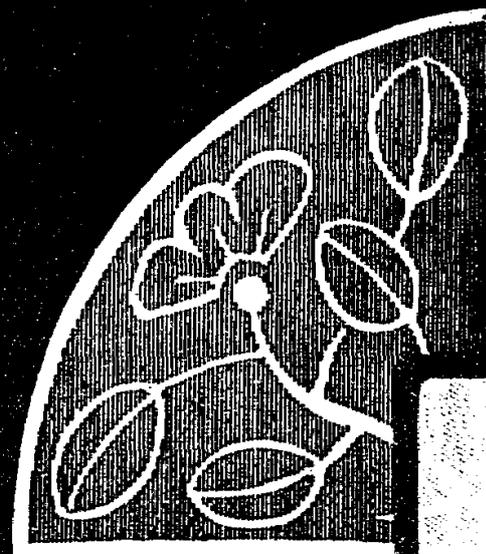
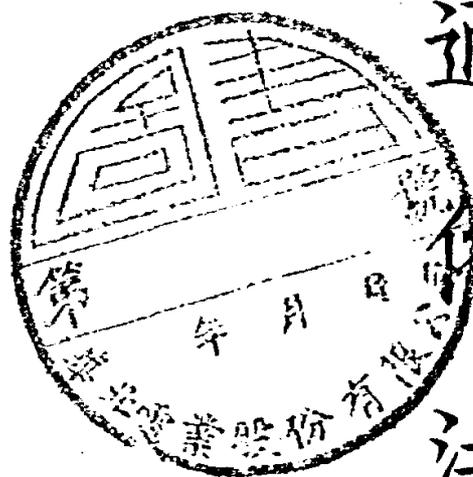


新中華叢書

社會科學彙刊

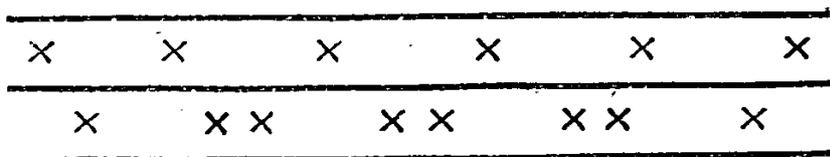
通俗法律講話

鍾乃可著



580.17  
2

上海中華書局印行



新中華叢書  
社會科學彙刊之一

通俗法律講話

鍾乃可著

上海中華書局印行



3 0663 8066 2

## 湯序

法家者言，芒剖毫析，非有條暢之辭，不足以達其奧窔之義。至其通俗之書，則又以材料之枯燥，興趣之沉鬱，讀未終篇，令人生厭，是以法律要旨，雖爲公民所必具之常識，而坊書之可讀者，乃十無二三。間嘗欲採俗諺揭爲標題，而以紆徐之筆，傾述不可不知之重要法條，庶幾引人入勝，明白曉暢，足爲公民教育之一助。詎因塵務紛沓，歲月蹉跎，抱懷此志，卒無所成，滋可愧也！

鍾君乃可，幼稟其尊人 遜夫先生（鍾福球律師）庭訓，並從予遊有年，其浸潤於法家言者，獨厚且深。近年求學海上，瞬屆大成。既聞予言，乃銳然自任。每就課餘，斟酌編述，並付東南日報排次發表；今更哀集釐訂，將以梓行，此不特予之夙願得假手於乃可以告厥成功，卽全國之欲求法律常識者，亦從茲將有緣溪逢林之樂，而免夜行無燭之苦。此其價值，在曩之讀東南日報者，固早有定評，甚且有因此而欲一識乃可爲快者，又豈待夫予之紹介也耶！

今夫我國讀律者之爲人所詬病也久矣。揆厥原因，則學之不修，而倖求釋褐；縱有孜孜爲學者，亦均以既得人爵，而棄其天爵；取侮之由，其來有自。乃可年少而斐然有著作之美，其更有志於

挽此狂瀾乎？且以乃可之才，其所貢獻於法學界者，又豈僅此椎輪嚙矢而已！後生可畏，跨灶出藍，遜夫先生之屬望，亦予之所跂盼也。乃可勉乎哉！

中華民國二十四年仲秋武進湯藹吉識於杭州允中律師團

## 自序

法律之學，自唐宋以迄遜清，均拘泥於民可使由，不可使知之學說；致一般人民，視法律爲深邃之學，非特無從窺其堂奧，並亦無從得其門徑。在遜清更以讀律爲禁，致稍知法理者，得自詡獨得之祕，而不知者更屬無從研求。歐風東漸，法學昌明，吾國列爲世界五大法系之一；中華法系之名稱，爲一般法學家所公認，而法學遂得公開研究；是民可使由，亦可使知矣。但號稱法治之國，法律浩繁，法理精奧，雖欲一知半解，亦屬千頭萬緒。語有之：不知者不爲罪，然此乃道德上之格言，若以法律上立場論，則不得諉爲不知而卸責。蓋法律一經頒布，人民卽應絕對遵守，不論知與不知，卽可推定爲已知，固無所謂知法犯法，更無所謂不知不罪也。惟行易知難，天然定例，法律而欲一般人所明瞭，自非有通俗之解釋不可；而欲通俗之解釋，更非將一一法規，一一條文，依次註解不可；其如法典之浩瀚淵海，何其如非一朝一夕所能竣事？何卽言者固不憚其煩，而聽者仍索然無味？有之，則惟以通俗口頭禪之語彥，合以法律之解釋，庶言者不煩而聽者易曉，此本編之所由作也。是爲序。

中華民國二十四年仲秋蕭山鍾乃可識於持志大學崇禮堂

# 通俗法律講話目次

## 湯序

## 自序

一	一法通萬法通·····	一
二	情有可原·····	二
三	習慣成自然·····	三
四	存亡未卜·····	五
五	到處便為家·····	九
六	忘記了時辰八字·····	三
七	口說無憑·····	四
八	為人不做保做保討煩惱·····	六
九	人死債不死·····	五

- 一〇 走了和尚走不了廟……………五
- 一一 不怕討債凶祇怕欠債窮……………五
- 一二 道不拾遺……………六
- 一三 霸占也要有道理……………六
- 一四 大家有分……………六
- 一五 至親骨血……………七
- 一六 父母子女不能相離……………七
- 一七 一班一輩……………七
- 一八 頭嫁由父母二嫁由本身……………七
- 一九 兩相情願好結親眷……………七
- 二〇 男子三十而娶女子二十而嫁……………八
- 二一 同姓不攀親……………八
- 二二 嫁雞隨雞走嫁鳥隨鳥飛……………八

---

二二	親有不如妻有妻有不如己有	六九
二四	十月滿足	九一
二五	夫妻本是同林鳥大難來時各自飛	九四
二六	有兒靠兒無兒靠婿	一〇九
二七	兒分家當女有分	一二一
二八	頂兩頭香火	一三六
二九	父債子償父業子得	一三四
三〇	有才難願身後事	一四一



580.17  
938  
2

# 通俗法律講話

## 一 一法通萬法通

訓政告成，憲政伊始，法律知識，允宜家喻戶曉。而法典浩繁，法理深奧，欲使一般民衆人人知曉，殊非易易。顧法律萬種，而法理則一，卽諺所謂「一法通萬法通」也。

(一)何謂萬法 國際有公法，國家有憲法，他如中央頒布之普通法，特別法，各省各縣之單行法，小之，則各鄉之鄉約，一姓之宗約，固無一而非法，且亦更難屈指數。

(二)何謂一法 法之種類不同，而歸納於法理則同。例如國際公法在促進國際間之和平；憲法爲一國之標幟，以達共和憲政之目的；民法係保護人民之私權；刑法是維持社會之治安。他如各省各縣之單行法，與夫一鄉之鄉約，一姓之宗約等等，無不爲維持公共之秩序，而作社會生活之規範。

是諺所謂一法通萬法通者，卽演繹固爲萬法，而歸納則爲一法也。

## 二 情有可原

王道不外乎人情，法律即爲王道之規範，是以不背於公共秩序或善良風俗之習慣，亦得採爲判決之基礎，亦所以兼顧乎人情。夫違反道德，應受法律之制裁，但遽制裁以法律，而不審查其違反道德之是否出於真意，殊非略迹原心之至意。諺云：情有可原，即略迹原心之謂。茲分別說明於左：

(甲) 刑事 刑事採真實主義，應依證據以認定，刑法是爲處罰犯罪而設，不論是普通刑法，（中華民國刑法）特別刑法，（危害民國緊急治罪法陸海空軍刑法等） 人若犯法，即屬觸犯刑法，是爲犯罪，犯罪者依刑法之規定，處以刑罰，自無問題。但刑法（即中華民國刑法，以下刑法二字略）第五十七條：「科刑時，應審酌一切情狀，尤應注意左列事項爲科刑輕重之標準，」所謂注意者，爲犯罪之動機；犯罪之目的；犯罪時所受之激刺；犯罪之手段；犯人之生活狀況；犯人之品行；犯人之智識程度；犯人與被害人平日之關係；犯罪所生之危險或損害；犯罪後之態度。而科罰金時，並應審酌犯人之資力，及因犯罪所得之利益。（第五十八條）是刑事責任，固注重於

犯人之行爲，亦應審究犯人之意思。無論何事，必有意思而後有行爲，意思是行爲之因，行爲是意思之果。是以有「行爲非出於故意或過失者不罰」(第十二條)之規定。所謂故意者，行爲人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，爲故意；行爲人對於構成犯罪之事實，預見其發生，而其發生並不違背其本意者，以故意論。(第十三條)例如毒藥，性質極毒，人服毒藥，人必毒死，爲一般人所明瞭，乃有意使人服此毒藥，是爲故意。至不知爲毒藥，或誤用毒藥，均非故意，在法律上均屬情有可原，是爲過失。又如第一百六十三條第二項：「公務員因過失致依法逮捕拘禁之人脫逃者，處六月以下有期徒刑，拘役，或三百元以下罰金。」較之同條第一項：「便利其脫逃，處一年以上七年以下有期徒刑」爲輕；第一百七十五條：「放火爲一年以上七年以下有期徒刑，而失火祇處拘役，或三百元以下罰金。」第一百七十八條至一百八十一條之決水；第一百八十三條第一百八十四條之危害交通；第一百八十九條之損壞礦坑工廠；第一百九十條之妨害公共飲料；第二百七十六條之致人於死；第二百八十四條之傷害，均因過失而減輕其刑。

除上述外，更有下列數端，再列舉其大要。

(一)未滿十四歲人之行爲 「未滿十四歲人之行爲，不罰。」(第十八條)「但得令入感化教育處所，施以感化教育。」(第八十六條第一項)因未滿十四歲之人，其智識尙未充分，所謂幼稚時代，既無智識，自無所謂意思，當然不能與成年人(民法第十二條「滿二十歲爲成年」)之有行爲能力者同等看待也。

(二)十四歲以上未滿十八歲人之行爲 當此年齡，可以說，並非絕對無能力，其智識程度，雖不若幼稚時代之毫無辨別力，而對於辨別善惡之界限，究不能如成年人之得分析清楚，是以有「未滿十八歲而減輕其刑」(第八十六條第二項)之規定。「但得於刑之執行完畢或赦免後，令入感化教育處所，施以感化教育。」(同條同項)又「第二項但書情形，依感化教育之執行，認爲無執行刑之必要者，得免其刑之執行。」(同條第四項)至其「感化教育之期間，爲三年以下。」(同條第三項)

(三)滿八十歲人之行爲 當此年齡，已入於昏耄之時期，其犯罪是否出於真意，頗難推斷，故「滿八十歲人之行爲，得減輕其刑。」(第十八條第三項)

(四)心神喪失人之行爲 心神喪失者，本人全無主宰之能力，既無意思之主張，更無動作

之支配，完全是病理之作用，是以「心神喪失人之行爲，不罰。」（第十九條）但若因病理之作用，竟免除法律之制裁，殊足有害於社會，所以不僅應予以醫療，還「得令入相當處所，施以監護。」（第八十七條第一項）「處分期間爲三年以下。」（同條第三項）

（一）精神耗弱人之行爲 與心神喪失不同，精神耗弱對於知覺、感覺、意覺之作用，較普通一般人爲減少，爲薄弱，並非完全失其主宰力，不過有時引起錯覺而已。其行爲不能與心神喪失者之不罰同等看待，是以「精神耗弱人之行爲，得減輕其刑。」（第十九條第二項）並「因精神耗弱而減輕其刑者，得於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所，施以監護。」（第八十七條第二項）其「處分期間，爲三年以下。」（同條第三項）

（一）瘖啞人之行爲 「瘖啞人之行爲，得減輕其刑。」（第二十條）所謂瘖啞者，即耳聾口啞之謂。凡屬聾啞人，其聽能、語能，既有欠缺，則本人之灌輸智識，自必減少，即意志亦較爲薄弱，是以有減輕之規定。更有注意者，「瘖啞者，以生而聾啞者爲限。」（四年上字第八四〇號判例）若因疾病或受傷而瘖啞者，其精神知識，殆與普通無異，雖屬耳聾口啞，不能適用此例。又「因瘖啞而減輕其刑者，得於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所，施以監護。」其「處分期間，爲三

年以下」(第八十七條第二項第三項)

上述數點，或則全無能力，不負刑事責任；或則能力薄弱，祇負有限的刑事責任，均基於情有可原之一點。但更有視若違反法令之行爲，而實爲合法之行爲，第二十一條第二十二條有不罰之規定。

(一)依法令之行爲 依法令之行爲，即爲法令規定上所許可之行爲。例如依民法上所規定之權利行爲，及依訴訟法上所規定之拘傳羈禁之行爲，其行爲既係依據法令，當不能認爲違法也。故如法官逮捕犯人，拘禁犯人，似乎構成妨害自由，然此乃依照法令職權上之行爲，並不違法。中華民國訓政時期約法第八條：「人民非依法律不得逮捕、拘禁、審問、處罰。」至假借權力，違背職務，自有瀆職罪之規定。

(二)依所屬上級公務員命令之職務上行爲 例如殺人，應構成殺人罪，但行刑人執行犯人之死刑，則無罪；拘禁搜索，應構成妨害自由罪，但司法警察等持有上級長官之拘票、搜索票，則無罪。此均所謂依所屬上級公務員命令之職務上行爲也。

(三)業務上之正當行爲 例如傷人手足，本應負刑事責任。若醫師因治療上、醫理上之必

要，折損其肢體，是爲業務上之正當行爲。

以上爲法律所許可之合法行爲，尙有本非合法行爲，而因不得已之情形而違法令者如下：

(一) 正當防衛 所謂正當防衛者，對於臨時不法之侵害，而爲防衛自己或他人之權利，用私人之腕力，排除不法之侵害，所爲必要之行爲也。故「對於現在不法之侵害，而出於防衛自己，或他人權利之行爲，不罰。但防衛行爲過當者，得減輕或免除其刑。」(第二十三條)然應注意者數點：

(1) 應注意現在二字 所謂侵害者，係彼方對此方有損害權利之行爲。在彼方既有損害此方權利之行爲，則此方應有排除彼方侵害之抵抗，自無庸議。但亦有時間性之關係：若知悉彼方欲加侵害，而尙未實行，是爲「未來」對於未來之侵害，儘可有相當之準備，作排除之方法；倘遽於事先加以懲創，則如彼方祇有意思而無行爲，是此方適爲侵害彼方之行爲。例如甲風聞乙欲殺甲或殺丙，而甲竟先發制人，加乙以傷害，則乙却未成立殺人罪，而甲先成立傷害罪。如彼方侵害此方，已經實施行爲以後，是爲「過去」對於過去之侵害，已無排除之可言，應謀回復之救濟及懲戒之辦法；而回復與懲戒，自可訴諸法律；乃於事後作報復之舉動，殊屬非

法。例如「乙將甲耕牛竊去，甲聞聲追逐，乙已棄牛逃避，甲猶放槍傷乙，自非防衛。」（六年上字第一〇〇七號判例）必須於臨時緊急之際，方為「現在。」對於現在不法之侵害，所謂「緊急防衛，須於間不容髮之際為之。」（三年上字第四二一號判例）

(2) 應注意不法二字 不法之侵害，即是無權的侵害，就是違反法令的侵害。例如司法警察持檢察官之拘票逮捕犯人；又如執達吏奉審判官之命令查封房屋，是合法之行爲。若因此而毆打犯人，是爲不法之侵害。「私人復仇，不免爲不正之侵害，即不得剝奪被侵害者之防衛權。」（二年上字第六四號判例）

(3) 應注意正當二字 正當防衛，是出於保護自己或他人權利之正當行爲。「賊衆持械入室，驚起抵禦刺殺，係正當防衛。」（二年非字第六〇號判例）「於不正侵害人業已倒地後，復奪獲其兇器，反加毆擊者，無防衛之可言。」（六年上字第八一七號判例）例如「在姦所擊斃姦夫，係屬正當防衛。」（五年上字第五一號判例）「本夫於姦夫由姦所逃走之際，起意殺害者，不爲防衛。」（六年上字第一〇一三號判例）換言之，防衛所施之力量，以能排除侵害之程度爲限，如果逾越防衛上必要之程度，即爲防衛過當。防衛過當，亦未始不情有可

原，是以第二十三條但書設有得減輕或免除其刑之規定。

(二)緊急避難 所謂緊急避難者，係猝然遇到緊急之災難，為避免自己或他人之危險，不得已而出違法之舉動也。「因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難，而出於不得已之行為，不罰。但避難行為過當者，得減輕或免除其刑。」(第二十四條)然應注意者數點：

(1)須有緊急之危難 緊急危難者，謂法益受侵害之危險狀態，極其緊急，有舍侵害他人外，別無其他救濟方法之情形是也。危難二字，非第天災，即人為災害，亦包括在內。

(2)須出於不得已之行為 係天災人禍，當人力不可抵禦之場合，而出於不得已之行為，故如可受公力保護，或可用其他方法避免時，皆不能對於第三者遽行使此種緊急行為也。例如強盜令其殺人，倘強盜手中並無兇器，即不從而盜亦莫如之何；或有可以逃避之機會，而竟殺人以徇強盜之要求，皆非不得已之情形，於法仍須論罪。否則，如不殺他人，即將為強盜所殺，則以不得已論，應不為罪。

(3)避難行為須不過當 此所謂不過當者，即其避難行為，不能超越必要程度之謂也。例如為避免生命之緊急危險，致侵害他人之生命，其避難手段，尚未逾分。若因避免身體傷害之

緊急危險，而致侵害他人之生命，則其避難行為，即為過當。

(4) 緊急避難以本人無特別義務者為限。例如軍人臨陣，不能因生命危險而退却；船舶遇險，船長不能不顧及乘客并船貨而先自逃免，此種退却與逃免行為，均不得援引緊急避難而希圖免罪，因此等人均屬有特別義務之人故也。（第二十四條第二項）

是項行為，係關係於自己或他人生命、身體、自由、財產之行為。茲分項舉例如下：

(一) 生命 例如甲持刀殺乙，而乙狂奔逃避，致將丙撞倒受傷，乙不負傷害罪責，因係緊急避難行為故也。又如甲乙同舟，遇風將溺，甲獲木而浮，乙奪之，致甲溺死，此皆由救己情切，出於不得已；故法律不予處罰。又如見人在室內自縊，將門窗搗毀救援，亦不負毀損責任。

(二) 身體 例如有人加暴於我，我以手還擊，致將旁觀者誤傷，可不負傷害責任。又如甲因瘋狗追逐，狂奔逃避，將乙撞傷，在法律上，甲之行為，係不得已之緊急避難行為，故雖傷害乙之身體，不負傷害責任。

(三) 自由 例如甲被人私禁，為自己避難起見，將看管者毆打而逃；又如見人強搶女子，當場糾眾搶回，均係基於避免自己及救援他人之緊急避難行為，故不為罪。

(四)財產 例如猝遇大火，為避免自己延燒起見，將別人板壁等引火之物搗毀，自係避免自己財產之緊急避難行為，應不為罪。即如救火人因救火斷絕火路，將左右鄰家建築物拆毀，亦係救護財產之行為，當亦不能構成毀損罪也。

至所謂避難行為過當者，因緊急避難行為，不能超過必要之程度，祇須達到避難之目的為止。如有過當行為，雖屬情有可原，亦應負刑事責任，故有減輕或免除其刑之規定。例如為避免自己或他人之毆打，竟殺傷毆打者之身體，是為過當。

其他尚有幾點，亦可歸納於情有可原之內，分述如下：

(一)自首 「對於未發覺之罪自首，而受裁判者，減輕其刑。」(第六十二條)犯人於犯罪後，不待他人之告發，或告訴，或官廳之發覺，自向官廳聲明，在犯人心理，是已有悔悟之意，並可視為尙知尊重法律。在官廳亦可減少無益之偵查，得免累及於無辜也。

(二)中止 「已着手於犯罪行為之實行，而因己意中止，或防止其結果之發生者，減輕或免除其刑。」(第二十七條)當犯罪行為已着手後，犯罪結果尙未發生前，中途以自動之意思，中止其行為，或防止其結果之發生者，是為中止犯。例如殺人者正在舉刀欲殺之際，心中覺得殺

人是犯法的，隨將刀抽回作罷；又如行竊者已經穴牆而進，自動退出之類。但注重在抽回刀時，並非有所障礙而抽回，乃是心中覺悟而抽回；退出時，並非被人警覺而退出，乃是自動之退出。即條文所謂己意二字，應加注意也。

(一)從犯 「二人以上共同實施犯罪之行爲者，皆爲正犯。」(第二十八條)「幫助他人犯罪者，爲從犯。」(第三十條)所謂從犯者，當正犯將實施犯罪行爲時，予以幫助，使正犯得到助力，易於達犯罪之結果。但應注意者，其幫助之行爲，是否在正犯實施行爲時：例如甲往竊盜，而乙僅借以挖牆之器具，是爲從犯。如甲往竊盜，而乙爲之把風，是爲共犯，而非從犯。「從犯之處罰，得按正犯之刑減輕之。」(第三十條第二項)

依上種種，是以刑法有刑之酌科之規定。第五十七條所謂審酌一切情狀，例如「犯罪之動機，」同一竊盜，一則迫於飢寒，一則滿足慾望；同一殺人，一則復仇，一則謀財。「犯罪之目的」同一竊盜，一則偷富濟貧，一則損人利己；同一傷害，一則抑強扶弱，一則逞兇圖霸等等，兩相比較，均有審酌之必要。又第五十九條所謂「犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑。」例如上述心神喪失之行爲，精神耗弱之行爲，瘖啞人之行爲，其情可憫；正當防衛行爲，緊急避難行爲，其迹可恕。

此刑事中之情有可原也。

(乙)民事 民法是規定私人間之權利義務，其目的為保持私人間之公平狀態。民法總則編為規定享受財產權及身分權之主體；債編、物權為規定財產權；親屬、繼承為規定身分權。「權利能力，不得拋棄，」為民法第十六條（以下民法二字略）所規定。則權利被侵害時，自應有損害賠償之規定，而應否負賠償責任，亦視乎損害者之是否情有可原。茲分述如下：

(一)凡權利人均得行使其權利，「權利之行使，不得以損害他人為主要目的。」（第一百四十八條）如果「對於現時不法之侵害，為防衛自己，或他人之權利所為之行爲，不負損害賠償之責。」（第一百四十九條）因防衛行爲，是完全為保護權利之必要行爲，是以「防衛權利之急迫行爲，雖加害他人，亦不負賠償之責。」（三年上字第六八〇號判例）

(二)為完全保護權利及利益計，各人均得為避免危險之行爲。如「因避免自己，或他人生命、身體、自由或財產上急迫之危險所為之行爲，不負損害賠償之責。」（第一百五十條）

(三)以自己權力，實行享有權利，因而有害於社會秩序之行爲，固為法所不許。但非自由行使，則不得實行享有權利，或其實行顯有困難時，特許其依自己權力，實行權利，以完全保護其利

益。是以「爲保護自己權利，對於他人之自由或財產，施以拘束、押收或毀損者，不負損害賠償之責。」（第一百五十一條）如「債權人遇急迫情形，得以自力扣取債務人之財產。」（三年上字第五八〇號判例）固無所謂損害賠償也。

（一）管理他人事務者，曰管理人；其事務委托他人管理者，曰本人。管理人之管理事務，不能與本人之意思相反。如果違反本人明示或可推知之意思，其所生之損害，應負賠償之責。但「管理人爲免除本人之生命、身體或財產上之急迫危險，而爲事務之管理者，對於因其管理所生之損害除有惡意或重大過失者外，不負賠償之責。」（第一百七十五條）因管理人對於委任之事務，應負責任，如因過失使本人受有損害，即屬不盡職務，自應負責賠償。但有時損害出於不得已之行爲，實爲免除本人之上開急迫危險，是出於善意之行爲，自屬情有可原，依法不負賠償之責。

（二）法律上所謂「不當得利」者，是無法律上之原因，而因他人給付，或因其他方法受利益，致他人受損害之事實也。對於不當得利之利益，依法負返還之責。但「不當得利之受領人，不知無法律上之原因，而其所受之利益，已不存在者，免負返還或償還價額之責任。」（第一百八

十二條）因爲受領時，並未知悉無法律上之原因，而受領後，其所得之利益，又因其他情形滅失或消費，是其取得時，既非惡意，當爲情有可原，自無賠償責任。

（一）所謂「侵權行爲」者，是以不法之行爲侵害他人之權利也。不問其爲故意或過失，凡屬「不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。」（第一百八十四條）但對於無行爲能力人，（未滿七歲之未成年人及禁治產人）或限制行爲能力人（滿七歲以上未滿二十歲之未成年人）之侵權行爲，如果當行爲時，並無認識是非利害之能力，自屬情有可原，其賠償責任，應歸法定代理人（如父母監護人是）代負其責。若其法定代理人並非監督未周，或已相當注意，而仍發生侵權行爲者，在法定代理人亦屬情有可原，當亦不負賠償責任。是以有「無行爲能力人，或限制行爲能力人不法侵害他人之權利者，以行爲時有識別能力爲限，與其法定代理人連帶負損害賠償責任；行爲時無識別能力者，由其法定代理人負損害賠償責任。」（前項情形，法定代理人如其監督並未疏懈，或縱加以相當之監督，而仍不免發生損害者，不負賠償責任。」（第一百八十七條）

（一）法律上所謂「受僱人」者，爲被人僱用之人；所謂「僱用人」者，卽俗語所稱東家之

謂。受僱人如有不法侵害他人之權利時，僱用人應負連帶賠償責任。若僱用人對於受僱人之選任及監督，已盡相當之注意，而仍不免有損害之發生，則責在受僱人，而僱用人可不負責任。是以「選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意，或縱加以相當之注意，而仍不免發生損害者，僱用人不負賠償責任。」（第一百八十八條）

（一）所謂「承攬人」者，例如建築房屋之營造人之類；所謂「定作人」者，如建築房屋之主人之類。當主人在營造人承包工程時，應指示一定之範圍。若營造人當建築工程時，竟將別人土地上之種作物等之物損害，應由營造人賠償。因主人在事先已明白指示，自不負賠償之責。是以「承攬人因執行承攬事項，不法侵害他人之權利者，定作人不負損害賠償責任。但定作人於定作或指示有過失者，不在此限。」（第一百八十九條）

（二）動物加損害於他人者，由其占有人負損害賠償責任。但依動物之種類及性質，已為相當注意之管束，或縱為相當之管束，而仍不免發生損害者，不在此限。」（第一百九十條）例如獸畜，本用鐵欄或鐵索拘禁，乃獸畜穿破鐵欄，咬斷鐵索，加害他人之生命、身體、財產等，在占有人已盡相當之注意，應不負賠償之責。

(一)設有火燼後泥牆，爲預防危險計，已將竹笆圍住，而別人走進竹笆，將泥牆撞倒；又如商家油漆門面，已有油漆未乾，行人注意之通告，而別人衣服污損，則雖有損害，亦不負責。所謂「防止損害之發生，已盡相當之注意」(第一百九十一條)是也。

(二)甲方因故意或過失，致乙方發生損害者，自應由甲方負賠償之責。但當發生損害時，乙方不預促其注意，或怠於避免，或減少損害之方法，或共同有過失時，則甲方得由法院斟酌情形，減輕賠償金額，或免除責任。(第二百十七條)

(一)損害賠償，依法負責，固無疑義。但損害者即使不是故意或重大過失所致，而一經賠償，在賠償者生計將受重大之影響，亦得減輕賠償責任。「損害非因故意或重大過失所致者，如其賠償，致賠償義務人之生計有重大影響時，法院得減輕其賠償金額。」(第二百十八條)

(一)「行使債權，履行債務，應依誠實及信用方法。」(第二百十九條)「債務人就其故意或過失之行爲，應負責任。」(第二百二十條)若既非債務人之故意，亦非債務人本人之過失，致有不能給付之情形，則將如何？「因不可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債務人免給付義務。」(第二百二十五條)例如「聘約訂定後，因強行法令不能履行，不得請求損害賠償。」

## (院字第九一九號解釋)

(一)債務定有期限者，應照期限履行。如果逾越期限，應負遲延責任。是以「給付有確定期限者，債務人自期限屆滿時起，負遲延責任。」(第二百二十九條)假使因天災、地變及其他不可抗力之故，致到期不能履行債務，是「因不可歸責於債務人之事由，致未為給付者，債務人不負遲延責任。」(第二百三十條)

(二)法律上所謂借貸，分為使用借貸、消費借貸兩種。「稱使用借貸者，謂當事人約定，一方以物無償貸與他方使用，他方於使用後，返還其物之契約。」(第四百六十四條)「稱消費借貸者，謂當事人約定，一方移轉金錢或其他代替物之所有權於他方，而他方以種類、品質、數量相同之物返還之契約。」(第四百七十四條)茲從使用借貸言，「使用借貸，因借用物之交付而生效力。」(第四百六十五條)「借用人應依約定方法使用借用物。」(第四百六十七條)並「應以善良管理人之注意，保管借用物。」即有輕微過失，亦須由借用人負責。是「借用人如違反前項義務，致借用物毀損、滅失者，負損害賠償責任。」「但依約定之方法，或依物之性質而定之方法，使用借用物，致有變更或毀損者，不負責任。」(第四百六十八條)

(一)所謂寄托者，甲方將物交付乙方，而乙方代甲方保管其物也。甲方稱為寄托人；乙方稱為受寄人。在「受寄人保管寄托物，應與處理自己事務為同一之注意。其受有報酬者，應以善良管理人之注意為之。」(第五百九十條)如欲使用寄托物，或托第三者保管寄托物，須經寄托人之同意。蓋寄托意旨，是為保管，擅行使用，即屬違反契約，其因使用而致寄托物損害者，自應賠償。但能證明縱不使用寄托物，仍不免發生損害者，不在此限。」(第五百九十一條)再如托第三人代為保管，而致寄托物損害者，應負賠償責任。但能證明縱不使第三人代為保管，仍不免發生損害者，不在此限。」(第五百九十三條)

(一)旅店主人對於客人所攜帶物品之毀損、喪失，飲食店浴堂主人對於客人所攜帶通常物品之毀損、喪失，應負責任。但「前項毀損、喪失，如因不可抗力，或因其物之性質，或因客人自己、或其伴侶、隨從、或來賓之故意或過失所致者，主人不負責任。」(第六百零六條第六百零七條)

(一)查普通旅館，有旅客重要公文、銀錢，請交明賬房，否則，如有遺失，與本館無涉之挂牌，依法律上而言，即「客人之金錢、有價證券、珠寶或其他貴重物品，非經報明其物之性質及數量，交付保管者，主人不負責任。」(第六百零八條)

(一)所謂運送營業者，為收受運費，在陸上或水上，運輸貨物或旅客為營業者也。運送營業之人，曰運送人；托其運送之人，曰托運人。運送營業分兩種：一為物品運送；一為旅客運送。運送人對於運送物之喪失、毀損或遲到，應負責任。但「運送人能證明其喪失、毀損或遲到，係因不可抗力，或因運送物之性質，或因托運人，或受貨人之過失而致者，不在此限。」（第六百三十四條）旅客運送人對於旅客因運送所受之傷害，及運送之遲延，應負責任。但「其傷害，係因不可抗力，或因旅客之過失所致者，不在此限。」（第六百五十四條）

(二)所謂承攬運送者，謂以自己之名義，將他人之物品，使運送人運送，而受報酬者也。如轉運公司之類是。承攬運送人對於托運物品，如有喪失、毀損，或遲到，自應負責。但能證明其於物品之接收、保管、運送人之選定，在目的地之交付，及其他與運送有關之事項，未怠於注意者，不在此限。」（第六百六十一條）

(一)凡屬一家生活，究歸何人負責，是一應研究之問題。在普通習慣，每家均由當家人「即家長」負責，在法律上「稱家者，謂以永久共同之生活為目的而同居之親屬團體。」（第一千一百二十二條）「親屬互負扶養之義務。」（第一千一百十四條）所謂「直系血親相互間，」

「夫妻之一方與他方之父母同居者，其相互間；」「兄弟姊妹相互間；」「家長家屬相互間」是也。如負扶養義務者有數人時，依第一千一百十五條所列之順序定其履行義務之人，即（一）直系血親卑親屬；（二）直系血親尊親屬；（三）家長；（四）兄弟姊妹；（五）家屬；（六）子婦、女婿；（七）夫妻之父母；若負扶養義務之數人爲同一親等，則各依其經濟之能力而分擔義務。假如受扶養者有數人，而負扶養者之經濟能力，不能扶養其全體時，則依第一千一百十六條之規定，定其順序，如（一）直系血親尊親屬；（二）直系血親卑親屬；（三）家屬；（四）兄弟姊妹；（五）家長；（六）夫妻之父母；（七）子婦、女婿。如果受扶養之數人親等相同，應按其需要之狀況酌量之。然則何者應受扶養，應「以不能維持生活，而無謀生能力者爲限。」（第一千一百十七條）但反言之，負扶養義務者，自願不暇，亦屬情有可原，則將如何？「因負擔扶養義務，而不能維持自己生活者，免除其義務。」（第一千一百十八條）

依據上述，凡損害他方權利時，在原則上，自應負賠償責任。但王道不外乎人情，亦得因情有可原，而免除其責任。

以上祇就刑法民法中之大要而言，亦即爲普通一般人所注意者而言。至其他特別法，不論

刑事，民事，亦未嘗不有原則及例外之規定，種類繁多，不勝枚舉。

本篇刑法部分參考郭衛先生著刑法學總論

### 三 習慣成自然

夫法律一經成立，即不容輕易變更，然社會之進化，日新月異，究不能以簡單固定之法律，運用於瞬息萬變之社會。是以民法第一條有：「民事，法律所未規定者，依習慣」之規定。所謂習慣者，習俗之慣性也。惟習慣法成立之要件有四：（一）人人有確信以為法之心；（二）於一定期間內，就同一事項，反復為同一之行為；（三）係法令所未規定之事項；（四）無背於公共秩序及利益。（二年上字第三號判例）若法律已有明文規定，自應適用法律。「習慣法必為法所未定，或與法規特異者，始得認為成立。」（六年上字第一四二二號判例）蓋一處有一處之風俗，是以古人有入國問禁之語，採風問俗之事。但法律是普遍的，習慣則限於一隅的，司法行政部有民商事習慣調查報告錄一書，即載各省各縣對於各項之習慣。俗語云：「習慣成自然」其習慣之得成爲自然，必「以多年慣行之事實，及普通一般人之確信心為其基礎。」（十七年上字第六一三號判例）例如「結婚，應有公開之儀式，及二人以上之證人。」（第九百八十二條）是法律所規定，但究竟如何儀式，則為法律所未規定者，可依習慣。「無論舊俗新式，係屬一般不特定之人，

均可共見，即爲公開儀式。」（二十二年院字第八五九號解釋）是舊俗即爲習慣，習慣可以補法律之不足。故在原則上，習慣有補充法律之效力，但其適用之順序，次於法律，必法律無明文規定者而後可。然有時習慣有優先適用之效力者，亦不一而足；例如「租賃物之修繕，除契約另有訂定，或另有習慣外，由出租人負擔。」（第四百二十九條第一項）「承租人應依約定日期支付租金，無約定者，依習慣。」（第四百三十九條）等是。

## 四 存亡未卜

大凡人出遠門，久無音信，凡屬親屬，對於是人之觀念，均以「存亡未卜」四字了之。俗語所謂「存亡未卜」，即法律上所謂「失蹤人」。人若失蹤，則其人財產上及親屬上之關係，即瀕於不確定之狀態，非第有害失蹤人及利害關係人之利益；而國家之經濟，亦將受無形之影響。因此，「失蹤人失蹤滿十年後，法院得因利害關係人之聲請，為死亡之宣告。」（民法第八條）「宣告死亡之聲請，專屬失蹤人住所地之法院管轄。」（民事訴訟法第六百二十二條）各國立法例，對於生死不分明之人，經過一定期間後，法院因利害關係人之聲請，為死亡之宣告，以免財產上及親屬上之關係，永不確定，此死亡宣告制度之所由設也。茲分別說明之如次：

失蹤人須具備一定之要件，依照一定之程序，始可受死亡宣告。據第八條之規定，其要件及程序如下：

（一）須失蹤人生死不明 失蹤者，離去向來之住所或居所，而生死不明之謂也。此失蹤人之失蹤，須具備下列兩種要件：（一）須有離去向來之住所或居所之事實，但以有此事實為已足，

失蹤人之有無復歸之意思，則非所問。(二)須生死不明，所謂生死不明，指生固不明，而死亦不明而言。換言之，即其生、其死，毫無音信，如失蹤人本身或第三人，尚有音信可通，即不能以生死不明目之。

(二)須滿一定期間 所謂一定期間，依民法規定，有普通期間與特別期間之別；分述如左：

(甲)普通期間 凡失蹤人失蹤滿十年後，生死仍不分明者，法院得因利害關係人之聲請，為死亡之宣告。此十年之期間，是為普通失蹤期間。至期間之計算方法，自應依民法第一百二十一條及一百二十三條之規定，而其失蹤日期之起算，尤須自最後接到音信之日起算；否則，其人既有音信，即不能謂之生死不明，亦即不能為死亡宣告之聲請也。

(乙)特別期間 「失蹤人為七十歲以上者，得於失蹤滿五年後，為死亡之宣告；」 「失蹤人為遭遇特別災難者，（如水災、兵燹之類是）得於失蹤滿三年後，為死亡之宣告。」（民法第八條第二項三項）此五年、三年之期間，是為特別期間。惟於此有須注意者，即此種種年限，均須扣足計算，然後利害關係人始得聲請法院宣告失蹤人之死亡。

(三)須因利害關係人之聲請 法院對於失蹤人為死亡之宣告，須基於利害關係人之聲

請，其無利害關係人爲死亡宣告之聲請時，法院不得逕行宣告。此所謂利害關係人，係指對於失蹤人之身分財產有利害關係之人而言。如失蹤人之配偶、繼承人；法定代理人；財產管理人；受遺贈人；及因其死亡得領取保險金之人皆屬之。又失蹤人之債權人；及繼承人之債權人；失蹤人之債務人；亦均爲利害關係人，法院必待此等利害關係人之聲請，始能爲死亡之宣告也。

(四)須由法院爲死亡之宣告。既失蹤人失蹤經過一定期間後，法院得因一定之人之聲請爲死亡之宣告。準此以解，則死亡宣告，自須由法院爲之。但法院之爲此宣告與否，則有裁量之自由。就此第八條之「得」字解釋，蓋屬當然者也。法院依據利害關係人之聲請，偵知已具上述三項之要件，並爲公示催告後，尙無生存事實之呈報者，得卽爲死亡宣告之判決。

然則聲請宣告死亡之手續如何？其向法院「宣告死亡之聲請，應表明其原因、事實、及證據」(民事訴訟法第六百二十三條)宣告死亡之財產如何？「失蹤人失蹤後，未受死亡宣告前，其財產之管理，依非訟事件法之規定」(民法第十條)宣告死亡之日期如何？「受死亡宣告者，以判決內所確定死亡之時，推定其爲死亡」(同法第九條)如「二人以上同時遇難，不能證明其死亡之先後時，推定其爲同時死亡」(同法第十一條)假定失蹤人未曾死亡，則將如何？

「失蹤人應於期間內陳報其生存，如不陳報，即應受死亡之宣告；」（民事訴訟法第六百二十四條）設使「失蹤人陳報生存，而聲請人否認其事實者，法院應於有確定裁判前中止程序。」（同法第六百二十八條）俗諺所謂「存亡未卜，」即法律所謂「生死不明。」是以民法對於離婚，亦有生死不明已逾三年者，得向法院請求離婚之規定。（第一〇五二條第九款）

## 五 到處便爲家

到處便爲家者，所以表示居無定所之意，並不是表示家無住處之意。查家字意義，說文謂居也。即居住之意，而居與住，在法律上大有區別；住所者，永久居住之所。居所者，暫時居住之所。兩者之區別，即在有無久住之意思。民法第二十條第一項曰：「以久住之意思，住於一定之地域者，卽爲設定其住所於該地。」故住所必須有久住之意思，與久住之事實，但所謂有久住之意思者，指有繼續住居於該處所之意思而言。故卽一時離去其處所，仍有回轉其處所之意思者，亦爲有久住之意思；所謂有久住之事實者，亦非毫無間斷，卽一時離去其處所，而有時常回轉其處所之事實者，亦爲有久住之事實。而就居所言，則其住居之期間，完全係暫時性質，故一人不妨同時有數個居所。住所係永久性質，一人同時不得有兩個住所。（第二十條第二項）此居所與住所區別之概要也。居所於一定情形之下，亦得視爲住所，在法律上與住所有相等之效力，民法第二十二條第二十三條所規定，約有次之三種：

（一）住所無可考者 住所，在法律上之關係甚大。故當住所無從知悉時，則以其居所視爲

住所，適用關於住所之規定。（同法第二十二條第一款）

（二）在中國無住所者 此項規定，非謂其人並無住所，乃指在中國境內無住所者言。如僑居中國之外國人，或返國之華僑，凡在中國無住所者，均以其居所視爲住所。（同法第二十二條第二款）惟依國際私法之原則，須從住所地之法令者，則不可以其無住所於中國，即以居所視爲住所。（同法第二十二條但書）

（三）因特定行爲選定居所者 民法第二十三條規定：「因特定行爲選定居所者，關於其行爲，視爲住所。」例如甲之住所在南京，而乙之住所在漢口，兩人訂立合夥契約，選定上海爲關於合夥行爲之居所，則法律上關於合夥行爲，即以上海之居所爲住所，以謀事實上之便利。

設有一人，原籍爲江蘇，而居住浙江多年，且脫離江蘇之住所，則將如何？如「以廢止之意思，離去其住所者，即爲廢止其住所。」（同法第二十四條）至於「無行爲能力人，（未滿七歲之未成年人及禁治產人）及限制行爲能力人，（滿七歲以上未滿二十歲之未成年人）以其法定代理人（父母、監護人）之住所爲住所。」（同法第二十一條）「妻以夫之住所爲住所，贅夫以妻之住所爲住所。」（同法第一〇〇二條）「夫無住所時，妻得獨立設定住所。」（七年

上字第八六三號判例）「無行爲能力人，及限制行爲能力人，以其法定代理人之住所爲住所，若無法定代理人時，應以其自己之居所視爲住所。」（二十年院字第四七四號解釋）因住所而生之法律上之效果，不一而足。就民法言之，有爲決定失蹤之標準者，例如第八條之規定是。有爲決定清償債務之標準者，例如第三百十四條第二項之規定是。其次就訴訟法言之，有爲決定審判籍之標準者，例如民事訴訟法第一節，及刑事訴訟法第二章之規定是。有爲決定書狀送達之處所者，例如民事訴訟法第四章第二節，及刑事訴訟法第六章之規定等是。然則所謂「到處便爲家」者，係臨時之居所。如果已無住所，則居所亦得視爲住所。

## 六 忘記了時辰八字

八字之謂何？出生之年月日時也。出生之年月日時而以八字稱者何？以每年每月日時，依舊曆有干支之值令也。何謂干，甲、乙、丙、丁、戊、己、庚、辛、壬、癸之天干也；何謂支，子、丑、寅、卯、辰、巳、午、未、申、酉、戌、亥之地支也。設有一人，爲本年舊曆正月初一日子時出生，依舊曆本年爲乙亥年，正月爲戊寅月，初一日爲辛亥日，而子時則爲戊子時，是本年正月初一日子時出生，其八字則爲乙亥、戊寅、辛亥、戊子。而此八字，本甚輕微，亦甚重要。所謂輕微者何所指？以與本身無甚關係也。所謂重要者何所指？以與本身年齡之計算有重大之關係也。依舊習慣之年齡，不以十足計算，例如假定十二月出生，至次年正月，卽爲兩歲。而法律上則須扣足月日，「年齡自出生之日起算。」（民法第一百二十四條）例如十二月一日出生，必須至次年十一月三十日止，方爲一歲。是以同法第十二條：「滿二十歲爲成年。」所謂滿，卽扣足月日之謂也。他如同法第十三條：「未滿七歲之未成年，人無行爲能力。」「滿七歲以上之未成年人，有限制行爲能力。」第九百七十三條：「男未滿十七歲，女未滿十五歲者，不得訂定婚約。」第九百八十條：「男未滿十八歲，女未滿十六歲者，不得



結婚」等之規定。是出生之年月日時重矣。卽俗語所謂八字重矣。乃竟有「忘記了時辰八字」者，揣俗語之命意，作二解釋：一謂本身最輕微事件，尙要忘記；一謂目的最重大事件，竟至忘記，兩者均含有諷刺奚落之意。而在法律上，對於忘記出生之年月日時，因計算滿足年齡之需要，爰有特別之規定：「出生之月日，無從確定時，推定其爲七月一日出生；知其出生之月，而不知出生之日者，推定其爲該月十五日出生。」（民法第一百二十四條第二項）

## 七 口說無憑

社會習慣，均以「白紙寫黑字」為重要真實證據。至口頭聲明，均諉之於「口說無憑」，但在法律上則不然，茲分段說明之：

一、文字 普通證據，均以文字為標準。是以不論民刑訴訟，均有提出書面證據之必要。民法第三條規定，對於文字，不論本人自寫，或倩他人代寫，苟經蓋章簽名，即生效力。如不能簽名，而捺指印，（通常稱指紋或拇印）或畫十字，或用其他符號，（例如畫花押等）以代簽名者，在文件上，經二人簽名證明，亦與簽名生同等之效力。

二、口頭 民法第一百五十六條：「對話為要約者，非立時承諾，即失其拘束力。」換言之，對話間之要約，如他方立時承諾，即為成立口頭契約，自應受契約之拘束。所謂「一方要約，一方承諾者，契約成立。」（三年上字五七四號判例）

三、意思 民法第一百五十三條：「當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。」所謂明示者，係包括文字、口頭而言。默示者，無反對之文字，并無口頭之聲明而言。

即使「書面形式不完全，無妨於契約之成立。」（三年上字三六〇號判例）

上述三項，為證明契約成立之標準。但亦有互相證明者如左：

一、文字以文字為證明 民法第四條規定：「文字與號碼有不合時，應以文字為準。」

一、文字以口頭為證明 例如諺所稱「死契活口」，在買賣田地行為，雖寫明絕賣字樣，苟

當時口頭聲明有若何條件，則契上雖未載明，亦得憑口頭之聲明，能回贖等情；如浙江之長興、武康、蕭山、餘姚等縣，均有此習慣（司法行政部民事習慣調查報告錄）但不能作為判決之依據。

一、文字以意思為證明 有時文字不能明瞭真相，則以當事人之意思為準。如民法第九十

八條：「解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句。」

一、口頭以口頭為證明 對話以相對人了解為目的，在相對人已了解其意義，如無反對之表示，即發生效力。例如電話等，雖非靚面，亦不礙其為對話也。

一、口頭以文字為證明 例如遺囑人因生命危急，或其他特殊情形，不能依其他方式為遺囑者，得為口授遺囑。口授遺囑，應由遺囑人指定二人以上之見證人，口授遺囑意旨，由見證人中之一人，將該遺囑意旨，據實作成筆記，並記明年月日，與其他見證人同行簽名。（民法第一千一

百九十五條

一、口頭以意思為證明 民法第九十四條：「對話人為意思表示者，其意思表示，以相對人了解時發生效力。」

一、意思以意思為證明 「意思表示，不以立字畫押為必要方式。」（四年上字一三八八號判例）故「同意與否，不以曾否簽押為斷。」（三年上字三七四號判例）但「無行為能力人（未滿七歲之未成年人及禁治產人）或雖非無行為能力人而其所為之意思表示，係在無意識或精神錯亂中者無效。」（民法第七十五條）

一、意思以文字為證明 「解釋意思表示，雖不拘泥文字，亦不得全舍文字。」（四年上字九七五號判例）

一、意思以口頭為證明 意思表示，因傳達人或傳達機關不實者，民法第八十九條有撤銷之規定。

總之，契約為雙方表示一致之行為，申言之，即當事人之一方，將契約內容提示於他方，經他方承諾，契約即為成立。若僅由一方表示意思，而他方並無承諾之表示，當然不受契約之拘束。故

「契約以兩造表意合致爲要件。」（三年上字二四一號解釋）所謂表意合致，從民法第一百五十三條觀察，則意思一致，爲第一要件。文字固爲明顯之表示，而口頭亦爲意思之明白表示，俗諺所謂「口說無憑」不足爲訓。

## 八 爲人不做保做保討煩惱

諺云：「爲人不做保，做保討煩惱。」誠哉是言！蓋保人在法律上之責任，極爲繁重，一遇債務人（即主債務人或稱被保證人）不履行債務時，即須由其保證人（即從債務人）代負償付之責任者也。（民法第七百三十九條）詳言之，即以保證人之資力，確保債務之履行，倘債務人不履行債務時，概由保證人代負履行責任。此即所謂保證是也。

一、保證之種類 保證之種類甚多，今僅舉其要者言之如次：

（一）單獨保證 單獨保證云者，即第三人（保證人）對於債權人，約定債務人不履行債務時，由其個人代負履行責任之契約也。（第七百三十九條）由是觀之，保證契約之當事人，爲保證人與債權人，故保證契約，僅因保證人與債權人雙方合意，即行成立。毋庸經主債務人（即被保證人）之同意。例如甲債務人向乙債權人，借洋千元。而乙以不信甲故，由丙（保證人）出爲保證。如將來甲不履行債務，或有難於執行之情事時，唯丙是問。即由丙（保證人）代負履行千元債務之責任是也。而保證之成立，祇須乙（債權人）丙（保證人）雙方之合意即可，毋庸

經甲（債務人被保證人）之同意。反言之，即甲不同意，亦無礙於保證契約之成立。又保證契約不限於書面，即口頭保證，在法律上亦為有效。然債務契約，若以書面訂立者，則保證亦須以書面為之。

（二）共同保證 共同保證云者，數保證人保證同一債務之謂也。質言之，即數人對於同一債務人，就同一債務，而為保證也。至於負擔保證債務之行爲，是同時，或先後，則非所問。再其各保證人所負義務之程度若何？在立法例上，有分擔主義與連帶主義之別；所謂分擔主義者，即各保證人平均分擔其債務，而債權人亦僅得向各保證人就其平均分擔部分，領受清償。所謂連帶主義者，則數保證人連帶保證全部債務，均有履行全部債務之義務。反之，債權人亦得就共同保證人中之一人，或數人，或其全體，於同時，或先後請求清償一部或全部之債務，而被請求之共同保證人，即負連帶清償所保證之全部債務，不得諉尙有其他保證人故，而拒絕履行也。按共同保證，原期增強擔保之效力，若採分擔主義，反不及一人保證之效力，自與共同保證之目的有背，故民法特採連帶責任主義為原則，而兼採分擔主義為例外焉。分述如左：

（1）原則 民法第七百四十八條規定：「數人保證同一債務者，除契約另有訂定外，（例

外)應連帶負保證責任。」(原則)此即表明在共同保證,其各保證人原則上,應負連帶責任。即成立連帶債務,債權人得對於保證人中之一人、或數人、或其全體、同時、或先後請求清償全部或一部之給付。(第二百七十三條)保證人中之一人,如被請求全部時,應即為全部之清償,不得藉口尙有其他保證人,主張平均分擔清償也。至保證人中之一人向債權人為清償,及其他免責行為後,其他保證人,亦同免其責任。(第二百七十四條)如此情形,該保證人得按照其內部各自分擔之部分,向他保證人請求償還,自不待言。(第二百八十一條至二百八十二條)例如甲債務人,向乙債權人借洋三百元,由丙丁戊三人為保證人。嗣後甲如無力償還時,丙丁戊三保證人應各負二百元之債務,不僅負一百元之責任已也。若三保證人中之一人,例如丙已向甲之債權人乙,代為履行三百元之債務後,則丁戊可不再負責,以其債務業已清償。但對於丙代為墊付之一百元,則應償還之。其因此所受之損失,他日自得向被保證人甲追償。(第七百四十九條)

(2)例外 在共同保證,其保證人應負連帶責任。但數保證人與債權人訂有負分擔責任之特約者,其特約有效。質言之,數保證人特約負分擔責任時,則保證債務,應按保證人數平均

分析，各保證人僅就自己分擔部分，負其義務。雖其一人或數人，因無資力不能履行其債務，亦無代爲清償之義務，此爲例外也。如前例，債務總額共三百元，依原則言，各保證人應均負三百元之責任。但若有特約減輕共同保證人之連帶三百元責任，而祇須令保證人各負擔一百元者，自無不可。例如丙祇須負一百元之責任爲已足，雖然債務總數有三百元之多，然以其已有減輕負擔責任之特約。故即使共同保證人中之丁或戊無力履行其應擔負之一百元債務，而丙亦無代爲清償一百元之義務。

(二)連帶保證 連帶保證云者，謂保證人對於債權人，約與主債務人（即被保證人）負連帶責任之保證也。按普通保證債務（單獨保證與共同保證）債權人未就主債務人（即被保證人）之財產爲強制執行而無效果前，保證人得拒絕自己債務之清償（第七百四十五條）是項權利，學說上稱爲檢索之抗辯。由是可知主債務人與保證人之責任，原有先後之分，必先向主債務人請求，經強制執行而無效果，然後始得向保證人求償。否則，若債權人逕向保證人請求，保證人對其請求，得據檢索之抗辯而拒絕清償。但亦不能否認債權人請求權之效力，實係一種延期抗辯，故嗣後債權人就主債務人之財產，已爲強制執行而無效果時，自得更向保證人請求。

惟此項規定，保證人與債權人間可以特約變更之，例如約定保證人與主債務人（被保證人）連帶而保證債務者，其特約有效。質言之，即應與主債務人同負連帶之責任者也。此時保證人之責任，與主債務人（被保證人）毫無二致，並無先後之分。債權人對於保證人及主債務人（被保證人）得任意先後擇一請求清償，保證人如被請求時，應即清償，不得再據檢索之抗辯而拒絕履行矣。例如甲債務人向乙債權人借洋三百元，由丙為保證人。在普通保證債務，乙之債權，必須先向債務人求償，而後始得向丙請求給付。但如有連帶保證之特約者，丙（保證人）亦有先為給付之義務也。

（四）職務保證 職務保證云者，即保證人對於債權人，就債務人之身體、性行、及技能、保證堪任其業務，並就其業務執行所生損害，負擔保之債務也。此種保證，在訂立僱傭契約，或有償委任契約時，實所常有。例如我國銀行商店等雇用經理人，或其他職員，或約請買辦，及代辦商，多須由保證人保證是。至其保證債務之範圍有二：（一）因債務人不履行一定契約，致債權人所受之損害；（二）債務人對於業務之執行，因故意或過失，所加於債權人之損害。以上兩種損害，均須由保證人任賠償之責。故債務人消費業務上債權人之金錢，或拐帶逃走等犯罪行為，保證人亦應

任賠償之責者也。不甯唯是，若受僱人本身所生之事故，於僱用人有利害關係者，亦應由保證人承管是。質言之，即保證人不僅保證受僱人之身體、性行及技能堪服所約定之勞務，其拐逃或竊取僱用人之財物，無論與所服勞務有無關係，概由保證人負責。又受僱人不服約束，或身罹重病，亦由保證人負勸導或擔任救護之責。例如薦頭行所出之保單是。惟職務保證，保證人僅就保證債務人在保證契約訂立時之地位所生之損害爲限，負保證責任。否則，若在僱傭契約，其所保證之受僱人地位，顯有變動時，（例如保證時，僅爲學徒，嗣後遞升爲夥友或經理是）保證人對其地位變更後所生損害，不負賠償之責。

（五）再保證 再保證，亦稱複保證，即保證之保證也。例如甲債務人，欠乙債權人洋三百元。曾由丙某作保。後因丙某之信用或資力不足擔保甲所負三百元之債務時，當復由丁某保證丙某之保證債務，謂之再保證。如將來甲（被保證人）及丙（主保證人）之資力，已不足清償所負之債務時，應由再保證人丁，代負履行責任。然若甲丙中之一人，有資力或二人均有資力足以清償所負之債務，而僅爲不履行，則再保證人丁，在執行無效果前，亦不負先爲履行之義務也。

二、保證人之權利 保證人雖負代履行主債務（凡被保證人所負之債務，謂之主債務）

之重責，然亦享有左述權利。

(一) 抗辯權 民法第七百四十二條一項規定：「主債務人所有之抗辯，保證人得主張之。」故債權人向保證人請求清償時，保證人得主張主債務人所有之抗辯，以拒絕自己債務（保證債務）之清償。所謂抗辯，大別有三：即權利不發生之抗辯；權利消滅之抗辯；及給付拒絕之抗辯是也。茲分析說明如左：

(1) 權利未發生之抗辯 即主債務因違法（例如因不法之賭博行為所負之債務是）無行為能力（例如未滿七歲之未成年人及禁治產人是）等原因所成立之債務，依法不能發生效力。故保證人若據主債務之不發生，而主張保證債務亦不發生，自非法律所不許也。然若保證人明知其情事，而仍願為保證者，則不能以主債務之不發生，而仍作為抗辯之理由矣。質言之，即其保證依法仍為有效也。（第七百四十三條）

(2) 權利消滅之抗辯 主債務雖曾有效發生，但因清償（第三百零九條）提存（第三百二十六條）抵銷（第三百三十四條）免除（第三百四十三條）混同（第三百四十四條）或其他原因，例如消滅時效（第一百二十五條至一百二十七條）而主債務已消滅時，

保證債務亦同時消滅。蓋保證債務爲從債務，以主債務之存在爲前提，今主債務業已消滅，保證債務自亦未由附麗矣。故保證人得據主債務之消滅，而主張保證債務亦消滅也。

(3) 給付拒絕之抗辯 如主債務係由雙務契約所發生時，保證人得據同時履行之抗辯，（第二百六十四條）以拒絕自己之給付。例如某甲由丙作保向乙店定購棉花百包，每包計洋十元，共千元。由甲方觀之，享收受百包棉花之權利，負支付千元銀錢之義務；由乙方觀之，享收受千元銀錢之權利，負交付百包棉花之義務，由是可知雙方均發生債務之關係，自係雙務契約。今若乙店未交付棉花，則甲（債務人）丙（保證人）得以同時履行之抗辯，而拒絕履行自己應給付之銀錢，以爲對抗也。

主債務人拋棄其抗辯者，保證人仍得主張之。（第七百四十二條第二項）蓋保證人主張主債務人所有之抗辯，並非代行主債務人之抗辯，乃以主債務人之抗辯，作爲自己之抗辯，以拒絕自己債務之清償，故主債務人拋棄其抗辯者，在主債務人雖喪失其抗辯，而保證人仍得主張之。

(二) 檢索抗辯權 保證債務之目的，在擔保他人之債務；主債務人（即被保證人）不履

行債務時，保證人始代負履行責任，故債權人應先就主債務人之財產強制執行，以求滿足；俟無效果，然後再向保證人領受清償，始可謂為公平，且合乎保證之原意。故法律賦予保證人有檢索抗辯權，凡遇債權人未就主債務人財產為強制執行而無效果前，保證人得據檢索之抗辯，請求債權人先執行債務人之財產。否則，保證人對於債權人之請求，得拒絕清償也。（第七百四十五條）但亦有左列之例外；質言之，如有左列情形之一者，保證人無檢索抗辯權，對於債權人之請求，不得拒絕，應即為清償。（第七百四十六條）分述如左：

(1) 保證人放棄檢索抗辯權者 檢索之抗辯，為保證人之權利，今保證人甘願放棄，自非法所不許。但權利一經拋棄，即不能回復。

(2) 保證契約成立後，主債務人之住所、營業所、或居所所有變更，致向其請求清償發生困難者 在此情形，保證人喪失檢索抗辯權。但須具備二要件：即（一）須主債務人於保證契約成立後，變更其住所、營業所或居所。例如遷移他方，或所在不明是；（二）須因上項變更，致債權人向主債務人請求清償發生困難。例如遷移遠方，不便請求清償，或所在不明，無從請求清償，是苟因上項變更致債權人難於向主債務人請求清償，即可不問主債務人有無資力，債權人得

逕向其保證人請求，而保證人應即爲履行，不得拒絕。

(3) 主債務人受破產宣告者 主債務人既已宣告破產，則無清償債務之資力，已屬顯然，自應由保證人清償，不得行使檢索抗辯權，毫無疑義。

(4) 主債務人之財產不足清償其債務者 主債務人之財產，苟不足清償債務，即屬無清償之資力，而保證人應即代爲清償，并不得爲檢索之抗辯。

(三) 求償權 保證人之求償權云者，蓋謂保證人因履行保證債務而爲清償，或其他行爲（例如抵銷、承擔債務是）以消滅主債務後，得向主債務人請求償還之權利也。例如甲債務人於去年曾向乙債權人借洋三百元，由丙某作保，約定於今年六月十五日歸還。屆期甲某因遠出經商未回，且所在不明，由保證人丙某代爲履行三百元之保證債務，以消滅甲對於乙所負之主債務。然而丙某履行三百元之債務，乃係基於保證之關係，并非自己負有三百元之債務，故丙某對於此三百元之損失，依法（第七百四十九條）自得向主債務人（即被保證人）請求償還。此種權利，謂之求償權。

(四) 代位權 保證人之代位權云者，謂保證人向債權人爲清償，或其他免責行爲後，（例

如抵銷、承擔債務等是）得就債權人對於主債務人之債權，代位行使其權利也。質言之，即債權人對於主債務人之債權，並不因保證人之清償而歸於消滅，乃移轉於保證人，由保證人行使其權利也。（第七百四十九條）其效力與債權讓與無異，故債權人所有之利益，均移轉於保證人，即債權人所有一切權能，（如履行請求權、損害賠償請求權）及附隨權利，（例如質權、抵押權、違約金請求權等）亦均由保證人承受。但主債務人對於債權人所有之抗辯，亦得以對抗保證人者也。代位權之目的，在確保求償權。故其行使之範圍，有一定之限制。即僅得於實際給付之額數範圍內，代位行使債權人之權利為已足。民法第七百四十九條所謂「於清償之限度」者，即此意也。例如甲債務人，欠乙債權人洋三百元，由丙某作保。嗣因甲經商遠出，屆期由保證人丙代為清償三百元之債務，當將乙（債權人）對於甲（債務人）三百元之債權，移轉於自己，由保證人丙，直接向債務人甲請求追償。此僅係將債權之請求權，由乙（債權人）移轉於丙（保證人）而已。若於訂約時，更設有抵押權者，則丙亦享有主張抵押權之權利；若訂有約定利息者，丙亦得向甲請求約定利息。反是，若甲曾給付債權人乙二百元者，則甲對於丙祇須給付一百元即可，此二百元之給付，亦得對抗丙某（保證人）也。又如主債務人甲對於債權人乙負千元債務，而保

證人丙僅代爲清償八百元，則保證人僅得於八百元之範圍內，得行使債權人之權利。

(五)免責請求權 免責請求權云者，謂保證人具有法定情形時，於未對債權人清償前，得向主債務人請求免去自己保證責任之權利也。蓋保證人固須對債權人爲清償後，始得向主債務人行使求償權或代位權。但主債務人有不能履行，或將來有難於向主債務人求償之狀態時，與保證人之利益，大有妨害。故與其事後再行使此等權利，終歸有名無實，不能追償，不如另設事前救濟之法，以保護保證人爲妥。民法第七百五十條規定：「保證人受主債務人之委任，而爲保證者，有左列各款情形之一時，得向主債務人請求除去其保證責任。」分述如左：

(1)主債務人之財產顯形減少者 主債務人（被保證人）之財產，既顯形減少，則能否履行其主債務，已屬堪慮。爲免保證人將來難於行使求償權起見，應使保證人於清償前，有免責請求權，以保護之。

(2)保證契約成立後主債務人之住所、營業所、或居所有變更致向其請求清償發生困難者 在此情形，保證人因喪失檢索抗辯權（第七百四十六條第二款）已臻應即清償之狀態。故使保證人於清償前，有免責請求權，以保護之。

(3) 主債務人履行債務遲延者 主債務人應履行而不履行，其是否履行，及能否履行，已在不確定之狀態，而保證人亦隨時有為清償之虞。故使保證人於此時有免責請求權，以保護之。

(4) 債權人依確定判決得令保證人清償者 在此情形，保證人應代為清償，業已確定。故使保證人於履行前，有免責請求權，以保護之。

關於保證之意義、種類及保證人之權利義務，已如上所述。茲欲研究者，即保人與中人有別是已。蓋中人之義務輕，保人之責任重；中人祇須負證明及陳述自己所經過之事實為已足，別無任何義務。反之，保人則不然，不僅負有證明及陳述自己所經過事實之義務，且於必要時，與債務人所負之義務相等。即遇債務人無資力償還其所負之債務時，保證人有代償之責任，此即兩者異點之所在，不可不注意者也。

本文參考戴修瓚先生民法債編各論

## 九 人死債不死

所謂債者，乃特定人（債權人）與特定人（債務人）間，雙方權利義務之關係也。就權利方面言，稱爲債權；就義務方面言，則爲債務。因債之關係而享受利益者，曰債權人，負擔義務者，曰債務人。則債之關係，既係特定人對於特定人間之關係，故不獨負擔其義務者，限於特定之債務人，而享受權利者，亦限於特定之債權人，非令任何人均得爲債權之行使，亦非對於任何人均得行使債權也。例如甲欠乙洋千圓，祇乙對甲得請求爲千圓之給付，丙固不得向甲請求，乙亦不能向丙請求也。由是可知債權債務之關係，均標榜於特定人而存在，苟一旦債權人或債務人之一方死亡，債之關係即應失其附麗而歸於消滅矣。然就民法繼承編言，則不若是。何則？蓋繼承爲繼承人承受被繼承人財產上之一切權利義務（民法第一千一百四十八條）除拋棄繼承外，繼承人既繼承被繼承人之權利，當亦須承受被繼承人生前所負之債務。由此觀之，則人死債不死也。但專屬於被繼承人本身之債務，則人死債亦死。（同條但書）例如被繼承人生前訂有僱傭契約，爲他人服勞務，未滿期而忽死亡時，此等契約，雖然亦係債務之一種，但此等債務，係專屬於

被繼承人本身之債務，其效力不及於其繼承人，故繼承人可不必承受。

抑有進者，債務消滅之原因，尙有下列諸端，分述如左：

(一) 清償 依債務本旨，向債權人，或其他有受領權人爲清償，經其受領者，債之關係消滅。  
(第三百零九條第一項)

(二) 提存 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之，以消滅所負之債務。(第三百二十六條)

(三) 抵銷 二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期者，各得以其債務與他方之債務，互相抵銷，經抵銷後，債之關係消滅。(第三百三十四條)

(四) 免除 債權人向債務人表示免除其債務之意思者，債之關係消滅。(第三百四十三條)

(五) 混同 債權債務同歸一人時，(例如債權人爲債務人之繼承人，或債務人爲債權人之繼承人) 債之關係消滅。(第三百四十四條)

(六) 消滅時效 得別爲左列三種：

一、請求權，因十五年間不行使而消滅，但法律所定期間較短者，依其規定。（第一百二十五條）

二、利息、紅利、租金、贍養費、退職金及其他一年或不及一年之定期給付債權，其各期給付請求權，因五年間不行使而消滅。（第一百二十六條）

三、左列各款請求權，因二年間不行使而消滅（第一百二十七條）

- 1 旅店、飲食店、及娛樂場之住宿費、飲食費、座費、消費物之代價及其墊款；
- 2 運送費及運送人所墊之款；
- 3 以租賃動產為營業者之租價；
- 4 醫生、藥師、看護生之診費、藥費、報酬及其墊款；
- 5 律師、會計師、公證人之報酬及其墊款；
- 6 律師、會計師、公證人所收當事人物件之交還；
- 7 技師、承攬人之報酬及其墊款；
- 8 商人、製造人、手工業人所供給之商品及產物之代價。

債消滅之原因，除上述六種情形，法律已有明文規定者外，若遇無人行使債權，（債權人死亡，又無繼承人時）或無人履行債務時，（債務人死亡，又無繼承人時）當亦為債自然消滅之一原因。否則，債之關係，非因法定原因，即不能消滅者也。

## 一〇 走了和尚走不了廟

債權人本於債權之關係，請求債務人履行債務，遇債務人有資力，並願意履行時，固無問題。若遇債務人無資力，或不願意履行時，則債權人勢將如何？此為債權人亟應解決之問題也。爰就法律上之規定，分述於次：

(一) 債權人得依督促程序，聲請法院發支付命令；民事訴訟法第五百零四條規定：「債權人之請求，以給付金錢，或其他代替物，（例如米穀是。）或有價證券之一定數量標的者，（例如公司中之股票，以及國家或地方政府所發行之公債票等是。）得聲請法院依督促程序發支付命令；簡言之，即由法院命令債務人支付，債務人對於支付命令有異議時，應於支付命令送達後十五日內，得不附理由，向發命令之法院，提出異議；否則，債務人應即向債權人清償其請求，並賠償債權人因請求法院依督促程序發支付命令所支出之費用。（同法第五百一十條第二款及五百十二條第一項）

(二) 債權人得依民事訴訟規則，將債務人扭交於法院，請求法院管收之；如遇債務人翻悔

已成立之調解，或不履行已確定之判決時，債權人除得聲請法院為強制執行外，並得將債務人扯交於法院，請求法院管收之，命其於三個月內，設法履行其所負之債務。誠然，如果債務人實無財產可供執行，或執行後所得之數不足清償債務者，債權人如予同意，得令債務人寫立書據，俟有實力之日償還；不同意時，限於三個月內續行調查，若查明實無財產，可由法院發給憑證，交債權人收執，俟發見債務人有財產時，再予執行。（民事訴訟執行規則第七條參照）

（三）債權人得依民事訴訟執行規則，請求法院繼續就債務人所有之不動產執行；債務人所有之動產，除抵償外，尚不足以清償其所負之債務，或債務人因避債而遠走時，自得對債務人所有之不動產執行。對於不動產之強制執行，以查封、拍賣、管理之方法行之。（民事訴訟執行規則第五十二條第一項）並於同法第六十一條規定：「已查封之不動產，債務人未於查封後七日內，向法院提出現款聲請撤銷查封時，法院得據債權人聲請，或以職權，命為拍賣，以拍賣所得之價金，以充償債權人之債款。此即俗語所謂走了和尚走不了廟也。」

## 一 不怕討債凶祇怕欠債窮

債權人本於債權之關係，請求債務人履行債務，誠屬正當權利之行使，債務人固難抗辯。然若債務人一旦貧無資力，不能履行債務時，債權人則亦無可奈何者也。雖然，債權人可請求法院判令債務人償還債務，或聲請強制執行，然則債務人之財產，已一無所有，或家徒四壁，試問即判決勝訴，亦有何用！豈判決書可以兌現乎？強制執行，更不可能。然則法律何以救濟之耶？依民事訴訟執行規則第七條規定：「債務人如實無財產可供執行，或執行後所得之數，不足清償債務者，債權人如予同意，得令債務人寫立書據，俟有實力之日償還；不同意時，限於三個月內，依照前條規定續行調查，若查明實無財產，或債權人到期故意不來案報告，可由廳（現稱法院）發給憑證，交債權人收執，俟發見有財產時，再予執行。統觀全文，前後毫無二致，均須俟有實力之日，或有財產時，始再予執行，是本條直等於贅文，無實益之可言也。而債權人所持有之憑證，亦不啻為一紙興隆票，非待債務人有實力之時，債權即莫能清償也。雖然，法律於此，亦有其窮，不能確切保障人民之利益，然債務人之無財產，乃為事實問題，而非法律問題。於法律之本質，固無所損也。

## 二 道不拾遺

古有道不拾遺，夜不閉戶之美德；而今世風日下，人心不古，竟將如此可敬仰之美德，使蕩然無存，殊深惋惜也。法律對於拾得人拾得遺失物後，於一定條件之下，亦准許拾得人取得遺失物之所有權。茲分述關於拾得遺失物人應履行之法定程序於左：

(一) 遺失物招領 遺失物者，所有人（或占有者）無拋棄之意思，又非因他人之侵奪，而偶然喪失其所占有之動產之謂也。質言之，遺失物既非無主物，亦非拋棄物，則拾得人於遺失物拾得後，如能知其為何人所有，理應通知其所有人而返還之；或命其自行領回。若不知所有人為誰，或所有人所在不明，則無法返還，拾得人亦應代為保存，揭示招領。如不為招領之揭示者，則應報告警署，或自治機關，並應於報告時，將拾得物一併交存，使所有人（即遺失物人）得取還其物。（民法第八百零三條）又遺失物經拾得人之通知，或揭示後，所有人不於相當期間內（六個月）認領者，拾得人應報告警署或自治機關，並將其物（即遺失物）交存（第八百零四條）俾所有人（即遺失物人）得取還其遺失物也。

(二)遺失物認領 遺失物拾得後，於法定期間內，（六個月）所有人（即遺失物人）認領與否，於拾得人之權利攸關，民法特定左列之法則。

(甲)遺失物拾得後六個月內所有人認領者 於此情形，拾得人或警署、或自治機關於揭示及保管費受償後，應將其物返還於所有人，（第八百零五條）惟對於所有人有請求其物（即遺失物）價值十分三之報酬之權利。（第八百零五條第二項）

(乙)遺失物拾得後六個月內所有人未認領者 於此情形，警署或自治機關，應將其物，（即遺失物）或因拍賣所得之價金，交與拾得人，歸拾得人所有；（第八百零七條）反言之，即拾得人至斯時，始能取得他人遺失物之所有權也。

(三)拾得物拍賣 按照民法第八百零五條規定：「拾得人於遺失物拾得後，或警署、或自治機關，於收受拾得人所交存之遺失物後，均應負六個月之保管義務。」然拾得物之性質，如易於腐壞或其保管需費過鉅者，警署或自治機關得將拾得物拍賣之，而存其價金。如是之對待所有人，（即遺失物人）可謂仁至義盡矣。

總上而論，可知拾得人欲取得遺失物之所有權，非經踐行上述之程序不可。若拾得人於拾

得遺失物後，並未踐行上述程序，而竟逕自管領時，則不僅負民事上不當得利返還原物之義務；且須負刑事上侵占（刑法第三三七條規定：「意圖為自己，或第三人不法之所有，而侵占遺失物、漂流物、或其他離本人所持有之物者，處五百圓以下罰金。」）之罪責也。

### 一三 霸占也要有道理

霸占，惡名也。道理，美名也。霸占而與道理同稱，似屬不相連貫也。烏乎可？豈不講理之謂何？既曰蠻，自無謂理；既曰理，自不能蠻。霸占也要有道理，是蠻可以講理也。泛言之，殊屬可笑，而細釋語意，亦屬言之成理。法律上之所謂占有，與俗語所謂霸占相似，法律上規定占有權，謂「對於物有事實上管領之力者為占有人。」（民法第九百四十條）占有人對於占有物，得行使其權利。因為法律是「占有人推定其為以所有之意思，善意、和平、及公然占有者。」（同法第九百四十四條）「凡占有人無惡意之反證者，推定為善意。」（五年上字第五三〇號判例）是以「以所有之意思，五年間、和平、公然占有他人之動產者，取得其所有權。」（同法第七百六十八條）「以所有之意思，二十年間、和平、繼續占有他人未登記之不動產者，得請求登記為所有人。」（同法第七百六十九條）「以所有之意思，十年間、和平、繼續占有他人未登記之不動產，而其占有之始為善意，並無過失者，得請求登記為所有人。」（同法第七百七十條）其所謂善意者，並非善良意思，或好意之類，參觀上述法條，是注重在「以所有之意思」一語。因為善意占有，是

確信占有物爲自己所有，而於他人所有，並不知情，此卽所謂「霸占也要有道理」也。至於明知無占有物之權利，且明知占有物爲他人所有而占有，是爲惡意占有。亦卽俗語所謂無道理，亦卽所謂霸占。

## 一四 大家有分

凡屬公共之財產，普通謂爲「大家有分」。所謂大家者，指一般人而言。而一般人者，非一般之普通人，乃一般之特定人。例如某某公祭產，凡某某公直系血親卑親屬，均有所有權，卽爲某某公派下子孫所共有。又如某某村公產，凡某某村之人民，均有所有權，卽爲某某村人民所共有。是祇一財產，而有多數權利之主體，各共有人對於是項財產，均有完全之所有權。「數人按其應有部分，對於一物有所有權者，爲共有人。」「各共有人之應有部分不明者，推定其爲均等。」（民法第八百十七條）假如新置田一坵，本人有甲、乙、丙、丁四子，則爲四子所共有。「家長出名置產，推定爲共有。」（四上年上字第二四四一號判例）而是田既不能分割，則甲、乙、丙、丁四子，孰爲東面？孰爲南面？孰爲西北面？其部分無從認定，應推定爲平均所有。「共有成分，推定爲同等。」（八上年上字第一六〇號判例）設甲、乙、丙、丁四人中之甲死亡，則甲之應有部分，應歸其繼承人所有，卽所謂「代位繼承」。若甲死亡後，而又無人繼承，則甲之應有部分，分配於乙、丙、丁三人；「共有人中一人死亡，無繼承人者，其應有部分，分屬他共有人。」（八上年上字第九八九號判例）「共

有人中一人，或數人之應有部分消滅者，他共有人之應有部分，即因之擴充。」（三年上字第一二〇七號判例）此共有人之對於共有物之所有權也。然尙有下列幾點說明：

（一）共有物之使用 物爲共有，則共有人對於共有物，當然有使用之權。「各共有人按其應有部分，對於共有物之全部，有使用收益之權。」（第八百十八條）例如共有之房屋，得共同居住，共有之物件，得共同使用。但房屋或可指定分住，而物件爲不可分之物，如果各共有人於一時間主張使用，勢必發生糾紛，不妨以契約定之。至所謂「按其應有部分」者，即共有人之人數，與共有權之成數而已。

（二）共有物之收益 「共有物之收益，應歸全體。」（三年上字第四一號判例）自應按其應有部分平均分配。例如共有之土地，其所生之孳息等類，至同時收益，或輪值收益，另以契約訂定。

（三）共有物之處分 「各共有人得自由處分其應有部分。」（第八百十九條）是共有人得自由處分其共有產乎？曰非也，謂得自由處分其應得部分也。「分別共有人，得處分其應有部分。」四年上字第二〇三二號已著爲判例。因各共有人於不侵害他共有人之權利範圍內，得

行使其權利。是以債權人亦得扣押其共有產中之應得部分。至共有物之全部；「共有物之處分、變更、及設定負擔、應得共有人全體之同意。」（同條第二項）是「共有物非經全體共有人同意，不得處分。」（三年上字第七八號判例）「共有人權利行使，以應有部分為範圍。」（五年上字第二三號判例）

（四）共有物之管理 「共有物，除契約另有訂定外，由共有人共同管理之。」（第八百二十條）是以「管理共有物，依協議或特別習慣。」（七年上字第一一七四號判例）

（五）共有物之分割 「各共有人得隨時請求分割共有物。但因物之使用、目的不能分割，或契約另訂有不分割之期限者，不在此限。」（第八百二十三條）即所謂「繼承人得隨時請求分割遺產。」（第一千一百六十四條）因共有物之管理，已有第八百二十條規定。雖「共有物之簡易修繕，及其他保存行為，得由各共有人單獨為之。」（第八百二十條第二項）但「共有物之改良，非經共有人過半數，並其應有部分合計已過半數者之同意，不得為之。」（同條第三項）且「共有物之管理費，及其他擔負，除契約另有訂定外，應由各共有人按其應有部分分擔之。」（第八百二十二條）但事實上諸多困難，且或因同意之阻礙，易起糾紛，爰有各共有人



得隨時請求分割共有物之規定。(第八百二十三條)至訂定不分割契約之期限,亦有「前項契約所定不分割之期限,不得逾五年。逾五年者,縮短為五年」(第八百二十三條第二項)之規定。

更有所謂共同共有者,依法律規定,或依契約,成一共同關係之數人,基於其共同關係,而共有一物者,為共同共有人。(第八百二十七條)所謂依法律規定,例如共同繼承,如上述某某村公產;所謂契約訂定,例如合夥契約,或夫婦共有產,在「各共同共有人之權利,及於共同共有物之全部」(同條第二項)「共同共有物之處分,及其他之權利行使,應得共同共有人全體之同意」(第八百二十八條第二項)「祀產遇必要情形,亦得經各房同意而為處分」(四年上字第七七一號判例)在「共同關係存續中,各共同共有人,不得請求分割其共同共有物」(第八百二十九條)此即所謂大家有分也。

## 一五 至親骨血

凡普通人稱他人親生之子女，均說這是「至親骨血」。揣其意旨，是謂最至親者，莫如骨血；換言之，即謂骨血，是最至親者也。並且專指父母對於子女而言，似乎子女對於父母，並未包括在內。殊不知俗諺所謂「至親骨血」，是分至親與骨血兩種；普通混為一起，未免誤會。所謂至親，即法律上所謂姻親；所謂骨血，即法律上所謂血親。茲分述如左：

甲、血親 是含有血統關係，計可分為直系旁系兩種：

一、直系血親 「稱直系血親者，謂己身所從出，或從己身所出之血親。」（民法第九百六十七條）所謂己身所從出者，從己身向上數，如父或母為己身所從出，祖父或祖母為父身所從出，此一般人所明瞭者也；外祖父或外祖母為母身所從出，既為母身所從出，而已身為母所從出，與祖父母之為父所從出，同屬一律。依上類推，均為「直系血親尊親屬」。所謂從己身所出者，從己身向下數，如子或女為己身所出，孫與孫女為子身所出，外孫與外孫女為女身所從出，照下類推，均為「直系血親卑親屬」。

二、旁系血親 「稱旁系血親者，謂非直系血親，而與己身出於同源之血親。」（第九百六十七條第二項）所謂出於同源者，謂與己身同出一派，即俗所謂族大分支是也。例如兄弟姊妹出於父母之同源；伯叔姑母出於祖父母之同源；舅父姨母出於外祖父母之同源。總之：與己身出於同源之血親者，謂之旁系血親。餘可類推矣。

乙、姻親 是含有親戚關係，與普通一般之見解不同，內容甚為複雜，分析甚為精密。「稱姻親者，謂血親之配偶，配偶之血親，及配偶之血親之配偶。」（民法第九百六十九條）茲分別說明之。

一、血親之配偶 以直系血親言，己身對於父是血親，但對於非生我之後母，或非生我之前母，則為姻親；己身對於子若女是血親，但對於媳婦或女婿則為姻親；以旁系血親言，己身對叔是血親，而對嬸為姻親，對兄是血親，而對嫂為姻親，對舅父是血親，而對舅母為姻親。

二、配偶之血親 夫對於妻之父母（即岳父母）兄弟姊妹等；妻對於夫之父母（即翁姑）兄弟姊妹等，凡屬配偶之血親，不論其為直系旁系均屬之。

三、配偶血親之配偶 血親之配偶，已如第一項之說明為姻親，則夫對於妻之姻親，妻對於

夫之姻親，自同爲姻親。難者曰：血親姻親，果如上述，則一家之外有血親，而一家之內有姻親矣；同姓之中有姻親，異姓之中有血親矣。殊不知血親姻親之區別，全在乎血統之關係，是以「妾在現行法中，雖無規定，但對於己身所出之子，係直系血親。」（二十年院字第五八五號解釋）「後母之子女，對於前母，並非直系血親卑親屬。」（二十一年院字第七四四號解釋）「妻之，血親是確定的，姻親是無定的。例如「非婚生子女（即舊法所稱私生子）經生父認領者，視爲婚生子女。」（民法第一千零六十五條）「姻親關係，因離婚而消滅，夫死妻再婚，或妻死贅夫再婚時，亦同。」（第九百七十一條）

## 一六 父母子女不能相離

父母子女爲天然之血親，依法除自然之死亡外，概不得以人爲之意思，而使之脫離相互間之血統關係者也。嘗觀一般人有登報公告脫離父子關係，或驅逐劣子等之啓事；但於法不合，不得據以爲血親關係業已脫離，其權利義務仍依然存在，不因登報而受絲毫之影響也。質言之，即父對於子，仍有請求受扶養之權利，及負教養之責任；而子對於父，亦仍享有其繼承權，負扶養之義務。但亦有不盡然者：即爲子者，如具有民法第一千一百四十五條各款情事之一者，其父自得登報聲明喪失其子之繼承權。然亦止限於喪失繼承權而已，父子間之身分，則仍存在如故也。換言之：若子對於其父或母，有不從教誨，專事游蕩，屢教不悛之情形，其父母雖得認爲不肖，亦祇能於必要範圍內懲戒其子女爲已足（第一千零八十五條）而不能貿然脫離父子或母子之關係也。退一步言之，即已登報脫離，在法律上亦屬不生效力，其子嗣後仍得以子之身分，而主張繼承權。（但以無民法第一千一百四十五條之情事時爲限。）蓋法律祇允許父母於必要範圍內有懲戒其子女之權，而無准許脫離血親關係之明文。且喪失繼承權，亦以子具有民法第一千一

百四十五條各款情事之一時爲限，其父母始有喪失其子繼承之權。否則，其子雖有不肖之情事，（如不務正業，專事游蕩之類是）若尙未具有第一千一百四十五條各款所規定之特別要件時，其父母亦未自由剝奪子女之繼承權。至欲脫離血親之關係，則更爲法所不許也。

附第一一四五條 有左列各款情事之一者喪失其繼承權

- 一 故意致被繼承人於死或雖未致死因而受刑之宣告者
  - 二 以詐欺或脅迫使被繼承人爲關於繼承之遺囑或使其撤銷或變更之者
  - 三 以詐欺或脅迫妨害被繼承人爲關於繼承之遺囑或妨害其撤銷或變更之者
  - 四 偽造變更隱匿或湮滅被繼承人關於繼承之遺囑者
  - 五 對於被繼承人有重大之虐待或侮辱情事經被繼承人表示其不得繼承者
- 前項第二款至第四款之規定如經被繼承人宥恕者其繼承權不喪失

## 一七 一班一輩

一班一輩者，親等之謂也。班輩不同，即親等不同；班輩相同，是爲並輩。所謂班輩者，係包括血親、姻親而言。俗例：凡與本身同輩者，不論本族親戚，均爲一輩；與父母同輩者，爲大一輩；與子女同輩者，爲小一輩；不論向上數，向下數，凡屬輩分相同者，均爲一輩。民法對於計算親等之標準，係採羅馬式計算法。即從己身上下數，以一世爲一親等，故世代之數，與親等之數，正相吻合。如子與父間爲一世，則爲一親等；祖父母與孫之間爲二世，則爲二親等；以上、以下，準此推之。於旁系親屬，則由己身數至同源之祖，再由同源之祖數至與之計算親等之親屬，以其總世數爲親等之數。如計算兄弟姊妹間之親等，則先從一方溯諸同源之父母，作爲一等；更由父母下至他方，又加一等，故兄弟姊妹爲二親等之旁系親。計算伯叔與姪之親等，則先由姪溯諸父母，作爲一等；更由父母溯諸同源之祖父母，又加一等；更下數至伯叔再加一等，故伯叔與姪爲三親等之旁系親。其餘以此類推。茲分血親姻親兩項論之：

（一）血親親等之計算法 「直系血親，從己身上下數，以一世爲一親等。」「旁系血親，從

己身數至同源之直系血親，再由同源之直系血親數至與之計算親等之血親，以其總世數為親等之數。」（民法第九百六十八條）

（二）姻親親等之計算法 姻親之親系及親等之計算如左（第九百七十條）

（1）血親之配偶從其配偶之親系及親等 例如兄弟之妻，為兄弟之配偶，己身與兄弟之妻之親等，即從己身與兄弟之親等定之。己身與兄弟為二親等血親，即與兄弟之妻為二親等姻親。

（2）配偶之血親從其與配偶之親系及親等 例如妻之父母為妻之血親，己身與妻之父母，即從妻與其父母之親等定之。妻與其父母為一親等之血親，即己身與妻之父母為一親等之姻親。

（3）配偶之血親之配偶從其與配偶之親系及親等 例如妻之兄弟之妻，為妻之血親之配偶，己身與妻之兄弟之妻之親等，即從妻兄弟之妻與妻之親等定之。妻與妻兄弟之妻為二親等姻親，即己身與妻兄弟之妻亦為二親等姻親。

上述為民法上親等之計算法，就親屬之本體言之，親等近者，固為親屬；親等遠者，亦莫非親

屬，並無天然之界限。民法中所以有此親等計算法者，不過便於稽考親等之遠近已耳。

## 一八 頭嫁由父母二嫁由本身

歐風東漸，婚姻自主之說，盛傳於吾國，一掃吾國數千年來父母包辦子女婚姻之舊習。民法第九百七十二條規定：「婚約，應由男女當事人自行訂定。」良卽本斯意旨者也。然法律爲保護未成年男女之終身幸福計，又於第九百七十四條規定：「未成年之男女，（卽未滿二十歲）訂定婚約，應得法定代理人（父母、監護人）之同意。」予法定代理人有同意權，蓋以父母愛子女之情，必能熟計利害也。故未成年人之婚娶，雖由法定代理人主婚，若經男女當事人事前同意，或事後追認，在法律上亦可認爲有效。惟已成年男女之婚姻，得不經法定代理人之同意，逕行自主耳。

婚姻關係存續中，男既不得重婚，女亦不能再醮；否則法有禁止明文，（民法第九百八十五條及刑法第二百三十七條）所以維護一夫一妻制度也。然於婚姻關係消滅後，（例如夫妻之一方受死亡之宣告，或自然死亡，或因離婚而致婚姻關係消滅等是）則他方儘可自由再婚，（非重婚）或再醮，法律並不禁止。惟對於女子之再婚期間，則須受民法第九百八十七條規定：「女

子自婚姻關係消滅後，非逾六個月不得再行結婚」（但於六個月內已分娩者，不在此限）之限制。至於再婚與否，咸聽任當事人之自由意志，有自主之權，不容他人干與者也。何則，蓋援據民法第十三條第三項之規定，未成年人已結婚者，有行為能力；既有行為能力，則自能有自主再婚之能力也。諺云頭嫁由父母者，原在保護未成年人之幸福；二嫁由本身者，則在尊重男女當事人之本意也。

## 一九 兩相情願好結親眷

吾國向來法律與習慣，婚姻不徵男女當事人之同意，例由父母或其他親長代辦。蓋認婚姻爲男女終身之大事，理宜慎重；若一任諸男女當事人之自由，誠恐年輕子女，閱歷未深，血氣未定，祇計目前，不慮遠大，致貽後悔。故婚姻之事，向唯父母之命是聽。無父母者，則由其他尊長代爲主持，（前民律草案第一千三百三十八條及現行律婚姻門男女婚姻條例參照）從無男女自訂婚約之慣例。稽閱典籍，斑斑可考，例如論語公冶長章載：

『子謂公冶長可妻也，雖在縲紲之中，非其罪也，以其子妻之。』

『子謂南容邦有道不廢，邦無道，免於刑戮，以其兄之子妻之。』

故如孔子有嫁其姪女於南容之權，是可見古代婚姻，家長實握有主婚權；子女之意思如何，可不必問。卽有尊重子女意思之家長，而爲子女者，亦以婚姻問題，願從父母所命，寧放棄個人自由。舊日因男女遠嫌之觀念，對於男女間之婚姻，非經媒妁，不得成婚，此制垂至清末而未廢。如禮記載：「男女無媒不交。」（坊記）故在男子「取妻如之何，匪媒不得。」（詩齊風南山）而在

女方「處女無婚，老且不嫁。」（戰國策燕策）無怪乎「匪我愆期，子無良媒。」（詩氓）因爲無媒，所以愆期；其於媒之重視，可想而知；所謂父母之命，媒妁之言是也。

若依近代思想而言，婚姻原爲男女當事人本身之大事，與父母無干，自不能由他人越俎代庖；故現行民法，一反舊律婚帖之要式行爲，及父母代爲訂婚之大權，特於第九百七十二條中首揭婚約應由男女當事人自行訂定之旨，藉以確立訂婚自由之原則。且此種規定，有強行性質，苟婚約非由男女當事人自行訂定者，依據民法第七十一條，應爲無效；蓋婚約非要式行爲，故現行民法，以男女雙方之表示同意爲已足；雖不經訂婚之手續，而逕行結婚，亦非法律所不許。但在舉行婚禮時，則應有公開之儀式，及二人以上之證人爲必要。（第九百八十二條）「無論舊俗新式，係屬一般不特定之人，均可共見，卽爲公開儀式；至於證人，雖不必載明婚書，但須當時在場親見，并願負證明之人。」（二十二年院字第八五九號解釋）若介紹人以報酬爲要約者，則爲法律所禁止。（第五百七十三條）

從前婚姻，由父母代辦，甚至指腹可以爲婚，遑問當事人之年齡與意思！現在婚姻，既由當事人自主，若未至訂婚之年齡，則男女當事人之知識與體質，均未完成，何能得美滿之婚姻？故民法

第九百七十三條：「男未滿十七歲，女未滿十五歲者，不得訂定婚約。」又民法總則第十二條：「滿二十歲爲成年。」未達訂婚之年齡，固不得訂婚，卽已達訂婚年齡而未滿二十歲者，亦須得法定代理人之同意。以父母愛子女之情，必能熟計利害，故民法第九百七十四條規定：「未成年之男女訂定婚約，應得法定代理人之同意。」法律之所以如此規定者，蓋前者係尊重男女當事人之意思，而後者乃在保護未成年男女終身之幸福計耳。

父母代其未成年之子女所訂定之婚約，依法須經男女雙方當事人之情願，始能發生完全效力。否則，有背男女當事人自行訂定之原則。質言之，子女之一造成年以後，對於父母代訂之婚約，除明白表示追認，始能對於子女本人發生拘束外，苟其子女有一方不同意時，准其訴請解約。（最高法院二十一年上字第十二號同年上字第三九五號判例）若未成年之男女私訂婚約，而未經法定代理人之同意，法定代理人亦有訴請法院撤銷其婚約之權。然若法定代理人無正當理由，而竟不予同意時，男女當事人自可訴請法院以裁判代之，以達兩相情願好結親眷之目的焉。蓋由男女當事人基於兩相情願之自由戀愛，及根據愛情、性情、志趣，而結爲親眷者，自較能得美滿之共同生活也。

## 二〇 男子三十而娶女子二十而嫁

早婚之制，害莫大焉。盡人皆知，毋庸贅述。今舉其要者，厥有五端，言之如次：

(一) 早婚有害於男女身體之發育及健康，其弊一；

(二) 男女本身之體格尙未健全，則所生之子女，其身體亦必羸弱，易於夭亡，其弊二；

(三) 一國之國民精神，均由一家之子女而成，家庭多羸弱之子女，國家少強壯之國民，其弊

三；

(四) 婚姻爲男女終身大事，須有立身治家之知識，才能，方可謀及家室，否則年齡幼稚，知識未免薄弱，謀慮亦欠週到，其弊四；

(五) 教育子女，爲父母之責任，故結婚時，於財產上，須有養育子女之能力；學術上，亦須有教育子女之知識，若結婚過早，自身尙須仰給於父母，遑問教養子女，其弊五。

以上種種，流弊所及，不堪枚舉，不僅有損個人之健康；抑且足致種族於衰弱。故各國法律，皆有明文規定結婚之最低年齡，所以禁止早婚也。

古者，男子三十而娶，女子二十而嫁。良以男女發育之期，並不相若：女子發育之期，早於男子，而衰滅之期，亦早於男子。男女顯生差異，故於年齡上之調和，必男長於女，庶足以保其平衡也。禮記有云：「男子二十而冠，……三十而壯有室；」「男子二十而冠，始學禮，三十而有室，始理男事，女子十有五年而笄，二十而嫁；」周禮亦云：「令男三十而娶，女二十而嫁。」古代規定，男三十女二十為適婚年齡，稽考現代各國法律，無有如此之遲者。不知古代此種規定，所以言其極也。試閱家語：

「公（魯哀）曰：「男子十六精通，女子十四而化，是可以生民矣；而禮男子三十而有室，女子二十而有夫也，豈不晚哉！」孔子曰：「夫禮，言其極也，不是過也；男子二十而冠，有為人父之端；女子十五許嫁，有適人之道，於此而往，則有婚矣。」」（本命篇）

民律草案規定：「男未滿十八歲，女未滿十六歲者，不得成婚。」（第一千三百三十二條）較古代之適婚年齡，已大為減等矣。現行民法，斟酌固有之國情民尚，參照多數之立法例，而有「男未滿十八歲，女未滿十六歲者，不得結婚」之規定。由反而言之，即認男滿十八，女滿十六，為其適婚之最低年齡，蓋定之過低，固有早婚之弊；而定之過高，亦足助長私通及其他淫猥之風。故民

法特從民草之規定，而定爲男未滿十八歲，女未滿十六歲者，不得結婚。（民法第九百八十條）庶合乎國情，而免早婚之陋習。並於同法第九百八十一條規定，未成年人結婚，應得法定代理人之同意，以輔導其子女焉。然則法律雖若是規定，而一般父母因望孫心切，竟不顧其子女之是否及法定之適婚年齡，卽令結婚者，亦實繁有徒，以致種族日趨衰弱，國家前途，實屬可慮，望國民有以遵奉之！

## 二 同姓不攀親

親屬結婚之限制，原為古今中外所同然。不過於其限制之範圍，有廣狹之差耳。就其限制之理由言之：雖有種種之根據，然其最主要者，則不外基於生理上或醫學上見地，以及維持人倫之理論，以為禁止一定親屬結婚之主張。左傳有云：「男女同姓，其生不繁。」此即本於生理上或醫理上之觀念而言也。又孔子家語有云：「同姓為宗，有合族之義，雖百世而婚姻不通，周道然也。」又御覽引禮外傳有云：「夏殷五世之後則通婚姻，周公制禮，百世不通，所以別禽獸也。」白虎通嫁娶篇云：「不娶同姓者，重人倫，防淫佚，恥與禽獸同也。」此即本於倫理上之觀念而言也。茲就各國限制之範圍，及我國舊律之規定，略述大概，再進而論及現行民法之規定焉。

(一) 各國立法例限制親屬結婚之規定 近親結婚之可否，雖學說不一，然近世各國大都依據上述之理由，加以禁止，不過各有範圍之不同而已。茲就各國立法例言之如次：

(1) 直系血親及直系姻親：直系血親間絕對禁止結婚者，如德、瑞、法、蘇俄、日本等國之民法是；直系姻親間禁止結婚者，如瑞、法、日等國之民法是。

(2)直系血親在三親等以內者；禁止直系血親在三親等以內之親屬結婚者，如德、瑞、法、日等國之民法是。

(3)從兄弟姊妹間；禁止從兄弟姊妹（即堂兄弟姊妹）間結婚者，如奧國民法是。

(二)我國舊律草案限制親屬結婚之規定 我國舊例，不僅對於同宗結婚，懸為禁例，即對同姓結婚，亦所不許。迨後舊民律草案關於親屬禁婚之規定，特嚴於宗親，而寬於外親姻親。宗親相互間，無論有服無服，均在禁婚之列；至外親，妻親僅輩分不同者，予以限制。律意所在，無非尊重倫序；與各國之禁止近親結婚，其立意僅在血統太近，恐傳劣點於子嗣者不同。故雖不在親屬範圍內，而有切近之尊卑輩分可稽者，如女婿之姊妹，及子孫婦之姊妹，或妻前夫之女，皆不許通婚者也。且以我國習慣及法律，向重男系之故，其所謂同宗，自僅限於男系，而以女系除外；因之姑舅，兩姨之子女彼此通婚，向非所禁。然就血統而言，不能謂親伯叔之子女為血親，而謂親姑、親舅及親姨之子女，非同等血親也。其立法之失當，無可諱言。抑有進者，吾國舊法律，妻對夫之宗親，視同己之宗親，故妻與夫之宗親，無論輩分尊卑，絕對不得為婚；但夫與妻之姊妹，向例不禁通婚，即夫娶妻之姑母或姪女，習俗雖不謂然，法律卻不禁止。此種男女不平等之舊制，衡諸學理，自應剷除，

故爲現行民法所不採取者也。

(二)現行民法限制親屬結婚之規定 現行民法既變更宗法之遺制，又提倡婚姻之自由，其限制範圍，當然不同。茲依民法第九百八十三條之規定，述其限制如左：

一、直系血親及直系姻親 此爲各國法律之所同，惟蘇俄於直系姻親間，無明文之禁止也。至於何種身分關係之人爲直系血親，何種身分關係之人爲直系姻親，則詳至親骨血一節，茲不贅述矣。

二、旁系血親及旁系姻親之輩分不相同者但旁系血親在八親等之外旁系姻親在五親等之外者不在此限 我國舊律，凡輩分不同之親屬，不論親之遠近，一概禁止結婚，未免失於過廣；故現行民法，特加以但書之規定，以示解放。若在八親等以外之旁系血親，或在五親等以外的旁系姻親，即使輩分不同，亦不在禁止結婚之列。前者如五世祖以上之族伯叔父與族姑諸人，或同高祖以上之族兄弟之子女等是；後者如同祖之堂姪孫婦，堂姪孫女婿，及夫或妻之同祖堂姪孫、堂姪孫女、堂姪孫婦、堂姪孫女婿諸人等，均不妨互相結婚，並非法之所禁。

三、旁系血親之輩分相同而在八親等以內者但表兄弟姊妹不在此限 旁系血親之輩分

相同而在八親等以內者，例如同高祖之族兄弟姊妹間禁止結婚是。就血統之遠近言之，親姑、親舅、親姨之子女，與親伯叔之子女，均同爲四親等之血親，何故表兄弟姊妹間可以自由結婚，法律所以爲此規定者，無非遷就習慣之意也。至於旁系姻親之輩分相同者，因法無明文規定，當不在禁止結婚之列。又姻親關係，雖在解除或消滅以後，前述之限制，亦適用之；蓋爲貫徹禁止近親結婚之意旨，不能不如此者也。

然依此規定觀之，直系血親及直系姻親之不得結婚，原爲古今中外之通例。其餘對於我國向不禁止者，仍不禁止，如上列第三款但書所規定之表兄弟姊妹是也。惟就此點言之，對於民法採用血親主義之本旨，不無衝突，蓋以表兄弟姊妹，不能謂其非屬血親故也；又其對於我國向來禁止過廣者，則縮小其範圍，如上列第二款之旁系姻親輩分不相同者是。其在以前，原無遠近之分，皆在禁止之列，茲則加以但書之規定，而認旁系血親在八親等之外，旁系姻親在五親等之外者，仍可結婚，此亦解放之意耳！至若輩分相同之旁系血親，所以擴充至於八親等者，係由我國禮制及習慣，向有五世以內不許結婚之例，如依羅馬法計算，八親等適與舊制五世相當，故取之也。惟於輩分相同之旁系姻親，未設若何之限制，推而論之，是胞兄弟之妻離婚後，或於兄弟死亡後，

亦可相爲婚姻矣，此所以重視倫理觀念者頻加非難也。其次；關於姻親結婚之限制，不僅於姻親關係存在時爲然，卽於其關係消滅後，亦應如斯。（民法第九百八十三條第二項）且徵諸以前之現行律娶親屬妻妾律文，亦載有親屬妻妾曾被出，或已改嫁，而娶爲妻妾者各處罰，足知此種限制，非獨今日爲然也。

至若關於養親養子之關係消滅後，是否得爲婚姻，我國民法無此明文，是則適用法律時，勢將無由準據矣。又關於血親之配偶之血親，而有切近之尊卑輩分可分者，似應禁其結婚，而民法亦無規定。若就許可方面論之，是與子孫婦之姊妹，亦可結婚矣。果爾，豈非朝爲姊妹，夕成姑媳、祖孫乎？此亦爲重視倫理者，所加非難之點也。

由是以觀，同姓結婚，並非法律所禁，但須受民法第九百八十三條之限制爲必要耳。

本文參考陶燮會先生著民法親屬論

## 二二 嫁雞隨雞走 嫁鳥隨鳥飛

我國舊制之婚姻，對於出嫁之女子，往往繩以從一而終之義。即俗諺所謂「嫁雞隨雞走，嫁鳥隨鳥飛。」按嫁字之意義，在一般人之觀念，以為專限於女子，殊不知男子因結婚而入於女子家中者，（即贅夫是）亦可稱為嫁也。因發生左列效果：

（一）妻應在己姓之上加一夫姓；贅夫應在己姓之上加一妻姓，但不願加夫姓或妻姓者，亦無不可，法律並不強制。（民法第一千條）

（二）妻以夫之住所為住所；贅夫以妻之住所為住所。（第一千零零二條）此為法律所規定之法定住所，非當事人所能自由變動者也。

（三）夫妻互負同居之義務，所以達共同生活之目的也。（第一千零零一條）但有不能同居之正當理由者，（例如夫妻之一方受他方不堪同居之虐待，或有精神病時）不妨暫時別居；（第一千零零一條但書）待雙方言歸於好，或精神病痊愈時，再行同居；切不可輕言離異。蓋夫婦之倫，聯之以恩，合之以義，持之以禮；離異之說，誠非君子所忍言也。

### 二二二 親有不如妻有妻有不如己有

諺云：「爸有娘有，不如老婆有；老婆有，還要開開口，不如自己有。」似出於受經濟壓迫者之言。但以法律上立場論，頗有適合之點，茲分段釋明之。

(一) 父母財產 子女對於父母之財產，在繼承尙未開始之前，不能擅自處分。蓋繼承因被繼承人死亡而開始；（民法第一千一百四十七條）換言之，即須待父母死亡，然後子女對於父母之財產有處分權；否則，子女除受父母之贈與外，對於父母之財產，依法無處分權也。還不若妻之財產，尙有通融之餘地。

(二) 妻之財產 夫對於妻之財產，依法有管理、使用、收益之權。（第一千零十八條第一千零十九條第一千零三十二條第一千零四十五條）是親有不如妻有之語，當非虛言也。但夫對於妻之財產，雖有管理、使用、與收益之權，仍無處分權；蓋夫欲處分妻之原有財產，應得妻之同意。（第一千零二十條）此即俗語所謂「老婆有，還要開開口。」是則妻之財產，究不若本人財產得自由處分。

(三)本身財產 父母之財產，及妻之財產，本人均無自由處分之權，已如上述；則自己所有之財產，當可自由處分矣。然就法律言，亦不能盡然。蓋民法物權編第七百六十五條規定：「所有人於法令限制之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物。」是自己所有之財產，如欲處分時，亦須受法令之限制也。例如被繼承人以遺囑就其財產之全部或一部指定繼承人時，須不違反關於特留分之規定。（第一千二百二十三條參照）反之，若違反關於特留分之規定，被繼承人即無自由處分財產之權。（第一千一百四十三條）

總上所述，諺云：「爸有娘有，不如老婆有；老婆有，還要開開口，不如自己有」之言，當已有法律上之根據，然欲處分自己所有之財產，亦須受法令之限制也。

## 二四 十月滿足

十月滿足者，謂胎兒在母腹中經過十個月而生之謂也。但究竟胎兒在母腹中，是確定滿足十月，還是或有不滿足十月乎？應有研究之必要。如果法律上不爲之規定，則事實上並無一定之證明，勢必糾紛迭起，疑竇叢生。民法第一千零六十二條規定：「從子女生日，回溯第一百八十一日起，至三百零二日止爲受胎期間。」是其最少日期爲一百八十一日，即六個月，而普通則爲三百零二日，蓋親生子女於民法中有婚生子女及非婚生子女之分，在結婚後受胎所生之子女爲婚生子女；「稱婚生子女者，謂由婚姻關係受胎而生之子女。」（第一千零六十一條）在結婚前受胎，結婚後所生之子女，作爲婚生子女；「非婚生子女，其生父與生母結婚者，視爲婚生子女。」（第一千零六十四條）在結婚前或不結婚之受胎所生之子女，爲非婚生子女。非婚生子女經認領者，亦作爲婚生子女；「非婚生子女經生父認領者，視爲婚生子女。」（第一千零六十五條）「有左列情形之一者，非婚生子女之生母，或其他法定代理人，得請求其生父認領：（一）受胎期間，生父與生母有同居之事實者；（二）由生父所作之文書，可證明其爲生父者；（三）生母爲

生父強姦，或略誘成姦者；（四）生母因生父濫用權勢成姦者。」（第一千零六十七條）在結婚後受胎，離婚後所生之子女，爲婚生子女；「妻之受胎係在婚姻關係存續中者，推定其所生子女，爲婚生子女。」（第一千零六十三條）而欲證明上述各種孰爲婚生，孰爲非婚生，即以子女出生日，回溯以前受胎之日期；是以「女子自婚姻關係消滅後，非逾六個月，不得再行結婚，但於六個月內已分娩者，不在此限。」（第九百八十七條）即所以定一百八十一日之期間。因「受胎期間，至少應從子女出生之日，回溯至第一百八十一日。」（二十一年上字第一五九七號判例）也。今有難者曰：假如離婚後六個月內所生之子女，回溯離婚前（即婚姻關係存續中）生父並未與生母同居，則將如何？曰：「如夫能證明於受胎期間內未與妻同居者，得提起否認之訴。」（第一千零六十三條第二項）難者又曰：非婚生子女之生母，得請求其生父認領，法律既有規定，則凡屬暗娼賣淫所生之子女，對於通姦之人，皆得請求認領乎？曰：非也；「生母於受胎期間內，曾與他人通姦，或爲放蕩之生活者，不適用前條（指第一千零六十七條）之規定。」（第一千零六十八條）總之，「子女受胎之期間，應從該子女出生日，回溯至第一百八十一日起，至三百零二日止，於受胎期間生父與生母有同居之事實者。」（二十一年上字第一〇七號判例）此

---

即俗語所謂「十月滿足」也。

## 二五 夫妻本是同林鳥大難來時各自飛

吾國向來法律與習慣，婚姻不徵當事人之同意，由父母或其他親長代辦，故父母之命，媒妁之言結成之婚姻，每爲當事人所極不滿意，而亦無法以解其束縛。且以倫理之觀念，謂夫婦之倫，聯之以恩，合之以義，持之以禮；三者俱備，而後可以無愧於正始之道。一與之齊，期與終身不改；離異之說，誠非君子所忍言；故雖犯七出之條，仍有三不去之理，所以維風化也。因此又不便輕於離婚，以受社會上輿論之批評。殊不知夫婦以愛情爲立足點；夫婦之性情，既相乖離，則不惟無互相親愛之情，往往發生互相敵視之心。此在事實上已非夫婦，而法律上夫婦之，豈非有悖情理！故與其勉強相合，雙方痛苦，甚至釀成不可測度之慘禍；毋寧及早分離，得各安其所。洎歐風東漸，自由離異之說盛行，比年以還，離婚之案，因而驟增，作者甚爲心忪。蓋鑒於有一般國民，往往不察法律之規定，貿然請法院判離者，實繁有徒，爰作是篇，以黽勉焉。

離婚云者，謂在婚姻有效中，由於夫妻兩願，或基於法定原因而解消其婚姻之謂也。故離婚有兩願離婚，與判決離婚之別。分述如左：

(甲)兩願離婚者，即不問如何理由，及有無離異之原因，得由夫妻間之協議，而任意爲之，是曰協議離婚。所謂兩願者，係指夫婦兩造之同意而言。若一造欲離異，而他造不願者，則雖不相和諧，亦不得離婚；反言之，如夫妻兩願離婚者，即不問其願離之意，發自夫妻之何方，祇須當事人間有此合意，即爲已足。蓋夫妻之間，每有情感相乖，雖尙未構成離婚之法定原因，而實際上共同生活，却已難於維持者，亦有雖已構成法定離婚原因，而不願公開其隱祕於世者，應許其兩願離婚，以爲救濟也。(民法第一千零四十九條)由是可知所謂當事人之合意云者，自係指夫妻雙方之合意而言。則夫妻以外之第三人，當然不能越俎代庖。然則夫妻雙方雖已經協議離異，惟因離婚不僅有關於夫妻本身，於其親屬及社會亦不無相當之影響，自應規定相當之形式；故民法規定：「兩願離婚，應以書面爲之，並應有二人以上證人之簽名。」(第一千零五十條)再兩願離婚，雖以夫妻雙方之合意爲已足；但青年氣盛，意志薄弱，閱歷未深，氣質未純，往往祇顧目前，不計將來之利害；夫妻間偶以一言不合，逞其氣忿，即與議離；迨事過氣平，追悔無及，自貽伊戚。是以民法第一千零四十九條但書規定：「未成年人之離婚，須得法定代理人(即子女之父母或其監護人)同意。」蓋以未成年人雖因結婚有行爲能力，而離婚實是身分上重大事項，自須慎重出

之也。

(乙)判決離婚者，謂夫婦之一造，因他造生法律上規定離婚之事由要求離異，而他方未必表同情，因而訴請法院判決，以解消其婚姻也。如夫妻之一方提議離婚，他方同意，自可照協議離婚，以消滅其婚姻之關係；否則，協議不諧，而一方有重大過失，或有不能共同生活之實情，若強使他方忍受此不堪之痛苦，未免逆乎人情，故法律除兩願離婚外，又有判決離婚之制度焉。

協議不諧，而後訴請離異，是必有法律上所規定之離婚原因；否則，不許離異，蓋所以示限制也。民法第一千零五十二條所定判決離婚之原因，分述如左：

(一)重婚 婚姻當事人限於一男一女，所以一夫多妻或一妻多夫，均為近世文明國法律所不許。故民法第九百八十五條規定：「有配偶者，不得重婚。」重婚，不僅破壞一夫一妻之制度；亦且違反夫妻互負貞操之義務，故一夫多妻，或一妻多夫，均經懸為厲禁；刑法上且定有重婚罪之專條，當然許其離婚。然須注意者，重婚係成立於舉行結婚儀式之時，同衾與否，非其要件也。

(二)與人通姦者 通姦之為離婚原因，一為違背夫妻誠實之義務；二為紊亂子孫之血統，苟配偶者與人通姦，則破壞夫妻間之情感，障礙共同生活之繼續，故許其請求離婚。在親屬法未

頒行以前，男子犯姦，其妻初不得據為離婚之理由，非被處刑後，妻無呈訴之權；妻與人通姦，夫得逕行呈訴離婚。此種顯違男女平等之法條，不容因襲；因夫妻齊體，應互負貞操之義務，在倫理上無可否認，故民法第一千零五十二條第二款規定，不曰「妻與人通姦」而曰「與人通姦」，自係包括夫妻在內。質言之，無論夫或妻與人通姦，對方均可要求離婚，乃採取男女平等主義，不可謂非法之進步也。

(二) 夫妻之一方受他方不堪同居之虐待者 虐待云者，謂使身體上、精神上、受不堪痛苦之積極的，或消極的行為而言。惟其程度，須至不堪同居，始足構成為離婚之原因，但如何為至於不堪同居，則由法院視其夫妻之年齡、身分、地位及其他情形如何，而以自由心證認定之。

(四) 妻對於夫之直系尊親屬為虐待或受夫之直系尊親屬之虐待致不堪為共同生活者 此項得分二種情形申述之：

(甲) 妻對於夫之直系尊親屬為虐待，致不堪為共同生活者，其要件有三：

(1) 須妻為虐待：

(2) 須被虐待者為直系尊親屬，所謂直系尊親屬云者，即夫之父母、祖父母、曾祖父母，以及

曾祖父母以上之祖父母均是；

(3) 須因受虐待致不堪爲共同生活，其虐待須至不堪爲共同生活之程度，始足構成爲離婚之原因。至所謂不堪之程度如何，則由當時之事實及推事之自由心證以定之。

(乙) 妻受夫之直系尊親屬之虐待，致不堪爲共同生活者，其要件亦有三，僅對象有不同已耳。

(1) 須妻爲被虐待者；

(2) 虐待者須爲夫之直系尊親屬，如夫虐待妻時，則不能適用本款之規定，而應適用同條第三款之規定也；

(3) 須因受虐待致不堪爲共同生活，參照(甲)第三要件之說明，茲不贅述矣。

我國家屬制度，尙未全廢；子娶妻後，類皆與父母同居。非若歐美，子女一旦結婚，卽行自組家庭也。妻既與夫之父母同居一室，則爲子婦者，對於翁姑，自應有相當之敬禮，庶幾家庭得以雍睦，夫妻之情感亦藉以增進焉。反之，翁姑亦當以愛子之情，慈愛其媳；若妻對於夫之直系尊親屬橫加虐待，或受其虐待，均非人情之所許，而家庭幸福，亦必不可期。至此地步，縱夫妻間並無惡感，然



則和平之幸福，終不可期，唯有聽其離婚，猶不失為兩全之策也。余以為此之所謂妻對於夫之直系尊親屬為虐待，或受夫之直系尊親屬虐待致不堪為共同生活者，乃為妻與夫之家長發生不和，而非基於夫妻間直接之感情破裂所由；既非因夫妻間之關係而致離婚，則遇此種情形，儘可依據民法第一千一百二十七條規定，請求由家分離，何必無故訴請法院判令離婚耶！

民法既承認贅婚，（第一千零零二條）則贅夫對於妻之直系尊親屬，如有虐待，或受妻之直系尊親屬之虐待，以致不堪為共同生活時，自亦應許其提起離婚之訴，自不待言。雖民法漏未規定，無法律上之根據，然在解釋上，自應準用也。

（五）夫妻之一方以惡意遺棄他方在繼續狀態中者 夫妻以共同生活為目的，即須互負同居與扶養之義務。（第一千零零一條大理院五年上字第一一〇七號判例）若夫無正當理由而拒絕妻同居，或妻無正當理由而不歸夫之住所，皆謂惡意遺棄；又如一方（夫或妻）在外從事於職業，或營業，積有餘資而坐視他方在家凍餒，不予接濟，或夫妻之一方染病臥床，而他方故意不為延醫診治者，均得謂為惡意遺棄也。若一方以惡意遺棄他方，實與婚姻之目的背道而馳，故法律又以此為請求離婚之原因，然本款所定遺棄得為呈訴離婚之原因，尚須具備下列二

要件爲必要焉。

一、須爲惡意遺棄。惡意云者，非與善意相對待之名稱，乃與故意相對待而言。質言之，其遺棄須有故意，且係惡意爲要件者也。然如遺棄而出於不得已者，則不在此限，例如夫因謀生而遠去，或避亂而匿跡，此雖得曰「故意」遺棄，而不可謂爲「惡意」遺棄，他方尙不得據爲請求離婚之原因也。

二、須尙在繼續狀態中。又惡意遺棄，尤以在繼續狀態中爲必要。否則，前雖有一度之遺棄，如現已恢復常態者，則不得爲離婚之原因；詳言之，卽惡意遺棄之事實，在請求離婚時，尙在繼續狀態中之謂。如在請求離婚前，雖有惡意遺棄之事實，迨請求離婚時，早已回復原狀，卽不在請求離婚之列矣。例如夫妻反目，因一時之口角而憤然出走，是雖屬遺棄，不能謂在繼續狀態中，此亦須注意者也。

(六) 夫妻之一方意圖殺害他方者。夫妻間以恩相聯，以義相合。若忍而至於意圖殺害，直勢成仇讐，床第之間，常有生命之憂，則險象環生，防不勝防，危險孰甚！倘不幸而竟發生事實，則非法律保護人民生命之意思，故本法以之爲離婚之原因。然所謂意圖殺害者，是僅以有殺害之豫

謀爲已足，不必確有殺害之事實也。

(七)有不治之惡疾者 夫妻之一方，如染有花柳病、癩瘋及其他惡疾，不僅妨害婚姻之目的，抑且危及他方及其子嗣之健康。此等惡疾，若達於不治之程度，則爲他方之幸福及保持種族健康計，應許其請求離婚。惟其惡疾，須已至不治之程度，（至何種惡疾爲可治，爲不可治，法律並無明文規定，應由法院自由認定之）如尙可治療，縱暫時不堪同居，他方應負容忍之義務，不能遽爲離婚之請求也。詳言之，所謂有不治之惡疾者，卽夫妻任何一造患有惡疾，其程度已至於不可治者而言。其要件有二：第一，必須爲惡疾；第二，必須爲不可治。使所患者而非惡疾；卽惡疾而非不可治，均尙未構成離婚之條件也。然則解除婚約之原因，以惡疾爲限，（第九百七十六條第五款）而呈訴離婚之原因，須以不治之惡疾爲限，其理由雖皆以保持種族健康爲目的，但一爲未結婚前之解約，一爲已結婚後之離異，自不得不於後者之限制，較前者爲嚴，以示離婚之慎重也。

(八)有重大不治之精神病者 夫夫妻間精神之共同生活，亦爲現代婚姻之主要目的，而精神病，可以使婚姻關係不能繼續，并足以遺傳其劣性於子嗣，故本款定爲離婚之原因。所謂有重大不治之精神病者，如不可治之瘋癲等是。其要件有三：一爲精神病；一爲重大之精神病；一爲

不可治之重大精神病。三者缺一，即不能構成離婚之條件；故如病態輕微，或雖重大，而使尚非不可治者，即不得率爾請求，此實不可不注意者也。此種重大不治之精神病，雖非出於患者之過失，然夫妻營共同生活者，一方患此絕症，人事不知，則他方亦復有何樂處，決不能再營共同生活，故雖無過失，亦應認為離婚之一原因也。

(九)生死不明已逾三年者 夫妻原以謀永久共同生活為目的。若一方無故長期遠離，已有背婚姻之性質，（即違背夫妻同居與扶養之義務）矧復音問斷絕，以致生死不明竟有三年之久，則情誼久乖，自難責一方之獨守，法許離異，理所當然。雖民法總則曾規定：「失蹤人失蹤滿十年後，法院得因利害關係人之聲請，為死亡之宣告。」（民法第八條）一經宣告死亡，婚姻關係即隨之消滅，自可再婚，（夫再娶或妻再醮）似無庸再為離異之請求；但期間過長，非人情所能久持，故有三年以上之生死不明，即得訴請離婚。但須具有下列二要件：（一）須生死不明，所謂生死不明者何？即自失蹤後，久無消息，或書札往來之謂也。然使離家雖已三年，而時有書信往來，或在起訴之前，或判決離異尚未確定前，其生存已分明時，苟無惡意遺棄情事，則其離婚訴權，自屬不能進行，尚不能謂其出外已逾三年，而即提起離婚之訴也。（二）須已逾三年，至此三年期間

之起算點，應自最終音信發出之日起算，而非以最終音信到達之日為起算者也。必自不知其行蹤之日，已逾三年，始得據此原因，而為離婚之請求焉。

(十) 被處三年以上之徒刑或因犯不名譽之罪被處徒刑者 夫妻之一方因犯罪而被處三年以上之徒刑時，他方即得據為請求離婚之原因，不問其罪名為如何也。又如夫妻之一方因犯不名譽之罪，（例如竊盜、猥褻、侵佔、誘拐以及其他一切不名譽之罪均是。）而被處徒刑者，他方得據為離婚之原因，不問其被處刑期之長短也。前者係以處刑之年限為標準；後者係以所犯之罪名為標準。而立法之原理，則不外乎夫妻一方既罹法網，蟄伏囹圄，期限過長，在男子有室家無主之憂，在女子有生計艱難之嘆。且一方因犯不名譽之罪，被處刑罰，他方之名譽，亦受連帶之關係；進一步言之，所謂被處徒刑者，非必經刑之執行，縱宣告緩刑，亦已足據為請求離婚之原因。然夫妻感情素篤，因愛生憐，雖在囹圄，不忍離異者，民法採不干涉主義，亦聽自甘。

有法定離婚之事由，固然可以訴求離婚，但有特別情形，剝奪其訴權，或因時間上之限制，而不許其呈訴者。茲為分說如下：

(甲) 同意或宥恕 對於前述法定離婚原因第一款第二款之情事，有請求權之一方，若於

事前同意，或事後宥恕他方之行爲者，不得請求離婚。（第一千零五十三條）按第一款爲重婚；第二款爲與人通姦，所謂同意者，謂積極的助成其行爲，或消極的不制止其行爲也。所謂宥恕，係指一方已爲不究他方非行之意思表示而言。換言之，即明知有此事而置諸不問也。然則宥恕與隱忍有別，若僅顧全顏面，暫不起訴，此祇可謂之隱忍，而不可謂之宥恕；蓋宥恕者，必事經原諒，不與追究，已甘願拋棄其訴權而言。權利一經拋棄，即不可復得，自不得再據以請求離婚也。

（乙）期限之經過 離婚訴權，若使其長久存在，亦殊不宜，故民法規定相當之期間，逾此則其訴權消滅。

一、對於民法第一千零五十二條第一款第二款之情事，有請求權之一方，自知悉後已逾六個月，或自其情事發生後已逾二年者，不得請求離婚。（第一千零五十三條）

二、對於民法第一千零五十二條第六款及第十款之情事，有請求權之一方，自知悉後已逾一年，或自其情事發生後已逾五年者，不得請求離婚。（第一千零五十四條）

蓋夫妻之恩義，非常人可比，故一方即有不法行爲，他方已明知而曲恕，或雖知而經過數年已和好如初者，若任離婚訴權長久存在，轉足爲感情上之障礙，非所以安定社會秩序之道也。然

於此有須注意者，離婚訴權雖應依時效而消滅，但此期間為除斥期間，時效中斷之規定，則不適用之。

離婚為解消夫妻婚姻關係之方法，已如上述，故因婚姻而生之關係，均因離婚而終結。茲將離婚之效力，分述如左：

離婚所生之效力，得大別有五：一、關於時間上之效力；二、關於身分上之效力；三、關於子女之效力；四、關於財產上之效力；五、關於賠償責任及贍養費之效力。分別說明如下：

(一)關於時間上之效力 離婚分兩願離婚與呈訴離婚兩種，而發生之效力，亦有時間上之差異，民法第一千零五十條：「兩願離婚，應以書面為之，並應有二人以上證人之簽名。」是兩願離婚，於此書面方式成立時發生效力。又民法第一千零五十二條，夫妻之一方，以他方有左列情形之一者為限，得向法院請求離婚，是呈訴離婚，經法院判決確定時始發生效力。

(二)離婚及於身分上之效力 婚姻因一方之死亡而消滅者，祇解除其夫妻間婚姻之關係，至因婚姻所發生之親屬關係及家屬關係，均不因之消滅；故夫妻之一方與他方血親所生之姻親關係，仍然存在。若離婚則異是，不特夫妻之關係因之消滅，即凡因婚姻所發生之姻親關係

及家屬關係，亦均歸於消滅矣。（第九百七十一條）惟有一例外，即關於姻親結婚之限制，則不因姻親關係之消滅而失效也。（第九百八十三條第二項）

（三）離婚及於子女之效力 親子關係，乃自然之血統，非可以人為之力而使之脫離者也。故夫妻關係與家屬關係，及姻親關係，雖因離婚而消滅，而親子關係，則不因父母之離婚而亦消滅。換言之，夫妻離婚後，其子女對於生父生母，仍屬血親，固不問父母之離婚與否而有所變動。惟離婚後之子女，應由何方監護，誠一問題。據民法規定，兩願離婚關於子女之監護，原則上由夫任之；但另有約定者，從其約定。例如以特約訂明未達一定年齡之子女，由母任監護之責是。（第一千零五十一條）又判決離婚，關於子女之監護，除適用兩願離婚之規定外，為子女之利益計，法院得斟酌情形（例如有時為懷抱兒計，宜妻為監護人；有時為子女教育計，則宜夫為監護人；有時妻有經濟能力，而夫無資力時，則宜妻為監護人；有時夫有經濟能力，而妻不能為懷抱兒之監護人時，則雖為懷抱兒，亦宜由夫為監護人等是）酌定妻或夫以外之人為監護人焉。（第一千零五十五條）

（四）離婚及於財產上之效力 夫妻之財產，由婚姻而發生聯鎖關係，是婚姻一經解除，而

財產亦隨同分割，了無疑義，自應許其各別取回其固有財產，庶雙方利益，不致有損；故不問爲兩願離婚，或呈訴離婚。依民法第一千零五十八條：「夫妻離婚時，無論原用何種夫妻財產制，各取回其固有財產；如有短少，由夫負擔。但其短少，係由非可歸責於夫之事由而生者，不在此限。」蓋在夫妻財產，除向採分別財產制者於離婚時，固不成問題外，無論其爲聯合財產制，共同財產制，及統一財產制，財產之管理權、使用權、及收益權，多歸屬於夫。以此之故，苟有短少，自應由夫負擔償責任。但其短少，非可歸責於夫之事由時，則夫不負補償之責任。例如因互相負擔家庭日常生活之費用，以致有短少時是。

(五)關於賠償責任及贍養費之效力 茲分損害賠償與贍養費兩項申論之；

一、損害賠償 在兩願離婚，當事人既係出於自願，當然不致發生損害賠償之問題。然在判決離婚，則夫妻之一方如受有損害，得向有過失之他方，請求賠償，爲民法第一千零五十六條第一項所明定。蓋婚姻爲終身之結合，中道離異，實非得已，矧復一方種有惡因，致使他方不得不訴請離異，是不特財產上蒙損害，即精神上亦感苦痛；故同條第二項又規定：「前項情形，雖非財產上之損害，受害人亦得請求賠償相當之金額。」藉資慰藉。但以受害人無過失者爲限。且此項損

害賠償，係爲慰藉受害人精神上之損害而設，其請求權除已依契約承諾或已起訴者外，不得讓與或繼承，此亦爲同條第三項所規定也。至賠償數額，應由法院斟酌受害人身分、年齡、及自營生計之能力、與生活程度、並他方之財力如何而決定之。

二、贍養費 夫妻無過失之一方，因判決離婚而致生活陷於困難者，他方縱無過失，亦應給與相當之贍養費。（第一千零五十七條）蓋夫妻同居共處，爲時非暫，今雖一旦離異，而追念前情，殊不應坐視無過失之對方，陷於生活困難，而不一以救濟之也。若無過失之一方，因判決離婚（如妻因受夫之直系尊親屬之虐待而離婚；又一方因有重大不治之精神病而離婚是）而生活陷於困難，倘聽其放任，勢將釀成重大之社會問題，故民法第一千零五十七條規定，他方縱無過失，亦應給與相當之贍養費；法律之週密，可謂至矣盡矣。

本文參考鍾洪聲先生著中國親屬法論陶彙曾先生著民法親屬論

## 二六 有兒靠兒無兒靠婿

諺云：「有兒靠兒，無兒靠婿」云者，即法律上所謂扶養是也。茲就民法中關於扶養之規定，詳述如后：

(一) 扶養之意義 人生世上，原貴自立。依賴他人，徒成惰性，此種現象，實為社會所詬病者也。然如鰥寡孤獨，衰老貧病，及其他不可抗力之天災、人禍等為人類所難免之事，吾人對於遭此困苦之陌路人，惻隱之心，尚且油然而生，博施濟眾，應當仁不讓，何況誼屬至親者乎？雖然，扶養與否，純係道德上之事，而非法律上之義務，似非法律所能規定。然一委之於道德，設不履行此義務者，將何法以處之，故不如定之於法律，俾可強制其履行而維倫常之大道。此民法親屬編所以有扶養義務之規定也。扶養者何，謂特定人對於無生活能力之他特定人，與以生活上必要之費用也。其受人之扶養者，稱扶養權利人；其與人以扶養者，稱扶養義務人。但此所謂扶養，不僅衣食住三者，即醫藥費、教育費，亦包括在內；進一步言之，所謂教育，不限於義務教育，苟為相當之教育，其費用亦包含之。蓋扶養與給養異：給養者，對於家庭生活日用之給養；扶養者，則有扶恤救助之意。

故其義較上者爲廣大也。

(二)扶養之範圍 關於親屬扶養範圍，各國立法例未能一致，英法德等國，其扶養義務，僅限於配偶、直系血親及一親等內之直系姻親相互間爲止；意大利民法始擴充至於兄弟姊妹間，日本民法家長與家屬亦互負扶養之義務，其範圍較歐美爲廣。然扶養須有一定之範圍，過寬則養成依賴之風，將使人存仰給於他人之心；過狹則助長澆薄之習，馴至坐視親屬窮困而不救，故親屬扶養之範圍，不能不從嚴格之規定也。我國民法仿自日本，於第一千一百十四條規定，左列親屬間，須互負扶養之義務，亦惟左列親屬間，始互負扶養之義務也。至夫妻間之扶養義務，已於婚姻章規定之，（前大理院五年上字第一一〇七號判例參照）故不再列入，茲將本條所定範圍，列舉於左。

一、直系血親相互間 直系血親間，情義深厚，故互負扶養之義務。所謂直系血親間者，如父母之於子女，子女之於父母，祖父母之於孫子女，孫子女之於祖父母是。男系女子，並無差別，並不同親等之如何，凡身所及見者，皆互負扶養之義務；又擬制之血親，亦包含之，故養父母與養子女之間，亦互負扶養之義務。（第一千零七十七條）同居與否，皆非所問；雖出嫁之女子，入贅之贅

夫，又出養之子女與其父母間，仍互負扶養之義務。血親間扶養範圍，以直系爲限；旁系血親，除兄弟姊妹外，不在互負扶養義務之列，故叔姪間無互負扶養之義務。

二、夫妻之一方與他方之父母同居者其相互間 夫妻之一方與他方之父母同居者，雖屬姻親而關係密切，所以明定其互負扶養之義務，以維持舊有之習俗也。例如女婿對於岳父母，（丈人丈母）媳婦對於翁（公公）姑（婆婆）以及岳父母對於女婿，翁姑對於媳婦，均應互負扶養之義務。然有須注意者，即須限於同居者，如不同居，即無扶養之義務，例如翁姑之與媳婦，岳父母之與女婿，必須彼此同居而後始互負扶養之義務；且所謂同居者，不僅同住而言，更須同財共居，如僅共居而不同財者，即非同居，亦即無扶養之義務。

三、兄弟姊妹相互間 兄弟姊妹，各國法律鮮有認爲互負扶養義務者，我國民法，則明定其互負扶養之義務。蓋兄弟姊妹，同氣連枝，情同手足，在旁系血親中，情誼最厚，自應休戚相關。至兄弟之是否同居，及姊妹之已未出嫁，在所不問；其血親關係是否天然，抑爲擬制，亦非所問；故養子與養親之婚生子女間，亦互負扶養之義務。

四、家長家屬相互間 家長與家屬既以永久共同生活爲目的之團體，其休戚自應相關，故

民法明定，家長與家屬互負扶養之義務。

(二)扶養義務者之順序 扶養義務者祇有一人時，自不生順序之問題。若負扶養義務者有數人時，究應何人先履行此義務，不無爭議，依民法第一千一百十五條規定，於負扶養義務者有數人時，定其履行之順序如次：

一、直系血親卑親屬 例如子女孝養父母，孫子女奉養祖父母，分所當然，責無旁貸，故以之列於第一位；

二、直系血親尊親屬 例如父母扶養子女，祖父母扶養孫子女，亦屬義無可辭，故以之列於第二位；

三、家長 既為一家之長，斷無坐視家屬凍餒之理，其扶養義務，應較他人為先，故以之列於第三位；

四、兄弟姊妹 因誼屬同胞，其情甚親，扶養之責，雖次於家長，而較之他人為重，故以之列於第四位；

五、家屬 家長主持家務，領導一家，家屬對其窮困，不應坐視，故以之列於第五位；

六、子婦女婿 誼屬直系姻親，關係雖較血親爲疏，然恩義究屬不薄，故以之列於第六位；

七、夫妻之父母 亦屬直系姻親，恩義非淺，故以之殿於血親之後，而列於第七位焉。

以上所述之順序中，以直系血親卑親屬爲最先履行扶養義務者；如無直系血親卑親屬，或雖有而不能負擔義務者，則由直系血親尊親屬履行義務，如此類推，以及於夫妻之父母。此之順序，係以對於扶養權利者關係之遠近，及愛情之深淺而定之。但尙有二問題，不可不注意。茲述之於後。

一、扶養義務者數人同一順序時應以親等近者爲先 例如某人有一子，又有孫，其子女固爲直系卑親屬，孫子女亦爲其直系卑親屬，同居於第一順位；又如父母與祖父母同爲直系血親尊親屬，同居於第二順位，則其扶養之義務，究應由何人先爲履行，依民法第一千一百十六條第二項規定：「同係直系尊親屬，或直系卑親屬者，以親等近者爲先。」卽子較孫爲近；父母較祖父母爲近，因之扶養之義務，子應先孫而履行；父母應先祖父母而履行也。

二、扶養義務者數人同一親等時各依其經濟能力分擔義務 例如父母有子數人，以親等論，數子皆同，其扶養義務，用何法定之，依民法第一千一百十六條第三項規定：「負扶養義務者

有數人，而其親等同一時，應各依其經濟能力分擔義務。例如如有甲乙丙三子，均負扶養其父母之義務，其父母年需扶養費九百元，三子之資力相等，則各負擔三百元，資力不相等，則各視其財力之多寡，以爲比例之負擔；例如某人年需扶養費千元，有子二人，而經濟能力並不相等，長子年有二千元之資力，次子年有三千元之資力，此時即應由長子擔任四百元，次子擔任六百元；質言之，即財力裕者，其負擔重，財力窘者，其負擔輕。若有財力者祇二人，其餘均毫無財力，則惟有此二人分擔；若有財力者祇一人，其餘均毫無財力，亦惟有令此一人獨自負擔之耳。

(四) 扶養權利者之順序 受扶養權利者有數人，而負扶養義務者之經濟能力，若悉能扶養之，不生扶養先後之問題；惟負扶養義務者之經濟能力，不足扶養其全體時，則法律亦不能強人所難，於是不得不定一順序，以示何人應先受扶養之標準，民法第一千一百十六條規定如下：即一、直系血親尊親屬；二、直系血親卑親屬；三、家屬；四、兄弟姊妹；五、家長；六、夫妻之父母；七、子、婦女、婿是也。依此規定，即直系血親尊親屬（即父母、祖父母、以及曾祖父母等是）應最先受扶養；其次爲直系血親卑親屬（即如子女、孫子女、以及曾孫子女等是）；又其次爲兄弟姊妹；又其次爲家長；又其次爲夫妻之父母（夫之父母、即妻之翁（公公）姑（婆婆），妻之父母、即夫之岳父

母（即丈人丈母是）而以子婦（即媳婦）女婿（即女兒之丈夫）為最後。此順位亦本於自然之情理而定之，然有下述之二問題焉。

一、受扶養權利者數人同一順序時應以親等近者為先。同一順位中，扶養權利者有數人時，如父母與祖父母，均為直系血親尊親屬，同居於第一順位之列；子與孫，均為直系血親卑親屬，同居於第二順位之列，則何人先受扶養，不無爭議，民法第一千一百十六條第二項為如下之規定：「同係直系尊親屬，或直系卑親屬者，以親等近者為先。」即父母應先於祖父母而受扶養，子應先於孫而受扶養是也。

二、受扶養權利者有數人而其親等同一時應按其需要之狀況酌為扶養。受扶養權利者有數人，而其親等同一時，究應何人有先受扶養之權利，民法第一千一百十六條第三項有明文規定，即應按其需要之狀況，酌為扶養是。例如長子甲為殘廢，而無謀生能力者，每年需扶養費千元；次子乙為禁治產人，每年需扶養療治等費六百元；幼女丙為未成年人，每年需扶養教育等費四百元；則甲有每年受千元，乙有受六百元，丙有受四百元之權利，而甲乙丙間扶養費之多寡，不必從同也。

(五)扶養之要件 扶養之要件如何,可分爲負扶養義務者之要件,與受扶養權利者之要件二種。試分別言之如左:

一、扶養義務者之要件 扶養原爲拯救窮困,必須負此義務者力所能勝,乃克實現。故負扶養義務者以有扶養之經濟能力爲限,苟無經濟能力,其自己尙屬不能維持生活,何能有餘資以扶養他人耶!故民法第一千一百十八條規定:「因負擔扶養義務而不能維持自己生活者,免除其義務。」

二、扶養權利者之要件 除直系血親尊親屬爲人子女,應有孝敬之義務,不問父母有無謀生能力,均須奉養外,凡受扶養權利者,以不能維持生活,而又無謀生能力者爲限。(民法第一千一百十七條第一項)否則,受扶養權利者,苟能維持生活,或雖不能維持生活,而尙有謀生能力者,亦無受人扶養之權。但於民法第一千一百十七條第二項則有例外之規定,即前項無謀生能力之限制,於直系血親尊親屬,不適用之;質言之,若受扶養權利者爲直系血親尊親屬,則不問其有無謀生能力,苟不能維持生活,即可享受其直系血親卑親屬之扶養;蓋子孫之扶養父母與祖父母,乃分所當然之事也。

(六) 扶養之程度 扶養之程度，不能預以法律定之，要視乎扶養權利者之需要，與負扶養義務者之經濟能力及身分定之。良以生活之需要，人人互殊，有須完全仰給於他人，始能生活，或則祇須獲得部分之補助，即可度日，兩者之需要既異，而扶養之程度，即難一律，故首先應依權利者之年齡，及其身體之強弱，與夫社交上之地位，而定其需要也。(第一千一百十九條) 例如老人與幼童，紳士與車夫，病人與健康者，其需要之各不相同，乃極淺近之事理，因而對於各人之扶養程度，自有差別也。然扶養之程度，亦不可專從受扶養權利者一方面着想，更須顧及負扶養義務者之經濟能力與身分。(第一千一百十九條) 而後扶養之程度可定。例如扶養權利者需要雖多，而扶養義務者資力有限，亦祇能量力給與；又如扶養義務者在社會上身分甚高，而對於受扶養之親屬亦應為相當之給與，是雙方之情形，均須兼顧及之，如受扶養權利者每月需六十元，而扶養義務者之財力，每月祇能出三十元，則每月予以三十元足矣，其餘三十元，可不問也；反之，如扶養權利者每月祇須十元，而扶養義務者則雖甚有助力，即每月出款百元，亦不為難，然祇須給以十元，無庸每月予以百元也。惟扶養權利者義務者間之身分，有親有疏，有近有遠，或為父子，或為兄弟，故扶養之程度，遂亦有高下之別，除接受扶養權利者之需要外，猶須視彼此間之身分、

及負扶養義務者之經濟能力如何而定之。

(七)扶養之方法 扶養之方法，原無一定，而且得以變更，不受任何限制，分爲兩點說明如左：

一、扶養方法之協定 扶養之方法，依通常習慣，大率不外三者：其一、爲邀請扶養權利者同居，一經同居，則凡一切衣食、住、教育、及衛生等費用，概由負扶養義務者供給；其二、爲按期給付，即受扶養權利者與負扶養義務者並未同居一處，則由負扶養義務者按期給付以一定之金額；其三、爲提存現金使得利息，或撥給田地，俾取租金，或用其他方法，均無不可。故民法第一千一百二十條規定，扶養之方法，由當事人協議定之。如協議不諧，則由親屬會議定之。若親屬會議所議定之方法，而爲當事人之一方有認爲不滿意時，仍可依照民法第一千一百三十七條之規定，向法院聲訴也。

二、扶養方法之變更 扶養之程度及方法，無論由當事人所協定，或由親屬會議所決定，在當事人之任何一方，均得因其情事之變更而要求變更之，此爲民法第一千一百二十一條所明定。所謂情事變更者，例如負扶養義務者之一方，因負擔加重，或因營業失敗，而致財力減少時，得

請求對於受扶養權利者，將前所負擔扶養費之數目減少，以輕負擔；反之，就受扶養權利者之一方言之，若因社會上生活程度增高，而負扶養義務者之財力尙足堪負擔時，當亦可請求將扶養費用增加，以維生計。然此僅係對於扶養之程度有變更者而言，至於扶養方法之變更，例如受扶養權利者初本與負扶養義務者同居，繼改行分居；又如受扶養權利者初本月領扶養費，自爲生活，繼改與負扶養義務者同居是也。再就負扶養義務者方面言之，例如負扶養義務者因須出外經商，於是變更同居爲月給費用，是此種變更之請求，無論何方均屬有此權利，惟扶養之方法，並非當事人一方所能自由變更，仍須請求他方取得其同意爲必要耳。

(八)扶養義務之消滅 關於扶養義務之消滅，法律雖無明文，然解釋上因下列原因消滅，實不容疑，故說明之：

一、扶養原因消滅時 例如兄弟間因無謀生能力致不能維持生活而生扶養之權義，若已有能力足以自存，要不能使之猶待仰給於他人也。故扶養原因消滅時，扶養義務亦歸消滅。

二、受扶養權利者或負扶養義務者死亡時 扶養之權利義務，因受扶養權利人或負扶養義務人之死亡而消滅，此項權利義務，因身分而發生，故權利者之繼承人，不能繼承其權利，而義

務者之繼承人，亦不必繼承其義務也。例如兄爲受扶養權利人，弟爲負扶養義務人，兄死亡時，則兄之子，不能繼承其父而享受扶養，弟死亡時，則弟之子，亦毋須繼承乃父而負扶養之義務也。

三、扶養義務者無扶養之資力時 此爲扶養義務當然消滅之原因，前於民法第一千一百十八條中已述及之，茲不贅述焉。

上述三項，雖爲扶養義務消滅之原因，然尚有下列二例外，亦不可不注意者也。即受扶養權利人死亡時，其扶養義務固歸消滅，而其死後之喪葬費，其繼承人若不能支付時，則負扶養義務者，尚須代爲負擔。蓋養生送死，均事之大者，喪葬未畢，即責任未了，法律雖無明文，而我國習慣，則大多若是者也。反之，負扶養義務人死亡時，其繼承人則須依民法第一千一百四十九條規定，依負扶養義務人生前所扶養之程度，及其他關係，酌給遺產，不能置而不問，遽將扶養關係消滅也。若其繼承人對於受扶養權利人本爲依法應負扶養義務者，（例如孫之扶養祖父是）則更須繼續扶養，尤無待言。

總上而論，關於扶養之規定，已申言如上；則諺云：「有兒靠兒，無兒靠婿」之說，在法律上，當亦有其根據矣。

## 二七 兒分家當女有分

吾國素有重男輕女之風，以爲男兒爲吾家之人，而女子一經出嫁，便是親戚，三世而後，竟有不相往來者。故以遺產交付於女，猶之以遺產交付於路人，而因之生男則喜，生女則悲；多得一男，不啻多得一份財產，多生一女，不啻短少一份財產。故必百出其計，以妨害女子之繼承權焉。然則此種有背男女平等之荒謬見解，於法自難久存。蓋昔日之繼承偏於義務，而今日之繼承，則偏重權利。是故男子固在所必爭，卽女子亦未敢獨後。況男女平等之說起，女子爲謀經濟獨立起見，乃亦要求與男子同等繼承父母遺產；卒於民國十五年十月經中國國民黨開第二次全國代表大會時，關於婦女運動決議案中通過女子有繼承權；復由立法院以明文規定於民法繼承編中（民法第一千一百三十八條第一款第三款）；司法院並著有解釋，以資統一而便援用也。（十七年解字第七號二十年院字第五五〇號及二十一年院字第七四七號等）至是女子始完全取得遺產繼承權矣。

女子對於遺產繼承權所經過之程序，如左：

一、女子無遺產繼承權 吾國習俗法例，不認女子有繼承權，此蓋男系血統宗法主義之結果，誠無足異，以其時為宗祧繼承，而非遺產繼承故也。而宗祧繼承，則限於男子，有遺產繼承權者，必先以具有宗祧之資格為前提；質言之，因女子無宗祧繼承之資格，故不能取得遺產繼承權也。

二、女子得有承受遺產之權 女子（無論為人之妻，抑為人之女）雖無繼承人之資格，但所繼人（即被繼承人）若無直系血親卑親屬為繼承人時，女子得承受被繼承人之遺產。

三、女子有遺產繼承權但以未出嫁者為限 最高法院解字第三四號謂：「未出嫁女子與男子同有繼承權；否則，女已出嫁，無異男已出繼，自不能有此權利。」又於解字第四七號謂：「女子繼承財產，係指未出嫁之女子而言。不問有無胞兄弟，應認為有同等繼承權。至出嫁之女子，對於所生父母財產，不得主張繼承權。」此種解釋，甚為不當，蓋認已出嫁之女子無繼承遺產之權，仍有背於男女平等之道也。

四、女子不分已否出嫁均同有遺產繼承權 民國二十一年司法院乃變更前項之解釋而謂：「開始繼承在民法繼承編施行後者（二十年五月五日施行）已嫁女子同為遺產之法定繼承人，並不因出嫁年限之遠近，及當時已否取得財產繼承權而生差異。」（二十一年院字第

七四七號解釋）一掃數千年來之舊法制，誠不可不謂為吾國婦女界放一異彩也。女子有遺產繼承權，已如上述。今就女子繼承時之順序及應繼分若何，再分述而申論之：

一、爲人之女 民法第一千一百三十八條第一款所謂直系血親卑親屬，包含女子在內。（二十年院字第五五〇號解釋）則其順序，自與男子相同，而其應繼分之多寡，則視應繼人之人數不同而有差異。若無其他繼承人時，由其全部繼承之。反言之，若應繼人不止一人時，則將遺產總額按人數比例分配之。

二、爲人配偶 配偶（夫妻）有互相繼承遺產之權，其應繼分依左列各款定之（第一千一百四十四條）

(1) 與被繼承人之直系血親卑親屬同爲繼承時，其應繼分與他繼承人平均。例如被繼承人有子女各一人，其遺產爲十二萬元，則其配偶與子女平均分配，各得遺產三分之一，即各得四萬元是。

(2) 與被繼承人之父母或兄弟姊妹同爲繼承時，其應繼分爲遺產二分之一。例如被繼承人有遺產十萬元，而無直系血親卑親屬，僅有父母或僅有兄弟姊妹時，則配偶應得遺產二分

之一，即五萬元是。其餘五萬元，則由被繼承人之父母或兄弟姊妹平均分配之。

(3) 與被繼承人之祖父母同為繼承時，其應繼分為遺產三分之二。例如被繼承人有遺產十二萬元，而無直系血親卑親屬、父母及兄弟姊妹，而僅有祖父母時，則配偶應得遺產三分之一，即八萬元。其餘四萬元，則由被繼承人之祖父母平均分之。

(4) 無法定繼承順序上之繼承人時，其應繼分為遺產全部。例如被繼承人既無直系血親卑親屬，又無父母、兄弟姊妹及祖父母時，除被繼承人指定繼承人外，配偶之應繼分，自當得被繼承人遺產之全部。

三、為人養女 養子女之繼承順序與婚生子女同。(即同為第一順序之繼承人) (第一千一百四十二條第一項) 惟其應繼分與婚生子女相較，則略有差異，試縷述之：

(1) 養父母有直系血親卑親屬為繼承人時，養子女之應繼分為婚生子女二分之一。例如被繼承人有遺產六萬元，有婚生子及養子各一人，則婚生子應得遺產三分之二，即四萬元。養女應得遺產三分之一，即二萬元是。

(2) 養父母無直系血親卑親屬為繼承人時，養子女之應繼分，與婚生子女同。例如被繼承

人既無婚生子女，又無婚生子女之子孫，則養子女之應繼分，即與婚生子女無異。養子女如爲一人時，即全部繼承其遺產；如爲數人時，（如被繼承人有配偶時，則尚須與配偶平均是）則應按人數之多寡平均繼承之。

總上所述，可知諺云：「男分家當女有分」之語，至今日始完全實現，而女子之繼承權，亦同時與男子平等矣。

## 二八 頂兩頭香火

所謂頂兩頭香火者，即舊諺所稱「一子祧兩房」，舊法所謂「兼祧」是也。依舊法獨子不得出繼，大清律例時代，亦有明文禁止，後因種種必要，始有准許兼祧之特例。但亦有規定兼祧之條件，分述於左：

(一) 須可繼之人爲獨子，苟非獨子，即可出繼，毋庸兼祧；

(二) 可繼之人，須爲同父周親，即獨子之父與被繼承人爲親兄弟；

(三) 須兩相情願，即須得被繼承人與承繼人雙方均屬願意；

(四) 須取具闔族甘結，蓋因此外是否確無可繼之人，應藉甘結爲憑證，以免啓他日之爭。

合於上述條件，方許兼祧。惟第一第二兩條件爲必要條件，缺一則兼祧無效；第三第四兩條件爲任意條件，在特種情形（如被繼承人一方已經死亡，無人可爲情願之表示，或族人有所希冀，故意違抗不爲具結是）雖不具此條件，亦可許其兼祧。但仍以獨子不得出繼爲原則，以兼祧爲例外也。

吾國素尙宗祧，故繼承，以宗祧爲前提，名曰宗祧繼承。自現行民法繼承編施行以後，（二十年五月五日施行）一改宗祧繼承爲遺產繼承，並將以繼嗣香火爲目的之兼祧，代以養子女之制度。茲關於養子女之規定，詳述如左：

（一）養子女之意義 收養他人之子女爲子女時，其收養者爲養父或養母；被收養者爲養子或養女。（民法第一千零七十二條）與昔時之立嗣略有差異，蓋立嗣限於無子時始可，若已有親子，自毋須再爲立嗣；反之，收養養子女則不限於無子，卽已有親子，仍不妨再行收養之也。又立嗣在存續香火，故被立嗣之人，以男子爲限；收養養子女則不限於男子，卽女子亦無不可；抑有進者，昔日被立嗣之人，以爲立嗣者之血親及昭穆相當之人爲限，非立嗣者之血親及昭穆相當者，卽不得爲被立嗣之人；而被收養之養子女，則無一定親屬之限制，卽與收養者根本無親屬之關係，亦不妨爲他人之養子女也。此爲養子女與立嗣之異點，亦卽養子女之意義。

（二）收養養子女之要件 收養養子女，應注意左述三要件：

一、收養者之年齡應長於被收養者二十歲以上 凡收養他人之子女爲子女時，其收養者之年齡，應長於被收養者二十歲以上。（第一千零七十三條）反言之，若收養者之年齡，依法定

計算，（民法第一百二十四條第一項規定：「年齡自出生之日起算。」）未達二十歲者，即不得收養他人之子女為養子女也。至於被收養之養子或養女之年齡若何，則非所問。

二、有配偶者收養子女時應與其配偶共同為之。申言之，即夫所收養之養子或養女，應得妻之同意；妻收養之養子或養女，亦須經夫之同意。（第一千零七十四條）是收養之成立，又以夫妻雙方均屬同意為必要也。

三、收養子女應以書面為之，但自幼撫養為子女者不在此限。因收養養子女之行為，關於收養者（即養父或養母）與被收養者（即養子或養女）權利義務之關係，至為重要，故應以書面為之。（第一千零七十九條）以昭鄭重而定身分。然如自幼撫養之養子女，則因其已有撫養之事實，兩者間之身分，早經確定，故毋須再訂立書面。（第一千零七十九條但書）以省手續。

（三）收養養子女之效果 分左列四種說明之：

一、養子女之身分 收養他人之子女為子女時，其收養者為養父或養母；被收養者為養子或養女；（第一千零七十二條）申言之，即收養者為被收養者之養父或養母；而被收養者亦即為收養者之養子或養女；故養子女與養父母之關係，除法律另有規定外，（民法繼承編第一千

一百四十二條第二項參照)與婚生子女同。(第一千零七十七條)

二、養子女之姓氏 凡爲他人之養子女者，其姓氏應從收養者之姓。(第一千零七十八條)所以定名分也。例如收養者姓趙，被收養者姓錢，則被收養者之姓氏，亦應姓趙是。

三、養子女之權利 民法對於養子女與養父母之關係，既有與婚生子女同之規定，則婚生子女所享有之權利，自亦爲養子女所應有，當不待言。惟民法繼承編對於養子女之應繼分，則加以相當之限制，即養子女之應繼分爲婚生子女之二分之一。例如遺產總額爲三萬元，有婚生子女與養子女各一，則婚生子女應得三分之二，即得二萬元；而剩數之一萬元，適爲婚生子女所得財產二萬元中之二分之一，故養子女祇能得一萬元是。(第一千一百四十二條第二項)此爲養子女與婚生子女最顯著之異點，所不可不注意者也。

四、養子女之義務 在原則上，婚生子女所享有之權利，養子女既亦同可享有，則有義務之際，養子女自亦應與婚生子女互負平均分擔之責，以示公允；然民法繼承編中規定養子女之應繼分爲婚生子女之二分之一，是養子女之應繼分與婚生子女相較，僅得婚生子女所得財產之一半，其不平等爲何如？而法律對於養子女之權利，則已有相當之限制，但對於養子女之義務，未

加以二分之一之減輕，必令其平均負擔付之責，未免有失公允之道矣。

下：(四)收養關係之終止 收養關係之終止，得別為協議的終止，與判決的終止兩種。分述如

(甲)協議的終止 協議的終止者，即其收養關係，由於養父母與養子女雙方之同意而終止之謂。其終止之方法，應以書面為之，所以杜後日之紛爭也。(第一千零八十條)

(乙)判決的終止 判決的終止者，即其收養關係，非由於養父母與養子女雙方之同意，乃出於養父母與養子女一方之意思，於一定條件之下，請求法院宣告終止之謂。茲說明其條件如左：

- 一、對於他方為虐待或重大侮辱時；
- 二、惡意遺棄他方時；
- 三、養子女被處二年以上之徒刑時；
- 四、養子女有浪費財產之情事時；
- 五、養子女生死不明已逾三年時；

六、有其他重大事由時。

以上所述之條件中，除三、四、五、三項祇許養父母始准請求外，餘如一、二、六、三項，則不論養父母或養子女均得請求終止收養關係也。（第一千零八十一條）

（五）終止收養後之效果 終止收養後，發生左列兩效果。言之如次：

一、養子女回復其本姓 凡為他人之養子女者，其姓氏應從收養者之姓，已如上述。但養子女與養父母之收養關係，若已經終止，則養子女之姓氏，應即回復。例如上例，收養者姓趙，被收養者姓錢，今既脫離收養關係，則被收養者之姓氏，仍為姓錢而非姓趙矣。

二、養子女回復其與本生父母之關係 養子女回復其與本生父母之關係後，仍得繼承其本生父母之遺產。但第三人已取得之權利，則不得請求回復。（第一千零八十三條）此應注意者也。

如上述養子女之繼承外，更有所謂贅婿者，依舊例素以男子繼承宗祧，但亦有例外，如有女無子，而被繼承人又不願以同宗昭穆相當之人入繼者，得另招外姓人入贅，即俗諺所謂「兒媳兩當」是也。民法關於贅婿，有左列之規定。

(一) 姓氏 入贅之婿，應在己姓之上，加一妻姓。(第一千條)

(二) 住所 贅夫以妻之住所為住所。(第一千零零二條)

(三) 子女 贅夫之子女從母姓。(第一千零五十九條) 以其母之住所為住所。(第一千零六十條)

(四) 財產 贅夫祇能繼承其妻之財產。(第一千一百四十四條) 而不能繼承其岳父母之財產。蓋岳父母之財產，應由其妻繼承，為妻之特有財產，贅夫固屬無權繼承者也。

以上所述，除第四款外，均為原則。但當事人另有約定者，從其約定。(第一千條及第一千零五十九條)

由是而論，若兼祧、若養子女、若贅婿，均似有頂兩頭香火之意味；然則一妻之外，能否再娶一妻，即俗諺所謂「兩頭大」者，於法是否有效，應有說明之必要。按民法第九百八十五條規定：「有配偶者，不得重婚；」刑法第二百三十七條規定：「有配偶而重為婚姻，或同時與二人以上結婚者，處五年以下有期徒刑，其相婚者，亦同。」是有妻更娶，有干法紀，為現行民刑法律所禁止者也。然妾在法律上之地位，依最近司法院本年一月二十九日院字第一千二百十號解釋載：「重

婚原爲現行法律所禁止，但依現行法律，不以其行爲爲無效，雖經判處罪刑，在未有利害關係人依民法第九百九十二條規定向法院請求撤銷以前，其婚姻關係仍屬存在，「認爲夫家屬之一員。」（第一千一百二十三條第三項）並查刑法第二百三十九條規定：「有配偶而與人通姦者，處一年以下有期徒刑，其相姦者亦同。」是納妾之行爲，卽屬與人通姦之違法行爲，刑法設有處罰之明文。

今一言以蔽之，卽以養子女或贅婿爲繼承香火則可，若藉口兼祧而娶二妻則不可。蓋宗祧繼承，已爲現行民法所不採，且有妻更娶，亦觸犯刑章也。

## 二九 父債子償父業子得

生、老、病、死，爲人生之變態。就法律言之，卽所謂法律事實是也。此種事實之發生（生）或消滅（死）在在足以引起法律上之效果，民法總則第六條有明文規定：「人之權利能力，始於出生，終於死亡；」又「繼承，因被繼承人死亡而開始。」（民法第一千一百四十七條）因開始而發生「父債子償父業子得」之效果。我國舊習，父母生存時，將其財產分配諸子，使之完全取得所有權者，事實上亦數見不鮮；此時自不能謂繼承尙未開始。是繼承開始，事實上並非限於被繼承人死亡，至爲明瞭。惟事實上之繼承開始，非法律上之繼承開始也。繼承法明定：「繼承，因被繼承人死亡而開始。」對於生前財產之分割，則祇視爲贈與而已。茲分兩項說明於左：

（甲）父債子償 繼承之主義有二：一爲包括繼承；一爲限定繼承。繼承法以包括繼承爲原則，限定繼承爲例外，言之如次：

（一）包括繼承 包括繼承者，卽繼承人於繼承開始時，包括的承受被繼承人財產上一切權利義務之謂也。因之包括繼承遂生左列三結果：

(1) 遺產多於被繼承人所負債務，或全未負債時，繼承人大受利益；

(2) 遺產不足償還被繼承人所負債務，或毫無遺產時，繼承人應以自己之財產，償還被繼承人所負之債務；

(3) 繼承人對於被繼承人所有之權利義務，因混同而消滅。

在包括繼承，繼承人對於被繼承人之債務，不但須負無限責任，並且須負連帶責任。試分述

之：

(1) 對外負連帶清償責任 所謂對外者，即各繼承人對於被繼承人之債權人間之謂。凡被繼承人之債權人得向各繼承人中之任何一人，要求對於被繼承人債務之全部清償，繼承人不得以尚有他繼承人，及自己應繼分之多寡，而否認全部清償之責；除限定繼承外，尤不得以遺產之不足清償債務為抗辯。（第一千一百五十三條第一項）

(2) 對內負分擔償還責任 所謂對內者，即各繼承人之相互間是也。凡各繼承人相互間，對於被繼承人之債務，應按照應繼分比例分擔之。例如某甲有遺產五萬元，債務五千元，由五子平均繼承，其債權人固得向其一子，請求全部清償，但此子除應繼分一萬元，應比例負擔一

千元之債務外，其餘四千元，得向他共同繼承人，按其應繼分各分擔一千元，以補償之。但繼承人相互間，如另有約定者，自當從其約定。（第一千一百五十三條第二項）

依上所述，就保護債權人之點言之，固屬甚善，惟對於繼承人則不免過苛，以故民法第一千一百五十四條及第一千一百七十四條設有例外之規定焉。

（二）限定繼承 限定繼承者，即繼承人限定以因繼承所得遺產，償還被繼承人之債務之謂也。我國向有父債子還之習慣，即父死亡後，無論遺產之有無，及債務之多寡，繼承人均負償還之責。此種習慣，弊之所至，往往有負債過多之父，足使其子終身在債累中，無以自拔；相待未免太酷。依法律平等之觀念，不享權利，徒負義務，豈為事理之平！況近今法制已允許個人有特有財產，若必使以繼承人特有之財產，供被繼承人債務清償之用，不但不能貫徹特有財產之制，而於特定債務之旨，亦有所未合。故民法第一千一百五十四條設有限定繼承之制，以救濟之；即繼承人於開始繼承時，如聲請為限定繼承者，應於繼承開始日起，三個月內，開具遺產清冊，呈報法院；經法院核准並公告後，始得為限定之繼承，而以其因繼承所得之遺產，償還被繼承人之債務。（第一千一百五十六條以下）以後雖不足額，繼承人可不再負清償之責矣。但有下列情形之一者，

繼承人對於被繼承人之債務，仍須負無限責任：即一、隱匿財產；二、在遺產清冊爲虛偽之記載；三、意圖詐害被繼承人之債權人之權利，而爲遺產之處分者；不得主張限定繼承之利益。若繼承人有數人，其中一人主張爲限定繼承時，其他繼承人視爲同爲限定之繼承。（第一千一百五十四條第二項）所以杜無謂之糾紛也。

（三）拋棄繼承 拋棄繼承云者，謂依法有繼承權之人，自願捨棄其繼承權，而不爲繼承是也。繼承人如表示拋棄其繼承權者，應於知悉其得繼承之時起二個月內，以書面向法院、親屬會議、或其他繼承人爲之。（第一千一百七十四條）繼承人經拋棄繼承後，對於被繼承人之遺產，固不得享有；而對於被繼承人所負之債務，自亦不負清償責任。

（乙）父業子得 父債子償，已如上述。茲就父業子得之義，分述如下：

（一）繼承人原則上承受被繼承人財產上之一切權利義務 遺產有積極遺產與消極遺產兩種，前者爲權利，後者爲義務，繼承係將被繼承人之一切權利義務包括移轉於繼承人而言。故繼承者不能獨繼承積極遺產，而將消極遺產拋棄。（第一千一百四十八條）

（二）專屬於被繼承人本身之權利義務不得繼承 繼承人自開始繼承後，在原則上，固承

受被繼承人財產上之一切權利義務。但權利義務專屬於被繼承人本身者，不在此限。所謂專屬於被繼承人本身之權利義務者，例如撫慰金請求權、受扶養之權利、負扶養之義務、以及委任契約、僱傭契約等所生之權利義務而言。但有須注意者，此種權利義務，若已依契約承諾者，仍應由繼承人悉數承受也。（第一千一百四十八條但書）

（三）繼承人有左列情形之一者喪失其繼承權 繼承權之喪失者，即因一定原因之發生，而法律上剝奪其繼承權之謂也。依民法第一千一百四十五條之規定，繼承人喪失繼承權之原因有五：

（甲）絕對喪失之原因

故意致被繼承人或應繼承人於死或雖未致死因而受刑之宣告者 本款包括四種情形：（一）故意致被繼承人於死；（二）故意致應繼承人於死；（三）雖未致被繼承人於死，而已受刑之宣告；（四）雖未致應繼承人於死，而已受刑之宣告者；喪失繼承權。所謂應繼承人者，係指先順序或同順序之繼承人而言。所謂致死，或雖未致死者，即殺害之意。至其為正犯、從犯、或教唆犯，皆非所問。又犯行之既遂或未遂，亦屬無關。但須以故意及受刑之宣告為要件耳。若犯罪之出於過失、

錯誤，雖經受刑，或縱有犯罪之嫌疑，而未受刑之宣告者，尚不得喪失繼承權也。

(乙)相對喪失之原因

(1)以詐欺或脅迫使被繼承人爲關於繼承之遺囑或使其撤銷或變更之者 本款包括六種情形：(一)以詐欺使被繼承人爲關於繼承之遺囑；(二)以詐欺使被繼承人撤銷關於繼承之遺囑；(三)以詐欺使被繼承人變更關於繼承之遺囑；(四)以脅迫使被繼承人爲關於繼承之遺囑；(五)以脅迫使被繼承人撤銷關於繼承之遺囑；(六)以脅迫使被繼承人變更關於繼承之遺囑。又詐欺者，指故意以語言、文字、或舉動、表示虛偽之意思，使人陷於錯誤之行爲而言。脅迫者，指故意以言語、文字、或舉動、通知不正之危害爲要挾，使人發生恐怖而行無義務之事而言。所謂關於繼承之遺囑者，指直接或間接關於遺產繼承之遺囑而言。所謂撤銷者，乃撤銷遺囑之全部也。所謂變更者，係變更遺囑之一部分也。故凡非故意以詐欺或脅迫使被繼承人爲關於繼承之遺囑，或使其撤銷或變更之者；或雖故意以詐欺或脅迫使被繼承人爲關於非繼承之遺囑，或使其撤銷或變更之者，均不得喪失繼承權。若經被繼承人表示宥恕者，則繼承權不喪失之。

(2) 以詐欺或脅迫妨害被繼承人爲關於繼承之遺囑或妨害其撤銷或變更之者。前款情形，爲積極的強制被繼承人作爲；本款情形，爲消極的強制被繼承人不作爲。形式雖殊，而居心之險惡則一。故立法之用意，與前款完全相同，亦使其喪失繼承權，但若經被繼承人表示宥恕者，則不喪失耳。

(3) 偽造變造隱匿或湮滅被繼承人關於繼承之遺囑。本款可分四種情形說明之：(一) 偽造被繼承人關於繼承之遺囑者，喪失其繼承權。其情形有二：本無遺囑而虛偽捏造之，偽造也；雖有遺囑，而另行捏造者，亦偽造也。(二) 變造被繼承人關於繼承之遺囑者，喪失其繼承權。所謂變造，卽就原有之遺囑於添註、塗改，使失其真相之謂也。(三) 隱匿被繼承人關於繼承之遺囑者，喪失其繼承權。所謂隱匿，卽將原有之遺囑藏匿隱處，不使之發見之謂也。(四) 湮滅被繼承人關於繼承之遺囑者，喪失其繼承權。所謂湮滅，卽將原有之遺囑，行使足致消滅之方法，使其化爲烏有之謂也。此四種行爲，其居心之卑劣險惡，不亞於前四款，故使其喪失繼承權。但若經被繼承人表示宥恕者，則不喪失其繼承權也。

(4) 對於被繼承人有重大之虐待或侮辱情事經被繼承人表示其不得繼承者。本款包

括兩種情形：（一）對於被繼承人有重大之虐待；（二）對於被繼承人有重大之侮辱。何謂虐待，即對於身體上或精神上予以痛苦之行爲。何謂侮辱，即行使足以損失人格價值之行爲。若繼承人對於被繼承人有虐待或侮辱之情事，即爲義絕，自應喪失其繼承權。惟此兩種情事，非當然爲繼承喪失之原因，尚須經被繼承人表示其不得繼承，然後繼承人之繼承權始能喪失。故有二注意之點：（一）虐待侮辱之情形，以重大爲必要；（二）以經被繼承人表示其不得繼承爲必要，蓋未經表示，即屬宥恕耳。

總上所述，可知在原則上繼承人有繼承遺產之權，但繼承人如具有民法第一千一百四十五條各款情形之一者，則法律使被繼承人有喪失其繼承之權；反之，若被繼承人浪費無度，致有影響於繼承人之權利時，又允許繼承人有拋棄繼承，及主張限定繼承之權利，此爲「父債子償，父業子得」在法律上之根據也。

本文參考宗惟恭先生著民法繼承要義

### 三〇 有才難顧身後事

俗語所謂「有才難顧身後事」，謂人即有才，一經身死，則身後之糾紛，萬難顧到，是法律所謂遺囑尙已。遺囑爲遺囑人（被繼承人）生前最後之意思表示，非特受遺囑人（繼承人）理應遵從，即法院亦認爲極重要之證據。茲關於遺囑一章，擷要分述於左：

（一）遺囑之意義 遺囑，既係遺囑人生前最後之意思表示，則爲預防錯誤、詐欺，并求遺囑人意思表示之真確起見，自不能不有一定之方式，以示鄭重。故遺囑書面之作成，不僅爲日後之證據，且爲遺囑成立要件之一。由此推論，可知遺囑全須基於本人之自由意思爲之，既不受他人之干與，復不許由他人爲之代理；且遺囑純係一種單獨行爲，在未發生效力以前，無論何時，得撤銷或變更之。迨立遺囑人死亡以後，遺囑之效力，始完全發生，故所謂遺囑者，乃自然人於生存時，以於死後發生效力爲目的，就一定事項，所爲之要式自主之意思表示也。

（二）立遺囑人之能力 何謂遺囑能力，卽有立遺囑之能力是也。遺囑爲法律行爲之一，故凡有行爲能力之人，均得自由爲之。至無行爲能力人，及限制行爲能力人有無立遺囑之能力，則

民法另有規定；依民法總則第十二條至第十五條規定，凡未結婚之未滿二十歲人，以及禁治產人，皆爲限制行爲能力，或無行爲能力者，當然不能有立遺囑之能力。蓋此等人或則年齡幼稚，知能欠缺，或則心神喪失，精神耗弱；故同法第一千一百八十六條有明文規定：「無行爲能力人不得爲遺囑，限制行爲能力人無須經法定代理人之允許，得爲遺囑。但未滿十六歲者，不得爲遺囑。」此卽規定遺囑能力也。

(二)遺囑處分遺產之限制 遺囑之內容，本不限於遺產之處分，然大體則以處分遺產者爲多。遺產本爲被繼承人所有，既爲被繼承人所有，自得本於所有權之作用，自由處分；然特留分之規定，原爲公益而設，實法律上之強制規定，任何人不得違反，民法第一千一百八十七條「遺囑人於不違反關於特留分規定之範圍內，得以遺囑自由處分遺產」，是可見在不侵害繼承人之特留分範圍內，皆爲有效，但使侵害特留分者，則侵害特留分之一部，應予無效，繼承人可依民法第一千二百二十五條規定，有扣減之權。此之所謂不違反關於特留分之規定，係指第一千二百二十三條所規定之特留分而言：卽（一）直系血親卑親屬之特留分爲其應繼分二分之一；（二）父母之特留分爲其應繼分二分之一；（三）配偶之特留分爲其應繼分二分之一；（四）兄弟

姊妹之特留分爲其應繼分三分之一；（五）祖父母之特留分爲其應繼分三分之一」等是。

（四）遺囑之方式 吾國舊法，重道義，重信用，故遺囑爲非要式行爲。書面固可，卽口頭遺囑，亦無不可。只須其內容出於遺囑人之真意，卽爲遺囑主效之條件。現行民法，則以遺囑爲要式行爲，且定有各種方式，凡爲遺囑者，必須依一定方式爲之，非然者，則爲無效。至遺囑之方式，依民法第一千一百八十九條之規定，共有五種。言之如次：

- 一、防止遺囑之偽造、變造，以確保遺囑人之真意者，曰自書遺囑；
- 二、使遺囑之存在得有確實之保障，以免失落者，曰公證遺囑；
- 三、使遺囑人得保守祕密者，曰密封遺囑；
- 四、不能自書文字者，曰代筆遺囑；
- 五、於情勢危急時，所爲之遺囑，曰口授遺囑。

上述各點，均爲遺囑之方式，以憑立遺囑人之選擇。其中自書遺囑、公證遺囑、密封遺囑、代筆遺囑、爲普通之方式，遺囑人不論何時何地，皆可任擇其一而爲之。口授遺囑爲特別之方式，必限於生命危急，或其他特殊情形不及依其他方式爲遺囑時，始得爲之。是此五種方式，均各有顯明

之區別，分別述之如左：

一、自書遺囑之方式 自書遺囑，完全為立遺囑人自己所作成，故手續極為簡便，既足表示本人之真意，且能防止洩漏，凡粗識文字者，即得為之。但因過簡，或易於偽造、變造，故其方式之規定，必稍從嚴格，方足杜絕流弊。民法第一千一百九十條規定：「自書遺囑，應自書遺囑全文，記明年月日，並親自簽名，如有增減塗改，應註明增減塗改之處所及字數，另行簽名。」是即自書遺囑之方式也。其要件計有五：

(1) 自書遺囑全文 遺囑全文，所以表示遺囑人之真意。故自書遺囑，必須遺囑人親筆自書，如有他人字跡參雜其間，即不足以擔保遺囑之真確，或用鉛印、石印、及油印者，均不生效力。

(2) 記明年月日 蓋遺囑作成之年月日，與遺囑內容之效力，至有關係，不特可藉此知悉遺囑人於作成遺囑時，有無遺囑能力；且使有二以上之遺囑者，亦可知其何者為最後之遺囑，故非記明不可；如有欠缺，應即認為程式不備。

(3) 親自簽名 所謂簽名者，即書寫其姓名也。依民法總則第三條第二項規定：「如有用印章代簽名者，其蓋章與簽名有同等之效力。」但吾國習慣，往往於簽名外，更蓋用印章，以示

慎重者；然簽名而未蓋章，或蓋章而未簽名者，在法律上亦一體發生效力。而遺囑人於遺囑上親自簽名，係表示作成之主體，故亦為自書遺囑成立之要件，所以示慎重也。

(4) 增減塗改應註明處所字數 自書遺囑，如有增減塗改，易與變造者相混，故規定應註明增減塗改之處所及字數，以免他人更為增減塗改，例如註明第幾行第幾字之下，第幾字之上，增加某某若干字，或減去某某若干字，第幾行第幾字某字塗去，改為某字，共計增若干字，減若干字，塗改若干字是。

(5) 須於記明增減塗改字數下另行簽名 蓋所以表示此種增減塗改，出於遺囑人自己為之，非由他人偽造也。然在習慣上，則多不如是，只於增減塗改之處，上蓋一章，以示並非後人偽為增減塗改者；此就法理言，自無不可。且依民事訴訟法第二百一十八條言，其刪除處，並應留存字跡，俾得辨認；又遺囑之字數，有在二頁以上者，為慎重計，亦不妨於騎縫處簽名蓋章。

二、公證遺囑之方式 公證遺囑者，即由公證人作成之遺囑。所謂公證人者，為國家所設之一種公吏，應人民之囑托，而執行其公證職務者也。吾國尚無此種制度，今則多以地方自治人員，如鄉鎮區長等為之。公證遺囑，程序最為繁重，但其證據力則較強；既須見證人，更須公證人，民法

第一千一百九十一條第一項規定：「公證遺囑，應指定二人以上之見證人，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，遺囑人不能簽名者，由公證人將其事由記明，使按指印代之。」是即公證遺囑之方式也。至公證遺囑，應具備之要件，分述如左：

(1) 須指定二人以上之見證人 見證人者，從旁作證之人也。因公證遺囑，非遺囑人自己書寫，全以公證人之筆記為憑信，故必有見證人，方足以擔保其為真確；然一人為證，又恐不能盡信，故必須為二人以上。至指定之權，則在遺囑人，當不待言也。

(2) 須在公證人前口述遺囑意旨 公證遺囑，雖作成於公證人，而其內容，則一本遺囑人之本意，既非外人所能知悉，更難為之擬議；故必由遺囑人直接向公證人口述遺囑意旨。如係他人代理，則非法之所許。但使遺囑人為瘖啞人，或以內容複雜，非口述所能詳盡者，則亦可草擬內容，當面交付於公證人，以代口述。法文雖未有規定，而按諸情理，則當然可如是也。

(3) 須由公證人筆記宣讀講解 公證人據遺囑人之口述，應即筆之於書，且為求此項書面記載無悖於遺囑人之本意起見，並須由公證人就所記事項宣讀而講解之，俾遺囑人有隨

時更改之機會。

(4) 須經遺囑人認可。公證人之筆記，與遺囑人口述之意旨，苟稍有出入，則所關非細，故宜讀及講解後，復須經遺囑人之認可，如認為應行更改，則更改以後，應更為宜讀講解，務求完全適合遺囑人之本意，經其認可而後止。蓋以求遺囑人意思之真確也。

(5) 須記明年月日由公證人見證人遺囑人同行簽名。公證遺囑，經公證人宣讀、講解及遺囑人認可後，必須記明年月日，公證人、見證人、遺囑人，並須同行簽名。蓋記明年月日，所以明遺囑作成之時期，而簽名則足資認證，均所以昭慎重也。但使遺囑人有不能親自簽名者，除依民法第三條第二項得以蓋章替代外，應由公證人記明其不簽名之事由，使按指印代之。至公證人之資格，當然由國家所定。但在未頒行公證人章程前，並無公證人，或國內雖有公證人，而遺囑人所在地，並無公證人，或僑民在外國者，民法第一千一百九十一條規定，在國內可以法院書記官代之；在國外可以中華民國之領事代之。

三、密封遺囑之方式。密封遺囑者，謂於遺囑外加封緘，以保秘密者也。此種遺囑有強固之證據力，與公證遺囑相似。因重在密封，故是否為本人製作，則非所問。民法第一千一百九十二條

第一項規定：「密封遺囑，應於遺囑上簽名後，將其密封，於封縫處簽名，指定二人以上之見證人，向公證人提出，陳述其爲自己之遺囑，如非本人自寫，並陳述繕寫人之姓名、住所，由公證人於封面記明該遺囑提出之年月日，及遺囑人所爲之陳述，與遺囑人及見證人同行簽名。」是即密封遺囑之方式也。密封遺囑，應具之要件如左：

(1) 遺囑人須於遺囑上簽名 遺囑之須遺囑人親自簽名，蓋所以表示遺囑作成之主體，至其是否自書，則非所問。

(2) 遺囑人須將遺囑密封於封縫處簽名 密封遺囑，必須遺囑人自爲密封，使他人不能窺測遺囑之內容爲必要，並須預於封縫處簽名，則所以明其密封出於遺囑人之自爲，而非他人之假托也。

(3) 須指定二人以上之見證人向公證人提出 此與公證遺囑同其用意，蓋在增強證據力而已。

(4) 須向公證人陳述其爲自己之遺囑並繕寫人之姓名住所 此種陳述，與公證遺囑之陳述不同，蓋前則爲陳述遺囑之意旨；此則不過陳述其爲自己之遺囑。關於遺囑之內容，無須

陳述，公證人亦不便過問。遺囑如非本人自寫者，並須向公證人陳述繕寫人之姓名、住所，俾公證人得爲附記，以免糾紛。

(5) 須由公證人於該遺囑封面記載遺囑提出之年月日及遺囑人所爲之陳述，並與遺囑人見證人同行簽名。密封遺囑之作成，與提出之時期，未必盡同，而遺囑人之陳述，復係遺囑人自由意思之表示，故均應由公證人記明，並與遺囑人見證人一同簽名，以昭翔實。如在無公證人之地，則依民法第一千一百九十一條第二項辦理，在國內由法院書記官爲之，在國外則由中華民國之領事爲之。

四、代筆遺囑之方式 代筆遺囑，係遺囑人自己不能爲遺囑，而又苦於公證遺囑、密封遺囑之程序繁重，因由遺囑人指定較多之見證人，使之作成遺囑。此種遺囑，爲我國所特有，係便於不識文字者而設，謂之代筆遺囑。通常凡疾病時所作成之書面遺囑，多出於此。民法第一千一百九十四條規定：「代筆遺囑，由遺囑人指定三人以上之見證人，由遺囑人口述遺囑意旨，使見證人中之一人筆記、宣讀、講解，經遺囑人認可後，記明年月日及代筆人之姓名，由見證人全體及遺囑人同行簽名。遺囑人不能簽名者，應按指印代之。」是卽代筆遺囑之方式也。至其應具之要件，有

下列數端：

(1) 須由遺囑人指定三人以上之見證人。原來此種遺囑，非由遺囑人自行書寫，故無須核對筆跡，亦不如公證遺囑之有公證人可以證明，故見證人必有三人以上，方足以昭鄭重。

(2) 須由遺囑人口述遺囑意旨。此所以遵遺囑人之本意也。

(3) 須由見證人中之一人筆記宣讀講解。代筆遺囑之作成，即由見證人中之一人憑遺囑人之口述，筆之於書，必須宣讀講解，則恐有錯誤，予遺囑人以更改之機會耳。

(4) 須經遺囑人之認可。代筆遺囑，以非自己作成，故必經遺囑人之認可。蓋所以使遺囑之內容無背於遺囑人之真意也。

(5) 須記明年月日及代筆人之姓名。年月日之證明，所以定遺囑作成之時期，而代筆人姓名之證明，則以見證人共有三人，何人代筆，不為記明，易啓日後之糾紛也。

(6) 須由見證人全體及遺囑人同行簽名。見證人全體，係包括代筆人在內而言。但並非凡到場之見證人，均須簽名，若有三人以上，已適合法定人數，則其餘見證人之簽名與否，已無礙於遺囑之成立，至遺囑人之簽名為遺囑必要之方式，以杜偽造，如遺囑人有不能自行簽名

者，則亦得以指印代之。

五、口授遺囑之方式 民法第一千一百九十五條規定，遺囑人因生命危急，或其他特殊情形，不能依其他方式為遺囑者，得為口授遺囑。口授遺囑，應由遺囑人指定二人以上之見證人，口授遺囑意旨，由見證人中之一人，將該遺囑意旨，據實作成筆記，並記明年月日，與其他見證人同行簽名。是即口授遺囑之方式也。口授遺囑，非遺囑之普通方式，故必限於不得已時為之。所謂生命危急，係指疾病沉篤之時；所謂其他特殊情形，乃指在交通阻斷處，或在軍中，或在航行中等而言。其應具備之要件如左：

(1) 須指定二人以上之見證人 見證人所以證明遺囑為真確。然過少則易生弊端，過多則倉卒中難於羅致，茲酌定為最少須二人，蓋口授遺囑，亦須見證人筆記，有二人，則一人筆記，一人從旁監視可矣。

(2) 須由遺囑人口授遺囑意旨 遺囑，為遺囑人之意思表示，非他人所得而代擬。故雖情形急迫，其遺囑意旨仍必由遺囑人親自口授。否則，遺囑即不能成立。

(3) 須由見證人中之一人筆記 口授遺囑，因情形急迫，故僅須由見證人中之一人，據實

將遺囑人口授之要旨作成筆記，至宣讀、講解，概可省略，且無須經遺囑人之認可。

(4) 須記明年月日見證人同行簽名 年月日之記載，所以明遺囑作成之時期，見證人之簽名，則所以確保遺囑之真實也。

口授遺囑，原係遺囑人當生命危急，或其他特殊情形之不得已辦法，如遺囑人之危迫情形，業經過去，自可另依其他方式而為遺囑。民法第一千一百九十七條：「口授遺囑，自遺囑人能以其他方式為遺囑之時起一個月而失其效力。」因口授遺囑，究屬成立於倉卒之時，苟有長時間之存在，自以依其他方式為正當。至口授遺囑之提出，應由見證人中之一人，或利害關係人於為遺囑人亡故後三個月內，提經親屬會議認定其真偽。對於親屬會議之認定，如有異議，得聲請法院判定之。（第一千一百九十七條）

(五) 禁止分割遺產之效力 被繼承人如有遺囑禁止繼承人間分割遺產者，為尊重其遺旨起見，自應認為有效。惟若無期間之限制，非特侵害繼承人應得之權利，抑且足以阻礙社會經濟之流通；民法第一千一百六十五條第二項規定：「遺囑禁止遺產之分割者，其禁止之效力，以二十年為限。」逾此期間，繼承人得隨時分割遺產，以杜流弊。

(六)遺贈之要點 依民法第一千一百八十七條規定：「遺囑人於不違反關於特留分規定之範圍內，得以遺囑自由處分遺產；」又「被繼承人之遺囑，定有分割遺產之方法者，從其所定。」(第一千一百六十五條)是遺囑人祇須除去特留分，而於遺囑中，以其財產上權利之全部或一部遺贈於他人者，自非法所不許。茲將遺贈之要點，分述如左：

一、附停止條件之遺贈 附停止條件之遺贈云者，謂遺贈之效力，使暫不發生，必待條件成就後，始發生遺贈之效力也。例如甲立一遺囑，指定將某處房屋一所遺贈與乙，但必須俟乙大學畢業後，始可交付。此即所謂附停止條件之遺贈。換言之，如乙大學畢業，固可請求交付該遺贈之房屋；否則，其遺贈等於無效，該房屋即永不交付也。(第一千二百條)

二、受遺贈人死亡之遺贈 享受遺贈者，必以遺囑中所特定之人為限。若該受遺贈人於遺囑人死亡前，已先死亡者，則遺囑之效力，既尚未發生，何能先發生遺贈之效力？民法第一千二百零一條規定：「受遺贈人於遺囑發生效力前死亡者，其遺贈不生效力。」

三、遺贈之財產不屬於遺產內之遺贈 遺囑人雖以一定之財產遺贈與受遺贈人，而遺囑人死亡時，其財產已不屬於遺產範圍之內，或誤以他人之財產，作為自己之財產而為遺贈者，事

所或有。民法第一千二百零二條規定：「遺囑人以一定之財產爲遺贈，而其財產在繼承開始時，其一部分不屬於遺產者，其一部分遺贈爲無效；全部不屬於遺產者，其全部遺贈爲無效。」但被繼承人於遺囑中，如另有表示而以所遺金錢購買某處房屋爲遺贈者，則亦事屬可能，自應從其意思也。

四、附義務之遺贈 遺贈而須受遺贈人負擔一定之義務者，謂之附義務遺贈。例如甲以土地十畝遺贈於乙，而令乙負擔供給丙每年學費是。使義務重而權利輕，則應如何？民法第一千二百零五條規定：「遺贈附有義務者，受遺贈人以其所受利益爲限，負履行之責。」

五、違背法律規定之遺贈 遺贈，必以遺囑之方式出之。故不備法定方式之遺贈所爲之遺贈無效，又違反特留分規定所爲之遺贈，則其違反之部分無效，至如違反其他強行法規或有背公序良俗之遺贈，其爲無效，亦無待言。

(七)遺囑之撤銷 遺囑爲遺囑人之單獨行爲，在發生效力前，遺囑人得隨時撤銷之，固如上述。但遺囑爲法律上之要式行爲，故其撤銷也，亦必須仍依遺囑之方式爲之。否則不生效力。至遺囑撤銷之方式，有如左述：

一、遺囑人之明示撤銷 明示之撤銷者，即遺囑成立以後，遺囑人因意思之變更，明示撤銷其遺囑是也。其撤銷之遺囑為全部或一部，固一任遺囑人之意思。但其撤銷之方式，則必須仍依遺囑之方式為之，而後始生撤銷之效力。（第一千二百十九條）

二、法律上之視為撤銷 遺囑人雖未明示撤銷，而法律上視為其撤銷遺囑者，情形凡三：

(1) 前後遺囑相抵觸者 遺囑人如先後立有二以上之遺囑時，在遺囑人雖未明示撤銷前之遺囑，然在內容上，前後遺囑有相抵觸者，其抵觸部分，前遺囑視為撤銷。（第一千二百二十條）例如甲於民國二十三年元月立一遺囑，將某處房屋一所贈與於乙；而於民國二十四年元月又立一遺囑，將此房屋贈與於丙，夫既贈與於丙，則前之遺囑上指定贈與乙者，當然失其效力。蓋前後兩遺囑相抵觸，而後遺囑既成立在後，在遺囑人之意思，顯已變更，則自應以後之遺囑為準也。

(2) 遺囑人之行為與遺囑相抵觸者 遺囑人立遺囑後，為與遺囑所定事項相抵觸之行為，則以其行為既係在遺囑之後，自應認為其有變更遺囑之意思，其抵觸部分，遺囑視為撤銷。（第一千二百二十一條）例如甲於民國二十三年元月立一遺囑，將某處土地一方贈與於

乙；乃至民國二十四年將此地復贈與於丙，是甲之行爲，與其遺囑之意思顯相抵觸，既相抵觸，則前在遺囑上所表示之意思，自應視爲撤銷也。

(3) 遺囑人破毀塗銷或廢棄遺囑者 遺囑人立遺囑後，如有破毀、塗銷其遺囑之行爲，或在遺囑上記明廢棄其遺囑者，是在遺囑人之本意，已不欲該遺囑發生效力，甚爲顯明，其遺囑自應視爲撤銷。(第一千二百二十二條) 惟此所謂破毀、塗銷，均須出於遺囑人之故意，若因一時過失而偶然扯破或塗抹，尙不能即視爲撤銷其遺囑也。

(八) 遺囑發生效力之時期 民法第一千一百九十九條規定：「遺囑，自遺囑人死亡時發生效力。」但「遺囑所定遺贈附有停止條件者，自條件成就時發生效力。」(第一千二百條)

(九) 遺囑之執行 遺囑爲遺囑人處置死後一切事務之意思表示，其效力須於死亡後發生。是遺囑人之不能自爲執行，當不待言。即俗語所謂「有才難願身後事。」故遺囑之執行，關係極重，民法設有極嚴之規定，分述如左：

一、遺囑之提示 繼承開始以後，有無遺囑，及遺囑之內容如何，非經提示，不能明瞭。故遺囑之保管人或繼承人，自知悉繼承開始時起，應即將遺囑提示於親屬會議。(第一千二百十三條)

所以使繼承人及利害關係人得明瞭遺囑內容之真相也。

二、遺囑之開視 依民法第一千二百一十三條規定：「密封遺囑，非在親屬會議當場，不得開視。」至密封遺囑之具備法定方式與否，及此項密封，曾否開視，有無毀損痕跡，於當場開視時，應一并詳加審視，以防舞弊而示慎重。

三、遺囑執行人之產生 遺囑執行人產生之方法，依民法之規定，共有四種：

(1) 由遺囑人自為指定 遺囑人得以遺囑指定遺囑執行人。蓋以執行遺囑，須合於遺囑人之真意，而何人能善體遺囑人之意思，則以遺囑人知之最審也。至指定之方式，則必以遺囑以昭慎重。（第一千二百零九條第一項前段）

(2) 由遺囑人委托他人代為指定 遺囑人既得自行指定遺囑執行人，自得委托他人代為指定。惟委托之方式，亦必以遺囑出之，而受委托者於繼承開始時，應即指定執行人，並通知繼承人。（第一千二百零九條第一項後段）

(3) 由親屬會議選定 遺囑人未指定遺囑執行人，亦未委托他人代為指定者，得由親屬會議選定之。蓋親屬會議為處理關於親屬事務之機關，由其為遺囑執行人之選定，情理上較

爲適當也。(第一千二百一十一條前段)

(4)由法院指定 遺囑既未指定遺囑執行人，又未委托他人代爲指定，而親屬會議又因故不能選定時，則得由利害關係人聲請法院指定之。(第一千二百一十一條後段)

四、遺囑執行人之職務 遺囑執行人之職務，民法規定有三分述於左：

(1)編製遺產清冊 遺囑之執行，以有關財產者爲多，故遺囑執行人就職後，於遺囑有關之財產，如有編製清冊之必要時，應即編製遺產清冊，交付繼承人。(第一千二百一十四條)否則，遺產狀況無由明瞭，故必編製清冊，以交付繼承人，所以便於繼承人之審查也。

(2)管理遺產 遺產執行人爲求達執行之目的，自有管理遺產之必要，惟亦僅得以有關遺囑者爲限耳。(第一千二百一十五條第一項前段)

(3)其他執行上必要之行爲 所謂執行上必要行爲者，如修繕、整理、孳息之收取、賠償之請求、抵押物、質物、留置物，以及典產之回贖，與夫排除他人之侵害，中斷債權時效等之行爲，凡認爲執行上所必要者，遺囑執行人均得爲之。(第一千二百一十五條第一項後段)

上述三者，爲遺囑執行人法定之職務。於其執行職務中，繼承人對遺囑有關之財產，不得爲

任何之處分，或妨礙其執行。（第一千二百十六條）蓋所以尊重遺囑執行人之職務而期遺囑之內容得以實現也。

五、遺囑執行人之解職 解職云者，係因特種事故，而由他人將其遺囑執行人之職務解除是也。民法第一千二百十八條規定：「遺囑執行人怠於執行職務，或有其他重大事由時，利害關係人得請求親屬會議改選他人；其由法院指定者，得聲請法院另行指定。」蓋所以確保各關係人之利益，而達遺囑之目的也。至所謂怠於執行職務，即應執行而延不執行，如應編製遺產清冊而不為編製；應給付遺贈而延不給付，應管理遺產而不為管理是。所謂其他重大事由，例如謀不利於繼承人或受遺贈人而為遺產之處分，或因病不能勝任，或其人有不盡不實等皆是。

六、遺囑執行之費用 遺囑之執行，必需種種費用，此項費用，既因執行遺囑而發生，自應於遺產內為支付。是以民法第一千一百五十條規定：「關於遺產管理、分割及執行遺囑之費用，由遺產中支付之；但因繼承人之過失而支付者，不在此限。」

上述種種遺囑，為法律所明定。不論為財產與非財產，均為處分身後之事務，則俗語所謂「有才難顧身後事」亦未盡然。

本文參考宗惟恭：生著民法繼承要義

# 新刑法原理

趙韻逸著

精裝一冊 三元 並裝二冊 一元四角

本書緒論編：將刑法之基礎概念，補助科學，以及刑法學說與沿革，罪刑法定主義，刑事政策，刑法效力，司法共助等問題，作提綱挈領之論述，深得要義。本論編：敘述犯罪及刑罰之一般原理外，尤其對於犯罪之因果關係，共犯之構成，死刑之存廢等問題，論列至為精詳。司法院長王亮疇先生，許為法理湛深，洞中窳要之著，其價值可知。

# 刑法義例

徐步垣著 一冊 二元

本書依照刑法章節，逐條詮釋，凡各家學說及各國立法，有為立法上旨趣所應研究者，均盡量搜輯，以明義之所在；并仿唐律疏義，清律標例之義，別開生面，於逐條釋義中，採司法院，最高法院新近判例解釋例，暨現行有效之前大理院判例解釋例成句。故本書特色，在治義例於一爐；義中引例，例中釋義；既有裨於學理，復可施諸實用。

中華書局出版

# 職業學校商科用科

王效文先生編

## 新中華商法

一册 一元三角

本書取材除根據民法外，對於商事上的單行法規，都根據最近頒布的，在必要時，並參照各國的法規。全書共分十七章，其中經紀人及代辦商、居間、行紀、和承攬、運送等項，課程標準雖未列入；但因這些都是商事上很重要的部分，所以本書依據民法債編，將他一併編入，使成爲一部項目完備，解釋詳盡的商科必修學程。

# 中國保險法論

我國商行編制，原做日本法例，關於保險契約一部，附定於商行爲編之末，僅有損害保險與人壽保險兩章，既無總則之規定，又無責任保險與傷害保險之列舉。迹其內容，實與今之所謂保險單行法者，大異其趣。本書根據現行法規，依次論列，全書分緒論與本論兩編，緒論編則敘述保險法之性質與編制等，本論編則分述各種保險契約之性質，并眉註法文，逐條詮釋，既便爲治法學者之研究，亦可供一般人之參考。

壹册 壹元

中華書局發行

# 國際公法原論

(社會科學叢書之一)

譚焯宏編 一冊 一元五角

本書共分三編：第一編總論國際法學，國際法歷史，學派及學說，我國古代之公法思想；第二編為平時國際公法，計分五部：第一部概論人類社會之組織以至國與國之關係，第二部敘述國家管轄之範圍，第三部詳論國家之獨立自衛平等，第四部為國際行政法及國際聯盟，第五部為國際司法機關與解決紛爭之方法及華盛頓會議之解決；第三編為戰時國際公法，又分六部：第一部總論戰爭之意義，應守公法之義務與戰時國家人民之關係，第二部陸戰法規及戰鬥手段，俘虜、病者、傷者之待遇，衛生機關及占領地之權利義務，第三部為海戰法規，第四部論空戰威力所及之範圍及其戰爭法，第五、六兩部，論休戰及中立國之權利義務與戰時禁制品之意義。敘述精細，有條不紊。

周敦禮編著

一冊 九角

國	私	新
際	法	論

本書內容分汎論與本論兩大編：在汎論中，將國際私法之概念，性質，淵源，學說，立法，沿革等，先作一概括之敘述；在本論中，則將國籍法，準據法，外國人之地位，國際民法，及國際商法等重要問題，詳為論列，務使理論與實際並重，無稍偏倚。取材力求新穎，例如國籍及民法諸編，其引證法例，均係根據國民政府新頒布之國籍法，新民法等而編輯。至關於各種學理方面則除廣搜博採外，並以批評之眼光論斷之，使讀者有所抉擇之助。書中關於法律上之重要專門名詞，多附註各種西文，以資參考。

## 中華書局出版

書·叢·科·百·華·中

# 法學綱要

吳學編 一冊 六角

王惠中編  
一冊 六角

要	法	國
◆	綱	際

本書計分二編：第一編總論，詳述法之一般理論，使讀者得到法學之基本知識；第二編法之體系概論，敘述法學各分科之特質與連絡，期灌輸各分科之準備的知識。本書雖為法學入門，但仍願及法學根本理論之探討，使讀者對於法學，有明確之了解和認識，樹立良好之基礎。且取材精審，系統明晰，足供中等學生及初習法學者之參考。

本書由平時法、交戰法及局外中立法三編構成，書首冠以導言，將國際法之意義及其成立要件，國際法之性質及其與國內法之關係，國際法之淵源，作提綱挈領之敘述；然後將國際交涉機關，國際條約，國際爭議解決方法，陸海空戰法規，局外中立國之權利義務，戰時禁制品之輸送，戰時封鎖等，一一分章論述。全書立論淺顯平易，敘述簡明扼要。書末附有專門名詞索引及簡要參考書目，以備讀者隨時檢查，或作進一步之探討。

## 中華書局出版

民國二十五年二月印刷  
民國二十五年二月發行

社會科學  
通俗法律講話 (全一冊)

◎

定價銀四角



鍾乃可

中華書局有限公司  
代表人 陸費達

上海  
中華書局印刷所

總發行所 上海福州路

中華書局發行所

分發行所 各埠

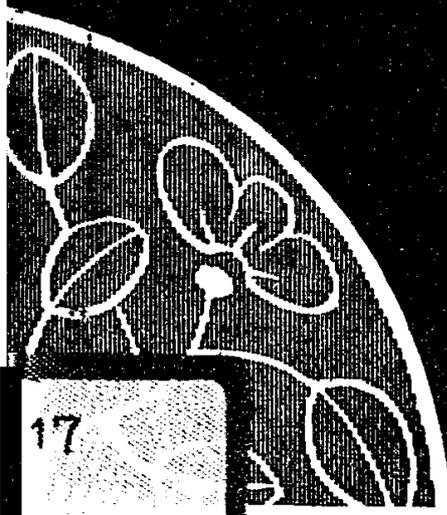
中華書局

(本書校對者黃德秋 印啓新) (九七六五)

Handwritten scribbles and marks, possibly including the number '80' and other illegible characters.



標商冊註



17

號  
32050