

一本教程之一
法 律 學

1935

9167

MT
D9
7

中華民國二十四年六月

本校特別學員班法律學應按此書修習之

校長張叙忠



3 1763 7201 3

本校教育方針

明瞭現代戰爭性質及其經過（軍事學）爲適切
國防軍平戰兩時之補給（經理學
法制經濟學）

教學指導要領

保持重點於經理學方面所有軍事學與法制經濟學之教學均須力求趨向於此同一鵠的

軍需學校特別學員班法學通論目錄

緒論.....一

第一章 法學通論之意義.....一

第二章 法律與社會及國家.....二

第三章 法學通論之編制.....三

總論.....四

第一編 國家.....四

第一章 國家之意義.....四

第二章 國家之本質.....七

第三章 國家之發達.....九

第四章 國家之分類.....一一



第五章 國家之活動	一五
第二編 法律	一八
第一章 法律之觀念	一八
第二章 法與其他規範的法則之關係	二二
第一節 法律與道德之關係	二二
第二節 法律與宗教之關係	二四
第三節 法律與禮儀之關係	二五
第三章 法之淵源	二六
第一節 直接法源	二七
第二節 間接法源	二九
第四章 法之類別	二六
第五章 法之效力	四四

第六章	法之解釋	五〇
第一節	法之解釋之必要	五〇
第二節	法之解釋之種類	五一
第三節	法之解釋之標準	五六
第七章	法之適用	五八
第一節	司法機關適用法律之原則	五八
第二節	行政機關適用法律之原則	五九
第八章	法之制裁	六〇
第一節	公法上之制裁	六一
第二節	私法上之制裁	六三
第二編	權利及義務	六五
第一章	權利之觀念	六六

第二章 權利之分別	六八
第一節 公權及私權	六八
第二節 對世權及對人權	七四
第三節 原權及救濟權	七五
第四節 主權利及從權利	七五
第五節 專屬一身之權利及有移轉性之權利	七六
第三章 義務之觀念	七六
第四章 義務之分類	七八
第五章 權利義務之主體客體及目的	七八
第六章 權利義務之得喪變更	七九
第四編 法學	八二
第一章 法學之意義	八二

第二章	法學之分類·····	八四
第三章	法學之研究方法及學派·····	八五
第四章	法學與其他科學之關係·····	八八

軍需學校特別學員班法學通論教程

教宜賈席珍編述

緒論

第一章 法學通論之意義

法學通論
之意義

法學通論云者。以研究法學之必要。準備為基礎。而授以法學各科之共通系統知識之學科也。茲分析說明於左。

一 法學通論者。為研究法學之必要準備之科學也。法學通論非民法、刑法、憲法等、各部門之縮本。亦與法律史及權利本質之法律哲學異其範圍。其目的在授與法學研究上必要準備之普通知識也。故凡關於國家法律、權利義務等根本問題。必須涉及。其關於各部門之概要。亦應略加說明。以示與其他諸科學之關係也。

二 法學通論者。為授與法學各科之共通系統知識之科學也。所謂系統者、



(南)

〇

蓋對於斷片而言耳。故必具有一定之組織體系，聯絡於其間。始得稱之爲系統。法學通論雖爲授與法學各科之準備知識。然非將各部之知識斷片摘取。雜然而集合者也。

第二章 法律與社會及國家

集個人而形成社會。由社會而形成國家。個人既爲社會組織之分子。卽不能離去社會生活而獨存也。蓋原始人類。或與獸爭，或與自然爭，胥有賴於人類之團結力。以營其團體之共同生活。迺克綿延遞演。而有現代之文明社會與國家。人類既須爲團體之共同生活。則其團體員之個人之一切行爲。自有其共同中一定之準則。而強制其遵守。以維繫其團體於不墮。此強行之準則，是爲社會之規範。亦卽法律之濫觴也。

迨人文日進。社會之規範亦日益複雜。社會之組織亦日趨嚴密而擴大。於是由氏族進而爲部落。更由部落進而爲國家。國家既已形成。其強行之社

會生活規範。在先假手於民族之長老或部落之酋長而爲執行者。至是遂依國家之權力。以強行於一定之土地與人民。若斯之社會生活規範。卽爲法律。是以法律由於社會生活之必要而產生。依於國家之發達而完成也。

第二章 法學通論之編制

關於法學通論之編制。學者主張不一。有分總論各論二部者。總論所研究之事項。係就國家法律權利義務等說明基本觀念。而各論所研究之事項。則就法律各部門之概要說明之。以示與其他諸學科之關係。有不設總論各論之區別。而專以授與關於國家法律及權利義務之一般知識爲主眼。本講義因本班修學期間短促。關於各種法典。萬難逐門講述。故採總論各論分別編制式。非徒藉明與各部門法律關係。且足以增進學員對於諸種法律之常識也。

至編制之次序。學者各異。有謂國家先法律而存在者。故宜先研究國家而後始及法律。故先國家次法律。法律既明。乃及權利義務。權利義務既

畢、乃爲完全法學。故以法學殿焉。有謂法學通論、乃在研究法學各科之共通系統知識。則法學爲何、不可不於開宗明義第一章研究之。故首法學、次法律、次國家、而以權利義務殿之。余主前說、故本講義以國家居首、次法律、次權利義務、最後始及法學也。

總論

國家
國家之意義

第一編 國家

第一章 國家之意義

國家者、卽於一定土地之上、由唯一之主權、而統治一定人民之社會的共同生活體也。茲分析闡明其義如次。

第一 國家者爲一定人民之社會的共同生活體也。社會不唯人類有之。物亦有焉。而國家則以人類爲限。至其人數之多寡。則不加限制。但必須一定

國家再爲
一定人民
之社會的
共同生活

體也

國家者照
定土地為
基礎也

國家者以
主權為要
素者也

主權之最
高性

之人民。若如飄萍游絮之偶相遭值。則不足以成立國家。必其團體共同生活於一定目的之下。其個人目的以外。別有團體共同目的。以為共同生活之要件者始可。

第二 國家者、以一定土地為基礎也。土地者、一國主權之活動區域也。其組織國家之土地。謂之領土。領土非永久不變。事實上每多伸縮。惟就其特定時間上觀之。則須具備永續性。始為真正之領土。若游牧時代之人民。逐水草而居、遷徙無常。則不得以領土視之。

第三 國家者、以主權為要素者也。有固定之人民焉、有固定之土地焉。使無主權以統治之。則國家仍無由成立。故主權為國家要素之一也。主權者乃國家生活最高絕對不可分之強制的支配力也。

一 主權最高性、所謂最高性者、即在國家之範圍內無左右主權以上之權力也。換言之、即在對內關係能積極的強制其人民絕對服從。對外關係

能消極的不妨礙其獨立支配。此國家之權力與基於國家委任之自治團體之權力所以異也。

二 主權絕對性、所謂絕對性者、即不問被治者之意思如何、應一律受其支配之謂也。對於本國國民無論其居住國內或國外、均得實行其支配。反之在本國領土內者、不問其國籍之如何、亦應一律受其支配也。

三 主權不可分性、所謂不可分者、即一國主權應單一的屬於國家。否則不啻容許相並立的第二國家之存在也。然所謂不可分者、乃就主權之本體而言。若就其作用言之、是為統治權能。則非不可分者。如三權五權之分治。是為主權作用上的分割。而非主體之分割也。

四 主權有強制力、主權之強制力、非事實上之強力。乃法律上之強制力也。蓋國家之權力作用、亦應基於憲法或其他法律之發動。若以法以上之力或因放縱而形成之事實上的權力。不得謂之為國家之權力焉。

主權之絕對性：

主權之不可分性：

主權有強制力：

第二章 國家之本質

關於國家之性質；學說甚多，其要者如左。

1. 神意說：

第一 神意說：此說謂國家之成立，有神之作用存於其間。神意有絕對力，故國家權制力，亦有絕對性。人民對於國家，自應無條件的絕對服從。當基督教盛行之際，嘗藉神力以恫嚇斯民。但於今日科學昌明之時，其說不攻自息。

2. 權力說：

第二 權力說：此說謂國家與人民之關係，乃強者對於弱者之支配關係。即治者與被治者之對立關係。強者之支配力，乃不可避免之人類結合的自然力也。近世學者，復以經濟關係為立場，而說明強弱之壓迫關係。而以國家制度，為經濟的強者階級，壓迫弱者之設施。然律之以現代民權思想，自難贊同。

3. 契約說：

第三 契約說：此說以為國家之根據，存在於個人獨立自由意志之契約。倡

此說者、爲英儒洛克。彼謂自然的社會。爲一自由平等之社會。在此時期。吾人所須遵守者、爲自然的法則。迨後人口日繁、文明愈進、而罪惡叢生。於是遂不得不以公約成立國家。此公約卽人民總意之表現也。但查其本身全無歷史上之根據。吾人遂不可據之以說明國家之本質也。

4. 有機體說
1. 自然有機體
 2. 法律有機體

第四 有機體說、此說又可分爲自然有機體說、與心理有機體說二種。前說謂國家爲自然科學上有機體之一種。卽謂國家爲基於人類天性之自然產物。而非由於人類之意識的製造物也。後說謂國家、自始統一而具有人格者也。其具有物質精神二要素。與普通有機體無異。非若器械之可以隨人意而變造之也。然國家乃人類之集合體。其生命組織與構成國家之個人生命組織不同。故有機體一語、殊嫌未當。

第五 團體說、此說以國家係多數人類之結合體。有鞏固之組織、與永續之目的。而非僅偶然爲人類多數之集合也。是說甚有理由。但團體二字、應



以社會二字表示之。與其稱國家爲團體、不如直接以國家爲社會之爲當也。

第三章 國家之發達

社會演進之理，本隱之顯，由單趨繁。推原始終，理無或異。國家之發達，亦復相同。茲溯其發達之跡而研究之。約有左列四期。

1. 孤立時期

第一 孤立時代：洪荒之初，人文未啓。羣居野處，家各孤立。一家之間

各戴家長督率家屬。母權父權，漸次產生。家族但服從其家長權。而各家之間游徙散居。既無關係，復不統一。各逞其天賦之智能，恣放無紀。爲所欲爲，毫無忌憚。蓋太古荒陬之氓，醉生夢死，窮老不相往來。而社會酬酢周旋之儀無聞焉。是爲孤立之時代。

2. 部落時代

第二 部落時代：世運漸進，生齒日繁。隣家閭里，彼此相望。因各逞天賦行動自由之結果。遂至彼此相傾。傾軋日烈，危險愈深。於是凜然覺悟。各捐小忿，共圖生息。因生息而扶助，因扶助而團結。團體組織。因之發

3. 封建時代

現。其才德勇武之士。受羣衆之推戴。發號施令。共相遵從。而部落以成。酋長以立。而治者與被治者之關係。亦以始焉。

第三 封建時代、部落之制、人數少而勢力微。未足以久安而長存。且部落之間、時生爭鬥。競爭之餘、優勝劣敗。其部落之強有力者、遂逞其蠶食鯨吞之手段。而弱小之部落、乃日歸淪滅。於是部落之數漸減。部落之團體日大。而文物制度日趨進步。其優勝之酋長、乃進而爲諸侯矣。其最優勝者、更本其強力爲諸侯之盟主。獨擅霸權、號令天下。而封建之勢以成。

第四 國家統一時代、封建之時、各爭雄長。遂至戰亂相尋、民生塗炭。騷變之極、弱者先亡、強者獨存。其尤強者、乃統一宇內、收剪滅掃除之功。而完全統一之國家生焉。凡此發達之跡。總覽各國史乘。按次推素、無或爽者。若夫國家後此進化之跡、止於何境。大同世界、何時能達。則非此時所能預期。但從理想上推測、終有達到之希望耳。

4. 國家統一時代

國家之分類、有爭、

1. 君主國與民主國、

2. 專制國與立憲國、

第四章 國家之分類

國家之分類。學者主張不一。茲舉其重要者。可大別之爲五種。拆述於後。

第一、君主國與民主國、君主國與民主國之區別。係以國體爲標準而爲之分類也。國體云者，即依主權之主體而生之國家狀態也。其主權存在君主時，稱之爲君主國。其存在於人民時，則稱之爲民主國。如英、日、君主國也。我國及美、法、民主國也。

第二、專制國與立憲國、專制國與立憲國之區別，係以政體爲標準而爲之分類也。政體云者，即主權活動之形式方法也。凡國家主權之活動，無行政、立法、司法等作利之分立。而歸於某一人之專斷。其一般國民不得參與國政及立法之作用者，是爲專制政體。反之其主權之活動，分爲行政、立法、司法

等作用。鼎立而不相侵。一般國民得干預國政。參與立法之作用者。是爲立憲政體。

有以憲法之有無。區別專制國與立憲國者。是說殊不足取。蓋無論如何國家。苟既成爲國家。卽無成文憲法。未嘗不有定其國體政體之國家基本法。特爲不文之憲法耳。

3. 完全主權
國與限制
主權國、

第三、完全主權國與限制主權國。完全主權國與限制主權國之區別。係以主權作用完全與否爲標準。而爲之分類也。卽主權之作用。不受他國限制者。曰完全主權國。其受他國限制者。曰限制主權國。前者如我國、日、英、美、法、等國是。後者如朝鮮、安南、馬來半島、諸國是。

4. 單一國與
複合國、

第四、單一國與複合國。單一國與複國之區別。係以國家之組織爲標準。而爲之分類也。單一國者。卽非與他國家相併合。而由唯一國家所構成者也。如中國、日本、屬之。複合國者。乃由二以上之國家相結合而組成者也。

4. 君合國、

3. 政合國、

2. 聯邦國、

因其結合之方法及內容之不同，更可分爲以下各種。

一、君合國、君合國係基於人的結合。即多數國家。共同擁戴一君主。以施行號令之國家也。其國內法及國際法上之一切關係。仍各自獨立。例如一千九百零八年前之比利時國與孔果國是。

二、政合國、政合國者，乃基於特殊事項或地理關係之結合。即二以上之國家因對外關係，合而爲一。其內部仍各有獨立之主權運用機關是也。如歐戰前之匈奧，一千九百零五年前之瑞典與挪威等屬之。

三、聯邦國、聯邦國者，乃復數國家僅於一定之對內對外關係爲共同之聯合。而其他之一切關係，在國內法上與國際法上仍各自獨立者。例如派遣外交官領事官之類。均由聯邦政府行之。其聯邦各國之主權，仍屬最高。而非更有最高之主權加乎其上也。但此種聯邦須有繼續聯合之目的。故國與國之協商及同盟。非國家之聯合。如二千八百十五年至一千八

百六十六年之德意志。及一千七百七十六年至一千七百八十七年之美國。乃可謂爲聯邦耳。

四 合衆國、所謂合衆國者、其組織合衆國之各國家。對內關係雖各自獨立。而其上更有共通之主權。以行使其對外關係。而完全形成一個國家者也。如現在之北美合衆國及瑞士屬之。

第五 普通國與永世中立國、普通國與永世中立國之區別、乃國際法上之分類也。普通國之名稱、係對於永世中立國而言。即凡非永世中立國之獨立國家之總稱也。

永世中立國者、與戰時之局外中立有異。蓋因列強之條約。平常完全在中立地位之國家也。此等中立、實以列強之勢力平均爲目的而成。即凡與條約有關之國家、均不得任意侵犯。否則列強負有防護之義務。當環起而攻之。然永世中立國、亦負有種種義務。例如除自衛外、不得與他國爲戰爭。

5. 普通國與
永世中立
國、

d. 合衆國、

及禁止保障他國之中立。或締結攻守同盟防禦同盟之條約。又不得割制領土於他國。故其對外主權作用上之一部。有永久不能行使之限制焉。如瑞士、比利時是。

第五章 國家之活動

國家依主權而統治之。無主權則無國家。故國家之活動云者。卽主權作用之義也。主權爲國家之最高權。其本體原不可分。然作用則千差萬別。不勝枚舉。自法人孟德斯鳩倡三權分立說以來。各國多襲之。我國則實行孫總理之五權說。茲就三權五權之意義。略述於次。

第一 三權分立之意義。所謂三權者。卽立法、司法、及行政三作用是也。

對於其意義。因觀察點之不同。乃有形式說與實質說之分。試分述之。

一 形式說。主權依其作用之形式。卽司主權作用之機關。而分爲三權時。卽

三權分立
之意義
形式說

A 形式說之
缺點

甲 立法者、由國會行使其主權之作用也。
乙 司法者、由法院行使其主權之作用也。
丙 行政者、由國會及法院以外之機關行使其主權之作用也。
然考之實際、亦有不盡然者。例如國會於審議法律案之外、對於預算之議決、及請願之受理等、立法以外之作用、亦兼爲之。又如法院於民刑訴訟之外、凡登記事項之執行、以及其他非訟事件之處理等、法院亦得爲之。是形式說、未必盡合於事實也。

B 實質說、

一 實質說、以實質內容爲三權之區分。卽
甲 立法者、制定法規之作用也。
乙 司法者、以法規之維持爲直接之目的、而爲之解釋適用之作用也。
丙 行政者、以法規之解釋適用爲手段、以維持社會之安寧秩序增進國民全體之幸福爲目的之作用也。

此說較前說、較爲適合。其所謂立法者、非僅指狹義之立法案、而爲廣義之制定法規。司法者、以解釋法規而適用之於一定事實爲其直接目的。而在行政之解釋及適用法規者、則僅爲其手段。依此手段以達其所欲之目的。設有殺人事件發生、則解釋及適用刑法中關於殺人之條規、而謀法規之維持者、乃司法之終局目的也。其或因此而獲社會安寧人民幸福之結果、亦不過間接之反射之作用耳。至若適用行政執行法、而檢束危險之人物、禁止屋外之集會等、是爲行政之手段。其目的則在保持社會之安寧秩序、增進人民之幸福。因而常有裁量之餘地也。

第二、五權分立之意義、五權分立者、即於上述立法、司法、行政三作用外、更加以監察及考試兩作用是也。析述於次。

甲、監察者、職司糾彈、而以澄清吏治爲目的者也。其執行此種職權之機關、爲監察院。

乙 考試者，職司銓衡，而以登庸人材爲目的者也。其執行此種職權之機關，爲考試院。

查各國憲法，多以立法兼彈劾，行政兼考試，非第責任不專，且有徇隱之弊。我總理有見及此，乃倡五權分立說，畫監察於立法，使彈劾權獨立。庶幾責有專屬，徇隱弊除。分考試於行政，使銓衡獨立。庶幾真材有登庸之機，政治有革新之望。是五權優於三權，當不俟煩言而解矣。

法律〇〇〇

法之觀念

法之基礎

第二編 法律

第一章 法之觀念

第一 法之基礎。法之發生原因安在。法之拘束人類之理由安在。在法學上，實係最繁難之問題。故關於此點，自來學說甚多。茲析述之。

一 神意說：此說謂法之發生原因及其拘束力，悉由神意直接或間接所創作者。^甲主張直接神意說者，以爲法律之構成，乃神意之表示。如回回教

神意說：
甲 直接神意說
乙 間接神意說

命令說：

之科蘭經。猶太之摩西法典是。其後社會稍稍進化。直接神意說失勢。而間接神意說乃繼之以起。此說謂神假權於天子（君主）。天子乃體天意以治民。即其例也。然此種學說當草昧之際。蚩蚩者氓。迷信天地神祇。主治者遂假託神意。以爲恫嚇威駭之具。以現代觀念衡之。當無可顧之價值。

二、命令說、此說以法律爲主權者對於人民所與之命令。人民應爲某事或不應爲某事。均以主權者之命令爲準繩。英國學者奧士丁（Austin）實倡導之。然此說在專制時代。君權集中之國家。主權者之命令與法律不分。尙有相當之理由。但對於說明一切法律之本質、及習慣法、國際法等、自屬不當。

三、自然法說、此說謂法非由人間而產生。乃自然之存在。支配自然之現象者。（如日月星辰之運行寒來暑往之更代）有自然法。支配人類之

自然法說

行爲者，亦有自當法（此），而人定法，亦不能不以自然法爲原則。以樹立現代之法制。此說純出於理想之思考，殊乏事實上之根據。且無論在何國何時，欲求有一亙古不易之法則，又不可能。故已爲一般學者之所棄置矣。

d. 契約說：

四 契約說：此說謂國家由人民相約而成。法律由人民之自由意思而定。即人民當約同建設國家之際，所結之公約即法律也。（法儒盧梭（Rousseau）即主此說者也。然在古代以腕力決是非，所謂強者爲雄，弱者以伏，人民絕無意思之表現。又何契約之可言。且考之國家社會史上，任何國民均無依據契約而組成國家制定法律之事實。故契約說求之事實，絕無根據者也。）

e. 歷史法說：

五 歷史法說：此說謂法之發生，乃由民族精神發達堆積而成。並非「朝夕之人力所能創作」。立法者係就民族精神之所在，權利之確信，而筆之

2. 現代法律
之含義

a. 法者國家
所制定或
所承認者
也

b. 法者國家
所加於人
類行為之
規範的法
規

於書。不能任意制定權利義務而編纂法典者也。此說未免有重視習慣法之效力。且於繼承法不足說明。其亦不足取也。

第二、現代法律之含義，以上各說。乃隨時代而立論。故最初之學說。則以法為神意思。漸次而生君主之意思。與命令之觀念。再轉而以法為人民相互之契約。雖各具特殊之見解。究與現代法律觀念。實有未合。現代之所謂法律者。乃國家所制定或承認之對於人類行為加以規模之法則也。茲就此定義，分析說明之。

一 法者國家所制定或所承認者也。法之存在必賴國家之權力以維持之。

故法之成立。以國家之制定或承認為必要也。國家所制定者。成文法也。

國家所承認者。不文法（習慣法）也。

二 法者國家所加於人類行為之規範的法則也。法者非自然界之規則。而為人類行為之規則也。法非自然界之規則。故凡物理化學之規則不與焉。

則也

法與其他
規範的法
則之關係

法律與道
德之關係

主張法與
道德全同
其支配範
圍者；

法爲人類行爲之規則。故單純心的內部作用，非所問也。行爲云者，卽意思表現於外部之動作也。有意思而無動作，法律不得干涉。有動作而無意思，亦非法律之所問也。

第二章 法與其他規範的法則之關係

人類行爲之準則規範，不止法律一種。道德、宗教、禮儀等，亦各居其一。茲就此等準則規範與法之關係，說明於左。

第一節 法律與道德之關係

關於法律與道德之關係，自來學者主張不一。有謂法律與道德全同其支配之範圍者。有謂法律與道德全異其支配之範圍者。茲就二者，分述於左。

第一 主張法律與道德全同其支配範圍者。此說謂法律與道德之本質，皆屬於社會的心意，而爲規範的法則。故凡法之所禁者，必爲道德所不容。而道德之所許者，亦必爲法律之所不禁。蓋二者之目的，皆爲保護社會秩序。

2. 主張法律與道德全異其支配範圍者：

道德內部的強制、律為外部

道德為社會的制裁、法律為國家的制裁

道德為個人的法則、法律為國家之法則

道德為個人之法律、法律為國家之法則

之安寧。而維持國家之生存也。

第二 主張法律與道德全異其支配範圍者此說又分數派

(一) 道德為內部的強制、法律為外部的強制。即是否違背道德、律其意向。

是否違背法律。視其外部事實。故道德規範、為關於良心之規定。

法律規範、為外部行為之規定也。

(二) 道德為社會的制裁、而法律為國家的制裁。即以法為因國家之意思

而生。依於主權而維持。故其最終制裁、則委之國家。道德為基於個

人及社會之確信。依於良心以維持。故其最終制裁委之於社會。

(三) 道德為個人之法則、法律為國家之法則。即道德以個人人格之完成

為目的。而法律以保持國家安寧秩序為目的。

以上諸說、要皆有理可通。然以實際言之。未免各有所偏。而未中於理。

蓋道德與法律兩者之領域有同一共通者。亦有獨特專有者。例如勿盜勿殺是

道德與法律之區別標準

爲法律與道德共通之領域。其他如關於特效之規定，是爲法律之所獨有。而關於民法於扶養義務之外之扶養恩人，救助他人，又爲道德之所專有也。

要之所謂法律與道德，初則相混，終則化分。故依單純之標準，不能示其區別。因下述諸點，方可知其差異。卽

- 一 道德之目的，或在個人人格之完成。或有因其對於社會之關係而生者。總之最終之判定，委於個人意思（良心）及社會意思。其制裁亦爲個人或社會。法之最終判定，則委之國家。此所以謂法之通常皆有強制性。
- 二 法律從義務本位進於權本位。卽法之主要者，在定權利之方面。對於權利者則負義務。反之道德則僅與以義務。對之不生權利。例如道德在法律规定扶養義務範圍外與以扶助恩人友人之義務。但恩人友人不要求之權利。故法律爲雙面的。道德則爲片面的。

第二節 法律與宗教之關係

法與宗教之關係

在昔宗教勢力極盛。凡道德法律均不能脫其藩籬。且時有混同之事。羅馬之Julianus以法學有神事人事之知識者、非無故也。近世宗教之信仰漸殺。而其遺迹猶在。例如穢污有罪、以及民法上之宗祧繼承、官吏之就職宣誓等。均含有宗教上之臭味。是以法律與宗教在今日固已化分。而一溯其實在。二者皆以社會心意爲本質。而其規範之點、毫無所異。雖然法律爲國家生活之必要。而不可或缺。其在宗教則不必盡然。如猶太人雖不成其爲國家。尙度其宗教之支配焉。茲將二者之差異、述之於左。

- 一 宗教以神爲中心、以信仰爲維持。因而最後之判定者爲神。法爲國家所認定。其最終之判定、爲國家。
- 二 法爲雙面的、宗教爲片面的。

第三節 法律與禮儀之關係

禮儀與法律同以社會心意爲本質之規範也。對於維持社會共同生活之秩

序、實有存在之關係。然禮儀與形式不可分離者也。且非止於形式、而實由於愛敬或畏敬而生者。因之其差如左。

禮儀與法律區別之標準：

- 一 禮儀基於愛敬或畏敬之觀念。故其最終判定。委之於個人之意思或社會之意思。與道德同。法律於此點、則適與之異。
- 二 禮儀與形式有不可分離之關係。此點與道德異。與法律類似。然而法律亦非必與形式相伴者。
- 三 法為雙面的、而禮儀為片面的。故無要求禮儀之權利。此禮儀所以多為道德及宗教之表象而生。且與之有同一之性質也。

法之淵源

第三章 法之淵源

法律之淵源、簡稱之曰法源。即法律所據以生產之材料也。學者間對於此項用語、有種種命意。(一) 有以制定某種法律之力為法源者。此蓋以神及君主或人民為法律之所從出也。(二) 有以法律知識之所自取得為法源

者。如以法典、判例、著書、論文、習慣、等爲法源是。(三) 有以法律之內容之所購成爲法源者。如以習慣、法理、外國法、道德、宗教、學說、等爲法源是。

以上諸說、因觀察點之不同。故持論各異。且各具相當理由。不能評其正確否也。茲爲研究方便起見、可分爲直接法源、與間接法源兩種。以說明之。

直接法源

第一節 直接法源

直接法源云者、即法律產生之材料。一以法律爲根據而有強制通行之效力也。簡言之。即以成文法爲法律之直接淵源者也。如我國刑法之直接法源爲暫行新刑律。刑事訴訟法之直接法源。爲刑事訴訟條例是。

成文法者、乃國家以文書制定。並依一定手續而公布者也。故完成成文法須經過二種手續。卽制定與公布是也。

成文法
1.制定
2.公布

1. 法律之制定
即提案手續
決裁可三

2. 法律之公布
有法何五、

第一 法律之制定、成文法之制定、因政體各異、民智不同、故古今各國

不一其例。就多數之立法例言。其手續有三。即(一)提案、(二)議決、

(三)裁可是也。提案權通常屬於元首及立法機關。而各立法員私人則無提案權。有提案必須經過一定手續之議定。即凡法律必須經過三讀會。始行

議決。第一讀會。決定該案應否再行討論。(即審該案之整個價值)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。最終

經由元首之裁可。乃為法律之完成。惟裁可之制。僅限於君主國之元首。

在民主國之元首。則無裁可權。如對於通過議案內容。有不滿意時。得繕

具理由書。於一定期間內。提交立法機關。請求覆議耳。

第二 法律之公布、法律既經制定。本應發生拘束力。惟使一般國民了解法

律之內容起見。更應履行一定方式。即所謂法律之公布是也。致公布之方

法、約有下列數種。即(一)朗誦法、(二)公簿登記法、(三)揭示法、

161

(四)傳觀法 (五)官報公布法 以上各法均隨文化而變遷。現世各國通行之法，惟官報公布法耳。

間接法源

第二節 間接法源

不文法：

間接法源云者，即法律產生之材料。非直接以法律為淵源，乃於自然規範中，由國家加以人為之選擇，使之發生法律之效力也。學者以此種法源，未以文書制定，及未具立法手續，統謂不文法。茲分述於左。

一 習慣法：

第一 習慣法、習慣者、人民所永久遵據之行爲準則也。雖無法律之成文，而人人心中，各存一共信之念，承認其有法之效力是也。苟無成文法時，習慣之效力，殆等於法律。茲將習慣法之效力要件，及有拘束力之根據等項，分述於後。

a. 習慣法有拘束力之根據：

一 習慣法有拘束力之根據。習慣法有拘束力之根據學者主張不一。茲擇要者，分述於左。

習慣說、

甲 習慣說、此說謂國民關於某事項。有永年間續行其同一行為之事實。此種慣行之自身，遂生拘束力。果依此說，則習慣法與習慣、殊難區別。自不足採。

確信說、

乙 確信說、此說謂習慣，苟為人民所確信其有行為。或不行為之權利或義務，而罔敢逾越者，即為習慣法。歷史法學派，多主此說。然如何而謂確信。不得明確之標準。且不啻謂法之成立。不必假手於國家之權力。於理論殊有未當。

丙 條件充實說、

丙 條件充實說、此說謂習慣而具備法律之條件者。則為習慣法。其法律上之條件。即（1）得反覆施行。（2）經過多年。（3）人民共信不疑。（4）內容確定。（5）在社會上有強制力。（6）適於條理。（7）不背法律及其他習慣等是也。然考其實際習慣法之發生。均不以基於成文法為限。縱令國家對於習慣法之條件

丁 國家承認說

不設規定。國家亦得直認習慣爲法。故此種情形，亦不得說明習慣法之拘束。

丁 國家承認說。此說謂習慣經國家之承認而生法之拘束力。立法司法均係國家之機關。由立法或司法之所認。卽國家之所認也。蓋法律之根據，在於國家之意思。國家承認習慣法。而習慣法始得有法之效力也。

二 習慣法成立之要件：習慣成爲法律，須具備左列各要件。

乙 習慣法成立要件：須有習慣。

甲 須有習慣之存在。習慣云者，卽關於同種類事物多數人繼續通行之

準則也。所謂多數者，則特定人間所通行之行爲。不得爲習慣法之材

料。所謂繼續者，則凡一種習慣未經過相當歲月，亦不能成爲習慣。

至慣行之經過期間，究須若干時日，則應依社會觀念決之。

乙 須不背公共秩序及善良風俗。公序良俗均與社會之安寧文教攸關。

乙 須不背公共秩序及

善良風俗

故得爲習慣法者，須與此二者，均不相背，而後可。我民法第三條曰：「民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者爲限。」即此意也。

丙 須法律無規定或爲法律所明認者

丙 須法律無規定或爲法令所明認。我民法第一條曰：「民事法律所未規定者，依習慣。」則法律之有規定者，通常不得認有習慣法之存在。但有時法律雖有規定，而仍認習慣法之存在，則爲法律所明認者也。

乙 習慣法成立之時期

三 習慣法成立之時期：習慣法究於何時成立，因主張習慣法有拘束力之理由各學說之不同，而異其時期。故對於此問題，僅得謂爲因具備法定要件，復經因國家承認之時，卽爲習慣法成立之時期。除此抽象的答復外，別無他法也。如強示其習慣成立爲法之一定年月日者，是不知成文法與習慣法之區別者也。

四 習慣法之效力：習慣法對於成文法之效力關係若何，在學說上及立法

α 習慣法之效力：
是否與成文法同
效力

沿革上、均不一致。羅馬共和時代。以爲法之發源、係基於人民之總意。

故對於直接表現人民總意之習慣法。常有改廢成文法之效力。至帝政時代。則以法爲君主意思之觀念。故因主權直接發動而成之成文法。常有改廢習慣法之效力。厥後羅馬學者遂折衷於二者之間。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。

夫習慣法與成文法皆爲國家之所承認。定其爲法也原無所異。故以原則言之、二者效力無所差異。但依後法優於前法之原則。習慣法得以變更或廢止成文法。反之成文法亦然。然近世國家、多採成文法主義。因之對於習慣法之效力、恒有限制。故以現行法則而爲解釋、則習慣法對於成文法。原則上僅有補充的效力。（民法一條前段參照）

第二 法理：民法第一條規定。「民事法律所未規定者、依習慣。無習慣者、

『依法理』此法理爲法律原理之簡稱。卽條理也。條理者、卽自然道理

之謂。一日正義。又曰正道。又稱自然法。亦卽推定社交上、必應之處置

也。如事親以孝、愛子以慈、及一切當然應遵守之正道正義皆是也。凡合

乎道義之行爲、人咸以爲是。反乎道義之行爲、人咸以爲非。以條理上之

是非判斷事物。恒能得社會上之同情。故國家採之以爲法律制定之材料。

第三 學說、學說者、卽學者對於法律上主張之見解也。此種見解、純屬私

人研究法律之論說。決無法之效力。然國家之制定法律者、往往採用之爲

爲法律之根據。如我國歷代法律之出妻條例。卽以孔子家語所載之七出之

例爲準據。德國以薩比尼與德保氏之學說、以完成民法法典是。然學說僅

足供將來制定法律之材料。而不能直接使之生拘束力之效力也。

第四 判例、判例者、卽法院對於訴爭案件所爲之判決。認爲有援用遵守之

效力者也。夫法院爲司法機關、非能立法者也。其判案也、自應依法律習

子學說、
僅之供據、
定法律之判
加不能作主
拘束力之效
也。

判例、

5. 條約

慣或法理而爲裁判。決不能自作法律也。然以社會事項、旣形複雜。人事變遷、更無窮極。舊時之法律習慣以至法理。往往不足以資應用。法院遇有此種訟爭又不能藉口無法可據、而不予裁判。於是不能不由法院斟酌情形、秉公裁判。此項裁判、遂發覺乎有代替法律之效用。尤以最高法院之判例之效用、爲最顯著。

第五 條約、條約者、即國家與國家間所訂結之信約也。凡條約訂結後、而國家皆受其拘束。應各履行其義務。然國家自身非能有所作爲也。在實質上必人民爲之。故國家與他國訂約後、必公布周知。以約束其人民。其爲國際法之淵源、固甚顯明。即國內法之制定及改廢、亦受其影響。故條約亦不失爲法律淵源之一種也。

6. 外國法

第六 外國法、外國法者、即他國已制定之法律也。一國有一國之法律。外國法無論如何完善。必不能適合本國固有之人情、風俗、習慣。故外國法

在本國領域以內，絕無通行之威力。惟近世文明日進，交通頻繁，各國制定法律，往往取他國之長，補己國之短，採集外國法以爲本國法制定改廢之基礎。即所謂繼受法是也。

法之類別

第四章 法之類別

法律爲社會生活之規範。故其本體完全相同。惟因其性質及形式上之差異。約有種種之分類。茲舉其重要者，分述如左。

第一 成文法及不文法，已述於前章，茲從略。

第二 國際法及國內法、國際法與國內法之區別。其主要者，在認定法律之主體及法所行使之範圍而定者也。國內法者，依於一國家所承認或所制定而通行於本國之法也。國際法者，則爲多數國家所制定或所承認而通行於國與國之間之法也。故國內法乃以一國之權力作用爲其維繫之根據。而有最終之保障。國際法則否，因之學者中遂有指國際法，非法律，而謂之

1. 成文法及
不文法、
2. 國際法及
國內法、

3. 固有法及繼承法
（本國法）
（外國法）

爲國際間之禮讓者。或謂之爲不完全之法律者其所持之理由。或以國際法無強行力。或以國際法無立法者。或以國際法無裁判所者。此種見解究非正當。蓋強行力不過法律要素之一。不能以強行力之有無。定其是否爲法律。況民商法中各規定。多屬容許法而無強行力者。亦復不少。國內法如此。國際法何獨不然。又國際法條約之成立。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。致於裁判機關。現如海牙和平會及國際聯盟。往往判斷國際間之紛爭。故以國際法無裁判機者。亦欠妥當。

本上述三點。國際法之爲法律。甚屬明顯。惟茲所謂國際法者。乃專指國際公法而言。至若國際私法。實爲國內法之一種。而爲規定本國法與他國法適用範圍之法律。不得謂爲國際法焉。

第三。固有法及繼承法。固有法與繼承法之區分。乃以法律成立之來源爲標準。而爲之分類也。固有法者。乃以本國固有之社會心意爲根據。而毫不

參入外國之立法例之法也。繼承法者，乃採用外國法之材料，或仿外國法律之精神而成立之法也。例如我國明清以前各律例，屬於前者。日本之大寶律令係仿我國之隋唐律例，德民法法典係仿羅馬法典等，屬於後者。蓋在古代交通閉塞之際，國際間絕少往還，既無繼受他國法律之機會，其通行之法律，大抵爲固有法，及海禁既開，交通發達，往往取他人之長，補我之短，繼承法遂盛行於文明國矣。

第四 普通法及特別法之區別。普通法與特別法之區分，以法律效力所及之範圍爲標準。而其範圍之廣狹，則又因地、因人、及因事而異。故普通法與特別法之區別，有左列三種意義。

一 以地爲標準者：凡法之適用於全國者，爲普通法。只適用於領土之一部者，爲特別法。例如我國之民法刑法爲普通法，而各省縣之法令特別法也。

A. 以地爲標準者：

4
普通法及特別法之區別

B 以人為標準者

C 以事為標準者

普通法與特別法區別之實益

5. 強行法及任意法

二 以人為標準者：凡法之適用於一般國民者，為普通法。只適用於特殊之人民者，為特別法。例如刑法為普通法。而海陸空軍刑法及懲治盜匪法等，特別法也。

三 以事為標準者：凡適用於一般事項者，為普通法。只適用於特殊事項者，為特別法。例如民法普通法也。公司法銀行法特別法也。

普通法與特別法區別之實益，在「特別法優於普通法」之原則。特別法與普通法有抵觸時，則適用特別法。例如懲治盜匪法與普通刑法有抵觸時，則適用懲治盜匪法是也。

第五 強行法及任意法、強行法與任意法之區分。乃以法律之遵守能否任私人之選擇以為斷。故法之有絕對適用之效力者，為強行法。只有相對適用之效力者，為任意法。申言之，即某種法規之內容，有關於公序良俗較多者，不問私人之意思如何，均須適用者，為強行法。例如憲法、刑法、行

政法等屬於公法法規之大多數者皆是也。某種法規之內容，關於公序良俗部分較少。適用與否得視當事人之意思如何以爲斷者，爲任意法。例如民法、商法等屬於私法法規者皆是也。

公法不必盡屬強行法。私法亦不必盡屬任意法。

強行法又分命令法及禁止法二者。

強行法與任意法區別之實益

有謂公法法規屬於強行法，而私法法規屬於任意法者。蓋僅就大體言之耳。例如民事訴訟法公法也。然關於裁判管轄可容許當事人之合意。（民訴二三條）民法私法也。然關於權利能力行爲能力及自由均不得拋棄（民法一六條一七條）。是公法亦具有任意性，而私法亦具有強行性也。

強行法又分命令法及禁止法二種。命令法者，即使人民不得不爲某行爲也。例如納稅服役是也。禁止法者，即使人民不得爲某行爲也。例如刑法禁止殺人強盜是。即禁止其爲殺人行爲或強盜之行爲也。故命令法又稱之爲積極的強行法，而禁止法又稱之爲消極的強行法。強行法與任意法區別之實益，在凡違反強行法者，其行爲概爲無效，或受

b. 實體法及手續法
規定於程序法中

刑法罰上之制裁。如刑事處分。行政處分等。即其例也。若違反任意法。只須當事人間別無異議。其行為即可生效。例如民法中之債權法規定。債之清償得由第三人為之。（民法三一一條）然當事人間另有訂定。不許第三人清償者。則應以當事人間之訂定為有效。即其例也。

第六 實體法及手續法：實體法與手續法之區別。因法之關於權利義務之實質。抑關於運用權利義務之手續而定。故實體法（主法）者。乃規定權利義務之實體者。手續法（助法形式法）者。乃規定主法之實施程序者也。例如憲法為實體法。而選舉法考試法等。則為手續法。民法刑法為實體法。而民事訴訟法民事訴訟法為手續法是。然此僅就大體言之耳。若從實際觀之。則實體法中。未嘗無手續法之規定。手續法中亦未嘗無實體法之規定也。

第七 公法及私法：關於公法與私法之區別。學者間議論紛紛。莫衷一是。茲姑列舉主要之學說。及其缺點如左。

公法及私法

利益說、

一 利益說、此說以利益爲標準而爲公法與私法之區別。即將利益分爲公私兩種。法律所保護之利益爲公益時，則爲公法。反之法律所保護之利益爲私益時，則爲私法。其源出自羅馬，爲由爾卑尼安（Ulpianus）所倡導。顧何者爲公益，何者爲私益，有時至難區別。例如刑法公法也。而其中之大部分皆以保護私人之生命、身體、自由、及其財產之安全爲目的。其在私法之中，以保護公益爲目的者，亦復不少。如民法中所規定關於公共秩序者，非公益而何。故吾人對此說，未敢貿然採納也。

應用說、

二 應用說、此說以法律之應用爲標準。而爲公法與私法之區別。即凡法律所規定之權利得以私人之意思自由拋棄者，爲私法。其不許自由拋棄者，則爲公法。雖然此種區別，亦不能無例外。如選舉法，公法也。然而選舉權未嘗不可拋棄。民法，私法也。然權利能力行爲能力及自由均不得拋棄。故此說亦不足採。

三 權力關係說：此說以權力關係爲標準而爲公法私法之區別。即公法乃規定不平等關係。亦即權力服從之關係也。私法乃規定平等關係亦即權利義務關係也。然此說亦不無缺點。蓋權力關係與權利關係。不可分離。有權力者。大抵享有權利。而享有權利者。大抵具有權力。故規定權利者。未必卽爲平等關係。而規定權力關係者。未必卽爲服從關係。如民法。私法也。其親權之行使。具有服從關係。國際法。公法也。其締結條約之國家。純立於平等地位。故此說亦未盡善。

四 主體說：此說以法律關係之主體爲標準。而爲公法私法之區別。即規定國家與其他公共團體相互間之關係。及此類團體與個人之關係之法律。公法也。反之規定個人相互間之關係之法律。私法也。如國際公法。憲法、行政法、民事訴訟法、刑事訴訟法等。爲公法。民法、商法、等。爲私法。然如竊盜本爲個人相互間之關係。而受刑法上之制裁。是公法。

規定個人相互間關係之適例也。又如官廳需用品之購入或官有地之賣出等。是國家與人民間之關係。然均應受民法及其他私法之支配。故此說亦難成立。

要之公法與私法決非如多數學者之所想象。實以公法與私法既非全然異其原則。亦非全然分離存在。其性質上似難爲明顯之區分。特不過程度上之類別耳。

第五章 法之效力

法之效力云者。卽法於頒行後。對於何時、何地、何人、適用之之謂也。茲分爲關於時之效力。關於地之効力及關於人之効力三種。析述於左。

第一 關於時之效力。關於時之效力。卽法律應在何時始能適用之謂也。茲分述其原則如次。

一 法之效力發生時期。法律公布後經一定施行期限。始生實施之效力。

A
法之效力
發生時期

1. 關於時之
效力

法之效力

其施行期限之規定。各國規定不一。有自公布之日起。經過一定期限後始通行全國者。如日本法律。自公布之日起。經二十日後。全國通行。是。有自立法機關所在地起。依距離之遠近。而各地異其施行之期限者。此種制度。多行於土地廣闊。交通不便之國家。或殖民地。有於法律公布後。其實施期限。另以法律規定之者。如我國民刑法及民刑訴訟法之公布。均另定施行期限是。除上述三方法外。尙有不設法律之施行期。自公布之日起。即通行全國者。如以明文規定於公布法律之中『本法自公佈日施行』之類是。我票據法採之。

以上所述。乃僅成文法而言耳。不文法究於何時發生效力。應以國家承認習慣爲法之時爲實施之期日而生效力。實爲正當之解釋也。

二、法律之效力不溯及既往。法對於其實施日期前所生之事項。無溯及之效力。是爲法律不溯既往之原則。此種原則。自羅馬法上。即已有之。

蓋以法律命令或禁止之事項。若有溯及既往之效力。則不惟滋社會事態之紛擾。且有使人民預先服從其法律之義務。此不溯既往之原則。爲舉世所重視也。然此原則。特法律上適用之原則。而非立法上之原則也。故法律有時對於其施行前之事項。有溯及之必要。而另以明文規定固無妨也。

法律雖因特別規定而生溯及效力。但不得侵害既得權。

既得權與單純之利益不同。

法律雖因特別規定而明認其溯及效力時。但不得侵害既得權。否則個人身體財產勢必因之不安。非徒影響社會之秩序。亦失國家立法之精神也。所謂既得權者。即特定人基於正當權源而已取得之權利也。與單純之利益不同。單純利益者。則僅爲將來可得權利之希望也。對於既得權新法雖不得侵害。而對於未來之希望。則新法可以變更之。例如我國之財產繼承。舊法限於其子。新法則子女均可繼承。倘繼承開始在新法施行以前。則爲既得之權利。新法不得剝奪之。若繼承開始在新法施行後。

c. 新法與舊法及新普通法與舊特別法之關係

乙. 關於地之效力

以通行全國為原則但有左列一地方之例外

則應依新法辦理。其希望雖被剝或變更之。均無不可。

三 新法與舊法及新普通法與舊特別法之關係。

甲 於某事項之法存在之際。厥後關於某同一事項而為新法施行之時。則舊法當然變更。此所謂新法改廢舊法之原則也。

乙 新普通法雖已施行。對於存在之舊特別法不生何等影響。以特別法有優於普通法適用之性質也。

第二 關於地之效力。即法應於何地適用之之謂也。法律有屬人主義與屬地主義之別。屬人主義者。即法律追隨於本國之人民。無論身居何地。必須服從其本國之法律也。屬地主義者。即其法律限於領土以內行之。凡在國境以內無論何國人民。均有服從之義務者也。古代法律。概採屬人主義。近代法律概採屬地主義。而以通行全國領域為原則。但有左例外。
一 一地方之特別法、在聯邦組織之國家。此例甚多。如普國民法不行於

特別法

B 依國際公法
享有治外
法權者

C 關於債權
繼承或遺
贈等事件

德意志全國。又如我國之蒙古王公條例亦然。

二 依國際公法享有治外法權者、享有治外法權者。雖在外國領土內。仍從其本國之法律。此乃由於國際禮讓而生。僅限於有特殊身分之人。例如外國元首、外國使節、及其隨從、其最著者也。於此應注意者。即領事裁判權是也。領事裁判者。乃由特別條約而生。即一國人民。雖在外國領土以內。仍不受其國法律之支配。如有訴訟事件。則由其本國領事裁判之。此非普通各國所同有。而為帝國主義之外國人所專有。即所謂應打倒之不平等條約是也。此為我國之奇恥大辱。凡屬國民。均應奮起而挽救之。

三 關於債權事項有契約者。及關於繼承或遺贈事項有特別規定者。關於債權事項有契約者。從其契約地之法律。不適用所在地法律。關於繼承及贈與事項。從被繼承人及遺贈人之本國法律。不適用財產所在地之法。

3. 關於人之效力：
適用一般人民爲原則，但有左列之特別法：

A. 君主國之元首；

B. 旅居外國之人民；
C. 旅居外國人民於左列事項仍須遵守本國法律；
甲 關於憲法上之義務

律。

第三 關於人之效力。一國法律對於其全國人民當然有絕對支配之效力。

卽一般國民。皆負有不可不遵從之義務。但有左列之例外。

一 特別法。限於某地方之人民。或某種類之人民之特別法。僅對於該項人民行之。其效力不及於一般人民。

二 君主國之元首。元首居於一國統治之地位。法律上應保持其尊嚴。故不受法律之支配。但民主國之大總統、不在此例。

三 旅居外國之人民。應服從其旅居國之法律。一般國民本應遵守本國之法律。但當旅居外國之際。則不可不遵守該旅居國之法律。蓋因屬地主義之結果而然也。但亦有左之例外。

甲 關於憲法上之義務。如當兵納稅。及其他公務上之義務等。雖旅居外國之國民。仍從本國法律。

關於身分能力各事項

乙 關於身分能力各事項。雖旅居外國。仍適用本國法律。例成年年齡。

因移居而改國法 禁止產宣告之原因。以及婚姻成立之要件等是。以其與本國風俗氣

候人情有密切之關係。故宜遵從本國法律。

丙 在某國有領事裁判權時。其人民雖在某國。仍適用本國法律。

第六章 法律之解釋

第一節 法律解釋之必要

一 法律之解釋者。乃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。於適用時。毫無疑問。絕對難能。此解釋法律。所以最為重要也。

法律之疑義有二種。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。如文字欠妥。意義含混是。隱匿疑義。法文之字義雖甚明

瞭。而其所規定之事物不明是也。如財產二字。是否包括有形財產及無形財

在某國有領事裁判權時。法律之解釋之必要。

法律疑義之種類。

法律解釋
三種類：

產而言。公務員三字，是否包括職官吏員及其他依法令從事於公務之議員及職員而言。其文字之本身雖甚明顯，而其所指之範圍，殊難確定。不能不借重解釋，以探求立法之真意也。

第二節 法律解釋之種類

法律解釋之種類，大別之爲強制解釋及學理解釋之兩種。

一 強制解釋

第一 強制解釋、強制解釋（權威解釋有權解釋）者，即國家自身與以解釋也。其所解釋之意義，視爲法律之真義。有一定之效力。對於人民及法律之執行者，均應生遵守之效果者也。細別之有立法解釋、司法解釋、及行政解釋三種，分述如次。

A. 立法解釋

一 立法解釋、立法解釋者，即立法機關所爲之解釋也。其解釋之方法，或將解釋規定於法中者，如民法第六十六條「稱不動產者，謂土地及其定着物」是。有另以法令而示其解釋者，即以新法律解釋舊法律之方法。

B 司法解釋

也。如日本舊刑法中有關於官吏犯罪之規定。嗣於明治二十二年。特以法律第一百號令解釋云。所謂官吏者。公吏亦包含於其中之類是。

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。如解釋例、及判決例是。

C 行政解釋

三 行政解釋、行政解釋者、即行政官署。當執行法令時。所爲之解釋也。此種解釋、下級機關對於執行事項。有絕對遵守之義務。其執行以外之事項、則不受拘束。

2. 學理解釋

第二 學理解釋、學理解釋者、即學者當論定法文時。所下之解釋也。此種解釋、雖無強制效力。然常供國家機關之參考。而爲強有力之根據。細別之有文理解釋、理論解釋、及類推解釋三種。茲分述於後。

A 文理解釋

一 文理解釋、文理解釋者、乃依據法文上文義以爲解釋者也。其應遵守之原則有四。

論理解釋

擴充解釋

限制解釋

甲 解釋法律不可不先着手於文理解釋。蓋法律之文句、即立法者意思之符號。故欲知法律之真意。必先於法律上之文理求之。

乙 法律之文句、須以平易通常之意義解釋之。並宜留意其慣用字例。

丙 解釋法文、須注意法律之全體。以求貫通。不可拘泥於字句。

丁 解釋法文、必兼顧法律之安全性與社會之生活狀況。

二 論理解釋、論理解釋者、即以推理之方法。而闡明法律之真意也。換言之。即須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。此種解釋、種類甚多。就其著者言之、約有七種。分述如次。

甲 擴充解釋者、即擴充法文所釋之通常意義。而為解釋之謂也。例如國家之領土。以字義言。僅屬國家所有之土地。然從實際言、則領海領空均包含之。是其例也。

乙 限制解釋、限制解釋者、即將法文之字義加以限制、使其範圍狹小、

以全法律之真義也。例如憲法規定。人民依法律有服兵役之義務。此所謂人民者、僅指成年之人民而言。未成年之幼童、不在其內。是其例也。

丙 變更解釋、變更解釋者、即變易法文上通常之思義。而以特殊之意義解釋之也。例如民法中所謂善意惡意。乃指知情不知情而言。與通常所謂善意惡意不同。此即所謂變更解釋也。

丁 反對解釋、反對解釋者、即對於法文所規定之結果。而推論其反對

之結果。以明法律之真義者也。例如民法第二條規定。『民法所適用之習慣、以不背於公共秩序及善良風俗者爲限』。是可見凡其習慣如有背乎善良風俗或公共秩序者、即不能適用。此即所謂反對解釋也。

戊 當然解釋、當然解釋者、即法文雖未明白規定。而可由當然之理論以解釋法律之真義也。例如禁止垂釣。則打網雖未規定。當然在禁止

丙
變更解釋

丁
反對解釋

戊
當然解釋

補正解釋

之例是。

己 補正解釋、補正解釋者、即因立法者之疏略。致法文顯有不完。而設法以爲之補正是也。例如吾國刑法關於親等之定。只有宗親、外親、妻親、而無夫親之規定。於援用上發生極大之疑義。故最高法院用補正解釋。以夫親併入宗親之中。凡夫之親屬亦即妻之親屬。此即所謂補正解釋也。

沿革解釋

庚 沿革解釋、沿革解釋者、即以法律成立前歷史上之材料。以解釋現行法文是也。如法文中發現疑義。倘歷史上之材料可供現行法文之解釋者。即可援用之以爲解釋之資料。此之謂沿革解釋也。

類推解釋

三 類推解釋、類推解釋與當然解釋相似。但其性質有異。即所謂比附援引是也。此種解釋、在刑法上絕對禁止。只許於民法上適用耳。如民法第一條規定『民事法所未規定者、依習慣。無習慣者、依法理。』習慣

法律解釋
之標準

法律均可爲裁判上之根據。則其許爲類推解釋可知矣。

第三節 法律解釋之標準

法律之解釋。雖任各人之見解。而不加檢束。然亦有先後緩急之次序。

卽所謂法律解釋之準則是也。茲舉其要者，說明於次。

法律解釋
之順序
先後
論理

第一、法律解釋之順序、先文理而後論理。文理與論理二者、同爲法律解釋之方法。然文字者思想之標記。是必先由其文字以察其精神。故解釋法律之順序。宜先文理後論理。

文理與論
理衝突時
則從論理

第二、文理解釋與論理解釋有抵解時。則從論理解釋。文字爲立法者意思之符號。故解釋法律不能不依照文理。然法條文字，每有不明不悉。若泥於文字。而置法律之真義於不顧。則與解釋之目的相背馳矣。故文理與論理有抵解時。則從論理解釋。

應從制定

第三、法律之文字當從其制定時代之用例。而解釋之。文字之意義。每隨時

時代之文
義解釋之

宜注意相
關聯之全
文

應從通常
之義解釋
之

變更解釋

代爲轉移。例如古代以貝壳爲貨幣，而財貨等字，則從貝。後世以金屬爲貨幣，而銀錢等字，則從金。卽其例也。法律之用語亦然。故解釋法律，當從其制定時代之用例。

第四，解釋法律宜著眼法律相關聯之全文。凡解釋法律，必考察法律之全文。不可斷章取義。如普通所稱直系尊親屬父母翁姑均包括之。若細察刑法第十六條二項之規定，則翁姑非媳之直系尊親屬，乃爲旁系尊親屬。苟不注意全文，則真義既失，貽誤滋多矣。

第五，法律之文字應於通常之意義解釋之。凡學術技藝等專門之用語，固應以特別意義解釋之。若屬普通事件，則必於通常意義解釋之。例如特許法中所用特許字樣，乃關於發明品之製作販賣之特許權矣。若在普通所用特許之字，則當作爲官署於特別條件之下。所加以許可之義，以解釋之。

第六，變更解釋當嚴密解釋，不可以敷衍出之。變更解釋，乃因特殊事項

當從嚴格

須變更通常之意義，而不適用通則。若不從嚴密解釋，仍與通無異。故羅馬學者稱此種解曰「嚴正解釋」。非無因也。

法律凡關懲罰或負義務之法，宜從嚴正解釋。

第七，凡加懲罰或負義務之法律，宜從嚴正解釋，加懲罰或使負義務之法律，如刑法官吏懲戒法以及徵兵納稅等法是。凡遇此等法律，必須嚴正解釋。否則非但負擔不公，且致無辜受罰。非所以保護人民權利之道也。

法律之適用

第七章 法律之適用

法律之適用者，即有權官署實行法律之謂也。適用法律之機關有二，一為司法機關，一為行政機關。茲揭其普通所行之原則如左。

第一節 司法機關適用法律之原則

第一 審判官不受當事人之請求不得為審判。此即所謂不告不理之原則。無論民事刑事，苟不起訴，審判官不能自進而為審判。

不得法文不備拒絕

第二 審判官不得以法文不明不備為理由，拒絕審判。蓋社會事務變化無窮。

司法機關適用法律之原則

審判

不得以法
不正當拒
絕適用

法律違反
憲法時可
否拒絕之
商討

行政機關
適用法律
之原則
不得請求
即須適用
法律

欲制定適合社會進步之法律，其勢難能。苟審判官得以藉口法律之不明，不備拒絕審判。殊與國家保護人民權利之本旨有違。

第三 審判官不得以法律為不正當而拒絕適用。法律既經公布施行。即有強制通行之効力。正當否與乃立法者之權。而非司法官所得過問也。况正與不正。毫無標準。倘任意舍棄。將使國家法律，全體失其効力矣。但法律有違反憲法之規定時。審判官有無拒絕適用之權。學者主張不一。有以法律之實質違反憲法時，得以拒絕適用。有以法律之實質或形式違反憲法時，得以拒絕適用。有以法律之形式違反憲法時，得以拒絕適用。以第三說為當。

第二節 行政機關適用法律之原則

第一 行政機關雖無請求亦須適用法律。行政官與司法官不同。故凡受法律適用之委任。必須執行之。即不問人民願望如何。應以職權適用法律。

不得拒絕
法律之執

第二 行政官不得拒絕法律之執行 上級行政官命令下級行政官執行法律

下級行政官不得拒絕之 蓋行政官以服從長官之命令爲原則 凡本於監督權所發之命令 下級官當然有遵守之義務也

執行法律
得發命令

第三 行政官執行法律得發命令 法律僅規定大綱 不能詳即細目 故行政官於執行法律時 得發命令 指定執行細則 俾資遵守

第八章 法律之制裁

法律之制

制裁云者 即對於破壞規範者 所與之惡報也 吾人行爲之規範不一

制裁之意

制裁之種類因之各異 故有社會上之制裁 道德上之制裁 以及宗教上之制裁等 於茲所謂制裁者 則爲法律上之制裁也 即主權者 依據法律使違法

者所蒙之惡報也 法律之所以有強制力者 亦以有此制裁故耳

法律制裁之種類 學者主張不一 茲大別之爲公法上之制裁與私法上之

制裁二種分述於後

公法之上
制裁

行政制裁

對於行政
官之制裁

對於人民
之制裁

關施以惡報之處分也 此種制裁 可分爲行政制裁與刑事制裁二種 分述如次

第一節 公法上之制裁

公法上之制裁云者 卽其人違反法規 有損國家之安寧秩序 由國家機關施以惡報之處分也 茲將行政制裁之種類 分述於後

- 第一 行政制裁 行政制裁者 卽對於違反行政法規與行政處分之人 由國家與以惡報之處分也 茲將行政制裁之種類 分述於後
- 一 對於行政官吏之制裁 行政官吏之違背法規有忝厥職者 或對於其行爲加以制裁 或對於官吏本身加以制裁 前者如取消或變更其違法命令 或處分是 後者如懲戒處分 卽訓飭 減俸 轉職 停職 免官等是也
 - 二 對於人民之制裁 卽私人違反行政法規或行政處分時 所加之制裁也 復分爲行政罰及強制手段二種 前者如違反警察法規之警察罰 違反登記法規之登記罰等是 後者如對於人民強制其履行積極行爲或消極行

爲之對人強制或對物強制是

刑事制裁

第二 刑事制裁 刑事制裁者 卽對於違反刑法或其他刑罰法之規定者 國

家予以相當科罰之謂也 刑罰通例 在剝奪犯法者之生命身體自由財產名

譽爲主旨 統稱之曰五刑 但身體刑（如笞杖） 近世文明各國 多廢止

之 我國刑法亦然 蓋所以重人道 保廉恥也

生命刑

一 生命刑 生命刑者 剝奪犯罪者生命之刑 卽死刑是也 死刑爲刑罰

之最重者 必罪大惡極 而無悔改之望者 始予以此刑 如斬首 絞

殺槍斃等是 近世有主張廢止死刑 且有實行廢止者（如那威瑞典等

）爲人道着想 終以廢止爲宜

自由刑

二 自由刑 自由刑者 卽對於犯罪者之自由 予以束縛之謂也 此種制

度一方與犯罪者以精神上之痛苦 使之戒懼而悔改 一方又禁止其自

由使之不能再犯 吾國現行刑法 對此制度 計分三種 其一 爲無

財產刑

期徒 卽終身禁錮 其二 爲有期徒刑 卽二年以上 十五年以下 其三 爲拘役 卽二日以上 二月未滿

三 財產刑 財產刑者 卽剝奪其人之財產之刑罰也 沒收罰金等屬之 財產爲人類生息上所不可缺者 剝奪其財產 所以使其感覺苦痛 而生戒懼之心也

名譽刑

四 名譽刑 名譽刑爲從刑之一 卽剝奪犯人之特種資格也 計分五種

(一) 爲公務員之資格 (二) 依法律所定之中央及地方選舉 爲選舉人及選舉人之資格 (三) 入電籍之資格 (四) 爲官立公立學校職員教員之資格 (五) 爲律師之資格

第二節 私法上之制裁

私法上之制裁

私法上之制裁 卽對於侵害權利懈怠義務之行爲 因私人之請求 而由國家依私法之規定施以惡報之處分也 此種制裁之重要者 約有左列八種

損害賠償

第一 損害賠償 損害賠償者 卽凡因故意過失損害他人權利時 使之負賠

償之責 以免被害人之權利無端受損者也

回復權利

第二 回復權利 回復權利者 卽使侵權人 將不法所得之權利返還於權利

所有人 以恢復其原有之狀態也 例如甲之房屋 被乙侵占 甲可依法訴

諸法院 請求將被占之房 令乙歸還 卽其例也

履行義務

第三 履行義務 履行義務者 卽對於懈怠義務之人 強制其直接爲義務之

履行也 凡性質上不能以金錢賠償者 可要求爲直接之履行 例如請優伶

演技 名人演講等 訂約後 中途翻悔者 必須要求直接履行 否則亦須

科以違約金

第四 無効及撤銷 無効者 卽其行爲在法律上不生效力是也 例如因賭博

而欠之債務是 撤銷者卽其行爲在法律上可以撤銷 並於撤銷以後 失其

効力是也 例如無權代理人之代理行爲 意思表示之錯誤等屬之 故撤銷

無効及撤銷

契約解除

與效有別 無效者 自始不發生法律上之效力 撤銷者必須撤銷後 而始

無效 其未撤銷前 仍保留法律上之效力也

第五 契約解除 契約解除者 即雙方所締結之契約 因一方不履行其義務 而由對手之一方 將其契約解除是也 例如甲向乙定貨十萬元 至其乙無貨可交 甲可為契約解除之主張 即其例也

人格剝奪

第六 人格剝奪 人格剝奪者 係對法人之民事制裁也 如解散法人是 若對於自然人 則不能剝奪其人格也

權利剝奪

第七 權利剝奪 權利剝奪者 即將其人應得之權利剝奪是也 例如親權 繼承權等皆 可依法剝奪之

行為之制止

第八 行為之制止 行為之制止者 即對於違反法規之行為 由法院以職權制止之是也 如停止工作 或撤毀已成之工作等是

第三編 權利及義務

第一章 權利之觀念

權利之本質若何 學說紛紜 其主要者 有_一意思說自由二種 茲分述於

後

意思說
第一 意思說 此說以意思爲權利之唯一基礎 謂權利者 乃法律付於意思之勢力或主宰力也 無意思卽無權利 但循此說 則幼兒及心神喪失者 將皆不能爲權利主體矣 故此說殊不足採

自由說
第二 自由說 此說謂權利之本質在_一法律對於各人所認許之自由 易言之

各人原有天賦之自由 此種自由因社會進化 人類繁榮 彼此之間 時生衝突 法律乃劃定各人應有自由之範圍 俾各不相侵 且各於其自由範圍內 得主張其權利也 然考之實際 殊欠完善 蓋權利非必卽能自由 如有觀權者 對於其子女負教養監護之責 乃反不得自由

權利之意
以上二說均無足採 茲特參酌多數學者之主張 而爲權利之定義曰 權

權利者利益也

利者 法律設定保護吾人之利益也

第一 權利者利益也 此所謂利益者 非僅指金錢上之利益 凡一切足以滿足吾人精神上或物質上之欲望者皆是也 如行使所有權 則得使用或處分所有物是

權利者法律所設定者也

第二 權利者 法律所設定者也 權利者 法律之製造物也 無法律則無權利 彼天賦自由之權 雖爲一時學者所主張 然詞涉空闊 漫無範圍 不得謂爲法律上之權利 法律上之權利 必須法律所明認之利益 其非法律所明認者 雖有絕大利益 亦不能恣意攫取 故不得視爲權利

權利者因法律之保護而存在者也

第三 權利者因法律之保護而存在者也 權利不僅爲法律所設定 且因法律之保護而存在 無法律之保護者 不得謂爲權利 如所有權被侵害時 而法律對於侵害者 不保護其由侵害所得之所有權 則此權利徒擁虛名 而無存存之希望也



權利之分類

第二章 權利之分類

權利之分類標準 至爲紛繁 茲舉其要者 則有下列五種 卽(一)

公權及私權 (二) 對世權及對人權 (三) 原權及救濟權 (四)

主權利及從權利 (五) 專屬一身之權利及有移轉性之權利 是也

公權及私權

第一節 公權及私權

公權與私權之區別 學者間議論紛如 有以國家與人民間之權利爲公權 人民與人民相互間之權利爲私權者 有以關於公益之權利爲公權 關於私益之權利爲私權者 有以規定於公法者爲公權 規定於私法者爲私權者 然以後說爲較當 但公權雖爲公法上之權利 而由公法之處分及其他公法上行爲之結果所生之權利 則不可誤爲公權 如某行政機關以某種專賣權付與某商人 而某商人遂因此而得有一種權利 此權利乃私權 而非公權也

第一、公權之分類 公權約分二大部 (一) 國家之公權 卽國家對於人

類國家公
權國民公

私為請求
權

審判請求
權

請願權

民之權利也 (一) 國民之公權 即人民對於國家之權利也 國家之公
權 計分立法權 行政權 司法權 考試權 監察權 五種 已詳於第一
編第五章 茲不贅 國民之公權 計分行爲請求權 自由權 參政權三種
分別略述於左

一 行爲請求權 行爲請求權者 卽國民對於國家要求爲某種行爲之權利
也 又可分爲審判請求權及請願權二種 分述如次

甲 審判請求權 審判請求權更分爲行政行爲請求權與司法行爲請求權
前者因權利之保護 請求國家行政機關爲必要之處分者也 如請求
業務登記或請求上級官署對於下級官之違法處分 變更或撤銷之是
後者卽私人權利被侵害時 請求司法機關爲裁判上之保護是也 如民
刑訴訟卽其例也

乙 請願權 請願權者 卽國民爲私益或社會公益計 對於過去現在或

法學通論叢書

六九

自由權

將來之事項 陳訴其意見於國家 請求其採納實行之謂也 俾人民各抒己見 以收集思廣益之効

二 自由權 自由權者 卽人民於國法所定之範圍內 不受國家命令及強

制之權利也 茲將自由權之類別 分述於後

居住遷徙之自由

甲 居住遷徙之自由 歐洲古代 對於人民之居住遷徙 限制綦嚴 如

奴隸居住 不得離去主人監督範圍 人民遷徙 須經官署許可 或課

稅者 近世各國憲法 均規定人民有居住遷徙之自由

身體安全之自由

乙 身體安全之自由 卽人民之身體 非依法律 國家不得逮捕 拘禁

審問 處罰 以保護其身體安全之權利也

住宅安全之自由

丙 住宅安全之自由 住宅爲人民生活之本據 非依法律 不得任意侵

入或搜索 以免滋擾其安寧也

書信秘密之自由

丁 書信秘密之自由 書信之內容 或關於親屬中之秘密 或關於愛情

集會結社
之自由

思想發表
之自由

所有之自
由

上之秘密 或關於利益上之秘密 均屬本人自身事項 他人決無暴露妨害之權

戊 集會結社之自由 集會者 乃多數人因共同目的 爲一時之集會者也 結社者 乃多數人因其合意爲達共同目的以組織永續團體之謂也

此等組織亦屬人民之自由 除秘密集會結社外 法律不得禁止之

己 思想發表之自由 卽人民得以言論或文字自由發表意思之謂也 專

制時代 偶語棄世 一宇含冤者 所在多有 今則一滌斯弊 各國憲

法 類多有思想發表自由之規定

庚 所有之自由 在昔君主專制 以天下爲私產 對於人民之所有權

橫加侵奪 迨民權伸張 財產制度大加改革 遂於憲法上 認人民所

有之自由 但關於公益之必要處分 如沒收徵收等 不得藉口所有自

由拒絕其處分也

法學通論教程

由 信教之自

辛 信教之自由 卽人民對於宗教有自由信仰之權利 歐洲古代 對於

宗教信仰 限制綦嚴 有禁止信一定之宗教者 有因信某教 卽目爲

異端而虐待之者 今則信教自由 幾爲各國所共同之趨勢矣

三 參政權 參政權者 卽人民參與國家政事之權利也 現代一般國家

對於人民之參政權 僅有爲公務員及選舉權兩種 殊不足以行使參政權

能 故 總理於五權憲法中 主張人民使用四個民權 卽選舉權 創制

權 複決權 罷免權是也 分述於左

甲 選舉權 卽人民依法有選舉及被選舉之權利也

乙 創制權 卽人民有自行立法之權利也

丙 複決權 卽人民對於立法機關所訂定之法律 有審核決定之權利也

丁 罷免權 卽人民對於選出之代表及政府任命之官吏 有廢免之權利

也

參政權

選舉權

創制權

複決權

罷免權

私權之分類

第二 私權之分類 私權中分類之主要者 在其目的爲標準 依此標準得

分私權爲（一） 人身權 （二） 財產權 以下分別說明之

人身權

一 人身權 人身權者 卽與權利人自身有密切關係之權利也 計分人格

權與身分權二種

人格權

甲 人格權 人格權者 卽與人格不可分離 且與之相終始之權利也

例如生命權 身體權 自由權 名譽權 信用權 姓名權 影像權等
是

身分權

乙 身分權 身分權者 卽不得與一定身分相分離 且與之相終始之權

利也 例如親權 家長權 監護權 繼承權 等是

財產權

二 財產權 財產權者 卽得金錢計算之權利也 其主要者如次

物權

甲 物權 物權者 卽直接行使於物上之絕對的權利也 如所有權 地

上權 地役權 等屬之

債權

乙 債權 債權者 卽以特定人之行爲或不行爲爲目的之權利也 債權

發生之原因 種類甚多 詳見債編及各種商事法規 茲不具及

智能權

丙 智能權 智能權又名專用權 亦名無體財產權 以其權利之目的爲

無體之物也 如著作權 專賣權等屬之

社員權

附 社員權 社員權者 卽社團法人之社員對於社團所有之權利也 例如

出席於社員總會之表決權 業務執行權等屬之

對世權及
對人權

第二節 對世權及對人權

以權利效力所及之範圍爲標準 可分爲對世權與對人權二者

對世權

第一 對世權 對世權又名絕對權 卽得對抗一般的世人之權利也 如物權

人格權等屬之

對人權

第二 對人權 對人權又名相對權 卽僅得對抗特定人之權利也 如債權屬

之

第三節 原權及救濟權

原權一名第一權 即法律直接所付與之獨立權利 不因他人之違法行為而存在者也 救濟權 一名第二權 即因原權受有侵害 因欲達救濟之目的 而生之權利也 例如所有權屬於前者 如因所有權被侵害而生之回復原狀或損害賠償請求權等 屬於後者 蓋僅有原權之設 而無救濟權以保障之 則權利將至任人侵害 從有權利之虛名 而無權利之實益也

第四節 主權利及從權利

主權利及從權利

主權利者 獨立存在之權利也 從權利者 附屬於他種權利而存在之權利也 例如所有權 屬於主權利 留置權抵押權為從於債之權利 地上權為從土地所有權之權利 凡此皆從權利也

從權利以主權利之存在為前提 故主權利之發生變更消滅 從權利亦隨之變更消滅 此從權利附隨於主權利之原則也

專屬一身
之權利及
有移轉性
權利

第五節 專屬一身之權利及有移轉性之權利

權利因其性質或法律上之規定與權利者有不可分離之關係。是爲專屬一身之權利。如人格權、人身權是。否則有移轉性之權利。如債權、物權。皆屬於有移轉性之權利也。

第三章 義務之觀念

義務之觀念

關於義務之觀念。亦有種種互不相容之學說。然義務與權利相對待。故義務之觀念。可由權利之觀念推定之。例如在權利觀念上。主自由說者。在義務之觀念。則爲不自由。在權利觀念上。主張意思說者。在義務之觀念上。則爲意思受限制。其不可據以爲信說。已如前述。次之以義務觀念解爲法律上之責任者。則係將義務與責任混爲一談。依吾人見解。亦難置信。蓋因責任及義務之主體。不必盡爲一人。亦有責任之範圍較義務爲大者。茲特折衷多數學說。而爲義務之定義曰。義務者。法律所加於吾人之行爲或不行爲。

義務之意

義務者法律所設定者也

義務者以行為或不行為爲內容者也

義務者法律所加於吾人之拘束也

之拘束也 茲將此定義 分述於左

第一 義務者法律所設定者也 此蓋以別乎自然法說之義務觀念也 夫權利既爲法律所設定 則義務亦必爲法律之所設定 因權利與義務原屬對待關係也

第二 義務者以行為或不行為爲內容者也 行爲指爲某事而言 稱爲積極義務 不行爲指不爲某事而言 稱爲消極義務 法律之內容 卽規定何者應爲 何者不應爲 而示以行爲或不行爲之準則也 如當兵納稅 此法律上所應爲者 人民負有行爲之義務 殺人放火 此法律上所不應爲者 人民卽負有不行爲之義務是也

第三 義務者法律所加於吾人之拘束也 或謂義務爲法律之強制者 然強制實爲義務之法的効力 使無人違反義務 則強制將何所施 故不如以義務爲法律所加於吾人之拘束爲正當也

義務之分類

第四章 義務之分類

關於義務之分類 學者之主張 亦不一致 茲就其主要者 分述於左

公義務及私義務

第一 公義務及私義務 基於公法上所生之義務 謂之公義務 如當兵納稅等義務屬之 基於私法上所生之義務謂之私義務 如債務是

積極義務及消極義務

第二 積極義務及消極義務 依法應為一定行為之義務 謂之積極義務 例如給付義務是 反之不作為之義務 謂之消極義務 例對於他人之財產權人格權負有不可侵害之義務是

本體義務及派生義務

第三 本體義務及派生義務 基於原權而生之對應義務 謂之本體義務 又名第一義務 不履行本體義務而生之救濟義務 謂之派生義務 又名第二義務 例如負有不可侵害他人所有權之義務 屬於前者 因侵害所有權而生之賠償義務 屬於後者

權利義務之主體客體及目的

第五章 權利義務之主體客體及目的

權利義務
之主體

第一 權利義務之主體 所謂權利義務之主體 即法律上得以享有權利與負

擔義務之人是也 但此所謂人者 不以自然人爲限 法人亦包括在內 關

於人詳民法總則 茲不詳述

客體及目
的

第二 客體及目的 權利係以一定之社會的利益爲內容 故此種社會利益有

缺時 權利觀念 卽不存在 所謂社會的利益云者 卽權利之目的是也

然此種目的之成立 必以有一定對象之生活資料存在爲前提 學者稱此權

利之對象的生活資料 謂爲權利之客體 就物權言之 須以物爲對象 而

立於權利之客體地位 對於物而享受一定利益之希望者 卽權利之目的也

就債權言之 係以滿足債權者之需要之對象爲客體 當不外債之關係之

債務 至得以要求債務人爲一定之作爲或不作爲之利益 則又係債權之目

的矣

權利義務
之得喪變
更

第六章 權利義務之得喪變更

法學通論教程

第一 得喪變更之原因 權利義務之得喪變更之原因 不外吾人之行爲及行

爲以外之事實二種 茲分別言之於左

一 行爲 行爲云者 卽吾人精神作用之身體動靜也 得大別之爲適法行

爲 與違法行爲二種 適法行爲者 卽適應法律所認許之法律效果之行

爲也 違法行爲者 卽因違背法律而附與以一定法律效果之行爲也 前

者如買賣贈與等是 後者如犯罪行爲 債務不履行等是

二 行爲以外之事實 行爲以外之事實 亦稱曰事件 乃非基於吾人精神

作用之法律事實也 例如人之出生死亡 及火災地震物之破壞等是

第二 得喪變更之狀態 權利義務乃法律上之觀念 故其取得喪失或變更之

狀態亦隨法律之規定而各異 茲將其狀態分述如次

一 取得 權利義務與特定主體相結合時 謂之取得 通常恒分爲原始取

得與繼受取得二種

行爲行外
實以外之事

得喪變更
之狀態

取得

原始取得

甲 原始取得 就權利言之 卽非基於他人之既存權利而爲之取得也

例如因先占或因時效而取得所有權是 就義務言之 卽不基於前主之

義務 而原始發生者 例如依新法令而負擔新課賦是

繼受取得

乙 繼受取得 就權利言之 卽基於他人所有之權 以取得之謂也 又

可分爲移轉的取得及設定的取得二種 前者卽就既存之權利 而更易

其主體之謂也 如所有權債權之讓與是 後者卽基於前主之權利而另

設新權利所爲之取得也 例如土地所有權人於其土地上設定地上權或

永佃權是 義務亦有基於繼受而取得者 例如繼承人所繼承之消極財

產是

喪失

一一 喪失 權利義務與其從前所歸屬之主體相分離時 謂之喪失 有絕對

喪失與相對喪失二種

甲 絕對的喪失 絕對的喪失者 卽權利本身不僅與權利主體相分離

相對的喪失

且客觀的喪失其存在之謂也。通常稱之爲消滅。例如因目的物之滅消而所有權因之消滅。債權之免除而債務消滅是。

乙 相對的喪失 相對的喪失者 卽權利本身並未消滅 不過權利義務之主體變更而已 卽一方失其權利 他方卽有取爲權利之當事人存在 故於權利義務移轉之情形見之

變更

三 變更 變更者 卽對於權利義之本質并無影響 只其存在之容態有所變更之謂也 例如物權因其標的物之增減 債權因一部之清償等 是爲內容之變更 又如未登記之不動產 本不得對抗第三人 登記後則生對抗第三人之效力 是爲作用之變更是

第四編 法學

第一章 法學之意義

法學之意義 因時代而不同 在羅馬時代 則謂「法學者乃神事人事之

法學
法學之意義



法學之定義

智識正與不正之科學也』 此種定義 雖有混同法律道德及宗教之嫌 然按之當時事實 法則之化分 尙未完全 其爲如是之主張 固有宜也 降至古羅丑氏 (Grotius) 以『法學爲從正義而知生活之學』 是亦不免混同法學與法術而莫能區別 且於法律與道德之劃分 又欠明瞭及十六世紀 來布尼 (Leijerix) 乃謂『法學爲權利之學』 是權利觀念 由正義觀念分化而來爲時尙淺 茲特折衷諸說而爲法學之定義曰 法學云者 乃研究關於權利義之系統的普遍的及合理的之學科也 所謂系統者 則非斷片的 蓋依於一般之方法以研究之 其結果亦爲有秩序之組織者也 所謂普遍者 卽求其一般事實之共通要素也 至合理云者 則非依於相像 實依於經驗所得之材料而加以思考推理之法則者也 質言之 法學者 卽考究關於法律原理之學定也

法學與法術不同

法學與法術不同法學之本義 在考究法律之原理 法術乃運用此原理

於吾人日常生活之事項者也。故法學者，研究關於理論，爲一般立法家政治家如何改造法律，說明法律所以然之問題也。法術者，研究僅關於社會上之事實，爲一般法官律師如何適用法律，說明法律當然之問題也。

第二章 法學之分類

法學之分類

法學之分類，學者主張各異，茲就其研究之目的與範圍，而分爲以下二種

第一 法律哲學與現實法學 法學因其研究目的之程度不同，而分爲法律哲

法律哲學與現實法學

學與現實法之二種

法律哲學

一 法律哲學 法律哲學，一稱法理學，卽就法律現象之全體，探求其基

本與普遍之最高原理之學問也。故又稱爲一般窮極原理之學。此種法學復分爲一般哲學與特別哲學二種。前者即對於萬有現象之全體而爲一般窮理之研究者也。後者即對於萬有現象之一部而爲窮理之研究者也。

二 現實法學 現實法學者 卽就一國一時代之法律現象 而研究其論理之學問也 換言之 卽非爲純理之研究 而僅以現行法之解釋爲主旨耳 現實法學研究之目的 雖不若法律哲學之深邃 然有裨於實用 故不可不切實講求也

第二 一般法學與特別法學 法學因其研究範圍之廣狹不同 而分爲一般法學與特別法學二種

一 一般法學 一般法學者 卽研究關於法學全體觀念之學問也 或綜合其同一者 或比較其類似者 而以獲得全體法學知識之概要爲目的者也
 二 特別法學 特別法學者 卽研究特種法律現象之學問也 如刑法學者專就刑法之現象而研究之 民法學者專就民法之現象而研究之是

第三章 法學之研究方法及學派

關於一般科學之研究 大別爲講繹方法及歸納方法二種 法學之研究亦

演繹研究
法及其學
派

然 茲分述如左

第一 演繹研究法及其學派 演繹研究法者 卽從一般的普遍的命題 以爲出發點 以到達於各個的斷定之推理方法也 卽不本事實之經驗 而以獨斷之理想爲根據而布衍之者也 依此研究法之學派 約有自然法學派及哲學法學派二類

自然法學
派

一 自然法學派 此派主張宇宙間 自然有一種萬古不易之法律原則 存於現實法之上 立法者制定法律 不過本於自然之原則 而加以文理上之修飾 決不能含棄其原則 而從事也 故研究法律者 不必枝枝節節而求之 只須直探其原則而已足 如柏拉圖亞里斯多德等 均具此觀念

二 哲學法學派 哲學法學派者 卽認現實法學與法理學有截然之區別 卽謂法理學非現實之學 乃理想之學 非現實觀察 乃價值之批評 故研究法學 宜從哲學入手 以探現實法律上之最高原理爲宜

哲學法學
派

歸納研究
法及其學派

註釋法學
派

比較法學
派

法系的比
較法學派

國家的比
較法學派

第二 歸納研究法及其學派 歸納研究法者 卽由各個事例之現象爲出發點

而到達於一般的普遍的命題之推理方法也 卽基於經驗所得之知識 以爲學理之研究者也 依此研究法之學派 約有註釋法學派比較法學派 歷史法學派 及社會法學派四種

一 註釋法學派 此派學者 以解釋法律之文義爲其主要之目的 依其解釋而得其原理原則也

二 比較法學派 此派以比較世界各國之法律 而辨其異同 探求法律之原理爲目的 蓋法律乃因人因地及因時而生差異 於其相異之中 而求其原理之所在也 此派又分爲三

甲 法系的比較法學派 卽於各國之法中 更求其法律之淵源 以對照其異同 故其研究之對象 在法系之區別

乙 國家的比較法學派 卽以各國特有之風俗習慣民情氣候爲對象 以

人種的比較法學派

求其法律上之同異 而以比較之研究也

丙 人種的比較法學派 卽以人種之區別爲研究之對象 以比較研究由

人種之區別所生之各法律爲目的者也

歷史法學派

三 歷史法律學派 此派謂法律現象 非一定不變 原理亦非萬古不易法

律乃由民族之精神堆積而成 隨社會之變遷而進化者也 故欲研究其原

理 須以古今沿革中求之故須以歷史上之事實相對照而爲研究之目的也

社會法學派

四 社會法學派 此派主張法律爲社會的法則 法律現象 卽社會的現象

故當以社會學的方法研究法律也

以上所述 乃關於法學研上之重要學派 此外支派分歧不勝枚舉 惟此

兩大研究法 一主理論 一主經驗 而吾人研究學問 必理論經驗相倚爲用

研究手段 始克定成也

第四章 法學與其他科學之關係

法學乃以最複雜之社會現象爲對象 故與其他之各種學問 有相聯之關係 不能專以法律一科之研究爲已足 必將其他科學一一研究 而後始能得其正理 達其目的也 茲將其最有密切關係之學科 分述如次

第一 哲學 哲學之爲用 在貫通一切之現象 而探求其眞理之所在 研究法學者 使無哲學爲其基礎 則對於法律必不能貫通其眞諦 而達其目的 故哲學實爲法學最有關係之學科也

第二 社會學 法律由社會而產生 故法律必適應社會 苟研究法學而於社會學 茫然無知 則無從得其原理 且亦無以應用 故社會學亦爲法學最有關係之學科也

第三 經濟學及經濟史 法律現象多與經濟有關聯 其在今日政治生活中 經濟實占主要地位 個人與經濟亦常密切之關係 故立法者與司法者皆以盡知國民經濟之狀態爲必要 且經濟學在研究人類之欲望 而法律上之權

利義務亦與欲望有關 故研究法學者不可不知經濟學與經濟史 蓋可知矣

歷史。

第四 歷史學 歷史學之爲用 在觀往而知今 由今以知來 法律現象 實

由於社會現象而生 而社會現象則時有變遷 故歷史法學派之主張 亦不能謂爲誤謬者 欲研究最複雜社會現象之法律現象 則於歷史學 不可不注意焉

人類。

第五 人類學 近代對於法律人類學刑事人類學之研究者日衆 而於人類的

比較法學 又爲研究法學之一派 故人類學與法律學亦有密切之關係也

上述之外如醫學 物理 化學 博物學 地理學等 嚴格言之 殊無一

不與法律學有相聯之關係 不過比較上爲稍遜耳 若一物不知 而專求法律 姑無論其難以成功 卽偶有所得 恐亦不能融合貫通 以得其原理之所在也

法學通論總論終

