

法 制 大 意

溫 廣 田 著

益 智 書 店 印 行

文 官 考 試 叢 書

法 制 大 意

溫 廣 田 著

新 京

益 智 書 店 印 行

康德七年七月二十日印刷

康德七年八月二十日發行

滿洲
帝國

法制大意

全一冊 國幣二元角
(外埠另加掛號費)

著 作 人 淵 廣 田

新京西四馬路樂禮後胡同五號

發 行 人 宋 逸 民

新京北大街益智書店

印 刷 人 董 裕 民

新京北大街益智書店

印 刷 所 益 智 書 店 印 刷 部

新京西三道街財神廟院內

發 行 所

新 京 市
北 大 街

益 智 書 店

電話二，五一九一
番 振替新京二三五六號

序

夫一國之法制、與其國人民之生活、恒有密切不可分離之關係、國家不能忽視人民之生活、而制定法規、人民亦不能忽視法規、而經營生活、故爲政者、固無論矣、即一般人民、對一國之法制、均應洞悉其概念、我國建國以還、十載於茲、各種法制、大體已臻完備、而國內人士、對此項法制之關心、亦日漸增高、尤其文官制度確立以來、一般少壯官吏、對我國法制之研究、頓呈高潮、然一般感覺困難者、即文獻頗形缺乏之點也、或有之、亦不過片段的資料而已、欲求其有系統之文獻、實不可多得、余不揣菲才、前曾編著法學通論一書、刊行以來、頗蒙海內識者多方指導、曷勝感激、惟該書本以法學有素養者、爲對象而編著者、故就內容觀之、多有偏重理論之推究、於初治法學者、不無難以涉獵之嫌、是以爲供一般社會人士之需要起見、遂着

手於斯書之改編、對純理論之部分、大體均予刪除、對初學者所必要之部分、更敷衍之加以詳細之解說、且措詞務使簡單平易、解說務期引用實例、俾初治法學者容易領略、復更名曰法制大意、惟余對法學既無深奧之研究、當改編之際、更乏綿密之推敲、以斯而問世、深恐有負讀者之期望、尙祈國內博雅之士、多加叱正、則幸甚矣。

康德七年七月一日

著者識

滿洲帝國 法制大意 目次

第一編 基礎觀念

第一章 法之觀念……………一

第一節 法之意義……………一

第二節 法之基礎學說……………四

一 神意說……………四

二 命令說……………五

三 民約說……………五

四 自然法說……………五

五 歷史法說……………五

第二章 法與其他規範法則之關係……………六

第一節 法與道德……………六

第二節 法與宗教……………九

第三章 法之分類……………九

一 成文法與不文法……………一〇

二 固有法與繼受法……………一〇

三 國內法與國際法……………一一

四 普通法與特別法……………一二

1. 以人為標準之區別

2. 以地為標準之區別

3. 以事為標準之區別

五 實體法與手續法……………一三

六 強行法與任意法……………一三

七 公法與私法……………一四

1. 利益說

2. 主體說

3. 法律關係說

4. 統治權說

第四章 法之成立及消滅……………一六

第一節	法律之制定	一六
一	法律之意義	一六
二	法律制定大權	一七
三	法律制定之手續	一七
1.	提案	
2.	翼贊	
3.	裁可	
4.	公布	
5.	施行	
第二節	命令之制定	一九
一	命令之意義	一九
二	命令之種類	二〇
1.	委任命令	
2.	執行命令	
3.	獨立命令	
4.	大權命令	
5.	緊急勅令	
第三節	習慣法之成立	二四
一	習慣法之意義	二四
二	習慣法之成立	二四
第四節	法之消滅	二五
第一	內部原因之消滅	二五

1. 施行期滿 2. 目的事項之消滅

第二 外部原因之消滅……………二六

- 1. 明示廢止
- 2. 默示廢止

第五章 法之效力……………二七

第一 關於時之效力……………二七

一 法律由實施之日始發生效力……………二八

二 法律之效力不溯及既往……………二八

第二 關於人之效力……………二九

第三 關於地之效力……………三二

第六章 法之解釋……………三三

第一 有權解釋(強制解釋)……………三四

一 立法解釋……………三四

二 司法解釋……………三四

三 行政解釋……………三五

第二 學理解釋……………三五

一 文理解釋……………三五

二 論理解釋……………三七

1. 反對解釋 2. 勿論解釋 3. 擴充解釋 4. 限制解釋

5. 補正解釋 6. 沿革解釋 7. 類推解釋

第七章 法之制裁……………四〇

第一節 行政上之制裁……………四〇

第一 對於行政官之制裁……………四〇

第二 對於私人之制裁……………四一

1. 行政罰 2. 行政上之強制執行

第二節 刑事上之制裁……………四二

1. 生命刑 2. 自由刑 3. 財產刑

第三節 民事上之制裁……………四四

1. 損害賠償
2. 直接履行義務
3. 無效取消及解除
4. 權利回復

5. 禁令

第八章 權利及義務……………四八

第一節 權利之觀念……………四八

第二節 權利之分類……………四九

第一 公權與私權……………四九

一 公權……………四九

1. 國家公權
2. 人民公權

二 私權……………五一

1. 人身體
2. 財產體

第二 主權利與從權利……………五二

第三 絕對權與相對權……………五三

第四 得以移轉之權利與不得移轉之權利……………五三

第五 支配權請求權形成權……………五三

第三節 義務……………五五

一 義務之觀念……………五五

二 義務與權利之關係……………五六

三 義務之種類……………五六

第四節 權利義務之得失變更……………五七

第一 得失變更之原因……………五七

1. 狹義之法律事實 2. 行為

第二 得失變更之意義……………五八

1. 取得 2. 喪失 3. 變更

第二編 公法

第一章 基本法(憲法)……………六一

第一節 基本法之觀念……………六一

第一 基本法之意義……………六一

第二 憲法之種類……………六二

1. 成文憲法與不文憲法

2. 欽定憲法與協定憲法

3. 軟性憲法與硬性憲法

第三 我基本法之由來……………六三

第二節 國家……………六四

第一 國家之觀念……………六四

1. 領土 2. 人民 3. 統治權

第二 國體與政體……………六七

第三 統治作用……………六九

第三節 皇帝……………七〇

第一 皇帝之地位……………七〇

第二 皇帝之特權……………七一

1. 不可侵犯權 2. 受特別保護權 3. 榮譽權

第三 皇帝之大權……………七三

第四 帝位繼承……………七四

第四節 人民……………七六

第一	人民之性質	七六
第二	人民之地位	七七
第三	人民之權利義務	七七
第五節	國務總理大臣(輔弼機關)	八〇
第一	輔弼	八〇
第二	副署	八一
第六節	參議府	八二
第一	參議府之地位	八二
第二	參議府之職務權限	八二
第三	參議府存在之理由	八三
第七節	立法院	八五
第一	立法院之性質	八五
第二	立法院之權限	八五
1.	關於立法之權限	
2.	關於行政之權限	
第三	立法院之會合	八六

第四	議員之權利	八七
第五	組織	八七
第八節	國務院	八八
第一	國務院之意義	八八
第二	國務總理大臣與各部大臣之關係	八九
第三	國務院會議	八九
第九節	法院	九一
第一	司法權之意義	九一
第二	法院之構成	九一
第三	司法權之獨立	九二
第二章	行政法	九四
第一節	行政法之觀念	九四
第一	行政法之意義	九四
第二	行政之意義	九五

一	實質的意義之行政	九五
二	形式的意義之行政	九六
第二節	行政組織	九七
第一	行政組織之形式	九七
第二	行政機關之種類	九八
一	行政官署	九八
二	監察機關	九八
三	營造物管理機關或企業機關	九八
四	補助機關	九九
五	執行機關	九九
六	諮詢機關	九九
第三	官治行政組織	一〇〇
一	中央行政組織	一〇〇
1.	國務院	
2.	國務總理大臣	
3.	各部大臣	
二	地方行政組織	一一〇

1. 省長 2. 縣長 3. 旗長 4. 市長 5. 警察廳長

6. 特別市長及警察總監 7. 興安各省長及其下級機關

第三節 官吏……………一七

第一 官吏之觀念……………一七

第二 官吏之義務……………一八

一 職務上之義務……………一八

1. 擔任職務之義務 2. 服從之義務 3. 執務之義務

4. 忠誠之義務

二 地位上之義務……………二〇

1. 保持品位之義務 2. 保守秘密之義務 3. 對一定行為之限制

第三 官吏之權利……………二二

一 身上之權利……………二二

1. 保持官吏身分之權 2. 保持官職之權利

二 財產上之權利……………二三

1. 俸給權 2. 恩給權 3. 受實費償還或實物給與之權利

第四 官吏之責任……………一二四

一 官吏法上責任……………一二四

二 刑事上責任……………一二四

三 民事上責任……………一二五

第四節 行政行爲……………一二六

第一 行政行爲之觀念……………一二六

第二 行政命令……………一二八

一 行政命令之種類……………一二八

1. 由實質上區別 2. 由形式上區別

二 行政命令之有效條件……………一二八

1. 形式的條件 2. 實質的條件

第三 行政處分……………一二九

一 行政處分之觀念……………一二九

二 行政處分之種類……………一三〇

1. 依法規之分類……………一三〇

(1) 依法處分 (2) 裁量處分

2. 依要求有無之分類.....一三一

(1) 自動的處分 (2) 他動的處分

3. 依內容之分類.....一三一

(1) 命令及禁止 (2) 認可 (3) 許可 (4) 免許

(5) 特許 (6) 公證 (7) 裁決

第五節 行政救濟.....一三四

第一 行政救濟之觀念.....一三四

第二 行政救濟之種類.....一三五

第六節 行政監督.....一三六

第一 行政監督之觀念.....一三六

第二 行政監督之種類.....一三六

一 直接監督與間接監督.....一三六

二 積極監督與消極監督.....一三七

第三 監督之形式.....一三七

一 監視……………一三七

二 訓令……………一三七

三 取消……………一三七

第七節 各部之行政……………一三八

一 內務行政……………一三八

1. 警察行政 2. 助長行政

二 財務行政……………一四〇

三 軍務行政……………一四〇

四 外務行政……………一四〇

五 司法行政……………一四一

第八節 自治行政……………一四一

第一 自治之觀念……………一四一

第二 地方團體……………一四二

一 地方團體之觀念……………一四二

二 我國自治地方團體之沿革……………一四三

三 我自治地方團體之梗概……………一四三

第三 公共組合……………一四五

第三章 刑法……………一四六

第一節 刑法之觀念……………一四六

第一 刑法之意義……………一四六

第二 我國之刑法……………一四七

一 我國罰法之根本方針……………一四七

二 我刑法典之特色……………一四九

第三 刑罰之目的……………一五〇

第二節 犯罪之意義……………一五二

第三節 違法……………一五四

第一 違法之意義……………一五四

第二 違法阻却原因……………一五四

1. 依法令之行爲
2. 因正當業務之行爲
3. 法令上所容認之行爲

4. 正當防衛
5. 緊急避難

第四節 責任……………一五八

第一 責任能力……………一五九

一 責任能力之意義……………一五九

二 責任無能力與限定責任能力之意義……………一六〇

第二 故意及過失(責任條件)……………一六〇

一 故意……………一六〇

二 過失……………一六一

第五節 犯罪之種類……………一六一

一 故意犯與過失犯……………一六一

二 作為犯與不作為犯……………一六二

三 普通犯與特別犯……………一六二

四 政事犯與常事犯……………一六二

五 親告罪與非親告罪……………一六三

六 即成犯與繼續犯……………一六三

七	連續犯與慣行犯	一六三
八	想像的競合犯與牽連犯	一六四
九	現行犯與非現行犯	一六四
一〇	競合犯與累犯	一六四
一一	單獨犯與共犯	一六五
一二	既遂犯與未遂犯	一六六
一三	能犯與不能犯	一六七
一四	重罪輕罪違警罪	一六八
第六節	刑罰	一七一
第一	刑罰之觀念	一七一
一	刑罰之意義	一七一
二	刑罰之種類	一七一
第二	執行猶豫	一七二
一	執行猶豫之意義	一七二
二	執行猶豫之目的	一七二

三 執行猶豫之要件……………一七三

第三 假釋放……………一七四

第四章 訴訟法……………一七四

第一節 刑事訴訟法……………一七四

第一 刑事訴訟法之義……………一七四

第二 新刑事訴訟法之制定及構成……………一七五

第二節 民事訴訟法……………一七六

第一 民事訴訟法之意義……………一七六

第二 私權保護之沿革……………一七七

第三 民事訴訟法與刑事訴訟法之區別……………一七七

第四 現在民事訴訟法之制定及構成……………一七七

第五章 國際法……………一七九

第一節 國際法之觀念……………一七九

第一 國際法之意義	一七九		
第二 國際法與國際私法之區別	一七九		
第二節 國際法之主體	一八〇		
第一 國際法主體之觀念	一八〇		
第二 國家之性質	一八〇		
第三 國家之承認及滅亡	一八一		
第四 國家之種類	一八二		
一 主權國	一八二		
1. 君合國	2. 政合國	3. 聯邦	4. 合衆國
二 一部主權國	一八四		
1. 被保護國	2. 聯邦國或合衆國之各國各洲	3. 永世中立國	
三 屬國	一八五		
第三節 平時國際法	一八六		
第一 國家之基本權	一八六		
一 獨立權	一八六		

二 自衛權……………一八七

三 平等權……………一八七

四 相互尊重權……………一八七

五 自由交通權……………一八八

第二 代表機關……………一八九

一 外交官……………一八九

二 領事官……………一九〇

第三 條約……………一九一

第四 國際爭議解決手段……………一九二

一 平和的解決手段……………一九三

1. 斡旋 2. 調停 3. 國際調查委員會 4. 仲裁裁判

5. 依國際聯盟規約之解決

二 強迫的解決手段……………一九四

1. 報復 2. 復仇 3. 平時封鎖

第四節 戰時國際法……………一九六

第一 戰爭之意義	一九七
第二 戰爭之開始	一九七
一 戰爭之開始	一九七
二 戰爭開始之直接效果	一九八
1. 條約	
2. 通商	
3. 敵國人民	
1. 敵國人民之財產	
第三 戰爭之終了	二〇二
第四 戰爭法	二〇三
一 陸戰法規	二〇三
1. 交戰者	
2. 俘虜	
3. 間諜	
4. 害敵手段	
5. 軍使	
6. 傷病者之待遇	
7. 佔領	
8. 攻圍砲擊及降伏	
二 海戰法規	二〇八
第五 局外中立	二一〇
第五節 國際聯盟	二一一
一 國際聯盟之組織	二一一
1. 聯盟總會	
2. 聯盟理事會	
3. 聯盟事務局	
4. 常設國際仲裁院	

二 國際聯盟之職務……………二二三

第三編 私法

第一章 民法……………二一五

第一節 民法之意義及我民法之制定……………二一五

第一 民法之意義……………二一五

一 民法之意義……………二一五

二 民法之本質……………二一五

第二 我民法之制定……………二一六

一 我民法之制定……………二一六

二 我民法之特色……………二一七

第二節 總則……………二一八

第一 通則……………二一八

一 法規適用順序之原則……………二一九

二 權利行使義務履行之原則·····	二一九
第二人(自然人)·····	二二〇
一 權利能力·····	二二〇
二 行爲能力·····	二二一
1. 未成年人 2. 準禁治產人 3. 禁治產人	
一 住所及不在人·····	二二五
1. 住所·····	二二五
(1) 住所 (2) 居所 (3) 暫住所	
2. 不在人·····	二二六
第三 法人·····	二二八
一 法人之意義·····	二二八
二 法人之種類·····	二二八
三 法人之設立·····	二二九
四 法人之機關·····	二三〇
1. 理事 2. 監事 3. 社員總會	

五 法人之消滅……………二三一

1. 解散 2. 清算

第四 物……………二二二

一 物之意義……………二二二

二 物之種類……………二二三

1. 融通物不融通物 2. 代替物不代替物 3. 特定物不特定物

4. 消費物不消費物 5. 可分物不可分物 6. 動產不動產

7. 主物從物 8. 原物孳息

第五 法律行爲……………二三七

一 法律事實……………二三七

二 法律行爲之意義……………二三七

三 法律行爲之種類……………二三七

1. 單獨行爲、契約、合同行爲 2. 生前行爲死後行爲

3. 要式行爲不要式行爲 4. 主行爲從行爲 5. 債權行爲物權行爲

四 意思表示……………二三九

1. 效果意思	2. 表示意思	3. 表示行爲	
五 代理	二四一
六 無效及取消	二四一
1. 無效	2. 取消		
七 條件及期限	二四二
1. 條件	2. 期限		
八 期間	二四三
九 消滅時效	二四四
第三節 物權	二四七
第一 物權之意義	二四七
第二 物權之一般的效力	二四七
一 物權的請求權	二四七
二 優先權	二四八
三 占有權	二四九
一 占有權之意義	二四九

二 占有權之種類……………二四九

1. 直接占有與間接占有 2. 善意占有與惡意占有

3. 過失占有與無過失占有 4. 瑕疵占有與無瑕疵占有

三 占有權之取得……………二五〇

1. 原始取得 2. 繼承取得

四 占有權之效力……………二五〇

1. 占有權之推定 2. 孳息之取得 3. 占有人與回復人之關係

五 占有訴權……………二五一

第四 所有權……………二五四

一 所有權之意義……………二五四

二 所有權之取得……………二五四

1. 所有權之取得 2. 所有權之即時取得 3. 先占 4. 添附

三 共有及總有……………二五六

第五 地上權……………二五七

第六 耕種權……………二五八

第七 地役權	二五八
第八 典權	二五九
第九 留置權	二五九
第一〇 質權	二六〇
第一一 抵押權	二六〇
第四節 債權	二六二
第一 債權之觀念	二六二
一 債權之意義	二六二
二 債權之本質	二六二
三 債權與物權之區別	二六二
第二 債權之標的	二六三
一 給付之意義及要件	二六四
二 特定債權	二六四
三 種類債權	二六四
四 金錢債權	二六四

五	利息債權	二六五
六	選擇債權	二六五
七	任意債權	二六五
第三	債權之效力	二六七
一	債權之效力之意義	二六六
二	債權之對內的效力	二六七
	1. 債務之履行	
	2. 債務不履行	
	3. 強制履行	
	4. 損害賠償	
三	債權之對外的效力	二六九
	1. 債權人代位權	
	2. 債權人取消權	
第四	多數當事人之債權	二七一
一	分割債權關係	二七一
二	不可分債權關係	二七一
三	連帶債務	二七二
四	保證債務	二七二
第五	債權之讓渡	二七四

第六	債務之承受	二七四
第七	債權之消滅	二七五
一	清償	二七五
二	提存	二七五
三	抵銷	二七六
四	更改	二七六
五	免除	二七六
六	混同	二七七
第八	證券債權	二七七
第九	契約	二七八
一	總則	二七八
	1. 契約之意義	
	2. 契約之成立	
	3. 契約之種類	
	4. 契約之效力	
	5. 契約之解除	
二	贈與	二八二
三	買賣	二八二

四	交換	二八二
五	消費貸借	二八三
六	使用貸借	二八三
七	貸貸借	二八四
八	雇傭	二八四
九	承攬	二八四
一〇	懸賞廣告	二八四
一一	委任	二八五
一二	寄託	二八五
一三	組合	二八五
一四	終身定期金	二八六
一五	和解	二八六
第一〇	事務管理	二八八
一	事務管理之意義	二八八
二	事務管理之成立要件	二八九

1. 客觀的要件 2. 主觀的要件

三 事務管理之效果……………二九〇

1. 事務管理之一般的效果 2. 事務管理對於當事人之效果

第一一 不當利得……………二九一

一 不當利得之意義……………二九一

二 不當利得之要件……………二九二

三 不當利得之效果……………二九二

第一二 不法行爲……………二九三

一 不法行爲之意義……………二九三

二 不法行爲之成立要件……………二九三

1. 客觀的要件 2. 主觀的要件

三 不法行爲之效果……………二九四

第二章 商法……………二九五

第一 商法之意義……………二九五

第二 商人通法……………二九五

一 商人……………二九六

二 商業登記……………二九七

三 商號……………二九七

四 商業帳簿……………二九八

五 營業讓渡……………二九八

六 商業代理及商業使用人……………二九八

七 代理商……………二九九

八 居間人……………二九九

九 牙行……………二九九

一〇 匿名組合……………二九九

一一 關於商人行爲之特則……………二九九

1. 契約之成立 2. 請求報酬 3. 商人間之留置權

4. 流質禁止之解除 5. 交互計算 6. 寄託物保管義務

第三 會社法……………三〇三

一 會社之意義	三〇三
二 株式會社	三〇三
三 合名會社	三〇四
四 合資會社	三〇四
第四 運送法	三〇五
一 運送營業	三〇五
二 運送承辦人	三〇五
第五 倉庫法	三〇六
第六 票據法	三〇六
一 匯票	三〇六
二 本票	三〇八
第七 支票法	三〇九
第八 海商法	三一〇
一 船舶及船舶所有人	三一〇
二 船長	三一〇

三	運送	三二一
	1 物品運送	
	2 旅客運送	
四	共同海損	三二一
五	船舶之衝突	三二二
六	海難救助	三二二
七	船舶債權及船舶抵押權	三二二

滿洲
帝國
法制大意

基礎觀念

第一編 基礎觀念

法之觀念

第一章 法之觀念

法之意義如何、由來爲各學者所爭論、每一學者有每一學者之定義、故由現在觀之、歷來之法學者、將不下幾千百、而法之定義、亦將以幾千百計、此幾千百之定義中欲擇一比較滿足之定義、實不可得、良以法之定義、並非單獨可以創作、必須與其他諸科學之發達相並行不能得其結論、故現代對於法之意義、其解釋紛歧不一、頗有莫衷一是之概、以下僅就較爲普通之意義分析述之。

法之意義

第一節 法之意義

法者國家所認定之人類社會生活上行爲之準則也、茲分析述之如次。

法者準則也

一、法者準則也

準則者規則之意也、規則與事實不同、規則者乃闡明事實與事實之關係、推究事實與事實

之順序也、換言之、宇宙現象之因果律也、例如梨之墜於地上、乃一事實、樹葉落於地上亦一事實、他如投石空中而落下者、亦無非宇宙間之一現象也、而綜合此種事實、斷定「地球上之物體皆受引力之支配」者、乃闡明事實間之關係、具有規則之性質者也、故事實者具體之現象也、法者抽象之規則也、謂「竊取人之財物者處七年以下徒刑」者規則也、乃闡明竊取之事實與處刑之事實之關係也、謂「滿洲帝國皇帝統治之」亦一規則也、乃闡明在之事實與皇帝統治之關係也、故規則之觀念、屬於一般抽象的、以多數之同種現象爲對象其對於個個行爲之規律非法也。

二、法者人類行爲之準則也

法之規律對象爲人類之行爲、行爲者基於意思之身體動靜也、故行爲之要素有二、一爲欲爲某行爲之意思、一爲身體之動靜、如睡眠中之動作、以其無意思、故非行爲、即有意思僅爲精神內部之思考者、亦非行爲、而身體之動靜者身體置於一定狀態之謂也、有積極的向外界表示或發生變動之時、此稱之曰作爲、例如脅迫他人或持刀殺人皆屬之、或有消極的對於現存狀態維持之時、此稱之曰不作爲、例如母親故意不哺乳嬰兒是、無論其爲何種、皆不失爲行爲。

三、法者人類社會生活之準則也

則也
一準

人類相集造成社會，必發生生存競爭之現象，此爲自然之理也，而此種現象，如放任不理，則爭鬪將無所底止，社會生活終必至於覆滅矣，故欲保全社會之發達與社會共同生活之圓滿，必有規律人類行爲之準則在，此所以有法存在之必要也。

法既爲規律社會共同生活之秩序而存在，故對於孤獨生活並無法之觀念可言，今有人焉，單身飄流於孤島之上，而度其單獨生活，其人之行爲，當無以法規律之必要，故法之觀念，乃以人類之社會生活爲前提，維持社會生活之秩序，爲使此種生活圓滿發達，以限制個人之放任爲內容也。

四、法者國家所認定之準則也

維持社會共同生活之秩序，可爲人類生活準則者，當不盡限於法，其中凡經國家所認定者，始具有法之性質，簡言之，國家所認定之準則方爲法，此法與道德宗教等不同之點也，若僅著眼於維持社會共同生活秩序之點，則法與道德宗教固無何差異，其所不同者，在乎經國家之認定與否之點也。〔註〕

（註）稱法爲國家所認定者，乃表示爲兩種意義，其一即是包含承認與制定兩者而言，或有謂法爲國家所制定者誤矣，若法僅限於國家所制定者，則習慣法將不爲法矣，若習慣法國家並未制定，僅有承認爲法之表示而已，其二即表示法未必皆須具有強制力之意

法者國家所
認定之準則
也

也、夫法具有強制力、固為法之通常狀態、然並非法之必具要素、試觀今日之法、毫無強制力者、比比皆是、

意義 國家所認定之人類社會生活上行為之準則也

法

要素

- 1. 法者 準 則 也 以一般抽象的現象為對象
- 2. 法者人類行為之準則也 具有意思之人類行為為始為法之規律之對象
- 3. 法者人類社會生活之準則也 為保持共同生活之秩序始有以法規律必要
- 4. 法者國家所認定之準則也 行為之準則中經國家之認定者方為法此法與道德宗教不同之點

練習問題 試述法存在之必要

第二節 法之基礎學說

法之發生原因安在、其所以拘束人類之理由安在、為法學上極困難之問題、歷來其學說之紛歧不一而足、惟此種學說、大抵皆以當代之政治及法律之思想為根據、故由現在觀之、多不適宜、然均有時代之價值、茲僅就其主要者述之。

一、神意說

法之觀念中由來最久者應首推神意說、彼等以法為神之意旨直接或間接所創造、此種學說

命令說

無論東西各國皆有之，蓋古代人智未開思想幼稚時代，國家之團結其力頗為薄弱，若不假托神意，利用信仰，則法將無人遵奉，無從維持矣。

二、命令說

此說以法為主權者，對於人民之命令，乃產生於君權萬能之專制時代。

民約說

三、民約說

此說以國家由人民互相約束而建設者，故法亦由於人民之契約而成，其本質乃人民自由意思之合意，故亦謂之社會契約說，為法之慮騷所倡，此說於暴君虐政中解放民衆鼓吹自由主義其功績頗偉。

自然法說

四、自然法說

此說主張法並非人與神所創造，乃自然存在之一種現象，故人定法或現實法，不過為人類擬制之法，真正之大法，無須人力，自然的存在也。

歷史法說

五、歷史法說

以法為國民自然所發生之歷史的產物，換言之，法為民族精神之堆積，自然而產生，決非一朝一夕所能造成者，例如蒐集多數之單語，一時著成辭典，此種辭典於國民間當然不能適用，法律亦同，若創造從來所未有之新權利義務，以編纂法典，此種法典以之拘束國民實

難收其功效、故立法者不過將國民之權利確信與法律意識制定法規而已。

法之基礎學說

- 1. 神意說 以法為神所創造
- 2. 命令說 以法為君主之命令
- 3. 民約說 以法為人民互約而成
- 4. 自然法說 以法為自然存在之現象
- 5. 歷史法說 以法為民族精神之堆積

練習問題 一、試述法之神意說 二、試述歷史法說

法與其他規範法則之關係

第二章 法與其他規範法則之關係

法與道德

第一節 法與道德

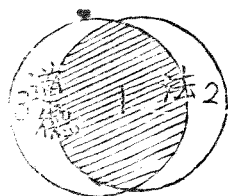
法與道德同為規範的法則〔註〕在古代此二者之界限、頗混淆不明、近世因法律之觀念、甚見發達、其界限亦逐漸明瞭、茲將其大抵之區別標準述之如次

一、最後判定者之不同 道德或為完成個人之人格為目的、或由社會關係所發生、其最後之制定、委於個人良心、或社會良心、其制裁亦為個人的或社會的、法律則不然、其最終之判定、乃委於國家。

二、規律對象之不同 道德對人之行為固勿論矣，即人之內部之意思，亦加以規律，法則僅規律人之外部之行為，凡未表現於外部行為時，法無從而規律之，必其表現於外部之後，始得發揮其規律力。

三、權利者有無之不同 法為兩面的關係，道德為片面的關係，大抵法皆先從權利方面而設規定，其反面則必有義務之關係，故法大半莫不發生權利義務之兩面關係，道德則反是，祇有義務，並無權利可求，例如對於窮困之恩人友人，在道德上雖有扶助之義務，然而此種恩人友人並無請求扶助之權利。

四、支配範圍之不同 道德所支配之範圍，較諸法之支配範圍為大，換言之，法所支配之範圍，不過為道德所支配領域之一部分，即法為道德之最小限度也，法所支配之範圍，皆為道德所支配之範圍，而道德所支配之範圍，則未必為法所支配之範圍，違法之行為，雖常為不道德之行為，不道德之行為，則未必盡為違法之行為，此為從來一般之解釋也，然亦有兩方獨特專有之範圍，例如不許竊盜，不許殺人，此法律與道德共通之領域也，然對於規定某種事物之名稱種類以及時效等之法則，只屬於法之範圍與道德無關，至於須扶助恩人友人則只屬於道德之範圍，與法無關，總之其支配之範圍亦有相同之領域亦有專有之領域，試以圖示之如次



1. 相同之領域
2. 法專有之領域
3. 道德專有之領域

(註) 法則之中有自然的法則與規範的法則、自然的法則者、必生一定結果之法則也、如天體運行、物體下落等物理化學上之法則屬之、此種法則不可以人力支配之、規範的法則者指於一定條件之下可生某種結果之法則也、僅有辨別事物標準之性質、未必與事實相符合、例如須孝敬父母、不許殺人屬之。

法與道德之異同

- | | |
|----------------------------|---|
| <p>同點</p> <p>同為人類行為之準則</p> | <p>差異</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 最後判定者之不同
道德之最後判定者為良心、法之最後判定者為國家 2. 規律對象之不同
道德規律人之行為與意思、法則僅規律行為 3. 權利者有無之不同
道德只有義務無權利、法則權利義務恒相對立 4. 支配範圍之不同
有相同之領域、亦各有其專有之領域 |
|----------------------------|---|

練習問題 試述法與道德之差異

第二節 法與宗教

古代以法為神意之表現、故法與宗教之觀念、常相混淆、迄至近世始見分明、其區別之標準、大抵如次

一、最後判定者之不同 宗教乃以神為中心、以信仰維持之、故最後之判定者為神、法乃屬於國家、由國家維持之、故其最後判定者為國家。

二、權利者有無之不同 法為兩面關係、宗教為片面的關係、只有義務存在並無權利可言、不過其根據與道德微有不同、宗教上之義務、乃神之命令、服從此種命令、純係基於信仰心、道德上之義務、乃根據社會上之良心、對於違反義務時所加之制裁、在宗教上即為神之罰、在道德上即是社會輿論之非難、一為信仰上之痛苦、一為社會地位之墜落。

同點 同為人類行為之準則

法與宗教之異同

差異

- 1. 最後判定者之不同 法之最後判定者為國家、宗教之最後判定者為神
- 2. 權利者有無之不同 法恒以權利義務相對立、宗教則僅有義務並無權利

練習問題 試述道德上之義務與宗教上之義務

第三章 法之分類

法以觀察之標準不同，有種種之分類，茲將其主要者，分述如次、

一、成文法與不文法

成文法與不
文法

成文法者乃國家經過一定之立法程序、擬成文書、且以一定之形式而公布施行之法也、故亦曰制定法、組織法、民法、刑法、以及其他之諸法典屬之、不文法者成文法以外之法也申言之即由國家認定其有法之效力、且夫具有立法程序之法也、故亦曰非制定法、有習慣法與理法之別、習慣法者乃多年之慣行反覆續行之結果、具有法之價值、且不反公序良俗、為國家所認定之法也、理法者基於條理所成之法也、條理者正誼之觀念也、即人性之自然的判斷且具有客觀的妥當性〔註〕

（註）試觀法之發達沿革、最初所發生者乃不法文、成文法之見於世乃後代之事也、稽之東西各國無不如此迨文化大啓、社會生活之形式愈加複雜、遂以成文法為原則矣、蓋成文法不僅使人民易於遵守、且立法者隨時勢之進化、得以隨時制定法規故也。

二、固有法與繼受法

固有法與繼
受法

固有法者乃其國固有之法、為其人民之血統、生活、風俗、習慣、語言之結晶也、換言之即由其國固有文化所遞嬗衍生之法律也、繼受法者乃採取外國法為材料、以創設新法制、或受外國之法律所影響而制定之法制也、如羅馬之市民法、中國之唐律〔註一〕等屬於固有法

如德國法國等之民法，係取材於羅馬法、日本之大寶律令〔註二〕、係倣效唐律而制定者此等屬於繼受法〔註三〕

（註一）市民法爲羅馬固有之法律、專適用於羅馬市民、其他各國寄居人民、則適用其他法律、名之曰萬民法。

唐律者中國唐代之律爲最古之具體的刑律、有武德律、貞觀律、開元律、永徽律四種

（註二）大寶律令爲日本文武天皇四年刑部親王藤原不比等受勅令倣唐律而撰定者、共有律六卷令十一卷然現存者僅有散見於令集解等之逸文

（註三）固有法又謂之母法、繼受法又謂之子法、如羅馬法爲母法、德國法國之民法爲子法、唐律爲母法大寶律令爲子法、而子法以後如他國倣效時、尙可爲母法、如德國法國之民法本爲羅馬法之子法然日本之民法又取材於法國之民法、故法國之民法又爲母法日本之民法爲子法。

三、國內法與國際法

國內法與國際法

國內法者爲國家所認定之法、以一國主權所及之範圍、爲其適用範圍、故其對象則爲國家與人民以及人民相互間之法律關係、國際法者爲國際團體認定之法、其適用之範圍爲國家相互間、故其對象爲國家相互間之法律關係、國內法由國家之權利維持其執行、故有絕對之保

障、而國際法則不然、對於違反者之制裁、較諸國內法甚為微弱、故學者有主張國際法不為法律者然此非正鵠之論、蓋法律之本質未必以制裁力之有無為必要之要素也。

四、普通法與特別法

普通法與特別法
別法

普通法與特別法、復因人、因地、因事有所不同、茲分述之

1. 以人為標準之區別 適用一般人之法謂之普通法、適用於特種地位以及特種職業之法謂之特別法、前者民法刑法屬之、後者如軍刑法、文官令等屬之

2. 以地為標準之區別 其效力及於全領域者謂之普通法、僅及於特殊地方者謂之特別法如刑法民法等於全領域內皆可適用、故曰普通法、如縣令、警察廳令等僅能施行於一地方故曰特別法

3. 以事為標準之區別 適用於一般之事項者謂之普通法、適用於特種事項者、謂之特別法然此區別非絕對的、乃係相對的即乙法為甲法之特別法、而乙法又可為丙法之普通法、例如商法為民法之特別法、而銀行法又可為商法之特別法也。

按普通法與特別法區別之實益、乃在創立「特別法優於普通法」之原則、故凡有特別法時須先依據特別法、必無特別法、或特別法無規定時、始可適用普通法、例如軍人犯罪、則必先適用軍刑法、軍刑法無規定、方可適用一般之刑法。

五、實體法與手續法

實體法者規定權利義務之實體者也、實體云者、權利義務之性質、所在、範圍之謂也、如刑法民法等屬之、手續法者關於運用法之程序也、如民事訴訟法刑事訴訟法等屬之、然此非絕對之分類、實體法之中、未嘗不有手續法之規定、而手續法之中、亦未嘗不有實體法之規定如民法之中多有手續法之規定、不過此種區別、在法律適用上並無何等實益可言、僅當立法之際、實體規定與手續規定應留意分別規定而已〔註〕

（註）實體法與手續法亦有謂主法與助法者、蓋實體法爲主、手續法有補助的性質故也或亦有稱手續法爲程序法者。

六、強行法與任意法

強行法者因公益上之理由、不問當事人適從與否、均應絕對的適用之法規也、任意法者其適從與否、一任個人之意思而決定之法規也、憲法刑法等之公法屬於前者、民法商法等之私法屬於後者、此不過大體之區別、公法之中未嘗無任意法之規定、私法之中、亦未嘗無強行法之規定、要之、嚴格之區別、必一一探索各法條之精神而決定也。〔註〕

（註）任意法如果一旦適用後、亦有強行的性質、此點與強行法並無差別、不過當事人預先表示反對意思即得免去適用、此點與強行法有所不同、如民法第一百零一條「法律

行爲之當事人表示與不關於法令中公共秩序之規定相異之意思者從其意思」其所謂「不關於公共秩序之規定」者即任意法也。

公法與私法

七、公法與私法

法有公法私法之區別、此說自羅馬以來、即有其沿革歷來之學說頗繁、迄今尙無定論、茲將其主要者述於次。

1. 利益說 此說以法所保護之利益、爲公法與私法區別之標準、其保護之利益爲公益時屬於公法、爲私益時屬於私法、第公益私益之觀念、其區別之標準甚難、假定公益指社會公共之利益而言、私法指社會各人之特殊利益而言、於是則私法爲保護私益之工具、公法爲保護公益之工具矣、但公法決不能漠視私益而成立、私法亦不能不顧公益而獨自在、刑法行政法等本爲保護公益之公法、然其中關於個人生命財產之法規、又爲不少、民法等本爲保護私益之私法、然其中關於保護一般公益之規定、包括甚多、故此說不足採取。

2. 主體說 此說以法律關係之主體、爲公法私法區別之標準、故規律國家與公共團體間以及國家、公共團體與人民相互間之關係者爲公法、規律人民相互間之關係者爲私法、然國家之於私經濟地位與人民訂立契約時、或購買物品、或經營鐵路等、屬於私法、毫無

疑義、是國家亦爲私法關係之主體矣、故此說仍不足取。

3. 法律關係說 此說以法所規律之關係如何、爲公法私法區別之標準、以公法爲不平等即命令服從關係、以私法爲平等對立之關係、換言之、前者爲支配關係、後者爲非支配關係、此說大抵尙無不可、然公法中之國際法、並非命令服從關係、乃平等對立關係、私法中之民法親屬篇、如親子關係、並非平等對立關係、乃命令服從關係、若依此說、則國際法必爲私法、民法親屬篇必爲公法矣。

4. 統治權說 此說以統治權之發動與否、爲公法私法區別之標準、關於國家統治權發動之法爲公法、其外爲私法、近時大抵皆採取此說、蓋此說既無主體說之「國家公共團體與個人之契約爲公法關係」之非難、又無法律關係說之矛盾頗爲正鵠之論。公法與私法不惟其解釋理論相異、且其系統終難相混、故有區別之必要。

一、成文法與不文法 擬成文書、依一定之形式所公布者爲成文法、反是爲不文法

一二、固有法與繼受法 其國固有之法爲固有法、由外國輸入、或取材於外國所制定之法爲繼受法

法之分類

三、國內法與國際法

由一國主權者所認定、適用於一國主權所及之範圍之法爲國內法、規定國家相互間之法律關係爲國際法

四、普通法與特別法

適用於一般人或事而全領域之法爲普通法、適用於特別人特別事項特別地域之法爲特別法、特別法優於普通法

五、實體法與手續法 規定權利義務實體之法爲實體法、規定運用手續之法爲手續法

六、強行法與任意法 不問當事人之意、如何、絕對的適用之法爲強行法反是爲任意法

七、公法與私法 國家統治權發動之法爲公法、反是爲私法

練習問題 一、試述成文法與不文法之區別 二、試述普通法與特別法之意義

三、試述公法與私法之意義

第四章 法之成立及消滅

法之成立及消滅

法有成文法與不文法之別、成文法者國家依一定之程序擬成文書、公布施行之法也、不文法者未具有立法程序而國家認定其有法律效力之法也、於前章業已述過、茲對於成文法中之法律與命令之制定手續及不文法中之習慣法之成立、簡單述之如次

法律之制定

第一節 法律之制定

一、法律之意義

法律一語有廣狹二義、廣義所謂之法律、與法相同、如謂修習法律知識等、皆將法律用於廣義之例也、狹義所謂之法律者、指組織法上、賦與法律名稱之法律也、其制定須經過一定之程序與方法、換言之、即經過立法院之翼贊及諮詢參議府、所制定之成文法律也、例如刑法、民法、以及各種單行法等、即此狹義所謂之法律也、本節所謂之法律、即指此而言、但

對此有應注意之事項、即依組織法第三十六條、皇帝暫時得經諮詢參議府、發布有與法律同一效力之勅令、故現在之法律、暫時皆不經立法院之翼贊、僅經諮詢參議府、以勅令發之、蓋現尙無立法院之設並鑑於我國現下之情形、以簡捷爲必要故耳。

二、法律制定大權

我國法律制定之大權於組織法上、屬於皇帝、組織法第五條「皇帝依立法院之翼贊、行立法權」即此意也、觀本條「依立法院之翼贊」之點、及第十五條法律諮詢參議府之點、似乎法律制定權、屬於立法院及參議府、其實不然、法律制定之大權、實專屬於統治權總攬者之皇帝也、不過法律之制定、有關於國家及人民之利害者頗多、此所以以立法院之翼贊爲必要條件也、故立法院之翼贊、僅將提出之議案、加以審議、確立其內容、奏請皇帝、予以採納而已、至於其決定爲法律與否、實在乎皇帝之裁斷耳、立法院不能強制皇帝決定法律、固無待論即諮詢參議府、亦不過上奏意見而已、至於採擇其意見與否、一任皇帝之意思以決定之。

三、法律制定之手續

法律之制定、須經過五種步驟、即提案、翼贊、裁可、公布、施行是也。

1. 提案 提案者將法律案提出於立法院也、有提案之權限者爲政府、但須經皇帝之勅裁。

2. 翼贊 翼贊者乃將提出於立法院之法律案、加以審議、於裁可以前予以同意之謂也、此

爲法律成立之必要條件、(組織法第十七條)〔註〕

3. 裁可 經立法院翼贊之法律案、皇帝經諮詢參議府後(組織法第十五條)依皇帝之裁可法律案始得確定爲法律、裁可者、乃採納立法院之翼贊、加以國家之確定意思之行爲也。蓋立法院之翼贊、僅爲內部確定意思之行爲、對於外部則不能謂爲國家之確定意思、必也經皇帝之裁可始可爲國家之意思也。

4. 公布 公布者以裁可所確定之國家意思、向外表示之行爲也、蓋裁可僅爲國家意思之確定、尙不能謂國民行爲之標準也、故公布之目的乃將國家之確定意思、向外表示、使人民得以周知之也。

法律公布之方法、大抵皆揭載於政府公報以行之。

5. 施行 法律公布後未必即時生效、欲其生效、必待國家之行爲、此種行爲謂之法律之施行、換言之法律現實的發生效力、謂之施行。

吾國之法律制定程序、固如上述、然組織法於康德四年六月補修、因無立法院之設、依第三十六條之規定、以勅令之形式公布、但公布之際、於上諭須載明「朕依組織法第三十六條……」之旨其他與勅令無何差異、惟其規定內容與法律相同、故現在實際之制定程序、先由各主管部大臣將法律案提出於國務院、經法制處審查後、再付諸國務院會議、國務院會

議通過時、皇帝經諮詢參議府、然後經皇帝之裁可、再行公布後、法律即成立矣。

(註) 法律之制定、固以立法院之翼贊為必要條件、然此不過原則上如此、依組織法第二十四條第二項立法院否決法律案時具其理由、附諸再議、仍不改時諮詢參議府決定其可否、是雖無立法院之翼贊亦得制定法律。

法律之制定

一、法律之意義 經過立法院之翼贊及經諮詢參議府所制定之成文法也

二、法律制定之大權 屬於皇帝裁斷、立法院之翼贊與參議府之意見、皆不能強制皇帝決定法律

1. 提案 政府將法律案提出於立法院

2. 翼贊 加以審議予以同意

三、法律制定之手續 3. 裁可 採納立法院之翼贊、加以國家之確定意思之行為

4. 公布 將裁可之國家之意思向外表示之行為

5. 施行 法律具體的發生效力之謂

練習問題 一、試述法律制定之手續 二、試述法律之意義

命令之制定

命令之意義

第二節 命令之制定

一、命令之意義

命令者不經立法院之翼贊、所制定賦與命令名稱之成文法也、組織法所稱之勅令、或命令

即屬於此、命令所以與法律不同之點、在乎制定手續上、經過立法院之翼贊與否以爲定、由實質而言、與法律毫無差別、兩者皆爲國家之有確定拘束力之意思表示、不過命令之形式的效力、占在法律下位、不得以命令變更法律（組織法第七條）也、但緊急勅令與委任命令、及依組織法第三十六條所制定之勅令、不在此限、可謂上述之例外也。

命令之種類

二、命令之種類

命令有皇帝自行制定者、亦有受委任授權由行政機關制定者、故命令依制定之機關不同、有勅令、院令、部令、省令、縣旗令、廳令等之區別、此種命令制定之手續、皆依公文程式令或地方官署命令程式令所定、〔註一〕
命令若由實質上而行分類、則有左列各種〔註二〕

委任命令

1. 委任命令

委任命令者、基於法律之委任、所制定之命令也、所謂法律之委任者、對於某事項、法律不自行規定、宣明得以命令制定之謂也、委任命令不能因其委任之法律廢止、失其效力、蓋委任命令之所以有規定法律事項之權者、固因有委任之法律始發生、然其後法律與命令之間、於規定上、並無本末不離之關係也。

法律委任命令之時、有種種、或法律之施行期日、委任於勅令、如刑法附則「本法施行

日期、以勅令定之」之類屬之、或對於一定事項、得以勅令設例外、或對於隨時變化之事項、使勅令適宜規定之是也。

2. 執行命令

執行命令者、皇帝爲執行法律、所發布或使發之命令也、（組織法第七條後段）普通具有某法施行法、（例如刑法施行法）或某法施行規則、（例如質業取締法施行細則）之名稱者、即執行命令也、以規定法律上必要之手續爲目的、故其內容不許與該法律之內容相抵觸、且不得規定該法律所未想到之新權利義務也、由斯以觀、執行命令實附隨於基本法律而存在、故基本法律消滅時、當亦隨之消滅、失其存在矣。

3. 獨立命令（行政命令）

獨立命令者、皇帝爲維持增進公共之安寧福利所發布或使發布之命令也、（組織法第七條前段）此乃應乎行政實際上之必要、所制定之命令、所謂維持公共之安寧所發之命令者、乃指消極的爲防止社會公共之危害所發之命令、即指警察命令而言也、所謂增進公共之福利、所發之命令者、乃指積極的爲人民之幸福利益所發之命令、通常屬於助長行政之範圍也。

獨立命令如上述、涉於行政各部、以助長公益、保持安寧爲目的而制定者也、但不得規

獨立命令
（行政命令）

大權命令

定立法事項、又不得變更法律。

4. 大權命令

大權命令者、皇帝基於大權、獨立所發之命令也、皇帝之大權、皆於組織法中有其規定、大權命令之制定、無須乎經立法院之翼贊、其主要者如制定官制、定俸給（組織法第九條）軍令（組織法第十條）榮典令、（組織法第十二條）恩赦令、（組織法第十三條）等是也。

緊急勅令

5. 緊急勅令

緊急勅令者、根據組織法第八條所發之替代法律之命令、即皇帝為維持公安、或防遏非常災害、在不能召集立法院時、得經諮詢參議府所發之命令、且有與法律同一效力之謂也。緊急勅令限於具備左列要件時、始得發布。

（一）為維持公安、或防遏災害、即因天災、飢饉或戰爭限於維持公安或防遏災害或為救濟始得發布、若僅為增進人民之利益時不得發之

（二）須當緊急之情形、即若不發布勅令、不能維持公安、或不能防遏非常災害時為必要。

（三）須在不能召集立法院時、在立法院常會會議期間中、無發布之餘地、且具備上述

要件、所發之緊急勅令、在下期會期、應報告之、但爲形式上之報告而已、不必經立法院之承諾也。

(註一) 勅令附上諭公布、並載明經諮詢參議府、御署之後鈐用御璽由國務總理大臣標明年月日副署之或會同主管各部大臣副署之。

一般官署之命令、大抵決定爲其官署之意思後、由各該官署長官簽名標明公布年月日後公布之。

(註二) 命令之中復有帝室令軍令等、帝室令者皇帝關於帝室事項所發布之命令也、軍令者關於陸海空軍統率事項所發布之命令也。

一、命令之意義

不經立法院之翼贊所制定賦與命令名稱之成文法也、其制定各由公文程式令或地方官署命令程式令所定

命令

二、命令之種類

1. 由制定機關之分類、勅令、院令、部令、省令、縣旗令、廳令等

1. 委任命令 基於法律委任所發之命令

2. 執行命令 皇帝爲執行法律所發布或使發之命令

3. 獨立命令 皇帝爲維持增進公共之安寧福利所發布或使發之命令

4. 大權命令 皇帝基於大權所發之命令

2. 實質上之分類

〔5. 緊急勅令 爲維持公安或防遏非常災害在不能

召集立法院時所發之命令

練習問題 試述命令之種類

第三節 習慣法之成立

習慣法之成立

習慣法之意義

一、習慣法之意義

習慣法者、事實上之慣行也、而慣行者、即在過去由多數人所生出自然、且帶有確定性之行為、換言之、在長久期間、繼續反復爲之、漸至養成一種人類之行為標準也、人類之對於習慣也、殆成爲第二之天性、故習慣有適合於正義與善良風俗者、便可取以爲法、不過習慣本無法律上之效力、必須待國家之承認或認定以後、始得成爲法、即習慣法是也、

二、習慣法之成立

習慣法之成立

習慣法之成立（一）須有習慣存在（二）須具備法之價值（三）須不違公共秩序善良風俗（四）須法律無規定（民、第一條）、具以上之要件方能成立、習慣法成立之時期、因無明示故學說甚多、吾人以爲在客觀上凡足經國家認定其爲習慣法時、即其成立之時期也、如以回答不以爲滿足、而強欲求習慣法之成立年月日、是不知成文法與習慣法之區別者也、蓋習慣法之特徵、在乎成立時期不能明確表示之點也。〔註〕

(註) 習慣而能成爲習慣法發生拘束之根據、從來有唱永續慣行說、法庭承認說、法定要件說、國家承認說等之異說

習慣法之成立

一、習慣法之意義 習慣而具有法律之效力時曰習慣法

二、習慣法之成立

在客觀上足經國家認定其爲習慣法時即成立、且須具備左列要件

1. 有習慣存在
2. 具備法之價值
3. 不違公共秩序善良風俗
4. 須法律無規定

練習問題 試述習慣法之成立

法之消滅

第四節 法之消滅

法之消滅者、其全部或一部絕對的喪失法之存在也、全部喪失其存在時謂之廢止、喪失一部時謂之變更、其消滅之原因有二。

第一、內部原因之消滅

內部原因之消滅者、由於法自體之原因而消滅之謂也、又分爲二。

1. 施行期滿 法有預爲規定有效期限者、於是當期限屆滿時、自然失其效力、例如「本法

內部原因之
滅消

自施行之日起十年有效」則一滿十年、其效力自然消滅。

2. 目的事項之消滅 法所規定對象事項、歸於消滅時、則法失其目的、當然歸於消滅、例如規定博覽會之法令、或傳染病流行期間所制定之法令、依博覽會之期滿、或傳染病之終熄而消滅、然對於此應注意者有二、(一) 法之目的消滅與法之不使用不同、蓋法之內容或有不適於社會情形者、雖經制定公布、因難於施行而實際上未適用者有之、此種法律、不能因其不適用失去其效力、非經國家之意思表示廢止之、不能歸於消滅也

(二) 其目的事項、須絕對的消滅、例如暫行懲治叛徒法、施行之結果、假如此種叛徒雖曾一度消滅、暫行懲治叛徒法、亦不得謂失其存在。

第二、外部原因之消滅

他法之公布施行、因而廢止者、謂之外部原因的消滅、即新法廢舊法也、有明示默示二種法因。

1. 明示廢止 即後法中以明文表示廢止前法之意、例如刑法施行法、第十二條第十三條或康德四年六月五日所公布之組織法中修正之件、「組織法中修正如左」即是適例也。

2. 默示廢止 關於同一事項、新法實施時、則舊法不俟明文廢止、於新舊法抵觸之處、舊法自失其效力、此所謂「後法廢止前法」之原則是也、例如因刑法之公布施行、援用之

中華民國之刑法、除於刑法施行所定之外、當然失其效力。

意義 其全部或一部喪失法之存在也

法之消滅

種類

一、內部原因之消滅

意義 由於法自身之原因而消滅

種類

1. 施行期滿 預為規定期間者、其期間屆滿時

2. 目的事項之消滅 法所規定對象事項消滅時

意義 因他法之公布施行而廢止

二、外部原因之消滅

種類

1. 明示廢止 後法中以明文表示廢止

2. 默示廢止 關於同一事項因新法實施而廢止

練習問題 一、試述法之消滅 二、試述法之內部原因之消滅

法之效力

第五章 法之效力

法之效力、可別為關於時之效力、關於人之效力、以及關於地之效力三者論之、此三者、不過為說明上便宜起見之區別、相互均有關聯、其界限頗有難以區別之虞、而本章所謂法之效力、限於法之一般的效力也、其外如刑法有刑法特殊之效力、民法有民法特殊之效力、其他之法亦莫不然、此應注意者也。

關於時之效力

第一、關於時之效力

法律關於時之效力者、法律應在何時能適用之謂也、茲分述如次

一、法律由實施之日、始發生效力。

法律自公布時雖生拘束力、然於人民生遵守之義務者、通常有一定之期限、是謂法律之施行期限、而其施行期限之規定、各國制度不一、我國對於法律命令之施行期限、除法令另有施行日期者外、自公布之日起算、滿三十日後施行之（康元、三、一勅三、關於法律命令施行日期之件）不文法之效力發生時期、因乏公布之手續、無明瞭之表示、然應由理論上決定之、即由客觀的方面具有法的要件、且有足以受國家認定之情形、即可發生效力、換言之成立為法之時即發生效力也。

二、法律之效力不溯及既往

法之效力、對於施行以前所發生之事項、以不溯及為原則對於施行以後所發生之事項、始有其規律力也、蓋法律之所命令或禁止、若對於既往之事物、而有溯及之效力、是凡國民當法律未制定之先、即有遵守之義務、夫吾人之行為但計現在抵觸法條與否、而於未來則不能預計、若使將來之法律、能溯及現在之行為、則吾人之一言一動、皆有背法破矩之虞、此非所以維持國家安寧之道也。

法律不溯既往之原則 乃法律適用上之原則、非立法上之原則也、國家於必要情形下、採取法律溯及效力時、亦未嘗不可例如為增進國民之幸福、階級之利益而排除非社會的狀態為目的時每多用之。

三、於此應附帶說明者、即新法與舊法之關係及新普通法與舊特別法之關係是也。

1. 新法改廢舊法 對於同一事項、新法施行後、舊法當然因之而改廢此所謂「新法改廢舊法」之原則、於前章業已述過、此無待乎明文也、然立法上通常多明示之。

2. 新普通法不能改廢舊特別法、新普通法施行之後、舊普通法固然因之廢止、但對於原有之舊特別法則否、仍以「特別法優於普通法」而先適用之、故以新普通法中無特別明文為限、舊普通法雖當然因之而廢止、舊特別法、則非當然受其改廢者也、例如新刑法公布後援用刑法雖因之廢止、但暫行懲治盜匪法以及暫行懲治叛徒法、仍然有其效力是也。

第二、關於人之效力

一國之人民皆當服從本國之法律、即外國人居留其國境內者、亦必服從其國法、此為根本原則也、對於此有兩種主義、一曰屬人主義、一曰屬地主義、屬人主義者、法之效力、追隨人民而支配之謂也、甲國之人民不問其在甲國或在乙國、須服從甲國之法、而乙國人民在甲國時則甲國之法不及之仍服從乙國之法是也、屬地主義則反是、法之效力、隨伴一國領土主

權而支配之之謂也、限於其領土內不問何人有絕對支配之力、甲國人在甲國時服從甲國之法、若至乙國則須服從乙國之法、而乙國人至甲國時、須服從甲國之法是也、關於法之效力、漸由屬人主義進化至屬地主義、蓋在古代、逐水草而居、獵禽獸以食、無一定之土地、國家觀念甚弱、其時之法律、專以拘束自國人民、而不及效於外國人民、如古代亞刺伯猶太土耳其羅馬之法律、僅爲亞刺伯人猶太人土耳其人羅馬人之法、〔註〕並非彼等之國法也、此即屬人主義是也、迄至封建時代、各諸侯割據一方、以統治境內各色人種、一方因土地之價值漸次增高、人民與土地之關係、益行密切、遂由屬人主義一變而爲屬地主義、此兩種主義各趨極端、均有窒礙難行之處、故近世多取折衷主義、起而拯其失、即以屬地主義爲基礎、以屬人主義輔之、對於本國領土內之人民、不問何人、除特別原因外一概適用本國法、至對於在外國之自國人民或外國人民、苟其行爲於自國安寧秩序有妨害者、自國法律之效力、亦能及之。

法之關於人之效力與關於地之效力兩者並行、始能有以明確、今試祇著眼於人之效力述如左。

法之效力、既以屬人主義爲原則、故一國領土之內、不問何人、均受其國法之支配、此爲當然之結論、然其中尚有若干之限制、茲分述於次。

一、特別法之效力 有及於特定人或一部分人民者，例如軍刑法、僅適用於軍人、或僅對於一定區域之住民適用之。

二、屬地主義之例外 在自國居留之外國人、依屬地主義本應服從自國之法律、其中有左列之例外。

1. 憲法上之義務即在外國、仍服從本國法、例如納稅義務當兵義務是也。

2. 關於身分能力適用本國法、例如成年年令結婚年令等是也、蓋關於身分能力之法律、皆與其國之氣候風俗人情有密切之關係、凡屬國民、雖居留外國、仍應遵守之、此近世各國之所公認者也。

3. 刑法中有不問何人於帝國領域外適用之規定（第三條至第六條）

4. 享有治外法權者、適用本國法、治外法權之意義、可分為兩種、一為基於國際間之交換的待遇所發生、一為基於條約所發生、前者謂之治外法權、如（1）外國之君主大統領與其從者（2）外交使節與其家族從者（3）外國之軍艦軍隊等、基於特別身分所享有之特權是也、後者即俗所謂之領事裁判權也、領事裁判權者、因國際間之條約、一國人民雖在外國領土內、仍不受外國法律之拘束所有訴訟事件、由本國駐在該國之領事裁判之制度也、我國從前之治外法權即基於條約而發生者也。

三、法律之效力不及於元首 元首居一國統治之地位，法律上應有以保護其尊嚴，故不受法律之制裁，組織法第二條皇帝之尊嚴不可侵犯，乃宣明不受法律制裁之意也。

第三、關於地之效力

關於地之效力

法之關於人之效力與關於地之效力有密切之關係，今試祇著眼於地之效力述如左。

法律關於地之效力，以通行於全國之領土領海及領空為原則，此原則似與關於人之原則互相矛盾，然關於人之時以屬人主義為原則加以屬地的特例，關於地之時，以屬地主義為原則加以屬人的特例，兩者併行，以調和法之效力並非相牴觸也，對此原則有如左之特例。

一、上述關於人之效力中特例二之一至四乃法律通行於全國之領土領海領空原則之例外也。

二、關於地之特別法，僅能適用一定區域，亦此原則之例外也。

(註) 中古以前羅馬人自負為優越民族，視外國人為野蠻人，對羅馬人適用羅馬市民法，不論其居在世界何處皆受其支配，反是外國人雖在羅馬，亦無受適用羅馬法之光榮，另外適用所謂萬民法。

一、關於時之效力

原則 由實施之日發生拘束力以不溯及既往為原則

例外 為增進福利謀階級利益時亦可溯及既往

法之效力

二、關於人之效力

原則 適用於國內一切之人民以為原則

1. 特別法 專適用於特定人

例外

1. 憲法上之義務

2. 身分能力之規定

3. 刑法第三條至第六條

4. 享有治外法權者

3. 法之效力不及於元首

三、關於地之效力

原則 適用於一國領土領海領空為原則

1. 關於人之效力例外之2

2. 特別法 專適用於一定領域

例外

練習問題 一、試述法之關於時之效力 二、試述法之關於人之效力

三、試述屬人主義與屬地主義之區別

第六章 法之解釋

法之解釋、通常分為有權解釋及學理解釋兩種以下分析說明之。

有權解釋
(強制解釋)

第一、有權解釋(強制解釋)

有權解釋者乃有解釋權者對於法律所下之解釋也、即國家自身之解釋也、其中更分爲立法解釋司法解釋及行政解釋三種

立法解釋

一、立法解釋

立法解釋者、立法者所下之解釋也、此種解釋與法律之效力相同、故非法律之解釋、乃法律其自身也、吾人服從立法解釋者、非服從其解釋、其實乃服從法令而已、而其解釋方法不一、或於法令中、明示其解釋、例如民法第九五條「本法稱物者謂有體物」、「火藥類取締法第一條「本法所稱火藥類者係指……而言」、「汽車取締規則第一條第二項「本規則所稱汽車者係指使用獨立原動機而不依軌條行駛之車輛而言」、「等之規定、皆屬於法律自爲之解釋、或以其他法律解釋某種法律如刑法施行法第十九條「刑法稱親屬者謂左列之人」、「之規定、或於法文中以實例表示解釋之標準、例如民法六一三條「以建築物其他之工作物……」之規定、乃表示工作物之一例是也。

司法解釋

二、司法解釋

司法解釋者、法院所下之解釋也、於判決例常見之、下級法院對於上級法院之判決、雖非當然受其拘束、然於一定之限度內、尙不可不謂爲有權的解釋、尤其最高法院對於同一事項

行政解釋

判同樣判決時、則對下級法院、即發生相當之拘束力、觀日本之大審院判例及中國之大理院判例等亦可知之矣。

三、行政解釋

行政解釋者、行政官署所下之解釋也、上級行政機關就法之執行、對於下級行政機關所爲訓令指令等是也、如大同二年二月二十七日司法部指令二六四號關於解釋暫行懲治盜匪法第八條之件即其例也、行政解釋對於一般、雖無拘束力、然對於同一系統之行政機關相互間、仍有其拘束力也。

學理解釋

第二、學理解釋

學理解釋者、學者對於法律上之穩疑義或表現疑義、根據學理所下之解釋也、此種解釋雖不能發生直接之效力、其在學理上之價值、甚爲重要、自不待言、細別之有文理解釋及論理解釋二種。

文理解釋

一、文理解釋

文理解釋者基於法令之字義或文義所爲之解釋也、蓋立法者、乃以文字爲符號、傳達其立法之意旨、故解釋時不可不先明了文字上之意義如何、而後方能探求法律之真意所在、乃當然之理也、並且一般之國民除遵守該文字文章之外、亦別無他途、自不待言、關於文理解釋

尙有應遵守之原則如左。

1. 法令之文字文章，宜從其制定當時之意義解釋之，蓋若隨時勢之推移字義文法之變遷以及隨時隨地，將其意義得任意加以變更，則法律無改正之必要，解釋者亦頗有立法者之感，此不獨有失法之所以爲法之性質，且有司法立法相混同之譏，殊有失於法之安定性也，然對於此點不無例外，茲述之如次。

法令其自身有要求順應社會之進步或字義文義之變遷而解釋者，例如以反於公共秩序或善良風俗之事項爲目的之法律行爲爲無效之規定（民法第一〇〇條）其所謂「風俗」者須順應時代之變遷，依其時代之一般道德標準以解釋之，自不待言，其他有用「相當期間」之條文者（民法第五三一條）此時應根據交通通信機關或行爲之內容等當時之情形以決定其期間者也。

2. 法律之文字文章宜以平易通常之意義解釋之，蓋法律乃使人民遵守者，故立法者制定法律之時，大都用平易可解之文字文章，其解之也除專門用語外宜用該文字文章普通所有之意義，不可用其特別之意義爲解釋法之標準，例如一粒之粟由彼物理學言之，固爲一有體物，若由法律方面觀之，除特別情形外，一粒之粟並無質權之觀念，必以一定之集合體爲單位，對此始能發生權利觀念，又如瓦斯電氣等得爲民法上之有體物與否，

不必待學者之研究，均應依一般之通念決之，如吾人一般之通念均以為有體物，即應適用有體物之法律也。

二、論理解釋

論理解釋者依論理學上之法則而推理之以發見法律真意之謂也，其與文理解釋不同者，一依文法上之法則，以解釋法令中之文字文章為目的，一依論理學上之法則，以推究其法意之所在為目的，論理解釋之方法有七，茲分別述如次。

1. 反對解釋 即對法文所生之結果，而推論其反對之結果是也，例如民法第四條「滿二十歲為成年」則凡未滿二十歲者當然為未成年也，又如某處揭有「此處禁止車馬通行」之標示，其表面之意義為禁止車與馬之通行，然其裏面含有人之通行無妨之意義。

2. 勿論解釋（當然解釋）勿論解釋者於法令明文規定之外，依立法者之意旨，對於未經規定之事，亦當然適用同一之法規是也，例如上述禁止馬之通行，駱駝與象雖未以明文禁止，然由其標示之精神看來，當然亦在禁止之例。

3. 擴充解釋 擴充解釋者法律中所規定之文字文章，失之狹隘或不能發表立法者之真意時乃擴張其意義，以解釋之謂也，例如刑法第一九三條之殺人以文義言，必有實施殺人之行為始得謂為殺人，然有時不必積極的行為，即消極的行為亦可致人於死者（如乳母故

意不喂嬰兒是）又如上述禁止馬之通行、對於牛則如何、似乎立法者所未想及、故此時應擴充至「牛馬」以解釋之也。

4. 限制解釋（縮小解釋）限制解釋者、法律中規定文字文章之意義、失之汎博、致超越立法者之真意時、乃限制之使其合於立法者、真意之謂也、例如民法第二〇六條「土地所有權就其行使於有利益之範圍及於土地之上下」雖有上下之字樣不能解為無限及於上下之意、又如上述禁止車馬通行、由其禁止目的而觀之自行車似乎無妨、故於此場合、應限制其意義以解釋之也。

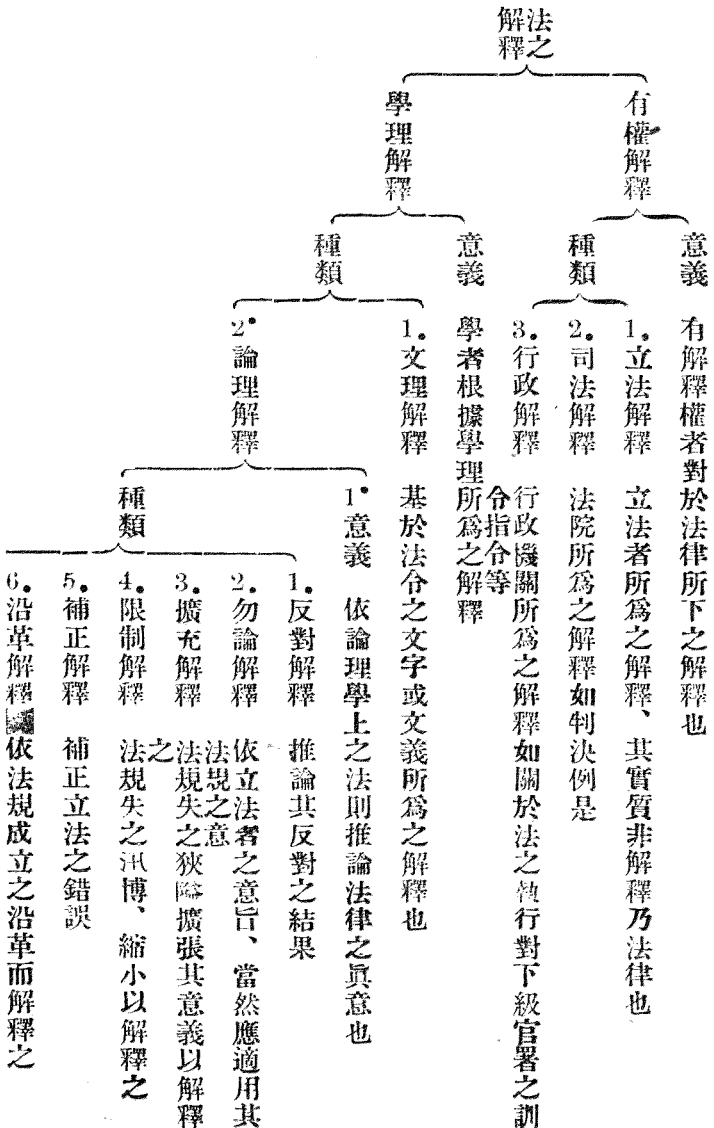
5. 補正解釋 補正解釋者因立法者之不熟練或不注意、當法律制定時、致發生違其真意之論文、設法補正之是也、此種解釋極危險甚或陷於曲解、故非立法者之錯誤明顯時不能用之也。

6. 沿革解釋 沿革解釋者根據法文成立之沿革、即搜集法文之成立之歷史的材料、以為解釋之基礎、而求法之真意所在是也。

7. 類推解釋 類推解釋者法律對某事項無直接之明文規定、然可應用關於類似事項之規定以為解釋之謂也。〔註〕

（註）類推解釋與擴充解釋、是似而非、蓋擴充解釋、將法律文字之意義擴張起來、以

發見立法者之真意、故不外乎解釋立法者所想到之事、然而類推解釋並非發見立法者之真意、乃對於立法者所未想到之事項、而應用其他法規之明文也。



7. 類推解釋 因法規無明文規定、應用類似事項之規定之意

練習問題 一、試述立法解釋 二、試述文理解釋 三、試述論理解釋

四、試述擴充解釋與類推解釋之區別

法之制裁

第七章 法之制裁

制裁者何、處罰也、惡報也、善報則不得謂之制裁、法之制裁者何、對於違法者之處罰或惡報也、如竊盜者須受刑法上之處罰、侵害他人之財產者須負民法上之賠償責任是、故遵奉法律受褒揚者則不得謂爲法之制裁、法之制裁種類頗多、然大抵可分爲三種、即行政上之制裁、刑事上之制裁及民事上之制裁是也。

第一節 行政上之制裁

行政制裁者、對於違反行政法規或行政處分之人、國家機關所予之處罰或惡報也、行政制裁有二、一爲對於行政官之制裁、一爲對於私人之制裁。

第一、對於行政官之制裁

對於行政官之制裁

此種制裁、謂行政官吏所爲之違法行爲或廢弛職務及其他失職行爲者所予之制裁、其制裁方法有二、一爲對於官吏行爲之制裁、一爲對於官吏自身之制裁、前者如監督官署認爲下級

官署之行為有達成規害公益侵權限者撤銷或停止其處分、後者基於特別權力關係之處罰即懲戒處分是也、〔註〕至於懲戒之種類依我國文官令有左列各種。

一、免官

二、停職

三、謹慎

四、申誡

第二、對於私人之制裁

此種制裁、謂私人違反行政法規或處分所予之制裁也、其中有行政罰及行政上之強制執行二種。

1. 行政罰、行政罰者、對於過去之義務違反者、國家基於統治權、所科之處罰也、行政罰中、最著者為警察罰、即對於違反警察法規者、警察官署所科之罰也、行政罰乃對於違反行政法上之義務者所科之處罰、故與對刑事犯罪所科之刑事罰不同、其對於過去之義務違反所加之制裁、又與對將來之強制執行之執行罰相異、其基於一般統治權之處罰、又與基於特別權力關係之懲戒罰相區別

2. 行政上之強制執行、行政實施之時、對於人民強制其履行特定的行為（積極的行為）或

對於私人之
制裁

不行爲（消極的行爲）或使實現與履行同一之狀態、是謂之行政上之強制執行、依現行行政執行法其手段有三、代執行、執行罰及直接強制是也。

（1）代執行、代執行者對於法令或基於法令所命之作爲義務、而義務者不履行其義務時命令官署或自爲義務者之行爲或使第三者爲之而後向義務者徵收其費用之謂也。

（2）執行罰、執行罰者告誡義務者使其履行義務、若經過一定之期日、義務人尙不履行或其行爲非他人所能代行者或其義務爲不行爲時、對於其義務不履行所科之罰是也。

（3）直接強制、直接強制者、因事情急迫或不能用代執行與執行罰之方法強制其履行義務時、則對於義務者之身體或物件加以實力、以使其實現與義務履行同樣之狀態是也

（4）費用及過料之強制徵收、代執行之費用或應科之過料、義務者不交納時得依國稅徵收法（康三、五、二八、勅令七三）強制徵收之。

第二節 刑事上之制裁

刑事制裁者、對於違反刑律或其他之罰法令者、國家以犯罪爲理由、予以相當責罰之謂也。刑罰之種類甚多、古代尤甚、然就我國而言、依新刑法之規定、則有如左數種。

一、生命刑 生命刑者剝奪犯罪人生命之刑即死刑也、死刑爲刑罰最重者、必罪大惡極、始予以此刑、故其目的非在使犯人受以痛苦、亦非希其改悔、亦非懲戒之手段、乃使犯人與

社會脫離永久免其危害而已，古代之死刑、例如磔、車裂、鋸、腰斬、凌遲等皆是，然此皆過於慘酷，並有失法律之意義，故近世多用絞刑我國亦從之（刑法第三十二條）又古代有梟首、曝屍、棄市等等死後加以凌辱者，此皆有失人道，近世文明各國，皆不採取。

二、自由刑 自由刑者乃剝奪犯罪人自由之刑罰也，此種制度乃創自近世，一方使犯罪人受精神上之痛苦，俾其改過遷善，一方使其與社會隔絕，免其再犯，於刑事政策上為最有效之制度，近世各國莫不採用此制，我國亦從之（刑法第三十條）自由刑之種類依各國有所不同，我國於新刑法所定者如次

1. 徒刑 徒刑為無期及有期徒刑為一月以上十五年以下但有特別規定者其長期得至二十年（刑法第三十三條）

2. 禁錮 禁錮為無期及有期禁錮為一月以上十五年以下但有特別規定者其長期得至二十年（刑法第三十四條）

3. 拘留 拘留為一日以上六十日以下（刑法第三十六條）

三、財產刑 財產刑者剝奪犯罪人資產之刑也，在私有財產制度之下，財產為人類生息上不可缺少者剝奪沒收之，或使其效用毀滅之，所以使犯人感其痛苦也，如我刑法上之罰金科料及毀滅效用是，古代有贖罪之制度，凡處死刑或身體刑者，如繳納金錢即得免其刑罰，然

近世並無採取之國家。

考古代刑罰最爲嚴酷如墨、劓、剕、宮、鞭、朴、贖、笞、杖等之身體刑最爲流行、然此種刑罰、大背人道、隨時代之進化當已絕跡不見矣、邇來文明國家之刑罰身體刑大抵皆避免不用、其大部分爲自由刑、其次則爲財產刑、蓋此種刑罰、依罪之大小、其伸縮自由、且達成刑法之目的、最爲適切故也。

民事上之制裁

第三節 民事上之制裁

民事制裁者、對於侵害他人權力懈怠自己義務者國家依法律所予之惡報也、其請求之方法曰民事訴訟。

刑事制裁與民事制裁此二者其性質大異、一用之科罰犯罪者、一施之侵害他人權利懈怠自己義務者、但違反法律之行爲往往同時有觸及兩方之制裁者、一方爲犯罪行爲他方爲侵害他人權利行爲、而致發生民事刑事上兩種制裁者、例如侵占在刑法上爲犯罪行爲、於民法上爲侵占他人之物、乃係侵害他人之權利、宜負損害賠償之責任、此時刑事制裁、由檢察官之公訴而生、民事制裁、由被害者之私訴而生當公訴提起時、被害人可連帶提起私訴、此謂之附帶私訴（刑訴四五〇條）此種私訴可謂於民事訴訟之一部分、民事制裁之種類、舉其要者略述於左。

一、損害賠償 因故意或過失、違法加損害他人之人、任賠償其損害之責（民法第七三二條）此即損害賠償之規定、而損害賠償者填補他人所受之損害也、損害云者財產或其他法益所受之不利益也、此處所稱其他之法益者乃指生命身體名譽健康感情而言、如民法七三三條即規定對於非財產的損害之賠償也、故此處所謂之損害賠償者由法院判決使加害人賠償被害人之一切損失也。

二、直接履行義務 履行義務者、謂本於法院判決、使義務人、直接履行其義務也、此種直接履行之方法、其性質有為金錢所不能賠償者且有不能代為履行之事項、例如某藝術家與人訂約繪畫、後來若畫家不履行其義務時、雖有金錢亦不能賠償、必使為直接之履行也。

三、無效取消及解除 無效者使某法律行為不發生法律上之效果也、凡為法律所禁止或違反公序良俗之事項為標的之行為、悉為無效例如請求賭博、賣淫之金錢是也、（民法一〇〇條）取消者謂某種行為以為其不具備條件、由取消權者取消之後失其法律上之效力也、例如民法第五條「未成年人為法律行為須得其法定代理人之同意」是此種行為並非全然不發生法律上之效力、當其未取消以前不能視為當然無效。

解除者、因一方不履行義務或履行而不完全時、其相對之一方將其契約解除之謂也、如民法第五三一、五三二、五三三條是也。

四、權利回復 權利回復者、權利人受無權利人之妨碍、以致不能行使其權利時、經法院判決、得回復其權利、民法第一九七條第一項「占有人占有被侵奪者、得請求其物之返還、及損害賠償」即其適例、其他凡財產被侵害、經法院判決返還者、皆謂之權利回復。

五、禁令 禁令者、對於違背法律、侵害權利、或懈怠義務之行為、方在予備中、或已實行尚在繼續中、受損害之當事人、得請求法院判決、審判官予為禁止命令其行為所發之命令也、如民法一九八條、一九九條等、即其適例也。

(註)特別權力關係者、對一般統治關係而言、非基於一般國民之地位、乃於特別之地位、服從統治之關係也、例如官吏之與國家、學生之與學校此稱之曰特別權力關係。

一、行政上之制裁

意義

對於違反行政法規或行政處分之人國家機關所予之處罰

種類

1. 對行政官之制裁

- 1. 對官吏行為之制裁 取消停止處分
- 2. 對官吏自身之制裁 免官、停職、謹慎、申誠

2. 對私人之制裁

- 1. 行政罰 對過去之義務違反國家所科之罰
- 2. 政行上之強制執行 代執行執行罰直接強制費用及過料之強制徵收

意義

對於違反刑罰法合國家以犯罪為理由、予以相當實罰也

法之制

二、罰事上之制裁

種類

1. 生命刑 剝奪生命即死刑也

1. 徒刑

2. 自由刑 2. 禁錮

3. 拘留

1. 罰金

3. 財產刑 2. 科料

3. 毀滅效用

三、民事上之制裁

意義

對於侵害他人權力懈怠自己義務者所予之惡報也

種類

1. 損害賠償

2. 直接履行義務

3. 無效取消及解除

4. 權利回復

5. 禁令

練習問題

一、試述行政上之制裁 二、試述刑事上制裁之種類

三、試述損害賠償之意義

權利及義務

權利之觀念

第八章 權利及義務

第一節 權利之觀念

觀法律發達之程序，乃由義務觀念、逐漸進步至權利觀念者也，如羅馬之烏爾比央、以法學為神事人事之知識、正不正之學、崔爾賽亦以法為善良及公正之術、其他希臘之學者、皆說明法為正義之觀念、當此時各人皆重正義之結果、惟知有義務觀念、無所謂權利在也、遞至德國學者、倡法律為權利學以來、法學之觀念、由義務中心一變而為權利中心、各人之權利思想因以發達、而昔日之以義務為本位者、遂進於今日以權利為本位矣、然則權利之意義如何、曰權利者以意思得以主張利益之法律上的力也、〔註〕

1. 權利者法律上之力也 所謂法律上之力者、非指人類事實上所有之力而言、乃法對於人所承認之力也、申言之、人類於營求社會生活、對於主張特定之利益時、法律所認許之力也、例如物之所有人、對於物有自由使用收益處分之權能、他人若有妨害行為、並得請求排除妨害與損害之賠償、或訴於法院得請求其救濟、又如債權人對於債務人、要求清償之行為、本為法所容許、如債務人不應其請求時、得請求法院予以救濟、此所以有債權之權利存在也。

2. 權利以利益爲目的 凡人類爲營求社會生活、必需要物質、即衣食住等之生活資料也、吾人對於此種生活資料（利益）、如無事實上之支配力、則不能保全其生存、權利者以支配生活資料爲目的也。

3. 權利之主張手段爲意思 權利之目的、固爲利益、然如無主張權利之手段、其權利即無從享有、意思者即主張權利之手段也。

（註）關於權利之本質、從來有主張意思說、利益說、拆衷等說等。

權利之觀念 1. 法律發達之沿革 先由義務進化至權利

2. 權利之觀念 以意思得主張利益之法律上的力也

練習問題 一、試述權利之觀念。 二、問法律發達之沿革如何

第二節 權利之分類

第一、公權與私權

公權者公法上之權利也、私權者私法上之權利也、茲述其梗概於次。

一、公權

公權復分有國家公權與人民公權兩種。

（一）國家公權 國家公權者、國家及公共團體、爲其自身存立上所有之權利、及其對於被治

權利之分類

公權與私權

公權

國家公權

人民公權

者之人民、所有之權利也、如組織權、財政權、軍政權等是也。

(二)人民公權 人民公權者、人民對於國家及公共團體、所有之權利也、不過雖係人民與國家及公共團體之關係、苟其性質與私人相互間之關係相同者、此非公法關係、純係私法關係、故雖為人民對國家之權利、而其權利之性質、與私人相互間之財產權相同者、仍為私權應從民法及其他私法的規律。

人民公權可分為自由權、受益權、參政權三種。

(1)自由權 自由權者除依國法所定之外、不受國家之命令或強制之權利也、或謂之消極的公權、並無積極的效果、只有消極的禁止的效力而已。

按人民之自由權乃由國家之統治權、於國法上之自制而生、若國家對於人民、有無限之命令或強制之權力時、則人民只有絕對服從義務而已、毫無自由可言、必也國家限於國法所定之範圍內、對於人民始有命令或強制之權力、於是國民於其範圍外、即有不受國家之命令或強制之權利矣。

人民之自由權非依國法所定不得侵害之思想、乃為近代立憲制度之根本思想之一、其促進立憲制度發達之功績實有不可湮沒者、美國之憲法、為世界最初之成文憲法、其中最重要之規定、皆為關如保障人民權利之規定、以定國家權力之界限、不使其踰越也、

自由權

受益權

法國於大革命之後，於改革統治之先，即發布人權及公民權宣言，以宣示不侵害人民之自由，爾來各國所制定之憲法，亦莫不設有擔保自由權之規定，我國之人權保障法，亦無非襲用諸外國之例也。

(2) 受益權 受益權者（或謂之國務要求權）人民爲自己之利益，對於國家要求特定之行為，或利用國家之設備等，積極的受國家特定利益之權利也，或謂之積極的公權，此種權利與上述之自由權異，不僅消極的不受國家命令或強制之拘束，且進而要求國家享受特定之利益爲其特質，如請求審判官審判之權或爲訴願之權是也。

參政權

(3) 參政權 參政權者，人民得直接或間接參與國家或公共團體公務之權也，例如爲國家官吏之權利是也，參政權亦爲近代立憲主義之根本思想，與專制時代相較，實爲近代政治上之一大特色也。

私權

二、私權

私權因觀察標準之不同，有種種之分類，其中最主要者乃以目的爲標準之分類，有人身權與財產權兩種。

人身權

(一) 人身權 人身權者與人格或身分有不可離之關係，且與財產無直接關係之私權也，更分爲人格權及身分權二者。

(A) 人格權 人格權者權利人與人格不可分離且與之相始終之私權也、而人格者何、得為權利義務主體之資格也、依出生而享有依死亡而喪失之、例如生命權、身體權、自由權名譽權等屬之。

(B) 身分權 身分權者、權利者與身分不可分離、且與之相始終之私權也、例如親對於子所有之親權、乃附隨於親權之身分上、夫對於妻所有之夫權、乃附隨於夫之身分上而發生者、故取得該身分同時即發生該權利、失却該身分時、同時該權利亦與之消滅矣。

財產權

(二) 財產權 財產權者、權利者得與人格或身分相分離、以經濟上之利益為目的之權利也、可分為物權、債權、無體財產權三種。

(A) 物權 物權者、對於特定之有體物、享受一定利益為內容之權利也、例如占有權、所有權、地上權、耕種權、地役權、典權、留置權、質權、抵押權等是也。

(B) 債權 債權者、特定人對於特定人、要求特定行為之權利也、例如甲(特定人)要求乙(特定人)為某種給付(特定行為)是也。

(C) 無體財產權 無體財產權者、以智能之創造物為客體之權利也、例如著作權特許權等是也。

主權利與從權利

第二、主權利與從權利

絕對權與相對權（對世權與對人權）

得以移轉之權利與不得移轉之權利

支配權請求

此乃依權利之獨立性為標準而分類者、凡權利之中、有以他權利之存在為前提而發生並與之同其運命者、換言之、附隨於其他之權利而存在之權利、此種權利謂之從權利、而其前提之權利謂之主權利、例如留置權、典權、質權、抵押權等之擔保物權、乃債權之從權利是也。

從權利以主權利之存在為前提、故主權利消滅時、則從權利當然歸於消滅也、而主權利移轉時在原則上從權利亦當然隨之移轉也。

第三、絕對權與相對權（對世權與對人權）

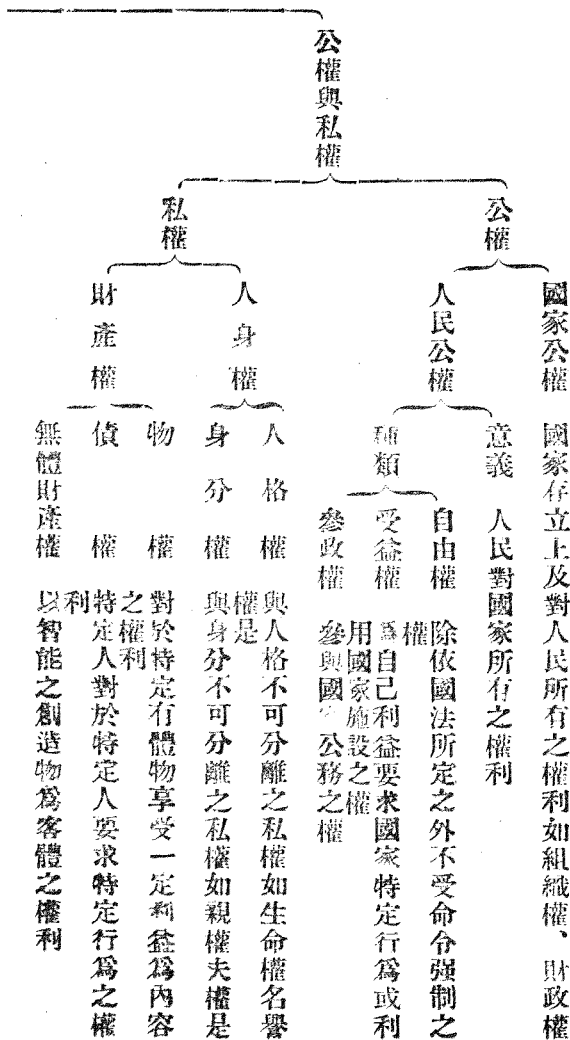
此乃依權利之效力、所及之範圍為標準之分類也、得與一般人對抗之權利、謂之絕對權、僅對於特定人有其對抗之權利者、謂之對人權、物權為絕對權之典型、債權為相對權之適例。

第四、得以移轉之權利與不得移轉之權利

此乃依權利有無移轉性之分類也、與權利人本人有不可分離之關係、謂之不得移轉之權利又曰專屬一身之權利、此種權利、當然不許移轉或承繼、反是則謂之得以移轉之權利、公法上之權利及人身權在原則上、為專屬於一身之權利、財產權在原則上為得以移轉之權利。

第五、支配權、請求權、形成權

此乃以權利作用為標準之分類也、支配權者直接支配權利客體之權利也、如物權即其適例對於一定之物、不容其他一切行為、介在其中、直接而支配之也、請求權者、要求特定義務人、為作為或不作為為內容之權利、例如債權是也、形成權者、依權利者一方之意思表示、而發生法律上效果之權利也、取消權、追認權、解除權等屬之。



權利之分類

主權利與從權利

主權利 獨立之權利

從權利 附隨於他權利而存在之權利

絕對權與相對權

絕對權 得與一般人對抗之權利

相對權 對於特定人之權利

得以移轉之權利與不得移轉之權利

得以移轉之權利 與權利人可以分離之權利

不得移轉之權利 與權利人不可分離之權利

支配權 直接支配權利客體之權利

請求權 要求特定人為特定行為之權利

形成權 依權利者一方之意思表示而發生法律上效果之權利

支配權請求權形成權

練習問題

- 一、試述人民公權
- 二、試述私權之種類

- 三、試述主權利與從權利之區別
- 四、問支配權請求權形成權之區別

第三節 義務

一、義務之觀念

義務乃權利之反面、故知權利為何、則義務之意義自可分明、而普通所謂之義務者、即應為一定之作爲或不作爲之法律上拘束、茲分析如次。

義務

義務之觀念

1. 義務者法律上拘束也、拘束云者、強制之狀態也、拘束有屬道德上者、有屬禮儀上者、或法律上者、義務乃屬法律上之拘束。

2. 義務者應為一定作為與不作為為標的者也、前者謂之積極的義務、後者謂之消極的義務。

按權利義務之兩種觀念、本為相對立的、權利乃係依法律所賦與之可能力、其內容為特定之利益、反是義務乃係依法律所課之束縛、其內容乃係不利益、一為享受利益、一為負擔不利益、或有解釋義務、以為法律上之責任者、按責任一語、乃指由義務所發生之結果而言、如賠償責任是、其他或有以義務為法律上之強制者、但強制亦不過由義務之結果、而觀察之現象也。

義務與權利之關係

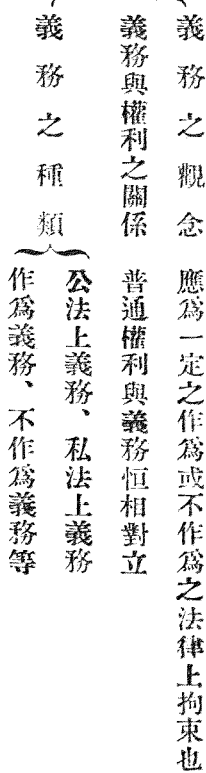
二、義務與權利之關係

權利與義務、恒相對立、凡有權利其反面、必有義務、有義務其反面必有權利在焉、如民法上之債權債務關係、其權利義務之對立最為明顯、但權利義務之對立固為通常之狀態、其中亦有不相對立者、如取消權、追認權、其反面並無義務存在、如登記之義務、其反面並無權利存在是也。

三、義務之種類

義務與權利、乃為相對的、業已述過故對於公權、則有公法上之義務、對於私權、則有私法上之義務、又有對私權中之債權、有債務之稱、其他又有積極的義務、（作為義務）與消極的義務、（不作為義務）之區別、前者之履行義務者、以積極的動作為必要、後者負有消極的動作是也。

義務



練習問題 試述義務之觀念

第四節 權利義務之得失變更

權利義務之
得失變更
得失變更之
原因

第一、得失變更之原因

凡權利義務、皆依法以賦與之、或依法以消滅變更之、然對於其得失變更、必有原因存在此權利之得失變更之原因、總稱之曰法律事實。

法律事實、更可分為狹義之法律事實（事件）與行為二種。

一、狹義之法律事實

狹義之法律

事實

或謂之事實、又謂之事件、乃行爲以外之現象也、例如因人之死亡、以取得繼承權、或所有權、因火災而喪失物之所有權、他如物之破壞、時之經過、心身之消長等皆是。

行爲

二、行爲

行爲者、基於人的精神作用之身體動靜也、其爲權利義務、得失變更之原因、則不待言、行爲之種類、種種不一、其中最普通之分類、爲法律行爲、與不法行爲二種、法律行爲者以意思表示爲要素、基於意思表示、發生法律效果之法律要件之謂也、不法行爲者、因故意或過失、不法侵害他人之權利、以致發生損害之行爲也。

得失變更之

意義

第二、得失變更之意義

取得

一、取得

權利義務、爲某主體所發生者、總稱之曰取得、有原始取得、與繼受取得二種。

1. 原始取得 原始取得者、就權利而言、非基於他人既存之權利、而獨立取得權利之謂也

例如因先占取得無主動產之所有權、（民二三三條）他如取得時效、（民二二四條以下）等、而取得所有權者屬之、以此方法取得之權利、純爲新權利、並無何負擔、亦無繼承前主義務之事情、乃完全自由之取得。

2. 繼受取得 繼受取得者、基於他人既存之權利、而取得之權利也、繼受取得、復有移轉

取得、與設定取得之別、移轉取得者、就他人既存之權利、不變及其內容、而取得之謂也、如債權之讓與、所有權之讓與等屬之、設定取得者、就他人既存之權利、創設新權利而取得之也、例如土地所有人、於其土地上、設定地上權、地役權、而使他人取得者是也。

二、喪失

權利義務之喪失者、即權利義務、脫離其從來之主體之謂也、復有絕對的喪失、與相對的喪失之別。

1. 絕對的喪失 絕對的喪失者、權利義務、不僅脫離其從來之主體、其權利義務之自身、同時歸於消滅之謂也、或謂之客觀的喪失、或謂之消滅、例如物之滅失、債權之免除等屬之。

2. 相等的喪失 相對的喪失者、權利義務、僅變更其從來之主體、由從來之權利者言之、固為喪失其權利、然而他方、必有取得該權利者、例如物之買賣等屬之。

三、變更

變更者、權利義務並未失掉其存在、僅其內容有變更而已、復有內容變更及作用變更之別、內容變更者、權利義務之內容有變更之謂也、例如存續期間之延長縮小、或客體物之增減等

屬之、作用變更者、權利義務之作用、有變更之謂也、例如物權因受登記、而有對抗第三者之效力是也。

權利義務之得失變更

第一 得失變更之原因

法律事實 得失變更之原因曰法律事實

種類

狹義之法
行為以外之現象如因人之死亡以取得繼承權
律事實
為
基於人的精神作用之身體動靜

取得

原始取得 非基於他人既存之權利獨立取得之權利
繼受取得 基於他人既存之權利而取得之權利

第二 得失變更

喪失

絕對喪失 權利義務自身歸於消滅如物之滅失是
相對喪失 變更權利義務之主體如買賣物品是

變更

內容變更 內容有變更如期間延長是
作用變更 作用有變更如因登記有對抗第三者之權利是

練習問題

一、試述權利義務之得失變更原因 二、試述權利義務之得失變更

第二編 公法

第一章 基本法（憲法）

基本法（憲法）

第一節 基本法之觀念

基本法之觀念
基本法之意義

第一、基本法之意義

基本法之意義、應分實質的意義、與形式的意義、以觀察之、實質的意義、所謂之基本法規定國家之構成、組織及作用大綱之根本法也、申言之、宣明國體、規定政體之根本法也、關於統治權總攬者之事項、國家領土之範圍、國民資格之要件、國家統治組織之大綱、以及國家與人民之關係等之法、即屬於實質的意義之基本法也。

實質的意義之基本法、凡成立一國、無不存在、蓋基本法非於國家成立後而制定者、於國家成立同時、即有基本法發生也。

實質的意義之基本法、由形式上而言、與其他國法相同、或以成文法規定、或僅以不文法存在、於十八世紀、美國獨立及法國革命之前、各國之基本法、大抵皆屬於不文法、然其後立憲制度、漸次普及於世界、各國相繼以成文法制定國家之基本法、以該基本法為憲法、而

公布之、於形式上與法律有嚴格之區別矣、此種與普通法律相區別之形式的基本法、謂之形式的意義之基本法、或謂之成文憲法、惟英國尙無形式的意義之基本法、乃一顯著之異例也。

我國之基本法、由組織法、與人權保障法並帝位繼承法等斷片之法而成、統一之基本法、尙未制定、故現尙不能稱爲憲法也。

憲法之種類

第二、憲法之種類

憲法之種類、依其觀察之標準不同有種種之分類、茲舉其要者分述如次、

成文憲法與不文憲法

一、成文憲法與不文憲法

成文憲法者以成文書於法典之憲法也、不文憲法者、其全部由習慣成立或其大部分由習慣成立、其他由宣言約束或片段的法規所成立之憲法也、近世立憲國大抵皆有成文憲法、惟英國之憲法則屬於不文憲法。

二、欽定憲法與協定憲法

欽定憲法者以君主單獨之意思所制定之憲法也、如日本之憲法屬之、協定憲法者君主與人民或以人民代表機關之合意所制定之憲法也、欽定憲法惟君主國有之然君主國之憲法則未必皆屬於欽定憲法、例如歐洲君主國之憲法、大抵皆屬於協定憲法是也。

欽定憲法與協定憲法

軟性憲法與
硬性憲法
(柔性憲法與
刚性憲法)

我國基本法
之由來

三、軟性憲法與硬性憲法（柔性憲法與刚性憲法）

軟性憲法者憲法之形式的效力與普通之法令相同，且以普通之法令，得加以變更之憲法也，硬性憲法者憲法之形式的效力，較普通之法令為強，且以普通之法令不得加以變更之憲法也，英國屬於軟性憲法，其他各國大抵皆屬於硬性憲法。

第三、我國基本法之由來

我國於大同元年三月一日建立同時，即以教令第一號頒布政府組織法，以教令第二號頒布人權保障法，後以教令第三號頒布暫時採用從前法令之件，以決定國家之組織及權能，又於帝制實施時從新頒布組織法四十二條，以示皇帝統治組織之根本，又以勅令第十二號頒布人權保障法，以保障人民之自由及權利並定其義務，而組織法於康德元年二月二十九日加以修正，又於康德四年六月五日，因機構之改革，復加以修正刪除五條，以至今日，更於康德四年三月一日，制定帝位繼承法，以垂統於無疆，上述各法在成文憲法未制定以前，具有實質的憲法之效力，不待言矣，〔註〕

（註）關於形式的憲法之制定，執政於大同二年三月一日，頒布建國周年紀念教書，表明憲法之制定，為刻下之急務，同時並煥發「關於制定憲法教書」為調查憲法置憲法委員會，爾來雖極力研究制定，然因一國之憲法，影響於國家基礎甚大，故尙未見煥發

也。

實質的意義 凡宣明國體規定政體之根本法、皆屬之

形式的意義 以成文制定名之曰憲法而公布者是

成文憲法與不文憲法

欽定憲法與協定憲法

軟性憲法與硬性憲法

大同元年三月一日 教令第一號政府組織法同第二號人權保障法

康德元年三月一日 從新頒布組織法、人權保障法、以後修正二

次 頒布帝位繼承法

我國基本法之由來

練習問題 一、試述基本法之意義 二、試述憲法之種類

第二節 國家

第二、國家之觀念

國家者以一定之領域、依統治權所統制之人類團體也、換言之國家乃以一定之領域、多數之人類、以及一定之權力為基礎而構成者、通常謂之國家三要素、而一定之領域、為國家之

國家

國家之觀念

物的要素、謂之領土、多數之人類、爲國家之人的要素、謂之人民、一定之權力、爲國家之組織的要素、謂之統治權、茲分述之。

一、領土

凡人類之團體有二、有以一定之領土爲存立之基礎者、有以領土與其領土存立完全無關者、國家及地方團體屬於前者、宗教上學術上及經濟之團體、屬於後者、故無一定之領土、即不得謂爲國家、其在古代、人智未開、人煙稀薄之時、並無利用土地之觀念、且無團體對立之競爭、故其建設國家也、從未以領土爲要素、其後人智漸開、生聚日繁、土地之價值、隨之增高、團體之對立、益逞劇烈、遂以一定之領土、爲其團體存立之基礎矣、故如逐水草以居爲游牧生活之野蠻人之團體、不得謂之國家、又如猶太民族、無論其民族之勢力、如何強大、以其欠缺領土、仍不得稱之爲國家。

領土面積之大小、與國家之存立無關、其領土勿論如何狹小、仍不失爲國家、如謨那克公國、其領土僅有一、五平方公里、其爲一個國家、則無疑義。

國家之領土、不僅限於土地、河川、湖沼、港灣、內海亦領土之一部分也、稱之謂領水、輒近以航空術之發達、除領土領水之外、領空亦歸於領土之一部分矣。

領土於中世紀、頗有爲君主之私有物之觀、今日則不然、君主之對於領土也、僅立於支配

關係、而非私有之關係、此種支配權、與土地所有權之觀念、完全不同、故於一土地上、此二者之並存、毫無妨碍、而君主於一國領土之上、持有土地所有權、或外國人於他國領土內所有土地、又不得謂為侵害領土權也。

二、人民

夫人類不能單獨孤立以生存、如魯濱遜飄流孤島、度其單獨生活、當然無發生國家社會現象之可能、必也人而有羣、始可與語國家社會、有國家矣、有社會矣、人類各種之活動、方有所表現、故凡人類之生存、必相倚相扶、此助彼輔、始足有濟、抑亦人類生來之本性歟。亞里斯多德曰「共同生活者、人類自然之本性也」即此意也、國家者、即此共同生活之團體也、團體云者、並非單純之羣集、乃協心戮力、為達成共同目的之人類結合、於個人之立場外別有其獨自存在、於個人目的以外、更有其獨立目的存在也。

構成國家之多數人類、總稱之曰人民、於君主國則謂之臣民、而國民一員之資格、謂之國籍。

國民必限於同一人種、或同一民族而成者、蓋民族者乃人種的歷史的文化的關係之結合、人民者、政治關係之結合也。

構成國家之人民、員數並無一定之限定其員數勿論如何寡少、仍不失為國家、如安德拉其

和國、人口雖不滿六千尙爲一國家是也。

三、統治權

夫人類欲保全其生存、必營共同生活、欲統一共同生活之團體、使其生活有秩有序、則命令服從關係尙焉、而命令服從、即以國家之權力爲前提、換言之、有國家之權力在、始有命令服從關係也。蓋個人均有對等之自由、若從其所好、任其恣意、則共同生活之秩序、即無從維持、其秩序不能維持、即不得統一、不得統一、則共同生活其不覆滅者幾希、必也團體自身有絕對之權力、以抑制各人之恣意、使其目的行動、趨於一致、且命令之、使其服從之、其結合始能鞏固、其團體始能永遠繁榮、有以進步之、支配此種命令服從關係之力、名之曰權力、國家以權力爲成立要件者、其理在乎是也。然此種權力、凡屬團體、皆具有之、惟國家之權力、與其他團體所有之權力、迥有不同、特以統治權稱之〔註〕

〔註〕統治權與其他權力有所不同者、即統治權以統治爲目的且爲最高獨立、無限、不可分之權力也、

國體與政體

第二、國體與政體

凡成立一國、必有統治權、有統治權必有掌握統治權之人、無掌握統治權之人、即無國家即所謂統治權者是也、蓋統治權之作用千緯萬端、不可以數計、如無統一掌握之人、則國家

即失却單一性矣。

國體者統治權者屬於何人之國家的形態也、換言之、統治權所在或歸屬問題也、然統治權之所在、各國未必相同、或屬於君主一人、或掌於團體之人民、其屬於一人之君主者、謂之君主國體、其屬於團體之人民者謂之民主國體、而國體可謂各國歷史之產物、亦可謂國民確信之結晶、我國之爲君主國體乃我民族之確信、組織法第一條乃宣示斯旨者。

政體者統治權行使之方式也、政體與國體不同、依時勢之推移、可以隨之變遷、故各時代各國家、對於統治權之行使、未必一致、或有一人之君主專行一切之國政者、或有依三權分立主義〔註〕將統治權之作用分爲立法司法行政三種各使相異機關分掌之者、前者謂之專制政體、後者謂之立憲政體、我國於組織法中明定皇帝依組織法之條規行之、復對於立法權皇帝依立法院之翼贊行之、司法權皇帝依法律使法院行之、行政權由皇帝或使國務院以下各機關行之、採三權分立主義自屬分明、惟現對於立憲政體第一要素之立法院尙未開設、即將來對於議會制度、我國亦採不設置之方針、完全以大權中心主義爲政治之根本、然又取法治主義爲原則、故又不能謂爲專制政體、一方因協和會之設、與政府表裏爲一體、以宣德達情爲使命、由是觀之、我國之政體、既不屬於專制政體、又不完全屬於立憲政治、實爲獨特專有之東洋王道協和政體也。

(註)三權分立主義係創之於希臘之亞里斯多德、復依英之約翰、陸克唱之於後迨法之孟德斯鳩始集其大成。

第三、統治作用

統治權有最高獨立之性質、且以統治爲目的、因其性質最高獨立、故稱之曰主權、其在國內、不受任何權力之拘束、此謂之對內主權、其對外、不受任何國家之侵犯、此謂之對外主權、因其以統治爲目的、故對於人民及領域、凡屬於國家目的之範圍內有絕對的支配力、而統治權由其發動對象觀之、得以分爲組織高權、國民高權及領域高權三者、由其作用之內容觀之、得以分爲立法權、司法權及行政權三者、故統治作用通常分爲立法、司法及行政之三作用、所謂立法者制定法規之作用也、所謂司法者審判民事刑事之訟訴事件之作用也、所謂行政者不屬於上述二者之國家一切作用也、然而近世立憲政治諸國家實際上對於此三種作用之分配與此三種機關之對立並不嚴格的一致、大抵皆互相交錯、因此立法、司法及行政之語離開上述實質的意義、凡國家之作用除皇帝親裁之主權作用外、在形式上經過立法院參與之作用謂之立法、法院所行之作用謂之司法、行政機關所行之作用、謂之行政矣。〔註〕

(註)統治作用由其性質而分類、謂之實質的分類、由行使機關而分類、謂之形式的分類、故形式上之分類由實質上觀之、不免有互相交錯之點、例如立法院之參與預算(預

算本屬於行政作用）警察署長之違警即決（違警即決本屬於司法作用）等是也。

國家之觀念 國家者以一定之領域依統治權所統制之人類團體也

國家

國體與政體

國體 統治權屬於何人之國家之形態有君主國體與民主國體之別
政體 統治權行使形式之國家的形態、有專制政體與立憲政體之別

統治作用

發動對象 組織高權、國民高權、領土高權
作用內容 立法、司法、行政

練習問題

- 一、試述國家之成立要素
- 二、試述國體
- 三、試述國體與政體之區別
- 四、統治作用之分類

第三節 皇帝

皇帝

皇帝之地位

第一、皇帝之地位

滿洲帝國、皇帝統治之、（組第一條）皇帝為國之元首、總攬統治權、依本法之條規行之、

（組第三條）乃宣明皇帝、為我國統治之主體也、試觀外國之元首、未必皆為統治之主體、

例如英國之國王、如離開上院下院之國王、即非統治權之主體矣、又如希臘白耳義之國王、

與議會共同總攬統治權、且其統治權、以為發源於人民全體、我國則反是、皇帝為我國之元首、

同時為我國統治之主體、組織法第三條、實宣明我國君主地位、與他國不同之點

也。

我國雖亦採取三權分立主義，然非因君主對人民之抗爭結果，而採取者，我國之君主與立法院及法院，並非互相分離對立之觀念，實則三權於皇帝之下使政府、立法院、法院分行之皇帝超越於此三者之上，總攝而統治之也，觀組織法，除第一條第三條之外，第五條有「皇帝依立法院之翼贊行立法權」又第六條有「皇帝依法律使法院行司法權」之規定，皇帝為統治權之主體，實為明顯之事實也。

皇帝之特權

第二、皇帝之特權

皇帝為統治主體，亦國家活動之根源，其地位至為崇高，其身位至為尊嚴，因此種至尊之地位，自然發生種種特權

不可侵犯權

一、不可侵犯權

皇帝為統治主體，換言之，乃國家之基礎也，如對於皇帝，得加以指摘斥議，不但有冒瀆皇帝之尊嚴，且國家之基礎，以之動搖，實有惹起禍亂之虞也，徵諸採取君主有責任制度之國家，頗有明顯之跡，故近世各國對於君主多設有不可侵犯之特權，以拯其失，如日本憲法第四條，有「天皇神聖不可侵犯」之規定，英國之憲法，亦有「國王不能為惡」之規定皆言君主不受制裁之意也，而我國自帝制實施後，於組織法亦設有「皇帝之尊嚴不可侵犯」（第二條）之規

定、皆言皇帝之行爲，不負任何責任，又不受任何法律之處罰也，因此有左列之效果。

1. 不敬之禁止 無論何人、對於皇帝不得加以不敬行爲，對於皇帝如有不敬之事實，則依刑法以處罰之。

2. 廢位之不能 皇帝無論有何事不能逼迫退位，關於帝嗣依繼承法之規定，雖有更易繼承順序之情事，而皇帝因其地位至尊至高，不許受其他之侵犯也。

3. 公務無責任 大權之行使如萬一有違反之行爲，任其責者非皇帝乃輔弼者，所謂不任其責者，對於皇帝不得誹議論難之謂也，夫對於大權之行使，批評其是非、論議其得失固屬人民一般之自由，惟其批評論議之對象，乃爲輔弼者，對於皇帝之誹議，則絕對禁止之。

4. 法令不適用 皇帝之行爲雖有抵觸刑法、或其他刑罰法令時並不負責，換言之，無論如何之刑罰法令不適用於皇帝，法院亦不得審理之。

二、受特別保護之權

皇帝有受國家保護之權、組織法等，雖無明文規定，由皇帝至尊至高之地位、所生之自然的事實也，其內容有左列二項

1. 對於皇帝 加危害或擬加危害、或有不敬行爲、科以特別之刑罰、(刑法第七九、八〇條)

2. 皇帝之居所 或御出入之際、有受警察機關、或軍隊之特別警衛之權。

三、榮譽權

皇帝有受陛下敬稱之權、並自稱曰朕。

皇帝使用特定之紋章、(蘭花章)及皇帝旗。

皇帝之大權

第三、皇帝之大權

皇帝之行使統治權其中有經立法院之翼贊所行之立法權、或有依法律使法院所行之司法權、然其中亦有不經此項機關、可以親裁專斷之大權、此種大權於組織法上皆一一有其規定、此謂之組織法上之大權事項、或謂之狹義之大權事項、然並非此外無親裁事項之意也、茲將組織法所列記之大權事項、揭示如左。

1. 發布獨立命令執行命令或使發之權(第七條)
2. 發布緊急命令之權(第八條)
3. 定官制、任免官吏並定俸給之權(第九條)
4. 宣戰媾和並締結條約之權(第十條)
5. 統率陸海空軍之權(第十一條)
6. 授與勳章及其他榮典之權(第十二條)
7. 命大赦、特赦、減刑及復權之權(第十三條)

8. 召集立法院或命會期展期之權（第二十條）

9. 法律預算及爲預算以外國庫負擔契約之裁可、公布、施行、（第二十四條第一項）

10 關於法律案預算案或爲預算以外國庫負擔契約經立法院再次否決而裁決其可否之權（第二十四條第二項）

11 暫時發布與法律同一效力之勅令、定預算及爲預算以外國庫負擔契約之權（第三十六條）

第四、帝位繼承

帝位繼承

帝位者皇帝之地位也、皇帝爲統治權之主體、故帝位者統治權主體之地位也、而即帝位者既爲自然人、則不免受生死之支配、故皇帝之晏駕、實爲不可免之事實、然帝國之統治、雖一刻亦不容附諸等閑、所謂國不可一日無君是也、故於皇帝晏駕時即發生帝位繼承之事實、得繼承帝位者、謂之帝嗣、帝嗣外國時有以女子繼承皇帝位者、如英吉利、和蘭等、常見之然我國只限於康德皇帝男系子孫之男子、永世繼承之、（繼第一條）故男系之女子、以及女系之男子、皆無繼承之權、帝位繼承之次序如左（註）

1. 帝長子。

2. 帝長子不在傳帝長孫及其子孫皆不在傳帝次子及其子孫以下皆做此

3. 帝子孫皆不在，傳帝兄弟及其子孫、

4. 帝兄弟及其子孫皆不在，傳帝伯叔父及其子孫、

5. 帝伯叔父及其子孫皆不在，傳最近親者及其子孫、

且帝子孫之繼承帝位、先嫡出、帝庶子之繼承帝位、以帝嫡子皆不在為限、而帝兄弟以上於同等內先嫡後庶先長後幼。

雖按以上之繼承次序、為不動之原則、惟因帝嗣精神或身體、如有不治重患、或有重大事故時、得經諮詢參議府、更易繼承之次序。

(註) 帝位之繼承如在系統上觀之、乃採取直系、嫡系、長系優先主義、如在同一系統內時則採取近親、嫡出、年長主義。

皇帝之地位 國家之元首為統治權之主體

皇帝之特權 不可侵犯權

種類

意義 不負任何責任又不受法令之處罰

不敬之禁止 對於皇帝不得有不敬之行為

廢位之不能 不得逼迫皇帝退位

公務無責任 對於大權之行使不負責任

法令不適用 刑罰法令不適用於皇帝

皇帝

法 制 大 意

皇帝之大權

意義 不經其他機關之參與、完全由於皇帝親裁專斷之大權

種類 於組織法或繼承法中一一有其規定

意義 繼承皇帝之地位之意、於皇帝晏駕時帝嗣即刻繼承

帝位繼承

資格 康德皇帝男系子孫之男子

順序 依繼承法第二條至第八條所定

練習問題

- 一、試述皇帝之地位
- 二、試述皇帝之特權
- 三、試述帝位繼承之次序

人民

人民之性質

第一、人民之性質

人民為國家構成要素之一、其對於國家、謂之國民、對於君主、謂之臣民、臣民之稱、惟君主國有之、而國民一員之資格、謂之國籍、吾國之國籍法尙未見制定、是以具有何種資格之人民、始有滿洲國之國籍應按國際法之原則及實際事例以判定之、

人民既為國家之構成分子、皆應服從統治權、且其服從統治權也、並非基於特別原因而服從之、乃基於人民之特別身分、當然服從統治權也、且其關係非一時的關係、實有永久的關係、此與外國人不同之點也、蓋外國人在領土內居住之間、雖亦服從國家之統治權、然此種服從、因其在統治區域內居住而服從之、若一旦退出統治區域外、即離却統治關係矣、人民

人民之地位

則反是，其服從國家之統治權，既為基於身分、為永久的關係，則不問其現在居住之地域如何，當然服從之也，且其服從也，乃為絕對的包括的服從，所謂絕對者不得以自己之任意而離脫服從關係之謂也，所謂包括者，非基於個個的關係，乃根據一般的關係而受統治權之支配之謂也。

第二、人民之地位

人民為國家之構成分子，對於國權，有服從之義務，同時又有主張權利之時，故其地位約略得分為四種〔註〕

一、統治權者對於人民命令或強制行為或不行為時人民即受其拘束，應絕對的服從之，此謂之服從地位。

二、人民於特定範圍、有自由活動之地位，不受國家之支配，此謂之人民自由之地位。

三、人民於特定範圍可以要求國家為某種行為，此謂之國務要求地位。

四、人民對於國家意思之成立有參與之資格，此謂之參政之地位。

第三、人民之權利義務

人民之權利 義務

吾國人民之權利義務，皆依人權保障法所定，雖然並非將人民之權利義務盡規定於人權保障法之中，不過示其大綱耳，茲略舉如次。

- 一、非依法律所定、其身體之自由不得侵害之權。
 - 二、非依法律所定、其財產權不得侵害之權。
 - 三、無論如何種族、如何宗教、均享國家平等保護之權。
 - 四、依法律所定、參與國或地方團體公務之權。
 - 五、依法律所定、均有任爲官公吏之權利、並負就其他名譽職之義務。
 - 六、遵法令所定之手續、爲請願之權。
 - 七、受法律所定法官審判之權。
 - 八、依行政官署之違法處分、被侵害其權利時、遵法律所定之手續、請求爲之救治之權。
 - 九、非依法令、任何名義不得命課稅、徵發、罰款之權。
 - 一〇、依共同組織、保護增進其經濟上利益之權。
 - 一一、對於高利、暴利及其他一切不當之經濟的壓迫、均受保護之權。
 - 一二、享用以國或地方團體公費、所行各種施設之權利。
- 對於以上記載各項、除法令限制以外、更有左列之例外。

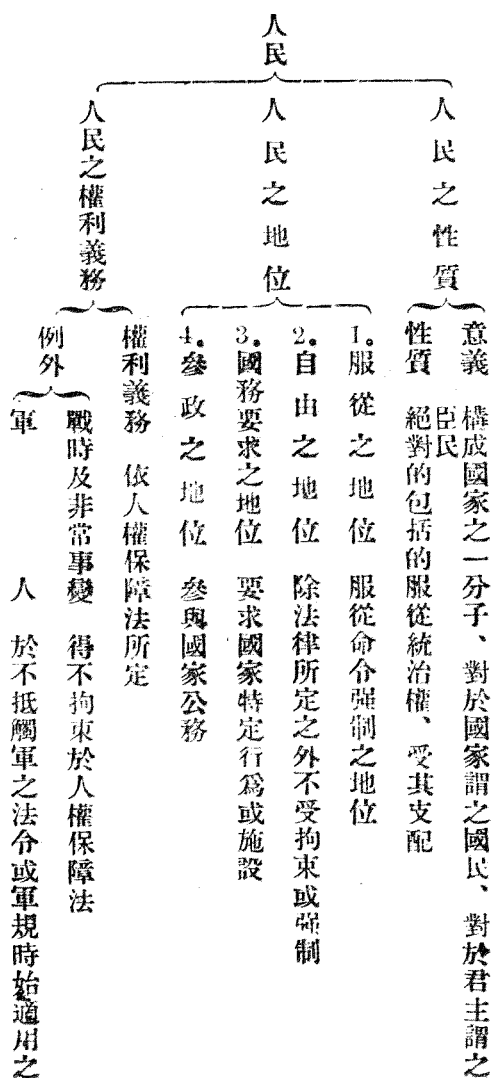
1. 戰時及非常事變。

戰時或非常事變時、皇帝可不拘於人權保障法之規定、得自由拘束人民之權利義務。

2. 軍人

軍人負有特殊的服從義務、爲達成軍事上之目的、有服從軍之法令及軍規之必要、故對於軍人、限於不抵觸軍之法令、或軍規時、始得適用之。

(註) 人民之地位、若由法律關係觀之即成爲人民之權利義務、即服從義務、自由權、國務要求權(受益權) 參政權是也。



練習問題 一、試述人民與外國人之區別 二、試述人民之地位

國務總理大
臣（輔弼機
關）

輔弼

三、試述人民之權利義務

第五節 國務總理大臣（輔弼機關）

一、輔弼

國務總理大臣、輔弼皇帝任其責、（組第四條）輔弼者、上奏意見、輔佐皇帝之聖聰、以使皇帝行使統治權、能以順應國家目的之謂也、皇帝將行違法、或決定不當之意思時、諫止之、或積極的促進聖聰、使其為適法正當之意思決定、以使統治權之行使、不致發生過誤者皆輔弼也、凡皇帝之統治作用、俟國務總理大臣之輔弼、而行使之、乃為組織法上之原則、故國務總理大臣、對其輔弼、應負絕對之責任、所謂絕對之責任者、對於皇帝奏獻不當或違法之意見、以致施政發生誤謬、或怠慢自己輔弼之任務、固勿待論、即對於皇帝雖上奏自己之意見、而未奏舉匡救之功、以致政治發生錯誤等、當亦包括在內、蓋國務總理大臣輔弼皇帝於正路、乃其唯一之任務、故在此種情形之下、仍不得免其責焉、此與一般官吏所不同之點一般普通官吏、對於自己之行動、得以上官之命令為理由、而避免其責、國務總理大臣則不能以皇帝之命令或其他機關之進言為理由、以避免其責也。

國務總理大臣之責任、乃對自己輔弼行為之責任、並非對於皇帝之行為、替代皇帝負擔責任之意也、國務總理大臣不僅為輔弼機關、一方於皇帝委任下、為行政各部之官長、奉皇帝

之旨、統督各部大臣、掌理國家行政之機務、故國務總理大臣、除爲輔弼機關任其責外、同時爲行政官署、對於依自己職權之行爲、以及屬於其指揮監督下之下級官署、及部下官吏之行爲、亦須任其責、總之、對於一切之國務、均絕對負其責任者也。〔註一〕〔註二〕

（註一）按日本之憲法、國務大臣全員、皆任輔弼之任、而各省（即滿洲國各部）大臣同時有國務大臣之資格、惟我國僅國務總理大臣、爲輔弼機關、各部大臣、僅爲行政官署、並無輔弼之權限也。

（註二）輔弼機關不僅限於國務總理大臣、此外關於軍統率上之輔弼機關爲治安部大臣關於帝室事務之輔弼機關爲宮內府大臣。

副署

第二、副署

凡關於國務之詔書、勅書、法律及勅令由國務總理大臣及主管各部大臣副署之、（組織法二九條）副署者副皇帝御名而署名之謂也、夫大權之行使必由大臣奉行之、副署者即表示奉行皇帝以文書所發布之詔勅法令之意、而立憲國家均以此爲行使統治作用之要件、故若闕漏副署、在法律上即不發生效力。

在日本凡副署者均任輔弼之責、故以副署爲公證輔弼、惟我國則不然、蓋依公文程式令無輔弼責任之各部大臣尚須副署故也。

輔弼 輔佐皇帝之聖聰、以使皇帝行使統治權能以順應國家目的之謂

責任 有絕對的責任、不能以皇帝之命令或其他為理由避免其責

責任根據 對自己輔弼行為而發生、並非替代皇帝負擔責任

副署 副御名而署名之意、凡以文書所行使之國務皆以副署為要件

練習問題 一、試述輔弼之意義 二、試述國務總理大臣之地位 三、試述副署

參議府

第六節 參議府

參議府之地位

第一、參議府之地位

參議府者關於重要國務承皇帝諮詢上奏其意見為任務之組織法上機關也、故參議府必俟皇帝之諮詢始能審議或上奏其意見、有受動的性質、且參議府之意見、乃以參議府會議所決定之意見、非參議個人單獨之意見也、其意見僅為聖斷之參考、其採納與否、一任皇帝自由意思以定。

參議府之組織依參議府官制所定、即以特任官之參議若干名組織之、乃合議制之機關、皇帝就參議中命議長副議長各一名、以使整理參議府會議。

第二、參議府之職務權限

一、參議府關於左開事項、承皇帝諮詢、上奏其意見、（組第十五條）

參議府之職務權限

1. 法律
 2. 帝室令
 3. 勅令
 4. 預算及爲預算以外國庫負擔契約之件
 5. 與列國交涉之條約合同並以皇帝名所行之對外宣言
 6. 其他重要國務
- 二、皇帝爲維持公安、或防遏非常災害、在不能召集立法院時、得經諮詢參議府、發布有與法律同一效力之勅令、（組第八條）
- 三、立法院否決法律案、預算案、或爲預算以外國庫負擔契約之件時、具其理由付諸再議、仍不改時、諮詢參議府決定其可否、（組第二十四條第二項）
- 四、皇帝暫時得經諮詢參議府、發布有與法律同一效力之勅令、定預算及爲預算以外國庫負擔之契約、（組第三十六條）
- 蓋立法院現尙未有存在、故爲暫行的辦法也。
- 五、對更易繼承次序受皇帝之諮詢（繼承法第九條）
- 第三、參議府存在之理由

之理由

參議府之制度、僅在日本有樞密顧問之設、其他各國皆無相等於我國參議府之制、其所以然者、實因我國與歐美各國不同、雖承認有立法院之設、事實上尙未有具體之組織、即使有具體之組織之規定、對於許多之重要國務、亦不附於立法院之議決、且立法事項、遠不如歐美之廣汎、故設參議府使其輔翼、尤爲必要、

參議府之地位

關於重要國務承皇帝諮詢以上奏意見爲任務之組織法上機關
參議府之意見僅爲聖斷之參考

參議府之組織依參議府官制所定

參議府

參議府之職務權限

1. 法律、帝室令、勅令、預算及爲預算以外國庫負擔契約之件與列國交涉之條約及合同並以皇帝名所行之對外宣言、其他重要國務受諮詢（組十五條）

2. 發布緊急勅令受諮詢（組八條）

3. 對法律預算案及爲預算以外國庫負擔契約之件經立法院再度否決時受諮詢（組二十四條二項）

4. 依組織法第三十六條受諮詢

5. 於更易繼承次序受諮詢（繼承法九條）

1. 立法院未成立

參議府存在之理由

2. 立法事項狹少

3. 重要國務不附於立法院議決

練習問題 一、試述參議府之地位、二、試述參議府之職務

三、試述參議府存在之理由

立法院

第七節 立法院

立法院之性質

第一、立法院之性質

立法院者以翼贊立法作用爲主要任務之合議制組織法上機關也、〔註一〕立法院雖係國家機關、然並無決定國家意思向外部表示之權、其議決亦僅不過爲機關之意思、其自身毫無代表皇帝意思之效力、蓋立法院爲參與機關故也

立法院之權限

第二、立法院之權限

立法院之權限有二、即關於立法與行政之權限也。

一、關於立法之權限。

關於立法之權限

1. 法律翼贊權。

依組織法第五條、皇帝制定法律時、須經立法院之翼贊、然有組織法第七條第八條第二十四條第二項及第三十六條（暫時）之例外。

2. 對於緊急勅令接受報告之權限。

皇帝於立法院閉會中、爲維持公安、或防遏非常災害、在不能召集立法院時、得經諮詢參議府、發布緊急勅令、但此勅令、於下次立法院會議、須報告之、（組第八條）

二、關於行政之權限

關於行政之
權限

1. 財政翼贊權。

關於預算及爲預算以外國庫負擔契約之件、須經立法院之翼贊、然有第二十四條第二項及第三十六條（暫時）之例外。

2. 建議權

關於國務、得建議於國務院、（組第十八條）

3. 請願受理權

立法院得受理人民之請願、（組第十九）〔註二〕

第三、立法院之會合

立法院之會
合

立法院由皇帝、每年召集之、常會會期爲一個月、但有必要時、皇帝得予展期、（組第二十條）

立法院、非有議員總數三分之一以上出席、不得開會、（組第二十一條）

立法院議事、以出席議員之過半數決定之、可否同數時、則由議長決定之、（組第二十二條）

立法院會議公開之、但得依國務院之要求、或立法院之決議、爲秘密會、（組第二十三條）

議員之權利

第四、議員之權利

立法院議員、關於院內之言論及表決、於院外不負責任、（組第二十五條）

組織

第五、組織

立法院之組織、依法律另定之、（組第十六條）然至今尙未見有法律之制定、故事實上立法院、尙未成立也。

（註一）翼贊者立法院對國家之行爲當其行爲行使以前預予以同意之意、有關於立法翼贊與行政翼贊之別、前者制定法律時屬之、後者制定預算及爲預算以外國庫負擔契約之件屬之。

（註二）請願者人民關於國務事項將其希望陳述於皇帝或官公署之謂也、請願僅爲陳述希望要求其受理爲限、並無要求審查或回答之權利、請願須依請願法爲之、不過請願法尙未見制定、故尙不得爲依請願法之請願也。

性質 以翼贊立法作用為主要任務之合議制機關也

關於立法之權限

- 1. 法律翼贊權
- 2. 對於緊急勅令接受報告之權限

權限

關於行政之權限

- 1. 財政翼贊權
 - 1. 預算
 - 2. 為預算以外國庫負擔契約之件
- 2. 建議權 關於國務建議於國務院
- 3. 請願受理權 受理人民之請願

立法院

會合

- 召集 由皇帝召集、會期為一個月
- 開會 非有議員三分之一以上出席不得開會

議員之權利 關於院內之言論及表決、於院外不負責任

組織 尚未有組織之法律制定

練習問題

- 一、試述立法院之權限
- 二、試述立法院之性質
- 三、試述立法院之會合

第八節 國務院

第一、國務院之意義

國務院
國務院之意義

國務總理大
臣與各部大
臣之關係

國務院由國務總理大臣及各部大臣以構成之、隸屬於皇帝、奉其旨以掌理諸般行政事務之機關也、國務院尚有最高中樞行政執行機關之地位、並且屬於組織法上必要之機關、換言之國務院者以國務總理大臣爲首班由各部大臣所組成之組織法上必要機關、奉皇帝之旨、以掌理諸般行政事務之最高中樞行政執行機關也。

第二、國務總理大臣與各部大臣之關係

國務總理大臣之地位有二、一爲國務大臣之地位、一爲行政大臣之地位、此業於本章第五節述過、其在行政大臣之地位、有統督各部大臣之權、而各部大臣雖在統督之下、然而關於各部大臣主管事務、尙有最高行政長官之地位、換言之、此種統督權、限於爲保持行政之統一、與維持全局之平衡有監督命令之權限、並非關於各部大臣主管事務之全部有指揮命令之權限也、一方國務總理大臣有輔弼之地位、關於國務全般均任輔弼之責、苟非對各部大臣有強力之統督則難全其責、由斯以觀、國務總理大臣之總督各部大臣一爲保持行政之統一、一爲全其輔弼之任也、（以上參照本編第二章第二節）

國務院會議

第三、國務院會議

國務院會議完全爲謀行政事務之聯絡而設、夫行政事務、分門別類、各使屬於各部大臣掌管之、除國務總理大臣統督之外各由其主管大臣單獨處理、其施政方針、亦於其權限內單獨

決定之、於是則難免不發生互相齟齬之情事、國務會議者即拯此種缺陷而設者也。

國務院會議由國務總理大臣主宰之、以各部大臣、總務長官及興安局總裁或其他代理人組織之、其會議於每星期定期日或臨時由國務總理大臣招集之、議事之方法並不取多數決、依全員意見之一致而決定、應經國務院會議之事項如次。

一、法律、勅令、預算及爲預算以外國庫負擔契約之件

二、與外國之條約及重要涉外案件

三、預算以外之支出

四、簡任官之任命及進退

五、其他重要國務

國務院之觀念

奉皇帝之旨掌理諸般行政之最高中樞行政機關、台治安、民生、興農、經濟、交通及司法六部而成

國務院

國務總理與各部大臣之關係

1. 在國務上之關係

國務總理大臣爲輔弼機關反是各部大臣爲純粹之行政機關

2. 在行政上之關係

國務總理大臣奉皇帝之旨、統督各部大臣乃係上級官署與下級官署之關係

1. 目的 爲謀行政事務之聯絡

國務院會議

2. 議決事項

- 1. 法律、勅令、預算及為預算以外國庫負擔契約之件
- 2. 與外國之條約及重要涉外案件
- 3. 預算以外之支出
- 4. 簡任官之任命及進退
- 5. 其他重要國務

練習問題

- 一、問國務院之意義
- 二、試述國務總理大臣與各部大臣之關係
- 三、試述國務院會議之議決事項

法院

第九節 法院

司法權之意義

第一、司法權之意義

皇帝依法律、使法院行司法權、（組織法第六條）本條所謂「司法權」者，係對立法權行政權而言、即裁判民事、刑事之權限也、此種司法權之意義、限於民事、刑事裁判之由來、實發源於歐洲三權分立之思想、即三權分立之思想、使民事刑事之裁判離脫行政權之範圍、使獨立之司法機關掌理之、故曰司法權者專指民事刑事之裁判權而言也。

法院之構成

第二、法院之構成

法院依法律審判民事刑事之訴訟、但關於行政訴訟及其他特別訴訟、以法律另定之、（組織法第三十條）故法院有通常法院、與特別法院之分、特別法院者、依犯人之身分、犯罪之性質、或土地之關係、審判特殊事件之法院也、現在我國僅有軍法會審、通常法院者、特別法院以外之法院也、區法院、地方法院、高等法院、最高法院屬之、一般所論法院者皆指通常法院而言。

我國現在之法制、除上述正式法院之外、尙有特殊之通常裁判機關、即在未設正式法院、而設司法公署之縣審判官、（非法院組織法所謂之審判官）兼理司法縣公署縣長及承審員、熱河省設承審處之縣、承審員、興安各省縣旌審判署、爲裁判機關、此種裁判機關行區法院及地方法院管轄事件、第一審之審判、但此等法院、於最近之將來必至改爲正式法院也。

第三、司法權之獨立

司法權之獨立

司法權之獨立云者、司法權對於行政權完全有獨立之地位、以政府之力不能左右審判之謂也、按國家對於司法權之行使、離脫一般行政系統、置於行政官署干涉之外、使獨立之法院掌管者、乃立憲政體之一特色也、爲保持司法權之獨立、對構成法院之法官均設有保障其地位及職務執行之特殊規定、其關於地位之保障、對法官之資格以法律定之、並且除依刑事或懲戒裁判外不得免其職又不得反其意停職轉官轉所及減俸、其關於職務執行之保障、法官得

獨立行其職務、且有以獨立之見解審查、適用、維持法令之職權、總之對於法院之行使職務任何人不得加以干涉也。



練習問題 一、問司法權之意義 二、問法院之種類 三、試述司法權之獨立

行政法

第二章 行政法

行政法之觀念

第一節 行政法之觀念

行政法之意義

第一、行政法之意義

行政法者、關於行政之國內公法也。故其觀念之要素、可分為（一）關於行政之法、

（二）國內法、（三）公法三點述之。

一、行政法者、關於行政之法也。

行政法者關於行政之法也

關於行政之法云者、乃指與行政有關之法規全體而言、可大別為二、其一為關於行政組織之法、其二為關於行政作用之法、行政組織之法者、包括關於國家之行政組織之法、及關於公共團體組織法之兩者而言、關於行政作用之法者、關於行政事項、對於行政之主體與人民相互之間、有拘束力之法也、故應與憲法、立法法、司法法、相區別之。

二、行政法者、國內法也

行政法者國內法也

法有國內法、與國際法之別、二者其原理原則各殊、而國家之行政作用、亦可以由國內法的作用與國際法的作用、兩方面觀之、此二者亦皆由行政機關處理之、然國際法上之作用、大抵皆適用國際法之規定、其關於法理及運用之研究、非屬於行政法之範疇、故行政法、純

爲國內法、國際法則非屬於行政法也。

行政法者公
法也

三、行政法者公法也

行政法、不僅不包含國際法、且關於私法、亦非行政法之範圍、故行政法者、屬於公法也。行政法非如民法刑法等、而有所謂行政法典之存在、學者僅就此多數之行政法規、彙集之、釋定之、名曰行政法、故其範圍、甚廣汎、其內容、亦甚爲複雜也。

行政之意義

第二、行政之意義

國家之作用、其性質之分類與立法、司法、行政之機關所掌之權限未必一致、對於國家作用分類之方法、有以性質爲標準之分類、有以行政作用機關之種類爲標準之分類、前者謂之實質的分類、後者謂之形式的分類、既如此、對於行政之概念、亦當然發生實質的意義之行政與形式的意義之行政二者、茲略述如次。

實質的意義
之行政

一、實質的意義之行政。

實質的意義之行政云者、除實質的意義之立法及司法以外之國家作用也、實質的意義之立法者、制定法規之作用也、實質的意義之司法者、關於具體的事實、解釋適用法規、對其事實之法律關係、確認宣告之作用也、國家除依據上述之立法及司法爲目的、維持其法的秩序外、進而對外則確立自己之存立、對內則保護增進國民之福利、爲此種目的須確立種種施設

形式之意義
之行政

與活動、此即所謂實質的意義之行政也

二、形式的意義之行政。

形式的意義之行政者、除形式的意義之立法及司法之作用也、換言之、除立法機關及司法機關所行之作用以外之行政也、故不問其性質如何、凡屬立法機關所行之作用、謂之形式的立法、凡屬司法機關所行之作用、謂之形式的司法、除此二者、不問其性質如何、凡屬行政機關所行之作用、即謂之形式的意義之行政也。

惟我國立法機關之立法院、事實上尙未見成立、凡所有之立法、均依組織法第三十六條以勅令制定之、此不過暫時之辦法、非立法本來之面目也。

行政法
之觀念

行政之意義

行政法之意義

關於行政之國內公法

3. 公法

2. 國內法

1. 關於行政之法

1. 實質的意義

不屬於立法（制定法規之作用）司法（對具體事件解釋適用法規對其事實之法律關係確認宣告之作用）之國家作用

2. 形式的意義

凡行政機關所行之作用均屬之

練習問題

一、試述行政之實質的意義與形式的意義 二、試述行政法之意義

行政組織之形式

第一、行政組織之形式

國家對行政組織、於組織法上除國務總理大臣以外、並未要求須設置一定之機關、蓋行政作用由皇帝親裁或委任其他機關行使為原則故也、而皇帝委任於其他機關行使之形式有二、其一為國家自設機關委任其行使之、其二為對於國家之下承認獨立之自治團體委任其行使之、前者謂之官治主義、後者謂之自治主義。

國家對行政機關、使其權限集中於中樞機關者、謂之中央集權主義、分配於地方者謂之地方分權主義、地方分權主義更有分配於地方之國家機關與自治團體之別、凡一國家者採取極端中央集權主義時對於地方之實情、即有不適宜之點、終難免招來地方行政萎縮之結果、若採取極端之地方分權時、則有破壞行政統一阻止國威伸張之虞、故近世各國家大抵採取中庸主義、以補其失、不過我國之行政乃以中央集權主義為主、以地方分權主義輔之、雖然漸有趨於地方分權之情勢、蓋建國草創之期、不得不取中央集權主義也。

官治主義與自治主義

行政組織一

1. 官治主義 特設國家機關行使行政作用
2. 自治主義 使自治團體行使行政作用

之形式

中央集權主義與地方分權主義

1. 中央集權主義 行政之權限集於中樞機關
2. 地方分權主義 行政之權限分配於地方機關

練習問題 一、試述官治主義與自治主義

二、試述中央集權主義與地方分權主義之利弊

第二、行政機關之種類

行政機關之種類

行政機關、若以權能為標準時、其分類如左〔註〕

一、行政官署 行政官署者、於皇帝之下、決定國家意思、為處理行政事務之國家機關也、官署向外部代表國家、有決定表示國家意思之權、故或謂之國家之意思機關、究其權能、皆發源於皇帝之大權也。

二、監察機關 對於行政官署之事務、尤其檢查會計事務、監視其正否為任務之機關、謂之監察機關、例如審計局等是也。

三、營造物管理機關或企業機關 營造物者直接供特定之行政目的之一切設備也、營造物管理機關者、管理國家營造物之機關也、如中央觀象臺長等屬之、管理施行官營企業之機關謂之企業機關、如專賣總署長等屬之、營造物機關中有管理權者、同時於管理權之範圍內、有決定表示國家意思之權限、在此限度內、仍有行政官署之性質、如上述之專賣總署長等是也。

四、補助機關 隸屬於行政機關之下，以補助官署之權限，為任務之機關，謂之補助機關，補助機關，並無決定表示國家意思之權能，僅為意思決定之準備，或承官署之命，從事於各種之官署的事務而已，惟因官署之委任，或法令之規定，有替代官署行使其權限之時，在此種場合，於代理權之範圍內，補助機關亦與官署立於同一地位也。

五、執行機關 承行政官署之指揮，事實上執行國家意思之機關，謂之執行機關，對於人民直接以實力強制，使其服從為其特徵如警察官吏、憲兵、收稅官吏等屬之，執行機關有時依法令之規定，或行政官署之授權，於一定之範圍內，亦有表示或決定國家意思之權能，例如警察官因維持安寧秩序，或善良風俗，認為有必要時，得限制禁止或解散屋外公衆運動，或衆人之羣集，並得解散集會（治安警察法第十條）或有害公安之虞者，加以檢束（行政執行法）等是也，在此限度內，亦與官署立於同一地位也。

六、諮詢機關 對於皇帝，或行政官署，陳述意見，為任務之行政機關，謂之諮詢機關，如國務會議，或土地制度調查會等是也。

（註）規定行政機關之組織、權限特稱之曰官制。

行政官署 於皇帝之下決定國家意思為處理行政事務之國家機關也

一 監察機關 對於行政事務監督其正否為任務之機關

營造物管理機關 管理國家營造物之機關如中央觀象臺長是

行政機關
之種類

企業機關 管理施行官署企業之機關如專賣總署是

補助機關 隸屬於行政官署之下以補助官署之權限為任務之機關

執行機關 承行政官署之指揮事實上執行國家意思之機關

諮詢機關 對皇帝或行政官署陳述意見為任務之機關

練習問題 一、試述行政官署之性質 二、試述營造物管理機關與企業機關之性質

三、試述補助機關與執行機關之區別

第三、官治行政組織

一、中央行政組織

官治行政組織
中央行政組織
國務院

(一)國務院

國務院奉皇帝之旨、掌理諸般行政之最高中樞行政機關、含治安、民生、興農、經濟、交通及司法六部而成、於國務總理大臣統督之下、各對其主管事務、任其責、簡言之、國務院者以國務總理大臣為首班、由各部大臣、所組成之最高行政執行機關也。

(二)國務總理大臣

國務總理大臣之地位有二、一為國務大臣之地位、一為行政大臣之地位、前者之地位、輔

國務總理大臣

國務總理大
臣之職權

監督權

弼皇帝任其責、於基本法之章業已述過、後者之地位、爲最高之行政官署奉皇帝之旨、統督各部大臣、掌理國家行政之機務任其責、（國務院官制第一條）

1. 國務總理大臣之職權

（1）監督權

指揮監督下級官署、對於官吏行職務上及身分上之監督、總括之、謂之監督權、即直宰外交、指揮監督外交使節及領事官（國務院官制第十一條）指揮監督省長、特別市長及警察總監、認爲省長、特別市長及警察總監之命令或处分有違反成規、妨害公益時、得停止或取消之（國務院官制第十二條）並董督官吏關於其任免進退及賞罰奏請皇帝（國務院官制第二條）但對於委任官以下由國務總理大臣補助機關之總務長官專行之、（國務院官制第九條及第二項後段）

發布院令權

（2）發布院令權

關於其主管事務得依職權或特別委任發院令（國務院官制第三條）院令與部令其名雖殊、其應附之罰則、完全相同、（違令罰基準法第二項應附院令及部令之罰則以六月以下之徒刑或禁錮、三百圓以下之罰金、拘留或科料爲限）

行政處分權

（3）行政處分權

國務總理大臣、直接對於一般行政客體、爲具體的處分之時、除訴願裁決之外、其例不甚多。

2. 國務總理大臣之補助機關

國務總理大臣之補助機關、有總務長官與外務局長官及其他外局即興安局總裁、恩賞局長、建築局長、官需局長、審計局長官及地政總局長等。

總務長官

(1) 總務長官

總務長官輔佐國務總理大臣爲其職務、爲使司掌國務院官制第一條至第五條所揭之國務總理大臣職務之事務置總務廳、其一切之事務總務長官統轄之。

總務長官、指揮監督所屬官吏、關於其進退及賞罰、呈請國務總理大臣、其委任官以下專行之（國務院官制第八條第九條）

外務局長官

(2) 外務局長官

外務局長官對於外交政策之基調事項、國際交涉事項、調查外國事項及蒐集外國情報事項、外交使節、外交官及領事官事項、保護旅行或居留外國之人民事項、外國人之出入國事項等、承國務總理大臣之指揮監督遂行其事務爲處理此種事務、置外務局外務局長官統轄其事務。

國務總理大臣之補助機關

興安局總裁

(3) 興安局總裁

興安局掌理蒙政之基調事項、及蒙政事務之聯絡調整事項、興安局總裁承國務總理大臣之指揮監督、綜理局務。

恩賞局長

(4) 恩賞局長

恩賞局長管關於勳章、褒章、記章及其他榮典之事項、並關於外國之勳章、褒章及記章之受領及佩帶事項、屬於國務總理大臣之管理。

恩賞局長承國務總理大臣之監督綜理局務。

建築局長

(5) 建築局長

建築局長掌管關於國費支用建築物之營繕事項（除國務總理大臣另定者）關於地方費支用之建造物營繕之統制監督事項、關於屬公共團體及其他團體之建築物之營繕而經國務總理大臣認可者之委託施行事項及關於中央官署專用電話及主要官署機械暖房作業之管理事項、局長承國務總理大臣之指揮監督綜理局務。

官需局長

(6) 官需局長

官需局屬於國務總理大臣之管理掌管官署、公共團體、國務總理大臣指定之範圍並其工程或物品製造承攬入所需物品之購入及供給事項、局長承國務總理大臣之指揮監督綜理

審計局長官

局務。

(7) 審計局長官

爲行會計之監查置審計局。

審計局除審計局長官之外有審計官、副審計官、審計局長官承國務總理大臣之監督、綜理局務。

審計官承長官之命掌審計

副審計官、輔佐審計官、掌審計。

審計依審計法行之。

地政總局長

(8) 地政總局長

地政總局屬於國務總理大臣之管理、掌管土地權利之審定、地籍之設定及維持管理、商租權之整理、官民有土地之區別、不動產之登錄、除開拓地外之國有地之管理處分、土地之舊慣調查及不屬於他部局主管之土地之行政事項。

各部大臣

(三) 各部大臣

各部大臣之地位

1. 各部大臣之地位

各部大臣承國務總理大臣之統督、掌理主管事務任其責、爲獨任制第二次中央行政官署

各部大臣之
職權

依現行官制、國家之行政、均歸於國務總理大臣統一之、第二次分配於各部、各部以特任官一人爲大臣使其統督掌理主管事項、爲純粹之行政大臣、故與國務總理大臣不同國務總理大臣一面爲國務大臣輔弼皇帝、一面爲行政官署、處理行政事務反是各部大臣僅爲處理行政事務之官署也。

2. 各部大臣之職權

依現行制度、行政分治安、民生、興農、經濟及交通六部、使各部大臣、掌理其主管事務。各部大臣土地之管轄及於全國。

各部大臣之事務分配、概依國務院各部官制所定、大抵如次。

治安部大臣

(1) 治安部大臣

掌理關於國防、用兵、軍政、警察及其他治安事項並關於測量陸地及水路事項（各部官制第十一條）

民生部大臣

(2) 民生部大臣

掌理關於教育、禮教、社會、保健其他民心振作及民生安定事項（各部官制第二十條）

司法部大臣

(3) 司法部大臣

監督法院、檢察廳及監獄、掌理關於民事、刑事、行刑、非訟事件、民籍、地籍及其他

興農部大臣

司法行政事項（各部官制第二十七條）

（4）興農部大臣

掌理關於農、林、畜產、水產、及開拓事項（各部官制第三十四條）

經濟部大臣

（5）經濟部大臣

掌理關於工、鑛、商、貨幣、金融、租稅、國有財產、專賣、工業所有權、水力電氣施設之建設及權度事項（各部官制第四十二條）

交通部大臣

（6）交通部大臣

掌理關於鐵道、自動車、道路、水運、航空、郵政、電氣通信、其他交通及通信事項、關於河川、港灣、公有水面事項、關於都邑計畫及水道其他都邑施設事項並關於觀象事項（各部官制第四十九條）

各部大臣對其主任事務、所有之職權、其共通者大抵於各部官制通則規定之、其特有者於各部官制或其他特別法令規定、各部大臣之職權、其主要有三、即監督權、發布部令權、及行政處分權是也。

監督權

（1）監督權

各部大臣關於其主管事務、指揮監督省長、特別市長及警察總監、認為命令或處分、有

發布部令權

違反成規妨害公益時得停止或取消之（但關於重要事項須承國務總理大臣之指揮）或發指令、訓令、或關於其處分之訴願予以裁決、或對於所屬官吏加以指揮監督、關於其進退及賞罰呈請國務總理大臣、其委任官以下專行之。

(2) 發布部令權

各部大臣關於其主管事務、得依其職權、或特別委任發部令、（國務院各部官制通則第四條）故部令有基於法律或勅令之特別委任而發者、有基於官制之規定以職權而發者、前者謂之委任命令、後者謂之職權命令。

各部大臣除發部令外關於其主管事務、認為有制定、廢止或修正法律或勅令之必要時應具案提出於國務總理大臣（國務院各部官制通則第二條）

行政處分權

(3) 行政處分權

各部大臣為二次最高之中央行政官署、故其主要任務乃在指揮監督下級官署及對其主管事務發布部令為止、至於直接對人民為行政處分、或行政行為等、概屬於地方官署之職權然各種行政行為之中、其利害關係、較為重大、或須要全國統一之事項、往往於法令之中、使屬於各部大臣者有之、例如結社之許可、（治安警察法第一條）出版物之掲載禁止或限制、禁止出售、扣押、（出版法第二十六條）等屬於治安部大臣之職權、鑛業

權之許可（鑛業法第十六條）屬於經濟部大臣之職權等是也、各部之間、關於主管不明瞭之事務、或涉於二部以上之事務、應呈請國務總理大臣受其裁定。

1. 地位

為最高之行政官署奉皇帝之旨統督各部大臣掌理國家行政之機務任其責

2. 職權

1. 監督權 指揮監督下級官署對於官吏行職務上及身分上之監督

2. 發布院令權 關於主管事項得依職權或特別委任發院令

3. 行政處分權 除訴願以外其例不甚多

1. 總務長官 輔佐國務總理大臣

2. 外務局長官 關於外交事項

3. 興安局總裁 關於蒙政事項

4. 恩賞局長 關於勳章記章榮典等事項

5. 建築局長 關於國或公共團體之建造營繕事項

6. 官需局長 關於官署公共團體等物品購入及供給事項

7. 審計局長 關於會計之監察事項

國務總理大臣

3. 補助機關

中央行政組織（國務院）

8. 地政總局長
地籍之設定土地權利之審定等事項

1. 地位
承國務總理大臣之統督掌理主管事務任其責乃獨任制第二次中央行政官署

1. 監督權
關於主管事務指揮監督省長特別市長及警察總監

2. 職權
2. 發布部令權
關於主管事務得依職權或特別委任發部令

3. 行政處分權
限於利害關係重大或須要統一事項於法令中特定者

1. 治安部大臣

2. 民生部大臣

3. 司法部大臣

4. 興農部大臣

5. 經濟部大臣

6. 交通部大臣

各部大臣

3. 種類

練習問題

一、試述國務總理大臣在行政上之地位 二、試述總務長官之地位

三、試述國務總理大臣之職權 四、試述各部大臣共通之職權

五試述各部大臣與國務總理大臣在行政上之關係

地方行政組織

二、地方行政組織

省長

(一)省長

依現行之行政區劃、地方行政機構、除興安各省外、全滿分十四省、以統轄行政事務、爲獨任制之地方上級行政官署、省長以特任官或簡任官充之、興安各省施行興安各省官制、黑河省施行黑河省官制、其他各省則施行省官制。

屬於省長權限之事務、至爲廣泛、凡省內之行政事項、除屬於特別官署權限外之一切事務及依特別法令所委任之事務、均包括其中、其中最主要者、爲地方行政之監督、社會事業、土地、警察衛生、農林、畜產、水產、鑛工商、教育、禮俗、宗教、土木、都邑計劃、移植民等、屬於省長權限之事務、如此廣泛、故國務總理大臣及各部大臣對其主管事務、均屬省長之上級官署、然其職務上或身分上之一般的監督、屬於國務總理大臣之權限、省長對其主管事務、有如左之職權。

1. 執行法令及管理行政事務

執行法令及管理行政事務

省長承國務總理大臣之一般的指揮監督、關於各大臣主管事務、承各大臣之指揮監督、執行法律命令、管理省內行政事務、(省官制第三條)故對於省內人民、得直接爲種種

發布省令

之行政行爲，且其作用各依法令所定。

2. 發布省令

省長關於省內之行政事務，得依其職權，或特別委任，發省令，（省官制第五條）以省令所規定之事項，除依部令之理論外，並不得抵觸院令與部令，若抵觸時於抵觸之範圍內爲無效。

應附於省令之罰則，以三百元以下之罰金，拘留料爲限，（違令罰基準法第三項）省令應載明其爲省令之意旨，由省長簽名標明年月日後公布之，（地方官署命令程式令第一條）其公布之方法，經主管部大臣之認可後，由省長定之（同第二條）

請求出兵

3. 請求出兵

省長爲保持安寧秩序起見，必須兵力時，應呈請國務總理大臣，但在非常急變之際，得向地方駐紮軍隊司令官，請求出兵（省官制第七條）軍司令官不得無故拒絕此種請求，（軍刑法第四十七條，指揮官受有要求出兵權官憲之要求，而無故不應其要求者，處三年以下禁錮）

指揮監督

4. 指揮監督、所屬官吏及下級官署

省長指揮監督所屬官吏，關於其進退賞罰，呈請國務總理大臣，但關於委任官以下，則

專行之、(省官制第四條)

省長指揮監督省內縣長、旗長、市長及警察官署。

省長對於縣長、旗長、市長或警察廳長之命令或處分、認為有達成規害公益、或侵犯權限者、得撤銷或停止之、(省官制第四條)

省長依縣制(第四十條)縣第一次由省長監督之……市制(第四十一條)市第一次由省長監督之……街村制(街制第四十四條、村制第四十二條)及其他之公共團體法(例如興農合作社法第五十四條)得監督市街村、及其他公共團體之行政。

(二)縣長

縣長

縣長為獨任制之地方行政官署、管轄縣內之行政事務、以薦任官充之、縣一方面為國家之行政區劃、一方面為地方團體、有二重之性質、換言之、縣長一方為國家之行政官署、管理官治行政事務、他方又為縣自治體之機關、掌理諸般自治事務、縣長之地位及職權、大抵如左

1. 執行法令管理行政事務。

縣長承省長之指揮監督、執行法律命令、管理縣內行政事務、(縣官制第二條)

執行法令管理行政事務

發布縣令

2. 發布縣令

縣長關於縣內行政事務，得依其職權或特別委任發縣令（縣官制第四條）縣令所規定之事項，除依部令省令之理論外，並不得抵觸上級命令，自不待言

應附於縣令之罰則，以一百圓以下之罰金、拘留或科料爲限（違令罰基準法）

請求出兵

3. 請求出兵

縣長爲保持安寧秩序，需要兵力時，應呈請省長，但於非常急變之際，得向地方駐紮軍隊之長，請求出兵（縣官制第七條）

指揮監督所
屬職員

4. 指揮監督所屬職員，及下級官署並街村長。

縣長指揮監督所屬職員，關於其進退及賞罰，呈請省長，（縣官制第三條）

縣長認爲警察署長之處分，有違成規，妨害公益，或侵犯權限時得取消或停止其處分。

縣長關於行政事務，指揮監督其管內街村長，就其處分，依前項之例

旗長

(三) 旗長

旗長之地位、職務權限，大體與縣長同不贅述。

市長

(四) 市長

市長承省長之指揮監督，執行法律命令，管理市內行政事務，（市官制第二條）

市長關於市長行政事務，得依其職權，或特別委任發市令（市官制第四條）市令應附之罰

則與縣合同

市長指揮監督所屬官吏、關於薦任官以上之進退及賞罰、呈請省長、其委任官以下專行之

(市官制第三條)

市除掌理行政事務外、並得處理自治事務

警察廳長

(五)警察廳長

於主要都市置警察廳、其長官爲警察廳長、警察廳長承省長之指揮監督、執行法律命令、管理其管轄區域內之警察消防、及特由民生部大臣指定之衛生事務(警察廳官制第四條)

廳長監督警察署長之職務、關於其管理事務、得發廳令。

特別市長及警察總監

(六)特別市長及警察總監

特別市長

1. 特別市長

特別市長者承國務總理大臣之指揮監督、關於各部大臣所管事務、承其指揮監督執行法律命令、管理市內行政事務之行政官署也(特別市官制第二條)

特別市長關於市內行政事務得發市令、特別市長除處理行政事務外、並得處理屬於特別市之自治事務。

警察總監

2. 警察總監

警察總監、承國務總理大臣之指揮監督、關於各部大臣所管之事務承其指揮監督執行法律命令、管理特別市內之警察消防及特由民生部大臣指定之衛生事務。

警察總監關其主管事務得發廳令、遇非常急變需要兵力時得向地方駐紮軍隊司令官、要求出兵、並關於首都之治安維持有必要時、得指揮鄰接各縣之警察官。

警察總監指揮所屬官吏、其薦任官以上之進退、呈請國務總理大臣、其委任官以下之任免、則專行之。

(七)興安各省長及其下級機關

興安各省之行政事務、屬於國務總理大臣掌理、使興安局管理興安省之行政事務。

興安各省長承國務總理大臣之指揮監督並關於各部大臣所管之事務承其指揮監督、執行法律命令、管理省內行政事務之行政官者也。

省長指揮監督省內之旗長、縣長市政管理處長、警察廳長及警察署長。

省長認為旗長、縣長、市政管理處長、警察廳長或警察署長之命令或處分有違成規、妨害公益或侵犯權限者、得撤銷或停止之。

地位 爲獨任制之地方上級行政官署

地方行政組織

省長

職權

- 1. 執行法令及管理行政事務
- 2. 發布省令
- 3. 請求出兵
- 4. 指揮監督所屬官吏及下級官署

縣旗長

地位

為獨制之地方行政官署、一方為國家機關掌理行政事務、一方為自治機關掌理自治事務

職權

- 1. 執行法令及管理行政事務
- 2. 發布縣令
- 3. 請求出兵
- 4. 指揮監督所屬職員及下級官署並街村長

市長

承省長之指揮監督執行法令管理市內行政事務、一面為自治機關處理自治事務

警察廳長

承省長之指揮監督執行法令掌管轄區域內之警察消防及衛生事項

特別市長

承國務總理大臣及各部大臣之指揮監督執行法令、管理市內之行政事務

警察總監

承國務總理大臣及各部大臣之指揮監督執行法令、管理特別市內之警察消防及衛生事務

興安各省長

承國務總理大臣掌理使興安局總裁管理之

練習問題 一、試述省長之職權 二、試述縣長之地位

三、試述縣長與省長之關係 四、試述市長之地位

五、試述特別市長與警察總監之監督官署及其所管事項區別

官吏

第三節 官吏

官吏之觀念

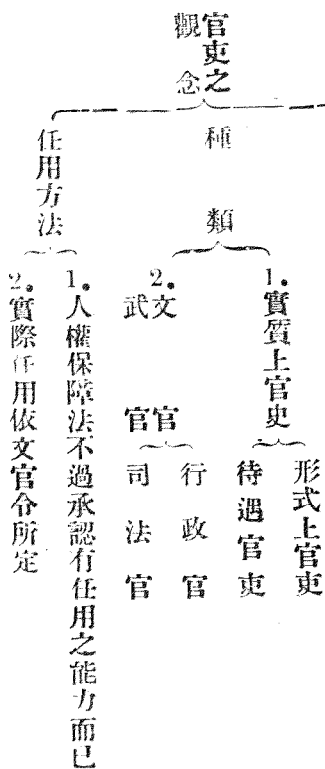
第一、官吏之觀念

官吏者組織官署之自然人也、即依國家之特別選任而構成國家機關、對於國家在公法上負有應担任無定量事務之義務之自然人也、官吏受皇帝或行政官署之特別選任始就其地位、然國家非強制個人爲官吏、必先徵求個人之意見、其有爲官吏之意思後始任命之、

凡依國家之特別選任而負擔國家事務者皆謂之實質上官吏、而實質上官吏中有賦與一定官等者、亦有不然者、前者謂之形式上官吏、例如簡任官、薦任官、委任官等屬之、後者謂之待遇官吏、例如警尉補警長等屬之、又官吏依其担任職務而分類有文官與武官之別、文官之中更有行政官與司法官之別

滿洲國人民依人權保障法均有任爲官公吏之能力、然此不過承認其有此種能力而已、國家實際任用官吏時對其任用資格、尙有許多之規定、此種規定之主要者厥爲文官令、其所以設此項任用制度者、乃係鑑於官吏之地位重而且大故也

意義 依國家之特別選任對於國家在公法上負有應担任無定量事務之自然人



官吏之義務

第二、官吏之義務

官吏依國家之任命對於國家立於特別服從關係之地位，因有此種地位其結果負有各種義務，不過官吏義務中有依任命立即發生者，有待補職後始發生者，又有對其行使職務而負義務者，亦有隨其地位而負義務者皆於文官令中有其規定，茲概括述之如次

一、職務上之義務

1. 擔任職務之義務

官吏於一定之範圍內負有担任不定量之國家事務之義務、國家命官吏担任職務之行爲、

職務上之義務
擔任職務之義務

服從之義務

謂之補職、補職有與任官同時命之者亦有不然者、然官吏並非現實的以担任職務爲必要、例如休職中之官吏或留學中之官吏、現在雖未担任職務、仍爲官吏是也。

2. 服從之義務

官吏應遵守法令遵從上官之命令有挺身奉公以盡其職務之義務、關於其職務由上官所發之命令、謂之職務命令、官吏對此即有服從之義務、不過職務命令之條件、以遵守法規在官制所承認之權限內且限於屬於受命者之職務範圍內爲必要、受命者應審查此種要件如其內容屬於不能或不關於職務之命令、即不發生服從之義務也。

執務之義務

3. 執務之義務

官吏對自己担任之職務有執行之義務、因此官吏非經職務長官之許可不得擅離職務或勤務地。

忠誠之義務

忠誠之義務

官吏應體建國精神對皇帝及皇帝之政府竭盡忠誠、故官吏之執行職務雖屬於公法上之義務亦頗含有倫理的要素、假令有容許自由裁量之事項亦要求須要適合國家之公益、尤其對於職務應體察民意加以鑽研進獻方策、隨時世之進展、努力施政之伸張改善不得有退縮固執沈滯庶政之情事、其當職務執行之時、又應至公至平懇切丁寧、不得有偏執偏斷

濫用職權之情事、且應緊密聯絡事務謀其簡捷以期能率之增進不得有徒重形式沈滯事務之情事。

二、地位上之義務

地位上之義務
保守品位之義務

1. 保持品位之義務

官吏對其職務、不問有何種情形、均負有不辱其品位之義務、即（一）應克己修養陶冶人格特重禮讓、不問職務之內外、誠實清廉恭儉勤勉為一般人民之表率、不得有驕縱貪惰損傷名譽之行爲、（二）不問職務之內外、不得由部下收受金品或其他利益之供與。

保守秘密之義務

2. 保守秘密之義務

官吏不問其關於自己之職務與否、不問其在官中知得者與否、皆有不洩漏官之機密之義務、即（一）不問關於自己之職務與否應嚴守官之機密退其官職後亦同因法院或檢察廳之召喚為證人或鑑定人關於職務上之機密受訊問時、得限於經本屬長官之許可者供述之（二）不得將關於職務上未發文書洩漏。

對一定行為之限制

3. 對一定行為之限制

官吏對於國家本立於特別服從關係之地位、故國家對於官吏、為期職務執行之公正計、對於一定之行為往往加以禁止或限制、即（一）非經本屬長官之許可、無論直接或間接

關於其職務、不得爲自己或他人以報酬謝禮或其他、任何名義由他人收受金品或其他利益之供與（二）文官及其配偶者、非經本屬長官之許可、無論直接或間接不得爲營業、（三）非經本屬長官之許可、不得爲營利會社之職員或從業員、（四）非經本屬長官之許可、不得收受報酬管理他項事務。

官吏之義務

- | | |
|--|--|
| <p>地位上之義務</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 保持品位之義務
負有不辱品位之義務 2. 保守秘密之義務
不問關於自己職務或在官與否有不洩漏官之機密之義務 3. 對一定行爲之限制
爲期職務執行公正計對一定行爲加以禁止或限制 | <p>職務上之義務</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 担任職務之義務
對一定範圍之事項有擔當之義務 2. 服從之義務
有恪守法令遵從上官命令之義務 3. 執務之義務
對自己職務有執行之義務 4. 忠誠之義務
對於職務負有竭盡忠誠適合公益之義務 |
|--|--|

練習問題

- 一、試述官吏之義務
- 二、試述官吏之職務上之義務
- 三、試述官吏之地位上之義務
- 四、試述服從之義務
- 五、試述忠誠之義務
- 六、試述保持品位之義務

七、試述保守秘密之義務

官吏之權利

第三、官吏之權利

官吏有構成國家機關之地位，故應受國家之種種之待遇，此種待遇之中有得以權利主張者有不然者，前者更得分為身上之權利及財產上之權利二者，後者得分為如叙勳等之恩典及刑法上所受之一定之保護，例如官吏職務執行中於加暴行或脅迫者依刑法處罰等屬之。

一、身上之權利

身上之權利
保持官吏身分之權利

1. 保持官吏身分之權利

官吏得主張非根據法定事由經過法定手續國家不得免官之權利，如果國家對於免官設有
一定法規時，則官吏即取得違反此種法規不得免官之權利，例如法官對於此種權利特於
組織法保障之，一般之官吏亦於各種勅令設有保障。

2. 保持官職之權利

保持官職之權利

官吏得主張非根據法定事由經過法定手續不得變更或解除其官職〔註〕之權利，按官職
本來由國家一方面授與者其變更或解除當亦屬於國家之隨意，惟國家如對此設有一定法
規規定其變更或解除之事由或手續時，於是則官吏在此種場合即得主張非依該事由或手
續不得變更或解除之權利，例如法官之轉官等是也。

財產上之權利

俸給權

恩給權

受實費償還或實物給與之權利

二、財產上之權利

1. 俸給權

官吏通常均受有一定之俸給、俸給者為使官吏維持其地位之生活使其一意專心執行職務計對其服務國家所支給之金錢也。

2. 恩給權

恩給者對退官後之官吏或遺族國家所支給之生活費也、依我國之恩給法為一時金、退職後之官吏或其遺族有受領之權利、而受恩給之公務員每月由其俸給中納入國庫若干謂之恩給納金。

3. 受實費償還或實物給與之權利

官吏對其職務執行所需要之費用有對國家請求其償還或給與之權利、如旅費、津貼或被服等是也。

(註) 官吏所担任職務之範圍、附以一定之名稱而指示者謂之官職、例如某部大臣、某司長某縣長是也。

身位上之權利

1. 保持官吏身分之權利

2. 保持官職之權利

非根據一定事由經過一定手續不得免官之權
非根據一定事由經過一定手續不得轉官

官吏之權利

財產上之權利

- 1. 俸 給 權
為維持其地位之生活使其一意專心執行職務對其服務國家所支給之金錢謂之俸給凡官吏均有請求權
- 2. 恩 給 權
對退職之官吏或其貴族為充其生活費所與之金錢謂之恩給凡官吏退職皆有請求之權
- 3. 受實費償還或對職務執行所要之費用及實物有要求償還或給與之權

練習問題 一、試述官吏之權限 二、試述官吏之財產上權利 三、試述俸給權

第四、官吏之責任

官吏之責任有三、即官吏法上責任、刑事上責任及民事上責任是也。

一、官吏法上責任

官吏法上責任者因官吏違反官吏法而受懲戒罰之責任也、懲戒者官吏違反官吏法上義務所為之強制處分也、有免官、停職、謹慎、申誡各種、故與刑罰之性質有所不同〔註〕

二、刑事上責任

刑事上責任者因官吏違反義務而紊亂國家公共秩序時受科刑罰之責任也、其責任更可分為二、即一、以官吏之身分為犯罪構成要件時所謂職務犯罪是也、二、因為其身分為官吏故較

官吏之責任

官吏法上責任

刑事上責任

普通人加重處罰之、所謂準職務犯罪是也、前者如濫職罪屬之、後者如行審判檢察或警察之職務者對犯人加暴行或凌虐之行爲屬之、

三、民事上責任

民事上責任者因官吏之違反義務觸犯民法規負損害賠償責任是也、此種責任有對於國家者、亦有對於第三人者、後者更有基於權限內之行爲與權限外之行爲之分、官吏對於國家賠償責任者限於出納官吏始有此項責任、對於第三人所負之賠償責任、以其權限外之行爲爲限其對於權限內之行爲、除法規另有規定外不負任何之賠償責任。

(註) 刑罰與懲戒罰不同之點如次

一、制裁之根據不同 刑罰爲基於統治權之一般的制裁、懲戒罰乃基於特別權力關係之制裁。

二、制裁之方法不同 刑罰有剝奪生命自由財產等法益之方法、懲戒則以脫退官吏關係(免官)爲最重要之方法。

三、執行之機關不同 刑罰由法院宣告、懲戒則由長官或特定機關行之。

四、時效有無之不同 刑罰有時效懲戒無之。

官吏之責任

一、懲戒上責任

意義 因官吏違反官吏法受懲戒罰之責任
種類 免官、停職、謹慎、申誠

二、刑事上責任

意義 因官吏違反義務而紊亂國家公共秩序時受科刑之責任
種類 1. 職務犯 以官吏之身分為犯罪成立之要件
2. 準職務罪 因為官吏特加重刑罰

三、民事上責任

意義 因官吏之違反義務觸犯民法規負損害賠償之責任
種類 1. 對於國家 限於出納官吏
2. 對於第三人 1. 權限外 有責任
2. 權限內 無責任

練習問題

- 一、試述官吏懲戒上責任
- 二、試述官吏之刑事責任
- 三、試述懲戒罰與刑罰之差異

第四節 行政行為

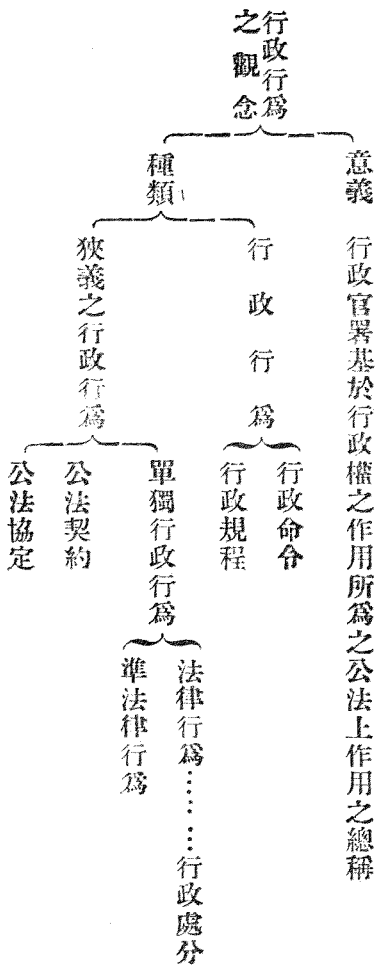
第一、行政行為之觀念

行政行為之觀念、並非法律上公認之語、乃學問上普通之慣用語也、然則行政行為者何、

行政行為

行政行為之觀念

即行政官署基於行政權之作用、所為公法上之作用之總稱也、行政行為之內有關於抽象的事實、有關於具體的事實、其以抽象的事實為物體之行政行為、名之曰行政規則、其以具體的事實、為物體之行政行為、名之曰狹義之行政行為、換言之行政規則者、行政之主體、抽象的所定之一般法則也、狹義之行政行為者、行政之主體、處理個個事件之行為也、行政規則中、有拘束一般客體之效力者、曰行政命令、反是謂之行政規程、狹義之行政行為中又有單獨行政行為、公法契約、公法協定三者、而單獨行政行為之中、更有法律行為、與準法律行為二者、其法律行為、特謂之行政處分、行政行為中以行政命令與行政處分為最要



練習問題 一、試述行政規則 二、試述狹義之行政行為之種類

行政命令

第二、行政命令

行政命令者、拘束一般行政客體之行政規則也、其有法規之性質、不待論矣〔註〕

行政命令之種類

一、行政命令之種類

由實質上區別

1. 由實質上區別

行政命令、依其規定事項爲標準、有（一）獨立命令、（二）委任命令、（三）執行命令、（第一編第四章第二節參照）

由形式上區別

2. 由形式上區別

行政命令、依制定機關區別時、有國務總理大臣所發之院令、各部大臣所發之部令、省長所發之省令、縣旗長所發之縣旗令等之分焉。

二、行政命令之有效條件

行政命令之有效條件
形式的條件

1. 形式的條件

（一）命令之決定公布 例如部令、須由主管各部大臣、標明年月日經署名後、以政府公報公布之、（公程式令）

（二）命令之施行時期 除另有施行日期者外、自公布之日起算、滿三十日後施行之、（關於法律命令施行日期之件）

實質的條件

2. 實質的條件

須有發布權限之授權、始得發之

(註) 行政客體者乃行政主體之對稱、即行政權之相對者、有公共團體與私人兩種、不過公共團體對於所屬員仍然屬於行政主體、限於對國家為行政客體也。

意義 拘束一般行政客體之行政規則

行政命令

種類

- 1. 實質上區別 獨立命令、委任命令、執行命令
- 2. 形式上區別 院令、部令、省令、縣旗令等

有效條件

- 1. 形式的條件
 - 1. 公布
 - 2. 施行
- 2. 實質的要件 須屬於有權限之機關所發布者

練習問題

- 一、試述行政命令之種類
- 二、試述行政命令之意義

行政處分

行政處分之觀念

第三、行政處分

一、行政處分之觀念

行政處分者、行政官署或公共團體、對於特定的具體事件所為之單獨行政行為也、換言之狹義之行政行為中、法律行為之單獨行政行為、皆謂之行政處分、行政處分有拘束一般之行政

政客體者、亦有拘束立於特別權力關係者、如警察處分、財政處分等、屬於前者、對於官吏學生等之懲戒處分、屬於後者、行政處分之要件、第一須屬於其行政官署權限內爲之、第二須根據法律命令爲之、第三須具備所定之形式、第四須告知相手人。

二、行政處分之種類

行政處分之
種類

行政處分因其觀察之方面不同、可作種種之分類、茲將主要者述如次

1. 依法規之分類

依法規之分
類

行政處分、對於法規之關係、得分依法處分與裁量處分二者。

(1) 依法處分（執行處分）

依法處分者抽象的所定之法律關係、具體的使其成立之行政處分也、換言之、行政官署對於某種事件、審核是否適合法規之要件、如認爲適合時、準據其法規而處分、毫無規定法律關係之權能也、如徵收租稅等屬之。

(2) 裁量處分

裁量處分者、行政官署、根據其自由裁量之權限、〔註〕對於特定事件、所爲之處分也例如營業許可等屬之。

（註）自由裁量者行政機關依自己之自由加以判斷得爲適當處置之謂也。

依要求有無
之分類

2. 依要求有無之分類

得分爲自動的處分與他動的處分二者

(1) 自動的處分

行政官署依自己之職權積極的所爲之處分、謂之自動的處分、如租稅或手數料之賦課徵收或行政罰等屬之。

(2) 他動的處分

對人民之要求所爲之處分謂之他動的處分、如警察之免許等屬之。

3. 依內容之分類

行政處分依其內容得分類如左。

(1) 命令及禁令

命令者命爲特定作爲之行政處分也、禁令者、禁止爲特定作爲之行政處分也、如命令賦課租稅手數料官署之召喚等、屬於前者、如命令中止演說解散結社或禁止通行道路、屬於後者

(2) 認可

認可者行政官署或公共團體、對於個人或法人之法律行爲、予以同意、而使之發生法律上效力之行爲也、行政上對於受認可之要件有二、(一) 須待受認可者之要求即行政官

依內容之分
類

署不能進而爲認可之處分、必待受認可之要求、而後予之、(二)認可之內容不得變更即對於同一事件、有認可之要求時、可予則予之、不可予則不予之、二者擇其一而處分之、不應將其內容變更、以認可之、(三)認可須有法規之根據、即應受認可者、依法規所定且須在不受認可時不發生法律之效力之場合爲限。

(3) 許可

許可者、一般禁止之行爲、解除其禁止、使得適法爲之之行政處分也、如營業許可、開演許可等屬之、許可之要件有三、(一)法規對於許可目的之行爲、須爲一般所禁止者即對於非禁止行爲、無解除禁止之必要也、(二)須有法規之根據、即須有一般雖爲禁止之行爲、如受許可得解除其禁止之規定、(三)須有許可之請求、即行政官署不能自動的予以許可、必待有許可之請求、而後始予之也。

許可與認可不同、應受許可之行爲、不受許可而爲之、即爲違法、除受行政上之強制執行外、其定有罰則時、仍依其罰則、以處罰之。

(4) 免除

免除者、法規一般所命之行爲、於特定之場合、解除其行爲之行政處分也、其質性與許可雖同、而許可可爲不作爲之解除、反是、免除乃作爲之解除也、如租稅之免除等屬之。

特許

(5) 特許
特許者、設定權利或能力之行政處分也、特許與許可不同、以其設定之私權得對抗第三人、例如鑛業許可、或對於發明者賦與權利等屬之。

公證

(6) 公證

公證者、對於特定之法律的事實、或法律關係、向一般證明其存在與否也、例如依登記簿、以證明取得或移轉不動產等是也。

裁決

(7) 裁決

裁決者、對於特定之法律的事實、或關係之存在、而決定其孰為正當之行政處分也、例如訴願之裁決等是也。

意義 行政官署或公共團體對於特定的具體的事件所為之單獨行政行為

行政處分

種類

1. 依法規之分類

2. 依要求有無之分類

1. 依法處分 準據法規施行處分

2. 裁量處分 依自由裁量所為之處分

1. 自動的處分 不待行政客體要求

2. 他動的處分 依行政客體之要求

1. 命令禁止

3. 依內容之分類

- | | | | | | |
|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|
| 7. 裁
決 | 6. 公
證 | 5. 特
許 | 4. 免
除 | 3. 許
可 | 2. 認
可 |
|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|

練習問題 一、試略述行政處分 二、試述依法處分與裁量處分之區別

三、試述認可許可特許之差異

行政救濟

第五節 行政救濟

第一、行政救濟之觀念

行政救濟之觀念

凡行政行為、不僅須適合法規、且於法規之範圍內、又須適合公益為要、然構成官署者、既為自然人、則難保無違反法規之虞、而違反法規之行政處分、不僅有違背國家之目的、且足以侵害人民之權利利益、實非國家設治之道也、因此國家設有各種監督機關、以防止違法或不當行政作用於未然、或事後加以匡正之、不過此種自發的救濟手段、對於國民之權利利益、仍有難以保護完善之點、此所以國家設立各種行政救濟制度、以使國民廣開救濟之途、

藉此國家受動的亦可以匡正違法或不當之行政作用也。

第二、行政救濟之種類

行政救濟之手段有三、一曰請願、二曰訴願、三曰行政訴訟、請願者、人民關於國務事項、將其希望陳述於皇帝、或官公署之謂也、於人權保障法第六條、雖有規定、然請願法尙未見公布、是以事實上、仍不得提起請願、至於對於帝制實施時、各省人民所爲之請願、乃事實上之請願、非法律上所謂之請願也、訴願者、因行政官署之違法處分、受有損害時、向爲處分官署之直接監督官署、請求其處分之取消或變更之法律上救濟方法也、訴願提起之手續、有訴願手續法、（康德四年三月二十五日勅令第三十九號）至於訴願事項則散於各種法令之中、並無統盤之規定、行政訴訟者、對於行政官署違法之行政處分、權利受損害時向行政裁判所、請求其行政行爲之取消變更或其他必要處置之謂也、各國均設有行政裁判所、使其裁判、我國於組織法第三十條、僅承認有行政訴訟之制、尙無行政訴訟之法、故現在仍無提起行政訴訟之方法、是以我國、對於行政救濟之途、現在僅有訴願耳。

行政救濟

意義 對行政主體之不法或不當之行政作用請求救濟

- 種類
1. 請願 將希望陳述於皇帝或官公署、現尙無請願法
 2. 訴願 因行政官署之違法處分受損害時請求變更取消

3. 行政訴訟 因行政官署之違法處分權利受損害時向行政裁判所請求變更

或取消

練習問題 一、試述行政救濟之必要 二、試述訴願

行政監督

行政監督之
觀念

第一、行政監督之觀念

第六節 行政監督

國家行政作用之行使方法、可謂複雜分歧、然其間以保持統一並且不違反法令與公益為最要、不過組織行政官署者、既為自然人之官吏、有時則難免發生違法之行為或不當之處置、於是則有保持秩序使其能以統一之要、此種為期行政統一與正當行政機關所行之行為、謂之行政監督。

第二、行政監督之種類

一、直接監督與間接監督

直接監督者依行政階級之順序上級官署對下級官署所行之監督也、間接監督者特定之官署

對於特定之事務而行之監督也、前者如各部大臣對於各省長屬之、後者如審計局對各官署所行之審計屬之。

行政監督之
種類

直接監督與
間接監督

二、積極監督與消極監督

積極監督者爲期行政不發生瑕疵所行之監督也、或謂之預防監督亦謂之事前監督、消極的監督者、瑕疵業已發生予以匡正之監督也、或謂之鎮壓監督亦謂之事後監督、爲期行政之完善、僅以消極的監督、難克奏效、必依積極的監督以防止於未然方可也。

第三、監督之形式

上級官署對下級官署監督之形式、依官署之種類事務之性質、各有所不同、然可概括爲三即監視、訓令及取消是也

一、監視

上級官署對於下級官署以監督者之地位、有監督其職務執行或徵求報告、或派遣官吏檢閱事務情狀之權、此由監督權之性質而係必然之條件、無須乎有特別之規定。

二、訓令

官署長官對下級官署之權限行使、有指揮之權、爲此種目的所發之命令謂之訓令、訓令之中待下級官署之呈請、有所指示時特名之曰指令、不過其在性質上與訓令無所差異。

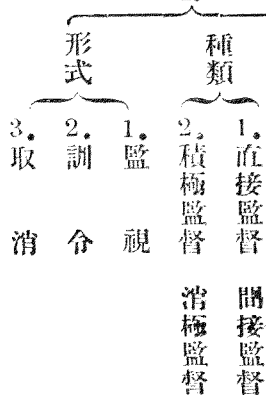
三、取消

上級官署對下級官署所發之命令或行政行爲如認爲有違法或不當之情事、有取消或停止之

權、取消者完全失其效力之行為、停止者一時失其效力之行為、法令亦有以明文規定者、例如各部官制之中有各部大臣關於其主管事務指揮監督省長特別市長及警察總監、認為其命令或處分有違反成規妨害公益時、得停止或取消之、雖無明文規定、上級官署亦當然有此種職權惟此項職權並非無限制、應依取消權一般之原則行之、不待言矣。

意義 為期行政之統一與正當行政機關所行之監督謂之行政監督

行政監督



練習問題

- 一、試述行政監督之意義及其必要
- 二、試述行政監督之形式
- 三、試述訓令與指令之差異

第七節 各部之行政

國家之行政作用、其範圍極為廣泛、其種類亦紛歧不一、如以內容為標準、可分類如左

一、內務行政

各部之行政

內務行政

內務行政者、以保持社會之安寧秩序、及增進人民之福利爲目的之行政也、又可分爲二、其一爲警察行政、又其一爲助長行政、此二者、爲內務行政之二大分支、茲各述其要如次。

(一) 警察行政

夫國家主要之目的、在乎保護增進社會公共之福利耳、爲達成此種目的、國家勢必以優越之權力、壓制個人之恣意、始足以經營有統制之社會生活、而此種作用、即警察作用是也、申言之、警察者、爲保護社會公共之利益、基於一般統治權、以限制或強制各人自然自由之國家權力作用也、故其作用、通常以消極的、排除社會之危險爲限、亦間有積極的增進福利之場合、其無論爲何、凡直接保護社會之利益爲目的者、皆屬於警察之觀念、不過實際上、國家爲增進公共之福利、而限制各人之自由者甚少、故通常所謂之警察、頗有限於排除危害之消極的作用之觀也〔註〕

(註) 警察權之行使有如次之限制 一、擬排除之障害須較警察權行使之結果所受之損害爲大 二、須在必要之限度內限制自然之自由 三、對私生活在原則上不加干涉

(二) 助長行政 (保育行政)

國家爲開發社會之文化、增進國民之福利、所爲之活動、非權力的作用、實爲通常之形態國家達成此種目的、或自爲大企業者、經營私人所不能經營之各種事業、或保護獎勵民間各

種之產業、或關於土木、教育社會事業爲諸般之施設、此種爲文化目的所行之作用、即助長行政也。

財務行政

二、財務行政

國家或公共團體之活動、與私人之生活無異、皆以相當之財力爲其存立要素也、國家爲獲得此種財力、及維持管理之作用、謂之財務行政、舉凡國家之歲出歲入、預算、決算、會計租稅、專賣、及公共團體之會計、預算、決算、租稅等均屬之。

軍務行政

三、軍務行政

國家爲在國際上、占有相當地步計、及爲維持國內之和平計、必待強大之武力、不待論矣而所以能實現此種武力者、惟有陸海空軍耳、國家編成陸海空軍、維持管理之、並爲達成上述之目的、課人民種種負擔之作用、謂之軍務行政。

外務行政

四、外務行政

國家爲國際法上權利義務之主體、與世界列國共相構成一國際社會、故國家不獨對內、統治人民、增進公共之福利爲止、且對外與列國相交涉、於國際場裏、確保其地位、擁護自國或人民之對於外國之權利利益、更進而與列國互相協力、以達成世界和平、及促進世界文化之任務焉、爲達成此種任務、國家所爲之作用、謂之外務行政。

五、司法行政

司法者、民事刑事之裁判也、固非行政然為實現其作用、仍有待於行政機關之補助、自不待言、如檢察官及警察官之檢舉犯罪、或監獄之執行刑罰是也、故凡於此種作用、屬於行政機關之權限者、謂之司法行政。

各部行政

內務行政

1. 警察行政 為保護社會公共之利益基於一般統治權以限制強制自然自由之權力作用

2. 助長行政 開發社會之文化增進國民之福利

財務行政 獲得財力及維持管理之作用

軍務行政 編成陸海空軍並維持管理之作用

外務行政 對外交涉與外國協力之作用

司法行政 補助司法權之行政

練習問題 一、試述內務行政 二、試述警察行政與助長行政之區別

三、試述財務行政 四、試述司法行政與司法權之關係

第八節 自治行政

自治行政

自治之觀念

第一、自治之觀念

自治本來之意義、乃係自己治理自己、不受其他之支配、根據自己獨立之意思以處理其事

務之意、然而因立憲法治主義之發達與自治思想之勃興、自治一語漸包含有特別之意義矣、即國家之下特承認有公共團體之存在、對此種團體賦與自治權、指該制度謂之自治制度、申言之、於國家之下承認有公共團體之存在、賦與以自治權、以自己之機關自己之經費、而行使一定範圍之統治之制度也、而公共團體依現行制度可分爲地方團體與公共組合二者、前者以一定之土地爲要素、後者以一定社員所組織之團體也、按自治制度之由來、乃發源於近世各國國民之政治的自覺、如果能有健全之發達、必致國家於富強、此徵之於理論、徵之於歷史自可分明、試列舉自治制度之優點、大抵如次。

一、能使地方之行政適合地方之實情

二、能節約地方行政之經費

三、地方人民能熟習於政治並能惹起對行政上之熱心、故對於國家政治之圓滿發達、頗可期待

四、如果中央發生政變、不至捲於其渦中

五、中央政府對於地方可以減輕責務、藉此能專心於國政

第二、地方團體

一、地方團體之觀念

地方團體
地方團體之體
觀念

地方團體者以一定之領域一定之住民以及由國家所賦與之自治權三者而成之團體，在法律上承認有獨立人格之法人也，其自治權係由國家所授與之權力，此點與國家不同，以領域為基礎對於領域內之人民及物有支配之權力，此點與公共組合有所不同。

二、我國自治地方團體之沿革

我國關於自治地方團體，向無法制之規定，僅民國十一年，奉天省制定有「奉天省各縣區村制試行規則」然此不過縣之輔助機關耳，嗣後更於民國十八年改正為「遼寧省暫行村制大綱」而公布之，迨我國建國以後，因官民之努力，治安漸次確立，國運愈呈發展，為振興隣保之精神與夫增進民衆之福利起見，自治制度之實現，實有不容或緩者，然一方因國土廣大各地方之情形，殊有懸隔，故又有鄭重考慮之要，政府有鑑及此，於康德三年由民政部訓令各省長，如經民政部大臣之許可，得以省令設定「暫行街村制」在同年即有一部分之省分實施矣，及康德四年參酌施行街村各省之成績，遂擬定縣制市制街村制（特別市制於九月三十日公布）於十二月一日公布矣。

三、我自治地方團體之梗概

我自治地方團體之梗概構成

1. 構成

以一定之區域與住民為構成要素，在法律上承認為公法人。

區域

(1) 區域

以其團體能行使其權能之場所為範圍、故其權能限於區域內始得行使之、但不無例外。

住民

(2) 住民

凡在其團體內居住者均有住民之資格、住民應服從自治權、同時有共用團體之財產及營造物之權利並負擔分任團體經費之義務

機能

2. 機能

行政事務

(1) 行政事務

地方團體之行政事務有二、一為固有事務、一為委任事務、市街村制有「承官之監督於法令範圍內處理其公共事務並依法令或慣例屬於市街村之事務」之規定、公共事務者固有事務之謂、依法令屬於市街村之事者委任事務之意也。

經濟的職能

(2) 經濟的職能

觀各國對下級之地方團體大抵限於其團體固有事務及委任事務使其掌管之、至於經濟等事項則另設有機關掌之、我國則不然、對地方團體、尙附以經濟的權能也。

立法權

(3) 立法權

為處理其團體內之事務得制定條例與規則

3. 吏員

我國地方團體之吏員並非民選乃官選吏員、並且以勅令指定之銜之主要者得以官吏充之故我國之自治團體頗帶有官治之色彩。

4. 監督

地方團體完全為達成國家目的而存在之團體、故與私人不同、應服從國家之特別監督、而監督地方團體者有縣長、省長及國務總理大臣等。

第三、公共組合

不以一定之土地為基礎只以一定之社員組成之、且處理特定之公共事務之團體、謂之公共組合、如商工公會、興農合作社屬之。

自治之觀念 以自己之機關自己之經費而行使一定範圍之統治之謂

自治行政

種類

地方團體

- 1. 地方團體之觀念 以一定之領域一定之住民及自治權三者構成
- 2. 沿革 民國年間一部試行康德四年十二月一日公布
- 4. 梗概

公共組合 由一定之社員所成之團體

練習問題 一、試述自治行政之優點 二、試述地方團體之觀念

三、試述我國地方團體之種類與梗概

刑法

第三章 刑法

刑法之觀念

第一節 刑法之觀念

刑法之意義

第一、刑法之意義

刑法者規定犯罪與刑罰之法規也、有實質及形式兩意義、實質的意義之刑法者、凡規定國家刑罰權實體之法令均屬之、形式的意義之刑法者指刑法法典而言、即康德四年一月四日以勅令第一號所公布之刑法者即此也、而實質的意義之刑法又可謂之廣義之刑法、故如軍刑法、暫行懲治叛徒法、暫行懲治盜匪法、軍機保護法、治安警察法、槍砲取締法、阿片法等均屬之、形式的意義之刑法又可謂之狹義之刑法、即刑法典是也。

廣義之刑法與狹義之刑法之關係有應爲注意者、即刑法典上總則之規定在原則上仍可適用於廣義之刑法是也、刑法第九條規定「本法總則於其他法令定有刑者亦適用之、但有特別規定者不在此限」即宣明此旨也。

意義（規定犯罪與刑罰之法規）

1. 實質的意義（廣義的刑法）凡規定刑罰之法令均屬之

2. 形式的意義（狹義的刑法）指刑法典而言

意義

廣義刑法與狹義刑法 刑法總則之規定亦適用於其他之刑罰法令

我國之刑法

第二、我國之刑法

我國之刑法、當建國之初、依大同元年四月一日敕令第三號、暫時援用從前法令之件、乃援用中華民國十七年三月十日國民政府所公布、同年九月一日所施行之中華民國刑法也、然援用刑法、與我國建國精神、以及我國之國情、多有不合、故於康德四年從新制定刑法典而頒布之、（舊刑法之中、關於鴉片之罪、其效力仍然存在、）全文分二編、第一編爲總則、對於法例、犯罪、未遂犯及預備犯、共犯、刑、累犯、競合犯、刑之適用、刑之執行猶豫、假釋放、刑之時效及期間等、作一般的規定、第二編爲分則、乃對於某種犯罪、科以某種刑罰之具體的規定也。

一、我國刑法之根本方針

刑法根本方針、洵爲捕捉刑法本質上所必要而不可或缺者、茲不壓其煩、縷陳如左。

1. 顯彰確保立國之本義

滿洲帝國、以王道德化精神爲根本而建國、故其刑法、自應遵循立國本義、而顯彰確保其國本、即刑法者、爲不許隸屬於特殊階級之恣意、或爲擁保其私的利益之工具也。

顯彰確保立國之本義

我國刑法之根本方針

適順國情

2. 適順國情

日滿一德一心之不可分關係、限於滿洲帝國之存立、非僅爲永遠不渝之國情國態、以至國內之治安維持、交通保健等之施設並產業開發等、凡所有不完全之事實、均爲本國之不可掩飾之特殊事情、故當刑法之制定、對於斯種特殊事情、不可不有深甚之考慮、其若無視國情、徒悅奇說、竟將能否實行、便否運用、置於度外視者、須忌其有也。

闡明大義名
分強調道義

3. 闡明大義名分強調道義

殺私情、而循大義、棄功利、而就道義者、乃東洋道德之精華也、故滿洲帝國之刑法、不可甘爲忽視名教、而徒追隨功利之具也。

極力維持助
長古來之醇
風美俗

4. 極力維持助長古來之醇風美俗

東洋之家族主義的社會、洵有於歐美之個人主義的社會、不可見之幾多之長所美風、而斯種傳統的醇風美俗、極應力求保持、以使將來益加發展、從而滿洲帝國之刑法、須深致意於此耳。

先進諸國之
長所極力攝
取之

5. 先進諸國之長所極力攝取之

日本及其他先進諸國之法制中、其可效可採、足爲範者、殊屬非尠、然滿洲國刑法、不許掩目而不效先進諸國之例、徒泥舊習、以致忘却與世共進之精神也。

二、新刑法典之特色

我刑法之特色、在解釋上爲最重要之問題、故擇其要者述如次。

1. 關於阿片麻藥規定除外、於特別法設規定。
 2. 民生生活程度文化程度以及各民族間之差異等深加以考慮。
 3. 雖適用於其他各國人民亦不發生窒碍、加以周到之注意。
 4. 法定刑之長短期、多寬額將其範圍擴大、以使自由裁量。
 5. 對刑之量定予裁判官以一般標準、俾其裁量不發生懸隔。
 6. 多設關於道義的精神之規定。
 7. 對鞏固國基維持治安設精密之規定。
 8. 對以確立治安爲目的之規定刑罰使其嚴重。
 9. 對日滿不可分關係從新加設規定。
 - 10 爲肅正綱紀對職權濫用賄賂授受之罪、嚴重其罰。
 - 11 親族間之犯罪由情義孝道之見地特規定刑之加重減免。
 - 12 對誣告偽證墳墓發掘之罪嚴重其刑。
1. 爲助長家族制度對遺棄罪設精密周到之規定。

14 對名譽、自由、貞操等之人格利益格外加以保護。

15 刑事責任能力為滿十四歲、對滿十八歲未滿七十歲以上者、設減輕之規定。

16 關於其犯之規定使其簡單、廢止共同正犯教唆犯、從犯之區別、以其犯處罰之。

17 執行猶豫及假釋放之範圍擴大。

18 從新設重罪、輕罪、違警罪之區別。

我國之
刑法

根本方針

特
色

1. 顯彰確保立國之本義

2. 適順國情

3. 闡明大義名分強調道義

4. 維持助長古來之醇風美俗

5. 攝取先進諸國之長所

練習問題

- 一、試述我刑法之根本方針
- 二、試述我刑法之制定

第三、刑罰之目的

刑罰之目的

刑罰之目的、由來學說頗繁、為歷代學者爭論之鵠的、試舉其要者、有報應主義與目的主義、（其中分一般預防與特別預防）兩派、前者以刑罰為對於犯罪之侵害行為之報應、所謂

有惡因必有惡果、完全以正義觀念為基礎也、後者以刑罰為預防將來之犯罪、以防衛社會於安全也、然吾人既不能否認刑罰之報應的作用、亦不能是認刑罰以目的的作用為主、必也二者有所調和、始可也、故吾人以為刑罰、乃以預防、鎮壓為目的、為達成此種目的、刑罰有如左之作用焉。

對於犯人方面

一、對於犯人方面（特別預防）

刑罰者、使犯人改過遷善適合社會、或使與一般社會隔離、以預防其將來之犯罪。

對於一般社會方面

二、對於一般社會方面（一般預防）

刑罰者、懲戒或威嚇一般社會、以預防一般的犯罪也。

被害法益方面

三、被害法益方面

刑罰者、對於被害者、所受之法益侵害、與以滿足、並對於一般社會之報應思想、亦與以滿足也。

目的
1. 學

說

1. 報應主義 以刑罰為犯罪之報應
2. 目的主義 以刑罰為預防犯罪防衛社會
2. 意義 以預防鎮壓犯罪為目的

刑罰之
目的

作用

1. 對 犯 人 使其改過遷善
2. 對 社 會 預防一般的犯罪
3. 對被害法益 對被害者與以滿足

練習問題 一、試述報應主義 二、試述目的主義與報應主義之區別

犯罪之意義

第二節 犯罪之意義

犯罪者具有犯罪類型之有責違法行為也、茲分析約略述如次。

1. 犯罪者行為也 行為者、基於人之意思之身體的靜動也、故如單純之決意、無意識之舉動、因不可抗力之動作、皆非行為、不得謂之犯罪。

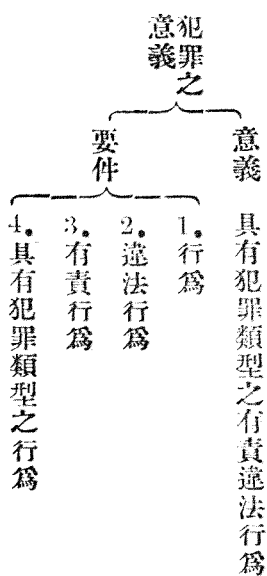
2. 犯罪者違法行為也 違法者、違反法之禁令命令、以致侵害法益之謂也、國家對於此種違法行為、始以刑罰干涉之也。

3. 犯罪者有責違法行為也 雖係違法之行為、如屬無責任能力之行為、仍不為罪、如對於未滿十四歲人及精神障礙、無辨別事理之能力、或無隨事理之辨別行為之能力者不罰未滿十八歲或七十歲以上之人、或能力耗弱者、得減輕其刑、(刑法第一九、第二〇條)而有責之行為、又以有故意或過失者為限、(刑法第十三條第一項)故意者、認識應

爲罪之事實、換言之、犯罪構成事實之認識也、過失者、本得避免、因不注意而使發生應爲罪之事實也、過失犯之處罰、以有別之規定者爲限、(刑法第一三條第二項)

4. 犯罪以具有犯罪類型之有責違法行爲也 雖爲有責違法行爲、苟無可罰之刑罰法令、仍不得謂爲犯罪、換言之、有責違法行爲、尙須具有犯罪類型、始爲犯罪也、然犯罪雖成立、違法性、被阻却之場合、仍不爲罪、故如法令行爲、正當業務行爲、容認行爲(刑法第一〇條)、正當防衛(刑法第一一條)及緊急避難(刑法第一二條)之行爲不爲罪

〔註〕(註)所謂犯罪類型者、即罪刑法定主義也、罪刑法定主義者、乃罪刑擅斷主義之對稱罪與刑皆依成文法所定之主義、即某種行爲爲犯罪、而對此應科某種刑罰、預先以成文法設以規定、不容依習慣、類推處罰之主義、乃爲十九世紀刑法之代表思想也。



練習問題 一、試述犯罪之意義 二、何爲有責行爲

違法

違法之意義

第三節 違法

第一、違法之意義

犯罪者違法之行爲也、違法者違反條理之行爲也、學者或有以違反法律秩序之行爲爲違法、或有以侵害法益且逸脫社會之常規之行爲爲違法、其意義皆同。

違法阻却原因

第二、違法阻却原因

行爲之中由其內容觀之、雖屬於違法行爲、然因基於特別原因、有不爲罪之時、此謂之違法阻却原因、現行刑法所規定者如次。

依法令之行爲

一、依法令之行爲

依法令之行爲者直接根據法律或命令之行爲也、以其不違反法律秩序、其不爲罪、乃自明之理、其主要者有左列二類。

公務員之職務行爲

1. 公務員之職務行爲

雖侵害其他法益、仍阻却違法性、例如執行死刑或執行勾引狀勾留狀等雖侵害人之生命身體之自由、以其基於法律之行爲、故不犯殺人罪、逮捕罪、監禁罪等。

懲戒行爲

2. 懲戒行爲

父母根據懲戒權於必要之範圍內懲戒其子女、亦不爲罪。

現行犯人之逮捕

因正當業務之行爲

法令上所容認之行爲

被害者之承諾

自損行爲

運動競技

3. 現行犯人之逮捕

依刑事訴訟法任何人皆得逮捕現行犯人。

二、因正當業務之行爲

由社會一般通念而觀之、並不反乎公共秩序善良風俗之業務上行爲不爲罪、例如醫師之施行手術、並不犯傷害罪是也。

三、法令上所容認之行爲

凡習慣上所容認之行爲、或其他不違公共秩序善良風俗之行爲、皆得爲阻却原因、此謂之法令上所容認之行爲、大抵有左列各種。

1. 被害者之承諾

被害者之承諾而能阻却違法性者、限於侵害被害者得以自由處分之法益、例如由輸血承諾者取血之行爲或剃髮之行爲屬之。

2. 自損行爲

自己侵害自己之法益通常不爲罪、然法令有禁止規定者、不在此限、例如墮胎罪是也。

3. 運動競技

例如踢球、摔跤等雖有暴行之行爲、然並不違反法律秩序故不爲罪。

正當防衛

四、正當防衛

正當防衛者、對於急迫不正之行為爲防衛自己或他人之權利出於不得已之反擊行為也、對於急迫不正之侵害行為而加以排擊乃基於人性之自衛本能、本來屬於正當行為、此種制度自古已有、不過因時代其範圍有廣狹而已、正當防衛成立之條件如次。

1. 須對現在之急迫侵害

故對過去及將來之侵害、並無正當防衛可言。

2. 須對不正之侵害

不正之侵害、在客觀方面認爲不正即可、故責任無能力人或未具備責任條件之行為者亦得成立正當防衛。

3. 須爲防衛自己或他人之權利而爲之

4. 須爲不得已之行為

不得已之行為應依社會之見解而定。

5. 須對侵害者之反擊

故不得對第三者爲之。

如具備以上要件即爲正當防衛、不受處罰、〔註〕

五、緊急避難

緊急避難者爲避免現在之危難、不得已侵害他人之行爲也、其成立要件如次。

1. 須對自己或他人之生命身體自由財產而爲之
2. 須對現在之危難

其危難之原因爲人之行爲抑或爲自然之事實皆屬之。

3. 須爲因其行爲所生之害限於不超過其所欲避免之害之程度。

4. 限於不得已時

即其行爲爲保全自己或他人之法益時之唯一的方法。

具備以上之要件、即爲緊急避難、不受處罰。

上述各行爲雖屬於違法、因其各有特別原因、故阻却違法不爲罪、然如超過其程度時仍構成犯罪、不過在法律上因其情狀得減輕、或免除其刑耳。

(註)有與正當防衛是似而非之行爲即自救行爲是也、自救行爲者對自己或他人之權利受不法侵害時雖擬行救濟因在緊急如履行法律所要求之手續、必至於失其時機、有不能回復其損害或難以回復其損害之虞時所爲之行爲也、自救行爲於現行刑法並未設條文、若探索法之精神如在不反乎社會之公序良俗時、應解爲不爲罪。

意義 違反條理之行爲

違法

違法阻却原因

1. 意義

其行爲內容雖爲違法、因基於特別原因不爲罪之時

1. 依法令之行爲

2. 懲戒行爲

1. 公務員之職務行爲

3. 現行犯人之逮捕

2. 因正當業務之行爲

1. 被害者之承諾

3. 法令上所容認之行爲

2. 自損行爲

4. 正當防衛

運動競技

5. 緊急避難

2. 種類

練習問題

一、何爲違法 二、何爲違法阻却原因 三、試述違法阻却原因之種類

四、醫師之施行手術因何不爲罪 五、試述正當防衛

六、正當防衛與緊急避難之區別

第四節 責任

責任

犯罪之要件除須要違法之行爲外並須爲有責之行爲、有責行爲者應歸責於本人之違法行爲

也、故本人不負擔刑罰制裁之行爲、雖爲違法行爲却非有責行爲、例如幼者心神喪失者之行爲屬之。

對違法行爲應使本人負擔責任時須具備左列二要件。

一、行爲者須有責任能力

二、行爲者須有故意或過失（或謂之責任條件）

第一、責任能力

責任能力

責任能力之意義

一、責任能力之意義

對違法行爲應科以法律上之制裁、固無待言、然行爲者須有正當的精神狀態始足以科之、有此種精神狀態謂之責任能力、換言之責任能力者有成熟健全之精神狀態足以負擔刑罰制裁之謂也、凡普通人均有此種能力、故現行刑法以一般人均有此種能力爲前提、對完全無能力者或雖有能力較爲低劣者（限定責任能力者）設以規定、其他均爲有能力者、不待言矣。

二、責任無能力與限定責任能力之意義

完全未有責任能力者謂之責任無能力者、對責任無能力者雖科以刑罰、以其精神完全無能力、碍難達成科刑之目的故現在各國大抵均以保安處分〔註〕而行保護、我現行刑法之責任無能力者有十四齡未滿者及精神障礙二種、雖非責任無能力、然其能力並非完全能力、屬於

責任無能力與限定責任能力之意義

責任能力者與無能力者之中間者、謂之限定責任者、我現行刑法對限定責任者採取刑之減輕主義、有十八歲未滿七十歲以上及能力耗弱者三種。

(註)保安處分者乃刑罰以外之犯罪防遏手段也、刑罰之目的乃在乎對犯人予以痛苦俾其改善並對被害者使其滿足、一方對社會加以警告、以防遏犯罪、維持秩序為目的、反是保安處分乃對社會有危險之虞之行爲加以防止之處分也、例如對少年之救護處分或對責任無能力者限定責任能力者收容於監護所等是也。

責任能力
意義 有成熟健全之精神狀態足以負擔刑罰制裁之謂

種類

1. 責任能力者 足以負擔刑罰制裁者
2. 責任無能力者 完全無負擔刑罰制裁能力者、如未滿十四歲、精神障礙者
3. 限定責任者 得減輕刑罰者如十八歲未滿七十歲以上及能力耗弱者是

練習問題 一、試述責任無能力者之意義 二、試述限定責任者之種類

第二、故意及過失(責任條件)

犯罪僅以責任能力尚不能成立、其行爲必具有足以非難之意思在、始能成立、其意思即故意或過失也。

故意

一、故意

過失

故意者事實之認識也、即認識應爲罪之事實而犯之之意、即對行爲之危險性違法性有認識而竟決意爲之、茲試舉殺人以喻之、今有人焉、明知用刀斬之其人必死傷、且明知爲違法之事、而竟將其斬死是也、故無認識即不成立犯罪、現行法第十四條第一項規定不知應爲罪之事實而犯者不得爲有故意、即此意也。

二、過失

過失者本得避免因不注意而使發生應爲罪之事實之意、例如因未注意將爐子碰倒內之惹起火災是也、故意爲犯罪之認識、過失乃係未認識之場合、且其未認識須基於不注意、如雖盡善良之注意而終未免發生事故、所謂不可抗力之結果、則不發生過失之問題、過失犯之處罰以有特別規定者爲限、蓋過失犯之反社會性較故意爲少故也。

責任 故意 認識應爲罪之事實而犯之

條件 過失 本得避免因不注意便發生應爲罪之事實

練習問題 一、試述故意 二、試述過失

犯罪之種類

第五節 犯罪之種類

犯罪之種類、依觀察標準不同、其分類各異、茲舉其主要者、略述如次。

一、故意犯與過失犯

故意犯與過失犯

故意犯者、因故意所成立之犯罪也。過失犯者、因過失所成立之犯罪也、前者或謂之有意犯後者或謂之無意犯、普通之犯罪、屬於前者、失火罪過失傷害罪屬於後者。

二、作爲犯與不作爲犯

作爲犯與不作爲犯

作爲犯者、違反禁止規範之犯罪也、刑法所定、如殺人、傷害、竊盜等、大多數之犯罪、屬於此、皆以積極的活動爲要件、例如以毒藥殺人、以兇器毆打、或奪取他人財物等是也、不作爲犯者、違反命令規範之犯罪也、以消極的行爲爲要件、又有純正不作爲犯、與不純正不作爲犯之分、純正作爲犯者、純係違反命令之犯罪也、例如以暴行或脅迫之目的、聚衆、受該管公務員解散命令及於三次、仍不解散者（刑法第一三四條、）爲不解散罪而處罰者是也、不純正不作爲犯者、通常以作爲能成立之犯罪、以不作爲實行之犯罪也、例如母親故意不授乳、以致嬰兒於死是也。

三、普通犯與特別犯

普通犯與特別犯

普通刑法典所定之犯罪、謂之普通犯、軍刑法、暫行懲治盜匪法、暫行懲治叛徒法、及其他特別法令、所定之犯罪、謂之特別犯、特別法中、其違反警察法規者、謂之警察犯。

四、政事犯與常事犯

政事犯與常事犯

政事犯者、直接對於政治上、秩序之犯罪也、例如對於帝室罪、內亂罪、或背叛罪等是也。

親告罪與非親告罪

或謂之國事犯、此外之犯罪、謂之常事犯、或非國事犯。

五、親告罪與非親告罪

親告罪者、雖或立犯罪、非待被害者、或法律所定者之告訴、檢察官不得起訴之犯罪也、舊訴訟法謂之告訴乃論罪、故親告罪之告訴、與犯罪之成立、無何影響、僅爲檢察官之訴追條件耳、如暴行罪（刑法第二〇〇條）過失傷害罪（刑法第二〇三條第一項）侮辱罪（第二三四條第二三五條第二項）強姦罪（刑法第二二三條第二二六條）等之犯罪是也、親告罪以外之犯罪、謂之非親告罪、舊法謂之非告訴乃論之罪、與親告罪性質相類似者、有請求乃論罪（刑法第一〇一條）必待外國政府、或被害者之請求、始得論其罪也。

即成犯與繼續犯

六、即成犯與繼續犯

即成犯者、凡達於既遂狀態、即發生結果同時即成立犯罪之謂也、多數之犯罪、屬於此、繼續犯者、以繼續的結果爲構成要件、其違法狀態、須有相當時間之續繼、始成立之犯罪也、不法監禁罪（刑法第二一四條）屬之。

連續犯與慣行犯

七、連續犯與慣行犯

連續犯者、連續之數個行爲、觸及同一罪名、法律上按一罪處罰、其侵害數個法益者、科刑上亦按併加重處罰之謂也、（刑法第五四條第二項）例如擬至甲倉庫內、竊取大米百包

而每日竊取十包、以達到其目的是也、慣行犯者、因一定之行爲、成爲習慣所成之罪也、如刑法第一九〇條第二項之罪（賭博常習罪）屬之。

想像的競合
犯與牽連犯

八、想像的競合犯與牽連犯

想像的競合犯者、一個行爲、觸及數個罪名之謂也、（刑法第五四條第一項前段）例如因投石以致毀損器物並傷害他人之場合は也、此時兩者、比較從重處斷之、牽連犯者、犯罪之手段、或結果之行爲、有觸及他罪名之謂也（刑法第五四條第一項中段）犯罪之手段云者、爲當該犯罪之手段、通常必用之行爲、且不合於該犯罪構成要件之行爲也、犯罪之結果云者、由該犯罪所發生之當然結果、且不爲該犯罪構成要件之行爲也、例如侵入住居而行強姦或偽造文書行使而犯詐欺罪等屬之、此時之處斷、亦與想像的競合犯同、不承認有吸收關係也。

現行犯與非
現行犯

九、現行犯與非現行犯

於犯行中或犯行後、即時發覺者、或於犯行後、接近時間內發覺、而犯跡顯然者、爲現行犯、（刑事訴訟法第一一六條）反是爲非現行犯。

一〇、競合犯與累犯

競合犯者、未經確定裁判之數罪、或某罪有確定裁判者、祇以其罪與其裁判確定前所犯之

競合犯與累
犯

罪也（刑法第四七條）對於競合犯、有應為注意之事項、即（一）須為確定裁判以前之數罪例如同一人犯甲、乙二罪、同時受確定裁判時、此二罪謂之競合犯、後又犯丙丁戊三罪、同時受確定裁判時、此三罪亦為競合犯、然甲乙二罪、與丙丁戊三罪、則不發生競合犯之關係、或同一人、犯甲、乙、丙、丁四罪、僅乙罪被發覺、受確定裁判時、祇丙罪丁罪之間、與甲罪乙罪之間、發生競合犯之關係、乙罪與丙罪丁罪之間、或甲罪與丙罪丁罪之間皆不發生競合犯也、（二）競合犯同時發覺時、雖得為合一之裁判、然並不以合一之裁判為必要、即分別為裁判之宣告亦可、（三）公訴之時效、對於各罪分別起算、競合犯之處罰、有吸收主義併科主義及限制加重主義三種、舊刑法以併科主義為原則、更依一定之標準、以定執行刑新刑法則不然、以限制加重主義為原則、並以吸收主義與併科主義為補助也、累犯者、徒刑執行終了、或已得免除其執行後、五年以內、更犯罪應處有期徒刑者、或徒刑執行中、被假釋放者、更犯罪應處有期徒刑者之謂也、故競合犯、於實質上意義言之、亦累犯之一種也、累犯之要件、為（一）須徒刑執行終了或已得免除者、（二）五年以內更犯有應處有期徒刑者、而累犯之處罰採取加重主義、就其罪所定徒刑之長期之二倍以下、但不得逾二十年、

（刑法第四五條）

一一、單獨犯與共犯（正犯、教唆犯、從犯）

犯(正犯、
教唆犯、從
犯)

單獨犯者、一人單獨所犯之罪也、共犯者、二人以上加功於罪之成立之謂也、共犯有必要共犯與任意共犯兩種、必要共犯者、非二人以上加功不得成立之犯罪也、例如姦通、賭博、內亂諸罪屬之、任意共犯者、一人單獨亦能成立之犯罪、二人以上加功於罪之成立之謂也、例如二人以上共謀為竊盜等屬之、共犯之共犯者、(一)或有皆為正犯者、(二)或有一人為教唆者、(三)或有為幫助者、(一)謂之共同正犯、(二)謂之教唆、(三)謂之幫助犯、共同正犯者、二人以上之正犯、實行各犯罪行為之謂也、教唆者、對於某行為自己不為使喚他人為某犯罪行為之決意、而使其實行犯罪行為之謂也、故教唆犯、其在客觀方面、應有(1)使他人為犯罪實行決意之行為、(2)因有教唆行為被教唆者、發生犯罪之決意、實行犯罪、其在主觀的方面、以有教唆之故意、始能成立、故對於責任無能力者、教唆而其犯罪、不成立教唆犯、蓋責任無能力者之行為、不成立犯罪故也、即責任能力者若以種種手段、使被教唆者、失却自由意思、以犯罪者、仍不得謂之教唆犯、此二者皆應以間接正犯論幫助犯者、幫助正犯者之謂也、即幫助他人之構成要件該當行為、使其實現容易之犯罪也。

一二、既遂犯與未遂犯(陰謀、預備、中止)

犯罪自起始至終了時、必有一定之階級、其普通之階段、有陰謀、預備、犯罪之實行及既遂等、陰謀者擬犯某罪、互相之間、意思合致、對於實行方法、加以協議之謂也、刑法對於

既遂犯與未
遂犯(陰謀
預備、中止)

陰謀之處罰、除有特別規定外不罰、於分則第七九條、第八四條等、各有規定、預備犯者、以犯罪之目的、爲其準備、未至開始實行之犯罪也、（刑法第二十四條）預備犯之處罰、亦各依刑法分則所定、即第七九條、第八四條、第九四條、第九九條第二項、第一三九條第一四七條、第一七九條、第二五四條等是也、對於開始犯罪之實行而未遂者、爲未遂犯（刑法第二二條）其所謂「開始犯罪之實行」者、行應實行之一部、或與實行有密切以及必要之行為也、故實行開始之有無、應以構成要件爲標準、由客觀以決定之。

未遂犯、有障礙未遂與中止犯之分、前者基於外部的障礙、後者基於內心的障礙、例如以竊盜之目的、侵入家宅、竊取物品、將該物品取在手中、偶聞足聲、誤信爲警官來、以中止犯行者、屬於前者、以殺人之目的、使他人服用毒藥及至良心發現、予以解毒藥、以防止其死、屬於後者、中止犯之處罰、減輕或免除其刑、（刑法第二三條第二項）蓋出於防止犯罪行爲於未然之刑事政策的要求也。

能犯與不能犯

一三、能犯與不能犯

不能犯者、其行爲之性質、當然不能發生結果之謂也、即由主觀的方面、雖有犯意之表現而客觀的方面、却無犯罪事實可言也、有關於手段者、有關於目的者、並各有絕對不能與相對不能之分、例如以殺人之目的、誤認砂糖爲毒藥、使他人服用、是關於手段之絕對不能也

因毒藥之分量過少、而未達到目的者、乃關於手段之相對不能也、誤認石碑為人而砍之、是關於目的之絕對不能也、以殺人之目的、用手槍向屋內射擊、偶因其人未在屋內、以致未傷人者、乃關於目的之相對不能也、不能犯之處罰、應以危險性為標準以處罰之、此為一般之通說。

重罪、輕罪
違警罪

一四、重罪輕罪違警罪

重罪、輕罪、違警罪之區別、乃為立法技術上之方便問題、援用刑法及日本刑法、均無此項規定、我國刑法於刑法之效力、未遂犯之處罰、及分則中之誣告罪、各有規定、依刑法第二條之規定、其區別之標準如左。

重罪——死刑、無期、或短期一年以上之徒刑、或禁錮之罪。

輕罪——未滿短期一年之徒刑、禁錮、或罰金之罰。

違警罪——拘留或科料之罪。

1. 故意犯與過失犯

故意犯 因故意所成立之犯罪
過失犯 因過失所成立之犯罪

2. 作為犯與不作為犯

作為犯 違反禁止規範之犯罪
不作為 違反命令規範之犯罪

犯罪之種類

3. 普通犯與特別犯

普通犯 違反普通刑法之犯罪
特別犯 違反特別刑法之犯罪

4. 政事犯與常事犯

政事犯 對政治之犯罪
常事犯 其他之犯罪

5. 親告罪與非親告罪

親告罪 被害者或法律所定者告訴時始起訴之犯罪
非親告罪 其他之犯罪

6. 即成犯與繼續犯

即成犯 結果發生即成立犯罪之犯罪
繼續犯 違法之狀態須有相當時間之繼續

7. 連續犯與慣行犯

連續犯 連續數個行為觸及同一罪名之犯罪
慣行犯 成爲習慣之犯罪

8. 想像的競合犯與牽連犯

想像的競合犯 一個行為觸及數個罪名之犯罪
牽連犯 犯罪之手段或結果觸及他罪名之犯罪

9. 現行犯與非現行犯

現行犯 犯行中或犯行後即時發覺或接近時間內發覺之犯罪
非現行犯 其他之犯罪

10 競合犯與累犯

競合犯	未經確定裁判之數罪或某罪有確定裁判者祇以其罪與其裁判確定前所犯之罪
累犯	徒刑執行終了或已得免除其執行後五年以內更犯應處有期徒刑者或被假釋放更犯者

11 單獨犯與共犯

單獨犯	一人所犯之罪
共犯	二人以上加工於罪之或立

12 未遂犯與既遂犯

未遂犯	開始犯罪之實行而不遂者
既遂犯	其他之犯罪

13 能犯與不能犯

不能犯	其行為之性質不能發生結果
能犯	其他之犯罪

14 重罪、輕罪、違警罪

重罪	一年以上
輕罪	未滿一年
違警罪	拘留科料

練習問題

- 一、試述連續犯與慣行犯之區別
 二、試述想像的競合犯與牽連犯之區別
 三、試述競合犯之意義
 四、試述未遂犯之意義

刑罰之觀念

第一、刑罰之觀念

刑罰之意義

一、刑罰之意義

刑罰者、國家對於犯罪者之私人所科之法益剝奪也、試分析述之如次。

(1) 刑罰者、法益剝奪也、法益者、法律所保護之利益也、人之生命、身體、自由、名譽、財產貞潔等之利益屬之、刑罰者、剝奪此種利益之全部或一部者也。

(2) 刑罰者、國家對於犯罪者之私人、所科之法益剝奪也、故國家相互間、與私人相互間、則無刑罰之事實可言也。

刑罰之種類

二、刑罰之種類

刑罰之種類、有主刑、從刑之分、主刑者、單獨所科之刑也、有死刑、徒刑、禁錮、拘留罰金及科料六種、從刑者、附加於主刑所科之刑也、有沒收與效用毀滅二種。

刑罰之意義 國家對於犯罪者之私人所科之法益剝奪

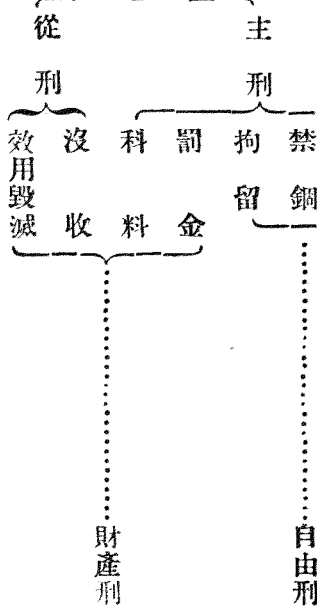
死刑.....生命刑

徒刑

刑罰之
觀念

種

類



練習問題

- 一、試述刑罰之意義及要件
- 二、試述刑罰之種類

執行猶豫

執行猶豫之
意義

第二、執行猶豫

一、執行猶豫之意義

執行猶豫者、對於犯人、為有罪之判決、而對於其執行、與以一定之期間、若於該期間內不復犯罪時、即不執行其刑之制度也、舊刑法謂之緩刑、(刑法施行法第八條)

二、執行猶豫之目的

執行猶豫之
目的

夫犯人之種類、紛歧不一、故不能一律視為罪深惡極之輩、其中被感情所趨、以致犯罪者有之、被周圍環境所迫、以致犯罪者、亦有之、此等犯人、雖一度為法律上之罪人、然仍可改過遷善、復為良民、及其犯行一旦終了、事體發覺之後、必至於改悛、其良心必復至原狀

若對於此輩、不講特別辦法、與其他兇惡之徒、一同投之監牢、則終日與惡漢無賴之徒爲伍、朝夕相處、於不知不識之間、終染成惡癖、化爲不良之徒矣、假令未受不良之感染、及至出獄後、以刑餘之人、必受世人之揶揄、其結果必流於自暴自棄、遂惹起生活困難、殊有再犯之虞、如採執行猶豫制度、一則免犯罪不問之非難、一則犯人可奏改過遷善之功、實爲刑事政策上、最完善之方法也。

三執行猶豫之要件

刑法第六四條第一項、有如左之規定。

有左列情形之一者、於科三年以下之徒刑、或禁錮時、因情狀自裁判確定之日起、於一年以上、五年以下之期間、得猶豫其刑之執行。

一、以前未因故意犯、被處禁錮以上之刑者。

二、以前因故意犯、被處禁錮以上之刑、執行終了、或得免除其執行、後至犯罪時止、經過五年以上者、對於罰金、於刑法第四六條第二項有。

「科五百圓以下罰金者、因情形自裁判確定之日起、於六月以上三年以下之期間、得猶豫其刑之執行」之規定。而對於併科時、對其一、亦得猶豫刑之執行。

意義 對有罪之判決於一定之期間不復犯罪時不執行其刑之制度

執行
猶豫

目的 不使犯人染成惡癖俾其改過遷善

要件 依刑法第六四條所定

練習問題 一、執行猶豫爲何而設 二、何爲執行猶豫

假釋放

第三 假釋放

假釋放者、對於自由刑執行之中、其有顯著之改悛狀況者、於一定條件之下、以行政官署之處分、假爲釋放之謂也、舊法謂之假釋、假釋放之目的、乃在乎促犯人自省、以獎勵其改過遷善也、其條件依刑法第六八條所定、即受徒刑、或禁錮之執行、有顯著悛悔之情者、無期徒刑經過十年、有期刑、經過刑期三分之一後、得假釋放之。

訴訟法

第四章 訴訟法

法有實體法、與手續法之分、業於上述、訴訟法屬於手續法、蓋訴訟法、爲規定權利義務運用之手續故也、我國法制之下、訴訟法分爲兩種、一曰刑事訴訟法、一曰民事訴訟法是也

刑事訴訟法

第一節 刑事訴訟法

第一 刑事訴訟法之意義

刑事訴訟法
之意義

刑事訴訟者以實行國家刑罰權爲目的之一切行爲、即以確定國家刑罰權之存否及其範圍爲

目的之手續也、簡言之、刑事訴訟者刑事手續也、而規定此種手續之法規、謂之刑事訴訟法有形式的意義與實質的意義之分、形式的意義之刑事訴訟法者係指刑事訴訟法典而言、實質的意義之刑事訴訟法者不僅限於刑事訴訟法典、係指關於刑事訴訟之法規全體而言、故法院組織法違警罪即決法等皆屬之。

第二 新刑事訴訟法之制定及構成

我國刑事訴訟法、於建國以後、依大同元年四月一日敕令第三號、援用中華民國之刑事訴訟法、然因建國主旨不同、其內容多有不適合我國之實情者、故由康德元年、即樹立改修之根本計畫、於康德四年三月八日、始以勅令第二三號公布矣、全文分七編其第一編爲總則、對於法院之管轄等、刑事訴訟之一般規定之、第二編規定第一審之訴訟手續、第三編規定上訴即控訴、上告、抗告、第四編規定非常手續、有再審與非常上告之分、前者對於確定判決以事實認定不當爲理由、付諸再審理之手續也、後者對於判決確定後、以違背其事件之審判法令爲理由、請求判決或訴訟手續之破毀手續也、第五編規定特殊手續、即略式手續、專科從刑之手續、與執行猶豫之取消及刑之更定手續是也、第六編規定裁判之執行、第七編爲私訴即因犯罪被侵害身體、自由、名譽、財產、或其他利益者、就以其損害爲原因之請求、附帶於公訴、對於公訴之被告人、所提起之訴也、（刑事訴訟法第四五〇條）

刑事訴訟法

意義 規定刑事訴訟之法規

制定 於康德四年三月八日公布

構成 第一編 總則
第二編 第一審
第三編 上訴
第四編 非常手續
第五編 特殊手續
第六編 裁判之執行
第七編 私訴

- 1. 形式的意義 刑事訴訟法典
- 2. 實質的意義 凡具有刑事訴訟性質之法規皆屬之

民事訴訟法

民事訴訟法之意義

第一 民事訴訟法之意義

民事訴訟者乃國家為保護私權之審判手續也、故民事訴訟法者乃國家為保護私權之審判手

續法也、有形式的意義及實質的意義之分、形式的意義之民事訴訟法者指民事訴訟法典而言

實質的意義之民事訴訟法者、凡具有民事訴訟性質之法規均屬之、例如強制執行法、拍賣法

等是也、民事訴訟法其為公法、自不待言、不過規定私權實體之民法、商法等、純粹屬於私

私權保護之沿革

法、而運用此等私法之民事訴訟，獨有公法之性質者何也，蓋因民事訴訟法，係對於當事人間之私權關係有所爭執時，國家有直接干與關係故也。

第二 卍權保護之沿革

昔時國家組織未完備，對於保護私權制度，亦未能確立，故私人對於外界之侵害，國家既不能予以救濟，勢必以自己固有之腕力，為排斥此種侵害之要具，所謂自力救濟是也，泊乎國家組織完備，保護私權制度確立後，於是自力救濟亦大加限制，除例外情形，許私人自為保護行為外，皆由國家機關行使之，此所以有民事訴訟法也。

第三 民事訴訟法與刑事訴訟法之區別

民事訴訟法與刑事訴訟法不同，後者國家於公法上，對於國家主權之侵害者，以實行刑罰權為訴訟之目的，對於訴訟當事人之權利義務，以不許變更為原則，反是，前者私人於私法上，對於私權之侵害者，以請求回復為訴訟之目的，其訴訟當事人間之權利義務，以許其變更為原則，一為職權主義，一為處分權主義也。

第四 現行民事訴訟法之制定及構成

我國之民事訴訟法，於康德四年六月三十日，以勅令第二〇六號公布，共分五編，第一編為總則，規定法院、當事人、訴訟費用及訴訟手續等，第二編，規定地方法院、及區法院第

現行民事訴訟法之制定及構成

民事訴訟法與刑事訴訟法之區別

一審之訴訟手續、第三編規定上訴、即對於下級法院之裁判有不服之時、向上級法院、申述之規定也、上訴有控訴、上告、抗告三種、控訴者、對於第一審之終局判決為之、上告者、對於控訴審之終局判決為之、抗告者對於不經言詞辯論、而却下關於訴訟手續之聲明之裁定為之也、第一編為再審之規定、再審者、對於確定之終局判決、以再審之訴聲明不服之謂也付再審之事項、限於有重大事由之時、乃例外的規定也、第五編為督促手續之規定。

民事訴訟法

意義

- 1. 形式的意義 指民事訴訟法典而言
- 2. 實質的意義 凡具有民事訴訟性質之法規均屬之

私權保護沿革

- 1. 國家組織未完備時自力救濟
- 2. 國家組織完備之現在由國家救濟為原則

與訴訟法之區別

- 1. 民事訴訟法以實行刑罰為目的、當事人之權利義務不許變更
- 2. 民事訴訟法以請求回復為目的當事人間之權利義務許其變更

現行法之構成

- 1. 制定 康德四年六月三十日公布
- 2. 構成
 - 第一編 總則
 - 第二編 第一審之訴訟手續
 - 第三編 上訴

第四編 再審

第五編 督促手續

練習問題 一、試述私權保護之沿革 二、問民事訴訟法與刑事訴訟法之差異

國際法

第五章 國際法

國際法之觀念

第一節 國際法之觀念

國際法之意義

第一 國際法之意義

國際法者，規定國家間權利義務關係之法律也，規律國家與國家之關係，並非規律私人間之法，故於主權國家之上，再無更高之權利，學者乃謂國際法，為存於列國間之法，而非加於列國上之法，換言之，國際法者，乃列國自己公認之法，而非由上級權力，加於諸列國之法，以無最高執行之機關，為其特色，所謂國際法者，並無整個之法典，實不外彼此往來之習慣及條約之集合物而已。

第二 國際法與國際私法之區別

國際法與國際私法之區別

國際法為規定國家與國家之關係，國際私法乃係規定國家與他國一私人，國家之個人與他國家之個人之關係也，換言之，一私人之權利義務關係與數個國之法令有關係，應適用某國之

法規之規定也、乃純粹屬於國內法故與國際法不同。

國際法
之觀念

1. 意義 規定國家間權利義務之法律
2. 與國際私法之關係 一為國家與國家關係 一為私人與他國家之關係

練習問題 一、試說明國際法之意義

第二節 國際法之主體

國際法之主體
國際法主體
之觀念

第一 國際法主體之觀念

國際法既為規律國家與國家之權利義務關係之法、故受國際法之支配而有權利義務之人格者、厥為國家、換言之、國際法之主體者國家也、例如英國之東印度會社無論其有任何強大之權力、以其究非國家、故不得為國際法上之主體、然而國家以外並非絕無國際法之主體、如交戰團體亦有被認為國際法之主體時、即對於一國內之內亂者其本國或第三國承認其為交戰者時、該團體即稱之曰交戰團體、對承認國家關於戰爭行為應受國際法之支配、故國際法之主體除國家之外尚有交戰團體〔註〕

（註）國家於內亂或革命發生時若反抗其國家之集團具有組織化之軍隊與中央政治機關而經其本國或外國政府之正式承認者、稱曰交戰團體。

國家之性質

第二 國家之性質

國家之意義已於基本法之章詳爲述之矣、茲更對於國際法上之國家觀念略加說明、不過其性質並非有所差異、僅其說明之方向不同耳。

國家者具有一定之領土、不受外部拘束之人類政治的團體也。

國家者人體
政治團體

一、國家者人類政治團體

國家爲人類之團體故失却人民其國必亡、自不待言、且國家以政治的團體爲必要、僅以人類之集合體如無政治的組織、即不能成立國家、例如未開地之蠻族或盜賊海賊等之集團、以其無政治的組織、不得謂之國家。

國家須具有
一定之領土

二、國家須具有一定之領土

初民時代、僅有人民、國家即可成立、然而現在之國家無不有領土、蓋無領土之人類團體絕不能有獨立之政治的組織故也。

三、國家對自己之政治的組織須不受外部之拘束

國家對內自由行使政治組織、對外以自主獨立不受他國之拘束爲必要。

第三 國家之承認及滅亡

一、國家之承認

國家之承認
及滅亡

現在國家之成立、有一個國分裂爲數個國者、亦有數個國合併爲一國者、亦有殖民地脫離

本國而獨立者、或亦有發現新土地而創立新國家者、其合併或獨立有依平和的手段、亦有依強制的手段者。故國家之成立、並不以他國之承認為要件、苟凡具備人民土地及統治權則國家即成立、然對其他國家欲在國際法上享權利負義務時、必待承認始可、承認者承認為國際法上之主體也、有明示默示二種、明示者承認國以宣言或條約等、有承認之意思表示之謂也、雖無明瞭之意思表示、推測其有承認意思之行為時、始發生默示之觀念。

國家之滅亡

二、國家之滅亡

國家失其要素之全部或一部即滅亡、固不待言、然其領土及人民之增減與國家之滅亡則毫無關係也。

國家之種類

第四 國家之種類

國際法上之國家分類通常有主權國、一部主權國及屬國三種、茲分析述之如次。

主權國

一、主權國

主權國者一國主權之作用不受他國限制、即內政外交之主權完全得行使之國家也、如我國如日如英如法等皆係主權國、復有單純國與複合國之分、由惟一國家組織而成成分中別無他國者曰單純國、如我國日本是也、由多數國家結合而成、成分中之各國、乃具國家之性質者曰複合國、依其結合之方法、內容如何、更可以細分為四、即君合國、政合國、聯邦與合衆國是也。

1. 君合國 兩個以上國家、共同擁戴同一君主者、曰君合國、如至一九〇八年前白耳義與孔哥、以及至一八九〇年前之和蘭與盧森堡即君合國也

君合國之特點、在乎數國、擁戴同一君主、至其在國內法及國際法上之關係、彼此各自獨立皆成一國、故英吉利之於蘇格蘭、並非君合國、英國之於印度、亦非君合國也。

2. 政合國 多數之國家、其內部各有獨立之主權、且各有其運用主權之機關、然組織聯邦之各邦、並無國際法上之能力、其聯合之中央組織、始得爲國際法之主體、處理一切之外交關係、彼此聯爲一國者、曰政合國、如歐洲大戰前之奧地利、匈加利以及一九〇五年前之瑞典與那威國是也、政合國亦與君合國同、類皆擁戴共同之君主、或大統領。

3. 聯邦(國家聯合) 多數國家、僅限於一定之對內關係、及對外關係、互相連結、共同採取同一行動、其他一切之關係、於國內法上、及國際法上、彼此獨立、各不相犯者、曰聯邦例如外交使節之派遣、一定種類條約之締結等、採取共同行動是也、且各邦之上、並無其他主權、可以統率各邦、不過此種聯合、須有繼續目的存在、故如日英同盟等、當然不屬於聯邦、國家聯合之適當實例、如一七七八年至一七八七年之美國、一八一五年至一八四八年之瑞西、及一八二〇年至一八六六年之德國是也。

4. 合衆國(聯合國家) 多數之獨立邦國、互相連結、其對內關係、在原則上各國家、皆屬

於獨立、各邦主權之上、又有獨立之主權、統率各邦、其對外關係、則合而成爲一國者曰合衆國、如一七八七年以來之亞美利加合衆國、一八四八年以來之瑞西、一八七一年以來之德國、一九二〇年以來之奧地利等、皆屬於聯合國家。

一部主權國

二、一部主權國

一部主權國或謂之半主權國、主權之行使恒受他國限制之國家也、又有左列三種。

1. 被保護國 被保護國者關於特定事項以條約將其對外或對內主權之行使委諸外國、而受其國保護之國家、如日韓合併前之朝鮮屬之。

2. 聯邦國或合衆國之各國各洲 聯邦國或合衆國其全體係完全之主權國、而組織聯邦國或合衆國之各國各洲其對內亦有完全之主權、不過其對外有一定之範圍、委任於中央政府行使者在此範圍內其主權之一部仍受限制也。

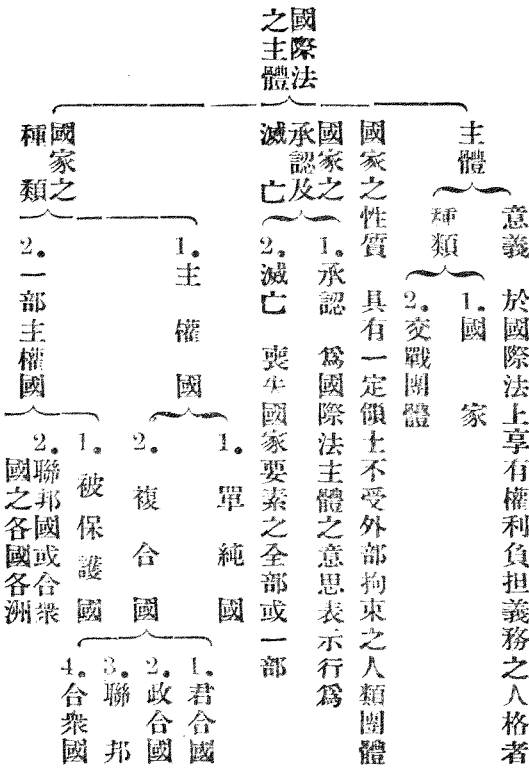
3. 永世中立國

國家之獨立、以諸強國之國際條約保證之、除受他國攻擊外、不得與外國宣告戰爭、且對於牽涉戰爭之條約、不得加入者、曰永世中立國、此種中立、乃以保持列強勢力平衡爲目的、中立國、如有受他國攻擊時、其他列強、有防禦之義務、其地位雖屬於有利、但一方負有種種義務、此種義務、皆以條約而定、例如除自衛以外、不許與他國戰爭、

並且禁止保障他國中立、或締結攻守同盟、防禦同盟等、其外尚不許割讓領土與他國、瑞西自一八一五年以來、自耳義自一八三一年以來、均獲有中立國之地位。

三、屬國

對他國之主權有服從關係之政治的團體、曰屬國或謂之從國、若嚴格言之、並非國家、屬國持有主權者謂宗主國。



3. 永世立中國

3. 屬 國

練習問題

- 一、試述國際法上之國家性質
- 二、問國家之種類
- 三、何爲君合國、政合國、聯邦、合衆國
- 四、何爲一部主權國
- 五、問永世中立國之意義

平時國際法

第三節 平時國際法

平時國際法者、平和時期中、國際間之法也、其主要之部分、可分爲國家之基本權、代表機關、條約及爭議處理方法。

國家之基本權

第一、國家之基本權〔註一〕

爲國際法上主體之國家、當然具有之權利、謂之基本權、其所謂基本權、依學者所倡、各有不同、茲僅就獨立權、自衛權、平等權、相互尊重權及自由交通權、略述如次。

獨立權

一 獨立權

獨立權者、國家對於內治外交、不受他國之拘束得自由行使其國家之意思之權利也、其內部之獨立、國家從其所欲、選擇政體、爲必要之軍備、其於領土內、對於臣民、行使立法司法及行政等、不受他國之妨害、其對外之獨立、即派遣使節、締結條約、宣戰、講和、其他

理外交關係是也。●

自衛權

二、自衛權

自衛權者、對於國家自存上有危險事態發生時、爲維持其生存、所行之權利、即國家之正當防衛權也、其手段或以干涉、或訴於戰鬥行爲、皆無限制、然其發動、須有右列各條件。

A. 國家自身、或其臣民之危害處於危迫時。

B. 出於不得已時。

C. 爲除危害之行爲、須不超過除危害必要之程度。

D. 其危害、非基於行自衛國家之不法行爲時。

E. 危害由於被加自衛行爲國家之不法行爲所發生、或該國家不盡防止發生危害之責任時。

平等權

三、平等權

平等權者、國家對於國際法上、諸多關係、具有同一之法律的價值、國家間不承認有價值之階段性、無論國家與國家之間、關於領域之大小、國力之強弱、財力之多寡、程度之文野皆無差殊之謂也、然法律上雖爲平等、政治上、却是不平等的、稱之謂強國之政治的優越權。

相互尊重權

四、相互尊重權

自由交通權

國家相互尊重其威嚴，有尊重主權正當行使之國際法上義務，對於此種義務，即有要求他國家尊重之權利在焉，所謂相互尊重權是也，例如元首、外交使節、軍艦、軍隊、軍旗、國旗等之權利屬之〔註二〕

五、自由交通權

今日之國家，不能孤立以生存，其生存與發達，端賴乎諸國家間之相互交通者甚大，故國際間之交通，為現代國際法上，不可缺之事實，國家關於交通之權能，依國際法所尊重者，即自由交通權是也。

交通權，又有公的交通權與私的交通權之別，公的交通權者，各國家對於他國家公務上，所謂之交通權也，私的交通權者，各國之國民，與他國國民為私用上交通之權也。

（註一）國家享有權利外並負有遵守條約之義務與不干涉外國國內事項之義務。

（註二）國際法上之慣例對於國家之主權者其代表者以及軍艦軍隊在其他國領內時，其身體及財產有不受在留國之法律支配之特權，仍服從其本國法律，此謂之治外法權，故治外法權係國際間之儀禮，由國家間相約束而來者，並不抵觸其國家之獨立性。

1. 獨立權 內治外交不受他國之拘束得自由行使國家意思之權利

2. 自衛權 國家之正當防衛權

國家之基本權

3. 平等權 國家在國際法上無價值之階段

4. 相互尊重權 對主權正當之行使有要求互相尊重之權

5. 自由交通權

公的交通權

私的交通權

練習問題 一、試述國家之獨立權 二、試述自衛權 三、試述平等權

代表機關

第二 代表機關

國家對他國行外交之權利、乃屬於其國之主權者、例如宣戰講和締結條約等是也、此謂之外交大權、國務總理大臣奉皇帝之旨、亦有行使國家之國際的權利義務、不過此雖係外交機關、並非代表機關、繼續駐在外國得為代表機關者、有外交官與領事官二者。

一、外交官

外交官者、駐在於外國、掌理外交事務之官吏也、有參事官、秘書官、主事等之補助機關然狹義之外交官、指大使與公使而言也、公使復有特命全權公使、辦理公使、及代理公使之別、大使直接代表元首、特命全權公使以元首之名司外交事務、辦理公使其所司掌之事務無異、惟席次較特命全權公使為低、代理公使則僅以政府之名、司掌外交事務、其實職務上無

領事官

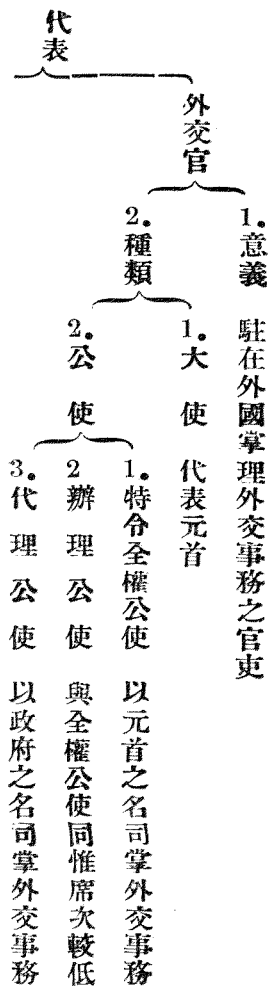
何差異、不過行遇上之差別而已、我國與日本交換大使與意國德國政府等交換公使。

二、領事官

外交官為政治上之代表者、反是、領事官則為經濟上之代表、即駐在於外國、謀本國人民通商航海利便之事務機關、然現在其司掌之事務、亦有與外交官相同者、惟領事、却無國家代表之資格、時或有掌理司法事務之時。

領事通常有總領事、領事、副領事之別、或有設領事事務官、代辦領事者、滿洲國更有名譽領事名譽副領事之制、置於不設領事之地。

我國於京城有總領事館、於新義州、有領事館、於門司有名譽領事館、於蘇聯邦內赤塔、武市及德國漢堡亦設有領事館。



領事官

- 1. 意義 經濟上之代表
- 2. 種類
 - 1. 總領事
 - 2. 領事
 - 3. 副領事

練習問題 一、試述代表機關 二、試說明外交官之種類

三、試說明領事官之任務

第三條 約

條約者、兩個以上之國家、爲使發生國際法上之效果爲目的之合意也、國家爲增進其權利利益、得以自由意思、互相商議、於不妨害國際公安範圍內、以設定變更或消滅其權利利益如斯所成立之國家間之合意、謂之條約、條約之要素、其必要者有六、(一)主權、(二)代表者、(三)合意、(四)批准、(五)適法、(六)客體、其種類依內容不同、其主要者有修好條約、通商條約、講和條約、同盟條約等、此中最普通者、爲通商條約、夫古代各國、概固守鎖國主義、與外國之交通、類皆杜絕不通、然今日之國家、殆無與外國絕對不實行交通之國家、皆以自由通商貿易爲原則、故試觀條約之歷史、各國之交通、大抵始於修好條約、漸以修好條約爲原則、於是鎖國主義、漸次斂其跡、通商條約遂起而代之、通商條約

所約定之事項、大抵如次。

(一) 締結國人民之居住、往來之自由。

(二) 生產及製造貨物、輸出入之自由。

(三) 關稅。

通商條約多附有最惠國條款、最惠國條款者、條約締結國之一方、將其現在或後日所與第三國之權利及利益、使條約締結國之一方、亦得享受之條款也。

條約

意義 兩個以上之國家間為使發生國際法上之效果為目的之合意

要素 一、主權 二、代表者 三、合意 四、批准 五、適法 六、客體

種類

- 1. 修好條約
- 2. 通商條約
- 3. 講和條約
- 4. 同盟條約

練習問題 一、試述條約 二、說明通商條約 三、問何為最惠國條款

第四 國際爭議解決手段

對於國際爭議解決之手段、在平和之時、其方法有二、一為平和的手段、一為強迫的手

段。

一、平和的解決手段

國際上之紛爭、平和的解決方法、普通依國際紛爭、平和的處理條約以處理之、其種類有五、即（一）斡旋、（二）調停、（三）國際調查委員會、（四）仲裁裁判、（五）依國際聯盟規約之解決是也。

（一）斡旋、斡旋者、第三國家、盡力設法使爭議當事國、將其失和後中止討論之問題、重開談判之行爲也、斡旋之第三國、其責任乃僅在促成爭議當事國之會合、磋商、並非直接加入談判者也。

（二）調停、調停與斡旋不同、調停者、以中人之資格、進而參與談判、有時調停者、提出條件、作爲爭議當事國談判之基礎、以促成協定、調停有由第三國自動的提出、亦有由爭議國之請求而提出者。

（三）國際調查委員會、國際調查委員會者、因事實上之見解不同、以致發生紛爭、爲審查此種紛爭、而設立之機關也、係於一八九九年第一次海牙會議、所創設之制度、規定於海牙條約第一編、依該約第九條、凡遇有國際間有爭議、而無關名譽或根本利益、僅起於事實之爭點者、爭議國、如不能依外交手段解決、當於情勢所許之限度內、設立國際調查委員會、

依公平之調查、辨清事實、以謀爭議之解決、然此種審查、固非裁判、當無拘束當事國之效力也。

(四) 仲裁裁判 以上所述解決國際爭議之方法、皆屬於政治的解決、而仲裁裁判、則屬於法律的解決、為平和解決國際紛爭之一最要之方法、即依爭議當事國、以其爭議事件、交付其自己所選任之判官處、而相約服從其判決也、當事國對於仲裁國、除有特別之協約外、皆於海牙常設仲裁院處理之、常設仲裁院、依一九〇七年海牙條約第一編、第二章所設、以便於爭議國、隨時訴諸仲裁、仲裁院以締約國任命之人員組成之、每國任命至多不得過四人、斯等人員、當為國際法專家、而具有高尚道德與令名者、其任期為六年。

(五) 依國際聯盟規約之解決、此種紛爭解決機關、有三、一曰聯盟理事會、二曰上述之仲裁裁判、三曰國際法庭是也。

二、強迫的解決手段

強迫的解決手段有三、即(一)報復(二)復仇、及(三)平時封鎖是也。

(一) 報復

報復者、對於外國之非友誼的行爲、而報答以同樣、或類似的行爲、即俗所謂、「以其人之道、還治其人之身」之謂也、設有一國、雖不違反國際公法、亦不違犯條約、然而對於他

國、或他國之人民、施用一種不公平、或不道德之手段、他國如以此等非友誼的行爲、於己有害、便可施用同樣、或類似之手段、以報答此種惡意之行爲、直至對方取消其非友誼的行爲方停止、此種報復手段、例如甲國對乙國貨物、特別課以重稅、而乙國以爲此等重稅、有害其國利益、則亦對甲國之貨物、課以同樣重稅、以爲報復、而期強迫甲國改變政策也。

(二)復仇

復仇者、甲國違反國際法上之義務、以致侵害乙國之權利、不僅爲不當之行爲、且爲不法行爲時、乙國亦以同樣、或以同等之不法行爲、以促其反省之方法也、復仇與報復雖同、不過復仇之舉動、愈益凶猛、含有事件擴大之情勢、且容易發生嚴重之損害也、例如甲國妨害乙國人之交通、侵害乙國人之財產時、乙國人對於甲國人、則以同樣、或同程度之其他之不法行爲、以促其反省是也、復仇之最普通之方式、爲扣留對方在本國港內之船舶、此特名之曰扣船、爲復仇最力之手段也。

(三)平時封鎖

平時封鎖者、乃平時而行封鎖之意、依其名稱所示、雖有封鎖之戰爭的性質、而仍未能脫離平和關係、即是運用一國之海軍力量、將對於尚未宣告開戰國家之海港封鎖、以禁止貨物與船隻之往來也。

平時封鎖可分為兩種目的、以行使之。

(一)列強為干涉、或為國際警察之目的、封鎖他國海港。

(二)一國單獨、或一羣國家、共同封鎖他國海岸、以達解決爭議救濟損害為目的、其最有名之例、如一八二七年英俄法之艦隊封鎖、希臘海岸、乃對希臘獨立之干涉行為也。

國際爭議
解決手段

1. 平和的解決手段

- 1. 斡旋 第三國設法使當事國重開談判
- 2. 調停 以中人之資格參與爭議當事國之談判
- 3. 國際調查委員會 為審查事實上見解不同所設立之機關
- 4. 仲裁裁判 依法律由仲裁院處理之
- 5. 依國際聯盟規約之解決

2. 強制的解決手段

- 1. 報復 對外國非友誼的行為、報以同樣或類似之行為
- 2. 復仇 甲方有侵害乙方之權利乙方以同樣之行為促其反省
- 3. 平時封鎖 甲一國海軍力量對於尚未宣戰國家之海港封鎖

練習問題

一、說明國際爭議平和的解決手段之種類 二、問調停之意義

三、問報復與復仇之差異

第四節 戰時國際法

第一 戰爭之意義

戰爭者、國家與國家或交戰團體之武裝的爭鬪也。

一、戰爭者爭鬪也、凡戰爭之存在、必有兩個以上國家、使用武力相敵對、至單方之挑釁行為或暴力行為、雖可為發生戰爭之原因、而自身並不構成戰爭也。

二、戰爭者乃發生於國家與國家或交戰團體之間也、多數之個人、或非交戰團體之團體與國家發生武力衝突、不得謂之戰爭、乃屬於一國之內亂也。

三、戰爭之對手乃武裝之軍隊也、當事國之私人、如不直接或間接屬於武裝的軍隊者、即不得謂為參與戰爭、亦不得為攻擊之目標也。

意義 國家與國家或交戰團體之武裝的爭鬪

戰爭之意義

1. 戰爭者爭鬪也

要件 2. 戰爭者發生於國家與國家或交戰團體之間

3. 戰爭之對手乃武裝之軍隊也

戰爭之開始

第二、戰爭之開始

戰爭之開始

一、戰爭之開始

國際間發生紛爭之時、當事國於可能之限度內、應以平和手段、以解決之、若出於萬不得已

戰爭開始之
直接效果

已、則以最後通牒、限以一定之時間、要求其確答、如不得滿足之確答、始行宣戰、此乃通例、然而戰爭、並無依宣戰而開始之原則、故以事實上之戰鬪行爲、立即開始戰爭、當亦無妨、試觀各時代戰爭開始之規則、各有不同、中世紀以至十七世紀初期、國家開始戰爭、必先宣戰、及十七世紀中葉、宣戰之手續、漸不勵行、迨十八世紀直以宣戰爲例外、所有宣戰行爲、常在敵對行爲開始後爲之、至十九世紀後半期、漸有恢復宣戰之制、一九〇七年之海牙會議、規定國家與國家間、非先有明白之警告、不得開始戰鬪行爲、此種警告、或以宣戰或依最後通牒、附以條件之宣戰爲之。

二、戰爭開始之直接效果

凡戰爭發生後、對於交戰國相互間、及其人民之關係、即有重大之效果發生、其重要者、分述如次

(一) 條約

A. 列國條約

(1) 列國條約之內容、與戰爭無關係者、不受影響。

(2) 雖與戰爭無直接關係、但因戰爭不得實行者、可中止其效力、及平和恢復後、即應復舊。

條約
列國條約

- (3) 戰爭之原因，在乎列國條約時，在交戰國間，生却其條約之效力。
- (4) 關於戰爭行爲之條約，因戰爭始見其實行。

B. 交戰國間之條約

- (1) 永久性之條約，列如領土割讓、境界規定等之有永久性之條約，不得因開戰受有影響
- (2) 政治上之條約，列如修好條約、同盟條約、其他政治上之諸條約，其性質與兩國間之戰爭不能兩立者，當與開戰同時消滅之。

(3) 交通條約，例如通商航海等之條約，大抵皆因開戰歸於消滅。

(4) 戰時條約，交戰國間之條約，如屬戰爭行爲時，依開戰，當即實行。

(二) 通商

通商

國家間

A. 國家間

交戰國間之通商，依戰爭而斷絕，蓋一旦開戰，駐在大公使及領事，均撤回本國，以致杜絕國家之平時關係故也。

個人間

B. 個人間

個人間之通商，有如何關係，由來學說不一，但除國家特許之外，以禁止爲原則之說，似爲一般之通說。

商船處理

C. 商船處理

關於開戰後、扣留敵國商船問題、第二次海牙會議、有特別之條約、依該約第一條敵國商船在開戰初、泊在交戰國港口、或開戰前出發、而不知戰爭發生、駛入交戰國港內者宜許其自由出港。

敵國人民

(三) 敵國人民

往昔以戰爭為破壞交戰國間之一切關係者、近世則不然、故兩國間之大公使領事等之代表機關、雖撤退本國、交戰國之人民、在住敵國者、未必然、苟無特殊情形、或交戰上之必要存在、交戰國對於敵國人民、在住自國者、不實行追放、然凡屬交戰上有必要時、不但得追放敵國人、且得拒否敵國人入國、亦得抑止敵國人之撤去。

敵國人民之財產

(四) 敵國人民之財產

私有財產、雖在交戰國之一方、以不沒收或破壞為原則、但戰爭上、不得已之時、不在此限。

戰爭之開始

1. 最後通牒
2. 宣戰

3. 事實上之戰鬪行為

戰爭之始

直接效果

1. 條約

1. 列國條約

1. 與戰爭無關者無影響

2. 因戰爭不得實行者中止效力

3. 戰爭之原因在乎列國條約時失却效力

4. 關於戰爭行為之條約因戰爭始實行

1. 永久性之條約 不受影響

2. 政治上之條約 不能兩立者消滅

3. 交通條約 消滅

4. 戰時條約 依開戰實行

2. 交戰國間條約

1. 國家間 杜絕平時關係

2. 個人間 原則上禁止

3. 商船處理 不知戰爭發生許其自由出港

3. 敵國人民 不行追放為原則

4. 敵國人民之財產 以不沒收或破壞為原則

練習問題

一、試述戰爭之開始 二、開戰爭之直接效果

三、試述戰爭開始後條約之效果

戰爭之終了

第三 戰爭之終了

戰爭有依條約而終了之場合、此謂之明示之戰爭終了、有不依條約而終了之場合、此謂之默示之戰爭終了、不依條約而戰爭終了之場合、又可分爲二。

一方交戰國
屈服於他方

一、一方交戰國 完全屈服於他方面告終結。

此時被征服之國家、以其失却國家之存在、戰爭之終了、自不待言。

依軍事停止

二、依軍事停止 而告終結。

此時頗有暫時休止戰爭之觀、然如互相交換公使、或締結其他條約等、此顯然有回復平和關係之證明也。

依講和條約、戰爭歸於終了、固不待言、至於講和條約之特別效果、應就各該條約以定之、試觀古時依屈服而終了乃普通之形式、然現在依講和歸於終了以爲通例、依軍事停止而告終了、則不多見。

戰爭之
終了

明示之戰爭終了

默示戰爭終了

1. 一方屈服

2. 軍事停止

一、陸戰法規

陸戰法規，現已具有法典之形式，最近五十年中，有許多關於陸戰規則之國際條約締結，一八六四年日內瓦條約，一八六八年聖彼得堡宣言，一八九九年及一九〇七年之海牙條約，此等條約合成而為陸戰法規條例，其中最重要者，當然為一九〇七年之海牙條約，第四編，即關於陸戰規例是也，茲將陸戰法規所規定之重要者列述如次。

交戰者

(一) 交戰者

處於戰爭暴力之下者，謂之交戰者，交戰者有戰鬥員，與非戰鬥員之分，何為交戰者，應依一九〇七年陸戰之法規慣例之規則第一條之規定。

(1) 有負責任之首領、為之統率。

(2) 有確定之標章、由遠方可以辨別。

(3) 公然攜帶武器。

(4) 其動作遵守戰鬪規例。

俘虜

(二) 俘虜

俘虜者、交戰國之一方交戰者、事實上立於他方軍隊權利下者之謂也、古時俘虜、得由敵

人任意處分、虐殺、或降爲奴隸、迨至十八世紀以來、戰爭認爲國家與國家之關係、俘虜之待遇、漸趨於人道之地步矣、蓋俘虜本爲國家之俘虜、非私人將帥或軍隊之俘虜故也、且俘虜之目的、乃在乎滅殺敵方之交戰力、既如斯、對於俘虜、即不應加以虐待、責罰、爲達成滅殺交戰力之目的雖得使俘虜脫却武器、留置於一定之場所、但不得有害俘虜健康、或名譽之舉動也。

間 諜

(二) 間 諜

間諜者、以通知一方之交戰者之意思於他方之作戰地帶內、隱密行動、或以虛妄之口實、收集各種情報、或意圖收集者之謂也、間諜不但受俘虜之待遇、且受處罰、蓋間諜之行爲對於被間諜之國家、有極大之危險也。

害 敵 手 段

(四) 害 敵 手 段

夫戰爭之目的、既在滅殺敵國交戰力、以屈服其主張、則凡屬此外、過分之殘虐行爲、不得任意行之、海牙陸戰法規第二十二條、明定交戰國、採用害敵手段之權利、並非無限、其第二十三條、復有如左之規定。

除特別之條約所定之禁止外、特應禁止者如左。

(1) 使用毒或用施毒之兵器。

(2) 對於敵之國民、或屬於軍者、以背信之行爲殺傷時。

(3) 對於棄兵器、或窮於自衛之手段、而乞降之敵人、殺傷之時。

(4) 宣言不助命者。

(5) 使用發生不必要痛苦之兵器、投射物其他物質。

(6) 擅用軍使旗、國旗、其他軍用之標章、敵方之制服、或日內瓦條約之特殊徽章者。

(7) 戰爭必要上除萬不得已外、破壞或押收敵方之財產。

(8) 宣言對方當事國國民之權利及訴權之消滅停止、或裁判上不受理時。

其外一八九九年、海牙會議、尙規定有左列數項、其意亦在乎禁止依不必要之行動、而害敵也。

(1) 由輕氣球上、或用類似之他種方法、投下投射物、及爆發物、相約禁止五個年間。

(2) 專以放洩窒息氣、或毒氣爲目的之砲彈、各自禁止之。

(3) 使用之彈丸至於在人體內、容易伸漲者禁止之。

(五) 軍使

軍使者、赴交戰國一方之軍隊、通達軍隊之意思者也、凡軍使皆不立於戰鬥暴力之下、此謂之不可侵權、其隨從之旗手、通譯亦然、軍使之表示方法、爲揭揚白旗、蓋白旗自古認爲

平和之表徵、而應受敵軍之尊重也、然軍隊並無受領軍使之義務、如接受敵方軍使、則須給以不可侵害之特權、但不必任其利用此機會、窺探軍情、故此時可取一切必要之手段、防其採取軍情。

軍使如濫用其特權、而有背信欺罔之行為、或唆使者、一經證實、即喪失其不可侵害之權矣。

(六) 傷病者之待遇

傷病者、以其失却戰鬥力、故無再加以暴力之必要、於一八六四年之日內瓦條約締結後、更於一九〇六年第二次之日內瓦條約、擴充修正之要點如左、

軍隊人員之傷病者、無分國際應為交戰者所尊重照顧、凡不得已而拋置傷兵之交戰者、又應留下其醫事上人員、及材料之一部分、落於他方交戰者權力之傷者、當待作俘虜、一場戰爭之後、當尋覓傷者而加保護。

(七) 佔領

佔領者、交戰國一方、以軍隊之力、侵入他方土地、實際上在其土地、不能行使主權之狀態也、依海牙規則第四十二條、「凡一地方、若事實上歸於敵軍之權力下、則視為被佔領、佔領範圍於權力已經樹立而能行使之地域、佔領地之主權、依然存於被佔領國、佔領國不過

由軍事上之必要、使佔領軍隊、事實上將本國之主權、行使於佔領地而已、故講和時、除有特別合意外、佔領地之主權行使、當然復歸於被佔領國、佔領軍隊、於佔領地、在可能範圍須尊重被佔領國之法律、裁判、行政等、然因軍事上之必要、有不得已之情形時、得中止而另發布施行自己之法律、佔領軍隊、亦不得毀害佔領地人民之權利、或對於佔領地人民、命其臣從佔領軍之本國、亦不得爲之、又應尊重家族之名譽及權利、個人之生命及私有之財產並宗教上之信仰等。

(八) 攻圍砲擊及降伏

攻圍無防禦地時、限於軍事上有必要之場合、即攻擊或砲擊有防禦地時、其效力雖及於攻圍地內之人及物件之上、亦須以適法之行爲爲之、除強襲之外、爲攻圍時、又須預爲通告、蓋爲使被攻圍地內之非交戰者、及與戰爭無關之財產、置於安全地帶也。

被攻圍地內之信仰、慈善、教育、美術、學問等之建築物、應附以在外都足以望見之標記以使攻圍軍、不毀害此種建築物或財產、然此固以不供軍事上之使用者爲限、關於由海上砲擊陸上、於一九〇七年有關於戰時海軍力、砲擊之條約。

降伏規約、拘束締結者及其本國、締結者一方、雖以不當理由締結時、該規約亦不能無效惟對於締結者能力以外之事項、所約之降伏規約、當然不拘束其本國、例如相約割讓土地等

海戰法規

是也。

二、海戰法規

陸戰時敵方之私有財產、雖屬不可侵、海上則不然、故敵船皆可沒收、敵貨除在中立國內且不供戰爭用物外悉可沒收、敵船得免除拿捕者、則為地方的小航海用船、沿岸漁船學術、慈善等船是也。

封鎖敵國港灣、其有效的要件如左。

(一)封鎖須出司令官之命令。

(二)敵國港灣之通路、事實上被遮斷者。

(三)對於封鎖預行告知。

(四)維持繼續封鎖。

破壞封鎖之船舶、及其船舶內之貨物沒收之。

戰時禁製品、有兩種、一為絕對的、一為附條件的、前者供戰爭用之物品、後者平時亦使用之物品、依各國自由規定、戰時禁製品沒收之。

〔1. 交 戰 者〕 意義 處於戰爭暴力之下者

戰爭法

海戰法規

陸戰法規

- | | | | | | | | | | |
|--|------------------|---------------------|--|---------------------------|--------------------------------|---------------------------|---|-------------------------------|--------------------|
| <p>2. 封鎖敵國港灣之要件</p> <p>1. 須出於司令官之命令</p> <p>2. 敵國港灣之通路事實上被遮斷</p> <p>3. 須預行告知</p> <p>4. 維持繼續封鎖</p> | <p>1. 敵船皆可沒收</p> | <p>8. 攻 圍 砲擊及降伏</p> | <p>7. 佔 領 交戰國一方以軍隊之力侵入他方土地實際上在其土地不能行使主權之狀態</p> | <p>6. 傷病者之待遇 以不加暴力為原則</p> | <p>5. 軍 使 赴交戰國一方之軍隊通達軍隊之意思</p> | <p>4. 害 敵 手 段 均有相當之限制</p> | <p>3. 間 諜 以通知一方之交戰者之意思於他方之作戰地帶內隱密行動或以虛妄之口實收集情報或意圖收集</p> | <p>2. 俘 虜 一方交戰者立於他方軍隊權力下者</p> | <p>種類 戰鬪員 非戰鬪員</p> |
|--|------------------|---------------------|--|---------------------------|--------------------------------|---------------------------|---|-------------------------------|--------------------|

局外中立

第五、局外中立
練習問題 一、問何爲俘虜 二、問諜之意義 三、軍佔之特權

中立者、不參加他國家戰爭之謂也、申言之、第三國對於交戰國任何方、皆不予以積極的消極的、或直接間接之援助也、不參加戰爭之第三國、通例大抵皆宣言中立、其不宜言者、事實上不介入戰爭者、亦不失爲中立。

如交戰國之軍隊、逃入中立國境內、則必須令其解除武裝、且須留置於遠隔戰場之兵營內逃入軍隊所帶進之俘虜、即當釋放、若中立國受納逃脫之俘虜、即當回復其自由、蓋若不然即發生援助交戰國一方之結果矣。

雖屬交戰國之軍隊、如係傷病兵、亦得通過中立國。

同一交戰國之軍艦、在中立國港內停泊者、不許過三隻、除因損傷或天候險惡之特殊情事外、軍艦停泊中立國港內、不得過二十四小時、如交戰國軍艦、接有開離之命令、而不遵行可以解除其武裝、中立國不得任令軍艦離港之時增加戰鬪力、交戰國軍艦、在中立港內之修理、以航海安全上之必要爲限、此等軍艦、不得利用中立國港口、領海、以更新或增加其軍需武裝、或補充船員、交戰之船員、只許取有平時標準相當之糧食、只許取有航至最近之本國港必要之燃料、但於三個月以內、不得在同一中立國之港內、再取燃料、如兩方交戰國之

軍艦、同時泊在中立港內、則一方軍艦、開離之後、必隔二十四小時、他方軍艦方許開離、蓋若不然、一旦追及、有惹起戰鬪、或拿捕之虞故也。

中立

意義 不參加他國家戰爭之謂

義務

1. 逃入之軍隊須武裝解除

2. 俘虜當釋放

3. 交戰國之傷病兵須準其通過

4. 軍艦

1. 不得過三隻

2. 不得過二十四小時以停泊

3. 不得令增加戰爭力

4. 雙方泊在中立港內時一方開離二十四小時後始許使他方開離

練習問題 一、試述中立之意義 二、試述中立國之義務

第五節 國際聯盟

國際聯盟

歐戰以後、國際聯盟組織成立、在國際爭議之解決方法上、開一新紀元、然今者脫退之國家繼續出現、故其存在之價值、不無疑問、其目的雖然在維持世界平和、貢獻文化、然以二十年經驗所得、對於世界各國、實毫無利益福祉可言也。

國際聯盟之組織

一、國際聯盟之組織

國際聯盟機關中、其重要者、有聯盟總會、聯盟理事會、聯盟事務局及常設國際仲裁院

聯盟總會

(1) 聯盟總會

聯盟總會、以聯盟國之代表者組織之、凡聯盟國於總會之會議、得派不超過三名之代表表決權則一國一票、與代表數無關、聯盟總會、於聯盟本部所在地之日內瓦、或另定之地方、定期或隨時開之、其權能凡影響於世界平和一切之事項、均處理之。

聯盟理事會

(2) 聯盟理事會

聯盟理事會、由同盟及聯合國、並其他四聯盟國之代表者組織之、理事會之權能、與總會同、但依規約、或其他條約之規定、專屬總會掌管者、不在此限。

聯盟事務局

(3) 聯盟事務局

聯盟事務局、設於聯盟本部所在地之日內瓦、置事務總長一名、並必要事務官及屬員。

常設國際仲裁院

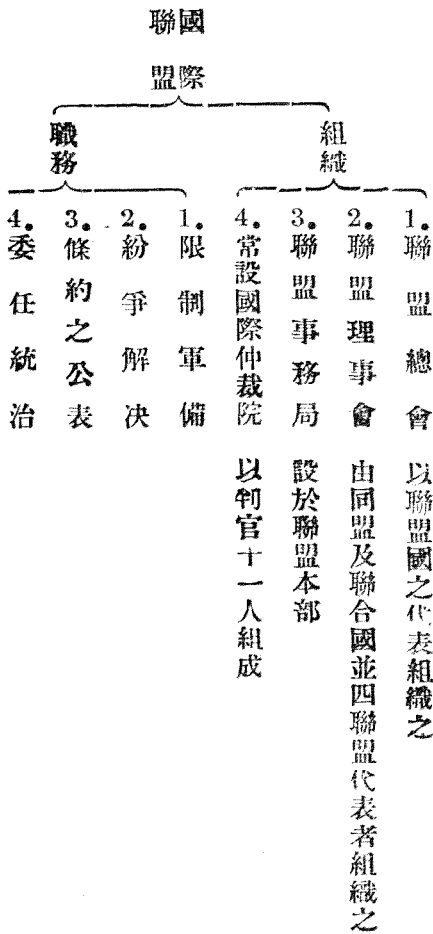
(4) 常設國際仲裁院

常設國際仲裁院、以聯盟理事會、及大會台選之判官十一人、(內尚有代理判官四名)組成之、每年於一定之時期開廷、至案件審完為止、該院審理爭議、以判官全部出廷為原則。

常設國際仲裁院、對一切具有國際性質、而經當事國提交之爭議、俱有審判權、爭議之提出於該院、以當事者雙方合意為條件。

二、國際聯盟之職務

國際聯盟之職務、固在維持國家間之平和、然為達到其目的、有種種之方法、限制軍備也、依理事會及常設國際仲裁院之紛爭解決也、條約之公表也、委任統治也、勞動問題也、其他社會問題之處理也、皆屬之、對於聯盟國中理事會、或常設仲裁院之判決、不經過三個月、而訴於戰爭者、即視為對於聯盟全部為戰行爭為、有斷絕通商、國交等之制裁。



5. 勞 動 問 題

6. 社 會 問 題

練習問題 一、試述國際聯盟設立之目的 二、試述國際聯盟之職務

私法

第三編 私法

民法

第一章 民法

民法之意義
及我民法之
制定

第一節 民法之意義及我民法之制定

民法之意義

第一、民法之意義

民法之意義

一、民法之意義

民法有實質的意義及形式的意義之分、前者謂一切之私法不論為成文法或習慣法苟凡規定國內普通私人間實體上權利義務之法規皆屬之、後者則單指所謂民法法典而言〔註〕

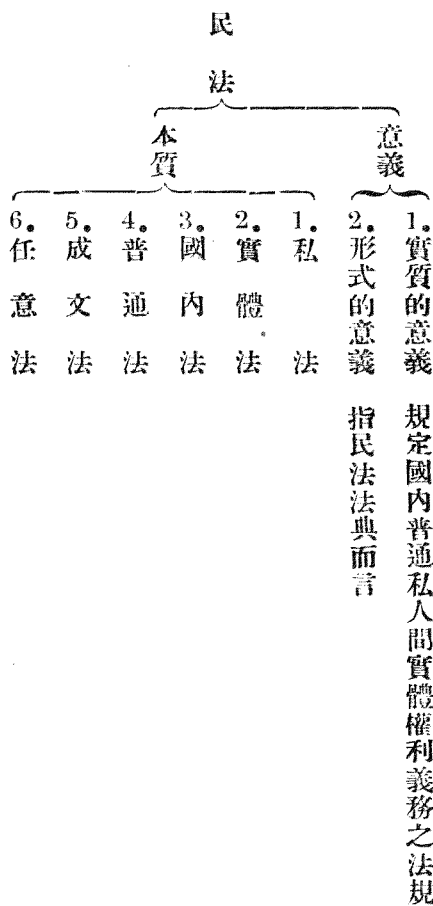
民法之本質

二、民法之本質

民法除係一種私法與實體法外、乃為一種國內法、以其僅適用於國內故也、又因係泛及於全國各種人民日常生活事物之規範、故又屬於普通法、且有一定法典之制定、故又為成文法而其內容之大部分為非強制之規定故又屬於任意法。

（註）民法二字之用語、乃沿於羅馬之市民法、不過當時之市民法乃合實體法手續法而

成、與私法公法混而為一、而近世之民法純為私法上之規定、且僅為實體法、並非如當初之原來面目也。



練習問題 一、試述民法之意義 二、問民法在私法中之地位

第二、我民法之制定

我民法之制定

一、我民法之制定

我民法之制定

我國之民法法典、於建國當初、依敕令第三號、援用中華民國之民法、蓋建國伊始、諸政尚在混沌狀態、法制之制定、亦非一朝一夕所能成、故暫時之援用、實有不得已之情由在焉

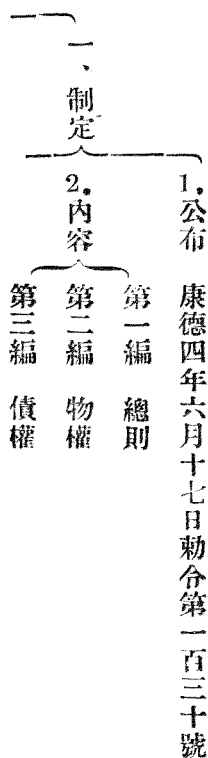
然於實現五族協和、王道樂土之大理想下、脫離舊政權之羈絆、造成獨立國家之我國、制定自國固有之法令、雖一日亦不許遷延者也、故於康德二年九月、開始編纂新民法法典之事業、僅歷時一年有半、於康德四年六月十七日、以勅令第一百三十三號公布之、第一編爲總則、第二編爲物權、第三編爲債權、共七百四十五條、至於親屬繼承二編、乃關於國民根本之法規、非短時日、所能制定、故該二編尙留保未定也、本法之制定大體以日本民法爲母法、以民國之民法爲參考法、而立法者、不過民法法典雖係關於民事之一般法、然而並非網羅關於民事之全部也、此外更有許多之成文單行法與習慣條理等之不文法存在固無待論矣。

二、我民法之特色

我民法之特色

我國民法之特色、可舉左列二點。

1. 拋棄歐美之個人主義的法律思想、採取以團體生活爲本位之法律思想。
2. 宣揚協和與健忍之精神



民法之
制定

3. 立法 以日本民法爲母法、民國之民法爲參考

二、特色

1. 採取以團體生活爲本位之法律思想
2. 宣揚協和與健忍之精神

練習問題 一、試述我民法制定之經過

總則

第二節 總則

總則編爲各種之私權、及法律關係之共通的規定、本法以日本民法總則編爲母法、並參照援用民法總則編、而制定者、按日本之民法、多做效德國民法、而德國民法、乃以羅馬法爲母法者也、共分六章、第一章爲通則、第二章爲人、第三章爲物、第四章爲法律行爲、第五章爲期間、第六章爲消滅時效。

通則爲民事全般之原則、人乃權利之主體、物乃權利之客體、法律行爲、期間及消滅時效乃與權利之得失變更有重大關係、故特規定於總則編者也。

通則

第一、通則

通則乃係對民事法規全般而行規定者、其一係法規適用順序之原則、其一係權利行使義務履行之原則。

一、法規適用順序之原則

「關於民法法令無規定之事項依習慣法無習慣法者依條理」（第一條）此乃表示法規之適用須依成文法、習慣法、條理之順序適用之、觀法律發達之過程、初民時代之法律其全部均由習慣成立、迨社會進化後法律遂以成文而表現之、惟社會生活關係複雜紛歧、法律無論如何完全、絕不能規定無遺、爲防止此種缺陷、則有對於不反於公共秩序善良風俗之習慣、賦與法的價值之必要、以使補充成文法之效力、然吾人之經營社會生活根據一切之條理而行動費亦復不少、所謂條理者乃指在某時代某地方一般人對於某事項、通常視爲正誼公允之原理而言、故條理爲法律行爲解釋之最後的標準、條理之成立、大多由學者平日觀察社會一般事物及現象而得、夫社會生活無時無日不在生長變化之中、法律條文爲數有限、習慣之形成更須歷費相當時日、是條文與習慣固不足應付社會之需要、惟條理可以隨機應變、以濟其窮、故我國之民法、以條理爲法規適用之最後的標準也、至習慣法與條理之效力均有成文法之補充的效力、不待論矣。

二、權利行使義務履行之原則

「權利之行使及義務之履行須以誠實且從信義爲之」（第二條）誠實信義之原則、從來爲支配債權法之原則、而本法特宣示爲民事一般之原則矣。

權利行使義務履行之原則

通則

1. 法規適用之原則 依成文法、習慣法、條理之順序行之
2. 權利行使義務履行之原則 須以誠實信義行之

練習問題 一、試述條理之適用 二、試述習慣法條理與成文法之效力

三、試述權利行使之界限

人（自然人）

第二、人（自然人）

法律上得享有權利之資格，謂之權利能力，負擔義務之資格，謂之義務能力，有此種資格者謂之權利義務主體，現在民法得為權利義務之主體者，只有吾等人類（自然人）及法人二種，古者奴隸，雖同為人種，而不得為權利義務者，現在之法制已不承認其存在矣〔註〕

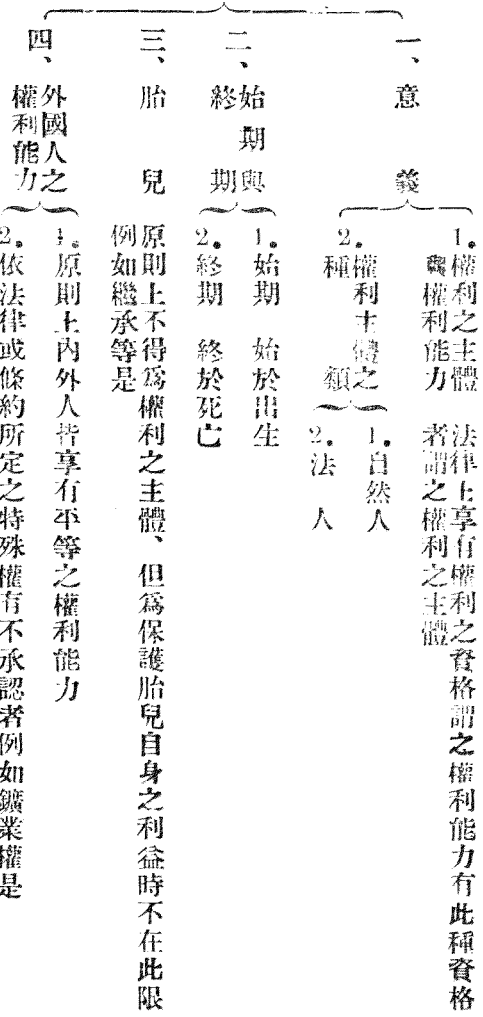
一、權利能力

自然人之權利能力，始於出生終於死亡，所謂出生者指胎兒由母體全部露出之事實而言，所謂死亡者指呼吸斷絕，心臟鼓動停止而言也，但對此不無例外，即關於繼承、損害、賠償請求權等之特殊關係，有保護胎兒自身利益之必要時，雖為胎兒，如果產生後仍生存時往往遡及其出生前使其享有權利能力，對死亡亦然，如不在人且長期間生死不明時，必發生確定其法律關係之必要，因此於民法上特設失蹤之制，即於一定期間內不在人之生死不明者因利害關係人之請求，得使法院為失蹤之宣告，一旦受失蹤宣告之人於期間滿了即視為死亡。

權利能力

(註) 近世各國對於外國人、均不採取排斥主義或相互主義、大抵皆與其內國人立於平等地位、承認其得享受同等之權利能力、但對於特定之權利、往往亦有不承認者、例如鑛業權等是也。

權利能力



練習問題

- 一、試述權利能力之意義
- 二、試述胎兒之權利能力
- 三、試述外國人之權利能力

自然人所享有之權利義務、得獨立而活動之能力、謂之行爲能力、換言之、得有效爲法律行爲之能力、謂之行爲能力、或簡稱能力、〔註〕

自然人生來即取得權利能力、業於上述、然此不過取得享有權利之地位而已、故如人格權等雖同時可以享有、對其他之權利取得須有繼承、贈與、或買賣等之原因存在、而此種原因之中、各人隨其所欲所爲之行爲（法律行爲）尤爲必要、不過此項行爲、若非有一定之精神能力、單獨而爲之、殊有蒙受損失以致爲自由競爭而犧牲之危險、是以民法要求對於行爲之結果須有辨別之精神能力（意思能力）如果缺陷此種精神能力、其所爲之行爲、以不使發生法律的效力爲原則、此特稱之爲無能力者、我民法之規定、無能力者有三、未成年人、準禁治產人及禁治產人是也、且對於未成年人與準禁治產人之行爲能力、其限制之程度相同、此與日本民法有異、而行爲無能力者、僅限於上述三種、更與援用民法不同、妻之能力不於總則內規定、今後於親屬法制定時、加以考慮、與日本民法有異、與援用民法同。

（註）行爲能力與意思能力不同、意思能力者能正當認識事物、而對其結果大體能預知之心理上能力也、故行爲無能力人未必爲意思無能力、例如十五六歲之未成年人雖爲行爲無能力人却有意思能力是也。

未滿二十歲者、謂之未成年人、除一定之行為外、須得法定代理人之同意、〔註〕始得爲有效之法律行為、不得同意所爲之行為、得取消之、申言之、僅得權利或免除義務之行為、對於行為者毫無不利益之點、無須乎得法定代理人之同意、例如由父親所給之零用之錢、儘可隨意使用、蓋此種行為對於未成年人毫無不利益之點也、反是未成年人未得法定代理人之同意、典賣土地房產、其行為當然得以取消也、但民法對於上述同意更有敷衍之規定、即（一）定目的而允許處分之財產於其目的範圍內之處分、可以不得其同意、例如由父親所給之學資或旅費、限於用於求學或旅行時可不得其同意不定目的、而財產一定且允許處分時亦同、例如父親給與國幣十圓、且允許其隨意使用雖時、其具體處分之行為、雖未得父親之同意、亦仍然有效、（二）被許爲一種或數種之營業時關於其營業有與成年人同一之行為能力、但如有不勝其營業之事跡者得取消其許可、或限制之、然不能以此對抗善意第三人。

（註）法定代理人者未成人之保護機關也、有親權者與監護人之分、親權者第一位爲父、第二位爲母、監護人者負擔監護職務之人也。

2. 準禁治產人

因心神耗弱或因浪費、依一定人之請求、由法院受準禁治產之宣告者、謂之準禁產人、

心神耗弱者其精神能力之障礙、尙未達到心神喪失之程度、俗所謂低能或半癡之類也、浪費者放蕩恣意揮霍財產之人、俗所謂敗家子屬之、對此項人均得請求法院爲準禁治產人之宣告、準禁治產人之行爲能力、與未成年人同、準禁治產之原因終止時、復經一定人之請求、得取消其宣告、例如精神失常之人完全恢復、或放蕩之人、業已改邪歸正、經其本人、配偶者、親屬、家長等之請求、可以取消其宣告。

禁治產人

3. 禁治產人

因心神喪失之常況之人、依一定人之請求、由法院受禁治產之宣告者、謂之禁治產人、例如癡癲者、白癡者等不能執掌家政、由本人、配偶、親屬、家長等之請求、法院即可爲禁治產者之宣告、禁治產人、獨立所爲之行爲、得取消之、心神喪失常況之原因終止時、亦得經一定人之請求、取消其宣告。

1. 意

義

1 意 義 得有效爲法律行爲之能力

2 無能力人 未成年人、準禁治產人及禁治產人也

1 意 義 未滿二十歲者、謂之未成年人

2. 未成人

2 未成人之無能力之範圍 未成人爲法律行爲須得法定代理人之同意不得同意所爲之行爲得取消之但有例外

行為力

3. 準禁治產人

1 意義

1. 意義 因心神耗弱或浪費、由法院宣告為準禁治產人是也
2. 宣告 宣告依本人、配偶者、親屬、家長等之請求而為之

2 無能力之範圍

與未成人同

1 意義

因心神喪失常況之人、依一定人之請求由法院宣告為禁治產人也

4. 禁治產人

2 無能力之範圍

法律行為通常皆得取消之

練習問題

- 一、試述行為能力之意義
- 二、試述行為無能力人之種類

三、試述禁治產人之意義及宣告

住所及不在人

住所

三、住所及不在人

1. 住所

(1) 住所 人之生活之本據為住所、所謂生活之本據者即人之實際生活集中地或根據地

也、換言之、以久住之意思住於一定之地域者、其地域即住所也、住所未必限於繼續

居住、例如某商人於新京設本店、其本宅亦置於新京、在吉林設支號、且每月大部分

在吉林生活、此時某商人之住所仍為新京是也。

(2) 居所 居所者以一定目的暫時繼續居住之處所也、所謂暫時、並非短促之意、亦非

永久之居，故與住所以久住爲目的者不同，例如某甲置本宅於哈爾濱，在吉林復置別邸一處，於夏季爲避暑起見，繼續住於吉林之別邸，此別邸在民法上即謂之居所。

居所之法律的效果，乃對於無住所或住所不明時視爲住所之點也，即合於下述二者，視爲住所，一、住所不明者，二、於滿洲國無住所之人。

(3) 暫住所 暫住所者現在其人之身體所在之處所也，未必與住所或居所一致，暫住所與居所不同之點，即居所係暫時繼續滞在之處所，而暫住所則不然，係一時人之現在處所也，例如某甲其本宅在新京，偶因有事至奉天辦事三日住於某旅館，此旅館即暫住所也。

不在人

2. 不在人

(1) 不在人之意義 不在人者指離其住所或居所，頗無歸來之可能者而言也，此種不在人於一定期間內生死不明時，可爲失踪之宣告，被宣告失踪後，對於一定之法律關係發生與死亡時同一效果，按不在人制度，純係於宣告失踪前管理其殘留財產迨其本人歸來而設之制度也。

(2) 不在人之財產管理 對於不在人之財產管理，民法有兩種規定，其一爲不在人未置管理人之場合，其二爲置管理人之場合，後者因本人與代理人之間通常有委任關係、

故應依此種關係以處理之國家之干涉應置於最小限度。

甲、未置財產管理人之場合 法院須因利害關係人或檢察官之請求、命就其財產之管理所必要之處分、如果日後本人置管理人者法院須因其管理人利害關係人或檢察官之請求取消上述之命令。

乙、自置財產管理人之場合 管理人與不在人之間、通常有委任關係、兩者之間、均根據此種關係以處理之國家應干涉之點、僅限於下列二點。

(A) 本人不在中管理人之權限消滅時 此時與無管理人之時同樣處理之。

(B) 不在人生死不明時 此時法院得因利害關係人或檢察官之請求、改任管理人。

住所及不在考

一、住所居所及暫住所

1. 住所 人之生活之本據也

2. 居所 以一定之目的暫時繼續居住之處所也

3. 暫住所 現在其人之身體所在之處所也

1. 意義 離其住所或居所頗無歸來之可能者

二、不在人

2. 不在人之財產管理

(1) 未置管理人之場合

A 為保護利害關係人有處理本人財產之必要
B 故利害關係人或檢察官有請求時 法院須選任管理人

(2) 置管理人之場合

A 通常均根據其委任關係以處理之
B 本人不在中管理人之權限消滅時
或生死不明時國家始得干涉之

練習問題 一、試述住所與居住之區別 二、試述不在人之財產管理方法

法人

第三 法人

法人之意義

一、法人之意義

法人者，非自然人僅以人之集合或以財產之集合，而得為權利義務之主體者之謂也，古者信權利義務之主體，限於自然人，故非自然人，而具有人格之法人，乃依法律之擬制而生之觀念，盛行於世，然自然人不能因其有肉體，當然有法律上之人格，不過因法律所承認，始得為權利義務之主體而已，其依法律以賦與人格之點，法人與自然人並無差異也。

法人之種類

二、法人之種類

法人有公法人與私法人之分，公法人者，擔當統治權作用之法人也，例如市、街、或商工會等屬之，反是為私法人，民法之規定者，皆為私法人，依現行民法之規定，私法人可分為社團法人與財團法人二者，前者以一定人之集合為基礎之法人，有社員與社員總會，復有營利法人與非營利法人之別，營利法人者，為謀社員之經濟的利益，為其究竟目的之法人也，

非營利法人者、不以營利爲目的之法人也、例如甲乙丙丁以下十人各出資三十萬圓、設立一紡紗株式會社、此乃社團法人中之營利法人也、例如甲乙丙丁四人各出資四十萬圓、擬設立一私立大學者、乃社團法人中之非營利法人也、後者係以財產爲基礎之法人、並無社員、例如富翁甲擬寄附五百萬圓以建設一慈善醫院對其經營委託於其知友乙、此種法人、乃財團法人也。

觀日本民法、與援用民法、對於營利法人有公益法人之規定、果依此規定、則不以營利爲目的、且不以公益爲目的之學友會等、不得爲法人矣、故我民法對於此、明確規定得成立法人也。

法人之設立

三、法人之設立

1. 社團法人之設立 社團法人之設立須依左列各條件。

社團法人之
設立

(1) 須作製定款、設立人署名、其定款上須記載目的、名稱、事務所所在地、關於資產之規定、關於理事任免之規定、關於社員之得喪之規定。

(2) 須得主管官署之許可。

(3) 須在主事務所之所在地爲設立之登記。

財團法人之
設立

2. 財團法人之設立 與社團法人同、須依左列條件以設立之。

(1) 須出捐一定之財產且作定款記載目的、名稱、事務所所在地、關於資產之規定、關於理事任免之規定而署名之。

(2) 須得主管官署之許可。

(3) 須在主事務所之所在地爲設立之登記

四、法人之機關

法人之機關

理事

1. 理事 理事者法人代表機關且爲事務執行之機關、代表法人一切之行爲、執行一切之事務、凡法人必須置理事。

監事

2. 監事 監事者監督理事之職務執行之機關也、以定款或總會之決議置之。

社員總會

3. 社員總會 社員總會乃社團法人必須之最高意思決定機關也、由總社員以組織之、社團法人之事務、除以定款委任於理事或其他之職員者外、均依總會之決議定之。

法人之消滅

五、法人之消滅

解散

1. 解散 法人之解散者喪失法人之權利主體之資格也、正有如自然人之死亡也、法人解散之事由如次。

(1) 存立時期之滿了其他定款所定解散事由之發生。

(2) 破 產

(3) 設立許可之取消。

以上為法人共通之解散事由，社團法人於前項所揭者外，因左列事由亦得解散。

(1) 總會之決議。

(2) 社員之缺亡。

2. 清算 法人雖解散、不能立即消滅權利能力主體之資格、迄至整理財產關係完畢時於清算目的之範圍內、仍有權利負擔義務、稱此種法人、謂之清算法人、其整理財產之手續謂之清算手續。

一、意義 以人之集合或財產之集合、而得為權利義務之主體者謂之法人

1. 公法人 擔當統治權作用之法人
如市、街、村、商工會是

二、種類

2. 私法人
(1) 社團法人
A 意義 以一定人之集合為基礎之法人
B 種類 營利法人 非營利法人

(2) 財團法人 以財產為基礎之法人

(1) 須作定款、設立人署名

法人

三、設立

1. 社團法人之設立

(2) 須得主管官署之許可

(3) 須在主管官署之所在地為設立之登記

(1) 須出捐一定之財產且作定款

2. 財團法人之設立

(1) 與社團法人同
(2)

四、機關

1. 理事 法人之代表機關

2. 監事 監督理事職務執行之機關

3. 社員總會 由社員總體組成、為社團法人必須之最高意思決定機關

五、消滅

1. 解散 喪失法人之權利主體之資格也

2. 清算 法人解散後迄至整理財產關係完畢時於其目的之範圍內得為權利義務之主體、此謂之清算法人

練習問題

一、試述法人之意義 二、試述法人之種類 三、試述法人之機關

四、試述社團法人與財團法人之區別。

第四物

一、物之意義

物之意義

物之種類

融通物不融
通物

民法所稱物者，有體物也，有體物者，除人或其構成部分外，占有空間一部分之謂也，故權利義務、冷熱、色味等非物也。

雖爲物體而人不能支配者，仍不得謂爲民法上之物，例如日、月、星辰是也。

二、物之種類

1. 融通物、不融通物

有交易能力之物，謂之融通物，例如米、酒、布、是，反是謂之不融通物，不融通物中又得分爲次列各種。

(1) 公共物 任何人均得利用，亦不屬於任何人之支配，且不許個人獨占之物，謂之公共物，例如空氣、海等屬之。

(2) 公用物 供公眾使用之物也，公園、道路、河川等屬之。

(3) 公有物 國家或自治團體之所有物爲公共之目的所使用之物也，例如官署之廳舍屬之。

(4) 禁制物 依法令之規定，禁止其交易之物也，如爆彈、猥褻書畫等是也。

2. 代替物、不代替物

代替物者於交易上不注重於物之個性，僅指示種類、數量、品質之物也，反是，交易上

代替物不代
替物

特定物不特定物

注重於個性之物謂之不代替物、米、酒、金錢等屬於前者、寶石、繪畫、彫刻等屬於後者

消費物不消費物

對於特定之交易、當事人基於主觀的意思、著眼於物之個性之物、謂之特定物、反是謂之不特定物、例如多數同樣之鐘錶、特指定某一個之鐘錶者乃特定物、例如米百包於交易上僅指定其數量者、謂之不特定物。

1. 消費物、不消費物

消費物者依物之自然使用法、僅使用一回即消費之物也、反是謂之不消費物、例如米、酒金錢等屬於前者、衣服桌子等屬於後者。

可分、不可分物

5. 可分物、不可分物

可分物者同一性質同一種類之物、得以分割之物也、反是謂之不可分物、米、酒屬於前者、馬、牛、一幅之畫屬於後者。

動產不動產

6. 動產、不動產

土地及其定著物爲不動產、定著物云者、既非土地之構成部分、亦非一時附著於土地之物、兩者非毀其一、不得與土地分離者、是謂之附著於土地之物、例如倉庫、房屋、屬於定著物之不動產、天幕等則不然、不動產以外之物、總稱曰動產。

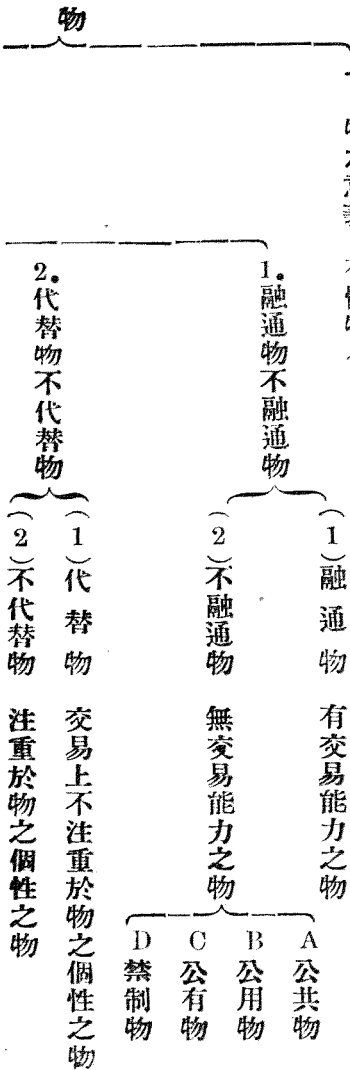
7. 主物、從物

物有獨立之效用者，謂之主物，附屬於他物，供其物之常用，始發生效力，同時補助他物之效用者，謂之從物，例如櫓與船是也，此種區別之實益，在乎從物隨主物之處分也。例如將畫出賣時，裝畫之箱亦當然隨之出賣是也。

8. 原物、孳息

孳息者，由物所生之收益物也，生產孳息者，謂之原物，孳息有天然孳息與法定孳息之別，前者依物之用法收得之產出物也，例如實牛乳等屬之，後者為物之使用之對價而受之金錢及其他之物也，例如利息、房屋之租錢等屬之。

一、物之意義 有體物也



二、物之種類

3. 特定物不特定物

- (1) 特定物 特定之交易當事人基於主觀的意思、著眼於物之個性之物
- (2) 不特定物 對特定物之語

4. 消費物不消費物

- (1) 消費物 僅使用一回即消費之物也
- (2) 不消費物 對消費物之語

5. 可分物不可分物

- (1) 可分物 得以分割之物
- (2) 不可分物 對可分物之語

6. 動產不動產

- (1) 動產 土地及其定著物
- (2) 不動產 對動產之語

7. 主物從物

- (1) 主物 有獨立之效用之物
- (2) 從物 對主物之語

8. 原物孳息

- (1) 孳息 由物所生之收益物
- (2) 原物 對孳息之語

練習問題

一、試述物之意義 二、試述代替物與不代替物

三、試述動產與不動產 四、試述主物與從物之關係

五、試述原物與孳息

法律行爲

法律事實

第五、法律行爲

一、法律事實

發生私權得失變更之原因、總稱之曰法律事實、或法律條件、法律事實有基於人之精神作用之事實、與精神以外之事實二種、後者謂之狹義之事實、如因天變地異、以致物質毀滅、因而變更消滅所自權者屬之、其基於人之精神作用之事實、例如因買賣、而發生財產權移轉之權利義務、或因傷害、以致發生損害賠償之權利義務等屬之、私權得失變更原因之行爲、其種類甚多、然以法律行爲爲其最顯著、

二、法律行爲之意義、

法律行爲者、以當事人之意思表示爲要素之法律要件也、因當事者之所欲、故使發生當事者所欲之法律上效果也、例如買賣贈與等屬之、以反於公共秩序、或善良風俗之事項、爲目的之法律行爲爲無效、且其目的須爲可能確定與適法、始能發生效力。

三、法律行爲之種類

法律行爲之
種類
單獨行爲
契約
合同行爲

1. 單獨行爲、契約、合同行爲 單獨行爲（一方行爲）者以一方的意思表示所成立之法律行爲也、所謂一方的意思表示者、僅以一方之一個意思表示即可成立之謂也、例如寄附行爲、或債務免除等屬之、契約（雙方行爲）者由雙方的意思表示成立之法律行爲也、

即由要約及承諾兩個相對立之意思表示之合致以成立之、例如買賣等屬之、所謂相對立之意思表示者、例如買賣由客觀的方面觀之、物之買與賣雖其目的相同內容相同、然而如由買主賣主主觀的立場以觀之、買主則立於買取之地位、賣主則立於賣與之地位、其意思表示互相立於對立之地位也、合同行為者由方向相同之兩個以上意思表示所結合之法律行為也、例如社團法人設立之行為屬之、而方向相同之意思表示云者、不僅由客觀的方面具有相同目的與內容、即由行為者主觀的立場言之、亦具有同一意義之謂也。

生前行為死後行為

2. 生前行為死後行為 意思表示之效果、因表意人之死亡始發生者、謂之死後行為、反是謂之生前行為、遺囑等屬於前者。

要式行為不要式行為

3. 要式行為、不要式行為 要式行為者意思表示之形式、以法律所規定之形式為必要之法律行為也、例如遺囑婚姻等屬之、反是謂之不要式行為、如買賣是也。

主行為從行為

4. 主行為、從行為 附隨於其他法律行為而存在之行為、謂之從行為、得獨立而存在之行為、謂之主行為、買賣契約等屬於後者、抵押權之設定等屬於前者。

債權行為物權行為

5. 債權行為、物權行為 發生債權債務之法律行為謂之債權行為、直接發生物權之設定、移轉變更消滅等之法律效果之法律行為、謂之物權行為、他如債權之讓渡、婚姻等雖不以物權關係為內容、在直接發生法律上效果之點、與物權行為相同、此謂之準物權行為也。

有償行爲
無償行爲

6. 有償行爲、無償行爲 以財產上之給付爲目的之法律行爲即出捐行爲、有有對價者、有無對價者、有對價者謂之有償行爲、無對價者、謂之無償行爲、買賣交換屬於前者、贈與等屬於後者。

意思表示

四、意思表示

意思表示者希望生私法上效果之意思表彰於外之行爲也、意思表示、爲法律行爲不可缺之要素、意思表示之成立、其心理的過程有三。

效果意思

1. 效果意思 欲其發生一定法律效果之意思、謂之效果意思、例如擬將此物以五元買之、決定該意思者、即效果意思也。

表示意思

2. 表示意思 擬將效果意思、發表於外部之意識、謂之表示意思、換言之、聯絡效果意思與表示行爲之心理作用也。

表示行爲

3. 表示行爲 表示意思決定後、必有具體向外部發表之方法、例如擬使賣主以五元賣之、而發出將此物以五元賣之之語、即表示行爲也。

對於意思表示、我民法置重於表示主義、以努力於保護交易相對人之利益、例如因錯誤之意思表示、不爲無效、僅得取消（民法第一〇五條）、因詐欺之意思表示、與因強迫之意思表示之間、效力上不認有何區別（民法第一〇六）、前者與日本法異、後者與援

用民法不同。

意思與表示不一致時，或意思表示有瑕疵時，在原則上爲無效或得取消之。

意思與表示
不一致

1. 意思與表示不一致

(1) 心裡留保 心裡留保者意思之表示在表意人自身，明知非真意所爲之意思表示也，心裡留保在原則上有效，但對方知表意人之真意，或可得知之者爲無效，例如某甲乘酒興對某乙聲言贈與一萬圓，此種贈與契約當然不能成立，以其非真意且對方亦可得知之故也。

(2) 虛僞表示 虛僞表示者與對方通謀所爲之假裝行爲也，例如某甲因負債過多，爲避免債權人之執行扣押，將其所有之房屋，假裝賣與其親戚乙，以乙之名義實行登記，此種行爲爲無效。

(3) 錯誤 錯誤者觀念與事實之不一致也，即。意人在不知不識之中爲與效果意思相異之表示行爲時始發生之，我民法限於法律行爲之要素有錯誤者得取消之，例如甲借乙二百圓然甲之借帖誤寫爲三百圓，此時乙對甲並無請求三百圓之權利也。

2. 意思表示之瑕疵

意思表示之
瑕疵

(1) 詐欺之意思表示 詐欺者故意以欺罔行爲陷他人於錯誤之違法行爲也，此種行爲得

代理

代理

五、代理

1. 代理

取消之、例如甲所有之土地、對乙故意揚言此地將來在都市計畫以內、若現在購置之必得以巨金、遂以不當之高價賣與乙、乙此時得以被詐欺為理由、請求其買賣之取消(2)強迫之意思表示 強迫者故意對對方為威嚇之行爲、使其陷於畏怖之違法行爲也、此種行爲得取消之、例如某新聞記者甲對乙要求不當之寄附金、如不寄附即發表爾之醜行乙恐醜行聞於世、遂交與國幣百圓之契約與甲、此種贈與契約得取消之。

代理人、代理人之他人、獨立為意思表示或受領意思表示、本人直接取得其意思表示之法律效果也、由理論觀之、為行爲者、與法律效果之歸屬者、應為同一人、代理則為另一人、此為其特色也、故第一一〇條 代理人於其權限內、以本人名義所為之意思表示直接對於本人生其效力。

代理人之權限、依當事人自由意思所賦與者、謂之任意代理、依法律所賦與者、謂之法定代理、如根據雇傭、委任等、所為之代理、屬於前者、代理未成年人、禁治產人者、屬於後者。

六、效無及取消

無效及取消

無效

1. 無效

無效者，以其缺乏有效要件，當然不發生效力之行為也，〔註〕例如以反於公共秩序、或善良風俗之事項為目的之法律行為，（第一〇〇條）或上述之心理留保，（一〇三條）虛偽表示，（第一〇四條）等是也。

（註）已成之法律行為，發生效力時，所不可缺之要件，謂之有效要件，故凡法律行為若未具備此要件，其行為雖能成立，但不能發生效力，可分二項（一）行為人須為有行為能力（二）法律行為須為可能的、確定的、合法的。

取消

2. 取消

取消者一旦有效成立之行為，迨取消權者為取消之表示時，由最初視為無效之謂也，例如上述因詐欺或強迫所為之行為，（第一〇六條），未成年人未得法定代理人之同意，所為之行為，（第五條第二項），或準禁治產禁治產宣告之取消（第一〇條第一三條）失蹤宣告之取消，（民法第二八條）法人設立許可之取消（第三七條）營業許可之取消（第七條）等屬之，然得取消之行為，得依追認確定為有效（第一三七條至第一四〇條）。

條件及期限

七、條件及期限

1. 條件

吾人爲法律行爲時、有因發生一定之事實、而生其效力者、例如爾如及第即供給學費等是也、或因發生一定之事實、而失其效力者、例如爾如落第、即停發學費等是也、斯種法律行爲、謂之附條件之法律行爲、其一定之事實、謂之條件、因條件之成就、始發生斯等行爲之效力者、謂之停止條件、因條件之成就、而喪失法律行爲之效力者、謂之解除條件。

2. 期限

期限亦與條件同、皆爲限制變更法律行爲之效力者也、其所不同者、其所到來爲確實之將來之事實也、關於發生效力者、謂之始期、關於消滅效力者、謂之終期、例如來月末日將此書贈與汝、屬於前者、雖將書贈與、而約以若某死去即消滅贈與之效力者、屬於後者。

八. 期間

由一定之時點起、至一定時點之時間的繼續、謂之期間、如一年、六個月、三小時等是也、期間對於吾人之生活關係、至爲重要、故於總則中、規定其計算之方法、有自然的計算方法與曆法的計算法二種、前者以時、分、秒爲單位、即時起算之方法也、後者以日、星期、月

或年爲單位之期間、有上述之自然的計算法與以日爲單位月或年從曆算之二種、前者雖正確然甚屬不便、我民法從後者。

消滅時效

九、消滅時效

時效者、對於一定之時間、或繼續之事實、賦與一定之法律效果之制度也、消滅時效者對取得時效而言、即於一定期間內繼續不行使權利因而喪失其權利之法律事實也、我民法之時效規定、有應注意者三。

1. 日本民法消滅時效、與取得時效一併規定於總則編、然消滅時效、非招來權利自體之消滅、反是、取得時效、發生權利自體之取得、不僅其根本之性質不同、且取得時效、與不動產登記之制度、有密切之關聯、故做援用民法、於總則僅規定消滅時效、而取得時效、則規定於物權之中。

2. 消滅時效期間、較日本民法與援用民法爲長期、蓋我國人民、尙不慣用時效制度、故尊重此道義的思想、以期達成時效制度之本來目的耳。

應擬短期消滅時效之債權、若依確定判決、其他之方法、權利已確定者、依普通之時效期間、此乃矯正短期時效之弊、同時以期消滅時效、本來意義之徹底也。

3. 消滅時效完成之效果、非權利自體之消滅、乃發生抗辯權、此權利得使權利消滅之也、

日本民法、雖規定因消滅時效之完成、權利消滅、然當事人、若不援用時效、法院不得據之以為裁判、反是、援用民法一方雖規定為消滅時效之效果、使對方發生拒絕給付之抗辯權、於他方又因消滅時效之完成、權利消滅、在理論上頗有矛盾之處、是以民法為拯二者之偏、是正其規定也。

一、法律事實

1. 意義 發生私權得失變更之原因也

2. 種類

(1) 基於人之精神作用
因天變地異致物質毀滅
消滅所有權等屬之
買賣發生所有權之移轉
屬之

1. 單獨行為 契約、合同行為

2. 生前行為、死後行為

3. 要式行為、不要式行為

4. 主行為、從行為

5. 債權行為、物權行為

6. 有償行為、無償行為

1. 意義 希望生私法上效果之意思彰於外之行為也

(1) 效果意思 欲發生私法上效力之意思

(2) 表示意思 欲將效果意思發表於外部之意思

(3) 表示行為 具體向外部發表之行為

二、法律行為之意義

三、意思表示

四、代理

代理人之他人獨立為意思表示或受領意思表示，本人直接取得其意思表示之法律效果

行法為律

五、無效及取消

1. 無效 以其缺乏有效要件，當然不發生效力之行為也
2. 取消 一旦有效成立之行為，迨取消權者為取消之表示時，由最初視為無效之法律行為。

六、條件及期限

1. 條件

(1) 意義 法律行為之附款而使其效力之發生或消滅繫於將來不確定之事實之成否
甲、停止條件 條件之成立始發生法律行為之效力
乙、解除條件 條件之成立喪失法律行為之效力

2. 期限

(1) 意義 法律行為效力之發生或消滅繫於將來確定之事實也
甲、始期 期限到來發生效力
乙、終期 期限到來消滅效力

七、期間 由一定之時點起至一定之時點之時間之繼續

八、消滅時效 於一定期間內繼續不行使權利因而喪失其權利之法律事實也

練習問題 一、試述法律行為之意義 二、試述意思表示

三、試述法律行為之無效 四、試述法律行為之取消

五、試述條件與期限

物權

第三節 物 權

物權之意義

第一、物權之意義

物權者、直接支配一定有體物之權利也、所謂直接支配者、權利人無須任何人之援助、亦無須任何人介在其中、使物服從於自己權利下之意也。

物權與債權同、均屬於財產權、不過物權對於一定之物、直接而行支配以爲原則、例如書一冊、屬於甲之所有、此本爲物權中之所有權、惟此項所有權、並非模糊不明、對於不特定之書、而有所有權者也、又物權有得對抗一般人之性質、故稱之曰對世權、例如有書之物權者對於任何人、皆得主張所有權、而任何人、均負有不侵害其所有權之義務、此與債權僅得向特定人之債務人、主張其權利者、迥有不同。

第二、物權之一般的效力

物權之一般的效力可分物權的請求權與優先的效力二者。

一、物權的請求權

物權之一般的效力

物權的請求

權

物權內容之實現、被妨害或有被妨害之虞時、對於妨害者或擬為妨害者、得請求物權內容實現之安全、此謂之物權的請求權、例如某甲有一只手錶、乙對之或加毀損、或加奪取、此時甲對乙、即發生所有物回復請求權、或所有物返還請求權等是也。〔註〕

優先權

二、優先權

優先權者、有物權之人、可優先他人行使其權利之謂也、吾人於某物之上、如有物權、其後至之第三者、不得再於同一物上、取得同樣之物權、即或於同一物上、設定物權時、則當依設定前後、以定優劣、即以前設定之權利、優先於後來設定之權利也、例如甲借乙兩千圓將甲所有之房產為抵押且已行登錄、以後復借丙四千圓、嗣因甲不清償丙之債務、丙訴之法院、竟得勝訴、基於法院之判決將其家屋拍賣、結果應分與債權人之款額為參千圓、此時乙得優先無抵押權之內、由拍賣款額受兩千圓之清償、丙則僅得其殘餘之一千圓而已。

(註) 物權的請求權中之一種有追及權、追及權者、謂其物無論輾轉入於誰人之手、有物權之人、可追隨該物、以行使其權利、例如甲有房屋、乙冒認以為己有、賣之丙、丙又賣之丁、而真正所有人甲、得續追及權之作用、直接對於丁、主張其所有權、或要求返還是也。

物權之意義

一、物權之意義 直接支配一定有體物之權利也

二、物權之一般的效力

1. 物權的請求權

物權內容之實現、被妨害或有被妨害之虞時對於妨害者或擬為妨害者請求物權內容實現之安全也

2. 優先的效力 有物權之人優先他人行使其權利之謂也

練習問題 一、試述物權之意義 二、試述物權之一般的效力

三、試述物權之優先的效力

占有權

占有權之意義

第三、占有權

一、占有權之意義

占有權者對於物有事實上之支配而法律所賦與之效力也、占有權與援用民法同、採用客觀主義、即占有權之取得以對於物有事實上之支配力為已足、不以有為自己之意思為要件、例如租人家屋、固屬占有、即偷盜者竊人之物件、亦占有也、故占有權僅對於物有所持即可。

二、占有權之種類

占有權之種類
直接占有與
間接占有

1. 直接占有與間接占有 直接占有者本人現實的占有其物之謂也、例如某甲現帶自己手錶

一只、此種占有、即直接占有也、間接占有者本人並非現實的占有其物、使他人占有之謂也、凡基於地上權、質權、借貸借、寄託、其他類似之法律關係、對於他人之物其自

善意占有與
惡意占有

過失占有與
無過失占有

瑕疵占有與
無瑕疵占有

占有權之取
得

原始取得

繼承取得

占有權之效
力

占有權之推
定

身現實的占有其物為直接占有，此時他人即為間接占有。

2. 善意占有與惡意占有 善意占有者無占有之權利誤信有權利而占有之謂也、惡意占有者明知無占有之權利而行占有之謂也、例如甲明知乙之手錶並不屬於乙之占有、竟故意購之置於自己占有之下、此種占有、即惡意占有也、

3. 過失占有與無過失占有 對於占有信為有權利其係基於過失時、為過失占有、否則為無過失占有。

4. 瑕疵占有與無瑕疵占有 瑕疵占有者因不繼續、強暴、或隱秘而行占有之謂也、反是以平隱、公然、善意、無過失、繼續之手段而行占有者謂之無瑕疵占有。

三、占有權之取得

1. 原始取得 非基於他人之所有權而取得占有者謂之原始取得、例如入山獵狩禽獸、於河海漁魚等屬之。

2. 繼承取得 繼承他人之占有權、自己取得其占有權、謂之繼承取得。

四、占有權之效力

1. 占有權之推定 動產占有有人於占有物上行使之權利推定適法有之（第一九二條）、蓋為保護事實上之支配由占有制度之目的而言、係當然之規定也、對於不動產則依登錄以公

孳息之取得

示之。

2. 孳息之取得 善意占有人取得由占有物所生之孳息，此蓋占有人對於物既有事實上之支配則對於孳息之生產，必投以相當之勞力與資本，此若本權人日後如有返還之請求而使返還之，不僅有失於過酷，亦悖乎保護占有之精神也，然善意占有人於基於本權之訴敗訴者自其訴之提起之時起視為惡意占有人，（一八九條）惡意占有人並無保護之理由故負返還孳息且償還已為消費、因過失而毀損、或怠於收得之孳息之代價之義務（一九四條）

占有人與回復人之關係

3. 占有人與回復人之關係

甲、損害賠償之義務 占有物因應歸責於占有人之事由滅失或毀損者，惡意占有人對於其回復人負賠償其損害全部之義務，善意占有人於因其滅失或毀損所受之利益現存之限度負賠償之義務。

乙、回復人之償還義務 占有人將占有物返還於回復人時，占有人對該物所支出之費用得求償還，其費用有必要費與有益費之區別，必要費者對於物之保存不可缺之費用也例如修繕費、飼養料等屬之，有益費者對於物改良所支出之費用也，例如房屋加以裝飾或對土地施用肥料等屬之。

占有訴權

五、占有訴權

占有權係以維持物權之支配之秩序爲目的，故對他人之侵害須予以救濟之方策，占有訴權者即法律所予之救濟也，其種類有三即占有回收之訴、占有保持之訴與占有保全之訴是也、占有回收者占有被侵奪者請求其物之返還及損害之賠償也、例如甲之土地丙並無通告、於其上建築房屋時、此時甲即得提起占有回收之訴、占有保持之訴者占有被妨害時請求其妨害之除去及損害之賠償也、例如甲之房屋因暴雨倒塌將乙之牆毀破、此時乙得提起占有保持之訴也、占有保全者占有有被妨害之虞時請求其妨害之預防或損害賠償之擔保也、例如甲庭之大樹因雨將倒若置之不問、勢有將乙房屋打毀之虞、此時乙得提起占有保全之訴也。

一、占有權之意義

對於物有事實上之支配力而法律所賦與之效力也

二、占有權之種類

- 1. 直接占有有間接占有
- 2. 善意占有有惡意占有
- 3. 過失占有有無過失占有
- 4. 瑕疵占有有無瑕疵占有

三、占有權之取得

- 1. 原始取得 非基於他人所有權而取得之占有權
- 2. 繼承取得 繼承他人之占有權以取得其占有權

占有權

四、占有權之效力

1. 占有權之推定

(1) 動產 於占有物上行使之權利推定適法有之
(2) 不動產 登錄

2. 孳息之取得

(1) 善意占有 取得之但基於本權之訴敗訴者不在此限
(2) 惡意占有 返還之且償還已為消費因過失而毀損或怠於收得之孳息之代價

3. 占有人與回復人之關係

(1) 損害賠償之義務 甲、惡意占有者 賠償損害之全部
乙、善意占有者 於利益現存之限度
(2) 回復人之償還義務 甲、必要費
乙、有益費

五、占有訴權

1. 占有回收之訴 占有被侵奪者請求其物之返還及損害之賠償

2. 占有保持之訴 占有被妨害時請求其妨害之除去及損害之賠償

3. 占有保全之訴 有占有被妨害之虞時請求其妨害之預防或損害賠償之擔保

練習問題

- 一、試述占有權之意義 二、試述占有權之效力 三、試述占有訴權

所有權

第四、所有權

所有權之意義

一、所有權之意義

所有權者對於一定之物全般的支配之權利也、全般的支配者物之支配關係並不限於一方面之謂也、即得爲使用收益及處分、始謂之全般的支配、對於全般的支配有特別的支配之觀念即僅對物之使用或收益之支配關係也、全般的支配係所有權之特徵也、而使用者不變更物之性質、從物之用法以供需用之謂也、例如居住家屋、或閱覽書籍等是也、收益者收取天然及法定之孳息也、例如由土地收穫農產、或搾取牛乳等屬之、處分者物之實質的毀滅、或變更更之行爲也、例如將什物毀壞或將宅地改爲田地等屬之。

二、所有權之取得

所有權之取得時效

1. 所有權之取得時效者、於一定之期間、依一定事實狀態之繼續而取得所有權之謂也、故其要件一定之期間與以所有之意思平穩且公然占有其物爲必要、有不動產與動產之別、不動產更有未登錄之不動產與經登錄不動產之別、其取得之時效前者爲三十年間、後者爲十年間、動產之取得時效、更有善意無過失時與非善意無過失時前者爲十年間、後者爲二十年間。

所有權之即

2. 所有權之即時取得 即時取得之制度爲保護動產交易安全之制度也、即平穩且公然讓受

時取得

先占

動產之人、係善意且無過失者其物雖不屬於讓渡人之所有者亦取得其所有權、但盜品或遺失物、不在此限。

3. 先占 先占者以所有之意思占有無主之動產也、無主之不動產屬於國庫之所有、故不發生先占之問題、例如鳥獸魚介之捕獲乃先占也。

添附

4. 添附 一物上合有他人之物、或加工作於他人之物而取得物之所有權之方法、總稱之曰添附、有附合、混和、加工三者。

附合 兩個之物合體構成一物謂之附合、有不動產附合與動產附合之別、不動產附合者某物爲不動產之從與不動產合體組成一物之謂也、例如於庭園栽植庭木等屬之、動產與他人之動產附合至非毀損不能分離或分離需用過鉅之費用時其合成物之所有權屬於主動產之所有人、例如甲將乙所有之漆、塗於自己之椅子、此時甲即取得漆之所有權、故造椅子完全製成時即屬於甲之所有、不過須支付漆之代價與乙、但此時漆之代價較椅子之代價賤時爲限、反是甲所有之手錶以乙所有之金粉而行鍍金、其結果金粉之代價、較手錶之代價相彷彿時、其鍍金之手錶即不能歸於甲單獨所有、必須歸於甲乙二人之共有、其金粉之代價遠超手錶之代價時則乙取得其所有權。

混合 屬於數人之動產互相融合以致不能識別者、謂之混和、例如甲所有之大米二升、

與乙所有之大米三升相混和等屬之、混和準用附合之規定。

加工 對於他人之不動產加以工作、使成立新物之行爲謂之加工、例如甲將乙所有之木材取而製桌子一張、假定材料爲十圓、工資爲五圓時、則乙取得桌子所有權、對甲須支付工資、反是材料爲五圓、工資爲十圓時、則甲取得所有權對乙須支付材料費。

三、共有及總有

共有及總有

共有

1. 共有 數人具有一個所有權謂之共有、例如甲乙共出資建築房屋一處、雙方若無特別契約時、此房屋屬於甲乙共有、而甲乙均得處分使用收益此房屋、假定其房屋爲六間甲乙各得使用三間、若將此出賣一萬圓、則甲乙各得五千圓、此種共有不外乎一種所有權、不過與一般所有權有不同者、即各共有人之支配權必受其他共有人之限制、例如甲不能將房屋以一己之意思賣之於丙、必須與乙商議得其同意然後始得出賣。

總有 某地方住民、親屬團體其他習慣上成總和體之數人、基於其關係所有一個物之狀態謂之總有。

1. 所有權之意義——對於一定之物全般的支配之權利也

A 不動產

A 未登記 三十年

B 經登記 十年

所有權

2. 所有權之取得

1. 取得時效

B 動產

A 善意無過失 十年
B 非善意無過失 二十年

2. 即時取得

平穩且公然讓受動產之人、係善意且無過失者除盜品或遺失物之外其物雖不屬於讓渡人所有亦取得所有權

3. 先

占

以所有之意思占有無主之動產、例如捕獲魚鳥等

A 附合 兩個物合體構成一物例如庭園與所植之樹木
B 混合 屬於數人之動產互相融合以致不能識別之謂
例如大米與大米相混也

1. 添附

C 加工

對於他人之不動產加以工作使成立新物之行為

3. 共有及總有

1. 共有 數人具有一個所有權

2. 某地方住民、親屬團體其他習慣上成總和體之數人、基於其關係所有一個物之狀態

練習問題 一、試述所有權之意義 二、試述添附 三、試述不動產之取消

四 試述共有

第五、地上權

地上權者、在他人土地所有建築物其他之工作物、使用他人土地之物權也、例如甲在乙所有之土地上建築家屋、相約以相當之年間、租借其地上之權利是也、地上權雖等於日本民法

及援用民法之地上權，然專爲在他人之土地所有建築物、其他之工作物、而使用其土地之權利以樹木之栽培、或牧畜爲目的者、讓諸耕種權章定之。

爲強化用益權、設存續期間之限制、（第二五七條第二五八條第二六〇條）、其他設有與日本民法及援用民法相異之規定、亦復不少。

耕種權

第六、耕種權

耕種權與地上權同、均係利用他人土地之權利也、爲耕作、樹木之栽植、採鹽、或牧畜而使用他人之土地之物權也、例如農夫甲租豪農乙之地而爲耕種、相約以相當之期間爲租借之契約等屬之、（第二七六條）與地上權同爲強化用益物權、設有存續期間短期之限制、其他設有與日本民法及援用民法相異之規定、亦復不少、蓋此爲適合我國之國情故耳。

地役權

第七、地役權

地役權者、從一定之目的、以他人土地、供自己土地之便益之權利也、（第二八三條）、例如甲地由乙地汲水之權、或爲甲地便益通行乙地之權利等是也、該甲地謂之要役地、該乙地謂之承役地。

此種地役權、不能因要役地所有人有變更而消滅、亦不能因承役地所有人有變更、而免除其土地之負擔、恰如土地其自身有該權利與義務也、地役權爲要役地所有權之從、而有運命

與共之性質、（第八四條）例如讓渡要役地時、當然隨之讓渡承役地、供抵押時、當然亦隨之供抵押、故地役權不得由要役地、分離而讓渡、或爲他權利之標的、（第二八四條第二項）蓋地役權爲供土地自身之便益而存在故耳。

第八、典權

典權者、支付典價、占有他人之不動產、且在至典權設定人、提供典價請求典物之回贖之期間、得從其用法、爲使用及收益之權利也、（第二九四條第三〇〇條第一項）、典權之由來、頗有悠久之歷史、迄至近世、又見盛行、實有凌駕抵押權之概、當制定民法之時、與援用民法同、特設典權之規定、以尊重從來之習慣也。

典權之期間、爲三年以上、三十年以下、其期間不滿三年者、伸長至三年、超過三十年者縮短爲三十年、（第二九九條）典權定有期間、自典權期間滿了之時起、經過二二者、消滅之、但自典權設定之時起、未經過十五年者、不在此限、（第三〇〇條第二項）典權無期間之訂定者、典權設定人、得於典權設定後、經過三年後、不論何時、提供典價、請求典物之回贖、前項回贖請求權、自典權設定之時起、經過三十年者消滅、（第三〇一條）。

留置權

第九、留置權

留置權者、他人之物或有價證券之占有人、有關於其物或有價證券所生之債權者、於受其

債權之清償前、得留置其物或有價證券、以間接的強制債務人、清償之權利也、例如修理鐘錶、商人於受其付給修理費前、得占有其鍾錶等權利屬之、此種權利、與質權及抵押權等同均為擔保債權之權利、故又稱之曰擔保物權。

質權

第十、質權

質權者、債權人爲其債權之擔保、而自債務人或第三人領受之物、且就其物先於他債權人受自己債權之清償之權利也、與抵押權、留置權同、皆爲擔保物權。

質權僅規定動產質權、（第三二〇條至第三三五條）、及權利質權（第三三六條至三四四條）與採用民法同、至於不動產質權、以抵押權及典權其利用較不動產質權爲便利、故無設不動產質權之必要也。

動產質權者爲其債權之擔保、而自債務人或第三人領受之動產、且就其物先於他債務人受自己債務之清償之權利也、有此權利之人、謂之動產質權人、例如甲爲通融資金以其金銀首飾爲擔保由乙借錢若干等是也、權利質權者以權利爲標的之質權也、以動產以外之債權其他之財產權爲標的之權利謂之權利質、例如甲借與乙兩千圓、然因乙不能即刻付還、甲遂與其知己丙借用一千圓、以乙之兩千圓借帖爲擔保、交與丙保管之、此謂之權利質。

抵押權

第十一、抵押權

抵押權者、債務人或第三人不移轉占有、而供債務擔保之不動產、先於他債權人、受自己債權清償之擔保物權也、其不移轉占有之點、與質權異、例如甲所有之房屋一處、以此為擔保由乙借款兩千圓、當即為抵押權設定之登記、而甲仍如從前住於該房屋、即抵押權之例也

其他之物權

1. 地上權 在他人土地所有建築物其他之工作物、使用他人土地之物權也
2. 耕種權 為耕作、樹木之栽植、採鹽、或牧畜而使用他人土地之物權也
3. 地役權 從一定之目的、以他人土地供自己土地之使益之權利也
4. 典權 支付典價、占有他人之動產、且在至典權設定人提供典價請求典物之回贖之期間得依其用法為使用及收益之權利也
5. 留置權 他人之物或有價證券之占有者有關於其物或有價證券所生之債權者、於受其債權之清償前、得留置其物或有價證券、以間接的強制債務人清償之權利也
6. 質權 債權人為其債權之擔保、而自債務人或第三人領受之物、且就其物先於他債權人、受自己債權之清償之權利也、有動產質權與權利質權之別
7. 抵押權 債務人或第三人不移轉占有而供債務擔保之不動產、先於他債權人、受自己債權清償之擔保物權也

練習問題

- 一、試述地上權與耕種權之意義及區別
- 二、試述地役權
- 三、試述典權立法之由來
- 四、試述留置權
- 五、試述質權

債權

債權之觀念

第一、債權之觀念

債權之意義

一、債權之意義

債權者、特定人（甲）對特定人、（乙）請求行爲不行爲之權利也、爲相對的財產權、其有請求權利之特定人、（甲）、謂之債權人、請求之相對特定人（乙）、謂之債務人、請求目的之行爲不行爲、謂之給付、例如甲對乙請求交付一定金錢、或甲對乙請求不許在其門前建築房屋等是也。

債權之本質

二、債權之本質

1. 債權之目的、係債務人之行爲即給付也、其給付亦有有體物之時、亦有支付勞務之無形關係、亦有相約不奏音樂等之不作爲。

2. 債權係對於一定人要求行爲不行爲之請求權、此種請求權與債權決不能分離、蓋債權如果除却請求權、即不能有其存在故也。

3. 債權係相對的權利、僅對於特定人可以要求其行爲、對於第三人並不發生效力

三、債權與物權之區別

債權與物權同爲財產權、其觀念如何、最易混淆、實則二者之性質及其效力、均有不同、

債權與物權
之區別

不可不辨、就性質言之其不同之點有二、（一）物權爲直接管領其物之權利、債權則爲對於特定人、要求行爲不行爲之權利、而非直接取得其物之支配權也、簡言之物權爲支配權、債權爲請求權、（二）物權爲絕對權、無論何人皆負有不可侵害其權利之義務、債權則爲相對權、僅特定之債務人、對債權人負有行爲不行爲之義務、例如甲有書一冊、不僅對任何人皆得主張其所有、且任一人皆負有不侵害其書之義務、反是例如乙借甲兩千圓、則甲僅對特定人之乙得主張其權利、對於一般人却無此項權利、同時一般人對於甲亦不負任何之債務。

一、意義

特定人對特定人請求行爲不行爲之權利也請求人謂之債權人、被請求人謂之債務人、其行爲謂之給付

1. 債權之目的爲給付

2. 債權係請求權

3. 債權係相對權

債權之觀念

二、本質

三、與物權之區別

1. 物權爲支配權債權爲請求權

2. 物權爲絕對權、債權爲相對權

3. 物權有優先追及權、債權則反是

第二、債權之標的

給付之意義
及要件

一、給付之意義及要件

債權之標的者，給付也，換言之，債務人之行為也，其應給付之物，謂之標的物，給付須具備，（一）適法，（二）可能（三）確定之三要件。

特定債權

二、特定債權

特定債權者以特定物之移交為標的之債權也，換言之，以移轉特定物之占有為標的之債權也，例如相約移交此汽車或彼馬，具體的決定某物等是也。

種類債權

三、種類債權

以給付一定種類之物為標的之債權，換言之，給付之內容，僅指示種類之債權，謂之種類債權，例如米一斗，或啤酒一打之類屬之，種類債權中除普通之種類債權外，更有限定之種類債權，（亦稱混合之種類債權）限定之種類債權者，當事人於某種類之特定債權，更指定一定之範圍為給付之債權也，例如於特定之羊羣中給付一羊，或於特定倉庫之中給付米一斗之類是也。

金錢債權

四、金錢債權

以給付金錢為標的之債權謂之金錢債權（貨幣債權）金錢債權有內國貨幣債權與外國貨幣債權之分，內國貨幣債權更有（一）特定金錢債權（二）金額債權（三）金種債權之分。

特定金錢債權

全額債權

金種債權

利息債權

選擇債權

任意債權

1. 特定金錢債權 以給付特定之金錢爲標的之債權也、與特定債權同。

2. 全額債權 以一定數額之金錢爲給付標的之債權也、例如贈與一千圓、不以特定金錢之給付爲標的也。

3. 金種債權 以特種金錢爲給付標的之債權也、例如金貨千圓或銀貨千圓之類也。

五、利息債權

利息債權者以給付利息爲標的之債權也。〔註一〕

（註）利息者基於原本債權而起、且比例原本債權之數額及存續期間、所給付之孳息、換言之、即債務人以一定之比例、按照原本之額與其使用之期限爲原本債務之從屬、附加於原本而爲給付之物也、利息有法定利息與約定利息二者、前者由法律上所規定之利息也、後者由當事人法律行爲所生之利息也。

六、選擇債權

選擇債權者於數個給付中選定一個給付爲標的之債權也、例如甲對乙贈與兩千圓或房屋一處、此二者之中由乙隨意選擇之類是。

七、任意債權

債權人或債務人得以他種給付代替原定給付之債權也、例如約定給付馬一匹但得代以國幣

四百圓、或約定給付米十石、但因其後米之行市關係、許債務人以金錢代之之類是、任意債權與選擇債權、頗相類似、然任意債權係其中一個給付構成債權本來之標的、其他之給付僅有補充的性質、反是選擇債權中之給付皆為平等的。

債權之標的

一、意義及要件

1. 意義 給付也債務人之行為也

1. 適法

2. 要件 2. 可能

3. 確定

二、特定債權 以特定物之移交為標的之債權也

三、種類債權 以一定種類之物為標的之債權也、例如啤酒一打或米一斗之類

四、金錢債權 1. 意義 以給付金錢為標的之債權也
2. 金額債權 以一定數額之金錢為給付標的之債權也
3. 金種債權 以特種金錢為給付標的之債權也

五、利息債權 以給付利息為標的之債權也

六、選擇債權 於數個給付中選定一個給付為標的之債權也

七、任意債權 債權人或債務人得以他種給付代替原定給付之債權也

練習問題 一、債權之標的之意義及要件 二、何謂種類債權 三、試述金錢債權

四、試述利息債權 五、試述選擇債權與任意債權之區別

債權之效力

第三、債權之效力

債權之效力
之意義

一、債權之效力之意義

債權之效力者、基於債權債務關係、所發生法律上之拘束力也、債權關係、乃於特定人之間、要求行爲不行爲之法律關係、故若從其目的之本旨、爲行爲不行爲時、謂之履行或清償〔註〕。

然此種履行、因當事人或當事人以外之原因、或有不爲之時、或有爲而不完全之時其結果即發生損害賠償之請求等、茲分債權人、與債務人間之效力、及債權人與第三人間之效力述之、前者謂之對內的效力、後者謂之對外的效力、債務之履行、債務不履行、強制履行、因不履行之損害賠償等、屬於前者、債權人代位權、債權人取消權等、屬於後者。

〔註〕履行與清償之意義相同、不過履行乃由債權之效力方面所觀察之意義、清償乃由債權之消滅方面所觀察之意義也。

二、債權之對內的效力

1. 債務之履行 債務之履行者、債務人爲達成債權目的、實現債務內容之行爲也、例如債

債權之對內
的效力
債務之履行

務人爲物之移交或爲金錢之支付或爲勞動之類屬之、債務履行之方法應從債務之本旨爲之、其本旨各依法律行爲或法律之規定其他債權之內容以定之、債權之履行須以誠實且從信義爲之。

債務不履行

2. 債務不履行 債務不履行者、債務人不爲從債務本旨之履行也、即債務人不爲債權標的之給付也、債務人對債務之履行或有完全不履行者、或有爲而不從債務之本旨者、皆總稱之曰債務不履行、有履行遲延、履行不能及不完全履行三者。

(甲) 履行遲延 債務人能爲債務之履行、而於給付之時期中不爲給付、謂之履行遲延。

(乙) 履行不能 給付陷於不可能之狀態、謂之履行不能、其不可能之原因、有應歸責於債務人者、或有不然者、例如甲對乙負有移交一匹牛之債務、於移交前因甲之不注意致其牛病死、乃屬於前者、如於移交前因洪水之不可抗力將牛溺死、屬於後者、後者債務人並不負任何責任、前者應負損害賠償之責。

(丙) 不完全履行 債務人之清償、因未能適合債務之本旨、債權人反受損害者謂之不完全履行、例如甲買乙之鷄二十隻、其中五隻偶因權疫而死、其餘之十五隻亦被感染且將從前甲所飼養之十隻亦感染其病、因是甲頗受損害者是。

強制履行

3. 強制履行 依國家之強制力、爲使債權人得以滿足、所行使之強制執行也、例如甲借乙

損害賠償

國幣百圓到清償期限，仍未履行，雖經乙再三請求，而甲依然不履行，此時乙得訴於法院，基於其確定裁判由國家之力直接強制其履行者是。

4. 損害賠償 損害賠償者，即使被害人以外之人填補被害人所受不利益之謂也，此時被害人取得損害賠償債權，而被害人以外之人則為損害賠償債務人，例如甲所有房屋一處，以兩千圓賣與乙，在移交以前，因甲之不注意竟將房屋燒失，此時甲對乙即應負賠償之責。

三、債權之對外的效力

債權之對外的效力
債權人代位權

1. 債權人代位權（或稱間接訴權）債權人有債務人怠於行使權利之際，債權人為保全自己權利起見，得以自己名義，代債務人行使其權利者謂之債權人代位權，例如甲借乙國幣五千圓，甲因營業失敗，陷於自暴自棄，自己對丙所有之債權亦不行使，如放置不問則丙對甲之債務有罹時效而消滅之虞，果如是則乙之五千圓之債權，頗有化為水泡之虞，此時甲對丙所有之債權，乙得代甲而行使之。

2. 債權人取消權 債權人於債務人有害其權利之際，為保全自己債權起見，得取消債務人之詐害行為之權利，謂之債權人取消權，或謂之詐害行為之廢罷訴權，例如甲因負債頗多，對於債權人不能為完全之清償，而甲竟不顧此種情形，將其所有之房屋一處贈與其

債權人取消權

親戚乙、此時債權人之丙丁等得請求法院為取消甲乙間贈與者是。

一、意義 基於債權債務關係所發生之法律上之拘束力也

1. 債務之履行 債務人為達成債權之目的、實現債務內容之行為

1. 意義 債務人不為從債務本旨之履行

2. 債務不履行

甲、履行遲延 債務人於給付時期中不為給付也

2. 種類 乙、履行不能 給付陷於不可能狀態

債權之效力

二、對內的效力

丙、不完全履行 債務人未能適合債務之本旨、債權人致受損害者是

3. 強制履行 依國家之強制力、為使債權人得以滿足所行使之強制執行

4. 損害賠償 使被害人以外人填補被害人所受之不利利益也

1. 債權人代位權 債權人於債務人怠於行使權利之際、債權人為保全自己權利起見、得自己名義、代債務人所行使之權利也

三、對外的效力

2. 債權人取消權 債權人於債務人有害其權利之際為保全自己

債權起見，得取消債務人之詐害行為之權利也

練習問題 一、試述債權之對內的效力 二、何謂損害賠償

三、試述債權人代位權 四、試述債權人取消權之意義

第四、多數當事人之債權

多數當事人之債權

債權人及債務人之一方或雙方為複數時，謂之多數當事人之債權，民法第三九六條以下，所規定之多數當事人之債權，有四，茲分析略述如次。

分割債權關係

一、分割債權關係

分割債權關係者，謂多數當事人、債權關係之中，為可分之給付，且此項給付、分割於債權人及債務人間者也，債權人屬於複數之時，謂之分割債權，債務人屬於複數時，謂之分割債務，分割債權關係，另無意思表示者，各債權人，或各債務人以平等之比例，有權利或負義務（第三九六條）此不僅為多數債權關係之規定，亦分割債權關係之原則也，例如假定債權人二人，債務人三人，債權額三十圓，各債務人對於二人之債權人，各有五圓之債務，各債權人各有十五圓之債權，故對於三人之債務人，各得請求五圓。

不可分債權關係

二、不可分債權關係

不可分債權關係者，債權之標的其性質上，或因當事人之意思表示，為不可分之謂也，債

權人複數時、謂之不可分債權、債務人多數時、謂之不可分債務、例如交付一匹馬之債務乃性質上不可分、然例如以金錢爲客體之給付性質上雖爲可分、若依當事人之意思表示、亦得爲不可分之給付、不可分債權之各債權人、得爲總債權人請求履行 又債務人得爲總債務人對於各債權人爲履行、（第三九七條）不可分之債務之對外的效力、依民法第三九九條所定準用三九九條及連帶債務之規定。

連帶債務

三、連帶債務

數人各負爲全部履行之義務、而因其一人之履行他人亦免其義務者、其債務爲連帶債務、（第四〇一條）申言之、數人之債務者、負擔同一之給付、各債務人應爲全部之給付、依一次之全部給付、使全債權歸於消滅之債務關係也、例如甲乙二人連帶向內借用國幣五百圓時丙對於甲或乙、或同時或順次向甲或乙、得請求其全額、或一部之履行、換言之、債權人對於人、時、額有選擇之權焉、（第四〇二條）

連帶債務、普通因契約而生、然亦有因法律行爲、當然發生者、例如數人因共同不法行爲而加損害於他人、各自連帶任其賠償之責是、（第七四〇條）連帶債務人之一人清償債務、其他以自己之出捐而得共同之免責者、對於他債務人、就各自之負擔部分、有請求權（第四一三條）

保證債務

四、保證債務

保證債務者、他人不履行債務時、對於債權人、應爲同一給付之債務也、例如乙借丙二百圓、其借帖上甲爲擔保人並署名捺印、此時甲對丙之關係、即保證債務關係也、故其債務之標的、與主債務人之標的同一、惟保證債務時、以有主債務爲前提、而有從債務之性質、是以主債務無效時、則保證債務亦當然不存在、主債務因清償或其他事由消滅時、則保證債務、亦當然失其存在。

保證債務、因保證契約而發生、主債務人不履行其債務者、任爲其履行之責、（第四一六條）不過保證人、由債權人受請求者、得證明主債務人、有清償之資力、且容易執行、而請求先就主債務人之財產爲執行、（第四二五條）此謂之檢索之抗辯權、然保證人、與主債務人連帶負擔債務者、則無此項責任、其他保證人、得以屬於主債務人之抗辯、對抗債權人、（第四二二條）

保證人與債務人同有取消無效、解除契約、清償、消滅時效、完成等之抗辯權。

一、義 意 債權人或債務人之一方或雙方爲複數之關係也

二、分割債權關係 可分之給付、分割於數人之債權人或債務人之債權關係也
三、不可分債權關係 債權之標的其性質上或因當事人之意思表示爲不可分之謂也

多數當事人之債權

一四、連帶債務 數人各負為全部履行之義務，因其中一人之履行，他人亦免其義務者是

五、保證債務 他人不履行債務時對於債權人，應為同一給付之債權也

練習問題 一、試述分割債權與不可分債權之關係 二、試述連帶債務之意義

三、試述保證債務

債權之讓渡

第五、債權之讓渡

債權之讓渡者債權人移轉債權於他人，而由該他人承繼其債權也，例如甲對乙有國幣百圓之債權，甲將其債權讓渡與丙，此時債務人之乙即有對新債權人之丙支付百圓之義務是也，債權在原則上得讓渡之，但其性質不許之者，或當事人表示反對之意思者，不在此限，（第四三七條）故債權關係，雖為特定人間之關係，其主體未必與債權成立，當時主體相同，債權人及債務人，雖有變更，對於同一債權關係之存續，仍無何妨碍，不過債權之讓渡，單指以債權之移轉為目的之債權人，與讓受人間之契約而言也，讓渡之債權，欲對抗債務人及第三人須實行一定之條件，（第四三八條）

債務之承受

第六、債務之承受

債務之承受者，相約將債務人之債務，移轉於承受人之債權人與承受人間，或債務人與承受人間之契約也，申言之，即第三人代替從來之債務人，置身於債之關係者，謂之債務之承

受、例如甲營商失敗將一切兌於乙、同時甲對丙尚有許多之貸借款項、一併兌於乙、由乙直接承付丙之債務者是、故新債務人所負擔之債務、仍爲舊債務人所負之債務也、又如繼承之時其債務當然移轉於繼承人者亦屬之。

債權之讓渡與
債務之承受

一、債權之讓渡 債權人移轉債權於他人、而由該他人承繼其債權也

二、債務之承受 由第三人與債權人或債務人締結契約承受債務人債務代向

債權人爲清償之謂也

債權之消滅

第七、債權之消滅

債權之消滅者、債權客觀的、失其存在之謂也、其消滅事由如次。

清償

一、清償

清償者、從債務之本旨、實現給付之謂也、或謂之履行、應爲清償者、以債務人爲原則、然除債務之性質、不許之者或當事人表示反對之意思者外、第三人得爲之、（第四五六條）蓋債權人、只要求其實現債務爲足、至於其實現者爲何人、非所宜計也、債務人得債權人之承諾、以代其負擔之給付、而爲他給付之代物清償、非真正之清償也。

提存

二、提存

債權人、拒絕清償之受領、或不能受領之者、或清償人無過失、而不能確知債權人者、債

務人其他清償人、爲債權人將清償之標的物、寄託於提存所以免債務、(第四七五)此謂之提存、例如甲租乙之房屋一處、約定每月五十圓、因物價之高騰、乙對甲通告由某月起房租漲十五圓、而甲不應、至其日甲仍以五十圓付之、乙不接受其款、此時如果乙之通告不當時甲可將此款交於提存所、由提存所必將提存書交與乙、則甲即取得與履行同一效果矣。

抵銷

三、抵銷

二人互負同種標的之債務、而雙方之債務、在清償期者、各債務人、得就其對當額、而免其債務、此謂之抵銷、(第四八〇條)例如甲借乙國幣二百圓、而乙在甲之商店買物之款有二百圓之賒欠尙未付過、此時甲將乙之賒欠二百圓扣除、只付乙百圓即可。

更改

四、更改

更改者變更當事人債務之要素、以成立新債務之契約也、(第四八八條)例如交替債權人或變更債權之內容是、例如甲請乙爲家庭教師、在契約期中因甲調往他處、甲令乙教授丙、此屬於前者、例如甲借乙二千圓、相約年利一分、期間爲三年、及至二年甲請求乙將利息改爲六釐、乙亦快諾、此屬於後者。

免除

五、免除

免除者、債權人對於債務人、表示免除債務之意思也、即債權拋棄也、(第四九四條)例如

甲借乙五十圓，後乙對甲通告，此種債務無庸清償者是也。

六、混同

債權及債務歸於同一人者，謂之混同（第四九五條）債權因此消滅之，例如甲借乙五百圓後因甲死亡，經選定以乙為繼承人，此時債權人債務人，均歸屬乙一人，此種債權當然消滅也。

債權之消滅

一、意義

債權在客觀的方面失其存在之謂也

1. 清償 從債務之本旨實現給付之謂也

2. 提存 債務人或第三人將清償之標的為債權人寄託於提存所之謂也

3. 抵銷 二人互為同種標的之債務，而雙方之債務在清償期者各債務人就其對當額，而免其債務之謂也

4. 更改 因債務之要素變更而成立新債權以消滅舊債務契約也

5. 免除 債權人對債務人表示免除債務之意思也

6. 混同 債權及債務歸於同一人之謂也

練習問題

- 一、清償之意義
- 二、試問何種情形得為提存
- 三、何為抵銷

第八、證券債權

證券債權者權利表彰於證書，權利之成立存續，以證書之作製與存在為必要，且於行使權

利之際、以提示證書爲必要之債權也、有指示式之證券債權、與無記名式之證券二者、前者對於證券所指定之債權人、或其指示人爲清償之證券債權也、後者證券面不記載特定之債權人、向證券之持到人、爲清償之證券債權也。

契約

第九、契約

總則

一、總則

契約之意義

1. 契約之意義

契約有廣狹二義、廣義契約者總稱以私法效果之發生爲標的之合意也、狹義契約指成立債權爲目的之合意也、我國民法上所謂之契約乃指狹意而言、故契約者、以債權之發生爲目的、二個以上之當事人以相對立之意思表示之合一爲要素之法律行爲也、債權之發生原因、契約占重要地位、在現代社會私法關係上、實爲緊要之制度也。

契約之成立

2. 契約之成立

契約之成立、以要約與承諾二者爲必要、前者爲喚起相手人決意之意思表示、後者應允之意思表示也、隔地人間之契約、於發承諾通知之時成立、（第五一九條）

契約之種類

3. 契約之種類

A. 雙務契約與片務契約 雙務契約者、其契約之效果、致當事人兩造、互相負擔給付義

務之契約也、例如買賣、借貸借、雇傭等是、片務契約者其契約之效果、僅當事人之
一造、負擔給付義務之契約也、例如贈與、無償委任等屬之。

B. 有償契約與無償契約 當事人兩造各為一定對待價值之給付之契約謂之有償契約、例
如買賣等屬之、反是謂之無償契約、如贈與等屬之。

C. 要物契約與諾成契約 要物契約者於當事人之意思表示以外、更須有物之交付、而後
始能成立之契約也、又稱踐成契約、或實踐契約、例如寄託、消費貸借等皆是、諾成
契約者、僅當事人之意思表示即成立之契約也、例如委任、雇傭等屬之。

D. 有名契約與無名契約 有名契約者指民法所定之十四種契約而言、無名契約者不屬於
此等之契約也。

E. 要式契約與不要式契約 當事人須依一定方式表示意思、方能成立之契約、謂之要式
契約、反是謂之不要式契約。

契約之效力

4. 契約之效力

雙務契約當事人之一方、得於對方提供其債務之履行前、拒絕自己債務之履行、此謂之
同時履行之抗辯、以免除因相對人不履行、所發生之損害、而維持於平也、但相對人之
債務、須在清償期間、例如甲在乙處以五十圓定作桌子兩張、在雙方未履行前、乙先向

甲要求支付五十圓、此時乙之請求在法律上不能謂之無效、然甲得主張在交貨以前不爲支付是也、(第五二三條)雙務契約當事人一方之債務、因不應歸責於當事人雙方之學出至不能履行者、債務人無受反對給付之權利、(第五二四條)此謂之危險負擔問題、例如甲請某書畫家乙畫山水一軸、約以百圓、在中途因其隣右失火以致將畫延燒、此時乙不得向甲請求給付是也。

契約之解除

5. 契約之解除

契約之解除者、謂當事人一造行使法律或契約所賦與之權利(即解除權)爲一定之意義表示、使該債權契約之一切效果消滅而回復契約未締結前原來狀況者也、例如甲有房屋五間、以五千圓賣與乙、且已締結契約、後有丙欲出七千圓買之、甲即欲將其賣與丙、此時乙若承諾時、則甲乙間之契約即可解除、否則、甲無單獨解除之權、然設甲乙當締結契約之時和約在交房之前、甲可隨時解除契約、有此特約時則甲即可單獨解除賣之於丙也。

契約解除制度之實益、其最重要者、爲當事人之一方、不履行債務時、予相對人以救濟手段也、例如買主不支付價金、賣主得以債務不履行爲理由、解除其契約是。

民法對於典型的契約、規定十四種、然契約並非限於此也、吾人於法律之限制範圍內、爲

如何之契約、並無妨碍、此謂之契約自由之原則、此與物權以法律將其種類限定者不同、茲將民法所規定之典型契約、略述如次。

契約

一、意義

1. 廣義 以私法效果發生為標的之合意
2. 狹義 成立債權為目的之合意

二、成立

要約與承諾為必要

三、種類

1. 雙務契約、片務契約
2. 有償契約、無償契約
3. 要物契約、諾成契約
4. 有名契約、無名契約
5. 要式契約、不要式契約

四、效力

1. 同時履行抗辯
雙務契約當事人之一方、於對方履行前、得拒絕自己債務之履行
3. 危險負擔
雙務契約當事人一方之債務、因不應歸責於雙方之事由不能履行者債務人無受反對給付之權利

五、解除

當事人一造為一定之意思表示使該債權契約之一切效果消滅而回復契約未締結以前狀況也

練習問題 一、試述契約之意義 二、試述契約之解除

贈與

二、贈與

贈與者因當事人之一方，表示以自己之財產、無償給與對方之意思，依對方受諾而成立之契約也。（第五四〇條）例如甲對乙贈與一萬圓或贈與馬一匹之類屬之，此種契約為無償契約與片務契約之典型，純屬於恩惠行為，故與買賣交換等有別，其贈與者曰贈與人，相對方則曰受贈人，贈與之目的，乃係財產權，至於其財產為動產或不動產，抑或為物權債權其他之財產權，皆非所計。

買賣

三、買賣

買賣者當事人之一方，約定移轉財產權於對方，而對方約定支付價金之契約也。（第五四五條）其約定移轉財產權者曰賣主，約定支付價金者曰買主，買賣契約屬於諾成契約不要式契約，並為有償契約雙務契約，其標的物以財產權為限，有體與無體均非所問，但須以移轉為必要，而對方又須支付價金方可，且於當事人就標的物及價金互相同意時，買賣契約即為成立也。

交換

四、交換

交換者當事人兩造互為移轉金錢所有權以外之財產權之契約也。（第五六九條）中國民法

稱爲互易、交換之性質、乃爲雙務契約。不要式契約及諾成契約並係有償契約、古時所謂交換乃包含質^質之大多數、其後以貨幣爲他物交換之媒介、始名曰買賣、其以物易物者則曰交換。時至今日買賣之例居多、故法律加以嚴密之規定、而對交換則僅有簡略之明文耳、交換與買賣之性質至爲相近、故使準用買賣之規定、（第五四八條）

五、消費貸借

消費貸借者當事人之一方、約定移轉金錢或其他代替物之所有權於對方、而對方以種類品質數量相同之物返還之契約也、（第五七〇條）其約定移轉者曰貸主、約定返還者曰借主、消費貸借之性質爲諾成契約、片務契約、例如甲懇求乙借用百圓或借用米五斗而乙承爲貸與之約束之類屬之。

六、使用貸借

使用貸借者當事人之一方、約定以物無償貸與對方使用或收益而對方約定於其使用或收益之後返還其物之契約也（第五七七條）其貸與者曰貸主、使用者曰借主、例如甲因建築房屋欲使用其乙所有之隣地、懇求其暫時借用、而乙承諾之契約是、使用貸借之性質爲諾成契約片務契約、使用貸借不能取得標的物之所有權、且返還之際、須將所借之原物返還、此點與消費貸借有異、與質貸借相同、然其無償之點又與質貸借有異。

貸貸借

七、貸貸借

貸貸借者當事人之一方約定使對方爲某物之使用或收益，而對方約定支付租價之契約也、（第五八六條）以物租與對方者曰貸貸人、對方則曰貸借人、貸貸借之性質爲有償契約雙務契約、蓋貸貸借之契約、一旦成立後則貸貸人即負擔使爲某物之使用或收益之債務、貸借人對此即有交付租價之債務也。

雇傭

八、雇傭

雇傭者當事人之一方約定對於對方服務勞務而對方約定與以報酬之契約也、（第六三三條）約定服務勞務之人、稱爲勞務人、約定給付報酬者稱爲使用人、雇傭之性質爲有償契約及雙務契約、其報酬不僅限於金錢、即其他之給付亦屬之、其勞務不僅以體力爲限、即精神上亦爲勞務、如醫師、律師、教員是。

承攬

九、承攬

承攬者當事人之一方約定爲對方完成某工作、而對方俟工作完成對其結果給付報酬之契約也、（第六四一條）其爲人完成工作者謂之承攬人、與以報酬之相對人謂之定作人、承攬之性質爲有償契約及雙務契約。

懸賞廣告

一〇、懸賞廣告

懸賞廣告者廣告人約向爲某行爲之人與以一定之報酬應募人完了其廣告所定之行爲而成立之契約也、換言之、即以廣告聲明對完成一定行爲之人、預許以報酬之契約也、例如對能解燈迷或能對句者予以國幣若干之廣告是也、懸賞廣告之契約、必須依廣告而始能成立、且要約人恒爲廣告人、故屬於要式契約。

委任

一一、委任

委任者當事人之一方委託對方處理某事務、而對方承諾爲處理之契約也（第六五八條）、其委託處理事務者曰委任人、承諾爲處理者、曰受任人、委任原則上爲片務契約且爲無償契約、然依特約亦有爲有償契約及雙務契約者。

寄託

一二、寄託

寄託者當事人之一方、委託對方爲金錢其他之物、或有價證券之保管而對方承諾爲保管之契約也、（第六七一條）、其委託保管者曰委託人、承諾爲保管者曰受寄人、例如甲有自行車一輛、懇乙爲保管而乙承諾之契約是也、寄託並不以有償爲本質、且重在使受寄人保管寄託物而不重在使其使用收益、故與貸借、使用貸借、消費貸借不同、寄託在原則上爲無償契約且爲片務契約、其定報酬者即爲有償契約且爲雙務契約矣。

組合

一三、組合

組合者當事人約爲出資營共同事業者之契約也、（第六八五條）例如甲乙丙三人各出資一萬圓經營旅館營業、或甲供給房屋、乙出資一萬圓、丙則担任營業之經營等屬之、組合依當事人之合意即成立、爲不要式契約且爲諾成契約、其目的在乎經營共同事業、至於其事業爲即時的或繼續的、抑或爲私益的或公益的均非所問。

終身定期金

一四、終身定期金

終身定期金者當事人之一方、約至自己對方或第三人之死亡止、約定向對方或第三人給付金錢其他之物、所成立之契約也、（第七〇九條）例如甲對其恩人乙、因其年老且貧困、約定至乙死爲止、每月供給五十圓生計費之契約是也、其約定之人爲定期金債務人、受給付之人曰定期金債權人、依當事人之合意即成立、爲不要式契約且爲諾成契約。

和解

一五、和解

和解者當事人約定互爲讓步、終止其間所存之爭執之契約也、（第七一五條）例如甲之米賣於乙、因行市之變動、甲主張應付一千二百圓、乙則主張應付八百圓、甲乙友人丙、居中調停之結果、乙付一千圓了事矣、和解係不要式契約且爲諾成契約、以互相讓步、終止爭執爲目的。

契約之種類

一、贈與

贈與者、因當事人之一方、(贈與人)表示以自己之財產、無償給與對方(受贈人)之意思、依對方承諾而成立之契約也。

二、買賣

買賣者、因當事人之一方、(賣主)約移轉某財產權於對方(買主)對方約支付其價金、而成立之契約也。

三、交換

交換者、因當事人、互約移轉非金錢所有權之財產權而成立之契約也。

四、消費貸借

當事人之一方、約定移轉金錢或其他代替物之所有權於對方而對方以種類品質數量相同之物返還之契約也。

五、使用貸借

當事人之一方、約定以物無償貸與對方使用或收益、而對方約定於其使用或收益之後返還其物之契約也。

六、借貸

借貸借者、因當事人之一方、約使對方為某物之使用或收益對方約支付租價而成之契約也。

七、雇傭

雇傭者、因當事人之一方(使用人)約對於對方(勞務人)服勞務、對方約與以報酬而成立之契約也。

八、承攬

承攬者、因當事人之一方、約完成某工作、對方對於其工作之結果、與以報酬而成立之契約也。

九、懸賞廣告

懸賞廣告者、因廣告人、約向為某行為之人、與以一定之報酬應募人完全其廣告所定之行爲、而成立之契約也。

一〇、委任

委任者、因當事人之一方、委託對方、處理某事務、對方承

諾之而成立之契約也

一、寄託
寄託者、因當事人之一方、委託對方為金錢其他之物、或有價證券之保管、對方承諾之而成立之契約也

一二、組合
組合者、因當事人、約為出資、營共同之事業、而成立之契約也

一三、終身定期金
終身定期金者、因當事人之一方、約至自己對方、或第三人之死亡止、於定期向對方或第三人給付金錢、其他之物、而成立之契約也

一四、和解
和解者、因當事人約互為讓步、終止其間所存之爭執、而成立之契約也

練習問習 一、試述買賣之意義 二、試述消費貸借、使用貸借、質貸借之區別

三、試述委任 四、試略述左列各語

- 1. 承攬
- 2. 贈與
- 3. 交換
- 4. 寄託

第一〇、事務管理

一、事務管理之意義

事務管理之意義

事務管理者無義務而為他人開始事務之管理之謂也、例如甲宅失火、有延燒乙宅之虞、乙極力搬運家具、而乙之知己丙、見此景狀、為救乙之危難、遂未有告乙之暇、將乙家具之一部搬至安全地點、而自己任保管之責、即事務管理之適例、援用民法稱曰無因管理、按吾人

事務管理之
成立要件

客觀的要件

主觀的要件

之在社會、既無管理他人事務之義務、亦無管理他人事務之權利、惟人類既營共同生活此間必須彼此互助爲要、事務管理者即根據此種精神所立之制度也、假令無管理之權利、無管理之義務、亦承認此種制度、一則使本人得以享受利益、一則是認管理之行為、而加以保護也。

二、事務管理之成立要件

事務管理之成立、有客觀的要件與主觀的要件。

1. 客觀的要件

A. 須有、務之管理

B. 管理之標的物、須爲他人之事務

C. 管理人須係無法律上之義務

2. 主觀的要件

A. 須爲他人之意思

B. 其他人無須乎確定人

C. 須爲本人之不利非顯明時

D. 須爲反於本人之意思非顯明時

事務管理之效果

事務管理之一般的效果

事務管理對於當事人之效果

三、事務管理之效果

1. 事務管理之一般的效果

(一) 乃使管理人與本人發生債權債務關係、例如上述之例、而所支付之運搬費、或保管費、乙有清償之義務、故與契約相同、發生債權債務之關係、(二) 其次之效果為阻却違法性、例如修理房屋而侵害他人所有權、為救助人命而毀傷人之衣服、身體等在普通場合雖為權利侵害行為、然而此時並不構成不法行為。

2. 事務管理對於當事人之效果

(一) 管理人須從其事務之性質、依最適於本人利益之方法為其管理、管理開始後須從速通知本人、(二) 本人對管理人所支出之為處理事務必要或有益之費用、負債還之義務。

一、意 義 無義務而為他人開始事務之管理也

1. 客觀的要件

(1) 須有事務之管理

(2) 管理之標的物、須為他人之事務

(3) 須係無法律上之義務

事務管理

二、成立要件

2. 主觀的要件

- (1) 須為他人意思
- (2) 他人無須乎確定人
- (3) 須為本人之不利益非顯明時
- (4) 須為反乎本人之意思非顯明時

1. 一般的效果

- (1) 使管理人與本人發生債權債務關係
- (2) 阻却違法性

三、效果

2. 對當事人之效果

- (1) 管理人
 - A. 須從其事務之性質依適於本人利益之方法為其管理
 - B. 管理開始後須從速通知本人
- (2) 本人
 - 對管理人所支出之為處理事務所必要或有益之費用負償還之義務

練習問題

- 一、試述事務管理之意義
- 二、試述事務管理之效果

第十一、不當利得

一、不當利得之意義

不當利得者、無法律上之原因、而因他人之財產或勞務受利益、因此致損失於他人之謂也

不當利得
不當利得之意義

(第七二四條)、例如爲借貸借之契約、支付租價而貸人將賃借物滅失時、此時賃貸人所受之租價、或甲至乙書店買書一冊、價值三圓、與以五圓紙幣、而乙誤找七圓、此七圓中之五圓、即不當利得也、故賃貸人對於賃借人負返還租價之債務、甲對於乙亦負返還五圓之債務、夫使他人受損失自己因而得享利益者、除法律有特別之理由在、實爲難以容許之行爲而對其無理由從而享受利益者、使其負返還義務乃符合正義觀念者也。

二、不得利得之要件

不當利得之要件

1. 須因他人之財產或勞務而受利益
2. 須一造受有利益而致他造受損失
3. 所受之利益須法律上無原因

三、不當利得之效果

不當利得之效果

不當利得人負返還利得之債務、惟依善意與惡意有所不同、善意時僅於其所受利益現存之限度任返還之責、惡意時須於其所受利益附以利息而返還之、如尙有損害者任其賠償之責。

一、意義 無法律上之原因、而因他人之財產或勞務受利益、因此致損失於他人之謂

1. 須因他人之財產或勞務受利益

二、要件 1. 須一造受有利益而致他造受損失時

不當
利得

3. 所受之利益須法律上無原因

不當利得人返還利得之債務、依善意與惡意不同

三、效果

1. 善意 返還所受利益現存之限度

2. 惡意 所受利益附以利息返還之、如有損害任賠償之責

練習問題

一、不當利得之意義 二、試述不當利得之效果

不法行爲

第十二、不法行爲

不法行爲之
意義

一、不法行爲之意義

不法行爲者因故意或過失違法加損害於他人之權利也、(第七三二條) 例如甲不法將乙之毀壞或甲運轉汽車誤將乙撞傷等屬之、此時須爲書費或治療費等之損害賠償、至於其損害之權利爲財產權、爲身體權、爲生命權、抑或爲自由、名譽等權利、均非所問。

二、不法行爲之成立要件

1. 客觀的要件

A. 其加害行爲須有違法性 此種違法性應以廣義解之

B. 須無違法性阻却事由存在

不法行爲之
成立要件

客觀的要件

主觀的要件

C. 須有損害發生

D. 加害人之行為與損害之間須有因果關係

2. 主觀的要件

A. 加害人須有故意或過失

D. 加害人須有責任能力

三、不法行為之效果

不法行為之效果

因不法行為加害人即負擔損害賠償之債務、其賠償之方法以金錢為原則、然毀損他人名譽時法院得因被害人之請求、代損害賠償或與損害賠償同時、命回復名譽所適當之處分、例如登謝罪廣告便是。

一、意義 因故意或過失違法加損害於他人之權利也

1. 客觀的要件

(1) 加害行為須有違法性

(2) 須無違法阻却事由

(3) 須有損害發生

(4) 加害人之行為與損害之間須有因果關係

不法行為

二、要件

2. 主觀的要件

(1) 加害人須有故意或過失

(1) 加害人須有責任能力

三、效果 加害人負擔損害賠償之責

練習問題 一、試述不法行為之意義 二、試述、法行為之效果

第二章 商法

第一、商法之意義

商法由廣義言之、凡實質上、關於商之成文不文之法以及國際商法均屬之、由狹義言之、乃指商法法典而言、按商法原為民法之一種特別法、列國法律有商法另行獨立制度者、是即採取民商法分立之制度、亦有採民商合一之制度者、我國之立法例、乃採取前者、集商人通法（康德四年、勅令第一三一號）、會社法、（康德四年、勅令第一三二號）、運送法、（康德四年、勅令第一三三號）、倉庫法、（康德四年、勅令第一三四號）、票據法、（康德四年、勅令第八九號）、支票法、（康德四年、勅令第九〇號）、海商法、（康德四年、勅令第一三五號）、等而成、茲分述其梗概如次。

第二、商人通法

商人通法者、關於商人企業經營之組織、及其營業上之行爲之通則的法規也、共分十一章前六章乃關於商人之企業組織、第七章至第十章、乃商人爲其經營企業之補助或手段而利用之制度、第十一章乃對於商人之行爲、設民法一般規定之特則也。

商人

一、商人

按商法之立法例、有以商人之概念爲其中心、而以商法爲商人之法者、有以商行爲及商人之兩個概念爲中心〔註〕、而商法除對於商人適用外、對於商人以外之人、所爲商行爲亦適用者、援用商人通例、屬於前者、日本商法屬於後者、其所謂商行爲、觀諸世界各國之立法殊不一致、其間亦頗難發見普遍之性質、僅立法者、任意以一定之行爲、定爲商行爲而謂商法適用於商行爲者、殊不免失於籠統之譏、故我商法、先以一定行爲爲營業之人爲商人（商人通法第一條）以明示商人通法之規定、適用於商人、且對於商人之概念、世界各國所謂之商人、皆包羅無遺、更於第二條規定、（一）依店鋪其他類似之設備、販賣物品爲業之人、（二）會社雖不以第一條各款之行爲爲業（三）營鑛業之人、皆視爲商人。

總之、我民法上之商人概念、對於其營業之性質、是否屬於固有意義之商業、並不着意、乃以其企業經營之規模能否適用商人通法、所規定各種制度爲標準者也、蓋近時商業之發達趨勢爲然耳。

(註) 商行爲者由實質而言、乃關於商事之法律行爲也。

二、商業登記

依商人通法或會社法之規定、應爲之登記者、謂之商業登記、商業登記、由法院行之、(商人通法第五條)應登記之事項、各於本條定之、登記官吏、得調查係登記聲請之事實之存否、(商人通法第八條)以明示登記官吏、有實質的審查權也、又因故意、或過失、登記不實事項之人、不得以其事項之不實、對抗善意第三人、(商人通法第十一條)以期交易之安全也。

三、商號

商人得以姓、姓名、其他之名稱爲商號、商號者、商人於營業時所用以表示自己在商業上所用之名稱而言、商人之於商號、猶如自然人之於其姓名、故商人之對其營業、均可以商號名義行之、已有商號登記之人、得對於其登記後、在同特別市、同市、同縣或同旗爲同一之營業、登記同一或類似之商號之人、請求其登記之抹消、(商人通法第十五條)已爲商號別記之人、得對於以不正競爭之目的、使用同一或類似之商號之人請求停止其使用、在同特別市、同市、同縣或同旗爲同一營業、使用他人已登記之商號之人、推定以不正競爭之目的使用之、(商人通法第一六條)、又不論何人、不得以不正之目的、使用可使他人誤認爲他

人營業商號、(商人通法第一七條)皆爲保護一般第三人以期交易之安全也。

商業帳簿

四、商業帳簿

商人須備置一定之商業帳簿、商業帳簿者、商人因經營商業、對於一定事項所爲之記錄也其帳簿有三、(一)日記帳者、記載逐日之交易、其他可及影響於財產之一切事項者也(二)財產目錄者、動產、不動產、債權、債務等之財產之目錄也、(三)貸借對照表者、貸與借相對照之表也。

商業讓渡

五、營業讓渡

營業讓渡者、以營業財產爲中心之營業組織體、移轉於他人之謂也、不必以全財產之移轉爲必要、營業之讓渡、通常隨商號以讓渡、然並非以此爲要件、故讓受人、有續用讓渡之商號、亦有不然者、其續用讓渡人之商號者、除特別約定外、須負讓渡人之營業、所生之債務蓋續用讓渡人之商號時、一般第三人未週知營業主體變更者、甚多故耳、

六、商業代理及商業使用人

商業使用人者、依雇傭契約屬於一定之商人、服其營業上之勞務者、謂之商業使用人、其中如經理人、有代營業主爲關於其營業之一切裁判上或裁判外之行爲之權限者、對於商人有從屬代理兩重地位、此謂之商業代理人。

商業代理及
商業使用人

代理商

七、代理商

非用人而爲一定商人、承受繼續爲屬於其營業部類交易之代理或媒介之人、謂之代理商（商人通法第四一條）此點與居間人、牙行等不同、但代理商其自身、亦爲商人、此點又與商業使用人不同。

居間人

八、居間人

以承受屬於商人營業部類之契約之媒介爲業之人、謂之居間人、（商人通法第四七條）居間人、即承受契約之媒介、爲業之人、故僅承受報告、契約締結之機會之人、不包含之。

牙行

九、牙行

承受以自己之名義爲他人販賣、或購買物品、或有價證券而受酬報之業、謂之牙行、（商人通法第五八條）

匿名組合

一〇、匿名組合

匿名組合者、因約定當事人之一方、對於對方所經營之營業、出資對方分配其營業所生之利益之營業也、（商人通法第六八條）

一一、關於商人行爲之特則

商人關聯其營業所爲之行爲、僅適用民法之規定、頗有不足之感、故在特定場合、有排除

關於商人行爲之特則

契約之成立

或變更民法規定之必要、我商人通法、對於此種特則其主要者有七。

1. 契約之成立

依民法一般之原則、凡由他人受契約之要約者、無爲諾否通知之義務、然爲尊重商人交易之敏捷起見、凡商人由爲交易之人、受屬於其營業部類之契約之要約者、須速發諾否之通知、（商人通法第七八條）

請求報酬

2. 請求報酬

商人於其營業範圍內、爲他人爲某行爲者、得請求相當之報酬又向他人貸放金錢、或爲他人代墊金錢者、得請求法定利息、（商人通法第七九條第八〇條）蓋營業之性質爲然也。

商人間之留置權

3. 商人間之留置權

商人間之留置權、與民法規定不同、無須債權與留置標的物之牽連關係、（商人通法第八二條）

4. 流質禁止之解除

民法雖禁止流質、但對於爲担保、因屬於商人營業範圍內之行爲、所生債權而設定之質權、並無禁止之必要故解除其禁止、（商人通法第八三條）

流質禁止之解除

5. 交互計算

交互計算者、商人間或商人與非商人關於一定期間內、由交易所生之債權債務總額、相互抵銷、相約支付其殘額之契約也、交互計算、係商交易關係、結帳之一手段、與實質上之商交易契約、其性質不同、故商人通法、不另設章規定。

寄託物保管義務

6. 寄託物保管義務

依民法之規定、無償寄託者、受寄人以與對於自己財產為同一之注意、保管受寄物為已足、商人於其營業範圍內、受寄託者、雖不受報酬、亦須為善良管理人之注意、而重商交易之信用也、(商人通法第九三條)

一、商人

- 1. 為商人通法第一條所定之行為為營業之人也
- 2. 為商人通法第二條所定之行為為營業之人視為商人

二、商業登記 依商人通法或會社法之規定、應為登記者、謂之商業登記

三、商號 商人於營業時、所用以表示自己在商業上所用之名稱也

1. 意義 商人因經營商業對於一定事項所為之一定記錄也

四、商業帳簿

- 2. 種類
 - (1) 日記帳
 - (2) 財產目錄

(3) 貸借對照表

五、營業讓渡 以營業財產為中心之營業組織體、移轉於他人也

1. 商業使用人 指依僱傭契約、屬於一定之商人服其營業上之勞務而言

六、商業代理及商業使用人

2. 商業代理 商業使用人中有代理權者、如經理人是

商人
通法

七、代理 商 指非使用人而為一定商業、承受繼續為屬於其營業部類交易之代理、或媒介之人而言

八、居間人 指以承受屬於商人營業部類之契約之媒介為業之人而言

九、牙 行 指承受以自己之名義、為他人販賣或買賣物品或有價證券、而受酬報之業者而言

一〇、匿名組合 因約定當事人之一方、對於對方所經營之營業、出資對方分配其營業所生之利益之營業也

1. 契約之成立

1. 依民法一般之原則

2. 但屬於其營業部類契約之要約須速發諾否之通知

2. 請求報酬

1. 報 酬於營業範圍內為某行為時得請求之

一、關於商事行為之特則

2. 法定利息 向他人貸放金錢或代墊金錢時得請求之

3. 留置權 無須有債權與留置權之牽連關係

4. 流質禁止 屬於商人營業範圍內者解除其禁止

5. 交互計算 商人與商人間或商人與非商人間於一定期間內由交易所生之債權債務之總額、相互抵銷、相互支付其殘額之契約也

6. 寄託物保管義務 須為善良管理人之義務

練習問題 一、問商人之意義 二、試述商業帳簿 三、試述商業使用人

四、試述交互計算

第三、會社法

一、會社之意義

會社者、謂以營利為目的、而設立之社團也、(會社法第一條)會社均為法人、(會社法

第三條)會社有株式會社、合名會社及合資會社三種。

二、株式會社

會社法
會社之意義

株式會社

株式會社者、將資本各為均一金額之株式、且各社員之責任、以該額為限度之會社也、株式會社之設立、須有七人以上之發起人、株式金額不得少於五十圓、但以一次繳納株金全額者為限、得減至二十圓、株主相集議決株式會社之意思機關、謂之株主總會。

合名會社

三、合名會社

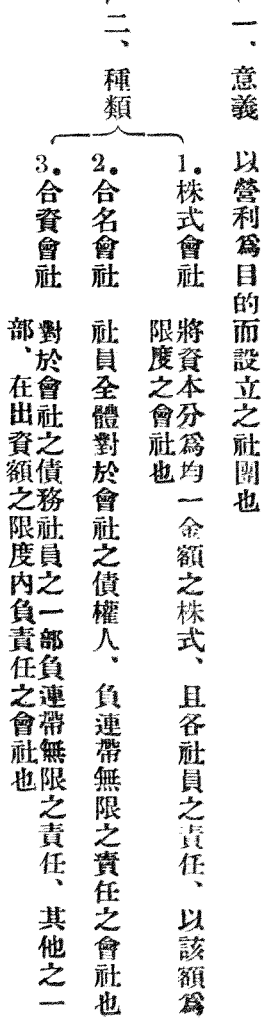
合名會社者、社員全體、對於會社之債權人負連帶無限之責任之會社也、換言之、以會社財產、不能還清債務者、各社員連帶任其責者也。

合資會社

四、合資會社

合資會社者、對於會社之債務、社員之一部負連帶無限之責任、其他之一部、在出資額之限度內、負責任之會社也、前者謂之無限責任會員、後者謂之有限責任會員。

會社



練習問題

- 一、試述會社之意義
- 二、試述株式會社之意義

三、試述合名會社與合資會社之區別

運進法

第四、運送法

運送營業

一、送運營業

承受陸上或湖川或港灣之物品、或旅客之運送為營業者、謂之運送營業、（運送法第一條）故得分為物品運送及旅客運送二者。

物品運送者、謂以運送物品而受運費之營業也、此項運送營業之契約、一方為運送人、一方為託運人、一方為受貨人、旅客運送者、以運送旅客而受運費之營業也。

運送承修人

二、運送承辦人

依運送法或海商法所規定之物品運送、承受為其經辦代理或媒介為業之人、謂之運送承辦人。

運送法

一、運送營業

1. 意義

承受陸上或湖川或港灣之物品或旅客之運送為營業者謂之運送營業

2. 種類

(1) 物品運送

(2) 旅客運送

二、運送承辦人

指依運送法或海商法所規定之物品運送、承受為其經辦代理或媒介

介爲業之人而言

練習問題 一、試述運送營業之意義與種類

倉庫法

第五、倉庫法

承受保管物品於倉庫爲營業者、謂之倉庫營業、以此爲業之人、謂之倉庫營業人、（倉庫第一條）倉庫營業人、以有寄託人之承諾者爲限、得將寄託物、與種類及品質相同之他寄託物混和而爲保管、此時各寄託人、按寄託物入庫當時之數量之比例、共有寄託物、（倉庫法第二條）

倉庫營業人、因寄託人之請求、須交付倉庫證券、此證並須具備一定之要件、（倉庫法第四條第五條）

票據法

第六、票據法

票據者、簡言之即署名人依票據之文言、負無條件支付一定金額責任之有價證券也、票據之流通、殆與金錢無異、故對於其流通、須絕對保持信用。

票據有匯票本票二種、至於支票、另以支票法制定之。

匯票

一、匯票

匯票者、依一定之形式、發出人相約使第三人爲一定金額之支付爲內容之票據也、匯票應

具有之形式。

1. 證券之文言中、以其證券作成所用之語記載之、表示其爲匯票之文字

2. 應支付一定論額之單純委託

3. 應爲支付之人（支付人）之名稱

4. 滿期之表示

5. 應爲支付之地之表示

6. 受支付、或指示受支付人之人之名稱

7. 發出票據之日及地之表示

8. 發出票據之人（發出人）之署名

發行票據、成立票據債務之行爲、謂之發出、爲使票據流通、於其背面或補箋爲記載者、

謂之背書、有讓渡背書與委任背書各種、票據之支付人署名於票據受承認支付債務之行爲謂

之承受、票匯之支付、就其金額之全部、或一部、設担保、謂之保證票據、金額應支付之

日、謂之滿期、票據所持有人提示於支付人或承受人、使其履行票據債務謂之支付、匯票所持

人、對於票據之承受或支付、被拒絕時、得向背書人發出人、或其他債務人爲償還請求、此

謂之遡及權、票據之承受或受付被拒絕時、所持人之償還請求權之行使、以停止爲目的第三

本票

人介入票據上關係之行爲、謂之參加。

二、本票

本票者、依一定之形式發出人約支付一定之金額、爲內容之票據也、本票須具備之形式、如次。

1. 證券之文言中、以其證券作成所用之語記載之、表示其爲本票之文字
2. 應支付一定金額之單純約束
3. 滿期之表示
4. 應爲支付之地之表示
5. 受支付或指示受支付人之人之名稱
6. 發出票據之日、及地之表示
7. 發出票據之人（發出人）之署名

本票與匯票不同、除發出人及領受人之外、並無支付人、亦無承受行爲、其他大抵準用匯票之規定。

票據

一、意義 署名人依票據之文言、負無條件支付一定金額責任之有價證券也

二、種類

1. 匯票 依一定之形式、發出人相約使第三人為一定金額之支付為內容之票據
2. 本票 依一定之形式發出人約支付一定之金額為內容之票據

練習問題 一、試述票據之意義 二、試述匯票之形式 三、本票

第七、支票法

支票者、依一定之形式、發出人使第三人、約支付一定金額之票據也、故與憑票即付之匯票之性質相同。

支票應記載之事項如次

1. 證券之文言中、以其證券作成所用之語記載之、表示其為支票之字
2. 應支付一定金額之單純委託
3. 應為支付之人（支付人）之名稱
4. 應為支付之地之表示
5. 發出支票之日及地之表示
6. 發出支票之人（發出人）之署名

支票本為供支付之具、故須為憑票即付、或又得為持到人支付、支付人通常為銀行、其他大體種乎匯票之規定。

海商法

船舶中船舶
所有人

第八、海商法

一、船舶及船舶所有人

海商法所稱船舶，謂供航海之用者，（海商法第一條第一項），故本規定之適用，在原則上，限於航海船，供航行湖川及港灣用之內水航行船，不適用本法，凡供航海用者，其為商行為與否，均非所問，然有左列之例外（海商法第一條第二項）：

1. 官署或公署之所有船舶，而為非營利事業所使用者，不適用之，反是，雖係官公署之所有船舶，為營利事業所使用者，適用本法之規定，蓋此等船舶與一般之航海船，並無相異之點也。

2. 舢板，其他僅以櫂櫓運轉或主以櫂櫓運轉之舟，不適用之，因此種船舶，船體甚小，如適用海商法，更為繁雜故也。

船舶所有人，總噸數二十噸以上之船舶，須登記之。

對於船舶所有者之責任，有種種之主義，我海商法，乃採取委付主義，即船舶所有人，因船長於其法定權限內所為之行為而生之債務，或因海員或引水人之不法行為，所生之債務，得於航海之終將船舶運送費及船舶所有人，就其船舶所有之損害賠償，或報酬之請求權，委付於債權人，如有委付者船舶所有人，僅負以其所委付之財產，任清償之責。（海商法第十

船長

條)

二、船長

船長者、乃海員之首領、負指揮船舶之責任、海商對於船長之職務、權限、責任等設有規定。

運送

三、運送

海上運送亦得分物品運送與旅客運送二者。

物品運送

1. 物品運送

海上之物品運送、有以船舶之全部或一部爲運送者、有以個個之物品爲運送者、前者爲備船契約、後者爲個運物品、海上運送人、對於備船人或託運人於運送品之裝載後、請求一通或數通之載貨證券之交付者、須從速交付之。

旅客運送

2. 旅客運送

旅客運送、與陸上運送少有不同、例如指名旅客者、旅客不得將使爲運送之權利讓渡他人、或航海之途中、修繕船舶者、海上運送人於其修繕中、須向旅客供相當之住居及食料等是也。

共同海損

四、共同海損

因船長爲使船舶及積貨、免共同之危險所爲之處分而生之損害及費用爲共同海損、此種海損、按被保存之船舶、或積貨之價格、與運送費之半額、與爲共同海損之損害額之比例、各利害關係人分担之。

船舶之衝突

五、船舶之衝突

船舶間之衝突也、船之船衝突、因不可避之事故、或不可抗力而生、或衝突之原因不明者不得請求賠償因衝突生於船舶或在船舶內之人、或物之損害、然因一方船舶海員之過失而生者、其船舶所有人、任賠償因此所生損害之責、因雙方船舶海員之過失而生者、各船舶所有人、按過失之輕重、負賠償之責。

海難救助

六、海難救助

海難救助者、船舶或船舶內之物、遭遇海難者、無義務而救助也、該救助人得請求相當之救助費。

七、船舶債權及船舶抵押權

於一百七十一條所定之債權爲船舶債權、船舶債權人之優先權爲法定債權、得先於抵押權行之。

船舶債權及 船舶抵押權

已登記之船舶、得爲抵押權之標的、且其抵押權及於屬具、其外得準用不動產抵押權之規

定。

海商法

一、船

船

1. 意

義 供航海之用者

2. 例

外

(1) 官公署所有而非營利者

(2) 舢板、僅以櫓槳或主以櫓槳運轉之舟

二、船

長

海員之首領、負指揮船舶之責任

三、運

送

1. 物品運送

(1) 備船契約 船舶之全部或一部為運送

(2) 個品運送 個個之物品為運送

2. 旅客運送

與陸上不同指名者不許讓渡、航海途中修繕時須供給客之住居及食料

四、共同海損

因船長為使船舶及積貨、免共同之危險所為之處分而生之損害及費用也

五、船舶之衝突

1. 意

義 船舶間之衝突也

A 不可避之事故

B 不可抗力

C 衝突之原因不明

2. 賠

償

(1) 受損害者負擔

(2) 一方負擔 因一方過失而生時

(3) 雙方負擔 雙方過失時按過失之輕重、不明時平分

六、海難救助 船舶或船舶內之物、遭遇海難、無義務而救助之謂也

七、船舶債權船 於一百七十一條所定之債權也

船舶債權船
1. 船舶債權
2. 船舶抵押權 以船舶為標的之抵押權也

練習問題 一、試述船舶之意義 二、試述共同海損 三、試述船舶之衝突

