

顧維熊編著

復興高級中學
教科書
公

民

第五冊

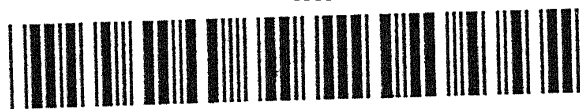
商務印書館發行

復興高級中學教科書
公

民

第五

商務印書館發行



高中
教科書

公民第五冊

目次

第一章 法律之意義與淵源·····	一
(一) 法律之意義與社會立法·····	一
(二) 法律之各種類別·····	三
(三) 組成法律的各種資料·····	五
(四) 中國法系與世界法系·····	八
第二章 權利能力與行為能力·····	一三
(一) 權利能力之始終·····	一三
(二) 人格權之保護·····	一五
(三) 外國人之權利能力·····	一八

(四) 行爲能力之意義·····	二〇
(五) 成年與禁治產·····	二二
(六) 合夥與商業公司·····	二五

第三章 法律行爲與意思表示·····三二

(一) 法律行爲之意義與分類·····	三一
(二) 法律行爲的構成要件·····	三五
(三) 意思表示之獨立與自由·····	三七
(四) 意思表示之意義與代理·····	四〇
(五) 意思表示生效之時期·····	四二
(六) 法律行爲之無效及撤銷·····	四五

第四章 動產與不動產所有權·····四九

(一) 所有權之本質與內容·····	四九
(二) 所有權之取得喪失及其變更·····	五一
(三) 所有權與限制物權·····	五三

○(四)	土地權與平均地權·····	五七
------	---------------	----

第五章	婚姻父母子女與親屬·····	六一
-----	----------------	----

(一)	婚姻之社會的意義·····	六一
-----	---------------	----

(二)	訂婚結婚與離婚·····	六三
-----	--------------	----

(三)	父母子女之類別·····	六六
-----	--------------	----

(四)	父母子女間之權利義務·····	六九
-----	-----------------	----

(五)	親屬與親系親等·····	七一
-----	--------------	----

(六)	扶養義務與親屬會議·····	七三
-----	----------------	----

第六章	法定繼承與遺囑遺贈·····	七八
-----	----------------	----

(一)	繼承之限定承認及拋棄·····	七八
-----	-----------------	----

(二)	遺囑之類別與要件·····	八〇
-----	---------------	----

(三)	遺囑之無效與撤銷·····	八二
-----	---------------	----

(四)	遺贈之成立及效力·····	八四
-----	---------------	----

(五)	法定繼承人與特留分·····	八六
-----	----------------	----

第七章 各種犯罪制裁與監獄……………九一

(一) 危害國家法益之犯罪及其制裁……………九一

(二) 危害公共法益之罪及其制裁……………九四

(三) 侵害個人法益之罪及其制裁……………九七

(四) 犯罪制裁之執行與監獄……………一〇〇

(五) 監獄之教育的功用……………一〇二

(六) 監獄之組織及管轄……………一〇四

第八章 法院組織與民刑訴訟……………一一〇

(一) 普通法院與特別法院……………一一〇

(二) 外國在華領事法庭(領事裁判權)……………一二二

(三) 律師制度與陪審制度……………一二五

(四) 民訴之調解再審與強制執行……………一二七

(五) 刑訴之告訴偵查與非常上訴……………一二〇

高中教科書 公民第五冊

第一章 法律之意義與淵源

(一) 法律之意義與社會立法

人是社會的動物，不能離開社會而獨自生存的，所以人類生活，便是社會生活。在社會生活之中，人類將取分工合作的辦法以滿足他們共同的和各人特殊的需要。人類在社會中，是有一種相依的或連帶的關係的；因為倘使人人都可以自由地主張他本身利益的話，那末各個人的利益相互間勢必發生衝突，而起鬭爭，如此，社會上的秩序便不能維持，而社會生活也將破滅。所以在社會上，必須有一種保存社會連帶關係的法則，以作人類行為的準繩，依社會力而為人類全體所遵守，調和彼此間的利害，而達到生活上的滿足。這種法則，完全是人類因社會生活的需要而做成的，就叫做法律。

在過去，社會連帶關係是一切法律的基礎的這種觀念是並未爲過去一切的法律所採取的。有史以來，對於法律的認識發生了許多不同的意見；有的以爲人類行爲不是人類本身所能主宰的，所以主張法律基於神的意思；有的是根據君主的命令的，例如君主國的法律，必須得君主的裁可，纔能發生法律效力的；有的則以爲人是生而自由的，法律不過淵源於人民的契約。同時從法律的進化程序上看，我們知道在各個人不自覺的時代，法律是義務本位。這種現象，從氏族社會時期以至封建時期，都極爲顯明，因爲那時候，個人的人格，都不能完全獨立的。到了個人自覺時代，法律便是權利本位，注意個人自由，認個人的權利是神聖不可侵犯的，所以個人有絕對的財產所有權和締結契約的自由。其結果便富者愈富，而貧者愈貧，遂使人類的社會生活，在經濟上失其均衡，而造成社會上許多不平等的現象。貧富間的鬭爭愈趨愈烈，若不根據社會連帶關係去改良這種法律，調和大衆的利益，那末社會上的擾亂，將無已時。想謀解決這種嚴重的社會問題，必須制定適應社會性的法律，而解決這種社會問題的立法，也就叫做社會立法。

這種社會立法運動，不僅是理論家的空想，而且漸漸已見諸實行。在憲法上，普選制度已在許多國家中施行，使無產者也能參加政治。個人的權利，也不像從前的以極端自由爲原則，倘使有損

人類共同的福利的時候，便要受到限制的。民法上並且有明白的規定。濫用權利，不能受法律的保護。同時契約自由，也有限制，而賠償責任問題，也由過失責任觀念，一變而為原因責任觀念，所以工人因執行職務而致患病或死亡的時候，不問其有過失沒有過失，雇主都應給他醫藥補助費或撫恤費。這與勞動立法中，許多保護勞動者的規定，同是社會立法的先趨。此外，財產繼承權的範圍，也漸漸地縮小。土地公有的主張，也想盡種種方法去求實現。便是刑法方面，也拋棄側重犯罪結果的客觀主義而代以根據犯人的意思而科刑的主觀主義。總之，這些社會立法的目的無非是認清了人類的連帶關係而據以調和人類相互間的利害衝突罷了。

(二) 法律之各種類別

區別法律的種類，或是由於牠作成的方法，或是由於牠的性質目的，或是由於牠適用的空間，或是由於牠規定的關係，所以法律雖然都是社會生活的法則，但還得依這種種的觀察為標準而加以分類。現在舉其重要的說明在後：

制定法和非制定法 依立法程序而制定的，叫做制定法，同時又因為牠是以文書公布為要件的，所以又叫做成文法，例如民法法典，地方自治規約等都是。不依立法程序制定，而由國家認為

有法律一般效力的，便叫做非制定法，同時牠並不以文書公布為要件，所以又叫做不成文法，如習慣判決例法理學說等都是。非制定法中，以習慣法的成分為最多，所以通常習慣法一語是常常和不成文法同時通用的。這是以法律作成的方法而為分類的標準。

強行法和任意法 凡法律的規定，不問個人的意思若何，都須絕對地遵守的，叫做強行法。強行法的內容，或是命令為何種行為，或是禁止為何種行為，大都因公益上的理由而制定的，所以違反強行法的行為，均屬無效，例如憲法、刑法、租稅法等都是。任意法是指遵守與否可聽個人選擇的法律。這種規定與公益沒有直接的關係，多屬於私人利益保護的規定，如民法中的大部分都是任意法，所以當事人可以締結違反這種規定的契約；不過，在當事人無其他意思表示時，仍舊可以拘束他們的。這是從法律效力的程度方面觀察而據以為法律的類別的。

公法和私法 區別公私法有三種標準：根據法律的目的怎樣而為之區別的，以關於公益的叫做公法，關於私益的叫做私法；根據法律的關係以為類別的，以規定服從關係的叫做公法，規定平等關係的叫做私法。這兩種說話，都和法律的實際情形不符，比較的能說明公私法的區別的就是：主張以規定國家本身行為及國家和私人的關係的叫做公法，例如憲法刑法便是；規定私人相

互間的關係的叫做私法，例如民法，商法都是。

國內法和國際法 這是以法律對於空間效力為標準的類別。法律的效力僅及於國內的，為國內法。國內法的內容是關於一國內部關係的規定，如民法，憲法是規定國家和國家間的關係的，則為國際法，其效力可及於國際間，如平時國際法，戰時國際法都是。

普通法和特別法 法律適用於全國的是普通法，如民法是；其僅適用於一地，僅適用於特定之人，或僅適用於特定事項的，為特別法，如殖民地法，陸海空軍刑法，禁煙法，公司法等是。法律有特別法先普通法而適用的原則，所以這種類別，也有實際的效用。

固有法和繼受法 根據本國社會生活情形而成立的法律，叫做固有法；外國的法律為本國所採用的，叫做繼受法。吾國海禁未開放以前的法律，算是固有法。日本明治維新以前的法律，大半模倣我國，所以日本這類的法律叫做繼受法，又可說是子法；而為日本繼受法的淵源的我國的法律，又可說是母法。

(三) 組成法律的各種資料

實質意義上的法律，並不祇限於幾部法典或是幾種條例；其餘的，經國家承認為與法律有同

樣效力的，也都是組成法律的資料。有的資料，牠的本身便具有法律的效力；有的資料，須經國家承認之後，纔有和法律同樣的效力。前者可說是直接的資料；後者可說是間接的資料。茲就此分別說明在下面：

直接的資料 制定法是本身具有法律效力的，所以是直接組成法律的資料。現代文明國家，多以制定法為主，所以又是最重要的資料。制定法的內容，可以分做三種：一種是法令，凡是法典，命令，條例，經國家制定公布的都是；第二種是自治法，凡是公共團體，根據牠的自治立法權來制定的，如自治規約等都是；第三種是條約，國際間的條約，在依法公布之後，也是制定法，如通商條約等都是。

間接的資料 非制定法，必須經國家承認之後，纔有法律的效力，也就是間接組成法律的資料。牠所包含的有下面幾種：

(一)習慣 習慣的發生是由於人類對於某種行為，或是某種不行為的繼續做行，久而久之，牠為大家所遵守，把牠當作行為的法則而不能任意去違反，所以事實上已經有維持社會生活秩序的力量。在古時候，沒有成文法的時候，其賴以爲人類行為的準則的，都不過是些祖先遺留下來

的習慣而已。便是到了有國家的組織，以文字來公布法律的時候，習慣依然是立法者最重要的根據。至於近代的國家生活中，雖是以適用制定法為主，然而制定法究竟是不能事事規定的，所以在制定法沒有規定的情形之下，就要適用習慣了。譬如我國民法第一條規定的「民事，法律所未規定者依習慣」也就是這個意思。

(二)判決例 法官的職務是適用法律而不能制定法律的；但在受理訴訟時，卻沒有拒絕裁判的權利，即或遇着有法律可以依據去裁判的案件，也當根據正義，或是人民的習慣以為判決。原則上，這個判決，祇能夠拘束本案；但是以後遇着同樣的事情發生，如果沒有特別反對的理由，那末必定仍作同樣的判決。這個判決，時常援用以後，便變為習慣，而有法律的效力了；所以判例也可以說是廣義的習慣，不過通常所說的習慣，因人民自己的慣行而發生，判例卻出自法院的裁判。

(三)法理 法理是從法律全體精神所產生的原理原則。法官在制定法沒有規定而又沒有判決例或是習慣可以引用的時候，便可以根據法理來做判決，所以法理也是組成法律的資料；譬如民法第一條的規定，沒有法律或是習慣可以依據，便依據法理。這也就是立法者預想到法規的不能絕對完備而給法官的一種裁判的準據。

(四)學說 學說是學者私人的意見，本來不能發生法律的效力的。在羅馬，雖有一個時期認某幾個學者的學說，直接有法律一般的效力，可是這不過是制定法太不完備時代暫時的情形。但學說終究仍不失為間接的法律淵源者，因為不獨立立法者制定法律時候，很多採用學說，便是法官作成判決的時候，也常常以學者的論著供做參考的緣故。

(四)中國法系與世界法系

世界各國，因為他們的歷史地理習慣種種的不同，所以做他們生活準繩的法律，也有牠們的特殊的系統。現時各國立法的概況，雖是可以依羅馬法系，英吉利法系，兩大系統去包括牠，但這不過是羅馬法和英吉利法影響於各國的結果。在他們沒有互相繼受外國的法律以前，確乎已各有他們的法系。為明瞭他們固有法意義下的法系，可以大別為中國法系、印度法系、回法系、羅馬法系、英吉利法系、日耳曼法系、斯拉夫法系。現在分別說明在下面：

中國法系 吾國在周時，各種制度已很完備。春秋時代，鄭國子產的刑書，晉范宣子的刑鼎已有制定法的規模。魏李悝的法經六篇，是吾國最初編纂的法典。此後漢蕭何作律九篇，魏律存十八篇，晉律也有二十篇。到了唐律的制訂，而古代的法律大備；不獨以後宋元明清諸朝都是繼承這個

系統，並且在藩屬的國家中通行，如日本的大寶律，就是模擬唐律而成的。中國法系的特質是：（一）法律中多理想的規定；（二）公私法的規定混在一處，而私法的規定很少；（三）法律條文多和刑罰同時規定，所以制定法多是刑法的形態；不過自海禁大開以來，制定的新法，多採取歐陸各國的法律，在現行法裏面，中國法系固有的精神，差不多已是很少的了。

印度法系 印度法律中最大而最著名的，要算是馬倫法典，相傳這部法典是神授的，實則是婆羅門的教典，所以宗教的成分很多。在十一世紀到十八世紀的時候，印度在回教支配之下，婆羅門法不過當作被征服人的習慣；直到英國人征服印度以後，婆羅門法重又通行，不過公法私法的範圍內，已經受了英國法的影響了。

回回法系 回回族的文化發源地是亞刺伯。回教的教典可蘭經就是他們的法典；所以經典和法典是一件東西。結果宗教和法律便不可分離，其餘教主摩罕默德的言行錄也是法律的淵源。現在的回教國如土耳其，阿刺伯等都是屬於這一個法系。

羅馬法系 羅馬法的基本法典是十二表和優帝國法大全。羅馬法的完成，得力於法學家和裁判官的很多，不但深合法理，而且很能實用。羅馬雖已滅亡，羅馬法的勢力卻仍復侵入歐洲大陸。

各國，直到現在，世界各國的法律中，多少總有些繼受羅馬法的痕跡，所以有人說羅馬曾經以法律統一世界。

英吉利法系 歐洲大陸各國多是直接受羅馬法的同化，英國雖在海外，但也時常受異族的侵略，不過沒有受羅馬法多大的直接影響。這和英國民族的自尊心很有關係。同時他們注重實際的生活，法律的研究，非常發達，雖沒有整部的制定法，而普通法衡平法的適用，足夠抵抗羅馬法的侵入，因此也自成一個系統。並且對於公法的貢獻很多，影響於世界不少的大憲章的公布，實在是最初的一部現代憲法。英國法律往往隨着殖民的行爲而傳入外國，如英國加拿大澳洲等國都是屬於這一個法系。

日耳曼法系 日耳曼的法律，多是屬於習慣法。六世紀的查理加法，算是第一次用文字記載的適用法律，採取屬人主義來維持他的法律傳統，後來封建制度發達，纔不得不放棄這個原則，而採取屬地主義。羅馬法在日耳曼民族各國中的勢力，也不過是在民法和宗教法的一部分，其餘固有的制度都是依然存在，所以公法上的規定，有許多不是日耳曼的習慣。

斯拉夫法系 屬於這系的國家，是波蘭俄羅斯和巴爾幹半島幾個斯拉夫族的國家；不過事

實上，並沒有純粹斯拉夫法系的存在。並且純粹斯拉夫式的古法，現在已經無從找到。波蘭的法律，最初受日耳曼法的影響，後來威希利加憲章，卻有羅馬法的成分。巴爾幹諸國，因為接近希臘，也受羅馬法的影響。俄羅斯雖然有政治上的統一和獨立，但他的法律仍是日耳曼斯拉夫羅馬法律的混合物。革命後的共產主義的立法，更不是斯拉夫固有的法系了。

問題演習

- (一) 什麼叫做法律？
- (二) 對於法律的根據，歷來學說共有幾種？
- (三) 怎樣叫做社會立法？
- (四) 社會立法在各種實體法中的趨向如何？
- (五) 區別法律的類別是以什麼做標準的？
- (六) 法律共有幾種類別？
- (七) 各種法律的內容是怎樣？
- (八) 組成法律的資料共有幾種？
- (九) 制定法的內容共有幾種？

- (十) 習慣和判決例的內容，是怎樣的？
- (十一) 法理和學說的內容，是怎樣的？
- (十二) 世界上的法系共有幾種？
- (十三) 中國法系的過去是怎樣的？
- (十四) 中國法系的特質若何？
- (十五) 世界各法系的內容，是怎樣的？

第二章 權利能力與行為能力

(一) 權利能力之始終

吸收權利義務的能力，是一種法律上的狀態，學者間稱做權利能力的便是。依據近代法律，凡是人類，都賦有權利能力的，所以換句話說，凡是人都可以得為權利的主體。不過，另一方面，得為權利主體的，又不祇限於個人。便是個人以外的人類團體也給以權利能力而可以作為權利主體的。這便是法律上的所謂法人。通常這兩種人，依據法律都可以獲有法律上的人格，所以人的意義，在民法中可以分為兩種：一種是廣義的「人」，包括自然人和法人而言；其他一種是狹義的「人」，那便是對待法人，專指自然人而說的。現在我們講到權利能力的始終，便該同時說到這兩種人——自然人和法人——方面的權利能力的開始和終止。

自然人的權利能力在出生的時候開始。民法上所規定的人之權利能力始於出生一語，便是指此。不過對於出生的意義是怎樣的，歷來有不少的論調，現在就信為正當的以解釋出生的意義，

則須具備兩種要件：一分娩，二生活。按胎兒在母腹中和母體未曾分離的時候，不得視為出生。所謂出生，是必須由母體分娩而能獨立生存的。小兒臍帶，據近世醫學家的研究認為與獨立生存的條件沒有關係，所以臍帶即使未斷，也仍舊認為是出生。還有，胎兒必須保持其生命而娩生，纔認為出生。這便是第二種要件的所謂生活。不過，保持其生命時間的長短，那就不去過問的了。

自然人的權利能力，既然以人之始期為開始，那末人的權利能力，自應以人的終期為終止。死亡是人之終止，所以死亡就是人的權利能力的終止，換句話說，人的權利能力，因死亡而消滅。這一種死亡，是指自然的死亡，應由醫學決定之，所以應以呼吸完全斷絕之時為準。權利能力終止的原因，不過以此為限，至於死亡的宣告（死亡宣告即失蹤宣告）那便不發生這種效力。受死亡之宣告的人，法律上雖也推定其為死亡，但是倘使實際還是生存着，那末其權利能力，自然依舊存在。

法人的開始有權利能力在法人的成立之時。法人如何纔能成立，向來立法例有四種主義：

（一）放任主義 放任主義就是許其自由設立，不加以干涉的意思。這種主義失於過寬。

（二）特許主義 特許主義就是先以法律規定特許的條件。法人成立的時候，必須合乎條件，並且須經特許。這主義又未免失之過嚴。

(三)許可主義 許可主義是認法人的成立，須得主管官署的許可。這種主義很適用於財團法人和公益社團法人。

(四)準則主義 準則主義那是以法律規定其成立要件，依照此要件設立者，便是當然成立；不過，通常關於特定事項，還得登記。

法人的權別能力的終止，就是法人的消滅。民法規定法人消滅的原因有二種：一須解散，二須清算。

所謂解散，是說因有了解散的原因發生，法人已經確定將喪失權利能力的一種狀態。解散的原因有許多種：(一)宣告破產；(二)撤消許可；(三)宣告解散；(四)社員的議決；(五)社員的缺亡。所謂清算，是以消滅被解散法人的法律關係為標的的一種程序。破產法上所定的清算程序與民法上所規定的不同。所以因破產而解散的，應該依照破產法。其他的，則按民法上的規定。民法所規定的，是關於因破產以外原因解散的法人。

(二)人格權之保護

人格權是權利人自身上所存在的權利。這種權利，實在比較財產權更為重要。法律關於財產

權如債權物權等，既經設有詳細的規定，那末關於人格的保護，自然也應有明文規定；可是，這種權利，法律上認為權利與否，各國的立法例頗有不同：有於民法法典中承認人格權的；有於民法法典中不承認人格權的；例如德國的民法是採前一種主義的；日本的民法便採取後一種主義的。我國民法，顯然是認人格權的存在，所以關於牠的保護的方法，在總則中特別設有規定。現在為便利起見，分作兩項去說明牠：

第一 能力的保護 權利能力和行為能力，雖是一係享受權利的資格，一係為法律行為的資格，而並非權利；但是，這兩種能力，關於維持我們的人格，很是重要，所以我國民法第十六條規定權利能力和行為能力不得拋棄。至於拋棄的原因怎樣，或是全部拋棄或是一部拋棄，法律一概不加以過問而認為無效。因為法律認這兩種能力，不僅僅保護個人，並且足以維持社會，所以不能像一般的私權私益一般地允許個人自由地拋棄。例如法律規定人不得自鬻其身為奴隸，那便是一個例子。

第二 人格的保護 人格的保護我國民法中共有三條規定：在十七條中，有自由不得拋棄及制限的規定；在十八條中，有人格權受有侵害時，得請求除去侵害的規定；在十九條中，則有姓名

權保護的規定。現在分別去敘說牠們。

(一)自由不得拋棄及制限(民法一七條) 自由權爲人格權中比較重要的一種，不過自由權也是一種私權，倘使沒有明文規定，難免誤解可以適用私權得以任意處分的原則。按自由不許拋棄也與能力不許拋棄，以同一根據公益爲理由。至於自由得合法限制，也是當然的事，因爲人的自由，固非絕對不可以人的自己之意思加以制限；不過，其制限若至違背公共秩序或善良風俗之程度的時候，則也爲法律所不許的。例如人有自願將其自己爲他人奴隸，也爲法律所禁止的。

(二)人格權受有侵害的時候，可以請求除去其侵害，並且依法規定請求損害賠償或撫恤金(民法一八條)。所謂人格權受侵害，便是人的生命身體名譽自由等受侵害的意思。在侵害情形發生的時候，不問侵害的原因，爲人的行爲與否，都可以請求屏除制止。並且，除去這種救濟的方法以外，被害人還可以請求損害的賠償或撫恤金，以資補償。因爲人格權雖是沒有金錢上的價值，然而被害人因人格權的被侵害而間接受金錢上的損失或其他的利益，那是常見的事。所以法律設有特別的規定，以補被害人方面的損失。

(三)姓名權的保護(民法一九條) 姓名在法律上認爲人格權的一種。姓名權受到侵害

的時候，被害人可以請求法院除去其侵害，並得請求賠償損害。至於侵害的情形怎樣，那是可以不問的，或是被人盜用影射，或是自己使用時被人妨害，都包括在內，只要能證實侵害的情形，便可以向加害人要求賠償損失。

(三)外國人之權利能力

人類的權利能力，以平等為原則，由此推論，人之權利能力所能吸收的權利義務，似乎應該沒有差等。可是關於這個原則，不能不有些例外。換句話說，某種人的權利能力，通常認為不適於吸收某種的權利義務的。例如因內外國人之差異所生的例外，便是個最顯著的例子。現在將關於外國人的權利能力的各種主義簡單地介紹在後面。

我們要了解歷來關於外國人的權利能力的各種理論，首先似乎應該明瞭外國人三字的意義。外國人，依通常解釋，是非民國人之自然人，所以外國法人不得稱做為外國人。民國人是具有民國國籍法所定之條件的自然人，外國人既經不是民國人之自然人，所以外國人又可以分為兩種：(一)有外國國籍之人；(二)無國籍之人；無國籍之人，所以也稱做外國人者，因為關於非民國人這一點，是與有國籍的外國人相同的。

在古時候，各國大都歧視外國人。非但公法上的權利不給予外國人享有，便是私法上的權利也不肯輕易給與。到了近代世界的文明日漸進展，交通也日漸便利，因和外國人交際增加的結果，於是歧視外國人的觀念也逐漸減退，而外國人的權利能力，也漸漸趨向於擴張。由理論上說來，關於外國人的權利能力，歷來約分三種主義：

(一)限制主義 根據這個主義，以不與外國人以權利能力為原則。所以關於私權方面，禁止一切外國人享有。這主義在歐洲中古時代很是盛行，在現在看來，當然是陳舊而不適當的了。

(二)相互主義 這一個主義又可以分為兩種：一是關於法律方面的互惠；一是關於條約方面的互惠。依據前一種主義，認為外國人的本國，依照該國法律給予我國人民以私權者，我國對於其外國人亦照樣給予以權利能力。依據後一種主義，外國人的權利能力的給與，以兩國間所訂的條約為準。換句話說，外國人的本國依條約給予我國人以私權者，我國對於其外國人，也同樣給予牠。法律相互主義，奧匈等國大都採用；條約相互主義則法比等國採用的。

(三)平等主義 平等主義以外國人與本國人享有同等私權為原則。這主義比較的是適當。因為，國家所以不把公權給予外國人者，恐怕外國人握到了公權之後，有危及國家生存的危險；至

於私權，那不過是與個人生存上有關係而已，客而不與，理所不合，並且有時足以發生危害其生存的危險，所以採用平等主義，於理論上允屬至當的立法。可是將一切私權都給予外國人享有，對於國家的利益也不無有多少抵觸的地方，因此現代各國立法，雖是以平等為原則，但同時設有一二個例外，例如關於不動產所有權礦業權等，各國對於外國人就特定法規，限制其能力的。

（四）行為能力之意義

行為能力，就是人的行為在法律上能夠發生一定效力的資格；牠有廣狹兩義。由廣義方面而言，無論人的行為是合法的或是違法的，都應該適用行為能力的規定；由狹義方面而言，則僅僅指人的合法之行為能力。本來人的行為在法律上可以分為兩種；一種稱做合法行為，換句話說，便是法律所允許的行為。由這種行為中，可以區分為法律行為和法律行為的合法行為。以前的學者都認法律行為為唯一的合法行為；這種見解是並不完全對的；合法行為，於法律行為外，還有許多種，如通知催告等，學說上所稱的類似法律行為都是。另一種便稱做違法行為，換句話說，便是法律所不允許的行為。由這種行為中，也可以區分為兩種：一是侵權行為；一是侵權行為以外的違法行為。以前學者祇認侵權行為為唯一的違法行為，可是違法行為於侵權行為外，也有許多種的，如債務

不履行的行爲便是其中的一種。

民法方面所說的行爲，以乎專指狹義方面而言，所以不包含不法行爲在內，因此這裏的所謂行爲能力，應作這樣的解釋：得因自己的行爲而取得權利或擔負義務的法律上的一種狀態。行爲能力與意思能力是不可以混合的。意思爲法律行爲的要素。欠缺意思能力的行爲，不能稱做行爲，因此結果行爲無論出於何人，其行爲當然爲無效；所以，無意思能力的人，說他沒有行爲能力，這種結論是對的。可是沒有行爲能力的人，卻不能就說他沒有意思能力的，例如七歲未滿的未成年人，和禁治產人，雖是沒有行爲能力，但不能說他沒有意思能力，因爲他們的行爲，是儼然常有意思的。總結一句話：意思能力是人的精神上的狀態；行爲能力是法律上的狀態。一是事實上的問題；一是法律上的問題。

其次，行爲能力和權利能力也不可以混同的。權利能力指爲權利或義務之主體的資格而言；而所謂行爲能力，卻是指可以親自爲取得權利或擔負義務之行爲的資格。得爲權利人或義務人與否之問題爲關於權利能力的問題；得爲取得權利或擔負義務之行爲與否的問題爲關於行爲能力的問題；所以有權利能力之人未必就有行爲能力，例如嬰兒及瘋人雖是沒有行爲能力，但是

不失爲有權利能力之人。

由上面所述的各種區別，我們便可以了解行爲能力的意義。行爲能力的有無，對於區別法律行爲有效與否，很有關係，所以對於行爲能力，各國的民法大都有特別的規定，而且各國的民法，關於行爲能力的規定都是強行的規定而不許當事人把意思表示去變更的。

對於行爲能力的本身，許多學者又有把牠區分爲一般的和特別的兩種。一般行爲能力是指一般法律行爲的能力，民法總則所規定的就是這一種。特別的行爲能力則指特殊法律行爲的能力，例如婚姻須適用婚姻年齡的規定而不適用成年年齡的規定。

(五)成年與禁治產

成年是自然人到達法律上所規定的年齡的一種制度。人的知識經驗，因年齡而俱進，到達相當的年齡，纔有合理判斷事物的能力；所以未達一定年齡之人，獨斷而爲行爲，往往因知識經驗的不足而發生危害自身利益的危險。各國的民法，爲了保護未成年人的利益起見，所以有成年制的規定。凡法律上所承認的成年人，便可以獨立因法律行爲而取得權利或是負擔義務。他們所做的法律行爲，除掉別有無效或撤銷的原因之外，都絕對的有效；旁人對他們所爲的法律行爲，也是如

此。

自羅馬法以來，各國的民法，雖是都有成年制的規定。但是在什麼時候起纔爲成年人，則各國的立法例並不相同：有的認二十五歲爲成年的，例如丹麥就是；有以二十四歲爲成年的，如奧大利、匈牙利等；有認二十三歲爲成年的，如荷蘭是；有以二十一歲爲成年的，如英法等國；有認二十歲爲成年的，如瑞士、日本是。各國規定成年的年齡，所以有這樣差異者，因爲規定成年的年齡，必須以人類的智能爲標準；而人類智能的發育，是因人種、文化、氣候等而有極大的差別，因此，規定成年的年齡，自然不能沒有遲速的區別。我國的民法，斟酌本國的習慣情形，規定滿二十歲人爲成年。

計算年齡的方法有兩種：有從出生之日起算的；有從出生之時起算的。爲計算的便利起見，自以從出生之日起算爲宜，我國的民法就是採取這一種的。

成年制度爲保護未成年人的利益而設，已如上述。同時與成年制相類似的制度，其目的專爲保護有精神障礙或一定之性癖的人的，則有禁治產制。禁治產是禁止其自治產的意思，換句話說，便是禁止其就財產獨斷自爲法律上的行爲。人因精神方面的障礙或由於一定的性癖，而致缺乏合理判斷事物的能力，這一種人倘使依然令其自爲行爲，結果必致蒙受損害；並且事後還容易發

生爭論，而判別也很感困難。法律認定這一種人的行為無效，一方面，固然是所以保障他們的利益，另一方面也所以維持社會的安全。

自羅馬法以來，各國的立法例，關於禁治產的，有採禁治產與準禁治產兩制的，像法國的民法，日本的民法便是；有採禁治產一制的，例如德國的民法，瑞士的民法便是。考研其實際，這不過是名稱方面的差異，實質方面並無不同的地方。我國的民法關於禁治產是仿照德瑞的例子。

禁治產的原因，按照各國立法例，可以分爲兩種：（一）由於精神的障礙，其中包括精神病及精神耗弱；（二）由於一定的性癖，其中包括濫費，酗酒及行為不檢。我國民法，規定禁治產的原因，也分做兩種：（一）心神喪失；（二）精神耗弱。心神喪失，因瘋癲癡騷等病症而常致精神錯亂，喪失其識別能力的意思；至於精神耗弱，那是並非無識別能力，不過因精神的不健康，以致其識別能力比較平常人，不免遲鈍罷了。

禁治產的宣告，關係於本人的利益很大，所以我國的民法，設有下列兩種規定：（一）須由法院爲之；（二）須本於一定人的聲請。禁治產宣告的結果，被宣告禁治產之人在法律上的地位是這樣的：（一）應置法定代理人；（二）被宣告禁治產人無行為能力。關於無行為能力，各國的立法例，又可

以分爲兩種：一是撤銷主義；一是無效主義。前者認其法律行爲僅得撤銷或僅不得對抗而並非無效。後者認其法律概爲無效。我國民法便是採取後一種主義的。

(六)合夥與商業公司

合夥是二人以上，互相約定出資以經營共同事業的一種契約。公司是以營利爲目的而設立的團體。合夥契約的成立，必須有二人以上的當事人；關於這團體關係一點，和商業公司的組織，很是相類。不過關於性質，目的和使命各方面，兩者是完全不同的。現在先將兩者的異點，略爲敘說，隨後再分別述之。

合夥與商業公司的差異，約有三點可說：（一）商業公司是權利義務的主體，牠有獨立的人格，對其所有的財產，得以法人的名義爲一切的行爲。合夥則並不如此：合夥並非法人，牠所有的財產，非合夥團體的財產，是各合夥人所共有的財產。合夥所有的權利義務，也並非對合夥團體的權利義務，卻是對於各合夥人或第三人的權利義務；所以不能以合夥名義，爲一切的行爲。（二）商業公司的設立，必須受一定的限制；合夥是可以自由設立的。（三）商業公司很適宜於經營大規模而有永續性的事業；合夥卻無此能力。

關於合夥，我們現在簡單地先講牠的成立，其次述說牠的內部和外部的關係，最後說牠的終了。

合夥契約的成立，必須有二人以上的當事人。各當事人必須共同出資。各人出資，目的是供給共同營業之用，因此不許以特約對其中的一人或數人免除這種義務，同時也不許以特約供其中的一人或數人利用，因為合夥是雙務契約，各合夥人的出資是互有對價的關係的。還有合夥的各當事人必須以經營共同的事業為目的。所謂共同的目的，就是各合夥人把將達成同一的目的和，其目的的達成的方法作為合夥契約的對象。至於關於事業的種類法律上是沒有一定的限制的，在不違反公共秩序和善良風俗的範圍之內，不問其以公益為目的或是以營利為目的，都可以成立合夥。

合夥的內部關係，就是各合夥人相互間的關係，可以分幾方面說：第一，關於合夥財產的規定，其中包括：財產的公同共有；增加出資與補充的限制；契約變更的限制。第二，關於執行業務的規定；合夥業務的執行方法，契約上有訂定的時候應依訂定，否則，依民法第六百七十一條的規定執行。第三，關於合夥人負擔義務的程度。法律上規定關於合夥人的負擔義務，應和處理自己的事務為

同一的注意。

合夥的外部關係，就是被委任執行合夥事務的合夥人，在執行事務的範圍以內，對於第三人得爲他合夥人的代表。

合夥的終了，包括兩種情形：（一）合夥人的退夥；（二）合夥的解散。所謂退夥，就是合夥人中的一人退出合夥而他合夥人依舊繼續合夥關係的意思。退夥的原因，有由於合夥人的聲明的，有由於法律的規定的。所謂解散，是合夥人間因解散的事項發生，解除契約，根本上使合夥關係終了的意思。解散的原因共有三種：（一）合夥存續期間屆滿；（二）合夥人全體同意解散；（三）合夥目的事業完成。

關於商業公司，我們先說牠的意義，隨後分述各種不同的公司。

商業公司是一種法定的名稱，依法律而說，就是以營利爲目的而設立的團體。分析起來，則有三點可以敘說：

（一）商業公司是一種社團。所謂社團，就是兩人以上，以共同目的互相團結的意思，所以公司的成立和存續，必須具有二人以上的股東這個條件。

(二)商業公司是一種法人。關於這一點，便是商業公司與合夥不同的地方。

(三)商業公司是以營利爲目的，以經營商業爲事業而設立的團體。社會事業有營業和非營業的分別，而營業又有商業與非商業的不同。經營事業的動機在營利，叫做營業，不然的話，是非營業；經營事業的行爲係商行爲，叫做商業，否則，是非商業。

公司共有四種：(一)無限公司；(二)股份有限公司；(三)兩合公司；(四)股份兩合公司。無限公司，是以二人的無限責任股東組織而成爲公司。牠的股東，都負連帶無限的責任；換句話說，便是公司的財產不能清償牠的債務的時候，各個股東必須把自己的全部財產，連帶負擔清償的責任。股份有限公司是以七人以上的股東組織而成的。公司的資本，有一定的總額，並且都均分爲「股」。股東對公司所負的責任，以繳清其所認股份的金額爲限。兩合公司是以無限責任股東和有限責任股東相合組織而成的。牠的無限責任股東所負的責任與無限公司的股東相同，而有限責任股東的責任，對於公司的債務，則以他們的出資額爲限。股份兩合公司是以無限責任股東和有限責任股東的股份股東組織而成的。由資本的一部須分爲股份一點而論，牠很類似股份有限公司；由股東的責任分有限和無限一點而論，則又頗似兩合公司了。

問題演習

- (一) 怎樣叫做權利能力?
- (二) 自然人的權利能力的開始(或終了)在什麼時候?
- (三) 關於法人權利能力的開始,立法例共有幾種?
- (四) 法人權利能力的終了之原因共有幾種?
- (五) 各國立法例對於人格權的規定,共分幾派?
- (六) 人格權的保護方法是怎樣的?共有幾種?
- (七) 人類權利能力的原則是怎樣的?
- (八) 外國人三字的意義是怎樣的?
- (九) 關於外國人的權利能力的理論共有幾種?
- (十) 行為能力的意義是怎樣的?
- (十一) 行為能力和權利能力的異點在什麼地方?
- (十二) 怎樣叫做一般行為能力?怎樣叫做特別行為能力?
- (十三) 設立成年制的原因是怎樣的?
- (十四) 各國成年制的規定是怎樣的?

- (十五) 禁治產制的內容是怎樣的？
- (十六) 關於禁治產制，各國立法例共分幾種？
- (十七) 我國民法關於禁治產制的規定，共分幾種？
- (十八) 合夥與商業公司的不同點，共有幾項？
- (十九) 合夥的成立和終了是怎樣的？
- (二十) 商業公司的意義是怎樣的？共有幾種？

第三章 法律行為與意思表示

(一) 法律行為之意義與分類

法律行為，是發生私法上效果的法律事實，而以欲發生其效果的意思表示，爲其構成的必要條件。本來個人的生活關係，應該按照個人的需要，按照個人的意思去解決，這是私法上的自治原則，而法律行為，就是發揮個人自治力最顯著的一種行為。按私法的自治，在古代的社會組織中，即已加以承認，而最見發達的，卻在歐洲政治革命以後。那時候，自由民權的思想，很是發達，於是契約自由，個人意思自由，遺囑自由等許多原則，也就此確立。因此在以前，凡私生活的法律上之效力應由個人意思去解決，那是個絕對的原則。到了最近，社會主義代替了個人主義之後，個人的自由意思，人們都不認其爲絕對神聖的。不過，在相當的範圍內，尊重私法的自治，依然爲民法上的一大原則。我國民法認許法律行為的存在，便是根據這個原則而來的。

法律行為，以欲發生私法上效力的意思表示爲要素的法律事實，上面已經說過，現在把牠的

意義簡單地加以說明：

首先，法律行為是種法律事實。爲法律現象之原因的法律事實，雖是有許多種，但是法律行為，卻是各種法律事實中最重要的一種；因此各國私法學者，關於法律事實，都就法律行為詳加研究。其次，法律行為是發生私法上的效果的。法律效果之有公私，正好像法之有公私，權利之有公私。所以一種行為，倘使雖是發生法律上的效果，但其效果並非私法上的，那便不是民法上所稱的法律行為，例如提起訴訟，任命官吏這些行為都不是此處所說的法律行為。

最後，法律行為，必須以意思表示爲構成的要素。所以不以意思表示爲構成要素的法律事實，不能認爲是法律行為；於是不但侵權行為和時效並非是法律行為，就是所有權的拋棄，也並非法律行為，因爲前兩種並無發生私法上效果的意思，後一種雖有意思，但無表示的必要。

法律行為的意義，我們已經知道，現在我們要講到牠的許多種類。法律行為詳細地分析起來，可得十種：

(一)單獨行為與契約 單獨行為又叫做一方行為，換句話說，便是由當事人一方的意思表示而成立的法律行為，譬如遺囑，捐助行為等都屬於這一種的。單獨行為，祇須由一方意思表示，便

可以成立，無須相對人的同意便可以發生效力。契約又叫做雙方行爲，以有相對應之內容的數個意思表示之合致爲成立要件之法律行爲，例如買賣租賃等行爲都是契約中重要的。

(二)債權行爲與非債權行爲 債權行爲以欲發生債權債務的意思表示爲要素的法律行爲，其中有爲契約的，學說上稱做債權契約，譬如買賣贈與等都是。也有爲單獨行爲的，如遺贈是。至於非債權行爲，則以欲發生債權債務以外之法律上效力的意思表示爲要素的法律行爲。這種非債權行爲又可以分爲物權行爲和準物權行爲兩種。物權行爲以欲發生物權變動之意思表示爲要素的法律行爲；準物權行爲，那是指物權行爲以外的非債權行爲，例如著作權的讓與，債務的免除等都是屬於這一種的。

(三)生前行爲與死後行爲 生前行爲是生前發生其法律行爲上效力的法律行爲，例如贈與租賃等通常都是生前行爲。死後行爲，則因當事人一造的死亡，纔發生其法律行爲上效力的法律行爲，例如遺囑便爲必要的死後行爲。

(四)有償行爲與無償行爲 有償行爲與無償行爲的區別，即在當事人雙方所爲的給付。當事人雙方以對價相給付的，叫做有償行爲，例如買賣雇傭等便屬於這一類的；無庸當事人雙方以

對價相給付的，叫做無償行爲，例如贈與行爲就是屬於此的。

(五)要式行爲與不要式行爲 要式行爲須依一定方式纔能成立的法律行爲，例如婚姻，遺囑等便是；不要式行爲，無庸依一定方式便得成立的法律行爲。法律行爲以不要式行爲爲原則，要式行爲爲例外。

(六)財產上的行爲與身分上的行爲 財產上的行爲，以欲發生財產上效力之意思表示爲要素的法律行爲，上文所說的物權行爲，便屬於這一類的。身分上的行爲，以欲發生身分效力之意思表示爲要素的法律行爲，例如婚姻離婚等都是。

(七)主行爲與從行爲 從行爲者，其成立必須以他法律行爲或法律關係的存在爲前提的法律行爲；爲其前提的法律便叫做主行爲。

(八)獨立行爲與補助行爲 補助行爲，是沒有獨立的實質的內容，而爲他行爲發生效力之條件的法律行爲；相反的，凡有獨立之實質的內容的法律行爲，便叫做獨立行爲。

(九)現實行爲與非現實行爲 於意思表示之外，還得有現實的成分，才能成立的法律行爲，稱做現實行爲，譬如寄託行爲，必須以物交付他方纔能成立的。其他的法律行爲，都是非現實行爲。

(十)完全行爲與不完全行爲 完全行爲就是能完全發生效力的行爲；不完全行爲就是不

能完全發生效力的行爲。不完全行爲又可以分爲三種：
(甲)無效的行爲。(乙)得撤銷的行爲。(丙)其他的不完全行爲。

(二)法律行爲的構成要件

法律行爲的構成要件可以分做兩種：一種是成立要件；一種是有效要件。成立要件是法律行爲成立時所不可缺少的條件。牠又可以分做兩種：一般的和特別的。特別成立要件是特種法律行爲的特殊成立要件，必須就各個法律行爲觀察而不能一概而論的。一般成立要件，那便是一切法律行爲的共通成立要件。關於這種成立要件，共有三種學說：(一)有時僅以意思表示爲成立要件的；(二)有以意思表示和標的爲成立要件的；(三)有以當事人意思表示和標的爲成立要件的。法律行爲的標的就是構成行爲人所欲發生的私法上效力的事項，怎樣是法律行爲的標的，必須就各個法律行爲加以觀察，不可以抽象論斷，因爲各個法律行爲，各自有牠的差異的內容的。

法律行爲的有效要件，正如牠的成立要件，也可以分爲特別的和一般的兩種。特別的有效要件，那是各個法律行爲所特有的，我們不必加以列舉。至於一般的有效要件，那是一般法律行爲在

發生效力方面所不可缺少的條件，分別起來，可得六種：（一）行為人必須具有行為能力；（二）法律行為的內容必須是可能的；（三）法律行為的內容必須是可以確定的；（四）法律行為的內容必須合法的；（五）意思表示必須和真意一致的；（六）意思表示必須無瑕疵的。現在把六種要件，加以簡單的說明。

（一）行為人必須具有行為能力 行為能力及行為人於法律上發生一定效力的資格。行為能力的有無為區別法律行為有效無效的標準；不過那一種人纔有行為能力，法律上都不設積極的規定；因為除掉無行為能力和限制行為能力人之外都是有行為能力之人。

（二）法律行為的內容必須是可能的 所謂法律行為的內容必須可能者，構成其法律行為上效力的事項必須可能的意思。換句話說，便是當事人所欲望的私法上效力事項有實現的預期。（三）法律行為的內容必須是可以確定的 構成私法上效力的事項，非現時已經確定或至後得以確定，那末這種效力便無由實現，所以法律行為的標的，至少非為得以確定者，便不能發生效力，至於那一種纔認為已達到確定的程度，則須解釋法律規定和意思表示去加以決定的。

（四）法律行為的內容必須是合法的 法律行為內容事項的合法者，其要件有兩種：（一）必

須不違反強行法規的。強行法規，是關於公益的規定，換句話說，便是法律中強制或禁止的規定；強制就是命令其行為的意思；禁止是禁止其不得行為的意思。（二）必須不違反公共秩序或善良風俗的。違反公共秩序就是背乎社會的公安的意思，換句話說，就是妨害共同生活的安全。違反善良風俗就是背乎社會的良風美俗的意思，換句話說，就是給予社會道德心以不滿之謂。

（五）意思表示必須是和真意一致的。意思表示雖是不以合於表意人的真意為成立要件，可是以意思表示為要素的法律行為，要使牠發生效力，必須其意思表示適合於表意人的真意。表意人的意思表示和其真意不一致的情形約有兩種：一為故意的不合；一為偶然的不合。

（六）意思表示必須是無瑕疵的。瑕疵的意思表示，大別之可以分為兩種：一為被詐欺而為之意思表示；一為被脅迫而為之意思表示。詐欺是故意使他人誤信其虛偽事實的行為。脅迫是故意表示加害的意思，使他人發生恐懼心的行為。

（三）意思表示之獨立與自由

構成法律行為的意思表示是必須表示和意思一致的。意思和表示不一致的時候，原則上並不生效，可是意思和表示雖是一致，而其意思表示並非出於表意人方面或是橫受他人的干涉者，

也不能發生效力的；所以意思表示必須是獨立的並且是自由的。

意思表示的並非出於表意人的自由意思和獨立意念，在詐欺和脅迫的兩種情形下，可以發生；所以了解了詐欺和脅迫兩種性質之後，我們便可以明瞭意思表示之獨立與自由所包含的意義。現在先述關於有瑕疵的意思表示方面詐欺，然後再論所謂脅迫。

首先，所謂詐欺，是故意使他人誤信其虛偽事實的一種行為。在詐欺者方面蓄意使他人陷於錯誤，依其錯誤而為意思表示，因而故意表示虛偽事實以欺騙他的相對人，相對人信以為真而為錯誤的意思表示。民法上的所謂詐欺，應該具備下列數種條件：

(一) 在詐欺行為中，詐欺者必須是故意的。在故意兩字之中，包含有兩種意義：其一，必須有陷相對人於錯誤的意思；所以牠所表示的事項，若是疑信參半而舉以告人者，不能算做詐欺；其二，必須有使相對人陷於錯誤，因為意思表示的意思；所以明明知道其所表示的事項不是真實，然而沒有利用的意思，以使相對人為意思表示的意思者，也不得稱做詐欺。

(二) 在詐欺行為中，詐欺者必須表示不實的事項。所謂表示不實的事項，例如捏造虛偽的事實，隱蔽真實的事實等都是。各種表演的手段雖有不同，但是要以表示不確實的事項為準。

(三)在詐欺行爲中，相對人必須因詐欺者的欺罔行爲而陷於錯誤的境地。倘使詐欺者雖有詐欺的行爲，然而相對人不陷於錯誤的時候，詐欺者的詐欺行爲並不成立。

(四)在詐欺行爲中，必須曾因錯誤而爲意思表示的。在詐欺中，除了錯誤和詐欺必須有因果的關係之外，錯誤和意思表示有因果的關係；不然的話，不成立詐欺。

其次，所謂脅迫，是故意表示加害的意思，使他人發生恐怖心的行爲。在脅迫行爲中，脅迫者蓄意使他人發生恐怖心，依其恐怖而爲意思的表示，因此故意表示加害之意以脅迫其相對人，在相對人於是發生畏懼而爲意思的表示。脅迫行爲的構成要件也有許多種，現在分述於後：

(一)脅迫行爲也和詐欺行爲一樣，必須是故意的。這種故意的脅迫，便是脅迫意思，必須是有使相對人發生畏懼的意思，而且有使相對人因畏懼而爲意思表示的意思。

(二)脅迫行爲中，脅迫人必須有脅迫的行爲。這種脅迫行爲，便是通知被脅迫人以將來有加危害的舉動的意思。所說的加害，其爲加害於生命身體，還是加害於財產名譽，都可以不問。至於加害的程度，也是不計的。

(三)必須脅迫人曾經因脅迫而發生恐懼的。關於這一點，包含的有兩種意義：第一，倘使雖是

有脅迫行為而並未發生畏懼心者，不生問題；第二，被脅迫人的發生畏懼心是原因於脅迫行為的。（四）必須脅迫人曾經因畏懼而為意思表示的。在脅迫行為中，除去畏懼和脅迫必須有因果的關係之外，還得畏懼與意思有因果的關係。這一點是與錯誤和意思表示的關係相同的。

（四）意思表示之意義與代理

意思表示是欲望一定私法上效力之意思的表示行為，牠所包含的意義共有四點：

（一）欲望私法上的效力的意思，簡稱爲效力意思。效力意思就是表意人必須存有欲發生由法律行為所生效力的意思，因為牠是靠法律行為以發生其所欲發生的效力，所以學者間又把牠叫做法律行為意思。效力意思是不是祇欲發生經濟上和社會上的效力，還是還得欲發生法律上的效力，關於這問題，學說上頗屬分歧。不過大多數學者認爲法律所以設立法律行為制度者，目的是在認許吾們欲支配法律關係的意思，所以效力意思的內容，必在欲由法律行為以發生法律上的效力。

（二）意思的表示行為者第一必須有行為的，所以他的動作必須本於他的意思不可。因此，人在夢中或人事不省狀態中不能夠有表示行為；同樣，受暴力壓迫的時候，也不能有表示行為的。

(三)意思表示者，必須自信他所爲的表示行爲，換句話說，就是意思表示者，除有行爲意識之外，還得有表示的意識。表示的意識是立於內部的行爲意識和外部的身體動作之間而保有兩者之聯絡的一種精神作用。這一種的表示意識，學者間便叫做自信。

(四)意思表示，雖是爲推知其效力意思的存在最適當的行爲，不過其內部究竟真有其意思的存在與否，和意思表示的成立是不發生關係的。例如虛偽的意思表示，不害其爲意思表示，這是法律明文所規定的。

意思表示的意義我們已經明瞭，現在將代理的意義，略爲敘說——

所說代理，就是代理人於代理權限內，把本人的名義，向第三人爲意思的表示，或是由第三人受意思表示，而直接對本人發生效力的行爲。上面所說的代爲意思表示或代受意思表示之人，稱做代理人；其相對人，稱做第三人；至於受那意思表示效力之人，則稱本人，同時又可稱做被代理人。代理時常就於意思表示而存在的。法律行爲方面的代理，即其要素之意思表示的代理的意思，所以僅就於契約的承諾或是契約的要約，都是代理行爲；不過代理是祇就於意思表示纔存在的，所以非意思表示的代理，不是民法上的所謂代理，例如宴會的代理不能認爲法律上的所謂代

理的。

代理行為是直接對本人發生效力的。所謂直接對本人發生效力，意思便是由該法律行為所應發生的效力，都歸本人承受，換句話說，與本人自為該行為是並無差異的。關於代理行為為何對本人發生效力這一點，學者間有三種學說去說明牠：（一）共同行為說，主張這一說的，認為代理是本人的意思表示和代理人的意思表示所組合成的，所以應該對本人發生效力。（二）本人行為說，這一派認為代理人的意思表示是由法律擬制而視作本人的意思表示，所以應對本人生效。（三）代理人行為說，這一說視代理行為依然為代理人的意思表示，不過法律尊重其效力意思而使之對本人生效，所以又叫做代表說。上述三說中，最後一說，已經被大多數學者所承認，牠的理由也是比較地充足。

（五）意思表示生效之時期

意思表示是由表示行為的完成而才能成立的；不過意思表示的效力，並不是一定因其成立而發生，所以意思表示生效與否和意思表示成立與否那是兩個問題。關於決定意思表示效力發生的時期，民法上有各種的規定，一是關於對於特定人的意思表示，一是關於對於不特定人的意

思表示。

(甲)對於特定人的意思表示，民法上分兩項規定：

(一)對話人爲意思表示者，以相對人了解的時候，發生效力。對話人是否對話人的對稱，就是表意人可以向之直接傳達意思的相對人。所謂對話人之意思表示者，對於特定相對人，使其能直接了解其表示行爲的狀況所爲的意思表示，所以不但相對交談，認爲是對話的意思表示，就是兩人以電話對話，也是對話的意思表示；相反的，倘使把封固的字簡傳達意思，即使把這封固的字簡遞給鄰座之人，也不能稱做對話的意思表示；因爲所謂對話，並非以當事人的距離遠近爲判斷，而以其意思交換之是否直接爲判斷的。

(二)非對話而爲意思表示者，以其通知達到相對人的時候發生效力。非對話的意思表示，通常例如以書信電報所爲的意思表示便是。對於非對話意思表示生效的時期，共分四種學說：

(一)表意說 表意說認意思表示一經成立，便應該生效，換句話說，意思表示的外形具備的時候，牠的效力便即發生。例如假書信爲意思表示，在書信已封緘之時，即應生效。

(二)發信說 發信說以表意人將其意思表示置於自己管理之外的時候，爲效力發生時期。

例如以電報爲意思表示，在電報拍出的時候，才生效力。

(三)受信說 受信說以意思表示的通知達到於相對人的時候，爲效力發生的時期，譬如將書信爲意思表示，在書信送到相對人時生效。所謂意思表示達到者，就是意思表示的了解與否，已經入於相對人自由範圍內之狀態的意思。

(四)了解說 了解說認相對人於受領意思表示通知的時候，還不能生效，必須將意思表示了解後，纔爲效力發生的時期。例如以書信爲意思表示，必須相對人將書信開封閱覽，其時纔生效力。

各國立法例，關於意思表示生效的時候，通常採取上面所述的第二或第三兩說。第一和第四兩說於理論方面雖是有相當的理由，但是事實方面，很有難行之處。我國的民法也是採取第三種學說的。

(乙)對於不特定人的意思表示 對於不特定人的意思表示，都以其表示行爲完成的時候，爲其效力發生的時期。

意思表示一經發生法律上效力之後，除去法律有特別的規定以外，表意人是不能隨意將意

思表示撤回的；至於非對話的意思表示，表意人在意思表示完成後，雖是還能將其撤回，不過其撤回的通知，必須在先於意思表示的通知或與意思表示同時達到的時候，纔能發生撤回的效力。

(六) 法律行爲之無效及撤銷

法律行爲的無效是法律行爲確然不能發生效力的意思。法律行爲的撤銷是否認其法律行爲的效力發生的意思。法律行爲的無效和法律行爲的撤銷不同，同時和法律行爲的不生效力也有差別：法律行爲的不生效力，是其行爲的效力不過並未發生而已，並非其效力確然不能發生；而可以撤銷之行爲，是又不屬於這兩種狀態的：牠既不能謂之爲有效，也不能謂之爲無效，在法律行爲爲之撤銷中，已發生的效力，使其與未發生同，未發生的效力，使其不能發生。現在先說法律行爲的無效，隨後再述法律行爲的撤銷。

法律行爲的無效是根由於無效的原因的。所謂無效的原因，就是法律行爲欠缺生效的要件。生效要件共有兩種：一是共通的；一是特別的。共通的生效要件共有兩種：第一，行爲人必須有行爲的能力；其次，法律行爲必須有適當的標的。至於特別的生效，則爲特種法律行爲所應該單獨具備的，所以這項要件，應該就各該法律行爲去考察。

法律行爲的無效，因內容的不同，可以分做三種：

(一)絕對無效與相對無效 所謂相對無效，就是那種法律行爲，對於一定之人雖是無效，然而對於他人是並非無效的。絕對無效則不然；那種法律行爲無論對於何人都是無效的。

(二)自始無效與至後無效 自始無效是說在爲法律行爲的時候，便因欠缺生效要件而無效；至後無效那是說在爲法律的時候，尙未有無效的原因，不過在爲行爲之後，發生效力之前，因欠缺生效要件而以致無效。

(三)全部無效與一部無效 所謂全部無效，就是法律行爲的內容，全部有無效的原因；倘使內容的一部有無效的原因時，那是一部無效。

法律行爲的撤銷那是法律行爲因其意思表示有瑕疵，而由特定人否認其已經發生的效力或是將行發生的效力。這種否認行爲是一種權利，所以學者間有稱之爲撤銷權的。

撤銷的原因是根據法律行爲的意思表示具有瑕疵。這種瑕疵事實是有法律明文去規定，不能由當事人以意思表示決定的。撤銷的原因也有兩種：一般的和特別的。一般的撤銷原因，那是共通於一般法律行爲的撤銷原因；而所謂特別的，乃是法律就特種法律行爲所規定的撤銷原因。

關於撤銷權的行使方法，各國立法例分有兩派。有的必須於訴訟上爲之，換句話說，便是必須向法院請求。有的則認爲僅以意思表示，已經可以。我國的民法是採取後一種立法例的。依我民法的規定，撤銷的表示，只須適用一般意思表示和法律行爲通則的規定。

撤銷權消滅的原因有兩種：（一）行使；（二）期間經過。依撤銷權的性質而言，自應一經行使便歸消滅；還有，關於撤銷權，法律都規定其行使的期限，所以可得行使的期間經過之後，其權利自然便歸消滅。

問題演習

- （一）私法上的自治原則的內容是怎樣的？
- （二）法律行爲的意義是怎樣的？
- （三）法律行爲共分幾多種？
- （四）法律行爲的構成要件有幾種？
- （五）法律行爲的有效要件有幾種？
- （六）法律行爲的各種一般有效要件的內容是怎樣的？
- （七）怎樣才能算意思表示是獨立與自由的？

(八)怎樣叫做詐欺？怎樣叫做脅迫？

(九)詐欺的構成要件共有幾種？脅迫的構成要件共有幾種？

(十)何謂意思表示？

(十一)意思表示所包含的意義共分幾點？

(十二)代理的意義是怎樣的？

(十三)代理行為對本人發生效力的各種學說，其內容是怎樣的？

(十四)意思表示怎樣成立的？又怎樣才能生效？

(十五)意思表示的成立和意思表示的生效有差別否？

(十六)民法上關於意思表示生效之時期的規定是怎樣的？

(十七)何謂法律行為的無效？何謂法律行為的撤銷？

(十八)法律行為的無效原因共有幾種？

(十九)何謂撤銷權？

(二十)撤銷的原因有幾種？撤銷權消滅的原因又有幾種？

第四章 動產與不動產所有權

(一) 所有權之本質與內容

關於所有權本質的解釋，向來分做兩派：一派是日耳曼法的思想；一派是羅馬法的思想。日耳曼法的思想認為所有權是數個支配權彙合而成的，並且依物體性質的不同而內容亦有差別；所以依據這一派的解釋，動產方面和不動產方面的理論並不一致，而且因所有權內容的不同而區分為完整所有權和不完整所有權兩種。凡在物上具有一切的權能的，叫做完整所有權；凡在物上欠缺主要權能的，叫做不完整所有權。這一派學說不知道以抽象的觀念解釋所有權，所以並不確當。羅馬法的思想則不問所有權的物體怎樣，一概認為同一的內容，並且具有支配性的。換句話說，所有人倘使能在最廣的範圍內，就有體物上行使其支配權者，就可以名之為所有權。依據這派的解釋，凡為事實上所能為者，所有人得為自己的利益，從法律所定，依物之性質而充分行使其權。不過羅馬法思想並非因此解釋所有權為無限制的權利的；牠認為有時為保持社會的安寧起見，也

是許以法令阻遏所有權的行使的，例如不准行使有害秩序和風化的所有權是。我們認為所有權之支配權的限制範圍，應該相當的廣泛。在行使所有權的時候，社會利益和個人利益倘起衝突，便應該限制所有人的所有權的行使。為保護社會的利益起見，立法方面對於所有權的本質方面的規定應該是如此的。

各國民法，關於所有權內容的解釋，因注重點之不同，而立法頗有差異，例如法意等國的民法，注重所有權的積極性和無限制性兩點而規定所有的定義如此：所有權是僅於法令所不禁止的限度內，無限制地利用並處分其物的權利。德奧等國民法於這種積極的作用之外，更加以排斥第三人拒絕其干涉的消極的作用，所以規定所有權如此：所有權者，以與法律又為第三人的權利不抵觸為限，任意處分其物，且拒絕他人之干涉的權利。我國民法是仿第二種立法例的，所以民法第七百六十五條上這樣地規定所有權方面的內容：所有人，於法令限制的範圍內，得自由使用收益處分其所有物並排除他人的干涉，現在把這項條文分析說明之：

（一）所有權是就物而存在的，並且「物」必須限於有體物，所以例如無體財產權的工業所有權是並非這裏所說的所有權。

(二)所有人於法令限制的範圍以內纔得自由，所以關於土地收用和其他軍事衛生等理由，法律得以命令限制所有權的作用的。

(三)所有人得以使用，收益及處分其所有物。使用是不毀損其物的質體，同時也不變更其物的性質，祇依其物的用法以供需用意思。收益是收取其天然的或法定的孳息。處分便是處置，解釋上應該專指物質的意義的處分而說。

(四)所有權是有永久的性質的。詳細地講，所有權是不能有存續期間的訂定，並且不因消滅時效而消滅的。

(五)所有人是可以排除他人的一切干涉的。排除他人的干涉，就是由自己支配，禁止他人侵犯的意思。所有權人倘使沒有此禁止作用的時候，結果便不能完成其支配權了。

(二)所有權之取得喪失及其變更

所有權的取得，可以分做兩種：一種是繼受的取得；一種是原始的取得。繼受的取得，是依其既存的所有權的作用所為的所有權取得的意思；原始的取得，是不依其既存所有權的作用所為的所有權取得的意思。繼受的取得，有本於繼承的，有本於包括遺贈的；這些毋庸去說明牠們。原始的

的取得，則有取得時效，先占，附合，混合，加工，遺失物的拾得，埋藏物的發見等。這些，法律上都有明文規定，現在簡單分述之。

取得所有權的時效就是在一定期間內，以「所有」之意思，和平地並且公然地占有他人所有物的事實的意思。占有人因了這種事實，法律便令其取得其物的所有權。先占是先行占得的意思。無主物屬於最先占有的一個人，那是歷來一般人所公認的原則。我國民法，仿照各國大多數立法例，就無主動產，許人先占取得。附合是屬於動產方面的一種取得。依據我國民法的規定，動產因附合，令其主物所有人取得其合成物的所有權；所附合的動產，不能分別其主從的時候，則歸各所有人所共有，其共有的應有部分，則依其附合當時的價值定之。混合則屬於各別所有人的動產，因混淆而不能辨識或不易辨識的意思。加工那是就他人的動產加以工作而成新物的意思；這新成之物，便叫做加工物。對於遺失物法律上的規定是如此的：遺失物，必須依法通知或為招領的揭示，若拾得後，六個月內無人認領時，便由拾得人取得其物之所有權。至於埋藏物的發見，各國立法例大都規定於一定的條件之下，令發見人取得其全部或一部的所有權。

所有權的喪失，就是所有權的消滅，換句話說，便是所有權完全失其存在的意思。所有權的喪

失，共有兩種原因：一是以所有人的意思爲必要的；一是不以所有人的意思爲必要的。以所有人的意思爲必要者，那是所有權的拋棄。所有權的拋棄，關於動產的，必須以拋棄的意思，拋棄其物之占有。不動產所有權的拋棄，則以有拋棄的意思表示爲已足，不必爲占有的喪失，並且無須登記的。不以所有人的意思爲必要的，則例如時效，附合混合等都是。因爲在這些情形中，一方生所有權的取得，那末他方便發生所有權的喪失了。

所有權的變更，那是說所有權的本質不生絲毫的影響，不過權利的存在狀況，發生變更的情形罷了。例如物權中的質權，抵押權典權等都是。在質權中，債權人可以在債務人的質物上，有占有其物的權利；在抵押權中，債權人在債務人的不動產上，得就其賣得價金，先於他債權人而受到清償；在典權中，典權人得因使用收益而直接占有所有者的不動產。

(三) 所有權與限制物權

所有權，就是一物上所存的總支配權。所謂物的支配，就是其物任便受吾的處置的意思。物的支配，可以分爲特定的支配和總支配二種。總支配的物權便是這裏所說的所有權。關於所有權，牠的本質，內容和取得喪失等上面已經詳爲敘說，所以此處不再另述，現在所要說的，便是物權的特

定的支配。特定支配，就是物在一定限制內，聽憑吾意所爲的意思；在於使用其物者有之，在於利用其物者有之，總之是種限制的物權。限制的物權，法律上所規定的，可以分爲：地上權；永佃權；地役權；典權；抵押權；質權和留置權等。現在把這幾種物權的性質，略爲敘說在後面：

（一）地上權 地上權是因爲在他人的土地上面有工作物建築物或是竹木，因而使用其土地的一種權利。地上權的取得也可以分爲原始的取得和繼受的取得兩種；前一種，例如因取得時效的取得；後一種例如因讓與或繼承的取得。關於地上權的存續期間，我國民法並未設有規定；但是解釋上可以分爲有期的和無期的兩種。地上權的效力是這樣的：地上權人得直接使用他人的土地，不過使用的目的是限於在其土地上有建築物，工作物或竹木的。地上權消滅的原因共有許多種：例如因存續期間的屆滿；土地的滅失；拋棄；撤銷；混同等。

（二）永佃權 永佃權是付給佃租於所有權人，而在他人的土地上耕作或牧畜的一種物權。永佃權的取得是與地上權的取得一樣的，不過地上權的偶然因法律的規定當然取得那種情形，在永佃權中是沒有的。永佃權的存續期間，按照我國民法的解釋是無期的。永佃權的效力，就是永佃權人可以直接使用他人的土地。關於永佃權的消滅的原因，可以適用地上權的消滅原因，不過

另外還有兩種原因是特別的：（一）永佃權人將其土地出租他人者，得爲撤佃的原因；（二）永佃權人積欠地租達二年以上的總額者，也可以爲撤佃的原因。

（三）地役權 地役權是指以他人的土地供給自己土地便宜之用的物權而言。地役權的取得有兩種：一因法律行爲的取得；二因取得時效的取得。地役權的效力是以他人的土地供給自己土地的便宜。例如甲地用水必須由乙地引來，那末甲地就有由乙地引水的權利。在甲地，就是需役地，乙地就是供役地。地役權的消滅原因也有許多種：如因時效，供役地的收用，土地的滅失拋棄，混同等都是的。

（四）典權 典權是指以支付典價占有他人的不動產而爲使用和收益的他物權而說的。典權的取得，可以歸爲兩種：一因法律行爲的取得；二因取得時效的取得。典權的存續期間，依民法上的規定，可以分爲三種：（一）典權的存續期間，須以三十年以內設定之；倘使約定逾三十年的，則縮短爲三十年。（二）典權的存續期間逾十五年的，可以附到期不贖，即作絕賣的條款。（三）典權未以設定行爲訂定期間者，倘使自出典後經過三十年，便不許回贖。至於典權的效力，那是典權人爲使用收益計，可以直接占有他人的不動產。典權的消滅原因也有許多種別，如回贖權的行使，標的物

的滅失，土地的收用拋棄等等。

(五)抵押權 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，可以就其賣得價金，先於他債權人受清償的一種物權。抵押權的取得，有由於法律的規定的，人們稱之爲法定抵押權；有由於當事人的意思的，人們稱之爲約定抵押權。抵押權的效力，可以分三方面論之：(一)抵押權人與抵押權設定人的關係。在這方面抵押權人與質權人是不同的。抵押權人不能占有標的物，其標的物的使用收益是依舊歸之於不動產所有人的。(二)抵押權人和他債權人的關係。在這方面，就於同一不動產設定數個抵押權的時候，各抵押權的次序是依登記的先後而定的。(三)抵押權人與第三取得人的關係。所謂抵押權對於第三取得人的效力者，就是其抵押權不能害及設定前他物權的效力，而也不受設定後所有權和他物權的影響的。抵押權的消滅是因標的物的滅失，收用，混同或拋棄而消滅。

(六)質權 質權可以分爲兩種：一是動產質權；一是權利質權。動產質權是說對於債務人或第三人移交而供擔保的動產，可以去占有牠，並且就其賣得價金，先於他債權人受清償的一種物權。權利質權那是說以可讓與的債權和其他權利爲標的的質權。

(七)留置權 留置權是受一定債權的清償爲止，扣留他人之物，並且於通知後不爲清償的時候，可以拍賣其物取償的物權也。留置權是他物權，我國民法規定以動產爲限。留置權的效力是留置權人有收取留置物所生的孳息的權利。

(四)土地權與平均地權

土地權就法律點方面而說就是土地所有權。土地所有權，除掉法令有限制的規定之外，在其行使有利益的範圍內，可以及於土地的上下。土地是地球表面的部分，可以分作三層觀察：一是土地的平面，二是地面以上的空間，三是地面以下的部分。倘使僅僅將地面以上的劃入所有權的範圍，那末他人在所有地下任意穿鑿的時候，所有權的行使，便不能安全了。

土地私有是現代承認財產私有制度下的一個原則。據我國土地法上的規定，除掉可通運的水道，公共需用的天然形成的湖澤，公共交通道路，礦泉地，瀑布地，公共需用的天然水源地，名勝古蹟等以外，土地是可以歸私人所有的。土地私有的結果，於是發生了坐享其成的大地主的惡現象。本來土地價值的增加，完全受社會進化的影響，而社會的進化是並非地主的力量。地主因爲在土地上有所有權的緣故，於是安然享有社會進化所促使土地增價的結果，這是不合社會經濟的原

理的。

因爲要免掉不平等的現象和大地主變成大資本家的關係，中山先生於是創立所謂平均地權說。實行平均地權的方法，是由國家去規定土地法，使用土地法和地價稅法，在一定的時期以後，私人的土地所有權，不得超過法定的限度。私人所有的土地，由地主估報價值於國家，國家便可以就價征稅；並且在必要的時候，得依所報的價格收買牠。

中山先生之所以主張平均地權，實在是根據下列的四種理由：（一）土地是自然存在的，所以應當歸社會所有。（二）地價的增加是由於社會進化的結果，所以土地不能私有。（三）土地不歸於社會，結果必定惹起社會革命。（四）平均土地可以免掉大資本家的產生。本來土地公有，實在是種精確不磨的論調。人類發生之前，土地已經自然存在；人類消滅以後，土地也長此留存的，可見土地確爲社會所有的，那末人們怎能可以攫爲私有呢？其次，世界上的地面，本是有限的，土地私有之後，所有者壟斷其租稅，攫取生產三分之一的利潤，而坐享其成，與工作者同享同等的利益，這是不平等的現象。

我們既經明瞭了中山先生主張平均地權的原理之後，進一步便要求實施的方法了。據中山

先生的意見，由國家規定土地法，使地主將土地價值報告國家，國家就其價值徵稅。地主因報告地價太高，納稅太多的緣故，報價必很公平。國家根據其地價，載在戶籍，所報之價，便當作規定之價，此後地價的增加，都爲公衆所有。把這種辦法，使現在的土地私有變作土地公有，真是很便利而公平的。

問題演習

- (一) 關於所有權本質的解釋，共有幾種學派？
- (二) 所有權的意義是怎樣的？
- (三) 所有權的內容若何？
- (四) 所有權的取得有幾種？
- (五) 原始取得共有幾種？
- (六) 所有權喪失的原因是什麼的？
- (七) 所有權的變更的狀態是怎樣的？
- (八) 所有權的性質怎樣？
- (九) 限制物權共分幾種？各種限制物權的性質如何？

- (十)土地權行使的範圍及於幾部？
- (十一)土地私有制的原則是怎樣的？
- (十二)土地私有制的弊害有幾種？
- (十三)中山先生的平均地權說，根據幾種理由？
- (十四)平均地權的實施方法是怎樣的？

第五章 婚姻父母子女與親屬

(一) 婚姻之社會的意義

我們現代人所認爲的婚姻是，一男一女以終生的共同生活爲目的的結合。牠是家庭組織的基礎，是發生一切親屬關係的淵源，尤其是社會生活中的一個最重要的方式。從生育後嗣的意義上講，婚姻又可說是繼續人類歷史的要件；不過人類歷史的繼續，並不是一定要有婚姻，因爲兩性有同居的行爲，便必然的有子女的產生，婚姻不過是社會中的一個制度，所以我們如果能夠知道婚姻的沿革，便可以明白它的社會的意義。

人類有性的本能，所以有兩性的結合。這兩性的結合，便是婚姻制度的開端。古代社會的聚族而居，當然是由於這兩性的繁殖作用。他們那種家庭的組織，有的說是以女子爲主，有的說是以男子爲主；但是有史以來，各種民族的組織，多以男系爲主。男女的共同生活，並不是如現代的根據雙方的同意，也不限於一男和一女。從男女結合的方法方面觀察，最初是掠奪婚；在防禦他族襲擊的

情形下，不得不使本族的份子增加，所以不獨是本族的女子不令嫁給他族，並且要掠奪族外的女子，去滿足生殖的需要。後來到了交通稍便，貿易萌芽，而家長權極大的時候，女子不過是一種私產，所以買賣婚盛行。所謂聘財也者，實在是女子的代價，或者男子在女家工作，以代買妻的身價，或是娶妻的家把本家的女子嫁給妻的家裏，以爲交換，這都脫不了交易的觀念。此外還有須經父母許可，把禮物作聘娶之具的聘娶婚。至於須由男女同意的合意婚，則爲近代的事情。

從婚姻形式上講，一夫多妻制，一妻多夫制，羣婚制，都曾經是某民族在某時代的習俗；不過在男性爲社會中心的情形下，一夫多妻制，是很容易的事實。至於選擇配偶的範圍，也由親屬內婚制，族內婚制，階級內婚制和種內婚制，漸變爲親屬外婚制，族外婚制，階級外婚制和種外婚制。這是文明進行，倫理觀念生物學觀念，平等觀念發達的結果。

婚姻制度之爲各種社會裏都有，的事實，正因爲它是社會生活的一個基本單位。進一步說，某種婚姻制度，也就是某時代社會的表徵。現代男女平等，一夫一妻的制度，便是維持社會生活的和諧所不可缺少的條件，法律對於這種制度，是儘量地加以保護；所以不但重婚者有罪，妨害婚姻的必須處以徒刑，便是關於夫婦共同生活的各種關係和請求離異的原因等，也都有詳細的規定。兩

性的共同生活，既經是社會中必然有的現象，那末婚姻制度便算是現代維持男女的關係的較好辦法；至於根據優生學的見解，而主張限制不健全人或近親的結婚，那不過是一種改良種族的意見罷了。

（二）訂婚結婚與離婚

訂婚是男女當事人間對於將來結婚的預約。婚約的有效，應該具備三個條件：（一）必須由當事人自己訂定；因為婚姻是當事人身分的行為，所以不許由旁人代訂；（二）男子必須滿十七歲，女子必須滿十六歲，纔能訂立有效的婚約；（三）訂立婚約的男女，如果是未成年人，那末應得法定代理人的同意。訂婚後的婚約足以發生拘束當事人的效力，所以不許當事人的一方任意去解除，但是民法上規定，在下面九種情形之下，是可以由一方面解除婚約的：（一）婚約訂定以後，再和他人訂婚或是結婚；（二）故意違背結婚的期約的；（三）生死不明已經滿一年的；（四）有重大不治之病的；（五）有花柳病或是其他惡疾的；（六）婚約訂定以後，成為殘廢的；（七）婚約訂定以後和人通姦的；（八）婚約訂定以後，受徒刑的宣告的；（九）有其他重大事由的。因了這些情形而解除婚約的時候，沒有過失的一方，可以向有過失的他方，請求賠償因解約而發生的損害。若是無故違反婚約，那

更可以向對方要求損害的賠償。

結婚成立的形式要件有二個：必須有公開的儀式和兩個以上的證人。同時還有七個應該具備的實質要件：（一）男女都要有適婚的年齡；男子必須滿十八歲，女子必須滿十六歲；（二）要由於當事人的合意，未成年人還須得到法定代理人的同意；（三）要不是直系血親和直系姻親或是旁系姻親在五等親以內而輩分不同的，如旁系血親在八親等以內而輩分不同的，或是在八等親以內而輩分相同的，不許結婚；可是，表兄姊妹不在此限；（四）監護人與受監護人，在監護關係存續的期間以內，非經過受監護人父母的同意，不得結婚；（五）有配偶的不得重婚；（六）因姦經判決離婚或受刑的宣告的，不得和相姦的結婚；（七）女子自婚姻關係消滅後六個月以內沒有分娩的，必須過了這個期限纔能結婚。

結婚成立後，在夫妻間發生的效力，可以分做身分上的效力，和財產上的效力兩種。例如親屬關係家屬關係的發生，妻應該以其本姓冠以夫姓，贅夫以其本姓冠以妻姓；夫妻互有同居的義務；妻以夫的住所為住所，贅夫以妻的住所為住所；夫妻對於日常家務互為代理人等，都是身分上的效力。至於夫妻財產的效力，有夫妻財產制的規定。夫妻財產制中，分法定制和約定制二種。法定制

是除掉妻的特有財產以外，夫妻聯合的財產，都是由夫一人管理，並且對於妻的原有財產有收益使用權。約定制又有三種：（一）在共同財產制中，夫妻特設一種共有的財產，由夫管理和處分，所以夫妻兩方也各有他獨有的財產；（二）在統一制中，夫妻的財產都移轉給夫，妻祇有請求返還的權利；（三）在分別財產制中，夫妻各自保有他們自己財產的所有權、管理權和使用收益權。上面所說的三種制度是任憑當事人選擇的。

離婚，是夫妻在生存中消滅他們的婚姻關係。夫妻的一方，有法定的原因的時候，他方可以訴請法院判決，解除他們的婚姻關係，這叫做審判上的離婚。離婚訴權發生的法定原因有十種：（一）重婚的。（二）和人通姦的。（三）一方受他方不堪同居的虐待的。（四）妻對於夫的直系尊親屬為虐待，或是受夫的直系尊親屬的虐待以致於不堪為共同生活的。（五）一方以惡意遺棄他方，在繼續狀態中的。（六）一方意圖殺害他方的。（七）有不治的惡疾的。（八）有重大不治的精神病的。（九）生死不明已過三年的。（十）被處三年以上的徒刑或因犯不名譽之罪被處徒刑的。除掉審判上離婚之外，夫妻雙方的同意，也可以解除離婚的關係，這便叫做兩願的離婚。兩願離婚的重要條件有三種：（一）當事人意思的表示，未成年人還要得到法定代理人的同意；（二）應該用書面；（三）應有二

人以上證人的簽名。

離婚以後，因婚姻而生的親屬，家屬及財產等關係，自然也因婚姻關係的消滅而消滅，夫妻都恢復未婚前的狀態；不過前夫或前妻的親屬仍舊受結婚的限制，同時父母子女的血統關係，也依然繼續存在。子女的監護，在原則上由夫去擔任，但是夫妻可以另有約定，法院也可以就子女的利益指定監護人。此外，夫妻的一方，因離婚的判決而受有損害的時候，可以向有過失的他方請求賠償。就是在兩方都無過失情形之下，因離婚而致生活困難的一方，也可以向他方請求贍養費。至於在過失的一方，那是不能有任何主張的。

(三) 父母子女之類別

父母子女關係的發生，在理論上應該完全由於自然的血統；但是也可由於法律上的擬制，所以父母子女有自然的和擬制的兩大類別。

基於血統而生父母子女關係的子女，因為出身時父母身分的關係，又可以分作婚生子女和非婚生子女兩種。凡由婚姻關係受胎而生的子女，叫做婚生子女，而不必一定要是在婚姻關係存續中出生的。法律推定從子女出生日回溯第一百八十一日起到第三百零二日止，是受胎的期間，

所以在結婚一百八十一日後，或離婚後三百零二日內出生的子女，都是婚生子女；不過受胎的期間，在事實上也許比較法律推定的期間要長些，所以能夠證明受胎回溯在出生前第三百零二日以前的，法律也承認這個期間是受胎期間。相反的，夫能證明在受胎期間內沒有和妻同居的，也可以否認的，不過應當在知悉子女出生之日起一年內，向法院提起訴訟，否則便當作默示的承認而不能主張異議了。

非婚生子女是沒有由婚姻關係，而受胎的子女。父母沒有結婚而生的子女，當然是非婚生子女，就是結婚後一百八十一日以前出生的子女或離婚三百零二日以後出生的子女，也都是非婚生子女；不過非婚生子女的父母，如果也結了婚，那末即使他們的子女在結婚以前出生，也當視為婚生子女。還有，非婚生子女，經生父認領的，也視為婚生子女。其經生父撫育的便視為認領，不過非婚生子女或他的生母，對於生父的認領，可以否認。如果生父既沒有撫育，又沒有認領，只要有下列情形之一的，非婚生子女的生母或其他法定代理人可以請求其生父認領：（一）受胎期間生父與生母有同居之事實的；（二）由生父所作之文書可證明其為生父的；（三）生母為生父強姦或略誘成姦的；（四）生母因生父濫用權勢成姦的；但是生母在受胎期間內曾經和他人通姦或為放蕩之

生活的，那便不能請求認領；即或有權請求認領的，也必須在子女出生後五年內爲之，過期便不能請求。還有，非婚生子女自己是並沒有請求認領之權的。

養子女和養父母關係的發生，便是由於法律的擬制，這種擬制的行爲，就叫收養。收養有五個要件：（一）收養者（即養父母）的年齡應長於被收養者（即養子女）二十歲以上；（二）有配偶者收養子女的時候，應與其配偶共同爲之；（三）有配偶者被收養的時候，應得其配偶的同意；（四）收養子女應以書面爲之，但自幼撫養爲子女者不在此限；（五）一人不得同時做兩個人的養子女，但這兩人是夫妻時，則不在此限。收養關係成立後，養父母與養子女之間發生與婚生子女同樣的關係，不過法律有特別的規定時，應該從其規定，例如養子女和婚生子女同爲第一順序的繼承人時，養子女的應繼分只是婚生子女的一半。此外，養子女還須從收養者的姓。

養父母和養子女的關係，可以由雙方的同意而終止，並且應以書面爲之。養父母或養子女的一方倘使有下列情形之一的，法院可以因他方的請求宣告終止其收養關係：（一）對於他方爲虐待或重大侮辱時；（二）惡意遺棄他方時；（三）養子女被處二年以上之徒刑時；（四）養子女有浪費財產之情事時；（五）養子女生死不明已逾三年時；（六）有其他重大事由時。收養關係消滅後，養子

女應恢復本姓，並恢復其與本生父母的關係。收養關係經判決而終止時，沒有過失的一方，因終止收養關係而生活困難的，可以請求他方給與相當的金額。

（四）父母子女間之權利義務

父母子女間之權利義務，是由身分的關係而發生的，法律上對這個有詳細的規定，現在分別說明如下。

（甲）對於子女身上的權利和義務 其中包括有六種：（一）父母對於未成年子女的保護和教養。保護的目的，是使子女得到身體上的發育；教養的目的，是使子女得到精神上的發達。這不僅是父母的權利，並且同時是父母的義務。子女成年後，自己可以獨立，爲父母的保護和教養的權義，在法律上那纔算終了。（二）懲戒子女的權利。父母在必要的範圍內，可以懲戒其子女。必要的意思，就是指達到保護和教養目的所生的必要，例如子女不遵親訓，放浪，懶惰時，父母便可以懲戒他們，以矯正他們的惡習慣。（三）從姓的義務。子女以從父的姓爲原則。贅夫的子女，則應從母的姓；但是另有約定的，從其約定。（四）同住的義務。未成年子女，應以父的住所爲住所；贅夫的子女，則以母的住所爲住所。就保護教養的意義上講，子女自然有和父母同住的必要；不過有時候，父母也可

以指定子女的住所。(五)子女訂婚結婚的同意權。未成年的子女訂婚或結婚時，父母如果係子女的法定代理人，那末應得父母的同意。(六)作監護人的義務。禁治產人的父母，有做他子女的監護人的義務。沒有正當理由，這樣義務是不能推辭的。

(乙)對於子女財產上的權利義務 其中包括的也有六種：(一)管理子女財產權。未成年的子女，因繼承或其他無償所取得的財產，算是子女的特有財產。父母對於這種財產，有管理的權利；在原則上，由父管理，父不能管理的時候，由母管理。(二)子女財產的用益權。父母管理子女的特有財產，同時也有使用收益權；所以父母不能要求管理的費用或報酬。(三)處分子女財產權。父母對於子女的財產，並不是可以任意處分的。假使不是爲的子女的利益，便不可以作處分的行爲。(四)法定代理權。父母是未成年子女的法定代理人，對子女財產上的一切法律行爲，均爲子女的代表。(五)扶養的義務。父母和子女的相互間，都有扶養的義務。(六)繼承權。父母子女的相互間，也有繼承權，不過繼承的順序不同：子女屬於第一順序，父母是第三順序繼承人。

父母對於未成年子女的權利和義務，在原則上由兩個人共同去行使或負擔，可是，法律有特別的規定的時候，便須從牠的規定。父母在行使對於子女的權利的時候，如果意思並不一致，則應

依父的意思行使。父母的一方，不能夠行使權利時，那便由他方行使；又父因受禁治產的宣告時，那就由母一人行使。至於父母不能共同負擔義務，則應當由有能力的負擔。

父母對於子女的權利，自然也須有相當的限制，倘使父母對其子女濫用他們權利的時候，對於子女的人格財產都有很大的影響，因此可以由其最近尊親屬或親屬合議糾正之。如糾正也沒有效果時，便可以請求法院宣告停止其權利的全部或一部。這都是保護子女利益的規定。

（五）親屬與親系親等

有了婚姻纔有家庭的組織，有了家庭的組織，纔有親屬關係的發生；所以親屬關係成立的原因，便是婚姻和血統。在吾國，過去根據宗法，以男系為主體的親屬範圍之中，有宗親、外親和妻親的分別。現行民法卻是以血統和婚姻為主。所謂親屬，就是指配偶、血親和姻親三種而說的。這算是很合乎自然的原則。至於家屬，牠的範圍又不相同，因為非親屬而以永久共同生活為目的同居一家的，也可以視為家屬。

配偶是指正式結過婚的男女，是血親和姻親關係發生的基礎；不過配偶的本身，並不隸屬於血親或姻親，因此也沒有親系的分別和親等的計算。血親是指同一血統的親屬。這是一種自然的

生理的關係，不是人力所可消滅的。姻親有三種：一是血親的配偶，例如伯叔的妻，姊妹的丈夫；二是配偶的血親，例如夫或妻的父母兄弟；三是配偶的血親的配偶，例如夫兄的妻，妻妹的夫。姻親的關係，可以因離婚，夫死，妻再婚，妻死，贅夫再婚而消滅；配偶死後，不再結婚的，則姻親的關係仍舊繼續存在。

親系是指世代相續的親屬的系統。關於血親的親系，有直系和旁系的分別。上溯自己所從出，和下溯自己所出的血親，叫做直系血親；父母祖父母都是上溯的直系血親；子女孫子孫女都是下溯的直系血親。與自己同一祖先分衍的親系，叫做旁系血親；例如自己的兄弟姊妹由自己的父母而分開的，伯叔和姑由祖父母而分開的，這些都是旁系血親。在親系中，因為統系的高下而有尊親屬，卑親屬，和同輩的分別。尊親屬，如父母父母的同輩和父母以上的血親；卑親屬如子女子女的同輩和子女以下的血親；同輩如兄弟姊妹都是。

親等是用來決定親系的遠近親疏的，但是在我國舊日，卻是以喪服的差異來分別親屬的親疏。現行法認喪服是禮制的問題，因此採用親等的辦法來認定親屬的遠近。關於血親等的計算，直系的血親從自己身上下數，以一世為一親等，如父母子女之間只有一世，是一親等。祖父母和孫子

女之間有二世，所以是二親等。旁系血親親等的計算，便要複雜些，從己身上數到同源的直系血親，再由同源的直系血親，下數到與自己計算親等的血親；把這總共的世數，爲其親等之數，如兄弟姊妹和自己同源的直系血親是父母，已有一世，再從父母數到兄弟姊妹又一世，總共二世，所以兄弟姊妹是二親等的旁系親。又如伯叔和自己同源的直系血親是祖父母，從自己數到祖父母有二世，再從祖父母數到伯叔有一世，總共有三世，所以伯叔是三親等的旁系親。

至於姻親的親系和親等計算方法共有三種：（一）血親的配偶，從其配偶的親系及親等，如兄弟姊妹的配偶是自己的二親等的旁系血親，所以兄弟姊妹的配偶是自己的二親等旁系姻親；（二）配偶的血親，從其配偶之親系及親等，如妻的祖父母是妻的二親等的直系血親，所以妻的祖父母是自己的二親等的直系姻親；（三）配偶的血親的配偶，從其與配偶的親系及親等，如夫兄的妻是夫的二親等的旁系血親，也就是自己的二親等的旁系姻親。

（六）扶養義務與親屬會議

親屬的範圍，本來沒有限制的；不過互相負有扶養義務的親屬，卻限於下列數種：（一）直系血親相互間；（二）夫妻的一方與他方的父母同居者，其相互間；（三）兄弟姊妹相互間；（四）家長家屬

相互間。受扶養的親屬，以不能維持生活，並且沒有謀生能力的爲限；不過直系血親尊親屬，即使有謀生的能力，只要是生活不能維持，依然可受扶養的。不過，因負扶養義務而不能維持自己生活的时候，可以免除這種義務。至於扶養的方法，應由當事人協議決定，在不能協議時，便由親屬會議決定。就是扶養的程度，也應當接受扶養親屬的需要，和負扶養義務親屬的經濟能力及身分來決定，並不是漫無標準的。

如負扶養義務的人數不止一個的時候，應依下列的順序定履行義務的人：（一）直系血親，卑親屬；（二）直系血親尊親屬；（三）家長；（四）兄弟姊妹；（五）家屬；（六）子婦女婿；（七）夫妻的父母。如果負扶養義務者同是直系尊親屬，或直系卑親屬時，以親等近的儘先履行。又負扶養義務者有數人，而他們都是同一個親等時，應各依其經濟能力，分擔義務。

受扶養權利的親屬有數人，而負擔義務親屬的經濟能力不足以扶養他們全體的時候，應依下列順序來決定受扶養的人：（一）直系血親尊親屬；（二）直系血親卑親屬；（三）家屬；（四）兄弟姊妹；（五）家長；（六）夫妻之父母；（七）子婦女婿。如受扶養者，同是直系尊親屬或直系卑親屬，以親等較近的先受扶養。還有，受扶養的親屬有數人而他們的親等同一時，應按照他們需要的狀況，酌爲

扶養。

親屬會議是保護無行為能力者，或一家的利益，依法律規定，所組織的親屬會議機關。在許多情形之下，法律有應開親屬會議的規定。在應開會議時，可以由當事人法定代理人或其他利害關係人召集。親屬會議的組織，應有會員五人；沒有三個會員以上之出席，不得開會。沒有出席會員過半數的同意，不得有任何決議。倘使會員對於所議的事件，與本身有利害關係的，不得加入決議。有權召集親屬會議的人，如果對於會議的議決，有不甘服的，可以在三個月內向法院提起不服之訴。

親屬會議的會員，應就未成年人禁治產人或被繼承人的下列親屬和順序定之：（一）直系血親尊親屬；（二）三親等內旁系血親尊親屬；（三）四親等內之同輩血親。在同一順序之中，以親等最近的最先；如親等相同，以父系的親屬為先；同系而親等相同的，以年長者為先。如是沒有上述的親或親屬不足五人的數目時，法院可以因有權召集親屬會議人的聲請，在其他的親屬中指定之。做親屬會議的會員，也是一種法定的義務，所以依法應為會員之人，沒有正當的理由是不得辭其職務的；但是監護人、未成年人及禁治產人則不得為親屬會議會員；因為監護人是未成年人和禁治產人的監護人。監護的行為多受親屬會議的指揮，自然不能同時做親屬會議的會員，以免職權相

混。至於未成年人或禁治產人，自己還缺乏行為能力，自然也不能夠做親屬會議的會員。

問題演習

- (一) 怎樣叫做婚姻？
- (二) 歷來婚姻制度的情形是怎樣的？
- (三) 婚姻從形式上講，可以分為幾種？
- (四) 近代婚姻的社會意義是怎樣的？
- (五) 訂婚的要件有幾種？
- (六) 結婚成立的形式要件有幾種？
- (七) 結婚的效力如何？
- (八) 可以離婚的理由共有幾種？
- (九) 離婚後的效力如何？
- (十) 父母子女的關係是怎樣發生的？
- (十一) 基於血統而生父母子女關係的子女可以分做幾種？
- (十二) 怎樣是非婚生子女？
- (十三) 收養行為的內容是怎樣的？

(十四) 父母對於子女身上（或財產上）的權利義務共有幾種？

(十五) 父母對於子女的權利義務的負擔，我國民法是怎樣規定的？

(十六) 父母對於子女的權利受有限制否？

(十七) 親屬關係成立的原因是怎樣？

(十八) 親屬分幾種？

(十九) 怎樣去計算親等？

(二十) 互相負有扶養義務的親屬共有幾種？

(二十一) 負扶養義務之人有數人時，應按何種順序定其履行義務之人？

(二十二) 受扶養權利之人有數人時，應按何種順序以決定受扶養的人？

(二十三) 親屬會議的組織是怎樣的？

第六章 法定繼承與遺囑遺贈

(一) 繼承之限定承認及拋棄

繼承因被繼承人的死亡而開始，繼承人從這一天起，便算是承受了死者財產上的權利和義務。這種無條件繼承的結果，便是遺產和繼承人的財產合而爲一；所以繼承人有無限制的擔任遺產債務的責任，不過，同時法律也承認繼承人可以限定的繼承或完全拋棄其繼承權。所謂限定承認，就是繼承人聲明僅以因繼承所得的財產去清償被繼承人的債務和遺贈而爲承認的表示，換句話說，繼承人爲限定的承認後，倘使遺產不夠清償被繼承人的債務時，也只依遺產的範圍去償還遺產債權人和受遺贈人對於繼承人固有的財產，沒有受清償的權利。至於繼承的拋棄，就是繼承人捨棄他整個的繼承權的意思，所以繼承人在爲拋棄的表示以後，既不負擔被繼承人的任何債務，也再不能以繼承人的資格主張遺產中的任何權利。

繼承人欲爲限定的承認，必須於繼承開始三個月內，開具遺產清冊呈報法院，若過了這個期

限，便不能主張這種利益；但是法院因繼承人的聲請，而認為必要時，也可以將在三月內造遺產清冊的期限延長。如果繼承人有數人，只要其中有一人為限定的繼承時，其他繼承人也視為同為限定的繼承。此外，繼承人中有下列情事之一的，不得主張限定繼承的利益：（一）隱匿遺產；（二）在遺產清冊為虛偽的記載；（三）意圖詐害被繼承人之債權人之權利而為遺產的處分。

繼承人為限定繼承之時，既經是以被繼承人的財產償還被繼承人的債務，那末，自然應使此等債權人得到公平的清償，所以法院在接到繼承人的呈報後，須依法為公示催告，令債權人在一定的期限內報明其權利。這個期限，至少要三個月，在這報明債權的期間內，繼承人不得對於被繼承人的任何債權人清償債務。至於遺贈的交付，須在依照上述程序償還債務以後，那自然是不待言的了。

繼承人如果要拋棄他的繼承權，應在知悉其得繼承之時二個月內，以書面向法院親屬會議或其他繼承人表示他的意思。過了這個期限，便算承認繼承。繼承人拋棄繼承權的效力，溯及於繼承開始時，所以次位的繼承人為繼承的時候，不是承繼拋棄繼承權人的權利義務，而是直接的承繼被繼承人。

法定繼承人中，有拋棄繼承權的，他的繼承分應當歸屬於其他同一順序的繼承人。如同同一順序的繼承人都拋棄他們的繼承權時，自然是屬於次一順序的繼承人；但準用關於無人承認繼承的規定，由遺產管理人處理一切。沒有人繼承的遺產，在清償債務和交付遺贈後，如有賸餘，應該歸屬於國庫。

（二）遺囑之類別與要件

人在生存的時候，常常預計死亡後怎樣去處置自己的遺產或其他事務；依了法定方式，表示這種意思，使其在自己死後發生效力，這種單獨的行為，便叫做遺囑。所以遺囑的內容，或者是遺贈自己的遺產於他人，或者是委托他人辦理某種事務，均無不可。爲了要明白立遺囑人真確的意思，遺囑必須依法定的方式作成，以免有錯誤或詐欺的弊病。遺囑既是立遺囑人自己意思的表示，而遺囑的效力應發生於死亡後，那末立遺囑人在遺囑沒有發生效力以前，自然可以自由撤銷或更改。

遺囑的作成，法律規定有五種方式，任憑採用，如果不合於這五種方式的遺囑，便不發生效力，現在分別說明其種類及要件在下面：

(一)自書遺囑 自書遺囑是親書的遺囑，牠的要件有四種：(一)遺囑人應當自書遺囑全文，即使有少數文句是他人所寫的，這遺囑全體便屬無效；(二)須記明年月日。因為這可以知道遺囑人作遺囑時，有無遺囑能力，並且在有兩個遺囑的時候，可以決定那一個是最後的；(三)必須親目簽名；(四)倘使有增減塗改，應在遺囑內另外注明，增減塗改的處所字數，另行簽名。

(二)公證遺囑 公證遺囑是公證人前作的遺囑，牠的要件也有四種：(一)應該指定二個以上的公證人；(二)遺囑人親自口授遺囑的意旨於公證人，在沒有公證人的地方，由法院書記官行之，僑民在外國，由駐在地的中國領事行之；(三)公證人筆記遺囑人的口述後，應當宣讀及講解；(四)遺囑人認可公證人的筆記後，由公證人記明年月日，再由遺囑人公證人，見證人同行簽名。遺囑人不能簽名的，可以指印代替，但應由公證人記明其事由。

(三)密封遺囑 密封遺囑是依密封而為的遺囑，要件有四：(一)遺囑人應在遺囑上簽名，遺囑全文則不一定要自己書寫；(二)遺囑人應將其遺囑密封，並在封縫處簽名；(三)在指定的二人以上的見證人前，向公證人提出陳述這是自己的遺囑，如果遺囑不是自己寫的，還須陳述說明繕寫人的姓名住所；(四)公證人應於遺囑的封面記明遺囑提出的年月日及遺囑人的陳述，並須和

遺囑人，見證人同行簽名。

(四)代筆遺囑 代筆遺囑是倩他人代寫的遺囑，要件有四：(一)三人以上的見證人；(二)遺囑人口述的遺囑，由見證人中的一人筆記；(三)見證人在筆記完畢後，應該將其宣讀講解；(四)遺囑人認可筆記後，由代筆的見證人記明年月日和代筆人的姓名，再由遺囑人和見證人同行簽名。

(五)口授遺囑 因生命危急或有其他特殊情形而不能使其他方式為遺囑時，遺囑人纔可以為口授遺囑；其作成要件，也有四種：(一)應指定二人以上的見證人；(二)應由遺囑人口授遺囑意旨；(三)筆記遺囑的應是見證人中的一個；(四)應記明年月日由見證人同行簽名，口授遺囑，應由見證人中的一人或利害關係人在遺囑人死亡後三月內，提出於親屬會議，請求認定，如果有異議，可以聲請法庭判定。

(三)遺囑之無效與撤銷

遺囑是一種要式的法律行為，所以不合於以前所述的五種方式的遺囑，便是無效；但為一切法律行為，必須要有行為能力。沒有行為能力的人，自然不得為有效的遺囑；不過為普通法律行為，無行為能力人得由法定代理人為之，至於遺囑，則必須是本人的意思，所以便不適用代理制度。關

於限制行為能力的人，即使是未滿七歲的未成年人也是不適用代理制度的，所以無須經過法定代理人的允許得為遺囑；同時，未滿十六歲的未成年人也不得為遺囑。因此自由為遺囑的人，須滿十六歲到二十歲。此外，遺囑是以死後發生效力為目的，所以遺囑人生存的時候，遺囑並不發生效力；遺囑人並且可以隨時依遺囑的方式撤銷牠的全部或一部。這是指遺囑生效的時期而言，遺囑的實質效力並不一定全部發生，如遺囑所定的遺贈附有停止條件的，必須要自這條條件成就的時候，纔發生效力。

遺囑的撤銷是遺囑人收回他所為的有效遺囑的意思。遺囑是遺囑人的意思表示，他為遺囑表示與否是他們自由。已為的遺囑使其不發生效力，自然也屬於遺囑人的自由，所以遺囑的撤銷，不過是遺囑人取消尚未生效的自己的意思的行為。這和遺囑的無效自然是迥不相同；遺囑的無效是因遺囑不依法定方式，欠缺成立要件，及具有法律上一定無效的原因的。

遺囑的撤銷可以分為二種，就是明示的撤銷與法律推定的撤銷。現在分別說明如下：（一）明示的撤銷，就是遺囑人明白地表示撤銷。法律規定遺囑人得隨時依遺囑的方式，撤銷遺囑的全部或一部，所謂依遺囑的方式，不必限於與被撤銷的遺囑同一方式，只要是法定的方式便可。遺囑固

可撤銷遺囑的全部，但是也可以撤銷其內容的一部，所以這遺囑中的沒有撤銷的部分，將來依然發生效力。

(二) 法律推定的撤銷，就是在特定情形之下，法律推定其為撤銷的意思。這類的情形有三種：第一是前後遺囑相抵觸的情形。在這種情形之下，法律推定其抵觸的部分，前遺囑視為撤銷，因為前後遺囑既有抵觸，自然應以後的遺囑為準。有一部分抵觸時，前遺囑中關於該部分的，便算撤銷。全部抵觸時，前的遺囑自然要算是全部撤銷了。第二是遺囑人的行為與遺囑相抵觸的情形。遺囑人為遺囑後的行為，如果有如遺囑相抵觸的，這抵觸部分的遺囑，視為撤銷。如遺囑人曾在遺囑內以田地贈甲，死亡前，又出賣與丙，這種甲的遺囑，便算是撤銷。第三是遺囑人故意破毀塗銷或廢棄遺囑的情形。在這種情形之下，遺囑也視為撤銷。如遺囑人在遺囑上記明廢棄的意思表示很顯明的時候，遺囑當然視為撤銷。

(四) 遺贈之成立及效力

遺囑的內容，大部分是關於遺贈的規定。遺贈是遺囑人無償地贈與他自己死後的財產於他人的行為，必須依遺囑去做，方能準確地表示遺囑人的意思，所以遺贈的成立，以遺囑的成立為先。

決條件。遺贈的種類，可以分爲兩種：一爲包括的遺贈，就是遺囑人以他的財產的全部或全部的幾分之幾，遺贈與他人的意思。二爲特定的遺贈，就是遺贈人指定某種財產遺與他人的意思。遺贈雖是一種無償行爲，但是也可以有附有義務的遺贈；不過受遺贈人所應爲的給付，卻不是遺贈的對價；並且，受遺贈人也祇在他所受利益的範圍內，負履行的責任。此外，在遺囑人，因爲遺贈物滅失毀損變造或喪失物的占有而對於他人取得權利的時候，法律推定以其權利爲遺贈；換句話說，受遺人便可以對這第三人行使權利。這種權利，在遺囑成立的時候，雖不是遺贈的標的，但是係遺贈標的所換取的權利，所以在遺贈標的物不能給付的時候，就推定遺囑人的意思是欲以換取的權利爲給付。還有，遺囑人因遺贈物與他物附合或混合而對於所附合或混合之物取得權利時，也就推定以這權利爲遺贈的標的物。

遺贈的效力也和遺囑的效力一樣，自遺贈人死亡的時候，便發生效力，在遺贈人死亡以前，自然也可以由他自己撤銷。但是附有停止條件的遺贈，則必須在條件成立的時候，纔發生效力；若是條件在遺囑人死亡前成就，那就算是無條件的了。

遺贈在下列情形之下，便算無效：（一）受遺贈人在遺囑發生效力前死亡的時候，這項遺贈便

算無效；(二)受遺人有喪失繼承權的情形時，便喪失了受遺贈的資格，其結果遺贈也是無效；(三)遺囑人把一定的財產爲遺贈，而其財產在繼承開始的時候，有一部分不屬於遺產的，這一部分遺贈爲無效；倘使全部都不屬於遺產，則全部遺贈都是無效，因爲誰都不能處分不屬於自己的東西；不但遺囑另有意思表示的，便應從其意思。例如遺囑以某物遺贈於甲，倘使將來不能給付某物的時候，便須給付和某物相當的代價，所以某物雖是不屬於遺產，但是這遺贈依然有效；(四)不依法定遺囑方式的遺囑所爲的遺贈，當然無效；(五)違反特留分規定的遺贈，這違反的部分便是無效；所以應得特留分的人，倘使眼見他的特留分，因遺囑而有不足的時候，可以從遺贈中扣減這不足的數額；(六)無遺囑能力人所爲的遺贈中的遺贈。無遺囑能力的人所作遺囑無效，所以其遺贈中的遺贈也當然無效。

此外，遺贈是受遺人的權利，受遺人自然可以自由拋棄。在遺贈拋棄或無效時，這遺贈的財產便屬於遺產。

(五)法定繼承人與特留分

繼承是指包括的承受死者財產上的權利和義務；這種財產，叫做遺產。承受遺產的人叫做繼

承人，而遺留財產的死者叫做被繼承人。法律規定有繼承權的人，只限於很近的親屬。這種法定繼承人繼承的順序，除掉配偶外，第（一）是直系血親卑親屬；第（二）是父母；第（三）是兄弟姊妹；第（四）是祖父母。所以被繼承人一經死亡之後，儘先由第一順序的繼承人繼承。要有缺乏第一順序繼承人的時候，纔由第二順序繼承人繼承，第三順序，第四順序也是照此類推。至於配偶，則無論在第幾順序繼承人繼承的時候，概有繼承權。

同是直系血親卑親屬，以親等近的爲先。如果同親等的直系血親卑親屬，在繼承開始前死亡，或喪失繼承權的時候，更應當由他自己的直系血親卑親屬代位繼承，承受他應得的部分。至於法定繼承人的應繼分，同一順序的繼承人有數個人時，在原則上是平均繼承；但養子女如和婚生子女同時繼承時，其應繼分只是婚生子女二分之一。配偶的應繼分，更因情形而不同：配偶和第一順序繼承人同爲繼承時，其應繼分與他繼承人平均；和第二或第三順序繼承人同爲繼承時，其應繼分爲遺產二分之一；和第四順序繼承人同爲繼承時，其應繼分爲遺產三分之二；如果沒有第一到第四順序的繼承人時，其應繼分是遺產全部。

法律雖然規定這些親屬有繼承權，但是在下列情形之下，繼承權便算喪失了：（一）故意致被

繼承人或應繼承人於死，或雖未致死，因而受刑的宣告的；（二）以詐欺或脅迫使被繼承人爲關於繼承的遺囑，或使其撤銷的；（三）以詐欺或脅迫妨害被繼承人爲關於繼承的遺囑，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的遺囑者；（五）對於被繼承人有重大的虐待或是侮辱情事，經被繼承人表示其不得繼承的；不過，縱有第二到第四的情形，如經被繼承人宥恕的，其繼承權便不喪失。

法律准許被繼承人有以遺囑無償的處分遺產的權，同時爲繼承人保留一部分財產，不能因遺贈而有減損。這一部分遺產，就叫做特留分。各順序繼承人的特留分，並不相同：直系血親卑親屬的特留分，爲其應繼分二分之一；父母的特留分，爲其應繼分二分之一；配偶的特留分，爲其應繼分二分之一；兄弟姊妹的特留分，爲其應繼分三分之一；祖父母之特留分，爲其應繼分三分之一。

爲維持特留分的準確，在被繼承人所爲的遺贈致不足特留分的數目時，可以按照這不足的數目，由遺贈財產中扣減。如果受遺贈人有數個人，便應照他們取得遺贈的價額，比例扣減。此外，無直系血親卑親屬的，得以遺囑就他財產的全部或一部，指定繼承人，不過，這也不能違反關於特留分的規定的。

問題演習

- (一) 繼承共分幾種？
- (二) 繼承人爲限定的繼承的承諾，其手續是怎樣的？
- (三) 繼承人拋棄繼承權的手續是怎樣的？
- (四) 被拋棄繼承分應該如何分配？
- (五) 怎樣是叫做遺囑？
- (六) 遺囑共分幾種？各種遺囑的內容和要件是怎樣的？
- (七) 遺囑的無效是怎樣的？
- (八) 何謂遺囑的撤銷？共有幾種？
- (九) 明示的撤銷與法律推定的撤銷之意義若何？
- (十) 遺贈的種類有幾種？
- (十一) 遺贈的成立在何時？
- (十二) 遺贈的效力發生在何時？
- (十三) 遺贈在怎樣的情形之下，便算無效？
- (十四) 怎樣叫做繼承？

(十五) 法定繼承人的繼承順序是怎樣的？

(十六) 繼承權喪失的情形共有幾種？

(十七) 怎樣叫做特留分？

(十八) 特留分是怎樣分配的？

第七章 各種犯罪制裁與監獄

(一) 危害國家法益之犯罪及其制裁

凡是危害國本，妨害國交，以及妨礙政務和司法等行爲，都叫做危害國家法益的犯罪，因爲這些行爲都直接侵害國家的法益，國家爲保持己身存在起見，自然不能夠不制定法律，而對這些行爲加以嚴厲的制裁。

所說危害國本，就是危害了立國的大本，換句話說，就是侵害國家存在的基本條件。依政治學的普通原理解釋，國家存在的基本條件是人民；主權；土地三種。沒有人民，不能夠成國家；沒有土地，沒有主權，國家對內便缺乏統制人民的能力，對外就失去了維持獨立的憑依。結果，國家勢必破滅。所以凡是一切以土地或主權做犯罪的客體，而足以紊亂，或損害國家內部的存在的行爲，或是足以破壞國家外部的獨立的行爲，都不能不用刑罰去制裁。在刑法方面的規定，因爲犯罪的性質的不同，而有內亂罪、外患罪、和洩漏祕密罪三種，前面兩種是危害國家的存在，後面一種所說的祕密，

那是指國家軍事上或是政治上的重要機密，與國家的存在有密切的關係，所以不能不認為是危害國本的行爲。

刑法上所說的妨害國交罪，是以保障國際間的友誼爲目的所規定犯罪行爲，因爲近代世界交通頻繁，國際關係極密，私人的舉動往往足以引起國際間的交涉，甚至於危及國家的本身，所以要想保持國家的安寧和繁榮，對國際間必須本親善的主旨，和各國維持善良的關係。刑法爲避免國際友誼因私人舉動而破裂起見，於是有妨害國交罪等章的規定。本罪的種類，因犯罪客體的不同，可以分爲侵害友邦元首及代表之罪，侵害外國國家之罪，和違背中立命令之罪三種。在第一種犯罪的情節本來是和侵害個人法益罪相同的，不過爲尊重彼侵害者的身分和表示國際間友誼起見，所以特別設立幾種條文規定爲妨害國交罪，殺害傷害友邦元首或代表之罪，強暴脅迫罪，妨害自由名譽罪及侮辱罪等。第二種是在向外國表示友善的主旨，所以有私與外國戰鬪罪及侮辱外國國章罪二種。至於第三種情節的所以構成犯罪，是因政府既然有了中立的命令，人民便有服從的義務，不然的話，在形式上說是違反了命令，在實質上說，則往往增加國際間的糾紛。

國家執行行政務，是國家權力的行使。倘使有加以妨害的，自然是直接侵害國家的法益，而構成

妨害政務罪。妨害政務罪的内容，可以分爲下列幾種：（一）妨害公務罪，本罪在學說上有廣狹兩種，前一種是包括一切妨害公務，侵害公文書印信和侮辱公務員等的犯罪行爲，後一種那是祇指對公務員在他執行職務時，加以強暴脅迫的犯行而說的。現在刑法採廣義說，因爲不是這樣，就難保公務進行的順利。（二）妨害秩序罪，社會秩序的維持，爲內政之一大端，所以刑法有特設專章的必要。這裏所說的妨害秩序罪，自然是指直接有害秩序的犯行而說的。因爲無論那種犯罪，廣義說來，都是妨害秩序，所以間接的妨害秩序的其他一切的犯行，都不在本罪範圍之內。（三）妨害選舉罪，現代立憲國家，要想求政務的清明，都注重選舉的確實純潔和安全，而使人民發生信仰國家機關的觀念，所以刑法有妨害選舉安全罪，妨害選舉純潔罪，和妨害選舉確實罪的規定。（四）瀆職罪，本罪的所以設立，是在整飭仕途，維持國家威信，保障政務的進行。其中包括的，有賄賂罪和瀆職罪兩種。

司法是執行國家法令的機關。人民的生命自由財產，名譽的是否安全，完全看司法執行是否確實公平。對於維護司法執行的確實，現行刑法規定有偽證誣告，藏匿犯人，湮滅證據及脫逃等等的妨害司法罪。

上面所說的各種犯罪，雖然都是危害國家法益的犯罪，但是牠們的情節則有輕重的不同，因此制裁方面，也有差異。譬如危害國本和國交罪，牠影響所及，大則有亡國之患，小則也可以損傷國家的原氣，國家爲鎮壓這些行爲起見，制裁自然不能不特別加嚴。所以無論陰謀，預備，未遂，既遂，都加以處罰。至於妨害政務罪和司法罪，影響比較地輕微，所以牠的制裁，也祇限於既遂和未遂二種情形。

（二）危害公共法益之罪及其制裁

同一個法益，有時候專屬於特定的個人，有時候卻是社會上不特定人數所公有的。凡是侵害公共法益的行爲，都叫做危害公共法益之罪。從我國現行法說，所謂危害公共法益之罪有：公共危險罪；妨害社會交易上之信用罪；妨害社會善良風俗罪；妨害社會健全罪；妨害農工商罪五種。現在分別去加以述說。

（一）公共危險罪 本罪以制裁關於公衆的危險爲目的，牠的客體便是公衆的危險，凡是犯罪行爲的危險，有關公衆的，都構成本罪。譬如放火，決水，妨害水利，飲料，衛生，交通，和危險物的製造，或持有等這些行爲，有時候雖是和侵害個人的法益一樣，但是足以使公衆受到危險，所以現行刑

法在公共危險罪中，分設放火罪，決水罪，妨害救災罪，危害交通罪，妨害衛生罪，危險物罪等。至於制裁輕重的規定方法，各國的刑法規定有不同。有的採用抽象危險制的，有的採用具體危險制的。抽象危險制就是由法律預定某種行為為有害於公眾的危險，祇要有該種行為發生時，便認為犯罪成立，不問實際上有無危險都加以制裁的。具體危險制，就是非實際上有危險發生，不能加以制裁。在這兩種制度之外，有些國家有採用折衷制的。折衷制將上述兩種制度混合採用，我國刑法就是採取這一個制度的。

(二)妨害社會交易上之信用罪 所謂信用，本來有廣狹兩義。廣義是指他人信認其能守約，因而取得經濟上和非經濟上的地位的價值而說的；狹義則專指關於經濟方面的價值。這裏的信用罪，既是關於社會交易上的，那末自然是指後者而說的。國家的所以保障交易上的信用，因為信用是社會交易的基礎，孟子說：民無信不立，何況社會上的交易，所以凡是以陷社會交易於紊亂狀態的行為，刑法都加以嚴厲的制裁。本罪的內容，則有偽造貨幣罪，偽造文書印文罪和偽造度量衡罪。

(三)妨害善良風俗罪 善良風俗，是社會上相沿的善良習慣。善良習慣，本為法律形成的間

接淵源，有無形的強制力，倘使有違背這種習慣的行爲，即使不受法律的制裁，也必定受社會輿論和道德觀念的制裁。可是，對一切不善良的風俗，一一加以法律的制裁，也是事實上所不能夠的，所以刑法祇能擇有巨大影響於社會制度的風俗，把法律強制人類遵守，其餘的則讓社會的制裁。現在我們刑法所規定妨害善良風俗的行爲有七種罪名，就是和姦罪，和誘罪，引誘罪，猥褻罪，重婚罪，褻瀆祀典罪和侵害墳墓屍體罪。

(四)妨害社會健全罪 社會是個人的集合體，個人的一舉一動，都足以影響到社會，所以有些行爲，形式上雖是無損於他人，然而有損自己本身，有損自己本身，便足以妨害社會的健全。刑法爲保護整個社會健全起見，所以加以制裁。現在刑法就本罪分鴉片罪及賭博罪兩種，因爲這兩種行爲的結果，都是足以減損社會的繁榮的。

(五)妨害農工商罪 社會經濟的繁榮是賴農工商的發達。社會求農工商的發達，不但應當時時策勵，同時並須處處維護，所以刑法有妨害農工商罪，實在是維護社會經濟繁榮的必要的規定。本罪在現行刑法中包含妨害販運罪和妨害商標商號罪。

本章各罪，情節比較妨害國家法益罪略輕，所以除掉放火決水等罪處罰預備行爲以外，各種

犯罪的制裁，都祇限於着手實行以後，而且還有些罪，連未遂都不加以制裁的，譬如製造販賣妨害衛生物品就是一個例子。

(三) 侵害個人法益之罪及其制裁

法律所保護的個人利益，有五種，就是個人的生命，身體，自由，名譽和財產。保護的方法，在刑法上，那是對於加侵害者處以刑罰：重的可以處犯刑，輕的也可以科以罰金，使個人的利益，不致於受到損害，社會的安寧，得到完全的保障。這便是刑法處罰侵害個人法益罪的本意。

個人的利益，以生命為最重，所以刑法上在處罰侵害個人法益罪中，也首先規定對於生命的犯罪。所謂生命，是指胎兒和人的生命而說的。「胎兒」就是自受孕至出生後為止的胎體。「人」就是自出生以後，至死亡前的人體。凡是有侵害胎體和人體的生機的行爲，都叫做對於生命之罪；不過我們還可以依這侵害行爲的輕重程度，對於生命之罪區分為殺害生命罪，和危害生命罪兩種。殺害生命就是故意殺害人或是胎兒的生命。至於危害生命的行爲，本來是有殺害生命的可能，不過尚未到殺害的程度罷了。現行法對於這兩種行爲的制裁的輕重，除依預備，陰謀，未遂或既遂故意或過失等階級或狀態分別規定之外，還依被害者的身分而有不同的制裁。譬如殺害一般

人，刑法規定爲死刑無期徒刑或十年以上的有期徒刑；若是被殺害人是直系尊親屬的話，就非處以死刑不可，所以學者們稱前一種爲一般的對生命之罪，稱後一種爲特重的對生命之罪。

其次，爲侵害身體法益之罪。在刑法上，所謂身體，是以人的身體爲限，其他例如胎體和屍體都不包括在內；所以本罪的客體，是包括人身上的一切部分：例如在身體的外部，有皮膚、骨肉等；在身體的內部，有臟腑、心、肝、腸、胃等；在機能方面，有語能、聽能、視能、陰陽以及全身各種機能等；在面部有容貌的完整和體力上有所謂健康等。總括說來，凡是對上面所說的部分，加以侵害的行爲，都構成傷害身體罪，不過須注意的是，傷害身體罪的成立，必須發生結果，沒有結果的行爲不論罪，所以學者間又稱傷害罪爲結果罪。至於本罪的制裁，現刑法依結果輕重的不同而有所謂重傷罪和一般傷害罪兩種。

其三，爲妨害自由法益之罪。個人自由，是天賦人權之一，凡受侵害的人，法律自然不能不加以保護，刑法根據了這種意旨，所以有妨害自由罪的規定。此罪客體，不用說是個人的自由，不過分析說來，則有妨害身體上自由的罪和妨害個人安全之罪兩種。在前一種，又可以分做使人奴隸罪，使人出民國領域罪、略誘、略婦女罪和私禁罪四種。在後一種，也可以分做強制罪、恐嚇罪、妨害居住罪

和搜索身體罪四種。上面各種犯罪的性質，雖然有些不同，但是刑法加以制裁的理由和保護的目的，則都不外是個人的自由，所以都叫做妨害自由罪。

其四，爲妨害名譽罪。所謂名譽，是指個人在社會上的人格和因此取得的相當地位的價值而言。因爲無論誰，不問他的政治地位的高低，經濟地位的參錯，智識上的不同，都有他的人格和相當的地位，所以刑法有妨害名譽罪的規定。至於本罪的內容，原來有廣狹兩種，從狹義方面說，是墮落他人的人格；從廣義方面說，不特墮落他人的人格，是妨害名譽罪，就是損害他人的信用，也在其內。我國現行刑法是採廣義的制度，所以一方面處罰墮落人格罪，他方面又給損害信用行爲以類似的制裁；同時在墮落人格罪中又分爲侮辱和誹謗罪兩種。

最後是侵害財產法益的罪。它與上面幾個罪不同的地方，便是：上面各種犯罪都係直接對於保有此等法益之本人犯之，而侵害財產罪，乃是直接侵害財產上的利益，法益的保有者，不過處於間接被侵害的地位；所以侵害生命身體自由名譽等罪在原則上祇能對自然人犯之，侵害財產的罪，則無論自然人或者法人都得做其被害的主體。至於本罪的內容，則因被害物體和犯罪方面的不同，而有竊盜罪強盜罪搶奪罪恐嚇取財罪詐欺取財罪乘機取財罪背信圖利罪侵占罪毀棄損

壞罪和贓物罪等不同的罪名。

(四) 犯罪制裁之執行與監獄

依據判決，對特定犯罪人執行所宣告的刑罰，叫做制裁的執行。刑罰有主刑和從刑的不同：在主刑，有死刑，自由刑，和罰金三種；在從刑，有褫奪公權和沒收兩種：所以執行的方法也因此不同。

死刑的執行，在刑罰威嚇主義盛行時代，有的用磔殺，有的用焚殺，有的用車裂，有的用釜烹，有的用凌遲，殘忍慘酷，有背人道。到了近代，個人主義和基督教的博愛精神勃興於各國，於是一般學者主張天賦人權，對於殘忍的執行方法，加以攻擊。上面各種的殘忍制度自然也次第廢止。最近學者更唱感化主義，刑罰上死刑實用的範圍，更見縮小。就是執行，目的也無非是斷絕犯人的生命，使他永遠隔離社會，所以執行務求迅速，不需要被執行的人受無益的痛苦，不使屍體呈現無謂的慘狀。現在各國的執行方法，不外是斬首，槍斃，絞首，電氣殺四種。我國採用絞首的方法，行刑場則設在監獄內，行刑的時期則在司法部覆准文到後三日之內，由檢察官，書記官在場執行之。

自由刑在監獄內執行，牠的方法則因監獄的制度而有不同。現在各國，有的用雜居拘禁制；有的用分房拘禁制；也有的用階級拘禁制。我國現行法，在原則上適用分房制，但因精神身體認為分

房監禁不適當者，則可改為雜居。

監獄的內容有種種的不同。從刑罰的性質說，有徒刑監和拘役監。從犯罪人的性別說，有男監和女監。從年齡上說，有成年監和未成年監。從健康上說，有普通監和病監。這些無非是依據犯罪的不同，而加以分別的：因為十八世紀以來，自由刑的主旨，已非昔比。從前對犯罪人是報復，只要嚴格地錮禁着，其他的事，自然可以不管。現在可就不同，自由刑是以感化犯罪人的惡性為主旨。所以執行自由刑的監獄，就不像以前那樣簡單而應當就各種不同的犯人的個性以待遇之，原則上，不外是以嚴肅的秩序使犯人屈服於國家法令之下，以公平的待遇，使犯人敬服國家法律的大公無私，其次再示以慈愛的待遇，以動犯人的情感，使他出獄後，不特不敢再犯，而且要不願再犯，所以刑期執行一半以後，倘使犯人性情已竟改善，則可以由監獄官呈請司法部准許假釋出獄，這是近代監獄採用感化主義的一大特徵。

財產刑，在刑罰上叫做罰金，詳細地說，就是裁判確定以後，向被宣告人徵收的金額，由檢察官以命令通知被宣告人，在法定的期限內，將應繳納的金額全數繳納，過期不繳，法院可以引用民事執行的規定，強制完納。所說法定期限，就是不許裁判確定後立即執行，應當在確定裁判後，一月的

期間內，令他繳納。如此纔可以使犯人有籌款的餘地，若是犯人無力繳納，還可以由受刑人的親屬友人代繳，倘使還是不能繳納，則易以監禁易換的方法。按現行法規定，是以一元以上三元以下折算一日，視罰金的多少，以定監禁的日數。

褫奪公權刑，自宣告確定以後，便發生效力，自然沒有所謂執行的問題發生；不過褫奪公權，有期和無期兩種：無期可以不用解釋，有期的褫奪公權的期限，則自主刑執行完畢或是免除之日起算，這是現行法明文所規定的。

沒收刑，也是依檢察官的命令去執行，若是抗不交出，可以強制執行，不過「刑止於犯人一身」是刑法上的一大原則，沒收刑自然不能例外，所以沒收的物件倘使犯罪人以外的第三者所有的时候，則可以在執行後的三月內，聲請將沒收物發還，檢察官應按其聲請發還。

（五）監獄之教育的功用

監獄是執行自由刑的中心點，如果要從刑事政策的意義上去獲得這種刑罰的效果，必定要使監獄的組織十分良好。執行刑罰的目的，不是以威壓嚴罰便算了事，而實在是為監犯將來回到社會復做善良公民的準備；那末，不但是要籠統的使在監犯人習慣於規律的生活，並且應當依犯

人的性格，年齡，性別，罪質，道德墮落的程度等等，加以各別的處置，所以監獄教育的功用，在使監犯經過教育而改過遷善，依然變作社會中的一個有益的份子。這樣，監獄的社會的功用便達到，換句話說，監獄的使命也就完成。

至於監禁犯人的制度，有雜居制，分房制，階級制的分別。犯人雜居一處，時時可以交換他們犯罪的思想，偶發犯進來，都有成爲習慣犯的危險。刑罰的目的，便不能達到，所以雜居制最不相宜。分房獨居的辦法，自然是比較的慎重，感化犯人的希望很大。採取分房，雜居，假釋三個階級的階級制，在各種組織都很完備的社會中，卻更是合乎理想；因爲分房的監禁，在犯人精神的改善，使他自己明白犯罪的責任，雜居的監禁，便使犯人得到職業的訓練，讓將來有謀生的能力。到假釋的時期，就是能否抵抗外物的試驗。這樣的逐層累進，改善主義便可以貫徹；不過，無論採取那一種制度，除監獄中，物質生活所必需的設備外，實在是以監犯的教育爲最重要。

對於改良監犯，使他能再在社會上做一個良好公民的教育，就監獄的意義上講，是一種強迫的遷善的教育。如果說犯罪便是監犯從前所受教育不夠，或不良的結果，那末監犯教育的特性和重要也就可知了。

就廣義說，所謂監獄的教育，一切對於監犯的訓練，都包括在內：監犯的服勞役須依照其年齡，罪質，刑期，身分，技能，職業和將來的生計體力的強弱為標準。這樣，犯人便有謀生的技能，不會鋌而走險。教誨師更應當斟酌各個犯人的特殊情形，對犯人施以一種叫他明白犯罪的過錯而努力振作做好人的教誨；不過在特定時期或在特定情形下，集合的教誨，也是必要的。監獄規則並且規定在監者一律施以教育，每星期二十四小時以內，依小學程度教以讀書，寫字，算學，作文，和其他必要學科。倘使有同等學力的，還得依他的程度設相當的補習科，以增加監犯的知識，使他對人生有正確的認識。監犯經過這一番教育以後，將來在社會中便能有再作一個好人的希望。如此，監獄的社會功用也就算完成了。

不過，事實上也有許多犯人，並不因監獄教育而有所悔悟；但是我們卻不能就此否認監獄教育對於普通犯罪人的功用。

(六) 監獄之組織及管轄

監獄的組織和管轄可以分做兩部分：一部分是獄務高等官吏，一部分是監獄組織的本身。以下首先分述這兩種組織，隨後再附述看守所的性質和牠的組織。

(一)獄務高等官吏 獄務高等官吏是管轄監督監獄的官吏。這一種管轄權應該隸屬於何部，學說方面的論調不同：有的主張屬於司法行政部的；有的主張屬於內政部的；還有主張分屬於司法及內政兩部的。第一說認為監獄是執行自由刑的場所，是司法處斷的結果，當然隸屬於司法行政部。第二說認為監獄不但是執行自由刑的場所，同時是各種犯罪的預防事業；這是內政的一端，並非司法所能干預的。第三說主張執行自由刑為目的的監獄，應該屬於司法部，其他的各種犯罪預防事業，則應屬於內政部。

至於吾國獄務的高等管轄權雖是屬於司法行政部，不過以吾國地方之大，欲收統一管轄的實效，實在並非是容易的事。現在監獄司司長的位置太低，不能收指揮之功。所以要改良監獄的組織，提高監獄司的地位是一件很重要的事。

(二)監獄本身的組織 監獄本身的組織，除掉典獄長為監獄內最高長官以外，牠內部的組織，可以分第一、第二、第三、三科及教務與醫務兩所，各科設主科看守長一人和候補看守長數人，各所則設主任一人和助理數人；他們都秉承典獄長的命令，辦理監獄中一切的事務，以下則為看守，其人數的多寡，則按監獄的需要而取定奪。現在將各官吏的職務分述於後：

A. 典獄長 典獄長爲監獄的最高長官，一方面受主管長官的監督，一方面則督率指揮所屬職員辦理一切監獄內的事務，其重要的職務，有下列幾種：

一、嚴守關於監獄的一切法令，並且督率其他的官吏使之遵行。

二、傳示所屬各員關於上級官廳的命令。

三、巡視監獄內一切場所並檢查各種器具。

四、審問不守法規的囚人。

五、整理及保管監獄內的各種建築物 and 所屬的國有財產。

六、對於囚人，觀察其個性而加以教化。

B. 看守長 看守長有三人，分屬於第一科第二科第三科。第一科所掌爲文書的起草，收發，保管，典守印信，編製統計報告，看守的任免試驗，以及會計，身分，指紋，刑期，訴願，赦免，假釋，減刑，等事項。第二科所掌爲監獄警備及在監人的戒護檢束，監房諸門鎖鑰的管理，行政的視察，書信接見的檢閱監視，賞罰的執行，工場監房的檢查，監獄內外的衛生，囚人出入的事宜，以及看守的勤務配置，休息訓練等事項。第三科所掌則爲作業，營繕，給養，庶務及保管等事宜。

C. 教誨師 教誨師原有教誨和教育兩項職務，依監獄處規則，教務所以教誨師爲主任，其職務爲承典獄長的命令，培養囚人的道德，至於教師爲從事囚人的教育。

D. 醫士 醫務所設主任醫士一人，掌理關於囚人身體的診斷和監獄衛生的一切事宜。視事務的繁簡而下設藥劑師及助理等去襄助。

E. 看守 看守是監獄中下級的職員，不過其職務是繁雜重要的，例如戒護檢查等一切雜務都歸其掌理的。

(三) 看守所 看守所是高等以下法院羈押刑事被告人的地方。看守所由高等法院院長監督之，不過高等法院院長得以其監督權委託高等法院分院長或是地方法院分院長。看守所中設所長所官及醫生，主任看守及所員等。所長承該管法院院長的指揮，督率所屬，掌管全所事務。所官則應承所長的指揮督率所屬掌管全所事務。醫生承所長所官的指揮，辦理衛生事務；醫治所中犯病的被告人。主任看守秉承上官的指揮管理看守辦理該所事務。至於所員則秉承主任看守的指揮辦理所中事務。

問題演習

- (一) 怎樣叫做危害國家法益的犯罪？
- (二) 危害國家法益的犯罪共有幾種？
- (三) 各罪的內容若何？
- (四) 各罪的制裁是怎樣的？
- (五) 危害公共法益之罪共分幾種？
- (六) 危害公共法益各罪的內容如何？
- (七) 各罪的制裁如何？
- (八) 刑法處罰個人法益罪的本意是怎樣的？
- (九) 侵害個人法益的犯罪共有幾種？
- (十) 各罪的內容如何？
- (十一) 各罪的制裁若何？
- (十二) 怎樣叫做犯罪制裁的執行？
- (十三) 刑罰有幾種？
- (十四) 各種刑罰的內容是怎樣的？

(十五)監獄的內容是怎樣的?

(十六)刑罰的目的何在?

(十七)監禁犯人的制度共有幾種?

(十八)監獄的教育意義若何?牠的功用是怎樣的?

(十九)監獄的組織和管轄可以分做幾部?

(二十)看守所的性質及其組織如何?

第八章 法院組織與民刑訴訟

(一) 普通法院與特別法院

司法機關有普通法院和特別法院的分別。這兩種法院的編制，以法律去規定。普通法院的編制，規定於法院編制法，凡是民事刑事，都歸其審判。至於民事刑事以外的事件，限於法律有特別規定的，也可以行使審判權。特別法院的編制，則是規定於特別法的。

普通法院的編制，有內部編制和外部編制的分別。內部編制，是指法院內部的組織而說的，外部編制，則指法院的職務範圍而說的。在法院的內部編制中，法院可分狹義廣義兩種。以狹義而言，則法院是由推事組織的機關；以廣義而言，則法院是由推事，書記官與執達員組織的機關。

普通法院的編制，分爲獨任制，合議制和折衷制。獨任制的法院，例如地方法院的簡易庭，以推事一員組織的。以推事三人或五人組織的，便叫做合議制的法院，例如高等法院及最高法院便是。第一審案件，以推事一人組織，第二審案件及第一審繁雜案件，以推事三人組織者，稱做折衷制，地

方法院便是。

地方法院，分設在縣市之中，但是縣市區域小的，可以合幾個縣市，設一個地方法院；區域遼闊的，可以設地方法院分院。地方法院所管轄的事件，規定於法院編制的，有兩種：（一）非訟事件；（二）民事刑事第一審案件；不過法律別有規定的，不在此限。

高等法院，分設在省或特別區域之中，但是省或特別區域牠的區域遼闊的，設高等法院分院。高等法院所管轄的事件，可以分作三種：（一）關於內亂、外患及妨害國交之刑事第一審訴訟案件。（二）不服地方法院及其分院第一審判決而上訴的民事刑事訴訟案件。（三）不服地方法院及其分院裁定而抗告的案件。

最高法院，法院組織法中，規定設於國民政府所在地；其管轄的事件，可以分做四種：（一）不服高等法院及其分院第一審判決而上訴的刑事訴訟案件。（二）不服高等法院及其分院裁定而抗告的案件。（四）非常上訴案件。

國家爲管轄民間訴訟事件便利起見，各地設立法院，以分配事務。其事務分配的方法有兩種：

一種是以訴訟事件的數量爲標準的；一種是以訴訟事件的性質爲標準的。以訴訟事件的數量爲標準而定事務的分配，於是設立多數同級法院。同級法院審理的事件，以審判管轄定之。以訴訟事件的性質爲標準而定事務的分配，於是更設審級制度。我國審級制度採三級三審制。凡是訴訟事件，必須起訴於第一審法院，不服其裁判，則上訴於第二審法院，更不服其裁判，則上訴於第三審法院而止。這些都是普通法院外部的編制。

特別法院不規定在普通法院組織法中而規定在特別法中的。特別法院有軍事法庭、行政法院及捕獲法院等。軍事法庭管轄海陸空軍軍人。軍人有特殊身分，不歸普通法院審理。行政法院規定於行政法院組織法。行政法院掌理全國行政訴訟審判事務。行政法院的審判，以評事五人的合議行之。至於捕獲法院，審理海上捕獲事件；此種法院，共分二級：（一）地方捕獲法院；（二）高等捕獲法院。高等捕獲法院設於首都地方，至於地方捕獲法院設置地點，則以命令定之。

（二）外國在華領事法庭（領事裁判權）

歐洲各國之有領事制度，始於中古時代，而與法律上的屬人主義同時發生的。隨後，歐洲人民移住東方的日見增加，於是便以領事裁判官爲移住地人民的長官，其領事都有裁判權的，這種情

形在以前土耳其和歐洲各國所訂的條約中可以看到。其後次第擴張其權限，不但民事上的爭議歸其處理，便是刑事事件，也歸其管轄，並且兼有行政上的權限。這種畸形的情形，顯然是與現在歐美各國的領事制不相和合的。現代歐美各國領事的權力，根本上已大有變更；中古時代的屬人主義，已經失去牠的勢力而代以屬地主義。在屬地主義下，凡在一國內的，不問爲那一國人，必須服從其地的法律及裁判權；所以領事的駐在外國，對於其本國人是沒有裁判權的，他不過是代表其所保護者的利益爲唯一的職務。可是這種原則，現在在中國的外國領事也是如以前在土耳其的外國領事一般是並不接受的。外國在華的領事，因不平等條約的保障，他們具有屬地主義所給與的權限以外的勢力。他們設有領事法庭，他們有所謂不平等的裁判權。

在中國的外人的領事裁判權可以說是鴉片戰爭以後發生的。不過實際上，在江寧條約訂立以前，這種權利已經早已存在，那時候，各國不過乘戰勝的餘威，將這種權利變爲明文的規定罷了。當時所提出的理由共有三點，以證明領事裁判權有在中國設立的必要：（一）中國的法制不完全，尤其是對於刑事，往往以拷問爲常事，並且實行復讐而不以爲怪。還有，因故不能將犯人直接科刑的時候，便實行連坐辦法，而使血統上或社會上有關係的第三者代受刑罰。（二）中國裁判官缺乏

法律上智識，而且德義又極薄弱，結果遂以賄賂爲常態。(三)中國人視外人爲蠻夷，因此以不據法律爲治蠻夷的方法。

上面他們所提出的事實，在清代末年的時候，的確是有的，不過現在的情形，已非昔比，他們所提出的理由，實難存在。就我國現在的法制狀態而說，各種法律都已有成文法規，其內容也很適合現代趨勢。法官以目前的成文法爲基礎，根據條理，實行裁判，當然沒有危險。其次，法官的能力和學識問題，也是不生問題。中國有很多由歐美回來的學生，擔任法官的職務，其成績是在列國的想像之上的。至於關於裁判的本質一點，確乎所關非淺，不過關於這一點，實在毋庸小心考慮的必要。現在我國法官的修養比較以前是顯得大有進步；不但理論上如此，就是事實上的證據也是如此，例如歐戰以後的德俄兩國的人民，他們並不受領事裁判權的保護，但是並未見不公平的事實發生。至於說以治蠻的方法以管理在華的外國人，在目前當然是根本不存在的了。

設置領事法庭，掌握領事裁判權的理由，在目前已經根本不能存在，然而這種不平等的情形，所以還是存在者，原因是完全由於不平等條約的束縛。結果差不多即以主權的一部分割讓給外國，其弊病真是不勝列舉，現在暫舉數條，讓國民知所警惕而努力於撤廢此種不平等的領事裁判

權：

- 一、妨害我國的統治權，有損我國獨立國家的尊嚴。
- 二、蔑視我國的警察權，使內外國人發生不平等。
- 三、有損我國司法尊嚴。
- 四、往往有犧牲華人的利益以保護外人利益的惡現象。
- 五、往往涉及外交政略，審判不能公平。
- 六、法律參差，當事人的權利義務於是不能確定。
- 七、因依據的法律不同，於是有同罪異罪的事實發生。

(三) 律師制度與陪審制度

律師是受訴訟當事人的委任和法院的命令，在各級法院內，行使他法律上所規定的職務。各國對於律師制度的設立，並不一致。例如英法等國，分律師爲代訟人及代言人的。代訟人專指代理當事人提起訴訟；代言人則專代當事人到庭陳述法律上的意見的。至於日德各國，則規定律師代理當事人行其代理人輔佐人或辯護人的職務的，所以並無代訟和代言的區別。英法代訟代言的

律師制，在事實方面，掀起許多的紛擾；日德訟言合一的律師制，實際上便利得多，所以我國訴訟法上關於律師制度是仿照日德主義的。

採用律師制，可以免掉訴訟行為的舛錯和遲誤。近代各國法律，關於合議制以上的事件，大都採用律師訴訟主義，初級法院事件，則用本人訴訟主義。中國訴訟法採本人訴訟主義為原則，採代理訴訟主義為例外；而且代理訴訟，並不以律師主義為限，所以不論審級這樣，也不論本人有無事故，都得以有訴訟能力之人為訴訟代理人，而且其人之是否為律師並無限制，不過非律師為訴訟代理人的時候，法院得以裁定去禁止，因此事實上，通常都請律師代為訴訟行為。

陪審是代表公衆，盡一定的公務，依法定程序，被召集的團體。設立陪審制的目的是在收審判公平的效率。陪審制度的起源，已經不可考；學者間的論調，也不一致：有的說是英國創造的，有的說是「惱猛」(Norman)種族發明的。大概這個制度是起源於十一世紀，由十二世紀至十四世紀，依法律家的努力而這個制度的形態才完備。學者間稱英國亨利二世為這個制度的首創者，那是一個比較可靠的傳說。

陪審可參與的公務，有好多種，概括說來，不外是對於行政官廳，或是司法官廳為一定事實的

報告。例如關於特別法令或習慣的報告；決定檢驗屍體的審問；決定民事刑事訴訟事實上的爭點；決定訴訟中的賠償價額和決定土地公用徵收之備償價額等。

陪審員的資格，各國法律上是加以規定的。陪審員可以分爲普通的陪審員和特別的陪審員兩種。普通陪審員的資格，例如關於其國籍年齡等的限制。凡爲陪審員者必須爲本國人，而具相當的年齡。特別陪審員的資格，例如必須有某種的身分，社會上占相當的地位，並具相當的學識的。大抵受過褫奪公權，受過刑事判決的人是不能作陪審員的。

陪審，法律上規定，應於公判中始終在堂上，參與調查證據當事人的及其他一切程度，依推事的事件指示，聽取訴訟資料全體的說明，由陪審全員評議後，而爲決定。

（四）民訴之調解再審與強制執行

民訴中所謂調解是調停訟爭，解決糾紛的意思。國家爲減少訟累，杜息爭端起見，所以創設這種辦法。在民事調解法中規定，第一審法院附設民事調解處，以推事爲調解主任，兩造當事人各推舉一人爲協同的調解。凡是人事訴訟事件和初級管轄民事事件，除掉其他調解機關調解不成立，或是調解主任能爲不能調解的以外，非經民事調解處調解不成立以後，不能起訴。至於其他民事

訴訟事件，當事人也得請求調解的。

調解成立是與法院確定判決有同樣的效力，所以對於調解人的資格，民事調解法中有幾項規定：（一）必須是中華民國國民，年紀在三十歲以上的。（二）須有正當職業的。（三）須識中國文義的。同時，有許多人，法律上是限制不得爲調解人的，例如：受褫奪公權者；禁治產者；受破產的宣告而還未復權的。

所謂再審是當事人對於已經確定的終局判決聲明不服的一種方法。再審之訴，應該是向原判決的法院提起的，不過對於同一事件的第一審和第二審判決同時聲明不服，或是對於第三審的判決不服而應爲事實上的調查的，就應向第二審法院提出之。

得以提出再審的理由有許多種，民事訴訟法上所規定的共有下列十種：

- 一、判決法院的組織不合法的。
- 二、依法律或裁判應迴避的推事參與裁判的。
- 三、當事人的訴訟代理不合法的。
- 四、參與裁判的推事，對於該訴訟違背職務，犯刑事上之罪的。

- 五、當事人的代理人或他造及其代理人對於該訴訟有刑事上應罰的行爲，影響於判決的。
 - 六、爲判決基礎的證物，係偽造或變造的。
 - 七、證人鑑定人或是通譯，就爲判決基礎之證言鑑定或通譯被處偽證之刑的。
 - 八、爲判決基礎的刑事判決和其他裁判，依其後之確定裁判已變更的。
 - 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的。
 - 十、當事人發見在裁判上可受利益的新證物或得使用這種證物的。
- 凡是具有上述各情形中一種情形的，當事人於三十日之不變期間內，就可以提起再審之訴。在提出再審之訴的時候，訴狀內應該將當事人和法定代理人與聲明不服之判決，及提起再審之訴的陳述，並請求廢棄原判決及就本案如何判決的聲明，以及再審的理由等，都須一一表明，以供法院的裁斷。

強制執行是法院因債權人的聲請；或以自己的職權，就判決確定後，對於不履行的債務人，依據法定條件，實施強制手段，以滿足債權人的權利爲目標的一種行爲。強制執行機關設在地方法院，牠的執行的行爲由推事書記官秉承院長的指揮，督同執達吏行之。關於動產方面的執行有兩

種方法：（一）查封。查封便是管押債務者所有的物品，使其不能夠自由處置。（二）拍賣。拍賣是將債務者的物品，依拍賣換價，以賣得金充作債務的清償。關於不動產方面的執行有三種方法：（一）查封。查封不動產與查封動產不同，必須用揭示，封閉和進繳契據等方法。（二）拍賣。這一種拍賣也和動產的拍賣不同，這是因為物的性質不同而拍賣的方法也有差異。（三）管理。管理就是已經查封的不動產，法院認為不必拍賣，而委任管理人去管理。

（五）刑訴之告訴偵查與非常上訴

刑訴中的告訴是公訴中的一種。公訴可以分做三種：告發：自首和告訴。告發是犯人和被害者以外的人告知犯罪於檢察官。自首是犯人告知自己犯罪於檢察官。告訴那是直接或間接的被害者告知犯罪於檢察官，由檢察官偵查屬實以後，轉向法院提起公訴。依刑事訴訟法的規定，告訴應以書狀或是言詞向檢察官或司法警察官行之；得為告訴之人為被害人，或其法定代理人，保佐人，配偶。被害人已經死亡的，可以由其親屬告訴，不過不得與被害人明示的意思相反。若是得為告訴的人都已不存在，或是事實上不能告訴的，管轄檢察官還可以依照關係人的聲請而指定告訴人。不過，刑法上的妨害風化罪，則非本夫或是婦女的直系尊親屬不得告訴，而刑法上的妨害婚姻罪，

又是非本夫不得告訴的。

偵查是公訴程序的最初處分。偵查的目的是在查明案件的應否起訴，換句話說，便是是否具備處罰條件和起訴條件；因了這個目的所爲的處分，乃爲調查行爲，概括而言，則可稱做偵查犯罪，分析起來，則可稱做偵查犯人和證據；因爲行爲不成立犯罪，根本便不能成立公訴。此外，行爲雖是犯罪，然而犯人未經查明，證據並未蒐集的，也不夠達公訴的目的，所以施行偵查處分的範圍，以得有足認被告有犯罪嫌疑的證據爲止。

施行偵查處分之權，稱做偵查權。雖是一方面可稱做公訴權的作用，而爲一種權限，但是另一方面實與公訴權獨立，而爲刑事訴訟法上的權利，所以受偵查處分的，都有服從的義務。並且偵查權的發生是與公訴權相伴的，只須偵查機關主觀上認爲刑罰權存在，即知有犯罪嫌疑，便應該行使的。

偵查機關有三種，就是檢察官，司法警察官和司法警察。關於檢察官，法院編制法上規定檢察官有實行搜查（就是偵查）處分的職權。此外，刑事訴訟法也明白規定檢察官知有犯罪的嫌疑，便應該偵查犯人和證據。司法警察官有兩種：一種司法警察官就是於管轄區域內，有偵查犯罪的

職權，和檢察官相同的。另一種則應聽檢察官的指揮的。至於司法警察那是應受檢察官和司法警察官的命令偵查犯罪的。這一種官吏，原則上並不能獨立爲偵查的行爲，必須實際受有命令以後，纔得做去。

非常上訴是最高法院，首席檢察官，於判決確定以後，審判違法爲理由，而請求最高法院撤銷其判決或其訴訟程序之聲明不服的方法。提起非常上訴祇限於最高法院的首席檢察官。非常上訴的管轄法院是最高法院。非常上訴一經提起之後，最高法院便發生新訴訟的拘束。換句話說，便是最高法院不問其上訴是不是合法及有無理由，都有審判的權利與義務。最高法院審判非常上訴，完全依書面審理，而不經言詞辯論的。最高法院就非常上訴所爲的判決可以分作三種：

- 一、認非常上訴不合法的，以判決駁回之。
- 二、認非常上訴沒有理由的，也以判決駁回之。
- 三、認非常上訴有理由的，則應分別爲兩種判決：倘使原審判決是違法的，即將其違法的部分撤銷；倘使訴訟程序是違法的，則撤銷其程序。

問題演習

- (一) 普通法院的內部組織是怎樣的？
- (二) 普通法院的外部組織是怎樣的？
- (三) 特別法院共有幾種？
- (四) 領事制度的起源是怎樣的？
- (五) 最初各國主張在華設置領事法庭的理由共有幾點？
- (六) 各國所主張的理由不對的地方何在？
- (七) 領事裁判權的弊病共有幾多？
- (八) 律師制度共分幾種？
- (九) 採用律師制度之理由何在？
- (十) 陪審制的起源何在？
- (十一) 陪審可參與的公務有幾種？
- (十二) 各國對於陪審員的資格是怎樣規定的？
- (十三) 調解的意義怎樣？
- (十四) 調解人的資格的規定共有幾種？

- (十五) 何謂再審？提出再審的理由共有幾種？
- (十六) 強制執行的實施方法共有幾種？
- (十七) 告訴的性質是怎樣的？
- (十八) 怎樣叫做偵查？
- (十九) 偵查機關共有幾種？
- (二十) 非常上訴的意義是怎樣的？

中華民國二十三年八月初版

(37085.1E)

高級中學用

復興
教科書
公
民
六
冊

第五冊定價大洋伍角

外埠酌加運費匯費

編著者
顧維熊

主編兼
發行人
王雲五

印刷所
商務印書館
上海河南路

發行所
商務印書館
上海及各埠

版 翻
權 印
所 必
有 究

(本書校對者徐壽齡)

封 底