

2
5805
5

新 中 學 文 庫

法 學 通 論

何 任 清 著

商 務 印 書 館 發 行

2
90

論 通 學 法

著 清 任 何

行 印 館 書 印 務 商

中華民國三十四年一月
中華民國三十五年十二月
初版
三版

⊕(3273 滬報紙)

國立復旦大學叢書
法學通論一冊

定價 國幣 叁元

印刷地點外郵加運費

版 翻
權 印
所 必
有 究

著 者 何 任 清

發 行 人 朱 經 農
上海河南中路

印 刷 所 商 務 印 書 館
刷 印 書 廠 館

發 行 所 商 務 印 書 館
各 地 館

目次

第一編 法學……………一

第一章 法學之意義……………一

第二章 法學之分類……………三

第三章 法學研究之方法及學派……………六

第一節 依演繹研究法之學派……………六

第一款 純哲學法學派……………六

第二款 自然法學派……………二

第二節 依歸納研究法之學派……………一七

第一款 分析法學派……………一七

第二款 歷史法學派……………一八

第三款 比較法學派……………一九

第四款 社會法學派……………二一

第四章 法系之概略……………二七

第一節 埃及法系……………二七

第二節 美索不達米亞法系……………二八

第三節 中華法系……………二八

第四節 印度法系……………三一

第五節 希伯來法系.....三三二

第六節 希臘法系.....三三三

第七節 羅馬法系.....三四

第八節 迦倫法系.....三七

第九節 日耳曼法系.....三八

第十節 回回法系.....四〇

第十一節 海商法系.....四一

第十二節 斯拉夫法系.....四二

第二編 法律.....四七

第一章 法律之本質.....四七

第一節 法律之定義.....四七

第二節 法律與道德之關係.....四八

第三節 法律與宗教之關係.....四九

第四節 法律與政治之關係.....五〇

第二章 法律之進化.....五二

第一節 復仇.....五二

第二節 賠償.....五三

第三節 扣押.....五三

第四節 公權力之擴大.....五四

第三章	法律之內容	五七
第一節	法律爲利益之保護	五七
第二節	法律爲正義之執行	五七
第四章	法律之種別	六〇
第一節	成文法與不成文法	六〇
第二節	普通法與特別法	六一
第三節	公法與私法	六二
第四節	強行法與任意法	六三
第五節	實體法與程序法	六四
第六節	固有法與繼受法	六五
第七節	國際法與國內法	六五
第五章	法律之淵源	六八
第一節	直接淵源	六八
第二節	間接淵源	七〇
第六章	法律之效力	七五
第一節	關於時之效力	七五
第二節	關於地之效力	七六
第三節	關於人之效力	七八
第七章	法律之解釋	八二
第一節	法定解釋	八二

第二節 學理解釋	八三
第八章 法律之適用	八六
第一節 司法機關適用法律之原則	八六
第二節 行政機關適用法律之原則	八七
第九章 法律之制裁	八九
第一節 公法上之制裁	八九
第一款 刑事制裁	八九
第二款 行政制裁	九二
第二節 私法上之制裁	九三
第二編 國家	九七
第一章 國家之意義	九七
第二章 國家之分類	一〇〇
第三章 國家之基本權利	一〇五
第四章 國家之義務及責任	一〇九
第一節 國家之義務	一〇九
第二節 國家之責任	一一〇
第五章 國家之主權	一一四
第四編 權利及義務	一一九

第一章 權利之意義	一九
第二章 權利之分類	二二
第一節 公權與私權	二二
第一款 公權與私權之區別	二二
第二款 公權之分類	二三
第三款 私權之分類	二五
第二節 其他權利之分類	二六
第三章 權利之主體	二九
第一節 自然人	二九
第二節 法人	三〇
第四章 權利之客體	三一
第五章 權利之取得及行使	三五
第一節 權利之取得	三五
第二節 權利之行使	三五
第六章 權利之變更及喪失	三八
第一節 權利之變更	三八
第二節 權利之喪失	三八
第七章 義務	四〇
第一節 義務之意義	四〇
第二節 義務之種類	四〇

吳序

何君任濟，昔從余學法律，一彈指又十餘年矣。現代法學之進步，一日千里，而何君終能刻苦研究，與時俱進，其進取精神殊不可多得。年來埋頭教學，繼國際公法出版之後，復編成法學通論一書，列爲復旦大學叢書之一，不久將在商務印書館出版。何君以該書排印在卽，余作序，余閱其全書分四編數十章，部十餘萬言，每章之末附有問答暨註解，極爲詳盡，頗適合大學教科之用。我國今日之法學著作，貧乏極矣，得何君之書，其有助於法學之發展，蓋無疑矣。是爲序。

吳經熊序於立法院。

法學通論

第一編 法學

第一章 法學之意義

何謂法學，論者不一其說。古時宗教盛行，故法學觀念亦脫離不了宗教色彩。羅馬著名法學家猶卑尼安士（Ulpianus）對於法學之定義爲「法學者，神事人事之智識，正與不正之學科也」，（註一）難免有混同宗教法律爲一事之嫌，故無足取之處。荷蘭法學者格羅特氏（Hugo Grotius）則謂「法學爲從正義而生活之學」，（註二）未將道德與法律分開，且與法述（註三）混同，亦不能說明法學之意義。其後德儒尼布爾斯（Leibnitz）始倡「法學爲權利之學」，漸樹立近代法學之概念。惟權利與義務，是互相牽連的，有權利必有義務，絕不能專有權利而無義務。故如謂「法學爲權利之學」，不如謂「法學爲權利義務之學」，較爲準確也。蓋研究學問須有系統條理，研究法學亦然，故法學云者實爲關於權利義務有條理的研究之學科也。

（註一）參閱歐陽駱著法學通論第八頁，張洪南著法學通論第二三十一頁，劉子崧、李景禧合著法學通論第九頁。

（註二）法學爲法律理論之學，而法術則爲法律實踐之學。例如關於訴訟之手續，則全爲法術，而非法學也。

第一章問題

一、猶卑尼安士之法學定義若何？

二、格羅特之法學定義若何？

第一編 第一章 法學之意義

法 學 通 論

- 三、尼布爾斯之法學定義若何？
- 四、現在一般之法學定義若何？
- 五、試批評上述各種定義之優劣。
- 六、法學與法術有何區別？

第二章 法學之分類

關於法學之分類，學者間所採之方法甚不一致，有就時間而分，有就方法而分，有就範圍而分，茲分別述之如次：

(一)就時間而爲之分類：有些學者以爲法學之分類應以時間爲標準。實言之，即將法律學分爲三類：過去，現在，及將來是也。(註一)

甲、過去之法學一稱爲法律沿革學或法律史學，是就法學之縱的方面而研究之，換言之，即將關於法律歷來之制度及學說爲一有系統之陳述也。此外尚有一種歷史的法理學，(註二)其目的在求過去法律變遷之途徑及其因果關係，亦應包括在過去法學範圍之內。

乙、現在之法學一稱爲現實法學或實證法學，(註三)是就現在法律現象之共同原理加以研究，以闡明其作用也。現實法學依其範圍之大小，又可分爲一般法學與特別法學。前者如法學通論，是就一般法律採其共同原理而研究之，後者如刑法學，民法學，是就法律之一部門的原理而研究之。

丙、將來之法學一稱爲立法學，即對於將來法律應如何制定爲研究目的之學問也。惟依此項標準而爲之研究，又可分爲形式的立法學，實質的立法學，及社會的立法學三種。形式的立法學是研究法律之實施方法。實質的立法學是研究法律之實質是否適用社會之需要問題。至於社會的立法學，則在研究法律實施後之社會效果及如何實現吾人所企求之正當社會效果也。

(二)依方法而爲之分類：研究法學可分爲科學與哲學兩方面。其基於經驗而得者是爲科學，其基於思考而得者是爲哲學。故有許多學者主張法學應分爲法律哲學及法律科學兩種，分別說明如下：

甲、法律哲學。就法律之現象全體，詳究其基本與普遍之最高原理者，是爲法律哲學，其研究方法多側重

於哲理方面，而其目的則就國家，法律，及權利義務等主要觀念，詳察其變遷，比較古今學說之異同，以作窮理之檢討也。蓋研究之範圍有涉及一般現象而為一般窮極原理之研究者，是為一般哲學，例如哲學概論是也。同時亦有對現象之一部而於一部範圍內作詳細之研究者，是為特別哲學。法律哲學即特別哲學之一種也。

乙、法律科學。凡以經驗之方法，研究法學之原則或理論者，謂之法律科學。（註四）惟法律科學因其研究方法與使命之不同，亦可分為下列數種：

（a）法律史學。凡以研究法律學說及制度之沿革為目的者，謂之法律史學。惟法律史學亦有兩方面，一為法制史，即關於法律制度沿革之科學也，一為法律學史，即關於法律學說變遷之科學也。

（b）註釋法學。凡以現行法規之解釋適用為研究之目的者，是為註釋法學。註釋法學之功用頗大，故常占重要之地位。良以法律文字或理論之簡單微妙，毫釐之差，失之千里，且現在交通日便，一國之法制常不能不受他國所影響，故對於被繼受之法律尤有註釋之必要也。

（c）比較法學。比較法學是就各國各時代之法制作比較之科學也。比較法學為近代之產物，其效用亦甚大，蓋比較研究常能使讀者認識更明瞭更廣博也。例如對於各國憲法為比較研究者，是為比較憲法學。其對於各國之民法或刑法為比較研究者，則稱比較民法學或比較刑法學。

（三）依範圍而為之分類。法學因其研究範圍之廣狹而區分之，有一般法學與特別法學二種，述之如次：

甲、一般法學。凡研究關於法學全體觀念之學問者，是為一般法學。例如法學通論所研究者，為關於法學全般之基本概念，即是一般法學也。此種法學為研究法學必須經過之途徑，故凡研究法學者，宜循序漸進，首先研究一般法學，然後再從事特別法學之研究，始能有所成就也。

乙、特別法學。凡研究關於特殊社會之特種法律現象之學問者，是為特別法學。特別法學之種類不一，有關於民事上的，是為民法學；有關於刑事上的，是為刑法學；其他如憲法學，行政法學，商事法學等，均為特別法學。此種法學研究之範圍具有界限，故其研究結果，較之一般法學尤為週詳，為專門研究法學者所不可缺

之學科也。

(註一)詳見 *Kocourck: Introduction to the Science of Law* 第一章。參閱丘漢平著法學通論第七頁。

(註二)歷史法理學，英文名爲 *Historical Jurisprudence*，其目的在求過去法律變遷之歷程及其因果關係，詳閱英文 *Vinogradoff: Historical Jurisprudence*，並參閱丘漢平著法學通論第七頁。

(註三)現實法學或實證法學，英文名爲 *Positive Science of Law*，即研究現行法之意也。

(註四)法律科學與法律哲學，係對待名詞。其主要區別之點，一則重思考，一則重經驗。參閱歐陽籍著法學通論第一頁，劉子崧、李景編合著法學通論第三十二頁。

第二章問題

- 一、何謂法律哲學？其所研究者爲何？
- 二、何謂法律科學？與法律哲學有何區別？
- 三、何謂立法學？
- 四、形式的立法學與實質的立法學有何區別？
- 五、何謂法律史學？
- 六、法制史與法律學史有何區別？
- 七、比較法學與詮釋法學之功用孰大？
- 八、何以研究法學應先讀法學通論？

第三章 法學研究之方法及學派

研究法學之方法，可別爲演繹及歸納之二種，茲分節說明如次：

第一節 依演繹研究法之學派

凡不基於事實之經驗，而以獨斷之理想爲根據而布衍之者，是爲演繹方法，依此研究法之學派，有純哲學法學派及自然法學派二種：

第一款 純哲學法學派

純哲學派之主張，認現實法學與法理學有截然之區別。法理學非實在之學，乃理想之學。非現實觀察，乃價值批評，故爲法律目的之學。茲將歷來純哲學法學派之學說說明如次：

(一) 希臘時代之法理學

法理學發源於希臘哲學，而法理學之特別哲學在此時尚未分化而出，惟一般哲學已有法理學的一方面，且於此方面相當注重而已。希臘哲學中，客觀主義與主觀主義早已對立。客觀主義主張正當行爲之客觀標準存在。主觀主義則主張客觀標準不存在，而正當行爲爲依人之選擇而定。此二主義在法理學的方面之應用，即理想法主義與人定法主義是也。客觀主義之代表者爲畢達哥拿斯。畢達哥拿斯(Pythagoras)之根本思想，即在於認萬物之實體(或本質)存於數。故數之原理即爲事物之原理，依此之見解，天體運行之原理，聲音之高低及音與音相調和之音樂原理，皆由此數學之概念發生，政治亦發生於數之原理。正當行爲自有其客觀標準存在，即所謂正義全爲算術之關係，以其在於「均分」「均等」是也。與客觀主義對立之主觀主義則謂任何物皆不實在，惟有發生與消滅而已。除變化一事外，任何物皆非永久的實在的。正當行爲無客觀之標準，惟依人之選擇而定。

此派學者可以赫拉克里托 (Heraclitus) 爲代表。主觀主義之傾向逐漸盛行，終達於詭辯派之極端。詭辯派爲個人主義者，主觀主義者。依彼等之見解，人各有獨特之認識事物方法。眞具客觀的普遍價值之學問不能成立，惟有個人意見可以存在。勃洛達哥拉斯 (Protagoras) 常謂「人爲萬物之尺度」。此有名之格言即表示人各有其獨特之實在觀也。詭辯派否認一切客觀之眞理，故又以爲絕對之正義不能存在。彼等以爲法律畢竟是相對的。是乃可變之「意見」之表現，乃「絕對權力」與「力」之表現。合乎權利者之意味，即爲正義。詭辯派在道德論方面爲懷疑論者。與其謂彼等爲建設者，不如稱爲破壞者。然彼等使人注意於人類所固有之問題，關於人類精神之問題。在此點上，確與吾人一大貢獻。彼等之擾亂人心，固屬確論，然其對於向所視爲當然而不致疑的若干問題，喚起批評之精神，實爲有價值之點。當時對抗詭辯派之偉大政敵爲雅典之蘇格拉底 (Socrates)。蘇格拉底以一種獨特方法，進行其論爭。其方法爲何，即提出若干問題，對於作解答，由是引出種種單純之結論。彼對於詭辯派之領會萬事之自矜，稱之爲「不識」。彼就外觀上極單純而實際極困難之問題，對彼等發質問，以譏諷傷彼等之感情，蓋欲由此方法間接使詭辯派不能不與自己意見一致也。蘇格拉底將其研究集中於「人」之一點，近於詭辯派之學者，高唱人要「自知」，但其結論則與詭辯派之結論適相反。彼嚴別感覺與理性之分，認感覺是時常變的，不能與視爲萬人所必然共同之知識即理性之產物相提並論。於是蘇格拉底遂教人求客觀的「眞」原理。氏又主張知與行，學問與美德，爲不可分之一體，因後者僅爲前者之適用，彼對於以上一般知識之見解，亦適用之於法律知識。法律之好壞，不能僅依個人私見之主張，應依客觀的理性爲評斷之標準。故彼對於詭辯派所輕視之法律則教人尊重之。不獨教人尊重成法，即對於道德上的規範亦應尊重。於是蘇格拉底表白對優越的正義之信仰，以爲凡不待成法之制裁與成法之形成而具拘束性之優越的正義，皆須信仰之。服從國家之成法爲市民經常之義務，且爲道德上之要求也。

繼蘇格拉底之後而爲希臘哲學開一新紀元者厥爲柏拉圖 (Plato) 其人。氏爲蘇格拉底之弟子，故對於其師之思想，以對話之形式述之。其對話篇乃描寫其師與詭辯派論戰之情形。故柏拉圖哲學體系之全部，外觀上似

爲蘇格拉底其人之體系，而實際上則仍爲柏拉圖自己之哲學體系。蓋蘇格拉底雖有深刻之哲學考察，但彼卻未創設自己之哲學全體系統故也。柏拉圖著述中關於法律哲學之範圍，其重要資料爲「國家論」「法律論」「政治論」三節所成之對話篇。其中最要者，爲第一對話篇之國家論。彼在此篇內敘述其理想國家。柏拉圖以爲須在「國家」中認取正義。國家在柏拉圖眼中，可謂之一種大人。國家爲完全之有機體，完全之總合。國家爲由各個人所構成之全體，其爲組織體也，與人類之身體由各種器官所構成，全器官相合而維持身體之生命相同。無論在個人方面或在國家方面，須有調和之支配。是種調和，依德以達之，正義爲最高之德，因正義乃各部分間之調和關係也。正義要求人要注目於終極目的，進行自己之本分，柏拉圖取個人爲喻，將國家爲詳細之說明。彼以爲在個人有三種機能，卽理性，勇氣，感覺。理性掌命令，勇氣掌行動，感覺掌服從，各有其機能。同樣在國家亦有三種階級之成立。賢人任命令，武士任社會防衛，勞動者爲國家服役。國家應由賢人所支配，猶如個人之爲理性所支配。在柏拉圖之國家概念上，個人的要素爲社會政治的要素而犧牲。在此概念上，所謂人各有其生來之固有權利之思想，絲毫未之或見。國家爲絕對的支配者。國家之權力無限制。在市民之個人意志上，不能見何物，一切均在國家之抑制下，猶如人身之各器官均爲理性所支配。柏拉圖又爲發揮政治的社會之能率，使成爲強有力之物，遂抑壓個人與國家間之中間團體。彼高唱廢止私有財產及家庭制度，以期完成一完全有機體之國家。柏拉圖之「法律論」爲較後之作，有與「國家論」不同之特質。「法律論」非如「國家論」之敘理想，側重歷史上的事實。在「法律論」，個人較之在「國家論」中受尊重。「法律論」中既不反對私有財產，亦不否認家庭制度。階級制度之成爲流動的，人民之選舉，官吏之責任等項之被承認，亦可謂爲彼之承認個人自由作用之表徵。但柏拉圖對個人雖爲某程度之讓步，而其理論之重心，卻仍在國家。分配財產及規定婚姻者爲國家。規定教育制度及宗教之儀式者，亦爲國家。柏拉圖對國家賦與教育之機能，以爲法應依彼治者之了解而強制之，法律中應附加說明法律目的之解釋。彼又以爲刑事法應具「矯正」之性質。彼視犯罪者爲病人，刑法爲治療犯人之手段。刑罰則爲治療之藥品。但社會亦因犯罪者而染病，故在謀社會安全之必

要時，即對於不能矯正之犯罪者之處理，應爲一般之福利而隔離之，抑制之。此氏對於「法律論」中之大概也。

亞里氏多德 (Aristotle) 爲柏拉圖之弟子，亦爲希臘之大哲學家，著有「政治論」與「倫理學」等書。亞里氏多德亦如柏拉圖，認最高之善，是由德而生之福祉。國家并非單純之合意結合，乃必然之團體。國家非爲完成特定目的而造成之一時的社會，乃以德與一般之幸福爲目的之有機的完全結合。國家在邏輯上，爲先於個人而存在者，正如有機體之先於彼之各個部分而存在。國家依法律規定其市民之生活，個人之全部生活，須受法律之節制。蓋個人非屬於個人者，乃屬於國家者也。氏以法律之內容爲正義，乃對正義進行深刻之分析研究。依氏之見解，正義之原理，在於「均等」。第一、人與人之間須立於平等之地位，違反此項原則時，須予以糾正，即所謂糾正之正義是也。其次榮譽及財富之分配，須按各人之價值而受領其本分，即所謂分配之正義是也。亞里士多德深知以抽象之法律，適用於具體事由之困難。於是爲緩和正義之嚴格性，承認衡平之觀念爲法律適用之基礎。彼爲說明此概念，曾喻衡平於軟性物質所成之規矩。法律爲形式的，抽象的，故欲爲妥切之適用，必須乎適應環境，此適應標準即爲「衡平」。以氏觀之，衡平可達於變更法律之程度。氏對於其師柏拉圖廢除私有財產及家庭制度之主張，持反對之見解，認家庭爲男女，兒童及奴婢所成立，此乃由自然所成立之永恆存在之社會。由家庭之結合而生村落，由村落之結合而生國家。國家爲社會生活之最高綜合，但家庭及村落之中間團體，亦有存在之必要。在此點而言，亞里士多德比較柏拉圖近於實際，蓋彼重觀察而柏拉圖則重理想也。要而言之，柏拉圖及亞里士多德等希臘哲學之法理學的方面，實受下列三種思想所支配，即(1)審美心，(2)目的觀，(3)不自由意志是也。希臘哲學注重調和全部以完成一美術品，因此犧牲其分子而欲以同一模型構成之。國家乃此項美術品之一。其所體現之思想，即爲正義。而此正義非觀念上之正義，乃人情上之正義。國家爲人類之目的，故個人不問其意思之如何，必須爲國家之構成分子，以參加於此目的之完成。奴隸亦因此理由而承認之。至於法律，乃此觀念上之「必要」，當然存在。個人不問其意思之如何，必當遵守。是則

希臘之法理思想，其結果仍歸結於純粹客觀主義也。

(二) 羅馬之法理學

羅馬人不長於哲理。在猶太宗教為精神活動之最高對象。在希臘，則精神活動對象為哲學。反之，在羅馬則此活動對象為法律矣。就法律言，羅馬人之能力及技能，遠在他民族之上，但就法理學言，則覺稍遜耳。羅馬之法理學皆承受希臘先哲之法律思想。由是希臘之一切學派，在羅馬各皆有其代表人物，而希臘哲學體系中之最受羅馬法學家歡迎者，則為司徒雅派之哲學，蓋因司徒雅派之哲理，最適於羅馬人之嚴格氣質，且因司徒雅派之世界的全人類的理想，在羅馬帝國建設中已有某程度之實現。關於羅馬人之法律思想，其最重要之問題，即為「萬民法」問題。在第一意義上，「萬民法」即適用於外國人之法規全體。是種適用於國際關係之法規，其發生之理由，是因羅馬人之固有法，備嚴格之形式，故對外人有單純化之必要，由此而言，萬民法實為對外人一種便宜規定。其次「萬民法」最初在羅馬人心目中非認其優於羅馬之市民法，殆認其為劣等法律。以為「萬民法」非如市民法（註二）之週詳精緻，乃係較素樸之法律。然自希臘哲學到了羅馬以後，羅馬法學家漸認「萬民法」中之單純性有成為萬民所共通之優越性，由是「萬民法」遂具有一切民族所共通成法之意義。羅馬法學者中，以西塞羅（Cicero）為最著名。氏受亞里士多德及司徒雅之影響，故其理論，亦為兩氏之折衷理論。氏以為法律之成立，非基於人類之偶然意志，而是為自然所規定。彼亦如司徒雅派之倡說，主張一種基於人之內部構成而表現普遍理性之永遠法存在。此種永遠法乃係「自然正義」所構成。國家亦為自然之產物。因之萬人所共通之自然法概念，遂漸成羅馬法律家之普通信仰。羅馬法律家在純哲學純理論之抽象論上，無所擅長。彼等之長處，即在運用成法，適用法規。對於永遠不變之邏輯的原理，與不斷變化之實際的事例，巧於調節之。對於法律制度，善於利用之。使用精微之技術，促進法律制度之進步。此為彼等最大之貢獻。精微之羅馬法，實為後來法學發達之張本，此又不可不注意者也。

(三) 神學的法理學

發生於猶太而成爲歐洲普遍信仰之基督教，對於法律及國家之概念，引起深刻之變動。惟究其初，基督教義，原非具有法律政治之意義，殆可視爲純道德上之觀念。基督教所崇拜之博愛原理，其目的不在於直接改革政治法律，而在於改革人心而純化之。基督教雖宣揚人類之自由平等，但並未主張反抗國家之成法。後因基督教義深入歐洲人心之故，對於後世之政治法律，始發生極大之影響。第一宗教法律在希臘哲學發達期中原已分開。乃自基督教義發達以來，宗教與法律復歸於初期中之混同狀態。人類之理性，遂被所謂「天啓」所限定。此「天啓」乃彼承認其所謂人格的神支配世界之一種信仰之連鎖者。法律爲神之命令，國家爲神之設施。一切皆依神之意志，不能憑個人理性爲批斷之標準。「天啓」只能信仰，而不可論證。故其結果乃使法律與宗教混爲一體也。其次在古代，個人之上惟有國家存在。人類以作善良市民爲目的，一切皆爲國家而服務。然自基督教理產生以後，人類除做善良市民之目的外，尚有超凡世的目的。即人類之終極目的，已非「國家生活」，乃在獲得永遠之福祉。此乃天降之福，由服從神之意志，屬於教會之行動而得之者，故認教會爲超越國家之物。國家爲宗教之附屬，爲達宗教目的之手段。國家任地上之事，教會則任永遠之事。由是在政治上，教會遂儼然成爲對抗國家之團體。及至教皇時代，教會之勢力更凌駕國家之上而統治全歐。關於中世之基督教哲學，可分之爲二時代，即「教父」時代，與「煩瑣哲學」時代。前者爲由基督教會之教父確立教義及信仰規條之時代，後者則爲借助於希臘哲學以完成教義之時代也。

教父時代，自基督教之起源，繼續至夏列曼大帝 (Charlemagne, 800) 爲止，其間教父疊出，尤以奧古斯丁 (Saint Augustine) 之理論最爲特色。奧古斯丁描寫教會與國家之絕對對立性，認國家之基礎，並非立於自然之必然性上，實爲罪惡之結果。國家因人類離開宗教信仰而存在，其自身中最初即有缺陷。世界本應受「神國」之支配，惟因人類之原罪墮落，始受「地上人國」之統治。故國家及法律，究屬不得已之惡事，國家惟在爲「神國」完成之過渡手段及爲聖孝與和平之擁護時，始有存在之理由。國家應暫由代表「神國」之教會統率之，俟「神國」完全實現之時，國家即應消滅。此奧古斯丁「神國論」之大概也。奧氏之「神國論」在當時確

屬獨具見解，惟其理論則不免涉於空泛。故自中世後半期起，許多神學者，欲藉希臘哲學調和基督教義，即世所謂「煩瑣學派」者也。在煩瑣哲學派中，阿奎納士(Thomas Aquinas)尤為特出之人材。氏之最大著作「神學總覽」為彼時代學問系統之要綱，對於基督教義與希臘哲學相調和而施之解說，確有不少精采之處。阿奎納士之長處在其詳細「分類」之技能。彼之法律理論及政治理論之根底，可謂在其法律之分類。彼分法律為三種，即永遠法，自然法，及人定法。永遠法為支配世界之神之理性，此乃由「天啓」而獲得神之意志，吾人須依信仰而承受之。自然法為人類可依其理性而認識之法，乃永遠法之不完全而且部分的映寫。換言之，自然法者，人類依理性而解釋永遠法者也。人定法為人類之發明，此即自然法之特種適用，為自然法中抽出之者。依氏之見解，人定法不得與神之命令相違反，如有責人以信奉邪教之人定法，應無服從之義務。惟僅違反一般之福利時則為維持社會秩序起見，人民仍須服從之。阿奎納士之國家理論中，顯然表現彼與亞里士多德及奧古斯丁之差異。阿奎納士以為國家係為滿足人類之要求而必要之自然產物。此乃由人類之社交性所產生，得離原罪而獨立存在。國家具確保人類社會生活之安定，增進一般福利之目的，乃係神國之縮圖。此種國家觀念，即取奧古斯丁之理論而改造之者。蓋奧古斯丁之根本概念，即國家隸屬於教會，國家為教會之附屬，故須經常服從教會，助教會以達其目的。此思想在阿奎納士亦同樣見之，謂反抗教會之國家，即係缺乏正當性，此種國家不能容許其存在。教皇為神之權力之表現者，有處罰國王之權利。教皇能使人民脫離服從君主之義務，有取消人民對君主所發忠誓之權利。此點在中世政治史上，構成極重要之點。阿奎納士之理論，蓋欲犧牲其他之一切權力，尤其犧牲國家之主權，以確立教會唯一之絕對權力也。

第二款 自然法學派

自然法學派者，即主張普遍不易之理想法，存於現實法之上而以之為模範標準之學派也。十六世紀荷蘭公法學者格羅特氏著專書討論自然法，是為自然法學派之鼻祖，殆後自然法學者盡出，遂蔚成自然法學派之大觀。茲將歷來自然法學派之學說，分述如下：

(一) 格羅特 (Hugo Grotius 1583—1645) 格羅特是荷蘭人，為特出的法學家。他有許多學術上的著作，而尤以「戰爭法及平時法」(註1) (De Jure Belli ac Pacis) 為其著作中之最大成功，因當宗教改革打破歐洲宗教統一後，列國間頓成無政府狀態。格氏目擊時艱，特倡自然法之主張，藉以證明國家彼此相互之關係上，仍須受許多自然規則之支配，使他們新由教皇得到的自由，不得流於無法律的現象。列國之行為，雖無服從何項共同統治者之義務，但須受制於「自然法」上之規則。蓋「自然法」之根據是「理性」，而「理性」又為解決國際爭端之唯一良好辦法。至關於國家之來源，格氏亦主張契約說，但尙非民約論之創始者。格氏謂人類之天性，以自然法為基礎。不問神之存在與否，而自然法終為普遍不易之大法。欲判行為之邪正，應以是否適合人類之道德性及社交性為標準，即所謂「性法」是也。人類之社交性為自愛與他愛兩種。因天性上之驅使，遂由自然狀態而移於國家狀態。其形成國家狀態之唯一方法，即人類相互之契約。而自然法則為規律國家與人民間之默認法律。故國家者應以圖謀人民共同利益為目的，而為自由人之完全結合團體。

(二) 浦魯達氏 (Junius Brutus) 自十六世紀宗教改革之後，民權思想遂漸發達。由是「反暴君論者」之一派學者出，極端否認古來之絕對君權論及神授君權論。抗議當時君主之虐政，捍衛人民主權之思想，蓋君主之權利係基於君民之契約，如君主任意違反契約蹂躪人民，則人民當然有放逐討伐之權。此即民約論學說之大概也。當時主張暴君放伐論之最著者，厥為一五七九年浦魯達氏所著「暴文抗議」一書，依浦氏之主張，君主之保護權，全由君民間之契約而生，君主以保護人民之安寧幸福為條件，人民遂移付原有主權於君主而表示其服從，其不遵守此條件之暴君，人民自有放伐之權。

(三) 亞里通鳩氏 (Johannes Althusius) 及馬里拉氏 (Juan Mariana) 民約論漸由「君民統治契約論」進而為「人民社會契約論」。浦魯達氏之民約論屬於前者，盧梭氏之民約論屬於後者，其於此變遷而為過渡時代之代表者，厥惟德意志之亞魯通鳩氏 (Johannes Althusius)，其所著「國家論」一書，併認兩種民約，而

特以社會契約爲國家法律之基礎，當時學者之倡導社會契約論，尙有英人虎柯氏 (Hooker) 及馬里拉氏 (Juan Mariana)，在馬里拉氏所著之「君主論」，頗多社會契約論之色彩，同時於自然狀態中，以各人之自由平等爲「民約論」之根據，遂肇社會契約論與自然法論合體之根基。亞魯通鳩與馬里拉之著述均爲民約論中之傑作，頗有理論上之價值也。

(四) 浩布斯 (Hobbes) 浩布斯爲英格蘭人，著有「人性論」及「市民論」，爲擁護君權論者之代表，而與「反暴君論者」立於反對之地位。浩布斯雖同以人類之自然狀態與社會契約爲自然法之論據，但其結果則爲專制君主制之謳歌。故後人評之爲「最理想最矛盾之思想家」，誠非無因。浩氏主張人性爲惡，一人之自愛心常與他人之自愛心相衝突。故人類相互之關係，並非和平親愛，實爲猜疑恐懼，結果於自然狀態中遂不免人與人之戰爭；戰爭既起，則各人對於物之權利均失其保障，且因貪生惡死之利己性關係，於是乎不得不避免戰爭狀態而謀自安狀態。由是相約於各人固有自由中讓渡全部或一部於國家以謀權利之保障。此自由之讓渡爲絕對性，因之國家之主權者有絕對之權力，人民對於主權者亦有絕對服從之義務。浩氏認「反暴君論者」之理論有解除社會契約而復歸於原來戰爭狀態之危險，且謂國家之成立，原基於人類自保性之要求，國家苟無絕對專制之支配權，則人類自保之目的終不能達，是以根據自然法而主張一意思之專斷，並謂法律爲主權者之任意命令云。此種立脚於自然法主義而歸著於人定法之學說，且藉社會契約而爲君權之張目，其理論上之矛盾，自可不言而喻。浩布斯對於格羅特氏所主張之「社交性說」，亦反之爲「非社交性說」，其唯一理由則謂人類原無成立國家之固有性，因利害之關係始有社會契約之締結。此種理由於人性之本質上言，亦難認爲確實。蓋人類本爲好羣之動物，社交性能爲其固有之稟性。故其爲說實無足取之處。

(五) 浦芬託夫 (Puffendorf) 浦芬託夫介於浩布斯與格羅特之間，對於兩氏之主張採一折衷學說，依其所著「自然法及萬民法」之見解，人類之本性雖屬利己，但因互助之必要上，兼具有社交性焉。人類爲預防將來禍亂，乃相約產生兩種原約，其一爲依人民一致之合意，訂立「結社原約」以組織國家團體，其二爲表示服

從主權者之命令而締結「服從原約」。惟此服從原約非如浩布斯所謂各人自由絕對讓渡之主張，從而國家之主權者亦不得爲絕對之專制焉。

(七) 陸克 (Locke) 陸克爲英格利人，生於十八世紀，著有「民政兩論」等書。承當文藝復興之後，個人主義之思想漸次發達，故陸克之思想，亦傾向於尊重個人自由一方面。氏亦主張自然狀態先國家狀態而存在。在自然狀態中，各人之自由，因先占及勞動而爲財產之享有，其於阻止他人侵害之必要程度內有自由處罰權。惟此種自由，非自恣之意，乃獨立之義，故欲保全各人之獨立，不能不限制各人之自恣，自然之狀態中，因乏此限制之擔保，遂常呈不安狀態，於是乃有舍自然狀態而爲國家狀態之必要。當自然狀態時，無所謂自由平等，僅於同等者中，承認一人爲首長，及移於國家狀態，則依各人間之契約，而爲國家團體之設立。此國家團體具有整個之權力，更爲整個之行動。其行使權力之方法則因團體員多數之意向而定。故各人依設立團體之契約，負有服從多數決議之義務。惟此項契約非如浩布斯之主張，以個人權利之全體絕對讓渡於國家，僅委任政府以立法權、裁判權、及刑罰權，且以擔保個人之自由及所有權之必要範圍內爲限。蓋此說之重心，在尊重個人之自由及財產權。其影響所及，一方樹立英國近世自由主義立憲政治之根本思想，他方則爲美國獨立革命之理論基礎。陸氏對於民主政治之功，誠不可淹也。

(七) 盧梭 (Rousseau) 盧梭爲法蘭西人，生於十八世紀，著有「社會契約論」等書。民約論之自然法說起源甚早，至盧梭氏出，始有絕頂之旺盛，關於氏之思想，約有二期可述，其初期之主張，可見於一七五三年所題「人類不平等起源論」之論文，在此論文中，氏以自然狀態中，人類原極自由平等，乃因「人約」之故，遂生政治上之不平等，宜使之返於自然，此氏最初之論據也。迨一七六二年最著名之「社會契約論」出，一反從來之觀念，而以「人約」爲國家及法律之說明，氏以各人雖依社會契約讓渡自己權利之全部於共同體，但同時由共同體讓受同一之權利。故自己之權利，仍絲毫無損，而共同體之力，則加重權利之擔保焉。其主張非如浩布斯等拋棄自己固有權利之全部或一部，亦非如陸克氏絕對爲一部權利之保留。此種社會契約，實基於人民

之總意，即各人意思之「總和」而爲獨立之「總我」也。自其形態方面觀之，是爲國家。由其作用方面觀之，則爲主權。而法律則爲其人民總意之表示，故法律之淵源，即爲社會契約云。氏以國家既爲各人之共同體，則國家對於共同體中之各員，不能有絲毫壓迫之情事。國家不過爲人民單方委任之機關，故國家之存在應以全體民意爲依歸。政府如有違反民意或虐待人民的情事，人民自可依單方行爲而解散之，或依革命方法而打倒之。盧氏之學說，頗具革命性，故自「社會契約論」發表以後二十餘年中，革命風潮瀰漫全法，至一七八九年而法國大革命遂因以爆發焉。嗣因實驗失敗，其勢漸衰，惟自其結果觀之，盧氏思想實打破歷來之君權思想，而爲民主政治樹立穩固之基礎，其功實有足多者。

(八)康德 (Kant) 康德，德意志人，爲十九世紀之大哲學家，著有「法律學原理」等書，氏受盧梭民約論之影響，故其思想亦偏向於自然法派。氏對於國家之起源，見解亦與盧梭相類，故謂國家之組成係基於人民合意之原約。依此原約，全人民之各人，視爲國家之一員，於適法狀態中，保持其原有自由，惟因進化之故，特拋棄其外部之自由，而國家爲達各人之目的起見，取得各人之外部自由，故各人與國家發生法律從屬關係。惟此外部自由之拋棄，完全係基於各人自己之意思，故在合法範圍之內，其自由仍毫無減損。康德學說之特點，以無正義狀態之自然社會，進爲正義狀態之國家，係基於原約，國家及法律之形成，則基於人之理性及意思。康德注重個人自由，主張「理性個體之自治」，頗有絕對個人主義之傾向。康德理論之出發點爲「觀念理想論」，而非「想像事實論」，故與盧梭之民約論稍有出入焉。

(九)傅希德氏 (Fichte) 傅希德，德意志人，爲最趨極端之自然法社會契約主義之學者。氏與康德同時，亦受盧梭民約學說之影響。在其所著之「自然法原論」以個人自由爲學說上之論據。氏主張各人之原有自由除自身以外，無論何人絕無繩以法律之權利，從而國家及法律之基礎，乃由主權者之各個人，爲頃刻間自由承諾之表示，故國家應以實現個人之自由及原權爲目的。氏之初期思想傾向於絕對個人主義，惟迄晚歲，則漸離開個人而注重民族，蓋氏以民族之維持發達，實爲國家及法律之目的。氏又主張民約之一部係財產契約之觀念，

國家認各個人爲經濟主體，而爲擔保其生存權起見，應以物價及職業由國家規定，以謀財貨之均衡。對於外國通商應予禁止，此氏晚年之思想，一變個人主義而爲國家社會主義，其思想上之轉變，實受當時民族思想之激動云。

第二節 依歸納研究法之學派

歸納研究法者，基於經驗可得之知識，以爲學理上之研究者也。依此研究法之學派，約有分析法學派，歷史法學派，比較法學派，及社會法學派之四種。

第一款 分析法學派

分析法學派研究法律，是將現實具體之法律現象加以分析，闡明其成分組織，以認識法律之共通觀念。近代之分析法學肇始於義大利之註釋學派，自十九世紀以後，卽已勃興於英國。英國之分析法學始於邊沁 (Jeremy Bentham) 而成於奧斯丁 (John Austin)。邊沁對於其師布拉克斯頓 (William Blackstone) 混同法律規則與道德規則之見解，表示反對，以爲法律係由於「依據國家實力處罰犯罪者之威嚇」而實行之國家命令，不能與道德規則併爲一事。(註三)此實爲分析法學之基礎觀念，但邊沁對於立法學較對於現行法論尤爲注重，另成一派，迨邊沁歿後之一八三二年，奧斯丁之「法學範圍論」出世，英國之分析法學遂以確立。奧斯丁分析法學與道德之區別，(註四)主張惡法亦可成爲法律。違反道德之法律仍應有效。奧斯丁更進而定法律學之界說謂「法律學爲現實法律之學」，而法律學之任務在答復「法是何物」之問題，而不在答復「法所應爲」之問題。法律學之對象，爲現實法卽所謂人定法是也。奧斯丁之理論，一面排斥自然法論及其他哲學的論理學的見解，一面又排斥立法論的主張。此種學說，自今日觀之，似乎極其簡單，並無奇異。然在自然法學久已盛行之當時，實爲提倡法律學革命之新說。世故有謂分析法學非法學學者，然其論法律之本質一事，實包有法理學在內。其立論確有一面之真理，至少在其對抗獨斷的研究而確立實驗的研究一點，於法理學亦大有功勞也。

惟此種學說之缺點，失於範圍過狹，其法律之定義亦僅能適合於已發達之法制，尙未能完全說明法律之概念也。奧斯丁之後，英國法學者多師承其說。在今日英國分析派之代表則爲波羅克 (Sir Frederick Pollock)。彼極力排斥哲學的論理學的見解，力言法律與道德之區別，其所論較之奧斯丁尤爲澈底。彼之言曰：「余不承認法律家應比他人更成爲道德哲學者之理由」。又曰：「法律意義上之正邪，惟在國家所許可或禁止之處耳，豈有他哉。」(註五)由此可見分析派一般之見解也。

第二款 歷史法學派

歷史法學派，一稱沿革法學派，卽以法律之現象，應推闡歷史上之事實而詳加研究者也。歷史法學之必要，尼布爾斯 (Leibnitz) 夙已提倡。法律之歷史觀亦見於薛林格 (Schelling) 之法理學。此種思想，自十九世紀以後，忽呈具體化。在德國所產生之歷史法學派，頗有壓倒自然法學派之趨向。彼忽視時間空間之自然法說之非歷史的弱點，遂漸被史學的研究所打破。自然法說所表現法國革命之反動，與德意志各邦因被拿破崙蹂躪而生之國民自覺，實爲德國歷史法學派勃興之主因。迄一八一四年拿破崙自德敗退後，遂開德意志歷史法學派之新紀元。其議論之最動聽者，卽德意志復興統一論，實爲反對自然法說最有價值之主張。因此影響，而德意志最著名之薩威稜與提波之法典爭義，乃於是乎起矣。先是赫德爾堡大學教授提波 (Thibaut 1772-1840) 於一八一四年發表「德意志一般民法典之必要」一書，論德國民族之統一，應以法律統一爲初步，並提倡其通法典之編纂爲當時之先務。彼主張此項法典須排除外國法之成分，尤宜排除羅馬法，使適合於德國之民俗。而法典之根本則須依據正義及理性，蓋提波雖代表當時之國民的自覺，但仍不免受自然法所支配。提波此論，頗適合於時事之要求，幾成爲德國復興方策之名論。然當時柏林大學教授薩威稜 (Savigny 1779-1861) 則於是年發表「立法及法學上之先務」一書，反對提波之說，謂法律乃可以成立之物，非可以造作之物，正如國語之在國民中自然發達，非立法者所能製作以授諸國民也。欲期德國民族之法律統一，必先統一德國民族之法律思想。僅憑一般法典之編纂謀達統一之目的，適與作辭書以統一國語同其旨趣。此極有力之駁論一出，提波之說

卒未爲當時所採用。惟薩氏之論，亦未絕對否認法典之編纂，不過以爲時機太早，歷史法學的準備尙有必要也。故爾後經歷八十餘年之爭論與研究，始折衷兩氏之學說而完成一八九六年之德意志民法典。在薩威稜之前，則有蓋古 (Hugo)，亦否認自然法說，謂法律之內容，必須由經驗及歷史中採取之，實歷史派之先驅也。此說至薩威稜發表前述論文時始見完整，復與同時之普氏達 (Puchta) 相呼應，乃頓呈活躍之象。此種學說，自其研究方法觀之，卽爲歷史法學。自其內容觀之，又可稱爲「民族精神說」。換句話說，法律爲民族精神之表現，而基於民族之「法律確信」者也。「法律確信」卽法規存在及有效之確信，爲民族的心理狀態。薩威稜及普氏達均認此「法律確信」屬民族心理狀態之自體，是爲法律之本質，而慣例、學說、判例、法文等，不過爲其所謂民族法之發現狀態耳。故法律之發達，純基於民族之心理。實言之，法律者與民族俱生，俱長，俱亡者也。薩威稜採用羅馬法爲其歷史法學研究之對象，蓋以羅馬法爲德國所繼承，而成爲一種普通法也。然其後繼起之愛希霍倫 (Eichhorn) 格里姆 (Grimm) 等，則與薩威稜不同，以爲法律如爲國民精神之表現，則德國應研究其固有之德國法。於是德國歷史法學派之中，遂有羅馬系與日耳曼系之別。前者溯其法源於未經德國繼承之羅馬法，後者則遠溯其法源於未繼承羅馬法以前之日耳曼古法。迨後兩派因逐漸研究繼承羅馬法後之德國法律狀態，對立之形勢始見緩和。至一八九六年德意志民法典之大業告成，始無對立之痕跡。至在英國方面則有梅因 (Sir Henry Maine) 發表「古代法論」等書，均主用實驗方法，詳究法律沿革之原理。其後梅特蘭 (Maitland) 等輩出，極力提倡英國國法之重要，以期成立英吉利法律系統。此歷史法學派發展之大概也。

第三款 比較法學派

注重法律爲地理的，人種的產物之事實，而揭舉場所不同之數種法制，以作實驗比較研究者，是爲比較法學。此種法學自近世以來日趨發達，逐漸成爲一種專門之研究。比較法學之中，亦有兩方面。其一爲開明各國法制之比較研究，謂之比較立法學，其二爲古今未開化民族法制之比較研究，謂之人種學的法律學。比較立法學盛行於法國，其代表之人物則爲拉伯爾 (Lambert) 羅甘 (Roguin) 等。法國法學之進步，卽由

此等學者於世界各國之法制比較研究，著爲論說，爲最大之貢獻也。然法國對於各國法制之比較研究，其較之此等專門學者而更有大貢獻者，則爲一八六九年在巴黎設立之「比較立法學會」及一八七六年用部令設置於司法部之「外國立法調查會」。其後在一八九四年設立於柏林之「國際比較法學經濟學協會」及一八九六年設立於倫敦之「比較立法學會」皆取範於法國者也。此種比較立法學之目前任務，雖僅在謀國際私法裁判之便利及供國法之創制補充或解釋之參考資料，但其最後之目的則仍在於法律本質論也。

人種學的法律學盛行於德國，其創始者實爲巴可芬 (Bachofen)，惟至波斯特 (Hermann Post) 出，始著專書，使斯學在法律學中得以成爲獨立之科目。其後郭拉 (Joseph Kohler) 更高唱法律爲文化現象，具有歷史關係，尤注重民族文化爲法律之基礎，並進而主張用實驗方法研究各部族之文化。此種人種學的研究對於比較法之發達實大有影響。此學派之研究，現尙未脫斷片記述之境，然由此種實驗的研究而歸納之，亦未嘗不能構成綜合的法律本質論也。

比較法學之研究方法，可分爲下列三種：

甲、國別比較法：此法注重於法律爲地理的產物之事實，以國法爲比較之單位。此方法係法國式比較立法學所採用者，其效用雖多，但僅能用以研究各開明國家之法制。惟有應注意者，各開明國家之法律，大都由固有法及繼承法之兩要素而成。又如聯邦制之國家，一國之內常有數法並存之事。如以國境爲界限而比較法制，事實上亦殊欠週到也。

乙、人種別比較法：注重於法律爲人種的產物之事實，以每一人種之法律爲比較之單位。此方法即德國式人種學的比較法學之研究方法，用以研究未開化社會之法律，甚爲適當，而於開明國家法律之研究，亦足以補充國別比較法之缺點也。

丙、法系別比較法：此係日本穗積陳重所提倡，而於一九〇四年報告於美國「遜特爾伊司」之萬國學藝會者也。此方法根據一國之法律，由固有法及繼承法而成。此繼承法稱「子法」，其爲模範之他國法稱「母法」。

於此子母法間之系統關係，詳加比較，而研究其法源、法境、法勢之概要，是爲法系別比較法。

第四款 社會法學派

社會法學派注重於「法律爲社會法則，法律現象爲社會現象」之事實，主張用社會學的方法以研究法律。此種思想之起源，實發端於社會學鼻祖孔德 (Augusta Comte) 之「實證哲學」，孔德謂吾人之知識惟限於現象界，而以採用自然科學的方法闡明現象及其相互關係，爲其哲學之任務及界限。一切知識皆爲歸納的相對的，惟用此相對的知識，即可以充人生之用。故其實證哲學惟以認識自然法則之內容爲滿足，至於自然法則之說明，則以其爲不可能之事而棄置之。故以國家爲社會之一種形式，以法律爲社會之一種現象，而定其研究之對象，因而吸收國家學及法律學於社會學之中，此即孔德實證主義之大概也。孔德之理論完全着重於社會，故謂個人惟負有對於社會之義務，無所謂個人之權利。其闡明法律之出發點，亦非個人而爲社會之事實。社會學的法律學與社會學相同，亦肇始於孔德之實證哲學，但以後則漸與實證哲學及社會學分立，終至獨立成爲法律學之形態。關於其發達之途徑，約有四個時期可述：

第一、爲實證哲學時期。在此時期研究法律學注重於社會的法律現象之記述，而放棄其說明與批評。其對於國家現象及法律現象，亦若對於一般自然現象作相同之機械的觀察。蓋在孔德時代，科學思想之中心點，最注意於物質宇宙之機械性，故其治法學也，亦以「機械定律」爲根據。故此時期亦可謂爲機械論時期也。

第二、爲生物學時期。自十九世紀後半期起之社會學及法律學因受達爾文 (Darwin) 進化論之影響，故漸傾向於生物學之理論。此輩學者在德國則有赫克爾 (Ernst Haeckel)，在英國則有斯賓塞 (Herbert Spencer) 等。今日之社會學者，法律學者中之具此傾向者亦復不少。此學派對於國家及法律，作生物學的說明，以替物理學的觀察，並欲應用進化論中生存競爭，自然淘汰，適者生存等之理論，以說明國家及法律。此種研究，以言乎國家及法律之起源論及發達論，實兼有自然發生論及人爲創造說之優點。至就其具有科學的形體一事言之，則較之其他學說尤爲進步。惟此派學者亦有一種通弊，例如尼采之「超人」思想，動輒陷於「社會的優者主義」

(註六)之弊病。尼采所謂國家及法律之任務，在於指導自然淘汰及助長適者之生存，實與現代法律社會化之精神有背。蓋國家之任務，實在於抑制生存競爭，限制自然淘汰，以保障不適者之生存也。

第三、爲心理學時期。在此時期，社會法學者，研究法學傾向於心理學的見解。此派之著名學者，有德之基爾克，美之烏德，及法之達爾特。基爾克爲德之著名社會法律學者，彼於其所著「德國團體法論」之部首，即標明「人之所以爲人在乎合羣之義」。其表示社會法學的態度，與從前以個人意思爲基礎之法理學正相反對。基爾克之團體論，爲對於十九世紀初期個人主義的法理學一種反響。彼主張團體之爲物，自有其真實的人格，團體不獨爲無數個人之和，於和之外而且另有物在。其人格之成立，不寧爲法律的假設，抑且爲明確的事實。團體又自有其意志，此意志異於此羣內個人之意志。團體之意志，不僅未弱於個人意志，抑且視之爲更重要。彼又主張法律非能創造人格，而僅能就已有者承認之。猶之人之爲人，法律亦僅能承認，而不能創造相同也。團體之行爲能力，亦與個人之行爲能力無異，法律亦唯能承認之而不能創造之。基氏之說因着重於團體意志，故其研究方法亦傾向於心理學的解釋。與基爾克抱相類之見解者尚有馮德(Wundt)及葉令納克(Jellinek)。馮德謂法律之進程，實不外爲民族心理之進程，是以猶之其他一切精神的創造物，法律常在變的進程之中。葉令納克則以法律之所以成立，全賴有心理效率之保證。換言之，即政治之權力者，當其立法之際，有社會之心理力爲之後盾，使其所立之法，得以生效。葉氏所倡之社會心理的保證之概念，說明法律所以發生效力之理由，實爲心理學運動中最大之貢獻焉。

法學思想中，既已從內的方面而發展心理學的趨勢，同時心理學運動，更向外的方面進行，使其趨勢益爲遼遠。此即烏德(Ward)提倡之「動的社會學」是也。烏德謂社會之本質爲心理力。心理力與物理力，同爲實在的，且爲自然的。而一切社會現象之真實原因，即此心理力也。故社會學之基礎，不在於生物學，而應於心理學求之。吾人對於自然之態度須分兩種，一爲學生之態度，一爲主人之態度。若惟觀察自然作用之無意識的表現，尚不充分，蓋社會學之終極目的，在研究其應用自然力於社會目的之有意識的心理作用也。

同時社會法律學上，另受一更密切之影響者，則實肇於達爾特 (Gabriel Tarde) 之著作。其著作之負盛名於法學界者有「模仿性定律論」及「法律學之變遷」等書。烏德既倡精神的動因為一切事物之主要之說，達爾特更起而研究此動因之內容，並尋求支配此動因之根本原則。達氏以其內容實為普遍不斷的重覆作用，而在社會方面的形式則為模仿性。由觀察文明之發展，語言藝術法律制度之進化，達氏斷定模仿性乃其最普通之動因焉。於是達氏乃着手披考模仿性之心理學上與社會學上的定律。

第四、為社會法學派綜合統一時期。自十九世紀末葉以來，社會學者之中，從烏德為始，已逐漸覺察上述實證學的生物學的或心理學方法，皆不能完全解決社會學之問題，必須綜合過去所已實行及將來所能實行之一切方法，方能成就完全之社會學。至於晚近，社會學者不惟曉然各派學說之應聯合而歸一致，使社會學期達於大成。抑且深知社會學本身與其他社會科學，亦實有聯絡之必要。以為凡此分門別類之學科，實亦不外為一般關係社會方面之科學的治學方法上之分野而已。是以為統籌全局起見，社會科學亦應互相聯合，其在社會法理學方面，亦受同一之影響。學者於今已漸悟原來社會法理學中各派之學說，皆不免有窺一斑而執為全豹之弊，與夫各主其說而趨於極端之非計，故有綜合統一各派學說之必要也。

總而論之，社會法理學者，欲取法律之典章、原則、制度、視為社會現象而為比較的研究，更就其與社會情態社會進步所發生之關係而討論之。以此派之內容而與他派相較，則其特質有如下所列四項：

- (一) 此派着重於法律之作用，而不注重於其抽象的內容。
- (二) 此派視法律為社會制度之一，應以人類聰明、智力、時加改善，此派且認尋覓促進此努力之最善方法，為其唯一之職志。

(三) 此派着重於法律所欲致力之社會目的方面，而不注重於法律之力的方面。

(四) 此派主張律例應視為指導執法者使得達社會的公平之用，而鮮以呆板的範型看待。

(註) 戰爭法與平時法一書，在國際法為權威之作，故格羅特有國際法元祖之稱。參閱拙著，中華書局出版之國際公法綱要第七頁。

- (註二)市民法原名爲 *ius civile*，是羅馬人之法律，祇羅馬人得享受之，外籍人民均無受其保護之權利。
- (註三)見 *Bentham: Theory of Legislation*, Chap. XII.
- (註四)見 *Austin: Jurisprudence, Lecture, S*
- (註五)見 *Pollock: First Book of Jurisprudence, Chap. II.*
- (註六)「社會優者主義」*Social Aristocracy*，即是說只有優者可以生存，劣者便須受淘汰。

第三章問題

- 一、何謂自然法學派？
- 二、演繹方法與歸納方法有何區別？
- 三、格羅特何以說是自然法學派的鼻祖？
- 四、浦魯達之「反暴君論」內容如何？
- 五、浩布斯何以說是最理想最矛盾思想家？
- 六、浦芬託夫如何折衷格羅特與浩布斯之學說？
- 七、歐克的思想對於美洲獨立戰爭之影響如何？
- 八、盧梭之「民約論」是否爲法國大革命之導火線？
- 九、康德之思想與盧梭之思想有何不同？
- 一〇、傅希德晚年何以傾向於國家社會主義？
- 一一、何謂純粹哲理法學派？
- 一二、何謂客觀主義？其代表人物是誰？
- 一三、何謂主觀主義？其代表人物是誰？
- 一四、希臘詭辯派之主張如何？對於當時之社會有無影響？
- 一五、蘇格拉底如何反駁詭辯派？
- 一六、柏拉圖在國家論之思想與法律論中之思想有無矛盾之處？
- 一七、柏拉圖何以主張廢止家庭和私產制度？
- 一八、亞里士多德分正義爲幾種？

- 一九、希臘的法理學受那幾種思想所支配？
- 二〇、羅馬之市民法與萬民法有何區別？
- 二一、羅馬之法理學受那國支配？
- 二二、西塞羅之法律思想若何？
- 二三、基督教義對於政治法律所生之影響如何？
- 二四、奧古斯丁之思想有何獨特之處？
- 二五、阿奎納士分法律爲那幾種？
- 二六、分析法學派之研究方法若何？
- 二七、英國分析法學派始於何人而成於何人？
- 二八、試批評奧斯丁之法律思想。
- 二九、何謂歷史法學派？
- 三〇、歷史法學何以在德意志勃興？
- 三一、提波對於復興民族之主張若何？
- 三二、薩威稜如何反駁提波之主張？
- 三三、「民族精神說」之意義若何？
- 三四、愛希希倫及格里姆之思想與薩威稜有何不同？
- 三五、何謂比較法學派？
- 三六、何謂比較立法學？其代表人物是誰？
- 三七、何謂人種學的法律學？其代表人物是誰？
- 三八、比較法學之比較方法有那幾種？
- 三九、法系別比較法係何人所提倡？
- 四〇、何謂社會法學派？
- 四一、試述孔德之實證主義？
- 四二、達爾文之進化論對於社會法學派有何影響？
- 四三、試批評尼采之「超人」思想。
- 四四、基爾克之團體論的思想若何？

四五、葉令百克之主張若何？

四六、烏德之思想若何？

四七、達爾特之思想若何？

四八、社會法學與其他科學有無關係？其特點何在？

第四章 法系之概略

世界之法系可分爲下列各種，述之如下：

第一節 埃及法系

埃及立國最早，故其文化在古代亦爲最高。埃及之文化，孕育於豐富之尼羅河，其最繁榮之時代，云於此河畔約有二萬之都市存在。故其法律制度亦隨繁盛之都會而產生。埃及法之歷史的記錄，直可溯至紀元前四千年之前，距今約六千年也。埃及之國王，乃唯一最高之統治者。據埃及之傳統，埃及最初之立法者爲紀元前三千三百年時之米尼斯，惟其詳細則無可考。其後歷代國王亦多制定法典。其中最著名者，乃紀元前十三世紀時之漢漠哈比法典。此等法典，相傳是以手卷而置之於法庭公案者，惟該法典迄今已湮沒無存。只能於法典以外之殘存記錄中窺見當時法制之一斑。埃及數千年之歷史中依次使用之文字，有象形文字，僧侶文字，通俗文字，及希臘文字四種。象形文字時代之法律文書之彫於加拉克殿堂者，有紀元前十四世紀時拉塔斯二世與希特族王之媾和條約，乃最古最著名之國際條約者也。至僧侶文字所殘存者有安盟漢特三世之遺囑。又如通俗文字所殘留者，乃關於婚姻契約、土地、借券、買賣、遺言，並其他之文書。再如希臘文字，從紀元前三世紀亞力山大征服埃及以來，通行於埃及者約數世紀，故裁判紀錄之以希臘文字記載者，尙保存若干。由此等紀錄之發見，遂可決定埃及之法制在古代卽已臻於發達之境。埃及法中特別引起後人之注意者，乃婦女之法律地位，較之其他古代法系，有更高之地位。此種事實，可見於紀元前四世紀之婚姻契約中。當時家庭之財產權握之於婦人之手，離婚亦常由婦人所發動。此點頗堪研究。關於埃及刑事民事裁判之詳細手續，由古記錄之發見而明白，尤其關於刑事裁判，尙殘存若干記錄可以窺知裁判之完全狀況。其中紀錄更有名者乃紀元前十二世紀由拉

密斯三世所成立之特別法庭關於大逆罪之裁判記錄與墳墓發掘罪之紀錄也。

第二節 美索不達米亞法系

美索不達米亞文化，繁榮於幼發拉底斯河與底格里斯河之兩大流域間，以奄有南北加地亞之巴比倫與北方之亞敘爲中心地。美索不達米亞文化在古代甚爲發達，其法律制度亦起源甚早。其中尤以紀元前二十二世紀漢拉比法典最爲世人所注目。此項法典係於一九〇一年在波斯舊都蘇薩，爲法人摩爾根所發見，現保存於巴黎洛佛爾圖書館。漢拉比法典，概刻之於八呎石柱上，約成於三百條之法典也。此項法典涉及刑法、親族法、財產法、商法等法律生活甚廣之領域，故爲極貴重之發見，一九〇〇年所發見一部分之亞敘法典，乃漢拉比法典後約經過一千年之法典，亦爲重要之文件。由這些文件之發見便可窺知古代美索不達米亞人法律生活之一斑。例如關於離婚，在埃及法，乃婦方向夫離婚者，而在美索不達米亞之法律，據各個發達階段看來，均係夫方向妻離婚。在漢拉比法典，夫於離婚時，有返還粧奩費於其妻之義務。在亞敘法典，則夫於離婚時，可任意退還若干粧奩費於其妻。此關於離婚之大概也。此外於泥板上以楔形文字所載各種法律行爲，如不動產移轉、借貸、動產買賣、寄託、夫婦財產契約、代理、公司、貨物兌換等文書，現已次第發見，均足表明當時美索不達米亞之法律制度已臻於極形發達之境也。

第三節 中華法系

我國爲東亞文明古國，具有五千年之歷史。各種法制，遠在古昔，即已異常發達。自其發達之階段言之，可大別爲五期。分述如次：

(一)三皇時期：此時期由伏羲至陶唐約自民國紀元前五千二百年至民國紀元前四千四百年。我國法系開始於大皞伏羲氏。易繫辭下卷曰：「古者包犧氏之王天下也，仰則觀象於天，俯則觀法於地，觀鳥獸之文，與地之

宜，近取諸身，遠取諸物，於是始作八卦，以通神明之德，以類萬物之情。作結繩，爲網罟，以佃以魚，蓋取諸離。」此爲伏羲氏體會天地自然之法則，以應用於人類社會之始。其後社會組織日就完成，法律制度亦陸續誕生。如易繫下卷曰：「神農氏作，日中爲市，致天下之民，聚天下之貨，交易而退，各得其所。一是爲商事法規之始。」重門擊柝，以待暴客一，是爲公安制度之始。「上古結繩而治，後世聖人，易之以書契，百官以治，萬民以察。」是爲記事文書及契約之權輿。

(二)陶唐至商末：此時期曰陶唐至商末，約自民國紀元前四千四百年至民國紀元前三千三百年。唐虞之際，典章制度，大有可觀，當時童謠云：「立我蒸民，莫匪爾極，不識不知，順帝之則，」其時帝室法則，支配一般人民生活，已可想見。其見於載籍者，尙書堯典舜典，其內容實涉及國家、社會、政教、刑獄各規範，可稱爲我國最初之法典。堯典所載「克明俊德，以親九族，九族既睦，平章百姓，百姓昭明，協和萬邦，黎民於變時雍，」不啻爲宣示政綱之誥令。又舜典所載「象以典刑，流宥五刑，鞭作官刑，朴作教刑，金作贖刑，眚災肆赦，怙終賊刑，欽哉欽哉，惟刑之卹哉。」實爲頒布刑法之誥令。禹承舜禪，本與堯舜同其治世之策，後因有亂政而作禹刑。商有亂政而作湯刑。湯又制官刑以儆於有位曰：「敢有侮舞於宮，酣歌於室，時謂巫風。敢有殉於貨色，恆於遊畋，時謂淫風。敢有侮聖言，逆忠直，違耆德，比頑童，時謂亂風。惟茲三風十愆，卿士有一於身，家必喪。邦界有一於身，國必亡。臣下不匡，其刑墨。」是爲後代官刑之張本。

(三)周初至戰國末年：此時期由周初至戰國。周代典章制度，詳於周禮。其全書包含憲法、行政法、土地法、民法、刑法、訴訟法等，實爲我國法系最完全之法典，成於周成王初年，距今約三千年也。周禮體系，以六官爲綱。天官冢宰，總御百官，謂之治官。地官司徒，職司教化，謂之教官。春官宗伯，職司典禮，謂之禮官。夏官司馬，職司軍政，謂之政官。秋官司寇，職司刑獄，謂之刑官。冬官司空，職掌工事，謂之工官。六官皆率屬六十，各有職事。更於職事之中，逐一爲實體法之規定，並臚列其手續。故周禮一書可稱爲實體法兼手續法之法典。

戰國時代，魏文侯用李悝著法經六篇，爲我國刑法列爲專篇之鼻祖。六篇內容：一曰盜法，二曰賊法，三曰囚法，四曰捕法，五曰雜法，六曰具法，集諸國刑典之大成。商鞅相秦，即據爲變法之基，極著成效。當時法律學者，如申不害、韓非子等亦極力主張法治。

(四)漢初至清末：此時期係由漢初至清末。漢高祖初定關中，約法三章，即殺人者死，傷人及盜抵罪，餘悉除去秦法。丞相蕭何以三章法不敷應用，乃以李悝法經六篇爲本。益以興律、廐律、戶律三篇，合爲九篇，號「九章律」。至魏明帝改定新制，作魏律十八篇，於漢律略加增益，將其律移置篇首，改稱刑名，其餘盜律、賊律、囚律、雜律四篇仍舊，而新增劫殺、詐僞、斷獄等十三篇。晉武帝命賈充等定法令，就漢九章增十一篇，共二十篇號「泰始律」。嗣後歷南北朝、五代略有增損，至隋高祖令高穎等更定新律十二篇，即名例、衛禁、職制、戶婚、廐庫、盜賊、詐僞、雜律、捕亡、斷獄等是也。是爲「隋律」。唐初撰律令，因隋之舊，爲十有二篇。唐之刑書有四：即律、令、與格、式四種。令者國家之制度，格者百官有司所常行之事，式者則所當守之法，凡有違反及爲惡者一以律斷之。四者均以太宗貞觀年間所修者爲定本，號爲「唐律」。趙宋初用唐律，旋加修改稱爲「刑統」。胡元入主中國，曾於英宗三年預定「大元通制」。明太祖平定武昌，即令諸臣作「律令互解」，洪武七年更頒行「大明律」，篇目一準唐律，凡十二篇。清順治三年，令法部詳釋明律，參以滿洲制度，刊布「大清集解附例」。雍正三年，更頒布「大清律集解」。乾隆五年，專設律例館，定五年修改一次，同時頒布「大清律例」，凡千有餘條。此外尚有「大清會典」「六部則例」等書。

(五)民國成立之後：清光緒末年，因受領事裁判權之恥辱，且以國內革命風潮澎湃，乃力謀改善法律以適合世界潮流。光緒二十八年詔沈家本、伍廷芳，將現行律例，參酌各國法律，悉心改訂。三十年設立修訂法律館，關於審判制度及刑律，均次第改革，粗具規模。宣統繼位，頒佈憲法大綱及十九信條，是爲君主立憲之始。辛亥革命，民國成立，乃有臨時約法之頒佈，其他民、刑、商法、亦陸續訂定。至民國十七年，國民政府奠都南京，對於立法事業更爲注重。現在陸續頒佈者有民法、刑法、民訴法、刑訴法、商事法、及憲法、草案等。其

中憲法案雖有待將來國民大會之通過，但我國係以黨治國，本國民黨之三民主義樹立五權憲法，由政府行使立法、行政、司法、考試、監察五種治權，另由人民行使選舉、罷免、創制、複決四種政權，是為我國憲法之特色。其次我國採取民商合一制度，將商法總則中之經理人代辦商，商行爲中之交互計算、行紀、倉庫、運送營業、及承攬運送，一併編入民法債編中，而公司、票據、海商、保險各法則特別訂定，以資適用。就中親屬繼承兩編，釐訂親屬關係，改良婚姻制度，廢止宗祧繼承，（註一）提高女子地位，（註二）以期男女立於平等地位。刑法則採取罪刑法定主義，（註三）注重感化政策，訂定科刑標準，嚴示易科限制，允與現代刑事政策相符，而民事訴訟法之厲行和解，與刑事訴訟法之增設自訴，尤與民情風俗有所裨益，凡此種種皆足表現我國法律已向革新之途邁進。

第四節 印度法系

印度爲東方古國，人種複雜異常，語言亦不一致，僅主要語言已達二十五種，若就地方語計之，當不下三百種。印度自開國以來，曾數次被外族所征服。紀元前二千年爲阿利安人，紀元前六百年爲波斯人，紀元前四百年爲希臘人，從十一世紀至十五世紀爲土耳其人，十五世紀爲蒙古人，至十八世紀中葉則爲英吉利人。故印度之文字法律，亦因地域人種而互異。就中波斯人、希臘人、及英吉利人之侵入，對於印度之法制尙無關重要。而土耳其及蒙古人則均攜回教法律以俱來，故印度人之遵守回教法律者，至今猶佔五分之一。近百年來，英人在政治上，置印度於其支配之下，固於公法及商法領域內發生影響，然對於印度之舊有法制習慣，都仍繼續。聽其存在。因之只有第一次侵入之阿利安人種，始能視爲誕生印度固有之法律體系者也。

阿利安人所建設之法律體系，可大別之爲婆羅門法及佛教法兩種。婆羅門法是以「摩拏」法典爲基礎。在此法典中，階級制度之觀念，牢不可破。其中僧侶、武士、庶民、奴隸，四個階級之對立，雖至現在，尙無法消滅。史稱「摩拏」爲天神所降，其法典出自神授，故其效力對於一般信奉婆羅門教之印人極爲宏大。「摩

「摩拏」法典以外，尚有地方習慣，學者著述，均爲婆羅門法重要之法源。當時印人之法律生活均受婆羅門法之支配，惟自紀元前五世紀以來，釋迦牟尼之佛教，盛行印度各地。至紀元前二百五十年，阿育國王皈依佛法，基於佛教教義，頒布敕令數十道，遂構成「達摩」法典之體系，以代替「摩拏」法典。於是婆羅門教之階級制度，漸次打破佛教勢力，乃超越印度國境，遍及緬甸、暹羅、中國、及東印度諸島。惟印度本國之佛教，從五世紀至八世紀之間，逐漸失勢。九世紀以後，婆羅門教乃再支配全國。從十一世紀至十八世紀，在回教土耳其及蒙古支配下之印度，婆羅門法僅視爲被征服者之習慣，故於此際婆羅門法學之發達亦遭停止。然自十八世紀中葉以降，英人統治印度，側重印度之舊有法制習慣爲其殖民政策。於是婆羅門法遂又呈活躍之象。關於印度人間之案件，英國裁判官多羅致婆羅門法律家以爲襄助。對於婆羅門法之各派學說，亦輯爲專書，以供印人之參考。故現在印度人民之日常生活，實際上仍受婆羅門法之支配也。

第五節 希伯來法系

希伯來法系或稱猶太法系，誕生於紀元前一千二百年。此種民族富有宗教性，其進化階級最初爲游牧的，其後始成爲農業的。故其法律之形體爲農業式，其法律精神屬宗教性。由其發達之程序考之，可分爲三時期：

第一期由紀元前十二世紀至五世紀，卽爲摩西、大衛、梭羅門、愛尼亞、大流等輩之時代。舊的聖經上所載摩西之五書，卽表現於創世紀、出埃及紀、利已記、民數紀略、申命記中之傳說與法典，是爲希伯來法之法源。然而此期最重要的法源，當首推摩西之「十誡」。當摩西之時，希伯來民族受制於埃及及王暴政之下，民不堪命，摩西乃假託神意教之於亞刺伯之錫蘭山上也。

第二期係由紀元前四世紀至紀元前一世紀之時期。此一時期在理論上雖云保持神政，但政治上則漸次立於波斯、希臘、及羅馬保護之下，而內政之權亦由國王移於長老會議之手。長老會議以七十一人組織之，爲最高

之裁判機關。此外在耶路撒冷並其他之大都會中，各有由二十三人組織之地方長老會議。其上更有由審判官三人組成之下級法庭。此等審判官向係選自宗教法學校受有訓練深諳法律之人才。當時裁判所之判決手續，歷來僅係由口傳，以後始取記錄之形式。而此判決之記錄即常在宗教法學校加以討論，故此時期之法律尙稱發達。迨耶路撒冷被羅馬陷落，猶太人失其自治之能力，而希伯來法遂失其憑藉矣。

第三期，從紀元三世紀到五世紀。在此時期希伯來學者從事於紀元前四世紀以來判例學說之蒐集，蔚成巨大之著作，足與研究羅馬法英美法之著作相對抗。至六世紀，猶太人流落各地，希伯來法雖視爲消滅，但猶太法學者仍不斷以希伯來文或阿剌伯文刊行希伯來法之著作。因此，猶太人雖散處各處，而其家族生活，宗教生活，商業生活之共同習慣，尙依此等著作以維持之。故至今流寓異國之猶太人，均以希伯來文爲其所在國之第二國文，而以希伯來法爲維持家族關係之第二國法。是猶太國家雖早已失其存在，但希伯來法之宗教精神，則未全歸消滅也。

第六節 希臘法系

希臘法系，起自紀元前十三世紀荷馬時代，迄紀元四世紀被羅馬法系吸收完淨之時。記錄上希臘最古之血族團體，云棲於地中海中之克利地島。傳聞希臘最初之立法者米諾司，曾於紀元前十七世紀君臨斯島。據希臘神話觀之，米諾司係由主神薛烏斯授之以法律者。然而米諾司時代之法律的記錄，尙不曾發見。但希臘現存之最古法律，均係屬於克利地地島者，如紀元前五世紀哥地那之市法是。此項市法發見於五十年前，係刻之於三十呎長方形之壁石上者。其中第一節，是關於奴隸之裁判方法，餘則關於財產相續等之記錄。哥地那法發見之時，曾引起學界甚大之驚異。

紀元前七世紀，雅典有梭倫其人，蓋有名之立法家也。傳聞在梭倫時代，制定人民集會之法律，皆刻之木板，銅板，或石板上，保存於雅典衛城所謂「亞克羅波里斯」之中。然而是等記錄，已完全失傳。僅由對照德

謨斯特內斯並其他雄辯家之演說，繼於雅典及其他都市之法律，間接知其大概耳。又關於法律行爲的文書，所殘留者亦極少，實遠遜於埃及或美索不達米亞法系之殘留者也。惟關於不動產讓渡，不動產貸借，金錢貸借，水道包工契約等，尙殘留少許。但徵之此等文書，可知當時希臘人之法律生活，已有相當之發達也。

希臘之裁判，在其富於民衆的色彩之點，特別顯著。民衆裁判之萌芽，本已早見於荷馬詩中，而於貝尼苦列斯（紀元前四五〇年）及德漢特斯內斯（紀元前三五〇年）之時代，雅典之裁判，即以一種陪審制裁判爲特色也。當時雅典每年曾有六千餘陪審員名簿之編製。通常之場合，則於此名簿中籤選二百零一人。在特別之場合，則增到千人乃至二千人之陪審員。於是無論法律問題或事實問題，均可決定於是項人民大集會之陪審。犯人之是否有罪依投票之結果而判決之。關於此種民衆的陪審裁判，與其謂爲注重嚴格之法規，毋寧是注重案件之具體正義。故在法庭上之雄辯，頗足以轉移陪審員之視聽。訴訟當事人本可自己辯論，而因「代筆」或代辯之職業已屆發達，故於訴訟擁擠之時，法庭亦竟許代辯家出庭辯護。此時，代辯家所占之地位，恰與現今之律師相當。而且由此等代辯家或代筆者所向法庭之演說或訴狀，直於希臘法上成爲最豐富之資料。故希臘裁判之有名於後世者，卻非一般「法律學者」或「裁判官」，乃作代辯者之「雄辯家」或「代筆者」也。

第七節 羅馬法系

羅馬法系爲世界最完備之系統，現在歐美法律幾全由羅馬法而來。故羅馬在法律上之貢獻較之其在政治上之貢獻，尤有過無不及。法律學者耶林格（*Thering 1812-1892*）在其所著「羅馬法之精神」上開首即云「羅馬已三次支配世界，三次統一民族。一次是由羅馬民族之武力而達到羅馬大帝國之統一。二次則在其沒落後，引起教會之統一。三次則爲中世承受羅馬法之結果，致有法律之統一。」洵爲正確之論。關於羅馬法之歷史，自其發達之階段言之，可大別之爲三時期，即共和政府時代，帝政初期，及帝政後期是也。分述如次：

（一）共和政府時代：此時期起於紀元前五百年迄紀元前三十一年。羅馬法之歷史，始於紀元前四四九年

之「十二表法」。在此之前，傳聞古昔王長，亦有立法事例，當羅馬共和奠基之時，有柏比雷斯者，稟王政時代之法令，稱曰教儀法。後儒弗列格斯註釋之，遂名爲柏比雷斯法。共和時代之法家，多爲引註，惟此等王律，不外古昔習慣之加以明文規定，其中十之八九殆皆爲教儀事項，其於後世羅馬法制固無若何之影響。「十二表法」之主要內容，乃係關於刑法、私法、及訴訟手續之規定，樹立於公共場所，以供大眾閱覽。共和時代之法律淵源有五。第一、爲貴族會議所通過之法律。在王政時代，羅馬人民分爲二大階級，貴族與平民是也。政治權及經濟權，獨歸貴族享有，平民不與焉。其後貴族革命成功，易王政爲共和，對於平民之待遇，不惟未稍改進，且專橫日甚，平民與貴族水火之不相容。凡貴族會議通過之議案，享有法律之尊嚴。第二、爲平民會議通過之議案。在共和初季時代，惟貴族會議所通過之議案視有法律效力。至於平民會通過之議案，不稱曰法律，而稱曰平民決議案。此項決議，若未經元老院之認許，其效力僅及於平民而已，貴族階級不受其拘束。惟因平民鬪爭劇烈，力量膨漲，貴族勢有不得不認許其效力。其後尚典希亞律（約在紀元前二百八十七年）始規定平民決議案亦視同法律，不論貴族平民均應遵守，平民會之立法權，於是確定。第三、爲教侶之解釋。「十二表法」之範圍，雖甚迂闊，然亦非包括羅馬法律之全部。考其內容，不外一般重要原則而已。即此原則，亦多爲羅馬固有之習慣，故於詳細之規定及格式，多缺焉不詳，聽任法官之取舍與教侶之解釋而已。古代羅馬，宗教法律不分，宗教勢力尤爲膨漲。羅馬之教侶爲貴族之榮譽高貴職，有解釋人事之權。斯時羅馬所謂人事，莫不與宗教有密切關係，如嗣續之儀式，家子奴隸之解放，遺囑之形式等，皆爲人事。故其解釋權均操於羅馬教侶之手。雖其解釋，非皆得當，然其有助於羅馬法律之進步，則爲不可否認之事實。第四、爲高級官吏之告令。羅馬之高級官吏，均賦與頒行告令之權。此項告令乃爲補救法律上所未規定之瑣碎事項。蓋在共和初期，市民法之訴訟程序尚能應付當時環境，無須借助特別方式。迨後市民法因不能適應新社會之需要，致有若干權利，徒有其名而無其實，不得不請求官吏之救濟。高級官吏本無制定法律之權，不過對於救濟權之設定，爲其職務上所應有。此項救濟權之結果遂變成爲權利之創設，而羅馬之行政官吏得以改進其私法，亦唯由此途徑。

官吏本其職務，皆得發布告令，其效力常為一年，故又稱曰「常續告令」。繼任之官吏，原無遵守之義務，惟無論其為因襲或增刪與否，此項告令，日積月累，蔚成巨帙，遂成所謂「大官法」也。第五、為習慣。古代社會，法律之成分幾皆為習慣。羅馬在共和時代，除「十二表法」外，私法上之大部分權利，適用習慣者居多。故在共和時代，習慣亦為法律之重要淵源。

羅馬裁判之方法與希臘相同。在共和政府之初期，須由人民大集會，始能直接施行裁判，以後則較小之集會亦可施行裁判。此項民衆裁判，乃就事實問題，及法律問題，同時決定。因之，此期之雄辯家，所扮演之重要腳份，亦與在希臘者相同。

(二) 帝政初期：此期自紀元前三十一年帝政初期起，至紀元三百九十五年帝政後期止。共和時代因受民衆裁判之影響，成法學之不能充分發達，殆與在希臘者相似。然於此期之終，呼為陪審之雄辯家，已逐漸失其裁判舞臺之地位，而專門的裁判官及法學者遂亦逐漸占重要之地位。至帝政初期，陪審制已裁撤。裁判不論其為民事或刑事概由法官裁判。至於重要刑事案件，則由皇帝親自審理。在奧古斯都皇帝時代，裁判所施行裁判必須依據公認法學者之意見書。此事於確立羅馬法理上至關重要，其有助於羅馬法學之發達自不待言。

羅馬法學之隆盛期，乃紀元二、三世紀。此期羅馬之法律才能，已有無上之發達。裁判獨立於一般行政之外，非民衆的裁判，乃專門法律家之裁判，非宗教的裁判，乃純世俗的裁判。此期羅馬法家輩出，最著名者有猶卑尼安士、格柯士、柏粟尼安士等。此等法學家之理論，乃成爲後來羅馬法典制定之基礎，而常爲法官所引用，對於羅馬法學上之貢獻至爲宏大也。

(三) 帝政後期：此時羅馬帝國分爲東羅馬帝國及西羅馬帝國。自西羅馬帝國於五世紀末滅亡後，繼承羅馬法之系統者則爲東羅馬帝國。此期法律制度之可記述者厥爲優斯丁尼亞諾斯 (Justinianus) 大帝時代所制定之法典。優帝時代之重要立法有如下列各項：

(A) 法律會典：會典之編訂，爲優帝對於前代法家著述，學說，及問答之整理。換言之，凡收入會典者，皆

具有法律之效力。此項會典於紀元五三三年頒佈施行，全書計分七篇五十章。其取材皆爲法家之著述言論，爲羅馬法之寶庫。

(B) 法律綱領：此書堪稱爲會典之撮要。優帝以會典一書，初學者不易攻習，乃另編訂一「法律綱領」，專述法律大要，以供初學者入門之助。優帝不惟列此書爲教科書，且明定其有法律之效力。法律綱領亦於紀元五三三年頒佈施行。

(C) 憲令彙編：此項憲令彙編又簡稱爲法典，於紀元五三四年頒佈施行，是就羅馬歷代皇帝及優帝時所頒佈之君令編訂而成。其內容所包括者爲關於刑法、私法、教會法、以及行政法等之詳細事項。

(D) 新憲令：優帝編訂法典告竣，以爲從此羅馬法律可以永久不變，無新令產生之可能。乃閱時未幾，優帝因事勢之需要，先後頒發君令，其中不少與私法之改進有關。優帝本身曾擬將新令另集成編，終未見諸事實。今之所謂新憲令者，乃後儒彙編成書也。

以上四項，是爲羅馬法之全部，現在所稱之羅馬法，即指此等法典而言。羅馬法自中世紀被歐洲大陸接受後，幾成爲歐陸之通法。法國拿破崙所制定之民法，及德國一八九六年所頒佈之民法，皆淵源於羅馬法而成爲現在之大陸法系也。

第八節 迦崙法系

羅馬之僧正自五世紀以來，不僅於基督教會之上，且於俗界諸侯之上，有優越的支配權。是種神政的支配，從九世紀至十三世紀之間，已達於最高峯，直至十七世紀才趨衰歇。

將數世紀積累而來之教皇命令，僧侶會議之決議等，編爲有系統之文書者，乃紀元一一四〇年有名之「古勒迪魯斯法典」是也。是書因在波羅尼亞大學作講授之用，僧侶古勒迪魯斯費最大之努力，始克完成。雖係一私人之編纂，但其內容則極爲豐富，因之迦崙法之體系才克完成。是書因係擁護教皇之權力者，故極得教皇之

贊許。教皇且利用此項法典以對抗東羅馬皇帝，由是迦崙法遂與羅馬法並列，而在新興諸大學之中，亦有迦崙法學者講授迦崙法。十四世紀初期，在波羅尼亞大學講授迦崙法之約翰安得尼者，乃迦崙法最有名之學者也。

一二三四年，教皇格雷苦尼九世命孟德編纂古勒迪魯斯法典以後所出之新命令，作為公法典，佈之於世，即所謂「德克利大利亞」者是也。由是，凡未經採錄於「古勒迪魯斯法典」或「德克利大利亞」之中者，概廢止之。一五八二年，由格雷苦尼十三世之命令，制定「寺院法」，成為迦崙法之一般的基礎。

在教皇權力極盛之時，其權力曾達之於僧俗兩界，即國王在外觀上且亦隸屬於教皇者也。教皇之立法，直及於各個人之日常生活，其處罰權所行使之範圍，凡下自農民上至各國之君主皆屬之。英王約翰曾對「大憲章」署名，而教皇般諾森三世則嚴斥之，而宣布「大憲章」之無效，蓋其最顯著之例也。

教會裁判通常於教堂內行之。此種裁判對於法律之發達，大有關係。當時之世俗裁判所苟且循私，腐敗不堪，而教會裁判所則比較純潔，比較進步。教會禁止決鬪裁判，提倡衡平觀念，採用彈劾主義，洵為後來文明法制之模範。又如現代之「法律的平等」「正義均等」及國際法上之「國家平等」之思想，均有賴於迦崙法之鼓吹也。

然自十四世紀以還，各國法權觀念逐漸發達，於是教皇所及於俗界之權限，亦漸遭蠶食。如法國在路易十一世之下，英國在愛德華一世之下，國家的裁判權日益強大，尤其自十六世紀馬丁路德等提倡宗教改革以後，羅馬教會早已失其領導世界政治之地位。教會之世俗的裁判權，亦遭各國之否認，由是迦崙法遂失所憑藉矣。

第九節 日耳曼法系

近代法律，與羅馬法共占世界重要之地位者，厥惟日耳曼法系。此系法律，雖以慣習法著稱，不若羅馬法法典之完整。然歐洲各國之繼受羅馬法，僅限於民法及宗教法之局部。至憲法及其他公法上之規定，則類皆淵

源於日耳曼之慣習法。

在紀元四世紀所謂民族大遷徙之前，日耳曼人種已住於歐洲東北部一帶。此種民族皆好勇冒險，常從事於掠奪征服，即羅馬人所謂「野蠻民族」者也。當時之日耳曼人種如哥德、薩克遜、佛蘭克，因皆崇尚搶奪，故對於法律之觀念，亦與文明之羅馬人不同。彼輩嘗謂「因武力而取得者，為吾人之權利」，當能想像其生活之一斑。當時之法律，是所謂胸法，即存於「判決宣言者」之胸中者也。其裁判亦非僧侶的，完全為世俗的。通常血族團體內之裁判，皆由酋長執行，惟關於血族團體間之爭議，則由人民大集會裁判之。

自四世紀至八世紀，日耳曼民族因受東方蒙古人之壓迫，乃相率移住於現今之德意志、法蘭西、比利時、英吉利、西班牙、葡萄牙、意大利等處。此時日耳曼人一方吸收羅馬之文化，但同時則排除羅馬帝國之支配，而維持其法律傳統，並構成其政治的組織。當時之日耳曼人雖篤守其傳統的法律，但對於原來之住民，仍許其適用羅馬法。故此期之法律可說是「屬人主義的」法律。日耳曼人之法律上的習慣，亦於此時開始現之於文書。紀元六世紀佛蘭克人之「查理加法」即是項文書之最古者也。

從九世紀至十五世紀之間，日耳曼人已成當地之土著，而從事農業之經營。於是屬人主義之法律，已覺不適，隨因封建制度之發達，遂不得不由屬人主義一變而為屬地主義。九世紀時，日耳曼人之領域，一時曾為夏理曼大帝（Charlemagne）所統一，法律漸趨一致。惟自夏理曼帝國瓦解之後，封建制度因之發達。各封建領主，竟各有其裁判權，而且各地方亦各有其法律。此種分立的結果，遂使日耳曼法趨於衰落之途，且因羅馬法及迦崙法在歐洲大陸逐漸得勢之故，更使日耳曼法在大陸方面一蹶不振。然而日耳曼的法律傳統，因在英國有特別發達，且因英國殖民遍天下，故現在之英美法系淵源於古代日耳曼法亦可與羅馬法或大陸法並駕齊驅。因之，若要探究日耳曼法以後之發展，則吾人之目光，不能不注意於英國法系之歷史。

英國在諾曼征服之前（一〇六六年），其法律狀況和裁判狀況與同期歐陸日耳曼人之設施相同。惟自被諾曼征服之後，英國便漸與歐陸隔絕。從十二世紀至十四世紀時，英吉利比之大陸，法律早經統一，竟能克服大

陸，走入極端地方主義之傾向，洵於日耳曼法之發達，爲一重要之事實。此固以英吉利爲島國之故，得從大陸孤立，因之其習慣亦易於統一，然而大部分則由於威廉一世與其繼承者所行政策之結果也。威廉一世曾努力使其所征服之英吉利，不行大陸之分權的封建制，而行有力之集權的封建制。威廉一世之後繼者，亨利二世並愛德華一世，皆遵此政策，由國家立法，建立中央裁判所，以防止地方裁判權之分化，後又設立巡迴裁判所，使國王之裁判普及於全國。自十四世紀以後，英國更有法律學校之設置，促成全國「習慣法」之統一。其後法律學校更加發達，法律技術亦日益進步，故當十六世紀羅馬法支配全歐之時，日耳曼法獨能在英國發揚光大而成爲現在之英美法系者，非無故也。

第十節 回回法系

回回文化發祥於亞刺伯。亞刺伯人爲塞族之一派。當七世紀摩罕默德出世之時，尙營極素樸之生活，然以其民族的特質帶有勇敢性，并富有宣傳力之故，故使亞刺伯在世界文化史上有了極大之貢獻。回回民族之法律是以摩罕默德之「可蘭」經典及其言行錄爲根據。摩罕默德反抗當時亞刺伯人之傳統宗教。首倡道德一神教，曾受亞刺伯人之陷害，因攜其弟子轉徙於麥地那。惟其教旨，極得亞刺伯人之信仰。故其所宣揚之教義，非僅爲亞刺伯人所崇尚，視爲生活之規範。且以亞刺伯人勇敢善戰之故，回教之勢力遂已東達於印度，西達於西班牙。同時，亞刺伯語卽已代替希臘語拉丁語而成爲喜馬拉雅以西及地中海沿岸通用之語言。而「以色列」大帝國之建成，且更促回回法系長足之進步焉。

回教法與希伯來法相同，均係基於「神啓」而以「可蘭經」爲其根本者也。法律與宗教竟成不可分離之一體。惟可蘭經之中，法律的記載尙少，以是堪以補充第二法源者，乃摩罕默德之言行錄。摩罕默德曾爲裁判官，故云：「聚文盲千人從事祈禱，尙不及法律家一人之得力。」又云：「神如欲加惠於其造物之一時，神將使之學法律，而使之作法律家，」其重視法律可見一斑。言行錄中之主要記載，雖在現世，尙稱爲有力之法源。其次，

回教法之進步，得力於法律家之著述者亦多。蓋亞刺伯人與羅馬人相同，乃大部分具有法律之天才者也。在摩罕默德以後之二世紀，不僅司法制度異常發達，且有許多法學專家接踵而起。於十世紀時，法律理論之精微體系，遂被完成。是等法學者之著述，當屬回教法有力之法源。回教法學家，派別甚多。此等學派之分立，正如廣大回教帝國之於地理上分立相似。其中最著名者約有五派：

(A) 馬利克派，支配地中海及中部亞非利亞各地。

(B) 希亞派，支配波斯一帶。

(C) 哈尼化派，支配土耳其、君士坦丁、敘里亞西部，阿刺伯及印度之一部。

(D) 哈菲派，支配南部埃及，南阿刺伯，中央亞細亞及荷領西印度各地。

(E) 亨白爾派，支配中央阿刺伯一帶。

各派學者之著述，採取不同之方式，有對於法典爲註釋說明者，有專討論法律理論者，頗稱一時之盛。其後國王蘇理曼，更創設蘇理曼大學，以培植法學專門人才。回教法學尤爲發達。惟自十七世紀以降，回教帝國漸次衰微，其原有領土亦多被列強所侵據。故回回法系亦隨之失勢。最近回教法系國家，如土耳其、波斯等國，均傾向歐化，其原有法律制度，幾於改革殆盡云。

第十一節 海商法系

自古以來，地中海沿岸，歷爲海商之發祥地。如腓尼基之推羅、西頓等都市，以及洛芝島等，皆與海商法歷史有不可分離之關係。地中海海岸海商之唱霸者，先爲腓尼基人，其次爲希臘人。後因商業之發達，而其中心地遂又移於歐洲之西北部。海商法因十七世紀國民主義之發達，至被吸收於各國法律之中，然在以前海商法係以超國家的法律而獨立存在者也。

海商法典先後制定者，最初有腓尼基人之洛芝法，爲關於海上航行之規則。其後因商業之西移，於紀元十

一世紀那不勒斯附近有亞馬非法典之通行，當時威尼斯，琴諾亞等處，亦係商業繁榮之地，皆奉亞馬非法典爲共同海商法也。此項法典久經佚失，於一八三四年，始發見於古文書之內。十三、四世紀時，商業之中心地移向歐洲西北。在歐洲西部有巴塞洛法典之通行。是項法典創於十三世紀，全書共二十章，關於海上法則之規定，極爲詳細，譯本甚多，通行於地中海沿岸者達五世紀。同時在歐洲北部有阿列崙法典，係由英格蘭，蘇格蘭等北方航海家所適用。阿列崙法典通行於歐洲北部者，達數世紀，然而其間又有以波羅的海爲中心之漢薩同盟。該同盟幾乎支配西自漢堡東達諾維科羅德之北部地方。於是漢薩同盟遂仿阿列崙法典，而製成一部威士畢海法。

十七世紀，特別是法律之國民化時代，一方由地方分權的法律移於中央集權的法律之傾向，他方由於迦崙法並羅馬法逐漸被吸收於各國國法中之關係，因之海商法亦被吸收於國法之中。是種過程之萌芽，已見於十世紀之丹麥，卽爲腓烈特尼克之海法典，入十七世紀，在瑞典則有格雷斯登九世之海法典，在法國則有路易十四世之海事勅令。到了十八世紀，荷蘭、普魯士、西班牙等均有海商法令之制定。英國從十七世紀至十九世紀之間，海事裁判權，亦逐漸由地方裁判所移於國家之裁判所。迄十九世紀，海商法已於各國商法典之中獲得一地位。

然在海商法被吸收爲國法之一部之過程中，因交通之發達，海運業範圍日廣，漸次成爲世界性的營業。故船舶所有者，保險業，商人等，均感各國法律相異之不便，於是發生海商法之國際的統一運動。一八九七年設於安德華埠之國際法學會與國際海法會，卽是建立世界的海商法體系之國際團體。其所完成者有關於海難救濟，船舶所有者之責任等規則。又如一九二一年在海牙議定關於船貨憑單之統一法規，均有拘束各國海運之效力，由是海商法在現代，又重行回復古來之超國家的性質矣。

第十二節 斯拉夫法系

斯拉夫民族繁殖於歐洲之東北部及巴爾幹半島。占歐洲面積一半以上。惟因斯拉夫人民缺乏政治上之妥協性，內亂頻仍，外敵常乘機侵入，故法制系統，亦極複雜。其西徙之波希米亞支族與北徙之波蘭支族，早受日耳曼人之侵略，先後失其獨立，故其法律制度，均受日耳曼法系之支配。一九一四年世界大戰之結果，捷克斯拉夫（即波希米亞支族）與波蘭均恢復獨立，曾試行改革其法制，然亦不能超於羅馬法式之外。其南徙於巴爾幹半島之斯拉夫支族如塞維亞人，保加利亞人，克羅雅德人等，均因常從事於人種的部落的戰爭，獨立法系亦無從發生。其法律制度，或受羅馬法系之支配，或受回法系之支配，概非斯拉夫民族之純粹法律。至於在俄羅斯之斯拉夫支族，雖早已完成其政治上之獨立與統一，但其法律體系亦非純斯拉夫式，蓋亦日耳曼、希臘、斯拉夫，羅馬式法律之混合體系也。俄國在十五世紀之前，因先後被日耳曼及蒙古人之侵入，故政治至為紊亂，法制亦甚落後。至十五世紀，俄國在伊凡三世（Ivan III）領導之下，始完成其內政上的統一，且驅逐蒙古人，而建立以莫斯科為中心之中央集權的封建制度。一六四九年，亞勒啓斯皇帝（Alexis）制定「亞勒啓斯法典」，此項法典成功於羅馬法，迦密法影響之下，成為爾後二百年間法制之基礎。十八世紀之初，彼得大帝曾為整理繁瑣之勅令及地方的法律，覺有重新編纂法典之必要，雖曾幾度設立立法委員會，迄不能得輿論之維持，故終其世並無若何效果。惟自尼古拉一世即位以來，因努力於法制之改革，法院於是完成，並將「亞勒啓斯法典」以後之法令，連同前項法典一併編成「法律集」十六卷，於一八三五年施行，規定每十年重新改版，加入十年來之法制。其後，亞歷山大因受西歐風氣之影響，力謀法律之改革，於一八六一年解放農奴，一八六四年改革裁判制度，一九〇三年制定新刑法，並於一九〇七年提出新民法案於樞密院，於是俄國之司法，遂已逐漸帶上西歐的色彩。

一九一七年，俄國蘇維埃革命告成，制定共產主義的蘇維埃聯邦憲法，所有從來之一切法律制度，概行廢止，於是全社會陷於紊亂狀態，後乃施行新經濟政策以補救之。現則民刑各法，已先後完成，而成爲一種華共產主義之特別法系焉。

(註一)現行親屬繼承法對於宗祧繼承已廢止，僅保存遺產繼承一種。

(註二)依現行親屬繼承法之規定，女子之繼承權完全與男子相同。

(註三)罪刑法定主義，謂犯罪非有刑法之根據，不得隨意處罰也。

第四章問題

- 一、埃及婦女在古代法律中之地位如何？
- 二、漢律比法典於何時何地被人發見？其內容如何？
- 三、希伯來法系之特點何在？
- 四、希伯來之最高裁判機關屬於何項團體？其裁判手續如何？
- 五、摩罕默德如何建立回教？
- 六、回回法系之根據為何？
- 七、試述回回法系之派別？
- 八、印度會幾次被人征服？對於其政治法律上之影響如何？
- 九、婆羅門法之階級制度，何以至今仍無法打破？
- 一〇、佛教何以在中國、日本如此盛行？
- 一一、中華法制發達於何時期？
- 一二、試述周禮之六官制度。
- 一三、我國刑法列為專篇始於何人？
- 一四、何謂「九章律」？
- 一五、我國憲法草案之特色為何？
- 一六、試述我國法律革新之經過。
- 一七、希臘哥地那之市法於何時發見？
- 一八、希臘其利之特點何在？
- 一九、羅馬法系在世界上之法律地位如何？
- 二〇、羅馬「十二表法」之重要性若何？
- 二一、試述羅馬共和時代之法律淵源。

- 二二、羅馬法學之鼎盛期始於何時？
- 二三、羅馬之著名法學家有那幾位？
- 二四、羅馬帝政後期所頒布之重要法令有那幾種？
- 二五、日耳曼法系之特點何在？
- 二六、日耳曼法何以在英國特別發達？
- 二七、教會裁判之影響如何？
- 二八、海商法系之主要國家爲那幾個？
- 二九、試述斯拉夫法系之概略。

第二編 法律

第一章 法律之本質

第一節 法律之定義

關於法律之定義，言人人殊，歷來學者所下定義，亦不一致，茲就一比較平允之定義說明之：

「法律者，社會生活之規範，依社會力即公權力而強制實行者也」，依此定義，則法律之特點有下列數項：

(一)法律者，規範也。所謂規範，即指示人類實現一定目的之法則也。規範可大別之爲二：一爲技術規範，一爲社會規範，或稱倫理規範。例如衛生規則，建築方法等皆爲技術規範。此等規範，純係指示吾人一定之目的。人類之欲望日高，則其希求之方法亦日多。古昔之時，人類茹毛飲血，穴居野處，不知烹飪建築之法，其後智識日開，技術進步，乃有現在之昌明科學，此爲技術規範也。至於社會規範，其作用乃與此不同。顧人羣雜處之後，難免彼此依賴爲活，社會分子既雜，衝突自所不免。且人生各種目的，常同時競合，欲期完全達到，其勢良難。故欲求解決之道，不得不有共同遵守之規則，即所謂社會規範也。

技術規範爲指示一定目的到達之手段，故遵守技術規範，恆依其人付與該目的之主觀價值而定。不遵守技術規範之結果，僅不能達到其對象之目的，其懈怠於其他人他種之活動，不生何等影響，更於其人以外社會之全體，無何等直接之關係。然若不遵守社會規範，例如持刀殺人，則不惟影響於其人之生活，且破壞全體社會之生存。蓋人類之利益，集中於二個重心，即個人與社會是也。社會規範乃對此二種利益，爲關聯之規定，其有

衝突之時則爲之調和也。

社會規範之中，亦有兩種之區別，一爲道德規範，一爲法律規範。道德規範爲社會所當由之道，法律規範爲不可不由之道。前者之任務在指導人爲善，後者之任務則在制裁人爲惡。然二者之共通性質，固皆爲社會之規範也。

(一)法律者，社會生活之強制規範也。法律爲社會規範之一，前已言之。惟社會規範之中有任意與強制的二種。道德規範屬於前者之例，其遵從與否，全憑個人之選擇，卽有違反之時，亦只能於道德觀點上責之。惟法律則爲強制規範，有約束一般社會生活之能力，其有違反之者，可依外部之力而壓制之。

(二)法律者，依社會力或公權力執行之規範也。所謂社會力，卽集社會全體之力量，強制各個人服從之意。社會因有機力之聯合，以繼續其共同生活狀態，由是便發生統一之社會力量。原始社會之法律皆藉社會力以執行之。社會發達至完全之組織時，是爲國家。現代執行法律之權，歸於國家。惟國家爲社會發達之一種形式，國家之公權力，亦卽社會力之表現。故不論出於何種形式，凡依社會力或公權力強行之規範，皆爲法律也。

第二節 法律與道德之關係

法律與道德，皆爲社會生活之規範。道德之義因時代及民族而異其觀念。道德之有時代性，正復與法律相同。古時道德法律常相混同，故有違反道德之法律無效之主張。(註一)自十八世紀以後，個人主義之學說，開始否認道德與法律之關係，謂法律係規定關於個人自由之範圍，以不侵犯他人之自由爲限度，至各人自由之內容如何，其自由應如何行使，則屬於道德問題。其後英國分析法學派更嚴分道德與法律之區別，並進而提倡「惡法亦法」之主張。(註二)由是道德與法律之區別，遂成歷來學者爭議之問題，茲舉數說言之：

(一)法律爲國家或政治團體所制定，而道德則基於人類之確信而發生也。此說祇言其形式而忽略其內容。

法律與道德皆爲人類之確信而產生，非僅道德然也。且法律之構成，習慣居多，亦多未經國家之制定，若以此標準爲區別，則道德與習慣法又將混爲一事矣。

(二) 法律爲支配人類之外部行爲，而道德則爲拘束人類之內心生活也。此說頗能區別道德與法律之界限，惟亦不能作爲劃一之標準。蓋法律之中，其注重內心生活者，亦非絕無。例如法律上之「善意」「善良」等名詞無一非具道德之意義。善意與惡意係對待名詞，法律上之所謂善意，亦一如道德，須爲無他種惡意及不知情方可成立，又如法律上之禁止，偽證與道德上之所謂誠實觀念，亦無二致。由是觀之，此說只能爲區別道德與法律之相對標準。

(三) 法律爲有強制力，而道德則依良心以維持也。此說認道德爲社會生活之任意規範，並無強制能力。例如博愛扶弱等觀念，常爲道德規範，易言之，道德乃求吾心之所安，故有言道德爲良心之規範者。俗謂良心之有無，實指該人之有無道德觀念耳。社會生活在通常情形之下莫不受道德規範之支配，惟其程度不若法律之尊嚴耳。違反道德之人，社會對之只能爲輿論之責備，惟違反法律之人，則須受社會強力之制裁也。

以上數說，其立論各有一部分之理由。其實道德與法律之關係亦甚密切，欲嚴加區別，事實上亦不甚易。道德規範至相當程度時，亦得變成法律。例如「誠實」一項，原爲道德上之信條，今則法律亦規定誠實爲必要，如在法庭作證人時，其陳述證言，事後如查出其爲虛偽時，則構成刑法上之偽證罪。再如商業上之不誠信交易，亦非法律之所許。於此可見道德與法律，並非完全對立，不過就一事物作兩面之觀察耳。

第三節 法律與宗教之關係

古時宗教與法律不分，宗教之精神，恆以法律之形體表彰之。例如摩西之「十誡」，印度之「摩訶去典」，均將法律與宗教合爲一體。蓋在原始社會時代，人民知識未開，其所敬畏者，惟神而已。其後文化進步，教權衰落，宗教與法律始漸分開。其區別之點，有下列各項：

(一)就其效用而言，宗教以迷信爲本，常假藉神道，怵人以未來之禍福，以維持社會之秩序。其立教之旨，在於感化，俾斯民本其畏神崇教之心，不敢蹈非禮躐矩之行，偶萌惡念，則用因果報應之說以警之。故其效用限於良心上之制裁，而不能爲外部之強制，反之，法律則注重社會秩序，支配人的外部生活，倘有違反之時，卽受現實之制裁。故其效用遠較宗教爲速也。

(二)就其產生而言，宗教多假藉係神所制定，法律則爲社會所產生。

(三)就其權力而言，宗教爲個人之信仰，倘有違反之時，神爲最終之裁判者。法律則爲社會應守之規範，人卽爲最後之裁判者。

以上數點，係就兩者之差異而言，惟宗教與法律之共同目的均在維持社會之善良秩序。宗教上之所宣揚者，多爲法律之所許，法律上之所禁止者，亦多爲宗教之所唾棄。例如宗教教人孝順父母，法律上亦有兒女扶養父母之規定。又如法律禁止殺人，宗教亦唾棄殺人，由是觀之，宗教與法律究不能認爲全不相關聯也。

第四節 法律與政治之關係

法律與政治係對待名詞，兩者相互爲用，惟其區別則不容忽視。法律之要爲形式，政治之要則爲實質。無論何國，有形式上之法律，必有實質上之政治。而政治之推行，又必藉法律爲運用之準則。故法律可比之國家之骨骼，而政治乃爲國家之精神。無骨骼則精神固無所依附，無精神則骨骼亦難以獨存。二者輔車相依，實爲國家不可缺乏之要素。惟法律之形式有定，而政治之變化則無窮，故從法律之觀點上區別國體易，而由政治區別國體難。君主國家常有共和國之精神，共和國亦有專制國之精神。例如英國是君主立憲國家，其所表現者則多爲民主國家之精神。又如德國名義上係共和國，而現在所實行者，則皆爲獨裁政治。故欲研究一國之真像，應於精神上求之，不宜太重形式上之名義也。

(註一)例如英國法學家 *Blackstone* 卽有此主張。

(註二)所謂「惡法亦法」，即是說不好的法律仍能成爲法律之意思。見奧斯丁著 *Jurisprudence*。

第一章問題

- 一、何謂法律？
- 二、何謂規範？
- 三、技術規範與社會規範有何區別？
- 四、強制性是否爲各種法律所共有？
- 五、道德規範與法律規範有何不同之處？
- 六、法律與道德有無關係？
- 七、法律與宗教區別之點何在？
- 八、因果報應之說在現今是否仍有效力？
- 九、法律與政治之關係如何？

第二章 法律之進化

第一節 復讎

法律爲社會生活之一種規範，已如前述。惟人類社會，至何時始有法律，頗有研究之價值。依近時社會學者之研究，法律之起源，始於復讎。蓋在原始社會時代，社會之組織尚不健全，個人多不能得到社會之扶助保護，故不能不謀自給自衛。其自衛作用中最主要者，乃爲復讎。復仇云者，即身體財產之受侵害者對於加害者所爲之報復行動也。此種舉動，最合於人情之要求，且於以後之侵害，又有預防之作用，故於原始社會秩序之維持，甚爲有效。復仇遂被認爲一種美德，且更認爲係被害者及其親族之一種義務。在原始社會時代，血族團體爲團體生活中之最鞏固者，故個人復仇之觀念，乃漸次移於血族團體之復仇。因一人之被害，而所屬之血族全體均從事復仇。因一人之加害行爲，而所屬之血族全體，均感報復之危險。雙方皆根據其血族團體連帶責任之觀念，而復仇乃成有組織之行爲。此種團體的復仇，較之個人的復仇，尤爲有效。惟復讎一事，其在原始社會，對於個人之生存及種族之維持，固爲必要之自衛作用，但如彼此恣意報復，漫無限制，亦足以妨礙社會之治安，故當社會權力漸次增強之時，行使復仇便受許多限制。分述如次：

- (一) 限制復仇之期間。復仇不於一定期間內行使者，喪失其固有權利。
- (二) 限制復仇者之範圍。除被害者及其近親外，旁人不得代爲復仇。
- (三) 限制復仇之程度。被害人不得逾其所受侵害之程度，如以目償目，以齒償齒，即所謂反坐制是也。
- (四) 禁止非現行之復仇。行使復仇須對於現在之侵害爲限，否則應予禁止。
- (五) 禁止未經許可之復仇。行使復仇須經公共團體之許可，否則無效。

(六)禁止再復仇。復仇以一次爲限，不得再次復仇。

(七)避難市之設置。在原始社會，不問加害者是否出於故意行爲，均不能免對方之復仇，常生苛酷之結果，故有「避難市」之設置。其無故意而殺人者，得逃入市內，以免復仇。若出於故意而殺人者，逃入「避難市」時，則由該市之紳士訊問審判之，認無避難資格之犯罪者，則逐出市外，以交付於復仇者，任其自由處置。故此項制度，一方爲對於復仇之限制，一方又爲刑事裁判之淵源，於法律進化上甚爲重要也。

第二節 賠償

限制復仇，已如前述。除此以外，賠償制度亦可以緩和復仇。加害者爲避免復仇起見，常願對於被害者爲物質上之補償。此種制度，當其開始之時，其領受或拒絕賠償之權，操之於被害者方面。後因公共團體之權力漸次擴張，始有強制領受賠償之傾向。其先在故殺、謀殺、重大侵害之場合，被害者有選擇領受賠償或行使復仇之權利。其後在過失誤殺或其他輕微侵害之場合，被害者方面不得拒絕領受賠償。終則一切被害者，皆不得拒絕領受賠償，惟加害者不實行賠償時，始可以行使復仇權利。至於賠償之數額，最初亦係由雙方當事人自由協議，其次漸受公權力之干預，最後則由公共團體按照侵害之種類，程度，及被害者之身分能力，規定其賠償額。此種贖罪制度，初亦專爲被害人而強制賠償。迨君權發達，對於償金，則由君主徵收，以加重侵權人之賠償責任。前者爲民事上損害賠償之起源，後者爲刑事上罰金之濫觴。民事裁判與刑事裁判之區別，至此遂萌芽焉。

第三節 扣押

民事法之起源，亦始於復仇，已如前節所述。惟此方面應加注意者，則爲扣押制度。此種扣押，爲財產上之復仇，即當他人損害自己權利或不履行義務時，以私力扣押加害者之妻子或財物之謂也。扣押制度之演進，

有三時期可述：

第一期，被害者對於所扣押之財物，直接領有，以充賠償。

第二期，以扣押物爲擔保品，強制對方爲賠償或義務之履行，如對方仍不履行時，始沒收其財物。

第三期，扣押物之所有者，得訴諸團體之首長老等，請其爲扣押當否之裁判並返還其扣押物。此期漸開民事訴訟之端緒，法律先由訴訟法之發達，漸進於實體法，並由私力救濟，進化而爲公權力之救濟。

第四節 公權力之擴大

由研究人種學及法制史之結論，此種由私力制裁，私力救濟，漸進而爲公權力制裁，公權力救濟，乃世界各民族法律進化之普遍現象。其演進之階段，如前所述，最初爲公權力對於復仇及扣押之限制。其後因民族團體逐漸擴大，認謀叛瀆神以及違背婚姻法等爲危害團體之犯罪，故以團體之公權力，直接處罰之。復仇一事在原始社會時代固有維持秩序之效力，惟濫行復仇亦足以紊亂公共秩序，於是不得不用公權力加以壓制，而法律之效用，遂漸形顯著，後來復因國家狀態漸次形成，法律乃成爲國家統治人民之工具，於是國家一面絕對禁止私人間之復仇，一面則嚴厲處罰犯罪者，不因犯罪者之賠償而免除刑事責任，以完成所謂法治國家之狀態。

要而言之，法律之形成乃基於社會力或公權力而發生發達者也。人類在其生理組織上，非營共同生活，不能存在，且人類所以有今日之繁榮者，亦正因其共同生活一點，較之其他動物具有特長故也。據今日學者所研究，當人類發生之始，即已營共同生活，即如野蠻人類亦無有不組成社會而生活者。原始社會組織之中心，或爲血族團體，或爲宗教團體，類皆有一定之規則，藉社會力以推行也。及社會進化而成爲國家狀態時，此種社會共同規則，更藉公權力而執行之，即所謂法律者是也。

法律之發生，基於社會力或公權力，已如前述。茲更就法治演進之順序分述如次：

第一期 古代法時代。在此時代，成文法成分極少，社會生活之規則，全以當時之習慣法爲標準。此期之

法治範圍，尙未普及於社會生活之全部。

第二期 嚴格法時代。在此時期，國家之權力已臻鞏固，乃由國家制定成文法，普及於社會生活之全部。此期對於法律條文之解釋適用，特爲嚴格之注重。

第三期 自然法及衡平法時代。此時代爲對於嚴格法主義之反響，及國際社會觀念發達之結果，遂發生以自然法，衡平法爲補正嚴格法之思想，其着重之點如次：

- (1) 尊重個人人格爲權利之主體。
- (2) 注重個人在法律上之平等。
- (3) 由形式趨重實質。
- (4) 崇尚信義。
- (5) 崇尚博愛思想。
- (6) 限制不當利得。

第四期 法律社會化時代。近世以來，社會生活，日益複雜。社會政策之必要，亦漸形顯著。前此以個人爲本位之法律，逐漸變爲以社會爲本位之法律。法律之目的乃漸着重於社會全體之利益，是爲法律社會化時代。由是以保障貧苦老弱者爲目的之社會保護法及以集合契約爲中心之勞動法等皆應社會之新需要而產生。因法律社會化之結果，對於法律上之原則，頗有種種限制，舉其要者言之。

- (1) 契約自由之限制。締結契約須不違反法律上之規定。
- (2) 財產權行使之限制。財產權之行使須不背於社會之利益，否則禁止濫用。
- (3) 處分權之限制。即處分權之行使須在法律所規定範圍之內。
- (4) 僱主對於被僱者之行爲負其責任，被僱者不負過失損害賠償責任。
- (5) 從前之無主物變爲公有物。

第二章問題

- 一、何謂復仇？
- 二、復仇之效果若何？
- 三、復仇之弊病若何？
- 四、限制復仇之方法有那幾種？
- 五、避難市之設置對於法律之進化有何貢獻？
- 六、何謂賠償？
- 七、賠償有無緩和復仇之效力？
- 八、賠償制度對於法律之進化有何效果？
- 九、何謂扣押？
- 一〇、扣押與復仇有何區別？
- 一一、試述扣押之演進順序。
- 一二、扣押之效力如何？
- 一三、原始社會有無法律？
- 一四、公權力之擴大，對於法律之演進有何影響？
- 一五、法治演進之順序經過那幾個時期？
- 一六、自然法時代着重之點有那幾項？
- 一七、在法律社會化時代何以財產權和契約之自由須受限制？

第三章 法律之內容

第一節 法律爲利益之保護

法律之首要目的，即爲利益之保護，舉其要者言之，計有下列各項：

第一、個人的利益：

(一) 身體之保護。

(二) 人格之保護，如名譽，信仰，及意見等屬之。

(三) 親族關係之保護，如婚姻，繼承等法律關係屬之。

(四) 財產權之保護。

(五) 職業及契約之自由。

第二、國家之利益，如國家之統治權，經濟權等屬之。

第三、社會利益：

(一) 社會制度之安定，即因有法律上之保護，社會上之各種制度，始能安定。

(二) 一般之安定，如公衆安全，治安，秩序，及交易之安定等屬之。

(三) 一般道德，即提倡公共道德，以維持社會上之共同生活。

(四) 自然力之利用保存，如水力、風力、電力等屬之。

(五) 公益機關之保護，如公共醫院、嬰兒院、養老院、教育機關等屬之。

第二節 法律爲正義之執行

法律之目的，在於正義之執行，即個人在社會之所應取而取，所應與而與者，皆為法律所規定也。正義之觀念常因時與地之關係而不同，故法律亦隨各時代之正義感而變遷。執行正義固多由法律行之，惟社會規範之中，宗教上及道德上之輿論，亦常幫助正義之執行也。法律雖為正義之執行，然亦非絕無弊病。茲舉其重要之利弊言之。

(一) 法律之利益，計分五項：

- (a) 法律能指示正義執行之途徑。
- (b) 法律可防止個人判斷之錯誤。
- (c) 法律可防止正義執行之人為不正之企圖。
- (d) 法律表示社會已確定的倫理觀念之標準。
- (e) 法律着重於社會的全般利益。

(二) 法律之弊害，計分二項：

(a) 法律係表示過去已確定的倫理觀念，故在過渡時代，不能適合於現在已進步之觀念，且多少含有不適合於現在需要或現時正義觀念之成分。

(b) 法律為對於人與事作一般概括之規定，不顧及個人性格，故適用時不免流於專斷之嫌。

第三章問題

- 一、法律何以說是利益之保護？
- 二、個人的利益有那幾種？
- 三、何謂人格權？
- 四、何謂財產權？
- 五、何者是國家之利益？

- 六、何謂統治權？
- 七、何謂經濟權？
- 八、何者爲社會之利益？
- 九、國家之利益與社會之利益有何不同之處？
- 一〇、何謂正義？
- 一一、法律何以說是正義之執行？
- 一二、宗教與道德能否幫助正義之執行？
- 一三、法律之利益有那幾項？
- 一四、法律之弊害有那幾點？
- 一五、法律有無阻礙社會進化之毛病？

第四章 法律之種別

法律依其觀察點之不同，得爲種種分類，茲舉其主要之類別如次：

- 一、成文法與不成文法。
- 二、普通法與特別法
- 三、公法與私法。
- 四、強行法與任意法。
- 五、實體法與程序法。
- 六、固有法與繼受法。
- 七、國際法與國內法。

第一節 成文法與不成文法

成文法，一稱制定法，卽由國家制定公布之法律也。法律之制定通常由一國之立法機關行之，而法律之公布則由行政機關行之。在我國現行之民刑商法，凡經立法院之制定而由國民政府公布施行者，皆稱爲成文法也。此外，國際條約亦有列入於成文法之中者，例如德國新憲法第四條之規定，凡國際法上一般所共認之原則，亦爲德國國法之一部是也。

不成文法，又稱習慣法，卽不依制定公布之形式，而爲國家認許有法律之效力者也。例如社會上之習慣，學者之著述，以及法院之判例，其發生法律上之效力，乃由於國家之認許，並非以文書制定而公布之也。

自法律演進之跡考之，不成文法之發生，實先於成文法。蓋成文法爲一般抽象之規則，在國家原始時代，

不必爲一般抽象法律之制定。當時之法律乃借助於社會上之習慣及法院之判例爲個別具體之實行也。惟習慣之爲物，其存在及內容常感不甚正確，而判例亦不免受具體事實之拘束，而不得爲一般之適用。故當社會生活日益複雜之後，不成文法實不足適應社會之需要，而成文法之制定乃成爲近代國家當急之務。於是現今各國莫不以成文法爲基本法，而以不成文法爲補充法也。

第二節 普通法與特別法

普通法與特別法之區別，是以法律效力所及之範圍爲標準。至其範圍，則因人、因事、因地而異。故普通法與特別法之區別，有如下三種之意義：

(一)以人爲標準之區別：此種區別，是以受法律適用之人民爲標準。凡適用於國民全體之法律爲普通法。其僅行於國民一部分之法律，則爲特別法。例如民法、刑法對於全體國民，皆得適用，故爲普通法。至若陸海空軍刑法則惟對於陸海空軍軍人始得適用，故爲特別法。

(二)以事爲標準之區別：此種區別，是以受法律適用之事務爲標準。凡關於一般廣汎事項適用之法律爲普通法。關於特別事項適用之法律，則爲特別法。例如民法適用於一般民事事項，刑法適用於一般刑事事項，均屬普通法。若公司法，則專對於公司規定而設，禁煙治罪條例則專對於鴉片事務而設。皆特別法也。

(三)以地爲標準之區別：此種區別是以法之適用地域爲標準。凡施行於一國領土全部之法律爲普通法，其僅施行於領土內一部分之法律，則爲特別法。例如憲法、行政法適用於全國之領土，是爲普通法，若各省、市、縣、之單行條例，其範圍僅限於各該省市縣，故爲特別法也。

普通法與特別法區別之實益，在適用「特別法優於普通法」之原則，即對於同一事項，或同一之人，普通法與特別法並爲規定時，應儘先適用特別法也。例如對於同一盜匪事項，普通刑法及懲治盜匪暫行條例均有規定時，應先適用懲治盜匪暫行條例。又如對於同一軍人犯罪，普通刑法及陸海空軍刑法並爲規定時，亦應先適

用陸海空軍刑法，蓋特別法之效力實優於普通法也。

第三節 公法與私法

公法與私法之區別，歷來學說甚多，莫衷一是。茲舉其主要者言之：

(一) 權力說：此說是以權力關係為區別公私法之標準。謂公法為權力關係之法，私法則為平等關係之法。例如刑法規定權力關係，故為公法。民法則多為平等關係，故為私法。此種區別雖為多數學者所主張，然亦非絕無批評之餘地。蓋公法中亦有不以權力關係所構成者，例如國際公法，依一般通說，係屬公法，然其所規定者並非權力關係，而為平等關係。又如民法本為私法，惟關於親權之行使，具有權力與服從關係，是私法中亦有不平等關係之存在矣。

(二) 主體說：此說是以國家或個人之主體為區別公私法之標準。謂凡規定國家與人民間之關係者為公法，其僅規定人民相互間之關係者，則為私法。此種區別，固有相當理由，然亦非絕對之標準，且所謂國家與人民間之關係及人民相互間之關係，其界限亦極難正確。例如侮辱罪本為人民相互間之關係，而國家特設刑法而處罰之，可見公法有時亦規定人民相互間之關係也。至如國家經營之各種企業，本為國家與人民間之關係，然而此等關係絕不能以公法關係目之，純屬私法範圍，與一般人民立於同等之地位，不以國家為主體而有所區別也。

(三) 利益說：此說認公法私法之區別，宜以公益私益為標準。蓋謂公法以保護公益為目的，私法則以保護私益為目的。此種區別出自羅馬之法學者猶卑爾安士 (Ulpianus) 所為公法私法之分類。惟利益觀念，往往不易確定。公私界限，更難分明。公益與私益之區別，實為一極困難之問題。通常之分法，則以公益為共同團體之一般利益，私益則為私人之利益。惟在公法中以保護私人利益為目的者，頗不乏其例。例如刑法為公法之一種，而其中之大部分，皆以保護個人之生命財產等私益者也。其在私法中以保護公益為目的者，亦復不少。例

如我國民法第二條所載關於民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗之原則，又不能不認私法中亦含有保護公益之成分也。

(四)應用說：此說是以法律之應用爲區別公法私法之標準。凡法律所規定之權利不許私人之意思自由拋棄者爲公法，其得自由拋棄者則爲私法。此種區別亦難認爲正確。例如選舉法爲公法之一種，然關於選舉權之拋棄，有任諸個人之自由，是公法可由私人拋棄之明證也。又如民法本爲私法，然依我國民法第十六條及十七條之規定，權利能力行爲能力及自由均不得拋棄，是又私法不許私人拋棄之明證也。

以上數說各有一部分理由，然均非絕對之標準。依現代一般之通說，則皆認國家具有二種資格，其一爲公法上之資格，其次則爲私法上之資格。區別公法私法之界限，應以資格關係爲標準，即公法爲規定國家與國家間，或國家與個人間公權關係之法律，私法則爲規定個人相互間或國家與個人間私權關係之法律也。例如國際公法爲國家相互間之法律，憲法、行政法、刑法，爲國家與個人間公權關係之法律，均屬公法範圍。又如民法、商法，爲個人相互間之法律，公債條例爲國家與個人間私權關係之法律，均爲私法。蓋國家相互間或國家與個人間之法律關係，原則上必適用公法。至國家與個人間締結契約，或發生其他債權債務之關係，有時雖依私法之原則判斷之，然國家與私人締結契約或爲其他民事行爲時，非以公法上之資格爲之，乃以私法上之資格爲之。因國家具有公私兩種資格，在公法上固可爲權利義務之主體，而在私法上亦可爲權利義務之主體也。

第四節 強行法與任意法

強行法與任意法之區別，是以法律之遵守，能否任私人之選擇爲標準。強行法之制定，多基於公益上之理由，關係國家之安寧及公共秩序之維持，故不容許個人之意思而選擇變更，例如憲法、行政法、刑法等是也。任意法則與之相反，其遵守與否，對於公益上不發生直接之影響。故容許個人之選擇，而不必爲一定之遵守，例如民法商法是也。

公法固多屬強制性質，然而未必盡為強行法，私法雖多屬任意性質，亦非盡為任意法。故區別強行法與任意法之界限，須視其性質及事務而定，不能遽以公法及私法而判斷之。至其區別之效用，則凡違反強行法者，其行為概屬無效，甚至有受刑罰上之制裁者，如刑事處分，行政處分是也。若任意法之違反，只須當事人間別無異議，其行為即可生效也。

強行法可細別為命令法及禁止法兩種。前者命令個人為某行為，後者則禁止其為某行為也。例如憲法規定人民有納稅服役之義務，是為命令法之適例。又如刑法，違警罰法，是禁止人民犯罪，皆屬禁止法也。

又任意法中亦可細別為解釋法及補充法兩種。解釋法乃解釋當事人意思之法規。即國家本於普通一般之慣例，所設適於當事人意思之規定，於當事人意思表示不完全，無從確知其實在法律關係之內容時，使之適用，以釋明當事人之意思是也。例如甲買受乙之物品，關於價金之交付，當事人未有規定時，應適用民法第三百七十一條之規定，其價金應於標的物之交付處所交付之，即解釋法之例也。補充法乃補當事人意思表示欠缺之法規，即國家預設認為適於條理之規定，於當事人不自定其實在法律關係之內容時，使之遵守適用，以完成其效力是也。例如甲與乙為婚姻，關於財產之所有，當事人未訂特別契約時，依照我國民法親屬編之規定，應適用法定財產制，即補充法之例也。

第五節 實體法與程序法

實體法與程序法之區別，是以法之實質及施行手續為標準。凡規定權利義務實質之法律，為實體法，若為關於其運用之手續者，則為程序法。實體法為權利義務之實質法，故為主法，程序法則為輔助實體法施行之程序，故為助法。例如民法為關於民事之實體法，而民事訴訟法，則為輔助民事施行之程序法，刑法為關於刑事之實體法，而刑事訴訟法，則為輔助刑事施行之程序法。憲法為關於政府之實體法，而選舉法則為輔助憲政施行之程序法也。

實體法之任務在規定權利義務之內容，舉凡國家與人民間或個人相互間之權利義務，皆詳載於實體法。至此權利義務之如何施行，如何運用，實體法中既未有規定，故不能不借助於程序法之輔助也。

第六節 固有法與繼受法

自法律之來源而言，法律又可分爲固有法及繼受法兩種。前者爲一國原有之法律，根據於本國固有之社會狀態及人情風土習慣而定。後者則爲模仿外國法而制定之法律。例如我國古代至清末之律例皆爲固有法，惟自清末改革法律之後到現在爲止，我國之法律皆採取他國之成規，是爲繼受法也。因此繼受之事實遂生系統之關係，其所淵源之外國法，稱爲母法，繼受而成之法，則稱子法。

第七節 國際法與國內法

自法律行使之範圍而言，法律又可分國際法及國內法兩種。前者是規律國家相互間權利義務之法律，而後者則爲規律國家與人民或個人相互間之法律。國際法之存在是基於國家間之認許，故其行使範圍普及於一般國際社會。反之國內法之成立是基一國之立法或習慣，故其行使範圍亦僅及一國領土之內。至就兩者之效力而論，國內法之效力常強於國際法，故國際法之執行常感不少困難。因此，許多學者遂有指國際法非法律者。其所持理由計有三項：

(一) 國際法無強行力：此說爲英國分析法學者奧斯丁氏 (Austin) 所主張。奧氏謂法律之強行力，不僅爲實行法律之手段，且爲法律成立之要素，故無強行力之國際法，不能謂之爲法律。惟一考法律成立之要素甚多，強行力僅居其一。國內法之中，亦有無強力者，例如民法商法各規定，多屬任意性質，並無強制之必要。且國際法之規條，並非如奧氏所謂完全任意性的，雖國際法之施行，由於國際間認許之成分多，而由於一定有權力之成分少。但國際法既經各國所承認，便不能不認其有強制力也。

(二)國際法無立法之機關：奧斯丁以爲在國際社會中，既無立法之機關，又不能以主權者之資格發布命令，故不承認國際法是法律。然細觀國際條約之成立，類皆經由各國立法機關之通過，是國際法亦非絕無立法機關之議決，即不能以非法律視之。且法律是社會上公認的行爲規則，不以主權者之命令爲限。國家是一個社會，國際社會也是一個社會。國際法一如國內法，同爲真正法律。因爲國際法是國際社會所公認之行爲規則，在原則上對於各國有拘束力也。

(三)國際法無裁判機關：此說以國際法並無裁判機關可以執行，故不認其具有法律性質。此種理由，亦難成立，蓋現在之國際法庭及國際聯盟，雖非如國內法庭之有效力，然此等機關對於政治上或純法理上之糾紛素有權過問，由是使不能說國際法無執行和裁判機關也。

第四章問題

- 一、何謂成文法？
- 二、成文法與習慣法之區別何在？
- 三、何謂普通法？
- 四、何謂特別法？
- 五、試述區別普通法與特別法之標準。其區別之實益何在？
- 六、何謂公法？
- 七、何謂私法？
- 八、試述關於區別公法法之各種學說並批評其得失。
- 九、何謂強行法，試舉例以明之。
- 一〇、何謂任意法，試釋明之？
- 一一、何以實體法稱爲主法，而程序法稱爲助法？
- 一二、何謂固有法？
- 一三、何謂繼受法？

一四、何謂國際法？

一五、何以許多學者不承認國際法是法律？試批評之。

第二編 第四章 法律之體別

第五章 法律之淵源

法律之淵源，簡稱爲「法源」，即法律所由成立之原因也。法源之種類不一，有直接發生法律效力者，例如法規、命令、條例，是爲直接淵源。有須經國家承認之後始能發生效力者，例如習慣、法理、學說等，是爲間接淵源。茲分別述之。

第一節 直接淵源

直接淵源云者，即法律產生之材料，直接以法律爲根源而有強制力者也。惟法律有不成文法與成文法之別。前者爲一般社會所承認之規範，後者是經國家制定之法則，即所謂成文法是也。近世各國所指爲法律之直接淵源者，類皆以成文法爲限。

成文法之成立有基於立法權者，亦有基於施政權者。前者須經立法機關之議決，是爲法律，後者僅由行政機關所頒行，是爲命令。通常所稱之成文法，係包括法律與命令二種。

(一)法律。法律之中，效力最強者，首推憲法。憲法爲規定一國國體暨人民權利義務之根本法，故其效力亦高於一切法規。試舉美國之聯邦憲法言之，凡國會通過之法規，各邦制定之憲法與法律，以及中央地方之行政命令，均不得違反聯邦憲法之精神，其有相反之規定者，絕對無效。憲法既如此重要，故其制定手續，通常亦較普通法規爲嚴格。例如法國憲法之制定須經衆參兩院聯席會議之議決，我國之憲法草案將來亦須經過國民大會之通過也。至於普通法規，則手續比較簡單。通常說來，法規之成立，須經過制定與公布兩階級。分述如次：

第一、法律之制定。關於成文法之制定，各國立法手續不一，惟就多數之立法例言，其制定手續有三，即

提案，議決，及裁可也。提案權通常屬於元首及立法機關。法律提案提出後，例須經過三讀會後始行議決。第一讀會決定該案應否再付討論，第二讀會則將該案逐條審議之，第三讀會乃決定該案之全體通過。最後則立法機關議決之法律案，經由元首之裁可，乃為法律之完成。惟裁可之權，僅限於君主國之元首，在民主國則元首無裁可權，惟對於法律之內容有相反之意見時，得繕具理由書，於一定期間內，提交立法機關覆議。若覆議結果，立法機關仍持原議，則元首無拒絕公布之權。

第二、法律之公布。法律一經制定，本應發生效力，惟使一般國民明瞭法律之內容起見，應由行政機關予以公布。至於公布之方法約有下列數種：

(A) 朗誦法。古代公布法律，多於人民多數集合之處朗誦之，使一般人民週知法律之內容。

(B) 揭示法。此方法係將法律之內容揭示於公共場所，例如羅馬共和時代之「十二表法」是也。

(C) 公簿登記法。此方法係將所制定之法律登錄於公簿上，以供人民閱覽。

(D) 傳觀法。此方法係將所制定之法律印刷或謄寫多份，以供人民傳觀。

(E) 官報公布法。此方法是將所制定之法律登載於公報，作為公布。依多數立法例，法律一經公布，人民即生絕對服從之義務，公布之日即為施行之期，不得藉口於於不知法律而寬宥其罪。惟法律之公布與法律之施行，在我國及法蘭西等國，則於法律公布之外，另定施行期間，蓋以法律雖經公布，欲使人民完全了解遵守，勢非另定施行日期，不能期其普遍適用也。

(二) 命令。命令者，行政機關依一定手續制定而頒布之法令也。法律為社會生活之規範，前已言之。然以社會生活之複雜，其間變化無常。法律之制定及改廢常須經過繁重之手續，若法令一須經立法機關制定，則恐流於青黃不接之境。故近代國家，依社會生活之需要程度，而定法律制定之標準。憲法為國家之根本法，故其制定修正常較普通法律為繁難，以示嚴重也。法規為國家之骨幹，亦甚重要，故其制定亦必經立法機關，且須備具一定之手續與形式，方得發生效力。命令為國家之枝葉，視社會之需要而制定廢弛，因之其手續亦較簡

單。命令通常由行政機關制定，呈請主管機關批准施行。惟法令之中，亦有等級，要以下級機關之法令，不得與上級機關相抵觸也。

第二節 間接淵源

間接淵源云者，即法律產生之材料，非直接以法律爲淵源，乃於自然規範中，由國家加以人爲之選擇，使之發生法律之效力也。此種間接淵源，可別爲下列各種：

(一)宗教。古時宗教法律不分，法律觀念常受神意之支配。例如印度之「摩拏」法典及回教之「可蘭」經典，均將宗教法律混爲一體，而以教卽法，法卽教之明證也。近世法律觀念日益發達，雖無以宗教爲法律者，然宗教上之信仰影響於法律上之精神而爲之間接淵源者，仍屬不少。例如法國舊時之法律不許人民離婚，(註一)係受基督教義所影響，又如宗教上宣揚博愛平等，詆毀姦非，由是法律便不能不設人類平等及禁止姦非之原則矣。

(二)習慣。習慣者，人民所永久遵循之行爲規則。廣言之，由慣行而生之準則，雖無法律訂定之明文，而社會大衆心目中各存一共信之念，承認其有法律之效力者也。故苟無成文法時，習慣之效力，卽等於法律。觀於我國民法第一條所規定，卽可瞭然。惟習慣與習慣法，頗有區別。卽習慣未成法律以前，不過爲單純之習慣，既成法律以後，則爲習慣法。故習慣爲法律之間接淵源，而習慣法則已成法律之本質矣。習慣之種類不一，有以地域爲區別之標準者，例如通行全國之領域者，是爲全部習慣，其僅行於某一地方者，則爲局部習慣。有以適用之人爲區別之標準者，例如適用於一般人者，是爲普通習慣，僅適用於特種身分之人者，是爲特別習慣。如商業習慣，止行於商人是也。

習慣與習慣法，既有不同，則習慣究應具備何種要件及經過何種程序，始得成爲習慣法，不可不研究及之。關於習慣成爲法律應具備之要件有如下列各項：

(A) 長久慣行 慣行云者，即各國家間，各國民間，或各職業團體間，永年永月，繼續其行為或不行爲也。例如國際慣例之成立，完全基於國際社會之慣行，國內之習慣法之成立亦係基於一般人民之慣行。慣行之爲物應具三種要素：(1) 自古行之，(2) 繼續行之，(3) 毫無爭議行之。

(B) 須爲法律上之習慣 社會通行之習慣有關於法律上的，有非法律上的。凡非關於法律上的習慣，例如旅館小帳，聽差節賞等授受之習慣，不論何時何地，類皆有此風氣，然而不有法之價值者，蓋因與之者不負必授之義務，而受之者亦無請求之權利，故不得謂之爲習慣法也。

(C) 習慣之內容須屬確定並有強制力者 習慣之爲物，常因年代關係，內容不易確定，由是證明習慣之存在，亦頗感困難，故不確定之習慣，不得成爲習慣法。其次習慣須具有強制性，對於一般社會或特種職業團體有拘束力者，始得成爲習慣法。

(D) 以不違反公共秩序及善良風俗 法律之任務在維持公共秩序及善良風俗。故法律中所認爲習慣法者，須不違反此二項原則，始有法之效力。

(E) 國家之承認 習慣除具備上述要件外，還須經國家之承認而始成爲習慣法。至依如何之方法及如何之範圍，則各國立法例頗不一律，但其大致則不外下列二種：(1) 依於法令規定所承認時，即國家明定習慣法與成文法有同一之效力。(2) 限於法律所未定時，例如我國民法第一條云：「民事法律所未規定者依習慣，無習慣者依法理」是也。

關於習慣法與成文法之效力之關係，自古以來累經變遷。在昔羅馬共和時代，以爲法律係根據人民之總意而來，故人民意思直接表現之習慣法，常有改廢成文法之效力。至帝政時代則以法爲君主意思之表現，故由主權者直接發動而成之成文法，有改廢習慣法之效力。厥後羅馬法學者遂折衷於兩者之間，認習慣法在原則上對於成文法，雖有改廢之力，但關於特別事項而生之習慣法，則不得改廢一般成文法。

夫習慣法與成文法，其爲法也，皆無所異。不問其直接制定與否，要皆爲國家之所承認。故以原則言之，

謂兩者之效力有所優劣，實無是理。惟在近代以成文法為基礎之國家，類皆有限制習慣法之傾向，即成文法與習慣法並存時，成文法可變更習慣法，而習慣法則不得變更成文法是也。

(三)法理。法理者，法律原理之謂，即條理也。法理為法律間接淵源之一，例如我國民法第一條所載「民事法律所未規定者依習慣，無習慣者依法理，」便是此意。然法律之一般原理，亦非絕無可議之處，故法官之引用法理，要以不背國情風俗為限。法理云者，不外指社會生活必應處置之原則而言。此原則之來源有二：一為社會生活之實際規律，例如孝親尊長等觀念，二為社會之正義感，如抑強扶弱平等待遇是也。蓋凡合乎正義之行為，人皆以為是，反乎正義之行為，人皆以為非，以條理上之是非，判斷事物，國家採之為法律制定之材料，恆能得社會之同情也。

(四)學說。學說者，法律學者對於法律問題之私人主張也。以原則言，學說本身決無法律效力之可言，然國家制定法律，往往採用為資料，甚有直接付以法律上之效力者，例如羅馬帝政時期採用猶卑尼安士等五大法學家之學說，付以法律上之效力是也。其以學說為間接之淵源者，德國曾採用薩威稜及提波之學說，成立一八九六年之德意志民法典是也。

(五)判例。判例者，法院對於訟爭案件所為判決之總稱也。古代法律未備，司法官兼有立法權，其所為之判決，即與法律無異。所謂審定法，乃集此判決例而成。惟至近世，法制完備，立法權乃與司法權完全分開。立法機關之制定法律，實無依據判例之義務。但判例足以補法律之所不備，立法者採之為制定或修正法律之資料，固無不可，故為法律淵源之一。

司法機關在通常情形之下，皆必依照法律明文而為審判。但日久之後，判案漸多，於是遇相同案情時，法院恆遵從舊時判例定讞，此判決例之所由成也。然以各國法制不同，判決例之重要，一視其法律之規定為轉移。且一國之審判制度分有等級，故下級法院與上級法院之判例其效力亦不同。普通說來，最高法院之判決例常有拘束全國法院之效力，下級法院判決案件不能與之相抵觸也。惟實際上，判例之效力亦不劃一，茲依其性

質分爲三類：

(A) 絕對判例與相對判例 絕對判例者，判決例之效力爲絕對的，不問其適當與否，下級法院均應服從之謂也。相對判例者，卽法院於某種限度內保有自由取捨之權也。例如英美最高法院之判例，普通視有絕對權力，下級法院在任何情形之下皆不得違反。至於我國最高法院之判例，在原則上雖有拘束下級法院之效力，但如該判例適用不當或違反法律時，下級法院仍可拒絕適用而另依照法律條文判決之。

(B) 拘束判例與指示判例 拘束判例者，法院受判決例拘束之謂也。指示判例者，卽判決例祇供法院之參考而無拘束之效力也。例如最高法院判例有拘束全國法院之效力，至於同級法院之判例則不能拘束其他法院也。

(C) 原始判例與申述判例 凡以創制法律爲目的之判決，爲原始判例。若僅適用現行法律之判決，則爲申述判例。以原則言，司法機關本無創制法律之權，然以社會生活日益複雜，已制定之法律，往往因情勢變更不足以資應用。法院遇有此類情形，不能藉口無法可據而不予裁判。於是不能不由法院斟酌情形，秉公裁判。此項判決常有創制法律之效力。故其爲法律淵源，乃因其應用於判決特個案情，而使將來之同樣案情受其拘束也。至於申述判例之爲法律淵源，祇有補助價值，蓋以其判決之所依據者爲已存之法律也。

(註一) 法國舊時之民法，只許夫妻別居，不許離婚。

第五章問題

- 一、何謂法律之淵源？
- 二、法律之直接淵源有那幾種？
- 三、法律之成立應經過何種手續？
- 四、憲法之效力何以最強？
- 五、公布法律之方法有那幾種？

- 六、命令之效力何以不及法律？
- 七、何謂命令？試申述之。
- 八、法律之間接淵源有那幾種？
- 九、何謂習慣？
- 一〇、習慣與習慣法有何區別？
- 一一、試述習慣成爲法律應具備之要件。
- 一二、習慣法與成文法之效力孰強？
- 一三、何謂法理？
- 一四、學說何以能成爲法律之淵源？
- 一五、試述判例之種類。
- 一六、判例之效力若何？

第六章 法律之效力

法律之效力，可別爲關於時之效力，關於地之效力，及關於人之效力三種，茲分節說明之。

第一節 關於時之效力

關於時之效力，即法律之效力應自何時發生及終止之謂也。茲述其原則如下：

(一)法律須經過公布手續後始發生效力。在一般法律效力之發生，其時期有二：一爲自公布之日施行。一爲由政府另定施行日期以命令公布之。其自公布之日施行者，應在該法之末條以明文規定之。例如謂「本法自公布之日施行」云云，即該法自政府以命令公布之日即發生效力。大抵對於僅規定一部分事項之單行法規，例如票據法，公司法等多自公布之日施行。其另定施行日期者，多爲大部法規，如民刑法及訴訟法等，必先行公布，使全國皆得知曉，且另制定一種施行法，然後定期實施。至公布之方法，已如前章所述，有將法文揭示於公共場所使民衆週知者，有於公共場所宜讀者，有用傳觀方法者，有將法文刊登政府公報以代揭示者。我國所探則爲登載公報方法，故各種法令，皆藉政府公報發布之。其公布之效力，應以命令發布之日期爲準。故登載公報日期，有在命令發布之後數日者，應以發布命令日期爲公布日期。其另定有施行日期者，其施行之期，更與公報之公布日期無關。在另定有施行日期者，屆期施行，當無問題。惟以公布日期爲施行日期者，則因各地見到公報有遲早不同，全國各地頗難期其一致。例如以中國幅員之廣闊，對於首都所發行之公報，有遲至十餘日或一月始能達到者，自不能同時施行。若以公報到達日期爲施行之期，漫無標準，亦頗感困難。故國民政府設有法律施行日期條例，以資應用也。至法律之效力至何時終止，亦有討論之價值。在一般法律之效力，除有時間性之法律外，應俟另有替代之新法施行時，方能廢止。替代舊法之新法既經施行，則無論有無廢止舊法之

明文，關於舊法之效力，除新法中另有規定外，應即終止。在一般法律之廢止，有明示廢止及默示廢止二種：明示廢止者，於新法施行時，特以明令爲廢止舊法之表示，或於新法施行法中爲廢止舊法之規定也。默示廢止者，舊法雖無廢止之明文，但可推定其已廢止也。其應注意之點有二：

(A) 對於同一事項同時有二法規定時，可推定係以新法廢舊法。例如舊刑法有殺人罪之規定，新刑法亦有殺人罪之規定，可知舊法之殺人罪已不適用。

(B) 新法爲普通法，舊法爲特別法。新法之規定非以舊法所規定之事項爲目的，則舊特別法依然存在。例如私鹽治罪法爲特別法，新刑法爲普通法。新刑法係非以規定私鹽治罪法爲目的者，則私鹽治罪法非俟另廢止之明文，其效力依然存在也。

(二) 法律無溯及既往之效力。近代文明國家法制，均採法律不溯既往爲原則，即對於舊法時期之行爲，新法無溯及之效力也。蓋法律爲人民共信之物，其所命令或禁止之事項，若有溯及既往之效力，是法律未制定之先，國民已生遵守之義務，又何須履行公布及施行各手續耶？且就人民所受之影響言之，苟許法律有溯及既往之效力，則昨之視爲適法者，今日卽爲犯罪，或今日視爲正當取得之權利，明日以不當利得取消之，非第使人民時懷危懼，損及個人權利，抑且妨害公共秩序。故凡新知之法律，其效力僅以施行之日爲起點，對於既往之事物，當然不生拘束力也。

第二節 關於地之效力

法律有採屬地主義與屬人主義之別。屬地主義係以一國之疆域爲行使法權之範圍，凡在本國領域內者，無論爲本國人或外國人，一律受本國法律之支配。至於屬人主義之法律則以本國人民爲行使法權之標的。凡屬本國人民，無論在本國或在外國，一律受本國法律之支配。古代法律皆採屬人主義，一國之人民，不論僑居何處，須受其本國法律之管轄。惟自中世紀以來，各國法律多採屬地主義爲原則，而以屬人主義爲補充。凡一國

之法律，其在國境之內，以絕對通行爲原則，雖外國人在其國境內，亦應受所在國法律之支配。惟此項原則，有下列例外：

(一) 凡依國際公法享受治外法權之人不受所在國法律之管轄，分述如次。

(A) 外國元首。凡一國的君主或總統，以元首資格訪問外國之時，享受一切特權和榮典。元首之身體是神聖不可侵犯，所在國應加以特別保護。外國元首，及其家屬侍從，不屬於所在國法院管轄，並免除納稅之義務。外國元首之一切行爲，只對其本國法律負責。

(B) 外交代表。外交代表，通常代表國家，故其地位亦與元首同樣重要。他的身體，亦具神聖不可侵犯性質，應受所在國家特別保護。外交代表之館舍和住所，非經他的同意，所在國家官吏，不得隨意入內搜索。外交代表及其家屬隨從，無論民刑訴訟，不受所在國法院之管轄，並免除納稅義務。至於外國之領事，雖不如外交使節之尊崇，然其主管事務，亦嘗有關外交上之祕密。故現代國際慣例，於一定範圍內，亦使領事不受所在國法律之制裁。例如領事關於職務上的行爲，不受當地法院之訴追，惟關於領事個人的行爲，則不享受此項寬典也。

(C) 外國之軍艦或軍隊。對於外國之軍艦停在本國之軍港，或對於外國軍隊，苟許其通過或駐屯於內國時，駐在國法權不能適用於該項軍艦或軍隊。縱有犯罪之行爲只能由該軍隊之長官管束之。

(二) 基於不平等條約所產生之拘束。一國法權在原則上是絕對適用於該國領域之內，惟如該國受有不平等條約之待遇時，則不能適用上述原則。例如某國在所在國享有領事裁判權，則該國人民不受所在國法律之支配。查領事裁判制度，起於中世紀，最初適用於土耳其。蓋土國人民信奉回教，與歐洲人民信奉耶教，教義根本不同，習慣亦自差異。歐洲國家恐土國政府虐待其僑民，故要求此項裁判權利。當時土國政府，不知利害關係，竟爾允許，致造成今日之弊端。領事裁判，約分二種。一爲單純事件，即其案件之兩造均爲一國人時，則歸該國之領事審判。一爲混合事件，即其案件之兩造爲數國人時，則以「原告依被告的規則」定其管轄。依此

規則，可得下列結果：

(A) 所在國人民爲原告，享受領事裁判權國家之人民爲被告時，則其合法管轄機關，爲該被告所屬國家之領事法庭。

(B) 反之，享受領判權國家之人民爲原告，而所在國人民爲被告時，則其合法裁判機關仍屬所在國法院，領事不得干涉。

(C) 遇不同國籍的外人間之訴訟，屬該被告所屬國家之領事法庭管轄。

第三節 關於人之效力

一國之法律，關於人之效力，有如下之原則及例外：

第一、一國在其領土內，對於一切居住之人民，在原則上，一律行使法權，不因本國人民與外國人民而有所區別。但其隸屬之程度，則究有多少差異，茲分別說明之：

(一) 本國人民。本國人民，可說是完全隸屬於一國法權之人。本國人民對於母國有服兵役及納稅之義務。一國對於所屬人民的訴訟有管轄權，人民亦有要求母國對於生命財產加以切實保護之權利。本國人民，多依誕生方法取得國籍。但原爲外國人者，亦可以歸化方法取得國籍。前者爲本生人民，後者爲歸化人民。本生人民與歸化人民，雖同屬本國人民，但彼此對於母國關係深淺之不同，因而生出彼此權利義務之差異。

(A) 本生人民 本生人民對於母國關係最深，愛護亦至切。舉凡一切公民權利義務，本生人民均得完全享受。本生人民是由出生方法，取得國籍，這是普通的原則。但是在何種情勢之下，出生的兒童，方稱爲本生人民，則各國法例，向多分歧。

其一、血統主義。血統主義或稱屬人主義，是以血脈相傳爲其原則。兒童之國籍，須依其父母之國籍而定。不論其出生地點，是在本國，抑在外國，只要其父母是某國人，即其所生之兒童，亦隨之而取得該國之國

籍。現在之德意志及其他日耳曼國家，多仍採取此種主義。

其二、出生地主義。反之，出生地主義或稱屬地主義，是以兒童出生之地點爲標準。兒童之國籍，不必依照其父母之國籍而定，只要其出生時是在某國，即當然取得該出生地之國籍。現在之南美洲國家，多仍採取此項主義。

其三、混合主義。混合主義，兼採血統主義與出生地主義。一方准許兒童因血脈關係，取得父母所屬之國籍，他方更准許兒童因出生地點，取得出生地之國籍。依此主義，則凡一國人民在外國所生之兒童，固仍爲該國兒童，即外籍人民在其境內所生之兒童，亦可取得該國國籍。採取混合主義之國家中，有採血統主義爲原則而以出生地主義爲補助者，如法比是。有採出生地主義爲原則，而另以血統主義爲補助者，如英美是也。

(B) 歸化人民。歸化是用入爲的方法取得國籍，與本生人民由自然關係取得固有國籍者不同。歸化有廣狹二義。廣義的歸化，指一切取得國籍之事實不必基於當事人之請求，例如爲外人妻者，(註一)常因婚姻關係取得其夫所屬之國籍，又如私生子經其父認領，(註二)當然取得其父之國籍是也。至於狹義的歸化，則專指外籍人民，依一定的條件，經書面請求，正式取得他國國籍而言。普通所說之歸化，即指這類狹義的歸化。(註三)

歸化人民自取得某國國籍後，在原則上即與其他本生人民享受同等權利義務。但一國之重要公職則常設有限制歸化人民充任之規定。例如法國國籍法規定歸化人民自歸化後，十年以內，不得爲各項選舉之公職及爲法院審判官。我國修正國籍法，(註四)亦規定歸化人民不得爲國府主席委員，院長，和其他重要公職。

歸化人民之公民權利，雖受限制，但對於公民的義務則仍須完全擔負。歸化人民不論在原籍國已否服滿兵役，在新國家內，仍須重服兵役，並對新國效忠和盡納稅之義務。

(二) 外籍人民。一國有容納或拒絕外人之自由，得令其具領護照，及課以其他限制，並於必要時可驅逐外人出境。外籍人民，不論其爲遊歷或屬居留性質，應服從所在國法律之制裁。民刑訴訟，皆歸該國管理。外籍人

民不得在所在國行使選舉或任公職權利，但亦無服兵役之義務。此外在許多國家內，外籍人民之私權亦受限制，例如不得購買土地，享有船舶，並從事特殊職業（如律師醫生等）。但國家對於居留本國之外人，應有適當之保護。外人之生命財產，不得受特殊法規之壓制。

除外籍人民外，外國的私船，停泊在一國海港內，亦應服從所在國之法律。船內重大之犯罪，有擾亂港內和平之慮者，全屬所在國法院管轄。但關於船內輕微事情或僅涉及紀律的事體，則依最近的例，可劃歸居留該地之領事館管轄。

第二、一國之法律，在次列情形之下，對於旅居外國之僑民，亦有效力：

(一)關於憲法上之義務，一國之國民雖旅居外國時，仍從本國法律。例如服兵役及從事其他公職之義務，雖旅居外國之國民，亦不能免除，仍應遵守本國法律之規定。

(二)關於身分能力各事項，雖在外國亦適用本國法律。蓋身分能力之規定，類皆與其本國風土人情有密切之關係，故所屬國民，雖僑居外國，亦不可不遵守本國之法律。例如法定成年年齡，禁治業宣告之原因，以及婚姻成立之要件，均不能不依照本國法律之規定也。

(三)刑法中有特別規定時，則旅居國外之僑民，仍應適用本國法律。例如我國刑法第六條云：「本法於中華民國公務員在中華民國領域外犯左列各罪者適用之」是也。

第三、法律之效力，對於元首不能適用。蓋元首居一國統治之地位，法律上應保持其尊嚴。故在君主國家，其君主是最高無上之主權者，絕對不受法律之制裁。例如英國憲法認「國王不能為不法行為」，日本憲法明定「天皇神聖不可侵犯」，是皆不受法律支配之明證也。又君主國之攝政，其地位與君主相同，故亦不受法律之支配。至於民主國之元首，則除叛逆罪外，其他一切行為亦不受法律之制裁。

(註一)例如我國國籍法第三條第一款云：「為中國人妻者，取得中華民國之國籍」。

(註二)例如我國國籍法第二條第三款云：「父為中國人，經其父認知者，取得中華民國國籍」。

(註三) 例如同上國憲法第三條第一項云：「外國人或無國籍人，經內政部許可得歸化」。
(註四) 見同上國憲法第九條各款。

第六章問題

- 一、試述法律關於時之效力。
- 二、何謂法律不溯既往之原則？
- 三、何謂屬地主義？試申述之。
- 四、何謂屬人主義？試申述之。
- 五、何謂治外法權？
- 六、享受治外法權之人共有幾種？
- 七、何謂血統主義？試申述之。
- 八、何謂出生地主義？試申述之。
- 九、何謂混合主義？試申述之。
- 一〇、何謂歸化？
- 一一、歸化人民之權利義務如何？
- 一二、何謂領事裁判權？
- 一三、治外法權與領事裁判權有何區別？

第七章 法律之解釋

法律之解釋者，探求法律真意之方法也。凡法律之制定，無論如何審慎周詳，條分縷晰，然欲網羅萬象，纖細無遺，於適用之時，毫無疑問，絕對難能，此法律解釋之所以必要也。

法律之疑義有二：一為明顯疑義，一為隱匿疑義。明顯疑義者，僅屬法律字義之不明確，如文字欠妥，意義含混等屬之。隱匿疑義者，法文之字義，本甚明瞭，而其所規定之事物，則範圍不易確定，不能不加以解釋者也。

法律有待於解釋，既若是重要。然若無相當原則以為準繩，亦必流於濫用。此解釋法律之方法所由生也。法律之解釋方法，約言之有二：一曰法定解釋，一曰學理解釋，茲分節說明之。

第一節 法定解釋

法定解釋者，即法律明文規定解釋法律之方法也。此項解釋，可分為立法解釋，司法解釋，及行政解釋三種，分述如次：

(一)立法解釋者，由立法機關解釋法律也。立法解釋之方法不一。第一、有將解釋規定於本法中者，如刑法第一章之法例是也。其不設法例專章者，則於條文中散見之，例如我國民法總則第六十六條所載「稱不動產者，謂土地及其定着物」，以示不動產之意義。又如民法總則第六十九條所載「稱天然孳息者，謂果實，動物之產物，及其他依物之用法所收穫之出產物」，以示天然孳息之意義。凡此種種，皆所以解釋用語之意義，規定其範圍之限制也。其次，有將解釋另行規定於特別法中者，例如刑法施行法對於刑法應如何施行，有解釋之效力。其他民、商法及訴訟法之施行，亦有相類之施行法而解釋之。此等解釋，與法律同視，故亦有法律之效

力。一切人民官署，均應受其拘束也。

(二)司法解釋。司法解釋者，即司法官當適用法律時所爲之解釋也。不問解釋例或判決例，皆可謂之司法解釋。司法解釋之最高機關，通常屬於一國之最高法院，故其所爲解釋例及判決例，有拘束下級法院之效力。吾國法制，司法院爲統一解釋法令之最高機關，故凡關於現行法令有疑義者，均得依法請求解答，其效力等於法律也。

(三)行政解釋。行政解釋者，行政官署關於法律施行事項對下級機關所爲之解釋也。行政官署原無解釋法律之權。惟關於本級機關公布之法令章程有疑義時，行政官署亦有權解釋之。然若因其公布之法令有與法規或根本法衝突者，行政官署仍不得自己解釋，應由上級行政機關或轉由法院解釋，所以杜行政官吏之專斷也。我國現行官制，凡法律有質疑時，統由司法院召集之統一解釋法令會議解釋。行政官署僅得於其命令範圍之內，操有解釋權而已。

第二節 學理解釋

學理解釋者，即以事理之見解釋法律也。此項解釋可分爲文理解釋與論理解釋二種，述之如下：

(一)文理解釋。文理解釋者，依據法律條文上之字義或文義而爲之解釋也。法律之進化由習慣法至成文法，更由成文法至近代之有系統的法典法。法律之條文既多，勢不能不借助於簡潔之文字以資應用。然文字之意義，往往不盡一致。毫釐之差，失之千里，且刑法上之一字一句，更對於被告之利益有重大關係。苟不設定解釋文義原則，殊難期其合於立法者之原意。茲述其普通原則於后：

(A)法律之文字文句，必須依照平易通常之意義解釋之，並宜留意其慣用字例。法律爲社會生活之規範，關係社會全體利益，故法律條文中除專門意義者外，應以平易通常之意義解釋之。此外對於條文上之慣用字例亦須留意，例如「善意」乃不知情之謂，並非普通慈善之意。又如「得」「應」「以」等字，其用法常有一

定。「得」字乃含有斟酌情形之餘地，並非謂必須如條文中之所指示也。「以」字作「同」字解，我國現行刑法第二百二十一條第二項所載「姦淫未滿十四年之女子，以強姦論」。蓋法律為保護未成年人之權利起見，故雖和姦行為亦作強姦論也。

(B) 法律之文字文句，須依據當時立法之原意而解釋之。解釋法律文義，應注意立法者之意思。其因文字失於檢點致啟疑義者，亦須探求當時立法之原意，不可率爾解釋以背本旨。

(C) 解釋法文須注意法律之全文意義。凡解釋法律，必注意法律相關聯之全文，不可斷章取義，以背法律本旨。例如民法第七十五條載「無行為能力人之意思表示無效，雖非無行為能力，而其意思表示，係在無意識或精神錯亂中所為者亦同，」若僅依此條文而加以解釋，則無行為能力人將永無表示意思之方法。惟一查第七十六條所載「無行為能力人，由法定代理人代為意思表示，並代受意思表示」，則可知前條尚有補充之規定，故解釋法律之文字文句，必須注意全文之意思所在也。

(二) 論理解釋。論理解釋者，斟酌制定法律之理由及其他一切情事，用以發見法律之真意也。惟論理解釋與文理解釋，並非對待而立，法律上文字之意義，仍須兼顧及之。論理解釋，種類甚多，茲舉其重要者言之：
 (A) 擴充解釋 擴充解釋者，法律中所規定之文字失之狹隘，或不足以表現立法者之真意時，乃擴張其意義，使合於立法之原意也。例如國家之領土，以字義言，僅屬國家所有之土地。然從實際考察，則領海、領空、均包括之，是即擴充解釋之適例也。惟刑法關係人民切身利益，故擴充解釋在刑法上不許採用也。

(B) 限制解釋 限制解釋與擴充解釋立於相反地位，即將律文之字義加以限制，使其範圍縮小，以全法律之真義也。例如刑法上之妨害風化罪，必須嚴格解釋，適用法文限制之條件，乃能加以制裁，不能因人之私德稍有不檢即以刑罰相加也。

(C) 當然解釋 當然解釋者，律文雖未明白規定，而可由當然之理論以解釋法律之真義也。例如刑法明定吸食鴉片者有罪，若不用吸食方法而用吞食方法，自亦包括在內。又如禁止在風景地帶攀折花木，則採伐樹木

雖未明白規定，當然亦在禁止之列。

(D)補正解釋 補正解釋者，因立法者之疏忽，致律文顯有不週之處，而設法以爲之補正是也。例如我國民國初年之暫行新刑律對於妾的制度雖未禁止，但亦無明文規定。故關於妾的身分如何，須有刑律補充條例以補正之，如所謂稱妻者妾準用之之類，即其例也。

第七章問題

- 一、法律之解釋何以如此重要？
- 二、何謂立法解釋？試申述之。
- 三、何謂行政解釋？
- 四、行政解釋與立法解釋之效力孰強？
- 五、何謂司法解釋？
- 六、司法解釋應歸何種機關爲之？
- 七、何謂文理解釋？
- 八、解釋文義之原則若何？
- 九、何謂論理解釋？
- 一〇、試述擴充解釋之例。
- 一一、何謂限制解釋？試舉例以明之。
- 一二、何謂當然解釋？試舉例以明之。
- 一三、何謂補正解釋？
- 一四、刑法何以禁止比附援行？

第八章 法律之適用

法律之適用者，有權限之官署採用法律之謂也。法律適用之機關有二：一爲司法機關，一爲行政機關，茲分節說明之。

第一節 司法機關適用法律之原則

司法機關適用法律之原則有如下列數項：

(一) 司法官非經當事人之請求，或檢察官之起訴，不得自行審判。此爲審判上之大原則。無論何種案件，非經當事人或檢察官正式起訴，審判官不能逕行審判，即所謂不告不理之原則是也。

(二) 司法官不得以法律爲不正當而拒絕適用。司法官之任務是以執行法律爲目的，無論任何法律，苟經國家正式制定公布，即有強制通行之效力，司法官不得藉口法律之不正當而拒絕適用。蓋法律既經國家制定，無論正當與否，審判官只有適用之義務，若可藉口法律之不正當而拒絕適用，是以司法官而兼立法官之權，殊背近世政權分配之原則。況正與不正，亦無一定標準，倘任司法官隨意取舍，則雖正當之良法亦可以不正當之惡法視之，其弊當有不可勝言者矣。

(三) 司法官不得以法律不明不備爲理由，拒絕裁判。社會生活日益複雜，舊有法律或有不能適應新需要。惟法官之任務是在保護人民之權利法益，故縱法律條文有不明不備之處，司法官仍不得拒絕裁判。

(四) 司法官對於違背憲法之法規，普通有拒絕適用之權。憲法爲國家之根本法，一切法規均不得與之接觸，苟有違反憲法之法規，司法官得拒絕適用。至法律之違憲須至如何程度，始能加以拒絕適用，則學者間之意見，頗不一致，茲舉其重要者言之：

(A) 法律之實質違反憲法時，司法官得拒絕適用。例如憲法中規定人民有信仰之自由，而以法律限制之，是法律之實質違反憲法之規定也。凡實質上違憲之法律，司法官得拒絕適用，惟對於形式上違憲之法律，則無拒絕適用之權利也。

(B) 法律之形式違反憲法時，司法官得拒絕適用。惟依此說之主張，法律之實質，是否違反憲法，非司法官所能定，以司法官無審查法律是非之權也。故法律實質上之違憲與否，應由立法機關自身審定，司法官不能越俎代庖。惟關於形式上之違憲，則為法律效力不完全之表示，司法官得拒絕適用也。

(C) 法律之實質或形式違反憲法時，司法官均得拒絕適用。此為英美法治國家所實行對於司法官賦予極大之權限。依英美之慣例，凡法律實質之違憲者，法院固得拒絕適用，即其實質雖非違憲而形式上違憲者，亦無適用之義務。例如實行責任內閣制之國家，根據憲法上人民有納稅義務之規定，而制定租稅徵收法，在實質上雖未違憲。惟當該法公布之際，無內閣副署，即為形式上之違憲，司法官可不採用也。

第二節 行政機關適用法律之原則

行政機關適用法律之原則亦有下列數項：

(一) 行政官雖無當事人之請求，亦須適用法律。行政官與司法官不同，不能適用不告不理之原則，故凡受有適用法律之委任時，不問人民之願望如何及有無請求，行政官吏仍須依法執行也。

(二) 行政官執行法律得發布命令。法律僅規定大綱，不能詳及細目，故各國立法例，行政官吏適用法律時，得發布命令，擬定執行細則以資遵守也。

(三) 行政官不得拒絕法律之執行。行政官之地位非如司法官之超然獨立，類須服從長官命令為原則。故凡上級行政官命令下級行政官執行法律事件時，下級行政官不得拒絕也。

第八章問題

- 一、何謂不告不理之原則？
- 二、司法官是否適用不告不理之原則？
- 三、司法官對於不正當之法律能否拒絕適用？
- 四、司法官適用法律時是否站在超然獨立之地位？
- 五、司法官對於違反憲法之法規有無拒絕適用之權？
- 六、試述關於拒絕適用違憲法律之各種主張。
- 七、何謂形式上之違憲？試舉例以明之。
- 八、何謂實質上之違憲？試舉例以明之。
- 九、何以行政機關不能適用不告不理之原則？
- 一〇、行政機關執行法律時有無發布命令之權？
- 一一、行政官之地位何以不能如司法官之超然獨立？
- 一二、司法官之職權在那個國家算是最大？

第九章 法律之制裁

法律之制裁者，即法律予違法者以懲罰也。制裁之種類甚多，有道德上之制裁，宗教上之制裁，及法律上之制裁。本章所述者，則專關於法律上之制裁。蓋法律施行之後，其目的在求人人遵守勿違，其有違反之者，國家須施以懲罰也。法律制裁可大別爲公法上之制裁及私法上之制裁二種。茲分節說明之。

第一節 公法上之制裁

公法上之制裁者，即其人違反法規，直接損及國家之安寧秩序，由國家施以懲罰者也。此種制裁，又可分爲刑事制裁及行政制裁二種，分述如次。

第一款 刑事制裁

刑事制裁者，國家對於違反刑事法令之人，予以處罰之謂也。在原始社會時代，法律未臻完備，被害者往往自由報復以代刑罰。其後公權力逐漸擴張，刑罰權乃漸操於國家之手，私人不得任意報復。到了現在，則各國立法例莫不規定行使刑罰爲國家專有之權，凡違反刑事法令之人，皆須受國家之刑事制裁也。

(一) 刑罰之作用有三，分述如次：

(A) 懲戒作用 法律之目的，在維持社會之秩序安寧。故凡違反刑事法令之人，法律一律予以制裁，使犯罪者知刑之可畏，不敢再以身試法，而收懲戒之效也。

(B) 預防作用 刑罰之目的，雖在直接處罰犯罪之人，然其間接作用，則在使一般之人知所畏懼而收預防之效。故各國刑法，對於各國罪刑，莫不詳列典章，以示人民遵守之界限而知所畏避也。

(C) 匡正作用 匡正作用，在期犯人之改過自新，故各國刑法多設有假釋及緩刑之規定。假釋云者，即於

犯人經判決徒刑在獄，於其未屆出獄之期而權令出獄之謂。其出獄之日期視爲與在監獄相同。此種辦法，原爲增加犯人悔過之速率，然其適用，亦祇以犯人確有後悔之實據爲前提，否則恐反爲狡猾之徒所利用也。至於緩刑則較假釋更進一步，對於偶然犯輕罪，惡性不大之犯人，緩其刑之執行，所以期犯人之悔過自新也。

(二) 刑罰之種類：

(A) 身體刑 身體刑者，予犯人以身體上之痛苦也。我國舊時刑法，關於身體刑之種類甚夥。例如墨、(註一)劓、(註二)剕、(註三)宮、(註四)大辟、(註五)無一非欲使犯人感覺身體上之痛苦也。民國成立，以舊昔科刑觀念不合近世潮流，故現行刑法，僅保留死刑一項，其他身體刑概行廢止。蓋死刑爲刑罰之最重者，因其人罪大惡極，非剝奪其生命，不足以維持社會之秩序安寧也。近代學者關於死刑之存廢問題見解不一。其主死刑廢止論者，謂死刑剝奪他人生命，慘酷而失人道。且刑罰原以促人悔過，以達其預防犯罪爲目的。受死刑宣告之人，縱欲幡然改善，已不可得，徒喪國家之元氣，無裨於社會。況人死不可復生，倘有科刑失當，更感救濟無方。如謂死刑之目的，在隔絕罪大惡極之人與社會接觸，則長期禁錮，亦可達到隔絕之目的。而主死刑存在論者，則以刑法科以死刑之人，必惡性重大，非可望其改悔者，故奪其生機，使永遠隔離社會，此原係必要之圖，不能以人道之故而減削法律之權力，且死刑之執行特別慎重，判決確定之後，並須經最高司法行政官署之令准，決無失入誣枉之弊。終身禁錮，非第有乘機脫逃之虞，且有徒耗國家廩粟之害。兩相比較，應以仍用死刑爲宜。故近代國家，除瑞士等少數國家實行廢止外，大多數仍保存死刑制度也。

(B) 自由刑 自由刑者，對於犯人之自由予以剝奪之謂也。此種制度，一方予犯罪者以精神上之痛苦，冀其自行悔改，一方禁其自由，使之不能再犯，較身體刑爲優，故現代國家均採之。自由刑依其輕重次序計分三種：

(1) 無期徒刑 無期徒刑，爲自由刑中之最重者，是將犯人終身羈押，使其永遠隔離社會。受無期徒刑宣告之人，雖非如死刑之剝奪其生機，然其精神上之痛苦，尤較死刑爲甚也。

(2) 有期徒刑 有期徒刑者，即對於犯人在一定之期間內，剝奪其自由權之謂也。我國現行刑法第三十三條規定有期徒刑為二年以上十五年以下，但遇有加減時，得減至二月未滿或加至二十年。

(3) 拘役 拘役為自由刑之最輕者。其與徒刑不同之點有二：第一、拘役之刑期較短，刑法第三十三條規定拘役為一日以上二月未滿，但遇有加重時得加至四月。第二、受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而免除後五年內再犯有期徒刑以上之罪者為累犯，須加重其刑。但受拘役之犯人，若於刑期終了後再犯同一之罪者，則不能加重其刑，此因拘役之罪較為輕微，不構成累犯之條件也。

(C) 財產刑 財產刑者，即剝奪犯人財產之刑罰也。刑法上之罰金及沒收均屬之，分述如次：

(1) 罰金 罰金者，犯人因犯輕微之罪或利慾上之罪而令其繳付相當金額之謂也。罰金應否存在，主張者與反對者，各有理由，吾人可置不論。惟各國法例對於最輕之罪，皆以罰金為原則。我國古代本有金作贖刑之制，得以金錢免除其刑。今則以明文規定，苟所犯之罪不甚重大，且與財產上有關係者，皆可以科罰金，或於自由刑之外，併科以罰金。罰金數額以一元以上為標準。此項罰金應於裁判確定後兩個月內完納。期滿而不完納者，強制執行。其無力完納者，易服勞役。

(2) 沒收 沒收者，即將犯人之物品沒籍入官之謂也。我國現行刑法第三十八條規定，應行沒收之物品有左列三項：

一、違禁物，如私藏之軍火或毒品是也。

二、供犯罪所用或供犯罪預備之物，例如供殺人所用之刀，或預備放火之洋油是也。

三、因犯罪所得之物。

(D) 權利刑 權利刑或稱名譽刑，乃剝奪犯人所應享受公權之刑罰也。依我國現行刑法第三十六條之規定，應褫奪之資格，有如下列三項：

一、為公務員之資格。

二、公職候選人之資格。

三、行使選舉、罷免、創制、複決、四權之資格。

第二款 行政制裁

行政制裁者，國家對於違反行政法規或行政處分之人予以處罰之謂也。行政制裁可分為對行政官吏之制裁及對私人之制裁二種，分述如次：

(一)對行政官吏之制裁。此項制裁，計有下列五項：

(甲)申誡 申誡者，即對於違反法規之官吏，加以申斥之謂也。

(乙)減俸 減俸者，即對於違反法規官吏之薪俸予以減扣以示懲戒也。

(丙)轉職 轉職者，即將違反法規之官吏調以他項職務也。

(丁)停職 此因違反法規之情節較重，故將官吏之原職暫時予以停用，以俟查明開復也。

(戊)免職 免職即實行免官之謂。凡官吏違反法規之情節過重，無待停候查明者，非開除其原職，不足以收懲戒之效。

(二)對私人之制裁。此即國家對於私人違反行政法規或行政處分時所加之制裁也。計分行政罰與強制手段二種，述之如次：

(甲)行政罰 行政上之處罰，簡稱爲行政罰，即對義務人，就行政上義務之違反，所科之處罰也。行政上義務違反之處罰，有存於特別權力關係中者，與存於一般統治關係中者。前者稱爲懲戒罰，即對於服從特別權力之人，就其義務之違反所科之處罰，如對於官吏，士兵等之懲戒罰屬之。後者爲狹義之行政罰，通常所稱，即係指此。依所違反之義務不同，計有警察罰，財政罰等。警察罰即就警察義務之違反所科之處罰，如對游蕩無賴，行踪不檢，或奇裝異服有礙風化者，所科之拘留或罰金是也。財政罰即對財政上義務之違反，所科之處罰也。如對應貼印花之各件不貼印花，或應納稅者而不納稅，所科之罰金屬之。

(乙)強制手段 強制手段可分爲對人強制及對物強制二種。對人之強制手段有三：第一爲代執行，即義務者不履行義務時，由行政官署代爲義務之履行或使第三者代爲之，而於事後向義務人徵收執行費用是也。第二爲執行罰，即對於義務者之義務不能依代執行之方法代爲履行時，限期令義務者切實履行，倘逾期仍不履行，則科以處罰也。第三爲直接強制。凡因情勢急迫，或其他原因，不能用代執行或執行罰等方法強制其履行義務時，直接對於義務者之身體，加以強制，使之履行其義務也。

至於對物強制，則因義務人不履行其財產上之義務時，對於其所有之財物，直接強制而徵收之。例如人民違反稅則，行政官署得扣押其財產而拍賣之是也。

第二節 私法上之制裁

私法上之制裁或稱民事制裁，即國家基於私人之請求，對於侵害權利或不履行義務之人，予以處罰者也。民事制裁與刑事制裁不同，前者爲對於侵害權利懈怠義務者之處分，後者則爲對於犯罪者之懲罰。惟實際上，違反法律之行爲，常有一方爲犯罪行爲，他方則爲侵權行爲，致發生民事刑事兩種制裁者。例如傷害行爲，在民法上因損害他人之身體健康，應負損害賠償責任，同時又因觸犯刑章，故除損害賠償外，尚須受刑事制裁也。

民事制裁之種類甚多，茲就其要者言之，約有下列各項：

(一)損害賠償。凡因故意或過失損害他人權利之行爲，使之負賠償之責者，是爲損害賠償。要求損害賠償之權利不限於財產上之損害，即身體、名譽、自由、被侵害時亦能爲之。惟賠償之代價大多以金錢計算，即普通所謂償金制度是也。

(二)履行義務。履行義務者，對於懈怠義務之人，強制其直接爲義務之履行者也。例如約定爲他人撰稿或畫像，此項義務通常不能由旁人代替，亦不能以金錢計其損失，故唯一辦法則強制其爲義務之履行也。

(三) 回復權利。回復權利者，即使侵權人將不法所得之權利返還於權利所有人，以恢復其原有狀態之謂也。例如甲之財產被乙侵占，甲可依法訴諸法院，責令其返還原有財產也。

(四) 解除契約。凡基於雙方同意而締結之契約，因一方不履行其義務，他方之相對人得為契約之解除。例如甲向乙定貨若干，到期乙無貨可交，此時甲可依法請求解除其原有契約，如受有損失時，併得要求損害賠償也。

(五) 停止權利之行使。凡依法行使權利之人，違反規定濫用其權利時，其被害之當事人得依法請求停止其權利之行使。例如依我國現行民法第一千零九十條之規定，父母濫用其對於子女之權利時，其最近親屬或親屬會議得糾正之。糾正無效時，得請求法院宣告停止其權利之全部或一部也。

(六) 法人之解散。此種制裁係專對法人而設。凡法人之目的，或其行為，法院得因主管官署檢察官或利害關係人之請求，宣告解散。蓋法人之人格，由於法律上之擬制，非如自然人之人格出自天賦，故得依法剝奪也。

(註一) 墨刑謂刺面部出血塗以墨也。

(註二) 劓刑謂割鼻子也。

(註三) 剕刑謂斷足也。

(註四) 宮刑謂毀壞生殖作用也。

(註五) 大辟謂斷頭也。

第九章問題

- 一、何謂刑事制裁？
- 二、試述刑罰之作用。
- 三、死刑應否廢止？試申論之。
- 四、何謂自由刑？共有幾種？

- 五、罰金制度之利弊若何？
- 六、何謂財產刑？
- 七、刑法上應行沒收之物共有幾種？
- 八、何謂權利刑？現行刑法規定公權應予剝奪者有那幾種資格？
- 九、何謂行政制裁？
- 一〇、對行政官吏制裁之方法共有幾種？
- 一一、何謂行政罰？
- 一二、何謂民事制裁？
- 一三、民事制裁之方法有那幾種？

第三編 國家

第一章 國家之意義

關於國家之界說，頗不易下。惟就一般而言，則國家是社會中的一種政治組織，具有一定的土地、人民、主權和組織之團體也。

國家與社會有別。社會是人類集合的總名稱，國家祇是民族的團體。社會的範圍，以世界為限。國家的範圍，則以國界為限。社會的成立，不必限定要佔據一定的疆土。但國家之成立，則非有一定的土地不可。

國家亦與民族有別。國家是用人為的方法造成的團體。至於民族則是由自然力而成的集團。國家是法律上的一種狀況，規定統治者與被統治者之關係。但民族則是一種心理上的狀態，完全由於精神上的結合。

國家亦與政府有別。政府是國家的機關，是行使國家主權的工具。國家是抽象的名詞，政府則是具體的組織。國家有永久的性質，政府則是時常變遷的。

國家以四種要素構成，即人民、土地、主權和組織是也。茲分別說明之：

(一) 人民 人民為國家之主體。成立國家必有人民。至一國之內，須有若干人民，始能成為國家，則無一定標準。希臘先哲亞里士多德主張以一萬人口為成立國家之最佳標準。法儒盧騷亦以為一國人口應在一萬以內。但現在國家人口數目，則極不一致，由人口最少之國家如孟加拉哥 (Monaco)和安多拉 (註1) (Andorre)至人口最多之國家如英帝國，中國等，其間差異常數百倍，而同為國家則一。故現在人口多少，對於國家之成立，不生重大影響。

(二) 土地 土地為國家之客體，為行使主權之範圍。國家行使主權，必有確定的範圍。換句話說，國家之

存在，須有人民所賴以聚居的一定地域。游牧民族，因遷徙無常，未有固定地域，故無取得國家之資格。

(三)主權 凡屬一個團體，必有一個團體的權力。國家爲社團中之最重要並最高級者，故其權力亦大於國內一切團體。國家之權力，通稱爲主權，以別於他種團體之權力。關於主權的定義，學者間的見解，向多分歧。正統一元派(註二)之學說，常謂主權包有至高，無限，永久，及不能分割之四大要素。此派學說在最近已漸失勢。多元派(註三)則謂在國家內無所謂主權。國家是社團之一種，國家與他種社團，實無很大分別。所異者，只在其範圍之大小而已。國家有一定範圍的權利，不能說是至高無上。此派學說，含有多少革命成分在內，亦未可作爲定論。

總之，不論依何說法，國家之有主權，是事實問題。但不能如正統派所說是至高無上，不受任何限制而已。

(四)組織 國家之成立，必有一個有組織的政府。無組織的社會，不能成爲國家。此種組織，通常有下列種特徵：

(甲)一國之內，有統治者與被統治者之區分。前者能發布命令，後者則須服從命令。

(乙)一國之內，有一中央政府，對於全國之地方機關，可以指揮裕如。

(丙)一國之內，有各種公共機關，服從中央政府命令，以滿足公共利益爲前提。

(註一)孟拉哥與安多拉均是歐洲之小國。

(註二)正統一元派可以布丹，浩布斯爲代表。

(註三)多元派可以法國公法學者狄臘 Duguit 爲代表。

第一章問題

一、何謂國家？

二、國家與社會有何區別？

- 三、國家與民族有何區別？
- 四、國家與政府不同之點何在？
- 五、國家以何種要素構成？
- 六、何謂主權？
- 七、正統一元派對於主權之見解如何？
- 八、多元派對於主權之見解如何？
- 九、游牧民族何以不能成爲國家？
- 一〇、無組織的社會何以不能成爲國家？
- 一一、國家的人口最理想的數目應是多少？

第二章 國家之分類

關於國家之分類，學者所用方法向不一致。有就國家的國體而區別者，例如君主國與民主國。有就國家的政體而區別者，例如專制國與立憲國。有就國家的主權而分類者，例如獨立國，附屬國，被保護國。有就國家的構成而分類者，例如單一國，複合國是也。茲分別說明之。

(一)由國家的國體而爲之分類，計有君主國與民主國二種。凡國家之主權存於君主者，則其國家爲君主國。反之，主權存於人民者，則其國家爲民主國或稱共和國。例如英國、日本、意大利爲君主國，而法國、美國、及中國均爲民主國家。

君主國多用世襲制度，即君主之地位，依一定之繼承順序而定之。我國自三代至清末及現在之英國、日本均採此制。至於民主國家則以人民爲主體，有採議會制度者，有採全民政治者。前者爲間接之民權，一切政權由議會代行。多數民主國採之。後者則爲直接民權，由人民直接行使選舉能免各權，例如瑞士是也。

(二)由國家的政體而爲之分類，計有專制國與立憲國二種。所謂政體者，國家主權活動之形式方法也。即主權依於如何之方法而作用之謂，非如國體依於主權之主體而爲區別者也。凡國家主權之活動，無立法、行政、司法三權之分立，一般國民不能干預國政且不能參與立法之作用，而其主權之活動歸於一人或數人之武斷者，是爲專制國家。反之，凡國家之主權分爲立法、行政、司法三權，不相侵犯，而一般國民亦得干預國政，並參與立法之作用者，是爲立憲國家。

區別專制國與立憲國之界限，須從其實質上觀察，不能以其有無成文憲法爲標準。蓋無論何國，苟既成爲國家，即無成文之憲法，然關於其國體政體之根本法亦未嘗不存在於習慣，即所謂不文憲法是也。通常所稱憲法之有無，僅指有無成文憲法而言，不能以此爲專制立憲之區別也。

(三) 由國家的主權而分類者，可得下列各種：

(甲) 獨立國 獨立國之第一義，是完全自主。這種自主權表現於二方面。一、關於處理內政之絕對主權，一是關於對外關係不受他國支配之獨立主權。獨立國爲常規之國際法人，享受完全權利義務，在國際法上甚屬重要。現在之國家多屬此類。

(乙) 永久中立國 凡一國依國際條約，約定永久中立，不參加任何攻擊戰爭，同時經列強保障其中立地位及領土之完整者，是爲永久中立國。此項國家設立之原因，大概不外二種動機：一爲保障弱國之生存，一爲減少強國間的衝突。

永久中立國，爲限制主權國之一。因其被限制的緣故，便產生二種效果。第一、永久中立國有保守中立之義務。不得參加任何攻擊戰爭，不得締結違反中立之任何條約，不得割讓領土，並不得允許外國軍隊過境。第二、永久中立國有自衛的權利，並有參加防衛戰爭的義務。永久中立國可以締結通商條約及在內政上有完全自主權。現在之瑞士、比利時均爲永久中立國也。

(丙) 被保護國 一個國家依特種條約，置於他國保護之下，承認保護國有行使該國對外全部及對內一部分之主權者，是爲被保護國。此種保護關係稱之爲保護權。保護關係，多由條約規定。因被保護之結果，被保護國多半失去對外主權之全部，非經保護國同意，不得締結任何條約，並不得參加任何戰爭。在內政方面，保護國常有處理被保護國的軍事權限，並執行最後裁判和徵收稅務之權。

保護關係之成立，多由武力得來。實言之，歐洲先進強盛國家，對於文化落後之弱小民族的一種侵略而已。除歐洲本部一、二弱小國家受強國保護外，其餘被保護國都在亞、非、澳、三洲，例如現在之安南、突尼斯、摩洛哥等國家均受法國保護也。

(丁) 附屬國 一個國家，依特種條約，置於他國統屬下，承認宗主國有支配該國對外全部及對內一部分之主權者，是爲附屬國。此種統屬關係，稱之爲宗主權。附屬國之地位，與現在被保護國地位，大致相同。就一

般言，附屬國不得行使對外締約和宣戰之權。在內政方面，亦有多少限制，附屬國不得自由處理軍事，不得另造幣制。此外，附屬國每年須向宗主國進貢多少現金。並於必要時，對宗主國有服役之義務。

附屬國之例，現在已不多見，一九一四年前之埃及及一九〇八年前之保加利亞，可說是土耳其之附屬國也。

(四) 由國家的構成而分類者，亦可得下列各種：

(甲) 單一國 凡一個國家只有一個中央權力機關，在內在外代表國家全體者，是謂單一國。單一國有純粹的及非純粹的兩種。在純粹的單一國內，一切設置都是相同。換句話說，純粹的單一國，只包括同樣的州縣，沒有殖民地或附屬國。例如現在之巴爾幹半島國家及其他無殖民地之單一國，均屬此類。至非純粹的單一國則有兩種組織，其一是關於母國之本部者。其二是關於殖民地者。通常說來，殖民地雖受母國統治，但其組織是與母國本部不同。現在歐洲之國家，多為非純粹的單一國。

(乙) 複合國 凡二個或二個以上的國家互相結合，在國際社會中構成一個國際法人者，是謂複合國。複合國之種類甚多，茲就各個申述如次：

(A) 君合國 二個或二個以上國家，於一定時間內共戴一個君主，同時各國在內在外，保存固有主權，是為君合國，或稱「對人聯合」。依此定義，則所謂君合國，是具有時間性的。此種結合之目的在人在，即兩國共戴一個君主。一旦共同君主死亡或廢棄，則此項聯合，當即終止。其次，這項聯合不構成另一國家。組成此項聯合之各國，仍保有獨立國之資格，任何一國完全保存固有之主權，關於處理內政和外交二方面，均絕不受他國之拘束。此項國家的例，在歷史上，有英國與漢洛佛(Hanover)之君合國(一七一四年至一八三七年止)，荷蘭與盧森保之君合國(到一八九〇年終止)。

(B) 政合國 二個或二個以上國家，永久結合於共同君主統屬之下，在內各自獨立，對外則合為一體，是謂政合國，或稱「對物聯合」。此種結合較君合國國性質為堅固。君合國以某君主的統治期間為限。政合國則永

久置於共同統治者之下，雖君主有所更替，而此種結合仍不解體。其次，在君合國中之諸國，各自保存固有主權，不論對內對外，一律獨立，不相牽連。但在政合國內，則有多少不同之點。關於處理內政，各國可自有主權，惟對於外務，則合為一體，以共同君主名義執行。政合國亦不構成另一國家，不過因此結合，在國際上新構成一個複合的國際法人。他們在外交關係上混為一國，一切締約，宣戰權限，總是由聯合政府主持。從前瑞典挪威之政合國，已於一九〇五年解散。匈奧之政合國，自大戰後亦已解體，現在已無此類國家。

(C) 邦聯 一羣國家，依一種條約，結成一個同盟，在內在外，保存固有主權，是謂邦聯。(註一) 邦聯本身並不構成一個國家，亦無中央權力機關可以制定法律。邦聯國家中之唯一聯絡機關是邦聯會議，由各國之外代表組成。這種會議，與現在的國際聯盟大會性質相同，一切議案均須一致的通過。至於執行議案，則由各國自己主持。從前之美利堅合眾國(一七七六年至一七八七年)，瑞士之同盟(一八四八年止)，及德意志同盟(一八一五年至一八六六年)，可說是歷史上的邦聯的例。現在這三個國家，均已變成「聯邦」，失去其舊有的邦聯性質。

(D) 聯邦 一羣國家，依一聯邦條約結成一個永久的集團，具有聯邦憲法和中央權力機關，代表各邦行使主權者，是謂聯邦。(註二) 聯邦比邦聯是更進一步的聯合。邦聯本身不構成一個國家，聯邦則為一真正的國家。在聯邦中，對外關係完全由聯邦政府主持，至於內政方面，在原則上各邦保有主權，但關於軍事財政方面，須受聯邦政府支配。聯邦有聯邦的憲法，各邦對聯邦政府及各邦相互間之關係，均在憲法內明白規定，通常說來，聯邦既有憲法和中央權力機關，當即成爲一個真正國家，同時取得國際法人資格。聯邦中之各邦，則無何等國際地位。現在之北美合眾國及瑞士，均採取聯邦體制。

(註一) 邦聯英文稱爲 *Confederation of States*。

(註二) 聯邦英文稱爲 *Federation*。

第二章問題

- 一、何謂君主國？
- 二、何謂民主國？
- 三、何謂立憲國？
- 四、專制國與立憲國有何區別之點？
- 五、何謂永久中立國？
- 六、現在之永久中立國有那幾個？
- 七、何謂被保護國？試舉例以明之。
- 八、何謂附屬國？試舉例以明之。
- 九、何謂君合國？
- 一〇、歷史上之君合國有那幾國？
- 一一、何謂政合國？
- 一二、瑞典和挪威之政合國於何時解散？
- 一三、何謂邦聯？
- 一四、歷史上之邦聯國家有那幾國？
- 一五、何謂聯邦？現在採取聯邦制度之國家有那幾國？
- 一六、邦聯與聯邦之區別何在？

第三章 國家的基本權利

關於國家的基本權利，有下列各項：

(一) 自主權。國家的主權可分二方面來說，一是對內的，一是對外的。關於對內的主權方面，可得如次效果：

(甲) 關於政體及憲法上的。一個國家，有自由選擇自身的憲法和決定政體之權。國家行使這項權利，在原則上，不須徵求列國間的同意。不過拿歷史的事實來說，則行使此種權利，亦常見有多少困難的。例如，在一七八九年法國大革命時代，列國因法國單獨採取共和政體，破壞歐洲舊有制度，曾加以共同壓迫。又如一九一七年俄國之共產革命，亦曾遭受列強之封鎖和壓迫。由此，我們可以說，大凡有一新政體出現，與舊制度立於反對地位，則此項權利是要受相當限制和壓迫的。

(乙) 關於刑法上的。國家可以頒佈刑事法規，組織刑事法庭。凡在一國領土內之本國人或外國人，均須一律受其裁判。此項原則，亦有多少限制。其一、是基於平等的治外法權的，即外國君主，外交代表等，均不受所在國裁判。其二、是基於不平等領事裁判權的，即一國受不平等條約限制時，對於在其領土內之他國人民失去其管轄權。

(丙) 關於民事法上的。在一國領土內，只有該國政府，可以執行民事裁判，內外國人一律受其管轄。至於外國君主、使員、因其享受治外法權，在原則上是不受管轄的。但如果他們已先在該國法院起訴，則仍須受其拘束。

其次，關於對外主權，即獨立權方面，我們須先明瞭所謂「獨立權」之意義，然後始可以加以各方面的研究。所謂「獨立權」者，即一個國家在其對外之關係上，不受他國之支配而已。但此種權利，並非絕無限制

的，因為一個國家既然享受自己獨立之權利，同時即有尊重他國獨立之義務。依現在的例，國家的對外主權有下列三種：

(甲)使節權 使節權有主動被動兩種。前者指一個國家對於他國可以派出外交代表之權，後者指一個國家對於他國派來之外交人員有接受之權。大凡獨立國家都有這二方面的權利。有些國家只有接受使節而無派出使節之權，只可算是部分的主權國，尙未取到獨立國之資格。

(乙)締約權 國家因獨立的結果，可以自由締結國際條約。惟部分主權國，則因失去對外主權，向須得到宗主國或保護國之同意後，始能行使。

(丙)宣戰權 宣戰權亦係國家獨立權的效果。國家有時非用武力不能解決爭端時，此項權利是需要的。宣戰權有關於攻擊戰爭和防衛戰爭兩種。只有獨立的國家能夠享受這兩方面的權利。永久中立國有防衛戰爭的權利，而無攻擊戰爭的權利。至於其他部分主權國，則多半失去一切宣戰權。

(二)自保權。國家爲維持自己生存及自由發達起見。得施行一切適當權利，是謂自保權。自保權爲國家最重要的權利。國家必能自保，然後能免滅亡，正猶動物須能自衛始能生存，其理正同。關於國家之自保權，可分爲對內及對外的兩種：

(甲)對內之自保權 國家可以應用警律維持國內秩序，組織刑事法庭，審判犯罪之人。外人在境內，如對於公安有礙，國家得將其驅逐出境。至於國內如發生叛逆或革命情事，國家得應用武力以鎮滅之。

(乙)對外之自保權 依自保的需要，國家可以設置海陸空軍備，組織國防，建設要塞，締結攻守同盟，並可用一切方法，抵抗外來侵略。

至於因自保而侵及他國主權，是否爲國際法所許？這種問題向爲學者所爭議。有些學者主張，因行使自保權而涉及他國內政時，應受國際法的例外允許。英國公法家羅倫斯(Laurenco)曾說，一國之自保權，比較尊重他國之獨立權，更爲重要，由此可見其論調之一斑。另有學者則反對前說，謂自保權之行使，以不侵害他國

主權爲限。自保權與獨立權，同屬重要，但因自保而危及他國獨立時，則應以獨立權爲重。現在的趨勢，多承認自保權之行使，與他國之獨立無礙，但應具備兩種條件：(1)自保行動不得超過自保必要的範圍。(2)因時機急迫，已無餘暇請求他國同意，或已經請求，對方不給予答覆。這二種條件，雖能將自保權稍加限制，但仍不能認爲無暇。自保權常爲強國侵略弱國之口實，對於弱小國家損害甚大，因藉口自保之緣故，常至引起國際戰爭也。

(三)平等權。一切文明國家，不論其幅員之大小，人口之多少，富力之差異，在國際法上一律立於相等地位。國家享受這項權利，是謂國家之平等權。因平等的結果，一切國家在國際公會，都有同等的發言權和投票權。但就實際上說，所謂國家之平等權，只限於法律上的。至在政治方面，則尙有多少不平等的地方，例如(1)只有頭等強國，能夠有派出外交大使之權，其餘次等國家，則只能派出全權公使。(2)在國際聯盟理事會內，只有強國代表可以當選爲永久理事，一切大計，均惟強國代表之馬首是瞻。(3)一九〇七年在海牙成立之國際捕獲法庭，只有強國所派出之審判員，能夠永久出席，其餘國家代表，則須輪流出席。

(四)貿易權。自上海交通發達以來，列國間的貿易關係，日趨繁盛，由是舊時的閉關政策，遂被打破。故現在的貿易權，亦視爲國家基本權之一。依貿易權之作用，列國可以彼此交換貨物，利用交通孔道，及允許列國人民自由經商居住。但這項貿易權，如有害於社會的安寧，例如販賣黑奴，偷運軍火，出售麻醉品等，則一律應受禁止。此外一國爲保護其幼稚工業，對於他國之貨物，可課以重稅，使其不能暢銷國內，有時亦可禁止某種貨物進口。

(五)互尊權。世界列國對於彼此之疆界，政體，元首，及其他有關國家莊嚴之事體，應加以尊重。此種權利，稱之爲互尊權。互尊權爲國家之名譽權，其重要性較其他的基本權，有過之無不及。歷史上常有因極小事，牽涉他國莊嚴而引起戰爭者，由此可見其重要性之一斑。

關於國家互尊權之範圍，通常可得下列三項：

(甲)關於領土上的 一國對於其所屬領土，有完全自主權。該國疆界上之警備及境內之設施，有受他國尊重之權。

(乙)關於政體上的 一個國家有自由頒佈憲法及選擇政體之權。其所採取之政體，應受他國尊重。

(丙)關於莊嚴上的 一國的國旗、徽章、元首、外交代表，同為國家莊嚴的表現。故一國如遇他國毀壞其旗徽，脅迫其元首，及侮辱其使員時，均得作為斷絕國交或從事戰爭之理由。

第三章問題

- 一、何謂國家之自主權？
- 二、何以法國大革命和蘇聯共產革命時，列強出而干涉他國內政？
- 三、國家對外的主權有那幾種？
- 四、何謂使節權？
- 五、何謂自保權？
- 六、自保權與自主權衝突時應以何者為重？
- 七、自保權在何種情形之下始能行使？
- 八、何謂國家之平等權？
- 九、何以事實上國家間尚有許多不平等的地方？
- 一〇、何謂國家之貿易權？
- 一一、國際上何項貿易是應禁止的？
- 一二、何謂國家之互尊權？
- 一三、公然毀壞一國之國旗是否有傷國家之尊嚴？

第四章 國家之義務及責任

第一節 國家之義務

一國既享有權利，同時即負有義務。如欲他國尊重自己的權利，須先盡他國的義務。蓋所謂國際間的權利義務，完全基於列國間的互相尊重，捨此實無其他實現的方法。關於國家的義務，可分為絕對和相對的兩種。前者為國家必須履行的義務，違反此項義務，可以構成國際戰爭之理由。後者則為隨意的義務，履行與否，全任當事國之自由。茲分別申論如次：

(一)絕對的義務。絕對的義務，是基於國家的基本權利而來。一國有獨立權，他國即負有尊重其獨立的義務。凡能損害一國獨立之行爲，如越境捕獲犯人，干涉他國內政，均爲國際法所不許。其次，一國有尊重他國自保權之義務，不得在其境內，優容有礙他國安寧之反叛團體，並不得妨礙他國疆界上之警備。復次，一國有尊重他國人民自由貿易之義務，不得阻礙他國商務，並不得抵制外貨。此外，關於他國的名譽和尊嚴，一國亦應加以敬重，不得撕廢他國旗徽，及侮辱他國之元首或代表。

在國家絕對義務之中，尤以不干涉他國內政之義務，爲最重要。此種不干涉的義務，是國際法之原則，因爲一國已享受自主權，同時即負有不干涉他國之義務。但是在事實上，則常見有一國或數國干涉他國內政的事。至其干涉的方式，有出於單獨一國者，有出於國際協調者，有用外交方法者，亦有用武力強制者。

干涉已侵犯他國主權，究要在何種情形之下，方可邀國際法之例外的允許。通常說來，基於保護權利的干涉，自保上的干涉，維持均勢的干涉，人道主義上的干涉，均比較具有相當理由，可得國際法之例外的允許。蓋一國之權利，基於國際條約，條約之神聖全在當事國家之誠實履行。假如條約可以不守，義務可以不負，則

國際間尙有何信義可言，推其極，則國際間一切盟約，將等於廢紙，國際前途，豈堪設想。學者因此認干涉雖侵害他國主權，但爲維持國際條約神聖起見，多半承認其爲事實上所必要。其次，國家是社會之一員，一國對人道上之設施，不能與其他文明國家稍有二致。一旦國家違反此項義務，國際社會應保有干涉之權利。例如土耳其舊時常虐待耶教人民，歐洲國家爲正義起見，出來干涉，正具此意。

與干涉問題有重要關係者，當推門羅主義。(註一)此項主義，是美洲反對歐洲干涉美洲事情之一種獨霸政策。十九世紀初期，神聖同盟，(註二)擁護正統主義，行使干涉政策。門羅主義乃於一八二三年應運而生。論其要點有三：其一、美洲大陸不能再容歐洲國家殖民。其二、美洲一切事情，歐洲國家不得過問。其三、美洲國家亦不過問歐洲事情。於此可見當時之門羅主義，最初確是反對干涉主義之先鋒。但後來時過境遷，門羅主義，逐漸變爲美國在美洲大陸之一種獨霸主義，由反抗歐洲共同干涉主義，一變而爲美國單獨干涉主義。現在的門羅主義，可說是已經失却當時原有的精神。

(二)相對的義務。除絕對的義務外，國家尙有相對的義務。此項義務，是屬於國際互助方面，故又稱之爲國家互助之義務者。依國家互助義務，一國對於他國之天災人禍，有賑濟之義務。例如日本前次之大地震，各國均曾施以救助。此外，一國對於他國船舶，因颶風駛入內港者，應給予利便，對於他國逃入境內之犯人，亦有引渡之義務也。

第二節 國家之責任

一國因侵權行爲或債務關係，致他國蒙受損失，發生責任問題。此項責任之存在，通常須具備二個條件。第一、此項責任之發生，須歸咎於國家之故意或過失，如因不可抗力之事故，致損害他國者，不發生責任問題。其次，受害國須證明他的權利，確被侵犯而蒙受損失。此項損失，不論其爲物質上的或精神的，均能發生責任問題。

關於國家的責任，可分為侵權行為之責任及債務責任二種，分述如次：

(一) 侵權行為之責任。凡侵犯權利之舉動，謂為侵權行為。國家侵犯他國之權利時，發生責任問題。此項責任可分為直接和間接二種：

(A) 直接責任 國家對於自身所為之侵權行為，負直接之責任。但國家是一個法人，包含許多機關。所謂國家的行為，即是政府各機關之行為，於此有加以論述之必要。

第一、一國之議會，具有立法權能，其所頒法律，在國內是至高無上。但是在國際法上則受多少限制。一切違背國際義務之立法，致他國人民蒙受重大損失時，國家須負賠償責任。例如一國在其境內頒佈徵收外人士地不給代價之法律，便是違反國際義務，應負賠償之責。

其次，一國之法院，具有審判內外國人之權。此項判決，對於本國人，不論其是否公平，均是有拘束力的，但對於外國人，則須受國際法規的限制。例如一國之法院，對外人之訴訟故意延遲，或意存偏袒，致使該外人蒙受損失者，國家負賠償責任。

復次，一國行政機關之行為，最為複雜。舉凡元首官員，以及一切行政官吏之職務上的行為，均包括在內。行政機關，在外代表國家，故其行為亦較其他機關為多。一國對於行政機關之侵權行為負直接責任。

至關於因內亂所生之行為，國家對於外人應否擔負責任，這個問題，歷來極多爭議。但現在一般的趨勢，則多認為國家沒有這種責任。因為在一切文明國家，內外國人享受同等待遇，外人無享受較本國人更優待遇之權利。國家對於受害之外人，有時亦給予相當補償。但此項補償，是出於國家自動的一種撫卹，並非一種國際義務也。

(B) 間接責任 國家對於所屬官吏之非職務上的行為，負間接責任。換句話說，所屬官吏私人所作與其職務不相牽連之行為，國家負相當責任。

一國元首，外交官在國外享受特殊權利，所在國法律不能對他們行使訴追。關於彼等之私生活行為，如有

損害所在國時，原則上是由他們負責。但因他們享受治外法權的緣故，常致不肯自己賠償。此時國家應負相當責任，道歉或賠償。

其次，行政官吏或陸海空軍隊，如未得到國家命令所爲之行爲，國家應否負責？這個問題，在國際法上是應作肯定方面之答覆的。因爲他們是直接國家的支配下。他們的行爲，最初總假定爲國家的行爲。國家爲免除重大責任起見，第一要聲明此等行爲，並非國家之行爲。其次國家須負相當賠償責任。

至於私人行爲，在原則上國家不負絲毫責任。國家之唯一義務，是在防止私人對外國有侵害的行爲。不幸發生意外，國家只能強迫私人爲必要之賠償。但此項原則當有一種例外，即國家如果未行使相當注意，防範於未然，國家亦應負忽略的責任。

(二)債務上之責任。國家除對侵權行爲負直接間接責任外，對於債務契約，亦負履行責任。國家對外負債，有對外國政府及外國人民二種之分。前者發生於兩國政府之間，後者則在一國政府與他國人民之間。此項債務，或由現款貸借，或由物料供給，或由公債關係，在原則上應由負債國清償。但如負債國不履行清償責任，則債權者應有何種權利。關於此點，在國際法上有新舊二例；在第二次海牙會議之前，通常承認的原則，一國可以用自助的方法，封鎖或戰爭，強迫負債國清償。但此項原則至一九〇七年之海牙會議時已稍有修改。債權國不能直接用武力方法索償。一切債務上的糾紛，須先用和平仲裁方法解決。如債務國拒絕仲裁或不履行仲裁判決時，債權國始可用自助方法強制清償也。

(註一)門羅主義是美國總統門羅(Monroe)所創立。

(註二)神聖同盟是一八一五年維也納會議以後的列強的集團，包括普、奧、俄、英、法等國在內。

第四章問題

一、何謂國家絕對的義務？

二、干涉在何種情形之下方可得國際法上例外允許？

- 三、門羅主義因何產生？其大概內容如何？
- 四、神聖同盟是由那幾個強國組成的？
- 五、何者爲國家相對的義務？
- 六、何謂國家之侵權行爲責任？
- 七、國家於何種情形之下始負侵權行爲之責任？
- 八、何謂國家債務上之責任？

第五章 國家之主權

主權一字，係由拉丁字 *Supremas* 而來，即最高之意。在政治科學中，主權一字之作專門名詞，當自一五七六年法儒布丹 (*Bodin*) 所著之「共和國」出版時始。在布氏以前，主權的觀念，亦甚為普通，特所稱之名詞各有不同耳。在亞理斯多德著作中，曾有國家的「最高權力」一語，而羅馬法學家亦常言國家之「完全權力」。由此可見一切學說論及主權時，名詞雖有不同，但在任何一種用法，均含有「最高」觀念在內。

在十六世紀法國布丹著作中，近代主權觀念首次出現。布丹之國家定義為「國家是家庭的結合，其公共財產由主權及理性管理之」。其主權定義為「不受法律約束的，加於公民及人民的最高權力」。彼復力申主權之永久性，故雖承認最高權力者，或以終身為任務，但主權則無時間限制。主權之最大任務為立法。依布丹之意，主權者雖不受其所立法律之支配，但亦非不受一切法律之支配，因所有人類均受神法及自然法之限制也。布丹為專制主義者，故主張國家之主權應寄託於君主一人之手為佳。

浩布斯承布丹之專制主義，其主權學說略與布丹同。彼謂在「自然狀態」中，各人同意將其自然權利與自由讓與一人或團體。此一人或團體即成為主權者。此種讓與為絕對的，故主權者亦為絕對的於一切事皆為最高，且有權變更一切法律，主權者不受一切人類權力之限制，浩布斯認主權為不可分，不可讓與，且為一切立法行政及司法權力之來源。

洛克之主權學說，亦係基於社會契約說，惟彼避用「主權」一字，而用「最高權力」代之。彼云：「一國僅可有一個最高權力（即立法機關），所有其他機關皆在其下，且須對其服從。但立法機關亦不過有達到某種目的之委託的權力，在人民方面仍有一最高權力，故當人民發見立法機關之所為違反其所受之囑託時，即可取消或變更之。」故依洛克之說，國家有兩個最高權力，而人民的權力，則常較立法機關權力為高。不過人民之最

高權力，常不固定。僅於政府解體及新政府急須設立之時，方被行使，而政府存在一日，立法機關即把持最高權力一日。二者之區別，至十九世紀，沿成兩大顯別的概念，即政治主權與法律主權是也。

近世主權學說之直接根源，實爲盧梭之全民意志的主權說。（註一）依盧梭之說，主權乃全民意志，即全體人民，結爲一體時之意志，所指揮的絕對權力，由社會契約賦與政治團體，使加於團體中之各份子。此全體意志，在盧氏即爲主權者。此項主權爲絕對的，不可分的，及不可讓與的。主權者源於社會契約，而永寄於政治社會之中也。

自盧梭以後，主權學說逐漸進展而至今日之形式。盧氏之觀念，實爲今日主權學說之基礎。英國法學家奧斯丁認國家爲一最高組織，國家之權力是無限制的並不可抗的。其他各學者之見解亦大略相同。茲將主權之普遍屬性，述之如下：

（一）絕對性 國家主權爲絕對的，無限制的。否則僅爲受制其他國家之人民團體，而不能稱爲國家。主權爲國家之最高屬性。二者脈脈相關，直可謂無國家即無主權，無主權即無國家。所謂國家主權之絕對性，即國家對於其國民有絕對權力，人類的其他權力均次於國家也。

（二）普遍性 國家的主權適用於國內一切人民。無論何人或何種團體，不論其若何普遍，均不能影響於國家之主權。主權普遍性之唯一顯著的例外即基於平等關係之治外法權。享有治外法權之外國元首，外交使節，及軍艦例不受所在國法權之管轄。然此亦不過一種國際禮讓，並非主權之限制也。

（三）永久性 國家主權與國家本身同其終始。主權之停止，即國家之末日，而國家之滅亡，亦即主權之終止也。

（四）不可讓與性 主權之於國家，猶生命之於人身，二者相依爲命，絕對不能讓與。美國著名學者利伯（Lieber）曾謂「主權之不可讓與，猶樹木之不可放棄其發芽權利，及個人之不能移讓其生命人格也，」正是此意。

(五)不可分性 主權之爲物，猶之個人之生命，具有不可分之屬性。一國僅可有一個主權，否則將不僅爲一國矣。

主權爲國家之最高權，其本體爲不可分，已如上述。惟主權之運用，則可出於各種方式。自法儒孟德斯鳩(Montesquieu)倡主權分立說以來，(註二)各國多採之。所謂三權者，即立法、司法、行政是也。其意義之解釋有形式說與實質說二種。茲分述之如次：

第一、形式說。主權依其作用之形式而分爲三權時，則得如下之解釋：

(1)立法者以議會而行使主權作用也。現代民主政治，多採兩院制度，即上議院與下議院是也。
(2)司法者依法院而行使主權作用也。近代各國法院組織多採三級制度，即最高法院，高等法院，及地方法院是也。

(3)行政者依議會及法院以外之機關而行使主權作用也。行政制度不一，有採元首制者，亦有採委員制者。

第二、實質說。三權之區別，自其實質內容而分析之，則得如下之解釋：

(1)立法者，制定法規之作用也。

(2)司法者，以維持法規爲直接之目的，而爲法規解釋適用之作用也。

(3)行政者，以適用法規爲手段，以維持社會之安寧秩序，增進人民之幸福爲目的之作用也。

我國現行法制採取孫中山先生之五權分立制度，(註三)即於立法、司法、行政三權以外，加入考試及監察二權。此二種權，各國均未獨立設制，其考試權之作用，由行政機關行使之，而附屬於行政權之中，其監察權之作用，由議會行使之，即所謂彈劾權是也。惟行政機關既有用人之權，而又兼考試之責，立法機關既職司法，而又兼任彈劾，非但責任不專，抑且弊端叢生，故不如劃分五權之爲愈也。

(註二)參閱 Montesquieu: The Spirit of the Laws.
(註三)參閱孫中山著「三民主義」。

第五章問題

- 一、主權一字之最初意義如何？
- 二、羅馬法學家對於主權如何稱呼？
- 三、布丹對於國家之定義若何？
- 四、布丹對於主權之定義若何？
- 五、主權一字之初出現於何人之著作？
- 六、浩布斯對於主權之觀念若何？
- 七、洛克何以主張人民的權力較國家機關的權力為高？
- 八、政治主權與法律主權有何區別？
- 九、試述盧梭之全民意志主權說。
- 一〇、何謂主權之絕對性？
- 一一、何謂主權之不可分性？
- 一二、孟德斯鳩之三權分立說若何？
- 一三、試述孫中山先生之五權制度並批評之。

第四編 權利及義務

第一章 權利之意義

權利義務之觀念，在法學上甚屬重要，蓋法律之任務，即在規定權利與義務，故現代一般通說，皆以法學為權利義務之學也。

關於權利之意義，學說不一。就其重要者言之，有下列數種：

(一)自由說(註一) 此說謂權利之本質，在保護法律上認許各人之自由，權利即自由，凡在自由範圍內之行爲，即爲權利。詳言之，各人天賦之自由，因社會之進化，人類之繁殖，彼此之間，常生衝突，法律乃劃定各人應有自由之範圍，使不相侵犯，而於自由範圍內得爲權利之主張也。但此說以自由即權利，亦欠完善。蓋自由雖爲權利之一種，然非即爲權利之本質，且自由範圍內之行爲，未必皆爲權利也。

(二)範圍說 此說與前述之自由說大同小異。其說以權利爲法律所許各人行爲之範圍，換言之，凡法律上許可之行爲皆爲權利。此說之缺點，在不能說明權利之本質，蓋權利爲法律所許可，固是事實，然謂一切法律上許可之行爲皆爲權利，則非確論，而以範圍即爲權利更不可也。

(三)意思說 此說謂權利爲法律賦予意思之勢力，或支配力也。依此說之主張，以意思爲要件，是必具有意思能力者，始能享有法律上之權利，若未成年人，或心神喪失人，皆無意思能力，將均不能爲權利之主體，而受法律之保護，殊與現代權利之觀念不符，故亦不足採也。

(四)利益說 此說謂權利爲法律所保護之利益，(註二)較意思說爲確切。蓋權利之主體非與意思之主體相同一，如未成年人或心神喪失人，在事實上均無意思能力，而法律上仍認其爲權利之主體。觀於「人之權利能

力始於出生」之規定，（註三）便可知之。茲將權利之意義分析如下：

（甲）權利者利益也。權利之觀念，雖因時、地、人三者而有異，但有一普遍性質，卽利益是也。茲之所謂利益者，非僅指金錢上之利益，凡生活上必要之特定利益，均包括之，卽滿足之意義也。例如所有權之行使，則因物之使用，或處分以滿足自己之利益。債權之行使，則使他人給付金錢物品或使他人爲某行爲以滿足自己之利益，均屬權利也。此外利益雖非基於直接滿足，而由間接以滿足之者，亦不失爲權利。例如無行爲能力人由法定代理人代爲意思表示並代受意思表示，卽係基於代理權而間接以滿足其利益，亦可以權利視之也。

（乙）權利者法律所設定者也。權利之存在，有主張出於自然者，有主張由於保護者。議論紛歧，莫衷一是。輓近學者，則皆以權利之存在，須基於法律之認定。彼天賦自由之權利說，雖一時爲自然法學派及政治家所主張，然詞涉空洞，漫無範圍，不得謂爲法律上之權利也。法律上之權利，必屬法律所明認之利益。其非法律所明認者，雖有絕大利益，亦不能恣意攫取，卽不得視爲權利，蓋權利由法律所設定者，必爲正當利益，否則必非正當利益，法律非但不爲設定，且更嚴予禁止，故不能以權利視之也。

（丙）權利者因法律之保護而存在也。權利不僅爲法律所設定，且更須得法律之保護，始能完全行使，苟僅有法律之設定，而無法律之保護，仍不得謂之權利也。例如所有權本爲法律所設定，倘所有權被他人侵害，而法律對於侵害者不予制裁，對於被侵害者不加保護，則此種所有權等於虛設，而無存在之價值矣。故權利云者，不僅爲法律所設定之利益，且須得法律之保護，始能確實存在而爲真正之權利也。故凡法律所設定之權利，必藉法律以保護之。例如所有權被八侵害，則有民事制裁以保護之，人格權被八侵犯，則有刑事制裁以保護之，卽其明證也。

（註一）自由說卽通稱爲自然權利說。

（註二）此爲耶林格 Jhering 之主張。

（註三）見我國民法第六條。

第一章問題

- 一、何謂權利即自由說？
- 二、自由範圍內之行爲是否皆爲權利？
- 三、何謂範圍說？試申述之。
- 四、自由說與範圍說有何區別？
- 五、凡法律所許可之行爲是否皆爲權利？
- 六、何謂權利即意思說？
- 七、權利即意思說之缺點何在？
- 八、試述權利即利益說之理由。
- 九、權利之主體與意思之主體是否相同？
- 一〇、權利是否爲法律所設定和保護？

第二章 權利之分類

權利之種類，依最普通之分法，有如下列各種。

- (一) 公權及私權。
- (二) 主權利及從權利。
- (三) 專屬權與移轉權。
- (四) 原權與救濟權。
- (五) 對世權與對人權。

第一節 公權與私權

第一款 公權與私權之區別

公權與私權之區別，在法學上甚屬重要。惟關於區別之標準，學說不一，茲就其重要者述之如次：

(一) 公權為關於公益之權利，私權則為關於私益之權利。此說認公權私權之區別，應以公益私益為標準。惟利益觀念，往往不易確定，公私界限更難分明，公益與私益之區別，實為一極困難之問題。

(二) 公權為國家與人民間之權利，私權則為人民相互間之權利。此說是以國家或人民之主體為區別公權私權之標準，謂凡規定國家與人民間之權利為公權，其僅規定人民相互間之權利則為私權。此種區別，固有相當理由，然亦不無可議之處，蓋國家與人民間之權利，雖多半為公權，但非盡然，例如國家所經營之企業，與人民發生權利關係，即為私權。反之，人民相互間之關係，亦有關於公權者，如選舉權是也。

(三) 公權為國民之權利，私權則不限於國民之權利。此說以公權為國家與人民發生直接關係之權利，如選

舉權等爲國民應有之權利。僑居之外人，因其非國民，故不享受此項權利。若私權者，不論何國之人民，悉得平等享受。故公權之授與，以具有國民資格者爲限，私權之授與則否也。此說在事實上亦不確切，蓋任官權爲公權之一種，許多外人亦得被聘爲顧問，或其他官吏，是公權之享受，不必限於國民也。

(四)公權爲公法上之權利，私權則爲私法上之權利。此說是基於公法私法之區別爲標準，較爲確切。所謂公法即規定國家相互間或國家與個人間公權關係之法律，私法則爲規定個人相互間或國家與個人間私權關係之法律。凡關於公法上之權利爲公權，否則爲私權也。

第二款 公權之分類

公權可分爲兩大部，國家對於人民之權利，是爲國家之公權。人民對於國家之權利，是爲國民之公權。國家之公權，計分立法、司法、行政等權，其詳已於國家之主權章內說明。茲將國民之公權述之如次：

(一)自由權 此種權利爲現代國民公權中最重要之一部，茲將各種自由權說明如下：

(1)身體安全之自由 所謂身體安全之自由，即人民之身體，非依法律，國家不得逮捕、拘禁、審問、及處罰之謂也。(註一)現代民治國家，皆認人民有身體自由之權利，國家不得非法剝奪。即因犯罪或其他侵權行爲應施以處罰者，亦必須依照法律上之規定行之。

(2)居住遷徙之自由 所謂居住遷徙之自由，(註二)即凡屬國民均有選擇自己居住，遷徙，出籍之自主權也。惟出籍一點，係指脫離國籍而言。古代各國法律，對於脫離國籍，類皆禁止。至近世始認人民有脫離國籍之自由，特其條件與程序仍有一定之限制。例如我國國籍法第三章國籍喪失之規定，請求出籍人，必無未結之民刑案件，兵役之義務，應納未繳之租稅，及文武官職者，始准出籍。其未成年者不得自行呈請出籍，且出籍必經內政部之批准，始爲有效也。

(3)住宅安全之自由 住宅爲人民生活休息之所，自應保持其安全。現代各國憲法，明認人民之住宅，非依法律，不得任意侵入搜索。(註三)蓋非如此，不足以保障人民住居之安全也。

(4) 思想發表之自由 思想發表之自由，即人民得以文字或言論自由發表其意思之謂也。(註四)此種自由，在古代專制時代，多被剝奪。到了現在，民治國家皆認此種自由為改良政治之必要，故多於憲法中明認之。

(5) 集會結社之自由 所謂集會，即多數人因共同目的為一時之集合也。結社則依多數人之合意，為達共同目的以組織永續之團體也。民治國家對於人民之集會結社，在不違背法令範圍之內，均不禁止也。(註五)

(6) 信仰之自由 所謂信仰之自由，即人民對於宗教或主義有自行選擇之權也。(註六)此項自由，在古代專制時期，多被剝奪，在歐洲方面，對於人民信教，限制尤嚴，惟自中世宗教改革及十八世紀法國大革命以來，此項束縛漸次解除。在現代民治國家內，信仰之自由已得到普遍之認可也。

(7) 書信秘密之自由(註七) 此項自由在現代民治國家多已承認，蓋書信秘密關係個人甚大，不論其為思想上之秘密，利益上之秘密，或親屬愛情上之秘密，均有絕對自由之必要也。故除軍事緊急時期，或涉及重大刑事證據以外，國家機關絕無檢查個人書信之權。

(二) 行為請求權 所謂行為請求權，即國民對於國家要求為某種行為之權利也。此項請求權可細別為請願權及審判請求權二種，分述如下：

(1) 請願權 所謂請願權，(註八)即人民為本身利益或社會公益關係，對於過去現在或將來之事項，得向政府陳述意見請其採納者也。

請願係人民對於國家行為請求權之一，即人民對於國家有陳述意見之權。其所陳述之事件，不論關係公益私益皆可盡量發揮，不加限制。又請願事件，不必以現在事件為限。凡過去或將來之事件，皆得陳述。例如請求取消或變更以往之設施，以保護私人之權利，或請求改良現在之制度，以謀社會之利益，或對於將來應興應革之事項，均可自由陳述也。

(2) 審判請求權(註九) 此項請求權，又可別為行政行為請求權及司法行為請求權二種：

行政爲請求權 卽私人基於權利之作用，請求行政機關爲必要之處分者也。例如請求業務登記，或特許其使用建築物，及對於行政官署之違法處分侵害私人權利時，得向上級官署請求變更或廢止其處分，以保護其權利是也。

乙、司法行爲請求權 卽私人之生命法益被侵害時，請求司法機關爲裁判上之保護者也。此種權利，各國憲法，均明定人民有請求國家爲審判之權，卽所謂訴權是也。

(三) 參政權 所謂參政權，卽人民參與國家政事之權也。茲將各種參政權述之如下：

(1) 選舉權 選舉權(註一〇)卽人民有選舉及被選舉爲公務員之權利也。選舉制度有直接選舉及間接選舉兩種。其由一般人民一次選定者，是爲直接選舉，現在之瑞士及北美數洲之憲法屬之。其非一次選定，而更由初次當選人重爲選定者，是爲間接選舉。故間接選舉有初選複選之別。近代各國憲法，多採間接選舉制度。

(2) 創制權 創制權(註一〇)卽人民有自行立法之權。國家之立法權，在多數國家內，係由人民所選出之代議士行使，惟在瑞士及北美數洲，則由人民直接創制法律，依多數之投票表決之。

(3) 複決權 所謂複決權，(註一〇)卽人民對於立法機關所制定之法律，有審核更改之權利也。此項權利亦係基於直接民權而來，現在之瑞士及北美數州採之。惟在許多國家內，人民仍不能行使複決權，其立法機關制定之法律，無論內容如何，人民只有遵守之義務，絕無審核之權利，雖其法律違反共同生活狀況，人民亦無權以否認之。

(4) 罷免權 所謂罷免權，(註一〇)卽人民對於選出之代表，及政府任命之官吏，有撤回或廢免之權利也。依罷免權之作用，凡經選出或任命之議員官吏，如在任中，有貪賍、枉法、或不稱職之情事，人民可將其撤回或更換之。現在之瑞士及北美數州行之。

第三款 私權之分類

私權係基於私法上之權利，大別爲人身權及財產權二種，茲分述之如下：

(一) 人身權 人身權者，即於權利人之本身有密切關係不得離開其人之權利也。人身權更細別為人格權及身分權二種。

人格權者，不得與其人格相分離之權利也。近代法律，凡為自然人者，皆有人格權。此項人格權之終始，通常與其人之生命而終始。我國現行民法第六條載「人之權利能力，始於出生，終於死亡。」此項權利為絕對的，換言之，即不得拋棄或讓與之權利也。如生命權、身體權、自由權、名譽權等均屬之。此等人格權如受他人侵害時，受害人得請求法院排除之。

身分權者，基於一定身分而產生之權利也。例如親權係基於父母之身分對於子女之權利，家長權係基於家長之身分對於家屬之權利。其他如監護權、繼承權亦係基於一定身分而享受。此項權利與人格權相同，如受他人侵害時，亦得請求法院排除之。

(二) 財產權 財產權者，關於物質生活得以金錢計算之權利也。財產權更可細別為物權及債權二種：

(1) 物權 物權者，權利人不俟他人之行為直接支配之權利也。例如所有權、地上權、佃權、地役權、抵押權、質權、及典權等均屬之。此等物權有對抗一切世人之效力，其有違反之者，即可基於物上之權利以排除之。

(2) 債權 債權者，權利人使債務人為積極行為或消極行為之權利也。債權之種類甚多，例如買賣、贈與、租賃、借貸、僱傭等均屬之。此等債權，只能對於特定人行使，非如物權之可對抗一切人也。

第二節 其他權利之分類

權利除分為公權與私權外，尚有其他之分類標準，分別述之如下：

(一) 對世權與對人權 凡權利之效力得對抗一般人者，謂之對世權。對世權之效力是絕對的，故又稱為絕對權。例如物權，人格權等屬之。此等權利，不論何人，均不得非法侵害之，故對世權之對等義務為消極的，

申言之，即一切人對此權利之享有人負有不侵害之義務也。

反之，凡權利祇得對抗特定之人者，謂之對人權或稱相對權，以此權利之效力非絕對也。例如債權屬之。此項權利只能對於特定人行使，不得向第三人主張權利。例如甲對乙負有債務，乙之債權只能向甲行使，對甲以外之人，即無行使其債權之權利也。

(二)主權利與從權利 凡獨立之權利而不需要他種權利之存在為前提者，謂之主權利。例如所有權，債權等均為主權利，因其能獨立存在也。反之，其附隨於他種權利始得存在者，謂之從權利。例如地役權常附屬於所有權，抵押權常附屬於債權，皆為從權利也。此項從權利既以主權利之存在為前提，故主權利如有變更或消滅，從權利亦隨之而變更或消滅也。

(三)原權與救濟權 凡法律直接賦與之獨立權利，謂之原權。其因侵害原權所生之權利為救濟權。例如物之所有權，係法律直接賦與之權利，是為原權。若他人侵害其物，物之所有人對於加害人有請求恢復原狀或損害賠償之權利，是為救濟權也。

(四)專屬權與移轉權 凡權利之本質專屬於特定之人，而不得移轉者，謂之專屬權。例如我國民法第十七條所載「自由不得拋棄」便是專屬一身之權利。法律之所以禁止其讓與或拋棄者，以其為人格之不可少之物也。反之，權利之本質，如能自由移轉或拋棄者，是為移轉權。例如物權，債權等均可自由移轉或拋棄。其移轉時，仍於權利之利益無損，故為移轉權也。

(註一)參閱憲法草案第九條。

(註二)參閱憲法草案第十二條。

(註三)參閱憲法草案第十一條。

(註四)參閱憲法草案第十三條。

(註五)參閱憲法草案第十六條。

(註六)參閱憲法草案第十五條。

(註七)參閱憲法草案第十四條。

(註八)參閱憲法草案第十八條。

(註九)參閱憲法草案第十八條。

(註一〇)參閱憲法草案第十九條。

第二章問題

- 一、何謂公權與私權？
- 二、試述關於區別公私權之一種學說？
- 三、何謂自由權？試述其種類。
- 四、何謂行爲請求權？
- 五、何謂參政權？試述其種類。
- 六、何謂人身權？
- 七、何謂財產權？
- 八、人格權與身分權有何區別？
- 九、何謂對世權與對人權？
- 一〇、何謂主權利與從權利？
- 一一、何謂原權與救濟權？
- 一二、何謂專屬權與移轉權？

第三章 權利之主體

所謂權利之主體者，即在法律上認其有享受權利之人格者也。惟所謂人，有自然人與法人之別，茲分別說明之：

第一節 自然人

自然人者，具有生命及肉體組織之人類也。自然人之人格，自出生起，以死亡終。（註一）自然人在未出生前，尙繫屬於母體之一部，稱之爲胎兒，已死之後，則爲屍體，均不得以人視之，亦即不能爲權利之主體也。故對於自然人之出生及死亡問題，實有詳細研究之必要也。茲將人格之開始及終止述之如下：

（一）人格之開始 關於自然人之出生時期，學說有五：

甲、一部出生說 此說謂胎兒之一部出生時期，卽爲人格之開始。惟一部出生，將來是否能全體出生，並是否能出生爲活體，常不可靠，而以之爲人格之開始，殊有未當，故不足採也。

乙、全部出生說 此說謂胎兒之全部出生時期，方爲人格之開始，雖較一部出生說進步，然全部出生後是否卽爲活體，亦殊不可靠，故仍不足採也。

丙、斷帶說 此說謂胎兒之臍帶與母體隔斷時，卽爲人格之開始。惟以此爲標準，亦殊不準確。蓋常有胎兒出生很久，始將臍帶割斷，亦有割斷後卽爲死體者，以此爲標準，亦有未當也。

丁、生聲說 此說謂胎兒出生後須能夠發聲，方爲人格之開始，尤不足取。蓋許多嬰兒生來卽啞者，以生聲爲標準，實無理由可言也。

戊、獨立呼吸說 此說爲近代法律所採取，蓋胎兒未離母體時，以母之呼吸爲呼吸，脫離母體之後，始能

以自己肺臟行使呼吸作用。此時即爲出生時期，同時享有人格。裁判上鑑定之方法，亦甚簡易，蓋胎兒之肺，未經獨立呼吸者入水即沉，其曾經呼吸者，入水即有泡沫，上下浮沉也。

(二)人格之終止 關於死亡時期之學說亦有二種：

甲、脈搏停止說 此說謂人之死亡，應以脈搏停止爲準。在脈搏未停止以前，以生人論。至脈搏停止之後即認爲屍體也。

乙、心臟鼓動停止說 此說較前說爲確切，蓋有已達於脈搏停止之時而心臟猶有鼓動者。於心臟鼓動未停止以前，有時尚有復甦之望，故於脈搏停止後心臟鼓動未停止以前，仍謂之人，不得以屍體論也。

人在法律上之能力有二：一曰權利能力，一曰行爲能力。(註二)權利能力，係享有權利之資格之謂。例如民法第六條所載「人之權利能力，始於出生，終於死亡。」即指享有權利之能力而言。凡屬人類，皆有權利能力。至於行爲能力，則不必人人具有，蓋此項能力只有成年人及非禁治產人始得享有也。

第二節 法人

法人者，非自然人而經法律賦予人格，得爲權利義務之主體者也。揆諸法律，凡屬一項權利，必有享受該項權利之主體。凡屬一項義務，亦必有擔負該項義務之主體。所謂法人，即指除自然人以外能夠享受權利擔負義務之團體而言。

自然人，當然能爲權利之主體，已如前述。至於法人能爲權利主體之理由，則學說不一，茲舉其最著者言之：

(一)法人擬制說 此說謂法人與自然人不同。自然人有固有之意思，故當然爲權利之主體。至於法人本無人格，其人格乃由於法律之擬定，故其能爲權利之主體，亦係法律所賦予也。

(二)法人實在說 此說謂法人之爲物，自有其真實的人格，法人不獨爲無數個人之和，於和之外而且另有

物在。其人格之成立，不寧爲法律的假說，抑且爲明確之事實。法人又自有其意志，此意志異於此羣內個人之意志。此種意志，不僅未弱於個人意志，抑且視之爲更重要。法人係一種實在的共同單一體，其代表機關之意思及行爲，卽爲法人本身之意思及行爲也。

(註一)參閱民法第六條。

(註二)行爲能力謂能單獨享受權利負擔義務之能力也。故凡未滿七歲之未成年及禁治產人，雖有權利能力，但無行爲能力。其詳可參閱民法第十三條，第十五條。

第三章問題

- 一、何謂權利之主體？
- 二、何謂自然人？
- 三、自然人之人格始於何時？終於何時？
- 四、何謂一部出生說？試申述之。
- 五、何謂全部出生說？試批評之。
- 六、何謂斷帶說？試批評之。
- 七、何謂生聲說？試批評之。
- 八、何謂獨立呼吸說？鑑定嬰兒會否呼吸之方法若何？
- 九、權利能力與行爲能力有何區別？
- 一〇、何謂法人？
- 一一、試述法人擬制說？
- 一二、試述法人實在說？

第四章 權利之客體

權利之客體，一稱權利之標的，即依法律之保護以滿足人類生活之資料者也。權利之種類不一，故客體之種類亦異。就其最著者言之，有物與行爲二種，分述如次：

(一)物 物之意義，歷來學者間之見解不一。羅馬法上之所謂物者，分有體物與無體物兩種。有體物係指人類感官可以觸知者而言，如土地、建築物、動物、器具等屬之。無體物係指人類感官不能觸知而僅以意識表現者而言，如出版權、特許權等屬之。權利之標的物，即兼指此二種物而言，茲分別說明之。

甲、有體物 有體物者，謂於人類以外，占有空間位置，而爲人類所支配以供生活需要之獨立體也。依此定義之解釋，則所謂有體物者，須屬人類以外之物，至於人類則不得以物視之。古代奴隸制度，雖可以人身爲買賣，但因其有背人道，各國法律均加禁止，現在已不復存在也。其次，有體物只須占有一定空間之位置，不論其爲固體、液體、氣體，均可以物視之。復次，法律上之有體物，應以人類所得支配者爲限。日、月、星辰，在物理學上占有一定之空間。雖屬物之一種，然非人類所得而支配，故仍非法律上之物也。

有體物可依各種不同之標準以分類，就其主要者言之，則有(一)不動產及動產，(註一)(二)主物及從物，(註二)(三)特定物與不特定物，(註三)(四)消費物及不消費物，(註四)(五)融通物與非融通物，(註五)(六)可分物與不可分物等類。(註六)

乙、無體物 無體物者，謂無物理上之形體，但依於人之智能而認識者也。生命、身體、名譽、自由、或可定之權利等皆是。夫人之身體，所以認爲無體者，蓋身體雖亦備物理上之形體，然由其爲身體權之客體觀之，則非指身體其物，乃就身體之完整而言。身體權云者，即不害身體完整之權利也。故其權利之客體，乃爲一無形事項，非依於人類之智能，則不能認識之。且有體物只限於外界之物質，不包含人類，前已言之，則關

於人之身體之權利，非以有體物爲標的，乃以無體物爲目的者，更可知矣。

(二)行爲。除物以外，行爲亦爲權利之標的。行爲有積極行爲與消極行爲之分。積極行爲者，負作爲之義務也。例如甲聘乙爲私人祕書，則甲之權利標的，爲乙之積極行爲，換言之，即乙之當祕書義務也。

至於消極行爲，適與積極行爲相反，即負不作爲之義務也。消極行爲亦得爲權利之標的，例如甲乙兩公司因互相競爭營業，甲公司向乙公司商議，如乙公司願停止競爭，則甲願津貼乙一千元。此時則甲之權利客體，爲乙之消極行爲，換言之，即乙之不競爭義務也。

(註一)稱不動產者，謂土地及其定着物(民法第六十六條)。稱動產者，謂不動產以外之物(民法第六十七條)。

(註二)主物與從物係對特定名詞，其非主物之成分，常助主物之效用而附屬於一人者，則爲從物(民法第六十八條)。

(註三)凡當事人着眼於物之特質而爲具體之指定者，是爲特定物，例如某所房屋是也。反之，如當事人不着眼於物之特質，唯以抽象指定其種類或數量者，是爲非特定物，例如白米十石是也。

(註四)消貨物謂因使用而歸於消滅之物也，例如食品飲料。不消費物謂雖使用而不消滅之物也，例如桌椅。

(註五)融通物，謂可爲買賣或轉讓目的之物也。例如土地、房屋、器具等屬之。至於不融通物則不能作爲買賣或轉讓之標的，例如空氣、戒煙等屬之。

(註六)可分物，謂物之性質得以分割也。例如白米十石，酒一瓶，均可分割也。至於不可分物，則謂依物之性質，非害物之本質，減減少其價值，即不能分割也。例如一隻羊，一枝樹，非害物之本質即不能分割也。

第四章問題

- 一、何謂權利之客體？
- 二、試述物之意義？
- 三、何謂有體物？
- 四、試述有體物之種類。
- 五、何謂無體物？
- 六、何謂積極行爲？試舉例以明之。

- 七、何謂消極行爲？試舉例以明之。
- 八、行爲何以能爲權利之標的？

第五章 權利之取得及行使

第一節 權利之取得

權利之取得，有原始取得與繼承取得二種：

(一)原始取得 原始取得者，即不憑藉他人之權利而有獨立取得權利之事實者也。此項取得多基於權利之絕對的發生。所謂權利之絕對的發生者，即其權利基於某事實，與他人之權利無關係，而附着於特定之主體者也。例如因先占而所有權發生，因婚姻關係而親族權發生。凡此種種權利，皆係基於獨立之事實而原始取得者也。

(二)承繼取得 承繼取得者，即須憑藉他人之權利，用承繼始有取得之事實者也。此項取得，係基於權利之相對的發生，即權利之移轉是也。所謂權利之移轉者，即對於原來權利之本質無所變化，而惟其主體有更動者也。例如因買賣，而買主取得賣主之所有權。因繼承，繼承人取得被繼承人之權利。此項取得對於權利之本質並無變化，僅其主體有所更動，故為承繼取得也。

承繼取得中，又有無償取得，與有償取得，包括取得，與特定取得之別。例如買賣為有償取得，因其須付代價也。贈予為無償取得，因其無須付代價也。繼承為包括取得，因其所取得者為被繼承人之全部財產也。至於特定取得，則僅取得特別指定之權利也。

第二節 權利之行使

設定權利之目的，在使權利人獲得利益，故在權利範圍之內，皆可自由行使。惟行使權利，亦非漫無限

制。茲舉其主要限制如下：

(一) 權利之行使，不得以損害他人爲主要目的。(註一)此爲行使權利之一般的限制，即權利之行使不得以損害他人爲主要目的也。蓋行使權利有時不免損害他人。惟僅損害他人，尚不能認權利之行使爲不正當，必須以之爲主要目的而後始可視爲違法也。此種限制，有由法律明文規定者，有依各地習慣者。例如我國民法第七百九十四條所載「土地所有人開掘土地或爲建築時，不得因此使鄰地之地基動搖，或發生危險，或使鄰地之工作物受其損害，」是爲法律限制所有權之例也。

(二) 防衛權利不得逾越必要之程度。權利之行使應以適當爲度。然何者爲適當，何者爲超越，純屬事實問題。惟若權利受他人之侵害或妨礙時，此時如否認權利人以自己之力量排斥其障礙者，亦非所以保護權利之道。故各國法律對於現時不法之侵害，爲防衛自己或他人之權利所爲之行爲，在法律上不認爲罪並不負賠償責任，(註二)但以不得逾越必要之程度爲限。故權利人防衛權利時須注意二點：第一、須爲現時不法侵害，倘其侵害已過去或未來，則緊急防衛權利不能使用。其二、行使防衛不得逾越必要程度。至於何爲必要，當視具體事實而爲判斷。我國現行刑法第二十三條所載「對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行爲不罰。但防衛行爲過當者，得減輕或免除其刑，」便是規定防衛權利之範圍也。

(註一)見民法第一百十八條。

(註二)見民法第一百十九條。

第五章問題

- 一、何謂權利之原始取得？試舉例以明之。
- 二、何謂權利之承繼取得？
- 三、試述無償取得之例。
- 四、何謂有償取得？

- 五、何謂包括取得？
- 六、何謂特定取得？
- 七、何謂正當防衛？
- 八、行使權利何以須受限制？
- 九、正當防衛何以不罰？
- 一〇、試述限制權利行使之原則。

第六章 權利之變更及喪失

第一節 權利之變更

所謂權利之變更，即指變易其形態而言。此項變更，可分為主體變更及客體變更二種，述之如次：

(一) 主體變更 所謂主體變更，即指權利主體有所改換或增減是也。例如甲以所有權讓與乙，乙即代甲而享有其權利，是為主體之改換。又如一人之權利歸於數人，或數人之權利歸於一人，是為主體之增減也。此項變更對於權利之本性並無絲毫影響，其所變易者唯享受權利之人也。

(二) 客體變更 所謂客體變更，即指權利客體之內容，數量有所更易或增損也。權利內容之變更，謂權利之種類有更易，例如甲欠乙債，約定每月納租谷若干，其後改爲納月息若干，是爲內容之變更也。權利數量之變更，謂權利之範圍有增損。例如甲先欠乙洋一千元，其後又續借一千元，或已償還五百元，是爲數量之增損也。

第二節 權利之喪失

權利之喪失者，權利之本質消滅或與其主體相分離之謂也，計有絕對的喪失及相對的喪失二種。

(一) 絕對的喪失 權利之絕對的喪失者，指權利其物全然消滅，而至於無主體之狀態，無論何人皆不能承受之謂也。絕對喪失之原因甚多，有由於當事人之意思而喪失者，例如甲對乙享有債權，甲自願拋棄其權利即基於當事人之意思而消滅也。(註一)又有基於權利固有之性質而喪失者，例如某甲歲給乙洋二百元，以乙終身爲限。至乙死亡之日，此項債權即基於權利固有之原因而消滅也。(註二)其次，法律規定於一定期間內不行使

其權利者，是爲消滅時效，亦有喪失其權利之效力。例如我國現行民法第一二五條所載「請求權因十五年間不行而使消滅，但法律所定期間較短者，依其規定，」卽此意也。此外，權利之喪失，有基於自然原因者，卽因天災不可抗力之原因，致權利之目的物根本消滅時，例如船舶遇風沈沒，則該船舶之所有權卽隨之而喪失是也。

(二)相對的喪失 所謂權利之相對喪失者，謂權利之本質不消滅，僅與其主體發生分離之事實也。例如因買賣或贈與之事實，權利之原主雖喪失其所有權，但權利之本質並不因而消滅，此項權利依然存在，且同時受新主體支配也。

(註一)見民法第三百四十三條。

(註二)參閱民法第七二九條至第七三五條。

第六章問題

- 一、何謂權利之變更？
- 二、何謂主體變更？試舉例以明之。
- 三、何謂客體變更？試舉例以明之。
- 四、權利內容之變更與權利數量之變更有何區別？試各舉例以明之。
- 五、何謂權利之喪失？
- 六、權利之喪失與權利之變更有何區別？
- 七、何謂絕對的喪失？
- 八、試述絕對喪失之原因。
- 九、何謂相對的喪失？

第七章 義務

第一節 義務之意義

權利與義務係對待名詞。有權利必有義務，無義務即無權利。二者在法律上有相互之關係，故義務之觀念往往可於權利之反方面得之。茲將義務之觀念述之如次：

(一)義務者，責任也。責任即當然應盡之義務之謂。故凡法律之規定，人民不可不服從之，是為當然之責任，亦即當然之義務。蓋法律有命令與禁止之別，人民必就法律之所命者而從之，法律之所禁者而避之，乃免於法律之制裁，此義務之所以為應盡之責任也。

(二)義務者，行為或不行為之責任也。行為指為某事言，係積極之責任。不行為指不為某事言，係消極之責任。法律之內容，即規定何者應為，何者不應為，而示以行為或不行為之準則也。例如當兵納稅，法律規定所應為者，人民即負行為之責任。殺人放火，法律規定所不應為者，人民即負有不行為之責任。倘法律上所不應為者而為之，或法律上所應為者而不為之，是為違反個人應盡之責任，亦即違反法律上應盡之義務也。

(三)義務者，法律之強制責任也。責任二字，範圍甚廣。有宗教上之責任，有道德上之責任，有法律上之責任。宗教上之責任，基於信仰。道德上之責任，本於良心。惟法律上之責任，則限於強制。茲之所謂責任者，非信仰，非良心，乃為法律上之強制責任也。故凡違反法律上之責任，法律皆得而強制之。

第二節 義務之種類

義務之種類可分為下列數項：

(一)公法上之義務及私法上之義務 公法上之義務者，即依於公法上應負擔之責任也。如服兵役義務，(註一)納稅義務(註二)等屬之。私法上義務者，基於私法上應負擔之責任也。例如債務者有履行清償之義務是也。

(二)積極義務與消極義務 積極義務者，行為之義務也。消極義務者，不行爲之義務也。例如賣主對於買主有交付標之物之義務，(註三)而買主亦有交付代價之義務，皆屬積極義務也。至如對於他人之財產權，人格權，負有不侵害之義務，是爲消極義務也。

(三)對世義務與對人義務 對世義務云者，對一般人承受其拘束之謂也。至於對人義務，則僅對特定人承受其拘束。例如自由不得侵害，此種權利爲絕對的，故其義務亦爲絕對的，任何人不得隨意侵害也。若甲向乙借款，甲祇對乙負清償責任，乙以外之人無權領受甲之清償。故甲對乙之義務爲相對的，易言之，即對人義務也。

(四)主義務與從義務 主義務者，獨立之義務也。從義務者，附隨主義務而始發生之義務也。例如欠人之款，有清償之義務，是爲主義務，若到期不還，債務人除負擔原有之債務外，尚須負擔因此所生之一切損失賠償責任，是爲從義務也。(註四)

(五)專屬義務與移轉義務 專屬義務者，僅特定人可以負擔之行爲也。移轉義務者，負擔之行爲可以轉移於他人也。例如舞臺主聘某名伶演戲，此種義務，即爲專屬義務，蓋聘某名伶之目的，在欲得其個人技藝也。反之，普通工人承攬工作，如無特別聲明，則爲移轉之義務也。

(註一)參閱憲法草案第二十二條。

(註二)參閱憲法草案第二十一條。

(註三)參閱民法第三四八條。

(註四)參閱民法第二三一條。

第七章問題

法 學 通 論

- 一、試述義務之意義。
- 二、何謂公法上之義務？
- 三、何謂私法上之義務？
- 四、何謂移轉義務？
- 五、何謂消滅義務？
- 六、何謂對世義務？
- 七、何謂對人義務？
- 八、何謂主義務？
- 九、何謂從義務？
- 一〇、何謂專屬義務？
- 一一、何謂移轉義務？