

中華民國三十五年十一月(新)一版
中華民國三十六年十一月(新)二版

法學通論

全書
一冊

有著作權

著者

歐陽

陽

谿

上海法學編譯社

發行人

王秋

泉

泉

上海河南中路三二五號

印刷所

會文堂

新記書局

會文堂

上海河南中路三二五號

總發行所

上海

河南路
三馬路
北首

會文堂

新記書局

會文堂

分發行所

北平
琉璃廠

會文堂

新記書局

會文堂

政合國

之比利時國與孔哥國。千八百五十七年前之普魯士與盧森堡國皆屬之。

第二、政合國 政合國係基於特殊事項或地理關係而結合。即二個以上之國家。因對外關係。合而為一。其內部仍各有獨立之主權運用機關是也。如歐戰以前之埃及與匈牙利國。千九百零五年前之瑞典與挪威國屬之。

聯邦

第三、聯邦 聯邦者、複數國家。僅於一定之對內關係、及對外關係。為共同之聯合。而其他之一切關係在國內法上與國際法上仍各自獨立者也。例如派遣外交官及領事官之類。均由聯邦政府行之。其聯邦各國之主權。仍屬最高。而非更有最高之主權加乎其上。故學者間又稱之為國家聯合云。但此種聯邦。須有繼續聯合之目的。若日俄協商日英同盟之類。則非有繼續聯合之目的。均不得謂為國家聯合。惟由千七百七十六年至千七百八十七之美國。千八百十五年至千八百六十六之德意志聯邦。始得謂之為國家聯合焉。

合衆國

第四、合衆國 合衆國者。其組織之各國家。對內關係。雖各自獨立。而其上則更

有共通之主權。以行使其對外關係而完全形成一個國家者也。如現在之北美合衆國及瑞士國均屬之。故學說上一稱之爲聯合國家云。

第五節 普通國及永世中立國

普通國與永世中立國

普通國與永世中立國之區別。亦基於國際法上之分類。普通國之稱謂。係對永世中立國而言。卽凡非永世中立國之獨立國家。皆屬普通國。

永世中立國之設基於列強之均勢

永世中立國。與在戰時之局外中立不同。乃基於關係列強之條約。平時完全處於中立地位之國家也。此種中立國。係由列強之勢力平均而成。卽凡與條約有關之國家。均不能任意侵犯。否則。列強負有防護之義務。當環起而攻之。故此種中立國又稱之爲緩衝國云。第永世中立國雖立於不受侵犯之地位。同時應負遵守條約之義務。卽不得割讓土地與他國。除自衛外不得與他國開爭。保障他國之中立。並不得與他國締結攻守同盟或防禦同盟等條約是也。蓋以上事項。皆與列強設定永世中立國

之本旨相遠。不能不加以種種限制也。瑞士自一千八百十五年以來。比利時自一千八百三十一年以來。盧森堡自一千八百六十七年以來。均已處於永世中立國之地位。然自國際聯盟成立以後。此種國家。幾無設定之必要。

第四章 國家之發達

國家發達可大別爲四期

社會演進之理。千差萬別。欲求一一殫述。其勢難能。惟由大量觀察。則自簡單而入於複雜。自隱微而趨於顯著。實爲不易之原則。國家之發達。亦復相同。茲溯其發達之跡而研究之。約有左之四期。

孤立時代

第一期、孤立時代。洪荒之初。人文未啓。游牧轉徙。聚散靡常。一家之間。互戴家長。各自孤立。母權父權之制。漸次產生。家屬但以服從家長爲天職。各家之間。一盤散沙。既無關聯。復不統一。各自逞其天賦之機能。恣肆放縱。爲所欲爲。了無忌憚。蓋大古荒陬之民。醉生夢死。窮老不相往來。而社會酬酢周旋

之儀無聞焉。是爲孤立時代。

部落時代

第二期、部落時代。世運漸進。生齒日繁。圓顛方趾。蔓延大地。隣里之村。比閭之族。彼此距離。益趨接近。而向之各逞天賦。恣意自由。無禮法以爲之制限者。遂至彼此傾軋。互不相凌。傾軋日烈。危險愈深。於是凜然覺悟。各捐小忿。共圖生息。因生息而扶助。因扶助而團結。遂有團體組織之發現。其才德勇武之士。受羣衆之推戴。發號施令。共相遵從。故部落以成。酋長以立。而治者與被治者之關係亦肇始焉。

封建時代

第三期、封建時代。部落之制。僅屬少數人民之集團。其勢力尙屬微弱。未足以長治而久安。且部落之間。偶有小故。輒起兵戎。競爭之餘。優勝劣敗。其部落之強有力者。遂益逞其蠶食鯨吞之手段。而弱小之部落。乃日歸於淘汰而自然減少。部落之數既少。部落之團體益大。於是文物制度。日趨進步。其優勝之酋長。遂擁有多數部落而爲統率之諸侯。諸侯之間。互相征伐。其最優勝者。更本其

雄厚之勢力。爲諸侯之盟主。獨擅霸權。號令天下。而封建之局以成。

第四期、國家統一時代。封建之世。各逞武力。互爭長雄。遂至干戈擾擾。生靈塗炭。騷亂之極。弱者先亡。強者獨存。其尤強者。乃至統一宇內。收剪滅掃蕩之功。而完全統一之國家生焉。凡此發達之跡。總覽各國史乘。挨次推索。無或爽者。至國家將來進化之跡。止於何境。大同世界。何時實現。則非此時所能預期。不過從理想上推測。終有達到之希望耳。

第五章 國家之目的

國家目的之古代學說有二

關於國家之目的。學者問之主張。互有異同。就古代之學說言之。可大別爲二種。其一統治權說。即主張係統治者或統治權之維持。其二神意說。即主張爲神道使命之實行是也。前者謂國家之目的。在維持統治者之地位。與統治者之權力。使之不失。國家雖有時亦有別種目的。但其終局之點。專屬於此。後者謂國家爲神道所創

統治權說

造。以天命爲主宰。故國家之目的。即在實行神道之命令。

依統治說之主張。以國家必有統治者與統治權。固屬不誤。然此僅可認爲達到目的之手段。而非可指爲國家本體之目的。若國家之目的而專在維持統治者與統治權之地位。是直屬一私人之國家。而非國民共同組織之國家矣。其思想殊爲謬誤。

神意說

依神意說之主張。謂萬物皆由神命。國家亦然。是直以宗教思想與政治思想相混淆。且更爲專制君主假託神意以愚昧人民之工具。其無研究之價值。更屬顯然。

國家目的之近代學說亦有二

此外尚有爲近代學者所主張之說。就其主要者言之。約有積極說與消極說之二種。分述如次。

積極說

第一、積極說 積極說之學說甚多。其最著者。謂國家之目的。在增進一般人民之幸福。近世英國邊沁氏之實利主義。卽此說之代表也。此說以增進幸福爲理由。

固較統治說與神意說爲正確。然此說之流弊。非僅爲專制君主所假借。以爲不當之干涉。卽共和國之元首。亦往往利用之。徵之法國大革命後。千七百九十三年

頒布共和政治之憲法。有以增進人民幸福爲目的之明文。然政治當局。恆借此名義。濫用職權以干涉人民之自由。又我國民國元年頒行之約法第六條各款。亦明定人民享有各項自由權。按諸實際。完全相反。其明證也。且此說更不免有重視國家之嫌。蓋人民之幸福。乃人民自增進之。國家非能增進之。不過加以補助誘導之責而已。如經濟上之財貨。皆人民以自力取得。并非國家所授與。卽其適例。又幸福二字。亦屬含混。不能爲具體之說明。故此說仍不足採。

第二、消極說 消極說與積極說相反對。積極說以國家之目的無限制。凡增進人民幸福者。國家皆得爲之。消極說則以國家之目的有限制。除一部分爲國家所應爲者外。皆宜任人民爲之。此說之派別甚多。如個人主義說、放任主義說、法律維持說、權利保護說均屬之。其共通之主張。則以人類社會。不僅國家之一種。凡關於一般人民利益事項。尚有宗教團體慈善團體等可以擔任。不必盡由國家擔任之。國家之職責。專在於法律之維持。權利之保護而已。此說蓋爲反對積極說而

生。陸克氏康德氏斯賓塞爾氏。皆爲主張消極說之巨子。陸克氏之言曰。國家之目的。以保護個人之生命、自由、財產爲原則。其以強制法規限制個人。乃屬例外。康德氏之言曰。國家之目的。在實現人類之權利。秉政者當本其仁愛之心以治國家。不可專擅獨斷以摧殘人民之權利。剝奪人民之自由也。斯賓塞爾氏則根據生物學以倡政治上之個人主義。以爲各種生物之活動。純基於自由發達之結果。毫不假借外力。故其繁茂滋長。基布全球。人類亦然。宜任其自由活動。不可過事干涉。否則。是以人民爲他種生物之不若。殊非所宜。

消極說之批評

陸克康德斯賓爾氏之主張。雖各具補偏救弊之苦衷。然究不足爲國家目的之說明。蓋政治上之國家主義趨於極端。固足以蹂躪個人之權利。然政治上之個人主義趨於極端。亦徒以滅殺國家活動之範圍。而不能使國家爲充分之發達。處今日列強競爭之世。尤非所宜。故亦難認爲適當。

國家目的有二

要之。以上諸說。均失之偏。惟日本小野塚氏所著政治學中。關於國家目的之主

張。頗稱周詳。茲摘要而說明之。約有原始目的與終局目的之二種。

第一節 原始目的

原始目的。即國家最初之目的。更別力之組織及運用。與法之組織及運用之二種。

分述如次。

力之組織及運用

第一、力之組織及運用。國家語目的中。其起原最早且占重要之地位者。力是也。力即武力。陸海軍隊之設備及活動屬之。陸海軍隊者。外之對他國家之侵凌。內之對組成分子之反抗。皆為最有力之排除方法也。故國家之始期。殆以此為惟一之目的。蓋文化未啓。武力而外。不足以維持國家之存在。以國家組織之初。人民既存輕視。外國亦生覬覦。不能不以力之組織及運用。為國家立脚之基礎也。至國家漸次發達。始漸覺有其他之目的。然力仍為強制組織之根本要素。而與國家之存在相終始。雖國家為充分之發達。亦絕不能除去此種目的也。惟專事武

力。亦非善政。不得不藉他種目的以輔助之。

法之組織及運用

第二、法之組織及運用。法之效用甚大。非僅爲個人間（國家分子）行爲之規範。凡國家諸機關之組織及作用。亦皆依之爲準則。無論何種國家。決不能離法而存在。故法之組織及運用。實爲國家之一大目的。蓋成文法之制定。雖在國家發達之後。而習慣法之流行。乃在國家組成之前。法與國家之存在。確有密切之關係也。又法之內容。雖因時代之變遷。古今異轍。然其所以維持國家之秩序。保護社會之安甯。不能不借助於法。此固東西各國所同概者。

法與力二者互
相爲用

法與力二者。又有互爲目的。互爲手段之關係。如國家立法。必賴武力以運行之。是以法爲目的而以力爲手段者也。又國家編制軍隊。必賴法律以保持之。是以力爲目的而以法爲手段者也。故二者之效用。幾於相等。惟分別論之。則對外之關係。力爲重。法次之。如國際紛爭。雖有公法。然一切交涉。非有實力。必難取勝。且一旦決裂。更須訴諸武力。其明證也。對內之關係。法爲重。力次之。如維持秩序

。保護安寧。均無一不賴法律之效用。而力之行使。乃在萬不得已之時。其明證也。但此僅就平時言。若當內亂頻仍。則力又轉重於法。惟法之目的。終為國家所不可缺耳。

財政亦國家之
要政

此外有不列入國家之目的內而為國家原始所有者。是為財政。常國家機關之運用。與一切政務之推行。均不能不借助於資財。故資財之支出與收入。實為國家之要政。即所謂財政問題是也。原始之國家。固不可不注重財政。發達之國家。對於財政問題。尤不可不有充分之研究。惟此僅為達到各種目的之手段。而非國家原始之目的。故不列入國家目的中。

第二節 終局目的

終局目的。對原始目的言。即國家最後之目的也。有謂原始目的。為關於國家之存在。終局目的為關於國家之發達者。然此等目的。互相關聯。其於國家之存在及發

終局目的對原
始目的言

達均屬必要。不必爲此截然之區別也。亦有以幼稚之國家。急於維持存在。故注重原始目的。而終局目的。僅爲達到原始目的之手段。至發達之國家。則力謀人文進步。故轉注重終局目的。而原始目的。又變爲達到終局目的之手段。然此種見解。亦趨極端。蓋此等目的。係適於一般之國家。非指一時代之國家言。應使兩者併立。無分輕重。所謂原始終局者。不過因國家發達之順序而加之冠詞耳。

終局目的有二
個人身心之發達

第一、個人身心之發達 國家之始期。本不能忘却個人身心之發達。惟必俟權力樹立之後。乃能爲種種之設施。而特別注重。故古代觀念。重視國家。個人僅爲國家之分子。離國家以外。別無所謂個人之權利。迨至近世。一方視個人爲國家之分子。他方則視個人離國家以外仍享有獨立之地位。此自陸克主義之反動國家萬能說及反暴君論者之學說倡導以來。始認個人之地位。不僅爲國家之分子。於是始以個人身心之發達。爲獨立之目的。而所以謀個人身心發達之設施。亦日趨完

國家對人民不可過於干涉

備焉。

個人身心之發達。既為國家之一目的。國家欲達此目的。不可不慎重其手段。即國家不可為過當之干涉。凡便於個人身心發達之境遇。宜予以相當之自由而為適當之保護。否則。目的莫達。障礙橫生。殊非所宜。

社會文化之進步

第二、社會文化之進步。個人發達。則國家亦自進化。似不必更注及社會。然個人與社會。未可混淆。往往個人發達之國家。而社會之組織尚屬幼稚者。故離開個人而謀社會文化之進步。亦國家之一重要目的也。

國家對於社會事業亦不可輕於放任

有謂文化之進步。屬諸社會事業。非國家之目的。而以國家干涉為不當者。如消極說之主張是也。然當茲競爭劇烈之際。國家苟無積極促進文化之目的。教育工商經濟交通各事業。在在落後。必不免國際上之淘汰而歸於澌滅。殊背國家發揚光大之本旨。

以上四種目的

以上四種目的。均互相為用。不可偏廢。學者間有僅以武力或法律之一種而指為國

不可偏廢
家之目的者。亦有僅以個人之發達或社會之進步而指為國家之目的者。是皆囿於一偏而非正確之論也。

第六章 國家之活動

國家依主權而統治之。無主權則無國家。故國家之活動云者。即主權作用之義也。主權為國家之最高權。其本體本不可分。惟主權之作用。則千差萬別。不勝枚舉。自法國孟德斯鳩 (Montesquieu) 倡三權分立說以來。各國多襲之。我國則實行孫中山氏之五權說。茲先就三權之概要說明之。

三權分立之解釋
所謂三權者即立法司法及行政之三作用也。其意義之解釋。有形式說與實質說之二種。前者係由形式上觀察之見解。後者則從實質中分釋之見解也。茲分說如次。

形式說
第一、形式說 主權依其作用之形式(即司主權作用之機關)而分為三權時。則得如下之解說。

(一)立法者以議會（即立法院）而行使主權作用也。

(二)司法者依法院而行使主權作用也。

(三)行政者依議會及法院以外之機關而行使主權作用也。

形式說之批評

此種見解。表面上雖似相當。然徵諸多數國家之實例。則各國立法機關除關於法律案外。而預算之議決及請願之受理等立法以外之作用。亦兼爲之。是依議會而行之作用。非專屬於立法也。又法院於民事刑事之審判職務外。凡登記事務之執行。戶籍事務之監督。以及其他之非訟事件皆處理之。是形式說未必盡合於事實也。

實質說

第二、實質說 三權之區別。自其實質內容而分析之。則得如次之界說。

(一)立法者、制定法規之作用也。

(二)司法者、以維持法規爲直接之目的。而爲法規解釋適用之作用也。

(三)行政者、以法規之解釋適用爲手段。以維持社會之安寧秩序、增進人民之幸

福爲目的之作用也。

實質說較爲切
適

此種見解。比之形式說較爲適合。其所謂立法者。非僅指狹義之立法案。而爲廣義之制定法規。司法云者。以解釋法規而適用之於一定事實。爲其直接目的之作用。而在行政之解釋法規、適用法規者。則僅爲其手段。依此手段而欲達到之目的。則別有所在也。設有殺人事件發生。則解釋及適用刑法中關於殺人之條規。而謀其法規之維持者。乃司法之終局目的也。雖其結果有利於社會之安寧。及人民之幸福。而實則不過間接之反射作用耳。至若適用行政執行法而檢束危險之人物。禁止軌外之集會等類。非僅解釋適用此法規卽爲行政之終局目的。而欲依此以保持社會之安甯秩序。增進人民之幸福。乃以之爲手段而解釋適用之者也。但通常行政官有自由裁量權。

五權制於三權
外加監察考試
二權

以上爲各國通行之三權制。至孫中山氏所倡之五權制。卽於立法司法行政三作用外。更加以監察及考試兩作用。分言之。

(甲)監察者、職司糾彈而以澄清吏治爲目的者也。其執行此種職權者。爲監察院

監察權之獨立

(乙) 考試者、職司銓衡而以登庸人材爲目的者也。其執行此種職權者。爲考試院。監察考試二權。各國均未獨立。其監察權之作用。由議會行使之。卽所謂彈劾權是也。其考試權之作用。由行政機關行使之。而附於行政權之中。惟議會既職司立法。而又兼任彈劾。非第責任不專。且覺權限過重。故宜有以劃分之。以彈劾爲獨立之監察。庶幾責有專屬。毫無徇隱。如我國歷代採用之諫議制度。御史給諫。皆得獨立言事。雖以專制君主之詔命。亦得據理駁斥。不受任何限制。此卽監察獨立之沿革而爲中山所採用者也。至行政機關既有用人行政之權。而又兼銓衡之任。則上下其手。進退出入。均可自如。以致諂庸在位。賢良失業。往往而有。故宜特別劃分。使銓衡之權。特別獨立。庶幾真材有登庸之機。政局有革新之望。如我國昔時之科舉制度。以考試爲掄才大典。人材之拔擢。專出於考試。較之以薦牘爲要需。憑勢力爲去留者。其公私得失。奚啻霄壤。此又考試獨立之沿革而爲中山所採用

者也。本上兩點。是五權之制。優於三權。當不俟煩言而解矣。

第四編 權利及義務

第一章 權利之意義

法律之本位

當研究權利義務之先。對於法律立腳點之重心觀念。不可不特別注及。即所謂法律之本位是也。

法律由義務本位而入於權利本位

法律本位之普通觀念爲權利。故以法律爲權利之規定。法律學爲權利之學。乃現代學者間之通說。惟由人類社會之進化程序觀之。其於團體凝固現象之前而第一發生者。厥惟義務觀念。社會之重心力。即因此義務之強要而發生法律。故義務先法律而存在。法律乃後義務而發生者也。其最初發生之義務。對於社會具有最高權力者。厥惟服從。因服從之結果。遂對於同體團員之他人。爲法律上義務之確定。因此種確定義務之結果。而權利觀念。乃漸次發生。更因個人之發展充實。由個人與最

現在法律有由
權利本位入於
社會本位之趨
勢

高權力對抗之結果。而確定發達。於是法律觀念。遂由義務本位而入於權利本位焉。權利本位。既由義務本位進化而來。從理想上推測之。法律之重心。當不必以權利為唯一之本位。以權利之擁護。係原於義務之強行。即因義務之強行而擁護權利。尚非法律終局之目的。其終局之目的。在於促進社會生活之共同利益。以謀人類之安全。是法律之重心。將移於社會。而必以社會為本位。可斷言也。故當個人不自覺時代。法律之觀念。以義務為本位。及個人自覺時代。法律之觀念。以權利為本位。今漸入社會自覺時代。而法律之觀念。遂不能不注重社會之公益而以社會為本位云。

權利之意義有
二

關於權利之意義。學者間之主張。互有異同。就其重要者言之。有意思說與自由說之二種。分述如次。

意思說

第一、意思說。此說謂權利者。法律賦予意思之勢力或主宰力也。依此說之主張。以意思為要件。是必具有意思能力者。始能享有法律上之權利。若心神喪失或

精神耗弱之禁治產人。(參照民法第十四條及第十五條)或未滿七歲之未成年人。(民法第十三條第一項)皆無意思能力。將均不能爲權利之主權而受法律上之保護矣。故此說殊不足採。

自由說

第二、自由說。此說以權利之本質。在保護法律上認許各人之自由。詳言之。各人天賦之自由。因社會之進化。人類之繁榮。彼此之間。常生衝突。法律乃劃定各人應有自由之範圍。使不相侵犯。而於其自由範圍內得爲權利之主張也。但此說以權利卽自由。亦欠完善。蓋自由固爲權利之一種。而權利究不限於自由。且或因享有權利而轉不自由者。如享有親權之父母負有扶養子女之責任。是名義上雖享有權利。而實際上則增重負擔。轉不自由。其明證也。故此說亦無採取之價值。

權利之定義

以上二說。均無足採。茲特參酌多數學者之主張。折衷現代法律之趨勢。而爲權利之定義曰。權利者。法律設定保護之利益也。更依此定義而分析說明之。

權利即利益

第一、權利者利益也。權利之觀念。雖因時地人三者而迥異。茲之所謂利益者。非僅指金錢上之利益。凡生活上必要之特定利益。均包含之。即滿足之意義也。如所有權之行使。則因物之使用或處分以滿足自己之利益。又如債權之行使。則使他人給付金錢物品或使他人為某行為以滿足自己之利益皆是也。又利益雖非基於直接滿足。而由間接以滿足之者。亦不失為權利。如無行為能力人由法定代理人代為意思表示並代受意思表示。(民法第七十六條)即基於代理權而間接以滿足其利益。亦可以權利視之也。耶林氏(Hering)曰。權利者、法律所保護之利益也。即屬此義。

權利由於法律
之設定

第二、權利者法律所設定者也。權利之存在。有主張出於自然者。有主張由於保護者。議論紛歧。莫衷一是。輒近學者。則羣以權利之存在。須基於法律之認定。彼天賦自由之權。雖一時為自然法學派及政治家所主張。然詞涉空闊。漫無範圍。不得謂為法律上之權利也。法律上之權利。必屬法律所明認之利益。其非法

權利因法律保
障而存在

律所明認者。雖有絕大利益。亦不能恣意攫取。即不得視為權利。蓋權利由法律所設定者。必為正當利益。否則。必非正當利益。法律非第不為設定。且更嚴予禁止。故不能以權利視之也。

第三、權利者因法律之保護而存在也。權利不僅為法律所設定。且更須得法律之保護。始能完全行使。苟僅有法律之設定而無法律之保護。仍不得謂之為權利也。如所有權本為法律所設定。倘所有權被他人侵害。而法律對於侵害者不予制裁。對於被侵害者不加保護。則此種所有權等於虛設。而無存在之希望矣。故權利云者。不僅為法律所設定。且須得法律之保護。始能確實存在而為真正之權利也。故凡法律設定之權利。必藉法律以保護之。如所有權被他人侵害。則有民事制裁以保護之。如人格權被他人侵犯。則有刑事制裁以保護之。其明證也。

第二章 權利之種類

權利區分之標準有五

權利區分之標準。學者間之主張。各不相同。茲舉最普通之分類而說明之。則有左之五項。

- (一) 公權及私權。
- (二) 對世權及對人權。
- (三) 原權及救濟權。
- (四) 主權利及從權利。
- (五) 專屬一身之權利。及有移轉性之權利。

第一節 公權及私權

公權及私權

公權私權之區別。學者間之議論紛歧。有依權利之主體以爲區別者。有依權利之起源以爲區別者。有依主張權利者之關係以爲區別者。然究非正確之標準。不如基於公法私法以區別之之爲當。即公權者。公法上之權利也。私權者。私法上之權利也。

。但於此有應注意者。公權雖爲公法上之權利。然由公法上之處分及其他公法上行爲之結果而生之權利。則不可悉誤解爲公權。如特許專賣者。行政上之處分也。特許法雖爲公法。而因此而生之特許專賣權。則爲私權中之財產權。反之。請求特許之請求權。則爲公權。

公權私權各有
多種

公權私權又各得細別爲多種。茲先就公權之分類。加以說明。次款始述私權之分類。

第一款 公權之分類

公權大別爲國
家公權及國民
公權兩種

公權約別兩大部。國家對於人民之權利。是爲國家之公權。人民對於國家之權利。是爲國民之公權。國家之公權。計分立法權、行政權、司法權、考試權、監察權五種。已於國家之活動中說明。第三編第六章國民之公權。計分行爲請求權、自由權、參政權三種。行爲請求權。更別爲審判請求權請願權二種。自由權更別爲居住遷徙之自由、身體安全之自由、住宅安全之自由、書信祕密之自由、集會結社之自由

思想發表之自由、所有之自由、及信教之自由八種。參政權更別為選舉權、創制權、複決權、罷免權、及為公務員之權五種。茲列表以明之。



學者間有主張國民之公權不能存在者。略謂私人對於國家不能主張權利。蓋權利必藉法律之保護。國家操制定法律之權。其對於國民權利之保護與否。一任國家之自由。故國民不得違反國家之意思。對國家主張權利。人民之權利。國家得以立法權廢棄之。凡經國家廢棄之權利。無論人民有如何之請求。法院無由保護之。其請求之是否允許。純係國家之自由。人民不得強制之。故不能認為國民之權利。依此說之主張。國民對於國家。既無所謂權利。則凡財產被國家侵害時。均無法以保障之。則生殺予奪。一任國家之自由。而為極端之國家萬能主義矣。國家雖有廢棄法律之立法權。然其立法權之行使。係由國民選舉之代表。而非個人所能專擅。必其法律有背於共同生活者始廢棄之。其有益於人民之共同生活者。決不能輕予廢棄。是立法權亦非漫無限制者。況權利既為法律所保護。其在保護之法律未廢棄以前。人民為法律範圍內之請求。國家實無權以剝奪之。致自陷於非法之地位。是國民對於國家得主張正當之權利。其理甚明。無庸詳加剖辯者也。茲將國民享有公權之實質

實可大別爲三
種

第一項 行爲請求權

行爲請求權者。國民對於國家要求爲某種行爲之權利也。如所有人之財產被他人侵害時。得請求司法機關爲損害賠償之裁判。以保其權利。卽其例也。此項請求權。

又可細別爲審判請求權及請願權二種。分述如次。

二 審判請求權有
第一、審判請求權。 審判請求權更別爲行政行爲請求權及司法行爲請求權二種。

二 行政行爲請求
權
(甲)行政行爲請求權。 卽私人因權利之保護。請求國家行政機關爲必要之處分者也。如請求業務登記、或特許其使用建築物。及對於行政官署之違法處分侵害私人權利時。得向上級官署請求變更或廢止其處分。以保護其權利等是也。

司法行爲請求
權
(乙)司法行爲請求權。 卽私人權利被侵害時。請求司法機關爲裁判上之保護是也。此種權利。各國憲法。均明定國民有請求國家爲審判之權。卽所謂訴權是也。學者間有主張民事訴權非公權者。然民事訴權。亦屬人民對於國家權利之

一。應以列入公權爲適當。

請願權之要件
有四

第二、請願權。請願權者國民爲私益或社會公益計。對於過去現在或將來之事項。陳述意見於國家。請求其採納實行之謂也。縱覽各文明國之憲法。靡不明認人民具有此項請願權。蓋所以集思廣益。俾人民各抒所見。詳陳利弊。以資改良。且得下情上達。不致彼此隔閡也。茲分述請願權之要件如次。

請願不限於公
事

(一)請願事件。不限於公益。卽私益亦得爲之。請願係人民對於國家行爲請求權之一。卽人民對於國家有陳述意見之權。其所陳述之事件。不問關係公益私益。皆可儘量發揮。不加限制。蓋國家之行動。雖以公益爲主旨。然請求之私益。既無礙於公共之安甯幸福。國家當然應予人民以自由發揮之機會也。

請願不受時間
之拘束

(二)請願事件。不問過去現在或將來。皆得爲之。請願事件。不受時間性之拘束。卽不必以現在事件爲限。凡過去或將來之事項。皆得陳述之。如請求取消或變更以往之處分以保護私人之權利。或請求改良現在之制度以謀社會之利益

。或對於將來應興應革之事項。希冀切實施行。以促國運之進步。均可自由陳述。但因行政上之不當處分。侵害人民之權利時。其請求取消或變更該處分之程序。近世文明各國。多依行政訴訟法及訴願法之規定行之。惟英美兩國。行政官違法侵害人民之權利時。受害者得直訴之於普通司法機關。請求救濟。其他各國。則另設平政院以管轄之。我國在臨時約法有效時代。曾有平政院之設。即屬於此。

請願係對於國家爲之

(三)請願係對於國家爲之。請願之方法。有對於國會爲之者。有對於官廳爲之者。亦有對於自治團體爲之者。然國會官廳。乃國家之機關。而自治團體。亦受國家之監督。故可認爲向國家爲之。

請願由人民陳述意見以備國家之採擇

(四)請願者、人民陳述意見。請求國家之採擇施行者也。人民對於國家陳述意見。原冀國家之採納施行。雖採納與否。屬之國家機關。但人民既有請願之提出。國家機關。亦應切實審查。分別處理。苟有裨於實益。固無妨儘量採納。

逐一實施。以增進人民之幸福而謀國家之發展也。

第二項 自由權

自由權之爭在
歷史上最爲劇
烈

自由之爭。係反對暴君專制而起。故湯放桀。武伐紂。子輿氏曾以「賊仁者謂之賊。賊義者謂之殘。殘賊之人。謂之一夫。聞誅一夫紂矣。未聞弑君者也。」之正義評之。而一般學說。均稱湯武革命。應天順人。足徵淫威之不可徒逞。而民權之不可終奪也。自天賦人權之說興。暴君放伐之論起。自由之爭。愈演愈烈。美之離英獨立。法之革命頻仍。與夫滿清之覆滅。民國之肇造。雖尸骨滿山碧血成河而不少惜者。無非自由階之也。蓋專制之君。所以錮其民者。幾無所不用其極。人民蟻伏於虐政之下。鉗口結舌。蛙步荆棘。偶語棄市。三字含冤。鉤株連坐。閭閻爲墟。如漢宋黨錮。唐代清流。朱明東林復社之禍。滿清康乾文字之獄。讀史至此。有餘痛焉。惟物極必反。理勢之常。故斬木揭竿之徒。崛起隴畝之中。雖有金城湯池之固。犀象虎豹之威。恆一潰而不可復振。卒之人民得最後之勝利。謀自由之保障。

各國憲法上保護之自由權約有八種

乃與政府劃分權限。垂爲規律。而個人對於國家所享之自由權。始克確立。此種歷史上之往績。古今東西。靡不從同。有統治之責者。不可不引爲炯戒也。茲舉各國憲法上保障個人自由權之概要。略述如左。

居住遷徙之自由

第一、居住遷徙之自由。歐洲古代之國家。對於人民之居住轉徙。限制甚嚴。凡身列奴隸者。生老病死。均不能逾越主人監督之範圍。其無居住之自由。固不待詳論。即奴隸以外之人民。欲移轉其居住。亦須經長官之許可。或課以通行之苛稅。以無形阻遏其往來。如所謂來住稅退去稅之類是也。洎十八世紀中葉。此制漸弛。沿至近世各國。乃於憲法中明定規定。以作人民自由之保障。第因維持風化之必要。仍有例外之限制。如妓戶必須萃處。不能任意遷徙。即其例也。

居住自由之內容

居住自由之意義。即凡屬組織國家分子之國民。不問智愚賢否。均有永續居住國內之權利。國家不能放逐之。如所謂擯諸四夷不與同中國之現象。只能於古代行之。今則明定憲典。不能剝奪此種自由矣。雖人民因政治關係或其他刑事上之關

遷徙自由之內
容

係。常有自行逃避於外者。然此係畏罪之結果。非國家具有放逐之權也。

遷徙之自由。更包含三事。卽（一）出籍之自由。（二）國外居住之自由。（三）國內居住之自由是也。國內居住與國外居住。均屬人民之自由。理由甚顯。無俟贅敘。惟出籍一點。係指脫離國籍言。脫離國籍。古代各國法律。類皆禁止。至近世始認人民有脫離國籍之自由。特其條件與程序。仍有一定之限制。如我國國籍法第三章國籍喪失之規定。必無未結之民刑訟件、兵役之義務、應納未繳之租稅、及文武官職者。始准其出籍。既出籍後。所有中國人在內地特有之利益。均不得享受。其有夫之婦。不得單獨呈請出籍。又凡依法尙未成年及無能力者。亦不准自行呈請出籍。且出籍必經內政部之批准。始爲有效。是皆關於出籍之限制而非絕對自由。蓋脫離國籍。於國家權利有關。不能不有相當之限制也。（參照國籍法第十條至第十四條）

身體安全之自

第二、身體安全之自由。身體安全之自由者。卽人民之身體。非依法律。國家不得

由

逮捕、拘禁、審問、處罰之之謂也。現今文明各國。皆認人民有身體自由之權利。國家不得任意拘束之。即因犯罪關係。及其他侵權行為。應施以相當之制裁。亦必須依照法律上之程序行之。如關於刑事上之犯罪而施以逮捕監禁時。必須依照刑事法規行之。關於民事上之責任而施以訊問處罰時。必須依照民事法規行之之類是也。

住宅安全之自由

第三、住宅安全之自由。住宅為人民生活之本據。自應保持其安全。倘許任意侵入或搜索。則滋擾不堪。困頓孰甚。此各國憲法。所以明認人民之家宅。不得任意侵入或搜索也。雖有時因政治軍事或刑事上之關係。亦有加以侵入或搜索者。但必依據法律行之。如因戰事發生而為侵入或搜索者。必根據戒嚴法規行之。因犯罪行為發生而為侵入或搜索者。必根據刑事法規行之。又凡因保持公共安全及善良風俗而為侵入或搜索者。必根據警察法規行之。其明證也。

書信秘密之自由

第四、書信秘密之自由。書信之內容。有關於親屬中之秘密者。有關於愛情上之秘密者。亦有關於利益上之秘密者。然均屬於本人自身事件。他人決無暴露其秘

密之權。故各國憲法。對於書信秘密之自由。亦均明確認定。以資保障。但此種自由。僅就通常言之。若當軍事時期。及涉及訴訟證據。則國家機關。爲緊急狀態及搜索證據之必要。常有檢閱書信之權。

由 集會結社之自由

第五、集會結社之自由。集會者、多數人因共同目的。爲一時之集合者也。結社者、依多數人之合意。爲達共同目的以組織永續之團體者也。此等組合。亦屬人民之自由。各國憲法。多是認之。我國實行黨治。對於集合結社。須以不背於黨綱黨紀者。始得爲之。其於秘密之集合結社。禁制尤嚴。卽所謂黨外無黨黨內無派之策略。以貫徹一黨專政之本旨者也。

由 思想發表之自由

第六、思想發表之自由。卽人民得以言論或文字自由發表其意思之謂也。專制之世。偶語棄市。一字含冤者。所在多有。宏達之士。沉思所得。但能託諸風詠。倘或公開發表。慷慨陳詞。則文網之羅。儻不旋踵。亡清文字之獄。通儒碩彥。死喪枕籍。其明徵也。歐洲中世。對於印刷物品。亦採檢閱主

義。卽凡百著述。非先經政府檢查明析。不能刊布。故積學之士。僅能抱殘守缺。膠墨師說。而不能爲改良創造之主張。文化遲滯。良有以也。洎後法治進步。頓悟前非。個人思想之發表。一任自由。列諸憲章。於是書報雜誌。汗牛充棟。而學術發達。文運進步。遂致一日千里。且有巧奪天工之勢。乃知防民之口。甚於防川。治川者決之使導。治民者宣之言。誠爲不刊之論也。

所有之自由

第七、所有之自由。古代國家。人民無所有權。一切財產。均由專制之君主總領之。如所謂富有四海。貴爲天子。普天之下。莫非王土。卽當時財產制度之表現也。洎後天賦人權之說興。暴君放伐之論起。人民權利。漸次伸張。財產制度。大加改革。人民所有之自由。遂至列諸憲法。垂爲定規。向之君主私有之制。乃進而爲人民所有之制焉。今則土地國有之說。喧騰宇內。雖較君主私有。大相逕庭。然人民毫無私產。職務不免放棄。得失利弊。屬諸社會學之範圍。茲不暇詳爲評駁也。惟所有之自由。尙有相當之限制。如刑事上之罰金沒收。行政上之公

信教之自由

用徵收。國家仍有直接處分之權。其明證也。

第八、信教之自由。即人民對於宗教。有自由信仰之權是也。歐洲古代。對於人民信教。限制甚嚴。有禁止尊崇一教者。有因信仰某教即目爲異端邪說而施以虐待者。沿至中世。羅馬天主教盛行。其教皇之威權。遠在各國元首之上。當時國君之進退。幾視教皇之喜怒爲轉移。人民更無論矣。迨路德倡宗教改革之議。阻力橫生。爭端以起。人民因求信教自由之故。前仆後繼。死亡枕藉。歐人至今。猶有餘痛。我國自漢武帝採董仲舒之說。尊崇儒術。罷黜百家以來。棄棄君相。雖兢兢以儒家爲國教。然老莊清談之學。仍盛行於魏晉。釋迦寂滅之旨。復風靡於宋明。當時之政府。固未曾橫加干涉於其間。是人民信教之自由。早著於歷史。非待憲典之規定。始具有此種權利也。惟現在提倡文化。捐除迷信。關於信教之自由。又不能不受種種限制耳。

第三項 參政權

總論 第四編 權利及義務 第二章 權利之種類

二五九

參政權約有五種

參政權即人民參與國家政事之權。現代一般國家。人民之參政權。僅有爲公務員之權及選舉權(包被選舉權言)兩種。殊不足以盡督監之能事。我國現採全民政治。全國人民。均有預聞國家政事之權。而政權與治權。亦示明白區分。治權屬諸政府。即立法司法行政監察考試五權是也。政權屬諸人民。即選舉權創制權複決權罷免權是也。治權已詳述於第三編國家之活動中。爲公務員之權。雖係參政權之一。而非屬諸政權之範圍。茲特將選舉權創制權複決權罷免權之四種。分述如次。

選舉權

(一)選舉權 選舉權即人民依法有選舉及被選舉之權利。內分直接選舉與間接選舉兩方法。其由一般人民一次選定者。是爲直接選舉。其非一次選定。而更由初次當選人重爲選定者。是爲間接選舉。故間接選舉有初選、複舉之別。直接選舉無之。近代各國。類採間接選舉制。我國前頒之參衆兩院選舉法及現頒之國民會議代表選舉法。亦均採間接選舉制。

創制權

(二)創制權 創制權即人民有自行立法之權。國家之立法權。原屬諸人民選出之代

複決權

表。卽立法機關之代議士是也。然代議士雖由人民選出。究竟能否盡職。尙屬問題。如我國從前之參衆兩院。開會數年。日事紛爭。對於立法事業。毫無成績。其明證也。惟人民具有創制法律之權。則關於需要之法律。可依多數之表決。自行制定。以免代議士之專擅。此卽創制權設定之要旨也。

(三)複決權 複決權者。卽人民對於立法機關所訂定之法律。有審核決定之權利也。原來立法機關制定之法律。無論內容如何。人民只有遵守之義務。絕無審核之權利。雖其法律違反共同生活狀況。人民亦無權以否認之。如各國立法程序。一經制定公布。卽發生強制通行之效力。卽其明證。人民既具有複決之權。則對於立法機關制定之法律。可重行審核。認爲不良之惡法。得毅然撤消之。使之重行制定。或根據創制權自起而爲之。此卽複決權設定之要旨也。

罷免權

(四)罷免權 罷免權者。卽人民對於選出之代表、及政府任命之官吏。有撤回或廢免之權利也。從來議員官吏。一經選出或任命後。縱有枉法不良情事。只能受法

律上之制裁。人民無權將其罷免。在代議士固非經滿任或依法解散後。不能將其撤回。即行政或司法官吏。非經上級機關之檢舉或監察機關之彈劾。亦不能輕於免官。以致貪官污吏。違法殃民。人民雖欲得而甘心者。亦憚於政府威權議員身分。而莫可如何。不肖之徒。且常因其勢力而阿附助長之。此苛政猛虎之論。所由作也。惟人民具有罷免權。則凡議員官吏之不良者。人民皆得撤除之。於是議員官吏。爲維持其固有之位置。亦不敢恣意橫行。而人民之政權。始得完全行使。此又罷免權設定之要旨也。

第二款 私權之分類

私權大別爲人身權及財產權二種

私權係基於私法上之權利。大別爲人身權及財產權兩種。人身權又別爲人格權及身分權。財產權又別爲物權債權及專用權。而人格權身分權物權債權及專用權中更可爲種種之細別。茲分述如次。

第一項 人身權

人格權約有七種

人身權者、於權利人之自身有密切關係之權利也。計人格權與身分權之二種。

第一、人格權 人格權即關於個人人格上之權利。其受他人侵害時。得請求法院除去之。(民法第十八條)約有七種。

甲、生命權 即保持個人生命安全之權利。無論何人。不能侵犯。

乙、身體權 即保持個人身體安全之權利。他人不能侵犯。

丙、自由權 即保持個人身體意思自由之權利。不受他人侵害。

丁、名譽權 即保持個人在社會上所有地位之權利。他人不得毀壞之。

戊、信用權 即保持個人在社會上所有信用之權利。他人不得妨害之。

己、姓名權 即禁止他人盜用個人專有名號之權利。以保持名稱上之安全。

庚、影像權 即禁止他人傳播個人自己影像之權利。以資保護。但亦有樂於傳播

影像以博世人之景仰者。如美國多用華盛頓影像。法國多用拿破崙影像。我國多用孫中山影像是也。惟影像為個人人格權之一。在法律上不能不有以保護之

身分權約有四種
第二、身分權 身分權即關於個人身分上之權利。其受他人侵害時。亦得請求法院

保護之。內分四種。

甲、親屬權 亦簡稱親權。即父母對於子女之權利。（參照民法一〇五九條至一

〇九〇條）

乙、家長權 即家長對於家族之權利。（參照民法一一二二條至一一二八條）

丙、監護權 即監護人對於被監護人之權利。（參照民法一〇九一條至一一〇九

條）

丁、繼承權 即繼承人之繼承權利。（參照民法一一三八條至一一八五條）

第二項 財產權

財產權約有三種
財產權者、得以金錢計算之權利也。內分物權債權專用權之三種。分述如次。

第一、物權 物權者權利人不俟他人之行為直接支配其物之權利也。細別之有所有

權、地上權、佃權、地役權、抵押權、質權、典權、及留置權、之八種。其內容俟各論民法物權編述之。

第二、債權。債權者權利人使他人為積極行為或消極行為之權利也。債權發生之原因。種類極多。如締結契約管理事務不當利得侵權行為以及其他各種商行為均屬之。其詳讓諸民法債編及各種商事法規中說明。茲不具及。

第三、專用權。專用權一稱智知權。又曰無形財產權。即因個人精神之運用而產生之物。國家予以專利之權者也。如關於文藝學術或美術之著作物。均有著作權。其他應用物理化學而發明製作之物品。得有專賣權皆屬之。

第二節 對世權及對人權

對世權一稱絕對權
對人權一稱相對權

對世權及對人權之區別。係以權利之效力支配範圍為標準。即得對抗於一般人之權利。謂之對世權。一稱絕對權。如物權、專用權、人格權等屬之。反之。唯對於特

對權

定人始得對抗之權利。則謂之爲對人權。一稱相對權。如債權屬之。相對權無追及力。如甲對乙負有債務。乙之債權。只能向甲行使。對甲以外之人。卽無行使其債權之權利。其明證也。若絕對權。則有追及力。如乙之所有物爲甲侵佔。雖輾轉入於丙丁戊己以至庚辛壬癸之手。乙皆可對物主張其所有權。不限對甲一人可以追索。而可對甲以外之人爲追索。故凡對世權皆有追及力。此又兩者區別之實效也。

第三節 原權及救濟權

原權一稱第一

權

救濟權一稱第

二權

原權一稱第一權。卽法律直接所制定之權利。不因他人之違法行爲而存在者也。救濟權一名第二權。卽因原權受有侵害。因欲達救濟之目的而生之權利也。如物之所有權。不待他人侵害而爲法律上直接設定之權利。是爲原權。卽第一次設定之權利也。若他人侵害其物。所有人對於加害人有請求回復原狀之權利。是爲救濟權。卽因救濟原權而爲第二次設定之權利也。故物權可稱爲原權。因侵害物權而生之損害

賠償請求權。則爲救濟權。蓋僅有原權之設而無救濟權以保障之。將至任人侵害徒有權利之虛名而無權利之實益。此所以又有救濟權之必要。而爲第一權第二權區分之效用也。

第四節 主權利及從權利

主權利及從權利

主權利者、獨立存在之權利也。從權利者、附屬於他種權利而存在之權利也。如所有權爲獨立存在之權利。故所有權屬主權利之一種。地役權抵押權皆係附屬他種權利（地役權常附屬於所有權。抵押權常附屬於債權。）而存在之權利。故均屬於從權利。

從權利以主權利之存在爲前提。故其發生消滅或變更。均以附隨於主權利爲原則。如因債權發生而設定抵押權。因債權變更而抵押權變更。與因債權消滅而抵押權隨之消滅。其明證也。

第五節 專屬一身之權利及有移轉性之權利

專屬一身之權利及有移轉性之權利

權利因其性質或法律上之規定。有不可分離之關係者。是為專屬一身之權利。如人格權及身分權。均有不可分離之關係。即專屬一身之權利也。反之物權、債權、專用權均可自由移轉。其移轉時。仍於權利上之利益無損。則皆屬有移轉性之權利也。

第三章 權利之主體

權利之主體爲人

權利之主體（義務同）爲人。即法律上認其有享受權利之人格者也。古代法律。雖屬人類。亦不必具有法律上之人格。如奴隸時代之奴隸。家族制度之家屬。皆無法律上之人格。即不能認爲權利之主體。亦有本非人類而可爲權利之主體者。如人類組織之社會團體。法律上認爲具有人格是也。近代各國。均採平等主義。凡屬人類。

人有自然人與法人二種。皆得爲權利之主體。故人之意義。乃包括自然人與法人言。茲分節而說明之。

第一節 自然人

自然人一稱有形人。具備人類之形態而爲權利之主體者也。故稱之爲有形人。近代法律。雖探平等主義。但法律上認爲權利之自然人。亦須具備左列二條件。

第一、須出生。所謂權利之主體者。係指權利能力言。人之權利能力。亦非漫無限制者。故我國民法。關於人之權利能力。亦有明白規定。即須出生於世者始能享

有之。其未出生以前。僅屬胎兒。不能認其爲權利之主體也。但亦有例外。即關於胎兒個人利益之保護。以將來非死產者爲限。得視爲與已出生者有同一之資格是也。（參照民法第六條及第七條）

第二、須生存。人類由胎兒出生以後。即享有權利能力。無論其生存之久暫。一息

尚存。均視爲權利之主體。惟生命終了時。則法律上以屍體視之。不復認其有權

利能力。即我國民法第六條後半段終於死亡之規定是也。

權利雖以平等
為原則但在公
法上頗多限制

要之。出生為權利取得之條件。死亡為權利消滅之條件。其出生以後死亡以前之自然。皆當然享有法律上之權利也。但此種權利平等之原則。僅限於私法上之權利為然。若從公法上觀之。雖名義上亦係採用此原則。實際上則殊多例外。如關於年齡上之限制。財產上之限制。及男女間之限制。雖各國立法例有寬嚴之不同。其間終有顯著之差別。則一也。

能力有權利能
力與行為能力
之別

人在法律上之能力有二。一曰權利能力。一曰行為能力。權利能力。係享有權利能力之謂。如民法第六條規定始於出生。終於死亡。即指享有權利之能力而言。故權利能力。人人皆享有之。至行為能力。係指發生法律上效果之能力。不問其行為之是否適法。在私法上均應發生效力者也。此種能力。則不必人人具有。如未滿七歲之未成年人及禁治產人。均無行為能力。其滿七歲以上之未成年人。僅有限制行為能力（參照民法第十三條各項第十四條及第十五條）是也。故有權利能力者。不必

有行爲能力。而有行爲能力者。則皆有權利能力。此又兩者區別之要點也。

第二節 法人

法人一稱無形人

法人者、有權利能力之社會組織體也。蓋各自然人之命運有限。欲達永久繼續之社會目的。非創設有權利能力之社會組織體不可。故法律上於自然人之外。對於此種社會組織體。賦予權利能力。認爲具有人格而爲權利之主體。是爲法人。以其不具備自然人之形態。又以無形人稱之。關於法人之意義及本質。古今學說甚多。其主
要者約有四種。

法人本質之學說有四

法人擬制說

第一、法人擬制說 此說謂法人本無人格。其人格由於法律上之擬定。蓋權利基於意思力而生。凡享有權利者。必爲有意思力之自然人。其非自然人而享有權利者。乃法律對於自然人及財產之集合體賦予人格。而爲一種例外。卽所謂法人是也。

無主財產說

第二、無主財產說 此說以法人非有人格。僅屬一種權利。權利即財產。該項財產。既不屬於自然人。則為無主。法人即指此欲達一定目的之無主財產言。此說一稱目的財產說。

全體受益說

第三、全體受益說 此說以法人非指無主財產。乃指受益者之全體言。蓋法人既係擬制。則必另有享受利益之自然人。凡因法人成立而受利益者。即視為法人之本體。如公司之股董、學校之學生皆是。

法人實在說

第四、法人實在說 此說以法人為實在組織體。有意思能力。其組織法人之自然人。以多數決或其他方法表示之意思。即為法人之意思。而非仍屬自然人之意思。依該意思而代表執行者。即為法人之行為。而非仍屬自然人之代理行為。

我國民法採法人實在說其成立須基於法律之規定

以上四說。以法人實在說為正確。且足補前三說之缺陷。蓋前三說僅知有出生之自然人。不知有社會組織之團體。僅知自然人有意思能力。不知社會組織體亦具有意思能力故也。我國民法即採此說。而以法人與自然人相對立。且於法令限制範圍內

。認爲權利之主體。如民法第二十五條法人非依本法或其他法律之規定。不得成立。其明證也。

法人有公法人
及私法人之別

私法人有社團
財團兩種

法人大別爲公法人與私法人兩種。公法人者、因公法而存在之法人。如國家、地方團體、公共建築物、公共組合等屬之。私法人者、因私法而存在之法人。更分社團財團兩種。其因達特定目的而爲人之集合者。是名社團。其因使用於特定目的而爲財產之集合者。是名財團。社團自其目的言之。又有營利社團與公益社團之別。營利社團之目的。專屬於經濟。故又稱爲經濟上之法人。如各種商事公司屬之。公益社團之目的。不專屬於經濟。故又稱爲非經濟上之法人。如政治、宗教、學術、技藝、社交、及其他非經濟上目的之社團均屬之。財團則專以公益爲目的。故僅屬公益法人而非營利法人。如學校、醫院、及其他由捐助行爲而設立之財團均屬之。社團之組織。以自然人爲基礎。故有社員總會。財團之組織。以財產爲基礎。故無社員總會。此又社團財團區別之要點也。

第四章 權利之客體

權利之客體爲物

權利之客體者。依法律之保護以滿足人類生活之資料者也。權利之種類不一。故客體之種類亦異。就其最著者言之。則權利之客體爲物。蓋所以別人爲權利之主體也。因其爲權利之目標。故一稱標的。又稱目的。茲就物之意義及種類分節說明之。

第一節 物之意義

物有有體物與無體物之別

物之意義。學者間之主張不一。羅馬法上之所謂物者。分有體物與無體物兩種。有體物係指人類感官可以觸知者言。如土地、建築物、動物、器具等屬之。無體物係指人類感官所不能觸知而僅以智能表現者言。如出版權、特許權等屬之。然現今各國之立法例。其所謂物者。僅以有體物爲限。故物之意義。亦僅於有體物中說明之。茲依有體物之範圍而爲物之定義曰。物者、占有空間位置人類以外外界之一部。而

物之定義

爲人類所支配以供生活需要之獨立體也。分析之。

物爲人類以外
外界之一部

第一、物者人類以外外界之一部也。自然人及法人。固不得謂之爲物。卽人之身體亦非物。古代奴隸制度。雖可以人身爲買賣。但因其有背人道。現代文明各國。悉廢除之。故所謂物者。須爲人類以外自然界之一部。如土地爲獸草木之類屬之。

物占有空間之
位置

第二、物者占有空間之位置也。既名爲物。不問其爲固體、氣體、液體。均占有空間之位置。如木、石、鳥、獸、煤氣、水氣等屬之。反之。如光線、電力、熱力、音響、名譽、信用、行爲、權利、義務等。均不占有空間之位置。卽不能以物視之。

物受人類之支
配

第三、物者人類所得支配者也。法律上之物。應以人類所得支配者爲限。故日月星辰。在物理學上占有一定之空間。雖屬物之一種。然非人類所得而支配。故仍非法律上之物。

物得充人類生活之需要

第四、物者得充人類之生活需要者也。法律上之物。以足供人類之生活需要者爲限。若一粒之砂。一滴之水。物理上占有一定之空間。雖屬於物。然不足以充人類生活之需要。故法律上不屬於物。

物爲獨立體之存在

第五、物者爲獨立體之存在者也。法律上之物。須爲獨立體之存在。如一方之土地。一個之鐘表。均爲獨立體之存在。故均爲法律上之物。若牛馬之肢體。一旦分離。則牛馬均不能存在。故不能以物視之。惟此僅就生活之牛馬言。若已死之牛馬。則一足一耳。均爲獨立之一體。法律上又當以物視之矣。

第二節 物之種類

物之種類凡七

有體物之種類甚多。就其主要者言之。則有(一)不動產及動產。(二)主物及從物。(三)特定物不特定物。(四)消費物及不消費物。(五)融通物不融通物。(六)可分物及不可分物。(七)元物及孳息之七種。茲分說如次。

從物之三要件

第一、不動產及動產 不動產者、土地及其定着物之總稱也。（民法第六十六條一

不動產之意義

土地定着物之
四要件

項）土地之意義。係指水陸及天然富源言。（參照土地法第二條）即於空間有不變動之位置。而為支配地上、地面、（地表）地下、（地體）及空中各種權利標的之總稱也。無地上權則不能從事建築。無地面權則不能從事耕耘。無地下權則不能從事採掘。無空間權則不能行使航空及天空一切權利。故土地之保護。古今各國。均極重視。至土地之定着物。本非土地之構成部分。乃因使用之關係而永續固着於土地之物體也。從學理上言之。須有四要件。（一）土地之定着物。必非土地之構成部分。如溝渠等類。雖經人力造作。但仍屬於土地。即非土地之定着物。（二）土地之定着物。須固著於土地。即本諸自然或人工以與土地相緊接。非損壞土地或物體即不可分離者也。如樹木由土地而生。即本諸自然與土地相緊接。橋梁之類。則本諸人力與土地相緊接。均為定着物。若門窗之類。可分可合。雖取去亦與土地及房屋之全體無礙。即非定着物。（三）定着物須有一定之效用

。如自來水管。須掘藏於地體。始能成就自來水事業之作用。故爲定着物。若以古董埋藏於地下。則失却其效用。不能稱爲定着物。(四)定着物必須永續固著於土地。如房屋及一切建築物。均有永久繼續固著於土地之性質。是爲定着物。若僅屬停放建築物之材料於地面。隨時折取。而無永續固著之性質者。不得謂之定着物。此即土地定着物之要點也。

動產之意義

動產者、即土地及其定着物以外之物也。(民法第六十七條)如家畜等得因自力而動作之物、及衣服器具等得因他力而變動之物。固爲動產。即凡不定著於土地之工作物。如承包土木工程木廠所設之板屋等。係暫時附著於土地之物。亦爲動產。其他爲觀覽而暫時附著於房屋之裝飾品等。不爲房屋之成分者。亦均屬於動產。而應適用動產物權之規定。

主物及從物

第二、主物及從物 主物係對從物言。即非屬從之物而爲本體之物也。其意義可就從物之說明而知之。

從物者、非主物之構成部分。常助主物之效用。而同屬於一人所有之別體附屬物也。(民法第六十八條一項)分言之。(一)從物非主物之構成部分。即須與主物爲各別獨立之物體。如建築物之裝飾品。非建築物之構成部分。而與建築物爲別個獨立之物體。故爲從物。(二)從物常助主物之效用。即有助長主物日常使用之效力。倘係暫時供主物之用者。即非從物。如舢板爲輪船之從物。常助長輪船之效用。門戶爲建築物之從物。常助長建築物之效用。是爲從物。若車因固有之燈壞而暫代以燭。則燭非車所常用。不得謂之爲從物。(三)從物須隨主物同屬於一人之所有。即建築物之所有者。對於建築物之附屬品。亦有所權。其附屬品始爲其建築物之從物。若建築物爲甲有。附屬品爲乙有。即不得謂之從物。惟此點與德國立法例頗有不同。德國係從維持經濟現狀著眼。即主物屬甲。從物屬乙。亦可爲主物從物之區分。我國及日本立法例。則爲保護從物之所有權起見。若所有者不同而亦爲主從之區分時。則從物之權。操於主物所有人之手。從物之所有人。

從物以附屬主
物爲原則

轉不能自由。故必以主從屬於同一所有人之所有爲要件。以上三點。係從物之觀念。其非此從物而爲從物被附屬之物。卽主物也。此種主物從物之區分。其實用在保交易上之安全。卽羅馬法上所謂「從應隨主」之原則。而謀經濟上之便利也。

特定物一稱不
代替物

第三、特定物及不特定物 特定物者。當事人著眼於物之特質而爲具體之指定者也。如某種書籍、某所房屋之類屬之。故凡爲特定物之交易時。當事人之一方。對於他一方。須給付其所約定之特定物。而不能以他物代替之。學說上又稱之爲不代替物。

不特定物一稱
代替物

不特定物者。當事人不著眼於物之特質。唯以抽象指定其種類或數量者也。如金千圓米百石之類屬之。故凡爲不特定物之交易時。當事人之一方。對於他一方。可給付同種同量之物。卽可以同種同量之物代替之。學說上一稱之爲代替物。

消費物及不消
費物

第四、消費物及不消費物 消費物者、因使用而歸於消滅之物也。如米麥油酒等。一經使用。卽歸消滅之類是。不消費物者。雖使用而不消滅之物也。如器具房屋

等。雖從其性質而使用之。仍不消滅之類是。通常消費物多屬代替物。如米、麥、油、酒、均可以同種同量之物代替之。故為代替物。惟代替物不必皆屬消費物。如釘、針等雖可以同種同量之物代替之。屬於代替物。然究不因使用而歸於消滅。即不能以消費物視之。其明證也。

融通物及不融通物

第五、融通物及不融通物 融通物者、可為買賣讓與之目的。即得移轉物之所有權之謂也。如土地房屋動物器具等屬之。不融通物者。不得為買賣讓與之目的。即不能移轉物之所有權之謂也。不融通物可大別為公共物、公有物、及禁止物之三種。(一)公共物者、乃從其自然狀態。供一般公眾之使用。不得由個人獨占之物也。如空氣、光線、大洋、星辰等。無論何人。皆得共用。而不能為個人之私有。即其例也。惟公共物之一部分。亦有可作為融通物者。如自大洋中汲取流水。

公共物

公有物

則甕中之水。可為個人之私有。是又屬於融通物矣。(二)公有物者、依於政治上之理由。而屬於國家及地方公共團體所有之物也。如城寨道路軍艦衙署之類屬之

禁止物

。此等公有物。不得爲買賣讓與之目的。故均爲不融通物。(三)禁止物者、因維持公共秩序而禁止私人之製造或持有者也。如鴉片、兵器、偽造貨幣及有傷風化之圖書等均屬之。此等禁止物。不得爲買賣讓與之目的。故亦爲不融通物。

可分物及不可分物

第六、可分物及不可分物 可分物者、由其性質、及當事人之意思、或法律上之規定。得分割之物也。不可分物者、基於物之性質、及當事人之意思、或法律上之規定。不能分割之物也。所謂性質上不能分割者。非害物之本質或減少其價值。卽不能分割之謂也。如一隻牛、一棟屋。分割之則必害其本質或減少其價值之類是。所謂基於當事人之意思不能分割者。如甲乙二人相與締結債權契約。對於債權之目的物卽金額。聲明須一次清償之類是。所謂基於法律上之規定不能分割者。如因債權之擔保而設定之抵押權質權之類是。故以上三種。均屬不可分物。反之。如無建築物之土地或萃集之穀物等。雖分割之而不害物之本質或其價值者。則皆可分物也。

元物及孳息

天然孳息

法定孳息

第七、元物及孳息 元物（原本）對孳息言。爲產出孳息之物。詳言之。原物者、爲人類經濟基礎之根本財產。有永續供給產出物經濟效用之性質者也。如生果物之樹木。生利息之母金均屬之。孳息一稱果實。卽元物產出之物。詳言之。孳息者、乃應生活需要而消費之收益財產而爲永續被供給之產出物也。有天然孳息與法定孳息兩種。（參照民法第六十九條一二兩項）（一）天然孳息者。依物之用法而收取之產出物也。如植物之果實。動物之產物。及其他凡依物之用法而適合於經濟上收穫之產物均屬之。（二）法定孳息者。爲物之使用上所生之對價。而依法律關係所得之金錢及其他物件之收益也。如債權所生之利息。賃屋所得之租金。及其他凡因法律關係所得之金錢收益、物品收益均屬之。

第五章 權利之取得

權利之取得與

權利之主體爲人。權利之客體爲物。業已分述於前。然物不能孤立而無主。故權利

權利之發生

必歸屬於特定之人。乃為當然之結果。此種歸屬之事實。就特定人方面言之。是為權利之取得。自權利本體言之。是為權利之發生。

權利之發生有二

權利之發生者。特定之權利。因於某事實而附着於特定之主體之謂也。有絕對發生與相對發生之二種。分述如次。

絕對發生

第一、權利之絕對發生 權利之絕對發生者。其權利因於某事實與他人之權利無關係。而附着於特定之主體者也。如因先占而所有權發生。因契約而債權發生。因婚姻而親屬權發生。因歸化而國民權發生。因達一定之年齡而選舉權被選舉權發生之類屬之。

相對發生

第二、權利之相對發生 權利之相對發生者。即權利因某事實於其本質無所變化。而僅其主體發生異動者也。如因買賣而買主取得賣主之所有權。因繼承而繼承人取得被繼承人之財產權屬之。故權利之相對發生。又稱之為權利之移轉。惟此種相對之發生。僅限於財產權有之。其他在公權中各權利。固不得轉讓於他人。即

在私權中如親屬權人格權等權利。亦不能爲主體之異動。

權利之取得有二
原始取得

權利之發生。既有絕對相對之二種。其於權利之主體方面觀之。則權利取得之種類。亦復相同。故學說上對於權利之取得。亦分爲原始取得及繼承取得之二種。原始取得者。卽不憑藉他人之權利而有獨立取得權利之事實者也。如絕對發生各權利均屬之。繼承取得者。卽須憑藉他人之權利。因繼承始有取得之事實者也。如相對發生各權利均屬之。

有償取得及無
償取得

繼承取得。又大別爲(一)有償取得及無償取得。(二)包括取得及特定取得之二種。有償取得者。卽繼承權利時。須給付代價或報償者也。如買賣屬之。無償取得者。卽繼承權利時無須給付代價或報償者也。如贈與屬之。包括取得者。卽繼承權利之全部。如甲出繼於乙。自繼承開始時。凡乙所有之財產。甲皆取得之是也。特定取得者。卽僅繼承特別指定之權利。如甲以手錶讓渡於乙。乙僅有繼承其手錶之權利是也。

是也。

第六章 權利之變喪

權利之變更及喪失

權利之變喪者。即權利變更與喪失之簡稱也。茲分權利之變更及權利之喪失兩者而說明之。

第一節 權利之變更

權利之變更有二

權利之變更云者。即不消滅權利之本質。而僅變易其形態之謂也。大別之有主觀變更與客觀變更之二種。

主觀變更

第一、主觀變更。係指權利主體之變更。分言之。即權利主體之改換與權利主體之增減是也。權利主體之改換。即新主體代舊主體而享有其權利。如甲以債權讓與於乙。乙即代甲而享有債權之類是。權利主體之增減。即一人之權利歸於數人。或數人之權利歸於一人。如原屬於甲之所有權。因改換而分爲乙丙丁

客觀變更

三人共同管有。或原屬甲乙丙丁四人共有之物。因改換而讓歸甲一人獨有之類是。

第二、客觀變更 客觀變更。係指權利客體之變更。分言之。即權利之數量、權利之內容、權利之形式有所變更是也。權利數量之變更。謂權利之範圍有增減。如甲借洋二千元於乙。嗣又續借五百元。是債權之範圍。較前增加。設甲借洋二千元於乙。乙已還甲洋五百元。是債權之範圍。較前縮小。此即數量變更之適例也。權利內容之變更。謂權利之種類有更易。或於固有權利外。新生別種之權利。如甲負乙債。到期不肯償還。乙於其固有債權之外。發生強制履行請求權。此即權利內容變更之適例也。權利形式之變更。謂權利方式上有所變更。如甲借洋五百元於乙。約定三年歸還。旋改三年為四年。而期間加長。或改三年為一年而期間縮短。此種期間之改定。於甲之債權內容無增減。僅屬方式上之改易。此即權利形式變更之適例也。

第二節 權利之喪失

權利之喪失有
二

權利之喪失者。權利與其主體相分離。即基於某事實而絕其與主體相連絡之事實也。從權利之效力言。有相對喪失與絕對喪失之二種。

相對喪失

第一、相對喪失 權利之相對喪失者。權利之本質不消滅。僅與其主體相分離之事實也。詳言之。權利之原主體雖喪失其權利。而權利之實質。依然存在。且同時仍受新主體之支配者也。如買賣或贈與。原主體因而喪失其所有權。同時新主體因而取得其所有權。就原主體方面觀察。是為權利之相對喪失。就新主體方面觀察。又為權利之繼承取得。即其例也。

絕對喪失

第二、絕對喪失 權利之絕對喪失者。權利之本質消滅而與其主體分離之事實也。詳言之。即權利之本質。全然消滅。無論何人。不能更行移轉讓渡之謂也。絕對喪失之原因甚多。就其最著者言之。約有四種。分述如次。

由權利固有原因而喪失

由當事人之意思而喪失

(一)由權利固有之原因而喪失。權利有基於自身之原因而喪失者。如甲歲給乙洋五百元。以乙終身為限。謂之終身定期金。至乙死亡之日。則此項債權。歸於消滅。即其例也。

(二)由當事人之意思而喪失。權利有可隨當事人之意思拋棄者。有不得由當事人之意思拋棄者。前者為財產權。後者為人格權。如甲對乙有百元之債權。自願拋棄。則權利歸於消滅。是即基於當事人之意思而喪失權利之適例也。若甲與乙訂立願為奴隸之契約。喪失人格權。則為法律所不許。以財產權雖可拋棄。而人格權不能拋棄故也。

由法律之規定而喪失

(三)由法律之規定而喪失。權利基於法律之設定。故權利之取得。由於法律之賦予。而權利之喪失。則由於法律之剝奪。如時效制度。於一定期間內。永續行使其權利者。為取得時效。其逾一定之期間而不行使其權利者。為消滅時效。是前者由於法律之賦予。而後者由於法律之剝奪。其明證也。茲之所謂由法

律之規定而喪失權利。係專指消滅時效言。如請求權因十五年間不行使而消滅。(民法第一百二十五條)利息、紅利、租金、贍養費、退職金等之給付請求權。因五年間不使行而消滅。(參照民法第一百二十六條)旅店、飲食店及娛樂場之住宿費、飲食費、座費、消費物之代價及墊款等之請求權。因二年間不行使而消滅(參照第一百二十七條各款)之類屬之。

由自然原因而
喪失

(四)由於自然原因而喪失。權利之喪失。有基於自然原因者。即因天災不可抗。致權利之目的物。根本消滅時。則權利亦隨之而喪失是也。如家屋之所有權。因房屋之被焚而喪失。船舶之所有權。因船舶之被沉而喪失之類屬之。

第七章 義務之意義

義務與權利相
對待

義務與權利相對待。故義務之觀念。可由權利之觀念推定之。蓋權利義務。如影之隨形。響之隨聲。在法律上具有相互之關係。故權利之所在。即為義務之所在。義

對於孤立義務
說之否認

務之所在。亦即爲權利之所在。如父母之於子女。有行使親權之權利。即負有應扶養之義務。子女之於父母。有服從親權之義務。即享有被扶養之權利。推之買賣借貸暨其他一切法律事項。均無不然。雖學者間因法蘭西有禁止虐待牛馬法。以人對於牛馬雖負有不可虐待之義務。而牛馬對人實無享受不可虐待之權利。遂致倡爲孤立義務說者。此種主張。殊難贊同。蓋牛馬本無使人不能虐待之權利。但此種權利。由於國家法律之設定。其禁止虐待之權利在國家人民。不可虐待牛馬。乃對於國家法律之義務。非對於牛馬之義務。牛馬之不受虐待。乃基於國家法律之權利。非牛馬自身之權利。絕不能以孤立義務視之也。我國最近亦頒行保護耕牛規則。其要旨與法蘭西之禁止虐待牛馬法略同。至義務之意義。學者間之主張頗不一致。茲特折衷多數學說而爲義務之定義曰。

義務之定義

「義務者、法律強制各人行爲或不行爲之責任也。」

依此定義而分析說明之。

義務爲責任

第一、義務者、責任也。責任即當然應盡職責上任務之謂。故凡法律之規定。人民不可不服從之。是爲當然之責任。亦即當然之義務。蓋法律有命令與禁止之別。人民必就法律之所命者而從之。法律之所禁者而改之。乃免於法律之制裁。此義務之所以爲應盡之責任也。

義務爲行爲或
不行爲之責任

第二、義務者、行爲或不行爲之責任也。行爲指爲某事言。係積極之責任。不行爲指不爲某事言。係消極之責任。法律之內容。即規定何者應爲。何者不應爲。而示以行爲或不行爲之準則也。如當兵納稅。此法律上所應爲者。人民即負有行爲之責任。殺人放火。此法律上所不應爲者。人民即負有不行爲之責任。倘法律上所不應爲者而爲之。或法律上所應爲者而不爲之。是即違反個人應盡之責任。亦即違反法律上應盡之義務矣。

義務爲法律之
強制責任

第三、義務者、法律之強制責任也。責任二字。範圍甚廣。有宗教上之責任。有道德上之責任。有法律上之責任。宗教上之責任基於信仰。道德上之責任本於良

心。法律上之責任則根於強制。茲之所謂責任者。非信仰。非良心。乃為法律上唯一之強制責任也。故凡違反法律上之責任。必受法律上之制裁。於是凡法律之所命者。人民負有行為之義務。凡法律之所禁者。人民負有不行為之義務。而義務遂為法律上之強制責任焉。

第八章 義務之類別

義務之種類有三

關於義務之分類。學者間之主張。互有異同。茲就其主要者言之。可大別為三種。

即（一）公法上之義務及私法上之義務。（二）積極義務及消極義務。（三）第一義及務第二義務是也。分述如次。

公法上之義務及私法上之義務

第一、公法上之義務及私法上之義務 公法上之義務者。即依於公法上應負擔之義務也。如當兵義務納稅義務等屬之。私法上之義務者。即依於私法應負擔之義務也。如父母有教養子女之義務。夫妻有同居之義務皆屬之。

積極義務及消極義務

第二、積極義務及消極義務 積極義務者。作為之義務。即應為一定行為之義務也。如甲借乙洋一千元。則甲應有如數清償之責任。是為積極義務。消極義務者。不作為之義務。即不應為一定行為之義務也。如對於他人之財產權。負有不可侵害之義務。對於他人之人格權。負有不可毀壞之義務。均為消極義務是。

第一義務及第二義務 第三、第一義務及第二義務 第一義務與第二義務之區別。其標準與權利中之原權及救濟權（第一權第二權）同。第一義務者。對於原權而存在。即不許侵害他人權利之義務也。第二義務者。對於救濟權而發生。即侵害他人權利時負有賠償之義務也。如負有不可侵害他人所有權之義務。是為第一義務。由侵害所有權而生賠償之義務。是為第二義務。故第一義務破而第二義務始生。與原權破而救濟權始生。其理由完全相同。

各論

第一編 憲法

憲法爲國家根本法有實質憲法與形式憲法之別

憲法者、規定國體及政體之根本大法也。有實質憲法與形式憲法之別。實質憲法。係包含國家組織及主權活動之各種條規、暨其他不文憲法而言。無論何國均有之。形式憲法。則僅指制定公布之成文憲法。如日本明治二十二年頒布之憲法。法國一千七百九十一年頒布之憲法。德國一千九百一十九年頒布之憲法。美國一千七百八十七年所頒布之憲法。蘇俄一千九百一十八年頒布之憲法均屬之。英國則僅以歷代之舊慣、與各種單行法規（如大憲章、權利請願、權利法典等）爲準據。而無正式公布之成文憲法。與我國之依據建國方略、建國大綱、三民主義、及國民政府組織法爲準則者。完全相同。故均屬不文憲法國。

我國及英國均屬不文憲法國

代替根本法

凡當革命過程中。一國憲法未制定之際。國家與人民間。常有代替根本法之規約。遠之如美國一千七百七十六年之「獨立宣言」。英國克林威爾時之「獨立公約」。(一六四七年)法國一千七百八十九年所發表之「人權宣言」及一千七百九十三年大革命後所頒布之「第一共和憲法」等。近之如土耳其國民黨一千九百二十年召集國民會議所議定二十三條之「根本組織法」。均為應時勢之需要而產生。就中如土耳其之根本組織法。係由國民黨議定。其政府即依據該組織法而產生。與我國國民政府組織法。純由國民黨之制定者。其情形完全相同。惟土耳其之憲法。已於一千九百二十四年正式頒布。我國則依國民黨之施政方針。大別為軍政訓政憲政三時期。現雖軍政告終。已有由訓政而轉入憲政之趨勢。然因內亂頻仍。匪共竊發。欲求即行制憲。尚屬難能。故本年一月一日有國民會議代表選舉法之公布。且準備為約法之制定。以資政府與人民間之遵守焉。

制定憲法須尊

憲法既為國家之根本法。故其制定之手續。甚屬嚴重。徵諸各共和國家之先例。其

根本大法。靡不本諸民意。且須召集特殊之制憲團體。普通人民代表之立法機關。尚無制定憲法之權。如美國於一千七百八十七年在費拉德費亞地方召集各州代表特別制憲會議。即其明證。法國國民制憲團體。曾有「非經公民之表決。不得稱為憲法。」之宣言。德國一千九百一十九年之憲法。亦聲明係德意志國民所制定。蘇俄憲法。亦經一千九百一十八年代表無產階級之蘇維埃第五次大會議決所公布。與我國建國大綱第二十三條所定「開國民會議。決定憲法。」之旨趣相同。故憲法應由國民特別會議制定。實為民主國家一定不易之原則。茲特就關於憲法上重要之規定。分別說明之。

第一章 國家之政權

國家之政權。係指國家之政體及主權言。國家之政體與主權之歸屬。大抵於根本法制定之前。早已確定。不過更由法律保障之。使益臻於鞏固。如法國一千七百九十

一年之憲法。明定「主權唯一不可分割。且無限制。屬於國民全體」。德國一千九百一十九年之憲法第一條。亦規定「德意志為共和政體。國權屬諸國民」。與我國民國元年臨時約法第二條「中華民國之主權。屬於國民全體。」之規定皆是也。我國現在政權。雖由國民黨領導行使。然依國民政府十七年十月八日公布之國民政府組織法。曾揭明「中華民國黨本革命之三民主義、五權憲法。建設中華民國。既用兵力掃除障礙。由軍政時期入於訓政時期。允宜建立五權之規謨。訓練人民行使政權之能力。以期促進憲政。奉政權於人民。」是此項政權。根本屬於國民。現在雖由國民黨領導行使。一俟憲政實施。仍將政權歸還。故黨治僅屬暫局。終當實行民治。以符共和國之真精神也。

我國政權現雖
由黨領導終當
還諸人民

第二章 人民之權利（義務附）

人民權利均依

人民之權利。無論何國。均依憲法保障之。法國之人權宣言。固專為保障人民之權

憲法保障之

利而設。此外如美國憲法追加及修正條文第一條至第十一條。日本憲法第二章。德國現行憲法第二編第一章。我國臨時約法第二章。均有同一之規定。蓋自主權在民說倡導以來。關於人權保障。極爲注重。其重要之學說。約有左之三種。

極端人權論即
屬反暴君論者
之學派

第一、極端人權論 此說以人權爲至高無上之物。無論何人。不能侵犯。君主之統治權。係基於君民間之契約而生。即君主以保護人民之安甯幸福爲條件。人民始移付主權於君主而表示其服從。其不遵守此條件之暴君。人民有放伐之權。此說之主倡者。爲攸尼斯浦魯東氏。(Johns Purvis) 即所謂反暴君論者之學派是也。

社會契約說爲
盧梭氏所倡導

第二、社會契約說 此說爲盧梭氏(Rousseau)一派學者所主張。大旨以人民組織國家之初。依社會契約。即將自己個人之權利。移付於國民全體組織之國家。使之保護個人之身體及財產。人民服從國家權力。無異服從自己。因國家之權力。係國民全體所公有故也。

主權自制說爲

第三、主權自制說 此說爲德儒伊爾文氏(Chambré)所倡導。即謂國家權力。應受

伊爾文氏所倡

自己意志之束縛。其所頒行之法律。無論國家機關及人民。均應共同遵守。此說實爲今日法治思想之根源。

各國法律對於
人民之權利概
以平等保護爲
原則

就以上三說觀察。是人權之演進。係由絕對無限制之理想。進而認爲應服從國家之公權力。又恐國家公權力之濫用。乃更使國家人民同受法律之支配。故近日各國之法律。對於人民之權利。概以平等保護爲原則。如法國人權宣言第一款。有人民生而權利平等之規定。即表示人民在法律上無種族階級宗教男女之別。均爲平等。德國憲法第二百零九條所謂「人民在法律上一律平等」。亦屬此意。我國臨時約法第五條之規定亦同。現在擬訂之約法。當必有妥善之規定也。

人民權利有公
法上與私法上
之別

至人民權利之別類。約有公法上之權利與私法上之權利二種。其詳已於第四編公權與私權中說明之。大概公權基於法律所賦予。如人民依法律有訴訟、請願、陳訴、選舉、被選舉及從事公職之權利等是。私法爲自然權利。非依法律。不受限制。其限制須於增進公益、維持治安、或非常緊急之必要時。始得以法律訂定之。否則。

當兵納稅爲人
民之義務

政府官吏不能爲非法之侵害也。

又人民義務、如當兵納稅等。雖爲國民應盡之職責。但苛稅雜捐及與國防無關之兵役。人民可依法拒絕之。蓋義務之反面。卽爲權利。故應以正常義務爲限。其非正常之義務。顯係妨害固有之權利者。人民當然可依法拒絕也。

第三章 國家機關之組織

各國國家機關
之組織均採三
權分立說

自孟德斯鳩氏三權分立之說起。各國政治。類以立法、行政、司法三機關。共同行使其統治權。嗣陸克氏之「民政兩論」及盧梭氏之「社會契約論」風行以來。「人民爲統治權主體」之說。瀰漫全歐。美國獨立。法國革命。皆爲此等學說之實現。惟人民直接行使國家職權。事實上甚屬難能。於是代議制度。應運而生。洎歐戰以還。蘇俄社會革命。一朝遽起。各國固有政治。漸受影響。代議制度。竟受世人之非難。遂有由區域選舉漸變而爲職業選舉。由政治中心漸變而爲經濟中心之趨勢。

此後變幻奇離。尙難預測其究竟。茲姑就各國政治現狀之具有研究價值者。分節說明之。

第一節 英日君主立憲政治及法美民主政治

英日法美均採
代議制度

英日爲君主立憲國。法美爲民主立憲國。其統治權之行使。類皆採用代議制度。蓋以主權爲人民所公有。議會爲人民代表機關。立於主權者之地位。以行使國家之立法權。其他行政機關。不過執行議會所制定之法律。此外議會之監察權。如彈劾政府及不信任投票之類。議會之外交權。如締結條約、須經通過之類。議會之財政權。如決議預算、審查決算之類。尤爲對於政府一種最嚴密之監督。故學者謂三權分立之政治。實以立法權爲主宰。此卽在施行直接民權以前。爲民治精神所寄託之特徵也。

立法權爲三權
分立政治之主
宰

行政權之行使

至行政權行使之方式。其重要區別。卽爲總統制與責任內閣制二種。美國爲總統制

有總統制與責任內閣制之別

英日法等國爲政黨政治

。國務員對議會不負責任。而唯對於元首負責。法國爲責任內閣制。直接對議會負責。間接仍對於選民負責。英日雖爲君主國。亦係採用此責任內閣制。且此制肇始於英國。英國元首。不負責任。而以國務員組成之國務會議施行國家大政。對於議會直接負責。是以英、日、法、內閣之進退。常視議會議員名額之多寡爲轉移。而議員名額之多寡。又由於政黨選舉競爭之勝負。故又謂之爲政黨政治。

第二節 瑞士民主政治

瑞士採用直接民權制

瑞士爲採用直接民權制之國家。其各州中。更有實行人民全體會議制者。惟其最高機關之議會。仍屬採用代議制度。不過於議會以外。承認人民團體有參預立法之權。是爲人民直接造法權。卽所創制與複決等權是也。此外又有直接能免權。則僅行於各州中之一二小邦。

瑞士行政權屬

瑞士之行政權。屬於聯邦委員會。此制行之最久。因其國境較小。頗著成效。與法

聯邦委員會 國一七九五年及一七九九年之執政委員會。約略相似。其委員有七。均由議會選出。就中選定一人爲大總統。一人爲副總統。大總統除對內爲會議主席。對外爲國家代表外。其他職權。概與各委員無異。任期皆爲三年。各委員兼任一部部长。關於各部行政。皆經委員會議決行之。（參照瑞士憲法第一〇三條）至其委員制之特點

瑞士委員制有
三特點

（一）委員由議會選出。可以出席議會。參加討論。（二）政府無解散議會之權。對於議會之議決案及法律案。只能依法執行。絕無聲明異議之餘地。（三）委員均有任期。故議會對於政府。亦無不信任投票之規定。綜此三點觀察。瑞士之立法行政諸大權。均屬操之議會。政府僅受議會之委託以執行行政部之職權。故行政部直爲立法部之隸屬機關。與其他各國議會與政府相對抗者。迥不相同。

第三節 蘇俄政治

俄羅斯係無產
俄羅斯爲無產階級專政之國家。其最高權力。屬於全俄蘇維埃大會。大會閉會時。

始屬於全俄中央執行委員會。（俄憲法第十二條第二十四條及第三十條）蘇維埃係由勞働者、農民、及赤軍兵士代表所組織。故其最高機關。實建築於此三種團體代表之上。以樹立無產階級專政之基礎。其中央執行委員。爲全俄蘇維埃大會所選出。名額爲兩百。一方統轄勞農政府與蘇維埃一切機關。主持立法行政事務。一方對於全俄蘇維埃大會負責。（俄憲法第二十八條第二十九條）又因執行國家政務。組織人民委員會及人民委員評議會。其委員受中央執行委員會之監督。同時又爲人民委員會之委員長。（即部長）人民委員會。計分外交內政等十八部。其統系則人民委員評議會對於全俄蘇維埃大會及中央執行委員會負責。而人民委員會。又對於人民委員評議會及中央執行委員會負責。（俄憲法第三十二條第三十五條第三十七條第四十條第四十二條第四十三條第四十六條及第四十七條參照）除憲法修正、宣戰媾和、條約批准各事項。屬於全俄蘇維埃大會之特權外。其餘國家大政。則由全俄蘇維埃大會及中央委員會決定之。（參照俄憲法第四十九條至五十一條）

蘇維埃大會及
中央委員會為
代表無產階級
之意思機關
人民委員會及
人民委員評議
會則為施政機
關

要之。全俄蘇維埃大會及其中央執行委員會。為代表無產階級之意思機關。而人民委員會及人民委員評議會。則為施政機關。全俄蘇維埃大會閉會時。代行其職權者。為中央執行委員會。中央執行委員會休會時。代行其職權者。又有理事部。此理事部即為對於人民委員評議會之重要監督機關。蓋全俄蘇維埃大會集會次數甚少。時間亦極短。中央執行委員全體會議。又未克常時開會。故其實權。當然操於理事部掌握中。人民委員評議會。除會長副會長外。其餘大抵兼任部長。其任期并無規定。僅於新中央執行委員會成立時。舉行人民委員會選舉一次。故除平時解聘外。別無法定之任期。

蘇維埃形式上
為無產階級專
政實際上為共
產黨專政

蘇維埃雖以代表無產階級之勞働者、農民、及兵士為基礎。組成全俄蘇維埃大會。以握國家之最高權力。形式上可謂為無產階級專政。然從實際上觀之。此三種團體。純由於共產黨之操縱。凡共產黨之政策政綱。實有左右蘇維埃大會議決案之能力。世人以共產黨專政稱之。非無因也。

第四節 意大利法西斯蒂黨之政治

法西斯蒂黨係
繼布爾塞維克
黨而起

意大利之政權。現由法西斯蒂黨所掌握。故欲考究意大利之政治。不可不知法西斯蒂黨之內容。法西斯蒂黨之勃興。係繼布爾塞維克黨而起。當歐戰告終民生凋敝之餘。布爾塞維克黨大肆活動。鼓吹罷工。獎勵暴動。遂造成一九一九年至一九二〇之恐怖時代。惟因殺人放火等舉動。深為人民所厭惡。又意大利缺乏煤鐵原料。工業不甚健全。且不能得多數農民之援助。故實力不充。終歸失敗。至一九一九年三月。莫索里尼乃以法西斯蒂黨首領資格。組織棒喝團。宣布黨綱。以土地歸農民所有。並沒收不生產資本。其主義與社會黨、無政府主義、及國家主義派相接近。惟黨內組織甚嚴。黨員特別努力。故乘國內反對布爾塞維克黨空氣濃厚之際。因得軍人、地主、實業家之同情與幫助。暨政府之默許。遂樹立掃除布爾塞維克黨之功績。更利用軍人反對意皇之機會。進攻羅馬。奪取意大利政權。而意大利之君主。乃

僅徒擁虛名。即皇位繼承。須經法西斯蒂黨之允許。其議會議員之選舉。亦須經法西斯蒂黨之審查。於是莫索里尼以法西斯蒂黨之首領。兼握意大利全國之政權。集立法行政司法三權於一身。遂儼然爲意大利最高無上之元首焉。

法西斯蒂黨係極右之布爾塞維克主義。一方反對布爾塞維克主義。一方更反對德謨克拉西主義。至其採用之手段。則與布爾塞維克相同。故學者間有謂法西斯蒂主義。爲極右之布爾塞維克主義。而布爾塞維克主義。實爲極左之法西斯蒂主義云。

第五節 土耳其之民主政治

土耳其以國民議會爲國家最高機關

土耳其民主國。係一千九百二十三年十月宣告成立。其首部爲安哥拉。至一千九百二十四年四月。憲法告成。其政治在一般民主國中最高特出。即以國民議會爲國家最高機關。其政府即名爲國民議會。政府總統與各部首長。均由國民議會議員中選出。總統爲國民議會之議長。同時又爲內閣會議之主席。故立法行政兩大權。均握

於國民議會之手。其第一任總統流凱末氏。係創造國民黨之首領。故於革命成功後。掌握全國政權。其後更解散反對派之進步黨。遂造成一黨專政之局面。至國民議會。係以人口比例選出之代議士組成之。其解散議會及舉行新選舉之權。均屬於議會自身而不屬諸政府。亦為一種特例。總統係由議員中互選。其任期與議員同。議會議決之案。除關於法律案與預算案。總統得一次請求覆議外。其餘均須於議決後公布施行。此即土耳其政治之概略也。

第六節 德意志之民主政治

德意志係採用
代議制

德意志一千九百一十九年所頒布之憲法。實為現代民主國家最進步最完密之憲典。其選舉係採用普通平等直接秘密之選舉方法。并依比例代表原則。選出議員。組織聯邦會議。故屬於代議政治。立法司法行政。分別行使職權。故仍係三權分立。大總統有解散議會之權。議會對於大總統所任命之國務總理及國務員。得為不信任之

表決。國務總理決定之政治大綱。應對聯邦議會負責。議會對大總統國務總理國務員違背憲法及法律時。得向國事裁判所起訴。凡此種種。均足爲立法行政互相牽制之表現。其與一般民主國家。大致相同。但尙有最進步之特點。茲述其概略如次。

德意志政治有
四大特點

(一)聯邦大總統。由國民全體選舉之。(德憲法第四十一條第一項)

(二)大總統任期未滿以前。可由聯邦議會之決議。舉行國民投票以罷免之。(德憲法第四十三條第二項)

(三)議會議決之法律。得由大總統於一個月以內付諸國民投票表決之。又法律因議員三分之一以上之請求而延期公布者。得由有選舉權者十分之一之請求。付諸國民投票。(參照德憲法第七十三條第一項第二項)

(四)有選舉權者十分之一之請願。提出法律案時。得付諸國民投票表決之。(德憲法第七十三條第三項)

德意志實現直

以上四點。均足認爲現代代議政治國家之創例。我國國民黨民權主義中所主張之選

接民權

四邦參議院之
特點有三

舉、罷免、複決、創制四種直接民權。皆於此實現。在區域較大之國家。而能行使直接民權者。應以德意志爲倡首。至其聯邦政府。係由國務總理與國務員組織而成。對於議會直接負責。又與一般責任內閣制相同。德意志本屬強盛國家。政治亦比較進步。其中最足注意者。卽其中央政府與各邦之連絡關係。異常密切。其在中央代表各邦之唯一機關。爲聯邦參議院。該院并非國會兩院之一。乃由憲法上賦予一種特別職權。不僅能參與中央立法。並可以參與中央行政。茲舉其大略言之。其一、因聯邦參議院爲各邦之代表機關。故每邦在參議院中至少有一個投票權。邦之大者。每人口一百萬卽有一投票權。其參議員則由各邦政府就各該政府閣員中選派充任。其二、因聯邦參議院可以參與行政。所以係由聯邦政府召集。并以聯邦國務員之一人爲議長。各聯邦國務員得出席參議院參加表決。其職權可接受聯邦政府各部之報告。聯邦政府各部。亦得就其主管事務。召集該院某種委員會。付之討論。其三、因聯邦參議院可以參與立法。所以聯邦政府對議會提出法律案時。應得該院同

意。該院及聯邦議會認為緊急之法律。政府應即行公布。不能延期。該院對於議會議決各法律案。可以行使抗議權。其地位之重要。當可想見。而中央與各邦互相維繫。其精神亦即於此表現焉。

第七節 我國之五權憲法與全民政治

我國會以臨時
約法代替根本
法

我國自辛亥革命成功。曾於民國元年頒布臨時約法。其開宗明義第一章。即為關於人民、主權、領土、及行使統治權之規定。如約法第一條規定中華民國由中華人民組織之。第二條規定中華民國之主權、屬於國民全體。第三條規定中華民國領土。為二十二省、內外蒙古、西藏、青海。第四條規定中華民國以臨時參議院、大總統、國務員、法院、行使其統治權。即其明證。惟所採制度。係根據孟德斯鳩氏之三權分立主義。即以各省所選派之參議員。組織參議院。行使立法權。厥後國會組織法制定公布。代議制度。始形萌芽。行政系統雖以大總統為首領。但係採取法國責

國民政府僅以
黨治國
五權憲法及全
民政治

任內閣制。政權實操諸內閣。至袁世凱自造新約法。始易爲美國之總統制。致釀成民六護法之役。天壇以後各憲法草案。關於國會之規定。均以普通選舉爲原則。行政部則以國務員贊襄大總統行使職權。可稱爲不完全之責任內閣制。至其中如大總統得解散衆議院。衆議院對於國務總理及國務員。得爲不信任議決等。亦足以表示互相牽制之作用。而民國十四年之憲法草案。衆議院議員任期未滿。原選舉區選民。得經過法定手續。將其撤回。可認爲罷免權之表現。至同年七月一日中國國民黨組織國民政府於廣州。同時頒布命令。聲明「以黨治國。爲國民黨確定之黨綱」。且確立五權憲法與全民政治之基礎。五權憲法即係於立法司法行政三權外。另加考試及監察二權。全民政治即人民除選舉權外。更有創制權、複決權、及罷免權。合選舉權共爲四權。是爲人民之政權。而五權則爲政府之治權。其詳已於總論權利篇中約略述及。茲不贅敘。至國民黨之施政期間。約分爲軍政、訓政、及憲政之三時期。現已早入訓政時期。即爲憲政開始之準備時代。茲將此時期關於國家政治機關

之組織。國家司法機關之組織。分款說明之。

第一款 國家政治機關之組織

我國最高權力機關屬諸國民黨代表大會閉會時則屬於中央黨部

訓政時期中。國家之最高權力。屬諸國民黨。即所謂以黨治國之黨綱是也。國民黨之最高權力機關。屬諸全體黨員之代表大會。惟代表大會。非常設機關。故當代表大會閉會期內。其最高權力機關。則屬於中央黨部。所謂黨權高於一切者。即指中央黨部之權力言。中央黨部、由代表大會選出之委員組織之。內分執行委員會與監察委員會兩部分。無論關於立法、司法、行政、考試、監察各事項。均應受中央黨部之監督。故其地位為最高無上。至中央黨部以外。其握政治上之統治權者。厥惟全國政治樞機之國民政府。國民政府之組織。依照十七年十月八日公布之中華民國國民政府組織法。設主席一人。委員十二人至十六人。其下根據五權憲法。設立立法、司法、行政、考試、監察五院。各院之院長及副院長。均由國民政府委員充任之。國民政府總攬全中華民國之治權。其主席代表國民政府有接見外使並舉行或參

國民政府為政治上之統治機關

行政院

與國際典禮之權。且兼全國陸海空軍總司令。蓋即民主國之大總統也。關於國務之處理。由國民政府委員開國務會議議決之。故國民政府之地位。實兼總統與內閣混合之國家最高統治機關。主席有事故時。以行政院長代行其職權。遇有公布法律發布命令文件。由主席及五院院長署名。以國民政府名義行之。行政院為國民政府最高行政機關。以下分設各部。其部數時有增減。就現在言。計有九部。即內政部、外交部、軍政部、海軍部、財政部、實業部、教育部、交通部、鐵道部是。鐵道部原隸交通部。係後添設。實業部係農礦、工商兩部併合而成。內政部前曾將衛生事項劃出。專設衛生部。現將衛生部改為衛生署。仍隸內政部管轄。每部置部長一人。政務次長一人。常任次長一人。更設五委員會。即蒙藏委員會、勞工委員會、建設委員會、僑務委員會、禁煙委員會是。所有提出於立法院之法律案、預算案、大赦案、以及對外宣戰媾和條約等重大案件。均由行政院會議議決。行政院會議。由行政院正副院長及各部部长等組織之。立法院為國民政府最高立法機關。所有國家

立法院

司法院

之預算案、法律案、大赦案、以及對外之宣戰媾和條約等案。均須經立法院議決。除院長副院長外。設委員四十九人至九十九人。其任期為二年。在任期以內。不得兼任中央政府、地方政府各機關之事務官。司法院為全國最高司法機關。除院長副院長外。其下分設司法行政部、最高法院、行政法院、及官吏懲戒委員會四機關。司法行政部係專理司法行政事宜。最高法院為關於民刑訴訟之最高審判機關。行政法院則專理全國之行政訴訟。官吏懲戒委員會。則為懲戒官吏之專設機關。所有全國司法事務。均歸司法院掌管。關於法令上之解釋。司法院院長得交由最高法院院長及所屬各庭庭長會議議決。有統一全國解釋法令暨變更判例之權。考試院除正院長副院長外。其下分設銓敘部及考選委員會兩機關。銓敘部專掌關於公務員之黜陟、獎卹、以及審查資格實行登記各事宜。考選委員會則專司考試事務。故考試院為國民政府最高考試機關。掌理考試銓敘事宜。所有全國公務員。均須依法律經由考試院考選銓敘。始得任用。監察院為國民政府最高監察機關。依法行使彈劾及審計

考試院

監察院

憲政時期即爲
實行五權憲法
來選政權於人
民之時期

之職權。除正副院長外。更設監察委員十九人至二十九人。專司彈劾事宜。凡對於全國官吏。認爲有違法瀆職或有玷官箴等行爲。皆可獨力行使彈劾權。此外更設立審計部。掌理關於審計事宜。分置正副部長。專司審核全國財政出納事務。而總其成於監察院院長。又監察院做照前清各道御史制。監察委員得分赴各省市行使其監察彈劾之職權。並可隨時分赴各機關調閱檔案文卷。惟各監察委員在任期中。不得兼任中央政府及地方政府各機關之職務。蓋恐因兼職關係。有礙獨立之彈劾權也。以上爲訓政時期內國家機關組織之概要。至憲政時期之實現。依照建國大綱及建國方略。須各縣自治實施後。人民具有法律知識。達到確能運用政權之程度。乃入於憲政時期。實行五權憲法。政府即將政權還諸人民。由人民實際行使選舉罷免制制複決各政權。以完全入於全民政治之景象。現在所置之五院。即爲憲政實施之準備。最近且召集國民會議。制定約法。以資國家與人民間共同遵守。而爲根本法之代替。已有漸由訓政時期入於憲政時期之朕兆。是又堪爲全國人民慶幸者。

第二款 國家司法機關之組織

司法機關專指
各級法院而言

國家司法機關。乃專指最高法院以下之各級法院而言。即日本所稱之各級裁判所。我國舊制之各級審判廳與檢察廳是也。我國司法事務與行政事務。自昔完全相混。所有民刑案件。概歸知縣審理。惟命盜各案。則知縣審理後。須詳請臬署覆核。再由督撫咨文刑部。其案情重大者。刑部更得提訊。至滿清末葉。準備立憲。乃仿歐美各文明國之成例。實行司法獨立。於各省設立高等審判廳及檢察廳。於各縣組織審判廳及檢察廳。並頒布各級審判廳試辦章程。以爲試辦之準則。民國肇興。頒行法院編制法。分法院爲四級。採用三審制。最高級爲大理院。配置總檢察廳。第二級爲高等審判廳。另配置高等檢察廳。第三級爲地方審判廳。另配置地方檢察廳。最低級爲初級審判廳。另配置初級檢察廳。高等審判廳審理案件以推事三人之合議庭行之。大理院則爲五人。均爲合議制。初級審判廳審理案件。以推事一人行之。是爲獨任制。惟地方審判廳其訴訟案件係第一審者。則以推事一人獨任行之。其

第二審案件。則由推事三人之合議庭行之。是爲折衷制。凡輕微案件。民事在八百元以下之訴訟案件。(原爲一千元以下。)刑事在三年以下有期徒刑、拘役、及專科罰金、之訴訟案件。(原爲五等以下有期徒刑。)皆歸初級審判廳管轄。即以初級審判廳爲初審。一稱第一審衙門。地方審判廳爲控告審。一稱第二審衙門。高等審判廳爲上告審。一稱終審衙門。其他重大案件。卽不屬初級審判廳管轄之案件。則以地方審判廳爲第一審。卽稱爲第一審衙門。高等審判廳爲第二審衙門。大理院爲終審衙門。是爲四級三審制。蓋法院雖有四級。而審級則以終審爲止。凡經過三審終結。其案件卽爲確定。不能再行上訴故也。洎民國四年。對於法院編制法加以修正。裁撤初級審判廳。於地方審判廳附設簡易庭。以代行初級審判廳職權。凡不服地方審判廳簡易庭判決之案。仍可向地方廳上訴。由推事三人之合議庭行之。自國民政府統一全國以來。對於法院之改良。極爲注重。曾經廢除廳長制。採用委員制。而以各庭長首席檢察官及書記官長爲委員。處理法院行政事務。旋因委員制諸多不

便。乃易以主席制。結果仍照向例採取四級三審制。將獨立之檢察廳裁撤。附設檢察處於各級法院。而以法院院長主持各該院司法行政事務。並改審判廳為法院。從前之大理院。則改稱最高法院。高等廳則改為高等法院。地方廳則改為地方法院。地方法院中。關於從前初級法院管轄各案件。仍附設簡易庭。由獨任推事審理之。因各院院長兼管司法行政事務。特頒布最高法院辦事章程。各省高等法院院長辦事權限暫行條例。地方法院院長辦事權限暫行條例。以資遵守。至各法院中配置之檢察官。關於一切檢察事務。則以首席檢察官為之長。兼受上級法院首席檢察官之指揮監督。並另頒最高法院檢察官辦事權限暫行條例。各省高等法院檢察官辦事權限暫行條例。地方法院檢察官辦事權限暫行條例。以資遵守。此外一切組織及內容。仍依據暫行法院編制法之規定行之。

特別法院
軍法會審

以上所述。僅指普通法院言。普通法院之外。更有所謂特別法院者。如陸海空軍之軍法會審。內分三種。即（一）簡易軍法會審。設於各總指揮部、各軍部、各獨立師

行政法院

部、各獨立旅部、或該管高級長官之駐在處所。(二)普通軍法會審。其設立處所。與前款同。(三)高等軍法會審。設於總司令部。(陸軍審判條例第六條)即爲審理陸海空軍訴訟事宜而設之特別法院也。此外如行政法院。爲審理行政上訴訟事宜而設。交涉署公使館縣政府之華洋會審。爲審理外國人告訴中國人之民刑訴訟事宜而設。又剿匪區域內。由縣長及司法官二人組織之臨時法庭。爲審理危害民國之緊急治罪事宜而設。均由政府另頒法條以規定之。類皆屬於特別法院。因其設置之目的。在對於特定之人或特定之事。而非普通人民及普通民刑事項所能適用。故以特別法院稱之。而不屬於普通法院之範圍。

縣司法公署

又因國家經費支絀。各縣普通法院未能普遍設立以前。爲一時救濟之過渡方法。而有所謂縣司法公署之組織。及縣長兼理司法事務之制度者。縣司法公署則以審判官及縣長組織之。關於審判事務。概由審判官完全負責。縣長不得干涉。關於檢察緝捕勘驗遞解刑事執行等事項。概歸縣長辦理。並責令完全負責。(參照縣司法公署

縣長兼理司法制度

組織章程第一條第二條第六條及第七條）至縣長兼理司法制度。縣長審理案件。得設承審員助理之。（縣知事兼理司法事務暫行條例第二條）即凡未設法院或司法公署各縣。應屬初級或地方管轄第一審之民事刑事訴訟。概由縣長審理。其設有承審員之各縣。屬於初級管轄案件。概歸承審員獨自審判。以縣公署名義行之。由承審員負其責任。地方管轄案件。得由縣長交由承審員審理。但縣長應與承審員同負其責任。（修正縣知事審理訴訟暫行章程第一條）惟此兩種制度。均為過渡時代之權宜辦法。依照政府規畫。三年以內。當全體改革。實行普設法院。以符司法獨立之精神。惟究竟能否辦到。則屬財政問題。而非理想上所能預決者也。

第二編 行政法

行政法之意義

行政法之意義。約有廣狹二種。從廣義言之。則爲規定行政機關之組織、權限、暨行政機關與個人間關係之法規之總稱。從狹義言之。卽爲規定行政機關與個人間法律關係之法規也。蓋行政法與憲法民法刑法之編爲法典者不同。各法典中。從未有行政法典之編纂。所謂行政法者。不過多數行政法規之總稱。故其範圍廣汎複雜。學者間之主張。亦不一致。就其最淺顯之意義說明。則凡可以爲行政事務準則之法規。皆屬行政法。

行政法之範圍

行政法之範圍。有研究關於一般之行政事項者。亦有研究關於各部之行政事項者。前者屬於行政總論。如行政機關、公共建築物、行政行爲、行政救濟、權限爭論等均屬之。後者屬於行政各論。如各部行政屬之。茲共分六章說明如次。

第一章 行政機關

行政機關之種類

行政機關。係包括官署與公共團體言。官署及官吏。屬於官治行政。又名國家行政。故官署即為官治行政機關。公共團體及公吏。屬於自治行政。故公共團體。即為自治行政機關。茲分節而說明之。

第一節 官署及官吏

官署即官治行政機關

官署云者。直接處理國家一定事務之機關。而以一人或數人組織之。即所謂官治行政之機關也。其所以規定此官署及其補助機關之組織與權限之法。則稱之為官制。如國民政府組織法、各部組織法、各院局組織法、各委員會組織法、與省政府組織法、縣政府組織法、特別市政府組織法、市政府組織法等均屬之。

單獨制官署及

官署有種種之類別。就其重要者言之。則為單獨制官署與合議制官署之別、中央官

合議制官署

署與地方官署之別是也。其一、單獨制官署者。係依一個官吏為主體而組成之官署。合議制官署者。則依多數官吏為主體而組成之官署也。如內政部、外交部、財政部、交通部、實業部、軍政部、教育部、鐵道部等。均為單獨制官署。而行政院、立法院、中央政治設計委員會、建設委員會、蒙藏委員會、禁煙委員會等。則均為合議制官署是也。然單獨制官署。亦常置補助官吏。如各部部长之補助官吏。有次長、司長、參事、秘書、科長、科員等。即其明證。不過此等官吏。僅為單獨制官署之補助人員。而非為其機關之主體。與合議制官署之各委員共為其機關之主體者。頗不相同。其二、中央官署者。其權限可及於全國。如國民政府、行政院、考試院、立法院、司法院、監察院等機關。其管理事務。屬於全國。而不限於一區域。即其例也。反之。其權限之所及。僅限於特別區域者。則為地方官署。如省政府、縣政府、特別市政府、及市政府等機關。其管理事務。僅限於各該管區域內之行政。即其例也。中央行政官署之概要。已於憲法內國家政治機關之組織中說明。故不

中央官署與地方官署

地方行政官署
之概要

暨及。茲僅將地方行政官署之現行制度。約略說明。俾資參考。

我國地方行政官署。其名稱制度。時有變更。就現在制度說明。則普通劃爲省縣兩級。其管理一省之地方行政機關。則稱省政府。其管理一縣之地方行政機關。則稱縣政府。此外一區域內之人口。其總數滿一百萬以上者。或有其他特殊情形之都市。則設直隸於行政院之市政府。（即舊制之特別市）以管理之。其地位與省政府相當。其人口總數滿二十萬以上者。則劃爲普通市。另設市政府以管理之。其地位與縣政府相當。直隸於省政府之下。故吾國現行之地方行政機關。可別爲省政府、縣政府、直隸於行政院之市政府與直隸於省政府之市政府四種。

現制地方官署
約有四種、
省政府組織概
要

（一）省政府 我國省制。除蒙古西藏爲特別區域外。其設置行省者。凡二十有八。即（一）江蘇、（二）浙江、（三）安徽、（四）江西、（五）湖北、（六）湖南、（七）四川、（八）西康、（九）福建、（十）廣東、（十一）廣西、（十二）雲南、（十三）貴州、（十四）河北、（十五）河南、（十六）山東、（十七）山西、（十八）陝西、（十九）甘肅、（二十）

青海，(二十一)甯夏，(二十二)綏遠，(二十三)察哈爾，(二十四)熱河，(二十五)遼甯，(二十六)吉林，(二十七)黑龍江，(二十八)新疆是也。此二十八省中。各設置省政府以管理全省行政事務。依二十年三月二十三日公布修正省政府組織法各條之規定。省政府由國民政府任命委員七人至十九人。組織省政府委員會。行使職權。更設主席一人。由國民政府。就省政府委員中任命之。其職權。(1)召集省政府委員會。於會議時爲主席。(2)代表省政府執行省政府委員會之決議案。(3)代表省政府監督全省行政機關職務之執行。(4)處理省政府日常及緊急事務。(5)召集省政府委員會之例會及臨時會。省政府之下。設立一處六廳。卽秘書處、民政廳、教育廳、財政廳、建設廳、實業廳是也。實業廳及其他專管機關。於必要時。始得增設。秘書處設秘書長一人。承省政府主席之命。綜理秘書處事務。各廳設廳長一人。由行政院就省政府委員中提請國民政府任命之。指揮監督所屬職員及所轄機關。省政府於不抵觸中央法令範圍內。對於省行政事項。得發省令。並得制定省單行

條例及規程。但關於限制人民自由增加人民負擔者。非經國民政府核准。不得執行。省政府各廳。對於主管事務。除中央法令別有規定。或省政府委員會別有決議者外。以應令行之。又省政府對於所屬各機關之命令或處分。認為有違背法令逾越權限或其他不當情形時。得停止或撤銷之。此即關於省政府組織之大略也。

縣政府組織概要

(二)縣政府 縣政府直隸於省政府之下。依照建國大綱。認縣為自治單位。是縣之性質。除為國家之行政區域外。又兼為地方之自治區域。故縣政府之職責。一方於省政府指揮監督之下處理全縣事務。一方監督地方自治事務之進行。乃為縣組織法第三條所明定。縣政府設縣長一人。由省政府呈請國民政府任命之。惟事例上類由省政府委任。最近因提高縣長地位。乃規定任期三年。並須呈請任命。以免恣意更調。其法甚善。縣政府之組織。一等縣設秘書一人。科長二人。二等縣設秘書科長各一人。襄助縣長辦理行政。縣政府之下。分設公安局、教育局、財政局、建設局。遇事實上之必要。更得增設衛生局、土地局。每局置局長一人。由省政府主管各

直隸於行政院
之市政府組織
之概要

廳委任之。縣長因處理事務。得召集縣行政會議。縣行政會議。以縣長、秘書、科長、各局局長組織之。關於預算決算事項、縣公債事項、縣公產處分事項、及縣公共事業之經營管理事項。皆須提交縣政會議表決行之。縣政府於不牴觸中央及省之法令範圍內。得發布縣令。并得制定縣單行規則。此即關於縣政府組織之概要也。

(三)直隸於行政院之市政府 直隸於行政院之市。即舊制之特別市。不入省縣行政範圍。故其設置。須由行政院呈請國民政府決定行之。且須具有市組織法第二條之要件。即(1)中華民國首都。(2)人口在百萬以上者。(3)在政治上經濟上有特殊情形者是也。吾國現有直隸於行政院之市政府。為首都、上海、北平、天津、廣州、漢口、青島七區域。每市置市長一人。依法掌理本市行政事務。監督所屬機關。及自治團體。於不牴觸中央法令範圍內。對於全市行政事項。得發布市令。制定市單行規則。市政府之下。分設四局。即(一)社會局、(二)公安局、(三)財政局、(四)工務局是。遇有必要情形。得增設教育局、衛生局、土地局、港務局及公用

局五機關。每局設局長一人。由市長呈請國民政府任命之。分掌各該管事務。各市更設置市參議會。由市民選舉之、參議員組織之。爲一種自治機關。參議員任期三年。每年改選三分之一。關於市政興革事項。市政府得交議於市參議會。市參議會亦得建議於市政府。市政府更設市政會議。關於重要事件。須經市政會議議決。市政會議。以市長、參事、及各局局長組織之。祕書長或祕書應列席市政會議。由市長隨時召集。但至少每月須開會一次。其已設有市參議會之市。於市政會議開會時。由參議員互選舉代表三人至五人參加。市參議會以下之自治機關。更有區、坊、閭、鄰等編制。詳於市組織法第七章至第十四章。茲不贅及。

直隸於省政府
之市政府組織
之概要

(四)直隸於省政府之市政府 此種市政府。係舊制之普通市。其設置依市組織法第三條之規定。(一)須人口在三十萬以上者。(二)人口在二十萬以上。其所收營業稅、牌照費、土地稅。每年合計占該地總收入二分之一以上者。始設隸屬於省政府之市政府以管理之。不入縣行政範圍。但其設置。尚須由省政府呈經行政院轉請國

民政府決定行之。又舊制之特別市中。其具備市組織法第二條二三兩款情形之一而爲省政府所在地者。應隸屬於省政府管轄。是此種市政府。又兼包含舊制之特別市政府而言。故其組織內容。與隸屬於行政院之市。無甚差異。惟隸屬於行政院之市。其市長爲簡任。隸屬於省政府之市。其市長爲簡任或薦任。（市組織法第十三條二項）隸屬於行政院之市。其分設各局。應依市組織法第十四條各款之規定。其局長爲簡任或薦任。隸屬於省政府之市。其應設各局。如有縮小範圍之必要時。除公安局外。得改局爲科。其局長或科長。爲薦任或委任。（參照市組織法第十七條第十八條）。此則兩者之異點。餘均適用市組織法。其大要已於直隸行政院之市政府中說明。因不重敘。

官吏之意義

官吏云者、因任命而組織官廳、或爲官廳之補助吏員之謂也。官吏有擔任職務之責。本爲一般原則。惟事實上停職及候補之官吏。亦有不擔任職務而仍不失爲官吏者。故官吏之範圍。又不以實職爲限。凡從事於國家之公務而受國家之任命者。皆可

稱之爲官吏。

官吏之種別

官吏有種種之類別。即行政官與司法官、文官與武官、(軍官)事務官與技術官、有給官吏與無給官吏、普通任用官吏與特別任用官吏等是也。其他依任命之形式階級而區分之。又有特任官、簡任官、薦任官、委任官之別。日本則分爲親任官、勳任官、奏任官、判任官之四級。薦任官以上。稱爲高等官。以下則爲普通官。

官吏之權利義務

官吏有法律上特別之地位。與普通人民之身分不同。故官吏立於服務紀律之下。一方享受權利。一方負擔義務。其權利之主要者。爲俸給、爲保障、爲銓敘、爲進級、爲卹金。而義務之主要者。依懲治官吏法第五條之規定。則(一)不得違背誓詞(二)不得違背或廢弛職務。其詳於官吏服務令中列舉之。即(一)須忠順勤勉。(二)在職務範圍內。應服從長官命令。(三)關於職務上不得受他人贈與。(四)不得受所屬職員贈與。(五)不得兼任他職。(六)不得擅離職守。(七)於法律範圍內不得兼營商業。(八)應嚴守祕密。其違反以上各項之規定時。則應受懲戒處分。其處分方法

官吏之懲戒處分

於懲戒官吏法第六條列舉之。(一)褫職。即褫奪其現任之官職。(二)降等。即依其現在之官等降一等改敘。其無等可降者。減其月俸三分之一。(三)減俸。即依其現在之月俸。減額支給。其數為十分之一以上。三分之一以下。(四)停職。即停止一月以上六月以下職務之執行。并停止俸給。(五)記過。其記過次數。由該管長官登記之。如一年以內。受記過處分至三次者。由該長官依懲治官吏法第十條之規定減俸。(六)申誡。申誡之程序。由懲吏院呈請國民政府通知該管長官以命令行之。(參照懲治官吏法第七條至第十二條)其認為有刑事嫌疑者。則移交法庭辦理。(懲治官吏法第十七條)此即關於官吏權利義務之大略也。

第二節 公共團體及公吏

公共團體者。在國家監督之下。以處理公共事務為其存立之目的。即所謂自治行政機關是也。大別之為地方自治團體。及公共組合之二種。(一)地方自治團體者。以

公共團體即自治行政機關

一定之地域及人民為基礎而組成。依照建國大綱。我國之自治團體。係以縣為單位。縣之下為區。區之下為鄉鎮。鎮鄉之下。更別為閭、為鄰。即縣、區、鄉、鎮、閭、鄰。均屬於自治團體。(二)公共組合者。為辦理特定公共事業之機關。而專以社員為基礎者也。如水利組合、商業會議所、農會、及重要物產會等均屬之。

自治行政之概要
自治行政。於人民之政權攸關。故國民黨對於地方自治之進行。極為重視。已先後頒布縣組織法、區自治法、及鄉鎮自治法各種法規。並限期完成。茲就其主要之點說明之。

縣自治制度

(一)縣自治 縣自治、與區自治及鄉鎮自治有密切之關係。故縣自治之成立。應視區自治及鄉鎮自治而決定。依縣組織法施行法第四條之規定。『內政部於各縣區長民選一年後。應據各省政府冊報。考核其戶口土地警衛道路及人民使用四權情形。有合於建國大綱第八條規定之程度者。准其成為完全自治之縣』。是即縣自治成立之日期。其縣長應由人民選舉。(縣組織法第十二條)至縣參議會應於區長民選時設

區自治制度

立。以縣民選舉之參議員組織之。任期三年。每年改選三分之一。其職權（一）議決縣預算決算及募債事項。（二）議決縣單行規則。（三）建議縣政興革事項。（四）審議縣長交議事項。（參照縣組織法第二十五條至第二十七條）實爲一縣之最高自治機關。

（二）區自治 區爲縣以下之自治區域。除因地方習慣或地勢限制。及有其他特殊情形者外。每區應以二十至五十鄉鎮組成之。（縣組織法第六條）區置區公所。設區長一人。管理區自治事務。由區民選任。並由縣政府呈報民政廳備案。各區區民選舉區長時。同時須選舉監察委員五人或七人。組織該區監察委員會。其職權（一）監察區財政。（二）向區民糾舉區長違法失職等事。區公所得用助理員。補助區長。辦理區務。對於區內重要事務。更須開區務會議。區務會議係由區長、區助理員、及本區所屬之鄉長及鎮長組成。以區長爲主席。至少每月開會一次。由區長召集之。其職權（一）爲審議區公所經費事項。（二）爲審議區公產之處分事項。（三）關於區公約及其他單行規則之制定及修正事項。區民對於區公約及自治事項。有創制及複決

之權。區長違法失職時。區民得罷免改選之。但在區長民選未實施以前。其區長由民政廳就訓練考試合格人員委任之。此種委任區長。如有違法失職時。由縣長呈請省政府罷免之。（參照縣組織法第二十八條至第三十九條）

鄉鎮自治制度

（三）鄉鎮自治 鄉鎮爲鄉村市鎮之簡稱。換言之。鄉卽農村。鎮卽商鎮也。依縣組織法第七條之規定。「凡縣內百戶以上之村莊地方、爲鄉。其不滿百戶者。得聯合各村莊編爲一鄉。百戶以上之街市地方爲鎮。其不滿百戶者。編入鄉。但因地方習慣、或受地勢限制、及有其他特殊情形之地方。雖不滿百戶。亦得成爲鄉鎮。」現在公布之區自治施行法及鄉鎮自治施行法。卽皆依據此規定行之。鄉置鄉公所。設鄉長一人。鎮置鎮公所。設鎮長一人。管理各該鄉鎮自治事務。鄉鎮各設副鄉長副鎮長一人。襄助鄉長鎮長辦理事務。但鄉鎮戶口在百戶以上者。每增百戶。增設副鄉長或副鎮長一人。其事務由鄉長或鎮長指定閩長襄助辦理。鄉長副鄉長鎮長副鎮長。悉由鄉民大會或鎮民大會選任。並同時選出監察委員三人或五人。組織監察委

員會。監督各該鄉鎮財政。兼向鄉民或鎮民糾舉鄉長副鄉長或鎮長副鎮長違法失職等事。鄉鎮於不牴觸中央及省縣法令規則之範圍內。得制定自治公約。鄉民大會或鎮民大會。對於鄉鎮公約及自治事項。有創制及複決之權。鄉長副鄉長鎮長副鎮長違法失職時。更得罷免改選之。但在民選區長未實行以前。鄉民大會或鎮民大會選舉鄉長副鄉長或鎮長副鎮長時。應選出加倍之人數。報由區公所轉請縣長擇任。並由縣長彙報民政廳備案。此項委任人員如有違法失職情事。鄉民大會或鎮民大會應報由區公所轉請縣長罷免。但縣長亦得自行罷免之。（參照縣組織法第八條第九條及第四十條至第四十六條）

閭鄰自治制度

（四）閭鄰自治 閭鄰為鄉鎮以下之自治區域。依縣組織法第十條之規定。『鄉鎮居民以二十五戶為閭。五戶為隣。但一地方因地勢或其他情形而戶數不足時。仍得依縣政府之劃定。成為閭鄰。』閭設閭長一人。隣設鄰長一人。分掌閭鄰自治事務。由本閭鄰居民會議選舉。故閭鄰居民會議。對於閭長鄰長有罷免改選之權。鄉鎮公

所認閩長鄰長違法失職時。得通告閩鄰居民會議改選之。(縣組織法第四十八條至第五十二條)閩長鄰長任期一年。其職務(一)辦理法令範圍內一切自治事務。(二)辦理縣政府區公所及鄉鎮公所交辦事務。其詳於鄉鎮自治施行法第六十六條至第八十四條規定之。

公吏之意義

以上爲關於地方自治機關之概要。至公吏之性質。雖與官吏同屬公務員之一種。惟官吏係基於任命。而公吏則由於選舉。故官吏爲組織官署及補助官署之公務員。而公吏則爲專司地方自治團體事務之公務員。此則兩者區別之大概情形也。

第二章 公共建築物

公共建築物之
概念

公共建築物。日本稱爲營造物。即因供一般公共利益所爲之行政設備也。此種公共建築物。有屬於國家管理者。如國有鐵道、國立學校、及病院等屬之。有屬於公共團體管理者。如縣道、省道、及省、市、縣、區、鄉、鎮等公立學校病院等屬之。

公共建築物爲
特別公益行政
機關

又此種建築物。有僅以物爲基礎而組織者。如公園、道路、河流等是。有以物與人爲基礎始能組織者。如國立學校公立病院等是。

公共建築物。既非直接處理國家一定事務之官治行政機關。亦非在國家監督之下。以處理公共事務爲目的之自治行政機關。而實爲一種特別行政之公益機關。如因救濟疾病而設立醫院。因作育人才而設立學校。因便利交通而修理鐵道。因免除水患振興水利而疏濬河流。與夫建設委員會、導淮委員會、揚子江水道整理委員會、黃河水利委員會等。類皆爲增進社會公益而設立之特別機關也。

第三章 行政行爲

行政行爲之意
義及類別

行政行爲者、行政機關於法律命令範圍內所爲一切行爲之總稱也。此種行爲。可由實質上與形式上觀察之。

權力行爲及權

由實質上觀察行政行爲。可大別爲權力行爲、及權利行爲之二種。權力行爲者。行

判行爲

政機關以代表國家或自治團體爲公法人之資格而爲之行爲也。此種行爲。有命令拘束之性質。各個人對之。應負服從之義務。如關於職權上所發之行政命令或行政處分等均屬之。權利行爲則不然。乃行政機關代表國家或自治團體爲私法人之資格而爲之行爲。與各個人立於平等地位。其行爲之發生。基於合意之觀念。無強制之性質。如公有財產之買賣。公有建築物之起造。與夫因物品之供給需要而訂立之契約均屬之。故權力行爲與權利行爲。雖同爲行政上之行爲。其適用法律。則顯有區別。即權力行爲。受行政法之支配。而權利行爲。則應受民法上之拘束。此即兩者區別之要點也。

權力行爲有二
關於權力行爲之行政行爲。由形式上觀察之。更可大別爲行政命令及行政處分之二種。茲分述如次。

行政命令之種別

(一)行政命令 行政命令者、行政機關依職權或依特別委任而頒布之法規也。其因執行法律而頒發者。爲執行命令。其基於法令範圍內因公共之需要而頒發者。則爲

爲補充命令。此等命令。均有強制拘束之效力。就我國現行制度言。其屬於行政命令者。有府令、院令、部令、省令、廳令、市令、縣令各種。府令係國民政府所發、院令係行政、考試、司法、立法、監察五院所發。部令則爲內政、財政、交通、軍政、海軍、實業、鐵道、教育、外交各部所發。省令則爲各省省政府所發。廳令則爲省政府所屬各廳頒發、市令則爲各省市市政府所發。縣令則由各縣縣政府頒發是也。

自治公約有命令之效力

自治團體、所定行政上一般之公約。通常雖不稱之爲命令。但此種公約。既經制定。其性質與命令無異。就我國現行制度言。其有制定自治公約之權者。惟區及鄉鎮。(參照縣組織法第九條)即於不牴觸中央及省縣法令規則之範圍內。關於區及鄉鎮公務之處理。可制定自治公約。以資區鄉鎮居民之遵守。若鄉鎮以下之閭鄰。則無制定公約之權。

行政處分之種

(二)行政處分 行政處分者、即行政官署對於各個具體之事實。執行其適用法令之

別
行爲也。其與命令異者。即命令係對於一般抽象之事項而發。處分乃對於特殊具體之事項而發也。行政處分之種類甚多。其主要者、爲認可、特許、證明、設權等行爲。認可者、對於一般依法規認許之事而付與效力之行爲也。如學校及醫院設立之許可屬之。特許者、於一般人禁止之事項而爲特別與以許可之行爲也。如專賣權、著作權等屬之。證明者、公證私人權利之行爲也。如資格證明等屬之。設權者、爲特定之人設定其能力或權利之謂也。如歸化許可開鑛許可之類屬之。

第四章 行政救濟

行政救濟分訴願與行政訴訟二種

行政救濟者、即因行政上之行爲有損及私人之權利時而特設救濟之方法也。此種救濟方法。可大別爲二。即訴願與行政訴訟是。茲分節說明如次。

第一節 訴願

訴願之意義

訴願者、因不當之行政處分。致權利或利益被損害之人民。得向直接上級官廳請求為變更或取消之處分之謂也。依十九年三月二十四日公布之訴願法第一條。『人民因中央或地方官署之違法、或不當處分。致損害其權利、或利益者。得提起訴願。』

訴願之管轄有六

『至訴願之管轄。約有左之六種。』

(一)不服縣市政府之處分者。向省政府主管廳提起訴願。如不服其決定。向省政府提起再訴願。

(二)不服省政府各廳之處分者。向省政府提起訴願。如不服其決定。向中央主管部會提起再訴願。

(三)不服省政府之處分者。向中央主管部會提起訴願。如不服其決定。向主管院提起再訴願。

(四)不服特別市各局之處分者。向特別市政府提起訴願。如不服其決定。向中央主管部會提起再訴願。

(五)不服特別市政府之處分者。向中央主管部會提起訴願。如不服其決定。向主管院提起再訴願。

(六)不服中央各部會之處分者。向原部會提起訴願。如不服其決定。向主管院提起再訴願。

訴願應於三十日內提起

人民對於上列各款以外之中央或地方官署提起訴願時。應按其管轄等級。比照上列各款之規定爲之。其不服不當處分者。以再訴願之決定。爲最終之決定。其不服違法處分之再訴願。經決定後。得依法提起行政訴訟。訴願應自官署之處分書或決定書達到之次日起三十日內提起之。(參照訴願法第二條至第五條)

日本現行制度
提起訴願事項
凡七

提起訴願之事項。我國訴願法雖不採列舉主義。而日本訴願法、則有明確之規定。即(一)關於租稅及手續費之賦稅事項。(二)關於租稅滯納處分事項。(三)關於營業之許可、否認、或取消事項。(四)關於水利及土木事項。(五)關於土地官有民有之區別事項。(六)關於地方警察事項。(七)其他依法律命令特許訴願事項等是也。

第二節 行政訴訟

行政訴訟之意義及要件

行政訴訟者、因行政官署之違法處分。致權利被侵害之人。得提起取消或變更其處分之訴訟也。分言之。提起行政訴訟之必要條件有三。即（一）須為行政官署之處分。（二）其處分須屬於違法。（三）須為權利被侵害之人是也。惟其為行政官署之處分。故行政訴訟之目的。必為行政處分。若對於命令。則不得提起行政訴訟。至違法、係指違反法令或逾越權限言。但違法處分。不必盡害及人民之權利。若非侵害權利。則雖有違法處分。亦不得提起行政訴訟。

行政訴訟之受理機關訴訟事件及法定期間

行政訴訟之受理機關。以前為平政院。現制則隸屬於司法院之行政法院。其提起行政訴訟之事件。除法律另有規定外。可大別為二。即（一）中央或地方最高級行政官署之違法處分致損害人民權利者。（二）中央或地方行政官署之違法處分。致損害人民權利。經人民依訴願法之規定。訴願至最高級行政官署。不服其決定者、是也。

至提起行政訴訟之期限。依民國三年公布之行政訴訟法第十一條。則自處分書或決定書達到之次日起。除行程日不算入外。於六十日內提起之。與舊訴訟法之法定期完全相同。（參照舊訴訟法第八條）惟新訴訟法第五條。則規定「訴訟自官署之處分書或決定書達到之次日起。三十日內提起之。」是訴訟之法定期間。業已縮短。將來行政訴訟法改訂時。當亦有縮短之趨勢也。

日本關於行政
訴訟事項係採
列舉主義

依日本現行制度。關於提起行政訴訟事項。係採列舉主義。其可得提起行政訴訟者有五。即（一）除海關稅以外。凡關於租稅及手續費之賦課事項。（二）關於租稅滯納處分之事項。（三）關於營業免許之拒否及取消事項。（四）關於水利及土木事項。（五）關於畫定土地官有民有區別事項、是也。但其他法律命令有特別規定者。不在此限。（參照日本明治二十三年法律第一百零六號關於行政廳違法處分之行政裁判各事件）

訴訟與行政

訴訟與行政訴訟之別。其詳見諸訴訟法與行政訴訟法中。就其最要者言之。則行政

訟之差異

訴訟。以對於違法處分之事實爲要件。而訴願則不以對於違法處分之事實爲要件。行政訴訟、限於侵害權利時提起。而訴願、則對於其利益被損害時亦得提起之。此兩者區別之大略也。

第五章 權限爭議

卷

權限爭議之意義

積極爭議與消極爭議

各官署所有之權限。法令中雖有明文規定。但因解釋上之觀念不同。或法令規定未克詳盡之故。彼此不無疑義。於是各官署之間。常發生權限上之衝突。此種衝突。卽謂之權限爭議。有積極爭議、與消極爭議之別。二個以上之官署。對於同一事件。各自主張屬於自己之權限者。是爲積極爭議。反之。二個以上之官署。對於同一事件各自主張爲不屬於自己之權限者。是爲消極爭議。

職權爭議與權限爭議

權限爭議。就廣義言之。實含有職權爭議與權限爭議兩種。職權爭議者。同種類之官署間互爭其職務上之權限之謂也。此種爭議。一稱之爲主管爭議。權限爭議者。

職權爭議有二

異種類之官署間。互爭其職務上之權限之謂也。即為狹義之權限爭議。職權爭議。

約有二種。其一、起於同一監督範圍二以上之官署間者。其二、起於異監督範圍二以上之官署間者。前者則上級官署以其監督權裁決其權限爭議。後者則其監督權不一。而以保持行政統一之國務會議議決行之。（參照國民政府組織法第二十二條第六款）其屬院與院間不能解決之事項。則由國民政府會議議決行之。（國民政府組織法第十二條）此我國現行制度之立法精神也。狹義之權限爭議。約有三種。（一）司法官署與行政官署間之爭議。（二）司法法院與行政法院間之爭議。（三）行政法院與行政官署之爭議。此種爭議發生時。在歐洲各國。類設權限爭議裁判所以裁決之。日本則由樞密院處理之。我國則因國民政府會議。可解決一切糾紛。故亦無另設權限爭議法院之必要。

第六章 各部行政

各部行政之種類

各部行政。屬行政各論之範圍。即對於行政各部門爲分析之研究也。區別行政各部門之標準。頗不一致。茲述其瑣瑣大端如次。

內務行政之意義

第一、內務行政 內務行政者。以保持公共之安甯秩序、增進人民之幸福爲其直接目的之行政也。凡內政、教育、實業、交通、鐵道各部所司之行政均屬之。非僅指內政部所司之行政言。故內務行政。在行政行爲中。最爲重要。且列內政於行政院各部之首。非偶然也。內務行政。大別爲二。其一、爲警察行政。即以國家之公權力排除危害、限制人民之自由者也。其二、爲助長行政。即以國家之公權力助長公共之安甯秩序、及人民之福利爲目的之行政也。此兩種行政。相反而實

警察行政及助長行政

相成。蓋一方雖排除危害。限制人民之自由。而他方則助長公安。以增進人民之福利。故警察行政與助長行政。實難偏廢。茲更分述如次。

警察行政之概要

(甲)警察行政 關於警察行政之意義。學者間之主張。雖不一致。要不外爲排除危害。限制人民自由之一種行政。申言之。警察行政者。以國家之公權力維持

社會之安甯秩序及善良風俗、因而限制人民之自由者也。此種行政法規之最著者。如違警罰法、禁烟法、出版法、檢查電影片規則、槍砲取締條例、管理飲水井規則等均屬之。即國家根本法所賦予人民集會、結社、言論、居住、遷徙等自由。如認為有增進公益、維持治安、或非常緊急之必要時。亦得依法律限制之。（參照臨時約法第十五條）是皆警察行政之實例也。

助長行政之概
要

(乙)助長行政 助長行政者。以國家之公權力。助長人民之文化、增進社會之福利、為目的者也。此種行政。一稱保育行政。與警察行政適得其反。即警察行政。為消極之禁止。而助長行政。為絕對之提倡是也。助長行政。更得細別為四種。即(一)衛生行政。凡關於保全健康及醫藥等事項屬之。(二)教化行政。凡關於神社、宗教、感化、教育等行政屬之。(三)經濟行政。凡關於農業、漁業、森林、鑛業、獵狩、牧畜、商業、工業、電力、煤氣、道路、河川、砂防、郵政、電報、鐵道、船舶等事項屬之。(四)恤貧行政。凡關於救貧賑災暨各

種慈善事業均屬之。至以上各種分類之法規。甚爲繁複。不遑枚舉。故未贅述。

軍務行政之概
要

第二、軍務行政。軍務行政者。關於兵役以及其他軍事負擔之一切附隨於軍事上而
生之行政也。兵役即指徵兵制度之實施。人民有服兵役之義務言。軍事負擔。即
指因軍事發生。應附帶負擔一切軍事義務言。如徵發、及要塞地帶之限制等屬之
。吾國徵兵之制。雖爲一般民衆所倡導。但按之事實。尙難遽望實行。以致兵連
禍結。內亂頻仍。揆厥原由。殆以募兵制度爲厲階。蓋徵兵在鞏固國家之主權。
而募兵係擁護個人之利益。故凡實施徵兵制度之國。其人民皆勇於公戰。幾無私
門之可言。如日、英、德、美。其明證也。反觀吾國。則爭城爭地。互相長雄。
且有重內爭而忘外患之傾向。故其軍隊爲個人之軍隊。而非國家之軍隊。所以演
成桀犬吠堯。吠非其主之趨勢。幾不知公戰之爲何。無怪軍閥之起伏無常。而人
民之痛苦日熾也。故我國之軍務行政。應以實施徵兵制度爲首要。其次對於軍港

我國應速實行
徵兵制

要塞之設置。盜匪邊防之準備。均宜先後籌劃。切實整理。庶幾內憂外患。消滅無形。而國計民生。日臻上理。是則區區所盼禱而不已者。

財務行政之概要

第三、財務行政 財務行政者。關於國家資財之收入支出及管理之行政也。如豫算、會計及會計檢查、租稅及手續費、公債、國營事業等。即為其主要之項目。故財務行政之次第。首在編製預算。計畫歲出總額。軍費應減支若干。政費應減支若干。以至司法、教育、建設各費應需若干。償還公債應需費若干。皆宜權衡輕重。然後採量出為入之原則。籌畫賦稅應徵收若干。國營事業應徵收若干。更應兼顧人民之負擔能力。雖不能削趾適履。亦不可竭澤而漁。而以兼籌並顧為必要。蓋國家財政與私人經濟不同。私人經濟、雖採量入為出主義。而國家財政、則概採量出為入主義。此即兩者區別之要點也。惟量出為入確定預算。雖屬財政上之大原則。但關於開源節流之方法。亦宜計畫周詳。大抵開源須不損人民之生計。節流須不礙國務之進行。則庶幾得財務行政之本旨矣。

外務行政之概
要

第四、外務行政 外務行政者、因締結條約、維持邦交、及與國際公法相關聯而發生外交事務之行政也。如外交部組織法、外交部辦事細則、外交部條約委員會規則、駐外使領館組織條例、外交部僑務局組織條例、國際聯合會中國全權代表辦事處組織條例、及中華民國與各外國舊約已廢新約未訂前適用之臨時辦法。均爲關於外務行政之重要法規也。大抵外交以發揚國權增高國際地位爲原則。必賴武力民氣爲後盾。西諺所謂「兩平等國相遇。無所謂權力。道理卽權力。兩不平等國相遇。無所謂道理。權力卽道理。」卽所以表示有強權無公理爲外交上之唯一現象也。我國自滿清以來。外侮頻仍。國權衰弱。今雖因黨國肇興。國際地位。逐漸增長。然法權尙未收回。租地未盡返還。所謂廢除不平等條約及打倒帝國主義之口號。尙不能不望國人臥薪嘗膽。急起直追。以立雪沼吳之恥也。

司法行政之概
要

第五、司法行政 通常所稱之司法。係指民事刑事之裁判而言。與行政截然分立。固不屬於行政範圍。惟因附隨於司法作用而生之行政。則屬行政行爲之一。卽所

謂司法行政是也。如關於法院之組織、權限、及裁判之執行等。均屬於司法行政之範圍。此類法令。種類繁多。不遑枚舉。就中法院編制法、律師章程、監獄規則、高地各級法院院長檢察官辦事權限暫行條例。修正縣知事審理訴訟暫行章程。皆為司法行政之主要法規也。

立法行政之概要

第六、立法行政 立法為三權之一。與行政之運用。固不相同。但附隨於立法作用之行政。究不失為行政之一。即所謂立法行政是也。立法行政之主要法規。如以前參眾兩院議員選舉法及現在國民會議選舉法均屬之。

考試行政及監察行政

以上六種行政外。就我國現制言。尚有關於考試制度之考試行政。及關於監察制度之監察行政等。前者如關於考試銓敘各法規屬之。後者如關於糾彈審計各法規屬之。

第二編 刑法

刑法有廣狹二義

刑法者、規定犯罪與刑罰之法律規範也。有實質上之意義與形式上之意義兩種。從實質意義言。凡國家制定刑罰權實體各法令。均可謂之刑法。自形式上之意義言。即為刑法法典。如我國舊有之暫行律及現行之新刑法、是也。

刑罰權之概要

刑罰權者、國家處罰犯人之權也。關於刑罰權之基礎。學者間之議論不一。有主張對於犯罪人科以刑罰係出於神意者。如神權說屬之。有主張基於共同之契約者。如社會契約說屬之。有主張基於保護社會之利益者。如實利說屬之。有主張基於正當防衛而施以報復者。如報復主義說屬之。更有主張基於道德而施以制裁者。如道德主義說屬之。此等主張。就異時代觀之。雖各具有理由。然當今日科學發達之際。此等學說。究未免囿於一偏而未足說明現代刑罰之觀念。究不如謂刑罰為應時勢之需要。而用以維持社會之安甯秩序為目的之為得也。

刑法法典之內
容包含犯罪與
刑罰兩部分

我國刑法之編
次

刑法法典。對陸海軍刑法、懲治盜匪暫行條例、懲治綁匪條例、危害民國緊急罪法等特別法言。是為普通法。其內容實包含犯罪與刑罰兩大部分。研究對於何種行為始認為犯罪者。是為犯罪論之範圍。研究對於犯罪者應處以何種制裁。是為刑罰論之範圍。合此二者。稱為刑法總論。又研究何種犯罪應處以何種刑罰。且於其種類之劃界及處刑之重輕均加以區別者。稱為刑法各論。合總論與各論。即為刑法內容之全體。我國刑法之內容。計分總則與分則二編。共三百八十六條。第一編曰總則。計分十四章。即(一)法例。(二)文例。(三)時例。(四)刑事責任及刑之減免。(五)未遂罪。(六)共犯。(七)刑名。(八)累犯。(九)併合論罪。(十)刑之酌科。(十一)加減例。(十二)緩刑。(十三)假釋。(十四)時效是也。第二編曰分則。計分三十四章。即(一)內亂罪。(二)外患罪。(三)妨害國交罪。(四)瀆職罪。(五)妨害公務罪。(六)妨害選舉罪。(七)妨害秩序罪。(八)脫逃罪。(九)藏匿犯人及湮滅證據罪。(十)偽證及誣告罪。(十一)公共危險罪。(十二)偽造貨幣罪。(十三)偽造度量衡罪

。(十四) 偽造文書印文罪。(十五) 妨害風化罪。(十六) 妨害婚姻及家庭罪。(十七) 褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪。(十八) 妨害農工商罪。(十九) 鴉片罪。(二十) 賭博罪。(二十一) 殺人罪。(二十二) 傷害罪。(二十三) 墮胎罪。(二十四) 遺棄罪。(二十五) 妨害自由罪。(二十六) 妨害名譽及信用罪。(二十七) 妨害秘密罪。(二十八) 竊盜罪。(二十九) 搶奪強盜及海盜罪。(三十) 侵占罪。(三十一) 詐欺及背信罪。(三十二) 恐嚇罪。(三十三) 贓物罪。(三十四) 毀棄損壞罪是也。總則係總論所研究。分則係各論所研究。茲特就犯罪與刑罰之概要及各論之意義及目的而分章說明之。

第一章 犯罪

第一節 犯罪之意義

犯罪之意義

犯罪云者、法令明示科刑之有責不法行為之謂。詳言之。卽有責任能力者於無違法

五 犯罪之要件有

之阻卻時。因故意或過失。違犯刑罰法令所列舉之行爲也。故犯罪之成立要件。其一、須有行爲。行爲之意義。係指基於意思發動之身體動作言。其非基於意思發動之身體動作。不得謂之行爲。如夢中之舉動或被強制之動作均屬之。又僅有意思之發動。而無表現之動作。亦不得謂之行爲。如僅有殺人放火之意思屬之。蓋犯罪必以行爲爲要件。倘僅有意思而無行爲。雖爲宗教及道德上所不許。而法律上則不認爲犯罪。其二、犯罪行爲人須具有責任能力。責任能力者。其行爲有負責任之能力者也。人之行爲。應否負責。常視其智識狀態與精神狀態而定。智識未充者依法不負責任。如未滿法定之年齡人之行爲屬之。精神異於常態者。依法不負責任。如精神病人之行爲屬之。反之。凡具有責任能力人之行爲。始得謂之爲犯罪。其三、犯罪行爲、須基於故意或過失。故意者明知之而故爲之之謂也。如明知火能焚屋而對屋發火之行爲屬之。過失者應注意且能注意而竟不注意之謂也。如開槍擊鳥。因未注意及前面行人而誤行中傷之類是。其非故意或過失之行爲而出於不可抗力者。法律

上不認爲犯罪。其四、須爲違犯刑罰法令所列舉不法之行爲。不法行爲之種類甚多。有僅應負行政上之懲戒或強制責任者。有僅應負民事上之損害賠償責任者。其負刑事上之犯罪責任時。須以刑罰法令有明文列舉者爲限。卽所謂行爲時之法律。無明文科以刑罰者。其行爲不爲罪是也。其五、犯罪行爲。須無阻却違法之事實。阻却違法者。其行爲雖屬違反刑法法典之規定。但因違法性之阻却而刑法上不予以制裁者也。如因正當業務之行爲、公務員職務上之行爲、正當防衛行爲、及緊急避難行爲等均屬之。

第二節 犯罪之主體及客體

犯罪之意義旣明。則何者爲犯罪之主體。何者爲犯罪之客體。亦不可不加以研究。茲分別說明如次。

第一、犯罪之主體 犯罪之主體者。卽具有犯罪資格之謂也。何者始具有犯罪資格

犯罪主體之概

。古今法律觀念。頗有不同。歐洲古代寺院法。對於加害於人之禽獸。亦處以刑。是禽獸亦具有犯罪資格。我國自昔則以人爲犯罪之主體。與近代各國之法律思想。完全相同。惟法律上之人。有自然人與法人二種。自然人應爲犯罪主體。固無疑問。至法人是否具有犯罪資格。則學者間之主張。頗不一致。就其主要學說言。約有積極說及消極說兩派。依積極說之主張。以法人既與自然人同爲權利義務之主體。同具有法律上之人格。則其危害社會之行爲。應同受刑法上之制裁。否則。殊難維持社會上之安甯秩序。如公然以虛偽之廣告。詐取金錢。其行爲與自然人之詐欺無異。勢不能不科以刑罰。故法人應得爲犯罪之主體。至消極說之主張。則謂法人本無人格。其得爲權利義務之主體者。純由法律上之認定。法人之本身。除關於固有之目的外。別無犯罪之能力。卽因欲達法人之目的而觸犯刑章。亦應由法人之代表者負其責任。蓋法人既無制止代表人之能力。卽不能認爲犯罪之主體也。兩種主張。各有理由。歐洲各國及日本之立法例。則採用折衷法

處罰法人應以
有明文規定者
爲限

。於普通刑法中。不規定法人爲犯罪主體。而於特別法中另以明文規定。對於法
。僅處財產刑。且以法人之代表爲被告。我國刑法。亦無處罰法人之明文。依前
大理院統字第一八四號解釋。謂法人非有明文規定。不能認爲有犯罪能力。至實
施普通刑律犯罪行爲之人。無論係爲自己或爲法人謀利益。仍應依刑律處斷。蓋
亦採用消極說之主張也。

犯罪客體之概
要

第二、犯罪之客體 犯罪之客體。係包含被害法益與被害者言。被害法益者。即侵
害法律上所保護之利益也。法益有個人利益、社會利益、國家利益三種。個人利
益。一稱私益。社會利益與國家利益。則稱公益。私益公益。均有密切之關係。
究非截然分離者也。至被害者之意義。乃指因他人犯罪而直接受其損害者言。即
被侵害法益之持主也。如甲竊取乙之財物。乙即爲被害者。其財物即被侵害之法
益。合之則爲犯罪之客體。惟被害者有自然人法人（法人又有公法人及私法人之
別）之別。自然人爲被害者時。不問有無責任能力。皆視爲犯罪之客體。如嬰兒

及精神病人。亦均得爲犯罪之被害者是也。

第三節 犯罪行爲之概略

犯罪行爲有積極消極之別

犯罪行爲者、因達犯罪之目的所爲之行爲也。行爲之要件。已於本章第一節中說明。至行爲之狀態。則有積極行爲與消極行爲之二種。積極行爲。一稱作爲。消極行爲。一稱不作爲。作爲者、不當作爲而作爲。因而構成犯罪之謂也。刑法上稱之爲作爲犯。不作爲者、當作爲而不作爲。因而構成犯罪之謂也。刑法上稱之爲不作爲犯。其詳於犯罪種別中說明爲。

犯罪行爲之階段有四

犯罪行爲。係指由意思以至結果言。自意思之發生以至行爲之結果。其中所經之階段。約有四級。卽(一)犯意、(二)預備、(三)著手、(四)實行是也。茲分款說明如次。

第一款 犯意

犯意以不受法律上之制裁爲原則

犯意者、有爲某種犯罪行爲之意思也。犯意未表現於外部者。固不受法律上之制裁。即已以語言、或文字、或動作表現於外部而於社會之公安無關者。亦以不受法律上之制裁爲原則。但因犯罪之表示而於社會之公安有重大之危險時。則法律上不能不加以制裁。茲分三項說明之。

有犯意之表示即行處罰之適例

第一、有犯意之表示即構成犯罪。犯意之表示。本以不處罰爲原則。惟依刑法第三一九條之規定。『以加害生命、身體、自由、名譽、財產之事。恐嚇他人。致生危害於安全者。處二年以下有期徒刑、拘役、或三百元以下罰金。』是該條犯罪之成立。不必有實害之發生。但須犯罪者有犯意之表示。即應施以刑罰。其適例也。

陰謀處罰之例

第二、陰謀。陰謀亦犯意表示之一種。即二人以上所爲關於一定犯罪之協議也。構成陰謀之要件有三。(一)須爲二人以上之協議。若僅屬一人之意思表示。不得謂之陰謀。(二)須指定犯罪之目的。其無一定之犯罪目的者。亦非陰謀。(三)須有

受通知者之承諾。若僅有一方意思之提出。尙未得他方之允諾者。亦不得謂之陰謀。陰謀之處罰。暫行律對於內亂、外患、妨害國交、放火、決水、妨害交通、殺人、決鬥等罪均有明確之規定。現行刑法。則僅對於內亂、外患、妨害國交罪之陰謀犯有處罰之明文。

兇徒組合處罰
之例

第三、兇徒組合 兇徒組合者、謂聚合多數人陰謀犯罪。尙無特定之目的也。此等組合。於社會之公安。有重大之關係。故法國刑法有處罰之明文。日本及其他各國尙未認爲刑法上之犯罪。我國則於特別法中規定之。如治安警察法第九條之規定。『行政官署對結社認爲有左列行爲之一者。得命其解散。(一)結社宗旨有擾亂安寧秩序之虞者。(二)結社宗旨有妨害善良風俗之虞者。(三)其他秘密結社者。』又同法第三十八條云。『違犯第九條各款規定結社。或加入第九條各款結社者。處以一年以下之徒刑。』卽其例也。

第二款 預備

預備罪之處罰
與陰謀罪時同

預備亦爲犯罪行爲之一種。惟較犯意表示稍爲進步。如因有殺人之意思而購置兇器。因有放火之意思而購買火油之類是也。預備之階段。在尙未著手以前。理論上應不處罰。惟預備犯罪。較諸臨時因忿激而發生者。其惡性爲重。故清律有謀殺故殺之別。而暫行律對於預備之情節重大者。亦有處罰之明文。如內亂、外患、妨害國交、放火、決水、殺人、妨害交通、偽造貨幣、決鬥等罪中。皆有處罰之規定是也。現行刑法。則以內亂、外患、及妨害國交等罪爲限。與處罰陰謀罪之情形略同。

第三款 著手

着手爲實行之開始。比較預備更進一級。惟著手與預備之界限。常相混淆。故學者間關於二者之區分。其主張頗不一致。就其最要者言之。約有客觀說與主觀說之二派。

客觀說

第一、客觀說 此說以組合實行行爲最初各舉動、及密接於實行行爲之各舉動爲著手、其觀念在注重外部之動作。故稱客觀說。如以放火之意思而購置燃料。是爲

預備。若以火接觸燃料。是爲著手。卽其例也。

主觀說

第二、主觀說 主觀說之主張。則以其行爲可以識別爲犯罪與否爲預備及著手之區別。如因欲放火而購買燃料。雖可謂爲犯罪之預備。然燃料之用甚多。不能謂購買燃料。卽係專供犯罪之用。有時亦有供其他應用者。故僅購買燃料。尙不能卽認爲犯罪之識別。必須以火接觸燃料時。其犯罪之意思。乃能識別。故以識別犯意爲著手。其在未識別犯意以前。卽爲預備。

以上兩說。依主觀說之主張。對於預備與著手之界限。仍難明晰。蓋既以可以識別犯意之行爲時爲著手。其不能識別犯意之行爲以前爲預備。則凡於犯罪未著手以前。犯人表示之意思而爲他人識別者。均當以著手論科。而預備與著手。幾無截然之劃界矣。故主觀說實不足採。至客觀說之說明方法。約有多種。實際上雖不無紛歧之嫌。然就其大旨言之。究較主觀說爲允當。

客觀說較主觀說爲當

第四款 實行

實行爲著手之
結果

既遂及未遂之
區別

實行行爲、卽刑法各本條所規定之犯罪行爲也。如強盜罪之強取財物行爲、放火罪燒毀屋宇行爲均屬之。實行爲著手之結果。而著手乃實行之開端。故著手與實行。僅屬程度之差。而非性質之異也。凡實行終了而發生結果者。謂之犯罪既遂。實行終了而不生結果者。謂之犯罪未遂。未遂既遂之區別。於科刑上極有關係。如刑法第三十九條之規定。「已著手於犯罪之實行而不遂者。爲未遂罪。其不能發生犯罪之結果者亦同。未遂罪之處罰。以有特別規定者爲限。」依此規定。卽凡法文無處罰未遂犯之規定者。僅能科既遂犯以刑罰。而不能科未遂犯以刑罰。此兩者區分之實益也。但關於侮辱罪及煽惑罪。不問有無結果之發生。凡有侮辱或煽惑行爲。其罪卽完全成立而應依法處罰。是又研究上所宜注意者。

第四節 犯罪之種類

犯罪之種類甚多。就其主要者言之。約有左列各種。

故意犯及過失犯

(一)故意犯及過失犯。故意犯者、因故意而成立之犯罪也。過失犯者、因過失而成立之犯罪也。前者出自有意。一稱有意犯。後者出於無意。一稱無意犯。

普通犯及特別犯

(二)普通犯及特別犯。凡犯普通刑法法典所規定之罪者。是為普通犯。其犯陸海軍刑法及其他特別法令規定之罪者。是為特別犯。

軍事犯及警察犯

特別犯中、又有種種之別。最著者為軍事犯與警察犯二種。其犯陸海軍刑法所規定之罪者為軍事犯。其犯警察法規之罪者則稱警察犯。

作為犯及不作為犯

(三)作為犯及不作為犯。作為犯、係因積極行為而構成之犯罪。即所謂不當作為而作為之犯也。不作為犯係因消極行為而構成之犯罪。即所謂當作為而不作為之犯也。如殺人罪、竊盜罪等。均屬於作為犯。而遺棄罪則屬於不作為犯。即其例也。學者間有謂作為犯為違反禁止法規定之罪。不作為犯為命令法規定之罪者。亦有謂命令作為。即含有禁止不作為之意。禁止作為。即含有命令不作為之意者。

其主張大概相同。

政治犯及常事犯

(四)政治犯及常事犯 凡直接對政治上之秩序安寧為犯罪者。稱政治犯。一稱國事犯。其非直接對政治上之秩序安寧為犯罪者。則稱常事犯。一稱非國事犯。前者如內亂罪外患罪等屬之。後者如放火罪殺人罪竊盜罪等均屬之。前者在國際法上以不引渡為原則。後者反之。

即成犯及繼續犯

(五)即成犯及繼續犯 即成犯者、犯罪達於實行之狀態後、同時消滅其行為之謂。換言之。即犯行到已遂之狀態而同時成立之犯罪也。一般之犯罪、均屬此類。如殺傷人者達到殺死或殺傷之狀態後。其行為同時終了。故謂之即成犯。繼續犯者、其行為已到既遂之狀態後。更應繼續其行為或狀態之謂也。如私擅監禁罪。於達到施以監禁之狀態。即應認為既遂。但於既遂之後、仍應繼續其行為及狀態。必俟解放之時始行終了。故謂為繼續犯。即成犯與繼續犯之區別。於計算起訴權之時效。極有關係。蓋即成犯之時效。應從實行終了時起算。而繼續犯之時效。則應從繼續行為及狀態終了時起算也。

繼續犯有五
徐行犯

又繼續犯因其繼續之情況不同。更可區爲徐行犯、慣行犯、連續犯、永續犯、營業犯之五種。

徐行犯者、連合數次之犯罪行爲、始能達到犯罪之目的者也。如折

毀他人之住宅者。今日毀一瓦。明日拆一椽。連合數次之行爲。始成立一種犯罪

之類是。慣行犯者、乃本於習慣上之意思傾向因而成立犯罪之謂也。如以賭博爲

常業之類是。連續犯者、以連續之犯意於同類數個行爲侵害同一法益之謂也。如

竊取倉庫中之米、今日盜取一斗。明日盜取一石。雖每次爲獨立之犯罪行爲。在

法律上仍以一個竊盜罪論科之類是。永續犯者、於犯罪行爲既遂後。仍有犯罪行

爲及其狀態之繼續者也。如普通繼續犯中私擅監禁犯屬之。營業犯者 乃以收入

爲目的而爲同種類行爲之意思傾向者也。如未經官署許可而設立公司之類屬之。

(六)現行犯及非現行犯 現行犯與非現行犯之區別。係以犯罪發覺之時間爲標準。

現行犯者。於行爲時或行爲終了時所發覺之犯罪者也。其不在行爲當時發覺。或

已至終了後始行發覺者。則爲非現行犯。此兩者之區別。於逮捕犯人極有關係。

刑訴法對於現

現行犯及非現
行犯

營業犯

永續犯

連續犯

慣行犯

行犯規定之四點

茲就刑訴法關於現行犯之規定言之。則有左之四點。

(甲) 犯罪在實施中或實施後即行發覺者。或有下列情形之一者。均爲現行犯。

(1) 被追呼爲犯人者。(2) 於犯罪發覺後最近期間內。持有兇器贓物或其他物件、可疑爲該罪之犯人。或於身體衣服等處、顯露犯罪之痕跡者。

(乙) 現行犯不問何人。得不用拘票逕行逮捕。非現行犯不然。

(丙) 現行犯仍在犯罪所在地者。雖非該管官吏。亦可逕予逮捕。但此種現行犯。以應處徒刑以上之刑者爲限。(參照前大理院三年上字第三七八號判例)

(丁) 凡應處拘役或罰金之現行犯。非被告人姓名住址不明且有逃亡之虞者。該管官吏。不得逕行拘攝。(參照前大理院三年上字第三七八號判例)

牽連犯及非牽連犯

(七) 牽連犯及非牽連犯。牽連犯者。卽一種行爲觸犯數個罪名。或以犯一罪之方法或其結果而犯他項罪名之謂也。此種犯罪。依刑法第七十四條之規定。應從一重處斷。如以一擊而生殺人及毀物之結果。則專以殺人罪論科。而不再科損毀罪。

又如加暴行而盜取財物。亦僅專科強盜罪而不再科暴行罪。卽其例也。反之。一行爲僅犯一種罪名而與他種罪名無關者。則爲非牽連犯。凡刑法上規定之獨立罪均屬之。

單一論罪及併合論罪

(八)單一論罪及併合論罪 單一論罪者、卽一人僅犯一個罪名之謂也。如甲強取乙之所有物。則應科以一個強盜罪。又如甲將乙殺死。則應科以一個殺人罪之類屬之。併合論罪者、卽一人於裁判宣告前犯有數個罪名之謂也。如甲於裁判宣告前。犯有殺人罪。又犯有強盜罪或放火罪等各種罪名屬之。併合論罪。應分別宣告其所犯各罪之刑罰。惟依刑法第七十條之規定。應照左例定其應執行者。

併合論罪執行之例

- (1) 宣告之最重刑爲死刑者。不執行他刑。但從刑不在此限。
- (2) 宣告之最重刑爲無期徒刑者。不執行他刑。但罰金及從刑不在此限。
- (3) 宣告多數之有期徒刑者。於各刑中之最長刑期以上。各刑合併之刑期以下。定其刑期。但至長不得逾二十年。

(4) 宣告多數之拘役者。依前款之例。定其刑期。

(5) 宣告多數之罰金者。於各刑中之最多額以上。各刑合併之金額以下。定其金額。

(6) 宣告多數之有期褫奪公權者。止執行其中最長期之褫奪公權。

(7) 宣告多數之沒收者。併執行之。

(8) 依第三款至第六款所定之刑。併執行之。

以上八款外。關於併合論罪。尚應依刑法第七十一條至第七十三條行之。

親告罪及非親告罪

(九) 親告罪及非親告罪 凡犯罪須經被害人方面告訴後。檢察官始能提起公訴者。謂之親告罪。其不待被害人方面之告訴而由檢察官逕行提起公訴者。謂之非親告罪。普通犯罪。多屬非親告罪。至親告罪則另以明文規定。各國之立法例。其須親告者。要不外姦非及名譽被害各罪。我國刑法。亦有關於財產者。茲就分則中各條所規定親告罪之內容。列舉如左。

刑法分則所列
罪之親告罪

(1) 第一二二條之妨害名譽罪、及第一二六條之侮辱外國罪。須外國政府之請求
乃論。

(2) 第二五五條之詐欺結婚罪、及第二五六條之有夫通姦罪。須本夫告訴乃論。
若本夫縱容通姦者。不得告訴。

(3) 第二四〇條至二四五條之強姦、猥褻、及親屬相姦等罪。須告訴乃論。

(4) 第二九三條之傷害及第三〇一條之過失傷人罪。均須告訴乃論。

(5) 第三一五條之略誘罪及第三二〇條之侵入家宅罪。均須告訴乃論。

(6) 第三二五條至第三三〇條之妨害名譽及信用罪。須告訴乃論。

(7) 第三三三條至第三三五條之妨害秘密罪。須告訴乃論。

(8) 對於親屬犯竊盜罪、侵占罪、詐欺及背信罪。均須告訴乃論。

(9) 第三八〇條及第三八二條至三八四條之毀損罪。均須告訴乃論。

(十) 初犯及累犯 初犯者、即犯一罪而經確定判決之謂也。如竊取財物而為竊盜罪

之判決。或燒毀房屋而為放火罪之判決等屬之。累犯則不然。前犯一罪經確定判決後、更犯他種罪名皆屬之、故再犯或三犯以上。均名之曰累犯。累犯之意義。刑法第六十五條規定極詳。即「受有期徒刑之執行完畢。或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而免除後五年內。再犯有期徒刑以上之罪者為累犯。」是也。累犯較初犯之刑為重。其詳於刑法第六十六條至第六十八條規定之。

單獨犯及共同犯

(十一)單獨犯及共同犯 單獨犯者、一人單獨犯罪之謂也。如甲一人單獨殺乙。則甲為單獨殺人犯是。共同犯者、二人以上共同為犯罪之行爲之謂也。一稱共犯。共犯中又可大別為三種。即正犯、教唆犯、及從犯是也。分說如次。

共犯可大別為三種

(1)正犯 二人以上共同實施犯罪之行爲者皆為正犯。(刑法第四十二條)共同正犯。各自科以刑罰。如甲乙二人共同殺丙。甲乙各應科以殺人罪之刑罰是。

教唆犯

(2)教唆犯 教唆他人使之實施犯罪之行爲者。為教唆犯。(即造意犯)其教唆教唆犯者亦同。教唆犯處以正犯之刑。(刑法第四十三條)如甲使乙殺丙。則

甲爲教唆犯。乙爲被教唆犯。被教唆者固爲正犯。而教唆者亦應科以正犯之刑。故又稱爲準正犯。其教唆教唆犯者。亦爲準正犯。

從犯

(3) 從犯 幫助正犯者爲從犯。如甲授刀與乙以助其殺丙。則甲爲從犯是。從犯之科刑。減正犯之刑二分之一。但於實施犯罪行爲之際。爲直接及重要之幫助者。處以正犯之刑。如藏匿犯人則爲直接及重要之幫助。故應以正犯論科。又教唆從犯者。以從犯論。卽所謂準從犯是也。其科刑與從犯同。(參照刑法第四十四條)

既遂犯及未遂犯

(十二) 既遂犯及未遂犯 (附中止犯、不能犯) 未遂既遂之區別。已於前犯罪之實行中約略說明。卽凡於實行終了而發生結果者。謂之既遂罪。其於實行終了而無結果之發生者。爲未遂罪是也。未遂又有着手未遂與實行未遂之別。其犯罪行爲。僅祇實行一部者。是爲着手未遂。如甲給毒藥與乙。後被丙察覺。致不能達到殺人之目的。卽其例也。反之。其犯罪行爲。已實行其全部而其效力不發生者。

未遂罪有中止
犯與不能犯二
種

是爲實行未遂。一稱缺效犯。如甲以殺人之目的使乙飲毒。乃因解毒劑之效力。致不能達到殺人之目的。卽其例也。未遂罪之處罰。得減既遂罪之刑二分之一。且以有特別規定者爲限。此爲刑法第三十九條及第四十條所明定者也。

未遂罪中。又有中止犯與不能犯之別。中止犯者。已著手於犯罪之實行而因己意中止之謂也。如甲使乙飲毒後旋給與解毒劑之類是。中止犯之處罰。得減輕或免除其刑。(刑法第四十一條)不能犯者。依犯罪之方法。其性質上決不能發生犯罪之結果者也。不能之事實。有關於犯罪之客體者。有關於犯罪之手段者。故又可別爲絕對不能、與相對不能之二種。如甲欲爲殺人之行爲。而被殺之乙。已爲死體時。是爲關於客體之絕對不能。以殺人罪之客體。根本上不存在故也。如甲擬殺乙。雖已開槍。而乙適因事他往。則爲關於客體之相對不能。此蓋因殺人罪之客體。不在其預期之地方。致不能發生犯罪之結果也。至誤認白糖爲毒藥。使人食之以冀實現其殺人之目的。結果不能達到目的之實現。是爲關於手段之絕對

不能。以白糖之爲物。根本上不能發生殺人之結果也。若使人飲以分量及品質均足以致死之毒藥。因其人體質強壯。不能達到殺人之目的者。則爲關於手段之相對不能。以其人具有特殊之體質。始不克發生其結果也。以上所述。不問何種。普通皆以不能犯稱之。不能犯之未遂罪。依刑法第四十條之規定。得減輕或免除本刑。

日本刑法有重
罪輕罪之別

以上十二種。係關於犯罪種類之區別。此外從來各國立法例。普通多有爲重罪、輕罪、及違警罪之區別者。如日本之舊刑法是。此種區別。僅因刑罰之輕重而定。於犯罪之實際上。無甚關係。故我國刑法。不設此項規定。惟關於違反違警罰法之罪。則稱爲違警罪。而關於違反刑法上之罪。則稱爲普通罪。普通罪中。實際上雖有輕重之殊。而法律上則無重罪輕罪之別也。

第二章 刑罰

第一節 刑罰之意義

刑罰之意義

刑罰者、國家對於犯罪者制裁之手段也。申言之。國家對於犯罪之人。依法律之規定而施以懲罰。使犯罪者之利益受剝奪之謂也。國家對於刑罰權之行使。可大別爲三類。茲分述如左。

報復主義與日的主義

第一、報復主義與目的主義 報復主義之要旨。以犯罪者之行爲。違反正義。國家對於其行爲以刑罰。乃爲正當之事理。換言之。卽刑罰者、係基於正義之要求而對於犯罪者所加之報復也。反之。爲目的主義。其要旨以刑罰之目的。在保全社會之安寧秩序。故對於侵害者加以制裁。換言之。刑罰者、基於社會之必要而對於犯罪者所加之防衛手段也。報復主義以刑罰爲基於正義之要求。遂視刑事責任爲正義責任。故主張幼者及有精神病人不負刑事上之責任。目的主義係採防衛手段。故主張幼者及有精神病人亦不可不加制裁。此兩種主義區別之要點也。

事實主義與人格主義

第二、事實主義與人格主義。事實主義之主張。謂刑罰之輕重。當依所犯事實之大小而決定。人格主義反之。謂刑罰之輕重。當區別犯人性格之如何。始能加以相當之處分。不應從客觀之事實而決定也。事實主義。純偏於客觀。對於初犯累犯之情節。結果有不能為分別制裁之嫌。殊於刑事政策不合。至人格主義。偏於主觀。置犯罪事實之大小於不顧。而僅以犯人之性格為標準。亦難認為允當。

感應主義

第三、感應主義。感應主義則謂刑罰之輕重。當視犯人之感應力而定。即一方審查客觀上之犯罪事實。同時應考驗主觀上之犯人性格。而非可囿於一偏者也。此種主義。係合事實主義與人格主義而成。故一稱折衷主義。現代刑罰制度多採之。

第二節 刑罰之種類

刑罰之種類。可大別為二。即主刑與從刑是也。主刑者獨立專科之刑罰。計分五種。即(一)死刑。(二)無期徒刑。(三)有期徒刑。(四)拘役。(五)罰金是也。從刑者

刑罰之種類有

、附隨主刑而科之刑罰。計分二種。即褫奪公權與沒收是也。茲分款而說明之。

第一款 主刑

主刑之種類有五

主刑之種類。各國立法例頗有不同。依我國現行刑法之規定。約有左之五種。分述如次。

死刑爲生命刑

第一、死刑 死刑爲剝奪犯人生命之刑。在刑罰中爲最重。故一稱極刑。又稱大辟。依刑法第五十三條之規定。『死刑用絞。於監獄內執行之』。其第二項云。『死刑非經司法部覆准。不得執行』。蓋所以示死刑爲不得已之刑罰。不能不鄭重出之也。又宣告死刑之犯。如罹精神病或係孕婦。在各國刑法。均應停止執行。我國現制。精神病人須俟病愈後。孕婦須產後滿百日。方可執行。（參照前司法部元年通令）

無期徒刑爲最重之自由刑

第二、無期徒刑 無期徒刑爲自由刑中之最重者。即永遠剝奪犯罪人之自由者也。故無期徒刑。不得加重。其應減輕時。減輕三分之一者。爲十年以上十五年以下

之有期徒刑。減輕二分之一者。爲七年以上十二年以下之有期徒刑。（刑法第八十條）

有期徒刑亦爲
自由刑

第三、有期徒刑 有期徒刑亦爲自由刑之一。卽於一定期間內剝奪犯人自由者也。暫行律分有期徒刑爲五等。現行刑法則將刑等制度廢除。其期間爲二月以上。十五年以下。但遇有加減時。得減至二月未滿。或加至二十年。（刑法第四十九條第三款）其加減例依刑法第八十一條、第八十四條至第八十八條之規定行之。

拘役爲最輕之
自由刑

第四、拘役 拘役爲自由刑中之最輕者。其期間爲一日以上。二月未滿。但遇有加重時。得加至二月以上。（刑法第四十九條第四款）其應加減時。止加減其最高度。（刑法第八十二條）

罰金爲財產刑

第五、罰金 罰金、係對於犯人爲財產上之處罰。故屬財產刑。其最低額爲一元以上。但因犯貧得減至五分之一。（刑法第四十九條第五款）罰金應於裁判後一月以內完納。期滿而不完納者。應強制執行。其未完納者。卽易科監禁。易科監禁

時。以一元以上三元以下折算一日。但因犯貧而減少罰金者。應以減得之數比例計算。其詳於刑法第五十五條各款規定之。

第二款 從刑

從刑有二

褫奪公權係名譽刑

從刑係附隨主刑而科之刑罰。依我國現行刑法之規定。可別爲左之二種。

第一、褫奪公權 褫奪公權、其性質屬於名譽刑。而其結果亦有及於財產者。卽因褫奪公權致財產上受間接之影響是也。凡褫奪公權者。卽褫奪左列資格。且應於裁判時併宣告之。（參照刑法第五十條第一款第五十六條各款及第五十九條）

(1) 褫奪爲公務員之資格。

(2) 褫奪依法律所定之中央及地方選舉爲選舉人及被選舉人之資格。

(3) 褫奪入軍籍之資格。

(4) 褫奪爲官立公立學校職員教員之資格。

(5) 褫奪爲律師之資格。

褫奪公權分有
期及無期二種

又褫奪公權。亦分爲無期及有期兩種。茲依刑法第五十七條及五十八條之規定列舉
如次。

- (1) 有期褫奪公權。以一年以上十五年以下爲限。
 - (2) 宣告死刑或無期徒刑者。其褫奪公權爲無期。
 - (3) 宣告十年以上有期徒刑者。其褫奪公權爲無期或有期。
 - (4) 宣告六月以上十年未滿有期徒刑者。其褫奪公權不得逾十年。
 - (5) 宣告六月未滿有期徒刑拘役或罰金者、及因過失犯罪者。均不得褫奪公權。
- 沒收市爲財產
刑
- 第二、沒收 沒收亦爲財產刑之一。僅對於與犯罪有直接關係之物行之。依刑法第
六十條之規定。沒收之物。計分三種。

違禁物

(一) 違禁物 如供軍事上應用之槍砲子彈、及有害健康之飲食物、暨有傷風化之
圖書等屬之。

供犯罪所用及
犯罪預備之物

(二) 供犯罪所用及犯罪預備之物 如供殺人所用之刀劍及預備放火之燃料等屬之

因犯罪所得之物

(三) 因犯罪所得之物 如官吏所收之賄賂、及竊盜所得之贓物等屬之。

關於第一款之物。得專科沒收。且不問何人所有。均得沒收之。至第二款及第三款之物。則以屬於犯人者為限。始得沒收之。如最重本刑為拘役或罰金者。非有特別之規定。不得沒收。又沒收須於裁判時併宣告之。(參照刑法第六十一條至六十三條)

第三節 緩刑、假釋、及時效

緩刑假釋及時效制度係為減少犯罪而設

刑罰之觀念。非對犯罪者為報復。乃在維持社會之安寧秩序。故近世刑事政策。在冀犯罪之減少。而不必為刑罰之執行。凡犯人情有可原或自知悔悟者。均不妨從權辦理。即所謂緩刑、假釋、及時效等制度是也。茲分述如次。

緩刑之宣告及

第一、緩刑 緩刑者、對於宣告之刑罰。暫緩執行之謂也。凡受二年以下有期徒刑

數倍

、拘役或罰金之宣告、而有左列情形之一者。得同時宣告二年以上五年以下之緩刑。其期間自裁判確定之日起算。（刑法第九十條）

（一）未曾受拘役以上刑之宣告者。

（二）前受拘役以上刑之宣告執行完畢。或免除後三年以內未曾受拘役以上刑之宣告者。

凡具備右列情形之一者。得依法宣告從緩執行其刑。惟受緩刑之宣告後。具有左列情形之一者。應撤銷其宣告。但因過失犯罪者不在此限。（刑法第九十一條）

（一）緩刑期內更犯罪。受有期徒刑以上刑之宣告者。

（二）除刑法第九十條第二款外。因緩刑前犯他罪。曾受有期徒刑以上刑之宣告。在緩刑期內始發覺者。

凡具有右列情形之一者。即撤銷其緩刑之宣告。而仍應執行其判處之刑。倘緩刑期滿。而緩刑之宣告未經撤銷者。其刑之宣告。即失其效力。不能再予執行。此

又刑法第九十二條所明定者也。

假釋之許可及
撤銷

第二、假釋 假釋者、因犯罪人具有悛悔實據。乃暫免其刑之一部執行者也。凡受刑之執行而有悛悔實據者。無期徒刑逾十年後。有期徒刑逾二分之一後。由監獄官呈報司法部。得許假釋出獄。但有期徒刑之執行未滿二年者。不在此限。是即刑法第九十三條所規定之假釋條件也。惟假釋期內有左列情形之一者。得撤銷其宣告。

(一)更犯罪受拘役以上刑之宣告者。

(二)犯假釋管束規則者。

因具右列情形之一而撤銷其宣告時。其出獄日數。不算入刑期之內。又因他罪受刑之執行者。其執行期間。亦不算入假釋期內。惟假釋期滿而未經撤銷假釋者。其未執行之刑期。以已執行論。(參照刑法第九十四條至九十六條)

時效有二

第三、時效 時效者、因經過一定期間而起訴權或刑罰之執行權歸於消滅之方法也。

刑罰之時效

故刑事法上之時效有二。一曰刑罰之時效。一曰公訴之時效。茲分別說明如次。

(甲)刑罰之時效 刑罰之時效者。即行刑權消滅之時效也。依刑法第一百零一條之規定。行刑權逾左列期間而不行使者。因時效而消滅。

(一)死刑、無期徒刑、或十年以上有期徒刑者。三十年。即經過三十年而行

刑權之時效消滅。

(二)一年以上十年未滿有期徒刑者。十五年。即經過十五年而行刑權之時效

消滅。

(三)一年未滿有期徒刑、拘役、罰金或專科沒收者。五年。即經過五年而行

刑權消滅。

右列期限。應自裁判確定之日起算。又行刑權之時效。遇有依法令不能開始或繼續執行時。停止其時效之進行。時效停止時。自停止原因銷滅之日起與停止

前已經過之期間。一併計算。(參照刑法第一百零二條)

(乙)公訴之時效 公訴之時效者。即起訴權消滅之時效也。依刑法第九十七條之規定。起訴權逾左列期限而不行使者。因時效而消滅。

(一)死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑者。二十年。即經過二十年後不得提起公訴。

(二)一年以上十年未滿有期徒刑者。十年。即經過十年後不得提起公訴。

(三)一年未滿有期徒刑、拘役、或罰金者。三年。即經過三年後不得提起公訴。

右列期限。自犯罪成立之日起算。但刑法第七十五條之連續犯罪。自犯罪最終之日起算。又起訴權之時效期限。應依據本刑之最高度計算。其有二種以上之主刑者。則依據最重主刑之最高度計算。本刑應加重或減輕者。起訴權之時效期限。仍依據本刑計算。(刑法第九十八條及第九十九條)

至起訴權之時效。遇有依法令不能開始或繼續時。須查預審起訴或審判之程序時停止之。時效停止時。自停止消滅之日起與停止前已經過之期間一併計算。此又關於停止時效之計算方法而為刑法第一百條所明定者也。

第四節 刑罰之消滅

刑罰消滅之原因大別為六種

刑罰之消滅者、即宣告或執行之刑罰。因具有特別要件而失其效力之謂也。刑罰消滅之原因甚多。可大別為左之六種。

刑期終了

(甲)刑期終了 即執行之刑期。業已完畢。因而歸於消滅。此為通常之原因。其他則為特別之原因。

犯人死亡

(乙)犯人死亡 刑罰係以懲治犯人為目的。犯人既經死亡。則刑罰當然失其效力而歸於消滅。

大赦及特赦

(丙)大赦及特赦 大赦者、對於某種犯罪人之罪名使之消滅之謂也。如本年一月一

日公布之政治犯大赦條例第一條之規定。「凡中華民國十九年十二月三十一日以前之政治犯。均赦免之。但背叛黨國之元惡、怙惡不悛之共產黨人、或有賣國行為者。不在此限」。即除但書以外之政治犯。均因大赦而消滅其過去之罪名是也。特赦者、對於特定處罰之犯人赦免其刑罰之執行之謂也。如某甲已判處妨害公務罪刑二年。對於其刑罰免予執行之類是。故大赦係以罪為目的。可對於一般同種類之犯罪為之。特赦則以人為目的。僅限於特定科刑之人為之。大赦之犯罪。雖再犯而不為加重科刑之原因。特赦之犯罪。如赦後再犯時。仍以累犯論科。此即兩者之異點也。

復權

(丁)復權 復權者、即被剝奪之公權予以恢復之謂也。公權既已恢復。則刑罰自然失其效力。故復權亦為刑罰消滅之原因。

時效

(戊)時效 時效為消滅公訴權及行刑權之原因。業於本章第三節時效中說明。茲不贅。

緩刑及假釋期間之終了

(己)緩刑及假釋期間之終了。緩刑及假釋之內容。業於本章第三節中敘及。凡緩刑期滿而緩刑之宣告未經撤消者。其刑之宣告為無效。(刑法第九十二條)又假釋期滿而未經撤銷假釋者。其未執行之刑期。以已執行論。(刑法第九十六條)故二者期間之終了。均為刑罰消滅之原因。

第三章 各論之意義及範圍

刑法各論之意義

刑法學各論者。研究關於刑法學本體之刑法分則也。前二章關於犯罪及刑罰。屬於刑法總論之範圍。是為總則之共同規定。而為各論之預備材料也。凡非各論所需要者。總論即不敘及。故刑法總則之產生。完全係供刑法分則之應用。同時刑法學總論之研究。直可認為係供刑法學各論之研究而設者也。因此之故。多數學者主張總論之發達。實在各論之後。蓋以古代之刑法。為迫於一時之需要。僅有形同分則之條文。或混入形同總則之規定。積之既久。條例繁夥。勢不得不綜合各條文中之相

同者。另立一章。以明統系而免繁複。於是遂有總則之產生。試就歐洲之成文法觀之。羅馬之十二銅標。實爲最早之成文法。此十二銅標中。除最後補遺外。從第一提傳程序以至第一宗教法。都無類似總則之規定。李悝法經六篇。爲我國最早之成文法。其盜法、賊法、囚法、捕法、雜法五篇。均屬關於分則之規定。惟最後具法一篇。始僅具總則之雛形。至魏明帝時頒行魏律十八篇。乃將具法列諸首篇。改稱刑名。沿至北齊。更稱名例。此名例卽爲現在之總則。近代刑法愈趨發達。其體例亦日臻周密。所有關於共同規則之條文。概於總則中明白規定。故凡屬如何行爲。始構成犯罪。及對於犯罪人應處以何種刑罰。均於總則中爲概括之規定。至何種犯罪。應施以何種刑罰。其間構成犯罪之要件。實施犯罪之手段。與夫處罰犯罪刑罰之輕重。皆於分則中規定之。故刑法各論者。卽研究分則中所規定之各種問題爲目的者也。

刑法各論之範圍

刑法分則計三

我國刑法分則計分三十四章。卽自內亂罪以至毀棄損壞罪是也。其詳應於刑法學各

論研究之。茲不具及。

第四編 民法

民法之意義

民法與一般法規同爲維持國家秩序保全人類共同生活之必要條件。其語源實基於羅馬之市民法。惟市民法之原義。包含公法私法二種。今日之民法。則純屬私法。且與各特別法之性質不同。又市民法之適用。僅限於羅馬之市民。凡他邦人民與羅馬市民間、及他邦人民相互間。則適用萬民法。而民法則可普通適用。其主要目的。在規定各人權利義務。而爲國內普遍通行之私法。故民法云者。規定私法一般原則之法規。換言之。卽規定私法上關於權利義務之普通法規也。

民法有廣狹二義

民法有廣義與狹義之別。廣義之民法。係包括私法之全體。卽除民法法典外。凡屬於民事一切法令及慣習法皆屬之。狹義之民法。則僅屬普通私法卽指我國現行之民法而言。茲更分析其性質而說明之。

民法係私法

第一、民法係私法 民法爲規定個人生活之關係。非如憲法刑法等公法爲規定團體

生活之關係也。故屬於私法。

民法係普通法 民法可通行於全國之一般。非如各種特別法之僅限於某地域

某事物而適用也。故屬於普通法。

民法係國內法 民法乃規定國內一般人民之關係。非如國際法為規定國際間

人民之關係也。故屬於國內法。

民法係制定法 民法係指經由立法機關所制定之法規而言。如我國現行民法

屬之。其非經立法機關所制定者。如習慣。如判例、如學說等。雖有時足為補充

制定法之用。究不能稱之為民法。

民法係實體法 民法係規定權利義務之實體。非如民事訴訟法等程序法僅規

定施行之手續也。故民事訴訟法屬程序法。而民法則屬實體法。

民法係任意法而略兼強行法 任意法與強行法之意義。曾於總論法律分類中

說明。此種區別之標準。可就民法各條文分別決定。大抵關於公共秩序之規定者

略兼強行法

羅馬式編纂法

屬強行法。卽命令法。其基於當事人意思之設定者。則爲任意法。卽聽許法也。

以上六點。均係民法之特質。至世界各國民法之編纂方法。可大別爲羅馬式及德意志式之二種。羅馬式之編別法。計分三項。一人法。二物法。三訴法。蓋馬人身份最重。以家長爲本位。關於身分之規定。謂之人法。故列人法第一。有人斯有物。故列物法第二。有人與物乃生權利義務之關係。因權利義務之爭執。而訴訟以起。乃列訴法第三。嗣後奧大利和蘭法蘭西諸國均仿之。奧國民法分三編。一人事編。二財產編。三人事及財產通則編。法國民法分四編。一前加編。二人事編。三財產編。四財產取得編。其系統均屬於羅馬式編別法。至德意志式之編別法。共分五編。第一總則。第二物權。第三債權。第四親屬。第五繼承。日本新民法採之。我國民法。亦踵仿此式。惟物權債權。次序更易。且因債權二字。僅能表示債權之一方。而不能賅括債務。未免有保護資產階級之傾向。故特刪去權字。僅以債稱。是又我國民法之特質也。茲依照我國民法之編次分章而說明之。

德意志志編纂法

編。四財產取得編。其系統均屬於羅馬式編別法。至德意志式之編別法。共分五編。第一總則。第二物權。第三債權。第四親屬。第五繼承。日本新民法採之。我國民法。亦踵仿此式。惟物權債權。次序更易。且因債權二字。僅能表示債權之一方。而不能賅括債務。未免有保護資產階級之傾向。故特刪去權字。僅以債稱。是又我國民法之特質也。茲依照我國民法之編次分章而說明之。

第一章 總則編

我國民法係仿
德意志式而略
加變更

我國民法之編次。係採德意志式而略加變更。前已言之。其不採羅馬式之理由。則因羅馬式之編別法缺點甚多。既有債權物權混同之弊。而以實行權利之訴訟法。列入民法之一部。復有實體法與程序法參合之嫌。且親屬繼承。其中有涉及財產者。該法以之共隸於人法。亦欠精確。惟仿德意志式。則秩序釐然。有條不紊。故第一編為總則。即關於共通債權物權親屬繼承各關係之全體法規也。為學之次第。必先總論而後各論。故治法律學者。必須先治法學通論。則治民法者。亦必須先治通於民法全體之法則。且類集各種權利之共通法規於部首。既可免各編分別規定之重複。且可收提綱挈領之實效。此總則列於民法第一編之理由也。

總則編之內容

我國民法總則編。係於十八年五月二十三日公布。同年十月十日施行。計分七章。都凡一百五十二條。其性質係規定各種私權之共通規則。就其內容言之。第一為關

於各種共同規則之通則。如總則第一章法例之規定屬之。第二、係關於私權主體之規定。私權之主體爲人。法律上之人。有自然人與法人之別。故總則第二章內分兩節。第一節係關於自然人之規定。第二節則爲關於法人之規定也。第三、爲關於私權客體之規定。私權之客體爲物。因物爲私權之目的。故一稱標的。又稱目的。其大體於總則第三章規定之。第四、係關於私權變更之規定。私權變更之原因有二。其依行爲者之意思而生私權之變更者。謂之行爲。其依自然之事實而生私權之變更者。謂之事實。行爲更別爲二。基於行爲者之意思而生私權之變更者。爲法律行爲。非基於行爲者之意思而生私權之變更者。爲侵權行爲。故總則第四章爲關於法律行爲之規定。而以侵權行爲爲債權發生之原因。則於民法債編規定之。又法律事實之最重要者爲時。故總則第五章爲關於期日及期間之規定。而於第六章爲消滅時效之規定焉。第五、係關於行使權利之規定。卽總則第七章所規定之內容也。茲依總則各章之編次。分節而說明之。

第一節 法例

法例

法例即關於各種共同規定之通則。其所規定之事項。可大別爲法律適用之順序、法律行爲之方式、及判斷數量之標準三種。分述如次。

法律適用之順序

第一、法律適用之順序。於民法第一條中規定之。即「民事法律所未規定者、依習慣。無習慣者、依法理。」是也。法律係指民法及其他成文法言。習慣以不背於公共秩序或善良風俗者爲限。（第二條）至法理乃指事物當然之理。如事親以孝、交友以信之類是。

法律行爲之方式

第二、法律行爲之方式。法律行爲之方式。有須使用文字與不須使用文字之別。其不須使用文字者。固不必別行規定。其必須使用文字者。如本人不能自寫而請他人代書時。必須本人親自簽名。以昭真實。（第三條第一項）如用印章代替簽名時。其所蓋之章與簽名生同等之效力。（第三條第二項）但如以指印、或十字、

或其他符號代替簽名時。則更須經二人簽名證實。始具有與簽名發生同等之效力。此又民法第三條第三項所明定者也。

判斷數量之標準

第三、判斷數量之標準。有以文字為準與以最低額為準之二種。

分述如次。

以文字爲標準

(甲)以文字爲標準。關於一定數量中。有以文字表示者。有以號碼表示者。若同時以文字及號碼相表示。而文字與號碼有不相符合時。法院能依當事人之原意決定而毫無爭議時固佳。倘法院不能決定何者爲當事人之原意。或何者非當事人之原意時。應以文字之表示爲標準。(第四條)蓋文字之表示。較號碼爲精確。且足以杜當事人間之爭議也。

以最低額爲標準

(乙)以最低額爲標準。同時以文字及號碼爲多次之表示。如前後均相符合。固不發生問題。倘表示或有不符。應先由法院決定何者係當事人之原意。如法院不能決定時。則爲保護義務人計。應以最低額爲標準。(第五條)其不取最高額

者。忍權利人故意抬高數量。致使義務人受無形之損害也。

第二節 人

人分自然人與
法人二種

自然人

能力有權利能
力與行為能力
之別

權利能力

人爲私權之主體。有自然人與法人二種。爲總則第二章所規定。茲分款說明如次。

第一款 自然人

自然人者、具備人類之形態而爲權利義務之主體者也。自然人在民法上與權利義務有密切之關係者。爲能力及住所之二種。分述如次。

第一、能力 人之能力有二。即權利能力及行為能力是也。公權之享有。法律上常設有種種限制。而私權之享有。則以平等爲原則。凡自然人均得享有之。故人之權利能力。始於出生。終於死亡。（第六條）其未出生之胎兒。以將來非死產者爲限。關於其個人利益之保護。視爲既已出生。（第七條）若一旦失蹤。則滿十年後。可爲死亡之宣告。如滿七十歲以上者。則減爲五年。若失蹤人遭遇特別災

行爲能力

難者。則減爲三年。(第八條一二三項)一經法院宣告死亡。則於判決內所確定死亡之時。視爲其人業已亡故。(第九條)不復再享有法律上之權利。其權利應由其直系卑屬依法承繼。此即關於權利能力之概要也。至行爲能力。則可別爲有行爲能力人、無行爲能力人、及限制行爲能力人之三種。(一)有行爲能力人。卽在法律上能爲完全有效之法律行爲之人。換言之。卽能單獨因法律行爲取得權利或負擔義務之人也。其具有此種資格者。爲滿二十歲之成年人、與已結婚之未成年入兩種。(參照第十二條及第十三條第三項)(二)無行爲能力人。卽絕對無法律行爲能力之人。換言之。卽其法律行爲在法律上完全不生效力者也。其屬於此類者。爲未滿七歲之未成年入及禁治產人之二種。(第十三條一項第十四條及第十五條)(三)限制行爲能力人。卽其人之法律行爲。非絕對無效。亦非絕對有效。乃因法律而受限制者也。如民法第十三條第二項所規定滿七歲以上之未成年人屬之。

住所之概要

第二、住所 住所爲人類生活之根據地。亦爲生活關係之中心點。卽人以常久居住之意思而住於一定之地域也。故無論何人。必有確定之住所。惟一人之住所。同時僅限於一處。如民法第二十條規定「以久住之意思住於一地之地域者。卽爲設定其住所於該地。一人同時不得有兩住所。」是也。倘其人屬於無行爲能力或限制行爲能力者。則以其法定代理人之住所爲住所。(第二十一條)倘其人住所無可考。或在中國無住所者。則以其居所爲住所。(第二十二條)倘因特定行爲選定居所者。則關於其行爲。視爲住所。(第二十三條)至若以廢止之意思離去其住所時。卽認爲廢止其住所。此又民法第二十四條所明定者也。

第二款 法人

法人具有人格

法人者、非自然人而具有人格權者也。法人與自然人之人格。均爲法律所賦予。惟自然人之人格。出於天然之存在。而法人之人格。則由於人爲之認識。此則兩者之異點也。

公法人與私法人

法人可大別爲公法人與私法人之二種。公法人者、依公法所定之法律要件而生之法人也。如國家及自治團體屬之。私法人者、依私法所定之法律要件而生之法人也。

如公司學校醫院等屬之。茲之所述。係指私法人言。

私法人有社團
財團之別

私法人又賅括社團與財團之二種。因欲達特定目的而爲人之集合者。是名社團法人。因使用於特定目的而爲財產之集合者。是名財團法人。此兩種法人之成立。必依民法或其他法律之規定。(第二十五條)茲分別說明如次。

社團法人有營
利及公益二種

第一、社團法人 社團法人者。卽由自然人之集合而成立之法人也。從其目的言之。可別爲營利社團法人、及公益社團法人兩種。前者之目的。專屬於經濟。故又稱爲經濟上之社團法人。後者之目的。非專屬於經濟。故又稱爲非經濟上之社團法人。公益社團之設立。於登記前須得主管官署之許可。(第四十六條)營利社團之設立。須依特別法之規定。(第四十五條)凡設立社團法人。均須訂定章程。記載目的、名稱、董事之任免、總會召集之條件程序及其決議證明之方法、社

員之出資、社員資格之取得與喪失各事項。(第四十七條)並應向主管官署登記。(第四十八條)其內部以總會為最高機關。凡變更章程、任免董事、監督董事職務之執行、及開除社員各事項。均須由董事召集總會議決行之。變更章程。須得主管官署之許可。凡社員皆有平等表決權。如有三分之二以上之同意。得為解散社團法人之議決。其詳於民法第四十九條至第五十八條規定之。

財團法人者屬
公益法人

第二、財團法人 財團法人者。即因使用於特定目的由財產上之集合而成立之法人也。其性質不在計較財產上之利益。即不以商行為為目的。而專以公益為目的。非如社團法人有公益法人與營利法人之別。故學理上一稱之為公益法人。又社團之組織以自然人為基礎。故有社員總會。財團之組織。以財產為基礎。故無社員總會。此即財團與社團之異點也。其詳於民法第五十九條至第六十五條規定之。

第三節 物

物指有體物言

物爲私權之客體。所以別人爲權利之主體也。至物之意義。學說及各國立法例頗不一致。我國民法則仿瑞士及蘇俄之先例。不立界說。而僅爲總括之規定。惟所謂物者。大體指有體物言。無體物不包含其中。此又適用上所宜注意者。至物之種類。曾於總論中鉅及。民法第三章僅爲動產及不動產、主物及從物、元物及孳息之規定。其詳於第六十六條至第七十條中明定之。茲不贅述。

第四節 法律行爲

法律行爲有適法及不適法之別

法律行爲、卽可以發生法律上效力之行爲也。凡可以發生法律上效力之行爲。可大別爲適法行爲及不適法行爲兩種。前者一稱法律行爲。從積極言之。係法律所容許之行爲。從消極言之。則不違背法律之行爲也。後者一稱不法行爲。從積極言之。則爲違背法律之行爲。從消極言之。則爲法律所不容許之行爲也。故前者因不違背法律。卽合於行爲人意思之所欲而生法律上效力之行爲也。後者乃因違背法律故。

不必爲行爲人意思之所欲而生法律上效力之行爲也。前者於實際上甚屬重要。故我國民法從多數之立法例。特設第四章規定之。蓋人類欲達生存之目的。不可一日無法律行爲也。

法律行爲之要件

法律行爲、乃基於人類意思作用而發生法律上效力之行爲。其要件有三。第一、須基於意思表示之行爲。第二、其行爲須生法律上之效力。第三、其目的須受法律之保護且屬於可能者。故凡法律行爲違反強制或禁止之規定者無效。(第七十一條)有背於公共秩序或善良風俗者無效。(第七十二條)不依法定方式者無效。(第七十三條)無行爲能力人之意思表示無效。(第七十五條)限制行爲能力人所爲之單獨行爲無效。(第七十八條)是皆因其不具備法律行爲之要件。故自始不發生法律上之效力也。

法律行爲之種類

至法律行爲之種類、就其主要者言之。約有要式行爲、不要式行爲、管理行爲、處分行爲、有因行爲、無因行爲、有償行爲、無償行爲、生前行爲、死後行爲、單獨

行爲、合意行爲之別。要式行爲者。須具有一定儀式之行爲也。如婚姻屬之。不要式行爲者。無須乎特別儀式而僅爲意思表示之行爲也。如普通買賣屬之。管理行爲者。對於事物爲保管之行爲也。如保管貨物之類屬之。處分行爲者。對於事物有處分權之行爲也。如出賣物品等屬之。有因行爲者。其目的基於法律行爲之要件者也。如買賣屬之。無因行爲者。其目的非基於法律行爲之要件者也。如繼承屬之。有償行爲者。即權利與義務相當之行爲也。如買賣之有代價是。無償行爲者。即享權利免義務之行爲也。如贈與之無代價是。生前行爲者。即生前發生一切效力之行爲也。如買賣贈與等均屬之。死後行爲者。至死後始能發生效力之行爲也。如遺囑屬之。單獨行爲者。即基於片面之意思表示而成之法律行爲也。如追認、催告、契約之解除、債務之免除。及遺囑等屬之。合意行爲者。即須雙方意思表示之合致而成之法律行爲也。如買賣交換等屬之。此即關於法律行爲種別之概要也。

法律行爲之內

法律行爲之內容。除行爲能力業已說明外。尙可大別爲意思表示、條件及期限、代

理、無效及撤消之四種。茲分別說明如次。

第一款 意思表示

意思表示爲法律行爲之最要條件

意思表示。爲法律行爲之最要條件。即欲發生法律上效力之意思而以之表示於外部者也。分說之。第一、以欲發生法律上效力之意思存在爲必要。若單純之意思表示。無發生法律上效力之意思者。不得爲法律行爲之要件。如精神病人及未滿七歲之未成年人屬之。此種爲法律行爲要件之意思。學說上稱意思決定。一稱法律行爲之意思。第二、欲發生法律上效力之意思。以表現於外部爲必要。其未表現於外部之意思。乃無實行之意思。即非行爲之要件。又意思表示。係決意之實行。故以行爲人有表彰其決意之意思爲必要。否則。不爲決意之表現也。第三、法律行爲之意思。與表示之意思。須完全一致。其不一致之意思表示。則非真正之意思表示。故法律行爲之意思與表示之意思不一致之行爲。以無法律上之效力爲原則。

不一致之意思
意思與表示之不一致。有出於表意人之故意者。有非出於表意人之故意者。前者如

表示有故意及
非故意之別

心裏留保及虛偽之意思表示屬之。後者如錯誤之意思表示及被詐欺脅迫之意思表示屬之。分述如次。

故意之不一致 第一、故意之不一致 即基於表意人之故意致使意思與表示不一致者也。計有二種

心裏留保

甲、心裏留保 心裏留保者、即表意人無欲爲其意思表示所拘束之意而爲之意思表示也。（第八十六條）學說上一稱意中留保。又稱心中留保。即故意與真意不符合而爲之意思表示也。此種表示。除其情形爲相對人所明知者外。不能因之無效。蓋所以保護善意第三人之利益也。

虛偽之意思表示

乙、虛偽之意思表示 虛偽之意思表示者。即表意人與相對人通謀而爲之假意表示也。如甲因欲免債權者之押迫。故與乙通謀。以自己之財產爲轉售於乙之假裝法律行爲之類是。此種虛偽之意思表示。在法律上不生效力。惟對於善意之第三人。不知其虛偽之內容時不許主張無效。（參照第八十七條）蓋所以保護

善意第三人之利益。而謀交易上之安全也。

非故意之不一致 第二、非故意之不一致 即表示與意思之不一致非出於表意人之故意者也。計分二致

種。

錯誤之意思表示 (子)錯誤之意思表示 錯誤之意思表示。即非表意人之故意。乃因於錯誤不自知

其與真意不符而爲之意思表示也。此種錯誤之意思表示。有純出於本人之錯誤者。如第八十八條所規定之情形屬之。有由達傳機關之錯誤者。如第八十九條規定之情形屬之。二者皆得爲撤銷之原因。惟撤銷權應自意思表示後一年行使。若經過一年。則歸於消滅。(第九十條)又凡依第八十八條及第八十九條規定。撤銷意思表示時。表意人對於信其意思表示爲有效而受損害之相對人或第三人。應負賠償責任。蓋所以保護相對人或第三人之利益而爲第九十一條所明定者也。但其撤銷之原因。受害人明知、或可得而知者。不在此限。

被詐欺或脅迫

(丑)被詐欺或脅迫之意思表示 被詐欺或脅迫之意思表示。即因被欺罔恐嚇之情

之意思表示

形而非出於表意人自由之意思表示也。此種意思表示。既非出自表意人之自由。自應許其撤銷。但其詐欺係由第三人所為時。則為保護善意相對人之利益計。惟限於相對人明知其事實或可得而知者。始能撤銷。又其撤銷不得以之對抗善意之第三人。此又民法第九十二條分別規定之本旨也。

意思表示發生效力之時間

意思表示發生效力之時間。則因是否向對話人為之而不同。亦因相對人有無行為能力而各異。其詳於民法第九十四條至第九十八條規定之。茲不贅及。

第二款 條件及期限

法律行為有期限附及條件附之別

法律行為。有附有條件者。有附有期限者。如不背於民事法規。自應認為有法律上之效力。故民法特設條件及期限之規定。茲分述如次。

條件之意義

第一、條件 條件者、乃當事人隨意以法律行為效力之發生、或消滅、使繫諸不確定之未來事實成否之附隨條款也。其內容可別為左之三點說明之。

停止條件及解除條件

(甲)停止條件及解除條件 停止條件者、於條件成就時始發生效力者也。如甲約

條件

定贈乙金千元。但聲明必乙由大學畢業後始能交付。是此種贈與效力之發生。必在乙由大學畢業後。其適例也。(第九十九條一項)解除條件者、於條件成就時始失其效力者也。如甲贈乙金千元。約定乙若不能由大學畢業。仍須將原金悉數返還。是乙必須由大學畢業後。其所附之條件。始能解除束縛而失其效力。其適例也。(第九十九條二項)

條件成否未定中之效力

(乙)條件成否未定中之效力 停止條件與解除條件在成否未定以前。法律行為之效力。尚在不確定之狀態中。此時效力之如何。法律上不能不有相當之規定。即凡當事人於條件成否未定前。若有損害相對人因條件成就所應得利益之行為者。應負損害賠償之責任是也。(第一百條)

以不正行為促條件成否之限制

(丙)以不正行為促條件成否之限制 條件成否之事實。是否發生。應依自然狀態為準則。苟以不正當之行為。促其條件之成就。或阻其條件之不成就者。法律上不能不加以限制。即凡因條件成就而受不利益之當事人。如以不正當行為阻

其條件之成就者。視為條件已成就。反之。因條件成就而受利益之當事人。如以不正當行為促其條件之成就者。視為條件成就是也。（第一百零一條）

期限之意義

始期及終期

第二、期限 期限者、乃當事人隨意將法律行為效力之發生、或消滅。使繫諸確定未來事實之屆至者也。通常分始期及終期之二種。始期者、因其期限到來而履行其法律行為之謂也。終期者、因其期限到來而法律效力消滅之謂也。如甲借乙債百元。約定明年六月一日歸還。是為始期。反之。如甲以衣服向乙抵借洋百元。約定明年六月底如不贖回。聽乙將衣服轉賣。是為終期。其詳於民法第一百零二條規定之。又期限除始期終期外。更有確定期限與不確定期限之別。確定期限者。即預定應到來時期之期限也。如甲向乙借款。言明何日歸還屬之。反之。不確定期限者。即不能預定其到來時期之期限也。如甲借乙洋百元。約定由北平回來之時歸還屬之。

確定期限與不
確定期限

第三款 代理

代理制度存在之理由

代理制度。為近世各國法律所公認。蓋凡行為能力不完全之人。不能不借重他人以補充其能力之欠缺。又凡因疾病或其他原因。事實上不能親自為法律行為時。亦不能不依他人將自己之行為為能力為事實上之擴充。此代理制度存在之理由也。

代理之意義及要件

代理者、即基於代理權限內。以本人之名義。對他人而為意思表示、或接受意思表示。其效果均直接及於本人者也。如甲以乙之名義。向丙為意思表示。又甲以乙之名義。接受丙之意思表示。其效力均直接對乙而生之類是。此種情形。甲稱代理人。乙稱本人。丙稱第三人。故代理之要件。第一、須代理人有為本人之意思。即使法律上之效力。直接及於本人是。第二、代理人須表示為本人辦事。即代本人為法律行為之意思表示。或接受意思表示。蓋代理人、因代他人為法律行為能力之補充或擴張而設立之制度也。

法定代理及意定代理

代理有法定代理與意定代理之別。法定代理。所以補助能力之欠缺。其代理權之發生。乃基於本人法律行為以外之事項而由法律所規定。如行親權人、監護人、等屬

之。意定代理。所以擴張能力之所不及。其代理權之發生。乃基於本人之法律行為所委任。第如債編第二章第十節關於委任各條之代理人屬之。總則自第一百零三條至第一百零九條。為關於代理制度共通之規定。而無權代理人之代理行為。則於第一百一十條特別附及焉。

第四款 無效及撤銷

不完全之法律
行為

法律行為不具備法定之要件者。稱曰不完全之法律行為。即其法律行為之效力。在法律上完全不發生、或不完全發生之謂也。其全然不發生法律上效力之行為。是為無效之法律行為。如違反強制或禁止規定之行為。(第七十一條)有背於公共秩序或善良風俗之行為。(第七十二條)不依法定方式之行為。(第七十三條)無行為能力人之意思表示。(第七十五條)限制行為能力人所為之單獨行為。(第七十八條)等、均屬之。不完全發生法律上效力之行為。是為可得撤銷之法律行為。如當事人之能力不完。(參照第七十九條及八十二條)意思表示之錯誤。(第八十八條

可得撤銷之法
律行為

各論 第四編 民法 第一章 總則編

（傳達不實。（第八十九條）及被脅迫詐欺。（第九十二條）等行為、均屬之。但可得撤銷之法律行為。如經有撤銷權者之承認。其行為即發生法律上之效力。且嗣後不得再行撤銷。蓋既經承認。即足認為已拋棄其撤銷權也。故承認必以意思表示行之。（民法第一百十一條至第一百十八條）

第五節 期日及期間

時之效力

期日及期間。總稱曰時。時與權利之完成及消滅。有重大之關係。各國法典皆規定之。如逾一定之時間。則生法律上之效力。或失法律上之效力。又或於一定之期間。行使其權利者。則取得其權利。於一定之期間。不行使其權利者。則喪失其權利。皆因時之關係而定是也。期日者、乃不得區分之特定日。期間者、乃由期日集合而成之時間也。期日與期間之別。恰與幾何學上點與線之關係相同。故學說上稱日期為時點。稱期間為時間。茲述民法關於期日及期間之規定如次。

期日及期間之區別

第一款 一般之準則

期日及期間之
計算準則

期日及期間之計算方法。有由當事人定之者。有由法律定之者。亦有由法院定之者。民法第五章係規定期日及期間一般適用之準則。故第一百十九條規定云。『法令、審判、或法律行為所定之期日及期間。除有特別訂定外。其計算依本章之規定。』蓋所以補當事人間意思表示之欠缺而為劃一之規定也。

第二款 期間之起算及終止

期間之計算法
期間之起算點及終止點。各國法律之計算方法。大概相同。茲就民法所規定者分述如左。

期間起算點

第一、期間之起算點 期間之起算點。為民法第一百二十條所明定。即凡以時定期間者。即時起算。如定午前十一時起若干時。則自午前十一時起算是。惟以日、星期、月或年、定期間者。若以一日未滿之時間。亦算作一日。殊為不便。故同條第二項特規定其始日不算入。以免爭議。

期間終止點

第二、期間之終止點 期間終止點之計算法。有原則與例外之不同。茲分述如次。

原則計算法

- (一)原則 以日、星期、月、或年、定期間者。以期間末日之終止為期間之終止。
- (第二百二十一條一項)若期間不以星期、月、或年、之始日起算者。以最後之星期、月、或年、與起算日相當日之前一日。為期間之末日。如於星期一午後二時起算。約定一星期之期間。為某種法律行為。則從翌日即星期二起算。以下星期相當日之前一日。即星期一。為期間之末日是也。但以月或年定期間。其最後之月無相當日者。則以其月之末日為期間之末日。如自一月三十一日起算。約定一個月之期間。至二月無相當日。即無三十一日而僅為二十八日。則以二月二十八日為期間之終止。又閏年二月為二十九日者。則以二十九日為期間之終止。即所謂以最後月之末日。為期間之末日是也。(第二百二十一條二項)

例外計算法

- (二)例外 凡於一定期日或期間內應為意思表示或給付者。其期日或其期間之末

日。若爲星期日、紀念日、或其他休息日時。依習慣上應放假或停止營業。自不能爲意思表示或給付。應以其休息日之次日代之。此又民法第一百二十二條所明定。而爲例外之救濟方法也。

第三款 歷法計算法

歷法計算法依
國歷爲準

歷法計算法者。即依照國歷計算期間之方法也。我國自民元以來。即廢夏歷而用陽歷。故陽歷卽爲國歷。凡稱月或年者。概應依國歷計算。以昭劃一。此爲民法第一百二十三條第一項所明定。

連續計算法及
非連續計算法

惟月或年之計算。有連續計算與非連續計算之不同。其係連續計算者。以最後月相當日之翌日爲終止點。業爲民法第一百二十一條及第一百二十二條所規定。至非連續計算者。則國歷所定之月或年。其日數不必全同。如一月、三月、五月、七月、八月、十月、及十二月爲三十一日。四月、六月、九月、十一月爲三十日。二月平年爲二十八日。閏年爲二十九日。是每月之日數。不必相同。又平年爲三百六十五

日。閏年爲三百六十六日。是每年之日數。又不必相同。苟無明確之規定。勢必爭端時起。此民法第一百二十三條第二項。所以又有每月以三十日計算。每年以三百六十五日計算之規定也。

第四款 年齡計算法

年齡計算法即
自然計算法

年齡計算法。係以出生之日爲起算點。即所謂自然計算法是也。如其人雖出生於午前零時。亦算作一日。與以日、星期、月、或年、定期間之計算方法不同。蓋人類之心理。均希望早日成年。免受行爲能力之限制。此種計算法。係以當事人爲主眼。適與人類生活之慣行相符。故早一日成年。則早一日取得法律上之完全能力。更可早日達到結婚年齡。故不用歷法計算法除去始日計算。而採自然計算法從出生日計算。此民法第一百二十四條設立之本旨也。

出生月日不明
之計算法

年齡自出生之日起算。係指確知出生之月日者言。倘因私生子及養子等關係。致出生之月日無從查考者。或僅知出生之月而不知出生之日者。則法律爲防止紛爭計。

均不能不有明確之規定。故民法第一百二十四條特設第二項之規定。卽出生之日均無從確定時。則推定其人爲七月一日出生。若僅知其出生之月而不知其出生之日者。則推定其人爲該月十五日出生。蓋七月一日適當一年之半。十五日適當一月之半。以此折衷制度認爲其人出生之日。甚適合人類生活之慣行也。

第六節 消滅時效

時效之意義及種類

時效者、因一定之期間、永續行使其權利或不行使其權利而生權利得喪之法律事實也。此種制度。肇始於羅馬。各國均仿行之。大別時效爲取得時效及消滅時效二種。其因一定之期間永續行使其權利。而取得權利之時效者。稱取得時效。反之。因一定期間。永續不行使其權利。而喪失權利之時效者。稱爲消滅時效。如甲占有乙物。經過一定期間。乙因不行使其權利而喪失其所有權。甲因行使權利而取得所有權。就甲方面觀察。爲取得時效。從乙方面觀察。爲消滅時效。故學說上及各國

立法例。因取得時效與消滅時效。法理全同。有認爲無須區別規定者。亦有以二者之法理雖同。而權利之得喪不同。應將二種制度分別規定者。我國民法。係採後說。惟規定方法。則消滅時效。特於總則第六章詳細規定。而取得時效。則不設專章。僅於各條文中分別規定。如關於所有權取得之規定。有以所有之意思。五年間和平占有他人之動產者。取得其所有權。（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。得請求登記爲所有人。（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。爲善意、並無過失者。得請求登記爲所有人。（第七百七十條）此等規定。皆散見於物權編各條文中。蓋爲注重社會公益起見。使不動產或動產之所有權狀態。早日確定。以免無益之爭議。而符本黨民生主義之要旨也。

時效停止或中斷。時效進行中。有因一定之事由而發生阻礙者。則爲時效停止或中斷。此停止或中斷之時期。例不算入。且二者之內容不同。停止者、將其經過時效休止之謂也。如請

求權之消滅時效爲十五年。屆十五年時。忽有天災或其他不可避免之事變發生。則於其妨礙事由消滅時起、一個月內。停止其時效之進行。謂之時效不完成。即其例也。（參照第一百三十九條）中斷者、將其經過時效消滅之謂也。如請求權之消滅時效爲十五年。至第十一年。忽發生中斷時效之事由。則已經過之十一年。完全失效。應自中斷之事由終止時。重行起算。（參照第一百三十七條一項）即其例也。其詳於民法第一百二十五條至第一百四十七條規定之。

第七節 權利之行使

權利行使之意義及限制

權利之行使。乃權利人因享有法律利益之故。而實施其權能之行為也。凡權利人均得行使其權利。不受他人之干涉。申言之。權利人欲達享受利益之目的而行使其權利時。他人不能強之不行使。若權利人不求達享受利益之目的而不行使其權利時。他人亦不能強之行使。即權利之是否行使。均屬於權利人之自由。如有妨害其權利

者。各權利人得依法定之方法。排除其障礙。以保全固有之權利。如第一百四十九條之防衛行爲。第一百五十條之避難行爲。及第一百五十一條之自助行爲是也。但權利之行使。不得以損害他人爲主要目的。又依第一百五十一條之規定。拘束他人自由。或押收他人財產者。須即時向官署聲請援助。其聲請駁回或遲延者。行爲人應負損害賠償之責。此又爲民法第一百四十八條及第一百五十二條所明定者也。

第二章 債編

債編之特質

債編者、即規定關於債權債務之全體法規也。人類生活之需要。無一不與債權債務有關。故債編在民法中實具有普及之性質。除總則外。迥非其他各編所可比擬。此債所以列爲第二編之理由也。惟日本及德意志民法。均以債權名編。僅能表示債權之一方。而不能賅括債務。不免有保護資產階級之傾向。故特刪去權字僅以債稱。是即我國民法之特質。最合社會之趨勢。而具有保護債務方面之新傾向者也。

民法債編係於十八年十一月二十二日公布。十九年五月五日施行。計自第一百五十三條起至七百五十六條止。都凡六編零四條。內分二章。第一章爲通則。共分六節。規定債之發生、債之標的、債之效力、多數債務人及債權人、債之移轉、與債之消滅各事項。第二章爲各種之債。共分二十四節。規定買賣、互易、交互計算、贈與、租賃、借貸、僱傭、承攬、出版、委任、經理人及代辦商、居間、行紀、寄託、倉庫、運送營業、承攬運送、合夥、隱名合夥、指示合夥、無記名證券、終身定期金、和解、保證各事項。就中經理人及代辦商。本應由商法總則中規定。交互計算、行紀、倉庫、運送營業、及承攬運送。本應由商行爲中規定。惟因依照中央政治會議民商合一之原則。並參酌瑞士暹羅及蘇俄諸國民法之先例。均由本編規定之。此又我國民法債編之特質也。茲就關於債編通則之概要。分節說明如次。

第一節 債之概念及發生

債之意義

債者、特定人相互間請求特定行為之法律關係也。其特定人間之一方。享有請求特定行為之權利。是為債權。其享有此項債權之主體者。即稱債權人。反之、特定人間之他方。應負擔履行其請求之義務。是為債務。其負擔此項債務之主體者。即稱債務人。合債權人與債務人兩方之關係。稱曰債權債務關係。亦單稱債權關係。或債務關係。簡稱曰債。

債之發生

至債之發生。各國立法例有僅認契約、不當利得、及侵權行為為發生之原因者。我國民法則採最新立法例。明定契約、代理權之授與、無因管理、不當利得、及侵權行為。皆為債發生之原因。茲分款說明如次。

第一款 契約

契約有廣狹二義

契約有廣狹二義。廣義契約。凡雙方以發生私法上效力為標的之合意契約均屬之。故關於物權關係、親屬關係、繼承關係所成立之契約。亦可稱之為契約。非僅因債權關係發生之契約。始得謂之為契約也。至狹義契約。係僅指債權契約而言。德國

民法。則從廣義。本編係採狹義。但關於契約成立之規定。凡債權契約以外之契約。亦可準用耳。茲就關於契約之成立、契約之種類、契約之效力、及契約之解除。分述如次。

契約之成立

第一、契約之成立 契約云者、須有二人以上意思表示之一致而以發生債權爲目的之法律行爲也。故契約之成立。須有二人以上意思表示之一致。而其成立之要件。則爲要約與承諾兩方面。要約者、要求相對人爲決意之意思表示也。承諾者、即允許其要求而爲之意思表示也。但承諾必經全部允許。始爲有效。否則。其要約即失其效力。如第一百五十五條之規定。要約經拒絕者。失其拘束力是也。但遲到之承諾、及將要約擴張、限制、或變更而爲承諾者。視爲拒絕原要約而爲新要約。此又民法第一百六十條所明定者也。此外懸賞廣告。亦爲契約之一種。其詳於民法第一百六十四條及第一百六十五條中規定之。

契約之種類

第二、契約之種類 契約因觀察點之不同。可得爲種種分類。茲述其主要者如次。

雙務契約與片務契約

(甲)雙務契約與片務契約 雙務契約者。雙方當事人各須負擔為對待給付之債務契約也。如買賣、互易、租賃、雇傭、承攬、合夥、居間等屬之。片務契約者。雙務契約以外之契約也。如贈與、使用貸借、無償委任、無償寄託等屬之。其中又細別為二。即(1)契約之效力。原係僅使當事人一方負擔債務者。(2)契約之效力。雖使當事人雙方負擔債務。然未立於對待給付之關係者是也。

有償契約與無償契約

(乙)有償契約與無償契約 有償契約者。雙方當事人各須為對待給付而取得利益之契約也。如買賣、互易、租賃、雇傭、承攬等屬之。無償契約者。當事人一方無須給價而取得利益之契約也。如贈與、使用貸借等屬之。

要物契約與諾成契約

(丙)要物契約與諾成契約 要物契約者。須以當事人一方完成其交物或其他給付為成立要件之契約也。一稱實踐契約。如使用貸借、消費貸借、寄託等屬之。諾成契約者。僅以合意為成立要件之契約也。如買賣、租賃、雇傭、委任等屬之。通常之契約。皆為諾成契約。要物契約。須由法律規定。始能存在。

有名契約與無名契約

(丁)有名契約與無名契約 有名契約者。即由法律付與一定名稱、並設有特種規定之契約也。一稱典型契約。又稱模範契約。民法債編第二章所規定之各種契約均屬之。無名契約者。即未由法律付與名稱及規定之契約也。一稱非典型契約。又稱非模範契約。其中有以法律全無規定之事項為內容者。亦有以二以上有名契約之內容為內容者。後者則稱曰混合契約。

要式契約與不要式契約

(戊)要式契約與不要式契約 要式契約者。其成立須具備一定方式之契約也。不要式契約者。其成立無須具備一定方式之契約也。前者如婚姻、遺囑等屬之。後者如買賣、互易等屬之。

有因契約與無因契約

(己)有因契約與無因契約 有因契約者。其成立必須有原因存在之契約也。如買賣之一方給付代價一方交付貨物屬之。無因契約者。其成立無須有原因存在之契約也。如民法關於不當利得之規定屬之。

主契約與從契約

(庚)主契約與從契約 主契約係對從契約而言。即能獨立成立之契約也。從契約

約

者。必須有他契約存在始能成立之契約也。前者如保證契約、違約金契約等屬之。後者如質權契約、抵押權契約等屬之。

本契約與預約

(辛)本契約與預約 以發生將來債務為內容締結之契約。謂之預約。嗣後履行預約而正式締結之契約。謂之本契約。故預約在使當事人負擔締結本契約之義務。預約義務人如任意不履行其義務時。預約權利人得請求其履行。(參照二二七條)或得解除其預約。(第二五四條)又無論請求履行、或解除契約。仍得請求損害賠償。(參照二二七條後段及二六〇條)

債權契約與物權契約

(壬)債權契約與物權契約 債權契約者。以發生債權債務關係為目的之契約也。如買賣、互易、贈與、及凡債編所認之契約均屬之。物權契約者。以物權之設定移轉為目的之契約也。設定指設定他物權言。如地上權、永佃權、地役權、質權、典權、抵當權屬之。移轉指移轉所有權或既存之他物權言。如不動產物產之須合意及登記。(參照七五八條)動產物權之須合意及交付(參照七六一

條)等屬之。

生前契約與死
後契約

(癸)生前契約與死後契約 生前契約者。於當事人生存中發生效力之契約也。如買賣互易等屬之。死後契約者。因當事人一方之死亡而發生效力之契約也。如死亡贈與等屬之。

契約之效力

第三、契約之效力 契約因具備適法、可能、及確定三要件而成立。雙方當事人即應受該契約上之拘束。其效力幾與法律無異。苟一方不履行其義務時。他方亦可為履行義務之拒絕。法律稱為同時履行之抗辯。其甚者且可訴諸公權力以解除契約。要求損害賠償。惟其效力。只及於相對人。而不及於第三人。故為第三人所締結之契約。應以無效為原則。但其契約之利益由第三人享受。而事實上毫無弊害。且適合當事人之意思。并於締約後經第三人為同意之意思表示者。其契約仍為有效。此又屬於例外之規定也。(參照第二四六條至二七〇條)

契約之解除

第四、契約之解除 契約之解除云者。契約當事人之一方、行使其依契約或法律所

賦予之解除權。由其一方為意思表示。使已成之債權契約。發生與未存在前相同之效力之法律行為也。分言之。(一)解除乃由一方意思表示而成之法律行為。(二)解除乃解除權之行使。(三)解除乃就債權契約為之。(四)解除乃發生使契約與自始不存在相同之效力是也。其詳於民法第二百五十四條至第二百六十三條規定之。

第二款 代理權之授與

代理權之意義
及種類

代理權者。即使代理關係成立有效之資格者也。申言之。即代本人所為之意思表示。(積極代理)或代本人接受之意思表示。(消極代理)得直接對於本人發生法律上效力之資格者也。有法定代理與意定代理二種。關於法定代理及意定代理共通適用之條文。已於總則編規定之。本款則為關於意定代理之規定。第一百六十七條。係規定代理權授與之方式。第一百六十八條。係規定多數代理人之代理行為。第一百六十九條。係規定代理權授與之變態。第一百七十條。係規定無權代理之效力。

第一百七十一條。係規定無權代理之撤回。

第三款 無因管理

無因管理之意義及內容

無因管理者。即未受委任、并無義務、而爲他人管理事務之謂也。（第一百七十二條）其管理他人之事務者。曰管理人。其事務受人管理者。曰本人。此種無因管理。古代之法律。有認爲屬不正當行爲。而列入不當利得中者。近世商務發達。人事紛繁。以無因管理。亦足維持本人之利益。若遽認爲不當利得。殊有未當。乃於不當利得外。特認無因管理爲債 債務發生之一種原因。但其管理。應依本人明示或可得推知之意思。且以有利於本人之方法爲之。並於管理開始後。以能通知爲限。應即通知本人。（第一百七十三條）對於管理物上如有必要或有益之支出費用。可向本人請求償還。（第一百七十六條）其違反本人明示、或可得而推知之意思。致使標的物發生損害時。管理人亦應負賠償之責。（第一百七十四條）若管理人通知本人後。其管理事務經本人承認者。則應適用關於委任契約之規定。（第一百七十八條）

第四款 不當利得

不當利得之內
容

不當利得者。即無法律上之原因而受利益。致他人受損害之謂也。(第一百七十九條前半段)其起初雖具有法律上之原因、而其後已不存在者。亦為不當利得。(同條後半段)不當利得之受領人。有返還其利益之義務。其本於該利益更有所得之利益。亦應一併返還於本人。其不能返還原物者。亦應償還其價額。(第一百八十一條)但亦有不必要返還者。其詳於民法第一百八十條及第一百八十二條規定之。(即)一)給付係履行道德上之義務者。(二)債務人於未到期之債務因清償而為給付者。(三)因清償債務而為給付。於給付時明知無給付之義務者。(四)因不法之原因而為給付者。(五)不當利得之受領人、不知無法律上之原因。而其所受之利益已不存在者、是也。

第五款 侵權行為

侵權行為之概

侵權行為者。因故意或過失、不法侵害他人之權利。或故意以背於善良風俗之方法

、加損害於他人之謂也。（第一百八十四條）凡人之行爲。足以發生法律效果者。可大別爲適法行爲及違法行爲之二種。前者因適合法律而生效。後者因違反法律而生效。違法行爲。又有侵權行爲與債務不履行之二種。侵權行爲。應負損害賠償之責。其屬違法行爲之一。自不待言。至債務不履行。乃侵害債權之行爲。其性質實與侵權行爲相同。但法律以其侵害債權。係出於債務人之行爲。另定爲債務不履行之規定。關於本款之適用。僅屬於債務不履行以外之他種違法行爲。其詳於民法第一百八十四條至第一百九十八條規定之。

第二節 債之標的

債之標的之概
要

債之標目云者。即構成債權內容之債務人行爲或不行爲之謂也。日本民法稱曰目的。德國民法稱曰內容。我國民法第一百九十九條規定之給付。均同此義。大抵不外爲債務人之行爲。故自債權人言之。則爲債權人基於債之關係所得請求者。自債務

人言之。則爲債務人基於債之關係所應履行者是也。其通則於第一百九十九條規定之。第二百零一條規定種類之債。即其給付僅以種類指示之債也。一稱不特定給付之債。第二百零一條及第二百零二條係規定金錢之債。一稱爲貨幣之債。即爲交易價格之標準而爲貨物交換之媒介。或債務清償之方法也。第二百零三條至第二百零七條係規定利息之債。即以給付利息爲標的之債也。第二百零八條至第二百零一十二條係規定選擇之債。即於數宗給付中選定一宗給付爲標的之債也。第二百零一十三條至第二百零一十八條爲規定損害賠償之債。即以賠償他人損害爲標的之債也。或稱損害賠償債權。或稱損害賠償債務。或稱損害賠償請求權。均屬同義。

第三節 債之效力

債之效力

債之效力云者。即基於債之關係所生法律上效力之謂也。法國民法以債之效力與契約之效力相混。惟契約僅爲發生債權之一種原因。其效力亦僅能發生債權。至債之

效力。則係債權發生後所生者。二者顯有區別。又德國學者亦有以債之效力與債之標的相混者。但債之標的。係指其內容本身。債之效力。則就其固有意義言之。亦指實現其內容之法律上效力。故二者不可混同。茲就債之效力之種類述之。

固有效力與附隨效力

第一、固有效力與附隨效力 債之效力。可別為固有效力與附隨效力之二種。固有效力者。即指債權人得對債務人請求為給付之權利（一稱權能）也。附隨效力者。即指法律就債所認定之一切效力也。屬於廣義之效力。

對內效力與對外效力

第二、對內效力與對外效力 債之效力。又可區為對內效力與對外效力二種。對內效力者。即對於雙方當事人間所生之效力也。債權係相對權。故此為債之真正效力。對外效力者。對於當事人以外第三人之效力也。此為債之特殊效力。

普通效力與特別效力

第三、普通效力與特別效力 債權之效力。又可分為普通效力、與特別效力之二種。普通效力者。凡債所共通應有之效力也。特別效力者。各債特別獨有之效力也。前者為債編第一章第三節所規定。無論何種之債。均得適用。後者則涉債編第

二章各種之債、及其他各該條中規定之。

第四節 多數債務人及債權人

債之主體有單數複數之別

複數主體之債大別爲三

債務人及債權人均爲債之主體。債之主體。有各僅一人者。有一方或雙方係二人以上者。前者稱爲單數主體之債。後者稱爲多數或複數主體之債。一稱多數當事人之債。關於單數主體之債。其債權債務關係。甚爲簡單。可適用普通規定。至複數主體之債。其關係極爲複雜。故民法債編特設第四節規定之。其內容大別爲可分之債、不可分之債、及連帶之債三種。茲分述如次。

可分之債

第一、可分之債 可分之債者。以可分之給付爲標的。而其給付被分割於多數債權人或多數債務人間之債權債務關係也。此種之債。僅於數人有同一債權、或負同一債務時見之。其特色即在爲債權標的之給付分割於數人間。換言之。卽其給付或由各債權人平均分受。或由各債務人平均分擔是也。故一稱連合之債。其債權

人有數人者。稱曰可分債權。債務人有數人者。稱曰可分債務。（參照第二百七十一條）

不可分之債

第二、不可分之債 不可分之債者。以不可分之給付爲標的之多數主體之債權債務關係也。此種債權債務關係。雖與可分之債及連帶之債。同具有多數主體。但其標的之給付。以不可分爲特色。故與可分之債。既不相同。與連帶之債。亦復有異。其詳於民法第二百九十二條及第二百九十三條規定之。

連帶之債

第三、連帶之債 連帶之債。計分爲二。卽連帶債務與連帶債權是也。分述如次。

連帶債務

(一)連帶債務 連帶債務者。多數債務人對於同一債權人、各須爲同一給付之債權債務關係也。其債務人稱曰連帶債務人。債權人稱曰連帶債務之債權人。此債之標的。在使各債務人均負擔全部給付之責任。其詳於民法第二百七十二條至第二百八十二條規定之。

連帶債權

(二)連帶債權 連帶債權者。卽數人依法律或法律行爲有同一債權、而各得向債

務人爲全部給付之請求者也。其各債權人稱曰連帶債權人。其債務人稱曰連帶債權之債務人。此種債權。乃按債權人之數而存在。至債務人是否爲一人或數人。乃非所問。其詳於民法第二百八十三條至第二百九十一條規定之。

第五節 債之移轉

債之移轉

債之移轉云者。債權債務關係。仍復存在。而僅債權或債務主體有變更之謂也。其內容係包括債權之讓與、及債務之承擔而言。分述如次。

債權之讓與

第一、債權之讓與 債權之讓與者。即債權人得將債權讓與於第三人之謂也。但在民法第二百九十四條但書限制之列者。不得讓與。即（一）依債權之性質不得讓與者。（二）依當事人之特約不得讓與者。（三）債權禁止扣押者。均不得讓與是也。此項讓與。必須通知債務人。始能生效。債務於受通知時。凡所得對抗讓與人之事由。均得以之對抗讓受人。其詳於民法第二百九十四條至第二百九十九條規定

之。

第二、債務之承擔 債務之承擔云者。即第三人與債權人訂立契約。承擔債務人之債務。其債務於契約成立時。移轉於該第三人負擔之謂也。（第三百條）但第三人與債務人訂立契約承擔其債務時。須經債權人承認。始能生效。否則。對於債權人不生效力。（第三百零一條）故此項契約。一經債權人承認後。則舊債務人之債務。完全由承擔人負責履行。舊債務人應即解除責任。但尚有例外。如承受營業或合併營業。對於營業上所有債務。雖經承擔人承擔。在到期之二年內。舊債務人與承擔人應連帶負責。以此種承擔。係依債務人片面之通知、或公告而成。無須得債權人之承認故也。例如甲開設酒店。有財產兩萬元。債權債務各一萬元。後頂於乙。一切由乙承擔。依法無須得債權人之承諾。一經通知或公告。即應發生效力。然在到期後二年以內。甲仍不能免責。尚應與乙負聯帶責任。又合併營業亦然。其詳於民法第三百零五條及第三百零六條規定之。

第六節 債之消滅

債之消滅

債之消滅云者。債權債務關係。於客觀上失其存在之謂也。債之消滅。原因甚多。民法債編所規定者。僅爲清償、提存、抵銷、免除、及混同之五種。茲分述如次。

清償

第一、清償 清償者、以依債務本旨向債權人或其他有受領權人爲清償因而消滅債

務關係之謂也。其不能爲全部之清償而僅爲一部之給付者。依民法第三百二十一條至第三百二十三條之規定。清償人所提出之給付。應先抵充費用。次充利息。最後始充原本。若有數宗債務時。應先儘債務已屆清償期者抵充。次儘擔保少者。再次始儘債務人獲益最多者。債務清償後。其有負債字據者。債務人得請求返還或塗銷。其僅爲一部分清償者。亦可要求於負債字據上記明。如字據遺失時。債務人得請求債權人給與債務消滅之公認證書。此又爲民法第三百零八條所明定者也。

第二、提存 提存者、於債權人受領遲延。或不能確知孰為債權人而難為給付者。清償人得將其給付物提存於應清償地之提存所。或聲請法院指定處所、或管理人而提存之之謂也。(第三百二十六條及第三百二十七條) 提存人於提存後。應即通知債權人。但不能通知者。又當別論。提存後即生消滅債務之效力。其詳於民法第三百二十八條至第三百三十二條規定之。

第三、抵銷 抵銷者、即二人互負債務。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之謂也。但依債務之性質不能抵銷者。不在此限。(第三百三十四條) 故抵銷之要件有三。(一)須為同種類之給付。(二)須同時屆滿清償期。(三)須以意思表示向他方為之。凡具此三要件者。即發生消滅債務之效力。惟禁止扣押之債、因故意侵權行為而負擔之債、及約定應向第三人為給付之債。均不許主張抵銷。其詳於民法第三百三十四條至第三百四十二條規定之。

免除

第四、免除 免除者、即債權人向債務人表示免除其債務之意思。因而消滅債務關係之謂也。故一稱免除債務。又稱拋棄債權。其詳於民法第三百四十三條規定之。

混同

第五、混同 混同者、即債權與其債務同歸一人時。因而消滅債務關係之謂也。但其債權為他人權利之標的、或法律另有規定者。不在此限。其詳於民法第三百四十四條規定之。

以上五種。均為債務消滅之原因。此外消滅債務之原因甚多。如法律行為之撤銷。解除條件之成就。消滅時效之完成。已於民法總則編規定之。至契約之解除。當事人之死亡。及其他種種原因。則散見各條文中。茲不具及。

又以上所述。均為關於債編共通之原則。至各種之債。應由債權各論中研究之。故亦不詳為敘及。

各種之債應由
債權各論研究
之

第三章 物權編

物權編之意義

物權編者、即規定個人生活上直接所需貨物關係之全體法規也。物權之發生。本先於債權。故日德民法。均列物權於債權之先。惟物權之適用。較債權適用之範圍爲狹。且債權之發生。係基於人與人間之關係。而物權則爲基於人與物之關係而存在。先人後物。理固宜然。此我國民法所以列諸債權之後。而居於第三編之地位者也。

物權編之內容

物權編係於十八年十一月三十日公布。十九年五月五日施行。計自第七百五十七條起至第九百六十六條止。都凡二百一十條。內分十章。第一章規定通則。第二章規定所有權。第三章規定地上權。第四章規定永佃權。第五章規定地役權。第六章規定抵押權。第七章規定質權。第八章規定典權。第九章規定留置權。第十章規定占有。占有係一種事實。故以之殿於編末。茲就關於物權編規定之概要。分述如次。

第一節 通則

物權之特質

物權者、在特定之有體物上直接行使之絕對財產權也。故物權人有直接管領有體物之絕對權。無論何人。均負有不得侵害其權利之義務。否則。物權人可主張訴追。是為物上請求權。其權利之實行。較諸通常債權及其後成立之物權。生優先之效力。是為優先權。又能追隨其物之所在。而實行其對於物上之權利。是為追及權。此皆物權之特質。非如債權之僅對於債務者之特定人始得主張相對之效力也。

通則之規定

通則者、即關於物權共通適用之規定也。凡一切物權之取得、設定、喪失及變更皆可適用。如物權不得創設。則由第七百五十七條規定之。不動產物權必須登記。始生效力。其移轉或設定。並應以書面為之。則由第七百五十八條至第七百六十一條規定之。動產物權之讓與。非將動產交付。不生效力。則由第七百六十一條規定之。關於物權之消滅。則由第七百六十二條至第七百六十四條規定之。其明證也。

第二節 所有權

所有權者、所有人於法令限制範圍內。得自由使用、收益、處分其所有物。並排除他人干涉之完全支配權也。(第七六五條)故所有權在物權中。有最完全強大之效力。其取得之方法。有普通取得及特別取得之別。前者如繼承、買賣、贈與等屬之。後者如先占、添附、占有等屬之。先占者、即對於無主物或埋藏物經其占有或發現後而取得之權利也。添附者、即以有形物與他物合併或於有形物上加以人工而取得其物上之所有權者也。占有者、即對於他人之遺失物、漂流物、或沉沒品。於拾得後經過六個月無人承領。因而取得物之所有權。又占有他人之物。動產經過五年。不動產經過十年或二十年。苟以所有之意思。和平、公然、繼續占有者。亦可依時效而取得其所有權之謂也。此三者皆為取得所有權之特別方法。其詳於民法第七百六十五條至第八百一十六條規定之。

單獨所有及共同所有

共有又有普通共有與公同共有之別

又所有權有屬於一個人所有及多數人所有之別。前者爲單獨所有權。即一般規定之所有權也。後者爲共同所有權。簡稱曰共有。即物權編第二章第四節所規定者也。共有、係指數人同時對於一物共有其所有權言。更可別爲普通共有、與公同共有之二種。其以分量分割方法而使所有權之各部分。屬於數人者。曰普通共有。其不區分原物。亦不分割所有權。而以支配權屬於全體者。曰公同共有。前者於民法第八百一十七條至八百二十六條規定之。後者於民法第八百二十七條至第八百三十條規定之。其第八百三十一條。則關於普通共有及公同共有準用法律事項之規定。即數人有所有權以外之財產權。不問依其應有部分共有之。抑依公同共有領有之。均應適用本節之規定。（即第二章第四節）蓋權利之性質雖異。而其屬於共有則一。故仍得適用同一之規定也。

第三節 地上權

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爲目的而使用其土地之權也。(第八百三十二條)地上權未訂有期限者。除另有習慣外。地上權人得隨時拋棄其權利。(第八百三十四條)其訂有租金者。地上權人拋棄權利時。應於一年前通知土地所有人。(第八百三十五條)土地所有人於地上權人積欠租金至二年之總額時。得以意思表示撤銷其地上權。(第八百三十六條)地上權人不得藉口不可抗力而請求減免租金。(第八百三十七條)但除另有契約或習慣外。得將權利轉讓於他人。(第八百三十八條)且可延長地上權之期間。如不延長。應於地上權消滅時回復原狀。若工作物爲建築物者。得要求土地所有人按時價補償。但土地所有人有延長之意思表示。經地上權人拒絕者。不得爲補償之要求。又土地所有人以時價購買其工作物或竹木時。地上權人亦不得拒絕。其詳於民法第八百三十九條至第八百四十一條規定之。

第四節 永佃權

永佃權之概要

永佃權者、謂支付佃租、永久在他人土地上爲耕作或牧畜之權利也。(第八百四十二條)日本民法稱爲永小作權。其要件具有永久存續之性質。若永佃權之設定。定有期限者。卽視爲租賃。應適用第二編關於租賃之規定。永佃權非專屬權可比。永佃權人得將其權利轉讓。(第八百四十三條)且因不可抗力。得請求減免佃租。(第八百四十四條)但不得將土地出租。否則。土地所有人可以撤佃。(第八百四十五條)又永佃人積欠地租達二年之總額時亦同。(第八百四十六條)惟撤佃須以意思表示爲之。(第八百四十七條)永佃權消滅時。可適用第八百三十九條關於地上權消滅之規定。餘於民法第八百四十八條至八百五十條中規定之。

第五節 地役權

地役權者、謂以他人土地供自己土地便宜之用之權利也。（第八百五十一條）
便宜之土地。稱曰需役地。日本作要役地。其供便宜使用之土地。稱曰供役地。日本作承役地。地役權爲財產權之一。得依時效取得。但其取得。應以繼續並表見者爲限。至非繼續及不表見之地役。供給他人絕少發覺之機會者。不能認爲依時效而取得地役權也。（第八百五十二條）地役權不得由需役地分離而爲讓與。或爲其他權利之標的物。（第八百五十三條）因其具有從屬之性質故也。又地役權人於行使或維持其權利之主行爲外。爲達其行使地役權之目的。尙得爲種種附屬之必要行爲。如汲水地役權人。得因汲水而通行供役地。並得以自己之費用於供役地敷設道路等工作物。卽其例也。但此種行爲。應擇於供役地損害最少之處所及方法爲之。俾免損及供役地所有人之利益。此又爲民法第八百五十四條所明定者也。餘詳民法第八百五十五條至第八百五十九條中。茲不贅及。

第六節 抵押權

抵押權之概要

抵押權者、乃對於債務人或第三人不移轉占有而供擔保之不動產。得就其賣得價金受清償之權利也。（第八百六十條）日本民法作抵當權。其抵押物以不動產爲限。且不移轉占有。故與質權不同。又抵押權爲擔保物權之一。其所擔保者。爲原債權、利息、遲延利息、及實行抵押權之費用。（第八百六十一條）其效力可及於抵押物之從物與從權利。（第八百六十二條）並及於抵押物扣押後由抵押物分離之天然孳息。（第八百六十三條）更及於抵押物扣押後。抵押人就抵押物得收取之法定孳息。但抵押權人非以扣押抵押物之事情。通知應清償法定孳息之義務人。不得與之對抗。（第八百六十四條）此關於抵押權效力之概略也。餘於民法第八百六十五條至八百八十三條中詳之。

第七節 質權

質權僅指動產
質權及權利質
言

民法上所謂質權。僅指動產質權及權利質之二種。因我國習慣上無不動產質權。故不設不動產質權之規定也。茲分述如次。

動產質權之概
略

第一、動產質權 動產質權者。謂因擔保債權。占有由債務人或第三人移交之動產。得就其賣得價金。受清償之權利也。（第八百八十四條）質權之設定。在使標的物由債務人或第三人移交於質權人占有。始生效力。（第八百八十五條）與抵押權不同。蓋抵押物不移轉占有。而質物則以移轉有為必要。且訂明質權人不得使出質人代自己占有質物。此兩者差異之要點也。惟質權所擔保者。與抵押權同。（參照第八百八十七條及八百六十一條）質權人應以善良管理人之注意。保管質物。（第八百八十八條）質物所生之孳息。除另有契約外。由質權人收取之。（第八百八十九條）質權人可將質物轉讓於第三人。（第八百九十一條）如因質

物有敗壞之虞。或其價值顯有減少。足以害及質權人之權利者。質權人得拍賣之。以其賣得價金。代充質物。（第八百九十二條）又債務人於債權屆滿而不清償者。亦同。（第八百九十三條）但除不能通知者外。於拍賣前均應通知債務人。（第八百九十四條）若債權消滅時。質權即行消滅。應將質物返還。（參照第八百九十六條第八百九十七條）質權喪失質物之占有。不能請求返還者。其質權亦消滅。但因質物滅失得受賠償金者。質權人得就賠償金取償。（第八百九十八條第八百九十九條）此關於動產質權規定之概略也。

權利質之概要

第二、權利質 權利質者。即可讓與之債權、及其他權利。均得為質權之標的物之謂也。（第九百條）此種權利質權。除物權編第七章第二節另有規定外。準用關於動產質權之規定。（第九百零一條）其設定應以書面為之。如為有價證券者。並應依背書方法為之。其附屬於該證券之利息證券、定期證券、或分配利益證券等。凡已交付於質權人者。其質權之效力。一併及之。（參照第九百零二條至第

九百一十條）此又關於權利質權規定之規要也。

第八節 典權

典權之概要

典權者、乃支付典價占有他人之動產而爲使用及收益之權利也。我國習慣。雖有以動產爲典之標的者。然與動產質權相類。應適用質權之規定。故茲之所謂典權者。僅以不動產爲客體。此爲民法九百一十一條所明定者也。典權之約定期限。不得逾三十年。（第九百一十二條）不滿十五年者。其約定不得附有到期不贖卽作絕賣之條款。（第九百一十三條）典權人得將典物轉典或出租於他人。但其期限不得逾原典權之期限。其價亦不得高於原典價。（第九百一十五條）在典權存續中。出典人得將典物出賣。但典權人有先買權。（第九百一十八條第九百一十九條）典限屆滿後。經過二年。出典人不以原典價回贖者。典權人卽取得典物所有權。（第九百二十三條）其未定期限者。過三十年不贖亦可取得典物所有權。（第九百二十四條

）出典人回贖典物者。應於六個月前通知典權人。其典物爲耕作地者。應於收益季節後次期作業開始前爲之。（第九百二十五條）出典人於典權存續中。表示讓與其典物之所有權於典權人者。典權人得按時價找貼。取得典物所有權。但找貼以一次爲限。（第九百二十六條）又典權人所支付有益費用使典物價值增高。或會依民法第九百二十一條之規定重建或修繕者。於典物回贖時。得於現存利益之限度內。向出典人請求償還。（第九百二十七條）此關於典權規定之概要也。

第九節 留置權

留置權之概要

留置權者、債權人占有屬於其債務人之動產具有法定要件者。得於未清償以前留置之之權利也。此種法定要件。係由民法第九百二十八條所規定。即（一）債權已至清償期者。（二）債權之發生與該動產有牽連之關係者。（三）其動產非侵權行爲而占有者是也。留置權之客體。以動產爲限。但不得違反公共秩序或善良風俗。（第九百

三十條)留置物留置後。債權人應爲善良保管。(第九百三十三條)其支出之必要費用。得向債務人請求償還。(第九百三十四條)並得收取留置物所生之孳息。抵償債權。(第九百三十五條)如債權人在債期屆滿六個月前業已通知債務人。或雖未通知而經過二年仍不清償者。得將留置物拍賣或取得其物之所有權。(第九百三十六條)但債務人已提出相當之擔保。(第九百三十七條)或留置權人失去其有者。其留置權即行消滅。(第九百三十八條)此關於留置權規定之概要也。

第十節 占有

占有之概要

占有者、占有人對於物有事實上管領之力之謂也。(第九百四十條)占有在各國立法例中。有認爲一種權利者。我國民法則採最新立法例而認爲一種事實。故不曰占有權而僅曰占有。占有之取得。其原因不外讓與、拾取、管理等方法。凡具有事實上之管領力者。卽爲占有人。故一物同時不能爲二個之占有。至占有之種類。可區

善意占有及惡
意占有

爲善意占有、與惡意占有二種。善意者、誤認爲自己之物而占有之之謂也。惡意者、明知非己物而占有之之謂也。凡占有經過法定期間即取得其物之所有權。如遺失物爲六個月。動產爲五年。不動產爲二十年。善意者爲十年之類。但盜賊或遺失物。所有人得於二年以內。向占有人索還原物。若占有人係以善意買得者。應償還其支出之價金。又善意占有人因保存占有物所支出之必要費用。得向回復請求人請求償還。但已就占有物取得孳息者。不在此限。惡意占有人所支出之必要費用。雖可依無因管理之規定。請求償還。但其收有孳息者。應負返還孳息之義務。又善意占有人如因告爭敗訴者。自其訴訟拘束發生之日起。視爲惡意占有人。占有人對於侵奪或妨害其占有之行爲。得以己力防禦之。但其時效爲一年。其詳於民法第九百四十條至第九百六十六條規定之。

第四章 親屬編

親屬編之義意

親屬編者、即規定關於親族關係及其財產關係之全體法規也。債權及物權可適用於用一般。親屬則限於特定身分及財產之人。其範圍更狹。故日德諸民法。均置諸物權債權之次。而我國民法所以列親屬為第四編之理由也。

親屬編之內容

親屬編係於十九年十二月二十六日公布。二十年五月五日施行。計自第九百六十七條起至第一千一百三十七條止。都凡一百七十一條。內分七章。第一章規定通則。第二章規定婚姻。第三章規定父母子女。第四章規定監護。第五章規定扶養。第六章規定家。第七章規定親屬會議。茲分節而說明之。

第一節 通則

親屬之範圍

通則、為規定親屬一般適用之準則。即對於親屬之範圍及種類而為概括之規定也。親屬者、以夫婦為中心推而至於尊親卑親以及旁親之總稱也。如父黨母黨均屬之。其種類舊制分為宗親、外親、妻親、三類。係淵源於宗法制度。揆諸現在情形。實

配偶

有根本改革之必要。故新制於親屬之分類。則別爲配偶、血親、姻親三種。而於血親姻親之中。更各爲直系旁系之細別。配偶、係指男女兩性配合關係言。血親、係指因血統而生連結之親屬關係言。有直系血親與旁系血親之別。直系血親者、謂己身所從出或從己身所出之血親也。其親等之計算。從己身上下數。以一世爲一親等。旁系血親者、謂非直系血親而與己身出於同源之血親也。其親等之計算。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、爲親等之數。(參照第九六九條及第九六八條)姻親、係指血親之配偶、配偶之血親、及配偶之血親之配偶關係言。(第九六七條)其親系及親等之計算方法。依民法第九百七十條之規定。(一)血親之配偶。從其配偶之親系及親等計算之。(二)配偶之血親。從其與配偶之親系及親等計算之。(三)配偶之血親之配偶。從其與配偶之親系及親等計算之。至姻親關係之消滅。則爲離婚、夫死妻再婚、或妻死贅夫再婚等原因。此又爲民法第九百七十一條所明定者也。

血親

姻親

第二節 婚姻

婚姻之概要

婚姻者、一男一女以畢生之共同生活爲目的而生之法律關係也。由民法親屬編第二章規定之。內分五節。第一節爲婚約。第二節爲結婚。第三節爲婚姻之普通效力。第四節爲夫婦財產制。第五節爲離婚。其內容於民法第九百七十二條至第一千零五十八條詳之。茲述其概要如次。

婚約之要件

第一、婚約 婚約爲結婚前所結之契約。由男女當事人自行訂定。(第九七二條) 其特質(一)男須滿十七歲女須滿十六歲以上。(第九七三條)(二)未成年人更須得法定代理人之同意。(第九七四條)(三)婚約不得請求強迫履行。(第九七五條)(四)當事人之一方。具有第九百七十六條所列情形之一者。他方得解除婚約。(五)解除婚約時。無過失之一方。可請求有過失之他方爲損害賠償。(第九七七條第九七八條)

結婚之要件

第二、結婚 結婚為婚姻成立之法律行為。其詳於民法第九百八十條至第九百九十九條規定之。其要點(一)男須滿十八歲、女須滿十六歲以上。(第九八〇條)(二)未成年人結婚。更須得法定代理人之同意。(第九八一條)(三)應有公開儀式及二人以上之證人。(第九八三條)(四)須非第九百八十三條所列之親屬間者。(五)須非監護關係存續中者。(第九八四條)(六)須非重婚者。(第九八五條)(七)須非相姦者。(第九八六條)(八)如係已婚女子。應自婚姻關係消滅後經過六個月始能再結婚。(第九八七條)其違反此等要件之婚姻。在一定條件之下。得撤消之。(參照第九八八條至九九九條)

夫妻財產制
法定財產制

第三、夫妻財產制 夫妻財產制。即規定夫妻於結婚前或結婚後關於財產管理及處分之方法也。有法定財產制與約定財產制之別。法定財產制者。即結婚時屬於夫妻之財產、及婚姻關係存續中夫妻所取得之財產。為其聯合財產之制也。(第一〇一六條)凡夫妻未以契約訂立財產制者。除民法另有規定外。應以法定財產制

三 約定財產制有

爲其夫妻財產制。(第一〇〇五條)約定財產制者。卽夫妻於結婚前或結婚後、以契約就民法所定之約定財產制中。選擇其一。爲其夫妻財產制之謂也。(第一〇〇四條)內分三種。(一)共同財產制。卽夫妻之財產及所得。除特有財產外。合併爲共同財產。屬於夫妻共同共有之制也。(第一〇三一條)(二)統一財產制。卽夫妻得以契約訂定將妻之財產。除特有財產外。估定價額。移轉其所有權於夫。而取得該估定價額之返還請求權之制也。(第一〇四二條)(三)分別財產制。卽分別財產。夫妻各保有其財產之所有權管理權及使用收益權之制也。(第一〇四四條)其詳於民法第一千零四條至第一千零四十八條規定之。

力 婚姻之普通效

第四、婚姻之普通效力 婚姻之普通效力者。卽因結婚而發生一般效力之謂也。男女結婚以後。卽發生夫妻關係及姻親關係。妻以其本姓冠以夫姓爲原則。贅夫則以其本姓冠以妻姓爲原則。且互負有同居之義務。對於日常家務。則夫妻互爲代理人。至住所則妻以夫之住所爲住所。贅夫以妻之住所爲住所。其詳於民法第一

千條至第一千零三條規定之。

離婚有協議離婚與法定離婚之別

第五、離婚 離婚者、解除夫妻關係之謂也。有協議離婚、與法定離婚之別。協議離婚者。即夫婦兩願離婚而自行離婚之謂也。但未成年人之離婚。應得法定代理人之同意。(第一〇四九條)法定離婚者。即夫妻之一方以他方具有民法第一千零五十二條所列情形之一者。得向法院請求離婚之謂也。其要件(一)重婚者。(二)與人通姦者。(三)夫妻之一方受他方不堪同居之虐待者。(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。(五)夫妻之一方。以惡意遺棄他方、在繼續狀態中者。(六)夫妻之一方、意圖殺害他方者。(七)有不治之惡疾者。(八)有重大不治之精神病者。(九)生死不明已逾三年者。(十)被處三年以上之徒刑、或因犯不名譽之罪、被處徒刑者。其詳於民法第一千零四十九條至第一千零五十八條規定之。

第三節 父母子女

父母子女間之
親屬關係

婚生子女與非
婚生子女

父母子女。即關於父母子女間親屬關係之規定也。子女以從父姓為原則。贅夫之子女。則以從母姓為原則。（第一〇五九條）未成年之子女。以其父之住所為住所。贅夫之子女。則以其母之住所為住所。（第一〇六〇條）子女有婚生子女、與非婚生子女之別。婚生子女者、即由婚姻關係受胎而生之子女也。從子女出生日回溯第一百八十一日起。至第三百零二日止。為受胎期間。能證明受胎回溯在第三百零二日以前者。以其期間為受胎期間。妻之受胎。係在婚姻關係存續中者。推定其所生子女為婚生子女。（參照第一〇六一條至第一〇六三條）反之。非婚生子女者。即非由婚姻關係受胎而生之子女也。如私生子女、嗣子女、養子女等均屬之。私生子女、因認知而取得婚生子女之地位。（第一〇六四條至第一〇七〇條）嗣子女、依民法第一千一百四十二條之規定。指定繼承人者。其繼承人與被繼承人之關係。與

婚生子女同。(第一〇七一條)養子女、即收養他人之子女爲子女之謂也。其收養者爲養父或養母。被收養者爲養子或養女。養子女與養父母之關係。除法律另有規定外。與婚生子女同。(參照第一〇七二條至第一〇八三條)

父母對於子女
之權利義務

至父母對於子女之權利義務。可大別爲次之數種。即(一)父母對於未成年之子女。有保護及教養之權利義務。(第一〇八四條)(二)父母於必要範圍內。有懲戒其子女之權。(第一〇八五條)(三)父母爲其未成年子女之法定代理人。(第一〇八六條)(四)子女之特有財產。由父管理。父不能管理時。由母管理。但僅有使用收益之權。非爲子女之利益。不得處分之。(第一〇八八條)(五)對於未成年子女之權利義務。除法律另有規定外。由父母共同行使或負擔之。父母對於權利之行使意思不一致時。由父行使之。父母之一方。不能行使權利時。由他方行使之。父母不能共同負擔義務時。由有能力者負擔之。(第一〇八九條)(六)父母濫用其對於子女之權利時。其最近尊親屬或親屬會議得糾正之。糾正無效時。得請求法院宣告停止其

權利之全部或一部。(第一〇九〇條)此即關於親權規定之概要也。

第四節 監護

監護有二

監護者、因一定之事由。在法律上任其保護監督之責者也。大別爲未成年人之監護、與禁治產人之監護兩種。分述如次。

未
成
年
人
之
監
護

第一、未成年人之監護 未成年人之監護。即於未成年人無父母、或父母均不能行使負擔對於其未成年子女之權利義務時、而設置之監護人之謂也。有委託監護人、指定監護人、法定監護人、及選定監護人之四種。委託監護人者。父母對其未成年之子女。得因特定事項。於一定期限內。委託他人行使監護之職務者也。(第一〇九二條)指定監護人者。由後死之父或母以遺囑指定監護人、爲其子女之監護者也。(第一〇九三條)法定監護人者。父母均不能行使負擔對於未成年子女之權利義務。或父母死亡而無遺囑指定監護人時。依民法第一千零九十四條之

順序所定之監護人之謂也。其順序(1)與未成年人同居之祖父母。(2)家長。(3)不與未成年人同居之祖父母。(4)伯父或叔父。其無此等順序之監護人時。始由親屬會議選定之人充之。即所謂選定監護人是也。此等監護人。依第一千零九十八條之規定。爲受監護人之法定代理人。其詳於民法第一千零九十五條至第一千一百零九條規定之。

禁治產人之監護

第二、禁治產人之監護 禁治產人之監護。即對於宣告禁治產之自然人設置監護人之謂也。(第一一一〇條)其種類有法定監護人、指定監護人、及選定監護人之三種。法定監護人之順序。依民法第一千一百一十一條定之。即(一)配偶。(二)父母。(三)與禁治產人同居之祖父。(四)家長是也。其不能依此順序者。則由後死之父或母以遺囑指定之人充之。即所謂指定監護人是也。若更無遺囑指定時。始由法院徵求親屬會議之意見選定之。是爲選定監護人。此等監護人爲受監護人之利益計。應接受監護人之財產狀況。護養療治其身體。又除親屬編第四章第二節

另有規定外。且可適用未成年人監護之規定。(第一一二條及第一一三條)

第五節 扶養

扶養之概要

扶養義務者之
順序

扶養者、對於不能維持生活且無謀生能力之人。與以生活上之補助之謂也。其應負扶養責任之人。稱曰扶養義務者。其應受扶養助力之人。稱曰扶養權利者。前者之順序。由民法第一千一百一十五條定之。即負扶養義務者有數人時。其順序(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)子婦女孀。(七)夫妻之父母是也。其同係直系尊親屬或直系卑親屬者。應以親等近者為先。若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。此即關於負扶養義務者規定之概略也。後者之順序。由民法第一千一百一十六條定之。即受扶養權利者有數人。而負扶養義務者之經濟能力。不足扶養其全體時。其受扶養之順序。(一)直系血親尊親屬。(二)直系血親卑親屬。(三)家屬。(四)兄弟姊

受扶養權利者
之順序

妹。(五)家長。(六)夫妻之父母。(七)子婦女婿是也。其同係直系尊親屬或直屬卑親屬者。應以親等近者爲先。若受扶養權利者有數人而其親等同一時。應按其需要狀況酌爲扶養。此則關於受扶養權利者規定之概略也。要之。親屬間應互負扶養之義務。(第一一一四條)其扶養之程度。應接受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。(第一一九條)其扶養之方法。則由當事人協議定之。不能協議時。則由親屬會議議決。(第一二〇條)又已定扶養之程序及方法。如因情事之變更有變更之必要時。得由當事人請求變更之。此又爲民法第一千一百二十一條所明定者也。

第六節 家

家有家長家屬
之別

家者、係以永久共同生活爲目的而爲同居親屬團體之謂也。家有家長家屬之別。家長爲一家之長。管理家務。由親屬團體中推定之。無推定時以家中之最尊輩者爲之

。尊輩同者。以年長者爲之。最尊或最長者不能、或不願管理家務時。由其指定家屬一人代理之。同家之人。除家長外。均爲家屬。雖非親屬。而以永久共同生活爲目的同居一家者。亦視爲家屬。家屬已成年或雖未成年而已結婚者。得請求由家分離。家長亦得令其由家分離。但以有正當理由爲限。又家長管理家務。應注意於家屬全體之利益。其詳於民法第一千一百二十二條至第一千一百二十八條規定之。

第七節 親屬會議

親屬會議之概
要

親屬會議者。卽因處理關於親屬繼承各事項由親屬依法組成之會議機關也。親屬會議以會員五人組成。凡依民法應開親屬會議時。由當事人法定代理人或其他利害關係人召集之。其會員之順序。應依民法第一千一百三十一條之規定。若無該條規定之親屬、或親屬不足法定人數時。法院得因有召集權之聲請。於其他親屬中指定之。惟監護人未成人及禁治產人不得爲親屬會議之會員。親屬會議須有三人以上之

出席。始能開會。必須有出席會員過半數之同意。始能決議。其會員於所議時間有個人利害關係者。於決議時不能加入。又依第一千一百二十九條所定有召集權之人。對於親屬會議之決議有不服者。得於三個月內向法院聲訴。此皆民法關於親屬會議規定之概要也。（參照第一一二九條至第一一三七條）

第五章 繼承編

繼承編之意義 繼承編者、即規定關於繼承及遺囑關係之全體法規也。繼承類由親屬關係而生。故

必先治親屬編乃能明繼承編之內容。此民法所以列繼承為第五編之理由也。

繼承編之內容 繼承編係十九年十二月二十六日公布。二十年五月五日施行。計自民法第一千一百三十八條起至第一千二百二十五條止。都凡八十八條。內分三章。第一章規定遺產

繼承人。第二章規定遺產之繼承。第三章規定遺囑。茲就其規定之概要分節說明之

第一節 遺產繼承人

遺產繼承與宗
統繼承

遺產繼承人者。即於繼承開始。爲繼承被繼承人之權利義務之主體者也。繼承原分宗統繼承、與財產繼承二種。如子之繼父。屬於前者。子承父產。屬於後者。我國親屬編認宗統爲封建時代之遺物。其着眼點專在祭祀。故立後者惟限於男子。爲人後者亦限於男子。女子則均無此項權利。未免有重男輕女之嫌。故對於宗統繼承。不另設專條規定。其於選立嗣子。一任當事人之自由。要以不分男女均得選立及被選立爲原則。此我國民法繼承編之特點也。

遺產繼承人有
法定及指定之
別

宗統繼承。既不特別規定。故遺產繼承。亦不以宗統繼承爲前提。其繼承人大別爲法定繼承人、及指定繼承人兩種。法定繼承人者。即依法有繼承財產之身分者也。法定繼承人除配偶外。其順序（一）直系血親卑親屬。（二）父母。（三）兄弟姊妹。（四）祖父母。第一順序之繼承人。不問性別。以親等近者爲先。若該項繼承人。有

於繼承開始前死亡、或喪失繼承權者。由其直系血親卑親屬代位繼承其應繼分。凡同一順序之繼承人有數人時。應按人數平均繼承。但法律另有規定者。不在此限。養子女之繼承順序。與婚生子女同。但應繼分為婚生子女二分之一。此關於法定繼承人規定之概要也。(第一一三、一三八條至第一一四、一二條)指定繼承人者。因指定而取得繼承財產之身分者也。詳言之。即於無直系血親卑屬時。得由被繼承人以遺囑就其財產之全部或一部、指定繼承人以繼承其財產之謂也。其指定人及被指定人。均不問性別。但以不違反關於特留分之規定為限。若養子女被養父母指定為繼承人時。其應繼分、與婚生子女同。此又關於指定繼承人規定之概要也。(參照第一一四、一四二條)但繼承人有左列各款情事之一者。喪失其繼承權

喪失繼承權之
情事有五

。(第一一四、一四五條)

- (一)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。
- (二)以詐欺或脅迫使被繼承人為關於繼承之遺囑。或使其撤銷或變更之者。

繼承權之概要

- (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、變造、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繼承者。
- 但右列第二款至第四款之規定。如經被繼承人有恕者。其繼承權仍不喪失。若繼承權被侵害者。被害人或其法定代理人得請求回復之。其請求權自知悉被侵害之時起二年間不行使而消滅。自繼承開始時起逾十年者亦同。此又爲民法第一千一百四十六條所明定者也。至配偶有相互繼承遺產之權。其應繼分由民法第一千一百四十四條規定之。茲不贅列。

第二節 遺產之繼承

遺產繼承之涵

遺產之繼承者、即繼承人實行繼承其財產上之權利義務之謂也。其效力因被繼承人

義及效力

限定繼承

死亡爲繼承開始。繼承人自繼承開始時。除民法另有規定外。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。其詳於民法第一千一百四十七條至第一千一百五十三條規定之。又有所謂限定繼承者。即繼承人得限定以因繼承所得之遺產償還被繼承人之債務之謂也。（第一一五四條）其爲限定繼承之繼承人。應於繼承開始時起三個月內。開具遺產清冊。呈報法院。法院應依公示催告程序公告。命被繼承人之債權人於一定期限內。報明其債權。繼承人於該一定期限內。不得對於被繼承人之任何債權人償還債務。其詳於民法第一千一百五十四條至第一千一百六十三條規定之。至關於遺產之分割方法。則由民法第一千一百六十四條至第一千一百七十三條規定之。即繼承人除法律或契約另有規定外。得隨時請求分割被繼承人之遺產是也。又繼承人得拋棄其繼承權。即所謂繼承之拋棄是也。其拋棄之手續。應於知悉其得繼承之時起二個月以內。以書面向法院、親屬會議、或其他繼承人爲之。其拋棄之效力。可溯及於繼承開始之時。法定繼承人中

繼承之拋棄

遺產之分割

無人承認之繼承

、有拋棄繼承權者。其應繼分歸屬於其他同一順序之繼承人。同一順序之繼承人均拋棄其繼承權者。準用關於無人承認繼承之規定。指定繼承人拋棄其繼承權者。其指定繼承部分。歸屬於法定繼承人。其詳於民法第一千一百七十四條至第一千一百七十六條規定之。至繼承開始之際。繼承人之有無不明者。則稱爲無人承認之繼承。其詳於民法第一千一百七十七條至第一千一百八十五條規定之。即當繼承開始。繼承人有無不明之時。應由親屬會議選定遺產管理人。並具報法院請求於一年以上期限內。催告繼承人承認繼承。若期限內有繼承人承認繼承時。則遺產管理人在承認前所爲之職務上行爲。視爲繼承人之代理。倘期限屆滿。無人承認繼承時。其遺產於清償債權并交付遺贈物後。如有賸餘。應歸屬國庫。此又關於無人繼承規定之概要也。

第三節 遺囑

遺囑之意義

遺囑者、因表意人之死亡而生效力之單獨行為、且須具一定之方式者也。凡無行為能力人。不得為遺囑。限制行為能力人未滿十六歲者。亦不得為遺囑。遺囑人於不違反關於特留分規定之範圍內。得以遺囑自由處分其遺囑。其依法喪失繼承權者。即喪失受遺贈之權。此民法第一千一百八十六條至第一千一百八十八條規定之概要也。茲分遺囑之方式、遺囑之效力、遺囑之執行、遺囑之撤銷、及特留分各項而說明之。

遺囑之方式有五

第一、遺囑之方形 遺囑之方式。依民法第一千一百八十九條之規定。約有自書遺囑、公證遺囑、密封遺囑、代筆遺囑、口授遺囑之五種。分述如次。

自書遺囑

(一)自書遺囑 自書遺囑者。遺囑人親自書寫之遺囑也。其要件(1)應自寫遺囑全文。(2)記明年月日。(3)親自簽名。(4)如有增減塗改時。應注明其處所及字數。并另行簽名。(第一一九〇條)

公證遺囑

(二)公證遺囑 公證遺囑者。遺囑人口述遺囑意旨由公證人筆記宣讀且由二人以

密封遺囑

上之見證人共同簽名負責始發生效力之遺囑也。其要件(1)須指定二人以上之見證人到場。(2)遺囑人在公證人前口述遺囑意旨。(3)由公證人筆記宣讀講解。(4)經遺囑認可後記明年月日。(5)由公證人見證人及遺囑人同時簽名。(6)遺囑人不能簽名時。由公證人將其事由記明。使按指印代之。(第一一九一條)

(三)密封遺囑 密封遺囑者。遺囑人於遺囑上簽名後。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者也。其要件(1)遺囑人於遺囑上簽名。(2)簽名後將遺囑密封。(3)於封筒之騎縫處簽名。(4)提出於二人以上之見證人及公證人前表示其爲自己之遺囑。(5)如非本人自應陳述繕寫人之姓名住所。(6)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。(7)公證人見證人遺囑人一同簽名。(第一一九二條)

(四)代筆遺囑 代筆遺囑者。即遺囑人指定三人以上之見證人由遺囑人口述遺囑

代筆遺囑

意旨使見證人中之一人筆記之之遺囑也。其要件(1)由遺囑人指定三人以上之見證人。(2)遺囑人口述遺囑意旨。使見證人中之一人筆記、宣讀、講解。(3)經遺囑人認可後。記明年月日及代筆人之姓名。(4)由見證人全體及遺囑人共同簽名。(5)遺囑人不能簽名者。應按指印代之。(第一一九四條)

口授遺囑

(五)口授遺囑 口授遺囑者、即遺囑人因生命危急或其他特殊情形、不能依其他方式所為之遺囑也。其要件(1)遺囑人須具有生命危急或其他特殊情形。(2)由遺囑人指定二人以上之見證人。口授遺囑意旨。(3)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。(4)遺囑人與見證人同行簽名。(第一一九五條)(5)應由見證人之一人、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。(6)對於親屬會議之認定。如有異議時。得聲請法院判定之。(第一一九七條)

遺囑自遺囑人

第二、遺囑之效力 遺囑之效力者、即因遺囑所生法律上之效力者也。遺囑之效力

死亡時發生效力

。自遺囑人死亡時發生。其遺囑所定遺贈、附有停止條件者。自條件成就時發生效力。其詳於民法第一千一百九十九條至第一千二百零八條規定之。

遺囑之執行

第三、遺囑之執行 遺囑之執行者。即實行遺囑內容之經過程序也。遺囑人得以遺囑指定遺囑執行人。或委託他人指定之。其未經指定時。得由親屬會議選定之。不能由親屬會議選定時。得由利害關係人聲請法院指定之。但未成年人及禁治產人不得為遺囑執行人。其詳於民法第一千二百零九條至第一千二百一十八條規定之。

遺囑之撤銷

第四、遺囑之撤銷 遺囑之撤銷者。即遺囑人對於其遺囑得隨時撤銷其全部或一部之效力者也。凡前後遺囑有相抵觸者。其抵觸之部分。前遺囑視為撤銷。若遺囑人於為遺囑後所為之行為與遺囑有相抵觸者。其抵觸部分之遺囑。視為撤銷。又遺囑人故意破毀或塗銷遺囑。或在遺囑上記明廢棄之意思者。其遺囑亦視為撤銷。此民法第一千二百二十九條至第一千二百三十二條所明定者也。

特留分

第五、特留分 特留分者、即劃出遺產一部分。必須遺留於繼承人。而不許被繼承人自由處分者也。繼承人之特留分。依左列各款之規定。(第一二二三條)

(一)直系血親卑親屬之特留分。為其應繼分二分之一。

(二)父母之特留分。為其應繼分二分之一。

(三)配偶之特留分。為其應繼分二分之一。

(四)兄弟姊妹之特留分。為其應繼分三分之一。

(五)祖父母之特留分。為其應繼分三分之一。

特留分有全體
特留辦法及各
別特留辦法之
別

以上為劃定特留財產之範圍。至各國立法例對於特留財產規定之意義及計算之標準。可大別為二。其一、全體特留辦法。其二、各別特留辦法。前者為法國法系所採用。其特留之部分。係為列舉之繼承人全體保留。而其計算標準。係就遺產若干分之幾而定之。後者為德國法系所採用。其特留之部分。係為列舉之繼承人各別保留。而其計算標準。係就各繼承人應繼分若干之幾而定之。兩者之結果。遂不相同。

我國立法例係
採各別特留辦
法

例如享有特留分之繼承人中。有一人喪失繼承權時。依第一辦法。其特留分即歸其他享有特留分之繼承人。依第二辦法。則其特留分應算入遺囑人自由處分之部分。與其他享有特留分之繼承人無關。考特留分之制。原係自由處分之例外。享有者既喪失其權利。以之歸入自由處分部分。其理由較爲充足。且此項辦法。於其他享有者亦無妨礙。故我國民法採之。至特留分定爲應繼分二分之一或爲三分之一。則因於各種關係之輕重而爲差別。此我國繼承編關於特留分規定之要旨也。

法學通論

四八六

第五編 商法

商法有廣狹二義

商法有廣狹二義。從廣義言。係包括關於商事上之實質成文法及不文法之總稱。從狹義言。則僅指形式上之成文商法法典者也。我國係依照中央會議民商合一之原則。不採商法法典主義。故不編制完整之商法。非如日本商法之分爲總則、公司、商行爲、票據、及海商五編也。關於商事上之應用。概以單行法規行之。如以前實施之商人通例、及最近公布之公司法、票據法、保險法、海商法。即皆關於商事之單行法規也。至商法總則中之經理人及代辦商。商行爲中之交互計算、行紀、倉庫、運送營業及承攬運送。一併訂入民法債編中。茲僅就各種單行法規之概要說明之。

第一章 商人通例

商人通例之概

商人通例者。關於商事上共同適用之法規也。其性質適當商法法典中之總則。爲吾

國成文商法之始基。於民國三年九月一日施行。共七十三條。計分七章。第一章規定商人。第二章規定商人能力。第三章規定商業註冊。第四章規定商號。第五章規定商業賬簿。第六章規定商業使用人及商業學徒。第七章規定代理商。現因採用民商合一之旨。關於經理人及代辦商已於民法債編中規定。關於註冊及商號者已有商業登記法。是商人通例。只能於不抵觸新法之處有適用之效力矣。茲因研究之便。特就該通例規定之概要說明之。

第一節 商人

商人即爲商業主體之人計分十七種

- 商人者、即得爲商業主體之人也。凡以自己名義而從事於商事行爲之業務者皆屬之。商業之種類。依商人通例第一條之規定。計分十七種。(一)買賣業。(二)借貸業。(三)製造業或加工業。(四)供給電氣煤氣或自來水業。(五)出版業。(六)印刷業。(七)銀行業兌換金銀業或貸金業。(八)擔承信託業。(九)作業或勞務之承攬業。(十)設場屋以集客之業。(十一)堆棧業。(十二)保險業。(十三)運送業。(十四)承

攪運送業。(十五)牙行業。(十六)居間業。(十七)代理商。其他凡有商業之規模布置者。自經呈報該管官署註冊後。亦一律作爲商人。但凡沿門或在道路買賣物品之商人。或手工範圍內之製造人或加工人。及其他商業資本不滿五百元之小商人。不適用商人通例商號商業註冊商業賬簿各條之規定。(商人通例第二條及第三條)

第二節 商人能力

商人能力以有
行爲能力人爲
限

凡有獨立訂結契約負擔義務之人、即有行爲能力人。均得爲商人。即所謂商人能力是也。此外無行爲能力及限制行爲能力人。均不得獨立經營商業。應由法定代理人代爲經營。惟限制行爲能力人得法定代理人之許可並呈報主管官署註冊者。則可獨立營業。但於營業上有不勝任之事跡時。法定代理人仍得撤銷或限制之。惟不得對抗善意之第三者。此即商人通例第四條至第七條所明定者也。

第三節 商業註冊

商業註冊之意義及效力

商業註冊者。即商人應各就其營業所所在地主管官署呈請登記之謂也。凡應註冊之事項。非經註冊及公告後。不得對抗第三者。即已經註冊及公告。仍不得對抗因正當理由而實不知情之第三者。此商業註冊之特點也。蓋民法上一經註冊。不問為善意及惡意之第三者。均生對抗之效力。而商法則除惡意者外。絕對不得對抗。其詳於商人通例第八條至第十五條規定之。

第四節 商號

商號為營業專有之名稱不許冒用

商號者、商人用以表示自己營業上之名稱也。故商人得以其姓名或其他字樣為商號。商號於營業上關係甚大。即營業愈久者。其商號之信用力愈大。故同一城鎮內。凡他人已註冊之商號。不得仿用以營同一之商業。如有他人冒用或以類似之商號為

不正當之競爭者。該商人得呈請禁止其使用。並得請求損害賠償。商號轉讓時。非爲轉讓之註冊。不得以之對抗第三者。其詳於商人通例第十六條至第二十五條規定之。

第五節 商業賬簿

商業賬簿有三種

商業賬簿者、卽商人記載日常交易出納之帳冊也。凡商人均應備置商業賬簿。商業賬簿之中。大別爲日記賬、財產目錄、及貸借對照表三種。日記賬者。卽記載每日之交易往來以及其他有關於財產之事項者也。財產目錄者。卽關於動產不動產債權債務等一切之積極及消極之財產總計也。貸借對照表者。卽關於貸方借方之表冊也。其詳於商人通例第二十六條至第二十八條規定之。

第六節 商業使用人及商業學徒

商業使用人分
三種
經理人已規定
於民法中

商業使用人者。即從屬於商業主人以助其營業者也。商業使用人計分三種。(一)經理人(二)夥友(三)勞務者是也。經理人者。由商業主人授與經理權。有為商號管理事務及代其簽名之權利之人也。其詳已規定於民法第五百五十三條至第五百五十七條之中。故商人通例第三十一條至第三十九條及其他涉及經理人之規定。應依民法為準則。此適用上所宜注意者也。夥友者、由商業主人或經理人選用使為商業上之特定事項者也。故夥友必限於其所受委任之事項始有辦理之權限。其於所受委任行為而署名時。應加以某商號夥友字樣。以便與經理人有別。其詳於商人通例第四十條至第四十三條規定之。勞務者云者、即依商業主人或經理人所與訂立雇傭契約使服商業上之勞務之人也。勞務者無代理為商業上行為之權。但以特定行為為委任時。得由商業主人或經理人表示之。其於所受委任行為署名時。應加以某商號某人字樣。以便與經理人及夥友有別。其詳於商人通例第四十四條至第四十九條規定之。

勞務者

商業學徒

商業學徒者。即學習商業之生徒也。其修業期間。以契約定之。契約未經明定者。

依其本業之規約、或該地方之習慣行之。於訂立修業契約前。得定三個月之試驗期間。修業契約成立後。關於彼此之解約。準用商人通例第五十條至第五十二條之規定。惟商業師應注意商業學徒本業之修習。使服其業務。又應與以通學之時間。其詳於商人通例第五十六條至第五十九條規定之。

第七節 代理商

代理商即代辦
商

代理商即民法中之代辦商。代辦商者。謂非經理人而受商號人委託。於一定處所或一定區域內以該商號之名義辦理其事務之全部或一部之人也。代辦商對於第三人之關係。就其所代辦之事務。視為有為一切必要行為之權。惟非有書面之授權行為。不得負擔票據人之義務或為消費借貸及訴訟行為。就其代辦商之事務。應隨時報告其處所或區域之商業狀況於其商號。並應將其所為交易即時報告之。其詳規定於民法第五百五十八條至第五百六十四條中。商人通例第六十條至第七十三條關於代理

商之規定。應依民法爲準則。此又適用上所宜注意者也。

第二章 公司法

公司法之概要

公司法者、關於以營利爲目的而設立之社團法人之法規也。舊公司法係十八年十二月二十六日公布。於二十年七月一日施行。都凡二百三十三條。新公司法係三十五年四月十二日公布。同日施行。計分十章。第一章定義。第二章通則。第三章無限公司。第四章兩合公司。第五章有限公司。第六章股份有限公司。第七章股份兩合公司。第八章外國公司。第九章公司之登記及認許。第十章附則。茲分別說明之。

第一節 定義

定義者。說明本法所稱公司及各種公司之性質也。本法所稱公司。謂以營利爲目的
公司之種類有
五
依照本法組織登記設立之社團法人。共分五種。一爲無限公司。爲二人以上之股東

所組織。對公司債務負連帶清償之責。與民法上之合夥相類似。二爲兩合公司。爲一人以上之無限責任股東與一人以上之有限責任股東所組織。三爲有限公司。爲二人以上十人以下之股東所組織。股東僅就其出資爲限對公司負其責任。四爲股份有限公司。爲五人以上之股東所組織。全部資本金分爲股份。股東就其所認股份對公司負其責任。五爲股份兩合公司。爲一人以上之無限責任股東與五人以上之有限責任股東所組織。此外尚有稱爲外國公司者。謂以營利爲目的依照外國法律或經外國政府特許組織登記。並經中國政府認許。在中國境內營業之公司也。

第二節 通則

公司爲社團
人

通則者、卽關於公司共通適用之準則也。公司爲營利之社團。具有人格。非在其本店所在地主管官署登記後。不得成立。其聲請登記。應於公司章程訂立後十五日內爲之。登記後滿六個月尚未開始營業者。又登記後發現其設立程序或其登記事項有

違法或虛偽情事時。均得由主管官署分別撤銷其登記。其詳於公司法第十四條至第三十一條規定之。

第三節 無有限公司

無有限公司之概要

無有限公司者。股東全體對於公司之債權者應負無限責任之公司也。日本稱曰合名會社。此種公司之股東。非僅與公司分擔債務。如公司財產不能清償公司之債務時。各股東須負無限連帶之責任。故股東不得兼營其他商業及任何公司之無限股東。其設立應有股東二人以上共同訂立章程。簽名蓋章。依法向主管官署聲請登記。其對內對外關係。除法律另有規定外。得以章程定之。股東得於營業年度告終前六個月。以書面聲明退股。其有不得已之事由時。亦得隨時退股。若股東中有違背章程。或法規者。可由其他股東全體之同意議決除名。至公司解散時。應即依法清算。其詳於公司法第三十二條至第八十八條規定之。

第四節 兩合公司

兩合公司之概
要

兩合公司者。以無限責任股東與有限責任股東組成之公司也。日本稱爲合資會社。此種公司。關於公司之債務。一部分之股東。負連帶無限之責任。其他部分之股東。則僅以出資額爲限。對於公司負其責任。故前者稱爲無限責任股東。後者稱爲有限責任股東。其內容於公司法第八十九條至第一百零四條規定之。

第五節 有限公司

有限公司之概
要

有限公司與合夥相似。惟合夥適用債編之規定。有限公司適用公司法之規定。股東以二人以上十人以下爲限。對於公司之責任皆以出資爲限。與股份有限公司不同者。其股份不必有定數耳。但逾十人則當改爲股份有限公司。

第六節 股份有限公司

股份有限公司
之概要

股份有限公司者。其資本分爲金額均等之股份。各股東僅對其股份金額負責任之公司也。日本稱爲株式會社。此種公司之設立。須有七人以上之發起人。應依法訂定章程。規定股份總額及每股金額。並須於繳足第一次股款時選任董事及監察人。董事就任後。即須呈請主管官署派員檢查。檢查完結後。更須依法聲請登記。其股份金額。均歸一律。每股不得少於二十元。但第一次全繳者。得以十元爲一股。各股東應組織股東會。由董事召集。計分常會及臨時會二種。常會每年至少召集一次。臨時會遇必要時召集之。董事至少爲五人。由股東會就股東中選任之。監察人之選任亦同。每屆營業年度告終。董事應依法造具表冊。於股東常會開會前三十日。交監察員查核。其募集公司債款、變更章程、或增資本。均須經股東會決議。始能生效。至公司解散時。亦須依法清算。其詳於公司法第一百二十六條至第二百七十六條規定之。

股份兩合公司
之概要

第七節 股份兩合公司

股份兩合公司者。股東之一部分。對於公司之債務。負連帶無限之責任。其他之股東。則各就所認股份之資本而負有限責任之公司也。日本稱爲株式合資會社。此種公司之股東。至少應有一人負無限責任。稱曰無限責任股東。其僅就所認股份資本負責者。稱曰有限責任股東。其設立應由無限責任股東爲發起人。並依法訂立章程。負募集股份之責。募足後應開創立會。由有限責任股東選任監察人。實行監察職務。創立會終結後。應於十五日內依法聲請登記。其解散時亦須依法清算。其詳細內容規定於公司法第二百七十七條至第二百九十條中。茲不贅及。

第三章 票據法

票據法之總則

票據法者、規定關於匯票本票及支票之全體法規也。於十八年十月三十日公布。都凡一百三十九條。共分五章、第一章總則。第二章匯票。第三章本票。第四章支票

各論 第五編 商法 第三章 票據法

票據之意義及種類

。第五章附則。此即票據法編別之大要也。

票據者。爲定期支付現金之證券。詳言之。即署名者依票上所載文義負有無條件支付一定金額之責任之有價證券也。日本稱爲手形。其種類依票據法所定。大別爲匯票、本票、支票、三種。票據具有流通性。幾與金錢無異。故欲票據之流通。必須保持其信用。其詳於票據法第一條至第二十條明白規定。茲僅就票據之種類說明之。

第一、匯票 匯票者、由發票人使第三者支付一定之金額於執票人之證券也。日本

稱曰爲替手形。此第三者。類屬銀行。其作成匯票者。稱發票人。領受款項者。

稱受款人。支付款項者。稱付款人。發票人、付款人、受款人。可同爲一人。其

執有票據者。稱執票人。其於票背書有文字者。稱背書人。其擔保支付款項者。

稱擔保付款人。於付款人外更由付款地再指定一人爲預備付款者。稱預備付款人

。承兌者稱承兌人。承兌人與付款人實屬一人。第在付款時稱付款人。承兌時稱

承兌人是。匯票除由發票人簽名外。其定款有八。(一)表明其爲匯票之文字。

本票

(一)一定之金額。(二)付款人之姓名或商號。(三)受款人之姓名或商號。(四)無條件支付之委託。(六)發票地及發票年月日。(七)付款地。(八)到期日。其未載到期日者。視為見票即付。未載付款人者。以發票人爲付款人。未載受款人者。以執票人爲受款人。未載發票地者。以發票人之營業所、住所、或居所所在地爲發票地。未載付款地者。以付款人之營業所、住所、或居所所在地爲付款地。其詳於票據法第二十一條至第一百十六條規定之。

第二、本票者、依一定之形式約定由發票人自己支付一定金額之證券也。日本稱曰約束手形。本票除由發票人簽名外。其定款有七。(一)表明其爲本票之文字。(二)一定之金額。(三)受款人之姓名或商號。(四)無條件擔任支付。(五)發票地及發票年月日。(六)付款地。(七)到期日。其未載到期日者。視為見票即付。未載受款人者。以執票人爲受款人。未載發票地者。以發票人之營業所、住所、或居所所在地爲發票地。未載付款地者。以發票地爲付款地。其詳於票據法第

支票

一百十七條至第一百二十條規定之。

第三、支票 支票者、依一定之形式發票人使第三者支付一定金額之證券也。日本稱曰小切手。支票除由發票人簽名外。其定款有七。(一)表明其爲支票之文字。(二)一定之金額。(三)付款人之商號。(四)收款人之姓名或商號。(五)無條件支付之委託。(六)發票地及發票年月日。(七)付款地。其未載收款人者。以執票人爲收款人。發票人得以自己或付款人爲收款人。并得以自己爲付款人。支票與匯票大體相同。惟支票限於見票即付。其付款人以銀行錢莊爲限。發票後且須依限提示。而匯票則有一定之期日。其付款人不限於銀行錢莊。更無須依限提示。又支票無承兌。而匯票有之。匯票恆有擔當付款人、及預備付款人。而支票無之。此又兩者之異點也。其詳於票據法第一百二十一條至第一百三十八條規定之。

第四章 保險法

保險法之類別

保險法者。關於保險事務之全體法規也。保險本為商行為之一種。吾國採用民商合一之旨。將各種商行為訂入於民法中。而保險則特定單行法以資適用。於民國十八年十二月三十日公布。未定施行日期。全文計八十二條。共分三章。第一章總則。第二章損害保險。第三章人身保險。茲分節說明之。嗣又於二十六年一月十一日修正。增加條文為九十八條。現仍未施行。

第一節 總則

保險之性質及種類

總則者、關於保險事務共通之準則也。即凡保險事務。除法律另有規定外。不論其種類與性質之如何。皆適用之。保險者、即保險人收取要保人或被保險人之保險費。約定對於被保標的物發生偶然之損害。應負賠償責任者也。保險之性質。有相互保險、與營利保險之別。相互保險、以公益為目的。與商行為中之保險。以金錢為目的者不同。營利保險。雖非毫不顧及公益。但其主要目的。則在於金錢。故保險法所規定者。即屬於商行為之營利保險。而相互保險不與焉。至保險法之種類。大

別爲損害保險、及人身保險之二種。損害保險更有火災保險、責任保險、海上保險三種。惟海上保險。於海商法中規定之。人身保險、更分人壽保險、傷害保險二種。茲將保險契約之概要說明之。

保險契約之概要

保險契約者、即當事人之一方與相對人約定關於損害之發生、或關於人之生死、支付一定之金額。而相對人則與以報酬之契約也。保險契約應以保險單或保險書爲之。除由雙方簽名外。並應記載(一)當事人之姓名及住所。(二)保險之標的。(三)所保危險之性質。(四)保險責任開始之時日及保險期間。(五)保險金額。(六)保險費。(七)無效及失權之原因。(八)訂約之年月日。保險費須於約定期限內給付。倘到期後經過一個月仍不給付者。停止保險契約之效力。應俟給付後翌日正午。始能恢復其效力。保險契約生效後。保險人對於由不可預料或不可抗力所致之滅失或損害。均應負賠償責任。即對於由要保人或被保險人之過失所致之滅失或損害。仍應負賠償責任。但出於要保人或被保險人之故意或重大過失者。不在此限。要保人、係

訂立保險契約之人。被保險人、即受保險利益之人。通常有同屬一人者。亦有不然者。保險契約中、如有不利於被保險人之記載。其記載不生效力。至因保險契約所生之權利。其請求權之時效。經過二年間不行使而消滅。但具有保險法第三十條所列各款情形之一者。其起算點不在此限。又保險契約之存續期間。除人壽保險外。其超過十年者。每屆十年。當事人之一方。得於三個月前。通知他方終止保險契約。其詳於保險法第一條至第三十條規定之。

第二節 損害保險

損害保險之意義

損害保險者。即被保物發生損害時由保險人與以賠償之契約也。故保險人之賠償金額。不得超過保險標的物之價額。若有超過時。其超過之部分為無效。保險標的物之價值。不能以市價估計者。得由當事人約定。其詳於保險法第三十一條至第四十五條規定之。

火災保險

責任保險

損害保險。可別爲火災保險、與責任保險之二種。火災保險者。卽火災保險人對於由火災所致關於保險標的物之滅失或損害。應負賠償責任之謂也。其詳規定於保險法第四十六條至第五十條中。責任保險者。卽責任保險人於被保險人對於第三人負損害賠償責任而受賠償之請求時、應負清償責任之謂也。如汽車保險屬之。其加害於第三人時。由保險人負責賠償。卽被保險人因受第三人之請求而爲抗辯所支出之一切必要費用。亦均由保險人負擔。其詳於保險法第五十一條至第五十五條規定之。

第三節 人身保險

人身保險之意義及種類

人身保險者、卽爲死亡或生存之人壽保險及人身之傷害保險之總稱也。其保險金額。依保險單定之。保險人不得代位行使要保人或受益人因保險事故所生對於第三人之請求權。（保險法第五六條至第五八條）其種類細別爲人壽保險、及傷害保險之

人壽保險

二種。人壽保險者、卽以其身之生存或死亡爲保險之標的者也。其被保險者。稱被保險人。與保險人訂立保險契約者。稱要保人。享受契約之利益者。稱受益人。但十二歲以下或精神喪失之人。不許爲人壽保險。其詳於保險法第五十九條至第七十九條規定之。傷害保險者。卽僅以其身之損害爲保險之標的者也。其內容與人壽保險略同。但十二歲以下者。亦得爲之。其詳規定於保險法第八十條至第八十二條中。茲不贅。

傷害保險

第五章 海商法

海商法之概要

海商法者、關於海上之商事及其相關聯之全體法規也。本屬商法中之一部分。因吾國不採民商法分立主義。將商法併入民法之中。而海商因具有特殊情形。特制定一種單行法規。卽民國十八年十二月三十日公布之海商法是也。其施行期、則爲二十一年一月一日。計一百七十四條。共分八章。第一章通則。第二章船舶。第三章海員

。第四章運送契約。第五章船舶碰撞。第六章救助及撈救。第七章共同海損。第八章海上保險。此即海商法編別之概要也。茲就關於船舶、海員、運送契約、船舶碰撞、救助及撈救、共同海損、海上保險各要點分節說明之。

第一節 船舶

船舶有廣狹二義
海商法所規定
者為狹義之船

船舶有廣狹二義。廣義之船舶。凡在水面航行之船艦均屬之。海商法上所稱之船舶。係指狹義而言。即船舶者、在海上航行及在與海相通、能供海船行駛之水上航行之船舶之謂也。故凡總噸數不及二十噸或容量不及二百擔之船舶、專用於公務之船舶、及以棹櫂為主要運轉方法之船舶。均不適用海商法之規定。船舶非向主管官署登記並領有國籍證書。不得航行。其船上應備有六種文件。即（一）國籍證書。（二）通行證書。（三）海員名冊。（四）旅客名冊。（五）屬具目錄。（六）航船記事簿是也。凡船中物件除給養品外。均視為船舶之一部。故其所有權之讓與及移轉。均須登記

。且應以書面行之。如係共有。必須得全體共有人之同意。共有人中。更具有以同價先買之權。至共有船舶之營業。應由共有人選任經理人。如經理人係共有人以外之人。須得共有人全體之同意。至經理人之性質及地位。與商店之經理人相同。其詳於海商法第一條至第三十八條中規定之。海商法所未規定者。可適用民法之規定。

第二節 海員

海員爲船長船員之總稱

海員者、船長與船員之總稱也。船長爲一船之長。由船舶所有人僱用之。船舶之指揮。由船長負其責。船長在航海中爲維持船上治安。得爲緊急處分。其詳於海商法第三十九條至第五十六條規定之。並於各節中分別規定。以船長之職責甚大故也。至船員則爲船長以外一切船員之總稱。關於其職務應服從上級船員及船長之命令。非經許可。不得離船。又不得在船舶中私載貨物。其於服務期內受傷或患病者。應

由船舶所有人負擔治療費。若在受僱期內死亡時。自死亡之日起。比照原薪加給三個月薪金。如因執行職務者。應加給一年薪金、又船員不得無故辭退。倘船長或船舶所有人於發航前無正當事由辭退船員時。其係按月給薪者。自辭退之日起。應加給一個月薪金。其在發航後辭退者。應加給二個月薪金。如係按航給薪而在發航前辭退者。應給半薪。其在發航後辭退者。應給全薪。但因不可抗力致航海不能而辭退船員時。則僅就其已服務之日數給薪。其詳於海商法第五十七條至第六十九條規定之。

第三節 運送契約

運送契約有三
貨物運送又別
爲二

運送契約者。即關於海上運送所立之契約也。計分貨物運送、旅客運送、及船舶拖帶三種。貨物運送之契約、又別爲二。其以貨件之運送爲目的者。謂之貨品運送。其以船舶之全部或一部供運送爲目的者。謂之僱船運送。前者僅以貨件交付於船舶

旅客運送

託其運送。後者則應以書面爲之。其契約并須載明（一）當事人之姓名住所。（二）船舶名稱國籍及噸數。（三）運送貨物之種類及其概數。（四）運送之預定期限。（五）運費、各事項。此種僱船運送契約。不因船舶所有權移轉而受影響。其詳於海商法第七十條至第一百條規定之。旅客運送。即船長依船票所載、運送旅客至目的地之運送也。其詳規定於海商法第一百零一條至第一百一十條中。且可準用關於貨物運送之規定。至船舶拖帶。即爲拖運船舶之契約。凡共同或連接之拖船。因航海所生之損害。對被害人應負連帶責任。但他拖船對於加害之拖船。有求償權。拖船與被拖船如不屬於同一所有人時。其責任由拖船所有人負之。此又爲海商法第一百十一條及第一百十二條所明定者也。

船舶拖帶

第四節 船舶碰撞

船舶碰撞

船舶碰撞者。即對於船舶與船舶相碰所發生損害之規定也。碰撞係因不可抗力而生

者。被害人不得請求損害賠償。其係因於一船舶之過失所致者。由該船舶負賠償責任。若各船舶均有共同過失時。各依其過失之比例負責。其不能判定過失之輕重時。雙方平均負責。對於因死亡或傷害所生之損害。並應連帶負責。其請求權之時效爲二年。碰撞地如在中國港口河道或領水內。其被害者又爲中國船舶時。可隨時聲請碰撞地之法院將加害之船舶扣押。但被扣押之船舶。得提供相當擔保。請求放行。其詳於海商法第一百十三條至第一百二十條規定之。

第五節 救助及撈救

救助及撈救

救助及撈救者。卽關於船舶遇難之際。船長及其他船舶均應盡力救助及撈救之謂也。凡船舶遇難時。船長於不甚危害其船舶船員旅客之範圍內。對於淹沒或其他危難之人。應盡力救助。違者處以三年以下徒刑或拘役。又船舶碰撞後。各碰撞船舶之船長。於不甚危險其船舶船員或旅客之範圍內。對於其他船舶海員及旅客。亦應盡

力救助。且應停留於發生災難之處所。在可能範圍內。更應通知他船舶救助。違者處以五年以下之徒刑。救助或撈救具有效果者。得請求相當之報酬。其詳於海商法第一百二十一條至第一百二十八條規定之。

第六節 共同海損

共同海損者。即船舶於航行中共同所生之損害也。詳言之。即在海難中。船長為避免船舶及積貨之共同危險所為之處分。而直接發生之損害及費用之謂也。共同海損。應以所存留之船舶積貨之價格、及運費之半額、與共同海損之損害額為比例。由各利害關係人分擔之。其分擔額、船舶以到達地到達時之價格為價格。積貨以卸載地卸載時之價格為價格。但積貨應扣除因滅失無須支付之運費及其他費用計算。至共同海損之損害額。應以到達地到達時之船舶價格、或卸載地卸載時之積貨價格定之。但積貨價格。亦應扣除滅失或毀損無須支付之費用。其詳於海商法第一百二十

九條至第一百四十四條規定之。

第七節 海上保險

海上保險

海上保險者。即關於船舶航行中所爲之損害保險也。因其具有特殊情形。故於海商法中規定之。其無規定時。仍適用保險法。海上保險契約。應以書面爲之。並應載明(一)訂約之年月日。(二)當事人之姓名及住所。(三)所保危險之性質。(四)保險責任開始之時日及保險期間。(五)保險金額。(六)保險費。(七)無效及失權之原因、各事項。凡利害關係人。皆得向保險人請求保險單之贖本。保險人得將其所保之險。向他人爲再保險。保險之標的物。凡得以貨幣估價之物而屬於航海危險中者均屬之。保險人對於保險標的物因海上一切事變及災害所生之滅失損害及費用。均應負賠償之責。即戰爭之危險。除契約有反對之訂定外。保險人仍應負責。惟因要保人或被保險人或其代理人之重大過失所生之危險。保險人始不負責。至保險之種類

• 計有船舶保險、貨物保險、運費保險、及關於因貨物到達時應有利得之保險各種
• 其詳於海商法第一百四十五條至第一百七十四條規定之。

法學通論

五一六

第六編 民事訴訟法

民事訴訟法之
意義及編次

民事訴訟法者、規定關於私權之保護及實行之程序法也。規定私權實體之民法商法等。雖屬於私法之範圍。而規定私權之保護及實行之民事訴訟法。則屬於公法。蓋訴訟關係係因當事者請求國家權力之發動而生者也。我國民事訴訟法於十九年十二月二十六日公布。全文計六百條。共別爲五編。第一編總則。第二編第一審程序。第三編上訴審程序。第四編再審程序。第五編特別訴訟程序。二十四年重行制定。三十四年復有修正。茲分章說明如次。

第一章 總則

總則之內容

總則者、即關於民事訴訟共通適用之準則也。計分四章。第一章法院。內分管轄及法院職員之迴避二節。第二章當事人。內分當事人能力及訴訟能力、共同訴訟、訴

訟參加、訴訟代理人及輔佐人四節。第三章訴訟標的之價額及訴訟費用。內分訴訟標的之價額、訴訟費用、訴訟擔保、訴訟救助四節。第四章訴訟程序。內分當事人書狀、送達、期日及期間、訴訟程序之停止、言詞辯論、裁判、及訴訟卷宗六節。茲撮其概要說明之。

第一節 法院

法院爲普通審判機關

法院者、民事訴訟之普通審判機關也。其組織之概要。已於憲法國家司法機關之組織中說明。茲僅就法院之管轄及法院職員之迴避述之。

第一款 法院之管轄

管轄之意義及種類

法院之管轄者。即對於民事訴訟有裁判權之謂也。民事訴訟由被告普通審判籍所在地之法院管轄者。稱曰土地管轄。其就訴訟物之性質及事件之種類而定者。曰事物管轄。其由雙方當事人之意思而定者。曰合意管轄。其由法院或當事人聲請管轄法

院之上級法院而定者。曰指定管轄。其詳於民事訴訟法第一條至第三十一條規定之。

第二款 法院職員之迴避

職員包括推事
書記官及翻譯
官

法院職員之迴避者。即推事書記官翻譯官具有民事訴訟法第三十二條各款情形之一者。應自行迴避不得執行職務之謂也。其具有應行迴避之要件而不自行迴避。或足以認其執行職務有偏頗之虞者。當事人亦得聲請迴避。其聲請應向所屬法院爲之。聲請被駁回時。得爲即時抗告。其詳於民事訴訟法第三十二條至第四十條規定之。

第二節 當事人

當事人之意義
及種別

當事人者、即訴訟行爲之主體也。如原告被告均屬之。凡有權利能力者。皆有當事人能力。其能獨立以法律行爲負義務者。始有訴訟能力。如無訴訟能力者。可由法定代理人代理其訴訟行爲。若無法定代理人或其法定代理人不能行使代理權時。受

共同訴訟

訴法院之審判長。得因聲請選任特別代理人代理之。其詳規定於民事訴訟法第四十一條至第四十九條中。又有所謂共同訴訟者。即二人以上具有民訴法第五條所列各款情形者。得為共同訴訟人一同起訴或一同被訴之謂也。其詳於民訴法第五十條至第五十四條規定之。訴訟當事人除原被告外。又有所謂訴訟參加人者。即就兩造之訴訟有法律上利益關係之第三人為輔助一造起見。於該訴訟之訴訟拘束中得為參加之謂也。其詳於民訴法第五十五條至第六十五條規定之。此外更有所謂訴訟代理人及輔佐人之別。訴訟代理人者。即當事人於最初為訴訟行為時提出委任書、或以言詞當庭委任。因而具有代為訴訟行為之權者也。輔佐人者、即當事人或法定代理人因欠缺法律知識。得法院之允許於辯論期日偕同到庭以為訴訟行為之輔助者也。其詳於民訴法第六十六條至第七十六條規定之。

第三節 訴訟標的之價額及訴訟費用

訴訟標的之價額

訴訟標的之價額者。即訴訟標的物所值價金總額之謂也。訴訟標的物之價額。由法院核定。並得依職權調查之。凡以一訴主張數項標的者。其價額應合併計算。若以一訴主張之數項標的互相競合或應為選擇者。其訴訟標的價額依其中價額最高者定之。原告應負擔之對待給付。不得從訴訟標的之價額扣除。（參照民訴法第七七條至第八〇條）

訴訟費用

訴訟費用者。即因訴訟所生之費用應由敗訴之當事人負擔之謂也。此項訴訟費以由敗訴之當事人負擔為原則。各當事人如一部勝訴一部敗訴者。應各負擔其支出之訴訟費用。被告對於原告之請求逕行承諾並能證明其無庸起訴者。其訴訟費用。由原告負擔。又原告撤回其訴者、亦同。當事人為和解者。其和解費及訟費。各自負擔之。如係共同訴訟。應按人數平均負擔。其因參加訴訟所生之費用。由參加人負擔。其詳於民訴法第八十一條至第九十六條規定之。

訴訟擔保及訴

此外又有所謂訴訟擔保、及訴訟救助者。前者原告於中華民國無住所、事務所、及

訟救助

營業所者。法院因被告之聲請。得以裁定命原告提供訴訟費用之擔保之謂。後者當事人無資力支出訴訟費用時。法院應依聲請以裁定准予救助之謂也。其詳於民訴法第九十七條至第一百五十五條規定之。

第四節 訴訟程序

訴訟程序之內容
當事人書狀

送達

訴訟程序者、即關於訴訟行為中之一切手續之謂也。自起訴以至執行。均包含之。惟茲之所謂程序者。專指起訴以至判決言。乃狹義之程序也。故其規定之內容。第一、為當事人書狀。書狀者、即當事人於言詞辯論外關於訴訟所為之聲明或陳述得以書狀為之者也。（參照民訴法第一百十六條至第一百二十三條）第二、為送達。送達者、即法院書記官應依職權將訴訟文書送達於應受送達人之謂也。其具有民訴法第一百五十二條各款情形之一。即（一）應受送達人之住居所或其他應為送達之處所不明者。（二）於有治外法權人之住居所或事務所為送達而無效者。（三）於外國為

期日及期間

訴訟程序之停止

送達。不能依民訴法第一百四十七條之規定辦理者。受訴法院得因聲請爲公示送達。公示送達可黏貼於法院之牌示處、或登載於公報新聞紙行之。前者自黏貼牌示之日起。後者自最後登載之日起。經二十日發生效力。其詳於民訴法第一百二十四條至第一百五十六條規定之。第三、爲期日及期間。期日者、卽不得區分之特定日。期間者、乃由期日集合而成之時間也。期日以該事件之點呼爲始。期間之計算。應依民法之規定。其詳於民訴法第一百五十七條至第一百六十七條規定之。第四、爲訴訟程序之停止。訴訟程序之停止者。卽於訴訟進行中。因特別事由發生。應中斷或終止其訴訟程序進行之謂也。在訴訟程序中斷或中止間。法院及當事人不得爲關於本案之訴訟進行。應自通知承受訴訟或續行訴訟時起。其期間更始進行。惟中止訴訟程序之裁定。法院得撤銷之。（參照民訴法第一六八條至第一八五條）第五、爲言詞辯論。言詞辯論者、卽當事人就訴訟關係爲事實上及法律上之陳述且得提出攻擊或防禦之方法者也。法院書記官對於言詞辯論應作成筆錄。並應向關係人朗讀

言詞辯論

裁判

。如關係人有異議者。得由書記官更正或補充之。審判長及書記官均應於筆錄內簽名。其詳於民訴法第一百八十六條至第二百一十條規定之。第六、為裁判。裁判者、即法院本於當事人言詞辯論之結果折衷法律事實而為是非曲直之判決也。判決除不經言詞辯論者外。應宣示之。判決應作判決書。記明民訴法第二百十七條各款所列各事項。判決如有誤寫誤算或其他類此之顯然錯誤者。法院得隨時以裁定更正之。

裁定

訴訟卷宗

。裁定得不經言詞辯論為之。其經言詞辯論者。亦應宣示。不宜宣示者、應為送達。其詳於民訴法第二百一十一條至第二百三十一條規定之。第七、為訴訟卷宗。訴訟卷宗者、即當事人書狀、筆錄、裁判書、及其他法院應保存關於訴訟事件之文書之總稱也。卷宗應由書記編訂。當事人得向法院書記官聲請閱覽或鈔錄卷內文書。其詳於民訴法第二百三十二條至第二百三十四條規定之。

第二章 第一審程序

第一審訴訟程序
簡易訴訟程序

第一審程序者、即普通訴訟程序中之初審程序也。內分通常訴訟程序及簡易訴訟程序二種。簡易訴訟程序者。關於財產權之訴訟其標的之金額或價額在八百圓以下之訴訟也。依民訴法第三百九十二條第二項所列各款。其訴訟標的金額或價額逾八百元者。仍適用簡易程序。即（一）出租人或承租人因接收房屋或遷讓使用修繕、或因扣留承租人之家具物品涉訟者。（二）雇用人與受僱人因僱傭契約涉訟。其僱傭期間在一年以下者。（三）旅客與旅館主人飲食店主人或運送人因關於食宿運送費或因寄存行李財物涉訟者。（四）因請求保護占有涉訟者。（五）因不動產之界綫、或設置界標涉訟者。（六）其他訴訟經常事人合意聲請適用簡易程序者是也。此種簡易訴訟程序。以初級法院為初審。由現制地方法院附設之簡易庭管轄之。其起訴及其他聲明或陳述。得以言詞為之。當事人兩造於法院通常開庭之日。得不待傳喚。自行到場為言詞辯論。但以得法院之許可者為限。法院所為之判決書。其事實及理由。得祇記明要領。其詳於民訴法第三百九十三條至第四百條規定之。反是則為通常訴訟

通常訴訟程序

起訴

。即以地方法院爲初審而由民訴法第二百三十五條至第三百九十二條規定之訴訟也。其起訴應以書狀提出於法院爲之。法院認爲應開言詞辯論者。應速定言詞辯論日期。起訴後即發生訴訟拘束。原告不得變更原訴或追加他訴。但經被告同意者。不在此限。被告於言詞辯論終結前。得在本訴繫屬之法院提起反訴。本訴與反訴於判

反訴

決確定前。均得以書狀撤回。但在言詞辯論時。得以言詞爲之。當言詞辯論之際。

各當事人應提出準備書狀。卽所謂言詞辯論之準備是也。關於訴訟上之必要者。厥惟證據。證據者、卽裁判上根據之資料也。凡當事人主張有利於己之事實者。就其實質負有舉證之責任。證據有人證物證之別。人證者、以證言爲訴訟上之證明者也。證據有人證及物證之別

勘驗及證據保
全

。其證明者謂之證人。又關於學術技藝或職業之必要、尙有須用專門人員鑑定者。則稱鑑定人。物證者、以物品爲訴訟上之證據者也。其最著者爲書證。書證應以文書提出之。其他之物件。亦準用關於書證之規定。此外聲請勘驗。及證據保全亦爲起訴後應有之程序。其詳於民訴法第三百五十六條至第三百六十九條規定之。又訴

和解
判決

認進行中。法院得使受命推事或受託推事試行和解。其不能和解而訴訟達於可爲裁判之程度者。法院應爲終局判決。即所謂判決是也。判決於上訴期間屆滿而不上訴者。即爲確定。其詳於民訴法第三百七十三條至第三百九十二條規定之。

第三章 上訴審程序

上訴審程序有
三

上訴審程序者。即當事人不服原審判決依法向上級法院請求爲裁判上之救濟者也。計分第二審程序、第三審程序、及抗告程序三種。茲分別說明如次。

第二審程序即
控告審程序

甲、第二審程序 第二審程序者、即不服第一審之終局判決得上訴於管轄第二審法院之程序也。一稱爲控告審程序。當事人於判決宣示或送達後。依法得捨棄上訴權。其提起上訴者。應於第一審判決送達後二十日之不變期間內爲之。但送達前聲明上訴者。亦有效力。上訴應以上訴狀表明民訴法第四百零五條所列各事項。提出於原第一審法院、或第二審法院爲之。其不合程式、或已逾上訴期間、或法

律上不應准許、或對於無關本案之判決上訴、而顯無理由者。法院應以裁定駁回之。又第二審法院認上訴為無理由者。應為駁回之判決。其認為有理由者。以當事人請求變更之部分為限。應為變更原判決之判決。上訴人於終局判決前。得將上訴撤回。撤回上訴者。即喪失其上訴權。其詳於民訴法第四百零一條至第四百三十條規定之。

第三審程序即
上告審程序

乙、第三審程序 第三審程序者、即當事人不服第二審之終局判決得上訴於管轄第三審法院之程序也。一稱上告審程序。其普通手續。可適用第二審程序之規定。惟此種上訴。非以其裁判違背法令為理由者。不得為之。故第三審之判決。不須經言詞辯論。僅以第二審確定之事實為判決基礎。其詳於民訴法第四百三十一條至第四百四十八條規定之。

抗告程序

丙、抗告程序 抗告程序者、即不服法院之裁定依法請求直接上級法院為救濟之程序也。提起抗告。應於裁定送達後十四日之不變期間內為之。但送達前之抗告。

再抗告

亦有效力。其依民訴法爲即時抗告者。則其不變期間爲七日。抗告得提出新事實及新證據。除別有規定外。無停止執行之效力。抗告法院認抗告爲不合法或無理由者。應爲駁回抗告之裁定。其有理由者。應廢棄原裁定自爲裁定。或命原法院或審判長更爲裁定。對於抗告法院之裁定。當事人得提起再抗告。但非以違背法令爲理由者。不得爲之。其詳於民訴法第四百四十九條至第四百六十條規定之。

第四章 再審程序

再審程序之要件

再審程序者。卽因新事實或新證據及其他法定要件之發現。得以再審之訴。對於已確定之終局判決聲明不服者也。其得爲再審之訴者。應具有民訴法第四百六十一條所列各款情形之一。卽（一）判決法院之組織不合法者。（二）依法律或裁判應迴避之推事參與裁判者。（三）當事人之訴訟代理不合法者。（四）參與裁判之推事關於該訴訟違背職務犯刑事上之罪者。（五）當事人之代理人或他造及其代理人對於該訴訟有

刑事上應罰之行為影響於判決者。(六)爲判決基礎之證物係偽造或變造者。(七)證人、鑑定人、或通譯。就爲判決基礎之證言鑑定或通譯被處偽證之刑者。(八)爲判決基礎之刑事判決、及其他裁判。依其後之確定裁判已變更者。(九)當事人發見就同一訴訟標的。在前已有確定判決、或和解、或得使用該判決或和解者。(十)當事人發見在裁判上可受利益之新證物或得使用該證物者。自第四款至第七款情形。以宣告有罪之判決已確定。或其刑事訴訟不能開始、或續行、非因證據不足者爲限。得提起再審之訴。此項再審之訴。專屬爲判決之原法院管轄。但有民訴法第四百六十三條所列各款情形者。則專屬第二審法院管轄。即(一)對於同一事件之第一審及第二審判決同時聲明不服者。(二)對於第三審法院之判決本於民訴法第四百六十一條第六款至第十款事由聲明不服者。應專屬第二審法院管轄是也。再審之訴。應於三十日之不變期間內提起。其期間自判決確定時起算。惟其事由發生在後或知悉在後者。則自發生時或知悉時起算。但判決確定後已逾五年者。不得提起。其詳於民

訴法第四百六十一條至第四百七十二條規定之。

第五章 特別訴訟程序

特別訴訟程序
大別爲四

特別訴訟程序者。卽不屬於普通訴訟程序之訴訟也。大別爲督促程序、保全程序、公示催告程序、人事訴訟程序之四種。茲分節而說明之。

第一節 督促程序

督促程序之概
要

督促程序者。關於代替物或有價證券一定數量之給付、債權人得聲請法院頒發支付命令之程序也。支付命令之聲請。專屬債務人普通審判籍所在地、或依民訴法第七條規定之第一審法院管轄之。其無理由者。法院應以裁定駁回之。其准予頒發支付命令時。應記載民訴法第四百七十九條所列各款速送達於債務人。命其於十五日內向債權人清償其請求。並賠償程序費用。否則。應向發命令之法院提出異議。其不

於所載期間內提出異議時。法院應依債權人之聲請。宣示假執行。假執行之裁定送達後十五日內。債務人仍得提出異議。如逾期提出時。法院應以裁定駁回之。假執行之裁定。債務人未經提出異議。或已提出異議而被駁回者。與確定判決有同一之效力。此關於督促程序之概要也。其詳於民訴法第四百七十三條至第四百八十七條規定之。

第二節 保全程序

保全程序有二
假扣押

保全程序者。即保全裁判執行之特別訴訟程序也。計分假扣押及假處分之二種。假扣押者、因就金錢請求或得易為金錢請求之請求。欲保全強制執行而為之聲請也。此種聲請。應依民訴法第四百九十一條注明所列各事項。向本案第一審管轄法院或假扣押標的所在地之第一審法院提出之。但本案繫屬於第二審法院者。應向第二審法院為之。債權人應聲明請求及假扣押之原因。法院得命債權人提供相當之擔保。

假處分

假扣押之裁定。應送達於債務人。債務人亦得提供擔保聲請法院爲撤銷假扣押之裁定。其詳於民訴法第四百八十八條至第四百九十七條規定之。假處分者、因就金錢請求以外之請求欲保全強制執行而爲之聲請也。假處分非因請求標的之現狀變更有日後不能強制執行、或在外國爲強制執行、或其他難於執行之虞者。不得爲之。其程序與假扣押略同。但假處分之目的。不在金錢。故非有特別情事。法院不得許債務人提供擔保而撤銷之。其詳規定於民訴法第四百九十八條至第五百零四條中。茲不贅。

第三節 公示催告程序

公示催告程序

公示催告程序者。對於不定或不明之相對人催告其於一定期間內申報權利之程序也。其管轄屬於第一審法院。應將公示催告黏貼於法院之牌示處。並登載公報或新聞紙類。限令權利人自最後登載公報或新聞紙之日起。於兩個月以上之期間內。申報

除權判決

權利。其不於期間內申報權利者。權利人即生失權之效果。公示催告聲請人。得於申報權利之期間已滿後三個月內。聲請為除權判決。但在期間未滿前。亦得聲請之。法院為除權判決時。得以相當之方法將要旨布告之。對於除權判決。不得上訴。其詳於民訴法第五百零五條至第五百三十四條規定之。

第四節 人事訴訟程序

人事訴訟程序
大別為四

婚姻事件程序

人事訴訟程序者。即金錢以外關於婚姻繼承及其他失權宣告之訴訟程序也。內分婚姻事件程序、親子關係事件程序、禁治產事件程序、死亡事件宣告程序四種。婚姻

親子關係事件
程序

事件程序。即關於婚姻之無效撤銷、確認其成立不成立、離婚、或夫妻同居之訴訟程序也。其詳於民訴法第五百三十五條至第五百四十七條規定之。親子關係事件程

禁治產宣告程

序。即關於子女之認領、否認、或認領無效、或撤銷、或就母再婚後所生子女確定其父之訴訟程序也。其詳於民訴法第五百四十八條至第五百五十八條規定之。禁治

序

宣告死亡事件
程序

產宣告程序者。即關於禁治產之宣告撤銷及禁治產人之身體及財產保護之訴訟程序也。其詳於民訴法第五百五十九條至第五百八十五條規定之。宣告死亡事件程序者。即關於失蹤人依法宣告死亡、或撤銷死亡宣告、與其財產管理處分之訴訟程序也。其詳於民訴法第五百八十六條至第六百條規定之。

第七編 刑事訴訟法

刑事訴訟法之
內容

刑事訴訟法者、規定關於國家刑罰權之實行之程序法也。於民國十七年七月二十八日公布。同年九月一日施行。全文計五百三十三條。共別爲九編。第一編總則。第二編第一審。第三編上訴。第四編抗告。第五編非常上訴。第六編再審。第七編簡易程序。第八編執行。第九編附帶民事訴訟。二十四年重行制定。三十四年復有條文修正。茲就各編之概要分別說明之。

第一章 總則

刑事訴訟之通
則

總則者、即關於刑事訴訟共通適用之準則也。刑事訴訟法爲國家刑罰權之行使。故絕對採職權主義。對於訴訟當事人之權利義務。不許當事人自由變更。且除自訴外。取國家彈劾主義。以代表國家之檢察官爲原告人。其訴訟之經過程序。與民事訴訟頗多差異。故刑訴法所稱當事人者。係指檢察官自訴人及被告人言。關於法院之

管轄。分初級法院管轄第一審、及地方法院管轄第一審兩種。前者依刑訴法第八條各款定之。後者依刑訴法第九條。高等法院於內亂罪外患罪及妨害國交罪。亦有第一審管轄權。其詳於刑訴法第五條至第二十三條規定之。至法院職員之迴避、被告之傳喚及拘提、被告之訊問及羈押、證人鑑定人及通譯等之關係、扣押及搜索、勘驗、辯護、裁判、文件、送達、期限等規定。則詳於刑訴法第二十四條至第二百二條中。茲不備述。

第二章 第一審

第一審有公訴
自訴之別

第一審者。即關於普通刑事訴訟初審程序之規定也。茲分公訴自訴說明之。

第一節 公訴

公訴之程序有
公訴者、即被告侵犯國家之法益。由代表國家之檢察官爲原告之刑事訴訟也。其程

序爲偵查、起訴、及審判三種。偵查者、卽對於告訴告發及自首事件而爲偵訊調查之處分也。告訴、由被害人爲之。告發、由第三人爲之。自首、由被告人爲之。其經檢察官認爲告訴不合而爲不起訴之處分者。告訴人接受不起訴處分書後。得於七日內以書狀敘述不服理由。經由原檢察官聲請再議。原檢察官認爲有理由者。應撤銷其處分。繼續偵查或起訴。其認爲無理由者。應移全案文卷於上級法院首席檢察官分別處分。其詳於刑訴法第二百十三條至第二百五十七條規定之。起訴者、卽檢察官偵查終結、認爲應行起訴而實行提起公訴之謂也。檢察官向法院起訴後。於第一審審判開始前。得將公訴撤回。其詳於刑訴法第二百五十八條至第二百六十四條規定之。審判者、卽對於起訴案件由法院依法審理判決之謂也。其詳於刑訴法第二百六十五條至第三百三十六條規定之。

第二節 自訴

自訴

自訴對公訴而言。即被害人得逕向主管法院提起訴訟之謂也。凡關於初級法院管轄之直接侵害個人法益之罪、及告訴乃論之罪。被害人均可自向該管法院起訴。其法定代理人保佐人或配偶均得獨立自訴。被害人已死亡者。得由其親屬自訴。但被告於辯論終結前。亦得提起反訴。其詳於刑訴法第三百三十七條至第三百五十七條規定之。

第三章 上訴

上訴有第二審
第三審之別

上訴者、即當事人對於下級法院之判決有不服者、得上訴於上級法院之謂也。檢察官及自訴人爲被告利益起見。亦得上訴。被告之法定代理人保佐人或配偶爲被告利益起見。有獨立上訴權。檢察官對於自訴案件之判決。有獨立上訴權。其上訴期限爲十日。自送達判決書後起算。但於判決諭知後送達前之上訴。亦有效力。當事人得捨棄上訴權。上訴於裁判前得撤回之。上訴有第二審第三審之別。其對於第一審

判決不服而上訴者。爲第二審。一稱控告審。其對於第二審判決不服而上訴者。爲第三審。一稱上告審。其詳於刑訴法第三百五十八條至第四百十三條規定之。

第四章 抗告

抗告及再抗告
程序

抗告者、當事人對於法院之裁定有不服者得具訴於直接上級法院之謂也。但有特別規定者。則不得抗告。抗告程序。與民事訴訟法相同。惟民事之抗告期間爲十日。而刑事之抗告期間則爲七日。其再抗告之期間。則僅只五日。爲有異耳。又證人鑑定人通譯及其他非當事人受裁定者。亦得抗告。其詳於刑訴法第四百十四條至第四百三十二條規定之。

第五章 非常上訴

非常上訴程序

非常上訴者、卽刑事判決確定後。最高法院首席檢察官發見其審判係屬違法者。得

向最高法院提出之特別上訴也。其他檢察官於判決確定後發見者。亦可附具意見書將該案卷證送交最高法院首席檢察官聲請提起非常上訴。非常上訴之本旨。在糾正審判之違法。故除對於原判違法撤銷有利益於被告人者外。其效力不及於被告人。但原審判決不利於被告人者。應另行判決。其詳於刑訴法第四百三十三條至第四百四十條規定之。

第六章 再審

再審之概要

再審者、即因發現新事實或新證據對於已確定之判決聲明不服者也。再審之訴。有爲受刑人利益起見而提起者。須依刑訴法第四百四十一條各款之規定行之。亦有爲受刑人或被告不利益起見而提起者。須依刑訴法第四百四十二條之規定行之。爲受刑人利益起見之再審。由管轄法院之檢察官、受刑人、受刑人之法定代理人、保佐人、或配偶提起。若受刑人已死亡者。則由其親屬提起之。爲受刑人、或被告不利

益起見之再審。由管轄法院之檢察官及自訴人提起之。其刑罰執行完畢。或已不受執行者。亦得提起再審之訴。法院接受此項訴訟後。認為違法或無理由者。應以裁定駁回之。其認為有理由者。即須為開始再審之裁定。並得以裁定停止刑罰之執行。俟裁定確定後。更應依其審級之通常程序。重行審判。如受利益之受刑人業已死亡者。無庸為言詞辯論。可諮詢檢察官意見逕行判決。又凡為受刑人利益起見而提起再審者。其諭知科刑之判決。不得重於原審判決所諭知之刑。如諭知為無罪之判決者。應將該判決書刊登公報或其他報紙。其詳於刑訴法第四百四十一條至第四百六十條規定之。

第七章 簡易程序

簡易程序之概
略

簡易程序者。即對於輕微刑事案件具有法定要件者。得因檢察官之聲請。不經通常程序。逕以命令處刑之謂也。其要件凡最重本刑為六月以下有期徒刑、拘役、或專

各論 第七編 刑事訴訟法 第六章 第七章 第八章 五四三

科罰金之案件。具有刑訴法第四百六十一條各款情形之一者。始得依檢察官之聲請。以命令行之。檢察官聲請以命令處刑者。應依刑訴法第四百六十二條各款提出書狀。法院認為於不得以命令處刑。或因其他情形不宜以命令處刑者。仍可適用通常程序審判之。但法院接受此項聲請時。應即行處分。不得逾二日。其因認定事實須傳訊被告或調查證據時。得延期處分。但至遲不得逾五日。被告接受法院處刑命令之日起、五日內。得向命令處刑之法院聲請正式審判。不得逕行上訴。其聲請合法者。法院應依通常程序審判。不受處刑命令之拘束。其詳於刑訴法第四百六十一條至第四百七十五條規定之。

第八章 執行

執行程序之概要

執行者、即對於確定裁判依法應為刑罰上之執行之謂也。執行裁判。由諭知該裁判法院之檢察官指揮之。但其性質應由法院或審判長指揮者。不在此限。又因上訴抗

告之裁判、或因撤回上訴抗告而應執行下級法院之裁判者。由上級法院之檢察官指揮之。如有二以上主刑之執行。除罰金外。應先執行其重者。其係判處死刑時。檢察官應速將該案卷送交司法部。經部覆准後。於文到三日內執行之。並應由檢察官監視。其未經羈押而傳喚不到、或有逃亡之虞者。得發捕票拘捕。受刑人以檢察官之指揮爲不當者。得向諭知該裁判之法院聲明異議。當事人對於科刑裁判之解釋有疑義者。得向諭知該裁判之法院聲明疑義。法院接受疑義或異議聲明後。應諮詢檢察官之意見後裁定之。對此項裁定有不服者。得於五日內提起抗告。其詳於刑訴法第四百七十六條至第五百零五條規定之。

第九章 附帶民事訴訟

附帶民事訴訟
程序

附帶民事訴訟者。因犯罪而受損害之人、於刑事訴訟程序中。得附帶提起私訴。對於被告及依民法負賠償責任之人。請求回復其損害者也。一稱附帶私訴。其訴訟程

序。準用刑事訴訟法之規定。刑事訴訟法無規定者。準用民事訴訟法之規定。此項訴訟。應於刑事訴訟起訴後第二審辯論終結前提起。但第一審辯論終結後第二審提起上訴前。不得提起附帶私訴。又此項訴訟。應與刑事訴訟同時判決。但有必要時。得於刑事訴訟判決後判決之。法院認附帶民事訴訟爲繁雜。應歸民事法院受理者。不問訴訟程度如何。得移送該管民事法院審判。刑事訴訟諭知無罪免訴或不受理之判決者。得將附帶民事訴訟移送該管民事法院審判。其詳於刑訴法第五百零六條至第五百十三條規定之。