

定審部育教

書科教國建

學中級高

民公

冊三第

(意大律法)

儉夫	楚立	葉陳	者編	主
成	毅	阮	者著	編

行印局書中正

# 目次

第一章	法律之意義與種類	1
第一節	法律之意義	1
第二節	法律之種類	7
第二章	組成法律之各種資料	17
第三章	權利主體與客體	26
第一節	權利之意義及種類	26
第二節	自然人與法人	31
第三節	物與物權	37
第四章	法律行為	58
第一節	行為能力及其形態	58
第二節	法律行為與法律事實	62



3 1762 8467 1







# 第一章 法律之意義與種類

## 第一節 法律之意義

要了解法律的意義，必先要了解人類的社會性。因為人是不能離羣衆獨居的，他必需與其他的人，共同生息於社會。人類既有共通的需要，又有各別的需要，故必需營共同的社會生活，這些需要方得以滿足。人類又各有其特殊的技能與個性，故又必需大家互助，各發揮其特殊的性能，方能由極大的分工作用，而獲得公共的福利。人類由這二種相異而實和成的現象，於以構成社會的共存關係。

這種社會的共存關係，是個社會事實。要使這種關係得以圓滿維持，充分發展，則構成人類社會各分子的行動，自須求其能循一定的規律進行。這種規律，就稱做社會的規律。假如社會中沒有這種規律，則人與人的關係物與物的交易，以至於國家公務的執行，家庭幸福的維護，都無法納之



於正軌，而社會生活，將因擾亂致不能存在。故社會的規律，就在對於生息於社會中的各個人，予以一種指導，使其知悉何者爲應爲，何者爲不應爲。

指導人類的社會規律，不只一種，如法律、道德、宗教、習慣、風俗都是。在這各種規律中，法律與道德的關係，往往爲一般人所誤解。如能將法律與道德的關係認清，則法律的特徵便可表現，法律的特徵既經表現，則法律的意義也自了然了。

先從歷史上觀察法律與道德的關係，則法律與道德起初本是同源，後來才因發達而分途的。在現在的社會裏，法律是社會規律中最有力量的。其他的社會規律，甚至都不免要受法律的支配。但在古代的社會裏，那時代的社會組織，是由宗教組織與家族組織佔着最重要的地位，故宗教、道德、法律混而不分，而法律的力量反是最微弱。到了政治組織發達以後，法律始與其他的社會規律分離，而力量也日漸加大。這所謂政治組織，凡部落城市以至民族國家，都包括在內。此類組織的結合方式雖不盡同，但其結合一團的人類，慣常服從於一定的治者或政府則一。故現在每人受法律的拘束，不獨係以社會構成份子一員的資格，而且還往往因爲是政治組織下的一份子。世界上政治組織的數目種類甚多，因之法律也有許多系統，這稱做法系。至於道德，則只具有普遍的性質，對

於人類一般的有拘束力。每人服從某種道德的規律，只因為是人類的一份子。與本屬於某種的政治組織，並無關係。這是法律與道德的第一個區別之點。

在一切人類的社會組織中，政治組織是最具有強迫力的。從這種組織中所發達的法律，自然也特別的有強迫力為後盾。所以法律所生的義務，比之道德的義務，更為嚴厲，而具有較強迫的性質。有許多時候，違背道德的義務，充其極只不過受有名譽上的損失，並不致於引起物質上的報復與制裁。但是人若違背了法律的義務，法律便將施以強迫，加以制裁。這是法律與道德的第二個區別之點。

次從法律與道德的內容觀察，則道德注重思想與情感，而法律注重行為，所以法律又稱做人類行為的規則。但此之所謂行為，並非只指人的動作而言，也注意到指導動作的意思是否出於健全；以及意思對於社會秩序所發生的危險。在通常情況之下，惡意，詐欺，故意，對於社會的危險性較大，而過失則對於社會的危險性較小，所以刑法上將故意視作犯罪的要素。至於道德則專注重思想與情感，不計其有無行動，以及其對於行動所予指導如何；如動機為不道德時，行動即屬合法或合於道德，也以不道德論的。這是法律與道德的第三個區別之點。

還有一層，道德是意在改善個人的品性，而法律只在支配個人彼此間的關係。譬如說，不得有貪心，不得存殺機，不得有惡念，這些都是道德的規則，法律並不及此。但如說不得偷盜，不得殺傷，不得詐欺，就不只是道德的規則，而同時也成爲法律的規則。現在的法律固已不獨專從事後去干涉，在事前亦取預防的手段，使人不能觸犯法律，但其目的，總只不過在使人與人的關係，趨於確定而明顯。而道德專在事先向人勸導，其意乃在改善人品，人品如經改善，自根本不致再有觸犯法律的事實發生。這是法律與道德的第四個區別之點。

最後從法律與道德的適用方面觀察，則二者有時固可以接近，有時卻又彼此沒有關係。因爲法律是具有強迫力的，同時乃必須具有確定性，其形式不免有機械的狀態，其施行也不能因人而別，否則就不能維持法律之前人人平等的原則。故法律的適用，是同樣的行爲，必須受同樣規則的支配。而道德則不然，道德在適用的時候，必須考慮當時的情節，而又可以由個人自己決定從違。道德的適用是因人而異，法律則依事而定。這是法律與道德的第五個區別之點。

但在有的時候，這項區別並非絕對的貫徹。如有若干法律，在適用的時候，也可以斟酌情形，因人而定，予司法官以較大考慮的自由。如刑法上關於犯罪的制裁，就應審酌犯罪的動機、目的、手段，

所生的危險與損害。犯罪時所受的懲罰，犯人的生活狀況，品行知識程度，與被害人的關係，以及犯罪後的態度。但在另有許多方面，則法律的適用，卻又絲毫無審酌的餘地，如維持公共治安的警察法律，財政法律，商業行為法律，公債及租稅法律，以及菸酒鹽專賣法律等等，其本身既與道德的規律毫無關係，而且係嚴格的依專執行，從不因入而再有區別。再另有許多事，法律與道德的適用範圍，竟彼此相距很遠，如有時當事人雙方在道德上均無過失，但法律上卻責成一方負損害賠償責任，又有時一行爲在道德上認爲不道德，但法律並不加以禁止。這是法律與道德的第六個區別之點。

從以上的分析，便可以知道法律的特徵所在。特徵既明，則法律的意義便可以很明瞭地說：法律是社會規律中隨政治組織而發達之一種較有強制性，確定性的人類行爲的規則。

法律既係社會的規律之一種，其與社會的關係自當十分密切。這種密切的關係，可以從四點表現出來：其一，個人與社會的界限發生變動的時候，法律亦必隨之而變動。譬如從前認信仰宗教是社會團體的事，同一社會的人，必須信仰同一的宗教，而教育則爲個人的事，願受教育與否，各人有其自由。但現在這項分際已完全反轉，信教是個人的自由，而義務教育卻須強迫去受。我國

訓政時期約法，已有這樣的規定。

其二，社會上的倫理觀念發生變動的時候，法律亦隨之而變動。譬如昔日係大家族制度，以五世同居爲無上的光榮，而現在則子女結婚後可從家庭分離，另組小家庭。從前係男女不相平等的，故有種種男女不平等的法律，現在在法律上，男女已經完全立於平等的地位了。

其三，社會經濟組織發生變動的時候，法律亦隨之而變動，譬如從前是手工業的時代，工人即在家中從事勞動，而現在是機器工業的時代，工人須集合在工廠中勞動，故須有勞工法，工廠法的制定，以期對於工人有所保護。又如從前是財產私有私用的時代，以致農民生活比牛馬都不如，現在是民生主義的時代，所以有土地法的規定，以期用平均地權的方法，達到耕者有其田的目的。其四，社會本身發生激烈的變動時，法律亦隨之而變動。譬如在平時，人民本有遷徙，通信通電，秘密，結社，集會，發表演論，刊行著作各種自由的，但一旦因爲戰爭或維持治安的必需，宣告戒嚴，便須適用戒嚴法，而將人民的這些自由停止全部或一部。

法律既係隨社會的變動而變動，則法律即須始終保持爲社會所真正需要的規律。故法律之爲良爲窳，完全要看他是否適應於社會的需要。如不與社會的需要相適應，就是具有法律條文的

形式而內容既非律良仍舊不能稱為完善的法律所謂社會的需要自不能依特定個人的需要以爲斷，而應以社會公共福利以爲準。如工廠工人的勞動時間，係由法律規定，則任何工人即不得一人私自與廠主訂立延長工作時間的契約。又如財產所有權，雖可以由私人取得，但所有權人使用收益處分其財產，均不得與公共利益相違背；以論使用，則所有人須注意相鄰關係的義務；以論收益，則所有權人不得違背公共的福利，如種植鴉片等，以論處分，則所有權人不得棄地不用，否則就可以課以荒地稅或加以徵收。

所以，法律是社會的規律，須隨社會的變動而變動，須以社會的需要爲需要。

## 第二節 法律之種類

法律既是社會規律中隨政治組織發達的一種較有強制性確定性的人類行爲的規則，因爲人類行爲異常紛繁，法律自亦有許多種類。若是以法律的形式爲分類的標準，則有成文法與不成文法的區別；若是以法律的內容爲分類的標準，則有公法與私法，主法與助法的區別；若是以法律的效力爲分類的標準，則有普通法與特別法，強行法與任意法的區別；若是以法律的主體爲分類

的標準，則有國際法與國內法的區別；若是以法律的淵源爲分類的標準，則有制定法與繼受法的區別。現在分別說明如左：

一 成文法與不成文法 凡一國由依其憲法掌有立法權的機關，經立法程序而制定，并集合爲一個或數個有系統的文書法典的，稱做成文法；否則稱爲不成文法。故成文法又稱做制定法。不成文法又稱做非制定法。近代大多數的國家都是採取成文法的形式，因爲成文法係由立法機關經過立法程序所制定，不能由少數人隨意變更，又係集合爲有系統的文書法典，不特檢查便利，抑且意義明確。但是成文法的缺點，也就在制定的手續繁重，修改不易，故每不能隨時適應社會的需要，隨社會的變動而改進。英國法系是採取不成文法的，但近年也有逐漸改爲成文的趨勢。而採用成文法的國家，我國也是一個，近年也逐漸承認判例習慣等不成文法的效力。蓋，各各都在於二者之中，從事截長補短，以期止於至善。

二 公法與私法 就法律的內容，將法律分爲公法與私法二種，是一種很舊的分法。區別公法與私法的標準有三：其一，是以關於國家公益的法律，稱做公法，關於個人私益的，稱做私法。其二，是以規定個人對於國家權力關係的，稱做公法。規定個人與個人間平等權利關係的，稱

做私法。其三，是以規定國家與國家間，國家與國家機關間，及國家或國家機關與個人間的關係的。稱做公法，規定個人與個人間的關係的，稱做私法。若按照這些標準去分，則國際法，憲法，行政法，刑法，刑事訴訟法，及民事訴訟法，都是公法。可以稱做私法的，只有民法與商法。我國現在民法與商法是合一的，即在民法中規定昔日商法的重要內容，不另外再有商法法典，則所謂私法，便只有民法與民事有關的特別法令而已。

近代的法學者幾乎都不滿意將法律強分為公法與私法二種，<sup>①</sup>因為一切法律都本是社會的規律，在同一的人類社會中，便根本不應有為公共利益或是為個人利益的區分，而應該都是為公共福利方才制定法律的。我們只須一檢閱各種法律的內容，幾乎全是為了公共福利而有所規定。向來說民法是私法，但民法中就有許多公益的條文，如法人解散後的贖餘財產，屬之法人住所所在地的地方自治團體，<sup>②</sup>無人承認的繼承，其遺產屬諸國庫，<sup>③</sup>均可以表現民法的公法化。故公法與私法的區別，並不是絕對可以成立的。

公法與私法的區分，雖非絕對可以成立，但民法與刑法之間，確是顯著有區別的。其一，刑法為強行法的性質，而民法中，則含有任意法的規定。其二，刑法的內容，屬於禁止規定的為多，而違反禁

止規定的，則予以某種制裁，使其生命、身體、或財產、感受痛苦或損失。民法的規定不一定均在於禁止的方面，而多半偏於人類行為的一種準則方面。違背民法規定，致侵害了他人的權利，制裁方法只是命令加害人付予被害人損害賠償金，或是命令加害人負回復原狀的責任。其三，在刑法上，凡法無明文者，不為罪；但民法既為人類行為的準則，以人事的紛繁，法律條文勢難包羅淨盡，不免有遺漏的地方，即不能以法無明文而置諸不理，故民法規定：「民事，法律所未規定者，依習慣，無習慣者，依法理。」<sup>10</sup>又，民法并得許為類推適用，務求人類的一切行為，均得有準則可以依據。其四，現代刑法的趨勢，日漸由注重犯罪的結果趨向於注重犯人的動機、性格、與環境，是為由客觀主義趨向於主觀主義；而民法的趨勢，則日漸由注重當事人的過失趨向於侵權行為的結果與所生的損失，故加害人即無過失亦須負賠償責任，是為由主觀主義趨向於客觀主義。這些都是民法與刑法相差異的地方。

三 主法與助法 法律有二個要素，第一是關於權利義務的存否及其性質範圍的規定，這稱做主法，又稱做實體法。第二是關於行使權利及履行義務的手續的規定，這稱做助法，又稱做手續法，或是程序法，如刑法上規定：「公務員不盡其應盡之責，而委棄守地者，處死刑，無期徒刑，或十

年以上有期徒刑」，「這個條文，只不過規定罪情和刑罰的實體，究竟這有這種的事實發生，則如何拘捕起訴審問以至於判決執行，應行經過如何的手續，尚須另有待於刑事訴訟法的明文，故刑法爲主法，刑事訴訟法爲助法，民法與民事訴訟法的關係也是如此。

四 普通法與特別法 凡法律之施行於全國領域，適用於國民全體，以及關於一般事項的，稱做普通法，否則稱做特別法。民法是規定各人日常生活所發生的法律關係的，故爲普通法，而公民法，票據法，海商法，保險法等，僅係關於特定事項的法律，故爲民法的特別法。就二者的效力而言，則特別法的適用優先於普通法。

五 強行法與任意法 凡法律的規定，不問個人的意思若何，都須絕對遵守的，稱做強行法。強行法的內容或是命令爲何種行爲，或是禁止爲何種行爲，如憲法，刑法，以及有關於國家財政的法規都是。任意法是可以由當事人的意思合意變更的，如民法債篇所規定的大都是任意法，准許當事人締結與法律規定相違反的契約，凡法律條文之下，有「但當事人另有約定者，不在此限」的字樣，即係表示其爲任意法的性質。

六 國際法與國內法 國際法與國內法的區別，頗難有一個確切的定義，有人說法律的效

力僅及於一國國內的，爲國內法，否則爲國際法，但國際法既非爲一國所制定而效力及於國外，而在國內法中，亦往往有效力及於國外的存在，如依國際私法制度而須適用外國法律是。有人說，國際法是規定國家與國家間的關係的，亦即國際法是以國家爲主體，而國內法則規定一國國家與其人民的關係，故國內法係以人民爲主體，此說較前說似較可取。

在國際法中，本有國際公法與國際私法二種名詞，但按之實際，國際法只有一種，並無公私可分。而現在所稱爲國際私法的，實在是國內法，而非國際法。因爲現在所稱爲國際私法的，係各國各自制定選擇外國法律以爲適用的標準，並非各國間有一共同的規則，其效力又只及於制定之國內，而不能及於另一國。

就最近的趨勢說，國際法與國內法之間，有很重要的四種關係，前二種屬於事實方面，後二種屬於法理方面。這四種關係是：一、國際法與國內法的相互影響，如對於領土移轉的規則，國際法即受羅馬法的影響，而歐戰後各國新憲法，亦將國際法的原則訂入條文。二、國際法與國內法的相互補充，如二者的適用，彼此常須互相準據以確定某項名詞或事實的定義。三、國際法在執行上，對於國內法的依賴，如國際法賦予外交代表以治外法權，即須有國內的相當法律，免除外交代表受

所在國法權的管轄，禁止法庭受理控告外交代表案件，則國際法的規定，方得以完全實現。國內法在立法上所受國際法的限制，如國際法禁止海盜，并予海盜以一定的定義，則國內法即不能為容許海盜或將海盜定義為擴充的規定。

七 固有法與繼受法 法律是隨政治組織而發達的。世界上政治組織的種類數目甚多，而各組織的歷史地理習慣種種不同，所以各自的法律系統，也有區別。其一國以固有的系統所制定的法律，稱做固有法，採取了他系統的法律或立法精神以為本國法律的，稱做繼受法。我國自有史以迄滿清光緒二十八年，當可以說是固有法的時期；自那一年以後，改採歐洲大陸的立法，修訂法律，便入於繼受法的時期了。其實，我國的固有法，是世界最早的法律。我國民族開化既先，而關於法律的觀念，也認識獨早。現在大家說法律是指公平與正直的規則，這在我國，可以說早有了這種觀念了。只要看「法」字的構成，便可以知道。「法」字本寫作「灋」，後來簡寫了纔作「法」。「灋」字的左旁是「水」字，所謂平之如水，水的流向是最公平的，現在測量用的標準，稱做水平。故水字即係代表公平的觀念。「法」字的右旁是「廌」字與「去」字，廌是古代的一種獨角獸，牠能觸不直者去之，這就是象徵正直的觀念。至於法律的律字，則係因為古人凡以竹為器皆名

曰律，將關於公平、正直的規則，書於竹簡之上，也就稱爲律了。計自先秦以迄兩漢，我國的法律、法典、法制，及法學思想，均甚爲發達，而且見地極遠，迄今尙能與最近的各國立法相適應，不能不說是我國文化上的一種光彩。但可惜這種光彩，自漢朝以後，即逐漸晦黯。在立法方面，自蕭何將民事與刑事，一併訂成了一種「九章之律」，從此歷朝法典，均不能再保持固有的民法與刑法的區分，民事訴訟與刑事訴訟的區分，而一概盡行混淆，甚至以刑事制裁的方法，用於個人與個人間的民事關係。再自從漢儒誤以爲「禮」「法」係屬絕對對立，崇儒家，講禮治，一方面對於素以法家著名的韓非子等書籍，認爲不足爲思想的體系，加以罷黜。另一方面士大夫階級遂不屑再談法律，法官的史事往往編入史書中的酷吏列傳，先予讀者以惡劣的印象，以致讀書人除非萬不得已，不習法律。法律不成爲正式的學問，只能由幕僚收徒教授。從酷吏與幕僚中，怎能再發揮法律的光彩呢？中國法系從此遂一蹶不振。而近年更因受世界潮流的激盪，與列國以採用外國法制爲撤廢在華領事裁判權的條件，我國復竭力改用繼受法，模仿歐陸法制，又不免有與社會情形扞格，與人民感情不相調節的地方。近來頗有人從事重光中國固有法系的工作，復興之日，當不在遠。

① 中華民國刑法（以下簡稱刑法）第五七條。② 此為無過失損害賠償責任，如我國勞工法及工廠法上的規定是。③ 如與已成年女子而未結婚者通姦，刑法上即無制裁的明文。④ 中華民國訓政時期約法第一一條。⑤ 中華民國訓政時期約法第五〇條。⑥ 中華民國民法（以下簡稱民法）第一一二八條。⑦ 中華民國訓政時期約法第一二條至第一五條。⑧ 民法第七七四條至第八〇〇條。⑨ 近代法國法學者狄爾，德國法學者凱爾遜都否認公法與私法的區別。⑩ 民法第四四條。⑪ 民法第一一八五條。⑫ 民法第一條。⑬ 刑法第一二〇條。⑭ 以國際法規訂入憲法，而承認其在國內的立場，始於戰後德國的憲法，德憲謂：「已公認之國際法上各法規，得視為德意志聯邦法律，有制裁力。於是愛斯多尼、奧、利、均仿之而有同一的條文，西班牙憲法，更謂西班牙將國際法通例，編入現行法而遵守之。」⑮ 我國近代正法修訂法律，始於清光緒二十八年，是年四月初六日上諭說：「……現在通商交涉，事務繁多，著派沈家本、伍廷芳將一切現行律例，按照交涉情形，參酌各國法律，悉心考訂，妥為擬議，務期中外通行，有裨治理，俟修定呈覽，候旨頒行。」⑯ 參閱政治評論（南京石鼓路一九號政治評論社出版）第一五六號阮毅成著怎樣建設中國本位的法律。

【問題】

- 一 爲什麼法律是社會的規律？
- 二 法律與道德的區別，有那幾點？
- 三 法律的意義應當是什麼？
- 四 法律是應當怎樣隨社會的變化而變化？
- 五 什麼是決定法律良窳的標準？
- 六 法律共可以分爲若干種類？
- 七 民法與刑法，有些什麼差異的地方？
- 八 國際法與國內法的關係怎樣？
- 九 我國是在什麼時候，改入於繼受法的時期的？
- 一〇 我國民族對於法律的觀念，最早有如何的認識？
- 一一 中國法系，何以自漢而後一蹶不振？近年何以又有將其重光復興的必要？

## 第二章 組成法律之各種資料

法律既是社會的規律，而成文的法典法規，又只爲法律的一種，足見法律的組成，實有若干不同的資料。關於本章的研究，通常稱爲法律的淵源。但法律的淵源一詞，意義頗爲含混，可以說有三種解釋：第一是指法律的效力所從出，換言之，即指那最上的權力，爲法律所從而受得其效力的，這就是法律據以發達的政治組織了。第二是指法律演進的經過，窮源溯本，爲歷史的探討，這是屬於法制史的研究範圍。第三就是指法律的資料的所在，也就是說我們所由識得法律的地方。因爲法律的淵源一詞，可以有這樣三種不同的解釋，故爲免除含混起見，直截了當用組成法律的各種資料，爲本章的標題。

組成法律的各種資料，可以列舉爲八種：一、成文法，二、習慣，三、法理，四、判例，五、解釋，六、學說，七、外國法，八、條約。現在依次說明如左：

一 成文法 成文法的要素有二：第一是由一國依其憲法掌有立法權的機關制定的，所謂立法機關，並非一定指近代的民選議會而言，凡依一國的根本組織法，係掌有立法權的機關所制定的，都是成文法。我國現在的立法機關是國民政府立法院，但立法院又係直接對中央政治委員會負責。故中央政治委員會可以先制定立法原則，而後再交立法院起草條文；而立法院所議決的法律，中央政治委員會亦可以交回覆議。

成文法的第二個要素，是集合了一個或數個的文書法典，這在成文憲法與不成文憲法的區別中，最能顯明地表現。如英國的憲法，通常是稱爲不成文的，並不是說英國的憲法純粹爲習慣，從未文字的記載；只是因爲關係英國國家統治組織的各種規定，並沒有集合爲一個或數個有系統的法典。英國一六二八年的權利請願書 (Petition of Rights)，是一種有關國家根本組織規定的文件，但並未與其他文件，如一九一一年的議會法 (Parliament Act)，合成爲一部有系統的法典，故即爲不成文憲法。所以法律只是有文字的記載，尙不足以稱爲成文法，并須曾集合爲一個或數個的文書法典，方能稱爲成文法。

二 習慣 在非制定法中，歷史上海最早的資料要算是習慣。在人類社會的初期，習慣的地位，

較制定的成文法爲更重要，但自近代成文法方式風靡之後，習慣已不復再如昔日之有權威，即如英國雖向以不成文法著名，然其中亦係以出自判例的爲多，而真正出於習慣的，仍屬比較爲小部份。

習慣與習慣法不同，在瑞士各部，向有習慣法的名詞，那確係有一種成文的習慣法存在的，此項法律的來源雖則本於習慣，而其形式固仍爲成文的。至於一般國家的所謂習慣，則係指合於一定標準，滿足一定條件而予以法律效力的某種人類行爲而言。此項標準與條件，雖則各國所採取的不同，但歸納之可得爲六種：其一，某種習慣要得到國家承認，成爲法律的資料之一，具有法律的效力，必須該項習慣是合理的。我國民法於承認習慣的效力之後，隨即聲明：「民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者爲限。」其二，該項習慣必須爲確定的，如係曖昧不定的習慣，就不能承認其有法律的效力。其三，該項習慣必須爲繼續的，人類的某種行爲之所以能稱爲習慣，以於同一期間內，就同一事項，反復爲同一行爲爲要素。偶一爲之的行爲，固不能稱爲習慣，效用中斷的習慣，也不能再有法律的效力。其四，該項習慣必須爲公認的，即人人有確信以爲法律之心。其五，該項習慣必須爲長期的，即須成立以來，已經過相當的長期間。但英國法只對於限在一地域的

習慣，須有長期間的存在，而對於通行全國的習慣，則不以長期爲要件。其六，該項習慣須爲國家明示或默示所承認，如國家未予承認，自不能爲國家的法律資料之一。

凡合於上述六種標準與條件的習慣，方得有法律的效力，否則只是一種社會所通行的事實，司法官即無當然適用的義務。惟習慣雖以於一定期間內就同一事項，反復爲同一行爲爲要素，但具備這要素的，尙另有個人的嗜好與社會的風俗。嗜好與風俗雖亦係就同一事項反復爲之，但其本身從未得國家明示或默示承認付與以法的效力，故即不能與習慣同爲法律的資料之一。至於習慣的成立，則大都如荒地上的小徑，先由少數人無意識的在荒地上步行，其後大家逐漸追隨着他們的足跡經過。久而久之，便成了一條極自然的小徑，再久而久之，便又由小徑擴展而成爲大路。如若一定要問最初步行的爲誰，是無法答覆的，而且最初步行的人，確也沒有想到後來會發生這樣大的影響的。所以，習慣非任何人所能故意創造的。

在以不成文法爲法律的主要資料國家中，習慣的效力固屬甚強，但卽在以成文法爲法律主要資料的國家，習慣的效力亦可分爲二種：其一，習慣有補充的效力，如我國民法謂：「民事，法律所未規定者，依習慣」，則凡法無明文的時候，均可以習慣補充之，俾得適用。其二，習慣，於法律有特別

明文規定的時候也更可以有優越的效力，如我國民法上每每謂：「但交易上另有習慣者依其習慣」，或是：「如商業上另有習慣者，不適用之」。則習慣的效力，便優越於成文的法律。又如美國與法國的憲法本未明示地禁止總統連任，或連任至二次以上，但美國自華盛頓，法國自羅培特及法立耳，宣言不連任以後，一則從無連任至二次以上，一則也迄今少有任滿再連任者，而成爲一種憲法上的習慣，效力反在憲法的條文以上。

三 法理 我國民法謂「無習慣者依法理」。而有的國家則稱爲條理。條理是事物自然之理，法理則爲法律通常的原理。如歷來辦案的成例及法律的一般原理原則都是。法理既可於無成文法又無習慣的時候，爲民事所依據，自亦爲組成法律的資料之一種。

四 判例 成文法國家以立法機關所制定的法典爲法律主要資料；而在不成文法國家，則以判例爲主要資料。法典係立法機關所制定，判例係司法機關所頒給，二者同出於國家的正式機關，而其不同的地方，則在一係出諸依一國憲法本掌有立法權的機關，而一則係出於本只執行法律或適用法律的法院。故成文法在任何國家中均認爲係組成法律的資料，而判例則在若干國家中，不承認其有法律的效力。

以判例爲法律主要資料的，首推英美。考英國法官之引用成案，始於十三世紀。其初不過備訴訟上的參考，從違與否，仍一任法官的自由裁量，繼而成案日多，引用日廣，遂發生二種拘束力：其一，凡與成案相同或類似的案件，各級法院均應遵守其各該法院本院的判例；其二，凡與成案相同或類似的案件，下級法院應遵守同級或上級法院的判例。我國昔日法律向重例案，清季改革法制，雖係採歐洲大陸立法以資借鏡，但迄至國民政府成立後，民刑法方始完全公布，其間既無成文法可以依據，前大理院及最高法院乃一採取法例著爲判例，以憑示各級法院以一種準繩。卽在今日已有成文法典，但成文法條文於立法時既不能不求其簡單，缺漏或又有所不免，法官遇有事實問題，衡情酌斷，著爲判例，亦未始對於以後有相同或類似訴訟的時候，不無資助。又如法國拿破崙法典係一八〇四年頒布，迄未經過修改，此一百餘年中，便完全藉判例的力量，以適應社會的變更與需要。故明顯確定乃成文法的長處，而縝密應變乃判例的長處。

五 解釋 法律的解釋，不獨爲闡明法律意義的方法，抑且可以補成文法的不足。蓋立法者無論若何規定詳備，但當法律於實用的時候，總不免有疑義發生。況且社會的變動往往較法律爲速，如不有所解釋，則勢將無所依據而不能適應社會。我國現在任解釋法律之責的爲司法院，最高

法院並無解釋法律之權，凡各級機關如遇有法律的疑義，均得請求司法院爲之解釋。但在請求解釋的時候，以抽象的問題爲限。如以具體事實爲解釋的請求，是不准許的。

六 學說 從前羅馬大法學家保盧斯 (Paulus) 曾說：「適於真理的學說，就可視爲法律」。這話固未免言之過甚。但學說可以爲法律的資料，歷史上卻不乏其例。例如我國從前的四書五經，是由國家明示了有法律的效力的，如羅馬當時有五家學說，是經國家指定了有解釋法律的效力的。又如荷蘭格羅秀斯 (Hugo Grotius) 所著的和平與戰爭的法律 (De Jure Belli ac Pacis) 便成爲現在國際法的淵源。我國現在以黨治國，一切法律自不能與三民主義相違背。凡總理的一切遺教，應當都有法律上的拘束力的。

七 外國法 在繼受法的國家，往往以外國法爲他的法律。從前德國以羅馬法爲他的國內法，比利時以法國的拿破崙法典爲他的國內法，歐戰以後，法國以德國法在阿爾薩斯勞倫兩州繼續施行。這是指明確以外國法爲國內法而全部適用的。還有，在一切的國家中，因爲國際私法制度的規定，須適用外國法的，如我國法律適用條例謂：「婚姻之效力，依夫之本國法」。這就須視丈夫的國籍，變更法官所適用的法律。

八 條約 一國與他國所締結的條約，亦與其他的法律資料一樣，有法律的拘束力。如我國與外國所締結的條約，不許外國人在中國有不動產所有權，則凡中國人私自將不動產售與外國人者，該項買賣即為無效。但如條約與國內的成文法不相符合，原則上應以條約的效力為優。若條約批准在後，或與成文法頒布之日相同，可以適用後法優於前法的原則，自無問題。但若條約的批准在成文法律頒布之前，就不能適用這個原則，故須由司法行政部將二者相牴觸的各點，隨時呈明國民政府司法院，予以核定。

### 【註釋】

- ① 民法第二條。 ② 民法第六八條，第二〇七條，第三一四條，第三七二條，第四二九條，第四三九條，第五三七條，第五七〇條，第五七九條，第五九二條，第六三二條，第七七六條，第七七八條，第七八五條，第七八六條，第七九〇條，第七九三條，第八〇條，第八三四條，第八三六條，第八三八條，第八四六條，第九一五條。共二十三例。 ③ E. Loubet & A. Falloux. ④ 如奧國民法第一二條，規定：「判例，不得作為有法律之效力。」 ⑤ Jenks: A Book of English Law. ⑥ 國民政府司法院統一解釋法令及變更判例規則第三條第二項。 ⑦ 此五家為 Papiantus, Ulpianus, Gaius, Paulus, Modestinus. ⑧ 我國法律適用條例，尚係民國七年八月五日，由北京政府以教令公布。其第十條，規定：「婚姻之效

## 【問題】

- 一 通常所謂法律的淵源，共可以有幾種解釋？
- 二 成文法的要素是些什麼？
- 三 習慣要如何方能具有法律的效力？
- 四 判例的拘束力如何？我國爲什麼也採用判例？
- 五 條約如與成文法相抵觸，應以何者的效力爲優？

## 第三章 權利主體與客體

### 第一節 權利之意義及種類

人類社會最早的法律，都只使個人擔負義務而不賜與權利。漸進，始覺因他人擔負義務所得到的好處，較諸義務本身，實為重要，於是權利觀念，遂從此好處之中而發生。權利亦始為法律所重視。我國在改行新法律以前，亦只有義務觀念，而無權利觀念。在固有的名詞之中，與義務的觀念相近者，厥為「分」字。「分」字的意義，是一人因其地位而各有本分，為其限制，或為不當逾越的界限。故有人說：「分」之為言，位也。如「名分」，「職分」，「本分」，「應分」等名詞，都在表示道德上或法律上義務的觀念。至於與權利相近似的名詞，不但我國固有的法律中沒有，即經史俗諺中，亦未嘗見。現行法律所用權利一詞，係自外國輸入，蓋連合「權力」與「利益」二意所構成的。要了解權利的意義，可從兩方面去看：一是權利的內容方面，則權利為法律上的特定利益；二

是權利的外形方面。則權利爲法律上的力。蓋人類的目的，在求生存。欲求生存，即不能不取得適應於其生存的事物。人類與事物間所生的關係，皆爲利益。但利益之有否，係事實問題，無法律亦可以有利益存在，有法律亦不能將一切利益，盡加保護。法律所保護者，只在保持人類生存所需要的目標之下，禁止事物使用的衝突，防止無用的消耗。然人類的需要，日漸增多，法律必須選擇保護何種利益，不保護何種利益。選擇之時，務必衡量或折衷相衝突的利益，以犧牲最少的利益，來保持最多的利益。所有事實上利益經此選擇而爲法律所保護，乃成爲法律上的特定利益。故權利與利益的關係有二：一是利益乃權利構成的內容，二是權利乃保護利益的方法。而法律又因充實其所保護的利益，不能不付與一種之力，是即爲法律上的力。因此，權利的定義，應解爲特定人格者關於特定利益所有法律上的力。

權利，得因觀察的標準不同，分爲各種種類。其一，如以權利的客體爲標準而分類，則可分爲人身權及財產權。凡存於自己或他人身體上的，稱爲人身權。凡存於有經濟價值的物上的，稱爲財產權。人身權又可分爲人格權與身分權二種。人格權是存於權利人自己身上的權利，如生命權、身體權、自由權、姓名權，及名譽權，皆包括在內。身分權是存於有一定身分關係的人身上的權利，如家長

權、親權、婚姻權、監護權、及繼承權，皆包括在內。就此數種權利而觀，以人格權為最重要。蓋人格權係與人的人格不可分離，如不特別加以保護，則所有其他權利，即無法可以保持。要保護人格權，就須一方面由法律將有關人格權完全與否的權利能力或行為能力，禁止拋棄，<sup>①</sup>另一方面由法律規定兩種保護的方法：一係就人格權的全部而言，所有一人的人格權如受了侵害，均得請求法院除去其侵害。并於法律有特別規定的情形，得請求損害賠償或慰撫金。<sup>②</sup>二係專就人格權中的自由權及姓名權而言。自由權也是不得拋棄的，即使在必要的時候，以人自己的意思限制自由，也不能有背於公共秩序與善良風俗。<sup>③</sup>如人自己願賣身為奴，便係有背於公共秩序與善良風俗，為法律所禁止。姓名權如受了侵害，亦得請求法院除去其侵害，并得請求損害賠償。<sup>④</sup>

財產權又可分為債權、物權、準物權、及智能財產權。債權是存於他人之行為上的權利，如金錢的借貸，物品的買賣是。物權是直接存於物上的權利，如土地的所有權是。準物權是存於一定權利上的權利，如權利質權<sup>⑤</sup>是。智能財產權，是存於人之智能所產生的無體物上之權利，如著作權、專賣權、商標權及特許權是。

其二，如以權利的作用為標準而分類，則可分為支配權、請求權及形成權。支配權是直接支配

權利客體的權利。如人格權、身分權、物權、準物權及智能財產權均是支配權於支配作用外，同時有於自己的支配範圍內，禁止他人妨害的作用，這叫做禁止權。但禁止權不能離支配權而存在，故不能認為係一種獨立的權利。請求權，是要求他人作為或不作為的權利，又可分為絕對請求權與相對請求權兩種：絕對請求權是對於一般人的，其內容乃在要求不為一定的行為，如由物權或其他支配權所生的請求權是；相對請求權是對於特定人的，其內容或在請求為一定的行為，或不為一定的行為，如債權的內容是。形成權，是因一方的行為使某種權利發生變更或消滅的權利，其因一方行為使權利發生者，如對於無權代理的承認權<sup>①</sup>是。其使權利變更者，如選擇之債的選擇權<sup>②</sup>是。其使權利消滅者，如撤銷權<sup>③</sup>、抵銷權<sup>④</sup>、解除權<sup>⑤</sup>及繼承拋棄權<sup>⑥</sup>是。

其三，如以權利效力所及的範圍為標準而分類，則可分為絕對權及相對權。絕對權是對於世界上一般人請求其不作為的權利，故又稱對世權。舉凡人格權、身分權、物權、準物權及智能財產權皆為絕對權。凡有絕對權者，得請求一般人不得侵害其權利，而其特點，則在義務人的不確定，與權利本質在請求他人不作為。相對權是對於特定人請求其為一定作為的權，故又稱對人權，如債權是。凡有相對權者，不僅得請求特定人不得侵害其權利，并得請求其為該權利內容的行為（如債

權人得請求債務人償還債務），而其特點，則在義務人的確定，與權利本質在請求他人爲一定作爲。

其四，如以權利相互的關係爲標準而分類，則可分爲主權利及從權利。主權利是獨立存在的權利，從權利是以主權利存在爲前提的權利。從權利係對主權利而言，如留置權質權及抵押權之於債權，地役權之於需役地所有權，以及利息債權之於原本債權是。從權利既以主權利的存在爲前提，故若主權利移轉或消滅，從權利亦隨之移轉或消滅。

權利的意義與種類大致如此，但尙有應行注意的，卽權利的行使并非完全自由，若行濫用，則更須加以禁止。權利的行使，卽實現權利內容的行爲，法律本不能限制權利人行使權利，亦不能強制其非行使不可，故尙有「權利行使之自由」的原則。但法律有時爲社會的公益，亦不得不對於行使的自由，加以適當的干涉。或則直接限制權利的行使，如所有人，惟得於法令限制的範圍內，方得自由使用收益處分其所有物。是。或則間接強制權利的行使，如權利人不於消滅時效未成前行使其請求權，則其請求權趨於消滅。是。或則使權利人負擔行使的義務，如父母對於未成年之子女，有保護及教養之權利義務。是。或則明示行使權利的方法，如謂無論何種權利，均應依誠實及

信用的方法以爲行使。是凡此種種均足以證明權利的行使雖以自由爲原則，要亦非係完全自由，法律仍可加以干涉。

法律不獨可以干涉權利行使的自由，并須禁止權利的濫用。因爲權利乃係由法律分配一部份，社會利益於權利人，行使時雖不免使他人發生損害，要亦應注意避免。若再專以損害他人爲目的，則爲濫用權利，法律爲社會的公益計，自須加以禁止。民法第一四八條謂：「權利之行使，不得以損害他人爲目的。」即係此意。

## 第二節 自然人與法人

自然人與法人，均爲法律上的人格者，亦即均爲權利所附麗的主體。自然人之取得法律上的人格，祇須係屬人類的單純事實發生，而法人之取得人格，則須具備法律所預定的要件，此二者所不同之點。

法人本卽爲社會的一種組織體。此項組織體，得因組織基礎的不同，分爲社團法人與財團法人。前者以社員爲成立的基礎，後者則無須社員，而以捐助財產爲成立的基礎。在社團法人中，又得

因組織目的的不同，分爲營利社團與公益社團，前者以從事經濟行爲的事業并分配所得利益於各社員爲目的，後者則不以營利爲目的。

凡營利社團法人的成立，須依據特別法的規定，如公司依據公司法，銀行依據銀行法是。公益社團法人及財團法人的成立，則須先得主管官署的許可，如慈善團體，須得內政部的許可，文化團體，得教育部的許可。但無論係何種法人，在組織後，均須再向主管官署登記，方得正式成立。

法人乃無形的權利主體，故必須依其機關以爲活動，此與自然人必須依其耳目手足以爲活動，正屬相同。法人的機關有二：一爲社團法人所獨有的社員總會，二爲社團法人與財團法人所共有的董事。社員總會亦稱社員大會，乃社員全體所組織的最高與必要的社團決議機關。總會由董事召集，如有全體社員十分一以上的請求，表明會議目的及召集理由，請求召集時，董事須召集臨時總會，如董事受社員的請求後，一個月內不爲召集，則請求的社員，得經法院的許可，自行召集。社員總會的權限，法律所規定者有四：一爲章程的變更，但須有全體社員過半數的出席，出席社員四分之三以上的同意，或有全體社員三分之二以上的書面同意。二爲董事的任免，三爲董事職務執行的監督，四爲開除社員，但以有正當理由時爲限。

董事，則爲法人的常設機關，對外代表法人，對內執行職務。社團法人的董事，由社員總會任，免財團法人董事的任免，則由捐助章程中規定，如所定組織未臻於完全，法院得因利害關係人的聲請，爲必要的處分。董事對內職務之主要者：一爲登記的聲請，凡法人成立時的登記以及以後的補充登記，變更登記及消滅登記，均應由董事爲之。二爲財產目錄與社員名簿的編造，前者爲社團法人與財團法人所共有，後者則爲社團法人所獨有。三爲破產的聲請，凡法人財產不能清償債務時，董事應即向法院聲請破產，董事如因過失不爲此項聲請，致法人的債權人受有損害，須負損害賠償之責。

法人在存續期間中，須受主管官署的監督。監督的方法有二：一爲檢查其財產狀況，二爲監督其有無違反許可條件與其他法律上的規定。董事如不遵主管官署監督的命令，或妨礙檢查，得處以五百元以下之罰鍰。法人如違反許可條件，主管官署得撤銷其許可，因而法人趨於解散。又如法人經宣告破產，則其事業即無由繼續，法律上亦應爲解散。除此二種解散原因外，法院并得因主管官署、檢察官或利害關係人的請求，於法人的目的或其行爲，有違反法律，公共秩序或善良風俗時，將其宣告解散。至社團法人，則尙另有特殊的解散原因，即：一，隨時得以全體三分之二以上

之可決爲解散；<sup>11</sup>二、社團事業無從依章程所定進行時，法院得因利害關係人的聲請加以解散。

法人一經解散，人格卽行喪失，但於解散前已發生的法律關係，不能不有以結束，是謂清算。在清算時期中，由法院爲之監督。就清算必要範圍內，法人仍視爲存續。清算人或卽由董事爲之，但以章程或總會決議選任董事以外之人爲清算人，<sup>12</sup>亦無不可。如再不能決定時，則法院得因利害關係人的聲請，選任清算人，<sup>13</sup>清算人的職務有四：一、了結現務；二、收取債權；三、清償債務；四、將賸餘財產，移交於法人章程或總會決議所規定之應得者；如無此項應得之人，則移交於法人住所所在地（卽主事務所所在地）的地方自治團體。<sup>14</sup>

自然人及法人，既均爲權利的主體，自必有享有權利的資格，每一特定人的此項資格，法律上稱之爲權利能力。權利能力爲取得權利的基礎，實不但指享有權利的能力而言，卽負擔義務的能力，亦包括在內，故有人主張應改稱爲權義能力。但我國現行法律，原則上仍係權利本位的立法，故民法條文中，亦仍用權利能力一詞。關於權利能力的範圍，有四個基本的原則：

一 凡人皆有權利能力 在古代的時候，因爲有奴隸制度，法律不承認奴隸有權利能力。近代以人類平等主義的確立，奴隸制度業經廢止，故在法律之前，人人平等，皆有權利能力。此之所謂

人，且不獨指自然人而言，即爲社會的組織體之法人，亦有權利能力。

二 凡人當然有權利能力。人於出生之後，即當然取得權利能力，與已爲出生的登記與否無關。蓋出生登記，乃爲人事行政的手續，並非法律賦與以權利能力的條件。

三 權利能力以平等爲原則。人之權利能力，一律平等，不因性別、年齡、身分、種族、階級、宗教、國籍不同而有差別。但這只係指原則而言，各國對於外國人的權利能力，每有加以限制，而不與本國人完全平等的。

四 權利能力限於法律之範圍內。人之權利能力，惟限於法律之範圍內，始能享受。我國民法，對於法人會明文規定：「法人於法令限制內，有享受權利負擔義務之能力。」對於自然人，雖無明文規定，似亦爲法理所當然。

但自然人及法人，雖均享有權利能力，而二者的始期與終期則不相同。自然人的權利能力，我國民法規定始於出生，終於死亡；法人的權利能力，則始於登記，而終於解散後清算之終了。

自然人的權利能力，始於出生。所謂出生，係指胎兒與母體完全分離，並於分離後尚係生存而言。胎兒如未與母體完全分離，在生理上即尚未獨立成爲一體，所以不能謂之出生。胎兒如雖與母

體完全分離，而分離後非係生存，則既非生存的人類而為死胎，仍不能享有權利能力。胎兒出生後如係生存，則不論其生存時間的長短，與夫有無生長發育的能力，以及具備常人的形狀與否，均享有權利能力，無任何例外。

人在未與母體分離以前，稱為胎兒，胎兒自受胎之時起，至出生完成前止，不能獨立生存，只係為母體的一部分。胎兒在出生後，固為權利能力的享有者，但在未出生前，法律上亦於某種條件內，賦與以權利能力。我國民法規定的條件為：「胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生。」<sup>1</sup>因為胎兒遲早終須出生，直接保護胎兒，即係間接保護將來出生的人類。

自然人的權利能力，終於死亡。所謂死亡，指自然的死亡而言，以呼吸完全斷絕之時為準。我國昔日法制，每認人死亡後仍有人格的存在，如追贈官爵或戮屍的辦法是。他國法律，又有於人死亡前停止其權利能力一部份的規定，如羅馬法的人格減等制度<sup>2</sup>是。我國現行民法，特別定明自然人的權利能力終於死亡，則人於死亡後既無人格的繼續存在，而死亡前亦不能將其權利能力，先為部份的停止。

除自然的死亡外，法律上尚有一種死亡宣告制度。死亡宣告，即失蹤人失蹤後，生死不明，經過

了一定的期間，法院因利害關係人的聲請對之宣告其爲死亡。這個制度的實益，即在有便於失蹤人的身分及財產關係，得以結束。

所謂失蹤，係指離開其向來的住所或居所而言。所謂生死不明，係謂其生既不明，死亦不明。所謂一定的期間，則在一般的人爲十年，在七十歲以上的失蹤人爲五年，在遭遇特別災難而失蹤的爲三年。前二者以最後音信之日爲起算點，後者則以遭遇災難之日爲起算點。所謂利害關係人，係指因失蹤人的生死，而有法律上利害關係的人而言，如失蹤人的配偶、繼承人、法定代理人、財產管理人、債權人、受遺贈人及人壽保險金受領人均是。

死亡宣告的效力，只在推定其爲死亡，故如受宣告的人在一地失蹤，在他地實仍係生存，則在一地雖已受死亡宣告，而在他地固仍享有權利能力，不受影響。而日後仍返至本地時，新法律關係即可有效成立，以前的法律關係，只須由法院將死亡的宣告撤銷，亦可以恢復。

### 第三節 物與物權

在本章第一節中，曾述及權利的意義，爲特定人格者關於特定利益所有法律上的力，是則無

論何種權利，莫不以一定利益爲其內容。爲構成此內容，是必又有一定的對象。此項對象，即所謂權利的客體。何者爲權利的客體，應依權利的種類不同而不同，即人格權的客體，爲其權利人自身；身分權的客體，爲其具有一定身分關係之他人；智能財產權的客體，爲其精神的產出的無體物；債權的客體，爲特定人對於特定人的請求之一定行爲；而物權的客體則爲物。

什麼叫做物？法律學上的定義與物理學上的定義不同。在物理學上，舉凡宇宙之內，有形有體或無形無體，均莫不可稱之爲物；而在法律學上，則所謂物，僅指得觸覺的有體物而言。有體非必有形，只須占有一定的空間，即爲有體，故煤氣亦爲法律上的物。又在物理學上，舉凡宇宙之內，無論爲吾人所能支配與否，均莫不爲物；而在法律學上，則又專指吾人所能支配者而言，如海洋，空氣，日光，非吾人所能支配，即非法律上之物。但科學逐漸進步，吾人所能支配之物的範圍亦日益擴大，如天然力中的電，現已爲吾人支配能力所及，即已成爲法律上之物了。

法律上的所謂物，不包括吾人的身體在內。蓋吾人的身體爲人格所附屬，既已爲權利的主體，自不能再爲權利的客體。但人身體的各部份若已脫離身體，如毛髮齒牙等，自己可目之爲物，而原非吾人身體的部份，僅以有助於身體某部份的效用者，亦仍爲物，如眼鏡等，是惟如原爲物而連接

於身體，可認爲身體的一部份時，如假齒假足等，則不能再認之爲物。

我國民法，將物分爲不動產與動產，主物與從物，原物與孳息三類。不動產係指土地及其定着物而言，所謂土地，係指地球的一部，不但包括地表地空，亦復包括地上。故民法明定土地所有權，除法令有限制外，於其行使有利益之範圍內，及於土地之上下。所謂土地的定着物，即物與土地爲物理的結合，既不容易分離，又未構成爲土地的一部份，如房屋及其他建築物與溝渠墻垣及其他工作物是。至於不動產的出產物，如尙未分離，爲該不動產的部份，如已分離，則已成爲動產。凡在上述不動產範圍以外之物，法律上均認之爲動產。動產的特徵，在能不經毀損而能依自力或他力變更其所在地。

不動產與動產區別的實益，在民法上可以從幾點表現出來：其一，有交付不動產義務的債務人，於債權人遲延後，得拋棄其占有，但須預先通知債權人。其二，以不動產爲租賃物者，因其價格之升降，當事人得聲請法院，增減租金。其三，受委任人本得爲委任人爲一切法律行爲，但於不動產的出賣，設定負擔，或爲二年以上之租賃，須有委任人的特別授權。其四，經理人除有書面之授權外，對於不動產不得賣買，或設定負擔。其五，不動產的取得，設定，喪失，及變更，應以書面爲之。

且非經登記，不生效力。而動產的讓與，則不一定須用書面，且只須交付，即生效力，亦無庸登記。其六，不動產的取得時效，較之動產的取得時效為長。其七，動產可以設定質權及留置權，而不動產則可設定典權及抵押權。其八，占有物被侵奪時，如係不動產，占有人得於侵奪後，即時排除加害人而取回之。如係動產，占有人得就地或追蹤向加害人取回之。其九，監護人對於受監護人的不動產為處分時，應得親屬會議的允許；至於動產，則無此項限制。

主物係指具有獨立的效用的物，從物係指處於從屬地位但補助他物效用的物。前者如電燈是，後者如電燈的燈罩是。我國民法規定，從物須非為主物的成分，與主物間有主從的關係，并須常助主物的效用，而與主物同屬於一人。凡對於主物的處分，法律上明定其皆及於從物。

原物係指產生收益的物或權利，所產生的收益則稱為孳息。孳息有天然孳息與法定孳息二種：天然孳息係依物之用法所收穫的出產物，如樹木的果實、動物的乳糞、礦山的礦物是。法定孳息係因法律關係所得的收益，如利息、租金是。凡有收取天然孳息權利的人，在其權利存續期間內，取得與原物分離的孳息。至有收取法定孳息權利的人，則按其權利存續期間的日數，取得其孳息。

凡直接支配物的權利，稱爲物權。物權中之總括的支配其標的物者，稱爲所有權；特定的支配其標的物者，稱爲限制物權。所有權的本質，從羅馬法以來，向稱爲有四種最重要的內容：

一 所有權的絕對性 所有權以個人私有財產制度爲基礎，而人權宣言及拿破崙法典所昭示的所有權觀念，亦均充分表現其爲個人主義的。個人對於所有的物，具有神聖不可侵犯的權利，而又得以絕對的方法，收益及處分其物。國家即爲公用的目的，而徵收個人的所有物，亦必須具備法定的條件，並支付相當的償金。

二 所有權的排他性 個人主義下的所有權，含有絕對排斥他人干涉的特質。所有者以外的人，無論有損害於所有權與否，均不能絲毫干與。在物理學上，同一空間，不能同時容納有二個物體；在所有權方面，也是同一物上，只能有一個所有權，既只能有一個，便當然是排他的了。所以「所有權之上不能更有所有權」，乃成爲法律上的名言。

三 所有權的永久性 所有權是有永久性的，不附任何期限，也不因時效的經過而消滅。所有人可以隨時處分其所有物，不但在生前爲之，在法律上爲有效，即以遺囑爲死後的處分，亦屬有效。除去所有物本身是毀滅了，其餘無論如何，所有權總是永久存在於物之上。

四 所有權的完全支配力 所有權與其他限制物權的區別，即在所有權係屬有完全支配力的。完全支配力包括三種支配的方法，就是：「使用，收益，處分」，其中尤以處分爲最重要。所有人得自由使用他的所有物，自由從他的所有物收取利益，如天然的或法定的孳息等；又得自由處分他的所有物，任何人不能干預到他支配的方法與目的，所以稱做完全的支配力。

這種個人主義的所有權觀念，在最近的法律方面，已逐漸感受到搖動。這種搖動是因爲社會主義的興起。在經濟的社會主義學者中，大部份都否認所有權觀念的存在，主張根本消滅所有權。但在主張法律的社會化的學者，只不過是要求將所有權加以限制。這一派的代表人物，最好是舉法國近代的法學大師狄驥。

狄驥提倡一種新的財產觀念。他說：自由，權利，均是人類相依相扶，圖社會的共存，方受法律的保護；並非單爲個人的利益而存在的。所以所有權要受法律的保護，必須是爲了滿足公共的需要，所有者因之在所有物上，並無絕對的排他的權利，不得棄置所有物，不加利用；不得以行使所有權爲名，爲於己無利於人有損的行爲；而所有人又且須於所有物上，積極的負一定義務。

這一種新的財產觀念，不但在理論方面使個人主義的所有權觀念發生搖動，並且在立法方

確已在各國發生影響。先就所有權的絕對性而論，我國民法即已加上了須在法令之制限內的明文，以示所有人於行使所有權時，須嚴守法令限制的範圍。所謂法令的限制，如訓政時期約法規定人民財產的所有權的行使，須在不妨害公共利益的範圍內，方受法律的保障，即是一例。次就所有權的排他性而論，我國民法也已規定土地所有權，於其行使有利益的範圍內，及於土地之上下，如他人之干涉，無礙其所有權的行使，即不得排除。再就所有權的永久性而論，我國民法規定所有人的動產及未登記的不動產，得因他人以占有的意思，於若干年間和平公然占有後，即取得該項動產及不動產的所有權，而原所有權人的所有權，遂因而歸於銷滅。最後就所有權的完全支配力而論，我國最近由國民政府公布的憲法草案，規定：「土地所有權人，對於其所有土地，負充分使用之義務。」此係於所有權的使用權中，增加其義務性。又規定：「附着於土地之礦及經濟上可供公眾利用之天然力，屬於國家所有，不因人民取得土地所有權而受影響。」「土地價值非因施以勞力資本而增加者，應以徵收土地增值稅方法，收歸人民公共享受。」此係於所有權的收益權所加的限制。雖則將來的所有權觀念，更將如何變更，須視社會的經濟組織為依據，但我國既已確定以民生主義為社會經濟制度的基礎，則關於所有權的觀念，自必日趨於社會化。

而逐漸將昔日個人主義的所有權觀念，爲滿足公共的需要而加以限制，是無可疑義的。

所有權的取得，與一切權利的取得一般，可以分爲原始的取得及繼受的取得二種。原始的取得，是非基於他人的權利，而獨立的取得權利。這其中又有取得時效、先占、遺失物的拾得、埋藏物的發見、附合、混合、加工、各種情形。

一 取得時效 所有權的取得時效，即是在一定期間之內，以「所有」的意思，和平地并且公然地占有他人所有物的一種事實。法律之所以要規定取得時效，便是因爲尊重這一種事實，而使占有人就取得占有物的所有權。占有的期間因係動產或係不動產而不同，占有他人的動產須經過五年，占有他人的不動產須經過二十年，如於占有之始即係善意並無過失，則只須十年。但被占有的不動產以未登記的爲限，如已登記，則爲維持登記的信用起見，法律自不能許他人得因占有而將其所有權取得。

二 先占 所有權的先占，只就動產而言。凡以「所有」的意思，占有無主的動產者，即取得其所有權。先占就是先行占得的意思，該項動產既爲無主物，則由最先占有的一人取得其所有權，自屬公允。

三 遺失物的拾得 遺失物指非因所有人的拋棄，又非因他人的奪取而偶然脫離其占有之物而言。凡拾得遺失物者，須通知所有人或報告警察官廳或自治機關，并爲招領的揭示。如所有人未於拾得後六個月內前來認領，則拾得人即取得該遺失物的所有權。其拾得漂流物或沉沒品者，亦同。

四 埋藏物的發見 埋藏物，指長久埋藏於人所難睹的處所，不知究屬何人所有之物而言。凡發見埋藏物而占有者，取得其所有權。但埋藏物係在他人所有的動產或不動產中發見者，該動產與不動產的所有人與發見人各取得埋藏物的一半。至於發見的埋藏物，如足供學術、藝術、考古或歷史的資料，則不能即由發見人取得所有權，須依據特別法律的規定辦理。

五 附合 附合有不動產的附合與動產的附合兩種。凡動產爲不動產的主要成分因而相合爲一體者，稱做不動產的附合。如房屋爲不動產，木材爲動產，今以木材爲房屋的棟樑、庭柱，則此項木材即與房屋合爲一體。不動產的附合，由不動產所有人取得附合物的所有權。凡動產與他人的動產相合爲一體，非毀損不能分離或分離需費過鉅者，稱做動產的附合。如紙爲動產，屏風亦爲動產，以紙裱於屏風，合爲一體，則爲附合。動產的附合物由各動產的所有人共有，如相附合的原物

中有可視為主物的，則由該主物所有人取得附合物的所有權。

六 混合 混合是分屬於各所有人的動產相合為一體，不能識別或雖能識別但需費過鉅。其以液體與液體相混合的，稱做混融，如以一人的酒與另一人的水相混合是。其以固體與固體相混合的，稱做混和，如以一人的米與另一人的米相混合是。凡混合物由各所有人共有，如相混合的原物中有可視為主物的，則由該主物所有人取得混合物的所有權。

七 加工 加工，是以人工使他人所有的動產變更形狀，如以絲織為綢緞，以色彩漆於用具，均是加工。凡加工物的所有權，屬於材料所有人。但如因加工所增的價值，顯逾材料的價值者，其加工物的所有權，則屬於加工人。

以上七種，都是所有權的原始取得。至於所有權的繼受取得，亦即係基於他人的所有權取得所有權，則有買賣，互易，贈與，繼承，遺贈等情形。

一 買賣 買賣是契約的一種，其內容是當事人約定出賣人將財產權移轉於買受人，而買受人支付價金於出賣人。買賣契約成立後，如係動產，須出賣人將物交付於買受人。如係不動產，尚須依法登記，而後買受人方取得所有權。

二 互易 互易也是契約的一種，其內容是當事人約定互相移轉金錢以外的財產權。但亦與買賣一樣，在動產須交付，在不動產須登記後，彼此方各取得互易物的所有權。

三 贈與 贈與是將自己的財產，無償地送給他人的契約，但須經他人承認，贈與方能生效。贈與生效後，受贈人即繼受贈與人而為該財產的所有人。

四 繼承 繼承是依法定的原因，使繼承人包括的繼受取得被繼承人的財產所有權。因係包括的繼受取得，故與買賣、交換、贈與之就各物分別的繼受取得不同。買賣、交換、贈與，係以一物為一個所有權，分別取得；而繼承則係將被繼承人所有的財產，包括的視為一體，概括取得。

五 遺贈 遺贈是遺贈人以遺囑，將其財產的一部份，特定指明於其死亡後贈與受遺贈人。受遺贈人非至遺贈人死亡時，該項財產，係確屬於遺贈人的所有權，不能取得，故亦為繼受的取得。所有權的原始取得與繼受取得之所以要加以區分，因為繼受的取得尚更有一個很重要的原則。原始取得既非基於他人的所有權，自不發生與他人的所有權範圍相同與否的問題，而繼受取得係基於他人的所有權，故有「無論何人不能將大於自己所有的權利移轉於他人」的原則。因為這項原則的樹立，是以原所有人所無的所有權，繼受人不能取得；反之，繼受人所繼受的所有

權，最多只能與被繼承人的所有權同一，或小於被繼承人的所有權。如有瑕疵或負擔，繼承人遂亦須繼承其瑕疵或負擔。

至於所有權的喪失，可分為相對的及絕對的二種。相對的喪失，即係一物與原來的所有人分離，而移屬於另一所有人，則凡以上所述各種取得的反面，皆為喪失。蓋一方面為取得，而在另一方面必為喪失，實無疑義。絕對的喪失，即係所有權本身客體的失其存在，如所有人將其所有物拋棄，或所有物因天災事變不可抗力而致於毀滅均是。

再，所有權的變更，則可分為三種：一是所有權主體的變更，其中有由一主體變更為另一主體的，如原屬於一人的所有權，因某種原始或繼承取得的情形而改屬於另一人。是有由一主體變更為數主體的，如數人共同繼承一人的財產所有權是。又有由數主體變更為一主體的，如二人共有一物所有權，而一人拋棄其應有部份，遂致完全屬於另一人獨有是。二是所有權客體的變更，如一人所有的房屋，因失火燒燬其一部份是。三是所有權內容的變更，如所有人將某項財產，為一特定人設定使用權或收益權是。

所有權是係屬有完全支配力的。所謂完全支配力，即所有人得自由使用收益並處分其所有

物假如這些自由不是完全的而是受有限制的便稱做限制物權。限制物權共分為地上權、永佃權、地役權、典權、抵押權、質權與留置權等七種，現在分別加以說明如左：

### 一 地上權

稱地上權者，謂以在他人土地上，有建築物或其他工作物，或竹木為目的而使用其土地之權。地上權與土地的租賃不同，土地租賃，法律上限定其契約期間，不得逾二十年，而地上權的存續期間，則無任何限制。如當事人亦曾定有存續期間，應以其期間為期間；如當事人未定有期間，又無特別習慣可資準據，法律許地上權人得隨時拋棄其權利，但須向土地所有人以意思表示為之而已。至有支付地租之訂定者，其地上權人拋棄權利時，應於一年前通知土地所有人。倘積欠地租已達二年的總額，土地所有人則得向地上權人，以意思表示，撤銷其地上權。地上權並無專屬權，故除契約另有訂定或另有習慣不許讓與者外，地上權人得於其權利存續期間內，讓與權利於他人，但不得變更權利的內容。地上權消滅時，地上權人得將地上的工作物或竹木自行取回，但應回復土地的原狀。俾土地所有人不致因工作物及竹木的取回而貶損其土地的價值。如土地所有人願以時價購買這些工作物及竹木，地上權人既不受損失，亦不得無故拒絕。

二 永佃權 永佃權是支付佃租，永久在他人土地上爲耕作或畜牧的權。永佃權的特質，在其存續期間係屬永久的，如設定時定有期限，則法律將其視爲租賃，而不視爲永佃權。

凡永佃權人於耕作或畜牧的範圍內，均有占有使用他人土地的權利，並得將永佃權讓與第三人，<sup>①</sup>但第三人須負債還永佃權人對於土地所有人的欠租額的責任。<sup>②</sup>一切永佃權的佃租，如因天災地變等不可抗力致收益減少或全無時，永佃權人得請求土地所有人減少或予以免除。<sup>③</sup>若永佃權人將土地出租於他人或積欠佃租達二年的總額，土地所有人得行撤佃。

三 地役權 地役權是以他人土地，供自己土地便宜之用之權。使用的目的，或在便於通行，或在便於眺望，或在便於引水，千差萬別，不必一致。地役權人因行使或維持其權利，得爲必要的行爲，但這些必要的行爲，須擇供役地損害最少的處所及方法爲之，<sup>④</sup>其維持費用，亦須由地役權人負擔。<sup>⑤</sup>至地役權無存續必要的時候，法院因供役地所有人的聲請，得宣告地役權消滅。<sup>⑥</sup>

四 抵押權 債權的擔保有共同擔保與特別擔保之別，特別擔保的方法又有對人擔保與物上擔保之別。物上擔保又稱擔保物權，其中以不動產爲擔保的，稱做抵押權，以動產爲擔保的，則稱質權。所以，抵押權是對於債務人或第三人不移轉占有而供擔保的不動產，得就其賣得價金

受清償的權抵押權所擔保的是原債權原利息遲延利息及實行抵押權的費用。

抵押權的效力，可從三方面觀察：一、從抵押權人與不動產所有人的關係觀察，不動產所有人毋須將抵押的不動產移轉占有，仍可以在該同一的不動產上，另設定地上權及其他權利，或將不動產分割或讓與他人，抵押權均不受影響。二、從抵押權人與其他抵押權人的關係觀察，則不動產所有人，可以因擔保數個債權，就同一不動產，設定數個抵押權，其次序以登記的先後決定。三、將來不動產賣得的價金，按各抵押權的次序分配；如次序相同，則平均分配。四、從抵押權人與第三人的關係觀察，凡第三人於抵押權設定前就從物取得的權利，不受抵押權的影響，而抵押權設定後，第三人取得所有權或其他限制物權，也不影響於抵押權人。

五、質權 質權有動產質權與權利質權的區別。動產質權是因擔保債權，占有由債務人或第三人移交的動產，得就其賣得價金，受清償的權。質權的設定，因移轉占有而生效力。這是與抵押權根本不同的地方。質權人既取得占有，故須以善良管理人的注意，保管質物。并對於自己財產同一的注意，收取質物所生的孳息，及為計算所收取的孳息，先抵應收取孳息的費用，次抵原債權的利息，次抵原債權。如原債權已屆清償期而未受清償，質權人得拍賣原物，但於拍

賣前，應通知出質人。§§

權利質權是以可讓與的債權及其他權利為質權的標的物。§§ 為質權標的物的權利，非經質權人的同意，出質人不得以法律行為，使其消滅或變更。§§

六 典權 典權是支付典價，占有他人不動產，而為使用收益的權。典權的約定期限不得逾三十年；逾三十年者縮短為三十年。如約定期限原不滿十五年，不得附有到期不贖即作絕賣的條款。§§ 如原未約定期間，出典人得隨時以原價贖回典物，但自出典後已經過三十年，典權人即取得典物所有權。§§ 不能回贖。

七 留置權 留置權是債權人占有屬於債務人的動產，於未受清償前將該物加以留置的權。§§ 債權人行使留置權，須債權已至清償期；債權的發生，與該動產有牽連的關係，而該動產又非由侵權行為而占有。債權人行使留置權後，須以善良管理人的注意，保管留置物。§§ 保管的必需要費用，得向物的所有人，請求償還。§§ 如債務人將來未能清償債務，則債權人得定六個月以上期限，通知債務人，聲明如不於期限內清償，即就其留置物拍賣取償或取得其所有權。§§

民法第一六條。民法第一八條。民法第一七條。民法第一九條。民法第九〇〇條以次。民法第一七〇條第一項。民法第二〇八條以次。民法第一一四條以次。民法第三三四條以次。民法第二五四條以次。民法第一一七四條以次。民法第二九五條，第三〇四條，及第三〇七條。民法第七六條。又參閱民法第七七三條，第七七七條，及第八五四條。民法第一二五條以次。民法第一〇八四條。民法第二一九條。關於權利濫用的禁止，德法法律所規定者較我國爲進步。德憲第一五三條第三項，謂：「所有權利含義務，於其行使，應隨時顧及社會之公益。」參閱民法第一條，謂：「權利，以不違反社會的經濟的目的，而行使者爲限，受法律之保護。」民法第三〇條。民法第五一一條第一項。民法第五一條第二項。民法第五一條第三項。民法第五三條第一項。民法第五〇條第二項。民法第六二條。民法第四八條第一項，第六八條第一項，法人登記規則第四條及第五條。民法第三五條。民法第三二條。民法第三三條。民法第三四條。民法第三六條。民法第五七條。民法第三七條。民法第三八條。民法第四〇條及第四四條。民法第二六條。民法第六條。民法第七條。人格減等制度，原文爲「Capitis deminutio」，即損失自由權，市民權，家族權全部或一部的制度。其喪失自由權而變爲奴隸者，稱爲人格大減等（Capitis deminutio maxima），喪失市民權及家族權僅仍保有自由權者，稱爲人格中減等（Capitis deminutio media），只喪失家族權者，稱爲人格小減等（Capitis deminutio minima）。

第三章 權利主義與客體

iusio minima)。國民法第五九條至第六五條。國民法第六六條第一項。國民法第七七三條。國民法第六六條第二項。國民法第六七條。國民法第二四一條。國民法第四二條。國民法第五三四條。國民法第五五四條。國民法第七六〇條。國民法第七五八條。國民法第七六一條。參閱本書第二章第二節。國民法第八六〇條第八四條第九二一條及第九二八條。國民法第九六〇條。國民法第一一〇一法。國民法第六八條第一項。國民法第六八條第二項。國民法第七〇條第一項。羅歇（Loon Druif）於一九一九年二月四日生於法國，在一八八二年六月十九日得法國包多大學法學博士學位，一八二八年十二月十八日在多多逝世。其間在包多大學從事教職生活，共達五十年。狄氏者作等身，重要者為論家論（*L'Etat*）二大本，憲法學（*Droit Constitutional*）五大本，乃近代法學界權威之作。另有近代公法的變遷（*Transformation du Droit Public*）一書，已由徐砥平譯成中文，在商務印書館出版。國民法第七六五條。中華民國訓政時期約法第十七條。國民法第七七三條。國民法第七六八條至第七九〇條。中華民國憲法草案第一一七條第三項。憲同上第一一八條。憲同上第一一九條。憲同上第一一六條。國民法第八〇七條。國民法第八一〇條。國民法第八〇八條及第八〇九條。國民法第八一一條及第八一二條。國民法第八一三條。國民法第八一四條。國民法第三四五條。國民法第七六一條。國民法第七五八條。國民法第三九八條。國民法第四〇六條。國民法第七六四條。國民法第八三三條。國民法第四四九條。國民法第八三四條。國民法第八三五條。國民法第八三六條。國民法第八三八條。國民法第八三九條第一項。國民法第八三九條第二項。國民法第八四二條第一項。國民法第八四

二條第二項。民法第八四三條。民法第八四九條。民法第八四四條。民法第八五一條及第八五四條。民法第八五五條。民法第八五九條。民法第八六一條。民法第八六六條。民法第八六五條。民法第八七四條。民法第八六二條。民法第八八五條。民法第八八八條。民法第八九〇條。民法第八九二條及第八九四條。民法第九〇〇條。民法第九〇三條。民法第九一一條至第九一三條。民法第九二四條。民法第九二八條。民法第九三三條。民法第九三四條。民法第九三六條。

## 【問題】

- 一 權利的內容是什麼？外形是什麼？
- 二 權利與利益的關係怎樣？
- 三 權利的種類有幾？民法上所規定保護人格權的方法有幾種？
- 四 權利是否可以完全自由行使？
- 五 何謂法人？其種類有幾？
- 六 法人有那些重要的機關？其權限怎樣？

- 七 法人得因那些原因而解散？解散後尚須經過什麼手續，方為結束？
- 八 關於權利能力的範圍，有些什麼基本的原則？
- 九 自然人的權利能力，始於何時？終於何時？胎兒亦有權利能力否？
- 一〇 法人的權利能力，始於何時？終於何時？
- 一一 什麼是死亡宣告？有些什麼條件與手續？
- 一二 什麼是法律上的物？人的身體及其各部份是否可以成為法律上的物？
- 一三 什麼是不動產、動產、主物、從物、原物、天然孳息、及法定孳息？
- 一四 不動產與動產的區別，在法律上有那些實益？
- 一五 什麼叫做物權？所有權的本質有那幾種最重要的內容？
- 一六 狄驥所提倡的一種新的財產觀念，大意是怎樣？
- 一七 我國法律關於所有權的社會化，已經有了些什麼規定？
- 一八 我國法律關於所有權的觀念，將來為什麼要逐漸加以限制？
- 一九 什麼是取得時效？已登記的不動產，為什麼不能以時效取得？

- 二 遺失物與埋藏物，應由何人取得所有權？
- 三 什麼是附合，混合，加工？各由何人取得所有權？
- 三 所有權的繼承取得，有什麼最重要的原則？
- 三 所有權的喪失可分為幾種？
- 二 所有權的變更可分為幾種？
- 三 限制物權一共有幾種？
- 二 地上權與永佃權的區別何在？
- 二 什麼是地役權？
- 二 抵押權的效力，可以從那幾種方面去觀察？
- 二 什麼是動產質權？什麼是權利質權？
- 二 典權的最長年限多少？絕賣條款是否有效？
- 三 須具備如何情形，債權人方可以行使留置權？

## 第四章 法律行爲

### 第一節 行爲能力及其形態

凡人國均有權利能力，但一人欲享受權利，負擔義務，仍須另有一定的原因。這原因可分爲兩種：一爲事實，一爲行爲。行爲欲在法律上發生效力，必須行爲人先具有能使其行爲在法律上發生一定效力的能力，此項能力便稱做行爲能力。

行爲能力與權利能力不同。有沒有享受權利負擔義務的資格，是關於權利能力的問題。其行爲能不能發生法律上一定的效力，則是關於行爲能力的問題。古代的奴隸，是有行爲能力而無權利能力的人；未滿七歲的未成年及禁治產人，是有權利能力而無行爲能力的人。

行爲能力又與意思能力不同。意思能力是一人精神上的狀態，能判斷其行爲的效果的能力。行爲能力是法律上的狀態，能使其行爲在法律上發生一定效力的能力。意思能力只是意思表示

的要件，並非行爲能力的要件。欠缺意思能力的，只不過是所爲的意思表示不生效力，而與行爲人有無行爲能力，並無關係。如未滿七歲的未成年人與禁治產人，雖則沒有行爲能力，但不能謂其並無意思能力，因爲他們的行爲，往往也是具有意思的。

權利能力，是自然人與法人所同有的，故行爲能力也是自然人與法人所同有的。自然人的行爲能力，我國民法分作三種形態，一是有行爲能力人，二是限制行爲能力人，三是無行爲能力人。三種形態區別的標準，係以一人的年齡爲分際。凡已經成年，及未成年而已結婚的，爲有行爲能力人；雖未成年，但年已滿七歲的，爲限制行爲能力人；七歲以下的，及禁治產人，爲無行爲能力人。

法人的行爲能力，則只有一種形態，即法人於取得權利能力後，同時即取得完全的行爲能力。但法人既本係社會的組織體，則其行爲，勢必仍須賴自然人的活動，始能實現。此自然人所爲的行爲，於一定的情形下，即認爲係法人的行爲。惟此自然人並非僅以一自然人的資格，乃以法人的機關，用代表的方式，爲法人的行爲，如前所述法人的董事是。

我國民法所規定的自然人成年年齡爲二十歲，係自一人出生之日起算，扣足二十整年。一人既經成年，即完全有獨立的行爲能力。如已滿七歲而未滿二十歲，其行爲能力受有限制。限制的

方法是所爲的意思表示及受意思表示，均應得法定代理人的允許。但如係祇獲法律上利益的行爲，日常生活所必需的法律行爲，就法定代理人允許處分的財產所爲之法律行爲，及就法定代理人允許的營業所爲之法律行爲，則無須得法定代理人的允許，就可以獨立爲之。除此而外，限制行爲能力人如未得法定代理人允許而爲單獨行爲，係屬無效。如未得允許而與他人訂立契約，須得法定代理人的承認，或於成年後，自行承認，始生效力。

人固須滿二十歲方爲成年，但如雖未成年而已結婚，則法律爲便利起見，亦認其具有行爲能力，是曰結婚成年制。再書立遺囑，則只須年滿十六歲，即可爲之，毋須得法定代理人的允許與承認。

未滿七歲的人爲無行爲能力人，凡無行爲能力人，均須由法定代理人代爲意思表示，並代受意思表示。如無行爲能力人自爲意思表示，則屬無效。雖非無行爲能力人，而其意思表示係在無意識或精神錯亂中者，亦不生效力。所謂無意識，指全然欠缺意思能力而言；所謂精神錯亂，則指精神作用暫時發生異狀，以致喪失意思能力而言。

無行爲能力人，除去未滿七歲的未成年人外，尚有一種禁治產人。禁治產人係心神喪失或精

神耗弱，致不能處理事務，法院因一定之人的聲請，宣告其為禁治產的人。禁治產制度的目的有二：一在保護精神障礙的本人，一在保護與之發生法律關係的他人。一人既心神喪失或精神耗弱，遂於不能處理自己事務的程度，如仍許其得獨立為法律行為，於行為人本人及他人均有損害，故須宣告其禁治產。禁治產一旦宣告，此人即成為無行為能力人，并由法律設置監護人，代禁治產人為法律行為。如日後禁治產的原因銷滅，法院應撤銷禁治產的宣告，使此人仍回復其行為能力。

無行為能力人及限制行為能力人，均以其父母為法定代理人。如未屆成年而父母均已死亡，則另為之設置監護人，行使法定代理人的代理權。法定代理人對於無行為能力人，完全立於代理的地位，一切行為，均係以代理人的意思為基礎。是以所代理的只以財產上的行為為限，身分上的行為，不能代理。而法定代理人對於限制行為能力人，則係立於能力的補充的地位，一切行為，仍須以本人的意思為基礎，但須得法定代理人的允許或承認而已。故法定代理人所允許與承認的，並不以財產上的行為為限，即身分上的行為，亦在其內，如未成年人訂婚，結婚，離婚，締結夫妻財產制契約，均須得法定代理人的同意。

## 第二節 法律行為與法律事實

法律行為是法律事實的一種，凡足以依據法律而生法律現象的，均爲法律事實。法律事實，法律現象三者間的關係，適爲論理學上的大前提，小前提及結論的關係。法律是大前提，法律事實是小前提，而法律現象則爲由此大前提小前提推斷而得的結論。故如只有法律，尙不能發生法律現象，欲能發生，必須再有待於法律事實。而在法律事實中，尤重要的，則爲法律行為的活動。

法律事實本包括人的行為與人的行為以外之事實而言。人的行為，又係指人類一切有意識的身體動靜而言。凡這些身體動靜，如係適應法律而爲法律所容許，就稱做合法行為。在一切合法行為中，如更係以意思表示爲要素的，則稱做法律行為。至於人的行為以外之事實，有事件及狀態兩種，均足以發生法律現象。事件中之屬於人的，如出生死亡，係爲權利能力的始期與終期，屬於物的，如天然孳息的分離，係爲收取孳息權利人誰屬的標準。☉狀態之屬於人的，如生死不明，係爲死亡宣告的要件；屬於物的，如加工，係爲加工材料所有人或加工人取得加工物所有權的基礎。☉

法律行為，既係以意思表示爲要素的合法行為，則法律行為與意思表示之間，自有一種極密

切的關係，但二者的關係雖極度密切，其觀念與範圍並非即為一致。譬如契約是一個法律行為，但係由要約人與承諾人兩方的意思表示合組而成；又如若有若干行為稱為要約行為的除意思表示外，尚須有物的授受，該法律行為方為成立。故意思表示只為法律行為的主要成分，而二者初並非一事。

### 第三節 法律行為的分類

法律行為雖均以意思表示為主要成分，但因每一行為的意思表示，其形態與效力並不一定相同，故法律行為因此分為十大類別：

一 單獨行為 契約 共同行為 這三者的區別，是以法律行為是否只依一方當事人的意思表示即能成立為標準。如只依一方意思表示，即能成立，稱為單獨行為，遺囑及捐助行為即屬於這一類。如僅依一方尚不能成立，須依雙方當事人相互的意思表示的一致，方能成立，稱為契約。先為意思表示的，名為要約人，接受其意思而表示一致的，名為承諾人。如係依多數當事人平行的意思表示方能成立的，稱為共同行為。共同行為係依多數人的意思表示而成立，故與單獨行為不

同，但此多數人的意思表示係平行的一致而非雙方的相互，故又與契約不同。

二 債權行爲 物權行爲 親屬行爲 繼承行爲 這四者的區別，是以法律行爲係屬發生民法上何項部份的效力爲標準。我國民法，除第一編總則爲全部民法的共通規定外，其餘計分爲四個部份，即第二編債，第三編物權，第四編親屬，第五編繼承。故發生民法債權上的效果之法律行爲，稱做債權行爲；發生民法物權上的效果之法律行爲，稱做物權行爲；發生民法親屬上的效果之法律行爲，稱做親屬行爲；發生民法繼承上的效果之法律行爲，稱做繼承行爲。

三 生前行爲 死後行爲 這二者的區別，是以在當事人生前或死後方發生效力爲標準。如一法律行爲，須當事人一方死亡方發生效力，稱做死後行爲，遺囑及遺贈，都是死後行爲，須至當事人死亡後，方生效力。凡非死後行爲，均爲生前行爲，即其效力的發生，並不以當事人一方的死亡爲必要。

四 要式行爲 非要式行爲 這二者的區別，是以法律行爲是否須依一定方式始能成立爲標準。如須依一定方式始能成立，稱做要式行爲，否則便爲非要式行爲。法律行爲以非要式行爲爲原則。要式行爲有法定的及約定的兩種。法定的如結婚須有公開之儀式及二人以上之證人，是

約定的，如不動產的買賣，當事人約定以書面爲之，是要式行爲，如未具備法定的及約定的方式，無效。

五 主行爲 從行爲 這二者的區別是以一法律行爲是否須以他法律行爲存在爲前提，始能成立爲標準。如須以他法律行爲存在爲前提，則爲前提的稱做主行爲，而在其後者稱爲從行爲。如夫妻財產制契約的締結，以先已有正式婚姻的關係爲前提，故婚姻爲主行爲，而締結夫妻財產制契約爲從行爲。從行爲係處於從屬關係，所以其法律上的運命，須依主行爲決定。

六 獨立行爲 輔助行爲 這二者的區別，是以一法律行爲具備獨立實質內容與否爲標準。如具有獨立的實質內容，稱做獨立行爲，否則稱做輔助行爲。所謂允許、承認、同意，都是本身並無獨立實質的內容，只爲其他法律行爲發生效力的要件，故均爲輔助行爲。

七 有償行爲 無償行爲 這二者的區別，是以財產給付爲標的的法律行爲中，是否當事人雙方各因給付而取得利益爲標準。如係雙方各因給付而取得利益，稱做有償行爲；反之，當事人一方無所給付而取得利益，稱做無償行爲。買賣是有償行爲，贈與則爲無償行爲。

八 要因行爲 非要因行爲 這二者的區別，是以財產給付爲標的的法律行爲中，是否以

給付的原因爲要素爲標準。如以給付的原因爲要素，稱做要因行爲，通常的債權行爲，就屬於這一類。如不以給付的原因爲要素，稱做非要因行爲，通常的票據行爲，就屬於這一類。至於物權行爲，雖則本也是非要因行爲，但亦可依當事人的意思表示，以其爲要因的，故又稱做相對的非要因行爲。

九 要物行爲 諾成行爲。 這二者的區別，是以法律行爲於意思表示以外，是否尚須有現實的物成分爲標準。如須另有現實的成分，稱做要物行爲，「使用借貸，因借用物的交付而生效力，」便屬於這一類。如不另須有現實的成分，一爲意思表示，即能成立，稱做諾成行爲，大多數的法律行爲，都屬於這一類。諾成行爲是法律行爲的原則，而要物行爲，則爲例外。

十 完全行爲 非完全行爲 這二者的區別，是以法律行爲能否發生完全效力爲標準。如能完全發生效力，稱做完全行爲，否則便稱做非完全行爲。非完全行爲共有三種：一種是無效的法律行爲，一種是得撤銷的法律行爲，一種是效力未定的法律行爲。

### 第四章 法律行爲的標的

一切法律行爲，要能發生效力，有共同的三個有效要件：一、要當事人有行爲能力，二、要有適

當的標的，三、要有健全的意思表示。關於當事人的行為能力，在本章第一節已經說明，現在說明法律行為的標的，要如何方稱為適當。

一個法律行為的標的，要稱為適當，必須是可能的，確定的，合法的，及公平的。

一 可能的 法律行為的標的，就是當事人依其法律行為所欲發生的事項。所謂可能，就是說這事項有實現的可能。怎麼樣方纔算是可能呢？通常都從可能的反面「不能」去解釋，只要不是「不能」的，便都是可能了。「不能」有許多種，其一是物理的不能與社會觀念的不能。揆泰山以超北海，是物理的不能；海底撈針，雖則在物理方面並非完全不能，但在社會觀念上卻認為不能。其二是自始的不能與嗣後的不能。在法律行為成立當時本屬不可能的，為自始不能；本屬可能嗣後方為不可能的，為嗣後不能。其三是主觀的不能與客觀的不能。就一特定人的特殊情況為不可能的，為主觀不能；就通常人的一般情形為不可能的，為客觀不能。其四是全部的不能與一部的不能。法律行為所欲發生的事項，全部無實現可能的，為全部不能；只有一部無實現可能的，為一部不能。法律行為的標的要是可能，也就是說不是「不能」，係指物理的，社會觀念的，自始的，客觀的而言。至於是否為全部的，或僅為一部的，則須分別情形以為決定。

二 確定的 法律行爲所欲發生的事項又必須於成立的當時是確定的，所謂確定，係對不確定而言。不確定的情形有二種：其一是法律行爲的範圍，完全沒有限制，如說甲應該允許乙的一切請求。其二是法律行爲的範圍雖則已有限制，但其內容尙未具體確定，如說甲應給付乙一百元至一百五十元的現金。是通常的所謂不確定，係指第一種而言，因爲第二種，範圍已經確定，至於內容，也是有方法可以確定的，并不足以使法律行爲所欲發生的事項，完全無從實現。

三 合法的 法律行爲本是合法行爲的一種，其標的自必須合法。但法律的規定，本有強行規定與任意規定的區別。凡不問當事人的意思如何，必須適用的法律規定，稱做強行規定。凡可以依當事人的意思，不一定要適用的法律規定，稱做任意規定。強行規定中又分爲強制規定與禁止規定二種：凡命令某人爲某行爲的規定，稱做強制規定，凡命令某人不爲某行爲的規定，稱做禁止規定。一切法律行爲，如違反強制或禁止的規定，無效。

不過，有的時候，法律行爲並非直接違反強制或禁止的規定，而係用迂迴曲折的方法，以達到當事人所欲發生而爲法律所禁止的事項。此種行爲，稱做脫法行爲。脫法行爲是否有效，須視法律所原要禁止的目的安在，如原所要禁止的，在該所欲發生事項的本身，則脫法行爲爲無效。如我國

民法規定年利率最高不得超過百分之二十，禁止的目的在高利貸的本身債權人若用折扣或其他方法，巧取最高利率限制以外的利息，則屬無效。如原所欲禁止的，只在發生該事項某種手段，當事人另以其他手段達到法律所不禁止的目的，則脫法行為仍屬有效。

法律行為的標的須是合法的，尙更有一層意義，即係不能有背於公共秩序或善良風俗，否則無效。法律的強行規定，本是有關於公共秩序善良風俗的規定，但公共秩序與善良風俗所涉極廣，而又隨時間的進化，空間的距離而變遷的，法律的強行規定，恐不能將所有的公共秩序與善良風俗，盡行網羅無遺。是以法律行為的標的，即不違反法律的強行規定，但實有背於公共秩序或善良風俗的時候，法律特再以明文規定其為無效。所謂公共秩序，指國家社會的一般利益而言；善良風俗，指國民的一般道德觀念而言。

四 公平的 法律行為的標的，又必須是公平的。所謂公平，係對不公平而言。公平與不公平，本須依具體的情事，就客觀的標準以為決定，法律只不過規定在如何情形之下的不公平，可以由法院予以救濟。救濟的情形有二個條件：一，係乘他人的急迫、輕率、無經驗；二，係財產上的給付，或給付的約定，依當時情形顯失公平。救濟的方法是：法院得因利害關係人的聲請，撤銷這種顯失公平

的法律行爲，或是減輕其給付。

### 第五節 意思表示的意義

法律行爲有效的第三個要件，是要有健全的意思表示。意思表示是什麼呢？就是對於外界，表彰法律行爲上意思的行爲。所以「意思表示」與「意思的表示」不同，通常所謂「意思的表示」係指一切的意思將其表示於外而言，如誹謗、侮辱，都是一種「意思的表示」。而法律上的「意思表示」，則只爲構成法律行爲的主要成分，如非具有足以形成法律行爲的內容，就不能稱做意思表示。

爲法律行爲的人，稱做行爲人；而爲意思表示的人，則稱做表意人。表意人爲意思表示的時候，必經過一定的過程。這過程中最早的是動機，其次是對於經濟上一定的效果之欲望，這稱做「目的意思」。再其次是對於目的意思，附以法律上的效果之意思，這稱做「法效意思」。再其次是欲以目的意思及法效意思表彰於外的意思，這稱做「表示意思」。再其次是以目的意思及法效意思表彰於外，置於他人可以認識的狀態，這稱做「表示行爲」。表意人的每一個意思表示，必定要

經過這五種過程，但其間的聯絡有緩急，有時自動機的發生至表示行爲，只在很迅速的刹那中，時每一過程與另一過程，可以經過較長久的時間。

意思表示是構成法律行爲的主要成分，而法律行爲只是合法行爲的一種。其他的合法行爲，雖不以意思表示爲要素，但亦另有主要成分在。這些成分，都與意思表示有主要的差別。

其一爲意思通知，即法效意思以外的意思表示，如社團法人中的社員，爲召集社員總會的請求，即係意思通知而非意思表示，因爲由請求召集所發生的法律上效果，無須即爲行爲人所欲發生的事項。

其二爲觀念通知，又稱做事實通知。事實通知的意義，在對於過去，現在，或將來的事實，行爲人將自己所有的觀念，通知他人。如債權人將債權讓與他人，須通知債務人，此項通知，只係通知一種事實，並非另爲一意思表示，而再發生一法律行爲。

其三爲感情表示，也就是表現一定感情的行爲，這是「情」的表示，與意思表示的「意」的表示不同。情的表示如喪妻之一方，與人重婚或與人通姦，他方本可請求離婚，但若事前已有同意，或事後已爲宥恕，即不得再爲離婚的請求。這所謂「宥恕」就不是意的表示而爲情的表示。

合法行爲，本係指人的身體動靜適應法律而爲法律所容許的一切行爲而言。其中稱做法律行爲的，係以意思表示爲主要成分。除法律行爲外，尚有以意思通知、觀念通知、感情表示爲行爲構成的成分的，也都是合法行爲。這些行爲與法律行爲不同，因爲意思通知、觀念通知、感情表示與意思表示都是具有差別的。

## 第六節 意思表示的分類

法律行爲可以分爲十大類，前面已經說明過了。意思表示，也可以因爲觀察的標準不同，而分爲五類：

一 單純的意思表示 要物的意思表示 這二者的區別，在以意思表示欲發生法律上的效果，除意思以外，是否尚須有物的交付爲標準。如祇須有欲發生法律上效果的意思之表示，就能成立，稱做單純的意思表示。如除意思以外，尚須有物的交付，方能成立，稱做要物的意思表示，動產所有權人拋棄所有權的意思表示，便是要除去意思的表示外，再有拋棄占有的事實，方爲成立。

二 獨立的意思表示 非獨立的意思表示 這二者的區別，在意思表示欲發生法律上的

效果，是否尚須有待於他一意思表示爲標準。如無須有待於他一意思表示，即能成立，稱做獨立的意思表示。債務的免除，捐助行爲，遺囑，係屬於這一類。如尚須有待於他一意思表示，方能成立，稱做非獨立的意思表示。契約要約人爲要約的意思表示後，尚須待承諾人爲承諾的意思表示，契約方能成立；又社團法人的社員，在社員總會的表決，亦須集若干社員的意思表示，方能成立一決議案，這都是非獨立的意思表示。

三 有相對人的意思表示 無相對人的意思表示 這二者的區別，在意思表示，是否須有相對人方能成立爲標準。如須有相對人方能成立，稱做有相對人的意思表示，債務的免除，契約的解除，都是須向相對人爲意思表示的，就屬於這一類。如無須有相對人，即能成立，稱做無相對人的意思表示，捐助行爲，社員總會的決議，是無須向相對人爲意思表示的，便屬於這一類。

四 對於特定人的意思表示 對於不特定人的意思表示 這二者都是有相對人的意思表示，但一則相對人係屬特定，一則相對人係屬不特定。如法律上的同意、承認、撤銷、抵銷、免除、解除、要約、承諾，都是相對人必爲特定人的意思表示；如懸賞廣告，在廣告登載時，相對人尙未特定，即爲對於不特定人的意思表示。

五、明示的意思表示 默示的意思表示 二者的區別在表意人所用的表意方法，於交易習慣上，是否為通常所用傳達意思的手段。如係通常所用的手段，稱做明示的意思表示，否則稱做默示的意思表示。法律承認沉默也下失為意思表示的方法之一，故認默示亦為意思表示的一種。

### 第七節 意思與表示的不一致

前面說過，一切法律行為發生效力的第三個共同的要件，是要有健全的意思表示。所謂健全，共有二層意義：一是意思與表示要是一致的，二是意思表示要自由的。意思與表示假如完全一致（即表意人所欲表示的意思，與實際上所表示出來的意思假如完全一致），自屬足以發生效力，毫無疑義。但如表意人的表示與其意思並不一致，是否有效，即發生問題。我國民法分別視不一致的情形為如何，而定其是否有效。

意思與表示不一致的情形，共有四種：前二種是表意人明知其不一致的，稱做故意的不一致；二種是表意人不知其不一致的，稱做偶然的 inconsistent。

一、非故意表示 故意不一致的第一種情形，是非真意表示。非真意表示，又稱做心裏保留，

就是表意人將真意保留於心中，而表示另一種意思，且不預備爲所表示的意思所拘束。如有人欲出賣甲地，而故意表示欲出賣乙地，便是非真意表示。非真意表示，無論是出於何種動機，或是出於威逼，在原則上均不因之而無效；但如其情形爲相對人所明知爲非真意者，則屬無效。

二 虛僞表示 故意不一致的第二種情形，是虛僞表示。虛僞表示是表意人與相對人通謀所爲的一種非真意表示。如某甲爲免其財產爲債權人所扣押，乃與某乙通謀，假裝的以其財產讓與某乙，即係虛僞表示。

虛僞表示與非真意表示，有二點區別：一、非真意表示是表意人一方自爲心中的保留，而虛僞表示則係表意人與相對人雙方通謀爲之的；二、非真意表示，在原則上並非無效，而虛僞表示則在當事人間爲無效——但其無效，不得對抗第三人。

三 錯誤 偶然不一致的第一種情形是錯誤。錯誤的意義，就是表意人之意識的表示，偶然的與表意人的意思不一致。如當事人將贈與誤爲借貸，是關於法律行爲性質的錯誤，將相對人某甲誤爲某乙，是關於相對人的錯誤，將欲出賣的甲物誤爲乙物，是關於標的物的錯誤。凡此等錯誤，均有關於意思表示的內容，如非由表意人自己的過失所造成，表意人均得將其意思表示撤銷。

撤銷權自意思表示後經過一年而消滅。

四 誤傳 偶然不一致的第二種情形是誤傳。誤傳的意義，就是表意人之意思的表示並無錯誤，但因係由傳達人或傳達機關傳達，而傳達不實，致與表意人的意思不一致。如當事人命人赴米店購米百石，而該人誤傳其爲舊米百石，即係誤傳。誤傳如非由於表意人自己的過失，亦可於意思表示後一年以內將其撤銷。

### 第八節 意思表示的不自由

健全的意思表示之第二層意義，就是意思表示要是自由的。自由的反面是不自由，不自由指表意人所爲的意思表示，曾受他人的不當干涉而言。意思與表示不一致，法律既已規定爲無效或得撤銷，則意思表示不自由，法律自亦應就其效力，明白規定。

法律所規定的意思表示不自由的情形有二種：一是詐欺，二是脅迫。

一 詐欺 詐欺是以使人發生錯誤爲目的的故意行爲。在刑法上，凡以詐術侵害他人法益或妨害社會秩序的，分別定有罰則。在民法上，以詐欺的方法侵害他人權利時，詐欺人須對於被

害人負損害賠償的責任。而當事人因受詐欺所爲之意思表示，則可於發見詐欺後一年內將其撤銷。但如自意思表示後已經過十年，則又不得撤銷。

二 脅迫 脅迫是以使人發生恐怖爲目的的故意行爲。但就名詞的意義而論，刑法上的所謂脅迫，與民法上的所謂脅迫，程度實有差別。在刑法上，凡加害的通知，致使被脅迫人完全喪失自由意思的，稱做脅迫；如未達完全喪失自由意思的程度，則稱做恐嚇。至於民法上的脅迫實與刑法上的恐嚇相當，均係以暴力使他人決定意思而爲表示之謂。

一 刑法上尙有一種強暴，在民法上則稱做絕對強制。絕對強制與民法上的脅迫不同，前者係直接對於表意人的身體加以強制，如強執他人之手，簽名於某種的文件上。後者則只不過以暴力使他人決定意思而爲表示，如以手槍逼迫他人允許婚約。是前者表意人的身體既被強制，即無任何的意思與任何的表示可言，不過只依強制者的力運用其身體而已，故法律上認由此項強制所爲的意思表示無效。後者，表意人雖受有暴力的恐嚇，但意思的決定與表示的行爲，仍係表意人自己爲之，非完全由他人所強制，故法律上只規定其得於脅迫終止後一年內撤銷其意思表示，以免除該項意思表示的拘束。但自意思表示後經過十年，亦不得撤銷。至以強暴脅迫爲犯罪的方法，

刑法上也分別定有罰則，以之侵害他人權利，也須對於被害人負損害賠償的責任，均與詐欺相同。凡表意人的意思表示，如意思與表示不一致，或雖表面一致，但非係完全由於表意人的自由，均爲有瑕疵的意思表示。既有瑕疵，即不能稱爲健全，因而以此等意思表示爲主要成分的法律行爲，亦不生法律上的效力。

### 第九節 意思表示的生效時期

意思表示要是健全的，才能發生法律上的效力。但意思表示的成立與其在法律上生效的時期，卻未必一定相同。如遺囑只須遺囑人完成遺囑的要件，意思表示即爲成立，但其生效，卻須待至遺囑人死亡的時候，這其中的時間便可以有極長的間隔。

一切已成立的意思表示，須各在什麼時候開始發生效力，因意思表示的種類與方法不同而不一，茲分別說明如次：

一 無相對人的意思表示 凡無相對人的意思表示，於意思表示成立時，即同時發生效力，如一人拋棄某物的所有權，則自其意思表示成立及將該物拋棄時，該物就立即脫離此人所有權。

## 的管領範圍

二 有相對人而對話的意思表示 有相對人的意思表示，何時發生效力，又須視表意人以何種方法向相對人表意而不同。表意人如係向相對人對話表意，稱對話的意思表示，否則稱做非對話的意思表示。對話與非對話的區別，不在表意人與相對人間，是否間隔有一定的距離，而在表意人與相對人間，是否處於可以直接交換意見的地位。如表意人住居甲地，相對人住居乙地，二地之間雖有相當的距離，但二人如用電話或無線電話直接通話，便仍為對話的意思表示；反之，二人雖屬鄰右，但用函件表意，就仍為非對話的意思表示。凡對話的意思表示，以相對人了解的時候，開始發生效力。譬如相對人為無行為能力人，則不問其了解與否，均無效力可言，因無行為能力人須由其法定代理人代為意思表示或代受意思表示。如相對人為限制行為能力人，亦須於其法定代理人了解的時候，始生效力。

三 有相對人而非對話的意思表示 向相對人以對話以外的方法為意思表示，以意思表示達到於相對人的時候，開始發生效力。譬如這稱做達到主義。所謂達到，就是使相對人居於可以了解意思表示的狀態；如信件，已由郵局送達於相對人本人，或雖未送達於本人，但已投入相對人住

宅所備的信箱，或交付與相對人的家屬，或受雇人，亦認為達到。其以傳達人口頭傳達的，或向相對人本人傳達，或向其家屬等傳達，亦均認為達到。但如相對人係無行為能力人或限制行為能力人，則須意思表示的通知，達到於其法定代理人時，始生效力。

意思表示的通知，如於中途遺失，或達到遲誤，由表意人負其責任。如無遲誤或遺失，而已送達置於相對人可以了解的狀態，即為達到。相對人雖拒絕受領，苟無正當理由，仍以達到論。

### 【註釋】

- ① 民法第一三條及第一五條。
- ② 民法第七五條。
- ③ 民法第一三條及第一五條。
- ④ 民法第一二條。
- ⑤ 民法第七七條。
- ⑥ 民法第七七條但書。
- ⑦ 民法第八四條。
- ⑧ 民法第八五條第一項。
- ⑨ 民法第七八條。
- ⑩ 民法第七九條及第八一條。
- ⑪ 民法第一三條第三項。
- ⑫ 民法第一一八六條第二項。
- ⑬ 民法第七六條。
- ⑭ 民法第一四條第一項。
- ⑮ 民法第一五條。
- ⑯ 民法第一一一〇條。
- ⑰ 民法第一四條第二項。
- ⑱ 民法第一〇八六條。
- ⑲ 民法第一〇九一條。
- ⑳ 民法第九七四條，第九八一條第一〇四九條，及第一〇〇六條。
- ㉑ 民法第七〇條。
- ㉒ 民法第八一四條。
- ㉓ 民法第七三條。
- ㉔ 民法第四六五條。
- ㉕ 無效的法律行為中，有絕對無效的，如違反強制或禁止的法律行為是。有相對無效的，如虛偽的意思表示是。得撤銷的法律行為，如錯誤的意思表示是。效力未定的法律行為，如限制行為能力人未得

法定代理人允許所爲的契約是。 民法第七一條。 民法第二〇五條。 民法第八九三條第二項。 雖則禁止或  
質契約，但如債務人以債權擔保的目的，情託的移轉動產所有權，仍屬有效。 民法第七二條。 民法第七四條。  
民法第二九七條。 民法第一〇五三條。 民法第八六條。 民法第八七條。 民法第八八條。 民法  
九〇條。 民法第八九條。 刑法第一四六條，一五二條，二二九條，二三八條，及二五一條。 民法第一八四條。  
民法第九二條及第九三條。 同上。 民法第九四條。 民法第九五條第一項。 民法第九十六條。

## 【問題】

- 一 行爲能力的定義是什麼？
- 二 行爲能力與權利能力，有什麼區別？
- 三 行爲能力與意思能力，有什麼區別？
- 四 法人亦有行爲能力否？係由何人用何種方式爲法人的行爲？
- 五 何謂成年？我國民法所規定成年年齡爲幾歲？
- 六 無行爲能力人的法律行爲，由何人爲之代理？
- 七 限制行爲能力人的法律行爲，須由何人允許或承認，方生效力？

- 八 未成年已結婚者，有無行為能力？
- 九 何謂禁治產人？其行為須由何人代理？
- 一〇 法定代理人對於無行為能力人及對於限制行為能力人，其地位有何種差別？
- 一一 什麼是法律事實？其與法律及法律現象的關係怎樣？
- 一二 那些人的行為以外之事實，也可以發生法律現象？
- 一三 法律行為與意思表示，是不是即為一事？
- 一四 單獨行為，契約，共同行為三者之間，有什麼重要的區別？
- 一五 要式行為有幾種？要式行為如未具備方式，仍有效否？
- 一六 何謂有償行為無償行為？其區別的標準是怎樣？
- 一七 什麼叫做非完全行為，共有幾種？
- 一八 一切法律行為生效的共同要件有幾？
- 一九 法律行為的標的，要怎樣纔能稱為適當？
- 二〇 什麼是法律的強行規定，任意規定，強制規定，禁止規定？

- 三 什麼是脫法行為其效力怎樣？
- 三 什麼是公共秩序與善良風俗？
- 三 法律行為的標的顯失公平，要具備什麼條件，方能由法院加以救濟？救濟的方式，又是怎樣？
- 二 什麼是意思表示？
- 三 表意人爲意思表示的過程怎樣？
- 三 什麼是意思通知，觀念通知，感情表示，其他意思表示的差別何在？
- 三 什麼是單純的與要約的意思表示？
- 三 什麼是獨立的與非獨立的意思表示？
- 三 什麼是有相對人的與無相對人的意思表示？
- 三 在有相對人的意思表示中，尚有何種區別？
- 三 默示的意思表示，是否亦爲意思表示的一種？其與明示的意思表示區別之點何在？
- 三 什麼是非真意表示？什麼是虛偽表示？二者的區別何在？

- 三 什麼是錯誤？什麼是謬傳？表意人於若干年內可以將其撤銷？
- 四 意思表示不自由的情形有幾種？
- 五 什麼是脅迫，恐嚇，強暴？三者間的區別怎樣？
- 六 怎樣是有瑕疵的意思表示，其法律行為生效力否？
- 七 無相對人的意思表示，何時發生效力？
- 八 什麼是對話的意思表示？什麼是非對話的意思表示？二者的區別安在？
- 九 對話的意思表示，何時發生效力？
- 十 什麼是達到主義？如相對人拒絕受領，是否仍以達到論？

## 第五章 債

### 第一節 債之發生

債之發生，即債權關係的新發生，而以客觀的新生爲必要，故如對於既存債權的讓與或債務的承擔，均非債之發生。新生債權關係，或由於當事人的法律行爲，如契約及代理權的授與，是，或由於法律行爲以外的合法行爲，如無因管理是，或由於違法行爲，如侵權行爲是，或由於行爲以外的事實，如不當得利是。現在分別說明如左：

一 契約 契約一詞，原有廣狹二種意義，狹義的契約，專指當事人以發生債的關係爲內容的合意而言；廣義的契約，則凡當事人以發生法律上效果爲目的的合意，均可稱之。我民法惟將契約規定於債編，但不僅以發生債的關係爲限，此不可不知者。契約的成立，以二以上的意思表示內容的一致，及當事人間有互相協力使生共同結果的意欲爲必要。但二以上的意思表示，非僅以

合致爲是，且須有交換性質，即於契約當事人間，相互的爲其各自的意思表示。故其表示，在原則上乃有先後之別。表示在先者，是曰要約，表示在後者，是曰承諾。此要約人與承諾人即爲契約的雙方當事人。簡言之，契約的定義，是：二以上的當事人間，依交換的意思表示之合致，而使發生法律效果的法行爲。

當事人間所爲的意思表示之合致，無論其爲明示或默示，契約即爲成立。但所謂合意，可以有一部與全部之別。當事人雙方就其契約內容的各部分意思一致者，是曰全部同意，契約自因以成立。惟若當事人所合意者，只爲一部份時，則視此一部份是否爲必要之點，以決定契約是否成立。如一當事人對於必要之點意思一致，而對於非必要之點，未經表示意思者，推定其契約爲成立。關於該非必要之點，當事人意思不一致時，法院應依其事件之性質決之。『蓋當事人對於非必要之點，如迄未爲何等表示，是可推定爲默示的合意，如已有不一致的表示，自須由法院考察各該事件的性質，以定契約的成否。』

契約的成立，必須有當事人的要約與承諾。所謂要約，即以締結一定內容之契約爲目的，因相對人的承諾，契約即爲成立的意思表示。要約人一旦有效而爲此項意思表示，即不可不自受契約

的拘束，是曰要約的拘束力。而於要約的相對人，因其意思表示的有效，而形成適於受承諾的狀態。即生承諾的適格，是曰要約的實質效力。要約拘束力的作用有二：一、以對人的債權作用為原則；二、依拘束力的本質，要約人因此負擔不得任意撤回或違反其要約的單純義務。要約的拘束力，自要約意思表示生效時期起發生，至要約的拒絕，<sup>10</sup>及承諾期間的經過而消滅。承諾期間，或係由要約人自行預定有承諾的期限，則非於其期限為承諾，即失其拘束力。<sup>11</sup>或則要約人未行預定，則「以對話為要約者，非立時承諾，即失其拘束力。」<sup>12</sup>「非對話為要約者，依通常情形可期待承諾之到達時期內，相對人不為承諾時，其要約失其拘束力。」<sup>13</sup>但無論何種要約，「要約當事人豫先聲明不受拘束，或依其情形，或事件之性質，可認當事人無受其拘束之意思者」<sup>14</sup>則可為拘束力的除外。而要約人於非對話的要約，可以於要約到達於相對人之前，撤回其要約；惟撤回要約的通知，其到達雖在要約到達之後，而按其傳達方法，依通常情形應先時或同時到達者，相對人應向要約人即發遲到的通知。如相對人怠於為此項通知，其要約撤回的通知，視為未遲到。<sup>15</sup>

要約之對方為承諾。所謂承諾，即以同意於要約，而與要約人締結契約為目的的意思表示。其以對話為承諾者於要約人了解承諾的意思表示時生效，其非以對話為承諾者，於承諾通知到達

相對人時發生效力，契約亦即於同時成立，而向將來生效。但承諾的通知，應於承諾期間內達到於相對人，方能拘束要約人。如承諾的通知，按其傳達方法，依通常情形在相當時期內可達到而遲到者，要約人應向相對人即發遲到之通知，要約人苟怠於為此項通知，其承諾的通知，視為未遲到。其餘的遲到承諾，以及將要約擴張、限制、或變更而為承諾者，均視為新要約。即承諾人於此時改為要約人，而原要約人反成為新要約的相對人，須再表示承諾與否。至依習慣或事件的性質，或要約人要約當時預先聲明承諾無須通知的，則在相當時期內，有可認為承諾事實時，即毋庸再有承諾的通知，其契約即為成立。

我國民法將懸賞廣告亦列為契約之一種。所謂懸賞廣告，即依廣告方法，而表示對於完成一定行為之人給與報酬的契約。此時廣告人為要約人，而完成該一定行為之人為承諾人。廣告人既懸賞於前，故對於完成該行為之人，負給付報酬的義務。對於不知有廣告而完成該行為之人亦然。若有數人同時或先後完成該項行為，如廣告人對於最先通知者已為報酬的給付，其給付報酬的義務，即為消滅。又如廣告人於行為完成前，將預定報酬的廣告撤銷，除廣告人證明行為人不能完成其行為外，對於行為人因該廣告善意所生的損害，應負賠償之責，但以不得超過預定的報

額爲限。

二 代理權之範圍 代理，是代理人於代理權限內，以本人名義，向第三人爲意思表示，或由

第三人受意思表示，而直接對於本人發生效力的行爲。代理人的行爲，必須基於代理權，代理權即係法律上的一種資格，基於此種資格，方得爲法律行爲。代理權或由法律所規定，是曰法定代理，如父母爲未成年子女的法定代理人是。或由當事人的授權行爲而發生，是曰意定代理。凡以法律行爲授與代理權，其授與，應向代理人或向代理人對之爲代理行爲的第三人，以意思表示爲之。故代理權的授與，以本人的意思表示與代理人無反對的意思表示爲要件。至代理權的消滅，則依其所由授與的法律關係定之。

本人所授權的代理人，得不限定爲一人，即本人可以代理權同時或先後授與數人，是曰共同代理。共同代理人的代理行爲，應共同爲之，但法律另有規定或本人另有意思表示者不在此限。如本人未爲授權的行爲，而他人遽爲代理，是曰無權代理。無權代理須具備代理關係其他的成立要件，僅缺乏代理權的授與，其情形又有二：一爲表見代理，即本人雖未授與代理權，但依本人的行爲，足以表示以代理權授與他人，或明知他人表示爲其代理人，而不爲反對的表示。此時本人與代

理人間雖無授權行為的存在，但本人對於第三人，仍應負授權人的責任。但第三人明知其無代理權或可得而知者，不在此限。二為狹義無權代理，即無表見代理情形的無權代理，此時無權代理人既本無代本人為法律行為之權，故不問其為契約或單獨行為，原則上均應屬無效。但如其後本人加以承認，使其所缺的授權行為得以補充，則仍可溯及行為當時，對本人生效。三無權代理行為，既非經本人承認，不生效力，則本人一日未為承認與否的表示，該項行為的效力乃不能確定，此對於相對人，殊為不便，故法律許相對人有催告權，即相對人得定相當期限，催告本人確答是否承認，如本人逾期未為確答，則視為拒絕承認。四又許相對人於本人未承認前，得撤回無權代理人與之所為的法律行為，但為法律行為當時，相對人明知其無代理權者，不在此限。五凡此皆所以保護無權代理行為的相對人者。

三 無因管理 所謂無因管理，即未受委任，并無義務，而為他人管理事務之謂。依原則言，無論何人，既無一定的原因，即不有為他人管理事務的義務，亦無此權利。但基於道義的觀念，而有管理他人事務的事實者，亦不得不認管理人與本人間，足以發生法律上一定權義的關係。但此項關係的發生，既不基於效果意思，亦無何等表示，自不能適用關於意思表示的規定，因而不能解之為

法律行爲，只得認爲係法律行爲以外的一種合法行爲。

在無因管理開始前，管理人原不負何項義務，故與依委任或其他原因而爲他人管理事務者不同。但既已開始管理以後，則與委任相似，故管理人應依本人明示或可得推知的意思，以有利於本人的方法，而爲管理。如於客觀方面，其方法顯不利於本人，而管理人竟加以採用，即屬義務的違反。管理人違背本人意思或違反義務，因而使其所管理者發生損害，管理人雖無過失，亦應負賠償之責。但如管理人係爲本人盡公益上的義務，或爲履行其法定扶養義務而爲管理時，不在此限。又如如管理人係爲免除本人的生命、身體、或財產上的急迫危險而爲事務的管理時，則對於因其管理所生的損害，除有惡意或重大過失外，不負賠償的責任，是不可不注意的。

管理人既未受本人的委任，則於開始管理時，應即通知本人，如無急迫的情形，亦應候本人的指示。惟如實不能通知，自屬無法。除通知義務外，管理人並應向本人報告管理事務的狀況及其顛末，將依管理收取的金錢物品及孳息交付本人，移轉爲本人所取得的權利，苟爲自己利益，會更用應交付於本人或爲本人利益而使用的金錢，應付利息償還本人，如有損害，並應賠償。凡此雖均原爲關於委任的規定，但法律明定其進用於無因管理，苟無因管理的事務一經本人承認，即

全適用關於委任的規定。

法律既認無因管理亦爲合法的行爲，則於保護本人之外，對於管理人亦不得不有所保護。故如管理人的管理事務有利於本人，且並不違反本人明示或可得推知的意思者，管理人爲本人所支出的必要或有益的費用，或所負擔的義務，或所受的損害，均得請求本人償還其費用，及自支出時起的利息，或清償其所負擔的債務，或賠償其損害。若管理人係爲本人盡公益上的義務，或爲其履行法定扶養義務，即係違反本人的意思，亦仍有此等的請求權。否則管理人如違反本人的意思，本人仍得享有因管理所得的利益，但其對於管理人的求償，則僅以其所得的利益範圍內爲限。

四 不當得利 所謂不當得利，即無法律上的原因，而受利益，致他人受損害的事實。不當得利的成立，以受領人會受利益爲必要。會受利益，係指因有一定事實，而增加其財產總額而言。故不但財產的之積極的增加，爲受有利益，即財產本應減少而未減少，亦爲受有利益。前者如權利的取得，既存權利範圍的擴張，財產權以外財產利益的取得是；後者如本應負擔的債務而不負擔，本應支出的費用而不支出，本應設定的權利限制而不設定是。

不當得利受領人所受利益無論爲積極的或消極的，須他方曾受損害，且自始無法律上的原因。⑤所謂無法律上的原因，即受領人并無權利。受領人最初雖有權利，但其後法律上的原因已不存在時，亦成爲不當得利。凡不當得利的受領人，須將其所受利益返還於因而受損失之人；如本於該利益更有所取得，並應返還，或償還其價額。⑥如不當得利的受領人，所受利益現時已不存在，則須視其受領時知否無法律上的原因，若當時并不知道自己并無權利，則免負返還或償還價額的責任。若當時明知自己並無權利，則仍應將受領時所得的利益，附加利息，一併償還，如有損害，並應賠償。⑦如不當得利的受領人，以其所受的利益，無償地讓與於第三人，而受領人因而免除返還的義務，則第三人須就其所免返還義務的限度內，負返還的責任。⑧

五 侵權行爲 侵權行爲，通常可分爲一般侵權行爲與特殊侵權行爲，前者係以自己的行爲爲侵害權利的要素，後者則以自己行爲以外的他人行爲或事實爲侵害權利的要素。凡因故意或過失，不法侵害他人的權利，或故意以背於善良風俗的方法，加損害於他人，或違反保護他人的法律，侵害其權利，只須侵權人的行爲與他人所受損失間，具有因果關係，均構成一般侵權行爲。侵權行爲人須對他人所受的損失，負損害賠償責任。⑨所謂故意，即行爲人明知容認自己的行爲發

生一定結果之心理的狀態，所謂過失，即因不注意致未豫見行爲的結果，或縱已豫見而不容認其結果的心理狀態，所謂因果關係，即原因與結果的聯絡關係，如後事實基於前事實而生，無前事實即無後事實者，即可以謂二者間有因果關係。

一般侵權行爲的行爲人如不只一人，則法律上稱之爲共同侵權行爲，凡數人共同不法侵害他人的權利，或數人侵權不知誰爲加害人，均須連帶負損害賠償責任，造意人及幫助人均視爲共同侵權行爲人。☉所謂造意，即刑法上的教唆，在使他人發生實施侵權行爲的決意，至手段如何，在所不問。所謂幫助，即刑法上的從犯，指在使他人得以或容易實施侵權行爲，至於究在他人實施侵權行爲前或正實施侵權行爲中予以幫助，亦在所不問。

特殊侵權行爲，共分五種，一、公務員對於第三人的侵權行爲。凡公務員因故意違背對於第三人應執行的職務，致第三人權利受損害者，負賠償責任。如因過失以致違背職務，則僅以被害人不能依他項方法受賠償時爲限，負其責任。☉故公務員侵權行爲的賠償責任，因係由於故意或過失而異其輕重。二、無行爲能力人或限制行爲能力人對於他人的侵權行爲，凡無行爲能力人或限制行爲能力人不法侵害他人的權利，如行爲時有識別能力，則與其法定代理人連帶負損害賠償責

任；如行爲時無識別能力，則由其法定代理人單獨負責。但無論侵權行爲人行爲時有無識別能力，如其法定代理人監督并未鬆懈，或雖加以相當的監督，仍不免發生損害，則法定代理人不負責任。

三、受僱人的侵權行爲。凡受僱人因執行職務，不法侵害他人的權利，由僱用人與行爲人連帶負擔損害賠償責任，但選任受僱人及監督其職務的執行，已盡相當的注意或縱加以相當的注意而仍不免發生損害，則僱用人不負責任。於此情形，被害人只得向受僱人請求損害賠償。惟若不能受到賠償時，被害人仍得聲請法院，斟酌僱用人與被害人的經濟狀況，命僱用人爲全部或一部的損害賠償，但僱用人爲此項賠償後，法律許其仍可向爲侵權行爲的受僱人求償。

四、承攬人的侵權行爲。凡承攬人因執行承攬事項，不法侵害他人的權利，在原則上，定作人不負損害賠償責任，但如定作人於定作或指示有過失者，仍須負責。

五、動物加損害於他人，由其占有人負損害賠償責任。

六、土地上的建築物或其他工作物，因設置或保管有欠缺，致損害他人的權利，由工作物的所有人負賠償責任。

損害賠償的債務人，在一般侵權行爲，爲侵權行爲人本人，在特殊侵權行爲，則或爲行爲人或爲行爲人以外之人，視情形而不同。損害賠償的債權人，則或爲被害人，或爲被害人以外之人，如

「不法侵害他人致死者，對於支出殯葬費之人，亦應負損害賠償責任。」<sup>10</sup>或為被害人負有法定扶養義務的第三人。<sup>11</sup>或為被害人的父母子女及配偶，如「不法侵害他人致死者，被害人的父母子女及配偶，雖非財產上的損害，亦得請求賠償相當金額。」<sup>12</sup>損害賠償的範圍，則視被害人所受損害的情形而不同。一、不法侵害他人的身體健康名譽或自由，則被害人雖非財產上的損害，亦得請求賠償相當的金額。<sup>13</sup>二、不法侵害他人的身體或健康，對於被害人因此喪失或減少勞動能力，或增加生活上的需要，應負損害賠償責任。<sup>14</sup>至損害賠償的方法，亦各有不同：一、於身體或健康被侵害時，固得命侵權行為人一次支付賠償金，但法院亦得因當事人的聲請，定為定期支付，但須命加害人提出擔保。<sup>15</sup>二、於名譽被侵害時，被害人除請求償金外，並得請求為回復名譽的適當處分。<sup>16</sup>三、於物被毀損時，應向被害人賠償其物因毀損所減少的價額。<sup>17</sup>

## 第二節 債之消滅

債之消滅，即債權債務客觀的失其存在。債權，通常於發生時，即已預期其必有消滅的一日，而非無期限的存在，此與物權中的所有權係有永久性者適相反。關於債之消滅之原因，可分舉如左：

一 解除條件的成就 凡附解除條件的法律行為，於條件成就時失其效力。故若債成立當時係附有解除條件者，則條件一旦成就，債自須歸於消滅。

二 終期的屆滿 凡附終期的法律行為，於期限屆滿時失其效力。故若債成立當時係附有終期者，則終期一旦屆滿，債自須歸於消滅。

三 法律行為的撤銷 凡法律行為經撤銷者，視為自始無效。法律行為既經撤銷，則其所附麗而生的債，自須歸於消滅。

四 給付不能 凡因不可歸責於債務人的事由，致給付不能者，債務人免給付義務。

五 契約的解除 凡契約當事人一方遲延給付他方得定期催告其履行，如再不履行，得解除契約，如依契約性質或當事人意思表示，非於一定時期為給付，不能達其契約的目的，則契約當事人一方不按期給付，他方可毋庸經過催告，即行解除契約；又如因可歸責於債務人的事由，致給付不能，債權人亦即可解除契約。契約既經解除，則基於該項契約所生的債，自歸於消滅。

六 主體的死亡 債權人或債務人一方死亡，通常固不足以使債亦趨於消滅，但亦有特殊的例外，足以將債消滅者，其情形有三：一、法律有特別規定時，如承租人死亡者，租賃契約雖定期

限，其繼承人仍得終止契約。借用人死亡，貸與人得終止契約。又如委託關係，亦因當事人一方死亡而消滅。二、當事人有特別訂定時。三、基於給付的特別性質時，如負擔教學或畫像的債務是。七、反對契約。如債權人與債務人間，訂立使債權發生原因的契約消滅的新契約，則基於原契約所生的債，自趨於消滅。

八、無償原因的競合。即債務人依無償行為應給付的標的，債權人另依其他方法無償取得，此時債權人的目的既已達到，而債務人又屬給付不能，原有之債的關係，自應趨於消滅。

九、清償。清償，即實現債務內容的行為。凡依債務本旨，向債權人或其他持有債權人簽名收據的有受領權人爲清償，經其受領者，債的關係消滅。

一〇、提存。提存即清償人以消滅債務的目的，將給付物爲債權人寄託於提存所或保管人的行爲。凡債權人受領遲延，或不能確知孰爲債權人而難爲給付者，清償人得將其給付物，爲債權人提存。譬如給付物不適於提存，或有毀損滅失之虞，或提存需費過鉅，則清償人得聲請清償地法院拍賣，或由清償人照市價出賣，而提存其價金。

一一、抵銷。抵銷，即債務人於對債權人有給付種類相同的債權時，使其債權與債務均歸

消滅的單獨行爲。凡二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆滿清償期，各得以其債務，與他方的債務，互相抵銷。<sup>63</sup>如債務的清償地不同，則爲抵銷之人，應賠償他方因抵銷而生的損害。<sup>64</sup>

一二 免除 免除，即債權人消滅或拋棄債權的行爲。凡債權人向債務人表示免除其債務者，債的關係消滅。<sup>65</sup>

一三 混同 混同，即不能並立的兩種法律關係同歸於一人。凡債權與其債務同歸於一人時，債的關係消滅。<sup>66</sup>

### 第三節 債之種類

凡債，必有其標的，此項標的，即爲構成債權內容之債務人的行爲。民法稱債務人的行爲爲「給付」，故凡債權人基於債的關係，均得向債務人請求給付。因給付標的的不同，而債乃得分爲若干種類，茲分述其要者如左：

一 種類之債 即以某種類之物爲其給付標的的債，如曰給付米一百石是；反之，若以特定物爲給付標的，則爲特定之債。如云給付馬一匹是。凡僅以種類指示給付物者，如其品質未能確定，

應依法律行爲的性質或當事人的意思，決定究應給以何種貨品的物。若再不能確定，則應給以中等品質的物。<sup>②</sup>

二 貨幣之債 即以貨幣爲其給付標的的債。貨幣之債，因所用貨幣的不同，可以分爲二種：一、以內國貨幣爲給付，二、以外國貨幣爲給付。在此二種之中，當事人或以特定貨幣爲給付的標的，如寄託貨幣者約定取回其原封貨幣是。或以一定金額貨幣爲給付的標的，如云給付法幣百元是。或以特定種類的貨幣爲給付的標的，如云給付中央銀行五元一張的法幣百元是。但若該特種貨幣至給付期失其通用效力，則應給以他種通用貨幣。<sup>③</sup>若原訂明以外國通用貨幣爲給付，則不得以中國通用貨幣給付之。<sup>④</sup>

三 利息之債 即以利息爲其給付的標的。利息，有約定利息與法定利息的區別。約定利息，乃當事人以意思表示所發生。其所約定的利率如超過週年百分之二十，則債權人對於超過部份無請求權；<sup>⑤</sup>如超過週年百分之十二，則債務人經一年後，得以一個月前的預告，隨時清償原本。<sup>⑥</sup>債權人除約定的利息外，不得以折扣或其他方法巧取利益。凡此皆所以保護債務人，而爲高利貸的禁止。法定利息，乃由法律所規定而生的利息，依其性質，又可分爲四種：一、遲延利息。凡遲延的債

務，以支付金錢爲標的者，債權人得請求依法定利率計算的遲延利息。②、出費利息，即爲他人支出費用所得請求的利息。③、擬制利息，即因使用他人金錢而生的利息。④、可生利息，即依法應返還其所受領的給付時所應附加的利息。

凡應付利息的債務，其利率如未經約定，亦無法律可據者，週年利率率爲百分之五，是爲法定利率。⑤無論依法定利率或約定利率所生的利息，在原則上均禁止滾入原本，再生利息，是爲複利的禁止。但如商業上另有複利的習慣，或當事人曾以書面約定利息遲付逾一年後，經催告而不償還時，債權人得將遲付的利息滾入原本者，則均不在禁止之列。⑥

四 選擇之債 卽於數宗給付中，選定一宗給付爲其標的之債。反之，若僅以一宗給付爲標的的，則稱爲單純之債。選擇之債，既係得於數宗給付中選定其一宗以爲給付，故於其履行的時候，卽不可不由選擇之債，變爲單純之債，此爲選擇之債的特定。特定的方法有三：一、依當事人間原所訂定契約上所載特定的方法。二、由有選擇權人以爲選擇。凡債權人或債務人有選擇權者，應向他方以意思表示爲之。由第三人爲選擇者，應向債權人及債務人以意思表示爲之。⑦三、因債務人不能依債務本旨而爲給付，致成爲給付不能。凡數宗給付中，有自始不能或嗣後不能者債的關係，乃僅

存在於餘存的給付。④給付不能，可以減縮選擇之債的範圍，如三宗給付中已有一宗係屬不能，則只能於餘存的二宗中以爲選擇是。亦可以使選擇之債變成爲單純之債，如三宗給付中已有二宗係屬不能是。

五 任意之債 即債務人或債權人得以他種給付代替原定給付之債。此種代替，係屬一種權利，稱做代替權或補充權。有債務人享有代替權者，亦有債權人享有代替權者，要視當事人原係如何約定或法律係如何規定爲斷。⑤

六 損害賠償之債 即以賠償他人之損害爲其標的之債。凡負損害賠償責任者，除法律另有規定⑥或契約另有訂定外，應回復他方損害發生的原狀；至因回復原狀而應給付金錢者，并須自損害發生時起，加給利息。⑦惟如損害的發生，或擴大，被害人亦與有過失，則法院得減輕賠償金額或免除之。⑧是爲過失相抵或共同過失的原則。又如損害非因故意或重大過失所致者，如其賠償，致賠償義務人的生計有重大影響時，法院亦得減輕其賠償金額。⑨

【註釋】

民法第一百五三條第一項。民法第一百五三條第二項。民法第一百四六條。民法第一百五八條。民法第一百五六條。民法第一百五七條。民法第一百五四條。民法第一六二條。民法第一五九條。民法第一六〇條。民法第一六一條。民法第一六四條第一項。民法第一六四條第二項。民法第一六五條。民法第一〇八條。民法第一六七條。民法第一〇八條。民法第一六八條。民法第一六九條。民法第一七〇條第一項。民法第一七〇條第二項。民法第一七一條。民法第一七二條。民法第一七四條。民法第一七五條。民法第一七三條第一項。民法第一七三條第二項。民法第一七八條。民法第一七六條。民法第一七七條。民法第一七九條。民法第一八一條。民法第一八二條。民法第一八三條。民法第一八四條。民法第一八五條。民法第一八六條。民法第一八七條。民法第一八八條。民法第一八九條。民法第一九〇條。民法第一九一條。民法第一九二條第一項。民法第一九二條第二項。民法第一九四條。民法第一九五條。民法第一九三條。民法第一九三條。民法第一九五條。民法第一九六條。民法第九九條第二項。民法第一〇二條第二項。民法第一一四條第一項。民法第二三五條。民法第二六五條至第二六七條。民法第四五二條。民法第四七二條。民法第五五〇條。民法第三〇九條。民法第三二六條。民法第三三一條及第三三二條。民法第三三四條。民法第三三六條。民法第三四三條。民法第三四四條。民法第二〇〇條。民法第二〇一條。民法第二〇二條。民法第二〇五條。民法第二〇四條。民法第二二三條第一項。民法第一七六條第二八一條第

一項及第五四六條第一項。民法第一七三條第二項、第五四二條及第六八〇條。民法第二〇三條。民法第二〇七條。民法第二〇九條。民法第二一一條。民法第二〇二條。民法第一九三條第二項、第一九五條第一項、第一九六條。民法第二一三條第二項。民法第二一七條第一項。民法第二一八條。

### 【問題】

- 一 什麼叫做債之發生？其原因有幾？
- 二 什麼是廣義的契約，與狹義的契約？
- 三 要約的拘束力，有些什麼作用？
- 四 什麼是承諾遲到的通知？如何又可視為未遲到？
- 五 懸賞廣告是否為契約的一種？其效力如何？
- 六 什麼是代理權的授與，表見代理，與狹義無權代理？
- 七 什麼是無因管理？法律對於管理人，有什麼保護的規定？
- 八 什麼是不當得利？受領人要怎樣纔可以不負返還義務？

- 九 什麼是一般侵權行爲與特殊侵權行爲？
- 一〇 損害賠償的範圍及方法如何？
- 一一 什麼叫做債之消滅？其原因有幾？
- 一二 主體的死亡，是否亦可使債的關係消滅？
- 一三 什麼是清償，提存，抵銷，免除，混同？
- 一四 種類之債如不能確定以何種貨品爲給付，應給以何等品質的物？
- 一五 什麼是貨幣之債，又可分爲幾種？
- 一六 法律對於約定利率，有些什麼限制？利息能滾入原本再生利息否？
- 一七 法定利息有幾種？法定利率爲週年百分之幾？
- 一八 什麼是選擇之債，有那些使其特定變爲單純之債的方法？
- 一九 什麼是任意之債？誰有代替權及補充權？
- 二〇 什麼是損害賠償之債？什麼是過失相抵，或共同過失的原則？

## 第六章 財產繼承與遺囑

### 第一節 遺產繼承人

繼承，是在一定的親屬關係之中，因為一方的死亡，而他方承襲其法律上地位的意思。我國自周代以來，沿用宗祧制度，故關於繼承，重視宗祧的繼承，遺產繼承，實以宗祧繼承為基礎。但我國現行民法，已不採宗祧繼承制度，因之，所謂繼承，乃係專指遺產繼承而言。

遺產繼承，就是於被繼承人死亡後，將其遺產上的權利義務，移轉於合法的繼承人。所以遺產繼承的內容，有最重要的三點：一、繼承係因被繼承人的死亡而開始。二、繼承須有合法的繼承人。三、繼承人自繼承開始時，承受被繼承人財產上的一切權利義務；但如這些權利義務是本專屬於被繼承人本身的，則不得繼承。

合法的繼承人，我國民法上所規定的是配偶，及直系血親卑親屬（以親等近者為先），父母，

兄弟姊妹、祖父母，但除配偶外，其他均須依據一定的順序方得爲繼承人。④非同時皆得繼承被繼承人的財產。又，被繼承人於無直系血親卑親屬時，亦得以其財產的全部或一部，指定繼承人。⑤這指定繼承人在法律上的身分，與婚生子女同。⑥若以現行民法關於繼承人的規定，與我國舊律相較，有三點極顯著的進步：一、不問爲被繼承人的卑親屬或尊親屬，均得爲其繼承人。二、本諸男女平等的原則，女子與男子同享有繼承權，配偶間亦有相互的繼承權。三、指定繼承人不限於任何資格，但必須被繼承人以遺囑指定，故與昔日之立嗣制度必限於同父周親昭穆相當之人，而又可由他人代立者不同。

法定繼承人既同時不只一人，則每一繼承人所應繼承的部份，須先加確定。此種部份稱爲應繼分。每一繼承人應繼分的多寡，視情形而不同。同一順序的繼承人有數人時，按人數平均分配。⑦二、養子女的應繼分，爲婚生子女的二分之一。⑧養子女是被繼承人身前收養視同子女的人，但與婚生子女相較，情誼究有親疎，故只能予以婚生子女應繼分之半。⑨配偶的應繼分，如係與直系血親卑親屬同爲繼承人，則與他繼承人平均，如與被繼承人的父母或兄弟姊妹同爲繼承人，則爲遺產總額的二分之一。如與被繼承人的祖父母同爲繼承人，則爲遺產總額的三分之一。如被繼承

人另無其他的繼承人，則配偶取得遺產的全部。但直系血親卑親屬為繼承人，而於繼承開始前死亡或喪失繼承權者，則由其直系血親卑親屬代位繼承其應繼分，如子先死亡，則由孫代位繼承其父的遺產是。代位繼承人如不只一人，則於所代位的應繼分中，自行平均分配。至其餘的繼承人，如先死亡或喪失繼承權，不得有代位繼承，其應繼分則應歸於次一順序的繼承人繼承。

## 二 繼承之承認、限定及拋棄

繼承一旦開始以後，繼承人對於所繼承的遺產，可以於三種不同的態度中，任擇其一。這三種態度是：一為單純承認，二為限定承認，三為拋棄繼承權。現在分別說明如左：

一 單純承認 單純承認，是繼承人不附加任何的條件，承認繼承。是以發生下列三種結果：  
一、繼承人對於被繼承人的權利義務，因混同而消滅。  
二、如被繼承人的遺產多於被繼承人的債務，或被繼承人全無遺產，則繼承人大受利益。  
三、如被繼承人的遺產少於被繼承人的債務，或被繼承人全無遺產，則繼承人應以他自己的固有財產，償還被繼承人的債務。

單純承認是一種無相對人的意思表示，凡繼承開始以後，繼承人未於法定期間為限定承認

以拋棄繼承權的表示，并明示的或默示的爲單純承認繼承的行爲，即係單純承認，無需另具何種方式。但繼承人雖已爲限定承認或拋棄繼承權的表示，而有隱匿遺產，在遺產清冊爲虛偽記載的，<sup>1</sup> 詐爲，以及意圖詐害被繼承人之債權人的權利而爲遺產的處分時，<sup>2</sup> 法律則不許其享受限定承認或拋棄繼承權的利益，仍以單純承認論。

二 限定承認 限定承認，是繼承人以因繼承所得的遺產爲限，償還被繼承人的債務。<sup>3</sup> 我國昔日社會情況，認定父債子還爲天經地義，此在道德方面固屬甚是，但就法理言之，社會中一員的債務，須由另一員無限制的負責還的責任，則不可通。且常有子因清償父債，而陷於極悲慘的境况，甚至終身勞碌償還不盡，父傳於子，子傳於孫的，更爲違背事理。所以我國現在民法許繼承人於繼承開始時起，三個月內，開具遺產清冊，呈報法院，爲限定的繼承。這三個月的期限，法院因繼承人的聲請，如認爲必要，得爲延展。<sup>4</sup> 故限定承認係要式行爲，與單純承認之無需任何方式的不同。

繼承人呈報法院以後，法院應依公示催告程序公告，令被繼承人的債權人，於所定三個月以上的期限內，報明債權。<sup>5</sup> 在此期限之內，繼承人不得對於被繼承人的任何債權人償還債務。<sup>6</sup> 在此期限屆滿之後，繼承人對於該期限中報明的債權，及繼承人所已知的債權，均應按其數額，比例

計算，以遺產分別償還。當償還後如尚有餘，方得交付被繼承人所立遺囑中的遺贈，以及償還未聲明又為繼承人所不知的債權。再尚有餘，則仍歸於繼承人繼承。因為限定承認，只不過是限定償還被繼承人債務的範圍，而繼承人的繼承權，仍舊根本存在的。

限定承認，還有一個特點，便是如繼承人有數人，而其中只有一人主張為限定承認時，其他繼承人，法律上亦視同為限定的繼承。這稱做繼承人的連帶限定或擬制的限定承認。在單純承認與拋棄繼承權時，都沒有這項擬制的規定。

三 拋棄繼承權 拋棄繼承權，是繼承人以意思表示，表明與被繼承人立於無關係的地位。凡繼承人於知悉其得繼承之時起，二個月內，均得以書面向法院，親屬會議，或其他繼承人，表示拋棄繼承權。繼承權一旦拋棄，則溯及繼承開始時，拋棄繼承權人即不為繼承人，既不取得被繼承人所遺的財產，亦不負擔被繼承人的債務。

在法定繼承人中，如有人拋棄繼承權，則其應繼分即歸屬於其他同一順序的繼承人，如同同一順序的繼承人均拋棄其繼承權，就準用無人承認繼承的規定。所謂無人承認繼承，即指繼承開始時，繼承人的有無不明而言。凡無人承認繼承，法院應依公示催告程序公告繼承人，命其於一年以

上的期限內，承認繼承。② 苟期限屆滿，仍無人承認，則被繼承人的遺產，於清償債權，并交付遺贈物後，如有剩餘，歸屬國庫。③

### 第三節 遺囑之類別與要件

被繼承人死亡後，其財產的歸屬，除依法律的規定，由法定的繼承人繼承外，尚可以依被繼承人的意思，以遺囑將其財產一部份遺贈予一人或數人，這稱做遺囑遺贈。

遺囑是表意人以死後發生效力爲目的，依法定方式所爲的一種自主地單獨行爲。遺囑之所爲，以爲一種單獨行爲，因爲只須依遺囑人一方的意思表示，即可成立，不以受遺囑人的同意爲必要。遺囑之所以爲一種自主行爲，因爲遺囑必須出於遺囑人的真意，由遺囑人以自由意思爲之，無須他人意思的介入。是以凡有意思表示能力的人，均得爲遺囑，法律只不過限制未滿十六歲的人，無遺囑能力。④ 凡已滿十六歲，即使尙未成年，亦已得爲遺囑，毋須經法定代理人的允許。

遺囑是在遺囑人死亡後方發生效力的，故遺囑人一日尙未死亡，遺囑即一日不生效力。而遺囑的內容，法律有明文規定的，如繼承人的指定，遺贈，固可由遺囑人自由表明其意思，即法律未有

明文規定的，舉凡一人生前所能爲的法律行爲，也都不妨以遺囑爲之，並無限制。

遺囑是一種要式行爲，故法律於遺囑定有種種方式，以便遺囑人採用。這種方式，可分爲五類，說明如左：

一 自書遺囑 自書遺囑，係由遺囑人自己親筆書寫遺囑的全文，記明年月日，并親自簽名，有增減塗改，并應註明增減塗改的處所及字數，另行簽名。自書遺囑的長處，在親筆書寫，不易爲人僞造，亦不易無端洩漏。其短處則在不識文字或不能書寫者，無法爲之。

二 公證遺囑 公證遺囑，係由遺囑人指定二人以上的見證人，在公證人前，口述遺囑意旨，由公證人筆記，宣讀講解，經遺囑人認可後，記明年月日，由公證人，見證人，及遺囑人同行簽名。遺囑人如不能簽名，則由公證人將其事由記明，使按指印爲代。在未有公證人的地方，在國內由法院書記官，在國外，則由我國駐劄外國領事，代行公證人的職務。公證遺囑的長處，在既係由公證人代爲，對於遺囑的內容，有強固的證據力，即使遺囑人不識文字，不能書寫，也可以爲之。其短處則在對於公證人須納費用，并且有見證人公證人等聆悉其遺囑的內容，不易防止洩漏。

三 密封遺囑 密封遺囑，係由遺囑人將遺囑書就簽名後，將其密封，於封縫處簽名，指定二

人以上的見證人，向公證人提出，陳述其爲自己的遺囑，如非本人自寫，并陳述繕寫人的姓名住所，由公證人於封面證明該遺囑提出的年月日及遺囑人所爲的陳述，與遺囑人及見證人同行簽名。密封遺囑如未具備這些方式，而遺囑原係自寫者，則仍有自書遺囑的效力。密封遺囑是以兼有自書遺囑與公證遺囑二者之長，但如係由他人代寫，則仍不能防止洩漏。

四 代筆遺囑 代筆遺囑係由遺囑人指定三人以上的見證人，由遺囑人口述遺囑意旨，使見證人中的一筆記，宣讀講解，經遺囑人認可後，記明年月日及代筆人的姓名，由見證人全體及遺囑人同行簽名。遺囑人不能簽名者，應按指印爲代。代筆遺囑與公證遺囑大同小異，其差別，即在毋須經由公證人，可省去公證費用。但其易於洩漏，亦較公證遺囑爲甚。

五 口授遺囑 口授遺囑是一種特殊的方式。凡遺囑人因生命危急，或其他特殊情形，不能依其他方式爲遺囑時，方得爲口授遺囑。口授遺囑，應由遺囑人指定二人以上的見證人，口授遺囑意旨，由見證人中之，將該遺囑意旨，據實筆記，并記明年月日，與其他見證人，同行簽名。至於遺囑人自己既係在生命危急或其他特殊情形中，自毋庸簽名。遺囑人自己既未簽名，而見證人的筆記，又未及宣讀講解，有無誤聽誤記，不易判斷，故於遺囑人死亡後三個月內，見證人中的一人或其

他利害關係人，須將口授遺囑提經親屬會議，認定真偽，而後方能發生效力。若再知道囑人在當時因生命危急或有其他特殊情形，為口授遺囑，若日後遺囑人並未死亡，則口授遺囑，自遺囑人能以其他方式為遺囑之時起，經過一個月，亦失其效力。

#### 第四節 遺囑與特留分

被繼承人雖得以遺囑自由處分財產，但法律限定其不得違反特留分的範圍。所謂特留分，就是為法定繼承人，不可因被繼承人的無償處分而被剝奪的遺產部份。

原來，關於繼承的立法主義，不外三種，一是遺囑自由處分，依此主義，則被繼承人得以遺囑自由處分其遺產，其以遺產移轉於法定繼承人與否，及其分量如何，均絲毫不受限制。二是強制保存，依此主義，則被繼承人不得以遺囑自由處分其遺產，而必以其遺產的全部，移轉於長子。三是強制分配，依此主義，則被繼承人亦不得以遺囑自由處分其財產，但必以其遺產，分配於各個法定繼承人。遺囑自由處分，始於羅馬法，而現在盛行於美國。強制保存，歐洲各國於封建時代採行，而現在只有英國於不動產繼承仍復採用。強制分配，為我國素所採用。但強制分配，雖較強制保存，在理論上

爲公平，但如絕對不許遺囑人以遺囑自由處分其財產，亦未免過分蔑視被繼承人的處分權，且法定繼承人必能繼承遺產的全部，更容易養成驕奢儉情的習慣，頗滋流弊。惟如絕對採用遺囑自由處分，不特我國人民識字者的比率不高，公證制度又尙未樹立，在遺囑的成立上問題尙多。即使沒有這些手續上問題，而被繼承人既可以將其遺產，完全處分，不受任何限制，則法定繼承人的最低生活，亦將太無保障。故我國民法於強制分配之中，仍許被繼承人以遺囑處分，但在遺囑處分之時，亦仍不得違反法定繼承人的特留分，庶得兼善。

關於特留分的計算，我國民法係採各別特留主義，就是說，因法定繼承人與受繼承人的情誼的親疏不同，而特留分的範圍亦因而相異。在法定繼承人中，直系血親卑親屬，父母及配偶，其特留分均各爲應繼分的二分之一。如被繼承人的遺產爲十二萬元，有配偶及子女（直系血親卑親屬）各一人，共爲三人，此三人的應繼分，係平均分配，即各爲四萬元，則他們的特留分，以四萬元的二分之一計算，即各爲二萬元。在此情形之下，就是說被繼承人雖可以遺囑自由處分其財產，但以遺囑所爲的遺贈總共不得過十二萬元的二分之一，即不得過六萬元，其餘六萬元，法律強制其分配於配偶及子女。如無此等順序的法定繼承人，而係由兄弟姊妹及祖父母爲法定繼承人時，則其

特留分，只各爲其應繼分的三分之一，計算的方法，與上述相同。

依特留分計算的結果，如被繼承人以遺囑所爲的遺贈，已經違反了特留分的範圍，法律如另無相當救濟辦法，仍不足以貫徹特留分制度的精神。所以我國民法，又規定：應得特留分的人，如因被繼承人所爲的遺贈致其應得之數不足者，得據其不足之數，由遺贈財產扣減。受遺贈人有數人時，應按其所得遺贈價額比例扣減。於此有須注意的，即違反特留分的遺贈，並非全部無效，只不過是須將其扣減到不違反的程度而已。

### 【註釋】

- ◎宗祧制度詳於前篇，是封建時代的遺物，有所謂大宗小宗之別。大宗之廟，百世不遷者叫做宗；小宗之廟，五世則遷者，叫做祧。宗廟之祭，大宗主之，世守其職不可以無後，所以小宗可絕而大宗不可絕。立嗣制度，便由是而產生。◎民法第一一四七條。◎民法第一一四八條。◎民法第一一三八條。◎民法第一一四三條。◎民法第一〇七一條。◎民法第一一四一條。◎民法第一一四二條。◎民法第一一四四條。◎民法第一一四〇條。◎民法第一一六三條。◎民法第一一五四條。◎民法第一一五六條。◎民法第一一五七條至第一一六〇條。◎民法第一一五八條。◎民法第一一五九條。◎民法第一一六〇條。◎民法第一一七六條及第一一七七條。◎民法第一一五四條。

民法第一一七五條。民法第一一七八條。民法第一一八五條。民法第一一八六條。民法第一一九〇條。民法第一一九一條第一項。民法第一一九二條第二項。民法第一一九二條。民法第一一九三條。民法第一一九四條。民法第一一九五條。民法第一一九七條。民法第一一九六條。民法第一二二三條第一款第二款及第三款。民法第一二二三條第四款及第五款。民法第一二二五條。

## 【問題】

- 一 那些人是法定繼承人？
- 二 被繼承人於如何情形時，可以用遺囑指定繼承人？
- 三 繼承人的應繼分各為若干？
- 四 什麼是單純承認？
- 五 什麼是限定承認，有什麼特點？
- 六 什麼是拋棄繼承權？
- 七 什麼是無人承認繼承於清償債權并交付遺贈物後，賸餘的遺產係如何歸屬？

- 八 遺囑爲什麼是一種自主的單獨行爲？
- 九 法律對於遺囑的內容，有無限制？
- 一〇 什麼是自書遺囑，公證遺囑，密封遺囑，代筆遺囑？
- 一一 口授遺囑須於何時方能爲之？爲什麼要提經親屬會議認定真偽？
- 一二 關於繼承的立法主義，原來有幾種？
- 一三 我國現在所採的繼承立法，有什麼優點？
- 一四 法定繼承人的特留分是如何計算的？
- 一五 遺贈如違反了特留分的範圍，是否全部無效？

## 第七章

### 刑事制裁與監獄

#### 第一節

#### 犯罪之意義與其原因

法律既是人類社會的規律，其目的在對於生息於社會中的各個人予以一種指導使其知悉何者為應為，何者為不應為。則各個人中，如有不遵守這種指導，為其所不應為，則法律自須加以制裁，方能使社會的規律得所保障。在民法方面，如有人違反民法的規定而侵害他人的權利，稱做侵權行為，其制裁的方法，是命侵權行為人負損害賠償及回復原狀的責任。在刑法方面，如有人違反刑法的規定而危害國家、公共或個人的法益，則稱做犯罪，其制裁的方法是各種刑罰。

關於犯罪的意義，可以分為廣義狹義二種。從廣義方面說，凡一切人為刑法法令中所列舉的不應為的行為，都是犯罪。從狹義的說，則只是這一切人中須受刑事制裁的，方為犯罪。故如未滿十四歲人、心神喪失人、以及非出於故意或過失的人、違犯刑法，法律既規定不罰，即不在狹義的

犯罪意義之內了。就刑事制裁的觀點以論犯罪，是偏於狹義方面的。犯罪的意義既已確定，依此意義分析犯罪構成的要件，至少須具備下列各點：

一 犯罪的主體必須是自然人。法律上可以作為犯罪的主體，僅以人類為限。人類以外的動物，有時候似乎也能夠做出人類犯罪的行為，但是刑法上並不認為係刑事制裁的對象。人與自然人的區別，法人沒有犯罪能力，故不能作為犯罪的主體。於是法律上承認可以作為犯罪的主體者，則僅有自然人而已。

二 犯罪的人須是有責任能力的人。自然人固然可以作為犯罪的主體，但是作違法行為的自然人，卻不一定即作為犯罪。例如未滿十四歲的人，心神喪失人，雖然作了違法行為，刑法上既規定不罰，即不能認為係在狹義的犯罪意義之內。

三 犯罪的構成必須要有行為。行為是由於意思發動的身體動作，所以不基於意思發動的身體動作，例如睡夢中的動作，或受強制的動作，都不能叫做行為。又如果僅有竊盜意思的發動，而沒有竊盜的動作，亦不能稱為行為，法律上也不能稱為犯罪。故刑法上犯罪的構成，必以行為為主。

四 犯罪的行爲須爲違法行爲 人的行爲種類很多其足以構成犯罪的只以違法行爲爲限。他若正當防衛行爲，<sup>①</sup>緊急避難行爲，<sup>②</sup>依法令的行爲，<sup>③</sup>職務上的行爲，<sup>④</sup>以及正當業務的行爲，<sup>⑤</sup>都是法律所許可的合法行爲，所以均不能構成犯罪。

五 犯罪的構成須有故意或過失的行爲 責任能力人所爲的違法行爲，能夠構成犯罪，尚須以故意或過失爲其要素。所謂故意，即行爲人對於構成犯罪的事實，明知并有意使其發生，或預見其發生，而其發生並不違背其本意。<sup>①</sup>所謂過失，即行爲人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意而不注意，或雖預見其能發生而確信其不發生。<sup>②</sup>若沒有故意或過失，雖有犯罪行爲的外表，只能說是由於不可抗力，不能構成刑法上的犯罪。

六 犯罪行爲須爲刑罰法令中所列舉的行爲 有責任能力人，因故意或過失所爲的違法行爲，尚須以刑罰法令明示其爲犯罪并規定有一定罰則者爲限，方能稱爲犯罪。如我國刑法第一條，謂：「行爲之處罰，以行爲時之法令有明文規定者爲限，」所謂明文，就是法律中正式規定的條文。犯罪的行爲，必須在刑罰法令上有明文規定方予處罰者，係採用罪刑法定主義的結果。倘若罪惡不由法定，則不知何者方爲犯罪，良善的社會份子亦必日懷疑懼而不能自安，社會的秩序反而

不能維持了。

違反刑罰法令規定的，稱做犯罪，犯罪的須加以刑事制裁。但何以尚有若干人時時甘於爲犯罪而行爲呢？這便是犯罪的原因問題。據一般法學者及社會學者的分析，犯罪的原因可以分爲自然的，個人的，及社會的三方面，茲分述如左：

犯罪的自然原因，包括人種，氣候，季節氣溫，地域等。就人種說，如吳爾芬 *Wulfen* 謂：「在意大利關於生命的犯罪，在法國關於性慾的犯罪，在德國關於竊盜的犯罪，都各爲其國犯罪的特色。」就氣候說，則熱帶人民，由於酷熱而生殖繁盛，天賦豐盛而偏於情性，於是喜爲無謂的默想，盛行禁慾主義與自刑方法，結果則爲宗教上的狂熱與壓制。寒帶人民，人力多用於尋覓生活上的滿足，故抵抗力大，而不常有虛妄變動，其性質每偏於沉靜和藹。至溫帶人民，最易發生犯罪，蓋因氣候既不太冷，生產力已有增加，生活上的需要已較易獲得，但同時又不太熱，天賦並不十分充盛，仍有待於個人的競爭與努力。就季節氣溫說，每因每年季節的不同，而對於犯罪有所影響。如犯性慾罪的與犯生命罪的，以夏季爲多，而犯經濟罪的，則以冬季爲多。其原因蓋在夏季，人在戶外的時間較長，而接觸較繁，發生衝突的機會自然較多，所以容易發生殺傷罪，而兩性罪亦因接觸的機會較多而

容易發生。且熱度增高，個人性格亦不無發生相當變化。至於犯經濟罪者在冬天特多，實因窮人在冬天非獨受飢餓的逼迫，還遭寒冷的侵襲，因此經濟的需要，格外增加；但收入不獨同時增加，有時特種職業的工作者，至冬日反更有失業的恐懼。就地域說，則都市與鄉村的社會形態不同，所以犯罪的人數與犯罪的種類亦有異。都市的結合範圍廣，但人與人間的結合力反較弱，而鄉村間的結合範圍雖較狹，但人與人間的結合力卻頗強，以之彼此既有共同的風俗習慣必須遵守，又能彼此時相監視，犯罪者遂較少。又都市中生活的競爭激烈，風氣易趨於奢靡，物質的引誘力特強，犯罪者因而益多。再，山地與平原的地勢不同，犯罪的種類亦有異。大抵居於高山峻嶺的人民，賦性強悍，體力雄厚，益以交通阻隔，不易接受外來文明，理解力較差，一言不合，便即動武。而居於平原或水濱的人民，則賦性和平，體質柔弱，加以交通便利，接觸頻繁，不但犯罪增加，且多偏於奸詐姦淫方面。犯罪的個人原因，包括年齡、性別、職業、貧窮、嗜好及遺傳等。就年齡言，則人在二十一歲至四十歲的壯年時候，最易犯罪。因為在幼小的時代，生活的慾望至為簡單，且膽量較小，不敢為犯罪的嘗試。到了老年，則生活只求其趨於安定，且遇事皆能熟察周詳。就性別言，則男子犯罪，遠較女子犯罪為多，蓋男子與社會接觸的機會多，謀生的慾望強，而女子至結婚後，生有子女，勤勞家政，心身

交表，無暇顧及他事，自然會減少犯罪的行爲。又在女子犯罪中，每不易發覺，或易得人矜恤，不致遽受刑事制裁，或由男子往犯罪以供給女子，毋庸女子自爲，凡此皆可以減少女子犯罪人數的比率。但若就犯罪的種類以觀，則女子每易犯墮胎、斃嬰、收受贓物，或爲男子犯罪的從犯。至如強盜殺人等重罪，則女子每因體力與智力等關係，不若男子所犯爲多。就職業說，職業影響於思想，因此影響於犯罪。如屠夫、殺生者，易養成殘忍性；鍛冶工人及石工易養成粗暴性。故瀆職罪的犯者多爲警察官吏及中產階級人士，詐欺罪犯者多爲商人，賭博罪的犯者多爲無職業者及勞動者，墮胎罪的犯者多爲淫蕩婦女，贓物罪的犯者多爲經營舊貨業者，誘拐罪的犯者多爲經營娼妓業者，內亂罪的犯者多爲智識人士，失意政治家或退伍軍人，傷害罪的犯者多爲工業或農業勞動者與失業者。以論失業與犯罪的關係尤爲密切，失業最大的影響，就是對於失業者生活所加的威脅。個人一旦失業，則生活立時發生困難，結果，健康破壞，道德淪亡，遂不免挺而走險，而一切反社會秩序的犯罪便自然增加了。就教育說，教育狀況的有無缺陷，與犯罪的多寡也有關係，不識字的人犯罪，往往多過於受教育的人，而所受教育的程度，又與犯罪的種類有關，如不識字者所犯的罪，多爲斃嬰、墮胎、竊盜、強盜、放火者。稍識字者所犯的罪，多爲勒索、竊盜、脅迫、恐嚇等。曾受中等教育者所犯的罪，多爲賄

賂偽造及恐嚇等會受高等教育者所犯的罪，多爲商業上及政治上的犯罪。曾統貧窮說：孟子所論最爲透澈。孟子說：「無恆產而有恆心者，惟士爲能。若民則無恆產，固無恆心，苟無恆心，放辟邪侈，無不爲已。」既放辟邪侈，無所不爲，犯罪焉有不增加之理？就嗜好說，可以舉酗酒與賭博爲例。酗酒之所以爲犯罪的原因，一由於人類嗜酒之故，往往易陷於貧窮；二由於酒醉之後，高尚情操及健全腦力均易爲破壞；三由於人欲犯罪，往往先飲酒以壯膽，甚至因此有所藉口；四由於青年多由飲酒而被引入歧途；五由於酒肆爲作惡者及從事犯罪者聚合之所，常入酒肆，不覺耳濡目染。至於賭博，則爲全憑偶然機遇的勝負之爭，因爲毋須用很多的勞力，即可以獲勝，故樂者不疲。但勝負一判之後，勝者每以來源之易，而致爲過度的浪費，敗者則逐漸陷於貧窮，以爲其他的犯罪。就遺傳說，則凡屬有機體的動作，其式樣皆取決於遺傳性。胡白羅梭曾調查美國委克家中的情形，其始祖馬克思，麥克，以漁獵爲生，放蕩一生，卒，其目，自一七二〇年後所遺子孫至多，計七世之內婚生者五四〇人，非婚生者一六九人。而如許子孫中，墮落者七六人，求乞者一四二人，在救濟院者六四人，因貧窮而須他人救濟以爲生者一四二人，爲娼妓者一二八人，癡呆或有性疾患者一三一人，不生育者四六人，犯罪次數共達一一五次。

犯罪的社會原因，包括人口、政治、家庭、災荒等。就人口言，則人口愈密的地方竊案愈多而命案愈少。因為一地人口繁密，必多為工商業區域或政治中心點，文明教育的程度高，遷徙變化也較多。至人口稀少的地方，則文明程度較低而生活亦較苦，反而殺人毆打的事較多。就宗教說，則宗教的信仰不一定可使犯罪減少，有時因為有宗教上特許的免罪和贖刑，普通人反敢嘗試不顧社會公益的行為。某種宗教如形式的成分多過於其道德原素，則所加於減少犯罪的影響甚少；如能留其精神而遺其糟粕，有時自可以為防範犯罪的一助。就政治言，凡國家的政治設施與改革，能與人民的企望相應合，則社會的秩序易於維持。反之，人民積鬱煩悶，不特政治上的犯罪紛至沓來，即其他的犯罪，亦因人心不安而易於增加。就家庭說，家庭不良，最容易成為犯罪的原因。所謂家庭不良，如由不合理的結婚所發生的夫婦失和，父母早亡，由後父後母或他人教養，父母缺乏教育或生活品行上有缺陷，父母對於子女的個性無理解，父母教養子女的方法不當或寬嚴不得其宜。凡此皆極易使子女走入歧途，而發生惡劣的結果。就災荒說，如孟子謂：「富歲子弟多賴，凶歲子弟多暴，非天之降才爾殊也，其所以陷溺其心者然也。」子弟既多暴，自極易犯罪。即在沒有嚴重災荒的時候，日常生活必需品的供給與價額，亦足以影響於一般人的生活，生活如受到影響自不免有犯罪的發

生了。國家對於造成犯罪的這些原因，除要用社會的力量使其消除，並對已因這些原因犯罪的人予以救濟外，在法律上，則另以刑事制裁，加以懲罰。

## 第二節 刑事制裁

刑事制裁是對於犯罪的人，所加的一種刑罰。就近代的刑法學說而論，這種刑罰的基礎，不外二點。其一，是對於已經犯罪的人，使其不再犯罪，因為一人之所以犯罪，即足以表現其有不能正當適法的生活能力，故須以懲治訓誡的方法，將其改善。改善不能，則剝奪其自由，必令其將來無法再為犯罪的行為；改善而能，則使其仍復列於良民之列，其營正當適法的社會生活，這解做預防主義。其二，是對於尚未犯罪的人，使其不去犯罪。因為一人之所以敢去犯罪，無非受享樂慾望的引誘，欲防止其有不法的慾念，必使為此行為的人，感受身體上或財產上的痛苦而後可。刑法將各種刑事制裁預先規定，使一般人，都知道以犯罪的行為而得到快樂，將有更大的痛苦追隨於後，則其犯罪的慾望，可得遏止而不去進行，這稱做心理強制主義說。

現在刑法所預先規定的各種犯罪，可分為三大類：其一是危害國家法益的犯罪，其二是危害

公共法益的犯罪，其三是危害個人法益的犯罪。法律本是社會的規律，國家是社會組織的上層形式，公共是社會組織的本體，個人雖只是社會的一分子，但往往因了他的法益受了危害，而影響到社會整個的秩序與風化，所以凡危害了國家，公共或個人法益的，均須加以制裁。

所謂危害國家法益的犯罪，就是危害國本，妨害國交，以及妨礙國家政務等等的行爲。就危害國本而論，其以暴動或意圖破壞國體，竊據國土，或以非法的方法，變更國憲，顛覆政府而着手實行的，稱爲內亂罪。其以通謀外國，使其與本國開戰，或意圖使本國領域屬該國或他國，或在與外國開戰時，爲敵國執役，以軍事上利益供敵國，或於平時將本國國防應祕密的文書，圖畫，消息，物品，洩漏於外，或應經政府允許的專項未受允許，私與外國政府爲約定，稱爲外患罪。就妨害國交而論，如對於友邦元首或外國之國旗國章而爲侮辱，或於外國交戰之際，違背政府局外中立的命令，稱爲妨害國交罪。凡危害國本及妨害國交的犯罪，少則可以減損國家的力量，大則有亡國之患，故無論係陰謀、預備、既遂、未遂，均須加以嚴厲的制裁。

就妨礙國家政務而論，其以公務員職務上而犯罪的，如公務員不盡其應盡之責，而委棄守地，公務員爲職務上或違背職務的行爲，要求期約或收受賄賂，有審判職務的公務員，爲枉法的裁判，

公務員對於租稅或其他入款，明知不應征收而征收，公務員廢弛職務，釀成災害，在郵務或電報機關執行職務的公務員，開拆或隱匿投寄的郵件或電報等等，稱爲瀆職罪。其以強暴脅迫，施於依法執行職務的公務員，或對於依考試法舉行之考試，以詐術或其他非法的方法，使其發生不正確的結果等等，稱爲妨害公務罪。其以強暴脅迫或其他非法的方法，妨害他人行使選舉投票權，或有投票權的人，要求期約或收受賄賂，或以詐術或其他非法的方法，使投票發生不正確的結果，稱爲妨害投票罪。其公然聚衆強暴脅迫，不暇解散，參加以犯罪爲宗旨的集社，未受允准，招集軍隊，意圖漁利，挑唆包攬他人訴訟，冒充公務員而行使其職權，意圖侮辱中華民國而公然損壞除去或污辱中華民國的國旗國章，或意圖侮辱創立中華民國的孫先生，而公然損壞除去污辱遺像，稱爲妨害秩序罪。其依法逮捕拘禁之人，設法脫逃，或加以縱放，稱爲脫逃罪。其藏匿犯人，或依法逮捕拘禁之人，或偽造變造湮滅或隱匿關係他人刑事被告案件的證據，稱爲藏匿人犯及湮滅證據罪。其爲證人，鑑定人，通譯而於案情有重要關係的事項，爲虛僞的陳述，或意圖他人受刑事或懲戒處分，向該管公務員誣告，稱爲僞證及誣告罪。

所謂危害公共法益的犯罪，就是有危害公共，妨害社會上信用，風化，職業及健全等的行爲。就

危害公共而論，其以放火、決水、傾覆或破壞舟車、損壞軌道燈塔標幟、損壞或壅塞陸路水路橋樑或其他公眾往來的設備，未受允准而製造販賣運輸或持有炸藥爆裂物、妨害鐵路郵務電報電話水電氣煤氣事業、妨害飲水衛生、違背關於預防傳染病所公布的檢查或進口命令等等，稱為公共危險罪。就妨害社會上信用而論，其以意圖供行使之用，偽造變造通用貨幣或加以行使，稱為偽造貨幣罪。其以意圖供行使之用，偽造變造公債票、公司股票，或其他有價證券、郵票、印花稅票、船票、火車票，或其他往來客票或加以行使，稱為偽造有價證券罪。其以意圖行使之用，製造販賣違背定程的度量衡或變更度量衡的定程的，稱為偽造度量衡罪。其偽造變造公私文書、印章印文或署押足以生損害於公眾或他人的，稱為偽造文書印文罪。就妨害社會上風化而論，其以強暴脅迫或使不能抗拒的方法，姦淫婦女的，稱為強姦罪。凡姦淫未滿十四歲的女子，不問有無用強暴脅迫方法，均以強姦論。其未以強暴脅迫方法而男女相姦淫的，稱為和姦罪。對於男女以強暴脅迫藥劑催眠術或他法至使不能抗拒而為猥褻行為的，稱為猥褻罪。有配偶而重為婚姻的，稱為重婚罪。有配偶者與人通姦，稱為妨害家庭罪。和誘未滿二十歲的男女或有配偶的人脫離家庭的，稱為和誘罪。略誘未滿二十歲的男女意圖營利或意圖使被誘人為猥褻的行為，或移送被誘人於中華民國領域外的，

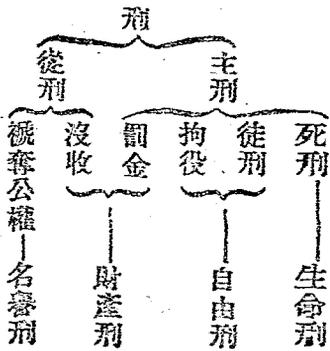
稱爲略誘罪。自強姦罪以至猥褻罪，總稱爲妨害風化罪。自重婚罪以至略誘罪，又總稱爲妨害婚姻及家庭罪。其對於壇廟、寺觀、教堂、墳墓或公衆紀念處所公然侮辱，或損壞、遺棄，公然污辱，或盜取屍體，或發掘墳墓，損壞、遺棄，或盜取遺骨遺器殮物，或火葬的遺灰的，稱爲褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪。就妨害社會上職業而論，其妨害販運穀類、公衆食物、種子肥料、農工業必需品，妨害他人農事上的水利，偽造或仿造已登記的商標商號，意圖欺騙他人而就商品的原產國或品質爲虛偽的表記，或明知爲此項商品而販賣或陳列或自外國輸入的，稱爲妨害農工商罪。就妨害社會上健全而論，其栽種、製造、販賣、運輸吸食鴉片或嗎啡、高根、海洛因的，稱爲鴉片罪。其在公共場所賭博財物，或以賭博爲常業，或意圖營利，未經政府允准而發行彩票的，稱爲賭博罪。

所謂危害個人法益的犯罪，就是有危害個人生命、身體、自由、名譽、財產等權利的行爲。就危害個人生命而論，其殺人、教唆或幫助他人使之自殺的，稱爲殺人罪。但如係當場激於義憤而殺人的，只處七年以下有期徒刑。其懷胎婦女服藥或以其他方法墮胎的，稱爲墮胎罪。就侵害個人身體而論，其傷害人的身體或健康，明知自己有花柳病癩瘋而傳染於人，或對於未滿十六歲的男女施以凌虐，或以他法致妨害其身體的自然發育，稱爲傷害罪。其遺棄無自救力之人的，稱爲遺棄罪。就妨

害個人自由而論，其使人爲奴隸或居於不自由的地位，意圖營利以詐術使人出於華民國領域以外，私行拘禁或以其他非法方法，剝奪人的行動自由，無故侵入他人住宅建築物，或不依法令搜索他人身體，住宅，建築物，舟車，航空器，稱爲妨害自由罪。其無故開拆或隱匿他人的封緘信函，從事職業者或公務員無故洩漏其業務上或職務上知悉的祕密，稱爲妨害祕密罪。就妨害個人的名譽而論，其公然侮辱人，意圖散布於衆而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事，散布謠言，或以詐術損害他人的信用，稱爲妨害名譽及信用罪。就侵害個人的財產而論，其意圖爲自己或第三人不法之所有而竊取他人動產的，稱爲竊盜罪。其意圖爲自己或第三人不法之所有而搶奪他人動產的，稱爲搶奪罪。其以強暴脅迫及使不能抗拒的方法而取他人之物的，稱爲強盜罪。其未受交戰國允准或不屬於各國海軍而駕駛船艦意圖施強暴脅迫於他船或他船之人或物的，稱爲海盜罪。其意圖爲自己或第三人不法之所有而侵占自己持有的他人之物，遺失物，漂流物，或其他雖本人所持有之物，或對於公務上或因公益所持有之物，稱爲侵占罪。其意圖爲自己或第三人不法之所有以詐術使人將物交付，爲他人處理事務而爲違背其任務的行爲，或乘他人急迫，輕率，無經驗，以金錢或其他物品而取得與原本顯不相當的重利的，稱爲詐欺背信及重利罪。其意圖爲自己或第三人不法

之所有，以恐嚇使人將物交付，或意圖勒贖而擄人的稱爲恐嚇及擄人勒贖罪其收受報通寄藏故買贓物的，稱爲贓物罪。其毀棄損壞他人文書，建築物，墳坑，船艦，或其他之物，足生損害於公眾或他人的，稱爲毀棄損壞罪。

凡有違犯法律的規定而犯上列各項之罪者，便由國家處以刑罰。處刑的時候，有同一犯罪只單科以一種刑罰的，亦有同一犯罪，同時可科以數種刑罰的。在同時科數種刑罰的情節之中，又有得以該項刑罰獨立的加諸犯人的，這稱爲主刑；另有須附隨於其他刑罰，而加諸犯人的，這稱爲從刑。我國刑法上所規定的主刑從刑是：



死刑是生命刑，就是剝奪犯罪人生命的極度刑罰。死刑的起源甚古，我國古代，所謂上刑用甲兵，次刑用斧鉞，卽是死刑。在各國的歷史上，亦幾均留有死刑的記載。直至近代博愛主義盛行，始有人認死刑爲太殘忍，抑且完全不予犯人以懺悔的機會，主張廢除。但死刑的執行，如果限定其範圍，并減少其適用，有時亦不無對於社會有所裨益。吾人曾謂爲生而殺人，死而無怨，意思就是說，爲了大多數人的生存，而殺一社會的姦賊，是無怨可說的。自由刑的目的，本在使犯人與社會隔離，死刑只不過是使其永遠與社會隔離而已。現在我國刑法仍採用死刑，但於唯一處死刑的條文，盡量減少，其他得科以死刑的範圍，亦有限制。若是則一方面不啻博愛主義的潮流，一方面仍可保持社會的安定。

徒刑與拘役都是自由刑，就是束縛犯人自由的刑罰。自由刑在各種刑罰中，佔有重要的地位，而適用的範圍亦極廣。其第一種是徒刑，卽將犯罪的人拘禁於監獄之中，其將犯罪人永遠拘置於監獄中的，稱爲無期徒刑。其定有期限拘置於監獄中的，稱爲有期徒刑。我國刑法規定有期徒刑最長爲十五年，但可加重至二十年，最短爲二月，但亦可減輕至二月未滿。自由刑的第二種是拘役，凡將犯罪人於一日以上二月未滿的期間內，拘置於監獄中的，卽爲拘役。爲拘役與有期徒刑完全

相同，所不同的，拘役是最短期的自由刑，僅能適用於惡性輕微的犯人。

罰金與沒收都是財產刑，就是剝奪犯人財產的刑罰。第一是罰金，即由法院以判決命犯罪人繳納一定金錢的刑罰。罰金的方法有二種優點：一是以罰金施諸唯利是嗜之徒，使其發生財產方面的苦痛，大足以收豫防犯罪的效果。二是受罰金宣告的，毋須入獄，既不因執行刑罰而妨礙其職業，又不致因受刑而染及監獄內惡習。財產刑的第二是沒收，即由法院以判決，將違禁物，供犯罪所用或供犯罪預備之物，或因犯罪所得之物，沒收入國庫。此數種物均與犯罪有密切的關係，故須沒收之，不使再為犯罪人所有。

褫奪公權是名譽刑，就是剝奪犯罪人的榮譽，所謂褫奪公權是指褫奪為公務員的資格，公職候選人的資格，及行使選舉罷免創制複決四權的資格。這幾種資格的褫奪，亦有無期與有期的區別。凡宣告死刑的或無期徒刑的，均宣告褫奪公權終身，是為無期的。凡宣告六月以上的有期徒刑，依犯罪的性質認為有褫奪公權必要的，則宣告褫奪公權一年以上十年以下，是為有期的。

以上是刑罰的種類，至於犯何種之罪，則科以何種刑罰，在刑法上另分別有明文規定，如瀆職罪中的「公務員不盡其應盡之責，而委棄守地者，處死刑，無期徒刑，或十年以上有期徒刑。」即

是一例。以犯罪人無論係犯何種之罪，而法官在按照刑決定罪之時，於法定的刑度中，應當隨時審酌一切情狀，為科刑輕重的標準。這些情狀，是犯罪的動機，犯罪的目的，犯罪時所受的激刺，犯罪的手段，犯人的生活狀況，犯人的品行，犯人的知識程度，犯罪後的態度，凡此皆屬於犯人的主觀方面；又犯人與被害人平日的關係，犯罪所生的危險與損害，凡此皆屬於犯罪的客觀方面。依近代刑法學理而論，關於主觀情狀的審酌，尤應重於客觀的情狀，方能收防止犯罪及再犯的社會的功用。

除去刑罰而外，我國刑法復有保安處分的規定，即是對於某種的犯罪人，非完全可以用刑罰的方法，即能收社會的功効。必須另施以一種處分，方能達防止犯罪與再犯的目的，這種處分，便稱做保安處分。保安處分一共有八種：其一是少年犯罪人的感化教育；其二是精神病犯罪人的監護；其三是吸用鴉片或其代用品者的禁戒；其四是酗酒犯罪人的禁戒；其五是習慣犯罪人的強制工作；其六是花柳病及癩瘋犯罪人的強制治療；其七是少年，精神病，鴉片，酗酒，習慣等犯罪人及受緩刑宣告人的保護管束；其八是外國人犯罪的驅逐出境。如果國家能為種種設備，則保安處分所實施的效果，將較僅處犯罪人以刑罰為大，是無可疑的。

### 第三節 監獄之功用與中國監獄之改革

凡犯罪而受有刑罰的人，必須有執行的方法，方足以達刑罰的目的。生命刑的執行，不需要長久的時間；財產刑及名譽刑的執行，也不需要固定的地域。惟有自由刑的執行，既在拘束犯罪人的行動自由，必須有一固定的地域，按照法院所判決的期間去拘束他，這地方便是監獄。

在往昔的時候，監獄並無法定的設備，亦無辦理的法則，其意義僅為威嚇拘禁犯罪人於一地而已。管理監獄人的權責更為廣泛，民刑不分，輕重無別，事涉牽連，則概與同繫，或幽禁於宮殿的一隅，或囚置於堵宇的一角，甚至桎梏手足，使炎夏日的嚴威，起臥道旁，令受隆冬的寒冷。而犯人則狀同餓鬼，慘不忍觀，污穢襲人，不可向邇，甚至貧苦者備受虐待，而富有者仍得行動自如。所以往昔的監獄，只是無規律的威嚇的拘置犯人的地方，並無任何社會的與教育的功用可說。

至於近代的監獄，意義便完全不同。近代監獄是有功用，有規律，有目的的。其在社會方面的功用，為使犯罪人與社會隔離，因為凡是犯罪的人，皆具有惡性，以此種具有惡性的人，混雜於一般社會羣衆之中，每有侵害他人法益，或傳染於他人的危險，故須拘束其自由，使之處於監獄之中，而與

社會相隔離。犯罪人既與社會隔離，既無從去侵害他人的法益，而社會的羣衆，亦不致傳染到他的惡性。

監獄，除去社會方面的功用而外，尚有更重要的功用，那便是屬於教育的。因為刑罰本身不是一種目的，而只是一種手段，其目的乃在使犯罪人於出獄後仍復爲社會的善良一分子，仍爲社會服務。是以在監獄之中，須如醫院醫治疾病一樣，將犯罪人的惡性化除淨盡，并使犯罪人的生活事項，將來能與社會的生活不相衝突而相適合。故犯罪人入監，隔離社會，不致傳播他人，此仍爲消極的功用。積極方面，必須更利用教化，消除惡性，使再入社會，得復歸於社會善良分子的生活。

因欲使犯罪人仍能復歸於社會爲善良分子，故在近代監獄中，極注意犯罪人的健康與工藝訓練，現在監獄執行自由刑，只不過是拘束其自由，毋須害及犯罪人的健康。且爲其將來仍爲良民計，并應使其健康日趨增進，方能再爲社會所用。故監獄中對於犯人的醫藥給養，清潔衛生，應極力講求，并於屋宇的光氣流通，冬夏的溫度調節，運動的場所，勞役的作息，都極盡力的注意，務使犯人於出獄之後，即成爲一社會的健全分子。

除健康外，對於犯人所重要的，便是工藝訓練。因爲犯罪人之所以犯罪，除有特殊原因者外，素

半是無業之輩，遊手好閒，途爲不善，或者謀生乏術，乃挺而走險。所以監獄不只是將犯罪人拘束了自由，便爲完事，尤須利用其在監獄時間，使爲工藝的學習，俾技能有成，謀生有道，則犯罪人在監獄中時，固可獲得勞役成績的賞與，爲家庭生活的挹注，或日後從事職業的資本，且又可因勤於勞作，真實改悔，於刑期過半後，得獲赦免或假釋，爲提早出獄。至出獄後亦因有所受工藝訓練的技能與勞役的慣習，得有職業可謀，從此爲社會的善良有用分子，永不致再行犯罪。

總之，刑罰的目的，是社會的與教育的，監獄卽所以達此二種目的而設，故須能具有社會的與教育的功用，方能稱爲近代的監獄。我國現在的監獄，有新監與舊監的稱別，新監是指已有爲近代監獄的設備與作用的而言，多設在通都大邑，或有地方法院地方，舊監則係各縣原有的監獄，仍由縣長兼管，而另由管獄員主持其事，經費不充，設備窳陋，但全國大多數的犯人，卻均在舊監中監禁着。故欲改革我國的監獄，一方面在增加新監，一方面在從速寬籌經費，訓練獄務人員，分發各縣，整頓舊監，使其在可能範圍內亦能採用新式監獄的管理方法，盡近代監獄的功用。

除監獄外，尚有拘束自由的處所，是爲看守所。看守所與監獄在管轄上著有區別，監禁係執行自由刑之處，而看守所乃爲拘禁刑事被告人而設。此時刑事被告人只有犯罪的嫌疑，其果屬犯罪

與否，尙未偵查確定，但惟恐其有逃亡之虞，故不得不暫時在看守所中加以羈押。故羈押於看守所中者仍爲良民，與在監獄中的犯罪人待遇不同。

刑事被告人，在檢察官偵查期中，羈押於看守所不得逾二月，得因必要延長一次，審判中不得逾三月，得因必要延長三次，如經偵查判決無罪或已過上述期限，即應視爲撤銷羈押，將其釋放；如經判決確定，罪名成立，即成爲犯罪人，消失其良民資格，遂應改歸監獄執行，不能仍留於看守所中。但其已在看守所中羈押的日數，得以法院的宣告，以一日抵徒刑一日。

### 【註釋】

- ① 民法第一八四條至第一九六條。 ② 刑法第十八條及第十九條。 ③ 刑法第十二條。 ④ 刑法第二十三條。 ⑤ 刑法第二十五條。 ⑥ 刑法第二十一條第一項。 ⑦ 刑法第二十一條第二項。 ⑧ 刑法第二十二條。 ⑨ 刑法第十三條。 ⑩ 刑法第十四條。 ⑪ 李劍鋒著犯罪學第七八頁。 ⑫ 醫學雜誌在社會學界第二卷所發表的北京第一監獄及第二監獄監犯犯罪統計說明。 ⑬ *Laasch's: Criminology*。 ⑭ 劉麟生譯明白羅檢犯罪學第一四二頁關於 *Juke Family* 的調查。 ⑮ 刑法第一〇〇條至第一一九條。 ⑯ 刑法第一二〇條至第一七二條。 ⑰ 刑法第一七三條至第二七〇條。 ⑱ 刑法第二七一條至第三五七條。 ⑲ 刑法第三三條第一款。 ⑳ 刑法第三三條第二款至第四款。 ㉑ 刑法第

三三條第五款。 刑法第三四條第二款。 刑法第三八條。 刑法第三四條第一款及第三六條。 刑法第三七條。 刑法第一二〇條。 刑法第五七條。 刑法第八六條至第九九條。 免刑免係由國家予以特赦或大赦。 假釋則係具備刑法所定要件，由最高司法行政長官許其先行假釋出獄。 刑事訴訟法第一〇八條。 刑法第四六條。

## 【問題】

- 一 什麼叫做犯罪，其構成的要件如何？
- 二 犯罪的原因，可以從那幾方面去分析？
- 三 爲什麼對於犯罪的人，要予以一種刑事制裁呢？
- 四 現在刑法所規定的各種犯罪，可分爲幾大類？
- 五 那些罪是危害國本的罪？爲什麼要加以嚴厲的制裁？
- 六 公務員不盡其應盡之責而委棄守地，是犯了什麼罪？
- 七 意圖侮辱中華民國而公然損壞除去或污辱中華民國的國旗國章，是犯了什麼罪？
- 八 意圖欺騙他人而就商品的原產國或品質爲虛偽的表記，或明知爲此項商品而販賣或

陳列或自外國輸入的，是犯了什麼罪？

九 什麼是生命刑？爲生而殺人，死而無怨，是怎樣解釋？

一〇 什麼是自由刑、財產刑及名譽刑？

一一 法官科刑時，應審酌那些情狀？

一二 我國刑法上所規定的保安處分，是那幾種？

一三 執行自由刑的固定地域，是什麼地方？

一四 往昔監獄的情形是怎樣的？

一五 近代監獄在社會方面有怎樣的功用？

一六 近代監獄在教育方面有怎樣的功用？

一七 看守所與監獄的區別，在什麼地方？

## 第八章 訴訟手續

### 第一節 法院之組織

法律有兩個要素，第一是關於權利和義務存否及其性質範圍的規定，第二是關於行使權利及履行義務的手續的規定。關於第一種規定的，已在前幾章中撮要說明，但只了解這種規定，而不知道如何去行使權利或履行其義務，仍未足以盡其能事。欲知道第二種規定的內容，即是須知悉法院的組織及民事或刑事訴訟的手續。

國家爲保持法律的強制力以及爲人民得有地方作行使權利或履行義務的請求，故設立一種司法機關，這種機關便是法院。其依法院組織法設立的法院，稱爲普通法院；其依特別法設立的，稱爲特別法院。

普通法院，是審判民事刑事訴訟案件，并依法律所定，管轄非訟事件。特別法院則或以當事

人的資格去定，如陸海空軍軍人爲刑事被告，則由軍事審判機關審判，不由普通法院受理。或以訴訟的性質來定，如行政訴訟，則另有行政法院審判；依國際法的捕獲案件，則另有捕獲法庭審判；商事爭議，則另有商事公斷委員會公斷；勞資爭議則另有勞資仲裁委員會仲裁；土地爭議，則另有土地裁判所裁判，均不由普通法院受理。但商事、勞資、及土地的爭議，如公斷或仲裁無效，仍可向普通法院起訴。

普通法院共分地方法院、高等法院、最高法院三級。採三級三審制。地方法院設於縣或市，但其區域狹小者，得合數縣市設一地方法院，其區域遼闊者，得設地方法院分院。地方法院所管轄的事件有二：一、民事刑事第一審訴訟案件；二、非訟事件。在審判的時候，以推事一人獨任行之，但案件重大者，得以三人的合議行之。

高等法院設於省或特別區域，但其區域遼闊者，應設高等法院分院。高等法院管轄的事件有三：一、關於內亂外患及妨害國交的刑事第一審訴訟案件；二、不服地方法院及其分院第一審判決而上訴的民事刑事訴訟案件；三、不服地方法院及其分院裁定而抗告的案件。在審判的時候，以推事三人的合議行之，但得以推事一人行準備及調查證據程序。

最高法院設於國民政府所在地，一絕對不許另設分院。最高法院管轄的事件有四：一、不服高等法院及其分院第一審判決而上訴的刑事訴訟案件；二、不服高等法院及其分院第二審判決而上訴的民事刑事訴訟案件；三、不服高等法院及其分院裁定而抗告的案件；四、非常上訴案件。二在審判的時候，以推事五人或三人的合議行之。三

各級法院各設院長，地方法院院長，由推事兼任，總理全院行政事務。一地方法院如所置推事在六人以上，得分置民事庭刑事庭，各庭置庭長一人，除由兼任院長的充任以外，餘就其他推事中選任。二高等法院院長，亦由推事兼任，總理全院行政事務，并監督所屬行政事務。三另分置民事庭刑事庭，各庭置庭長一人，由推事中選任。四最高法院置院長一人，得由國民政府司法院院長兼任，并兼推事，總理全院行政事務。五另分置民事庭刑事庭，除由院長兼庭長外，其餘庭長，亦由推事中選任。六凡各級法院行合議審判的時候，以庭長充審判長，無庭長或庭長有事故時，以庭中其他資望較深的推事充任。如行獨任審判，則即以該推事行審判長的職權。七

各級法院中，除民事庭刑事庭外，因為我國尚未澈底廢除檢察制度，故尚有檢察署及檢察官的配置。在最高法院中，設檢察署，置檢察官若干人，以一人為檢察長。在高等法院地方法院及其分

院，各置檢察官若干人，以一人爲首席檢察官。檢察官的職權有二：一、實施偵查，提起公訴，實行公訴，協助自訴，擔當自訴，及指揮刑事裁判的執行；二、其他法令所定職務的執行。檢察官對於法院獨立行使職權，但須服從監督長官的命令。

## 第二節 民事訴訟

凡一切民刑訴訟，除法律別有規定外，均係採三級三審制的，三級三審就是以地方法院爲第一審，不服其判決，可以上訴至高等法院，爲第二審，再不服其判決，可以上訴至最高法院，爲第三審。案經最高法院判決或逾上訴期限而未上訴者，則判決卽爲確定。

但民事訴訟，在未起訴前，現尙另有調解的程序。卽凡合於民事訴訟法第四〇二條所規定的簡易訴訟程序案件，於起訴前應先經法院調解。調解須依當事人的聲請行之，以法院的推事爲調解主任，兩造當事人各得推舉一人爲調解人，協同調解。

調解程序，得不公開行之。如當事人無正當理由不於調解日到場，法院得以裁定，科以五十元以下的罰鍰。如當事人兩造於調解日到場，案經調解成立，卽與訴訟上和解有同一的效力。若

調解不成立，則法院得依一造當事人的聲請，命即為訴訟之辯論。

民事訴訟在判決確定後，又有一種救濟方法，即為再審程序。凡當事人對於已經確定的判決，根據下面的理由之一，即可向原判決法院聲明不服，提起再審之訴。這些理由是：一、判決法院的組織不合法。二、依法律或裁判應迴避的推事參與裁判。三、當事人於訴訟未經合法代理。四、當事人知他造之住居所，指為所在不明而與涉訟。五、參與裁判的推事，關於該訴訟，違背職務或犯刑事上之罪。六、當事人的代理人，或他造及其代理人，對於該訴訟有刑事上應罰的行為，影響於判決。七、為判決基礎的證物，係偽造或變更。八、證人，鑑定人，或通譯，就為判決基礎的證言鑑定或通譯，被處偽證之刑。九、為判決基礎的刑事判決及其他裁判，依其後的確定裁判已形變更。十、當事人發見就同一訴訟標的，在前已有確定判決或和解，或經使用該判決或和解。十一、當事人發見在裁判上可受利益的證物，或得使用該證物。

民事訴訟經判決確定或經再審判決確定後，即須入於執行的程序。其以執行機關，對於當事人的一方，用強制方法使他方得實現其權利的，稱為強制執行。凡地方法院，均設民事執行處，由推事、書記官，秉承院長的指揮命令，督同執達吏，辦理關於強制執行的事務。

強制執行的方法，可以分爲三種：其一是查封，即將被強制執行人的所有動產或不動產，加以管押，使其不能再行自由處置。但查封不動產時，必須用揭示封閉，并追繳契據等方法。第二是拍賣，即將被強制執行人的動產或不動產，依拍賣換價，以賣得價金充作法院所判決的債務的清償。但拍賣不動產時，法院必須選派鑑定人就該不動產估價，以估定之價爲拍賣最低價。而拍賣動產時，只高價物方須先經評價。又拍賣不動產時，法院應先於十四日前公告，而拍賣動產時，則只須先期五日。其三是管理，即對於已查封的不動產，執行法院如認爲不必拍賣，得據債權人的聲請，或以職權決定管理。由法院委任管理人，并指示關於管理的必要事宜，決定報酬，且監督其管理業務的進行。

### 第三節 刑事訴訟

民事訴訟是不告不理的，而刑事訴訟則因有關於國家公共秩序與治安，故每不問有無人告訴，均可提起公訴。公訴的來源有三：一是由犯罪人與被害人以外的人，將犯罪向檢察官告發；二是犯罪的人向檢察官自首；三是直接或間接被害人，向檢察官告訴。被害人的法定代理人與

配偶亦得獨立告訴。檢察官對於無人告發告訴或自首的案件，亦可逕行檢舉。

檢察官對於每一案件在提起公訴之前，均須先經偵查的程序。偵查程序的目的，在查明該項刑事案件，犯罪證據是否充足，處罪條件是否具備，以決定其應否提起公訴。有權行使偵查的機關，是檢察官，司法警察官與司法警察。所謂司法警察官，係縣長，公安局長，憲兵隊長官，及警察官長，憲兵官長，依法令規定關於稅務，鐵路，郵務，電報，森林及其他特別事項有偵查犯罪之權者。前三種人在其管轄區域內，有偵查犯罪的職權，與檢察官同；後三種人則應聽檢察官的指揮，偵查犯罪。所謂司法警察，係警察及憲兵，應受檢察官及司法警察官的命令，偵查犯罪。

檢察官因告訴，告發，自首，或其他情事，知有犯罪嫌疑的，應即偵查犯人及證據。在偵查的時候，審訊不公開，關於偵查的事項，得請該管公署報告。遇有急迫情形，得請在場或附近的人，為相當的輔助，或請附近軍事長官，派遣軍隊輔助。

檢察官於偵查後認為案件有下列情形之一，應為不起訴的處分：一、曾經判決確定的；二、時效已完成的；三、曾經大赦的；四、犯罪後之法律已廢止其刑罰的；五、告訴或請求乃論之罪，其告訴或請求乃論之罪，其告訴或請求已經撤回或已逾告訴期間的；六、被告已死亡的；七、法院對於被告無審

判權的；八、行爲不罰的；九、法律應免除其刑的；十、犯罪嫌疑不足的。再檢察官如認爲以不起訴爲適當的，亦得爲不起訴的處分。凡不起訴的案件，非發見新事實或新證據，不得再行起訴。而法院亦不得就未經起訴或自訴的行爲審判。

如檢察官依偵查所得的證據，足認被告有犯罪嫌疑的，應提起公訴。將被告的姓名、性別、年齡，及其他足資辨別的特徵、犯罪事實、起訴理由，及所犯的法律條文，作成起訴書，連同卷宗及證據物件，一併送交法院刑庭，依法定程序宣判。

除檢察官所提起的公訴外，法律并許犯罪的被害人，向管轄法院以自訴狀提起自訴，但以有行爲能力者爲限。此稱爲自訴制度。法院於接受自訴狀後，毋庸再經檢察官的偵查，即行定期傳喚自訴人及被告人到庭詢問。自訴人如無正當理由屆時不到庭或到庭不爲陳述或未受許可而退庭，法院得不待其陳述而爲判決。

刑事案件經審判判決確定後，如發見其審判係屬違法，另有一種救濟辦法，是爲非常上訴。非常上訴，惟最高法院檢察長，得向最高法院提起。其他各級法院檢察官，於判決確定後，如發見其審判顯係違法，應具意見書，將該案卷宗及證據物件送交最高法院檢察長，聲請提起非常上訴。

非常上訴的提起，應以書狀敘述理由，其判決亦不經辯論爲之，<sup>⑤</sup>只爲書面的審理。最高法院於書面審理後，如認爲上訴爲無理由，以判決加以駁回。<sup>⑥</sup>如認爲有理由，則分別予以判決；其一，原審判決係違法的，將違法的部份撤銷，但原審判決如係不利於被告，應另行判決。其二，原訴訟程序係違法的，撤銷其程序。<sup>⑦</sup>

#### 第四節 律師制度

律師，是與推事、檢察官同稱爲司法三職的，其職務在受訴訟當事人的委託，或法院的命令，在普通法院執行法律所定的職務，并得依特別法的規定，在特別法院執行律師職務。并得受當事人的委託，爲契約、遺囑的證明，或代訂契約等法律文件。<sup>⑧</sup>

律師制度之所以必要，在大多數人民不能皆具有法律的知識，於是所爲的訴訟行爲，就不免有舛錯與遲誤，致妨礙其權利的行使或法院事務的進行。我國訴訟法雖採當事人本人訴訟主義，但亦許當事人另以有訴訟能力的人爲代理人。爲代理人的，雖不以律師爲限，但如非律師而爲代理人，法院得以裁定加以禁止。故通常均以律師爲訴訟代理人。

我國的律師，是自由職業的一種，並非公職。凡欲執行律師職務的，須先經考試或檢選取得及格證書，而後向一省的高等法院登錄，加入律師公會，在指定的地方法院區域執行職務。律師考試與檢選均由考試院舉行。考試是用筆試與面試，以測定一人對於必試與選試科目的學歷與經驗。檢選是已具有某種資格的人，只須將證件送往審查，毋須經過筆試，但必要時亦得舉行面試。

律師是公開的職業，而其影響於法治的樹立，人民的福利至大，故律師執行職務時，不得兼任官吏或其他有俸給的公職，亦不得兼營商業。對於法院所命令的職務，律師不得無理由推辭。對於當事人委託的訴訟事件，如不欲承諾，須先發通知，否則應賠償因怠緩通知所生的損害。

再，律師應以誠篤及信實行其職務，對於法院或委託人不得有欺罔的行爲，不得收買當事人間所爭的權利，亦不得於約定的公費之外，巧立名目，索取報酬，或利用委託關係，別爲利益自己損害委託人的法律行爲。如有違反這些規定的行爲，則提交律師懲戒委員會懲戒。懲戒的方法分爲三種：一是訓戒；二是停職一月以上二年以下；三是除名。凡受除名處分者，非經過四年，不得再充律師。

## 第五節 行政訴訟

行政訴訟，是對於行政機關因不法處分而損害人民權利時的救濟方法。我國關於行政訴訟，另特別設置行政法院掌理。凡人民因中央或地方官署的違法或不當處分，致損害其權利，均須先依訴願法，向原處分機關或其上級機關提起訴願；如不服其決定，須再向再上級機關提起再訴願。如再不服其決定，或提起再訴願後三十日內不為決定，始得向行政法院提起行政訴訟。而在提起的時候，須原處分確係違法者為限，如只係不當處分，只能至再訴願為止。

訴願與行政訴訟，在程序上雖相連繫，但在性質上，卻彼此迥然不同：一、行政訴訟為訴訟之一種，故須依據訴訟的手續，行政訴訟法上如未有規定時，則可適用民事訴訟法，而訴願並無訴訟的性質。二、行政訴訟，係由當事人以外的行政法院以為裁判，而訴願則係由為原處分的機關或其同系統的上級機關為之，故為訴願之決定者，即為原處分機關系統中的機關而非法院。

行政訴訟的當事人，於提起行政訴訟時，亦得請求損害賠償，但所請求的，以積極所受的損害為限；至所失的利益，不在賠償之列。行政法院的判決，就其事件，有拘束各關係官署的效力，而

行政訴訟當事人對於行政法院的裁判，不得上訴或抗告，故只爲一級一審。惟如有民事訴訟法中所定的再審原因，當事人亦可於六十日內向行政法院提起再審之訴。

行政訴訟的當事人，一方爲因官署違法處分致其權利受有損害之人，另一方則爲該項處分的官署。在行政訴訟程序進行中，官署的處分或決定之執行，除法律別有規定外，并不因行政訴訟之提起而當然停止。但行政法院或原處分原決定的官署，得以職權或依原告之請求停止之。行政法院於審查訴狀通知被告答辯得覆後，毋庸傳喚當事人到庭，即就書狀以爲判決。如認起訴爲有理由，則應以判決撤銷或變更官廳的處分或並令賠償；如認爲無理由，則以判決將訴訟及賠償的請求駁回。

行政法院的組織，係直屬於國民政府司法院，掌理全國行政訴訟審判事務，置院長一人，兼任評事，并充廳長。另分設二庭或三庭，每庭置廳長一人，評事五人。在審判的時候，以評事五人合議行之，以廳長爲審判長。

## 第六節 領事裁判權

在我國與外國所締結的不平等條約中，曾許外國在中國有領事裁判權。領事裁判權與國際法上的治外法權，大不相同。所謂治外法權，本係指旅居外國的本國元首或外交官當然不受該外國法律的管轄而言，此既為各國相互具有的權利，而能享受者，又係以特定的人為限。不若領事裁判權只為片面的約定，而且所有一切外國僑民的民事刑事訴訟案件，均不受中國法律及中國法院的管轄。

外國在華的領事裁判權，其見諸文字的，始於道光二十三年（一八四三）的中英五口通商章程第十三款，但語意較為含混。其後一八四四年中美中法中意，一八四七年中瑞條約相繼締結，始分析加詳。其重要之點有三：其一，關於中外混合的民事案件，由中外官員各自調處；其二，關於中外混合的刑事，則中國人由中國地方官按中國法審斷，外國人由該管領事按該外國法處斷；其三，關於純粹外國人的案件，中國均不得過問。但在第三種情形，又可分為二類：其一是同國籍外人間的案件，由該國自行訊辦；其二是異國籍外人間的案件，應查照各本國所立條約辦理。

至在現各國在華領事裁判權的內容，可以分作三點說明。其一，就管轄的範圍說，則純取被告主義，即凡民事原告為華人被告為外人者，刑事被害人為華人而被告為外人者，民事兩造為同一

國籍之外人者，刑事之被害人與被告爲同一國籍之外人者，以及民刑事兩造皆爲外人而彼此國籍不同者，均由被告所屬國家在華之領事法院審判。其二，就領事裁判權的制度說，則又可以分爲三種：一，是特設正式的法院；二，是由領事組織法庭；三，由公使或使館館員組織法庭。三種之中，以第二種爲最普遍最重要。如法國係以駐華領事法院爲第一審，法領安南的西貢法院爲第二審，而巴黎的最高法院則爲第三審。英國係以在華領事分區組織地方法院爲第一審，在上海設一高等法院爲第二審，而倫敦的樞密院則爲第三審。美國係以駐華各地領事爲第一審，駐華大使爲第二審，另於上海設立一地方法院，管轄上海及各地領事的一切民刑案件，而本地地方法院的第二審則爲舊金山高等法院，第三審爲聯邦法院。其三，就擔任審判的人員說，領事裁判權本以領事任審判之責爲主，但領事本爲商務官，而各國駐華領事，有時尙須負有外交職務及租界行政事務，故英美另設正式審判官，法國另設副領事，以法律專家充任，專司審判。

自道光二十三年以迄於現在，我國因受不平等條約的束縛，致使司法權不能完整者，已九十年。各國當時要求在華領事裁判權，無非藉鴉片戰爭以後歷次戰勝的餘威，并且我爲蠻夷，而以文明人自命，不屑受我國治權的支配。然就之實際，領事裁判權制度，弊害至多，其對於我國者，如侵害

我國的主權，紊亂我國的治安秩序，輕視我國人民的權利，妨害我國經濟及一切文明的發達。其對於外國者，如適用法律的參差，訴訟進行的困難，外國人在我國內地犯罪，搜集證據的不易，異籍外國人在裁判上難得公平的待遇。

從前，各國在日本，土耳其，羅馬尼亞，暹羅，亦均曾有領事裁判權，但近五十年來，已全數廢除。而在我國之領事裁判權，自滿清末年即有撤廢運動，迄至今日，除因條約滿期或於歐戰後將德國與俄國的收回以外，現在在中國仍享有領事裁判權的國家並不甚多。至於日本，中日商約亦已滿期，我國早經通知修訂，而日方始終不理。故日本現在在華仍享有領事裁判權，只能認為係一種事實上的繼續狀態。

中國國民黨曾以撤廢領事裁判權，揭於政綱之列，故國民政府成立後，即於十八年十二月二十八日，頒有命令，謂：「自民國十九年一月一日起，凡僑居中國之外國人民，現時享有領事裁判權者，應一律遵守中央政府及地方政府依法頒布之法令規章。」復於二十年五月六日公布有管轄在華外國人實施條例。雖則此項命令所生的效力有限，但觀諸現在我國有僑民的國家如此之多，而有領事裁判權者不過這幾個，其他大多數國家僑民，服從我國法權，並無如何不便與不公平，足

見各國當年要求軍事裁判權的種種藉口，現早不復存在。若我國人士舉國一心，而政府亦能堅持十八年頒布撤廢命令的一種精神，繼續努力，則各國在華領事裁判權將不難達到撤廢的目的，而使此種畸形制度，從此將不復再見於世界。

### 【註釋】

- ①我國法院組織法第一條。 ②軍人犯罪除依刑法外，我國尚有陸海空軍刑法的頒布。 ③我國土地法第三四條。
- ④法院組織法第二條。 ⑤法院組織法第九條。 ⑥法院組織法第一〇條。 ⑦法院組織法第三條第一項。 ⑧法院組織法第一六條。 ⑨法院組織法第一七條。 ⑩法院組織法第三條第二項前半段。 ⑪法院組織法第二一一條。 ⑫法院組織法第二二條。 ⑬法院組織法第三條第二項後半段。 ⑭法院組織法第一一條。 ⑮法院組織法第一二條。 ⑯法院組織法第一八條。 ⑰法院組織法第一九條。 ⑱法院組織法第二三條。 ⑲法院組織法第二四條。 ⑳法院組織法第二四條。 ㉑法院組織法第二六條。 ㉒法院組織法第二八條。 ㉓法院組織法第二九條。 ㉔法院組織法第三一一條。 ㉕我國民事訴訟法第三九七條。 ㉖民事訴訟法第四〇九條及第四一〇條。 ㉗民事訴訟法第四一六條。
- ㉘民事訴訟法第四一五條及第四一四條。 ㉙民事訴訟法第四二一條。 ㉚民事訴訟法第四一九條。 ㉛民事訴訟法第四九二條。 ㉜我國民事訴訟執行規則第一條及第二條。 ㉝民事訴訟執行規則第一四條及第五二條。 ㉞

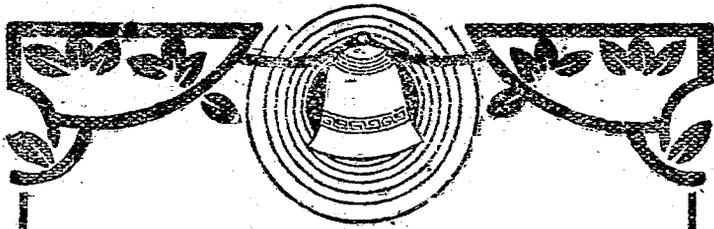
民事訴訟執行規則第五十六條。 民事訴訟執行規則第一四條及第五二條。 民事訴訟執行規則第六二條。  
民事訴訟執行規則第三二條。 民事訴訟執行規則第六五條。 民事訴訟執行規則第三〇一條。 民事訴訟執行規則第八條。 民事訴訟執行規則第八二條及第八三條。 我國刑事訴訟法第二一九條及第二二〇條。  
民事訴訟法第二一一條。 民事訴訟法第一二二條。 民事訴訟法第二〇七條。 民事訴訟法第二〇八條至第二一〇條。 民事訴訟法第二二四條。 民事訴訟法第二二六條。 民事訴訟法第二二八條。 民事訴訟法第二三一條及第二三二條。 民事訴訟法第二三九條。 民事訴訟法第二四七條。 民事訴訟法第二三〇條。 民事訴訟法第二四三條。 民事訴訟法第三一一條。 民事訴訟法第三二三條。 民事訴訟法第三三四條及第三三五條。 民事訴訟法第四三六條及第四三七條。 民事訴訟法第四三九條。 民事訴訟法第四四〇條。 我國律師章程第一條。 考試院擬訂之高等考試律師考試條例。 律師章程第一三條至第一六條。 律師章程第一七條至第一九條。 律師章程第三五條。 律師章程第三七條。 我國行政訴訟法第一條。 行政訴訟法第二條。 行政訴訟法第二條但書。 行政訴訟法第四條。 行政訴訟法第三條。 行政訴訟法第一六條。 行政訴訟法第二一條。 我國行政法院組織法第一條。 行政法院組織法第二條。 行政法院組織法第三條。 行政法院組織法第四條。 行政法院組織法第五條。 關於各國在華領事裁判權的歷史，勞書，領事法庭的組織，我國裁廢運動，及日本，暹羅，土耳其裁廢的經過，可參考法權討論會編列在華領事裁判權紀要一書。 民國二十四年六月司法行政部法權研究會

監督。

【問題】

- 一 所謂特別法院，是指那些組織而言？
- 二 普通法院共分幾級，採幾級幾審制？
- 三 什麼是合議審判與獨任審判，以誰人為審判長？
- 四 各級法院的檢察官，是如何配置的？
- 五 什麼是三級三審制？
- 六 民事調解的程序是怎樣的？
- 七 須依據那些原因，方得提起再審之訴？
- 八 強制執行的方法有幾種？
- 九 什麼是發自首告訴及自訴？
- 十 司法警察官與司法警察，是那幾種人？

- 二 檢察官偵查犯罪之後於怎樣情形應不起訴或不得起訴？
- 三 什麼是非常上訴？最高法院於審理非常上訴案件，可以爲怎樣的判決？
- 四 律師的職務是什麼？
- 五 律師執行職務時，有些什麼限制？
- 六 行政訴訟，要怎樣才能提起？與訴訟如何區別？
- 七 行政訴訟是幾級幾審？其程序可適用何種訴訟法？
- 八 行政法院係如何組織？
- 九 領事裁判權與治外法權，有什麼區別？
- 一〇 外國在華領事裁判權，最早見於何項條約？
- 一一 外國在華領事裁判權的重要之點有幾？
- 一二 外國在華領事裁判權對於中國及外國的弊害怎樣？
- 一三 國民政府會怎樣爲撤廢領事裁判權的表示？



版權所有  
印刷必究

中華民國二十五年六月初版  
中華民國三十六年五月平二版

建國高中公民(三)(法律大意)

全一册 定價國幣一元貳角

(外埠酌加運費郵費)

發	印	發	編	主
行	刷	行	著	編
所	所	人	者	者
正	正	吳	阮	陳葉
中	中	秉	毅	立楚
書	書			
局	局	常	成	夫愴

(337)

