) 從物·····	一七四
(五) 元物·····	一七五
(六) 滋息物·····	一七五
(A) 天然滋息 (B) 法定滋息	
[6] 權利的得喪變更·····	一七七
(一) 私權的取得·····	一七八
(二) 私權的喪失·····	一七八

(三) 私權的變更……………一七九

[7] 法律事實……………一七九

(一) 適法行爲……………一八〇

(二) 不適法行爲……………一八〇

[8] 法律行爲……………一八一

(一) 法律行爲的成分……………一八二

(A) 客觀的元素 (B) 主觀的元素

(二) 法律行爲的動機……………一八三

(三) 法律行爲的要件……………一八四

(A) 行爲的內容 (B) 行爲的成立

[9] 意思表示……………一八六

(一) 意思表示的效力……………一八七

(二) 意思表示發生效力的時期……………一八八

(A) 隔地者間意思表示 (B) 對話者間意思表示

(三) 瑕疵·····	一九一
(A) 心裏留保 (B) 虛偽的表示 (C) 錯誤的表示 (D) 詐欺的表示 (E) 脅迫的表示	
[10] 契約·····	一九八
(一) 要約的形式上效力·····	一九九
(二) 要約的實質上效力·····	二〇〇
[11] 代理·····	二〇二
(一) 有權代理·····	二〇三
(二) 無權代理·····	二〇五
[12] 條件·····	二〇六
[13] 期限·····	二〇七
[14] 不完成的法律行爲·····	二〇八
(一) 絕對的無效·····	二〇八
(A) 主張 (B) 追認 (C) 變形	
(二) 相對的無效·····	二一〇

(A) 主體 (B) 主張 (C) 效力

(三) 撤消權的消滅……………二二二

(A) 追認 (B) 時效

[15] 期間和期日……………二二三

[16] 時效……………二二五

(一) 中斷……………二二六

(二) 停止……………二二六

(三) 效力……………二二七

(A) 拋棄 (B) 例外

# 民刑法要論

## 緒論

### 法律

<b>法</b>	
習慣法	成文法
私法	公法
商法	民法 刑法 憲法
民法	行政法 訴訟法 法院編制 法等
強行法	任意法
法力的有效	的意義
對有絕	個尊重
特別法	普通法
商例 陸海軍法	人地於特 行的特別 刑民原則 法法法
助法	主法
選舉法	憲法 刑法 民法 商法
國內法	國際法
的原則	法間的
內為國於	各行於
承繼法	固有法
法制的編	法成俗慣有國由 的而風習固本

### 壹 法律的概念

法律 (羅馬 *Ius* 德 *Recht* 英 *Law* 法 *Droit*) 從來關於說明法律的觀念不同, 所以定義也很多。因為中世以來, 法律家趨於感情的文字, 缺少哲學的研究, 所

以總是紛紛擾擾的辯爭。最古對於法律的觀念，本於神意。例如 Chammurabi 法典，及印度的 Manu 法典，其他埃及，亞刺比亞，希臘，波斯，羅馬，……法典，都說：法律是神授。雖然到了近世，這種觀念消滅了，然而奉君主如神的學者說：『法律是主權者的意思』又說：『主權在君主』又說：『君主的權力，是神授的』都是受了這種觀念的影響。其實，現在只可拿他當作一種神話。（日本的學者中，現在仍有這種神話的說法。）

自希臘的 Stoi 哲學派的：『人從自然而生活』以來，自然法的思想到了中世，更發達了；德國的 Pufendorf (1632—1692) Leibniz (1646—1716) Wolff (1679—1754) 英國的 Hobbes (1588—1679) Locke (1632—1704) 義大利的 Macchiavelli (1469—1527) 等，都是主張自然法說。佛國的 Montesquieu (1689—1755) Rousseau (1712—1778) 等，雖是民約論者，也算是自然法學派。自然法學派，不過是在法律現象以外，自理想上，永認自然的原理——原則——存在；用這個原理——原則——為基本，研究法理。我國古時，學者也是這般說法。例如老子說：『人



法地，地法天，天法道，道法自然。」這雖是一種倫理的觀念，實在是包含自然法的意義。自德國 Savigny; Puchta; Eichhorn 等歷史派的學說一興，自然法學派，幾乎被他壓倒；因為研究法學者，趨向歷史學派的很多。自然法學派說：「法——是絕對存在——萬古不易的——宇宙大法則」歷史派說：「法——是相對的存在——因時代，因地方，可以變遷的——」總之，自然派，是自由個人的說明；歷史派，是國民的說明。

法律學，是社會學的一部；社會學，是生物學的一部；現在社會學，生物學，正在進步的時候，我們當然不能空中樓閣的，墨守自然派的空論；要用科學的研究法，研究法學。所以當貫通事實，努力於經驗的研究。然而自然法學派，雖然是固守先天的思想，缺注意於社會事物的變化；可是歷史學派，也缺注意於「自然，為變化動機的大原則」因為事物雖然都有變遷，然而也有一定的原則。自然學派，過於偏重原則；歷史派，又過於偏重變遷；我以為：彼此應當互相補助的說明。

譬如推理派，和實驗派，自希臘古代以來，已經數千年，爭論不休；究竟孰真？孰偽？

學者也都偏重一方，互相誹駁，其實：應當參酌兩說，闡明真理。

歷史學派，排斥自然法學派——不認自然法有存在的必要——未免過偏；其實：是觀察上的不同，若從制定法學的見地上觀察，雖然可以說：沒有自然法的必要；若從法律哲學上觀察，自然法也是不可缺的。歷史學派中，對於法律的定義，也各有不同，有着意於實質的；有着意於形式的。其實：學說也是因為思想的變遷而變遷。若過於說的廣義，不合時用；若過於說的狹義，當然存在的不久。學者對於法律的觀念，又常以為國家和法律，是不可分的。謂：無國家，就沒有法律——無法律——就沒有國家——這因為是在國家思想時代的緣故。所以說：「法律必須有強制力」若按廣義說，未常不可說：「法律：是人類因為保持共同生活的秩序，規律互相間行為的法則。」這個法則中，當然包括着自然法則，並包括着法律不必國家制定——沒有國家，也可以有法律——不過在國家思想的時代，說明國家施行的法律，只可說：是國家制定的，和承認的，國民共同生活的規則。現在對於本著的內容，祇可參照着現實的通論，下一個定義，如左：

法律：是國家制定的，和容認的，共同生活行爲的，規範法則。簡單分說之，如左：

(甲) 法律是國家制定的，和容認的。

我人，平常關於行爲的法則，雖然很多，若非國家制定，或容認的，不能說是法律。國家制定的，就是「成文法」；國家明示，——或是默示，——容認的，是「慣習法」。然而法律本質中，並不必要強制力。因爲法律的通例，雖然帶有強制制裁的性質；其實：對於違反上沒有強制制裁的，也不能說不是法律。——譬如，國際法等——

(乙) 法律是共同生活行爲的法則。

法律，因爲防止弱肉強食的社會混亂——不能共同安生——而設，所以是共同生活的法則。然而規律共同生活的，不但是法律；道德上的法則，倫理上的法則，宗教上的法則等，都可爲共同生活上的法則。然而這些個法則的直接目的，都是在內部的心意；惟獨法律的直

接目的，是在外部的行爲。

(丙) 法律是規範法則。

法則，有自然的法則，和規範的法則。譬如物理化學上的法則，是自然的法則；我人的行爲、意思、感情、若欲到達正當目的之實現，必須服從的法則，是規範法則。——譬如道德宗教等——都屬於規範法則。法律也然。

貳 法律的分類如何？

法律的分類，最重要的是：

成文法，習慣法，公法，私法，普通法，特別法，主法，（實質法，實體法），助法，（形式法，手續法），任意法，強行法，國際法，國內法，固有法，承繼法。

(一) 成文法和習慣法。是甚麼？

用文字表出來的，——就是規定條例，用文字記載的法律——就叫作「成

文法」〔羅馬 *Ius Scriptum* 德 *Geschriebenes Recht* 英 *Written Law* 法 *Loi*;

Droit Ecrit) 成文法, 和習慣法, 都是法律的淵源。道德, 宗教, 習慣, 條理, 外國法, 等上的法則, 都是制定成文法的材料。成文法制定, 其程式因地及時不同, 在民國現制是由參議院議決, 經元首公佈後, 始能發生效力。

習慣法——(羅馬 Ius Non Scriptum; Ius Consuetu dinorium 德 Ungeschr-

ielenes Recht; Gewohnheitsrecht. 英 Unwritten Law; Customary

Law 法國 Droit non Ecrit; Droit Coutumier

習慣法, ——又叫作不文法——是不用文字表出的。人民常行的習慣, 認為與法律有同一效力的, 就是習慣法。民草法例第一條說: 『民事本律所未規定者, 依習慣法……』就是這個習慣法。前段所說的『本律』即指的是成文法。民草法例, 是以成文法為原則, 以習慣法為例外。

然而慣習, 成為法律的根據, 及慣習法成立的要件, 和時期, 如何呢? 分別說之如左:

關於習慣法有拘束力的原由, 學說很多, 重要的是:

(甲) 慣行說——這個學說，是 Zitelmann 等所唱的。說：國民間關於其事項，常久繼續的同一行為，就是習慣法。然而慣行不過是一種事實，還不能說明慣習法拘束力的原因。

(乙) 確信說——這個學說，是 Savigny; Puchta 等主張的。Gierke; Windscheid; Labund 等的見解，也相同。說：國民對於某事項，按着規範，確信為權利、義務時，就是習慣法。並且說：法律是漸漸發達的，是由國民總意而成的，——直接可以表示國民意思的，——就是習慣法。立法者，從着這國民的意思，間接用有形式的發表出來，就為成文法；國民最初按着某習慣行事，漸漸確信此習慣為行為條理，於是由此條理中，就生出權利、義務的確信來；這確信，就是習慣法拘束力的原因，……這個學說，在法學界，很有一點勢力。然而駁的也不少。反對者說：這個學說，只是說了習慣法的實質，對於拘束力的原因，仍沒說透。又說：若是國民誤信時，豈不是那個誤信，也成為法律麼？又有人

說：此說不能說明國際法上的慣習法……

(丙) 國家承認說——這個學說是羅馬 Julianus 所發的；Brunns；Stahl；Binding 等，附和之。說：國家明示，或是默示，所承認的習慣，始能發生拘束力。換言之，就是國民間所行的習慣，得國家的明示，或是默示，認為與法律有同一效力的，始為習慣法。這個學說，勢力很大。

(丁) 法廷認許說——這個學說是 Bentham；Austin 等，所主張。謂：裁判所對於某事項，認為有事實上的習慣，依這習慣判決時，這習慣，就為習慣法。所以英國有稱習慣法為 Judge-made law 的。然而近來法理學者，如 Holland 等，駁擊此說很烈。謂：裁判官的判決，不過是適用的手續，不能說是習慣法的原因；裁判官是適用法律者，不是制定法律者，若說因裁判官的適用，始發生法的效力，豈不是承認裁判官有立法權……

(戊) 法定條件說——這個學說，是 Holland 所唱的。謂：習慣所以有法律



的效力之原因，是因備有一定之條件，這條件，與法意相合，始發生法的效力。這個學說，也很有人贊同。

以上各學說，各有短長。因爲用具體的說法，要說明抽象的法理，當然要巧於此，拙於彼。其實：各說在習慣上，都不可缺的。譬如習慣，本來是因爲慣行，纔確信；因爲確信，國家纔承認；因爲承認，法廷纔認許；缺一，不能有拘束力。至於法定條件說，其所謂之條件，也不外乎法定；況且，旣以國家承認爲條件，結局，習慣法有法律上效力之原因，是國家的承認。比較起來，國家承認說中，慣行說、確信說、法廷認許說、法定條件說，都包括在內；所以國家承認說，尙屬妥當。

(二) 甚麼爲公法、私法？

關於區別公法、私法的學說，很多。那最有名的，比方：

(其一) 以規定權力服從關係爲主的法律，爲公法；

以規定平等權利關係爲主的法律，爲私法。

(其二) 以規定公益之目的爲主的法律，爲公法；

以規定私益之目的爲主的法律，爲私法。

(其二) 以規定國家或其他公法人，爲一方主體之法律關係爲主的，是公法；

以規定私人 and 私人之間的法律關係爲主的，是私法。

右述之學說，各有短長；然觀察方面雖異，抽象的說明，可都也差不多。我贊同的是：

規定關於國家主權動作之關係的法律，是公法；（英 Public Law 法 Droit

Public 德 Öffentliches Recht）

規定關於個人互相生活之關係的法律，是私法。（德 Privatrecht 英 Pri-

vate Law 法 Droit Prive）

所以憲法、行政法、刑法、刑事訴訟法、民事訴訟法、法院編制法，都是公法；民法、商法，是私法。因爲民事訴訟法，是私法的助法，所以有主張是私法的，可是裁判是國家主權的動作，不能不說是公法。

(二) 甚麼是普通法、特別法？

普通法——(英) General law 法 Droit général 德 Gemeinrecht

(Recht)

特別法——(英) Special law; Particular law 法 Droit Special;

Droit Particulier 德 Partikularrecht)

區別這兩個，有三樣。就是：

(A) 因地的區別。——按着適用法律的地域而分。——適用於全國一般的，是普通法；適用於特別地域的，是特別法。

(B) 因人的區別。——按着適用法律的人而分。——就是適用於一般人的法律。是普通法；適用於有特別身分的，是特別法。例如民法、刑法等，是普通法；陸、海軍法等，是特別法。

(C) 因事的區別。——按着適用的法律事實而分。——關於一般事物關係的法律，是普通法；關於特別事物關係的法律，是特別法。例如民法、

是普通法；商法，是特別法。

特別法效力的範圍，雖然比普通法效力的範圍小——可是特別法的適用，在普通法之先。比方對於陸、海軍人，總得先適用陸、海軍法；不能適用普通刑法。對於商人間的商行爲，總得先適用商法；不能適用民法。必得是特別法所不足的，纔能用普通法來補充。

#### (四) 甚麼是主法、助法？

主法——(德國 *Materielles Recht* 英國 *Substantive Law* *Droit matériel*) 是權利、義務的實體。就是規定權利、義務的發生、消滅、變更、移轉之範圍的法律，——例如民法、刑法、商法，等——都是主法。

規定實行權利、履行義務之手續的法律，就是助法。——例如刑事訴訟法、民事訴訟法等，——都是助法。(德國 *Formelles Recht* 英 *Adjective Law* *Droit formel*)

#### (五) 何爲國際法、國內法？

國際法——(英) International law; law of nations 德) Internationales recht;

Völkerrecht Staatenrecht 法 Droit international; droit des gens)

國內法——(英) National law 德) Nationales Recht; Internes recht 法 Droit national)

國際法，和國內法的區別，主要的是：承認法律的主體，和施行法律的範圍。國內法，是一國所承認的；國際法，是多數國所承認的。國內法的制定，承認，是本着一國的主權，施行的範圍，原則上只限於一國之內；(引渡外法權，犯罪例外) 國際法，是因為各國承認，施行於各承認國之間的。然而因為國際法，對於違反上，沒有強制的制裁，有說不是法律的。其實：法律本是行爲的標準，是消極的，不是積極的。制裁，不過是法律的效用，與法律的本體，是沒有關係的。所以國際法，也是法律。國際法內，有公法、私法。

國際公法——(英) Public international law 德) Internationales öffentliche-

has Recht法 Droit international public) 是各國間公認的法，就是不含有國際私法的國際法——又叫作萬國公法——平時適用的法，叫「平時國際公法」，戰時適用的，叫「戰時國際公法」。

國際私法——(英 Private international law 德 Internationales privatrecht 法 Droit international prive) 也如國內法，是規定本國和外國之間適用法律的範圍的。譬如中國人和外國人結婚，或立契約，或是關於國籍身分，能力，等的認定——如國際民法、國際商法、國籍法等——都是國際私法。

(六) 何爲固有法，承繼法？

固有法——(英 Indigenaus law; Native law 德 Einheimisches recht 法 Loi Naturel)

承繼法——(德 Recipiertes Gesetz 英 Adopted law; Accepted law 法 Lai

*acceptée Droit adoptif*

固·有·法，是基於本國固有的風俗、人情、習慣、而成的法律；承·繼·法，是採用外國法，而成爲本國法的法律。因各國文化互相交換的結果，立法者，常採用外國法。採用之法，有直接的，間接的。例如中古德國，採用羅馬法，近代比利時瑞士等國，採用法國民法，都是用其法律，加以法律的效力；這就是「直接的承繼法。」例如義大利葡萄牙西班牙等國的民法，參考法國民法，另爲制定，又如英國的慣習法，由羅馬法之先例所得的很多，這都是「間接承繼法。」日本在昔時，直接承繼中國隋唐法，維新後，模倣明清法。雖極力的用間接的形式，其實內容，仍是直接承繼中國法；以後漸漸採用法國民法，英美私法。到近年，又模倣德國法，究竟日本的固有法，很少；其所稱的固有法，乃是中國法。不過承繼既久，所以認成日本的固有法了。所以中國法，可以說是日本的「母法」；(*Mother law; Parental law*)英美德法的法律，是日本的「子法」(*Trial-law*)中國法律，自改定以來，採用各國法律的長處很多；然而大部分，乃屬於德國法。所以中國古法，是中國的固有法；德國法等，是中國的

承繼法。

(七) 何爲強行法、任意法。

強行法——(羅馬 *Ius cogens* 法 *Droit impératif* 英 *Imperative law* 德

*zwingendes Recht*; *Gebietendes Recht*)

任意法——(羅馬 *Ius dispositivum* 法 *Droit facultatif* 英 *Dispositive law*

德 *Nachgiebiges Recht*; *Vermittelndes Recht*; *Dispositives Recht*; *Nichtzwingendes Recht*)

強行法，是有絕對適用效力的法律。不能聽個人的意思的適從。任意法，是容認私人意思效力的法律。若當事人，沒有特別的意思表示時，始適用規定。然而強行法和任意法的區別，不是關於法典全體的分類；乃是在各法典各條中，是不是關於公益規定的區別。所以公法，不必盡是強行法；私法，不必盡是任意法。不過私法之中，任意法最多而已。例如——民事訴訟法，雖然是公法，內中也有任意法的規定。(當事人的合意管轄等)民法，雖然是私法，關於物權、親族、婚姻、承繼等的規定，多屬於強行法。



此  
页  
空  
白

# 本論

## 第壹編 刑法

刑罰		特別要件	不法	責任	犯罪	客主	正條
主刑	從刑	為各各犯罪所必要者是	非權利行為 非放任行為	能力要素(故意過失)	普通要件	主體須是人 客體是法	禁止條文 勅令條文
生命刑	財產刑(沒收)能力刑				行為		
自由刑					積極行為 消極行為		
財產刑(罰金)							

### 壹 何為刑法

刑。法。(德) Criminalrecht; Strafrecht 英 Criminal law; Penal law; 法 Droit

criminel; Droit penal) 是規定「犯罪」和「刑罰」的公法；所以刑法是規定犯罪和刑罰的總稱。刑法內包含着刑罰法令，及刑事訴訟法等，所以學者稱前者爲「有實質的刑法」(Materielle Strafrechte) 後者爲「形式的刑法」(Formelle S.) 刑法在法律中發達的最早，上古時已有刑法；不過不備法典而已。我國在軒轅黃帝時，已經有了刑罰，堯七十六年，舜攝政三年，制五刑。(墨、劓、剕、宮、大辟) 尙書舜典，有「……眚災肆赦，怙終賊刑……」大禹謨中：「帝曰：『皐陶……汝作士，明於五刑，以弼五教，期於治，刑期於無刑，民協於中，時乃功……』」皐陶謨中：「……天敘有典，勅我五典，五惇哉。天秩有禮，自我五禮，有庸哉……天命有德，五服五章；天討有罪，五刑五庸……」這是我國刑法的初期。到了周時，更發達了。聽訴，有五聲，三刺，斷罪，有二宥，三赦。戰國時，李悝有「法經大篇」，是盜法，賊法，囚法，捕法，雜法，具法。商鞅改「法」字爲「律」字。漢律加「戶、興、廩」三篇，爲九章。魏律，又加「劫掠、詐欺、毀亡、告劾、係訊、斷獄、請賊、警事、償賦」九章，爲十八章。改「具法」爲「刑名」，置於首篇。晉律分「刑名」「法例」爲二。北齊合而爲一，稱爲「名例」。

隋開皇元年十月，命裴政定新律，爲「笞、杖、徒、流、死」；到了唐朝，刑法典就很可觀了；日本採爲國法，明清律都以唐律爲基本。清末時，屢次增改，光緒三十一年，輕罪禁止刑訊，改笞杖爲罰金。三十三年，除苛刑。明年，停止刑訊。自光緒三十一年，至宣統二年，五次核定草案；同年十二月二十五日頒布。民國元年三月十日，施行暫行新刑律。

我國古時的刑法，過於簡單。今日的法律，連篇累牘，古時只有三尺竹簡，所以有人說：我國的古法，不足爲法。其實：現在各國的刑法，並未走出我國古法範圍的一步。譬如近世的犯罪論，注重故意，過失，責任能力；正是我國古時的「三宥」，「三赦」之法。三宥是：「一宥曰不識，再宥曰過失，三宥曰遺忘。」三赦是：「一赦曰幼弱，再赦曰老髦，三赦曰蠢愚。」今日有正當防衛，緊急避難，累犯加重；古時有：「眚災肆赦，怙終賊刑。」至於古時的五刑，（大辟、宮、剕、墨）雖然過於慘酷，較之 *Stabe, Tarche, Bekker, Walker* 等的「神意應報論」(*Göttliche Vergeltungstheorie*) 和日耳曼古代的安穩喪失的刑，(*Friedlosigkeit*)（犯罪人的財

產，他人隨便奪取，身體隨便損害，犯人的生命，他人隨便殺害。似乎覺得文明一些。況且我國以「德教」爲重，所以有「畫地爲獄」，「刻木爲吏」，「縱囚期至」等他國所無的。魯國大法官孔子（魯大司寇）說：「聽訟吾猶人也，必也使無訟乎。」一般不肖的子孫，不知道古人治法之意，濫用職權，視人民如豬犬，所以國風日下；知覺麻木的，嘴頭說：「守舊」誰是真知道守舊的？若能有貫徹的精神，逐漸求良，何至反求別人的唾涎？中古日耳曼，由國家公認血鬪的復讎，（Die vom Staat gebilligte Form der Blutrache）進步到法律的模範，我們想起來，真真的要愧死！

## 貳 何爲犯罪？

犯。罪。（羅馬 Delictum, Crimen, 德 Verbrechen, 英 Crime, 法 Infraction; Delit）是刑事上有責任的不法動作。換言之，就是——應受制裁的不法行爲——所以：

（一）犯罪是行爲（Handlung）行爲是基於意思的動作。只有意思，沒有動作，

不是犯罪；只有動作，沒有意思，也不是犯罪的行爲。所以夢魘的行爲，不是此處說的行爲。

(二) 犯罪是不法的行爲。(Rechtswidrige H.) 行爲須是不法的，若是權利的行爲，不爲犯罪。所以犯罪行爲，必須是違反法律上規定的行爲。

(三) 犯罪是有責任的行爲。(Schuldhaftige H.) 行爲須是故意或過失，並須是有責任能力的，不然，不是犯罪。

(四) 犯罪是應受刑罰的行爲。(Die mit Strafe bedrohte H.) 刑事上的不法行爲，和他法的不法行爲，不同的，就在此。所以犯罪，是適合刑罰法條的行爲。

犯罪的成立，須具備「普通要件」和「特別要件」，具此條件時，就是有刑律上之責任的不法動作。

〔1〕何爲普通要件，特別要件？

普通要件，是犯罪上不可缺的特別要件，是限於特定犯罪的普通要件，是共通

的——抽象的——沒有這個要件，就可以說是無罪。所以說明普通要件，就可以說明一般的犯罪之成立。特別要件，是特定的，——具體的——附在各各犯罪之上，必須說各各的犯罪，纔能說明特別要件。所以現在只說普通要件。普通要件有五：

(1) 犯罪的行為之認定，須法律有正條。

(2) 犯罪的主體是人，犯罪的客體是法益。

(3) 須有犯罪的行為。

(4) 那行為須是有責任的。

(5) 行為須是不法的。

(二) 何為犯罪的主體？

犯罪主體，就是犯罪行為者。換言之——就是犯罪的人——古時，有以人類以外之物，為犯罪主體的，並且罰之以刑。譬如古時有戮屍的事。人死後，則人格消滅，那個屍首，不過是法律上的物，並不能說是人。舊約全書出埃及記說：『牛若以

角觸殺男女，可以石擊死之，而不得食其肉，」云云。是以牛爲犯罪的主體。日本白河帝，要上法勝寺行祭，忽然下大雨，不能去，帝大怒，說：「雨犯罪了！」命有司用盆盛上雨水，下在牢獄裏頭，這也是以「物」爲犯罪的主體。歐洲古時有罰獸類的法律，所以有「獸類處罰」和「獸類訴訟」的成語，(Tierstrafen und Tierprozesse)近世的法律，注重犯罪的「意思責任」，所以犯罪的主體，以「人」爲限。「人」以外的動物，是沒有「意思責任」的，所以不能謂爲法律上的犯罪者。然而若是「人」以犯罪的意思，利用別的動物實行的時候，那犯罪的行爲者，不是動物，仍然是「人」。因爲那個動物，不過是行爲者的機械，他本身並沒有犯罪的「意思責任」。譬如某甲要殺某乙，暗使獐犬把某乙咬死的時候，直接殺人的，雖然是「犬」，那「犬」並沒有法律上犯罪的能力；所以某甲是殺人的犯罪者。設若「犬」的殺人，是自發的，不是被人驅使的時候，只可審查「犬」的養主，或監護「犬」的人，是不是有不注意的過失，若是有過失，當然「犬」的養主，或監護「犬」的人，有「過失罪」。若是沒有過失，或是那「犬」是沒有養主的，因爲「犬」不是刑法上犯罪的主體，不能處「犬」以刑罰，所



以被害者的家屬，也不能對「犬」提起刑事的訴訟。

人雖然是刑法上的犯罪主體，因為法律的本旨，是處罰有意思責任的人，那沒有意思責任能力的人，也不算是犯罪的主體，刑法的原則，是：「沒有責任，就沒有刑罰。」(Keine Strafe Ohne Schuld)至於警察行政，稅務行政的法律，常不以責任為重的，那是例外。然這種例外，本是不合理的，將來必因法律的進步，而消滅的。犯罪的主體是人，——是犯罪行為的人，——犯罪行為的人，乃是有責任能力的人，——因自己的意思，為犯罪行為的人，和因自己的意思能力，可以阻止犯罪結果發生的人，——

法律上的「人」，須是出生後的「人」。關於出生的時期，有「卵膜下端分離說」、「一部產出說」、「全部產出說」、「出聲說」、「臍帶切斷說」、「獨立呼吸說」。法律與醫學上問題不同，應以「全部出生說」為當。然而既已全部出生，不必臍帶切斷，就成立法律上的人格者。出生後的「人」，可以為「加害者」，可以為「被害者」，所以一方面可以為犯罪的主體，一方面可以為犯罪的客體。然而為「加害者」時，必須到達

責任能力者的年齡。

沒出生的胎兒，是被害的物體（墮胎罪的胎）不是被害的人。所以孕婦被殺，胎兒同時而死時，是殺一人罪。若未足期月之胎兒，用人力墮下，雖然保住小兒生命時，也成立「墮胎罪」。若打傷孕婦，胎兒因之死在腹中時，是傷害孕婦罪。若孕婦因之死亡時，是傷害孕婦致死罪；不是殺死胎兒罪。暫行律上墮胎罪的法意，是如此！然而刑法上的被害者，與民法上被害者，法益不同，似乎在刑法上，對於胎兒的保護，尚須研究！所以於墮胎之外，對於殺傷胎兒罪，也須另為規定。譬如用藥物使孕婦飲服，毀損胎兒的一部分時，並不是墮胎，那麼應犯何罪呢？暫行律的墮胎罪，只注重「墮胎」，不注重「胎兒的死」，不能得罪刑輕重的平均。譬如以強暴力，使婦女墮胎，孕婦因之死傷時，或知為懷胎婦女，將其毆打，致使小產，孕婦因之死傷時，是「墮胎罪」和「傷害」或「傷害致死罪」的俱發。（第三百三十四條和第三百三十七條第二項）然而科學日見進步，若是以殺害胎兒的意思，用藥物或用人工，將胎兒殺死在腹內，孕婦因之死傷時，如何知為懷胎婦女，將其毆打，致使胎兒死在

腹內，孕婦因之死傷時，如何？若按暫行律的規定，此時因無關於胎兒在腹內死亡的明文，只可斷爲單獨的傷害罪，或傷害致死罪，比起前例的罪刑來，豈不是輕重失宜？

胎兒自出生後，就是法律上的「人」，若殺死時，是「殺人罪」，若侵害他的財產、名譽等，他都有控訴的權利。無智識的婦女，以爲：「兒子是我身上落下的肉，叫他死，叫他活，都由我，」這是不行的。父母有懲戒子女的權，沒有殺害子女的權。私生子剛出生，當時就殺死，埋棄以掩恥時，是「殺人罪」。脅迫女兒殉節時，也是「殺人罪」。近鄰可以告發的。若將初生兒，拋棄在行路上，希望人拾養時，是「遺棄罪」。拋棄在人烟稀少的地方，以爲也許死，也許有人拾養時，是不確定的故意，成立「殺人罪」。

以上說的是「自然人」。然而民法上的「法人」，是不是犯罪的主體？爲學者所聚訟。因爲犯罪須有犯罪能力（責任能力）雖然是「自然人」，若是沒有責任能力的人，尙且不能爲犯罪的主體，何況是「法人」呢？所以「法人」不能爲刑事上犯罪的人。

主體。然而法律既然賦與「法人」法律上權利義務的人格之資格，「法人」的機關是有行爲能力的「自然人」所組織的，又似乎是有犯罪的能力。法人到底是否有犯罪的能力？請先述法人的本質：

關於法人的本質，學說不同，重要的是：

(A) 實在說 (Realitätstheorie) 此說，是說：「法人」是實在的，是自然人爲其代表，表示他的意思，實行他的行爲。他的代表人的意思，行爲，就是他的意思，行爲。所以「法人」有犯罪的責任能力。

(B) 擬制說 (Fiktionstheorie) 此說，是說：「法人」不是實在的——是法律所擬制的——所以法人沒有意思能力，和行爲能力。不過法律既擬制「法人」爲權利義務的主體，承諾他的代理人在法律所許的範圍以內，可以代理他的意思行爲而已。所以「法人」沒有犯罪的責任能力。

(C) 組織體說 (Organisations theorie) 這個學說，與實在說相同，謂「法人」是實在的，代表他的「自然人」是他的組織份子。然而學者中，有折

衷的說法，謂：「法人」成立的基礎，是有一定目的之社團，或財團所組織的，不是法律作成的，然而並不是具體的組織體，乃是抽象無形的（Vorstellung）所以也不是實在的。……主張此說的，意見很分歧，有說：「既是自然人所組成的，當然有**意思能力和行爲能力**，所以有**犯罪的能力**。」有說：「既不是實在的，他的**意思能力和行爲能力**，是有一定限制的，出了「法人」基礎範圍的意思行爲，就不是「法人」的意思行爲，所以「法人」沒有**犯罪的責任能力**。」

無主權利說（Theorie der subjektlosen Rechte）此說近於擬制說，謂：法人雖然不是法律上假設的，究竟也不是實在的，所以法人的本體，是在一定的目的中，有權利義務。然而那主體是虛無的。「法人」的債權，是沒有債權者的債權，「法人」的所有權，是沒有所有權者的所有權。「法人」一切的權利，是無主的。不過是因法律的承認，可以享受而已。所以「法人」本是沒有**意思能力和行爲能力**的。

(D) 受益者全體說 (Theorie der Destinäre) 謂：法人外觀上，是人格者，可是真正的權利主體，是在裏面伏在的「自然人」。所以社團法人的權利者，是社員的全體，財團法人的權利者，是財團上受利益的全體。「法人」的自身，本是無利益的……此說，近於組織體說，然而不認法人本體有犯罪的責任能力。

「法人」的本體，是多數同一目的人所組成的。組織員全體共同的意思，就是「法人」的意思。組織的份子，都是構成「法人」的成分。「法人」的存在，雖然是法律的認許，究竟「法人」是由社團財團所組成的。並不是虛無的。「法人」的代表人的意思行爲，就是「法人」的意思行爲。「法人」代表人行爲的效力，歸於「法人」。「法人」代表人，就是「法人」的表現人，所以當以組織說爲當。

「法人」代表人的行爲的效力，既是及於「法人」，然而代表人的行爲，是代表人自身的行爲？是「法人」的行爲？學者的意見不一。代表人的行爲的效力，既是及於「法人」，況且「法人」既是法律上權利的主體，其構成部份的代表人的行爲，當然

認為是「法人」的行為。然而法人是有一定目的而成立的，所以代表人的行為，若出於「法人」的目的範圍以外時，不是「法人」的行為，乃是行為者自身的行為。「法人」的目的，既然是限定的，經法律認許的，行為的範圍是客觀的，其中絕不含  
有犯罪之目的。可見「法人」沒有犯罪的責任能力。因為刑法上的責任，與民法上的責任不同，刑法上處罰的目的，是在自然人。犯罪特別構成事實上的處罰，以自  
然人為限。雖然有罰金的刑罰，若犯罪人不能繳納時，仍是處以拘留；所以刑法上的目的，不能完全達到法人。反對者說：「民法上「法人」有不法行為能力，可見  
在刑法上也有不法行為的能力……」姑且不論民法上的不法行為，是「法人」  
的行為？是代表人本身的行為？尚為學者所爭，就算是「法人」的行為，民法的不法  
行為，常以客觀的斷定責任，與刑法上的責任觀念不同。況且民法純以財產上的  
損害賠償為目的，與刑法上刑罰的趣旨也不同。所以「法人」雖然有民法上的不  
法行為能力，決沒有刑法上的不法行為能力。反對者又說：「國家是「法人」，在  
國際法上，可以有犯罪的責任能力……」這是主張「法人」有犯罪能力者的最

有力的理由。然而國際法，自有國際法的固有法理，不能說到國內法的刑法上來。況且國際法，是國家間的法律，所以算是公法，並不是國與國之間的刑法，所以對於國的不法行爲，可以要求財產上的損害賠償，不能處國以刑罰。若不法國不承認財產上利益的提供時，可以用武力強制他履行。這與民法上的強制執行，是同一的理由。所以用武力滅亡不法國，奴隸全國人民，近於刑罰的行爲，是不合理的。那是在法理未明的野蠻時代的行爲。法律思想進步的時候，此種不合法的行爲，自然會消滅的。（審判威廉第二之說）

然而有私法性質的不法行爲，「法人」當然有責任。所以被害者對於「法人」的代表人，可以提起刑事上的訴訟，又可以對於「法人」提起損害賠償的私訴。

註 民法學者中，也有謂「法人」沒有不法行爲能力的。譬如日本仁井田益太郎氏說：「我民法的解釋上，「法人」沒有法律行爲的能力，和不法行爲能力……」（該氏著中央大學大正二年度講義五七頁）中鈺玉吉氏說：「……理事……是「法人」的代理人，所以若是因爲理事的不法行爲，



叫「法人」負責，這是陷於「承認不法行爲的代理」的非理了……」（該氏民法釋義卷一自二百七十三頁至二百七十四頁）川名兼四郎氏說：「法人」對於理事，或其他代理人，加於人的損害，負賠償之責，然而這不是「法人」有行爲能力的結果，乃是代理人代表「法人」的結果……」（該

氏日本民法總論一〇三頁）

（二）何爲犯罪的客體？

犯罪的客體，就是犯罪的受害者。這犯罪的受害者，不是單指被害的人而言。法律上所保護的利益，都是受害者。例如社會的秩序，安寧，個人的生命，身體，自由，名譽，財產……都是法律所保護的利益。這法律上所保護的利益，省略著說，叫作：「法益」。若是有人侵害了「法益」，就是犯罪。所以「法益」是犯罪的客體。若是犯罪的客體不是「法益」，就不成立犯罪。譬如前述的殺人「犬」，若是沒有養主的時候，不爲犯罪的主體，也不爲犯罪的客體。所以人若把他打殺，不得謂爲犯罪。然而那「犬」若是有養主的時候，算是養主之權利的目的物，除去正當防衛和緊急行爲

之外，無緣無故的打死時，成立「毀棄罪」。

犯罪的主體，注。重。意。思。責。任。；犯罪。的。客。體，沒。有。意。思。責。任。之。可。言，所以幼兒打死人，不成立殺人罪。若是有責任能力人打死幼兒，就成立殺人罪。

犯罪的客體，雖然都是法律所保護的利益，這「法益」有屬於公益的，有近於私益的。屬於公益的被害，雖然被害者不請求法廷處罪，代表國家的檢察官，可以提起公訴。若是與私益相近，在公益上不甚重大的，必須被害者告訴。若是被害者甘願受害時，國家也不過問。所以屬於「親告罪」的，當事者間可以和解；不屬於「親告罪」的，當事者間不能自由和解。譬如前列的無故打死他人所有的「犬」，彼此若是和解，或是養主不願告訴，不成立毀棄罪。若是將某甲之子打死，某甲雖然甘願，若經發覺，仍是成立殺人罪。

### (三) 何爲正條。

成文的刑法上，所列記的——非類推的——就是正條。所爲之行爲，若法律上無有正條之規定，不得謂爲犯罪。(Nulla criminis sine lege denali)這是法定犯罪。

主義的精髓。因爲裁判官，有適用法律之權，可沒有制定法律之權；若以法律無正條之行爲，爲罪，則不異裁判官制定法律。所以新刑律第一條說：「律無正條者，不問何種行爲，不爲罪」就是這個意思。譬如吸食鴉片煙，因爲刑法上，有第二百七十一條之規定，所以裁判官，可以斷犯者，以第二百七十一條之罪；若沒有該條之規定，則裁判官，不能以自己的意思，定罪科刑。這是罪刑法定主義的原則。這個主義是 Montesquieu 氏所要求的，自法國大革命以來，各文明國都採用這個主義了。裁判官必須按着法律的規定裁判；若沒法律的規定，不成立犯罪，裁判官沒有處罰的權。

法律內，分禁止的規定，和勒令的規定，二種：法律上，禁止何種行爲，是禁止的規定，法律上，勒令必須爲何種行爲，就是勒令的規定。爲禁止的行爲，和不爲勒令的行爲，都是違法。然而禁止內，常含有勒令；勒令內，也常含有禁止。積極的禁止，就是消極的勒令；積極的勒令，就是消極的禁止。若單以積極的區分，禁止和勒令，是不同的。刑法的規定，多屬於積極的禁止。所以刑法對人是消極的，人若不犯其正

條，他永久是和人無忤的。

(註) 刑法內，勒令的條文，也是由禁止條文上生出來的；與刑事訴訟法的勒令，是大不同的。

(四) 何爲犯罪行爲？

犯罪行爲，就是違反刑律所規定的不法行爲。分「積極的犯罪行爲」和「消極的犯罪行爲」。

(A) 積極的犯罪行爲——身體不法的動作，對於法益的受害，有因果聯絡關係的，就是積極的犯罪行爲。換言之——就是身體不法的動作，爲原因；法益的受害，爲結果。——例如殺人的身體動作，和死傷的結果等。

學者，多以身體動作，與物界變更，有因果聯絡關係，說明積極的犯罪行爲，我以爲不妥；因爲這個定義，只可說明一般的積極行爲，不能說明刑法上的積極行爲。因爲犯罪行爲的結果，只問是不是有害法益，不問物界變更不變更。譬如犯新刑律第二百五十七條的褻瀆祀典罪，只要

對壇廟、寺觀、墳墓及其他禮拜所，有公然不敬的行爲，就爲犯罪。此時犯罪的行爲，是積極的行爲；然而身體雖然有動作，其實，物界並沒有變更。法律保護祀典，乃是維持善良風俗；若褻瀆祀典，是有害法益；若說物界變更，纔是不法行爲的結果，這條法律，不是虛設？

(B)

消極的犯罪行爲。因別種原因，有害法益時，有防止義務者，不爲防止，就是消極的犯罪行爲。譬如看護幼兒的嫗母，看見幼兒入水，不爲防止，至今溺斃；那溺死的行爲，雖然是幼兒自發，並非嫗母弄他入水，是沒有積極的犯罪行爲——然而嫗母有看護兒童的義務，不防止他入水，就是消極行爲的犯罪。犯罪的行爲，無論是積極的，是消極的，若具有犯罪的普通要件，都爲犯罪。

(C)

消極行爲的原因力。

積極行爲，是容易明白的；消極行爲的犯罪，往往難懂。因爲犯罪必須有因果。換言之——就是行爲，爲犯罪的原因，法益的被害，爲犯罪的結

果——消極行爲的本身，不能引起結果的。既是本身不能惹起結果來，當然沒有原因力。既是沒有爲犯罪之原因力的行爲，怎麼是犯罪呢？譬如媒母看着幼兒入水，被溺，不加防止，或不爲救助，爲消極行爲的殺人罪。殺人罪的原因，本來是殺，殺人的結果，是人死。死與殺，總須有因果的關係，犯罪纔能成立。這幼兒的溺死，是自己入水，與自殺無異，既然其死之原因，是自殺，媒母的消極行爲，（即是不作爲）（不防止……不救助）因何爲犯罪？若認爲有罪，則必須研究「媒母的消極行爲的原因力」如何，對此問題，學說概分二派，——即是有原因力說的肯定派；與無原因力說的否定派。——略述之如左：

（甲）肯定派。此派以不作爲，（即消極行爲）與結果，有因果關係。然其說，也各有不同：

（子）甲說：人的行爲，本來不能絕對消極。不爲這個行爲的時候，正是爲別的行爲的時候；所謂不作爲者，同時必有作爲。譬如媒

母看幼兒入水，不防止，——不救助，——那不防止——不救助——雖然是不作爲，同時，他必有走開的作爲，或是呆立不動的作爲。此種走開不管，呆立不動的作爲，就是犯罪原因。這個學說，叫「他行爲說」是有名 Lütken 所主張的。

(丑)乙說：先有積極行爲，因此行爲，發生出來的第二積極行爲的義務，必須履行；若是不履行這個義務的時候，纔發生消極犯罪行爲的原因力。換言之，——就是不作爲的消極行爲，是因前頭的積極行爲的影響。——譬如有人，誤把餘剩紙烟，投在易於發火的地方，故意不急速取出，或是撲滅已起之火；此時的犯罪，算是消極犯罪行爲的故意犯。因爲第一積極行爲，（誤投餘煙）雖然是過失，可是第二的消極行爲，（不取出，或不撲滅）是故意。所以是故意犯。這個學說，是有名的 Klug 的主張，稱爲「先行爲說」。

(乙)否定派 此派不認消極行爲有原因作用。就是物界所發生的結果，不必是積極犯罪行爲所引起的。換言之——就是可以惹起結果的原因力的，只有自然力，和人力的積極行爲——不作爲的消極行爲，並沒有原因作用。然而消極的行爲，雖然是沒有原因力，可是有時他的犯罪價值，與有原因力的行爲相當時，特認爲犯罪。右兩派學說，以否定派爲合理。因爲肯定派所認的原因力，也是由積極行爲上所發出來的；現在既是討論消極犯罪行爲的原因，當然只是研究消極的行爲；既在消極行爲中，尋不出原因力來，又別牽扯上一個積極的行爲，以積極行爲的原因力，安在消極行爲上，說來說去，也是和承認消極行爲沒有原因力差不多。消極行爲的價值何時與積極行爲相等呢？是在行爲者負有法律上防止的義務不爲防止時。

(五) 何爲犯罪的責任？

責任。(La responsabilité, Schuld.) 是構成犯罪必要的主觀的要素全體。所以



可以稱爲主觀的責任。(Responsabilité morale.) 平常以責任當作義務和應受責罰等的意思和功過擔當的意思用，此處所說的責任是可以與犯罪行爲聯絡的主觀的要素。換言之——就是構成犯罪的心素——所以欠缺這個責任，原則上不成立犯罪。向來關於犯罪責任的定義，爲各國學者的聚訟；Thomson 說的最痛快，他說：「刑法是實際上的學問，爭論責任的定義，是無用的……」所以簡單說：暫行律的犯罪責任，是責任能力和故意過失。因爲雖然沒有責任能力，也有故意和過失；若有故意和過失，雖欠缺責任能力，也有時要受輕度的刑罰，故以責任能力和責任要素分開說。

(A) 何爲責任能力？

責任能力，就是刑法上的行爲能力——對於行爲，有正當判斷的人格的能力——例如：幼年人，精神病人等，缺少辨識力，精神不健全，所以「心素」常與「體素」不聯絡，物心兩界，既然不能聯絡，按之刑事上的責任，原則上，當然沒有犯罪的能力。我國刑律，限定幼年人犯罪責任能力的年歲，和各國不同。十二歲

未滿者，爲絕對沒有責任能力人，其行爲不爲罪不受刑律之制裁。（強道教育院等  
入感化院等  
另題）十二歲以上，十六歲未滿者，爲宥減責任能力的人。換言之——就是他的  
責任能力不完全——所以較尋常人，減輕刑罰。

注意！幼年人，和精神病人之行爲，雖然沒有刑事的責任，若出於父母，或管  
理人，監護人的不注意，因其情節，須負過失之責。故意利用無責任能  
力的人，爲犯罪之行爲，爲「間接正犯」與自己行爲無異。

(B) 何爲責任要素？

責任要素，就是「故意」和「過失」。犯罪的行爲，若不是出於「故意」或是一「過  
失」，沒有犯罪的責任。「故意」，又說是「犯意」，就是犯罪的意思。「過失」，是不注  
意。不注意，雖然不算是一「犯意」，然而有時，也負刑事上的責任。分說之如左：

(甲) 故意——(羅馬 Dolus 德 Vorsatz 英 Intention 法 Intention 故意；

就是——知情——辨識——認識——有心——非過失的——犯  
罪的認識，必須是具體的認識，不是抽象的認識。譬如知道毒藥可以

殺人然而並不知道遞給某人的茶內有毒藥，這不是具體的認識；不成立殺人的故意。因為抽象的認識，不是犯罪事實的認識，所以飲茶的人，雖然因之而死，遞茶人也沒有責任，今試述故意的本質如下：

故意：是對於犯罪構成要件，及刑罰加重要件的認識。簡言之，就是——犯事實的認識——認識犯罪事實的行為，就是故意行為。

(一)故意是行為事實 (Tatumstände) 的認識。譬如殺人行為的故意，是認識自己的行為是「殺」，殺的是「人」……。

(二)故意是結果的豫見 (Vorstellung) 就是對於結果發生的認識。譬如：殺人行為的故意，認識被殺者的「死」。然而這個結果的認識，不必是確定的，雖然是不確定的認識，也成立故意。譬如：用手鎗擊犬，豫見在犬旁邊的人，或者被擊而死，鎗發後，果然那個人被擊死時，也成立故意殺人罪。

刑法上的「結果」，是構成犯罪的結果。換言之，就是：法律所保護

的利益被侵害的結果。所以法律上所擬定的結果，都是構成犯罪的結果。

法律上有不必對於結果有認識的時候。行爲者對於行爲後，所發生的結果，雖然沒有豫見，也要對那個結果負責。

(三)關於刑罰加重要件の故意。對於那刑罰加重原因，也必須有認識。譬如：殺尊親屬罪，比平常殺人加重刑罰，可是行爲者須認識所殺的，是尊親屬。

故意是對於犯罪事實的認識，已如前述，所以實質犯的故意，必須認識(一)目的物的性質(二)自己的舉動(三)舉動和目的物之間的關係(四)行爲的結果(五)行爲和結果的關係。譬如殺人，須認識被殺的是「人」，自己的舉動是「殺害」，並須認識自己的舉動，是「殺害目的物的人」(目的物的錯誤，和一行爲數結果，當在後邊說明)又須認識殺害的行爲所惹起的「死傷」和「因自己的

行爲發生的死。」換言之，就是——目的物的死傷，是因自己的行爲所發生的——

法定的結果罪，不必對於結果有認識，前邊已經說過了。譬如：傷害致死罪；行爲者所認識的，是「傷害」，雖然並沒豫見「死」的結果，也要負「死」的責任。強姦致死罪：行爲者的認識，雖然只是強姦，並沒有「死」的認識，也須負「死」的責任。

犯罪事實，是一切的犯罪構成要件。所以法律所附與的意義，也包括在犯罪事實以內，譬如：侵入家宅罪，須認識是他人的家宅；竊盜罪，須認識他人所有的物；姦通有夫之婦罪，須認識是有夫之婦。

法律上有以「違法」爲犯罪構成要件的，也必須認識。然而這不是對於違法的認識，仍是對於犯罪構成要件的認識。因爲違法的知覺（Bewusstsein）不是「故意的要素」。這個問題，爲學者所聚訟。因爲犯罪事實，不但是實在的事實，法律上所創定的權利，權利關係，身分名

譽等，都包含在內。法律又有「不法」字樣的規定，學者就以爲「違法」是故意的要素。其實：犯罪構成要件內，本含有「違法」，因「違法」纔構成犯罪，這是不待言的了。不過故意的觀念，和「違法」是不同的。若說成立故意，必須認識「違法」是不對的。所以違法的行爲，誤認爲不違法，於行爲者不發生利益；不違法的行爲，誤認爲違法，於行爲者，也不發生不利益。

譬如：誤認殺妻是不違法，誤認殺姦夫是權利，誤解法律上的規定等，都不能阻却故意。又如誤認同姓的女子相姦爲違法，誤認毆打自己爲違法等，也都不成立故意犯。

Beling, Binding, Finger, 等的見解，是以爲違法是故意的要素。Liszt, Frank V. Bar 等多數學者，都說違法不是故意的要素。反對者說：「責任是以違法爲目的的意思，所以責任的性質，必須有違法的認識……若不然，那麼：司獄官以刑期未滿的囚犯誤認爲已

經滿期，把那囚犯釋放了的時候，難道也說是故意犯？我以為雖然不算是故意犯，然而不成立故意的緣故，不是因為司獄官不認識他的行為是違法，乃是缺少認識「縱逃囚犯」的犯罪構成的事實。因為他所認識的是「職權內的行為」，所放的是刑期已滿的人，——不是罪人——對於「縱逃囚犯」的行為事實，毫沒有認識的緣故。

犯罪事實的認識，不但是上述的積極的行為事實（Positive T.）就是消極的行為事實（Negative T.）也須認識。換言之，就是：對於「權利的行為事實不存在」也要有認識。不然：就阻却故意。（所說的權利的行為事實，就是排除犯罪原因的行為事實。）所以若誤認排除犯罪的行為事實存在的行為，可以排除犯罪。譬如有人戲以鎗擬向自己的胸膛，作欲擊的樣子，自己並不知他是玩戲以為真要射擊，於是一時情急，用石塊把持鎗人打死時，是不知正當防衛的原因不存在，所以不能成立故意。

故意的概念，向來學者間分兩個主義：

(子)意思主義。(Willenstheorie)又叫做意慾主義，希望主義。這個主義，拿「意思」爲故意的重要成分。謂：行爲者不但對於結果有認識，必須有希望結果發生的意思。Birkmeyer, Finger, Allfeld, Beling, V., Bar, 等都是主張此說的勇將。日本學者一二人崇奉此說的，欲掩飾此說的缺點謂：意思主義，不是對於結果的希望，是——使結果發生的意思——是欲使其所認識的實現的意思——其實：這不過是言詞的變換，究竟仍是離不開「希望」。又說：「意思是行爲的原動力，沒有意思，沒有行爲……。」

這樣說，是把犯罪行爲，和故意，看混合了。犯罪的故意，和犯罪的行爲，這兩個的觀念，本來是不同的。若從刑法學上脫了線，按着哲學心理學上分析着解說，認識也可以說就是意思。所以認識主義中，本不能把「意思」排除的乾乾淨淨，不過是若以「意思」爲故意的重要成



分，在刑法上，常常不能說明故意犯。

(丑)觀念主義 (Vorstellungstheorie) 又叫作認識主義，豫見主義。這個主義，是主張：認識犯罪事實，就成立故意；不必有希望發生結果的意思。譬如：以鎗擊犬，那犬旁立着一人，知道鎗發後，或者射中那個人，然而並未希望射中「人」，希望射中的是「犬」，鎗發後，果然射中人的時候，仍是有殺人的故意。

意思主義，在此等地方，只可認為是過失，不能說明是故意，所以在法理上欠精細。

意思主義，在十九世紀中，很有勢力；到了近世，衰微起來了。Liszt, Frank, Lilienthal 等多數學者，都主張認識主義。

就故意的種類看來，有確定的故意 (Dolus determinatus) 結果的發生，認為確定的，是確定的故意。

又有不確定的故意 (Dolus indeterminatus) 對於結果的發生，沒

有確定的認識，那認識是或然的，蓋然的（Möglich）——不是必然的（Notwendig）——就是不確定的故意。更分說之如左：

（一）擇一的故意（Dolus alternativus）在形式上，因一個行爲可生數個結果的，是擇一的故意。譬如：向人羣中發鎗，想擊死其中一人時，行爲者的認識，雖然是一個結果，然而不是確定的認識。又如：用木棒擊人，以爲或傷，或死，必居其一時，……前例，是對於他人的死傷，有不確定的認識，所以有故意的責任，與手段上的錯誤不同。

（二）未必的故意（Dolus eventualis）行爲者，對於結果，沒有確定的認識，然並不因此不確定的認識制止行爲，或不防止結果的發生時，是未必的故意。譬如：用鎗擊獸，豫見「或者可以擊中人」，然而並不因其豫見，制止射擊的行爲時，是有殺人的故意。又如：用可恐怖的東西，或裝成可懼的樣子，戲嚇小兒，而認識「小兒或者因而嚇死」，並不因此認識制止行爲時，若小兒果然嚇死，須負故意的責任。

未必的故意，離過失很近，因有最輕度的認識，所以不是過失。未必的故意，對於結果，有「可能」的認識；過失是沒有這個認識的。譬如：上述的例，若行爲者以恐嚇小兒爲戲時，並沒有「小兒或者因而嚇死」的認識時，是過失，不是故意。

(二)一般的故意又叫作概括的故意 (Dolus generalis) 對於結果，有概括的認識時，是概括的故意，譬如：將毒藥放在井內時，對於被害者雖然沒有確定的認識，其結果無論何人被害，都負故意殺人的責任。概括的故意，有屬於確定的，就是對於結果本有確定的認識，不過對於引起結果發生的行爲，沒有確定時。譬如想謀殺某人，用種種方法，並不確定認識某人因何種方法被害。又如教唆數人殺害某人，然而並不認識何人真去殺害等。

若行爲者對於犯罪事實，本有認識，然而犯罪的結果，並未因其行爲發生，因第二次他種的行爲，纔發生最初所認識的結果時，如何從

來爲學者的聚訟。譬如：某甲用繩勒乙，以爲已死，因掩其罪跡，將乙拋入河內，其實乙並未被繩勒死，至河內後，始淹死時，Meyer, Finger, 等說：「前行爲，是殺人未遂；後行爲，是過失殺人。」Tiszt 說：「此時當認爲是集合的一個行爲。」所以 Tiszt 認爲是概括的故意。Frank 說：「是故意和過失的競合。」

若按純法理說，當以前說爲當。然而對於結果事實上雖然沒有認識，可是那錯誤並不是主要的。(Wesentlich) 因爲行爲者的目的，既是「乙的死」，若果然發見錯誤時，必仍致乙於死，對於「乙的死」的認識，並沒有中斷。所以仍認爲殺人既遂罪爲當。

學者中，又有事前故意(Dolus antecedens)事後故意(Dolus subsequens)的區別，在法理上，沒有何等價值，因爲故意都在事前，沒有在事後的。譬如：醫生因治療，施外科手術後，知道若出血太多必死，在此時，忽然發生殺害之心，故意不給他防止出血，以至於死時，說是

事後故意。其實：治療的行爲，與故意，絲毫沒有關係，沒有犯罪事實的問題發生。在殺害的意思發生後，纔發生殺害的行爲，所以此時的故意，仍是在事前，並不是在事後。故意既是以認識爲要素，若認識有輕、重、的時候，當然按其最重的認識爲定罪的標準。譬如：對於結果有「死」和「重傷」及「輕傷」的三種認識時，成立認識「死」的故意。甲用木棒擊乙之先，豫料乙被擊也許「死」也許「傷」時，若乙被擊死，是殺人罪，不是傷害致死罪。若乙被擊傷，是殺人未遂罪，不是傷害罪。

法律上規定罰未遂罪時，在同一法益的目的物上，不適用刑律第十三條第三項第二款。

在故意之先，必有遠因。遠因就是「決心的動機」。先有一種或數種的遠因，然後有犯罪的決心，有這個決心，而爲犯罪的行爲，是爲故意的行爲。譬如：殺人罪，有利慾，淫慾，嫉妬，怒憤，復仇……所以故意中常有遠因的存在，不過原則上，遠因不屬於責任要素之中，遠因如何，

於犯罪上沒有影響。因利慾殺人，是殺人罪；因嫉妬殺人，也是殺人罪；並沒甚麼差別。然而於斷定罪惡的程度上，很是重要的。這是屬於刑罰酌量問題的。譬如殺傷罪第三百一十一條說：「殺人者處死刑，無期徒刑，或一等有期徒刑，」同是殺人，而刑罰不同，由一等有期徒刑至死刑之間，審判官有裁量的權，第五十四條，第五十五條，又有酌量減刑的規定。裁量和酌減，常以遠因為標準。因謀奪財產殺人，因報父母之仇殺人，因愛國殺死賣國人等……情節有重輕，刑罰也因之而異。然而與成立故意，是沒有關係的。

法律上有以遠為目的。為犯罪構成要件的時候，此時的故意，是以結果為目的，所以必須有認識。譬如條文內用「意圖」（第一百〇九條第一條第一百十一條第一一二）「圖」（第一百〇八條第一一二）此時的目的是犯罪構成的要件；不是故意的一般要素。所以不是意思主義所說的「意慾」。若是故意要素的意慾，有時必須實現，此處所說的「意圖」「圖」，不必實現。

譬如：以「人的死」爲意慾的故意，必須「人死」，始成立既遂罪。若第一百零一條的「意圖」，只要有顛覆政府，僭竊土地，及紊亂國憲的認識，而起暴動時，就成立該條的既遂罪。不必所「意圖」的目的實現。（此條的犯罪行爲，若果然其所「意圖」的目的真實的實現，已無犯罪之可言了。）第二百二十九條以下各條的「意圖」，只要有「意圖」的認識，而爲犯罪行爲，就成立既遂罪。其所意圖的，不必實現，因爲這是犯罪構成的要件。犯罪構成要件內，包括着犯罪構成普通要件，和特別要件。屬於要件之內的，當然必須有認識。譬如藏匿罪人，必須認識所藏匿的是罪人。湮沒證據罪，必須認識所湮沒的是證據。不然：不能成立故意。因爲這都是屬於犯罪特別要件之內的。

(乙) 過失——（羅馬 *Culpa*, 德 *Fahrlässigkeit*, 英 *Negligence*, 法 *Fau-*

*cul*）可得豫見的犯罪結果之發生，而沒豫見的不注意，就是過失。因不注意，不知犯罪事實的——有害法益的——行爲，就是過失的犯

罪。所以行爲過失罪的成立，有兩個要素，就是無形的要素，和有形的要素。

無形的要素——無形的要素，有二：（一）沒豫見犯罪的結果。若是豫見犯罪的結果，就是故意犯罪。（二）可得豫見的結果。若是不可得豫見的結果，是偶然發生的，沒有過失之可言，這無形的要素中，含有不注意。因爲可得豫見的結果，沒豫見，是缺注意的緣故。

有形的要素——有形的要素，也有二：（一）因不注意的行爲，須生一定的結果。（二）這結果，須是有害法益的。例如：不知鎗內有子彈，戲向人施放，而子彈射出，並未傷人時，不能成立刑法上的過失罪。

（或有違反行政治安上的罪，另是一問題）

不注意內，含有——不小心（不謹慎）（Wegligentia）——不慎重

（大意）（Luxuria）——的意思。事實認識的欠缺，是因行爲者無意中，

——對於事實，並無何等觀念時——學者謂之：「疎虞的過失」又



謂之：「無意識的過失」例如行爲者，對於手鎗內有無子彈，並無何等觀念——無意中——撥弄機關，子彈射出，中人致死時等；德國學者，謂爲 (Unbewusste Fahrlässigkeit) 行爲者，對於事實認識的欠缺，是因爲「懈怠」時，例如善射者，知道標的之左近有人，而自恃射技熟練，以爲無有危險，發矢後，中人致死時，學者，謂爲「懈怠過失」，又稱爲「有意識的過失」。德國學者，謂爲 (Bewusste Fahrlässigkeit) 前者的罪，似乎應較後者的輕，然而新刑律的解釋，似不採用，不過對於注意義務上的關係，分出輕重而已。——例如業務上過失罪，較普通過失罪，爲重，等——

「懈怠的過失」與不確定犯意中的「未必的犯意」相差不遠，然而決不相同。「未必的犯意」(Dolus eventualis) 是不確定的認識。——認識事實的存在——或是可能時——例如前例的射者，知道或者射中左近的人，就可殺人，然而他的決意，是發矢後，射中其人與否，是

在疑惑之間；發矢時，他的意覺上，對於結果的發生，是有承認的。這個承認的程度，雖然是低微的，只要對於可能有認識，就是故意。至於懈怠的過失，是誤信自己的技能熟練，對於結果發生的可能，沒有認識。希望主義，不能說明這個區別；因為希望主義，以為：故意不但是認識，必須對結果的發生有「意慾」。所以「未必的故意」，只可說是過失的一種，不是故意。意思主義學者中，雖然有人極力彌縫這個缺點，究竟牽強。

希望主義者，常不認有「未必故意」的存在，所以承認過失中有一「認識的過失」。然而觀念主義的學者，也有承認過失中有一「認識的過失」的。其實：過失中，絕沒有所謂「認識的過失」。其所說的「認識的過失」，不過是行爲者對於結果的發生，有一時認識的浮起，旋即消滅；並不是本着認識的實施。譬如某甲生性懶惰，在被內伸手拉燈，心中想「若燈倒一定失火」，拉燈時，果然燈倒起火；是過失的失火。

罪，不是故意的放火罪。此時某甲對於失火的認識，是一時的浮起，在拉燈的剎那間，其知覺上變成「杞憂」，失火的認識，已經消滅。若始終對於失火有認識，大膽的冒險，當然成立放火罪。所以認識和行爲，若中斷，是過失。認識和行爲若是聯絡的，就是「未必的故意」。

過失是不注意，——是可得認識的不認識——然而究竟是意思上的欠缺 (Willensfehler)? 還是理解上的欠缺呢 (Verstandfehler)? 換言之，是欠缺普通一般客觀的注意呢? 是欠缺各人主觀的精神上的理解呢? 是爲學者所爭的。有主張是意思欠缺的，有說是理解欠缺的，有說是兩個欠缺都是過失的。我以為第三說妥當。然而若精密的論究，意思的欠缺，也是理解的欠缺。在行爲時，若是欠缺一般的注意，是過失；按自己主觀的能力，可以認識的事實，因不活動自己的理性，所以沒能認識，也是過失。然而只用意思的注意，(客觀的) 欠缺理解，(主觀的) 仍是不能免過失的責任。若果然毫不欠缺理解，自然不致

欠缺客觀的注意。譬如某婦因恐鼠來竊食，所以將殺鼠劑混入飯內，寫有「此飯內有毒」的字條，黏在碗上，放在普通食物之旁，於不在中，其幼兒取而食之，中毒而死時：某婦既寫有警告的字條，是已經有了客觀上的注意，然而幼兒因爲不識字，可以誤食的事實，某婦可以理解；因爲理解的欠缺，所以沒認識，仍不能免過失的責任。若精密的論究起來，此時雖是某婦的理解欠缺，究竟也是客觀上的注意不足，這客觀上的注意不足，仍是由理解欠缺上而來的。（所說的「理解欠缺」不是本來「理解欠缺」的意思，是本有理解的能力而不行，使的意思設若某婦是愚婦，又當別論）然而行爲者，若是理解的能力不足，對於犯罪事實沒有認識的能力時，是本無理解，若只就其所知的，具備客觀注意，當然阻却過失。若愚癡者，精神異常者，是爲無責任能力者，不發生責任的問題，自然沒有成立過失之可言。

審查過失的有無，除客觀的注意外，並須審查主觀的理解上有無欠缺。學者多有說：「按一般事情，習慣，條理，法令上的要求，已經施

以客觀的注意，就可以免責。」譬如汽車夫於黑夜中若不備燈火，輒傷人時，是過失。若已經具備燈火，在人羣中鳴笛時，是已經有了通常的注意，雖然輒傷人，也不負過失的責任。我以爲不妥當。刑事上沒有「相殺」，所以被害者自身雖然有過失，若加害者理解上有欠缺時，仍不能免責。汽車夫雖然具備客觀的通常注意，在輒傷人時，仍須查其有無主觀的注意欠缺。譬如前例某婦的行爲，被害者是他的丈夫，他的丈夫是識字的，見有「此中有毒」的字條，就可不吃。然而他自己疎忽，沒看見，或是雖然看見，以爲是假的，或是有自殺的意思，食下而死時，似乎某婦沒有責任。然而某婦是否知道其夫有「自殺」的心？是否知道其夫素日「多疑」，常疑其妻多詐？（設某婦本有此等行爲）若是知道時，是對於事實有理解的能力，換言之，就是：對於事實，本是可得認識的，所以仍是不能阻却過失。

過失的有無，應以主觀上的注意爲重，已如前述。然而人的賢愚不

同，主觀的能力，自然各異，況且：在審查過失的有無注意的程度時，若只就主觀的審查，裁判官不免要常常困難，所以客觀的標準，也是重要的。

[a] 過失有無的標準。

關於過失有無的標準，學說大別之爲三：

(子) 客觀說。此說，是以客觀的一般注意爲標準，定過失的有無，不問行爲者各人的理解上的關係。V. Bar, Meyer, Liepmann, Berner, 等，主張此說最力。V. Bar, 說：「注意的標準，是客觀的——是共同生活上必要的通常注意——不必顧行爲者能力如何……」

Liepmann 說的更極端，他說：「過失必須有刑法上所禁的行爲，……當按客觀的標準，不能問個人有否豫見的能力……」

(丑) 主觀說。此說，是以行爲者主觀的注意爲標準，定過失的有無。Bruck, Buri, Büdorff, 等，都是主張此說的。Bruck 說：「若是犯人的

責任按客觀的決定，對於愚人未免慘酷……私法以損害賠償爲目的，按客觀的標準，或者可行；刑法上是斷不可行的。……」

(寅)折衷說。此說，是以客觀的，主觀的，兩方面，爲過失的標準。Frank, Liszt, Merkel, Allfeld等，都主張此說。Frank說：「……必要的注意，應抽象的按法律秩序及生存上的慣例而定；行爲者的責任，應以其人是否有注意的可能而斷。……」Allfeld說：「……一方面，按客觀的日常生活，普通的注意，爲標準，一方面，以行爲者的能力，及各事的理解，爲標準。……」

Liszt說：「行爲者，不爲客觀的必要的注意時，是「意思的責任」(Willensschuld)行爲者，有結果豫見的能力，而不活動其能力時，是「理解的責任」(Verstandesschuld)都是過失的要素。……」

這三個學說，當以折衷說爲當。然而Liszt的主張，也少有不妥，因爲Liszt的意思，是：在行爲上有無注意按行爲的情形，以客觀的責任爲

標準對於事實的豫見力如何，應按行爲者主觀的責任而定……未  
免分的太清楚。應當兩相比例着，審查行爲上一般的注意，以普通條理，  
慣例，法律上所要求的而斷。然而是否歸責於行爲者，仍須按行爲者的  
理解而斷。所以行爲者雖然在行爲時，沒有客觀的注意，若其主觀的智  
能上，沒有普通一般注意的能力時，也沒有過失的責任。行爲者在行爲  
時，雖然有普通一般的注意，若其主觀的智能上，對於結果的發生，有認  
識的能力，當然也成立過失。所以我贊成 Frank 的主張。然而裁判官若  
不能發見行爲者主觀的理性欠缺時，只可按客觀的法則爲最後的斷  
定。反對者謂：「此說與主觀說大同小異，對於注意深的人，未免太苛。  
若智慮周密者，雖然具備通常的注意，也不能免責，豈不是注意深的人，  
比輕率的人，所負的責任重？譬如某汽車夫，以爲兩個燈不足，特用四個  
燈，并且馳行時鳴笛不斷；忽然一日，以通常的注意，用兩個燈，照通常的  
鳴笛，軋傷人時，能說他是有過失麼？」此種說法，最欠論究。因爲只看見



主觀說的皮毛，爲憶度的評論。其實：所說的主觀的理解，是按行爲者對於該事件的理解，有沒有欠缺。不是要求人人爲特大的客觀的注意。換言之，就是：不是說平日素常的智慮，是說事件發生後，行爲者對於結果的發生，有沒有可認識的智能。若說：『所謂注意的程度云者，是人人平日所應注意的程度；不是斷定過失有無的程度。』則尤其不通。若照這樣說，是只說人人在客觀上的注意了。那麼：簡直的是研究規定注意義務的法律了，是說注意的方法了。那麼：直接了當的可以說：『一人有按通常條理，和法律上注意的義務，若違背這個義務，就是過失。惟無通常注意能力者，可以減免這個義務。』就行了。然而這於法學上，既沒有實益，又不是刑事政策上的本旨；對於犯罪心的責任觀念上，太欠研究。況且科學日見進步，各人的理解不同，人事萬般，各事件有各事件的情節，只按法律上的空論說話，不顧事實上的實情，豈能得斷案的平允？若法律對於過失的責任，在客觀上立一定的標準，爲最高的限

度，由此限度以下定主觀的標準；在限度以上，沒有主觀的問題。那麼汽車夫軋死人時，只問其是否走左側？是否有燈？是否見有人鳴笛？是否按法定的速度馳行？若具備以上各件，就可以置之不問了！汽車夫具備以上各件，就可以橫行無懼了！這豈是刑事政策的本旨？所以過失有無的標準，應按以下審查斷判：

(一) 行爲者，是否有客觀的通常必要的注意？

(二) 若沒有客觀的通常注意時，行爲者是不是沒有客觀的注意上的智能？

(三) 若已經有了客觀的注意時，行爲者的知覺上，對於結果的發生，是不是可以認識的？

(四) 若對於結果的發生，是可以認識的，然而在那時有防止結果發生的「能力」和「機會」否？

若沒有客觀的注意，當然成立過失罪。雖然沒有客觀的注意，因爲是

主觀上的能力不及時，不成立過失。雖然有了客觀的注意，若對於結果的發生，是可以認識的，仍然是過失。若對於結果的發生，不是可以認識的時候，那是意外的偶然，只要有客觀的注意，就不成立過失。若雖然對於結果的發生，是可以認識的，然而沒有防止結果發生的「機會」，或沒有防止結果發生的「能力」時，是與對於結果的發生不是可以認識的相同，不能成立過失。

過失是不完成的故意。——是有責的錯誤——對於犯罪事實，有認識時，是故意。若有一部不認識時，就是錯誤。那錯誤，若是可避的，換言之：行為者若加以注意，就可不發生的錯誤，就是過失。這是法律界的定說，可見過失的有無，主觀的注意是重要的了。

[b] 過失的責任。

過失犯是錯誤的一種，所以立法例，多不以爲是原則上的犯罪。我國新刑律，也然。過失成立犯罪，必須法律上有明文。過失的責任，普通人與

有特定義務的人，有輕重之別。這是因爲過失是以「主觀的理解」爲重要的結果。譬如醫師藥劑師等。(請參考第三百二十四條與三百二十六條)

(丙) 何爲錯誤？

錯誤 (Irrtum, Error, Erreur) 是觀念和現象的差異。——是認識和對象的不符合——心身的相左——。「錯誤」是「故意」的消極的方面。所以以「故意」爲胚胎，觀察「錯誤」不完成的「故意」，就是「錯誤」。有責任的「錯誤」，是過失。不屬於過失的「錯誤」，是「單純的錯誤」，不成立犯罪。然而若不是在犯罪構成事實上重要的「錯誤」時，那「錯誤」不能阻却故意。「不知」也是「錯誤」的一種。譬如不知背後有人，揚起木棒，想擊面前人，誤打中背後的人時，是「不知」；若以爲林中是野獸，擊死後，不想是人時，這是「錯誤」。然而這兩個沒有區別的必要。

「錯誤」有關於客觀事實的，有關於主觀事實的，有關於法令的：

(子) 關於客觀的犯罪事實之「錯誤」

可構成犯罪的事實，(普通要件，特別要件) 和可加重刑罰的事實

(刑罰加重要件)之錯誤，就是關於客觀的犯罪事實之錯誤。此種錯誤，是「非故意」的行為，原則上，是沒有罪的。(注意所謂沒有罪是有本文的罪，然而有時犯別的條文的)

譬如獵者，見一動物伏林內，以為是「熊」，用鎗斃之，其實，被擊死的是「人」。因為被害的「人」，是犯罪構成要件之一，所以是犯罪構成要件的錯誤——這就是「非故意」的行為——不能構成犯罪。(刑律第十三條上半段)

然而若果有過失，當受過失行為的刑罰。所以此時，必須詳查其有無過失。(刑律第十三條下半段但書)

又如：有人離父多年，忽然殺死一人，詎知，被殺的，乃是他的父親。殺別人，有時可以不受死刑，若殺了父親，是非受死刑不可；因為殺父親，是刑罰加重要件之一。誤殺他的父親，就是刑罰加重要件的犯罪事實之錯誤；不能受加重的刑罰。此時，當按刑律第三百一十一條定罪，不能引用第三百一十二條。(刑律第十三條第三項第一號)

然而，若是對於犯罪事實的一部分的錯誤，比方目的物的錯誤，手段

上的錯誤，當如何？

(A)手段上的錯誤。此種錯誤，是因手段上之誤，生出意外結果的錯誤。

譬如「甲」本想以鎗擊殺「乙」，而因手段不高，子彈從旁出來，誤中了「丙」。此時「丙」之死，是「甲」過失行爲，所以不能判爲「殺人既遂罪」，應判其對於「乙」是「殺人未遂罪」，對於「丙」是「過失殺人罪」。

(B)目的物的錯誤。對於犯罪客體的錯誤，都可以說：目的物的錯誤。譬如：前述的誤以「父親」爲「他人」，誤以「獸」爲「人」等，都是目的物的錯誤。然而若是犯罪構成要件一部分的錯誤時，不能無罪。

譬如有人要殺某甲，忽遇某乙，因爲某乙的面貌，像某甲，所以誤認「乙」爲「甲」，殺之。又如對於加重要件上一部分的錯誤，有人本

想殺「父」而誤殺其「母」。此種錯誤都不能免罪，和減輕責任，所以錯殺「乙」爲「甲」，仍是「殺人罪」；誤殺「母」爲「父」，仍是「殺尊親屬罪」。

學者對於這個問題，意見有不同的。他們說：犯罪人，所要殺的人，並沒真殺死，這是未遂的狀態；他所真殺死的人，並不是有心要殺的，所以應當說是「誤殺」。然而法律上所規定的「殺人」，是「殺」的行爲，和被害的「人」，和下手時「殺人」的認識，就是「殺人罪」。與因手段上之誤，錯殺的不同。若是牽強解說，可以使殺人者都無罪，豈能達到刑法政策上的目的？所以目的物一部分的錯誤，仍是按通常的罪名定罪。以爲「乙」是「甲」用刀殺了的時候，決不是一「過失殺人」，乃是刑律第三百十一條的「殺人罪」。

反對者，提出難問說：譬如有人，於黑暗中殺賊，誤以家族人爲賊，殺死的時候，當如何難道說，亦是殺人罪麼？

元來，刑罰的犯罪，有因果的關係；所以是犯罪行為者，對於自己行為的目的物，所豫想的結果，發生時，若是沒有罪，對於他的錯誤，也是不能成立犯。意殺賊，如果具備正當防衛的條件，當然不能有罪；因為不為罪的行為，生出的錯誤，仍然不能責以「殺人罪」。此時的犯行，與前述二題，大不同，豈能並論呢？（有時因其情形成立過失罪）

前述的手段錯誤，可以阻却故意犯罪的成立；然而要注意的是：此處所說的手段錯誤，是因手段上之誤，生出生意的結果的意思。

若是手段形式的錯誤，與定罪上，是沒有關係的。

譬如，有人，本想用「刀」殺人，於黑暗中，誤以「木棒」殺了人，或是本想用「刀刃」殺人，於倉皇中，誤以「刀背」殺了人，都與故意的成立上，是沒有關係的，當然仍是故意殺人罪。

（丑）關於主觀的犯罪事實之錯誤。



此種錯誤，是關於犯罪者主觀方面的錯誤——就是關於責任能力，責任內部要素等的錯誤——

這樣的錯誤，也與故意的成立上，是沒有關係的。譬如誤疑自己的年齡，沒到刑事上責任的時候，或是誤疑自己是精神病人，以為雖然犯罪，也沒有責任，於是為犯罪的行為等。

或是誤疑：不算是故意；或是誤疑：不算是過失；以為不為犯罪，於是為犯罪的行為等。都是與定罪上，沒有關係的。若殺了人，是殺人罪，若偷盜，是竊盜罪。

(寅)關於法令的錯誤

關於法令的錯誤，就是所謂——不知法令——誤疑自己的所為，在法律上，無罪；或是不知法律可以科罰，或是誤解法律的範圍等——都與「故意」的成立上，沒有關係。因為犯罪的故意，只要知道犯罪構成要件的事實，和刑罰加重要件的事實，就够了。所為的，為犯罪，不犯罪，罰不

罰等，法律上的不知，沒有關係。

譬如，不知法律上有「重婚罪」，又娶第二回妻；或是誤解法律上重婚的規定，謂「有配偶者，再為婚姻云云」的意思，是娶妻後，再娶妻的意思，於是同時娶兩個妻，以為不算是重婚。（有胡君者曾為此）

又如誤解不當防衛的範圍，殺傷人；或誤疑殺尊親屬，與殺普通之人，相同，或誤疑殺妻，是無罪的……

右述的行爲，都與「故意」的成立上，沒關係。所以仍算是「故意犯罪」。然而有時，因其情節，可以減輕其刑罰。（刑律第十三條第二項）

（六）何爲不法？

不法就是違法。（德Rechtswidrigkeit 英 Illegality 法 Illegalite）形式上的違法，是違反法律的規定；實質上的違法，是侵害法律所保護的利益。關於違法的觀念，向有二說：

（a）主觀說。此說，以行爲者主觀的意思爲重。謂：雖然客觀的違反法律的

規定，若主觀上沒有違反的意思，不是違法。所以犯意和責任能力，是聯絡的。Janika, Lammasch. 等，主張此說。

(b) 客觀說。此說，以客觀的行爲爲重。謂：行爲者客觀的違反法律，就是違法。不必有主觀的聯絡。Finger, Liszt. 等，主張此說。

違法與犯罪，本是兩個觀念。所以客觀的違反法律，當然是違法；不必有主觀的責任能力，犯意的聯絡。雖然沒有責任能力，並且沒有犯意，只要有違反法律的行爲，就是違法。不過若沒有責任能力，或沒有犯意時，那違法的行爲，不成立犯罪而已。所以當以客觀說爲當。因犯罪是犯罪，違法是違法，兩個的觀念不同，不能把兩個混合在一氣來說。

違法雖然是侵害法益——是違反法律——。然而若有「違法阻却原因」(D. a. rechtsanschliessungsründe) 的存在，就阻却違法。「違法阻却的原因」可以大別之爲二：(一) 適法原因。(Rechtsverfügungsründ) (二) 單純的違法阻却原因。(Einfache Unrechtsanschliessungsründ) 因法令的行爲，無害善良風俗的行爲，

正當業務上的行爲，正當防衛的行爲都屬於「適法原因」的行爲。緊急避難行爲，是「單純違法阻却原因」的行爲。前者是法律上所許的，後者是法律所放任的。所以前者稱爲「權利行爲」，後者稱爲「放任行爲」。學者多有不設此區別的，其實：有區別的必要，因爲兩者的法意不同。譬如醫師因治療施行外科手術的行爲，消防夫因救火破毀房屋的行爲等，是法律以防止法益不利爲目的，或因法律政策上必要的緣故，所許的——所許的——。又如因狂犬追來，打倒前邊礙路人時，是法律維持各人生存特別利益上的放任。況且對於「適法原因」的權利行爲，不能爲「正當防衛」的行爲；若對於「緊急避難」行爲，可以有對抗的行爲。譬如司法警察逮捕犯人時，犯人因欲脫逃，打傷警察時，不是「正當防衛」的行爲；乃是違法的行爲。然而甲乙二人落海，共持一塊木板，因木板只容一人時，甲因要自救，欲將乙推開，這是「緊急避難」行爲。然而此時乙也可推甲，若甲推之太力，乙在不得已時，可以殺甲以自救。所以緊急行爲的相對者，可以對抗。這種行爲，不是法律所保護的，不過是放任而已。友人說：

「在北京見一乞人，攫取饅頭大吃，店內人說：『你吃須給錢！』他說：『我沒錢！』」店人說：『沒錢爲何吃饅頭？』他說：『我餓！』這真是我佛如來說法！是極有道理的回答。然而在法律上，是不是「緊急避難」的行爲？若說是放任行爲，豈不是法律獎勵人的不自立？不道義？然而法律既是社會的現象，法律的範圍，可以因社會的完善而短縮。所以在今日運用法律，須將放任行爲的範圍放寬。對於生活上的問題，須按所侵害的法益大小，及犯行當時的情形而斷，故此時若果是出於不得已，當然是「緊急避難」行爲。

(A) 何爲權利行爲？

權利行爲，有因法令的，因無害之習慣的，因正當業務的，因正當防衛的。

(甲) 因法令的權利行爲

如公務員職務上的行爲，及其他因法令的行爲，譬如逮捕人，監禁人，執行死刑等，救火會，於必要上，破壞房屋物件等。

(乙) 因無害之習慣的權利行爲

如不背公共秩序，善良風俗的習慣之行為。

譬如師傅懲戒徒弟，父母懲戒子女等。(刑律第  
十四條)然而行之太過，當

然要受刑罰，譬如師傅虐待學徒，假名懲戒等。

(丙)因正當業務的權利行為。

正當業務，就是法令所許的業務。此種行為，是權利的行為。(刑律第  
十四條)

譬如醫師，切斷手足，割腸，掘眼，或解剖屍身等。

(丁)因正當防衛的權利行為。

刑律第十五條說：「對現在不正之侵害，而出於防衛自己，或他人權利之行為……」就是正當防衛的行為。正當防衛的行為，須有

左列條件：

(子)對不正之侵害。不正之侵害，就是非權利行為，若對於正當職權的行為，為防衛的行為時，不是正當防衛。

(丑)對「現在」不正之侵害。

雖然是不正的行爲，那行爲，須在「現在」，若是已經過去，或是未來的不正行爲，不能行使防衛的行爲。因爲在過去，或未來的不正行爲，可以受司法機關保護之故。

(寅)對現在不正之侵害，而出於「防衛自己，或他人權利」之行爲。因爲是「現在」的不正侵害行爲，不能得司法機關的保護，所以用私力防衛，譬如生命、身體、財產等，都是權利。那不正的行爲，必須侵害權利；防衛行爲，以防衛權利爲止；不得因報復，而侵害對手的權利。若行爲過當，仍是要受刑罰。(刑律第十  
五條但書)

譬如途中遇賊，因賊有侵害自己權利的行爲，或是看見別人被劫的時候，無暇乞司法機關的保護，用鎗把賊擊死時，算是正當防衛，不能成立「殺人罪」。

然而若是昨天被劫，今天在街上遇見了昨天的賊，用鎗把賊打死時，因爲缺「現在」不正侵害的條件，所以仍是「殺人」。

若是把賊打倒，仍不息怒，並奪他的衣物等時，當然要犯罪的，因爲出了「防衛」的範圍的緣故。或是有一小偷，只竊物少許，遽以鎗擊死他，這是防衛過當之行爲，是要受刑罰的。(刑律第十條但書)

(B) 何爲放任行爲？(Acte de Laisser Faire)

放任行爲，就是法律不保護，也不科罰的行爲。有因緊急狀態而生的，有因被害人的承諾而生的。

(甲) 緊急行爲——(Etat necessaire, Notstand.) 刑律第十六條：「避不能抗拒之危難，強制而出於不得已之行爲……」就是緊急行爲。緊急行爲的成立，須有左列要件：

(子) 避「危難」之行爲。「危難」有由自然力(人力以外的一切)而來的，有由人力而來的，

由自然力而來的，如水災，火災，地震，人以外的動物的侵害等。

由人力而來的，甚多，如被賊盜追殺時等。



(丑)避「不可抗拒」之危難。

緊急行爲的危難，必須是「不可抗拒」的——就是必須出於「緊急」的狀態——在那個時節，除去爲現在的行爲之外，決沒有抗拒這個危難的法子，或能力，況且這個「危險」不是豫知的，——並不是可得豫知的——不然，可以先加以防範了。

(寅)須出於「不得已」。

爲避難的行爲時，若非出於「不得已」，仍不可侵害他人的法益。必須在若非爲此行爲，就不能免此危難的時候，——就是被危難迫於無奈，纔爲此行爲——

譬如有一人，因在海中遇難，在水中共持一木板浮逃，然而此木板，只能容一人，若有兩個人，則當共沈；於是，強者，把弱者，推落水中，自保性命時，這就是「緊急的避難行爲」。

右述的例，二人落海，是同遭危難。「海難」及「入水溺死」二事，都

是不可抗拒的危難，木板只容一人，纔推別人入水，是出於不得已；若是那木板能容二人，或能有別法，可以共生的時候，推別人入水，就不是出於不得已，當然有罪的。

緊急行爲，不得加人以過當的損害，否則，應受刑罰。（刑律第十  
六條但書）

譬如因後邊有狂犬追來，勢甚危急，前面有人礙路，喝叫不聞，（設爲聾人）不得已，將他推倒；不幸那個人，碰在石頭上，受傷，或死亡時，當然不負殺人的責任。然而若是竟將礙路的人打死，是行之太過，要負責任的。

（卯）緊急行爲，須不是有業務上特別義務的人。（刑律第十六  
條第二項） 若是有業務上特別義務的人，不能以緊急的行爲，違背他的義務。

譬如船長，在航海時，有業務上的特別義務，就是若遇見海難時，須先盡職務上的責任，非等船員及乘客，都離船以後，不得逃命。若是在遇難時，也如普通人，殺人自救，是有罪的。

(乙)承諾上的放任行爲。法律上的承諾行爲，有數種：有欲得承諾，無處得者。譬如吸食鴉片煙的罪等，是沒地方得承諾的，因爲這是一方行爲的犯罪。有一得承諾，就變爲權利的。譬如竊盜人的財物時，雖然是犯罪，若是經所有人的承諾時，不但沒有罪，並且變爲所有權者。有雖然得了承諾，仍然是犯罪的。譬如受孕婦的承諾，爲之墜胎。或受欲自殺人的承諾，害其性命等時。

以上的承諾行爲，都不是此處所說的承諾行爲。因爲都不是放任行爲。此處所說的是法律不保護，也不責罰的行爲。換言之——就是既不是權利的行爲，也不是犯罪的行爲——譬如和姦無夫婦女等。

按和姦無夫婦女無罪，是社會的政策。既限定一夫一妻，(刑律第

條十一)之制，又規定有夫姦的刑罰，已經可以維持家庭的秩序了，既

嚴於此，當寬於彼。無夫的婦女，既是和姦，當然是出於自由，法律又何必干涉？更何必使其親屬有箝制之權？人類是活潑潑的，何必叫

他作無害社會的囚人，在中國今日，更不得不承認放任主義。常見有養女至三十歲以上，仍不容其出嫁的，又有強迫其守節的，豈不是無視人道？況且講「家族主義」，「敬祖主義」，一定要嚴重血統的關係，既限制一夫一妻，又不放任無夫的和姦，若是本妻不能生子，勢必藉口繼續血統，承認納妾制度。試問：納妾與無夫姦，那個有違人道？那個有害家庭的秩序？民國三年十二月二十五日，袁政府的暫行刑律補充條例中，一方干涉無夫的和姦，一方保護納妾，真是非顛倒！

(C) 正當防衛的行爲和緊急避難行爲有何區別？  
正當防衛行爲和緊急避難行爲的異同如左：

兩個行爲相同之點：

- (1) 同是在遇危難的時候。
- (2) 同是爲避危難。

(3) 同是不論爲自己爲別人。

(4) 同是不爲罪。

兩個行爲相差之點：

(1) 緊急避難行爲，是放任行爲；正當防衛，是權利行爲。

(2) 緊急避難行爲，是對於第三人的行爲；正當防衛行爲，是對於侵害者的行爲。

(3) 緊急避難行爲，限於保全法益、生命、身體、自由、財產。正當防衛行爲，沒有限制。

(4) 對於緊急行爲，可以爲緊急行爲；對於正當防衛行爲，不能爲正當防衛行爲。

(5) 緊急避難行爲危難的原因，有天災，有人爲；正當防衛的行爲危難的原因，必須是人爲的不正侵害。

(6) 緊急避難行爲，對於有業務上特別義務的人，有例外；正當防衛的行

爲，沒有這個限制。

(2) 何爲因果律？

因果的關係 (Kausalzusammenhang) 在犯罪論上，最爲重要。犯罪行爲和結果之間，若沒有因果關係的存在，不能成立犯罪。因果關係是外形上的客觀問題，在結果發生後發生的問題。所以在結果發生後，須審查有無因果關係的存在，然後始發生主觀的故意和過失的問題，譬如乙的「死」是不是甲的「行爲」所引起的？若是乙的行爲所引起的，再審查乙的行爲是否出於故意或過失的？若屬於故意或過失的，始成立犯罪。(若法律上不要認識的結果，當然對於結果不必有故意) 然而結果的發生，常常不是因爲一個原因，在行爲的前後和結果發生的前後，常有數個原因的存在，那麼：在此數個原因中，那個原因，是因果關係上的原因？在法學界中很有辯爭，試述重要的學說如下：

(1) 條件說 (Bedingungstheorie) 這個學說謂：發生結果的條件，都是原因；若沒有這個「行爲」，就可以不發生「結果」的時候，那「行爲」就是條

件。所以因果關係。雖然不是直接的，只要與因果有關係的，就是結果的原因。這個學說是 V. Buri, Beling, Liszt, Frank, Finger, Meyer, 等多數學者所主張的。

(一)原因說。(Theorie von Ursachen) 這個學說是謂：發生結果的數個條件中的「一兩個條件」為原因。內中說法也不同：(一)必生原因說：此說，以必定發生結果的條件，為原因。(二)最終原因說：此說，以發生結果的最終的行為，為原因。(三)復勝原因說：此說，以在結果的各條件中，對於引起結果最有力的條件，為原因。原因說是 Ortman, Binding, Birkmeyer, 等四五人所主張的。

(二)因果相當說。(Theorie von adäquaten Kausalzusammenhang) 這個學說，是以發生結果的行為中，最相當的行為為原因。是以條件中必要的和可能的條件，為相當條件。這個相當的條件 (Adäquate Bedingung) 就是原因。若是偶然發生結果的條件，不是原因。這個學說是 V. Kries,

Allfeld, V. Bar' 等所主張的，在法律界，也很占勢力。

結果的發生，既是常因數個原因，那麼：定原因之法，果以何說爲當呢？今試舉數題，以研究之：

(一) 甲用刀殺乙，砍傷腿部，因有人來，甲逃走後，乙的「傷口化膿」，經數日而死時，甲的行爲，是否乙死的原因？換言之，就是甲是殺人未遂罪？是殺人既遂罪？

(二) 前例乙受傷後，到病院療治，因「醫生之誤」而死時，如何？

(三) 前例乙受傷後，在病院療治，因「病院失火」燒死時，如何？

(四) 前例乙的腿，因被甲砍傷，不能行動，恰巧有乙的仇人丙來，乘其不能行動，將乙「打死」時，甲的行爲如何？

(五) 前例乙被甲砍傷腿部，自意已成廢人，「憤而自殺」時，如何？

(六) 甲以傷害的意思，將乙打傷少許，因乙本是「身體衰弱」(甲並不知) 竟因之而死時，甲的行爲是傷害罪？是傷害致死罪？



(七) 甲不知乙在「垂死」的時候，以爲睡熟，擊乙一掌，乙因被擊，早死數分鐘，甲的行爲如何？

(八) 某婦被甲強姦，其夫怒其失節，將某婦「殺死」的時候，甲的行爲如何？

(九) 右例某婦因被姦自殺時，甲的行爲如何？

右例各節，若按條件說，甲的行爲，與別的原因，都是發生結果的原因。所以甲的「行爲」與被害者的「死」都有因果關係。若按必生原因說，最終原因說，第二例的原因，在「醫生」，第三例的原因，是在「失火」，第四例的原因，是在「丙」，第五例的原因，是在「乙自己」，第八例的原因，是在「某婦之夫」，第九例的原因，是在「某婦的自殺」，都與甲的行爲，沒有因果的關係。所以甲對於「死」沒有責任優力說，大致相同，然而對第六例的原因，則認爲在「乙」的身體。因果相當說，是按通常智識所能豫料的結果，爲原因，所以對於第二例，第三例，第四例，第五例，第六例，第七例，第

八例，第九例，都認爲是偶然的結果，與甲的行爲，沒有因果關係，然而因果相當說，既是沒有標準的，所以免不了因各人的見地不同，有時認爲有原因力，有時認爲沒有原因力。況且刑事案件，必須經檢察官提起公訴，纔能由審判官公判，若恰巧：各級的檢察官的見地相同，都認爲因果不相當的時候，則被害者不能得法律上論究的機會，不能受公判的利益，法理上雖然有錯誤，也無可如何了；這是因果相當說的大缺點。至於原因說中的各說，更欠妥當了。

按以上所述，我們當認條件說爲當。因爲結果的發生，雖然有他種原因的結合，然而根本上，是基於不法行爲者的行爲；若沒有這個原因，絕不能惹起他種原因來。結局：是由這個原因所引起的結果，當然因果關係不能中斷。因果相當說的學者，謂：條件說過於嚴苛。其實：法理與刑罰是不同的，論究法理，本來是必須嚴苛，若含有「恤諒」意思的論究法理，必定失於週密，恤諒情節，是刑罰酌量的問題，——不是因果關係的問題。——何況使不法行爲者對於其不法的行爲上，負

一切的責任，並非嚴苛；而且有禁戒世人的效果。若按因果相當說，厚於加害者，薄於被害者，彼被害者含冤不能雪，這纔是真正慘酷呢。譬如某乙殺某甲，砍傷手足，伏在地上不能行動，見一狂犬來噬，雖然極力想逃避，然而因爲手足受傷，欲動不得，眼睜睜的受犬咬死時，因果相當說的學者，謂：「狂犬之噬，是偶然的，所以乙的死與甲沒有關係。」於條理上，於刑事政策上，都大相背戾。若按條件說，以甲的「行爲」與乙的「死」有因果關係，所以甲的罪，是傷害致死罪；不過若因其情節可原，可以酌量減輕刑罰而已。既不失論斷罪由的平允，又不失刑罰的權衡。

然而若是在結果發生前，因他種獨立的原因，惹起結果時，因果關係當然中斷，譬如：甲用刀殺乙，砍傷數處，乙未死；以後於乙睡熟中，被強盜刺死時，乙的「死」與甲的「行爲」沒有因果關係。

須要注意的是：有因果關係的存在，不是就成立犯罪。在行爲的前後，無論有否他種原因結合，必須審查：行爲者對於結果有無故意？除法律上不要認識的結果罪外，其他以認識結果爲要件的，必須對於結果有認識。然而結果若是直接

發生的，自然包括在認識以內。反對者誤解此理，所以用以攻擊。條件說在斷定罪名上，雖然有時與因果相當說相同，可是在法理上，沒有不充分的缺點，於判斷上，又不致漫無標準。譬如甲以銅絲繫在幼兒手上，幼兒感電而死時，甲的「行爲」與幼兒之「死」有因果關係。若甲豫見幼兒的「死」是殺人罪；若不豫見幼兒的感電，不過是玩戲時，當然只成立過失罪。若按因果相當說謂：「幼兒的感電，是偶然發生的，不是相當的因果，所以幼兒之「死」與甲的「行爲」沒有因果的關係」然而若是甲認識幼兒的感電，有殺害幼兒的故意時，難道說：不成立殺人罪？恐怕無論何人，都須承認甲的殺人罪。那麼：既是沒有因果關係的存在，試問犯罪又何由成立？可見因果相當說的失當了。

〔3〕 何爲犯罪的決意。豫備着手實行？

犯罪行爲，組成的順序，必先有初念。這初念的決定，就是「決意」(Entschluss)。所以「決意」是決定犯罪實行的意思狀態。簡言之，就是犯罪的犯意。有犯罪的決意，無犯罪的行爲，原則上不爲罪。然而雖未實行犯罪的行爲，若將決意表示出來，

例如用口頭、書信、手式等方法，表示犯意時，因為有害社會上的安寧，有時按其犯罪的性質和方法，構成別種的罪。(Delicta sui generis) 例如豫告加害生命、身體、自由、名譽、財產等的「脅迫罪」等。

自決意再進一步，就是犯罪的豫備。(Vorbereitungshandlung. Actes préparatoires) 換言之——就是實行着手的豫備行爲——豫備，雖然算外部行爲，然而他的行爲，還沒着手實行，離有害法益尙遠，所以原則上，不以爲罪。然而有時，因為犯情重大，法律爲杜止起見，也要處罰。例如關於賣國行爲——加害外國元首行爲，囚人聚衆強逃行爲，放火、決水行爲，殺人行爲等的豫備，和陰謀罪——陰謀(Komplot, Conspiracy) 因為是謀議實行，也可以說是豫備的一種。實行行爲實施的開發，就是着手。(Anfang der Ausführung. Commencement d'exécution) 着手，是豫備行爲的第二步，所以着手與豫備的分別，所差的，僅是時間上的直接間接。着手，是實行的開始，自外形上觀察，可以知道犯意的所在；豫備，是着手的開始，自外形上觀察，常不易知其犯意的所在。實行(Execution, Ausführung) 是適合

刑律上規定的，各本條的犯罪構成要件的實演。所以說是「犯罪的實行」(T, exécution de delit. Die ausführung des Verbrechens) 例如殺人罪的「殺」竊盜罪的「竊盜」都是犯罪的實行。犯罪的實行，不必適合犯罪構成要件的全部，雖然適合犯罪構成要件的一部，也算是實行。例如利用一定的手段，為構成犯罪要件的行爲。換言之，——就是因爲實行犯罪行爲，已經爲行爲的開始(着手)時，就爲犯罪的實行。——例如實行強姦，爲脅迫時等。不過有既遂、未遂的分別而已。

[4] 何爲既遂、未遂？

犯罪實行着手後，充實犯罪構成要件的全部時，就是既遂。(Vollendung) 犯罪實行着手後，未充實犯罪構成要件的全部時，是未遂。(Versuch) 既遂和未遂的區別，不是犯罪者的目的，達到與否。既遂犯，雖然多數是犯罪者達到犯罪的目的，然而有時，不必達到目的，就成立既遂罪。例如偽證罪，偽造貨幣罪等。偽證罪，不言可知；偽造貨幣罪的目的，是在販賣行使，然不待販賣行使，只要偽造的實行，就爲既遂罪。未遂罪，須有左列的要件：

(A) 犯罪的行爲，必須已經着手。

(B) 必須是未遂。

(C) 未遂的原因，必須不是任意的。

犯罪行爲，若未着手，是尙在豫備中，不發生未遂的問題。若不是未遂，換言之——就是犯罪行爲，已經充實構成要件的全部時——乃是既遂，不是未遂，自待言。至於未遂的原因，必須是意外的障礙，若是因爲行爲者的任意，那是中止犯，不是未遂犯。

未遂犯內，分着手未遂和既行未遂：

(一) 着手未遂——也可以說企行未遂，未行未遂 (Der nichtbeendete Versuch, Le delittente) 就是犯罪實行着手後，因爲意外的障礙，不得終結時。譬如殺人行爲，正舉刀殺人時，被人擒獲；竊取行爲，剛用手去竊取時，被人看破等。

(二) 既行未遂也可說是終了未遂，實行未遂 (Der beendete Versuch Le,

delit manqué) 是實行終了後，因意外的障礙，實際上，未能發生既遂要件的結果時。譬如殺人行爲，發鎗後，子彈未中；或是雖然擊中，並未死亡；或是推人落水，被害者遇救；或是因會浮泳，未至淹死等。

未遂犯。立法例，有以之爲皆有罪的，有必須法文明定認爲有罪的。有對於未遂犯必滅的，有對於未遂犯得滅的。我國刑律的規定，是處罰未遂犯，須有明文，和得滅主義。

### 〔5〕 何爲中止犯？

犯罪行爲者，犯罪實行着手後，因爲自由的中止。未遂時，就是中止犯。(Der rüchtritt vom Versuch. Le désistement volontaire dans la tentative) 與未遂犯所不同的，就是未遂的原因，是由自己的意思中止的。譬如殺人行爲，舉刀剛要砍時，被人擒獲，是未遂犯。若是舉起刀來，剛要砍時，自己悔悟，或是忽生不忍的心，自己任意中止時，這是中止犯。此處有一問題，就是着手未遂，和中止犯的競合。例如「甲」想殺「乙」，發一鎗未中，再發第二鎗時，忽生不忍之心，自己中止。或是「甲」推「乙」



入水，未能推落，要想用力再推時，忽發生不忍之心，中止。或是將毒藥放在茶內，殺「乙」，而「乙」未飲茶，又放在「乙」所食之粥內，「乙」將要食時，「甲」忽自悔，奪粥傾棄時，是爲未遂犯？是爲中止犯？凡一個行爲，若經分析細看，必是無數行爲。在「時」和「地方」的關係上，相接續的形成，按通常的觀察，在「時」和「地方」相接最近的前後的行爲，可認爲一個行爲。所以此時，可以諒其最後的心理，認爲中止犯。

中止，必須出於主觀的任意。若是因客觀的原因，出於不得已的中止，不發生中止的效力。譬如前例「甲」殺「乙」，發一鎗未中，要發第二鎗時，有警察來，或鎗機破壞的緣故，不是中止犯。

從來立法例，對於中止犯，認爲無罪，或是減免。那理由的說明不同。有說是法律上的理由的，有說是刑事政策上的理由的。主張法律上的理由的，是說：中止犯，缺欠犯意。又說：因爲中止，就減却了犯意。又說：犯意不確實……主張刑事政策上的理由的，是說：中止犯，也是未遂犯，不過在刑罰上，若不與以減免，難免犯罪者一旦實行着手後，再不發生中止的意思；不但不能豫期犯行者的中止，也失

了刑罰公平的權衡。我國刑律，採用第二說，以中止爲「準未遂」得免除，或減輕本刑。

[6] 何爲不能犯？

不能犯——(Der untaugliche Versuch, La tantative impossible) 譬如欲行竊，探手箱中，而空虛無物時，或以砂糖爲毒藥，用以殺人時，等行爲的手段和目的物的關係，不能發生行爲者豫期的結果時，都是不能犯。

不能犯，是未遂犯否？爲學者間爭議的問題。最重要的學說，是客觀主義和主觀主義。

(A) 客觀主義說：

(甲) Mittermaier 等說：不能犯分爲目的物的不能和手段的不能。這兩個，又分絕對的和相對的，絕對的不能，爲不能犯；相對的不能，爲未遂犯。例如以砂糖爲毒物害人，以樹木爲人，以鎗射擊等，是絕對的不能，是不能犯；若是用毒藥過少，至未能發生結果，或向屋內發鎗，目

的人不在屋內，是相對的不能，是爲未遂犯。

(N) Feuerbach 等主張說：未遂犯，是實在着手的未遂；必須是有可遂的性質的，始得謂之爲未遂犯；若自初就沒有可遂的性質，是不能犯。

(丙) Von Bar 等主張說：犯罪的目的物不存在，或缺欠構成犯罪

(B) 主觀主義說：

是 Von Buri 等所主張的。主觀主義，排斥客觀主義說：客觀主義者，謂構成犯罪，在行爲和結果之間，必須有可能的因果關係，然而所謂因果關係，果指何義？是實在的呢？是無形的呢？若說是實在的，事實上，除既遂犯，沒有因果關係；若說是無形的，——精神上——意思的——無論何種未遂犯，都是有的；不能區別可能不可能。應當不問其可能與不可能，犯人既然有犯罪的決意，既已實行着手，都有主觀的因果關係，當然

都爲未遂犯。

(C) 折衷主義說：

(甲) 危險說——這個學說，是 Von Liszt 等所主張的說：法律處罰未遂罪，是因為他有危險。所以有危險性的，都須處罰；若非實在不能認爲有危險的，都是未遂犯。

(乙) 法定要件說——這個學說，是 Frank, Garraud 等所主張的說：犯罪必須具備構成的要素，若缺欠要素，就不爲犯罪。例如殺人罪的目的，先就死亡；或是墮胎罪，腹中本無胎；毒殺人所用的，不是毒；不得說是犯罪。所以不能與未遂；當視其具備犯罪構成要件與否，爲斷。

右述各學說，若按學理上說，當以客觀主義中絕對的不能，爲不能犯；相對的不能，爲未遂犯；之說爲當。不過立法政策，當以行爲者的危險爲準。無論是不能犯，是未遂犯，都有主觀上的犯意；僅僅是客觀的行爲上，有可能與不可能的差異。所以

都須認爲未遂犯。然而必須按情酌理，與裁判官以免除及酌減的權。所以全然以不能犯爲無罪的立法例，固然不贊成；我國暫行律，以不能犯與未遂犯同視，而限定按既遂罪，減刑一等，至二等，也未免過酷。

〔7〕 何爲累犯？

受有罪裁判確定後，更犯他罪者，是爲累犯。成立要件有二：

(A) 須在受有罪裁判確定後。法律罰累犯罪，是因爲期望悔過從善，以罰怙惡不悛的意思。所以必須在曾受有罪的裁判以後，並且要在裁判確定以後。不然，就是俱發罪。惟只要已受有罪裁判的確定，就可成立，始合法律處罰累犯的本旨。對於其罪的刑罰，是否執行，在所不論。因刑罰的執行，與犯罪的關係，本是不同的。若以刑的執行，不執行，爲累犯成立的標準，其理由無從想像。所以暫行刑律第十九條：「已受徒刑之執行云云」未免範圍太狹。至於限定犯徒刑的罪，是因爲拘役、罰金，乃是輕微的犯罪，雖然再犯，也可寬容。

(B)須更犯他罪。這是成立累犯罪的最要條件。無論是更犯一回，是數回，都是累犯罪。不過犯罪三次，仍不悔改，其人之犯性，於社會上危險甚大；且爲杜絕多數犯罪，處刑須重。所以三犯以上者，比普通累犯，多加一等。

其實：防止累犯之法，不獨加重一法。例如獄中感化教育，對於出獄人的處置，及厲行審查犯罪者的性質，宣告緩刑，以免在獄中受不良的感染等。

[8] 何爲俱發罪？

未經確定裁判前，所犯的數罪的相互關係，是俱發罪。成立的要件有二：

(A)須是犯二個以上獨立的罪。犯數罪者，必須是同一人，自不待言，若犯一罪，不能成立俱發罪。然而所犯的二個以上之罪，必須是獨立的。所以外觀上，雖如數罪的連續犯等，不是俱發犯。

(B)必須在裁判確定以前所犯的罪。先犯一罪，經告發後，在裁判確定

以前，又犯罪者，是俱發犯。而先犯數罪，經一時發覺者，也是俱發犯。若先犯數罪，被發覺其中一罪，在審判時，或是審判確定後，發覺餘罪時，也是俱發罪。

俱發罪，須是曾犯二個以上的獨立罪，已如右述。然而犯罪行為，有時一行爲，觸犯數罪，數行爲，犯一罪，是區別俱發罪重要的，亦須說明。

(9) 一罪和數罪的區別如何？

關於區別一罪和數罪的標準，學說甚多，有謂：按行爲的數，定犯罪的數的。有說：按法益的數，定犯罪的數的。有說：按結果的數，定犯罪的數的。有說：以犯人意思的數，爲標準，定犯罪的數的。各說不可全非。今爲簡明起見，先直接了當的，略說如左：

(一) 數行爲一罪。

雖然行爲是二個以上，然而在法律上，沒有獨立的性質的，不能成立數罪。例如連續犯，集合犯等。

(A) 連續犯——以單一的意思，犯一罪，用數個行爲時，是連續犯。

(Das forgesetzte Verbrechen, Delictum Continuum, Delit successi) 連續犯爲一罪爲數罪？學者的主張不同。按連續犯，是侵害單一的法益，而且是一個結果，當認爲一罪。連續犯，必須是數個行爲，因同一的故意，連續行之。例如僕人竊取主人的紙煙，每日竊取數支等。

(B) 集合犯——有同一方向的原因，爲數個行爲，成爲一罪的，就是集合犯。(Kollektive oder Gesamtdelikt) 內有二種：(一) 營業犯。(Das gewerbmässige Verbrechen, Quasi artem exercere) 例如須註冊，始能開業的營業，爲未註冊的不法開業等。(二) 職業犯。(Das geschäftsmässige V.) 與營業犯相同，不過沒有營利的目的。(三) 慣習犯。(Gewohnheitsmässiges V.) 以上兩個，是屬於特別法的多，這慣習犯，屬於刑法的多。例如常素賭博等。



(C) 結合犯——(Das zusammengesetztes V.) 是數個犯罪，因法律規定的結合，成爲單一罪的犯罪。例如脅迫罪，與竊盜罪，及強姦罪，結合爲「強盜強姦罪」等。

(D) 接續犯——(Das sog. fortgesetzte delikt) 是數個行爲，接續犯一罪。例如傷害罪，接續毆打人數回，使他負傷數回，又如竊盜罪，在同一機會內，先竊表，又竊衣服，又竊金銀，臨走時，回身又將桌上坐鐘拿走時，都是成立一罪。接續犯，與連續犯不同，接續犯，不待法文的規定，當然認爲一罪；連續犯，必待法律上的規定，方能認爲一罪。

(二) 一。行爲觸犯數罪。

一個犯罪行爲，同時有觸犯數個罪名的。例如知道是賊盜的贓品，而當作賄賂收受時，是觸犯「收受盜贓罪」又觸犯「收受賄賂罪」等。屬於此種的行爲，實質上，只是一個犯罪行爲；稱爲想像上

的數罪可以大別之爲牽連犯和法律競合：

(A) 牽連犯——(Verbrechenskonkurrenz) 牽連犯，是狹義的想像上的數罪——是犯罪和行爲的競合——有一個行爲觸犯數個罪名時，有犯罪手段的行爲，和結果的行爲，罪名不同時。

(子) 一個行爲觸犯數個罪名時。此處依犯罪的行爲，和結果如何，區別爲：(一)行爲和結果，都是單一。時。(二)行爲單一，所生的結果複數時。例如公務員，知道爲盜贓品，收受賄賂時，是行爲，和結果，都是單一。此時，是實體上一個行爲，觸犯數個罪名，理應按一罪名，從重處斷。然而若是法定刑罰的重輕相同時，當處以法定範圍內之重刑。以毒物投入井內，傷害多人，或投一炸彈，炸死、及炸傷多人，並炸壞房屋、器具時，這是行爲單一，所生的結果複數。此種行爲，也是一行爲，觸犯數罪名。然而現實是一個犯罪的行爲，所以實體上，也是一罪；按最重者處斷。

(丑) 犯罪的手段或行爲的結果觸犯的罪名各異時。例如以偽造的文書欺人，騙取財物。行使偽造文書，是犯罪的手段，詐欺取財，是犯罪的結果；此時是觸犯二個罪名。（行使偽造私文書罪，詐欺取財罪）然而實質上，是一個行爲，仍按一罪，從重處斷。

此處所說的犯罪行爲的手段，和犯罪行爲的結果，是在一個犯罪行爲的觀念中，所包含的。否則，不是此處所說的犯罪行爲的手段，和結果。例如先竊取刀，用之以殺人竊取，雖然也是犯罪的手段，殺人是行爲的結果，然而不是一個犯罪行爲觀念中，所包含的。

(B) 法律競合——就是外觀上想像的數罪。(Die scheinbare ideale Verbrechenkonkurrenz) 這個行爲的特色，是無論從何方面觀察，都是一個犯罪的行爲，惟外觀上，是觸犯數個罪名，在實體上，是觸犯一個罪名。所以也可以說，不是一罪數罪的問題，單是罪刑適用的問題。然而外觀上，既是一個行爲，觸犯數罪，所以必須在此處

說明。內中又有在列的二項：

(子)普通法,和特別法的結合。一個行爲,同時觸犯普通法的罪名,和特別法的罪名時;應從特別法處斷。因爲原則上,特別法,排除一般法。

(丑)基本法,和補充法的競合。一個行爲,同時觸犯基本法,和補充法的罪名時;應從基本法處斷。因爲原則上,基本法,排除補充法。

若是危險行爲,和實害行爲,保存時;危險行爲,被實害行爲的包含,所以罰危險行爲的規定,是補充法;罰實害行爲的規定,是基本法。

前行爲,是後行爲的實行階段時;前行爲,被後行爲所包含,所以規定前行爲的法律,是補充法;規定後行爲的,是基本法。

其不屬於特別法,普通法,也不屬於基本法,特別法的,是選擇適用。(Alternativität) (例如一個行爲,觸犯刑律第三百十三條罪,

與第一百二十二條之罪等。

〔10〕 何爲共犯。

因二人以上的共同行爲，成立同一犯罪事實時，是共犯。(Teilnahme Partipation) 共犯內，有任意共犯。(Zufällige teilnahme, Concursus facultativus) 就是一人單獨本可犯罪的行爲，數人共同加功時的共犯。又有必要共犯。(Notwendige teilnahme, Concursus necessarius) 就是非數人共同，不能成立的犯罪。例如內亂罪，騷擾罪，決鬪罪等。共犯行爲者中，實行實現犯罪構成事實的行爲者，稱爲正犯。使人決意實行犯罪行爲者，稱爲教唆犯。幫助正犯，使其容易實行者，稱爲從犯。

(一) 正犯。正犯內，有單獨一人實行犯罪行爲的，是單獨正犯。(Alleint-

hater) 共同實行犯罪行爲者，例如「甲」「乙」同下手殺「丙」或

共同縛「丙」奪他的財物，或竊取一大物，共同搬出等，是共同正犯。

(Die mittäterschaft, La Co-action) 內中有分擔的行爲，例如二人

共謀竊取「甲」取衣服，「乙」取物件，或「甲」「乙」共謀殺「丙」的全

家，「甲」殺「丙」，「乙」殺「丙」之妻子等。有幫助的行爲，例如「甲」去行竊，「乙」在外巡風，等候接受物件，或「甲」殺「丙」，「乙」按捺「丙」，使之不能對抗等。然而共同正犯，必須有共同的意思。例如「甲」、「乙」共謀傷害「丙」，二人共同將「丙」毆打時，「甲」並盜取「丙」的所持品；此時，傷害罪，是「甲」、「乙」共同，盜取罪，是「甲」的單獨責任。然而犯罪的動機，雖然不同，也是共同正犯。例如「甲」、「乙」共謀殺「丙」，「甲」的目的，是爲報仇，「乙」的目的，是爲滅口時，於共同上沒有影響。若是犯罪行爲實行上，共同可以豫見的事實，換言之——就是犯罪行爲自體的性質上，通常有的結果——也須負共同意思的責任。例如「甲」、「乙」共謀傷害「丙」，而因「甲」的手段太重，「丙」竟因之而死時，「甲」、「乙」，仍是共同正犯。然而此時是行爲者的犯意，和程度上的問題。必須是犯罪行爲自體的性質上，通常有的。例如「甲」、「乙」約定共同將「丙」的左臂打傷，而「甲」忽然用小

刀，將「丙」刺死時，「乙」不能負「甲」所行的責。若「甲」、「乙」有一定的確實的約定時，內中一人，違反約定所爲的行爲，雖然是犯罪行爲自體的性質上，通常有的結果，也不發生共同責任的問題。

若是彼此毫不相關，單獨的行爲，同時犯罪，其犯罪的結果，生共同的關係時，是爲副正犯。(Nebentäterschaft) 例如一人在房前放火，一人在房後放火等。(刑律第三十四條)

若以他人爲行爲的機器，利用他人爲犯罪的行爲時，是爲間接正犯。(Die mittelbare T., T. I; auteur indirect. T., Fingierte) 例如利用無責任能力人，或以強暴力迫人爲犯罪行爲時，利用者爲正犯；自己負責。若利用人爲從犯時，是負從犯的責任；利用人爲教唆犯時，負教唆的責任；都與自己直接所爲的無異。

(11) 教唆犯。使他人人生犯罪的決意，實行犯罪行爲的，是教唆犯。(Provocation, Anstiftung) 教唆犯是造意者，所以學者稱教唆者爲「智的

原因者」(Intellektueller Urheber) 成立教唆罪，要件有三：

(一) 必須教唆他人，生犯罪實行的決意。

教唆行爲的方法如何，在所不問，用言語、用書信、用手式等，都可成立。然而必須被教唆者，因之生了犯罪的決意。若教唆者，雖然用種種方法，教唆被教唆者，不生決意，固然不成立教唆罪，被教唆者本人，原有決意時，有時認爲從犯，而不成立教唆罪。(然而此時若不能證明實行者原有決意時，仍須負教唆責任。)

(二) 必須有教唆他人，生犯罪實行的決意的意思。

若無教唆他人，生犯罪實行決意的意思時，不成立教唆罪。例如無心中的談話等。譬如「甲」對「乙」說：『你作事，真巧妙，你騙他，他不明白；你就是殺了他，一定連警察都不明白是你殺的……』這本是無心中的笑談，「乙」竟因此生了殺人的決心，爲殺人的行爲時，不成立教唆罪。



(三)所教唆的他人，必須實行，並須有犯罪的結果。

若被教唆人，雖然因其教唆，生了決意，而沒實行，或是雖然實行，並沒生犯罪的結果時，不成立教唆犯。然而既已實行，其結果，無論是既遂，是未遂，都有教唆的責任。

教唆罪的成立要件，若按主觀的方面，客觀的方面，分析的說明，甚多；右列的三個要件，是共通最重要的。以下說明教唆與實行的齟齬。

教唆和實行的齟齬，就是教唆者，所教唆的，與被教唆者，所實行的，有不合時。(一)被教唆者，所實行的，與教唆全無關係的。例如教唆竊盜，而被教唆者，殺人時，是阻却教唆的關係，所以不成立教唆罪。(二)被教唆者，超越教唆者所指定的範圍的，例如教唆竊取，而被教唆者，為強盜行爲時，教唆者，只負所教唆的責任。若被教唆者，所實行的，較教唆的輕，例如教唆強盜，而被教唆者，僅為竊取時，教

唆者，只負所實行的責任。然而若是犯罪行為自體上，通常所生的結果發生時，教唆者，當負責任。例如教唆傷害，而因傷害致死時等。  
(二)教唆與實行的齟齬，在法律上，全無價值時，與教唆罪，沒有影響。例如教唆明日殺被教唆者，至後日始實行，教唆在野地殺，被教唆者，在街上實行，教唆用刀殺，被教唆者用鎗殺時等。

教唆他人，使之教唆人時，也是教唆犯。或稱之為「準教唆犯」。教唆後，若向被教唆者，取消其所教唆時，若非經被教唆者承諾，不能失教唆的效力。

成立教唆罪，被教唆者，必須是有自由意思的，並須是有責任能力的。不然，就是前述的間接正犯。

成立教唆罪，必須法律上沒有特別的規定，例如煽惑罪等。

若教唆者教唆後，共同為同一之行為，或是為同一行為的從犯時，當從重處斷。

(三) 從犯。幫助正犯的犯罪行爲，是從犯。(Beihilfe, Anihaire) 教唆犯的行爲，是在正犯的決意前從犯的行爲，是在正犯的決意後。所以從犯與教唆犯的區別，很易關於正犯與從犯的區別，爲學者的聚訟。

(A) 客觀說。主張這個說的，是(Birkmeyer, Liszt, Hülschener, Beling, Fingger)等，其所主張的，雖小有不一致，然而都是主張：區別正犯、從犯，須按犯人客觀行爲的狀態判斷。有說：於犯罪的結果，有重要影響的，是正犯的行爲；否則，是從犯的行爲的。有說：兩個的差別，是性質的差別，爲犯罪構成要素行爲的全部，或一部，接近發生，並且必要的行爲者，是正犯；其餘的，是從犯。

(B) 主觀說。主張這個學說的是Buri Schütze等說：爲自己的利益，或以爲是自己之事，而爲犯罪行爲的。換言之——就是有主犯的意思的——是正犯；爲他人的利益，或是以爲是他人之事——

有助犯的意思的——是從犯。

(C)

折衷說。主張這個學說的是 Olshausen, Lucas, Lienthal 等。主觀說的 Burd. 也主張此說。因爲主觀說從犯不能與教唆犯有區別；所以補正主觀說的缺點。謂：雖然以主犯的意思爲犯罪的行爲，若本人沒參加實行的現場時，不是正犯……

按各說都不能區別的明瞭。我國暫行律第二十九條第二項，第三十一條，明定：於實施犯罪行爲以前的幫助，是從犯；在實施犯罪行爲中幫助的，是準正犯。所以可以說，在實施犯罪行爲中幫助正犯的，是共同正犯。這是一種時期說。幫助的方法，無論如何，只要加工於犯罪行爲的，都是從犯。例如供殺人者的武器，或指導方法，或指引道路，或對於有犯意人，激動他實行等，都是幫助的行爲。從犯既是在犯罪行爲實行前，若在實行前幫助後，又幫助於實行中時，當按共同正犯處斷。因身分成立的罪，教唆犯和從犯，雖然

沒有身分，也是共犯。例如賄賂收受罪，限於官員，公斷人的身分的，教唆犯和從犯，不是官員，公斷人時等。若因身分的關係，刑罰有輕重時，因犯罪與刑罰的關係，不同的緣故，無身分人，不能因之重。輕過失罪，有否共犯？學說不同。Birkmeyer, Olshausen, Binding等，都為肯定說；Liszt, Allfeld等，和日本大審院的判例，都為否定說。我國暫刑律，明定過失共同犯。例如二人同時發鎗擊賊，兩個子彈，一同擊中他人身上致死時（第二十五條）又如「甲」放火，正點火不燃時，「乙」看見有煙，誤以火酒為水，傾倒其上，因之火起燒死人時（第二十六條）

〔II〕 犯罪的種類如何？

犯罪的種類中，重要的，除前所述的故意犯、過失犯、既遂犯、未遂犯、牽連犯、非牽連犯、累犯、俱發犯、單獨犯、共犯等之外，尚有二三；因為容易明白，所以略述之如左：

(一) 親告犯；非親告犯。關於必須告訴，檢察官始能起訴的犯罪，是親告犯；例如姦淫罪，侮辱罪等。不待告訴，檢察官就可起訴的，是非親告犯。

(二) 普通犯；特別犯。違背普通刑律的，是普通犯；違背特別刑律的，是特別犯。

刑律，是普通刑律；陸海軍法，是特別刑律。

(三) 現行犯；非現行犯。在犯罪行為中，或行為後，當時就被發覺的，是現行犯；現行犯之外的，就是普通犯。

(四) 國事犯；常事犯。直接關於政治上的犯罪，例如內亂罪，外患罪，是國事犯；國事犯之外的犯罪，是常事犯。

(五) 即成犯；繼續犯。

在短時間完結行為的，是即成犯；在長時間完結行為的，是繼續犯。

例如連續犯、集合犯、持續犯等，都是繼續犯。

### 參 刑罰

#### (I) 何爲刑罰

刑罰。(羅馬 Poena 德 Strafe 英 Punishment 法 Peine) 有實質上的意義，形式上的意義：

實質上的意義：刑罰是對於人類、社會、生存條件、危害者的、淘汰力。——是  
由國家刑罰權，發作出來的。——是以撲滅犯罪爲目的者。——

形式上的意義：刑罰，是犯罪的制裁。——是對於確定犯罪者，所加的苦痛  
——是國家剝奪私人利益的手段。——

刑，是『期於無刑』的。刑罰的政策，總以避去慘酷的刑罰爲宜，試述刑罰制度的  
原則：

(二) 刑罰必須豫先法定。裁判官只有審查犯罪的行爲適應何條之權，  
處刑的輕重，皆須按法律上的規定，不能按個人的意思，隨意處刑。所  
以在各各犯罪上，必須有各各的刑罰。

(二) 刑罰必須只及犯人一身。昔時的「罪三族」、「罪九族」、「緣坐」、「連坐」的法例，是毫不知人道的野蠻時代的法律。現在的刑罰，是對於犯人主觀的報應，以犯罪的意思爲要素，絕不可累及「非犯人」。

(三) 刑罰不可毀損肉體。刑罰當以不傷害人的身體爲度。所以昔時的宮刑、剝刑、烙刑……漸漸廢了，死刑也在淘汰之列了。然而有人主張：笞刑是可用的，因爲有時在犯人生活的狀況上，優於自由刑。英國立法者，則以不顧廉恥的行爲者，用笞刑爲當。（千九百十二年十一月以來英國有對於賣淫者科笞刑的法律）我以爲是一時的權變則可，決不應久存的。

(四) 刑罰應沒有貧富貴賤的分別。昔時按犯人的地位、身分，可以減免刑罰，至今日的立法例，也沒斷除這個制度；這是最不合理的。刑罰的輕重，應按犯罪的大小，犯意的大小，而斷；不能按地位身分而斷。

(五) 刑罰當按個人而定。雖是同一犯罪，犯情各各不同，所以當酌量犯



人的心術、情節、分別處刑。

(六) 刑罰總以使人改惡遷善爲目的。斷罪須嚴，處刑要寬，所以對於偶

犯者的「緩刑」對於囚犯的「假釋」等，都是善法，獄中的教育，尤其要

緊。〔漢崔實政論刑罰是治亂之藥石德教是興平之藥肉今日之法律當並重之〕獄中的教育，雖然不屬於刑

罰制度的範圍以內，也是刑事政策上必要的，我曾在日本法律新聞上，看見一個記事：

「高知縣監獄內，所課的學科，有小學程度，和中學程度二種，最近使他們在授業時間以前，爲五分間的演說，他們的演說，都是很堂

皇的……」

我看見這個記事，想起我國不能受教育的青年的境遇，和有錢養兵，無錢維持學堂的政治家的行爲，真是痛恨的要死！

(七) 刑罰必須使犯人可以恢復元狀。各國最高級的法院的判決例，因

法律解釋上的不同，常常的變更。可見誤判的事，在所不免。雖然在判

決確定後，不能因爲一案擱置多年，然而在刑罰上，應科以一定的年限，在其出獄前，或出獄後，若有新判例出來，他在社會上的污點，可以去掉，以便恢復他的人生樂趣，及共同生活上的信用。所以「死刑」和「無期徒刑」，都應按社會的情形，廢止的。

漢路溫舒尙德說：「夫獄者，天下之大命也，死者不可復生，刑者不可復續」……古人尙這樣說，在今日更應如何？然而古人之意是在「寬」，現在我們的意思是在「廢」，刑罰已經廢了，死刑豈能叫他久存？

在沒廢止以前，凡斷獄者在判處死刑時，務要詳加審慎啊！

我國現行法的刑罰，分主刑，從刑。主刑是生命刑，自由刑，財產刑。從刑，是沒收刑，和能力刑。

(二) 何爲生命刑？

生命刑——(德) Todesstrafe 法 Peine de Mort; Peine Capitale 英 Punish-

ment of death; Capital punishment) 就是國家因犯罪的制裁，剝奪犯人的生命。的刑罰，又說：「死刑」死，刑是以「死」爲完結，所以行刑後，又蘇生時，仍須再執行。死刑在人道上，最慘酷，所以有廢止的議論，因之如伊太利、瑞西、和蘭、諾威等國，已實行廢止。

死刑，不似往昔的，在衆目之下的執行，是在監獄內，也不用往昔的斬、絞、剛等，種種的手段，現在只用絞。

死刑，因爲是極刑，所以要有暫時停止的規定。——就是對於孕婦，及精神病者的死囚，須暫停執行。——暫行新刑律施行細則，第七條：「死刑案件，如犯人係孕婦，或罹精神病，雖經覆准，非產後滿百日，或精神病愈後，不得執行……」云者，就是這個意思。

這個規定的文辭上，有缺點。爲甚麼呢？那「雖經覆准，非……後，不得執行」最容易生誤會。譬如有一婦人，受死刑的宣告後，呈由法部覆准，方要執行時，發見該婦人懷胎，於是停止執行，等到產後，滿了百日的時候，是再呈請覆准呢？是不再呈

請覆准就執行呢？呈請的字樣，若說有暫行刑律第四十條的規定，當然非繼法部覆准回報，不得執行罷，可是在發見懷孕之前，已經有了覆准了，此次的停止執行，不過等候應滿的日期而已；所以恐怕是無論何人，讀此條文，一定是以為既然經過了覆准，到了百日，就可執行罷！若是如此，未免太殘忍，且不是立法政策的本旨。因為當受死刑的婦人，雖然是心行可惡，然而生了孩子以後，因為愛子的情切，痛改前非，這是人之常情。苟非出於不得已，決不可使他們母子死別！若在生產以後，乳養百日滿期，放下孩兒，去受死刑，這是何等可慘的事？司法的，若是做這個事，在道德上恐怕比那婦人所犯的罪，還要重些！況且本條的立法政策的本旨，既然是保護未來的國民，若是那婦人，知道生產後滿百日，就須受死刑；他在這未產之前，既產之後的苦痛，和惶恐，豈不是要精神錯亂？生出來的孩子，豈不是不具、愚癡、弱、死、麼？

所以該條，應加第二項云：「雖曾經覆准，仍須遵照刑律第四十條，呈部請覆後，方准執行：」就不致生誤會了。等到滿期後，請部覆准的時候，部內可以按其

情節，酌與減輕，孕婦，亦可以有不死的希望了。

(二) 何爲肉體刑？

肉體刑——德 Körperliche Strafe 英 Bodily punishment 法 Peine du Corps 是毀損犯罪人的肉體，或使之感受痛苦的犯罪，制裁。古時，有宮、荆、剕、墨等刑，現在祇有答刑而已。

民國三年十一月，二三日，的易答條例，就是「肉體刑」的法律。然而在重視人道的思想，和法律以感化爲主的思想，發達的時代，「肉體刑」應當廢止。日本已完全廢除「肉體刑」；而對我國人，仍是施用。如——明治三十七年的臺灣答刑例——明治四十一年，的關東州答刑例等——我在大連，曾聽見日本民政署，對中國勞動者，施答刑的聲音，——哭聲震天——我那時，又是可氣、可恨、可愧、可憐，於是不能自禁的，去質問當局。他說：「這是犯罪人的情願，因爲對於犯罪的苦力，加制裁，不用「肉體刑」不行；罰金，他無一文，拘留呢，他家中的妻子，都靠他作工吃飯，若是拘留他一日，他家中數口，都須受飢餓，若拘留數日，豈不是得餓死幾個人？」

他們自己哀求受答，不願被禁。請想！對於他們不用「肉體刑」，怎麼能達刑罰的目的呢？」云云，我聽了，真是一肚子的眼淚。他又說：「貴國現在亦沒有廢了「肉體刑」，可見這是對於貴國下級的人，不得不如此的。」我那時，雖然和他強辨了半天，然而想一想，我國勞動界的情形，社會的現狀，咳！豈能竟怪日本立法的一方面！

### (三) 何爲自由刑？

剝奪犯罪人自由的犯罪制裁，就是自由刑。(德 *Freiheitsstrafe* 英 *Punishment of imprisonment* 法 *Peine privative de liberte*) 暫行新刑律所規定的，有「無期自由刑」和「有期自由刑」。

無期自由刑的刑名，叫「無期徒刑」。就是昔時永遠監禁的意思。有期自由刑的刑名，叫「有期徒刑」。「拘役」。有期徒刑爲五等：一等的期限，是十五年以下，十年以上；二等，是十年未滿，五年以上；三等，是五年未滿，三年以上；四等，是三年未滿，一年以上；五等，是一年未滿，二月以上。拘役的期限，是二月未滿，一日以上。

日本和歐美各國，多數分「勞役自由刑」、「非勞役自由刑」。無期的自由刑也有「非勞役的」，比「勞役的」，輕一點；以爲科以勞役，是蔑視人格，與以「苦痛」的意思。其實：若監禁的日期多，終日閑坐，於衛生上，很有害；所以在衛生、財政、經濟、人材……等種種的方面上觀察，是科以服役的，爲宜。不過對於短期的拘留，可以因其情節，免除勞役，所以暫行律第四十二條之外，有第四十三條的規定。

(四) 何爲財產刑？

剝奪犯罪人財產的犯罪制裁，就是財產刑——(德 *Vermögensstrafe* 英 *Peenary punishment* 法 *Peine pécuniaire*) 暫刑律的財產刑是「罰金」和「沒收」二種：

罰金。罰金是財產刑的主刑。(Hauptstrafe Principal punishment, *Peine principale*) 就是徵收金錢的刑罰。最少金額，是壹圓。總則，只定最低額，沒限定最高額，因爲分則裏頭，有以犯罪人所得不法利益的金額，爲標準的罰則。

罰金有獨科、併科、易科三種：(一)獨科是以罰金爲單獨的刑罰，不準與他刑併科，或易科。(二)併科是按法律的規定，與他刑同時併科的。(三)易科是可以罰金、易徒刑，或拘役的，此時，須由裁判官判示。

沒收。

沒收是財產刑的附加刑。(Nebenstrafe accessory punishment, Pe-

ine accessoire)應沒收之物，暫刑律明定三種：(一)違禁私造私有

之物；(二)供犯罪所用，及豫備之物；(三)因犯罪所得之物。

沒收不得侵害他人的權利，必須屬於犯人之物，或無主之物。

沒收是附加刑，所以不得單科沒收。

財產刑的罰金可以抑制利慾犯罪的動機，又可以不害犯人的品位，使其警悟，並可免其感染獄內的惡風，所以在刑罰內，是最便宜的罰則。

(五) 何爲名譽刑和能力刑？

剝奪犯人名譽的刑，是『名譽刑』(德 Ehrenstrafe 英 Ignominious punishment

法 Peine infamante)由名譽刑脫化出來的，是『能力刑』(德 Fahigkeitsstrafe 英



Punishment to capacity 法 Peine à la capacité——剝奪犯人的資格、能力的——「能力刑」與「名譽刑」差不多，然而實在是不同。因為「能力刑」是限定犯人的「資格」；「名譽刑」是不必失其「資格」。中國的「能力刑」是「褫奪公權」。被褫奪的失六種資格，就是：為官員的資格，為選舉人的資格，膺勳章的資格，入軍籍的資格，為學堂職員教員的資格，為律師的資格。

純粹的「名譽刑」在今日，已經不合宜了。因為受了刑罰的人，間接上，自然可以在名譽上受損害。為尊重人的廉恥心，不應直接毀損他的名譽；因為可以迫他忘了廉恥。在昔時，立法的用意，是因人都有名譽心，若一犯罪，名譽可受毀損，所以為惜名譽，不敢犯罪，其實：所得的結果，常相反。

## 〔2〕 何為刑的裁量範圍？

刑的裁量範圍就是各本條規定的範圍。近時的立法，關於刑的適用，准許裁判官自由裁量；因為犯罪的人，犯罪的情節，犯罪的事實，有千種萬樣，決不能以理論，為具體的測定，所以不能完全的規定。

然而裁判官在規定的範圍內可以自由裁量應用甚麼爲標準呢關於這個問題，有兩個學說，就是「客觀說」和「主觀說」。

(A)客觀說。此主義是按犯罪結果實害的大小，定犯罪的輕重。所以雖然是偶然初犯的人，若是犯罪的實害重大，也須科以重刑；雖然是好犯罪的壞人，若是所犯的實害微小的時候，當然科以輕微的刑。

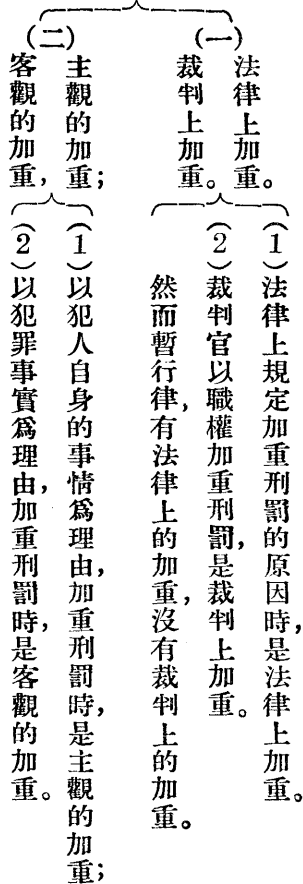
(B)主觀說。此主義是犯罪的輕重，不按實害的大小而定，是按犯罪人的犯罪性而定。所以犯罪結果的實害，雖然是重大，然犯罪人的品行、意思、犯罪的遠因等，有可原的時候，可以從寬定罪；犯罪的實害，雖然是輕小，然而犯罪人，是有常犯性的，或是犯罪的意思可惡的時候，可以處以重刑。

暫行律，採主觀的主義，所以竊盜罪，雖比殺人罪輕，然而累犯的竊盜犯，可以處以十五年的一等有期徒刑；殺人罪，可以酌減至五年以下，三年以上的，三等有期徒刑。

〔3〕 何爲刑的加重？

刑的加重，就是超過本條規定刑的範圍，加重刑罰。學理上的種別，如左：

刑的加重



此外，尚有「一般加重」和「特別加重」之說，現在已經沒甚麼必要了。

已經受了徒刑的執行，又犯了徒刑以上的罪，就是再犯，應當加重本刑一等。若是三次以上的犯罪，是累犯，未免可惡，所以要加重本刑二等。

在確定有罪的判決的時候，發覺在判決以前犯數罪時，是俱發罪，應當各科其刑，加重刑罰。

〔4〕 何爲刑的減免？

自本條規定的刑罰以內，減輕刑罰，或免除刑罰，就是刑的減免。法律上刑的減免，裁判上刑的減免，的規定甚多，分說之如左：

刑的減免

- (一) 法律上減免；
  - (1) 在法律上特定的減免刑罰時，是法律上減免；
  - (2) 裁判官以職權可以減免時，是裁判上減免。
- (二) 一般的減免；
  - (1) 以一般犯罪爲減輕免除的條件時，是一般的減免；
  - (2) 限於特別犯罪……時，是特別減免。
- (三) 絕對的減免；
  - (1) 法律規定上，必須減免的，是絕對的；
  - (2) 減免與否，任憑裁判官的，是相對的。
- (四) 相對的減免；
  - (1) 以犯人身分、心情、爲條件的，是主觀的；
  - (2) 以犯罪事實，爲條件的，是客觀的。

(一) 法律上的減免是那幾種？

法律上的減免，很多。若要分得清楚，必須以絕對的，和相對的，主觀的，客觀的，分

開類別：

法律上的  
減免

主觀的減免

一般的減免

特別的減免

(1) 瘡啞人犯罪的減輕。

(2) 未滿十六歲人，或滿

八十歲人，犯罪的減免。

(3) 中止未遂犯的減免。

(4) 不知法律的減輕。

(5) 自首，自服的減輕。

相對的

(1) 內亂罪，自首的免除。

(2) 國交罪，自首的免除。

(3) 親屬竊盜罪的免除。

(4) 親屬贓物罪的免除。

(5) 偽證罪，自招的免除。

(6) 誣告罪，自白的免除。

(7) 贈賄者，自首的免除。

相對的

絕對的

客觀的減免——一般的減免

- (1) 從犯的減輕。
- (2) 正當防衛過度的減輕。
- (3) 緊急行為過度的減輕。
- (4) 障礙未遂犯的減輕。

相對的

## (二) 裁判上的減輕如何？

裁判上的減輕，就是裁判官的「酌量減輕」犯罪的情狀，可憫諒的時候，裁判官，可以酌量減輕其刑的意思。

犯人的情實，和犯罪的事實，甚多，決不能豫先以理論測定；所以法律在理論測定上，所能的罪情，設「裁量範圍」。(譬如犯某罪處以一等至三等有期徒刑那)又認「法律上的減輕」，然而還恐不能適合犯人的情實——犯罪的事實的狀況——不能得罪刑的權衡，所以又設「酌量減輕」的規定，這就所謂「國家的淚」，又叫「法律的淚」。

## (三) 酌量減輕的原因如何？

酌量減輕的原因，總說就是憫諒犯罪的情狀。但犯罪的情狀，有因犯人情實的「主觀的原因」；有因犯罪事實的「客觀的原因」：

(A) 主觀的原因。主觀的原因，就是犯意的起因。譬如爲報父仇，殺人；因救父母的飢餓，竊取；因殺國賊等的犯罪。

(B) 客觀的原因。客觀的原因，是犯罪的事實的輕微，譬如竊食路旁鮮果，或是竊折園內的鮮花，都爲竊盜罪；若科以法律規定的刑量，最少也須兩個月以上的徒刑，若此時，按「酌量減輕」的減刑，可以減至一日的拘役。

依法律加重，或減輕時，仍得「酌量減輕」。

因法律上的加重、減輕，不過是立法者，以理論所測定的；裁判官，若在審判之後，所心得的犯罪的輕重，比立法者所定的死法，爲確，所以「酌量輕減」的權能，不能受法律上加重、減輕的限制。譬如某人所犯的罪，若按普通而論，應當加重，然而因其犯情可憫，反倒可以減輕。又

如某人所犯的罪，情有可原，所以已照法律上所定的減輕，然而仍以爲重的時候，還可再「酌量減輕」。

總之立法者，因犯罪者的素行和意思及犯罪的情節繁多，擴張裁判官的權限，爲是容易適用，以得其平。然而裁判官的知識不同，是否都能了解本意，也未嘗不是疑問。所以瑞西的刑法改正案，奧國刑法改正案，德國刑法改正草案，都規定概括的標準。例如奧國刑法案第四十四條，可酌減的標準：「智能、意志的薄弱。老年。幼年。基於急迫、挑撥、等的誘惑。輕微的加擔行爲。因輕微責任的輕微危害。悔悟。自白。……」第四十五條的加重情狀：「浮浪。嫌勞。累犯。豫謀。教唆。強欲。無恥。……」有這種訓示的規定，於刑罰裁定上，既不生多大的拘束，又可容易適合主觀責任的程度，和危險性，不可不說是善法。

### 〔5〕 何爲緩刑？

刑罰，並不是對於犯罪人的報復手段，是希望犯人的悔改自新。不良的監獄，是造成犯罪的學校，最容易感染惡習。況且人一入了監獄，除去政治犯、筆禍犯之外，



常失了他在社會上的信用，令他生絕望的心。所以凡是初犯的人，若情節可原，總是按法律的規定，與以宣告緩刑爲善。緩刑的宣告權，在裁判官，所以我願凡爲裁判官者，勿負這個立法本意，須知觸犯刑法的人，未必都是不良的！

我嘗偕同日本司法界的某某等，參觀我國某所的地方審判廳，內中有一所「刑事待質所」，凡檢察官傳喚被告人詢問，或偵查犯行證據，留被告待質，或證人待質時，都在此處。室內非常污穢，人和尿桶在一處，臭氣衝鼻，比公共廁所還甚，我剛剛往內一探頭，就欲作嘔。而室小，人多，幾無插足之地，然而高談闊論，笑語喧雜，同着的日本人，將眉直皺，我慚愧的，「面紅耳熱」。這種的設備，已經是蔑視人權，對於待質的人，尤其不可，況且內中份子複雜，在待質的時候，就容易使人感染惡習，監獄，更不待言了！（況且證人更與被告不同使其在內二）  
十四小時以至四十八小時更覺慘酷）

緩刑，是促人自新，豫防累犯的政策，已如上述。從來有三個主義：（一）刑罰宣告緩期主義（Conditional release）主旨是：對於有改悛之望的犯罪，只宣告有罪，不宣告刑罰，由觀察司（The Probation Officer）察考他的品行，若善良的經過

一定的期間，就完全宥免；若行狀不良時，再宣告刑罰執行。這是一八七〇年，北美的創法，至一八八七年，被英國採用的。(二)條件付宣告刑罰主義 (Bedingte Verurteilung, *Condemnation Conditionnelle*) 主旨是：對於犯人所宣告的刑罰，在一定的期間內，不執行其刑；在此期間內，不再犯，就失宣告的效力。這是一八八八年，比國的創法，一八九一年，被法國採用，於是採用的很多。(三)條件付寬赦主義 (Bedingte begnadigung) 主旨是：對於受宣告刑罰的人，在一定期間內，付以寬赦的條件，若無事的經過了那期間，就因寬赦，免除執行。這是前述第一，第二，兩主義的折衷辦法。自一八九五年以來，德國各邦，都採用此法。我國刑律，採用第二主義，對於緩刑，有四種條件：

(A) 被告人，所受之宣告，必須是四等以下的有期徒刑，或拘役的。

此種限制，因受四等以下徒刑，或拘役的宣告，所犯的罪，不甚重大，可以原諒。至於罰金、拘留等刑罰，既是輕微，於犯人的名譽地位上，似無甚傷害之故。

(B) 必須從前未受拘役以上之刑的，若從前曾受三等至五等有期徒刑，必須執行完畢後，或免除後，經過七年者，若曾受拘役之刑，必須執行完畢，或免除後，經過三年者。

緩刑的本旨，既是不使初犯人，親受獄內惡習的影響，若從前受過拘役以上之刑的，是近於累犯，無宥恕之必要。

然而犯人的犯罪，偶發的甚多，若一經受過刑罰，永久不能再得法律上的特典，未免過酷；況且在長期內，並未犯罪，可見其人已有悔心，所以雖曾受刑，若無事的經過右列期間，也可緩刑。

(C) 必須有一定住所及職業者。

蓋立法的本意，謂無一定住所，及職業者，爲浮浪之徒，在社會上有危險性，可以不必宥恕。然而宣告緩刑之權，既在裁判官，犯罪人是否浮浪之徒，自可酌量；似不必明定限制。況且所謂「職業」云者，在我國社會上的實情、習俗，很費解釋。例如承受父蔭，沒有職業，而在家讀書

者；子孫成年，靜養晚年者；奔走國事者等，皆不得謂之有職業，而其心術，又不得謂爲不良，或謂：「此乃矯正惡風，勵人從事職業之一法，」然而這是教育上的問題，況且更與緩刑的本旨不合。

(D) 必須有親屬或故舊在緩刑期內監督品行者。

此限制之意，與前述第一主義的主旨近似。有人爲之監督，是本人素日，並非信用墜地者，本人果有不慎，其親屬故舊，可以勸告，使其醒悟，其法簡而良，可以說是善法。

犯人具備上列要件，(法律規定既曰「具備」則第六十三條第一款應當合而爲一當中加一或字)可以依裁判官的職權，檢察官的請求，在判決宣告刑罰時，宣告緩刑受緩刑之宣告後，有左列情形之一者，撤銷其緩刑的宣告。

(A) 在緩刑期內，更犯罪受拘役以上的宣告者。緩刑，既是以平和手段，豫防累犯，並維持犯人人格的政策，若在緩刑期內，再犯罪，可以認其人不適於緩刑，故應撤銷。

(B) 因緩刑前所犯之罪，在緩刑期內受拘役以上的宣告者。

(C) 發覺不備第六十三條第一款及第二款之要件者。這兩款都是爲維持上述第一要件、和第二要件之效力的。

(D) 喪失其所及職業的。

此款，也是爲維持前述第三要件之效力的，然而理論上，與宣告緩刑的要件，同一失當。不過較緩刑的要件有可容的，就是「住所」與「職業」之間的「及」字。所以雖然喪失職業，仍有住所者，可以說不撤銷緩刑的宣告。蓋宣告緩刑的要件中，所最失當的，也是這個「及」字。若撤銷緩刑，用「及」字，宣告緩刑用「或」字，或尙合理。

(E) 監督人請求執行其言有理由者。

附與監督人此權，爲是監督人的忠告，容易有效，也是善法。必須其言有理由者，以免監督人因私怨起見。

緩刑期間，是在三年以上，五年以下，裁判官可以酌量判定。若經過緩刑期間，未

受撤銷時，所受的刑罰宣告，就失效了。這是緩刑的效力。

[6] 何爲假釋？

假釋。〔德國〕Vorläufige Entlassung 〔英國〕Provisional release 〔法國〕Libération provisoire; Libération conditionnelle 〔日本假出獄〕也是寬免犯人的一種，和緩刑的主旨相同。不過緩刑是在執行前，假釋是在執行後。並且假釋不限於輕罪，凡是受徒刑執行後，有懊悔實據的，無期徒刑，過十年，有期徒刑，過二分之一，可以由監督官，申達法部，許其假釋出獄。在假釋期限內，不受假釋前，假釋後的拘役以上的宣告，平安過了刑期，就免除刑罰。

[7] 何爲時效？

時效。〔德國〕Verjährung 〔英國〕Prescription 〔法國〕Prescription 雖然已經犯罪，然而若是經過長年月的事，還訴追，或是科刑，反倒攪亂社會秩序。況且以證言，證據爲材料，也很危險。所以設「時效」的制度。分行刑時效。〔德國〕Vollstreckungsverjährung 〔英國〕Extinctive prescription of punishment 〔法國〕Prescription ext-

inictive d' une peine) 受刑事有罪判決，應受一定刑罰的，若在法定期間內，不受執行，因為時效。就可以免除的，是「行刑時效」。譬如死刑過三十年，無期徒刑過二十年，二等有期徒刑過十五年，三等有期徒刑過十年，四等有期徒刑過五年，五等有期徒刑過三年，拘役、罰金過一年，不執行的，那行刑權，就因時效消滅。公訴時效。(德) Verfolgungsverjährung 英 Extinctive prescription of prosecution? 法 Prescription extinctive de l' action publique) 是經過一定時間，公訴權就消滅的時效。犯死刑罪的，十五年，犯無期徒刑，或一等有期徒刑罪的，十年，犯二等有期徒刑罪的，七年，犯三等有期徒刑罪的，三年，犯四等有期徒刑罪的，一年，犯五等有期徒刑，或拘役、罰金罪的，六個月以內，沒提起公訴的，那公訴權，就因為時效消滅，以後就不能起訴了。刑法上的時效，也如民法上的時效，有「中斷」「停止」。

行刑時效若為執行，逮捕犯人的時候，時效「中斷」。若是遇停止執行的法律時，「停止」。(刑事訴訟法第四八六條和第四八九條等) 公訴時效若在偵查上，豫審上，施行強制處分時，就「中斷」。(例如檢察官，逮捕被告人等) 若有公判上的訴訟行為，也「中斷」。(例如裁判官，審問被告等) 被告人，因為精神病，或是別的

重症，停止公判的時候，公訴時效就「停止」。

「中斷」的意思是：在時效進行中忽然發生「中斷」的原因時，已過的時日，都不算入時效以內，等「中斷」原因停止後，再從新進行。譬如某甲，犯死刑的罪，以後逃逸十四年，被捕後，又逃走時，自第二回逃走日起算時效，以前過去的十四年，不算在內。

「停止」的意思，是：不過只是除去停止中的時日，已過的時日，仍算在時效期限以內。

民		法	
私權			
人格權	對人權	對物權	財產權
私權的主體		私權的客體	
自然人	法人	有體物 生活資料	無體物 生活資料
能力		不動產 主物 元物	因技能所得的 意匠權……
無能力者	限制能力者		
幼少者	禁治產者	動產 從物 滋息	
未成年者	準禁治產者		
	妻		
	私法人 財團法人		
	公法人 社團法人		



此  
页  
空  
白

# 第貳編 民法

[1] 何爲民法？

民法。 (羅馬 *Ius civile* 德 *Bürgerliches Recht*; 英 *Civil law* 法 *Droit civil*) 是保私權的私法。所以民法的目的，是以維持個人的利益爲主。民法是任意法，利用不利用，任憑各人自己，法律並不相強。譬如某甲，欠某乙的錢；某甲不還時，某乙可以利用民法，請法廷令其給還；然而某乙，若是不請求法廷，司法者，亦決不過問。惟獨物權、親族、相續等法律，雖然也在民事之內，然而關係公共的秩序，善良的風俗，所以有強行法的性質，譬如婚姻的事情，雖然男家、女家，都以爲可，若是違反法律所定的手續，法律不承認婚姻的效力。

## [2] 權利

(一) 權利是甚麼？

權利定義的學說很多，重要是：

(A) 利益的。這個學說是 Ihering 所唱的。他說：「權利是法律所保護的利益。」*Rechtlich Geschütztes Interesse*」

(B) 意思說。這個學說是 Windscheid 等所唱的。說是：「權利是法律所付與的意思力」*Eine von Rechtsordnung verliehene*」

(C) 折衷說。因為利益說過於偏重利益，意思說過於偏重意思，所以學者間有折衷之說。然而這折衷說又分兩派：

一派說：「權利是法律承認的意思力，而加以保護的利益。」

一派說：「權利是法律為叫人享受利益所給的意思力。」

此外，還有種種的學說，著者所贊同的是：權利是法律賦與的，並且保護的，可以享受法律利益的意思能力。

因為權利的目的，就是法律利益，法律利益就是法律所保護的利益。

譬如有所有權的人，可以享受使用其所有物的利益，這個利益因

爲是法律所保護的，所以就可以叫作「法律利益」。法律承認人有所有權，就是爲的是叫人享受這個利益，然而這個利益還不是權利，享受這個利益的意思力，纔是權利。因爲人雖然有這個利益，沒有行使的意思力，不能說是權利。人因爲有這個利益，可以得所欲爲，這個利益的。然而這個享受利益的意思力，必須是法律所賦與——保護的——所以法律利益，是權利的目的，享受法律利益的意思力，是權利。

譬如我對於我所有的東西，有所有權，我可以隨我的意思處分，若有人來侵害，我可以排除他的侵害，維護我的權利，這就是我的意思力的作用權能，我這個意思力，爲甚麼要行使呢？因爲是要享受「法律利益」，然而我的意思，固然是我自己的；我的意思的力，是從何而來的呢？是法律賦與的——法律保護的——若只有意思，沒有這個「力」，是不能遂行的，因爲有這個「力」，所以我的「意思」纔可以使人

認爲正當。

(二) 何爲權利的行使？

權利行使是權利者爲享受法律利益實施權能(Befugnis)的行爲。這權能容易和權利相混，學者間也有說權能就是權利的，就按前邊所舉的例說，要說「權能」和「權利」有別，也容易矛盾。因爲法律所賦與的……意思力不是「權能」，是甚麼呢？其實：「權能」雖然就是那個意思的力，可是「權能」是單就着行使權利的行爲一方面說的。權利是法律賦與的——保護的——意思力。這個「力」的作一方面，就是「權能」。

行使權利是權利人的自由，若不行使，法律也不干涉。行使權利本是發揮「權利的權能」。只要本着「權能」行使，雖然是使他人受損害，也不算是不法行爲。若是自己並沒利益，只是使他人受損害的行爲，因爲那不是權利作用的「權能」，所以算是不法行爲。

譬如「甲」在「乙」的土地上，有房屋一所，「乙」要破壞「甲」的房屋，把自己所有

的土地，掘空，使「甲」的房屋塌陷，「乙」雖然有這土地所有權，可是這掘空地下，陷毀他人的房屋，不是權利本體作用的權能，所以要負賠償損害的責任。（民草第三百二十二條）

行使權利的權能，因法律上的規定，可以發展。法律因為完成權利的目的，不能不使權能發展。所以因為權能的發展，可以排除刑法上的效力，換言之，就是因法律的規定，為行使權利，可以不負刑事上的責任。（民草第三百十五條第三百十六條）

關於私權的正當防衛的行為，和緊急避難行為的目的範圍，雖然和刑法上的規定相同，不過私法，是重在物的，刑法，是重在人的。（民草第三百十三條第三百十四條）

私法上的自衛行為，有左列的權能：

- A 可以將某物件押收，破壞，或是毀損。
- B 可以因恐義務人逃走，拘束他的自由，並可為屏除抵抗的行為。

右列行爲，常不免與刑法上，毀棄損壞罪，和私濫逮捕罪，的規定，相衝突。然而這是自衛的行爲，所以在刑法上，也阻却犯意。

(三) 何爲權利的擔保？

擔保，也是保護權利的方法，可以保證將來的義務履行，所以權利人，若要豫爲使權利安穩，可以向相對人，要求擔保。提出擔保的方法，是提存金錢，或是有價證券，設定抵當權，設定質權。不過抵當權，和質權的目的物，是不動產時，那不動產，須在國內。因爲若在國外，權利人，不容易行使權利的緣故。對於擔保的價格，須在現有的價格以下，以免將來不足補充。

若不能提以上的擔保時，可以使保證人擔保，爲是便於各種簡單的交易關係。擔保，可以以相當的他擔保物改換。此法，既使提出擔保人方便，債權人又沒有虧吃。

擔保權的效力，就是權利人，在接受擔保時，就取得擔保物上的質權，不過若是擔保物歸國庫所有的時候，權利人，就取得那個權利質，因爲擔保物，若是國庫，或

是供記所（提存所）所有的時候，當然取得返還請求權；這返還請求權，可以歸擔保權利人行使。

〔3〕 何爲私權？

私權。是（羅馬）Ius privatum 德 Privatrecht 英 Private right 法 Droits privés）私法所附與——保護的——權利。權利，既是法律所附與的意思力。公法，附與的，是「公權」，私法附與的，就是「私權」。所以民法，商法等上的權利，是「私權」；憲法……等上的權利，是「公權」。私權的種類甚多，比較重要的就像：

人格權，對人權，對物權。——私權以其目的爲標準，分爲人格權，對人權，對物權。——如左：

（一）人格權。人格權，是對於自己的權利。——自己所專屬的權利。——人格不可侵的權利。——譬如人的生命、名譽、身體、自由、氏名、智能、身分等權利。

（二）對人權。對人權，是對於他人人格的權利。——權利者，在特定的關係



上支配他人的權利——所以對人權的義務者，常因這個權利，不能完全行使自己的人格權。因為人格權，常受對人權的限制。譬如父母，對子女的「親權」，夫對妻的「夫權」等。此外，又有承受消滅人格者的身分、遺物的權。譬如「繼承權」等。

(三)對物權 對物權，就是對於有形物的支配權。譬如所有權、抵當權、物權等。

絕對權、相對權——以私權的效力為標準，分為絕對的、和相對的——如左：

(四)絕對權 絕對權，是對於一般人，可以對抗的私權。就是物權、人格權等。

(五)相對權 相對權，是對於特定人，可以對抗的權。就像債權等。

財產權、非財產權——權利因其有沒有金錢的價格，可以分為財產權，非財產權——如左：

(六)財產權 有金錢價額的權，都是財產權。譬如債權、物權、智能權、——等。

(七)非財產權。沒有金錢價額的權利，全說是非財產權。就像人格權、親權、夫權等，都是。

專屬權，非專屬權。——權利，因其能否讓與，可以分爲專屬權，非專屬權

——如左：

(八)專屬權。專屬權，是專屬於權利人自己的，不能讓與別人的權。比方夫權、親權……等。

(九)非專屬權。非專屬權，就是可以讓與別人的權利。財產權，屬於這個權利的，最多。

物權、債權、親族權、繼承權、——近世諸國民法，分權利爲物權、債權、親族權、繼承權——如左：

(十)物權。物權，就是直接支配特定有體物的權利。如所有權等是。

(十一)債權。債權，是可以使特定人，爲特定的事，或不許他爲一定的事的權利。物權，是支配「物」的權利；債權，是支配「人的行爲」的權利，所以債

權，以人的行爲爲目的。譬如和某工人立建築房子的契約後，就有使某工人建造房子的債權；和某優伶立約禁止在某處演劇，約成後，就有禁止某優伶在某處演劇的債權；因某人欠錢，就有向某人請求歸還的權。

(十二) 親族權。親族權，就是親族法上，所定的各權。譬如夫、婦、父子及其他親族身分的權利……等。

(十三) 繼承權。繼承權，就是繼承法上，所定的權利。換言之，就是——私法上的權利、義務、其他法律關係的主體，死亡，或是身分喪失的時候，繼承他那法律的關係，爲新主體的權利——

(4) 何爲私權的主體？

有權利義務的時代，必須有享權利，負義務的人。私權是私法附與的「力」；當然有「有這個力的主體」。有這個力的，既限定是「人」，爲私權的主體的，自然也限定是「人」。所以享受私權的「人」就是「私權的主體」。

然而這個「人」有「自然人」和「法人」二種：

(一) 自然人——(羅馬) Personae (德) Natürliche personen; Physische Personen 英 Natural persons; Physical persons 法 Personnes réelles; personns physignes) 自然人，就是普通的人。——因為和法人的區別，所以叫作「自然人」——凡是法制國的人，都是法律上私權的主權。不是貴、賤、貧、富。古代的法律，和習慣，有不認奴隸有私權的，並且把奴隸當作私權的目的物，可以買賣、贈、換。現在，這宗制度，習慣，已經沒有了。

(二) 法人——(德) Juristische Personen; Kunstliche P; Moralische P; 英 Artificial persons; juridical P; Juristic P; Moral P; Legal P; 法 Personnes Juridiques, Personnes Morales) 法人，是「人」或是「財產」所組織，有權利能力的團體。人，因為生命的限定，不能長久，法律為社會上事業的發展，——穩固——為達社會永存的目的，認社會的組織體，也為「人」，名之為「法人」。關於「法人」本質的學說，很多，有法人擬制說，無主權利說，受益者全體說，有機體說，組織體說，(實在說)五種。內中最得

多數學者贊同的，是組織體說。——說：「法人，是實在的社會組織體，依着機關，爲法律上的行爲者。」——自然人，因一個人身上的變動，社會上，常受影響，社團，可以長久存續，所以法律認社團、財團，爲私權的主體，於法令限制內，有享受權利，擔負義務的能力。不過專屬於自然人的權利、義務，是沒有的。如親族法上的權利、義務，都是自然人專有的，「法人」當然不能爲其主體。

公法人——國家，或是爲國家一部分事務，對國家負積極的義務的，——譬如行政區域，自治團體，都是公法人。依私法成立的，是私法人。譬如依民法，或商法成立的社團、法人，財團、法人，都是私法人。

公法人的觀念，在國家的原始時代，就有私法人的觀念，是在社會進步以後，纔慢慢的發生。羅馬古代，已有公法人的觀念，可是不知有甚麼私法人。到了羅馬共和政體末世國家，行政區劃，寺院，可以爲私法上的權利主體；可是還不認私人所組織的團體，爲「法人」。到了近世，社會慢

慢的進步，公益心也發達了，所以私法人的觀念，也一天一天的增進了。

(二) 自然人的私權能力何時發生？

自然人權利能力的發生，是在人格的始期——人格的始期，就是人的出生——出生的時期，法例和醫學上的定說，不同。

羅馬法的法則，是：小兒能自保生命，與他母親分離的時候，就是出生……醫學上的定說，是：小兒能呼吸，可以自保他固有的生活時候，就是出生……醫學上的觀察，是：只要小兒能呼吸自活，雖然沒和母體分離，也算是出生。然而小兒，是不是已經能呼吸，很難斷定，所以法律，多取用羅馬的法則。

小兒的人格始期，必須是自保生命出生的，若是死兒離母體，不能說是法律上的人。又須是完全出生，換言之——就是完全和母體分離——若是沒和母體分離的，算是「胎兒」，不是法律上的人；雖是活着出產了一半，或是一部分，還不能說是法律上的人。然而這可說的是人的身體四肢，若是人體完全出生，不過臍帶沒斷，那當然算是完全出生了。小兒既然出生了，法律上，當然就發生效果。

小兒出生的效果，就是小兒在出生前，或是出生中，死亡，不能說是法律上的人，所以不能有權利能力。若完全和母體分離後，雖然是瞬間的工夫就死了，他在那瞬間的工夫之間，就發生了法律上的效果，就得享法律上的權利能力；雖然是形體不具，也是這麼樣。

羅馬法，不認早生兒，有右述底權利，說是：在六個月以內生的小兒，雖然生後，生存了少時，也不能說是法律上的人。——謂出生，必以形體具備爲條件，——其實：不合人道，所以各國民法，多不採取。沒出生的「胎兒」，是母體的一部，不是一個獨立的人，所以法律的原則，是不保護的，譬如有人贈給「胎兒」物件，「胎兒」並不因之取得法律上的所有權。可是這種原則，若是沒有限制，不但不合人情，也未免不合人道，所以各國立法，多有保護「胎兒」權利的規定。不過是法例不同，法國法系，是以生體分娩爲條件，纔能主張出生前的權利。德國法系，是小兒在出生後，遡及既往的權利。然而似乎是後者的爲便。保護胎兒權利的範圍，立

法例，有設抽象的條文的，有特定範圍的，總之，關於胎兒的重要權利，如繼承權，遺贈受領權，不法行爲的損害賠償請求權……都須保護。胎兒在未出生時，此種權利，應由其父母代爲保全。

#### (四) 私權能力是甚麼？

私法上的權利能力，就是——得爲私權主體的資格——可以稱爲權利能力。(Rechtsfähigkeit) 又可以稱爲私權享有能力。(Jouissance des droits) 得爲私權主體的資格，就是法律上的「人格」，所以單稱「人格」時，也是同一的意思，這不過是各國法學者的用語。

權利，是保全各人生存的東西，(講法律的，當然是如此說) 所以法律，附與權利能力，使人可以享受；不問甚麼樣的人，都是有的。不過例外，有特種權利，專附與特定的人，譬如親權，是爲父母的專有，夫權，是男子所專有的。

#### (五) 行爲能力是甚麼？

行爲能力。(德) *Geschäftsfähigkeit* 英 *Active legal capacity* 法 *Capacité d'ex-*



arce des droits Civits) 就是能爲發生法律上效力行爲的資格。所以行爲能力和權利能力不同。權利能力是：「享有權利的資格」行爲能力是：「實行權利的資格」。有權利能力的人，未必就有行爲能力；有行爲能力的人，未必就有權利能力。譬如沒有意思能力的幼年人，祇有權利能力，沒有行爲能力，他要實行權利，必須代理人替他。現在奴隸制度廢止了，所以只有行爲能力而沒權利能力的人，沒有了。

行爲：是因有知覺的意思作用，生出來的身體的舉動。——就是實行意思的要素——這行爲，有自然的行爲，有法律的行爲。譬如因爲知道吃了東西，可以不餓，於是吃東西，這吃東西的行爲，就是自然的行爲。若是打算把鐘表舖子裏的表，歸爲自己所有，於是買來，取得那表的所有權，這就是法律上的行爲。此處所說的，是專指法律上的行爲。

法律上的行爲內，有適法行爲，和不法行爲，二種：都須有行爲能力。

無意思能力的人，和限制能力的人，譬如幼小的，精神病的，未成年的，都沒有適

法。行。爲。能。力。

有不法行爲能力的，——就是有損害賠償責任的能力者。——沒有責任能力的人，沒有不法行爲能力。譬如沒有辨識智能的幼童的行爲等。

以上所說的行爲能力，不是生理上的能力，是發生法律上效力，不發生法律上效力的能力。未成年人，雖然能與人訂合同、條約，可是他那條約，是可以取消的，所以不算有法律行爲能力的人。

沒有行爲能力的人，有絕對的，和相對的。

(A) 絕對沒有行爲能力的人。

絕對沒有行爲能力的，就是——沒有意思能力的人——因行爲，是意思的實行，沒有意思的能力，當然沒有行爲的能力。

沒有意思能力的原因，就是精神不成熟，和精神不健全。前者是幼兒；後者是精神病者，例如禁治產人。

然而沒有意思能力的人，也是私權的主體。既然有權利，若不能實

行，豈不等於沒有權利？所以法律規定法定代理人，替他行使權利。

(甲)未滿七歲的人，未滿七歲人，意思能力雖然就是有，也薄弱的很，無論是何種行爲，都沒有能力。所以他的行爲，在法律上無效。法例，有以之爲相對無能力者的。

(乙)禁治產人，常有心神喪失的情形人，在社會上，容易受害，所以法律準許他的配偶人，或三等親內的宗親，監護人，保佐人，檢查官的聲請，宣告禁治產。宣告的權雖在審判衙門，然而必須經其聲請。心神喪失人，一經宣告禁治產，就失了行爲能力，以後，就是絕對無行爲能力者，他的行爲在法律上無效。法例，多有以禁治產人，爲限制能力者的。

(B)相對沒有行爲能力的人。

相對沒有行爲能力的人，又稱爲限定能力的人，——因爲他的行爲能力，須受限定——法律，因爲保護不完全的意思能力人，限制他

的能力。他雖然不是絕對沒有行爲能力的人，然而他的行爲，須經特  
定人的同意，纔算有能力。制定能力人，大別之如左：

(甲)未·成·年·人。人的知能，隨着年齡發達，法律行爲的能力，既是以意  
思能力爲要素，當然因年齡的多少爲區別。然而人類的知能發達，  
遲早不同，按着年齡，確定知能的高低，難得均平；所以羅馬古代，判  
定知能的程度時，調查各個人的程度。然而未免繁累不便，所以近  
世法律，都按着本國人民知能發達的遲早，折衷定出一個範圍來。  
英，法，德，美，義，俄，都是以二十一歲，爲成年；和蘭，是二十三歲，瑞西，是  
二十歲，奧，匈，是二十四歲，羅馬，西班牙，葡萄牙，丁抹，都是二十五歲，  
日本，中國，都是和瑞西相同，以二十歲爲成年，未滿二十歲的人，就  
是未·成·年·人。

未·成·年·人·的·行·爲，須經法定代理人的同意，或是豫先的允許，纔  
發生效力，不然，可以取消。

限定未成年人的能力，原是爲保護未成年人的利益，恐怕未成年人的知能太低，受人欺騙，所以限定他的行爲能力。然而這是單限定負義務的一方面；若是專享權利的行爲，既於他無害，所以不必限定。

譬如未成年人，受人的無義務的贈品，這是專享權利的行爲，可以不必有親權人，或是監護人的同意。若是未成年人，把自己的東西，賣給人，這行爲，是負義務的，因爲雖有受金錢的權利，然而一方，又負有交付賣物的義務，所以這種行爲，須經法定代理人的同意。

(乙) 準禁治產人 受準禁治產宣告的，就是準禁治產人。一旦受了準禁治產的宣告，雖然是成年人，行爲能力，也要受限定，這是保護精神不健全的人的意思。

受準禁治產的宣告，必須是心神耗弱人，聾啞人，浪費者。請求宣告權的人，只有本人的配偶，二等親內宗親，監護人，保佐人，檢查官。

宣告的權，是裁判所。

準禁治產宣告的效力，不遡既往，所以沒宣告以前的法律行為，仍是有效。

限·定·準·禁·治·產·人·的·行·爲·能·力·的·法·則·，·不·同·；·有·特·定·數·種·行·爲·，·加·以·限·定·的·，·有·與·未·成·年·相·同·的·。·我·國·草·案·的·規·定·，·是·與·未·成·年·人·相·同·，·似·覺·簡·便·；·其·實·：·我·以·爲·還·是·前·者·的·相·宜·，·因·爲·心·神·耗·弱·人·、·聾·人·、·啞·人·、·盲·人·、·浪·費·人·的·知·能·程·度·，·雖·然·不·一·定·比·未·成·年·人·高·，·不·過·未·成·年·人·的·知·能·不·健·全·，·是·生·理·上·當·然·的·順·序·；·聾·人·、·啞·人·、·盲·人·、·浪·費·人·，·除·去·他·那·聾·、·啞·、·盲·、·浪·費·之·外·，·也·如·常·人·，·未·成·年·人·，·到·了·成·年·，·自·然·恢·復·完·全·的·能·力·，·準·禁·治·產·人·，·一·旦·受·了·宣·告·，·難·得·恢·復·；·因·爲·準·禁·治·產·的·原·因·，·除·了·心·神·耗·弱·，·和·浪·費·這·兩·個·之·外·，·其·餘·，·都·難·消·滅·。·若·是·漫·無·限·制·的·限·定·，·未·免·太·過·。·况·且·聾·啞·學·校·，·盲·人·學·校·，·漸·漸·發·達·，·豈·可·對·於·準·禁·治·產·人·，·和·未·成·年·人·一·樣·的·限·定·？·所·以·不·如·採·用·

第二主義，對於準禁治產人，特定數種重要的行爲，加以限定，其不關重要的行爲，不妨可以附以能力。

(丙)妻 妻，是限制能力的人，各國的法律，都是限定重要行爲，不附與「妻」以能力，必須得「夫」的允許。立法的意思，是女子，專管日常家事的多，況且女子性質，最容易受人誘惑，所以爲維持家庭和平起見，認「妻」爲限制能力人，和準禁治產人差不多。然而準禁治產人，必得經審判衙門的宣告，他的行爲能力，纔受限制；「妻」只要一爲人「妻」，同時，就是法律上限制能力的人。這種立法政策，各國都同，不過所限制的範圍，各有不同而已。

女子的法律上的地位，自古，在男子之下，在公法上，簡直可以說：一點權利也沒有；到今天，公法上，女子的權利，已經漸和男子平等了，(比如參政權……)私法上的限制，也似應撤廢了。

不過公法上的權利，可以限定特定的資格；私法上的權利的原

則，是普及的。在家庭制度，婚姻制度，存在的時代，這種不合理的法律政策，恐怕一時不能撤廢罷！

(六) 無能力者的相對人的權利如何？

右述，法律因保護精神不健全人，和智能低弱人的利益，限制他的行為能力，然而無能力者的相對人的權利，豈不是因之吃虧麼？所以法律為保護無能力人的相對人，附與他兩個權利：

(A) 催告追認權。無能力者的相對人，若是想使可得取消的行為，發生效力，可以用「催告追認權」，催告，請求追認。譬如「甲」與限制能力人「某乙」，訂買賣契約，這種契約的效力，本是不確定的，限制能力人某乙的親權人，或是監護人，都有取消的權，一經取消，這個契約，就完全沒有效力了。可是在取消前，這個契約，是在不確定的狀態裏頭，若是總是這樣，不但「某甲」不利，社會上交易的關係事件，也要受很大的影響，比方限制能力人「某乙」，把房產買給「某甲」，「某甲」要賣給「某



丙，「丙」又打算買給「丁」，「丁」又賣給……爲這一所房產，關係很多的人，然而「甲」和「乙」的契約，不知何日，就被取消，一被取消，就如同沒立契約一樣。所以「某甲」，雖然訂了買房子的契約，既不能到手，更無法轉賣，因取消沒得同意的行爲，和取消許可行爲的效力，不同；取消許可行爲的效力，是不遡既往的；取消沒得同意的行爲，是打根本上取消的。所以善意的第三者，也無法對抗，此時「某甲」可以定一定的時期，催告追認，這個催告有二種：

(子)限制終止後。譬如某乙，在十九歲時，訂的契約，到了二十歲的時，候，既然限制終止，當然就有完全的行爲能力。這時，某甲，可以直接向某乙催告，請他追認從前的行爲；若是某乙，追認以前所訂的契約爲有效，那契約，就發生效力，若某乙置之不理，那就當然算是不承認有效。

(丑)限制終止前。在限制終止前，那追認權，是親權人，監護人等，所有；

所以此時，必須向親權人，監護人等，催告，若是得了他們的追認，也可以確定效力；若是不確答，也是視為取消。

(B) 否認取消權。限制能力人，若是用詐術，裝成有完全能力的人，叫人誤信，或是叫人信為已經得過有同意權人同意的時候，那個行為，當然發生效力。若是有同意權人取消時，相對人，可以否認他的取消。然而否認取消，是不是相對人的權利？是一問題。因法律既然規定是：「不得取消」，雖然不經相對人的否認，那取消，已不能發生效力；因為那取消，是違法的行為，不發生取消的效力；是法律上的結果，並不是相對人的權利。

然而，相對人，若否認那個取消，那個取消，雖然違法，仍然是發生效力的；那取消的效力，發生不發生，一視相對人否認不否認而定。如此看來，這還是相對人的權利，無疑。

[5] 何為私權客體？

私權的客體，有無形生活資料，和有形生活資料。人格權的目的物，（生命，名譽，自由，氏名……）知能權的目的物（技能……）是無形生活資料。有形的生活資料，就是受權利者所支配的「人」和「物」。然而法律上所說的「物」，是指有體物。其實：科學，日見進步，無體物，也難免認為法律上的「物」。譬如「電」，已經難說不是法律上的「物」，若一定說「電」算是有體物，又未免勉強，所以為法界議論所爭。有體物。羅馬 Res corporales 德國 Körperliche Sache 英國 Corporeal thing 法國 Chose corpelle) 「人」是法律上的義務者，不能說是權利的目的物。

有體物，就是占一定空間，可以供人類支配的「物」。所以冷、熱、音、光等，不占一定空間的，不為有體物。日、月、星、辰等，不能供人類支配的，也不是法律上的「物」。「物」有種種區別，主要的是：動產，不動產，主物，從物，元物，滋息。

(一) 不動產——羅馬 Les immobiles 德國 Unbewegliche Sache; Immo-

bilien 英國 Immovables 法國 Immeubles)

土地，和房屋，就是不動產。

日本民法，認土地的定着物，爲獨立的不動產；中國民草，謂：土地的定着物，是土地的重要成分，和羅馬法德國法等，差不多，不認土地的定着物，爲獨立的不動產。房屋，雖然也是土地的定着物，然而明定出來，免得與他物相混。

譬如樹木，是房屋以外的土地定着物，是獨立的不動產。不是因法律規定的不同，不認爲不動產的法律，認爲土地的重要成分，不能以重要成分，爲權利的目的物。認他爲獨立的不動產的法律，就許以樹木爲權利的目的物。所以可以把土地，賣給姓張的，把樹木，賣給姓李的。若認樹木爲土地的重要成分，當然不許把土地，和樹木，分開爲兩個權利的目的物，賣給姓張的土地，自然在那土地上的樹木，也在其內了。

注意 若將樹木鋸倒，離開土地，同時，那樹木，就變爲動產；當然爲獨立的權利目的物。當事者，若有特別的意思表示時，應當尊重當事者的意思，所以民草的規定，有缺點。

(二)動產——(羅馬) *Res Mobiles* (德國) *Bewegliche Sache*; *Mobilien*; *Fah-*

*missache* (英國) *Movables* (法國) *Meubles*),

不動產之外,一切有體物,都是動產。

(三)主物——(羅馬) *Res principales* (德) *Hauptsache* (英) *Main thing* (法

*Chose principale*)

主物,是「物」,因與「從物」分別出來的主要物,不是「從物」的「物」。說

明「從物」的性質,自然可以明白主物。

(四)從物——(羅馬) *Accessio* (德國) *Nebensache*; *Zubehör*; *Pertinenz* (英

國) *Appurtenance*; *Accessory thing* (法國) *Chose Accessoire*),

從物,是附屬「主物」的「物」。然而,是獨立的物體,不是「主物」的構成部分。

屋頂的瓦,是房屋的構成部分,不是從物。院內雞犬小屋等,就是房屋的從物。

從物的認定，必須「客觀」的，不是「主觀」的，原來從物，是保全「主物」的經濟效用的。若只是「主觀的」附屬品，不能說是從物，室內的字畫、器具等，不是保全「主物」經濟效用的，所以不是房屋的從物。

這兩個的分別，在法律上，很有關係，因為從物，常從着「主物」，若賣了「主物」，從物，當然相隨，以免爭論。然而當事人，若當時有反對的意思表示，當然尊重當事人的意思。

(五)元物——(德國) *Substanz; Muttersache* 英 *Substance* 法 *Chose originnaire; Substance*)

元物，是人的經濟基礎的基本財產。——就是對於「滋息物」的名詞——俗說，「元本」，生利息的元本，是元物，利息，就是「滋息物」。

(六)滋息物——滋息物，有「天然滋息物」和「法定滋息物」。

(A)天然滋息物——(羅馬) *Fructus Naturales* 德國 *Natürliche Früchte* 英國 *Natural fruits* 法國 *Fruits naturels*.)

天然滋息物，是按着「物」的用法，所收取的出產物。

樹上結的果實，地裏出的糧米，禽獸生的子等，都是天然滋息物。

(B) 法定滋息物——(羅馬) *Fructus Civiles* (德國) *Juristische Früchte*

英國 *Legal fruits* (法國) *Fructus civilis; fruits*)

法定滋息物，是使用那個物的代價，所受的金錢，或是別的東西。

地租金，房租金，利息金……等，都是法定滋息物。

這兩個的區別，在法律上，關係很大。因為可以確定滋息物收取的權利，和退還的義務的範圍。

此外，還有「代替物」和「非代替物」，「可分物」和「不可分物」，「消費物」和「非消費物」。

接着數量，種量，容積，指定的，——就是依物的性質，和交易上的觀念，可以用同種同量的物，代替的——就是「代替物」，不然的，就是「非代替物」。

不害物的本質和價值，可以分割的物，是「可分物」，不然的，就是「不可分物」。「不可分物」是物的重要成分，不能為權利的目的物，比方錶的機械，就是「不可分物」。

依通常使用的方法，就可以消耗的是「消費物」，不然，就是「非消費物」。比方金、銀、飲食、焚化的東西等，都是「消費物」。

<b>私 權</b>					
變 更	喪	得			
實 事 律 法					
法律的行為			自然事實		
不適法行為		適法行為		天 災 事 變 疾 病	
惹起損害賠償效力的 不法行為		特別行為	法律行為		(非人力)
		發見埋藏物等	意思表示	代 理 契 約	

〔6〕 何為權利的得喪變更？

權利和義務，可以因法律上一定的事實，取得喪失，或是變更。這個事實，叫作「法律事實」。這個取得喪失變更，叫作「法律事實的效力」。



(一)私權的取得。私權的取得，就是私權，附於權利主體的事實。

私權的取得，有基於權利主體的意思的，比如彼此因合意契約，買賣，贈與等。有基於法律規定的，比如因不法行為的損害賠償請求權等。又分爲「傳來取得」和「原始取得」。

取得他人權利的，是「傳來取得」。比如因買賣，取得所有權（這叫「移轉的傳來取得」）因爲設定抵當行為，取得抵當權（這叫「創設的傳來取得」）等。

不是本於他人權利的取得權利，就是「原始取得」。例如因先占，或是因時效的取得等。

(二)私權喪失。私權喪失，就是私權與主體分離的事實。

有絕對喪失，和相對喪失。因私權消滅，與主體分離的，例如因房屋燒毀，喪失所有權等，是「絕對喪失」，私權本不消滅，喪失權利，例如將房屋出讓，喪失所有權，就是「相對喪失」。

(三)私權變更。私權變更，就是私權並不消滅，不過變更主體或內容的事實。

私權變更的原因，有本於主體的意思的，和本於法律規定的。和前述的「私權取得」的意思相同。

私權變更，有「主觀的」，有「客觀的」。權利主體的更換，或是增減，比如「甲」把債權讓給「乙」……或是「甲」一人的債權變成「甲」「乙」二人共有，或「甲」「乙」二人共有的，變成「甲」一人獨有，這都是「主觀的變更」。因為私權的內容變更，或是分量的增減，或是目的物的更換，或是效力的伸縮，這都是「客觀的變更」。

〔7〕 何爲法律事實？

法律事實。(德) Juristische Tatsache (英) Juristic fact (法) Fait Juridique) 就

是私權得喪變更的原因。換言之——就是發生私權得喪變更的效力事實——法律事實；有人的行爲以外的事實，例如因天災地變，喪失私權的事實等。有人

的行爲事實，例如買賣，讓渡等事實。前者是自然的法律事實（Die natürliche Ereignisse）後者是法律的行爲（Die juristischen Handlung）法律的行爲裏頭，有適法行爲，和不法行爲。

適法行爲裏頭，又分法律行爲；和特別行爲。

（一）適法行爲 適法行爲就是不違法的行爲。所以——就是發生合法的  
法律上效力的行爲——

（A）法律行爲 法律行爲，是行爲人，因希望發生法律上效力的意思，所爲的發生法律上效力的行爲。

（B）特別行爲 特別行爲，是不必因行爲人的希望發生法律上效力的意思的，發生法律上效力的行爲。譬如發見地下埋藏的古物等行爲。

（二）不適法行爲 不適法行爲，就是——違法的行爲——所以不適法行爲，發生的法律上效力，常和行爲人的意思相反。譬如因不適法行爲，發生行爲人的損害賠償的責任的，法律上效力等。

[10] 何爲法律行爲？

法律行爲 (羅馬 *Negotium* 德國 *Rechtsgeschäft* 英國 *Legal act; Juristic Act*)

法國 *Acte Juridique*)

人的意思作用，是私權、得喪、變更的大原因。所以因人的意思作用，所成的法律行爲，是重要的法律事實。買、賣、借、贈、婚姻、承繼，都是法律行爲。

法律行爲的意義，是：行爲人因著希望發生私法上效力的意思，所爲的，發生私法上效力行爲。

法律行爲，必須以希望發生私法上效力的意思表示爲要件。這是法律行爲的特質。若沒這個希望發生私法上效力的意思表示爲要件的行爲，就不算是法律行爲。

譬如賣、買，這個行爲，是行爲人表示希望權利移轉的意思 (權利移轉，就是私法上的效力) 而爲的行爲，這就是法律行爲。

若是請客、看戲等行爲，都不是法律行爲。

(一) 何爲法律行爲的成分？

法律行爲的成分，就是構成法律行爲內容的元素。分爲客觀的元素和主觀的元素。

(A) 客觀的元素。客觀的元素，是依法律的規定所定的元素。法律規定買賣，交換，賃借……等，重要的法律行爲，爲是明示法律行爲的成分。組成法律行爲性質的元素，叫「要素」，附隨於通常法律行爲構成的元素，叫「常素」。

若缺「要素」的行爲，就不成爲行爲者所希望的法律行爲。譬如買賣行爲的目的物，和代金的意思，彼此總得一致，這個意思一致，就是買賣行爲的「要素」。若是缺這個「要素」，譬如賣的人，要十元，買的人，只出五元，或是買的人，要買錶，賣的人，賣的是鎗，當然這個買賣，不能成立。

若缺「常素」，法律行爲，可以成立。不過必須當事人的表示，譬如賣錶的人，須負保證那錶是完全的——沒有毛病的——責任；這個責任，就

是「常素」。然而若是先表明不負這個責任，也和賣買的成立，沒有關係。此外，還有一個「偶素」，這「偶素」，既不是構成法律行為的必要成分，又不是附隨於法律行為的成分，乃是因當事人的特約，附加於法律行為的成分，譬如期限條件等。

(B) 主觀的元素。主觀的元素，是由當事人的意思定的。當事人，只要不違反法律，可以用自己的意思，定法律行為的內容，若是與他所定的內容，相反的時候，那法律行為，不能成立。譬如賣主，限定買主的買賣，若是買主錯了，當然那賣買不能成立。

(二) 法律行為的動機，是不是成分？

法律行為的動機，不算是法律行為的成分。所以動機錯了，也不能說，那法律行為不能成立。

譬如有人，錯疑自己的錶遺失了，（這就是動機）所以又買了一個，以後，知道並未遺失，（動機錯誤）要取消買錶的行為，這是做不到的。不過若是當事人，豫先表

示，把動機認爲成分的意思時，可爲當作成分。譬如買錶時，豫先說明：『我因失錶，纔買錶，若是沒失的時候，我就不買。』這時，那動機已經變成成分，所以若是沒失，可以取消買賣的行爲。

### (三) 何爲法律行爲的要件？

完成法律行爲，必須有一定的要件，若是缺了這個要件的行爲，無效，或是可以取消。這個要件，就叫法律行爲的要件。分爲一般要件和特別要件。

一切法律行爲共通的要件，是一般要件；各法律行爲所固有的要件，是特別要件。這個要件，是在民法各論裏頭的，所以現在，只說民法總則的一般要件。

法律行爲的一般要件，有關於行爲者的要件；有關於行爲的要件。關於行爲的要件，就是行爲能力。

若是沒有行爲能力的人的行爲，無效；或是可以取消。（禁治產人，未成年人……）

所以「行爲能力」是法律行爲成立的要件。關於行爲的要件，分爲行爲的內容，和行爲的成立。

(A) 行爲的內容。行爲的內容，就是屬於行爲者所希望發生的，私法上效果的事項。分爲可能的內容和適法的內容。

(甲) 可能的內容。法律行爲的目的，在事實上，和法律上，必須「可能」；不然，就不能發生效力。譬如與貧人約定，叫他出鉅資等，事實上的不能，或是約定讓與不融通物（公有物禁止品……）等，法律上的不能，都不能發生效力。

(乙) 適法的內容。法律行爲的目的，必須不違反強行法規，和不與公共秩序，善良風俗相反，不然，不能發生效力。

譬如不經政府許可，發行紙幣等，違反「強行法規」的行爲，或是「甲」與「乙」約：「若是殺死「丙」，謝以若干金」的，與「公共秩序」相反的契約，或是某男，與某女，約定私通的，與「善良風俗」相反的契約，都不能發生效力。

(B) 行爲的成立。法律行爲，是行爲人，因着希望發生私法上效力的意思，



所爲的，發生私法上效力的行爲。所以成立法律行爲的要件，是行爲人的希望發生私法上效力的意思表示。這個……意思表示，就是把希望發生私法上效力的意思表現出來。

意思表示，有三個要件：（一）意思，必須能發生私法上效力的。（二）意思，必須表示出來。（三）意思，和表示，必須一致。

〔9〕 意思表示的方法如何？

意思表示（德國 Willenserklärung 英 Declaration of intention 法 Déclaration de Volonté）是法律行爲的，唯一要件。表示的方式，有要式意思表示，和不要式意思表示。

要式意思表示，是行爲者，必須按着法律，或是按着契約所定的方式，表示意思。不然，就不能有效。譬如立遺囑，和發行證券等，都是要式意思表示。

不要式意思表示，是不必要按甚麼方式的，自由表示。分爲明示的表示，和默示的表示。直接可以使對手人認識的表示行爲，書信、言語、舉動等，是明示的表示；間

接可以使對手人推知的表示，——就是可以基於論理上原則，或是基於生活上實際原則，可以推知的表示——「甲」租與「乙」房屋，約定三年為限，過了三年，「甲」仍不促「乙」移居，還是照常過去，「乙」繳第四年的租金，「甲」並未拒絕收受時，是「甲」默示再租與「乙」一年的意思。

(一) 意思表示的效力如何？

意思表示的效力，就是表意人所希望的，私法上的效力。現在說發生這個效力的要件和時期：

要件意思表示，發生效力，須要法律行為的意思，和表示的意思，一致；不然，那意思表示，不能有效。這是理論上，當然的原則。然而若都認成無效，毫無限制，不能保交易上的安全。立法例，有意思主義，表示主義，和折衷主義之別：

(甲)意思主義。這個主義說：和法律行為的意思，不一致的表示，不算。是意思表示。此說，在理論上，雖有理由，然而表意人，是不是真意，別人

很難推知，若都認爲無效，不免使對手人，受不測的損害。

(乙)信用主義 這個主義的原則，和意思主意相同，不過若在交易的一般觀念上，可以認爲算是表示真意，就認爲有效。

此說，既然不能充分保護對手人，又不能使行爲人免受損失。

(丙)表示主義 這個主義，重視「表示」，所以行爲人所表示的，雖不是出於真意，也算有效。

此說，更不免待行爲人過酷。

(丁)折衷主義 這個主義，是折衷意思主義和表示主義原則，認表示和意思，不一致的行爲，無效；以之保護行爲人。例外，有時認爲有效；以之保護善意對手人和第三者的利益。

此說，比較着，可以兩適其平。所以立法政策上，最相宜的，是採用這個主意。

(二) 意思表示發生效力的時期如何？

意思表示，發生效力的時期，有相對人的意思表示，和無相對人的意思表示不同。無相對人的意思表示，行爲者，明確表示意思的內容時，就發生效力；不管第三者認知與否。譬如遺言等，只要表意人一方面的表意，就發生效力。

有相對人的意思表示的效力，發生時期，向來有四個主義，就是表。白。主。義。發。信。主。義。到。達。主。義。了。知。主。義。

表。白。主。義，是：行爲者，表示意思時，就發生效力。譬如「甲」用書信對「乙」表示意思時，「甲」寫完了書信，就發生效力。

發。信。主。義，是：行爲者，發出他的意思表示時，發生效力。譬如右述的「甲」寫好了書信，發出去之後，發生效力。

到。達。主。義，是：行爲者的意思表示，達到受表意人的地方，發生效力。譬如右述「甲」發出的書信，到達了「乙」的地方時，發生效力。

了。知。主。義，是：受意人，了知表意人的意思表示時，發生效力。譬如「甲」的書信，到達「乙」的地方後，「乙」接了看過，纔發生效力。

隔地者間的意思表示，各國多採用到達主義。德國商法和瑞西債務法採用發信主義。法國民法沒有規定，然而學說和判例多採用了知主義。

對話者間的意思表示，各國因為沒有明定，所以為學者間的爭論，然而事實多採用了知主義。我國民法，則明定採用了知主義。

(A) 隔地者間的意思表示。隔地者間云云，是非對話者間的意思。彼此的所在，事實上不必遠離。譬如二人所在的地方，雖是隔離很遠，然而用電話表示時，還算是對話者間的意思表示；若是不能直接交換意見，雖然是接近，也算是隔地者間的意思表示。

隔地者間的意思表示，取到達主義，不問相對人了知沒有，就發生效力。不過是撤回通知先到，或是同時到時，這個效力就失了。（甲）用書信，向「乙」訂買某貨，發信後，又想不買，於是用電報，或用書信，撤消；這個撤消的通知，若是比訂貨書信先到，或是同時到，都能消失訂貨意思表示的效力。）然表意人，發出通知後，死亡，或是能力喪失時，也不為失效。

此時，則採發信主義。若是相對人的居所不明，或是不知相對人的姓名時，可以依民事訴訟法，用公示送達爲意思表示。

(B) 對話者間的意思表示。表意人和受意人，在可以直接交換意思的地位時，所發的意思表示，就是對話者間的意思表示。相對人，了知那意思時，就發生效力。然而相對人，若是無能力人，或是限制能力人時，因爲他沒有直接受意的能力，所以無效。可是法定代理人，了知時，或得其同意時，或限制能力人專享權利時，都發生效力。

(三) 何爲意思表示的瑕疵？

法律行爲的意思，和表示的意思，不符合，或是有詐欺、強迫等，缺點的，意思表示，就爲「有瑕疵的意思表示」。法律行爲的意思，和表示的意思，不符合的表示，是「心裏留保」。虛僞的意思表示，錯誤的意思表示，意思表示決意的緣由，有瑕疵的，是「因詐欺的意思表示」和「因強迫的意思表示」。分說如左：

(A) 心裏留保。行爲者，故意表示和真意不符合的意思，就叫「心裏留保」。

譬如行爲者，並沒有負義務的真意，對人假說：『贈與金錢若干元』等的意思表示。若按意思主義，當然無效，若按表示主義，認爲有效。折衷主義，原則是認爲有效；然若是受意人知道，或是可以得知他不是真意的時候，就認爲無效。

表意人，豫先明知他人必不能認爲真的，不過是一種諧謔的意思表示，譬如「甲」對「乙」說：『我這所房產，以一毛錢的代價，賣給你……』法律當然不能因這種諧謔，使相對人受不當的利得，所以是無效。

(B) 虛偽的意思表示。行爲者，要欺哄第三者，和相對人通謀，故意表示非真意的意思表示時，就是「虛偽的意思表示」。譬如「甲」欠「乙」債款五萬元，至期不還，「甲」怕「乙」差押他的房產，於是與「丙」通謀，算是把房產，賣給「丙」，這種意思表示，因爲是欺「乙」，(第三者)的行爲，法律爲保護第三者，(乙)不能認爲有效。相對人(丙)既知道是虛偽的表示，法律更沒有保護他的必要，所以不認爲有效。

不過這個無效，不能與善意第三者對抗，換言之——就是不可對於第三者，主張無效，並且也不能對於善意第三者，主張有效。——譬如右述之相對人「丙」，把「甲」的房產，真裝做自己的所有物，賣給不知此中祕密的「丁」，這「丁」，就是善意第三者。「甲」若主張說：『賣給「乙」的表示，原來是假的，所以這個法律行為無效』請「丁」退還房產，或是解除契約，這是做不到的。那時「丁」，可以安安穩穩的，取得「甲」的房產所有權。

然而若是善意第三者（丁），發見此中的祕密，主張無效，向「丙」解除契約，是可以的。這時，「甲」、「乙」，都不能向「丁」主張有效，——一定叫他賣。——若是依虛偽的意思表示，隱蔽別的法律行為時，不能因為隱蔽，歸於無效。譬如「甲」將衣服贈給「乙」，「乙」要矇哄第三者「丙」，於是與「甲」通謀，假說為賣，並寫代金收據，這「賣」，雖然是假，然而為隱蔽「贈給」的虛偽表示，此時，這贈給的行為，不能因隱蔽，失其效力。



(C) 錯誤的意思表示。表意人，非故意的，表示和真意不一致的意思，就是「錯誤的意思表示」分爲意思緣由的錯誤，意思表示的錯誤，法律上的錯誤，事實上的錯誤，和重要的錯誤，不重要的錯誤。

(甲) 意思緣由的錯誤。這錯誤，是法律行爲決意緣由的錯誤。譬如有人，誤信手套遺失，又爲買手套的意思表示時，這種錯誤，於意思表示的效力上，本來不發生關係；不過表意人，若豫先以這個緣由，爲條件時，可以尊重當事者的意思。

(乙) 意思表示的錯誤。這是意思和表示不一致的錯誤。譬如有人，意思是買金錶，錯表示買銅錶時。

(丙) 法律上的錯誤。這是誤解法規行爲的意思表示。譬如有人，誤解連帶債務的性質，爲負連帶債務的意思表示等。

(丁) 事實上的錯誤。這是誤解事實，所爲的意思表示。例如「甲」錯信「乙」是債權者，向「乙」履行債務等。

(戊)重要的錯誤。這是關於阻却行爲的決意事項的錯誤。譬如「甲」以賣的意思，將某物交付與「乙」，「乙」以受贈的意思，收受其物的錯誤等。

(己)不重要的錯誤。這是不關於阻却行爲的決意事項的錯誤。譬如「甲」，「乙」的賣買的意思，雖沒錯誤，而對於不主要的品質上有錯誤等。

錯誤的意思表示，按意思主義，認爲無效；按表示主義，認爲有效。折衷主義，則取其在法律行爲成立上，重大的，認爲無效，或是可以取消。中國草案，以意思表示的內容有錯誤，或表意人不願爲該內容的表示時，可以撤消。又當事人的資格，物的性質，若公認爲重要的，也可以撤消。然而究竟怎麼能確定意思表示的內容？法律的規定，或是法理上的論定，都不過是最小的限度。行爲者，以自己的意思，可以增加，所以確定意思表示的內容，必須在各個具體的行爲時候，解釋其具體的表示行爲。

(D) 因詐欺的意思表示。行爲者，因被詐欺，爲錯誤的意思表示時，是一因詐欺的意思表示。一因爲受詐欺的意思表示，表意人可以撤消。譬如古董商「甲」，故意將新製的東西，對買客「乙」說：「是古物」，叫「乙」信以爲真，表示買受的意思時，這個買受的意思表示，因爲從詐欺而生的，所以表意人「乙」，可以撤消。然而若是第三者行詐欺的時候，必須相對人明知，或是可以知道那個事實時，方能撤消。譬如「甲」故意用詐欺對「乙」說，『你的馬，不久定死，不如速賣給某馬肉鋪。』「乙」信以爲實，和馬肉鋪定買賣的契約。這時，行詐欺的「甲」，是第三者，馬肉鋪，是意思表示的相對人，這馬肉鋪，若明知「乙」是被詐欺，或是可以知道時，近於和「甲」通謀，所以「乙」，可以撤消。賣馬的意思表示。相對人（馬肉鋪主）若是不知詐欺的事實，「乙」的意思表示，雖然是因詐欺決定的，也不能撤消。他的意思表示。

此處所說的詐欺行爲者，不一定要受利益，只要有行詐欺的故意，

使表意人，信以爲真，因之決定意思，就可成立。

因詐欺的意思表示，表意人也有不注意的過失，所以不能對抗善意第三者。譬如右述相對人（馬肉鋪主）是惡意時，雖然可以撤消，若馬肉鋪主將那馬又賣給「丙」，「丙」若不知此中事實時，是爲善意的第三者。「乙」雖然可以向馬肉鋪主表示撤消，可是不能向「丙」要求退還馬匹。（E）因脅迫的意思表示。表意人因爲受脅迫，表示意思時，叫作「因脅迫的意思表示」。

脅迫是叫表意人，生恐怖心，因之決定意思表示的行爲。無論是對於身體、生命、自由、名譽等，都能成立。譬如「甲」對「乙」說：「你若不將你的外套贈給我，我一定設法殺你」（或是打傷你，囚禁你，宣佈你醜史等），表意人因爲恐怖心，決定意思，於是表示把外套贈給「甲」，這種贈與的意思表示，因爲是因詐欺而發的，所以可以撤消。

被脅迫的表意人，不但沒有過失，並且不容易防止，所以法律澈底的

保護表意人，因脅迫的意思表示，若被撤消，對於善意第三者，也能對抗。譬如前述「甲」脅迫「乙」贈與外套，「甲」得外套後，買給「丙」，（第三者）「丙」並不知脅迫的事，（善意的）「乙」撤消其意思表示後，並可向「丙」主張失效。

注意！此處的脅迫和暴行的強迫不同。我國司法機關，常有這種錯誤的判決。譬如用武力強制「乙」的身體，叫他不能自由，握「乙」的手，書立金錢借貸證書時，不待撤消，當然與被迫人，沒有關係。因為那意思表示，不是出於表意人的意思，表意人，不過是暴行人的機械，與表意人（形式的）沒有關係。若是誤認為「因脅迫的意思表示」，表意人（形式的）的不利很大。因為他若是不知道撤消，豈不是竟叫他擔負義務？

[10] 何為契約？

契約。  
（羅馬 Contractus 德國 Vertrag 英國 Contract 法國 Contrat）是以法

律上的效果，爲目的的意思，彼此合致的行爲。成立契約，先要有以締結爲目的的意思表示，和合意的意思表示。前者，叫作「要約」(德國 *Antrag*; *Offerte* 英國 *Offer* 法國 *Offre* 日本「申込」) 後者，叫「承諾」(羅馬 *Acceptio* 德國 *Annahme*; *Akceptation* 英國 *Acceptance* 法國 *Acceptation*)。「要約」的效力，有兩個。就是形式的效力和實質的效力。

(一) 要約的形式上效力。

(A) 定有承諾期間的「要約」，不能撤回。例如買賣契約的要約中，附言：『請在某年，某月，某日，之前，答覆』或是『請在幾日以內答覆』就是定有承諾期間的要約。

(B) 向非對話人的，沒定承諾期間的要約，在受承諾通知的相當期間內，不得撤回。這是爲維持當事者意思的信用，和交易上求實際上的便利，所以使要約人，受「要約」的羈束。要約人，雖沒定期間，然而既經「要約」，就不能視爲兒戲，當負「要約」的責任。譬如某甲，在天津發信，

給北京的某乙說：『我有某貨若干，售價多少，購否，速覆。』此信，以通常通信方法，到北京需若干時日，由北京到天津，需若干時日，在這個期間以內，要約人，不能撤回他的「要約」。

## (二) 要約的實質上效力

要約人，在承諾以前，死亡，或是失了能力的時候，那「要約」，還是有效；仍然是，因得了相對人的承諾，成立契約。按純理上說，以當事人意思合致，爲要件契約，要約人，接受相對人的承諾，必須在有意思能力的時候，若在接受承諾以前，死亡，或喪失能力時，當然那「要約」失其效力。然而若這麼辦，相對人容易受損失，而且交易上，也不能安全、迅速，因爲這時，若「要約」無效，不知何時，要約人死亡，或是喪失能力，受約人豈不常懷疑慮？所以法律還是維持他的效力。不過要約人，若是顯有反對的意思時，當然維持要約人的利益。

契約成立的時期，就是承諾效力發生的時期。然而也有承諾不用發出通知，就

可發生效力的。依通常慣例，可以不必通知承諾時，只要認爲有承諾事實，就算契約成立。要約人爲「要約」時，可以豫先聲明：在契約未成立前，隨時可以撤消，這撤消的通知，在承諾的通知發出後，纔到的時候，承諾人若知道，這撤消通知遲到的責任，不在要約人——就是這撤消通知，若不因爲別的原因，本可以早到時——承諾人有通知要約人，遲到的義務；若是怠於這個通知，那撤回的通知，就可以發生效力。

承諾，須在要約人所定的期間內爲之，自是當然的事情。若是在這期間後，纔到，就不發生效力。然而這遲到的原因，不是因爲承諾人遲發，要約人也知道他的承諾，通知本可在期間內，到的時候，要約人有通知承諾人，遲到的義務，若是怠於這個通知，那承諾仍是發生效力。

對於失效的「要約」，用遲延的承諾，要打算叫他復活，或將「要約」擴張限制，或變更，纔承諾時，都算是新要約。這時，舊承諾人變成新要約人，舊要約人變成新承諾人。所以舊承諾人要承諾「新要約」，須得新承諾人的承諾，契約纔能成立。



〔11〕 何爲代理？

代理。 (羅馬 *Representatio* 德國 *Stellvertretung* 英國 *Representation*;

*Agency* 法國 *Representation*)

「甲」表明代「乙」對「丙」爲自己的法律行爲的意思表示，那行爲直接對「乙」發生效力；(自動的)或是「甲」表明代「乙」受領「丙」的法律行爲的意思表示，(他動的)都叫做「代理」。稱「甲」爲「代理人」，稱「乙」爲「本人」，稱「丙」爲「第三者」。這代理行爲，算是本人的行爲？是代理人的行爲？是本人和代理人的共同行爲？從來，學說不一，代理人的行爲，常有本人不知道的，所以本人行爲說，不妥當。無意思能力人的代理人，完全是用自己的意思辦事，可見本人和代理人的共同行爲說，也不妥。代理的本質，還是代理人行爲說，比較着明白。法律行爲，雖是代理人的，可是對本人發生效力；所以關於法律行爲的要件，按代理人決定；關於效力的事項，按本人決定。譬如若審查有沒有行爲能力，當審查代理人；若審查有沒有由行爲所生的權利，當審查本人。(中國人爲外國人代理，不買土地，法律行爲當然那行爲無效力) 代理人的意思表

示，對本人直接生效力，所以間接代理，不是民法所說的代理。

代理行爲，有有權代理，和無權代理。

(一)有權代理。本著代理權的代理行爲，就是「有權代理」。代理人的意思表示，可以直接對於本人生效力，代理人這個權利，就是代理權，這種權利，因本人的意思表示發生的，叫意定代理。(Representation Contractuelle) 因法律規定，或是遺囑指定，所發生的，叫法定代理。(Représentation légale) 代理權，依法律，或是當事人的意思，定範圍的是，「特別代理」，不定範圍的，是「一般代理」。一般代理的權限，可以爲管理行爲；(以保存、利用、改良、爲目的的行爲)，不得爲處分行爲。(關於權利喪失的行爲) 代理人，對於屬於權限內，同一的法律行爲，不得爲相對人的代理；更不得爲雙方的代理，以免被代理的本人，受不利益。然而例外，關於債務履行的行爲，或是得特別許可的時候，可以爲相對人，或是當事者雙方的代理。若數人爲代理人時，若非法律有特別規定，或當事

人有特別意思表示時，須數人共同爲代理行爲。代理行爲，雖然是代理人的行爲，因由代理行爲所發生的權利，是本人享受，所以不得藉口代理人不知，掩飾自己的惡意。譬如「甲」用詐欺，購得「乙」的錶的事實，本人明知，或是可以知道的，因要利用不得對抗善意第三者的法意，授意給不知此中事實的代理人，叫他向「甲」買得那個錶時，不能主張「因代理人是善意，維持有效。」因爲本人惡意的效力，及於代理人行爲的緣故。

法定代理人，可以選任「復代理人」。然而代理人，須負一切的責任。因爲本人委任代理，或因親族關係，或因信任關係，受委人，另委第三人，若不負責任，不免使本人不安，或受不利。不過若因有不得已的事由，譬如代理人，罹重病等時，可以祇負「選任」和「監督」上的責任。

意定代理人，原則上，不准選任復代理人，不過例外，經本人許可，或實有不得已的事由，可以選任復代理人；也須對本人負「選任」和「監督」

的責任。然而若是所選定的復代理人，是本人指定的，代理人的責任，當然減少。不過若是知道復代理人不勝任，不誠實的時候，有通知本人，或是解除他職位的義務，若是違這個義務，要負責任的。

代理權消滅，有一定的原因，法定代理，意定代理的共同消滅原因，是「本人死亡」；法定代理的特別消滅原因，是「法定代理資格喪失」。意定代理人的特別消滅原因，是「代理期限到來」。

(二)無權代理。不本於代理權的行為，是無權代理行為。

本人對第三者，表示授代理權與某人，而其實，雖然並未授與，本人也要負責。或是代理人，為權限外的行為，使第三者，信以為真有權能，第三者，也有正當理由時，本人也須負責。然無權代理行為，是契約的時候，理論上，雖屬當然無效；若是經本人追認，可以溯及既往，有效。無權代理行為的追認，和限制能力人行為的追認，大同小異。所以追認、拋棄、催告等，都是一個樣。善意相對人，並可以在本人未追認以前，取消契約。無權代

理人，若爲單獨行爲的時候，法理原則上，雖是無效，若是有相對人的單獨行爲時，例外准其有效。就是相對人同意他的行爲，或是不爭執他有無代理權時，是相對人自願立於不確定的地位，所以此時的無代理權人行爲，和前述的無權代理人的行爲，有同一的效力。譬如代理人「甲」並沒有本人「乙」的債權代理權，可是向債務人「丙」，催告履行，債務人「丙」，知道沒有代理權，或是不追查有沒有代理權，就履行債務時，必得本人追認，那債務履行，纔能發生效力。

對第三者，表示授代理權與某人時，以後，對於某人，和第三者間的代理行爲，須負責任。譬如債務人，向債權人所表示的代理人，履行債務後，對於本人，就消滅債務關係。

〔12〕 何爲條件？

因爲變更法律行爲的要素，當事者，任意附加的客觀成分很多，最重要的，就是「條件」和「期限」條件。（德 Bedingung 法英 Condition）是當事人，使法律行爲效

力的發生、消滅、繫在不確定未來事實的附隨要件。條件；有停止條件；和解條件。停止條件。〔德〕*Aufschiebende Bedingung* 〔英〕*Condition precedent* 〔法〕*Condition suspensive*〕是停止法律行為的效力（發生、消滅）的條件。例如約定「甲」若能買得「乙」的古玩時，當贈「甲」百元。（停止法律關係發生的條件）或約定「甲」若與「乙」結婚，就免除「甲」所負的債務（停止法律關係消滅的條件）等。解除條件。〔德〕*Auflösende* 〔英〕*Condition subsequent* 〔法〕*Condition resolutoire*〕是條件的事實成立的時候，即發生的，法律行為效力消滅的條件。譬如「甲」贈「乙」大洋一千元，然而「乙」若和「丙」結婚，就不贈給（解除法律關係成立的條件）或是「乙」原本欠「甲」一千元，「甲」對「乙」說：『免除你的債務，可是不準你和某人作某生意，不然，就仍須還我錢。』換言之，就是「乙」若違此條件，就喪失免除債務的效力（解除法律關係消滅的條件）等。

〔13〕 何爲期限？

期限。〔英〕*Term* 〔德〕*Termin* 〔法〕*Terme*〕是當事人，任意使法律行為效力的

實行消滅繫在某確定未來事實的，到來的附隨條款。這個期限是當事人任意附加的，不是法律上的期限。

期限重要的，是「始期」(Day from which, Terme suspensif) 停止法律效力的實行，或成立的期限，爲「始期」。譬如「甲」以某物賣給「乙」，約定：明年二月十一日，爲交付期限等。停止法律行爲效力的，消滅的期限，是「終期」(Day to which Terme final) 例如「甲」向「乙」借洋五百元，約定：某年某月某日，爲歸還期限等。

[14] 何爲不完成的法律行爲？

不完成的法律行爲，就是「無效」(德 Nichtig 英國 Void) 和「得取消」的行爲。取消 (德 Anfechtbar 英國 Voidable 法 Annulable) 是受不利益人，本著行爲附隨的瑕疵，使那行爲的效力喪失的行爲。無效，是以行爲人的意思表示，爲要件的行爲，不發生效力的。有絕對的無效和相對的無效。

(一) 絕對的無效。自當初，就不生效力的，就是絕對的無效。那原因，有一般原因，和特別原因。一般原因，是各種法律行爲，共通的要件欠缺；(意思

能力欠缺，權利能力欠缺，意思和表示不一致，法律行爲內容的不法，不能……）特別原因，是各種法律行爲，特別的要件欠缺。（買賣，欠缺代價的確定，履行債務，欠缺債權的存在，婚姻，欠缺法定的方式……）種類，分爲「全部無效行爲」和「一部無效行爲」。元來，屬於法律行爲內容的意思表示，互相成爲因果關係，組成一個法律行爲。所以若無效，或被取消，全部都無效。然而綜合法律行爲的目的，和成立當時的事情，除無效的一部外，可認當事人，有爲該行爲的意思時，例外，可以認爲一部有效。前者，爲「全部無效……」；後者，爲「一部無效……」。〔譬如立定契約的內容，有主，有賓，賓的一部，無效，主的一部，仍有效。又如委任行爲，關於報酬的部分無效，委任行爲，仍可有效。〕

（A）主張。絕對的無效行爲，因爲不發生法律上的效力，所以當事人，和承繼人，或利害關係人，都可爲自己的利益，主張無效。古代德國民法，須由當事人，提出主張無效的訴訟，經裁判確定，方爲無效；近世法則，



都是不必判決確定。不過婚姻等身分的無效，須經裁判確定。

(B) 追認。追認，是使無效行爲，成立同一內容有效的，新法律行爲的意思表示。因無效的行爲，決不能因追認變爲有效，所以只認爲：因追認成爲新法律行爲。無效行爲，若是要式的，追認，也須要式的。追認，必須是該無效行爲的當事人。無效行爲，若是雙方的，追認，也須雙方。無效行爲的追認，無特別約定時，遡及法律行爲時，生效力。無效行爲的原因，若是不能，或是不法，不能追認。

(C) 變形。無效的法律行爲，具備他法律行爲的要件，若足可認當事人，若知無效，就願爲他法律行爲時，他法律行爲，可以生效力，這叫法律行爲的變形。(例如消費貸借的債務人，發行的履行債務的票據，若無效時，可視爲貸借證書。)

(二) 相對無效的行爲。相對無效的行爲，是祇對於特定一私人，無效的行爲；若不是這個特定人，不得主張無效。(譬如因假處分命令，被禁止讓

與的財產，若讓與時，祇對於債權人無效，對別人，仍是有效。所以主張無效，除該債權人之外，別人不能主張。

得撤消的行爲的原因，也可大別爲「一般原因」和「特別原因」。一般原因，是各種行爲，共通的瑕疵。（當事者無能力……）特別原因，是各種行爲，特別的瑕疵。（婚姻年齡不足……）爲撤消行爲，須有撤消權。撤消權，是使有瑕疵的法律行爲，完全喪失效力的，特種權利。

(A)主體。撤消行爲的主體，是因爲有瑕疵的行爲，直接受不利的各人。譬如限制能力人，有瑕疵的意思表示人，或是他的代理人，繼承人，夫，都有爲撤消權主體的資格。

(B)主張。撤消的主張，就是行使撤消權人，以一方的意思表示，爲撤消的法律行爲。(一)得爲撤消的人，須向相對人，爲取消的意思表示。(二)因那個行爲，直接取得權利的第三者，就算相對人。(三)取消的意思表示，或明示，或暗示，都可以。不過關於親族法上，身分問題，須經

裁判確定。(四)有效的撤消，因撤消，就發生效力，所以撤消權人，不能再為第二次的撤消。

(C)效力。撤消，是使瑕疵的行為，完全喪失效力。所以被撤消過的法律行為，視為自初無效。取消行為，不但對於相對人有效，對第三者，也有效。惟例外，對於婚姻等身分關係，沒有遯及效。相對人，或第三者，若是無能力者，只限於所受的利益，負歸還的責任。再因詐欺表示的取消，不得對抗善意的第三者。

(三) 何為撤消權的消滅？

撤消權消滅的原因，是追認和時效：

(A)追認。追認，是撤棄取消權的一方表示。(一)非有取消權人，不得為追認行為。(二)取消原因終止後，纔能為追認的行為。因為若是在取消原因沒終止以前，就為追認，是有瑕疵的行為，不能有效。(是此處所說的)

追認行為譬如未成年者要追認他的行為必須到了成年的時候纔能為追認行為)不過此時，法定代理人，可

以行使追認權。(三)追認，乃是拋棄撤消權，所以一旦追認，就不能再撤消。

(B)時效。撤消權，有遯及效，並有物權效，若是長久存在，使權利狀態不得確定，有害交易上的安全，所以各國法律，都有撤消權時效的規定。時效分短期時效和長期時效。短期時效，是自得為追認時起，越五年，不行使撤消權，那個撤消權，就消滅。長期時效，是自為瑕疵的行為時起，過二十年消滅。

[15] 何為時？

法律上的時，是期間。(Terist, délais) 期日。(Termin)，的總稱。不能區分的時期，為期日；期日的集合，為期間。例如明年三月十一日，是期日；自二月十一日，至五月十一日之間，是期間。期限的計算法，自古有二：自然的計算法。(Computatio Naturalis) 曆法的計算法。(Computatio civilis)。自然的計算法，是把事實上經過的時，精確計算，以時間，為單位，不用人為的曆法，為單位。曆法的計算法，是以一

日，一個月，一個年，爲單位的曆法計算。這兩個法子，各有長短。前者，雖精密，欠簡便；後者，雖簡便，欠精密。前者，計算短時間適宜；後者，計算長時間適宜。所以多數立法例，以「曆法的計算法」爲原則；惟以「時」定期間時，例外用「自然計算法」。

(A) 起算點的計算法。依曆法的計算法，以曆日一日爲單位，以日，星期，月，年，定期間。初日，不算在內，但是在午前零時，（即夜內十二點鐘以後）就皆算入期間以內，若是計算年齡，就算入出生的那一天，若是以「時」定期間，就自「時」起算。

(B) 終了點的計算法。依曆法的計算法，以曆日的一日爲單位，所以定期間的時候，以期間末日之終，爲期間的滿了。然而那日，若是休息日，就以翌日爲滿了。

(C) 進行的計算法。用「時」或是「日」定期間的時候，從當時或是次日午前零時算起，用星期，月，年，定期間的時候，羅馬法，按日數算。（星期日，七日，月，三十日，年，三百六十五日）立法例，多從曆算。例如，自星期日，

至星期六，爲一星期，但是不自日、月、年之始，起算的，以最後的星期、月、年起算日相當之前一日，爲終了。若是沒有相當日的時候，以那個月的末日，爲滿期日。

〔16〕 何爲時效？

時效。〔羅馬〕*Prescriptio, prescriptis longi temporis*；英 *Prescription*，〔德〕*Verjährung*）是因在一定的期間，永續權利的行使，與不行使的緣故，就取得權利，或是喪失權利的法律事實。時效，分爲取得時效（*Acquisitive prescription*，*Prescription acquisitive*）是因在一定期間內，行使永續的權利，取得私權的時效。（平穩，公然，占有他人的動產，不動產，經過一定期間，就取得那所有權。）消滅時效（*Extinctive prescription, prescription extinctive*）是因在一定期間，不行使權利，喪失私權的時效。譬如債權，在一定期間以內，若不行使，就消滅。（若債權時效，爲十年時，在十年以內，不行使債權，就消滅。比如「甲」欠「乙」大洋一千元，在十年內，「乙」並沒向「甲」討取，過了十年，「乙」就喪失這個債權，「甲」可一個錢不還，

就算完事。)

(一)中斷。中斷——(Interruption)是在時效進行中時，發生的，喪失已經

過去的期間效力的法律事實。這是為保護因時效受不利益人的法則。

例如權利人，在時效進行中，相對人，為請求行為的時候，就中斷時效。

前邊說的甲乙債權的關係若是乙在第五年的時候曾討賬時從討賬那一天起以前過去的五年都中斷不算入時效以內必須再過十年乙

不討賬時債權纔能消滅

(二)停止。停止——(Suspension)是不過一時的，休止時效進行。和中斷

不同，已經過去的時間，並不喪失時效的利益，停止的事由，終了時，還是

接續着進行。時效期間終止的時候，因為天災，或是其他不可避的事變

的緣故，不能中斷時，在定期間內，時效不能完成。因為權利人，若在時

效進行中，行使他的權利，可以使時效中斷，若不行使權利，與自願拋棄

差不多，所以法律不必保護。然而若是因為天災，事變，權利人，雖然想行

使權利，使時效中斷，而事實上不可能，若使時效完成，未免不顧權利人

的利益。

無能力人，限制能力人，因為自己沒有使時效中斷行為的能力，所以必須容他時日。（比方未成年人有債權至五月三十日時效完成在二十四日未成年的法定代理人死亡雖然祇差一天可是時效須在新代理人就職後有六個月的猶豫）無能力人，對於他的法定代理人，有債權時，必須他到了有能力時，或是後任法定代理人就任後，經過六個月，纔能完成時效。妻對夫，有債權時，也須在解除婚約後，經過六個月。這都是保護無能力人，和限制能力人的法則。

（三）效力。取得時效，生取得權利的效力；消滅時效，生喪失權利的效力。然而這個效力，在何時發生呢？若在時效完成時發生，那麼，自時效起算，至完成日，所生的滋息，必須算還舊權利人，未免使時效的效力薄弱；所以時效的效力，有遯及起算日的效力。時效的援用，是在當事人自己，裁判所不代為主張，因時效在完成後，當事人可以拋棄的緣故。

（A）拋棄。時效，是公益上的制度，所以當事人，豫先不能拋棄。不然，必常



受債權人，豫先的限制。譬如債權人，豫先要求債務人拋棄時效的利益，那時，債務人，因為經濟上的關係，不敢不承認，不得已，只可拋棄時效的利益，那麼，以後，無論多少年，無論權利人行使權利不行使，那債權，豈不是永久存在麼？

所以豫先，不得拋棄。然而到了時效完成以後，那個利益，歸到個人的身上，和公益沒有關係，所以準許當事人拋棄。

(B) 例外。消滅時效，是權利因時效的完成，就消滅，為原則。然而民法草案，有一個例外，就是已經登記的權利，若未經塗銷的，不發生時效的效力，這為是維持登記的效力。



尚志學會叢書

# 審判心理學大意

德國 K. marbe 著 陳大齊譯

審判心理學為應用的心理學中新興之學本書共分八章述心理現象 犯罪 審判的心理學 事實診斷法 分級測驗法等簡明扼要足資審判之參考及法理之討論

一册六角五分

## 商務印書館發行

元(1292)

### The Essentials of Civil and Criminal Law

The Commercial Press, Limited

All rights reserved

中華民國十二年一月再版

（民刑法要論一册）

（每册定價大洋捌角）

（外埠酌加運費匯費）

著者 燕京趙欣伯

發行者 商務印書館

印刷所 上海北河南路北首寶山路  
商務印書館

總發行所 上海棋盤街中市  
商務印書館

分售處 北京天津保定奉天吉林龍江  
濟南太原開封西安南京杭州  
閩南安慶蕪湖南昌漢口長沙  
常德衡州成都重慶廈門福州  
廣州潮州香港梧州雲南貴陽  
張家口 新嘉坡

此書有著作權翻印必究

