

日本中央大學法學士 郝朝俊著

法學通論

清道人



北师大图 B2443276

持 2341 11

法家津逮

朱淡

元提

要

鉤

貴池姚震

序

居今之世治法政之學類別愈益繁涂轍愈益歧將欲衰然成家知名於時非有專長殆難共信猶古之治經者必專經乃可言獨到也雖然以專門終者必自普通始非遍通羣法之大凡無從闢專門之蹊徑故法政學之有法學通論猶宮室之庭戶山海之梯航無論淺嘗者抑深造者罔不假道於是而從事於法學通論之著述者則尤不可不慎不難於宏博而難於貫通不貴乎翻新而貴能扼要其性質然也郗君朝俊著是書都三十餘萬言可謂極博矣而法律論之後專論權利布局獨新然觀其釐治羣書含茹百法貫通扼要兩無遺憾實爲難能持此餉一般之治法政學者不難由博入約專門名家而郗君由是深造則尤不可量也因書此以爲之序且將以吾言爲著者及讀者勸

法學通論

己未九月江庸

例言

一 目的 法諺有之曰「凡人生於法律死於法律生活於法律動作於法律」是國法之於人如空氣供呼吸水火濟生活固不可須臾離也苟爲國民皆應知曉然一國之法令分門別戶種類甚多法學之著述汗牛充棟亦復不少欲人人從事研究勢有所不能故本書所述爲一般法律之要領避繁就簡力求平易視爲一種普通科學而解說之期爲普及法律思想之助曷敢云於著作之林惟不學如余繆誤莫免尙望海內有道匡我不逮則受賜多矣

二 內容 法儒孟德斯鳩氏曰「法律者以適合於其國之政體爲主而又當適於其國土地勢國境廣狹及與其鄰邦相接之位置不甯惟是其壤地之饒瘠遭逢之時勢乃至民智程度風俗習慣及其國民自由權之廣狹奉仰之宗

教多數之意響與性質等無不當各適其宜」可知一國法律爲一國歷史政治及其特有性之結晶物各帶有特別色彩固未可執一而論也故本書之論據我國有現行法時從現行法無現行法時從草案並草案而無之之時始從與我國國情較近之外國法例及最新之法理以說明之翻閱本書者須置法典於旁對照以觀也可

三 體裁 本書分上下兩卷上卷就法學與法律說明一般之概念由理論的論述下卷以權利分編說明我國六法及各法令如約法行政法刑法律民律商律刑事訴訟律民事訴訟律及國際法等此蓋仿日本奧田義人氏原著法學通論之編次而微有不同者本書參考法學各書爲數甚夥爲避繁計茲將書目列左而書中卽不一一示其出處

穗積陳重丸山長二氏各著之法理學 岡田玄治氏所著之法之真髓 山
田三良奧田義人織田萬中村進午岸本辰雄梅謙次郎磯谷幸次郎寬克彥
鶴澤總明岡村司鈴木喜三郎諸氏各著之法學通論 熊谷直太氏所著之
法律汎論 栗田貞三渡部忠壽二氏合著之法律學要論 戶水寬人氏所
著之法制經濟通論 美濃部達吉氏所著之憲法及憲法史研究與憲法講
義 法曹閣所編之憲法論綱 高田早苗吉田己之助二氏合譯之比較憲
法論 副島義一氏所著之日本憲法論 小野塚喜平次氏所著之歐洲現
代立憲政況一斑 浮田和民氏所譯之比較行政法 美濃部達吉氏所著
之日本行政法要論 法曹閣所編之行政法原理研究書 上杉慎吉氏所
著之行政法原論 島村他三郎氏所著之行政法要論 法曹閣所編之刑

法原理研究書 大場茂馬氏所著之刑法總論 梅謙次郎氏所著之民法
講義與民法要論 鈴木喜三郎氏所著之民法要論 橫田秀雄氏所著之
物權法總論與債權法總論 牧野菊之助氏所著之親族法論與相續法論
青木轍二氏所著之商法論 板倉松太郎氏所著之刑事訴訟法講義
仁井田益太郎氏所著之民事訴訟法要論 秋山雅之介中村進午高橋作
衛諸氏各著之國際公法 山口弘一氏所著之日本國際私法論（以上皆
係外國專家著述所有參考我國各家書目概行從略）

著者識

法學通論目次

頁數

緒論	一
第一章 科學之分類	一
第二章 法學	一四
第一節 沿革法學	一六
第二節 比較法學	一八
第三節 系統法學	一九
第四節 哲理法學	二一
第五節 法學通論	二二
第三章 法學與他科學之關係	二五
第一節 法學與社會學之關係	二七
第二節 法學與政治學之關係	二八
第三節 法學與經濟學之關係	二九

法學通論

第四節 法學與醫學之關係……………三二一

第四章 法學之基礎……………三二二

第一節 國家……………三三二

第一款 國家之觀念……………三三二

第二款 國家與公共團體之區別……………三三五

第二節 人格……………三三六

第一款 人格之觀念……………三三七

第二款 法人之觀念……………三三八

法律論……………四〇〇

第一編 總論……………四〇〇

第一章 法律之性質……………四〇〇

第一節 法律之觀念……………四〇〇

第一款 關於法律觀念之學說……………四〇〇

第二款 法律之意義……………四七

第二節 法律與宗教之關係……………五〇

第三節 法律與道德之關係……………五二

第二章 法律之淵源……………五六

第一節 習慣……………五六

第二節 宗教……………五八

第三節 條理……………五九

第四節 判例……………六〇

第五節 學說……………六二

第六節 條約……………六三

第七節 外國法……………六四

第三章 法律之類別……………六五

第一節 因法律發生方法之類別……………六五

第二節 因法律實質之類別……………七〇

第三節 因法律系統之類別……………七五

第四節 因法律效力之類別……………七六

第二編 法律之立廢……………七八

第一章 法律之成立……………七八

第一節 習慣法之成立……………七八

第一款 習慣法成立之時期……………七八

第二款 習慣法之證據……………八三

第三款 習慣法之效力……………八五

第四款 習慣與習慣法之區別……………八六

第二節 成文法之成立……………八七

第二章 法律之改廢……………八八

第一節 習慣法之改廢……………八八

第二節 成文法之改廢……………八九

第一款 因于內由之改廢……………八九

第二款 因于外由之改廢……………九〇

第三節 法律改廢之範圍……………九二

第三編 法律之效力……………九三

第一章 關於時之法律效力……………九三

第二章 關於人之法律效力……………一〇三

第三章 關於地之法律效力……………一〇九

第四章 關於事之法律效力……………一二二

第四編 法律之運用……………一二七

第一章 法律之行用……………一二七

第一節 法律行用之意義……………一二七

第二節 法律之執行……………一二九

法學通論

第一款 執行之機關……………一一九

第二款 執行之原則……………一一九

第三節 法律之適用……………一二〇

第一款 適用之機關……………一二一

第二款 適用之原則……………一二一

第二章 法律之解釋……………一二七

第一節 解釋之意義……………一二七

第二節 解釋之類別……………一二九

第一款 公式解釋……………一二九

第二款 私見解釋……………一二一

第三節 解釋之標準……………一二三

第一款 關於解釋之共通標準……………一二三

第二款 文理的解釋之標準……………一二四

第三款	論理的解釋之極	一三五
第四節	解釋之效力	一三八
第三章	法律之鑑識	一四〇
第一節	鑑識之意義	一四〇
第二節	鑑識之類別	一四一
第三節	鑑識之標準	一四二
第四章	法律之補充	一四三
第一節	補充之意義	一四三
第二節	補充之方法	一四四
第五編	法律之制裁	一四六
第一章	制裁之性質	一四六
第一節	制裁之觀念	一四六
第二節	制裁之區別	一四九

第二章 公力的制裁……………一五〇

第一節 公法的制裁……………一五〇

第一款 憲法上之制裁……………一五〇

第二款 行政法上之制裁……………一五三

第三款 刑事法上之制裁……………一五六

第一項 刑罰之觀念……………一五七

第二項 刑罰之類別……………一五七

第二節 私法的制裁……………一五九

第三章 自力的制裁……………一六三

第一節 自力的制裁之觀念……………一六三

第二節 自力的刑事制裁……………一六四

第三節 自力的民事制裁……………一六四

第四章 國際的制裁……………一六六

法學通論

華陰郝朝俊立丞著

緒論

第一章 科學之分類

夫就宇宙間一定之現象。而理解其原因結果之關係者。科學也。科學全部。至爲複雜。分類之法。舍從現象之內容區別。他無依據之標準。故別科學爲兩大部。一以研究自然的現象爲目的。(自然的科學)一以研究吾人人類之精神作用。即人爲的現象爲目的者。固屬正當也。惟吾人所應注意者。所謂人爲的現象。與自然的現象之區別。非由宇宙間萬有之中。摘出吾人人類。而別爲關於人類之現象。與人類以外之現象。爲由包含人類宇宙間萬有之現象。(自然的現象)內。摘出基于人類精神活動之現象。特稱爲人爲的現象是也。蓋人類自體。既爲自然的現象之一部分。人體之生理。亦與他之生物。(動物植物)同依一般生物學之原則以支配之。不但在學理上毫無疑義。且人之精神。不能離身體而存在。是精神

自體。亦爲自然的現象之一。故精神之組織性質。精神之活動作用。皆可謂爲自然的現象。研究此等現象之學。可謂爲自然的科學。更極論之。一切科學。皆爲自然的科學。所謂精神的科學者。不過自然的科學之一部耳。雖然。人類之身體及精神。其組織與動植物。地球及天體等。皆非基因于精神的作用。即非基因于知情意的作用之現象。故便宜上總稱此現象曰自然的現象。稱基因于知情意的作用之現象。曰人爲的現象。二分一切科學。稱研究自然的現象之科學。曰自然的科學。稱研究人爲的現象之科學。曰精神的科學。二者對稱。亦未始不可也。是以科學分類。從宇宙之自然的狀態。自宇宙全體以及其各部。先自天體而地球。自地球之構成要部而生物。自生物而人類。至人類則分爲身體及精神之組織機能。(以上自然的科學)與精神之活動作用。(精神的科學)更以數學物理學及化學等。爲一般的自然科學。使屬於自然的科學之中。此信爲得當者也。茲依此分類方法。舉示主要之科學。略明相互之關係。

一、自然的科學。自然的科學。可別爲甲一般的自然科學(理學)乙無機學丙有機學及丁醫學四種。

甲、一般的自然科學(理學)

1、數學

2、物理學
3、化學

不拘宇宙間現象之種類如何。說明萬有之一般的關係。研究通于自然現象之全體的形式者。曰理學。或曰一般的科學。即數學者。爲不問現象之實質如何。惟論定其大小之形式的關係。吾人據此。對于事物。可以理解其大小長短廣狹淺深之區別也。物理學者。爲論究物體之勢力。吾人據此。可知固體液體及氣體之構成。理解其相互之力。而對于水力光力蒸氣力電氣力等自然之勢力。可以利用之也。化學者。爲論究物質之分子及其關係。吾人據此。對于物質。可以化合各種之原素。製造從新之物體。如溶解固體爲液體。蒸發液體爲氣體。復變氣體爲液體。變液體爲固形物也。如此數理的物理的及化學的現象。于動物界植物界及礦物界。均可發生。固不限于或種之客體者。故此等科學。亦可稱爲自然科學之總論。蓋有一般的性質者也。以此等科學。與其他科學分離。而稱爲一般的自然科學者。誠以此耳。

乙、無機科學
4、萬有學

緒論 第一章 法學之分類

法學通論

5、天文學。

6、地文學。

7、地理學。

8、地質學。

9、礦物學。

論宇宙間萬有之實質。研究森羅萬象的特別關係之科學中。以宇宙全體爲目的者。曰萬有學。以天體爲目的者。曰天文學。研究地球之科學中。以地球之構造形狀爲目的者。曰地理學。地文學。以地球構成部分中之無生物質爲目的者。曰地質學。礦物學。吾人據此等科學。可以理解日月星辰之運行。晝夜四時之變別。風雨寒暖之因果。及山川河海之形勢。而開發自然寶庫。探掘金銀銅鐵。石炭石油等。日用所必需之物。以增進吾人之幸福而已也。而此等科學。皆爲研究無生命之物質。與禽獸草木等有生命之物質。異其現象。故特稱爲無機科學也。

丙、有機科學。

10、一般生物學。

- 11、 植○物○學
 12、 動○物○學
 13、 人○類○學
 14、 人○種○學

地球之爲物也。非僅由水土金石之無機物而成。人類及禽獸草木魚介等之有機物即生物。亦爲其構成之要素也。而研究此生物的現象之科學中。以論究生物一般之關係爲目的者。曰一般生物學。就生物之特別關係以靜止不動之生物爲目的者。曰植物學。就動物之中。以禽獸、蟲、魚、等、人類以外之動物爲目的者。曰動物學。以上諸科學。皆以研究人類以外之現象爲目的。以下所述多數之科學。皆以研究人類爲目的者也。蓋人類爲最高生物。關係極其複雜。故較他之生物更須詳事研究。且一切科學。皆爲人類而存在。其他生物科學。雖限于增進人類幸福之範圍以內。而就人類自體言。其身體精神。不可不企其發達。其各種慾望。不可不使之滿足。其須研究之範圍。日益增長。殆無際涯。故一切科學。不但爲人類而存在。而以人類自體爲研究之目的物者。謂其占大部分。非過言也。而關於人類科學之中。以人類之發生及其沿革爲目的者。

曰人類學。以在地球上之關係爲目的者。曰人種學。以上諸科學。不問爲人類。爲動植物。皆視爲生物的現象。以研究之。是以別于他之科學。稱爲有機科學。與無機科學相提並論也。

以上分類之三大科學。卽一般的自然科學。無機科學。及有機科學。除13及14之外。皆以研究人類以外自然界之現象爲目的。古來總稱此爲自然的科學者。豈偶然哉。

丁、醫學。

15、解剖學。

16、生理學。

17、衛生學。

18、病理學。

19、精神病學。

關於人類科學之中。先應分類者。爲身體生命之構成組織。而解剖人身。研究其構造者。曰解剖學。論其生命之原理者。曰生理學。論其生命特質及外界現象。及于生命之影響者。曰病理學。衛生學。更就人類之精神。研究其精神生活之形式者。曰精神病學。以上關於人類諸科學。總稱曰

醫學。別于論人類精神生活之實質者。(精神的科學)以配列于自然的科學之一部。蓋人類之身體精神。其特質其疾病。與他之自然的科學。皆爲不基因于知情意的活動作用之自然的現象也。

二、精神的科學

吾人據以上略述之自然科學。不獨于天體、地球、礦物、植物、動物等天地覆載之間。人類以外之森羅萬象。得以理解矣。而關於吾人人類。自人類之發生。人種之差別。至人身之構造。精神之組織。亦可得其概略也。然吾人人類。賦有理性。其精神爲活動於知情意之三方面者。以五官之感覺作用。對於外界之現象而有感情。以知覺之作用。而認識外界之現象。更以知性情性之結合作用。而有思考、欲望或事物之意思。故吾人不獨理解自然界人類現象之特質。更不可不考究精神界知的現象情的現象及意的現象之如何。所謂精神的科學者。爲理解精神的活動作用之學。原來爲無形的精神界之科學。昔時概稱此曰形而上之學。蓋以此矣。精神的科學。既爲研究精神的活動作用。則此科學之細別。依精神的機能之性質如何。以分類之。方爲正當。故先別此爲廣義之文學。(哲學、言語學、史學)與國家的科學。(法政學)

戊、文學。(子哲學、丑、狹義之文學)

- 20、論理學
- 21、心理學
- 22、審美學
- 23、倫理學
- 24、宗教學（神學）

吾人精神之機能。或因外界之影響。而為反應的作用。或通乎身體。以及勢力於外界。而為發動的作用。精神之發動的作用者。即意思。而為外界的精神活動也。反應的作用者。為內界的精神活動。而或有所動的。或有能動的。何為所動的。即因外界之影響。於吾人之精神。發生一種之感覺者。此即吾人之感情也。何為能動的。即吾人之精神。對於外界之現象。知覺認識之者。此即吾人之智識也。吾人依感情之綜合。而想像種種之事物。依智識即經驗與聯想。而知得種種之概念。一切科學。皆由此知性之精神的作用而生矣。而研究此知的現象目體之科學。有論智識的形式。與論知性的本質之別。稱前者曰論理學。稱後者曰心

理學。論理學與心理學者。智識界之科學也。

吾人感情界之現象。有對外感情。與對內感情之別。不飲食則感飢渴。過勤勉則感疲倦者。爲對內感情。就於自己之感情也。遊諸名區勝地。則感山水之美。聞夫忠臣孝子。則感節義之盛者。爲對外感情。就於外界之感情也。研究對外感情的現象之科學。關於感情。有兩種研究。一爲對於可感覺的事物之外形形式者。即審美學。一爲對於可感覺的事物之實質者。而後者又有區別。一爲吾人得認識之事物者。即倫理。一爲吾人不得認識之事物者。即宗教。是可知倫理學者。爲認識的經驗的感情之學。宗教學者。爲信向的超絕的感情之學也。要之審美學。倫理學。及宗教學（西洋常謂之神學）者。以研究吾人之情的現象爲目的。爲感情界之科學也。而知的現象與情的現象。共爲吾人內界的精神活動之反應作用。故知情二界之科學。互相關聯而成爲哲學之一部矣。

丑、
狹義之文學

25、
言語學

26、
修辭學

27、動作學

28、教育學

29、美術學

30、各種之應用科學

31、歷史學

關於知性及情性之前項諸科學外。吾人尙不可不研究者。爲依於知性情性之結合作用。通乎身體。而對於外界。可及勢力之發動的精神作用之現象。即意思（意欲界）是也。而吾人意欲界之現象。千差萬別。莫知所極。大別之。可分兩種。一爲個人的生活上之意思活動。一爲社會的（即共同團體的）生活上之意思活動。所謂狹義之文學者。爲個人生活的意思活動之科學。研究以言語動作發表其意思於外界之現象也。而對於發表思想的形式之言語。研究其法則及其構成者。曰言語學。對於發表感情的形式之身體。研究其動作者。曰觀相學。爲達發表思想之目的。論究言語之應用者。曰修辭學。爲達發表感情之目的。說明動作之應用者。曰動作學。（觀相學尙屬幼稚而不足稱爲科學。唯演劇及應用於其他

之動作學、僅得稱爲科學而已。依以上科學。雖可知吾人之意思。如何發表。而吾人人類。欲望進步。無有窮極。故於意欲淵源之智識及感情。不可不期其開發。以此目的。研究開發智識之方法者。曰教育學。研究開發對外之感情者。曰美術學。此外關於農業、林業、工業、商業、醫術、建築術等各種技術之應用科學。皆以開發對內感情爲目的。故於茲無分類之必要。而對於人類之社會的生活。研究其沿革之歷史學。則亦成爲文學之一部矣。

己、國家的科學（法政學）

- 32、道德學
- 33、法學……法學通論
 { 沿革法學 }
 { 比較法學 }
 { 系統法學 }
 { 哲理法學 }
- 34、國際法學
- 35、經濟學
- 36、社會學
- 37、政治學

如上略述自13至30關於人類之一切科學。不問人類之國家的共同生活如何。而以研究人類

及其活動爲目的者也。然人類爲有社會的政治的共同生活性之動物。固不能覺其孤立。以其生存。吾人對此社會生活上之意思活動。更不可不研究其現象如何。而此等現象。以人類之國家的共同生存爲前提。故稱此科學爲國家的科學。於科學之分類上成最終之一大部也。於此部中所包含之主要科學。更區別之。可分爲關於社會的生活之形式者。與社會的生活之實質（內容）者。維持社會的生活之必要形式。卽爲秩序。秩序有基於感情而定者。有基於知性而定者。前者曰道德。後者曰法律。法律道德。雖皆爲社會的生活之秩序規律。而法律爲以曲直利害爲標準之知性的秩序。道德爲以是非善惡爲標準之情性的秩序也。且法律道德。共爲維持社會安寧增進社會幸福之必要手段也。形式也。非社會的生活之內容自體也。研究道德之科學。曰道德學。研究法律之科學。曰法學。然法律爲社會的生活之重要形式。古今東西。不一其揆。從事斯道者。須有精密之研究。故不惟有縱的觀察。研究古今變遷之沿革。法學的觀察。研究東西異同之比較。法學。及觀察法律之內容。研究其理論之系統。法學。更有法律階梯之法學。通論。與歸納古今東西之法律。研究其最高原理之哲理。法學也。

關於社會的生活之內容實質之科學。更有社會的生活之內部關係。與社會的生活之機關活

動者。對於社會的生活。研究其內部關係之科學中。以利用外界之生活資料。研究其滿足自己慾望之精神的活動者。曰經濟學。研究社會的生活之各部。對於他之各部及其全體之相互關係者。曰社會學。對於社會共同團體。研究其機關活動之科學。即爲廣義之政治學。近來此種科學。益形發達。更細別之。論究共同團體（國家）自身之本質者。即國家學。論究立法內治外交等根本的政策者。即狹義之政治學。考求監獄警察衛生等司法行政及內務行政之目的者。即行政學。要之經濟學社會學及政治學者。皆爲關於社會的生活之目的及實質者。非如法學爲達社會的生活之目的所必要之形式及手段也。然此等科學。有如內外表裏。不可相離之關係。徵於後章所述。卽知之矣。

關於社會的生活之諸科學。皆以國家爲共同團體中之最大團體。以個人爲其單位。研究關於國家以內之現象者也。然至近世。人類之文化。益形開發。社會的生活之範圍。亦愈擴張。從來最大團體之國家。又與國家互相集合。更成爲共同團體。以國家爲單位。包含宇內萬邦之國際團體。于以成立。而國與國交。不能無利害之關係。卽不能無競爭之情事。有競爭則不能以無衝突。有衝突則不能不亂其和平。無法以維持之。則終不能謀國際間共同之生活。於是國際法之觀。

念生焉。而考究國際關係。以明國際行爲之法。則慣例爲目的之科學。卽國際法學起焉。

夫國際法學。亦爲法學之一部。故以此與法學分離。使之獨立。非無非難之點矣。然國際法律。與國內法律。其形式全異。其沿革亦不同。不惟無包含於同一定義之必要。且若強分於一部。反恐初學者有誤解法學之特質。此便宜上所以以國際法學。與法學相對立也。

第二章 法學

法學者。如前所述。研究法律之學也。詳言之。爲研究基於人類知性之社會的生活秩序。說明其過去。現在。及將來之科學也。然此秩序。卽法律的現象者。因時代不同。場所各異。其變遷固無窮極。故學者或曰。此不得爲科學之目的。唯可視爲技術。以研究之而已。蓋科學者。爲於諸種現象。理解其因果關係之智識總體。技術者。爲達實際目的所堪能之手段也。若法律之研究。爲對於法律的現象。求知其普通原則。理解其因果關係時。則可稱曰法律之學。若法律之研究。專爲適用之於實際問題。在得解釋之技能時。則可稱曰法律之術。例如知民律上賣買契約。如何規定。於買主對於賣主不交付代價之事。能下使買主負不履行債務責任之裁判者。技術也。故卽能暗誦民律之全體條文。足以解釋實際問題。而尙爲法術家。不得謂之法學家也。反乎此。若知賣買。交換。貸借等。皆爲契約之法律行爲。當事者雙方之意思合

致（即合意）爲各種契約之普通要素。苟當事者之合意。不反乎公共秩序及善良風俗。即可發生債權債務之關係（即爲其目的之法律效力）者。卽令不知民律條文。如何規定。而尙爲有民律之學識。足稱爲法學家也。在科學進步之今日。學與術有本末之關係。先研究根本之科學。後熟達枝葉之技術者。例也。然當古代。文化幼稚。無特殊之法律。凡研究法律者。不過尋章摘句。泥而解通。盡屬法律之徒。故其時法律之研究。非學也。寧術也。洎乎近世。社會文化。日益進步。法律的現象。漸形複雜。解釋之法術。愈覺困難。於是由實驗上。發見一定之法律的現象。自有一定之普通的要素。根據單純之原則。解釋錯雜之問題。大法術家。乘時輩出。而法學之研究。遂見發達焉。要之。法律之研究。自羅馬法以來。二千有餘年間。斯學鉅子。頗不乏人。更以近世一般科學之進步。法學亦隨之發達。於茲遂成吾人生存所必要之一大科學。而不可不精益求精者也。如斯法學與法術。有最密切之關係。法術促法學之進步。法學致法術之完成。自沿革上言之。法術先開。法學後起。自性質上言之。法學爲根本。法術不過爲其果實耳。故欲將來成有爲之法術家。足以解釋法律的現象之實際問題者。須先研究法學也。

然法律的現象。以人類社會的生活之狀態如何。大異其趣。因時之古今。不同其形式。因洋之東西。不一其規定。故欲研究現象。發見其普通要素。說明其過去現在及將來者。不可不區分其目的物。以採適當

於各部之研究方法。於是法學。可先分三部。即研究古今法律變遷之沿革法學。與研究東西法律異同之比較法學。及研究現行法律理論之系統法學。更加兩部。即研究斯學階梯之法學通論。與綜合以上研究之結果。而求其最高原理之哲理法學是也。雖然此等諸學。非各自獨立分離。漠不相關。不過為指示法學的一方面之名稱而已。故欲完法學之研究者。無論何方面。均不得度外視之也。

第一節 沿革法學

沿革法學者。從歷史的研究法律。以敘述古今變遷。說明及於現在之關係。為目的。凡欲知事物現在。推測將來者。不可不審其過去。(即沿革)研究法學亦然。欲解現行之法律。明其法理者。不可不溯及法律之歷史淵源。研究其沿革如何。如批判現行法律之當否。說明其將來之發達。須俟沿革的研究之結果。始不蹈於空談空理矣。蓋法律為人類社會的生活之必要條件所發生者。與人類社會之自體。同有數千年之沿革。隨社會文化之開發。漸次進步。故僅研究現行法律於或一時期者。終不能得精確之知識也。例如日本現行民法。為認其國之從來慣習。又模倣德法諸國之法律所成。故非探明其習慣之沿革。研究其母法之德法法律。更溯其本源之羅馬法。以究其變遷之迹者。終不能解日本現行民法之意義也。如斯對於法律。由縱的觀察。研究古今之沿革。則自古及今。亘於各時代之法律。如經數千載晨霜之

一大古木。其根幹枝葉。互相連續。成爲一體。爲日本民法。德法民律。皆不外爲羅馬法之根幹所發育之枝葉。可以知矣。

德國碩學沙比尼氏。觀破此種關係。嘗謂「法律與言語相同。爲發達物。非製造物。」以法律爲發表國民總意。與國民總意之進步。自相推移於無窮。從事斯學者。須先溯其本源。研究法律思想之沿革。故深究羅馬法。闡明其法理及於中世及近世法律之結果。遂大成沿革法學派。法學之面目。爲之一新。當沙比尼氏以前。法學者之主張。雖不無從歷史的研究。而古代法學。與倫理學。宗教學混同。如自然法及自由平等諸說。概以先天的理論爲基礎。徒肆空論之理想派。大逞其威力。法學極其危險。殆有不足稱爲科學之勢。自第十九世紀之初。沙比尼氏首唱經驗的、沿革的研究方法以來。予自然法學派以絕命之打擊。此研究方法。遂風靡於歐美之法學界。今則無論何國。莫不認此沿革研究之必要也。是以歐美諸國之大學。以供沿革研究之材料。而講述私法淵源之羅馬法。且以明公法私法之沿革。而教授法制史。我國現行之法律制度。概倣日本及泰西之法制。與改革以前之法制。迥乎不同。又於種種之點。猶非審察我國古來之法制沿革。有不能說明之感。故中國法制史、日本法制史、泰西法制史及羅馬法。皆有研究之必要。從事法學者。曷加意焉。

第二節 比較法學

比較法學者。比較古今東西之法律。研究其性質之差異。以發見異中之同。理解法律進化之原則。爲目的。即沿革研究者。基之於時。由縱的觀察法律之方法。而比較研究者。基之於地。由橫的觀察法律之方法也。夫同一人類也。而以地球表面之位置。有白色人種、黃色人種、黑色人種之區別。又同一草木也。而以地味氣候之不同。有異其菓實之結果。法律亦猶是也。由縱的觀察。如濃蔽於世界之一大古木。由橫的觀察。如延長於世界之一大古木。而其枝端爛熳之各國法律。因其社會文化之程度如何。各放特殊之異彩。使吾人一覽東西各國之法律。幾疑其種類性質。全不相同。然審察其不同之由來。蒐集其相同之各點。而彙類之。綜合之。則知東西各國之法律。原經過同一之進路。文明程度相若之社會。常發生同樣之法律的現象。遂發見各國之法律。自有一貫之普通原則存焉。

此研究方法。自第十八世紀後半。法國碩學孟德斯鳩氏著作「萬法精理」。比較古今各國之法律。發見其真理而始。經意、英、德諸國之學者研究。近來漸見發達。而其發達較遲者。由於蒐集東西各國之法律。不惟以列國間交通便利及精通各國語學爲要。且須倫理學、社會學之補助。始得達其目的。故以英儒邁恩之博識。其比較之材料。不及於印度以東。以德儒科拉之敏腕。尙難爲中國、日本等東洋諸國之法

制比較也。

探此研究方法者。可分種種學派。有不拘時之古今。而惟依社會開發之程度如何。比較古今各國之法律。以究其變遷者。所謂社會別比較法是也。有自人類學上依人種如何區別法律。比較異人種間之法律者。所謂人種別比較法是也。有蒐集各國現行之法律。比較其長短者。所謂國家別比較法是也。又有說明法系的比較研究之必要。分世界各國之法律。爲五大法系。一羅馬法系。二英國法系。三回回教法系。四印度法系。五中國法系。以比較研究之者。所謂法系別比較法是也。

要之、法律之比較研究。極爲重要。蓋從社會文化之進步。世界各國之法律。互探他人之長。各捨自己之短。遂有歸於同一原則之趨勢。欲明乎此。非比較的研究莫由也。故據此方法研究時。在我國可以利用泰西法學者研究之結果。而比較東洋諸國古今之法制。更可以補充歐美法學者未竟之功。以期斯學之完成。然蒐集材料。非個人所能。是以泰西諸國。或以政府之公務。或以強大之比較法學會。蒐集世界各國法律。以供法學家及實際家之參考。我國於此。豈可忽諸。

第二節 系統法學

系統法學者。分析一國現行之法律。(卽成文法)發見其包容之原理原則。從理論的卽系統的排列之。

以研究其法理爲目的。凡研究法律。須以理解現行法之法理爲第一急務。故系統法學者。在法學中最占樞要之本領也。夫以憲法、行政法、研究國家統治權之本質及作用。以刑律、論定犯罪與刑罰之關係。以民律、商律、闡明私權之本質及效果。更以民事訴訟律、刑事訴訟律、考究保護私權及行使刑罰權之手續者。卽屬於此種之法學。而區分爲公法私法或手續法等者。不過以研究之便宜。爲系統的分割而已。故雖曰憲法。而僅註釋民國憲法（卽約法）之法典條文者。不得謂之法學。苟爲關於我國統治權之主體客體及作用之現行法規。不問爲民國憲法（卽約法）之規定。與國會組織法或法院編制法之規定。悉彙類之。分析之。爲系統的說明者。可謂爲關於憲法之系統法學。又雖曰民律、商律。而僅逐其法典條文。解釋其規定之意義者。亦不得稱爲法學也。何則。理解法文意義。雖爲實際上所必要之法術。而法典之編纂。非必盡泥學理。爲圖實際之便宜起見。有不能一貫其論理者。且學理上之原則。寧爲法文之前提要件。而不顯於法文之表面。故逐條解釋法典者。不過爲明各條文之意義。實不足以理解其原理原則也。

古來研究法律者。以解釋法文之章句。知得歷來之慣例。卽畢乃事。洎乎近世。以系統的研究法律之大家輩出。乃見真正法學之發達。英儒品泥母氏及阿師勤氏等大法學家出。始分析錯雜無極之判例。以

系統的研究其原理。德儒沙比尼氏及伊林克氏等碩學輩出。又深究法學之系統。以釀成斯學今日之隆昌。法國於編纂法典以前。法學大家。項背相望。第十九世紀之始。法典編成以來。研究法律之方法。爲之一變。概汲汲於法典之註釋。不勉爲系統之講求。法學界遂不及從前之光明者多矣。我國法學研究。尙在幼穉。法典編制。更不容緩。系統之研究。又豈可一日忽哉。

第四節 哲理法學

哲理法學（卽法理學）者。以研究法律的現象之最高原理及根本的原則爲目的。吾人依沿革的研究。理解古今變遷之由來。依比較的研究。知得東西異同之所在。依系統的研究。明悉我國現行法律所認之原則。而法學之研究。雖知其法律之過去如何。現在如何。尙有未盡。更須綜合此等研究之結果。不拘泥於某一國家某一時代之法律。研究法律根本之原理原則。以知得理論上之法律如何。則吾人依此研究。理解法律之進路。批判現行法律之善惡。指導將來立法之方針。以增進國家人民之福利。於茲法學之終極目的。始可以達矣。

以哲學的研究法律現象。遠自希臘古代。漸次發達。雖其間先哲鴻儒。相繼研究。各開拓一派之學說。而至今尙未臻完全之域。要之。哲理法學。以沿革的、比較的及系統的研究之結果。爲主要之材料。更以近

時漸見發達之社會學、政治學、經濟學、倫理學等研究之結果。為補助之資藉。以發見法律的現象之最高原理。而全研究法學之終極本領。並期與其他社會的諸科學之調和統一。故哲理法學之研究。具有深遠高尚之興味。而未易從事者也。我國學子。往往誤認法學為現行法之解釋。不為此深遠之攻求。不惟不解哲理法學為何物。而於法學之本領。亦沒却之。可不慎哉。

第五節 法學通論

據上所述觀之。法學者。為有數千年之歷史。且隨社會進化。將來益形發達之法律的現象。可以沿革的、比較的、系統的、及哲理的研究。而論定其過去現在及將來之科學也。然當研究此複雜科學時。先須理解關於斯學大體之觀念。知得通於法律的現象全體之原則為必要。法學通論。即應此必要之學。而其目的其本領如左。

一、法學通論。法學之階梯也。法學。據上所述為精深之專門科學。初學者先須有國文、地理、歷史、數學、物理、化學、動植物學等普通學之素養。更須有外國語、政治史、心理學、倫理學、論理學等所謂高等普通學之預備。方可與言法學。然此等普通學與法學之間。尚有一極大江灣。若無水先導人。測量其深遠。指導其進路。尤恐不易渡涉。徒滋望洋之歎而已。故專攻法學者。於前揭諸學科之外。

更須受豫備教育。知將來考究之法學。爲如何科學。與他之諸科學。有如何關係。所欲考究者爲如何現象。將依如何方法以講求之。先悉斯學之初步。理解此道之津梁。則一入其門。自可升堂入室。明其蘊奧於無極矣。法學通論。卽爲初學者之水。先導人。其任務以全斯學入門之階梯爲目的。原爲專攻法學以前所應修之豫備教育也。

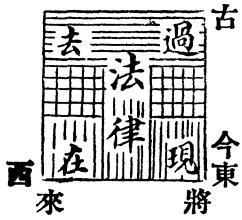
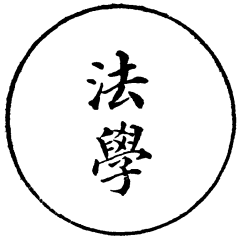
二、法學通論。明法學之本領也。專攻法律者。有祇知人類社會。惟有法律。不知其他之弊習。法學通論。不獨說明法學與社會諸科學之關係。而明其地位。且說明法律與道德宗教政治經濟學之關係。而明法律爲何等社會現象。及何等社會現象。法學上應研究之。使專攻法學者。通觀社會的生活大勢。知得斯學之本領。則不至拘泥法文之形式。略過立法之精神矣。

三、法學通論。示法學之概要也。專攻法學之各部者。往往於其一局部。雖有詳細之學識。而通乎法學一般之學識。竟至缺如。如是於其專攻學科之根本的原則。有不能充分闡明之弊。例如民律、刑律、憲法、及行政法。其性質各異。而於或種之點。則不無相同者。如刑律之處罰竊盜。行政法之公用徵收。民律之保護所有權。憲法之所有權不可侵。其規定不同。而觀念則一。專攻法律者若獨注力於一部。而不明乎大體。則不能融會貫通。以得完全之理解。法學通論。卽說明如斯之根本原則。

期通乎法學之大體。故專攻法律者。固應修法學通論。以明專門學科之根本原則。在一般法學上。具有如何地位。極為必要。而未專攻各種法律者。亦不可一日忽也。

四、法學通論。哲理。法學之初步也。法學通論。說明法學之概要。明其根本的原則之結果。調和法學之各部分。與法學之各原則。由統一的。即哲理法學說明之。以明各個之原則。互相關聯調和。而為全體之一部分。故自此點言之。法學通論者。哲理。法學之初步。而哲理。法學者。法學通論之終極也。

法學通論。如上所述。為初學者之預備教育。為諸專家之一般智識。為法學者。哲理。法學之初步。為實際家。一般法律之要領。其本領。其目的。各不相同。故講述法學通論者。不可不以主要之目的如何。而異其趣旨。要之。法學之研究。始於法學通論。終於哲理法學也。今假以法學為圓形。法律為方形。圖示如左。



圖中甲乙兩部

為示法學與他

科學之交叉。參

照後章。

第三章 法學與其他科學之關係

如第一章所述。科學爲吾人對於宇宙間森羅萬象所有之學識總體。不過爲研究上之便宜。以其現象如何。細別爲各種科學而已。是各種科學非各自孤立。而互有關係。不俟言也。自理想上言之。凡欲研究一科之學者。非研究科學全體。未能達其目的。然若如斯。無論何人。弗得實行。故吾人須於各科學相互之關係上。認程度之區別。惟與所欲專攻之科學。有最密接之關係者。詳事講求。以期專攻科學之高深可耳。

今以法學爲主。略述與他科學之關係。則不惟以修了法學之預備教育。如語學、地理學、歷史學、數學、理化學、生物學、論理學、心理學、倫理學等爲要。而於法學之補助教育。如政治史、倫理學、心理學、人類學等。更有深爲研究之必要矣。

蓋法律爲爲政之要道。誠達政治目的所必要之手段。方法。隨政治之變遷所發達者。研究法律者。不可不注意於政治之沿革。如規定政治團體即國家組織之憲法。爲其國政治史之結晶物。英之政黨內閣。日之君主立憲。法、美及我國之共和政治。皆不外爲沿革上之產物。故欲研究我國憲法（即約法）者。不惟有研究我國政治史之必要。更非研究世界之政治史。深悉政治團體之發達。不能闡明憲法之法理。

是法學中之憲法。可謂與政治史之研究。有不可相離之密接關係也。

研究心的現象及精神活動的法則之心理學。與關於社會的生活之法學。似無何等密切關係。然法律為規律社會的生活之精神活動。離乎意思。無有法律的現象之理。故研究意思自體之心理學。補助法律之研究。亦不少。如刑律上以自由意思為犯罪責任論之基礎。果正當與否。抑吾人果有意思之自由與否。此等根本問題。皆俟心理學研究之結果。始可解決。自此點言之。可知法學與心理學。有最密切之關係也。

自哲理法學之方面觀察之。以法學為正義學問。與倫理道德混同之古代。勿論矣。即在法律與道德分離。倫理學與法學獨立之今日。二者猶有最深之關係。蓋倫理學者。講求人類賦性之本分。以定行動善惡之標準。與法學固並行而不悖。苟欲闡明法律與道德之分界。法律及權利之原理者。猶不可不俟倫理學研究之結果也。

近來漸見發達之人類學。明人類進化之沿革。審人類相互之關係。以闡明東西法律之異同由來。不惟於比較法學。有最深之關係。更應用於刑律上。以促刑事人類學之發達矣。

要之、政治史、心理學、倫理學、人類學等。與法學有密接之關係。專攻法學者。於前揭諸科學之外。尤須研

究此等科學。然自一般法學觀察之時。較此等科學更有密切關係。研究法學者。不可不知其大要。吾人於茲所欲說明法學與他科學之關係者。即爲此種科學。而所謂與法學同爲關於人類社會的生活之科學也。易辭以言。卽法學與社會學、政治學及經濟學之關係是也。此三科學。卽補充前圖法學兩側之甲乙。而法學與此三科學相俟而始完成者也。茲順次說明其關係如何。至醫學與法學亦不無密切關係。又略及之。

第一節 法學與社會學之關係

社會學者以研究人類社會之發達及社會各部之關係爲目的。近來隨生物學之進步。而漸見發達之科學也。蓋構成人類社會之各個人。有男女長幼之別。有士農工商之差。有貧富尊卑之異。各人之集合。有家戶。有村落。有道縣。國家之政治的團體。有商工業的團體。有學藝技術的團體。有宗教的團體。其千態萬狀。雖無窮極。而社會爲活物。有生命。有精神。從生物學之原則所發達之有機體。故組織社會之各階級。各部分。與他之各部分及社會之全體。有不可相離之關係。互以優勝劣敗之自然淘汰而生存發達者也。自此點言之。曰政治。曰國家。曰法律。皆爲社會的現象。依社會學之原則而被其支配。碩學斯賓塞氏之社會進化論。所謂「生存之恐怖。成政治的團體之基礎。死亡之恐怖。成宗教的信仰之基礎」者。

卽爲此義。而吾人從適者生存之法則。以生存而爲婚姻。成一家。成村落。遂成國家。於茲設定法律制度。維持社會秩序。以達社會的生活之目的者。也是以研究民律上之根本問題。如婚姻制度。繼承制度。私有財產制度。公法上之重大問題。如犯罪與刑罰之關係。如行政警察之權限。如宗教法寺院法等。及哲理法學上法律之最高原理者。不但須研究社會的生活秩序之法律。更非溯其本源。自社會學上研究社會的生活實質。以明構成社會之各部關係。有不能完其目的者。社會學與法學。既有如此關係。故修法學者。不問其專攻之學科如何。而研究社會學。爲第一要義。然茲所謂社會學。非無法學素養。僅以哲學科之一部所考究之社會學。而爲精通法學者。更研究社會的生活之實質。對於組織社會之各部。闡明其相互關係之社會學也。

第二節 法學與政治學之關係

社會的生活秩序之法律。至人類社會組織國家時。始爲發生之現象。是國家者。法律之源泉也。且國家所以異於單純之人類社會者。在依法律以組織之。國家須俟法律。始得存在。故無國家。不能成立法律。無法律。則國家亦不得存在。此二者殆有始終不可相離之關係。然國家制定法律。規律社會的生活秩序者。以之統治其國民。施行其政務。而法律不外爲行其政策之手段方法。故法律者。不惟依其國家之

性質及國體政體之種類。而異其趣旨。且依其政策之主義。而異其規定也。例如古代專制政體之國家。與近世立憲政體之國家。其憲法及行政法。所取之根本觀念。自不相同。行干涉政策。箝制個人自由之國家。與行自由政策。限於不害國家公益。放任個人自由之國家。其法律之規定。往往有冰炭不相容者。故欲完全研究法學者。不可不明法律根本之國家性質如何。及制定法律之政策主義如何。然研究國家之性質。知其存在之理由及目的。以明各種國體及政體之利害得失。（所謂國家學）與研究國家根本的政策之原理。論定政策之要道（狹義之政治學）者。屬於所謂廣義政治學之科學。是法學與政治學。誠有不可相離之密切關係。研究法律者。須注意於政治學。以法律手段為方法。研究國家所欲達之根本政策。其目的何在。闡明適合於立法精神之原理原則。務期不為法律之奴隸。而為法律之主人也。

第三節 法學與經濟學之關係

法律為達利國福民之目的。所存在之手段方法。而吾人增進福利之社會的生活。即不外經濟關係。故法律與經濟。猶之手段與目的。法律以保護經濟關係而存在。經濟關係。俟法律之保護而始為發達者也。若吾人耕作田圃。收穫果實。而不免他人之侵掠時。何人尙肯備嘗辛苦。以努力於生產事業耶。於是

法律認私有財產制度。使各個人對於依其勤勞所獲之貨物。有自由處分之權利。即民律所定之所有權。且爲保障其安全。防壓他人之侵害。以刑罰制裁之。如斯民律刑律。皆由保護經濟關係之必要所生之規定。隨乎經濟關係之變遷而自爲變遷者。故研究法律者。不可不知經濟關係之原則。抑經濟關係。與人類社會之沿革。雖同其起原。而以科學的研究其原理。闡明貨物之生產、分配、交換及消費之原則。僅爲第十八世紀之後半。阿達母師密斯氏著作「富國論」以來之事。最近四五十年間。漸見發達之新科學者。吾人依此經濟學之原則。知土地所有權。由村落共有制度。漸進於個人私有制度。知地上權、永佃權、借地權等。使用他人土地之權利。須付一定之期限。知證明權利。須以登記之制度。知民事及商事的買賣、交換、貸借、雇傭等一切法律行爲之根本契約。有自由之法理。知票據、證券、公司、銀行等。須有保護信用之特別規定。且如婚姻制度。夫婦財產制。及繼承關係。亦皆依經濟關係之原則。始得理解其根本的法理者矣。要之現今之經濟關係。以財產私有制度與自由競爭爲基礎。現今之法律。不獨民律商律之私法。即行政法刑律民事及刑事訴訟律之公法。亦皆爲成立於此基礎之上者。故謂不明經濟學之原則。則不能解現行法律制度之法理者。非過言也。不但此也。將來全廢私有財產制度而爲共產制耶。或制限其一部分而認土地國有制或體道國有制耶。抑以特種之產業。爲公共團體之獨占事業。防

制其自由競爭耶。制定勞動者保護法。制限其勞務給付之自由耶。此等重大問題。以及立法問題。皆依經濟政策之如何而定。經濟基礎。若至變遷。法律規定。亦必爲之更動。故欲批判現行法律之當否。指導將來立法之進步者。不可不知經濟學之原則。而百般之經濟政策。必俟現行法律之改正。始可實行。離乎法律保護。又不能企圖經濟關係之發達。故法律家。須知經濟之原理。經濟家。應有法律之智識。二者固不可相離之關係也。

第四節 醫學與法學之關係

以上所述之三科學。與法學。皆關於人類社會的生活之科學。爲完全法學之研究。有必要不可缺之關係者也。反之。醫學。爲關於個人身體生命之自然的科學。與法學似無何等關係。然醫學與法學。在研究學理上。雖無不可相離之關係。而法術家應用法學於實際問題。醫學者應用醫學於裁判鑑定時。法律家以有醫學上之智識爲必要。醫學者以有法律上之智識爲必要也。例如審判甲某殺乙某罪。甲某是否毒殺乙某。抑因毆打或因過失以致死。及甲某爲精神病者與否。審判官不可不判定之。且檢察官或豫審推事。當檢證此事件也。須考察其殺傷。出於如何方法之手段。皆不可不求專門醫學者之鑑定。以求明確。是此判斷。有關於醫學的智識。如知毒殺毆打。各具如何現象。精神錯亂。常呈如何徵候者。始得

完全行之。故司法官適用法律於實地時。不可不有如斯之醫學智識。又醫學者爲此事件之鑑定時。欲理解其職責。須知關於鑑定之法律（刑事訴訟律草案第三章第五節）如何規定。故醫學者於此點亦以具有法律智識爲要矣。如斯、法學與醫學。其學術應用上有最密切之關係。此法醫學或審判醫學之一種科學。所以漸見發達。研究二者關係。以期法律之應用上無有遺憾也。欲爲將來有爲之法術家者。於研究法學之外。更可不研究法醫學。以修養醫學的智識乎。

第四章 法學之基礎

第一節 國家

第一款 國家之觀念

國家之觀念。成法學之基礎。蓋有國家始有法律。有法律始有法學也。然關於國家之觀念。是丹非素。學說不一。是因於觀察點之不同。非其觀念之無定。譬之音樂一也。自音樂者審美學者觀之。妙音溢於合腔之樂器。美聲發於佳人之唇頭。或緩或急。或斷或續。天籟之神韻縹緲。固爲大快人心之娛樂品也。自自然科學者觀之。不過爲空氣之動搖。音聲之感覺。徒見樂器排列。歌者對坐而已。學者之議論。亦猶此耳。在法學論國家之觀念。須由法學上之見地言之。不可與他科學上之觀察混同焉。

往時之國家勿論矣。自實質上觀察近世之所謂國家者。爲於一定領土之上。依國權所統一之人類團體也。卽組織國家。以一定之土地爲其基礎者。要件之一也。學者謂國家爲領域之團體者。以此。如遊牧民衆。政治結社。及其他各種團體。雖爲有一定組織之團體。而不得稱之爲國家者。以其無劃然之領域也。又以人類之團體。爲其基礎者。要件之二也。非人類之團體。不得稱爲國家。不俟論矣。既謂曰團體。雖爲抽象的觀念。亦不難明悉。蓋可稱爲一體者。有客觀的成獨立之一體。與外物可區別之獨立體者。有自場所時及行爲等之點。主觀的綜合於統一觀念之下。而爲一體者。如謂一家、一室、一市、一村。如謂一行爲、一射擊、一書籍。其各部分。不可不於或種關係之下。綜合之。統一之。而爲一體。江漢朝宗於海。不舍晝夜。然江漢依然不失爲江漢。士卒新陳代謝。將帥時有調遷。然師旅依然師旅也。同此關係。組織國家之個人。新陳代謝。一日不息。構成國家之領土。增益減縮。時或變更。又組織國家之形式。亦有君主政體。一朝而變爲共和政體者。然國家之團體。於此無相關涉。而依然存在也。而統一此抽象的觀念之團體者。卽國權也。是以國權之統一者。要件之三也。占住於一定土地之人類團體。於殖民地與殖民之關係。屢屢見之。然此所以不得稱爲國家者。惟以無獨立之國權而已。使占住於一定土地之人類團體而爲國家者。實因有國權以統一之。故版圖內苟生國權不到達之部分。則其部分早非其國家之版圖。此學

者所以謂國家爲國權之勢力範圍也。然於一定之期間。版圖內之或部分國權不到達者。與國權之喪失。不可混同。例如泰西諸列強及東鄰日本。在我國雖有治外法權區域。而不得謂其區域。已非我國之版圖。何則。我國認外國之治外法權區域。雖其期限。幾近百年。而苟有期限。尙不失爲我國之版圖也。若以戰爭之結果。割讓於外國者。自割讓之日。則非我國之所有矣。

夫如是。國家者。以一定之領土。爲其體軀。依國權而統一之人類團體也。而此團體。於其組織之個人。生存以外。爲獨立的生存。徵之國家意思。不必依國民大多數之意向而決。國家活動。不必爲人民各個之活動所綜合而自明也。此事實的存。至法律認其獨立生存之目的。而成爲人格。然法律果認國家之人格與否。古今法制。雖未明白規定。而國法上及國際法上。以國家爲法律關係之主體。則爲不可爭之事實。如規定國家相互關係之國際法。規定國家與具人民關係之公法。若不認國家有獨立之人格。則不得而了解之。若國家不過爲單純之事實。則對於國外。派遣使節。宣戰媾和。對於國內。統治人民。施行政務。抑爲何者之活動耶。不認國家有獨立之人格。他無說明之道。由此觀之。在法學上。觀察時。國家者。人格者也。視國家爲獨立人格者之觀念。發生於古代。復興於中古。自第十六七世紀。益恃其勢。及近時始爲世之定說。蓋人格爲法律關係主體之能力資格也。法律關係。俟法律而始生。故人格亦俟法律而

始有人格爲法律之所創設也。私人之人格。國家之人格亦然。事實上之國家。雖存在於法律以前。而人格者之國家。俟法律而始生。國家承認或制定法律。同時又以法律自支配之。以規律自己之行動。卽國家爲法律內之一單位而活動者也。此法學上所以有論國家爲一人格者之必要也。

第二款 國家與公共團體之區別

國家於中央機關之外。區分國內爲大小區劃。並設諸種機關。以爲行使國權之使。卽省、道、縣、及市、鎮、鄉之區劃。及附設之諸機關是也。然省、道、縣、及市、鎮、鄉等。有不僅爲行政之區劃。而具有獨立人格者。稱此曰公共團體。其附設之機關。爲團體自身之機關。非國家直接之機關。卽非國家之所任命。而團體爲代表自己意思。所設之自己機關也。微之諸國實際。公共團體中最發達者。屬市、鎮、鄉公共團體。爲權利之主體。而有獨立人格。一、對於國家。二、對於公共團體。三、對於團體員。立於公法上之法律關係者矣。又此等團體。對其團體員。雖得以行使命令權。而國家不以此妨其國權之自由行動。何則。國家對此固直接間接得以行其監督權也。

如此公共團體。亦與國家同有獨立人格。共有命令權矣。而國家與公共團體之區別。果何在耶。學者或以兩者所有命令權之性質以區別之。謂國家所有者。爲固有之命令權。而公共團體所有者。爲自國家

傳來之命令權也。即公共團體。雖有命令權。而畢竟受國家之委任。不過於其委任之範圍內行使權力也。或以目的之性質區別之。謂國家與公共團體之區別。不在其權利。而在其目的。即公共團體。以營地方的共同生活。及充隣接地域之共同需要爲其目的。而國家之目的。在於滿足國民全般之利益也。又謂國家之目的。在亘於各般。爲達其目的之各般作用。有及於人類生活各方之權力。故國家之目的與權能。爲無制限的。而公共團體。其目的。惟在於地方關係。即在滿足地方的共同生活所必要之共同利益。其目的。爲有制限的也。或謂兩者之區別。不可訴之於國法。而須求之於國際法。國際法上之法律關係主體。即人格者。國家也。非國際法上之人格者。公共團體也。或謂國家對於公共團體之權力。爲無制限的。而公共團體之事務。其範圍如何。爲國家以法律自由定之。非其團體所得左右之也。又或謂國家之行政機關也。有設直隸之官廳者。有設公共團體而特予以獨立人格者。然皆爲國家之行政機關也。國家與公共團體。惟於此點。異其性質耳。鄙見贊同最後一說。故公共團體與國家之關係。於此可決者如下。一、公共團體。與官廳相俟。而爲國家行政之機關也。二、公共團體。於國家以外。雖有人格。又行命令權。而其人格。爲國家所創設。其命令權。爲國家所付與也。其權利。爲自國家所傳來。非自己所固有也。

第二節 人格

第一款 人格之觀念

法律者、規律人格者間之關係也。故人格之觀念、與國家之觀念、共成法學之基礎。抑人格之文辭、如通俗所謂「彼無人格」者、有侮辱意味。於品位之義相當。而法律上觀念所謂人格、謂得爲權利義務主體之能力也。所謂人格者、謂此能力之主體也。蓋權利義務之主體、云者、即指示其歸屬者。故就權利言、稱爲權利之主體。就義務言、稱爲義務之主體。而皆爲人格者。法律上意義之人者、即指稱此人格者也。通俗意義之所謂人者、指示自然人之吾人人類。而在法律上、自然人以外、尙有稱爲人者、別於自然人。謂之曰法人。故自此點觀之、法律上所謂人者、較生理上之人、是有廣意義。然明爲吾人人類、乃法律上不認爲人者、徵之法制史、非無其例。如奴隸是也。奴隸非法律上之人、實與物件同一視之。自此點觀之、法律上所謂人者、較生理上之人、反有狹意義焉。夫在法律上不問人之生理的組織如何、皆應以法律關係之主體而觀察之也。故奴隸制度廢止以來、苟爲自然人、無不認爲法律關係之主體者。近世法制、爲避用語之混雜、惟稱自然人爲人、與法人以區別之。日本及我國民律(草案)所謂人者、即爲此義。然商律所謂商人者、法人之公司、亦在其中矣。如斯、人格爲權利義務主體之能力也。人格者、爲此能力之主體也。無此能力、則無權利義務。權利義務之所在、必有此能力。非人格者、不得享權利、負義務也。法律生

權利義務。同時認其歸屬者之資格。人格卽由此生矣。故人格俟法律而生。法律以前無人格。人格爲法律所創設也。法人之人格然。自然人之人格亦然。法律以前之人類。爲事實上之人。非人格者。此正如法律以前之國家。爲事實上之國家。而非人格者也。

第二款 法人之觀念

人格之觀念。及法律上意義之人。不必限於自然人之吾人人類。既如上所述矣。而自然人以外之人格者。卽法人云者。非自然人而有權利主體之能力者也。蓋人生目的。極具多端。而生命財力。不能無限。方其營生活也。有以單獨之力。卽得達其目的者。有合數人之力。方可達其目的者。又有非依多數之人力。財力。弗能達其目的者。隨人文之發達。社會之進步。凡百事業。須有永久的性質。與宏大之經營。故人類於一方單獨活動。同時於他之一方。依各種之共同組織與財力集合。以期遂行其目的也。法律以其共同之組織。財力之集合。爲有獨立生存目的之一主體。以其行動與個人之行動分離。認有獨立的觀察之必要。法人之所以生者。實在於此。如國家。如公共團體。如各種之商事公司。皆於此理由之下而爲法人者也。而國家以外公法上之公法人。曰公其團體。有私法上成於人之團體者。曰社團法人。成於財產之集合者。曰財團法人。而法人之法律上人格。與自然人無異。是自然人法人在法律上皆爲人格者也。

於自然、人爲、人格、基礎、之、吾、人、人、類、爲、自、然、界、之、一、生、物、存、在、於、法、律、以、前、爲、法、人、基、礎、之、人、團、財、團、亦、存、在、於、法、律、以、前、然、人、格、俟、法、律、始、爲、人、格、也、法、人、然、自、然、人、亦、然、惟、近、世、文、明、諸、國、之、國、法、廢、止、奴、隸、制、度、認、人、類、概、有、人、格、而、認、人、團、財、團、限、於、或、場、合、方、有、人、格、而、已、至、人、格、須、俟、法、律、之、創、設、自、然、人、法、人、皆、相、同、矣。

法律論

第一編 總論

第一章 法律之性質

第一節 法律之觀念

第一款 關於法律觀念之學說

關於法律觀念。學說變遷。古今不同。古代法律。有古代之觀念。近世法律。有近世之觀念。即近世之觀念。學說亦不一致。茲列舉之。以明法律及法學之沿革發達焉。

1、神意說。此說以法律爲直接間接由神意所啟發者。直接啟發。即法律爲神自進而告知於人類者。間接啟發。即法律非直接爲神所命令。而總由神意所造出。立法者之制定法律。其規定必協乎神意者也。

古代法典。基此觀念以規定者頗多。蓋此全爲治者爲統一被治者計。乘其人民智能缺乏。迷信念重。利用神道以爲治國之策。其政策與迷信相合。遂確立如斯觀念。其以法律爲間接由神意所啟發者。不過左之觀念。因時勢之變遷。失其根據。一變而至於此也。近世知名之士。猶有以此觀念爲

基礎。而說明法律之性質者。然依此說時。先不可不明神之有無。即假定爲有。而其神之性質如何。非確定之後。不能據此以說明法律也。

2、正義說。此說以法律爲正義。或爲正義之一部。古代希臘學者。概有以法律與正義爲一物之觀念。有謂法律爲正義者。有謂法律爲正不正之標準者。羅馬學者。有謂法律爲公平及善良之術者。中世英之學者。有謂法律不外爲正理者。雖其說不同。而以正義爲法律之基礎則一也。

正義觀念。包含於法律觀念之中。此固爲理論上及歷史上不可爭之事實也。然此觀念。可定法律之性質乎。如謂法律爲正義。則反乎正義之法律。自不得而存在。如有反乎正義之法律。可謂審判官無適用之責任乎。又關於手續之法律。可以正義觀念說明乎。如何日內上告。可爲正義乎。又經過其期間而上告者。可謂反於正義乎。種種反駁。均難辯解。況夫所謂正義者。如何定之。又何人定之。更屬漠然耶。

3、人性說。此說以法律爲完全人性之標準也。

然一切法律。皆可爲完全人性之標準乎。而完全人性之標準者。道德宗教。莫不皆然。然則如何之標準爲法律。如何之標準爲道德。爲宗教乎。況一切法律。皆謂其必爲完全人性之標準者。又不盡

法律論

第一編 總論 第一章 關於法律觀念之學說

法律之性質

第一節

法律之觀念

第一款

41

然耶。

4、道德說。

此說以法律與道德同其實質。或爲道德之一部。有謂法律爲強制具正之道德行爲之規則者。有謂法律爲使社會人類對於外界加以一定權力之道德的規則者。無不基於此觀念也。

夫道德法律。共爲行爲之準則雖一。而兩者之外形不同。道德之主在意思。以由內正外爲目的。法律之主在行爲。以由外正內爲趣旨。法律上規則。爲道德上規則之一部。固矣。然僅謂法律與道德同其實質。或爲道德之一部。不可謂即明法律之觀念。即依此觀念時。反乎道德之法律。不可不斷定爲非法律。且如民刑訴訟律。如憲法。行政法。不可不謂爲非法律。何則。民刑訴訟律。憲法及行政法等。包含道德之觀念者鮮矣。

5、自然律說。

此說以法爲萬有法即自然律之一。管法非神人之制作。爲自然存在之一種現象也。宇宙有自然律。日月星辰。因以運行。春夏秋冬。因以來往。人事豈獨無定律耶。蓋人類亦自然界之一部也。自然界之一生物也。故法律爲自然律之一部。而人事界之自然律即法律也。孟德斯鳩氏謂「法者以廣義言之。爲基於事物本質之必然關係。萬物有法。天帝有法。獸畜有法。人類亦有

法」者。即基於此觀念者也。

此學說之根柢。以近世科學進步。雖漸有鞏固之傾向。而以之說明法律。則有未盡是者。即此學說。於說明何為一般之法。國家之法。即法律。亦為具一種之點。誠無錯誤。至自然律之如何部分為國家之法。則未之解說也。

6、秩序關係說。此說頗與前說相似。以法律為一定之秩序關係。即法則也。法則者。於事物之因果關係。定一定之順序。即於特定之事實。認有特定之效果也。英之物理學者阿克師萊氏。謂「法律之本質。為秩序。而示有一定之原因時。必得一定之結果。一者。即基於此觀念者也。

此說與前說同。於說明法之觀念。尚有未至。法者固為秩序關係。即法則也。國家之法則。亦固為具一種。然如何性質之秩序關係。方為法律。則不免漠然置之矣。

7、自由規律說。此說以法律為定各人自由行動之範圍。一方制限其自由。而他方保持其自由也。德之學者。謂「法律者。為從自由之通則。使各人之專恣。與他人之專恣。可相調和的條件之總體」者。即基於此觀念者也。

此說在歐洲自由論盛行時代。雖有一時之勢力。而究非完全之說。蓋此觀念。雖可適用於一部之

法律論

第一編 總論 第一章 關於法律觀念之學說

法律之性質 第一節

法律之觀念 第一款

法律。而不能應用於全體之法律。何則。法律有保障人之自由者。有保障一人之自由。而制限他人之自由者。有對於無論何人。皆不使其自由者也。

8、民約說。此說以國家自人民之約束而成。法律者出於人民意思一致之結果。換言之。法律者人民當組成國家之時。所締結之約歟。

此說自古已有之。而盧梭氏之民約說。實集其大成。民約之說。學者議論。雖極其精到。而求之歷史。終無根據可考。國家之法律。果成於人民之契約乎。歷史上人民果有此契約乎。契約有於法律以前乎。祖先之契約。何以羈束子孫乎。對於民約說之非難。固不一而足也。

9、總意說。此說以法律爲其時人民全般意思之發表也。約言之。卽人民之總意也。學者曰。法律者非人所創作。而自然發達也。法律者非主權者之制定。而人民一般。關於法律事項。反覆或行爲以釀成之也。故慣習法。爲人民之法律。確信。直接以發表。爲最良之法律也。立法者。雖有制定法律之事。而不過對於人民所確信爲法律者。予以法律之形式。實人民之總意間接發現者也。

此說謂法律非主權者之意思發表。與命令說異。非如契約之特定行爲發生於一時。與民約說異。民約說於或種之點。雖與總意說相似。而一爲特定時人民之契約合意。一爲其時卽不特定時人

民之總意。一爲依於契約。一爲不依此外形的行爲。此兩說之差異也。然此說亦不能說明法律之觀念。卽依此說時。反乎人民總意之法律。不可不謂爲非法律。且所謂總意者。果以如何方法發表之。亦不分明也。

10、命令說。此說以法律爲主權者之命令。依此說。以定法律之觀念者。雖爲羅馬法曹。而完成此說者。須歸功於英之分析法學派。自英儒謂「法律爲有權力者。對於被治者所命令。可爲或事。及不可爲或事之言語。」以來。學者祖述此說。結局至謂法律爲政治上之優者卽主權者。對於政治上之劣者卽人民之行爲。所下之一般的命令也。命令者何。卽優者對於劣者所爲之意思表示也。而劣者不從優者表示之意思時。不可不甘受一定之惡報。卽制裁也。

對於此說。學者非難之點有四。一、如憲法及行政法之一部。不可不謂爲非法律。何則。憲法及行政法中之規定。關於國家自體之行爲者。實多數也。德之學者。謂法律中固包含有憲法及行政法矣。若謂法律爲對於人民之命令。則自己對於自己之命令。有不得而想像者。二、不可不謂慣習法爲非法律。何則。慣習法。非主權者所命令。不過僅予以承認而已。三、法律至不得爲權利本位。何則。命令可生服從之關係。服從惟可生義務之關係耳。然現今文明諸國之法律。非概以其權利爲本位。

法律論

第一編 總論 第一章 關於法律觀念之學說

法律之性質

第一節

法律之觀念 第一款

耶。四法律不必盡爲命令。亦有不過許容之者。如關於私法之範圍是也。

11、強行規則說。此說與前說有唇齒輔車之關係。卽以法律爲依外形的制裁以強行之規則。無強制力者。非法律也。德之學者。有謂法律與道德之區別。視乎制裁之有無者。有謂法律者。規則也。爲以外形上之苦痛。處罰其侵犯者。有謂強行者。不僅爲實行法律之手段。且爲法律之要素。無強行力之法律。非法律者。其他英之學者。亦以彈制卽制裁爲法律之要素者。更不乏人矣。

然一關於強制觀念。有不明悉。因人而有見解之異同。有以爲惡報者。有以爲苦痛者。有以無效。褒賞等使含之於此中者。制裁之觀念。既不明悉。則此說無意義之可言。二無制裁之法律。亦法律也。如憲法及行政法之一部。爲優者卽主權者。自己制限其行爲。雖缺制裁。猶爲法律是也。故此說亦不可謂其無缺點焉。

12、共同生活要件說。此說以法律爲人類共同生活要件之一部。匈牙利之學者。謂法律爲國家對於實際的社會之生存要件。予以認許。且依國家始可履行之規則全體者。英之學者。謂法律爲指示人類共同生活之要件者。皆基於此觀今者也。

夫法律爲完人類之共同生活所發生者。固不容疑。而以法律直爲人類共同生活之要件。則反乎

共同生活要件之法律。不可不謂爲非法律。然法律雖爲惡法。而仍不失爲法律也。

13、行爲說。此說以法律爲行爲之規則。英之學者。謂法律爲以政治的最高權力。強行之人類的

外部行爲之規則者。法之學者。謂法律爲人類的外部義務之規則者。皆基於此觀念者也。

然學者對此或非難之。以法律僅爲行爲之規則。則關於意思者。不可不謂爲非法律。然法律中有對於意思。而尙付以制裁者。又如此說。則如憲法行政法中關於國家機關之組織。將至不得謂爲法律也。

第二款 法律之意義

前款所說明之諸種觀念。爲從來法學者。說明法律性質所據之基礎。皆不無非難之點。然在今日。說明法律實質。最爲普及。且適合於近世之法律思想者。爲基於諸觀念中之行爲觀念者是也。具說維何。曰。法律者。國家所制定或承認之行爲規則也。分析之如左。

一、法律者。秩序又規則也。秩序者。對於一定原因發生一定結果之事實也。規則者。指稱其原因關係之語也。自其實質上論之。法律爲一秩序。卽一規則。與法律以外之一切法則。關於此點。固相等也。卽法學上之法律。道德上之法則。宗教上之法則。及自然界物理上之法則。皆各爲一規則。而

法律論

第一編 總論

第一章

法律之性質

第一節

法律之觀念

第二款

不外爲一定之原因結果的關係也。例如向天擲石。必墜於地。一切物體。皆向地上墜落之事實。爲依於重力之法則而然。猶之依刑律上之法則。有殺人之事實時。必使發生死刑之結果也。然法律上之規則。與自然界之法則。實有一大差異。卽自然界之法則。爲事物必然之關係。以人力所不可避者。而法律爲人爲之規則。非事物之性質上有不可不然之關係是也。例如投手於火。自然焦爛者。爲事物必然之關係。而殺人者無必處死刑之必然關係。如同一殺人也。有不處死刑者。有處死刑者。又有不止殺人者一人之死刑。而更及其一族者。故對於一定之事實。使生一定之如何結果者。全由立法者以人爲的規定。固無萬古不易之標準耳。然法律爲一規則。卽爲對於一定事實。使生一定結果之秩序。則無論何種法律。何代法律。皆爲同一。此法律之所以爲規則也。

二、法律者。行爲之規則也。法律爲人類外部行爲之規則。行爲云者。本於意思兼有動作而言。故但有意思。而未見諸動作者。非法律所問。例如甲欲欺乙。詐取其金錢。雖具意思已決。而尙無何等之表見時。法律上不能處罰也。又雖有動作。而無意思。則與偶然之事實無異。亦非法律所問。例如甲持乙手以毆丙。乙對於丙。並無傷害意思。在法律上不得謂爲乙之行爲也。學者對此非難。謂法律規定。有關於人之內心者。然此種法律。古代蓋有之矣。而非今日之法律思想也。不可因有此事

跡。竟謂法律非行爲之規則。法律爲發達物。古今東西。不必一其觀念。古代法律。雖爲神意之啓發。又爲道德之一部。並人之內心而干涉之。然近世法律。當其規律行爲也。雖不無偶及於意思之間。題。而決無羈束意思一方之場合也。古代有古代之法律觀念。現代有現代之法律觀念。謂法律爲行爲之規則者。吾人就於發達之法律所下之定義也。

三、法律者。國家制定或承認者也。行爲之規則中。限於國家所制定或承認者。曰法律。而作法律之活動有二種。在成文法以制定之爲要在習慣法（不文法）以承認之即可也。至關於此二種之活動如何。讓於次編說明之。

學者或加制裁之觀念。謂法律爲國家強行之行爲規則也。然制裁之觀念。決非存在於一切法律者。憲法中規定國家自體之部分。卽無所謂制裁也。況有強制手段之法律。亦非強制適法之行爲。惟於不法行爲。加以制裁而已。然則以制裁爲法律之要素者。致使法律之範圍。至於狹隘。其不當也明矣。如上說明。法律爲行爲之規定。由國家所制定或承認者。其制定或承認之也。不必以國家自體爲之爲要。凡基因於國家權力之規則。皆不妨爲法律。故國家以外之公法人所制定或承認之規則。亦法律也。又不必以一國之制定或承認爲要。數個國家所定之規則。如國際公法。亦不妨爲法律也。

第二節 法律與宗教之關係

考人類開發之歷史。在古昔幼稚社會。宗教與政治。常相混淆。即所謂政教一致時代。宗教一事。爲治國撫民必不可缺之手段。其人民所遵守之規則。多規定之於經文以內。依神佛威信。以實行其法律。故古之法典教典。其內容規定。皆不外爲宗教上之教旨。與生活關係之規則也。及乎社會漸次開發。宗教政治。遂至分離。法律始由宗教上之規則分化。爲維持社會共同生活所必要之行爲規則。而認有獨立之存在。自此以後。宗教支配國家之關係。一變而爲國家支配宗教之關係。國家於一定之宗教以外。常禁止之。行所謂國教制度。宗教上之教義法則。反須法律保護。以使國民之遵奉勿違也。然至近世。政治之思想發達。法律之科學進步。政治與宗教。尤爲明白分離。國家置宗教於政治以外。以各人之信教自由爲原則。而宗教原成立於國家以內。無存在於國家以上之理由。故無論何國。惟於不妨安寧秩序之範圍內。認人民之信教自由。我國憲法（即約法）亦取此主義。設人民信教自由之規定矣。雖然。宗教與政治。卽至完全分離。而人類之生活。其行爲之大部分。猶不可不從宗教上之教義。故法律與宗教。同爲吾人之行爲法則。惟其間不無區別耳。

夫宗教者。果何物耶。簡單言之。爲人類恐怖死亡。希望生活。求安心立命之念切。故直覺的。認有主宰。宗

宙間萬有之絕對的原因。即所謂神所謂佛者。照臨於人間。信此絕對的原因。與非絕對的生存者。即人類及其他一般生物之關係。由此信仰。設立教義。以努力於適合教義之行爲。或不行爲者。也。自此點言之。宗教上之教義法則。亦爲人類行爲之法則。各人從宗教上之教義。於神佛所命令者爲之。所禁止者不爲之。與從法律之規定相同矣。於左四對。不無相異。茲略述之。

一、客體。法律所支配之客體。爲吾人人類相互之外界的生活關係。宗教所支配之客體。爲造物者與被造物者之關係。即一爲人與人之關係。一爲人與神之關係也。且其關係。一爲不問吾人之感情如何。以理性得以認識之外界的關係。一爲基於人類感情上之信仰。以理性弗得理解之不可思議的關係也。是一有在於信仰。即感情之上者。一基於理性而存在者。此具相異者一。

二、威力。法律依國家之威力而行之。宗教上之法則。依神力佛力而行之。國家之威力。存在於服從法律者之外界。神佛之威力。不過因自己之信仰而存在者。故宗教上之法則。以各人信仰力。即感情之強弱如何而行之者也。此其相異者二。

三、制裁。法律之中。有對於違法者。加以外形上之強力。即因制裁而行之。而違反宗教上之法則者。不過自己之良心。致感苦痛而已。故一由各人良心之強弱。有奉爲行爲之法則。而行之者。有不

然者。一不問各人良心之苦痛如何。而概加以外形上之強制者也。此其相異者三。

四、目的。法律以維持共同團體之秩序爲目的。宗教以得吾人內部感情上之秩序。卽安心立命爲目的。至外界之秩序如何。非所問也。此其相異者四。

要之、法律者。由於共同生活之必要。基於吾人知性所發達之行爲規則也。宗教者。爲全人生之目的。求自己之安心。基於吾人感情所發達之行爲規則也。且人類之知性。不必與感情同一進步。有同時者。有或後者。有或先者。故法律與宗教。不獨相異而已。且往往有牴觸之規定。卽法律之所禁止。反爲宗教之所命令。法律之所命令。反爲宗教之所禁止。徵之古今歷史。法律與宗教相牴觸之事蹟。昭昭乎明矣。雖然。宗教、法律。爲人類完其生存所必要之事。則實相同。自此點言之。宗教與法律。互有密切之關係。雖在政教分離之今日。宗教上之理由。尙於立法上、司法上、及行政上。頗有影響。徵之歐洲法制史。爲最著之事實者。例如結婚之方式。離婚之禁止。及司法裁判之宣誓等。皆由宗教上之理由所出之法則是也。故各國法律之發達。與宗教之發達。大有關係。宗教野蠻之國。其法律必極幼稚。宗教文明之國。其法律必甚發達。是欲知法律者。須注意於宗教之發達如何。以全無關涉而度外視之者。其愚不可及也。

第三節 法律與道德之關係

道德觀念發達最早。如亞里士多德、孔子、釋迦、基督等相繼唱道。其說紛紜莫衷一是。而孔子謂率性之謂道。道也者不可須臾離也。可離非道也。是道德爲人類應守之法則。而以之爲吾人行爲之標準者也。當社會未開化時代。法律與道德混淆。道德爲主。法律者不過規定不道德者所被之制裁。爲道德之補助而已。故古代法典無不揭示道德上之法則。卽在今日。謂法律爲道德之一部者。尚不乏人。蓋道德之目的。在於全吾人之天性。使各個人爲完全之人。以期人類一般之完全。固爲人類社會的生活之秩序形式而發達之。就此點言。道德法律皆由人類共同生存之必要而出。此二者誠有最密切之關係也。然至近世。法律離道德而獨立。其所具之性質亦各不同。茲述於左。

一、客體。法律道德雖皆爲行爲之規則。而爲法律目的物之行爲。爲意思表示於外界之結果。其原因之意思善惡如何。非所問也。道德雖爲行爲之規則。而以其原因意思之善惡爲主。卽關於所謂良心之規則也。學者區別法律爲行爲之規則。道德爲心意之規則者。卽此義也。然行爲兼意思與動作而言。離乎意思。無所謂行爲。行爲之規則。卽爲意思之規則。固不俟言。況法律於或場合。又有以意思之善惡。而異其效果者。不得謂法律爲行爲之規則。非意思之規則也。惟茲所應注意者。卽法律雖有論及意思善惡者。而以形於外部之行爲得推知其內部意思之善惡者爲限。則非規

定人類之良心自體。故法律尚不妨爲行爲之規則。是也。反之道德。雖有批評行爲善惡者。而非以外部之行爲。推測內部之意思。固由內部推論外部。卽以內部之良心爲基礎。而判定外部之行爲爲善爲惡也。如此道德的行爲。與不道德的行爲之區別。專視乎良心上之善惡而定。就此點言。固可謂道德爲良心卽心意之規則也。是以爲（或不爲）法律所規定之。或行爲者。其行爲（或不爲）卽令由惡意而出。而尙爲適合於法律之行爲。非非法行爲也。反之道德上之行爲。其外形雖爲同一之行爲。若其行爲。反乎良心。出於惡意者。則非適合於道德之行爲。爲不道德的行爲也。故自此點論之。可知適於法律之行爲。不必常爲適於道德之行爲。卽適法的行爲。不必常爲道德的行爲也。法律所支配之客體。與道德所支配之客體。不僅異其實質而已。其範圍亦有相異。卽法律所支配之行爲。爲對於他人之行爲。而道德所支配之行爲。有爲對於他人之行爲者。有爲對於自己之行爲者。且對於他人之行爲。極言之。皆爲對於自己良心之行爲。而與法律所支配之對於他人行爲。全異其趣也。學者有謂道德所支配之行爲。皆爲積極的。而法律所支配者。惟消極的行爲而已。又謂道德所支配之行爲。較廣於法律所支配之行爲者。卽欲說明此意義者也。此其不同者一。

二 威力。法律爲國家之規則。有國權潛於其後。而道德爲社會的規則。由於或時代之善惡確信

所出。究爲吾人良心上發生之法則。其成立也。不必以一定之權力者爲要。此其不同者二。

三、制裁。法律爲吾人行爲之規則。其中有因吾人以外之強制力。即國家之國權以強行之者。而

道德上之法則。不因外部之強制力而行。惟因吾人良心之力。爲吾人應守之規則耳。學者謂法律爲強制的規則。道德爲不得強制之規則者。卽此意也。夫道德中所謂公德。卽對於社會。對於團體。

對於人類全體之公德。道德有違反之者。社會上固有強大之制裁。殆與法律之制裁無異。然亦不過對於自己之良心。有感苦痛而已。與法律上外形之制裁。則大異其性質也。此其不同者三。

四、目的。法律之目的。在於維持公共團體之秩序。增進人類社會之幸福。而道德之直接目的。在

於期人性之完全。以達人生至善之目的。至其維持社會秩序。不過間接之結果而已。此其不同者四。

道德與法律不同。固如斯矣。然此二者以不相牴觸爲原則。彼所謂法律上之罪人。非道德上之罪人者。不但屬誤謬之觀念。且有破壞法律思想之虞。蓋道德爲全人類之天性。法律爲全人類之生活。二者根本之目的。原無相異。故在健全社會。法律上之義務。常爲道德上之義務。法律之違反。亦常爲道德之違反。惟道德於法律所不問者。而仍望其合乎法則。不逾範圍。是以違反道德者。不必其常爲違反法律也。

法律與道德混淆。及法律爲道德一部之社會。勿論矣。卽在近世文明諸國。道德與法律。固相輔相依。並行不悖。其立法例。以反乎道德之故。換言之卽反乎善良風俗之故。以其行爲。或爲不法。或爲無效。而加以制裁者。不遑枚舉。且如親屬法上之規定。關於親子間之權利義務。夫婦間之權利義務。及親屬相互間之扶養義務等。莫不基於道德上之思想。但若一任道德上之法則。恐良心薄弱者。肆其不道德之行爲。而無可如何。故以國家之威力。強行道德上之原則也。如斯道德之法則。得法律而益徵實行。法律之規定。據道德而始無遺憾。規定法律者。若徒取法夫文明國之法制。而不顧及其國民之道德程度。則不爲死文。徒法。欲收良好之結果者難矣。故從事法律者。不但須注意於道德之發達。且非自進而獎勵公德。則法律學問。反有害於國家。流毒於社會。其弊害將不堪言。研究法學者。不可不於此點。注意及之。

第二章 法律之淵源

第一節 習慣

習慣者。汎言之。爲人類自然的、永久所準據之、行爲標準也。其淵源雖不一致。而習慣之發生於人類社會。與關一徑於積雪之中。頗相類似。夫積雪數尺。絕無人跡之際。交通極其艱難。若有冒此艱難。一度通行者。留其縱跡於雪上。則繼續而來者。給釋不絕。其蹂躪之面積。漸次廣大。終成坦途。羣感交通之便。幾

不知其初爲積雪者。習慣之發生。豈異此耶。例如我國。出產彌月之祝。死亡賻奠之儀。其初決非我國人一般所行者。究其由來。必一人倡之於先。衆人和之於後。不識不知。遂成一定之習慣。而不可變易。是雖卑近之一例。而人事間之習慣。皆以此順序而成立也明矣。而其成立之習慣。爲法律之一大淵源。蓋人類所行之習慣。久之成第二天性。有反乎此者。則生羣起擯斥之傾向。故此習慣中有屬正確而須強行者。國家或承認之爲法律。或採擇之。以規定於成文法之中也。學者有以地之廣狹。區別習慣爲一般習慣及局地習慣者。一般習慣。謂國內一般所行之習慣。局地習慣。謂國內一部所行之習慣。凡在交通閉塞時代。多局地習慣。而少一般習慣。隨交通之便利。其習慣目漸歸於統一。此自然之趨勢也。有以人之範圍。區別習慣爲普通習慣及特別習慣者。普通習慣。謂行於一國人民全般之習慣。特別習慣。謂行於一國特別人民間之習慣。例如商業上及農業上之習慣。行於商人或農民之間。故爲特別習慣。而關於養子習慣。行於人民之全般。故爲普通習慣是也。又有以形式如何。區別習慣爲成文習慣及不成文習慣者。成文習慣。謂集錄於文書中之習慣。不成文習慣。謂未集錄於文書中之習慣。例如日本民事習慣例集中所有之習慣。爲成文習慣。而關於用水習慣。多未記載於文書中。爲不成文習慣是也。然習慣不問其種類如何。其自身固無法律之效力。其生法律之效力也。不可不俟國家之承認或規定焉。而習慣爲法律

之材料。其方法有二。

一、承認習慣。付與以法律之效力。國家承認習慣。付與以法律之效力者頗多。如英國之普通法。

即由國家之承認。而習慣變為習慣法者也。日本法例(明治三二年六月二日法律第一〇號)

第二條規定曰、「不反於公之秩序及善良風俗之習慣。限於依法令之規定所認者。及關於法令未規定之事項。與法律有同一之效力。」云者。亦此例矣。至習慣法成立之方法如何。述之於後。

二、採用習慣。規定於成文之法律。國家制定法律之際。採用習慣而規定者亦不少。如英國之賣

買法。破產法。公司法。又如日本民法及我國民律草案之親屬編。繼承編等。即採用習慣。以定為成文者也。諸國法典中。不乏其例。

第二節 宗教

政教一致時代。宗教勢力。最為強大。一切文物。皆歸於僧侶之手。故宗教。多為法律之淵源。即謂古代法律。概為基於宗教。亦非過言也。而宗教為法律之材料。其方法有三。

一、遵依神佛之啓發。以成法律。例如猶太印度。古之法典。多謂授自帝天者。其最著也。

二、根據宗教之教旨。以定法律。例如歐洲中世所謂寺院法者。集錄高僧會議之議決。純依宗教

之教旨以爲法律是也。

三、採用宗教之規定以爲法律。宗教上之定規。一變而爲習慣。再變而爲法律者頗多。蓋宗教上之教則。久之自成習慣。國家有承認之爲法律者。有採用之以規定於成文之法律中者也。

第三節 條理

何爲條理。屬於哲學上之問題。而或謂條理爲自然之道理。較道德正義其意義尤廣。學者所謂自然法者。其實不外爲條理。卽所謂條理者。其性質漠然。其需要最大。吾人體國以忠事親以孝。及一切當然應遵奉者。莫不由於條理之使然。是條理之於國家社會。其維持秩序之力。最爲重大也。而條理爲法律之材料。其方法有三。

一、根據條理確立其法律之基礎。昔時觀念。條理卽法律也。其後法律與條理。不無區別。條理之範圍廣泛。法律之範圍狹隘。法律雖須依乎條理。而不必皆依乎條理。惡法亦法律也。秦皇坑儒之法。其不條理孰甚。而尙不失爲一種之法律也。然此寧屬例外。古今法律。莫不以條理爲制定之基礎矣。

二、採用條理規定於成文之法律。昔時法律。概爲條理之集合。卽在近世。關於親屬規定。亦多採

用條理以爲法律者也。

三、承認條理付與以法律之效力。社會進步，事物日繁，立法者不能悉以之網羅於法文之內，且社會之變遷，無有窮極，欲以固定之法律，應此必需，更屬難事，則當決定法律關係時，法文外所可依據者，習慣之外，惟條理是已。各國付與條理以法律之效力者，其例不一，以國民律第四條規定「無明文及習慣時，依自然法。」日本明治八年布告之裁判事務心得，規定「民事裁判，有成文者，依成文，無成文者，依習慣，成文習慣俱無時，推條理而爲裁判。」我國民律草案第一條，規定「民事本律所未規定者，依習慣法，無習慣法者，依條理。」此皆明認條理爲法律之淵源者。法國民律第四條之趣旨，以法律之不備及其缺漏爲口實，而不肯爲裁判之審判官，有漫不爲裁判之罪，自其裏面言之，是於如此場合，仍令其依據條理以爲裁判也。其他如英國之衡平法，其起源亦莫不由於條理矣。

第四節 判例

判例者，法廳對於訴訟事件所下之判決例也。昔時法律規定極具簡單，司法官同時爲立法官，其判例即成法律，所謂審定法者，即由此而生。學者謂法律非生於原則，爲積集各事件之判例而作成原則者。

卽此義也。法律之發達如此。故在昔時。判例實爲法律之一大淵源。及乎近世。法律制度漸見完密。且立法權與司法權以分立爲原則。故就法理言。決不許判例有法律之效力也。然關於判例之效力。從來有二種法制。一、英國主義。二、羅馬主義是也。一、依英國主義之法制者。以判例爲作成法律之方法。認有純粹的法律效力。援用判例。與援用法律條文無異。上級法廳之判例。自羈束下級法廳之判決也。而二、依羅馬主義之法制者。不以判例爲作成法律。惟認爲適用成文法或不文法之結果而已。故此判例。1、可爲習慣法成立之證據。2、可解釋法律者之見解。3、其所取之見解。對於後之判決。雖有重大勢力。而法理上固不認有法律之效力也。此主義爲自羅馬法所傳來。故稱之曰羅馬主義。非其建國之初。卽取此主義。羅馬某帝。雖曾以判例爲作成法律之一方法。且予判例以法律之效力者。而其後皆以勅令禁止之矣。現今歐洲大陸諸國法制。皆襲用此主義。昔國刑律。引國民律。各以明文規定。其他諸國法律。雖無此種明文。而法理上莫不依此精神者也。而判例爲法律之材料。其方法有三。

一、對於判例付與以法律之效力。此卽英國主義。而現今除英國法系之諸國外。殆無採此方法者。

二、採用判例規定於成文之法律。對於判例。不予以法律效力之國。常有採用判例。以規定於成

文之法律者。例如法國關於生命保險、抵當權、留置權等法律中。由採用判例而規定者頗多。

三、判例養成習慣法。判例對於後之裁判。具有重大勢力。故人之權利義務。自有從判例而定之者。此行彼效。久之自成習慣。是養成人民間之習慣。判例大有力焉。而既成習慣之後。由國家承認之以成習慣法者不少。

第五節 學說

學說由學者之腦髓而出。無法律之效力。固不俟言。然就英國、法國、系諸國之實際觀之。司法官之判決。常採碩儒議論。爲其理由。律師之辯護。常以大家主張。爲其論據。學說於此。大有一種法律勢力之觀。且學說日益精密。促立法之進步。亦愈切實。現今文明諸國之法律。別開新面。學說之力。有足多焉。是學說亦法律之一大淵源也。而學說爲法律之材料。其方法有四。

一、對於學者付與以解釋之公權。例如羅馬選當時法律家。予以解釋法律之公權。其解釋意見。稱之曰學士說。直有法律之效力是也。

二、對於學說付與以法律之效力。例如西班牙以一四九六年之王命。對於法學者二人之著書。予以法律之效力是也。

三、纂學說而爲法典。例如羅馬編纂三九大家之學說成一法典是也。

四、學說養成習慣法。法學者代表一國之法律思想。故於其國法上之解釋論說。具有偉大勢力。人民依之定其向背者頗多。久之自成習慣。且成習慣法也。

第六節 條約

條約者。一國對於他國表示其意思。爲合意之約束。而非對於國民表示其意思者。故條約不能以爲條約之故。而有法律之效力。學者或謂條約有二種效力。一爲對於外國。一爲對於國民。是以條約爲有法律之效力者。然條約不過爲法律之淵源。決非法律之自體。作約自體。對於國內不生何等效力也。惟國家爲履行條約。對於人民。以此爲材料而制定法令者頗多。卽國交締結條約之後。公布使人民遵守之法令。於茲始生以條約爲材料之法律。依此法律。人民始生遵守之義務矣。而條約爲法律之材料。其方法有二。

一、憲法上規定條約與法律有同一之效力。依此方法。每於締結條約之後。具執行也。雖不頒布

法令。而對於人民。當然有其效力。一七八七年北美合衆國制定憲法。其第六條第二節之規定卽

探此方法者也。

二、每於締結條約之後。據爲法令而公布之。依此方法。條約依其法令之效果。對於人民。始生羈束力。而僅公布條約。無對於人民之效力。因其爲法令而始生效力也。我國憲法（即約法）未明定第一主義。故欲條約之效力。及於人民。舍從第二主義外。無他道矣。

第七節 外國法

一國法律。原則上。惟行之於其版圖以內。外國法。惟於外國有其效力而已。故除有治外法權者外。一國之內。決不依外國法律。以審判其訴訟事件也。關於涉外事件。（即一國內外國人之特定事件。例如身分。能力之事件是。又自國人與外國人之法律關係。例如結婚。離婚之事件是。）依其性質如何。雖有適用外國法者。然非認外國法爲外國法而適用之。乃認外國法爲自國法以適用之耳。方今國際交通。日形便利。各國立法。互相採擇。一國法律。爲他國法律之材料者。寧屬自然之趨勢也。而外國法爲法律之材料。其方法有二。

一、依外國法爲材料以制定法律。例如法國模仿羅馬法。制定拿翁法典。日本損益外國法制。定民法及其他之法典。及我國參酌外國法。制定刑律與民商律訴訟律等草案是也。此曰外國法之繼受。爲其材料之外國法。曰母法。由於繼受之自國法。曰子法。蓋具相互之間。有如祖先與苗裔之

關係也。

二、外國法常養成一國之不文法。例如德國於制定民律之前，已視羅馬法爲習慣法而行之。日本於制定民法之前，法國民律中之原理，已被採用，亦以不文法而行之是也。

第三章 法律之類別

第一節 因法律發生方法之類別

以發生方法。類別法律。可分爲成文法與不文法二者。成文法者。依文書所制定之法律。例如日本之各種法令是。不文法者。不依文書而發生之法律。即習慣法。例如英國之普通法是。其稱曰不文法者。非謂其爲不記載於文書之法律。而謂其有法律之效力。非因於文書記載而始生者也。學者或以成文法與不文法爲法律體裁之區別。謂成文法爲記載於文書之法律。謂不文法爲不記載於文書之法律。此說不無謬誤。夫不文法固弗限於不記載於文書者。如判決錄。雖爲不文法。而亦記載於文書之中。其判決例之生法律效力也。非因於文書之記載。而判決錄。不過爲判決之證據而已。其文書自體。固無法律之效力。若成文法。則以制定法律之目的。所作成之文書而成立。其文書之字句。皆有法律之效力也。故此類別。非爲法律體裁之區別。而爲法律發生方法之區別也明矣。又或謂成文法爲國家制定之法律。不

文法爲人民習慣所成立之法律。此說亦非正鵠。何則。人民習慣。非法律之自體。不過爲法律之材料。而其生法律之效力者。必基於國家之承認也。有一國成文法。被他國採用。而成爲不文法者。例如羅馬法典中之一部。常被英國採用。不以成文法行之。而以不文法行之。又有一國內之成文法。因其國之革命。而成爲不文法者。例如北美合衆國獨立以前。英國所制定之法律。至合衆國獨立以後。雖失其成文法之效力。而合衆國審判廳。尙以之判決訴訟。依然以不文法行之矣。

成文法與不文法。孰得孰失。自古迄今。學說不一。英之學者。主張不文法。法之學者。主張成文法。德儒沙比尼氏。主張不文法。而智波氏。則主張成文法者也。

- 一、主張不文法說。謂成文法爲某一時代所制定。歷久而不變。不文法則應時勢以發生。歷久而必變。不文法之適用。必較成文法爲優。此其長者一。時勢之變易。無常。社會之進化。難測。以無進步之舊文法。而治已進步之新社會。適足以阻其發達。不文法則隨時而易。無此虞矣。此其長者二。
- 二、主張成文法說。前說非無理由。而主張成文法者。卒占優勢。蓋成文法勝於不文法之點。學者主張。厥有三端。
 - 1、可免爭議。成文法揭以文字。布之國中。罔不聞知。無所疑難。無疑難。則無爭議矣。不文法隨時發生。既無明文。又無標準。臨事援引。爭執必多。即解釋成文法者。其間時有疑

義。然其關係極小。不若不文法之一有疑義。卽生重大之問題。2、可除弊習。主張不文法者。謂習慣可應時勢爲變遷。此理固然。而人性多慾。習慣有變爲善者。亦有變爲惡者。習慣不可聽其自然。因仍不改。而欲改易惡習。合成文法。莫由。3、易於革新。主張不文法者。謂習慣應時勢而生。時勢變。則習慣亦變。而實不盡然。習慣有積久存在之惰力。徃古時習慣。雖歷年既久而餘風未殄。舊習尙存。明知其非。而積重難返。豈惟不適用。抑且貽害匪窮矣。成文法則制定者。既可斟酌於先。奉行者亦可改良於後。法不適用。一經發見。卽可改訂。較之去習慣上之惰力。難易判若霄壤。

右三者爲近今各國採用之共同理由也。除英國及北美外。無不採用成文法。雖成文法外。亦間有用不文法者。然必成文法之規定。有遺漏時。乃一用之。從無舍成文法而用不文法者。若就我國論。則更有進焉。何則。自國體改革以來。歐化盛行。社會情事。今與昔異。從前法律。多不適用。所恃以支配新社會者。惟有成文法而已。雖當審判之時。所據以審判者。成文法有規定時。依成文法。成文法無規定時。則依習慣法。習慣法無規定時。則依條理。然此時也。成文法既未詳備。新習慣又未發生。卽言條理。而人智發達。未臻極點。學術進步。未至大成。所見爲條理者。不能異口而同聲。儒家據

儒學以言條理。道家據道教以言條理。歐美學派、東亞學派之法學家。各據所學以言條理。言人殊。莫衷一是。守法者無所適從。司法者莫知所宗。若不頒布成文法。則習慣既以新舊而生衝突。條理又以聚訟而無定評。非所以保社會之安全。圖國家之發達也。我國此時。可不急急以文明各國之法律為模範。而參酌固有之習慣。以制定成文法乎？

成文法可別為兩種。一法典。一單行法。是也。法典者網羅一定廣範圍內之法。規以為一冊公文而發布者之謂。單行法者。規定一定狹範圍內之法。規以發布者之謂。法典之範圍廣。單行法之範圍狹。至廣狹之程度。則無一定標準之可言。例如合總則。債權、⁴物權、親屬、繼承互編而為民律。是法典也。於民律內提出債權。或於債權中提出某一種事件。別為一律。是單行法也。又如合總則。公司、票據、商行為、海商而為商律。是法典也。於商律中提出公司。另為一律。是單行法也。至法典與單行法孰得孰失。學者主張亦不一致。

一、主張單行法說。謂法典難改正。單行法易改正。法典可妨法律之進步。而單行法無是也。法律有定時勢。無定法典。一成而不變。時勢歷久而萬變。法典中條文甚多。苟其後審時度勢。有一條不適於用。具勢不得不改良。而僅改其一部分。則牽一髮動全身。勢必取法典之全體。盡行改正。而後

可。而改正法典。又非窮年累月。莫可闡究。因此之故。畏難省事。明知其弊。而隱忍不改者。比比也。若單行法則法只一種。每種只數十條。欲改即改。無所牽掣。無所顧忌。其事簡而易舉。不難應時勢爲變更。以圖社會之發達。則無妨害於法律改良之進步矣。

二、主張法典說。謂法律不製爲法典。則法律不能統一。而法理亦難一貫。司法者莫知所據。守法者莫知所向。紛歧罔定。將安適從。且如單行法之散出。則必買賣一法。債借又一法。各法有各法之主義。適於此。未必適於彼。牴觸百出。人民之幸。由法律者。既有種種之不便。而執法者。臨時查考。亦頗苦其煩難。惟法典總集於一。臨時易於調查。遇事有所依據。則使於司法者矣。事實萬端。而法理一貫。其規則。絳齊而不亂。具理由簡易而不繁。則使於守法者矣。

右二說各有理由。亦合事實。但就我國言。則宜用法典。而不宜用單行法。則歐美諸列強及東鄰日本。對於我國。均有領事裁判權。訂於條約。此條約之締結。雖由於政治之關係。而法律不良。亦爲其原因之一。蓋外國人居留我國。習慣不同。風俗亦異。非有法典。則我國法律。外國人無從聞知。若不實行法典。而欲使彼以生命財產。庇託於不統一不完備的法律之下。於理固有未合。故欲與各國改正條約。使撤其領事裁判權。舍編布法典莫由也。又就各國言之。亦多不用單行法。而用法典。

歐洲大小諸國。除英國外。無不有法典者。南美中美各國無法典。而各州皆有之。北美無法典。而已提議編纂。蓋有統一之法典。乃有統一之制度。乃有統一之國家。法於革命後。何以必編法典。曰。謀統一之故。德於帝國成立後。何以必編法典。亦曰。謀統一之故。不然。則一之國之內。各為風氣。而欲圖國家之安全。與社會之發達。豈有當耶。

至謂法典可妨法律之進步。此說誠為不謬。然亦有法以救其弊。且法緝何。即設改正法律之機關。是西班牙關於此會設法典調查委員會。凡控訴院。大理院之審判官。於法典所見為缺點者。按年彙報於司法大臣。司法大臣以其所報告者付之委員會。使調查各國現行法典。互相參照。擇善而從。所應改者。或全部或一部。隨時起草。十年一修正之。故其法律中訂明十年修正一次。然此法向未盡善。報告僅限於控訴院。大理院。範圍既嫌不寬。修改必俟十年。期限又嫌太遠。如行此法。似凡法學者之著述。政治家之批評。律師之意見。報紙之議論。皆可由地方審檢廳。隨時報告。具應改者。或二三年。或四五年。一修正之。不必定俟十年。有此機關。法律改良。易於着手。法典之弊。可以免矣。

第二節 因法律實質之類別

以法律實質。類別法律。可分為公法、與私法、主法、與助法、及強行法、與聽任法、三者。

一、公法與私法。 全般法律爲公法與私法者。自羅馬以來。已爲學者所是認。然其類別之標準。

學說尙未一致。茲就其重要者。舉示一二。

1、以法律保護之利益爲標準者。此說以公法與私法之類別。由法律所保護之利益爲公爲私而定。公法者。其目的在保護公益之法律。私法者。其目的在保護私益之法律也。

然對此說。有非難者。曰。凡法律。不問其種類如何。皆直接間接。併公益及私益而保護之。無僅關於公益者。亦無僅關於私益者。例如憲法。其目的爲保護公益。固不佞論。而自他方言之。且有保護私益之意旨。關於人民權利之規定。其最著也。又如刑律。亦爲關於公益之法律。而自他方言之。兼有保護私益之注意。關於身體財產之規定。其最著也。反之民律。雖屬私法。而自他方觀察之。直接間接。又莫不有保護公益之趣旨。例如以違反公共秩序之法律行爲爲無效。及其他關於親屬繼承之規定。其最著也。

2、以法律關係之性質爲標準者。此分甲乙兩說。

甲說。以法律關係之平等與否而定。此說先區別權力與權利。謂權力者。對於服從而言。生於不平等關係。爲強制他人之意思。使服從自己之力。權利者。反乎此而生於對等關係。惟有

得以請求之力而已。前提如此。則規定其權力關係之法律爲公法。規定其權利關係之法律爲私法。

然依此說。則如親屬編中親權夫權及監護人之權利。非權利而爲權力。故關於此之規定。不得不謂爲公法。然諸國法律。皆置此於私法之民律中。學者亦概認此爲私權利而不疑也。又如公法之刑律。自一方觀之。雖爲權力關係之規定。而自他方觀之。又有爲對等關係之規定者。如對於身體財產之規定。與民律中關於違約及不法行爲之規定。其關係有何差異耶。盜物。殺人。與破壞契約。不法行爲。此非平等關係而何。雖一處刑罰。一命賠償。而皆不外夫國權作用。就此點觀之。又非權力關係而何。果爾則民律不必爲私法。刑律不必爲公法。且國際公法。學者雖謂此爲公法。而自此見解觀之。其規定正爲對等關係。遂不可不謂爲私法也。

乙說。以法律關係之對人對物而定。此說以規定對人權利之法律爲公法。規定對物權利之法律爲私法。

然依此說。則如民律中關於債權之規定。關於親權。夫權。監護人之規定。概屬於公法。關於物權。親子夫婦之財產關係。及繼承等之規定。概屬於私法。且如土地公用徵收法。鐵路法。亦不

可不屬於私法也。此說不外原因於羅馬法之所謂人事法物件法之區別。而以如斯標準。區別公法與私法者。不惟無何等實益之可言。且反乎諸國法制之實際矣。

3、以法律關係之主體為標準者。此說謂公法者規定之法律關係。其當事者之雙方或一方。必常為國家或其他公法人也。私法者規定之法律關係。其當事者之雙方。必常為私人也。

然國家或其他公法人。亦有立於私法關係者。例如國家或其他公法人與私人間為買賣或貸借之行爲是也。學者或據此非難。謂果爾。則私法關係。其當事者之雙方。不必常為私人矣。然國家或其他公法人。於此行爲。非以其資格而爲之。乃以與私人相等之資格而爲之。凡關於買賣貸借。私法上所應履行之手續。國家或其他公法人。皆須履行。與私人同。故關於該法律關係之規定。仍不失為私法也。是以多數學者。認此說較為正確。且適於諸國法制之實際矣。

二、主法與助法。主法為規定法律關係之自身。助法為規定運用主法之手續。蓋法律之目的。在於認一定之生活關係而保護之。使此事實關係。轉而為法律關係。換言之。即生權利義務之關係。而規律此種關係者。主法也。故主法者。法律之實體也。學者有稱之為實體法者。以此。然僅有實體的規定。而無運用之手續。則法律效用。無由表現。此手續法。即助法之所由發生。二法相俟。始克完

其效用矣。例如憲法、行政法、刑法、民律等之規定。爲法律關係之自身。故爲主法也。又如國會組織法、兩院議員選舉法、訴訟法、行政訴訟法、刑事訴訟律、民事訴訟律等之規定。爲適用憲法、行政法、刑法、民律等之手續。故爲助法也。

三、強行法與聽任法。自法律規定之實質言之。可分爲強行法與聽任法。二者此種區別。與其謂爲法律之類別也。寧謂爲法規。即法律規定之區別。故卽爲私法。而其中有強行法。卽強行的規定。有聽任法。卽任意的規定。卽爲公法。而亦有此二種之規定也。

強行法者。其法律規定。不許法律關係之當事者。表示反對之意思。以免其適從。卽當事者入其法律關係與否。雖可自由。而一入其法律關係之後。必從其規定之法規也。此蓋因公益上之理由而然。故強行法可謂爲關於公益之法規。憲法、行政法、刑法等公法之規定。其中多強行法者。誠以此等規定。皆以公益爲主也。然在私法中。關於親屬繼承之規定。強行法固占多數。而關於物權之規定。強行法亦復不少矣。強行法。可分爲命令法與禁令法二者。命令法者。對於當事者。命其或作爲之強行法也。例如人民納稅之義務。夫婦同居之義務是。禁令法者。對於當事者。禁止其或作爲。又命其或不作爲之強行法也。例如法定之繼承人。當繼承之際。其父雖有重大債務。而不能拋棄其繼

承是命其或不作爲之禁令法。自一方觀之。雖爲一種之命令法。而其所命。究在於不作爲。故非命令法也。違反強行法時。有對於違反之人。科以刑罰者。既於違反之人。科以刑罰。則其法規常爲強行法。如刑律是也。有以其行爲爲無效者。既以違反或法規之行爲爲無效。則其法律關係。不認私人有反對之意思表示。其法規亦可知其爲強行法也。而法律又有以其行爲爲無效。同時又對於行爲之人。科以刑罰者。或又有不以其行爲爲無效。而僅得以取消者。聽任法者。其法律規定。許法律關係之當事者。可表示反對意思之法規也。故在私法。以聽任之法。規爲多。蓋私法之事。以關於私益爲主。大有容當事者意思之餘地也。然在公法之範圍。亦非無聽任法。例如民事訴訟律。學者見解。多謂之爲公法。而其規定中。聽任法亦不少矣。凡一切法規。概言之。非強行法。卽聽任法也。然有或種法規。果爲強行法。抑爲聽任法。有難乎爲之判別者在焉。

第二節 因法律系統之類別

以法律系統。類別法律。可分爲固有法。與繼受法。二者。固有法。爲依一國固有之民情風俗習慣等所發生之法律。繼受法。爲以他國之法律。爲模範。採其材料所制定之法律。或直採用他國之法律。爲其法律者。例如日本之大寶令。爲做法於我國隋唐之律令。我國之刑律及民律草案等。爲斟酌於東西各國之

法典。故屬於繼受法。又如我國之法經、六典。日本之貞永式目。爲各本於自國固有之民情、風俗。故屬於固有法是也。夫諸國人民。相互交連。不獨各國之間。有交換貨物之必要。其制度文物。亦不得不採彼之長。補我之短。此自然之趨勢也。故由法律系統上。究其淵源。諸國法律。無不由固有法及繼受法組織而成。而爲其模範之法律。又曰。母法。係於繼受之法律。又曰。子法。

第四節 因法律效力之類別

以法律效力。類別法律。可分爲普通法與特別法二者。而二者類別。又有因於地者。因於人者。因於時者。一、因於地者。因於地之類別者。以法境爲基礎。其所謂普通法者。行於全國一般之法律。其所謂特別法者。限於國內一域所行之法律也。例如我國憲法（即約法）日本帝國憲法。德意志帝國憲法。北美合衆國憲法等。屬於普通法。又如我國關於蒙古之諸法令。日本關於台灣之諸法律。紐約州民律。普國州法。巴丁州法。索遜民律等。屬於特別法。是然普通法與特別法之區別。常不明確。同一法律也。有爲普通法。亦爲特別法者。如巴威倫州法。對於德國國法。爲特別法。而對於繆益市法。則爲普通法者也。普通法對於特別法。有補充的關係。故一國之內。道法勝於省法。省法勝於國法。換言之。前者無規定時。始依後者之規定。但特別法。決無廢止普通法之力。特別法廢止以後。則仍

受普通法之支配。不待論矣。

二、因於人者。因於人之類別者。以受法律適用之人爲基礎。其所謂普通法者。支配全國人民一般之法律。其所謂特別法者。關於或種人民所行之法律也。例如各國之民律刑律。對於人民。不問其身分如何。職業如何。皆須行之。故爲普通法。又如我國關於清皇帝辭位後優待之條件（民國元年二月一三日公布）關於清皇族待遇之條件（同上）關於滿蒙回藏各族待遇之條件（同上）陸軍刑事條例（四年三月十九日公布）海軍刑事暫行條例（五年五月八日公布）司法官懲戒法（四年一〇月一六日公布）知事懲戒條例（三年一月六日公布）等。唯行之於特種之人。故爲特別法。是此種之特別法。發生特權。特權者。謂依特別法上特種之人。所享有之利益的地位也。特權有因行政處分而生者。有因特別法而生者。茲所云者。爲因法律所生之特權矣。

三、因於事者。因於事之類別者。以受法律支配之事件廣狹爲標準。而區別普通法與特別法也。例如支配一般事件之民律爲普通法。支配限定事件之商律爲特別法。是而因於事之普通法與特別法。其相互之關係。正如原則與例外之關係。故特別法之適用。先於普通法。普通法對於特別法。有補充的效力。又前之特別法。不因後之普通法而改廢也。

第二編 法律之立廢

第一章 法律之成立

第一節 習慣法之成立

第一款 習慣法成立之時期

古代法律。概爲習慣法。迄世運進步。社會複雜。法律遂多爲成文法焉。然習慣法爲人民永續慣行之標準。以國家之承認而始有效力。其成立條件。固不以記載於文書爲要。故又有不文法之名。然雖曰不文。非全不記載於文書之謂。如法廳之記錄。學者之著書。多載有習慣法也。惟其成立。不以筆之於書爲要件耳。

夫習慣法之成立。既非因作成文書以公布之。而其成立也。果自何時。誠屬疑問。故關於習慣法成立之時。即單純之習慣。於何時期。始變爲法律之問題。學說紛岐。莫衷一是。茲特揭其重要者如左。

一、永續慣行說。此說謂習慣行於人民之間。久則變爲法律。即以時效之理論。適用之於習慣。此

說爲本於羅馬某帝之法典。蓋其第一編之法文。有謂「習慣法者。依慣行而確定之法律也」。中世之註釋家。倡之於先。近世之學者。和之於後。固盛行於一時矣。

然此說有二缺點。1、混同習慣與習慣法。2、缺法律所必要之國家觀念。故在今日已成陳套之說。蓋人民之間。於同一行爲。雖反覆行之。爲時亦久而非國家承認之爲法律時。究無習慣法之效力也。

二、國家默認說。此說謂習慣久行於人民之間。經國家之默認。卽成法律。此爲英法學者所唱道。法之學者曰。習慣法者。立法者所默認之風俗慣行而成之法律規則也。一國之內。人民於或行爲之規則。永遠遵守。立法者是認之。或直接間接不拒止之時。一方基因於人民之意。他方淵源於立法者之默認。而習慣法生矣。

然依此說。是習慣於成習慣法之時而爲習慣法。不免有空漠之嫌。

三、人民確信說。此說爲歐洲沿革法學派所主張。有一時偉大之勢力。其有力之代表者曰。法律之創作。非由於立法者之隨意。乃爲人民之法律觀念所凝成。而又爲人民之法律確信所表現者也。而人民之法律確信。直接發現者。爲習慣法。間接假立法者之手而發現者。爲成文法。人民永久維持一定之慣行。有奉之爲法律。受其羈束之確信時。始見習慣法之成立矣。

然不俟國家之權力。不能發生法律。人民確信之自體。無以或習慣爲法律之力。惟經國家承認之。

法律論

第二編 第一欸

法律之立廢 第一章 習慣法成立之時期

法律之成立

第一節

習慣法之成立

方爲成文法。或爲習慣法而已。人民之法律確信。或可定法律之內容。而不生法律之羈束力。法律之所以爲法律者。以其有羈束力。而羈束力之來。誠國權之所付與也。沿革法學派。偏重歷史。遂至以法律之發達。直視爲法律之成立矣。

四、法廷承認說。此說謂習慣於法廷適用。以爲判決之時。變爲法律。英之學者。多採此說。

然有學者。謂判決前已有習慣法之存在。果爾。則此說不得謂爲完全。且若依判決而生習慣法時。是不僅以司法官爲立法者。且其判決之所適用者。有非爲法律之嫌。

五、法定要件說。此說謂習慣之爲習慣法也。有主權者所定之必要條件。完備此條件時。始變爲法律。此亦爲英之學者所主唱。而根本上與人民確信說相同。其所謂法定條件者。依各國法律而定。依布魯謨氏之說。英國認習慣爲法律所需之條件。厥數有七。1、自人不可記憶之時。所慣行者。2、繼續弗斷。3、平穩無爭。4、適於條理。5、判然確定。6、有強制力。7、不與他之法律或習慣相衝突。是也。

此說雖似妥當。而諸國法律於習慣法所必需之條件。皆無明文規定。即在英國。爲有效之習慣法。以右之七條件爲必要者。不過因判決例推測而知。不能謂國家明白規定之也。

六、奧田義人氏說。日本法學博士奧田義人氏曰：凡習慣變爲習慣法時。1、人民須永久繼續。行

同一慣行之事實。此爲習慣法成立之外形的要素。2、人民須奉爲法律。有違由無違之確信。此爲習慣法成立之精神的要素。依此二要素。而法律之內容定矣。3、然欲使之有法律效力。國家不可不付與以羈束力。此習慣法之成立。所以必俟國家之承認也。然則國家之承認。果在何時乎。凡法律不經國家之承認。制定不能成立。故習慣之變爲法律也。亦必須國家之承認。然不必明示其意思。有暗默之承認亦可。人民確認習慣爲法律之現象。即可謂爲國家默認其習慣之事實。蓋在國家之權力範圍以內。人民全體對於或行爲之準則。信之爲法律。而永久遵行。即不得不視爲國家之承認也。故習慣至人民確信爲法律而遵行之時。即得國家之默認。於茲始生法律之效力。而非依法廳之判決。乃爲法律。判決者不過證明習慣法存在之一事實耳。

德之學者。如沙呆魯氏及莫魯氏。亦皆採此說。或難之曰。依此說時。則習慣於何時爲習慣法。有不能知之之憾。此言誠然。謂人民確認習慣爲法律之時。得國家之默認。其習慣卽化爲法律。而得其確認之時。固不明瞭。然此爲事實問題。非法律問題。自法理論之。謂習慣變爲法律。在人民相互以之爲法律而確認時即可矣。其實際之時期如何。固無問之之必要。猶之成文法。謂於裁可之時爲

法律論

第二編 第一款

法律之立廢

第一章 法律之成立

第一節

習慣法之成立

法律即可矣。其實際之裁可時期。固無指示之必要也。或又難之曰。習慣如因國家之意思而變爲法律。則在立憲國不從憲法所定之方式。不能爲意思之活動。若從此說。非違反憲法而何。然憲法所定。爲國家積極的表示其意思者。而認習慣爲法律。爲國家消極的意思之作用。卽不禁止習慣。又不設反其習慣之規定者。故國家之默認習慣。與憲法之所定無涉也。

以上六說。爲關於習慣法發生時期之重要學說。然自第一至第五諸說。皆有執其一端。而忘其全體之憾。惟第六說。折衷諸義。頭頭是道。故可謂爲諸說中之最完善者。習慣化爲法律之時期。既如右所說明。而人民確信習慣爲法律者。於何見之。通常以左列條件爲必要焉。

一、其習慣須爲不可違背而遵行之者。卽人民之遵行此習慣也。如受法規之羈束。而不可違背者。若由於禮讓。或由於友誼。不過單純反覆或行爲時。不可謂確認之爲法律。故祇成立單純之習慣。而不能成立習慣法。例如歲首之羣相拜賀。入室之脫帽致敬。雖長年月日。爲人民所慣行。而終不爲習慣法是也。又有與習慣法相似而實異者。例如一定之商人間。關於一定之物品賣買。有折扣定價之慣行。就中如賣買書籍。多照定價減折幾成是也。然此慣行。在行爲者間。非信爲法律。而遵守之。故亦不生習慣法也。

二、其習慣須由長年月間繼續遵行者。即非長年月間遵行不斷，不得謂爲習慣法。然果須行之何年何月，方可爲習慣法，亦不能判然確定。惟可任司法官之自由認定而已。在寺院法，固有以時效所必要之年限。即至少須以十年爲標準者。然習慣法之發生，與時效之完成，原無何等關係。不得以此例彼。亦謂之爲十年。蓋習慣法之發生，爲法規之成立，而時效之完成，爲權利之得喪，其性質固不相同也。

且慣行須爲同一。若其相似而不同者，非一定之慣行。遂非習慣法之基礎也。又可爲習慣法基礎之慣行。有行於一國之全部者。有行於一地方之人民間者。有行於一定之階級社會者。然於其範圍內，皆可見習慣法之成立也。

三、其習慣須不違背法律妨害公安者。蓋習慣雖行之已久。而若違背法律妨害公安時，是反乎國家之意思。故不能謂得國家之承認也。况習慣法對於成文法，不能違背廢止。又爲近世法律之所認者哉。

第二款 習慣法之證據

習慣法之存在。不可徵之於法文。其存在及內容。較成文法。常多疑義。然習慣法，亦法律也。司法官不可

法律論

第二編 第二款

法律之立廢 習慣法之證據

第一章

法律之成立

第一節

習慣法之成立

不、確、認、其、存、否、解、釋、其、內、容、以、適、用、之、於、相、當、之、事、件、法、諺、有、之、曰、「審、判、廳、知、法、律、」其、所、謂、法、律、者、當、兼、成、文、法、與、不、文、法、而、言、初、無、區、別、於、其、間、惟、在、往、古、認、習、慣、法、爲、一、種、事、實、與、普、通、之、事、實、相、同、當、事、者、不、可、不、證、明、之、然、此、觀、念、之、誤、已、爲、近、時、學、者、所、共、認、夫、習、慣、法、既、爲、法、律、非、爲、事、實、則、其、存、否、決、非、證、據、之、問、題、司、法、官、當、成、文、法、同、負、應、知、之、義、務、故、一、司、法、官、於、習、慣、法、之、存、在、毫、無、疑、義、時、縱、令、當、事、者、間、不、爲、援、引、而、直、可、以、職、權、適、用、之、二、而、習、慣、法、多、無、記、錄、且、有、由、局、地、習、慣、特、別、習、慣、變、化、而、爲、法、律、者、雖、爲、司、法、官、於、一、切、習、慣、未、必、盡、知、若、不、知、之、而、又、疑、其、存、在、時、自、可、以、職、權、調、查、或、令、當、事、者、證、明、然、其、當、事、者、之、證、明、非、純、然、事、實、之、證、明、故、司、法、官、得、以、職、權、補、助、之、而、又、不、爲、當、事、者、之、證、明、所、羈、束、也、（日、本、民、訴、法、二、一、九、條、我、國、民、訴、律、草、案、三、四、三、條）至、職、權、上、之、調、查、或、當、事、者、之、證、明、其、所、據、之、方、法、1、得、訊、問、證、人、以、知、習、慣、法、之、存、在、歐、洲、昔、時、有、訊、問、審、判、廳、管、轄、區、域、內、之、律、師、檢、察、官、及、書、記、之、會、合、與、地、方、長、老、之、決、議、以、證、明、其、存、在、者、今、日、諸、國、皆、不、認、此、制、度、惟、許、有、證、人、而、已、然、不、爲、證、人、陳、述、所、羈、束、不、俟、論、矣、2、可、以、證、明、習、慣、法、存、在、之、文、書、亦、得、取、之、以、爲、證、據、例、如、司、法、官、所、判、斷、之、判、決、錄、行、政、官、所、發、布、之、公、文、件、及、各、商、會、所、決、議、之、報、告、書、是、也、3、習、慣、之、記、錄、於、知、習、慣、法、之、存、否、亦、頗、有、效、力、焉、。

第三款 習慣法之效力

習慣法有法律效力。遠自羅馬法典。已承認之。其規定曰：「成文法所無之事項。遵守風俗習慣。無可遵守之風俗習慣時。準據類似之場合。其他可依羅馬馬府之習慣。」其後諸國。君權強大。以習慣法于君主之法令效力。有所侵害。遂至竭力排斥。及乎近世。沿革法學派興。習慣法之效力。再爲之一振。至國家主義盛行。爲圖法律之統一計。習慣法之效力。又爲之滅殺。然習慣法。非純之習慣。爲一種之法律。故其效力。自與他之法律。無以異也。惟對於成文法之關係。有不可不從之原則耳。

一、習慣法獨立於成文法以外。成立一派之法律。然得以成文法廢止變更之。

二、成文法得以制限習慣法。或定其有效之條件。或於一定之場合。使其效力。或竟不使之發生。

此爲習慣法之性質。當然所生之結果。現今諸國。成文刑律之範圍內。除有明文規定外。以不處罰爲通則。不認有習慣法之成立。普國民律。規定習慣法。除明文所編入者外。概無效力。巴威倫民律。規定習慣法之成立。須三十年。西班牙民律。亦須十年。又索遜民律等。全不許習慣法之成立。其適例也。但關於此點。頗有議論。學者有謂。凡對於習慣法。或制限之。或廢止之。或竟不許其成立之成文法。皆爲無效。或又謂。成文法對於習慣法。得制限或禁止之。是成文法成立之間。習慣法不得成

法律論

第二編

法律之立廢

第一章

法律之成立

第一節

習慣法之成立

立。然此制、禁止之。法文自體。有因習慣法而廢止者。故成文法、法文廢止之時。即習慣法自由成立之時。然此二說皆認習慣法、有廢止、成文法之效力。非確論也。

三、習慣法得以補充成文法之缺點且解釋其意義。習慣法對於成文法。有補充的及解釋的效力者。此之謂也。

四、習慣法不得矛盾於成文法。又不得變更廢止之。此項理由。可參照第三編第三章第一節之所述。

第四款 習慣與習慣法之區別

習慣與習慣法。既非一物。如上說明。茲舉其差異之重要者。

一、習慣。因便宜而永久行之。而習慣法。人民常本之為法律。以受其羈束之意思而行之。

二、習慣為事實。而習慣法為法律。

三、習慣法與成文法有同等之效力。而習慣不然。不過得視為意思表示之一部。故其效力有二。1、得以習慣解釋當事者之意思。2、為補當事者意思之所不足。得以採用習慣是換言之。習慣法對於成文法。有補充或解釋之力。而習慣不過於當事者之意思。可以補充或解釋之也。例如英國習

慣。車馬相遇。則相互避於左方。若因其一避於右方。兩者衝突。致生損害時。其一方不可不爲之賠償。然此義務。非爲反於習慣而生。乃以反乎習慣。可推知行爲者之懈怠。因有懈怠。故負此義務。此習慣所以有解釋意思之力也。又如買賣行爲。未定取物日期。買主得主張從其習慣。此習慣所以有補充意思之力也。

四、習慣法不問當事者知之與否。援引與否。司法官不可不以職權適用之。而習慣若當事者不知。又不援引時。不可適用。此日本民法第九二條之規定。所以有法律行爲之當事者。有依其習慣之意思時。始從其習慣之趣旨也。

五、習慣法之存否。有疑義時。司法官得以職權調查之。而習慣之存否。有疑義時。當事者不可不證明之。

第二節 成文法之成立

成文法成立之方法。諸國法制。不一其軌。近世國家。凡成文法之成立。必依一定之形式。而制定。不許有違反其形式者。制定云者。爲作成文規則之方法。稱此活動曰立法。諸立憲國。多用立法文辭於狹義。專指經國會議決。制定法律之方法而言。其他成文法之制定。常不稱曰立法。我國臨時約法。第一六條

法律論

第二編 第四款

法律之立廢 第一章 習慣與習慣法之區別

法律之成立 第二節 成文法之成立

第一節 習慣法之成立

所謂立法權。即爲此義。以與命令權區別。學者或有以成文法之公布爲其制定之一要件者。然公布者。公示已經制定之法律內容。因此付與以羈束力。爲行政行爲之一方式。非制定之一要件。成文法雖未公布。而于制定手續完了之時。即爲成立。是故成文法成立之時期。與習慣法相異。頗爲明瞭也。而近世之立憲國。成文法之種類不同。其制定公布之形式亦異。此屬於國家統治權之活動。故關其制定公布之事。於國家統治權之下。說明爲便。茲不詳述。

第二章 法律之改廢

第一節 習慣法之改廢

習慣法既爲法律。則與成文法相同。不能無改廢之舉。惟習慣法之成立。非如成文法之明確。其改廢也。亦多不明確焉。茲舉其改廢之重要原因如左。

一、因于新舊兩習慣法相牴觸之改廢。相牴觸之兩習慣法。不能同時並在。人民依新習慣法而行動。則舊習慣法自歸消滅。或至于變更。約言之。與舊習慣法相牴觸之新習慣法發生時。即舊習慣法改廢之原因也。而新習慣法之發生與否。以習慣法成立之標準決之。

二、因于成文習慣兩法相牴觸之改廢。習慣法雖無改廢成文法之力。而成文法有改廢習慣法

之力。故制定成文法。與習慣法相抵觸時。即習慣法改廢之原因也。

三、因于不適用之改廢。習慣法有多年不適用之事實時。其為法律之效力。自歸於消滅也。

第二節 成文法之改廢

第一款 因於內由之改廢

因於內由之改廢者。由於法律自身有改廢之原由。而改廢之者也。其重要者如左。

一、豫定之實施期間至告終時之改廢。法律中關於全部或一部豫定有效之期間。因其期間告

終。失其效力。例如英國之雇主條例。其有效期間。定為七年。我國之懲治盜匪法。（二年一月二

七日公布法律第一七號）其有效期間。定為五年是也。但其期間告終之後。非無更新之者。

二、法律之標的事物至消滅時之改廢。法律標的事物。永久消滅。則法律亦不復有其效力。例

如中日戰爭。我國所發布之戒嚴施行令。平和克復。此令歸於廢止。又如日本國立銀行條例。銀行

營業期限告終。國立銀行悉行閉業。此條例亦歸廢止是。蓋此等法律。皆以其事物存續。為其存在

之必要條件者也。人或視此原則。不免有奇異之感。然此原則。不惟為多數學者所公認。且實際上

亦頗屬重要。若成文法除以成文法改廢之外。不歸消滅。則日本大正之人民。不可不守德川時代

法律論

第二編 法律之立廢 第二章 法律之改廢 第一節 習慣法之改廢

第二節

成文法之改廢

第一款

因於內由之改廢

之法律。民國八年之人民。不可不守盤古時代之法律。何則。德川盤古之法律。亦國家之成文法。不能以制定之機關消滅。遂謂此法亦歸於消滅也。故往時之法律。失其效力者。多因其標的事物永久消滅。而來廢止之結果矣。然制定法律時之社會情形。雖有變遷。而法律不因之消滅。蓋制定法律時之社會情形。為制定法律之理由。所以使立法者制定法律之原動力也。因此事物變遷。更為立法者改正法律之原動力而止。不可與其標的事物之消滅。相混同焉。

三、適用之事件至終結時之廢止。以新法改正舊法時。有調和新舊二法之法律。稱之曰經過法。此經過法。至新法悉行實施時。自歸廢止。例如日本明治一四年第八一號布告是也。此布告規定犯罪於改定律例存在之時。而發覺於現行刑法實施之後者。照新舊二法。從輕處斷。故舊法時代之犯人。悉被處刑。或至死亡。或罹時效。則新刑法全有效力。此經過法。自歸於消滅。然此不過前示第二原則之一適例耳。

第二款 因於外由之改廢

因於外由之改廢者。由於法律以外。有改廢之原由。而改廢之。即因於立法者意思。而改廢之者也。此為發生新法。改廢舊法。可分為明示之改廢與默示之改廢二者。

一、明○示○之○改○廢。明示之改廢者。以新法指定舊法。明言其改廢之謂。此爲改廢之最顯著者。例如我國憲法（即約法）第五六條規定「本約法自公布之日施行。臨時政府組織大綱。於本約法施行之日廢止。」又如日本刑事訴訟法附則第五條規定「此法律自明治二三年一月一日施行。自其日即廢治罪法。」是也。

二、默○示○之○改○廢。默示之改廢者。不明言以新法改廢舊法。而因新法與舊法相牴觸。舊法自被其改廢之謂。蓋新舊二法相牴觸時。可知立法者有改廢舊法之意思。法語謂「新法廢止舊法」即爲此義。例如我國暫行刑律。雖無廢止舊刑律之明文。而此二者既相牴觸。則舊刑律。於新刑律之實施。全爲廢止。又如日本現行刑法。雖無廢止改定律例之明文。而此二者既相牴觸。則改定律例。於現刑法之實施。全爲廢止是也。又當發布新法之時。往往於其前文或附則。明定從來之法律規則。與此法律牴觸者廢止之。不牴觸者仍有效力。日本憲法第七六條之規定。即屬此例。然此等明文。不過特將默示改廢之理論。明言之而已。縱令無此明文。而有牴觸者。亦當然歸於改廢也。至明示之改廢。於行用法律者。固爲便宜。而立法者當制定法律之際。往往於其影響所及。難以豫定。其新法果於如何之舊法相牴觸。有不能豫測之苦。因於可改廢之舊法。不爲列舉明言者不少。故認默

示之改廢。蓋出於不得已也。然則有解釋法律責任之學者，及實際家，可不慎重以考查之哉。

第三節 法律改廢之範圍

法律之改廢。有行於法律之全部者。有行於一部者。前者曰全部之改廢。後者曰一部之改廢。例如我國行以訴訟條例（二年五月一七日敕令第六八號）於行政訴訟法（三年七月二一日法律第三號）之施行。全為廢止者。屬於全部之改廢。又如日本公文式第三條。以明治二二年敕令第一三九號改正之者。屬於一部之改廢。然不問為成文法與習慣法。其全部之改廢。致生疑義者雖少。而一部之改廢。其改廢之範圍。不明了者良多。茲將處此場合之原則。舉之如左。

一、新法所明示之改廢範圍。限於新法所指定之部分。不及其他。但此原則。有二例外。

1、改廢一條規時。因其條規所生之結果。條規亦歸改廢。詳言之。改廢一制度時。於此相關之諸法規。則皆改廢。即改廢一法規時。其以此為前提之法規。適用此中原則之法規。及關於此之制裁法規等。亦莫不歸於改廢也。

2、改廢一條規時。對其條規所有之例外條規。亦歸改廢。但學者間非無異論。

二、新舊兩法相抵觸之改廢範圍。限於所抵觸之部分。不及其他。新舊兩法之規定。雖有關於同

一事物而不可即謂爲舊法之改廢。蓋時有新舊兩法併爲適用者也。若新法主義與舊法主義全相反對。則爲全部之改廢。若其抵觸。僅止於一部。則僅就其部分。有一部之改廢。其以外之部分。與新法混同。司法官須併新舊二法而適用之。法語謂「無抵觸之範圍。前法與後法互用」。卽爲此義。但以默示之改廢。一條規失其效力時。其結果之條規。或例外之條規。亦皆失其效力。與前項相同。

三、前之特別法。不因後之普通法。失其效力。但立法者之意思。在使前之特別法。失其效力。由後法之目的精神。可以明了。時不在此限。法語謂「前之特別法。不因後之普通法而廢止之」。卽爲此義。例如日本先制定銀行條例。後發布商法。而銀行條例之規則。與商事公司之規則。雖相抵觸。而銀行條例。不因之廢止。卽前之特別法。非依後之特別法。不受默示之改廢也。

第三編 法律之效力

第一章 關於時之法律效力

關於時之法律效力者。法律於何時有羈束力之謂。研究此問題者。在知法律於何時得其效力。於何時失其效力也。有效力之法律者。於一定之事實發生。有予以一定效果之力之謂。所謂現行法是也。成立

法律論

第二編

法律之立廢

第二章

法律之改廢

第三節

法律改廢之範圍

以前無法律。廢止以後無法律。法律之效力。始於成立。終於廢止。但停止之間。有一時中止。其羈束力者。一、法律成立之時發生效力。法律之效力。無論爲習慣法與成文法。皆於其成立時發生。支配其成立後所發生之事實。不俟言也。然命題有二。須攻究之。卽法律之施行期限及法律之不溯既往之原則是矣。

1、法律之施行期限。成文法於制定手續完了之時。卽爲成立。雖然。未經公布。人民無由知之。卽公布矣。而公布之時。非全國周知之時。於人民不知之法律。強其率由。是求難於民也。故近世之法制。爲使人民周知法律之便。其施行成文法也。常設一定之期限。屆其期限。始爲施行。名此期限曰施行期限。自公布至施行期限。稱曰猶豫期間。德法學者中。或有以施行期限。爲公布行爲之完成時期者。然公布者登載於政府公報。或以其他之公布式。以公諸國人。而卽爲完結。其施行期限。不過爲使人民周知。予以一定之猶豫期間耳。

定施行期限之方法有三。1、有自公布之日。實施於全國者。2、有公布以後。經一定之期間。實施於全國者。3、有定到達期間。以距離公布場所之遠近。異其各地之施行期限者。在交通閉塞。邦土較大之國家。法律之施行期限。各地不同。或爲必要。若在舟車便利。郵遞進步之時代。以採第二方法

爲宜。比德諸國即採第二方法。日本之公文式（第一〇條）雖採第三方法。而法例（第一條）亦採第二方法也。

就我國之現制言之。法律之施行期限。可分爲通常施行期限與特別施行期限二種。通常施行期限者。限於無反對之規定。原則上適用於各法令之施行期限。依元年七月一日國務院公布之政府公報條例。在京師爲刊布政府公報之日。在各省爲政府公報遞到之日。但其先期接有官發印電及文書者。不在此限。（第五條）至公報到達各地方日期。因距離之遠近。各不相同。由京師至各省省城或特別區域。自三日。至一二〇日不等。（第六條）其各省省城至各屬之到達日期。亦分別配定。不能如一。（第七條）此蓋取第三方法者也。特別施行期限者。各法令特別所定之施行期限。例如憲法即約法、國會組織法、兩院議員選舉法、國籍法（元年一月一八日公布。法律第四號。三年一月二三日修正）及行政執行法（二年四月一日公布。法律第三號）等。概規定自公布之日施行。又如印花稅法（元年一月二二日公布。三年一月二二日修正）規定以各地方奉到部發印花後三〇日爲施行之期。京師施行時期。由財政部定之是也。

凡法令關於施行期限。如無何等規定。則須依通常施行期限。而依特別施行期限者。必以其法令

或他之法令明白記載之爲要也。

成文法之施行期限。多自公布之日起算。故何爲公布。公布之日爲何時。不可不知。就民國之現制。言政府公報。爲公布法律命令之機關。凡法令概由政府公報刊布（第一條）然京師外省。不無區別。法律、教令、院令、部令等。以刊布於政府公報爲正式之公布。（元年一月六日公布之公文書程式令）省、道、縣及其他各官署令等。以刊布於各省官署指定之公報。或布告之。爲正式之公布。（各官署之公文書程式令）故以其刊布或布告之日。爲公布之日。其法令爲自公布日施行者。公布之日。卽生效力。自公報到達之日起施行者。自其公布之翌日起算其到達期限。（參閱民律草案第二六八條）自其施行期限滿了之日施行。施行之日。卽生效力。故不問其人民之能力如何。事情如何。不得以不知法律爲口實。而免其責任。法語謂「不知法律。不能宥恕。卽爲此義。蓋若不知法律。可以免其適用。則法律之效力。終至有名無實。而不能爲之用也。然此原則。不無例外。例外維何。有左二種。

甲、以天災時變。實際不知法律時。法律於此。縱屆施行期限。而不能實施。例如日本公文式有

「依天災時變。官報到達日數內不到達時。自其到達之翌日起算。」（第一一條）之規定是也。我

國政府公報條例。無此規定。然此理論。固可適用焉。

乙、以人民私意得以免除適用時。凡法律有此種規定者。唯解釋人民意思。設普通之條規而已。故人民不知此規則。而爲反對之意思。不與前之原則相牴觸。此卽聽任法之特質也。

2、法律不遡既往之原則。法律不遡既往之原則。自羅馬法典揭載以來。法國民律、普國州法及其他諸國之法律。皆襲用之。遂在法律關於時之效力中。爲不可動之一大原則。此原則之意義。不過謂法律。惟於實施以後所發生之事件。可適用之。不可適用於以前所發生之事件。蓋法律若可及於過去之事件。是法律未成立之先。已命人民遵守。且昨是今非。人民無所適從。學者謂凡國家對於人民。以其法律所付與之權利。若一朝可以奪去。則人民不信任法律。國權將失其威信。誠哉是言也。故此原則。徵諸法理。按之公益。洵屬公平正當。而其意義。亦甚簡明。然用之實際。疑義百出。自前世紀以來。對此原則之學說。已極其紛紜。而不已矣。

法律不遡既往之原則。非立法上之原則。換言之。立法者非不得制定遡及既往之法律。此爲近日學者所共認。雖然。從來之法制及學說。非無以此原則羈束立法者。視此爲立法上之原則。以北美合衆國爲始。其憲法明文。禁止發布事後之法。次爲法國共和三年。憲法第一四條。諾威憲法第九

七條。皆以此爲立法上之原則。憲法明文。既如此規定。當時學者中亦有如此主張。其最著名者。爲法國憲法學者笨嘉敏肯士坦氏。其言曰：「法律之反致效者。法律上暴虐之最大者也。反致效爲自法律剝奪其爲法律之性質。故遡於既往之法律。非法律也。」然以近世之法理論。此等法制學說。誠屬誤謬。何則。國家之制定法律。爲應時勢之所必需。時因政治上、社會上、經濟上、道德上之種種理由。應使法律效力。遡及於過去者。不能謂其必無。若以此爲立法上之原則。則國家於昔日之弊政。不能制新法以改革之。於既往之犯罪。不能制新法以宥恕之。於從來之苛稅。不能制新法以減免之。法律改良。將至無望。可知遡及既往之法律。不必概爲惡法也。若以此爲非法律。又豈可得乎。此近日之多數學者。所以不視此爲立法上之原則也。此原則既非立法上之原則。則以立法者之意思。得使法律遡及既往。自無庸疑。故生結果如左。

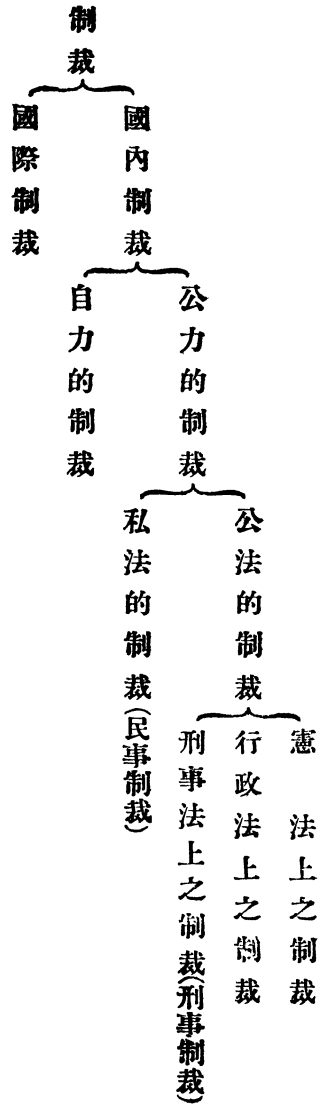
甲、以法律明文規定及於既往者。遡及既往。爲芟除昔日弊習。確固從來權利計。設立新法者。明定其法律。得適用於公布以前之事物者不少。卽進而言之。雖其新生之法律。有害於既得權利。且傷乎社會利益。而苟有及於既往之明文時。司法官不得拒其適用。法國共和第二年四月一七日之法律。以私生子之權利。與嫡出子同等。於共和第一年七月一四日以後所開始之一

切繼承。皆適用之。其一例也。又觀各國立法例。雖以刑罰法令。原則上不遡及既往。而關於未經確定判決之事件。多比較新舊兩法。從輕處斷。若新法爲輕。則從新法處斷。是又適用法律於以前之事件矣。

乙、立法者意思。明在及於既往者。遡及既往。凡根本上以新法廢止舊法者。其新法不及於既往。則不能達其目的。故於此。惟有從其目的。解釋立法者之意思。使其法律效力。遡及既往。例如廢止奴隸之法律。不能不使之遡及既往是也。

丙、由法律性質可知。及於既往者。遡及既往。法律之性質上。其效力可及於既往者。當然有反致效。例如解釋法。爲確定舊有法律之意義。不能不遡及既往是也。

法律不遡既往。既非立法上之原則。故近世學說及法制之傾向。皆以此爲示法律適用上之準則。依此以定法律關於時之效力。當其適用法律。除有反對之規定外。不以之適用於既往之事物也。蓋於通常場合。適用法律於既往之事物。其不條理。不俟論矣。羅馬勅令有曰：「凡法令者。規定將來。其效力不及於過去之事實及行爲。但以明文定其及於過去或未結了之行爲者。不在此限。」後又載此勅令與法典之中。卽爲此義。決非立法上之原則。近世諸國多襲用之。法（民律第二條）



第二章 公力的制裁

第一節 公法的制裁

第一款 憲法上之制裁

憲法上之制裁者。違反憲法所加之制裁也。一國元首。多不受法律之羈束。故雖憲法上之制裁。而不及於元首為通則。我國憲法。即約法第一九條第一一欸之規定。大總統惟有謀叛行為時。得以彈劾。雖非全不負責。而特為此限制者。亦不外此意也。然憲法非全無制裁之法律。憲法上之制裁。多為對於國、務、員、責、任、之、制、裁、也。所謂國務員之責任者。有政治上之責任。與法律上之責任。二者。政治上之責任者。

舊(民四)意(民二)比(民二)普(民總則一四)塊(民二)之民律等。遂皆有此規定焉。

法律不遑既往。爲法律適用上之原則者。卽新舊二法接踵而來。關於同一事項。異其規定時。新法支配其公布以後之事。舊法支配新法公布以前之事也。然當其應用之於實際。疑問續出。其意義有不能瞭然者。第一、舊法時代。全然結了之事物。舊法支配之。非新法之所關也。第二、新法時代。始關始之事物。新法支配之。非舊法之所知也。此二事洵明了矣。而第三、爲其事物發生於舊法時代。結果於新法時代。或開始於舊法時代。完了於新法時代者。應以何法支配之。此原則之應用。所以多有疑義也。立法者於此有特發經過法。以定新舊二法適用之界限者。日本明治一四年一二月。關於新舊刑法之適用。所發之第八一號布告。卽屬此例。而立法者若不發此種法律時。又將如何決解。曰、不能直用法律不遑既往之原則。惟他求其應用之方法。可耳。

國家之所以廢止舊法。制定新法者。莫不以新法之適於公益。較爲妥善。故新法之適用。必求其速。尤貴普及。私人之利益。雖有因之受害。而決無枉國家公益之理。此爲法律適用之第一原則。然以國家新法。致人民以前取得之權利。至於廢滅。亦非增進國家公益。維持法律信用之道。且以新法之故。致人民現有之身分財產。至於變更。又不可謂適於道德。利於經濟。於是不以國家新法。害人

爲權利。又爲法律適用之第二原則。故謂法律不遯既往者。爲法律不遯於既往及其效力於既得權之義。於法律適用之法理。方爲適合。而欲此意義之釋然。尙不可不明其何爲既得權焉。

既得權者。特定之一人。依特定之法律行爲。所取得之權利。而不能依他人之行爲。使其消滅之。謂例如依婚姻取得之夫權。依契約取得之債權。卽爲依法律行爲所取得。而他人不能剝奪之。故爲既得權也。其結果如左。

甲、未定權非既得權。將來有取得希望之權利。得以他人之行爲。或他事件之發生。消滅之者。稱曰未定權。爲單純之希望。而非既得權。例如依時效。可以取得所有權之希望。得以所有者之行爲消滅之。是爲未定權。而非既得權。故以新法改正之時。效法適用之。以阻絕其希望。而不反乎原則。又如繼承開始前。繼承人所有之繼承希望。亦然。但關於此點。其單純之希望。與因條件或期限之附着。尙不能行使之權利。不可混同。

乙、反射權非既得權。既得權。須爲特定之一人。依特定之法律行爲所取得之權利。故屬於公衆全體。或國民一部間共同之利益者。非既得權。蓋此等利益。及屬於所謂反射權。或權能者。爲國家維持法律之反射。以屬於各人之利益。而非法律積極的付與之權利也。故適用新法。於此

等利益。雖有妨害。而不反乎原則。例如舊法對於一般人民。許其行某道路。登某山嶽。而新法不許。此等利益。遂至消滅。而亦不妨適用之矣。

丙、人身權。非既得權。人身權者。人爲人之資格所享有者。例如由生來所有之身體權。生命權。自由權。又如由親屬所有之親權。夫權等。皆非依法律行爲以取得者。故非既得權。卽令以新法變更之。制限之。直爲適用。而亦不反乎原則矣。但其爲妻爲夫之身分。不可與屬其身分之權利混同。

右所說明之主意。證之法制及學說之趨勢。益可確實。稍古之法制。概以最單純之體裁。規定此原則。唯有法律不及效果於過去之行爲及事件而已。均未明言不及於既得權。普法意諸國之民律規定。卽屬此例。然嚴格解釋此規定時。又發見諸種不便。學者乃制限此規則。謂法律不遡既往。及其效果於既得之權利及既遂之行爲。新法之效力可及者。惟於未定之權利。未遂之行爲耳。奧國民律（民五）遂改此原則之體裁。規定之曰：「法律不遡既往。故不及其效果於既遂之行爲及既得之權利。」而此規定。尙失於廣泛。何則。立法者。往往以公益上之理由。對於既遂之行爲。既得之權利。認新法效果。有遡及之必要。故索遜民律（民二）又改其體裁。規定之曰：「法律對於既遂之

行爲既得之權利。不及其效果。但法律明文或自其目的有反對之規定時。不在此限。此原則至。此殆得正當之意義。學說亦漸歸於一致。雖然。此等規定。尙不可謂爲完全。蓋法律之規定。唯設權利不及行爲。故雖爲既遂之行爲。而未生權利者。尙不在保護之列也。可知法律不遡既往之原則。者。不過爲除立法者之意思外。不及效果於既得權之義。始得之矣。

二、法律停止之間無其效力。法律之停止者。一定之期間。停止法律效力之謂。法律之停止。與法律之廢止異。非廢止法律之自體。不過一時停止其適用而已。故停止之原因。一旦消滅。其效力再爲回復。例如施行戒嚴之間。其地域之或稱法律。停止適用是也。

三、法律廢止之時失其效力。法律因廢止而消滅。消滅之法律。無效力之可言。故廢止之舊法。對於現在及將來所發生之事實。則無支配之力。然在舊法之下所發生之事實。如無別項規定。尙受舊法之支配。關此爭訟。司法官尙須適用舊法以爲判斷也。

第二章 關於人之法律効力

關於人之法律効力者。法律於何人有羈束力之謂。研究此問題者。在知法律對於何人及其効力也。欲明乎此。須先知其主義之變遷如何。時當古代。行所謂民族主權。主權者爲一民族之首長。非一國家之

元首。故其時之法律。與其謂爲行於一定之地域也。寧謂爲行於一定之民族。此之謂屬人主義。人之所到。法卽隨之。及乎中古。國家漸有一定之土地。民族主權。一變而爲屬地主權。法律亦漸由屬人主義。一變而爲屬地主義。迨至近世。遂全爲屬地主義。換言之。凡在一國之土地內者。必服從其國之法律也。然極端適用此主義時。諸種不便。因之而出。故所謂區別法主義。生焉。區別法規之性質。探求折衷之適用。於屬地主義。加以制限。又爲近世之傾向矣。而在此傾向之下。關於人之法律效力。其主要原則如左。

一、凡法律一般國民皆須遵守。國權支配一國之人民。故凡爲國民者。皆須服從其國之法律。然

此原則最爲廣泛。不可不依下揭之原則。而受其制限焉。

二、因於人之特別法或種之國民須遵守之。何爲因於人之特別法。前已說明。而此種法律。惟入

其中者。須遵守之。例如陸海軍刑事條例。惟陸海軍軍人遵守之是也。

三、得法律之免除者。限於受其免除之事項。免遵守之義務。法律之免除者。對於一定之人。特不

適用法律之謂。法律之免除。與法律之停止異。法律之停止者。於或期間。對於全般。不適用法律之謂。而法律之免除者。於特別場合。對於特別之人。不適用法律之謂也。又法律之免除。與通常所謂特權異。特權者。依據特別法。入其特別法內之國民。一般所有之權利。而法律之免除者。對於特別

之人。不適用全般新適用之法律也。故予以特權者。爲特別法之適用。而法律之免除者。爲法律之不適用也。法律免除之最著者。爲大赦與特赦。卽於受刑罰之宣告者。特爲免除刑罰。故可謂對於特別之人。不適用法律也。但得法律之免除者。限於受其免除之事項。可免遵守法律之義務。而關於以外之事項。仍有遵守法律之義務。不俟言矣。

四、國民僑居外國時從其僑居國之法律。此原則爲出於屬地主義之結果。凡一國國民。固有遵守其本國法律之義務。而一入外國之領域。原則上又須從外國之法律。如僑居國之刑罰法規。及關於公共秩序。善良風俗之法規。尤不可不遵守之。然此原則。不無例外。例如本國法所命之義務。及其本國法明定僑居外國之國民。尙須適用之法規。不得以僑居外國爲口實而免其適用也。近世文明進步。交通頻繁。國際之間。互相退讓。一國對於僑居之外國人。關於一定事項。又有使其依本國法者如左。

1、一國之國民。雖僑居外國。而其身分能力。以本國法支配之。日本法例。規定人之能力。從其本國法（第三條）親屬之關係。及自其關係所生之權利義務。亦依其本國法者。（第一二條及第二二條）卽認此原則者也。抑身分者何。指人在親屬關係上之地位。及由此地位所生之權。

利、義、務、之、總、稱、也。消極的言之。爲人在社會上之地位。而此地位。非因於契約者也。雖然。身分二字。易啟誤解。日本法例。特謂爲「親屬關係及由此所生之權利義務」。而不謂之爲身分者。以此（第二二條）故茲所謂身分者。可知爲家長家屬親子夫婦之關係。及由此所生之繼承順序並扶養義務等之總稱也。能力者何。指人之享有權利。或行使權利之適格也。故爲公權私權之享有或行使。詳言之。卽成年。未成年。自治產。禁治產。監護。婚姻能力。立嗣能力。妻之能力。財產之取得或處分之能力。遺言能力等之總稱也。此等身分能力。與其國之氣候。風俗。人情及習慣等。皆有密切關係。諸國民律規定。各具特色。關於此等事項。若不使受本國法之支配。其不條理。未有甚於此者。故近世文明國。皆以依據本國法爲通則。例如日本男子不至一七歲。女子不至一五歲。不許爲婚姻。而英國以男子一四歲。女子一二歲。爲適婚年齡。若日本人僑居美國。一五歲之男子。與一三歲之女子結婚。而身分能力。應以日本人之本國法支配。故在日本。不能認此夫婦之身分也。

2、一國之國民。雖僑居外國。而公法上國民之義務。以本國法支配之。公法上國民之義務者。如納稅。當兵。從事公務。憲法上及行政法上所規定之義務也。此等義務。爲專因國籍所定者。故

苟爲一國之國民。雖僑居外國。而非脫本國國籍。不能免之也。又關於刑律。僑居外國之國民。應從僑居國之刑律。以不受本國刑律之適用爲通則。然一國之國民。在外國犯罪。有害本國之安寧秩序時。例如對於元首之罪。謀叛之罪。及偽造貨幣之罪。尙以本國法處斷之爲常。但國家之刑罰權。不能行於外國。惟有待其歸來。罰之而已。

3、有治外法權者。雖僑居於外國。而仍以本國法支配之。治外法權者。一國之人。僑居外國。不從其僑居國之法律。而仍受本國法支配之特權也。有治外法權者如左。

甲、外國之君主或總統及其從者。

乙、外國之公使公使館員及其家屬從者。

丙、外國之軍隊。

丁、依條約有治外法權之人民。

五、

法律對於外國人限於僑居其國內者及其效力。但有治外法權者不在此限。關於私法。不分

內外國人。一律適用。此爲近世諸國之原則。關於公法。多依事項以區別之。即公法中。關係於人民資格之法規。例如關於選舉之法律。關於官吏公吏之法律。及關於兵役之法律等。雖非無例外。而

要。以不及其效力於外國人爲通例。蓋此等法規。皆與國籍有密切關係。而一人不得爲數國之人民也。反之關於安寧、秩序、風俗、衛生及其他刑罰、警察等法律。又以其效力於外國人爲常。比國學者舉其理由曰：「外國人若不守此種法律。則其國之秩序不能維持。且此種法律可以保護外國人之身體、財產。外國人亦不可不爲之報酬。而尊重其國人之身體、財產也。」

六、法律之效力不及於一國之元首。一國之元首有君主與總統之別。在君主國君主多不受法

律之效力。蓋君主國之君主神聖不可侵犯。若受法律支配。則召喚於法庭。加之以刑罰。不惟有傷尊嚴。且有害於公益也。然法律不及君主。既爲基於公益。則於無害公益之虞者。不妨適用。故¹關於政治上之事項。君主全無責任。而由大臣負擔。²關於民事。以事項區別。即甲關於人事。如君主之成年、未成年、婚姻等。諸國多有特定之規程。以不依通常之民律爲常例。乙關於財產上之事項。限於無別項法規時。以從民律之規定爲通例。丙關於民事訴訟。近世諸國對於君主多採許其提起之制。至其手續。不依通常之民事訴訟律。別有特種之程序。或不以君主爲被告。而以其出納官吏爲被告。或如英國。實際上雖與訴訟無異。而特名之曰「權利之請願」。司法官於受理之先。須受皇帝之勅許。³關於刑事。君主全無責任。「王不能爲惡」爲英國古之格言。各國皆奉之爲原則。即君

主雖有何等行爲。而法律上不視之爲惡事。稱此曰君主之神聖不可侵。

共和國之總統則異是。非不受法律之效力。惟與受法律之免除者相同。關於或種事項。不過有特權而已。故1、關於政治之事項。以制度不同。責任亦異。探總統制者。總統負責。如美國是。探內閣制者。內閣負責。如法國是。2、關於民事。無論爲人事。爲財產。皆以從民律之規定爲通例。又關於民事訴訟。亦從民事訴訟律之規定。與一般人民無異。3、關於刑事。除謀叛行爲外。多無責任。如法國及我國是。

第三章 關於地之法律効力

關於地之法律効力者。法律於何地有羈束力之謂。研究此問題者。在知法律所行之土地範圍也。關於此有主要原則如左。

一、凡法律通行於全國。屬人主義時代。法律僅行於君主部下之人民。而不行於僑居其國之外國人民。或其他種族之人民。至近世屬地主義盛行。一國法律。又不行於國境以外。而在其國境之範圍以內。則無所不至。苟有入其國境者。不問其人種如何。國籍如何。皆以服從僑居國之法令爲通則。然此原則。最爲廣泛。而特別場合。特別規則。有行之於國外者。而亦有不行之於國內者。法語謂

「法境不必於國境相同。」即此原則之例外也。

二、因於地之特別法。惟行於國內之一部。例如英國於不動產。以長子繼承爲通則。而肯多州稱曰嘉委爾肯多。又爲分配繼承。然此繼承法爲特別法。故僅行於英國一部之肯多州是也。又聯邦及合衆國。此例最多。紐約州憲法。僅行於北美合衆國一部之紐約州。其一例也。若一國之內。有異其法境之類似法律時。以法境狹者。勝於法境廣者。爲通則。例如歐美各國。一市府有其市府之法。而市府之上。有州在焉。州有州法。州法之上。又有國法。當支配其市府之人民也。市法勝於州法。州法勝於國法。然此市法或州法。須爲適法成立者。若國法於一定之事項。既爲規定。而不許州法或市法再規定其同一之事項時。則應依據國法。自不俟言。例如前德意志帝國刑律。支配德意志全國是也。

三、法律不行於效力停止之地。何爲法律停止。前既說明。此有限於時間與場所而停止其效力者。於此場合。其停止期間。其停止地內。一定之法律。不能行之。例如發布戒嚴令時。其臨戰地境及合圍地境。或種之法律。不能行之是也。

四、法律行於自國之領海。海洋爲世界人民所共用。各國船舶。固可以自由航行。然若一國之領

土。以海岸爲限界。國權不能闕此一步。則國家之安寧。將不可維持。人民之利益。殆頻於危險。故國際法認有所謂領海者。各國皆以其沿海之或範圍。爲自國之領海。行自國之國權。並施行自國之法律。雖外國船舶。停泊於此。亦須使之服從焉。而今日所認爲國際法上之原則者。以自海岸三海里。爲領海。此蓋以砲彈所達之最遠距離爲標準者也。

五、法律以治外法權之結果。行於外國。何爲治外法權。如前說明。爲在外國。不服從外國國法之特權。故有治外法權時。本國法常可行之於外國。例如各國之在外交使館。我國之外人僑居地。許外人有治外法權。各以其本國法行之是也。

六、法律行於外國領海內之自國軍艦及公船。公船者。爲特帶國家公務之船舶。例如平時郵政船。戰時運輸船是也。軍艦及公船。在本國領海內或大洋時。受本國法支配。固不待論。而即在外國之領海內。亦須受本國法之支配。此蓋本於國際間之互讓。及實際上之必要。國際法上不得不使此等船艦享有治外法權也。如在上海碇泊之各國軍艦。其中發生犯罪。依各該國之法令處斷。而不能適用我國刑律。卽此例矣。

七、一國之法律。行於公海中之自國船舶。一國之領海內。可行其國之法律。故非軍艦公船之普

通船舶如商船等，一入他國之領海內，不可不服從其國之法律。此蓋以普通船舶，雖服從外國法律，而於本國之國權無傷也。然在公海，即不屬於何國領海之海上時，此海上之管轄，無論何國，均不隸屬。故適用有船籍之本國法於其船舶者，又自然之勢也。

第四章 關於事之法律効力

關於事之法律効力者，法律於法律關係所及之羈束力之謂。研究此問題者，在對於可適用法律之法律關係，知其種類如何也。然此問題，正確論之，當不屬於法律之効力中。何則？法律効力可及之事，不出乎法律關係以外。既爲法律關係，法律悉支配之。法律關係之種類不同，支配此法律關係之法律，自有種別。如刑律，則支配刑事。民律則支配民事。而法律効力可及之事，固無範圍之可言也。唯法律關係，往往有涉外事項。時因國際間之禮讓，便宜及其必要，特有以自國法認外國法之効力，而適用其規則者。於是於如何種類之事項，可適用自國法。於如何種類之事項，可以外國法爲自國法而適用之。不可不知。故關於事之法律効力者，可解其意義爲對於涉外法律關係之法律適用也。蓋涉外法律關係者，謂於外國有關係之法律關係。其與外國之交涉，因其法律關係所含之人物及其關係所生之場所而起。故論對於涉外關係之法律効力者，在論其支配涉外關係之法律，爲如何之法律也。

近世之法律觀念。概探屬地主義。國家在自國領土以內。惟可行自國法。而於外國法。不可不排斥之。是外國法。固不許行於自國以內。故一國以內。即生涉外法律關係。而可適用之法律。莫不悉爲自國法也。然近世文明諸國。交通頻繁。人事紛紜。涉外法律關係。不能悉使之從自國法之規定。故於或場合。關於或種法律關係。有以自國法認外國法。特予以法律效力而適用者。此蓋基於文明國間之互讓。非原則上固應如是也。故涉外法律關係。雖謂其適用外國法。而非以本諸外國國權之外國法。行於自國之謂。誠以自國國權。對於外國法。付與以法律效力。而適用之之謂也。又嚴正言之。於涉外法律關係。非適用外國法。而適用可從外國法之規則。以爲審判之自國法也。故茲所論者。不外於一定之涉外關係。其如何事項。可以自國法之規則以爲適用。其如何事項。特以自國法認外國法之規則以爲適用之問題矣。其各事項之準據法。如左。

一、關於身分能力之事項。依其本國法。此原則爲何。前既說明。何爲身分能力。亦已述之。蓋人之身分能力。爲統一的。如在一國爲能力者。在他國爲無能力者。誠與事理相反。故關於人之身分能力。必以其人之本國法支配。爲國際私法上一般所共認者也。

二、關於財產之事項。從左區別。

1、關於物權之事項。依其目的物之所在地法。關於動產、不動產、上物權、之事項。依其目的物之所在地法者。殆爲國際私法上現今之通說。（日本法例第一〇條）然古來諸國之立法例及學說。其歸趣不一。蓋自國土地。如適用外國法。則與領土國權之觀念。有相背馳。故關於不動產。依所在地法。雖爲古來諸國之所是認。而關於動產。或謂可依所有者之本國法。或占有者之住所地法。又爲一般所通行。及乎近世。商業、工業。漸見發達。關於動產之涉外關係。亦逐日加多。使從其所有者之本國法時。實際上有種種不便之感。况近世之國家觀念。又有使其領土內之一切物件。不可不從自國法之必要。關於此點。不惟無區別動產、不動產之理由。且若使從所有者之本國法時。又於不同國籍之數人。共有一動產之事項。亦不能定其適用之法律。此所在地法主義。所以爲今之學者所共認也。故凡關於物權之事項。其權利之性質。存否效力。得喪移轉及其他一切。皆適用所在地法。縱令係外國人所有。而其目的物存在於自國內時。亦適用自國法。惟動產之性質。不時移轉。適用之法律。亦不時相異而已。例如在甲國購買一物。攜之行於乙國。後在丙國賣於人。關於購買。從甲國法。在乙國之間。從乙國法。關於售賣。從丙國法是也。

2、關於債權之事項。契約依契約地之法。其他依其原因發生地之法。關於法律行爲之法律。

爲聽任法。聽任法之重要性質。在於幫助各人之任意行爲。避其複雜條件之規定。故合意適用之法律。以當事者明示或默示之意思而定。此通則也。（日本法例第七條第一項）多數學者皆採此說。故例如甲乙二人在丙國爲契約。明言須依丁國法律。現以此契約。爭訟於戊國。戊國司法官。須從丁國國法之規定。以爲判斷。若當事者之意思不明。應從何地法律判斷。學者主張不一。有謂可依履行地法者。有謂可依債務者之住所地法者。而日本法例規定。則爲依行爲地之法律焉。

債務之發生。不僅由於法律行爲。亦有由於他之原因。如事務管理。不當利得。不法行爲而發生者。此等場合。爲有一定之事實時。法律上命以一定之義務。故應適用之法律。不得探求當事者之意思而定。而以適用事實發生地之法律爲通例。（日本法例第一一條）例如甲在丙國。對於乙之財產。加以損害。而訴訟起於丁國時。丁國司法官。須從丙國法律。以定甲之責任是也。

三、關於繼承及遺贈之事項。依被繼承人及遺贈者之本國法。關於繼承。概依被繼承人之本國法者。今日學說。殆相一致。（日本法例第二五條）蓋繼承關係。由親屬或家屬之關係而生。不僅被繼承人希望受本國法之支配。且以財產之所在地法。適用於繼承。則遺產散在之時。反有害被繼承

承人之意思。感諸種之不便也。關於遺贈亦然。故例如法國人死於日本。其財產無論散在何國。惟依分配繼承法是也。

四、關於行爲方式之事項。依行爲地法。此爲國際私法上之一原則。法語謂「場所支配行爲」。即

此義也。其理由有二。1、行爲方式。如使從本國法時。則有不能爲或行爲者。2、行爲方式。爲保護當事者所設。各國國情不一其揆。故行爲方式。須依其行爲地法之規則。例如英國人在德國爲契約。依德國國法。作成公正證書。或私署證書。現起訴於法國。法國司法官。對此證書。須予以公正證書。或私署證書之效力是也。（日本法例第八條第一項）學者或解「場所支配行爲」之原則。謂此所謂行爲者。爲關於一切之行爲也。此說不無謬誤。蓋其文辭。雖曰「行爲。而其真意。實指行爲之形式」。歐美學者間。殆無異詞。又方式有二種。一曰內部方式。即法律行爲實質之條件者。例如契約之成立條件。當事者之能力等是也。二曰外部方式。即可爲法律行爲之證據者。例如通常之證書等是也。而所謂場所支配行爲。其行爲之方式。爲專指外部方式而言。亦無持異論者。

五、關於訴訟手續之事項。依法廳地法。訴訟手續。可依其提起訴訟國之法律。蓋訴訟手續之法律。屬於公法。一國之法廳。依其國法所定之組織權限以外。不得有或行動。故關於此等手續。不能

依據外國法令。有必然者。故例如關於訴訟之原被兩造。雖皆爲外國人。其原因雖亦起於外國。而其訴狀之書式。審判之手續。探證之規則。執行之方法等。皆必依其法廳所在地之法是也。

右所說明。爲應適用於涉外法律關係之法律原則也。然依此等諸原則。若有關係於自國之公安時。則外國法之效力。決不能認定。不問當事者之國籍如何。行爲地之所在如何。及財產之性質如何。必以自國法適用之。蓋有害於自國之公安。而尙認外國法之效力者。與國權之觀念。實不能容也。例如身分能力。雖以從本國法爲原則。而苟於自國之公安有害。公益有損時。則依於外國法之身分能力。不能承認。北美合衆國。不認貴族之特權。英國不認奴隸持主之身分。德國不認土耳其人。一夫數妻的婚姻所生之身分能力。日本不適用有反乎公之秩序或善良風俗之外國法（法例第三〇條）等。皆基於此理由之規定也。

第四編 法律之運用

第一章 法律之行用

第一節 法律行用之意義

國家徒有法律。不能爲之用。惟施之於事實。始可收其實效也。施法律於事實云者。對於特別之事實。確

認其法律效力之謂。名此活動曰法律之行用。此爲法律行於實際之意義。故不限於有公權力者爲之。雖一私人亦有爲之者。例如學者爲攻究法理。人民爲適法生活。皆實施法律於事實是也。然通常所謂法律之行用云者。指有威信之法律實行而言。一私人之適施法律。不謂之曰行用。蓋以國家之權力對於事實。確認其法律效力者。方爲法律行用之意義也。

法律之行用。以行政官及司法官司之爲常。卽行政官行用法律。而爲行政處分。司法官行用法律。而爲審判。而以行政處分之目的。而行用法律。曰法律之執行。以審判之目的。而行用法律。曰法律之適用。例如行政官從租稅法。應私人之資產。徵收租稅者。法律之執行也。司法官從刑律處罰犯罪者。從民律定權利之所在者。法律之適用也。然法律之適用。與法律之執行。其實質原無不同。惟異其機關與目的而已。孟德斯鳩氏曾唱立法、行政、司法三權鼎立之說。聳動一時。而近世學說。全反乎此。謂國權爲一非二。立法、司法、行政。皆爲一國權之發動。惟依其作用。有區別而已。故國權之作用。可分爲立法權及廣義之行政權二者。制定法律之權。爲立法權。行用法律之權。爲行政權。又別此行政權。以行政官廳所行者。曰狹義之行政權。以司法官廳所行者。曰司法權。故行政官及司法官。皆爲任法律行用之職務。而其間所異者。惟司法官於一定事實。確認法規之效力。爲其最終之目的。行政官於一定事實。確認法規之效力。

不過爲行政處分之一手續耳。故稱前者曰適用法律。後者曰執行法律而已。此外固無以異也。

第二節 法律之執行

第一款 執行之機關

法律之執行權。與法律之制定權。同爲國家統治權之一部。古代國家。立法權與行政權之行使機關無異。極以同一之機關。制定法律。且執行之。蓋原始之國家。其機能簡易。無各種部門。故不以特殊之機關爲必要。及乎人文進步。社會發達。國家之機能。亦分化之。而至於複雜。遂從其機能。區分各種部門。至使各部有獨立之機關。故近世國家。執行法律。以委任於一定之機關爲常。此機關卽爲行政官廳。與經國會之機關而行立法權同也。而成文之法律。爲執行計。不可不公布之。國家元首。以行政首長之資格。對於行政官廳。公布法律。命其執行。而行政官廳。遂因此有執行法律之權利與義務矣。

第二款 執行之原則

關於法律之執行。其重要原則如左。

一、行政官廳不得拒絕法律之執行。法律經公布及命其執行之後。行政官廳不可不執行之。若

無相當理由。而怠其執行時。可俟官吏懲戒法及其備之規則。而受相當之制裁焉。

法律論

第四編

第一款 法律之運用

第二章

第二款 執行之原則

第二節

法律之執行

二、行政官廳不問人民有無請求須執行法律。行政官廳之執行法律與人民之意向無涉。非有請求則執行之。無請求則不執行之也。苟爲應執行之法律時。不問人民之意向如何。須執行之。此與司法審判之相異要點也。

三、行政官廳爲執行法律得發命令。凡法律概定法規之大綱。執行之時。不可不另定細則。故行政官廳得發命令。定其執行之細則。稱此曰執行命令權。此命令權之範圍。諸國法制。雖各不同。而要無不認此制度者。我國憲法。即約法。第三一條規定「臨時大總統爲執行法律。或基於法律之委任。得發布命令。並得使發之。」而國務員以下之行政官廳。依此委任。得發執行命令。例如各部總長。以部令定法律之施行細則。是也。

四、行政官廳於法律之範圍內。得爲其執行上便宜之處分。行政官廳。非如司法官之嚴受法規羈束。於法規之範圍內。爲公益計。得爲自由之活動。便宜之處分。故當其執行法律也。不僅得制定其執行細則。而於其法律範圍內。又不妨爲便宜之特別處分。例如警察官當執行法令所爲之警察處分是也。

第三節 法律之適用

第一款 適用之機關

法律之適用權亦與法律之執行權及法律之制定權共爲國家統治權之一部。古代國家如前說明其爲法律之制定執行及適用也。皆不異其機關。國家元首自行制定法律並執行適用之。所謂專制政治是也。社會進化制定法律之機關與執行法律之機關兩相分離。其適用法律之機關亦遂至分離矣。

法律之適用權一稱司法權。凡一國之司法權由法院依法律行之。爲近世立憲國之原則。（北美合衆國憲法第三條第一節我國憲法即約法第四九條）然當其適用之也。依據法律以獨立不羈之意思解釋執行內不受上級司法官廳之掣肘。外不容立法權及行政權之干涉。誠以法院所司者爲正道。爲公平。若無特殊之地位。嚴格之保障。恐難乎爲公明正大之審判矣。

第二款 適用之原則

關於法律之適用其重要原則如左。

一、司法官於未受請求之事項不可爲審判。司法官之職任在於適用法律。故有明白請求時始

可爲之審判。若自行探知而爲審判時。則於公益有害而不能許之也。而此審判之請求。在近世立憲國。關於民事。私人之原告爲之。關於刑事。國家代表之檢察官爲之。又於民事裁判。採形式證據。

法律論

第四編

第一款 法律之運用

第一章

第二節 法律之運用

第三節

法律之適用

主義。司法官惟可就於訴訟當事者。所聲請之事項。爲之審判。而若於未要求之事項。或僅就要求之一部。或超於所要求者。下判決時。則其裁判。可依上訴而破毀之也。

二、司法官於法庭以外。不可爲審判。訴訟及裁判之手續方法。古代多不完備。故其時之司法官。或裁判於自己宅第。或聽訟於便宜場所。固無一定之地。爲之羈束。近世立憲國。審判必設法庭。不許於法庭以外爲之。法庭外之裁判。當然不生效力。此蓋恐司法官有偏倚不正之行。當事者蒙含冤莫明之怨也。

三、司法官不得以法律之不正。不良。爲口實。而拒絕法律之適用。一國之法律。有善有惡。且有悖乎正義。反乎公道者。然司法官之職任。在於適用法律。苟爲法律。不問其善惡如何。不可不適用之。若使司法官對於法律。有救正之權。見爲不當者。可以修改。是使司法官。兼立法者之地位。其流弊至於專擅。危險莫大於此。況其所謂正義公道者。各人所見。又各不同耶。是故法律雖有侵害人民權利之虞。而司法官不得以其有損權利。有害社會爲口實。而拒絕其適用也。但司法官。得以法律。違反憲法爲理由。而拒絕其適用與否。學者間頗有議論。可分三說。

第一說。謂司法官。惟於法律之公布式。有審查其違法與否之權。故法律之公布。若爲適法時。其

以外之形式及實質。縱或違反憲法。而司法官不可不適用之。

第二說。謂司法官對於法律。不惟得審查其形式違憲與否。其實質違憲與否。亦有審查之權。故法律之形式。違反憲法。固可拒絕其適用。縱令其形式適法。而其規定之事項。有違反憲法時。亦得拒絕其適用。

第三說。謂司法官對於法律。雖有審查形式違憲之權。而無審查實質違憲之權。故法律之形式。違反憲法時。雖得拒絕其適用。而若其適法之形式時。不問其實質如何。不可不適用之。

近世之立法例及學說。多採第三說。我國憲法。即約法。亦採之。蓋審查法律之實質。（即法律規定之事項）適合憲法與否。屬於立法權。而約法上立法權。屬於參議院。即國會。（約法第一六條及第二八條）是法律之實質審查權。亦在國會。而司法官對於法律。其實質違憲與否。固無爭執之權也。然法律之形式。若違反憲法。則不能謂之曰法律。司法官得拒絕其適用。例如法律未經國會之議決。總統之公布。（約法第三〇條）不能強司法官以適用是也。

然執行命令。即為執行法律。元首自發或使行政官廳所發之命令。違反於法律時。司法官得拒絕其適用與否。學說殆為一致。即執行命令。非可以違反法律者。故其形式。不適法時。得拒絕其適用。

法律論

第四編 法律之運用 第二款 適用之原則

第一章 法律之行用 第三節 法律之適用

其實質有違反法律時亦得拒絕其適用也。

四、司法官不得以法律之不明不備或欠缺爲口實而拒絕其審判。國家之設司法官也原爲對於人民使之判決訴訟而訴訟之發生多因於法律之不明不備或有欠缺故司法官若得以此等理由拒絕其審判則反乎國家設官之本意。人民相互之間將以私闘判定曲直以純力保護權利社會秩序錯亂紛糾殆無可收拾之日。此此原則之所以生也。然法律有不明不備或欠缺時司法官於此又將何以處之述之如左。

1、法律之規定有不明時須依解釋之原則定其意義而適用之。而司法官之解釋法律據立法法的解釋以定其意義之外又得以自由之意思解釋不以行政的解釋及其他行政命令等而受其羈束。

2、法律之規定有不備或欠缺時依刑事民事不同而原則各異。

甲、關於刑事法律有不備或欠缺時宣告無罪爲近世諸國法制之通則蓋在往時司法官不俟法律明文得由自己意思以或行爲爲罪而處罰之。然此制度易滋流弊法國革命以後獨罪之成立以有法律明文爲必要無明文時無論何種行爲不得處罰且於法律規定亦不許

其援引比附。以明所謂罪、刑、法定主義。（法國刑律第四條、意刑一、德刑二、比刑二、日刑二、我一〇）誠以如何行爲爲罪。若任司法官之專擅。則同一行爲也。甲可謂爲有罪。乙可謂爲無罪。甲可謂應重罰。乙可謂應輕罰。危險不可勝言也。

乙、關於民事。法律有不備或欠缺時。先爲法律之補充。索其可適用之法律。若無可據者。時以近世之通說。可依習慣。無習慣時。可依條理。我國民律草案第一條之規定。卽採此說。法與兩國民律。謂可依自然法。比國民律草案（第一一條）謂可依衡平法。其條文不同。而精神一也。昔時司法官遇法律有不備或欠缺時。有請示立法者指揮之制度。然不惟使審判手續。至於延滯。且於司法獨立。亦有妨害。故近世諸國。皆不取之。司法官於此。對於人民。不得拒絕其審判。對於立法者。亦不待其指令也。

五、司法官於受其請求之事項。不得以設定一般法規之方法而爲審判。此爲司法職權性質上所生之結果。蓋司法官之職權。在於判決訴訟。若法律上於其判決。予以一般法規之形式時。是司法官對於人民權利。可以設定準則。有侵害立法者之地位。而司法權貴乎獨立。不許立法權之濫事干涉。亦不許司法權之逾越範圍。此此原則之所以生也。是故司法官之審判一事件也。雖有命

法律論

第四編 第二欸

法律之運用 適用之原則

第一章

法律之行用

第三節

法律之適用

國民全般遵守者。而如此之命令。毫不能發生效力。雖然。在司法的行政之範圍內。法廳以一行政官廳之地位。設定一般審判或各法廳應用之訴訟規例。則不禁止之。往昔法國各州之法廳。常以所下之判決。爲例規之決議。在其管轄區域內。至公布新法時止。假有法律之效力。卽此例也。然此種制度。不惟使司法權。侵害立法權。且判決例有不能畫一之虞。故當大革命時。於司法權立法權之區別。特爲申明。更以民律第五條規定此原則。以力矯其弊矣。

六、凡判決於爲此判決之法廳及就其事件確定之。此原則之生。爲由於法律適用上之便。蓋若對於同一法廳。就於同一事件。得屢次請求裁判時。則訴訟無有終期。奸黠者之刑戮。可邀暫免。權利者之地位。不得確定。且數次判決。時或矛盾。亦有害審判之威信。故自公益上言之。凡依適法手續之判決。可推定其已得事實之真。法理之正。於同一之法廳。有不得破之者。若欲平反。不可不依上訴之方式。或爲控訴。或爲上告。如經上告審之裁判。又經過上訴期間之裁判。則斷然確定。絲毫不可動移。稱之曰確定判決。而確定判決不可動之效力。在訴訟當事者間。稱之曰既判力。在法廳謂爲一事不再理之規則。然此原則。有二例外。

1 缺席判決得聲明窒礙對於同一法廳再提起同一事件（日本民訴法第二五六條、我國民

訴律草案第四九八條）蓋以判決之時。原被兩造。皆未蒞庭辯論。司法官於其訴訟事件。或未十分領解也。

2、確定判決得以再審之方法覆之。（日本民訴法第四六七條以下，我國民訴律草案第六

○三條以下）但可許再審者。須限於判決誤謬明瞭。不俟言也。

第二章 法律之解釋

第一節 解釋之意義

法律之規定。其中不明悉之點。一般稱之曰法律之疑義。其疑義顯出於法律之表面者。曰表現疑義。隱匿於法律之裏面者。曰隱匿疑義。如文章用語。意義曖昧。法規條文。前後衝突。是疑義之現於法律表面者。故屬於表現疑義。如其文語明瞭。法條確正。而於此相當之事物。不能明悉。是疑義之藏於法律裏面者。故屬於隱匿疑義也。蓋以法律不問為習慣法與成文法。皆依言語文章以為表彰。而其言語文章。不過傳達吾人思想之符號。人之思想。依符號表示。不能絲毫無違。恰合分際。且言語文章之意義。及於此相當之事物。亦與時俱變。不能免諸種之變化。法律疑義之生。即起因於此也。是故制定法律之事。即以精於法理。飽有經驗之名士為之。產出法律之源。即以富於理想。重夫權利之人民當之。亦不免有疑義。

此誠爲不得已之數。而解釋法律之必要。由之而生矣。

法律之解釋者。爲明確法律之疑義。闡明其意思之活動也。學者於法律之解釋。或有解於廣義者。或有解於狹義者。解於廣義者。以解釋法律。爲發揚法律真意之一切方法。法律之鑑識。亦在其中。解於狹義者。以解釋法律。惟可用於法文文辭之不明悉者。然法律之鑑識。爲對於法律。勘其有無誤謬。愆脫之活動。而非明確其疑點之活動。又文辭。不過爲傳達思想之符號。其解釋。成文法也。非探文辭之意義。而在於依其意義。以求法律之真意。故不文法有疑義時。亦須有明之之方法。謂此活動曰解釋。亦無妨也。美國學者。有謂「解釋云者。爲對於傳達思想所用之符號。發明其真意之謂。」雖不曰言語文章之真意。而曰符號之真意。然法律之解釋。非爲明確符號真意之活動。而爲就其符號。闡明其法律真意之活動。彼此不可混同。學者又有以法律之解釋。與法律之補充。及適用。相混同者。如謂刑律不許解釋者。與法律之補充。混同。如謂決某事件。應用某法。爲法律之解釋者。與法律之適用。混同。蓋法律之補充。屬於法律真意確定後之作用。如法律關於現在某事。缺其規定。故類推其有規定者之精神。以其同一理由。推及於未規定者。以補法律之缺典。此活動爲法律之補充。非法律之解釋也。又於某事應適用某法與否。非法律之真意有疑義。不過爲適用上之疑義。故決此疑義之活動。亦非法律之解釋也。

第二節 解釋之類別

第一款 公式解釋

公式解釋。一曰法律的解釋。或有權的解釋。即合稱以法律所定之解釋。及有行用法律之職權者。當行用法律時所下之解釋也。可別爲立法的解釋。司法的解釋。及行政的解釋三者。

一、立法的解釋。立法的解釋者。以法律所定之解釋也。從來所行之方法。屬於此種解釋者。述之如左。

1、於法文中插入解釋文之方法。此爲就法律中之文章字句。有生疑義之虞者。加以解釋條文。以明其意義。例如我國民律草案第一六六條。規定「稱物者謂有體物」是也。此種條文。曰解釋條項。英國之成文法。於其法律之冒頭或末尾。常設附則。附此種條文者頗多。

2、以附屬法解釋主體法之方法。此爲就主法律中之文章字句。有生疑義之虞者。特以解釋條文。加於附屬法律之中。以明其意義。例如日本民法中之法文。有依其附屬法之民法施行法而解釋之是也。

3、因解釋法文特發新法之方法。此爲就於一法律中之文章字句。有生疑義之虞者。特發他

法律論

第四編 第一款

法律之運用 公式解釋

第二章

法律之解釋

第二節

解釋之類別

129

之法律。以明其意義。例如日本爲解釋其帝國憲法第六七條。特發會計法補則是也。而以新法解釋他之法律者。固不以特發成文法爲要。以不文法解釋成文法或不文法亦無妨也。例如法律之某條文。習慣上解爲一定之意義。立法者若默認之。卽以不文法爲解釋者也。稱此曰習慣的解釋。

此外尚有見印度刑律及契約律等之例。因謂於法律中插入適例爲立法的解釋。方法之一種者。然示適例者。爲解釋法律時所供給之資料。不可以此直謂爲法律之解釋。學者動以立法的解釋爲有制定法律之權力者所行之解釋。如日本發布市町村制時所附之理由書。如我國普通所行之例。下級官廳。關於法律之解釋。恒請示於上級官廳。上級官廳。對此所發之指令等。皆有謂此爲屬於立法的解釋之方法者。然此不外爲當局者關於法律解釋所表示之意見。而非立法的解釋。卽令爲制定法律之權力者。而非依有效之形式時。其所定之解釋。亦不能使之生羈束力也。故此等解釋。爲立法的解釋者。殊覺未當。

二、司法的解釋。司法的解釋者。司法官判決之際。適用法律所爲之解釋也。此種解釋。與立法的解釋異。他無解釋之方法。學者動以司法的解釋。解於狹義。謂此爲普通司法審判廳之審判官所

下之解釋者然。凡適用法律。而爲判決者。所爲之解釋。其效力不因普通審判官與其他審判官。而有差異。故寧解於廣義。謂司法的解釋中。凡審判官判決之際。適用法律。此下之解釋。悉包含之。方爲正當也。就我國現制論。有適用法律。爲審判之職權者。普通審判官外。有文官懲戒委員會之委員長、委員、陸軍軍法會審之審判長、審判官、未設法院之各縣地方之知事、承審員等。此數人者。有爲審判之資格。固審判官也。故其所爲之判決。就於其事。生羈束力。固與普通審判官所爲之判決。無以異也。

三、行政的解釋。行政的解釋者。行政官爲行政處分。或行政裁決。行用法律。所下之解釋也。此種解釋。亦與司法的解釋同。他無解釋之方法。

第二款 私見解釋

私見解釋。一曰學理的解釋。或無權的解釋。即依一私人見解。所下之解釋也。可別爲文理的解釋。及論理的解釋。二者。此解釋現於法律判決。或處分時。則爲公式解釋。

一、文理的解釋。文理解釋者。對於法律。闡明其基於文意。字義。法律真意者也。法文不明悉時。此方法最爲必要。而依此解釋。所可依據之材料。必須存於其法律以內。如文辭之本義。章句之構

造等是也。

二、論理的解釋。論理的解釋者。參酌法律發生之原因。理由沿革及其他關於法律之一切事情。而闡明其法律真意者也。蓋解釋法律。依據其文辭章句而為之者。雖屬當然。而其文辭章句。或全不明瞭。前後條規。或自相矛盾。僅依其文辭章句。反有不能達其法律之目的。且有不能用其條規於實際者。故其法律之發生。由於如何原因。本於如何理由。為進促如何之利益。矯正如何之弊害。及其他一切事情。皆不可不參酌之。以求其真意之何在。論理的解釋。即因之而生矣。而依此方法解釋。所可依據之材料。其重要者如左。

- 1、法律之淵源。例如制定法律之準備書類、草案、及其說明書、議會之議事錄、及可為其法律材料之習慣、或習慣法、母法等是也。
- 2、法律之沿革。例如制定法律時之事情、與舊法之關係、及其制定法律之目的等是也。
- 3、法律之比較。法律各部之比較、及與其他法律之比較是也。
- 4、法律之理論。制定法律。必從學理。故無以上之材料時。可以學理為解釋之材料。
- 5、法律之結果。法律各有目的。故可以適合其目的之方法。推究法律之結果。以為解釋之材

料。

第三節 解釋之標準

第一款 關於解釋之共通標準

解釋法律之共通標準。其重要原則如左。

一、法律之解釋不可爲之於無疑義者。前既說明法律之解釋。爲明確法律之疑義。闡明其眞意之活動。故法律之意義精確時。無須爲之解釋者。當然之理也。

二、先從文理的解釋依其解釋方法法律眞義既爲明瞭時不可再爲論理的解釋。法律所用之文章字句。爲傳達意思之符號。法律之眞意。須就此符號探究之。故文章字句意義明白。而尙有疑點。非十分證明。不可了解時。仍以其文章字句之意義。爲其法律之眞意。不許離其文章字句而爲之解釋也。

三、文理的解釋之結果與論理的解釋之結果相牴觸時須從論理的解釋之結果。法律之規定不能絕無疑義。司法官於此尙須據以判決。既如前所述矣。而法律所用之文章字句。時或全不明瞭。時或前後衝突。僅以文理的解釋。尙有不能適用者時。須更以論理的解釋。察其精神之所在。妥

法律論

第四編

法律之運用

第二章

法律之解釋

第三節

解釋之標準

第一款

關於解釋之共通標準

爲補正。以期適合於真義。換言之。須於文章字句以外。探法律之真意。以從其結果也。然學者有持反對之說曰。「法律之文章字句。爲立法者意思之符號。故其意思如何。不得求之於外也。若許其論理的解釋。可以及於文理的解釋時。則非法律之解釋。而爲變立法者之意思。枉法文內之規定也。」又曰。「人民之知法律也。不外依於文章字句。解釋法律。若反於文章字句時。則人民無所適從矣。」此說雖亦言之成理。而若適用法律。惟依文理的解釋。不許爲反其結果之論理的解釋。則欲適用甲法律。有不能不破壞乙法律者。未免有顧此失彼之嫌。故此學說。爲拘泥於意思之符號。而忘失精神之所在也。

第二款 文理的解釋之標準

可爲文理的解釋之標準。其重要原則如左。

一、法律之文辭。須關聯於法律全體而解釋之。法律之文辭。前後必相關聯。故若孤立解釋。將不免矛盾之虞。例如我國暫行刑律第一五條。有「對現在不正之侵害。而出於防衛自己或他人權利之行爲。不爲罪。」之規定。其所謂「他人」者。其中含有親屬與否。須考察刑律全體而定之。又如日本帝國憲法。有所謂「法律」者。其含有命令與否。亦須通覽憲法全體而定之是也。

二、法律之文辭須從平易通常之意義解釋於特別意義時不可無特別之理由。茲所謂平易通常之意義者指其文辭普通所附之意義而言。非謂專門家或技術家所附之意義。及依於一地方慣例之意義者。蓋國家之制定法律。原為國民全般而設。故用普通一般意義之文辭以制定之者。當然之事也。然立法者之意思。若用其文辭於特別意義時。仍須從其意義。例如關於商工、技藝及學術等法律中所用之文辭是也。

三、法律之文辭須從法定之意義解釋之。此原則為右第二則之例外。若法律特定文辭之意義時。非有特別之理由。則須從其意義解釋。例如我國法令中有所謂「商人」時。可解為商人通例（三年三月二日公布敕令第二七號）中之所謂商人。又如日本法律中有所謂「養子」時。通俗謂此僅為男子。而日本民法親族編所謂養子者。兼男女而言。故須從此意義解釋之是也。

四、法律之文辭須從法律成立當時之用例解釋之。言語文字。有依時代而異其意義者。故解釋法律。不從其成立時之用例時。恐枉立法者之真意。例如未行汽船時代。其所謂船舶者。自不含有汽船。未行馬車時代。其所謂車輛者。自不含有馬車是也。

第三款 論理的解釋之標準

法律論

第四編 第二款

法律之運用 第二章 文理的解釋之標準

法律之解釋

第三節

解釋之標準

可爲論理的解釋之標準。其重要原則如左。

一、法律之文辭除有特別理由外須廣義解釋之。法律中之用語寧從廣義解釋。不可妄事制限。

而用語之意義。失於廣泛。有逾越立法者之意思時。則仍須限縮之。以適合於立法者之真意。例如依憲法即約法。人民有應任官考試之權。人民有選舉及被選舉之權。人民依法律有服兵之義務等。(第一一條、第二二條、及第一四條)此法文之人民文辭。通常雖含男女兩性而言。而依論理的解釋之結果。自其法律之目的言之。此之所謂人民者。可謂爲限於男性是也。稱此曰限縮解釋。

二、法律之規定可解釋爲包含同一理由之事項。法律之文章字句。失於狹隘。不能一蔽立法者之所欲言時。不可不依論理的解釋。擴張其意義。以適合於法律之真意。蓋有或事項焉。僅就法律之文章字句言。雖爲其中所未有。然與法律所規定者。實有同一理由。且法律精神。明白包括時。可謂此未規定之事項。實在其規定之中矣。稱此曰擴張解釋。

三、法律之規定相互牴觸時可補正其一方而解釋之。立法者之編制法文也。或因於未注意。或由於不熟練。致條文規定。反其真意時。不可不變更其文面上之意義。妥爲補正。以適合於法律之真意。此等方法。用之不當。雖屬危險。而兩種規定。互相牴觸。其一明爲立法者之未注意時。則於其

規定之文面意義。變更補正。以避其前後牴觸。使之兩有效力。皆可適用。此誠必要之舉也。稱此曰、
補正解釋。

四、法律之用語。其範圍不一定。時須寬大解釋之。例如人之用語。可謂包含男女老幼而言。單數文字。可謂含有複數。複數文字。可謂含有單數是也。稱此曰、寬大解釋。

五、以特別理由其規定。爲變則時。須嚴正解釋之。變則者。因有特別理由。不適用通則。而設解釋。法律若擴張變則之範圍。則反乎設此之理由法。語謂「立法者欲從通則」。卽此義也。故如免除租稅之法。令付與特權之法。令。皆不可不嚴密解釋之也。稱此曰、嚴正解釋。

六、科刑罰。或令負義務之法律。亦須嚴正解釋之。法律科人以刑罰。使人負義務者。原爲不得已之舉。規定既須從狹。用語尤貴嚴明。故如刑律、違警罰法、治安警察條例、文官懲戒法、司法官懲戒法、知事懲戒條例、陸軍刑事條例、海軍刑事暫行條例、印花稅法、契稅條例、所得稅條例、鹽稅條例、販賣烟酒特許牌照稅條例、特種營業執照稅條例等。皆不可不嚴密解釋之也。學者或以刑律上不許比附援引之規則。與此原則同視。謂暫行刑律第一〇條「法律無正條者。不論何等所爲。不爲罪。」之規定。卽爲發揚此原則者。然刑法之不許比附援引。爲法律適用之原則。而非解釋之原

則也。茲所言之原則。爲定法律意義之原則。依此定其意義之後。始可見不許比附援引之原則適用。不可不知。

第四節 解釋之效力

法律解釋之效力。因其解釋爲公式與私見而異。即公式解釋者。其解釋以闡明法律之真意而生公効力。而私見解釋者。毫不生公効力。此所以一曰有權的解釋。一曰無權的解釋也。然公式解釋之効力。亦有強弱。自其効力上細別之。可分爲絕對的有權解釋及相對的有權解釋二者。絕對的有權解釋者。對於一般人民。且就於一般場合。皆有效力之謂。相對的有權解釋者。惟對於或機關。又或人民有效力之謂。分論於左。

一、絕對的有權解釋。法律之作成。由於立法者。故立法者不可不有定其意義之權力。若立法者爲國會。則解釋之權在國會。如法國及我國是。若立法者爲君主。則解釋之權在君主。如日本是。而立法的解釋。爲基於國法上之解釋權。故與法律有同一之効力。而爲絕對的有權解釋也。德之學者。有謂立法的解釋。即爲法律。故不可謂之曰解釋。此說雖非無一面之理由。然苟爲說明法律之意義時。固不妨謂爲解釋。立法的解釋。既有法律之効力。則此解釋自羈束一般之人民。並各法

廳²、不論何等場合皆有效力³、與原法律自成一體。由原法律公布之時。即生效力。但不得以此之故。遂謂解釋法可以溯及既往也。蓋解釋法者。非以新法適用於公布以前之事件。不過從立法者當初之意思。解釋原法律以適用之而已。

二、相對的有權解釋。行政官有解釋法律之權力。故行政的解釋。爲有權的也。然此解釋。不得羈束法廳。固不俟言。即對於私人。亦無何等效力。惟對於屬其監督權內之下級官廳。可以羈束之。故爲相對的也。司法官亦有解釋法律之權力。故司法的解釋。爲有權的也。而法廳之行審判權。原屬獨立。故¹、法廳得不求立法者之解釋。而自爲解釋。²、法廳不受行政的解釋之羈束。得獨立爲法律之解釋。但法廳獨立解釋云者。非不羈束於立法的解釋之意。³、法廳不受他法廳之羈束。各法廳得獨立而爲解釋。然以此之故。各法廳之解釋。不無相異。實有害於法律之統一。故近世諸國。皆設上告法廳。以期解釋之一致。依我國國法。大理院認控告審判衙門之判決。爲不適用法律。或適用不當時。則廢棄之。或自行審判。或將該事件發還於原審判衙門。（民訴律草案第五八一條。第五八二條。第五八三條。及第五八四條。）而原審判衙門。對於上告審判衙門之法律上判斷。必受其羈束。且大理院節制下級審判衙門之案件。下級審判衙門。對於該案。不得違背該院法令上之

意見。以防解釋之衝突。（民訴律草案第五八二條，及暫行法院編制法第四五條）日本民事訴訟法第四四七條，第四四八條，第四五〇條，及裁判所構成法第四八條之規定，亦此例也。然司法的解釋，對於一般人民並各法院，又就於一般之場合，不生羈束力。惟就其事件，生既判力於訴訟當事者之間，故其解釋為相對的也。

三、無權的解釋。無權的解釋為一種學說。即解釋者毫無解釋法律之權力，故此等解釋決不生公效力。惟其解釋出於著名學者研究，在學理上得其正鵠時，或為審判上之參考，或為習慣法之淵源，不過事實上具有偉大之勢力而已。

第三章 法律之鑑識

第一節 鑑識之意義

法律之解釋。若解於廣義。法律之鑑識。亦其一種也。而法律之鑑識。以別論之。較為便宜。且覺正當。夫法律之鑑識。云者。對於法律之記錄。識別其真偽。誤謬之活動也。蓋法律之記錄。由於贗寫之誤。印刷之謬。誤漏。愆脫。或不能免。故當適用之際。不可不明其真偽。正其誤謬。法律之鑑識。即指此活動而言也。學者或以法律之鑑識。解於廣義。謂為評定其是非真偽之意義者。依此意義。則鑑識者。於識別法律之真偽

外。尚須第一、識別法律之利害得失。正邪善惡。第二、識別法律之全部或一部有無效力。然其第一爲關於法律之性質目的。應屬於立法論或政治論。第二、雖爲法學中所應研究。而此屬於憲法上之理論。不含有鑑識法律之中學。又謂法律之鑑識。爲不正當之事者。然識別法律之錯誤。雖不無誤會之弊。而欲發揚法律之真意。此種活動。誠不可缺。研究古代法律。尤爲必要。卽近世之法律。其須此雖少。而亦不能謂其必無。例如委斯多發賴國千八一三年一月一八日之勅令。其第三條原文。有「純收入十分之一」。而其他法令全書。爲「總收入十分之一」。又如日本舊民法債權擔保編第四〇條。有「依前條。明爲「前數條」之誤。同編第二二四條末項有「二三〇條」。明爲「三三一條」之愆是也。

第二節 鑑識之類別

法律之鑑識。因其目的。可分爲初等鑑識及高等鑑識二者。

一、初等鑑識。初等鑑識。一曰、蒐集鑑識。就法律之記錄。鑑定其外形的性質。蒐集其可認爲真實者。依其時代價值。順序排列之手續。之謂。卽高等鑑識之先。豫求其材料之方法也。須行此鑑識者。多在于古代法律。而其行之之法。與鑑定古書無異。惟于條文與非條文之部分。（例如註解等）不可不留意區別耳。

二、高等鑑識。高等鑑識。一曰、選擇、鑑識。于初等鑑識所蒐集之材料。確定其法文真偽之方法。之謂。高等鑑識。有二職分。1、於初等鑑識所蒐集之材料。比較對照。定其何為正文。而為此時。須注意於記錄之時代及多寡。然古代之記錄。不必悉真。多數之記錄。不必皆正。故尤須參酌事情。應用學理。以定其可認為正文者。2、已定為正文之記錄者。則等于法律之原文。而此原文。果表現其立法者之真意與否。不可不更為確定。見有誤謬。則改竄之。而為此時。固須依據學理。參照事情。尤宜與他之法規。對比照合。以期無誤。然於法文散失磨滅之時。除推測而外。亦無他法。故又有稱此為推測、鑑識者。要之、高等鑑識之第一職分。以選擇法文為目的。第二職分。以補修法文為目的也。

第三節 鑑識之標準

法律鑑識之類別。雖如前節說明。而當其鑑識之也。近世法律。與古代法律。其可依據之標準。又各不同。述之於左。

一、近世之法律。除其誤謬。明瞭者外。不可為之鑑識。近世諸國法制。概設一定之法律公布式。依其公布式所公布之記錄。即為法律之正本。而不可不以此為真正者。似無鑑識之必要矣。然縱令為正本矣。而手民之誤。不能保其必無。又縱令正本與原本一致矣。而原本自身。未必無編纂之誤。

筆記之謬。故雖近世法律。其誤謬明瞭時。亦有依鑑識以釐定之必要也。

二、古代之法律。須一般爲法律之鑑識。古代法律。及雖屬現行法而爲往時所發布者。多無正本。且繕印之間。過誤愆謬。亦恆有之。故當適用或研究時。法律之鑑識。最爲切要。且大有效用。而爲此者。必先依初等鑑識。集諸法之原本記錄。以鑑別其外形之真。次依高等鑑識。行法文之選擇修補。以發揚其法文之正。研究羅馬法時。此法尤爲必要矣。

第四章 法律之補充

第一節 補充之意義

法律之補充。有謂合于法律之解釋中者。此爲以法律之解釋。解於廣義之結果。亦寧以別論之。較爲便宜。且覺正當。原夫社會之現象。千態萬狀。無有窮極。法律者。不過設一般之規定而已。故法律之規定。對於一切關係。不能盡行網羅。往往有法律關係存在。而可適用之法規。竟至闕如者。亦數之所不能免也。於是乎法律補充之必要生矣。法律之補充者。推其法律規定者之精神。以求其可適用於未規定者之規則之活動也。蓋法律之解釋。爲對於既有之法。規以求其意義爲目的。而不探求其新規則。法律之補充。不以求其意義爲目的。而專推究其新法規。卽法律之解釋。在法律有疑義時爲必要。法律之補充。在

法律論

第四編 第四章

法律之運用 法律之補充

第三章 第一節

法律之鑑識 補充之意義

第一節

鑑識之標準

法律有缺點時爲必要也。要之、法律之補充。爲屬於法律真意確定後之作用。如有或事項焉。爲法律所未規定。應用何法。不得而知。惟有推其法律所規定者之精神。探其同一理由。以推及此于未規定者。以補法律之缺點。是先有法律之解釋。而後有法律之補充矣。

法律補充之意義。既如此。則法律之補充。非立法而何。曰否。由法律所規定者。類推其未規定者。邊觀之。似屬於行用法律之職分外矣。然法律之補充。爲本諸既成之法律。推究評論。以求其結果。實屬於行用法律者之權限內。而無疑也。

第二節 補充之方法

爲法律之補充者。須依論理之作用。而通常所用之方法有四。

一、推理論法。推理論法者。以法律所未規定者。明爲規定者之結果。故可推度規定者之規則。適用於未規定者之論法。之謂。是以既規者之規則爲大前提。而求其小前提也。此論法。爲法律補充中之最普通者。

二、類推論法。類推論法者。以法律所規定者。與未規定者。明有同一理由。故規定者之規則。亦可適用於未規定者之論法。之謂。是以既規定者爲小前提。求其大前提。更依此求他之小前提也。此

論法爲補充法律之所屢用。而用此時。其明白規定之規則。須爲通則的。若爲例外的規定。決不許用此論法。蓋凡例外的規定。皆因特別原因。不能適用一般之原則而設。故若用類推論法於例外的規定時。則有反乎立法者之意思。此關於刑罰法、義務法、及制限法等。所以不許用類推論法也。而類推論法。有與擴張解釋相似者。然彼爲解釋、立法者之意思。此爲補充立法上之缺點。於此全異其性質也。

三、反理論法。反理論法者。法律所規定者與未規定者。全相反對。故以反對於規定者之規則。適用於未規定者之論法之謂。是由於一之規定。論究其裏面如何也。此種作用。常依二法語而表示之。卽一曰「規定其一卽知其二也」二曰「此所包括者彼所排斥也」此論法亦爲補充法律之所常用。然用此時。若不十分注意。則有枉立法者意思之虞。例如行政法中有一「刑餘之人不得爲官吏」以反理論法。則非刑餘之人。自可爲官吏。又如國會組織法第一四條。有一「豫算決算。須先經衆議院之議決」以反理論法。則預算決算。不得先經參議院之議決。此洵至當也。然如日本憲法第二七條。有「日本臣民不被侵其所有權」以反理論法。則外國人民。可被侵其所有權。或日本臣民。可被侵其所有權以外之權利。又如我國憲法。卽約法第五條。有一「中華民國人民。一律平等。無

種族階級宗教之區別。」以反理論法。則外國人民不能一律平等。有種族階級宗教之別。如此論結。實反乎立法者之意思。故補充法律。惟依賴此方法時。頗屬危險。不可不注意焉。

四、強理論法。強理論法者。以法律所規定者之理由。在其未規定間者。更爲強大。故其規定者之

規則。亦適用於未規定者之論法。之謂。此論法有二。

1、由大及小之論法。此即關於重大事件。爲法律所容許。或不以爲必要時。則輕微事件。當然容許。或不以爲必要之論法也。例如揭示路口。准牛馬通行。則准人之通行。不俟言矣。

2、由小及大之論法。此即就於輕微事件。爲法律所禁止。或以爲必要時。則重大事件。當然禁止。或以爲必要之論法也。例如出示湖邊。禁止投釣。則不許其投網。不俟言矣。

第五編 法律之制裁

第一章 制裁之性質

第一節 制裁之觀念

制裁非法律之必要條件。前既說明矣。然法律之施行也。欲其有效。須附制裁以強行之者。究占多數。於是乎有法律之制裁。故法律雖不能謂其皆有制裁。而法律之制裁。可謂皆法律也。制裁者。何以廣義言。

爲依一定之勢力維持一定之規則使犯則者所被之惡報也。故非法律之專有物。凡可稱爲法者無不皆有制裁。自然法有自然之制裁。例如反乎自然之法。而仲夏播種。則苗輒枯。嚴冬解衣。則感風寒。此惡報也。如道德法。如宗教法。亦何嘗無制裁。行爲不良。世人嘲笑。自問天良。亦覺苦痛。道德上之制裁也。違背教宗。缺乏信仰。或受其冥罰。或不安於心。宗教上之制裁也。法律之制裁。其實質亦與此同。其所異者。惟在國家依其權力。使違反法律者被受之一點而已。是故法律之制裁者。爲國家爲強行其法律。以法律使反法者所被之惡報也。分析說明於左。

一、制裁者惡報也。欲快樂而避痛苦者。人類之通情也。故人欲使人爲或行爲。使人避或行爲時。予爲之者。常以快樂。予不避之者。常以痛苦。此慣用之手段也。國家強行法律。雖亦利用此人情。而國家對於遵守法律者。不能予以快樂。換言之。不能以善報誘導。爲強行法律之手段。何則。國家若取此方法。以施行法律。則不欲受褒賞者。不遵守法律。則莫如之何也已。反之對於違反法律者。予以痛苦。人民無取捨之自由。故足爲強行法律之手段。蓋褒賞無強制之性質。而惡報有此性質也。故諸國法律。皆以惡報爲法律之制裁。無以善報爲其制裁者。英儒有謂善報亦可爲制裁者。然制裁不可無強制的性質。且欲以褒賞誘民心。亦非國庫之所可負擔也。

二、制裁者使反法者所受之惡報也。使受制裁。不可不以反法爲條件。故非法而受之惡報。不可謂爲制裁。又制裁爲使反法者所受。故其痛苦之程度。須較守法之痛苦爲大。否則無爲制裁之效力矣。

三、制裁者爲強行法律使受之惡報也。關於制裁之目的。學說雖不一致。而依近世法理。則制裁之目的。不在於痛苦自懲。強行法律。乃爲其最終之目的。予以痛苦者。不過達此目的之一手段耳。故制裁雖非直接強其遵守法律。而對於反法者。予以痛苦。實間接以期法律之遵守也。

四、制裁者國家使受之惡報也。制裁爲依國家之強力。使反法者所受之惡報也。故以違反法律。受社會擯斥。被良心叱責。雖爲反法者所受之惡報。而非依於國家之強力。故不可謂爲制裁。又制裁須依國家之強力。故必有強制的性質。不問反法者欲受之與否。不可不加諸其身也。然制裁不必限於以國家之公力。直接臨夫反法者。又不必限於用物質的勢力者。要在予以反法者以意思上之痛苦耳。故或國家直接加以制裁。或許私人加之。又或依公力強制。或依命令強制。其法雖不一致。而皆有制裁之效力。洵以公力存於其後。於必要時。終可臨之也。是制裁之適用方法。雖有種種。而無不基於國家之強力焉。

五、制裁者。國家以法律使受之惡報也。往古加制裁於反法者。不必依法律爲要。寧以主權者

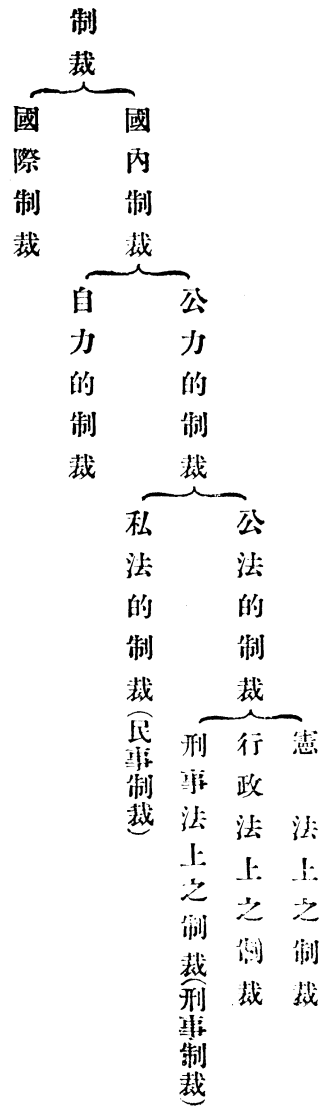
之隨意爲常則。迄乎近世。權利之觀念發達。欲加制裁於反法者。不可不依法律之規定。換言之。

法律定應加制裁之事實與條件。非合此事實與條件時。不許加其制裁也。刑罰的制裁於此原則。尤須嚴守。文明諸國之法制。皆有法律無正條時。不論何種行爲。不爲罪者。卽此義矣。

要之法律之制裁。其實質爲惡報。其客體爲反法者。以強行法律爲其目的。以國家強力爲其基礎。從法律規定以適用之者也。但此觀念爲自國法上觀察之。不可不知。

第二節 制裁之區別

法律之種類不同。強行之手段自異。故法律之制裁。亦有數種。可大別爲國內制裁及國際制裁二者。國內制裁者。對於違反國內法之定規者所加之制裁也。國際制裁者。對於違反國際公法之規定者所加之制裁也。國內制裁。又細別之。可分爲公力的制裁及自力的制裁二者。公力的制裁者。依國家公力所加之制裁也。自力的制裁者。國家許私人所加之制裁也。而公力的制裁。更二分之。對於違反其公法之規定者所加之制裁。曰公法的制裁。對於違背其私法之規定者所加之制裁。曰私法的制裁。公法的制裁。由其根本之法律區別。更可分爲憲法上之制裁。行政法上之制裁。及刑事法上之制裁。卽如左圖。



第二章 公力的制裁

第一節 公法的制裁

第一款 憲法上之制裁

憲法上之制裁者。違反憲法所加之制裁也。一國元首。多不受法律之羈束。故雖憲法上之制裁。而以不及於元首為通則。我國憲法。即約法第一九條第一一欸之規定。大總統惟有謀叛行為時。得以彈劾。雖非全不負責。而特為此限制者。亦不外此意也。然憲法非全無制裁之法律。憲法上之制裁。多為對於國務員責任之制裁也。所謂國務員之責任者。有政治上之責任。與法律上之責任。二者。政治上之責任者。

由失政。即施不副於國家利益之政策。所生之責任也。法律上之責任者。由違反憲法所生之責任也。憲法上之制裁。即爲對於後者。蓋國務員於爲其國務員之職務。有遵守憲法之義務。故若有違反憲法之行爲。例如於應副署之命令。而不副署時。不免違憲之責任。英國慣例。對於政治上之責任。議會當彈劾之任。或稱爲不信任投票。對於一閣員。或全內閣。議決不置信任之旨。或稱爲徵稅拒絕。否決預算或稅法案。于行政所必需之經費。絕其支付之途。然議會之此種行動。非對於閣員違反憲法所生之責任者。故雖可謂爲政治上之制裁。而不得謂爲憲法上之制裁也。日本憲法第五條第一項。規定國務各大臣輔弼天皇任其責。是廣定對於天皇輔弼之責任。非僅定法律上之責任而已。故在日本。大臣有違憲之行爲時。其任責固不俟言。於有失政。誤輔弼之時。亦不可不任其責。我國憲法。即約法第一九條第一二款。規定參議院對於國務員。認爲失職或違法時。得以總員四分之三以上之出席。出席員三分之二以上之可決。彈劾之。其所謂失職者。不能盡其職務之謂。違法者。違反法律之謂。同法第四三條。規定國務員輔佐臨時大總統負其責任。故在我國。國務員有不能盡其職務及違反法律行爲。固應負責。而對於總統。有誤其輔弼之時。亦不可不負其責也。至問國務員法律上之責任。加以制裁之方法。各國不同。日本憲法。無何等規定。欲問其責。當在天皇之隨意。普國憲法。雖規定可加制裁。而未定其實行方法。

法律論

第五編 第一款

法律之制裁 憲法上之制裁

第二章

公力的制裁

第一節

公法的制裁

普國憲第六條。英國於違憲者。有加以刑事制裁。美國及德國諸邦。常犯與違反憲法。明白區別。特定對於違憲之制裁。我國憲法。即約法第四七條。規定國務員受參議院彈劾後。大總統應免其職。此可謂爲憲法上之制裁也。諸國法制中。爲其制裁者。有左列數種。

- 一、 譴責(巴丁一八二〇年法律)
- 二、 非職即職權停止(同上)

三、 免官(索遜憲法第一四八條、奧國責任者法第二三條、諾威一八二八法律、美國憲法及我國憲法、即約法)

- 四、 分限剝奪(巴威倫一八四八年法律、巴丁一八二〇年法律、諾威法律、美國憲法)
- 五、 公權剝奪(奧國責任法第二三條)
- 六、 罰金(諾威法律)
- 七、 自由刑(普國一八六三年責任法草案第五條)
- 八、 死刑(諾威法律)

其他違反憲法之行爲。而同時觸犯刑律。或侵害私權時。有加以刑事制裁。或民事制裁者。(奧國責任

法第二三條及第二四條)而憲法上之制裁。或兩院一致。(巴威倫憲法第一〇條。索遜憲法第一四一條)或各院獨立。(普國憲法第六條。埃國責任法第七條)或僅下院。(英美兩國憲法。法國一八七五年七月憲法第一二條)爲原告。提起所謂國務員訴訟。經國務審判廳之審問加之。國務審判廳。或以最高等普通審判廳充之。(普國憲法第六一條。巴倫憲法第一〇條)或以上院充之。(英美兩國憲法。法國一八七五年七月憲法第三條)或有爲之組織特別審判廳者。至關於所謂國務員訴訟之性質。或謂爲仲裁事件。或謂爲懲戒事件。又或謂爲刑事事件。學說不一。然謂國務員訴訟。爲特種之訴訟事件。故其制裁。亦爲特種之制裁者。蓋至當矣。

第二款 行政法上之制裁

行政法上之制裁者。對於違背行政法規。或行政處分者。所加之制裁也。而此制裁。有對於行政官者。與對於私人者。

一、對於行政官之制裁。行政官有違背職守義務。玷污官身。身分喪失。官更信用。時國法所加之制裁。爲對於行政官之制裁也。而此制裁。有對於行爲自體。與對於官吏。其人之別。對於官吏行爲之制裁者。對於官吏所爲之命令。或處分。變更之。或取消之。是也。行此制裁。有爲監督官。應者。例如

法律論

第五編 第二款

法律之制裁 第二章 行政法上之制裁

公力的制裁

第一節

公法的制裁

省長取消縣知事之違法命令是。有爲特別監督機關者。例如平政院取消國務員之不法處分是。而對於平政院。請求取消或變更違法處分之法。稱曰行政訴訟。對於官吏本人所加之懲處也。稱曰懲戒處分。諸國通用之懲戒處分。其種類如左。

- 1、申誠。此爲懲戒處分中之最輕微者。即答其既往。戒其將來之謂。
- 2、減俸。即於一定之期間。或未定之期間。減其俸給額之謂。
- 3、轉職轉官。使其轉他官職之謂。而使轉之官職。常較現任之官職。有不利益之地位也。
- 4、轉地。使轉現任地之謂。
- 5、免官。剝奪官吏身分之謂。

依我國文官懲戒法草案。除特任官及其他法律有特別規定者外。凡文官皆受此法懲戒。(第一條)以褫職、降等、減俸、及申誠爲懲戒處分。(第五條)而受褫職處分者。自受處分之日起。非經二年不得復任。(第六條)受降等處分者。自受處分之日起。非經過一年。不得再敘進。受降等處分。無等可降者。減其半俸。其期間爲一年以上。二年以下。(第七條)其減俸之期間。爲一月以上。一年以下。減俸數目。爲月俸十分之一以上。三分之一以下。(第八條)申誠之處分。由各該長官專行之。而

褫職、降等、及減俸之處分。因其官職之爲簡任、薦任、或委任、及其所屬之官署、長官之不同。而執行之形式各異。（第九條）而此外尚有以特別法。對於或職務之官吏公吏等。規定其制裁者。如知事懲戒條例、及司法官懲戒法等是也。而此等制裁。既無刑事上制裁之刑罰性質。又無民事上制裁之賠償性質。全屬一種特別之事。然官吏公吏。不僅被行政法之制裁而已。其行爲若觸刑事之法。規。或害私人之權利時。其受刑事制裁。或民事制裁。不俟論矣。

二、對於一私人之制裁。私人有違反行政法規或行政處分時所加之制裁。爲對於一私人之制裁也。通常有左數種。

1、刑罰。

2、行政罰。行政罰中最重者。爲警察罰。加於警察犯者。而警察犯中最著者。爲違警罪也。關於一般刑罰。與行政罰之差異。學說紛歧。即實際亦無判然區別之標準。惟普通學說。謂一般刑罰。爲對於發生實害或危害之行爲所加之制裁。而行政罰。爲對於有導引實害或危害之虞之行爲所加之制裁也。

3、強制手段。國家之行政。有對於特定之人。強制其特定之積極或消極之行爲。而使之履行。

法律論

第五編 第二款

法律之制裁 第二章 行政法上之制裁

公力的制裁

第一節

公法的制裁

者曰、行政上之強制手段。通常有左列二種。

甲、人的強制手段。在財產關係以外對於特定之人強制其特定之積極或消極之行為者曰、人的強制手段。此手段通常有三種。1、爲代執行。即義務者不肯履行其義務時官廳自爲義務者所應爲之行為。或使第三者爲之。後由義務者徵收其費用之謂。2、爲執行罰。一曰、強制罰。即爲使其履行義務計豫告不履行時有應加之刑罰。經過一定日期而義務者尙不履行其義務或不完全履行時乃加其豫告之刑罰之謂。執行罰與行政罰相異者。前者以對於特定之人強制其特定之積極的或消極的行為爲目的。而後者以維持法規爲目的。故執行罰。雖在其豫告之後。而執行與否。仍任行政官之自由也。3、爲直接強制。即依代執行或執行罰。不能強制其履行義務。又有急迫之事情時直接強制義務者之身體。而使之履行義務之謂。

乙、物的強制手段。強制義務者給付財產之方法者曰、物的強制手段。例如強制納稅時押收財產。而附之公賣是也。

第三款 刑事法上之制裁

第一項 刑罰之觀念

刑事法上之制裁者。對於違反刑律及其他之刑事法者所加之制裁也。而一稱曰刑事制裁。刑事制裁者。在於科以刑罰。刑罰者。國家依刑律及其他刑事法以犯罪爲理由而使之惡報也。更詳說如左。

一、刑罰者惡報也。制裁者惡報也。刑罰爲制裁之一種。故亦爲惡報也。惟刑罰予反法者之痛苦。常較他之惡報爲大矣。

二、刑罰者依刑事法所定而科之者也。凡制裁爲依據法律。使反法者所受。前既說明。是科刑罰。必不可不依刑事法之所定。換言之。法律無正條者。不論何種行爲。不得罰之。日本現行刑法第二條。我國暫行刑律第一〇條之規定。皆示明此主義者也。

三、刑罰者以犯罪爲理由而科之者也。刑罰爲對於犯罪行爲者所加之惡報也。此點與行政罰、執行罰、懲戒處分等相異。又與民事制裁不同。而刑事法中如刑律者。實抽象的定犯罪與刑罰及其關係者也。

第二項 刑罰之類別

古來諸國法律所用之刑罰。種類頗多。而概括言之。不外就于犯罪行爲者之生命、財產、名譽、自由、及能

法律論

第五編

法律之制裁

第二章

公力的制裁

第一節

公法的制裁

力等。剝奪之。制限之。或毀傷身體。或與以痛苦。以爲刑罰。故刑罰可別爲左之六種。但在往古。不惟對於犯罪行爲者。對其家屬。亦有處以刑罰者。

一、生命刑 剝奪生命之刑罰。卽死刑也。例如（鼎烹、車裂、鋸引、剖腹、及斬、絞等是）。

二、身體刑 對於身體。加以毀損。或與以痛苦之刑罰也。例如笞、杖及其他切手、削足等是。

三、財產刑 剝奪資產之刑罰也。例如罰金是。

四、名譽刑 對於名譽。加以毀損。或竟爲剝奪之刑罰也。一曰加辱刑。有附加於死刑之名譽刑者。

例如棄尸于市。梟首示衆是。又有如今日褫奪官位勳章等之名譽刑者。然今日之名譽刑。多含于

能力刑之中。

五、自由刑 對於身體之自由。加以制限。或竟爲剝奪之刑罰也。例如遠地、追放、手鎖、又如今日之

徒刑、流刑、懲役、監禁、拘留等是。

六、能力刑 對於權利能力。及行爲能力。加以制限。或竟爲剝奪之刑罰也。例如剝奪公權及停止

公權是。

罪之大小不同。刑之輕重亦異。時在往古。峻刑盛行。及乎文化進步。刑罰亦漸至于寬大。有廢死刑者。（

意國及瑞士等）有廢身體刑者（英國有笞杖）近世諸國之刑罰自由刑占其大部財產刑次之蓋此二者可以從罪之大小伸縮自在又于刑罰之目的可以剴切達到也。

第二節 私法的制裁

私法的制裁爲對於違反私法者使受之惡報也。通常稱之曰民事制裁而民事制裁之種類諸國法制各有異同茲舉其重要者如左。

一、強制履行。強制履行者從法廳之判決強制的使義務者履行其所負之義務之謂。例如甲乙爲買賣契約之後乙不交付物件。依甲之訴命乙交付。又如甲之物件被乙不法占有依甲之訴命乙返還是也。在羅馬法系諸國之法律強制履行爲民事制裁之本則。不論何種義務而苟爲事實上得使之履行且不羈束身體而得使其履行之義務時權利者得求其履行義務固不能代以償金使之滿足也。反之在英國法稱強制履行曰特別履行限于特別情事不能以償金爲適切之賠償方法時始許之矣。

二、損害賠償。損害賠償者從法廳之判決爲補償損害使加害者對於被害者交出一定金額之謂。而其金額曰償金故損害賠償不可無左列之條件焉。

1、賠償須以金額爲之。貨幣爲交換之媒介。價格之標準。賠償損害。惟貨幣爲最宜。且民事上之權利侵害。多得以金額算定之。故在民事制裁。賠償方法。爲普通所盛行。但當事者得表示於此相異之方法耳。

2、賠償須爲補償其損害者。即須補償其自侵害權利所生之損害也。故交納訴訟費用。不可謂爲損害賠償。

3、賠償須從法廳之判決以交付之。以當事者間之合意。所交付之償金。雖爲賠償損害。而非國家使受之制裁。故亦非損害賠償也。

又償金依其性質。可分爲數種如左。

甲、定額償金。不定額償金。定額償金者。契約當事者。豫以合意。對於不履行。或遲延之一方。使其賠償一定金額之謂。例如爲建築契約者。合意約定。如有背此約時。須以一定之金額爲償金而交付之是也。不定額償金者。依法廳之判決。確定其賠償金額之謂。例如關於名譽回復。或損害賠償之訴。法廳所定之償金是也。定額償金。必限于契約。不法行爲之償金。必限于不定額償金。其不定額償金。契約時雖非無之。而不法行爲時。則常爲不定額償金也。此二種

債金。其實際上之差異。即定額債金者。法廳不得增減其額。而不定額債金者。則得以減少之也。

乙、實額債金名義債金懲罰債金 實額債金者。被害者實際上所受之損害。其債金足以償之。之。例如毀損他人鐘表。賠償足以修理之金額是也。而實額債金。常含有債被害者所受之損害。與補所失之利得二者名義債金者。被害者之權利。雖被侵害。而未受實際上損害之時。加害者應交付最少額債金之謂。例如甲委託乙於上月晦日。購某公司股票。乙乃屆時未購。然本月朔日後。某公司股票之價。即大為低落。乙若於上月晦日購買。則甲蒙非常之損害矣。此等場合。是甲於實際上。雖毫無損失。而權利則被乙侵害。甲若訴乙於法廳。請求損害賠償時。法廳命乙以賠償名義。交付最少之金額於甲是也。然此種制度。惟英國法認之。大陸諸國與日本及我國。均不取此。懲罰債金者。其債金超過於實際損害之謂。蓋損害賠償之目的。雖為對於被害者之損害。使之補償。非懲罰也。然不定額債金。其額由法廳定之。故若加害者之行爲。出於重大過失。或惡意時。法廳基於被害者之請求。命加害者。交付超過其實際損害之金額。亦不爲苛。例如以惡意毀傷他人之名譽是也。在英國法。司法官之科此債金。雖願自

由。而在羅馬法系諸國之法律。則有限制。若通常時。限於得以豫料之損失與利得。使之賠償。不及其他。惟於有惡意者。其損害雖不可豫料。而若為不可避之結果者。亦得加於賠償中也。

三、失權。失權者。使違反法律者。依法廳之判決。喪失一定權利之謂。例如親權者濫用親權時。使其失其親權。不與家長同居之家屬。使其受養育或教育之權利。受刑罰之配偶者。使其失其以他方之犯罪為理由。請求強制離婚之權是也。

四、原狀回復。原狀回復。一曰權利回復。權利被他人侵害。依法廳之判決。回復其侵害前之狀態之謂。例如非正當之繼承人為繼承時。依正當繼承人之訴。使其回復繼承權。又如契約當事者之一方。不履行其義務。以他方之請求。解除其契約。使之回復原狀是也。而原狀回復。除有相當理由。不能以損害賠償。為適切之救濟法外。以不許之為常。

五、禁令。禁令者。依法廳之命令。對於不法行為之豫備繼續或進行者。使之變更。中止或禁止之。謂。例如甲着手掘井。有害鄰居乙之宅舍。依乙之訴。使之變更。又如甲開始製造。有害附近人之營業。依附近人民之訴。禁其製造是也。而禁令有二種。一為假禁令。一為本禁令。假禁令者。被告之行為。果否侵害權利。尚待確定。至審判終結。一時中止其行為之謂。例如甲入乙之山林採薪。乙以甲

之行爲侵害權利。請求禁令。而甲以有採薪權答辯時。法廳於甲之有無採薪權。尙未判定之間。停止其採薪是也。本禁令者。被告之行爲。侵害權利。初卽明瞭。或明瞭之後。永久禁止其行爲之謂。如前例。確定甲無採薪權時。改假禁令爲本禁令。永久禁止其採薪是也。

第三章 自力的制裁

第一節 自力的制裁之觀念

自力的制裁者。國家對於私人。許其於權利被他人之違法行爲侵害。或將受侵害之際。得以自力加於反抗者之惡報也。在古昔時。國權未至確立。政令未及天下。人民多藉自力。保護其生命、身體、及其財產等。以私鬪決曲直。以腕力爭勝負。弱肉強食。國家之秩序。永無寧日。故近世國家。設立諸種機關。使行統治權。權利有被侵害。或將受侵害時。或以警察權保護。或以審判權救濟。不許以私人之腕力。反抗其不法行爲。又不許以自力之強制。回復其侵害權利。若有反乎此者。則處之以刑罰也。然不論於何等場合。皆適用此原則。則危害逼於目前。而不能排除。惟有袖手以待公力之發動。反非國家認人民權利之本意。於是乎以法律規定。限於事勢急迫。不遑待公力時。許以私人之自力。對於自己將受侵害或被侵害之權利。得以保護。並回復之。此自力的制裁。所以因之而起矣。而自力的制裁。亦有刑事與民事之區別。

自力的刑事制裁者。其制裁手段。相等於犯罪行為所用之刑罰之謂。自力的民事制裁者。其制裁手段。可屬於侵權行為所用之民事制裁之謂。

第二節 自力的刑事制裁

諸國通常所認為自力的刑事制裁者如左。

一、正當防衛權。正當防衛權者。為防衛自己或他人之生命身體及其自由。得以必要之反擊。加於暴行者之權利之謂。例如甲揮刀殺乙。情勢急迫。乙為防禦。得以殺甲是也。

二、財產防衛權。財產防衛權者。為防衛自己或他人之財產。得以必要之反擊。加於暴行者之權利之謂。例如盜賊正竊贓物。為奪回之故。不妨殺其盜賊是也。此權利常於防止盜賊奪還贓物。及防止夜間侵入住宅。踰越門牆時。得以行之。

然此二種權利。原屬例外之事。行此權利者。不可不具備一定之條件。依暫行刑律規定。此種行為。須對於現在不正之侵害。而為出於防衛自己或他人之權利者。且其行為。又不至過當為要也。其他為自力的刑事制裁之手段。尚有自助權及緊急行為權。而於自力的民事制裁之部併論之。

第三節 自力的民事制裁

自力的民事制裁。法制不一。其重要者如左。

一、留置權。留置權者。賣出己占有中之物。或對此施以勞力者。雖無契約。而於未受代價或賃金之間。得留置其物之權利之謂。

二、追止權。追止權者。買出動產者。於運送其物品之間。買主成無資力者時。得於途中追回其物。使不交付於買主之權利之謂。此權利英國法認之。而其他諸國亦無禁止之者。

三、取回權。取回權者。自己之財產。被他人不法奪去時。得自為取回之權利之謂。此亦為英國特別之制。

四、自助權。自助權。為德國法系之法制所認者。為豫防危難。回復權利。或使之鞏固計。得奪去物品。或破壞毀損之。及拘留有逃亡嫌疑之義務者。或阻止義務者之抵抗等權利之謂。（德國民律第二二九以下）然此為非常之手段。行此權利者。必限於不違假公力時。又不可超其必要之範圍。且須即時通知法廳。以請求相當之處分也。德國民律。現認此種手段。故此種行為。在刑律上亦無責任矣。

五、緊急行為權。緊急行為權。亦為德國法系之法制所認者。而與前者相似而少異。即為避止自

法律論

第五編

法律之制裁

第三章

自力的制裁

第二節

自力的刑事制裁

第三節

自力的民事制裁

他人之物所生之危難計。得毀損其物之權利之謂。而行此權利者。限於爲避危難。別無他途之時。例如甲陷於乙之壘中。不得已破之而出是也。(德國民律第二二八條)緊急行爲權。非爲對於侵害權利之人。而爲對於危難原因之物。此點雖與防衛權相異。而關於刑事。亦得認此權矣。

第四章 國際的制裁

國際的制裁者。國家對於侵害其權利之他國家所加之惡報也。而獨立之國家。爲互立於同等之地位者。故此制裁之性質。寧爲自力的制裁。其與國內的制裁相異者。惟在無強制性質之一點耳。近世國際法所認爲國際的制裁者。其重要如左。

一、報復。報復者。他國毀損自國利益。而主張其利益時。自國亦報之以同一行爲之謂。例如甲國

對於乙國之輸入品。課以苛酷之關稅時。乙國亦對於甲國之輸入品。課以同率之關稅。甲國虐待乙國之人民時。乙國對於甲國人民。亦同一虐待是也。要之。報復之目的。爲對於不條理之處置。亦施以不條理之處置。在於使他國之自爲覺悟也。

二、復仇。復仇者。他國有害自國權利之行爲時。自國亦爲害他國權利之行爲。以復讎之謂。復仇之手段。往古最爲激烈。而近世通常所用者。或沒收加害國家或其人民在自國之財產。或抑留加

害國之船舶。或停止條約上之義務履行。或拒絕加害國之人民入口。或逮捕加害國之代表者、官吏及人民以爲人質等是也。

三、平時封港。平時封港。始於一八二七年英法俄之艦隊。封鎖希臘之海岸。卽非戰爭而封鎖加害國之灣港。杜絕其輸出輸入之途也。然此手段。於第三國之利益。不無妨害。故學者間於此手段之當否。頗有異論。又有謂行此手段時。須以被鎖國以外之諸國船舶出入自由爲條件者。

四、戰爭。獨立國家以上。無獨立國家。故國際的制裁之大者。除戰爭外。無他道也。是戰爭亦自力的制裁之一種矣。

(完)

