

修正課程標準適用

高中公民

第三冊

法律大意

編者 江海風

上海中華書局印行

修正課程標準適用 **高中公民** 第三冊

第四編 法律大意

目次

頁數

第一章 概論	一
第一節 法律之意義	一
第二節 法律之種類	五
第二節 組成法律之各種資料	一〇
第二章 權利主體與客體	一四
第一節 權利之意義及種類	一四
第二節 自然人與法人	一六
第三節 物與物權	三四
第三章 法律行為	五八

目次

第一節	法律行為之意義與種類	五八
第二節	法律行為之要件	六三
第三節	法律行為之無效及撤銷	六五
第四節	依代理之法律行為	六七
第五節	附條件及附期限之法律行為	六八
第四章	債	七一
第一節	債之發生	七一
第二節	債之消滅	七七
第三節	債之種類	八〇
第五章	財產繼承與遺囑	八六
第一節	財產繼承	八六
第二節	遺囑	九五
第六章	刑事制裁與監獄	一〇八
第一節	犯罪之意義與其原因	一〇八

第二節	刑事制裁·····	一一四
第三節	監獄之功用與中國監獄之改革·····	一二〇
第七章	訴訟手續·····	一二八
第一節	法院之組織·····	一二八
第二節	民事訴訟·····	一三一
第三節	民事訴訟之程序·····	一三四
第四節	刑事訴訟·····	一四一
第五節	刑事訴訟之程序·····	一四三
第六節	律師制度·····	一四七
第七節	行政訴訟·····	一五〇
第八節	領事裁判權·····	一五三

修正課程標準適用 高中公民 第三冊

第四編 法律大意

第一章 概論

第一節 法律之意義

法律之語源 法律一語，起源很古，如史記上說的「乃更爲法律」，便是明證。所謂法，就是萬事萬物的一種規矩和準繩。但是大法學家管子說：「殺戮禁誅謂之法」，是法者，又含有刑罰制裁的意義。至於所謂律，原是音樂上的律呂，引伸之，亦有標準尺度的意思。管子說：「律者所以定分止爭也」，所以稱律是行爲的規範，亦無不可。他如隋代唐代明代清代的律，以及日本明治初年制定的新律綱領，則律的意義，似乎專指刑罰法規了。

法律之定義 法律，是爲維持人類社會的生活而定的生活關係的規則。現就此定義，把他分析說明如後：

（一）法律是生活關係的規則

法律和自然界規則的不同，就在其定人類生活關係的一點。所謂生活關係，有個人對個人的關係，有團體對團體的關係，有個人對團體的關係。姑不論其相互關係如何，而法律之爲規定外界行爲標準的規則，是毫無疑義的。法律既爲規定外界行爲的標準，自和道德宗教規定自身行爲的準則不同。因爲道德上宗教上的法則，雖然關係於人的行爲，但其目的是在對於自己的安身立命，定心意的關係而已，並非對於他人爲有效行爲的關係。所以說：法律，是生活關係的規則。

（二）法律是爲維持人類社會的生活而定的生活關係的規則

人類的生活關係

，不一而足，法律爲維持人類的生活起見，所以制定規則，凡關於社會的生活關係的各種事項，無一不是法律的對象。社會生活的狀態，因地方和時間而不同，故法律的規定，自亦因之而有異；但他之爲維持共同團體而定的生活關係的規則，則無論古今中外，都屬一致。

（三）法律是依共同團體的公力而得以維持生活關係的規則

「徒法不能自行

」，必賴國家的權力，纔得維持。這一點和道德上宗教上的法則，也異其性質。蓋

道德上宗教上的法則，固然是從維持社會的生活而產生，但人之是否服從，全屬良心上的問題，即使不服從，除了受良心上的制裁外，實在沒有規則可以維持。法律卻不然，人不服從要強制他服從。所以說：法律，是依共同團體的公力，而得以維持生活關係的規則。

法律之發生及其目的 法律發生的原因，是爲要維持團體的生存和秩序。因爲人類互相集營共同生活，必有意思的衝突，由意思衝突而至於行爲的衝突，於是爭奪擾攘，永無休止。所以要防止擾攘，圖生活關係的圓滿，惟一所依賴的，只是法律。

法律有憲法、民法、刑法、商事法、國際法等種種的區別，其目的也不一致。有的說法律是不得已而用的，所以刑期無刑一句話，便是法律的目的。不過這是專指刑罰法一部分而言，不能包括法律的全部。那末甚麼是法律全部的目的呢？此其學說也很多，現在列舉幾種最顯著的如下：（一）享樂說，（二）秩序說。主張享樂說的，以爲法律的目的，是在使多數的人民，享最大的幸福；換句話說，就是法律的目的，是要使多數的人民享受快樂而避免一切的痛苦。例如盜賊竊盜他人的財物，

因而被捕下獄，這在盜賊固然受了痛苦了；但少數的盜賊受痛苦，多數的人民卻能安居樂業而免覬覦之憂，這豈不是使社會上多數人民享受快樂了嗎？倡導這學說的，是英儒邊沁氏。主張秩序說的，以為法律是確保人類生存的要件，如果能够保護一般人民的安全秩序，雖然使某些人民受些痛苦，也是顧不來的。例如對於有罪的人，用法律來制裁他，使他肉體上感到痛苦，這原為保全社會的安寧。倡導這學說的，是德儒耶陵氏。以上兩種學說，比較以秩序說為切當，多數的學者都從此說。

法律之社會化

法律是用以維持社會秩序的，實應社會的需要而發生，所以社會的需要變更，法律當然也不能不跟着變更。因為社會進步，人類的生活和境遇，自然隨同變遷，要使法律能够適應社會，就不得不規定人類的新生活，新需要，和新權利。所以法律除了要適應社會情形之外，同時還要具備有一種創造的作用。近世經濟發展，是促進人類覺悟的大原因。人類的覺悟，影響到法律方面的很大。從前的法律，是以個人為本位，現今的法律，是以羣衆為本位，法律的社會化，是二十世紀法律的異彩。各國新定各種法規，如勞働法中的勞働時間、和婦女幼童衰老疾病的保護，以及衛生和技術的保護，再及勞働監督制度等等，沒有不規定周詳

的；此外又如民法中所有權的限制，契約自由的限制，遺產繼承的限制，無過失損害賠償制度的確立，和刑法中保安處分的規定，尤使這社會化的色彩，更加顯著。

第二節 法律之種類

成文法與不文法 成文法，是用文字制定，依照一定的程序和形式而公布的法律，學者又稱他爲制定法。通常由立法機關制定的法律，當然屬於成文法。即使是政府公布的命令及地方自治團體制定的條例規則等等，也屬於成文法範圍以內。不文法，就是不記載於文書，不依公布的形式，而由國家認定他有法律的效力。學者又稱他爲習慣法，因爲是由國家承認習慣而成立的。從不文而入於成文，這是法律進步發達的原則。因古代君主酋長，每逢一事發生，就對之下一種各別的判定，絕對沒有所謂預定法律，以爲後起事件適用的標準。實例既多，於是聚集這些實例和習慣進而成爲成文法。成文法和不文法，各有得失。至於他的適用，當然是先儘成文法。我國民法第一條規定：『民事法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。』就可證明。但沒有成文而用不文，只以民事爲限。若是刑事，因所採是罪刑

法定主義，所以法律無明文規定的，不可加以處罰。

國內法與國際法

國內法，是關於國家內部的事件，規定國家行爲以及私人行爲的法則。國內法，通常稱他是法律，學者亦有稱他爲國法的。國際法，是依多數國家的承認，而規定國家相互間的權利和義務的法則。前者祇在一國的主權行使範圍以內方纔有效力，而後者因依數國家所認定，可以行於各國之間。英國學者，有說國際法不是法律而是國際道德者。他的理由，以爲國際法不啻無主權者的命令，並且對於違反者沒有一定的制裁，法的性質不完備。不知法之存在，祇要可做行爲的標準就算；況且現在國際聯合會，已經有國際法庭的設備，以作國際事件的裁判，那又怎見得國際法不是法律呢？但此處所謂國際法，是專指國際公法說，國際私法並不包含在內。因爲國際私法，實在是國內法的一種，是規定本國法和他國法的適用範圍的法則。

普通法與特別法

普通法，是行於一般範圍內的法律。特別法，是特種範圍內所行的法律。普通法和特別法的分別，以法的效力所及範圍爲標準，其範圍，則因地、因人、因事而互異。所以普通法和特別法的區別，有三種標準：（一）以土

地爲標準時，施行於全國一般的法律，是普通法；祇施行於一部分領土內的法律，就是特別法。例如中華民國的民法刑法，是普通法；祇適用於蒙古的改進蒙古司法辦法大綱，那便是特別法。（二）以受法律適用的人爲標準時，適用於一般人民的法律，是普通法；但若某種人纔適用的法律，就是特別法。例如民法刑法等，屬於普通法，而陸海空軍刑法等，是特別法。（三）以事項爲標準時，關於一般或比較廣大範圍事項的法律，是普通法；關於特別或比較狹小範圍事項的法律，那是特別法。例如民法是定普通人民一般生活關係的法律，這是普通法；公司法票據法等，專以定商業上特別的生活關係，是特別法。若特別法和普通法並存時，那末特別法是先普通法而適用的。例如對於陸海空軍軍人，先適用陸海空軍刑法，普通刑法不過作爲補充而已。

固有法與繼受法

固有法，是基於本國固有的風俗習慣而成立的法律。繼受法，是以外國法做模範而制定的法律。例如我國海禁未開以前的法律，是固有法；而自清季末造改革法制以來乃至革命以後所制定的法律，大多是屬於繼受法。但一國繼受他國的法律，有直接和間接的分別：直接繼受，是取他國的法律爲自國的法

律，而與以法律的效力。例如中世的德意志，以羅馬法作為法律而採用之，近世的比利時，以法蘭西民法為自國的法典；明治維新以前的日本，以我國的唐律作為大寶律令。所謂間接繼承，是立法者用他國的法律原理而自行制定的法律。例如近世意大利西班牙葡萄牙等國的民法，都是用法國民法作為模範而制定的。又因法律的繼承，而生母法子法的分別；繼承的是子法，被繼承的是母法。例如羅馬法對於希臘法是子法，希臘法對於羅馬法稱母法。

強行法與任意法

強行法，是基於公益上的規定，不許以私人意思變更法律的適用者。例如刑法以及其他刑罰法的規定，對於違反的加以一種制裁，絕對的適用而絲毫不問個人的意思怎樣是。任意法，是在公益上並無直接關係，通常認許私人的意思效力，若私人無特別的意思表示時，纔適用法律的規定。例如民法關於買賣以及其他契約的規定，是以當事人不表示反對意思為限而適用是。學者有以公法的規定為強行法，私法的規定為任意法的，以此作為區別強行法和任意法的標準，實難認為正確。因為公法的規定，未必都屬於強行法，私法的規定，也未必都是任意法。例如民事訴訟法，固然屬於公法，但裁判管轄，卻可容納當事人的合意而變

更，這就是任意法了。又如民法雖是私法，但是關於人格能力的規定，物權存在制限的規定，不法行為的規定，以及婚姻年齡的規定等等，都不得以私人的意思而任意變更，這就是強行法了。

實體法與程序法 實體法，一稱主法，這是規定權利義務實質的法律。如憲法、刑法、民法、商事法等。程序法，一稱助法，這是規定行使權利及履行義務的手續的法律。如刑事訴訟法、民事訴訟法、強制執行法等。實體法和程序法的區別，不過就法律大體而言，並非是將法律規定的全體作爲一定的區分。例如民法是實體法，其中卻有關於手續的規定；民事訴訟法是程序法，其中也有關於訴權的規定；所以實體法中既規定手續事項，而同時程序法中也不乏權利義務的規定。

公法與私法 公法，就是規定國家主權自體以及主權活動的關係的法律。私法，就是依主權的作用，而規定私人相互間的法律關係的法律。屬於公法中的法律，如憲法、行政法、刑法、刑事訴訟法、民事訴訟法、破產法、強制執行法、國際公法等都是。屬於私法中的法律，如民法、商事法中的公司法、票據法、海商法、保險法等都是。

第三節 組成法律之各種資料

法律不是可以憑空杜撰的，所以組成法律，必有種種的資料。資料，即指法律所根據以產生的材料。組成法律的資料不一，有由於習慣的，有由於判決例的，有由於學說的，有由於法理的，有由於條約的，也有由於外國法的。分別說明於後。

習慣

習慣，是關於同一種類的事物繼續通行的準則。所以習慣的意義，可分爲三種：（一）習慣須是關於同一種類事物的準則；凡是一種習俗，必定對於同一種類的事物，一般奉爲標準的，方纔可以稱爲習慣。換句話說，就是習慣的內容，是社會規範，而且是訂定權利義務的關係，然後能經國家承認其爲法，這是組成法律的前提要件。（二）習慣須爲續行的準則；凡是一種習俗，未經過相當的期間，亦不能成爲習慣。至於究竟應該經過多少期間，那應依社會一般的觀念來決定。（三）習慣須爲通行的準則，凡一種習俗不能一般通行的，也就不能成爲習慣。所謂一般，是指他通用的範圍而言。所以能通用於一地方或一團體的，就可稱之爲一般。

習慣有四種要件：（一）要有內部要素；就是人人確信以爲法的心。（二）要有外部要素；就是在一定期間內，就同一的事項，反覆爲同一的行爲。（三）要係法律所未規定的事項；所以我國民法第一條規定：「民事法律所未規定者，依習慣；」就是明顯表示習慣在原則上有補充法律的效力，也就是組成法律的資料。（四）要無背公共的秩序和利益；所以我國民法第二條規定：「民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者爲限；」就是表示他的要件。習慣如果具備這四種要件，就可以作爲組成法律的資料。

判決例 判決例，是審判官對於訴訟事件，向當事人所下的判決。審判官下判決，要依法律；如果法律無明文，就要依習慣或法理。聚集這種審判官所下法律無明文的判決例，亦足爲立法的好材料，所以判決例也是組成法律的資料。

學說 學說，是學者從法理上所抒對於法律的意見。批評法律的是非善惡，補救法律的缺陷，解釋法律的原理，全賴學說。所以學說也爲組成法律的資料。但有一點要注意的，便是學說本體，決不是法律，不過立法的人以學者所發表的學說，作爲參考的材料而已。

法理 法理，在日本法律通稱條理，我國民法卻稱作法理（民法第一條）。

何謂法理？學者的意見不一：有說法理就是事物當然之理的；有說法理就是從法律全體精神所產生的原理。我們以為法理，是指法律通常的原理言。例如歷來辦案的成例，和法律一般的原理原則都是。法無不自理出，所以各國多以他為組成法律的資料。

條約 條約，是國家相互間用文書表示的契約。國家對外國作條約的締結，同時以公布的形式發布後，就有拘束締約國人民的效力了。以後若遇有制定法律或是修改法律，就要依據條約，所以這種條約，當然可以取為組成法律的資料。

外國法 古代各國的法律，每從他固有的風俗習慣而制定，或是基於自國的人情變遷而發展，當初並無所謂外國法的採用。至交通頻繁，文化進步，都本着採長補短的精神，效法外國，取作國民的規則。所以外國法，遂成為本國制定法律的資料了。但是外國法所以成為組成法律的資料，並非說是適用外國法，不過以外國法為模範而作成法律，由主權者付與自國法律效力的意思而已。

提問要點

-
- 一、法律的定義怎樣？ 法律的目的是甚麼？
 - 二、甚麼叫做法律的社會化？ 能舉例證明嗎？
 - 三、成文法演進的程序怎樣？
 - 四、國際法是法律呢？或不是法律？
 - 五、普通法和特別法區別的標準有幾種？
 - 六、我國現在頒行的各種法律，是固有法或是繼受法？
 - 七、以公法私法的規定，作為區別強行法和任意法的標準，這種學說妥當嗎？
 - 八、甚麼法律屬於公法？ 甚麼法律屬於私法？
 - 九、法律及於人與地的效力怎樣？
 - 十、組成法律的資料，共有幾種？
 - 十一、具備那幾種要件，方得成為習慣？
 - 十二、判決例的內容怎樣？
 - 十三、甚麼叫做法理？ 和條理有分別嗎？
 - 十四、條約和外國法，為甚麼得為組成法律的資料？

第二章 權利主體與客體

第一節 權利之意義及種類

權利之意義 權利，就是法律對於特定人，因充實他所認許的利益而付與的一種力。所以權利的意義，也分兩點：（一）權利的內容，是法律上的特定利益。因為人類的目的，在求生存，要求生存，就不能不取得適應於生存的事物，這人類和事物間所發生的關係，就是利益。這種利益，是法律所認許的，也就是所謂法律上的利益。（二）權利的外形，是法律上的力。法律因為要充實他所認許的利益，不能不付與一種的力，這就是所謂法律上的力。例如所有權者有使用收益處分他所有物的法律上的力。

權利之種類 權利因為觀察的標準不同，可以區別為幾種。現在把重要的列舉如後：

一、主權利與從權利 主權利，是獨立存在的權利。從權利，是附隨着主權利而存在的權利。前者如債權，後者如留置權、質權及抵押權之於債權。從權利

既然是以主權利的存在爲前提，所以原則上，主權利消滅，從權利當然隨同消滅；主權利移轉，從權利也隨同移轉。但是從權利儻然消滅，對於主權利卻並不因之發生影響。

二、對人權與對世權 對人權，是對於特定人的權利，例如賣主對於買主有受對價的權利。對世權，是對於一般人所得主張的權利，例如使人不侵害自己的所有權。這種權利區別的實益，專在對於任何人，可以強令他爲某種行爲或不行爲的一點。

三、公權與私權 公權，是專限於公民所享有的權利。私權，是任何人都可享受的權利。公權既然是爲公民所獨有，所以關於公權和私權區別的標準，學說就非常紛歧，而不易得到一個準確的結果。歸納起來，大概可分三說：第一說以規定在公法上的權利是公權，如憲法上的權利；規定在私法上的權利是私權，如民法上的權利。第二說是以定國家和人民關係的權利是公權，定人民相互的關係是私權。第三說主張關於公益的權利是公權，關於私益的權利是私權。以上三種學說，雖都難認爲正確，但通常多採用第二說。

四、絕對權與相對權 絕對權，是對於一般人請求不作爲的權利。有這種權利的人，可以請求一般人不得侵害他的權利；他的特質，在於義務人對於權利本質的不行爲。相對權，乃是對於特定人，請求其爲一定行爲的權利。有這種權利的人，不僅可以請求特定人不得侵害他的權利，並且可以請求他爲該權利內容的行爲；其特質，在於義務人對權利本質之請求爲一定的行爲。舉凡人格權、身分權、物權等等，都屬於絕對權；而債權則屬於相對權。

五、專屬權與非專屬權 專屬權，是附於權利人本身的權利。所以這種權利，沒有移轉性，凡讓與或繼承，均所不能；如人格權、身分權，就屬這一類。非專屬權，就是專屬權以外的權利。這種權利，就有移轉性；如讓與繼承，都是可能的。

第二節 自然人與法人

自然人的意義 凡能享受權利而有權利能力者，是爲權利之主體。通常所謂權利之主體，便是人。人有自然人與法人之分，這裏先講自然人。自然人的意義有

兩種：（一）由通俗方面說，就是人類，乃天然界的存在。（二）由法學方面說，就是人格，也就是有權利能力的人，乃法律上的存在。這裏所謂自然人，係從第二義。

權利能力 所謂權利能力，就是享受權利的資格。所以人的享受權利，法律

上稱爲權利能力。自然人的權利能力，始於出生，終於死亡，是我國民法第六條所明定。各國法律也是如此。所以自然人出生以後，纔得享受權利，死亡就是享受權利能力的終了時期。故甚麼是出生，甚麼是死亡，關係權利能力很大。特分析說明於下：（一）出生，須具備下列二要件纔能稱做出生：一、須胎兒與母體完全分離；胎兒如未與母體完全分離，因爲在生理上還未獨立成爲一體，所以不能稱是出生。二、須胎兒與母體完全分離後尙係生存；因爲自然人人格的基礎，在於生存，所以出生是要以胎兒與母體分離後尙係生存爲必要的條件。至於出生後是否生存的標準怎樣，那就應視其能否獨立呼吸空氣而決定。（二）死亡，是指自然的死亡而言，應由醫學上決定，所以應以呼吸完全斷絕的時候爲標準。人既死亡，權利能力便因而終止，至於死亡的宣告，則不發生這種效力。受死亡宣告的，法律上雖推定他

爲死亡，倘使實際還是生存着，那末他的權利能力，當然依舊存在。

行爲能力

權利能力，是享受權利的資格，行爲能力，是行使權利能力的資格；換言之，就是行爲能發生私法上效力的資格。所以行爲能力和權利能力，不可混爲一談。例如嬰兒和瘋人，雖然沒有行爲能力，但並未失去權利能力，不過沒有行使權利能力的資格。又行爲能力和意思能力，亦不可混同。因所謂意思，是法律行爲的要素，欠缺意思能力的行爲，不得稱之爲行爲，所以這種行爲無論出於何人，當然爲無效。是以無意思能力的人，說他亦無行爲能力，固屬當然的結論；但無行爲能力的人，說他即無意思能力卻不可。例如七歲未滿的未成年人和禁治產的人，雖沒有行爲能力，但不能說他沒有意思能力，因爲他們的行爲，固常儼然有種意思的。意思能力和行爲能力區別的要點，就是一爲精神上的狀態，一爲法律上的狀態；一爲事實上的問題，一爲法律上的問題。行爲能力的有無，是爲區別法律行爲有效無效的一大關鍵，所以關於行爲能力，東西各國民法，多特設規定，我國民法亦然。

權利能力，始於出生，終於死亡，無論何人，都無軒輊。行爲能力卻不同，依

我國民法規定，分爲：(1)有行爲能力人，(2)無行爲能力人，(3)限制行爲能力人三種。現在分析說明於後：

1. 有行爲能力人 有行爲能力人，是在法律上能爲完全有效的法律行爲的人；換句話說，就是能獨立因法律行爲取得權利或負擔義務的人。凡這種人所爲的法律行爲，除別有無效或撤銷的原因外，都是絕對有效，他人對這種人所爲的法律行爲亦同。

甚麼人纔是有行爲能力人，我國民法雖沒有明文規定，但從反面解釋，應解作凡成年人都是有行爲能力人。法律必以成年爲區別有無行爲能力的標準。因自通常言之，智識經驗，本是與年俱進，未達相當年齡的人，多不能熟權利害，要使他獨立爲法律行爲，難免不受損失。所以定這個標準，以保護一般的未成年人。至於自何時起方爲成年人，各國法律並不一致。我國民法第十二條，規定滿二十歲的爲成年。關於年齡的計算，我國民法，在第一百二十四條規定，就是從出生的一天起算；出生的月日無從確定時，推定他是七月一日出生；如果只知出生的月份，而不知出生的日子的，那末推定他是該月的十五日出生。

又我國民法，對於須滿成年纔有行為能力的原則外，另於第十三條第三項，規定未成年人已結婚的，亦有行為能力。因為未成年而已結婚的，身體的發育，智識的程度，自屬不同。況且既已組織家庭，予以行為能力，較為便利，故採補充成年制度，使未成年人結婚之後，就能獨立為法律行為。

2. 無行為能力人 無行為能力人，是絕對無為法律行為或受法律行為的能力的人。這種人，即使實際上曾為或曾受法律行為，亦不發生效力。依我國民法規定，有下列兩種：（一）未滿七歲人——我國民法第十三條第一項規定：「未滿七歲之未成年人，無行為能力。」因為未滿七歲的未成年人，其意思能力非常薄弱，所以認他是沒有行為能力，而他所為或所受的法律行為，當然亦是無效。（

二）禁治產人——所謂禁治產，就是禁止他自己治產的意思。詳細的說，就是禁止他對於財產獨斷自為法律行為的意思。自羅馬法以來，各國立法例，關於禁治產，有採禁治產和準禁治產兩種制度的，有只採禁治產一種制度的。我國民法關於禁治產，是採禁治產一種制的，並無準禁治產的規定。至於甚麼人纔得宣告禁治產，依我國民法第十四條第一項規定，凡因心神喪失或精神耗弱，致不能處理

自己事務者，法院得因本人配偶或最近親屬二人的聲請，宣告禁治產。經法院宣告之後，就成爲無行爲能力的人，另爲他設置監護人，令其代禁治產人爲法律行爲，以保護其利益。

3. 限制行爲能力人 限制行爲能力人，是法律行爲能力受限制的人。未受限制的法律行爲，雖然可以單獨爲之，而受限制的法律行爲，則須得法定代理人的允許，方可爲之。否則在單獨行爲，就是無效；若在契約，那就須更經法定代理人承認，纔生效力。又第三人對之爲法律行爲，亦須其通知到達其法定代理人的時候，纔生效力（民法第七十七條、第七十八條、第七十九條及第九十六條）。至於那種是限制行爲能力人，依我國民法第十三條第二項規定，僅有滿七歲以上的未成年人一種。因爲滿七歲以上的未成年人，較之未滿七歲的人，知識固然發達，但較之滿二十歲的人，那又尙未完全，所以法律爲保護他們的利益起見，特定爲限制行爲能力的人。至於未成年的人，如果已結過婚，便有行爲能力，不在限制之內，已於前面說過。

人格權之保護 人格權，就是權利人自身存在的權利。關於這種權利，法律

上究竟認為權利與否，各國立法例頗有不同：有於民法中承認人格權的，如德國的民法；有於民法中不承認人格權的，如日本的民法。據我國的法律，是承認人格權的存在，所以在民法中特設規定保護的方法。現將其保護的方法，分別在下面說明：

(一)權利能力和行為能力，不得拋棄（民法第十六條）。我們依法取得權利能力以後，就不能把這種能力拋棄，自認為無權利能力的人；我們依法取得行為能力以後，也不能把這種能力拋棄，自認為無行為能力的人，或限制行為能力的人；因為這兩種能力，關係我們的人格權很大，所以法律禁止我們拋棄。至於拋棄的原因怎樣，或是全部拋棄，或是一部拋棄，法律一概不加過問，都是認為無效的。譬如自鬻其身為奴隸，那便是一個例子。

(二)自由不得拋棄（民法第十七條）。我們在法律範圍內享受的自由，是我們的權利。倘使我們把這種自由拋棄，那末，我們的人格必受缺損，所以法律也禁止我們拋棄。因為人格缺損，有害於公益，法律禁止拋棄的理由，也就是根據公益的緣故。至於自由雖然不許拋棄，卻可加以限制；不過限制的程度，不能

違背公共秩序或善良風俗。其限制若違背公共秩序或善良風俗的時候，也爲法律所不許。譬如和人訂立雇傭契約，爲人作工，便是把自己人身自由加以限制；但是並不違背公共秩序或善良風俗，法律當然許可。倘使受人雇用而騷擾社會安全，或是受人雇用而妨害風化，雖然只限制自由，並未達到拋棄的程度，這就爲法律所不許了。

(三)人格權受有侵害的時候，可以請求除去其侵害，並且可以依法律規定，請求損害賠償或慰撫金（民法第十八條）。人格權受有侵害，就是人的生命、身體、名譽、自由等受侵害的意思。這種權利受有侵害的時候，第一救濟的方法，便是請求除去侵害。但是這種權利，雖然沒有金錢上的價值，然而被害人因人格權受損，而間接受金錢上的損失或其他的不利益，也是常有的事。所以法律除許被害人請求除去侵害以外，並且許其請求損害賠償或慰撫金。

(四)姓名權的保護（民法第十九條）。姓名權，在法律上認爲是人格權的一種，所以姓名權受有侵害的時候，法律許其向加害人請求除去其侵害，並且還可以請求損害賠償。至於姓名權被侵害的情形，不外被人影射冒用，或使用時被

他人妨害等都是。

住所 住所，就是人所定爲久住的地域。日本的民法，稱作人的生活之本據，德國學者稱作人的生活關係之中心點，意義都是一樣的。據我國民法第二十條規定，凡人以久住的意思，住在一定的地域，便是住所。所以住所，必須具備「久住的意思」和「住在一定的地域」兩種要件。如果只有偶然居住的事實，並無久居的意思，或雖有久居的意思，實際並未住在該地域的，那就只能稱作居所，不能稱爲住所。

住所法律上有甚麼關係呢？就是住所爲法律行爲的本據，在法律上所發生的效果很大。比如清償債務，須在債權人的住所爲之；繼承財產，須在被繼承人的住所地開始等；這是住所民法上所發生的效果。又住所爲定法院土地管轄的標準，就是被告的住所所在地，那末被告的普通審判籍就在何地，這是住所訴訟法上所發生的效果。此外適用國際私法的時候，倘使當事人是沒有國籍的，就應當以住所地的法律爲本國法。上面所說的，都是最著的效果。所以在法律上，不許一個人設定兩個住所（民法第二十條第二項）。

住所，由自然人設定於有久住意思之地域的，學者稱作任意住所。和任意住所對立的，稱作法定住所。法定住所，就是不問當事人的意思怎樣，而由法律特別指定其住所的意思。譬如子應以父母的住所爲住所，妻應以夫的住所爲住所，贅夫應以妻的住所爲住所，無行爲能力的人和限制行爲能力的人，應以其法定代理人的住所爲住所都是。法定住所，因爲是法律上規定的效果，所以不許任意廢止或變更。若是任意住所，就可自由廢止或變更。怎樣叫做廢止？就是消滅現在住所並不選定新住所的意思。怎樣叫做變更？就是廢止舊住所，同時便設定新住所的意思（民法第二十四條）。至於住所無可考查，或是在中國無住所的時候，那就以居所看作住所，這是法律上例外的規定（民法第二十二條）。

法人之意義 法人不是自然人，是法律上認其有人格，而且能够爲權利義務主體的團體。換一句話說，法人是「人」或是「財產」所組織，而有權利能力的團體。因爲「人」爲生命的限定，不能長久，法律爲謀社會上事業的發展穩固，爲達社會永存的目的，認社會的組織體也是人，而稱之爲法人。關於法人本質的學說很多，有法人擬制說，無主權利說，受益者全體說，有機體說，組織體說（又稱法人

實在說）五種。內中最得多數學者贊同的，是組織體說。組織體說所說的是：「法人是實在的社會組織體，依着機關爲法律上的行爲者。」

法人之成立 法人的成立，就是法人取得人格，開始有權利能力的意思。法人須怎樣纔能成立，向來立法例有四種主義：（一）放任主義，許人民自由設立，法律不加以干涉；（二）特許主義，法人成立的時候，須合法律規定特許的條件，並且須經特許；（三）許可主義，設立法人的時候，須得主管官署的許可；（四）準則主義，以法律預先規定成立的要件，依據要件設立的，法人就當然成立。不過適用這個主義時，通常關於特定的事項，必須登記，纔能認爲合法。上面所舉的四種主義，各國立法例，取前二種主義的很少，採用第四主義又兼採第三主義的很多。我國民法，關於財團法人與公益社團法人，是採第三主義的（民法第四十六條第五十九條）；關於營利社團法人，是採第四主義的；並且規定不論那種法人，都要經主管官署的登記，纔能承認其成立（民法第三十條）。

法人之能力 法人既有人格，也就和自然人同樣有權利能力和義務能力。換句話說，就是法人的本身，有享受權利和負擔義務的資格。但是爲法令所限制，或

是專屬於自然人的權利義務，依法人本質不能享受的，那就屬於例外了（民法第二十六條）。因為法人的能力，本來是法律所賦與的，所以應受法令的限制。所謂專屬於自然人的權利，比如生命權和人身自由權等，都不是法人所能享受的。所謂專屬於自然人的義務，比如親子間的扶養義務，夫婦間的貞操義務等，也不是法人所得發生的。這都是對於法人能力範圍的一種限制。此外凡自然人所能享有的權利義務，法人也都有享受的能力。

法人之種類

法人有如下數種：（一）公法人與私法人。公法人，就是依法而成立的法人。最顯著的，如國家和國家的行政區劃，或地方自治團體等都是。這種法人，是規定在行政法中的。私法人，就是依私法而成立的法人，他的範圍，有屬於民法規定的，有屬於公司法規定的。（二）社團法人與財團法人。社團法人，就是由權利主體集合的團體所成立的法人。組織這種法人的團體員，稱作社員。財團法人，就是爲達一定目的，以所捐助財產的集合體爲基礎，依法律規定組成的法人。此兩者顯著的區別：就是社團法人，以社員爲基礎；財團法人，以捐助的財產爲基礎。還有一點可以分別：就是社團法人的社員，外表可以現出，譬如甲乙丙

三人，組織一商業公司，甲乙丙三人，便是公司的社員。至於財團法人的社員，常隱匿不現；比如廟寺僧道，募緣集資，興建廟宇，組成以後，就是財團法人，出資的施主，應該是這種法人的社員。然而廟宇成立既久，何人出資，人都忘記，並且捐資的人捐施以後，和這種團體，便無利害關係；所以財團法人，就無所謂社員。又社團法人的組織，其社員最低的限度，究須幾人，我國民法，雖無明文規定。然在解釋上，則必須要兩個以上的人，纔能設立社團法人，是不待說的。（三）公益法人與營利法人。公益法人，就是以一般社會公益爲目的的法人。如祭祀、宗教、慈善、學術、技藝，和其他關於公益的社團財團等都是。這種法人的目的，雖然不在營利，然而有時爲發展公益起見，其手段出於營利的，也是常有的事。比如文學協會之發行雜誌，慈善遊藝會之取金助賑等是。我國民法所規定的，大抵都隸屬於公益法人。營利法人，就是以營利爲目的的法人。這種法人，有以商行爲營利的，有以非商行爲營利的。以商行爲營利的，如無限公司、兩合公司、股份有限公司、股份兩合公司等都是。以非商行爲營利的，如以農工水利或礦業爲目的而組織的法人是。但是社團法人中，有公益法人，也有營利法人。至於財團法人中，卻只有公

法人，沒有營利法人，這是應當注意的。

法人之組織 法人內部的組織，須設置董事，董事由社員總會選出，由社員總會授與對內處理事務對外代表法人的能力。因為法人的本身，並沒有機能，對內對外，全靠自然人爲他處理，所以須設置董事，爲執行和代表的機關（民法第二十七條）。至於董事的人數和資格，我國民法卻未明定，除特別法上另有規定以外，當依設立法人的章程決定。

法人設立的時候，不論社團和財團，都須訂定章程。下列幾項，在社團法人的章程中均須明定：（一）法人的目的事業，就是通常所謂宗旨，如以發展實業爲目的，或以研究學術爲目的等是；（二）法人的名稱；（三）董事的任免方法和人數資格任期等；（四）總會召集的條件、程序和決議的方法；（五）社員的出資額數和種類；（六）社員資格的得喪（民法第四十七條）。至於財團法人，也要由設立人訂定捐助章程，載明法人的目的和所捐助的財產。譬如以某處存款若干，捐作興辦教育或其他事業的經費是。不過以遺囑捐助的時候，我國民法，另外定有必要的方式，就是對於捐助的目的和財產，必要加以說明，所以無訂立章程的必要（民法

第一一九零條至第一一九七條）。

法人之登記

法人享有權利能力，固和自然人一樣，但自然人的權利能力，是開始於出生，法人的權利能力，是開始於設立的登記。倘使法人沒有履行設立的登記，不特不能對抗第三人，而且不能為權利義務的主體。譬如沒有登記的公司，法律上便視為合夥，那就是一個例子。

法人設立登記的手續，應由董事具聲請書，向法人事務所所在地的地方法院或縣司法機關的登記處聲請登記。聲請書內，除由聲請人或代理人簽名蓋章或捺指印以外，並須附具（一）章程，或民法總則施行法第六條主管官署核定的書狀；（二）主管官署的許可書；（三）證明董事或代表人資格的文件；（四）社員名簿或財產目錄和證明文件；更要繳納登記費，這是登記時必須具備的手續（參閱法人登記規則）。

法人之監督

法人設立以後，就要受國家的監督。監督的機關，通常歸主管官署（民法第三十二條）。例如慈善團體，主管官署是內政部；學術團體，主管官署是教育部。但是關於法人的清算，監督權便移歸於法院了（民法第四十二條）。

法人之消滅 法人消滅的原因，就是解散。不過社團法人的解散和財團法人的解散，情形稍有不同。茲分別說明如下：（一）社團法人的解散，有由於決議解散的，就是由社員總會決議解散的意思；有由於當然解散的，就是章程內所定的解散事由發生，或是目的事業已成就或不成就，或是社員僅存一人，或是破產，法人就當然解散；有由於消極解散的，就是社團法人違反設立許可的條件時，主管官署撤銷其設立許可而解散；有由於宣告解散的，就是社團法人的目的或行為，違反法律，或是妨害公共秩序善良風俗，或是爲目的以外的事業，法院就可根據主管官署、檢察官、或利害關係人的請求，把他宣告解散。（二）財團法人的解散，只有當然解散和宣告解散的兩種。當然解散，就是由章程內所定的解散事由發生，或是目的事業已成就或不能成就，或是破產的情形。宣告解散，就是因情事變更，致財團的目的不能達到時，主管官署可以斟酌捐助人的意思，把他解散。至於法人解散以後，不論社團和財團，都要依清算程序加以清算的，等清算終結後，法人的人格纔能消滅。

外國人及外國法人

爲權利之主體的，除自國內的人民，和由自國人民組織

成的法人以外，還有外國人和外國法人，茲分述之：

一、外國人 甚麼叫做外國人呢？據我國國籍法，「外國人，就是無中華民國國籍的人」。依這個定義，凡無中華民國國籍的人，都是外國人。至於他在外國有無國籍，那可不問。所以無國籍的人，也是外國人。關於外國人在法律上的地位，向有三種主義：（一）是禁止主義、就是不論何種私權，原則上都不許外國人享有；（二）是相互主義、就是外國人的本國法律或條約，若與我國人以私權的，我國對於其外國人，也照樣與以私權；（三）是平等主義、就是不論何種私權，原則上都許外國人和本國人平等享有。不過公權關係國家的生存，都是不能許外國人享有。我國法律規定外國人的權利能力，是採取平等主義的。民法總則施行法第二條說：「外國人於法令限制內，有權利能力。」因為外國人究非本國人可比，所以關於特種權利能力，還是可以拿法令限制的。譬如土地所有權，和森林、礦產、荒地、漁場、鐵道，以及各項企業的所有權，都是不許外國人享有，便是一個例子。

二、外國法人 一國的法律，無超越國境的效力，所以依外國法律而成立的

法人，就是外國法人。外國法人，不是當然有中國法律上人格的。所以外國法人要取得中國法律上的人格，必須經中國的法律認許其成立，纔能享有法人的資格。據我國民法總則施行法第十一條規定說：「外國法人，除依法律規定外，不認許其成立，」就是這個意思。外國法人，雖然依中國法律認許其爲法人，也不過對於依據外國法律已成立的法人予以承認，倘使沒有特殊規定，他的權利能力，還是要依他的本國法決定。因此，往往同一種類的法人，其權利能力，常因其本國法和中國法的差異而不同。所以我國法律爲使其整齊劃一起見，特在民法總則施行法第十二條第一項，設一特殊規定。就是「經認許的外國法人，於法令限制內，和同種類的中國法人，有同一的權利能力。」所謂法令的限制，就是外國人所不能享有的權利，或是依法律或條約所不能享有的權利，外國法人仍不能享有是。外國法人，若是未經中國法律認許其成立，他在中國既沒有法律上的人格，當然也沒有權利能力。但是事實上這種未經認許的外國法人，在中國爲法律行爲，也是常有的事。所以我國民法總則施行法第十五條，特定其責任的歸屬，就是「未經認許其成立的外國法人，以其名義和他人爲法律行爲的時候，其行爲人，

就該法律行爲，應和該外國法人負連帶責任。」要負連帶責任的理由，也就是保護和他爲法律行爲之相對人的意思。

第三節 物與物權

物之意義 凡權利在主體之外，必有一定的客體。立於支配的地位者是主體，被支配者是客體。那末甚麼是權利的客體呢？那便是法律之所謂物。物的意義有兩種：一是廣義的，一是狹義的。廣義的物，不論物的有形與否，都稱做是物。羅馬法和法國法系民法所稱的物，就是這個意義。狹義的物，那是專指特定的有體物而言。德國和日本民法所稱的物，就是這個意義。我國民法，關於物的意義，並沒有明文規定。其所稱的物，是否僅指有體物，解釋上不無疑義。但是依社會觀念和法律規定來解決，我國現時一般社會上的所謂物，實是專指有體物；而自民法的物權編和其他的規定來觀察，其所稱的物，顯然仍從我國社會觀念和德日兩國的立法例，專指有體物；所以我們對於物，仍以德日兩國的通說下一定義，就是說：物，是在人力所能支配的範圍，除去人身而獨立成爲一體的有體物。現在就這定義分析

說明於後：

(一) 物必有體。有體，就是占有一定空間而存在的意思。故凡是固體、液體、氣體，都可稱作物。反之如香、色、熱、光、聲、電等等，沒有形體，都不能稱作物（但是關於電氣，刑法上定有例外）。

(二) 物必在人力所能支配的範圍內。凡人力所不能支配的，如日、月、地球和其他行星、水流、空氣等等，雖屬有體之物，但爲我們事實上所不能支配，祇能爲物理上的物，而不能爲法律上的物。所以必須人力所能支配的，纔得在法律上稱爲物。

(三) 物必獨立成爲一體。獨立成爲一體，就是能獨立有其個性的意思。至於其是否獨立成爲一體，應從社會的觀念決定；例如房屋爲整個的物，是由多數的磚瓦木石組織而成，不能更析椽瓦牆壁成爲多數的物，因爲社會觀念以爲他是獨立成爲一體的。

(四) 物應除去人身。生人的軀幹和其構成部分，無論其爲天然或人工，如鑲牙鑲足等，都不能稱爲物。但附屬於人身的物，或已和人身分離的物，那纔可

稱爲物。

物之種類

物的種類很多，茲分述之：

一、動產與不動產 物有動產和不動產的分別。其區別的標準，各國法律不同。除蘇聯民法不設動產不動產的區別外；有就動產不動產而爲列舉的規定的，如法國民法是。有以土地爲惟一的不動產，土地的定着物爲土地的成分，其餘之物爲動產的，如德國瑞士民法是。有並不排斥土地成分的觀念，但以土地的定着物和土地各爲獨立的不動產，其餘的物爲動產的，如日本暹羅民法是。我國法律，大體是採日本和暹羅的立法例。特於民法第六十六條規定：「稱不動產者，謂土地及其定着物，不動產之出產物，尙未分離者，爲該不動產之部分。」又於民法第六十七條規定：「稱動產者，爲前條所稱以外之物。」依照這種規定，那末土地及其定着物，是不動產。除此以外，無論甚麼，都是動產。這是從消極方面，確定其意義，所以明動產和不動產的區別，免除混淆而已。區別動產和不動產，在法律上的實益，最顯著的，如：（一）不動產的租賃，而未定期限的，當事人可以因價值的升降，增減租金；動產卻不然（民法第四四二條）。（二）不動

產的出租人，就租賃物所生的債權，對債務人置於不動產的物，有留置權；動產卻不然（民法第四四五條）。（三）不動產物權的得喪變更，非經登記不生效力；動產卻不然（民法第七五八條第七五九條）。（四）不動產物權的移轉或設定，應以書面爲之；動產卻不然（民法第七六零條）。（五）不動產能爲抵押權與權的客體（民法第八六零條第九一一條），動產卻祇能設定質權，不能抵押和設定典權（民法第八八四條）。這不過就民法略舉幾個例子。其他如在民事訴訟法因不動產的物權或其分割或是經界訴訟的，專屬不動產所在地法院管轄（民事訴訟法第十條），亦和動產訴訟的土地管轄權不同，種類很多，不能詳舉。

二、主物與從物 物有主物和從物的分別。從物，是非主物的成分，而常助主物效用，同屬於一人的物。反之就是主物。所以從物必爲獨立的物，例如電燈是主物，燈罩是從物，因爲燈罩亦爲獨立的物。又如房屋雖爲主物，而門窗卻非從物，因爲門窗是構成房屋的成分，而不是獨立的物。從物又須常助主物的效用，這是須從經濟學上一般的觀念而決定。例如錶的練條，常助錶的效用，所以錶是主物，練是從物。反之，非常助主物的效用的，例如懸掛牆壁上的字畫，陳設

於几案的古玩是。主物從物區別的實益，在於處分主物的時候，從物亦同其運命。因爲主物和從物，各各爲獨立的物，而有相互爲用的關係。從物不隨主物的運命，那就各失其能了，足以妨害經濟的效用。如時鐘是主物，鑰匙是從物，買鐘而不附有鑰匙，那末鐘的所有者，就不能得鐘之用，這是法律上區別主物和從物的實益。

三、融通物與不融通物 物有融通物和不融通物的分別。融通物，是可以爲權利的客體，並且可以處分的物。反之不能爲權利的客體或不能處分的，那就是不融通物。不融通物，通常如(1)古物，(2)法物，(3)公有物，(4)禁制物等都是。

四、代替物與不代替物 物有代替物和不代替物的分別。凡可以同種類、品質、數量、相代替的，是代替物。反之不能以同種類、品質、數量、相代替的，就是不代替物。物的爲代替物或爲不代替物，應以他個性是否爲社會所重，纔能爲其區別的標準。如布帛菽粟是代替物，書畫古玩就是不代替物。代替物和不代替物區別的實益，在其和借貸及寄託有關係。就是消費借貸和消費寄託，是僅得以代替物爲標的（民法第四七五條第六零二條）。又於民事訴訟程序亦有關係。

就是就給付可代替物的請求，得依督促程序，聲請發支付命令；請求給付特定物的卻不能（民事訴訟法第五零四條）。

五、可分物與不可分物 物有可分物和不可分物的區別。可分物，是不變更物的性質和價值而可以分割的物。反之，就是不可分物。可分物如一石的米，即使分割，既無損他的本質，亦不貶他的價格；不可分物如一冊書籍，如果分割，就不成其為書籍了。可分物和不可分物區別的實益，最顯著的，如多數債權人及債務人的債，如給付之物可分的，應平均分受或分擔（民法第二七一條）。如給付之物不可分的，各債權人僅得為全體請求給付，各債務人亦僅得向債權人全體而為給付（民法第二九三條）。又如共有關係存續間，共有人可以隨時請求分割共有的可分物，但如為不可分物，則僅得請求補償金錢（民法第八二四條）。

六、消費物與非消費物 物有消費物和非消費物的分別。凡依通常使用方法，使用一次，即歸消滅的，是消費物。反之，就是非消費物。例如米穀，一經食用就告消滅，所以是消費物。牛馬一經役使非即消滅，所以為非消費物。我國民法雖未設消費物和非消費物的區別，但實際上仍有其區分的實益。例如移轉使用

權的時候，在消費物，是須移轉所有權的；而在非消費物，卻祇須移轉占有權。因而使用貸借和寄託，以非消費物爲限；但消費貸借和消費寄託，是以消費物爲限的。

七、無主物與有主物 無主物和有主物的區分，就在其現時是否爲所有權的客體。現時未爲所有權的客體的，稱無主物。反之就稱有主物。無主物中，又可分爲得先占的無主物，和不得先占的無主物二種。

八、特定物與不特定物 物有特定物和不特定物的分別。特定物，是依當事人的意思或其他事實具體指定的物。例如說坐落某處的地皮，或這一包米等。不特定物，是僅以種類品質數量抽象指示的物。例如說某處地皮多少畝，或某種米多少包等。代替物和不代替物的區別，與特定物和不特定物的區別，雖然大體上相同，但也不可相混。前者乃本於社會的觀念，屬於客觀。後者是本於各別的交易，屬於主觀。所以有代替物而爲特定物的，如寄託封緘的金錢時，仍須返還原物是。又有不代替物而爲不特定物的，如不代替物爲種類債權的標的，就是說購買牛一頭，雞十隻的時候是。特定物和不特定物區別的實益，例如物權僅能於特

定物上存在，是最顯著的。此外如給付物非特定物時，債務人應給以中等品質的物是（民法第二百零二條）。

九、原物與孳息 原物，是產出孳息的物。孳息，通常是專指由有體物直接產出的物而言，例如米穀瓜果之類。但在法律上，所謂孳息是常取廣義的。就是孳息者，本於某種法律關係，使他人使用某物的時候，其所息取的物，亦包括在內。因之孳息種類，可分為兩種：（一）天然孳息、天然孳息就是果實、動物的產物，及依物的使用方法所收獲的出產物（民法第六十九條第一項）。後者如開發礦山而採的礦。但天然孳息，必為原物的出產物；所以在原物未分離前，必須為原物的一部分；在與原物分離之後，尤須無害於原物。例如牧場的羊羣，山丘的森林，非由原物分離，不能稱作孳息。至於有害於原物與否，須從社會上的觀念，如開發礦山而採礦，在物理學上，固有害原物，但在社會上，卻以為是開發富源，非惟不認為有害，並且以為是有益。又天然孳息，在和原物分離時，究歸甚麼人收獲？各國法律不同。有採生產主義的，就是歸屬於對原物施生產手段的人。有採分離主義的，就是歸屬於分離時原物所有人。我國民法第七十條第一項規

定：「有收取天然孳息權利的人，在權利存續期間內，取得與原物分離之孳息，」這是採的分離主義。(二)法定孳息、法定孳息，是依法律關係所生的收益(民法第六十九條第二項)。此法定孳息所由產生的，稱作原本。例如因金錢債務而生的利息，債務是原本，利息是孳息；因租賃關係而生的租金，租賃物是原本，租金是孳息；這種孳息，是基於法律關係而發生，所以稱作法定孳息。法定孳息，既是因法律關係而繼續發生的，自無所謂和原物分離。所以天然孳息，可在和原物分離時，使他歸屬於原物所有人，而法定孳息，則使有收取權人，按其權利存續的日數取得(民法第七十條第二項)。所以以日數為單位者，因權利不是永久歸屬於一人，如果偶有變更，那末收取孳息的權，亦必隨之而轉移，故以日計算，較為便利。又法定孳息收取權利人，是要以其法律關係怎樣而決定。例如債權的利息，由債權人收取，租賃物的租金，由出租人收取。但並不以原物的所有人為限，例如承租人將租賃物移轉於次承租人，那末，轉租人對於租賃物雖無所有權，但卻有向次承租人收取孳息的權利，就是一個證明。

物權之意義

物權，是直接管領特定物，而可對抗社會一般人的權利。現在

就這意義分析說明於後：（一）物權與債權不同。債權是直接以債務人的行為為標的，並非直接以物為標的，所以物的是否特定，和權利的成立無關。物權是受領物的權利，若非特定的物，那末受領的實力，就無由而施，所以物權的標的物，不可不為特定物。（二）物權是直接管領物的權利。直接管領，就是權利人不須他人行為的介入，常直接居於管領其物的地位。例如房屋的所有權人或典權人，都可以直接管領其為權利標的的房屋；而房屋的抵押權人，因未移轉占有，雖事實上不能直接管領其物，但法律上實認其有直接管領的權利。倘抵押人拆毀房屋，抵押權人，就可利用自身救濟，直接管領其物，以達保全的目的。（三）物權是可對抗社會一般的人。債權是相對權，亦稱對人權。物權是絕對權，亦稱對世權。因債權是以特定人的行為或不行為為目的，所以其權利的行使，祇可對於特定人為之，對於非特定人是無主張的餘地。若物權是以社會一般人為義務主體，無特定的相對人，而此社會一般人，都應對之負有消極的不相侵害的義務。

物權之效力 物權的效力有三：就是（一）物權有物上請求權，（二）物權有追及權，（三）物權有優先權。現在分別說明如後：（一）物權的標的在乎物，

倘有侵害之者，權利人就可請求返還其物，或使回復物的原狀，或排斥其物上的干涉，此請求權是從物上所發生，所以稱作物上請求權，或稱作物上訴權。因為物權的標的在乎物，權利不能離物而存在的，所以在權利的標的物上，得發生此請求權，和債權的請求權是特定人間關係，或稱對人請求者是不同的。所以說物權有物上請求權。(二)存在於物上的物權，常黏着於物而不失。所以不論其物入於何人之手，都可追隨於其所在以行使權利，這就是以物為權利之標的的結果。例如甲所有的田地，被乙盜賣給丙，甲依然不失其所有權，可以追其物而向丙追還，丙不能以乙的賣契相對抗是。所以說物權有追及權。(三)普通的債權，其效力完全平等，不以設定的先後而分優劣。並且有時先行使權利的，能先得實益。例如甲乙對於丙各有千元的債權，乙的債權，雖發生在後，但因其先行使權利，遂先得清償的實益，而甲行使權利在後，那時丙已無力清償，或竟不能得絲毫的給付。可是物權卻不然，有抵押權的債權，固優先於普通債權。就是在同一物上，先後設定幾個物權，其優劣亦依設定的先後決定，設定在先的權利，優先於後之設定者。例如甲以所有的土地，向乙抵押國幣一千元，後再向丙抵押國幣五百元，那末乙的抵押權較丙為

優先，非受債款的清償後，丙不能行使其抵押權是。所以說物權有優先權。

物權之創設

就理論上說，我們在物上所有的權利，並非不可悉數作為物權。但物權有對抗一般的效力，若許其以契約或依習慣而任意創設，結果必至釀成權利的混亂，妨害交易的安全。就中尤其關於土地的物權為最甚。所以我國法律做一般通例，在民法第七百五十七條明定：「物權，除本法或其他法律有規定外，不得創設」，以示限制。所謂其他法律，是指其他特別法而言。因為物權並非悉以民法規定，如著作人的著作權，發明人的專利權，亦是一種物權，但是都規定在特別法中。

物權之得喪

可分不動產物權之得喪與動產物權之得喪二方面來說明：

一、不動產物權之得喪：（一）物權非經登記不生效力。關於不動產物權的取得、設定、喪失及變更，各國法律不同。有採地券交付主義的，有採登記公示主義的，有採登記要件主義的。物權既有極強大的效力，得對抗一般世人，如關於不動產物權取得、設定、喪失及變更的法律行為，不令其履行一定方式，就對於第三人發生效力，那末第三人必蒙不測的損害。而對於交易，亦不能得到安全。

所以我國民法爲貫徹國民黨土地政策起見，特採登記要件主義，在第七百五十八條規定：「不動產物權，依法律行爲而取得設定喪失及變更者，非經登記，不生效力。」所謂不生效力，不但不能對抗第三人，就是當事人間也是不發生效力的。

（二）物權非經登記不得處分。不動產物權的取得，有由於法律行爲的，有由於法律行爲以外的事實的。若是由於法律行爲以外的事實，如因繼承、強制執行、公用徵收、或法院之判決的，於登記前已取得不動產物權者，當然無庸經過登記程序，法律上就認爲取得權利。但要處分其物權，仍非經登記以後，不得爲之（民法第七五九條）。因爲登記的所有人，和現在的所有人必須一致，纔能確保交易的安全。若未爲取得的登記，就能處分其所有物，那末登記的所有人非現在的所有人，登記制度的精神，又將何由而貫徹呢？

（三）物權移轉及設定應以書面爲之。不動產物權的移轉或設定，關係很大，如僅以當事人的意思表示爲已足，似乎太嫌輕率。所以我國民法第七百六十條明定其應以書面爲之，以昭鄭重。

二、動產物權之讓與 動產所有人，大抵以占有其物爲管領的標準，那末創設動產物權，自以交付其物，使得達於管領的地位，最稱簡便。故我國民法第七

百六十一條第一項規定：「動產物權之讓與，非將動產交付，不生效力。」這就是採的交付要件主義。但在訂立讓與動產物權契約的時候，受讓人已占有動產，或因別種理由，讓與人仍繼續占有動產，或其動產由第三人占有的，爲使動產物權易於移轉起見，不能不另設變通辦法。所以關於第一種情形，採簡易交付辦法，以讓與合意時，就生效力（民法第七六一條第一項但書）。關於第二種情形，採改定占有辦法，由讓與人和受讓人間訂立契約，使受讓人因此取得間接占有，以代交付（民法第七六一條第二項）。關於第三種情形，採指示交付辦法，由讓與人將對於第三人的返還請求權讓給於受讓人，以代交付（民法第七六一條第三項）。

物權之消滅 物權的消滅，就是物權脫離其主體的意思。一般物權共通消滅的原因，計有後面六種，列舉於左：

（一）標的物的滅失 例如房屋的燒失，房屋的所有權即消滅；米穀的消耗，米穀的所有權即消滅之類是。

（二）沒收和公用徵收 因標的物之被沒收或公用徵收，物權亦當然消滅。

(三) 添附和取得時效及其他原始的取得 物因添附或取得時效的完成，又或其他原因而爲他人原始取得的時候，則以前存在其上的物權，自歸消滅。

(四) 拋棄及消滅請求 物權既爲財產權，原則上自得因權利人的拋棄而消滅。又物權因行使法律上或契約上所許可的消滅請求權的結果而歸於消滅，亦不待言。

(五) 存續期間已滿 訂有存續期間的物權，因期間已滿，當然歸於消滅。

(六) 混同 混同的情形有二：(一)是爲同一物的所有權及其他物權，歸屬於一人時，其他物權因爲混同而消滅。例如甲在乙的土地有地上權，嗣後乙爲甲的繼承人，地上權和所有權混同，地上權就歸消滅。(二)是爲所有權以外的物權，和以之爲標的其他權利同歸於一人時，其他的權利因爲混同而消滅。例如甲有地上權，乙有以其地上權爲標的的抵押權，甲乙之間發生混同時，那末抵押權就歸消滅。

物權之種類 物權是直接享受物的利益之權。但物的管領，其範圍既有不同，則利益的享受，他的性質亦因之而異。試從各種的觀察點，區分物權種類如後：

一、所有權 所有權，就是對於物有行使一般的管理之權利。所有權是最重要的物權，故所有人在法律及命令所限制的範圍內，可以任意使用、收益、處分其所有物。各國法律多設有明文規定，我國亦同，特於民法第七百六十五條規定：「所有人於法令限制之範圍內，得自由使用收益處分其所有物，並排除他人之干涉。」但這種規定，不過就形式上表示所有權的重要作用應受法令的拘束，並非說所有權的本質，就由使用收益處分三者組織而成，所以這三種作用縱使完全欠缺，亦和所有權的本質無礙；甚至於所有人徒擁虛名，亦無害其所有權。學者所謂所有權的彈性性，就是這個意思。又所有權的構成，於對物關係以外，還有對人關係。所以所有人對於他人干涉其所有物時，得排除之。這就是所謂所有權具有排斥外來干涉的排他性。至於所謂使用，指不毀損或變更物的實質，依一般的用法，供我們需要言。所謂收益，指收取由物所生的天然或法定的孳息言。所謂處分，是對於物為物質上的處置是。

又所有權在法律上是不可侵的權利，從前對於所有權的觀念，認為神聖不可侵犯，實含有絕對而永久的意思。但近來學者有說所有權應受限制的，有說土地

不宜有所有權的。因為所有權愈鞏固，社會上的貧富階級愈懸殊，社會上的貧富階級愈懸殊，社會的安寧秩序即不能久持。且因此純靠所有權以為生活者日衆，社會的生產事業亦日減。主張土地國有說者即緣此而起。所以今日的法律雖不能廢止所有權，但保護所有權亦不可太過，此我國民法所以有於法令限制之範圍內的規定。

二、地上權 地上權，就是在他人土地上有建築物，或其他工作物，而使用其土地的物權（民法第八三二條）。分析說來，便是：（一）地上權，是以土地為標的物的物權。（二）地上權，是以他人的土地為標的物的物權。（三）地上權，是使用他人土地的物權。（四）地上權，是因有建築物或其他工作物而使用他人土地的物權。關於使用土地的方法，各國立法例頗為狹隘。我國民法則於建築物或其他工作物以外，並兼及於竹木等物，蓋為經濟發達計耳。

三、永佃權 永佃權，就是支付佃租，永久在他人土地上為耕作或畜牧的物權（民法第八四二條第一項）。分析說來，便是：（一）永佃權，是永久使用他人土地的物權。（二）永佃權，是支付佃租，永久使用他人土地的物權。（三）

永佃權，是因耕作或畜牧，永久使用他人土地的物權。地上權和永佃權，雖同爲以使用他人土地爲本質的權利，但一是因爲保有建築、工作物或竹木等所有物，而使用他人的土地。一是以耕作或畜牧爲目的，而使用他人的土地。一是以永久使用爲要件，一不以永久使用爲要件。永佃權的設定既然屬於永久，自應無期，所以若是定有期限，那就和永佃權的要件不符，並且沒有認其爲永佃權而予以強大效力的理由。此我國民法第八百四十二條第二項所以明定其視爲租賃，而適用關於租賃的規定。

四、地役權 地役權，就是以他人的土地，供自己土地便宜之用的物權（民法第八五一條）。分析說來，便是：（一）地役權，是以使用土地爲目的的物權。（二）地役權，是以使用他人土地爲目的的物權。（三）地役權，是謀自己土地之便宜，以使用他人土地爲目的的物權。至其使用土地，有在便於通行的，有在便於觀望的，有在便於引水的，千差萬別，絕不一致。總之，不外依當事人的設定行爲，而任意訂定。

五、抵押權 抵押權，就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擔保物權（民法第八六零條）。分析說來，便是：

（一）抵押權，是成立於不動產上的擔保權。（二）抵押權，是不以占有標的物爲要件的擔保權。（三）抵押權，是就標的物的賣得價金受領清償的擔保權。至於設定抵押權的人，並不限於債務人，就是第三人亦得爲之。因爲抵押權的設定人，如保證債務之保證人，亦得將被擔保人之所有物設定抵押權於其上。

六、質權 各國法律的所謂質權，包括不動產質權、動產質權、及權利質權三種而言。我國沒有關於不動產質權的習慣，這種權利亦無創設的必要，所以我國法律，祇有動產質權和權利質權的規定。現在分別說明於後：

（一）動產質權——動產質權，就是因擔保債權，占有由債務人或第三人移交的動產，得就其賣得價金，受清償的擔保物權（民法第八八四條）。分析說來，便是：

（一）動產質權，是成立於動產上的擔保權。（二）動產質權，是以占有標的物爲要件的擔保權。（三）動產質權，是就標的物的賣得價金受領清償的擔保權。動產質權和抵押權不同的，一是以動產爲權利的標的物，一是以不動產爲權利的標的物。一以占有標的物爲要件，一以不占有標的物爲要件。動產

質權的標的物，通常是由債務人因擔保其債務提供於質權人，但有時第三人亦得爲債務人提供，這點和抵押權相同。

(二)權利質權——權利質權，就是以可讓與的債權及其他權利爲標的的質權（民法第九百條）。分析說來，便是：（一）權利質權，是以權利爲其標的物。（二）權利質權，是須爲可讓與的債權或爲可讓與的權利。所以性質上不許讓與的債權，如由雇傭承攬等所發生的債權，及當事人以特別意思表示禁止讓與的債權，都不能爲權利質權的標的物。

七、典權 典權，就是支付典價，占有他人的不動產，而爲使用及收益的物權（民法第九一一條）。分析說來，便是：（一）典權，是以使用或收益不動產爲目的的物權。（二）典權，是以支付典價，使用或收益他人不動產的物權。（三）典權，是以占有標的物爲要件的物權。典權和不動產租賃相似，但一是債權上的權利，一是物權上的權利。他的效力強弱，大相逕庭。又典權和抵押權質權所不同的，一爲定限物權，一爲擔保物權。日本學者有認我國的典權是擔保物權，或是擔保物權中的不動產質權，或是債權擔保物的買回契約者，都是不對的。但因這

種物權限制所有權的效力很爲強大，所以我國民法以之規定於一般定限物權和擔保物權之後，以示區別。又典權之在我國，由來已久，其始見於大清律例。民國以來，有清理不動產典當辦法。前大理院和現在最高法院，都以典權著爲判例。根據習慣調查報告所載，這種習慣，幾乎無處沒有，所以我國民法，對於典權特設專章規定。

八、留置權 留置權，就是受一定債權的清償爲止，扣留他人的物，並且在通知後不爲清償的時候，可以拍賣其物而爲取償的物權（民法第九二八條）。分析說來，他的要件是：（一）留置權的標的物，須現在在債權人占有中，屬於其債務人的動產。（二）債權人在其債權未受清償以前，對於這種動產有留置的權利；但其債權須已至清償期，如未至清償期，就不應強要其爲清償，所以沒有予以留置權利的必要。（三）債權的發生，須和該動產有牽連關係，所謂牽連關係，就是其債權是由該動產直接發生的意思。如爲人保管牛馬，因而支出飼養費時，就是一個例子。（四）債權人的占有他人的動產，須非由侵權行爲而發生，否則便無爲保護的理由；因留置權是在謀雙方的公平，對於侵權行爲人而亦予以保護，

那就和公平的旨趣不合，所以我國民法亦以此爲留置權的要件。

九、占有 對於其物有事實上管領之力的，稱作占有（民法第九四零條）。占有究竟是和權利不同的，所以我國民法稱爲占有而不稱占有權。我國民法規定，只須對於其物，獲得事實上的管領力，就可受法律上占有的保護。至於意思的怎樣，是所不問的。所以凡以所有的意思，五年間和平公然占有他人的動產的，得即時取得其所有權（民法第七六八條）。以所有的意思，二十年間和平繼續占有他人未登記的不動產的，得請求登記爲所有人（民法第七六九條）。以所有的意思，十年間和平繼續占有他人未登記的不動產，而其占有之始爲善意並無過失的，得請求登記爲所有人（民法第七七零條）。

提問要點

- 一、權利的意義怎樣？ 權利共有幾種？試分別說明之。
- 二、相對權和絕對權的區別怎樣？ 專屬權爲甚麼不能讓與？
- 三、何謂權利之主體？ 通常所謂權利之主體是甚麼？
- 四、何謂權利能力？ 自然人的權利能力，在甚麼時候開始？ 在甚麼時候終了？

五、權利能力和行爲能力，有甚麼分別？

六、甚麼人有行爲能力？甚麼人沒有行爲能力？甚麼人的行爲能力受限制？能分別說明嗎？

七、人格權共有幾種？法律上對這種權利保護的方法怎樣？

八、何謂住所？何謂法定住所？

九、怎樣叫作法人？和自然人有甚麼分別？法人共有幾種？各種的性質怎樣？社團法人和財團法

人的分別怎樣？

十、法人要具備甚麼條件，纔能認爲成立？法人的權利能力怎樣？法人消滅的原因怎樣？

十一、外國人和外國法人的權利能力怎樣？

十二、物的意義怎樣？無體物，可以作爲權利的客體嗎？

十三、動產和不動產的區別，在法律上有甚麼實益？代替物和不代替物的區別，與特定物和不特定物的

區別相同嗎？孳息的意義怎樣？

十四、怎樣叫做物權？在法律上有甚麼效力？物權的得喪變更，要具備那種要件？物權消滅的原因

，有那幾種？

十五、動產質權和抵押權，有甚麼區別？

十六、怎樣叫做地上權？其與永佃權有甚麼分別？

十七、典權和抵押權，有甚麼分別？

十八、怎樣叫做占有？能舉例證明嗎？

十九、所有權的行使，法律上有限制嗎？

第二章 法律行爲

第一節 法律行爲之意義與種類

法律行爲之意義 法律行爲，是要發生法律上的效果，而以意思表示爲要素的法律事實。分析說來，便是：（一）法律行爲，是法律的事實。法律事實，是法律現象的原因，法律行爲，既足生私權得喪變更的現象，當然就是法律的事實。（二）法律行爲，要發生私法上的效果。法律效果也有公私之別，所以一種行爲雖發生法律效果，但其效果非私法上的效果時，那就非所謂法律行爲了。例如官吏的任命，訴訟的提起等，都是公法上的行爲，不得稱作法律行爲。（三）法律行爲，是以意思表示爲要素的法律事實；不以意思表示爲要素的法律事實，便非法律行爲。所以說法律行爲，是要生私法上效果的法律事實。因爲人的行爲，有要生法律上效果的，也有不要生法律上效果的。前者如買賣借貸遺囑等，依法都足以生私權得喪變更的現象，所以是法律行爲。後者如遨遊山水，無關於私法上的權利，所以不是法律行爲。

法律行爲之種類

法律行爲，可爲種種的分類，現在列舉幾種重要的加以說

明：

(一)單獨行爲、雙方行爲、共同行爲 (二)單獨行爲——單獨行爲，是由一方的意思表示而成立的法律行爲，亦稱作一方行爲。這種行爲，祇須由一方爲意思表示，無須得相對人的同意，就可發生效力。例如債權人對於債務人免除其債務之行爲及爲捐助之行爲均是。(三)雙方行爲——雙方行爲，因雙方的意思表示一致而成立的法律行爲。詳細的說，就是以相對應的二個以上意思表示的一致爲其成立要件的法律行爲，亦稱作契約行爲。例如買賣、互易、交互計算、贈與和租賃等行爲是。(四)共同行爲——共同行爲，關於須有數個意思表示的一致法律行爲，和契約行爲相同。不過其意思表示，非有特別相對應的內容，乃同一方面而有同一內容的。因爲在契約，其意思表示的一致，乃錯綜的一致；而在共同行爲，其意思表示的一致，乃平行的一致。例如社員總會的決議，就是共同行爲的一種。

(二)死後行爲與生前行爲 這種分類，是以效力發生的時期爲標準。死後行

爲，就是因當事人一方死亡而發生效力的法律行爲，亦稱作死因行爲；例如遺囑、遺贈等。生前行爲，就是在行爲人生前而發生效力的法律行爲；例如買賣、贈與、租賃等，通常都是生前行爲，無待多言。就是人壽保險契約，在契約締結時就生效力，不過其保險金的請求權，以死亡爲清償期而已。所以人壽保險契約，也還是生前行爲。

(三)有償行爲與無償行爲 這種分類，是以當事人所爲的給付是否有對價關係爲標準。在以財產的給付爲目的的法律行爲中，凡是有對價關係的，是爲有償行爲，例如買賣是。至無對價關係的，就爲無償行爲，例如贈與是。

(四)要式行爲與不要式行爲 這種分類，是以意思表示有無法定形式爲標準。要式行爲，就是必依一定方式纔能成立的法律行爲，例如遺囑、婚姻和票據等是。不要式行爲，就是不須經一定方式就得成立的法律行爲。換句話說，就是法律行爲祇以意思表示即成立，至其意思表示，不必另有方式的。要式行爲而不依法定方式，我國民法是明定爲無效的。但法律有特別規定者不在此限（民法第七三條）。

(五)要因行爲與不要因行爲 這種分類，是以給付行爲是否得與其原因分離爲標準。就以給付財產爲內容的法律行爲而論，事實上須有給付財產的原因纔能成立的，是爲要因行爲，亦稱作有因行爲。通常的債權行爲，就屬於這種行爲。因爲我們以財產給與他人，必要有給與的理由，纔能給與，這種給與理由，稱作爲給付的原因。若事實上不需有給付財產的原因亦可成立的，就是爲不要因行爲，亦稱作無因行爲。通常物權行爲，準物權行爲，和票據行爲等，就屬於這種行爲。

(六)主行爲與從行爲 這種分類，是以法律行爲是否基於其他法律行爲而成立爲標準。凡是以有他種法律行爲或他種法律關係的存在爲前提纔能成立的法律行爲，是爲從行爲。爲從行爲前提的法律行爲，就是主行爲。例如質權設定契約，爲債權的從契約；夫婦財產契約，爲婚姻的從契約是。從行爲對於主行爲，既有從屬關係，那末在法律上亦受主行爲的支配，而與其命運。

(七)獨立行爲與補助行爲 這種分類，是以法律行爲的自身是否含有獨立性爲標準。凡是有獨立的實質內容的行爲，是爲獨立行爲。反之，若僅爲完成他種

獨立效力的條件的，就是補助行爲，例如同意及允許。

(八)債權行爲與物權行爲及準物權行爲 這種分類，是以法律行爲發生效果的種類爲標準。債權行爲，以欲發生債權債務的效果爲要素的法律行爲。這種行爲，有爲契約的，例如買賣、借貸、合夥及寄託等；有爲單獨行爲的，例如特定名義的遺贈。物權行爲，就是使直接發生物權得喪變更的效果的法律行爲。其中有爲契約的，例如所有權的讓與；有爲單獨行爲的，例如他物權的設定。準物權行爲，就是物權行爲以外的非債權行爲。例如債權的讓與，債務的免除，著作權的讓與等都是。這些行爲，雖與普通物權行爲不同，但他直接所惹起的終局的法律關係，頗和物權行爲相似，所以稱作準物權行爲。

(九)完全行爲與不完全行爲 這種分類，是以效力能完全發生與否爲標準。完全行爲，就是能完全發生效力的法律行爲。不完全行爲，就是不能完全發生效力的法律行爲。其中又分爲三種：(1)無效的行爲；(2)得撤銷的行爲；(3)其他不完全行爲；例如附停止條件法律行爲，及無權代理行爲。

(十)設權行爲、變權行爲、廢權行爲、保權行爲 這種分類，是以私權的發

生、變更、消滅及保存或確定爲標準。設權行爲，就是以發生權利爲標的的法律行爲，例如物權的設定。變權行爲，就是以變更權利爲標的的法律行爲，例如權利的讓與。廢權行爲，就是以消滅權利爲標的的法律行爲，例如債務的免除。保權行爲，就是以保存或確定已存的權利爲標的的法律行爲，例如得撤銷法律行爲的承認。

第二節 法律行爲之要件

法律行爲之成立要件 法律行爲的成立要件，就是法律行爲成立時所不可缺的要件，法律行爲未具備這要件，就不能成立。這種要件，有一般成立要件和特別成立要件的分別：特別成立要件，是各種法律行爲所應特別具備的成立要件，例如在要式行爲，就以履行一定方式爲成立要件。一般成立要件，是爲一切法律行爲所不可缺的要件，例如意思表示，即爲一切法律行爲成立的要件是。

法律行爲之有效要件 法律行爲的有效要件，是已成立的法律行爲發生效力時所不可缺的要件。法律行爲未具備這要件，雖能成立，仍不能發生效力。這種要

件，又有一般有效要件和特別有效要件的分別：特別有效要件，就是法律就各種法律行為特別規定的要件，例如遺囑，須在遺囑人死亡時纔能成立；一般有效要件，就是一切法律行為所共通的要件。這種要件，可以分爲三種，說明於後：1. 行為人須有行為能力——法律行為，既以行為人有行為能力爲一般的有效要件，那末無行為能力人，限制行為能力人，及有行為能力人在無意識或精神錯亂中所爲的行為，當爲不完全行為。2. 法律行為須有相當之標的——法律行為，須有相當的標的，纔爲有效要件之一。標的的相當，通常須標的的可能、標的的確定、標的的合法，三者俱備，纔稱相當。所謂標的的可能，指法律行為的標的，可以預期其實現的意思；例如以日月爲買賣的標的，以海底撈針爲契約的標的，都是不可能的。所謂標的的確定，就是構成私法上效力的事實，現時已經確定，或是將來可得確定的意思；例如在締結買賣契約的時候，買受人以數千元買受所有人的物件，價金的確數，固然沒有指定，而標的物亦是沒有確定，即不能發生效力。所謂標的的合法，具有三種意義，便是：(一)須不違反強制或禁止規定，(二)須不違背公共秩序或善良風俗，(三)須不顯失公平。3. 意思與表示須爲一致——意思表示，是將足以形成法律行為

的內容，表達於外部。意思表示，是法律行爲的要素，故所表示的意思，必須是法律行爲的內容；例如在締結買賣契約的時候，表示願買或願賣，締結借貸契約的時候，表示願意貸與或不願貸與。若和法律行爲的內容無關，例如表示要穿衣、睡眠，則非法律上的所謂意思表示。又法律行爲內容的意思，必須表達於外部，他的方法，無論用言語或文字均可；若尙蘊蓄於內心，那末僅有意思而沒有表示，亦非法律上的所謂意思表示。至於有效的法律行爲，他的意思和表示必須一致，這是民法上的一般原則。

第三節 法律行爲之無效及撤銷

法律行爲之無效 無效的法律行爲，就是法律上當然的確定的且絕對的不生效力的法律行爲。所謂當然，是無效的結果，在法律上當然發生，雖任何人不主張其無效，或法院不宣示其無效，其法律行爲仍從始不生效力的意思。所謂絕對，是無論由何人或對何人，都可以主張其無效的意思。所謂確定，是當事人無論何時，都可以主張其無效的意思。至於無效的原因，有一般的和特殊的兩種：前者就是缺

乏法律行爲的一般有效要件，例如意思能力的欠缺，虛僞表示，及法律行爲內容的不法不能等。後者是缺乏法律行爲的特別有效要件，例如婚姻遺囑等法律行爲，若缺法定方式，便是無效。

法律行爲之撤銷 得撤銷的法律行爲，是因爲意思表示的有瑕疵，由撤銷權人溯及的消滅其法律行爲效力的法律行爲。這種行爲，乃是權利的一種，所以稱作撤銷權。現在把可得撤銷的法律行爲的性質，分析的說明如下：（一）可得撤銷的法律行爲，其效力乃已發生或將發生，並非如無效行爲的根本上不生效力。（二）可得撤銷的法律行爲，乃在未確定的狀態，經撤銷纔確定自始無效，經承認或撤銷權消滅纔確定自始有效，並非如無效行爲確定的不生效力。（三）可得撤銷的法律行爲，要消滅其效力，須經有撤銷權者爲撤銷的意思表示，並非如無效行爲是當然的不生效力。（四）可得撤銷的法律行爲，一經撤銷，除有特別情形外，都以溯及其行爲生效時，消滅其效力爲原則，並非自撤銷時起算。至法律行爲可得撤銷的原因，不外關於當事人能力的限制，或關於意思表示的不合或瑕疵。前者例如民法第八十五條第二項所規定的撤銷原因，後者例如民法第八十八條、第八十九條及第九

十二條所規定的撤銷原因。

第四節 依代理之法律行爲

代理之意義

代理就是代他人爲意思表示或爲他人代受意思表示的行爲。代理他人爲意思表示的，稱作積極代理；代理他人受意思表示的，稱作消極代理。前者例如甲代乙爲買賣的要約，後者例如甲代乙受買賣的承諾。法律行爲以可以遣人代理爲原則。但行爲的性質，有限於本人自己纔能爲之者，就不許代理，例如遺囑行爲。至於代理的效力，是代理人所爲的意思表示或所受的意思表示，直接對於本人發生效力。

代理權之發生

發生代理效力的特別條件，就是代理人通常須有代理權。代理權發生的原因，不外下列幾種：(1)有由法律的規定而發生，例如親權人關於子之財產的法律行爲所有的代理權，夫婦一方受禁治產宣告時，其他方所有的代理權之類。(2)有由官署的處分而發生，例如法院選任法人的清算人之類。(3)有由法律行爲而發生，這是代理權發生的原因中最普通而最重要的。發生代理權的法律行爲，學

者稱作代理權的授與。代理權授與行為的性質，乃一種特別的法律行為，所以代理權授與的意思表示，可以向代理人爲之，亦可以向其行為的相對人爲之。又代理人在其代理權限內的法律行為，原則固然可以任意爲之。但法律還有下列的限制，便是：（一）無論何人，不得爲相對人的代理人和自己爲法律行為。（二）無論何人，不得爲當事人兩造的代理人而爲法律行為（民法第一零六條）。

第五節 附條件及附期限之法律行為

附條件之法律行為 吾人之爲法律行為，有不要立時發生效果，而待一定事實的發生纔生效果的，稱附條件之法律行為。所謂條件，就是表意人附加於其意思表示的任意限制，使其意思表示的法律上效力繫於將來客觀不確定事實的成否。條件有停止條件和解除條件的分別：**停止條件**，是限制法律行為效力之發生的條件。換句話說，法律行為，在條件成就的時候，發生效力，在條件不成就的時候，便不發生效力。從而附停止條件的法律行為，其效力的是否發生，在於不確定的狀態。例如甲和乙約定說，你若大學畢業，當贈你一千元是。**解除條件**，是限制法律行為

效力之消滅的條件。就是已發生效力的法律行爲，在條件不成就的時候，保持他的效力，在條件成就的時候，便喪失他的效力。從而附解除條件的法律行爲，其效力的是否消滅，在於不確定的狀態。例如甲贈乙古今圖書集成一部，言明其子若中學畢業，便將該書返還於其子是（民法第九九條）。

附期限之法律行爲 吾人之法律行爲，有時待一定時期的到來纔生效果的，稱附期限之法律行爲。所謂期限，就是表意人附加於其意思表示的任意限制，使其意思表示的法律上效力發生或消滅，繫於將來確定事實的到來。期限有始期和終期的分別：始期，是在其屆至以前，停止法律行爲效力之發生的期限。例如甲和乙約定，在本年十月十日將土地所有權讓與於乙是。終期，是因其屆滿，消滅法律行爲之效力的期限。例如甲爲乙設定至民國二十七年六月十六日爲止的地上權是（民法第一零二條）。

提問要點

- 一、甚麼叫做法律行爲？ 法律行爲的種類怎樣？
- 二、何謂單獨行爲、雙方行爲、共同行爲？ 死後行爲和生前行爲，有償行爲與無償行爲，各有甚麼不同？

三、何謂要式行爲？怎樣叫做要因行爲和不要因行爲？

四、主行爲和從行爲的區別怎樣？試舉例說明之。獨立行爲與補助行爲呢？債權行爲與物權行爲及準

物權行爲呢？

五、何謂不完全行爲？設權行爲、變權行爲、廢權行爲、保權行爲各是甚麼意思？

六、何謂法律行爲的成立要件？法律行爲的有效要件怎樣？

七、何謂無效的法律行爲？無效的原因何在？撤銷的法律行爲的性質怎樣？

八、何謂代理？代理權發生的原因怎樣？法律上對於代理人在其代理權限內的法律行爲有何限制？

九、附解除條件的法律行爲和附停止條件的法律行爲，怎樣區別？試舉例說明之。

十、何謂附期限之法律行爲？期限可分爲那二種？

第四章 債

第一節 債之發生

債之意義 甚麼叫做債？就是互相對立的特定人間的權利義務關係。依據這種關係，一方有請求他方爲一定行爲的權利，稱作債權；他方有依其請求而爲一定行爲的義務，稱作債務。就債的關係享有權利的人，稱作債權人；至於負有義務的人，稱作債務人；總稱債權人和債務人的兩造，是爲債的當事人。債權人和債務人的法律關係，便稱作債權債務的關係；簡單的說，就是債的關係。現在再把債權的性質分別說明於下：（一）債權是特定人對於特定人的權利，這就是債權和物權不同的地方。因爲物權的義務人是一般人，且不特定的，無論甚麼人都負有不作爲的義務；債權的義務人僅爲某一人，是特定的，就是只有債務人纔負有一定行爲的義務；所以學者稱物權爲對世權，債權爲對人權。不過這裏所謂特定人，不是必須爲一人，如有特定的多數債權人或債務人，也可以成立債權的。（二）債權是請求爲一定行爲的權利。債權雖然是債權人請求債務人爲某行爲的權利，但是只得在某特定的

範圍內，拘束債務人的自由，而使其負擔一定行為的義務。所以債權人請求債務人爲某行爲，當以某特定行爲爲限，不得使債務人爲不特定的行爲。至所謂行爲，包括積極行爲和消極行爲兩種而言。前一種就是積極給付，法律上稱作作爲；後一種就是消極給付，法律上稱作不作爲。

因法律行爲而發生的債 這便是因契約的訂立而發生的債。契約有廣狹兩種意義：廣義的意義，就是指發生私法上的合意而言。狹義的意義，便是指發生債法上的效力而言。我國民法把契約規定在債編中，當然是採狹義規定，專指債的契約而言。所謂債的契約，就是二個以上的當事人，依相互間所爲的一致意思表示，而以發生債的關係爲目的的法律行爲。這種契約，可分以下之八種：（一）要式契約和不要式契約——要式契約，就是於合意以外，更要具備一定方式的契約。不要式契約，就是於合意以外，不要具備一定方式的契約。（二）雙務契約和片務契約——雙務契約，就是雙方當事人各須負擔有對價關係的債務的契約：例如買賣、互易、租賃、雇傭、承攬、合夥、和解等契約都是。片務契約就是雙務契約以外的契約：例如贈與、使用貸借、有償消費貸借、無償委任、無償寄託等契約都是。（三）有償契

約和無償契約——有償契約，就是雙方當事人各因給付而取得利益的契約；例如買賣、互易、租賃、雇傭、承攬等契約都是。無償契約，就是有償契約以外的契約；例如贈與、使用貸借、無償消費貸借、無償委任、無償寄託等契約都是。（四）要物契約和諾成契約——要物契約，就是於合意以外，更要實行給付，纔能夠成立的契約，又稱作實踐契約；例如使用貸借、消費貸借、寄託等契約都是。諾成契約，就是於合意以外，不要實行給付，就能够成立的契約；例如買賣、租賃、雇傭、委任等契約都是。契約通常大都是諾成契約，要物契約，必須法律有明文規定，纔能成立。（五）有名契約和無名契約——有名契約，就是法律付與一定的名稱，並設有特別規定的契約；例如民法債編第二章所規定的各種契約。無名契約，就是法律未付與一定的名稱，並未設特別規定的契約；例如以二以上有名契約的內容事項爲其內容的混合契約。有名契約既有特別規定，自可直接適用，無名契約，因無特別規定，只以性質所許的爲限，准用有名契約的規定，並且適用一般契約的規定。（六）要因契約和不要因契約——要因契約，就是要有給付原因纔得成立的契約；例如買賣契約，買受人支付價金，是以取得財產權爲原因，出賣人移轉財產權，是以受領價

金爲原因；如果有一方的債務不成立，他方的債務也不能夠成立。不要因契約，就是不須有給付原因也得成立的契約；例如買受人因支付價金而發出支票，即使價金債務已不存在，其票據仍非無效，只得行使不當得利返還請求權。(七)主契約和從契約——主契約，就是不以他種契約爲前提，而能够獨立成立的契約；例如保證契約、違約金契約。從契約，就是以他種契約存在爲前提，纔能够成立的契約；例如質權契約，抵押權契約。從契約不管是債權契約，或是物權契約，都可以成立的。又從契約既以主契約的存在爲前提，他當然是和主契約共一運命的。所以主契約消滅的時候，從契約原則上也應歸消滅；反之，從契約消滅，主契約原則上卻並不因之消滅。(八)本契約和預約——預約，就是約定將來締結一定契約的契約；例如買賣的預約，僅發生締結契約的債務。本契約，就是依照預約而締結的契約；例如正式買賣契約。

無論何種契約，其成立至少要有二個以上的意思表示互相一致。這兩個意思表示，(1)有同時爲之的，叫做同時表示。(2)有先後爲之而偶然相合的，叫做交錯要約。(3)有先後爲之而有因果關係的，先爲的意思表示，叫做要約，後爲的意思表示，

叫做承諾。這是契約成立的普通現象，我國民法，也祇就此設有規定。現在再把契約成立的要件和時期，分別說明於下：（一）要約——就是要約人以締結契約的目的而為的意思表示。但是要約必須更有承諾，纔可發生私法上的效力，他當然不是事實行為，也不是法律行為，應祇認為意思表示，可適用民法總則編關於意思表示的規定。（二）承諾——就是相對人以和要約人共結契約為目的而為的意思表示。承諾既然是契約的構成分子，當然和要約一樣是一種意思表示。所以民法總則編關於意思表示的規定，承諾當然也可適用的。（三）合意和不合意——所謂合意，就是指構成契約的各個意思表示一致而言。當事人對於必要之點意思一致，而對於非必要之點，沒有意思表示的，還可推定其契約為成立。關於非必要之點，當事人的意思，如有不一致的時候，就要由法院依照其事件的性質決定（民法第一五三條第二項）。所謂不合意，就是指構成契約的各個意思表示不一致而言。不合意的情形很多，但是不管是那一種，都是不能成立契約的。（四）契約成立的時期——契約成立的時期，就是承諾生效的時期。不過這種時期，是因成立的方法而有不同。分述如下：（1）因合意而成立契約的時期，原則上以承諾通知達到要約人的時期，為契約成

立的時期。(2)因交錯要約而成立契約的時期，以各要約的意思表示達到相對人的時候，爲契約成立的時期。(3)因意思實現而成立契約的時期，以有可認爲承諾的事實，不要爲承諾的通知，那末，契約就成立。

除契約之外，還有一種類似契約的法律行爲，便是懸賞廣告。甚麼是懸賞廣告？就是以廣告的方法，聲明對於完成一定行爲的人，給與報酬的行爲（民法第一百六十四條第一項）。但是懸賞廣告，在表面上只有要約的效力；究竟要有甚麼事實，纔可認爲已有承諾，因而承諾契約？關於這一點，依據我國民法第一百六十四條所規定，指定行爲的完成，可解爲承諾。懸賞契約一經成立，在行爲人方面，取得請求給與報酬的債權，在廣告人方面，負擔給與報酬的債務（民法第一六四條第一項）。

因非法律行爲而發生的債 這可分三種：（一）**無因管理**——凡爲他人管理事務之管理人，必須由本人以法律行爲授以管理權。其未受本人的委任，並且並無此種義務，而爲他人管理事務，謂之無因管理（民法第一七二條）。我國民法上認爲無因管理亦爲債的發生原因。所以無因管理一旦開始，管理人和本人間，便發生債權債務的關係。（二）**不當得利**——就是沒有法律上的原因，或是其原因已不存在而

受利益，以致他人受有損害的事實的意思（民法第一七九條）。不過這種損害事實，不是由於人的精神作用，而為自然的事實。所以不當得利，雖為債的發生原因，其性質卻和其他債的發生原因不同。凡是因不當得利而受利益的人，稱作受益人，就是應該返還其利益的債務人；其因不當得利而受損害的人，稱作受害人，就是以請求返還其利益的債權人。不當得利成立以後，受益人和受害人間，就發生了債的關係。在受害人方面，有得請求返還利益的權利；在受益人方面，有應負擔返還利益的義務。（三）侵權行為——就是因為故意或是過失不法侵害他人的權利，而致他人發生損害的行為，又稱作不法行為。這種行為是違反法令的事實行為，既足以發生私法上的損害賠償義務，當然也為債的發生原因之一。侵害他人權利的人，稱作加害人；其權利被侵害的人，稱作被害人。侵權行為的效力，就是能發生損害賠償的債，所以我國民法把他規定在債之發生一節內。因為債的發生原因中，除法律行為外，侵權行為，就是最普遍而且最重要的一種。

第二節 債之消滅

債的消滅，就是債的關係客觀的失其存在。債權既失其客觀存在，當然就歸於消滅，無待債務人的主張。所以債的消滅，不但和請求權的消滅，債權效力的停止，債權的喪失不同，就是和債權的變更，也有區別。關於債的消滅原因，據我國民法所規定，分爲清償、提存、抵銷、免除、混同五種。

清償 甚麼叫做清償？就是依債務本旨實現內容的行爲。簡單的說，就是償還債務的行爲。關於清償的性質怎樣呢？學者主張頗有不同。有認爲是契約的，有認爲是單獨行爲的，有認爲是非法律行爲的。據我們觀察，凡是債務人的行爲，能使債權的內容具體實現者，其目的已經達到，債權自應歸於消滅。至於債權人有沒有消滅債權的意思，債務人有沒有因此消滅債權的意思，那都可以不問。所以清償的性質，既不是契約，也不是單獨行爲，應認爲非法律行爲，是毫無疑義的。

提存 甚麼叫做提存？就是清償人以消滅債務爲目的，把給付物爲債權人寄託於提存所或保管人的行爲。提存雖非如清償使債權人已得滿足，但既是因有特別情形，把給付物依法提交於提存所或保管人，那末，債務人是已經使債權人居於得受滿足的地位。所以債的關係，就應該依提存而歸於消滅。提存既然可以使債的關

係消滅，其給付物的危險，也應該由債權人負擔，債務人自不要再支付利息，或是賠償其孳息未收取的損害（民法第三二八條）。

抵銷 甚麼叫做抵銷？就是債務人對於債權人有給付種類相同的債權時，使其債權和債務都歸消滅的單獨行為，抵銷有契約上的抵銷和法律上的抵銷之分：契約上的抵銷，就是由二人以合意的消滅彼此債權的意思。依這種方法以消滅彼此債權，不要具備甚麼條件的。法律上的抵銷，就是依當事人一方的意思以為抵銷債權的意思。這種抵銷，必須具備法定的條件，纔能發生債權消滅的效力。凡是為抵銷的人，稱作抵銷人，受抵銷的人，稱作被抵銷人；為抵銷的債權，稱作自動債權，受抵銷的債權，稱作受動債權；我國民法所規定的抵銷，就是這種法律上抵銷。

免除 甚麼叫做免除？就是債權人拋棄債權的行為。免除，有稱作免除債務的，也有稱作拋棄債權的。名稱雖不同，實際原一樣，不過一着眼於義務，一着眼於權利而已。關於免除的性質怎樣呢？學說頗不一致，依據我國民法第三百四十三條所規定，債權人一經向債務人表示免除債務的意思，就可使債的關係歸於消滅；這就是認免除為一種單獨行為。免除既然是一種單獨行為，所以不問其原因怎樣，

一經債權人表示免除，債的關係就可消滅。

混同 甚麼叫做混同？就是不能並立的兩種資格同歸於一人的意思。混同的情形有三種：(1)有債權和債務同歸於一人的；(2)所有權和其他的物權同歸於一人的；(3)有主債務和保證債務同歸於一人的；現在所說的混同，是指第一種混同情形而言。再說混同的成立，祇要債權債務同歸於一人就足够了，不要有甚麼意思表示。所以混同不是法律行為，只是一種事由，而為消滅債的關係的獨立原因。

第三節 債之種類

特定的債 特定的債，就是以特定給付為標的的債，又稱作特定給付的債。這種債權，卻並不限定以給付特定物為標的，只須給付的標的特定，即使不是物，也可包含在內，就是法律上的待遇，也是一樣的。給付的標的物既然是特定，所以債務人在標的物未交付以前，應該負保管的義務和交付的義務，是不待說的。

種類的債 甚麼叫做種類的債？就是以種類指示的物為其給付標的的債；換句話說，就是以不特定給付為其給付標的的債，也叫做種類債權，或是種類債務。

種類給付的特質有二：(1)要用種類的名詞指示其給付標的；(2)要在其所指示的種類中，無論那一部分，都可為給付的標的。種類的債，只是抽象的指示種類，其品質還不能確定，債務人究竟依據甚麼標準為給付？據我國民法第二百條第一項的規定，首先應依法律行為的性質，或是當事人的意思決定的。所謂應依法律行為的性質決定其品質；例如消費貸借，應該返還和借用物品品質相同的物是。所謂應依當事人的意思決定其品質；例如貨物買賣，應該給付和價金相當的物是。如果其品質不能依照上面所說的兩種方法決定，債務人究應給付那一等品質的物呢？關於這一點，各國立法例不同，有採用下等品質主義的，也有採用中等品質主義的。我國民法，是採用中等品質主義規定的（民法第二百零一條第一項）。至於甚麼是中等品質，這要依給付地給付時交易上的通常觀念決定了。

貨幣的債 甚麼叫做貨幣的債？就是以貨幣為其給付標的的債，又稱作貨幣給付，或是金錢給付。所謂貨幣，日本民法稱作金錢；我國民法，有時候也沿用這名稱。他的意義，在經濟學上及貨幣法上是有一定的。就是貨幣為交易上測定價格的標準，而為貨物交換的媒介，或債務清償的方法。他不是僅指金質銀質銅質等的

金錢而言，就是銀行兌換券也包括在內。

我國民法關於貨幣的債的給付，分爲兩種規定。就是：(1)以特種通用貨幣的給付爲債的標的者，如其貨幣至給付期失通用效力時，應給以他種貨幣（民法第二百零一條）。(2)以外國通用貨幣定給付額者，債務人得按給付時給付地的市價，以中華民國通用貨幣給付之，但訂明應以外國通用貨幣爲給付者，不在此限（民法第二百零二條）。

利息的債 甚麼叫做利息的債？就是以利息爲其給付標的的債，又稱作利息給付，或是利息債權。甚麼叫做利息？就是由原本債權所生的收益，而按照一定比率給以金錢或是其他的代替物。至於利息債權發生的原因，要以法律行爲或是法律所規定的爲限；前者叫做約定利息，後者叫做法定利息。甚麼叫做約定利息？就是由雙方當事人依法律行爲所定的利息。這種利息的利率，雖然可以由雙方當事人自由約定，但是法律上也有相當限制的。就是最高利率，不得超過週年百分之二十，並且禁止債權人不得以折扣或以其他方式巧取利益（民法第二百零五條、第二百零六條）。甚麼叫做法定利息？就是由法律規定利息的利率。應付利息的債務，如果已

經約定利率，固應該依其約定。若是未經約定，並無法律可據，其利率應即爲週年百分之五（民法第二零三條），這就叫做法定利率。

選擇的債 甚麼叫做選擇的債？就是在個別的預定數宗給付中，選擇一宗以爲其標的的債，又叫做選擇給付，或是選擇債權，例如約定給付米百石或麥百石是。至於選擇的債，究爲一個的債，抑爲數個的債？學者主張雖不一致，但我國民法第二百零八條，既明定「於數宗給付中得選定其一」，應認其爲一個的債，是毫無疑義的。若把他認爲數個的債，勢非數宗給付完全履行，其債務即不能消滅，實有反乎選擇給付的性質。選擇的債，既是以數宗給付爲標的，必須先就數宗中確定其一，而後纔可履行，這就叫做選擇的債的特定。關於特定的方法，除了能依契約而生特定以外，只有因給付的選擇及給付的不能而生特定了。甚麼叫做給付的選擇？就是從數宗給付中選定其應爲履行的給付的意思表示。甚麼叫做給付的不能？就是指債務人不能依照債務的本旨以爲給付的意思。選擇的債，若是因給付不能而生特定，那末，其債的關係，當然僅存在於餘存的給付了。

損害賠償的債

甚麼叫做損害賠償的債？就是以賠償他人所受損害爲其標的

的債，又稱作損害賠償請求權，或是損害賠償責任。甚麼叫做損害？就是因某事實而使其財產或是其他法益受到損失的意思。損害，有有形的損害和無形的損害之分：有形的損害，例如器物的毀壞是。無形的損害，例如身體、健康、名譽、或是自由的損害是。甚麼叫做賠償？就是填補他人所受的損害，而使回復未受損害前的同一狀態的意思。例如在損害發生以前，財產原爲一萬元，現因被害而失去了半數，如果將其半數補入，就是回復損害以前的同樣狀態是。所以損害賠償的債的要件有三種：(1)要有損害發生；(2)要有原因事實；(3)要有因果關係。至於損害賠償的方法，各國立法例，向來有兩種主義：一是回復原狀主義，二是賠償金錢主義。我國民法上的規定，是以回復原狀主義爲原則，而以賠償金錢爲例外的。再損害賠償的範圍，不管是積極的損害，或是消極的損害，都應該屬於賠償的範圍。所以我國民法規定損害賠償，應該以填補債權人所受的損害及所失的利益爲限。但這是補充規定，如果法律另有規定，或是契約另有訂定的時候，那就應該從其規定或是訂定的了（民法第二一六條第一項）。

提問要點

- 一、甚麼叫做債？ 債權和物權，有甚麼不同？
- 二、債的發生原因可大別爲那二種？
- 三、契約有那幾種？ 其性質怎樣？ 契約成立的要件有那幾種？
- 四、怎樣叫做懸賞廣告？ 其與債的發生有何關係？
- 五、怎樣叫做無因管理？ 不當得利的意義是怎樣？ 何謂侵權行爲？
- 六、債的消滅原因有那幾種？ 法律上的抵銷，是怎樣情形？ 混同的情形有幾種？
- 七、債的種類有幾？ 怎樣叫做種類的債？ 選擇的債是怎樣的？

第五章 財產繼承與遺囑

第一節 財產繼承

繼承之意義 繼承的意義，各國法律規定，並不一致。如日本民法的所謂繼承，乃指繼承家督及繼承財產兩種而言。我國從前的所謂繼承，亦指繼承宗祧和繼承財產而言。其他歐洲各國的所謂繼承，多專指繼承財產而言。我國自國民政府頒行民法，廢除宗祧繼承的制度，所謂繼承，亦如歐洲各國，專以財產繼承爲限。所謂財產繼承，就是繼承人承受被繼承人財產上權利義務的意思。

遺產繼承人 依我國民法所規定，遺產繼承人，有法定繼承人和指定繼承人的分別，現在把他析述於下：一、**法定繼承人**——法定繼承人，就是由法律所規定，直接取得繼承人之資格的人。計有下列六種：(1)是配偶；(2)是直系血親卑親屬；(3)是父母；(4)是兄弟姊妹；(5)是祖父母；(6)是養子女。上列各種人，祇配偶、直系血親卑親屬的親等最近者及養子女，無論在甚麼情形，除有法律上喪失繼承權的原因外，都可以爲繼承人。其餘如父母、兄弟、姊妹、祖父母，及直系血親卑親屬的

親等較遠的，是須依繼承順序，輪到爲繼承人時，方可爲繼承人（參閱民法第一一三八條、第一一四二條、第一一四四條）。二、指定繼承人——我國舊例，無子者死亡，除尋常夭亡而未婚的人以外，一概要爲他立嗣。而立嗣目的，名稱雖在承宗，但實際上宗祧繼承人，亦就是財產繼承人，爭繼即所以爭產。故家道素豐的人，一旦身死，親族爭繼，變起蕭牆，骨肉寇仇，糾紛莫解，只以爭繼爲務，實非所以正人心而厚風俗之道。雖然，宗祧繼承，是宗法的遺制，固然應予廢除；但人死之後，仍欲延長他的人格，不願斷絕，亦人情之常，這就是繼承制度的根本觀念。所以我國民法一面不認宗祧繼承的制度，一面仍仿多數國的立法例，許被繼承人可以指定繼承人，以繼承他的遺產。指定繼承人的制度，發源於羅馬，而歐美多數國家亦都採用，他的性質實和我國以前的立嗣相同。不過我國昔日的立嗣，其嗣子和所嗣人都限於男子，此則並無性別的限制。嗣子雖所嗣人在生前亦可立之，此則必被繼承人死亡後纔能發生效力。嗣子必限於同宗，異姓亂宗，爲法律所嚴禁，此則親屬非親屬，都非所問；嗣子大抵爲一人，此則無人數的限制。嗣子原則上繼承財產的全部，此則繼承遺產全部或一部，全憑被繼承人的自由意思。嗣子以繼承宗祧爲

主，此則專繼承他的遺產。至於指定繼承人和被繼承人的關係，除法律另有規定外，是和婚生子女同（民法第一零七一條）。但繼承人的指定，還有下列三種限制：（1）須沒有直系血親卑親屬；（2）指定須用遺囑爲之；（3）須不違反關於特留分的規定。除此限制以外，被繼承人就有指定的自由。至有沒有其他法定繼承人，如配偶父母兄弟姊妹祖父母等，是在所不問的。

繼承之順序

法定繼承人，既不止一種，那末，繼承順序的問題亦因之而發生。現在分爲配偶和法定繼承人兩種加以說明：

一、配偶 配偶的繼承，應否列在一定的順序，各國立法例並不一致，有列配偶在一定順序的，如日本的民法是。有不列在一定的順序，而和任何一順序，都可以同時爲繼承人，其應繼分有差別的，如德瑞的民法是。我國民法是採德瑞的例，認配偶有獨立的繼承權，和任何一順序，都得同時爲繼承人，但其應繼分稍有差別而已。

二、其他法定繼承人 其他法定繼承人的順序，各國規定亦不一律。我國民法是斟酌情形，規定法定繼承人的順序如下：（一）直系血親卑親屬——直系血親

卑親屬，各國都定爲第一順序繼承人，和我數千年的習慣，亦無不符，故我國民法採用這種規定（民法第一一三八條第一款）。但這裏所謂直系血親卑親屬，不但無男女的區別，並且包括婚生子女和具備一定條件的非婚生子女在內；就是養子女繼承的順序，亦完全和婚生子女相同。至於直系血親卑親屬中，又可分爲同親等和不同親等兩種。親等相同的，同爲繼承人，而親等不同的，是以親等近的爲先。例如被繼承人有子女的，先儘子女繼承，沒有子女的，由孫子女和外孫子女繼承，其餘類推。（一）父母——沒有直系血親卑親屬的，以父母爲繼承人，因爲父母之於子女，當然較爲親近（民法第一一三八條第二款）。（二）兄弟姊妹——沒有直系血親卑親屬，又沒有父母時，則以兄弟姊妹繼承其遺產（民法第一一三八條第三款）。（三）祖父母——沒有直系血親卑親屬及父母，又沒有兄弟姊妹的，其遺產應由祖父母繼承，這是由親而疏的意思（民法第一一三八條第三款）。

繼承權之發生喪失及回復 繼承因被繼承人死亡而開始（民法第一一四七條）。所以當被繼承人死亡的時候，就是繼承權的發生。有繼承權的人，因一定的行爲，法律上剝奪他的繼承權，這就是繼承權的喪失。依我國民法規定，有下列各款

情事之一者，即喪失其繼承權（民法第一一四五條）。（一）故意致被繼承人或應繼承人於死，或雖未致死，因而受刑之宣告者。（二）以詐欺或脅迫，使被繼承人爲關於繼承之遺囑，或使其撤銷或變更之者。（三）以詐欺或脅迫，妨害被繼承人爲關於繼承之遺囑，或妨害其撤銷或變更之者。（四）偽造變造隱匿或湮滅被繼承人關於繼承之遺囑者。（五）對於被繼承人有重大之虐待或侮辱情事，經被繼承人表示其不得繼承者。上列第一款情事，不問被繼承人的意思如何，法律均須剝奪其繼承權。若第二款至第四款情事，如經被繼承人宥恕者，則其繼承權並不因之而喪失（民法第一一四五條第二項）。

有繼承權的繼承人，不知繼承的事實，而被他人繼承時，那末，繼承人或其法定代理人，可以請求回復。但請求回復的時期，如果漫無限制，亦多流弊。所以法律定爲自繼承人或其法定代理人知有侵害繼承權的事實時起，逾兩年而消滅。其繼承開始逾十年者亦同（民法第一一四六條）。

應繼分 應繼分，是繼承人繼承遺產的成數。現在分爲法定應繼分和指定應繼分兩種說明之。

一、法定應繼分 法定應繼分，就是繼承人有數人時，由法律上規定各繼承人應繼承的成數，以免紛擾和爭執。我國民法斟酌情形，對於法定應繼分，有下列幾種的規定：（一）同等的應繼分——同一順位的繼承人有數人時，按照人數平均繼承。非婚生子女經生父認領的，視為婚生子女（民法第一一四一條和第一零六五條）。（二）異等的應繼分——養子女的繼承順序，雖和婚生子女相同。但養子女的應繼分，祇是婚生子女的二分之一。因為養子女在法律上的地位，雖不劣於婚生子女，可是實際上究竟和婚生子女的出自親生者有異，所以他的應繼分不能和親生者一律。但養父母沒有直系血親卑親屬為繼承人時，那末，他的應繼分，就和婚生子女同（民法第一一四二條第二項）。（三）配偶的應繼分——配偶的繼承，不列入一定的順序，而和任何一順序，都得同時為繼承人，已如前面所說。但配偶的應繼分，卻不一定，視和那種順序同時為繼承人者的地位而有不同：和被繼承人的直系血親卑親屬同為繼承時，那末，配偶的應繼分，和其他繼承人平均。和被繼承人的父母或兄弟姊妹同為繼承時，那末，配偶的應繼分，是遺產的二分之一。和被繼承人的祖父母同為繼承時，那末，配偶的應繼分，是遺產的

三分之二。被繼承人除配偶外，沒有其他繼承人時，那末，配偶的應繼分，是遺產的全部。(四)代位繼承人的應繼分——代位繼承人祇有一人，他的應繼分應和他的直系血親尊親屬的應繼分相同，自不待說。倘有數人，亦祇能共襲其直系血親尊親屬所應得的，依照婚生子女和養子女的關係，而定他的分配額。這在我國民法第一一四零條的規定，是很明瞭的。

二、指定應繼分 依我國民法第一一四三條的規定，沒有直系血親卑親屬的，得以遺囑就其財產的全部或一部，指定繼承人，但以不違反關於特留分的規定時爲限。所以指定繼承人的應繼分，當以遺囑所定的爲標準。遺囑而就全部指定時，那末，他的應繼分就是遺產的全部，遺囑而就一部指定時，那末，他的應繼分就是遺產的一部，祇須不侵及特留分的範圍。

繼承之效力 繼承的效力，就是自繼承開始時起，原則上關於被繼承人的權利義務，包括的移轉於繼承人的意思。所以除法律別有規定外，一切都由繼承人承受，不須另具別種的方式。但其權利義務，亦必以其性質許爲繼承的爲限。如果其性質不許繼承的權利義務，如專屬於被繼承人一身的受扶養權利，或扶養他人的義

務，及使役他人的權利，或受他人使役的義務，當然是不許繼承人承受的（民法第一一四八條）。

限定之繼承

限定繼承，就是以因繼承所得的財產，償還被繼承人的債務。

我國向來有父債子還的習俗，即父死亡後，無論遺產的有無，和債務的多寡，繼承的子，都負償還其父債務的責任。這種制度，弊端所至，往往有虧累多債的父，其子出生時，無異已剝奪其終身享有財產權。況今日的趨勢，各國對直系卑親屬，都許他特有財產，以繼承人特有的財產，供被繼承人清償債務之用，非但不近情理，並且亦不能貫徹特有財產的主張。這便是我國民法所以仿各國立法例，而有限定繼承的規定（民法第一一五四條第一項）。限定繼承，在繼承人祇有一人時，只須該繼承人爲限定繼承的主張，就應依限定繼承辦理，自然毫無疑問的。但在有多數繼承人的時候，若其中一人主張限定繼承，其他諸人都無表示，那又怎樣呢？如果分別辦理，就是對於主張限定繼承的一人，依照限定繼承辦理，而對於其他未爲表示的各人，卻依通常繼承辦理，那末糾紛必定多了。所以法律爲免除事實上的紛爭起見，規定繼承人有數人，其中一人主張限定繼承時，其他繼承人，視爲同爲限定的

繼承（民法第一一五四條第二項）。至於未表示限定繼承的人，在依限定繼承的規定，償還被繼承人債務後，自願以其私人財產，為其餘債務的清償，當然亦非法律所禁止。又為限定之繼承的，應在繼承開始時起，三個月內，開具遺產清冊，呈報法院。法院在繼承人呈報遺產清冊後，應即公告，命被繼承人的債權人，在一定期限內報明其債權，該一定期限，至少須滿三個月。而公告的程序，是須依民事訴訟法中所定公示催告的程序辦理。但限定繼承人在公示催告所定的期限內，無論如何，不得對於被繼承人的任何債權人償還債務。又被繼承人遺囑中定有遺贈者，繼承人非依上述方法償還債務後，不得對於受遺贈人交付遺贈，這是一種限制（民法第一一五六條、第一一五七條、第一一五九條及第一一六零條）。

繼承之拋棄 繼承的拋棄，就是依法有繼承權的人，自願捨棄其繼承權，而不為繼承。我國昔日的所謂繼承，是以宗祧為主，祖宗之祀，不可自我而斬絕，可說是一種義務，所以繼承是絕對沒有拋棄的餘地。現行民法既不認宗祧繼承的制度，而其於被繼承人的債務，復有限定繼承的規定，那末，所謂繼承，不過是遺產的分配而已。若是繼承人自願拋棄其權利，法律亦沒有強制其承受的必要，這就是法

律上所以許繼承人爲繼承拋棄的原故（民法第一一七四條第一項）。但繼承的拋棄與否，關係於繼承人和其他關係人的利害很鉅，自不能不於一定的時期內，用一定的方式，向一定的機關或一定的人，爲拋棄的表示。其表示的方法，便是：(1)拋棄須在兩月內爲之，(2)拋棄須以書面爲之，(3)拋棄須向法院、親屬會議或其他繼承人爲之。

第二節 遺囑

遺囑之意義 遺囑，就是使特定的法律行爲，死後發生效力，而依法定方式，由立遺囑人自爲的單獨意思表示。現在分析其意義如下：

(一)遺囑是特定的法律行爲 遺囑是法律行爲之一，法律行爲以意思表示爲要素。但意思不能離爲主體的人而存在，就是人既死亡，其意思也決無獨存之理。所以我們生前發表的意思，在死後而能生效的，不外法律的一種擬制。因之法律應特加限制，以杜流弊，在法律規定的範圍外，不得認遺囑的效力。即以遺囑爲屬於法律特定的行爲，並非一切的行爲，都可以遺囑出之的。

(一)遺囑是死後發生效力的法律行為 遺囑雖是在生前成立的，但非至死後，是不能發生效力。因為遺囑是死者最後的意思表示，當死者生存中，就其所為的遺囑，可以自由撤銷，必至死後，他的效力纔能確定。所以有稱遺囑為終意處分的，就是說他的效力非至立遺囑人之臨終是不能發生的。

(二)遺囑是依法定方式的法律行為 遺囑既為死者最後的意思，並且要在死後纔生效力，那末，一旦死亡，種種關係都可恃以解決。但死者的意思，是否就如遺囑的所示，若無相當的證明，必要引起繼承人和其他利害關係人的紛爭。所以當其為遺囑的時候，應依法定的方式，以擔保其意思表示的確實，而預防錯誤詐欺等弊之發生。各國法律都以遺囑為要式行為者，其理由很是確當，我國民法亦採從之。

(四)遺囑是須由立遺囑人自為之 遺囑必須立遺囑人自為之，不許由他人代為表示意思。不獨委任代理人不能越俎從事，就是法定代理人亦無代立遺囑的權，以免他人任意更改，致失被繼承人特立遺囑的本意。

(五)遺囑是單獨的意思表示 遺囑祇為立遺囑人單獨的意思表示，並非和他

人相對的。所以若依法定方式表示其意思，遺囑就因之成立，固無再向受遺囑者表示的必要，並且可以不問受遺囑者的是否承諾，因立遺囑人的死，就發生效力。因爲遺囑是立遺囑人最終的意思，應加尊重；若使其成立而須向他人表示或得其承諾，那末，瀕死危急的時候，當然是迫不及待的了。

爲遺囑之能力 遺囑是一種意思表示，所以非有意思能力的人不得爲之。但普通能爲意思表示的，法律上的限制很嚴，而得爲遺囑的能力，因爲有特殊的情形，法律上的限制較寬。分別說明如次：（一）滿十六歲人。滿十六歲人尙未成年，本來沒有立遺囑的能力。但遺囑是被繼承人處置後事的意思，法定代理人既不能爲未成年代人立遺囑，而未成年人臨終時關於財產等事，又不可沒有遺囑以處置他，所以各國法律，對於遺囑年齡，概比普通成年年齡爲低，以資救濟。我國民法，是折衷定爲十六歲，所以雖未成年而已滿十六歲的，就可以自立遺囑，不必要經法定代理人的允許。（二）無行爲能力人。依我國民法規定，無行爲能力人有兩種：一是七歲以下的人，一爲禁治產人。七歲以下的人，沒有遺囑能力，這是當然的，因爲未滿十六歲人尙不能自爲遺囑。至於禁治產人是否有立遺囑的能力，各國立法例不一

，我國民法是採禁止主義（民法第一一八六條第一項）。

遺囑之方式

遺囑是要式行爲，須具備法定的方式，纔能發生效力。我國民法規定遺囑的方式爲五種：一是自書遺囑，二是公證遺囑，三是密封遺囑，四是代筆遺囑，五是口授遺囑。現在分別加以說明：

（一）自書遺囑 自書遺囑，就是由立遺囑人親自作成的遺囑。這種遺囑，應具備下列條件：（1）須自書遺囑全文以明意旨，這是爲擔保遺囑的確實起見，所以不可由他人加筆。（2）須記明年月日，親自簽名。（3）如有增減塗改，應註明增減塗改的處所和字數，另行簽名，並須仍留原文，以便認識（民法第一一九零條）。

（二）公證遺囑 若立遺囑人不諳文字，不能自書遺囑的，可依下列方法爲公證遺囑：（1）指定見證人二人以上；（2）遺囑人在公證人前口述意旨；（3）由公證人筆記，宣讀講解；（4）經遺囑人認可後，記明年月日，由公證人見證人及遺囑人同行簽名，遺囑人不能簽名的，應由公證人將其事由記明，使按指印代之（民法第一九一條）。在無公證人之地爲公證遺囑的，那末，公證人的職務，可以由法院書記官行之。若僑民旅居外國，那末，由所在地的領事行之（民法第一一九一條）。

第二項)。

(二)密封遺囑 立遺囑人爲維持遺囑的祕密，防免洩漏起見，可以密封證書爲遺囑。這種遺囑，須依下列方法爲之：(1)遺囑人應在證書上簽名蓋章，將其密封，並在騎縫處簽名。(2)指定二人以上的見證人，向公證人提出，陳述其爲自己的遺囑；如非本人自寫，並要陳述繕寫人的姓名住所。(3)由公證人在封面記明證書提出的日期，及遺囑人所爲的陳述，和遺囑人及見證人同行簽名（民法第一一九二條第二項）。密封遺囑不具備法定方式，而具備自書遺囑方式的，有自書遺囑的效力（民法第一一九三條）。在無公證人之地爲密封遺囑的，準用公證遺囑的規定（民法第一一九二條第二項）。

(四)代筆遺囑 立遺囑人不諳文字，而又不願經公證人之手致生費用的，可依下列方法爲代筆遺囑：(1)指定三人以上的見證人；(2)由遺囑人口述遺囑意旨；(3)使見證人中的一人筆記，宣讀講解；(4)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，遺囑人不能簽名的，應按指印代之（民法第一一九四條）。

(五)口授遺囑 口授遺囑，就是以口授的意旨作成遺囑。這種遺囑，須遺囑人因生命危急或其他特殊情形，不能依上述各方式而爲遺囑時，纔得爲之，所以學者稱這種遺囑爲特別遺囑。口授遺囑，須依下列方法爲之：(1)指定二人以上的見證人；(2)由遺囑人口授遺囑意旨，使見證人中的一人，將該遺囑意旨據實作成筆記，並記明年月日；(3)和其他見證人同行簽名（民法第一一九五條）。

右述口授遺囑，是因特別情形，出於不得已。這種遺囑，既在危急的時候，猝然成立，萬一本人垂死，精神已亂，言語非出於本意；或是證人誤聽，記載不盡可靠；或是證人乘此機會，希圖利益，所記完全出於虛偽；這些都爲事實所難免。所以這種遺囑，應由見證人中的一人，或利害關係人，在爲遺囑人死亡後三個月內，提經親屬會議認定其真偽。對於親屬會議的認定，如有異議得聲請法院判定之（民法第一一九七條）。

又口授遺囑，是因有特殊情形而出於萬不得已。倘特殊情形已經消滅，而其人尙生存的，自可仍依普通方式，自定遺囑，以期確實。所以口授遺囑，自遺囑人能以其他方式爲遺囑的時候起，經過一個月而失其效力（民法第一一九六條）。

至於遺囑見證人之資格，因日後若關於遺囑發生紛爭時須負證明的責任，當然不可不以法律定之。現就我國民法所規定見證人的消極資格，列舉於下，凡是有這種資格之一的，就不得爲見證人：（一）未成年人；（二）禁治產人；（三）繼承人及其配偶，或其直系血親；（四）受遺贈人及其配偶，或其直系血親；（五）公證人或代行公證人職務人的同居人，助理人或受雇人（民法第一一九八條）。上列各種人，或是無行為能力的，或是雖有行為能力，而應受限制的，或是因爲有利害關係，不能保其證明之確爲真實的，所以法律都不許其有見證人的資格，以杜流弊。

遺囑之效力 遺囑的效力，自甚麼時候發生，那是因遺囑的性質而各不同。茲分別說明如左：

（一）單純遺囑的效力 就是遺囑中沒有遺贈，或雖有遺贈，而不附停止條件的。這種遺囑，或稱普通遺囑，其效力自遺囑人死亡時而發生（民法第一一九九條）。

（二）附停止條件之遺囑的效力 如果遺囑中定有遺贈，而其遺贈附有停止條

件的，關於該項遺贈，自條件成就時發生效力（民法第一二〇〇條）。例如遺囑載明在某條件發生時，應以某物遺贈某人，在該條件發生以前，當然不生遺贈的效力。

遺贈 遺贈，就是遺囑人在其所為遺囑中，將其財產的一部或全部，贈送於特定人的意思。這種行為和民法債編中的贈與行為，雖同為處分財產行為，但其性質卻不相同。贈與是處分生前的財產行為，遺贈是處分死後的財產行為。贈與為非要式行為，而遺贈必依遺囑為之。贈與是雙方契約，必經受贈人允為收受，纔生效力；遺贈是單獨行為，即使將來受遺贈人拋棄其遺贈，仍不影響於遺贈的效力。至於遺贈，因其性質的不同，可分為六種：（一）為概括遺贈，就是遺囑人除特留分外，以其財產權利義務的一部或全部遺贈於某人。（二）為特定遺贈，就是遺囑人指定某種財產，遺贈於某人。（三）為單純遺贈，就是不附義務或條件的遺贈。（四）為附負擔遺贈，就是其遺贈須受遺贈人負擔一定的義務。這種附負擔遺贈，和附條件遺贈，似同而實異。附條件的遺贈，姑不論其所附的為解除條件，即使是停止條件，在條件未成就前，其遺贈也不生效力；附負擔的遺贈，其受遺贈人是否履行義

務，是另一問題，而遺囑卻自遺囑人死亡時，是絕對生效的。（五）爲附期限遺贈；就是遺贈之附有期限的。（六）爲附條件遺贈；就是因將來條件的成立與否，而定遺贈的效力。但這一種遺贈中，有附停止條件和附解除條件的分別：附停止條件的遺贈，其條件在遺囑人死亡後成就時，其遺贈就自成就的時候起生效力；所以在條件未成就前，其遺贈標的物，不必交付於受遺贈人。附解除條件的遺贈，其遺贈自遺囑人死亡後就發生效力；但所附的條件，如果將來成就，那末，受遺贈人仍應將遺贈標的物返還於其繼承人。

遺囑之執行 遺囑非經執行，就不能達其目的，故必要有人以當執行的任務。而當這任務的，原應爲奉行死者最終意思的繼承人。如關於特定遺贈的遺囑，繼承人就是給與遺贈人，負有遺贈交付的責任，若使他爲遺囑執行人，豈不很便利嗎？但遺囑執行，常和繼承人的利害有關，倘以繼承人當遺囑執行的任務，能否誠實服務，不能不令人懷疑。所以法律爲防弊起見，特在繼承人以外選任遺囑執行人，俾能持平辦理，然後纔能貫徹遺囑人的意思。現在分別說明於後：

（一）遺囑執行之準備 執行遺囑前，須經過相當的準備。準備的程序如下：

(1)是遺囑的提示；遺囑保管人知有繼承開始的事實時，就應將遺囑提示於親屬會議，無保管人而由繼承人發現的亦同（民法第一二二條）。(2)是遺囑的開視；遺囑經提示後，若是密封遺囑，非在親屬會議當場不得開視之（民法第一二二三條）。

(二)遺囑執行人之選任 選任遺囑執行人的方法有兩種：(1)有由遺囑指定的。遺囑執行人所負的職務重大，所以應由遺囑人以遺囑指定素所信用的人充當，以昭慎重，並可合死者的意思。其指定方法，或由遺囑人直接指定，或委託他人間接指定。至指定人數，是由遺囑人斟酌情形，一人或數人，都無不可（民法第一二〇九條）。(2)有由親屬會議選定的。遺囑若未指定遺囑執行人，或未委託他人指定，或被指定的遺囑執行人辭職或死亡，那就應由親屬會議選定之。不能由親屬會議選定時，得由利害關係人聲請法院指定之（民法第一二一一條）。遺囑執行人，有管理財產及為各種法律行為之權，若是未成年人或禁治產人，就不能獨立為法律行為，所以都沒有充任遺囑執行人的資格（民法第一二一〇條）。

遺囑之撤銷

遺囑是單獨行為，遺囑人既得自由為之，那末，其後因情事的

變遷，自得隨時撤銷之。至於撤銷的方法，有由於遺囑的明示者，有由於法律的推定者。甚麼是明示？就是由遺囑人明白表示撤銷的意思。其應具的條件有三：(1)須限於遺囑人生前；(2)須依遺囑的方式；(3)須記明遺囑的要旨。具備這三種要件，就可以爲遺囑的撤銷。至於撤銷遺囑全部或一部，都爲法律所不禁，全憑遺囑人的自由。甚麼是推定？就是遺囑人雖未明白表示撤銷遺囑的意思，而從他方面足以推知遺囑人有撤銷的意思，那末，法律亦可視爲撤銷。其情形有下列幾種：(1)遺囑人故意毀棄遺囑的；(2)前後遺囑相抵觸的；(3)遺囑人爲遺囑後的行爲有與遺囑抵觸的。遺囑經撤銷後，當然是無效的了（民法第一二二〇條、第一二二一條及第一二二二條）。

特留分 特留分，一稱特留財產，就是被繼承人以財產的一部，特留於繼承人，爲他生活必要的費用，而不得自由處分的意思。但特留分非指各個特定的財產，乃就被繼承人財產額一定的部分而言。所以自被繼承人方面觀察，實所以限制其自由處分的權利；自繼承人方面觀察，卻爲其法定應繼的財產額。這種制度，起源於羅馬，而爲今日多數國家所採用，我國民法亦是如此。

特留分既爲維持生活的必要而設，那末，能享有這權利的，自限於其遺族，而享有這權利的遺族，就是特留分權利人。現在就民法規定特留分權利人的種類和分量，說明如下：(1)直系血親卑親屬、父母及配偶，其特留分爲其應繼分二分之一。(2)兄弟姊妹及祖父母，其特留分爲其應繼分三分之一（民法第一二三條）。至特留分算定的方法，是應先算定應繼財產，再就應繼財產中除去其債務而算定之，就是特留分權利人的特留分了（民法第一二二四條）。

提問要點

- 一、怎樣叫做繼承？遺產繼承人有那幾種？試分別說明。
- 二、怎樣叫做指定繼承？對於法定繼承人的指定，法律上有何限制？
- 三、繼承的順序怎樣？
- 四、繼承權從何時發生？喪失繼承權的原因怎樣？
- 五、法定應繼分和指定應繼分的區別怎樣？
- 六、怎樣叫做限定繼承？其手續是怎樣的？
- 七、繼承人拋棄繼承權的手續是怎樣的？

-
- 八、怎樣叫做遺囑？ 那種人有爲遺囑的能力？
 - 九、遺囑共分幾種？ 各種遺囑的手續是怎樣的？
 - 十、代筆遺囑和口授遺囑，有甚麼分別？
 - 十一、那種人沒有遺囑見證人的資格？
 - 十二、遺囑的效力，從甚麼時候發生？
 - 十三、怎樣叫做遺贈？ 遺贈的成立在何時？
 - 十四、執行遺囑，要具備甚麼程序？ 撤銷遺囑的情形有那幾種？
 - 十五、怎樣叫做特留分？ 特留分是怎樣分配的？

第六章 刑事制裁與監獄

第一節 犯罪之意義與其原因

犯罪之意義 甚麼叫做犯罪？就他的本質上說，犯罪就是反社會的行爲。詳細點說，犯罪是直接擾亂社會的公安或直接襲擊現社會的基本組織的一種行爲。但人類的行爲能否認爲犯罪，亦視社會的基本組織不同而有變化，有往昔認爲犯罪行爲的，在現在多已不能認爲犯罪；今日認爲犯罪行爲的，在他日或認爲不是犯罪。所以犯罪的意義，簡單說來，便是一種屬於反抗現社會的行爲。不過在現代刑法中的所謂犯罪，他的意義並不如此簡單，就一般觀察，大抵所謂犯罪，就是具有責任能力的人，因故意或過失，觸犯刑罰法令中所列舉的違法的一種行爲。現再將這意義分析說明如下：

(一)犯罪須有行爲 單純的心理狀態，換句話說，就是僅有意思的發動，而沒有外表的動作，不得認爲犯罪。

(二)犯罪須爲有責任能力人的行爲 智識未發達的人和精神有障礙的人，都

未具備責任能力，所以這種人的行爲，不能認爲犯罪。

(三)犯罪須爲故意或過失的行爲 明知並有意使其發生者爲故意，應注意並能注意而不注意者爲過失，如果既非故意，又沒有過失，就不能認爲犯罪。

(四)犯罪須爲觸犯刑罰法規所列舉的行爲 犯罪行爲，祇以刑罰法規所規定的爲限。如果刑罰法規中，並未規定某種行爲爲犯罪，縱使這種行爲，是觸犯他項法律所規定的不法行爲，亦祇能依照他項法律加以制裁，而不能和犯罪同樣待遇，這就是刑法無明文規定不罰的原則。

(五)犯罪須爲違法的行爲 某種行爲，雖爲刑罰法規所列舉，而表面上和犯罪行爲相同，但因行爲的違法性，已經基於別種原因而歸於消失，仍然不能認爲犯罪。例如基於法令的行爲，正當防衛的行爲等，都是消失違法性的行爲，所以不能認爲犯罪。

具備以上五種行爲，方可稱爲刑法上的犯罪，而加以制裁；也就是違反刑法上所規定的不法行爲者，纔應負刑事責任。但同一不法行爲，一方面須負刑事責任，同時又須負民事責任的，亦是常有，譬如損壞他人所有物的行爲，就應兼負民事刑

事兩方面的責任。

犯罪之原因 犯罪之發生，必有他的原因。既得其原因，然後從根本上去求補救的方法，庶幾較有效力。倘至犯罪發生之後，纔審查其惡性，加之以制裁，輕者求其改善，重者予以隔離，雖可收效於一時，而犯罪的繼起，必仍源源而來，又何濟於事呢？所以對於犯罪的怎樣發生，爲司法者所應慎重考察而探求的。犯罪的發生，其原因至不一：有由於犯人的性格不良者，有爲犯人的環境所迫者，有爲根本上的惡性所表現者，有爲臨時的動機所衝動者，也有由於不知法律和誤解法律者，甚至也有認爲習慣所許或被害人所許者。所以學者對於犯罪發生的原因，主張亦不一致，歸納說來，有下列兩派：

(一)人類學派 這派主張犯罪根於個人的性格，就是說犯罪爲個人性質所必然發生的現象，犯人自己，亦無自由決定的餘地；並且犯人性格中，多有不能改善的。如果加以放任，那末，對於社會的危害一定很大，所以不可不以防止猛獸的方法殺戮之或是拘禁之。

(二)社會學派 這派主張犯罪全由於社會的關係，因爲社會的環境最足以左

右人們的行爲，而社會的情況，卻非人力所能變更的。

上面所說，人類學派，以個人性格爲犯罪的唯一原因，而犯人必有特異的定型；社會學派，以社會關係爲犯罪的唯一原因，而人力不能變更社會的關係；這些都屬一偏之見。所以德國刑事社會學派都非難之，主張個人性格和社會關係，皆爲犯罪的原因。又說人類的力量，可以變更社會的關係，犯人皆有改善的可能，沒有先天性的存在。他對於犯罪原因的分析如下：（一）內因——凡犯罪原因，屬於犯人本身所特具的，是內因（就是個人性格）。內因有下列各種：（1）性狡猾而好僞；（2）性無賴，又遊蕩不務正業；（3）慾望過奢，慣謀不正的利益；（4）慣爲竊盜，流而成癖；（5）專驚虛榮，有倣倖之癖；（6）性質粗暴，易生憤怒；（7）性慘酷，而幸災樂禍；（8）性陰險，而有忌刻之癖；（9）嗜酒，而醉後無自制能力；（10）性質愚魯，而易受人誘惑；（11）疏狂放蕩，易生過失；（12）熱心利祿，有不以犯罪爲意之癖；（13）心神尙未十分發達；（14）心神耗弱；（15）其他等等。（二）外因——凡犯罪原因，屬於社會或他人的，是外因（就是社會關係）。外因有下列各種：（1）生計困難；（2）爲他人所誘惑；（3）爲惡劣社會所濡染等。（三）內外兩因——凡犯罪原因，屬於犯罪人本身和社會或他人兩方面

相錯綜的，是內外兩因。如內因中的狡猾而好僞等各原因，和外因中的生計困難，或爲他人所誘惑，或爲惡劣社會所濡染各原因相錯綜而成者是。

關於犯罪原因問題，學者的主張，既如上面所說。但我們要從實際上考查犯罪的原因，以爲預防或減少犯罪的方法，那末，亦不可不研究爲犯罪之間接的且有極大勢力的原因——社會情況，而杜絕之。至於心理學生理學的所說，在犯罪中，雖亦未始絕對沒有，但爲數很微，要不如社會情況的重大。現更將社會情況足爲犯罪增加的原因者，略述於後。

(一)原於法令的繁密 自單純而趨於複雜，固社會進化的公例，但社會文明愈進步，而尊重秩序的觀念也愈高，法令因隨之而愈密；可是法令愈密，那末，犯罪的人亦愈多，這是各國所相同的。吾國犯罪的數目，亦年有增加，參看司法行政部所編的犯罪統計表就可明瞭。譬如田野村夫的安於習慣，行之若素者，在今日卻往往在禁令之下，加以犯罪之名而被處刑罰了。

(二)原於人口的增加 工商業發達，戶口也繁殖，戶口繁殖，生存競爭也就劇烈，那末，犯罪亦因之而增加。如上海、天津、漢口等地，犯罪往往多於其他

各地，這便是一種明證。

(三)原於貧富的懸隔 文明發達，能使多數人民的財產，被少數人民所吸收；機械日益進步，能使多數的手工業，被資本家所侵奪；於是富的更富，窮的更窮，犯罪也因之而增加。

(四)原於社會制裁的消滅 往昔的社會，制裁力很大，凡是法律所不及的，就有社會的制裁加之。因之，個人的行為，每為其所拘束而不致放縱。近世以法律發達的緣故，這種制裁力，漸漸薄弱，這也是犯罪增加的一種原因。

其他因自主自由的觀念發達，也足以加多關於公益的犯罪。總之，文明進步，犯罪也愈多，這是無可諱言的事實。但各種犯罪，都各有他的原因，非從其原因而加以防止，是不足為功的。

犯罪者的人格 再按犯罪的性質，通常分為偶發犯和習慣犯兩種。因一時的刺激，不克自制，以致犯罪的，稱作偶發犯，如傷害、鬥毆、姦非、偽證、誣告等等。其他如殺人罪中的因憤激、復仇、羞辱等而起的，和竊盜罪的因貧而起的，都屬於這一類。若乘隙而動，無所顧慮，雖經懲罰，而仍不知改悔的，稱作習慣犯，

如竊盜、強盜、詐欺、誘拐、偽造等等。兩者的犯罪雖同，而其非社會的性質之程度，和社會所蒙受的損害，卻大有不同。因之對於科刑上的裁量，和行刑上的實質，亦不能不有所區別。近世學者和立法家實務家，都注意於犯罪者的人格，也就是這種意思。

又犯罪者因男女年齡家室職業等的關係，其間也有多少的差別。如男子和女子比較，那末，男子的犯罪，往往多於女子。更從年齡上觀察，那末，二十歲至四十歲的爲最多，四十歲至六十歲的次之，十二歲至二十歲的又次之，六十歲以上的是最少數了。從家室方面觀察，那末，獨身的較有配偶的爲多。從職業方面觀察，無職業的人犯罪之多，固不待言；而有職業者中，又以勞工爲多，農人爲少。其他土地的肥瘠，氣候的寒暖，都是和犯罪有關係的。

第二節 刑事制裁

制裁之意義

制裁，就是國家對於私人的犯罪，而剝奪他法益的一種刑罰。

現就這意義分別加以說明：

(一)制裁是國家對於私人的刑罰 國家和國家之間，或私人和私人之間，其行為雖有時不免含有制裁的性質，但這種制裁行為，不能說是刑罰，如私人間的報復行為，家長對於子弟的懲戒行為，和國際間的戰爭行為是。所以必須國家對於私人所加的刑罰，纔能稱為制裁。

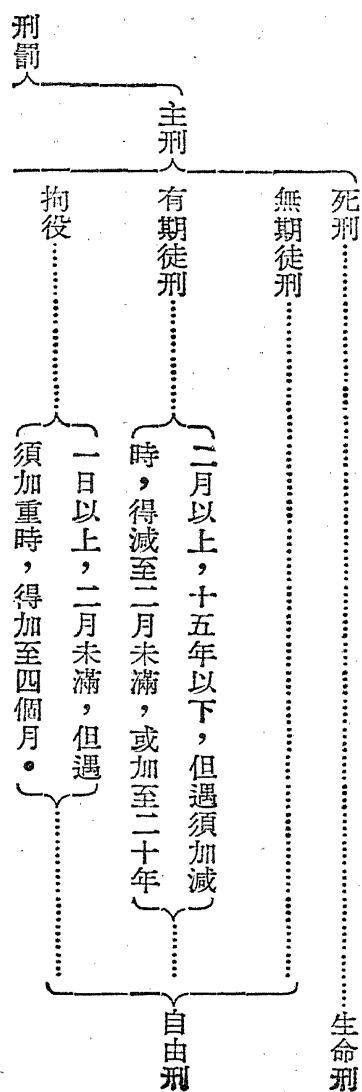
(二)制裁是對於犯罪的刑罰 國家在法律上對於私人所加的制裁，種類很多，如對於心神喪失人的施以監護，對於酗酒人的施以禁戒，對於遊蕩或懶惰者的施以強制工作，和民事上的強制執行，行政上的懲戒處分之類，都是國家對於私人所加的制裁。但這種制裁，並非基於犯罪行為而來，其性質和刑罰不同，不能稱作刑事制裁。所以必須國家對於犯罪行為所處的刑罰，纔得稱為制裁。

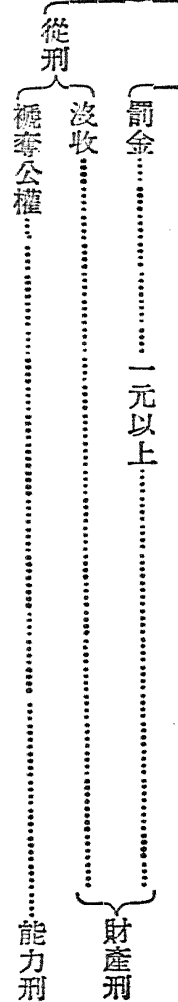
(三)制裁是剝奪法益的刑罰 國家防止私人的犯罪，原有各種方法，但非對於私人的法益加以剝奪者，不能稱為制裁。國家對於私人的法益之剝奪，不但剝奪方法，今昔各有不同，就是所剝奪法益的範圍，現在也較往時為狹。在昔時所剝奪的法益，為生命、身體、自由、財產、名譽五種，現在身體刑久已廢止，所能剝奪的法益，不過生命、自由、財產、名譽四種而已。生命自由財產名譽，是

人類在法律上應受保護的利益，故必剝奪犯人法益的刑罰，纔得稱為制裁。

刑罰之種類

刑罰的種類，極為繁雜；古今中外，亦各有不同。從科刑的性質言，有生命刑、身體刑、自由刑、財產刑、名譽刑、能力刑的分別；從刑的科罰種，從刑二種。死刑、徒刑、拘役、罰金，這都是主刑；褫奪公權、沒收，便是從刑。死刑是剝奪犯人生命的極度刑罰，所以又稱生命刑；徒刑、拘役，以束縛犯人的自由為目的，所以又稱自由刑；罰金、沒收的主旨，在於剝奪犯人的財產，所以又稱財產刑；褫奪公權，是剝奪犯人的能力，所以又稱能力刑。試列表於後：





主刑，是獨立可科的刑罰；**從刑**，是附屬於主刑的刑罰，所以通例必科以主刑，方能科以從刑；但亦不無例外，就是免除其刑者，仍得專科沒收，違禁物亦得單獨宣告沒收。**生命刑**，是剝奪犯罪人的生命，使永遠和社會隔離，爲刑罰中極度的刑罰，刑法稱生命刑爲死刑。現在死刑的適用很少，各國間有存在的也有廢止的。**自由刑**，是剝奪犯罪人自由的刑罰，有徒刑和拘役兩種。徒刑又分爲無期徒刑和有期徒刑：**無期徒刑**，就是將犯人終身拘禁在監獄中；**有期徒刑**，就是以拘禁期限的長短而定其等差；最短期定爲二月，最長期以十五年爲度，但遇須加減時，可以減至二月未滿，或加至二十年，在刑法分則各條中，並定有一定的年月。拘役，是自由刑中最短的，其期間爲一日以上，二月未滿，但遇須加重時，可以加至四個月。**財產刑**，是剝奪犯罪人財產的刑罰，分爲罰金和沒收兩種。罰金額爲一元以上，其多額是規定在刑法分則中。**沒收刑**，性質屬於從刑；可以沒收的物，有下列三種：

(1)是違禁物，(2)是供犯罪所用或供犯罪預備的物，(3)是因犯罪所得的物。第一種的物，無論屬於何人，都得沒收；至第二種第三種的物，以屬於犯人的爲限，纔得沒收。褫奪公權，亦是從刑的一種，即國家剝奪犯人享有公權的資格，以爲犯罪的制裁；依我國刑法規定，褫奪公權，是褫奪下列三種資格：(1)爲公務員的資格，(2)公職候選人的資格，(3)行使選舉、罷免、創制、複決四權的資格。但亦有終身褫奪和有期徒刑的區別：終身褫奪，是終身褫奪犯罪人所享上列三種資格的全部，但祇以宣告死刑或無期徒刑的爲限；有期徒刑，是在一年以上十年以下的期限內，褫奪犯罪人所享上列三種資格的全部，但宣告六月以下有期徒刑、拘役或罰金的犯罪者，不得褫奪其公權。此外對於未成年人、心神喪失人、精神耗弱者、或瘖啞人，和服用鴉片、酗酒、或懶惰成習而犯罪者等，刑法上另有保安處分的規定，不在刑罰範圍之內，故不贅述。

至於刑罰的怎樣執行，是應依刑事訴訟法第八編的規定。就是死刑用絞或電，在監獄內執行之。處徒刑和拘役的人犯，在監獄內分別拘禁之，令服勞役。處罰金的，應在裁判確定後兩個月內完納，期滿而不完納的，強制執行，若無力完納的，

以一元以上三元以下折算一日，易服勞役。沒收的物，或應廢棄，或應破毀，或應歸入國庫，這都由檢察官執行之。至褫奪公權，沒有執行之可言，不過在褫奪期內，犯罪人不能享有公權而已。

此外受二年以下有期徒刑、拘役或罰金宣告的犯罪人，如具備一定條件，法院認為以暫不執行為適當者，得宣告緩其刑的執行，緩刑期間，為二年以上五年以下。又犯罪最重本刑為三年以下有期徒刑以下的刑之罪，而受六月以下有期徒刑或拘役的宣告，因身體、教育、職業、或家庭的關係，執行顯有困難者，得以一元以上三元以下折算一日，易科罰金。

犯罪之制裁 何種行為是犯罪，何種犯罪應加何種制裁，都在刑法分則中列舉出來；凡分則中沒有規定的，無論何種行為，都不處罰，就是所謂法律無明文規定不罰的原則。現在略述應加制裁的犯罪如下：

刑法分則中規定應加制裁的犯罪，大別為三種：一是侵害國家法益的犯罪，二是侵害社會法益的犯罪，三是侵害個人法益的犯罪。侵害國家法益犯罪的應加制裁者，如內亂、外患、妨害國交、公務員瀆職、妨害公務、妨害投票、妨害秩序、拘

禁人脫逃、藏匿人犯及湮滅證據、偽證及誣告各罪是。侵害社會法益犯罪的應加制裁者，如公共危險、偽造貨幣、偽造有價證券、偽造度量衡、偽造文書印文、妨害風化、妨害婚姻及家庭、褻瀆祀典及侵害墳墓屍體、妨害農工商、鴉片、賭博各罪是。侵害個人法益犯罪的應加制裁者，如殺人、傷害、墮胎、遺棄、妨害自由、妨害名譽及信用、妨害祕密、竊盜、搶奪強盜及海盜、侵占、詐欺背信及重利、恐嚇及擄人勒贖、贓物、毀棄損壞各罪是。以上各種犯罪，都分別情節的輕重，加以制裁。情節重大的，處以死刑或無期徒刑，情節較輕的，處以有期徒刑；情節輕微的，處以拘役或罰金；不外以犯罪人惡性的大小和犯罪事實的重輕，作為一種科刑的標準。

第三節 監獄之功用與中國監獄之改革

監獄之功用 監獄為執行自由刑的中心點，所以監獄組織的良否，於執行刑罰上有重大的關係，將來犯人的能否改善，亦以監獄的良否而定。執行刑罰的目的，既是在改善富於惡性的社會上危險分子，那末，當然不可只以威壓懲罰為能事，

所以必須轉換犯人放縱懶惰不規律的生活，使慣於規律的生活，養成勤勉的習慣，矯正他猜疑狡猾的性格，鍛鍊其完滿的人格，喚醒其對於人生的目的及生活的興趣，用以期待使他個性同化於社會，俾其出獄以後，遵守國法，得以復歸於良民的生活。如此，監獄的使命方纔完成，監獄的功用於是表現。但昔時的監獄，不獨沒有功用可言，並且每因犯人入獄受刑，而反促其犯罪。所以犯人出獄，往往發生下列兩種結果：(1)因受自由刑的執行，而損傷其身體的健康，在出獄後既已失社會信用，又乏工作能力，無業可就，那末，飢寒堪虞，盜心乃起，甚至有除再犯罪外，毫無其他生活方法的。(2)因昔時監獄採雜居制，既不予教誨，又不予考察，往往羣居終日，侈談罪惡的往史，或以豪強誇其能，或以詭異鳴其術，爲時既久，染習愈深，在本無惡性的人，至出獄後反因被罪惡的傳染而犯罪者，事所常見。近世各國新監獄卻不然，就其功用而說，約有五點，分別說明如下：

(一)不損害犯人身體的健康，使出獄後仍和普通入具同等的能力，在生活上不致發生影響。

(二)在獄內施以教化，俾能自知改悔。

(三)在獄內授以工藝，既可鍛練身體，活動血脈，又能學得一種技能，使出獄後不患無職業可圖，自易消滅再犯之念。

(四)在獄內工作所製出品，每能分得若干獎金，出獄後如無財產的，亦可藉作資本，以經營小本生業，圖一溫飽。

(五)入獄後若能勤於工作，確守獄規，顯然有悛改的事實，監獄官可以呈請假釋；中途出獄，因此每能促進犯人改善的觀念，其改善的程度和興趣，當能因之而臻速。

以上各點，都是近世新監獄所具有的功用。所以論自由刑的效果者，應先注意監獄制度的改良，和監獄官的運用新監獄政策。現將監獄制度的大要，略述於後：

(一)雜居制 集多數囚徒，使其起臥在同一的監房，並就役在同一的工場，這便是雜居制。此制發達最早，而罪惡的傳播最易，因為羣居終日，無時不可交換其犯罪的思想。縱令戒護官吏，視察週密，可是甲識乙，丙識丁，轉輾相習，或講詐欺手術，或論行竊方法，或談談強暴殘忍的手段，於是犯罪伎倆，愈求愈精，監獄不啻成一犯罪的研究所，偶發犯人在此場合，沒有不成爲習慣犯的。間

或有一二良心未泯稍露悔悟狀態的，同監的囚犯，都會起而侮弄或嘲笑之，能不同歸惡化的，真是百不得一。不但如此，或竟會有以能反抗官吏的命令，堪受懲罰的痛苦而被羣囚目爲豪傑，藉了羣衆之勢，長倨傲之風，而監獄的威信，幾不能行，所以學者很多反對這種制度。

(二)分房制 將各囚人各別拘禁在監房，這便是分房制，亦稱獨居制。現在所謂分房制的組織，必合於下述三種要旨。(1)保持刑罰的真面目，使囚人有純然剝奪自由的感想。(2)杜絕囚人的交通，不致因行刑而反長犯罪的弊端。(3)杜絕惡交，獎勵善交，使囚人化爲良民。我國新監獄，原則上就是採用這種制度（監獄規則第二十二條）。

(三)階級制 區分刑期爲數級，由分房而雜居，由雜居而假釋，處置漸次從寬，以舉其悔改的實效，這便是階級制，也就是獄制中最良的制度。這種制度，折衷於分房、雜居兩制之間，所以又稱折衷制。因他獎勵囚人的方法，層累而漸進，所以亦稱累進制，此制現已有風行一時之概。

中國監獄之改革

我國舊式監獄，內容腐敗黑暗，清末議建新監，纔派學生

留學日本，研究監獄學術。辛亥革命，民國肇造，各省的法院次第設立，因而新式監獄亦次第興築。首於民國二年改訂監獄處務規則和監獄圖式；同時又另訂看守所暫行規則，使羈留刑事被告人處所和監獄劃然分立。三年又另訂管收所暫行章程，以拘押民事被告人。於是以北京監獄爲京師第一監獄，宛平爲第二，清苑爲第三，都歸司法部直轄；並將各省會的新監獄和推廣者，按照成立次序，省會爲第一，其餘爲第二第三等監獄，以期名稱的劃一。五年乃發布改良全國監獄方針，令行各省遵照籌辦。迨至民國七年，綜計監獄之已改革的，約有三十餘處；其完整可觀，具有詳細報告的，除京師外，有直隸、奉天、吉林、山東、山西、湖北、江蘇、安徽、江西、浙江等十處；但亦僅能實施有限的雜居制，而未能適用分房制的原則。十一年京師第一監獄，纔首行晝夜分房制，併於普通監獄之外，設感化學校，以教化幼年犯罪人，設新民輔成會以保護出獄人，司法部又通令各省法院及監所，對於應興應革事宜，照前訂辦法切實籌劃，俾臻完善。十三年又暫定實施監獄教育計畫，十四年新式監獄組織完備的，已有三十六處。適收回法權運動起，司法部乃請令各省財政廳撥款，實行前所議定的法院和監獄的改革，以期領事裁判權得以及早收回。

。但因內戰頻起，經常費尙難按時支給，新建設更無款項可撥。民國十六年，國民政府奠都南京後，關於監獄的改善尤急進，除由司法行政部隨時派員前赴各省切實調查指導改善外，並頒布各種法規，以資整飭。其關於管理的，有監獄規則，看守所暫行規則；其關於處務的，有監獄處務規則，監獄教誨師醫士藥劑士處務規則；其關於俸給的，有監所職員官俸暫行條例等。全國新式監獄，亦努力擴充。其擴充的計劃，依司法行政部訓政時期工作分配表，定爲分年籌設，按照各省交通情形，以若干縣爲一區，每區設一所至五所，以收容人犯的多寡，分爲甲乙丙丁四級：甲收容一千人，乙收容七百人，丙收容五百人，丁收容三百人，預定全國共應增設二百十五所。並擬在普通監獄之外，酌設少年監，專收二十五歲以下的初犯，以便實施教誨，每省設置一所或二所，其收容人數，定爲五百人至一千人；設累犯監，專收容惡性較深須嚴行隔離的累犯，以便特別處置，每省設一所，收容人數定爲三百人至五百人；設外役監，於青海、吉林、黑龍江、熱河、綏遠、察哈爾、寧夏、新疆等邊省籌設之，以便將內地監犯，經過相當刑期，而行狀善良，宜於農業者，輸送邊疆墾殖，收容人數臨時決定。此外又設肺病及精神病監，使這種病犯，可享醫

治的實益。至於收容未決的看守所，則隨地方法院的增加而附設。二十年四月，司法部頒布縣監所協進委員會章程，並令各省高等法院轉飭各縣於文到一個月內組織成立。二十一年，司法行政部又公布視察各省區司法規程，監獄官練習規則，獄務研究所章程，實施監犯教育辦法，出獄人保護事業獎勵規則，並令各省高等法院勸令地方團體組織出獄人保護會。同時又咨請教育部通令各省大學獨立學院或法政專科學校的法律學系，增設監獄學科目，以爲改進監獄的預備。這是中國監獄改革的大概情形。

提問要點

- 一、怎樣叫做犯罪？犯罪的原因怎樣？
- 二、怎樣叫做制裁？刑罰共有幾種？其內容是怎樣的？
- 三、主刑和從刑的區別怎樣？
- 四、刑法規定應受制裁的犯罪，共有若干種？
- 五、監獄的意義怎樣？他有甚麼功用？
- 六、監禁犯人的制度，共有幾種？以何者爲最好？

七、中國監獄的改革怎樣？試略述之。

八、監獄和看守所，有甚麼區別？

第七章 訴訟手續

第一節 法院之組織

法院之意義 法院，是國家行使司法權的機關，其意義有廣狹二種：廣義的法院，如通常法院、行政法院、及陸海空軍軍法會審、懲戒委員等一切機關，都包含在內；狹義的法院，是專指通常法院言，如地方法院，高等法院，及最高法院。

法院之審判權 法院的審判權，原則上為審理判決權，和司法行政權不可混而為一。由理論上說，法院所有的職權，原則上應以審理裁判為限，司法行政不在其權限以內。可是司法行政和審判權有莫大的關係，所以法院除審判權外，同時兼有司法行政權，如分配事務，配置推事的權，法院亦兼而有之。

法院之內部組織 法院的內部組織，分為單獨制、合議制、折衷制三種。以推事一員行使審判權，是為單獨制的法院；以推事三員或五員組織合議庭審判的，是為合議制的法院；第一審案件，通常以推事一員審判，但案情重大時，得以推事三員組織合議庭審判，是為折衷制的法院。我國法院，依現行的法院組織法，僅採

用折衷制和合議制二種。如地方法院採折衷制，於審判時，視案件的繁簡，而定三推事合議審判，或一推事單獨審判；高等法院及其分院和最高法院，都採合議制。但高等法院及其分院，以推事三員組織合議庭審判，最高法院，是以推事五員組織合議庭審判的。

法院之審級 法院的審級制度，各國規定不同。我國昔時取法德日立法例，採四級三審制。自民國二十四年七月一日法院組織法施行後，改採三級三審制。三級三審，是凡訴訟事件，除別有規定外（如內亂外患罪及妨害國交罪之第一審管轄權，均屬於高等法院），通常起訴於第一審法院；不服其裁判，可上訴於第二審法院；更不服其裁判，可最後上訴於第三審法院而止。第一審法院，是地方法院；第二審法院，是高等法院；第三審法院，是最高法院。但第二審法院，審理法律和事實，而第三審法院，則僅爲法律上的審判，所以稱作法律審，又稱終審。

各級法院之設立及其管轄 縣或市各設地方法院，但其區域狹小的，得合數縣市設一地方法院，其區域遼闊的，得設地方法院分院。其管轄事件如下：（一）民事刑事第一審訴訟案件，但法律別有規定的，不在此限。（二）非訟事件（法院

組織法第九條第十條。省或特別區域，各設高等法院，但其區域遼濶的，得設高等法院分院。其管轄事件如下：（一）關於內亂外患及妨害國交的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（法院組織法第十六條第十七條）。最高法院，設於國民政府所在地，其管轄事件如下：（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第二審判決而上訴的民事刑事訴訟案件。（三）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（法院組織法第二一條第二二條）。

檢察署及檢察官之配置 檢察制度，創自法國，後為德奧日等國所採用。我國自清季法院編制法施行以後，亦採此制；現在的法院組織法，仍舊沿用。規定最高法院設檢察署，置檢察官若干人，以一人為檢察長；其他法院及分院，各置檢察官若干人，以一人為首席檢察官；其檢察官員額祇有一人時，不置首席檢察官。檢察官對於法院，是獨立行使職權，其職權如下：（一）實施偵查、提起公訴、實行公訴、協助自訴、擔當自訴、及指揮刑事裁判的執行。（二）其他法令所定職務的執行。

（法院組織法第二六條、第二九條及第二八條）。

法院之職員 法院的重要職員，爲院長、庭長、推事、檢察官、書記官、通譯和執達員。關於司法行政，由院長處理；關於審理訴訟，由庭長和推事掌理；關於偵查犯罪，及提起公訴，執行刑罰，由檢察官擔任；而幫助其執行職務的，則有書記官和通譯。至於執達員的職務，不過爲民事裁判的強制執行和送達文書兩種而已。

法院之陪審判制度 陪審制度，就是使非裁判官而參與審判。這種制度，在歐美發達最久，日本近亦採行，可以大別爲陪審制和參審制兩種。二者雖都在於一定條件之下，由民衆中選出一定人員，使他參與裁判；但前者是由陪審員組織陪審，而和推事獨立爲事實上的判斷，後者卻是由參審員和推事共同裁判。我國現時有反革命案件陪審暫行法，遇到此種案件，許於一定條件之下，適用陪審。因爲在我國目前，若逕採用一般陪審制度，似乎還不相宜。

第二節 民事訴訟

民事訴訟之意義

民事訴訟，就是國家對於人民私權受人侵害，或有受侵害之處時，確定其私權的審判程序。所以民事訴訟的目的，在確定私權；如非以確定私權爲目的者，不得稱作民事訴訟。又民事訴訟，是國家對於人民私權現受侵害，或有受侵害之處時，所實施保護的方法；在非訟事件，祇因其私權恐將來受侵害而實施預防的程序，亦不得稱作民事訴訟。

民事訴訟之管轄

凡提起民事訴訟，除有特別規定外，通常應向被告普通審判籍所在地的法院爲之。但本於契約或票據的請求，得由義務履行地的法院管轄。因土地房屋涉訟者，得由該土地房屋所在地的法院管轄。若被告有數人時，該數人之普通審判籍又不在同一法院管轄區域內的，得向其中任何一人普通審判籍所在地的法院起訴。法院的管轄權，本由法律所規定，但如有兩造當事人的合意，亦得自由變更其管轄，稱之爲合意管轄。又本有管轄權的法院，若因有事實上的障礙不能審理時，或因管轄權不明，不能確知應向何級法院起訴時，又或數法院之間於管轄權有爭議時，均得向直接上級法院聲請指定一法院管轄之。這種管轄，稱之爲指定管轄。

民事訴訟之當事人

法律上關於民事訴訟當事人的規定，可以分爲下列幾點：

（一）當事人能力——有權利能力的，就有當事人能力。凡生存的人，無論男女，都有當事人能力。即使是胎兒，在其可享的權利範圍內，亦有當事人能力（民事訴訟法第四十條）。（二）訴訟能力——有自爲訴訟行爲或委人代理訴訟的能力者，稱爲訴訟能力。凡有當事人能力的，並不都有訴訟能力，如未成年人和受禁治產宣告的，便不能自爲訴訟行爲，遇有訴訟時，必由其法定代理人代理之（民事訴訟法第四五條及第四七條）。（三）訴訟參加——凡於已經提起的訴訟，在未判決以前而加入爲訴訟行爲的，稱爲訴訟參加。參加有主參加、從參加、告知參加三種。例如甲乙訟爭一土地，而丙說該項土地是自己所有，以甲乙二人爲被告，向法院起訴，那末丙就是主參加人（我國民事訴訟法對於主參加，規定於共同訴訟內）。就兩造訴訟中祇參加一造的，是爲從參加人。當事人自己敗訴若和他人有關係，因而告知其關係人加入訴訟的，是爲告知參加（民事訴訟法第五四條、第五八條及第六五條）。（四）代理人及輔佐人——凡民事訴訟，得委任訴訟代理人代理訴訟，除必要的情形外，當事人本人可不到庭。此項代理人，普通是委任律師充當，非律師而爲訴訟

代理人者，若法院認為不合，得以裁定禁止之。至於輔佐人卻和代理人不同，因為代理人可以獨立代本人為訴訟行為，輔佐人則祇能偕同本人到庭，為之輔佐，不能單獨出庭及獨立為訴訟行為（民事訴訟法第六八條、第六九條及第七六條）。

民事訴訟之費用 凡以民事起訴的，須連同訴狀附繳訴訟費用，第一審由原告繳納，第二審和第三審，由上訴人繳納，以後判決由敗訴人負擔。繳納的數額，照訴訟標的計算。對於無力繳納訴訟費用的，准他聲請訴訟救助，暫緩繳納。但請求訴訟救助的，須具備下列要件：（一）實在是無資力的；（二）並非顯無勝訴希望的。

第三節 民事訴訟之程序

第一審程序 初次起訴的案件為第一審。第一審訴訟程序，有通常訴訟程序和簡易訴訟程序的分別，因案件的輕重繁簡而不同。其輕而簡的，得適用簡易程序。現在分別加以說明：

一、通常訴訟程序 （一）起訴——起訴應以正副訴狀提出於法院，法院將副

狀送達被告，被告應提出辯訴狀，並得提起反訴。例如原告主張被告欠債，被告亦主張原告欠債，被告的主張就是反訴。(二)舉證——當事人主張有利於己的事實時，應負舉出證據的責任；如爲原告，當證明起訴的原因，被告就當證明答辯的理由；但經他造自認或他造不爭執，或爲顯著的事實者，可不必舉證。當事人既舉出證據後，究竟其證據可否信任，非加以調查不可，法院應依法調查，調查所需費用，應由當事人繳納。(三)和解——凡在訴訟繫屬中，兩造當事人互相讓步以止息其訴訟行爲的，稱作訴訟上的和解。這種和解，除當事人自動外，法院不問訴訟程度如何，如果認爲有成立和解的希望，得於言詞辯論時試行之，就是在第二審法院亦無不可。和解成立的，其訴訟爭點即時終結，當事人不得就該法律關係再行起訴。(四)判決——訴訟已達於可爲裁判時，法院當以判決終結之，並將判決書送達於當事人。有時法院對於判決的全部或一部，並得宣示假執行。所謂假執行，就是在宣示時不待判決確定，便可予以執行。

二、簡易訴訟程序 簡易訴訟，以迅速簡易爲主，其程序亦比較簡捷，和通常訴訟程序辦理第一審案件時，雖然同爲初審，而程序稍有不同。但除有特別不

同的規定外，可完全適用通常訴訟程序的規定。所謂特別不同的規定，就是：（一）起訴及各項聲明均得以言詞爲之；（二）兩造當事人於法院通常開庭之日，得不待傳喚，自行到場爲言詞辯論或進行和解；（三）傳喚證人或鑑定人，得不送達傳票，依法院認爲便宜的方法行之；（四）判決書內之事實及理由，得僅記載要領。

上訴程序 上訴程序，有第二審程序和第三審程序的分別。說明如下：

一、第二審程序 第二審上訴，是當事人對於第一審法院未確定的判決聲明不服的方法。其重要程序如下：（1）當事人如對於第一審判決不服，得於判決送達後二十日內，提出上訴狀，向原審法院或上級法院聲明上訴，逾期就不受理。其訴訟費用，應在聲明上訴時，一併繳納，如不繳納，亦可待至上訴審法院命令補交期內繳納。但經過命令補交的期限，是不能再交的。（2）當事人在第一審判決宣示或送達後，不問他造是否同意，可以捨棄上訴權，並得以言詞在宣告判決時爲之。提起上訴後，於終局判決前，亦得隨時聲請將上訴撤回。（3）被上訴人在上訴言詞辯論終結前，如亦有不服，得隨時提起附帶上訴。但在上訴期間

已滿後提起的，如果上訴駁回或撤銷時，那末，附帶上訴亦失其效力。若在上訴期間內提起的，和獨立上訴相同。(4)上訴審法院認上訴爲不合法或無理由的，應爲駁回上訴的判決。認上訴爲有理由的，應就當事人請求變更之部分爲變更的判決。認上訴應再由第一審重爲審理的，應爲發回的判決。

二、第三審程序 第三審上訴程序，多和第二審相同，除有特別規定外，關於第二審程序的規定，都可適用。現舉其特別規定的程序如下：(1)對於財產權上訴訟的第二審判決，如因上訴所得受的利益不逾五百元的，不得上訴至第三審。又上訴第三審，應以違背法令爲理由。(2)上訴狀內未表明上訴理由的，上訴人應在提起上訴後十五日內，提出理由書於原第二審法院，未提出的，法院毋庸命其補正。被上訴人得在上訴狀或上訴理由書送達後十五日內，提出答辯狀於原第二審法院。(3)第三審不得審查事實，應以第二審判決依法認定的事實爲基礎，祇審查事實和判決的是否合乎法令，而予以判決。如認第二審法院所認定的事實爲不合法，第三審法院就可廢棄原判決，而將該事件發回第二審法院或發交其他同級法院，更爲審判。但遇有下列情形之一時：一、因其於確定的事實不

適用法規或適用不當，廢棄原判決而事件已可依該事實爲裁判者；二、因事件不屬普通法院的權限，而廢棄原判決者，則第三審法院，亦可就該事件自爲判決。

第三審是法律審，既不審理事實，所以可用書面審理，不必傳集當事人到場。

抗告程序

凡對於法院的裁定，向上級法院聲明不服的，稱爲抗告，舉其重

要的程序如下：（1）凡對於裁定，除法律有不許抗告的明文規定外，一律許其提起抗告。但對於受命推事或受託推事所爲的裁定，祇能提出異議，不能抗告。對於終審的裁定，不得抗告。又就再抗告所爲的裁定，不得抗告。（2）抗告，應在裁定送達後十日的不變期間內，即時抗告，應在五日內，向爲裁定的原法院或原審判長所屬法院提出抗告狀爲之。原法院或原審判長接到抗告狀後，如認抗告爲有理由，應將原裁定自爲更正，毋庸再將抗告狀送交抗告法院，以省手續。否則應添具理由書，速將抗告事件送交抗告法院。（3）抗告法院認抗告爲有理由的，應廢棄原裁定，自爲裁定，或命原法院或原審判長更爲裁定。若認抗告爲無理由或不合法的，應爲駁回抗告的裁定。

再審程序

對於已經確定的判決，聲明不服的，稱爲再審。所謂已經確定的

判決，就是已經過上訴期間並未上訴的判決及終審的判決。法律爲維持確定判決的效力，本以不許輕易動搖爲原則；乃例外許其再審的，必以特別情形具有特別要件者爲限。如爲判決基礎的證書，是僞造或變造者（民事訴訟法第四九二條）。現舉其重要的程序如下：（1）再審事件，如係對於同一事件之原第一及第二兩審的判決同時聲明不服的，或對於第三審法院的判決合於民事訴訟法第四百九十二條第一項第七款至第十一款的事由聲明不服者，則應屬原第二審法院管轄。再審之訴，普通專屬於爲判決的原法院管轄。（2）再審之訴，應自判決確定時起三十日的不變期間內提起。但再審的理由知悉在後的，自當事人知悉時起算；或再審的理由發生在判決確定後的，自發生時起算；如已逾五年的，仍不得提起。（3）不服再審的判決而上訴的，仍適用通常上訴的程序。

督促程序 凡請求以給付金錢或其他代替物或有價證券的一定數量爲標的者，法院得因債權人的聲請，對債務人發支付命令，令其在一定期內向債權人清償，並賠償程序費用。這種程序，就是督促程序。但聲請人應爲反對給付的，不能適用。

保全程序

保全程序有兩種，就是假扣押和假處分。債權人因就金錢請求或得易為金錢請求的請求，雖未備強制執行的要件，如恐日後有不能強制執行，或有難於執行之虞的，為保全強制執行起見，可以聲請假扣押。就未到履行期的債務，恐將來有難於執行之虞的，亦得為假扣押的請求。至於就金錢以外的請求而欲行保全程序時，例如在起訴前或起訴後，預防訟爭標的物的現狀變更，以及日後不能強制執行，或難於執行之虞的，就得為假處分的聲請。

公示催告程序

遇有權利的主體不知屬於何人的時候，對於其權利的狀態，必致久難確定，未免有害交易的安全，在法律上應定一確定其權利主體的方法，這方法便是公示催告。公示催告，應由第一審法院管轄，其程序是將主體不明的權利，公告在牌示處，並登載於新聞紙，限令有權利的人在一定期間內申報權利，如逾期不為權利的申報，就予以除權判決，使發生失權的效果。不服除權判決的，不得上訴；但得在三十日內提起撤銷除權判決之訴，否則認為確定。

人事訴訟程序

凡關於婚姻事件、親子關係事件、禁治產事件及宣告死亡事件，都是人事訴訟。人事訴訟，因和社會公益上的關係較為密切，所以較通常訴訟

程序稍加鄭重。現舉其特別規定的程序如下：（1）關於婚姻事件，專屬於夫的住所地或其死亡時住所地的法院管轄。（2）關於親子事件，若是收養關係之訴，專屬養父母的住所地或其死亡時住所地的法院管轄。若是認領之訴，專屬子女住所地或其死亡時住所地的法院管轄。（3）關於禁治產事件，專屬應禁治產人住所地的法院管轄。（4）若是親權之訴，專屬行親權人或曾行親權人住所地的法院管轄。（5）關於死亡宣告事件，專屬失蹤人住所地的法院管轄。（6）關於人事訴訟事件，當事人所未提出的事實及證據，法院得依職權調查之，和通常訴訟的採不干涉主義者不同。

第四節 刑事訴訟

刑事訴訟之意義 刑事訴訟，是國家對於犯罪人行使刑罰權的程序。因為發覺犯罪後，國家若要實行刑罰權，科犯罪人以刑罰，必須依刑事訴訟法所規定的程序，次第的進行，然後國家的刑罰權，纔得正確實現。其與民事訴訟不同的地方，就是一以保護私權爲目的，一以確定刑罰權的存否及其範圍爲目的。

刑事訴訟之成立 凡刑事訴訟的成立，須有三個主體：一爲原告，就是檢察

官或自訴人；二爲被告，統稱爲當事人；三爲法院。這三個主體，各相互在刑事訴訟上有種種的權利義務關係，就是原告的追訴攻擊，被告的辯護防禦，和法院的超然其間的審理判斷。

刑事訴訟之管轄

法院關於刑事訴訟的管轄，分爲事務管轄和土地管轄兩種。事務管轄，就是依事務的種類，而定刑事訴訟管轄的範圍。土地管轄，就是依土地的地區，而定刑事訴訟管轄的範圍。現在把刑事訴訟法所定管轄的內容，分別加以說明：（一）事務管轄——凡一切刑事案件，除內亂罪、外患罪、妨害國交罪歸高等法院管轄外，第一審都歸地方法院管轄。（二）土地管轄——刑事訴訟，有事務管轄權的第一審法院，爲數很多。遇有刑事案件發生，應歸何地第一審法院受理，不得不有解決的方法，這就是土地管轄的問題。據我國刑事訴訟法所規定，是以被告的住所、居所或所在地，及犯罪地爲標準，而定法院的土地管轄。其在中華民國領域外的中華民國船艦或航空機內犯罪的，船艦的本籍地，航空機的出發地，或犯罪後停泊地的法院，亦得有管轄權。

此外刑事案件，有多數互相牽連的時候，得合併由其中一法院管轄，這就叫做

牽連管轄。刑事案件有時候因種種事故，不能辨別其管轄的所在，或數法院於管轄權有爭議時，應由共同的直接上級法院指定應管轄該案的法院，這就叫做指定管轄。又刑事案件的管轄法院，有時因法律上或事實上發生障礙，不能行使審判權；又或有其他的原因，致不便行使審判權；應由直接上級法院，將該案件移轉於其管轄內和原法院同級的法院管轄，這就叫做移轉管轄。

第五節 刑事訴訟之程序

第一審程序

我國刑事訴訟法，採國家訴追主義，凡訴追犯罪，原則上都由檢察官向第一審法院行之。但例外亦許犯罪的被害人，逕自向第一審法院訴追。其由檢察官偵查起訴以及因此開始的訴訟程序，稱爲公訴程序。其犯罪的被害人逕自起訴而開始的程序，稱爲自訴程序，現在分別加以說明：（一）公訴程序——檢察官有實行公訴的職務，如因告訴發自首或其他事情知有犯罪嫌疑時，就應該着手偵查其犯人和證據。偵查以後，如認被告確有犯罪嫌疑，應即向法院提起公訴，請求科以刑罰。若認犯罪嫌疑不足，在偵查後，應該制作不起訴處分書，送交告訴人和

被告。告訴人接到不起訴處分書後，如有不服，得於七日內，以書狀敘述不服的理由，經由原檢察官向上級法院檢察官或檢察長聲請再議。(二)自訴程序——自訴，就是不由檢察官起訴，而由犯罪之被害人自行為能力的，直接向管轄法院起訴的方法。

上訴程序

上訴，就是當事人對於下級法院未確定的判決，聲明不服，請求上級法院以判決撤銷或更正救濟的方法。所以凡不服第一審判決的，得向第二審法院提起上訴，不服第二審判決的，得上訴於第三審法院，其大概程序，和民事的上訴相同。但和民事上訴有不同的數點，分說於下：(一)民事因上訴所得受的利益不逾五百元的，不許上訴於第三審法院；刑事如果因所犯的罪，是刑法第六十一條所列各罪的輕微案件，經第二審判決的，不許上訴於第三審法院。(二)民事上訴期間，法律規定為二十日；而刑事上訴期間，祇有十日。

抗告程序

抗告，就是對於下級法院未確定的裁定，聲明不服，向上級法院請求救濟的方法。其程序，除刑事訴訟法有特別規定外，準用關於上訴的規定。但法律上許提起抗告的裁定，不無限制，非如上訴，對任何判決都可提起的，所以裁

定有得抗告和不得抗告的分別。例如對於法院判決前，關於管轄或訴訟程序的裁定，不得上訴於第三審法院的案件，其第二審法院所爲的裁定，都不得抗告。

再審程序 再審，就是對於確定判決，以認定事實不當爲理由，向原審法院聲明不服的方法。請求再審的原因，法律限制很嚴，再審有無理由，都視其是否具有法定的原因事實而定。其程序，大概和民事再審沒有多大的出入。

非常上訴程序 非常上訴，就是對於確定判決，以其審判違背法令爲理由，由最高法院檢察長，向最高法院聲明不服。請求救濟的方法，其程序和通常上訴不同，一爲對於確定的判決，一爲對於未確定的判決；一則無期間的限制，可以隨時提起，一則有期間的限制，逾期就不許上訴。

簡易程序 簡易程序，就是檢察官和法院處理刑法第六十一條所列各罪的案件，得適用簡易的方法。因爲案件既屬輕微，證據又極明確，爲節省勞費起見，檢察官不依起訴程序，而依聲請以爲訴追。許法院不依通常審判程序，開庭辯論，而僅依書面審理，逕以命令處刑，這種命令，稱作處刑命令。但是被告受正式審判的權利，並不因此剝奪，所以仍許被告於處刑命令送達後五日內，聲請正式審判。

執行程序

執行，就是使確定裁判的內容，得以表現的一種行為，其目的在使國家得收實行刑罰權的效果。所以學者說刑事訴訟的目的，必待執行纔能完成，現舉其重要的程序於下：（一）諭知死刑的判決確定以後，檢察官應速將該案卷宗送交司法行政部，經部覆准後，應在令到三日內執行之。（二）受死刑的諭知者，若是懷胎婦女，在其生產以前，應停止執行。如在心神喪失中的，在其痊愈以前，停止執行。（三）受徒刑或拘役的諭知，而有下列情形之一的，在其痊愈或該事故消滅以前，應停止執行：（1）心神喪失的；（2）懷胎七月以上的；（3）生產未滿一月的；（4）現罹疾病，恐因執行而不能保其生命的。（四）罰金沒收及追徵，准用執行民事裁判的規定，並得就受刑人的遺產執行。（五）受刑人以檢察官執行的指揮為不當時，得向諭知該裁判的法院聲明異議。（六）受刑人對於科刑裁判的解釋有疑義時，得向諭知該裁判的法院聲明疑義。

附帶民事訴訟程序

附帶民事訴訟，其本質和通常民事訴訟相同。不過附帶民事訴訟原告人的請求權，是基於被告人的犯罪行為而發生。為訴訟便利計，法律准許附帶於刑事訴訟中提起，使和刑事訴訟合併審判。在原告人得因以減輕舉證責

任，法院也得因以避免程序重複和裁判的牴觸。但附帶民事訴訟，須限於起訴的犯罪事實，是侵害個人私權致生損害的，纔能提起。例如因犯罪侵害他人的身體、自由、名譽、財產所生的損害是。又提起附帶民事訴訟的人，須限於法益直接受侵害的被害人，或事實上因犯罪致受損害的人，纔得提起附帶民事訴訟，對刑事訴訟的被告，和依民法應負賠償責任的人，請求賠償。至提起附帶民事訴訟的時期，自刑事訴訟起訴後，至第二審辯論終結前，得向該刑事訴訟繫屬的法院隨時提起。但在第一審辯論終結後，提起上訴前，卻不許提起。因為附帶民事訴訟，以附帶於刑事訴訟合併審判爲目的；在刑事訴訟繫屬中提起，易達合併審判的目的。若第一審的審理業已完結，當然無從合併審判，第二審上訴尙未提起，自亦無從附帶了。

第六節 律師制度

律師的職務 律師，日本稱爲辯護士，是受當事人的委託，或法院的命令，得在通常法院執行法律所定的職務者；其依特別法，在特別審判機關行使他的職務者亦同；此外亦得受當事人的委託，爲契約遺囑的證明，或代訂契約等法律文件，

這是律師章程第一條所明定的。

律師在社會上的任務，厥爲擁護正義，保障人權，協助司法的進行，鞏固法治的精神，和醫師教授，同爲高尚的職業，決非如我國昔時社會中的所謂訟棍。因往昔專制時代，國家法例，專限於爲吏者纔得學習，非一般民衆所易知悉，刑名傳授，幾已成爲祕訣；習之而不爲吏的，就挾其一知半解的所得，舞文弄墨，緣以爲奸；其不肖者，更勾結吏胥，無所不爲，有扛幫唆訟的，有淆亂是非的，這就是訟棍所以爲人痛恨的原因。至於今日的律師，乃國家所明認，使其保障人權，協助司法。因爲社會情狀，日趨複雜，訴訟關係，隨之紛繁，如欲伸張權利，防禦侵害，自然非藉長於法學富於經驗的律師，不能達到目的。普通人若自爲訴訟行爲，勢必曠廢原有的職業，並且對於訴訟程序，素無經驗，不諳方法，往往多費時日，訴訟不能速結，社會經濟，都不免因其受影響，所以特設律師制度，以協助司法的進行，鞏固法治的精神。

律師的職務，可分爲兩種：在民事訴訟，爲訴訟代理人，在法庭上代理當事人辯論；在刑事訴訟，爲被告辯護人，在法庭上擁護被告人，代爲辯護；對於法律上

許用代理人的案件，並得爲被告代理人，代理被告到庭陳述；對於自訴案件，並可爲自訴代理人，代理自訴人爲一切訴訟行爲。不僅這些，他應處理的事件，隨社會制度的繁榮而增加，因經濟界的發展，公司的設立，資本的增添，勞動的爭議，商業情形的複雜，工場事務的紛煩，致法律事務，愈益糾紛，在在都有需用律師的必要。所以在歐美各國，律師職務的範圍很廣，不但擔任刑事訴訟而已，就是法庭外的公斷，公司的顧問，以及訂立契約管理遺產等事務，都可以律師充任的。

律師制度 國家之於律師，除要求智識上道德上一定的資格外（律師章程第二條至第四條），並應登載於律師名簿（律師章程第七條至第一二條），從事於業務時，並須加入所在地的律師公會（律師章程第二四條），遵守所屬律師公會的會則，並且受國家的監督（律師章程第二五條）。所以國家對於取得律師的資格，必嚴爲限制，核定其權義，必使他有益於人羣，而不致貽害於社會，若有違背，當予以懲戒上的制裁，凡此都無非欲律師能克盡厥職。

但近代各國法律，關於合議制以上的民事訴訟，大都採用律師訴訟主義，輕微民事訴訟，是用本人訴訟主義。我國法律，關於民事訴訟，採本人訴訟主義爲原則

，採代理訴訟主義爲例外；就是當事人委任訴訟代理人，亦不限定是律師，凡屬有訴訟能力的人，都可以爲訴訟代理人；不過委任非律師而爲訴訟代理人時，須經法院的許可，如法院認爲不合，可以裁定禁止的。關於刑事訴訟，依我國刑事訴訟法所定，以採律師辯護主義爲原則，非律師辯護主義爲例外。所以被告在起訴後，得隨時選任辯護人，辯護人應選任律師充當；但非律師經審判長許可的，亦得選任爲辯護人（刑事訴訟法第二七條第二九條）。可是在事實上，無論爲民事代理刑事辯護，當事人大都是委任律師充當的。

第七節 行政訴訟

行政訴訟之意義 行政訴訟，就是行政官署的處分，致損害人民權利時，人民爲謀救濟其權利起見，向行政法院請求變更或撤銷其原處分的一種方法。惟行政訴訟的審判制度，是採一審制的，所以行政訴訟，不適用於一般行政官署的違法處分，而祇適用於提起再訴願而不服其決定的時候。至於行政訴訟和訴願的區別，約有下列幾點：（一）訴願是對於違法或不當處分，行政訴訟是專對於違法處分。（

(二) 訴願是關於權利或利益損害的救濟，行政訴訟祇是關於權利損害的救濟。(三) 訴願是對於一般行政官署的處分或決定，行政訴訟是對於最高級行政官署的決定。(四) 訴願是向上級行政官署提起，行政訴訟是向行政法院提起。

行政訴訟之範圍

我國行政法院，設立於國民政府所在地，是一個獨立的行政審判機關，全國祇有一個，係採一審制的。他所受理事件的範圍，依行政訴訟法第一條的規定，有下列二種：(一) 中央或地方官署之違法處分，致損害人民權利者；(二) 中央或地方行政官署之違法處分，致損害人民權利，經人民依訴願法提起再訴願，而不服其決定，或提起再訴願，三十日內不為決定者。

行政訴訟之當事人

行政訴訟的當事人，和民事訴訟一樣，有原告、被告、代理人、參加人數種。分說如下：(一) 原告——因行政官署的違法處分，致權利受損害者，不問其為自然人或法人，都可以為原告。即第三人因其處分而權利受有損害，亦得為原告，可以提起行政訴訟。(二) 被告——行政訴訟的被告，就是為原決定或不為決定的官署。(三) 代理人——民事訴訟上的代理人，須有條件纔能委任；而行政訴訟上的代理人，則沒有何等條件，當事人可以任意委任。不過應提出委任

書，證明其代理權（行政訴訟法第七條）。（四）參加人——民事訴訟上的參加人，須出於參加人的自由意思，審判機關不得加以強制；而行政訴訟上的參加人，得自由參加，亦得由行政審判機關強制其有利害關係的參加訴訟。

行政訴訟之程序 行政訴訟之程序，可分說如下：（一）起訴期間——因不服再訴願的決定而提起行政訴訟者，自再訴願決定書達到之次日起，六十日內爲之。其因再訴願不爲決定而提起行政訴訟者，自滿三十日之次日起，六十日內爲之。（二）起訴程式——提起行政訴訟，應以書狀提出於行政法院，其書狀的程式及其他條件，行政訴訟法第十條規定很詳。（三）受理或駁回——行政訴訟提起後，行政法院有決定受理或不受理的權。若不予受理，必須以裁定駁回。惟駁回有兩個條件：（1）須經過審查；（2）須附理由。至於訴狀不合法定程式，祇能限定期間，命其補正，不得駁回。（四）答辯——原告起訴後，行政法院應將訴狀副本及其他必要書狀副本，送達於被告，並限定期間，命其答辯。答辯書送到後，行政法院，應將答辯書副本送達於原告。如行政法院認爲必要時，並得限定期間，命原告被告以書狀爲第二次的答辯。（五）審理——行政訴訟，係採書狀審理主義，原則上不開言詞辯論的。但

是行政法院認為必要，或依當事人的聲請，例外亦得指定期日，傳喚當事人及參加人到場，爲言詞辯論；爲言詞辯論時，並得傳喚證人或鑑定人。（六）判決——行政法院，認原告的起訴爲有理由時，應即以判決撤銷或變更原處分；認原告的起訴爲無理由時，應以判決駁回其訴訟；當事人如有附帶賠償損害的請求時，不問他有無理由，亦應予以判決。行政法院的判決，就其事件是有拘束各關係者的效力。而且當事人對於這種判決，亦不得上訴或抗告。不過具有民事訴訟法第四百九十二條（舊民事訴訟法第四六一條）所列各款情形之一的時候，得自行政法院判決送達時起六十日以內，向該院提起再審之訴，以資救濟而已（行政訴訟法第三條、第四條、及第二一條至第二三條）。

第八節 領事裁判權

何謂領事裁判權 領事裁判權，就是外國人民來到本國領土內時，遇有訴訟事件，不受本國官署的裁判，而由其駐在本國的外國領事，依他本國法律裁判的一種制度。換句話說，就是本國人民對於外國人有犯罪行爲，由本國法庭審判，外國

人對於本國人民有犯罪行爲，則由此外國人所屬國的領事法庭審判；不同國的外國人有刑事訴訟時，亦由犯罪者所屬國的領事法庭審判，至於同國的外國人彼此有加害行爲，則由其本國的領事法庭審判；關於民事訴訟，大致適用同樣的原則，由被告所屬國的法庭審判。就法律的效力說，本國的法律，其效力當然及於本國領土以內，不問其是外國人或本國人，都應該受本國法律支配的，這是屬地主義的原則。領事裁判權制度，就是這個原則一個重大的例外。

我國有領事裁判權之由來及其收回運動 此例外的由來，不是基於國際法上一般原則，而是基於特殊條約或習慣。歐美國家的人民，或依習慣，或依條約，在東方國家的領土內，不服從其所在國的法權而受本國領事的管轄。在中國的領事裁判權，就是完全依據不平等條約承認的。在承認領事裁判權的國內，外國領事有司法職務，且有所謂領事法庭。領事法庭的法權，涉及刑事民事兩方面，法權行使的方式，依各該本國法律而定。

就主權說來，司法權爲國家統治權之一，一國的法權，有強制外人服從的性質，駐在本國的外國人，不服從本國的法權，是於本國主權，大有損害，也就是司法

權的大缺陷。從前各國對於日本，暹羅，及我國，都有領事裁判權。但是日本暹羅，久已撤廢，所餘的祇有我國而已。我國自清季道光二十三年（公元一八四三年），和英國訂立五口通商章程以來，各國繼起，爭相效尤，如中美以及中日等條約，都有領事裁判權的規定。迄今九十餘年，無日不在國權凌夷，隱忍屈服之下。辛亥以後，法權收回的主張，奮起於國內，遂致引起友邦人士的注意，所以有一九二一年十二月十日華盛頓會議的決議案。除德俄兩國在中國的領事裁判權，業已收回外，其餘英美法日等國皆有領事裁判權如故。國民政府成立，亟亟於新法律的制定，不數年間，法典燦然，已告大備。曾宣告自民國十九年一月一日起，收回法權，後來因種種關係，不能實現。到二十年五月四日，又公布管轄在華外國人實施條例十二條，規定自二十一年一月一日起施行。復因各地災害迭乘，所有應行籌備事項，尙未就緒，所以又於同年十二月二十九日，由國民政府命令暫緩施行。是以領事裁判權的撤廢，還有待於國人的努力。

提問要點

一、法院有那幾種？其權限怎樣？

- 二、單獨制、合議制、折衷制三者的區別何在？怎樣叫做三級三審制？
- 三、法院的管轄怎樣？各法院配置檢察官的用意何在？法院職員的種類怎樣？
- 四、怎樣叫做民事訴訟？民事訴訟的管轄怎樣？
- 五、民事訴訟的當事人，要具備何種能力？
- 六、提起民事訴訟的程序怎樣？上訴和抗告的區別怎樣？何種訴訟不得向第三審上訴？
- 七、怎樣叫做再審？保全程序的內容是怎樣的？
- 八、怎樣叫做刑事訴訟？刑事訴訟的管轄，有幾種分別？
- 九、怎樣叫做公訴？怎樣叫做自訴？其起訴的程序怎樣？
- 十、何種刑事訴訟不得向第三審法院上訴？
- 十一、刑事再審和非常上訴的區別怎樣？怎樣叫做附帶民事訴訟？
- 十二、國家採用律師制度的理由何在？律師的職務約有幾種？
- 十三、怎樣叫做行政訴訟？行政訴訟和訴願的區別怎樣？提起行政訴訟的程序怎樣？
- 十四、領事裁判權的意義怎樣？外人在中國有領事裁判權，起自何年？有甚麼根據？

參考書

- 白鵬飛著：法學通論 上海民智書局出版
- 歐陽谿著：法學通論 上海會文堂出版
- 胡長清著：中國民法總論 商務印書館出版
- 余榮昌著：民法要論總則 北平朝陽學院出版
- 陳瑾昆著：民法通義總則 北平朝陽學院出版
- 余榮昌著：民法要論物權 北平朝陽學院出版
- 鐘洪聲著：物權新論 上海大東書局出版
- 陳瑾昆著：民法通義債編總論 北平朝陽學院出版
- 周新民著：民法債編通則新論 上海會文堂出版
- 胡長清著：中國繼承法論 北平法律評論社出版
- 郁 嶷著：民法繼承要論 北平法律評論社出版
- 劉麟生譯：朗布羅梭犯罪學 商務印書館出版

江鎮三著：新刑法總論 上海會文堂出版

王元增著：監獄學 北平朝陽學院出版

林廷琛著：法院組織法論 上海會文堂出版

江鎮三編：新民事訴訟法要義 上海華通書局出版

江海颿著：中國刑事訴訟法精義 中華書局出版

朱章寶著：行政法總論 商務印書館出版

吳欣奇譯：各國律師制度大觀 上海律師公會出版

梁敬惇著：在華領事裁判權論 商務印書館出版

修正課程標準適用高中公民第三冊終

國際公法原論

(社會科學叢書之二)

譚焯宏編 一冊 一元五角

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

周敦禮編著

一冊 九角

新	私	國
論	法	際

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

版出局書華中

書·叢·科·百·華·中

法學綱要

吳學編 一冊 六角

要	法	國
◆	綱	際

王惠中編
一冊 六角

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

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

中華書局出版

袖珍

中華新六法全書

來承祚編 精裝一冊 二元

本書共分七類：第一類憲法，第二類法院組織法，第三類民法，第四類商事法，第五類刑法，第六類民事訴訟法，第七類刑事訴訟法，編末并列附錄。全書內容，係擇我國現行法規之重要者約百餘種，分別編入各類，其不能分者，則列入附錄。其中如憲法草案、修正法院組織法，及關於行政訴訟、訴願、勞工、土地、印花稅、縣長兼理司法事務等法規，爲他書所無者，概行輯入，洵袖珍本六法之最新穎最完備者。正文用小五號字排印，既經濟而又不傷目力；紙張用道林紙，版式及裝訂用袖珍軟布面，既易檢閱，又便攜帶。

三 中華書局出版 三

中華書局發行

商

法

王效文編 一冊 一元三角

本書取材除根據民法外，對於商事上的單行法規，都根據最近頒布的，在必要時，並參照各國的法規。全書共分十七章，其中如經紀人及代辦商、居間、行紀、和承攬、運送等項，都是商事上很重要的部分，故本書依據民法債編，將它一併編入，項目完備，解釋詳盡。

商

法概要

吳應圖編 一冊 三角五分

本書內容共分五編：(一)總論，(二)公司法，(三)商行爲總則，(四)票據總則，(五)海商法等。本書目的在介紹商法普通原理於從事商業者；故敘述以意義明瞭適可爲度。都三萬餘言，體例完備，凡研究法學以及從事商業者，均宜購置，以爲參考。

商業法規輯要

周伯棣編 一冊 一元

本書分上下兩編：上編爲一般商業法規，下編爲金融貨幣法規，共包括法規七十三種，以現行者爲限。新頒法規有修正者，均已訂正；與法規有關之文件或說明，均酌量附入，凡現行重要商業法規，可謂包羅無遺。研究商學及從事商業者，得此一編，隨時應用，可免翻檢他書之勞矣。

中國保險法論

王效文著 一冊 一元

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

國民政府公司法

一冊 一角五分

民國二十五年九月初版
民國二十五年九月初版

修正課程標準適用

高中公民（全四冊）

◎第三冊實價國幣四角

（郵運匯費另加）

者 江 海 颿

行 者 中華書局有限公司

代表人 陸費逵

刷 者 中華書局印刷所

上海 澳門 路

發行處 中華書局發行所

上海 福州 路

發行處 各埠中華書局

有 不 著 准 作 翻 權 印

標商冊註

