

劉陸民著

# 中華民法原理

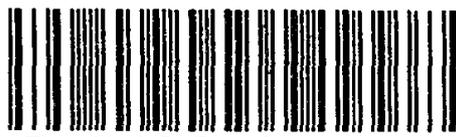
上海太平洋書局印行

589.011  
015  
3

劉陸民著

中華民國法原理

上海太平洋書店印行



3 0600 9715 5

584.011

885

3

# 序言

## 跋劉陸民中華民法原理

蕭步

北京圖書館藏

予友劉君韶風，夙有志于樹立中華新法系；近自首都，以所著中華民法原理，囑為校訂。讀之，既竟，不禁重有慨焉。方今我國出版界之貧乏，大都由于讀書求學之士，大之在獵取功名以自顯，次之在博得溫飽以自存。若夫抱啟世牖民之志願，具獨立創作之精神，以開闢學術界之新天地為己任者，千百中難一遇其人也。劉君好學深思，不屑傍人門戶，願非立異以鳴高耳，蓋學所以致用於社會，謀利於人羣。社會非靜而不動者，則以社會為對象之學問，詎可奉一成不變之陳說為圭臬，以桎梏人類向上精進之心靈哉！故徒以述人說而弗抒己見者，是直奴隸之學問矣。劉君是書，其形式初與一般學者之著述無所異，而其內容，則或融會東西，或獨創異解，試為略論之。

1. 以法律為合理力之客觀化。既非如理想主義者之架空，亦非如實利主義者之

狹隘，而其給法律以心理上的根據，認合理力有可變的性質，尤屬擷取新理想主義學派與社會心理學派之精英，形成其獨立有系統之說明。

2. 以理念為法律的基礎 其論證理念的性質，融合中西哲理而能不牽于宋儒空疏玄妙之說，而蔽于康德主觀理想之談，尊重實念的理想，且較近頃崇奉現實理想主義者，更為透澈。

3. 以凡能滿足人類合理的價值感情者為利益 對於東隣有名學者美濃博士之所見，予以有力的糾正，益見其惡法非法。

4. 以大陸海洋兩法系為病法系 大陸海洋兩法系，其支配世界法制之力量，正方興未艾，乃以誕生於個人主義之下，而富有階級性，非能真正有益於人類共同之生活，因以尋獲其病根，而創立病法系之名詞，洵屬卓見。

5. 以中華法系為中興法系 對於法界數典忘祖，即動輒以中國現有與歐西同等法典自豪——者流，痛下砒砒，以引起其民族自信心，且主張中國應建立無階級性的法系，

以示與個人主義的法系，保護資產階級的利益，及共產主義的法系，保護無產階級的利益者均有別，更爲每個奉行三民主義者所應注意（參考劉君三民主義的立法原理與原則及法學叢刊發刊詞）

6. 不承認公私法之區別 以實現人類平等之生活，首須減輕公私法之差別，而使公法民衆化，此爲近世德意志共和國新憲法，與蘇俄新民法公表以來，有力之思想，當然有鉅大之價值。

7. 以現實法與理想法有密切之關係 其言謂非現實的理想，是夢幻的理想，非理想的現實，是槁死的現實，非真現實，明決痛快。使理想派與現實派見之，當有恍然自悟其非者矣。

8. 以權利之本質爲權衡人格者間之一定生活利益關係使各得宜之心理上的合理力 內根據於吾國之訓詁，外求例證於東隣之權理，其言曰，必權利者權而得當，而後義務者行而方宜，何其剴切而平允，有如斯耶！彼主張意思說，利益說，或折衷說者，宜可以息喙

矣。

9. 創立民法顯勢法潛勢法之名詞替代民法法源說。以一般說爲民法法源之材料，即民法顯勢法與潛勢法之自體，並非民法之法源，而以法源爲法律的基礎，一掃學者間的紛爭，誠屬確見。

10. 主張成文法與法理無性質的差異。其言曰，成文法雖爲有形式的顯勢法，然就適用於實際觀察之，必對於是而爲實質的批判，法理雖爲主觀的潛勢法，然就裁判事件觀察之，亦必使彼具有客觀的形式，是雖非獨創之見解，固益足證明理想法與現實法關係之密切。

11. 主張法理應自由討究於法律以外。排斥歷史派學者之論理萬能主義，而以法律決非依於類推解釋，可能適應於變化無極的社會生活，是已卓然有自由法學派之風，然對於祁尼氏立法者之事業，與裁判官之事業相同之言，認爲過甚，則又非完全自由法派矣。

12. 以債編名稱不能包括債權債務之關係。謂考之訓詁，債係指人擔負之財物，有

片面的意味，無關係的意味，證之西文，譯債編爲 *Obligation* 亦非恰當，因主張民法編制，根本改造，俾各編與總則編各章之次序，合於科學方式的完整之精神，其意良善。

13. 反對以階級自由競爭替代個人競爭 其意以社會爲共同生活的意義，由個人契約，移於團體契約，不過擴張舊的個人自由競爭，而爲新的階級自由競爭，均反於社會生活之本義；因主張應由國家以立法之手段，提供契約當事人，以一定妥協之方法；而又說明國家生活之狀態，爲調和人類有機的生存力，所由形成；是所謂國家者，非個人主義的或共產主義的國家，而爲全民主義的國家，其義甚明，故是說尤應爲三民主義的國家所重視。

14. 以解釋法律應注意薩列由氏主張之三點 卽（一）須以既成法律爲出發點，（二）須處理現在法律關係於妥當，（三）須向未來付與相當之保障，棄概念法學派或自由法學派之短，取概念法學派或自由法學派之長，謂爲能發揮法律之彈力性，以適應社會現在之需要，助長法律之確實性，以增進社會未來之安全，誠不爲過。

25. 以濫用非權利卽暴力 視布蘭尼爾謂權利於濫用之初，同時卽失其爲權利之

性質，而爲人之行爲之濫用，應與權利之欠缺同視云云，尤爲精當。

16. 不承認有絕對權利。依據權利之本質，決然而爲是無絕對權利存在之論斷，較之大陸學者，謂實行權利之行爲，必於法律有可被容許之正當原因云云，更屬明確。

綜合觀察，要皆以社會均衡發展爲一貫之精神；其最高目的，在建設無階級的法律體系，以斬致人類於和樂美滿之生活，甚矣，其可貴也。歟！爰稍參鄙見，並爲增益西文，俾便讀者考證譯著，儻亦劉君之所樂許乎。

# 弁言

一 本書以研究之態度，探求中華民國法之原理。故於衆說，不僅陳述其見解，更進而評判其價值。

二 本書以闡明中華的民法原理爲趣旨。故其見解，既防蹈純粹資本主義式的民法之覆轍；亦避落純粹共產主義式的民法之窠臼。

三 本書以斷求實現人類均衡美滿之生活爲目的。故立論雖刻意求其合理；而膚淺謬悞，尙有賴於賢者教正！

四 本書參攷書籍不少，爲避分別註明出處之煩，用將一次彙記於下：  
外國參攷書

鳩山秀夫著：民法研究 日本民法總論 日本債權法總論 日本債權法各論

石坂晉四郎著：民法之研究 日本民法

富井政章著民法原論

梅謙四郎著民法原理

遊佐慶夫著民法原理

三瀨信三著民法總則提要

民法債權論提要

民法物權論提要

末弘嚴太郎著民法講話

末川博著民法上特殊問題之研究

牧野英一著民法之基本問題

法律上之正義與公平

法律與生存權

法律上之

進化與進步

松岡義正近著民法論

松本丞治著私法論文集

大谷美濃著民法論集

橫田秀雄著債權法大意

物權法論

佐佐稱著民法之社會化

岡村司著民法與社會主義

平野義太郎著法律與階級鬥爭

穗積重遠著法理學大綱

島田武夫譯拉杜布爾伊著法律哲學概論

高柳賢二著新法學之基調 法律哲學原理

穗積陳重著法律進化論 蘇俄民法 德意志民法 瑞士民法

法蘭西民法

方孝嶽編大陸近代法律思想小史

勝本正晃著民法上事情變更之原則

本國參攷書

周禮

程樹德著九朝律考 中國法制史

中華民法原理

四

馬端臨著文獻通考

杜佑著通典

續文獻通考

續通典

唐律疏義

宋刑統

明會典

大清律例增

修統纂集成

民國十九年八月著者識

# 中華民國法原理目次

## 第一編 法律

### 第一章 法律之通素

民法與法律素質之關係——法律乃人類心理上的合理力（競爭協作與共同生活之關係）——合理力發生之原因——法律乃規範人類的交互行動（行動應具備內外兩要因）——思想應入法律領域之理由——對行動的評價之同點及異點——法律乃合理力之客觀化（合理力社會化——合理力國權化——合理力法律化）——無合理性的法律為何物（非真法律說）——法律自然失存在說——學者對於法律正確之認識——法律與自然法則之區別——法律與道德之關係（法律與道德本質相同——法律與道德形式上之異點）

### 第二章 法律之基礎

目次

一

10

法律基礎問題之重要——理念爲法律之基礎（理念對於法律之權威）——他見（權力基礎說）——經濟基礎說——確信基礎說——功利基礎說——人性基礎說——已見（理念基礎說）——理念有不變性——合理力有可變性——法律是依理念而存在

### 第三章 法律之組織……………一六

法典組成之目的（治安策——守成策——整理策——統一策——革新策）——我國應採統一策與革新策——法典組成之體裁（編年體——韻府體——論理體）——黃右昌氏主張我國應採之體裁

### 第四章 法律之內容……………二〇

利益之意義——個人利益（人格——家族關係——經濟生活）——國家利益（爲法人的國家利益——爲社會利益保護者的利益）——社會利益（一般的安固——社會諸制度之安固——一般道德思想之安全——天然資源之使用與共有——弱者之保護與教育——一般的進步發展之利益）——個人本位法律應有之現象——法律之目的——現代法律現象之變化

第五章 法律之系統……………二六

從實質上分法律之系統——從形式上分法律之系統——死法系（埃及法系及其特點——巴比倫法系及哈米拉比法典之特點——克爾特法系及哈瓦爾法典之特點——希臘法系——寺院法系及其特點）——潛法系（猶大法系——羅馬法系及羅馬法發達之原因——日耳曼法系及日耳曼人之法律格言——海商法系）——衰法系（印度法系及馬奴法典之特點達摩體系之特點——回回法系）——病法系（歐洲大陸法系——海洋法系——大陸法系與海洋法系為病法系之理由）——幼法系——即蘇俄法系——中興法系——即中華法系（中華法系之特點——世界法律進化之階段——中興法系之社會主義的精神——我國今日立法是以無階級性的思想為原則）——不及斯拉夫法系與日本法系之理由

第六章 法律之分類……………四六

公法私法之區別（目的說——性質說——主體說——內容說——排斥公私法區別之理由）——成文法不文法之區別——普通法特別法之區別——實體法程序法之區別——固有法繼受法之

區別——強行法任意法之區別（任意法之分類——對於強行任意區別之己見）——現實法與理想法之區別（理想與現實之關係）——不及國際法與國法分類之理由

### 第七章 法律與權利……………五五

權利二字之解釋——權利之本質——權利與權理——義務之本質——法律與權利為同一物——法律與權利的形式上之異點——論權利本質之各學說（利益說及其批評——意思說及其批評——法力說及其批評——折衷說及其批評——以上各說唯一之缺點——濫用非權利）——離理念無從有權利

## 第二編 民法

### 第一章 民法之概念……………六一

民法為人類共同生活之基本法——民法之發生——民法名稱之淵源——民法意義之變遷——民法之實質的意義與形式的意義

第二章 民法之顯勢法……………六四

法律（命令——命令不得變更法律——自治法令）——條約（積極說——消極說——折衷說——已見）——習慣（習慣法成立之要件——習慣法發生拘束力之根據——「容認說」——確信說——通用說——各說之批評——不及論述之各說）——習慣法之效力——「習慣法與成文法價值之比較——法與法典否認習慣法之理由——習慣法應有變更成文法效力之理由——我國民法上規定習慣法之效力——特別規定——未規定的——蘇俄不承認習慣法補充之效力）——習慣法成立之時期——判例法（否認說——承認說——已見）

第三章 民法之勢潛法……………七七

法理即潛勢力——自然法派與自由法派對法理之解釋——我國民法上法理之意義——基爾克梅爾對德意志第一卅案第一條之攻擊——法理應否為民法之潛勢力（否認說——批評）——成文法與法理無性質的差異——法理的效力（補充效力外應有變更效力之理由）

第四章 民法之組織……………八二

論理體組織法之二大種類——羅馬式之缺點——德意志式之優點——梅加氏主張有利益于無  
產階級的組織方法——己見——關於債編缺點與特點（關於名稱的缺點——關於內容的特點）

第五章 民法之內容……………八八

民法之內容的利益——個人本位的利益——社會本位的利益——人格（身體上的利益——身  
體安全與合作——精神上的利益——完成精神利益之義務——名譽上的利益——名譽為改進  
社會有力之原因）——身分利益（婚姻關係——婚姻關係的兩面觀察——親子關係——在社  
會方面之二大職務）——經濟生活（財產利益——「自然極說——人性說——勞動說——法  
定說——一般利益說——己見」——契約利益——「積極說——消極說——兩說之批評——  
個人自由競爭——階級自由競爭——己見」——結果責任——「今昔異其任責之原因——原  
因主義——公平主義——折衷主義——各說之批評」——結社利益）——結論——個人本位  
的立法原理——社會本位的立法原理

第六章 民法之效力……………一〇〇

時的效力（積極的——消極的）——溯及效與立法之關係）——人及地之效力（屬人主義——屬地主義——原則——例外——「滯外的例外——非滯外的例外」）

## 第七章 民法之解釋及適用……………一〇四

民法之使命（靜的——動的）——何謂解釋——法律真義之異解——已見——形式的欠缺與實質的欠缺——解釋應注意之要點（應以現成法律為出發點——須處理現在法律關係于公當——須向未來付與相當保障）——解釋之種類（他見——已見——有權解釋——「立法解釋——司法解釋——行政解釋」——無權解釋——「他見——已見」）——解釋之方法（論理解釋——文理解釋——兩種解釋方法之功用——解釋發生矛盾之他見——對於矛盾解釋之已見——「擴充解釋——減縮解釋——變更解釋」——類推解釋——民法適用之問題（適用應依三段論法——實例——法律解釋與事實解釋——法律重要問題）

## 第八章 民法上之權利……………一一四

一般區分公權私權之標準——已見——民法上之公權與私權——私權之概念——自由行動非

權利——義務即宜行之事務——無主體即無權利——抽象的權利關係與具體的權利關係——無意思能力者有權利能力——權利主體與利益主體——私權之要素（權利之主體——權利之客體——權利之內容）——私權之類別——依于利益內容之類別（人身權——「人格權——身分權」——財產權——「經濟價值說——處分說——非人身權說——繼承扶養非財產權——賠償請求非人格權——債權——物權——無形財產權——能權」——社員權——「非人格權說——非財產權說——非權利義務本身說」——依于權利關係存在狀態之類別（一般權——特定權——一般權與特定權之界限——一般權與特定權之效力）——依于權利作用之類別（支配權——「積極的支配——消極的支配——支配權之特質——無數請求權集合說——人格權說」——請求權——「他見——權利作用或效力說——獨立權利說——己見——請求分類之他見與己見」——形成權——「西洋學者之見解——東洋學者之見解——我國民法之規定——形成權之客體——抗辯權——「請求權說——形成權說——己見」——特別之說明——權利為理非為力——權利與義務之關係——對於權利本位說之否認——法律只有個人

第九章 中華民法之沿革與精神……………一三三

沿革——舊的民法時期——漁獵社會之組織——畜牧社會之經濟組織與人事組織——農業社會之土地私有觀念——井田制之創始——唐虞時代之教即法——周代民事法則——關於經濟的（土地——錢債——商業——職任）——關於人事的（冠禮——昏禮——繼承——周之家制之推測）——周禮即法——李悝法經內的民事規定——秦之經濟組織與人事組織——商子立法精神之優點——漢律之民事規定（重男——重契約——利息無限制——田律——限田——王田）——永平之社禁——桓帝時大家族之習慣——婚制詳于叔孫通傍章中之推斷——自魏迄陳各律之民事規定（婚姻不立籍目之推想——晉均田法）——元魏律中有無婚姻籍目之論斷——魏均田法——周齊隋關於民事規定——唐律之民事的規定（交易的——契約的——債務的——債權的——不許賣日分由——不許占田過限——田疇不許荒蕪——關於繼承的——關於親屬的——不許人民有信仰自由）——五代法制狀況——宋之田制及于民法之影響

——明律——明戶律中之民事規定——清律（繼承法的內容——婚姻法的內容——關於田宅的規定——關於錢債的規定——混合民法時期——新的民法時期——精神——舊的民法之精神——周制關於經濟的及人事的法則之精神——孔子主張的關於經濟組織人事組織之理想——中華民法社會主義的精神——中華民法關於人事的優點——中華民法之缺點——混合民法之精神——新的民法之精神——保護弱者——注重公益——男女平等——其他——尙有不及舊的民法精神之點

# 中華民國法原理

劉陸民著述

## 緒論

### 第一編 法律

#### 第一章 法律之通素

法律素質而不知，可與論法乎？不能也。故東西法學者，於法之素質，多悉心研究，以追求其真實。然其卒也，離真實愈遠；其所闡發，非失之皮相，即不免謬誤者，往往有之。吾人於法律哲學，*Rechtphilosophie, philosophie du droit, legal philosophy*——東隣學者名之為法理學 *Spirit of the law, esprit des lois, Geist des Rechts*——聊窺滄海一粟，且以固陋，莫知師承；於茲欲論法律之素質，豈能得當！願民法為社會生

法律素質之關係

活之基本法，民法之良窳，影響於社會之榮枯；而欲得良好民法，及對於民法論其良否，尤非確知法律素質不為功。蓋非確知法律素質者，即不能了解法律在人類社會之價值；以如此重要之學問，而我國法學界，殊少對此研究之興趣，曷勝惋惜！吾人故於此略布其所見，精密探討，俟諸法律哲學專著。

法律乃規範人類交互行動的心理上的合理力之客觀化，請申言之：

法律乃人類心理上的合理力

法律乃人類心理上的合理力。合理力者，一面為人我之限界力；一面為社會之凝聚。蓋主張人性善者，以人類自始有社會性，同類和樂，一本天然，故成立有秩序的社會，為人類第一次事實。在主張人性惡者，以人類自始富於私欲性，互相競爭，肆行殘害，故無共同生活秩序，乃人類原始狀態。是皆基于論理而為之說，在事實上，殊無從證明。吾人竊以人類共同生活之成立，維持，發展，一方面在能協作，競爭發生於欲念——現代社會學派如達爾特 Tardé 華特 Ward 司謨爾 Small 魯斯 Ross 湯末斯 Tho-

競爭協作共同生活之關係

mas 等以人類有一種為人類行為與社會歷程要件的心理動力，此動力多名之為慾望

*Desire* 惟華氏分慾望爲身禮的與精神的魯氏分慾望爲自然慾望與文化慾望<sup>註</sup>爲詳整——協作發生于理念；——理念在中國哲學史上研究極爲精微宋明學者周濂溪程明道<sup>註</sup>橫渠陸象山王陽明等尤爲登峯造極惟多以入欲出理爲言殊不足採清初戴東原氏力排遏欲絕欲之非闡不蔽情得之理與顏習齋黃宗羲顧炎武<sup>註</sup>子皆能一反宋儒空疏之謬見吾人從之至西哲康德 *Kant* 等以理能獨立辯別其真美善其意亦是——理欲爲人類先天所同具，故當欲念發生作用時，理念從而起應化——順應逆應適可而起——之作用發生一種活動于心理上的合理力，規範發生于欲念的生存競爭之行動，俾消極的無侵于我之限界，積極的助長其相互之聯結；由斯以論：假使人類自始無理念者，人類將常陷于混亂；更假使人類自始無欲念者，人類將易於絕滅。概言之：人類所以能爲有秩序的生存，——即能成立維持發展社會的生活，而未嘗滅絕或混亂不已者，要不能不歸德于人類心理上的合理力，尤其合理力之具有規範性。法律爲人類心理上的合理力，已說明如上；下更進而述其規範之對象。

法律乃規  
範人類的  
交互行動

法律乃規範人類的交互行動。人類共同生活之形相，無非由交互行動——行爲或不行爲——組織而成立。故規範人類交互行動云者，與規範人類共同生活之意義無以異也。法律學者，自烏魯比亞魯斯 *Ulpianus* 倡思想不罰，尤其是近世哲人如斯賓樂梭

*Spinoza* 脫馬知斯 *Thomasius* 康德等，主張思想不入於法律領域後，大率以行動爲

行動顯具  
備內外兩  
要因

法律之對象，意思爲道德之對象，彼唱此和，幾成定論。不知道德與法律，皆須對行動而爲批判，其行動自體，須兼具外部的要因——屬於自然世界的客觀的外部之表現——與內部的要因——屬於心的世界的主觀的意欲之潛動——始能構成。若缺外部的要因，則爲純心界的現象，無所用其施規範；反之若缺內部的要因，則爲純自然界的現象，亦不能謂之爲行動。故吾人所謂行動，要以兼具內部的要因與外的要因而言，換言之：一反康德等哲人之所見，不容許個人意思之絕對自由，以蹈個人主義之覆轍焉！——康德氏等之真意在避宗教之迫害與國權之強制，故主思想不入法律之領域，釀成個人主義之滋長——雖然：人類之行動，誠爲法律之對象，而法律對於行動之評價，則屬之于價值界，論者對於此項前提，多無

思想應入  
法律領域  
之理由

對行動的  
評價之異  
點

法律乃合  
理力之客  
觀化

合理力社  
會化

合理力因  
格化

合理力法  
律化

異解。惟有以法律評價，為客觀的考察；而以基于主觀的根據，選擇一定行為，乃專為道德的評價者，其說不足取也。合理力規範之對象，亦既說明，下更述合理力客觀化而為法律之原理。

法律乃規範人類交互行動的心理上的合理力之客觀化。社會共同生活之狀態，產生于有機的生存力之調和，因各個組成份子有機的生存力之調和，更產生一種統一社會之力量——即社會力（此社會力乃由理念作用調節欲念作用發生之一種凝聚力與前述華特魯斯指為慾望的盲目的社會力 *Social force* 之義不同惟彼等承認制馭其社會力而得到平衡是由吾人的智慧 *Intellect* 一點與吾人仍相類似）迨社會發達至一定程度，成為國家時，此社會力更稱之為公權力——即國權是公權力，社會力均由社會各組成分子調和其有機的生存力——即調節生存競爭的合理力所產生。故基于國權所制定之法律，即此合理力之客觀化。牧野英一氏謂法律一方係人類爭鬥性之表現——生存競爭——他方又係人類社交性之表現——共同生活——易詞言之，法律係在吾人

無合理性  
何物法律為

非真法律  
說

法律自然  
失存在說

學者對  
法律正  
之認識

生活爭鬥關係與共同關係平均之點而成立者，要可與吾人之說，互相發明其原理也。雖然，法律既為合理力之客觀化，則凡法律無合理性者，吾人將視之為何物？穗積重遠曰：『惡法亦法之命題，不能不加以排斥。』法之所以成為法者，不僅在於由公權力強制實行之形式，——按公權力由合理力形成乃正常見解，若公權力強制行使違反社會生活之法律，應認為係特殊階級的特權力，不得以公權力名之，因其已非公的權力，直可云私的權力故耳。——乃在以社會生活規範之內容，為其必要之前提。故其內容違背社會生活之要求，不可不謂非真法律。』遊佐慶夫曰：『各時代社會人心之趨向，為最有力的社會力，法律合致于社會人心之趨向者，容易為人類所確守，否則，求其確守法律，實至困難。詳言之：違反社會人心趨向之法律，假令以元首或政府之實力而勵行之者，必至自然失其存在。』是知法無合理之性質，即失其存在之基礎。鮑恩特 *Poult* 以法律的本體為原理。牧野氏以法律非統治者之工具。遊佐氏以法條非法律云云。其說當矣。

雖然是所謂法律，與自然法則，亦極不同。蓋自然法 *Lex naturalis* 是支配全體自

然事實之法則，以必至的關係，爲其基礎；——即同一之原因必得同一之結果——因此，所有自然現象，全爲機械的被支配于因果法則之下，若人類由合理力調節生存力以形成的心理上的規範狀態，決非僅是機械的必至現象，換言之，是由吾人現實精神作用上，有一種責任的感覺，發出此當然的命令心識。故前者爲『不得不』的因果法則；後者爲『不可不』的命令法則；性質迥異，至爲明了。而崇奉新理想主義 *Neo-idealism* —— 亦可稱現實理想主義 *Realistic idealism* —— 的學者，有謂：『法律規範，爲自然現象，與自然法則，皆爲必至的因果關係之表示。而法律存在之理由，亦在此同一現象之反復。殺人者必被刑，落體必直下，若謂殺人亦無被刑之事，則落體不直下之事亦不少。』云云，顯屬悞解。落體直下，乃必然之法則；偶然不直下者，其原因不在落體之自身，必在落體之以外；故落而直下者，固屬自然的因果關係，落而由外因不直下者，亦係自然的因果關係也。若殺人被刑，則爲當然關係；偶有殺人不被刑者，其原因多在殺人者之自身，不在殺人者之以外；故殺人被刑，固屬人爲的當然關係，殺人不被刑者，仍屬造因于殺人者自身之人爲的當然關係也。若謂殺人

被刑爲必然的因果關係，則殺人者縱有不可被刑之要因，終亦不能逃殺人被判刑之必然法則矣，可乎！此吾人發現之法律，所以非若自然法派發現之法律也。

法律與道德之關係

法律與道德之本質相同

顧予尙有須連帶論及者，即法律與道德之關係。二者關係，有主張合一論者；有主張分離論者；有主張非盡合一，非盡分離者；議論紛出，莫衷一是。以吾人觀之，道德與法律，在本質上，原無不同。而論者必強爲區分法律之外部性，道德之內部性，而謂法律支配外部之行為，道德支配內部之意思；法律上之義務，常與權利者對立，道德上之義務，僅爲良心上的存在；法律爲他律之規範，道德爲自律之規範；法律要求合法性，道德要求道德性云云；豈知在現行法律狀況之下，內部之意思，得爲法律的判斷之對象——如對於有精神病之危險者，施以保安處分，因不注意而犯罪者，罰其過失——外部之行為，亦得爲道德的判斷的對象——如與實行的動機共存在的能動的意思，即是行爲——決不能以意思與行爲，劃分道德與法律之領域乎！況行動必具內外兩要因，已如前述，則法律道德之對象，均爲行動，尙何有于區別之可言！學者當茲高唱個人自由，須受合理限制之時，尙欲置人之意思于法律領

域之外，直不知是何居心。至不課道德以法律上的義務，在英美習慣法，誠然如是。但在我國新民法債編第一八四條規定：『故意以背于善良風俗之方法，加損害于他人者，負損害賠償責任。』此種規定，可解釋為違背道德的故意的不行爲，作法律上負責之原因，又安見道德僅有良心上之存在，無權利者之對立乎！况嚴格論之，如親子之相互扶養，夫妻之互守貞操，以及資本主對工人之無過失賠償等，又孰非自法律上視之，則爲法律義務，自道德上視之，則爲道德義務乎？若以法律爲他律，純然以法律爲治者之工具，忘乎其法律之素質，而不知法律與道德，皆有自律之效用，其爲不當，無待詞說。更就要求合法性與道德性論，謂道德以從規範的信念而滿足，法律以從法律規定的行爲而滿足，其根本錯誤，仍在不解法律之爲物，而有是不合理之區別。蓋爲法律上的義務者，皆可謂爲道德上之義務，如履行債務之行爲，即明證也。如此，則有合法性者，又奚可謂爲非道德性乎？吾人謂法律與道德，在本質上原無不同，其故在此。但在現實法論之，所謂法律上之善，決不足以盡道德上之善，而法律上之所謂惡，在道德上必已成爲惡也。是故形式的法律，非道德全部之實現，形式的法律之範

總之異點  
僅在形式  
上範圍之  
廣闊

圍，亦不及道德範圍之廣闊。道德法律之異點，其在斯乎？此項問題，為古今學者所聚訟，茲略論之，俾社會益知法律之至可貴耳，當否非所計也。

## 第二章 法律之基礎

法律基礎  
問題之重  
要

何謂法律基礎？學者視為法律哲學上之問題，在民法上另立專章以討論，甚少先例。吾人於略述法律通素後，更及於此項問題，蓋以不知法律素質為何物者，不足以論法律，尤其民法之良窳；徒知法律素質，而不知法律基礎者，仍與不知法律素質，無以異也。曩者希臘哲人，提出法律是否依自然而存在或依制定而存在之問題，引起法律界二千數百年之爭執，迄於今日，尙無一定之見解；吾人欲於此以短小之篇幅，敘述此繁重之問題，豈能得！雖然，聊試言之。

理念為法  
律之基礎

法律之素質，為規範人類交互行動的心理上的合理力，而此項合理力，乃由理念調節欲念而發生，則理念者，即法律之源泉，亦即法律之基礎。故法律有理念上之基礎者，法不能

法律之威

他見

權力基礎說

廢，法律無理念上之基礎者，法不能存。不能廢者，雖形廢而質存；以其法有妥當之基礎，不可廢也。不能存者，雖形有而實亡；以其法無妥當之基礎，不可存也。不可存而強存之，是以力賊人也，非法之罪也；以世無賊人之法也，不可廢，而強廢之，是以力賊法也，法終不可廢也；以世無可強廢之法也，理念之於法律，威權之大如此，其故果何在耶？此誠亟當解決之問題，吾人試先述他之論法律基礎者，然後再及于此，當使見者更易明瞭。

甲 權力基礎說。否定法律固有合理之基礎，而以法律為力或權力之表現者，即權力基礎說也。此說倡導于希臘之埃利亞派 *Al Elea* 之哲人阿爾喀魯斯，支持其理論者為梭蒲伊斯特 *Sophists* 派——普羅太喀魯斯 *Protagoras* 高吉斯 *Gorgias* 希比亞斯 *Hippias* 等皆屬之——而謂『正義不過役于強者之物』之杜拉格西米魯斯，尤足表現彼派之意嚮，斯即世所謂懷疑派，他若自然法派之霍布士，主張惟國家能決定正邪，是亦認法律為權力表現，無何等法律基礎。此說若以力或權力為調節社會組成分子生存力所產生，則仍不失法律之妥當性。然據杜氏之言，通觀霍氏之說，知是所謂力或權力

者，皆強者階級之力，非由社會各組成分子凝結而成之力；以是力為法律之基礎，則法已非法矣。

經濟基礎說

乙 經濟基礎說。此理論萌芽於希臘之哲人，尤其是 Sophists 派，而形成並發展于近世唯物學者馬克斯 *Mars* 恩格斯 *Engels* 之手。依上各學者之主張，一切社會現象，——即道德宗教法律藝術等現象——皆以經濟現象為唯一之基礎，隨經濟現象而變化。然以吾人觀之，經濟生活利益，不過為法律之內容，以之為法律之基礎，直是本末顛倒。且經濟被視為人類之生活利益，是由人類心理上有其價值觀念存在；而經濟之進化，與進化之能有利於人類者，亦必在實質上受合理力之支配，在形式上受合理力客觀化的法律之支配，如之何能謂法律以經濟為基礎耶？若彼輩詆法律為強者階級之工具，藉曰工具，則非法律已。

確信基礎說

丙 確信基礎說。是說以法律為國民精神之表現，而以國民之法律確信，為法律之基礎。薩微尼 *Savigny* 普夫達 *Puchta* 等，實倡導之。言法律而置重于國民之精神，本

非錯悞；第以基礎在國民法律之確信，抑若法律在人類自身以外，另有自然的存在者，是亦不免自然法派之色彩。且國家成立于人類有社會以後，而社會乃形成于人類交互間有凝聚之力——即法律素質——是共同生活，由人有法律性而成立，非法律由人類共同生活成立後始發生。茲以法律為國民的精神表現，似於法律之素質，猶未澈底明瞭，故不足取。

丁 功利基礎說

邊沁 Bentham 倡個人功利之說，繼其後主張社會功利者，為耶

林 Jeremy 此種理論，在以功利為法律之基礎——即以功利為正義，斯世所謂功利派。然功利與正義，決非同一內容之物；如講求個人功利主義者，則其極對於倫理的，主他的，非功利的，犧牲自己物質利益，尊重他人生存權利之義務，均須遭其排斥，則社會將為冷酷之社會矣。至社會功利主義者，由個人功利之概念，移於集團的乃至一般的功利之概念，誠為進步之見解。學者有謂「法律為滿足個人感情，終至妨害社會福利，仍不失其為法」以攻擊其說者，吾人殊難贊同。蓋以滿足個人感情而為法者，根本非法也，以根本非法之法律上的一現像，舉以難社會功利說，豈能得當！以吾人觀之，社會功利——即社會利益，是應為法律

之內容，非法律之基礎。更嚴格論之：社會且建築基礎於法律素質之上，而謂由社會而有之功利，爲法律之基礎，寧非忘其本末不合邏輯之昭然若揭者乎？

### 人性基礎

戊 人性基礎說。各個自然法體系之特色，在認優越於成文法的自然法之存在，此自然法，由人類一般理性而產生，有絕對普遍且恆久之效力。以吾人觀之，自然法派，以人性爲法律基礎，自非謬悞。第人性究爲何物，殊少說明；且於人性之善惡，雖同派亦不一其說。如霍布士 *Hobbes* 則以人性爲利己的，在自然狀態，有若禽獸相食。如谷羅鳩斯 *Grotius* 則以人性元來爲社交的，在自然狀態，已能互相親睦。人性善，基于善性之法律，用以規範人類共同生活，自可具普遍妥當性，若人性惡，則基于惡性之法律，如之何能發生絕對普遍且恆久之效力？爲成文法之模範乎？是不能謂非該派顯然之矛盾。

綜上各說：或求法律之基礎於權力；或求法律之基礎於經濟；或以國民確信，人類本性，以及功利等等，爲法律之基礎，均經吾人以討論之態度，發現其理由之欠缺。茲述吾人主張之理念基礎說如下：

理念基礎

理念有不  
變性  
合理力有  
可變性

己 自說——即理念其礎說。理念何物耶？理念與法律產生之關係如何耶？蓋理之爲物，莊嚴微妙，至善至明，大無不包，——所謂放之則彌六合，——細無不入，——所謂卷之則退藏於密——故上觀於天，則有天理，俯察於地，則有地理，秉天地之氣以生之人物，則有人物之理，是理爲宇宙人生之所同具，失其理，則無所謂宇宙人生者也。故理念能認識宇宙人生之真諦，實由宇宙人生，具有同體之理念。康德以自然宇宙，皆由吾人先天的理性所創造，抑若理爲人類性中所獨具者，非確論也。若理能調節意欲，亦非吾人具有先天的道德律，而能爲絕對的普遍支配，乃由理對感性界所感知之事實，給與合理之規範，使得具體妥當的結果。夫既給與客觀的經驗以行動的規範，復不主張規範得離開一切經驗事實，而獨立存在者，由吾人尊重實驗的理想，而不取康德氏絕對主觀理想之見故也。

由是知理在宇宙人生之間，有普遍永久之性，不因時空變遷；而其由理念產生之合理力，則應斟酌社會共同生活之狀況，不能有普遍的絕對的不變之性質。因之應合致于合理力之法條，亦當然因環境不同，形態各異。然吾人觀于今日世界之法律現像，異其形態與精

神者，則更有故在：形態不同，則緣于法律之系統；精神不同，則緣于特權階級思想之反動；——如有歐洲中世政治之黑暗遂起個人自由之反動思想，有資本主義之掠奪一切遂產生共產主義之反動思想——以由于特權階級反動思想所產生之法律，如之何能合致于法律之素質，保人類共同之福利？故雖挾國家之權力以強行，終必遭社會之排斥，法蘭西有頑固法典，而自由法運動，*Freirechtsbewegung*，遂相伴而起，斯即法律應求基礎于理念之象徵，亦即吾人所以主張法律非依自然而存在，亦非依制定而存在，乃依人類理念而存在之理由也。

法律是依  
理念而存

### 第三章 法律之組織

吾人於以上二章，雖主張單純之法條非法律，在理念上有其基礎者，始為法律。然非根本反對編纂法典者，故續述法律之組織——即法典之組成。茲將其目的與體裁分別說明於下：

法典組成之目的

治安策

守成策

整理策

統一策

### 第一 法典組成之目的

甲 治安策 鎮攝反動，保持安寧，斯策之目的也。和平如違警罰法，嚴厲如懲治盜匪法，皆是。顧以含威壓之性質，有殘酷苛細之危險，故懲治盜匪法，預定有效之期間，而違警罰法，在法治國家，尚為民衆所反對。治安策，可暫而不可久，於此可見。

乙 守成策 此策之採取，多在國基初奠，休養生息之時。如中國列朝法典，大都取義于斯。如唐長孫無忌房玄齡等編制之法律，其尤著者。他若日本德川氏之百條，英領印度之法典，普魯士弗勒特力大王普通法典亦是。夫社會之生命，動而非靜，生活之形式，亦非恆久不變，故法律須有適應社會性。若抱守成策，成立固性之法律，勢必與社會生活相牴牾。

丙 整理策 在法律條文繁密之國，適用既感困難，人民亦靡知所從，則欲整理劃一，整理策，自屬要圖。如羅馬因法令牛毛，法象紛歧，特制定十二銅表，以齊一法律，其適例也。若國號禮治，或在新興國家，制度文物，未遑講求之時，則只有制作，無所謂整理。

丁 統一策 統一其法律行為於一個法律秩序之下，混詐虞之端，堅協作之念，甚盛。

事矣！如拿破侖法典，德意志帝國法典，意大利王國法典，皆以統一為職志，且能舉統一之實事。然國土過大，風俗絕殊，亦有不能統一者。如我國蒙藏地方，不與內地同受一法律之支配，美利堅共和國，法制亦甚不齊一，斯皆勢之莫可如何已。

戊 革新策 社會非靜止不動之物，自然演進，生命日新，雖理念之在人心，本體雖存，而人類之思想，進化不已，社會之秩序，相因而改觀，甚則發生革命，改造社會，當此之際，社會或因自然之進化，或因人為之改革，易舊的生命，而為新的生命，易舊的秩序，而為新的秩序；則規範舊的社會之法律，自有革新之必要。如蘇俄革命以後，其舊的法律，完全推翻，新的法律，更為制定，即其適例。

綜上各策而觀，我國應採何策？則欲團結中華民族之精神，統一策尙矣；而欲保育新的中華民族，革新策，應亟採取。若徘徊于新舊之途，東塗西抹，甚非所宜。但吾之所謂革新者，就法律之精神言也。如吾中華法系，固有的特點，於今採用，在形式上似屬復古，在精神上仍不失為革新，此實不可不予以深切之注意者也。

法典組成之體裁  
沿革體

## 第二 法典組成之體裁

甲 沿革體 依法律發達之順序，而編纂之，以置訴訟法於法典首部為其特徵。蓋自法律素質論，訴訟法常後于實體法而發達，而自法律進化論，訴訟法實先于實體法而存在。如羅馬十二銅表第一表，規定傳喚被告；第二表，規定傳喚證人及對席判決；第三表以下，始載其餘各實體法，即其例證。

編年體

乙 編年體 依法律頒布年月之後先，為編纂之次序。此種體裁，既有編纂數量不均之弊，亦有次序參差——如同其性質先後羅列是——之嫌。學者謂在法律發達之國，可用此法，非確論也。

韻府體

丙 韻府體 依文字開首之字母，而為辭典式之編纂，如美國梅利蘭州 *Maryland* 法典，即其適例。

論理體

丁 論理體——標準體 依科學之方法，為編纂之根據，如羅馬式德意式之法典是。上述各體裁，我國應何所採？是亦重要問題。黃佑昌君主張應採標準式的體裁，即以世

黃佑昌法

界為標準，而分為陸法海法空法；以形式為標準，而分為組織法建設法；以性質為標準，而分為根本法附屬法；以國境為標準，而分為國際法國內法；以社會為標準，而分為勞働法經濟法；此種分類，雖是否適合實用，尙待研究，而理論尙屬新穎，具有革命精神，可供學者討論，要無疑也。

#### 第四章 法律之內容

法律之內容者，人類共同生活之利益也。所謂利益，非指單純的物質利益，凡能滿足人類合理的價值感情者，皆是。——日儒美濃氏認滿足單純的個人價值感情亦為法律的係悞解——耶林氏以社會福利為法之目的，即以目的為法律觀念的要素。美濃氏亦謂：法是在社會心意中，因人類的利益保護之故，而被認為不可破的社會生活上意思的規律。吾人於法律概念中，未加入保護利益之觀念，然以利益說明法律內容，實至恰切。茲將成為法律內容之利益，略記於下：

個人利益

人格

家族關係

經濟生活

第一 個人利益

甲 人格

- A. 身體上的利益
- B. 精神上的利益
- C. 名譽上的利益

乙 家族關係

- A. 婚姻關係
- B. 親子關係

丙 經濟生活

- A. 財產
- B. 營業及契約之自由
- C. 約束利益

第一編 法律 第四章 法律之內容

D 與他人之利益關係

1. 契約上的
2. 營業上的
3. 公務的
4. 社會的
5. 家族的

E. 與他人結社之自由

第二 國家利益

甲 爲法人的國家利益

A. 人格

B. 財產

乙 爲社會利益保護者的國家利益

國家利益

爲主人的  
國家利益

爲社會利  
益保護者  
的國家利

社會利益

一般的安

社會諸制  
度之安固

一般道德  
思想之安

第三 社會利益

甲 一般的安固

A. 安全

B. 保健

C. 平穩及秩序

D. 財產取得之安固

E. 交易行為之安固

乙 社會諸制度之安固

A. 家族制度

B. 宗教制度

C. 政治制度

丙 一般道德思想之安全

天然資源  
之使用與  
共有

弱者之保  
護與教育

一般的進  
步發展之  
利益

政治的發  
展

文化的發  
展

丁 天然資源之使用與共有

戊 弱者之保護與教育

己 一般的進步發展之利益

A. 經濟的發展

1. 發明之促進

2. 財產之自由使用

3. 營業之自由

4. 產業之自由

B. 政治的發展

1. 批評之自由

2. 輿論之自由

C. 文化的發展

個人本位  
法律應有  
之現像  
的  
法律之目

1. 科學研究之自由
2. 文學藝術之獎勵
3. 學問之獎勵

以上分類，乃鮑恩特氏所主張。穗積重遠氏在法理學大綱，佐佐穆氏在民法之社會化各書內所引用，然在以個人主義為法律基本原理之法系，其基礎純建築於個人利益之上，所有國家利益，社會利益，無非以個人利益為中心，換言之，國家之威力，乃維持個人利益之要具，此個人本位法律應有之現像也。然法律之目的，當使人人各得其所。現代社會生活，尤其是社會生活中的經濟生活，呈畸形發展之趨勢，陷人類于不幸之機運，顯有背于法律之目的。德意志共和國新憲法第一百五十一條第一項：『經濟生活之秩序，要使得各人得享受人類有價值生活為目的，適合于正義之原則，各人經濟上之自由，于此限界內而保證之。』云云，似能鑒于上述之情勢，置經濟生活于正義之觀念上，調和個人利益與社會利益，俾法律由個人主義，轉入社會本位主義，而使法律社會化。他若貧弱者之社會保護法，以團

現代法律  
現像之變  
化

體契約爲中心之勞働法，亦此新傾向重要之表現；而在此新傾向中舊之法律，尤其是民法上之原則，如自由，財產，契約，賠償責任等觀念，亦發生不少之變更與限制，是誠不能不謂爲法律現像重大之變化，第根本觀念，尙難視爲合於正義也。

## 第五章 法律之系統

從實質上  
分法律之  
系統

世界法系，都十餘種，歷來法學者，編輯民法，或置而不論，或論而僅及其主要的法系發生成長之沿革，甚無謂也。然詳論世界各法系消長之原因，及其變遷之跡象，以探索人類法制進化之原理，則又非民法學事。吾人斟酌於繁簡之間，擇其爲治民法學所常知者，分爲死法系——如埃及的 *Egyptian* 米索博塔迷亞的 *Mesopotamian* 克爾特的 *Celtic* 格里西亞的 *Greek* 卡倫的 *Canon* 各法系是——潛法系——如希伯來的 *Hebrew* 羅馬的 *Roman* 日耳曼的 *Germanic* 海上的 *Maritime* 各法系是——衰法系——如印度的 *Hindu* 摩罕默德的 *Mohammedan* 兩法系是——病法系——如羅馬

威末耳  
形式上分  
法律之系

死法系

埃及法系

埃及法系  
之特點

巴比倫法  
系

式的 *Romanesque* 英國的 *Anglican* 兩法系是——幼法系——即蘇俄法系——中  
興法系——即中華法系——而摘要述之。斯之分類，完全從實質着想，以視僅從形式上如  
威末爾 *Wigmore* 之流，分世界法系為純粹的系統；*Pure system* 邦國混合系統；  
*National blends* 殖民地集合系統；*Colonial composites* 殖民地二重集合系統  
*Colonial duplex composites* 有別。

第一 死法系

甲 埃及法系 埃及文化，發育于豐饒之尼羅河畔；而法律歷史記錄，遠在西曆紀元  
前四千年以前。自紀元前八世紀，國勢不競，法律之權威已瀕衰替。迨後被征服于羅馬，即由  
羅馬法代其位；被征服于阿拉伯，而回回法復代羅馬法；迄今則被支配于法蘭西法矣。其法  
承認婦人有財產權，與離婚發議權；是其獨具特點，為古代諸法系之所無。

乙 巴比倫法系 即米索博塔迷亞法系；米索博塔迷亞之文化，發達于幼夫拉底斯  
河與底克里斯河中間之地域；其法律文化中，最惹世界注目者，為一九〇一年法人摩爾根

哈米拉比  
法典之特點

*Morgan* 在波斯舊所發見都之哈米拉比 *Hammurabi* 法典，此項法典，產生于紀元前二十二世紀，約三百條，此猶太法典馬奴法典，*Manu* 尚多千五百年之歷史，涉及親屬法，刑法，財產法，商法等廣大的法律生活之領域。而宣言不許強者抑壓弱者，保護寡婦孤兒，及規定夫婦離婚夫負返還嫁費義務種種，尤富於近代法之色彩。至紀元前以被征服于希臘，始終止巴比倫法系之命運。

克爾特法  
系

丙 克爾特法系 克爾特諸族，在紀元前七世紀，占領歐洲西北部廣大之地域，至紀元五十二年，始失其政治上之獨立。其法律依記憶而流傳，故無殘存之記錄；有記錄者，僅威爾斯愛爾蘭兩地耳。愛爾蘭紀元四百三十年時，有傳教師帕特利喀，來勸國王阿利利，將慣習法編纂成文，帕特利喀法典遂以產生。威爾斯在十世紀集合會長僧正法律家編纂舊慣，成功最初之法律書，所謂哈瓦爾法典是也。此法典以三事命萬人：一曰為正直之生活；二曰勿加危害或迷惑於他人；三曰給與其應享受之物于他人。此種富有正義的精神的法律，竟能見於法律思想固蔽之時代，誠可敬而可異也。然克爾特法之二支系，至十六七世紀，殆皆

哈瓦爾法  
典之特點

### 希臘法系

由衰退而絕跡，不能使上威爾斯的法律精神，早光被于世界，亦至可惜！

丁 希臘法系。即格里西亞法系。格里西亞民族，聚合百餘獨立血族團體，乃至都市國家，而立於唯一支配者之下。其法系存續之時期有一千六七百年。就殘存記錄考察之，格里西亞之最初立法者為紀元前十七世紀君臨地中海中克里達島之米諾斯。其法律記錄，已無可考。而現存最古之格里西亞法律，仍屬克里達島紀元前五世紀之戈爾底訥帝法；次之則為紀元七世紀阿迭列梭倫時代人民集會制定之法律，相傳保存于阿迭列之衛城；然亦散逸，不復可見。迄四世紀格里西亞法系，遂與亞力山大帝國而偕亡。

### 寺院法系

戊 寺院法系。即卡倫法系。隨法王優越之權力，西北抵愛爾蘭格林蘭；東迄塞爾維亞；上自君王，下至民庶，皆受其支配，甚盛事矣。其寺院法之體系，成立于一千一百四十年，教會僧侶各格拉的亞所著，搜集數世紀間教皇命令，僧侶會議之決議，編輯而成法律書。其施行審判，一本于正義思想，無有差別觀念，故能發揮法律平等之原理，為近世法治國家望塵莫及；是亦以其法系建築基礎于宗教上者然也。迄十四世紀，法王世俗之權力，隨政治的

### 寺院法之特點

法律的國民主義之興起，漸被蠶蝕。而在法蘭西路易十一世英吉利愛德華一世之下，益使國家裁判，臻于強大。至十六世紀宗教改革，羅馬教會對於世界政治的權力之地位，遂益失墜。此後寺院法之威力，大都僅規律其教徒，限領域于靈界。

潛法系

第二 潛法系

猶太法系

甲 猶太法系 卽希伯來法系，希伯來文化之中心地，發軔于阿拉伯，幾經遷移，而止于帕勒斯底訥。其法之發達，大抵可分爲三期：第一期，由紀元前十二世紀至五世紀，以表現于摩西五書——創世紀、出埃及記、利未記、民紀、數略、申命紀等——內之故實與法典，爲其法源；以摩西十誡爲本期內最重要的道德的文書。第二期，自紀元前四世紀迄三世紀。此期內，猶太法之發達，淵源于宗教法學校之論議。至紀元前七十年，耶路撒冷被羅馬陷落，猶太人失自治之權能，猶太法始失其爲國民的法律體系之存在。然在第三期內，（由紀元三世紀至五世紀）猶太法學者，蒐集猶太歷來之判例與學說，編纂而成重要之文獻。迄六世紀，雖猶太法系之形式，因猶太人散佈各地而消失，而猶太明法之士，尙能用猶太語或阿拉伯

語將猶太法律之精神，公之于世界，以規律散處各方猶太人之生活，至于今而不絕。則謂其特質是宗教的，是排外的，要無不當。

### 羅馬法系

乙 羅馬法系。羅馬法超越羅馬帝國之命運，以支配人類法律生活。其歷史可大別為三期：在第一期——共和政時代——以十二銅表法為最有名。是表注重于訴訟手續之規定，視摩西十誡為道德的規範之闡明者，迥異其趣。在第二期——帝政時代——裁判官法學者，漸次占重要之地位，奧古斯都帝時，裁判所須從公認的法學者之意見書，于是確定羅馬法理，促成制定法學之發達，是時有拉卑與 *Labeo* 與克比脫 *Cepito* 者，各樹門戶，分別派流，前者之門下成蒲魯庫阿斯 *Proculus* 派，後者之門下成薩倍魯斯 *Sabinus* 派。兩派聚訟，至百餘年，裨益于羅馬法學之發達，誠非淺鮮，顧羅馬法學全盛時代，在紀元二三世紀之交，其間專門法學者，奮力于法學之研究，最有名者，為格優斯 *Gaius* 巴卑民亞 *Papinian* 烏魯比亞魯斯 *Dipianus* 婆魯斯 *Paulus* 末德斯底魯斯 *Modes-tinus* 五人。格優斯著法學階級，有偉大之勢力。然五大法律家意見參差時，則以巴氏之說

### 羅馬法發達之原因

爲準據。故學者名之爲羅馬法全盛時代。在第三期——後期帝政時代自紀元三世紀至八世紀——羅馬帝國與東羅馬帝國分離，前者以北意大利之拉威偃訥爲中心地。後者以畢撒底烏姆爲中心地。在畢撒底烏姆，行格里西亞之文化，其法律家，則以格利西亞語而運用羅馬法，迄紀元五五年頃，優斯丁尼帝 *Justinian* 集學說彙集 *Digesta* 法規集 *Codes* 並法學階梯 *Institutes* 而成羅馬法全典，*Corpus Juris Civile* 蔚爲法學界之大觀。然因意大利北方諸民族荒亂，法律紀錄散失，羅馬法律之傳統的結晶，如羅馬法全典，遂一時潛影。羅馬法體系，遂一時消滅。迨後雖羅馬法理大昌，瀰漫世界，如德法兩法系，同屬其嫡系，然而形貌全非，抑以僅有羅馬法之精神，潛藏于中，而羅馬法之自體，已不復能在現實方面，整齊而劃一之故歟！吾人故名此羅馬法系爲潛法系。

丙 日耳曼法系 日耳曼人種，紀元四世紀，居歐洲東北部。尙勇武，好冒險。所謂『吾人以依于武力取得之物爲權利而保有』者，是即彼等之格言。其法律可分三時期：第一期，紀元四世紀——其裁判非如埃及巴比倫有神密之意味，富于格利西亞與古代羅馬

日耳曼人之法律格  
日耳曼法系

民衆的裁判之色彩，法律則存于判決宣言者之胸，而名之爲胸法。入第二期——自四世紀至八世紀——日耳曼民族，移住于現今德意志、法蘭西、荷蘭、比利時、英吉利、意大利等處，與羅馬化之克爾特人結婚，以吸收羅馬之文化，排除羅馬帝國之支配，維持其法律之傳統，構成其政治之組織。迄九世紀，直化歐西爲日耳曼人之天地，遂入第三時期。在此時期，修正其治下各種族之法典，更派使節，分赴各地，以檢閱裁判狀態，由此而至十五世紀間，日耳曼諸種族，定着於一定之土地，而營農業，其法律亦由屬人主義，而進于屬地主義。然由夏列馬帝國之破壞，裂歐洲爲數千領主分立之狀態，使各領主皆有其裁判權，各地方亦發達種種法律，有成爲地方法典之態樣，如法德荷等國，各有數百法典，即其例證。然日耳曼法在歐洲大陸，被羅馬法與寺院法之壓迫，惟在英吉利，有特殊之發展。故欲探索日耳曼法系以後精神之發展，不能不注目于英吉利法系。

丁 海商法系 即海上法系，地中海沿岸，海商發達，自古已然。故腓力基亞海岸及羅

斯特 Phodes 島等處，與海商法有不可分離之歷史，與不可分離之關係。迨後因商業發

達，移中心地于歐之西北，海商法之中心地，亦隨與轉移。然十七世紀，借國民主義之發達，雖被吸收于國法之中，而海法之本身，仍超國家而存在。蓋海運業，為世界的，非國家的，如由船舶所有者保險業者等商人構成之團體，自不便于適用各國法律，應有統一國際海商法之必要。而一八九七年設于安杜哇布國際海法會，及國際法學會，努力建築世界的海商法體系，而海難救助，船舶所有者之責任，運貨提單等法規之統一，予以完成。是等之統一法，無須研究是否依條約，而為各國法律實質上對海運業者，總有拘束之效力。換言之，有超國家之功能。此海商法系所以為潛法系，以其法對世界海運業者，有一種普遍的規律性，即在國際間有一種潛在支配力。

衰法系

第三 衰法系

印度法系

甲 印度法系 印度人口三千萬，主要之語言，達三十五種，地方語，則有三百，且被侵他族至有六次之多，故不能建立完整之法系，隨地方人種，異其法律之狀態。然其法律體系，可大別之為婆羅門法與佛教法。前者因亞利安人種——紀元前二十世紀——之侵入而

馬奴法典  
之特點

達摩體系  
之特點

發生，建基礎于馬奴法典，此項法典，有所謂四姓階級之區別，——即僧侶階級武士階級庶民階級賤民階級——為婆羅門法之特色。惟印度諸部落之村落，社會日常生活，則以承認其傳統自治，而被支配于各地之習慣。後者因阿育王——紀元前二五〇年——歸依于佛教，發生佛教的政治法律之思想，頒布三十乃至四十之勅令，詔示基于佛教的達摩之體系，——即包含法律于其中的宗教的道德的大法——打破婆羅門四姓階級之制，為統一世界之想。然至九世紀頃，印度全境，仍被支配于婆羅門法，佛教法則不能不求于印度而外。迄十一世紀，受突厥人之侵入，回回法推行于印度，婆羅門法，視為被征服者之習慣而使用之，蓋歷數百年。自十八世紀，英吉利人掩有印度，婆羅門法，始再回復，凡屬印人關係之裁判，則招致婆羅門法學者，佐助英吉利之裁判官。故印度英領以後，惟公法與商法，受英法系之影響，而土地制度，家族制度，繼承制度，階級制度，則仍以地方習慣為第一法源，以婆羅門法學者之著書，為第二法源。

回回法系

乙 回回法系 即摩罕默特法系，以阿拉伯為發源地。——在七世紀——當其盛時

——自九世紀至十三世紀——法之領域，直及歐亞非三洲。然因法律不可分離宗教之關係，以可蘭經，摩罕默特之言行錄，與法律家之著述，為其法律。可蘭經中法律之記載極少，特以為補充者，摩氏言行錄，最稱有力。至法律著述，以阿拉伯人同于羅馬人，具充分的法律資性，專門法學者，後先輩出，在十世紀，用能組織其法律理論體系，成為伊勢拉摩之第三有力法源。迨至十三世紀，政治之勢力，一旦墜落，法學之發達，因而停止。最近土耳其之法律，則純粹歐化；波斯之民法典，亦由法人協力制成；阿富汗斯坦，曾在阿馬努拉之下，試行改革；回法系之生命，其存在蓋亦朝不保夕矣。

以上兩法系，內容富于宗教之色彩，外表缺乏完備之形式，是皆背乎現代法治之潮流，亦不合乎現代法律之技術，宜其本身奄奄一息，不幸而被其支配者，則蔽塞文明，漸不能爭生存于世界，斯其法系之所以入于衰頹之境也歟！

病法系

第四 病法系

歐洲大陸

甲 歐洲大陸法系 一名近代羅馬法系——即羅馬式的法系——其形成今日歐

洲大陸法系，在歷史上可分爲三期。第一期，爲羅馬法復興時代。第二期，爲羅馬法適應時代。第三期，爲法典編纂，法域擴大時代。意大利當十二世紀時，古文學復興，伊勒流斯 *Irnerius* 以博魯格挪 *Bologna* 法校爲中心，研究羅馬法全典之正文，而加以旁註，是謂註釋學派。學者名此爲羅馬法復興時代。第一期之研究，爲純正科學的。入第二期，則注重于應用科學，代表此傾向者，爲後期註釋派，此派學者，以巴爾躲魯 *Bartholus* 爲最有名，其研究以註釋家之註解爲基礎，努力于實際問題之適應。故其著作，雖爲後世學者所輕視，其切于實用，在當時多爲歐洲各國所因襲。繼後期註釋派起而研究羅馬法者，爲法蘭西學派——十六七世紀——以庫亞秀 *Cujacius* 都內魯 *Donellus* 爲中心人物。而研究方法，則入于哲理。迄十八世紀，其中心則更北遷荷蘭，威托 *Voet* 偶托 *Naquet* 格勞提由 *Grotius* 等羅馬法學者，更以荷蘭學風，代法蘭西學風，而披靡一世。十九世紀，繼荷蘭而起者，則爲德意志，蓋德意志自十三世紀以來，就學于法意之學者，或仕于君侯，或設立法律學校，不久且被任爲裁判官，羅馬皇帝，更從政治的理由，獎勵研究羅馬法，設立于一四九五年之神聖羅

馬帝國裁判所，裁判官之半數，且限於研究羅馬法之學者。然對於羅馬法如是提倡，有異于法蘭西與意大利者，以日耳曼法律傳統，在德意志勢力甚強故耳。卒以羅馬法技術優越，裁判所亦多徵求德意志大學羅馬法教授之意見，與以法律之效力，故迄十九世紀，仍能奪取羅馬法之霸權，而以薩微尼溫德賽 *Windschid* 耶林等爲其重鎮，於此有當知者，即復活之羅馬法全典，雖適應於社會事情，散布於歐陸各國，而爲普通法，究之適用之際，仍不遵爲第二法源，其在有日耳曼法系色彩之地方，尤不能先被適用，是所以不得爲國家法，而學者僅名此爲羅馬法的適應時代。降及第三時期，從事於羅馬法的法典編纂運動，換言之，即從歐洲各國羅馬法的傳統，與日耳曼法的傳統，創造國家法的運動。首先創作者，爲弗勒特力大王，而其最顯著者，則推拿破侖法典，其接踵而起使民法法典化者，有奧荷意德瑞等國，於是法典化的羅馬法之勢力，遂掩有全歐，並溢出而瀰漫亞東南米之天地，豈不偉哉！

## 法律法系

## 乙

## 海洋法系

一稱近代日耳曼法系，諾耳曼人之征服全英，爲日耳曼法系發達之要因，當未征服以前，英吉利雖受克爾特人羅馬人撒克遜人之侵入，而其法律之狀況，與裁

判之狀況，同時與歐大陸日耳曼種族相照應，且產生日耳曼式的法典——即六〇〇年頃伊奢爾巴法典六九〇年頃愛因斯法典一〇三五年加利幼得法典——迨被諾耳曼人征服後，自十二世至十四世紀，英吉利既有比較大陸更早的統一之法律，復有天然的離大陸而獨立之慣習，使蓬勃不可阻遏之羅馬法，竟至無間可乘；斯蓋自維廉一世征服英吉利以來，厲行集權的封建制，以整齊其國俗；其繼承君臨英土之亨利二世愛德華一世，皆能牢守遺策，防止裁判權地方化；且建立中央裁判所——即王家法院——確立巡迴審判制度；尤足普及國王裁判於全國，樹起常法——即普通法 *Common Law*——之體系。但常法系統，得以確立于英國者，又以亨利二世施行陪審制度，使民間訴訟，去地方法庭 *Local Courts* 而歸王庭 *King's Courts* 之故，至其盡力推行之思想——即海洋法系之精神——一曰人人法律上平等；一曰人人服從同一法律；此種可寶貴之精神，乃導源于古日耳曼法。惟是常法自成系統，漸致形成硬性，不能適應社會上之需要，遂有公道的造端及發展。愛德華第三，下令規定所有公道案件，歸樞密院審理，于是衡平法院 *Court of Chancery*

應其需要而產生。代英王行使其基于正義的非常法律權。雖因執行直通，橫遭嫉忌，惹起議院通過限制其法律權者十次，仍能行使其職權，徐成其公道系統，*System of equity* 而應用竟較寬于常法之範圍。學者多以衡平法院，係應用羅馬法的正文之觀念，因以斷論海洋法系與日耳曼法系，無甚深之聯絡。吾人試觀古代日耳曼法，常載明「君主親臨，與尋常法院不同，即是前者可運用較大之權力，以施行較合直道的原理。君主可以不受法律的格式所拘。即為所拘亦不與普通法院受同程度之拘束，換言之，彼可以依公道而裁判」云云，則知公道法系根本之思想，仍淵源于日耳曼法。夫常法之可貴，與公道法之樹立，皆與日耳曼法有因果之關係，如上所述，則海洋法系，為近代之日耳曼法，奚足以異。

以上大陸法系，海洋法系，已平分法界之天下，而方與未艾。吾人諡之曰病法系，得非失常。然試立足于超法律現象之上面，不置身于法律現象之中間，則病像畢露，指點可清。蓋大陸海洋兩法系，其立法之基本原理，為個人主義的，原以保護私有財產，放任個人自由為職志，在十八九世紀之交，本不能謂無偉大之價值；現雖因釀成階級不平，影響于人類之和平

大陸法系  
與海洋法系  
之區別  
由法系之理

幸福，而將舊日法律上之大原則，即昔時所視為合于正義與公道者，加以不少的變更及限制，如：

- A. 財產權禁止及社會的行使之限制；
- B. 契約自由之限制；
- C. 無過失賠償損害之責任；
- D. 公有物範圍之擴張；
- E. 處分權之限制；

種種，漸使法律社會化。然以嚴正的眼光觀察，是仍以調和社會感情為手段，以保護特權階級之利益為目的，其病根固未嘗拔而去之也，謂之為病法系，詎曰非宜。

### 第五 幼法系

幼法系即蘇俄法系。俄羅斯于一千九百一十七年，建立蘇維埃社會主義國家，廢止舊有法律制度，斯拉夫人種，創立共產主義的法系，從茲發軔。觀于一九一八年勞働羣衆宣言

幼法系即  
蘇俄法系

蘇俄民法  
之特點

第二章第三條：『甲、土地爲社會所有，廢止土地私有制度，一切土地，宣佈爲公產，公平分配于農人，但有使用權利；至對於原地主，不給與賠償。乙、森林、鑛產、水道的有關全國公益者，六畜和田地附屬品，都宣告爲公產。丙、本會議受勞働者監督，批准各項工業，以及國民經濟會議的兩項蘇維埃法案，這是將一切鐵道工廠及生產交通之具，移歸農工蘇維埃城共和國的『第一步』云云，可知其目的在破壞資本主義，實現共產制度；卒以農民怠于谷物生產，陷全國于恐慌景象，不得已改行新經濟政策，而于一千九百二十二年，制定蘇俄民法，翌年一月一日施行，其法廢止土地所有權，與動產不動產之區別，此爲最大之特色。而私人之所有權，雖于極狹之範圍內，——詳該法五十四條——予以承認，然效力之限制甚嚴，非以保護物之持有者爲事，是亦以共產主義爲其基本觀念者然也。其他如遺產繼承之限制，——詳該法四一六條——夫妻結婚離婚之自由，其輕視私生活，灼然可見。而勞工法典勞農法典，更無論也。學者名蘇俄法系爲準共產法系，是僅注意于立法之手段，未嘗注意于立法之精神，吾人不取是說。蓋蘇俄法系，其立法之基本原理，爲共產主義的，原以保護無產階級剷除資

產階級爲目的，雖因生產減少，金融枯竭，不得已行新經濟政策，承認

- A. 私有財產制度；
- B. 私營事業；
- C. 占有土地；
- D. 貸借吸資；

種種，然不過爲暫時之狀態，換言之，以維持經濟現況爲手段，以保護無產階級的利益爲目的，其法律固猶有階級性，所異于個人主義的法系——即大陸海洋兩法系——者，彼爲資產階級的法律，此爲無產階級的法律之一點耳。然而就其法律本身之沿革論，要不失爲幼稚之法系，故名之曰幼法系。

## 第六 中興法系

中興法系即中華法系。中華法系，有數千年悠久之歷史，近已驟入于中興之機運。蓋中華法系自李悝法經六章開其端，由漢而魏，而晉，而唐，始集其大成。宋元明清，相沿千載，未遑

改革，學者謂其特點有六：

- A. 行政與司法不分，司法機關獨立之思想，不甚發達。
- B. 裁判重視裁判者具體的認識，富于人治主義的色彩。
- C. 非如希臘羅馬有辯護士或法庭雄辯家同法學而發達。
- D. 民事之爭，注重調解。
- E. 制定法除關於行政組織外以刑法的形態，維持迄于今日，即無分于民事法與刑事法，或民事責任與刑事責任。法典之條文，常伴刑法規定。
- F. 違反法律上之所命，處以道德上之加罰，不外為道德與法律不分化之表象。

綜上六端，若置於近世法律技術家之目中，自無若何獨到之精彩，且適足形容其為不適應于時代生活的法系。然依吾人觀察，以言法律技術，中華法系，誠不無遜色，若論其在社會上與道德有同範圍之對象，——即一切社會現象，都可作道德評價的對象，同時並可以作法律評價的對象，——歷數千年而不見分化，只此一點，即足為他法系所不及，請以鮑恩

特氏之言證之。氏分世界法律進化之階段爲：

- A. 古代法時代 *Archaic Law* 法律與道德不分。
- B. 嚴格法時代 *Strict Law* 只求法律嚴密。
- C. 自然法及衡平法時代 *Natural Law and Equity* 法律與道德復合。
- D. 法律成熟時代 *Maturity of Law* 法律又離道德而獨立。
- E. 法律社會化時代 *Socialization of Law* 法律與道德再合。

據以上分析，則知西洋法律與道德，在進化過程中，時分時合，視中華法系，與道德混然一體，相沿數千載而莫之分合者，自當天淵異趣，而法律社會化，爲西洋法系幾經進化，始達到似是而非之結果，反觀中華法系，土田制度，合于社會主義之精神者，千年前，固已如斯。一如井田代田王田均田限田之制——且考之吾國典籍，認天意作法律之本質，同時復認民意爲天意，是中華法系，又爲民本主義的法系。由此觀察，則謂中華法系之精神，自始已爲其他一切法系所不及，亦不爲過。茲者更新立法，數典忘祖者流，動輒以中國已有與歐西同等

我國方今立法是以無階級性的思想為原則

不及斯立夫法系與日本法系之理由

的法律自豪而不知我國之法，是以全民利益——即無階級性的思想，為立法根本之原則，發揮中華法系固有之精神，其須取法于人者，僅法律之技巧而已。換言之，是不過借他人之技術，更新法律之組織，使宏博偉大之精神，更入于中興之境域。以是吾人名之曰中興法系。

世界各法系，吾人既已粗述其梗概，然不及斯拉夫法系與日本法系者，抑何故也？前者因斯拉夫人種性之關係，易起政治上之爭衡，誘引外敵之侵入，不斷而與他之法系相接觸，斯拉夫法系，自始即未成立。——穗積氏認斯拉夫法系為世界七大法系之一亦非妥當——後者因維新前為中華法系之嫡系，維新後，則投入于大陸法系。吾人故不認二者有世界法系中之地位。

### 第六章 法律之分類

法律之為物。因觀察方面不同，種別隨之以異，茲分別敘述于下：

第一 公法私法 法律大別為公法 *Öffentliche Rechts*; *Public Law*;

公法私法

區別

*Droit public; diritto pubblico* 公法 *Privatrecht; private law; Droit privé; diritto privato* 二種，為羅馬以來之通說。往昔羅馬法官，其職務分國家之職務，與人民之法律事務兩項，即其起因，惟區別標準，極不一致。

目的說

甲 目的說 以公益為目的之法為公法；以私益為目的之法為私法，此說倡導于羅馬，盛行于後世羅馬法系之諸國。然法律之目的，在公益，抑在私益？究何所憑而識別之？恐無適當之標準。蓋國家與個人，有相互密切之關係；若決定以何項利益保護為目的，實至困難。且是說足使公法與公益法，淆混不明，如現代私法中自團體主義之見地，以保護公益為目的者，所在皆是，將若之何！

性質說

乙 性質說 以規定權力服從關係之法律，為公法；規定平等權利關係之法律，為私法，然近世社會一切法律關係，為依于法規而被支配之權義關係；若欲于其間劃分為權力與權利關係，實至困難。如選舉法，未見其為權力關係者，願何以不失為公法？而家庭間親子之關係，不無權力意味，又何以仍謂為私法？更如在刑法，對他人身體財產犯罪者，科以一定

之刑罰；與在民法不法侵害他人之權利，命負損害賠償之責任者，其法律關係之性質，殆均含有權力之意味，何故不盡規定于刑法。

主體說

丙 主體說 以規定國家及其他公法人間，或至少爲一方當事者的法律關係之法律，爲公法；以規定私人相互關係之法律，爲私法。此說依法律關係之主體，區別法律之公私，爲法國一般學者所主張，亦從來最通行之見解。以其較優于前之兩說，既無使公法與公益法混同之虞，亦無變親屬法爲公法之弊，然國家或其他公法人，如爲關於財產的契約之當事者時，在近代法律之觀念，視國家或其他公法人與個人爲同一之人格，應受私法之支配。異于羅馬法之思想，是以此說爲準據，可使民法爲公法。

內容說

丁 內容說 以法律之內容，爲區別之標準，即內容爲統治關係者，謂之公法；爲非統治關係——社會關係——者，謂之私法。此種分別，對於上述三說之缺點，誠能彌縫，而東洋學者，亦咸主張此說，最適合于事理，且信其與普通之法律觀念相合致。然以吾人觀之，未見其能毫無間然。如民法，私法也，其間觀于法人設立，許可，監督，罰則等規定，可謂之爲非統治

關係乎？更如民事訴訟法，公法也。——法國學者之見解異是——其主旨在保護私權，可謂之為非社會關係乎？且一九一九年德意志共和國新黨法第二篇第二章所規定婚姻親子之關係，是明明以公法而規定社會關係，其將何詞解讀？

據上所論，是公私法律區別之標準，根本已被動搖。然則如奧斯丁 Austin 之所見，根本排斥公私法之劃分乎？此誠可研究之問題。蓋公私法之區別，多被支配于羅馬法以來之沿革理由，在學理上，自覺上，無復有十分根據。英美法學者，夙弗重視法律公私之差異，東洋法家，則以倣歐大陸派，而固執公私法不同之傳說。不知統一公法私法之原理，置法律生活之主體于平等，首須使公法民衆化，換言之，運動法律民衆化，以減輕公私法之差別，為第一義。試思為避免契約法理之適用，主張多種行為用行政處分，為避免物權債權之適用，主張財產非私有而為公有，為避免損害賠償之責任，主張服務國家，以個人無責任為原則，是重公私法差別之結果，足以助長官僚思想之表現，今之法學者流，其注意于此否？

第二 成文法不文法 經一定之程序而制定之法律，謂之製定法，又曰成文法。

法律之區

普通法特  
別法之區

*Schriebenes Recht; Gesetzesrecht; droit écrit, loi.* 於不文之狀態有法律之效力，謂之慣習法又曰不文法，*Gewohnheitsrecht; ungeschriebenes Recht; droit non écrit* 但法理吾人認為應屬於不文法。（詳細說明讓之第二編第二章第三章）

第三 普通法特別法 此種區別，由法律效力所及之範圍，而為相對之分類如下。

甲 普通法 *Gemeingültiges Recht; general law, droit général;*

適用於一般之人，與一般之場所，或事物者，謂之普通法。

乙 特別法 *Partikularecht, Spezialrecht; Special law, particular*

*law; droit spécial, droit particulier;* 適用於特別之人，與特別之場所，或事物者，謂之特別法。

以上二法，其適用之順序，特別法優先于普通法，有特別法時，普通法不適用之，如民商法未統一之國，民法為普通法，商法為特別法。然關於商事一部類之法，如交易所法，保險法，

實體法  
程序法之區

則又以商法爲普通法，此其所以謂爲相對的分類者也。

第四 實體法程序法。規定人格者間權利義務關係之事項者，曰實體法；*Materielles Recht*；*substantive law*；*droit matériel*，*diritto materiale*，規定實行法定權利及履行法定義務之手續者，曰程序法。*Formelles Recht*；*substantive law*；*droit formel*，*diritto formale*。前者曰主法，如民法是；後者曰助法，如民事訴訟法是。

但此項區別，亦同于公法私法。蓋無論何種法律，欲全體條文，有一貫之性質，殆同難得。此非法律技術使然，亦被支配之法律關係，在勢有不能分別規定之必要。如民法，實體法也。其中多有關於程序法之規定，試檢取條文而觀察之，其故蓋可知矣。

第五 固有法繼受法。基于一定社會習性而成立者，曰固有法；*Einheimisches Recht*，*indigenous law*；*droit indigène*。採取他民族或國家法律以制定者，爲繼受法。*Rezipientes*；*adopted law*；*droit adopté*。前者曰母法，後者曰子法。

固有法  
繼受法之區

古者山河間阻，交通蔽塞，人民雖相聞，鷄犬之聲，而老死無過從之事，易一驛，即易一法，其勢然也。迨舟車制興，往來便利，人類有共通之理念，而國家間遂發生繼受法律。我國自海禁大開以來，震于歐美文明，於法律改革，非取法大陸，即師承歐美。近頃立法，每一法律條文，觀其說明理由，無不羅列外制，示所由來；而于固有精神，多漠然視之者，是亦漫然繼受之過歟！

強行法  
任意法  
之區  
別

第六 強行法任意法 基于公益上之理由，不許由當事人之意思，免除遵從之義務

者，為強行法。 *Zwingendes Recht, gebietendes Recht; impérative law;*  
*Droit impératif; diritto cogente* 承認當事人得為與法規相異之有效意思表示  
者，為任意法。 *Nicht zwingendes Recht, Gebietendes Rechts; imperative law;*  
*Droit impératif, diritto cogente* 前者如憲法行政法刑法等是，後者如民事法規  
是。

任意法之

任意法復可分為補充法規，與解釋法規兩種。補充法規者在當事人未表示反對意思

對於強行  
任意區別  
之已見

時適用之解釋法規者，在當事人之意思不完，全不分明時適用之，史丹木賴 *Stamler* 氏以二者全異其性質，而為區別其內容，謂解釋的法規，有當解釋之意思表示；補充的法規，則完全無之。故法律于前者，則從風風與公平，設推定其決意之規定；于後者，則代為規定，以補充其意思之欠缺。而沙列由 *Savigny* 氏，則力反其說，以任意法規，是解釋的，同時是補充的，觀於對史氏之駁論曰：「無意志民法第三一四條規定：「移轉物而有疑義時其義務及於從物」其用語顯屬解釋法規，然不可理解之為補充法規乎？——因其表示不明白故曰解釋因其無正確表示故曰補充——是解釋法規與補充法規之區別，理論信屬正當，而于實際適用，須受節調」云云，即可知矣。

以吾人觀之，強行法與任意法之區別，應根本消滅。蓋從形式上觀察，彼所謂強行法規之中，亦有任意的規定，反之在任意法規之中，亦有強行的規定，強為劃分鴻溝，在事實上直不可能。若更從法律實質論，凡所謂法，在人類心理上，皆具有必須遵守之基礎，自無待于強行，亦不能容許其任意。雖法之形式，有禁止命令之規定，與認許當事人得為與法規相異之

法律行為，實則法之所禁制命令者，非法本身，有是禁制命令之力量，而其所容許任意者，其相異之法律行為，仍不能不有合法性，則此項分別，似非必要。不過在現在法律狀態之下，承認此項區別，較為便利耳。

現實法與  
理想法之  
區別

第七 現實法理想法 在某現實社會，已經強制施行，或正在強制施行之法律，謂之現實法； *Positives Recht* 非現實法而為應存在之法，曰理想法。 *Rechtiges*

理想與現  
實之關係

*Recht* 前者一曰技術法；後者一曰規範法。法律科學，以前者為研究對象。法律哲學以後者為研究對象，法學界一般人之所見如此，故其極有自命為現實法學者大膽主張理想法為無意義的空想法，吾人絕對排斥。蓋現實與理想，有絕對密切之關係，非在現實生活中，應存在，即存在的理想，是夢幻的理想，非真理想，非在精神生活中應有根據，確有根據的現實，是槁死的現實，非真現實。換言之，現實法，是法之顯勢化，理想法，是法之潛勢化。二者之關係如此，安得認理想法為法律學上無意義之空想法耶？——吾人嚴格的為正確之觀察此由法律哲學者一味蹈空立論法律科學者一味盲尊現實所致——又安得以現實法為現在

不及國際  
法與國際  
法之分類  
由

強制施行的法律；理想的為將來應存在的法律耶？

以上各項分類外，尚有所謂國法與國際法 *International Law, Droit des gens* 之分類，其標準極不一定，且觀現世國際險惡之局勢，國際間復何有法律之存在；故吾人只認國際間有力，不承認國際間有法；故於此置國法與國際法之區別於不論。

### 第七章 法律與權利

權利二字  
之解釋

欲明法律與權利 *Recht, Droit* 之關係，須明權利本身為何物，釋明權利本質之學說多矣，然皆如處山中，以論山之真面目，幾無一可稱得當者，真法學界之異事也。吾人考權之義，玉篇權，秤錘也，前漢律歷志權輕重者，不失黍粟。利之義，廣韻宜也。易利者，義之和也。釋名義宜也，裁判事物，使各得宜也。是權利二字之意義，當係權衡得宜，不失黍粟之謂。

然權衡乃人類心理上的知性作用，必以理念為基礎，而後對於一定生活利益的關係，始能權衡之使不失宜；是權利者，乃權衡人格者間之一定生活利益關係，使各得宜之心理

權利之本

權利即權

義務之本

法律與權  
物利爲同一

法律與權  
上的形式  
之異點

上的合理力也。申隣日本在明治之初，曾用權理二字，以名權利。所謂權者，是即人人得其均平之權；所謂理者，是即事物當然之理；使人人得其均平，而合於當然之理，即權利。則是權利者，非即吾人之所謂權利乎？且自權利對待之名詞——即義務論之義，宜也。韓愈氏所謂行而宜之之謂義也。務，事務也。易所謂開物成務也。義務者，即宜行之事務也。必權利者，權而得常；而後義務者，行而方宜。是據此以論，益使吾人之見解，臻於明瞭。

權利之本質，及權利與法律同體之關係，既如上所述。因知自羅馬以來，法德等國之學者，往往用同一之語，以呼法律與權利，視二者爲同一物，洵不爲無見。第謂客觀的觀察爲法律，*Objectives Recht* 主觀的視察爲權利，*Subjectives Recht* 則不免語病。蓋人類無主觀的權利，如魯濱孫一人，寄生荒島，侶魚蝦而友麋鹿，即無所謂交互之關係，權利當無從發生；權利之發生，至少必由於兩人格者之對立——是亦爲法律發生之原因——主觀的觀察爲權利，易使人發生權利爲形而上的觀念之見解，以吾人觀之，權利所異於法律者，惟在形式上權利賴法律整齊劃一之一點，其本質固二而一，而不能強爲區分。但法律上

之權利，如弗合致於權利之本質者，非正當之權利也。——如個人主義的與共產主義的法律上之權利即是。——維持非正當權利之行使，當然有非正當的義務之忍受，人類常能忍受非正當的義務乎？此資本主義的社會，與共產主義的社會所以同有階級革命發生之虞焉。惟狄驥 *Duguit* 氏根本否認權利，是又昧於權利之真義，其說亦不足取。

雖然吾人更將以超然之態度，研究論權利本質之諸學說：

甲 利益說 此說謂『權利者，依於法律而被保護之利益也。』為耶林氏所唱導，與意思說並為有力之學說，而一般人認為不適當者，以利益之觀念，根本不合於權利之本質，權利有不必付與利益，甚至付與不利益者，如親權或者債務超過之繼承權是也。吾人覺是不足以難此說，以利益不限於物質的利益，凡能滿足吾人合理的價值感情者皆是。然吾人終仍不贊同利益說者，則以法律保護之利益，不必為權利如為往來者行路之安全，課行政上之義務於土地所有者是也。故吾人一定生活利益，乃權利之內容，非權利之自體。混權利內容與自體而一之，乃此說重大之缺點。

意思說

乙 意思說 此說謂『權利者，意思之力也。』為黑格爾 Hegel 薩微尼普夫達溫德賽 Windscheid 等所主張。一般非難之者，以幼兒及精神病人無意思能力，而有權利能力，與因子之身分而有受扶養之權利或繼承之權利，決非由於意思力者，此說不能說明。以吾人觀之，既曰意思之力，必一面對於相對者之意思，有所責取；一面對於相對者之意思，處於優越；換言之，即表現一種意思的強弱，——即意思階級，非徒不合於權利之本質，直為權利所不容之現象。蓋權利為合於理念之力，非單純意思之力故耳。

批評

法力說

批評

折衷說

丙 法力說 此說所以補意思說之缺點，而以『權利為法律賦與之力。』日本學者松本丞治輩多主是說，仍非適當。以權利與法律同體，非權利因有法律而發生，亦非權利因有法律而存在。但自然法論者，以權利為人生所固有，據此理以反對是說，亦非有理。

丁 折衷說 有調和意思利益二說之折衷說，與調和利益法力二說之折衷說，前者更分二派，即

A 側重意思說 謂權利者，為享受利益法律所賦與之意思力也，基爾克

Gi-

批評

以上各說  
點一之缺

濫用非權  
利

erke 氏如此主張。

**B** 側重利益說。謂權利者，法律因承認人之意思力而保護之利益也。耶里訥克

Jellinek 即主是說。是二說因其側重意思或利益，自與主張意思說與利益說者，有相同之缺點，不復贅述。後者即官井政章代表之說，謂：「權利者為享受一定利益之法律上之力也。」新進學者，多宗是說。然以利益為權利內容，非權利自體之說以繩之，仍不能為完滿之說明。

以上各說不過舉其主要者，其他從略。然與吾說比較之，自覺之數說唯一之缺點，在以權利為利己之物。曰「法律保護之利益」曰「意思之力」曰「法律賦與之力」曰「享受一定利益之法律上之力」無非以權利者有保障自己利益之特殊力量，遂產生濫用權利之不良結果。其實權利本非可以濫用之物，如濫用之，即非基于理念之活動，易言之，即非權利之行動也。

雖然：權利為基于理念之行動，則凡未成年精神病人，無理智能力者，應無權利能力

離理念無  
從有權利  
之結論

已，可乎？夫未成年、精神病人，不過有享受為權利內容的利益之地位——即權利能力——而其權利之行動，當然屬之法定代理人，以無理智能力，即無權利能力，難吾說，顯非正解。且現在立法之趨勢，權利關係之成立，必須無背於公序與良俗，易言之，即適合於正義與公道。否則，權利關係，即不能成立，因是而取得不正當之利益，亦不克享受，是離理念，而無從有權利明矣。故吾人大膽排斥一切，堅持吾說。

民法爲人類共同生活之基本法

## 第二編 民法

### 第一章 民法之概念

法律爲人類共同生活之凝聚劑，無法律，則共同生活不能存在，已如前述。民法 *Bürgerliches Recht*; *droit civil*; *Civil law*; *diritto civile* 者，人類共同生活之基本法也。蓋人類因兩性間之結合，而有生殖，由生殖，而人事的關係以起。因人我間之互賴，而有交易，由交易，而經濟的關係以生。人事關係，經濟關係，即社會組織之核心，民法所以規範此兩種關係，而使社會之組織，益臻鞏固。由此觀察，謂憲法爲政治組織的基本大法，民法爲社會組織的基本大法，固不爲過；即謂民法足以影響於政治之組織，亦不爲過矣。

但此項規範人類共同生活之基本法，非由立法者，可以閉戶創造；亦非由立法者，可以

民法之發生

民法所受個人主義之影響

民法名稱之淵源

私心塗抹，且非經立法者制定條文後，而始存在。人類原始時代，其規律人羣交互間的人事關係經濟關係的潛勢法，即已非常活動，有相互拘束的效力。故民法發生于人類未組織政治團體以前，僅民法法典，*Bürgerliches Gesetzbuch*；*Civil code*；*code Civil*；*codice civile* 發達于組織政治團體以後。學者謂為與其名之為國民的，寧可謂為人類的，實不為無見。第自十八世紀以來，受個人主義之影響，世界民法，大都有利于強者階級，引起社會主義者，強烈之攻擊，殊難視為人類共同生活基本之規範。

上派民法，為人類的，非國民的，就民法實質觀察，固屬正當。然以論民法名稱，則適相反。蓋民法之語源，由來于羅馬之 *Jus civile* 而 *Jus civile* 為市民法之意義，與近世所稱為民法之法律，大異其範圍。在羅馬強盛，其被征服之他邦人民，來集于羅馬市府者日衆，與市民及其相互間之交涉亦日繁，遂置外事法官，採酌異邦慣例，按之一般人情，而為適當之裁判，浸假而成 *Jus gentium* 即世所謂萬民法儼然與羅馬固有之市民法相對待。簡言之，萬民法為人類的，市民法為國民的。夫以實質應為人類的民法，而其名稱乃襲自絕

民法意義  
之變遷

對爲國民的羅馬 *Jus civile* 亦異事矣。

然因時世變遷，淵源於 *Jus civile* 的民法之語，全然變更其僅當適用於內國人之原義，視爲對公法之私法；更於狹義的而爲與特別私法的商法區別之名稱。于是民法爲普通私法之定義，已成爲法學界一致之見解。顧其實關於法人之規定，及關於親屬繼承各編中公益之規定，大抵不適合于私法之性質；而德意志瑞士新民法中，亦不少關於公法的規定；若蘇俄民法，更可直稱之爲公法。則民法爲私法之說，根本動搖。其在我國民商法業已統一，而以民法爲別于特別私法的商法之普通私法尤無根據。（商法而外雖尚有他之私法，究以商法爲主要的特別私法）以是之故，吾人遂決然排斥一切學者之所見，而主張民法不爲普通私法。

於茲尙有應注意之一點，即民法之名稱，有用于實質上及形式上的兩義：前者以民法爲包括關於民法法典外一切民事法令及慣習法之總稱；後者限于民法法典。吾人取前之用例乎？抑取後之用例乎？然在實用上觀察之，自以取前說爲便利。我國現在民商法合一編

民法的實質的意義  
與形式的意義

纂，而學者尙多以民事單行法——對民事法典言若對他之法典則固廣義的民法——的  
公司法票據法等，爲商法，顯屬失當。

## 第二章 民法之顯勢法

民法有形式的意義與實質的意義兩種，吾人取實質的意義，已如上述。茲所謂民法之  
顯勢法，即實質意義的民法之顯勢法，非指形式的意義之民法言也。如民法法典，民事各單  
行法，民事習慣法，以及關於民事之各項法令皆是。此各種民事法，晚近學者多指爲構成實  
質的民法之法源，*Rechtsquellen; Sources of Law; Source of Droit* 不知與  
法源用語之意義，已相去甚遠，蓋民法法源，吾人認爲係民法基礎問題，在本書第一編第二  
章，已予說明，無俟複述，而論者或以之指民法之材料，或以之指構成民法之機關，此皆由不  
認識法律之素質，所以有是顯然之錯誤。吾人故不另立民法法源章而以一般所視爲法源  
章之材料分爲民法之顯勢法與民法之潛勢法。茲先述顯勢法，於次章再論列潛勢法。

法律

第一 法律。法律有廣狹二義：狹意法律，專指經立法機關通過，行政首長公布施行之法律而言。廣義法律，則命令亦包括在內。此在現行君主或民主立憲國家，大抵如是。我國法律案，由立法院議決，經國民政府公布者，命名為法。（法規制定標準法第一條）而法之內容，認為涉及國家各機關之組織，及人民權利義務之關係者，皆是。（整理現行法規之標準）其依據法律發布之命令，亦有拘束國家及人民之效力。（參攷漁業法第二三條）則在如斯意味之下，民法自應為廣義的法律。

命令

茲有應研究者，如民法第二六條：「法人於法令限制內，有享受權利負擔義務之能力。」第七六五條：「所有人於法令限制之範圍內，得自由使用收益處分其所有物，並排除他人之干涉。」各規定，能否理解為以命令限制法人及所有權乎？更進一步言之，能否理解為以命令變更法人及所有權乎？然觀上述法文之詞意，及依據法律始得發布命令之趣旨，則不得理解為以設異于民法法典的規則之權能，委任于命令（我國民國五年約法第十九條規定命令不得變更法律）其義甚明。

命令不得  
變更法律

自治法令

其他如自治法令，由自治機關，本于其自治立法權而制定，當然為法律之一種，其關於民事規定，自為民法之顯勢法。其有無變更民法之效力，觀于法規制定標準法第三條第四條之規定，知已為法律所不許。

條約

第二條約——如內容有民事規定的通商條約著作權條約工業所有權條約是——可否為民法之顯勢法？即一般學者所謂可否為民法法源問題？其說有三：

積極說

甲 積極說 以條約為國家代表人民而締結，人民當然受條約之拘束；據此，則條約為法律，當然為民法之顯勢法。

消極說

乙 消極說 以條約為國家間之規約，直接無拘束人民之效力，據此，則條約非法律，當然非民法之顯勢法。

折衷說

丙 折衷說 以條約為國家間合致之意思，締結則僅拘束其國家，公布而後，始能拘束其人民，據此，則條約經公布後，始可為民法之顯勢法。

已見

以吾人觀之，雖人民不有國家，執政者代表國家締結之條約，當然有要求人民同意之

義務；且近世以強大挾持弱小，逼簽條約者，往往而有；若不求人民之同意，遽認為有拘束人民之效力，揆之事理，決難謂為妥當。故予主張條約須經人民同意後，其關於民事規定，始能為民法之顯勢法，但是屬於憲法問題，於茲不能詳論焉。

習慣

第三 習慣。因于人類合理之慣行——即長時期的行為或不行為之續行——於不文之狀態，有規律共同生活之效能者，曰習慣法。Gewohnheitsrecht; customary law; droit coutumier; diritto d'abitudine 茲分別述其成立之要件，及非拘束之根據與其效力時期等如下：

習慣法成立之要件

應為合理的慣行

甲 習慣法成立之要件。習慣法成立之要件，與其發生拘束力之根據，本屬不能分離。然為便利計，特分別說明之。惟學者所見各異，其說紛紛，據余所信習慣法應具備之要件：

1 應為合理的慣行。即於一般人類或一地方一團體之間，永續慣行之事實，具有合理力者，固不必如英法學者之所倡，以慣行之起源，須達於遠莫能知之程度。惟有應研究者，謂為一般認定慣行之事實，經一般人視為無合理性，而為一

度反對之行爲，或不行爲者，無論此反對之行爲，是否出于主觀之錯誤？要已失其永續之性質，縱令中斷後，仍回復元來效能，形式上雖屬慣行之繼續，實質上仍爲新慣行之開始，不可不察也。

但慣行果有合理的價值與否？非依于單純的主觀之標準，乃基于人類共同生活之必要，若因主觀認識之謬誤，致使發生之慣行，有不合于所謂適應人類共同生活之必要者，其本質當然無繼續規範共同生活之可能。

**B**  
應不反於公之秩序，善良風俗。此爲習慣法之客觀的要件，可與主觀的合理的要素，同一重要。我國民法第二條「民事所適用之習慣，以不背于公共秩序或善良風俗者爲限」云云，似不以合理的慣行，爲習慣法成立之要件，其立法之理由，顯有欠缺。是豈如論者所云：此爲有效要件，而以永續慣行等等，爲成立要件？且以法律上雖無特別規令，可以理論推究之乎？果爾亦非正確之論也。

無不反于  
秩序良俗

習慣法發生拘束力之根據

容認說

上述二種要件，論者或以爲一般成立要件，而以國家承認，爲根本成立要件，此真顛倒本末已極。蓋一令之慣行，若非其本質，有不可不遵守之必要，無論以如何之權威，不克創造爲法律故耳。

乙 習慣法發生拘束力之根據 是即習慣法所以有強制力的問題，歷來學者，各以立場不同，見解歧異，茲述其主要者如下：

A 容認說 *Gestaltungstheorie* 此說發生于羅馬之朱理雅魯斯，*Julianus*

經意大利註釋學派，而流傳于德意志。其說：以習慣爲一種慣行之事實，而其法律的效力，因于國家之容認而發生。是蓋純取形式的說明；若自實質的見地，以釋法律的本質，殊難贊同。因法律的實質，在人類之本身，初非由國家所賦予；雖在現代國家組織，一令之慣行，其發生法律上之效力，在形式上似有賴于國家強制之場合，究不知非由國家給與強制力後，而慣行始成爲法律也。必慣行的本身，有內在的合理性，——即具有合理力——而後始能支配人類社會。況所

謂國權者，為合理力之公權化，在形式上觀察之，雖為國家之權力，從實質上觀察之，仍由凝結各構成分子之合理力而成立。是縱令承認國權，強制行使之前提，仍難說明習慣之強制力係出于被動之原因。論者所謂不理解習慣法為國家容認，裁判官何故必須適用，一般人民何故必須負服從之義務。不得說明者，要亦不知習慣法須有內在的合理力故也。更自歷史的見地論之，習慣法在人類未組織國家以前，即已存在，即已為人類交互生活之重要準則；若必以習慣法限于國家容認，則是未有國家前，不得有習慣法存在，事實上，直不可通，余故不取是說。

B

確信說 *Überzeugungstheorie* 此說為歷史派學者沙微尼普夫達等之所倡，而基爾克溫德賽等，亦屬此傾向。其說以國民一般對習慣之確信，為習慣法成立之根據。夫共同生活之心理現象，無論視為以個人心理為基礎的，所謂交互心理的現象；或于社會本身，認固有心理的所謂社會心理現象，應容認一

論評

確信說

般確信之存在，自不待言。惟確信係以主觀的或物爲標準，欲于實際識別之，誠屬至難。但因難乎識別，而目之爲架想，反對其存在，則又非妥當。不過以法律之確信爲說明習慣成爲法律之根據，是一種循環論法；且社會一般之確信，不能謂無錯誤，則基此錯誤而確信一定之習慣爲法律，必然不能表現習慣法之合理性，故是說亦難採取。

○ 通川說 *Geltung* 此說爲格妙耳所倡導。以習慣已成爲法律秩序之構成部

分時，卽爲習慣法，所謂法律秩序之構成部分云者，卽認一定之慣行，不特在社會的經濟的事情上，適當且有益，且爲必要。自反面論，應理解爲或則在不以爲規範而適用之，其結果爲重大的利益之侵害的場合有拘束力者。由斯以觀，確信說是以社會一般有法律的確信的主觀或物爲要件；通用說，是以社會一般客觀的法律必要爲標準；易言之，卽法律確信之客觀化。然一定之慣行，所以能爲法律秩序之構成部分者，以具有內在的合理力故也。故亦可稱之

曰合理力之現實化，是此說既無容認說為形式的說明之弊，亦無確信說被目為架想說之短，予採取之。

不予論述  
之各說

上述三說之外，尚有所謂慣行說——*Zitelmann* 法庭承認說——*Bentham* 法定要件說——*Hölland* 皆淺近無研究之必要，故均不予論及。

習慣法之  
效力

丙 習慣法之效力。即習慣法對成文法有如何效力的問題。歷史派以習慣法之實質的價值，與成文法無上下之區別。但在歷史上考察之，當成文法典未制作以前，人類之相互私權關係，大抵被支配于不文法，成文法，實有為慣習法的補充法之觀。迨法典漸臻完備，而習慣法遂倒轉其對社會之作用，習慣法竟退立于補充成文法之地位。是二者相為起伏，至為明顯，其價值似不能謂無上下之別。雖然，此第就二者之形式論，若究其實質，法律與習慣，皆須具有合理之基礎，始有支配人類共同生活之效力。否則，法律失其合理性，縱無反對之習慣，亦將成為死的法律；習慣具備合理性，縱有反對之法律，亦仍不失為有力的規範。故從實質上論，謂其價值無上下之區別，亦極有見。然十八九世紀之交，基于政治經濟之理由，

習慣法與  
成文法價  
值之比較

法典與法  
否認習慣  
法效力之  
理由

習慣法應  
有變更成  
文法效力  
之理由

我國民法  
上規定習  
慣法之效  
力

從事法典編纂，如普魯上一七九四年之普通國法，法蘭西一八〇四年之拿破崙法典，奧大利一七八六年之約瑟夫法典，竟欲杜絕將來習慣之發生，甚至對於補充效力，亦予否認者，抑又何故？此蓋由鑒于以前法制狀況之紛亂，迎合自然主義之潮流，究其實，彼何嘗能限制習慣法之發生耶？茲就拿氏法典觀察，在制定之當時，抑若網羅一切習慣，可以因應無極；然以社會進化，情勢變遷，漸有形貌未改，精神全非之觀。迄今竟有呼拿破崙法典為綜括判例及習慣之習慣法者，其習慣法之權威，可想見也。然則習慣法于補充成文法之外，更有變更或廢止之效力乎？考成文法之規定，有由立法者預見不及所發生之欠缺，有立法者之預見因時勢變更，失妥當之性質。預見不及者，可由習慣法以為補充；預見因時勢變更，失其妥當性者，則由習慣法以糾正之，自屬妥當。論者主張習慣法僅有補充效力，在事實上，顯有不能適合社會要需之嫌。

我國民法不認習慣法的廢止效力，固無論矣。變更的效力，亦唯限于法律特別規定，若法律無相當之規定，適應社會之事實時，則承認習慣法之補充的效力。（民法第一條）茲

分別述之如下：

特別規定的

法律特別規定的習慣法之效力。有規定習慣法變更的效力者，如民法第六

八條二〇七條三一四條三七八條四五〇條四八八條五九二條七七八條七八一條七八四條七八五條七八六條七九〇條七九三條八三四條八三八條

是也。有規定習慣法補充的效力者，如民法四三九條四八三條四八六條五六

〇條是也。更規定僅有補充當事人意思表示之效力者，如一六一條是也。其在

日本民法，惟物權編中，關於土地不易劃一各地方之習慣，多為承認習慣法的

變更效力之規定。我國債編，亦復有以上各條適用習慣的特別之規定者，以民

商法統一，而關於商事之習慣，不得不尊重故耳。

法律未規定事項的習慣法之效力。此種場合的習慣法之效力，為補充的效

力，不待研究。而法律究竟有無規定，則屬法律解釋問題。

未規定的

據上二端，我國民法除法律有特別規定外，不承認習慣法變更乃至廢止的效力，則當

蘇俄不承認習慣法之效力

習慣法成立之時期

判例法

否認判

成文法失其合理性時，如何適應社會之要求，自有賴于法律之解釋。但依最近蘇俄民事訴訟法第三條之規定，即當立法者預見不及時，亦不承認習慣法補充之效力，而明示應以其立法一般之原則，及其政策為準據。則適用解釋之範圍，當更大于吾國，是亦不可不察。

尙有須研究者，即習慣法成立之時期是。此項問題，與習慣法成立之要件問題，亦屬不可分離。蓋習慣法具備成立之要件者，即習慣法成立之時期，此從實質上觀察，應無可疑。論者有謂法庭承認為習慣法成立之時期，未免過于形式，顯非確當。不過據實質的見解，不能確定成立之時日，然亦無須確定其時日也。

以上「法律」「習慣」「條約」三者，可謂民法之顯勢法，既已論述，尙有為一般重視之判例，是否與以上三者有同一之效能，不能不謂之至要之問題，急須解決者也。對此問題，各國立法例不同，分述於下：

甲 否認判例法者。此派嚴認立法之分限，不承認裁判者有造法之權威，而以法院之判例，不過為習慣法發生之原因，如大陸法系中之普奧兩國，在其民法內——普民前

加編第六條與民第十二條——明白否認判例有法律之效力，即其例也。以吾人之所見，判例不有法律之效力，固然正當，而以之為發生習慣法之原因，則不能贊同。蓋判例由裁判機關有意識的作成，習慣由人類無意識的發生，二者成立之基因，絕對不同，未可強合為一故耳。

## 察照說

## 乙 承認判例法者

此派以法院的判決，可成先例，具有拘束新生事件的權威，而為英美法系所特有的原則，即在大陸法系諸國，原則上法院雖不受其自身或同級或上級各法院所作之判例所拘束，然在事實上，對於同一事件，大都可預期為同一旨趣之判決。是判例法在形式上，應有承認之必要，其義甚明。第吾人從實質方面論究，殊難首肯。蓋判例之成立，或依于法律，或依于習慣，或依于法理。而判例對同一事實發生法律的效力，或事實的效力，使法院為同一旨趣之判決者，非判例本身之效力，實判例所依以成立的法律，或習慣，或法理的效力。易言之，非由判例本身產生之效力，乃由判例的基本原理所產生之效力。若判決基于裁判者個人之見解以成立，在事實上絕無成立判例之可能，以是故吾人不承認判

例法。

我國是否認判例爲法律？此亦應研究之問題。查民國三年大理院上字一一二一號判例內載：『司法裁判純以法律爲準則除適用法律之外無自由裁量之餘地』云云，是已明示判例無法律的效力，而在事實上凡援引同一性質的事件之判例者，即可預期其得同一旨趣之判決，是又不能謂無法律上之效力也。吾人從實質方面以觀察之，吾國已往判例，大都由裁判者適用舊律及習慣與所謂法理或云民事通例——即舊民律草案——而來，則援引判例者，與其謂爲判例之效力，不若謂爲舊律、習慣，或舊民律草案之效力，不過因舊民律草案，人民無權引用，所以不得不就法院已引用者而引用之。此判決事例所以雖風靡一時，吾人終不認其爲有獨立內容的法律，而判例法，予亦因之不承認其爲民法之顯勢法。

已見

### 第三章 民法之潛勢法

我國民法第一條：『民事法律所未規定者，依習慣；無習慣者依法理。』法理者，是即吾

法理即潛

勢法

自然法派  
與自由法  
派對法理  
之解釋

人所指之潛勢法，是之爲物，有稱之爲自然法者；有稱之爲理法性法者；更有稱之爲條理或正義公道，或事物當然之理者；在形式上，似一物而異其名，實則因學問上立場不同，理解歧異。如自然法派學者，以此爲基于人類理性的萬世不易之法則。如自由法學派學者，以此爲因應社會變遷之基準——此爲法蘭西 *Géry, Saleilles, Bufnoir* 等所唱導——前說自入前世紀後，因歷史法學派之勃興，科學之進步，已大失其勢力，後說值方興之機運，有風靡法學界之趨勢，是爲顯然事實。以吾人所見，自由法派，亦有不能異于自然法派，且不可不同于自然法派者，即此項基準，不能不有基礎于人類之理念也。若離理念而創作基準者，則其基準，即無內在的合理性。易言之，即不具有合理力，欲其支配一定之事件，不妨害于共同生活，則甚難矣。

我國民法  
上法理之  
意義

我國民法上之法理，係自然法則乎？抑自由基準乎？吾人觀夫參與立法之役如樓桐孫君，解釋民法第一條曰：「法律既無規定，復無習慣可援用時，各國立法，主張不同，有規定由法官準用最近似之條文者；有規定由法官推演法理以處理之者；並有規定法官應自視處

于立法者之地位，以立法之觀念處理之者。然近似條文，非可必得；援引既多困難，而立法之權，授之法官亦易滋生流弊，故本法採第二方法。』云云，是法理既非自然法則，亦非自由基準，乃採歷史派學者之論理萬能主義，而以法律可依于類推解釋，而適應于變化無極之社會生活。

然固定性的法律，以形式的論理方法，欲其因應變化無窮之實際生活，必以法典之條文，非機械之集合，而為組織的統一的之全體，如德國民法第一草案第一條：『法律不設何等規定之事項，準依類推，適用他之規定；無類推規定時，適用由法規精神所生之原則。』最富于歷史派的濃厚之色彩。卒以激起猛烈之反對，如基爾克氏以『法律之欠缺裁判官不能僅自成文法以探求填補之資料；蓋因成文法是依于生的不成文法而團結實生活的精神的物質的運動，完成此團結者，是為法律之學問，及實際之任務，惟恃成文法之類推而欲完成之，是不當之見也。』梅加 Menger 氏，則自社會主義的立場，攻擊第一草案全部，皆為資本主義之法典，故欲改良無產階級之地位，則不可不有廣大的合目的的解釋。因之民

已見

法起草委員會，於第二草案，將第一草案之第一條，斷然削除，藉止非難。于是在學者方面，則以為既達求解釋於成文法以外之希望，而立法者，則仍固執法典完全性及類推無限性之見解。Salviès氏所謂歸着於兩種見解如何得能調和之問題者，即此時期。以各人觀之，論理決非萬能，法典決非無缺，法理不能由法律本身而類推之，或能由類推得之，而已失時代之合理性，不適宜于社會之生活者，決非吾人可依之標準也。故自由討究于法律以外，決非可以反對之事。

法理應否  
為民法之  
獨立法

於茲應即研究者，即法理能否為民法之潛勢法？易言之，即一般學者所謂能否為獨立之法源的問題。據反對者之所見，以「法理為裁判者裁斷一定事件時所認為最公平的主觀之標準，不能謂為獨立之法源，僅足為法律規定的裁判之補充準據。」夫既承認法理為成文法習慣法以外裁斷一定事件之標準，自與為標準的成文法習慣法，有同一之價值。雖其標準，非若成文法習慣法有客觀的存在，然當裁判者用以裁斷一定事件，其衡度是否公平，——即是否具合理性——則非純主觀的決定，必適用實證法則，始能決定之也。故因

反對說

論評

成文法與  
法理之  
性質  
之差異

法理的效  
力

補充效力  
外應有變  
更效力之  
理由

其為主觀之標準，遂目之為映于各自腦裏之理想，不能為公平之裁判，則大悞矣。

且成文法常因解釋發生重大之爭論，而爭論之要點，每多不在文理之如何，及形式的論理之適用，惟在于一定原則的合理性之價值，故成文法，雖為有形式的顯勢法；然就適用于實際觀察之，必對於是而為實質的批判。法理雖為主觀的潛勢法，然就裁判事件觀察之，亦為使彼具有客觀的形式。是成文法與法理，毫無性質的差異，已極顯然。但論者因是而謂立法者之事業，與裁判官之事業相同，亦不免言之過當，吾人殊難首肯。總之法理應為民法之潛勢法，固無可疑。

吾人更欲論究者，即法理的效力問題，在我國民法上，誠有如反對者之所云，為法律規定的裁判之補充準據。第論者於承認法理的補充效力而外尚承認法理有創設的效力。所謂創設的效力者，即變更成文法習慣法之效力也。其意以「成文法習慣法，違反社會的正義時，仍不失其為法的效力，用國家權力厲行維持則反于國家之正常任務，而缺乏法的確實基礎。」旨哉斯言，與吾人法律基礎章第二段所謂法律必須有理念的基礎云云，實相互

發明；且使吾人于以後第七章主張以補正解釋，救濟法律實質上之欠缺，益有根據。由斯以論，則法理應有變更成文法習慣法之效力，而能適合於現實生活之需要，其義已明。惟在裁判官學識不足，道德薄弱之國，則不免害多於利耳。然據余所信，此為極少有之現象，若着眼於人類真止之幸福，仍以不易吾人始初之見解為宜。

#### 第四章 民法之組織

民法之組織者，在此僅指民法法典之組織。其在形式上的組織方法，與其實質上的立法精神，有甚深之關係；故甚為近世學者所重視，而立法者亦極注意于此點，講求最適合於論理的方法。其組織之目的與其體裁，已述于本書第一編第三章，茲僅就行于近世之論理體的組織而更述之。

論理體組織法，有二大種類：一曰羅馬式——又名法律階梯式 *Institutiones* ——一曰德意志式——又名法律會典式 *Pandecten System* ——前者，以羅馬學者格優

斯之法律教科書及優斯丁尼帝之法律階梯上所定者為基礎，分民法為人事法、物件法及訴訟法三編，此種組織法有最大之缺點。

甲 實體法與程序法同為法典之構成部分。在羅馬當時，則以為有體用兼備之妙；在近世，以科學的眼光觀察之，直可謂體用相混。

乙 債權法與物權法混合為物件法。在羅馬當時，物之觀念與近世大異其趣，以有客觀的存在者為有體物，以有主觀的存在者為無體物。債權相當於後者，故與前者同為物件法。究竟債權與物權性質不同，不宜相混。

其後繼受此種組織方法，而加以修正，分別體用者，首推法蘭西民法。考其規定，第一編人，第二編財產及所有權之種種變動，第三編取得財產權之各方法。歐洲法國法系諸國之民法，及日本之舊民法，均與此大同小異。富井博士謂其漠然規定權利之主體目的及得喪三大事項，雖然全無價值；然審查其標目，則有甚不得當，尤其第三編之範圍失之於龐大者，誠的論也。

德意志式  
之優點

梅加氏主  
張有利子  
無產者級  
的組織方  
式

已見

後者爲德意志學者所唱導，撒克遜民法首採此種理的組織法，而分爲五編；即第一編總則；第二編物權；第三編債權；第四編親屬；第五編繼承。次如巴威利民法亦分五編；僅將物權編列于第三，債權編易列第二，稍有歧異而已。日本新民法，屬於撒克遜式。德國民法屬於巴威利式。此種組織方法，較之羅馬式組織方法，誠遠勝之。然近世奧國學者梅加氏則主張法典首應規定非以設定特殊階級的特權爲目的之親屬法；次應規定資產階級與無產階級相對立的財產法；而財產法又應首物權法，次債務法；至繼承法，與社會無產者非有何等之關係，故應置於法典之最末。是氏之主張，與德意志式的法典，絕不相容，而與最近蘇俄新民法之組織，旨趣則又一致，此亦不能不謂爲民法組織之重大變遷，而爲學者應當留意。

我國民律草案，其組織體裁，規仿德國，現新民法，因仍未改。據吾人所見，覺不無可議，以分爲總則編，人事編，財產編爲宜。總則編仍規定私權主體客體及其得喪變更之事項，繼以人事編，規定親屬繼承之關係。財產編，規定物權債權之關係。後人事關係於總則，猶之後私權主體於法例。——關於法例規定吾人尙有不滿于現在我國編制之見解，俟本論第一編

關於債編  
的特點

關於名  
的缺點

第一章論述之——後財產關係于人事關係，如之後私權客體及得喪變更，于私權主體。非然者，總則先私權之主體，分編後人事之關係，在形式上論，尚欠完整；在實質上論，更有重物輕人之嫌。

於此更有須連帶說明者，即我國新民法債編之名稱及內容是。

甲 關於名 的 我國舊民律草案，債權名稱，仿自日本。現因以債權名編有偏重債權人利益之嫌，特更名之為債編。在立法者之意思，如此既可為債權債務關係概括之總稱，亦可免以債權或債務為本位之缺點，為意良善。第考之說文，債，負也，俗所謂負財者也。又通作責，如戰國策馮諼為孟嘗君收責于薛。是債之意義，純指人所負之財而言，有片面的意味，無關係的意味，以之為包括債權債務之名詞似嫌失據。更從西籍中考之，我國新民法債編英文譯名為 *Obligation*，而 *Obligatio* 在羅馬古時，有時指發生債務之事實；有時指負擔由此事實發生之債務；又有時指債務關係。然就其語源言，則又有聯絡之意，故更有譯之為法鎖，如優斯丁尼法典以依法而遂所為之法鎖，為 *Obligatio* 之定義者，是 *Obligation*

已見

關於內容  
的特點

*Obligation*, 亦難確指為債權債務之法律關係。退步言之。縱令 *Obligation* 于羅馬法, 通常指包括債權債務之法律關係, 法國從之, 德國且以是名編。而我國債之一字, 不足為 *Obligation* 之譯名, 已為彰然之事實。吾人之意, 德國既以 *Schuldverhältnis* —— 即債權債務之法律關係 —— 名編, 我國何不可名之曰債之關係。若謂形式上不甚整齊, 使能如吾人之所見, 分為三編, 於人事編, 分為親屬關係, 與繼承關係; 財產編, 分為物之關係, 債之關係; 其整齊較舊法典有過之, 又何患乎? 惜乎我國立法者, 重模倣, 輕創造, 未足語于此。

乙 關於內容的。商法別於民法, 而為獨立之法律, 自法皇路易十四一六七三年之商業條例, 一六八一年之海商條例始。迨後拿破崙, 基于此項條例, 編纂而成一八〇七年之法國商法典, 遂使歐洲各國, 競相倣倣。洎意志之商法出, 而法典之形式, 乃益臻完備。然而追求所以成立特殊法典之基因, 不外于客觀的 —— 即商事實際在歐洲中世與一般民事法不相適應 —— 主觀的 —— 即歐洲中世商人已自成特殊階級 —— 兩種。迨至十八世紀商人團體之制度, 已歸于消滅, 商法遂因失其主觀的原因, 不復為商人法, 而為商事法。一千

九百〇一年，瑞士債務法公布後，商事與民事法不相容之客觀原因，亦由此知其不復存在。故最近蘇俄民法，暹羅民法，皆編訂民商法合一之法典，以見民商差別，在學理上，在事實上，皆無必要。我國立法院，有鑒于此，特編訂民商法統一法典，其理由不外：

- A 因歷史的關係；
- B 因社會的進步；
- C 因世界的交通；
- D 因立法趨勢；
- E 因人民平等；
- F 因編訂標準；
- G 因編訂體例；
- H 因商法與民法之關係；

以上八種理由，中央政治會議民商法劃一提案審查報告書，載之甚詳。以此比較德國

法系法國法系諸國之法典，不能不謂為有甚大之進步。

### 第五章 民法之內容

民法之內  
容之利益  
個人本位  
社會本位  
之利益

人格

權利義務  
之區別觀

身體上的

民法之內容者即民法所保護之利益，亦即本書第一編第四章所列舉個人之利益，個人利益，有個人本位的個人利益，有社會本位的個人利益，前者已成過去之思想，後者有方興未艾之趨勢。茲本後者之精神，分別略敘關於個人利益的抽象之原理如下，應用原理以討論具體的條文，則讓於本論各編。

第一 人格。主張人格利益，乃人類為社會生活應有之責務。故以法律的眼光觀察之，人之出生，為權利之始期，換言之，為人格之取得。若易以社會的眼光，則法律上此項承認人格之規定，無異宣言自然人應開始主張為其人格內容的個人利益的義務之享有。茲將構成人格內容之個人利益，分項述之：

甲 身體上的利益。身體的利益，即身體保有之利益，亦即免去他人用一切不正當

利益

貞潔安全  
與合作

精神上的  
利益

完成精神  
利益之義務

方法，以危害身體之自由健康等等的，事情之利益，蓋人類此項利益。若不獲安全之保障，將日防強盜之來襲，無協力合作之機會。社會亦坐是日常紛擾，無從進化。但依天賦人權觀念，積極主張身體絕對自由者，非是所謂應保障之利益，乃在個人主義 *Individualism* 下應保障之個人利益。

乙 精神上的利益。此利益與身體的利益，有密接之關係。蓋身體的利益，必役于人類生活的種種欲求，而始生其趣；精神的欲求，亦必與身體的條件協同，而後弗陷于遲鈍薄弱。論者以身體僅止于給與物質上之慰藉，在精神上為無意味之物者，是不知人類之欲求，由外之條件而發達，必身體的利益與精神的利益，相合而構成在社會生活的人格之利益，而後個人始不失為社會之個人。所謂精神的利益，即言論，集會，信仰，出版等等自由，其在今日，皆所以形成精神生活的個人人格之內容。然為人格內容的精神利益，至能發揮有效之性能者，則純屬教育之力。由是而知義務教育之樹立，適足反映吾人有完成個人人格之義務。

名譽上的利益

名譽為改進社會之有力原因

身分利益

丙 名譽上的利益。名譽為個人生活的利益之一部，亦構成人格之一要素。個人對此名譽利益之欲求，為改進社會有力之原因。蓋個人之名譽，其本質為社會之尊敬。大凡為社會尊敬之人，皆應為社會理想中所崇拜而具體化者。故真為社會尊敬之人，其行能未有不能訴之於社會全體之判斷，得有真正價值之贊賞。第人之行能，所以能訴於社會全體之判斷者，即由名譽之欲求能抑壓人類怠慢之性癖，而發揮其有益於人類社會之才能故耳。則謂名譽欲為改進社會之有力原因，當不過也。

由此觀察，人格之內容，一面雖規定為個人之利益，一面應視為個人有主張此項利益之責務，已可想見。惟既以人格之主張，為人在社會生活應有之責務，民法為履行此種責務計，所以設數多關於法律行為適格之規定。若身體上精神上未充分發育如未成年者禁治產者固不能為適格的法律行為也，此人格所以為民法保護之利益。

第二 身分利益。身分利益者，即因身分而發生之利益也。換言之，即因身分發生應主張其利益的義務。故夫婦親子間所應主張之利益，直是對社會之義務，試述於下：

## 婚姻關係

## 婚姻關係 的兩面觀

## 親子關係

甲 婚姻關係。婚姻者，不僅爲計男女間相互之利益，更伴於重大責任而結合。蓋婚姻關係，由男女兩性間之結合而生，是以共同幸福爲目的，底個人生活之一大利益。欲完成此項利益，須男女雙方共負守誠實之義務，且不容他人爲非法之侵害，自不待言。然更有重大之責任，卽由婚姻而有家族，家族內子女之養育與訓練，爲兩親間重大之義務，兩親而能盡此重大之義務，社會始因而有優秀成分，獲得健全之組織，有發榮滋長之生命。故婚姻者，自家庭方面觀察，應視爲男女間以實現關於親屬關係的個人生活利益爲義務的法律制度；自社會方面觀察，則應視爲男女間以實現關於親屬關係的社會生活利益爲義務的法律制度。

乙 親子關係。親子關係之利益，肇基于精神之作用。欲完成此項利益，須親對於子，子對於親，而能互盡其義務。所謂親之義務者，卽撫養子女之殷勤，教育子女之肺勢，常不斷的發揮給與滿足的幸福於子之智能，斷求開拓新的世界于子之身者也。而子能受親之道德的戟刺，開發其向上的心理，則子之義務，其在是矣。親子互盡其義務，卽親子互享其利益。

在社會方面之  
二大職務

然其利益，亦非止于親子本身已也。蓋自子之方面觀之，則富于柔和而有忍耐的同情心的親之威嚴，是養成子女自制力的最良模範。又子女間相互為忍耐而公平的分配與交換之生活，亦常為準備瞬為社會一員之最良訓練。自社會方面觀之，則親屬關係，應認為包含二大職務：即（一）開發在大的團體難發揮之愛情；（二）訓練將來為社會一員不可缺之品性。故親子關係，所及于社會之利益甚大。

如上所述，曩昔夫婦間不平等之生活，親對于子的無義務性甚至非人道之待遇，固不獨消極的不能視為民法上應保護之個人利益，積極的國家尙有干涉之必要也。

經濟生活

**第三 經濟生活** 現代經濟生活之特色，自個人基礎，而進化于集合的基礎，生產方法，亦悉由個人的，進化于集合的。概言之，即經濟生活之集合化。於茲分配之問題以起，而其妥當合理的分配，自不能不求之於溫和的個人利益與社會利益之妥協調和。茲本此理論，分述關於經濟生活的個人利益如下：

財產利益

**甲 財產利益** 個人幸福，隨財產而增加，此財產個人價值發生之原因，非財產社會

價值發生之原因。蓋社會之目的，在預期高于個人價值的生活利益之實現。而財產必適于此目的時，始有其社會的價值。易言之，財產始有被社會意識的利益。吾人觀察已往各學派，對於財產基礎觀念，有以下之差異：

自然權說

A 自然法派 *School of the law of nature* 以財產為人類個人的發展與其自由不可缺之必須條件，即個人不可不有彼為支配者，而得行動的一定範圍。無斯範圍者，僅為一個奴隸，此即自然權說。 *The natural rights theory.*

人性說

B 哲學派 *Metaphysical school* 以財產為吾人人格的個人意思之客觀化。此即所謂人性說。 *The human nature theory.*

勞働說

C 實證主義派 *Positivisme school* 以勞働為財產最良且最完善之基礎。此即所謂勞働說。 *The labour theory.*

法定說

D 歷史學派 *Historical school* 以私有財產之觀念，自原始法時代，徐徐

而發達。故以所有權是淵源于法律，且依賴于法律的純法律概念，此即所謂法定說。 *The legal theory.*

*B* 社會學派 *Sociological school* 以私有財產之基礎，在維持社會一般之利益，此即所謂一般利益說。 *The general welfare theory.*

已見

一般利益

以上云云，(A) 基于天賦人權之理；(B) 基于人格不可侵之論；推(C) 之弊，則干涉即反于法律秩序之目的，個人應完全處分所有財產之權能；由(D) 之說，則無法律之場合，人類即不得有財產；由此以談，則(E) 說其可取以說明私有財產存在之基礎乎？然社會福利之意義，亦因生存競爭論者與主張相互扶助論者，而大異其趣。(參看拙著所有權包含義務) 在吾人現在之立場，則以調和人類競爭互助之本能，為能實現社會之利益，故財產利益，既不能再求之于無限制的所有權，亦不能立求之于毀滅私有財產制。方今立法之趨勢，於所有權之規定，一反于羅馬法以來之常軌，而加以積極的內部的限制，以減少其客體——如不融通物之增加——而縮小其效力。概言之，使所有權社會化 *Social-*

### 契約利益

*alienation* 者，要皆重視所有權的社會價值之故也。

乙 契約利益 契約之自由，與所有權之不可侵，同為十九世紀法律之中心，綽有發達資產之勞績。第以各個人，在社會上經濟之地位，既甚懸隔，而其本身之智能，又復天淵異趣，遂使契約徒有形式的合致，而其結果，更促成特殊的階級，釀成社會的仇恨狀態，由斯以觀，契約只有強者階級的價值，而無弱者階級的價值。易言之，只有特殊的個人利益，而無一般的社會利益。方今學者，鑒於契約之弊，已登峯造極，亟謀矯正，遂有積極的與消極的兩說：

### 積極說

A 積極說 主張由個人契約，*Individual contract* 移於集合契約，*Collective Contract* 以根本改造契約之主體。

### 消極說

B 消極說 主張減少個人意思合致之點，擴充內容適法之點，以改正契約之本質。

### 批評

以上兩說，孰為可採據吾人之所見，契約自由之原則，*Prinzip der Vertragsfrei-*

個人自由  
競爭

階級自由  
競爭

已見

*civil* 為豫有利害關係之當事者間，依于競爭利益之手段，而發現均衡之基準。換言之，是亦自由競爭之義。夫社會云者，在論理上，應為共同生活的意義，茲不求社會現象之中核，于各個人共同生活之事實，轉單求于各個人相互之反撥，逆其道而行之，宜其為害于人類，亟起矯正，自屬正常。惟主張由個人契約，移于集合契約，易言之，即以此階級，對抗彼階級，則仍不過擴張舊的個人自由競爭，而為新的階級自由競爭，個人自由競爭，其違反社會生活之本義，階級自由競爭，又豈社會一般之福利。若是，則消極說尙矣。蓋形成國家生活之狀態，在人類有機的生存力之調和，曾如第一編第一章所述。誠能由國家以立法之手段，定公平之標準，俾契約當事者，共為社會的一員之生活，不為階級的一員之生活，如德國民法第一三八條二項，及第六一七條至六一九條；瑞士民法第二一條及第三三九條至三四四條；蘇俄民法第三三條；謂為受此思想之支配，含消極的改正契約本質之意味，固無不可。基此理論，則解釋契約，對於法國民法第二五六條之規定，不復有可採之價值，自不待言。

結果責任

丙 結果責任 結果責任 *Erfolgssad Hinsalhofiltung* 者，即無過失責任

今昔異其  
責任之基  
因

之謂，易言之，卽由富所生之債務也。攷民事責任之基礎，不外故意與過失，此種基本原則，在羅馬法上，有長久之沿革，同時且適合于吾人道德之觀念。其他基于公益上交易上之理由，非故意或過失，亦須負賠償他人損害之責任者，則爲例外。然就實際問題論之，在所謂過失責任，*Schuldhaftung* 因物質文明之進步，不能適應事態之要需者，所在多有。如對於大企業外部——如由鐵道或電車發生之外部損害——或內部——如勞働災厄問題——之危險，其明證也。故吾人嘗思今昔異其民事責任之理由，蓋由從來生活方法，只須各爲善良管理者之注意，卽能營其圓滿之生活，故僅以過失爲民事責任之基本已足。洎乎今日，有危險性之企業，國家在公益上，不得不許可，則基是許可所營充滿危險性的特殊之企業，一旦發生損害，必令其負責賠償，庶幾可稱公平。——如蘇俄民法第四〇三條四〇四條卽採結果責任——若猶持過失責任之說，其結論卽與道德觀念相反。論者謂結果責任係以新的道德原則，代舊的道德原則，非單純的功利問題者，正指此耳。雖然，過失責任主義之消極的批評，已如上述，而結果責任之積極的基礎，尙須說明，茲考關於此問題的學說，約有

以下數種，即：

原因主義

A 原因主義 以行為與損害，只須有因果之關係，即應負賠償損害之責任。

公平主義

B 公平主義 以公平之觀念，為判別負責與否之基準。學者更分為公平原因主義，與公平分擔主義兩種。

折衷主義

C 折衷主義 屬于此問題之多數，稱是與過失主義相並立，或為補充過失主義之一種結果責任主義。學者更分為過失主義；

*Kulpotheorien* 利益主義；  
*Intersenthenrie* 擔保主義；  
*Gerantietheorie* 危險主義；  
*Gefohrdungstheorie* 數種。

批評

以上各說除（A）說不適於實際生活而外；（C）說各主義，要皆可以公平之觀念說明，不過方今學者，大都謂不必說明結果責任之一切場合于唯一原則之下。於其實際，不能以他之原則說明之一切場合，則適用公平原則，以為補充。因不得包括一切場合而為抽象之標準，故又稱公平主義，為具體的公平之原則。而現世立法現像，蘇俄民法外，仍係以

## 群社利益

結果責任，包括過失責任以外之一切場合。

丁 結社利益。人類各種利益——如精神上的物質上的——非各個人為共同之協力，到底不可得為充分之追求。故人類組織多數人之集合團體，協力而謀共同之利益者，以有此自覺之故，夫人類為伸張其利益，而組織團體，則屬於團體利益關係，與屬於團體員各自之利益關係，自有區別之必要。而為共同利益關係之主體的團體，自不可不有獨立的人格。設不承認團體的獨立人格，個人協同之利益，將無由而完成已。惟是取得人格之方法，各國異其主義，據吾人之所見，除營個人利益的公司而外，其他為人類思想——如研究學術的團體——之發展，身體之健全——如體育團體——以及種種為社會利益的團體，國家應有扶植之義務，不能為盲目之限制，以阻遏其發展。瑞士于法人採自由設立制度，於商業公司或財團法人，則兼採強制登記，職是故耳。（參看拙著對於所謂民法特點之研究）

綜上第一第二第三所述，足徵個人本位的個人利益，為獨立，為自尊。社會本位的個人利益，為平等，為協作。此蓋由個人本位的立法原理在自由，在放任。社會本位的立法原理，在

緒論  
個人本位  
的立法原

社會本位  
的立法原

連帶，在協同然也。我國民法，其立法之旨趣，是否合於法律進化之潮流，本章以避免篇幅過大，故未敘及，俟本論各編再述之。

## 第六章 民法之效力

本章之目的，在敘述民法關於時地及人之適用範圍，茲分別述之如下：

時的效力

第一 關於時之效力。時之效力，即民法適用於何時而能發生效力之謂。茲從積極

消極兩方面述之。

積極的

甲 關於時之積極的效力。積極的效力，即民法對於施行後廢止前所發生之法律

關係的積極支配之效力。關於施行期間，通常區別為同時施行主義，與異時施行主義二種。前者以公布日或公布後之一定日期，同時施行於全國之謂。後者自民法公布之日起，依距離公布地之遠近，預定到達時為施行之日期之謂。是皆依國土之廣狹，交通之暢阻，以及習俗文化之是否齊一，以為斷定。其主義之本身無所謂善惡。吾人分別說明於此，以積極的效

消極的

力之起點，在施行之日期之故。

乙 關於時之消極的效力。

民法無支配發生于廢止後法律關係之效力，乃為廢止後當然之效果。至其發生于實施以前的事實，亦不能適用者，則基于法律無溯及效 *Backwärts*

*wirkende Kraft; Retroactivity; effet retroactif; effetto retroattivo*

之原則，學者稱此為消極的效力，自羅馬法以來，被認為一般之原則。如法國民法第二條，日本舊民法第二條，且為明白之規定，其意無非以在舊法時代，已經確立之法律關係，不能適用新法，藉免紛擾。換言之，所以謀法律生活之安固也。但此種原則，僅為解釋上之準則，不能以之拘束立法者。蓋立法者雖不能變更已經確定之事實，而基于公益上之必要，固隨時可得制定變更其效力之法律。如現在我國民法總則債編物權編各種施行法，均于第一條，一面揭示發生于民法施行前的事項不適用民法各該編的規定之原則，一面承認可以特別規定溯及效力之例外。而于各該施行法上就各該編之規定，認為公益上有生溯及效力之必要者，逐一指定之，且明示其效力之範圍。是即立法可不受此項拘束之例證。美國憲法上

溯及效力  
與立法之  
關係

認此爲立法上之原則，無正當理由。

人及地之  
效力

第二 關於人及地之效力，人及地之效力，即民法適用於何人何地而可發生效力之謂。學者以相待說明爲便利，吾人從之。關於民法效力，從來有二主義，即：

屬人主義

甲 屬人主義 *Nationalitätsprinzip, Personalitätsprinzip;*

*principe of nationalities; principe de nationalité; principio della nazionalità* 者，法律效力伴隨其人民之主義也。如凡爲中國人民，在中國國內，固受中國民法之支配，即至國外，亦仍被支配于隨人而往之中國民法。此在中世紀，羅馬人日耳曼人，最富于此項思想，而所以有此思想者，外因則由世界之交通未開，內因則由種族之自尊太甚。

屬地主義

乙 屬地主義 *Territorialitätsprinzip; Territorial pri-*

*nciple; principe de Territorialité; principio della realtà* 法律效力，被拘束于領域之主義也。如凡在領域內之人民，無分于所屬國籍，均受所在地民法之支配，此

由時勢推移，萬國互市，異族雜居所致。而封建制度之樹立，領土觀念，愈益發達，遂產生國法，以一定領域為基礎的原則。

綜上二主義以論，取屬人主義者，國無分于內外，凡我人民所至之處，即法所至之處。取屬地主義者，人無分于內外，凡在我國內者，均應受我民法之支配。如此，則我採屬人主義，在採屬地主義之國，不能行使法之支配權矣。以人領土主權不可侵也。我採屬地主義，對於採屬人主義國之人民主權，其有侵越，亦弗能免。然而在事實上決非如此衝突。迄于近世國家主權之觀念，雖益發達，而國際往來，亦日繁密，而無間阻者，以國際間互採屬地主義為原則。凡涉外的法律關係，由國家自限制其主權，承認適用外國法律。茲將其例外述其梗概如下：

原則  
例外  
涉外的例

A 在外國之內國人民，與在內國之外國人民，因互尊所在國領土主權，而受所在國民法之支配。（人的效力之例外）

B 船舶在公海上，各受本國民法之支配。（地的效力之例外）

C 因國際私法，互不能以民法支配在本國之外國人民。（人與地的效力之例外）

D 因國際禮讓，互不能以民法支配享有治外法權之外國人。（同C註）

E 因條約不能以民法支配享有領事裁判權國之人民。（同C註）

上述各種例外，凡基于國際間之互尊互讓而承認者，當然不發生侵越主權之問題，惟因受不平等條約之拘束，其法不能支配享有領事裁判權之人民者，則不能謂為主權之自限，實主權之被侵，我國毅然收回法權，厥故在此。

更有附帶說明者，如因國內某地域人民文化程度之低下，不能以其國民法支配之者，則為單純的對於國內的人與地的效力之例外，亦不可不予以深切之注意。

附帶的  
例外的

## 第七章 民法之解釋及適用

民法之解釋，乃完成民法使命之方法。蓋民法為社會共同生活之基本法，與人民日常生活，有須臾不可分離之關係。故民法之使命：一面應保障人民共同生活之安固；一面應適應人類社會生命之進化。前者為靜的的使命，後者為動的的使命。民法欲完成此兩種使命，自非

民法之使  
靜的  
動的

善用其解釋方法不爲功。

何謂解釋

法律真義  
的異解

已見

何一解釋？即確定法律之真義，使與實際生活生應化之作用。學者對此法律真義之含義，尙有論爭：或以法律自身所包藏之意義，謂之法律真義。或以立法者之意思謂之法律真義。前者以法律具有抽象的不斷之活力，能適應變化不已之社會。後者以法律爲立法的自  
然人思想之結晶，立法者意思而外，無所謂法律之真義。故方今論者，有以前說誠能達民法  
動的使命，然不免于反靜的使命之嫌。後說誠能達民法靜的使命，然顯有反于動的使命之  
弊。據余所信：法律爲合理力之客觀化。合理力者，由實生活所產生，其規範實生活的作用，能  
安定社會，而不阻滯其進化，更能促進社會，而不妨害其安定秩序者也。如此，則所謂法律之  
真義，當係指法律內在的合理力而言，而法律之解釋，亦即確定此合理力是否爲法規所具  
有之謂，故法律之真義，即法律之本質，決非立法者自我之意思。假令上述爲前之說者，解法  
律自身，即法律本質之意義，則前說與吾說通。爲後之說者，解立法者之意思，非自我人之意  
思，乃社會人之意思，則後說亦與吾說通。——沙列由形容立法者爲假裝的神話的永久的

人格牧野氏推闡為理想的人理性的人普遍的人概言之為合理的人其用語似有使法律神秘化之嫌——惜乎，皆互矜所長，互攻所短，卒之各有所短長而不自知耳！

以法律為合理力之客觀化，已如前所述，則法律應僅有形式上之欠缺，而無實質上之欠缺；易言之，法律應為具有超越矛盾的十全的本體之物。雖然此乃不脫自然法學者的窠臼之見解。吾人殊難首肯。以合理力非萬古不變之物，而為實生活所產生之物，則因時勢之變遷，可更新合理之觀念。法規成立于舊的合理觀念之下，而牴牾于新的合理觀念者，是即法律實質上之欠缺也。形式上之欠缺，——法條文字意義不明或與其他條文抵觸或無關於一定事實之規定——用解釋以資補正，尚較容易。若實質上之欠缺，則解釋時，應知法律為文化現像，妥為價值的判斷，不能不謂之為困難事也。但欲達解釋之使命，須棄概念法學派與自由法學派之短，而取其所長，無論對於形式上的欠缺之解釋，抑或對於實質的欠缺之解釋，尚有應注意之三點：

甲 須以既成法律為出發點 以法律依于制定時代之社會要求而成立，易言之，即

形式的欠缺與實質的欠缺

解釋應注意之要點

須以既成

法律爲出發點

須處理現在法律之妥當

須向未來付與相當之保障

制定時代普遍合理力之客觀化。以之爲解釋之出發點，法律之目的，最易理解。

乙 須處理現在法律關係于妥當。以現在的法律，是現在的吾人之物，是因爲現在的吾人而存在的物。若法律對於現在的吾人不付與合理的滿足，則法律之權威，果何所求？而法律之存在，果屬何意？

丙 須向未來付與相當之保障。以社會生活之安固，爲法律使命之一。法律所以有爲合理力的客觀化的社會的意義者，正以合理力而客觀化，庶可使人皆知所據，而安定其生活也。

以上三點，是即沙列由氏所示：調和論理萬能論者與自由討究論者之解釋要件，果能如是，既可以解釋發揮法律之彈力性，以適應社會現在之需要；復不致有害于法律之確實性，以增進社會未來之安全；是解釋法律，必有貫注過去，現在，未來，三個時期之精神，始克完成解釋之使命，此解釋所以匪易焉！

茲將民法解釋之種類及方法述之如下：

解釋之種類

他見

已見

有權解釋

立法解釋

第一 解釋之種類。學者有堅持法律解釋之分類，名爲強制的解釋，與學理的解釋，爲有說明其原理的價值者，吾人殊難贊同。蓋彼所謂強制解釋者，專指立法解釋，假定解釋錯誤，仍有法律效力。果如此說，直根本違反解釋之使命，顯非可採之見解。至謂司法解釋，行政解釋，亦同于學者依學術上之方法，抒獨立之意見。易言之，皆屬個人任意所爲之解釋，是亦背于司法與行政者，非以私意解釋法律之趣旨。故吾人主張，仍別爲有權解釋與無權解釋爲宜。

甲 有權解釋。有權解釋 *Authentische Interpretation; authentic interpretation; interpretation authentique; interpretazione autentica* 乃基于公之職權所爲之解釋，更分爲三種：

一 立法解釋。卽以法律解釋法律之意。有于法律中間另立條文，或附加註解，使有發生疑義之虞的條文，意義明瞭者；有新制定法令，以解釋既成法律中間有疑義的條文者；前者于施行時發生效力，後者則應溯及其前法施行之時，而生

司法解釋

行政解釋

無權解釋

他見

已見

效力不過不能變更確定判決，須注意也。

B 司法解釋 即司法官于裁判具體的案件時，適用法律所為之解釋，雖判例非

民法之顯勢法，然其解釋，對於具體之案件，有拘束之效力，此種效力，所以發生，是由司法官基于公之職權而為之，非個人任意之所為也。

C 行政解釋 即行政官為關於民事的行政處分或行政裁判時所為之解釋，其

效力同于司法解釋。

乙 無權解釋 無權解釋，即學理解釋。 *Interpretatio doctrinalis, inter-*

*pretatio dogmatica; doctrimelle Interpretation, wissenschaftliche*

*auslegung; doctrinal or dogmatic interpretation, interpretation toct-*

*rinale ou dogmatique; interpraetatione doctrinale o dogmatica* 學者多

別此為文理解釋與論理解釋，吾人殊不以為然。蓋分解釋之種類為強制解釋與學理解釋者，僅以立法解釋為強制解釋，而以文理解釋與論理解釋，為學理解釋之方法，尚不無多少

之理由。吾人既根本排斥強制學理之分類，則文理與論理解釋自爲有權解釋與無權解釋之共通方法。

解釋方法

第二 解釋之方法。解釋方法，向分文理解釋與論理解釋兩種。吾人鑒于歷來學者區別兩種意義之困難，特相併說明，尙覺便利。

文理解釋

文理解釋 *Interpretatio grammatica; grammatische Interpretation; interpretation grammatique ou literale; interpretazione grammaticale* 就法條用語文章，以確定法律真義之謂。論理解釋，*Interpretatio logica; logische interpretation; logical interpretation; interpretation logique; interpretazione logica*；考量法律全般關係，依於推論方法，而明確法律真義之謂。前者僅須注意于制定法律當時的用語文章之意義，後者則應推究立法之政策與精神社會變遷之狀況，學說判例等應化社會之思潮，及法條相互間之關係等等。然是不過二者抽象的分類。若在具體的解釋或法條時，則非併用此方法不爲功，蓋專爲文理解釋，漠視論理

論理解釋

兩種解釋  
方法之功

解釋發生  
矛盾之他

對於矛盾  
解釋之已

擴充解釋

減縮解釋

變更解釋

解釋者，則無以闡明法律之意義。反之專為論理的解釋，漠視文理的解釋者，亦不免逾越解釋之範圍。是二者有相互為用之功，而使二者調和，乃解釋法律者之事。惟文理解釋，與論理解釋發生矛盾之結果，究竟孰有優越之效力？有主張從文理解釋之結果者，以理論為一般所同然，適合于法律之目的也。據予所信，首須用擴張或減縮方法，使文理解釋與論理解釋一致；不能，則更用變更解釋方法，以適合于法律真義。前更分述之如下：

A 擴充解釋 *Interpretatio extensiva* 法律之文字文章，意義失于狹隘，不能表現法律真義時用之。

B 減縮解釋 *Interpretatio restrictiva* 法律之文字文章，意義失于漠泛，超越法律的真義時用之。

C 變更解釋 *Interpretatio abrogans* 變更法律文字文章之意義，謂之變更解釋。在法律因立法者之技能欠缺，有所錯誤，或與現實生活有顯著的衝

突，違反法律之真義時用之。

以上各種方法，果能適應時代之進運，善為應用，自可確定法律的合理真義，補充法律形式上事實上的欠缺。惟新生之事實，在法律上從無相當之規定者，是雖形式上欠缺之一種，究不能用上列各項方法，而從來所適用者，乃類推解釋方法也。

類推解釋

類推 *Analogia; analogie; analogy; analogie; analogia* 者，將成立于一

一定理由下之法規，適用於類似之他事項之謂。關於適用一定之法規于他之事項，則對於其法規，不可不為價值的判斷。蓋規定于法律之事項，與新生之事項，一定異其事態；而法律上視若同一，耶尼 *Gény* 氏所謂類推之基礎，在法律的平等，即法定事實與新生事實，非有事實的同一性，而法律為同一之處理者，以同一性非存在於事實之客觀性的事實判斷，而存在於對於事實的主觀的價值判斷也；換言之，是即認識對於一定事實的法規之合理性，而使適用之于他之類似事實，亦成為必然的合理者也。但學者有因此謂類推係對法規合理性認識，信類推之論理的無限性，亦屬錯解。吾人故于法律解釋外，別認獨立存在的民

民法適用  
之問題

適用應依  
三段論法

舉例

法律解釋  
與事實解  
釋

### 法之潛勢法。

於茲尙應附帶的說明者，卽民法適用的問題是。法律需要解釋，無非求其適用於實際生活。故適用之當否，亦與解釋有至切之關係。凡法律規定，不問其範圍廣狹如何？以抽象的爲其通性，適用抽象的法律規定，于各具體的事項，當以抽象的規定爲大前提，以各個具體事項爲小前提，依三段論法而求其結論。茲舉簡單之例以明之，如關於心神喪失，應宣告禁治產之法律，值甲某在某某精神障礙狀態之事實，得以前者爲大前提，後者爲小前提，而其結論，爲甲某在心神喪失之常況，應爲禁治產之宣告否乎？此卽法律適用問題。因之依三段論法而爲法律之適用者，不可不加爲大前提的法律與爲小前提的事實以解釋前者卽法律的解釋，後者卽事實的解釋，故此二種解釋問題，不可不先于法律適用。試更用前例以明之：解心神喪失之意義，爲精神障礙之常態者，卽法律解釋解甲某之狀態爲醫學上精神病，且爲常態而存續者，卽事實上解釋。基此事實，解釋與法律的解釋，卽得以法規爲大前提，以甲某之事項爲小前提，肯定後者在心神喪失之狀態者，卽法律適用問題。故法律重要之

問題有二種，一即法律解釋問題；一即法律適用問題；吾人以此併合說明之。

## 第八章 民法上之權利

一般區分  
公權私權  
之標準

權利之本質，為權衡人格者間之一定生活利益關係，使得其宜之心理上的合理力，已如前述。則可為公權私權共通之原理，自不待言。惟一般區別公私權利者，大都以公權為基于公法關係的權利，如屬於國家及公共團體的權利，或對此而有之權利是。以私權為基于私法關係的權利，如一切非公權的權利是。吾人既根本反對公法私法之區別，則對此依法之公私以為權利公私之基準者，自不能贊同。然權利在現實國家組織之下，又不可無公私之別；其標準，將依為其目的的利益之公私乎？然公益私益標準難立。抑依于權力關係，或權利關係乎？然公權不必為權力，而有權力性質者，亦不必為公權。更或依于權利主體之何屬乎？而國家有財產權，個人有政權，其結論均極矛盾。所可資以說明其異點者，仍惟是否統治關係之說？蓋支配統治關係者，為公法；支配非統治關係者，為私法；本為公私法最進步的

民法上之  
公權與私  
權

私權之概  
念

區別；以法律編纂之進化，近亦為學者所攻擊。但以之為公權私權的標準，仍屬妥當。即基于統治關係的權利為公權，基于非統治關係的權利為私權，易言之，法律關係之構成者，不必問其為公法人，或者為私法人，只問其是否為統治關係而已。

公權私權之區別，已如上述。民法上之權利，公權乎？私權乎？從來皆以民法為私法，以其上之權利為私權，吾人以民法上主要之權利為私權，間有公權之規定，如聲請法人設立之許可於主管官署，聲請各種宣告，或者登記于法院等權利是。茲僅就主要的私權述之如下：

### 第一 私權之概念 私權 *Privatrecht; private rights; droits privés;*

*desiti private*者，權衡非統治關係——即社會關係的人格者間之一定生活利益關係，各得宜之心理上的合理力也。凡可滿足吾人合理的價值感情的利益，即生活利益。蓋自受法律保護之知觀察，則可謂法律利益，或曰法益，權利之內容，即如斯法律利益之一定，例如債權，即對於特定人格者，得為要求一定法律利益的行為或不行為之合理力。如所有權，即對於一般人格者得為一定法律利益的物之使用收益處分之合理力。若非為合理的行

自由行動  
非權利

義務即宜  
行之事務

無主體即  
無權利

抽象的權利  
關係所  
具的權利

使則直是強力，非權利矣。若不能為合理的行使，則利益不能申張，亦非權利矣。其他若散步飲食等等，屬於自由行動之範圍，無權利之觀念者，以如斯行動，無所用其合理的權衡故耳。

私權之概念，約述於上，茲有須相併說明之數點：

甲 義務即宜行之事務。其本質為合理的拘束，若權利者，為非合理的行使；而義務者即無合理的拘束。

乙 無主體即無權利。溫德賽拉克爾司佩爾克爾 Regelsberger 等，肯定無主

體的權利之存在；與夫謂無主體的權利，係權利之客觀的存在者，均屬蹈空之論也。實際在民法上，亦無積極認無主體權利之規定，如吾民法第七條：『胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生。』云云，是不過認無主體的一定利益之存在，非真認無主體的權利之存在，即明證也。

丙 人格者間之法律關係，無非權利關係——或者義務關係——而權利關係之語，有時用於抽象的或一般的；又有時用於具體的；例如法律所具定的買賣間之關係，屬之前

關係

無意思能力者有權利能力

權利主體與利益主體

私權之要素

權利主體

權利客體

者如云賣主甲與買主乙間之關係，則屬之後者；後者即適用前者於具體的也。

丁 無意思能力，有權利能力，與權利之念，不相衝突。蓋無意思能力者，而有權利能力，不過承認無意思能力者，享受權利之地位，而行使權利者，仍屬有辨別力的法定代理人。

戊 法律常有特別需要時，能分析權利方面人格者，為權利主體與利益主體——即行使主體與享受主體。例如：要求對於第三者，而為或種給付的債權，債權者（即權利主體）與其受益者（即利益主體）而為別種之人格是也。

第二 私權之要素 私權之要素者，權利之主體，權利之內容，權利之客體是也。茲分述之如下：

甲 權利之主體 權利之當事者，通常為權利者與義務者。權利者，權利之主體，義務者，義務之主體。而權利主體與義務主體相互間之享受權利負擔義務的狀態，即前所述之法律關係，或權利關係，與義務關係是。

乙 權利之客體 權利因而發生之或對象，謂之權利客體。例如，所有權，因於或物而

生親權因於子而生；物與子即權利客體是。

丙 權利之內容。權利之內容因於或對象而存在，前所謂一定生活利益是也。學者亦名此為法律目的，充此權利內容最多者為行為，然有不必限於行為者，例如占有權之內容，為自己對於物之所持，非行為也。自條件附的法律行為發生之期待權，則因條件成就，可享受之利益是希望，希望非行為也。

權利之要素備，而後權利之效力始緣是發生，權利之作用始於是有據矣。

第三 私權之類別。私權得依種種之標準，而為種種之類別，茲述其主要者如下：

甲 依於權利內容之類別。所謂權利之內容者，即為權利目的底有形無形之生活利益是也。學者有主張，分為人格權，身分權，財產權者。有主張分為人身權，財產權，更加社員權者。後說，吾人從之。

乙 人身權。人身權， *Persönliche im weiteren Sinne; Droite*

*de Personnes; diritti p. person. l.* 與人格或身分有不可分離之關係。

權利內容

私權之類別

依于權利內容之類別

人身權

肖像權與  
智能權不  
列入於人  
格權之原  
因

係，而一般呼之為非財產權，更可分之為人格權與身分權。

1. 人格權 *Personlichkeitsrechte; rights to perso-*

*nalsafety and freedom; droits de personali e; diritti di*

*personalia* 者，與吾人法律上之人格——即可為權利義務主體之資格

相終始，不能分離之權利也。不許讓與拋棄，以保公益。如生命權身體權自由權

名譽權信用權姓名權職業權——更分為營業權（即行屬於職業的行為之

權利）競業禁止權等——等屬之。他如肖像權與智能權——專賣特許著作

——亦應屬於人格權；以肖像權被濫用之結果，為名譽權財產權之損失，而

智能權為保護個人自由活動能力之權利。吾人因或為我國民法所不取，或為

無形財產權——因成為能與人格分離而讓與之財產權——故均不列入於

人格權。

2. 身分權 *Personenstandesrechte; statutrecht;*

繼承權是  
否身分權

財產權

經濟價值

*droits de l'état; diritti dello stato civile* 者，附屬於一定身分，而與之相終始之權利也。例如親權、子權、——受扶養教育等等權利——夫權、妻權——使夫同居扶養及守貞操之權利——等，無非附着于親子夫妻之身分，而同其得喪。但繼承權，在我國曩時，以繼承宗祧極重身分，現已側重於遺產之繼承，是以甚少身分權之意味。然學者以繼承權，是指可為繼承人之權利，非指存在于繼承財產上的權利而言，故仍以列入于身分權中為便。

B 財產權 人身權，一般人呼之為非財產權，既如上述，則財產權，*Vermögen*，

*srechte; property rights; droits patrimoniaux; diritti des patrimonies; diritti patrimoniali* 自為以保護與人身利

益相對立的外界利益為目的底權利。故財產權者，乃不必與人格或身分相終始，而以有形的無形的有經濟價值的生活利益為其內容者也。所謂經濟的價

值，即有金錢上價值之謂。即無財產價格者，無金錢上之價格，此為當然結論。我國民法，排斥羅馬法以來之通說，於債之標的，規定不以有財產價格者為限。（民法一九九條）由斯以論，上述財產權的定義，顯不能包含債權。然則以財產權，為能處分的權利乎？抑以財產權為非人身權的權利乎？前者失之狹隘；後者失之寬泛。蓋我國民法，有因債權之性質，與當事人之特約，不得讓與債權之規定，（民法二九四條）是有不能處分之債權矣。故前說不足採取。定義是抽取具體事項的共通屬性而構成之概念，以茫漠的名詞，斷無說明任何具體事項的屬性之效用。故後說亦難成立。吾人之意，債之標的，不有財產價值，此蓋由債之本身，不能為金錢的評價；——如消極的給付（即不作爲）無形損害——然因不履行而產生之損害，不問為財產的，或精神的，一切皆可計算於金錢，是無財產價值的債之標的，仍許間接為金錢的評價，其理至明，而前述財產權之定義，當無所用其疑慮。

繼承扶養  
財產權

賠償請求  
非人格權

債權

財產權乃能直接或間接爲金錢的評價之權利，已如上述。然身分權的繼承財產權，扶養請求權，亦有金錢評價之性。而人格權之被侵害者，可請求賠償相當之金額，（民法第九五條）是亦間接有財產之價值能計算于金錢，則人身權與財產權之界限，似難判于金錢價值之有無。然繼承扶養，乃附着于一定身分而存在，論其主要之屬性，仍應列入于身分權。至人格權損害賠償權之請求，固有金錢之價值；然賠償請求權，已不爲人格權，而爲債權矣。故非對人格權，而爲金錢評價；乃因發生債權，而爲金錢評價，故亦不得據此即謂人格權混同財產權。

茲將財產權之種類分述之：

1. 債權 *Obligationenrechte, Ford rungsrechte; oblig. ations, obligatory rights; obligations, droits de creances; diritti di obbligazione*者，債權人基于債之關係，得向債務人請求給付——行爲或不行爲——之權利也。故債權之內容爲給付，從來得由當事者

物權

自由創設，（依于契約自由之原則）而近代立法之精神，則已予以多少之限制。

2. 物權 *Sachenrechte, dingliche Rechte; rights*

*of things, real rights, properties; droits réels, diritti reali* 者，直接管有特定之有體物，而可得對抗一般人之權利也。以物之支配，為權利之內容，其種類依于法律之限定。（民法第七五七條）

準物權

3. 準物權 準物權，非以物之支配為目的之權利，而視為法律上之物權者也。如權利質，（民法第九〇〇條至九一〇條）準占有，（民法第九六六條）等，均屬之。又鑛業權，漁業權，以物之採取的目的，非以物之支配為目的，而漁業法第五條，修正鑛業條例第十九條，皆規定視為物權，準用民法，是亦以其性質能為金錢評價然也。

無形財產

4. 無形財產權 *Immateriellerrechte, geistiges*

*gignendum; intangible properties; proprietas incorporatiles, proprietes intellectuelles; diritti su bene immateriali* 者，以精神的創作物的無形利益為目的之權利也。原來本為人格權，因近世文化發達，與人格分離，致成為今日獨立財產權之形態，如著作權，特許權，專賣權，商標等是。

5. 能權 *Kannrecht* 者，各人能依自己之行爲，而享受財產法上之效果之權利也。凡屬於後述形成權之權利，當用于財產權之事項，如追認權，取消權，解約權，抵銷權，選擇權等皆是。然能權不僅限于形成權，因形成權單依于意思表示，而能權則更包括一切的行爲。如鑛業權，漁業權，原來皆為能權之分類；而所有者之處分所有物，貸與者取回使用工作物，因亦不失為能權；且能權依于意思而行使時，亦不以單獨行爲為必要，如所有者讓與所有物是。

社員權

非人格權  
說

非財產權  
說

非權利義務  
本身說

附 社員權 社員權 *Mitgliedsr. chle* 者，社團法人之社員，對於社團所有之共益權，與自益權也。如出席總會決議之權，執行業務之權，即共益權。受領紅利之權，分配剩餘財產之權，即自益權。分析觀之，雖有上述各個權之存在；總合觀之，要皆由一個社員資格產生。故自基爾克錫以單一的社員權之名稱以後，學者多宗之，但其性質，以與社員資格，有不可分離的關係，似屬人格權一種；然有社員資格已不存在，尚負有權利義務者（民法第五五條）不得謂為人格權也。以法人財產存在之形態，及社員受領紅利之點論，前者儼若共有權，後者無異于債權；則以為財產權，似無不可。然財產為法人本身所有；自益不過社員權之一成分；亦不得謂為財產權也。三瀝比謂社員權，非權利義務本身，乃產生權利義務之原因或標準，而由之產生之權利中，有債權，有其他性質之權，又有出資之債務，更或有不能入于人格權財產權等從來分類中之權利義務云云，可謂形容得當矣。

依于權利  
關係存在  
別狀之類

乙 依于權利關係存在狀態之類別。所謂權利關係存在之狀態者，即權利關係對

一般人格者，與特定人格者，存立之狀態也。從來以對一般人格者而存立的權利關係，爲對世權。——曰絕對權。 *Absolute rechte; rights in rem; droits absolus;*

*diritti assolute* ——對特定人格者而存立之權利關係，爲對人權。——曰相對權。

*Relatio; rechte; rights in personam; droits relatife; diritti relativi*  
吾人主張應分爲一般權與特定權。

一般權

A 一般權。一般權者，對於一般人而存立之權利也。如物權，無形財產權，人格權屬之。一般人，對權利者，負不加侵害之義務，權利者對一般人，亦受不能濫用權利之拘束，是蓋由一般權之本質，乃權衡一般人格者間的一定生活利益，使各得宜之心理上的合理力者然也。若如從來絕對權之見解，其結果最易釀成僅由一般人負不可侵害之義務，表現單純個人主義的濃厚色彩，根本反于權利的本質，以是不爲吾人所採取。

非絕對權

特定權

非相對權

一般權與  
特定權之  
界限

一般權與  
特定權之  
效力

B 特定權 特定權者，對於特定人而存立之權利也。如債權、社員權、及身分權屬

之。此種權利之本質，為權衡特定人格者間之一定生活利益，使各得宜之心理上的合理力。學者從來謂為相對權，蓋以示異于絕對權故耳。吾人既不容認權利有絕對的性質，因之根本否認絕對之名稱，絕對權已不存在，相對權的名目，自無適用之必要矣。

一般權與特定權之意義，固已如上所述。然一般權受任何特定人之侵害時，則發生特定權的作用；特定權為對抗一般人之侵害時，亦發生一般權的作用；是一般特定之限界，甚不明瞭。雖然，此蓋由不知侵害之權利，與因侵害而發生之權利，已大有區別故耳。如物權因被侵害而發生損害賠償，其賠償請求權，已為債權，非物權，不能因此遽謂債權與物權混合矣。更如債權，因被侵害而發生一般權之作用時，其本身固不失為債權。惟此乃就權利存立之狀態論，若就權利效力所及之範圍論之，則皆不能不有一般之效力，已為多數學者所承認，茲不贅述。於此尚有須說明者，即後之形成權，有應屬於一般權者，如廢罷權是也。有應屬

于特定權者，如抵銷權等是也。不過當未行使時，僅有無形的存在，不可不察耳。

丙 依于權利作用之類別。所謂權利之作用者，即因權利之動作，而發生法律上之

效用也。茲分述之如下：

支配權

A 支配權 *Beherrschungsrechte, Herrschaftsrechte*

者，直接或間接支配權利客體上一定生活利益——即法律特定利益——之權利，詳言之，即自己當為權利客體的一定利益之支配時，有使一般人不得妨害之權利也。如一般權，及親權，夫權，妻權屬之。權利客體的一定利益之支配者，通常分為積極的支配，與消極的支配，前者依于作為而支配，如對於物之使用，收益，處分者是。後者依于不作為而支配，如不作為的地役權是。然不論積極與消極，而支配權之本身，要皆歸於使他人不妨害自己之支配。是支配權者，常有消極的內容之權利也。其特質在使一般人，負擔其被禁止之義務，然而非如舊說以支配權為絕對的權利者，因支配為合理的支配，而一般人不妨其支配

積極的支配

支配之特點

依于權利作用之類別

無效請求  
權集合說

人格權說

請求權

他見

權利作用  
或效力說

### B

者，亦基于尊重合理的權利之故也。設權利者，積極的超于應為支配之程度；或消極的怠于應為之支配；——如拋棄荒地及縱容妻與人通姦或妻承認夫不守貞操之類——殊難片面的責人不妨害其支配，學者尙有以支配權為對于一一般人——即不特定人無數的請求權之集合者；又有以支配權係權利者，對權利客體的一定利益，如自己之自由意思，而為支配，因之曰為人格權者，是皆不明支配權之本質，甚至反于支配權之本質也。故均為吾人所不取。

請求權 請求權 *Ansprüche, anspru. fürchte* 者，得對於特定人

要求作為或不作為之權利也。其要求必為合理的。已無所用其說明。所應論述者，請求權應否為獨立之權利也。自溫賽德發明此請求權之觀念以來，學者研究其性質者，約分兩說：

1. 權利作用或效力說 以物權被侵害，而生物上請求權，是請求權，顯附屬

于物權。債權之請求權，係向債務人而要求給付者，尤明白為債權之效力說

請求權脫離物權與債權，則不見有何物之存在，故以請求權為權利之作用或效力。

2. 獨立權利說。以物權因被侵害而始生請求權，債權則與請求權同時而成立，故以請求權為獨立的一種權利。

以吾人之所見，當然以第二說為合理。蓋物上請求權，為債權——因係對侵害者（即特定人）可得主張之權利——非物權，已說明于前，無待再述。至債權與請求權，各有獨立之存在，據請求權消滅，債權可不消滅之見解，極易明瞭。我國民法第一四四條第二項：「請求權已經時效消滅，債務人仍為履行之給付者，不得以不知時效為理由，請求返還其以契約承認該債務或提出擔保者亦同。」云云，是視請求權為獨立權利，了無可疑。

請求權之分類  
他見  
已見  
就發生原因之分類

尚有應說明者，請求權之分類也。學者分為人的請求權，與物的請求權——或稱物上請求權——前者自物權而產生，後者自債權而產生。吾人覺請求權，如必就發生之原因而分類，不如稱之為物的請求權，與債的請求權，而就請求權之對象言，則均可稱之為人的請

就對象之分類

形成權

西洋學者之見解

東洋學者之見解

我國民法之規定

滾息權非

求權，分別人物而名之，殊難謂為合于請求權之本質也。

C 形成權 *Gestaltungsrechte* 之概念為近時德國學者所首倡，奇

特爾曼 *Zit Imine* 稱之為能權，霍爾威 *Hellwig* 易其名為變更權，

*Recht auf Rechtsänderung* 至色克爾 *Seckel* 始謂之為形成權，

形成權者，由權利人單獨之行爲，使發生法律上之效果，而相對人對之，初不負

何種之義務也。東隣學者，川名氏以之為純正當權，岩田氏以其權利依于意思

表示而行使，與能權包含一切行爲者不同，因以形成權是著眼于權利之作用，

能權是著眼于權利之結果，直無異于請求權與債權之關係，據是，足見形成權

之名稱與範圍，迄今尙未能一致。然我國民法，於追認權（民法一七〇條）選

擇權（民法二〇八條二〇九條）撤銷權（民法二四四條）抵銷權（民法

三三五條）解除權（民法二五四條二五五條）皆各為明白之規定，是顯已

承認形成權為一種獨立之權利。惟滾息權，一般皆視為形成權之一種，在我國

形成權

現行民法之下，一般以利息不得滾入原本為原則，以約定滾息為例外，是已不允許滾息為一般人之權利，自不容一般人以單獨的行為，而形成個人本位與社會本位之法律，其分歧點，於此可見。

雖然日儒三瀝氏謂形成權非如支配權，有可支配之目的，亦非如請求權，可要求他人之行為或不行為；乃僅因一方的行為，得發生權利得喪變更之權利，然則形成權之客體，何屬乎。遊佐氏謂為法律上之效力，其意當矣。

形成權之客體

抗辯權

D 抗辯權 抗辯權 *Exceptio; Finrede; exception* 者，拒絕給付之

請求權說

權利也。亦得稱之為消極權，或反對權。對抗辯權而為之抗辯，則為再抗辯其性質與抗辯權同。學者有謂抗辯權為請求權之一種者，然抗辯權乃對抗他人，而不為給付；非要求他人之給付也。又有謂抗辯權為形成權之一種者，亦不知抗辯權，非能消滅他人之請求權，與形成權之性質，絕不相類也。故吾人仍以爲一種獨立之權利。

形成權說

已見

特別之說

權利為理  
非為力

權利與義  
務之關係

對於權利  
本位說之  
否認

祇承認個  
人本位與  
社會本位

私權之概念，及其要素，與類別，已如上述。吾人尚有須特加說明者，即本章及前編第七章，皆僅標明權利，不及義務，是顯有權利本位之嫌。與我國民法之基本原理不合，雖然是蓋根本誤解權利為「力」而未嘗知權利為「理」之過也。權利與義務，直如一物而有二方面：而在享受者方面，謂之權利；在負擔者方面，謂之義務。故彼方失合理之性質，此方即無履行之義務，權利義務之不可分如此。而學者必強分為權利本位義務本位，誤矣。而瑞士債務法公表以後，羣以義務本位，贊美其法，我國法學界，亦曾因是發生論戰，殊令人引以為憾。然則法律無本位可言乎？曰：有個人本位，與社會本位是已。權利本位，與社會本位，作對待之名詞，即大不可，此其理，當于以後本論各編詳論究之。

## 第九章 中華民國法之沿革與精神

民法為人類共同生活之基本法，則凡屬人類社會，即應有民法。故我國在昔雖無民法之名稱，而其關於民事之法則，固仍不失其為民法。書序答單作民居。馬融曰：答單湯司空，民

居民之法也。學者有因是而謂殷之時，不特有刑法，且有民法，予以爲民法當不自殷始。茲述其沿革與精神於下：

沿革

第一 沿革 分三期述之：

舊的民法時期

甲 舊的民法時期。人亦乳哺動物也。其與動物分離，而建立人類社會，考之生物家言，在能自製工具之後；若是，則漁獵社會，其人禽之分界乎！我國遠古時代，人民穴居野處，茹

漁獵社會之組織

毛飲血，飢則相與漁獵，飽則自由離合，雖有巢氏教以樵木，燧人氏教以烹飪，然以生活簡單，其相互間，無一定經濟之組織，與人事之關係，因亦無現實的民事法則，勢使然也。迨進化於

畜牧時代之經濟組織與人事

畜牧時代，人知飼養畜類，而動物所有之觀念以起；爭逐水草以居，而一人之力有限，兩性共同之生活，亦由是發生。庖犧氏乃因勢利導，定嫁娶之制，以儷皮爲禮，於是有夫婦之倫，有上下長幼之誼，而家族制，由此以奠其始基。是中華人民家畜所有之觀念，與夫關於婚姻及家

農業社會之土地私有的觀念

族的規則，顯肇端于庖犧氏之時矣。神農氏教民播種，遂由畜牧社會，進於農業社會，自此而土地私有之觀念，日趨濃厚，各部落間，恆因土地問題，釀成戰爭。黃帝繼起，統一區宇，劃野分

井田制之  
創始

唐虞時代  
之刑即法

周代民事  
法則

關於經濟  
者  
土地

疆，立步制畝，創井田之鴻規，致民生於平等，社會的重要經濟組織，由斯以立；而土地國有，乃使中華數千年來於民事規定，無動產與不動產之區別。

唐虞之際，於人事關係，則期于化民成俗，于經濟關係，則期于利用厚生。契作司徒，敬敷五教，棄爲后稷，以播百穀。當時關於民事之法，寧可謂爲民事之教，其有不率教者，則刑以繩之。——如尙書撲作教刑；周禮鄉八刑係教刑之類是。——言治道者，贊美唐虞，宜矣。逮及夏商，法制漸臻複雜，惟關於民事規則，典籍莫詳，無可考徵。其土地禹作丘甸之法，殷有公田私田之名，而經制亦爲後世所莫辨，其詳固不可得而聞也。

周代，周公躬大聖之資，上監二代，遠溯唐虞，以蔚成一代之制作，周禮一書，載之綦詳，其他無論矣，茲僅就關於民事者述之：

#### A 關於經濟者

1. 土地 周襲商制，用井田之法，劃爲九區，每區凡百畝，以授一夫；其法：二十而受，六十而歸；未成年而逾家口之額數者，稱餘夫，受田二十五畝，俟其壯有

室，更授百畝之田。其宅亦受自國家，人民不得私有。

3. 錢債。周以官府之八成經邦治。聽稱責以傳別，聽買賣以質劑，聽取予以書契，則錢債事件，尊重券契，於此可見。

3. 商業。周以司市之官，對於商賈，禁華靡，去詐偽，價值有定，美惡莫淆。其于圭璧金璋宗廟之器及戎器等，則禁其販賣。

4. 職任。周以九職任萬民：（一）三農生九穀；（二）園圃毓艸木；（三）虞衡作山澤之材；（四）藪牧養畜鳥獸；（五）百工飭化八材；（六）商賈阜通貨賄；（七）嬪婦化治泉絲；（八）臣妾娶斂疏材；（九）閒民無常職。轉移職事。其職業分配之日，即人民對國家負義務之時，故於分配後，更從而糾察之，不承認人民有怠業——即違背義務之自由，如弗致力于農事者，有野刑，即其例也。

B

關於人事者

關於人事

職任

商業

錢債

著

冠禮

昏禮

繼承

周之家制  
之推測

周禮即法

1. 冠禮 男子二十而冠，所以責成人之道。冠後，即有對國家享受權利，負擔義務之資格。

2. 昏禮 男子三十而娶，女子二十而婚，凡男女自成名以後，即書其年月日名，以與媒氏受令婚娶。惟諸侯嫁女列國，必使姪娣從其姑姊，同嫁為媵，夫人死則代之，故諸侯一娶九女，庶人亦許置妾。重男輕女，貽禍於數千年，非善制也。至同姓不婚，用使生殖日蕃，厥功大矣。

3. 繼承 因宅國有，無遺產可資繼承，宗祧繼承，則一準于宗法。

外此，周之庶民，其家制何若？是亦應注意之問題。吾人就井田之制考之：每區凡百畝，以授一夫，上地家七人，中地家六人，下地家五人，其人逾限者，為餘夫，壯年有室，則另授田宅，是一家以七口為最高額，並無如唐宋明清子孫不得別籍異財之禁明矣。

上所云云，備詳周禮，是今之所謂法者，即周之所謂禮也。孔子曰：殷因于夏禮，所損益可知也；周因于殷禮，所損益可知也。商子曰：三代不同禮而王，是皆以禮賅典章法度而言，非若

後世僅以繁文縟節爲禮者可比。

周衰，列國競作刑典，如鄭之刑書竹刑，晉之刑鼎，迄戰國魏李悝集其大成，作法經六章：

(一)盜法；(二)賊法；(三)囚法；(四)捕法；(五)雜法；(六)具法。杜氏通典釋其

李悝法經

意曰：魏文侯師李悝，選次諸國法，著法經，以爲王者之政，莫急于盜賊，故其律始于盜賊，須劾

李悝法經

捕，故著囚捕二篇；其輕俊越城博戲，借假不廉，淫侈踰制，悉入雜法；具法，乃具刑名加減之率

李悝法經

者，是法經僅雜法章內之借假，有民事性質，其他經濟制度，人事制度，度其時當保周之舊規。

未嘗有所變更也歟！

秦之經濟

秦孝公用商鞅，更法度，開阡陌，以盡地力，啟豪強兼併之端，井田之制壞矣。民有二男以

秦之經濟

上不分異者，倍其賦，使人尙獨立自尊，家族倚賴之弊絕矣。此乃中國關於民事的經濟制度

商子立法

家族制度之一大變革。雖然，不僅此也，商子說民篇云：『貧者富，富者貧，國強。』畫策篇云：『

商子立法

不作而食，謂之姦民。』是直表現社會主義之精神。爲近世蘇俄民法所不能外。

漢律之民

漢興，蕭何作九章律，於李悝法經六章外更益戶與廩三章。戶律中，多關於民事規定，惟

事規定

重男統

重契約

利息無限制

田律

限田

王田

永平之科

桓帝時大  
家族之習

婚制于  
叔孫通傍  
章十八篇  
中之推斷

律文散佚，無從考證。其他律令中關於民事之法則，如嚴妻妾之位，載七棄三不去之文，則重男輕女可知。市買為券書以別之，是交易以契約資信乎。毋鹽比得十倍取息，至王莽始有過律之禁，則漢初于利息債權，無所限制，又極了然。野有田律，而課民以耕種之義務，不容認有怠業之自由，尤有周制遺意。其他田制，仍守秦舊，董仲舒孔光師丹諸儒，先後倡為限田之說，卒難施行。迨新莽篡漢，更名天下田曰王田，不得買賣其男口不盈八，而田過一井者，分其餘田，以予九族鄉黨，乃行不三年，海內騷然，仍准買賣，食古不化，其難于推行，宜如是已。

東京之際，尊崇祖制，因仍舊貫。明帝永平中，著商者不農之禁，申田荒不耕之科，則人民擇業不能自由，職務不能不盡，可以想見。桓帝之時，更相濫舉，時人為之語曰：舉秀才，不知書；察孝廉，父別居。是當時民事習慣，甚以分居為恥，大家族制，胎息于此已。至婚姻法，則大約詳于叔孫通傍章十八篇中，雖書缺有間，直接莫從考徵。章和時曹褒被詔條正禮儀，撰次天子至于庶人，冠昏喪祭之制，百五十篇考之曹褒傳，係以班固所上之叔孫通漢儀為底本，則叔孫通之十八篇中詳婚制，無可疑也。惟年久代遠，不可待而見耳。

白魏迄陳  
各律之民  
事為定  
婚不立  
籍目之推  
想  
晉均田法

元魏律中  
有無婚姻  
篇目之論  
斷

魏均田法

周齊各  
律關於民  
事規定

魏律十八篇，戶律，捕律，因仍不改。晉就漢律九篇，增益為二十篇。梁律，攷天監元年詔書，僅刪除晉律之遊詞費句及晉律中解釋不同者，重徵衆意而已。陳律與梁律全同，是自魏迄陳，律於民事有關之規定，固未嘗加以變革，惟婚姻皆不立篇目，度必以其因詔漢律，而以是屬之於禮焉。學者因晉時多禮律並用之文，而致疑于晉律中無禮律篇目，悞矣。晉懲漢代人，民兼併之弊，特行均田法，不容人民私有土地，梁陳因沿未改，亦善制也。

元魏世祖，使崔浩定律，大都上承漢制，民事規定，仍屬於戶律雜律二篇；學者有謂後魏律，似有婚姻一篇，周仍其舊，北齊合而為婚戶律；然考之太和詔書，嚴訂通婚限制，於犯者以違制——亦律之篇名——論，則於婚姻，無專篇可知。尚有應注意者，魏孝文以均田入律，凡男子十五以上，受露田四十畝，婦人二十畝，年六十還之。又別給桑田二十畝，永為世業，不還。奴婢依良丁之例，露田不得買賣，世業可以轉移，是人民於前者，僅依律有用益之權；於後者，始有所有權焉。周齊田制，大抵取法於魏。其民事規定，齊律詳於婚戶雜律，周律詳于婚姻戶禁雜犯各篇。至隋之開皇律大業律，雖均亡失，然與唐律大體相符，唐律今存則考唐律上之

唐律之民事規定  
 交易的  
 契約的  
 債務的  
 債權的  
 不許賣口分田  
 不許占田過限  
 田疇不許荒蕪  
 不准質押與人  
 關於繼承  
 的  
 關於親屬  
 的不許人民  
 有信仰的自由

民事法，而唐律中之民事法如何可知也。

唐律完備為中國法治文明之結晶。民事規定，仍在戶婚雜律。茲特述其梗概：如器用絹布行濫之禁止，賣買不和而輕固之論盜是責交易者應守誠實之義務也。買奴婢牛馬立券，有病依限聽悔，無病欺者如法，是契約與信義兼顧也。負債違契不償有罰，是保護債權之安固也。負債不告官司，強牽掣畜產，過本契者，坐贓論，是限制債權者濫用權利也。是皆為有債的性質之規定。如不許賣口分田也——永業田亦以不得賣買為原則以得買賣為例外（以保護貧弱之原因）——不許占田過限也——寬閑之鄉不坐——田疇不許荒蕪也；山野陂池之利不許占固也；不准以良人為奴婢而質債也；是皆為有物的性質之規定，其關於繼承的規定：則有若立嫡違法；有若養雜戶子為子孫。關於親屬的規定：則有若子孫不得別籍異財；養子捨去；相冒合戶；卑幼私輒用財；許嫁女已報婚書為婚男女冒妄；有妻更娶；以妻為妾；同姓為婚；妻無七出等等。而其禁私入道及度之者，則為不許人民有精神上之自由；其視奴婢為財產大與歐西羅馬如出一轍。若關於有債的性質，與物的性質之規定，則為並世

諸法系所不及，使能發揚而光大之，則大陸海洋兩法系，奚能分領今日法治界之天下，而氣焰不可一世者哉！

五代法制  
狀況  
宋之田制  
及於民法  
之影響

五代中原鼎沸，有國者戎馬倥傯，未遑制作，迄于趙宋，仍沿唐舊，惟土地因承亂離之後，人口減少，獎勵開墾，所謂墾田，匪僅認爲永業，且免三歲之租，元魏均田之法，唐室口分之制，遂不復見於律，遺產之繼承，遂迄于今，仍成爲法律上之問題焉。金元以夷主夏，法制典章，極少創作，洎及朱明，洪武七年，頒行大明律，篇目一準唐律，內容稍稍異致。二十二年，復加更訂，仿周禮之遺意，依官職而類別，其與民事有關之戶役田宅婚姻錢債等項，盡入于戶律，有清入主中原，亦因襲而莫能更易，則觀於清律而明律可知矣。

明律

明戶律中  
之民事規  
定

清律

繼承法的  
內容

清仿明制，人無異詞，故戶役十三條，田宅十一條，婚姻十七條，債錢三條，仍在戶律。究其內容，立繼、倫序、與恩義並重；立嫡不許違法，養子不許捨去，不許異子亂族尊卑失序，無子者須令同宗昭穆相當之人承繼，立嗣後生子家產均分，養子歸宗不許携財，婦人夫亡無子合承夫分，繼子不得於所後之親聽其告官別立，義男女婿聽其相爲依倚，應繼之人先有

婚姻法的  
內容

關於田宅  
的規定  
關於錢債  
的規定

嫌隙聽於昭穆相當親族內擇賢擇愛收養三歲下遺棄小兒雖從其性不准爲嗣爭產謀繼  
釀成人命均不准其繼嗣等等——婚姻則禮教與法律並尊——如男女婚姻重許字（如  
許嫁女已報婚書及有婚書而輒悔者；未成婚或已成婚而再許他人者；爲婚男女妄冒者；應爲婚不遵期約者；悔盟強搶  
斷婦奪回者；於主婚人皆處笞杖之刑。）  
干分婚娶嚴科斷（如同姓爲婚；外姻有服尊屬卑幼共爲婚姻；及娶同母  
異父姊妹若妻前夫之女；父母之姑舅兩姨姊妹及姨若堂姨母之姑堂姑已之堂姨及再從姨已之堂外甥女若女婿之  
姊妹及子孫婦之姊妹；娶同宗無服親及無服親之妻；娶同宗總麻親妻及舅甥妻；娶小功以上之親；前夫子女與後夫子  
女苟合成婚均斷離異；收父母妾；收伯叔母；兄亡收嫂；弟亡收弟婦；不問被出改嫁均今置重典。）  
及倚勢娶占非偶  
嫁娶居喪嫁娶出妻背夫嫁娶違律等均坐如律——田宅買賣契約之拘束甚嚴——如重  
典重賈計賊准論竊盜典滿不贖笞後追限外花利給主及禁告找告贖借端措勒等弊——  
錢債放收不許違禁取利——如放債典當每月取利不得過三分年月雖多不過一本一利  
違則依額笞杖有差並追餘利給主欠債不還亦按違欠時期處罪並追本利給主及以私債  
強奪人孳畜產業放債用短票折扣巧取重利亦均坐如律——條文繁密亦鉅製也惜於社

會利益，未嘗重視，較唐律不無遜色。

以上自黃帝迄清末數千年間，中華民族，純受中華法系之支配；偶有異族，憑藉武力，入主華夏，卒必用夏變夷，我中華典章法制，未嘗稍有凌替。故就中華民國法一方面論，由遜清上溯黃帝，可謂爲舊的民法時期。

混合民法時期

乙 混合民法時期。遜清光緒季年，聘日人松岡義正起草民律，別爲五編，宣統三年，前三編告成，後二編，由高种朱獻文等起草，旋亦竣事。適武昌起義，清鼎傾覆，此項民律草案，以多不合國情，未能頒布施行；而舊律亦因暫行新刑律施行，大半歸于廢止；其間關於民事部分，僅與國體不相牴觸之能力，利息，婚姻，繼承各項有效而已。故民國初元，法院審判民事案件，於適用舊律外，則歸併依據民事通例，實則援用民律草案，浸假判例漸多，民國四五年後，大理院之判例，法院及訴訟當事人，已視爲有法律上之效力。雖裁判漸收統一之效，而立法與司法不相侵之原則，乃不復存矣。洎民國十四年，各國派遣調查司法委員來華，北京政府，爲塗飾耳目計，急將修訂民律草案，付梓印行，並令法院就總則編，及債編參酌援用，人民

革新民法時期

精神

舊的民法之精神  
周制關於經濟的事則  
孔子王莽之精神  
經濟組織之  
理想

仍不得而適用之，法爲法官之法，非人民之法，誠法制史上之怪現像已。就此適用法律情形而論，舊的法律，未盡失效；新的艸案，亦被引用，是新舊律混合而支配吾人之生活也，是可謂混合民法時期。

丙 新的民法時期。國民政府立法院，自十七年成立以後，銳意艸成各項法規，以新人民之耳目。民法總則編債編物權編，業已先後公布施行。現繼承法親屬法亦經國民政府會議決議公布施行矣。以其對舊律多改革更新，故可謂新的民法時期。

## 第二 精神 仍分三期述之：

甲 舊的民法之精神。我國舊的民法，至成周而大備。經濟關係，既重生產（如以九職任萬民及以野刑糾察不致力于農事者之類）亦重分配（如井田是）人事關係，律以倫次（詳宗法）繩以恩義（如以鄉八刑糾萬民而獎勵重孝友睦婣任恤之類）古所謂王道者是也。周衰，孔子上承周公之道統，於社會的人事組織，主張以家族爲基礎，並參以超家族的精神；於社會的經濟組織，雖獎勵生產與勞作，而不爲己，與今日社會主義之精神，毫

中華民國法之社會主義的精神

中華民國法之優點

中華民國法之缺點

混合民法之精神

新的民法之精神

保護弱者

無間然。且此種偉大之理想，支配我中華民族，歷久弗墜。如限田，王田，均田，口分田之制，田律，田疇荒蕪之禁；是既不認人民有土地所有權，以均貧富；復強制其負必須用益之義務，以盡地方；由此以觀，即謂社會主義，在我中華，已有長久之歷史；而權利即職務，並非新說；不為過也。若人事組織，雖宗法敝于衰周；而家族之制，倫常之念，仍日漸鞏固；故末流之弊，誠不無可議；（如相忍為家家長專橫）其敦崇孝友，獎勵仁愛，視以個人為本位，使俗尚澆薄，人情冷酷者，相去固不可以道里計焉。惟偏重男統，親屬之差，婚姻之則，多失男女之平，為正義所不許；而容認妾制，視奴婢為產物，則尤有乖于人道；此又無可為諱者也。至民法與公法一致，動產與不動產無別，為近世研究蘇俄民法者所驚異，殊不知我中華民國法，已數千載於茲矣。

乙 混合民法之精神 我國混合民法時代，人事適用舊律，經濟因襲新制；司法等于效顰，精神無可捉摸，雖謂之無精神可已。

丙 新的民法之精神 新民法之精神，論之者多，約而言之：不外保護弱者；（如急迫輕率及無經驗者之保護；利息之限制；承佃權人之保護；受僱人之保護；出租終止契約之限

注重公益  
男女平等  
其他  
尚有不及  
舊的民法  
之精神者

制等等。）注重公益；（如消滅時效，取得時效期間之縮短，權利禁止濫用等等。）男女平等；（如女子限制能力之撤廢，及有繼承財產權，與不承認妾之制度，妻有獨立財產等等。）及通婚撤同姓之禁，繼承輕宗祧之禮，家長置重于其義務，各大端而已。其視舊的民法之精神，尚有不及者，孰謂中華法系，落人之後哉！

---

中華民國法原理

最近十年 中國政治史 李劍農著 三元三角

最近十年 中國文學史 陳炳堃著 一元五角

最近十年 中國教育史 陳翊林著 二元二角

最近十年 中國外交史 劉彥著 一元

最近十年 中國軍事史 文公直著 四元五角

上海太平洋書店出版

上海太平洋洋書店印行

中國最近百年史

顏昌曉著 六角

中山出世後中國六十年大事記

半粟編 二元三角

帝國主義壓迫中國史

劉彥著 三元二角

民 國 史

劉炳榮著 五角

被侵害之中國

劉彥著 一元三角

不平等條約十講

周鯁生著 五角

帝國主義侵略中國的趨勢和變遷 概論

汪精衛著 三角

帝國主義侵略中國的財團

蕭百新譯 五角

中東鐵路與遠東問題

高良佐著 五角

上海太平洋洋書店印行

- |         |       |         |       |           |       |      |          |        |
|---------|-------|---------|-------|-----------|-------|------|----------|--------|
| 最近十年的歐洲 | 歐洲政治史 | 歐美日本的政黨 | 西洋文化史 | 英國費邊協會發達史 | 產業革命史 | 印度史  | 世界弱小民族問題 | 現代政治思想 |
| 胡慶育譯    | 高希聖譯  | 彭學沛著    | 劉炳榮著  | 川原次吉譯     | 上田貞次譯 | 劉炳榮著 | 李作華編     | 徐慶譽著   |
| 二元四角    | 四角五分  | 一元六角    | 八角    | 二角五分      | 二角    | 四角   | 五角       | 四角五分   |

上海太平洋書店印行

世界 <small>資本主義</small> 經濟之現勢	銀行新論	貨幣新論	財政改造	財政學新論	家庭經濟新論	經濟學常識	經濟學新論	經濟學史
丸岡重義著 余叔奎譯	陸宗輿編譯	葉作舟合著	衛挺生著	馬錫一著 李祚輝譯	謝彬著	謝彬著	曾毅雄譯	李川市太郎著 李祚輝譯
二角五分	七角	九角	七角	九角	三角	四角五分	六角	九角

上海太平洋洋書店印行

- |                 |                |               |          |               |         |               |       |           |
|-----------------|----------------|---------------|----------|---------------|---------|---------------|-------|-----------|
| 人類行動之社會學        | 基爾特社會主義        | 獨裁制研究         | 我國佃農經濟狀況 | 西原借款真相        | 揭破日本的陰謀 | 日本併吞滿蒙論       | 革命的外交 | 平均地權初步之商榷 |
| 長谷川萬次郎著<br>阮有秋譯 | 北澤新次郎著<br>余叔奎譯 | 三坂 博著<br>胡慶育譯 | 劉大鈞著     | 勝田主計著<br>龔德柏譯 | 龔德柏著    | 細野繁勝著<br>王慕雲譯 | 周鯤生著  | 向紹軒著      |
| 三 角             | 三 角            | 七 角           | 四角五分     | 三角五分          | 八 角     | 一 元           | 九 角   | 五 角       |

中華民法原理

劉陸民著

版權所有  
翻印必究

十二月十年  
第一版

全一册

實價大洋六角  
郵費大洋七分

出版兼發行者

太平洋書店

地址 上海白克路北河路十六號  
電話 九三三七三五號

代印者

太平洋印刷公司

地址 上海白克路翠壽里八一九  
電話 九三三七三五號

代售處

各埠  
南京 中華書局  
北平 佩文齋書莊  
武昌 太平書局  
長沙 大光書局  
各埠

1207A

T21077

