

定審部育教
學中級高

民 公

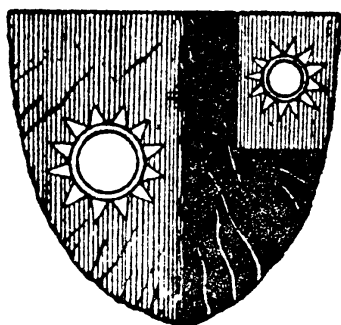
冊 五 第

意 大 律 法

儋 楚 葉
夫 立 陳
成 毅 阮

者 編 主

者 著 編



行 印 局 書 中 正

例言

一 本書對於我國法系固有之特點及日後之復興，特爲注意，以期培養學生對於我國民族文化之自信力。

二 本書所採各項法律條文，均係經立法院通過，而由國民政府公布者。其中如刑法，刑事訴訟法，民事訴訟法，立法院最近曾有修正，並已由國民政府以命令定自二十四年七月一日起施行，本書所採，即係修正後之條文。

三 本書與本局出版之初級中學公民教科書第四冊（法律部份），係屬同一單元，取得聯貫。力求由淺入深，由簡趨繁，而避免互相重複與彼此遺漏之處。

四 本書教者除依序講解外，並宜隨時留心有關本書內容之法律現實社會問題，多舉例證，俾學生易於體會。

次

第一章	法律之意義與淵源………	一
第一節	法律之意義……………	一
第二節	法律之種類……………	七
第三節	組成法律之各種資料……………	一三
第四節	中國法系與世界法系……………	二〇
第二章	權利能力與行為能力……………	二三
第一節	權利與權利能力……………	二三
第二節	權利能力的始終……………	三五
第三節	人格權的保護……………	三九
第四節	行為能力……………	四〇
第五節	成年與禁治產……………	四二

第三章	法律行為與意思表示………	四九
第一節	法律行為與法律事實………	四九
第二節	法律行為的分類………	五〇
第三節	法律行為的標的………	五四
第四節	意思表示的意義………	五七
第五節	意思表示的分類………	五九
第六節	意思與表示的不一致………	六一
第七節	意思表示的不自由………	六三
第八節	意思表示的生效時期………	六五
第四章	動產與不動產所有權………	七三
第一節	所有權的本質及其內容………	七三
第二節	所有權的取得喪失及變更………	七七
第三節	所有權與限制物權………	八二

第五節	遺贈與特留分………	一三三
第七章	各種犯罪制裁與監獄………	一四一
第一節	各種犯罪制裁………	一四一
第二節	監獄之社會的與教育的功用………	一五一
第三節	監獄之組織及管轄………	一五四
第八章	法院組織與民刑訴訟………	一六一
第一節	普通法院與特別法院………	一六一
第二節	外國在華領事法庭………	一六四
第三節	律師制度與陪審制度………	一六八
第四節	民訴之調解再審與強制執行………	一七二
第五節	刑訴的告訴偵查與非常上訴………	一七四

高中公民 法律大意

第一章 法律之意義與淵源

第一節 法律之意義

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

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

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

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

先從歷史上觀察法律與道德的關係，則法律與道德起初本是同源，後來才因發達而分途的。在現在的社會裏，法律是社會規律中最有力量的。其他的社會規律甚至都不免要受法律的支配。但在古代的社會裏，那時代的社會組織，是由宗教組織與家族組織佔着最重要的地位，故宗教，道德，法律混而不分，而法律的力量反是最微弱。到了政治組織發達以後，法律始與其他的社會規律分離，而力量也日漸加大。這所謂政治組織，凡部落城市以至民族國家，都包括在內。此類組織的結合方式雖不盡同，但其結合一團的人類，慣常服從於一定的治者或政府則一。故現在每人受法律的拘束，獨不係以社會構成分子一員的資格，而且還往往因爲是政治組織下的一分子。世界上政治組織的數目種類甚多，因之法律也有許多系統，這稱做法系。至於道德，則只具有普遍的性質，對

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

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

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

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

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

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

所生的危險與損害，犯罪時所受的激刺，犯人的生活狀況，品行，知識程度，與被害人的關係，以及犯罪後的態度。（註一）但在另有許多方面，則法律的適用，卻又絲毫無審酌的餘地，如維持公共治安的警察法律，財政法律，商業行為法律，財政及關稅法律，以及菸酒鹽專賣法律等等，其本身既與道德的規律毫無關係，而且係嚴格的依事執行，從不因人而再有區別。再另有許多事，法律與道德的適用範圍，竟彼此相距很遠，如有時當事人雙方在道德上均無過失，但法律上卻責成一方負損害賠償責任；（註二）又有時一行爲在道德上認爲不道德，但法律並不加以禁止。（註三）這是法律與道德的第六個區別之點。

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

法律既係社會的規律之一種，其與社會的關係自當十分密切。這種密切的關係可以從四點表現出來：其一，個人與社會的界限發生變動的時候，法律亦必隨之而變動。譬如從前認信仰宗教是社會團體的事，同一社會的人，必須信仰同一的宗教；而教育則爲個人的事，願受教育與否，各人有其自由。但現在這項分際已完全反轉，信教是個人的自由，（註四）而義務教育卻須強迫去受。（註

五)我國訓政時期約法,已有這樣的規定。

其二,社會上的倫理觀念發生變動的時候,法律亦隨之而變動。譬如昔日係大家族制度,以五世同居爲無上的光榮,而現在則子女結婚後可從家庭分離,另組小家庭。(註六)從前係男女不平等的,故有種種男女不平等的法律,現在在法律上已經男女完全立於平等的地位了。

其三,社會經濟組織發生變動的時候,法律亦隨之而變動。譬如從前是手工業的時代,工人即在家中從事勞動;而現在是機器工業的時代,工人須集合在工廠中勞動,故須有勞工法工廠法的制定,以期對於工人有所保護。又如從前是財產私有私用的時代,以致農民生活比牛馬都不如,現在是民生主義的時代,所以有土地法的規定,以期用平均地權的方法,達到耕者有其田的目的。其四,社會本身發生激烈的變動時,法律亦隨之而變動。譬如在平時,人民本有遷徙、通信、通電、秘密、結社、集會、發表言論、刊行著作各種自由的,(註七)但一旦因爲戰爭或維持治安的必需,宣告戒嚴,便須適用戒嚴法,而將人民的這些自由停止全部或一部。

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

而內容既非佳良，仍舊不能稱爲完善的法律。所謂社會的需要，自不能依特定個人的需要以爲斷，而應以社會公共福利以爲準。如工廠工人的勞動時間，係由法律規定，則任何工人即不得一人私自與廠主訂立延長工作時間的契約。又如財產所有權，雖可以由私人取得，但所有權人使用收益處分其財產，均不得與公共利益相違背。以論使用，則所有人須注意相鄰關係的義務（註八）以論收益，則所有權人不得違背公共的福利，如種植鴉片等；以論處分，則所有權人不得棄地不用，否則就可以課以荒地稅或加以徵收。

所以，法律是社會的規律，須隨社會的變動而變動，須以社會的需要爲需要。

第二節 法律之種類

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

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

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

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

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

近代的法學者幾乎都不滿意將法律強分為公法與私法二種，（註九）因為一切法律都本是社會的規律，在同一的人類社會中，便根本不應有為公共利益或是為個人利益的區分，而應該都是為了公共福利方才制定法律的。我們只須一檢閱各種法律的內容，幾乎全是為了公共福利而有所規定。向來說民法是私法，但民法中就有許多公益的條文，如法人解散後的賸餘財產屬之法人住所所在地的地方自治團體，（註一〇）無人承認的繼承，其遺產屬諸國庫，（註一二）均可以表現民法的公法化。故公法與私法的區別，並不是絕對可以成立的。

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

止規定的，則予以某種制裁，使其生命、身體、或財產，感受痛苦或損失。民法的規定不一定均在於禁止的方面，而多半偏於人類行為的一種準則方面。違背民法規定，致侵害了他人的權利，制裁方法只是命令加害人付予被害人損害賠償金，或是命加害人負回復原狀的責任。其三，在刑法上，凡法無明文者，不爲罪；但民法既爲人類行為的準則，以人事的紛繁，法律條文勢難包羅淨盡，不免有遺漏的地方，卽不能以法無明文而置諸不理，故民法規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」（註一二）又，民法并得許爲類推適用，務求人類的一切行為，均得有準則可以依據。其四，現代刑法的趨勢，日漸由注重犯罪的結果趨向於注重犯人的動機、性格、與環境，是爲由客觀主義趨向於主觀主義；而民法的趨勢，則日漸由注重當事人的過失趨向於侵權行為的結果與所生的損失，故加害人卽無過失亦須負賠償責任，是爲由主觀主義趨向於客觀主義。這些都是民法與刑法相差異的地方。

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

年以上有期徒刑。」（註一三）這個條文，只不過規定罪情和刑罰的實體，究竟遇有這樣的事實發生，將如何拘捕起訴審問以至於判決執行，應行經過如何的手續，尚須另有待於刑事訴訟法的明文。故刑法爲主法，刑事訴訟法爲助法，民法與民事訴訟法的關係也是如此。

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

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

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

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

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

就最近的趨勢說，國際法與國內法之間，有很重要的四種關係，前二種屬於事實方面，後二種屬於法理方面。這四種關係是：一、國際法與國內法的相互影響，如對於領土移轉的規則，國際法即受羅馬法的影響；而歐戰後各國新憲法，亦將國際法的原則訂入條文。（註一四）二、國際法與國內法的相互補充，如二者的適用，彼此常須互相準據以確定某項名詞或事實的定義。三、國際法在執行上，對於國內法的依賴，如國際法賦予外交代表以治外法權，即須有國內的相當法規，免除外交代

表受所在國法權的管轄，禁止法庭受理控告外交代表條件，則國際法的規定，方得以完全實現。四、國內法在立法上所受國際法的限制，如國際法禁止海盜，并予海盜以一定的定義，則國內法即不能爲容許海盜或將海盜定義爲擴充的規定。

七 固有法與繼受法 世界上政治組織的數目種類甚多，因之法律也有許多系統，其一國以固有的系統所制定的法律，稱做固有法，採取了他系統的法律或立法精神以爲本國法律的，稱做繼受法。我國自有史以迄滿清光緒二十八年（註一五）可以說是固有法的時期；自那一年以後，改採歐洲大陸的立法，修訂法律，便入於繼受法的時期了。

第三節 組成法律之各種資料

法律既是社會的規律，而成文的法典法規，又只爲法律的一種，足見法律的組成，實有若干不同的資料。關於本節的研究，通常稱爲法律的淵源。但法律的淵源一詞，意義頗爲含混，可以說有三種解釋：第一是指法律的效力所從出，換言之，即指那最上的權力，爲法律所從而受得其效力的，這就是法律據以發達的政治組織了。第二是指法律演進的經過，窮源溯本，爲歷史的探討，這是屬於

法制史的研究範圍。第三就是指法律的資料的所在，也就是說我們所由識得法律的地方。因為法律的淵源一詞可以有這樣三種不同的解釋，故為免除含混起見，直截了當用組成法律的各種資料，為本節的標題。

組成法律的各種資料，可以列舉為八種：一，成文法；二，習慣；三，法理；四，判例；五，解釋；六，學說；七，外國法；八，條約。現在依次說明如左：

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

成文法的第二個要素，是集合了一個或數個的文書法典，這在成文憲法與不成文憲法的區別中，最能顯明地表現。如英國的憲法，通常是稱為不成文的，並不是說英國的憲法純粹為習慣，從未有文字的記載；只是因為關係英國國家統治組織的各種規定，並沒有集合為一個或數個有系

統的法典。英國一六二八年的權利請願書 (Petition of Rights) 是一種有關國家根本組織規定的文件，但並未與其他文件，如一九一一年的議會法 (Parliament act) 合成爲一部有系統的法典，故卽爲不成文憲法。所以法律只是有文字的記載，尙不足以稱爲成文法，并須曾集合爲一個或數個的文書法典，方能稱爲成文法。

二 習慣 在非制定法中，歷史上最早的資料要算是習慣。在人類社會的初期，習慣的地位，較制定的成文法爲更重要。但自近代成文法方式風靡之後，習慣已不復再如昔日之有權威。卽如英國雖向以不成文法著名，然其中亦係以出自判例的爲多，而真正出於習慣的，仍屬比較爲小部份。

習慣與習慣法不同，在瑞士各部，向有習慣法的名詞，那確係有一種成文的習慣法存在的，此項法律的來源雖則本於習慣，而其形式固仍爲成文的。至於一般國家的所謂習慣，則係指合於一定標準，滿足一定條件而予以法律效力的某種人類行爲而言。此項標準與條件，雖則各國所採取的不同，但歸納之可得爲六種：其一，某種習慣要得到國家承認，成爲法律的資料之一，具有法律的效力，必須該項習慣是合理的。我國民法於承認習慣的效力之後，隨即聲明：「民事所適用之習慣，

以不背於公共秩序或善良風俗者爲限。」（註一）其二，該項習慣必須爲確定的，如係曖昧不定的習慣，就不能承認其有法律的效力。其三，該項習慣必須爲繼續的，人類的某種行爲之所以能稱爲習慣，以於同一期間內，就同一事項，反復爲同一行爲爲要素。偶一爲之的行爲，固不能稱爲習慣；效用中斷的習慣，也不能再有法律的效力。其四，該項習慣必須爲公認的，即人人有確信以爲法律之心。其五，該項習慣必須爲長期的，即須成立以來，已經過相當的長期間。但英國法只對於限在一地域的習慣，須有長期間的存在；而對於通行全國的習慣，則不以長期爲要件。其六，該項習慣須爲國家明示或默示所承認，如國家未予承認，自不能爲國家的法律資料之一。

凡合於上述六種標準與條件的習慣，方得有法律的效力，否則只是一種社會所通行的事實，司法官即無當然適用的義務。如習慣雖以於一定期間內就同一事項，反復爲同一行爲爲要素，但具備這要素的，尚另有個人的嗜好與社會的風俗。嗜好與風俗雖亦係就同一事項反復爲之，但其本身從未得國家明示或默示承認以付與法的效力，故即不能與習慣同爲法律的資料之一。至於習慣的成立，則大都如荒地上的小徑，先由少數人無意識的在荒地上步行，其後大家逐漸追隨着他們的足跡經過。久而久之，便成了一條極自然的小徑，再久而久之，便又由小徑擴展而成爲大路。

如若一定要問最初步行的爲誰，是無法答覆的，而且最初步行的人，確也沒有想到後來會發生這樣大的影響的。所以，習慣非任何人所能故意創造的。

在以不成文法爲法律的主要資料國家中，習慣的效力固屬甚強；但卽在以成文法爲法律主要資料的國家，習慣的效力亦可分爲二種：其一，習慣有補充的效力，如我國民法謂：「民事，法律所未規定者，依習慣；」則凡法無明文的時候，均可以習慣補充之，俾得適用。其二，習慣，於法律有特別明文規定的時候，也更可以有優越的效力，如我國民法上每每謂：「但交易上另有習慣者，依其習慣；」或是：「如商業上另有習慣者，不適用之。」則習慣的效力，便優越於成文的法律。（註一七）又如美國與法國的憲法，本未明示的禁止總統連任，或連任至二次以上，但美國自華盛頓，法國自羅培特及法立耳（註一八）宣言不連任以後，一則從無連任至二次以上，一則也迄今少有任滿再連任者，而成爲一種憲法上的習慣，效力反在憲法的條文之上。

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

四 判例 成文法國家以立法機關所制定的法典爲法律主要資料；在不成文法國家，則以判例爲主要資料。法典係立法機關所制定，判例係司法機關所頒給，二者同出於國家的正式機關，而其不同的地方，則在一係出諸依一國憲法本掌有立法權的機關，而一則係出於本只執行法律或適用法律的法院。故成文法在任何國家中均認爲係組成法律的資料，而判例則在若干國家中，不承認其有法律的效力。（註一九）

以判例爲法律主要資料的，首推英美。考英國法官之引用成案，始於十三世紀。（註二〇）其初不過備訴訟上的參考，從違與否，仍一任法官的自由裁量。繼而成案日多，引用日廣，遂發生二種拘束力：其一，凡與成案相同或類似的案件，各級法院均應遵守其各該法院本院的判例；其二，凡與成案相同或類似的案件，下級法院應遵守同級或上級法院的判例。我國昔日法律向重例案，清季改革法制，雖係採歐洲大陸立法以資借鏡，但迄至國民政府成立後，民刑法方始完全公布，其間既無成文法可以依據，前大理院及最高法院乃「採取法例著爲判例，以憑示各級法院以一種準繩。」即在今日已有成文法典，但成文法條文於立法時既不能不求其簡單，缺漏或又有所不免，法官遇有事實問題，衡情酌斷，著爲判例，亦未始對於以後有相同或類似訴訟的時候，不無資助。又如法國拿

破審法典係一八〇四年頒布，迄未經過修改，此一百餘年中，便完全藉判例的力量，以適應社會的變更與需要。故明顯確定乃成文法的長處，而縝密應變，乃判例的長處。

五 解釋 法律的解釋，不獨爲闡明法律意義的方法，抑且可以補成文法的不足。蓋立法者無論若何規定詳備，但當法律於實用的時候，總不免有疑義發生。況且社會的變動往往較法律爲快，如不有所解釋，則勢將無所依據而不能適應社會。我國現在任解釋法律之責的爲司法院，最高法院並無解釋法律之權，凡各級機關如遇有法律的疑義，均得請求司法院爲之解釋。但在請求解釋的時候，以抽象的問題爲限。（註二）如以具體事實爲解釋的請求是不准許的。

六 學說 從前羅馬大法學家Paulus曾說：「適於真理的學說，就可視爲法律。」這話固未免言之過甚。但學說可以爲法律的資料，歷史上卻不乏其例。例如我國從前的四書五經，是由國家明示了有法律的效力的。（註三）如羅馬當時有五家學說（註三）是經國家指定了有解釋法律的效力的。又如荷蘭格羅秀斯（Hugo Grotius）所著的和平與戰爭的法律（De Jure Belli ac Pacis）便成爲現在國際法的淵源。我國現在以黨治國，一切法律自不能與三民主義相違背，凡總理的一切遺教，應當都有法律上的拘束力的。

七 外國法 在繼受法的國家，往往以外國法爲他的法律。從前德國以羅馬法爲他的國內法；比利時以法國的拿破崙法典爲他的國內法；歐戰以後，法國以德國法在阿爾薩斯勞倫兩州繼續施行。這是指明確以外國法爲國內法而全部適用的。還有，在一切的國家中，因爲國際私法制度的規定，須適用外國法的，如我國法律適用條例謂：「婚姻之效力，依夫之本國法。」（註二四）這就須視丈夫的國籍，變更法官所適用的法律。

八 條約 一國與他國所締結的條約，亦與其他的法律資料一樣，有法律的拘束力。如我國與外國所締結的條約，不許外國人在中國有不動產所有權，則凡中國人私自將不動產售與外國人者，該項買賣即爲無效。但如條約與國內的成文法不相符合，原則上應以條約的效力爲優。若條約批准在後，或與成文法頒布之日相同，可以適用後法優於前法的原則，自無問題。但若條約的批准在成文法律頒布之前，就不能適用這個原則，故須由司法行政部將二者相牴觸的各點，隨時呈明國民政府司法院，（註二五）予以核定。

第四節 中國法系與世界法系

法律是隨政治組織而發達的。世界上政治組織的種類數目甚多，而各組織的歷史地理習慣種種不同，所以各自的法律系統，也有區別。就其中較為重要的來說，共可分爲三個法系：一、中國法系；二、印度法系；三、回教法系；四、羅馬法系；五、英國法系。現在分別說明如左：

一、中國法系 中國法是世界最早的法律。我國民族開化既先，而關於法律的觀念，也認識獨早。現在大家說法律是指公平與正直的規則，這在我國，可以說早有了這種觀念了。只要看「法」字的構成，便可以知道。「法」字本寫作「灋」，後來簡寫了纔作「法」。「灋」字的左旁是三點，就是「水」字，所謂平之如水，水的流向是最公平的，現在測量用的標準，稱做水平。故水字即係代表公平的觀念。「灋」字的右旁是「廌」字與「去」字，廌是古代的一種獨角獸，牠能觸不直者去之，這就是象徵正直的觀念。至於法律的律字，則係因爲古人凡以竹爲器皆名曰律，將關於公平正直的規則，書於竹簡之上，也就稱爲律了。

我國法律的起源，與戰爭同早，這從司寇，司敗，尉氏，都本是軍官，而後來成爲法官的職名，以及先民戰勝苗族，採取苗民五刑之法，可以證明。我國最早的法律條文，見於尚書的舜典。舜典較之印度的摩拏法典，羅馬的十二銅表法，均早得多。我國最早的成文法典，則爲李悝的法經，李悝本是魏

文侯的先生，他集諸國的刑典，著法經六篇。法經可惜已經失傳，現在所有的法典，要推蕭何所定的「九章之律」爲最古。漢朝以後，魏定律十八篇，晉定律二十篇，周定律二十五篇。唐因於隋定律十二卷，於是戶、婚、田、工、錢、債等事規定漸詳。宋元皆仍唐舊，明清則以吏、戶、禮、兵、刑、工六曹爲律例的分篇，形式又爲一變。

我國古代法律，有許多是與現代的立法相吻合的。其一，爲民法與刑法的區分。現在往往有人過分重視歐陸的法制，以爲中國法律是向不分別民法刑法的，目爲落伍，這實在是數典忘祖之論。我國古代的民法與刑法，亦復是有區別的。今之刑法，即爲古代之法，今之民法即爲古代之禮。試讀周禮一書，其中所列舉的，多係今日民法的內容。法與禮的區別，即在是否採禁止懲戒的方法，換言之，是否採國家干涉主義，二者實係並行不悖。若以今日的名詞來說，則所謂禮，所謂法，實都在今日的所謂法之中。自蕭何以民事訂入「九章之律」，再加以漢儒誤以爲有禮治即無須法律，中國法律始成爲一種專爲禁止懲戒甚至刻薄殘酷的律例。

其二，爲民事訴訟與刑事訴訟的區分。我國古代，不但民刑異法，并且民刑異判。周禮稱民事訴訟爲訟，刑事訴訟爲獄，二者是截然劃分的。民事訴訟中，如經界之訟，則天官小宰「聽閭里以版圖」，

如債務之訟，則小宰又「聽稱責以傅別，聽取予以書契。」他如婚姻之訟，則由地官媒氏「聽之於勝國之社。」商事之訟，則由市師聽大治大訟，胥師賈師聽小治小訟，但如「其中有附於刑者則仍歸於士。」士就是專審理刑事訴訟的司法官。

其三，爲人民審判制度的採用。現代民主國家，都認爲人民除參加行政立法工作外，司法方面，亦應當參與。陪審制度的理論基礎，即在於此。但我國古代即係曾採用人民審判制度的。其一是長老的仲裁。即於人民間的爭議，由宗族鄉社的長老，坐于社木之蔭，聽訟而受辭。「社」是古人審判的地方，如燕有祖，宋有桑林，楚有雲夢，便都是各國的社。周禮載「二十五家爲社，各樹其土所宜之木。」所以論語載哀公問社，宰我曰：「夏后氏以松，殷人以柏，周人以栗，使人戰栗，」此所謂松，柏，栗，都是有蔭的社木。其二是人民對於審判的參與，如孟子謂：「國人皆曰可殺，然後殺之，」又周禮「制篇」謂：「疑獄，汎與衆共之；衆疑，舍之，」等是。

其四，爲法律的社會意義。現在大家都知道法律的最終目的，不在制裁而在預防與感化。但我國古代早已有了「刑期無刑」的話，又孔子也曾說：「聽訟，吾猶人也，必也使無訟乎？」這對於法律的社會意義，說得何等透徹。至於法律當隨了社會而變動，當合乎社會的需要，在韓非子、管子、商

君書中也早曾加以發揮。

我國的法律，法典，法制，及法學思想，都發達甚早，而且都見地極遠，迄今尚能與最近的各國立法相適應，不能不說是我國文化上的一種光彩。但可惜這種光彩，自漢朝以後，即逐漸晦黯。在立法方面，自蕭何將民事與刑事，一併訂成了一種「九章之律」，從此歷朝法典，均不能再保持固有的民法與刑法的區分，民事訴訟與刑事訴訟的區分，而一概盡行混淆，甚至以刑事制裁的方法，用於個人與個人間的民事關係。再自從漢儒誤以為「禮」「法」係屬絕對對立，崇儒家講禮治，一方面對於素以法家著名的韓非子等書籍，認為不足為思想的體系，加以罷黜。另一方面士大夫階級遂不屑再談法律，法官的史事往往編入史書中的酷吏列傳，先予讀者以惡劣的印象，以致讀書人除非萬不得已，不習法律。法律不成為正式的學問，只能由幕僚收徒教授。從酷吏與幕僚中，怎能再發揮法律的光彩呢？中國法系遂從此一蹶不振了！

二 印度法系 印度法也是發達較早的古代法之一。最初，屬於亞利安人種一派的印度人，在五河地方殖民，尚為原始的部落生活。迨移住恆河以後，王權增大，同時發生婆羅門僧侶階級，以其宗教勢力與政治勢力相頡頏，而社會組織，則係將王族，婆羅門族，庶民，及賤民分為四種階級，尊

卑之分甚嚴。釋迦牟尼倡行佛教，以打破階級，求四種人民一律平等爲理想。但除阿育王時代外，佛教的理想始終未能實現，印度仍在地方分裂，階級制度之下。故婆羅門教的摩拏法典，得以長期支配印度人的生活。摩拏法典的內容，重視社會上階級的區別，注重家族系統與家長的權利，以階級中身分的高低，定犯人的刑之輕重。總之，是一部宗教成份甚濃厚而又以社會階級組織爲中心的法典。

三 回教法系 回教文化的發源地是亞剌伯。回教徒的法典，就是回教教義的可蘭經，教主穆罕默德的言行錄，也是他們的法律。故宗教與法律係屬一事，不可分離。凡以回教徒爲基本國民所組織的國家，均屬於這一個法系。

四 羅馬法系 羅馬本爲亞利安人種移住的一派，在意大利半島，開拓他們的生活。建國之初，人民以業農者爲多，其法律故多爲農業社會的色彩，并富有宗教的意味，如財產權係屬絕對，家族須處於家長權之下，而家長須擔負一切對外責任是。其後遂集中爲著名的「十二銅表法」(註二六)及優帝國法大全。(註二七)這些成文法典的完成，得力於法學者及法官爲多，故能合於法理而便於應用。在歐洲方面，意大利，西班牙，葡萄牙，希臘，羅馬尼亞都是純粹屬於羅馬法的系統的，法國，

德國，以及比利時，荷蘭，也是以羅馬法與原有的習慣法相混同而制定法典的，其他國家，則更間接從意，法，德各國的立法修訂法律，故有人說：羅馬法已統一了世界的法律。

五 英國法系 羅馬法雖統一了歐洲大陸國家，及以歐陸國家爲立法模範各國的法律，但對於希臘在西歐海外的英國，卻未曾發生多少影響。英國也曾時常受到歐陸方面的侵略，但一則英國民族，自尊心甚強，不願輕易採取他人的立法。二則英國本有的普通法（Common Law）（註二八）與衡平法（Equity）（註二九）已可以應付社會的需要，足以抵抗羅馬法的侵入。故英國法乃始終自成爲一個系統。如英國的大憲章是世界最早的憲法，英國是採用不成文法最有成效的國家，他如陪審制度的樹立，也是英國法系的卓異之點。

世界上主要的法系，雖本有這五種，（註三〇）但仍能繼續發揮光輝的，則只有羅馬法系與英國法系。大致凡是以成文法爲法律主要資料的國家都趨向於羅馬法；凡是以不成文法爲法律主要資料的國家，都趨向於英國法。印度則自十一世紀後，先受回教的支配，次爲英國所征服，原有的法律早已無從發生效力。回教法則自近代各回教國家，如土耳其等，改行新法律以後，亦將成爲絕響。（註三一）至於中國法，則自漢代以後，重儒家，罷百子，并誤以爲有禮治即可不需要法律，養成一般人

輕視法律的心理，以致中國法系中斷已久。而近年因受世界潮流的激盪，與列國以採用外國法制爲撤廢在華領事裁判權的條件，我國竭力改採歐陸法制，又不免有與社會情形扞格，與人民感情不相調節的地方，近來頗有人從事重光中國法系的工作，復興之日，當在不遠。

【註釋】

註一 中華民國刑法（以下簡稱刑法）第五十七條。

註二 此爲無過失損害賠償責任，如我國勞工法及工廠法上的規定是。

註三 如與已成年女子而未結婚者通姦，刑法上即無制裁的明文。

註四 中華民國訓政時期約法第十一條。

註五 中華民國訓政時期約法第五十條。

註六 中華民國民法（以下簡稱民法）第一一八條。

註七 中華民國訓政時期約法第十二條至第十五條。

註八 民法第七七四條至第八〇〇條。

註九 近代法國法學者狄驥，德國法學者凱爾遜都否認公法與私法的區別。

法律之意義與淵源

註一〇 民法第四十四條。

註二 民法第一一八五條。

註三 民法第一條。

註三 刑法第一二〇條。

註四 以國際法規訂入憲法，而承認其在國內的力量，始於戰後德國新憲法。德憲謂：「已公認之國際法上各法規，得視為德意志聯邦法律，有制裁力。於是愛斯多尼、奧大利、均倣之而有同一的條文。西班牙憲法，更謂西班牙將國際法通例，編入現行法而遵守之。」

註五 我國近代正式修訂法律，始於滿清光緒二十八年，是年四月初六日上諭說：「……現在通商交涉，事益繁多，着派沈家本、伍廷芳將一切現行律例，按照交涉情形，參酌各國法律，悉心考訂，妥為擬議，務期中外通行有裨治理。俟修定呈覽，候旨頒行。」

註六 民法第二條

註七 民法第六八條，第二〇七條，第三一四條，第三七二條，第四二九條，第四三九條，第五三七條，第五七〇條，第五七九條，第五九二條，第六三二條，第七七六條，第七七八條，第七八五條，第七八六條，第七九〇條，第七九三條，第八〇〇條，第八三四條，第八三六條，第八三八條，第八四六條，第九一五條，共二十三例。

註一八 E. Loubet 及 A. Fallieres

註一九 如奧國民法第十二條規定：「判例，不得作爲有法律之效力。」

註二〇 Janks: A Digest of English Law.

註二一 國民政府司法院統一解釋法令及變更判例規則第三條第二項。

註二二 見唐律疏義序。

註二三 此五家爲 Papianus, Ulpianus, Gaius, Paulus, Modestinus.

註二四 我國法律適用條例，尙係民國七年八月五日，由北京政府以教令公布。其第十條規定：「婚姻之效力，依夫之本國法。」

註二五 國民政府司法院二十年七月二十日令司法行政部訓令第四五九號。

註二六 十二銅表法乃羅馬古代最早的成文法，係以銅板刻誌，揭示於都市，因內容分爲十二表，故名。公布時爲羅馬建國後三〇三年，即耶穌紀元前四五一年。公布之後六十年，北歐蠻夷侵入羅馬，銅表遂毀於兵燹。故該法原文早已蕩焉無存，現後世所傳誦者，只殘餘的概要罷了！

註二七 優帝爲羅馬 Justinian 大帝的簡譯，帝於耶穌紀元後五二七年即位，五六五年逝世，在位共三十九年，帝政事修明，大重法治，曾降旨編纂法律書籍，共成四種：（一）優帝法典（Codex Justinianus）（二）優帝學說彙纂

(Digesta Justiniani Pandectae) (三) 優帝法學階梯 (Institutiones Justiniani) (四) 優帝新律 (Novellae Constitutiones Justiniani) 合此四書而益以 Prutius, Ulpianus, Caius 三家的著作成爲優帝國法大全 (Corpus Juris Civilis)。

註三

英國法中以普通法爲主要。普通法即係習慣與判例的結合，換言之，即歷年慣行的事例而當然具備法的效力者。因兼包括有判例，故普通法的意義較單純的習慣法爲廣。

註元

衡平法係衡平法院 (Court of Equity) 所頒給的判例。蓋英國雖以普通法爲主，但因係積累事例而成，有時不能適應隨時變化之社會情形。故人民乃向國王請願，於普通法院之外，另置衡平法院，依據正直及良心而爲判決。

註二〇

世界法系除此五種最爲重要者外，尙有一條頓法系亦曾有其獨立的影響。自耶穌紀元後三〇〇年起至一五〇〇年止，條頓民族，以各分支的法律觀念，綜合爲一法系，內容分家族，契約，財產，訴訟手續等，爲半原始的形態。條頓法系的領域，後因條頓民族的南移而擴張，但并未表現使法律內容充實發達的能力。及與羅馬法系相遇，發見羅馬法較本法系爲優，遂裁短取長，與羅馬法相混合而成一新系統。但在斯干特那維亞 (Scandinavian) 半島諸國，條頓法系的影響，固迄今未衰。

註三

關於世界各法系演進及消長的經過，可參閱南京中華法學雜誌社出版鄧定人譯世界法系論。

【問題】

- 一 爲什麼法律是社會的規律？
- 二 法律與道德的區別，有那幾點？
- 三 法律的意義應當是什麼？
- 四 法律是應當怎樣隨社會的變化而變化？
- 五 什麼是決定法律良窳的標準？
- 六 法律共可以分爲若干種類？
- 七 民法與刑法，有些什麼差異的地方？
- 八 國際法與國內法的關係怎樣？
- 九 我國是在什麼時候，改入於繼受法的時期的？
- 一〇 通常所謂法律的淵源，共可以有幾種解釋？
- 一一 成文法的要素是些什麼？
- 一二 習慣要如何方能具有法律的效力？

- 一三 判例的拘束力如何？我國爲什麼也採用判例？
- 一四 條約如與成文法相牴觸，應以何者的效力爲強？
- 一五 世界上重要的法系有幾？
- 一六 從那許多方面可以證明中國法系是最早發達的？
- 一七 我國古代法律，有那許多是與現代的立法相吻合的？
- 一八 中國法系，何以後來便一蹶不振？原因安在？
- 一九 印度摩訶法典的特點是什麼？
- 二〇 爲什麼有人說羅馬法已統一了世界的法律根據何在？
- 二一 英國法系的卓異之點，能舉幾個例證否？
- 二二 中國法系，何以有將其重光復興的必鑒？

第二章 權利能力與行為能力

第一節 權利與權利能力

人類社會最早的法律，都只使個人擔負義務而不賜與權利。漸進，始覺因他人擔負義務所得到的好處較諸義務本身，實爲重要，於是權利觀念，遂從此好處之中而發生，權利亦始爲法律所重視。我國在改行新法律以前，亦只有義務觀念，而無權利觀念。在固有的名詞之中，與義務的觀念相近者，厥爲「分」字。「分」字的意義，是一人因其地位而各有本分爲其限制，或爲不當逾越的界限，故有人說：「分」之爲言，位也。如「名分」、「職分」、「本分」、「應分」等名詞，都在表示道德上或法律上義務的觀念。至於與權利相近似的名詞，不但我國固有的法律中沒有，即經史俗諺中，亦未嘗見。現行法律所用權利一詞，係自日本輸入，蓋連合「權力」與「利益」二意所構成的。

要了解權利的意義，可從兩方面去看：一是權利的內容方面，則權利爲法律上的特定利益；二是權利的外形方面，則權利爲法律上的力。蓋人類的目的，在求生存，欲求生存，即不能不取得適應

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

每一特定人享有權利的資格，法律上則稱之爲權利能力。權利能力爲取得權利的基礎，實不但指享有權利的能力而言，即負擔義務的能力，亦包括在內，故有人主張應改稱爲權義能力。但我國現行法律，原則上仍係權利本位的立法，故民法條文中，亦仍用權利能力一詞。關於權利能力的範圍，有四個基本的原則：

一 凡人皆有權利能力 在古代的時候，因爲有奴隸制度，法律不承認奴隸有權利能力。近

代以人類平等主義的確立，奴隸制度業經廢止，故在法律之前，人人平等，皆有權利能力。此之所謂人，且不獨指自然人而言，即為社會的組織體之法人，亦有權利能力。

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

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

四 權利能力限於法律之範圍內 人之權利能力，惟限於法律之範圍內，始能享受。我國民法，對於法人曾明文規定：「法人於法令限制內，有享受權利負擔義務之能力。」（註一）對於自然人，雖無明文規定，似亦為法理所當然。

第二節 權利能力的始終

法律上享有權利能力的，有自然人及法人。自然人的權利能力，我國民法規定始於出生，終於

死亡；（註二）法人的權利能力，則始於登記，而終於解散後清算之終了。

自然人的權利能力，始於出生。所謂出生，係指胎兒與母體完全分離，並於分離後尚係生存而言。胎兒如未與母體完全分離，在生理上即尚未獨立成爲一體，所以不能謂之出生。胎兒如雖與母體完全分離，而分離後非係生存，則既非生存的人類而爲死胎，仍不能享有權利能力。胎兒出生後如係生存，則不論其生存時間的長短，與夫有無生長發育的能力，以及具備常人的形狀與否，均享有權利能力，無任何例外。

人在未與母體分離以前，稱爲胎兒，胎兒自受胎之時起，至出生完成前止，不能獨立生存，只係爲母體的一部分。胎兒在出生後，固爲權利能力的享有者，但在未出生前，法律上亦於某種條件內，賦與以權利能力。我國民法規定的條件爲：「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。」（註三）因爲胎兒遲早終須出生，直接保護胎兒，即係間接保護將來出生的人類。自然人的權利能力，終於死亡。所謂死亡，指自然的死亡而言，以呼吸完全斷絕之時爲準。我國昔日法制，每認人死亡後仍有人格的存在，如追贈官爵或戮屍的辦法是。他國法律，又有於人死亡前停止其權利能力一部份的規定，如羅馬法的人格減少等制度（註四）。是我國現行民法，特別定

明自然人的權利能力終於死亡，則人於死亡後既無人格的繼續存在，而死亡前亦不能將其權利能力，先為部份的停止。

除自然的死亡外，法律上尚有一種死亡宣告制度。死亡宣告，即失蹤人失蹤後，生死不明，經過了一定的期間，法院因利害關係人的聲請，對之宣告其為死亡。（註五）這個制度的實益即在有使於失蹤人的身分及財產關係，得以結束。

所謂失蹤，係指離開其向來的住所或居所而言。所謂生死不明，係謂其生既不明，死亦不明。所謂一定的期間，則在一般的人為十年；在七十歲以上的失蹤人為五年；在遭遇特別災難而失蹤的為三年。前二者以最後音信之日為起算點，後者則以遭遇災難之日為起算點。所謂利害關係人，係指因失蹤人的生死，而有法律上利害關係的人而言，如失蹤人的配偶，繼承人，法定代理人，財產管理人，債權人，受遺贈人及人壽保險金受領人均是。

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

法人的權利能力，始於登記。法人爲具有人格的社會組織體，其以社員爲成立基礎的，稱爲社團法人；以捐助的財產爲成立基礎的，稱爲財團法人。社團法人中以營利爲目的的，稱爲營利社團法人；以公益爲目的的，稱爲公益社團法人。公益社團法人及財團法人，均須先得主管官署（註六）的許可，方能組織；（註七）營利社團法人，只須合於法律所規定的條件，即可組織。（註八）但無論係何種法人，在組織後，均須再向主管官署登記，始能正式成立。故登記乃法人權利能力的始期。

法人的權利能力，終於解散後清算的終了。法人解散的原因，可分爲五種：一是主管官署撤銷設立法人的許可；二是法人的財產不能清償債務，向法院聲請破產；三是法人的目的或行爲違反法律或公共秩序善良風俗，由法院宣告解散；四是社團法人由社員總會以全體社員三分之二以上可決解散；五是社團法人的事業，無從依章程所定進行，法院因利害關係人的聲請，加以解散。法人一經解散，人格即行喪失，但於解散前已發生的法律關係，不能不有以結束，是即謂之清算。在清算時期中，就清算的必要範圍內，法人仍視爲存續。（註九）故必須至清算終了，法人的權利能力，始完全消滅。

第三節 人格權的保護

人類在社會上所需要的利益，爲法律所選擇保護的，共有兩種：一是存於自己或他人身體上的，稱爲人身權，二是存於有經濟價值的物上的，稱爲財產權。人身權又可分爲人格權與身分權二種：人格權是存於權利人自己身上的權利，如生命權，身體權，自由權，姓名權，及名譽權，皆包括在內；身分權是存於有一定身分關係的人身上的權利，如家長權，親權，婚姻權，監護權，及繼承權，皆包括在內。

就此數種權利而觀，以人格權爲最重要，蓋人格權係與人的人格不可分離，如不特別加以保護，則所有其他權利，卽無法可以保持。要保護人格權，就須一方面由法律禁止將權利能力或行爲能力（註一〇）拋棄，另一方面由法律規定保護的方法。

權利能力與行爲能力的意義，本來是不同的，但其有關於一人人格權的完全與否，則屬相同，所以我國民法規定二者均不得拋棄。（註一一）至於拋棄的原因如何，爲一部份的拋棄或全部的拋棄，民法均認爲毫無例外地予以禁止。

至於人格權的本身，我國民法所規定的保護方法有二，一係就人格權的全部而言，所有一人的人格權如受了侵害，均得請求法院除去其侵害。并於法律有特別規定的情形（註一三）得請求損害賠償或慰撫金。二係專就人格權中的自由權及姓名權而言。自由權也是不得拋棄的，即使在必要的時候，以人自己的意思限制自由，也不能有背於公共秩序與善良風俗。如人自己願賣身為奴，便係有背於公共秩序與善良風俗，為法律所禁止。姓名權如受了侵害，亦得請求法院除去其侵害，并得請求損害賠償（註一三）。

人格權與姓名權所受侵害，是不必計及侵害的原因與情形，均可以請求法院將侵害除去。這些侵害所生的結果，雖則不一定用金錢估計，而人格權與姓名權也並非本來有一定金錢上的價值。但為了要補償被侵害者的損失或其他的利益，則除由法院除去侵害而外，自應許受侵害人有請求加害人以金錢賠償的權利，以維公平。

第四節 行為能力

凡人固均有權利能力，但一人欲享受權利，負擔義務，仍須另有一定的原因，這原因可分為兩

種：一爲事實，一爲行爲。行爲欲在法律上發生效力，必須行爲人先具有能使其行爲在法律上發生一定效力的能力，此項能力便稱做行爲能力。

行爲能力與權利能力不同。有沒有享受權利負擔義務的資格，是關於權利能力的問題。其行爲能不能發生法律上一定的效力，則是關於行爲能力的問題。古代的奴隸，是有行爲能力而無權利能力的人；未滿七歲的未成年人及禁治產人，是有權利能力而無行爲能力的人。（註一四）

行爲能力又與意思能力不同。意思能力是一人精神上的狀態，能判斷其行爲的效果的能力。行爲能力是法律上的狀態，能使其行爲在法律上發生一定效力的能力。意思能力只是意思表示的要件，並非行爲能力的要件。欠缺意思能力的，只不過是所爲的意思表示，不生效力（註一五）而與行爲人有無行爲能力並無關係。如未滿七歲的未成年人與禁治產人，雖則沒有行爲能力，但不能謂其並無意思能力，因爲他們的行爲，往往也是具有意思的。

權利能力，是自然人與法人所同有的，故行爲能力也是自然人與法人所同有的。自然人的行爲能力我國民法分作三種形態，一是有行爲能力人，二是限制行爲能力人，三是無行爲能力人。三種形態區別的標準，係以一人的年齡爲分際。凡已經成年及未成年而已結婚的爲有行爲能力人，

雖未成年但年已滿七歲的爲限制行爲能力人，七歲以下的及禁治產人爲無行爲能力人。(註一六)

法人的行爲能力，則只有一種形態，即法人於取得權利能力後，同時即取得完全的行爲能力。但法人既本係社會的組織體，則其行爲，勢必仍須賴自然人的活動，始能實現。此自然人所爲的行爲，於一定的情形下，即認爲係法人的行爲。惟此自然人並非僅以一自然人的資格，乃以法人的機關，(註一七)用代表的方式，爲法人的行爲。

第五節 成年與禁治產

自然人的行爲能力，分爲三種形態，其區分的標準，在一人的年齡已否達到成年。其所以以年齡爲區分的標準，蓋一人的知識經驗，通常係與年俱進，凡未達相當年齡者，多不能熟悉權利之利害，如使之獨立爲法律行爲，難免不受到損害。

我國民法所規定的成年年齡爲二十歲，(註一八)係自一人出生之日起算，扣足二十整年。一人既經成年，即完全有獨立的行爲能力。如已滿七歲而未滿二十歲，其行爲能力受有限制。限制的方法，是所爲的意思表示及受意思表示，均應得法定代理人的允許。但如係祇獲法律上利益的法律

行爲，日常生活所必需的法律行爲，（註一九）就法定代理人允許處分的財產所爲之法律行爲，（註二〇）及就法定代理人允許的營業所爲之法律行爲，（註二一）則無須得法定代理人的允許，就可以獨立爲之。除此而外，限制行爲能力人如未得法定代理人允許而爲單獨行爲，係屬無效；（註二二）如未得允許而與他人訂立契約，須得法定代理人的承認，或於成年後，自行承認，始生效力。（註二三）

人固須滿二十歲方爲成年，但如雖未成年而已結婚，則法律爲便利起見，亦認其具有行爲能力，（註二四）是曰結婚成年制。再書立遺囑，則只須年滿十六歲，即可爲之，（註二五）毋須得法定代理人的允許與承認。

未滿七歲的人爲無行爲能力人，凡無行爲能力人，均須由法定代理人代爲意思表示，並代受意思表示。如無行爲能力人自爲意思表示，則屬無效。雖非無行爲能力人，而其意思表示係在無意識或精神錯亂中者，亦不生效力。（註二六）所謂無意識，指全然欠缺意思能力而言；所謂精神錯亂，則指精神作用暫時發生異狀，以致喪失意思能力而言。

無行爲能力人，除去未滿七歲的未成年人外，尙有一種禁治產人。禁治產人係心神喪失或精神耗弱，致不能處理事務，法院因一定之人的聲請，宣告其爲禁治產的人。（註二七）禁治產制度的目

的有二：一在保護精神障礙的本人，一在保護與之發生法律關係的他人。一人既心神喪失或精神耗弱，達於不能處理自己事務的程度，如仍許其得獨立為法律行為，於行為人本人及他人均有損害，故須宣告其禁治產。禁治產一旦宣告，此人即成為無行為能力人，（註二八）并由法律設置監護人，（註二九）代禁治產人為法律行為，如日後禁治產的原因消滅，法院應撤銷禁治產的宣告，（註三〇）使此人仍回復其行為能力。

無行為能力人及限制行為能力人，均以其父母為法定代理人，（註三一）如未屆成年而父母均已死亡，則另為之設置監護人，（註三二）行使法定代理人的代理權。法定代理人對於無行為能力人，完全立在代理的地位，一切行為，均係以代理人的意思為基礎。是以所代理的只以財產上的行為為限，身分上的行為，不能代理。而法定代理人對於限制行為能力人，則係立於能力的補充的地位，一切行為仍須以本人的意思為基礎，但須得法定代理人的允許或承認而已，故法定代理人所允許與承認的，並不以財產上的行為為限，即身分上的行為，亦在其內，如未成年人訂婚，結婚，離婚，締結夫妻財產制契約，均須得法定代理人的同意是。（註三三）

註一 民法第二十六條。

註二 民法第六條。

註三 民法第七條。

註四 人格減等制度，原文爲(Capitis deminutio)，即損失自由權，市民權，家族權全部或一部的制度。其喪失自由權而變爲奴隸者，稱爲人格大減等(Capitis deminutio maxima)。喪失市民權及家族權但仍保有自由權者，稱爲人格中減等(Capitis deminutio media)。只喪失家族權者，稱爲人格小減等(Capitis deminutio minima)。

註五 民法第八條。

註六 主管官署，即管理法人目的事業的官署，如慈善事業，以內政部爲其主管官署，文化事業，以教育部爲其主管官署是。

註七 民法第六十二條。

註八 民法第五十條至第五十八條。

註九 民法第四十條第二項。

註一〇 參閱本書第二章第四節。

註二 民法第十六條。

註三 所謂法律有特別規定的情形，如民法第一八四條及第一九二條至第一九五條的規定是。

權利能力與行爲能力

註三 民法第十七條至第十九條。

註四 民法第十三條及第十五條。

註五 民法第七十五條。

註六 民法第十二條及第十三條。

註七 所謂法人的機關，應依法人內部的組織決定，通常爲董事，董事以外的，如社員總會，清算人，監察員及其他能代表法人爲行爲的職員亦均是。

註八 民法第十二條。

註九 民法第七十七條。

註一〇 民法第八十四條。

註二 民法第八十五條第一項。

註三 民法第七十八條。

註三 民法第七十九條及第八十一條。

註四 民法第十三條第三項。

註五 民法第一一八條第二項。

註六 民法第七十五條及第七十六條。

註二七 民法第十四條第一項。

註二八 民法第十五條。

註二九 民法第一一〇條。

註三〇 民法第十四條第二項。

註三一 民法第一〇八條。

註三二 民法第一〇九條。

註三三 民法第九七四條，第九八一條，第一〇四九條，及第一〇〇六條。

【問題】

一 權利的內容是什麼？外形是什麼？

二 權利與利益的關係怎樣？

三 關於權利能力的範圍，有什麼基本的原則？

四 自然人的權利能力，始於何時？終於何時？

五 法人的權利能力，始於何時？終於何時？

六 胎兒亦有權利能力否？

權利能力與行為能力

- 七 什麼是死亡宣告？有些什麼條件與手續？
- 八 人格權是包括些什麼權利而言？
- 九 權利能力與行為能力，為什麼不許拋棄？
- 一〇 民法上所規定保護人格權的方法有幾種？
- 二 行為能力的定義是什麼？
- 三 行為能力與權利能力有什麼區別？
- 三 行為能力與意思能力有什麼區別？
- 四 法人亦有行為能力否？係由何人用何種方式為法人的行為？
- 五 何謂成年，我國民法所定成年年齡為幾歲？
- 六 無行為能力人的法律行為，由何人為之代理？
- 七 限制行為能力人的法律行為，須由何人允許或承認，方生效力？
- 八 未成年已結婚者，有無行為能力？
- 九 何謂禁治產人？其行為須由何人代理？
- 一〇 法定代理人對於無行為能力人及對於限制行為能力人，其地位有何種差別？

第二章 法律行為與意思表示

第一節 法律行為與法律事實

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

法律事實本包括人的行為與人的行為以外之事實而言。人的行為，又係指人類一切有意識的身體動靜而言。凡這些身體動靜，如係適應法律而為法律所容許，就稱做合法行為。在一切合法行為中，如更係以意思表示為要素的，則稱做法律行為。至於人的行為以外之事實，有事件及狀態兩種，均足以發生法律現象。事件中之屬於人的，如出生死亡，係為權利能力的始期與終期；屬於物的，如天然孳息的分離，係為收取孳息權利人誰屬的標準。（註一）狀態之屬於人的，如生死不明，係

爲死亡宣告的要件；屬於物的，如加工，係爲加工材料所有人或加工人取得加工物所有權的基礎。
(註二)

法律行爲，既係以意思表示爲要素的合法行爲，則法律行爲與意思表示之間，自有一種極密切的關係。但二者的關係雖極度密切，其觀念與範圍並非卽爲一致。譬如契約是一個法律行爲，但係由要約人與承諾人兩方的意思表示合組而成；又如有若干行爲稱爲要物行爲的，除意思表示外，尚須有物的授受，該法律行爲方爲成立。故意思表示只爲法律行爲的主要成分，而二者初並非一事。

第二節 法律行爲的分類

法律行爲雖均以意思表示爲主要成分，但因每一行爲的意思表示，其形態與效力並不一定相同，故法律行爲因此分爲十大類別：

一 單獨行爲，契約，共同行爲。這三者的區別，是以法律行爲是否只依一方當事人的意思表示卽能成立爲標準。如只依一方意思表示，卽能成立，稱做單獨行爲，遺囑及捐助行爲卽屬於這

一類。如僅依一方尚不能成立，須依雙方當事人相互的意思表示的一致，方能成立，稱做契約。先為意思表示的，名為要約人，接受其意思而表示一致的名為承諾人。如係依多數當事人平行的意思表示方能成立的，稱做共同行為。共同行為係依多數人的意思表示而成立，故與單獨行為不同；但此多數人的意思表示係平行的一致而非雙方的相互，故又與契約不同。

二 債權行為，物權行為，親屬行為，繼承行為。這四者的區別，是以法律行為係屬發生民法上何項部份的效力為標準。我國民法，除第一編總則為全部民法的共通規定外，其餘計分為四個部份，即第二編債，第三編物權，第四編親屬，第五編繼承。故發生民法債篇上的效果之法律行為，稱做債權行為；發生民法物權篇上的效果之法律行為，稱做物權行為；發生民法親屬編上的效果之法律行為，稱做親屬行為；發生民法繼承編上的效果之法律行為，稱做繼承行為。

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

四 要式行爲，非要式行爲。這二者的區別，是以法律行爲是否須依一定方式始能成立爲標準。如須依一定方式始能成立，稱做要式行爲，否則便爲非要式行爲。法律行爲以非要式行爲爲原則。要式行爲有法定的及約定的兩種：法定的如結婚須有公開之儀式及二人以上之證人是；約定的，如不動產的買賣，當事人約定以書面爲之是。要式行爲如未具備法定的及約定的方式，無效。

(註三)

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

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

七 有償行爲，無償行爲。這二者的區別，是以財產給付爲標的的法律行爲中，是否當事人

雙方各因給付而取得利益爲標準。如係雙方各因給付而取得利益，稱做有償行爲；反之，當事人一方無所給付而取得利益，稱做無償行爲。買賣是有償行爲，贈與則爲無償行爲。

八 要因行爲，非要因行爲。這二者的區別，是以財產給付爲標的的法律行爲中，是否以給付的原因爲要素爲標準。如以給付的原因爲要素，稱做要因行爲，通常的債權行爲，就屬於這一類。如不以給付的原因爲要素，稱做非要因行爲，通常的票據行爲，就屬於這一類。至於物權行爲，雖則本也是非要因行爲，但亦可以依當事人的意思表示，以其爲要因的，故又稱做相對的非要因行爲。

九 要物行爲，諾成行爲。這二者的區別，是以法律行爲，於意思表示以外，是否尚須有現實的成分爲標準。如須另有現實的成分，稱做要物行爲，「使用借貸，因借用物的交付而生效力，」便屬於這一類。（註四）如不另須有現實的成分，一爲意思表示，即能成立，稱做諾成行爲，大多數的法律行爲，都屬於這一類。諾成行爲是法律行爲的原則，而要物行爲，則爲例外。

十 完全行爲，非完全行爲。這二者的區別，是以法律行爲能否發生完全效力爲標準。如能完全發生效力，稱做完全行爲，否則便稱做非完全行爲。非完全行爲共有三種：一種是無效的法律行爲，一種是得撤銷的法律行爲，一種是效力未定的法律行爲。（註五）

第三節 法律行為的標的

一切法律行為，要能發生效力，有共同的三個有效要件：一、要當事人有行為能力，二、要有適當的標的，三、要有健全的意思表示。關於當事人的行為能力，在本書第二章第四節及第五節已經說明，現在說明法律行為的標的，要如何方能稱為適當。

一個法律行為的標的，要稱為適當，必須是可能的，確定的，合法的，及公平的。

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

能。法律行為所欲發生的事項，全部無實現可能的，爲全部不能；只有一部無實現可能的，爲一部不能。法律行為的標的要可能，也就是說不是「不能」，係指物理的，社會觀念的，自始的，客觀的而言。至於是否爲全部的，或僅爲一部的，則須分別情形以爲決定。

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

三 合法的 法律行為本是合法行為的一種，其標的自必須合法。但法律的規定，本有強行規定與任意規定的區別。凡不問當事人的意思如何，必須適用的法律規定，稱做強行規定。凡可以依當事人的意思，不一定要適用的法律規定，稱做任意規定。強行規定中又分爲強制規定與禁止規定二種：凡命令某人爲某行為的法律規定，稱做強制規定，凡命令某人不爲某行為的規定，稱做禁止規定。一切法律行為，如違反強制或禁止的規定，無效。（註六）

不過，有的時候，法律行爲並非直接違反強制或禁止的規定，而係用迂迴曲折的方法，以達到當事人所欲發生而爲法律所禁止的事項。此種行爲，稱做脫法行爲。脫法行爲是否有效，須視法律所原要禁止的目的安在；如原所要禁止的，在該所欲發生事項的本身，則脫法行爲爲無效。如我國民法規定年利率最高不得超過百分之二十（註七）禁止的目的，在高利貸的本身，債權人若用折扣或其他方法，巧取最高利率限制以外的利息，則屬無效。如原所欲禁止的，只在發生該事項某種手段，當事人另以其他手段達到法律所不禁止的目的，則脫法行爲仍屬有效。（註八）

法律行爲的標的須是合法的，尙更有一層意義，即係不能有背於公共秩序或善良風俗，否則無效。法律的強行規定，本是有關於公共秩序善良風俗的規定，但公共秩序與善良風俗所涉極廣，而又是隨時間的進化，空間的距離而變遷的，法律的強行規定，恐不能將所有的公共秩序與善良風俗，盡行網羅無遺。是以法律行爲的標的，即不違反法律的強行規定，但實有背於公共秩序或善良風俗的時候，法律特再以明文規定其爲無效。（註九）所謂公共秩序，指國家社會的一般利益而言；善良風俗，指國民的一般道德觀念而言。

四 公平的 法律行爲的標的，又必須是公平的。所謂公平，係對不公平而言。公平與不公平，

本須依具體的情事，就客觀的標準以爲決定，法律只不過規定在如何情形之下的不公平，可以由法院予以救濟。救濟的情形有二個條件：一、係乘他人的急迫，輕率，無經驗；二、係財產上的給付，或給付的約定，依當時情形顯失公平。救濟的方法，是法院得因利害關係人的聲請，撤銷這種顯失公平的法律行爲，或是減輕其給付。（註一〇）

第四節 意思表示的意義

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

爲法律行爲的人，稱做行爲人；而爲意思表示的人，則稱做表意人。表意人爲意思表示的時候，必經過一定的過程。這過程中最早的是動機，其次是對於經濟上一定的效果之欲望，這稱做「目

的意思。」再其次是對於目的意思，附以法律上的效果之意思，這稱做「法效意思。」再其次是以目的意思及法效意思表彰於外，置於他人可以認識的狀態，這稱做「表示行為。」表意人的每一個意思表示，必定要經過這五種過程，但其間的聯絡有緩急，有時，自動機的發生至表示行為，只在很迅速的剎那中；有時，每一過程與另一過程，可以經過較長久的時間。

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

其一為意思通知，即法效意思以外的意思表示，如社團法人中的社員，為召集社員總會的請求，即係意思通知而非意思表示，因為由請求召集所發生的法律上效果，無須即為行為人所欲發生的事項。

其二為觀念通知，又稱做事實通知。事實通知的意義，在對於過去，現在，或將來的事實，行為人將自己所有的觀念，通知他人。如債權人將債權讓與他人，須通知債務人（註一）此項通知，只係通知一種事實，並非另為一意思表示，而再發生一法律行為。

其三爲感情表示，也就是表現一定感情的行爲，這是「情」的表示，與意思表示的「意」的表示不同。情的表示如夫妻之一方，與人重婚或與人通姦，他方本可請求離婚，但若事前已有同意，或事後已爲宥恕，即不得再爲離婚的請求。（註一二）這所謂「宥恕」，就不是意的表示而爲情的表示。

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

第五節 意思表示的分類

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

一 單純的意思表示，要物的意思表示。這二者的區別，在以意思表示欲發生法律上的效

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

二 獨立的意思表示，非獨立的意思表示。這二者的區別，在以意思表示欲發生法律上的效果，是否尚須有待於他一意思表示爲標準。如無須有待於他一意思表示，即能成立，稱做獨立的意思表示，債務的免除，捐助行爲，遺囑，係屬於這一類。如尚須有待於他一意思表示，方能成立，稱做非獨立的意思表示，契約要約人爲要約的意思表示後，尚須待承諾人爲承諾的意思表示，契約方能成立；又社團法人的社員，在社員總會的表決，亦須集若干社員的意思表示，方能成立一決議案，這都是非獨立的意思表示。

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

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

五 明示的意思表示，默示的意思表示。這二者的區別，在表意人所用的表意方法，於交易習慣上，是否為通常所用傳達意思的手段。如係通常所用的手段，稱做明示的意思表示，否則稱做默示的意思表示。法律承認沉默也不失為意思表示的方法之一，故認默示亦為意思表示的一種。

第六節 意思與表示的不一致

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

致的情形爲如何，而定其是否有效。

意思與表示不一致的情形，共有四種：前二種是表意人明知其不一致的，稱做故意的不一致；後二種是表意人不知其不一致的，稱做偶然的 inconsistent。

一 非真意表示 故意不一致的第一種情形，是非真意表示。非真意表示，又稱做心裏保留，就是表意人將真意保留於心中，而表示另一種意思，且不預備爲所表示的意思所拘束。如有人欲出賣甲地，而故意表示欲出賣乙地，便是非真意表示。非真意表示，無論是出於何種動機，或是出於戲謔，在原則上均不因之而無效；但如其情形爲相對人所明知爲非真意者，則屬無效。（註一三）

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

虛僞表示與非真意表示，有二點區別：一、非真意表示是表意人一方自爲心中的保留，而虛僞表示則係表意人與相對人雙方通謀爲之；二、非真意表示，在原則上並非無效，而虛僞表示則在當事人間爲無效——但其無效，不得對抗第三人。（註一四）

三 錯誤 偶然不一致的第一種情形是錯誤。錯誤的意義，就是表意人之意識的表示，偶然的與表意人的意思不一致。如當事人將贈與誤爲借貸，是關於法律行爲性質的錯誤；將相對人某甲誤爲某乙，是關於相對人的錯誤；將欲出賣的甲物誤爲乙物，是關於標的物的錯誤。凡此等錯誤，均有關於意思表示的內容，如非由表意人自己的過失所造成，表意人均得將其意思表示撤銷。（註一五）撤銷權自意思表示後經過一年而消滅。（註一六）

四 誤傳 偶然不一致的第二種情形是誤傳。誤傳的意義，就是表意人之意識的表示並無錯誤，但因係由傳達人或傳達機關傳達，而傳達不實，致與表意人的意思不一致。如當事人命人赴米店購米百石，而該人誤傳其爲售米百石，即係誤傳。誤傳如非由於表意人自己的過失，亦可於意思表示後一年以內將其撤銷。（註一七）

第七節 意思表示的不自由

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

得撤銷，則意思表示不自由，法律自亦應就其效力，明白規定。

法律所規定的意思表示不自由的情形有二種：一是詐欺，二是脅迫。

一 詐欺 詐欺是以使人發生錯誤爲目的的故意行爲。在刑法上，凡以詐術侵害他人法益或妨害社會秩序的，分別定有罰則。（註一八）在民法上，以詐欺的方法侵害他人權利時，詐欺人須對於被害人負損害賠償的責任。（註一九）而當事人因受詐欺所爲之意思表示，則可於發見詐欺後一年內將其撤銷，不爲該項意思所拘束。但如自意思表示後已經過十年，則又不得撤銷。（註二〇）

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

刑法上尚有一種強暴，在民法上則稱做絕對強制。絕對強制與民法上的脅迫不同，前者係直接對於表意人的身體加以強制，如強執他人之手，簽名於某種的文件上是。後者則只不過以暴力使他人決定意思而爲表示，如以手槍逼迫他人允許婚約是。前者表意人的身體既被強制，即無任

何的意思與任何的表示可言，不過只依強制者的力運用其身體而已，故法律上認由此項強制所爲的意思表示無效。後者，表意人雖受有暴力的恐嚇，但意思的決定與表示的行爲，仍係表意人自己爲之，非完全由他人所強制，故法律上只規定其得於脅迫終止後一年內撤銷其意思表示，以免除該項意思表示的拘束。但自意思表示後經過十年，亦不得撤銷（註二）至以強暴脅迫爲犯罪的方法，刑法上也分別定有罰則；以之侵害他人權利，也須對於被害人負損害賠償的責任，均與詐欺相同。

凡表意人的意思表示，如意思與表示不一致，或雖表面一致，但非係完全由於表意人的自由，均爲有瑕疵的意思表示。既有瑕疵，即不能稱爲健全，因而以此等意思表示爲主要成分的法律行爲，亦不生法律上的效力。

第八節 意思表示的生效時期

意思表示要是健全的，才能發生法律上的效力。但意思表示的成立與其在法律上生效的時期，卻未必一定相同。如遺囑只須遺囑人完成遺囑的要件，意思表示即爲成立，但其生效，卻須待至

遺囑人死亡的時候，這其中的時間便可以有極長的間隔。

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

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

二 有相對人而對話的意思表示 有相對人的意思表示，何時發生效力，又須視表意人以何種方法向相對人表意而不同。表意人如係向相對人對話表意，稱對話的意思表示，否則稱做非對話的意思表示。對話與非對話的區別，不在表意人與相對人間，是否間隔有一定的距離，而在表意人與相對人間，是否處於可以直接交換意見的地位。如表意人住居甲地，相對人住居乙地，二地之間雖有相當的距離，但二人如用電話或無線電直接通話，使仍為對話的意思表示；反之，二人雖屬鄰右，但用函件表意，就仍為非對話的意思表示。凡對話的意思表示，以相對人了解的時候，開始發生效力。（註二）如相對人為無行為能力人，則不問其了解與否，均無效力可言，因無行為能力人

須由其法定代理人代爲意思表示或代受意思表示。如相對人爲限制行爲能力人，亦須於其法定代理人了解的時候，始生效力。

三 有相對人而非對話的意思表示 向相對人以對話以外的方法爲意思表示，以意思表示達到於相對人的時候，開始發生效力（註二三）這稱做達到主義。所謂達到，就是使相對人居於可以了解意思表示的狀態；如信件，已由郵局送達於相對人本人，或雖未送達於本人，但已投入相對人住宅所備的信箱，或交付與相對人的家屬，或受雇人，亦認爲達到。其以傳達人口頭傳達的，或向相對人本人傳達，或向其家屬等傳達，亦均認爲達到。但如相對人係無行爲能力人或限制行爲能力人，則須意思表示的通知，達到於其法定代理人時，始生效力（註二四）

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

【註釋】

註一 民法第七十條。

註二 民法第八一四條。

法律行爲與思想表示

註三 民法第七十三條。

註四 民法第四六五條。

註五 無效的法律行為中，有絕對無效的，如違反強制或禁止的法律行為是。有相對無效的，如虛偽的意思表示是。得撤銷的法律行為，如錯誤的意思表示是。效力未定的法律行為，如限制行為能力人未得法定代理人允許所為的契約是。

註六 民法第七十一條。

註七 民法第二〇五條。

註八 民法第八九三條第二項，雖則禁止流質契約，但如債務人以債權擔保的目的，信託的移轉動產所有權，仍屬有效。

註九 民法第七十二條。

註一〇 民法第七十四條。

註一一 民法第二九七條。

註一二 民法第一〇五三條。

註一三 民法第八十六條。

註四 民法第八十七條。

註五 民法第八十八條。

註六 民法第九十條。

註七 民法第八十九條。

註八 參閱本書第七章第一節。

註九 民法第一八四條。

註一〇 民法第九十二條及第九十三條。

註三 同上

註二 民法第九十四條。

註三 民法第九十五條第一項。

註四 民法第九十六條。

【問題】

一 什麼是法律事實？其與法律及法律現象的關係怎樣？

二 那些人的行為以外之事實，也可以發生法律現象？

法律行為與思想表示

- 三 法律行為與意思表示，是不是即爲一事？
- 四 單獨行為，契約，共同行為三者之間，有什麼重要的區別？
- 五 要式行為有幾種？要式行為如未具備方式，仍有效否？
- 六 何謂有償行為無償行為？其區別的標準是怎樣？
- 七 什麼叫做非完全行為？共有幾種？
- 八 一切法律行為生效的共同要件有幾？
- 九 法律行為的標的，要怎樣纔能稱爲適當？
- 〇 什麼是法律的強行規定，任意規定，強制規定，禁止規定？
- 一 什麼是脫法行為？其效力怎樣？
- 二 什麼是公共秩序與善良風俗？
- 三 法律行為的標的顯失公平，要具備什麼條件，方能由法院加以救濟？救濟的方法，又是怎樣？
- 四 什麼是意思表示？
- 五 表意人爲意思表示的過程怎樣？
- 六 什麼是意思通知，觀念通知，感情表示？其他意思表示的差別何在？

- 一七 什麼是單純的與要物的意思表示？
- 一八 什麼是獨立的與非獨立的意思表示？
- 一九 什麼是有相對人的與無相對人的意思表示？
- 二〇 在有相對人的意思表示中，尙有何種區別？
- 二一 默示的意思表示，是否亦爲意思表示的一種？其與明示的意思表示區別之點安在？
- 二二 什麼是非真意表示？什麼是虛偽表示？二者的區別安在？
- 二三 什麼是錯誤，什麼是誤傳，表意人於若干年內可以將其撤銷？
- 二四 意思表示不自由的情形有幾種？
- 二五 什麼是脅迫、恐嚇、強暴？三者間的區別怎樣？
- 二六 怎樣是有瑕疵的意思表示，其法律行爲生效力否？
- 二七 無相對人的意思表示，何時發生效力？
- 二八 什麼是對話的意思表示？什麼是非對話的意思表示？二者的區別安在？
- 二九 對話的意思表示，何時發生效力？
- 三〇 什麼是達到主義？如相對人拒絕受領，是否仍以達到論？

第四章 動產與不動產所有權^(註一)

第一節 所有權的本質及其內容

上古時代，地曠人稀，生活的慾望又極簡單。人類生息於大地之上，享受自然的恩惠，一切都取之不盡，用之不竭，與我們今日利用空氣與海水一般。無論對於土地或動植礦物，既不感覺其有特殊價值，也無人我之分，當然不發生所有權問題。所以在純粹游牧生活時代的人類，沒有所有權的觀念，只有物的共同使用。其後，纔由共同使用逐漸演成共同所有，再由共同所有演成財產私有。

自從經濟制度方面，財產私有已經確立，於是乃反映到法律方面，有所有權的規定。待至法國大革命時，人權宣言發布，其第十七條說：「所有權爲神聖不可侵的權利。」所有權的觀念乃具有絕對強大的力量，故有人說，從那個時代以來的各國法律，都是所有權本位的法律。而法國拿破崙法典第五四四條規定：「所有權爲以最絕對的方法，收益及處分其物的權利。」則爲近世各國所有權法律的模型。

所有權的本質究竟是什麼呢？從羅馬法以來，向稱爲有四種最重要的內容：

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

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

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

四 所有權的完全支配力 所有權與其他限制物權的區別，即在所有權係屬有完全支配

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

這種個人主義的所有權觀念，在最近的法律方面，已逐漸感受到搖動。這種搖動是因爲社會主義的興起。在經濟的社會主義學者中，大部份都否認所有權觀念的存在，主張根本消滅所有權。但在主張法律的社會化的學者，只不過是要求將所有權加以限制。這一派的代表人物，最好是舉法國近代的法學大師狄驥（註二）

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

這一種新的財產觀念，不但在理論方面使個人主義的所有權觀念發生搖動，並且在立法方面，確已在各國發生影響。先就所有權的絕對性而論，我國民法即已加上了須在法令之制限內的

明文，以示所有人於行使所有權時，須嚴守法令限制的範圍。（註三）所謂法令的限制，如訓政時期約法規定人民財產的所有權的行使，須在不妨害公共利益的範圍內，方受法律的保障。（註四）即是一例。次就所有權的排他性而論，我國民法也已規定土地所有權，於其行使有利益的範圍內，及於土地之上，如他人之干涉，無礙其所有權的行使，即不得排除。（註五）再就所有權的永久性而論，我國民法規定所有人的動產及未登記的不動產，得因他人以占有的意思，於若干年間和平公然占有後，即取得該項動產及不動產的所有權，而原所有權人的所有權，遂因而歸於銷滅。（註六）最後就所有權的完全支配力而論，我國最近由立法院擬定的中華民國憲法草案，規定：「土地所有權人，對於其所有土地，負充分使用之義務。」（註七）此係於所有權的使用權中，增加其義務性。又規定：「附着於土地之礦及經濟上可供公眾利用之天然力屬於國家所有，不因人民取得土地所有權而受影響。」（註八）「土地價值非因施以勞力資本而增加者，應以徵收土地增值稅方法，收歸人民公共享受。」（註九）此係於所有權的收益權所加的限制。雖則將來的所有權觀念，更將如何變更，須視社會的經濟組織為依歸；但我國既已確定以民生主義為社會經濟制度的基礎，（註一〇）則關於所有權的觀念，自必日趨於社會化，而逐漸將昔日個人主義的所有權觀念，為滿足公

共的需要而加以限制，是無可疑義的。

第二節 所有權的取得喪失及變更

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

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

二 先占 所有權的先占，只就動產而言。凡以「所有」的意思，占有無主的動產者，即取得

其所有權。(註一一)先占就是先行占得的意思，該項動產既爲無主物，則由最先占有的一人取得其所有權，自屬公允。

三 遺失物的拾得 遺失物指非因所有人的拋棄，又非因他人的奪取而偶然脫離其占有的物而言。凡拾得遺失物者，須通知所有人或報告警察官廳或自治機關，并爲招領的揭示。如所有人未於拾得後六個月內前來認領，則拾得人即取得該遺失物的所有權。(註一二)其拾得漂流物或沉沒品者，亦同。(註一三)

四 埋藏物的發見 埋藏物，指長久埋藏於人所難睹的處所，不知究屬何人所有之物而言。凡發見埋藏物而占有者，取得其所有權。但埋藏物係在他人所有的動產或不動產中發見者，該動產與不動產的所有人與發見人，各取得埋藏物的一半。至於發見的埋藏物，如足供學術、藝術、考古或歷史的資料，則不能即由發見人取得所有權，須依據特別法律的規定辦理。(註一四)

五 附合 附合有不動產的附合與動產的附合兩種。凡動產爲不動產的主要成分因而相合爲一體者，稱做不動產的附合。如房屋爲不動產，木材爲動產，今以木材爲房屋的棟樑、庭柱，則此項木材即與房屋合爲一體。不動產的附合，由不動產所有人取得附合物的所有權。凡動產與他人

的動產相合爲一體，非毀損不能分離或分離需費過鉅者，稱做動產的附合。如紙爲動產，屏風亦爲動產，以紙裱於屏風，合爲一體，則爲附合。動產的附合物由各動產的所有人共有，如相附合的原物中有可視爲主物的，則由該主物所有人取得附合物的所有權。（註一五）

六 混合 混合是分屬於各所有人的動產相合爲一體，不能識別或雖能識別但需費過鉅。其以液體與液體相混合的，稱做混融，如以一人的酒，與另一人的水相混合是。其以固體與固體相混合的，稱做混和，如以一人的米與另一人的米相混合是。凡混合物由各所有人共有，如相混合的原物中有可視爲主物的，則由該主物所有人取得混合物的所有權。（註一六）

七 加工 加工，是以人工使他人所有的動產變更形狀，如以絲織爲綢緞，以色彩漆於用具，均是加工。凡加工物的所有權，屬於材料所有人。但如因加工所增的價值，顯逾材料的價值者，其加工物的所有權，則屬於加工人。（註一七）

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

一 買賣 買賣是契約的一種，其內容是當事人約定出賣人將財產權移轉於買受人，而買

受人支付價金於出賣人。(註一八)買賣契約成立後，如係動產，須出賣人將物交付於買受人。(註一九)如係不動產，尚須依法登記，而後買受人方取得所有權。(註二〇)

二 互易 互易也是契約的一種，其內容是當事人約定互相移轉金錢以外的財產權。(註二

一)但亦與買賣一樣，在動產須交付，在不動產須登記後，彼此方各取得互易物的所有權。

三 贈與 贈與是將自己的財產，無償地送給他人的契約，但須經他人承認，贈與方能生效。

(註二二)贈與生效後，受贈人即繼受贈與人而為該財產的所有人。

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

五 遺贈 遺贈是遺贈人以遺囑，將其財產的一部份，特定指明於其死亡後贈與受遺贈人。受遺贈人非至遺贈人死亡時，該項財產，係確屬於遺贈人的所有權，不能取得，故亦為繼受的取得。所有權的原始取得與繼受取得之所以要加以區分，因為繼受的取得尚更有一個很重要的原則。原始取得既非基於他人的所有權，自不發生與他人的所有權範圍相同與否的問題，而繼受

取得係基於他人的所有權，故有「無論何人不能將大於自己所有的權利移轉於他人」的原則。因為這項原則的樹立，是以原所有人所無的所有權，繼受人不能取得；反之，繼受人所繼受的所有權，最多只能與被繼受人的所有權同一，或小於被繼受人的所有權。而被繼受人的所有權如有瑕疵或負擔，繼受人遂亦須繼受其瑕疵或負擔。

至於所有權的喪失，可分為相對的及絕對的二種。相對的喪失，即係一物與原來的所有人分離，而移屬於另一所有人，則凡以上所述各種取得的反面，皆為喪失。蓋一方面為取得，而在另一方面必為喪失，實無疑義。絕對的喪失，即係所有權本身客觀的失其存在，如所有人將其所有物拋棄（註二三）或所有物因天災事變不可抗力而致於毀滅均是。

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

人設定使用權或收益權是。

第三節 所有權與限制物權

在本章第一節裏，曾說過所有權是係屬有完全支配力的。所謂完全支配力，即所有人得自由使用收益並處分其所有物。假如這些自由不是完全的而是受有限制的，便稱做限制物權，限制物權，共分為地上權、永佃權、地役權、典權、抵押權、質權與留置權等七種，現在分別加以說明如左：

一 地上權 稱地上權者，謂以在他人土地上，有建築物或其他工作物，或竹木爲目的而使用其土地之權，（註二四）地上權與土地的租賃不同：土地租賃，法律上限定其契約期間，不得逾二十年，（註二五）而地上權的存續期間，則無任何限制。如當事人亦曾定有存續期間，應以其期間爲期間；如當事人未定有期間，又無特別習慣可資準據，法律許地上權人得隨時拋棄其權利，但須向土地所有人以意思表示爲之而已。至有支付地租之訂定者，其地上權人拋棄權利時，應於一年前通知土地所有人。倘積欠地租已達二年的總額，土地所有人則得向地上權人，以意思表示，撤銷其地上權。（註二六）

地上權並無專屬權，故除契約另有訂定或另有習慣不許讓與者外，地上權人得於其權利存續期間內，讓與權利於他人，但不得變更權利的內容。地上權消滅時，地上權人得將地上的工作物或竹木自行取回，但應回復土地的原狀，俾土地所有人不致因工作物及竹木的取回而貶損其土地的价值。惟如土地所有人願以時價購買這些工作物及竹木，地上權人既不受損失，亦不得無故拒絕。（註二七）

二 永佃權 永佃權是支付佃租，永久在他人土地上為耕作或畜牧的權。它的特質，在其存續期間係屬永久的；如設定時定有期限，則法律將其視為租賃（註二八）而不視為永佃權。

凡永佃權人於耕作或畜牧的範圍內，均有占有使用他人土地的權利，並得將永佃權讓與第三人（註二九）但第三人須負償還永佃權人對於土地所有人所欠租額的責任（註三〇）一切永佃權的佃租，如因天災地變等不可抗力致收益減少或全無時，永佃權人得請求土地所有人減少或予以免除（註三一）若永佃權人將土地出租於他人，土地所有人得行撤佃（註三二）又，永佃權人若積欠地租達二年的總額，除另有習慣外，土地所有人亦得撤佃。

三 地役權 地役權是以他人土地，供自己土地便宜之用之權。（註三三）使用的目的，或在便

於通行，或在便於觀望，或在便於引水，千差萬別，不必一致。地役權人因行使或維持其權利，得爲必要的行爲；但這些必要的行爲，須擇供役地損害最少的處所及方法爲之，（註三四）其維持費用，亦須由地役權人負擔。（註三五）至地役權無存續必要的時候，法院因供役地所有人的聲請得宣告地役權消滅。（註三六）

四 抵押權 債權的擔保本有共同擔保與特別擔保之別；特別擔保的方法又有對人擔保與物上擔保之別。物上擔保又稱擔保物權，其中以不動產爲擔保的，稱做抵押權，以動產爲擔保的，則稱質權。所以，抵押權是對於債務人或第三人不移轉占有而供擔保的不動產，得就其賣得價金受清償的權。抵押權所擔保的，是原債權，原利息，遲延利息及實行抵押權的費用。（註三七）

抵押權的效力，可從三方面觀察：一、從抵押權人與不動產所有人的關係觀察，不動產所有人毋須將抵押的不動產移轉占有，仍可以在該同一的不動產上，另設定地上權及其他權利，或將不動產分割或讓與他人，抵押權均不受影響。（註三八）二、從抵押權人與其他抵押權人的關係觀察，則不動產所有人，可以因擔保數個債權，就同一不動產，設定數個抵押權，其次序以登記的先後決定。（註三九）將來不動產賣得的價金，按各抵押權的次序分配；如次序相同，則平均分配。（註四〇）

三、從抵押權人與第三人的關係觀察，凡第三人於抵押權設定前就從物取得的權利，（註四一）不受抵押權的影響，而抵押權設定後，第三人取得所有權或其他限制物權，也不影響於抵押權人。

五 質權 質權有動產質權與權利質權的區別。動產質權是因擔保債權，占有由債務人或第三人移交的動產，得就其賣得價金，受清償的權。質權的設定，因移轉占有而生效力，（註四二）這是與抵押權根本不同的地方。質權人既取得占有，故須以善良管理人的注意，保管質物。（註四三）並對於自己財產同一的注意，收取質物所生的孳息，及爲計算所收取的孳息，先抵應收取孳息的費用，次抵原債權的利息，次抵原債權。（註四四）如原債權已屆清償期而未受清償，質權人得拍賣原物，但於拍賣前，應通知出質人。（註四五）

權利質權是以可讓與的債權及其他權利爲質權的標的物。（註四六）爲質權標的物的權利，非經質權人的同意，出質人不得以法律行爲，使其消滅或變更。（註四七）

六 典權 典權是支付典價，占有他人不動產，而爲使用收益的權。典權的約定期限不得逾三十年，逾三十年者縮短爲三十年。如約定期限不滿十五年，不得附有到期不贖即作絕賣的條款。（註四八）如原未約定期間，出典人得隨時以原價贖回典物，但自出典後已經過三十年，典權人

即取得典物所有權，(註四九)不能回贖。再，出典人於典權設定後，仍得將典物的所有權讓與他人，典權人亦得將典權讓與他人。(註五〇)

七 留置權 留置權是債權人占有屬於債務人的動產，於未受清償前把該物留置的權。(註五一)債權人行使留置權，須債權已至清償期；債權的發生，與該動產有牽連的關係。而該動產又非由侵權行為而占有。債權人行使留置權後，須以善良管理人的注意，保管留置物，保管的必要費用，得向物的所有人，請求償還。(註五二)如債務人將來未能清償債務，則債權人得定六個月以上期限通知債務人，聲明如不於期限內清償，即就其留置物拍賣取償或取得其所有權。(註五三)

第四節 不動產所有權

我國民法將一般的物分為動產與不動產，並且規定不動產的定義為土地及其定着物；動產的定義為不動產以外之物。(註五四)所謂土地，指地球的一部，而屬於人力支配者而言，凡一切水陸及天然富源，(註五五)均在其內。所謂定着物，則指一方面定着於土地，另一方面并未構成爲土地的一部份之物而言，如房屋、溝渠、牆垣及其他建築物工作物均是。再不動產的出產物，尚未分離者，亦

爲該不動產的部份。(註五六)

最初的人類，穴居野處，茹毛飲血，飢則食，飽則嬉，戒羣集隊，逐鳥獸之所之，對於動產與不動產，均無所有權的觀念。其後由遊獵而進爲畜牧，由肉食而進爲穀食，人民逐水草而居，易嬉戲爲勞動，共同分配，共同享受，於是人類與土地，乃開始發生關係。此時的不動產須爲公共所有，公共所用，但動產則已准許私有。再後人類的生活日繁，需要日多，則與土地的關係愈切，於是乃有一定的土地所有權的制度，不動產乃亦由公有公用，而公有私用，而私有私用了。

公有公用，是以土地的所有權，屬之人民公有，同時土地的使用權，亦爲人民所公有。公有私用，是以土地的所有權屬之國家或社會公有，而再分給於人民自由使用。私有私用是以土地的所有權屬之私人或私人的團體，并由私人自由分配使用。在這三種制度中，以私有私用的弊害最大：其一、土地既成爲人民的私產，得自由買賣，其價值遂等於一般的貨物，由少數人投機操縱，把持享受，而多數農民的生產，反集中於少數人之手。其二、土地既集中於少數人之手，農民終歲辛勤，不得一飽，因而不願爲集合的經營。以增加生產，甚至因受地主的壓迫過甚，不能盡量發揮他的耕種能力，而農業生產品因以減少。其三、農業生產既形減少，於是工商業也受到衰頹的影響。因爲工業的主

要原料是農產品，而商業的繁榮，又是依賴於工業的。其四、大多數農民因生活貧困，遂無力受教育，或注意衛生健康，以致永陷於愚弱，而國家文化不易進步。

現在不動產與動產既均為私有利用，民法又何以將其再為區別的規定呢？往昔不動產在經濟上的價值，恆較動產為大，特為社會所重視，故法律將動產與不動產分別規定，以期對於不動產所有權，予以特別的保護。但時至今日，經濟制度已有變遷，不動產在經濟上的價值，未必恆較動產為大，而法律之所以仍設區別者，乃因不動產有一定的所在，通常不變其位置；動產則所在不能一定，一時可以數易其主，不得不為較方便合用的規定。

不動產所有權與動產所有權區別的實益，在民治上可以從幾點表現出來：其一，有交付不動產義務的債務人，於債權人遲延後，得拋棄其占有，但須預先通知債權人。（註五七）其二，以不動產為租賃物者，因其價格之升降，當事人得聲請法院，增減租金。（註五八）其三，受委任人本得為委任人為一切法律行為，但於不動產的出賣，設定負擔，或為二年以上之租賃，須有委任人的特別授權。（註五九）其四，經理人除有書面之授權外，對於不動產不得賣買，或設定負擔。（註六〇）其五，不動產的取得，設定，喪失，及變更，應以書面為之。（註六一）且非經登記，不生效力。（註六二）而動產的讓與，則不一

定須用書面，且只須交付，即生效力，亦無庸登記。（註六三）其六，不動產的取得時效爲長。（註六四）其七，動產可以設定質權及留置權，而不動產則可設定典權及抵押權。（註六五）其八，占有物被侵奪時，如係不動產，占有人得於侵奪後，即時排除加害人而取回之。如係動產，占有人得就地或追蹤向加害人取回之。（註六六）其九，監護人對於受監護人的不動產爲處分時，應得親屬會議的允許；至於動產，則無此項限制。（註六七）

不動產所有權與動產所有權，在法律上行使時候的區別如此。而中國國民黨對於不動產所有權中的土地所有權，尙更有一重要的政策。因爲土地所有權的行使，除法令有限制外，於有利益的範圍內，及於土地之上下。其特別有關國家財富與國民經濟，實非其他不動產或動產所有權所可比擬。

孫中山先生因見我國現在土地是私有私用，農民生活非常痛苦，故主張平均地權，要使耕者能有其田。平均地權的方法，第一是徵收地價稅，由地主自己將地價估定，報告政府，而後由政府照地價收稅，和照地價購買。地主如果以多報少，他怕政府要照價收買，吃地價的虧。如果以少報多，他又怕政府要照價抽稅，吃重稅的虧。（註六八）這樣一來，地主爲免除兩方面的吃虧，勢必將土地漸漸

散放出來。不願繼續保持廣大的土地，同時，小農方面，得到政府的扶助，吸取耕種的田畝，自耕農逐漸加增。於是耕者乃先從有其耕而逐漸達到有其田。

第二是徵收土地增值稅。中山先生說：「地價高漲，是由於社會改良和工商業的進步。中國的工商業，幾千年都沒有大進步。所以土地價值，常常經過多少年代，都沒有大改變。如果一有進步，一經改良，像現在的新都市一樣，日日有變動，那種地價要增加幾千倍，或者是幾萬倍了。推到這種進步和改良的功績，還是由衆人的力量經營而來的，所以由這種改良和進步之後，所漲高的地價，應該歸之大衆，不應該歸之私人所有。」「比方有一個地主，現在報一塊地價，是一萬元，到幾十年之後，那塊地漲到一百萬元，這個所漲高的九十九萬，照我們的辦法，都收歸衆人公有，以酬衆人改良那塊地皮周圍的社會和發達那塊地皮周圍的工商業之勞。」（註六九）此項辦法，在理論方面非常圓滿，但要在未將土地收歸公有以前，使每一個地主犧牲這百分之九十九的利益，恐事實上非一日所能及，故我國土地法現在先規定徵收土地增值稅，視土地增值的實數額，與其原地價數額的百分比，累進地規定稅率，從事徵收（註七〇）日後再逐漸將稅率提高，以期能將土地所有的增值，均收歸公有。

【註釋】

註一 關於動產及不動產的定義，參閱本書本章第四節。

註二 狄驥 Leon Duguit 於一八五九年二月四日生於法國，在一八八二年六月十九日得法國包多大學法學博士學位，一八二八年十二月十八日在包多逝世。其間在包多大學從事教讀生活，共達五十年。狄氏著作等身，重要者爲國家論 (L'Etat) 二大本，憲法學 (Droit Constitutionnel) 五大本，乃近代法學界權威之作。另有近代公法的變遷 (Transformation du Droit Public) 一書，已由徐砥平譯成中文，在商務印書館出版。

註三 民法第七六五條。

註四 中華民國訓政時期約法第十七條。

註五 民法第七十三條。

註六 民法第七六八條至第七九〇條。

註七 中華民國憲草案第一三一條第三項。

註八 同上第一三二條。

註九 同上第一三三條。

註一〇 同上第一三〇條。

動產與不動產所有權

註一 民法第八〇二條。

註二 民法第八〇七條。

註三 民法第八一〇條。

註四 民法第八〇八條及第八〇九條。

註五 民法第八一一條及第八一二條。

註六 民法第八一三條。

註七 民法第八一四條。

註八 民法第三四五條。

註九 民法第七六一條。

註一〇 民法第七五八條。

註一一 民法第三九八條。

註一二 民法第四〇六條。

註一三 民法第七六四條。

註一四 民法第八三二條。

註一五 民法第四四九條第一項。

註六 民法第八三四條至第八三六條。

註七 民法第八三八條及第八三九條。

註八 民法第八四二條。

註九 民法第八四三條。

註一〇 民法第八四九條。

註一一 民法第八四四條。

註一二 民法第八四五條及第八四六條。

註一三 民法第八五一條。

註一四 民法第八五四條。

註一五 民法第八五五條第一項。

註一六 民法第八五九條。

註一七 民法第八六〇條及第八六一條。

註一八 民法第八六六條，第八六七條及第八六八條。

註一九 民法第八六五條。

註二〇 民法第八七四條。

動產與不動產所有權

註四一 民法第八六二條第二項。

註四二 民法第八八四條及第八八五條。

註四三 民法第八八八條。

註四四 民法第八九〇條。

註四五 民法第八九三條及第八九四條。

註四六 民法第九〇〇條。

註四七 民法第九〇三條。

註四八 民法第九一一條至第九一三條。

註四九 民法第九二四條。

註五〇 民法第九一七條及第九一八條。

註五一 民法第九二八條。

註五二 民法第九三三條及第九三四條。

註五三 民法第九三六條。

註五四 民法第六六條第一項。

註五五 土地法第一條。

註美 民法第六六條第二項。

註五七 民法第二四一條。

註五八 民法第四四二條。

註五九 民法第五三四條。

註六〇 民法第五五四條。

註六一 民法第七六〇條。

註六二 民法第七五八條。

註六三 民法第七六一條。

註六四 參閱本書本章第二節。

註六五 民法第八六〇條第八八四條,第九二一條,及第九二八條。

註六六 民法第九六〇條。

註六七 民法第一一〇一條。

註六八 民生主義第二講。

註六九 民生主義第二講。

註七〇 土地法第三〇九條。

動產與不動產所有權

【問題】

- 一 所有權的本質有那幾種最重要的內容？
- 二 狄贖所提倡的一種新的財產觀念，大意是怎樣？
- 三 我國法律關於所有權的社會化，已經有了些什麼規定？
- 四 我國法律關於所有權的觀念，將來爲什麼要逐漸加以限制？
- 五 什麼是取得時效？已登記的不動產，爲什麼不能以時效取得？
- 六 遺失物與埋藏物，應由何人取得所有權？
- 七 什麼是附合，混合，加工？各由何人取得所有權？
- 八 所有權的繼受取得，有什麼最重要的原則？
- 九 所有權的喪失可分爲幾種？
- 一〇 所有權的變更可分爲幾種？
- 一一 限制物權一共有幾種？
- 一二 地上權與永佃權的區別何在？
- 一三 什麼是地役權？

- 一四 抵押權的效力，可以從那幾種方面去觀察？
- 一五 什麼是動產質權？什麼是權利質權？
- 一六 典權的最長年限多少？絕賣條款是否有效？
- 一七 須具備如何情形，債權人方可以行使留置權？
- 一八 土地所有權的觀念，是隨什麼而轉移的？
- 一九 土地所有權制度，共有幾種？
- 二〇 我國現在農人的生活是怎樣？
- 二一 平均地權的目的何在，其方法如何？

第五章 婚姻父母子女與親屬

第一節 婚姻之社會的意義

婚姻制度，是基於人類有性的本能，從這個本能可以確立家庭的基礎，可以綿延人類的歷史。但在原始時代，人類發揮這種本能，只不過是男女集居一處而已，其後因農業社會的需要，家庭的制度以起，就是共同從事農事的男女老幼，須經常的住居在一處，從事勞動，期待收穫。男女老幼既係經常的集居，互相協力，即不得不於男女之間，定有一定的分際，於是婚姻制度以起。

從原始的婚姻制度到現在的一夫一妻制度，中間已經過許多變化與許多方式。就社會的意義而論，一夫一妻制度實在是最優良而最合理的。這在本書第一冊中，已經論及。所以我國現行法律，是採用一夫一妻制的，假若已有妻或已有夫的，重爲婚姻，在民法上爲離婚，及撤銷婚姻的原因，（註一）在刑法上構成重婚罪。（註二）已有妻或已有夫雖未與他人重爲婚姻，但與其他異性通姦，在民法上亦爲離婚的原因，（註三）在刑法上又構成妨害家庭罪。（註四）

婚姻之社會的意義，除使男女間有一定的分際而外，尚有一種財產方面的意義。婚姻制度使爲夫者在可能與必需的範圍內，有維持妻及其子女生活的義務。同時，妻也有其應做的工作。我國現行法律既未規定夫的勞動收入，得構成特有財產，（註五）而應以之爲家庭生活費用之需。又明定父母有保護及教養其子女的權利與義務，（註六）本來，這些被供給生活的人，都各是社會的一份子，應當由社會供給他們的生活，但法律卻因爲婚姻制度而將這些義務交付給家庭。至於妻，我國法律既明定其於日常家務，與夫互爲代理人，（註七）而於家庭生活費用，在夫無支付能力的時候，亦須就其財產的全部負擔。（註八）所以婚姻制度的樹立，也同時確立了一種社會經濟制度。

人類既有性的本能，父子女間又有互愛的天性，因爲有了婚姻制度，又可以使社會的負擔減輕，而由家庭擔當維持社會上現在分子，教養社會的將來分子的责任，其意義至爲重大。所以將來的家庭組織也許日趨於簡單，但婚姻制度將仍永久存在，而其形式，亦必以一夫一妻是我們所敢斷言的。

第二節 訂婚結婚與離婚

在婚姻的手續方面，法律上分爲訂婚結婚與離婚三個問題。但結婚者並非一定先要經過訂婚的手續，未經訂婚手續即行結婚，在法律上的效力與曾經過訂婚手續的，完全一樣。至於離婚，則係將已經結婚的夫婦，使原有的婚姻關係趨於消滅。故這三個問題係各自具有獨立性的，並非爲必相關聯的三種程序。

一 訂婚 訂婚又稱婚姻豫約，或是婚約。凡一男一女以將來締結婚姻契約爲目的所訂立的豫約，稱做婚約。現在民法上的婚約，必須由男女當事人自行締結。（註九）因爲婚姻是男女當事人二人自己的結合，非由他們自己的意思爲基礎，婚約的效力便不免薄弱了。故凡由他人代訂的婚約，男女當事人都可以否認，不發生拘束的力量。惟如訂定婚約的男女當事人尙未成年，未曾取得完全的法律上的行爲能力，爲保護完密計，在訂婚的時候，仍須得法定代理人的同意。（註一〇）但只不過是說他們的婚約要得法定代理人的同意，並不是就可以由法定代理人代他們訂定婚約。因爲我國民法規定的成年年齡是二十歲，而訂定婚約的最低年齡，男子是十七歲，女子是十五歲，（註一二）自不免有已達訂婚最低年齡而尙未成年的男女從事婚約的締結，故規定其須得法定代理人的同意。如男女當事人均已成年，則於締結婚約時，自無再得同意的必要。

二 結婚 無論曾經締結婚約與否，凡已滿十八歲的男子，與已滿十六歲的女子，均得在任什麼時候，結婚爲夫婦。但如結婚當時，尙未成年，則須得法定代理人的同意。男女結婚的時候，必須有公開的儀式，及二人以上的證人，而結婚的當事人，并且要不是在親屬結婚的限制範圍之內。如直系血親及直系姻親間，旁系血親在八親等以內或旁系姻親在五親等以內而輩分不相同者之間，旁系血親在八親等以內而輩分相同者之間（但表兄弟姊妹，不在限制之列），的男女，均爲民法所定限制結婚的範圍。（註一二）結婚的男女如未舉行公開儀式或違反此項限制，其結婚係屬無效。（註一三）

男女結婚，除上述無效的原因而外，尙有可以撤銷的原因。其一，有配偶者，不得重婚，（註一四）如重婚即可加以撤銷。重婚是違背一夫一妻制的根本精神的，故不獨在民法上有所制裁，在刑法上亦認爲犯罪。（註一五）其二，監護人與受監護人，於監護關係存續中，不得結婚。（註一六）其三，因姦判決離婚，或受刑之宣告的，不得與相姦者結婚。（註一七）其四，女子自婚姻關係消滅後，除於六個月內分娩者外，非逾六個月不得再行結婚。（註一八）凡有違背此等規定而結婚的，其婚姻均可加以撤銷，但如結婚已逾一年，或已懷胎者，不得爲撤銷的請求。（註一九）

婚姻的效力，可以分爲普通的及財產的二種。普通的效力，是結婚後的女子，要於本姓上再冠夫姓；若係贅夫，則冠妻姓。夫妻要互負同居的義務。但妻須以夫的住所爲住所，贅夫須以妻的住所爲住所。至於日常家務則夫妻互爲代理人。財產的效力是：夫妻可以於結婚前，或結婚後，締結一種夫妻財產制契約，在民法所規定的統一財產制，共同財產制，分別財產制三種中，任擇一種。如未締結財產制契約，則當然適用民法上的法定財產制（註二〇）。法定財產制是用聯合的方法，將結婚時屬於夫妻的財產，及婚姻關係存續中夫妻所取得的財產，作爲聯合財產，由夫管理，使用收益，而家庭生活費用，亦須由夫負擔（註二一）。在任何財產制之下，夫妻各另保有特有財產（註二二）。如專供個人使用之物，個人職業上必需之物，他人贈與聲明爲特有財產之物，均爲夫妻各人的特有財產，各自管理，使用收益處分。惟妻勞動收入的報酬，亦爲其特有財產的一部份；而夫的勞動收入，則須歸入於聯合財產，統一財產，或共同財產之中，以爲家庭生活費用的所出。這是我國民法特別保護女子職業收入的一點。

三 離婚 男女結爲婚姻之後，其婚姻關係，可以因自然的事實消滅，也可以因人爲的事實消滅。前者如夫妻一方的死亡，後者爲離婚。蓋夫妻本以終身營共同生活爲目的，今如一方死亡，共

同生活即無法繼續，故應認為婚姻關係消滅，而他方也可另行結婚。至在夫妻均行生存之中，苟相互缺乏敬愛之情，自亦不能強其繼續營共同生活，應行准其離婚，使原有的婚姻關係趨於消滅。

我國民法所規定的離婚方法有二種：其一為兩願離婚，即夫妻以雙方同意協議離婚。但如離婚的當事人尚未成年，則須先得法定代理人的同意。（註二三）兩願離婚，毋須經過任何法定的手續，只須以書面為之，并由二人以上證人的簽名。（註二四）其二為判決離婚，即夫妻的一方，有法律上所規定的原因，他方得對之提起離婚之訴，而後由法院以判決准許其離婚。關於這些原因，我國民法所規定的一共有十種：一、重婚；二、與人通姦；三、夫妻一方受他方不堪同居的虐待；四、妻對於夫的直系尊親屬虐待，或受夫的直系尊親屬虐待，致不堪為共同生活；五、夫妻一方，以惡意遺棄他方在繼續狀態之中者；六、夫妻一方，意圖殺害他方；七、有不治的惡疾；八、有重大不治的精神病；九、生死不明已逾三年；十、被處三年以上徒刑，或因犯不名譽之罪，被處徒刑。（註二五）

夫妻既經離婚之後，所生子女由夫任監護的責任，但如夫妻先另有約定者，則從其約定。（註二六）如夫妻一方因判決離婚而受有損害，得向有過失的他方，請求賠償。苟受害人毫無過失，并且還可以對於非財產上的損害，亦得請求賠償相當金額。（註二七）如夫妻無過失的一方因判決離婚

而陷於生活困難，則他方縱亦無過失，亦應給與相當的贍養費（註二八）以維人道。

第三節 父母子女之類別

父母與子女的關係，本應完全由於自然的血統而來的，但有時亦可以由於法律上的擬制，使某種人間發生父母子女的關係，故父母子女有血統的及擬制的兩大類別。

由於血統而來的父母子女間的關係，又可以因父母曾否結婚，而將所生子女分為婚生子女與非婚生子女兩類。凡是由婚姻關係受胎而生的子女，稱做婚生子女（註二九）至於是否在婚姻關係存續中出生，在所不計。受胎的期間，法律推定自子女出生日回溯到第一百八十一日起至第三百〇二日止（註三〇）故凡在結婚一百八十一日以後，或離婚後三百〇二日以內所出生的子女，都是婚生子女。但如能證明受胎在出生日回溯第三百〇二日以前，或妻的受胎，確係在婚姻關係存續之中，則所出生的子女，亦為婚生子女（註三一）

至於非婚生子女，則係指其父母並未結婚，而出生的子女而言。非婚生子女可以因三種情形，取得婚生子女的身分：其一，非婚生子女的生父與生母補行結婚者；其二，經生父加以撫育者；其三，

經生父加以認領者。認領分爲二種：一是由生父自動的認領。但非婚生子女或其生母對於生父之認領得否認之。二是由非婚生子女的生母或其他法定代理人，在子女出生後五年內，請求生父認領。但請求認領，須有法定的情形之一：一，受胎期間，生父與生母有同居的事實；二，由生父所作的文書，可證明其爲生父；三，生母爲生父強姦或略誘成姦；四，生母因生父濫用權勢成姦。（註三三）認領無論係由生父自動爲之或係由於生母等的請求，生父一經認領以後，即追溯及於非婚生子女出生的時候，取得婚生子女的身分。（註三）并且生父一旦認領以後，無論什麼時候，不得任意將認領再行撤銷。至於非婚生子女與生母間的關係，法律認定自始即應爲婚生子女，毋須經過認領的。（註三四）

由於法律擬制而來的父母子女，也有二類：一是指定繼承人，即被繼承人如無直系血親卑親屬時，得以遺囑，就其財產的全部或一部，指定繼承人。（註三五）所指定的繼承人，與被繼承人的關係，法律上認爲與婚生子女相同。二是養子女，即收養他人的子女爲子女，被收養者稱做養子女，而收養者則稱做養父母。收養者的年齡，至少應長於被收養者二十歲以上。有配偶者收養或被收養，須與配偶共同爲之，或徵得配偶的同意。除收養者及其配偶外，一人同時不得爲二人的養子女。養父母收養養子女時，須以書面爲之，但自幼撫養爲子女的，不在此限。一旦收養以後，養子女須從收養

者的姓，并除法律別有規定外，養子女與養父母的關係，亦完全與婚生子女同。（註三六）所謂法律別有規定，如養子女對於養父母的遺產，其應繼分只為婚生子女的二分之一是。（註三七）再養父母與養子女間的關係，可以隨時由雙方同意，以書面終止；（註三八）或是因為法定的原因，由法院應一方的請求，宣告終止其收養關係。（註三九）這也是養子女與婚生子女不同的地方。

第四節 父母子女間之權利義務

說到父母子女間的權利義務，有二個先行待決的問題：一，子女應該姓什麼？二，未成年的子女應該住在什麼地方？關於第一個問題，我國民法規定仍從父姓，贅夫的子女，除另有約定外，則從母姓。（註四〇）關於第二個問題，我國民法規定未成年子女，以其父之住所為住所，贅夫的子女，以其母之住所為住所。（註四一）

我國昔日法律，過分注重父母的權力，甚至有「父要子死，不得不死」的格言。其實，父母對於子女的身體財產，負保護的責任，乃因為子女係屬社會的一員，父母曾受社會的養育也應替社會養育將來的分子。故父母對於子女，不獨係屬權利關係，抑且負有義務關係。現在民法規定父母保

護及教養子女，以權利義務並舉（註四二）這是很進步的一點。

再，我國昔日法律（註四三）對於子女權利的行使，偏於父親一方，為母親的，在「出嫁從夫」的原則下，亦且尚要服從為父的支配。除非父死亡之後，母親是不能行使什麼對於子女的權利的。其實，父母對於子女的血統關係是一樣的，天倫之誼也是一樣的，男女既應平等，則父母對於子女的權利義務，自亦應平等。現在民法規定此項權利義務，由父母共同行使（註四四）這也是很進步的一點。

再，我國昔日法律，父母對於子女，不計其年齡大小，均始終有權利關係。其實，子女如未成年，知識不充，經驗缺乏，法律為保護完密計，父母為教養必要計，自應對於子女有一種權利與義務。若子女已經成年以後，則在法律上已有獨立的完全的行為能力，即無需再要由父母為之保護及教養。現在民法規定父母只為未成年子女的法定代理人（註四五）而父母亦惟對於未成年的子女，有保護及教養的權利義務（註四六）這又是很進步的一點。

父母對於子女的權利義務，可以從身體及財產兩方面去看。就身體方面說，父母應保護未成年子女的利益，且可從廣義解釋保護的範圍，如慮子女趨入下流，禁止其與損友往反，或拆閱其書信，均可。父母又應教育并扶養未成年子女，如使其受學校教育或學習工商業是。苟子女桀傲不馴，

法律許父母於必要的範圍及一定的分際內，有懲戒的權利。（註四七）就財產方面說，未成年子女可以因他人的贈與遺贈或繼承，取得特有財產。此項財產，雖爲子女所有，但須由父代爲管理，父不能管理時則由母管理。父母在管理期中，有使用收益之權，但除非是爲了未成年子女的利益，不得加以處分。（註四八）未成年子女一旦成年，父母即須將此項財產交子女自行管理。至於未成年子女勞動的收入，或其他因有償行爲取得的財產，則應歸諸父母，以爲維持一家生活費用的一部份。

父母與子女間的權利義務，可以因種種情形而喪失。就子女方面說，如子女死亡，被他人收養，出嫁成年。就父母方面說，如父母死亡，受禁治產宣告，母再婚。再就父母濫用對於子女的權利說，則既與法律保護子女利益的初旨不合，可以由其他的最近尊親屬，或親屬會議，先爲糾正，糾正無效，則可以請求法院，宣告停止父母權利的全部或一部。（註四九）

第五節 親屬與親系親等

有了婚姻而後有夫婦，有夫婦而後有父母子女，凡由婚姻及血統而來的關係，稱做親屬關係。民法上所謂親屬，是總指三者而言：一，配偶；二，血親；三，姻親。配偶是由有效婚姻所結合的夫婦；血親

是有血統關係的親屬；姻親是由婚姻關係而來的親屬。故親屬與家屬不同，家屬係指以永久共同生活為目的而同居一家的各分子而言，其間不一定先要有婚姻或血統的關係。

配偶是血親與姻親關係發生的基礎，但配偶本身並非血親，也非姻親，而為一種獨立的親屬關係。配偶與配偶間，既無親系，亦無親等，而為一種平等一體的親屬關係。

血親是同一血統的親屬，乃得之於自然的事實，故非人力所能消滅。姻親則可以因其與配偶的關係，分為三種：其一為血親的配偶，如兄是血親，兄的配偶——嫂就是姻親；妹是血親，妹的配偶——妹丈，就是姻親。其二為配偶的血親，如夫是妻的配偶，夫的父母兄弟姊妹，是夫的血親，則夫的父母兄弟姊妹，就是妻的姻親。其三，是配偶的血親的配偶，如妻是配偶，妻的妹是配偶的血親，妻的妹丈，也就是姻親。（註五〇）姻親的關係，可以因為離婚，夫死後妻再婚，或妻死後贅夫再婚而消滅。（註五一）但如配偶死後並不再婚的，則姻親關係仍繼續存在。

親系是連繫親屬間的系統。血親的親系，有直系及旁系兩種。直系的血親是己身所從出或從己身所出的血親。己身所從出的，如父母、祖父母、曾祖父母等，這都稱做尊親屬。從己身所出的，如子女、孫男女、曾孫男女等，這都稱做卑親屬。旁系的血親，是指並非直系血親，而與己身出於同源的血

親。如兄弟姊妹與己身同出於父母，伯叔姑母及堂表兄弟姊妹，與己身同出於祖父母。（註五二）旁系血親也可以因其是否輩分較己身為高而有尊親屬與卑親屬的區別。

親等便是親系遠近的等級。血親親等的計算，因其為直系血親或旁系血親而不同。直系血親是從己身上下數，以一世為一等。如從己身上數一世為父母，二世為祖父母，故父母為一親等直系血親尊親屬，祖父母為二親等直系血親尊親屬。又從己身下數一世為子女，二世為孫男女，故子女為一親等直系血親卑親屬，孫男女為二親等直系血親卑親屬。旁系血親，則從己身數至同源的直系血親，再由同源的直系血親數至與之計算親等的血親，以其總世數為親等之數。如要計算己身與伯叔的親等，則因伯叔是與己身同源於祖父母的，便應先從己身上數，至祖父母為二等，再從祖父母下數至伯叔為一等，二等加一等為三等。故伯叔為三親等的旁系血親尊親屬。（註五三）

以上所說親系及親等的計算，都是屬於血親方面的。至於姻親的親系及親等，則因姻親種類的不同而計算方法亦有異：其一，是血親的配偶，則從其配偶（即血親）的親系及親等。兄是二親等的旁系血親，嫂的親系及親等，從嫂的配偶（即兄），故即為二親等的旁系姻親。其二，是配偶的血親，則從其與配偶的親系及親等。如夫是妻的配偶，夫的父母是夫的一親等直系血親，妻從其配偶

（即夫，）故夫的父母，亦爲妻的一等親直系姻親。其三是配偶的血親的配偶，則從其與配偶的親系及親等。如妻的妹丈，從其與配偶，即從妻，妻妹是妻的二親等旁系血親，妻的妹丈就是妻的二親等的旁系姻親；夫對於妻的妹丈，從其與配偶（即妻，）故亦爲二親等的旁系姻親（註五四）

第六節 扶養義務與親屬會議

博施廣濟，救困扶危，本是一種最好的道德。民法將這種道德，定爲法律上的義務，命經濟能力居於可爲救濟地位的人，扶養應爲救助之人，這稱做扶養義務。

就扶養義務的關係來說，則可以分爲有要求他人盡扶養義務的人，與應行負擔這種義務的人；前者稱扶養權利人，後者稱扶養義務人。扶養權利人與扶養義務人間的範圍，不宜過於擴大，過擴大了就不免有人人皆想仰給他人，養成倚賴怠惰心理的弊端。我國民法所規定的範圍，是一直系血親相互間，如父母之於子女，子女之於父母是，只須爲直系血親，親等不加限制。二，夫妻的一方與他方的父母，本只爲姻親關係，但若係同居，自無坐視他人凍餒之理，故法律亦責其須互負扶養義務。三，兄弟姊妹相互間，休戚相關，情誼密切，故應互負扶養義務。四，家長與家屬相互間，既以營共

同生活爲目的而同居於一家，自應有此義務。（註五五）五、夫妻相互間，此在夫妻財產制中已有規定。

扶養義務人如只有一人，自即由其負擔此項義務。若同時有數人均負有此項義務，則按照法定順序，先後負擔。法定順序是：一，直系血親卑血屬；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，夫妻的父母。若同時不獨有數人須負此項義務，而在依法定同一順序中，亦尚不只一人，則再以親等近者爲先。如對於祖父母的扶養，父母先於子女。若在同一親等之中，又尚不只一人，則各依其經濟能力，分擔扶養義務。如父母共有三子三女，則此三子三女對於父母的扶養義務，並非平均擔任，而係應依其經濟能力，各別分擔。（註五六）

反之，扶養權利人如只有一人，自即由其享受扶養權利。若同時有數人均享有此項權利，則亦按照法定順序，先後享受。法定順序：一，直系血親尊親屬；二，直系血親卑親屬；三，家屬；四，兄弟姊妹；五，家長；六，夫妻的父母；七，子婦女孀。若同時不獨有數人可享受此項權利，而在依法定同一順序中，亦尚不只一人，亦以親等近者爲先，如父母先於祖父母，子女先於孫男女是。若在同一親等之中，又尚不只一人，則按其需要狀況，酌量扶養。如一人有三子三女，則父母對於此三子三女的扶養，並非平均給與，而係應按其需要狀況，各別分給。（註五七）

父母子女間及親屬間的權利義務，關係甚繁，平時爭執，或在所不免。若必事事須向法院訴訟，一方面開健訟之風，另一方面，家庭事件，又往往非法院以權力干涉，所能去其癥結，而獲得真正之公允。故民法上特又定一種親屬會議制度，即遇有法定召集親屬會議的必要時，由當事人或其法定代理人或其他利害關係人召集親屬集議，決定辦法。（註五八）

親屬會議的組成，以會員五人為法定人數。其順序為：一、當事人的直系血親尊親屬；二、三親等內的旁系血親尊親屬；三、四親等內的同輩血親。如在同一順序中人數已超過五人，則以親等近者為先；如親等相同而有父系母系不同的，則以父系的為先；如親等及系別均屬相同，則以年長者為先。若同一順序中不滿五人，則以次順序中人提充。若所有順序中人共計仍不足五人，或雖有五人，但隔離寫遠，或尚未成年，則可以由法院就其他親屬中指定補充。但無論係在何項順序之中，監護人與未成年人及禁治產人均不得為親屬會議會員。（註五九）

親屬會議乃決議親屬間重大事項之機關，故關於其開會及決議的限制，法律特嚴加規定。凡親屬會議，非有三人以上的出席，不得開會；非有出席會員過半數的同意，不得為決議。（註六〇）會員中如與所議之事，有利害關係，不得參與表決。（註六一）如當事人，法定代理人，或其他利害關係人，

對於親屬會議之決議有不服者，得於三個月內向法院聲訴。」（註六二）

【註釋】

註一 民法第一〇五二條第一款及第九九二條。

註二 刑法第二三七條。

註三 民法第一〇五二條第二款。

註四 刑法第二三九條。

註五 民法第一〇一三條第四款。

註六 民法第一〇八四條。

註七 民法第一〇〇三條。

註八 民法第一〇二六條第一〇三七條及第一〇四八條。

註九 民法第九七二條。

註一〇 民法第九七四條。

註一一 民法第九七三條。

註一二 民法第九八〇條至第九八三條。

註一三 民法第九八八條。

婚姻父母子女與親屬

註四 民法第九八五條。

註五 刑法第二三七條。

註六 民法第九八四條。

註七 民法第九八六條。

註八 民法第九八七條。

註九 民法第九八九條,第九九〇條,第九九一條,第九九二條,第九九三條,及第九九四條。

註一〇 民法第一〇〇〇條至第一〇〇五條。

註一一 民法第一〇一六條,第一〇一九條。

註一二 民法第一〇一三條。

註一三 民法第一〇四九條。

註一四 民法第一〇五〇條。

註一五 民法第一〇五二條。

註一六 民法第一〇五一條及第一〇五五條。

註一七 民法第一〇五六條。

註一八 民法第一〇五七條。

註九 民法第一〇六一條。

註一〇 民法第一〇六二條。

註一一 民法第一〇六二條第二項及第一〇六三條。

註一二 民法第一〇六四條至第一〇六七條。

註一三 民法第一〇六九條。

註一四 民法第一〇六五條第二項。

註一五 民法第一一四三條。

註一六 民法第一〇七一條至第一〇七九條。

註一七 民法第一一四二條第二項。

註一八 民法第一〇八〇條。

註一九 民法第一〇八一條。

註二〇 民法第一〇五九條。

註二一 民法第一〇六〇條。

註二二 民法第一〇八四條。

註二三 參閱大清律例戶婚門。

婚姻父母子女與親屬

註四 民法第一〇八九條。

註五 民法第一〇八六條。

註六 民法第一〇八四條。

註七 民法第一〇八五條。

註八 民法第一〇八八條。

註九 民法第一〇九〇條。

註十 民法第九六九條。

註十一 民法第九七一條。

註十二 民法第九六七條。

註十三 民法第九六八條。

註十四 民法第九七〇條。

註十五 民法第一一一四條。

註十六 民法第一一一五條。

註十七 民法第一一一六條。

註十八 民法第一一二九條。

註五 民法第一一三〇條至第一一三三條。

註六 民法第一一三五條。

註七 民法第一一三六條。

註八 民法第一一三七條。

【問題】

- 一 婚姻之社會的意義是怎樣的？
- 二 我國民法爲什麼採用一夫一妻制？
- 三 什麼是婚約？爲什麼要由男女當事人自行訂定？
- 四 未曾訂婚約者，可否逕行結婚？結婚的最低年齡，男女各爲若干？
- 五 怎麼樣的婚姻，是無效或是得以撤銷的？
- 六 婚姻的普通效力及財產效力是什麼？
- 七 判決離婚，要具備些什麼原因？離婚後的賠償金及贍養費由何人負擔？
- 八 由於血統關係而來的子女，可以分爲幾種？
- 九 什麼是婚生子女？非婚生子女可以因何種情形取得婚生子女的身分？
- 〇 什麼是指定繼承人，其與被繼承人的關係，與何人相同？

婚姻父母子女與親屬

- 二 養父母與養子女間的關係怎樣？與婚生子女有什麼不同的地方？
- 三 子女應該姓什麼？未成年子女應住在什麼地方？
- 三 關於父母子女間的權利義務，我國現在的民法，較之昔日法律，有那幾點進步的地方？
- 四 父母對於子女的身體方面的權利義務怎樣？
- 五 父母對於子女的財產方面的權利義務怎樣？
- 六 父母子女間的權利義務，可以因那幾種情形而消滅？
- 七 親屬共分幾種？親屬與家屬有什麼不同？
- 八 什麼是直系血親與旁系血親？血親的親等是如何計算的？
- 九 什麼是姻親？姻親的親系親等是如何計算的？
- 三〇 姻親關係，可以由那幾種情形而消滅？
- 三一 扶養義務的範圍是怎樣的？
- 三二 扶養義務人的順序是怎樣的？
- 三三 扶養權利人的順序是怎樣的？
- 三四 親屬會議是如何組成的？
- 三五 親屬會議開會及表決，有些什麼限制？

第六章 法定繼承與遺囑遺贈

第一節 繼承之承認限定及拋棄

繼承，因被繼承人的死亡而開始，（註一）繼承人自繼承開始時，承受被繼承人財產上的一切權利義務。但如這些權利義務本是專屬於被繼承人本身的，則不得繼承。（註二）

被繼承人死亡後，其財產的歸屬，可分為二方面：其一是依法律的規定，由法定的繼承人繼承這些財產，這稱做法定繼承。其二是依被繼承人的意思，以遺囑將其財產一部份遺贈予一人或數人，這稱做遺囑遺贈。法定繼承人，是配偶，及直系血親卑親屬，父母，兄弟姊妹，祖父母。但除配偶外，其他均須依據一定的順序方得為繼承人，（註三）非同時皆得繼承被繼承人的財產。又被繼承人於無直系血親卑親屬時，亦得以遺囑，就其財產的全部或一部，指定繼承人，（註四）這指定繼承人與其他由於遺囑受遺贈的人不同，因為前者在法律上的身分，是與婚生子女同，（註五）而後者則沒有此項地位。

繼承一旦開始以後，繼承人對於所繼承的遺產，可以於三種不同的態度中，任擇其一。這三種態度是：一爲單純承認，二爲限定承認，三爲拋棄繼承權。現在分別說明如左：

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

單純承認是一種無相對人的意思表示，凡繼承開始以後，繼承人未於法定期間，爲限定承認或拋棄繼承權的表示，並明示的或默示的爲單純承認。繼承的行爲，即係單純承認，無需另具何種方式。但繼承人雖已爲限定承認或拋棄繼承權的表示，而有隱匿遺產，在遺產清冊爲虛僞記載的行爲，以及意圖詐害被繼承人之債權人的權利而爲遺產的處分時，（註六）法律則不許其享受限定承認或拋棄繼承權的利益，仍以單純承認論。

二 限定承認 限定承認，是繼承人以因繼承所得的遺產爲限，償還被繼承人的債務。（註七）我國昔日社會情況，認定父債子還爲天經地義，此在道德方面固屬甚是，但就法理言之，社會

缺

页

封底