

定審部育教

範師稚幼 範師村鄉 範師

民 公

冊 四 第

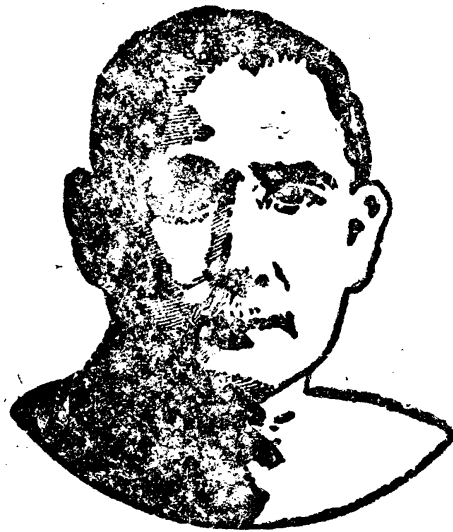
(意 大 律 法)

倉
夫
成

楚
立
毅

葉
陳
阮

者 編 主
者 著 編



行 印 局 書 中 正

目次

第一章 法律之意義與淵源

第一節 法律之意義

第二節 法律之種類

第三節 組成法律之各種資料

第四節 中國法系與世界法系

第二章 權利力與行為能力

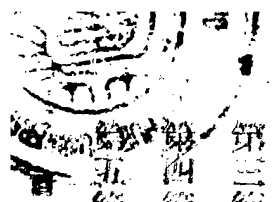
第一節 權利與權利能力

第二節 權利力之始終

第三節 人格權的保護

第四節 行為能力

第五節 成年與禁治產



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 意思表示的生效時刻

：：：：：：：：：：：：：：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

第四節	不動產所有權	八六
第五章	婚姻父母子女與親屬	九九
第一節	婚姻之成立與意義	九九
第二節	訂婚結婚與離婚	一〇〇
第三節	父母子女之類別	一〇五
第四節	父母子女間之權利義務	一〇七
第五節	親族與親系親等	一〇九
第六節	扶養義務與親屬會議	一一二
第六章	法定繼承與遺囑贈與	一二三
第一節	繼承之承認限定及拋棄	一二三
第二節	遺囑之類別與要件	一二六
第三節	遺囑之無效及撤銷	一二九
第四節	遺贈之成立及效力	一三一

第五節	遺贈與	三三
-----	-----	----

第七章	各種犯罪制裁與救濟	四三
-----	-----------	----

第一節	各種犯罪制裁	四三
-----	--------	----

第二節	監獄之社會與教育功用	四五
-----	------------	----

第三節	監獄之組織與管理	五八
-----	----------	----

第八章	法院組織與民刑訴訟	六三
-----	-----------	----

第一節	普通法院與特別法院	六三
-----	-----------	----

第二節	外國在華領事法庭	六六
-----	----------	----

第三節	律師制與辯護制度	七〇
-----	----------	----

第四節	民訴之程序與裁判	七四
-----	----------	----

第五節	刑訴之程序與裁判	七八
-----	----------	----

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，必定先要了解人類的社會共存關係。因爲人是不能離羣獨居的，他必與其他的人共同生活於社會。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運行。這種規律就稱爲社會的規律。假如社會中沒有這種規律，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活於社會中的各個人，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識，則法律的特徵便可表現，法律的特徵既經表現，則法律的意義也明了了。

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高力量，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，宗教組織與家族組織佔着最重要的地位，故宗教、道德、法律混而不分，而法律的力量反是最微弱。到了政治組織發達以後，法律始與其他的社會規律分離，而力量也日漸加大。這所謂政治組織，凡部落、城市以至民族國家，都包括在內。此類組織的結合方式雖不盡同，但其結合一團的人類，慣常服從於一定的治者或政府則一。故現在每人受法律的拘束，不獨係以社會構成分子一員的資格，而且還往往因為是政治組織下的一分子。世界上政治組織的種類甚多，因之法律也有許多系統，這稱為法系。至於道德，則只具有普遍的性質，對於人類有一般的拘束力，每人服從某種道德的規律，只因為是人類的一分子，與本屬於某種的政治組織並無關係。這是法律與道德的第一個區別之點。

在一切人類的社會組織中，政治組織是最具有強迫力的。從這種組織中所發達的法律，自然也特別的有強迫力為之後盾，所以法律所加於人的義務，比之道德的義務，更為嚴厲，而具有較強迫的性質。有許多時候，違背道德的義務，充其極只不過受些名譽上的損失，而不致於引起物質上

的報復與制裁。但是人若違背了法律的職務，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，道德注重思想與情感，而法律注重行為，所以法律又稱為人類行為之規則。此之所指行為，並非只指人的動作而言，也注意到思想動作，意思是是否出於健全，以及意思對於社會秩序所生之危險。在通常情況之下，惡意、誹謗、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，所以法律上將犯罪視作罪惡的要素。於道德則專注重思想與情感，不計其有無行動，以及對社會秩序所生之危險如何，如動機為不道德行為，即屬違法。合於道德，也以不道德論，此是法律與道德的第二個區別之點。

還有一層，道德與法律在社會中，對於個人之品性，而法律則重在支配個人彼此間之關係。譬如說，不得有貪心，不得有殺機，不得有惡念，這些都是道德的規則，法律並不及此。如說不得偷盜，不得殺傷，不得詐欺，則不只是道德的規則，而同時也成為法律的規則。現在的法律固已不獨專行事後去干涉，在事前亦取預防的手段，使人不致觸犯法律，但其目的，總只不過在個人與人之間，趨於確定而明顯。而法律專在事先向人勸導，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五個區別之點。

最後從法律與道德的適用方面觀察，則二者有時可以接近，有時卻又彼此沒有關係。因為法律是具有強迫力的，同時亦必須具有確定性其形式不免有機械的缺點，其施行也不能因時而別，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。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，這一區別並非絕對的貫徹。若干法律，在適用的時候，也可以斟酌情勢，因人而定。予司法官以較大考慮的自由。刑法關於犯罪的制裁，應審酌犯罪的動機、目的、手段、所生的危險與損害，犯罪時所受刺激，犯人的生活狀況、品行、知識程度與被害人的關係，以及犯罪後的态度。（註一）但在另許多方面，則法律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，商業行爲法律，財政及關稅法律，以及菸酒專賣法律等等，其本身既與道德的規律毫無關係，而且係嚴格的依事而行，從不因入而再有區別。再另有許多事，法律與道德的適用範圍，竟彼此相距甚遠，如行竊案，事人雙方在道義上均無過失，但法律上卻責成一方負損害賠償

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具有強制性穩定性的人類行為的規則。

法律既係社會的規律之一種，其與社會的關係自然十分密切。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；而教育則為個人的事，願受教育與否，各人有其自由。但現在這項分際已完全反轉，宗教是個人的自由，（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，以五世同居為無上的光榮，而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，而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，工人與

在法庭中從事辯論，而在工廠中勞動，必須有勞工法工廠法的制定，以對工人有所保證。又如從前財產私有私用時代，以致農民生計比牛馬都不如，現在是民生主義的時代，所以有土地法的規定，以期平均地權的方法，達到耕者有其田的目的。

其四，社會本位發達激烈的變遷，法律亦隨之而變遷。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、刊行著作各種的自由（註七），但一旦因為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遷而變遷，則法律即須始終保持社會所真正需要的規律。故法律之為良為惡，完全要看他是否適合於社會的需要。如不合於社會的需要，雖具有法律條文的形式，仍舊不能稱為完善的法律。所謂社會的需要，自不能依特定個人的需要，而應以社會的公共福利為準。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私自與廠主訂立延長工作時間的契約。又如土地所有權，雖可以由私人取得，但所有權人於使用土地時須注意相鄰關係的義務，他人並不為種植鴉片等以為收益，亦不得棄地不用，否則就可以課以荒地稅或加以徵收。

所以法律是社會的規則，須隨社會的變動而變動，須以社會的需要為需要。

第二節 法律之種類

法律既是社會規程中隨政治組織發達而一種較有強制性確定性的人類行為的規則，而人類的行為又是異常紛繁，所以法律自有許多種類。若是以法律的形式而分，則有成文法與不成文法的區別；若是以法律的內容而分，則有公法與私法，主法與助法的區別；若是以法律的效力而分，則有普通法與特別法，強行法與任意法的區別；若是以法律的主體而分，則有國際法與國內法的區別；若是以法律的淵源而分，則有自然法與繼受法的區別。現在分別說明如左：

一 成文法與不成文法 凡一國的法律，係由其依憲法掌有立法權的機關經立法程序而制定，并集合為一個或數個有系統的文書法典的，稱為成文法；否則稱為不成文法。故成文法又稱做制定法，不成文法又稱做判例法。近代大多數的國家都是採取成文法的形式的，因為成文法係由立法機關經過立法程序而制定，不能由少數人隨意變更，又係集合為有系統的文書法典，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瑣，修改不易，故每不能隨時

應社會的需要，隨社會的變動而改變。英國法系是採取不成文法的，但近年也有逐漸改為成文的趨勢。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，蓋已於二者之中，截長補短，以期止於至善。

二 公法與私法 就法律的內容，將法律分為公法與私法二種，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，稱為公法，關於個人私益的，稱為私法。其二，是以規定個人對於國家權力服從的關係的，稱為公法，規定個人與個人間的平等權利關係的，稱為私法。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，稱為公法，規定個人與個人間的關係的，稱為私法。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，可以稱為私法的，只有民法與商法。我國現在民法與商法一併，即在民法中規定舊日商法的重要內容，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條，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，而應視其

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，如法人解散後的剩餘財產屬之法，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（註一一）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，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。民法則規定不一定均在禁止的方面，而多半偏重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，不為罪；但民法既為一種行為的準則，以人事的紛繁，法律條文勢難包羅淨盡，不免有遺漏的地方，即不能以法無明文而置諸不理，故民法規定「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理」（註一二）又，民法并許為類推適用，務求人類的一切行為，均得有其則可以依據。其四，現代刑法的趨勢，日漸由注重犯罪人的動機、性格與環境，是為由客觀主義趨

向於主觀主義；而民法的趨勢，則日漸由注重當事人主觀主義趨向於客觀主義的結果。所生的損失，故加害者即無過失亦須負賠償責任，是為由主觀主義趨向於客觀主義。這些都是民法與刑法相差異的地方。

三 主法與助法 法律有二個要素，第一是關於權利義務的存在否及其性質範圍的規定，這稱為主法，又稱實體法。第二是關於行使權利及履行義務的手續的規定，這稱為助法，又稱為手續法，或程序法。如刑法上規定：一、公罪以不盡應盡之責，而委棄守地者，處死刑，無期徒刑，或三年以上有期徒刑。二、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，將如何拘捕起訴審判，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。故刑法為主法，刑事訴訟法為助法，刑法與民事訴訟法關係也是如此。

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，稱為普通法，否則為特別法。如民法是規定各人日常生活所發生的法律關係的，故為普通法；而公司法，票據法，海商法，保險法等，係關於特定事項的法律，故為民法的特別法。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，稱為強行法。強行法的內容或是命令為何種行為，或是禁止為何種行為，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，如民法債篇中的規定，往往准許當事人締結與之相違反的契約。凡法律條文之下，有「但當事人另有約定者，不在此限」的字樣，即係表示其為任意法的性質。

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，為國內法，否則為國際法。在國內法中，如依國際私法制度而適用於在外僑民時，其效力亦可及於國外。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為主體，而國內法則規定一國國家與其人民的關係，故國內法係以人民為主體，此說似優於前說。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。而現在所稱為國際私法的，實在只是各國所定選擇外國法律以為適用的標準，並非各國間有一共同的規則；其效力又只及於制定國之國內，而不能及於另一國，故亦為國內法。

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、國際法在執行上之有賴於國內法，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案件，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，則國內法即不能為容許海盜或將海盜定義為擴充的規定。

七 固有法與繼受法 世界上政治組織的種類甚多，因之法律也有許多系統，其一國的法律，依固有的系統制定的，稱為固有法，採取了他系統的法律或立法精神以為本國法律的，稱為繼受法。我國自有史以來，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。因爲法律的淵源一詞可以有這樣三種不同的解釋，故爲免除含混起見，直截了當用組成法律的各種資料，爲本節的標題。

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

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

法律，中央政治委員會亦可以交回覆議。

成文法的第二個要素，是集合了一個或數個的文書法典，這在成文憲法與不成文憲法的區別中，最能顯明地表現。如英國的憲法，通常是稱為不成文的，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），合成為一部有系統的法典，故即為不成文憲法。所以法律只是有文字的記載，尚不足以稱為成文法，并須曾集合為一個或數個的文書法典，方能稱為成文法。

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

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。至於一般國家內所謂習慣，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」。（註一六）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。與習慣之性質相近者，尚有個人的嗜好與社會的風俗。嗜好與風俗

雖亦係就同一事項反復爲之，但其本身從未得國家明示或默示承認付與以法的效力，故即不能與習慣同爲法律的資料之一。至於習慣的成立，則大都如荒地上的小徑，先由少數人無意識的在荒地上步行，其後大家逐漸追隨着他們的足跡經過。久而久之，便成了一條極自然的小徑，再久而久之，便又由小徑擴展而成爲大路。如若一定要問最初步行的爲誰，是無法答覆的，而且最初步行的人，確也沒有想到後來會發生這樣大的影響的。所以，習慣非任何人所能故意創造的。

在以不成文法爲法律的主要資料國家中，習慣的效力固屬甚強，但即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，而戒爲一種憲法上的習慣，效力不在憲法的條文之下。

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享有立法權的機關，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，法官遇事實問題，衡情酌斷，著爲判例，亦未始對於以後有相同或類似訴訟的時候，不無資助。又如法國拿破崙法典係一八〇四年頒布，迄未經過修改，此一百餘年中，便完全藉判例的力量，以適應社會的變更與需要。故明顯確定乃成文法的長處，而縝密應變乃判例的長處。

五 解釋 法律的解釋，不獨爲闡明法律意義的方法，抑且可以補成文法的不足。蓋立法者無論若何規定詳備，但當法律於實用的時候，總不免有疑義發生。況且社會的變動往往較法律爲快，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 從前羅馬大法學家保盧斯（Paulus）曾說：「法於真理與學說，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。又如荷蘭洛維秀斯（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，往往以外國法爲繼受的法律。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，共可分為五個法系：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，現初測量用的標準，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，則係因為古人凡以竹為器皆名曰律，將關於公平正直的規則，書於竹簡之上，也就稱為律了。

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，而後來成為法官的職名，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，則為李悝的法經，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」為最古。漢朝以後，魏定律十八篇，晉定律二十篇，周定大律二十五篇。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、工六曹為律例的分篇，形式又為一變。

我國古代法律，有許多是與現代的立法相吻合的。其一，為民法與刑法的區分。現在往往有人過分重視歐陸的法制，以為中國法律是向不分別民法刑法的，目為落伍，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，即為古代之法，今之民法即為古代之禮。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，即在於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」，再加以漢儒誤以為有禮治即無須法律，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，則由冢師聽大治大訟，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，如子謂：「國人皆曰可殺，然後殺之」；又周禮王制篇謂：「疑獄，汎衆舉其之，衆疑，舍之」，皆是。

第四，爲法律的社會化。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一種無刑一的話，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。再自從漢儒誤以爲「禮」「法」係屬絕對對立，崇儒家講禮治，一方面對於素以法家著名的韓非子等書籍，認爲不足爲思想的體系，加以罷黜。另一方面士大夫階級遂不屑再談法律，法官的史事往往編入史書中的酷吏列傳，先予讀者以惡劣的印象，以致讀書人除非萬不得已，不習法律。法律不成爲正式的學問，只能由幕僚收徒教授。從酷吏與幕僚中，怎能再發揮法律的光彩呢？中國法系遂從此一蹶不振了！

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，尙爲原始的部落生活。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、庶民及賤民分爲四種階級，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刺伯。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，人民以農業者爲多，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。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。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 英國法律 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，但對於孤懸在西歐海外的英國，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，次為英國所征服，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，亦將成為絕響。（註三一）至於中國法，則自漢代以後，重儒家，能百子，并誤以為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為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 此為無過失損害賠償責任，如我國勞工法及工廠法上的規定是。

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三十一條。

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）第一一二八條。

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 近代法國法學者狄騷、德國法學者凱爾遜都否認公法與私法的區別。

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。

註四 刑法第一〇條。

註五 以國際法規訂入憲法，而承認其在國內的力量，始於戰後奧國新憲法。蓋憲法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。

註六 我國近代正式修訂法律，始於清光緒二十八年，是年四月初六日上諭，說：「……現在通商交涉，事益繁多，著沈家本、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。

註八 E. Lonobet 及 A. Fallieres

註九 如奧國民法第十二條規定「判例，不得作爲有法律之效力」。

註一〇 Jenks: A Look of English Law.

註一一 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。

註一二 見法律疏義序。

註一三 此五家爲 *Fapenses, Ulpianus, Gaives, Paulus, Modestinus*。

註一四 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」。

註一五 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。

註一六 十二銅表法乃羅馬古代最早的成文法，係以銅板刻諸，揭示於都市，因內容分爲十二表，故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，

已蕩焉無存，或後世所傳誦者，只殘餘的概要罷了。

註三

羅馬皇帝Justinian大帝的傳聞，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 Paudectae*）（三）優帝法學階梯（*Institutiones Justiniani*）（四）優帝新律（*Novellae Constitutiones Justinian*）合此四書而益以 Paulus, Ulpianus, Cajus 三家的著作，成為優帝國法大全（*Corpus Juris Civilis*）。

註四

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，爾後包括有判例，故普通法的意義較單純的習慣法爲廣。

註五

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，有時不能適應國際變化之社會情形，故人民乃向國王請願，於普通法院之外，另設衡平法院，依據正直及良心而爲判決。

註六

世界法系除五大最爲重要者外，尚有一條慣法系亦曾有其獨立之影響。自耶穌紀元後三〇〇年起至一五〇〇年止，羅馬法就其分支而法律觀念，綜合爲一法系，內容分家族，契約，財產，訴訟手續等，爲牛原始的形態。慣法系的領域，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動力。及與羅馬法系相遇，

發見羅馬法較本法系爲優，遂欲採取長，製羅馬法相混合而成一新系統。但在斯堪那維亞（Scandinavia）中島諸國，條約法系的影響，因迄今未衰。

註二 關於世界各法系演進及消長的經過，可參閱南華法律雜誌社出版鄭定人譯世界法系論。

【問題】

- 一 爲什麼法律是社會的規律？
- 二 法律與道德的關係，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 通常所謂法律的淵源共有幾種解釋？
- 二 成文法的要素是什麼？
- 三 習慣要如何方具有法律的效力？
- 四 判例的拘束力如何？我國為什麼也採用判例？
- 五 條約如與成文法相牴觸，應以何者的效力為強？
- 六 世界上重要的法系有幾？
- 七 從那許多方面，可以證明中國法系是最早發達的？
- 八 我國古代法律，有那許多是與現代的立法相吻合的？
- 九 中國法系，何以後來一蹶不振？原因安在？
- 十 印度摩拏法典的特點是什麼？
- 十一 為什麼有人說羅馬法已統一了世界的法律？根據何在？
- 十二 英國法系的卓異之點，能舉幾個例證否？
- 十三 中國法系，何以有將其重光復興的必要？

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。其後漸覺因他人擔負義務所得到的好處，較諸義務本身，實爲重要，於是遂有權利觀念的發生，法律亦始對權利加以重視。我國在改行新法律以前，亦只有義務觀念而無權利觀念。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

利益不保證何種利益，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為法律所保護，乃成為法律上的特定利益。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，是即為法律上的力。因此權利的定義，應解為特定人格者關於特定利益所有法律上的力。

每一特定人享有權利的資格，法律上則稱之為權利能力。權利能力為取得權利的基礎，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，故有人主張應改稱為權義能力。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，因為有奴隸制度，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。蓋出生登記乃爲人事行政的手續，並非法律賦與以權利能力的條件。

三 權利能力以平等爲原則。人之權利能力一律平等，不因性別、年齡、身分、種族、階級、宗教、國籍不同而有差別。但這只係指原則而言，各國對於外國人的權利能力，每有加以限制，而不與本國人完全平等的。

四 權利能力限於法律之範圍內。人之權利能力，惟限於法律之範圍內，始能享受。我國民法對於法人曾明文規定：「法人於法令範圍內，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，但亦爲法理所當然。

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，并於分離後尚係生存而言。胎兒如未與母體完全分離，在生母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，只係母體的一部分。胎兒在出生後，同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，先爲部份的停止。

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

了一定的期間，法院因利害關係人的聲請，對之宣告其爲死亡。（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爲十年；在七十歲以上的失蹤人爲五年；在遭遇特別災難而失蹤的爲三年。前二者以最後音信之日爲起算點，後者則以遭遇災難之日爲起算點。所謂利害關係人，係指因失蹤人的生死，而有法律上利害關係的人而言，如失蹤人的配偶，繼承人，法定代理人，財產管理人，債權人，受遺贈人及人壽保險金受領人均是。

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

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；以相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，可分為五種：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為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，法人仍視為存續（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，為法律所選擇保護的，共有兩種：一是存於自己或他人身體上的，稱為人身權；二是存於有經濟價值之物上的，稱為財產權。人身權又可分為人格權與身分權二

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，即無法可以保持。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（註一二）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。如人自己願賣身爲奴，

便係有背於公共秩序與善良風俗，爲法律所禁止。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。但爲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 行爲能力

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，這原因可分爲兩種：一爲事實，一爲行爲。行爲欲在法律上發生效力，必須行爲人先具有能使其行爲在法律上發生一定效力的能力，此種能力稱爲行爲能力。

行爲能力與權利能力不同。有享有享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為能力的人。（註一四）

行為能力又與意思能力不同。意思能力是一人精神上的狀態，能判斷其行為的效果的能力。行為能力是法律上的狀態，能使其行為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，並非行為能力的要件。欠缺意思能力的，只不過是所為的意思表示，不生效力。（註一五）而與行為人有無行為能力並無關係。如未滿七歲的未成年人與禁治產人，雖則沒有行為能力，但不能謂其並無意思能力，因為他們的行為，往往也是具有意思的。

權利能力，是自然人與法人所同有的，故行為能力也是自然人與法人所同有的。自然人的行為能力我國民法分作三種形態：一是有行為能力人，二是限制行為能力人，三是無行為能力人。三種形態區別的標準，係以一人的年齡為分際。凡已經成年及未成年而已結婚的為有行為能力人，雖未成年但年已滿七歲的為限制行為能力人，七歲以下的及禁治產人為無行為能力人。（註一六）

法人的行為能力，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為能力。但法人既本係社會的組織體，則其行為，勢必仍須賴自然人的活動，始能實現。此自然人所為的行為，於一定的情形下，即認為係法人的行為。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。限制的法律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）是日結婚成年制。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，尚有一種禁治產人。禁治產人係心神喪失或精神耗弱，致不能處理事務，法院因一定之人的聲請，宣告其爲禁治產人。（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，則仍許其得獨立爲法律行爲，於行爲人本人及他人均有損害，故如宣告其禁治產，禁治產一旦宣告，此即爲無行爲能力人（註二八）并由法律設置監護人（註二九）代禁治產人爲法律行爲。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，即置監護人（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，締結夫妻財產契約，均須得法定代理人的同意是（註三三）。

【註釋】

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 羅馬法稱之為「Capitis deminutio」，即損失自由權，市民權，家產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)以及喪失家族權者，稱爲人格小減等(Capitis deminutio minima)

註五 民法第八條。

註六 主管官署，即普通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。

註十 同本條第二章第四節。

註十一 民法第六條。

註十二 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。

註十三 民法第十七條至第十九條。

註十四 民法第十三條及第十五條。

註十五 民法第七十五條。

權利能力與行爲能力

註六 民法第十二條及第十三條。

註七 所謂法人的機關，係法人內部的組織決定，通常為董事、董事以外的，如社員、議會、清算人、監察員及其他代表法人行為的職員均是。

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。

註一一 民法第八十五條第一項。

註一二 民法第七十八條。

註一三 民法第七十九條及第八十一條。

註一四 民法第十三條第三項。

註一五 民法第一一八條第二項。

註一六 民法第七十五條及第七十六條。

註一七 民法第十四條第一項。

註一八 民法第十五條。

四 民法第一一〇條

註三 民法第十四條第二項

註二 民法第一〇八六條

註三 民法第一〇九一條

註三 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，有些什麼基本的原則？

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？

七 什麼是死亡？實上有些什麼條件與手續？

八 人格權是包括些什麼權利而言？

權利能力與行為能力

九 權利能力與行為能力，為什麼不許混雜？

一〇 民法上所規定保護人格權的方法有幾種？

一一 行為能力的定義是什麼？

一二 行為能力與權利能力，有什麼區別？

一三 行為能力與意思能力，有什麼區別？

一四 法人亦有行為能力否？係由何人用何種方式為法人的行為？

一五 何謂成年？我國民法所定成年年齡為幾歲？

一六 無行為能力人的法律行為，由何人為之代理？

一七 限制行為能力人的法律行為，須由何人允許或追認，方生效力？

一八 未成年已結婚者，有無行為能力？

一九 何謂禁治產人？其行為應由何人代理？

二〇 法定代理人對於無行為能力人及限制行為能力人，有何權利義務？

第三章 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，均爲法律事實。法律、法律事實、法律現象三者間的關係，適爲論理學上的大前提、小前提及結論的關係。法律是大前提，法律事實是小前提，而法律現象則爲由此大前提、小前提推斷而得的結論。故如只有法律，尙不能發生法律現象，欲能發生，必須再有待於法律事實。而在法律事實中，尤重要的，則爲法律行為的活動。

法律事實本包括人的行為與人的行為以外之事實而言。人的行為，又係指人類一切有意識的身體動靜而言。凡這些身體動靜，如係適應法律而爲法律所容許，就稱做合法行為。在一切合法行為中，如更係以意思表示爲要素的，則稱做法律行為。至於人的行為以外之事實，有事件及狀態兩種，均足以發生法律現象。事件中，如出生、死亡，係爲權利能力的始期與終期，屬於物的，如天然孳息的分離，係爲收取孳息權利人誰屬的標準。（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，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，其觀念與範圍卻非即爲一致。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；又如若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，該法律行爲方能成立。故意思表示只爲法律行爲的主要成分，而二者初非一事。

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，其形態與效力非必相同，故法律行爲因此分爲十大類別：

一 單獨行爲與共同行爲 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即能成立爲標準。如只依一方意思表示，即能成立，稱爲單獨行爲，遺囑及捐助行爲即屬於這

一類，如僅依一方尙不能成立，須依雙方當事人相互的意思表示的一致，方能成立，稱爲契約。如係依多數當事人平行的意思表示方能成立的，稱爲共同行爲。共同行爲係依多數人的意思表示而成立，故與單獨行爲不同，但此多數人的意思表示係平行的一致，而非雙方的相互，故又與契約不同。

二 債權行爲、物權行爲、親屬行爲、繼承行爲。這四者的區別，是以法律行爲係屬發生民法上那一部份的效力爲標準。我國民法，除第一編總則爲全部民法的共通規定外，其餘計分爲四編，卽債、物權、親屬、繼承。凡發生民法債篇上的效力之法律行爲，稱爲債權行爲；發生民法物權篇上的效力之法律行爲，稱爲物權行爲；發生民法親屬篇上的效力之法律行爲，稱爲親屬行爲；發生民法繼承篇上的效力之法律行爲，稱爲繼承行爲。

三 生前行爲、死後行爲。這二者的區別，是以發生效力時在當事人生前或死亡後爲標準。如一法律行爲，須當事人一方死亡方發生效力，稱爲死後行爲，如遺囑及遺贈是。凡非死後行爲均爲生前行爲，卽其效力的發生，並不以當事人一方的死亡爲必要。

四 要式行爲、非要式行爲。這二者的區別是以法律行爲是否須依一定方式始能成立爲

標準。如須依一定方式始能成立，稱爲要式行爲，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，則爲前提的稱爲主行爲，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，稱爲獨立行爲，否則稱爲輔助行爲。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，稱爲有償行爲；反之，當事人一

方無所給付而取得利益，稱爲無償行爲。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，稱爲要因行爲，通常的債權行爲，就屬於這一類。如不以給付的原因爲要素，稱爲非要因行爲，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，故又稱爲相對的非要因行爲。

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，稱爲要物行爲，「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，稱爲諾成行爲，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，稱爲完全行爲，否則便稱爲非完全行爲。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

任何法律行為，要能夠發生效力，必須具備三個有效要件：一、當事人有行為能力，二、有適當的標的，三、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；海內揚針，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。法律行為的標的要是不可能，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：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，如說甲應該給付乙一百元至一百五十元的法幣。是通常的所謂不確定，係指第一種而言，因爲第二種範圍已經確定，至於內容，也是有方法可以確定的，并不足以使法律行為所欲發生的事項，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，稱爲強行規定。凡可以依當事人的意思，不一律適用的法律規定，稱爲任意規定。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，稱爲強制規定，凡命令某人不爲某行為的規定，稱爲禁止規定。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為法律所禁止的事項。此種行為，稱為脫法行為。脫法行為是否有效，須視法律所原要禁止的目的而定。如原所要禁止的，在該所欲發生事項的本身，則脫法行為為無效。如我國民法規定年利息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，收取超過利率限制以外的利息，則屬無效。如原所欲禁止的，只在發生該事項某種手段，當事人另以其他手段達到法律所不禁止的目的，則脫法行為仍屬有效。（註八）

法律行為的標的，是合法的，尚更有一層意義，即係不能有背於公共秩序或善良風俗，否則無效。法律的強行規定，本是有關於公共秩序善良風俗的規定，但公共秩序與善良風俗所涉極廣，而又隨時間的遷移，空間的距離而變遷的，法律的強行規定，恐不能將所有的公共秩序與善良風俗，盡行網羅無遺。是以法律行為的標的，即不違反法律的強行規定，但實有背於公共秩序或善良風俗的時候，法律特再以明文規定其為無效。（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 法律行為的標的，又必須是公平的。所謂公平，係對不公平而言。公平與不公平，

本須依具體的情事就客觀的標準以爲決定，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，使當時情形顯失公平。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，或具給與其給付。（註二〇）

第四章 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，片其表示於外面言，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，就不能稱爲意思表示。

爲法律行爲的人，稱爲行爲人；而爲意思表示的人，則稱爲表意人。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，這稱爲「目

的意思」。再其次是對於目的意思，即以法律上的效果之意思，這稱為「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，這稱為「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，但其間的聯結有緩急，有時，自動機的生發至表示行為，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，因為該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，又稱為事實通知。事實通知的意義，在於對於過去，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「情」之表示，與意思表示的「意」的表示不同。情之表示如夫妻之一方與人通姦或與人姦，他方本可請求離婚，但若事前已有同意，或事後已爲宥恕，即不得再爲離婚之請求。此三類所謂「宥恕」，就不是意的表示，而爲情的表示。

第五節 意思表示的分類

法律行為可以分爲十大類，前四已述及完畢了。意思表示，也可以因爲觀察的標準不同，而分爲五類：

一 單純的意思表示與複的意思表示 這二者的區別，在以意思表示欲發生法律上的效果，除意思以外，是否尚須有交付或登記等行為，始能發生法律上欲發生的意思之表示，就能成立，稱爲單純的意思表示。如遺忘以外，交付實物的交付方能成立，稱爲複的意思表示。動產所有權人拋棄所有權的意思表示，但該表意人表示以外，再行拋棄占有物事實，方爲成立。

二 獨立的意思表示與非獨立的意思表示 這二者的區別，在以意思表示欲發生法律上的效果，是否尚須有他種一意思表示爲前提，如須有他種一意思表示，即能成立，稱爲獨立的

方能成立。又社團法人之社員，在社員總會之表決，必須集若干社員之意思表示，方能成立一決議案，這都是非獨立的意思表示。

三、有相對人之意思表示無須對人的意思表示。這二者的區別，在意思表示，是否須有相對人方能成立。如經理人須有相對人，方能成立，如為有相對人的意思表示，債務的免除，契約的解除，都是須向相對人為意思表示的，他屬於這一類。如無須有相對人，即能成立，稱為無相對人的意思表示，捐助行為，黨員總會之決議，亦無須先有相對人的，便屬於這一類。

四、對於特定人的意思表示對於不特定人的意思表示。這二者都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、對人及對物之意思表示。這二者的區別，在於意人所用的表意方法，於交易

習慣上是否爲法律所承認之意。如係法律所用之手段，稱爲明示的意思表示，否則稱爲默示的意思表示。法律所承認之默示，不失爲意思表示的方法之一，故認默示亦爲意思表示的一種。

第八節 意思與表示的不一致

第一、通過一切法律行為發生效力之第三個共同的要件，是要有健全的意思表示。所謂健全，共有二層意義：一、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，則其是否有效，即生問題。我國民法視不一致的情形如何，而分別其是否有效。

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，稱爲故意的不一致；後二種是表意人不知其不一致的，稱爲偶然的 inconsistent。

第一、故意不一致。故意不一致的第一種情形是非真意表示，這又稱爲心裏保留，就是表意人保留其意思，而表示另一種意思，且不留備其所表示的意思所拘束，如有人欲出賣甲

地，而故意表示與事實相反，即屬虛偽表示。非故意表示，無論是出於何種動機，或是出於戲謔，在原則上均不屬虛偽表示。但如出於戲謔者，則屬無效。（二二）

二 虛偽表示 虛偽表示，係指當事人故意表示與事實相反，虛偽表示是表意人與相對人通謀所為的一種非真意表示。如某甲為逃避債務為債權人所扣押，乃與某乙通謀，假裝的以其財產讓與某乙，即屬虛偽表示。

虛偽表示與非虛偽表示，有二種區別：一、非故意表示是表意人一方自為心中的保留，而虛偽表示則係表意人與相對人通謀通偽之的；二、真意表示，在原則上並非無效，而虛偽表示則在當事人間為無效——但其無效，不得對抗善意第三人（二三四）。

三 錯誤 錯誤，係指不一致或錯誤。一、多為錯誤。錯誤的意思，就是表意人之意思表示，偶然的與表意人的意思不一致。如某甲欲買一輛汽車，因誤認乙為甲，而與乙訂立買賣契約，此即屬錯誤。凡此等錯誤，均有因於意思表示的錯誤，如某甲欲買一輛汽車，因誤認乙為甲，而與乙訂立買賣契約，此即屬錯誤。（註二）

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。若該項惡意已拘束，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為目的的故意行爲。但就名詞的意義而言，刑法上的所謂脅迫，與民法上的所謂脅迫程度略有差別。在刑法上，凡加害的通知，致使被害人完全喪失自由意思的，稱為脅迫；如並未完全喪失自由意思的程度，則稱為恐嚇。至於民法上的脅迫實與刑法上的恐嚇相當，均係以暴力使人決定意思而為表示之謂。

刑法上尚有一種強暴，在民法上則稱為絕對強制。絕對強制與民法上的脅迫不同，前者係直接對於表意人的身體加以強制，如強執他人之手，簽名於某種的文件上。後者則只不過以暴力使他人決定意思而為表示，如以手槍逼迫他人允許婚約。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行為的意思表示無效。後者，表意人雖受有暴力的恐嚇，但意思的決定與表示的行為，仍係表意人自己為之，非完全由他人所強迫，故法律上只規定其得於脅迫終止後一年內撤銷。若意思表示，以免除該項意思表示的效力，則其後撤銷(註二一)至以強暴脅迫為犯罪的行為，刑法上與民法上不同。民法上之脅迫，係指他人權利，如領得被侵害人負損害賠償之責任，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，係屬非完全行爲。

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，該物脫離此人所擁有權。

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，稱為對話的意思表示，否則稱為非對話的意思表示。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，便仍為對話的意思表示；反之，二人雖屬鄰里，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。^{註二三}如相對人為無行為能力人，則不問其了解與否，均無效力可言，因無行為能力人須由其法定代理人代為意思表示或代受意思表示。如相對人為限制行為能力人，亦須於其法定代理人了解的時候，始生效力。

三 有相對人而無對話的意思表示 向相對人以對話以外的方法為意思表示，以意思表示達到於相對人的時候，開始發生效力。^{註二三}這稱為達到主義。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，已由郵局遞達於相對人本人，或雖未遞達於本人，但已投入相對

人住宅所備的信箱，或交付與相對人的家屬，或受雇人，亦認為達到。其以傳達人口頭傳達的，或向相對人本人傳達，或向其家屬等傳達，亦均認為達到。但如相對人係無行為能力人或限制行為能力人，則須意思表示的遲到，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，即為達到。相對人雖拒絕受領，苟無正當理由，仍以達到論。

【註釋】

註一 民法第七十條。

註二 民法第八一四條。

註三 民法第七二三條。

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。

法律行為，意思表示

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。

註一四 民法第八十七條。

註一五 民法第八十八條。

註一六 民法第九十條。

註一七 民法第八十九條。

註一八 參閱本書第七章第一節。

註一九 民法第一八四條。

註五 民法第九十二條第二項第一句

註三 同上

註三 民法第九十四條

註三 民法第九十五條第一項

註三 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？
- 三 法律行為與意思表示，是不是即為一事？
- 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 何謂有償行為與無償行為？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？

法律行為與意思表示

九 法律行為的標的，要具備幾種條件？

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？其與意思表示的差別何在？

七 什麼是單純的與要物的意思表示？

八 什麼是獨立的與非獨立的意思表示？

九 什麼是有相對人的與無相對人的意思表示？

〇 在有相對人的意思表示中，尚有何種區別？

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 什麼是非真意表示？什麼是虛假表示？者的區別何在？

三 什麼是憐憫？什麼是憐憫？在他人於苦中呻吟可以將其微軀

四 憐憫與愛不自而然地發生？

五 什麼是愛？愛是憐憫？愛是憐憫？

六 什麼是愛？愛是憐憫？愛是憐憫？

七 無賴的？無賴的？無賴的？

八 什麼是愛？愛是憐憫？愛是憐憫？

九 什麼是愛？愛是憐憫？愛是憐憫？

十 什麼是愛？愛是憐憫？愛是憐憫？

第二章 遺產繼承不動產所有權

第一節 財產繼承的本質及其內容

上古時代，人類生活，皆以自然恩惠又稱領單。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，其時，今日所有權之觀念，尚未一般。無論對於土地或動植物礦物，既不感覺其有特殊價值，也無人欲之分。當時，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，只有物之共同使用。其後，經由共同使用進而演成共同所有，再由共同所有演成財產私有。

自從羅馬帝國之法律，將遺產繼承法確立，於此乃反映到法律方面，所有權的規定。待至法國大革命時，法律上之所有權，係第十七條說：「所有權為神聖不可侵的權利」。所有權的觀念乃具有絕對強大之力量。當時，人類從封建時代以來之各種法律，都是所有權本位的法律。而法國拿破崙所頒布之法國民法典，規定：「所有權為以最絕對的方法，收養及處分其物的權利」。則為近世各國所有權之標準模型。

所有之「政治經濟學」以及「社會學」之內容；

一 絕對所有權。指權利人對於所有的物，具有神聖不可侵犯之權利而言。此種權利，即為公用之目的，而徵收個人的所有物，亦必須具備法定條件，並受比例原則之限制。

二、排他性。在每一物上，只能有一個所有權，不容許同時存在兩個所有權，含有絕對排斥他人干涉的特質。所有者以外的人，無論何人，對於該物，均不得主張權利，所以「所有權之上不能更有所有權」，成爲「人本位法律」的表現。

三 永久性 所有權具有永久性，不因任何原因，也不因廢效的經過而消滅。所有人可以隨時處分其所有物，亦可將所有物遺贈，或於其生前將所有物有效，即以遺囑為死後的處分，亦屬有效。除去所有物的本身是廢物，或係法律上禁止處分者，不在此例。

四 完全支配力。完全支配力，即指物主對於物擁有絕對、排他、排他的完全支配力。完全支配力包括三種支配的方法，第一，所有權，第二，用益權，第三，處分權。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，如天然孳息，如租金等，自由處分他的所有物，任何人不得妨礙。

若干種到支配的方法與目的，所以稱做完全的支配力。

這種個人本位的所有權觀念，在最近的法律方面，已經感受搖動。這種搖動是因為社會主義的興起。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）。

狄驥提第一種新的財產觀念。他說：所謂自由，權利，並非單為個人的利益而存在，乃因為人類相依相扶，圖社會的共存，法律方始加以保護，所以所有權要受一律的保護，必須是為滿足公共的需要，一有者因之在所有物上，並無絕對的特殊的權利，不得棄置所有物，不加利用，不得以行使所有權為名，為於己無利於人，有損的行為，而所有人又須於所有物上，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本位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，及於土地之上下，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，於若干年用和平公然占有後，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，遂因而歸於消滅。（註六）

最後就所有權的完全支配力而論，我國最近由國民政府公佈的憲法草案，規定：「土地所有權人，對於其所有土地，負充分使用之義務」（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

個人本位的所有權觀念，為滿足公共福利的需要而加以限制，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，與一切權利的取得相同，可以分為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取得的權利。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，即是在一定時間之內，以「所有」的意思，和平地並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，便是因為尊重這一種事實，而假占有人能取得占有物的所有權，占有自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為限，如已登記，則為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）先占就是先佔占得的意思。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（註一三）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觀的處所，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，則不準即行發見人取得所有權，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，稱爲不動產的附合。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，稱爲動產的附合。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，取得附合物時所有權（註一五）。

六 混合 混合是外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，稱爲混融，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，稱爲混和，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，取得混合物時所有權（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，以漆塗於用具，均是加工。凡加工物的所有權，屬於材料所有人。但如因加工而所增的價值，顯逾材料的價值者，則其加工物的所有權，屬於加工人（註一七）。

以上七種，都非所有權的原始取得。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、遺贈等情事。

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，須由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，其契約，但須經他人承認，方能生效。(註二二)贈與生效後，受贈人即繼贈與人而為該財產的所有人。

四 繼承 繼承是依法定的原因，使繼承人概括的繼受取得被繼承人的財產所有權。因係概括的繼受取得，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繼承的財產，概括的為一體概括取得。

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。所有權的取得之，以要分為原來的與繼受的，因為繼受的取得，尚另有一個很重要的原則，即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。易言之，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之反面，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權，而一人拋棄其應有部份，遂致完全屬於另一人獨有是。二是所有權客體的變更，如一人所有的房屋，因失火燒燬其一部份是。三是所有權內容的變更，如所有人將某項財產，為一特定人設定使用權或收益權是。

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。假如不能完全自由而受有限制，便稱為限制物權。限制物權，共分為地上權、永佃權、地役權、典權、抵押權、質權、留置權等七種。現在分別加以說明如左：

一 地上權 稱地上權者，謂以在他人土地上，有建築物或其他工作物或竹木為目的而使用其土地之權（註二四）。地上權與土地的租賃不同：土地租賃，法律上限定契約期間，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，應以其期間為期間。如當事人未定有期間，又無特別習慣可資準據，法律許與土地權人得隨時拋棄其權利，但須向土地所有人以意思表示為之而已。至有支付地租之訂定者，其地上權人拋棄權利時，應於一年前通知土地所有人。倘積欠地租已達二年的總額，則土地所有人得向地上權人，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之價值。惟如土地所有人臨時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，如經定時定有期限，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範圍內，均得占有並利用他人土地的權利，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，如因天災蟲變等不可抗力致收減或全無時，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，或在便於汲水，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，得為必

要的行爲；但這些必要^(註三三)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，稱爲抵押權，以動產爲擔保的，則稱爲質權。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^(註三六)。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（註四三）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）井以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不受清償，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。如約定期限原不滿十五年，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C)

七 留置權

留置權是債權人占有屬於債務人的財產，於未受清償前將該物加以留置權。(註五一)債權人行使留置權須債權已至清償期，債權已發生，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，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。(註五三)如債權人將來未能清償債務，則債權人得定六個月以期限通知債務人，聲明如不於期限內清償，則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，凡一切水底及天然富源(註五五)均在內。所謂定着物，指一方面定著於土地，另一方面其未構成爲土地之一部份之物而言，如房屋、溝渠、林木及礦山等物均屬不動產的出產物，尚未分離者爲該不動產的部份。(註五六)

最初的人類，穴居野處，茹毛飲血，既則食，飽則睡，散聚無常，逐鳥獸而居。對於動產與不動產，均無所有權的概念。其後因避獵而逐為畜牧，由肉食而進為穀食，人民逐水草而居，易嬉戲為勞動，共同分配，共同享受，於是人類與土地，乃開始發生關係。此時的不動產須為公共所有，公共所用，但動產則已准許私有，以謀人類的生活日繁，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，亦為人民所公有。公有私用，是以上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、土地既成為人民的私產，得自由買賣，其價值遂等於一般貨物，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，因而不願為集合的經營，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。因為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爲私有私用，民法又何以將其再爲區別的規定呢？往昔不動產在經濟上的價值，恆較動產爲大，特爲社會所重視，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，未必恆較動產爲大，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，不得不爲較方便合用的規定。

不動產所有權與動產所有權區別的實益，在民法上可以從幾點表現出來。其一，有交付不動產義務的債務人，於債權人遲延後，得拋棄其占有，但須預先通知債權人。（註五七）其二，以不動產爲租賃物者，因其價格之升降，當事人得聲請法院，增減租金。（註五八）其三，受委任人本得爲委任人爲一切法律行爲，但於不動產的出賣，設定負擔，或爲二年以上之租賃，須有委任人的特別授權。（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，應以書面爲之。（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，較之動產的取得時

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，占有人得就地或追隨向加害人取回之。（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。

孫中山先生國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，是由於社會改革和工商業的進步。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，從專徵收。（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】

註五 民法第八一〇條

註六 民法第八一〇條及第八一〇九條

註七 民法第八一一條及第八一二條

註八 民法第八一三條

註九 民法第八一四條

註一〇 民法第八四五條

註一一 民法第八六一條

註一二 民法第八六八條

註一三 民法第八九八條

註一四 民法第九〇六條

註一五 民法第九四四條

註一六 民法第九五二條

註一七 民法第九四九條及第九五〇條

註一八 民法第九五二條及第九五三條

註一九 民法第九五八條及第九五九條

註六 民法第八四二條。

註七 民法第八四三條。

註八 民法第八四四條。

註九 民法第八四五條。

註十 民法第八四六條及第八四七條。

註十一 民法第八四八條。

註十二 民法第八四九條。

註十三 民法第八五〇條第一項。

註十四 民法第八五一條。

註十五 民法第八五二條。

註十六 民法第八五三條及第八五四條。

註十七 民法第八五五條。

註十八 民法第八五六條。

註十九 民法第八五七條。

註二十 民法第八五八條及第八五九條。

動產與不動產所有權

附錄 八 附錄 八 附錄 八

附錄 九 附錄 九 附錄 九

附錄 十 附錄 十 附錄 十

附錄 十一 附錄 十一 附錄 十一

附錄 十二 附錄 十二 附錄 十二

附錄 十三 附錄 十三 附錄 十三

附錄 十四 附錄 十四 附錄 十四

附錄 十五 附錄 十五 附錄 十五

附錄 十六 附錄 十六 附錄 十六

附錄 十七 附錄 十七 附錄 十七

附錄 十八 附錄 十八 附錄 十八

附錄 十九 附錄 十九 附錄 十九

附錄 二十 附錄 二十 附錄 二十

附錄 二十一 附錄 二十一 附錄 二十一

註六 民法第四四二條。

註七 民法第五三四條。

註八 民法第五四四條。

註九 民法第七六〇條。

註十 民法第七五八條。

註十一 民法第七六一條。

註十二 參閱本書本章第二節。

註十三 民法第八六〇條第八四條、第九二一條及第九二八條。

註十四 民法第九六〇條。

註十五 民法第一一〇一條。

註十六 民生主義第二講。

註十七 民生主義第二講。

註十八 土地法第三〇九條。

【問題】

動產與不動產所有權

- 一 所有權的本質有那影響最重要的內容？
- 二 秋賦所提似的一種新的財產觀念，它是怎樣？
- 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 遺失與贖回物，應由何人取得所有權？
- 七 什麼是附合、混合、加工？各自何人取得所有權？
- 八 所有權時受取得，有什麼最要緊的原則？
- 九 所有權的喪失可分爲哪幾種？
- 〇 所有權的變更可分爲哪幾種？
- 一 限制物權一共有幾種？
- 二 地上權與地役權有何區別？
- 三 什麼是地役權？
- 四 抵押權的效力，可以達於幾種方面？
- 五 質權是動產質權，質權是限制物權？

- 一 與社會生活無關係者，其價值是零。
- 二 相見相聞相親相愛，價值六分，以助他發展。
- 三 主體所有權的觀念，是國計經濟的基礎。
- 四 主體所有權的觀念，是法律基礎。
- 五 主體所有權的觀念，是道德基礎。
- 六 主體所有權的觀念，是政治基礎。
- 七 主體所有權的觀念，是經濟基礎。

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，重為婚姻，在民法上為離婚，及撤銷婚姻的原因，在刑法上構成重婚罪。（註二）已有妻或已有夫，雖未與他人重為婚姻，但與其他異性通姦，亦為離婚的原因。（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，父母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，亦必以一夫一妻制爲準，這是我們所敢斷言的。

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，使原有的婚姻關係歸於消滅。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。（註一一）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。（註一三）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）又此項姻親結婚之限制，於姻親關係消滅後，亦適用之。（註一四）

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。（註一五）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。（註一六）其二，監護人與受監護人，於監護關係存續中，不得結婚。（註一七）其三，因姦判決離婚，或受刑之宣告的，不得與相姦者結婚。（註一八）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。（註一九）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。（註二〇）

婚姻之效力可以分爲普通的及財產之二種。普通的效力，是結婚後的女子，對於本姓之普通夫姓，若其贅夫，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。妻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）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（註三）在何財產制之下，夫妻各另保有特有財產（註四）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。如夫妻一方的死亡，後者爲離婚。其夫妻本以終身營共同生活爲目的，今如一方死亡，其

同生活即無繼續，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。（註二四）兩願離婚，毋須經過任何法定的手續，只須以書而為之，并由二人以上證人的簽名。（註二五）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。（註二六）

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。（註二七）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。（註二八）如夫妻無過失的一方因判決離婚

而處於生存狀態，則他方應予喪失，亦應與相當的財產費。(註二九)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，又可以因父母會否結婚，而將所生子女分爲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。(註三〇)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。(註三一)故凡在結婚一百八十一日以後，或離婚後第三百〇二日以前所出生的子女，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，係在婚姻關係存續之中，則所出生的子女，亦爲婚生子女。(註三二)

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，其效力有二：一是因生父自動的認領，但非婚生子女或其生母對於生父之認領得否認之。二是如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，可證明其為生父；三、生母為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為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，法律認定自始即應為婚生子女，毋須經過認領的。（註三五）

由於法律擬制而來的父子女，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。（註三六）所指定的繼承人，與被繼承人的關係，法律上認為與婚生子女相同。二是養子女，即收養他人的子女為子女，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，須與配偶共同為之，或徵得配偶的同意。除收養者及其配偶外，一人同時不得為二人的養子女。養父母收養養子女時，須以有利益為之，但自幼為養子女者，不在此限。一旦收養以後，養子女須受養

者而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（註三七）所謂法律別有規定，如養子女對於養父母的遺產，其應繼分只爲婚生子女的二分之一是（註三八）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（註三九）或是因爲法定的原因，由法院應一方的請求，宣告終止其收養關係（註四〇）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（註四一）關於第二個問題，我國民法規定未成年子女，以其父之住所爲住所，贅夫的子女，以其母之住所爲住所（註四二）

我國昔日法律，過分注重父母之權力，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，乃因爲子女係屬社會的一員，父母會受社會的養育，也應替社會養育將來的分子，故父母對於子女，不祇保護權利關係，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（註四三）這是很進步的一點。

再，我國昔日法律（註四四）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，亦且尙要服從為父的支配。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，目亦應平等。現在民法規定此項權利義務，由父母共同行使（註四五）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爲能力，即無需再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（註四六）而父母亦惟對於未成年的子女，有保護及教養的權利義務（註四七）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，

法律許父母於必要時範圍及一定的小範圍，有懲戒的權利。(註四八)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，雖為子女所有，但須由父代為管理，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，但除非是為了未成年子女的利益，不得加以處分。(註四九)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，或其他因有償行為取得之財產，則應歸諸父母，以為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宗旨不合，可以由其他的最近尊親屬，或親屬會議，先為糾正，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。(註五〇)

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，夫妻是配偶，妻的妹是配偶的血親，妻的妹丈，也就是姻親。（註五二）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。（註五三）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。（註五三）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。（註五四）

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，亦為妻的一親等直系姻親。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），故亦為二親等的旁系姻親。（註五五）

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，定為法律上的義務，命經濟能力居於可為救濟地位的人，扶養應為救助之人，這稱做扶養義務。

就扶養義務的關係來說，則可以分為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，只須為直系血親，親等不加限制。二，夫妻的一方與他方的父母，本只為姻親關係，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，既以營其

同生活爲目的而同居於一家，自應有此義務。（註五六）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。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。（註五七）

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，子婦女婿。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。（註五八）

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，一方面開訴訟之風，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，以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。（註五九）

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，但隔離遙遠，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。（註六〇）

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。（註六一）會員中如與所議之事，有利害關係，不得參與表決。（註六二）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」(註六三)

【註釋】

註一 民法第一〇五二條第一款及第九九二條。

註二 刑法第三十條。

註三 民法第一〇五二條第二款。

註四 刑法第三九條。

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 民法第九七十二條。

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。

繼嗣父母子女與親屬

註三 民法第九八八條。

註四 民法第九八三條。

註五 民法第九八五條。

註六 刑法第二三七條。

註七 民法第九八四條。

註八 民法第九八六條。

註九 民法第九八七條。

註一〇 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。

註一一 民法第一〇〇〇條，第一〇〇五條。

註一二 民法第一〇一六條，第一〇一九條。

註一三 民法第一〇一三條。

註一四 民法第一〇四九條。

註一五 民法第一〇五〇條。

註一六 民法第一〇五二條。

註一七 民法第一〇五一條及第一〇五五條。

註六 民法第一〇五六條。

註七 民法第一〇五七條。

註八 民法第一〇六一條。

註九 民法第一〇六二條。

註十 民法第一〇六二條第二項及第一〇六條。

註十一 民法第一〇六四條及第一〇六七條。

註十二 民法第一〇六九條。

註十三 民法第一〇六五條第二項。

註十四 民法第一一四三條。

註十五 民法第一〇七一條及第一〇九九條。

註十六 民法第一一四二條第二項。

註十七 民法第一〇八〇條。

註十八 民法第一〇八一條。

註十九 民法第一〇五九條。

註二十 民法第一〇六〇條。

註四 民法第一〇八四條。

註四 國大清律例戶籍門。

註四 民法第一〇八九條。

註四 民法第一〇八六條。

註四 民法第一〇八四條。

註四 民法第一〇八五條。

註四 民法第一〇八八條。

註四 民法第一〇九〇條。

註四 民法第九六九條。

註四 民法第九七一條。

註四 民法第九六七條。

註四 民法第九六八條。

註四 民法第九七〇條。

註四 民法第一一四條。

註四 民法第一一五條。

註資 民法第一一八條

註資 民法第一一九條

註資 民法第一二〇條

註資 民法第一二五條

註資 民法第一二六條

註資 民法第一二七條

【問題】

- 一 婚姻之社會的意義為何？
 - 二 我國法律為何採用一夫一妻制？
 - 三 什麼是婚姻？為什麼要由男女當事人自行訂定？
 - 四 未訂婚約者，可否進行結婚？結婚的最低年齡，男女各為若干？
 - 五 怎麼樣的婚姻，是無效或是得以撤銷的？
 - 六 婚姻的法律效力及財產效力是什麼？
 - 七 姻親關係具備什麼？姻親關係的繼承金及特種稅由何人負擔？
- 特別父母子女與親屬

- 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？
- 一〇 什麼是指定繼承人？其與被繼承人的關係，與何人相同？
- 一一 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？
- 一二 子女應該姓什麼？未成年子女應住在什麼地方？
- 一三 關於父母子女間的權利義務，我國古代的民族，較之昔日法律，有那幾點進步的地方？
- 一四 父母對於子女的身體方面的權利義務怎樣？
- 一五 父母對於子女的財產方面的權利義務怎樣？
- 一六 父母子女間的權利義務，可以因那幾種情形而消滅？
- 一七 親屬共分幾種？親屬與家屬有什麼不同？
- 一八 什麼是直系血親？與旁系血親？血親的親等是如何計算的？
- 一九 什麼是姻親？姻親的親系親等是如何計算的？
- 二〇 姻親關係，可以由那幾種情形而消滅？
- 二一 扶養義務的範圍是怎樣的？
- 二二 扶養義務人的順序是怎樣的？
- 二三 扶養權利人的順序是怎樣的？

三 親屬會議是如何組成的

三 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：一為單純承認，二為限定承認，三為拋棄繼承權。現在分別說明如左：

一 單純承認 單純承認，是繼承人不附加任何的條件，承認繼承。是以發生下列三種結果：一、繼承人對於被繼承人的權利義務，因混同而消滅。二、如被繼承人的遺產多於被繼承人的債務，或被繼承人全無債務，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，為限定承認或拋棄繼承權的表示，并明示的或默示的為單純承認。繼承的行為，即係單純承認，無需另具何種方式。但繼承人雖已為限定承認或拋棄繼承權的表示，而有隱匿遺產，在遺產清冊為虛偽記載的行為，以及意圖詐害被繼承人之債權人的權利而為遺產的處分時，（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為限，償還被繼承人的債務。（註七）我國昔日社會情況，認定父債子還為天經地義，此道德方面固屬甚是，但就法理言之，社會

中一員的債務，須由另一員無限制地負其責任，則不可通。且常有子因清償父債而陷於極悲慘的境地，甚至終身勞碌償還不盡，父傳於子，子傳於孫的，更爲違背法律。所以我國現在民法許繼承人於繼承開始時起，三個月內，開具遺產清冊，呈報法院，爲限定的繼承。這三個月的期限，法院因繼承人的聲請，如認爲必要，得爲延展。（註八）故限定承認係要式行爲，與單純承認之無需任何方式的不同。

繼承人呈報法院以後，法院應依公示催告程序公告，令被繼承人的債權人，於所定三個月以上的期限內，表明債權。在此期限之內，繼承人不得對於被繼承人的任何債權人償還債務。在此期限屆滿之後，繼承人對於該期限中報明的債權，及繼承人所已知的債權，均應按其數額，比例計算，以遺產分別償還。償還後如有餘，方得交付被繼承人所立遺囑中的遺贈。（註九）以及償還未報明又爲繼承人所不知的債權。（註一〇）再尚有餘，則仍歸於繼承人繼承。因爲限定承認，只不過是限定償還被繼承人債務的範圍，而繼承人的繼承權，仍舊根本存在的。

限定承認，還有一個特點，便是如繼承人有數人，而其中只有一人主張爲限定承認時，其他繼承人，法律上亦視同爲限定的繼承。（註一一）這稱做繼承人的連帶限定或擬制的限定承認。在單純

承認與拋棄繼承權時，都沒有這項擬制的規定。

三 拋棄繼承權 拋棄繼承權，是繼承人以意思表示，表明與被繼承人立於無關係的地位。凡繼承人於知悉其得繼承之時起，二個月內，均得以書面向法院、親屬會議，或其他繼承人，表示拋棄繼承權。繼承權一旦拋棄，則溯及繼承開始時，（註一三）拋棄繼承權人即不為繼承人，既不取得被繼承人所遺的財產，亦不負擔被繼承人的債務。

在法定繼承人中，如有人拋棄繼承權，則其應繼分即歸屬於其他同一順序的繼承人，如同一順序的繼承人均拋棄其繼承權，就準用無人承認繼承的規定。所謂無人承認繼承，即指繼承開始時，繼承人的有無不明而言。凡無人承認繼承，法院應依公示催告程序公告繼承人，命其於一年以上的期限內，承認繼承。（註一四）如期限屆滿，仍無人承認，則被繼承人的遺產，於清償債權，並交付遺贈物後，如有剩餘，歸屬國庫。（註一四）

第二節 遺囑之類別與要件

遺囑是表意人以死後發生效力為目的，依法定方式所為的一種自主地單獨行為。遺囑之所

以爲一種單獨行爲因爲只須依遺囑人一方的意思表示即可成立不以受遺囑人的同意爲必要遺囑之所以爲一種自主行爲因爲遺囑必須出於遺囑人的真意由遺囑人以自由意思爲之無須他人意思的介入是以凡有意思表示能力的人均得爲遺囑法律只不過限制未滿十六歲的人無遺囑能力。(註一五)凡已滿十六歲即使尚未成年亦已得爲遺囑毋須經法定代理人的允許。

遺囑是在遺囑人死亡後方發生效力的故遺囑人一日尚未死亡遺囑即一日不生效力而遺囑的內容法律有明文規定的如繼承人的指定遺贈固可由遺囑人自由表明其意思即法律未有明文規定的舉凡一人生前所能爲的法律行爲也都不妨以遺囑爲之並無限制。

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

一 自書遺囑 自書遺囑係由遺囑人自己親筆書寫遺囑的全文記明年月日并親自簽名如有增減塗改并應註明增減塗改的處所及字數另行簽名。(註一六)自書遺囑的長處在親筆書寫不易爲人偽造亦不易無端洩漏其短處則在不識文字或不能書寫者無法爲之。

二 公證遺囑 公證遺囑係由遺囑人指定二人以上的見證人在公證人前口述遺囑意旨

由公證人筆記，宣讀講解，經遺囑人認可後，記明年月日，由公證人、見證人及遺囑人同行簽名。遺囑人如不能簽名，則由公證人將其事由記明，使按指印為代。在未有公證人的地方，在國內由法院書記官，在國外，則由我國駐劄外國領事，代行公證人的職務。（註一七）公證遺囑的長處，在既係由公證人代為，對於遺囑的內容，有強固的證據力，即使遺囑人不識文字，不能書寫，也可以為之。其短處則在對於公證人須納費用，并且有見證人公證人等聆悉其遺囑的內容，不易防止洩漏。

三 密封遺囑 封密遺囑，係由遺囑人將遺囑書就簽名後，將其密封，於封縫處簽名，指定二人以上的見證人，向公證人提出，陳述其為自己的遺囑。如非本人自寫，并陳述繕寫人的姓名住所，由公證人於封面證明該遺囑提出的年月日及遺囑人所為的陳述，與遺囑人及見證人同行簽名。密封遺囑如未具備這些方式，而遺囑原係自寫者，則仍有自書遺囑的效力。（註一八）密封遺囑是以兼有自書遺囑與公證遺囑二者之長，但如係由他人代寫，則仍不能防止洩漏。

四 代筆遺囑 代筆遺囑係由遺囑人指定三人以上的見證人，由遺囑人口述遺囑意旨，使見證人其中之一筆記，宣讀講解，經遺囑人認可後，記明年月日及代筆人的姓名，由見證人全體及遺囑人同行簽名。遺囑人不能簽名者，應按指印為代。（註一九）代筆遺囑與公證遺囑大同小異，其差別

即在毋須經由公證人，可省去公證費用。但其易於洩漏，亦較公證遺囑爲甚。

五 口授遺囑 口授遺囑是一種特殊的方式。凡遺囑人因生命危急，或其他特殊情形，不能依其他方式爲遺囑時，方得爲口授遺囑。口授遺囑，應由遺囑人指定二人以上的見證人，口授遺囑意旨，由見證人中之，將該遺囑意旨，據實筆記，并記明年月日，與其他見證人同行簽名。（註二〇）至於遺囑人自己既係在生命危急或其他特殊情形中，自毋庸簽名。遺囑人自己既未簽名，而見證人的筆記，又未及宣讀講解，有無誤遺誤記，不易判斷，故於遺囑人死亡後三個月內，見證人中的一人或其他利害關係人，須將口授遺囑提經親屬會議，認定真偽，而後方能發生效力。（註二一）再如遺囑人在當時因生命危急或有其他特殊情形，爲口授遺囑，但過後發見遺囑人並未死亡，則口授遺囑，自遺囑人能以其他方式爲遺囑之時起，經過一個月，而失其效力。（註二二）

第三節 遺囑之無效及撤銷

遺囑雖則隨時可以成立，但如欠缺法律所明定的要件，則仍屬無效。法律所定的第一個要件，即遺囑係屬正式行爲，必須依照法定五種方式之一爲之。如未依照此等方式，則該項遺囑即爲無

效。又法律規定遺囑必須由遺囑人以自由意思爲之，故如係由他人代立，或有他人的意思介入，自不能認爲有效。再法律規定遺囑年齡爲十六歲，凡未滿十六歲的人不得爲遺囑，如遺囑人於爲遺囑當時尚未達此項年齡，則所爲遺囑亦係無效。

遺囑的內容本不限定，而且還可以附加負擔與條件。如遺囑人於遺囑中命受遺囑人爲本身及其繼承人或第三人的利益，認以履行某種義務，是爲負擔的附加。如遺囑人於遺囑中對於受遺囑人接受遺囑所予的利益，須完成某種客觀的條件，或須經過若干的期限，是爲條件或期限的附加。除期限的附加不成問題外，所附加的負擔或條件，如係違背公共秩序或善良風俗，則遺囑即不能生效。

凡無效的遺囑，認爲自始無效，也就是說，認爲自始未嘗有效成立。如遺囑人不另再爲有效的遺囑，則其死亡後，即係無遺囑。

至於有效成立的遺囑，也並不是一經成立，即能發生效力。遺囑非至遺囑人死亡時，不能生效。(註三)故如遺囑人一日未死亡，遺囑的效力，即一日未嘗發生。在未發生效力以前，自應許遺囑人可以隨時加以撤回，是爲遺囑之撤銷。

遺囑的撤銷，就是基於遺囑人的意思，以使其所爲有效遺囑，對於將來不生效力。遺囑撤銷的情形有三：其一是明示撤銷，即遺囑人得隨時另依遺囑的方式，撤銷遺囑的全部或一部；其二是法定撤銷，即遺囑人所爲前後的二個遺囑，互相牴觸，也就是遺囑人自己並未將前遺囑撤銷，而又將後遺囑成立，此時遺囑人雖未有撤銷前遺囑全部或一部的表示，但其後成立的遺囑既與前遺囑牴觸，法律乃推定遺囑人已有不欲使前遺囑發生效力的意思，故規定其牴觸的部份，前遺囑視爲撤銷，至其不牴觸的部份，仍屬有效。再如遺囑人並未爲前後二種互相牴觸的遺囑，遺囑仍只一個，但其爲遺囑後所爲的行爲卻與遺囑相牴觸，此時遺囑人雖亦未爲撤銷遺囑的表示，惟其行爲既與遺囑內容相反，則自亦可推定其不欲所爲遺囑發生效力，不願意爲自己所立遺囑所拘束，而將牴觸的部份，視爲撤銷。其三是物質撤銷，即遺囑人將記載遺囑的物質，如紙張簿據等，加以廢棄，所謂廢棄，又可分爲三種情形：一是將遺囑破毀，二是將遺囑塗銷，三是在遺囑上記明廢棄的意思。（註二四）凡此三種，均須出於遺囑人的故意，若非出於故意，而係由他人或遺囑人的過失或錯誤以致廢棄者，仍不能生撤銷遺囑的效力。再廢棄亦有全部的廢棄與一部的廢棄之別，如遺囑人只破壞遺囑中的某款，或塗銷遺囑的某事項，僅某款或某事項，視爲撤銷，其他款項仍保有其效力，凡遺

囑一經撤銷，溯及既往，認為自始未嘗成立，不生效力。

第四節 遺贈之成立及效力

遺囑的內容，法律本未嘗加以限定。但就通常情形而論，大部份遺囑的內容，總牽涉到遺產方面，故法律特明定遺囑人，於不違反特留分規定的範圍內，得以遺囑自由處分遺產。（註二五）關於特留分的意義與範圍，留待下節再說明。現在要說明的，是遺囑人怎樣在遺囑中處分他的遺產。這自由處分的方法，法律上所規定的有二：其一是關於應繼分的指定，即遺囑人得將各法定繼承人所應繼承的比率，以遺囑加以增減；其二即是遺贈。

遺贈是遺囑人無償地將其財產，於死後贈與他人的行為，故與其生前贈與他人的行為，有顯著的不同之點：其一是人生前以財產贈與他人，於其為贈與的一剎那間，即生效力，而遺贈的成立，須先以遺囑的成立為要件，如遺囑係屬無效或經撤銷，遺贈的效力，即無由發生。而遺囑即已成立，又尚須待至遺囑人死亡，方生效力，亦仍非可以即時生效。其二人生前以財產贈與他人，法律規定須經他方允受，始生效力（註二六），故為雙方的法律行為，為契約的一種；而遺贈則只為遺囑人

一方的行為，故爲單獨行為的一種。其三是一人生前以財產贈與他人，原則上不得任意撤銷，但遺贈則遺囑人在遺囑未發生效力以前，隨時皆可以撤銷。其四是一人生前以財產贈與他人，無須具備任何方式，而遺贈則必須以遺囑的方式爲之。

遺贈既必須以遺囑方式爲之，故非至遺贈人死亡，不能生效。若遺囑所定遺贈，尙附有客觀的條件，則尙須待該項條件成就，遺贈方生效力。（註二七）但一切遺贈如有法律所定的各種無效的情形，遺贈人卽已死亡，遺囑卽已生效，而遺贈仍係無效。這些無效的情形，一共可分爲四種，現在分別說明如左：

第一種無效情形是受遺贈人於遺囑發生效力前，先已死亡。（註二八）這種情形又稱爲遺贈的失效。遺贈本係注重於受遺贈人的「人的關係」，如遺贈人尙未死亡，而受遺贈人已先行逝世，則至遺贈人死亡，遺囑發生效力的時候，此項人的關係已不存在，遺贈自失去其效力。

第二是受遺贈人有故意殺遺贈人或應繼承人於死，或雖未致死，因而受刑之宣告，或以詐欺脅迫使遺贈人爲關於繼承的遺囑，或使其撤銷或變更已成立的遺囑，或以詐欺脅迫使妨害遺贈人爲關於繼承的遺囑，或妨害其撤銷或變更已成立的遺囑，或偽造變造隱匿或湮滅遺贈人關於繼

承的遺囑，或對於遺囑人有重大的虐待侮辱，經遺囑人表示其不得受遺贈。三、凡此種種情形，既觸犯刑法而其行為且亦為社會道德所不許，若不使其喪失享受遺囑的權利，則社會的安全，且將無由保持。

第三是遺囑人以一定的財產為遺贈，而其財產在繼承開始時，其一部份或全部份已不屬於遺產，則此一部份或全部份的遺贈無效。^(註三〇)因為該項財產既於遺囑人死亡時，已不在其遺產範圍之內，則任何人自不得再將不屬於自己的財產，無償地贈與他人。但遺囑人已另有意思表示的，則仍從其意思。如遺囑人先於遺囑中表明以某物遺贈於某人，并聲明若將來該物已非屬彼有，則另贈以某物或給予以相當代價，則於遺囑人死亡時，該物即不屬於遺產，而此項遺贈既已另預定有履行方法，故仍係有效。

第四是遺贈違反了繼承人的特留分，則違反的部份無效。特留分本為保護法定繼承人的利益而設，乃法律的強行規定。法律只許遺囑人在不違反關於特留分規定的範圍內，方得以遺囑自由處分其財產。今如違反了特留分，則違反部份，自不能使其生效。

遺贈除去無效而外，受遺贈人對於无效的遺贈，亦可於遺囑人死亡後，自由予以拋棄。^(註三一)

在遺囑人未死亡前，遺囑人是否當然有廢止遺囑之表示，遺囑人死亡後的繼承人只須向遺贈義務人（遺囑人的繼承人）爲不負交付遺贈物的義務表示即已足，毋須經過任何方式，此與拋棄繼承權不同。

凡無效的及經拋棄的遺贈，其遺贈的財產，仍屬於遺產的範圍，由法定繼承人繼承。（註三）

第五節 遺贈與特留分

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

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

有英國於不動產繼承仍從採用強制分配，為我國素所採用。但強制分配，雖較強制保存，在理論上為公平，但如絕對不許遺囑人以遺囑自由處分其財產，亦未免過分重視被繼承人的處分權，且法定繼承人必獲繼承遺產的全部，更容易養成驕奢儉惰的習慣，頗滋流弊。惟如絕對採用遺囑自由處分，不特我國人民識字者的比率不高，公證制度又尚未樹立，在遺囑的成立上問題尚多。即使沒有這些手續上問題，而被繼承人既可以將其遺產完全處分，不受任何限制，則法定繼承人的最低生活，亦將太無保障。故我國民法於強制分配之中，仍許被繼承人以遺囑處分，但在遺囑處分之時，亦仍不得違反法定繼承人的特留分，庶得兼善。

關於特留分的計算，我國民法係採各別特留主義，就是說，因法定繼承人與被繼承人的情誼的親疏不同，而特留分的範圍亦因而相異。在法定繼承人中，直系血親卑親屬，父母及配偶，其特留分均各為應繼分的二分之一。（註三三）如被繼承人的遺產為十二萬元，有配偶及子女（直系血親卑親屬）各一人，共為三人；此三人的應繼分，係平均分配，即各為四萬元，則他們的特留分，以四萬元的二分之一計算，即各為二萬元。在此情形之下，就是說，被繼承人雖可以遺囑自由處分其財產，但以遺囑所為的遺贈總共不得過十二萬元的二分之一，即不得過六萬元；其餘六萬元，法律強制

其分配於配偶及子女如無此等順序的法定繼承人而係由兄弟姊妹及祖父母爲法定繼承人時，則其特留分，只各爲其應繼分的三分之一，（註三四）計算的方法，與上述相同。

依特留分計算的結果，如被繼承人以遺囑所爲的遺贈，已經違反了特留分的範圍，法律如另無相當救濟辦法，仍不足以貫徹特留分制度的精神。所以我國民法又規定：應得特留分的人，如因被繼承人所爲的遺贈致其應得之數不足者，得就其不足之數，由遺贈財產扣減。受遺贈人有數人時，應按其所得遺贈價額比例扣減。（註三五）於此有須注意的，即違反特留分的遺贈，並非全部無效，只不過是須將其扣減到不違反的程度而已。

【註釋】

註一 民法第一一四七條。

註二 民法第一一四八條。

註三 民法第一一三八條。

註四 民法第一一四三條。

註五 民法第一〇七一條。

註六 民法第一一六三條。

註七 民法第一一五四條。

註八 民法第一一五六條。

註九 民法第一一五七條至第一一六〇條。

註一〇 民法第一一六二條。

註一一 民法第一一五四條。

註一二 民法第一一七四條及第一一七五條。

註一三 民法第一一七六條至第一一七八條。

註一四 民法第一一八九條。

註一五 民法第一一八六條。

註一六 民法第一一九〇條。

註一七 民法第一一九一條。

註一八 民法第一一九二條及第一一九三條。

註一九 民法第一一九四條。

註二 民法第一一九五條。

註三 民法第一一九七條。

註三 民法第一一九六條。

註三 民法第一一九九條。

註三 民法第一二一九條至一二二二條。

註三 民法第一一八七條。

註三 民法第四〇六條。

註三 民法第一二〇〇條。

註三 民法第一二〇一條。

註三 民法第一一八八條及第一一四五條。

註三 民法第一二〇二條。

註三 民法第一二〇六條。

註三 民法第一二〇八條。

註三 民法第一二二三條第一款第二款。

法定繼承與遺囑繼承

註三 民法第一二二三條第三款第四款。

註四 民法第一二二五條。

【問題】

- 一 那些人是法定繼承人？
- 二 什麼是單純承認？
- 三 什麼是限制承認？有什麼特點？
- 四 什麼是拋棄繼承權？
- 五 什麼是無人承認繼承？於清償債權并交付遺贈物後，殘餘的遺產係如何歸屬？
- 六 遺囑為什麼是一種自主的單獨行為？
- 七 法律對於遺囑的內容，有無限制？
- 八 什麼是自書遺囑，公證遺囑，密封遺囑，代筆遺囑？
- 九 口授遺囑須於何時方能為之？為什麼要提經親屬會議認定真實？
- 〇 遺囑無效的情形有幾種？
- 二 遺囑須至何時方能發生效力？

- 三 什麼是明示撤銷？
- 三 什麼是法定撤銷？
- 四 什麼是物質撤銷？
- 三 遺囑人怎樣在遺囑中處分他的遺產？
- 六 什麼是遺贈？與生前贈與有什麼不同？
- 七 遺贈無效的情形有幾種？
- 六 受遺贈人可以拋棄遺贈嗎？
- 五 無效的及經拋棄的遺贈，其遺贈財產仍屬於什麼範圍？
- 五 關於繼承的立法主義，原來有幾種？
- 三 我國現在所採的繼承立法，有什麼優點？
- 三 法定繼承人的特留分是如何計算的？
- 三 遺贈如違反了特留分的範圍，是否全部無效？

第七章 各種犯罪制裁與監獄

第一節 各種犯罪制裁

法律既是人類社會的規律，其目的在對於生息於社會中的各個人，予以一種指導，使其知悉何者爲應爲，何者爲不應爲。則各個人中，如有不遵守這種指導，爲其所不應爲，則法律自須加以制裁，方能使社會的規律，得所保障。在民法方面，如有人違反民法的規定而侵害他人的權利，稱爲侵權行爲，其制裁的方法，是命侵權行爲人負損害賠償及回復原狀的責任。（註一）在刑法方面，如有人違反刑法的規定而危害國家、公共或個人的法益，則稱爲犯罪，其制裁的方法是各種刑罰。

關於犯罪的意義，可以分爲廣義狹義二種。從廣義方面說，凡一切人因故意或過失而爲刑法法令中所列舉的不應爲的行爲，都是犯罪。從狹義的說，則只是這一切人中須受刑事制裁的，方爲犯罪。故如未滿十四歲人、心神喪失人（註二）以及非出於故意或過失的人（註三）違反刑法，法律既規定不罰，即不在狹義的犯罪意義之內了。就刑事制裁的觀點以論犯罪，是偏於狹義方面的。

爲什麼對於犯罪的人，要予以一種刑事制裁——刑罰呢？這是刑法的基礎問題。就近代的刑法學說而論，這種刑罰的基礎，不外二點：其一，是對於已經犯罪的人，使其不再犯罪。因爲一人之所以犯罪，即足以表現其有不能正當適法的生活能力，故須以懲治訓誡的方法，將其改善，改善不能，則剝奪其自由，必令其將來無法再爲犯罪的行爲；改善而能，則使其仍復列於良民之列，共營正當適法的社會生活，這稱做預防主義說。其二，是對於尚未犯罪的人，使其不去犯罪。因爲一人之所以敢去犯罪，無非受享慾望的引誘，欲防止其有不法的慾念，必使爲此行爲的人，感受身體上或財產上的痛苦而後可。刑法將各種刑事制裁預先規定，使一般人，都知道以犯罪的行爲而得到快樂，將有更大的痛苦追隨於後，則其犯罪的慾望，可得遏止而不去進行，這稱做心理強制主義說。

現在刑法所預先規定的各種犯罪，可分爲三大類：其一是危害國家法益的犯罪；其二是危害公共法益的犯罪；其三是危害個人法益的犯罪。法律本是社會的規律，國家是社會組織的上層形式，公衆是社會組織的本體，個人雖只是社會的一分子，但往往因了他的法益受了危害，而影響到社會整個的秩序與風化，所以凡危害了國家，公共或個人法益的，均須加以制裁。

所謂危害國家法益的犯罪，就是危害國本，妨害國交，以及妨礙國家政務等等的行爲。就危害

國本而論，其以暴動或意圖破壞國體，竊據國土，或以非法的方法，變更國憲，顛覆政府，而着手實行的，稱爲內亂罪。其以通謀外國，使其與中華民國開戰，或意圖使中華民國領域屬該國或他國，或在與外國開戰時，爲敵國執役，以軍事上利益供敵國，或於平時將中華民國國防應祕密的文書，圖畫，消息，物品，洩漏於外，或應經政府允許的事項未受允許，私與外國政府爲約定，稱爲外患罪。就妨害國交而論，如對於友邦元首或外國之國旗國章而爲侮辱，或於外國交戰之際，違背政府局外中立的命令，稱爲妨害國交罪。（註四）凡危害國本及妨害國交的犯罪，少則可以減損國家的力量，大則有亡國之患，故無論係陰謀、預備、既遂、未遂，均須加以嚴厲的制裁。

就妨礙國家政務而論，其以公務員職務上而犯罪的，如公務員不盡其應盡之責，而委棄守地；公務員爲職務上或違背職務的行爲，要求期約或收受賄賂；有審判職務的公務員，爲枉法的裁判；公務員對於租稅或其他入款，明知不應徵收而徵收；公務員廢弛職務，釀成災害。在郵務或電報機關執行職務的公務員，開拆或隱匿投寄的郵件或電報等等，稱爲瀆職罪。其以強暴脅迫，施於依法執行職務的公務員，或對於依考試法舉行之考試，以詐術或其他非法的方法，使其發生不正確的結果等等，稱爲妨害公務罪。其以強暴脅迫或其他非法的方法，妨害他人行使選舉投票權，或有投

票權的人，要求期約或收受賄賂，或以詐術或其他非法的方法，使投票發生不正確的結果，稱為妨害投票罪。其公然聚眾強暴脅迫，不服解散，參加以犯罪為宗旨的集社，未受允准，招集軍隊，意圖漁利，挑唆包攬他人訴訟，冒充公務員而行使其職權，意圖侮辱中華民國而公然損壞除去或污辱中華民國的國旗國章，或意圖侮辱創立中華民國的孫先生，而公然損壞除去污辱遺像，稱為妨害秩序罪。其依法逮捕拘禁之人，設法脫逃，或加以縱放，稱為脫逃罪。其藏匿犯人，或依法逮捕拘禁之人，或偽造變造湮滅或隱匿關係他人刑事被告案件的證據，稱為藏匿人犯及湮滅證據罪。其為證人，鑑定人，通譯而於案情有重要關係的事項，為虛偽的陳述，或意圖他人受刑事或懲戒處分，向該管公務員誣告，稱為偽證及誣告罪。（註五）

所謂危害公共法益的犯罪，就是有害害公共，妨害社會上信用，風化，職業及健全等的行為。就危害公共而論，其以放火，決水，傾覆或破壞舟車，損壞軌道燈塔標幟，損壞或壅塞陸路水路橋樑，或其他公眾往來的設備，未受允准而製造販賣運輸或持有炸藥爆裂物，妨害鐵路郵務電報電話水電氣煤氣事業，妨害飲水衛生，違背關於預防傳染病所公布的檢查或進口命令等等，稱為公共危險罪。就妨害社會上信用而論，其以意圖供行使之用，偽造變造通用貨幣或加以行使，稱為偽造貨

幣罪。其以意圖供行使之用，偽造變造公債票、公司股票，或具有價證券、郵票、印花稅票、船票、火車票，或其他往來客票或加以行使，稱爲偽造有價證券罪。其以意圖行使之用，製造販賣違背定程的度量衡或變更度量衡的定程的，稱爲偽造度量衡罪。其偽造變造公私文書、印章印文或署押足以生損害於公衆或他人的，稱爲偽造文書印文罪。就妨害社會上風化而論，其以強暴脅迫或使不能抗拒的方法，姦淫婦女的，稱爲強姦罪。凡姦淫未滿十四歲的女子，不問有無用強暴脅迫方法，均以強姦論。其未以強暴脅迫方法而男女相姦淫的，稱爲和姦罪。對於男女以強暴脅迫藥劑催眠術或他法至使不能抗拒而爲猥褻行爲的，稱爲猥褻罪。有配偶而重爲婚姻的，稱爲重婚罪。有配偶者與人通姦，稱爲妨害家庭罪。和誘未滿二十歲的男女或有配偶的人脫離家庭的，稱爲和誘罪。略誘未滿二十歲的男女意圖營利或意圖使被誘人爲猥褻的行爲，或移送被誘人於中華民國領域外的，稱爲略誘罪。自強姦罪以至猥褻罪，總稱爲妨害風化罪。自重婚罪以至略誘罪，又總稱爲妨害婚姻及家庭罪。其對於墳墓、寺觀、教堂、坟墓或公衆紀念處所公然侮辱，或損壞、遺棄、公然污辱，或盜取屍體，或發掘墳墓、損壞、拋棄，或盜取遺骨遺器殮物，或火葬的遺灰的，稱爲毀壞祀典及侵害墳墓屍體罪。就妨害社會上職業而論，其妨害販運穀類、公衆食物、種子肥料、農工業必需品，妨害他人農事上

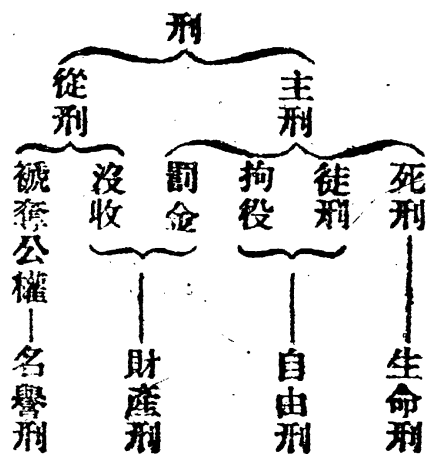
的水利，偽造或仿造已登記的商標商號，意圖欺騙他人而就商品的原產國或品質為虛偽的表記，或明知為此項商品而販賣或陳列或自外國輸入的，稱為妨害農工商罪。就妨害社會上健全而論，其栽種，製造，販賣，運輸吸食鴉片或嗎啡，高根，海洛因的，稱為鴉片罪。其在公共場所賭博財物，或以賭博為常業，或意圖營利，未經政府允准而發行彩票的，稱為賭博罪。（註六）

所謂危害個人法益的犯罪，就是有害個人生命，身體，自由，名譽，財產等權利的行為。就危害個人生命而論，其殺人，教唆或幫助他人使之自殺的，稱為殺人罪。但如係當場激於義憤而殺人的，只處七年以下有期徒刑。其懷胎婦女服藥或以其他方法墮胎的，稱為墮胎罪。就侵害個人身體而論，其傷害人的身體或健康，明知自己有花柳病麻風而傳染於人，或對於未滿十六歲的男女施以凌虐，或以他法致妨害其身體的自然發育，稱為傷害罪。其遺棄無自救力之人的，稱為遺棄罪。就妨害個人自由而論，其使人為奴隸或居於不自由的地位，意圖營利以詐術使人出中華民國領域以外，私行拘禁或以其他非法方法，剝奪人的行動自由，無故侵入他人住宅建築物，或不依法令搜索他人身體，住宅，建築物，舟車，航空器，稱為妨害自由罪。其無故開拆或隱匿他人的封緘信函，從事職業者或公務員無故洩漏其業務上或職務上知悉的祕密，稱為妨害祕密罪。就妨害個人的名譽而

論，其公然侮辱人，意圖散佈於衆而指摘或傳遞足以毀損他人名譽之事，散佈流言，或以詐術損害他人的信用，稱爲妨害名譽及信用罪。就侵害個人的財產而論，其意圖爲自己或第三人不法之所有而竊取他人動產的，稱爲竊盜罪。其意圖爲自己或第三人不法之所有而搶奪他人動產的，稱爲搶奪罪。其以強暴脅迫及使不能抗拒的方法而取他人之物的，稱爲強盜罪。其未受交戰國允准或不屬於各國海軍而駕駛船艦意圖施強暴脅迫於他船或他船之人或物的，稱爲海盜罪。其意圖爲自己或第三人不法之所有而侵占由自己持有的他人之物，遺失物，漂流物，或其他離本人所持有之物，或對於公務上或因公益所持有之物，稱爲侵占罪。其意圖爲自己或第三人不法之所有以詐術使人將物交付，爲他人處理事務而爲違背其任務的行爲，或乘他人急迫，輕率無經驗，以金錢或其他物品而取得與原本顯不相當的重利的，稱爲詐欺背信及重利罪。其意圖自己或第三人不法之所有，以恐嚇使人將物交付，或意圖勒贖而擄人的，稱爲恐嚇及擄人勒贖罪。其收受，搬運，寄藏，故買贓物的，稱爲贓物罪。其毀棄損壞他人文書，建築物，墳坑，船艦，或其他之物，足全損害於公衆或他人的，稱爲毀棄損壞罪。（註七）

凡有違犯法律的規定而犯上列各項之罪者，便由國家處以刑罰。處刑的時候，有同一犯罪只

單科以一種刑罰的，亦有同一犯罪，同時可科以數種刑罰的。在同時科數種刑罰的情節之中，又有得以該項刑罰獨立的加諸犯人的，這稱為主刑；另有須附隨於其他刑罰，而加諸犯人的，這稱為從刑。我國刑法上所規定的主刑從刑是：



死刑是生命刑，就是剝奪犯罪人生命的極度刑罰。死刑的起源甚古，我國古代，所謂上刑用甲兵，次刑用斧鉞，即是死刑。在各國的歷史上，亦幾均留有死刑的記載。直至近代博愛主義盛行，始有人認死刑為太殘忍，抑且完全不予犯人以懺悔的機會，主張廢除。但死刑的執行，如果限定其範圍，并減少其適用，有時亦不無對於社會有所裨益。昔人有謂為生而殺人，死而無怨，意思就是說，為了

大多數人的生存而殺一社會的毒賊，是無怨可說的。自由刑的目的，本在使犯人與社會隔離，而只不過是使其永遠與社會隔離而已。現在我國刑法仍採用死刑（註八）但於唯一處死刑的條文，盡量減少，其他得科以死刑的範圍，亦有限制。若是則一方面不背博愛主義的潮流，一方面仍可保持社會的安定。

徒刑與拘役都是自由刑，就是束縛犯人自由的刑罰。自由刑在各種刑罰中，佔有重要的地位，而適用的範圍亦極廣。其第一種是徒刑，即將犯罪的人拘禁於監獄之中，其將犯罪人永遠拘置於監獄中的，稱為無期徒刑，其定有期限拘置於監獄中的，稱為有期徒刑。我國刑法規定有期徒刑最長為十五年，但可加重至二十年，最短為二月，但亦可減輕至二月未滿。自由刑的第二種是拘役，凡將犯罪人於一日以上二月未滿的期間內，拘置於監獄中的，即為拘役。（註九）拘役與有期徒刑完全相同，所不同的，拘役是最短期的自由刑，僅能適用於惡性輕微的犯人。

罰金與沒收都是財產刑，就是剝奪犯人財產的刑罰。第一是罰金（註一〇）即由法院以判決命犯罪人繳納一定金錢的刑罰。罰金的方法有二種優點：一是以罰金施諸唯利是嗜之徒，使其發生財產方面的苦痛，大足以收豫防犯罪的效果。二是受罰金宣告的，毋須入獄，既不因執行刑罰而妨

礙其職業，又不致因受刑而參及監獄內惡習。第二是沒收，（註一）即由法院以判決，將違禁物，供犯罪所用或供犯罪預備之物，或因犯罪所得之物，沒收入國庫。（註二）此數種物均與犯罪有密切的關係，故須沒收之，不使再為犯罪人所有。

褫奪公權是名譽刑，就是剝奪犯罪人的榮譽，所謂褫奪公權是指褫奪為公務員的資格，公職候選人的資格，及行使選舉罷免創制複決四權的資格。（註三）這幾種資格的褫奪，亦有無期與有期的區別。凡宣告死刑的或無期徒刑的，均宣告褫奪公權終身，是為無期的。凡宣告六月以上的有期徒刑，依犯罪的性質認為有褫奪公權必要的，則宣告褫奪公權一年以上十年以下，是為有期的。

（註一四）

以上是刑罰的種類，至於犯何種之罪，則科以何種刑罰，在刑法上另分別有明文規定，如瀆職罪中的「公務員不盡其應盡之責，而委棄守地者，處死刑，無期徒刑，或十年以上有期徒刑」（註一五）即是一例。以犯罪人無論係犯何種之罪，而法官在按照刑法定罪之時，於法定的刑度中，當應隨時審酌一切情狀，為科刑輕重的標準。這些情狀，是犯罪的動機，犯罪的目的，犯罪時所受的刺激，犯罪的手段，犯人的生活狀況，犯人的品行，犯人的知識程度，犯罪後的態度，凡此皆屬於犯人的主觀方

面又犯人與被害人平日的關係犯罪所生的危險與損害，凡此皆屬於犯罪的客觀方面。（註一六）依近代刑法學理而論，關於主觀情狀的審酌，尤應重於客觀的情狀，方能收防止犯罪及再犯的社會的功用。

除去刑罰而外，我國刑法復有保安處分的規定，即是對於某種的犯罪人，非完全可以用刑罰的方法，即能收社會的功効，必須另施以一種處分，方能達防止犯罪與再犯的目的，這種處分，便稱為保安處分。保安處分一共有八種：其一是少年犯罪人的感化教育；其二是精神病犯罪人的監護；其三是吸用鴉片或其代用品者的禁戒；其四是酗酒犯罪人的禁戒；其五是習慣犯罪人的強制工作；其六是花柳病及麻風犯罪人的強制治療；其七是少年精神病、鴉片、酗酒、習慣等犯罪人及受緩刑宣告人的保護管束；其八是外國人犯罪的驅逐出境。（註一七）如果國家能為種種設備，則保安處分所實施的效果，將在專以刑罰加諸犯罪人之上，是無可疑的。

第二節 監獄之社會的與教育的功用

凡犯罪而受有刑罰的人，必須有執行的方法，方足以達刑罰的目的。生命刑的執行，不需要長

久的時間；財產刑及名譽刑的執行，也不需要有一定的地域，惟有自由刑的執行，對在拘束犯罪人的行動自由，必須有一固定的地域，按照法院所判決的期間去拘束他，這地方便是監獄。

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

至於近代的監獄，意義便完全不同。近代監獄是有功用，有規律，有目的的。其在社會方面的功用，爲使犯罪人與社會隔離，因爲凡是犯罪的人，皆具有惡性，以此種具有惡性的人，混雜於一般社會羣衆之中，每有侵害他人法益，或傳染於他人的危險，故須拘束其自由，使之處於監獄之中，而與社會相隔離。犯罪人既與社會隔離，既無從去侵害他人的法益，而社會的羣衆，亦不致傳染到他的惡性。

監獄除在社會方面的功用而外，尚有更重要的功用，那便是屬於教育的。因爲刑罰本身本不

監獄禁錮地方

男子監與女子監的區別，是因犯罪人的性別不同，故分別組織。女子監中，每有稍加優遇待遇之處，且以用女監官爲便利。成年監與少年監的區別則在犯罪人年齡的長幼。幼年人知識未充，其犯罪本可矜恤，或因受他人唆使，情節更多可原，如與年齡已長的惡性犯人羣居一室，亦常有被傳染惡性的危險，故須另行設置幼年監，使其能受特殊的感化訓練，以從早收獲改過自新的功用。

初犯監與改過初次犯罪人的地方，若屬罰不償罪，則應以感化訓練爲主，加以拘禁，因爲初次犯罪的人，其罪未深易於改悔，若屬犯不止，則應以感化訓練爲主，加以拘禁，因爲初犯犯罪人如合拘禁於一處，時常不能達感化訓練的目的，雖有初次犯罪的人，但與惡性犯人羣居，故須分別組織監禁的場所。

這些不同的組織，有時係看刑罰宜設置，有時即於同一監獄之內，使各種組織嚴爲隔離，亦可達其目的。

再犯罪人的管理方面去看，監獄的組織，則有雜居制，分房制，階級制，自給制，不定期刑制，家庭制，軍隊制，學校制，團體制，聯居制，是監獄中集合多數的犯罪人，使其以全學團，作業處，學校，同一

大都關於經濟與社會之研究，其目的在於救濟居困仍佔大部份。

除監獄外，尚有刑求自由的處所是爲看守所。看守所與監獄在管轄上若有區別，監禁係執行自由刑之處，而看守所乃爲拘禁刑事被告人而設。此時刑事被告人只有犯罪的嫌疑，其果屬犯罪與否，尙未偵查確定，但雖至其有逃亡之虞，故不得不暫時在看守所中加以羈押，故羈押於看守所中者仍爲良民，與監獄中的囚犯人待遇不同。

刑事被告人，在檢察官偵查期間，羈押於看守所不得逾二日，得因必要延長一次，審判中不得逾三日，得因必要延長三次，如經偵查判決無罪或已過上滿期限，即應視為撤銷羈押，其解放（註二）如經判決確定，罪名成立，亦成爲囚犯人，消失其良民資格，遂應改歸監獄執行，不能仍留於看守所，但其已查看看守所羈押的日數，得以折抵監獄的日數，以一日抵監獄一日（註三）。

監獄

第一 監獄第一八四條至第一八九條

第二 監獄第十八條至第十九條

第三 監獄第十二條

各種犯罪與監獄

註四 刑法第六〇〇條之一至一九條

註五 刑法第六〇〇條之一至一九條

註六 刑法第六〇〇條之一至一九條

註七 刑法第六〇〇條之一至一九條

註八 刑法第六〇〇條之一至一九條

註九 刑法第六〇〇條之一至一九條

註十 刑法第六〇〇條之一至一九條

註十一 刑法第六〇〇條之一至一九條

註十二 刑法第六〇〇條之一至一九條

註十三 刑法第六〇〇條之一至一九條

註十四 刑法第六〇〇條之一至一九條

註十五 刑法第六〇〇條之一至一九條

註十六 刑法第六〇〇條之一至一九條

註十七 刑法第六〇〇條之一至一九條

第三 關於外國人及外國船舶之法律地位及權利義務之規定。自一九二一年起。

第四 關於外國人及外國船舶之法律地位及權利義務之規定。自一九二一年起。

第五 關於外國人及外國船舶之法律地位及權利義務之規定。自一九二一年起。

問題

- 一 為什麼對於外國人，要予以一種刑事制裁呢？
- 二 現在法律所規定的各種犯罪，可分為幾大類？
- 三 那種犯罪是危害國家的？為什麼要加以嚴厲的制裁？
- 四 為什麼不將其他之犯罪也歸入此類？是犯了什麼罪？
- 五 意國法律中，關於外國人及外國船舶之法律地位及權利義務之規定，自一九二一年起。
- 六 意國法律中，關於外國人及外國船舶之法律地位及權利義務之規定，自一九二一年起。
- 七 什麼是生命刑？為什麼要入死而無赦？是犯什麼罪？
- 八 什麼是自由刑？自由刑及名譽刑？
- 九 法官判刑時，應否酌量其情狀？

各種犯罪之法律地位

- 四 我國法律上所規定的保護兒童之法律
- 五 我國自由刑的規定地獄是甚麼地方
- 六 古今監獄的情形是怎樣的
- 七 現代監獄在社會方面有怎樣的功用
- 八 現代監獄在教育方面有怎樣的功用
- 九 從犯罪人的性質方面去看監獄的組織，有甚麼不同的區別
- 十 從犯罪人的身體方面去看，監獄的組織，有甚麼不同的區別
- 十一 監獄所監禁的囚犯，有甚麼地方

第八章

法院組織與民事訴訟

第一節 普通法院與特別法院

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

國家爲維持法律之權威，以及爲人民得有地方行使權利或履行義務的請求，故設立一種司法機關。這種機關便是法院。其依法院組織法設立的法院稱爲普通法院，其依特別法設立的稱爲特別法院。

普通法院，是審判民事刑事訴訟案件，并依法官所定，管轄非訟事件。（註一）特別法院則或以當事人的資格去定，如陸海空軍軍人給與軍事裁判，（註二）則由軍事審判機關審判，不由普通法院

受理。或經審判廳推定。如有行政訴訟則另有行政法院審判。依國際法之捕獲案件，則另有捕獲法庭審判。商事案件，則另有商事法院審判。勞資爭議則另有勞資仲裁委員會仲裁。土地爭議，則另有土地仲裁委員會仲裁。均不由普通法院受理。但商事、勞資及土地之爭議，如為斷或仲裁無效，仍由普通法院受理。

普通法院分地方法院及普通法院最高法院三級。（註七）採三級三審制。地方法院設於縣或市，但其區域狹小者，得設地方法院。其區域遼闊者，得設地方法院分院。（註四）地方法院所管轄的事務有二：一、民事訴訟第一審訴訟案件；二、非訟事件。（註五）在審判的時候，以推事一人擔任行之，但案件重大者，得以三人的合議行之。（註六）

高等法院設於省或特別區域，但其區域遼闊者，得設高等法院分院。（註七）高等法院管轄的事件有三：一、關於內亂外亂及妨害國家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之民事訴訟案件；三、不服地方法院及其分院裁定而抗告的案件。（註八）在審判的時候，以推事三人的合議行之，但案件重大者，得以推事一人行合議及調查證據程序。（註九）

最高法院設於國民政府所在地，其第一、二、三級對不許可之分院，均得設分院。最高法院管轄的事件有四：一、不

最高法院及其分院第一審判決、第二審判決案件、三、不服高等法院及其分院第二審判決而上诉于最高法院者、四、不服高等法院及其分院裁定而抗告的案件、五、非常上訴案件、六、（註一二）在審判的時候，以推事五人或三人的合議行之。（註一二）

各級法院各設院長、以方法法院院長、由推事兼任、總理全院行政事務。（註一三）一、地方法院如所設推事在六人以上，得分設民事庭刑事庭，各庭置庭長一人，除由兼任院長的充任以外，餘就其他推事中選任。（註一四）高等法院院長，亦由推事兼任、總理全院行政事務，并監督所屬行政事務。（註一五）另分設民事庭刑事庭，各庭置庭長一人，由推事中選任。（註一六）最高法院置院長一人，得由國民政府司法院院長兼任、并兼推事、總理全院行政事務。（註一七）另分置民事庭刑事庭，除由院長兼庭長外，其餘庭長，亦由推事中選任。（註一八）凡各級法院行合議審判的時候，以庭長充審判長，無庭長或庭長有事故時，以庭中其他資深最長的推事充任。如行獨任審判，則即以該推事行審判長的職權。（註一九）

各級法院中，除設有檢察廳外，因為我國尚未實施檢察制度，故備有檢察官及檢察官的設置，在最高法院中，置檢察官若干人，以一人為檢察長。在高等法院地方法院及其分

院、各道檢察官若干人，以一人爲首，檢察官的職務有二：(一)實施偵查，提起公訴，實行各該協助日，說應當自訴，及指揮刑事裁判的執行；(二)其他法令所定職務的執行。(註二)檢察官對於法院獨立行其職權。(註三)但須服監督長官的命令。(註三)

至於行政訴訟，我國另特別設置行政法院管理，凡人民因中央或地方官署的違法或不當處分，致損害其權利，而無先依審判法，向其上級機關提起訴願，如不服其決定，須再向再上級機關提起再訴願，如再不服其決定，或提起再訴願三十日內不爲決定，始得向行政法院提起行政訴訟。而在提起的時候，須原處分係違法者爲限，如只係不當處分，只能至再訴願爲止。(註四)提起行政訴訟，得請求損害賠償。(註五)對於行政法院的裁判，不得上訴或抗告，故只爲一級一審。(註六)

行政法院直屬於國民政府司法部，掌理全國行政訴訟審判事務，置院長一人，兼任評事，并充廳長，另分設二庭或三庭，每庭置庭長一人，評事五人。在審判的時候，以評事五人合議行之，庭長爲審判長。(註七)

第二章 外國在華領事法庭

外國在華領事法院，係根據中外不平等條約許外國在中國有領事裁判權的結果，外國在華領事裁判權之規定，見諸約章的，始於道光二十三年（一八四三）的中英五口通商條約第十三款，但語意較為含混，其後一八四四年的中法神廟，一八四七年的中葡條約相繼締結，始分析加詳，其重要之點有三：其一，關於中外混合的民事案件，由中外官員各自調處；其二，關於中外混合的刑事，則中國人由中國地方官按中國法審斷，外國人由該管領事按該外國法處斷；其三，關於純粹外國人的案件，中國均不干涉，但在第三種情形，又可分為二類：其一是同國籍外人間的案件，由該國自行訊辦；其二是異國籍外人間的案件，應查照各本國所立條約辦理。

至現在各國在華領事裁判權的內容，可以分作三點說明：其一，就管轄的範圍說，則轉取被告主義，即凡民事原告為外人而被告為外人者，刑事被害人為外人而被告為外人者，民事兩造為同一國籍之外人者，刑事之被害人與被告為同一國籍之外人者，以及民事兩造皆為外人而彼此國籍不同者，均由被告所屬國家在華之領事法院審判；其二，就領事裁判權的制度說，則又可以分為三種：一是特設正式法院；二是由領事兼設法庭；三是由公使或使館館員組織法庭。三種之中，以第二種為最普遍最重要，如法國係以駐華領事法院為第一審，駐漢安南的西班牙法院為第二審，葡巴

設的最高法院則爲第三審，此國係以在領事分區總地方法院爲第一審，在上海設一高等法院爲第二審，而倫敦的領事院則爲第三審。國係以駐華各地領事爲第一審，駐華大使爲第二審，另於上海設立一地方法院，管轄上海及各地領事的一切民刑案件，而該地方法院的第二審則爲舊金山高等法院，第三審爲聯邦法院。其三，就擔任審判的人員言，領事裁判權不以領事任審判之官爲主，但領事本爲商務官，而各國駐華領事，有時尚須負有外交職務及租界行政事務，故英美另設正式審判官，法國另設副領事，以法律專家充任，專司審判（見二八）。

自道光二十三年以迄於現在，我國因受不平等條約的束縛，致使司法權不能完整，已九十年。各國當時要求在華領事裁判權，無非藉鴉片戰爭以後歷次戰勝而後，藉口我國蠻夷，而以文明人自命，不居受我國法權的主配，無按之實際，領事裁判權制度，影響至多，其對於我國者，如侵害我國的主權，紊亂我國的治安秩序，輕視我國人民的權利，妨害我國經濟及一切文明的發達，其對於外國者，如適用法律的參差，訴訟進行的困難，外國人在我國內地犯罪，搜集證據的不易，異籍外國人在裁判上難得公平的特遇。

從前各國在日本，上海，天津，漢口，北京，青島，等處，均設有領事裁判權，且近五十年來，日、英、法、美、德、俄、各國，均在日本，上海，天津，漢口，北京，青島，等處，設有領事裁判權，且近五十年來，日、英、法、美、德、俄、各國，均在日本，上海，天津，漢口，北京，青島，等處，設有領事裁判權。

而在我國之領土範圍內，所有之權利，均應由我國政府行使。今日，因於國際法之關係，我國之權利，除其以外，其餘各國仍享有領事裁判權，可分二類：一類為舊約已期滿，特約尚未就緒，事實上暫仍享有者，如日本、美國、法國、德國、巴西等，再一類為已改訂新約，但因所附條件尚未成就，故仍繼續享有者，如比、荷、葡、西等國是（註三〇）。

中國國民政府以廢除領事裁判權，為收回主權之先，故國民政府成立後，即於十八年十二月二十八日，頒布命令，謂：「自民國十九年一月一日起，凡僑居中國之外國人民，現時享有領事裁判權者，應一律遵守中國法律，其地方政府依法頒布之法令，亦應遵守。」復於二十年五月六日公布有管轄在華外國人之權利，並規定領事裁判權之廢止。我國原主張領事裁判權者，以及從前享有現已撤銷之各國領事的權利，應從我國法律，並無如何不便與不公平，足見各國當年要求領事裁判權之目的種種藉口，早已不復存在。若我國人士舉國一心，而政府亦能堅持十八年頒布撤廢命令的一種精神，繼續努力，則現今各國在華所暫時繼續享有的領事裁判權，將不難達到全部撤廢的目的，而使此種畸形制度從此將不復存在於世界。

第三節 律師制度與辯護制度

律師，是稱推事、檢察官同稱為司法三職。其職務在受訴訟當事人的委託，或法院的命令，在普通法院執行法律所定的職務，并得依特別法的規定，在特別法院行其律師職務，并得受當事人的委託，訂契約、遺囑的證明，或代訂契約等法律文件。(三三)

律師制度之所以必要，在大多數人民不能皆有法律知識，於是所為的訴訟行為，就不免有舛錯與遲誤，致妨礙其權利之行使或法院一務的進行。我國訴訟法雖採當事人本人為訴主，但亦許當事人另以有訴訟能力的人為代理人。為代理人的，雖不以律師為限，但如非律師而為代理人，法院得以裁定加以禁止。故通常均以律師為訴訟代理人。

我國的律師，是自由職業的一種，並非公職。凡欲執行律師職務者，須先經考試或檢選取得及格證書，而後向一省的高級法院申請，加入律師公會，在指定的地方法院區域執行職務。律師考試與檢選均由考試院舉行。考試是用筆試與面試，以測定一人對於必試科目之學識與經驗。檢選是用口試，由專家的人員，對其學識、經驗、品行、社會地位等，進行審察，以測定其是否具備律師資格。

● 律師是公開的職業，而其影響於法治的樹立，人民的福利至大，故律師執行職務時，不得兼任官吏或其他有俸給的公職，亦不得兼營商業。對於法院所命令的職務，律師不得無理由推辭。對於當事人委託的訴訟事件，如不欲承諾，須先發通知，否則應賠償因怠緩通知所生的損害。（註三三）

再，律師應以誠篤及信實行其職務，對於法院或委託人不得有欺罔的行為，不得收買當事人間所爭的權利，亦不得於約定的公費之外，巧立名目，索取報酬，或利用委託關係，別為利益自己損害委託人的法律行為。（註三四）如有違反這些規定的行為，則提交律師懲戒委員會懲戒。（註三五）懲戒的方法分為三種：一是訓戒；二是停職一月以上二年以下；三是除名。凡受除名處分者，非經過四年，不得再充律師。（註三六）

律師只是代理訴訟當事人為訴訟的進行的，如以人民而更參與法院的審判，則為陪審制度。（註三七）陪審制度的意義，是有鑒於近代法治國家，關於國家權力的發動，咸須以國民的意志為依歸。立法權既已屬諸國民所選舉的代表，行政權又復受國民代表的監督，並決定國家預算，則在司法權方面，亦應許國民選任人員，參與或行使事實上及法律上問題的審判。

陪審制度可以分爲二種。其一最普通之陪審制度，即於有資格作陪審員之人民中，逐案抽定陪審員，使其聽審案件之事實問題。經訊問終結後，由陪審員先行決定對於本案事實之認定，而後再由法院爲法律之判決。如陪審員認定一案刑事被告爲有罪，則法院依據刑法判定其罪名及刑期。如陪審員認定爲無罪，則將刑事被告釋放。

其二是參審制度，即由人民定期選舉參審員，常駐於法院，會同國家所任命之法官，其陪審判各案之事實問題與法律問題，并共同爲判決。這二種制度各有優劣，但在歐戰以後，參審制度之風行甚速，尤其以德國爲甚。單純的陪審制度，則自諸島民族於十一世紀搬入英國以後，迭經演進，迄今成爲英國法系的重大貢獻之一。

陪審制度的貢獻，可以於政治、司法、及社會的三方面表見其意義。其一，就政治方面說，原事在國家組織未十分具體形成之時，審判本由民衆自行爲之，是爲原始社會的民衆審判制度。其後國家權力漸定，數千百年，一切國家活動，均歸諸於王侯貴族官僚少數特權階級者之手，遂造成專橫與不公平的現象。人民一切生命財產安全，均無保障。此近世民權革命興起，國家權力漸次轉移於多數民衆，各國民衆以政府爲公敵，而思推翻舊制度，以保障生命財產之結果，而參審陪

第四節 民訴之調解再審與強制執行

凡一切民刑訴訟，除法律別有規定外，均係採三級三審制的，三級三審就是以前地方法院為第一審，不服其判決，可以上訴至高等法院，為第二審；再不服其判決，可以上訴至最高法院，為第三審。案經最高法院判決或逾上訴期限而未上訴者，則判決即為確定。（註三九）

但民事訴訟，在未起訴前，現尚另有調解的程序。即凡合於民事訴訟法第四〇二條所規定的簡易訴訟程序條件，於起訴前應先經法院調解。調解須依當事人的聲請行之。（註四〇）以法院的推事為調解主任，兩造當事人各得推舉一人為調解人，協同調解。（註四一）

調解程序，得不公開行之。如當事人無正當理由不於調解日到場，法院得以裁定，科以五十元以下的罰鍰。（註四二）如當事人兩造於調解日到場，案經調解成立，即與訴訟上和解有同一的效力。（註四三）若調解不成立，則法院得依一造當事人的聲請，即為訴訟之辯論。（註四四）

一 民事訴訟在判決確定後，又有一種救濟方法，即為再審程序。凡當事人對於已經確定的判決，根據下面的理由之一，即可向原判決法院聲請不服，提起再審之訴。這些理由，（一）原判決的組織

織不合法。二、依法律或裁判應迴避的推事參與裁判。三、當事人於訴訟未經合法。四、當事人知他造之住所，指為所在不明而與涉訟。五、參與裁判的推事，關於該訴訟，違背職務或犯刑事上之罪。六、當事人的代理人，或他造及其代理人，對於該訴訟有刑事上應罰的行為，影響於判決。六、為判決基礎的證物，係偽造或變更。八、證人、鑑定人，或通譯，就為判決基礎的證言，鑑定或通譯，被處偽證之刑。九、為判決基礎的刑事判決及其他裁判，依其後的確定裁判已形變更。十、當事人發見就同一訴訟標的，在前已有確定判決或和解，或經使用該判決或和解。十一、當事人發見在裁判上可受利益的證物，或得使用該證物。（註四五）

民事訴訟經判決確定或經再審判決確定後，即須入於執行的程序。其以執行機關，對於當事人的一方，用強制方法使他方得實現其權利的，稱為強制執行。凡地方法院，均設民事執行處，由推事書記官，秉承庭長的指揮命令，督同執達吏，辦理關於強制執行的事務。（註四六）

強制執行的方法，可以分為三種：其一是查封，即將被強制執行人的所有動產或不動產，加以管押，使其不能再行自由處置。（註四七）但查封不動產時，必須用揭示封閉，并造繳契據等方法。（註四八）其二是拍賣，即將被強制執行人的動產或不動產（註四九）依拍賣換價以賣得價金充作法院

所判決價值之不動產。在拍賣不動產時，法院應選派鑑定人，就該不動產價值，以估定之價為拍賣之底價。拍賣時，應先由法院拍賣人，以拍賣價之額為底價。拍賣時，法院應選派鑑定人，於拍賣前公告，自公告之日起，以只限五期五日。第五三其三其管理，應對於已查封之不動產，執行法院如認為不必拍賣，得准債權人之聲請，或以職權決定管理。第五四由法院委任管理人，并指示關於管理之必要之決定，決定範圍，其管理職務之進行。第五五

第五編 債權的告訴偵查與非常上訴

民訴法第五三其三其管理，應對於已查封之不動產，執行法院如認為不必拍賣，得准債權人之聲請，或以職權決定管理。第五四由法院委任管理人，并指示關於管理之必要之決定，決定範圍，其管理職務之進行。第五五

除前條規定外，債權人得向法院聲請，以行爲能力者為

債權人得向法院聲請，以行爲能力者為

在查明該項刑罰案件，犯罪證據是否充足，犯罪條件是否具備，以決定其應否提起公訴，有權行使偵查之權，檢察官司法警察官與司法警察。所謂司法警察官，係縣長、公安局長、憲兵隊長、官及警察官、憲兵官長依法令，定關於公務、鐵路、郵政、電報、森林及其他特別事項有偵查犯罪之權者。前三種人在其管轄範圍內，偵查犯罪時職權，與檢察官同。後三種人則應聽檢察官的指揮，偵查犯罪。所謂司法警察，係指憲兵、警察、憲兵、警察官及司法警察官的命令，偵查犯罪（第五九）。

檢察官因偵查犯罪，自應受其指揮，如有犯罪嫌疑時，應即偵查犯人及證據（第六〇）。在偵查的時候，得視一公同，得視一國，或視一區域，得請該管公署報告（第六一）。若有急迫情形，得請在場或隨近的人，為相當之協助，或請附近軍事官，迅速軍隊協助（第六三）。

檢察官於偵查犯罪時，有下列情形之一，應為不起訴的處分：一、經判決確定的；二、時效已完成；三、官經大赦的；四、犯罪後之法律已廢止其刑罰的；五、告訴或請求乃論之罪，其告訴或請求已經撤回或已逾告訴期間的；六、被告已死亡的；七、經法院對於被告宣告無罪之判決；八、行為不罰的；九、法律所定免刑的；十、犯罪證據不足，再經檢察官知悉，以不起訴為適當的，亦得為不起訴的處分。

分。(註六四)凡不起訴的案件，非發見新事實或新證據，不得再行起訴；(註六五)而法院亦不得就未經起訴或自訴的行為審判。(註六六)

如檢察官依偵查所得的證據，足認被告有犯罪嫌疑的，應提起公訴。(註六七)將被告的姓名、性別、年齡及其他足資辨別的特徵、犯罪事實、起訴理由、及所犯的法律條文，作成起訴書，連同卷宗及證據物件，一併送交法院刑庭，依法定程序審判。(註六八)

刑事案件經判決確定後，如發見其審判係屬違法，另有一種救濟辦法，是為非常上訴，非常上訴，惟最高法院檢察長得向最高法院提起。其他各級法院檢察官，於判決確定後，如發見其審判顯係違法，應具意見書，將該案卷宗及證據物件送交最高法院檢察長，聲請提起非常上訴。(註六九)

非常上訴的提起，應以書狀敘述理由，其判決亦不經辯論為之。(註七〇)只為書面的審理。最高法院於書面審理後，如認非常上訴為無理由，以判決加以駁回。(註七一)如認為有理由，則分別予以判決：其一，原審判決係違法的，將違法的部份撤銷，但原審判決如係不利於被告，應另行判決。(註七二)原訴訟程序係違法的，撤銷其程序。(註七三)

【註釋】

註一 我國法院組織法第一條。

註二 軍人犯除依刑法外，我國尚有陸海空軍附律的頒布。

註三 我國法院組織法第二條。

註四 我國法院組織法第九條。

註五 我國法院組織法第十條。

註六 我國法院組織法第三條第一項。

註七 我國法院組織法第十六條。

註八 我國法院組織法第十七條。

註九 我國法院組織法第三條第二項前中段。

註十 我國法院組織法第二十一條。

註十一 我國法院組織法第二十二條。

註十二 我國法院組織法第三條第二項後中段。

註十三 我國法院組織法第十一條。

註十四 我國法院組織法第十二條。

201 202 203 204 205
206 207 208 209 210
211 212 213 214 215
216 217 218 219 220
221 222 223 224 225
226 227 228 229 230
231 232 233 234 235
236 237 238 239 240
241 242 243 244 245
246 247 248 249 250
251 252 253 254 255
256 257 258 259 260
261 262 263 264 265
266 267 268 269 270
271 272 273 274 275
276 277 278 279 280
281 282 283 284 285
286 287 288 289 290
291 292 293 294 295
296 297 298 299 300
301 302 303 304 305
306 307 308 309 310
311 312 313 314 315
316 317 318 319 320
321 322 323 324 325
326 327 328 329 330
331 332 333 334 335
336 337 338 339 340
341 342 343 344 345
346 347 348 349 350
351 352 353 354 355
356 357 358 359 360
361 362 363 364 365
366 367 368 369 370
371 372 373 374 375
376 377 378 379 380
381 382 383 384 385
386 387 388 389 390
391 392 393 394 395
396 397 398 399 400
401 402 403 404 405
406 407 408 409 410
411 412 413 414 415
416 417 418 419 420
421 422 423 424 425
426 427 428 429 430
431 432 433 434 435
436 437 438 439 440
441 442 443 444 445
446 447 448 449 450
451 452 453 454 455
456 457 458 459 460
461 462 463 464 465
466 467 468 469 470
471 472 473 474 475
476 477 478 479 480
481 482 483 484 485
486 487 488 489 490
491 492 493 494 495
496 497 498 499 500
501 502 503 504 505
506 507 508 509 510
511 512 513 514 515
516 517 518 519 520
521 522 523 524 525
526 527 528 529 530
531 532 533 534 535
536 537 538 539 540
541 542 543 544 545
546 547 548 549 550
551 552 553 554 555
556 557 558 559 560
561 562 563 564 565
566 567 568 569 570
571 572 573 574 575
576 577 578 579 580
581 582 583 584 585
586 587 588 589 590
591 592 593 594 595
596 597 598 599 600
601 602 603 604 605
606 607 608 609 610
611 612 613 614 615
616 617 618 619 620
621 622 623 624 625
626 627 628 629 630
631 632 633 634 635
636 637 638 639 640
641 642 643 644 645
646 647 648 649 650
651 652 653 654 655
656 657 658 659 660
661 662 663 664 665
666 667 668 669 670
671 672 673 674 675
676 677 678 679 680
681 682 683 684 685
686 687 688 689 690
691 692 693 694 695
696 697 698 699 700
701 702 703 704 705
706 707 708 709 710
711 712 713 714 715
716 717 718 719 720
721 722 723 724 725
726 727 728 729 730
731 732 733 734 735
736 737 738 739 740
741 742 743 744 745
746 747 748 749 750
751 752 753 754 755
756 757 758 759 760
761 762 763 764 765
766 767 768 769 770
771 772 773 774 775
776 777 778 779 780
781 782 783 784 785
786 787 788 789 790
791 792 793 794 795
796 797 798 799 800
801 802 803 804 805
806 807 808 809 810
811 812 813 814 815
816 817 818 819 820
821 822 823 824 825
826 827 828 829 830
831 832 833 834 835
836 837 838 839 840
841 842 843 844 845
846 847 848 849 850
851 852 853 854 855
856 857 858 859 860
861 862 863 864 865
866 867 868 869 870
871 872 873 874 875
876 877 878 879 880
881 882 883 884 885
886 887 888 889 890
891 892 893 894 895
896 897 898 899 900
901 902 903 904 905
906 907 908 909 910
911 912 913 914 915
916 917 918 919 920
921 922 923 924 925
926 927 928 929 930
931 932 933 934 935
936 937 938 939 940
941 942 943 944 945
946 947 948 949 950
951 952 953 954 955
956 957 958 959 960
961 962 963 964 965
966 967 968 969 970
971 972 973 974 975
976 977 978 979 980
981 982 983 984 985
986 987 988 989 990
991 992 993 994 995
996 997 998 999 1000

國際聯盟憲章

第一章 總則

第一條 國際聯盟之目的在於維持國際間之和平，並促進各國間之合作。

第二條 國際聯盟之組織，應以平等與自決之原則為基礎。

第三條 國際聯盟之成員，應遵守憲章之規定，並不得從事戰爭。

第四條 國際聯盟之成員，應在平等與自決之原則下，解決彼此間之爭端。

第五條 國際聯盟之成員，應在平等與自決之原則下，解決彼此間之爭端。

第六條 國際聯盟之成員，應在平等與自決之原則下，解決彼此間之爭端。

第七條 國際聯盟之成員，應在平等與自決之原則下，解決彼此間之爭端。

第二章 組織

第三條 國際聯盟之組織，應以平等與自決之原則為基礎。

第四條 國際聯盟之成員，應遵守憲章之規定，並不得從事戰爭。

第五條 國際聯盟之成員，應在平等與自決之原則下，解決彼此間之爭端。

第六條 國際聯盟之成員，應在平等與自決之原則下，解決彼此間之爭端。

第三章 附則

註五 我國教師章程第三十七條。

註六 院級或附屬制度（世界書局出版）。

註七 該法又於同年十二月三十一日修正，并於二十一年四月十八日修正公布，危重及緊急時該法施行條例。

第二條，各高等法院及地方法院，仍行準用。

註八 我國民事訴訟法第三九七條。

註九 我國民事訴訟法第四〇九條及第四一〇條。

註一〇 我國民事訴訟法第四一六條。

註一一 我國民事訴訟法第四一五條及第四一六條。

註一二 我國民事訴訟法第四二一條。

註一三 我國民事訴訟法第四一九條。

註一四 我國民事訴訟法第四九二條。

註一五 我國民事訴訟執行規則第一條及第二條。

註一六 我國民事訴訟執行規則第十四條及第五十二條。

註一七 我國民事訴訟執行規則第五十六條。

註四 我國民事訴訟執行規則第十四條及第五十二條。

註五 我國民事訴訟執行規則第六十二條。

註六 我國民事訴訟執行規則第三十二條。

註七 我國民事訴訟執行規則第六十五條。

註八 我國民事訴訟執行規則第三十一條。

註九 我國民事訴訟執行規則第八十條。

註十 我國民事訴訟執行規則第八十二條及第八十三條。

註十一 我國刑事訴訟法第二一九條及二二〇條。

註十二 我國刑事訴訟法第二一一條及第二一二條。

註十三 我國刑事訴訟法第三一一條。

註十四 我國刑事訴訟法第二〇八條及第二一〇條。

註十五 我國刑事訴訟法第二〇七條。

註十六 我國刑事訴訟法第二二四條。

註十七 我國刑事訴訟法第二二六條。

【附錄】 我國刑事訴訟法

一

我國刑事訴訟法第二二八條。

我國刑事訴訟法第二二九條。

我國刑事訴訟法第二三〇條。

我國刑事訴訟法第二三一條。

我國刑事訴訟法第二三二條。

我國刑事訴訟法第二三三條。

我國刑事訴訟法第二三四條。

我國刑事訴訟法第二三五條。

我國刑事訴訟法第二三六條。

我國刑事訴訟法第二三七條。

【附錄】

一 我國刑事訴訟法第二三八條。

二 我國刑事訴訟法第二三九條。

三 我國刑事訴訟法第二四〇條。

THE

行政機關之組織與職權

大德二年

世宗憲皇帝御製

八
外
國
學
生
之
功
有
限

九 民國初年之判例 民國初年外國的判例

五、本局不學中國

1

三、

2
 3
 4
 5
 6
 7
 8
 9
 10
 11
 12
 13
 14
 15
 16
 17
 18
 19
 20
 21
 22
 23
 24
 25
 26
 27
 28
 29
 30
 31
 32
 33
 34
 35
 36
 37
 38
 39
 40
 41
 42
 43
 44
 45
 46
 47
 48
 49
 50
 51
 52
 53
 54
 55
 56
 57
 58
 59
 60
 61
 62
 63
 64
 65
 66
 67
 68
 69
 70
 71
 72
 73
 74
 75
 76
 77
 78
 79
 80
 81
 82
 83
 84
 85
 86
 87
 88
 89
 90
 91
 92
 93
 94
 95
 96
 97
 98
 99
 100
 101
 102
 103
 104
 105
 106
 107
 108
 109
 110
 111
 112
 113
 114
 115
 116
 117
 118
 119
 120
 121
 122
 123
 124
 125
 126
 127
 128
 129
 130
 131
 132
 133
 134
 135
 136
 137
 138
 139
 140
 141
 142
 143
 144
 145
 146
 147
 148
 149
 150
 151
 152
 153
 154
 155
 156
 157
 158
 159
 160
 161
 162
 163
 164
 165
 166
 167
 168
 169
 170
 171
 172
 173
 174
 175
 176
 177
 178
 179
 180
 181
 182
 183
 184
 185
 186
 187
 188
 189
 190
 191
 192
 193
 194
 195
 196
 197
 198
 199
 200
 201
 202
 203
 204
 205
 206
 207
 208
 209
 210
 211
 212
 213
 214
 215
 216
 217
 218
 219
 220
 221
 222
 223
 224
 225
 226
 227
 228
 229
 230
 231
 232
 233
 234
 235
 236
 237
 238
 239
 240
 241
 242
 243
 244
 245
 246
 247
 248
 249
 250
 251
 252
 253
 254
 255
 256
 257
 258
 259
 260
 261
 262
 263
 264
 265
 266
 267
 268
 269
 270
 271
 272
 273
 274
 275
 276
 277
 278
 279
 280
 281
 282
 283
 284
 285
 286
 287
 288
 289
 290
 291
 292
 293
 294
 295
 296
 297
 298
 299
 300
 301
 302
 303
 304
 305
 306
 307
 308
 309
 310
 311
 312
 313
 314
 315
 316
 317
 318
 319
 320
 321
 322
 323
 324
 325
 326
 327
 328
 329
 330
 331
 332
 333
 334
 335
 336
 337
 338
 339
 340
 341
 342
 343
 344
 345
 346
 347
 348
 349
 350
 351
 352
 353
 354
 355
 356
 357
 358
 359
 360
 361
 362
 363
 364
 365
 366
 367
 368
 369
 370
 371
 372
 373
 374
 375
 376
 377
 378
 379
 380
 381
 382
 383
 384
 385
 386
 387
 388
 389
 390
 391
 392
 393
 394
 395
 396
 397
 398
 399
 400
 401
 402
 403
 404
 405
 406
 407
 408
 409
 410
 411
 412
 413
 414
 415
 416
 417
 418
 419
 420
 421
 422
 423
 424
 425
 426
 427
 428
 429
 430
 431
 432
 433
 434
 435
 436
 437
 438
 439
 440
 441
 442
 443
 444
 445
 446
 447
 448
 449
 450
 451
 452
 453
 454
 455
 456
 457
 458
 459
 460
 461
 462
 463
 464
 465
 466
 467
 468
 469
 470
 471
 472
 473
 474
 475
 476
 477
 478
 479
 480
 481
 482
 483
 484
 485
 486
 487
 488
 489
 490
 491
 492
 493
 494
 495
 496
 497
 498
 499
 500
 501
 502
 503
 504
 505
 506
 507
 508
 509
 510
 511
 512
 513
 514
 515
 516
 517
 518
 519
 520
 521
 522
 523
 524
 525
 526

百 金 大 學 在 此 學 校 中 學 生 均 有 一 百 金 大 學 在 此 學 校 中 學 生 均 有 一

附錄 一 關於「臺灣省教育行政」

卷之四

卷之四

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

六 須依照那些原因方能提起刑訴之訴

七 強制執行的方法有幾種

八 什麼是告發自首及告訴

九 司法警察官與司法警察，是那種種人

十 檢察官偵查犯罪之後，於怎樣情形應不起訴或不得起訴

十一 什麼是非常上訴，最高法院於審理非常上訴案件，可以為怎樣的判決

