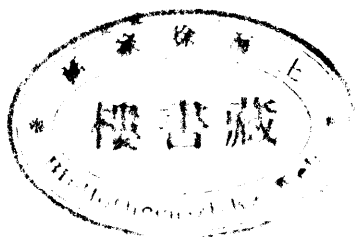


法律學

002234



上海图书馆藏书



A541 212 0000 1659B

文化科學叢書發刊旨趣

人間最有力的武器，便是文化，尤其是科學，戰勝一切，克服一切。文化是天天在進展的，尤其是科學，挾其一日千里之勢，突破一切的神祕，擊碎一切的迷誤。

我們中國，文化發揚極早，這是我們的光榮。但是到了近代，我國文化卻遲遲不進，尤其是科學，全不能和外人相比較。我們應該急起直追，去奪取文化的錦標，尤其是科學，我們應該特別去努力。

我們發刊這部文化科學叢書的根本意義，就是建立在上面所說的兩點上面的。至於我們這部叢書的目的，舉其大者，約有兩端：

第一 凡百學術，既貴精深研究，復須普遍通俗；文化乃得日

益光大。歐美近代文化的發揚，即得力於此。我們這部叢書，就要把各種專門學術，依最新學理與最新方法，用通俗易解的文字，作有系統有組織的介紹，期於專門與通俗兩點，雙方兼顧，以收宏效。

第二 我國中等以上學校缺少各科良好讀本，教授與學生均感苦痛。本局所出之ABC叢書，幸得讀書界的激賞，讚為各科的基本讀物，人手一編，風行全國。因之，各方面要求本局繼續編輯一部與ABC叢書相啣接，而內容加深，篇幅加大的叢書，以便教學者，紛至沓來。我們現在這部文化科學叢書，均由樸實而有教授經驗者編輯，當可滿足讀者的要求，作為中等學校以上教本之用。

現在本叢書陸續出版了，希望當代的專門家，賜以批評為幸！

重版時的話

我是這般懷想着，在一個作家把他的思想上的禮品貢獻給社會以後是不是就脫然無事了呢？我想這是不然的，他是常常負着對於一般讀者所應負的責任。這禮品不比尋常，牠是思想的產兒，牠是有生命的，牠是有活力的，牠是要跟着時代漸漸生長。所以一種屬於一個人的智能的生產物，當社會需要牠的容量擴張一次的時候便是牠獲着一次充實牠生命上的活力的機會。歐美學者頗有在他的出版物重版時再加一番努力就和他在初版創作時所努力的一樣。說到此處，似乎歷來我國有些作家對於他自己的著作物的神情有點淡漠哩。每每初版時的內容和重版數次以後一些沒有變動，雖則思想界或現實制度上已經起了急驟的變化；甚至初版上有幾個排印錯了的字簡直可以保存到再版，三版而沒有更正。

我的作品固然是幼稚得很，但我對牠却有很熱烈的情緒；所以本書就在重版時很經心的修訂了一遍，增加了四分之一的內容。這一次的修訂完全注重在三民主義的立法原理和現行法方面，要曉得這一年來我國立法事業是有飛躍的進步。雖則本書只出版了一年，但却關於第十一章第四節防衛上制裁，第十三章第三節私權，第十五章權利義務的主體，第十七章權利的得喪變異和行使等類都有根據民法總則修訂的必要了。至於第十八章我國現行司法制度和現行法上的要點，在這一次修訂中增加不少民法債編和物編上的材料，還有其他修訂之處現在也不來一一列舉。

我却還有一些意見須待聲明：大凡一種著作物本該具有一種特性，這種特性就是作者的思想表現處，也就是他的精神灌注處。不過呢，像法學通論這一類書原是重是敘述法學上的基礎智識和普遍智識；所以其中一部分關於法律的淵源、系統、分類、解釋、和效力的材料是具有通性而缺乏特性的。本書為

了讀者便宜起見。沒有完全打破歷來所通行的編制方法，就也不能全部標新立異。但是，把三民主義的理論融化在法律的見解中以及儘量容納現行法上的資料，就也足見本書的特性所在了。

朱采真十九年七月一日

自序

最近國民政府對內施政方針的通電裏面不是說勵行法治麼？這通電說得好：『政府於過去時間因注全力於北伐；政治設施，諸凡草創。行政系統與法令規章，隨時增益，未經厘訂；以致社會秩序，人民生命財產，均無健全之保障。今全國統一，訓政開始；一切政治主張，務使成爲有條理之法律；政治組織，務使成爲有系統之制度；』那末，在黨治的意義上，我們當可深切感覺到有法治的必要了。提起法治，更有一種連帶的思想就是怎樣使法律智識普及於民間呢？這句普及的話本來是談何容易；但是，簡單的，比較的無辦法的辦法還是多多刊行幾部法律書罷。這一次世界書局很想在這一方面多多努力，救濟民衆法律智識的窮荒；我就首先替他做了一部法學通論。

法學通論裏面向來多是包括兩種材料；一種是法理學上的，一種是諸法綱

領上的；我却以爲論及各種法典的內容綱要，一則是我國現在法律還沒有完備，再則是包含不了這許多；所以本書注重在說明法律的一般的原理原則。人們讀了這一部法學通論就可以明瞭法律的整個意義。至於最後一章『我國現行司法制度和現行法上的要點』却要使得讀者對於現行司法制度和現行法有一種相當的了解，并且給與他們凡受治於法治下的一種必要的法律常識。

研究法學，可以分做靜的和動的兩部分，我的初意本想把舊式法學通論的編制方法大大革新一下子。後來轉念到法學通論本是初學入門之書，如果加入不少動的法律學上的資料；雖則面目全新，却不便於初學研究之用，并且要喪失掉法學通論的原來意義。現在形式上固然不免有點仍舊貫，但實質上却儘量吸收時代思想。

在國民黨黨治時代，法律的基本精神既然不能背乎黨綱和黨義；所以我就把三民主義裏面可以法律化的學說差不多完全採作本書的資料。

二十年來，我國法學界充滿了大陸派的法律思想，近時英美派旗幟下的健者才漸漸抬起頭來。我是向來沒有門戶之見，對於大陸派和英美派的法律一律研究；所以本書就混和了一部分英美法上的法律主見。

朱采真十七年十月一日

目次

第一章	法學	一
第一節	法學是什麼——法學通論是什麼	一
第二節	法學在社會科學中是站在什麼地位	五
第三節	法學和別種社會科學的關係	八
第四節	法學的派別	一一
第二章	法律是什麼	一五
第一節	法律的性質	一六
第二節	法律和裁判	二〇
第三節	法律的學理基礎	二二
第三章	法治論	二三
第一節	國家是什麼	三三

第二節 黨治和法治 四一

第三節 法律是不是萬能 四九

第四節 從經濟基本權說到法治 五一

第四章 法律的淵源 五四

第一節 習慣 五六

第二節 學說 五九

第三節 判例 六二

第四節 條理 六七

第五節 外國法 六九

第六節 條約 七一

第五章 法律的系統 七二

第一節 羅馬法系——大陸法系 七四

第二節 英美法系 七六

第三節 中國法系……………七九

第一款 新立法的時代性……………八二

第二款 新立法的空間性……………八五

第三款 新立法的民族性……………八七

第四款 新立法的社會性……………九一

第六章 法律的分類……………九五

第一節 從法律的實質分類……………九六

第二節 從法律的形式分類……………一〇〇

第三節 從法律的系統分類……………一〇三

第四節 從法律的效力分類……………一〇四

第五節 從法律適用的地域分類……………一〇六

第七章 法律的成立公佈施行和改廢……………一〇七

第一節 成文法的成立……………一〇八

第一款	通常的立法程序和方式	一〇九
第二款	五權憲法上的立法問題	一一三
第二節	不文法的成立	一一八
第三節	法律的公佈和施行	一一九
第四節	成文法的改廢	一二二
第五節	不文法的改廢	一二四
第八章	法律的解釋	一二六
第一節	法律解釋的種類	一三一
第二節	法律解釋的通則	一三八
第九章	法律的適用	一四三
第一節	行政機關的執行權	一四四
第二節	司法機關的適用權	一四六
第十章	法律的效力	一五〇

第一節 關於人的效力 一五一

第二節 關於地的效力 一六一

第三節 關於時的效力 一六三

第十一章 法律的制裁 一六八

第一節 行政上制裁 一六九

第二節 刑事上制裁 一七三

第三節 民事上制裁 一七七

第四節 防衛上制裁 一七九

第十二章 權利義務的法律觀 一八四

第十三章 權利的類別 一九五

第一節 概論 一九五

第二節 公權 二〇一

第三節 私權 二一〇

第十四章	義務的類別	二二二
第十五章	權利義務的主體	二二五
第一節	自然人	二二七
第一款	自然人的權利能力	二二七
第二款	自然人的行為能力	二三〇
第二節	法人	二三四
第一款	法人的設立	二三四
第二款	法人的權利能力	二三六
第三款	法人的種類	二三八
第十六章	權利義務的客體	二四一
第十七章	權利的得喪變更和行使	二四六
第一節	權利的取得	二四六
第二節	權利的消滅和變更	二四八

第三節	法律事實	二五〇
第四節	權利的行使	二五五
第十八章	我國現行司法制度和現行法上的要點	二五八
第一節	我國現行司法制度	二五八
第一款	概論	二五八
第二款	各級法院的組織和管轄	二六一
第一項	地方法院	二六一
第二項	高等法院	二六三
第三項	最高法院	二六四
第四項	司法系統上的特殊組織	二六七
第二節	現行法上的要點	二七〇
第一款	民法債編上的要點	二七〇
第一項	債之發生	二七一

第二項	債之標的	二七六
第三項	債之效力	二七八
第四項	多數債務人及債權人	二八〇
第五項	債之移轉	二八二
第六項	債之消滅	二八三
第二款	民法物權編上的要點	二八五
第一項	所有權	二八六
第二項	地上權	二八七
第三項	永佃權	二八七
第四項	地役權	二八八
第五項	抵押權	二八九
第六項	質權	二九〇
第七項	典權	二九一

第八項	留置權	二九三
第九項	占有	二九五
第三款	民事上判例和解釋例的要點	二九六
第一項	婚姻	二九六
第二項	繼承	二九八
第四款	刑法上的要點	三〇〇
第一項	文例	三〇一
第二項	刑事責任和刑的減免	三〇二
第三項	未遂與共犯和累犯	三〇三
第四項	刑之酌科	三〇五
第五項	和姦年齡	三〇五
第六項	其他要點	三〇六
第五款	懲治土豪劣紳條例上的要點	三〇八

第六款	暫行反革命治罪法上的要點	三〇九
第七款	民事訴訟條例上的要點	三一〇
第一項	概論	三一〇
第二項	上訴程序	三一一
第八款	刑事訴訟法上的要點	三一二
第一項	概論	三一二
第二項	上訴程序	三一三

法學通論

第一章 法學

第一節 法學是什麼——法學通論是什麼

我們研究法學通論，首先要曉得法學的性质是怎樣。假使簡單說一句，法學就是研究法律的科學，這個定義未免太籠統了，當然不能使人滿意。或者說得比較詳細點，法學是研究社會現象裏面的法律現象以及人類的行為現象，這也是使得初學法律的人們看了不容易深切了解的；那末，暫且離開了科學上的術語說吧！大概人們對於法律這個名詞總有幾分認識的，雖則法律究竟是一件什麼東西，也和法學這個名詞一樣。不容易了解；然而法律和人們到底是常常

有接觸的機會，人們對於法律畢竟還有點淺薄的印象，還有點一知半解；那就很可以根據着人們對於法律這一點淺薄的印象前來說明應該怎樣去研究法律，才得成爲一種法學。要曉得研究法律現象上一般的原理原則，明白它的原因結果的共通關係，那才叫做法學。至於專門研究法律的實際問題，這條條文應該怎樣運用，這件案子應該引用什麼條文，譬如說甲殺了人，殺人是犯了刑法第二百零八十二條，甲應判處死刑，無期徒刑，或十年以上有期徒刑。這樣研究法律却不能算做法學，不過是法術罷了。前清時代社會上有所謂刑名師爺一流人，他們都是研究法律的；可是他們對於律例無論如何熟習，解決法律問題的藝能無論如何巧妙，他們終究是那一個時代的法術家，不能稱做法學家。法學這一個名詞到了近世紀才顯著存在。中古以前法學和法術的分野是很不明瞭，就是我國從前只有所謂刑名法術，並不把學和術分開來講。現在是分做兩途了；學是純理的，術是應用的；前者是要有系統的研究，後者是對於片段的研究。

所以要有的一種科學的方法去研究法律才是法學。

法學在現時代中是一日日發達起來了；法學的內容也逐漸擴大，法學的種類也逐漸增多；有些是以研究國法的歷史爲目的，叫做沿革法學；有些是以研究或批評各國的立法例爲目的，叫做比較法學；有些是以研究一國法律的原理原則爲目的，叫做系統法學；有些是以研究整個法律的基本觀念和原理爲目的，叫做法理學；并且依着法律的種類分科究其原理原則時，如同：

(一) 憲法學 研究一國的根本法，這根本法是規定主權所屬和其運用形式的大原則，叫做憲法學。

(二) 行政法學 研究規定中央政府或地方政府行政組織和作用以及國家和人民間公的關係之法規，叫做行政法學。

(三) 民法學 研究規定人民相互間權利義務關係以及國家或地方團體和人民間私的關係之法律，叫做民法學。

(四) 刑法學 研究規定犯罪和刑罰的法律，叫做刑法學。

(五) 商法學 研究私法上關於商事的特別規定的法律，叫做商法學。

(六) 民事訴訟法學 研究那種爲了私法關係請求法院裁判的訴訟程序法

，叫做民事訴訟法學。

(七) 刑事訴訟法學 研究規定刑事訴訟程序的法律，叫做刑事訴訟法學

。

(八) 國際公法學 研究關於國際間事項以及一國和他國人民間關係的法

律，叫做國際公法學。

(九) 國際私法學 研究關於兩國以上人民相互間各種關係的法律，叫做

國際私法學。

法學既然是綜合或分析法律上各種現象而求得其共通的原理；所以從研究的方法和目的方面說來，便有比較法學或系統法學等分別；從研究的範圍和科

目方面說來，便有憲法學和行政法學等分別了。至於法學通論呢，那就並不是對於法律現象裏面提出某種法律加以理論上的推究，却是搜羅關於法律的多方現象，研求其共通原理上的綱要，換一句簡易的話，法學通論就是法學的大意。法學通論的性質既是如此；所以學者作成一部法學通論時，各人所採取的資料和理論上程度的淺深便各有主觀上的不同見解。我們可以說得詳細點，也可以說得簡略點；我們可以說得具體點，也可以說得抽象點。不過呢，法學通論是法學的ABC，爲了便於初學法律的人研究起見，當然是要適合現代一般人的需要，不能偏重著作者主觀的見解了。

第二節 法學在社會科學中是站在什麼地位

法學是不是科學呢？這一個問題在從前確曾有過一番討論，自然也有一部分學者對於法學是一種科學抱着懷疑的態度；可是到了現在却已確認法學是屬

於社會科學的系統下了。科學的範圍本來是十分廣大，宇宙間一切的現象都是科學的資料，科學的對象。科學就是人類運用無涯的知識把宇宙間一切現象的原因結果研究出一種有系統的理解。不過科學可以分做兩種：一種是研究宇宙間的自然現象如同天文學，生物學，和物理學等；一種是研究人類的社會生活現象，如同社會學，政治學，和經濟學等；前者是自然科學，後者是社會科學。說到科學種類的分析倒也是一種繁重的學問。近代分析科學的名人中，像孔德 (Comte)，他曾經說科學的發達有似金字塔；從抽象到具體，從普通到特別，從簡易到複雜。他以為天文學發生最早，其次是算學，其次是物理學，其次是生物學，社會科學發達最遲。其實呢，科學的發達是跟着人類的需要而來，並且各種科學都有相互的關係，並不像孔德所說某種科學的發生有一定的次序。社會科學在近代確是人類所需要的了。在社會科學中，社會學是研究人類在社會上相互的關係，它是講究社會原素和第一原理的學問；經濟學是研究人類

在社會上關於經濟方面——生產和分配等問題——的關係；政治學是研究各種民族所建立的國家的政治組織的基礎學問，也可以說是研究人類社會的政治現象。這政治現象若從廣義方面解釋起來，那就可以包括法律現象；所以學者間也有主張法學是隸屬於社會科學中政治學的系統。但是在國權運用上，三權或五權未嘗分化的時候，法律固然不能超脫政治的範圍，後來法治打倒了人治，法律自有其獨立地位；那末，以法律為對象的法學自當在社會科學中成爲一個法學的系統。

美國有一個社會科學家愛爾華特 (Ellwood)，他所主張的社會科學的分類系統是：

(一)敘述的或歷史的——歷史學，再分爲普通的和特別的，所謂特別的
就是政治史等。

(二)純粹的或理論的——普通的如社會學，至於說到動的和靜的生物的

和心理的——特別的——是政治學、經濟學、法理學、宗教學等。

(三)規範的——倫理學，這也分做普通的和特別的，所謂特別的如同政治道德等。

(四)實用的——教育學，慈善事業，社會經濟，社會政治，家庭經濟等都是。

愛爾華特的社會科學分類系統是不是完全適合，此處沒有批評的必要，不過看了這種分類系統以後，對於法學在科學方面是站在一種什麼地位，總有一點相當的了解罷。

第三節 法學和別種社會科學的關係

社會科學裏面和法學最有密切關係的別種科學如同社會學、政治學，和經濟學等，現在分別說在下面。

(第1)法學和社會學的關係 斯賓塞 (Spencer) 說，社會學是講第一原則 (First Principles) 的，是一切社會科學的第一原則。社會學既是各種社會科學的基本的或原素的科學；那末它和法學的關係也可見一斑了。并且人類爲了死亡的恐怖才信仰宗教；爲了生存的恐怖才組織國家；等到科學發達，死亡的觀念變動；於是宗教的信仰基礎漸次崩壞；社會發達，生存的途徑日新；於是國家的政治組織也就起了大變動。法律是適應時代需要，維持秩序，以求達到人類社會的生活目的；所以研究法律，不能不跟着時代，跟着社會，要明白社會的組織和進化；而法學和社會學也就分離不開的了。

(第二)法學和政治學的關係 法律現象的發見是在國家的組織成立以後，沒有國家，法律就不能成立；沒有法律，國家就不能存在。法律總算是國家的工具，往往爲了國家的性質、國體、和政體的變更，法律就要更新。專制國和民治國的法律當然不同，就是君主立憲國和民治國，雖則同爲法治的國家；但

是憲法上的原則頗有根本觀念的差異；所以研究法律的人們非要曉得國家的政治組織不可。法律現象是不能隔絕政治現象；因此法學就和研究人類所組織的特別社會的政治學有了密切關係。

(第二)法學和經濟學的關係 近代社會主義的經濟學發達以後，政治組織和經濟組織要連合在一起，這種實際上的趨向把政治和經濟的相互錯綜的發展促成社會的發展；於是國家幾乎要變成謀經濟發展的工具，法律本交算是國家的工具；在這種趨勢下研究法學的人們怎能不時時刻刻注意到國家的經濟狀況呢？老實說，現代的社會現象日有變動，我們所研究的政治學和經濟學的對象也伴隨着社會現象而變動；那末，法學的對象呢，怎能不起變化。法律固然是爲了經濟關係的基礎變動而修改，爲了經濟社會的現象發展而進步；法學就也爲了這個關係而接近了經濟學。

(第四)法學和倫理學的關係 倫理學是研究一個人在社會上應該這樣行爲

的科學，講法律却是也要研究到怎樣行爲是法律問題，又是怎樣不是。不過合法的行爲是否就是合於倫理的行爲，在前代法律思想極簡單的時候，習慣就算法律，道德觀念就算政治觀念；法律和倫理是站於同一基礎上面。近世紀文化演進了，道德思想固然不能籠罩法律思想；國家法律上的合與不合，不能與倫理上的是非相提並論。然而法律和倫理曾經有過歷史上的深切結合，畢竟還有不少法律的存在是受着倫理的影響。況且倫理學是說人生應該怎樣行爲，其目的在求人類幸福和公共安甯，國家可以助成人生應該怎樣行爲的，同時法律就是助成這行爲的工具；那就法學和倫理學的關係也很易明瞭哩。

第四節 法學的派別

法學的派別有歸納法學派和演繹法學派。歸納派就是唯物派，重歷史，爲客觀的；演繹派就是唯心派，重理想，爲主觀的。這兩派的研究方法却不是

絕對的拘執一面，有時歸納派也參用演繹法，演繹派也參用歸納法。現在分述如左：

(甲)歸納法學派

歸納法學派是綜合社會上的法律現象以發見它的原理原則；又可分做：

(一)歷史法學派 這又叫做沿革法學派，其中健將如同意大利的茫以柯 (Vico) 德意志的薩畢尼 (Savigny) 以及英國的梅因 (Maine) 這一派學者觀察歷史上的事實，探求法律現象的變遷，以求得真理。他們主張法律現象和法律原理都是根據着社會的變動而進化。譬如探究民法上繼承的沿革和其進化的程序，在歷史上可以發見古代是祭祀繼承，中世紀是家長繼承，近世紀是財產繼承。像我國現在舊社會上所有的繼承事項還帶着宗法色彩，還沒有進化到財產繼承哩。

(二)分析法學派 這一派是英人奧司丁 (Austin) 所首倡的，他的研究方

法是分析解剖法律的現象，探究明白它的組織成分，以便覓得原理原則。假使把契約分析解剖開來，是包含着要約和承諾兩個要素，那就可以明瞭契約的性質了。

(二)比較法學派 比較各國的法律制度，辨別其性質，以便探求其原理所在，這是比較法學派治學的方法。這一派的研究法或以地域為基礎，或以人種為基礎。法國孟德斯鳩 (Montesquieu) 所著法意就是採用這種比較方法，英人約翰 (John Selden) 曾經拿了猶太法和羅馬法比較研究。孟德斯鳩是採用比較方法最早的人，但比較法學到了十九世紀末方才成熟。此派後又分做國別比較法，人種別比較法，法系別比較法。并且法系別比較法裏面又分做(1)中國法系，(2)印度法系，(3)回回法系，(4)羅馬法系，(5)英美法系。

(乙)演繹法學派

演繹法學派是根據着理論，作成了公例，拿來研究法理。他們專門憑依着

理想，不用事實上的經驗，認為一切法律以外，還有自然法存在；於是他們要依着自然法的原則去研究法學。并且因為對於自然的解釋不同，還可分做：

(一)自然法學派 這一派的主張說是自然法是我人生存於自然狀態時所行的法則，所謂人類原始狀態，無國家，無法律，人人都有完全的自由。這一派的主要學說有四：(1)自然法是人類生存於自然狀態時所行的法則，盧騷的社會契約主義就是說的這種自然狀態；(2)自然法是自然賦與一切動物的法則，孟德斯鳩所主張的自然法就和這種意義彷彿；(3)自然法是上帝指示的完全法則，我人用理想來發見，這是神學派法學家所倡導的；(4)自然法是基於人的稟性的法則，這種學說在自然法學派中已經形成一派，可以稱做人性學派。這一派學者主張自然法是基於人性 (Personality) 的法律，他們要研究人的本性怎樣，然後拿了適合這本性的原理原則再為人類定下法的標準。

(二)哲理法學派 這一派的學者主張自然法不是存在於人類以外，是在

我人理想裏面；因為人類本有辨識道理的能力；所以自我能力表現時便能發見法律的原理原則。此種學說發源於希臘，近世如海格爾（Hegel）康德（Kant）等就是這一派的有名學者。

（三）社會哲學派 這一派是注重方法論的研究，帶有哲學的，社會學的色彩，又可分做三個派別；就是：（1）新康德派，（Stammler）可為這一派的代表；（2）新海格爾派，（Kohler）可為這一派的代表；（3）功利派，（Jhering）可為這一派的代表。

（四）社會法學派 這一派和社會哲學派可以說是殊途而同歸，自十九世紀末葉以來，因為政治學，經濟學，和其他社會科學的發達，就發生了一種新趨勢，社會法學派應時而產生。此派健者如同Holmes, Saleilles, Pound, Cardozo, 等都是。

第二章 法律是什麼

第一節 法律的性質

法律是什麼呢？這豈不是法學者間一個聚訟的大問題麼？我們要研究這一個大問題：那末研究的對象是法律的整個而不是法律的單體。這是英美系法學者常常說的，他們把 (A law 和 The law) 分別開來，所謂 (A law) 就是法律的單體，(The law) 就是法律的整個。並且普通談法律的人們，大概有兩大類：一類是說明什麼什麼是法律；他們解釋怎樣事實的法律現象是怎樣的，譬如說研究刑法時，他們就要解釋殺人是要判處死刑，無期徒刑，或十年以上有期徒刑；研究民法時，他們就要解釋離婚是要具備怎樣怎樣的法定條件。其他一類却是說明什麼事實應該有什麼法律；他們研究刑法，就要主張不應廢除死刑；研究民法，就要主張不應離婚自由。前一類大都是律師，法官，他們是要適用法律，他們所說明的是法律的「是」(is)。後一類大都是立法者，政治家，

輿論家，他們是要改造法律，他們所說明的是法律的「應該是」‘ought to be’。但是上面說的兩種人，都是以法律的單體爲研究的對象，無論他們所說的是‘is’或者是‘ought to be’却總沒有說到法律是什麼，法律的性質是怎樣。現在我來說個法律的性質的大概罷。

（第一）法律是抽象的，普遍的。法律的應用原本是拿來裁判具體的事實，但是法律的本體却是抽象的。法律並非對付一造或是一件案子；凡是一條法文儘可適用到千萬起案件，這千萬起案件的各別事實不必都是一樣。只要其中有抽象的共通之點就對了。像刑法上第一百零三條規定？『意圖以非法之方法，顛覆政府，潛竊土地，或紊亂國憲而着手實行者，爲內亂罪。』所謂非法之方法真是變化萬端，那就不必管他是暴動，是兵變，總有抽象的共通之一點就是『非法』。所以一件件具體的事實儘管千變萬化，而法律只有抽象的規定，普遍的適用。不過事實的變化是無窮盡，抽象的立法却爲了應付這些個別現象

，預先定下了一個準則，至於這些個別現象將來是否一一發生，是否和法律條文完全符合，這却並不是法律的責任。總之，法律要適用到各造的多案，所以有普遍性；而且一條條法文要總括將來發生的萬變事實，不得不從抽象方面規定。再進一步說，這些萬變事實將來是必定發生，或者是也許發生，或者竟是永不發生。

（第二）法律是確定的，統一的。法律的確定性就是它勝過理性的優長之處；人類固然是富於理性，而且理性也足以指導人類的動作。但是我們何以仍舊需要法律呢？要曉得理性是個人的，主觀的；環境一變，理性的結論就受着影響。法律就不然，它的本體就是不會流動，一經成立了，或者是一種習慣，總是甲爲甲，乙爲乙，變不出什麼花樣來。至於說到它的統一，並非指那立法上的統一而言。立法上的統一，是國家制定某種法律，全國信守奉行；可是法律的統一性的意味却不是如此。法律的統一，是伴着它的確定性的，因爲它的不變

動，它的拘束力自然是整齊劃一，方向並不歧出；所以這抽象的標準就會收統一之效了。

（第三）法律是硬性的，保守的。法律是硬性的，可以說是法律的一種缺陷；不過這種缺陷也無從避免。這是因為法律既然是抽象的，普遍的，確定的，統一的；然而社會上的人事現象朝變夕更，而且變化得非常複雜；那末這抽象的標準怎樣去包羅萬象呢？法律越普通越要注意具體的細微事項，那就越帶硬性。假使法律定得太繁雜了，那就怎樣教民衆去認識它，法律又怎樣能夠民衆化呢？實則法律就是不十分複雜，在民衆眼光裏看來已經覺得它是很神祕的了。并且法律除了硬性的缺陷以外，它還是保守的。要曉得硬性的缺陷是在空間上不能適應事勢的變化；保守的缺陷是在時間上不能伴隨思想的變遷。雖則法律也是跟着時代生長的，進化的；不過總是落在時代思潮的後面。有時法律也適應環境而變化了，却常常是受着政治組織變化的影響而發動的。有時

政治的變化激進了，而法律却跟不上。人類無時不在進化途程之上，一個時代思潮到來，人們的思想就日新日日新；法律呢？它每每做了一個落伍者。這是法律本身的缺陷呢？還是別有原因？現在是不遑討論，不過這種現象却從來如此。救濟上面所說的法律缺陷，英國學者梅因提出三種方法；是：①擬制（Legal Fiction）、②衡平（Equity）、③立法（Legislation）。擬制是過去的了；衡平是英國的特殊情形；立法的救濟却為一般所採用；不過立法又何嘗不時落伍呢？仍舊是保守着不能猛進。

第二節 法律和裁判

法律是目的呢？裁判是目的呢？法律是工具呢？裁判是工具呢？法律和裁判的關係究竟是怎樣呢？離開了法律裁判有效力麼？離開了裁判法律能存在麼？這些問題我們統該討論的。說到目的，那是不在裁判也不在法律。關於這一

層，先要從別一方面研究起。人類政治社會的存在有兩種力：一種向心力從人類的社會性發出，集合成了政治的社會；還有一種離心力從人類的競爭性發出，走上自私自利的途程，搖動人羣組織的基礎，這就是霍布士(Hobbes)所說個人與個人戰爭的現象了。這種爭戰應該用什麼方法去制止呢？幸而人類天性是好爭是非，有時是非的爭戰能夠消滅利益的爭戰；所以是非須要辨別，要辨別是非就得主張正誼，還得貫徹這主張。但是怎樣能夠貫徹正誼的主張呢？怎樣能夠達到這主張正誼的目的呢？那末道德是用良心責備去達到；宗教是用上帝威權去達到；政治的社會却用裁判力量去達到；就此可見裁判不是目的，是工具；法律呢？越發不是目的，并且要變成工具的工具了。至於裁判離開了法律本來不失為其為裁判，因為最初的裁判是根據着裁判者自由意旨，梅因在他所著的古代法裏說，荷馬的史詩中已有裁判這個字，却不見法律這個字，古代既有無法律的裁判，這裁判仍舊是保有效力。并且不必說古代，就是我國前清時

，行政與司法混在一起，民事法律又十分不完備，裁判時大多憑着裁判者的自由意旨。這豈不是裁判離開了法律仍舊有效麼？還有法律離開了裁判又怎麼樣呢？照英美系學者主張裁判立法的說起來，以為法律是裁判者自由意旨的替代者，又說裁判的機關產生法律；那就不免法律離開了裁判就沒有意義了。但是，法律的全體並不是全要供作裁判的工具的，當然，憲法也是法律。憲法是離開了裁判的，它難道不是還有它的最高意義麼？用裁判去貫徹正義的主張固然不錯，法律的效力可以供作工具用的也不錯；但工具這個字不能就看做法律的全體；所以法律不單是裁判的工具，就離開了裁判也不能就說它完全喪失法律的原來意義。

第三節 法律的學理基礎

法律不是一朝一夕所能成熟的；它有歷史上的沿革，它受過多少時代的影

響；它雖則是常常保守着，却終究跟着時代進化而生長。經過這悠久的歷程就發生了諸般互異的學說。這些學說是法律的整個解釋，是說明法律是什麼。并且法律學說中任憑是不妥當的，不適合的，有錯誤的；然而它們發生時却有種種根據，順着當時的政治制度和法律現象，倡爲法律是什麼的學說。錯不錯是另一問題，不過它們都有時代的價值。現在我把那幾種重要的介紹在下面：

（第一）神權說 是說法律是神的意旨直接或間接所創造的；如同回回的科蘭經，猶太的摩西法典，印度的碼尼法典，統是假托神意，并且說是神的意旨直接創造的，後來社會稍稍進化還發生了一種間接神意說，這不但是宗教家言，也有幾個學者解釋法律的意義說是成文法的拘束力不及出自神意的不成文法具有無限拘束力，神權政治早成過去陳跡，法律的神權當然是時代的棄兒了。

（第二）正義說 這一說是主張法律就是正義。他們以爲法律和正義在實體上相同，也有主張法律是正義的一部分。希臘古代學者多倡正義說，還有羅馬

和英國中世紀也有倡導這一說的。在第一世紀和第二世紀交接時，羅馬崔爾賽（Celsus）發為那時代著名的法律定義；說是：『法律是善良和公平的術。』可是到了近世紀法律和正義的觀念是完全分別開了；所謂惡法勝於無法，不合正義的法律，仍舊有它存在的可能。

（第二）道德說 主張道德的學者以為法律是強制人類歸於正道的道德規則，或者法律是憑借外界一定的權力而為社會人類的道德規則，這都是說法律和道德同其實質。但是另有一說，主張道德和法律雖則同為行為的標準；不過道德以良心為主，由內制外；法律以行為為主，從外制內。道德的範圍廣，法律的範圍狹，這一派是說法律為道德的一部分。在從前社會組織簡單的時代，法律現象也並不複雜，法律規則常常是屬於道德規則；然而近世紀呢，法律的內容不是盡合道德，并且還有不關涉道德的地方；所以把法律解作道德是不妥當的。

(第四)自然法說 這一說是主張法律並不是人和神所創造，是自然存在的一種現象。宇宙間萬有現象都受自然法則的支配，社會現象也是其中之一，脫不了自然法則的拘束，法律就是屬於自然法則的一部分。孟德斯鳩以為從法律的廣義說，是基於事物的本性所生的必然關係；所以天地有法則，萬物有法則，禽獸有法則，草木有法則，人類也有法則，這一派的學說現在還保有相當的勢力。

(第五)秩序關係說 這一說是主張法律是從事物的因果關係定出一定的順序，特定的事實必生特定的效果。所謂秩序關係就是說法律的本質是秩序，有一定的原因就有一定的結果。這一派的學說，在人家批評起來，都說和自然法派有同一的缺點，就是立說太廣泛了，不能確定法律的性質。

(第六)自由規律說 這一說主張法律是定各人自由行動的範圍，一面維持各人的自由，一面制限各人的自由。康德曾經說過法律是根據自由的通則調和

各個人的專橫。從前歐洲自由論盛行時代，自由規律說頗風行一時，不過此說也受人批評，因為自由規律一語只能說明法律的一部分，不能說明法律的全體，法律裏面固然有保障個人的自由，也有爲了保障個人的自由以致限制他人的自由，并且還有限制一切人等都不能自由，可是自由規律說却不能包括上列各種的意義。

(第七)契約說 這一說以爲國家是由於人民的互約而建設，法律是由於人民自由意思一致的結果而發生。契約說起源在希臘古代，羅馬學者也多主張，後來盧騷的民約論一出，這種學說的勢力就越發雄厚。契約說還可以分做兩派：一派是政府契約說，主張治者和被治者結爲契約，組織政府，中古時代的契約說都是屬於這一派；另有一派是社會契約說，主張社會裏面的各個人相互結爲契約，維持社會，十七、八世紀中契約說學者多倡爲這種論調。至於盧騷集中諸說，他以爲人人都有自由，但各人所以甘心限制一己的自由去服從國權；

實在是用了自己的自由意思束縛着自己。後來那著古代法的梅因却很反對他的理論，梅因主張古代社會受習慣的拘束，近世始成爲契約自由的社會；民約說只能說明近世共和國家的成立，至於原始國家的起源就不是如此。

（第八）強行規則說 這一說主張強制是法律的要素，沒有強制力就不是法律。道德和法律的區別就在強制力的有無。所謂法律就是根據外形的制裁而強行的規則。這一派學者注重在法律的強制力，却忽視了它的其他要義。即使強制是法律的要素，可是法律的要素決不止這一種；那末，單單提出一個強制力的名詞怎樣可以概括整個的法律意義呢？

（第九）共同生活要件說 這一說以爲法律是人類共同生活的要件；不過呢，法律的發生固然是爲了人類的共同生活，但這一點却不能說明法律的全體。所以共同生活要件說很受學者間的非難，要曉得法律有時居然也會得違反共同生活的要件；然而却不得不承認它仍舊是法律。

（第十）行爲說 這一說主張法律是行爲的規則，是政治上最高權力強制人類外部行爲的規則。這一派裏面的學者對於法律所下的定義是：法律是人類行爲的規則，並由國家制定或經過國家的承認。不過批評這一說的却以爲法律裏面常有關於意思的規定，法律不能算是完全屬於行爲的規則。

上面所列舉的十種學說雖則都不能確實認定法律究竟是什麼，但却各有一種時代性質。初學法律的人們應該知道各種學說的一個大概，詳細研究却不在本論範圍之內了。不過在多種學說裏面還有三種是比較更重要的，我再列舉出來說說罷。

一種是奧司丁的主權命令說 *Austin's, Theory of law as the command of the Sovereign*，他主張法律是國家或主權的創造物，創造的方法却有兩種：一種是主權直接創造，一種是間接地由從屬的機關創造。所謂直接創造就是主權者（包括君主或最高團體）在行使立法的或裁判的機能時所直接造成，間接創造就

是一個從屬的個人或團體在他們行使直接立法或裁判立法的權利或權能時所造成，並且這種權利或權能是要君主或最高團體所明認或默認地授與的。奧司丁的主權命令說頗受到主張裁判立法說一派人的非難。他們以為直接的立法創造不過對於裁判機關供給一種材料，由它認識和適用；所以立法的創造必須經過一番裁判作用，才得成爲法律。裁判機關對於法律，就是沒有明文規定也可以在別條條文裏面推論出一條法律來認識，它有廣大的認識的活動範圍。並且有了明文規定的時候，裁判機關所認識的也是條文的解釋而不是條文的自身。那就也有活動的餘地。法律既然要經過裁判機關的認識才會有效，因此法律決不是真正主權的命令，除非是法律要強直到沒有解釋的餘地，裁判機關沒有活動的範圍；那末才對。主權固然是可以這樣行使它的強直命令權，可是主權從來沒有這樣地去做。主張裁判立法的一派人是如此這般去批評主權命令說，不過他們自己學說的立腳點也並不穩固，這一層留待後面再說。

還有一種是薩畢尼的民衆意識說 Savigny's Theory of law as what has existed in the common consciousness of the People 他主張法庭所適用的法律不必要自己去創造，只要將民衆公共意識中已經存在的事物，就是民衆所認識的，拿來適用就是了。所謂公共意識這一句話，那就是說生存於社會裏面的人就有一種公共生活，各種制度就在公共生活中間自然生長或變遷。這民衆的公共生活中間還有一種公共的意識存在。但是民衆怎樣去認識法律呢？民衆並不要運用理性去借重風俗，習慣，和種種條理，却是直覺地在它的有機的結合 Organic connection 上認識了這種法律制度。但是主張裁判立法論者對於薩畢尼的學說也有非難的論調，他們以爲民衆是不會常常感覺到自己法律的存在是當然的，并且就根本的，原始的，永久的法律分子上說，薩氏這一說固然通得過。至於說到現在的，詳細的部分上，民衆意識就解釋不明白了；譬如說民法上通信承諾的效力，紐約省採取發信主義，馬薩省採取受信主義；那末怎樣去說明民衆意識的感覺

呢？難道這一省是感覺着有受信的必要，別一省民衆就有異樣感覺了麼？關於這一種非難，薩氏却有解釋的理由，他說法律有二重生命；根本的分子是在民衆意識中間生活着，詳細的部分是要專門家去把民衆意識充分的開發出來。這種學說的理論甚高，不過專門家不能忠實地去開發民衆的意識，却又另成一種事實問題了。

除開主權命令說和民衆意識說以外却要說到裁判立法了。裁判立法論是說法律從裁判而來。因為最初的裁判無非是裁判者的自由意旨，後來有了許多相同的事實，作成雷同的裁判，等到時代文明有了相當的發展，這些裁判上的前例逐漸成爲法律條文；所以法律就是裁判者自由意旨的替代者。法律後於裁判，亦就是起源於裁判。沙爾曼特 (Salmond) 以爲國家在它的裁判機能裏產生法律，而葛來 (Gray) 就直截痛快地說裁判的機關產生法律。像葛來這一派學者拿裁判說明法律，說是法律不經過裁判認識不會有效，這種立論基礎是狹仄的

，因為法律的運用不必全要經過一番裁判手續，很多的法律當立法程序完畢後便由行政機關執行，這種效力的發生那裏還要等到裁判認識或解釋呢？葛來他們過於重視裁判解釋，雖則在英美系下的法律制度，裁判解釋的效力差不多等於立法；但是要說明整個的法律是什麼，斷不能專從裁判一方面觀察。總之，前面列舉過的各種學說都是法律一元論，根本上就不能說明法律的意義。日本學者有的主張：『法律是完成人類社會生活的必要，根據着公力所維持的生活關係的規則。』所謂生活關係的規則就是說人羣生活中間必有相互關係，法律爲了這種生活關係定出個人對於他人或團體的外界行爲之標準；所謂完成人類社會的生活的必要就是說人類社會是進化的，人類社會的生活當然也跟着變遷；那末所定生活關係的規則就得應付這種生活進化的趨勢而完成其目的；所謂根據着公力所維持生活關係的規則就是說法律施行時要有主權的強制力來維持。這種學說承認法律是生活關係的規則却不說牠是自然法則；并且，既然主張

主權的強制力，却又反對主權命令說。他們對於法律的認識，也沒有什麼澈底的，獨到的見解。

說明法律是什麼的學說實在是太紛繁了，老實說，現在還沒有得到一個共信的結論；但是我們究竟要不要在上列各說裏面採取一種學說作為定義呢？我以為這是各人在學術上的信仰自由；不過我却不願在這部法學通論上認定那一種學說是比較可信守的法律定義，並且也不必要，因為初學法律的人們初窺法學門徑，只要懂得法律在學理上的基礎是如此如此，將來造詣日深的時候自會歸向到那一學派裏去，或者自己創造一種更進步的學說。目前正不必用著書者的主觀見解明示地給他們一個思想上的桎梏吧。

第三章 法治論

第一節 國家是什麼

國家是什麼？這豈不是和法律是什麼同爲一個極難解答的問題麼？自從古代以來，學者對於這個問題都提出答案，但是誰的答案不錯呢？他們有說國家是自然的生長物，有說國家是人人戰爭的結果，有說國家是社會契約的結果。國家主義派把國家當作無上法寶；共產黨透視國家的界線，注意在階級的國際性；無政府主義者對於國家的鄙夷態度是更不必談了。他們也有善頌善禱，說國家是人類福音，是人類最高之目的；也有咒詛國家，說他是人類的仇敵；像克來 (Carey) 還說國家是由盜賊團體造成的東西，至於國民黨呢，對於國家的見解，我們可以從孫中山在民族主義第一講裏看出點端倪；他說：『最適當的方法，是民族和國家根本上是用什麼力造成的。簡單的分別，民族是由於天力造成的，國家是用武力造成的。用中國的歷史來說明，中國說王道是順乎自然，換一句話說，自然力便是王道，用王道造成的國體便是民族；武力就是霸道，用霸道造成的國體便是國家。』中山主張國家是武力造成，和霍布士說的

國家是人人戰爭的結果一語見解相同。但是國家究竟是什麼呢？他的起原，他的性質，他的意義，且再看看左列幾種學說吧。

關於國家的學說，神權說是很早的了。這是宗教家言或者是古代的統治者以神道設教，他們說國家是由神建設的，也有說國家是由神的命令建設的，就是我國歷代帝王不是也假托受命於天麼？大概在政教混合時代，政治統脫不了這種神話的拘束；甚至把宗教經典當做法律，宗教裏面像基督教從前根據國家是上帝創造的神話攫取政權；以致歐洲發生一千多年的政教衝突。神權說的影響不可謂不大，但是近世來却已到了末日，法國革命以來在學理上已被民約說打倒了。還有一種強權說，主張國家的基礎是建築在武力上面。以為古代一切法律都是強者支配弱者的權利，而弱者服從強者是天然的法則。這種主張是表現專制時代統治者的權威，不許人民有自由意思；并且誰是強者誰就有權威，那就很容易發生戰爭，攘奪政治，國家的基礎倒反不能穩固了。強權說也不足

證明國家的真正意義，契約說就和這一說完全相反。契約說在前一章裏我已介紹過了，他們對於國家和法律都說是基於民衆契約而成。近世這一派學者最有名的如同英國霍布士和法國盧騷，他們統說政治社會的起原是由於契約；不過呢，霍布士說契約是各人和各人互定，不是人民和君主訂定，君主不受拘束；盧騷却主張主權者權力是委任的，要受契約制限。他們所倡的契約各說對於近代國家的組織和法律的觀念發生極大的影響；不過到了十九世紀，歷史學和社會學漸次發達，大家都從歷史上，古代社會組織上探求國家的起原，契約說就受了大打擊。這是因為歷史上的探求結果，在古代國家不但覓不到由契約設立的證據；並且可以從事實上提出反證來；所以契約說不能說明國家如何起原，只能解釋國家和個人權力的性質是怎樣，或者國家權力和個人自由的關係應該怎樣罷了。法國革命以後，民約說的反動起來；有機體說就盛行一時。有機體說是把國家看作像人類一般本能的，自然的生活之結果。這一說起原很早，希

臘的柏拉圖 (Plato) 就曾把那時的共和國比做一個人體，十九世紀中期此說重興，伯倫智利 (Buntschli) 就竭力主張。他說國家便是人類有機體的偶像。斯賓塞爾 也把生物來比國家，把國家的全體看做和動物的有機體一樣。其實呢，有機體的生長和改變是自然的，沒有意識的；國家社會的生長和改變却是人爲的，受意識支配的；所以有機體說在根本上已經陷於錯誤。此外還有實利說。實利主義是英國侯模 (Hume) 倡導的，他批評神權說，以爲太把政府的權力看做神聖不可侵犯；批評民約說，以爲服從政府是不得已的，並非出於合意契約。所謂不得已的服從亦非完全爲了強力作用，實是從那社會上的實在利益的基礎上來的。這一說是主張政府的利益所在就是服從義務的成立原因；政府的基礎就建築在實利上面，然而這一說也欠完滿，因爲野蠻時代的人民和半開化的民族，他們怎樣能夠了解國家的實利所在，自覺有服從的必要呢？實利說也是不合於歷史上國家發生的事實。

國家和別種社會相異的地方，就是爲了國家有一種特殊權力和特殊組織。至於他的起原在歷史上本有久遠的歷程，關係複雜得很；凡是血統、宗教、戰爭，和經濟等各種勢力，對於國家的創造、生存，和生長都有極大的影響。總之，造成國家的原動力不僅一種，執其一端要去說明國家的起原和性質。那是決不會得到圓滿的結論。我們要研究國家是什麼，須得根據歷史的，社會的事實做基礎，同時要注意到血統、宗教、戰爭，和經濟等造成國家各種原動力。

克魯泡特主張在人類社會生活中國家不過是社會生活的一種形式；在沒有國家的組織以前，人類已經有了幾千年以上的歷史。不過無政府主義者否認國家制度，他們也是採取歷史上、社會上的事實作爲資料，至於說到國家的性質，還得明瞭組成國家的四種要素；這四種要素就是：(1)土地，(2)人民，(3)組織，(4)主權。

(一)土地 土地是國家的物質要素，如果有了人民却没有土地；那末像從

前的遊牧民族遷徙無定，只能算是部落。這種部落裏面雖則也有統一的命令權，但是不能在空間佔領確定的地位；那就無從發生嚴密的政治組織，自然夠不上稱做國家。猶太人散處各國，自己沒有土地，無論他這種民族生活力怎樣強大，却不能建立一個國家。所謂國家的土地就是指一個國家在地球上所佔領的地方，這一地方是這一國的國權所能及到。至於土地的界限也有天然的，也有人爲的；天然界限是山川、河流、沙漠、森林等類；人爲界限是經緯線，界碑等類。近世天空事業發達，土地界限上還發生了空中領域的問題。

(二)人民 人民也是國家的物質要素，當然有了土地，沒有人民，仍舊是無從建國。說到人民却有一個問題，就是人民和民族的錯綜關係怎樣呢？造成一個國家的人民可以限於一種民族，也得合成許多民族。關於這一層，孫中山在他的民族主義演講裏說得明白，他主張中國自從秦、漢以來，總是一個民族造成一個國家。在外國却有一個民族造成幾個國家，或者是一個國家包括幾個

民族。英國領土內是以白人爲本位，結合黑色、棕色等民族造成大不列顛帝國。照這樣看來，一個民族造成一個國家，換一句話說，就是一國的人民只是一個民族，這便是民族主義的國家了。

(三)組織 國家是主權、人民、領土，三者合組成成功的政治團體，從前舊說裏面國家的要素是主權、人民、和領土，並沒提到組織。其實政治組織也算 是國家要素之一，否則主權將怎樣運用呢？中山在民權主義演講裏主張權與能要分開，把人民比做阿斗太子，把政府當做諸葛亮。他根據了這種原則就創出政權和治權的名目；政治中要包含兩種力量：一個是政權，一個是治權。他又主張在政權方面分做四個民權，治權分做五權，這便是孫中山民權主義中政治組織的方法。所謂政治組織便是國家要素之一。假使沒有這種組織；那末民族的國家怎樣可以建設成功呢？民權論豈不成了空談麼？無論是什麼主義，他要用主義建國，他就缺乏不了這種組織的要素。就是不談主義，譬如從前那些受

命於天的皇帝，他是有了主權，有了人民，有了土地，如果沒有三公六卿等執行聖旨的行政組織；那末當然不能成爲一個國家。組織的必要性也就可知了。

(四)主權 主權就是一個國家裏的最高統治權，這要素也是萬萬不可缺少。國家既被看做高於一切社會之上的唯一社會，國家的意志——主權——自然也是高於一切社會之上的唯一意志；所以論到主權的性質却是包含着(1)最高性，(2)永久性，(3)唯一不可分性。假使國家喪失掉這最高統治權，那就任憑他還有土地，還有人民，還有政治組織，他已不復成爲國家。凡是一個國家受了別國主權的支配，無論名義上有沒有亡國，却已變成人家的屬地了。

第二節 黨治和法治

這一節裏我們須得研究一點國體和政體分類的情形，然後再說到黨治和法治。國體和政體的分類當然有不少的學說可以討論，但是現在只好採取最普通

的分類理論說個大概了。國體是依照國家主權者人數或者主權屬於何人，何階級，作為分類的標準；政體却是依照政府組織的形式來分類。最著名的亞里士多德的國體分類就是依據了掌握國權的人數；不過他把國家和政府却没有分別開來。照這樣去分別國體；那就凡是國家主權由一個人的單一意志去支配叫做君主國體，少數人或一上流階級行使主權叫做貴族國體，多數人民或人民全體行使主權叫做民治國體。至於政體分類也可按照組織政府的人數或形式分為君主政體、貴族政體、民治政體。并且還有根據着國家有沒有憲法；立法、行政、和司法是不是三權鼎立，分做專制政體與立憲政體。近年來俄國還創造了一種新政體，號稱工人政體 (Ergatouracy)。所謂工人政體就是工人政治，為了工人建設政治，被工人建設的政治；說得好聽點，就是民治、民有、民享、變作工治、工有、工享了。

新近發生了一個黨國名稱，人們多有點不明白，以為黨國應該屬於何種國

體呢？是不是在君主國、貴族國、民治國以外別有所謂呢？其實我們通常所聽着，說着黨國這兩個字，在形式上是有兩種意義：一種是黨和國兩個名詞並稱，譬如我們說黨國怎樣怎樣，就是說的國民黨和中華民國；還有一種意義是黨和國兩字合成一個名詞，就是說的以黨治國的國家。前一種沒有法律上、政治上的意味，後一種確是一個政治學上的名詞；不過呢，以黨治國，完全是政治組織上的關係，並不牽涉到國體問題。泛繫黨不是治理意大利麼？意大利仍舊是君主國。共產黨不是握的蘇俄的政權麼？然而仍舊叫做蘇維埃聯邦共和國。就是國民黨以黨治國以後，中華民國仍舊不失其為民治國體，所以黨國這一個名稱是不會算到國家分類上面去的。但是黨國包含着以黨治國的意義，那就要說到嘖嘖人口的黨治問題了。黨治應說作什麼解呢？國民黨的黨人治國麼？國民黨的黨綱和黨義治國麼？這種問題我們現在用不着討論，不過國民黨的黨治和別國的政黨政治有什麼重大分別，這是要加以說明的。就拿英、美的政黨來

說吧！英、美的政黨是沒有排他性；在美國呢，共和黨和民主黨兩大政黨是向來對壘的；在英國呢，保守黨、自由黨、和工黨競爭很烈。他們在政治上運用選舉鬭爭的手段，互爲進退；黨治呢，却不許國內另有第二黨存在，只有一黨獨握治權。并且政黨政治是施行本黨的政策，以求博得選民的同情，這些政策只要不背憲法，却不必規定在憲法裏面；至於國民黨，他不僅有政策，他還有他的最高主義，將來憲法是要根據這種主義制定的。從這兩點上我們不僅看出黨治和政黨政治的區別，我們還可以明瞭黨治和法治的關係了。一黨的黨綱和黨義既然要同化在憲法裏面，那就施行黨治非得根據憲法不可；那末，黨治就須得拿了法律來做必要的工具，黨治就離不開法律，黨治就要和法治連鎖在一起了。孫中山是主張以黨治國，但在治國之前却還主張先要以黨建國。他在第一次全國代表大會開會的日子，提出主張：說是：『我從前見得中國太紛亂，民智太幼稚，國民沒有正確的政治思想；所以便主張以黨治國。但到今天想

，我覺得這句話還是太早。此刻的國家還是大亂，社會還是退步；所以現在革命黨的責任還是要先建國，尙未到治國。』可見在建國大功沒有告成之前，一切都在建國的途程上，還談不到真正的黨治。我們且看國民政府建國大綱第二十三條：『全國有過半數省分達至憲政開始時期，即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。』又二十五條：『憲法頒布之日即爲憲政告成之時，而全國國民則依憲法行全國大選舉，國民政府則於選舉完畢之後，三個月解職，而授政於民選之政府，是爲建國之大功告成。』所謂建國大功告成的時候就是憲法頒布之日；那末，以黨建國的第一步工作做完了以後，便須根據着憲法開始以黨治國的工作了。國民黨實行三民主義，五權憲法的步驟是先建國，後治國；并且以黨建國的程序，最後就是頒布憲法，而全國國民依照憲法，進行全國大選舉。孫中山把憲法看得何等重要，親自訂定建國大綱，從軍政時期、訓政時期、憲政時期，達到憲法的頒布。憲法是國家的根本

法也，就是法治精神發源地所在。實行黨治的時期，一切不能離開憲法；那就黨治精神處處要伴着法治精神。第四次國民黨中央執行委員全體會議的宣言就已注意到這一層，說明法治的必要了。但是，什麼叫做法治呢？要曉得國家既然要達到他的最高目的，就制定各種法律，對於立法、行政、司法，各機關的組織分子，要他們遵守着嚴密的紀律，忠實地服務；對於民衆就利用裁判制度，在社會中間建設系統和秩序，養成他們守法的情操。人民受治於國家法律之下，一切地位平等，權利和義務平等，裁判上的待遇平等，這就叫做法治。大凡法治所以勝於人治，就是爲了人治是短促的、浮動的、任性的、沒有持續性的；法治却沒有這種缺陷。人治全靠着一個統治者的賢良和智慧，可是賢人却不能常有；至於法治依着一定程序，總是走到進化之路上去；雖則法律帶有保守性，它的變動是常常跟在時代後面。并且法治精神是可以漸漸養成的，人治又有什麼精神可說呢？法治精神應該怎樣養成呢？要養成現代法治精神，須得

顧到左列三種要素：

（第一）要有完備的法典。法治的工具就是法律，如果沒有完備的法典，那裏夠得上談法治呢？第一要有憲法，確定制度上、組織上種種大原則；其次便是各種民法典，確定國家裁判上、民衆公共生活上的依據和信守。像我國自從民國元年直到目前，那裏有共信共守的憲法，其他法典也是沒有一種經過正式立法手續；就是由行政機關胡亂頒布的法律，例如刑律、民刑訴訟條例等，也沒多幾種；所以十多年來的中華民國那能說得上是一個法治國，就算從形式方面觀察起來。我在上面所說的話還是屬於『要有完備的法典』這一種要件的第一意義，至於第二意義却要說到實質上去，因為各種法典在形式上雖則完備了；然而它們的內容也得處處適合一國的民族性。這一種意義就是說的法律要適應環境，要顧到時代，要接近民衆的公共意識；否則各種法律就算一一都經過正式的立法手續以後才公布，也不能說是完備的法典。

(第二)要法律民衆化 歷來民衆和法律未免太隔絕了吧。所謂『民可使由之，不可使知之。』這一句關乎政治的傳統格言，真是害得法律對於民衆永遠成了一張幕生面孔。從前的什麼官兒、府兒，就是現在的行政機關也不免罷，常常出一張六言告示，說什麼『如敢故違禁令，拘案嚴懲不貸。』這就是官廳對於民衆宣傳法律威嚴的無上方法；但是民衆仍舊也是什麼都不懂得。他們莫名其妙的在刑事上犯法了，受制裁了，被判處死刑或徒刑了；他們又莫名其妙的在民事上打官司了，敗訴了或勝訴了，上訴被駁斥了。他們或抱怨法官，或感激律師，可是法律究竟是什麼一回事，他們却始終莫名其妙。民衆太不認識法律，法律也太疏遠民衆，這兩者相互關係如此不美滿；那末；法治精神從何發生起來！因此，法律須要民衆化，法律智識要普及於民間，法治下的民衆人人要具備法律常識，法律絕對不是一件神秘的東西！

(第三)要法律革命化 我們談革命，須得明白革命的態度怎樣，革命的情

緒怎樣，革命的態度是強直的，不中立的，不革命就是反動；革命的情緒是熱烈的，不軟化的，不受壓迫的。同時我們再看看法律的態度怎樣，法律的情緒怎樣。法律的態度和革命的態度相同的，強直，不中立，不法便是叛徒；但是情緒呢，這兩者根本衝突的地方就在革命的情緒是熱烈的，法律的情緒是冷靜的；惟其冷靜，所以法律總是不容易進步，跟不上革命潮流。你們瞧瞧吧，國民黨領導革命好多時了，革命空氣瀰漫了全國；但是我國的法律制度起了什麼變化呢？法律現象有了什麼進步呢？法律方面有點什麼革命色彩表現出來呢？這是因為法律的態度原本是十分冷靜，這是要它革命化了，情緒高漲點，起來趕上去，不可落在時代後面；那末，黨治和法治才得攜手而同行。

第二節 法律是不是萬能

法學家有時把法律推重到登峯造極，便說法律是萬能的，國家是被法律所

創造的；其實萬能這兩個字不過是恭維恭維人家罷了。宗教家說什麼全能的上帝，科學家說什麼萬能的科學；那末，自己恭維着自己所信仰的對象，泛繫黨就不妨說一聲棒喝主義是萬能的，布爾札維克就不妨說一聲共產主義是萬能的；究竟萬能也不過就是這麼一回事罷了。英國的國會號稱萬能，但是它非但不能創造生物（這本是當然的），它能夠通過一個議決案排除天主教麼？廢止衡平法麼？或者能夠事事不受前例的拘束麼？自然它也有很多幹不了的事。并且像奧司丁對於法律的見解，以為法律是主權的創造物，那就法律還有什麼萬能可說；就照薩畢尼所說法律是存在於民衆的公共意識的中間，假使民衆的公共意識是無所不能，那就法律也許是萬能。但是，民衆的公共意識究竟是否無所不能，這也頗費解釋。法律本是一種威權作用，國家的組織存在一日，這種威權的作用也就一日不能停止。至於法律是被國家創造的呢？還是法律創造國家呢？這還不是一個重大問題。國家的起原或者不要仰仗法律的力量，國家的生

長却少不了法律來維持。在國家最高目的範圍以內，在有國家組織的社會裏面維持公共生活的安寧幸福的限度以內，法律雖不是萬能，却是可能。換一方面說，就是反對現代國家組織的任何社會主義者，他們在打倒強權以後如果仍舊要運用權威去統治一切，那就他們不應該輕視法律。俄羅斯蘇維埃聯邦共和國就在一千九百十八年七月十日第五次全俄蘇維埃大會議通過了憲法，足見共產黨要打倒一切舊有制度，却沒有決心打倒法律。他當然否認法律是萬能的，也許不至於埋沒了法律是可能的；因為他比較一切強權更要運用權威。世界上只有無政府主義者不僅配說法律是不可能，并且還配說法律是助長罪惡；因為他是主張自由協約，反對治人制度，根本上就主張權力是一件壞東西。

第四節 從經濟基本權說到法治

法治是要注重各階級的全生命，一階級——不論它是中產階級以上的階級

或者是無產階級——的政治，一階級的憲法，不是法治的最高意義。二十世紀以前的憲法只顧到政治基本權，忽略經濟基本權，一般無產階級中人的生活不健全也就無法享受政治基本權的權利；所以多數人民就茫然於法治的利益。所謂經濟基本權的內容可分三種：(1)勞動全收權，(2)生存權，(3)勞動權。勞動全收權是由於剩餘價值說而來，因為他們說財富是勞力的創造物，所以主張『凡是勞動者生產的東西，應該全歸勞動者自己享用。』根據這原則就發生了勞動全收權。在私產制度下本來說不上勞動全收權，但是用法律來限制土地和資本的獨占，——民生主義中本有平均地權和節制資本的方法——制定遺產稅則和採取干涉主義的法定利率以限制不勞而獲的財產權，這也是可能的事。還有生存權呢，就是把一切財物適合於各人慾望的需要加以分配，因為人類已經生在社會上就得享有維持生活的權利。這種權利在私產制度的社會上也可在確當範圍以內用法律保障，譬如未成年者有受教養的權利，衰老殘疾的人有受救濟

的權利。至於勞動權，就是有勞動能力的人得不到勞動的機會，便有要求給與勞動機會的權利，換一句話說，就是失業者有要求救濟的權利，這也是應該用法律保障的。

近來一般好談唯物史觀的人總說經濟上的不安現象，法律是萬萬沒有解決的力量；法治呢，不過是一個落伍的名詞。他們不了解法律是自然生長的，到了某時代就應該有某時代的法律。物質發達到了某種限度，難道法律就不能發達到某種限度麼？法律可以保障經濟基本權就和從前曾經保障過政治基本權一樣。我不說它萬能却說它可能；至於它的可能性能夠擴大到如何程度，這是另一問題，我們總不該說法律對於經濟問題是一無所能，除非是不承認一切權力的作用。要曉得新理想主義和唯物主義的衝突之點全在唯物主義是屬於運命論的，不是屬於希望論的；重視經濟的要素，不信理想能夠產生事實；新理想主義重在理想之力和觀念之力，對於資本主義的社會的推翻和社會主義的社會之造

成，主張並非進化於必然的運命之中；却是仗着人間意旨和人間努力的合動。并且從新理想主義發生出來的一種進化的，合法的新傾向，叫做法的社會主義。這種主義重視法的效力，運用法的理想和正義的可能性，作為達到社會主義的目的之一種手段。這就是採取合法的手段將現在資本主義的社會化作社會主義的社會，或者運用社會主義的意義解釋現行法條文，引伸他，貫徹他，發現其中留保的社會主義的權利。法的社會主義者主張基於法律的轉化，把資本主義的社會化作社會主義的社會；他看得法律的可能性是何等擴大。至於憲法上保障經濟基本權，法治精神要普及於各階級，——還沒有說要轉化社會——這種輕微責任，法律儘能擔當得起哩。

第四章 法律的淵源

法律的淵源就是研究法律的所從來，還可分做實質的和形式的兩種：實質

的淵源是它的內容所從來，形式的淵源是把它製成有威權的法律的工具所從來。因為法律是製造出來的一種工具，但是在它被製造的時候，需要材料，同時也需要工具。製造法律的工具是什麼呢？形式的淵源是什麼呢？所謂製造法律的工具，我們所公認的是立法；不過英美法系中主張裁判產生法律的學者，就把立法當做材料，認為實質的法律淵源之一種。他們以為一個政治社會或是國家中間可以沒有法律，沒有立法機關，却不能沒有裁判的機關；因為立法機關不過是供給材料與裁判的機關去創造法律的。這一派的論調暫且不必仔細研究它，現在且把通常認為法律的淵源，實質的淵源，羅列出來；就是：（一）習慣，（二）學說，（三）判例，（四）條理，（五）外國法，（六）條約，（七）宗教。其中宗教一項在古代政教不分時，宗教不僅是法律淵源，還有法律從宗教產出。至於把宗教方面的材料採取作為法律，如同歐洲中世紀的寺院法是根據高僧會議的議決案而成。不過這種喪失時代性的問題現在也不多說了。

第一節 習慣

習慣是自然的，積漸養成的一種人類的行為標準，人類對於習慣，差不多成爲第二天性；所以習慣有適合於正義和善良風俗的，便可採取作爲法律的材料，成爲法律的淵源所在。習慣的種類可以分別爲：

(一) 一般習慣和一地習慣 一般習慣是全國通行的習慣，一地習慣是一處地方通行的習慣。大概國家立法所採取的多注重於一般習慣。

(二) 普通習慣和特別習慣 普通人民所通行的習慣，叫做普通習慣；特別人民所通行的習慣，叫做特別習慣；例如商事習慣，農事習慣等都是。

(三) 成文習慣和不文習慣 有文字記載，如同各種調查習慣彙刊印行的書冊，叫做成文習慣；民間傳統遵守，沒有文字記載的，叫做不文習慣。

社會的習慣和國家的法律，都是人類的意識和能力到了某種程度所表現出

來對於正誼的一種見解；所以習慣和法律頗有許多共通之點，良好的習慣自然是法律的良好材料。不過習慣本來沒有法律上的效力，必須等到國家承認或規定以後，才得成爲法律或和法律享有同效力。至於習慣發生法律的效力時，關於它的方法和學說怎樣呢？那末是：

（第一）永續慣行說 此說以爲能夠發生法律上效力的習慣，必須有同一的習慣，永久持續地通行，并且對於人民已經發生了拘束力。這一說並不能釋明習慣成爲習慣法的確定時期，所謂永續慣行的時間界限也是說不明白。

（第二）國民總意說 這一說主張法律都是由於國民的總意而成；習慣法就是國民直接所發的總意，成文法就是經由立法者所發間接的國民總意。習慣所以發生法律上的效力，因爲人民公認這習慣的緣故。這種學說是拿了法律是出於國民總意做前提，但是法律究竟是不是出於國民總意還是一個問題，所以他們的主張仍舊不得要領。

(第三) 法庭承認說 英國學者有的說習慣法是推事制定法，以爲習慣必經裁判機關承認，方能發生法律上效力。這本是英美系中對於習慣的或種說法，不過習慣成爲法律總不該如此簡單罷。

(第四) 法定條件說 這一說主張習慣所以發生法律的效力，因爲主權者用一定的條件明示或暗示地付與它。這些條件在各國立法例上各有寬嚴的不同；譬如在英國是：(1)自古存在，(2)繼續通行，(3)不爭不疑的信守，(4)確定，(5)有強制力，(6)有合理性，(7)有適法性；在德國是：(1)須爲同一行爲，(2)是多年習慣，(3)是法律上的習慣，(4)不論是個人的習慣或團體的習慣，(5)不違反善良風俗和完全理性；在日本是：(1)不反乎公之秩序和善良風俗，(2)法令的規定所承認，(3)和法令中沒有規定的事項有關。至於我國民法上對於習慣的適用範圍，看得非常重要，第一條便規定：『民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理，』又在第二條規定爲：『民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或

善良風俗者爲限。』這是因爲我國領土如是廣大，風尚如是不同；各地習慣固然多有適合國情的，但不合黨義或違背現代潮流的却也不少；所以取捨之間就不能不鄭重了。並爲勵行法治起見，一切民事都要依據法律的規定，但法律所沒有規定的，始得援用習慣，所謂習慣又是限於不背公共秩序或善良風俗；否則就不得援用。還有不合黨義或違反潮流的舊習慣，當然也是有背於善良風俗，應在被排除之列。當援用時，法官雖有辨別習慣是否良善的職權，但却不得逾越民法明定的範圍。

第二節 學說

學說又可叫做專家的意見(*Opinion of experts*)。學說採作法律的材料，發生法律的效力，是有四種方法：第一是有明令採用法學者的學說，第二是把學說編成法律，第三是編訂法典時參酌學說，第四是裁判者認定某種學說有做裁判

資料的價值就把它採取了。關於第一第二兩種是學說成爲直接的法律淵源，第三種是學說成爲間接的法律淵源，至於第四種那就要說到英美系裁判立法上去了。直接的立法淵源，我們要從羅馬法歷史上去探究的，如同羅馬與古司都 (Augustus) 帝時代有那比奧 (Laabeo) 和克比脫 (Cabrto) 兩大學派，他們的學說很多；於是奧古司都帝給與他們一種解釋法律的權，叫做學士說，和法律有同等的效力。後來到了第二、三世紀，出了五大家，又有明令採用五大家的學說，付與法律的效力。這五大家是格衣猶司 (gains)，巴比亞羅斯 (Papinianus)，烏兒披亞羅斯 (Ulpianus)，包路司 (Pautus)，摩德斯締陀司 (Modestidus)。這種用明文規定採用學者的學說，叫做引述的規則 (Law of citations)。但是碰到名家的學說有了歧異，却另有一種規則比較他們的先後重輕，這是叫做 Rules for marshalling。羅馬那時明定五大家學說不同的時候，適用烏兒披亞羅斯的學說。關於學說 法律的直接的淵源，還有一種是把學說編成法律，如同羅馬幼

斯緝尼亞羅斯 (Justinianus) 帝法典裏面的學說彙編 (Digesta seu pandecten) 就是集了三十九家的學說而成。這三十九家學說中當然是五大家的學說占了大部分，并且全體三分之一是採取烏兒披亞羅斯的學說。

編訂法典時參照或模倣學者的學說，這是近代國家立法上常有的事，也是學說所以成爲法律的間接淵源。還有裁判上採取學說作資料，無非是看重它的內在的價值。這種學說被採取以後是不是就有法律的效力還是問題，因爲一時作爲裁判資料，是沒有永久性的，除非是被最高法院採取了方發生一般的拘束力；但在這種場合，學說已被看作判例，應該說是判例是法律的淵源了。說到學說和判例的關係，那就研究英美法的時候應得注意一樁事。要曉得判決書裏面的說話不必就有判例的效力，有時只能看做一種學說。凡是具有判例的效力的；第一須是裁判者在判決時所說的意見，第二是這種意見的性質要爲這一件判決所必需。這兩種要件都具備了，判例的效力方始完成；否則就得算是學說

，在英美法上叫做 *Obiter dicta*。至於學者著作裏面所說的話却也不必是學說，這是爲了英美法學者著書立說，多是把各種判例整理了一番。他們把各種判例集合攏來，編列起來，作成有系統的說明。他們著作的不必全是他們創造的學說，却是已經存在的判例，無非經過他們一種整理的功夫罷了。所以同爲法律淵源的判例和學說，有時就得費點腦力把它們分析開來。

第三節 判例

大陸系重學說，英美系重判例；這種互異的地方是有歷史上的立腳點。大陸法系是從羅馬法統直接蛻化而來，你看，羅馬法上學說的力量何等偉大；五大家學說呢，三十九家學說彙編呢，它的法律淵源的基礎大部分要建築在學說上面，這是大陸系諸國所受到影響可真不小了。英美系呢，那就背景不同，傳統的法律現象不同，歷史上的經過也不同。判例在英美法上顯出特殊的色彩，

我們要說明判例怎樣成爲法律的淵源，就得從英美法上去研究。最初英國的皇家法庭是少數法律專家所組成，他們創製出法律，適用於全國。他們是創造者也就是解釋者，他們從裁判制成例案。這種例案的作成是其他法系中所不經見的，從此漸漸造成英國法庭適用有特殊效力的判例的特殊現象。從法理學說，英美法上可以做法律淵源的判例有宣說的 (Declaratory) 和創造的 (Original) 兩種區別；宣說的判例就是把已經存在的法律重復申述一遍，創造的判例就是對於新事實創造新判例。這兩種在英美法系上都算做法律的淵源；宣說的是重述過去的法律，創造的是過去沒有這種法律。它們在過去的法律關係上固然不同，但是對於未來的案件一樣具有權威。

判例可以分做有權的 (Authoritative)，參考的 (Persuasive)。有權的判例，裁判者有必須採作法律淵源的義務，參考的判例，裁判者就沒有必須採用的責任。所謂參考的判例，它的由來就是爲了裁判者判決特種案情時，每每在特種

要點以外另發其他議論。這種其他議論對於該案是不關重要；所以就不會發生和關於該案特點的判決有同一效力。並且在一種法律組織的系統之下却有兩層的法律關係，那就上一層的對於低一層的最高法院的判例不過作爲一種參考。像英國法院和加拿大法院就有上下層之別，加拿大最高法院的判例，英國法院沒有必須採用的義務。外國法院的判例也是這樣。參考的判例並非都是法律的淵源。判例又可分做有絕對的效力和有相對的效力；最高法院的判決不但對於下級法院，就是對於本院，一概都有絕對的效力；此外的判決那就只有相對的效力了。有相對效力的判決具備了兩種條件，便可被廢棄；就是：(1) 錯誤，(2) 有權。第一種條件錯誤是不合法或不合理；不合法是應該用宣說的判例，却去用了創造的判例；不合理是創造錯了。第二種條件有權就是上級法院對於下級法院，在同一案件上訴時可以撤消原判，在案情相同的另一案件可以廢棄判例。並且，最高法院的判例也有被規避着喪失效力的時候，同級的法院雖則不能

爲了判例不合法或不合理就相互有權廢棄，但却可以不受拘束，另行創造判例。因此，英美法系統下的判例就複雜得很哩。

葛來論究英美兩國關於判例的威權問題，大概說是：

(第一)判例的威權在下級法院和同級法院間是怎樣呢？這是英美兩國有同樣的情形，凡是判例應得遵從，却不是絕對的。判決者既然就是法律的創造者，他們就還可以決定要遵守或不要遵守。

(第二)什麼法院是要絕對遵守前例呢？在英美法系必須要遵守前例的是英國上議院，此外如同顧問院裏的法律委員會雖有最高裁判權，却不必絕對遵守前例。美國各邦和聯邦的最高法院也和英國上議院不同，並非絕對遵從。

(第三)下級法院能夠不遵從上級法院判例麼？這是英美也有同樣的情形。上級法院的判決如果沒有極明顯的錯誤，下級法院是不能違背的。並且爲了上級法院的判例有極明顯的錯誤，不去遵守，在英國的判例報告中祇有兩椿。

(第四)判例真可看做法律的淵源麼？判例是不是法律的淵源呢？判決還是法律的證據呢？在歷史上研究起來，英國的柏那克斯冬 (Blackstone) 就說判例不是法律的淵源。普通法的淵源就是普遍的習慣。這種習慣是不確定和明顯的，法院判決時才變成永久的法律；於是判例就成爲一種最好的證據。判例被遵守就是爲了它是法律的證據。至於邊沁 (Bentham) 和奧司丁却統反對柏那克斯冬的學說。

英美法系以外再說到大陸法系，像德國就是因爲直接受着羅馬法的傳統思想，有了經過一種特殊的法定程序而產生的法律；所以判例就不是當然的應該被裁判者採取，不過有時也被他們採取罷了。雖則德國的學者間也分做兩派；一派是主張判例有效的，一派是主張無效的。關於判例有時也被採取的緣由，爲了它的內在的價值。它的價值，第一是習慣法的證據，因爲習慣被採作判決材料以後就從不文的變做成文的，這種成文判例的本身即使不能直接成爲法律

的淵源，却能充分地證明一種習慣的存在。它的價值，第二是含蓄着完滿的原理。古代的判例是證明習慣，近世的判例是供給原理；所以在德國有時也把判例採作裁判上的理論基礎。法國也和德國一樣，上級法院的判例並非一定有拘束下級法院的效力。至於我國，當司法改革以後也算屬於大陸法系，但是從前大理院的判例有拘束全國法院的效力，差不多和法律相等。不過大理院自身常常以後判例廢棄前判例，又不像英國的上議院一定要遵守前例（英國上議院只在一千七百六十年以前還有廢棄前例的判決）。這是因為我國司法制度初變更，法律不完備，才有這種特殊現象。從運用大理院判例的效力和形式方面看，既不像英美系，又不是大陸系，無非表現出法律現象的幼稚罷了。這些大理院的判例將來的運命總有不少是被廢棄的了，一部分或者是成為間接的法律的淵源。

第四節 條理

條理就是正誼的意思。法庭裁判一件案子的時候，或者是援引法律條文，或者是根據習慣，等到法條和習慣一時俱窮，那就只有裁判者心中固有的道德信條起而彌補法律和習慣的窮乏了。我國大理院判例和民律草案統說無法律，從習慣；無習慣，從條理。所以條理也是法律的淵源，至於把它作為法律材料的方法却有二種；就是：

(一)立法時以條理為基礎 法律不能背乎一國、一民族，或一社會上的正誼觀念。不合條理的惡法和合於條理的良法比較起來，我們自然要良法，不要惡法，當立法時條理常常被當做一種標準觀念。

(二)把條理規定在成文法中 古代道德和法律不分，所謂法律多是條理的集和。近世法律在民法親屬編裏面，頗多採用條理，制成條文。

(三)對於條理給與法律的效力 給與條理以法律的效力，在立法例上有為明示的，有為暗示的。所謂明示給與條理以法律的效力，如同日本明治八年所

佈告的裁判事務心得裏面說：『凡民事裁判有成文依照成文，沒有成文依照習慣，沒有成文和習慣，就依照條理裁判。』至於暗示的那就如同法國民法第四條規定：『裁判官藉口法律不備，法律有遺漏而不為裁判的，應該問罪。』這條文的本意就是暗示可以用條理裁判。我國民法上第一條便規定習慣和法理的適用範圍，這也是明示地對於法理給與法律的效力；凡在民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。我國民法上所以把條理稱做法理，却是爲了條理一語，意義含混，不像法理二字意義明晰，并且我國判例上也常常引用法理二字。關於這一點，我的見解却有點不同。所謂條理的意義雖比法理廣泛得多，但自有明確的定義，並不含混。所以本書就也未把條理一語改爲法理，認爲這是學理上的名詞，自得仍舊存在。

第五節 外國法

一國領土裏面本來在原則上沒有適用外國法的餘地，像有時關於外國人居留本國的特定事項，——身分、能力等問題。——或者是本國人和外國人爲了結婚、離婚等法律關係，去適用外國法，這本是把外國法看做本國法，并且也是一種國際間的一種交換適用。但是外國法可做法律的淵源却是別有意義和方
法，它的方法是：

(一)立法時用外國法做材料 這就叫做子母法的繼承，如同法國拿了羅馬法做模範。制定拿破侖法典；我國從前編訂各種法律草案也是取材於外國法。像海商法等，我國一點航海上歷史和習慣也沒有，尤其覺得有借重外國現成法典的必要了。

(二)用外國法養成自國不文法 這是有先例的，如同德國沒有制定民法以前，實際上就採用羅馬法；日本未曾制定民法時，就實行採用法國民法的原理。我國法典雖則沒有完備，但採用外國法的原理或判例，拘束本國人民的行

爲，不是很可以從那些大理院判例以及其他判例裏面看得出來麼？

第六節 條約

條約所以成爲法律的淵源，因爲國家要履行條約就常得用這些條約做材料，以適法的方式公佈之。以便人民信守；那末，這些條約才得發生法律的效力。但是怎樣叫做適法的方式之公佈呢？例如：

(一)憲法上有明文規定條約和法律效力相等 採用這種方式的國家，對於條約不須另行公佈法令；基於憲法上的付與權力，條約便和法律有同等效力。人民自當遵守。

(二)條約締結後就作爲法令公佈 條約一經公佈，便成法律，有拘束人民的力量。但是這種拘束力量並非基於條約的締結而發生，却是因爲拿條約作爲法律而公佈才得發生效力。

(三)條約一經締結就對人民發生直接的效力。日本在實際上採用這種方式，因為各個人民既然是組織國家的一分子，對於國家主權有服從的義務，只要憲法上有適當的認定，國家的單獨意思就有拘束國民的權力。凡是條約上關涉人民的事項，這種條約一經締結，便直接對於人民發生權利義務的關係。

第五章 法律的系統

世界上共有五大法系，就是：(一)中國法系，(二)印度法系，(三)回回法系，(四)羅馬法系(大陸法系)，(五)英法法系。印度法系和回回法系，都是屬於宗教的法系，現在已經成爲歷史上的名詞，不必去說它們了。羅馬法系和英法法系兩者都有相當的勢力，但此外還有所謂日耳曼法系和它們有連鎖關係，這是須得分別清楚的。學者間有的主張繼承羅馬法的是日耳曼的法律，現在的歐洲人不是希臘和拉丁的子孫，就是從日耳曼民族發達而來。中世

紀以後羅馬法雖被歐洲各國一般所繼承，但是多限於私法部分，至於公法方面每每出於日耳曼的習慣法。近世歐美的法律大概是羅馬法系和日耳曼法系的混合品，不過歐洲大陸各國的混合法中羅馬法居其大部分，英美和俄國（舊俄國）在比較上是適用純粹的日耳曼法系，照這樣看來，日耳曼法系做了一個媒介。但是通常說起來，羅馬法既然是大陸各國法律的基礎，另成了一個大陸法系；日耳曼法又化身作英國法，另成了一個英美法系；所以大陸法系和英美法系倒成了現代法學上的重要名詞了。并且還有一個俄國本來是屬於日耳曼法系的，自從共產黨革命以後，他們建設一種使得一切在生產或分配方面的經濟關係完全國家化的制度，於是私產廢除，連帶着私產關係上的兩種基本要素——客體和主體——也同時消滅了。私產制度既被打倒，保護私產的民法和民事訴訟法自然也用不着。但是，一九二一年既然發表了新經濟政策，不免認許資本制度基礎的恢復，同時也認可自由置產和自由分配；於是在這種新式的經濟生活

中，不能不發生私產關係；既經發生私產關係，那就不能不有新的民法了。一九二二年十月間所開的全俄蘇維埃中央執行委員會第九屆大會的第四次會議席上通過了新民法。這共產化的民法和一般資本化的民法重要的分別共有兩點：（一）是關於不動產法，（二）是關於繼承法，並且只有四百三十五條，比到任何國家現行的民法都要簡短，這是在各法系中別開生面的。雖則俄國 *Jaob* Kantorovitch 所著的新俄羅的民法中頗指摘出幾處不妥當的地方。這種法律在蘇俄是不是僅僅當做短期間的過渡工具，或者還要進展起來成爲一種蘇俄法系，那就要留待將來說明了。

第一節 羅馬法系——大陸法系

羅馬建國在紀元前七百五十三年，其初三百年歷史上無可考據。羅馬法律史的開始是在紀元前四百五十年的十二銅表，此後過了三百多年到愷撒時代，

法學就大有進步，後來到了第二世紀和第三世紀產生五大家，至於幼斯緝尼亞、羅斯帝編成三種法典時，羅馬法是已經很完備的了。至於羅馬帝國滅亡以後，羅馬法何以大行，這却不能不歸功於意大利博龍格那（Bologna）地方法律學校了。中世紀古文學復興時代，德國人到博龍格那法律學校研究羅馬法的很多，回國後又多在立法、司法方面工作。一千四百九十五年，設立帝國高等法院，法學博士多來充任裁判官吏，這時候德國受到羅馬法的影響最大。這一百多年裏面歷史家稱做採用羅馬法時代（Rezeptionszeit）。十六世紀中在德國所行的羅馬法已經不是純粹的幼斯緝尼亞羅斯帝法典，實在是寺院法、意大利習慣法、德國慣習法，德國法律和幼帝法典的混合物，總名叫做德國普通法（Pandekten）。十八世紀以來，普魯士民法（一千七百九十四年）、法蘭西民法（一千八百零四年）、奧國民法（一千八百十一年）、和德國新民法（一千八百八十八年起草，一千九百年一月一日施行），陸續都制定了，羅馬法就喪失它的直接效

力，不過這各種新法律多拿了羅馬法做基礎。

當一千五百年到一千六百五十年時，法國研究羅馬法的空氣瀰漫一時，并且法國從前把全國分做兩部；叫做成文法國，習慣法國。成文法國在南部，和意大利國土交界，用的是羅馬法；慣習法國在北部，和德國相隣，拿習慣當做法律。等到大革命後拿破侖法典一出，法律才統一。這法典就是一千八百零四年施行的民法，其中多根據着羅馬法，尤其是債權和所有權兩部分。法國的民法頒布後，它的影響非常偉大，大陸上各國都來模倣。大陸法系所以能造成普遍的勢力，這拿破法典的效能不小。當時各國倣效法國民法編訂新法典的如同比利時、希臘、荷蘭、祕魯、智利、意大利、葡萄牙、阿根廷、墨西哥、西班牙、委內瑞辣等不下二十多國，後來日本改良法律，也歸向大陸法系，民法是模倣着拿破法典。我國前清編訂各種草案也何嘗不然哩。

第二節 英美法系

英美法系是重前例，重解釋，重裁判上的認識。這法系裏的法律自有它的創制特色，但亦不能說是對於羅馬法絕不受有何等影響。關於私法方面，英國的衡平法就有採用羅馬法的地方；普通法上如同契約原則、遺囑制度，和信託規則等多淵源於羅馬法。英國的私法既然依據着習慣，又沒有編成系統的法典；所以英美法系就不像大陸法系容易移植開去；不過英國的海商和公司保險等法就也多被各國繼受了去。至於公法呢，那就英國法的原理頗有一時的世界性，因此從前歐洲各國的憲法和行政法多採取它的原理原則，但歐戰以後的趨勢當然就兩樣了。所謂議會政治呢，政黨政治呢，選舉制度呢，差不多都要被人家叫做時代落伍的東西了。孟德斯鳩所稱賞的英國制度，大有今非昔比之感了。日本奧田義人說是英國法的勢力存在於公法，羅馬法的勢力存在於私法；然而到了現代，存在於公法上的英國法勢力已經根本動搖。我們看看意大利的一黨獨裁政治，蘇俄式的蘇維埃政治，公法上的趨勢不是和英國法上的原則有

顯著的不同麼？

英國的私法所以不及大陸法系下的私法來得有世界性，就是爲了大陸法從羅馬法傳統而來，所有法律上的原則大都沿用羅馬法的原則。至於羅馬曾經統一各國，它的法律的淵源就不是限於局地習慣，像萬民法豈不是富於普遍性。當時羅馬本有兩種法律：一種是市民法，一種是萬民法。市民法是羅馬固有的法律，適用於市民；萬民法却是適用於居留於羅馬的外國人間，它是淵源於羅馬版圖裏面各民族的風俗習慣而產生出來，追溯着時代的進步。市民法採的是國家主義，萬民法採的是世界主義，并且羅馬法的發達就是萬民法的發達；羅馬法的移植就是萬民法的移植；所以大陸法的原則有被世界各國採用的可能了。英國法就不然，他的習慣法或是無數例案無處不滲透他的民族性。是他的血統、生活、語言、宗教，和風俗習慣的結晶；所以除了美國可以接受，成爲一種英美法系以外，其他獨立國家要繼承這種法系，非要養成相同的習慣不可。

但是，怎樣養成習慣呢？養成習慣是短期間事麼？又何必呢？

第三節 中國法系

中國法系的歷史極早，朝鮮、安南國家存在時以及明治維新前的日本，所有法律制度都是淵源於我國；所可惜的進步太遲，不要說跟不上時代潮流，就是舊制度的本體也沒有發達到相當程度。我國郁嶷所著中國法制史，說明中國法系進步遲緩的原因是：（一）儒道學說之影響，（二）重人輕法之弊，（三）政治素偏消極，（四）法學無系統之研究，（五）墨守舊制之習。所以幾千年來，發源甚古的中國法系却黯淡無顏色。據宋王應麟所撰玉海卷六十五裏的唐虞制令、臯陶法律、夏政典、科條、禹法、湯四方獻令、湯令、殷刑書、周刑書、三王法令等名稱看來，似乎唐虞時候就有了法典。不過這些名稱多是後人假托，沒有證明的方法。我國第一部法典實在要算戰國時魏李悝所做的法經六

篇。這也不是李悝的原始創作，他集合了春秋時鄭國的刑書、竹刑，晉國的刑鼎，成爲法經六篇。六篇就是（一）盜法，（二）賊法，（三）囚法，（四）捕法，（五）雜法，（六）具法。法經六篇是屬於刑法，這也是各國法制史上通例，刑法部分總比民法部分發達得早。漢朝統一以後，丞相蕭何造戶興廡三篇，和法經六篇，作律九章。漢朝一代，所編訂的法律很多。到王莽篡位，才被掃除一空。漢獻帝在位時候應邵刪定律令，更做駁議，一時又成爲洋洋大觀了。漢以後，晉朝有杜預的六百二十二條晉名例。唐朝有唐律疏義和六典，明朝有大明律，所謂直系的法律系統因襲下來，却沒有什麼進步可說。并且，我國舊式法典全是趨重刑法，關於民事上權利義務上觀念，只是屬於正誼觀念，並沒有什麼法律上的原則可以做標準，幾千年來總是彈的這一套老調。這是中國法系的一個大缺陷。

中國法系的法源所在無非是刑和名，名是出於禮官；所以刑固然是法，而

周禮所載，禮官所守，也就是法。春秋以前講的是禮儀治國，只要草偃風從的去感化人民，用刑罰就是下乘方法。後來戰國時發生了一種反動思想，法家者流就大唱其基於功利說的法治論調。像慎子說：『法雖不善，猶愈於無法。』韓非子說：『聖人之治也，審於法禁。法禁明著，則官法，必於賞罰。賞罰不阿，則民用；民用官法，則國富；國富則兵強，而霸王之業成矣。』韓非子的法禁主張着重在霸王之業。這就是功利派法家的見解了。到了漢朝，蕭何造律，叔孫通制禮；禮教和法律相輔着而行。這種傳統的、綜合的思想籠罩在社會上，直到今朝方要把牠掃除淨盡。在從前因為法律觀念和倫理觀念分不明白，中國法系才始終不會進步；就是舊時代法律裏面民法的成分和刑法的成分比額相差得太遠也離不掉這個緣故。總之，中國法系這一名詞要它存在，莫像印度法系，回回法系一樣的湮滅了；那就第一要打倒法律上的傳統思想，第二要法律思想去吸收現代的社會經濟思想，那末，第三要使牠主義化了；中國法系才可

再重新創造起來！

現在是中國法系的復興時代到了！新立法是基準着一切建國工作的最高原則——整個三民主義——這最高原則引導新立法精神集中於整個民族的社會生活和社會力量而確立一種規範，同時牠的本身也主義化了。這最高原則賦與牠創造的活力，賦與牠時代的新生命，賦與牠民族的優秀性，賦與牠中國法系的特異性；所以在這訓政時期中爲了三民主義實行的計劃和方略而立法，這確是遇着一個光大而重興中國法系的良好機會。現在這種新立法事業雖則還沒有全部告成，但也足以窺見中國法的特性及其所根據的大原則了。所謂離開三民主義而不能立法以及準據三民主義而創制的新的法律制度，究竟具有什麼特性呢？這當分做（一）新立法的時代性，（二）新立法的空間性，（三）新立法的民族性，（四）新立法的社會性依次說明如左：

第一款 新立法的時代性

時代的力量常常足以操縱法律的生命，法律而有背於時代，那就是死的法律。假使時代是逐漸進步的，法律也該跟着演化；時代是在革命的過程中突飛猛進的，法律也就該產生牠的新生命。何以故？法律和時代是並進的，法律制度和政治制度是並行的；如果時代變遷而政治制度改革了，法律却跟不上，這是要使國家組織上發生一種跛形的狀態。政治革命是應該和法律革命起一種連帶的作用；否則政治上前了而法律却落後，革命後的進步就不能算做國家組織的整個進步了。當歐戰以前，世界各民族爲了爭自由平等而興起的政治革命，每每不能影響法律的保守性；最顯著的像法國三次大革命，掃蕩了歷代君主的專制力量，却不能撼動羅馬法的固有精神。這種精神是保守的，不是革命的；是因襲的，不是創造的。至於我國這一次國民革命，所欲基於三民主義而創造的一切，旁的不必說牠；但是，在立法的工作上確是將要完成一種追逐時代的使命。

上面說現在正是中國法系的復興時代，所謂復興，並非要把背時代的，死的中國法系重復延續起來，却是要創造中國法系的新生命。我國素來是講究人治的禮治的；半部論語就夠治天下，而刑名之學還不是治國的正軌。其實呢，儒家之所謂禮，重感化，重內心修養，却不注意各個人相互間的權利義務關係；法家之所謂法，明賞罰，張權威，也沒有私人的權利觀念存乎其間，以致公法和私法竟無所區別。況且，禮與法的最大缺陷一面是擁護專制，一面是因襲成規；追求着數千年前的典章規範而排斥一切新的理想和事實。這種重因襲而沒有創造力的禮治或人治制度幾千年傳留下來，已經要隨着革命潮流磨洗一空，代以三民主義的法律制度了。新立法第一步就打破因襲的觀念；於是牠就捉住了時代。并且，立於民族利益的基礎上，保障以民族精神，民權思想，民生幸福爲中心的一切新組織和新事業，同時還注重到農業與工業並進的民族經濟之關係，這尤其是富有革命時代的立法精神。所以我說中國法系的復興，並非

要把背時代的，死的中國法系重復延續起來，却是要創造中國法系的新生命，這新生命就是革命時代的產兒。

第二款 新立法的空間性

這是值得贊美的，新立法打破了因襲的觀念；可是前一節所說的原是關於時間的因襲，現在却要談到空間的因襲了。我國傳統的禮治和人治的思想既然被排除於新立法的領域以外，假使不能發展自己的創造力，仍舊擺脫不了英|美|法系或大陸法系的束縛；那末，一面雖則打破了時間的因襲，一面却轉入於空間的因襲，所謂新立法也就沒有什麼重大的意義吧。當前清標榜改良司法制度的時候，開始聘請幾個外籍法家，翻譯了些外國法律條文，編訂我國各種法典草案，因襲着大陸法系個人主義的法律制度，却沒有最高原則的準據，也不顧二十世紀新時代的潮流，像這種立法事業即使成就，仍舊不能創造我國法律的

新生命，要曉得因襲古代的法制，是成爲時間的俘虜；因襲外國的法制，是成爲空間的俘虜；如果一國法律失去一時代，一定地域的適應性；那就牠的存在要件就也有了欠缺了。

立法院院長胡漢民在國民政府立法院開會辭裏說：『論空間，我們現在是要在這個舊社會，舊制度崩壞了的中國造起新國家，新社會，所以要立法，當然就要準據我們建造新社會，新國家的圖案——三民主義——而應合中國現實的情形來立法。』在這種意義之下，新立法當然是有空間性的，所謂是爲中國立法，並不是爲別的國家立法；那末，徒然抄襲一些外國的現成法律是不中用的了。這富有空間性的新立法所要具備的要件是：（一）以三民主義爲圖案，（二）以國家的實際情形爲材料，（三）以近代法律的學理爲立法的工具。這三種要件具備了，而後這法律才是我國的法律，這法律才能切合於我國國民的需要。

說到法律的空間性豈不是和我們歷來所主張的法律世界性有了衝突麼？這却不然，因為法律的世界性或世界化，是期望法律的終極，而法律的空間性却是說明法律的現在。況且，所謂法律的世界性還有一種意義，就是一國法律所準據的最高原則不逆世界全人類進步的趨勢，而一國法典的科學編制以及所運用的學理，足資他國模仿採取。至於不問國情，不問是否世界上共信的法律原理，又缺乏一定主義的信仰，却把別國的法律籠統地繼受過來；那就夠不上說是什麼法律的世界性了。所以必須爲了這一定的領土範圍而立法，爲了適應這一國的國情而立法，並且有了建造新社會和新國家的圖案爲準據；然後這新法律才有真實的新生命。

第三款 新立法的民族性

這是我們近來所常常聽得的，三民主義的立法精神是王道精神。所謂王道

和霸道這兩個名詞固然是陳舊的，且也不無包含一些因襲思想在內。不過呢，對於人們所樂於稱道的這兩個舊名詞上，參加新思想也未始不能賴以說明幾種新事實和新法理。況且，所謂王道和霸道，在研究我國民性時，常可得到一種深切的印象，王道精神原也是我國民族精神所在。胡漢民氏解釋王道一語，以為這是很容易明白的，王道就是仁恕而公平，以德服人而不是以力服人。如果就我國民法觀察一下子，就可曉得王道精神究竟是怎樣的了。世界各國的民法多淵源於羅馬法和拿破侖法典；但是這兩種法律都是以個人為本位，而不顧多數人的利益。這就是霸道而不是王道，我國法却不然。因為我國新立法是以全國社會的公共利益為本位，處處在圖公共的幸福，這就叫做王道了。就胡氏的主張看來，所謂王道必須包括下列兩種意義：（一）仁恕公平而表示保護弱者的精神，（二）以全國社會的公共利益為本位。基於這兩種意義的立法就是所謂合於王道的三民主義的立法了。然而這種王道精神的表現也就是我國民族

性的表現，我國的民族性原是仁恕而公平的。

胡氏主張民法債編內容表現王道精神的地方很多，他還舉出幾個例來；如同下列：（一）民法第二編稱債而不稱債權，這就因為債權兩字在名義上好像是專門保護債權人似的；避免這種名稱，那就比較上屬於王道了。（二）損害賠償責任的務求平允，這是像故意或過失致人損害時的被害人自身責任問題，債務人缺乏經濟能力時的分期償還或展期償還，以及無行為能力人或限制行為能力人不法侵害他人權利時所負的相當責任等類，都要注重責任，斟酌雙方的經濟情形，而求得其平。（三）關於僱用人和受僱人的持平待遇，這是要保護經濟地位上的弱者，大凡無定期的僱傭契約終止時要依照有利於受僱方面的習慣，以及受僱人因執行職務所生的不法侵害行為要和僱用人連帶負責。這一類的立法例，現在不消多舉，也儘足以說明什麼是叫做王道了。但是，我們所要注意的，這適合於我國民族性的王道既然是素來生長於我國倫理觀念中，而是從

我國很有歷史的文明中產出來的道德；那末，是不是我國法律已經倫理化了呢？或者這也未免有點因襲思想吧。但却不然，因為王道精神不過是我國新立法一部分特性——新立法的民族性——的表現，並不是整個法律以王道為準據。這是當然的，不能單憑王道精神一語就以為這種法律帶點禮治色彩或者不無因襲思想；其實這也不過是用一種舊名詞說明法律的一種淵源罷了。什麼是王道呢？怎樣王道精神便是我國民族性所在呢？乾脆地說一句吧，王道就是我們法學家所說的條理，并且也是我國民族所固有的條理。這種條理包含着仁恕和平的觀念，原是我國民族固有的特性。不過呢，條理固然也是法律淵源的一種，在立法時可以當作標準觀念；但是，當牠既已成爲現行法以後，我們就要用法律學上的理論去解釋牠，不復把牠當作道德上的信條了。關於民法上所謂那幾處是表現王道精神的，除了用仁恕公平這一類話去說明以外，自然我們還有其他法律學上的見解，新立法既然具有這種精神而足以表現我國民族固有的特性

；中國法系的新基礎也就可以建築起來了。

第四款 新立法的社會性

『個人無自由，唯團體才有自由』，這是三民主義者和社會法學家共鳴之語。社會法學家以爲一個人人生存在社會上應該對於社會履行一種義務，同時並須發展自己的才能品格，以便履行對於社會最大限度的義務；三民主義者也主張在個人之上還有社會和民族國家的公共目的，爲了這一個公共目的，人人便須各以他的聰明才力貢獻給民族與社會。基於這種理論，個人主義的權利思想自然受到新立法的排斥了。個人原是社會的一分子，各個人同享此社會生活，即常同抱此種社會的目的；所以社會的共同利益常常優越於個人自己的利益。因爲個人在社會上的地位，由於社會承認他是一分子而來；個人在法律上的權利義務，由於保障社會的公共利益而附帶存在。三民主義者以爲三民主義的立法

觀念是根本上從認定社會生活，民族生存，和國家存在之關係而發生；假使無社會、無國家、無民族；那就一切法律都不需要。三民主義者所主張的立法理論原是反個人主義的，反家族主義的；既然不像英美法系或大陸法系的法律以個人爲本位，也不像我國的舊法律以家族爲本位。新立法是以社會爲本位，要使法律的本質充滿了社會性。

世界上兩大法系——英美法系和大陸法系——雖則仍舊在進步的途程之上，並且也有一部分社會化了；但是牠們既從個人主義演進而來，那就以個人爲法律本位的舊基礎到現在還沒有動搖。社會法學家的理論所能完全應用到現行法上，只能求之於三民主義的立法，求之於正在創造真實的新生命之中國法系了。我已經在前一段裏說過三民主義者和社會法學家原有共鳴之語，其立法的主見都是趨重於社會的羣體利益。不過呢，新立法固然要捨棄了個人主義和家族主義，而追求着最大團體之生存目的；但這種立法事業在目前是不是已經成

就將來全部現行法是否完全不帶個人主義或家族主義的色彩，自難驟下斷語。至於現在所能說明的却也不外關於這些以三民主義爲出發點的理論，並且三民主義的立法所認爲社會的利益所在，是有左列幾種範圍：

(一)關於社會的安全 這是如同人民生命的安全，公衆身體的健康，秩序的維持，以及經濟生活的安全和保障等類；因爲這些都是關於社會生活所必需的條件，就也應受法律的保護。

(二)關於社會的團體制度 社會團體的組織雖有家庭的、學術的、宗教的、政治的、經濟的各種區別；但使不違反整個社會國家的公共利益，且能增進其福利，法律便該予以鼓勵和保障。

(三)關於公共道德 這是以爲有利於社會公共生活的行爲便是道德，否則便是不道德；所以道德只有社會性而沒有絕對性和神秘性。法律須要干涉那些違反公共道德的行爲。

(四)關於社會材力的保育 這就是關於社會的物力和人力的保育問題了。凡是一切天然的財源之使用和保存，社會上殘廢疾病和鰥寡孤獨的保護教養，事事都屬於三民主義的立法範圍以內。

(五)關於社會經濟的進展 所謂社會經濟的進展方面之立法，就是要對幾種關於社會經濟進展的基本要件，加以規範和保障；如同財產的使用和交易，生產的調節和管理，科學發明的鼓勵和保障等類一概屬於三民主義的立法。

(六)關於文化的進步 大凡關於思想的自由，出版的自由，以及美術的進步及其社會化，都要受法律的鼓勵和約束。

在前列六種範圍以外，三民主義立法的原則所應用到各種具體的問題上，還可根據左列兩點說明之：

(一)所有權問題 三民主義的立法原則上認定所有權是一種社會的制度，既非為個人而設，也非為任何階級而設。所有權本來是由於勞動者取得權利這

一種觀念而來，牠的起因是爲社會的公共利益；不過後來發展時失其平衡的趨向，以致釀成貧富懸殊的惡劣現象。三民主義的立法不要廢棄所有權，也不聽憑牠反於社會的公共利益而自由發展；因此一面限制財富的集中，一面便須保障貧民的生活。

(二)勞動立法問題 以三民主義爲立場，那就重視勞動的社會性；因而認定勞工的康健是有關於社會一般的康健，生產力的減少是影響於社會上一般經濟利益。對於勞動條件，法律是要加以干涉的；大凡不合法度的工作時間，足以損害勞工康健或減少生產力的便須受法律的限制，同時法律也不許勞資兩方對於工資有過高或過低的逾格要求。其他一切勞動立法上原則也是力求融合現代精神而不失其社會性。

第六章 法律的分類

羅馬學者把法律分做公法和私法，成文法和不成文法；對於私法的分類又有二分說和三分說的不同；三分說是把私法分做萬民法、市民法，和自然法；二分說就祇分為萬民法和市民法。這種法律的分類方法，到了現世是更詳盡了；分節說明如左：

第一節 從法律的實質分類

(第一)公法和私法 法律可分做公法和私法，由來很早。但是學者對於這種分類，頗有反對的論調，奧司丁就是其中的一人。他們說這不過是根據羅馬學者的主張，並無正當學理。他們堅持着無差別說，以為法律的是獨一無二，不當有公法私法的區別。又有主張凡法都是公法，或凡法都是私法的。不過近世多數學者統以為法律應該有公法和私法的分別，并且他們所主張分別的標準却有好幾種；重要的是：

(一)目的標準說 這是從法律的目的上說明公法和私法的區別觀：目的在公益的法律叫做公法，目的在私益的法律叫做私法。這一說也是倡於羅馬學者，不過法律的目的究竟是在公益或在私益却不甚分得開，因為一切法律對於公益或私益，總是直接的或間接的一概保護在內。像憲法，它的目的當然是規定公益事項，可是關於人民權利自由之處，又何嘗不是私益所在。又像刑法，也是維護公益的法律，但以個人為立腳點觀察起來，就可以算做目的在於保護個人身體、生命、自由、名譽、財產的法律。所以這種標準是不確當的。

(二)法律關係的標準說 這是以為規定權力關係的法律是公法，規定權利義務關係的法律是私法。像憲法和行政法等是公法，它們的內容就是規定權力關係；民法和商法是私法，它們的內容就是規定權利義務關係。這一說也受人批評，不過批評的理由以為私法上既然是規定平等的權利義務關係；

那末何以民法親族編中定有親權、夫權等權力關係。這種批評的理由在舊法律上向來是站得住的，但民法上一經確定男女夫妻平等的基礎以及剷除了濃厚的宗法思想，那就私法上當然全是規定平等的權利義務關係了。

(三) 法律關係的主體標準說 這一說主張凡是規定國家和國家相互間或國家和私人間的法律關係，叫做公法；規定人民相互間法律關係，叫做私法。再說得明白點，公法就是規定公共團體相互間或公共團體和私人間權力關係的法律，私法就是規定私人相互間或私人 and 公共團體間權利義務關係的法律。像憲法、行政法、刑法、法院編制法等都是公法；民法、商法、海商法、破產法等都是私法。

(第二) 主法和助法 主法和助法又可稱做實體法和程序法。這種區別是英國邊沁倡出來的；所謂主法就是抽象的規定權利義務的有無和範圍的法律，助法就是具體的規定怎樣運用主法的法律。憲法、行政法、刑法，和民法都是主

法，又叫實體法；選舉法、刑事訴訟法、民事訴訟法都是助法，又叫程序法。要曉得法律是要保護權利義務，主法就是法律的本體，但當運用的時候非得需要助法幫助不可。助法的作用就在遵照了這順序和方式，才可以根據主法去保護權利義務。憲法上不是規定人民有參政權麼？但是怎樣運用這主法上所規定的權利呢？那就必須要經過種種程序，方能達到人民參政的目的；選舉法就是規定這種種程序的；所以選舉法是憲法——主法——的助法。同是這樣關係，刑法訴訟法就是刑法的助法，民事訴訟法就是民法的助法。

（第三）強行法和隨意法 強行法不管人民的意思怎樣，國家要強制他們服從；隨意法就可聽任人民的自由意旨。大概公法是強行法，私法裏面大部分是隨意法。憲法上規定人民有當兵義務，有納稅義務，人民對於這些義務是無可規避的，這就是一種強行法。至於民法債權上規定債務是要履行的，但債權人自願拋棄時，法律亦聽許他的自由，這就是一種隨意法。並且，公法中並非都

是強行法，私法上也不必一定是隨意法；因為私法裏面本有強行性質的規定，至於公法裏面像憲法、行政法、刑法等類，全是規定公益上的事項，人民自然不能任意服從或不服從。但是，其他公法呢，民事訴訟法就是學者間認為公法的一種，然而却有不少聽憑當事人意旨的規定。

第二節 從法律的形式分類

從法律形式上分起類來，有成文法和不文法兩種。關於這樣的分類法。學者間也有拿了法律的發生方法做標準的。但是，成文法和不文法，它們內在的要素無非基於國家的意思而完成，它們顯著的不同之處却全在形式方面。成文法是國家立法機關經過一定的立法程序制成，依照一定的形式公佈施行的法律；不文法却是由國家認定它得有法律的效力，並不要具備什麼立法程序上形式要素。至於成文法和不文法的效力是誰強大，成文法的效力強於不文法呢？還

是不文法的效力強於成文法？這問題也是一個很難解決的爭點，羅馬學者就早有爭執了。就是各國立法例上也有各別的規定。

(第一)成文法 前面說成文法是要經過國家立法機關一定的立法程序，這本係一種嚴格的定義，其實說得廣汎的，凡是國家用書面制定而頒行的法律就是成文法。再從廣義解釋，命令也包括在內。我國國民政府最近制定頒佈的成文法如同刑法、刑事訴訟法等都是。成文法裏面還有一種叫做單行法，如同從前北京政府頒佈的公司條例、商人通則等就是從商事法規裏提出一部分來獨立規定。并且一國的成文法被別國所採用就得變爲不文法，有時爲了革命的緣故，成文法也可以變爲不文法。英國從前曾經採用羅馬法，這並不是就拿它作爲本國的成文法；不過養成人民的一種習慣，或裁判的辰光採作材料，後來就有幾許部分成爲不文法了。又像美國在獨立以前所適用英國頒佈的法律，獨立後英國喪失掉主權，所有成文法的效力就不能存在，無非看做一種不文法採用罷。

了。就是前清的法律在民國還有效的——像大清律例民事有效部分，不過現在也該失效了。——因為經過中華民國主權者認和為民國國體不抵觸的可以援用，就付與了法律的效力。所以照法律眼光看來，這些有效部分實在變成了不文法。

(第二)不文法 不文法就是不用文書制定的法律。英國現行的普通法也算一個極顯著的例。但是，不用文書制定的法律是不文法，這一句話有時也就說不過去，因為成文法也有喪失主權的根據就變為不文法時候，然而它仍舊不失為一種用文書制定的法律。這是不僅要說到它內在的要素，並且還要研究它形式的要素哩。學者還有從法律的體裁上說明成文法和不文的區別，以為記載於文書的法律是成文法，不記載於文書的法律是不文法，這也不免錯誤。凡是由國家付與法律效力的，不管它是習慣、學說、判決例，統是不文法，其中的判例，我們不能不說它是有文書上的記載。難道他好算成文法麼？我們所說的不文法無非說它所以有法律的效力並不是定要根據着文書規定的形式而發生。這

一點須要觀察明瞭。

第三節 從法律的系統分類

(第一)固有法和繼受法 固有法是一國人民的血統、生活、語言、宗教、和風俗習慣的結晶品，有特殊的背景，有歷史上的基礎。繼受法却是拿了外國法做模範、做材料所造成的法律。像羅馬的市民法，我國的唐律、明律全是固有法；德國和法國等的民法是取材於羅馬的萬民法，從前日本的大寶令是做照唐律。那些法律都是屬於繼受法。

(第二)母法和子法 繼受法是子法，被繼受的法律就是母法；如同羅馬法是母法，德國、法國等民法就是子法；唐律是母法，日本的大寶令就是子法。并且，子法後來被別國模倣做着也可稱做母法；如同法國民法本是羅馬法的子法，但日本的民法又採用法國的民法；所以法國民法又成爲日本民法的母法了。

這種關於法的系統繼承，頗有研究的意味。近代政治經濟方面多趨重世界性，法律上本當多多採取共通的原理原則，立法時參酌外國法，也是必要的方法。

第四節 從法律的效力分類

從法律的效力分起類來却有質和量的不同；說到法律的效力量的方面，可以分做普通法和特別法；說到法律的效力質的方面，可以分做強行法和隨意法。現在所說的是普通法和特別法，至於強行法和隨意法已經在第一節裏說過了。普通法和特別法是從法律效力的範圍廣狹上區別開來，並且有三種不同的觀察點可以作為標準。

(一)地域上的標準 通行於全國領土上的法律叫做普通法，限於一地方適用的法律叫做特別法。如同國民政府頒佈的法律，施行於我國全領域，那就是普通法；至於各省省政府或縣政府所頒佈的法律行於一省或一縣，那就叫做特

別法。關於這種特別法，在法律名詞上又可叫做單行法。

(二) 身分上的標準 一般人民所適用的法律是普通法，有特殊地位或職業的人民所適用的法律是特別法。前一類像民法、刑法等，後一類像海、陸軍刑事條例，陸軍審判條例，和海軍審判條例等。

(三) 法律事項上的標準 規定複數事項的法律叫做普通法，如同民法、刑法等法；規定單數事項的法律叫做特別法，如同不動產登記條例、嗎啡治罪、商法等法。但是，商法對於民法，固然是屬於特別法；對於商標法、證券交易所法等又要算做普通法了。

關於上述的分類上應該注意之處就是有一個法律上的原則，這原則叫做特別法優於普通法。凡是適用法律的順序，必須特別法在前，普通法在後。特殊的法律事件要適用特別法，碰到特別法上沒有正條時，才可適用普通法，譬如商業上的爭執，應該援引商法條文；商法上沒有規定，方得引用民法條文。

第五節 從法律適用的地域分類

從法律適用的地域方面分類來，可以分做國內法和國際法。國內法是適用在本國領域以內，國際法是適用到國際間；國內法的對象是國家和人民間或人民相互間的權利義務關係，國際法的對象是國家和國家相互間的權利義務關係。國內法的施行是有強制力的，國際法却很少這種力量；國內法是有成立的手續，國際法却沒有這種確定的形式。學者頗有主張國際法不是法律的；他們所主張的理由，有說國際法沒有強制力，有說國際法沒有立法者。像奧司丁對於法律是主張主權命令說，他就不承認國際法是法律。但是，所謂法律也者既然沒有衆人共信的定義，僅僅執了一端之論，說什麼沒有強制力呢，沒有立法者呢，沒有裁判機關呢，統不足推翻國際法在法律上的地位。法律固然是要有權威作用，但誰說國際法是一點權威也沒有呢？國際戰爭時，交戰國對於違背

局外中立的國家運送戰時禁制品的辰光就可以捕拿它的船舶，裁判和沒收，這豈不是一種制裁，一種強制力的活動麼？至於國際間在和平狀態時所應遵守的平時國際公法，自從國際聯盟成立以來，有了仲裁機關，也有了強制的方法。聯盟約章第十四條裏面的『行政會議得建議設立國際法庭；』第十二條裏面的『行政會對於不遵仲裁判決的國家得執行必要的措置。』照這樣看來，國際聯盟是具有有一種強制國際義務的機能；因此，國際法就有了權威，有了護法的機關。至於國際聯盟的機能是不是可以實行，那就又屬另一問題。像國內法當然是有強制力的，但在法紀蕩然的時候，軍閥隨意破壞法律，法律是等於具文快了；然而法律畢竟還是法律。就是離開了國際聯盟說，假使我們把盧騷的契約說適用到國際法上去；那末，在互相訂約之後，各自不肯誠意遵守，這可是一時的事實問題，並不是法律所以成爲法律的問題。

第七章 法律的成立公佈施行和改廢

第一節 成文法的成立

法律有成文法和不文法兩種，它們成立的程序和方式是不同的；并且法律還有一種廣義和狹義的區別，廣義的法律包括着命令在內。現在我們所研究的却限於純粹的法律，因為廣義和狹義的區別多是日本法學者見解，他們對於法律和命令的解釋是別具眼光的。歐洲法治國把實質的意義的立法容納在形式的意義的立法裏面，命令不過是一種行政行為上表現意思的方式。日本就不然，日本式的命令權是皇帝獨裁，不要議會協贊，所以還有緊急勅令的特別命令。日本法學者有時還把命令看做和法律有同等的地位，要曉得日本除了憲法上列舉的立法事項以外，日本皇帝可以發布和法律相等的命令。這種特殊的政制本來是不必去說它，不過爲了日本法上的見解在我國法學上到現在還有點餘剩勢力；因此我才附帶說明了一下子。我們不管廣義和狹義的見解怎樣，且對了法

律說法律，不談命令。但是，成文法的成立在立法方面的程序和方式近來是民權化了，這倒是應該注意的，分開兩項研究吧；一項是通常的立法程序和方式，一項是五權憲法上的立法問題。

第一款 通常的立法程序和方式

在通常的立法程序上面，立法的機關是議會，立法的方式是人民的代表直接制定法律，或者是議會協贊着君主制定法律，或者是人民直接參加立法去制定法律。第一種像英美，第二種像日本，第三種像瑞士和新德意志。至於通常的程序可以分做三種步驟；就是：

(第一)提案 立法程序開始時便是提出法律案，但是什麼人可以提出法律案呢？在日本，政府和兩院都有提案權，議員要提出法律草案來，必須要滿足二十人以上的法定人數，在議場上動議，通過了動議以後，法律案才算成立。

美國呢，它是三權鼎立最分明的國家，所以內閣沒有法律起草權，那就不能向議會提出法律草案了。至於德意志的新憲法上，人民是可以直接提案，只要有選民十分之一，備有擬好的法律草案，提出要求的時候，政府就把這種法律草案附加了政府自己的意見，送到議會裏去。如果議會不通過，還得教人民去公決。凡是已經否決的法律案在同一會期裏面不能再提出來，這也是一種通例。

（第二）議決 法律案成立以後，能不能通過，這是要取決於多數議員的。怎樣的人數才可以可決或否決一件法律案，那就各國立法上各有其法定的人數。并且法律案在議程上，最初是審查它的整個價值，通過了方交給審查委員會，這是叫做初讀。審查委員會對於該案審查結果，修正了再提交大會，大會裏再一條一條的細加討論，這是叫做二讀。二讀通過以後，再付三讀，那就祇能修改條文文字，不能變更原案實質上的意義。三讀通過以後，那就這種成文法除了交覆議，交人民公決，或須經過君主（在君主國）的裁可以外，是要算完

全成立的了。

(第三)覆議公決或裁可 國會通過了一種法律案，便可交行政機關去公佈執行；但是像日本這種君主國還要經過一種裁可手續。所謂裁可就是主權者對於這種法律表示出他已付給它法律效力的意思。民主國大總統就沒有這種裁可權，假使他對於法律的內容不滿意，只可備具理由書把這種法律交到議會裏去覆議。不過覆議結果仍舊通過了，大總統也只好依法公佈。至於現在參用直接民權的新式立法，模倣瑞士式的覆決權，像德意志新憲法規定就有交付人民公決的方式。凡是議會議決的法律，總統在一個月內決定提交國民公決的時候，就可以在公佈之前提交，或者當議會議員三分之一要求展限公佈的時候，如果有選民二十分之一提議，要提交國民公決，這種法律就立即要付公決。這種公決權在他們的憲法上雖則沒有什麼限制，對於什麼法律可以行使，什麼法律不可以行使；但是因為手續也很繁重，事實上當然不便常常行使。

憲法也是成文法，不過憲法的成立却是不適用上面所說的程序和方式。憲法成立的方法大概可分四種，就是：（一）欽定的，（二）協定的，（三）逐漸成長的，（四）革命的創造。第一種是君主獨裁政治進歩到立憲政治，基於君主大權的運用所制成的憲法，叫做欽定憲法，日本就是一個顯著的例。第二種是人民組織了一個新國家（或者是聯邦國），協商着制定憲法，叫做協定憲法，像歐戰後新興的國家波蘭、捷克斯拉夫等類。第三種像英國的憲法，既不是欽定，也不是協定，却從歷史上、事實上漸漸長成現行的代議制度。第四種憲法是由於革命的創造而成，如同第一次大革命後的法蘭西共和國，一九一七年革命後的俄羅斯蘇維埃共和國。這兩國的憲法都是由於革命而來。現在我們中華民國也要用革命的力量創造憲法了。照建國大綱規定，憲法是由國民大會決定而公佈的；憲法草案是應該本於建國大綱和訓政、憲政兩時裏的成績，歸立法院議訂；憲法的內容當然是包括着四個民權，五個治權了。

第二款 五權憲法上的立法問題

在沒有實行五權憲法以前，一切成文法怎樣可以成立呢？實行以後，通常的立法程序和方式會起什麼樣的變化呢？且先來解答第一個問題。民國十七年三月一日國民政府公佈的立法程序法所有要點是：（一）一切法律歸中央政治會議議決，由中央執行委員會交國民政府公佈；（二）國民政府組織法第七條所列舉的各省政府，各特別市政府等機關制定條例的時候，除法令有特別規定以外，一概要國民政府核准；（三）中央政治會議得命法制局起草法律案；（四）國民政府接受議決的法律案時，應該在十日以內公佈，并得在公佈前請求中央政治會議去覆議一次。照這立法程序法上的規定，凡是法律的提案和議決，一概屬於中央政治會議，并且還適用民主國立法上普通方式，國民政府可以交覆議一次。但是，自從國民政府根據着第五次中央執行委員會全體會議的議

決案，設立五院，試行五權之治；那末，一切立法事項已經屬於立法院職權之下了。現在依據十八年五月四日立法院議決的法規制定標準法以及同日議決施行的本院整理現行法規之標準，說明立法的準則如左：

(一)法規制定的標準 這是可以大別爲法和條例章程或規則兩項：

(甲)法之制定

(子)法律案 左列事項便是法律案，須經立法院三讀會程序的通過：

(a)關於現行法律之變更或廢止者；

(b)現行法律有明文規定，應以法律規定者；

(c)其他事項及國家各機關之組織或人民之權利義務關係，經立法院

認爲有以法律規定之必要者。

(丑)法 凡法律案已由立法院三讀會的程序通過，經國民政府公布，

那就定名爲法。

(乙)條例章程或規則之制定

(子)大凡條例，章程，或規則等的制定，應該根據着法律。

(丑)凡是條例，章程，或規則等一概不得違反或抵觸法律。

(二)立法院整理現行法規的標準 立法院整理現行法規的標準有如左列：

(甲)立法程序法公布前的法規 在十七年三月一日立法程序公布以前，

經大元帥府(十二年二月二十一日起。)或國民政府公布涉及國家各機關的組織或人民權利義務關係的各種法規，一律認為法律。

(乙)立法程序法公布後的法律 從十七年三月一日立法程序法公布以後到十七年十二月五日立法院成立時止，經由國民政府用法之名稱公布的，便係法律。

(丙)立法院成立後的法律 凡在立法院成立後，用法之名稱議決，並經國民政府公布也是法律。

上面所說的是關於現行法的立法程序，現在却要說到五權憲法學理上的主張了。

五權憲法學理上的主張，所謂四個民權，有兩個就是創制權和複決權。這兩種權是怎樣意義呢？學理上的根據又是怎樣呢？這是因為國家所制定的法律良好與否，關於人民的安寧幸福非常重大。假使人民沒有直接管理法律的權力，聽憑人家去制定，去執行；那末，受了惡法的害，又有什麼救濟方法呢？創制權就是人民有制定新法律的權力，對於有利益的法律就自己來制定了，交給政府去執行。并且，人民認定某種舊法律有不妥當的地方，便要有一種修改法律的權力，把它改造過，再交給政府去執行。這種權力就是複決權。孫中山在他的民權主義演講裏所主張的創制權、複決權，和我們通常所說有點不同。關於瑞士式的創制權和複決權，那就創制權就是一種提案權，三千五百以上的選民簽名請願，就可以運用他們的創制權。這些選民還得提出已經擬成的法律草

案或立法令草案，請求大議院創立、刪除、修改法律或立法令。至於複決權通常也是指那些議院裏議決的法律公佈後一定的期間以內，選民要求直接參預，加以公決而言，或者是總統對於議會議決的法律不同意，提交國民公決，也是一種覆決權。五權憲法上的理論却是更充分，更直接使用這兩種權力；人民制定或修改以後便可交給政府去執行，這真是一種動人聞聽的理論。然而，我瞧瞧建國大綱第二十四條，所說的是：『憲法頒布之後，中央統治權則歸於國民大會行使之，即國民大會對於中央政府官員有選舉權，有罷免權；對於中央政府法律有創制權，有覆決權，』足見建國大功告成以後，中央統治權是歸於國民會議行使；那末，四個民權並不是人民直接行使，仍舊交給一個民選的代表機關去運用。將來的憲法既然要本於建國大綱和訓政憲法兩時期的成績來規定，究竟對於這兩種直接民權——創制權和複決權——的使用採取什麼方式，一時還不能預定。真個歸人民直接行使麼？還是間接地交給代表機關去行使呢？這豈

不是還要看看訓政憲政兩時期的成績如何再決定麼？建國大綱却是這般規定。

第二節 不文法的成立

不文法中包含的是習慣、判例、條理、學說等各種成分，不過其中最大部分却是習慣。判例本可算是習慣法的證據，民事上的條理也可養成習慣。要曉得習慣等不過是一種事實，沒有法律的普遍效力；它們所以能夠成爲不文法，須要受到法律效力的付與。大概成文法要有立法的承認，不文法要有概括的承認；并且，成文法有時在立法方面先完成效力而後要民衆去接受，（民衆有複決權）不文法却先由民衆接受而後經立法者付與法律的效力。習慣成爲不文法，固然要受到法律效力的付與，但是誰得付與它法律的效力呢？主權麼？立法者麼？裁判者麼？說得切實點，就拿前一嚮的法律現象來說明罷。中華民國從三年到十七年這一個時期內確是裁判者對於習慣付與它法律的效力。民國二年

前大理院上字第六十四號判例說：『判斷民事案件，應先依法律所規定；法律無明文者，依習慣法；無習慣法者，依條理。』習慣法這一個名詞在我國，在實用上，初見於大理院判例；但是這個判例上還沒有說明什麼是習慣法，用什麼條件去承認習慣，去付與它法律的效力。到了民國三年，前大理院才在上字第三號判例確定習慣法成立的要素，共有四種，就是：（一）就同事項反復爲同一之行爲，（二）人人有確信以爲法之心，（三）係法令所未規定之事項，（四）無背於公共之秩序及利益。就此亦可見得不文法成立的大概情形是怎樣了。

第三節 法律的公佈和施行

法律一經成立是不是立即發生拘束人民的效力呢？這是還要經過一定的手續，就是所謂公佈施行了。但是各國的立法例也有點不整齊，德國、法國、日本、以及我國的法律都要公佈，英國就可不必。英國的成文法經過裁可之後就

生效力；在法國，總統是沒有裁可權，但須用教令交付印刷局印刷，等到印刷局送至司法部的第二天，巴黎地方就發生了效力；其他地方却依據法典裏面比較着遠近所規定的日期，發生它的拘束效力。英國的法律所以不要公佈的緣故却也有一種主張，他們以為公報上刊載了法律，人民就一定都會看見，都會知道麼？凡是重要的法律在議院裏討論很激烈的時候，早已引起了人民的注意。公報沒有到達，人民老早就曉得了。否則，不重要，不引人注意的法律，就公佈了也枉然。英國向來是注重不成文法，本無所謂公佈問題；況且人民對於政治的興味也濃厚，議會裏有一件新鮮的法律案，人民自會得注意，這種法律不要公佈的主張還可以說得通，別國就不可一概而論了。

公佈的方法無非要使得大家都曉得，羅馬的十二銅表在歐洲要算最古的了。古代國家的政治，總是帶點愚黔首的手段，很不願人民明白法律的內容，以免適用法律的困難。法律要公佈，這已經是國家的政治進步了。國家公佈法律

，只要有適合的方法，至於公佈以後是否人人都曉得，那就可以不管。法律一經公佈，人民就不能藉口不知道法律，以圖不受法律的拘束力。公佈法律的各種方法是：

(一)朗讀法 從前的人民，大多不認識字；所以國家要人民一體知悉，就不能用文字公佈。最舊的方法就是在羣衆集合的街市，廟宇、劇場、關津各處，朗讀法律，并且作成一種韻語，以便讀誦。印度、暹羅等國曾經用過這種方法。

(二)揭示法 民智漸發達，識字的人民多起來了，那就把法文揭示在一定的地點，人民可以隨時閱看。現在我國行政機關還常常張貼告示，也是沿用這一種方法。

(三)傳觀法 把應該公佈的法律，或印刷，或謄寫，四面傳送開來，一般人民就都有看得到的機會。

(四) 公報公佈法 這就是現今各國所通行的公佈方法。凡是議決的法律都在公報上登載，公報上登載過了就算是已經公佈。有時還可在某地方指定一家報紙登載，就和公報一樣發生同等的效力。

公佈後定一實施之期，這叫做施行期限，譬如中華民國刑法在中央第一百二十次常務會議決定以三月十日爲本法公佈期，七月一日爲施行期（後來改爲九月一日）。這是在公佈之外再定了一個施行期限，關於這種期限規定的方法可分三種：（一）自公佈日起，全國一律施行；（二）自公佈日後到某一日期，同時在全國實施；（三）預定所公佈的法律到着各地方的日期，到着後幾日就是實施的期限。

第四節 成文法的改廢

所謂法律的改廢就是法律的改變和廢止。法律的改變是舊法律喪失效力以

後，另有新法律替代；法律的廢止是舊法律喪失效力以後就不另行制定新法律了。現在把關於法律改廢的原則和原因列舉於左：

(一) 法律可以改廢命令，也可以改廢法律，但命令却不能改廢法律。

(二) 新施行的法律和舊法律有衝突的地方，就該適用新法優於舊法的原則，認定新法律為有效。

(三) 法度預定有效期間，這種期間屆滿以後，這種法律就當然廢止。所謂法律預定有效期間的意義，譬如國家公佈一種禁烟條例，限定十年禁絕；那末，十年期滿，這條例就當廢止。

(四) 憲法的改廢，另有特別手續，和普通法不同。改廢時或召集憲法會議，或由國會中最大多數公決，或由人民直接要求和公決。

(五) 普通法律改廢的立法手續，只要立法機關依照通常的立法程序，或明示、或暗示一概發生效力。明示就是提出變更修改某種法律的法律案來，暗示

就是議決和舊法律不相容的新法律；那末，關於這些不相容的地方，舊法律的一部或全部統被改廢了。

(六)有時候法律的改廢是基於物質上的原因，並非出於國家的意思表示，如同國家對於所屬的領島制定特別法，後來這種領島因為天災地變等不可抗力陸沈了；那末，這種特別法就當然廢止。

第五節 不文法的改廢

不文法的成立和成文法的成立在立法的手續上、方式上、性質上既然不同；所以關於不文法改廢的原則上就亦有它的特殊地方；如同左列：

(一)命令不能改廢法律，就也不能改廢不文法；所以只有法律可以改廢法律，就也可以改廢不文法。

(二)習慣改變，習慣法跟着改變；習慣廢止，習慣法也跟着廢止；譬如習

慣是『就同一事項反復爲同一之行爲，』假如行爲有了新傾向，那就是習慣改變，習慣法就也受着影響。

(三)新習慣法發生以後，和舊習慣法互相抵觸，舊習慣法就被改廢。多年不適用的習慣法，常被看做新習慣法的發生而改廢，這是爲了它喪失掉『人人有確信以爲法之心』的成立要素。

(四)習慣法的成立要素有一種是『係法令所未規定之事項，』如果這種事項在後來的法律上規定了，這種習慣法就被暗示地改廢。

關於成文法和習慣法相互間的改廢關係，各法治國有兩種傾向：(一)習慣法有改廢成文法的效力，(二)習慣法沒有改廢成文法的效力。第二種原則當然是得到多數國家的採取。并且，根據了這種原則是發生下列的結果。(1)習慣法有法律的效力，(2)習慣法有補充成文法的效力，(3)有必要原因時成文法能改廢習慣法，(4)習慣法沒有改廢成文法的效力。照此看來，成文法效力畢竟優於

習慣法，所以成文法能夠限制習慣法的發生，以及預定習慣法有效或失效的條件。普魯士民法上規定習慣法發生效力，要依據法律上的明文；日本法上對於習慣法和成文法有抵觸處，也是暗示習慣法應該喪失效力。

第八章 法律的解釋

上一章所說的法律的成立和改廢，是研究法律和立法的關係，現在却要說到法律和裁判關係上的解釋問題了。法律成立後是要人去運用的，無論是行政方面的執行。司法方面的適用，總得先從第一步功夫解釋做起，尤其是在裁判的時候要瞭解法律的真正意思。不過什麼是法律的真正意思呢？法律的真正意思真個解釋得出麼？這原是一個問題。所謂法律（成文法）的意思也就是立法的意思，然而立法意旨究竟又是誰的意思呢？立法意旨是多方面思想的結晶。許多立法的先生們在討論一個法律案的時候，各自發表着主觀很深的意見；於是

爭辯、攻擊、退讓、妥洽的結果，成立了一種公共意旨。這種公共意旨用文字符號、條文的形式發表了；於是成爲法律。本來呢，這種討論的、退讓的、妥洽的、經過長時間紛擾的結晶意旨，在立法當時已經有點費解釋了；況且，用文法的符號傳達他們的思想，真的也不過像伊林 (Healing) 所說：『我們只能在籠統的意義裏說到思想的交通和傳達，思想的本體依然沒有被傳達。語言和文字不過能引起一種印象和一種類同的思想歷程，這就是在聽者的思想中再造一種和前在說者思想上的類似的精神作用，』罷了。前人的思想這樣不容易傳達，所以解釋法律確是一件麻煩的事。英美法系把解釋看得非常重要，以爲立法上最後的說話，不是立法者自己說，却是解釋者說的。像高來、沙爾曼這一派學者主張裁判者對於法律有一種裁判上的認識，因爲立法者對於將來發生的案情是不能預先見到的；那末，裁判者對於具體的案情，不僅要解釋立法者已經見到的是怎樣意旨，并且還要解釋凡是他們所沒有見到的如果被見到了又

是怎樣的意旨。在英美法系固然是十分重視解釋，就是其他法系之下，裁判者對於法律的解釋也該有一種適當的態度。薩威尼主張解釋的三種幫助是：（一）法律的全體的觀察，（二）立法的理由的觀察，（三）從部分的解釋得到精密的結果，這種主張也是籠統的。又像英美法系裏的裁判官所說爲了真實可靠的去解釋一般的立法起見，所要考慮而觀察的許多事情，如同：（一）沒有立法以前的普通法，（二）有沒有什麼缺點受着普通法妨礙，（三）立法者已經決定或指出了一種什麼救濟，（四）這種救濟有什麼理由等等。英美法系裁判官是要顧到立法和習慣法（普通法）的協調，才有這種主張。但是，他們提出來的解釋規則當然沒有什麼拘束力，並且解釋時所應注意的是要有更精確詳密的事項。

解釋的時候要注意到立法時代的社會、政治、經濟、文化等各種背景；那末，才不至走失立法的整個意旨；然而時代是進化的，法律是保守的，我們果

真要法律不至於彊直到不近人情的麻木狀態，那就我們除了注重法律的立法時代的時代性以外，我們還得注意法律的解釋時代的時代性。現在是民國十七年了，社會進化到宗法制度動搖，男女平等；婚姻自由；政治進化到人民地位平等；民權思想發展；其他經濟方面呢，文化方面呢，各種新思想都有相當的進展；那末，在這時代，解釋從前舊法律，難道仍舊專顧立法環境，不思考思考現實環境麼？并且，我要明我的主張，很想尋點法律解釋上的材料出來做根據，幸而還能夠覓到了一條前大理院的判例。十多年來前大理院關於婚姻上的法律解釋，完全表現出幾百年前（簡直可說幾千年前）宗法社會的濃厚色彩，但曾經在民國五年上字七一七號判例裏面根據着現代的社會進化思想解釋過一次離婚條件。這判例裏說：『凡妻受夫重大侮辱，實際有不堪繼續（續）爲夫婦之關係者，亦應准其離婚，以維持家庭之平和，而尊重個人之人格。至所謂重大侮辱當然不包括輕微口角及無關重要之詈責而言。惟如果其言語行動足以使其妻喪

失社會上之人格，其所受侮辱之程度至不能忍受者，自當以重大侮辱論。如對人誣稱其妻與人私通，而其妻本為良家婦女者即其適例。『這個判例裏面固然不能說是包含着有什麼徹底的新思想。但是有兩句話却很可令人注意。這兩句話就是：（一）而尊重個人之人格，（二）足以使其妻喪失社會上之人格。從前立法時代的思想上，婦女有什麼人格可言呢？還有什麼社會的人格呢？所謂有社會上的人格必須先有社會上的地位，承認婦女有社會上的人格也就同時承認它們有了社會上的地位，這就叫做運用現代思想去解釋法律，去解釋法律上重大侮辱這一個名詞。但是，現在最高法院對於離婚問題的解釋，是否認離婚條件的全部，這又是一種什麼解釋呢？這是因為民事有效部分所規定的離婚條件完全和國民黨的黨義不相容，當然喪失效力；所以最高法院的解釋是推翻了那離婚律的全體，並非基於條文的存在而為何種性質的解釋。

現在再把關於法律解釋的種類和通則分別說在下面：

第一節 法律解釋的種類

法律解釋的種類從形式和方法上說，有文理解釋和論理解釋；從效力上說，有學理解釋和強制解釋；從實質上說，有擴充解釋和制限解釋；且把它們綜合起來說罷。

(第一)學理解釋 學者對於法律上的隱匿疑義或表現疑義，憑着自己研究上的心得所下的一種解釋。這種解釋雖則不能發生直接的效力，但亦自有其學理上的價值。至於所用的解釋方法(這種方法自然也用在司法解釋上)，如同：

(一)文理解釋 立法者表現他們的立法意旨，是用了文字做符號，傳達一切；所以解釋時要首先明白文字上的意義怎樣，而後再去探求法律的真意所在。大概對於法律的用語應該用通常的意義加以解釋，不必追索這種用語的特殊意義。要曉得法律既要一般人民遵守着，那就它的文字自有通俗的必

要；制定法律的辰光既須避免採用隱僻晦澀的語句，解釋起來，也就應該力求這種語句的普通理解，切不可標奇立異，倒反走到歧路上去了。并且，文理解釋是要根據文字的規則，所謂文字的規則，還要顧到立法當時通例。如同最高法院解釋懲治盜匪暫行條例第二條第一款致人受損害字樣，與傷害人致死之致字相同，就是這種道理。至於經過文理解釋以後，再注意到論理上的見解應該怎樣，也是不可忽略的。

(二)論理解釋 論理解釋是要在立法時地上解釋它的意義，說得仔細點，就是要把注意的焦點溯及於立法當時的國家政策怎樣，社會情形怎樣，經濟狀況怎樣，政治環境怎樣，制定法律之目的怎樣；凡是法律草案的理由書，國會中討論是項法律的議事錄，都可作為論理解釋的參考材料。論理解釋又可分做制限解釋和擴充解釋。

(1)制限解釋 法律上的文字意義很廣泛，把它的範圍縮小起來解釋，

這就叫做限制解釋；譬如大理院解民國元年的臨時約法第六條裏規定的營業自由，說是指法律範圍內的自由而言。約法第六條並法定律範圍內字樣，大理院却用論理的限制解釋，縮小營業自由這一用語的意義。又像刑律第二百七十三條的鴉片烟器具，文字上的意義本甚廣泛，但是前大理院的限制解釋說：是第二百七十三條的鴉片烟器具，以專供吸食者爲限；在供吸食鴉片烟以外，通常尙可以供他項用途之器具，不能稱爲專供鴉片烟器具，自不能構成該條之罪。就此當可明瞭限制解釋是怎樣的解釋方法了。

(2)擴張解釋 法律上所用的文字，有時意義狹仄一點，不夠表示立法的意旨或包括一切同類的事實；那就可以適用擴張解釋了。擴張解釋就是擴大條文的意義；如同前大理院民國七年統字七七八號解釋裏說：『現行律載稱子者，男女同，』就是一個擴張解釋的例，現行律載稱子，這個『子』字的意義不免失之狹仄，一經擴張解釋，便可確定爲包括兒子和女兒

了。在民事上得用擴張解釋，本是一種通例；但從蘇俄民法上有了相反的規定，這種通例就也受着影響了。蘇俄民法施行法第五條曾經定爲民法的擴張解釋，祇在保護勞農國家及勞動團體的利益有必要時得爲之。這種規定雖則沒有完全推翻民法上擴張解釋的適用；但已有了嚴格的限制。要曉得擴張解釋也有不免越出法文範圍的時候，但若爲了保護特殊階級的利益而應用這種解釋方法，確是尤能顯出它的優越效能。不過呢，蘇俄的立法例本當別論，而欲保全法律的柔性功用，擴張解釋却未可厚非。

(第二)強制解釋 強制解釋是有解釋權者對於法律所下的一種解釋，這種解釋是被看做法律的真正意義。它和學理解釋不同之處，就在它是有拘束力的，有強制性的，可以發生法律上的制裁效力的。這種解釋還可分做立法的強制解釋，司法的強制解釋，和行政的強制解釋。

(一)立法的強制解釋 這是在法律上規定有解釋性質的條文，它的效力

本和法律一樣。并且，同一法典裏面，同樣形式的條文，雖則是具有解釋性質，其實已經成爲法律，不能算做解釋了。這種解釋像：

(1) 法律中規定解釋文 這是立法時要確定本法裏面重要用語的意義和範圍，特地用明文規定，所謂法律自爲解釋。這種解釋的效力最強，實在是和法律一樣。像我國刑法第十一條：『稱親屬者謂左列各親，』第十七條：『稱公務員者謂職官、吏員、及其他依法令從事於公務之議員及職員，』第二十條：『稱重傷者謂左列傷害，』又像刑事訴訟法第三條：『本法稱當事人者謂檢察官、自訴人、及被告，』這些規定，都是法律自爲解釋。

(2) 附屬法上的補助解釋 這是因爲本法上有意義不明確的地方，或有某種條件未完成的時候；於是就在附屬法上附加解釋；如同刑事訴訟法施行條例第八條規定：『在公設辯護人未設定以前，刑事訴訟法第一百七十

條及第一百七十一條之辯護人，由審判長指定律師充之，」這就是對於第一百七十條及第一百七十一條的一種立法的解釋。

(3) 制定新法律以解釋某種法律 日本爲了解釋憲法第六十七條的既定歲出，就規定會計法補則。這種解釋法是確定被解釋法意義的法律，所以有溯及既往的效力。凡是舊法實施後所發生的法律關係，除開經過確定判決的法律以外，都受新法效力的拘束。

(4) 立法部頒發解釋法律的文件 這種也是從前立法的解釋上通常所採用的方法；如同日本公佈新刑法時就把有關法文疑義的文件多種，由立法部頒發出來。

(5) 法文裏面參入比例 這是在法律裏面加了解釋，並且列舉各種比例，說明條文的意義；像近世印度刑法和印度契約法等，就是我國已經廢棄的舊律例中，也有這種解釋方法。

(二)司法的強制解釋 司法的強制解釋比到什麼解釋都要重要一點，雖

則我們不必說法律是由於裁判解釋而來。因為法律要適用就少不了要解釋；

所以司法的解釋就占了有效解釋的一大部分。立法者不能常常行使解釋權，

就也未便保留解釋權；至於在法律中插入解釋的條文，也不過是或然的、必

要的；不是當然的、一般的。并且插入的解釋條文有時還要待人解釋。大陸

法系中從前曾經有過一個時期要把法律上的種種疑義直接請求立法者解釋，

但是現在却沒有這種情形了。我們大概總知道統一法律的解釋權要存在於最

高的裁判機關，除開立法者保留一部分立法解釋，裁判不能不遵從以外；那

末，裁判者要適用法律就得有權解釋法律。最高法院是有最高解釋權，可以

統一解釋，使得法律的效力不會因解釋的見解不同，失去它整齊平等的重心

。其他各級法院相互間當然沒有此解釋拘束彼解釋的效力，彼此亦不負同樣

解釋的義務；不過上訴到最高法院就可顯出了統一解釋法律的重心所在。

司法的強制解釋，在我國自然要推大理院的判例和解釋例有系統，有科學的方法，有十多年的歷史，雖則現在已經失掉它拘束的、強制的效力。大理院除了它的判決上是適用法律而解釋法律外，並且在大理院辦事章程上還規定行使統一解釋法令權的方法是：（一）解答質疑，（二）因維持國家公益，逕行糾正公署和法令所認許的公法人、公務員在職務上關於法令的誤解。可見行使最高的司法的強制解釋權有時還可逕行發動，不待請求哩。

第二節 法律解釋的通則

法律上如果沒有什麼隱匿疑義，表現疑義，明明白白的條文是擺在我們面前，供給我們適用，那就本無所用其解釋。或者解釋是機械式的，解釋時要受種種法定規則的拘束，那就所謂法律的解釋也不致發生多大的問題，不過是不適宜罷了。像英美法上關於遺囑的解釋，曾經受過一番十分固定的解釋的規則

拘束，裁判者對於遺囑裏常常重複使用的一種語句，就常常有一定的解釋。可是這種解釋過於機械式，有時倒反爲了拘執一種語句上一定的解釋，失掉遺囑作成時本人的真正意思。所以嚴密的解釋的規則是不須訂定也無從訂定。至於我們所研究的通則，無非是一種大量的標準，文理解和論理是同時要兼顧到；起先要從文理解釋，假使通不過去那就再用論理解釋。研究的結果，文理解和論理上如果發生了衝突的時候，論理解釋就應該壓倒文理解釋。關於這一層，我們要明白立法意旨固然靠着文字表示出來，但總不免常有缺陷發生，實在的意思和所表示的不一致。在這種場合，如果顯然看得出文字上的缺陷；那末，就得注意立法精神所在，用論理的解釋去尋覓立法的真正意思了。現在再把關於解釋的通則上重要的方法列舉幾種：

(一) 解釋法律上的用語應注意法律的全體 法律上的用語每是有連環性、有共通性的，假使僅僅對於一條條文裏的用語，斷章取義的解釋了；即使文

字上的意義不錯，但就法律的全體觀察起來却又不免陷於錯誤。

(二)解釋法律上的用語應用普通意義 法律上的用語，除了有特別理由才可用特別意義去解釋它以外，其餘的便該用通義解釋。凡是關於藥品的法律，我們去解釋藥字，當然要解作普通治病的醫品。如同茶葉，有時也可做藥，但是賣茶葉却不能當作賣藥解釋。至於說到有特別理由才可用特義解釋，如同嗎啡本來也是藥品，但是有了嗎啡治罪條例，就可不把它解作普通藥品，却把它當作禁止品解釋。這是根據嗎啡治罪條例上的規定，就可用一種特別意義去解釋嗎啡，不說它是普通藥品了。

(三)解釋法律上的用語應限於立法時的意義 這裏所說限於立法意義的名詞用語，如同汽船沒有發明的時候，船舶法上所規定的船舶當然不包括汽船在內；又像火車、電車沒有發明的時候，所有法律上規定的車輛字樣，火車和電車當然除外。

(四) 法律上的詞句在沒有特別理由時從廣義解釋。法律上的詞句是應該從廣義解釋的（刑事法規除外），所謂制限解釋就得具有特別的理由。不過既然有了必要理由時却又非從狹義解釋不可。譬如憲法上規定人民有當兵的義務，人民這一個名詞本是男子和女子統包括在內；但是，女性是沒有當兵義務的，根據這種特別理由來解釋，所謂人民當然限於男子。

(五) 法律上的詞句有留保意思時從廣義解釋。法律上的詞句常有表示一部分的意思，却留保其他部分；如同禁止沿海漁獵的法律，它的意思斷非僅僅在於禁止捕魚。要曉得沿海的水族固在禁止之列，就是海中類似水族的物一概都禁止捕獵了。

(六) 例外用狹義解釋。法律有原則，有時也有例外。法律上既然在通則之外再設定變則，那就必有特別的理由。對於這種例外加以解釋時，却是不得取嚴正解釋。否則，例外的意義如果從了廣義解釋，勢必擴張到侵及原則的範

圍；譬如刑律第二七六條所規定的賭博罪，有原則，有例外；所謂例外就是但書供人暫時娛樂之物不算犯罪。大理院對於這一條法文的解釋是：『新刑律第二七六條所謂財物，不論其貴賤多寡，雖至少者亦不能不謂之財物。故以銅子數枚，制錢數文聚賭者，亦構成該條犯罪。又該條但書所謂以供人暫時娛樂之物爲賭者，即指賭飲食等物而言，』這解釋裏把原則說得何等廣泛，銅子數枚，制錢數文，都免不了犯罪；但是，解釋但書却又十分狹義了。

(七)關於懲罰或負擔義務責任的法律用狹義解釋 這些法律如同刑法、官吏懲戒法、和各種租稅法等，都是要用狹義解釋，不許比附類推。像最近最高法院對於製造或有持軍用槍礮子彈或自外國輸入的假設事情，因爲刑法上設有專條規定，它就解釋軍用子彈無論有無槍礮，原爲爆裂物的一種；新刑法既然沒有特別規定，如遇製造、持有、或自外國輸入時，應該按照新刑法第二百零條或第二百零一條分別科斷。如果只有槍礮，沒有子彈，就不能算做爆裂物；在

軍械取締法沒有頒布以前是不爲罪。這種解釋就是對於刑事法規不許比附類推的一種狹義解釋。

第九章 法律的運用

我們不論法律的淵源是怎樣，法律成立的形式是怎樣，法律的定義究境是怎樣；總之，法律的存在並不是一定就會發生效力；法律的效力所以能夠發生，必待有人去運用它。怎樣去運用呢？這就是要行政機關去執行它；司法機關去適用它；單是立法就不會有拘束人民的效力。假使法律是沒有效力的，或者是永不會發生效力的；那末，法律又有什麼意義呢？立法又成了一個什麼頑意兒呢？法律是活的，它常常被解釋，被運用；於是也就常常發生效力。但是，有時也有死的法律，因爲在一部法典之中或者有幾條法文竟是從來沒有被人適用過，或者就永遠不會碰到被人適用的機會；於是它就從來未曾發生效力，或

者是永遠不會有發生效力的機會了。然而它却明明是法律；沒有被改變，也沒有被廢棄，不過成了一種具文。我們要注意法律是不能離開權威的，並且還要權威去使用它。因此，有權威的國家機關，像行政機關就可執行法律，司法機關就可適用法律；經過這種運用以後，法律的效力才確實發生。

第一節 行政機關的執行權

行使法律制定權的是立法機關，行使法律執行權的是行政機關，行使法律適用權的是司法機關。從前專制時代，這三種權力作用是不分開的；自從三權鼎立的學說盛行以來，執行法律或適用法律始得專屬於各別機關。行政機關執行法律，也有它的一定系統，如同我國施行五權之治的時候，中央政府公佈了法律；那末自有隸屬於行政院系統下的各級行政機關奉着命令去執行。致於行政機關執行法律時所當遵守的原則是：

(一) 行政機關有執行法律的責任。法律一經公佈，行政機關受到執行法律的命令時，那就負着執行法律的責任。沒有受到命令時，當然不能儘先執行；受到命令以後，當然也不能猶豫執行。否則這兩者都是違法行爲，要受制裁的。至於法律的內容如何，上級機關的命令有沒有瑕疵，那却是無權審查。

(二) 行政機關執行法律不必要有請求。這一點行政機關執行法律和司法機關適用法律完全不相同之處。司法機關適用法律是要遵守不告不理的原則，沒有當事人請求，是不能受理的；行政機關執行法律就不同了。人民的請求與否是和行政機關執行與否，並不發生何種關係。人民儘管不請求，或者竟至請求不執行，行政機關一概可以不受拘束。

(三) 行政機關有發布執行命令的權。執行命令是爲了執行法律而發布的命令。行政機關具有執行命令權，各國法制上多有共通的規定；雖則權限上的質和量不無差異的地方。法律在施行的時候，有許多必要的事項應該規定在執行

細則裏面，所以行政上有所謂執行命令，行政機關就有發布執行命令的權了。

國家的行政部具有兩種職權；一種是行政權，一種是執行權，這種執行權裏面所包括的各項職權，如同：(1)任命官吏的權，(2)組織各機關的權，(3)分配各機關職務的權，(4)監督全部執行機關的權，(5)執行法律或基於法律委任制定各種條例的權，(6)執行各種法律和命令的權。本節所說行政機關的執行權就指(5)(6)兩項而言了。

第二節 司法機關的適用權

適用法律的機關是司法機關，司法機關的組織和立法或行政方面的組織是不甚相同。立法權是由於一個多頭組織的議會去行使，行政組織也有首領制，也有委員制；可是組織系統上頗帶階級性。至於司法組織，職權是獨立的；裁判案件的法庭也有獨任制，也有合議制；行使職務就是適用法律。法庭審理案

件的程序上，把事實決定以後就得下一個判決。怎樣下判決呢？那就要適用法律了。法律條文空擺在那邊是不會發生效力的，必定要司法機關把那些條文適用到已經認定的事實上面去；那末，法律的威權才顯出來了。法庭適用法律，基於獨立的職權；內不受上級法院的指示，外不受任何立法或行政機關的干涉。在治權活動的範圍以內，維持人民應享的權利，確定人民應盡的義務，當他們請求公平裁判的時候。這就叫做適用法律的司法機關去依法適用法律。至於適用法律時所應遵守的一般原則，如同：

(一)不告不理的原則 這就是法庭不會接受當事人的請求時，對於任何爭執事項不能就適用法律去裁判。在刑事訴訟上必要有檢察官起訴或者是自訴人直接請求；在民事訴訟上必要有原告人請求或者是被告人提起反訴事項，裁判者才有適用法律，對於某一事項加以判決的權。假使沒有人請求或檢舉，那就裁判者雖則明明曉得有某種行為是違法的，是應該受適法裁判的；但是，民事

上沒有權利人告爭，刑事上沒有檢察官檢舉，自訴人告訴，裁判者是不能自動的發生裁判的責任或義務，或權力。

(二)裁判者只有遵守着法律而適用的義務 裁判者只有適用法律的職務，却沒有批評法律的權能。裁判者只能說出法律是怎樣怎樣，却不能主張法律應該是怎樣怎樣；所以立法的良惡在原則上是不勞裁判者來批評的。嚴格地說，就是惡法，裁判者也只有適用的義務。裁判者固然不該因為法律不良就拒絕適用，尤其不該藉口法律應該怎樣，就把自由意旨做裁判的根據。要曉得法律的良不良，是法律的改造問題，並不是法律的適用問題。但是，却有一個例外，譬如法律違反了憲法，裁判者還有沒有遵守的義務呢？對於這一個重要問題，各派頗有不同主張；有的說裁判者有審查權，有的說裁判者無審查權，還有折衷說，以為裁判者沒有實質上的審查權，却有形式上的審查權。折衷說是主張裁判者對於法律的形式是不是違憲，須有一種審查權，因為法律如果在立法程

序上的形式不完成，就是法律沒有成立，當然不負遵守的義務。

(三) 裁判者不得藉口法律有缺陷就拒絕適用。什麼叫做法律有缺陷呢？法律有缺陷就是法律上有了遺漏，有了不明白的條文。大概立法的錯誤本是不能完全免除，等到法律已經成爲法律，再發覺出來它的錯誤，或者是不明瞭，或者是不完備，還有什麼補救辦法呢？裁判者是可以解釋法律的，所謂文理的解釋、論理的解釋一齊運用起來，難道不能把不明瞭的法律解釋得明瞭麼？至於法律上遺漏的缺陷，這是在民事方面儘可適用無法律，從習慣；無習慣，從條理的原則解決一切。刑事呢，那就律無正條不爲罪，法律不完備時適用上也沒有什麼不方便。裁判者對於自己的職務是要曲盡其適用法律的義務和能事，只要有了公的告訴，私的請求，就絕無拒絕適用法律的餘地。

(四) 法庭以外無裁判。裁判是要有一定的方式；法庭是國家行使裁判權之地，推事是受國家委任行使裁判權之人，地和人有連帶的關係。推事在法庭以

外就不能行使他的裁判權，因為他的私人地位是沒有這種權力；要行使國家所委任的權能時，就必須要遵照法定的方式，在法庭之上。像英美人的用語對於 Bench, Bar, Chair 是有區別的；推事在法庭上所坐的椅子叫做 Bench，律師在法庭上所憑着站的橫木叫做 Bar，學者在大學裏的講座叫做 Chair，這三樣東西都各有它的權威寄托之處。假使裁判者離開了 Bench，那就失了憑藉，怎樣可以發生法律上的裁判效力呢？

(五)裁判者所下的判決有確定的效力 裁判者對於任何案件一經下了判決，確定以後發生一種既定力，拘束判決範圍內的權利義務，隨便什麼人不能動搖它了。不過下了判決却不是當即確定，當事人儘可在法定上訴期間內聲明上訴。如果經過上訴期間不去上訴，或者在終審判決以後，那就判決的效力當時確定。這種判決就叫做確定判決，這就是裁判者適用法律的最後結果。

第十章 法律的效力

說到法律的效力，就得問問法律是對於什麼人發生效力，法律是在什麼地方發生效力，法律是在什麼時候發生效力；故在法學通論上研究法律的效力，通常總是把它分做關於人的效力，關於地的效力，以及關於時的效力，三種。

第一節 關於人的效力

法律上向來有屬人主義和屬地主義兩種分別：屬人主義的起原由於古代民族對於國家的觀念很不明瞭，並且在遊牧時代更沒有一定的土地，法律完全是拘束自家人的。後來人類的歷史漸漸進展，法律仍舊是專治本國人民，像古代亞刺伯、猶太、土耳其、羅馬的法律，無非是亞刺伯人、猶太人、土耳其人、羅馬人的法律，並不是他們的國法。這種屬人主義的發展，凡是在本國的外國人固然不適用本國的法律，就是在外國的本國人也非適用本國的法律不可。中古以後，因為屬人主義的流弊所在，一方面是外國人不受本國法律的拘束，怎

樣可以管理他們；一方面是本國人到外國去，遠在萬里以外也要適用本國法，手續上如何困難，事實上又如何辦得到；於是就發生一種屬地主義。依照這種主義，凡在本國領土裏面不論是本國人或外國人，本國人所有物或外國人所有物，一概服從現在地的法律。外國人居留在本國既然要遵守本國的法律受着約束，那就本國人在外國自然也要服從外國法律了。嚴格的屬地主義是沒有例外的。就是外國的君主或大總統到本國來，也一樣受着現在地法律的拘束。這種屬地主義的起因，一則是當那封建時代中各諸侯佔據着一定地盤，要統治他們管轄境內的各色人等；再則是土地價值漸次增高，人民和土地的關係密切，法律不僅是對人而發。但是，這兩種主義都有窒礙難行之處，所以近世多取折衷主義。這就是以屬地主義為基礎，對於在本國領土裏面的人民，也不管他是何國人，除了特定原因以外，一概適用本國法律。上面既經約略說明這兩種重要的主義，現在再把法律關於人的效力上的原則列舉於左：

(一)法律的效力及於全國國民 這是法律關於人的效力上一個大原則。凡是一般國民對於本國法律，人人都有服從的義務。不過這種原則的設定也是抽象的、廣義的；事實上當然也有一種特別法，它的效力是專對於特定人或某一階級而發，並不一定要全國國民人人去遵守。至於君主國的皇帝是不受法律拘束的，民主國的大總統是除了叛逆罪外不負其他刑事責任，這是又當別論了。

(二)法律的效力及於特定人或者及於一部分人民 法律的效力及於特定人，是要從君主國裏去研究的了。既有所謂特殊的皇族，特殊的貴族，那就自有他們特殊的法律。至於效力及於一部分人民的法律，那却是很普通的一樁事；如同商法是專門適用於商人的，勞工法是專門適用工人的，海陸軍刑法是專門適用於海陸軍人的，很多的例也不必列舉了。

(三)居留外國的國民服從外國法 這就是根據屬地主義而設定的原則。法律的施行地域既然包括本國全領土，那就在領土以內。本國國民固然服從本國

的法律，就是外國人民前來居住或居留時，原則上亦當遵守所在地國家的法律。本國人民居留外國時，事同一例；除非本國在外國是有領事裁判權的，那就本國人仍舊可以適用本國法。並且，居留外國的國民一面服從外國法，一面還有服從本國法的必要，這是有原則也有例外，所謂例外是：

(1)關於身分能力適用本國法 身分是親族中地位關係，能力是享有權利的定格。大凡任何國家在法律上規定人民的身分能力，必須依照本國的人情、風俗、習慣，和一切民族的特性。這是各國不能強同，也不是這一國可以強制別國人民服從。像英國法上關於能力的規定，是二十一歲才算成年，但是日本法上關於能力的規定，是二十歲就算成年；那末英國人如果居留在日本時，到了二十歲，依照日本法律，固然有了行為能力，但在英國法律上是不會承認他有行為能力。又像日本法上男女的結婚年齡，是男子要滿足十七歲，女子要滿足十五歲；如果日本人居留在印度，仍舊要受本國法律的限制

，不能依從印度的早婚年齡。

(2)關於公法上權利義務適用本國法 公法上的權利如同選舉權、被選舉權、創制權、複決權等；公法上的義務如同當兵義務、納稅的義務等。所謂公法上的義務就是在外國也是不能避免的，至於權利，那就到了外國也便無從行使，不過在原則上總是適用本國法。并且就刑事上的責任說，像我國刑法第五條、第六條、第七條所列舉的規定，就是在民國領域以外犯罪，也要適用民國刑法。如果本國人民藏匿在外國，不便審判，不便科刑，那就等他回國時候仍舊可以檢舉。有時候就是同一的犯罪行為在外國已經確定判決，仍得依照本國法處罰，或者在外國已受刑之執行或經免除，也要裁判過再定減輕或免除本國刑法上的制裁。

(3)享有治外法權者適用本國法 治外法權這一個法律名詞是有兩種意義；第一種意義英文用語上是 *Extraterritorial Jurisdiction*，解釋起來就是在本國

領土以外的司法權；還有第二個意義就是英文裏的 *Exterritoriality* 了。這一個字就有在外國境內享受一種法律上的特權的意思，如同一國的君主、大總統、大使、公使等在外國領土裏面不受所在地法律的拘束，就好比不是居留於所在地國家領土內一樣。我國法律名詞上的稱呼對於上說第二個意義就是叫做治外法權，對於第一個意義却另外有一個名詞叫做領事裁判權。在英美方面並不是常常起 *Extraterritorial Jurisdiction* 和 *Exterritoriality* 的意義嚴密分別開來說，但是日本法學者以及我國歷來研究大陸法的人們總是把治外法權和領事裁判權兩個名詞嚴格劃分，不相容混。其實呢，治外法權這個名詞，從字面上解釋起來，應該包含廣泛的意義；所以不妨把這種法律名詞訂正一下，治外法權第一個意義儘可叫做領事裁判權，第二個意義儘可叫做治外特權。這兩個意義應該有兩個名詞來代表。并且領事裁判權在現代國際形勢上將要絕跡快了，治外特權却還有存在的必要；所以這兩種治外的權也應得

有一個區別，含混在一起就未免不妥當。治外特權原是國際間一種交換的特別待遇，如同(1)外國的君主、大總統，和其從者，(2)外國的公使，公使館員，和其家族從者，(3)外國的軍艦軍隊，都能享受這種特權。至於領事裁判權多是從不平等條約而來，雖則像從前土耳其國裏的領事裁判權發生時却是根據着習慣。我國境內現在所存留的領事裁判權就是受了不平等條約的束縛。說到最早的起源，那就在一六八九年中俄訂約的時候已經留下一個雛形。現行制度依據一八四三年以及後來繼續訂定的各種中外條約。一八四三年中英條約上附有補充條款，第八款規定：『英人歸英員按照英律審判，若華洋訴訟應用混合裁判制。』第二年中美，中法訂約，一八四七年瑞典、那威兩聯邦和我國訂約，都有類似的規定。一八五八年英、法、美三國和我國改訂新約，關於領事裁判權的條文，意義更爲明顯了。一八七一年我國和日本互訂施行領事裁判權的辦法，這還算是平等待遇；不過等到馬關條約成立以及一

八九六年訂定中日通商行船條約，我國竟放棄了在日本的領事裁判權。至於德、俄、奧、意、比、葡萄牙、西班牙、荷蘭、丹麥、巴西、祕魯、墨西哥、瑞士等國都和我國訂立享有領事裁判權的條約，就中要算瑞士訂約在一九一八年，是取得這種法權最遲的國家了。這種領事裁判權實施的辦法，如同左列四種：

(甲)凡是屬於同一締約國的人民相互間發生訟事，由該國領事或該國設立在我國境內的特別法庭審理，適用該本國法律。

(乙)兩締約國人民相互間的爭訟，依照他們兩國自相協定的辦法處理。民事訴訟上大概是先由兩國領事出來調解，調解不了的時候，原告可向被告所屬國的領事或特設的法庭裏去控告。

(丙)無約國人民控告有約國人民，歸有約國法庭受理，或者是無約國人民在民刑訴訟上做被告的時候，那就中國法庭有管轄權。

(丁) 中國人民和締約國人民發生訴訟上的爭執，不論民刑案件，統歸被告所屬法庭受理，適用被告所屬國的法律。

凡是根據上說條約而來的華洋訴訟案件，向來是在行政衙門裏審理，就使有了新式法院的地方，仍舊是依照條約，由縣行政官去裁判，上訴到交涉員那裏去。并且各締約國審判他們自國人民的裁判機關，除了領事以外還有其他特定的裁判所。英美兩國在我國設立特別法院，任用專門職員；法義兩國也置有特別法官。英國還適用陪審制度。這種根據不平等條約而設定的領事裁判權，到了今日仍舊在我國轄境內行使；侵害我國國權，破壞我國法律上的大原則，確是國家的重大損失。不過呢，近日廢除不平等條約的運動正在努力進行，條約一經撤消，領事裁判權當然跟着廢止；那末，所謂收回喪失的法權無非是時間問題了。

(四) 法律的免除 特定人或特定事項因為取得國家的特許就不受某種法律

效力的拘束，這就叫做法律的免除。像私鹽治罪法裏規定凡是製造、販運、售賣食鹽的人是要處罰的，但是經過鹽務署特許就可不受這種治罪法的制裁。又像國家要獎勵國內製造業，就特許某種工業品無稅輸出，這也是免除關稅徵收法律的效力。法律的免除和法律的停止不同；停止是在某一時間內法律的效力完全停止發生；免除不過是對於某特定事項上某當事人可以享有免除的效力，至於法律的全部絕不受到影響。就是當事者在法律的免除範圍以外仍舊要受法律效力的拘束。

(五)法律的效力及於居留本國的外國人以及他們在本國的財產 外國人居留本國，對於私法上的權利義務是和本國人一樣的平等待遇，除了法律有明文限制外；所以外國人也可以在居留國置買不動產，居留國法律的效力就可以及到他們在國內的財產上面。外國人離去居留國時，那一國法律的效力固然不能追及，但外國人所有的不動產就脫離不了所在地法律的效力拘束。像我國是

有例外情形的；一方面是外國人有租界，有領事裁判權；一方面就不許外國人在內地雜居，不許外國人在內地享有私法上權利，除了建築教堂等用途外，私人不得在內地購買不動產。將來租界取消，領事裁判權廢除以後，那就我國私法上的權利對於外國人也勢必要解放了。

第二節 關於地的效力

法律關於地的效力，所有一般原則是：

(一) 法律適用於全國 一國的國境就是一國法律的效力所及得到的範圍，這本是屬地主義的通則。這通則也是從最廣義方面說的，要曉得法律固然可以適用到全國，但有時也爲了特種事項制定特別法。適用於某一地方，或者是通行全國的法也可以在某一地方停止適用。

(二) 法律的效力及於領海 法律關於地的效力不僅是限於陸地，並且可以

及到空中，達於領海。領海是從一國海岸線起算，在三海里範圍以內的海面。國家所以要設定領海界線，一則爲了國防上的便利，瀕海的國家應該有此領海權；再則海洋上依此爲界，領海以外便算做公海。凡是公海裏面各國的船舶都可自由行駛，漁船也得自由捕魚，任何國家法律的效力却不能越過領海侵及公海。至於領海以內，那就有領海權的國家都能夠把施行於陸地的法律適用到那邊去。外國的船舶航行到領海上來，對於領海國法律的效力亦有服從的義務。

(三) 法律適用於行至外國領海的本國軍艦 這是國際法上所認許的，航行到外國領海上的軍艦仍舊適用本國法律。這也是一種治外特權，并且是屬地主義的例外。

(四) 法律適用於行至公海的本國船舶 本國船舶行到了外國領海，是要受那領海國法律的拘束，但在公海上仍舊適用本國法律。所謂本國船舶就是指那些有本國國籍的而言，公海是公共的海面，只有本國法律好去制裁船舶上的不

法行動。這種法律的效力，學者稱爲領土主權之延長。

(五)法律效力的停止 法律爲了特種原因在某一地域裏面停止效力發生，如同宣布戒嚴以後，戒嚴地帶內就不適用普通法律。至於戰陣地，合圍地上法律效力的停止也總是爲了急驟的軍事行動，爲了戒嚴。

第三節 關於時的效力

關於時的效力上所有一般原則是：

(一)法律不溯及既往的原則 法律不溯及既往的原則，在羅馬法上便已確定，現在已經成爲各國法律上一個共通的大原則。這是說法律的效力不能溯及本法定以前各種行爲。因爲法律效力的發生是發生於法律施行以後，那就必須是法律成立後的行爲或事項才受這種法律的拘束。假使法律的效力可以溯及已往，就未免要教國民在法律沒有制定以前，先負遵守的義務；那末怎樣可

以稱做公道的法律呢？要曉得國民固然有遵守法律的義務，不過也要有一個標準。所謂標準就是法律條文上所給與的命令或禁止；因此，國民應該遵守的是現在的法律，不是將來的法律。國民怎樣可以曉得將來的法律是如何命令，如何禁止呢？所以法律是常常不溯及既往。但是，現在還要說明的，所謂法律不溯及既往是適用上的原則，並不是立法上的原則。從前學者却有認定這是立法的原則，并且美國憲法上還明示不得制定事後的法律。其實立法上每因補正舊法律的缺陷而制定新法律，就不得不溯及既往的事項，有時又因減免苛捐雜稅也不得不溯及既往的虐政，這種溯往的意義是不能和法律適用上所謂溯及既往相提並論的。立法和適用法律，出發點完全不同；所以前者是不妨溯及既往，後者却不得溯及既往了。不過這法律不溯及既往的原則上還有例外，就是：

(1) 法律上有明文規定溯及既往就得溯及 法律上為什麼要用明文規定溯及既往呢？這是大概在新法律制定時因為舊法律是惡法，所以新法律上就明

定公佈前的事項可以同一適用。像刑事法規也是採用不溯及的原則，假使在適用舊法時代犯了罪，到了新法施行日期還沒有判決，就可以比照新舊刑法，從經判罪。新法科刑比舊法輕，就適用新法，這豈不是溯及了既往麼？我國刑法第二條規定：『犯罪時之法律與裁判時之法律，遇有變更者，依裁判時之法律處斷。但犯罪時法律之刑較輕者，適用較輕之刑。』這種規定確是明示新法輕於舊法時就可以溯及既往了。

(2) 法律無明文立法者意思確係認許溯及既往的亦得溯及 凡是新法律爲了廢止舊法律而制定的時候，就可解釋立法者意思確係認許溯及既往。還有那種禁止買賣的新法律一經公佈，非但以後不准買賣，就是從前所賣的人口也該被法律的效力所溯及，須得加以解放。否則，從前買賣的人口不受拘束，那就仍舊有一種罪惡的關係存在着繼續下去，立法意旨難以貫徹了。

(3) 從法律的性質應該溯及既往亦得溯及 凡是爲了解釋舊法律而制定的

新法律，它的性質本是解釋從前頒佈的法律；那末，事實上就非得有溯及既往的效力不可。

上面所說的三種例外都是具有立法上的理由，這是因為法律不溯及既往是適用上的原則，不是立法上的原則；所以在立法方面就認許了這三種例外。并且根據法律不溯既往的原則，可以得着下列三種結果；如同：(1)舊法時代的事項依舊法，(2)新法時代的事項依新法，(3)舊法時代的事項到了新法施行日期還沒有辦理結束，就得根據新法上關於這一項適用方法的規定，或者根據新法施行條例。至於立法者並未同時制定適用法律的法律，那就在適用上將如何運用這不溯既往的原則呢？學者却有一種主張，以為法律雖有例外可以溯及既往，但是不妨害既得權。什麼是既得權呢？既得權的意義是：

(1)既得權是從法律行為所取得的權利 依法律行為，取得有正當權源的物權或債權，叫做既得權；如同由於買賣、贈與、繼承而取得的財產，或者

由於契約而取得的債權都是。

(2) 既得權是特定人的權利 憲法上所保障的公權，一般人都可享有，不是既得權。像選舉權和被選舉權並非特定人的權利，如果新選舉法公佈了，在舊法上有權利的人們受到新法上的制限，不能算是既得權被侵害。

(3) 身分能力和資格不算既得權 凡是身分、能力、資格都不是私法上的權利，更無所謂既得權了。譬如說到能力，舊法是十八歲成年，新法是二十二歲成年；那末在新法施行後二十一歲的人要喪失他在舊法上所給與的能力，必須依照新法，到了二十二歲才算成年。

(二) 法律發生效力要經過施行期限 法律成立後在什麼時候發生效力，這是各國立法上不免有點差異地方；固然也有從法律公佈日起立即發生效力的，但通常總是定有一個施行期限。關於規定施行期限的辦法，或者是公佈日起經過幾日、幾個月，方始適用於全國，或者是從立法部所在地點起算，接着各地

方距離的遠近，定出各別的施行日期。

第十一章 法律的制裁

大凡要維持一個人類社會的安寧秩序和平福利，總不出下列三種途徑：第一是制裁背叛社會的行為，第二是道德維繫，第三是互助。現在我們所說的就是制裁背叛社會的人類行為，制裁的工具就是法律。關於法律制裁的解釋，大多學者都主張是人們違反法律時所受到的一種惡報，但英國邊沁却主張善報亦是一種法律制裁。所謂善報就是用一種褒獎方法去獎勵守法的人。這是因為人類服從法律，固然是怕得惡報；假使利用善報去鼓勵他們，養成他們守法和善視法律的心理，那就法律的制裁更有深遠的意義了。可是法律的制裁要有強制力的，用善報去獎勵他們，却不會發生強制作用。沒有強制力，怎樣可以叫做制裁呢？總之，法律的制裁既不昉勸善，也不是給與惡人以惡報；牠不過是附

隨於法律的效力而發生的一種強制力罷了。有了這種強制力，法律的效力才會充實。並且，法律的制裁可以分做行政上制裁，刑事上制裁，民事上制裁，還有一種是法律給與人民的自衛力量。基於防禦他們的權利而發生的制裁作用，可以稱做防衛上制裁。這四種制裁現在分別說明如左：

第一節 行政上制裁

行政上制裁就是違背了行政法規或行政處分所受到的國法制裁。關於行政制裁的裁判機關，在現時我國所試行五權之治的制度上，是有隸屬於司法院系統下的行政法院和官吏懲戒委員會。關於這種裁判制度，大陸派本和英美派不同，我國現制却更有五權分立的特色。大陸派制度上行政裁判機關和司法裁判機關各自分立；英美派却不然，這兩種機關並不劃分。大陸制和英美制原各有其優點和劣點；但行政制裁與司法制裁在性質上却原有不同之處。現在先把行

政制裁的種類分開來說：

(一)對於行政官吏的制裁 行政官吏如果違背行政法令，或不盡力於職務，或像現在黨治下的官吏有背黨背誓的行動，就得受行政制裁。不過行政制裁有對於職權行爲的制裁，有對於官吏個人的制裁。凡是行政官吏所發的命令，所施的處分違反了法律，那就人民可以依照行政訴願或行政訴訟的程序，請上級行政機關或行政法院撤消或變更這種違法的命令或處分。并且，上級行政機關對於下級的違法命令或處分還可不必等到人民提起訴願或訴訟，就得直接撤消牠，變更牠。至於對於官吏個人的制裁就是所謂行政上的懲戒處分；通常分做：

(1)申誡 這是懲戒處分中最輕微的一種制裁，我國歷來所通行的記過處分也是屬於這一種制裁的性質。

(2)減俸 減俸或從定期計算，或從不定期計算，罰去應得俸給的一部。

(3)轉職 轉職的懲戒就是左遷到別地方去，還有降等或降級都是屬於這一類。

(4)停職 停職就是在一定時間內停止職務，期滿後仍舊可以復職。

(5)免官 免官處分有將來仍舊可以任用的，也有永不敘用的。

(二)對於人民的制裁 人民違反行政法規，行政處分，或觸犯違警律，行政官廳就得加以行政制裁；如同：

(1)行政罰 行政罰裏面最重要的就是違警律上的制裁，像我國的警察官署就有判處三十日拘役的最高權，從前北平警察署還可判到六十日（這是因為北平從前是首都，警察權特別優越）。對於違警罪，在別國也有算做刑事犯罪的，但在我國司法制度上，警察處分是屬於行政處分。并且我國曾經有過一種豫戒法，是民國三年公佈的。根據該法，縣知事和警察廳對於無一定職業或不知檢束的人，得行豫戒令。凡是違反了豫戒令的人，就得處以一角

以上，二十五元以下的罰金，或一日以上二十五日以下的拘留。這種法不管它是不是惡法，或者事實上能不能充分實行，但是它的性質却屬於行政罰。

(2) 強制手段 行政權實施的時候對於人民可以用一種強制手段去強制他們作爲或不作爲。強制手段并且還有對人的和對物的兩種區別。對人的強制就是對於特定的人強制他履行積極行爲或消極行爲，又可分做三種；如同（甲）義務者不肯履行義務，行政官署就代他履行，或教第三者代爲履行。所有履行的費用另向義務者徵收，這叫做代履行。但在下列三種情形，是不得爲代履行的：(a) 處分之目的在使義務者不作爲；(b) 處分之目的必須使義務者自爲；(c) 受處分者全無資力。(乙) 有履行義務的人不肯履行，并且在性質上是不能代履行的，就應該受到一定制裁。行政官署把這種制裁豫先向義務者警告。等到一定的日期義務者依舊不履行，那就根據豫告的制裁處罰他，這叫做執行罰。(丙) 假使碰到急迫的事情，等不及代執行或豫告他

該有怎樣的制裁，那就可以直接強制義務者的身體，教他親自履行，這就叫做直接強制。上面所說對人強制以外還有對物強制，就是對於義務者的財產加以強制，譬如有納稅義務的人不肯納稅，就對於他的財產強制徵收，抵償應該繳納的金額。不過這是要有法律上的根據，否則便須依照民事訴訟程序進行。

第二節 刑事上制裁

刑事上制裁是國家對於觸犯刑事法規的罪惡行為施以法律的制裁。這種制裁不外對於犯罪者生命、身體、自由、財產、名譽加以刑罰，通常叫做生命刑、身體刑、自由刑、財產刑、名譽刑。我國刑法第四十九條、第五十條所規定的刑名是：死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役、罰金、褫奪公權、沒收。此中死刑是生命刑，無期徒刑、有期徒刑，和拘役是自由刑，罰金和沒收是財產刑

，褫奪公權是名譽刑。至於身體刑在舊法暫行刑律上便已廢止了。身體刑是加痛苦於犯罪者的身體，前清適用的大清律例上定有笞刑和杖刑就是兩種身體刑，至於古代的五刑：墨、劓、剕、宮、辟，（辟是生命刑）那就殘酷無人理了。我國改良司法以來，司法裁判方面確已不用身體刑，除了梁啟超做司法部總長時，曾經一度頒行徒刑易笞條例，限於特種犯罪，徒刑可以改做笞刑，但不久便已廢止，這也是改良司法的一種反動。身體刑以外，其餘四種刑事制裁分說如左：

（一）生命刑 生命刑有斬首、絞首、槍斃、電斃等分別，但總不外致人一死，還有從前所執行的死刑方法像什麼腰斬、車裂、凌遲等類，野蠻慘厲，絕無法律意味。並且刑事制裁上應不應保留生命刑。本是現代一個未決的大問題；不過理論上雖則沒有什麼最後解決，但事實上却有許多國家實行廢止死刑了。世界上現在已經廢止死刑的國家像荷蘭、那威、瑞典、葡萄牙、羅馬尼亞、

塞爾維亞、立陶宛、南美阿根廷、古巴、哥倫比亞、洪都拉司、烏拉圭等十多個。丹麥、比利時、芬蘭等三國却是多年不執行死刑，實際上也等於廢止。至於瑞士，在一八七四年憲法上廢止死刑，不過各邦中還有執行的，計算起來是有十五邦實行廢止，還有十邦四十年以來僅僅執行了七次死刑。在美國呢，現在四十八州中也有八州完全廢止死刑。意大利曾經在一八八九年宣布廢止死刑條例，後來因為發見暗殺慕沙里尼的陰謀，就把死刑立刻恢復轉來。最近德國和法國都在盛倡着廢止死刑的論調，德國方面由於一般抱着自由主義的法學者，刑法學者倡導的結果，已經成爲一種有力的運動。他們的有效理由是主張荷蘭、（一八七〇年廢止）丹麥、（一八九二年廢止）那威、（一九〇五年廢止）瑞典、（一九一〇年廢止）各國廢止死刑，已經好多年了，並不增加重犯；其他不廢死刑的國家裏面，重犯也不見得減少。德國廢止死刑的言論既然是盛極一時，在事實上不用死刑的習慣也頗占勢力。德國各州中像黑塞（Hesse）、

巴屯(Baden)、普魯士(Brussia)、以及漢堡(Hamburg)自由城事實上都已不用死刑，習慣上廢止死刑的區域已達全國一半以上。并且黑塞州議會近來通過一種法律案，凡由本州法庭判處死刑的罪犯，歸本州司法部自動的改處監禁。照這樣看來，歐洲大陸上廢止死刑的趨勢熱烈得很哩。

(二)自由刑 自由刑是一種束縛犯罪人身體自由的刑事制裁。這種刑罰究竟是重在使犯罪人受着精神痛苦呢？還是重在使他們和社會隔絕呢？那末，與其解作要使犯罪人受着精神上的痛苦，不如說是要他們和社會隔絕。被判處自由刑的犯罪人在執行期中還得做苦工。這種勞役通常說是使得犯罪人同時受着身體上的痛苦，不過刑罰的意義不該如此淺薄，我們應得主張勞役是教他們在牢獄裏面做點相當工作，那就不致鎮日價空閒着倒反轉壞念頭哩。

(三)財產刑 財產刑就是罰金或者沒收違禁物，供犯罪所用之物，由犯罪所得之物。暫行刑律上還有易科罰金的條文，凡是受五等有期徒刑或拘役的宣

告，執行確有窒礙，得以一日折算一元，易以罰金。但是，現行刑法上却把這一條刪去了。徒刑和拘役是不能改罰金，然而罰金却可以改做監禁。罰金應在裁判確定後一個月裏面完納，不完納就要易科監禁。

(四)名譽刑 褫奪公權就是名譽刑，因為公權一經褫奪，下列各種資格一齊都要喪失，如同：(1)為公務員之資格，(2)依法律所定之中央及地方選舉為選舉人及被選舉人之資格，(3)入軍籍之資格，(4)為官立公立學校職員教員之資格，(5)為律師之資格。

第三節 民事上制裁

民事上制裁就是民事訴訟上的司法制裁，可以分做：

(一)損害賠償 因為他人不法行為的結果所造成的一切損害，受損害的人得向法院請求裁判，判令或用金錢給付方法。或用實物抵償方法，賠償被害人

的損失，這就叫做損害賠償。民事上的損害賠償和刑事上的罰金不同，雖則在刑事訴訟程序上。被害人可以附帶提起民事訴訟，對於被告和依照民法應負賠償責任的人，請求回復他的損害；但是賠償了損害以後，應該判罰金的仍舊要判罰金，這兩者是有完全不同的性質。

(二)權利回復 權利回復又叫做復權，凡是有權利者受了無權利者的妨礙，以致不能行使權利的時候，就得依法請求回復他的權利的行使。無論是誰，他的財產被搶、被偷、被騙。後來由法院判決給還贓物，這就是權利回復。還有不當得利的回復，法律行爲的取消，詐害行爲的廢罷訴權，和原狀回復等都是權利回復。

(三)直接履行義務 直接履行義務是不用賠償的方法，就教義務者直接履行他的義務。這種直接履行的方法是專門對付那一種性質上有不可賠償，不能代履行的事項，譬如某藝術家和人約定繪畫，後來不履行他的義務，只好直接

強制他了。

(四)行爲的中止和禁止 一種違背法律、侵害權利，或懈怠義務的行爲正在預備中，或在實行繼續中，受損害或將受損害的當事人就得請求法院裁決，中止或禁止這種非法行爲。中止是阻擋這行爲不再繼續，禁止是禁阻這行爲不許發生。中止是在當事人間權利義務沒有確定的時候，先行停止被告人的行爲；禁止却是因爲雙方權利義務已經確定，法院就得制止對方的非權利行爲了。

(五)無效或撤消 凡是以法律上所禁止的，或違反善良風俗、公共秩序的事項，爲標的之法律行爲，法律上是不認它有效；所以這種行爲在成立時就不生效力。至於可撤消的行爲，不過爲它不具備條件，有撤消權者可以撤消它。這種行爲並不是全然不發生法律上的效力，當它在未撤消以前不能算做當然無效。

第四節 防衛上制裁

凡是對於現時不法的攻擊，爲了防禦自己或他人所爲必要的行爲，不能算是違法行爲。這是基於權利之保護觀念而容許私人所爲之防衛上的制裁，前三節所說法律的制裁，其實施時出於國家的公力，由於國家行政機關或司法機關的裁決。但是，有時私人間受到驀然的不法侵害，事機急迫萬分，却等不及國家的公力來救濟了。法律上就不能不容許私人間保有自力防衛、自力救助、自力制裁的餘地。凡是在例外的場合，法律自有例外的規定；所以原則上是由國家機關行使法律制裁權，同時也以私人自力的防衛制裁爲例外。不過這種制裁在法律的容許範圍內所須具備的要件，大概不出於(1)不法的攻擊，(2)不及求法律保護，(3)要用適當的方法，(4)不帶復仇的性質。并且，防衛上制裁有屬於刑事的，有屬於民事的；在民事方面又有自衛和自助兩種不同的自力救濟；分別說明如左：

(一) 正當防衛 這種防衛制裁是有刑事方面和民事方面的區別：

(1) 刑事上的正當防衛 這種防衛是爲了保護自己或他人的身體、生命、財產權利，排除不法的侵害，用自己的力量對於暴行者加以制裁，而得不負刑法上的責任。據我國刑法上所容許的範圍，必須具備下列要件：(A) 現在，(B) 不法的侵害，(C) 防衛自己或他人的權利，(D) 行爲不過當。第一個要件所謂現在，便是目前急迫的侵害，不能聽候國家公力制裁的意思。關於正當防衛權的規定，刑法和暫行刑律不同之點就在『不正』或『不法』這一個要件上；暫行刑律規定的是不正，在適用範圍上太廣泛了；所以刑法改爲不法字樣(第二十六條)。並且，正當防衛是防衛權利，凡一切權利都包括在內。因爲保護財產的緣故以致殺傷了強盜，也是一種正當防衛權。

(2) 民事上的正當防衛 這也是一種保護權利的方法而爲私人的自力救濟。關於自力救濟，各國民法上的規定頗不相同；德國法承認自衛和自助兩種，日本法上却祇認許自衛(就是正當防衛)。我國民法是從德國立法例，在

總則第一百四十九條規定這種民事上的防衛制裁；但須具備下列要件：（A）現時的侵害，（B）不法的侵害，（C）為防衛自己或他人之權利，（D）不逾越必要程度。要曉得刑事上的正當防衛行為是不被處罰，而民事上的正當防衛行為却是不負損害賠償的責任。

附帶於正當防衛行為而有說明之必要的還有一種緊急避難行為，在民法上一概認許（刑法第三十七條，民法第一百五十條）。這種犧牲第三人法益而避免自己或他人生命、身體、自由、財產的緊急危難；雖則是為了保護權利的正當行使而發生的結果，但却無涉於自力的制裁問題。

（二）自助 自助也是一種民事上的自力制裁。凡是關於豫防侵害，回復權利，或鞏固權利等原因，由私人去直接行動，就是屬於這一種自力制裁的作用。譬如說債權人對於有逃亡之虞的債務人，當事機緊迫的時候就將他扣留起來，又像財產被人占去，在緊急時先用自力取回，然後再請求裁判解決。德國法

上是認許這種自助行爲，其他如同英法兩國法律上也承認一種取回權，就是對於他人基於不法原因侵奪自己所有物時，得用自力取回。還有民法上的留置權，學者也有稱做牠是一種自力制裁。

我國民法把自助行爲規定在總則權利之行使一章裏面，當那不及受官署援助，並且非於其時爲之，勢必請求權不得實行或其實行顯有困難的情形，那就所爲左列兩種行爲，是不負損害賠償的責任；如同：（第一百五十一，第一百五十二條）。

(1) 爲保護自己權利，對於他人的自由施以拘束；

(2) 爲保護自己權利，對於他人的財產施以押收或毀壞。

關於自助權的行使，須要注意的，就是一經拘束他人自由或押收他人財產，應該立即向官署聲請援助。如果聲請被駁回或者聲請遲延；那末，行爲人仍舊要負損害賠償之責。總之，自力制裁中的自助行爲得不負賠償責任，須要具

備左列各種要件：

- (1) 不及受官署援助；
- (2) 並非於其時爲之，那就請求權不得實行或其實行顯有困難；
- (3) 拘束他人自由或押收他人財產時，應該立即向官署聲請援助；
- (4) 前項聲請不被駁回。

本節所說明的防衛上制裁雖則是由於自力而非由於國家公力；但却仍舊是法律所付與的力，不能說是完全基於自己意思的自力作用。因爲法律給與他們防衛權，他們才能使用自力制裁的方法；所以稱爲防衛上制裁。

第十二章 權利義務的法律觀

大概研究法律的人們總該很要曉得權利義務的法律觀是怎麼樣吧。這原本是從來的一點常識，說什麼權利義務是平等的、對待的；不過到底是先有權利

後有義務呢？還是先有義務後有權利呢？權利義務和法律的關係又是怎麼樣呢？這是要說到人類社會的生活史上去了。人類社會漸漸演進到了或種程度的文化時代，他們的共同生活中也就有了共通思想和信仰，對於是非的見解也有一個相當的公共標準。人類社會的共同生活方面既然有了一種公是公非；於是從「非」的觀念進而發生義務觀念。人類的義務心是維持古代社會共同生活的要素，那時所謂義務是社會的義務，並不是法律的義務。後來國家組織一日日強固起來，才有以正誼的法則為基礎的法律觀念，這種法律却是以義務為本位。從義務的觀念進一步就發生了權利的觀念。并且近世權利的法律思想十分發達，須要歸功於德國學者。因為他們倡導法學是權利之學。像權利爭鬪論，倡權利本位說，說是權利的目的在和平，權利的手段在爭鬪；所以爭鬪是權利的生命，世界一切的權利都是爭鬪的結果。伊林主張法律為了社會的需要而建設，權利為了社會要保持社會上各種利益而建設。法律是人為的，權利也是人為的

，不是天賦的；法律是制度，權利也是一種社會的制度，爲達社會的目的而建
設；法律是工具，權利也是工具。它的目的在利益。

關於權利的意義怎樣，有一派學者主張自由說，他們以爲人類本有天賦自
由的權利，不過這天賦的自由因爲人羣進化，不免有互相衝突之處；於是法律
在應有範圍以內認許他們的自由，免得相侵相犯，他們在這自由範圍以內就得
主張自己的權利。荷蘭法學家格羅雪司（Grocius）就說權利是超過國家之上，
不待國家的存在就可自然存在。斯賓那沙（Spinoza）也說魚遊水中，出於自
然，好比權利本於天賦，爲人生所需。自由說以外還有社會契約說，主張權利
是由於社會和個人所定的契約而生。康德倡自由意志說，主張權利是調和有自
由意志的個人之自由而產生最大自由，法律之目的就在維持個人的最大自由。
格羅雪司等自然權利說的根本觀念以爲權利是由於天賦，超法律的；康德自由
意志說的根本觀念却在權利爲達個人之目的，它的性質是個人的。後來奧司丁

和邊沁主張權利法賦說，以爲法律之外無權利；不過他們仍舊主張在法律之下建設個人權利的制度。只有伊林才擺脫個人主義，說道權利是爲達社會的目的而建設的一種社會制度。伊林批評斯賓那沙魚水的譬喻，認爲不能說明權利的意義和由來；社會契約說呢，那就所謂契約的存在，早已根本推翻；至於自由意志說，仍舊把權利看做保護個人的自由，不認它是爲了要達社會的目的。

沙爾曼德說：「權利就是利益，爲正誼的法則所承認和保護，」主張權利是利益的學者總以爲權是權能，利是利益，要建設權利觀念就得建設在利益觀念上面。甲乙兩人相互間，甲對乙雖則負有行爲的義務，假使這種行爲對於乙並沒有什麼利益，那就不能說是乙的權利；譬如甲是劊子手，乙是被判死刑的罪人；甲對於乙負了一種殺的義務，但是乙對甲却不能說享有被殺的權利。上說各種學說的主張是不是完滿，却不在他們分析的理論上而在他們對於權利的根本觀念上。要曉得從前法學派中對於權利意義的說明，重要的學說是利益說

和自由說。所謂自由說的結晶論調，主張權利是依法律所規定人的行為的自由。這兩種學說各有其法學上的重要位置，亦各自受着深刻的批評。關於批評利益說的理論；有人主張權利雖以利益爲目的，然而只好說是目的，並非權利自身；也有人主張利益的觀念不過是一種權利的要素；也有人主張權利的本質是力，利益是從這種力上所得達的目的；權利的法律之力就是所以達此目的之手段。主張利益說的把目的和性質混在一起，未免費解；也有人主張權利既是法律所保護的利益，但是所謂法律保護就是用訴權來保護；訴權雖則是權利的作用，却不能說沒有訴權就不是權利；也有人主張權利的主體不是利益的主體；假使有利益就有權利，那就禽獸蟲魚很有受着保護的；它們未嘗不取得利益。它們是利益的主體，難道也可算做權利的主體麼？至於自由說也曾受到強有力的非難，其中最扼要的批評是：依照自由說，凡是法律所不禁的就不能不叫做權利；那末，自由說對於權利的觀念未免太廣泛了。在主張自由說的學者以爲

人類本有無限的自由，不過這種無限自由的活動，足以妨礙社會的秩序。法律所以要定出一定的範圍，一面保護人的自由，一面還限制人的自由。這種保護和限制的程度却因時代而不同。人們在此法律限定的範圍裏面，行爲可以自由，這種範圍內的自由就是人們所享有的權利。照這樣看來，自由就是權利；然而享有權利的人却不見得就是享着自由，譬如享有親權的人，對於他的子女就要負擔教養和監護的責任，倒反不能自由了。自由固然是權利，權利的全體却何嘗就是自由。總之，自由說是消極的說明權利的意義，並不是積極的說明。并且所謂法律上保護和限制自由的程度因時代而異，未免使得權利的觀念常常不確定，這也是自由說的缺陷。

關於權利的新的學說，主張權利須有一種制裁的觀念。他們以爲權利是法律賦與，是社會的產物；重要的基本觀念在對人的、利益的以外，還有一種具有制裁的觀念。權利既然是法律賦與，那就法律以外有沒有其他權利存在呢？

除了法律的權利 *legal rights* 是不是還有道德的權利 *moral rights* 呢？要曉得權利是保持利益的工具，工具是要實行的，假使沒有一種強制力去擁護它實際施行；那末，何必定要這種名不副實的工具。所以權利要有一種具有制裁的觀念。道德的權利是沒有制裁的，這種空名稱的存在是沒有什麼意義。雖則有人主張普遍的權利也有一種制裁，就是拿公共意見 *Public opinion* 做制裁；然而葛來却以為拿公共意見做制裁不過是道德的權利之一種，應該另行叫做實際的道德的權利 *Positive moral rights*。道德的權利本是純主觀的，除了個人的良心責備以外，還有什麼制裁可說。就是到實際的道德的權利，雖則社會上有公論，但是這種不甚有效的制裁比到內心自責，也沒有什麼大分別；所以我們只認定了法律的權利。在這種認定之下，權利的意義可以分析問來說是：

(一) 權利的存在要靠有政治組織的社會的方量 不是法律所賦與的權利是沒有保障的、沒有力量的。沒保障、沒力量的權利不是真權利。凡是權利必

要經過有政治組織的社會的法律所認許，有法律的制裁去保護它；那末才能存在。道德的權利缺乏實力制裁，所以不能算是權利。法律的權利却是有那種政治組織的社會，用它的一種重要的制度——法律——做權利這種制度的保障。有了保障，有了制裁，權利這種制度才能確立。

(二)權利為拘束他人行為而存在 這就叫做權利是人和人的關係。因為人對自己或對物，本無所謂權利，真正的權利是要能夠對抗別人的。換一句說，就是權利者要保持對自己或對物的利益，教別人負擔一種行為或不行為的義務，那時才會發生權利。所謂別人是包括特定人和一般人而言。譬如說我對於某種物有所有權，這並不是我自己對於這物保有何種權利，却是對於一般人可以主張權利。我對於這物享有使用、收益、處分的利益，那就一般人對於我的使用利益、我的收益利益、我的處分利益，負着不為任何干涉行為的義務。

(三)權利是一種權能 權利是法律賦與個人的一種資格，一種地位，一種

勢力，個人根據這種法律上的賦與，使得特定人或一般人的行為受着適法的拘束，或為某種行為，或為某種不行為。

關於權利的學說實在是太紛歧了，不過我們很可下一個概括的總批評，說道凡是以個人主義為立場的權利觀念已經落伍，現在是要注意到社會互助論哩。社會互助論 *Solidarity or Social interdependence* 是社會法學系的法律思想的出發點，這是主張人類共同生活上所必要的重大原因，計有兩種：一種是各個的需要無不從同，一種是各個的需要雖則從同，却也有不同的存在，並且各個的需要亦是互異。有此兩種原因，人類才為了互助和滿足各個慾望起見，經營其同生活。這種共同生活裏面具有一種分工作用，分工論本是經濟學上的名詞，現在却因而產生了社會分工主義。十九世紀到二十世紀，這一期間內法律思想的轉變也是為此。凡在社會上參加共同生活的分子，不管他是最高的治人者，或者是一個被治的平民；也不管他是一個萬能的議會，或者是一個沒有權力的

私人，各自都要對於社會去盡一種責任。他們所盡的責任有了社會的價值，才是法律所保護的標的物。孔德就說：『人類沒有權利，人類的權利就在盡責。』自從社會法學系倡爲社會互助論以來，法律的思想就起了變化；於是自由權、財產權等在法律上的地位受着大影響，權利義務的法律觀自然也跟着改變。個人主義的權利觀念上，所謂自由權以不侵及他人的自由爲範圍，這本是一種消極的權利。現在社會法學系對於自由權的觀念就不同了。他們主張凡是一個人_一在社會上，須要對於社會履行應盡的義務，充分發展自己的才能品格，以便履行對於社會最大限度的義務。所以人們沒有消極的權利，假使遊蕩無所事事_一的辰光，政府就得強迫他們工作。至於財產權，社會法學系也認爲並非絕對的，不可攻擊的權利，并且要行使這一種權利，必先履行對於社會的一種義務，這是一個先決條件。因爲財產所有者對於社會負有一種不可避免的責任，要先盡了這種責任，國家或社會方纔加以保護。像那些地主把土地當做投機事業

做，以致地價飛漲。他們一面投機，一面碰着土地周圍環境的改善和工商事業的發展，獲得地價上的非常收入。如此不勞而獲地安享着的財產權，國家豈有不能干涉的道理。英國一千九百十年的財政法 *The Finance Act of 1910* 就是取締這種投機事業，取締的方法是嚴重抽稅。民生主義中的平均地權也是採用這一種方法。從法律上說來就是屬於社會法學系這一派的立法主張了。

說到社會法學系，我們很該曉得一個法國學者杜巨 (*Dugui*)。杜巨在他許多重要的著作裏面主張要改變現在哲學的，個人的法律組織爲實證的，社會的法律組織，權利的觀念被驅逐出法律範圍以外，同時并且否認人格的觀念。日本牧野英一在他所著法律現象之單位之權利裏面論及杜巨的學說。他以爲近世反對以權利爲法律現象的單位，要算法國的杜巨爲最烈。牧野英一還說：「我人雖不要立即捨棄權利的觀念，但是個人的專制和國家的專制同其排斥。權利的觀念不能說明法律現象的全部，這是因爲從社會爲生存競爭的一現象看來，

雖則要把權利做社會組織的單位；然而從社會連帶的現象看來，那就它的關係不能用權利說明。生存競爭和社會連帶是社會的兩個方面，一概不能忽略；不過應該注重那一方面，是要跟着時代變遷。我人雖不要抹煞權利觀念的文化史的意義，但一思考法的社會化的近狀，就不能不在權利以外另尋一個單位，說明法律的現象。『牧野英一的主張固然並不完全贊同杜巨的學說，但他否認法律必以權利爲本位的意思却是顯然的了。

第十三章 權利的類別

第一節 概論

權利的分類方法，各學派間也有不同的標準。在權利分做公權和私權以外，還有第一權和第二權，主權利和從權利，得移轉之權利和不得移轉之權利。

相對權和絕對權等類別。并且還有一種分類方法是把私法分做實質的，形式的，所謂第一權和第二權，相對權和絕對權等，都是屬於私權形式上的分類。至於英美系學者呢，根據權利的性質上各種不同的觀察點做標準，把權利分做：

(1) 完全權利和不完全權利 *Perfect and Imperfect rights*。這是從制裁的觀察點上分出來的。凡是不完全權利固然也是法律所承認，但是有人違反和它相對待的義務時，就不須受法律上的制裁。這種缺乏制裁觀念的權利本應不算權利。不過呀，在有權利和沒權利的中間，也該認許有一個相當的境界。因為有許多利益，如同英美法上已經喪失時效的債權，雖則沒有訴權，但非不為法律所承認，有時還可發生某種效果。英美法上還有左列這些成例：

(1) 得為防禦的根據 如同缺乏方式的契約，雖則沒有法律上的訴權，假使對方已經交付財產或給付金錢，在受方不算不當得利。

(2) 得為擔保契約的根據。

(3) 缺乏方式的契約後來經過補正手續，完成法律行爲，就該看做自始有效。

(11) 正權利和負權利 *Positive and Negative rights*，這是從對待的義務的觀察點上分別出來，所謂正權利的對待義務，它的內容是一種積極行爲；負權利的對待義務，它的內容是一種消極行爲。並且也可以說負權利的權利人（權利的主體）是享受現在地位的利益；正權利的權利人是要使他享受變更到更好地位的利益。

(12) 對世權利和對人權利 *Real and Personal rights, or rights in rem and rights in personam*，這是從義務人的觀察點上分別出來的。對世權利是可以對抗一般人，要使一般人對於這種權利負義務；對人權利却是對抗特定的人。並且，對世權利是負權利，不過要使得一般人都負着一種消極義務；對人權利却大部分是正的，小部分是負的 *Real rights*。這一個法律名詞原是從拉丁語 *Jus in rem*

上來的，本意是對物的權利。至於拉丁語 *Jus in rem*, *Jus in Personam*。這是註釋法學家從羅馬法上對物訴訟和對人訴訟 *Actio in rem* und *Actio in Personam* 上解釋出來；所以物權就是一種對世權利，債權是由特定人負擔義務的，那就屬於對人權利。德法學者說明物權是有物上的權利，英國學者就說是對於世界一般人的權利。

(四)財產權利和人身權利 *Proprietary and Personal rights*。這是從物象 *Object* (權利的客體) 的觀察點上分別出來，因為人類在社會上所享受的個人利益共有兩種：一種是關於他的生命身體上直接的享受；一種是關於有經濟價值，可以估算的物上利益。前一種是無價值的，却有法律意味的；後一種是有價值的，并且兼有法律上、經濟上的意味。前一種叫做人身權利，後一種叫做財產權利。

(五)自物權利和他物權利 *Rights in re propria* and *rights in re aliena*。這是從

物象的係屬的觀察點上分別出來，因為有一種財產權利，是以狹義的物做對象 *Material object*，就是享受有體物上的利益的權利。這種物如果是權利人自己所有就叫做自物權利，他人所有就叫做他物權利。

(六)主權利和從權利 *Principal and Accessory rights*. 這是從權利和權利的關係的觀察點上分別出來。主權利是以自己的目的為目的，獨立可以存在；從權利是以他權利的充分享受為目的；所以所有權是主權利，地役權就是從權利；債權是主權利，擔保債權就是從權利。

(七)原權利和制裁權利 *Primary and Sanctioning rights*. 這種分類是和主權利、從權利出於同一的觀察點。前一種又叫做第一權，後一種叫做第二權。凡是原權利被侵害的時候就發生制裁權利，如同物權、債權等是原權利，關於賠償損害、回復原狀等訴權就是制裁權利。

上說以外，關於權利的類別自然要算公權和私權兩種最重要了，不過區別

公私權利的學說，各派間頗不一致。有些學者主張利益說的就以爲公權是以保護公益爲目的而爲法律所認許的權利，私權是以保護私益爲目的而爲法律所認許的權利；也有以爲直接保護公益所認許的權利叫做公權，直接保護私益所認許的權利叫做私權；也有主張私權是關於私益的權利，行使或不行使也是出於個人的自由，公權却是關於公益的權利，行使或不行使並非個人所能自由。這些學說都是以利益爲立腳點，但是有人批評，說是所有法律所保護的利益大概一面關於公益，一面就有關於私益，直接或間接很不容易分別。至於說到行使公權，並非個人所得自由，那就是尤爲一種錯誤的觀念。因爲行使權利而不能自由，只能算做義務，況且我人所享受的公權，行使與否也儘可自由；一切法律所認許的公權，如同參政權、自由權等，一面固然可以行使，一面也就可以拋棄，何嘗不能自由。利益說以外，還有一派學者主張法律規定說，他們以爲私法上所規定的權利叫做私權，公法上所規定的權利叫做公權。這種分類方法

固然是直截痛快，可是意義未免太籠統了。此外還有主張關係說的，說是公權係屬一種團體權。因為團體關係而發生的權利就是公權；反之，私權係屬一種個人權。因為個人關係而發生的權利就是私權。英美系學者中却也有主張對於權利所關屬的兩方或為國家，或為私人作為分別的標準；譬如說兩方面都是私人，這權利就叫做私權；兩方面中有一面是國家，這權利就叫做公權。

第二節 公權

公權裏面有國家對於人民所行使的公權，也有人民對於國家所行使的公權；前者如同立法權、司法權、行政權。以及一切命令權等，後者如同自由權、參政權等。從五權憲法上說來，政府對於人民行使的立法權、司法權、行政權、考試權、四個治權是一種公權；人民對於政府行使的選舉權、罷免權、創制權、複決權、四個政權也是公權。至於監察權却是國家機關相互間的權力作用

，當然也是一種公權。關於權利和權力的關係，有人主張權力是公權，權利是私權，這種見解就未免不適當。因為權利——不論公權或私權——本是權能，假使沒有法律上的權力做後盾，沒有制裁作用；那末權利就不能有效存在，不過我們可以說公權內容裏的權力作用更爲充分罷了。公權既有國家對於人民行使的公權和人民對於國家行使的公權，還有國家機關相互間以及地方自治團體對於國家或人民行使的公權，種種不同的分別。現在爲了注重人民所行使的公權起見，特地分做自由權、參政權、訴權三種，說明如左：

(第一) 自由權

不自由，毋寧死！把自由看做第二生命，這是十八世紀個人主義的自由說高唱入雲的論調。美國的獨立，法國的三次大革命，犧牲多少生命，所爭者無非是憲法上的自由權。一千七百八十九年的法國人權宣言第四條就說，自由以

不侵害他人的自由爲限；一千七百九十一年的憲法第三章第一條又說，議會不得制定有礙個人自然權利和政治權利的法律。後來各國憲法上所保障的言論自由、出版自由、結社自由、居住自由、以及書信自由等等，差不多都是法國大革命自由平等呼聲所誕生的產兒。然而二百多年來究竟世界上平民實際享受了幾許自由權呢？我國在民元約法上就給與了人民不少自由，可是到了今朝，我們不過曉得了什麼什麼是不自由，却不甚明瞭什麼什麼是自由。所謂個人主義的自由空說了二百多年，最大多數的人民並沒受到實惠，現在社會主義者的自由談却要限制個人自由，尊重團體自由了。社會法學家根據着社會連帶論，就主張個人對於社會本有一種應盡的天職。這天職不單是消極的態度，不單是不去侵害他人的自由。這天職是要有積極的行爲，各盡所能，維持或改進這公共的社會。自由在從前是權利，到現代却是責任了。生活在社會上的個人一面要發展自己的才能品格，一面要履行對於社會的應盡義務。照此結果，法律所

重的是社會的整個自由，並不是個人的各別自由。二十世紀以後人類自由的趨勢怎樣，原是當前的一個大問題；不過將來的姑且不談，現在先把各國憲法上所保障的個人自由權到底是什麼一回事，說一說大概的情形罷。

(一)身體自由 國家對於人民的身體自由，不是依照法律就不能侵犯。這種自由權，憲法上加以保障。人民如果有了犯罪行為，必須要受着拘提、訊問、羈押、判罪、各種刑事上處分時，國家非得根據法律所規定的一定程序就不得對於人民的身體自由權加上什麼限制。凡是逮捕等強制手段除了對付刑事訴訟上被告人以外，有時爲了維持公共安甯秩序，善良風俗等原因，警察權活動的結果，也可在法律範圍內限制人民的身體自由。英國法上，人民爲了刑事嫌疑或無故被捕的時候，被捕者以及他的親屬可在二十四小時以內，向司法機關聲明理由，請求訊問究竟有罪與否。這種人身保護狀的提出就是保障身體自由的一種方法。

(二)居住遷徙自由 說到居住遷徙的自由，我們中國人民倒是向來享受着這種幸福；不像歐洲十八世紀前，非但一切奴隸的居住遷徙，身不由己，就是自由民要遷居的時候也是很受拘束，或者要得許可，或者要繳重稅。等到十八世紀後半期，他們才漸漸獲着自由，跟着憲法上也有了保障。還有出籍的自由也是一種居住遷徙的自由。出籍就是脫離本國國籍，轉入別國國籍，歐洲各國向來是不許的；到了近代，人民才有出籍自由，不過法律上尚有一定條件的限制。我國國籍法上，凡是有夫之婦，未成年者一概不准自行請求出籍，並且有了未結的民刑訴訟案件，未完的兵役義務，未繳的應納稅項等原因也不准出籍。但是，在原則上脫離國籍倒也是一種自由。

(三)家宅安全自由 家宅的安全自由也是一種重要的自由權。無故侵入他人住宅是要受刑事上的制裁，就是行使國家權力的時候，對於人民住宅必須依照法律，方得侵入或搜索。這種自由權在憲法上也有保障。

(四) 言論著作出版自由 這是人民的思想發表自由。這種自由不僅關乎一國的民權漲落，并且有關一國文化的盛衰。這種自由不僅常受政治勢力的束縛，並且屬經受着宗教和禮教的鎮壓。說到這種自由，我國人民就忍受了幾千年來無量痛苦。前清時代幾次文字獄，足以表見帝王專制下言論著作出版最高度的不自由。況且，政治的壓迫是有形的；禮教的束縛是無形的；我國人民的言論著作出版自由，與其說是被政治勢力剝奪得乾淨，倒不如說是受着禮教的束縛，不知不覺地喪失完了。幸而現在已經是解放出來！

(五) 集會結社自由 我國古來本有朋黨之說，公開的集會結社，本不是法律所禁阻。前清爲了明朝的黨禍很厲害，方才禁止人民結社。民國建設以來，民元約法上就規定人民有結社集會的自由。至於現在的國民政府統治之下，那就要依於國民黨的領導，人民有集會結社的自由。

(六) 書信祕密自由 無論什麼人，他總有他個人的祕密，這種祕密是不許

別人侵犯。書信的內容或者是屬於戀愛的祕密，或者是屬於事業的祕密，所有者應該有一種自由權，不准誰何干涉；所以這種祕密不但是憲法上要保障，就是侵犯了它，刑法上也要加以制裁。

(七)財產和營業自由 在私有財產制度底下，保有財產當然是自由的，營業自由權當然也跟着享受。但是，從前帝王專制時代，一面是承認私產制度，一面却是家天下，所有天下財產都是屬於帝王一人；所以人民的所有權就不能完全確定。歐洲人民力爭自由權，就在這私有財產制度上再加一道憲法保障。

(八)信仰自由 信仰自由在現世已經漸漸喪失它的重要性，尤其是在我國。從前歐洲各國對於人民信教方面，頗加限制，如同中世紀盛行天主教，壓迫其他教徒。新舊教的大鬭爭起來，人民爲了爭信教自由的犧牲甚於其他犧牲。因爲信教不自由所以才發生信仰自由的問題；然而現在呢，宗教的魔力斷乎不及從前的偉大，像我國歷來是放任慣的，既然不去干涉它，那就沒有什麼多大問

題哩。

(第二) 參政權

參政權裏面最普通、最爲這幾百年來人民所抗爭的要算是選舉權和被選舉權了。起初是男子爭得選舉權，然而財產、資格、階級、年齡、性別各方面受着嚴格的限制；於是再爭普及選舉權，爭女子選舉權，雖則歐洲大戰以後已經得到相當的解決；不過各先進民權國家舊憲法上大多是僅僅使用一個民權，選舉權和被選舉權。這種方法並不能充分行使民權，譬如是一架最初發明的舊機器，只有向前推進的力量，却没有拉回來的力量。現時新式的方法，除了第一個選舉權，還有第二個罷免權。人民有了這個罷免權以後，推出去還有拉回來的力量，凡是政府裏一切民選的官吏，人民一面可以選舉他們，一面就可以召回他們。孫中山在他的五權憲法裏主張人民使用四個民權，就是這一種道理，

因爲人民參政權裏面僅有一個選舉權是不能充分行使他們的參政權能。選舉權是人民行使這種權去選出有能的人充任政府裏的官吏，罷免權就是把那些不才的官吏召回來。並且人民對於法律還有創制權和複決權，從前舊式的人民參政方法還有一種請願權，就是人民陳述意見，請求國家採擇施行，以便變更現行的不良制度。這種請願權不過是一種人民的發言權，實際上沒有多大效力，至於五權憲法裏的創制權和複決權，却是人民不必要用請求的方式就可直接地參與制度和法律的創造和改良。

（第三） 訴權

訴訟是人民保護自己權利的一種方法，訴權就是使用這種方法的公權。人民根據使用訴權的法定程序，或司法機關，或行政機關請求一種公平裁判。

（一）司法方面的訴權 私人的權利被他人侵害時，向司法機關請求保護和

裁判，就是一種訴權。但是有人主張刑事訴權是公權，民事訴權不是公權；不過民事訴權雖則爲了保護私益起見，却一樣地請求國家機關爲某種行爲，不該作爲私權。況且這種苛細的分類論在實際上並非必要。

(二)行政方面的訴權 行政方面的訴權有行政訴訟和訴願兩種不同的使用方法。行政訴訟是人民受了行政官署的違法處分，以致損失權利時所提起的訴訟。國家如果設有特別的行政裁判所，像我國從前的平政院，人民就向這種行政裁判所提起，否則，就歸普通法院審理。訴願是向該處分官署的直接上級機關訴請，不過請願的原因却不必限於權利已被侵害。

第二節 私權

私法比公法發達得早，所以私權在學理上的研究也很詳細。關於私權的類別可以分做人身權和財產權兩大部分，說明如左：

(一)人身權 人身權和人身有不可分離的關係，是對世權，也是不可移轉權，還可分做人格權和身分權。

(1)人格權 人格權附隨於人身，人的生命存在一日，人格權也跟着存在一日，嚴格說來是不受侵害的權利，是不可消滅或喪失的權利，除非是法律不承認它，不保護它。人格權又可分做(甲)生命權，(乙)身體權，(丙)自由權，(丁)名譽權，(戊)信用權，(己)姓名權。這幾種人格權裏面像身體權、自由權等，一方面是屬於公權，一方面又是屬於私權，我們應該怎樣去區別它的性質呢？假使說公法上保障的是公權，私法上保障的是私權，那就刑法明明是公法，刑法上所保障的身體權和自由權好不好算做公權呢？毆傷人的身體以及私擅逮捕監禁他人，是要受刑事制裁，這種刑法上所保障的身體權和自由權應該是屬於私權部分。要曉得人民對抗國家所主張的權利是公權，對抗一般私人所主張的權利是私權；因此，凡是國家權力所不得隨意侵犯的

各種人民自由權或財產權，有憲法做保障，一概叫做公權；至於個人的身體、自由、名譽等等爲一般人所不得侵犯，換一句話說，就是得以對抗一般人的人格權。有刑法做保障，那就要算私權了。從前的學者說人格權是天賦的、自然的、根本的、絕對的、直接的、無限的、實在的、完全的、不移的，但有時可以基於當事者的自由意志，放棄一部分；譬如兩個大力士角力，就是彼此已經放棄了不受人毆擊的權，又如水手在海船上服務，就得放棄他在航程中的自由行動之權。並且關於個人的身體權和自由權，從廣義方面說來，就有不受姿勢威嚇的權，如同握拳、揮杖、舉槍等恐喝行動，也是侵害人權利的不法行爲；還有不受仇視態度的觸撞和衝的擊權，這種撞衝的侵害行爲在英國法上得構成毆擊罪 Battery。至於名譽權是不受他人的誹謗，如果加害人所誹謗的事實關於被害人的個人私德，就是真正不虛，也要受到刑事制裁。

(2) 身分權 身分權是家庭親族相互間所發生的權利，可以分做親屬權、監護權、繼承權三種。這三種以外還有一種叫做什麼家長權，却是在親屬權之上疊床架屋地根據什麼家政統於一尊之義，製造出這種統治一家的名目來，其中還包括着主人對於家奴的權利。然而到了現在，宗法社會已經是根本動搖，大家庭有自然崩壞之勢，使人為奴隸者要受一年以上七年以下有期徒刑的刑事制裁，所謂家長權豈有存在餘地，當然不為社會法學家所齒及了。

(甲) 親屬權 親屬權就是夫對於妻的權利，父母對於子女的權利。在英美法上有所謂關於家屬的懇親和管理權 *Society and control of one's family*，這種私權就和我國私法上的身分權一樣，同是隸屬於家庭的權利，其中對於普世的夫權就是為人夫的不容別人用強暴脅迫或詐欺的手段侵害他的家庭裏夫的主權。大概丈夫對於妻的佔有，中外法律上是一律保護；但是，果真以家庭的組合，戀愛為立腳點，那就法律對於有夫之婦應得給與她

們一種妻權。凡是涉及家庭關係的一切權利，如同懇親權、戀愛權、合組權等，夫婦應該平等享有。近年來美國例案中頗有承認妻的懇親權，要曉得真正要維持有幸福的家庭制度，身分權就非得男女平等行使不可。至於父母對於子女的親權，可分兩種：一種是對於子女的身體，一種是對於子女的財產；不過關於財產上所行使的親權，像我國向來事實方面總是對於兒子行使，女兒是沒有什麼財產的。行使於身體上的親權，如同教養、監護、和懲戒等類；行使於財產上的親權，如同管理財產、代表法律行為等類，親權發生於子女誕生以後等到成年為止。我國現在家族間的法律現象却是很不明瞭，也沒有確定的制度，親權的行使也並不是一定要限於子女未成年的時候。可是行使親權的人總是父親，必須是父親死了或者喪失能力，才由母親代行使。

(乙) 監護權

監護權是監督管理幼年者、無能力者的身體財產，和代

表其一切法律行爲，換一句話說，就是在年幼者、無能力者父母死後，或者是父母不能行使親權的時候由別人代行使。設立監護人並非爲了他的監護權，實在爲了孤兒或被保護者的利益起見，監護權是親權中一種人爲的伸張，父母死亡時最後的遺囑，父母在時所訂立的契約，親族會議的選舉，法院的命令，都可給與此權。古代羅馬法上婦人隨時有監護人行使監護權，可稱不自由極了。還有別的法系上，凡是男孤兒十四歲時，女孤兒十二歲時，便可脫離監護人的管理，另受約束於權力較輕的監理人。

(丙)繼承權 在英美和大陸各國關於民法上繼承制度已經進步到財產繼承，我國呢，從前宗法社會是以家族爲本位，所謂財產繼承無非附着於宗祧繼承，所以女子從來是沒有繼承權的，國民革命以來，國民黨是口口聲聲主張男女平等，公法上既然平等，私法上當然也要平等；於是女子的繼承權幸而取得了。但是，最高法院對於女子繼承權初時曾有兩種解釋：

第一，女子有沒有宗祧繼承權，這是認為立法問題，以為法律上沒有根據就無從解釋；第二，女子應該有財產繼承權，但却限於未嫁的女子。這種解釋例頗為時論所非難，到了本年四月二十七日司法院開統一解釋法令的會議，把最高法院關於女子繼承財產的解釋重新論定；議決女子不分已嫁未嫁，應與男子有同等財產繼承權。但是，新舊解釋上既然有了歧異之點；那就關於新解釋發生效力的時期不無問題；所以中央政治會議就在同年七月三十一日就將司法院所擬具的已嫁女子追溯繼承財產施行細則草案議決通過。現在把該細則的要點分述如左：

(1) 新解釋發生效力的時期 大凡財產繼承開始在左列日期以後，就是已嫁的女子亦有繼承財產權：(a) 第二次全國代表大會關於婦女運動決議案，經前司法行政委員會民國十五年十月通令各省到達的日期；(b) 通令之日尙未隸屬於國民政府之各省，就在其隸屬的日期。

(2) 確定判決的動搖 凡是女子所應該享有的繼承財產權，如果僅係爲了最高法院的舊解釋，以致已嫁女子受到不利益的判決；那末，這判決雖已確定，但該已嫁女子仍得享有她的繼承財產權。

(3) 重行分析 已嫁女子應該繼承的財產雖則已由其他繼承人分析，該已嫁女子仍舊得向原分析人請求重行分析；但有兩種限制：(a) 這種重行分析的請求應在本細則施行後六個月內爲之；(b) 重行分析應以原分析時的財產額爲準；但是項財產比較原分析時已經減少却以現有的財產額爲準，至於增加時那就增加的財產不在重行分析之列。

(4) 重行分析時奩妝費的扣除 已嫁女子的妝奩費，在重行分析的時候，應從應得的數內扣除出來；但是妝奩費如果超過所應得的數目，那就其他繼承人不得請求返還其超過額。至於已嫁女子曾經受有特別贈與或遺贈，關於受贈的財產也是同此辦法。

(5)關於繼承財產分析的方法 對於已嫁女子的分析，須以金錢爲之；但有特別約定的就從其約定。當重行分析時的財產即使不是金錢，亦以金錢依時價計算。這是因爲繼承財產或者是不動產或者是不可分物，常有不便於分析的情形，不如以金錢爲之，可以省却許多糾葛。

(6)利息之不得請求 已嫁女子在重行分析的時候，不得利用追溯的原因，請求利息的付給。

(二)財產權 財產權是一種有經濟價值的權利。關於財產權的觀念，從前以個人主義爲立腳點的法學家，大都以爲應用財產只要滿足個人的慾望就是了。所謂所有者有絕對處分自己財產的權利，雖則是損人不利己，但須對物有所有權，在法律不禁止的場合，別人就不能抗議。在這種嚴格的意義下，財產權是絕對的，除了個人享用無所謂財產權；除了保護這種個人的享用無所謂財產權。不過呢，這種觀念是和社會連帶主義處於相反地位的。近世社會法學系

就主張個人不是法律保護的標的，法律的標的在於羣體。個人不過是這羣體裏面的一個極小的組合分子。個人所以也受保護是法律的間接標的，因為個人能夠在法律保護之下對於社會各盡所能；那末這最大羣體才能充分發展。法律保護個人無非是法律求達其保護羣體的最後目的之一種方法。個人的自由要變為個人的一種責任；因此，保有財產不僅是圖求個人享用上滿足和快樂，并且要財產所有人對於社會負有一種利用自己財產增進人羣相互利益的責任。這就是資產階級的天職在於活用自己的資本，增進社會的生產；基於這種意義，法律給與他們保護。財產權並不是所有者的一種主觀的權利，實在是所有者對於社會的一種責任。總之，社會法學系的學說，一面確認私有財產制度的存在，一面革新從前學者間個人主義的財產權觀念。至於歷來私法上關於財產權的類別却可分做物權、債權、專用權三種，現在分說如左：

(1) 物權 物權是財產權也是支配權，而為一種直接支配物的權利。要曉

得支配權是有排他性的，得請求他人勿為同一的支配；是有禁止妨害性的，得請求他人勿妨害他的支配；至於物權便是以物為客體的支配權。物權又是對世權（又稱絕對權），得對於世上一般的人主張自己的權利。并且基於物權的效力還得發生左列兩種權：

（甲）追及權 因為權利人和標的物有密接的關係；所以權利人得追及物之所在而行使他的權利，這就叫追及權。

（乙）優先權 物權的效力不是一律平等，發生於前的權利得排除發生於後的權利，大凡對於同一標的物發生二以上的物權，如果不能更有特別優越的力，那就先發生的物權優於後發生的物權，這就叫做優先權。

關於物權的創設，必須依據法律；我人的自由意思是不能創設一種新物權的。這是因為創設物權，如果沒有一定的限制，勢必發生錯綜複雜的物權關係，以致妨害物的改良和利用。我國民法第三編第七百五十七條規定為：

『物權除本法或其他法律有規定外，不得創設。』這就是禁止私人任意創設了。

(2) 債權 債權就是權利人使特定人爲積極行爲或消極行爲的權利；所以債權和物權不同之處就在物權是對世的，債權是對人的；物權的目的在於物，債權的在於特定人的行爲。并且，債權的內容可以根據當事人的自由意思用契約訂定。至於債權發生的原因除了締結契約以外，還有無因管理，不當得利，侵權行爲等各種行爲。債權的標的物不必盡是金錢的價值；不過爲債權目的之結付時，雖則不必一定要計算金錢的價值，但須具備下列要件：(甲)合法，(乙)可能，(丙)確定或者是可以確定。

(3) 專用權 專用權又稱智能權，無形財產權，這是以無形的智能的創作物爲客體；如同著作權、特許權、商標權等類。這些都是可以對抗他人，并且是一種可移轉的權利。我國新立法上因爲國內著作家太少，著作品不多，

實有提倡獎勵的必要；所以對於出版契約是特加保護；如同下列幾個要點：

(甲) 出版人怠於新版的印刷，便喪失他的出版權；(乙) 出版人對於著作物不得增減變更，并且應用適當格式印刷著作物；(丙) 著作物翻譯的權利，除了契約上另有訂定以外，仍舊屬於出版權授與人；(丁) 其他關於報酬等項，都有相當的保護。

第十四章 義務的類別

義務的意義本來是極其廣泛，無論是對於宗教、對於道德、對於國家、對於社會、對於家族、以及對於自己個人、統可以說各人都走上何種軌道，去負擔行爲或不行爲的責任。但是，法律上的所謂義務，却有它的一定意義，并且要和權利作相對待的觀察。最重要的意義就是法律上的義務必爲法律所強制，違反了這義務就要受到制裁。至於從前學者常根據着各別的觀察點把權利分起

種類來，自然是他們對於義務亦有同樣的分類主張；義務的類別是：

(一)公義務和私義務 公權和私權已經成爲法律用語上的口頭禪了。公義務和私義務這種名詞却還有點生疏。所謂公義務就是公法上的義務，也有國際公法上的公義務，也有國內公法上的公義務。什麼是國際公法上的公義務呢？譬如這一國和別一國在國際上彼此都有尊重對方主權的義務，不侵害他國領土哩，不干涉他國內政哩，全是國際公法上的公義務。什麼是國內公法上的公義務呢？這就是人民在公法上對於國家、對於社會所負擔的義務，最顯著的就是納稅的義務和當兵的義務。公義務以外，還有私義務，那就是人民在私法上所負擔的義務了。負擔私義務者不問對方是國家還是私人，并且國家對於人民有時基於私法上的行爲，一樣要負擔私義務。

(二)積極義務和消極義務 積極義務是對於某事項應該有某種行爲的義務，消極義務是對於某事項應該有不作爲的義務。這兩種義務各自有其公義務和

私義務的成分。當兵義務和納稅的義務就是積極的公義務，賣主交付物品或債務者償還金錢就是積極的私義務；不侵害他國的領土和干涉別國的內政就是消極的公義務，不侵害別人的物權或不妨礙別人的自由權就是消極的私義務。

(二) 孤立義務和對立義務 孤立義務是不和權利相對立而為單獨存在的義務，反之。對立義務是和權利相對待而存在的義務。任何人對於別人的所有物負着一種不損害的義務，這就是對立義務，因為這種義務是和別人的所有權相對立，假使對方沒有這種權利，我就不負這種義務了。至於當兵和納稅的義務却是一種孤立義務，因為並沒有什麼對待權利。學者有主張凡是對於國家的義務，對於主權者的義務，對於自己的義務，對於人類以外的義務，統可以叫做孤立義務。

(四) 第一義務和第二義務 第一義務，第二義務就和第一權，第二權（原權利和制裁權利）的解釋差不多。第一義務是對於第一權而言，不侵害他人的

權利便是負擔着義務；第二義務却是對於第二權而發生。因為已經侵害別人的權利，第二權爲了救濟第一權而發動，第二義務就也跟着起來。譬如不去侵害別人的所有權，這是第一義務，侵害了以後要負擔賠償責任，便是第二義務。不過第一義務却不必一定要和第一權相對立，如同孤立義務也是第一義務，但却沒有和它對立的第一權存在。

(五)可移轉義務和不可移轉義務 像當兵的義務，在性質上是不可移轉的，就叫做不可移轉義務；至於關於履行債務的義務以及其他性質上可以教他人代履行的義務，就叫做可移轉義務。

第十五章 權利義務的主體

法律上爲權利主體的觀念就是法律上人格的觀念。主張天賦人權論的學者以爲人格的觀念和自然人的觀念必爲一致。至於自然人以外的人格，像法律上

所承認的法人制度，不過是一種擬制的自然人。依照這種論斷的結果，自然人即爲人格，當然也是權利的主體，至於法人却又是擬制的自然人，也得爲權利的主體。此外還有主張權利意思說的一派學者却以意思的主體爲人格，其中對於法人的見解頗有以爲法人如果是意思的主體，那就它的人格是實在的；否則，就是立法的擬制。他們的理由說是權利的主體就爲意思的主體，不過意思有自然意思和法律意思的分別。嬰兒和禁治產雖沒有自然意思，却爲法律意思的主體，所以得爲權利主體。由法定代理人表示意思，無能力者就可取得權利或負擔義務。這是因爲法定代理人的自然意思就是無能力者的法律意思。關於法人的意思解釋當然也有同樣的意義。這種自然意思和法律意思的分別，無非是爲了事實上沒有意思，法律上擬制一種意思，這就叫做立法上的擬制。但是，另有主張法人人格實在說的，以爲法人有沒有意思是意思主體問題，並不是權利主體的要件。要曉得離開意思，權利固然不能存在，但權利和意思斷非二而

一者；譬如說甲有所有權，並不是甲時時有使用收益處分的意思，也不是他有了意思時才有所有權存在；這實在是因為這種內容的意思的發動有了法律的認許和保護的緣故。所以只要法律許可這種意思的發動，就不必常具意思能力也不失其為權利主體。總之，上面所說的各種學說雖則各有各的基本觀念，法人擬制說和法人人格實在說的立論不同，但却一律都承認法人是權利主體。現在再把自然人和法人分別說明一下子。

第一節 自然人

第一款 自然人的權利能力

自然人和法人在法學上的意義雖則同為有人格者；但自然人尙有其生物學上的意義而為有生命的人類。所以法學上所謂自然人須是自然界存在的人類，

同時並有法律上人格的存在。自然人在法律上存在的人格就是他的權利能力。換一句話說，便係自然人在法律上得爲權利主體。自然人從出生時起到死亡時止，在法律下一律平等，都得享有權利能力爲權利主體。民法第六條明定爲：『人之權利能力始於出生，終於死亡。』這是在學說上稱做權利能力的始期和終期：

(一)權利能力的始期 權利能力始於出生，所以自然人享有權利或負擔義務要在出生以後。但是怎樣才算做出生呢？關於出生的學說大概是有下列五種：

(甲)陣痛開始說，(乙)一部露出說，(丙)全部露出說，(丁)斷臍帶說，(戊)獨立呼吸說。德日兩國學者多主張全部出生說，須要胎兒全部和母體分離，并且胎兒離母體後須是生存着却不限時間的久暫。解釋我國民法第六條出生一語，這一說也還適合。人的權利能力始於出生，本是一種原則；但有左列例外：

凡是沒有出生的胎兒以將來非死產者爲限，關於他個人利益的保護，視爲

既已出生（民法第七條）。各國法律對胎兒利益的保護，有採取絕對主義的，那就屬於他個人的利益一概視為已出生，如同瑞士民法上的規定；有採取相對主義的，那就對於所應保護的胎兒利益，在法律上加以特定，如同德法兩國民法上的規定。我國民法却是從瑞士立法例。並且，胎兒有權利能力，固屬一種例外規定；但却不外法律上的擬制。主張擬制說的學者以為胎兒在出生前便已享有權利能力；不過主張條件說的却以為胎兒的權利能力是以出生為條件，須要等到出生以後才能溯及既往而發生效力。

（二）權利能力的終期 人的權利能力終於死亡；我國和瑞士民法都有明文規定。所謂死亡係屬生理上的死亡，但亦有例外，就是關於失踪人死亡的宣告却不過是法律上推定他的死亡。失踪人雖則實際沒有死亡；但是一經宣告死亡，便要喪失他私權上享有的各種資格；不過為權利主體的資格却是在生理上的死亡確定後，那才真正消滅。至失踪人基於怎樣的條件才得宣告死亡，據我國

民法上所規定的是：(1)失蹤人失蹤後滿了十年，法院得因利害關係人的聲請，爲失蹤之宣告；(2)七十歲以上的失蹤人，得在失蹤滿五年後爲死亡之宣告；(3)失蹤人遭遇着特別的災難，得在失蹤滿三年後爲死亡之宣告。

第二款 自然人的行爲能力

自然人一出生固然便是權利主體；但權利能力和行爲能力是有區別的。爲權利主體固然便是享有權利能力；不過享有權利能力的人並非都有行爲能力，而享有權利也並非就是行使權利。法律上稱做無能力者不失其爲權利主體的資格，并且無能力者還可分做特別無能力者和一般無能力者：前一種像監護人不得讓受被監護人的財產，商業使用人不得爲屬於本店營業部類的商行爲等類；後一種像未成年、禁治產、準禁治產等類。其實呢，所謂特別無能力者不過關於特殊事項上，他的行爲能力受點限制，對於一般人沒有多大的關係；可是一

般無行為能力者却兩樣了。自然人原是以有行為能力為原則，而例外却有所謂無行為能力或有限制行為能力人；如同上面所說未成年、禁治產、準禁治產三種：

(一) 未成年 未成年雖則享有權利能力却不能行使，凡是他所為的意思表示是無效或者須得法定代理人的允許。這是法律保護未成年人的利益，因而設此例外。所謂未成年就是沒有達到法定年齡，歐美多數國家民法上的法定年齡是二十一歲。我國民法是二十歲。并且關於成年制度在各國立法例上本有單級制和複級制的分別。我們民法是採取複級制，從出生到七歲，為第一級，在此時期無行為能力；從七歲到二十歲，為第二級，在此時期有限制行為能力。凡是無行為能力人的意思表示無效，須由法定代理人代為意思表示並代受意思表示。至於限制行為能力人，除了純獲法律上利益或依其年齡及身分日常生活所必需的事項以外，所為意思表示及受意思表示，應得法定代理人的允許。

(二)禁治產 凡是自然人喪失了心神成爲瘋顛白癡的時候，本人或其他法定的人得請求法院宣告禁治產，等到後來心神回復，那就本人自得請求取消禁治產的宣告。關於禁治產的請求權，本人以外如同配偶，最近親屬等人都可行使。禁治產的立法例各國頗不一致，像日本等國宣告禁治產時不必問他有沒有成年，我國亦然；又像法國等民法上還規定刑事上的禁治產，凡是被處重罪的刑事犯就受了這種宣告。我國民法關於規定禁治產的適用範圍是限於心神喪失，精神耗弱並不能處理自己事務的兩種人。並且，一經宣告禁治產，便即喪失他的行爲能力。至於禁治產制度設置的理由，無非爲了保護本人利益和維持社會安全罷了。

(三)準禁治產 準禁治產是法院對於聾者、啞者、盲者、精神耗弱者、以及浪費者，基於請求而宣告。禁治產和準禁治產差別之點，一則在請求宣告的原因有異，再則禁治產人受監護人管理，原則上不得自爲法律行爲；準禁治產

人却得自爲法律行爲，不過重要的、特定的事項，要取得保佐人的同意才能發生效力。在法日等國民法上是把禁治產和準禁治產分做兩種：禁治產人是無行爲能力人，準禁治產人便是限制行爲能力人。德國民法上祇有禁治產名目，對於應行保護的人——精神病人，精神耗弱人，浪費人，和酗酒人——一概宣告禁治產，一面却爲了宣告的原因不同再分別能力的大小；所以實際上也有無行爲能力人和限制行爲能力人的區別。我國民法上雖則也不設定準禁治產名目，但是從根本上否認準禁治產制，這又比到德國法有了差別了。我國民法上的規定，（參看拙著民法新論總則編第二章第一節第二款第二項）禁治產宣告的原因，既然限於心神喪失和精神耗弱兩種，凡是聾人、啞人、盲人、盲人如果不能處理自己事務，那就應該視爲精神耗弱而受禁治產的宣告；至於浪費却不算禁治產原因之一。關於浪費人一層，雖則民法各編對於家族財產關係上將有限制的規定；但是我却以爲浪費有妨於社會經濟，不僅是有陷自己或父母妻子於經濟困窮之

虞，仍舊應該作為禁治產宣告的原因。

第二節 法人

第一款 法人的設立

法人和自然人同有法律上的人格，而其人格同為法律所創設；不過法人是沒有自然界的存在性，因而從稱為無形人或意識人。法人享有權利能力，既然是法律所賦與；所以法人不依民法或其他法律的規定，是不得成立。關於法人的認許，從來立法例上是有四種主義：

(一)特許主義 設立法人，除了具備法律規定的特許條件以外，還要得到特許，這就叫做特許主義。并且，還有須經國家元首特許的，又可稱為元首特許主義。法國從前就採取這種主義，等到一九〇一年的會社法頒行以後。兼採

別種主義。

(二)許可主義 這是由行政官署依據現行法規許可法人的設立，其和特許主義區別之處，學者間固有主張許可主義是行政官署基於既存法規而認許法人的行政處分；特許主義却是每設立一法人便須制定法律。但是，學者也有主張無差別說的。

(三)準則主義 這種主義是在法律上規定設立法人的必要條件，凡是具備法定條件而設立的法人自爲法律所認許。準則主義頗爲一般立法例所採用。

(五)放任主義 放任主義是認許法人自由設立，不受法律的干涉。

上面所列記的四種主義，第一主義太嚴而第四主義却太寬；所以各國法律就多兼採許可主義和準則主義，我國亦然。我民法關於法人設立的規定，其要點是：(1)一切法人非經向主管官署登記，不得成立；(2)財團及以公益爲目的之社團，除登記外，還要先得主管官署的許可；(3)以營利爲目的之社團取得人格

，要依特別法的規定。

第二款 法人的權利能力

法人雖則在法律上也和自然人一樣，享有權利能力；但却不無限制。關於法人權利能力的限制可以分做左列三種：

(一)當然的限制 凡是性質上只能專屬於自然人的權利義務，法人是應該除外的；如同我國民法第二十六條規定爲：『法人於法令限制內，有享受權利負擔義務之能力。但專屬於自然人之權利義務，不在此限。』又像瑞士民法也規定：『法人得享有一切權利，負擔一切義務；不過關於人類天然的特質如同男女、年齡、親族等，不在此限。』并且，關於這一類的權利義務，就是民法上不規定法人方面當然也要受着限制。

(二)法律的限制 關於法人動產或不動產所有權的限制，德國法上是法人

所在的土地價值在五千馬克以上，得由各州的法律限制它；英國一千八百八十八年法律，凡是法人非得國王或法律的特別許可，不得享有不動產；法國一千九百零一年的會社法，分別法人的種類而限制它的能力。

(三)特許狀的限制 設立法人的特許狀上也有明定它的能力的制限條款。法人在法令限制範圍以內既有享受權利負擔義務的能力；但是牠畢竟不能自行活動，當牠行使權利能力的時候，須得設立一定的機關代為行使。因為法人的活動有待於自然人；所以關於法人的行為能力就發生下列兩種學說：(1)代理人說，主張法人擬制說的學者也就同時主張法人沒有行為能力，凡是代法人活動的自然人所為之行為仍舊是他自身的行為，而其效力却直接及於法人。(2)機關說，這是主張法人實在說的學者所倡道，以為代法人活動的自然是法人的機關；所謂法人不僅有權利能力，並且還有行為能力。

據我民法規定，法人還有責任能力。法人對於牠的董事或職員爲了執行職

務所加於他人的損害，應與該行爲人連帶負賠償的責任（第二十八條）。這是認定董事等是法人的機關，而所謂機關的行爲原來就是法人的行爲；所以法人也應負責。

第三款 法人的種類

法人可以分爲公法人和私法人；在私法人中又有社團法人和財團法人，公益法人和營利法人的分別。且財團法人是德國法派的特種制度，英美法上就沒有這種規定。英國法把法人分做集合會社和單獨會社；集合會社是數人組織的法人，單獨會社是一人組織的法人，這也是英國法上的特色。現在分說如左：

（一）公法人和私法人 公法人是依於公法上的規定而發生的法人，私法人是依於民法及其他私法上的規定而設立的法人；如同國家和地方自治團體等都是屬於前一種，商事公司或其他公益社團却是屬於後一種了。公法人也和私法

人一樣，在私法上享有權利能力，為權利主體。關於公法人事項，常常適用行政法，但當在私法上為權利主體的時候，却以適用私法為原則。

(二) 社團法人和財團法人 社團法人和財團法人原是歷來慣用的名稱；雖則現在我國民法上已經確定社團和財團的兩個用語。這是因為社團和財團在未經登記或許以前，在法律上還沒有取得人格，不能稱為法人。至於已經登記或許可，那就當然成為法人，自也不妨省去法人兩字，簡稱為社團或財團。但是社團和財團的意義怎樣呢？這兩者又有區別呢？通常的學說以為社團是由於人的集合而成的法人；財團是由於財產的集合而成的法人。說得詳細點，便是法人為達特種之目的而基於人的集合，叫做社團；至於集合財產以供特定目的之需要，叫做財團。學者也有主張社團是以社員為成立要件的法人，財團是以捐助行為為成立要件的法人。並且，現今德國學者還有以為社團是有主權的機關（社員總會）之法人，而財團却是有被用的機關之法人。總之，這幾種學說

都能說明社團和財團的某種特性；但却不能包括一切意義。

(三)公益法人和營利法人 公益法人如同以政治、宗教、慈善、學術、技藝爲目的之法人，以及其他無經濟上目的而以公益爲目的之社團和財團；營利法人却是以營利爲目的，如同各種公司。關於法人分類，還有所有謂經濟目的之法人和無經濟上目的之法人，前一種相當於營利法人，後一種却同於公益法人。但學者有謂營利法人和有經濟上目的之法人雖則實質相同，可是公益法人却不能包括一切無經濟上目的之法人在內；如同以娛樂爲目的的俱樂部，既非公益法人也非營利法人。不過呢，以社交或娛樂爲目的之社團，有關人們品性上的修養，影響及於團體生活，未始不可稱爲公益法人。我國民法第四十五，第四十六兩條有『以營利爲目的之社團』以及『以公益爲目的之社團』等語，根據着現行法，公益法人和營利法人也是適當的分類。并且，財團是大概限於公益法人，至於以營利爲目的之社團要依特別法（如同公司法）的規定，方能

取得法人資格。民法是專適用於公益法人。

第十六章 權利義務的客體

權利義務是相對待的，權利的主體，自然人和法人，也就可為義務的主體。至於義務的客體却是使滿足國家或個人的需要而為法律所約束禁制的資料。對立義務是和此義務對立的權利的客體並無二致，但孤立義務却又當別論了。說到對立義務的客體，譬如和人身權對立的義務就把別人的生命、身體、自由名譽等做客體；和財產權對立的義務就把對方的有體物、智能、人的行為等做客體。這些客體都是為了不侵害這權利以及實施作為或不作為的約束而存在。

權利的客體可以大別為公權的客體和私權的客體。公權的客體又可分做：

(1) 自由權，就是把言論、著作、通信、集會、結社、居住、信仰等自由作為客體；(2) 參政權，就是把選舉、創制法律、複決法律等作為客體；(3) 訴權，就是

把所請求救濟的權利作爲客體。公權的客體大概都是無體物。至於私權的客體也可分做有體物和無體物，不過這種分類無非根據着羅馬法而來。羅馬學者以爲凡是人的五官所能觸覺之物叫做有體物，假使五官所不能觸覺，但在法律上認許它的存在，如同債權等類，就叫做無體物。後來各國多襲用這種立法例，就是英國私法上關於物之定義也包括所持物和訴訟物兩種。所持物就是有體物，訴訟物就是無體物。所謂訴訟物的意義無非說是關於債權或違背契約等須要經過法定的訴訟程序，方得實現權利作用。近世進步的法典已經沒有這種有體和無體的分類了。德國、日本的新民法上都有明文規定稱物是專指有體物，其他像名譽和信用等就稱呼它們的本名，無體物這一個名詞不採用了。我國民法是從瑞俄立法例，不立物的界說，祇在第一編第三章規定動產、不動產、主物、和從物等意義。

物的普通類別是：

(一) 動產和不動產 物的分類在法律上最爲重要的莫過於動產和不動產了。不變物的形體和本質可以自由移動的叫作動產，否則就是不動產，并且也可說是土地和其定着物是不動產，此外都是動產。所謂定着物就是因於自然力或人工，直接和土地定着而不分離，如同礦物、建築物、自來水管、煤氣管、牆垣等都是。動產和不動產法律上的觀念，古今大有差異。在從前狩獵畜牧時代，人民和土地有密接的關係，土地是人民財產的最大部分；不動產自然是很被重視。中古封建時代，這種封建制度是以土地爲基礎，土地所有權和統治權合在一起，不動產的價值就也遠在動產之上。現在呢，工業社會上動產的效用和價值一日日增高起來，所以動產和不動產的分別全在性質上的差異，却不能說誰重要誰不重要了。

(二) 替代物和不替代物 替代物是此物的效力和他物的效力相等，凡是指定種類、品質，和數量的物，就可用同數、同質、同量的物來交換。債務人對

於債權人爲給付時，此物和彼物沒有什麼異同可說；如同金錢、米穀等類都是。德國民法第九十一條規定稱替代物者就是依據數目輕重和容積所指定的動產。至於不替代物却是特別限定的物，不能用他物來交換，如同土地、房屋等都是。

(三)消費物和不消費物 消費物是依照物之本來目的，用通常使用的方法就會消滅的物；如同食物和煤油等類；反之，就是不消費物；如同書籍、鐘表等類。這種分類對於消費貸借是很有關係的。消費貸借本來限於消費物，對於不消費物却是不能成立。關於消費物還有一個重要之點，就是和替代物的性質不同。外國立法例上對此也有纏錯的時候，像西班牙、荷蘭的民法上就說替代物是使用了會得消滅的物。其實呢，替代物可以算做消費物的固然不少，例如煤油、食物一類；不過這種都是一物具有兩種性質，其他替代物就有不能作爲消費物的，舉起例來也很多，同時出版的同一著作物確是替代物，但却不能算

是消費物；又如一枚釘也是替代物，然而決非消費物。

(四)主物和從物 主物是可以獨立自全其效用之物，從物不過是附屬於他物才能完成它的效用。主物和從物不在性質上區別，却從兩物相互的關係上分辨出來。同是一物，獨立發生效用時是主物，後來附屬於他物就可變做從物。並且，還有一種供作常用目的之從物，即使一時和主物分離，仍舊不喪失它的主從關係；如同掛表的鎖鏈，離開了主物也還算做從物。我國民法第六十八條明定主物和從物的意義，說是：『非主物之成分，常助主物之效用，而同屬於爲一人者，爲從物。但交易上有特別習慣者，依其習慣。』

(五)融通物和不融通物 可以買賣移轉的是融通物；否則就是不融通物。凡是不融通物又可分做公共物、公有物、禁制物三種：所謂公共物就是一般人所公用，如同空氣、光線等類；公有物是屬於國家或公法人所有，如同海塘、砲壘、戰艦、河川、道路等類；禁制物是法律上禁止的物品，如同鴉片、嗎啡

、爆裂物等類。但是公共物中像河水被私人挑去作飲料，便可變做融通物了。

(六)可分物和不可分物 依據物的性質，當事人的思想，和法律的規定可以分割的物就叫做可分物；至於物的性質上不能分割，當事人的意思不要分割，以及法律上不許分割就叫做不可分物。性質上不能分割的物，像一匹馬或一隻鐘，分割了就減少了價值。當事人的意思不要分割的物，譬如甲借給乙洋一千元，聲明債權的目的物不可分。這就是要一次償還一千元，不能分期償還的意思；那就這種債權的目的物形式上雖可分，意思上却不可分了。法律上規定不許分割的物，譬如乙問甲借洋一千元，拿田地做擔保品，此時甲對擔保品雖有抵押權，却不能將這一塊田地分割開來。這就叫做擔保物的不可分。

第十七章 權利的得喪變更和行使

第一節 權利的取得

權利的取得又可稱爲權利的發生；從權利的主體說，是權利的取得；從權利的本體說，是權利的發生。權利的發生有絕對的和相對的兩種：

(一)絕對的發生 權利的絕對的發生是一種新權利發生，從特定人方面看來，就是一種原始取得。因爲先占發生了新的所有權，因爲締結契約發生了新的債權，因爲出生和結婚發生了新的身分權，因爲達到法定年齡發生了新的選舉權，這些都是權利者的原始取得。

(二)相對的發生 種利的相對的發生就是權利者的繼承取得。這種權利的發生是在權利的本質上並不引起有何等變化，不過權利的主體有了變動。因爲買賣行爲，買方取得賣方的所有權，因爲繼承，繼承人取得被繼承人的權利。這種權利的移轉就是權利的主體換了人。繼承取得還可分做有償取得和無償取得，概括取得和特定取得；如同買賣是有償取得，贈與是無償取得；繼承是概括取得，買賣是特定取得。

原始取得和繼承取得不同的地方就在原始取得是一般的，繼承取得原則上大概限於財產權。公權中多是原始取得，像選舉權、創制權、和複決權等當然不能繼承，又如私權裏面的人格權和身分權也都是原始取得。

第二節 權利的消滅和變更

(一) 權利的消滅 權利消滅就是權利和體主斷絕了關係，並且可以分做絕對的消滅和相對的消滅兩種：

(1) 絕對的消滅 這是權利完全滅失，權利和權利者斷絕關係以後却沒有別的主體繼受這權利；如同所有物滅失，所有權就完全消滅了。

(2) 相對的消滅 這是權利本質並不滅失，不過是關於主體的移轉；譬如買賣行為，甲將所有物售賣與乙，乙買受後就取得權利，甲便喪失權利。這其時甲的所有權就和甲脫離了關係。其他關於贈與和繼承等，權利移轉以後

，在原所有者方面看來，權利就發生一種相對消滅的現象。但學者也有主張相對的消滅是權利的喪失而不是消滅。

(二)權利的變更 權利的變更是不變更它的本質，却改變它的形態，還可分爲主體變更、客體變更、內容變更三種：

(1)主體變更 主體變更又可分做主體更改和主體增減兩種：主體更改就是權利移轉，本來無所謂權利變更，至於主體增減，那就如同本是一人專有的權利却變爲數人共有，或者是數人共有的權利一變而爲一人獨有等類。

(2)客體變更 客體變更也可分做數量變更和種類變更兩種：數量變更如同水災、地震等結果，土地發生添附或一部分滅失的狀態，那就是權利的客體數量上有了增減。種類變更如同權利被侵害時發生求償權，那就是權利的種類明明有了變更。

(3)內容變更 這是無期限權利變爲附期限權利，附條件權利變爲無條件

權利；如同地上權存續期限的延長或縮短等類。

第三節 法律事實

法律事實就是發生權利義務得喪變更的一切原因。法律事實分爲事件和行爲：

(一)事件 事件是行爲外的一切現象；如同洪水和地震等天災，地變、以及人類的出生、死亡，和戰爭等都是。事件可爲權利發生消滅的原因，頗多成例。自然人一經出生就可發生身體、生命、自由等權利。自然人死亡以後，一切權利便都跟着消滅，別一方面又可發生繼承權。至於因爲江邊新沙地的漲起，原始取得所有權，這是由於自然現象而發生權利；地震、火災的破壞力，喪失了土地家屋等不動產，却又是爲了事件消滅權利。

(二)行爲 法律事實的行爲是基於人的意思而發生的作爲或不作爲，所以

牠的成立，須要具備左列兩要件：

(1) 行爲要有意思 意思是一種心理作用，這種心理作用却可以決定人的行爲或是積極，或是消極。至於沒有意思的行爲或不行爲，那就不過是一種單純的動作或靜止，不能發生法律關係。學者亦有主張凡係加工、混合、無因管理，以及發見埋藏物等都是屬於事件，至於行爲，那就必須要有意思。

(2) 行爲要有意思表示 雖有意思却未表示於外，他人自不得知，就不能發生法律上的效果。所以有了意思再表示出來，行爲才能成立。不過呢，學說上也有以爲法律事實的行爲可以分做表示行爲和非表示行爲。所謂非表示行爲便是沒有意思的法律行爲；所以像加工，混合，無因管理，以及發見埋藏物等類，都是非表示行爲而不是事件了。

意思表示爲了使發生私法上的效果就可叫做法律行爲，所謂私法上效果就是一切私權的發生、消滅、移轉、變更、統包括在內。法律行爲祇要有了使發

生私法上效果之目的，却不必在實際上定須發生效力；所以無效或可得撤消的行爲也是一概叫做法律行爲。無效的法律行爲就是目的上效力在法律上自始就不存在的行爲；可得撤消的法律行爲並非在法律上自始就不發生目的上效力，不過因爲某種瑕疵的存在，有取消權者表示撤消的意思才可使它的效力自始消滅。無效的法律行爲。凡是一切利害關係人都可主張無效；可得撤消的法律行爲無非爲了保護限制行爲能力和意思自由欠缺者的利益起見，祇要有權利人或法定代理人事後承認，這種可得撤消的法律行爲就完全成立了。現在再把關於法律行爲的有效條件說明如左：

(一)意思能力和行爲能力 意思能力本是法律行爲的要素，不僅嬰兒或禁治產人因爲沒有意思能力，不能作成法律行爲；就是具有意思能力的人如果被強暴脅迫着做了某種行爲，那就既然喪失了自由意思也不能發生法律上效力。至於行爲能力雖不是法律行爲的要素，然而缺乏了它就有一種瑕疵存在，可

爲無效或可得撤消這種行爲的原因。

(二) 意思表示 意思須要表示，但是應該怎樣表示，法律上却沒有特定的方式；對話可，通信也可；親自爲之可，委託他人代爲也可，通信表示意思時應該在什麼時候發生效力，頗有各種不同的學說和立法例；大概可以分做：

(1) 表白主義 這主義是主張意思表白於外時便是發生效力的時期，例如寫成書信時就發生效力；

(2) 發信主義 這主義是主張表意人所爲意思表示在不受自己支配時，如同送發書信的時候發生效力；

(3) 受信主義 這主義是主張通知達到相對人時發生效力；

(4) 了解主義 這主義是主張相對人已經了解表意人所爲意思表示的時候發生效力；

(5) 折衷主義 這主義是在發信主義和受信主義之間主張一種折衷辦法。

當意思表示時因有對話人爲意思表示或非對話而爲意思表示的區別，所以對於上述五種主義，就要分別採取。據我國民法上所規定，凡對話人爲意思表示者，取了解主義，在相對人了解的時候便發生效力；至於非對話人所爲的意思表示，那就採取受信主義，在通知達到相對人的時候發生效力。

(三)適當的內容 適當的內容也是法律行爲有效的條件。法律行爲的內容便是行爲人所欲發生的私法上效力，也可稱爲標的。所謂適當的內容須要具備左列四種要件。

(1)可能 不可能的事實如同上窮碧落下黃泉等類，不是法律行爲的適當內容。

(2)確定 法律行爲要有確定的內容，或者是現在已經確定或者是將來能夠確定。譬如說訂立買賣契約時，即使價格沒有確定，將來却可以確定，同時對於標的物却是不能不先行確定。

(3) 適法 法律行爲的內容須要不違反強制或禁止的規定，以及不背於公共秩序或善良風俗；否則便歸無效。

(4) 意思表示無瑕疵 無瑕疵的意思表示須要具備兩種要件，如同：(A) 意思和表示一致；(B) 表示表示出於表意人的自由而不受他人不正的干涉。

(四) 法定方式 法律行爲原有要式行爲和不要式行爲的區別，法定方式不是一般的法律行爲有效條件。不過呢，關於特種的法律行爲却須具備特定的方式，如同婚姻、遺言等類。我國民法上也有明文規定：『法律行爲不依法律方式者，無效；但法律，另有規定者，不在此限。』（第七十三條）

第四節 權利的行使

權利的行使就是爲其權利正當得爲的行爲，這原是權利人的目的所在，並且也是權利人的權能而非一種義務。因爲義務的負擔必須義務人受着約束，至

於權利的行使或不行使，權利人却不受干涉。我人對於私權固然可以不行使，有時對於公權亦未始不可聽從權利人的自由意志。債權是一種私權，債權人儘可不行使催告的權利；選舉權是一種公權，選舉人也儘得不行使投票的權能。不過在私法上有消滅時效制度，却是間接地強制權利人爲權利的行使罷了。還有一種負着應該行使其權利的義務人，這種義務或者由於法律直接規定而發生，或者由於當事人的特約而發生；如同法人董事，意定代理人等都是負着必須行使權利的義務。要曉得權利的行使或不行使，在個人主義的立法上固然以自由爲原則；但社會法學派的理論，對那怠於權利的行使而妨害公共利益的，却要加以干涉。

上面所說的權利人有無不行使權利的自由，本是對於權利行使的消極方面而言。至於權利人積極行使他的權利是不是完全自由呢？行使權利而使他人受着不利益是不是得受干涉呢？關於這種問題，現代新立法已經有了正確的解答

，顯然地給與相當的限制了。且看左列三種民法上的立法例：

(一) 德瑞 德國民法第二二六條規定權利的行使不得專以加害於他人爲目的。瑞士民法第二條規定顯明的權利濫用，不受法律保護。

(二) 蘇俄 蘇俄民法第一條規定私權的行使，不抵觸社會經濟目的，得受法律上的保護。

(三) 中國 我國民法第一百四十八條規定權利的行使，不得以損害他人爲主要目的。

上列三種立法例中，德瑞民法禁止權利的濫用，消極地限制那些並非爲其權利正當得爲的行爲；仍舊不脫個人主義的基本觀念。蘇俄民法是以社會經濟的價值爲立場，其目的在於積極增進社會經濟的利益。至於我國民法却是比較德瑞爲進一步的規定。所謂主要目的限於行爲之目的。在損害他人，却不必問這是單一行爲或數個行爲。

第十八章 我國現行司法制度和現行法上的要點

第一節 我國現行司法制度

第一款 概論

自從法國孟德斯鳩倡導三權鼎立的學說以來，司法就脫離行政機關而獨立。現今各法治國採取三權分立，統治權作用三分的政治制度多是受了孟德斯鳩學說的影響。至於我國國民政府正在試行的五權之治却是更進一步的制度，司法當然仍舊是獨立的。說到司法獨立，司法機關固然獨立，同時推事的職權也是獨立而不可侵犯。司法所以必須獨立的理由就是因為司法和行政的性質不同；行政方面，上有主任官，下有事務官相繫屬着，主任官却負了行爲的全責；下級官必須服從上官的命令，以收統一的效果。至於司法機關呢，那就各個裁

判官各有審判的職權，不必仰承長官意旨；所以他們判案時不受干涉，公平和正誼方可實現。司法機關既然是獨立的，行使審判權的裁判官審判民刑訴訟案件的時候就也各自保有獨立的擬律權，絕不容許任何人前來干涉。不過呢，關於司法行政事項却是不獨立的，凡是司法事務和司法行政事務應該加以嚴格的區別，譬如法院裏面的一切庶務、會計，和文牘等事項，都是屬於司法行政。國民政府司法部官制上設置總務司所掌管的事務，如同(1)關於全國法院和司法行政機關的設置或廢止以及管轄區域上的分割變更事項，(2)關於司法官和其他職員的任免和資格審核等事項，(3)關於律師事項，(4)關於法令公佈事項，(5)關於全國司法經費預算和其他會計事項，這些都是叫做司法行政事項，現在也不必去列舉它了。又像從前省長有稽核司法經費和考核司法官的權，這也是監督司法行政，並不是直接干涉司法。就此我們當可見到司法和司法行政的觀念不同以及司法獨立究竟是一回什麼事了。

國家的統治作用有處分和審判兩種，其中區別上最要之點就是：處分是不必當事人參與，像公用徵收，國家爲了公共利益徵收私人的財產，就不必顧到當事人的意見是怎樣，完全屬於片面的國家權力作用。至於審判權的行使却必須當事人前來參與，否則，無論民刑訴訟案件，假使沒有原告和被告，裁判官怎樣能夠憑空裁判。國家審判權還可分做司法審判權和其他審判權；司法審判權也可叫做司法權，就是審判民刑訴訟的權，其他審判權却不關民刑訴訟案件，例如行政訴訟，行政訴願等審判權，懲戒處分審判權。不過呢，像行政訴訟歸普通法院受理的司法制度上，司法的意義却包括更廣。

法院是行使司法審判權的機關。我國法院制度開始建設在前清宣統三年，民國成立後，相沿到今已經是十七年了。這種新式司法機關的組織原本是根據前清宣統元年所頒佈的法院編制法，民國時代却准予援用；不過現在却因爲條文失效的很多，早經喪失了法典的存在性。但是，四級三審制度依然保存着

。并且，國民政府於十六年十二月二十四日批准了司法部呈擬沿用四級三審制度。所謂現行四級三審制度就是：(1)初級法院 (2)地方法院，(3)高等法院，(4)最高法院，這就叫做四級；在初級法院受理第一審的案件上訴到高等法院，或者是在地方法院受理第一審的案件上訴到最高法院，這就叫做三審。我國現行司法制度在原則上是四級三審。在國民政府頒佈的法典中，我們可以首先在刑事訴訟法第八條第一項看見初級法院字樣，可是實際上初級法院設立的很少。凡是應該歸初級法院管轄的民刑訴訟案件一概由地方法院特設的簡易庭受理。從前法院編制法上所謂初級審判廳，本來已在民國四年廢去，原歸初級審管轄的案件移歸地方審判廳內民刑簡易庭管轄，現在仍舊沿用這種辦法。

第二款 各級法院的組織和管轄

第一項 地方法院

地方法院有民事庭和刑事庭爲實行審判的機關，有簡易庭受理初級法院管轄的民刑案件。推事有獨任推事或推事三人組織的合議庭。關於管轄權限制問題，那就簡易庭對於左列案件有管轄權：

- (1) 訴訟案件的價額在一千元以下；
- (2) 特別規定的案件却不計價額的多少；
- (3) 因爲當事人合意，歸屬該庭管轄的案件。（以上民事）
- (4) 刑事訴訟法第八條列舉的案件；
- (5) 最重本刑爲六個月以下有期徒刑，拘役，或專科罰金得以命令處刑的案件。（以上刑事）

地方法院獨任推事對於不歸簡易庭管轄的民刑案件有管轄權；但是，左列各種案件却不在此例：

- (1) 第一審管轄權屬於高等法院的案件；

(2) 本屬獨任推事管轄的案件，但因案情繁雜，由當事人請求或法院命令移交合議庭審理。

地方法院合議庭對於左列民刑案件有管轄權：

- (1) 不服地方法院簡易庭的判決提起上訴的案件；
- (2) 經當事人請求或法院命令，由獨任推事管轄範圍以內移交的案件；
- (3) 本屬初級法院管轄的第一審事件，由兼理司法事務的縣行政機關判決，當事人不服提起上訴的案件；
- (4) 兼理司法事務的縣行政機關所審判的刑事案，未經聲明上訴，送呈高等法院覆判，由高等法院送交地方法院覆審的案件。

第二項 高等法院

高等法院照例設在各省省政府所在地，不過分院却可設在省內其他多處。

高等法院內各庭是推事三人組織，但在審判上告案件事，亦可臨時增加到五人。對於左列案件，高等法院有管轄權：

(1) 不服地方法院第一審判決而上訴的案件，或以高等法院為第二審法院，或以高等法院為第三審法院；

(2) 不服地方法院的決定或其命令，按照法律而抗告的案件；

(3) 不服兼理司法事務的縣行政機關對於地方管轄案子的裁判而上訴的案件；

(4) 兼理司法事務的縣行政機關審判地方管轄的刑事案件，沒有聲明上訴，或撤回上訴，或上訴不合法，以致未經第二審為實體上的判決，均由高等法院或分院覆判；

(5) 關於內亂罪、外患罪、妨害國交罪的案件，第一審歸高等法院管轄。

第三項 最高法院

最高法院是根據十八年八月十四日公布的修正最高法院組織法組織的。它是全國終審審判機關，分設民事庭，和刑事庭，各庭置各庭長一員，全院置院長一員。最高法院的院長綜理本院事務，但不得指揮審判官所掌理各案件的審判。最高法院有審判左列案件的權：

- (1) 不服高等法院第一審和第二審判決而上訴的案件；
- (2) 不服高等法院的裁決，按照法令提起抗告的案件；
- (3) 最高法院檢察長提起非常上訴的案件。

最高法院是合議制，以推事五員的合議庭行使審判權。並且，最高法院配置檢察署，置檢察長一人，檢察官七人至九人，處理關於檢察的一切事務。

從前最高法院是有統一解釋法令的權限，現在却依於司法院的名義行之。據十八年一月四日公布的國民政府司法院統一解釋法令及變更判例規則所規定，關於解釋法令及變更判例的程序如左：

(一)得請求解釋的事件 (1)公署，公務員，以及法令所認許的公法人關於其職權，就法令條文得請求解釋；(2)請求解釋，限於抽象的疑問。

(二)解答案的擬具 凡向司法院或最高法院請求解釋法令時，由最高法院院長分別刑事事類，分配於民事庭或刑事庭庭長擬具解答案。

(三)解答案的成立 (1)最高法院庭長擬具解答案以後，應該徵取其他各庭庭長的意見；(2)各庭庭長對於該解答案簽註意見以後，並經最高法院院長贊同，就由該院長呈復司法院院長核閱，如果司法院院長亦復贊同；那末，這解答案就作為統一解釋法令會議決議錄。

(四)統一解釋法令會議的召集 最高法院院長或過半數以上庭長對於解答案有疑義時，或司法院院長認為有疑義時，那就須由最高法院院長呈請司法院院長召集統一解釋法令會議，或由司法院院長逕行召集。

(五)統一解釋法令會議的組織和議決方法 統一解釋法令會議由司法院院

長，最高法院院長，及其所屬各庭庭長組織而成，並且以各員二分二以上的列席過半數表決之。

(六)最高法院推事全體會議 司法院院長認爲統一解釋法令會議的議決案還有疑義，那就得召集最高法院推事加入會議再行覆議。

(七)變更判例的程序 司法院院長對於判例認爲有變更的必要，適用召集統一解釋法令會議的程序和議決方法，並得召集最高法院推事參加覆議。並且，最高法院院長認爲判例有變更的必要，也得呈請司法院院長依此程序辦理。

第四項 司法系統上的特殊組織

前三項所說的都是關於普通法院的組織和權限，至於特別法院却又當別論。我國現有的特別法院，像上海租界臨時法院是一種兩級兩審制；臨時法院以外還有所謂上海租界上訴院。凡是不服臨時法院判決的案件可以上訴到上訴院

。但現在已經有了變更，就要成立高等分院了。我國特別法院還有東三省特別區域法院，在民國九年設立，最初是專為裁判東清鐵路沿綫的俄國人訴訟事件而組織，現在是對於無領事裁判權國人民相互間以及他們和中國人發生的訴訟也一同管轄了。這種法院共有五所；就是特別高等審判廳和特別地方審判廳，設在哈爾濱；另有三處都是特別地方分庭，設在滿洲里、海拉爾，和橫道河子。這幾處特別法院行使司法權時，所有訴訟程序和尋常法院相同，并且不服特別高等審判機關所為第二審判決，還可上訴。

縣公署兼理司法是我國現行司法制度上的一種大缺陷，這是起源於民國三年大總統敕令公佈的縣知事兼理司法事務暫行條例，所有未設法院各縣的司法事務統歸縣知事由承審員的協助處理之。承審員是由縣知事呈請高等審判廳廳長任命。縣公署中律師不得出庭。凡是初級法院和地方法院的初審案件，它都有管轄權。這種兼理司法的縣公署在今日中國約有一千八百處，所以我國最大

部分訴訟事件的裁判權歸它們掌管。

民國十六年十一月以前，我國每一審判廳就配置一個檢察廳，但司法部主張裁撤檢察機關，並把審判廳改稱法院；所以它就呈請國民政府，大概說是檢察制度上，檢舉和執行是兩大要素，論究它的職掌不過是法院裏面司法行政的一部分。我國自從改良司法以來，各級審判檢察機關無不兩相對立，就經過事實上說，所有不便之處是：(1)靡費過多，(2)手續過繁，(3)同級兩長容易發生意見。司法部依據這些理由就主張把各級檢察機關一律裁撤，所有檢察官暫行配置在各該級法院裏面，行使檢察職權。司法部的呈請由國民政府指令照准，就在去年十一月一日起實行了。這本是現行司法制度上的一種改革；不過這種改革無非是裁撤了名義上的檢察機關，至於檢察制度的實質何嘗改變，檢察官的職權仍舊是：

(一)依照刑事訴訟法規和其他法令所定，實行偵查處分，提起公訴，並監

察判決之執行；

(二)依照民事訴訟法規和其他法令所定，爲訴訟當事人或公益代表人，實行特定的事宜。

第二節 現行法上的要點

這一年來立法院雖則加緊工作，但重要法典還沒有頒布齊全；所以說明現行法上的要點，尙不免缺乏一貫的系統。關於民法第一編總則上的要點已經散見於以上各章，現在且分做民法債編上的要點，民法物權編上的要點，民事上判例和解釋例的要點（限於婚姻和繼承），刑法上的要點，懲治土豪劣紳條例上的要點，暫行反革命治罪法上的要點，民事訴訟條例上的要點，以及刑事訴訟法上的要點說一說罷。

第一款 民法債編上的要點

民法第二編債是在十八年十一月二十二日公布，共計兩章，從第一百五十條到第七百五十六條。第一章通則，第二章各種之債；現在所要說明的却是關於通則上的要點。

第一項 債之發生

債權債務的關係是怎樣發生的呢？要曉得物權的創設須依照法律的規定，而債之發生却不然。除了當事人得以適法的契約創設種種債權以外，其他如同代理權之授與、無因管理、不當得利、侵權行爲等都能發生各種債權債務的關係；如同左列：

(一) 契約 契約便是以發生私法上效果爲目的而有二人以上相互間意思表示的合致；并且當事人互相表示意思一致者，那就不問牠是明示或是暗示，契約便已成立。有時當事人對於必要之點雖則是意思一致，但對於非必要之點却

還沒有表示意思；那就可以推定這種契約已經成立。至於對這非必要之點，當事人的意思尚不一致的時候；那就應該由法院依照事體的性質定之。大凡契約成立的一般要件本有三種：(1)關於契約的內容，(2)關於當事人，(3)關於意思表示。在(3)項還有三種特別要件：(甲)要有兩個以上的意思表示，(乙)兩個以上意思表示的內容相同，(丙)同內容的意思表示互相合致。所謂兩個意思表示通常是先後爲之。一造先以締結契約的目的表示一定內容的意思，這便叫做要約；於是其他一造對於要約表示同意，這便叫做承諾。契約的要約人一經要約，就受拘束；不過在要約當時預先聲明不受拘束或依其情形或事件的性質，可以認爲當事人並無受其拘束的意思却不在此限。至於要約被拒絕的時候，當然失其拘束力；還有對話爲要約者，如果不是立時承諾，就也馬上失其拘束力了。

(二)代理權之授與 代理權就是代理人所爲或所受的意思表示直接向本人發生效力的法律上狀態。代理權之授與又稱授權行爲，由於單獨行爲而成立。

要曉得代理權有發生於法律的規定，也有發生於法律行爲；關於後一種便是現在所說的授權行爲。以法律行爲授與代理權應該向什麼人爲意思表示呢？這是有如下列：(1)向代理人爲意思表示；(2)向代理人對之爲代理行爲之第三人爲意思表示。凡是由於自己的行爲表示以代理權授與他人，或者明知他人表示爲其代理人却不爲反對的表示；（限於並非第三人明知他沒有代理權或者是可得而知）那末，對於第三人應該負擔授權人的責任。在這種情形以外，如果無代理權人以代理人名義所爲之法律行爲；那就非經本人承認，對於本人不能發生效力。

(三)無因管理 未受委任，並無義務，却爲他人管理事務，就叫做無因管理，又稱事務管理。這管理事務的人叫做管理人，被管理的他人叫做本人。管理人基於無因管理所生的權利義務如左：

(1)管理人的義務 (A) 其管理應該依照本人明知或可得推知的意思，

以有利於本人的方法爲之；(B)開始管理時，以能夠通知爲限，立即通知本人；(C)管理人違反本人明示或可得推知的意思，這就對於因其管理而生的損害，即使沒有過失，也應負責賠償。

(2)管理人的請求權 管理事務有利於本人，又不違反本人明示或可得推知的意思；那末，管理人爲了本人支出必要或有益的費用，或負擔債務，或受損害時，就得對於本人行使各種請求權。

(四)不當得利 凡是沒有法律上的原因而受利益，以致他人受了損害，就叫做不當得利。對於這種利益，不當得利之受領人應負返還的義務。并且，雖有法律上的原因，後來已不存在，仍舊算是不當得利。不過呢，給付如果有了下列情形之一，便不得請求返還：(A)給付是履行道德上的義務；(B)債務人對於沒有到期的債務，爲了清償而爲給付；(C)爲了清償債務而爲給付，在給付時明知沒有給付的義務；(D)爲了不法的原因而爲給付；但是不法

的原因如果僅僅存在於受領人一方，却不在此限。

(五) 侵權行爲 凡是因故意或過失不法侵害他人的權利，或者故意以背於善良風俗的方法加損害於他人，一概稱爲侵權行爲。行爲人應該負擔損害賠償責任。關係侵權行爲，我們須要注意左列幾點：

(1) 損害賠償的連帶責任 (A) 數人共爲侵權行爲時，要負擔連帶責任； (B) 無行爲能力人或限制行爲能力人不法侵害他人的權利（限於行爲時有識別能力），和法定代理人連帶負責； (C) 受僱人因執行職務，不法侵害他人的權利，和僱用人連帶負責。

(2) 公務員的侵權行爲 公務員因故意違背對於第三人應該執行的職務，以致第三人的權利受了損害，須負賠償的責任。如果由於過失，那就限於被害人不能依他項方法受到賠償時歸公務員負責。

(3) 關於人格權的侵害 (A) 不法侵害他人致死者，對於支出殯葬費的

人以及被害人負有法定扶養義務的第三人，一概應負損害賠償的責任；（B）不法侵害他人的身體或健康，以致喪失或減少勞動能力或增加生活上的需要，法院得因當事人的聲請，定為支付定期金；（C）不法侵害他人致死者，被害人的父、母、子、女，和配偶得請求賠償相當的金額；（D）不法侵害他人的身體、健康、名譽，或自由，雖則被害人不是受到財產上的損害，亦得請求賠償相當的金額。

第二項 債之標的

關於什麼是債權的標的，歷來學說很多：如同：（一）Hartmann 主張債權沒有標的；（二）Regelesberger 主張債務人便是債權的標的；（三）Köppen 主張債務人的財產是債權的標的；（四）Strohhal 主張債務人的意思是債權的標的；（五）Bakker 主張債務人及其財產是債權的標的；（六）Savigny, Windscheid

以及其他多數學者主張債務人的行爲是債權的標的。第六說原是現在一般學者通說；不過還有一個問題，就是爲債權標的之給付要不要限於有財產價格。這是從羅馬法以來，各國法律多以財產上利益的存在爲債權要素；但德國學者，*Windscheid*、*Jellinek* 等倡爲新學說，主張給付不必限於財產上價格。我民法債編採取新說，用明文規定如下；（一）債權人基於債的關係，得向債務人請求給付；（二）給付不以有財產價格者爲限；（三）不作爲亦得爲給付。

關於應付利息的債務，其利率怎樣，民法債編有下列幾種規定：（一）利率未經約定，又無法律可以根據，週年利率是百分之五；（二）約定利率超過週年百分之十二，經過一年後債務人使得隨時清償原本；（三）約定利息超過週年百分之二十，債權人對於超過部分的利息沒有請求權；（四）不得利上滾利，但商業上另有習慣就不在此限。

關於選擇給付，除了法律另有規定或契約另有訂定以外，這種選擇權是屬

於債務人。選擇的效力能夠溯及於債的發生時，這是因為選擇本是確定其所應給付的債務之意思表示，自該看做在債務發生的當時便已存在。至於選擇的方法當然是不外於意思表示，但應對於何人表示意思，那就要看選擇權者是什麼人了。在原則上，有選擇權者固然限於債務人；不過有時債權人或第三人亦得行使選擇權。大凡債務人或債權人有選擇權的時候，應向他方當事人表示意思；由第三人選擇時却要向債務人和債權人表示意思。

第三項 債之效力

關於債之法律上，本有給付、清償，和履行三種不同的用語；因為從債權目的方面說，叫做給付；從債權消滅方面說，叫做清償；從債權效力方面說，叫做履行；其實呢，這三者的實質都是債務人的行爲或不行爲。日本學者多以爲債權的主效力在於履行，所謂履行便是債務人所負擔債務內容的直接實行。

我國民法債編規定債之效力，開始便定爲：『行使債權，履行債務，應依誠實及信用方法。』假使債務人不爲給付或不爲完全之給付，債權人得聲請法院強制執行。這種由債權人請求法院的助力，強制債務人履行債務，在學說上稱爲強制履行或直接履行。但是，債務的強制履行或有事實上的不能或法律上的不能，並且爲了給付遲延，以致債權人受着損害或者不能達到他的目的；所以債權人僅有強制履行的訴權，仍舊不能貫徹他行使債權的目的，法律上因而就有損害賠償的規定。凡是債權人對於債務人因有可歸責於債務人的事由致給付不能以及因給付遲延所發生的損害，得請求他賠償。

強制履行和損害賠償雖則是足以保護債權人的權利，但却不夠充實債之效力；所以債權人還得依於保全債權的方法而行使他的權利；如同：（一）債務人怠於行使其權利的時候，勢必直接減少債務人的財產，而間接却妨害債權人的利益；那末，債權人爲了保全債權，就得用自己的名義，行使債務人的權利

。由此發生的訴權，日本學者稱爲代位訴權或間接訴權。(二)債務人所爲的無償行爲害及債權，或者是債務人所爲的有償行爲在行爲時明知有損害於債權人的權利(限於受益人在受益時知道這種情事)，債權人得聲請法院撤消牠，這種撤消的聲請，日本學者稱爲廢罷訴權。

上面所說的強制履行，損害賠償，代位訴權，以及廢罷訴權都是爲了保護債權而設，係屬債之從效力。并且，學理上把債權的效力分做當事人間債權的效力和對於第三人之債權的效力；強制履行和損害賠償是屬於前一種，代位訴權和廢罷訴權是屬於後一種。

第四項 多數債務人及債權人

債權債務關係的當事人有多數也有單數，并且多數的當事人還可分爲(1)債權人方面的多數，(2)債務人方面的多數，(3)兩方面都是多數。大凡數人負同一

債務或有同一債權，其給付可分或者是本不可分而變爲可分，那就除了法律另有規定或契約另有訂定以外，應該各自平均分擔或分受。至於不可分的給付或者另有契約上、法律上依據的債務，這其間所發生權利義務的關係有如左列：

(一)連帶債務 數人負擔同一債務，并且明示對於債權人各負全部給付的責任，叫做連帶債務。假使債務人未爲明示，那就連帶債務的成立限於法律上的規定。連帶債務之債權人得對於債務人中一人，或數人，或其全體，同時或先後請求全部或一部的給付。當連帶債務中的一人爲清償，代物清償、提存、抵銷，或混同，因而消滅了債務，其他債務人就同時免除責任。在此場合，連帶債務人中的一人既然因爲清償或其他行爲，致免其他債務人的責任；那末，就得對於其他債務人請求償還他們各自分擔的部分。假使連帶債務人中的一人不能償還他的分擔額，那就由來償權人和其他債務人按照比例分擔之。

(二)連帶債權 數人依法律或法律行爲有同一債權，并且各得向債務人爲

全部給付請求，就叫做連帶債權。凡是連帶債權的債務人得向債權中人的一人為全部給付，這連帶債權中的一人已經受領清償，或代物清償，或經提存、抵銷、混同而消滅債權的時候，其他債權人的權利也同時消滅。

(二)不可分的債務 不可分債務便是為債權目的之給付是不得分或不許分，這是或者由於性質上的不可分，或者由於當事人意思的不可分。大凡不可分債務如果有了多數債務人或債權人，那就各債權人僅得為債權人全體請求給付，債務人亦僅得向債權人全體為給付；此外就一切準用關於連帶債務或連帶債權的規定。

第五項 債之移轉

債之移轉便是債權人把債權讓與於第三人。債權能否讓與，在學說上曾經成爲一種問題。從前舊學說頗有主張債權不得移轉的，但新說却以為現代法律

制度上，一切權利基於當事人間的意思表示發生效力；所以債權的讓與自自由於當事人的意思表示爲之。我國民法債編也是以債權可得讓與爲原則；但有左列三種例外：

(一) 依債權的性質不得讓與 這是如同由於雇傭契約或委任契約而發生的債權，這種債權債務關係的成立，以人爲要素；所以在性質上是不得讓與。還有關於扶養的債權，也是依其性質而不許讓受。

(二) 依當事人的特約不得讓與 凡是禁止所有權讓與的契約無效，本係法律上的通則；但債權却是可以依照當事人的特約不得讓與。不過呢，當事人的特約固然有效，却也不能對抗善意第三人。

(三) 債權禁止扣押者 債權禁止扣押者也是不得讓與。

第六項 債之消滅

債之消滅原因很多；或者由於事件的發生，或者由於法律行為，或者由於法律上的規定；但據民法債編第一章第六節却有下列五種原因：（一）清償，（二）提存，（三）抵銷，（四）免除，（五）混同。

（一）清償 清償便是從債務的本旨而為履行。大凡依債務本旨向債權人或其他有受領權人為清償，一經受領那就債的關係便歸消滅。所謂有受領權人如同持有債權人簽名之收據者，并且清償本是以債務人為之為原則，但在例外第三人亦得為之；不過這種例外却限於當事人並無特約或者依從債之性質並非不得由第三人清償。有時債務人得到債權人的承諾，為其清償目的以外的給付也成為債之消滅原因，這就叫做代物清償；如同甲對於乙應為自來水筆一支的給付却代以毛筆十支等類。

（二）提存 提存便是當債權人受領遲延或者不知誰是債權人而難為給付，那就清償人為了債權人就把給付物付託於清償地的提存所。假使清償地沒有提

存所的設置，那就該地初級法院因清償人的聲請，應該指定提存所或保管提存物的人。提存人在提存後應即通知債權人，并且提存是債之消滅原因；所以一經提存，給付物毀損滅失的危險就歸債權人自己負擔。

(三) 抵銷 二人互負債務，給付的種類相同，并且清償期都已屆至；那末，各得以其債務和他方債務互相抵銷；不過依從債務的性質不能抵銷的却不在其限。抵銷是要向對方為意思表示；至於抵銷的效力是使雙方的債務按照抵銷的額數而消滅，并且溯及最初得為抵銷的時候。

(四) 免除 免除就是債權人拋棄他的債權，換一句說，便係由於債權人的意思表示而成立的債之消滅方法。

(五) 混同 混同就是債權和債務同歸屬於一人，因而消滅債之關係。但是，這種債權是他人權利的標的或者法律上另有規定；那就不發生混同的效力。

第二款 民法物權編上的要點

第一項 所有權

在法令限制的範圍以內對於物上有完全支配并排除他人干涉的權利就叫做所有權。所謂完全的支配就是不受一定方法的限制而得支配其權利的客體。從所有權作用的方面言之，是所有人得自由使用、收益、處分他的所有物，並排除他人的干涉。使用是利用所有物，收益是取得所有物所產出的利益，處分是對於所有物爲事實上或法律上的處置。所有權取得的方法有原始取得和繼承取得兩種；關於原始取得，如同無主動產的占有，遺失物拾得，埋藏物發見等類。并且，由於時效而取得的所有權是有下列幾種：（一）以所有之意思，五年間和平公然占有他人的動產；（二）以所有之意思，二十年間和平繼續占有他人已登記的不動產或十年間和平繼續占有他人未登記的不動產。所有權中有一種叫做共有，便是數人各自按照他的應有部分對於一物有其所有權。各共有人

各自按照應有部分，對共有物全部有使用和收益的權，並得自由處分他的應有部分，且得隨時請求共有物之分割。

第二項 地上權

地上權就是以在他入土地上有建築物，或其他工作物，或竹木爲目的而使用其土地的權。地上權的存續期間是沒有法定限制，得由當事人合意訂定。假使地上權並未定有期限，那就地上權人得隨時拋棄他的權利；不過另有習慣時却要依從習慣。至於地上權消滅後，地上權人得收回他的工作物和竹木；但却應該回復土地原狀。地上權是可以撤消的，如果沒有特別習慣，地上權人積欠地租到達二年，的總額，便得由土地所有人撤消其所有權。

第三項 永佃權

永佃權便是支付佃租，永久在他人土地上為耕作或牧畜的權。永佃權使用的方法是限於耕作和牧畜，并且不得出租與別人；否則土地所有人就得撤佃。至於永佃權人積欠地租到達二年的總額，土地所有人也得撤佃。我國民法上對於永佃權不准當事人設定存續期間。定有期限的永佃權，就視為租賃，須要適用關於租賃的規定。本法還為了保護經濟上的弱者起見，永佃權人因不可抗力以致減少或全無收益，就得請求減少或免除佃租。

第四項 地役權

凡是把他人土地供作自己土地便宜之用的權就叫做地役權。地役權的設定必有二個土地：一個為受便宜之用的土地就是需役地，一個為供便宜之用的土地就是供役地。地役權不是所有權的支分權也不是所有權受有限制，却是需役地所有權的一種從物權。所以所有權移轉，地役權也就跟着移轉，但却不得和

需役地分離了而爲讓與。關於地役權的取得本也同於其他物權一般取得的原因；不過由於時效而取得的時候却以繼續並表見者爲限。

第五項 抵押權

凡是對於債務人或第三人不移轉占有却供擔保的不動產，得就其賣得價金受清償之權就叫做抵押權。抵押權所擔保的是原債權、利息、遲延利息，以及實行抵押權的費用（另有契約定的就不在此限），并且抵押權的標的物還包括着地上權、永佃權，和典權在內。至於抵押權的效力怎樣，可以分述如左：

（一）抵押權效力的擴大 (1) 抵押權的效力及於抵押物的從物和從權利；(2)

抵押權的效力及於抵押物和抵押後由抵押物分離的天然孳息；(3) 抵押權的效力及於抵押物扣押後抵押人就該物得收取的法定孳息；但抵押權人須要通知應清償法定孳息的義務人。

(二)債權人間的效力 不動產所有人因為擔保數個債權，對於同一不動產設定數個抵押權；那末，物權是有優先權的，須要依照登記的先後定效力發生的次序。

(三)對於第三人的效力 抵押權有追及權，能夠就標的物之所在而行使權利；所以不動產所有人在設定抵押權以後，將不動產讓與他人，這抵押權却不受影響。

第六項 質權

(一)動產質權 凡是因擔保債權，占有由債務人或第三人移交的動產，並得就此動產賣得價金而受清償的權叫做動產質權。關於動產質權的實行方法是以賣得的價金為清償，凡在債權已屆清償時期却未受清償，質權人就得拍賣質物，對這賣得價金受其清償。我國民法物權編不認許直接將質物充作清償；所

以即使當事人約定在債權已屆清償期却未為清償時質物的所有權就移屬於質權人，這種約定也是無效。

(二)權利質權 以可讓與的債權以及其他權利作為質權的標的物就叫做權利質權。關於權利質權設定的方法是：(1)以債權為標的物的質權，應該用書面設定，并且要把債權證書——如果該債權是有證書的——交付給債權人；(2)以無記名證券為標的物的質權，其設定效力的發生須要把這證券交付給質權人，并且以其他有價證券為標的物時，應該依從背書方法；(3)除了(1)(2)兩種以外，權利質權的設定，應該依照關於這種權利讓與的規定為之。

第七項 典權

支付典價，占有他人的不動產因而享受使用和收益的權，就叫做典權。民法物權編關於典權的規定是採取我國善良的習慣，因為我國習慣上只有典却沒

有不動產質；至於這兩者的性質又是並不相同。不動產質原是一種擔保債權，出質人對於原債務始終負有責任，假使質物價格低落，不夠清償；那就出質人仍舊負擔清償的責任；但是，典却不然。質權既然屬於擔保債權；所以當出質人不為清償的時候，質權人祇能就質物的賣得價金受其清償，却不能將該質物的所有權移屬於質權人；典權却又不然。典是可用找貼方法，取得典物所有權。不動產質和典比較起來，典之習慣優勝於不動產質之處如同左列兩點：

(一)出典人多是經濟上的弱者，使他在典物價格低落的時候可以拋棄他的回贖權而免負擔，在典物價格高漲的時候却享有找貼的權利。這就是我國新立法採取善良習慣而表見扶助弱者的精神所在。

(二)不動產質權的實行方法有賴於拍賣而取得價金，但拍賣的程序很繁；所以典權人依於多年的典物占有，就用找貼方法取得所有權，確是便利公平。民法物權編基於上列這些理由，因而規定典權代替那不動產質權；并且，

依據各條所規定，還有左列幾個要點。

(一)典權存續期間 典權存續期間不得逾三十年，約定期間逾限的就縮短為三十年。

(二)典物所有權的讓與 出典人在典權設定以後，仍舊得將所有權讓與他人。

(三)典物所有權的取得 有了下列情形之一，典權人取得典物所有權：(1)出典人在典期屆滿後經過兩年不用原典價贖回；(2)未定存續期間的典權從出典後經過三十年不回贖；(3)出典人對於典權人表示讓與這典物的所有權，經典權人按照時價找貼。

第八項 留置權

留置權就是基於正當權原而占有債務人的動產，並在未受清償以前繼續占

有其物的權利。大凡債權人占有屬於其債務人的動產，具有左列各款的要件，就得在未受清償以前留置牠：

(一) 債權已到清償期；

(二) 債權的發生和該動產有牽連的關係；

(三) 這動產的占有並非由於侵權行為。

債務人沒有能力支付，那就在未到清償期以前也得行使留置權；並且，商人間因營業關係而占有的動產以及因營業關係所生的債權，視為上列(二)項所說的牽連關係。至於留置權的效力，那就債權人在他的債權已到清償期却未受清償，得定六個月以上的相當期限，通知債務人，如果不在這期限內為清償時，即要對於留置物取償。通知債務人以後，仍舊未受清償，債權就得拍賣留置物或取得其所有權。但在留置權夫經消滅以前，債權人應以善良管理人的注意保管留置物。

第九項 占有

占有便是對於物有了事實上的管領之力。我民法關於占有的規定是從客觀說而不採主觀說，重在事實上的管領而不是以意思為要件。并且，關於占有的主體還有占有人，間接占有人，和準占有人的分別：

(一) 占有人 對於物有事實上管領之力者叫做占有人。

(二) 間接占有人 質權人、承租人、受人，或基於其他類似的法律關係，對於他人的物為占有者，該他人就是間接占有人。

(三) 準占有人 財產權不因物之占有而成立者，行使這財產權的人叫做準占有人。準占有是適用一切關於占有的規定。

占有人在占有物上所行使的權利，是推定其適法有此權利，并且占有人被推定他是以所有的意思為善意，和平，及公然占有者。占有人為了保護他對物

的事實上管領，得行使占有訴權；如同（一）占有被侵奪者得請求返還他的占有物；（二）占有被妨害者，得請求除去這種妨害；（三）占有有被妨害之虞者，得請妨止這種妨害。這三種占有之訴，日本學者稱做：（一）占有收回之訴，（二）占有保持之訴，（三）占有保全之訴。

第三款 民事上判例和解釋例的要點

從前大理院的判例和解釋例已經是沒有一定的拘束力了；現在我們所要研究的無非關於最高法院的一些新判例和新解釋。因為民法中親屬編和繼承編還沒有制定公布；所以就將有關婚姻和繼承的判例和解釋例分別說明一下子。

第一項 婚姻

第二次全國代表大會婦女運動決議案關於請求制定男女平等法律，現在這

種法律雖則沒有全部制定，但是前司法行政委員會早經令行廣東、廣西、湖南各省高等審檢廳，在這種平等法律未曾制定之前，應該依照該議決案法律方面的原則而為裁判。關於婚姻問題是以男女平等自由為原則，法院裁判這種案件也要本諸男女法律上平等精神為裁判標準。從前結婚和離婚須要具備一定條件，至於根據婚姻的自由原則却不必需要條件。結婚不必以主婚為要式，但是這種慣例却不妨聽其適用，只要結婚是得着本人同意，主婚人和本人的意思並不相同。至於現行通例上對於男女婚姻親屬上的限制，最高法院認為不牴觸結婚自由的原則；譬如甲男娶總服內的喪弟婦乙為妻，法律上不能有效。這種婚姻的撤消請求權屬於直系尊親屬，沒有時歸代表公益的檢察官行使。至於同姓不宗的婚姻却為法所不禁。最高法院又解釋離婚案件，認為應該審查事實原因，認定有無理由，分別准駁。院例雖則否認了離婚要具備如何條件，但是所謂認定有無理由，這一句話也就漫無標準。究竟是怎樣理由方可算做離婚理由呢？

一切要聽裁判官的自由裁量，裁判官却是有傳統習慣的，試行和解以後，常是一個不准離。總之，離婚自由在我國現行法上是要遵重兩造當事人的意思，不許第三者干涉，至於當事人一造却是絕不自由。據近來判例所認為足為離婚的事由而值得我們注意的，如同夫婦一造受他造重大侮辱，應許離異；所謂重大侮辱指言語行動足使其喪失社會上的人格至不能忍受的程度，不過呢，這種判例本和從前大理院的判例相同；但還不失其男女平等的精神罷了。還有離異時所發生的撫慰義務應該怎樣，那就院判認為請求離異的一造，如果離異原因不能歸責於他造，應該對於負擔撫慰義務。

父母為子女未成年時所締結的婚姻預約，後來子女請求解除，不必問其所持的理由如何，應該認為法律上解除權的正常行使，他造不得任意反對。

第二項 繼承

繼承有宗祧繼承和財產繼承分別；最高法院對於女子可否承繼宗祧，先時認為現在還沒有法令依據，無從解釋。後來又解釋為女子沒有宗祧承繼權。至於財產方面，女子和男子同有繼承的權利，財產繼承是沒有嫡庶、長幼、和男女的差別，並且女子繼承了財產就得負擔扶養親屬的義務。絕戶遺產，親女可以全部繼承，但須酌留祀產，假使本生父母負有義務（如同債務或養贍義務等類），承繼遺產的女子也該負擔。上面所說的是女子的財產繼承，至於男子的宗祧繼承。那就最高法院的判例上主張首重昭穆順序，如果昭穆失序，凡有利害關係的人都得告爭，不必限於有承繼權的人。還有親屬會議在繼承事項上是很重要地位的，但是關於這種會議的組織，現行法令沒有明文規定。最高法院認定組織親屬會議，自必由各房族大多數或各房舉出總代表與會，取決於與會者過半數的同意，所議決的方能認做有效。如果對於繼承有利害關係的人，事前未經通知，事後也沒有得到他的追認；那末，利害關係人就得據為請求撤

消該決議的原因。

最高法院所認承繼違法事項，除了昭穆失序以外，還有異姓亂宗，未嫁女招夫生子從母性以承嗣等類，都是爲法律所不許。至於有子或者其子雖則無後，但族中並非沒有昭穆相當的人可爲立孫的時候，却不得更爲立子。假使不然，便是侵害其子的繼承權，經有告爭權的人主張撤消，這種承繼關係不能算是合法成立。關於嗣子的繼承財產問題，那就無子立嗣的人，其所遺留的財產應該歸嗣子承受；但是，被繼承人有女兒的時候當然和嗣子平分丁。

第四款 刑法上的要點

中國民國刑法是民國十七年三月十日國民政府公佈，九月一日施行。刑法草案是前司法部部長王寵惠提出，是對於北京修訂法律館的改定刑法第二次修正案略加修改而成。提出後由國民政府發交國府委員伍朝樞，最高法院院長徐

元誥會同原提案人共同審查。等到審查完畢，出具審查意見書，提交到中國國民黨第二屆中央執行委員會第四次全體大會，就在二月六日議決如下：中華民國暫行刑法草案交由中央常務委員會迅予審議通過，於是中央常務委員會便把這草案再交給譚延闓、于右任、徐元誥、魏道明、和王世杰審查。後來就在第一百二十次中央常務會議通過了。關於刑法上的要點，現在未便儘量列舉，且把最重要的說在下面：

第一項 文例

(一)親屬範圍 舊法律對於親屬範圍向來是以服制圖爲根據，服制圖的淵源於喪禮。我國幾千年來崇奉禮教，所謂出乎禮者卽入乎刑，以致刑罰的輕重和服制的遠近成爲比例。中華民國刑法（以下稱本法）却不用服制圖，用親等計算法。關於親等計算法本有羅馬法計算法和寺院法計算法兩種；歐西各國和

日本是採用前者，我國民律草案却採用後者。本法也和民律草案一樣，是採用寺院法計算法，直系和旁系都以四等親爲限。并且，本法規定親屬範圍，却以男女平等爲原則，不像從前舊法律完全是偏重於男系。

(二)傷害的分析 本法不像刑律把傷害分做篤疾、廢疾，和輕微傷害，却只有重傷和傷害的區別。所謂重傷便是下列傷害：(1)毀敗一月或二月的視能，(2)毀敗一年或二年的聽能，(3)毀敗語能，(4)毀敗一肢以上的機能，(5)於身體或健康有重大不治的傷害，(6)變更容貌且有重大不治的傷害，(7)毀敗陰陽。

第二項 刑事責任和刑的減免

本法明定故意和過失的範圍，并且依據一千九百零二年萬國刑法學會決議和近世立法例，規定犯人祇對於他自己能夠預見的結果負責。本法定責任年齡爲十三歲，就是未滿十三歲的人，犯罪行爲不罰，但因其情節，得施以感化教

育。十三歲以上未滿十六歲的人，以及滿了八十歲的人，他們的行為得減輕本刑二分之一。還有心神喪失人或心神耗弱人的行為也是不罰或減輕的原因。心神喪失人的行為是不處罰的；但因其情節得施以監禁處分。心神耗弱人的行為是減輕本刑，但因其情節得在執行完畢或免除後，施以監禁處分。此外像正當防衛行為，緊急難避行為都是不受處罰，但却不能過當。

第三項 未遂罪共犯和累犯

(一)未遂罪 已着手於犯罪之實行而不遂者，或者是不能發生犯罪之結果的就叫做未遂罪。關於未遂罪的定義，原有法國派和德國派的區別：法國派認為由於意外的障礙而不遂的是未遂罪；德國派認為不問原因是否出於意外，一概屬於未遂罪。我國刑法從德國派，所以對於學說上所稱為中止犯的——已着手於犯罪之實行而因己意中止者——也非全不處罰（減輕或免除本刑）。至於

未遂罪之刑在本法上是得減既遂罪之刑二分之一，但那犯罪方法決不能發生犯罪結果的得減辦或免除本刑。

(二)共犯 共犯就是二人以上共同犯罪，且有左列三種區別：

(1)共同正犯 這是二人以上共同實施犯罪行為，須負共同責任。

(2)教唆犯 這是本人沒有犯罪的意思，却由他人教唆他實施犯罪。實施教唆行為的人就叫做教唆犯，又稱造意犯。他所負的刑事責任和正犯一樣。

(3)從犯 這是幫助正犯的人。所謂幫助原有事前幫助和事中幫助的不同，但本法却一律認為從犯。至於事中有直接或重要幫助的人，也就作為正犯論了。

(三)累犯 受有期徒刑的執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而免除後，五年以內再犯有期徒刑以上的罪，就叫做累犯。關於累犯的處罰可以分為兩種：(一)普通累犯，這是所犯的罪性質不同；(二)特別累犯，這

是所犯的罪屬於同一種類或者性質相類似。特別累犯是有特殊惡性，所以要處以重罰。

第四項 刑之酌科

從刑之最高限度到最低限度，其間懸殊得很。如果讓法官們去漫無標準的自由裁量，頗難應當；所以本法規定科刑時應審酌一切情形，爲法定刑內科刑輕重的標準，並且應該分別情形，注意下列事項：(1) 犯罪之原因，(2) 犯罪之目的，(3) 犯罪時所受之激刺，(4) 犯人之心術，(5) 犯人與被害人平日之關係，(6) 犯人之品行，(7) 犯人智識之程度，(8) 犯罪之給果，(9) 犯罪後之態度。科罰金的罪，還要審酌犯人的資力。

第五項 和姦年齡

和姦年齡就是英美學者所稱同意年齡。這是近世女權運動中一個很重要的問題。凡是女子沒有達到法定的同意年齡，法律上就不承認她有和男子和姦的可能，就是她本人在事實上曾經表示同意；然而法律上却不認許她有表示同意的意思能力，對於男子仍舊要科以強姦的罪刑。美國因為女權運動的效果，和姦年齡有提高到二十一歲的，其他各國大概在十五、六歲以上。法國定和姦年齡為十三歲，比較起來已經是很低的了，我國暫行新刑律上却只有十二歲。現在本法把它提高到十六歲。和姦年齡的提高直接是保護女子的幸福，間接就是維護民族的健全。因為女子在未達相當年齡的時候，身體發育未完全，意志也很薄弱。如果法律不加保護，那就一般女子的人格固然是容易被損，并且要妨礙到一國母性的發展。

第六項 其他要點

(一) 有期徒刑採用年月制。暫行新刑律對於有期徒刑是採用等級制，分做五等，本法却廢去等級，在分則各條明定科刑的年月，加減就把若干分之幾做標準。有期徒刑最高度是十五年，最低度是二月，有加減時得減至二月未滿，加至二十年。

(二) 褫奪公權取裁量主義。褫奪公權有必須褫奪者，也有得褫奪者，本法却廢除這種立法例，採用裁量主義。并且，本法還廢去一部的褫奪，明定有期徒刑的期限，確立應科有期或科無期的標準。至於究竟要不要褫奪，是由法官去酌情酌定。關於輕微犯罪或和廉恥無關的犯罪，一概不褫奪公權。

(三) 罰金可以緩刑。緩刑的主旨本是獎勵犯人勉爲好人，所以宣告不宣告，要看犯人平日的行爲是怎樣。短期自由刑可以緩刑，罰金豈有不可之理。本法第九十條定：『受二年以下有期徒刑、拘役、或罰金之宣告而有左列情形之一者，得同時宣告二年以上五年以下之緩刑，其期間自裁判確定之日起算。』

(四)自由刑和罰金併科 有時專科自由刑，不夠懲戒犯人的貪慾；所以多數國家的立法例，自由刑常常和罰金併科。本法對於和貪慾觀念有關的犯罪行為，一概併科罰金，並且不問犯人有沒有得利。反之，輕微的犯罪行為却是專科罰金，並不併科短期自由刑。

(五)特設妨害農工商罪專章 本法分則裏面特設妨害農工商罪專章。凡是以強暴脅迫的行為妨害販運穀類和其他公共所需飲食物品，以及妨害販運種子、肥料、和其他農業、工業所需的物品，以致市上生缺乏者，要判處五年以下有期徒刑、拘役、或三千元以下罰金。關於商標的犯罪也規定在這一章裏面。

第五款 懲治土豪劣紳條例上的要點

懲治土豪劣紳條例是在民國十六年八月十八日公佈的，這是國民政府爲了發展黨治精神，保障民衆利益，無論何人犯了本條例第二條列舉的罪就照土豪

劣紳懲治。土豪劣紳是一個抽象名詞，並不是社會上可以指出一部分人或某種階級作為現實的土豪劣紳，他們犯罪後才適用本條件；所以土豪劣紳的前提並非確定的，凡是一般人民犯了本條例第二條列舉土豪劣紳的行為就叫做土豪劣紳辦。土豪劣紳犯罪後再兼犯反革命罪，要算俱發罪，並且依照本條例所宣告的刑期是在三等以上的有期徒刑，褫奪公權，其餘得行褫奪；宣告五等有期徒刑，執行的時候不得易科罰金。本條例對於有期徒刑是採取等級制。地方人民都有舉發土豪劣紳犯罪的告發權。

第六款 暫行反革命治罪法上的要點

暫行反革命治罪法是在民國十七年三月七日公佈的，凡是觸犯本條例第二條到第七條所列舉的行為叫做反革命。其中最重的情節如同：(1)意圖顛覆中國國民黨和國民政府或破壞三民主義而起的暴動，(2)意圖顛覆中國國民黨和國民

政府或破壞三民主義而與外國締結損失國家主權利益或土地的協定，(3)利用外力或外資，勾結軍隊而圖破壞國民革命。本法對於有期徒刑也和懲治土豪劣紳條例一樣採取等級制，并且犯了本法之罪，宣告二等以上有期徒刑的褫奪公權，其餘得行褫奪。

第七款 民事訴訟條例上的要點

第一項 概論

現在民事訴訟法還沒有頒佈，民事訴訟條例尙在適用期中。凡是民事案件由原告向法院提出一定程式的訴狀和繳納一定的訟費；不過原告沒有力量繳納的時候，可以聲請法院裁決，准予訴訟救助。訴狀提出以後，由法院書記官送達被告，並指定言詞辯論日期。在言詞辯論以前，被告應該提出答辯狀。審判

的時候，下級法院歸獨任推事或推事三人組織的合議庭審理，高級法院歸推事三人或五人組織的合議庭審理。民事訴訟當事人得由代理律師或法定代理人代表出庭。判決書應用書面記明事實、理由、和主文。當事人不服判決時可以提起上訴。

第二項 上訴程序

關於上訴程序大概是：

(一)不服第一審判決，得於判決送達後二十日內向第二審法院提起上訴。
(二)不服第二審判決，除了訴訟價額不滿一百元的案件，得以判決違背法令為理由，在二十日上訴期限內向第三審法院提起上訴。

(三)除了規定不許抗告的事項以外，凡是不服下級法院的裁決或命令，均得向直接上級法院抗告。

第八款 刑事訴訟法上的要點

第一項 概論

根據國民政府頒行的中華民國刑事訴訟法，除了關於自訴部分被害人得自向該管法院直接起訴外，其餘一切刑事犯罪統應該歸檢察官提起公訴。本法上檢察制度仍舊是存在着，不過自訴部分却擴大了。按照第三百三十七條規定，凡是初級法院管轄的直接侵害個人法益之罪以及告訴乃論之罪都可適用自訴條文，由被害人自向該管法院起訴。至於公訴部分，那就檢察官接受了告訴、告發、或自首，以及因為其他情事知有犯罪嫌疑的時候，應該即為偵查犯人和證據，實施對於被告的傳喚，拘提、訊問、羈押、以及傳訊證人、鑑定人、或扣押、搜索、和勘驗等必要處分。檢察官決定起訴時就將案卷移送法院。刑事案

件一經起訴，就由判審長指定審判日期，傳喚被告，並通知檢察官，辯護人，和輔佐人。被告人得選任律師出庭辯護，自訴人亦得委任律師或其他代理人出庭。被告沒有選任辯護人時，審判長認為必要就得依職權指定公設辯護人，替他辯護；至於最輕本刑是在五年以上以及高等法院管轄的第一審案件，如果被告沒有選任辯護人，審判長就必須為他指定。本法還規定一種簡易程序，凡是最重本刑為六個月以下的有期徒刑、拘役、或專科罰金的案件，如果犯罪事實根據着現有證據已經明確或被告在偵查中自白，法院得因檢察官的聲請，不經過通常審判程序，就用命令處刑。這種處刑命令可以聲請正式審判，却不許上訴。

第二項 上訴程序

刑事訴訟通常訴訟審判程序上關於上訴的程序有如左列：

(一) 告訴人接受不起訴處分書後，得在七日以內聲請再議，如果原檢察官認為聲請無理由，就該送交上級法院首席檢察官審議。

(二) 當事人不服下級法院的判決，可在送達判決書後十日以內上訴於上級法院，檢察官和自訴人爲了被告利益起見也得上訴。

(三) 第二審判決後，仍舊可以根據着違背法令的唯一理由向第三審上訴。

(四) 攻擊確定判決的方法共有兩種：一是非常上訴，一是再審。非常上訴是在判決確定以後，發見審判違法，最高法院首席檢察官就得向最高法院提起非常上訴。再審是依照本法第四百四十一條，第四百四十二條爲了受刑人的利益或不利利益起見，在判決確定後，除有特別規定外，一概由管轄法院的檢察官、受刑人等向原審法院提起。

(五) 當事人不服法院的裁定，除有特別規定外，得抗告於直接上級法院。證人、鑑定人、通譯、和其他非當事人受裁定的，也得抗告。

中華民國十九年八月出版

法律學通論 (全二冊)

(每冊定價銀一元五角)
(外埠酌加郵費滙費)

不 准 翻 印

著 者 朱 采 真

出 版 者 世 界 書 局

印 刷 者 世 界 書 局

發 行 所 暨 上 各 海 世 界 書 局



世界書局出版

文化科學叢書

中國文學通論	西洋文學通論	語言學通論	教育學通論	哲學通論	政治學通論	法律學通論	自然科學通論	生理學通論	地理學通論	商業學通論
劉麟生著	方璧著	王古魯著	朱兆萃著	張東蓀著	朱采真著	朱采真著	王剛森著	薛德煒著	王益崖著	羅宗善著
一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊	一冊
元角	一元五角	一元五角	元角	元角	一元五角	一元五角	元角	元角	元角	元角

社會學通論 經濟學通論 心理學通論
 史學通論 科學通論 藝術通論
 在著作中 陸續出版

上海图书馆藏书



A541 212 0000 1659B

