

法學通論

董伊蘭四者端

法 學 通 論

張 映 南 編 著

1 9 3 3

上 海 大 東 書 局 印 行

中華民國二十二年九月初版

# 法學通論

△定價大洋九角

(外埠酌加郵費匯費)

編著者 張映南

發行人 沈駿聲  
上海北福建路三三一號

印刷者 大東書局  
上海北福建路三三一號

總發行人 大東書局  
上海四馬路九十九號



## 行所

南京 長沙 濟南 北平 天津 瀋陽 開封  
徐州 南昌 雲南 杭州 重慶  
汕頭 廣州 哈爾濱 新嘉坡

## 大東書局

## 卷頭語

余治法學。甘稔於茲。力事探索。益感隱。每閱隔歲陳稿。輒覺多未允當。竊以後之視今。自必猶今視昔。故歷年雖於平京滬漢。謬膺各校講席。卒未敢以一稿災棗梨者。亦以未能自信也。蓋法學之進化。常伴於社會各種之學科。社會日進。則法學亦與之而俱進。法學之浩博淵深。即以斯故。質魯如余。積慮專精。末由獲其究極。亦固其所。至若法學通論。固爲研究法學者準備之門徑。似甚淺近。究爲法學全部所共通而有系統之學科。欲其提要鉤玄。更屬匪易。本書爲余六年前在北京各校之講義。迄今自視。多弗愜意。第其中悉匪余個人之臆說。多取材於日本法學博士三瀨信三之原著。更參他書而爲編纂。或亦可爲初治法學者之一助。客歲講學於滬上各校。適友人汪君翰章。爲大東書局法制部編輯主任。閱及是稿。約爲付梓。以餉初學。余以校課鮮暇。未克改訂歲事。旋因滬戰驟起。復應北京大學及他校之聘而



北來。更辱汪君迭函催促。迺乘茲暑假。校閱告竣。勉踐諾約。故其中援引條文。均本於現行法規。最近學說。亦略事增加。究以倉卒。未及全部改造。自覺不滿。他日有暇。當再訂正。儻辱大雅。匡余未逮。斯更幸矣。

編者識於舊都

# 法學通論 目錄

## 緒論

第一章	法律與社會及國家	一
第二章	潛勢法與法律之力	二
第三章	自然法與規範法及社會慣習法與國家制定法	五
第四章	法律之語意	八
第五章	法學通論之意義	一〇

## 本論

第一編	國家	一四
第一章	自我個人及社會	一四

第二章 國家之觀念·····	一六
第一節 國家與人民·····	一七
第二節 國家與主權·····	一七
第三節 國家與領土·····	二二
第四節 國家爲社會之一形態·····	二三
第三章 國家與地方自治團體·····	二六
第四章 國家之類別·····	二七
第一節 君主國與民主國·····	二八
第二節 專制國與立憲國·····	二九
第三節 全主權國與半主權國·····	三一
第四節 單純國與合同國·····	三二
第五節 普通國與永世中立國·····	三四

第五章	國家之活動	三五
第六章	國家之成立及消滅	四一
第二編	法	四一
第一章	法之觀念	四一
第一節	法者國家所認者也	四三
第二節	法者關於國家的生活者也	四五
第三節	法者規範的法則之一也	四六
第二章	法與其他規範的法則之關係	五二
第一節	法與道德之關係	五二
第二節	法與宗教之關係	五六
第三節	法與禮義之關係	五七
第三章	法之淵源	五八

第一節 成文法……………六〇

第二節 不文法……………六一

第四章 法之種別……………六九

第一節 成文法與不文法……………七〇

第二節 國際法與國內法……………七〇

第三節 固有法與繼受法……………七一

第四節 普通法與特別法……………七二

第五節 強行法與任意法……………七四

第六節 實體法與手續法……………七五

第七節 公法與私法……………七六

第五章 法之效力……………八四

第一節 關於人之效力……………八五

第二節	關於地之效力	八八
第三節	關於時之效力	八九
第六章	法之適用及解釋	九三
第一節	有權解釋	九四
第二節	學理解釋	九六
第七章	法之成立及消滅	一〇〇
第一節	法之成立	一〇一
第二節	法之消滅	一〇二
第三編	法之重要內容	一〇四
第一章	公私法之分類及其主要系統	一〇四
第二章	公法之主要系統及其重要內容	一〇五
第一節	憲法	一〇五

第二節	行政法	一一三
第三節	刑法	一二四
第四節	訴訟法	一三六
第五節	國際公法	一四一
第三章	私法之主要系統及其重要內容	一五三
第一節	民法	一五三
第二節	公司法 票據法 海商法	一〇二
第四編	權利及義務	一一一
第一章	權利之觀念	一一一
第一節	權利爲國家的法之觀念	一一二
第二節	權利之內容爲利益	一一三
第三節	權利爲法律上之力	一一五

第二章	權利之類別	二二六
第一節	公權與私權	二二七
第二節	對世權與對人權	二二二
第三節	原權與救濟權	二二三
第四節	主權利與從權利	二二三
第五節	專屬於一身之權與有移轉性之權利	二二三
第三章	義務之觀念	二三四
第四章	義務之類別	二三五
第五章	權利義務之主體客體及目的	二三五
第六章	權利義務之得喪變更	二三七
第一節	得喪變更之原因	二二七
第二節	得喪變更之意義	二二八



第五編	法學	二三一
第一章	法學之定義及發達	二三一
第二章	法學之分科	二三五
第三章	法學研究之方法與學派	二三八
第四章	法學與其他密切之學科	二四二

# 法學通論

## 緒論

### 第一章 法律與社會及國家

集個人而形成社會。由社會而形成國家。個人既爲社會組織之分子。卽不能離去社會生活而獨存。蓋原始之人類。或與獸爭。或與自然爭。胥有賴於人類之團結力。以營其團體之共同生活。迺克綿延迄今。而有現代之文明的社會與國家。人類既須爲團體之共同生活。則其團體員之個人。其一切行爲。自有其共同生活中一定之準則。而強制其一般遵由。脫今無此準則以維繫之。勢必強凌弱。衆暴寡。人類社會。將淪於修羅場矣。故因人類的社會生活之必要。不得不依於社會團結的力量。強行其一切行爲之準則。此強行的行爲之準則。是爲社會生活之規範。此等社

會生活之規範。亦卽法律之濫觴。

人文日進。社會生活之規範。日益複雜。社會之組織。亦日趨嚴密而擴大。由氏族進而爲部落。吏由部落進而爲國家。國家旣已形成。其強行之社會生活規範。假手於氏族之長老。或部落之酋長而爲之執行者。至是遂依國家之權力。以強行其一定之土地與人民。若斯之社會生活規範。卽爲法律。是以法律由於社會生活之必要而產生。依於國家之發達而完成。

## 第二章 潛勢法與法律之力

法律由於社會生活之必要。依於國家之發達而完成。然而當其國家尙未發生之際。法律之形。雖未完成。法律之質。則已具備。蓋原始人類之社會生活的規範。雖未有法律之名。實具有法律之力。故凡爲其社會組織中之一員的個人。其一切行爲。皆遵由其社會的一般準則。莫敢或越。斯時之準則。雖爲雛形之規範。實等於現

代之法律。學者稱之爲潛勢法（Law in Potentiality）。卽以其具有法律之力。而存於潛勢狀態之下也。迨後社會之文化漸進。法律之形式亦漸備。始則繪之以形象。繼則記載以文字。逐漸形成今日之法規。法規既已形成。法律之力。卽因之而更著。

法律之力。顯而易見者。固爲法律制裁力。如刑法中生命自由財產各種刑罰之規定。與民法中所規定之損害賠償等責任。以及行政法規中之執行罰等。其爲法律制裁力。盡人皆知者也。

然而法律雖無顯著之制裁力。如國際公法或其他程序法規等類。亦不失其爲法律。故法律並不在於制裁力之有無。惟在於拘束力之發生。其制裁力之實施。實出於法律之不得已。特不過濟其拘束力之窮耳。卽以民刑各法規之制裁等規定。其目的惟在希冀一般人民。遵由其法律。而爲法律所拘束。並非希冀一般人民之違法。而加以法律之制裁。則拘束力實有法律之重要性。於茲足徵。

拘束力在法律上至爲重要。固已。拘束力果何由而生耶。或以爲法律制裁之嚴峻。迺能收法律拘束之效果。遂誤認法律拘束力之基礎。存在於法律制裁力。不知法律之拘束力。雖因其具有制裁力。而益增強固。其無制裁力者。法律拘束力仍然存在。在前述國際公法之類。卽其例也。足見法律拘束力之發生。並非由於法律制裁力。法律之實質的本源。既非顯著之制裁力。亦非源於法律拘束力。實爲潛伏而存在之法律意識力。

何謂法律意識力。卽社會團體中全員的意識之謂。蓋社會團體中全員之意識。認定某種行爲。或爲消極的行爲。或爲積極的行爲。皆須依據某種一定之準則。有逾越此準則者。社會團體中全員之意識。皆認定應加以某種一定之制裁。此卽法律意識也。惟有此法律的意識。故一般人皆不敢逾越此準則。而自然被其拘束。以遵由其法律。法律拘束力。卽由是而生。其竟有衝破此拘束力。而爲違法之行爲。法律制裁力。卽因之而實施。由是以言。則法律制裁力。基礎於法律拘束力。法律之拘

束力。又淵源於法律意識力。從可知矣。

法律意識力。又非一成而不變者也。在昔封建時代。尊君之思想。爲其法律之意識。故經傳之所昭垂。法律之所規定。莫不表現君主專制之特權。今茲社會之思想變遷。立法者苟反於民主之思潮。而於法律中爲君主專制特權之規定。雖有嚴刑峻法。爲之制裁。人民亦絕不致俯首帖耳。甘受拘束。勢必激起革命。法律終歸於改革。是立法者。似乎雖具有法律上無上之權威。仍須被拘束於社會之法律意識。而法律意識力。更須隨社會變遷而變遷。亦可證明而無疑。故社會之思潮日進。法律亦與之而俱進。法律實爲社會時代性之產物。反於社會時代性之法律。絕無存在之餘地。

### 第三章 自然法與規範法及社會慣習法與國家制定法

法有所謂自然者。亦有所謂規範者。自然法者。不過與事實相契合之法。僅說明

事實之由來而止。故又稱之爲說明的法則。如物理化學上之法則是也。規範法則反乎是。吾人之行爲。意思。感情等。欲達到實現其正當之目的。卽不可不服從之法則也。如盜不可作。人不可殺。此規範法也。欲爲此者。非不得爲之。特以吾人欲達其正當之目的。故不可爲也。

規範法不一而足。倫理。宗教。禮儀等之法則。皆爲規範法。法律特其中之一耳。法律之與其他規範法異者。則以法律爲吾人營國家生活所不可或缺之規範也。

法律既爲營國家生活所不可或缺之規範。故法律實爲國家所認之國家生活的規範。是謂國家制定法。其雖非國家之所認。而實含有法律之性質者。則爲社會慣習法。以法律之原則言。社會慣習法之效力。自較國家制定法之效力爲薄弱。如習慣法。依據社會的一般習慣。遂至於有法律之效力。倘或爲國家之所認。則其效力因之而益強。假令國家有否認某種習慣之規定。則法院中之裁判。自不能承認其習慣。在裁判上有法律之效力。甚或因此而消滅某種習慣之事實。亦屬可能。由

此可知社會慣習法之效力。實弱於國家法之效力。此就法律之原則而爲言也。然而社會慣習法之含有法律性。經國家承認者。固可與國家制定法有同等之效力。如民法總則第一條云。民事法律所未規定者。依習慣。其習慣祇要合於第二條所規定。不背於公共秩序或善良風俗。則其習慣之適用於民事。同於法律之效力。但一般之社會慣習法。雖非國家之所認。仍不失其爲法律之性質。如工廠中之工人就業規則。以及學校與或團體之規則等。雖未經國家特予承認。而其工廠學校與或團體之社會中。各社會員莫不遵由之。是社會慣習法之爲法。國家之承認與否。並無何等之關係也。

試更就法律之例外以爲言。則社會慣習法且有超過於國家制定法之效力者。如結婚須有介紹者。證婚者。主婚者。且須寫立婚證。至婚證中之必須貼用國家印花。尤爲法律之所明定。假令鄉村中以舊日習慣而舉行婚禮。並未貼用國家印花於其婚證。倘男子而觸犯刑法第二百五十四條之重婚罪。或女子而觸犯刑法第



二百五十六條之姦非罪。法院不能不適用社會慣習法中之習慣。而認爲正式婚姻以保護之。由是以言。則社會慣習法之效力。且優於國家制定法矣。匪獨此也。再就國家所認之國家制定法中所規定者以爲言。如日本商法第一條云。關於商事。本法無規定者。適用商慣習法。無商慣習法時。適用民法。是商事慣習之商人社會法。且有超過於國家制定法中民法之效力。已爲商法所明定。我國往時民商未會統一。其商法第一條。亦復有如斯之規定。於茲益足徵明社會慣習法及國家制定法。各自有獨立存在之價值矣。

#### 第四章 法律之語意

法律之意義及本質。俟本論中詳述之。於茲特就其語義而說明其梗概耳。

法律之熟語。果自何時而起耶。雖不得而詳。但稽諸載籍。法者。事物之規矩準繩。有一定形象之意。如禮記所謂工依於法是。亦有時表示爲制裁刑罰之意義者。如

管子殺戮禁誅謂之法是。律者。原爲音節調和之意。亦有用爲標準尺度之義。與行爲規範之義者。管子所謂律者所以止分爭之類是。至若以律用諸刑罰法者。則隋唐明清之律是也。

其在歐洲用法律之文字時。則多爲權利之意義。蓋法律與權利。不過主權與客觀之差異。抽象與具體之關係耳。卽謂之爲一般與各個之差異。亦不妨也。何以故。如法之禁止殺人。其命意在一般的抽象的。而其結果則吾人因而有具體的各個的生命權。又如法之禁止侵奪人之所有物。本爲抽象的一般的規定。吾人當其具體的各個的之際。可以取反自己之所有物。

就今日所用法律之語意。又有廣狹之差。所謂廣義法律者。一切條例規則及其他習慣法等。皆包含之者。若就狹義而爲言時。則非經制定法律手續而成者。不得謂之爲法律。

## 第五章 法學通論之意義

法學通論者。既非民法刑法訴訟法憲法等法律各部門之縮圖。亦非同於以研究法及權利本質爲主目的之法律哲學。

以我輩之所見。一所謂法學通論者。以法學研究之必要的準備爲限度。而授與法學各分科。以共通系統的知識之學科也。一卽

一 法學通論者。與法學研究上以必要之準備者也。

法學爲關於最複雜人類生活之知識。故須含有以其他諸學科爲基礎之性質。然而法學通論。又非專以授與關於此等諸學科之知識爲其目的者。不過授與法學研究以最密接之豫備知識耳。但如國家法律義務等之本質論。又有不得不涉及國家哲學及法律哲學諸根本問題者。更或因通貫法律各部門而與以概括的說明。須示其與他學科之關係者。要之皆以法學研究之準備爲其限度。

二 法學通論者。授與法學各分科以共通系統的知識之學科也。

從來著述法學通論者。多分全編爲總論與各論。其在總論中說明法及權利之定義。分類。淵源。以及法之解釋成立消滅等。與夫關於法律全般之事蹟。其在各論中則將憲法行政法民法商法刑法訴訟法國際法等。法律之各部門爲縮圖之說明。余以爲此種說述方法。宜俟爲專門的法學之研究時。詳細論列。俾學者得以尋源究委。若於法學通論中爲縮圖說明。不完不備。反不便於初學。故本書不爲總論各論之區別。專以授與關於國家與法及權利義務之一般知識爲主眼。其於國家等之本質論。亦祇期其初學者。易於了解之程度爲止。其他則讓諸法律哲學之研究。至關於法律各部門之說明。則僅述其法之系統。而示其要目。但於法律各學科之一般的原理原則。亦必期其網羅而無遺。

法學通論。爲授與法學各分科以共通系統的知識之學科。所謂系統者。蓋對於斷片的而爲言。必具有一定之組織體系。聯絡於其間。始得稱之爲系統。是又不獨

法學通論如斯。凡學的知識所以異於其他斷片的知識者。不僅爲統括的。具必以方法的。而具有秩序。更以合理的而爲推理之法則。若斯一括之者。乃可謂之爲系統之學。要之法學通論者。雖爲授與法學各部門之準備的知識。又非將各個之知識雜然而集合者也。

依上所述本書說述之順序。可得而舉焉。

第一編 國家

第二編 法

第三編 法之重要內容

第四編 權利及義務

第五編 法學

從來著法學通論者。多首述法學之定義及學派沿革等。爲其肇端。以次述及法及權利義務等。自表面觀之。固爲當然之體裁。然未授以法之觀念。先示以法學之

爲何，欲初學者之明瞭也。不亦徒勞乎。法者，依於國家而生。權利義務者，依於法而生。故本書則先溯其源，第一與以個人社會國家等之觀念，次卽說明法爲何物，再次而述權利義務，最後以法律之學術爲總括之說明，而終其編。

# 本論

## 第一編 國家

### 第一章 自我個人及社會

試觀欲脫希臘哲學之舊套。與基督教思想之羈絆。法國學者笛卡兒 Descartes (1596-1650) 所謂五官疑其所示之一切。雖惑於外界存在之左證。而吾人所謂疑及或事者。即其所不能疑者也。換言之。疑之主體。即思惟主體之存在。其所疑者。究其終極。莫或能也。蓋以思惟故。始認我之存在。(我思故我在 Cogito, ergo sum) 吾人於通常抽象之意味。稱之爲自我者。雖指意識感覺等主體之我。然關係此觀念與肉體者。從具體的以爲觀察時。可以得個人之觀念。即個人者。自我之實現也。其在今日稱之爲個人者。非個個孤立一人之意味。蓋指社會組織分之個人而

言故可稱個人爲小我。謂社會爲大我。

吾人人類與他之事物。猶之肉體上及精神上爲一人。蓋同一者也。卽吾人雖有各個性。而其共通類似之點。亦復不少。是人類既有個性。同時亦有通性。所謂社會者。卽人類有此通性而爲之組織者也。然而吾人既有各自之個性。斯有相互衝突之原因。生存競爭。自然之淘汰。於焉以起。惟其然也。於是人各有長短及過與不及。因而同時示其相倚相輔之作用。以致社會之維持與繁榮。

原始生物中進化之程度低。組織亦復單純。其達於成熟期也至易。然而以其不堪於孤獨之生活也。組織於焉複雜。則其達於成熟期也。以長時間之過程爲必要。經此過程時。卽以他之輔助爲必要。故在肉體精神最複雜組織之吾人人類。非互換而相倚相輔。則不能保存其種族。而圖其發達。換言之。因通性以相集。因個性以發揮各自之特長。於是互相競亦互相助。以期其維持及發達。所謂互競與互助者。決非矛盾之觀念也。試徵諸今日之社會狀態。卽可見其毫無容疑之餘地。



社會者。非各孤立人類無意味而集合者也。蓋各組合員自覺爲共同團體之組成分子。其共同團體之社會。斯卽社會矣。社會旣成。斯有其自身之目的。欲到達其目的也。斯有其欲到達其目的手段之生活行動。由此意味以觀察社會。則不妨謂之爲有機體。夫社會旣有其自身之目的。復有其活動。故社會者實活物也。社會旣有代謝之機能。復有社會之心意。則其存在於社會者。如共通言語宗教道德法律禮儀感情等點。亦不可不留意焉。且須知與個人道德相對者。有社會道德。與個人之自覺及感情相對者。有團體之自覺及感情等等。何以故。以社會爲有機的。其有自身之目的與活動。固毫無疑義者也。要之所謂社會者。人類欲圖其發達所組織之團體。因而團體有自身之目的及活動者。斯爲社會。故於某種形勢之下。以爲觀察。謂社會爲有人格者。亦無不可。

## 第二章 國家之觀念

所謂國家者。蓋社會之一形態。戴有一個之主權。據有一定之領土。以此爲其特徵者也。以下分節解說之。

## 第一節 國家與人民

國家係社會之一形態。且爲人類之集合體。既如上述。其在大社會中之一員。如吾人者。固不妨稱之爲個人。或稱之爲人類。但在國家中一員地位之人類。則稱之曰人民。又曰國民。

人民主權領土三者。爲國家之要素。至人民以達於如何之數爲必要。是則不必問也。如我國有四萬萬人民。爲一國家。日本雖較我國人民爲少。亦一國家。

## 第二節 國家與主權

所謂國家者。非人類於一定地域組織共同團體。卽得謂之爲國家也。必也依於

主權而統治之者。始得形成國家之觀念。

主權云者。關於國家生活之最高。而又絕對不可分之力也。以下分述之。

一 主權者最高者也

所謂主權最高者。因營國家之生活。即無左右主權以上之力也。在昔神授君權說者。謂君主之權力。依於神所授與。是固不盡適於今日國家之觀念。然而從國家生活法的生活之點以爲言。則不能承認主權以上。別有所謂力者。

主權與統治權。果同一意義否耶。有用之於全然同義者。亦有謂主權。不過示其統治權之最高獨立性質者。依我輩之所見。則主張從事物一般的觀察方法。就本體與作用方面以爲區別。蓋自國家權力之本體言之。則稱之爲主權。若自其作用言之。是爲統治權。主權既爲國家權力之本體。故最高而不可限制。且不可有所分割。若統治權則爲國家權力之作用。與之適異其趣。例如太陽之本體。吾人欲限制而分割之。不能爲也。自太陽發出之光線熱度等作用。吾人則得分而利用之矣。然

而可分不可分者。非太陽之有異也。特以使用而異耳。要之有國家。斯有主權。惟有主權。其本體乃常爲最高。而蔑以復加。

一 主權既爲最高之力。且爲固有之力。非如地方團體之有支配權。由於國家之委任。亦非因外國之讓與。始有此最高之力。

### 二 主權者絕對者也

主權不惟爲最高之力。且爲絕對之力。絕對云者。不問遵從者之意思如何。必不可不立於其下之謂也。既絕對服從一國主權之下矣。故其國民。或在國內。或在國外。亦非所問也。

### 三 主權者不可分者也

主權不可分者。蓋自其本體以爲言也。若自其作用言之。是爲統治之權能。則非不可分者也。在昔法之孟德斯鳩。Montesquieu (1689-1755) 曾分主權之作爲立法司法行政三權。我國又分爲行政立法司法監察攷試五權矣。誠以主權

雖元來不可分割。然究其作用則得如上述之分類。而主權者。又非立法司法行政監察攷試各權之總合也。至就其作用以爲分類。亦不僅限於立法司法行政監察攷試五種。更細分徵稅權。外交權。懲發權。警察權。軍事權等。以至幾十幾百亦無不可也。其所以爲此分類之精神。蓋全本於政治之運用而然耳。至吾輩所謂主權不可分者。例如各地方之自治權。非分割其主權也。特行使其主權下之一部分作用耳。

#### 四 主權之主體及客體

學者有謂君主國之主權在君主。民主國之主權在人民者。蓋未明於國家權力之本體與其作用之區別也。主權之爲物。卽國家權力之本體。非存之於君主。亦非存之於人民。實在國家。而主權之作用卽統治之作用。其在君主國也。則由君主總攬之。其於民主國也。則依於人民之手以爲活動。質言之。主權之主體。無論在如何國之體下。皆爲國家。惟因其作用依於何人而行使。遂有君主國與民主國之區別。

如我約法第二條規定。中華民國之主權屬於國民全體。所謂國民全體者。即全部團體之意。示其非屬於任何一階級一部分之人民也。全國人民所集合之團體。非國家而何。

主權之客體維何。即主權對於何種之力也。有謂主權之客體爲領土及人民者。實誤謬之論也。凡法律之關係。皆係人格者間之關係。謂其力及於無人格之物如領土者。猶可。而以人民爲主權之客體。則無論如何。絕無充分之理由。

##### 五 主權者力也

主權之力非物理力腕力之力。蓋法律上得爲或事之力也。所謂法律上之力者。又果何謂耶。在學者一般之通說。則以國家權力之主權命令者。對於服從者有強制之力。其力實在法律以上。但依吾輩所信權力與權利同爲法之觀念。二者之本質無所異也。權力因權利而生。權利因法之所付與而有。皆爲法以下之力。不有全然別個之性質。故主權之權力亦非法以上之力。皆因國家創始之際。基於國家基

本法之憲法。法之力乃生。但於此所謂憲法者。又非有成文憲法之意味也。凡國家產生時。同時必有定其國家之國體政體基本大法。此固不容疑者也。此主體之力。即因國家產生而俱生矣。故以主權爲國家固有之力。且以是等之力爲非漠然的物理之力。實爲法之力也。

### 第三節 國家與領土

所謂國家之要素者。除主權及人民之外。厥爲領土。領土者。主權活動之舞台也。換言之。主權以其國之領土爲其活動地之範圍。以其國籍爲其人之範圍。雖然。主權又非毫不及於其國之領土外者。其在外國之自國人。主權斯及之矣。其在自國領土內之外國人。主權之作用。又不得及之。所謂治外法權存在之時。即其特著之例也。要之主權作用之地的範圍。依於領土之所定。是爲一般之原則。

人口之多少。既不影響於國家觀念之關係。其領土之廣狹。亦不影響於國家觀

念之關係。故中國擁有廣大之領域爲一國家。日本以葦爾小島亦爲一國家。其領土雖有廣狹之別。其爲一國家也則無所異。

其在封建時代。常以領土爲元首之私有物。其在今日之領土。決非元首之私有物。固不待言。然而於主權活動範圍內。不妨有土地所有權。而爲重複之權利。例如或種國家領土一部分之上。其國之元首有私有地。又或其國之人民。有土地之所有權。決非矛盾者也。更或因條約之關係。甲國人在乙國領土上有土地所有權。亦不妨也。

#### 第四節 國家爲社會之一形態

國家者。社會之一形態也。卽國家不過以主權人民領土爲要素之一社會耳。國家雖非因人民之契約而成立。然而國家之目的。旣在圖人類之維持與發達。成立爲國家之共同團體矣。則與其組織分子之目的相離而爲國家。卽不可不以強固



國家之存在及圖其發達爲目的。例如水蒸氣炭酸瓦斯相集而成空氣。其既成爲空氣。則更有所謂空氣之性質效力目的矣。是固不待贅言者也。

共同生活者。其自身皆有互讓之意味。則其個人之目的利害。卽不可不因國家社會之目的利害而供其犧牲。然而爲個人目的之維持與發達。始組織國家。其所以爲此讓與者。（卽犧牲個人利害）又非反於當初之目的也。蓋個人僅爲種族大連鎖中之一節。若僅圖國家成立當時。各個人（或今日國家一員之各個人）之維持發達。則非國家全部之目的矣。故不可不從過去現在與將來。以見個人之維持與發達。

國家目的。既因人類之維持與發達而成。於是疑及世界之人類。何故不共同集合成爲一國家。不知國家之形成。實由於歷史與地域之觀念。人種之發達。以及其他一切之條件。故有斯結果。蓋人之種族。欲其保存發達。卽不能免除與其他生物及自然之鬪爭。其在人類社會中之各國家。欲其國家內民族之保存與發達。有

時卽不能免除與其他國家之鬪爭。更或於自己國家內。有妨害其民族之保存與發達者。雖爲同一之民族。國家對之。亦不可不加以相當之制裁。一言以蔽之。個人所以供國家之犧牲者。實欲其同種族之保存與發達也。

關於國家之本質。從來有種種之見解。有以國家爲支配關係者。有以國家爲指人民之自身而言者。亦有以國家爲人民之相互契約關係者。更有以國家係統治之目的物。於國家以外。認爲有統治者。其他以國家爲一個法律關係而說明之者。亦復有之。以上諸說。一一說明。而加以批評。固非本書之目的。要之國家爲社會之一形態。故本書以前所述社會之觀念。卽可準用於國家本質之說明。蓋國家非人類之雜然集合而成。有一定之目的。且有達到其目的之手段。因而爲種種活動者之共同團體也。從其或種意味以爲言時。爲一有機體。卽稱之爲有機體焉。然而唱國家有機體之論者。亦非比喻於人體有生理的之意味也。實爲社會的之意味。卽國家組織分子。自覺爲團體之一員。而國家復自有國家之目的與活動。此其所以

爲有機體也。質言之。國家與個人意思之集成者有所異。蓋有所謂「合成意力」決定而且發達者之機關也。自此點以爲言。遂謂之有機體。卽就此點而謂之有人格亦無不可。於茲所謂人格者。又非如民法上社團法人財團法人之意味。蓋民法所稱者。不過爲權利義務之主體。在法律上之一「法人格」耳。其在國家本質上所謂人格者。則爲有機體人格。彼此不宜混同也。

### 第三章 國家與地方自治團體

欲明國家與地方團體之區別。不僅以明瞭國家之觀念爲必要。其於自治之觀念亦不可或缺者也。

凡以處理公共事務爲目的之團體。總稱之爲公共團體。以自行其自己之公共事務爲其團體存在之目的者。是謂自治團體。如縣鎮城區等之地方團體是也。因行此自治而有作其團體規則之權。稱之爲自主權。又稱之爲自治立法權。

此地方自治團體。既爲一定之權力。其權力之作用。復有一定之區域。其與國家固爲酷相類似。然而二者之性質。則全然有異。蓋國家之主權的權力。爲其所固有。而地方團體之權力。則因國家之委任始得有之。特不過執行之耳。因而地方團體不能比於國家有國際法上之人格。且地方團體存立之目的。比較國家爲狹。僅得謂爲在於地方之利益。

#### 第四章 國家之類別

國家因種種之標準。得爲種種之類別。茲述其主要者如次。

- 一 君主國與民主國。（國體之區別）
- 二 專制國與立憲國。（政體之區別）
- 三 全主權國與半主權國。
- 四 單純國與合同國。

## 五 普通國與永世中立國。

以下分節說明之。

### 第一節 君主國與民主國（國體之區別）

君主國及民主國（又曰共和國）之區別。因國體以爲區別者也。

所謂國體者。因主權之主體。而區別其國家者也。卽主權存在於君主時。稱之爲君主國。其存在於人民之手時。則稱之爲民主國。又曰共和國。如我國及美法屬於民主國體者也。日本則屬於君主國體者也。

若就主權本體及作用爲截然之區別而論。則主權之本體。無論如何之時際。莫不存在於國家。故國體之區別。非因主權實質之所在而言。特就其作用之總攬者以爲言耳。其主權之作用。由君主總攬之者。謂爲君主國。其依於人民而行之者。則稱之爲民主國。

## 第二節 專制國與立憲國（政體之區別）

專制國及立憲國之區別。因政體以爲區別者也。

所謂政體者。主權活動之形式方法也。卽主權依於如何之方法而作用之謂。非如國體依於主權之主體以爲區別者也。當其國家活動之際。無所謂行政司法立法等作用之分立。歸於或方之專斷。其一般國民。不得參與國政。且不得參與立法之作用者。是爲專制政體。若當其主權活動之際。行政司法立法等作用。相分立而不相侵。一般國民。因參與國政而得參與立法之作用。稱其國家爲立憲政體。試一言而爲具體之說明。卽有無國民之立法參與機關以爲區別。凡有國會者。皆爲立憲政體。否則爲專制政體。故日本之國體雖爲君主。而日本之政體則爲立憲政體。有以專制國與立憲國之區別。在憲法之有無者。是說殊不足取。蓋無論如何之國家。苟既成爲國家。卽無成文之憲法。未嘗不有定其國體政體之國家基本法。特

爲不文之憲法耳。

通俗所稱某某國非憲法國者。亦以其未公布其成文憲法也。故既成爲國家。不問其爲君主與民主。亦不問其爲專制與立憲。莫不有成文或不文之憲法在。若以憲法之有無。爲專制政體與立憲政體之區別。是忘其法之有成文與不文二種也。如英國素無統一的憲法法典。以各個之成文法與多數之慣習法。而成憲法之內容。然其爲立憲國。則無論何人。皆對之毫無疑義也。故專制國與立憲國之區別。惟得以前述有無國民參與立法之機關。以爲區別之標準。雖然。今世各國。凡公布成文憲法時。莫不區別行政司法立法三權。且以設立國會。令國民得參與立法爲必要。是凡有成文憲法之國。悉爲立憲國。此又其實也。

國體與政體。有以爲君主國體常爲專制政體者。是固然也。然而日本爲君主國。其政體則實爲立憲政體。以民主國常爲立憲政體。其有民主國而爲專制政體者。則亦未可知。我國固明明爲民主國也。有時不免爲專制之政體。如袁氏當國之際。

是矣。

### 第三節 全主權國與半主權國

全主權國及半主權國（一部主權國）之區別。以主權作用之完全與否爲標準者也。卽半主權國主權之作用。常受他國種種之限制。如朝鮮之未合併日本以前。固不失爲半主權國。今也則無所謂主權。蓋在日本之主權下矣。其他安南之於法。馬來半島之於英國。皆因條約之關係。而其主權作用。受以何種之限制。若無此限制者。卽稱之爲全主權國矣。

有以爲全主權國。固有完全之主權。半主權國。他國奪其一部之主權者也。斯說謬誤甚矣。何以故。蓋主權之觀念。已如前述。無論如何之國家。苟旣成爲國家。卽有完全之主權。所謂受其限制者。非主權之受限制也。特不過主權作用之一部分受其限制耳。



#### 第四節 單純國與合同國

以國家之組織爲標準而分類時。則得分之爲單純國及合同國。（又曰複成國）所謂單純國者。由單一之國家而成。與他之國家無聯結。而行使其對外主權者也。如我國及英日等皆屬於此。所謂合同國者。由複數之國家。依於種種之點。結合爲一國家者也。因其結合方法之內容。更可區分爲細別之種類。其主要者有四。

- 一）君合國（二）政合國（三）聯邦（四）合衆國是也。
- 一 君合國（人的合同國）

所謂君合國者。複數之國家。戴一共同之君主者也。例如千九百〇八年以前比利時之國王。由亞弗利加之孔果 *Conse* 國王兼之是也。

君合國。唯戴一共同之君主。其他國內法及國際法上一切之關係。各國家仍各自獨立者。故英吉利與印度帝國。非君合國之關係。

## 二 政合國（物的又地的合同國）

所謂政合國者。蓋複數之國家。於其內部各有獨立之主權。運用機關。唯對外關係。數國合而爲一。可以作爲一個國家視之者也。如奧地利國之與匈牙利國。又如千九百〇五年前瑞典國之與挪威國皆其例也。

區別政合國與君合國之實益。組成政合國之一國。與他國交戰時。其他之政合國亦爲交戰國。其在君合國也。則適與之反。君合國之一方。雖與第三國交戰時。其君合國之他一方。可以不涉及戰爭之關係。

## 三 聯邦（國家聯合）

所謂聯邦者。複數之國家。唯於一定之對內對外關係。共同如一國家。其於爲國際法上之主體時。則一國家也。例如共同派遣外交官領事官之類是。而此等組織之各國家。同時復各自獨立爲其主體。蓋於此聯邦主權之上。無所謂更有主權者也。且是等之聯合。又不可不有繼續之目的。故國與國之協商。及同盟。非國家之聯

合。惟聯邦乃爲國家之聯合。如千八百十五年以至千八百六十六年德意志之聯邦。乃可謂爲國家之聯合。

#### 四 合衆國（聯合國家）

所謂合衆國者。組織合衆國者之國家。於其對內之關係。雖以互相獨立爲原則。而其上更有共通之主權。以成一國家。其於對外之關係。則由此聯合成一之國家處理之。例如現在之北美合衆國是也。

### 第五節 普通國與永世中立國

普通國及永世中立國之區別。國際法上之分類也。普通之名稱。唯對於永世中立國言之。實爲一般之總稱。

永世中立國者。與戰時之局外中立有異。蓋因關係列強之條約。平常完全在中立之地位。若斯之國家。是之謂永世中立國。此等之中立。實以列強之勢力平均爲

目的而成故永世中立國。若受他國之攻擊。則他之列強。負有爲之防禦之義務。常立於有利之地位。雖然。其他一方面。亦負擔有種種之義務。此義務之內容。則因條約而定。例如除自衛以外。不得與他國爲戰爭。及禁止保障他國之中立。或締結攻守同盟。防禦同盟等之條約。又或不得割讓領土於他國。故其對外主權作用上之一部。有永久不能行使之限制焉。瑞典自千八百五十年以來。比利時自千八百三十一年以來。皆立於永世中立國之地位者也。

## 第五章 國家之活動

國家依於主權而統治之。無主權卽無國家。故國家之活動云者。要不外於主權作用之意義耳。蓋主權之本體雖不可分。而其作用則千差萬別。不遑枚舉。然自法之孟德斯鳩 *Montesquieu* 創立三權分立說以來。學者襲然宗之。茲先就其意義而爲說明。次再就我國之五權分立意義略述之。

(一)三權分立之意義 所謂三權者。立法司法及行政三作用之謂也。

對於上述三權之意義。有爲形式上之見解者。亦有爲實質上之見解者。試分述之。

### 第一 形式說。

主權作用之形式。卽因司其作用之機關。而分爲三權者也。依於此說。

一 所謂立法者。由國會行其主權之作用也。

二 所謂司法者。由法院行其主權之作用也。

三 所謂行政者。由國會及法院以外之機關行其主權之作用也。

然而於其實際。亦有不盡然者。例如國會於審議法律案之外。對於預算案財政案。亦審議之。其對於國民之請願。亦得受理之。又如國會對於國務總理之同意等等。皆立法以外之作用也。卽非立法之一切作用。亦有由國會行之者。又如法院對於民刑訴訟之外。執行登記事務等等。是又不屬於司法者。而法院亦得處理之也。

其他如政府得提出法律案。是行政之機關。亦可參與立法也。故形式說。亦不盡合於事實。

## 第二 實質說。

以實質之內容。爲三權之區別。依於此說。

一 所謂立法者。定法規之作用也。

二 所謂司法者。以法規之維持爲直接之目的。而爲之解釋適用之作用也。

三 所謂行政者。以法規之解釋適用爲手段。以維持社會之安寧秩序。增進國民全體之幸福。爲其目的之作用也。

從實質上爲三權之區別。與前說稍異其趣。卽所謂立法者。不問國會所制定之法規與其他之命令。凡定法規之作用者。皆謂之爲立法。所謂司法者。以解釋法規。對於一定之事實。以適用爲直接之目的。依此作用。則無自由裁量之餘地。僅能從其法規之所命。適用於或事實而止。其於行政則反乎是。解釋法規者。特其手段耳。

尙非行政終局之目的也。苟欲達其終局之目的。則自由裁量尙矣。例如殺人事件之發生。關於刑法中之條規解釋適用之。以圖其法規之維持。是爲司法之直接目的。亦卽其終局之目的。其或因而獲社會安寧人民幸福之結果。亦不過間接之反射作用耳。若在行政之適用行政執法。而檢察危險之人物。禁止屋外之集會。是爲行政之手段。其目的則在保持社會之安寧秩序。增加國民全體之幸福。因而常有裁量之餘地。然而此說。亦非完全者也。如行政中之租稅徵收權。卽須依於一定之稅率。毫無斟酌加減之可能。然而欲實行徵稅也。其於限期內。不納稅者。收稅之官吏。或發督促之命令。或施以滯納之處分。是又非毫無裁量餘地者。其於司法也亦然。如加重減輕。以及緩刑假釋等等。又未始不有自由裁量之餘地也。

(二)五權分立之意義 就孟氏所主張之立法司法行政三權外。又加入考試權與監察權。使之各個獨立。是爲五權分立說。爲中國國民黨總理孫中山先生所創立。中山先生之言曰。『我們現在要集中外的精華。防止一切流弊。便要採用

外國行政權。立法權。司法權。加入中國的考試權和監察權。連成一個很好的完璧。造成一個五權分立的政府。』是爲中山先生五權分立說之所主張。至其分立之涵義有二。一爲地位之分立。卽各院職員之在職權。他院不得以權力侵犯之一。爲職務之分立。各院執行其職務。他院不得以權力干涉之。中山先生所以主張於孟氏三權外。更令監察權與考試權獨立之理由。以監察離立法而獨立。則立法機關既不能以不信任投票。而強迫行政機關人員之去職。行政機關亦不能解散立法機關。方能實現權力之真正的分立。且以監察機關。專事監察官吏與政府。則官吏知有忌憚。不敢濫用其權力。或其他不法行爲。至若考試權離行政權而獨立。則行政機關。不得擅用私人。皆須基於考試院之銓衡。量材器使。能者在位。自爾各奏所能。『有能的政府』乃有實現之可期。國民政府組織法第九條規定。『國民政府設行政院立法院司法院考試院監察院及各部會。』卽係上述之理由也。

但其所謂分立者。並非權力本質之畫分。蓋於其作用之性質。於或程度內分配。



其權限。於各獨立之機關耳。非然者。各自獨立。毫無關聯。分崩離析。國家作用。亦由茲而失矣。國民政府組織法第二條云。『國民政府總攬中華民國之治權。』此卽權力本質不可畫分之意義也。

於茲宜注意者。中山先生主張之五權與孟氏之三權。更有區別者。我國民政府之五權皆爲『治權』。非『政權』也。惟國民之選舉權。罷免權。創制權。複決權。之四權者。乃爲『政權』。『政權』實爲『治權』之源。故政權始爲真正之『權』。『政權』實不過權之『能』耳。準是以言。則權力之基礎。皆源於國民。權力之執行。乃寄之於國民政府。蓋國家之一切事務。非『能』莫克治理。是以國民政府之行使五權也。並非『權』之活動。實爲『能』之活動。政府者。特不過當其執行之任。以盡其『能』之職責耳。孟氏之三權。則皆政權。以無國民直接行使四權。爲之『掣扣』也。

## 第六章 國家之成立及消滅

國家成立及消滅之原因。如爲具體的而一一列舉。既更僕而難數。實亦無列舉之必要。試以極簡單之語言之。則國家於其所謂三要素之主權人民領土具備時。而成立。苟缺其一時。卽因之而消滅。

## 第二編 法

### 第一章 法之觀念

規範的法則中。所謂法律者。其本質爲如何。是爲法律哲學上之問題。素來之學說不一。因而法律之定義。亦不可勝計。迄至今日。細大之法規具備。法學各分科之研究日熾。而法及權利之根本觀念。仍未確立。固可怪也。雖然。是亦有原因焉。蓋法學之自身。旣以複雜之社會現象爲其對象。故非與其他諸學科之發達相待。卽不

能爲完全之進步。以法學實含有如此之性質。且自中世以來之法律家。多趨於文字口舌之末。而怠於法律哲學之研究。法及權利之根本觀念。不能確立。亦固其所。法學通論者。固非如法律哲學。詳述其法之本質諸學說。而爲比較研究。故本書先述其適當者。下一法律之定義而解說之。至關於法之本質的從來學說。則不過略敘之耳。

一言以蔽之。法者。從外部以支配我之行爲也。由此觀念之進步。則法也者。實與在我之觀念而遷移之者也。溯其最初之學說。則以法爲神之意思。漸次而生君主之意思。與命令之觀念。再轉而認爲出於人民之意思。更轉而以法爲人民相互之契約。總之法者。初從義務之本位而發。及其究也。遂漸次進於權利之本位。今則更進而以社會利益爲本位。古代所謂法者。有自他的與以他部束縛觀念之存在。以公法及命令爲其主眼。含他主的分子。而私法之觀念。亦卽此由而發其萌芽。實有關聯之興味者也。茲所謂法律者。國家所認國家的生活之規範也。以下分節說明

之。

## 第一節 法者國家所認者也

規範吾人之行爲。雖有種種之法則。但非國家所認者。卽不得稱之爲法。而其所謂爲國家所認者。有左之意味。

一 所謂法爲國家之所認者。第一有排斥永久不易之法（卽主張自然法律存之在之學說）之意味。自然法學者。常主張無論何時何地。皆有通古今內外而不變。易一種理想之法。雖然。法之理想。直稱之爲理想法。與人定法相並立。或在法之上。實非法也。於茲所謂法者。又稱之爲法律。僅指國家所認之法則而言。其於自然法之觀念。俟後述之。

二 所謂法爲國家之所認者。又有以法爲國家制定之規則而解釋之者。是說亦不足取。若以法爲國家制定者。則慣習法有除外之虞。因而又有以法爲國家制定

或承認之規則者是說也。蓋通貫成文法與慣習法以爲言。究不若以概括之方法。而以法爲國家之所認。其所認之方法。有直接與間接之分。因而有成文法與慣習法之別。又其所認之國家。有一個與複數之差。因而有國內法與國際法之異。

三 所謂法爲國家之所認者。復有一派學者主張所謂社會法。卽於人類未爲國家的生活以前。卽仍有法之存在。而吾人之所謂法者。則僅指國家之所認而言。國家與法孰先生耶。關於此有二說。一以爲有法而後成國家。一以爲先有國家而後有法。余則贊同國家與法律之發生。剎那時間卽同。從斯說也。則此所謂法爲國家之所認者。雖爲有國家後之法。依於國家始生。然此亦不過表示爲國家所認之意味耳。而當其國家創始之際。定其國體政體之基本不文法。則決非依其國家而創造者。如國家要素中之主權。卽因此不文基本法所生之力。因而此基本法與國家發生之時期。剎那之間卽同。

四 所謂法爲國家之所認者。有以法爲國家強行之規則而解釋之者。卽以法爲

國家內強制法規之總合。德之 *Recht* 等皆倡此說者也。然而在實事上不含有強制之性別。其對於違反者亦不加以制裁。如國際法上規則之法實爲繁夥。其於國內法上如關於義務教育之規定。又或僅與以事物定義之規定。在強制制裁之觀念以外之法亦復不少。其爲法也亦毫無所妨。然則法之所以爲法者實存在於其自身。換言之。因其有法。故吾人知其行爲之界限。而不違反之。以法之自身已有法之效力也。有違反之者。或強制加以制裁。毋寧謂爲屬於例外的事實。不僅非法之所欲。其與法之觀念亦無直接之交涉。雖然。凡法之通例常帶有得爲強制制裁之性質。即依於公力而不能維持之事。其最必要之規範。遂漸次以成法。是固爲必然之事實。但在今日法之觀念實不必常含有強制制裁之意味。

## 第二節 法者關於國家的生活者也

規律吾人行爲之法則。雖不止一端。然而法律實爲吾人國家的狀態生活之必

要。且以此規律爲目的。換言之。苟非規律國家與其組織分子間之關係。或組織分子相互間之關係。又國家相互間之關係者。卽非所謂法也。

### 第三節 法者規範的法則之一也

緒論中所述之法。有自然法與規範法二種。而法律與道德宗教禮儀等。皆屬於規範法者也。何謂規範。可參照緒論中之說明。又同爲規範法之道德宗教禮儀等。與法之異同。次章再詳論之。

然則法之爲規範法。其本質如何。敍說其學說之詳細。又非本書之目的。於茲關於法之從來的觀念及學說。止略說其一斑。至其本質之意義如何。余以爲更有研究餘地之問題。

#### 第一 基於神意之觀念

如前所述。法之觀念由他主而遷於自主者。他主的法律觀之中。最純粹而由來

最遠者。所謂神意說是也。以法爲神意直接或間接現實者。不問東西。亙古迄今之觀念。依據於神語者不少。稱爲世界最古之法典。如Chammurabi法典。紀元前二千二百五十年之際（Babylon王Chammurabi之法典）印度之Manu法典。其他埃及。亞拉伯。希臘。波斯。羅馬等法典。莫不以爲神所授與。其在吾國歷史。亦有神人授黃帝以法之傳說。此神授之觀念。以至於近世所行使者。國家法權力等之觀念。雖神亦不得說明。又所謂神授君權說者。卽君主之權力。由神所授之見解。爲此神意說者。須先有證明神之意義與其存在之責任。雖然。依於今日之知識。於其不得說明之領域。卽以爲神之支配此領域者。吾人亦不得非議之。唯知界之擴大欲縮少其信界。其尙無歸屬之期耳。

## 第二、命令說

有以法爲主權者對於人民所與之命令。是爲命令說。英國之Austin (1790-1859) 實倡導之。後世論者。遂以命令說爲英國派之專有物。雖然。德國之Binding及



Thon等稱爲Normentheorie一派之學說。以國家權力爲法律的命令之宣言者。是與命令說之主張。殆復相同。其於或時代或場所法爲主權者之命令。誠爲事實。然而卽以此爲法律一般之本質。是又不僅有過趨於形式之嫌。且不足以說明慣習法及近世發達國際公法之觀念。

### 第三 自然法說

人定法或謂之爲現實法。與之相並立者。是爲自然法。卽於過去及現在國家所認之法以外。無論何時何處。皆認爲有一不易之自然法。稱之爲理想法。絕對法。本體法。理性法等。以此所謂真正之法的自然法。或據於宇宙之大法則之法以爲說。或基於人性之法以爲說。或就適合於自然狀態之法以爲說。此等之思想。非自中世始也。其在希臘Soph.哲學派之主張。謂人依於自然而生活。原始於思想。羅馬之Ulpianus亦云。所謂自然法者。卽自然爲指示一般動物之大法也。凡此皆爲自然法之觀念。此自然法的思想之學者。自中以來。極爲繁多。意之Maccchiavelli (1469

- 1527 ) 英之Hobbes ( 1588 - 1679 ) Locke ( 1632 - 1704 ) 德之Pufendorf ( 1632 - 1692 ) Leibniz ( 1646 - 1716 ) Wolff ( 1679 - 1754 ) 等其爲自然思想之學者。自不待論。他如法之Montesquieu ( 1686 - 1755 ) Rousseau ( 1712 - 1778 ) 等。所述之民約論等書。亦不能出於自然法學者之外。至德之Kant ( 1746 - 1804 ) 對於法之定義。則謂一人之任其所欲。與他人之任其所欲。須依於自由之一般原則。得以共存之條件而集合。稱此理想之法。爲理性法。雖然。欲求其無論在何國何時者。有一亙古不易之法則。又不可能。是所謂理想法者。特法之理想。非理想之法也。

有謂國家及法。因人民之契約而成。以合意爲其本質。主張此種學說者。總稱之爲民約說。又稱爲社會契約說。此種思想。在昔卽有之。法之Rousseau 所著社會契約論。曾有極巧妙之說明。謂吾人固爲元來自由。但因合意而讓渡此自由於共同團體。更由此共同團體而承受其同一範圍者之自由。以沐其保護。卽不得不服從

於其權力之下。蓋吾人苟因自由意志而非合意者。則必有不可得想像之現象矣。德之康德<sup>Kant</sup>等之學說。亦皆常帶有民約論之傾向。其他趨向民約說者。亦復不少。凡此皆不妨稱之爲一種自然法觀。從來學者對於此種觀念所加之批評。則以爲如謂吾人之祖先爲合意而作成國家及法。是不僅反於歷史上之事實。且以將來與信用爲其基礎而結契約。若斯之觀念。原人時代果有此耶。抑無此耶。此點實無從說明。

#### 第四 歷史派之觀念

對於自然法說。民約說等。而一時盛行於德者。是爲歷史派之學說。卽稱之爲民族精神說者也。德之 Savigny (1779 - 1861) Puchta (1798 - 1846) 等皆力唱斯說。總之歷史派之所主張。以爲法律者。由民族精神發達堆積而成。非一時可得製作者也。卽蒐羅新單語作成一大辭典。亦不可得行於國民之間。故創造新權利而編法典者。實無意味之業也。不如退而先努力於民族間之權利確信。及法律意

識之涵養。所謂立法者。亦不過以國民之權利確信。爲法規之形式。此卽立法者之任務也。質言之。卽以德意志民族間。各種特別法律。與行於共通間所謂普通法律之併存。爲其滿足。况隨時隨處。皆有一定不易之自然法在。是則爲其歸着之結論。若斯之見解。大體雖不能謂爲錯誤。然以慣習法爲權利確信之直接純粹表現。未免有過於重視其效力之傾向。且於德意志民族繼承羅馬法之理由。不足說明。是亦不足採取者也。

## 第五 社會學的說明

要之關於法之本質諸學說。雖甚錯綜紛紜。然近時社會學生物學心理學等之發達。因而關於法之本質之說明。頗有最新之傾向。例如以法之本質。歸於社會之合成意力。則法也者。實爲團體組成員智情欲之交換作用。卽由各員之發動及反對等。連合而生組成員全體之合成意力。卽社會力之作用中。繼續的統制的權威的之物。是卽爲法。欲說明此等物心兩界之交涉。卽不可不注意於生物學的社會

學的之研究。至若法果爲如何之規範的法則。蓋從進化程度最高之吾人人類成爲社會。存於此社會中之社會的心意。卽由個人的心意（小我）之發動。合成而成獨立一種之傾向者。（大我）以爲法律道德宗教等之本質。就其中依於國家之所認。而又僅關於國家之生活者。稱之爲法。蓋有統制的。權威的。繼續的之性質者也。

## 第二章 法與其他規範的法則之關係

人類行爲之準則規範。不止法律一種。道德。宗教。禮儀等。亦各居其一。於緒論及前章中。已屢述之。於茲關於此等準則規範。與法律之異同。再加以說明。

### 第一節 法與道德之關係

法與道德之本質。皆屬於社會的心意。而爲規範的法則。如次編之所述。權利之

觀念。從正義之觀念分化而來。正義又爲道德之觀念。古時常混同法律與道德爲一。固不足怪也。卽羅馬（*Celsus*）對於法律之定義。亦謂「法律云者。善及公正之術也。」

有謂法律與道德全同。其支配之範圍者。亦有謂其全然有異者。在昔有以爲道德之領域。在法律領域之內。今則多數主張道德之支配領域。比較法律之支配領域爲大。法者。實國家道德之最少限度也。換言之。法所支配之處。必爲道德之所支配。而道德之所支配者。則不必爲法之所支配。蓋不法之行爲。常爲不道德之行爲。而不道德之行爲。則不必常爲不法之行爲也。雖然。若從斯說。則反於國法。其國民必立於不道德前提之下耶。是又實反於今日之事實也。

故吾人以爲法律與道德兩者之領域。各有同一共通者。又各有獨特專有之範圍。例如勿盜勿殺。是爲法律道德共通之領域。其他如關於時效之規定。是則爲法律之所獨有。又如民法於扶養義務之外。未嘗規定扶助恩人。救助他人。是則爲道

德獨得支配之領域矣。

法律與道德之支配領域如何。既如前述。此二者之區別標準。又如何耶。(一) 有以道德者人之內在作用。即律其意向者也。反之法律者。律其外部的事實。而有強制可能性者也。爲此見解者。Kant 等實主倡之。雖然法亦非與存於內部之意思。毫無交涉者也。如民事刑事之責任。須問其行爲之緣由。若果止爲全然表現於外部者。且不可律之以爲違法。惟關於此內部之存否。立證困難。故法不問其內部。是其通常耳。(二) 以法爲因國家之意思而生。道德爲基於個人之確信。從而法依於主權而維持。道德依於良心以維持。爲此差別之說者甚多。依此見解。固不必盡爲誤謬。但此不過得爲二者區別標準之一耳。若因此淵源之異。遂謂從此而生者。莫不有異是。又不能。蓋法與道德。實有共通之點。在前已述之矣。故不得僅以此爲唯一之標準。(三) 法以國家的生活之秩序保持爲目的。道德以個人人格之完成爲目的。以此點爲差別之學者。亦復有之。雖然道德與吾人之國家的生活。又非

毫無交涉者也。其在今日所謂道德者。一方爲個人的道德。同時卽爲社會集團的道德。(四)法有強制制裁之要素。反之道德則無強制制裁之必要。以此爲區別二者唯一之標準。是說之不可採。於法之定義中。已詳述之矣。

要之。所謂法與道德。初則混同。漸次而來分化。且同其本質者也。故依於單純之標準。不能示其區別。因下述諸點。乃可知其差異。卽

一 道德之目的。或在個人之人格完成。或有因其對於社會之關係而生者。總之最終之判定。委於個人意思(良心)及社會意思(社會良心)其制裁亦爲個人的及社會的。法之最終判定。則委諸國家。此所以有謂法之通常皆有強制性。且說明其依於主權而維持也。

二 法從義務本位。進於權利本位。卽法之主要者。在定權利之方面。對於權利者。則負義務。反之道德。則僅與以義務。對之不生權利。例如道德在法之規定。扶養義務範圍外。與以扶助恩人友人之義務。但恩人友人。不有要求之權利。至若民



法所定扶養之義務。對之卽生扶養之權利。換言之。法爲雙面的。道德則片面的也。

## 第二節 法與宗教之關係

以法爲神意所表現之觀念。既如前述。由某種意味以觀察法律。爲不可或無之政事。同時於祭事。亦有若此之意味。例如穢污有罪。且有混同之事。因法與宗教之間。實有密接之關係也。羅馬之 *Ulpianus* 以法學有神事人事之知識者。非無故也。其在今日法與宗教固已分化。而法與宗教究立於如何之關係。則莫不以爲二者皆以社會心意爲本質。其規範之點。毫無所異。雖然。法爲國家的生活之必要。而不可或缺。其在宗教。則不必盡然。如猶太人雖不成其爲國家。尙受其宗教之支配。因而二者之差異如左。

一 宗教以神爲中心。以信仰爲維持。從而最後之判定者爲神。法之最終之判定。

原  
书  
缺  
页

原  
书  
缺  
页

其爲國家之所認。遂亦有得爲之效力。如慣習、學說判例、外國法、道德、宗教等。皆間接法源也。

以上之見解。皆各有其理由。不能以某一學說爲真確當。亦不能以某一學說爲真誤謬。但就吾人之所信。則所謂法源者。專從國家所認爲法的方法之差異。遂生其類別。茲僅舉成文法與不成文法二種。爲法源。以說明如次。

於茲宜注意者。在一般普通之學說。以法爲國家之命令。遂謂法之發生唯一淵源。在國家之意思。夫以國家之命令爲法。誤認法之本質。莫此爲甚。法之本質。實在於人類社會生活行動。而有秩序之自然力。此生活行動之一定秩序。其在社會之一般人類。有不得不遵其秩序之意識。且不可不爲其秩序。假令雖爲國家之所命。或有不從其命者。官憲亦放任而無所制之。則其命令。徒空文耳。不有法之力也。而法之全無違反者。雖不可必期。但其法之得以成立者。要必實際有社會生活秩序之力焉。法之所以得爲社會生活秩序力者。則因社會之人類。於其生活之行動一

般皆遵由之也。倘遇有違反之者。吾人之意識中。卽不可不以其違反。爲不法之行動。此意識發生之原因。或畏刑罰之制裁而然。或由多年之習慣而致。或模倣他人之行動而起。或基於社會的正義之思想。抑或源於國家之命令。不問其原因出於何種。惟其有此意識。法之力乃生。是以謂法律的意識。卽社會生活上必要遵守秩序之意識也。法所以有法之力。其究極之根據。實爲此社會法律的意識。法之淵源者。卽不外此法律的意識。如何以發生耳。

## 第一節 成文法（制定法）

成文法。又稱之爲制定法。作成文書。依於一定之手續與形式。而公布者之法也。  
（法規制定標準法一條參照）

考制定法所以有法之力者。亦以社會有不得不服從國家或公共團體的權威之意識也。但非僅以立法者之意思。卽具有法之力也。既根據於法的意識。經國家

承認而具有法之力矣。而行政或司法機關。遂當其執行之任。厲行於實際。以喚起社會之潛。在法律的意識。且維持其法之效力。

條約亦在成文法之中。學者關於條約之性質。有謂條約爲國家之合意。不有直接拘束個人之力。於其當事國。或以法令。或以條約。公布於一般國民。始有法之力。國民因而被其拘束。雖然。法也者。不僅有國內法之一種。而條約亦不妨稱爲國際法上之成文法。何以言之。假令以條約爲國家間之約束。比於國內法上之契約。則國際間不似國內有立法機關之存在。故以條約爲國際上之制定法。亦不得謂爲誤謬。

## 第二節 不文法（慣習法）

不文法又稱之爲慣習法。不依於公布之形式。而爲國家所認之法之謂也。成文法者。因制定而成爲法。不文法則適與之反。因國家認其慣習而成立。

有謂不文法與慣習法不同者。以判決例、學說、條理等皆屬於法源之中。總稱之爲不文法。所謂慣習法者。特不文法之一種耳。然而判決例、學說、條理等。究不可稱之爲法。是等之判決例、學說、條理等物。若因其永久常存。或爲慣習法。或爲成文法。乃可以謂之爲法。是不待論者也。

卽令有證明慣習法存在之文書。亦不得謂之爲成文法。因此種文書。非法文也。

第一 慣習法有拘束力之根據

慣習法有拘束力之根據。卽慣習至於有法之效力之理由。與慣習法成立之要件。及其成立時期之問題。茲爲便宜起見。分述如左。

慣習法有拘束力之理由。(一) 慣行說。謂國民關於某事項。有永年間續行其同一行爲之事實。此種慣習之自身。遂生拘束力。是說不過示慣習法之所以行於事實上。不能卽以此爲有法之效力之根據。且不能區別風俗與慣習法。(二) 確信說。謂國民於某事項。確信其應從或規範爲權利。或爲義務。是說屬於歷史派學

者之所倡。其所謂法律確信者。又謂之權利確信。非各個人之確信。不可不謂爲一般確信。對此說加以批評者。則謂國民如有不確信之者。卽失其法之拘束力耶。且此說僅說明慣習法之實質從何而來。不足以說明法之拘束如何發生之理由。如謂未成法者。因信其爲法。爲權利。而慣習遂爲法。則國民之誤信者。亦將以法解釋之耶。況以慣習法爲國民權利確信之直接且純粹的發現。不免過重慣習法之效力。有在成文法以上之傾向。且置其基礎於國民。則國際法之慣習法。亦無從說明。

(三)於是乃有國家承認說。謂慣習因立法者明示或默示之承認。遂成爲法之觀念。余則以爲立法者。應作國家之自身以爲解釋。故謂慣習法因國家之承認而成立。蓋一切之法。皆由於國家的生活之必要而生。因國家之承認而存在。不問其爲成文法與不文法。莫不若斯。是以法之根據。在於國家之意思。

## 第二 慣習法成立之要件及成立時期

慣習法成立之一般要件如左。



一 關於法的內容。以有慣行爲必要。

慣行云者。各國家間。各國民間。或地方住民間。或職業階級等之間。永年長月。繼續其行爲。或不行爲者。卽謂之爲慣行。至以經過如何之長期間爲必要。是則不得以一概而論。因慣行之種類而各有異。其在國內法也。則屬諸審判衙門之認定問題。慣行以關於法的內容爲必要者。卽其行爲不行爲之繼續的行爲。須有關於法之價值也。至有如何內容之事項。方得有法之價值。是雖爲困難之問題。有謂爲是宜屬於客觀者。質言之。卽非從各人之主觀而推定。實以國民之權利確信示其標準。是說也。蓋以確信爲其拘束力之根據。其反對斯說者。則謂須觀察其慣習的法之內容。例如旅館小帳。聽差節賞等。授受之風習。無論何國何時代。皆繼續有此行爲。然而不法之價值。因受之者不有請求之權利。與之者亦不負有必授之義務。故不得謂之爲慣習法。然則所謂法之內容者。卽前章所述。須有權利義務雙面的關係。乃得謂之爲法也。

二 以不反於公之秩序及善良風俗爲必要。

反於公之秩序者。違反共同生活一般的利益之謂也。反於善良風俗者。反乎其時其場所一般道德觀念之謂也。一般風俗時時向上。則其標準線亦隨之而高。故法律中所認爲慣習者。以不反於公之秩序及善良風俗者爲限。與法律有同一之效力。

三 具備以上二要件者。因國家承認而成爲慣習法。至依於如何之方法及如何之範圍而承認。則各國不必皆爲同一。且亦無同一之必要。但其大致不外下列兩種。(一)依於法令規定所承認時。(二)限於法律所未定。例如民法第一條云。民事本律所未規定者。依習慣法之類是也。

關於慣習法發生之時期如何。主張慣行說及確信說者。因慣習之爲法。未曾示以明確之時期。故法律定有慣習法之要件時。具備此要件之時。卽以其時爲法。(法定要件說)亦有謂審判衙門適用某事件時。其慣行始得爲法。(法庭容認說

（）然而審判衙門僅爲適用法律之機關。並非作法之機關。故雖不適用。亦不可謂之法不存在。特一經法庭之容認。其慣習法之存在。遂因之益爲明瞭耳。故對於慣習法成立時期如何之問題。僅得謂爲因具備法定之要件。復經國家承認之時。卽爲慣習法成立之時期。除此抽象的答復外。別無他法也。質言之。卽法定要件說。與國家承認說。兩者並採。乃足以說明慣習法成立之時期。如謂此種答案不能滿足。強示其習慣成立爲法之一定年月日者。是不知成文法與慣習法之區別者也。蓋永年行之。乃法之價值。既有其法之價值。而又不能示其明確之法的成立時期。此卽慣習法之特質也。

### 第三 慣習法之效力

關於慣習法之效力。試分爲慣習法與成文法之關係。及慣習法與事實慣習之關係。略述於左。

#### 一 慣習法與成文法之關係

關於慣習法與成文法之效力的關係。自昔已累經變遷。羅馬之共和政治時代。以爲法發於人民意思之觀念。故其人民意思直接表現之慣習法。常有改廢成文法之效力。至帝政時代。則以法爲君主意思之觀念。故因主權直接發動而成之成文法。常有改廢慣習法之效力。厥後羅馬法學者。遂折衷於兩者之間。慣習法在原則上對於成文法。雖有改廢之力。但關於特別事項而生之慣習法。則不得以此改廢一般成文法。

夫慣習法與成文法。其爲法也。皆無所異。不問其直接與否。總之皆爲國家之所承認。故以原則言之。謂二者之效力上有所優劣。實無是理。但後法實有改前法之效力。是爲法律上之原則。雖然。在近時以成文法爲基礎之國。皆有限定慣習法效力之傾向。卽如民法第一條所云。法律所未規定事項之慣習法。是不過僅有補充法令之力耳。

## 二 慣習法與事實慣習之關係

慣習法者。法也。其非法之慣習。卽所謂事實之慣習也。如民法第二條規定。民事所適用之習慣。以不背於公共秩序。或善良風俗者爲限。由是可徵。凡不反於公序良俗之事項。皆可認其行爲爲有法律之效力。此有效的效力。卽所謂關於事實慣習之效力也。茲更分述其事實慣習與慣習法之關係如下。

甲、慣習法者。限於法令之所認。或法令無規定之事項時。與法律有同一之效力。其事實之慣習。則法律雖有規定。若無關於公共秩序。仍可任意行之。所謂任意法者是也。例如日本民法第六百十四條。雖有房屋租金及宅地地租。須於每月底交付之規定。但房屋租金。及宅地地租等。與公共秩序無關。故此種規定。爲任意法。卽某地方或有先付之習慣。及年付給一次之習慣。則當事者可依據此慣習而行之。因而每月底交付之規定。須以當事者間無特別意思表示時。或該地之慣習與規定無異者爲限。乃適用民法六百十八條之規定。

乙、慣習法者。因其爲法。故不問當事者之意思。是否欲依據慣習法。亦不問當事

者知其有某種慣習法存在與否。法院皆宜適用之。至事實之慣習。則適與之反。須以當事人之有無他種意思以爲斷。

丙、慣習法既成爲法。故法院若有錯誤。適用之者。雖在法律審之上告審。亦得爭辯。若爲事實之慣習。審判廳或有錯誤之認定而爲判決。則非在事實審之上告審。不得爭辯。

## 第四章 法之種別

法律依其觀察點之不同。得爲種種之分類。茲舉其主要之類別如次。

- 一 成文法與不成文法
- 二 國際法與國內法
- 三 固有法與繼受法
- 四 普通法與特別法

五 強行法與任意法

六 實體法與手續法

七 公法與私法

## 第一節 成文法與不文法

成文法與不文法之區別。前章已詳述之矣。不必再贅。惟此類別。不僅限於私法之範圍。其在公法之領域。亦有如此之類別。

## 第二節 國際法與國內法

國際法及國內法（又曰國法）之別。其主要者在認法之主體及法所行之範圍。

所謂國內法者。依於一國家所承認之法。至於國際法則爲複數國家所承認。規

定國家與國家相互權利義務之法也。因而國內法僅於國家主權所行之範圍內有效力。是其原則。國際法則爲數國家所承認。故行之於各國家間。有謂國際法無制定之主權者。因各國家之承認而生。對於違反之者。加以制裁及判定之法院。亦未具備。故不得謂之爲法律。不知所謂法律者。并非必爲主權者命令之謂也。卽法律有時依於法院之適用。而加以制裁。毋寧謂爲法的例外之效用。蓋法律因其存在而定行爲之標準。並期其法院不必加以制裁。而法自然行之。是爲法之理想。故國際法雖無法院及制裁。然不得以其不備之故。遂謂爲非法律也。又國際法有權利義務之關係。故與國際禮儀（如禮砲之交換）不同。

### 第二節 固有法與繼受法

現今文明諸國之法制有二種之成立要素。一爲由本國固有之社會心意而爲成文法不文法。一由外國輸入之者。前者爲固有法。後者爲繼受法。



今日法制之最完備者。是爲德國。考德國之法律。於固有法之外。在第十五世紀及第十六世紀之際。則多繼承羅馬法。以爲法制之基礎。所謂普通法者是也。我國唐宋元明清律。皆固有法也。迨至清末新刑律頒布以後。遂大部分皆爲繼受法矣。繼受法之淵源者。稱之爲母法。其繼受法則稱之爲子法。

#### 第四節 普通法與特別法

普通法及特別法之區別。法所及之效力範圍。皆以之爲標準者也。而其範圍因地而異。因人而異。因事而異。故普通法與特別法之別。有三種之意義。卽

一 以地爲標準而區別之時。則行於一般領土之原則法。爲普通法。僅行於領土之一部分內者。爲特別法。例如民法刑法等。普通法也。各省之法令。縣之法令等。則爲特別法。

二 以受法之適用之人爲標準而區別之時。則適用於國民全般之法。爲普通法。

僅適用於某種人之法。爲特別法。例如民法刑法等。爲普通法。陸海軍刑法。律師法。以及官吏服務紀律等。則爲特別法。

三 以事項爲標準而區別之時。則關於比較的廣範圍之事項。一般皆適用之法。是爲普通法。關於比較的狹範圍之事項。某種行爲乃得適用之法。是爲特別法。而此種之區別。不過有相對之別。並非絕對者也。即甲法對於乙法爲普通法。乙法對於丙法又爲普通法。例如日本民法爲規定私法之通則。故對於商法僅規定關於私法中之商事者。爲普通法。然商法對於銀行法。僅規定關於商事中之銀行者。則又爲普通法矣。

普通法與特別法之區別。亦不必法令相互間。始有區別。即同一法令中之規定。亦有普通法規特別法規之別。例如民法九十五條云。非對話人而爲意思表示者。其意思表示以通知達到相對人時發生效力。其第二項云。表意人於發出通知後。死亡或喪失行爲能力或其行爲能力受限制者。其意思表示。不因之失其效力。前

者之採用達到主義。係適用於一般之隔地者間意思表示者。故爲普通法。後者之採用發信主義。係適用於特殊情形時。故可稱之特別法。

爲普通法及特別法區別之實益。以有『特別法優於普通法』之原則也。特別法若與普通法有抵觸時。則應適用特別法。例如對於陸海軍人先適用其陸海軍刑法。其補充者。乃適用普通刑法。又如關於商事。先適用商法。然後適用民法。以爲補充之類是。

### 第五節 強行法與任意法

強行法及任意法之區別。法之效力爲絕對的與否。卽以此爲標準者也。卽強行法基於公益上之理由而成法。不許以私人之意思而免其適從。換言之。卽某法規關於公共秩序。不許當事者異於此規定而爲意思表示之謂也。例如憲法、刑法、行政法等。屬於公法法規之大多數者皆是也。任意法則與之反。其於公益。不有直接

之關係。因而承認與其規定有異者之私人的意思效力。如無此特別意思表示時。始適用其法規。民法等私法法規之大多數。皆屬於此。

然而公法又非必悉爲強行法。私法亦非必悉爲任意法。如民事訴訟法。本爲公法。卽不應許其任意爲之。但查民訴中規定。第一審判衙門。於法律上雖無管轄權。當事人得以合意受該衙門之審判。所謂當事人合意者。是公法中亦有任意法也。又如民法七五七條至七六一條關於物權之創設及得喪變更。皆不得任意爲之。是私法中亦有強行法也。

## 第六節 實體法與手續法（程序法）

實體法（主法）及手續法（助法形式法）之區別。法之規定。係關於權利義務之實體者。爲實體法。若爲關於其運用手續者。則爲手續法。所謂權利義務之實體者。權利義務之性質（卽如何之權利義務）所在。（卽何人負有義務何人享

有權利)及範圍(即權利義務所及之領域)之謂也。規定此等者。如民法之類。即定私權的實體之法。然而僅有是等之法律。不能運用於實際。故不可不有關於手續之法。規定手續之法律。如民事訴訟。不動產登記。人事訴訟之類。即手續法也。其在一法典中。實體規定與手續規定。混合而兼有之者。亦非絕無也。如民法中關於法人設立等類。是即手續之規定。其關於手續法中訴訟之法。則稱之爲訴訟法。

## 第七節 公法與私法

公法及私法之區別。學說頗多。一說謂公法爲權力關係之法。私法爲平等關係之法。是說也。雖行之極廣。究非確當之論。何以故。蓋國家之行爲。亦有不盡屬於權利者。如公法中之國際公法。係規定對等國家之相互關係。其不屬於權力關係。固不待論。即就國內公法。國家與人民之關係。或公共團體與其所屬人民之關係。亦不必皆爲權力關係。試就國家之警察權。課稅權。刑罰權。裁判權等。得以權力支配

人民外。各國家以大公司之資格經營公共利益之各種事業。而爲公之設備。又或得個人之同意。任用之而爲官吏。此等作用。實爲國家與人民之關係。然而決不得以權力者與服從者之關係目之。至於公共團體。其得以權力支配人民者。亦僅以課稅等權爲限。且其主要之任務。不在權力之行使。而在各種公共事業之經營。况國內公法者。包括國家及公共團體之組織法而爲言。關於此等組織之法。更不得謂爲權力關係之法。蓋極明瞭者也。又如民法本爲私法。而親屬法中之親子關係。卽非平等者間之關係矣。

復次有謂公法私法之區別。宜以公益私益爲標準者。蓋謂公法以保護公益爲目的。私法以保護私益爲目的。是說也。亦不足取。利益之觀念。均屬相對的。而非絕對的。不僅因時因地而有異。卽在同時同地。各個人關於同一之事項。其所見之利益。亦不必皆同。以何者爲標準。而分之爲公益與私益。蓋極困難者也。其通常之學說。則以公益爲公共團體一般的利益。私益爲私人之利益。雖然。其在公法中以

保護私益爲主目的者。亦不乏其例。如刑法。公法也。而其中之大部分。皆以保護個人之生命自由及其財產之安全爲主目的。是在私法中以保護公益爲主目的者。亦復不少。如民法所規定關於公之秩序者。非公益之法而何。又若繼承法中繼承制之如何。卽爲國家組織之基礎。是又關於公益之最鉅者也。且在現代關於私法之社會的立法。益加重要。因而關於公益之私法。更有逐漸增益之傾向。

又有謂公法爲對人法。私法爲對物法者。不知法律上之關係。皆生於人格者之間。以法爲對於無人格之物所及之力。是亦誤謬者也。卽自土地收用法物權法等觀之。似乎爲法對於物所及之力。且有人支配物之感。是特對人所及之力之結果。不過事實上與物以影響耳。

公法私法之間。既非如上述諸說所能區別其性質。究宜以何者爲準則耶。亦唯有視其規律之所定耳。卽一者關於國家或公共團體。及處於此等團體一員地位之人類生活。一者關於各個人及私團體之生活。試言二者之特色。則公法常爲團

體法。規律團體之共同生存者也。私法以個人爲主。規律個人之生活者也。其規定私團體時。私團體爲一法人。即可準於個人視之。

國家法及公共團體法。謂之公法。既如上述。然而國家及公共團體。又非全然不受私法規定之適用也。蓋國家及公共團體。既各自爲一法人矣。卽有時立於財產權主體之地位。關於財產關係之此等團體。與各個人間之法律關係。性質全然相同者。亦復不少。例如官廳需用品之購入。官有地之賣出。或職工人夫之雇用。以及兌換券之發行等類。凡此同一性質之關係。其關係之主體。不問其國家。抑爲私人。皆應依於同樣之法規。而受其支配。是爲當然之條理。於斯時也。其主體雖爲國家。或公共團體。亦與私人相等。而受民法及其他私法規定之適用。不僅如上所述。關於私法之規定爲然。卽適用於私人之公法規定。而國家及公共團體。立於與私人同樣之地位時。國家及公共團體。其適用與私人同一之規定。又復不少。例如不動產登記法。適用於私有地者。其於國有地也。亦適用之。又如民事訴訟法。國家爲原



告或被告時。其與私人也相等。國家自應受民事訴訟規定之適用。他若警察法之規定。原爲私營業及其他私行動之適用。而公營之事業。及其他公之行動。亦適用之。是國家及公共團體。亦有時受支配於私法規定。及適用於私人之公法規定。卽可證明。

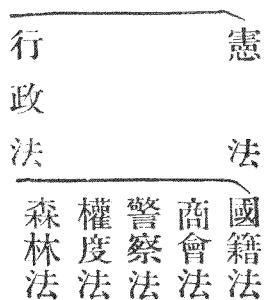
由上述以觀。私法之規定。對於私人相等之國家。或公共團體。亦有適用之時。私法與公法之界限。將益陷於不明瞭之域矣。就中國家之法律行爲。爲公法行爲耶。抑爲私法行爲耶。國家與人民間之法律關係。爲公法關係耶。抑爲私法關係耶。某種團體。爲公共團體耶。抑爲私團體耶。於此而欲爲明白之區別。多有不可必得者。蓋公法與私法。決非如多數學者之所想像。實以公法與私法。既非全然異其原則。亦非全然分離而存在。有時一國家之行爲。既爲私法行爲。同時復有公法行爲之性質。一種法律關係。既有公法關係。同時復有私法關係之混合的性質。何以故。如國家之於財產關係也。雖與私人立於同樣之地位。而實則以公共利益爲目的。因

而全然依於私人之規定不得也。因公益上之必要。於或種程度之內。又不得不從國家之特別規定。是故公共團體與私團體之區別。並非於其性質上有明顯之區別。特不過程度上之區別耳。其在公共之程度低者。而欲與私團體間為判然之區別。亦竟有不可能者。又不少也。

公法與私法之區別。既如斯困難。其所以必須為之區別者。亦不過為研究之便宜計耳。

茲將法之系統分別列表如左。以便學者知其梗概。

一 公私法之系統表



法律

公法

刑法

陸海軍法

審計法

鑛業法

漁業法

狩獵法

.....

私法

民法

公司法

銀行法

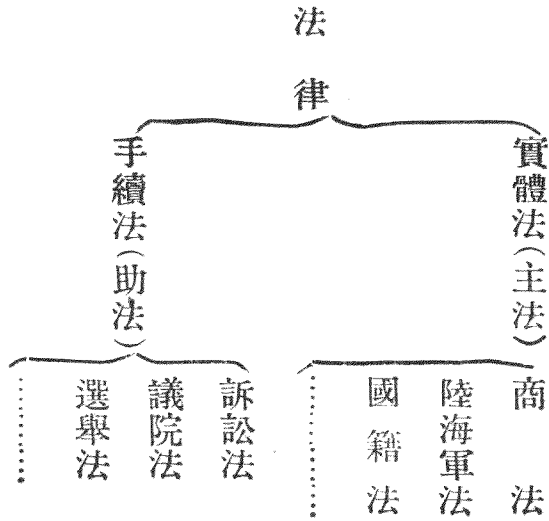
二 普通法與特別法之系統表

憲法

行政法

普通法  
刑法





## 第五章 法之效力

法之效力。可分爲三。一爲關於人之效力。二爲關於地之效力。三爲關於時之效力。

力。雖然。如刑法有刑法之特別效力。民法有民法之特別效力。是又不能以一概論之。於茲所述者。不過法律之一般的效力耳。

## 第一節 關於人之效力

關於人效力。於此有二主義。一爲屬人主義。一爲屬地主義。屬人主義者。法律隨於人之主義也。卽甲國人。不問在甲國或在乙國。皆從甲國之法律。乙國人。雖在甲國。亦須從乙國之法律。屬地主義。則適與之反。一國法律之效力。僅可行於其領土內。且於其領土內。絕對行之。卽甲國人在甲國時。雖從甲國之法律。到乙國。則不可不從乙國之法律。同時乙國人之於甲國。亦不可不從甲國之法律。上述兩主義。皆關於法之效力者也。至其發達之先後。則自屬人主義。漸次移於屬地主義。古代之羅馬法。稱之爲羅馬人之法者。卽此觀念也。厥後領土之觀念。漸次發達。封建之制度成立。法律與土地。遂有密接之關係。於是以屬地主義爲原則矣。其在法律大體

上。仍可謂屬地主義爲其原則。但亦有折衷於屬人主義而行其國之法律者。

關於人的法之效力。與關於地的法之效力。非互相比較。爲之說明。不能明確。今因說明之便利計。僅從人著眼。而述之如次。

所謂關於人者。一國之法。其國民一般皆不可遵從之。是其原則。然而對於此屬人的原則。又有其特例。最主要者如左。

一 特別法僅對於一定之人有效力。例如陸海軍刑法。僅支配軍人。對於一定地域。住民之法。僅此地域之住民受其適用之類是也。

二 因屬地主義之結果。在外國者於或時間不可不從其所在國之法律。即甲國民在乙國之領土內時。多浴乙國之保護。故於某種情形之下。有不可不從乙國之法律。雖然。除某種情形以外。其他一切則仍不從乙國之法律。舉例如下。

甲 憲法上之義務。雖在外國之時。亦從其本國之法律。若兵役義務納稅義務之類是。然而於其所在國之一切租稅等。又不能悉爲免除也。

乙 身分能力親屬繼承等。關於其所屬國籍固有事情之一切事項。不從其所在國之法律。須從本國法。例如成年年齡禁治產準禁產之原因。以及婚姻成立之要件等皆是也。

丙 刑法中某種之規定。雖在外國之內國人。或外國人亦適用之。如刑法第五條云。本法於凡在民國領域外。犯左列各罪者適用之。(一)第一百零三條至第一百零六條之內亂罪。(二)第一百零七條至第一百二十條之外患罪等規定是也。其在外國之內國人。犯瀆職。脫逃。偽造文書等罪者。亦適用內國之刑法。(刑法第六條)凡此皆因刑法有特別規定。故其法之效力。竟及於國外。

丁 有治外法權者。雖在所在國。亦從本國之法律。所謂治外法權者。在國際法上有特別之身分。在國內法上有特別之地位。如君主大總統外交上之使節。及此等人之家族隨員等。不從所在國之法律。而從本國之法律。



三 有一定之身分者。雖於一國內。其受法之效力。亦有限制之時。如各國憲法上。規定兩院議員在會期中。除現行犯外。非得各本院許可。不得逮捕或監視之類。因其有一定之身分故也。

## 第二節 關於地之效力

關於人之效力。與關於地之效力。有密接之關係。既如前述。茲所述者。爲法之一般的效力。但與前所述者。彼此參照。方能更加明瞭。

所謂關於地的法之效力者。以一國之法。於其領土領海及領空一般皆行使之。爲其原則。此原則與關於人之效力的原則。雖覺矛盾。但關於人之時。固以屬人主義爲原則。對此復有屬地的特例。其關於地之時。則以屬地主義爲原則。對之復有屬人的特例。兩者相待於以調和法之效力。

對於右之原則。有下述之特例。

一 對於前節中所述第二項特例之例外（甲款至丁款）即一國之法。於其領土領海及領空一般皆行使之。固屬原則。但對此原則。又加以限制。如甲國之法。在乙國領海內之甲國軍艦內。仍然行使之。又因治外法權之關係。於甲國領土之內而行乙國之法。是皆可注意者也。

二 關於地之特別法。（如我國蒙古王公條例）其於全國一般不行之。是亦對於原則之例外也。

三 假有不屬於任何於其土地。一國之土地之上。宜行何國之法耶。以原則而論。則宜行其在該土地之人的本國法。又不屬於任何一國之海（公海）及空間（公空）則宜行其船舶又航空機所屬國之法律。

### 第三節 關於時之效力

關於時的法之效力。約有四種。即（一）法自實施之日有效力。（二）法之效

力不溯及既往。(三)新法改廢的法。(四)新普通法不改廢法特別法。更分述之如下。

### 第一 法自實施之日有效力

關於不文法。無所謂實施之期日。應以國家承認慣習爲法之時。爲實施之期日。其成文法。則以公布於人民。乃知有法之存在。然公布之日。與實施之日。又非必同一者。從公布期間以至於實施之期間。稱爲周知期間。述現行法之實施期如左。

甲 公布之日起。全國即時施行者。須以法律有明文規定爲限。

乙 法律成立公布後。經過一定期限。生實施之效力者。關於此。又有各種不同。即(一)自公布後。經過一定期限。全國各地同時施行。是爲同時實施期。(二)自公布後。依距離發布法律地點之遠近。而各地不同其實施期者。是爲異時實施期。(三)自公布後。其施行之區域及日期。皆須另以法令定之者。如我土地法第六條之規定是也。

## 第二 法之效力不溯及既往

法對於其施行日期前所生之事項。無溯及之效力。否則不惟徒惹起事態之糾紛。且有預先服從其法之義務。當其未施行之前。人民自爾無所適從。不亦惑滋甚乎。故近今多數之立法例。雖未設明文。示其無溯及效。但其無溯及效者。實爲當然之原則。然而此所謂原則者。特法令解釋上之原則耳。亦非在立法上絕對不得設有溯及效之法令之謂。蓋法律有時於其必要上。對於其施行前之事項。若無其效力。則不能得其實效者。於斯時也。該法令之中。雖明言其旨而規定其有溯及效。亦不妨也。若無此明文者。則當然不能溯及。

有於一法令存在時。發生同一事項後。施行新法之際。其於新舊兩法效力之關係。特設一經過法者。例如民法施行法等規定是也。

其與法之效力不溯及既往原則相關聯者。是爲既得權。既得權之觀念如何。不可不略述之。所謂既得權者。依於法而獲得之權利也。世人或有謂其某某之事

爲其既得權。則雖有實施之新法。亦不能害及其權利。然而法律上之既得權。是亦不過立法主義上之一原則耳。即法於其效力不溯及之原則。亦得變更之。蓋一切利權。皆依於法之所付與。不過僅於法之範圍內。得有其力而已。故於其必要上。依法而限制或消滅其已與之權利。亦毫無妨礙。雖然。若立法者可以任意奪其所已與之權利。則一切權利。皆有不穩固之虞。故法之效力不溯及既往。及既得權之不可害。皆僅可謂爲立法主義上之原則。

### 第三 新法改廢舊法

於某事項之法存在之際。厥後關於某同一事項。而爲新法施行之時。則舊法當然變更。此爲新法改廢舊法之原則。自不待言。

此原則與法律效力不溯及既往之原則。不可混同。蓋此新法。非對於其施行日期前所生之事項亦適用之。是舊法須被其改廢也。法之效力不溯及既往。則恰與之反對。對於其施行日期前之事項。無溯及之效力。

#### 第四 新普通法不改廢舊特別法

施行新法之際。其於存在舊特別法之效力。不有何等之當然的影響。以特別法有先於普通法適用之性質也。雖然。假令新法中。設有明文而改廢存在之特別法。實亦不妨。若無此明文。則當然不能以新普通法而影響於特別法。

### 第六章 法之適用及解釋

無論作成如何多數之法規。絕不能對於社會凡百之事件。一一網羅於其中。且就存在之法規。亦不能令其無論何人對之而毫無疑義。法之解釋問題由是生焉。當適用法律之先。不可不確定其事實。所謂事實問題者是也。若事實問題不定。則不能入於法律問題。所謂事實者。有時爲法律所推定。推定云者。法律假定事實之謂。若有反證時。則不妨破此推定。例如日本民法上關於相鄰者共有物之規定。在土地疆界線上。如界標溝渠。推定爲相鄰者共有物。於此所謂推定者。不過僅以

無反對之證據時。有如斯之意味。質言之。若舉有反證。即不得爲此推定。我國民法第八百一十七條云。數人按其應存部分對於一物有所有權者。爲共有人。其第二項云。各分別共有人之應有部分不明者。推定其爲均等。亦即推定之實例也。又法律有所謂視爲某事實者。法律有此規定之際。所以確定其事實也。假令雖有反證。亦不得破其確定之事實。

事實關係既定。對於某事實宜適用如何之法律耶。法律之解釋問題。即因之而生。

所謂法之解釋者。闡明法之真義之謂也。或謂爲探究立法者之意思。亦可。然於此有注意者。所謂立法者意思一語。蓋在探其法之精神所在。非指立法之人也。關於法之解釋。通常分爲有權解釋及學理解釋二種。以下分述之。

## 第一節 有權解釋

所謂有權解釋者（權威解釋強制解釋）國家自身與以解釋也。故又稱之爲立法解釋。至其方法。則頗不一致。或於法令之中而示其解釋。或另以法令而示其解釋。或舉其實例於法文之中。以爲解釋之標準。其於法令之中而示其解釋者。如民法第六十六條云。稱不動產者謂土地及其定著物。是該項規定。蓋特爲闡明不動產之意義而設。其另以法令而示其解釋者。如日本舊刑法中有關於官吏犯罪之規定。嗣於明治二十二年特以法律第一百號令解釋云。所謂官吏者。公吏亦包含於其中之類是也。至其舉有實例以爲解釋之標準者。如日本民法第二百八十八條云。土地所有者。不得直接注瀉其雨水於鄰地之屋頂其他工作物。所謂屋頂者。卽示其工作物之標準也。

有權解釋。以立法手段爲之。故自實際以爲解釋。並非法律之解釋。實爲法律之規定。換言之。釋解之本身。卽爲法律。吾人被拘束於有權解釋。非從其解釋。實從法律也。



## 第二節 學理解釋

學理解釋云者。以學說爲解釋者也。固非有絕對之權威。實有重要之關係。學理解釋。更可分爲二種。一爲文理解釋。一爲論理解釋。試述於左。

### 甲 文理解釋

文理解釋云者。根據於法令之字義或文義以爲解釋者也。以文字文章爲法意之表現。則欲求法之眞意。卽不可依據於文字文章。而一般國民。亦不外於遵從此等文字文章之所示。

其制定此文字文章之當時。就其意以爲解釋。是爲原則。然而因時勢之變化。字義文義。亦隨之而變遷。則因其時與地之關係。亦得任意變更其意味以爲解釋。而法律則無改正之必要。苟若斯。則解釋者。卽不免有居於立法者地位之狀態。且不免害於法之性質。而司法與立法。又不免於混同。於是法與輿論流行等。

至於無安定性之意味。或謂法爲死物。活用在人。故宜伴於時勢之變化。其字義文法亦隨而變遷。卽法文之解釋。常有二三。其判決解釋等。乃合於常識。學者稱此種解釋爲自由解釋。其所謂法文者。不過示其一例耳。果如是。則或出或入。任意爲之。法之精髓全失。此豈法之本義耶。蓋法本爲進化的。故無絕對不易之法。若謂成文法之字義文義。亦可隨時進化而爲解說。是則不能。何以故。法者。規矩也。準繩也。規矩準繩之使用。固不可令其毫無伸縮之餘地。然其使用時。亦非任其自由伸縮。其規矩準繩也。特不過依其規矩準繩而改其尺度耳。卽不外依據法律。而於其範圍內以爲自由裁量耳。所謂『惡法亦法』者。卽此意也。

文字文章之意義。須以法律制定當時之意味爲其解釋。固屬當然之原則。然對此亦有當然之例外。卽法之自身。常因社會之進步。其字義文義之解釋。亦自然隨之變遷。例如民法中所謂以反於善良風俗之事項爲目的之法律行爲爲無效。於此所謂風俗。自應隨時變遷。且所謂善良者。蓋依於一般道德之標準。其

標準線亦自不免有隨時向上之傾嚮。

法律上之文字文章。從原則上言。須就通常之意義以爲解釋。蓋法也者。既非專對於法律學者所與之物。亦非對於醫學專門等學者之物。實爲對於一般國民而公布之者也。故除少數有專門的意義解釋外。其他一切。皆不可不以通常之意義以爲解釋。例如一粒之粟。在物理學者則謂爲獨立之一有體物。若自法律之眼光觀之。則除有特別情形外。絕無所謂一粒之粟的所有權質權等觀念。必以一定之集合狀態爲其單位。始於其上生權利之觀念。又如電爲有體物與否。固不俟電學之研究。在吾人一般之觀念。均以有體物視之。卽應適用法律上有體物之規定。

## 乙 論理解釋

對於理論解釋之意義。學說紛歧。有以爲不依於法文之文章。而從論理上之法則。以求其法意。是之謂論理的解釋。此說實謬誤之甚者也。蓋法文者。法意

之表現也。論理爲思想之法。則文字文章爲思想之記號。故不合於論理者。卽不可稱之爲文章。換言之。離去文理解釋。卽無有論理解釋。又謂論理解釋之結果。有與文理解釋衝突矛盾者。應以論理解釋爲優勝。是說亦不足取。其理由與前同。故不贅述。

然則論理解釋者。並非於法令文字文章之外。以求法意而爲之解釋也。實從其文字文章之所示。關係於論理學上之法則。以推理而究其法意爲之解釋者。是之謂論理的解釋。從來之擴張解釋。及縮少解釋。當然解釋。皆屬於此方法者也。

擴張解釋。如憲法規定有住居、職業、集會、結社、言論、著作、信教等自由。而無婚姻、飲食自由之規定。是則不得不用擴張解釋。宜以飲食、婚姻爲自由權之一。而解釋之。又如刑律所規定鴉片烟罪。不能不擴張解釋。以烟土、烟苗。屬於鴉片烟之類是也。

縮少解釋。如憲法規定中華民國人民。依法律有服兵役之義務。此所謂中華民國人民者。宜從縮少解釋。僅以成丁之人民爲限。未成年之幼童不在其內。當然解釋。如憲法規定中華民國人民。非依法律不受逮捕、監禁、審問、或處罰。此所謂人民者。當然不問男女老幼皆爲人民是也。

此外又有所謂補正解釋者。以自立法者自己表示其所誤。而另以他法爲補正而解釋之。是說亦不足取。蓋無論何種之法。旣爲成文法。則吾人第一不可不從其文字文章之所示。卽不可於文字之外。別有所謂遵從之者。文字之使用。及文章之組織。錯誤與否。非國民之所知。卽立法者如何以示其誤。國民得知與否。亦爲問題。使其果爲錯誤。亦唯有出於法令改正之一途耳。

## 第七章 法之成立及消滅

茲所述者。爲法之成立及消滅問題。關於慣習法已如前述。無說明之必要。本章

所述者爲成文法。

## 第一節 法之成立

法爲國家所認之規則。然成文法之種類不一。因而其承認之形式與手續亦異。其爲數國家所承認爲成文之規則。是爲條約。已述之於前。茲所說明者。唯國內法耳。

### 一 狹義之法律

狹義之法律。須爲法律案。由立法院三讀會之程序通過。且以法之名稱議決。經國民政府公布者。始得名之爲法律。（法規制定標準法第一條及整理現行法規之標準第三項參照）其條例章程規則等規定。概非法律。且不得與法律相違反或抵觸。（法規制定標準法第三、四、五等條參照）由是以言。則非依法程序之提案、議決、公布、且名稱爲法者。不得謂之爲法律。

## 二 狹義法律以外之成文法

狹義法律以外之成文法。如國民政府命令。院令。部令。省縣行政機關等令。以及其他條例規則等。皆是。但均不得與制定之法律相抵觸。又在立法院成立前。經大元帥府或國民政府公布。涉及國家各機關之組織。或人民權利義務之關係者。以及國民政府以法之名稱公布者。皆爲法律。（整理現行法規之標準第一第二兩項參照）

## 第二節 法之消滅

法之消滅。得分爲廢止與變更。卽制定新法。有將舊法之一部消滅者。亦有將其全部消滅者。至其消滅之原因。有基於內部者。亦有基於外部。廢止有明示者。亦有默示者。茲約述如次。

一、直接明示消滅者。如民國初年之臨時約法第五十六條第二項云。臨時政府

組織大綱於本約法施行之日廢止是也。

二、定有效力之期限時。因其期限到來而消滅。例如民國初年之臨時約法第五十四條云。中華民國之憲法由國會制定。憲法未施行以前。本約法之效力與憲法等。則憲法施行之時。即其期限到來之日。臨時約法效力自應消滅。

三、關於同一事項新法實施之際。舊法雖未設有廢止明文。亦當因新法而消滅。是即默示之廢止也。但新普通法不必改廢舊特別法。前章法之效力中。已詳述之不贅。

四、規定之目的事項絕對消滅時。則其法亦消滅。例如軍事地點戒嚴法。軍事絕對消滅。則戒嚴法亦隨而消滅。又如臨時檢疫法令之類。皆因特定之目的事項而生。其目的事項消滅。則其法令不能獨立存在。但依行政法規之原則。須以命令公布之耳。

以上所述者。皆關於成文法者也。其於習慣法。則新習慣法改廢舊習慣法。但新



普通習慣法。不能改廢舊特別法。其理由與上述者同。又習慣法與成文法之效力關係。前章已述。茲從略。

### 第三編 法之重要內容

#### 第一章 公私法之分類及其主要系統

關於公私法律之分類及主要系統。本書第二編第四章第七節中。已述其梗概。且以表解爲之說明。第以現代一般法學者。頗有主張廢除公法與私法之分類。而分法律爲社會法與個人法者。余以爲個人不能離去社會生活而獨存。脫令爲真正之單獨的個人。則其行爲。與社會生活無關。自亦無須法律爲之規定。如魯濱孫之漂流孤島。既無與之同樣人格者之他人。則無論如何之行爲。概不影響於何人。自無須劃定其行爲之界限。以釐定其準則。而爲法律之規定。所謂法律因兩個以上對等人格者而起。卽此意也。是法律之所規定。無一非爲社會而規定。卽個人法

之成立。仍基礎於社會。即謂爲不能超越於社會法之範圍。亦無不可。若自廣義之社會言之。則全世界之人類。亦可爲一社會。國家者不過社會之一部。即從狹義之社會言之。則個人之家庭。亦可爲一社會。况自現代一切法律之趨嚮。皆將入於社會本位。則凡法皆可謂之爲社會法矣。初學法律者。勢必更有治絲益棼之感。茲爲研究便利起見。仍分爲公法與私法之兩大主要系統。並述其重要內容。俾讀者得此。即可扼其各種法律之綱要。

## 第二章 公法之主要系統及其重要內容

公法之主要系統。即憲法、行政法、刑法、訴訟法、及國際公法等。茲將上述各種公法之大要。略述於左。

### 第一節 憲法

憲法者。規定國家組織。及關於國家人民間權義等作用之基本法也。有成文不文二種。前已述之。我國之成文憲法。迄今仍未制定。溯自民國初元。僅有臨時約法。迨至民國十二年十月十日。始將中華民國憲法草案制定。由曹錕以大總統命令公布。考其內容。不無缺陷。且並未完全實施。洎乎十三年冬。段祺瑞以執政名義入都。採取革命手段。曹錕時代之憲法。遂形廢止。

當段氏執政之際。又命各省行政長官。各派代表。組織國憲起草委員會。並擬開國民大會議決施行。卒以政治變遷。迄無所成。以上爲我國憲法之沿革。洎乎今茲。國民政府成立。依據孫中山先生所定建國大綱中之建設程序。則軍政時期方告完竣。訓政時期固已開始。但尙在過程之中。而憲政時期則未到來。成文憲法之莫能制定。亦固其所。蓋依據建國大綱所規定。憲法草案須本於建國大綱及訓政憲政兩時期之成績。以爲制定。而備民衆採擇施行。且憲法頒布之日。卽爲憲政告成之日。現在既未入於憲政之時期。自無所謂憲法之制定。但形式的憲法雖未制定。

而實質的憲法。則舉凡成爲國家者。莫不有之。已於本書第一編第四章第二節中。關於不文憲法。詳論之矣。况我國孫中山先生所制定之建國大綱。以及三民主義五權憲法之講稿。卽爲將來制定憲法時之基礎原則。而現行之約法及國民政府組織法。匪特爲不文憲法。且皆可稱爲實質的成文憲法之一部分。茲將上述建國大綱。三民主義。五權憲法。以及國民政府組織法。與約法等之原理。就其世界各國憲法之通性。而爲之分述於下。

一 憲法之意義 規定國家組織。及關於國家人民間權利義務等作用之基礎法則者。是爲憲法。

二 憲法之類別 用文書規定國家組織。及關於國家人民間權利義務等作用的基礎法則。而可成一包括的法典者。爲成文憲法。其國家組織。及關於國家人民間權利義務等作用。或依據普通法律。或遵循多年習慣。而無一包括法典者。則爲不文憲法。

又憲法之修改。須組織特別機關。與經過特別程序者。學者稱之爲剛性憲法。亦曰固定憲法。否則爲柔性憲法。亦曰彈力性憲法。

三 憲法之特性 憲法之特性有二。一爲最高性。卽憲法爲一切法律之基礎。故其效力。優於一切普通法律。其他法律。凡與憲法抵觸者。其他法律皆爲無效。一爲固定性。現在世界各國之憲法。多屬剛性憲法。修改程序。均較修改普通法律爲繁重困難。

四 憲法之制定 憲法之制定。有欽定協定民定之別。開明專制之君主。以命令制定之憲法。爲欽定憲法。協定憲法之中。又有君民協定。與聯邦協定之分。其在君主國之制定憲法。有不依於君主之專斷。而君民合作。如依國民代表機關之同意而制定之者。是爲君民協定憲法。其在聯邦國中。組織聯邦會議。以制定憲法。是爲聯邦協定憲法。其在民主國家之憲法。或由於國民之直接制定。抑或由於國民之代表機關爲之制定。是爲民定憲法。

我國民政府建國大綱二十二項所規定。『憲法草案當本於建國大綱及訓政憲政兩時期之成績。由立法院議定。隨時宣傳於民衆。以備到時采擇施行。』二十三項所規定。則爲『全國有過半數省分達至憲政開始時期。卽全省之地方自治完全成立時期。則開國民大會。決定憲法而頒布之。』現行之約法。其第八十六條及第八十七條之規定。亦復如此。則將來我國之成文憲法。必爲民定。毫無疑義者也。卽此次制定之約法。必須國民代表大會爲之議決者。亦以約法爲憲法之性質故耳。其國民政府組織法。亦以其爲憲法性質之故。是以須由中國國民黨中央執行委員議決通過。蓋在訓政時期。以國民黨全國代表大會。代表國民大會。（訓政綱領第一條）其在全國代表大會閉會時。則以政權付託於國民黨中央執行委員會爲之執行。（訓政綱領第二條及約法第三十條）是中央執行委員會之通過。卽無異於國民大會之通過。是國民政府組織法。亦實質上之民定憲法。

五 我國之憲法 茲專就建國大綱及國民政府組織法。與約法等之實質憲

法。撮其要點并與各國憲法之異同略論述之。

(1) 我國憲法與各國憲法之異點

(甲) 我憲法爲五權。各國憲法皆爲三權。(詳見本書第一編第五章可參照)

(乙) 我憲法中國民政府所行使之五權。皆爲治權。(國民政府組織法第二條) 憲法頒布後。其中央統治權。亦歸於國民大會。(建國大綱二十四項) 至於國民所直接行使者。對於官員之選舉權。及罷免權。對於法律之創制權。複決權。方爲政權。(孫中山先生之民權主義講演參照) 非如各國憲法中之三權。合政權與治權而爲一。

(2) 我憲法中之重要內容

(甲) 憲法之基礎 根據於革命之三民主義五權憲法。以建設中華民國。(建國大綱第一項及約法序言)

(乙) 領土與主權 以全國之各省及蒙古西藏爲領土。其中華民國之主權屬於國民全體。(約法第一二兩條) 憲法頒布後之統治權。則由國民大會行使之。(建國大綱二十三項)

(丙) 國體與國權 國體爲永遠統一共和國。(約法第三條) 國權有中央與地方之分。採均權制度。其有全國一致性質者。劃歸中央。有因地制宜之性質者。劃歸地方。(建國大綱第十七項約法第五十九條) 各地方並得自定法規。但不得與中央法規抵觸。(建國大綱第八項第二十三項約法第六十條) 行政立法司法考試監察五種治權。則由國民政府行使。(建國大綱第十九項。約法第三十二條六十五條) 其他軍隊統率權。國際條約之締結權。以及大赦特赦減刑復權等。與榮典之授與。均屬於國民政府。(約法第六十六條至六十九條)

(丁) 國民之權義 凡依法享有中華民國國籍者。皆爲國民。並無男女種



族宗教階級之區別。概爲平等之國民。（約法第二條第六條）國民之權利。則有選舉、罷免、創制、複決之四種政權。其他身體、財產、集會結社、言論著作、居住遷徙、以及書信祕密等自由權。又如財產繼承、訴訟、訴願、應試、服務等權。皆依據法律而享有之。至若國民之義務。如納稅、服役等。亦須依據法律而負擔之。（約法第七條至第十六條）

（戊）政府之組織 政府可分爲二。一爲中央政府。設立行政、立法、司法、考試、監察五院。行政院內設內政、外交、軍政、財政、實業、教育、交通等部。（建國大綱第十九、二十兩項約法第七十一條）一爲地方政府。省置省政府。受中央之指揮。縣置縣政府。受省政府之指揮。（約法草案第七十八條及八十二條）

（己）其他生計、教育、文化、自治等項。國家皆宜爲之獎勵保護。及籌備組織。（約法草案第三十三條至第五十八條及第八十二條）

以上所述，不過略舉梗概，俾讀者知其大要。至其詳細論列，則須待於憲法之專著。不屬於本書之範圍。

## 第二節 行政法

行政法者，規定行政家之組織，及行政權主體之國家或公共團體，與其所屬人民之關係者也。關於行政之意義，已略述於本書第一編第五章。

行政法與憲法異。憲法爲國家之基礎法，以規定國家之基本組織及其總作用爲目的。如國家領土之範圍，人民在法律上之地位，種種基礎的原則，以及國家之政體，直接機關之組織及其權限，與夫相互關係之基本作用等等，已略述於本編本章第一節。而行政法，則爲行政權之組織，及行政權與人民之關係，其全體之中心觀念，是爲行政權。而此等行政權，實爲國家作用之一部分，以行政權之外，尙有立法權、司法權、考試權、監察權也。憲法則就國家之五種作用，而爲全般的研究。行

政法則僅就行政權之一部分而爲研究。故行政法。須基礎於憲法之上。乃克成立。行政法又非如其他法律。有一包括之法典。僅有行政法之名稱。實以多數單行之行政法規爲內容。而總稱之爲行政法。故其範圍。極爲廣汎複雜。茲就一般之要點。略述於下。讀者卽此可以知其行政法之梗概。

### 第一 行政權之組織的行政機關

行政權之組織云者。行政權依如何機關以行使之謂也。行政機關可分爲二。一爲官廳。一爲公共團體。

#### 第一 行政機關

何謂行政機關。卽官署與公共團體是也。茲再分析言之。

(甲) 官署 官署者。由一人或數人組織之。而直接職掌特定國家事務之機關也。此卽所謂官治行政之機關。其規定此項官廳及其補助機關之組織權限等之法規。稱之曰官制。如國民政府組織法。各院組織法。各部組織法。省政府組

織法。縣政府組織法等屬之。

官署可爲種種之分類。其主要者則有兩種。(一)單獨制官署與合議制官署。單獨制官署。係由官吏一人所組織者。例如各院院長。各部部长。是合議制官署。係由官吏數人所組成者。例如國民政府。各省省政府。是不過所謂單獨與合議制者。係指某一官署之最高長官爲一人。或爲數人而言。而補助機關。不包在內。故單獨制之官署。仍不妨設置祕書長。司長。科長。祕書。科員。書記官等等之補助機關。(二)中央官署與地方官署。中央官署。其權限能及於全國之官署也。例如國民政府。各院各部等。是地方官署。其權限僅及於某一地方之官署也。如各省省政府。各縣縣政府等。是中央官署與地方官署之分。既以土地管轄爲標準。因之官署所在地。卽令設在中央。而權限僅及於一地方者。如南京衛戍司令部。南京公安局之類。仍然謂之地方官署。

由上級官署之任命而組織官署。或爲其補助者。謂之官吏。官吏不必以現實擔

任職務者爲限。卽現未服務者。亦可稱爲官吏。如停職或候補官吏是。但行政法中之官吏。則多指現服役務之官吏。官吏又有文官與武官。政務官與事務官。有給官吏與無給官吏。常設官吏與特委官吏之分。此外又可依任命之形式上等級。而分爲特任官、簡任官、薦任官、委任官四種。

官吏具有法律上之特別地位。應立於官吏服務紀律之下而執行其職務。其權利之主要者。爲受領俸給、退職金、辦公費等。其義務之主要者。爲服從命令、謹守職務上之祕密、保持品位等。官吏如有違反其義務者。輕則僅受行政上之懲戒處分。重者有時尙應兼受刑事上之制裁。其因故意違背對於第三人應執行之職務致第三人之權力受損害時。並應負私法上之賠償責任。（民法第一八六條）

（乙）公共團體 公共團體者。立於國家監督之下。以執行公共事務爲其存立目的之公法人也。卽所謂自治行政之機關是。此項公共團體。可大別之爲兩

種。(一)地方自治團體。地方自治團體者。以特定之地域人民爲基礎而成立之機關也。如我國從前之縣議會、鄉議會是。(二)公共組合。公共組合者。爲執行特定公共事務之機關。而僅以組合員之人爲基礎者也。如商會、工會之類是。職掌地方自治團體事務之人。謂之公吏或吏員。公吏與官吏不同。其地位非由於任命而來。而主要的多是基於選舉形式。我國現在法律上對於官吏公吏之稱謂。統名之曰公務員。無官吏公吏之分。(參看刑法一四二條民法一八六條)

## 第二 營造物

營造物者。爲一般公衆利益起見。所實施之行政設備也。此不問其爲國家管理抑爲公共團體所管理者均屬之。

營造物。有僅以物組織而成者。如公園、道路等是。有以物與人合併組織而成者。如國立、省立、縣立之學校、及醫院等是。

### 第三 行政行爲

行政行爲者。乃行政機關所爲一切行爲之總稱。其情形極爲複雜。然其主要者。則爲行政機關所發之各種命令。及其所施之行政處分。所謂行政處分者。卽就各個具體的事實依照法令而適用之行政行爲也。如批准立案、許可營業、發給證明書之類。卽爲行政處分中之主要者。

### 第四 行政救濟

行政之行爲。有害及私人之權利或利益者。原有一種救濟之方法。其方法有訴願及行政訴訟兩種。

(甲) 訴願 訴願者。人民因中央或地方官署之違法或不當處分致損害其權利或利益時。而請求其上級官署變更或撤銷其處分之謂也。(訴願法第一條) 如對於上級官署之決定不服時。並得再向上級官署提起再訴願。其處分僅爲不當處分者。卽以再訴願之決定爲最終之決定。(訴願法第四條) 不得

## 提起行政訴訟

訴願之管轄如左（訴願法第二條）

- （一）不服縣市政府之處分者。向省政府主管廳提起訴願。如不服其決定。向省政府提起再訴願。
- （二）不服省政府各廳之處分者。向省政府提起訴願。如不服其決定。向中央主管部會提起再訴願。
- （三）不服省政府之處分者。向中央主管部會提起訴願。如不服其決定。向主管院提起再訴願。
- （四）不服特別市各局之處分者。向特別市政府提起訴願。如不服其決定。向中央主管部會提起再訴願。
- （五）不服特別市政府之處分者。向中央主管部會提起訴願。如不服其決定。向主管院提起再訴願。



(六) 不服中央各部會之處分者。向原部會提起訴願。如不服其決定。向主管院提起再訴願。

其於上述六項以外之中央或地方官署提起訴願時。應按其管轄等級比照前述方法爲之。

(乙) 行政訴訟法 行政訴訟者。人民於不服違法處分之再訴願已經決定後。而請求變更或撤銷其處分之訴訟也。此項行政訴訟之提起。第一須所受之處分爲違法處分。而訴願則不問處分之爲違法或不當。均得提起之。第二須經過再訴願之決定後。而在自己未爲再訴願或官署未爲再訴願之決定前。不得提起。

### 第五 權限爭議

關於官署所有之權限。雖在官制上已有規定。然其規定在解釋上有疑義時。或其內容欠缺時。則各官署之間。卽不免發生權限上之紛爭。此種權限上之紛爭。卽

謂之權限爭議。權限爭議發生於行政官署相互間者。特名之曰主管爭議。發生於行政官廳（特別是行政法院）與其他官署（特別是普通法院或特別法院）之間者。則名之曰狹義權限爭議。權限爭議。有積極的與消極的之分。積極的權限爭議者。即各官署彼此各別主張某事件應屬於自己之權限是也。消極的權限爭議者。即各官署彼此各別主張不屬於自己之權限是也。

主管爭議。應由上級行政官署決定之。自無待言。惟狹義的權限爭議。在他國原有特設決定權限爭議之權限法院者。我國現無此種法院。遇有此項爭議時。由國民政府決定之。如國民政府組織法第十九條之規定。可推知矣。

## 第六 各部行政

行政部門之區別。雖其標準不一。然大概可分為下列六種。

（甲）內務行政。內務行政者。以保持公共安寧秩序。增進人民福利為直接目的之行政也。此項行政。不能誤解為僅屬內務部所施設之行政。凡內務部、教

育部、實業部、交通部、鐵道部等所職掌之行政。均爲內務行政。

內務行政。又可大別爲警察行政及助長行政二種。

(一) 警察行政 警察行政之意義。其說雖不一致。然其爲排除危害起見而限制人民自由之行政也無疑。如取締槍械火藥、集會結社、出版等行政皆是。因之關於此類法規之制定者爲數不少。

(二) 助長行政 助長行政者。以積極的助長公共安寧秩序及人民福利爲目的之行政也。可細別爲四種。(一) 衛生行政。如關於健康及醫藥之類。(二) 教化行政。如關於宗教、感化、教育之類。(三) 經濟行政。如關於農業、漁業、森林、鑛業、狩獵、畜牧、商業、工業、電氣、道路、河川、郵政、電報、鐵道、船舶之類。(四) 救恤行政。如關於救貧、慈善之類。所有此類法規。則不遑枚舉。

(乙) 軍務行政 軍務行政者。卽招募兵士以及其他所謂軍事負擔(如徵發、要塞地帶之限制等)等一切行政之謂。

(丙) 財務行政 財務行政者即關於國家財政上之收入支出及管理之行政也。預算、審計、租稅、手數費、專賣、公債等。均屬於主要之項目。關於此項行政。則有會計法、各種租稅法、各種專賣法、各種公債條例等。

(丁) 外務行政 外務行政者。即基於條約及國際公法而生之外交事務之謂。如外交部組織法、駐外使領館組織條例、外交部僑務局組織條例等等。均屬此項行政之主要法規。

(戊) 司法行政 單稱司法。係指民事刑事之裁判而言。不可與司法行政混同。所謂司法行政者。乃附隨於司法作用而生之行政也。例如法院之司法經費、組織權限、裁判執行等。皆屬於司法行政。關於司法行政。則有法院編制法、各法院辦事權限條例、律師章程、承發吏辦事章程等等。

(己) 立法行政 立法原與行政不同而各別營其主權作用者也。然附隨立法作用而生之行政。則非立法而為一種之立法行政。其主要之法規。如各國之

議員選舉法是。

## 第二節 刑法

刑法者。規定犯罪與刑罰之法律也。由實質的意義言之。凡定有刑名之法律。皆爲刑法。然在形式的意義上。則刑法乃專指刑法法典而言者也。我國刑法。成於晚清。及入民國。乃刪除其迂於國體。害於政情者。頒爲暫行新刑律。迨國民政府成立後。以人事日新。該法漸不適用。復更易損益之。而爲現行刑法。於十七年三月十日公佈。七月一日施行。

對犯罪者科以刑罰。其根據何在。學者間主張不一。主張報復主義者。謂刑罰是基於正義而加於犯罪之報復。主張目的主義者。則謂刑罰乃以保社會國家之安寧秩序爲目的之手段。現行刑法係採目的主義。

對海陸軍刑法、懲治盜匪法、違害民國緊急治罪法、以及其他各種刑法法令而

言。則刑法爲普通法。現行刑法第一編名曰總則。就犯罪與刑罰爲一般的規定。如法例、文例、時例、刑事責任及刑之減免、未遂罪、共犯、刑名、累犯、併合論罪、刑之酌科、加減例、緩刑、假釋、時效等。是第二編名曰分則。具體的規定犯罪之特別構成要件。以及刑罰之種類與範圍。換言之。卽將總則中之一的規定。再於各個犯罪情形之下。爲具體的規定者也。以下就其大要敘述之。

## 第一 犯罪

### 甲 犯罪之意義

犯罪者。法律有明文科以刑罰之有責不法行爲也。第一。無論何種行爲。苟其行爲時之法律無明文。其行爲不爲罪。蓋已棄古昔之擅斷主義而採罪刑法定主義矣。第二。犯罪法律有明文之行爲。苟行爲者無責任能力。其行爲不爲罪。如未滿十三歲及心神喪失之人。爲刑法上無責任能力者。其行爲不罰。瘖啞人及心神耗弱人之行爲。減輕本刑。至於有責之行爲。亦須具備責任條件。卽須該行爲係基於故

意或過失也。犯罪人對於構成犯罪之事實。明知並有意使其發生者。謂之故意。（第二六條）雖非故意。然按其情節應注意且能注意而不注意者。謂之過失。過失而成爲犯罪。惟在失火、過失決水、過失殺傷等少數情形時如是。第三。非不法之行為。不爲罪。（一）屬於依法令或正當業務之行為。不罰。（三四條）（二）屬於依上級公務員命令之職務上行爲。不罰。（三五條）（三）屬於正當防衛之行為。不罰。所謂正當防衛者。卽對於現在不法之侵害。而出於防衛自己或他人權利之行為也。（三六條）（四）屬於緊急行為。不罰。所謂緊急行為者。卽因救護自己或他人生命身體自由財產之緊急危險。而出於不得已之行為也。（三七條）

## 乙 犯罪之種類

犯罪可爲種種之分類。其主要者如次。

### （一）故意犯罪與過失犯

因故意而成立之犯罪。謂之故意犯。因過失而成立之犯罪。謂之過失犯。前者又

稱爲有意犯。後者又稱爲無意犯。

(二) 普通犯與特別犯

普通刑法所規定之犯罪。謂之普通犯。陸海軍刑法及其他特別法令所規定之犯罪。謂之特別犯。犯特別法中之警察法規者。又特稱之爲違警犯。

(三) 作爲犯與不作爲犯

因積極的行爲而成立之犯罪。謂之作爲犯。如殺傷他人者是。因消極的行爲而成立之犯罪。謂之不作爲犯。如不供食而致人於死者是。不作爲。由於爲此行爲之人不同。有成爲犯罪者。有不成爲犯罪者。例如人欲自殺。其負有監督之責任人。見之而不救。卽成爲犯罪。若一般人見之而不救。斯不成爲犯罪也。

(四) 國事犯與常事犯

對於政治秩序之犯罪。(內亂罪、外患罪) 謂之國事犯。又稱政治犯。此外之犯罪。則稱爲常事犯或非國事犯。



(五) 親告罪與非親告罪

檢查官須待告訴而始起訴之犯罪。(例如妨害名譽及信用罪、妨害秘密罪等。)  
謂之親告罪。不待告訴而起訴之犯罪。謂之非親告罪。犯罪以後者爲多。

(六) 卽成犯與繼續犯(附連續犯、慣行犯)

卽成犯者。一達既遂狀態而卽完結其犯罪行爲之犯罪也。多數之犯罪。皆屬之。  
繼續犯者。達於既遂狀態之後。尙繼續其犯罪狀態於若干時間之犯罪也。如私禁  
罪是。卽關於犯罪之公訴時效。自犯罪成立之日起算。繼續犯則自繼續事實最終  
之日起算之。就廣義言。連續犯與慣行犯。亦包於繼續犯之內。連續犯者。卽一次爲  
之固成一罪。而數次爲之仍爲一罪也。如和姦罪是。慣行犯者。卽須時常反復爲同  
一犯行而始成立之犯罪也。如常業賭博罪是。

(七) 現行犯與非現行犯

現行犯者。犯罪在實施中或實施甫終而卽被發覺之犯罪也。否則謂之非現行

犯。

(八) 牽連犯與非牽連犯

一行爲而犯數項罪名。或以犯一罪之方法或其結果而犯他項罪名者。謂之牽連犯。牽連犯從一重處斷。(七四條)非然者。則謂之非牽連犯。例如一擊而發生殺人及損壞之結果。則以殺人一罪論。又如施暴行而盜取財物。雖兼犯暴行罪強盜罪。但僅以強盜一罪論。

(九) 一罪犯與併合論罪犯

併合論罪犯者。在裁判宣告以前。觸犯數罪之犯罪也。即暫行新刑律之所謂俱發罪。所不同者。暫行新刑律對於俱發罪。以裁判確定前所犯之罪爲限。而現行刑法。則僅以裁判宣告前所犯之罪爲限耳。併合論罪。雖爲各別之犯罪。然刑法對於處斷。則設有特別之規定。例如宣告之最重刑爲死刑或無期徒刑者。不執行他刑是也。

(十) 初犯與累犯

已受徒刑之執行。而再犯有期徒刑以上之罪者。謂之累犯。刑法對於累犯。予以加重之處罰。

(十一) 單獨犯與共犯

單獨犯者。一人犯罪之謂也。二人以上共同犯一罪時。謂之共犯。共犯有三種。(一) 二人以上共同實施犯罪之行爲者。皆爲正犯。各科其刑。例如共同殺人是。(二) 教唆他人。使其實施犯罪之行爲者。謂之教唆犯。被教唆者固爲正犯。教唆者亦準於正犯。教唆教唆者亦同。(三) 幫助正犯者。謂之從犯。例如供刀於人。而明知其用以殺人者。是從犯之刑。按正犯之刑減輕。教唆從犯者。亦準於從犯。但在犯罪實行終了之後。而關聯於是項犯罪行爲所生之犯罪。已非從犯而爲獨立之犯罪矣。例如藏匿犯人是。又如在實施犯罪行爲之際。爲直接及重要之幫助者。以正犯論。

(十二) 既遂犯與未遂犯 (附中止犯不能犯)

既遂犯者。犯罪者完全成功其希望之謂也。夫犯罪之完結。有其種種階段。普通皆係先有預備或陰謀。繼之以著手實行。由是而遂其犯罪者也。所謂預備。即準備犯罪實行或使其容易之行爲。例如某甲爲殺人而購買利刃是。蓋即犯罪著手前之準備行爲也。所謂陰謀。即二人以上對於犯罪交換意思之謂也。預備及陰謀。原則上不加處罰。惟於情節重大之犯罪。特設處罰之明文。例如預備殺尊親屬者。處罰是也。(二八三條) 若已接近於構成犯罪之行爲。則屬於著手犯罪之實行矣。例如偷兒以手插入人之荷包。偷兒已將荷包中之財物竊取終結時。則犯罪要件已屬完備。即所謂既遂矣。

然若已著手於犯罪之實行。而因意外之障礙。以致未完成其犯罪者。則謂之未遂犯。未遂犯之處罰。以有特別規定者爲限。未遂犯可分爲著手未遂與實行未遂二種。著手後。因意外之障礙。致未終結其實行者。謂之著手未遂犯。例如持刀殺人。

爲人捉住其手。或被殺之人覺而逃走者。是實行雖終結。因意外之障礙。致實行未生效果者。謂之實行未遂犯。例如以殺人爲目的而飲人以毒。因被殺者服解毒劑而致不死者是。

已著手於犯罪之實行。而因已意中止者。謂之中止犯。現行刑法列之於未遂罪中。中止犯得減輕或免除本刑。（四十一條）例如以毒藥飲人。隨卽進以解毒劑者。是。

不能犯與未遂犯及中止犯不同之點。卽在未遂犯及中止犯。係因意外障礙或已意中止而未遂。不能犯則因行爲之性質上。不能生結果也。不能犯可分爲絕對不能與相對不能二種。而此二種中。又各有犯罪客體不能與犯罪手段不能之別。例如欲殺之人爲死體。此爲客體的絕對不能。蓋犯罪之客體。絕對不存在也。然若開槍殺某室之人。其人己不在室。此爲客體的相對不能。卽犯罪之客體。不存於預期之場所也。又如誤認糖爲毒藥。以之飲其所欲殺之人。致未發生結果。此爲手段

的絕對不能。蓋以糖構成毒殺罪之事實。絕對無之也。然若飲人以性質上可致之於死之毒藥。因分量不足。或分量雖足而因其人之體質健強。不能達到殺人之目的。此爲手段的相對不能。蓋僅因分量失宜或被殺者體質特別而未生結果也。

關於不能犯之應否處罰問題。有主觀說與客觀說二種見解。主張主觀說者。以不能犯之不能發生結果。原爲意料所不及。其犯意殊爲可惡。應一律作爲未遂犯處罰。主張客觀說者。則謂不能犯既不能發生犯罪之結果。卽其行爲與犯罪相去尙遠。應以對於社會之有無危險。爲處罰與否之標準。現行刑法。係採主觀主義。規定不能發生犯罪之結果者。亦爲未遂罪（三十九條）不過第四十條之但書。規定犯罪之方法。決不能發生犯罪之結果者。得減輕或免除本刑。則是對於手段的絕對不能犯。較寬待也。

## 第二 刑罰

### 甲 刑罰之意義及種類

刑罰者。即國家對於私人犯罪。剝奪其法益之一種制裁也。因法益之不同。而刑罰可分爲四種。即生命刑、自由刑、財產刑、名譽刑是。

現行刑法。分刑罰爲主刑與從刑。主刑爲可以獨立科罰之刑。計有五種。(一)死刑。(二)無期徒刑。(三)有期徒刑。(四)拘役。(五)罰金。從刑爲附隨於主刑而科之刑。計有二種。(一)沒收。(二)褫奪公權。

### 乙 緩刑、假釋、時效

刑罰之目的。在於維持安寧秩序。收感化主義之實效。非必須對於一切犯罪。均科刑罰也。故近代立法。皆設緩刑、假釋、時效等制度。

#### (一) 緩刑

刑罰非對於犯罪之報復手段。故須於執行刑罰之外。因情形而採取促使犯人改悔之方法。特別爲短期自由刑。反有使其沾染惡習之虞。故近代刑法。多採緩刑制度。

我國刑法規定受二年以下有期徒刑拘役或罰金之宣告者。若過去未曾受拘役以上刑之宣告。或前受拘役以上刑之宣告。而執行完畢或免除後三年內。未曾受拘役以上刑之宣告。得同時宣告緩刑。緩刑期間。爲二年以上五年以下。自裁判確定之日起算。受緩刑之宣告者。在此試驗期內。不爲法律所規定之犯罪。至期滿而未撤銷緩刑之宣告。則其刑之宣告爲無效。彼於是非所謂刑餘之人。而能爲自由的社會活動矣。但緩刑期內。若再犯罪而受有期徒刑以上之宣告者。則撤銷緩刑之宣告。（九十條至九十二條）

### （二）假釋

受徒刑之執行。而有悛悔實據者。無期徒刑逾十年後。有期徒刑逾二分之一後。由監獄官呈司法部。得准許其假釋出獄。此之謂假釋。假釋期內。若更犯罪而受拘役以上刑之宣告。或犯假釋管束規則者。得撤銷其假釋。（九十二條至九十六條）

### （三）時效



時效者。因時間之經過而免除起訴或刑罰執行之謂也。蓋雖有犯罪之事實。而經時已久。若尙加追訴。或科以刑罰。則反足以擾亂社會之秩序。對於犯人以外之人。有不利之虞焉。加之經時既久。以證言證據爲材料。亦頗危險。故時效之制乃生。

時效分爲行刑時效與起訴時效。雖受刑之宣告。若自裁判確定之日起。未在一定期間內執行。則其行刑權因時效而消滅（百零一條）自犯罪成立之日起。經過一定期間而未起訴者。其起訴權因時效而消滅（九十七條）

#### 第四節 訴訟法

法有實體法與手續法之別。前已言之矣。手續法中之主要者。卽爲民事訴訟法與刑事訴訟法。

民事訴訟法及刑事訴訟法。乃與法院組織法相輔而施其作用者也。我國法院

編制法。頒佈於前清宣統元年。民國成立。去其抵觸國體各條。餘仍繼續有效。民國三年。廢止初級審判廳。公佈縣知事審理訴訟暫行章程。四年六月。由司法部將法院編制法加以刪訂。呈准重刊。惟國民政府成立以來。已先後公佈國民政府組織法、司法院組織法。所定法院名稱。與法院編制法所載者不同。雖有法院組織法之擬制。而尙未公布。是則尙須有一度之修正。明矣。

我國法院。向分四級。卽初級法院、地方法院、高等法院、最高法院是也。（現難未設初級法院。而地方法院之簡易庭。固與初級法院之實質無殊。）凡由初級法院起訴者。不服時。可以上訴於地方法院。再不服。可以再上訴於高等法院而止。其在地方法院起訴者。不服時。可以上訴於高等法院。再不服。可以上訴於最高法院而止。此謂四級三審制。蓋審判機關雖有四級。而同一案件之審理。祇能經過三級也。至於何種案件。應以初級法院爲第一審。何種案件。應以地方法院爲第一審。法院編制法不曾明爲規定。而以之讓於訴訟法及其他法律。

初級法院爲獨任制。以推事一員行審判權。地方法院爲折衷制。視訴訟案件而定獨任或合議。(一)訴訟案件係第一審者。以推事一員行之。(二)訴訟案件係第二審者。以推事三員之合議庭行之。(三)訴訟案件係第一審而繁雜者。經當事人之請求。或依法院之職權。亦以推事三員之合議庭行之。高等法院及最高法院。均爲合議制。高等法院合議庭之員數爲三人。但對於第三審案件。亦得因情形增爲五人。

初級法院、地方法院、高等法院、對於事實問題及法律問題。均審判之。但第三審係專就法律上之問題。調查第二審法院判決之當否。而不涉及事實上之問題者。故最高法院惟法違背法律時。行使審判權。

以下試將我國民事訴訟法及刑事訴訟法之內容。略述之。

## 第一 民事訴訟法

民事訴訟法。即規定關於爭私權所爲之訴訟手續者也。規定私權實體之民法

商法等。謂之私法。而規定其運用之民事訴訟法。則屬於公法。蓋訴訟關係。乃因當事人請求國家權力之發動而生者也。

我國民事訴訟法。公布於民國十九年十二月二十六日。第一編爲總則。包含法院、當事人、訴訟標的之價額及訴訟費用、訴訟秩序等規定。第二編規定第一審程序。第三編規定上訴審程序。如第二審程序、第三審程序、抗告程序。皆包含於本編之中。第二審程序。爲當事人對於初級法院或地方法院之第一審法院未確定之判決。聲明不服而上訴於地方法院或高等法院之方法。第三審程序。爲當事人對於地方法院或高等法院之第二審未確定之判決。以違背法令爲理由。聲明不服而上訴於高等法院或最高法院之方法。抗告程序。乃對於下級法院或審判長所爲之裁定。聲明不服。由抗告法院就事實之認定。與法律之適用。調查該裁定之是否正當也。第四編規定再審程序。對於已經確定之判決。聲明不服而求法院再行審理者。謂之再審。所謂已經確定判決。卽係已逾上訴期間或審級已盡也。許其再

審者。以有特別情形者爲限。（四百六十一條）第五編規定特別訴訟程序。其中包含督促程序、保全程序、公示催告程序、人事訴訟程序。

督促程序者。即請求給付可代替物或有價證券之一定數量之通常訴訟。應屬於初級法院之事物管轄者。債權人得聲請法院發支付命令。著債務人於命令到後十五日內。清償請求並賠償所揭額之程序費用。或提出異議。違則爲宣示強制執行之裁定。保全程序者。即金錢請求或可易爲金錢請求之請求。雖未備強制執行之要件。而債權人得聲請假扣押以保全強制執行之程序也。公示催告程序者。應否允許公示催告之裁判上程序也。人事訴訟程序者。關於婚姻事件、繼承事件、親子關係事件、宣示亡故事件等裁判上之程序也。

## 第二 刑事訴訟法

刑事訴訟法者。規定國家刑罰權之實行之手續者也。我國現行刑事訴訟法。頒布於民國十七年七月二十八日。第一章爲總則。規定法院之管轄、職員之迴避、被告

之使喚及拘提、被告之詢問、被告之羈押、證人、鑑定人、扣押及搜索、勘驗、辯護、裁判、文件、送達、期限等。第二編爲第一審。規定偵查、起訴、審判、自訴等。第三編爲上訴。第二審。第三審皆包含其中。第四編爲抗告。第五編爲非常上訴。卽凡判決確定後。若發見其審判係違法者。得由最高法院檢察處提起非常上訴也。第六編爲再審。第七編爲簡易程序。所謂簡易者。卽法院得因檢察官之聲請。不經通常審判程序。逕以命令處刑也。施行簡易程序者。以最重本刑爲六月以下之有期徒刑。拘役或專科罰金之案件爲限。但須犯罪事實。據現存證據。已經明確者。或被告於偵查中自白者方。可。第八編爲執行。第九編爲附帶民事訴訟。卽因他人犯罪而受損失者。於刑事訴訟程序。得提起民事訴訟。對於被告及依民法負賠償責任之人。請求回復其損害也。

## 第五節 國際公法

國際公法者。規定國家間之權利義務關係者也。國際公法原非形式的法典。係由習慣及條約所成立。普通對於國際公法之說明。常分爲平時與戰時二部分。茲沿成例。先就平時國際公法與戰時國際公法。略加說明。次就國際聯盟一述之。

### 第一 平時國際公法

平時國際公法者。和平期中國際間之法律也。其主要部分。卽爲國家之基本權利、代表機關、條約及爭議處理方法等。

#### 甲 國家之基本權利

所謂國家之基本權利者。指國際法上之主體（國家）所當然享有之權利而言也。學者間對於基本權利之揭示。雖不盡同。但自衛權、獨立權、平等權、相互尊重權、自由交通權。則固一般所承認而無異論者也。

#### （一）自衛權

自衛權者。當危及國家安全之事變發生時。施行正當防衛之權利也。

## (二) 獨立權

獨立權者。國家對於內政外交。得自由行使其主權之權利也。但獨立權。有時亦受限制。如列強在中國之有領事裁判權及租界等。即爲顯著之事實。此爲不平等條約之所致。蓋例外也。

## (三) 平等權

平等權者。國家相互間對於某種權利。得同等享有及行使之權利也。如各國對於中立皆有同一之權利義務。各國會議時表決權皆同等。即是其例。

## (四) 相互尊重權

相互尊重者。彼此互相尊重威嚴之權利也。亦有列之於平等權中者。如元首外交使節、軍艦、軍隊、軍旗、國旗等。受他國尊重是也。

## (五) 自由交通權

自由交通權者。國家在公務上互相交通之權利。及各國國民互相交通之權利。



也。

## 乙 代表機關

元首有宣戰、媾和、締結條約之權。外交部長亦爲行使國家之國際的權利義務者。臨時派遣之外交使節，亦屬代表國家之機關。但此處所謂代表機關者，則指常駐外國之大使、公使及領事而言也。

### (一) 大使公使

大使、公使均爲常駐外國主持外交事務之官吏。公使有特任全權公使、公使代理公使之別。但由大使以至代理公使，其職務上並無何等實質的差別。惟待遇上分等差而已。再則代理公使所遞之國書，非由元首致元首，乃由外交部長致外交部長者，亦形式上不同之點也。甲國對於乙國派駐之大使或公使，雖有接受之義務。然有特別正當理由時，亦得不同意其人選。

大使館員及公使館員並其家庭、隨員人等，關於身體財產，均有特別之保障。最

主要者。即爲住宅之不可侵權及免稅權等。

## (二) 領事

領事。爲派駐外國主管本國人民通商航海事務之官吏。有時領事亦管司法事務。如列強在中國之領事。因各該本國在中國取得領事裁判權而兼理司法者是。將來撤銷其不平等條約。則領事自無兼理司法之權限。

領事有總領事。領事。副領事等區別。此外尙有設貿易事務官。名譽領事者。總領事不過較領事有若干重要之管轄。副領事則爲輔助總領事或領事者。總領事。領事。副領事均爲本國任命駐外之官吏。名譽領事則係囑託外國人請其代行領事職務者。新赴任之領事。須駐在國發給認可狀後。方開始執行其職務。駐在國對於新赴任之領事。普通皆發認可狀。但該領事若係曾經犯罪者。或於駐在國之安寧秩序有妨害之虞者。亦得拒絕之。

領事官亦準於外交官。享條約或慣例上之若干特權。

### 丙 條約

條約者。即國家間對於國際的權利義務彼此合意之謂也。但條約亦有非基於合意。而係一方強迫他方簽訂者。如列強與中國所訂之一切不平等條約。即是其例。條約因其內容之不同。而有修好條約、通商條約、媾和條約、同盟條約等名稱之別。

條約由各國有職權之機關決定後。經元首認可而發生效力。此種認可。名曰批准。有謂全權委員所決定者為案文。須批准後方能視為條約成立者。但既屬有權限之機關所決定。則條約即當由是成立。至於批准。不過賦與效力之形式耳。

### 丁 國際糾紛之處理

處理國際糾紛之方法。在平時。分和平方法與強制方法二種行之。

#### (一) 和平處理方法

根據海牙和平會議所決定之國際糾紛和平處理條約。和平處理方法。可分為

五種。卽斡旋、調停、國際審查、仲裁裁判、依照國際聯盟規約解決是也。(1) 斡旋者。卽第三國立於相爭國之間。以一方之意思達於他方。促致談判開始之行爲。而非直接干預談判者也。(2) 調停者。第三國爲助成解決。在相爭國間直接干預談判也。不問當事國之是否依賴皆爲之。(3) 國際審查者。當相爭國間對於事實問題之見解不同時。由國際審查委員會審查其事實也。此點亦係一八九九年之國際糾紛和平處理條約所規定。但此非裁判。故無若何拘束之力。(4) 仲裁裁判者。相爭國間爭執法律上之疑義時。由仲裁裁判官解決之也。據國際糾紛和平處理條約。各國間爲解決已起之糾紛及將來或可發生之糾紛。得締結仲裁契約。如當事國對於仲裁無特別之協定。則仲裁裁判於海牙常設仲裁裁判所爲之。國際聯盟規約。亦有此規定。(5) 國際聯盟解決糾紛之機關有三。卽由聯盟理事會調查後解決。及仲裁裁判與國際司法裁判所是也。俟於國際聯盟項內述之。

## (二) 強制處理方法

強制的解決國際糾紛之方法有三。報復、復仇、平時封鎖是也。(1)報復者在對方縱非違背國際法上之義務。而有不公平不利益之行爲時。被害國亦以同一或同種之行爲。促其反省而阻其不當行爲之謂也。例如甲國對於乙國之輸入品。課取重稅。或對乙國人民待遇不公允時。縱是甲國之權利。然究屬不當。故乙國亦以同一行爲報之。(2)復仇者。甲國違背國際法上之義務。而侵害乙國之權利時。即甲國之行爲。非僅不當且係不法時。乙國亦以同種或同程度之不法行爲。促其反省之方法也。例如甲國防害乙國人之交通。侵害乙國人之財產時。乙國人對甲國人亦以同種或同程度之其他不法行爲報之者是。復仇與報復相異之點。即在原因爲不法。及不限於以同種行爲促其反省也。(3)平時封鎖者。即平時以艦隊監視他國領海之一部或全部。而遮斷其交通之謂也。平時封鎖。有作復仇方法用之者。亦有作干涉手段用之者。如一千八百二十七年。英法俄艦隊封鎖希臘海岸。即對希臘獨立之干涉行爲也。

## 第二 戰時國際公法

戰時國際公法者。關於戰爭之法律也。規定國際法之主體間發生武力爭鬥時。所應遵守之各點。其內容大略如次。

### 甲 開戰之時期及方法

國際間發生糾紛之際。當事國雖應依可能的和平手段。以圖解決。但迫於不得已時。則送最後通牒。限於一定時間內爲確實之答覆。如不得滿足之答覆。卽行宣戰。此爲通常之秩序。但事實上。戰鬥行爲亦有不基於宣戰而開始者。如中日戰爭之役。日本先開始戰鬥行爲。而後宣戰。此次東北事件。日本無故實行強暴的軍事行動。而狡辯其爲正當防衛。然就原則言。此等行動。固屬不法也。蓋海牙第二次和平會議。曾明白規定不經宣戰。或有條件的宣戰。之最後通牒者。不採敵對行爲。

### 乙 開戰之效果

戰爭一開始。卽生種種之效果。茲舉其主要者言之。戰爭開始時。除有永久關係

者外。當事國間之一般條約。一律廢止或停止。外交機關撤銷。對於敵國人民之身體財產。得施非常的處置。交通、船舶、商業等等。皆受限制。此之謂入於交戰狀態。近世雖有尊重敵人私權身體財產之慣例。而最近歐洲大戰中之所謂文明國者。其處置乃竟背道而馳焉。

### 丙 關於海陸戰規則

關於戰爭行爲之法規慣例。主要者。爲一千八百九十九年及一千九百七年所規定之陸戰法規慣例。以及一千九百六年之紅十字條約。一千九百九年之倫敦宣言。一千九百七年。海牙和平會議所決定者尙多。關於害敵手段。對俘虜、死者、傷者、病者之待遇、突擊、圍攻、降伏、問牒、軍使、封鎖、禁制品、休戰、徵發敵人財產。以及其他。雖均有規定。而歐洲大戰時。却不少蔑視之者。

### 丁 局外中立

中立國者。不加入交戰關係之第三國也。不加入戰爭之國家。得宣布局外中立。

關於局外中立。有海牙第二次和平會議所結之中立國對陸海戰之權利義務條約、倫敦宣言等。中立國對於交戰國應維持和平關係。有制止在本國領土領海內作戰鬥行爲或戰鬥準備行爲、通過軍艦軍隊等權利義務。交戰國之軍隊若入中立國領土。中立國即解除其武裝。但傷者、病者、死者。中立國得准其通過。交戰國一方之軍艦。若在中立國港灣內。中立國須令二十四小時內退出。若交戰國兩方之軍艦同時在中立國港灣內。非在甲方軍艦出發二十四小時後。乙方軍艦不得出發。蓋防追及之而發生戰鬥也。

#### 戊 戰爭終結

戰爭之終結。通常由於媾和條約之締結。但亦有不因締結條約而終結者。如甲國征服乙國時。因乙國滅亡而戰爭終結。及事實上因停止戰鬥行爲而戰爭終結者。是。

戰爭終結後。交戰國間即恢復和平狀態。局外中立之權利義務。亦已解除。惟交



戰國間在開戰前所結之諸條約。其效力果應回復至如何程度。學者間殊聚訟紛紜耳。然實際上。媾和之後。一般條約均將改訂。此點實無研究之價值也。

### 第三 國際聯盟

國際聯盟成立於歐戰終結時。以一千九百一十九年之媾和條約而產生。由簽訂媾和條約之各國及同意於聯盟之國家所成立。現在德意志諸國均已加入。聯盟事務所設於瑞士日內瓦。茲將聯盟之組織及職務。略述於下。

#### 甲 國際聯盟之組織

聯盟之組織。分爲立法、行政、司法三部分。(一)聯盟總會。此爲立法部分。在定期間開會。爲協議聯盟之一切事務之機關。(二)聯盟行政會。此爲行政部分。爲聯盟國中所選出之理事國會議。(三)常設司法裁判所。此爲司法部分。設在海牙。爲解決各國家間之條約及其他國際法上之諸問題者。

#### 乙 國際聯盟之職務

國際聯盟之職務。在於維持國際間之和平。固無論矣。爲達此目的。於是限制軍備。及由行政會及常設司法裁判所判決後。不逾三月而訴之於戰爭者。視爲對聯盟全體之戰爭行爲。予以斷絕通商國交等制裁。

### 第三章 私法之主要系統及其重要內容

構成私法之主要系統者。爲民法、商法、國際私法。茲述其大要如下。

#### 第一節 民法

民法一語。就其實質的意義言之。乃指私法全部者。但在形式的意義上。則單指民法法典而言也。民法之編制。原有羅馬式德國式二種。羅馬式先爲關於身分之規定。次爲關於財產之規定。德國式則先爲關於財產之規定。次爲關於身分之規定。並設總則冠其首。載各種權利及法律關係所共通之規定。我國舊日之法律。民

刑混合。未曾區分。迨民刑各立草案。始見分立。國民政府成立以來。已採德國式。從新制定民法。次第頒行。計第一編曰總則。十八年五月二十三日公佈。第二編曰債。十八年十一月二十二日公佈。第三編曰物權。十八年十一月三十日公佈。第四編四親屬。十八年十二月二十六日公佈。第五編曰繼承。二十年一月二十四日公佈。依次述之於左。

## 第一 總則

### 甲 自然人及法人

私權之主體。換言之。能有私權及負擔私法上之義務者。惟自然人及法人而已。

#### (一) 自然人

關於自然人（人）之規定。載在第二章第一節。凡脫離母體後而生存者爲人。人之權利能力。始於出生。換言之。人一出生。卽有享權利負義務之資格也。今日之法制。無復若古之承認有所謂未具人格。僅屬能言工具之人（奴隸）矣。（第六

條)

然享有權利者。未必皆能行使其權利。人之可以獨立活動其權利義務之能力。謂之行爲能力。又簡稱之曰能力。

無完全行爲能力之人。謂之無能力者。無能力者在現行民法上有二種。卽未成年及禁治產人是也。(一) 未成年人云者。謂未滿二十歲之人也。未成年未滿七歲時。絕對無行爲能力。由其法定代理人代爲意思表示。並代受意思表示。其在七歲以上者。有限制行爲能力。若得法定代理人之允許。可爲意思表示及受意思表示。未滿七歲之未成年人所爲之意思表示無效。七歲以上之未成年人所爲之單獨行爲。未得法定代理人之允許者無效。(二) 禁治產人者。卽心神喪失。或精神耗弱不能處理事務者。已由其配偶或最近親屬二人。聲請法院宣告禁治產之人也。禁治產人所爲之意思表示無效。但禁治產之原因消滅時。應撤銷其宣告。(第十二條至第十六條)

人之人格權或姓名權受侵害時。得請求法院除去其侵害。並得請求侵害者給撫慰金或損害賠償。（第十八條第十九條）

人皆有住所。以久住之意思。住於一定之地域者。即認該地爲其住所。一人同時不得有兩住所。若係住所無可考者。或在中國無住所者。則以其居所爲住所。未成年人及禁治產人。以其法定代理人之住所爲住所。離開住所或居所而踪跡不明者。謂之失蹤。失蹤人失蹤滿一定之期間後。（普通十年。七十歲以上者五年。遭遇特別災難者三年。）法院得因利害關係人之聲請。爲死亡之宣告。

（二）法人

關於法人之規定。載在第二章第二節。法人者何。即法律上視爲有人格之一種機關也。法人在法令限制內。除專屬於自然人之權利義務外。有享受權利負擔義務之能力。法人有社團法人及財團法人之別。以人爲基本組織者。謂之社團法人。又有以營利爲目的。及以公益爲目的者。例如公司係以營利爲目的。學

會係以公益爲目的，以財產爲基本組織者，謂之財團法人。如學校慈善會等。是法人之設立，須向官廳立案。設立財團法人者，並須訂立捐助章程。載明法人目的及所捐財產。就法人之一切事務，對外代表法人者，由董事爲之。

## 乙 物

第三章爲關於物之規定。物有廣狹二義。廣義之物，包括宇宙間一切有體物無體物而言。狹義之物，則專指有體物而言也。

物有種種區別。其主要者，則爲動產與不動產。主物與從物。原物與孳息。（一）稱不動產者，謂土地及其定着物也。所謂定着物，即附屬於土地之上。非其自己或外界加以毀損，不能與土地分離之物也。如房屋等是。凡不動產以外之物，即凡可移動之物，皆稱爲動產。（二）主物者，謂供主體效用之物也。非主物之成分。常助主物之效用而同屬於一人者，謂之從物。主物與從物之別，如鑰匙與鎖之類是。（三）原物者，謂產生孳息之物也。如產桃之桃樹。產牛乳之牝牛是。孳息有天然孳

息與法定孳息之別。稱天然孳息者。謂果木動物之產物及其他依物之用法所收獲之出產物也。如牛乳爲牝牛之天然孳息。桃子爲桃樹之天然孳息。稱法定孳息者。謂利息、租金及其他因法律關係所得之收益也。利息爲原本之法定孳息。房租地租爲房屋土地之法定孳息。

### 丙 法律行爲

法律行爲者。以發生法律上之效力爲目的之意思表示也。如物品之買賣。婚姻之締結等是。法律行爲須依法定方式爲之。方能有效。法律行爲若違反強制及禁止之規定。或有背於公共秩序及善良風俗者無效。總則第四章。爲關於法律行爲之規定。分通則行爲能力、意思表示、條件及期限、代理、無效及撤銷各節。

#### (一) 行爲能力

行爲能力爲法律行爲成立之三要件（有行爲能力、行爲內容合法、有意思表示）中之第一要件。無行爲能力者。其所爲之意思表示無效。已於本節「第一」

之「甲」內言之矣。茲不贅述。

### (二) 意思表示

法律行爲須有意思表示。卽須表示其有欲生私法上之效力之意思也。意思表示不必爲屬於直接之明示者。能使人推測其意思之間接表示方法。亦可採用。例如債權人對於債務者。雖未明白表示允其展期清償債務。然若已逾還本之期。而收受本年中之利息。則是允其展至本年底清償之間接意思表示也。

意思與表示不一致時。其法律行爲不得謂之完全。故表意人與相對人通謀而爲之虛僞意思表示。無效。意思表示之內容有錯誤。表意人得將其意思表示撤銷之。又被詐欺或脅迫而爲之意思表示。表示人亦得撤銷之。

### (三) 條件及期限

爲意思表示者。得限制變更其意思表示所生之法律上效力。此種限制。名曰附款。附款之最重要者。爲條件及期限。



條件者。謂法律行為效力之發生及消滅。繫於不確定之未來事實也。條件有停止條件與解除條件之別。停止條件。為法律行為效力之發生所繫。解除條件。則為法律行為效力之消滅所繫者也。例如與人約。若在大學畢業時。考列第一名。當以千元與之。則此千元贈與契約效力之發生。繫於畢業考列第一名。即須贈與條件成就時。此契約始發生效力也。是謂停止條件。又如與人以千元而與之約。若大學畢業時。不能考列第一名。當收回之。則此千元贈與契約所已發生之效力。因不能考列畢業第一名而消滅。即解除贈與條件成就時。其契約效力隨而喪失也。是謂解除條件。附條件之法律行為。雖在條件成否未定前。當事人亦不得損害相對人因條件成就所應得之利益。因條件成就而受不利益之當事人。若以不正當行為。阻止條件成就者。視為條件已成就。因條件成就而受利益之當事人。若以不正當行為。促使條件成就者。視為條件不成就。

期限與條件相異之點。即期限之未來者。係為確定之事實。例如約來月一日出

賣此鐘。則效力須期限屆致時。始能發生。此種期限。謂之始期。又如贈人時鐘。而與之約。爾如死亡。贈與效力即行消滅。則效力因期限之屆滿而喪失。此種期限。謂之終期。前例曰附始期之法律行為。後例曰附終期之法律行為。

#### (四) 代理

代他人執行事務者曰代理。法律行為至爲繁多。非本人所能悉數爲之。於是代理之制生焉。代理人於代理權限內。以本人名義所爲之意思表示。無論於本人利益不利益。皆直接對本人發生效力。代理有法定代理與委任代理之別。由法律所授與之代理。謂之法定代理。如父母爲未成年子女之代理人。是由當事人之自由意思所授與之代理。謂之委任代理。如受他人之委託而爲其代理人是。

#### (五) 無效及撤銷

法律行為有因一定之原因。而無效或得撤銷者。無效之法律行為。如以違反公共秩序或善良風俗爲目的者。是此乃欠缺成立要件。自始即係當然不生效力之

行爲也。得撤銷之法律行爲。如被詐欺或脅迫而爲之意思表示是。此雖爲曾經有效之法律行爲。然因起於受詐欺或脅迫之原因。一經撤銷。視爲自始卽係無效之行爲也。

#### 丁 期日及期間

期日者。謂一定之時日也。由甲時間至乙時間。其中所經歷之時間。謂之期間。期日及期間。關係於權利之消長者甚大。故總則第五章。規定期間之計算法。

#### 戊 消滅時效

凡請求權經過一定之期間而不行使者。其請求權因時效而歸消滅。時效普通爲十五年。亦有五年及二年者。利息、紅利、租金、贍養費、退職金、以及一年以下之定期給付債權。其請求權因五年間不行使而消滅。旅館等住宿費、飲食費、座費、消費物之代價及其墊款。連送費及運送人所墊之款。以租賃動產爲營業者之租價。醫生等之診費、藥費、報酬及其墊款。律師、會計師、公證人之報酬及其墊款。當事人收

回所交律師會計師公證人之物件。技師承攬人之報酬及其墊款。商人製造人手工業人所供給之商品及產物之代價。其請求權因二年間不行使而消滅（第一百二十五條至第一百二十七條）

消滅時效因請求承認起訴等事由之一而中斷。時效中斷者自其中斷原因終止時起重新計其時效。

因一定之事由而時效之進行一時休止者謂之時效不完成。時效不完成與中斷異。不過延遲其完成而已。蓋休止事由終止時仍繼續進行其時效也。例如時效之期間終止時因天災或其他不可避之事變致不能中斷其時效者自其妨礙事由消滅時起一個月內其時效不完成之類是也（參照第一百三十九條至一百四十三條）

時效完成後債務人得拒絕給付。主權利因時效而消滅者其效力及於從權利。已 權利之行使

權利之行使。不得以損害他人爲主要目的。若因正當防衛或緊急危難而損害他人者。不負損害賠償之責。

## 第二 債

債者。包債權債務而言也。債權爲財產權之一種。卽使人爲一定之行爲。或不爲一定之行爲之權利也。有此權利者爲債權人。負此義務者爲債務人。甲以銀錢貸乙。則甲有使乙爲償還之一定行爲之權利。是甲爲債權人。乙爲債務人矣。張某與其鄰地之李某訂立契約。在一定期間內。李某不建築房屋牆壁。以免妨礙其觀望。則張某在一定期間內。有使李某不爲建築房屋牆壁一定行爲之權利。是張某爲債權人。李某爲債務人矣。債務人任意不履行債務時。債權人得訴之於公力。強制履行債務。及請求賠償因不履行而生之損害。

我國民法債編。計分二章。第一章曰通則。第二章曰各種之債。以下試略述其內容。

## 甲 通則

通則所規定者。爲債之一般。如債之發生、債之標的、債之效力、多數債權人及債務人債之移轉、債之消滅、是也。

### (一) 債之發生

債之發生。原因甚多。有由於契約者。如訂立借約是。契約之成立。以當事人互相表示意思一致時爲準。至於其所表示之方法。究爲明示。抑爲默示。不問也。廣告懸賞。亦爲契約之一種。懸賞者對完成其所指定之行爲之人。負給付之義務。有由於無因管理者。所謂無因管理。卽未受委任並無義務。而爲他人管理事務之謂也。例如在他人外遊期內。未受其委託。且無法律上之義務。而爲之管理財產者。是。本人對於管理者所支出之必要或有益費用。負償還之義務。有由於不當得利者。所謂不當得利。卽無法律上之原因。而受利益。致他人受損害之謂也。不當得利之受領人。負返還其所受利益之義務。若本於該利益更有所取得者。亦應返還之。有由於

侵權行爲者。所謂侵權行爲。卽因故意或過失。不法侵害他人權利之謂也。不法行爲者。負損害賠償之責任。

(二) 債之標的

債之標的。給付是也。債務人基於債之關係。得向債務人請求給付。但給付須爲可能與合法。內容須爲確定。方能成立。例如以挾泰山超北海爲給付之目的。是給付之不可能。則給付不能成立。又如賭博爲不合法的。若給付爲還賭債。則給付亦不能成立。又如甲乙相約。乙在某種期內付甲若干物件。則給付因期間無定。物件之種類無定。數目亦無定。自亦不能成立。蓋不可能及內容不確定。皆無事實上之拘束力。其不合法者。則失公益上之拘束力也。

債之標的。有係特定給付物者。有非特定給付物者。有以金錢爲給付者。有就數宗給付中選定其一者。民法債編中均有詳明之規定。關於利息。亦規定甚詳。

(三) 債之效力

債之關係。即某人要求他人爲一定之行爲。或不爲一定之行爲之法律關係也。在要求者方面。謂之行使債權。在行爲者方面。謂之履行債務。惟行使債權履行債務。均應本乎誠實及信用方法。

但債務人往往有完全不履行給付者。或不完全履行給付者。或遲延履行給付者。於是請求損害賠償。解除契約之效力生焉。至於遲延給付之責。若在債權人。則債務人亦得請求其賠償。可以提出及保管給付物之必要費用。

法律爲妨止債務人之履行能力減少。又設保全方法以保護債權人。一爲債務人怠於行使其權利時。債權人爲保全債權。得以自己之名義。行使其權利。一爲債權人所爲之法律行爲。有害於債權者。債權人得聲請撤銷之。

#### (四)多數債務人及債權人

在債之關係上。有數人同負一債務者。亦有數人享有同一債權者。數人同負一債務。明示對於債權人各負全部給付之責任者。謂之連帶債務。連帶債務之債權



人得對於債務人中之一人或數人或其全體同時或先後請求全部或一部之給付。例如甲乙丙共欠某人銀元三百元。某人對甲對乙對丙均可向其索還全額或一部分。先後向甲乙丙索還固可。同時向甲乙丙索還亦可。蓋債權人對人對時對額均有選擇權也。數人有同一債權而各得向債務人爲全部給付之請求者。謂之連帶債權。連帶債權之債務人得向債權中之一人爲全部之給付。例如某人欠甲乙丙三人銀元三百元。某人無論向甲或向乙或向丙均可將三百元全額付之。數人負同一債務或享有同一債權而給付可分者。原則上應各平均分担或分受之。其給付爲不可分者。各債權人對債務人。惟得爲債權人全體請求給付。債務人亦惟得向債權人爲全體給付。

#### (五) 債之移轉

債之移轉者。即債權人將債權讓與於第三人。或債務人將債務卸於第三人承擔也。債權之讓與。非經讓與人或受讓人通知債務人。對於債務人不生效力。第三

人承擔債務人之債務。非經債權人承認。對於債權人不生效力。並於債權人之繼承人。當然承受債權。債務人之繼承人。當然承擔債務。此又不待言者也。

### (六) 債之消滅

債權基於左列原因之一而消滅。

1 清償。清償者。實現債之標的之謂也。依債務本旨。向債權人或其他有受領權人爲清償。經其受領者。債之關係消滅。債之清償。普通雖由債務人本人爲之。但除當事人另有訂定。或依債之性質。不得由第三人清償者外。第三人亦得代債務人爲清償。蓋債權人惟求實現債之內容。至於實現者何人。不必問也。

2 提存。提存者。清償人將給付物提存於法定提存所之謂也。清償人在債權人受領遲延。或不能確知孰爲債權人而難於給付時。得將其給付物爲債權人提存之。提存後。給付物毀滅損失之危險。由債權人負擔。債務人亦無須支付利息。

3 抵銷。抵銷者。二人互負債務。而其給付種類相同。並均屆期償還者。雙方對

於等額均不履行債務之謂也。夫債權人對於債務人既亦負有債務人對自己所負之同一種類之債務而必欲一一履行自己之債務。一一行使自己之債權。迂拙孰甚。此時若在債權債務之相等範圍內互相抵銷。實於雙方皆無害。且實際上有不少之便利。此所以有抵銷之規定也。但債務之性質。若不能抵銷。自不適用此規定。

4 免除 免除者。債權人向債務人表示免除其債務之意思也。若此者。債之關係歸於消滅。

5 混同 混同者。在同一債之關係上。債權債務同歸一人之謂也。此時債之關係當然歸於消滅。

## 乙 各種之債

債編第二章所規定。爲各種之債。計分二十四節。茲擇要述之。

### (一) 買賣

買賣者。當事人約定。一方移轉財產權於他方。他方支付價金之契約也。物之出賣人。負交付其物於買受人。並使其取得該物所有權之義務。買賣標的物自交付於買受人之時起。其危險由買受人負擔。出賣人因買受人請求將標的物送於清償地以外之處所。而交付標的物於運送承攬人者。自交付時起。危險由買受人負擔。但出賣人若無緊急之原因。而違背買受人所特別指示之送交方法者。其危險應由出賣人負擔。

## (二) 贈與

贈與者。當事人一方以自己之財產。對他方爲無償給與之意思表示。經他方允受而生效力者也。未立字據之贈與。或非爲履行道德上義務之贈與。在贈與物未交付前。贈與人得撤銷其贈與。若已支付一部分。其餘未交之部分。得撤銷之。贈與人於贈與約定後。經濟狀況若顯有變更。將因贈與而使其生計不能維持。或妨礙其扶養義務之履行。得不履行贈與。贈與附有負擔者。受贈人應履行其負擔。否則

贈與人得撤銷贈與。但贈與不足以償其負擔者。受贈人僅於贈與之價值限度內。有履行其負擔之責任。

### (三) 租賃

租賃者。當事人約定一方以物租與他方使用收益。他方支付租金之契約也。租賃契約之期限。不得逾二十年。蓋以長期之租賃。有礙於利用改良。殊非經濟上之得策也。出租人於租賃物交付後。縱將該物之所有權讓與第三人。其租賃契約對受讓人仍繼續有效。租賃物有修繕之必要。應由出租人負擔者。承租人得限期催告修繕。如逾期不理。承租人得自行修繕而請求出租人償還費用。租賃物除房屋外。承租人非經出租人承諾。不得將其物轉租於他人。承租人因自己之事由不能使用租賃物全部或一部者。不得藉此免出租金之義務。

### (四) 借貸

借貸有使用借貸與消費借貸之分。使用借貸者。一方以物無償貸與他方使用。

他方於使用後返還其物之契約也。借用人應依約定方法使用借用物。無約定方法者。應依借用之性質而定之方法使用之。否則貸與人得收回其物。借用人非經貸與人之同意。不得允許第三人使用借用物。否則貸與人得收回其物。貸與人因不可預知之情事。自己須用借用物時。或借用人怠於注意。致借用物毀損或有毀損之虞時。或借用人死亡時。均得收回借用物。

消費借貸者。當事人約定一方移轉金錢或其他代替物之所有權於他方。他方以種類、品質、數量相同之物返還之契約也。借用人不能以種類、品質、數量相同之物返還者。應以該物在返還時。返還地所應有之價值償還之。

#### (五) 僱傭

僱傭者。當事人約定一方於一定或不定之期限內。爲他方服勞務。他方給付報酬之契約也。僱用人非經受僱人同意。不得將其勞務請求權讓與第三人。受僱人非經僱用人同意。亦不得使第三人代服勞務。蓋僱傭契約之締結。係着眼於當事

人。有不欲第三人代理之性質也。僱用人自己受領勞務遲延者。不得請求受僱人補服勞務。但受僱人仍得請求報酬。僱傭當事人之一方。若遇重大事件發生。縱僱傭契約定有期限。仍得於期限屆滿前終止之。

(六) 承攬

承攬者。當事人約定一方爲他方完成一定之工作。他方於工作完成後。給付報酬之契約也。工作毀滅損失之危險。在定作人受領前。由承攬人負擔。如定作人到期不領。以後發生之危險。卽由定作人負擔。承攬工作結果之良否。關係於定作人之利害者甚大。但定作人若吹毛求疵。故與承攬人爲難。則承攬人亦不堪其苦。故民法對於瑕疵詳爲規定。

(七) 委任

委任者。當事人約定一方委託他方處理事務。他方允爲處理之契約也。委任人指定一項或數項事務以委任之者。謂之特別委任。特別委任之受任人。在處理委

任事務上得爲委任人爲一切必要之行爲。委任人就一切事務以委任之者。謂之概括委任。概括委任之受任人。雖得爲委任人爲一切法律行爲。但出賣不動產或在不動產上設定負擔。租賃不動產之期限逾二年。以及贈與和解起訴提付仲裁等事。須有委任人之特別授權。始能爲之。受任人處理委任事務。應依委任人之指示。並與處理自己事務爲同一之注意。

#### (八) 經理人及代辦商

經理人者。有爲商號管理事務及爲其簽名之權利之人也。代辦商者。非經理人而受商號之委託於一定處所或一定區域內。以該商號之名義。辦理其事務之全部或一部之人也。經理人或代辦商。非得其商號之允許。不得爲自己或第三人經營與其所辦理之同類事業。亦不得爲同類事業公司無限責任之股東。

#### (九) 居間

居間者。當事人約定一方爲他方報告訂約之機會。或爲訂約之媒介。而他方給



付報酬之契約也。居間人因媒介而應得之報酬。原則上。由契約當事人雙方平均負擔。因婚姻居間而約定報酬者。其約定無效。居間人關於訂約事項。應將其所知者。據實報告於各當事人。不得爲無支付能力之人作媒介。

(十) 寄託

寄託者。當事人約定一方以物交付他方。他方允爲保管之契約也。受寄人非經寄託人之同意。不得自己使用或使第三人使用寄託物。寄託物返還之期限。雖經約定。而寄託人仍得隨時請求返還。此蓋由於寄託者。乃爲便利於寄託人之契約也。未定返還期限者。受寄人得隨時返還寄託物。

(十一) 運送營業

運送者。運送物品及旅客也。營運送業而受運費之人。謂之運送人。運送人交與託運人之提單及旅客之票收據。或其他文件上。雖有免除或限制責任之記載。若不能證明託運人或旅客。對於免除或限制責任之點。曾經明示同意。不生效力。

## (十二) 合夥

合夥者。二人以上互約出資。以經營共同事業之契約也。合夥人之出資。不以金錢或其他財物者。得以勞務代之。合夥非離合夥人而獨立有法人之資格者。故各合夥人之出資及其他合夥財產。爲合夥人全體之共同所有。合夥事務之執行。若無契約爲特別之規定。由合夥人全體共同爲之。合夥之損益分配。如未經約定者。按照各合夥人出資額之比例定之。其僅就利益或損失所定之分配成數。視爲損益所共通之分配成數。但以勞務爲出資者。若合夥人間無特別之規定。不受損失之分配。

合夥非法人。故合夥之權利義務。仍不外於合夥人之權利義務。於是關於合夥財產不足清償合夥之債務時。有採分擔主義者。由合夥人分擔其債務。有採連帶責任主義者。各合夥人對於債務負連帶責任。我國民法。係採連帶責任主義。

合夥因合夥存續期間屆滿。或合夥人全體同意解散。或事業已經完成或不能

完成而解散。該合夥於是完全消滅。合夥人若中途退夥者。雖對於合夥契約已經脫離關係。但對於退夥前合夥所負之債務。仍應負責。

(十三) 和解

和解者。當事人約定互相讓步以終止爭執。或防止爭執發生之契約也。爭執一起。易滋訴訟。耗時費財。且妨害雙方之感情。殊不足取。於是和解尙矣。和解有使當事人所拋棄之權利消滅。及使當事人取得和解契約所訂明權利之效力。

(十四) 保證

保證者。當事人約定一方於他方之債務人不履行債務時。由其代負履行責任之契約也。但債權人若未就債務人之財產。強制執行而無效果之前。保證人得拒絕代為清償。債務人就其債之發生原因之法律行為。有撤銷權者。保證人對於債權人亦得拒絕清償。保證人代債務人清償後。在其清償之限度內。替代債權人享受債權。

### 第三 物權

物權者。於特定有體物之上。直接行使之絕對的財產權也。物權除法律有規定者外。不得創設。茲將我國民法所規定之物權。列舉於左。

#### 甲 所有權

所有權者。對目的物得自由使用收益處分之權利也。爲物權中最有强大效力者。以所有之意思。五年間和平公然占有他人之動產者。取得其所有權。以所有之意思。二十年間和平繼續占有他人未登記之不動產者。得請求登記爲所有人。以所有之意思。十年間和平繼續占有他人未登記之不動產。而其占有之始。爲善意並無過失者。得請求登記爲所有人。以所有之意思。占有無主之動產者。取得其所有權。拾得遺失物報告警署或自洽機關。六個月內無人認領者。由警署將該物或其拍賣所得之價金。交拾得人所有。發見埋藏物而占有者。取得其所有權。但若係發見於他人所有之動產或不動產中。則發見人與該動產或不動產之所有人。各

取得埋藏物之半。動產因附合而爲不動產之主要成分者。其動產之所有權歸不動產所有人。動產與他人之動產附合。不便於分離（或須毀損。或需費過大）者。各動產所有人按其動產附合時之價值。共有合成物。但附合之動產中。若有可視爲主物者。該合成物之所有權歸主物所有人。加工於他人之動產者。其加工物之所有權歸材料所有人。但因加工而增之價值。若顯然超越材料之價值。則加工物之所有權歸加工人。果實自落於鄰地。而鄰地爲私人所有者。其自落之果實屬於鄰地。

所有權得數人共有之。是謂共有。各共有人按其應有之部分。對於共有物之全部。有使用收益之權。然數人之權利行使於同一物之上。則甲共有人行使其權利時。殊不能不顧及乙丙等共有人之權利也。故民法對共有。特設一節規定之。

## 乙 地上權

地上權者。以在他人土地上有建築物或其他工作物或竹木爲目的。而使用其

土地之權利也。地上權之存續期間。法律無規定。由當事人間合意定之。地上權不因工作物或竹木之滅失而消滅。

### 丙 永佃權

永佃權者。支付佃租永久在他人土地上爲耕作或牧畜之權利也。取得永佃權者。謂之永佃權人。永佃權人。因不可抗力。如天災兵禍等。致其收益減少或全無者。得請求減少或免除佃租。永佃權人。不得將土地出租於第三人。

### 丁 地役權

地役權者。以他人土地供自己土地便宜之用之權利也。例如甲地由乙地引水之權利。爲甲地之便利而通過乙地之權利等。是也。受便利之地曰需役地。供便利之地曰供役地。取得地役權者。謂之地役權人。地役權人應擇於供役地損害最少之處所及方法。以爲行使或維持其權利所必要之行爲。

### 戊 抵押權

抵押權者。對於債務人或第三人。不移轉占有而供擔保之不動產。得就其賣得價金受清償之權利也。抵押權人於債權已屆清償期而未受清償者。得聲請法院拍賣抵押物。就其賣得之價金受清償。不動產所有人。因擔保數債權而在同一不動產上。設定數抵押權者。須以登記之後先爲序。故該抵押物拍賣所得之價金。應按各抵押權人之次序分配之。次序同者。平均分配之。

### 己 質權

質權者。因擔保債權。而占有債務人或第三人所交之物。得就其賣得價金受清償之權利也。爲質權之標的物者。不僅動產而已。凡可讓與之債權及其他權利。均得爲質權之標的物。前者曰動產質權。後者曰權利質權。除當事人間有契約訂定者外。質權人得收取質物所生之孳息。此種孳息。先抵收取孳息之費用。次抵原債權利息。次抵原債權。質權人於質權存續中。得以自己之責任。將質物轉質於第三人。但因轉質而受之損害。雖屬不可抗力者。亦應負責。質權人於債權已屆清償期

而未受清償者。得拍賣質物。就其賣得之價金受清償。

### 庚 典權

典權者。支付典價。占有他人之不動產。而爲使用收益之權利也。典權約定期限。不得逾三十年。其約定期限不滿十五年者。不得附有到期不贖。卽作絕賣之條款。典權定有期限者。期限屆滿後。出典人得以原價回贖典物。逾期二年不贖。典權人卽取得典物所有權。典權未定期限者。出典人得隨時以原典價回贖典物。其經過三十年不贖者。典權人卽取得典物所有權。典權存續中。因典權人之過失。致典物全部或一部滅失者。典權人於典價額限度內。負其責任。若係重大過失或故意滅失者。除以典價額抵償損害外。如有不足。仍應賠償。

### 辛 留置權

留置權者。債權人占有屬於債務人之動產。於未受清償前得留置其物之權利也。留置權之行使。須具有下列之要件。(一)債權已至清償期者。(二)債權之



發生與該動產有牽連之關係者。(三)其動產非因侵權行為而占有者。債權人於其債權未受全部清償前。得就留置物之全部。行使留置權。債權人對於留置物。有如下之權利。(一)得向留置物之所有人。請求償還因保管留置物所支出之必要費用。(二)得收取留置物所生之孳息。以抵償其債權。(三)債權已屆清償期時。得定六月以上之相當期限。通知債務人。如不於期內為清償。即就其留置物取償。

### 壬 占有

占有者。對於物有事實上管領之力之謂也。占有果為權利。抑屬事實。從來為學者間之爭論問題。我國民法。以占有原屬事實。故僅稱之曰占有。而不曰占有權。古者對於所有與占有。辨別不清。以為實力及於某物者。即為某物之所有人。今則認為實力得及於某物者。不必即為某物之所有者。苟其對於某物有事實上之管領力。即予以保護。故占有有人對於侵奪。或妨害其占有之行為。得以己力為之防禦。其

占有物被侵奪或妨害者。占有人得請求返還其占有物。或除去其妨害。（第九百六十條及九百六十二條參照）

#### 第四 親屬

民法第四編曰親屬。分通則、婚姻、父母子女、監護、扶養、家親屬會議各章。茲依次述其大略如左。

##### 甲 通則

親屬者。包含血親與姻親而言也。與己身有血統關係者。謂之血親。血親之配偶。配偶之血親及配偶之血親之配偶。謂之姻親。

血親有直系血親與旁系血親之別。直系血親者。己身所從出或從己身所出之血親也。旁系血親者。非直系血親而與己身出於同源之血親也。

親等之計算。直系血親從己身上下數。以一世爲一親等。旁系血親從己身數至同源之直系血親。再由同源之直系血親數至與之計算親等之血親。以其總世數

爲親等之數。例如叔姪爲旁系血親。其親等之計算。先向上數至叔姪所同源之直系血親。卽叔之父而姪之祖者。再向下一方數至叔爲一親等。一方數至姪則爲二親等。一加二爲三。卽叔姪爲三等親也。至於姻親之親等計算。如係血親之配偶。則從其配偶之親等。如係配偶之血親。則從其與配偶之親等。如係配偶之血親之配偶。則從其與配偶之親等。

親屬又有尊親屬與卑親屬之分。例如己身之祖父母、父母。謂之直系尊親屬。伯叔父母。謂之傍系尊親屬。己身之子孫。謂之直系卑親屬。侄子孫。謂之傍系卑親屬。

乙 婚姻

婚姻者。一男一女以畢生間之共同生活爲目的之法律關係也。民法對於婚約、結婚、婚姻之效力、夫妻財產制、離婚、均有規定。

(一) 婚約

男女相約互爲配偶之契約。謂之婚約。婚約應由男女當事人自行訂定。男未滿

十七歲。女未滿十五歲者。不得訂定婚約。未成年人訂定婚約。應得法定代理人之同意。

婚約當事人若有以下情形之一。他方得解除婚約。(1) 婚約訂定後。再與他人訂定婚約或結婚。(2) 故違結婚期約。(3) 生死不明已滿一年。(4) 有重大不治之病。(5) 有花柳病或其他廢疾。(6) 婚約訂定後。成爲殘廢。(7) 婚約訂定後。與人通姦。(8) 婚約訂定後。受徒刑之宣告。(9) 有其他重大事由。若無以上之理由。而違反婚約者。對於他方因此所受之損害。應負賠償之責。

## (二) 結婚

結婚。雖因公開之儀式及二人以上之證人而生效。但仍須具備以下之要件。(1) 男滿十八歲。女滿十六歲。(2) 未成年男女。須得法定代理人同意。(3) 非直系血親及直系姻親等之親屬。(4) 非重婚。(5) 非因姦判決離婚。或受刑之宣告者。與相姦者之間。(6) 女子自前婚姻消滅後。已逾六個月等類是也。

(九百八十條至九百八十八條)

此外尚有數種得請求撤銷之結婚。(1)當事人之一方於結婚時不能人道而不能治者。他方自知悉其不能治之時起。在三年內得請求撤銷。(2)當事人之一方於結婚時在精神錯亂中者。自常態恢復後。得於六個月內請求撤銷。(3)因被詐欺或脅迫而結婚者。得於發見詐欺或脅迫終止後。六個月內請求撤銷。

(三) 婚姻之普通效力

婚姻之普通效力如下。(1)除當事人另有訂定外。妻冠夫姓於其本姓之上。贅夫冠妻姓於其本姓之上。(2)除有不能同居之正當理由外。夫妻互負同居之義務。(3)妻以夫之住所爲住所。贅夫以妻之住所爲住所。(4)夫妻於日常家務互爲代理人。

(四) 夫妻財產制

夫妻間既爲共同生活。卽生一定之財產關係。故民法有夫妻財產制之規定。夫

妻於結婚前。或結婚後。得以契約就民法所定之約定財產制中。選擇其一。爲其夫妻財產制。其未以契約訂定者。則以法定財產制。爲其夫妻財產制。夫妻之一方受破產宣告時。則其夫妻之財產。當然成爲分別財產制。（一千〇九條）或因夫妻一方之請求。由法院宣告爲分別財產制。但以具有法定之情形爲限。如家庭生活費。而不爲給付之類是也。

1 法定財產制 依法定財產制之規定。結婚時屬於夫妻之財產。及婚姻關係存續中。夫妻所取得之財產。爲其聯合財產。聯合財產由夫管理。其管理費用。由夫負擔。妻在聯合財產中。仍保有其原有財產之所有權。惟其孳息。則歸屬於夫所有。且夫對該原有財產。有使用收益之權也。所謂原有財產者。卽妻於結婚時所有之財產。及婚姻關係存續中。因繼承或其他無償取得之財產也。但夫妻之法定的或合意的特有財產。不在此限。（第一千〇十三條一千〇十四條參照）

關於債務。由夫負清償之責者。爲（一）夫於結婚前所負之債務。（二）夫於

婚姻關係存續中所負之債務。(三)妻因日常家務代理行爲而生之債務。由妻負清償之責者。爲(一)妻於結婚前所負之債務。(二)妻因職務或業務所生之債務。(三)妻因繼承財產所負之債務。(四)妻因侵略行爲所生之債務。至於妻就其特有財產設定之債務。以及妻逾越日常家務代理權限之行爲所生之債務。則由妻僅就其特有財產負清償之責焉。

2 約定財產制 屬於約定財產制者。一爲共同財產制。二爲統一財產制。三爲分別財產制。

共同財產制者。夫妻之財產及所得。除特有財產外。合併之而屬於夫妻共同共有者也。共同財產由夫管理。其管理費用。由共同財產負擔。

統一財產制者。夫妻得以契約訂定。將妻之財產(除特有財產外)估定價額。移轉其所有權於夫。而妻取得該估定價額之返還請求權者也。

分別財產制者。夫妻分別財產。各保有其財產之所有權。管理權。使用收益權者。

也。

### (五) 離婚

立法例中有禁止離婚者。有須經判決方許離婚者。我民法承認夫妻兩願之離婚及判決上之離婚。夫妻兩願離婚者。得自行離婚。惟未成年人應得法定代理人之同意耳。夫妻之一方。有如下情形之一時。他方在一定條件之下。得向法院請求離婚。(1) 重婚。(2) 與人通姦。(3) 一方虐待他方至於不堪同居。(4) 妻虐待夫之直系尊親屬。或受夫之直系尊親屬虐待。致不堪為共同生活。(5) 以惡意遺棄他方面在繼續狀態中。(6) 意圖殺害他方。(7) 有不治之惡疾。(8) 有重大不治之精神病。(9) 生死不明已逾三年。(10) 被處三年以上之徒刑或因犯不名譽之罪而被處徒刑。兩願離婚或判決離婚後。關於子女之監護。除另有約定者從其約定外。由夫任之。但法院亦得為子女之利益。酌定監護人。關於判決離婚。尚有賠償損害或給與相當贍養費之規定。(一千〇五十六條。



一千〇五十七條。

丙 父母子女

父母子女。有基於血統者。有基於法律者。基於血統之子女。又有婚生子女與非婚生子女之別。婚生子女者。因婚姻關係受胎而生之子女也。否則謂之非婚生子女。非婚生子女。在下列情形之一下。視爲婚生子女。(一)生父與生母結婚者。(二)經生父認領者。其經生父撫育者。亦視爲認領。有下列情形之一者。非婚生子女之生母或其他法定代理人。得請求其生父認領。(一)受胎期間。生父與生母有同居之事實者。(二)由生父所作之文書。可證明其爲生父者。(三)生母爲生父強姦或略誘成姦者。(四)生母因生父濫用權勢成姦者。

基於法律者。養父母養子女是也。收養他人之子女爲子女時。其收養者爲養父或養母。被收養者爲養子或養女。收養者之年齡。應長於被收養者二十歲以上。養子女與養父母之關係。除法律另有規定外。與婚生子女同。收養關係。得由收養者

與被收養者雙方之同意而終止。或一方有虐待或重大侮辱及惡意遺棄等情形時。法院因他方之請求。得宣告終止之。(一千〇八十一條)

父母對於未成年之子女。有保護及教養之權利義務。父母爲其未成年子女之法定代理人。

#### 丁 監護

監護。有未成年人之監護與禁治產人之監護。未成年人之監護。對於未結婚之未成年人無父母。或雖有父母。而均不能行使負擔其對於未成年子女之權利義務時。須設置監護人。未成年人之監護人。有因特定事項。於一定期限內。由其父母委託他人爲之者。(一〇九二條)有由後死之父或母以遺囑指定之者。(一〇九三條)有依法定秩序爲之者。(一〇九四條)各依法律之所規定。至禁治產人設置監護人。依法定之次序。則首爲配偶。次爲父母。再次爲其同居之祖父母。更次爲家長。又其次爲後死之父或母以遺囑指定之人。如皆無之者。則由法院與親

屬會議。選定監護人。禁止產人之監護人。應爲受監護人之利益。接受監護人之財產狀況。護養療治其身體。

監護人爲受監護人之代理人。監護人若違反其義務時。親屬會議得撤退之。

#### 戊 扶養

扶養者。對於不能以自己之財產或勞務爲生活之親屬。供以生活資料也。（但直系血親尊親屬之受扶養則不以無謀生能力爲制）扶養之程度。按受扶養權利者之需要。與負扶養義務者之經濟能力及身分定之。負扶養之義務者。（一）直系血親相互間。（二）夫妻之一方。與他方之父母同居者。其相互間。（三）兄弟姊妹相互間。（四）家長家屬相互間。

負扶養義務者有數人時。或受扶養權利者有數人。而負扶養義務者之經濟能力不足扶養其全體時。則依親等之遠近。以定其履行扶養義務者及受扶養者之順序。其親等同一時。則各依經濟能力。分擔其義務。

## 己 家

家者。以永久共同之生活爲目的。而同居之親屬團體也。家置家長。同家之人除家長外。均爲家屬。關於家長之產生。由親屬團體中推定。或由最尊輩而年長者爲家長。以及家長與家務之關係。家務應由家長管理。但家長亦得以其一部家務。委託家屬處理。其管理家務。須注意家屬全體之利益。一一二四條至一一二六條。一已成年或雖未成年而已結婚之家屬。自己得請求由家分離。家長有正當理由時。亦得令其分離。

## 庚 親屬會議

親屬會議者。親屬會員。對於親屬繼承上之事項而爲合議之機關也。親屬會議以會員五人組織之。關於親屬會議之召集權。由當事人法定代理人。或其他利害關係人爲之召集。會員之資格。依親等而定。會議之決議。須有三人以上之出席。出席會員過半數之同意。其所議事件。果與會員有個人利害關係者。亦不得加入決

議。(一一二九條至一一三六條)

## 第五 繼承

民法第五編爲繼承。計分遺產繼承人。遺產之繼承。遺囑三章。依次略述於後。

### 甲 遺產繼承人

配偶有相互繼承遺產之權。(一一四四條)除配偶外。(一)直系血親卑親屬。(二)父母。(三)兄弟姊妹。(四)祖父母。依次爲遺產繼承人。無直系血親卑親屬者。在不違反關於特留分規定之範圍內。得以遺產之一部或全部。指定繼承人。直系血親卑親屬。雖均爲繼承人。然以親等近者爲先。直系血親卑親屬中。有於繼承開始前死亡或喪失繼承權者。由其直系血親卑親屬。代位繼承。其應繼分。同一順序之繼承人有數人時。除法律另有規定者外。按人數平均繼承。養子女之繼承順序。雖同於婚生子女。而其應繼分。則當婚生子女二分之一。惟在養父母無直系血親卑親屬爲繼承人時。始與婚生子女之繼承分同耳。

繼承權人如有故意致被繼承人或應繼承人於死。及以詐欺脅迫而妨害被繼承人或使其爲繼承遺囑等情形。其繼承權。即因之而喪失。繼承權被侵害者。被害人或其法定代理人。得在一定期間內。請求回復之。（一一四六條）

## 乙 遺產之繼承

遺產繼承。因被繼承人死亡而開始。其繼承人。并承受被繼承人財產上之一切權利義務。（一一四七條、一一四八條）繼承人有數人時。在分割遺產前。遺產全部爲各繼承人所共同共有。共同共有之遺產。得由繼承人中互推一人管理之。各繼承人對於被繼承人之債務。負連帶責任。

繼承人對於被繼承人之債務。應否完全負責。因各國之立法而異。有採絕對的限定繼承者。規定繼承人償還被繼承人所負之債務。以因繼承所得之遺產爲限。有採包括的繼承者。規定凡被繼承人所負之債務。均由繼承人完全負責。有採相對的包括繼承者。即原則上爲包括繼承。然繼承人得限定以因繼承所得之遺產。

償還被繼承人之債務。我國民法。即係採此制度。爲限定之繼承者。應於繼承開始時起。三個月內。開具遺產清冊。呈報法院。在此期內。繼承人不得償還被繼承人所負之任何債務。

繼承人數人共同共有之遺產。除法律另有規定。或契約另有訂定者外。繼承人得隨時請求分割之。（一一六四條至一一七三條）

繼承人得拋棄其繼承。拋棄繼承者。應於知悉其得繼承之時起。二個月內。以書面向法院。親屬會議。或其他繼承人爲之。（一一七四條至一一七六條）

繼承開始時。繼承人之有無。尙不明瞭者。其遺產由親屬會議選人管理。并須呈請法院爲公示催告。命繼承人於一定期限內。承認繼承。若期滿後。仍無繼承人承認時。其遺產於清償債權並交付遺贈之外。所賸餘者歸國庫。

丙 遺囑

遺囑爲重要之法律行爲。故須有行爲能力者。方能爲之。如未滿七歲之未成年

人及禁治產人。乃無行為能力人。均不得為遺囑。限制行為能力人。滿十六歲後。無須經法定代理人之允許。得為遺囑。

遺囑係要式行為。應履行一定之方式。遺囑之方式有五。(一)自書遺囑。(二)公證遺囑。(三)密封遺囑。(四)代筆遺囑。(五)口授遺囑。

自書遺囑者。由遺囑人親筆自書遺囑之全文。記明年月日。並親自簽名也。關於記明年月日及簽名之點。各式遺囑皆然。惟自書遺囑須遺囑人親筆為之。其他遺囑則無須遺囑人親筆記明年月日。並可以按指印代簽名也。

公證遺囑者。由公證人根據遺囑人之口述而筆記之也。公證遺囑應具之要件為(一)由遺囑人指定二人以上之見證人到場。(二)遺囑人在公證人前口述遺囑意旨。(三)由公證人筆記遺囑意旨。為之宣讀。講解。(四)經遺囑人認可後。記名年月日。由公證人見證人遺囑人同行簽名。(遺囑人不能簽名者。由公證人將其事由記明。使按指印代之。)



密封遺囑之要件有三。(一)遺囑人於遺囑上簽名後。將其密封。再於封縫處簽名。(二)指定二人以上之見證人。向公證人提出。陳述其爲自己之遺囑。(三)由公證人於封面記明該遺囑提出之年月日及遺囑人所爲之陳述。與遺囑人及見證人同行簽名。

代筆遺囑者。由遺囑人指定之見證人照遺囑人之口述意旨爲之也。代筆遺囑之要件有四。(一)由遺囑人指定三人以上之見證人。(二)由遺囑人口授遺囑意旨。(三)見證人中之一人筆記其意旨。爲之宣讀。講解。(四)經遺囑人認可後。記明年月日及代筆人之姓名。見證人全體及遺囑人同行簽名。(遺囑人不能簽名者。按指印代之。)

口授遺囑者。遺囑人因生命危急。或其他特別情形。不能依其他方式爲遺囑時。而爲之者也。口授遺囑。由遺囑人指定二人以上之見證人。口授遺囑意旨。由見證人中之一人。據實作成筆記。並記明年月日。與其他見證人同行簽名。

遺囑之效力。自遺囑人死亡時發生。蓋遺囑爲遺囑人生前處分死後之行爲。故非至遺囑人死亡時。不能發生效力也。遺囑所定遺贈。附有停止條件者。自條件成就時發生效力。條件若未成就。則遺囑人雖已死亡。仍不能發生效力。

遺囑既爲遺囑人死後方生效力。故遺囑須有執行之人。遺囑之執行人。遺囑人得以遺囑指定之。或委託他人指定之。遺囑未指定遺囑執行人。且未委託他人指定者。得由親屬會議選定之。不能由親屬會議選定者。得由利害關係人聲請法院指定之。

遺囑人之立遺囑。以自由爲原則。故亦任其自由撤銷遺囑。卽遺囑人在生前。隨時皆依遺囑之方式。撤銷遺囑之全部或一部也。遺囑亦有視爲撤銷者。(一)前後遺囑相抵觸時。其抵觸之部分。前遺囑視爲撤銷。(二)遺囑人於爲遺囑後所爲之行爲。與遺囑有相抵觸者。其抵觸之部分。遺囑視爲撤銷。(三)遺囑人故意破壞或塗銷遺囑。或在遺囑上記明廢棄之意思者。其遺囑視爲撤銷。

各國立法對於被繼承人所爲之遺贈。有採自由放任主義者。一任被繼承人之自由處分。不設特留分之規定。如英美是。有採強制遺留主義者。設特留分以限制被繼承人所爲之遺贈。如德法日等國是。所謂特留分者。卽被繼承人之生前。倘以其全部財產。爲遺贈於他人。則其繼承人。將無遺產可以維持生活。法律特爲規定。強制其保留財產一部分。以畀與繼承人。是爲特留分。我國民法係採第二之主義。爲特留分之規定。繼承人之特留分。有當其應繼分二分之一者。有當其應繼分三分之一者。前者爲直系血親卑親。父母配偶。後者爲兄弟姊妹。祖父母。應得特留分之人。如因被繼承人所爲之遺贈。致其應得之數不足者。得按其不足之數。由遺贈財產扣減之。受遺贈人若有數人。則應按其所得遺贈價額。比例扣減。

## 第二節 公司法 票據法 海商法

各國多有專爲商事而設商法者。凡商事必先適用商法。若商法無規定。方適用

民法。我國當國民政府制定民法時。雖已將商人通例及商行爲合併於民法中。無商法之名稱。然公司法、票據法、海商法等。則實質上仍係單行之商法也。

## 第一 公司

公司者。多數人之集團。於一定條件之下。以各人之出資。爲團體之資本。經營共同的營利事業。而分配其利益者也。公司分爲四種。(一) 無限公司。(二) 兩合公司。(三) 股份有限公司。(四) 股份兩合公司。

### 甲 無限公司

無限公司者。股東全體對於公司之債務。負連帶無限責任之公司也。無限公司亦有名之爲合名公司者。因外國多有合數股東之名以名公司也。無限公司與合夥略同。惟合夥僅爲契約關係。此則爲獨立之法人也。(第十一條至第六十九條)

### 乙 兩合公司

兩合公司者。以無限責任股東與有限責任股東。混合而組織之公司也。兩合公

司之股東對於公司債務一部分負連帶無限之責任。另一部分之責任則以其出資爲限。前者謂之無限責任股東。後者謂之有限責任股東。（第七十條至八六條）

#### 丙 股份有限公司

股份有限公司者以營利之目的。先定資本額。再就資本額分爲股份。各股東之責任。卽以此股份之額爲限之公司也。股份有限公司須有七人以上之股東。方得成立及存在。（第八十七條至一一四條）

#### 丁 股份兩合公司

股份兩合公司者以無限責任股東與股份有限責任股東聯合組織之公司也。此種公司在其股東之責任分爲有限無限上。有似兩合公司。在其一部分資本分爲股份上。有似股份有限公司。故名股份兩合公司。股份兩合公司之股東至少應有一人負無限責任。（第二一五條至二三〇條）

### 第二 票據

票據之種類不一。難得一共通之定義。然約言之。則票據乃簽名於票上者。依票上所載之文義。負責支付一定金額之有價證券也。票據之有流通性。殆與金錢無異。故須維持其流通以保信用。故票據之偽造。或票據上簽名之偽造。不影響於真正簽名之效力。票據經變造時。簽名在變造前者。依原有文義負責。簽名在變造後者。依變造文義負責。（不能辨別前後時。推定簽名在變造前。）

票據有匯票、本票、支票三種。

#### 甲 匯票

匯票者。發票人依一定之款式。約由一定之付款人支付一定金額之票據也。匯票由發票人簽名。其應記之事項如下。（一）表明其為匯票之文字。（二）一定之金額。（三）付款人之姓名或商號。（四）收款人之姓名或商號。（五）無條件支付之委託。（六）發票地及發票年月日。（七）付款地。（八）到期日（未載到期日者。視為見票即付。）

匯票依背書而轉讓。背書者。即受款人在匯票之背面或其黏單上。記載承讓人之姓名或商號及背書之年月日。由受款人簽名也。背書人亦得不記載被背書人。而僅簽名於匯票。是謂空白背書。執票人於匯票到期前。向付款人提示匯票。由付款人在票上簽名並記載文字表示承認付款。是謂承兌。承兌應在匯票上記載承兌字樣。其僅簽名而不記載者。視為承兌。執票人應於匯票到期日。或到期後二日內。為付款之提示。若匯票不獲承兌。或不獲付款。或無從為承兌之提示時。執票人應請求當地公證人或法院或商會或銀行公會。作成拒絕證書證明之。(第二一條至二六條)

乙 本票

本票者。發票人依一定之款式。約由發票人本身支付一定金額之票據也。本票由發票人簽名。其應記之事項如下。(一)表明其為本票之文字。(二)一定之金額。(三)受款人之姓名或商號。(四)無條件擔任支付。(五)發票地及發

票年月日。(六)付款地。(七)到期日。(未載到期日者。視爲見票即付。)

本票與匯票異。僅有發票人及收款人。而無付款人。且無承兌行爲。但見票後定期付款之本票。則有見票行爲也。其他大體準用關於匯票之規定。(一一七條至一二〇條。)

### 丙 支票

支票者。發票人依一定之款式。約由一定之付款人支付一定金額之票據也。支票由發票人簽名。其應記之事項如下。(一)表明其爲支票之文字。(二)一定之金額。(三)付款人之商號。(四)收款人之姓名或商號。(五)無條件支付之委託。(六)發票地及發票年月日。(七)付款地。

支票限於見票即付。其付款人以銀錢業者爲限。關於匯票之規定。多於支票準用之。(一二一條至一三八條。)

## 第三 海商



海商法之內容。乃規定海上商事及與此相關聯之各種事項者也。大要如左。

### 甲 船舶

船舶者。指在海上航行。及在與海相通能供海船行駛之水上航行之船舶而言也。但總噸數不及二十噸。或容量不及二百擔之船舶。專用於公務之船舶。以檣權爲主要運轉方法之船舶。三者皆不適用海商法之規定。

船舶在船上所應備之文書。爲（一）國籍證書。（二）通行證書。（三）海員名冊。（四）旅客名冊。（五）屬具目錄。（六）航海記事錄。船舶除法令有特別規定者外。非經登記領有國籍證書。不許航行。（一條至七條）

船舶所有權之移轉。須爲登記。未經登記者。不得對抗第三人。

船舶所有人對於他人所負之損害賠償債務等責任。以本次航海之船舶價值。運費及其他附屬費爲限。但若係本於船舶所有人之行爲或過失所生之債務。則不適用責任限制之規定也。

## 乙 海員

海員者。包括船長及其他船員而言也。關於船長船員之僱用。船長之權限及責任。船員之待遇。均須依法律之所定。（第三十九條至第六十九條）

## 丙 運送契約

關於運送。分爲貨物運送與旅客運送。貨物運送。有以件貨之運送爲目的者。有以船舶之全部或一部供運送爲目的者。船長於貨物裝載後。因託運人之請求。應發給載貨證券。載貨證券由船長簽名。其應記之事項如下。（一）船舶之名稱及國籍。（二）託運人之姓名住所。（三）貨物種類之品質。（四）裝載港及目的港。（五）運費。（六）載貨證券之份數。（七）填發之年月日。

船長應依船票所載。運送旅客至目的地。旅客之膳宿。包括於票價之內。若在航海中修繕船舶。而非以同等船舶完成其航海者。船長對於旅客。應無償供給居住飲食。（第七十條至一一二條）

丁 救助及撈救

船長對於淹沒或其他危難之人。在不甚危害其船舶船員旅客之範圍內。應盡力救助之。對於船舶或船舶上所有之財物。施以救助或撈救而有效果者。得請求相當之報酬。（第一二一條至一二八條）

戊 共同海損

共同海損者。在海難中。船長爲避免船舶及積貨之共同危險所爲之處分。而直接發生之損害費用也。共同海損。應以所存留之船舶積貨之價格。及運費之半額。與共同海損之損害額爲比例。由各利害關係人分擔之。（第一二九條至一四四條）

己 海上保險

海上保險者。即備將來填補因航海而生之損害之契約也。海商法無規定者。適用保險法之規定。（第一四五條至一七四條）

## 第四編 權利及義務

### 第一章 權利之觀念

法之觀念與權利之觀念有不可離者。因自客觀的一般的抽象的以爲言。則謂之法。若自主觀的特殊的具體的以爲言。則謂之爲權利。有謂法學爲權利之學者。卽此意也。法與權利雖同其存在之時。而究其觀念發達之順序。則古代之法。皆以義務爲本位。迨至十八世紀以來。法之本位。始由義務而進於權利。最近又轉而爲義務本位之趨嚮。以其進而爲社會本位也。又有一派權利否認學者之所主張。謂法須以社會連帶爲其基礎。欲達此連帶之目的。卽不可不以義務爲其基礎。故主張權力權利說者。皆非確當之論也。夫既承認社會連帶之存在。則其所謂義務者。卽社會之權力與權利。吾人爲社會之一員。亦卽吾人之權利。故欲否認權利說者。卽足以證明否認之不能也。

權利之定義學說紛歧。總之權利觀念。實自正義觀念而來。在昔羅馬學者以法學爲神事人事之知識。而又謂之爲正不正之學。亦有謂法爲善及公正之術者。要不外以正義爲權利而已。

關於權利之本質。從來分爲意思說與利益說。此二說之批評。俟後各節分述之。茲先述權利之定義如下。

權利者。因國家生活之必要。而享受特定之利益。且得依據以爲活動。而具有法律上之力也。

## 第一節 權利爲國家的法之觀念

法律既爲人之國家生活的規範。故根據法律所生之權利觀念。與國家的生活不可少離。卽權利內容之利益。並非一切之利益。實以國家的生活必要爲限度之利益。

權利爲法之內容之物。當其未有法以前。有所謂社會自然法者。因而有解釋權利爲社會上之權利者。此說實不能贊同。所謂社會自然法者。與吾人所稱爲法者。不無少異。故社會上之權利。不可爲法律上之觀念。

## 第二節 權利之內容爲利益

關於權利之本質。雖有種種之見解。大別之爲意思說及利益說二種。吾人說明權利之內容。雖用利益之語。但非採取從來之利益說者。亦非排斥其意思說者。又非折衷二種之學說者。茲先將意思說及利益之概要說明。次述吾人所主張之點。

凡以意思爲權利之本質者。總稱之爲意思說。意思說之中又分爲二派。一派之所主張。以意思之自由爲權利之本質。迨至近世。復有一派之主張。以意思之力。或意思之支配爲權利之本質。蓋以權利云者。爲依據法規與以意思之力。或意思之

支配。是說也。以意思爲權利之不可或缺。如對於兒童精神病者等類。法律上必爲之設定代理人。以補充其意思。是卽意思爲權利之本質。且爲權利不可或缺之一明證。其主張利益說者。則謂權利云者。依法律以保護其利益之謂也。蓋權利之主體。與意思之主體。非必同一。而與受利益之主體。則不可不同一。惟其然也。乃得有權利之結果。且以權利爲意思。則對於不識不知之間而爲權利者時。無從說明。法既保護利益。則一切權利。皆係依法律而受間接直接之利益。凡享有法律上利益者。卽皆爲權利者。此卽法律上所謂權利之結果。

所謂權利之內容爲利益者。於茲略述之。利益之觀念。雖因時因地因人而有所異。但余之所謂利益爲權利內容者。蓋指國家的生活必要之特定利益。主觀的。信其爲利益與否。非所問也。申言之。卽因欲爲國家的生活。客觀的認爲必要之利益。斯爲已足。且非漠然的利益之意味。必爲特定之利益。乃可爲權利之內容。其非特定之利益。卽所謂之反射的利益作用者。不可以爲權利之內容。例如國家對於某

物品之製造業。依法令而與以補助金。吾人因而得以廉價購買其製品。若此之利益。非權利之內容。故不得稱吾人有購買廉價製品之權利。亦以是等之反射的利益。非特定也。

### 第三節 權利爲法律上之力

以權利之本質爲意思者。蓋僅從權利之動的狀態及外形着眼以爲言。如權利之讓渡拋棄等類。當其移於動的狀態之際。自不可無意思。苟無意思。法律上亦必謀其意思補充之方法。至若以權利爲利益者。則又不免僅從權利靜的狀態（即內容目的）着眼之嫌。有於茲二說爲折衷之說者。以權利爲關係享受利益之意思。此外亦有唱其他種種之折衷說者。固不能謂誰爲絕對誤謬。但於權利之定義。皆不可稱之爲完全。

然則權利究果何謂耶。權利者。實爲法律付與以各個人之力。故權利之本質。非



物理力之意義。可稱之爲法律上有可能性之力。（日本穗積陳重博士法理學講義亦採斯說）所謂法律上之力者。又果爲何種之力。卽享受國家的生活必要特定之利益。且得爲一切活動之力也。進而言之。除去其活動。僅就得享受此利益之力以爲言。亦不妨謂之爲權利。何以故。例如缺意想能力者。無獨立判斷事物之力。因之不有活動此利益之資格。然而仍有享受此利益之能力。故亦不妨爲權利者。惟對此利益欲爲活動作用。則以意思爲必要耳。是以法律爲無能力者等。特設法定代理人等制度。以補充其意思。要而言之。意思爲動的狀態權利之必要。（例如權利行使讓渡等）其在靜的狀態之權利（卽僅有權利之各狀態）不以意思爲必要。是可斷言也。

## 第二章 權利之類別

權利類別中之主要者。先略述如下。

- 一 公權與私權
- 二 對世權與對人權
- 三 原權與救濟權
- 四 主權利與從權利
- 五 專屬於一身之權利與有移轉性之權利

## 第一節 公權與私權

公權私權之別。基於公法私法之別。其分爲公私的標準。學說紛歧。已如前編所述。余以國家及其他公共團體相互間關係之法。或國家及其他公共團體與私人間關係之法。是爲公法。故公權云者。甲國家及其他公共團體。對於乙國家及其他公共團體或私人之權利。又私人對於國家及其他公共團體所有之權利。皆謂之爲公權。至若私法。係私人相互間關係之法。故私權爲私人對於私人之權利。然而

私人相互間可得而發生之性質。其在國家及其他公共團體相互間。或國家及其他公共團體與私人間。亦未嘗不可發生私人相互間之關係。於斯時也。則不可以私法之關係目之。前篇亦已述之矣。例如一私人與國家之間。爲買賣契約時。因此所生之權利。則非公權。實爲債權之私權也。

公權爲公法上之權利。私權爲私法上之權利。固已。雖然。假以公法上之處分。與其他公法上行爲之結果所生之權利。皆爲公權。斯亦誤解者矣。例如專賣特許。爲行政上處分之特許法。固爲公法。但因此所生之專賣特許權。則爲私權中之一種財產權。倘僅就其請求特許之權以爲言。則又適與之反。爲公權而非私權矣。

公權固可爲種種之分類。但不甚重要。茲從略。其於私權之細別。說明如次。

私權中分類之主要者。在以其目的爲標準。依此標準。得分私權爲（一）人身權。（二）財產權。更得分之爲社員權。

## 甲 人身權

人身體者。人格與身分。皆爲與人身不得分離之私權。且與財產不有直接之關係者也。更分爲人格權及身分權二種如左。

(一) 人格權

人格權者。與人格不得分離。且與之共終始之私權也。何謂人格。得爲權義主體資格之謂。無論何人。一經出生卽其有之。因死亡而卽喪失。故人格卽權利者之資格。欲保護此人格權之存在。法律常使之附着於其人。不許其讓渡及拋棄。例如生命權身體權自由權名譽權等是也。卽此等權利。因人格之發生而取得。其終止也。則因人格之消滅。

亦有人格權爲廣義之解釋者。爲姓名權、商號權、專賣特許權、著作權等。凡以保護個人活動自由能力等爲目的之權利。皆包含之。德國稱之爲個人權者。卽有如此之意義。其他各國亦有或稱爲人身權者。或稱爲人格權或稱爲身分權者。其用語固不一致。本書從細密之分類。故於人身權中。更別之爲人格權與身

分權。

(2) 身分權

身分權者。與一定之身分不得分離。且與之共終始之權利也。例如親對於其子之有親權。附着於親之身分。取得此身分。同時即生此權利。失此身分。同時即消滅此權利也。即親屬法上之權利。亦屬於此。如繼承權有時亦含有身分之意味。蓋繼承權非必與財產有直接之關係。實為繼承人存在於其地位上之權利也。換言之。為被繼承人其直系卑屬之謂。因有一定之身分而存在者也。

乙 財產權

財產權者。與人格及身分可得分離之權利。有金錢之價值。且以之為其目的者也。因而權利之自身。亦有金錢之價值。然在近世民法。雖不得以金錢估定價值者。亦得認為財產權的債權之目的。於是有謂財產權為得以處分者之權利。亦有謂非凡人身權之一切私權。皆得稱之為消極的財產權。

財產權得分之爲二。(一)債權。(二)物權。(三)無體物財產權。債權者以請求行爲不行爲爲內容之相對的財產權也。物權者直接行使於有體物之上之絕對的財產權也。無體物財產權以人的智能創作物之無形利益爲目的之私權也。如著作權特許權等即屬於此。

#### 附 社員權

社團法人之社員對於其法人有種種之權利之義務。例如出席於社員總會表決之權。受配當之權。業務執行之權。調查業務狀況之權。以及爲出資之義務等。凡此種種。不遑枚舉。然而皆非各自獨立之權利義務。實爲社員權一種權利之作用。即社會權者。社團法人之社員對於其社團而有之權利。與財產權等實有區別者也。余則以爲與共有者之均一各部分同。不過一種法律上之地位耳。以其非權利義務之自身與財產權有異也。特其生種種權義之原因。與財產權有異。然就股票之賣買抵押。則與財產權實無所異也。

## 第二節 對世權與對人權

以權利效力所及之範圍爲標準而分類。其得對抗於一般人之權利。則稱之爲對世權。又曰絕對權。反之唯得對抗於特定人之權利。則稱之爲對人權。又曰相對權。物權及無體物財產權人格權屬於前者。無論何人皆負有不可侵害之消極義務也。債權及所謂社員權。則屬於後者。惟特定之人。始對之有義務也。身分權爲親屬法上之權利。有主張屬於前者。亦有主張屬於後者。

## 第三節 原權與救濟權

原權云者。法律直接所付以與獨立權利之謂也。因此原權之侵害而生之權利。則稱之爲救濟權。例如所有權原權。爲因侵害其所有權。而生損害賠償請求權等。則爲救濟權。前者稱爲第一權。後者稱爲第二權。

#### 第四節 主權利與從權利

不附隨於他種權利。而獨自存在之權利。為主權利。須附隨於他種之權利。乃得存在之權利。是爲從權利。如留置權質權抵押權等。爲從於債權之權利。地上權爲從於土地所有權之權利。凡此皆從權利也。

從權利以主權利之存在爲前提。故主權利消滅。從權利亦當然消滅。且主權利移轉。則亦伴之而移轉。是爲原則。

#### 第五節 專屬於一身之權利與有移轉性之權利

凡與權利者其人之個人的利益。有不可離關係之權利。謂之專屬於一身之權利。蓋不許讓繼承之權利也。否則爲有移轉性之權利。公法上之權利及人身權。以專屬於一身爲原則。財產權則以有移轉性爲原則。



### 第三章 義務之觀念

明乎前章所述法及權利之觀念。則何者爲義務。自可了解。雖然。從來學者。對於義務之定義。頗爲紛歧。有以義務爲依於法規所定意思之拘束者。是與權利意思說者之主張相同。對於意思說者之批評。亦可爲義務意思說之批評。無再述之必要。又有以義務爲法律上之責任者。蓋謂責任係從義務之結果而生。例如賠償之責任是也。亦有以義務爲法律上之強制者。是亦不過從義務之結果以觀察之耳。其他更有義務爲法律上行爲不行爲地位之必要者。余前所述。以權利爲享受國家的生活必要之特定利益。且得爲一切活動法律上之力。今茲對於義務之定義。亦謂「義務者。爲行爲不行爲的法律上之拘束也。」所謂法律上之拘束者。非國家及個人之實力的強制制裁之意味。唯在不問自己之欲否。爲其行爲或不爲其行爲。法律上毫無餘地。此毫無餘地者。卽法律上之拘束也。通例概得以國家之力

強制之。故義務從客觀上見之。爲對於法之適合。從主觀上見之。則爲法之尊重。有同一之事項。爲權利且爲義務者。例如親權者對於未成年之子。爲監護教育。一面爲其權利。一面同時卽爲其義務。又如選舉權。爲公權利。同時爲公法上之義務是也。

#### 第四章 義務之類別

義務之類別。與權利之類別相對者也。例如對於公權有公法上之義務。對於私權有私法上之義務。如對於私權中之債權有債務等是也。又義務中行爲之義務。爲積極義務。又稱之爲作爲義務。其不爲之義務。爲消極義務。又稱之爲不作爲之義務。

#### 第五章 權利義務之主體客體及目的

權利義務之主體。即享有權利與負義務者。爲自然人及法人。而權利義務之客體爲何。關於客體之語。有種種之義。但一切法律上之關係。僅得存在於人格者之間。故權利之主體。既爲自然人及法人。則得以其權利對抗之對方。而爲法律之力所拘束者。亦爲自然人及法人。是以有謂權利義務之主體及客體。皆爲自然人及法人。然據普通之學說。則以權利義務之客體爲物。

在法律關係中。有介乎有形無形間之利益者。與其稱之爲客體。毋寧稱之爲目的。例如以著作權爲質權時。即以著作權之無形物。爲質權的權利之目的內容。又著作權權利之目的。係因智能而創作之無形利益。而有體物爲權利之目的時。特稱之爲目的物。例如鐘表所有權之目的物。其鐘表爲有形之利益。然以此有體物而示其時刻。謂爲權利之目的或客體。則不當矣。故仍以鐘表爲目的物爲宜。

無權利之主體。權利尙能存在否耶。有主張權利可以存在者。但據通說以權利爲得爲法律或種事項之可能性及力。自不可不以其力之本體存在爲其前提。查

民律第一千一百八十五條規定。繼承開始時經公告程序後。而繼承人曠缺者。其贖餘財產不爲無主之物。而歸屬國庫。又一千一百六十六條規定。胎兒爲繼承人時。非保留其應繼分。他繼承人不得分割遺產。是凡有權利必有主體也。

## 第六章 權利義務之得喪變更

### 第一節 得喪變更之原因

自廣義言之。一切之權利義務。雖皆因法而與。又因法而消滅變更。然亦必有誘致其得喪變更之原因。學者稱之爲廣義之事實。又稱之爲法律事實。

法律事實。更得分之爲狹義之法律事實與行爲。（狹義之法律事實又單稱之爲事實或事件）（一）狹義之法律事實。卽人之行爲以外一切現象之總稱也。例如因人之死亡而取得戶主權所有權等。因火災而喪失物之所有權是也。（二）行爲卽權利義務得喪變更所由來之事件。固不待言。行爲固可爲種種之類別。

就中最顯著者。則爲法律行爲及不法行爲二種而已。

## 第二節 得喪變更之意義

欲知權利義務得喪變更之意義。不可不貫通公法私法以爲言。茲將取得與喪失二者分述之。

### 第一 取得

取得者。權利義務主體發生之總稱也。又有原始的取得與繼受的取得之別。

甲 原始的取得者。不基於已存在於他人之權利（原權）而爲之取得者也。卽不因於他人之意思而取得其權利。爲全然之新權利。例如因先占而取得無主物之所有物。因時效而取得某種權利之類是也。其因此種方法而取得者爲新權利。故其目的物。前者雖曾爲某種權利之目的。而此種取得則不繼受其負擔。例如乙因時效取得甲之所有物之所有權。此物雖爲担保之目的時。而乙則不

有担保負擔之附着而得爲其新所有權。

義務不有原始的取得。但在公法上之義務。其依於法律而課以原始義務者。頗不少也。

## 乙

繼受的取得者。則係基於已存在於他人之權利而承繼之者。故又有傳來的取得之稱。因繼承讓與等而取得者。卽屬於此。此種之取得。非新權利也。故前曾附著於此權利之各種負擔限制瑕疵。亦不可不承繼之。所謂「無論何人皆不能於自己原有權利以上之權利。移轉於他人。」此羅馬法以來之原則也。

權利之繼受的取得。又可分爲二。(一)爲移轉的繼受取得。承繼之權利與前主之權利全然同一之謂也。例如甲以其債權。或以鐘表之所有權。讓渡於乙之際是也。(二)爲設定的繼受取得。此時不消滅前主之權利。而承繼人所得權利。與前主之權利。非同二者也。例如土地所有者。他人於其土地之上。設定地上權是。

## 第二 喪失

權利義務離其主體時。謂之喪失。有絕對的喪失與相對的喪失之別。

甲 絕對的喪失者。不僅權利義務離其主體。爾後無論對於何人。皆不得存在也。通常稱之爲消滅。例如因拋棄及目的物之滅失等。而消滅其權利。又或基於權利者之免除及法律之特別規定而消滅其義務是也。

乙 相對的喪失者。不過權利義務變更其主體而已。即前主喪失其權利。承繼人依據前主喪失而取得其權利也。故亦有併稱之爲移轉者。

移轉有包括承繼與特定承繼之別。繼承包括者。承繼前主權利義務之一切。而代其法律上之地位者也。例如因繼承而生之承繼是。特定承繼者。屬於前主之特定權利與義務而承繼之者也。例如依於通常買賣而生之權利義務是。

## 第三 變更

變更者。與權利義務之本質。不生影響。僅形態（例如存續期間目的物之範圍

等)生變化之謂也。故變更權利義務之主體。不得稱之爲變更。

## 第五編 法學

### 第一章 法學之定義及發達

法律思想之發其萌芽。溯厥歷史。雖古遠而莫可稽考。然而法律學術之至於發達。則不必盡然。前編緒論中已述其法學之定義。至羅馬始漸有之。如 Ulpianus 謂「法學由神事人事之知識。而爲正不正之學。」爾時人之所知。法與宗教及道德。皆混同而莫能分化。蓋同爲規範的法則。亦事實也。降至 Grotius 以「法學爲從正義而知生活之學。」是亦不免混同法學與法術而莫能區別。其於法與道德之區別。亦尙缺明瞭。迨至千六百年之際。Mejeris 乃謂「法學爲權利之學。」於此可見權利之觀念。實從正義之觀念發達分化而來。亦非古遠而無所徵信也。以余之所見。則



法學云者。關於權利義務系統的普遍的合理的知識之謂也。

所謂系統的者。則非斷片的。蓋依於一定之方法以研究之。其結果亦爲有秩序之組織者也。所謂普遍者。求其一般事實之共通要素也。至合理云者。則非依於想像。實依於經驗所得之材料。合於思維之法則。加以推理者也。法學通論之意義。亦與此同。

其在希臘。亦可見其法學有多少之發達。據學者之所唱。羅馬法中若干之法律用語（例如永佃 *emphytevensis* 抵押 *hypotheca*）實自希臘語而來。又羅馬之法學與希臘哲學有密接之關係。當羅馬時代。爲法學勃興之機運。至帝政時代。學者輩出。如 Augustus 帝之時。有 *Labeo* 及 *Capito* 是也。Labeo 之門下 *Proculus* 及 *Capito* 之門下 *Sabinus* 等。亦各自獨成一派。所謂伯諾克里昂派與沙比昂派者也。迨至紀元後二世紀及三世紀之際。有名之法學者 *Gaius*; *Papinianus*; *Ulpianus*; *Paulus*; *Modestinus* 等之大家輩出。於是羅馬法學極一時之盛。法學大家之見解。與法律有同一之效。

力。裁判官亦不可不據之以爲準則。及 Justinian 帝之時。有名之羅馬法全典告成。法學之進步。亦因之告一段落。但羅馬法學之主要者。爲私法之部分。且極爲發達。

羅馬法全典告成以後。羅馬之法學。固見其進步。但其學者。專事成文之注解。至十二三世紀之際。羅馬法學復勃興於意大利之波諾格拉大學。Bologna 所謂意大利注釋學派者是也。此學派之外。中世之法律學特點。卽宗教法之發達。宗教法者。由法王之教書及宗務協議會之協議而產生之法規。關於民事刑事之規定。皆包含之。但此宗教法又非與關於寺院自修之法規同一意義也。宗教法與意大利復興之羅馬法。自第十五世紀以至第十六世紀之際。乃輸入於德意志。學者稱此時代爲繼受時代。此繼受之法與德意志之固有法。合而爲德意志之普通法。迄至近世民法施行之前。皆普通法施行之時期。不獨德意志繼受此羅馬法及宗教法。其他各國之法制。莫不大受其影響。蓋歐洲之法制。多繼受德意志之法制也。

洎乎近世。宗教改革之影響。國家及法制。與宗教及寺院。因而漸次分離。其文藝復興。與個人主義思想之發達。亦與法學以莫大之變化。

第十七世紀與十八世紀。稱爲自然法說全盛之時代。於主張於人定法之外。通古今之時及中外之地。皆有不異之自然法。且有主張以研究此自然法爲法學之任務者。又有與自然法說相關聯所謂社會契約說者。以爲國家及法律。皆因人民之合意而生。且基礎此思想而行之。關於此種學說。前編法之觀念中已述之矣。

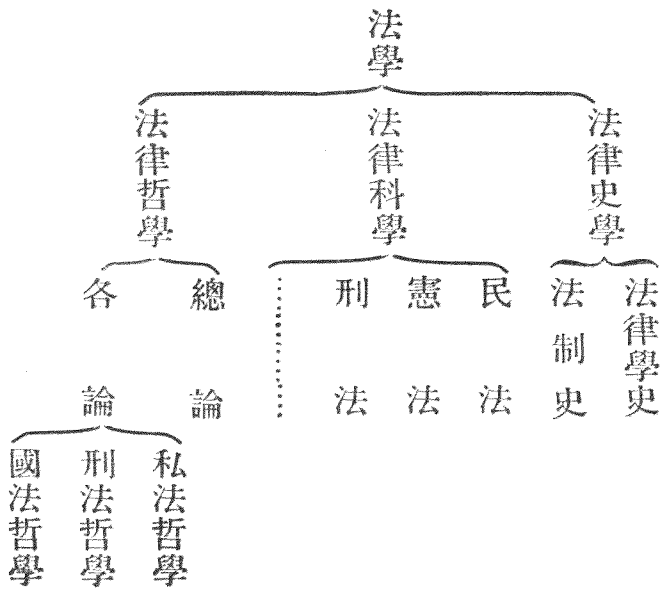
迨至近代。法學之傾向。果如何耶。自然法說已漸次衰減。於是一變而爲歷史派人定法學派之時代。至若達爾文 Darwin 之進化論。則更促進法學之一大變革。以自然淘汰。生存競爭。藉此爲法律現象之說明。此說亦頗爲一時所傾向。其他一方則又有以經濟學與法律學結合。謂國家生活之實質。經濟係其外包。法律以爲生活。主張此種說者亦復有之。總之法學之發達。與人類學。生物學。社會學。心理學。經濟學等之發達。互相期待。將爲一大發展之時期。自不待論。歐洲大戰以來。法律及

法律學亦發生一至大之變化。蓋因勞資問題。階級問題之糾紛。影響於法學至鉅。從來僅依據現行法之論理考案。所構成之概念法學。今則變而以社會的實際生活爲立場之法學矣。所謂社會學派。自由法學派等者是也。

## 第二章 法學之分科

溯自千六百年之際。Leibniz 以後。關於法律學之分爲關於立法者。與關於現行法之解釋者。又有以關於法律之沿革。爲一般之研究者。在英卽有解說法學及批判法學之兩派。英之 Austin 亦主張有一般法學與特殊法學之區別。一般法學者。卽從人定法研究抽象的一般法理之學也。特殊法學者。卽從事於特殊社會之法。規以爲研究也。然皆不過大同而小異。其他尙有種種之分類法。亦無詳述之必要。余以爲凡關於社會之學科。其研究之結果。以有社會的評價爲第一義。其本質論則爲研究之手段。而其本質之研究。則又常以其由來淵源之研究爲不可離。由

此見地。法學之分科表示如左。



右表法律史學中之法制史。卽法律制度之歷史也。或有爲編年體者。卽從最初時代爲區分。於各時代中。以民事法刑事法之事類。而爲部門之區分。又或有爲紀事本末體者。從其最初卽爲民事法刑事法之事類區別。於其事類中以記載其時代。又法律學史者。說明法律學之沿革。猶之乎對於經濟史之經濟學史。惟在法律上與法制史相對者。關於法律學史之組織的研究。尙未充分發達。是則不可不有待於法律學之發達。以期其進步。

茲所謂法律科學者。非指對於純理的學問之經驗的科學。蓋不外乎以現行法之解釋爲主要耳。但於其解釋必要之限度。須爲多少之沿革的研究。又所謂立法論者。亦非全然度外視之。蓋立法論者。惟於條文修正之意味及程度。充實其領域而已。法律科學之根本觀念。實以本質論爲其出發點。

法律哲學者。關於法及法律關係之淵源本質。並關於其社會的價值根本之學也。法律哲學之總論。以研究法、權利及義務之本質爲主眼。其各論。則關於各種權

利存在之根據本質以爲研究。由此得其結果。以爲社會及國家之評價。樹立其立法大政策於將來。從來稱之爲法理學或法律哲學者。特不過限於余所謂總論之一方面耳。至進而關於各種權利義務。分其部門以爲根本研究者。並非爲立法論。實以法學不減於社會的學科之價值也。例如法律科學中之刑法。觸於國家刑罰權之根據問題。試究其國家有刑罰權之根據如何。所謂刑罰權者。又果何物也。是等根本問題。自宜委諸刑法哲學之研究。此近時所以有刑法哲學私法哲學等之分類也。又如近時發達之法律社會學與法律心理學等。是皆屬於法律哲學之類。而勞動法經濟法等。則爲法律科學之一部。但以趨勢推測。或將成一特殊分科。

### 第三章 法學研究之方法與學派

關於一般學科之研究。有演繹的純理的之方法。與歸納的經驗的之方法相對立。其於法學。亦得爲此二種之區別。

## 第一 純理派

純理派者。以人與他之生物異。所謂有實在之理性。且以之爲基礎。而依於先天的超感官的思辨。冀得其法之真理。其中之自然法學派。則於人定法以外。而探求法之本體。蓋彼等所謂不識不知之萬古不易自然法。又理性法者是也。近世之自然法論者。更理想人類之自然狀態。就其狀態以得其存在之法則。但自余觀之。則理想實非理想。確爲人類生活之轉變。究中何者爲人類自然狀態。蓋極茫然者也。至關於自然法說之批評。前編法之觀念中已詳。不再贅。

## 第二 經驗派

經驗派者。以爲人類程度之差。其感覺不過與其他之動物同。卽以後天的感官的之觀察。求達其真理。於是否認自然法之存在。專依據人定法以爲歸納的研究。屬於此者。更分爲數派。(一)分析派。從事於唯一之法的人定法規諸現象。而爲分析的研究。以探求其共通之理論。(二)比較法學派。或比較其國別。以探其原



理。或比較人種之類別。以爲研究。又或如日本法學者穗積陳重。以中國印度羅馬等法系爲單位。比較各種之法制。從事研究以探其法理。（三）歷史派。以法爲民族精神之所堆積。依據沿革的研究。以爲法律之研究方法。前編法之觀念中。已述之矣。迨至近時。又有所謂社會學派者。以爲法律現象不過社會現象之一。以社會學的自然科學爲之說明。今日之社會學派。固不止此一種。要之與社會學之發達同示其變化。迄今尙未具充分之系統。

純理派與經驗派。兩者之長短。有所論列。是宜讓諸法律哲學之範圍。但如理性派者所說。全然超越於吾人之觀感領域。而求其所謂真理。對於感覺。則忽視之。是則所不能贊同者也。又所謂吾人特有的理性之性質。不僅爲有價值之研究問題。吾人依於感官的經驗所得之材料。檢查其當否。其於認識論心理學等。須爲充分之發達。亦不能忽視吾人之經驗。更進一步言之。理性派所謂理性思辨之力。則非純然先天的之物。蓋吾人依於遺傳及後天的而自得之者也。一言以蔽之。一切之

研究。皆不可不依於經驗所得之材料。加以推論考察。乃能成立。其推論考察者。亦非指先天的超感官的之思辨也。故對於純理與經驗派。不能僅據其一以爲各種研究之方法。卽須兩者並採之。至於法律現象之社會學的研究。亦不可捨而弗取。然而徒事社會現象社會目的等語以研究之者。是又誤解法之性質矣。

凡學科之研究。有演繹及歸納二方法。關於法律之研究亦然。演繹法者。從一般的普遍的之命題。以爲出發點。到達於各個的斷定之推理方法也。歸納法者。由各個之事例。卽從各個之現象以爲出發點。而到達於一般的普遍命題之推理方法也。由純理派之立腳點觀之。則須採演繹的方法。若從經驗派之見地言之。則不可不依據歸納法。且卽爲經驗派說者。固不可不從各個之現象。從事歸納。以探其原理之存在。然而於其事物之說明方法。有時關於各個現象說明之必要。不得已而併用演繹法。亦毫無矛盾者也。要之演繹法與歸納法。兩者相待。是爲一切學科研究之手段。大陸派德國學者之著書。多採演繹的說明法。英國派學者。則多據歸納

的以說明。是亦各國學風沿革之所使然也。

#### 第四章 法學與其他密切之學科

法學以最複雜之社會現象。爲其對象。故非有待於他之學科之進步。頗有難以完全發達之性質。一切之學。皆非孤立者也。無論何種之學科。皆不得謂爲與法學全然無關。茲僅能於其特有密接關係之學科。舉列其二三如左。

##### 第一 哲學及哲學史

凡一切學的知識之統一。稱之爲哲學。其以敘述一切學科之沿革爲目的者。則爲哲學史。付於哲學之定義。學說紛歧。要之不外自然與人生。卽宇宙萬物之總體。與關於從人之行動所生之結果。實爲最高的究極的統一之知識也。若就最廣意義而言。則心理學、宗教學、倫理學、認識論、論理學等。皆包含之。心理學者。研究精神之活動。而以精神機關思想之聯合本能、習慣、注意、感覺、觀念、認識、推理、情念、欲念

等爲其主要之對象者也。法律與人之精神活動不可離。則與心理學之研究。自不可不與之互相期待。此勿庸論。況今日之實驗的心理學。與法學之關係。尤爲密接。又認識論及論理學。總稱之爲知識哲學。前者爲吾人如何乃得認識外界。卽爲研究主體與客體之關係。後者爲吾人知識運用方法之正否。卽研究思維之法則。此種科學。不惟爲法學不可缺。卽一切之學的知識。亦爲不可缺。次爲宗教、道德、法律。同屬規範的法則。其間之關係。第二編已述之矣。則宗教、道德、與法學之關係密切。亦可推知。

## 第二 社會學

法學自廣汎之意味言之。則謂爲社會學之一分科。亦不爲過。然在今日。稱之爲社會學者。蓋指國家法律經濟等社會的諸學科而言。但又非關於特殊的社會現象學科之雜然集合也。實以此等諸學科皆基礎於社會。社會之爲物。性質果如何耶。蓋以個人、家族、國家。及各種社會關係。社會的活動之原因法則等。爲其對象者。

也。故國家爲社會之一形態。法爲關於人的國家生活之法則。對於社會學之法學的地位。亦不難知矣。

### 第三 經濟學及經濟史

法律現象多與經濟有關聯。其在現今政治生活中。經濟財政實占主要之地位。個人與經濟。亦常有密接之關係。故立法者與司法者。皆以盡知國民經濟之狀態爲必要。况權利與利益之觀念不可離。則經濟學及經濟史爲法學研究上之不可缺。蓋可知矣。故德國法學者 Stammler 氏。謂社會者。以欲望滿足爲目的之共同團體。且以之爲前提而說明其法理。迨至近時。則更有經濟學與法學調和之傾向。

### 第四 歷史中之文明史

如前所述。德國歷史派之主張。亦有不能謂爲誤謬者。吾人若將歷史度外視之。卽不能由現存以推知將來。茲欲研究最複雜社會現象之法律現象。則於歷史文明史之研究。自不可不注意焉。

## 第五 生物學及人類學

人類爲動物之一。雖其實在與其他動物有異。究不能否認其爲生物之一。唯對於其他生物。爲進化程度差異之比較時。則性質上之有差異者。不過此爲人類耳。雖然。其在生物之生滅變化的理法。於人類之進化。終亦不能逾越。此進化論所以與法學之極大影響也。前已述之。故今日生物學研究發達之結果。吾人所獲之教益滋多。又人類學與法學有密接之關係。近時意大利等。法律人類學。刑事人類學等之研究極盛。於此亦可見一斑矣。况一般法律之研究方法。有人類種別比較法。已述於前章。則法學與人類學關係之大。亦不待言也。

上述之外。尙有與法學有直接或間接之關係者。不遑枚舉。總之法學。非文字口舌之術。須俟關於人類社會諸學科之輔助。始得於其上完全建設爲一學科。學者不可忘而忽之也。



