

湖北
高等
法院
院長
郝朝俊
著

法
學
通
論

郝朝俊

國民政府軍事委員會政治部編印

編輯例言

- 一 本教程之編纂，端在統一各軍事學校政治教材；提高各員生政治智識；澄清龐雜理論；堅定其革命信念；以期適應戰時軍事學校政治教育之需要。
- 一 本教程係根據本部新頒軍事學校政治訓練大綱之規定編纂。依其性質，分爲必修教程及補充教程，各校可照實際需要，選擇採用。
- 一 本教程之內容，多係針對目前抗戰情勢，並力求適合速成教育之要求。惟有若干基本學科，如經濟學概論，法學通論，東亞史地等，爲各校必修教程，戰時仍須講授者，故亦彙編在內。
- 一 本教程之編撰，係徵請部外及指定部內各學術專家與負責實際指導責任者共同擔任；其中亦有數種爲各校原編教本，經部改訂採用者。
- 一 本教程係全國各軍事學校統一教材，爲謀各校便利起見，由部訂有備價呈領辦

法，各校可依照該辦法，呈領應用。

一 本教程除供各軍事學校應用外，其他軍事政治幹部訓練團，學生軍訓練隊及戰時各種軍爭訓練機關，均可採用。

一 本教程立論力求正確，內容務求切合實際，以簡潔之文字，作扼要之敘述，期能適合戰時教學之用。惟因初版趕印，時間匆促，難免無舛誤之處。讀者如有所見，希通知本部第一廳第二處第二科，以便再版時更訂。

第二節	法學與政治學之關係	三七
第三節	法學與經濟學之關係	三八
第四節	法學與醫學之關係	四〇
第四章	法學之基礎	四二
第一節	國家	四二
第一款	國家之觀念	四二
第二款	國家與公共團體之區別	四五
第二節	人格	四八
第一款	人格之觀念	四八
第二款	法人之觀念	四九

法律論

第一編 總論

第一章	法律之性質	五二
第一節	法律與觀念	五二
第一款	關於法律觀念之學說	五二
第二款	法律之意義	六一
第二節	法律與宗教之關係	六五
第三節	法律與道德之關係	六九
第二章	法律之淵源	七四
第一節	習慣	七四
第二節	宗教	七七
第三節	條理	七八
第四節	判例	八〇
第五節	學說	八二

第六節 條約……………八三

第七節 外國法……………八四

第三章 法律之類別……………八五

第一節 因法律發生方法之類別……………八五

第二節 因法律實質之類別……………九三

第三節 因法律系統之類別……………一〇〇

第四節 因法律效力之類別……………一〇一

第二編 法律之立廢

第一章 法律之成立……………一〇四

第一節 習慣法之成立……………一〇四

第一款 習慣法成立之時期……………一〇四

第二款 習慣法之證據……………一一一

第三款	習慣法之效力·····	一一三
第四款	習慣與習慣法之區別·····	一一四
第二節	成文法之成立·····	一一六
第二章	法律之改廢·····	一一七
第一節	習慣法之改廢·····	一一七
第二節	成文法之改廢·····	一一八
第一款	因於內由之改廢·····	一一八
第二款	因於外由之改廢·····	一二〇
第三節	法律改廢之範圍·····	一二二

第三編 法律之效力

第一章	關於時之法律效力·····	一二五
第二章	關於人之法律效力·····	一三九

第三章	關於地之法律效力	一四七
第四章	關於事之法律效力	一五〇
第四編	法律之運用	
第一章	法律之行用	一五九
第一節	法律行用之意義	一五九
第二節	法律之執行	一六一
第一款	執行之機關	一六一
第二款	執行之原則	一六一
第三節	法律之適用	一六三
第一款	適用之機關	一六三
第二款	適用之原則	一六四
第二章	法律之解釋	一七一

第一節	解釋之意義	一七一
第二節	解釋之類別	一七四
第一款	公式解釋	一七四
第二款	私見解釋	一七七
第三節	解釋之標準	一七九
第一款	關於解釋之共通標準	一七九
第二款	文理的解釋之標準	一八一
第三款	論理的解釋之標準	一八二
第四節	解釋之效力	一八五
第三章	法律之鑑識	一八九
第一節	鑑識之意義	一八九
第二節	鑑識之類別	一九〇

第三節 鑑識之標準……………一九二

第四章 法律之補充……………一九三

第一節 補充之意義……………一九三

第二節 補充之方法……………一九四

第五編 法律之制裁

第一章 制裁之性質……………一九八

第一節 制裁之觀念……………一九八

第二節 制裁之區別……………二〇一

第二章 公力的制裁……………二〇三

第一節 公法的制裁……………二〇三

第一款 憲法上之制裁……………二〇三

第二款 行政法上之制裁……………二〇七

第三款	刑事法上之制裁	二二一
第一項	刑罰之觀念	二二一
第二項	刑罰之類別	二二二
第二節	私法的制裁	二二四
第三章	自力的制裁	二二九
第一節	自力的制裁之觀念	二二九
第二節	自力的刑事制裁	二二〇
第三節	自力的民事制裁	二二二
第四章	國際的制裁	二二三
第六編	法律之體系		
第一章	憲法	二二六
第一節	憲法之意義	二二六

第二節	歐戰後憲法之趨勢	二二七
第三節	中華民國訓政時期約法概要	二三一
第二章	行政法	二二三
第一節	行政法之意義	二二三
第二節	行政法之內容	二二三
第一款	行政一般之事項	二三四
第二款	行政各部之事項	二四二
第三章	刑法	二四五
第一節	刑法之意義	二四五
第二節	中華民國刑法概要	二四六
第四章	訴訟法	二五六
第一節	訟訴法之本質	二五七

第二節	民事訴訟法概要	二六〇
第三節	刑事訴訟法概要	二六二
第四節	縣司法處辦理訴訟補充條例及縣司法處刑事案件審判暫行條例概要	二六四
第五章	國際公法	二六五
第一節	國際公法之意義	二六五
第二節	國際公法之內容	二六五
第一款	平時國際公法	二六五
第二款	戰時國際公法	二六七
第六章	民法	二八一
第一節	民法之意義	二八一
第二節	民法之立法精神	二八一

第三節 民法五編概要……………二八九

第七章 民事特別法……………三〇四

第一節 民事特別法之由來……………三〇四

第二節 公司法概要……………三〇四

第三節 票據法概要……………三〇七

第四節 保險法概要……………三〇九

第五節 海商法概要……………三一二

第八章 國際私法……………三一五

第一節 國際私法之意義……………三一五

第二節 國際私法之性質……………三一七

第三節 國際私法與國際法之關係……………三一八

第四節 法律適用條例概要……………三二〇

第九章	勞動法	三二一
第一節	勞動法之意義	三二一
第二節	勞動法之範圍及系統	三二五
第三節	勞動法概要	三二七
第十章	土地法	三三一
第一節	土地制度之大勢	三三一
第二節	土地法之意義	三三二
第三節	土地法概要	三三四

法學通論

緒論

鄒朝俊著

第一章 科學之分類

就宇宙間一定之現象，而理解其原因結果之關係者，謂之科學。科學全部，至爲複雜，分類之法，舍從現象之內容區別，他無依據之標準，故別科學爲兩大部：一以研究自然的現象爲目的（自然的科學）；一以研究吾人人類之精神作用，卽人爲的現象爲目的者，固屬正當；惟吾人所應注意者，所謂人爲的現象與自然的現象之區別，非由宇宙間萬有之中，摘出吾人人類，而別爲關於人類之現象，與人類以外之現象，而爲由包含人類宇宙間萬有之現象（自然的現象）內，摘出基于人類精神活動之現象，特稱爲人爲現象。蓋人類自體，既爲自然的現象之一部分，人體之

生理，亦與他之生物（動物植物），同依一般生物學之原則以支配之。不但在學理上毫無疑義；且人之精神，不能離身體而存在，精神自體，亦為自然的現象之一。故精神之組織性質，精神之活動作用，皆可謂為：自然的現象。研究此等現象之學，可謂為：自然的科學。更極論之，一切科學，皆為自然的科學。所謂：精神的科學者，不過自然的科學之一部；然人類之身體及精神，其組織與動植物，地球，及天體等，皆非基因于精神的作用，即非基因于知情意的作用之現象，便宜上總稱此現象曰：自然的現象；稱基因于知，情，意的作用之現象，曰：人為的現象，二分一切科學，稱研究自然的現象之科學。曰：自然的科學，稱研究人為的現象之科學，曰精神的科學。二者對稱，未始不可也。是以科學分類，從宇宙之自然的狀態，自宇宙全體及其各部，先自天體而地球，自地球之構成各部而生物，自生物而人類；至人類則分為身體及精神之組織機能（以上自然的科學），與精神之活動作用（精神的科學），更以數學，物理學，及化學等，為一般的自然科學，使屬於自然

的科學之中。此竊信爲得當者。茲依此分類方法，舉示主要之科學，略明相互之關係。

一 自然的科學；自然的科學，可別爲：甲，一般的自然科學（理學），乙，無機科學，丙，有機科學，及丁，醫學四種：

甲 一般的自然科學（理學）；

1 數學；

2 物理學；

3 化學。

不拘宇宙間現象之種類如何，說明萬有之一般的關係，研究通于自然現象之全體的形式者，曰：理學。或曰：一般的科學。即數學者，爲不問現象之實質如何，惟論定其大小之形式關係，吾人據此，對於事物，可以理解其大，小，長，短，廣，狹，淺，深之區別也。物理學者，爲論究物體之勢力

，吾人據此，可知固體液體，及氣體之構成，理解其相互之力，而對於水力，光力，蒸氣力，電氣力等自然之勢力，可以利用之也。化學者，爲論究物質之分子及其關係，吾人據此，對於物質，可以化合各種之原素，製造從新之物體，如溶解固體爲液體，蒸發液體爲氣體，復變氣體爲液體，變液體爲固形物也。此數理的，物理的，及化學的現象，于動物界，植物界，及礦物界，均可發生，固不局限于或種之客體者。故此等科學，亦可稱爲自然科學之總論。蓋有一般的性質者也。以此等科學，與其他科學分離，而稱爲：一般自然科學者，誠以此耳。

乙 無機科學；

4 萬有學；

5 天文學；

6 地文學；

7 地理學；

8 地質學；

9 礦物學。

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

丙 有機科學；

- 10 一般生物學；
- 11 植物學；
- 12 動物學；
- 13 人類學；
- 14 人種學。

地球之爲物，非僅由水，土，金，石之無機物而成，人類及禽，獸，草，木魚介等之有機物，卽生物，亦爲其構成之要素；而研究此生物的現象之科學中，以論究生物一般之關係爲目的者，曰：一般生物學。就生物之特別關係，以靜止不動之生物爲目的者，曰：植物學。就動體生物之中，以禽，獸，蟲，魚等，人類以外之動物爲目的者，曰：動物學。以上諸科學，皆以研究人類以外之現象爲目的，以下所述多數之科學，皆以研究人類爲目的者。蓋人類爲最高生物，關係極其複雜，故較他之生物，更須詳事研究。且一

切科學，皆爲人類而存在。其他生物科學，雖限於增進人類幸福之範圍以內；而就人類自體言，其身體精神，不可不企其發達。其各種慾望，不可不使之滿足。必須研究之範圍，日益增長，殆無際涯。故一切科學，不但爲人類而存在，而以人類自體爲研究之目的物，謂其占大部分，非過言也。而關於人類科學之中，以人類之發生及其沿革爲目的者，曰：人類學。以在地球上之關係爲目的者，曰：人種學。總以上諸科學，不問爲人類，爲動，植物，皆視爲生物的現象以研究之。是以別於他之科學，稱爲：有機科學，與無機科學，相提並論。

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

丁 醫學：

- 15 解剖學；
- 16 生理學；
- 17 衛生學；
- 18 病理學；
- 19 精神病學。

關於人類科學之中，先應分類者，為身體生命之構成組織。而解剖人身，研究其構造者，曰：解剖學。論其生命之原理者，曰：生理學。論其生命特質及外界現象及於生命之影響者，曰病理學。衛生學更就人類之精神，研究其精神生活之形式者，曰：精神病學。以上關於人類諸科學，總稱曰：醫學。別于論人類精神生活之實質者（精神的科學），以配列于自然的科學之一部。蓋人類之身體精神，其特質，其疾病，與他之自然的科學，皆為不基因于知，情，意的活動作用之自然的現象也。

二 精神的科學。吾人據以上略述之自然科學，不獨于天體，地球，礦物，植物，動物等大地覆載之間，人類以外之森羅萬象，得以理解，而獨于吾人人類，自人類之發生，人種之差別，乃至人身之構造，精神之組織，亦可得其概略。然吾人人類，賦有理性，其精神為活動於知，情，意之三方面者。以五官之感覺作用，對於外界之現象而有感情。以知覺之作用，而認識外界之現象。更以知性，情性之結合作用，而有思考。欲望或事物之意思。故吾人獨理解自然界人類現象之特質，更不可不考究精神界知的現象，情的現象，及意的現象之如何。所謂精神的科學者，即為理解精神的活動作用之學，原來為無形的精神界之科學，昔時概稱此曰：形而上之學，蓋以此也。精神的科學，既為研究精神的活動作用，則此科學之細別，依精神的機能之性質如何，以分類之，方為正當。故先別此為廣義之文學。（哲學，言語學，史學，）與國家的科學（法政學）。

戊 文學（子 哲學，丑 狹義之文學）；

子 哲學；

20 論理學；

21 心理學；

22 審美學；

23 倫理學；

24 宗教學（神學）。

吾人精神之機能，或因外界之影響，而為反應的作用。或通乎身體，致及勢力於外界，而為發動的作用。精神之發動的作用者，即意思而為外界的精神活動也。反應的作用者，為內界的精神活動。而或有所動的；或有能動的。何為所動的？即因外界之影響，於吾人之精神，發生一種之感覺者。此即吾人之感情也。何為能動的？即吾人之精神，對於外界之現象，知覺認識之者，此即吾人之智識也。吾人依感情之綜合，而想像種種之事物。依智識

，即經驗與聯想，而知得種種之概念。一切科學，皆由此知性之精神的作用而生矣。研究此知的現象自體之科學，有論智識的形式與論知性的本質之別。稱前者，曰：論理學。稱後者，曰：心理學。論理學與心理學者，智識界之科學也。

吾人感情界之現象，有對外感情與對內感情之別。不飲食則感飢渴，過勤勉則感疲倦者，爲對內感情。就於自己之感情也。遊諸名區勝地，則感山水之美，聞夫忠臣孝子，則感節義之盛者，爲對外感情。就於外界之感情也，研究對外感情的現象之科學，關於感情，有兩種研究：一爲對於可感覺的事物之外形形式者，即審美學。一爲對於可感覺的事物之實質者。而後者又有區別：一爲吾人得認識之事物者，即倫理是。一爲吾人不得認識之事物者，即宗教是。可知倫理學者，爲認識的經驗的感情之學。宗教學者，爲信向的超絕的感情之學也。要之，審美學，倫理學，及宗教學（西洋常謂之神學）者

，以研究吾人之情的現象爲目的。爲感情界之科學也。而知的現象與情的現象，共爲吾人內界的精神活動之反應作用。故知，情二界之科學，互相關聯而應爲哲學之一部矣。

丑 狹義之文學，

25 言語學；

26 修辭學；

27 動作學；

28 教育學；

29 美術學；

30 各種之應用科學；

31 歷史學。

關於知性及情性之前項諸科學外，吾人尙不可不研究者，爲依於知性情

性之結合作用，通乎身體，而對於外界，可及勢力之發動的精神作用之現象，即意思（意欲界）是也。吾人意欲界之現象，千差萬別，莫知所極，大別之，可分兩種：一為個人的生活上之意思活動，一為社會的（即共同團體的）生活上之意思活動。所謂狹義之文學者，為個人生活的意思活動之科學，研究以言語動作發表其意思於外界之現象也。而對於發表思想的形式之言語，研究其法則及其構成者，曰：言語學。對於發表感情的形式之身體，研究其動作者，曰：觀相學。為達發表思想之目的，論究言語之應用者，曰：修辭學。為達發表感情之目的，說明動作之應用者，曰：動作學（觀相學尙屬幼稚而不足稱為科學；唯演劇，及應用於其他之動作學，僅得稱為科學而已）。

• 依以上科學，雖可知吾人之意思，如何發表；而吾人人類，欲望進步，無有窮極，故於意欲淵源之智識及感情，不可不期其開發。以此目的，研究開發智識之方法者，曰：教育。研究開發對外之感情者，曰：美術學。此外

，關於農業，林業，工業，商業，醫術，建築術等，各種技術之應用科學，皆以開發對內感情爲目的，故於茲無分類之必要，而對於人類之社會的生活，研究其沿革之歷史學，則亦成爲文學之一部矣。

己 國家的科學（法政學）。

32 道德學；

33 法學……法學通論

{沿革法學
比較法學
系統法學}

哲理法學；

34 國際法學；

35 經濟學

36 社會學；

37 政治學。

如上略述自13至30關於人類之一切科學，不問人類之國家的共同生活如何，而以研究人類及其活動爲目的者。然人類爲有社會的政治的共同生活性

之動物，固不能覺覺孤立，以完其生存。吾人對此社會生活上之意思活動，更不可不研究其現象如何；而此等現象，以人類之國家的共同生存爲前提，故稱此科學爲：國家的科學，於科學之分類上成最終之一大部也。於此部中所包含之主要科學，更區別之，可分爲關於社會的生活之形式者，與社會的生活之實質（內容）者。維持社會的生活之必要形式，卽爲秩序。秩序有基於感情而定者，有基於知性而定者。前者曰道德。後者曰法律。法律道德，雖皆爲社會的生活之秩序規律；而法律爲以曲直利害爲標準之知性的秩序。道德爲以是非善惡爲標準之情性的秩序也。且法律，道德，共爲維持社會安寧增進社會幸福之必要手段也。是形式也。非社會的生活之內容自體也。研究道德之科學，曰：道德學。研究法律之科學，曰：法學。然法律爲社會的生活之重要形式，古今東西，不一其揆。從事斯道者，須有精密之研究。故不惟有縱的觀察，研究古今變遷之沿革法學；橫的觀察，研究東西異同之比

較法學，及觀察法律之內容，研究其理論之系統法學。更有法律階梯之法學通論，與歸納古今東西之法律，研究其最高原理之哲理法學也。

關於社會的生活之內容實質之科學，更有社會的生活之內部關係與社會的生活之機關活動者。對於社會的生活，研究其內部關係之科學中，以利用外界之生活資料研究其滿足自己慾望之精神的活動者，曰：經濟學。研究社會的生活之各部，對於他之各部及其全體之相互關係者，曰：社會學。對於社會共同團體，研究其機關活動之科學，即為廣義之政治學。近來此種科學，益形發達，更細別之，論究共同團體（國家）自身之本質者，即國家學。論究立法，內治，外交等根本的政策者，即狹義之政治學，考求監獄，警察衛生等司法行政及內務行政之目的者，即行政學。要之，經濟學，社會學，及政治學者，皆為關於社會的生活之目的及實質者。非如法學為達社會的生活之目的所必要之形式及手段也。然此等科學，有內外表裏，不可相離之關

係。徵於後章所述，卽知之矣。

關於社會的生活之諸科學，皆以國家爲共同團體中之最大團體，以個人爲其單位，研究關於國家以內之現象者也。然至近世，人類之文化，益形開發。社會的生活之範圍，亦愈擴張。從來最大團體之國家，又與國家互相集合，更成爲共同團體。以國家爲單位，包含宇內萬邦之國際團體，予以成立。而歐與國交，不能無利害之關係，卽不能無競爭之情事，有競爭則不能以無衝突，有衝突則不能不亂和平。無法以維持之，則終不能謀國際間共同之生活。於是國際法之觀念生焉。而考究國際關係，以明國際行爲之法則，慣例爲目的之科學，卽國際法學起焉。

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

宜上所以以國際法學，與法學相對立也。

第二章 法學

法學者，如前所述，研究法律之學也。詳言之，爲研究基於人類知性之社會的生活秩序，說明其過去，現在，及將來之科學也。然此秩序，卽法律的現象者，因時代不同，場所各異，其變遷固無窮極，故學者，或曰：此不得爲科學之目的，唯可視爲技術以研究之而已。蓋科學者，爲於諸種現象，理解其因果關係之智識總體，技術者，爲達實際目的所堪能之手段也。若法律之研究，爲對於法律的現象，求知其普通原則，理解其因果關係時，則可稱曰：法律之學。若法律之研究，專爲適用之於實際問題，在得解釋之技能時，則可稱曰：法律之術。例如：知民法，買賣契約，如何規定，於買受人對於出賣人不支付價金之事，能下使買受人負不履行債務責任之裁判者，法術也。故能暗誦民法之全體條文，足以解釋實際問題，而尙爲法術家，不得謂之法學家也。反乎此，若知買賣，互易，借貸等，皆爲契約之法律

行爲，當事人雙方之意思合致（即合意），爲各種契約之普通要素，苟當事人之合意，不背於公共秩序或善良風俗，即可發生債權債務之關係（即爲其標的之法律效力）者，縱令不知民律條文，如何規定，而尙爲有民法之學識，足稱爲法學家也。在科學進步之今日，學與術有本末之關係，先研究根本之科學，後熟達枝葉之技術者，例也。然當古代，文化幼稚，無特殊之法學，凡研究法律者，不過尋章摘句，泥而鮮通，盡屬法術之徒，故其時法律之研究，非學也，術也。泊乎近世，社會文化，日益進步，法律的現象，漸形複雜，解釋之法術，愈覺困難，於是，事實上，發見一定之法律的現象，自有一定之普通的要素，根據單純之原則，解釋錯雜之問題，大法術家，乘時輩出，而法學之研究，遂見發達焉。要之，法律之研究，自羅馬法以來，二千有餘年間，斯學鉅子，頗不乏人，更以近世一般科學之進步，法學亦隨之發達，於茲遂成吾人生存所必要之一大科學，而不可不精益求精者也。如斯，法學與法術，有最密切之關係，法術促法學之進步，法學致法術之完成。自

沿革上言之，法術先開，法學後起。自性質上言之，法學爲根本，法術不過爲其果實耳。故欲將來成爲有爲之法術家，足以解釋法律的現象之實際問題者，須先研究法學也。

然法律的現象，以人類社會的生活之狀態如何，大異其趣。因時之古今，不同其形式。因洋之東西，不一其規定。故欲研究現象，發見其普通要素，說明其過去現在及將來者，不可不區分其目的物，以採適當於各部之研究方法。於是法學，可先分三部：卽研究古今法律變遷之沿革法學，與研究東西法律異同之比較法學，及研究現行法律理論之系統法學。更加兩部：卽研究斯學階梯之法學通論，與綜合以上研究之結果，而求其最高原理之哲理法學是也。雖然，此等法學，非各自獨立分離，漠不相關，不過爲指示法學的一方面之名稱而已。故欲完法學之研究者。無論何方面，均不得度外視之。

第一節 沿革法學

沿革法學者，從歷史的研究法律，以敘述古今變遷，說明及於現在之關係爲目的。凡欲知事物現在，推測將來者，不可不審其過去（卽沿革）。研究法學亦然。欲解現行之法律，明其法理者，不可不溯及法律之歷史淵源，研究其沿革如何。如批判現行法律之當否，說明其將來之發達，須俟沿革的研究之結果，始不蹈於空談空理。蓋法律，爲人類社會的生活之必要條件所發生者，與人類社會之自體，同有數千年之沿革，隨社會文化之開發，漸次進步，若僅研究現行法律於或一時期者，終不能得精確之知識。例如：日本現行民法，爲認其國之從來慣習，又模倣德，法諸國之法律所成，非探明其習慣之沿革，研究其母法之德，法法律，更溯其本源之羅馬法，以究其變遷之迹者，終不能解日本現行民法之意義。故對於法律，由縱的觀察，研究古今之沿革，則自古及今，亘於各時代之法律，如經數千載星霜之一大古木，其根幹枝葉，互相連續，成爲一體，日本民法，德法民法，皆不外爲羅馬法之根幹所發育之枝葉也。

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

史，日本法制史，泰西法制史，及羅馬法，皆有研究之必要。從事法學者，曷加意焉。

第二節 比較法學

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

的現象，遂發見各國之法律，自有一貫之普通原則在焉。

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

採此研究方法者，可分種種學派：有不拘時之古今而惟依社會開發之程度如何，比較古今各國之法律，以究其變遷者，所謂：社會別比較法是也。有自類學上依人種如何，區別法律，比較異人種間之法律者，所謂：人種別比較法是也。有蒐集各國現行之法律，比較其長短者，所謂：國家別比較法是也。又有說明法系的比較研究之必要，分世界各國之法律，爲五大法系。一羅馬法系；二英國法系；三回

回教法系；四印度法系；五中國法系，以比較研究之者，所謂：法系別比較法是也。

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

第三節 系統法學

系統法學者，分析一國現行之法律（即成文法），發見其包容之原理原則，從理論的即系統的排列之，以研究其法理爲目的。凡研究法律，須以理解現行法之法律，爲第一急務，故系統法學者，在法學中最占樞要之本領也。夫以憲法，行政法

，研究國家統治權之本質及作用。以刑法，論定犯罪與刑罰之關係。以民法，民事特別法，闡明私權之本質及效果。更以民事訴訟法，刑事訴訟法，考究保護私權及行使刑罰權之程序者，即屬於此種之法學。而區分爲公法，私法，或程序法等者，不過以研究之便宜，爲系統的分割而已。故雖曰憲法，而僅註釋民國憲法（即約法）之法典條文者，不得謂之法學。苟爲關於我國統治權之主體客體及作用之現行法規，不問爲民國憲法（即約法）之規定，與國民政府組織法，或法院組織法之規定，悉彙類之，分析之，爲系統的說明者，方可謂爲關於憲法之系之法學。又雖曰民法，民事特別法，而僅逐其法典條文，解釋其規定之意義者，亦不得稱爲法學。何則？理解法文意義，雖爲實際上所必要之法術，而法典之編纂，非必盡依學理，爲圖實際之便宜起見，有不能一貫其論理者；且學理上之原則，寧爲法文之前提要件，而不顯於法文之表面，故逐條解釋法典者，不過爲明各條文之意義，而實不足以理解其原理原則也。

古來研究法律者，以解釋法文之章句，知得歷來之慣例，卽畢乃寧·泊乎近世，以系統的研究法律大家輩出，乃見真正法學之發達。英儒品泥母氏及阿師勤氏等大法學家出，始分析錯雜無極之判例，以系統的研究其原理，德儒沙比尼氏及伊林克氏等碩學輩出，又深究法學之系統，以釀成斯學今日之隆昌。法國編纂法典以前，法學大家，項背相望。第十九世紀之始，法典編成以來，研究法律之方法，爲之一變，概汲汲於法典之註釋。不勉爲系統之講求。法學界遂不及從前之光明者多矣。我法學研究。尙在幼稚。法典編制，更不容緩，系統之研究，又豈可一日忽哉！

第四節 哲理法學

哲理法學（卽法理學）者，以研究法律的現象之最高原理及根本的原則爲目的。吾人依沿革的研究，理解古今變遷之由來。依比較的研究，得知東西異同之所在。依系統的研究，明悉我國現行法律所認之原則。而法學之研究，雖知其法律之過去如何，現在如何，尙有未盡，更須綜合此等研究之結果，不拘泥於某一國家某一

時代之法律，研究法律根本之原理原則，以得知理論上之法律如何，則吾人依此研究，理解法律之進路，批判現行法律之善惡，指導將來立法之方針，以增進國家人民之福利，於茲法學之終極目的，始可以達矣。

以哲學的研究法律現象，遠自希臘古代，漸次發達，雖其間先哲鴻儒，相繼研究，各開拓一派之學說，而至今尚未臻完全之域，要之，哲理法學，以沿革的，比較的，及系統的研究之結果，爲主要之材料，更以近時漸見發達之社會學，政治學，經濟學，倫理學等研究之結果，爲補助之資，藉以發見法律的現象之最高原理，而全研究法學之終極本領，並期與其他社會的諸科學之調和統一；故哲理法學之研究，具有深遠高尚之興味，而未易從事者。我國學子，往往誤認爲法學爲現行法之解釋，不爲此深遠之攻求，不惟不解哲理法學爲何物，而於法學之本領，亦沒却之，可不慎哉！

第五節 法學通論

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

一 法學通論，法學之階梯也；法學，據上所述，爲精深之專門科學，初學者，先須有國文，地理，歷史，數學，物理，化學，動植物學等普通學之素養，更須有外國語，政治史，心理學，倫理學，論理學等所謂高等普通學之預備，方可與言法學。然此等普通學與法學之間，尙有一極大江灣，若無引水人爲之先導，測量其深遠，指導其進路，尤恐不易渡涉，徒滋望洋之歎而已。故專攻法學者，於前揭諸學科之外，更須受豫備教育，知將來考究之法學，爲如何科學，與他之諸科學，有如何關係，所欲考究者爲如何現象，將依如何方法以講

求之，先悉斯學之初步，理解此道之津梁，則一入其門，自可升堂入室，明其蘊奧於無極，法學通論，即爲初學者之引水人，其任務以全斯學入門之階梯爲目的，原爲專攻法學以前所應修之豫備教育也。

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

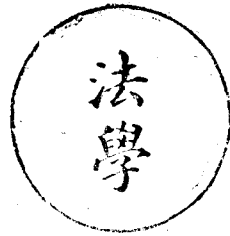
三 法學通論，示法學之概要也；專攻法學之各部者，往往於其一局部，雖有詳細之學識；而通乎法學一般之學識，竟至缺如。如是，於其專攻學科之根本的原則，有不能充分闡明之弊。例如民法，刑法，憲法，及行政法，其性質各異，而於或種之點，則無相同。如刑法之處罰竊盜，行政法之公用徵收，民

法之保護所有權，憲法之所有權不可侵，其規定不同，而觀念則一。專攻法律者，若獨注意力於一部，而明乎大體，則不能融合貫通，以得完全之理解；法學通論，即說明如斯之根本原則，期通乎法學之大體，故專攻法律者，固應修法學通論，以明專門學科之根本原則，在一般法學上具有如何地位，極爲必要。而未專攻各種法律者，亦不可一日忽也。

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

法學通論，如上所述，爲初學者之預備教育，爲諸專家之一般智識，爲法學者哲理法學之初步，爲實際家一般法律之要領。其本領，其目的，各不相同。故講述法學通論者，不可不以主要之目的如何，而異其趣旨，要之，法學之研究，始於法

學通論，終於哲理法學也，今假以法學為圓形，法律為方形，圖示如左：



圖中甲乙兩部，為示法學與他科學之交义，參照後章。

第三章 法學與其他科學之關係

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

之高深可耳。

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

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

研究心的現象及精神活動的法則之心理學，與關於社會的生活之法學。雖似無

何等密切關係；然法律為規律社會的生活之精神活動。雖乎意思，無有法律的現象之理。故研究意思自體之心理學，補助法律之研究亦不少。如刑法上以自由意思為犯罪責任論之基礎，果正當與否？抑吾人果有意思之自由與否？此等根本問題，皆俟心理學研究之結果，始可解決。自此點言之，可知法學與心理學，亦有最密切之關係。

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

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

要之，政治史，心理學，倫理學，人類學等，與法律有密接之關係。專攻法學者，於前揭諸科學之外，尤須研究此等科學；然自一般法學觀察之時，較此等科學更有密切關係，研究法學者，不可不知其大要，吾人於茲所欲說明法學與他科學之關係者，即爲此種科學，而所謂與法學同爲關於人類社會的生活之科學也。易辭以言，即法學，與社會學，政治學，及經濟學之關係是也。此三科學，即補充前圖法學兩側之甲乙，而法學與此三科學相俟而始完成者也。茲順次說明其關係如何，至醫學與法學，亦不無密切關係，又略及之。

第一節 法學與社會學之關係

社會學者，以研究人類社會之發達，及社會各部之關係爲目的，近來隨生物學之進步，而漸見發達之科學。蓋構成人類社會之各個人，有男女長幼之別，有士農工商之差，有貧富尊卑之異；各人之集合，有家戶，有村落，有道縣，國家之政治的團體，有商工業的團體，有學藝技術的團體，有宗教的團體，其千態萬狀，雖無

窮極，而社會，爲活物，有生命，有精神，從生物學之原則所發達之有機體，故組織社會之各階級，各部分，與他之各部分及社會之全體，有不可相離之關係，互以優勝劣敗之自然淘汰而生存發達者也。自此點言之，曰政治，曰國家，曰法律，皆爲社會的現象，依社會學之原則而被其支配，碩學斯賓塞氏之社會進化論，所謂：「生存之恐怖，成政治的團體之基礎。死亡之恐怖，成宗教的信仰之基礎。」者，爲此義，而吾人從適者生存之法則，以生存而爲婚姻，成家庭，成村落，遂成國家。於茲設定法律制度，維持社會秩序，以達社會的生活之目的者，故研究民法上之根本問題，如婚姻制度，繼承制度，私有財產制度；公法上之重大問題，如犯罪與刑罰之關係，如行政警察之權限，如寺廟法規等，及哲理法學上法律之最高原理者，不但須研究社會的生活秩序之法律，更非溯其本源，自社會學上研究社會的生活實質，以明構成社會之各部關係，則不能完其目的也。社會學與法學，既有如此關係，故修法學者，不問其專攻之學科如何，而研究社會學，爲第一要義；然茲所謂

社會學者，非無法學素養，僅以哲學之一部所考究之社會學，而爲精通法學者，更研究社會的生活之實質，對於組織社會之各部，闡明其相互關係之社會學也。

第二節 法學與政治學之關係

社會的生活秩序之法律，至人類社會組織國家時，始爲發生之現象，是國家者，法律之源泉也。且國家所以異於單純之人類社會者，在依法律以組織之，國家須俟法律始得存在，故無國家，不能成立法律，無法律，則國家亦不得存在，此二者殆有始終不可相離之關係，然國家制定法律，規律社會的生活秩序者，以之統治其國民，施行其政務，而法律不外爲行其政策之手段方法，故法律者，不難依其國家之性質及國體政體之種類，而異其趣旨，且依其政策之主義，而異其規定。例如：古代專制政體之國家，與近世立憲政體之國家，其憲法及行政法，所取之根本觀念，自不相同。行干涉政策，箝制個人自由之國家，與行自由政策，限於不害國家公益，放任個人自由之國家，其法律之規定，往往有冰炭不相容者。故欲完全研究法

學者，不可不明法律根本之國家性質如何，及制定法律之政策主義如何，然研究國家之性質，知其存在之理由及目的，以明各種國體及政體之利害得失（所謂國家學），與研究國家根本的政策之原理，論定政策之要道（狹義之政治學）者，屬於所須注意政治學之科學。是法學與政治學，誠有不可相離之密切關係。研究法律者，謂廣意於政治學，以法律手段為方法，研究國家所欲達之根本政策，其目的何在，闡明適合於立法精神之原理原則，務期不為法律之奴隸，而為法律之主人也。

第三節 法學與經濟學之關係

法律為達利國福民之目的，所存在之手段方法，而吾人增進福利之社會的生產，即不外經濟關係，故法律與經濟，猶之手段與目的，法律以保護經濟關係而存在，經濟關係，俟法律之保護而始為發達者也。若吾人耕作田圃，收穫果實，而不免他人之侵掠時，何人尙肯備嘗辛苦，以努力於生產事業耶？於是法律認私有財產制度，使各個人對於依其勤勞所獲之貨物，有自由處分之權利，即民法所定之所有

權。且爲保障其安全，防壓他人之侵害，以刑罰制裁之。如斯，民法刑法，皆由保護經濟關係之必要所生之規定，隨乎經濟關係之變遷而自爲變遷者，故研究法律者，不可不知經濟關係之原則。惟經濟關係，與人類社會之沿革，雖同其起原，而以科學的研究其原理，闡明貨物之產生，分配，交換及消費之原則，僅爲第十八世紀之後半期，阿達母師密斯氏著作「富國論」以來之事，最近六七十年間，漸見發達之新科學。吾人依此經濟學之原則，知土地所有權，由村落共有制度，漸進於個人私有制度；知地上權，永佃權等，使用他人土地之權利，得定一定之期限；知證明權利，須以登記之制度；知民事的買賣，互易借貸，僱傭等一切法律行爲之根本契約，有自由之法理；知票據，證券，公司，銀行等，須有保護信用之特別規定；且如婚姻制度，夫婦財產制，及繼承關係，亦皆依經濟關係之原則，始得理解其根本的法理者也。要之，現今之經濟關係，以財產私有制度與自由競爭爲基礎，現今之法律，不獨民法之私法，卽行政法，刑法，民事及刑事訴訟法之公法，亦皆爲成立

於此基礎之上者，故謂不明經濟學之原則，則不能解現行法律制度之法律者，非過言也。不但此也，將來全廢私有財產制度而爲共產制耶？或制限其一部分而認土地國有制或土地公有耶？抑以特種之產業，爲公共團體之獨占事業，防制其自由競爭耶？制定勞動者保護法，限制其勞務給付之自由耶？此等重大問題，以及立法問題，皆依經濟政策之如何而定，經濟基礎，若至變遷，法律規定，亦必爲之更動，故欲批判現行法律之當否，指導將來立法之進步者，不可不知經濟學之原則，而百般之經濟政策，必俟現行法律之改正，始可實行，離乎法律保護，又不能企圖經濟關係之發達，故法律家須知經濟之原理，經濟家應有法律之智識，二者固有不可相離之關係也。

第四節 醫學與法學之關係

以上所述三科學，與法學，皆關於人類社會的生活之科學，爲完成法學之研究，有必要不可缺之關係者。反之，醫學爲關於個人身體，生命之自然的科學，與法

學雖似無何等關係；然醫學與法學，在研究學理上，雖無不可相離之關係，而法學家應用法學於實際問題，醫學者應用醫學於裁判鑑定時，法律家以有醫學上之智識爲必要，醫學者以有法律上之智識爲必要。例如：審判甲某殺乙某罪，甲某是否毒殺乙某？抑因毆打或因過失以致死？及甲某爲精神病者與否？審判官不可不判定之。且檢察官或調查之推事，當檢證此事件也，須考察其殺傷，出於如何方法之手段，皆不可不求專門醫學者之鑑定，以求明確，是此判斷，有關於醫學的智識，如知毒殺毆打，各具如何現象，精神錯亂，常呈如何徵候者，始得完全行之，故司法官適用於實地時，不可不有如斯之醫學智識，又醫學者爲此事件之鑑定時，欲理解其職責，須知關於鑑定之法律（刑事訴訟法第十四章），如何規定，故醫學者於此點亦以具有法律智識爲必要。如斯，法學與醫學，其學術應用上最有密切之關係，此法醫學或審判醫學之一種科學，所以漸見發達，研究二者關係，以期法律之應用上無有遺憾也。欲成將來有爲之法術家者，於研究之外，更可不研究法醫學，以修養

醫學的智識乎！

第四章 法學之基礎

第一節 國家

第一款 國家之觀念

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

往時之國家，勿論矣，自實質上觀察近世之所謂國家者，為於一定領土之上，

依國權所統一之人類團體也。卽組織國家，以一定之土地，爲其基礎者，要件之一也。學者，謂：國家爲領域之團體者，以此。如遊牧民衆，政治結社，及其他各種團體，雖爲有一定組織之團體，而不得稱之爲國家者，以其無劃然之領域也。又以人類之團體，爲其基礎者，要件之二也。非人類之團體，不得稱爲國家，不俟論矣。既謂曰：團體，雖爲抽象的觀念，亦不難明悉。蓋可稱爲一體者，有客觀的成獨立之一體，與外物可區別之獨立體者。有自場所時，及行爲等之點，主觀的綜合於統一觀念之下，而爲一體者。如謂：一家，一室，一市，一村，如謂：一行爲，一射擊，一書籍，其各部份，不可不於或種關係之下，綜合之，統一之，而爲一體。江漢朝宗於海，不舍晝夜，然江漢依然不失爲江漢。士卒新陳代謝，將帥時有調遷，然師旅依然師旅也。同此關係，組織國家之個人，新陳代謝，一日不息。構成國家之領土，增益減縮，時或變更。又組織國家之形式，亦有君主政體，一朝而變爲共和政體者，然國家之團體，於此無相關涉，而依然存在也。而統一此抽象的觀念

之團體者，即國權也。是以國權之統一者，要件之三也。占住於一定土地之人類團體，於殖民地與殖民之關係，屢屢見之。然此所以不得稱爲國家者，惟以無獨立之國權而已。使占住於一定土地之人類團體而爲國家者，實因有國權以統一之，此學者所以謂國家爲國權之勢力範圍也。然於一定之期間，版圖內之或部分，國權不能完全到達者，與國權之喪失，不可混同。例如：泰西諸列強及日本，在我國雖尚有租借區域，而不得謂其區域，已非我國之版圖。何則？我國認外國之租借區域，雖其期限，幾近百年，而苟有期限在，則依然爲我國之版圖也。若以戰爭之結果，割讓於外國者，自割讓之日，則非我國之所有矣。

夫如是，國家者，以一定之領土，爲其體軀，依國權而統一之人類團體也。而此團體，於其組織之個人生存以外，爲獨立的生存，徵之國家意思，非必爲人民各個之意思所綜合；國家活動，非必爲人民各個之活動所綜合而自明也。此事實的存

在，至法律認其獨立生存之目的，而成爲人格。然法律果認國家之人格與否？古今

法制，雖未明白規定，而國法上及國際法上，以國家爲法律關係之主體，則爲不可爭之事實。如規定國家相互關係之國際法，規定國家與其人民關係之公法，若不認國家有獨立之人格，則不得而了解之。若國家過爲單純之事實，則對於國外，派遣使節，宣戰媾和，對於國內，統治人民施行政務，抑爲何者之活動耶？不認國家有獨立之人格，他無說明之道。由此觀之，在法學上觀察時，國家者，人格者也。視國家爲獨立人格者之觀念，發生於古代，復興於中古，自第十六七世紀，益其勢，及近時始爲世之定說。蓋人格，爲法律關係主體之能力資格也。法律關係，俟法律而始生，故人格亦俟法律而始有。人格，爲法律之所創設也。私人之人格然，國家之人格亦然。事實上之國家，雖存在於法律以前，而人格者之國家俟法律而始生。國家承認或制定法律，同時又以法律自支配之以規律自己之行動，即國家爲法律圈內之一單位而活動者也。此法學上所以有論國家爲一人格者之必要也。

第二款 國家與公共團體之區別

國家於中央機關之外，區分國內爲大小區劃。並設諸種機關，以爲行使國權之便，卽省，縣，市，及區等區劃，分置之諸機關是也。然省，縣，市，及區等，有不僅爲行政之區劃，而具有獨立人格者，稱此曰：公共團體。其設置之機關，爲團體自身之機關，非國家直接之機關，卽非國家之所任命，而團體爲代表自己意思所設之自己機關也。徵之諸國實際，公共團體中最發達者，屬市鎮鄉公共團體，爲權利之主體，而有獨立人格。一對於國家，二對於公共團體，三對於團體員，皆立於公法上之法律關係者。又此等團體，對其團體員，雖得以行使命令權，而國家不以此妨其國權之自由行動。何則？國家對此固直接間接得以行其監督權也。

如此，公共團體，亦與國家同有獨立人格，共有命令權矣。而國家與公共團體之區別，果何在耶？學者或以兩者所有命令權之性質以區別之。謂：國家所有者，爲固有之命令權；而公共團體所有者，爲自國家傳來之命令權也。卽公共團體，雖有命令，而畢竟受國家之委任，不過於其委任之範圍內行使權力也。或以目的之性

質區別之，謂國家與公共團體之區別，不在其權利，而在其目的。即公共團體，以營地方的共同生活，及充隣接地域之共同需要爲其目的；而國家之目的，在於滿足國民全般之利益也。又謂國家之目的，在亘於各般，爲達其目的之各般作用。有及於人類生活各方之權力，故國家之目的與權能，爲無限制的；而公共團體，其目的惟在於地方關係，即在滿足地方的共同生活所必要之共同利益，其目的爲有制限的也。或謂兩者之區別，不可訴之於國法，而須求之於國際法。國際法上之法律關係主體，即人格者，國家也；非國際法上之人格者，公共團體也。或謂國家對於公共團體之權力爲無限制的，而公共團體之事務，其範圍如何，爲國家以法律自由定之，非其團體所左右之也。又或謂國家之行國權也，有直隸之官署者，有設公共團體而特予以獨立人格者；然皆爲國家之行政機關也。國家與公共團體，惟於此點，異其性質耳。若贊同最後一說，則公共團體與國家之關係，於此可決者如下：一公共團體，與官署相俟而爲國家行政之機關也。二公共團體，於國家以外，雖有人

格，又行命令權，而其人格爲國家所創設，其命令權爲國家所付與也。其權利爲自國家所傳來，非自己所固有也。

第二節 人格

第一款 人格之觀念

法律者，規律人格者間之關係也。故人格之觀念，與國家之觀念，共成法學之基礎。抑人格之文辭，如通俗所謂：「彼無人格」者，有侮辱意味，於品位之義相當；而法律上觀念所謂：人格，謂得爲權利義務主體之能力也。所謂人格者，謂此能力之主體也。蓋權利義務之主體云者，即指示其歸屬者。故就權利言，稱爲權利之主體；就義務言，稱爲義務之主體，而皆爲人格者。法律上意義之人者，即指稱此人格者也。通俗意義之所謂：人者，指示自然人之吾人人類；而在法律上，自然人以外，尚有稱爲人者，別於自然人，謂之曰：法人，故自此點觀之，法律上所謂人者，較生理上之人，是有廣意義，然明爲吾人人類，乃法律上不認爲人者，徵之

法制史，非無其例，如奴隸是也，奴隸非法律上之人，實與物件同一視之，自此點觀之，法律上所謂人者，較生理上之人，反有狹意義焉。夫在法律上不問人之生理的組織如何，皆應以法律關係之主體而觀察之，奴隸制度廢止以來，苟爲自然人，無不認爲法律關係之主體者。近世法制，爲避用語之混雜，惟稱自然人爲人，與法人以區別之。我國民法所謂人者，卽爲此義。故人格，爲權利義務主體之能力也。人格者，爲此能力之主體也。無此能力，則無權利義務。權利義務之所在，必有此能力。非人格者不得享權利負義務也。法律生權利義務，同時認其歸屬者之資格，人格卽由此生。人格俟法律而生，法律以前無人格，人格爲法律所創設也。法人之人格然，自然人之人格亦然。法律以前之人類，爲事實上之人，非人格者，此正如法律以前之國家，爲事實上之國家而非人格者也。

第二款 法人之觀念

人格之觀念，及法律上意義之人，不必限於自然人之吾人人類，既如上所述。

而自然人以外之人格者，即法人云者。爲非自然人而有權利主體之能力者也。蓋人生目的，極其多端，而生命財力，不能無限，方其營生活也，有以單獨之力，即得達其目的者，有合數人之力，方可達其目的者，又有非依多數之人力，財力，弗能達其目的者，隨人文之發達，社會之進步，凡百事業，須有永久的性質，與宏大之經營，故人類於一方單獨活動，同時於他之一方，依各種之共同組織與財力集合，以期達到其目的。法律以其共同之組織，財力之集合，爲有獨立生存目的之一主體，以其行動，與個人之行動分離，認有獨立的觀察之必要，法人之所以生者，實在於此，如國家，如公共團體，如民法上之社會，財團，及公司法上之公司，皆於此理由之下而爲法人。國家以外公法上之公法人，曰：公共團體。在私法上成於人之團體者，曰社團法人。成於財產之集合者，曰：財團法人。而法人之法律上人格，與自然人無異，是自然人，法人，在法律上皆爲人格者。爲人格基礎之吾人人類，即自然，人爲自然界之一生物，存在於法律以前，爲法人基礎之人團財團，亦存

在於法律以前，然人格俟法律始爲人格也。法人然，自然人亦然。惟近世文明諸國之國法，廢止奴隸制度認人類概有人格，而認團財團，限於或種場合方有人格而已。至人格須俟法律之創設，自然，法人皆相同也。

法律論

第一篇 總論

第一章 法律之性質

第一節 法律之觀念

第一款 關於法律觀念之學說

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

一 神意說；此說，以法律為直接間接由神意所啓發者，直接啓發，即法律為神自進而告知於人類者。間接啓發，即法律非直接為神所命令，而總由神意所造出，立法者之制定法律，其規定，必協乎神意者也。

古代法典，其此觀念以規定者頗多。蓋此全爲治者爲統一被治者計，乘其人民智能缺乏，迷信愈重，利用神道以爲治國之策，其政策與迷信相合，遂確立如斯觀念，其以法律爲間接由神意所啓發者不過左之觀念，因時勢之變遷，失其根據，一變而至於此也。近世知名之士，猶有以此觀念爲基礎，而說明法律之性質者。然依此說時，先不可不明神之有無，卽假定爲有，而其神之性質如何，非確定之後，不能據此以說明法律也。

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

正義觀念，包含於法律觀念之中，此固爲理論上及歷史上不可爭之事實；然此觀念，可定法律之性質乎？如謂法律爲正義，則反乎正義之法律，自不得

而存在，如有反乎正義之法律，可謂審判官無適用之責任乎？又關於程序之法律，可以正義觀念說明乎？如何日內上訴，可為正義乎？又經過其期間而上訴者，可謂反於正義乎？種種反駁，均難辯解。況夫所謂正義者，如何定之？又何人定之？更屬漠然耶？

三 人性說；此說以法律為完全人性之標準也。然一切法律，皆可為完全人性之標準乎？而完全人性之標準者，道德，宗教，莫不皆然，然則如何之標準為法律，如何之標準為道德，為宗教乎？況一切法律，皆謂其必為完全人性之標準者，又不盡然耶？！

四 道德說；此說以法律與道德同其實質，或為道德之一部，有謂法律為強制其正之道德行為之規則者；有謂法律為使社會人類，對於外界，加以一定權力之道德的規則者，無不基於此觀念也。

夫道德法律，共為行為之準則雖一；而兩者之外形不同。道德之主在意思

，以由內正外爲目的；法律之主在行爲，以由外正內爲趣旨。法律上規則，爲道德上規則之一部，**■**矣；然惟謂法律與道德同其實質，或爲道德之一部，不可謂即明法律之觀念。即依此觀念時，反乎道德之法律，不可不斷定爲非法律。凡如民，刑訴訟法，如憲法行政法，不可不謂爲非法律。何則？民，刑訴訟法，憲法，及行政法等，包含道德之觀念者鮮矣。

五 自然律說：此說，以法爲萬有法即自然律之一節。法非神人之制作，爲自然存在之一種現象也。宇宙有自然律，日，月，星，辰，因以運行，春，夏，秋，冬，因以來往。人事豈獨無定律耶？蓋人類亦自然界之一部也。自然界之一生物也。故法律爲自然律之一部，而人事界之自然律，即法律也。孟德斯鳩氏謂：「一法者，以廣義言之，爲基於事物本性之必然關係。萬物有法，天帝有法，獸畜有法，人類亦有法，」者，即基於此觀念者也。

此學說之根柢，以近世科學進步，雖漸有鞏固之傾向，而以之說明法律，

則有未盡是者。卽此學說，於說明何爲一般之法、國家之法，卽法律，亦爲其一種之點，誠無錯誤。至自然律之如何部分爲國家之法，則未之解說也。

六 秩序關係說；此說，頗與前說相似，以法律爲一定之秩序關係，卽法則也。

• 法則者，於事物之因果關係，定一定之順序；卽於特定之事實，認有特定之效果也。英之物理學者，阿克師萊氏，謂：「法之本質爲秩序，而示有一定之原因時，必得一定之結果。」者，卽基於此觀念者也。

此說與前說同，於說明法之觀念，尙有未至。法者，固爲秩序關係，卽法則也。國家之法則，亦固爲其一種；然如何性質之秩序關係，方爲法律，則不免漠然置之矣。

七 自由規律說；此說，以法律爲定各人自由行動之範圍，一方制限其自由，而他方保持其自由也。德之學者謂：「法律者，爲從自由之通則，使各人之專恣，與他人之專恣，可相調和的條件之總體，」者，卽基於此觀念者也。

此說，在歐洲自由論盛行時代，雖有一時之勢力，而究非完全之說。蓋此觀念，雖可適用於一部之法律，而不能應用於全體之法律。何則？法律有保障人之自由者；有保障一人之自由，而制限他人之自由者；有對於無論何人，皆不使其自由者也。

八 民約說；此說：以國家自人民之約束而成，法律者出於人民意思一致之結果。換言之法律者人民常組成國家之時所締結之約款也。

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

九 總意說；此說，以法律爲其時人民全般意思之發表也。約言之，即人民之總意也。學者曰：法律者，非人所創作，而自然發達也。法律者，非主權者之

制定，而人民一般，關於法律事項，反覆或行爲以釀成之也。故慣習法，爲人民之法律確信，直接以發表，爲最良之法律也。立法者，雖有制定法律之事，而不過對於人民所確信爲法律者，予以法律之形式，實人民之總意間接發現者也。

此說，謂法律非主權者之意思發表，與命令說異，非如契約之特定行爲，發生於一時，與民約說異。民約說於或種之點，雖與總意說相似，而一爲特定時人民之契約合意；一爲其時，卽不特定時人民之總意。一爲依於契約；一爲不依此外形的行爲。此兩說之差異也；然此說亦不能說明法律之觀念，卽依此說時，反乎。民總意之法律，不可不謂爲非法律。且所謂總意者，果以如何方法發表之，亦不分明也。

十 命令說；此說，以法律爲主權者之命令。依此說以定法律之觀念者，雖爲羅馬法曹，而完成此說者，須歸功於英之分析法學派。自英儒謂：一法律爲有

權力者，對於被治者所命令可爲或事及不可爲或事之言語。一以來，學者祖述此說，結局至謂法律，爲政治之優者，卽主權者，對於政治之劣者，卽國民之行爲，所下之一般的命令也。命令者何？卽優者對於劣者所爲之意思表示也。而劣者不從優者表示之意思時，不可不甘受一定之惡報，卽制裁也。

對於此說，學者非難之點有四：一，如憲法及行政法之一部。不可不謂爲非法律。何則？憲法及行政法中之規定，關於國家自體之行爲者，實與多數也。德之學者謂：法律中固包含有憲法及行政法矣，若謂法律爲對於人民之命令，則自己對於自己之命令，有不得而想像者。二，不可不謂慣習法爲非法律。何則？慣習法，非主權者所命令，不過僅予以承認而已。三，至法律不得爲權利本位。何則？命令可生服從之關係，服從惟可生義務之關係耳；然現今文明諸國之法律，非概以其權利爲本位耶？四，法律不必盡爲命令，亦有不過容許之者，如關於私法之範圍是也。

十一 強行規則說；此說，與前說有唇齒輔車之關係，即以法律為依外形的制裁以強行之規則，無強制力者，非法律也。德之學者，有謂法律與道德之區別，視乎制裁之有無者；有謂法律者規則也，為以外形上之苦痛，處罰其侵犯者；有謂強行者，不僅為實行法律之手段，且為法律之要素，無強行力之法律，非法律者。其他英之學者，亦以強制，即制裁為法律之要素者，更不乏人矣。

然一，關於強制觀念，有不明悉，因人而有見解之異同，有以為惡報者，有以為苦痛者，有以無效，褒賞等使舍之于此中者，制裁之觀念，既不明悉，則此說無意義之可言。二，無制裁之法律，亦法律也，如憲法，及行政法之一部，為優者，即主權者，自己制限其行為，雖缺制裁，猶為法律是也。故此說亦不可謂其無缺點焉。

十二 共同生活要件說；此說，以法律為人類共同生活要件之一部。匈牙利之學者，謂法律為國家對於實際的社會之生存要件，予以認許，且依國家始可履

行之規則全體者。英之學者，謂法律爲指示人類共同生活之要件者，皆基於此觀念者也。

夫法律爲全人類之共同生活所發生者，固不容疑。而以法律直爲人類共同生活之要件，則反乎共同生活要件之法律，不可不謂爲非法律；然法律雖爲惡法，而仍不失其爲法律也。

十三 行爲說。此說以法律爲行爲之規則。英之學者，謂法律爲以政治的最高權力強行之人類的外部行爲之規則者。法之學者，謂法律爲人類的外部義務之規則者，皆基於此觀念者也。

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

第二款 法律之意義

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

一 法律者，秩序，又規則也；秩序者，對於一定原因，發生一定結果之事實也。規則者，指稱其因果關係之語也。自其實質上論之，法律爲一秩序，卽一規則，與法律以外之一切法則，關於此點，固相等也。卽法學上之法律，道德上之法則，宗教上之法則，及自然界物理上之法則，皆各爲一規則，而不外爲一定之原因結果的關係也。例如：向天擲石，必墜於地，一切物體，皆向地上墜落之事實，爲依於重力之法則而然，猶之依刑法上之法則，有殺人之事實時，必使發生死刑之結果也；然法律上之規則，與自然界之法則，實有一大差異，卽自然界之法則，爲事物必然之關係以人力所不可避者；而法律爲人爲之規

則，非事物之性質上有不可不然之關係也。例如：投手於火，自然焦爛者，爲事物必然之關係；而殺人者，無必處死刑之必然關係，如同一般人也，有不必處死刑者，有處死刑者，又有不止殺人者一人之死刑，而更及其一族者。故對於一定之事實，使生一定之如何結果者，全由立法機關以人爲的規定，固無萬古不易之標準耳；然法律爲一規則，卽爲對於一定事實，使生一定結果之秩序。則無論何種法律，何代法律，皆爲同一，此法律之所以爲規則也。

二 法律者，行爲之規則也；法律爲類外部行爲之規則，行爲云者，本於意思兼有動作而言，故但有意思；而未見諸動作者，非法律所問。例如：甲欲欺乙，詐取其金錢，雖其意思已決，而尙無任何表見時，法律上不能處罰也。又雖有動作而無意思，則與偶然之事實無異，亦非法律所問。例如：甲執乙手以毆丙，乙對於丙，並無傷害意思，在法律上不得謂爲乙之行爲也。學者，對此非難，謂法律規定，有關於人之內心者；然此種法律，古代蓋行之矣，而非今

日之法律思想也。不可因有此事跡，竟謂法律非行爲之規則。法律爲發達物，古今東西，不必一其觀念，古代法律，雖爲神意之啓發，又爲道德之一部，並人之內心而干涉之；然近世法律，當其規法行爲也，雖不無偶及於意思之問題，而決無羈束意思一面之場合也。古代有古代之法律觀念，現代有現代之法律觀念，謂法律爲行爲之規則者，吾人就於發達之法律所下之定義也。

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

學者或加制裁之觀念，謂法律爲國家強行之行爲規則也。然制裁之觀念，決非存在於一切法律者，憲法中規定國家自體之部分，即無所謂制裁也，尙有強制手段之法律，亦非強制適法之行爲，惟於不法行爲，加以制裁而已。然則以制裁爲法律之要素者，致使法律之範圍，至於狹隘，其不當也明矣。

如上說明，法律爲行爲之規則，由國家所制定或承認者，其制定或承認之也，不必以國家自體爲之爲要，凡基因於國家權力之規則，皆不妨爲法律，故國家以外之公法人所制定或承認之規則，亦法律也。又必以一國之制定或承認爲要，數個國家所制定之規則，如國際公法，亦不妨爲法律也。

第二節 法律與宗教之關係

考人類開發之歷史，在古昔幼稚社會，宗教與政治，常相混淆，卽所謂政教一致時代，宗教一事，爲治國撫民必不可缺之手段，其人民所遵守之規則，多規定之於經文以內，依神佛威信，以實行其法律，故古代之法典，教典，其內容規定，皆不外爲宗教上之教旨，與生活關係之規則也。及乎社會漸次開發，宗教政治，遂至分離，法律始由宗教上之規則，分化爲維持社會共同生活所必要之行爲規則，而認有獨立之存在，自此以後，宗教支配國家之關係，一變而爲國家支配宗教之關係，國家於一定之宗教以外，常禁止之，行所謂國教制度，宗教上之教義法則，反須法

律保護，以使國民之遵奉勿違也。然至近世，政治之思想發達，法律之科學進步，政治與宗教，尤爲明白分離，國家置宗教於政治以外，以各人之信教自由爲原則，而宗教原成立於國家以內，無存在於國家以上之理由，故無論何國，惟於不妨礙安寧秩序之範圍內，認人民之信教自由，我國憲法（即約法），亦取此主義，設人民信教自由之規定矣。雖然，宗教與政治，卽至完全分離，而人類之生活，其行爲之大部分，猶不可不從宗教上之教義，故法律與宗教，同爲吾人之行爲法則，惟其間不無區別耳。

夫宗教者，果何物耶？簡單言之，爲人類恐怖死亡，希望生活，求安心立命之念切，故直覺的認有主宰宇宙萬有之絕對的原因，卽所謂神，所謂佛者，照臨於人間，信此絕對的原因，與非絕對的生存者卽人類及其他一般生物之關係，由此信仰，設立教義，以努力於適合教義之行爲或不行爲者也。自此點言之，宗教上之教義法則，亦爲人類行爲之法則，各人從宗教上之教義，於神佛所命令者爲之，所禁

止者不爲之，與從法律之規定相同矣。然宗教與法律，於左四點，不無相異，茲略述之。

一 客體；法律所支配之客體，爲吾人人類相互之外界的生活關係；宗教所支配之客體，爲造物者與被造物者之關係。即一爲人與人之關係；一爲人與神之關係也。且其關係，一爲不問吾人之感情如何，以理性得以認識之外界的關係；一爲基於人類感情上之信仰，以理性弗得理解之不可思議的關係也。是一存在於信仰，即感情之上者；一基於理性而存在者。此其相異者一。

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

三 制裁；法律之中，有對於違法者，加以外形上之強力，即因制裁而行之；

而違反宗教上之法則者，不過自己之良心，致感苦痛而已。故一由各人良心之強弱，有奉爲行爲之法則而行之者，有不然者，二不問各人良心之苦痛如何，而概加以外形上之強制者。此其相異者三。

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

要之，法律者，由於共同生活之必要，基於吾人知性所發達之行爲規則也；宗教者，爲全人生之目的，求自己之安心，基於吾人感情所發達之行爲規則也。且人類之知性，不必與感情同一進步，有同時者，有或後者，有或先者，故法律與宗教，不獨相異而已，且往往有牴觸之規定，卽法律之所禁止，反爲宗教之所命令，法律之所命令，反爲宗教之所禁止，徵之古今歷史，法律與宗教相牴觸之事蹟，昭昭乎明矣。雖然，宗教法律，爲人類完其生存所必要之事，則實相同，自此點言之，宗教與法律，互有密切之關係，雖在政教分離之今日，宗教上之理由，尙於立法上

，司法上，及行政上，頗有影響，徵之歐洲法制史，爲最著之事實者，例如：結婚之方式，離婚之禁止，及司法裁判之宣誓等，皆由宗教上之理由所出之法則是也，故各國法律之發達，與宗教之發達，大有關係，宗教野蠻之國，其法律必極幼稚，宗教文明之國，其法律必甚發達，是欲知法律者，須注意於宗教之發達如何，以全無關涉而度外視之者，其愚不可及也。

第三節 法律與道德之關係

道德觀念，發達最早，如亞里士多德，孔子，釋迦，基督等相繼唱道。其說紛紜，莫衷一是，而孔子謂：「率性之謂道，道也者不可須臾離也，可離非道也」。是道德，爲人類應守之法則，而以之爲吾人行爲之標準者。當社會未開化時代，法律與道德混淆，道德爲主，法律者不過規定不道德者所被之制裁，爲道德之補助而已。故古代法典，無不揭示道德上之法則，卽在今日，謂法律爲道德之一部者，尙不乏人。蓋道德之目的，在於全吾人之天性，使各個人爲完全之人，以期人類一般之

完全，固爲人類社會的生活之秩序形式而發達之，就此點言，道德，法律，皆由人類共同生存之必要而出，此二者誠有最密切之關係也；然至近世，法律離道德而獨立，其所具之性質，亦各不同，茲述於左：

一 客體； 法律，道德，雖皆爲行爲之規則，而爲法律標的物之行爲，爲意思表示於外界之結果，其原因之意思善惡如何，非所問也；道德，雖爲行爲之規則，而以其原因意思之善惡爲主，即關於所謂良心之規則也。學者區別法律爲行爲之規則，道德爲心意之規則者，即此義也。然行爲兼意思與動作而言，離乎意思，無所謂行爲，行爲之規則，即爲意思之規則，固不俟言，况法律於或場合，又有以意思之善惡，而異其效果者，不得謂法律爲行爲之規則，非意思之規則也。惟茲所應注意者，即法律雖有論及意思善惡者，而以形於外部之行爲，得推知其內部意思之善惡者爲限，固非規定人類之良心自體，故法律尙不妨爲行爲之規則也。反之，道德雖有批評行爲善惡者，而非以外部之行爲，

非測內部之意思，固由內部，推論外部，即以內部之良心爲基礎，而判定外部之行爲爲善爲惡也。如此，道德的行爲，與不道德的行爲之區別，專視乎良心上之善惡而定，就此點言，固可謂道德爲良心，卽心意之規則也。是以爲（或不爲）法律所規定之或行爲者，其行爲（或不爲）卽令由惡意而出，而尙爲適合於法律之行爲，非不法行爲也。反之，道德上之行爲，其外形雖爲同一之行爲，若其行爲，反乎良心，出於惡意者，則非適合於道德之行爲，爲不道德的行爲也。故自此點論之，可知適於法律之行爲，不必常爲適於道德之行爲，卽適法的行爲，不必常爲道德的行爲也。法律所支配之客體，與道德所支配之客體，不僅異其實質而已，其範圍亦有相異，卽法律所支配之行爲，爲對於他人之行爲，而道德所支配之行爲，有爲對於他人之行爲者，有爲對於自己之行爲者。且對於他人之行爲，極言之，皆爲對於自己良心之行爲，而與法律所支配之對於他人行爲，全異其趣也。學者有謂：道德所支配之行爲，皆爲積極的，而

法律所支配者，惟消極的行爲而已。又謂：道德所支配之行爲，較廣於法律所支配之行爲者，即欲說明此意義者也。此其不同者一。

二 威力；法律爲國家之規則，有國權潛於其後；而道德爲社會的規則，由於或時代之善惡確信所出，究爲吾人良心上發生之法則，其成立也，不必以一定之權力者爲要。此其不同者二。

三 制裁；法律，爲吾人行爲之規則，其中有因吾人以外之強制力，即國家之國權以強行之者；而道德上之法則，不因外部之強制力而行，惟因吾人良心之力，爲吾人應守之規則耳，學者謂：法律爲強制的規則，道德爲不得強制之規則者，即此意也。夫道德中所謂公德，即對於社會，對於團體，對於人類全體之公共道德，有違反之者，社會上固有強大之制裁，殆與法律之制裁無異，然亦不過對於自己之良心，有感苦痛而已，與法律上外形之制裁，則大異其性質也。此其不同者三。

四 目的。法律之目的，在於維持公共團體之秩序，增進人類社會之幸福；而道德之直接目的，在於期人性之完全，以達人生至善之目的，至其維持會秩序，不過間接之結果而已。此其不同者四。

道德與法律不同，固如斯矣；然此二者，以不相牴觸為原則。彼所謂：法律上之罪人，非道德上之罪人者，不但屬謬誤之觀念，且有破壞法律思想之虞。蓋道德為全人類之天性；法律為全人類之生活，二者根本之目的，原無相異，故在健全社會，法律上之義務，常為道德上之義務，法律之違反，亦常為道德之違反，惟道德於法律所不問者，而仍望其合乎法則。不逾範圍，是以違反道德者，不必其常為違反法律也。法律與道德混淆，及法律為道德一部之社會，勿論矣，即在近世文明諸國，道德與法律，固相輔相依，並行不悖，其立法例，以反乎道德之故，換言之，即反乎善良風俗之故，以其行為，或為不法，或為無效，而加以制裁者，不遑枚舉。且如親屬法上之規定，關於親子間之權利義務，夫妻間之權利義務，及親屬相互

間之扶養義務等，莫不基於道德上之思想，但若一任道德上之法則，恐良心薄弱者，肆其不道德之行爲，而無可如何，故以國家之威力，強行道德上之原則也。如斯，道德之法則，得法律而益徵實行，法律之規定，據道德而始無遺憾，規定法律者，若徒取法夫文明國之法制，而不顧及其國民之道德程度，則不免爲死文徒法，欲收良好之結果者，難矣。故從事法律者，不但須注意於道德之發達，且非自進而獎勵公德，則法律學問，反有害於國家，流毒於社會，其弊害將不堪言。研究法學者，不可不於此點，注意及之！

第二章 法律之淵源

第一節 習慣

習慣者，汎言之，爲人類自然的永久所準據之行爲標準也。其淵源雖不一致，而習慣之發生於人類社會，與闢一徑於積雪之中，頗相類似，夫積雪數尺，絕無人

跡之際，交通極其艱難，若有冒此艱難，一度通行者，留其蹤跡於雪上，則繼續而來者，絡繹不絕，其蹂躪之面積，漸次廣大，終成坦途，羣感交通之便，幾不知其初爲積雪者，習慣之發生，豈異此耶？例如：我國，出生彌月之祝，死亡賻奠之儀，其初決非我國人一般所行者，究其由來，必一人倡之於先，衆人和之於後，不識不知，遂成一定之習慣，而不可變易。是雖卑近之一例，而人事間之習慣，皆以此順序而成立也，明矣。而其成立之習慣，爲法律之一大淵源。蓋人類所行之習慣，久之成第二天性，有反乎此者，則生羣起擯斥之傾向，故此習慣中有屬正確而須強行者，國家或承認之爲法律，或採擇之以規定於成文法之中也。學者，有以地之廣狹，區別習慣爲一般習慣及局地習慣者。一般習慣，謂國內一般所行之習慣，局地習慣，謂國內一部所行之習慣。凡在交通閉塞時代，多局地習慣，而少一般習慣，隨交通之便利，其習慣自漸歸於統一，此自然之趨勢也。有以人之範圍，區別習慣爲普通習慣及特別習慣者，普通習慣，謂行於一國人民全般之習慣，特別習慣，謂

行于一國特別人民間之習慣。例如：商業上及農業上之習慣，行於商人或農民之間，故為特別習慣；而關於養子習慣，行於人民之全般，故為普通習慣是也。又有以形式如何，區別習慣為成文習慣及不成文習慣者。成文習慣，謂集錄於文書中之習慣；不成文習慣謂未集錄於文書中之習慣。例如：日本民事習慣例集中所有之習慣，為成文習慣，而關於用水習慣，多未記載於文書中，為不成文習慣是也。然習慣不問其種類如何，其自身固無法律之效力，其生法律之效力也，不可不俟國家之承認或規定焉。而習慣為法律之材料，其方法有二：

- 一 承認習慣，付與以法律之效力；國家承認習慣，付與以法律之效力者，頗多。如英國之普通法，即由國家之承認，而習慣變為習慣法者也。日本法例（明治三十年六月二十一日法律第十號）第二條規定曰：「不反於公之秩序及善良風俗之習慣，限於依法令之規定所認者，及關於法令未規定之事項，與法律有同一之效力。」云者，亦此例矣。至習慣法成立之方法如何，述之於後。

二 採用習慣，規定於成文之法律；國家制定法律之際，採用習慣而規定者，亦不少。如英國之買賣法，破產法，公司法。又如我國民法之親屬編，繼承編等，即多採用習慣，以定爲成文。諸國法典中，不乏其例。

第二節 宗教

政教一致時代，宗教勢力，最爲強大，一切文物，皆歸於僧侶之手，故宗教多爲法律之淵源。即謂古代法律，概爲基於宗教，亦非過言也。而宗教爲法律之材料，其方法有三：

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

二 根據宗教之教旨，以定法律；例如：歐洲中世所謂寺院法者，集錄高僧會議之議決，純依宗教之教旨以爲法律是也。

三 採用宗教之規定以爲法律。宗教上之定規，一變而爲習慣，再變而爲法律

者頗多。蓋宗教上之教則，久之自成習慣，國家有承認之爲法律者，有採用之以規定於成文之法律中者也。

第三節 條理

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

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

二 採用條理，規定于成文之法律；昔時法律，概爲條理之集合。卽在近世，關於親屬規定，亦多採用條理以爲法律者。

三 承認條理，付與以法律之效力。社會進步，事物日繁，立法機關不能悉以之網羅於法文之內。且社會之變遷，無有窮極，欲以固定之法律，應此必需，更屬難事，則當決定法律關係時，法文外所可依據者，習慣之外，惟條理是已。各國賦與條理以法律之效力者，其例不一：奧國民法第四條，規定「無明文及習慣時，依自然法。」日本明治八年布告之裁判事務心得，規定「民事裁判，有成文者依成文，無成文者依習慣，成文習慣俱無時，推條理而爲裁判。」我國民法第一條，規定「民事，法律所未規定者，依習慣，無習慣者，依法理。」法理，亦卽條理之意，此皆明認條理爲法律之淵源者。法國民法第四條之趣旨，以法律之不備及其缺漏爲口實，而不肯爲裁判之審判官，有漫不爲裁判之罪，自其裏面言之，是於如此場合，仍令其依據條理以爲裁判者。其他，如

英國之衡平法，其起源亦莫不由於條理也。

第四節 判例

判例者，法院對於訴訟事件所下之判決例也，昔時法律規定，極其簡單，司法官同時爲立法官，其判例卽成法律，所謂審定法者，卽由此而生，學者謂法律發生於原則，爲積集各事件之判例而成原則者，卽此義也。法律之發達如此，故在昔時，判例實爲法律之一大淵源，及乎近世，法律制度，漸見完密，且立法權與司法權，以分立爲原則，故就法理言，決不許判例有法律之效力也；然關於判例之效力，從來有二種法制：一英國主義；二羅馬主義是也。一，依英國主義之法制者，以判例爲作成法律之方法，認有純粹的法律效力，援用判例，與援用法律條文無異，上級法院之判例，自羈束下級法院之判決也。二，而依羅馬主義之法制者，不以判例爲作成法律，惟認爲適用成文法或不文法之結果而已。故此判例，1.可爲習慣法成立之證據；2.可示解釋法律者之見解，3.其所取之見解，對於後之判決，雖有重

大勢力，而法理上固不認有法律之效力也。此主義爲自羅馬法所傳來，故稱之曰：羅馬主義。非其建國之初，卽取此主義，羅馬某帝，雖曾以判例爲作成法律之一方法，且有予判例以法律之效力者，而其後皆以勅令禁止之矣。現今歐洲大陸諸國法制，皆襲用此主義，普國刑法，奧國民法，各以明文規定，其他諸國法律，雖無此種明文而法理上莫不依此精神者也。而判例爲法律之材料，其方法有三：

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

二 採用判例，規定於成文之法律；對於判例，不予以法律效力之國，常有採用判例，以規定於成文之法律者，例如：法國關於生命保險，抵押權，留置權等法律中，由採用判例而規定者，頗多。

三 判例養成習慣法。判例對於後之裁判，具有重大勢力，故人之權利義務，自有從判例而定之者，此行彼效，久之自成習慣，是養成民間之習慣判例大

有力焉，而既成習慣之後，由國家承認之以成習慣法者，不少。

第五節 學說

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

- 一 對於學者，付與以解釋之公權；例如：羅馬選當時法律家，予以解釋法律之公權，其解釋意見，稱之曰：學士說，直有法律之效力是也。
- 二 對於學說，付與以法律之效力；例如：西班牙以一千四百九十六年之王命，對於法學者二人之著書，予以法律之效力是也。

三 纂學說而爲法典；例如：羅馬編纂三十九大家之學說，成一法典是也。

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

第六節 條約

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

一 憲法上規定條約與法律有同一之效力；依此方法，每於締結條約之後，其

執行也，雖不頒布法令，而對於人民，當然有其效力。一千七百八十七年北美合衆國制定憲法，其第六條第二節之規定，即採此方法者也。

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

第七節 外國法

一國法律，原則上惟行之於其版圖以內，外國法惟於外國有效力而已，故除有特權，如治外法權者外，一國之內，決不依外國法律，以審判其訴訟事件也。關於涉外事件，（即一國內外國人之特定事件，例如：身分，能力之事件是。又自國人與外國人之法律關係，例如：結婚，離婚之事件是。）依其性質如何，雖有適用外國法者；然非認外國法爲外國法而適用之，乃認外國法爲自國法以適用之耳。方今

國際交通，日形便利，各國立法互相採擇，一國法律，爲他國法律之材料者，實屬自然之趨勢也。而外國法爲法律之材料，其方法有二：

一 依外國法爲材料以制定法律；例如：法國模仿羅馬法，制定法典，日本損益外國法，制定民法及其他之法典，及我國參酌外國法，制定刑法、民法、民事特別法及民事刑事訴訟律等是也。此曰：外國法之繼受，爲其材料之外國法，曰母法；由於繼受之自國法，曰：子法，蓋其相互之間，有如祖先與苗裔之關係也。

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

第三章 法律之類別

第一節 因法律發生方法之類別

法學通論

以發生方法，類別法律，可分爲成文法與不文法二者。成文法者，依文書所制定之法律，例如：我國之各種法令是。不文法者，不依文書而發生之法律，即習慣法，例如：英國之普通法是。其稱曰不文法者，非謂其爲不記載於文書之法律，而謂其有法律之效力，非因於文書記載而始生者也。學者，或以成文法與不文法，爲法律體裁之區別，謂成文法，爲記載於文書之法律。謂不文法，爲不記載於文書之法律。此說不無謬誤。夫不文法，固弗限於不記載於文書者，如判決錄，雖爲不文法，而亦記載於文書之中，其判決例之生法律效力也，非因於文書之記載，而判決錄，不過爲判決之證據而已，其文書自體固無法律之效力；若成文法，則以制定法律之目的，所作成之文書而成立，其文書之字句，皆有法律之效力也。故此類別，非爲法律體裁之區別，而爲法律發生方法之區別也明矣。又或謂成文法，爲國家制定之法律；不文法，爲人民習慣所成立之法律。此說亦非正鵠，何則？人民習慣，非法律之自體，不過爲法律之材料，而其生法律之效力者，必基於國家之承認也。

有一國成文法，被他國採用，而成爲不文法者，例如：羅馬法典中之一部，常被英國採用，不以成文法行之，而以不文法行之。又有一國內之成文法，因其國之革命，而成爲不文法者，例如：北美合衆國獨立以前，英國所制定之法律，至合衆國獨立以後，雖失其成文法之效力，而合衆國法院，尙以之判決訴訟，依然以不文法行之矣。

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

一 主張不文法說；謂成文法爲某一時代所制定，歷久而不變；不文法則應時勢以發生，歷久而必變，成文法之適用，必較成文法爲優，此其長者一；時勢之變易無常，社會之進化難測，以無進步之舊文法，而治已進步之新社會，適足以阻礙發達，不文法則隨時而易，可無此虞，此其長者二。

二 主張成文法說。前說非無理由，而主張成文法者，卒占優勢。蓋成文法勝

蓋不文法之點，學者主張，厥有三端：1 可免爭議。成文法揭以文字，布之國中，罔不聞知，無所疑難，無疑難則無爭議矣；不文法隨時發生，既無明文，又無標準，臨事援引，爭執必多，雖解釋成文法者，其間時有疑義，然其關係極小，不若不文法之一有疑義，即生重大之問題。2 可除弊習。主張不文法者，謂習慣可應時勢為變遷，此理固然，而人性多愆，習慣有變為善者，亦有變為惡者，習慣不可聽其自然，因仍不改，而欲改易惡習，舍成文法莫由。3 易於革新。主張不文法者，謂習慣應時勢而生，時勢變則習慣亦變，而實不盡然，習慣有積久存在之惰力，往往古時習慣，雖歷年既久，而餘風未殄，舊習尚存，明知其非，而積重難返，豈惟不適時用，抑且貽害無窮矣；成文法則制定者既可斟酌於先，奉行者亦可改良於後，法不適用，一經發見，即可改訂，較之去習慣上之惰力，難易判若霄壤。

右三者，為近今各國採用之共同理由也。故除英國及北美外，無不採用成

文法，雖成文法外，亦間有用不文法者，然必成文法之規定，有遺漏時，乃一用之，從無舍成文法而用不文法者。若就我國論，則更有進焉，何則？自國體改革以來，歐化盛行，社會情事，今與昔異，從前法律，多不適用，所持以支配新社會者，惟有成文法而已。雖當審判之時，所據以審判者，成文法有規定時，依成文法，成文法無規定時，則依習慣，無習慣時，則依法理，然此時也，成文法既未詳備，新習慣又未發生，即言法理或條理，而人智發達，未臻極點，學術進步，未至大成，所見爲法理，條理者，不能異口而同聲，儒家據儒學以言條理，道家據道教以言條理，歐美學派，東亞學派之法學家，各據所學以言條理，言人人殊，莫衷一是，守法者無所適從，司法者莫知所宗，若不頒布成文法，則習慣既以新舊而生衝突，條理又以聚訟而無定評，非所以保社會之安全，圖國家之發達也。我國此時，可不急急以文明各國之法律爲模範，而參酌固有之習慣，以完成應有之成文法乎！

成文法可別爲兩種：一法典，一單行法是也。法典者，網羅一定廣範圍內之法規，以爲一冊公文而發布者之謂；單行法者，規定一定狹範圍內之法規以發布者之謂。法典之範圍廣，單行法之範圍狹，至廣狹之程度，則無一定標準之可言，例如：合總則，債，物權，親屬，繼承五編而爲民法，是法典也。於民法內提出債，或於債中提出某一種事件，別爲一法，是單行法也。又如：在民商法分立之國家，合總則，公司，票據，商行爲海商而爲商法，是法典也。於商法中提出公司，另爲一法，是單行法也。至法典與單行法，孰得孰失，學者主張，亦不一致。

一 主張單行法說；謂法典難改正，單行法易改正，法典可妨法律之進步，而單行法無是也。法律有定，時勢無定，法典一成而不變，時勢歷久而萬變，法典中條文甚多，苟其後審時度勢，有一條不適於用，其勢不得不改良，而僅改其一部分，則牽一髮，動全身，勢必取法典之全體，盡行改正而後可，而改正法典又非窮年累月，莫可闡究，因此之故，畏難省事，明知其弊，而隱忍不改

者比比也。若單行法，則法只一種，每種只數十條，欲改即改，無所牽掣，無所顧忌，其事簡而易舉，不難應時勢為變更，以圖社會之發達，則無防害於法律改良之進步矣。

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

右二說各有理由，亦合事實，但就我國言，則宜多用法典，而少宜用單行法。何則？歐美諸列強及日本，對於我國，尙有領事裁判權，訂於條約，此條約之締結，雖由於政治之關係，而法律未備，亦爲其藉口之一。蓋外國人居留

我國，習慣不同，風俗亦異，非有法典，則我國法律，外國人無從聞知，若不實行法典，而欲使彼以生命財產，託於不統一不完備的法律之下，於理固未合，故欲與各國改正條約，使撤其領事裁判權，而在我先編布法典，實爲要務，我國於重要法律，多以法典式完成之，良有以也。又就各國言之，亦多用單行法而用法典，歐洲大小諸國，除英國外，無不有法典者。南美中美各國無法典，而各州皆有之。蓋有統一之法典，乃有統一之制度，有統一之制度，乃有統一之國家，法於革命後，何以必編法典，曰：謀統一故。德於帝國成立後，何以必編法典，亦曰：謀統一故。不然，則一國之內，各爲風氣，而欲圖國家之安全，與社會之發達，豈有當耶？！

至謂法典可妨法律之進步，此說誠爲不謬，然亦有法以救其弊，其法維何？即設改正法律之機關是。西班牙關於此曾設法典調查委員會，凡高等法院，最高法院之審判官，於法典所見爲缺點者，按年彙報於司法部部長，司法部部

長以其所報告者，付之委員會，使調查各國現行法典，互相參照，擇善量從，所應改者，或全部或一部，隨時起草，十年一修正之，故其民法中訂明十年修正一次。然此法尙未盡善，報告僅限於控訴院，大理院，範圍既嫌不寬，修改必俟十年，期限又嫌太遠，如行此法，似凡法學者之著述，政治家之批評，律師之意見，報紙之議論，皆可由地方法院，隨時報告，其應改者，或二三年，或四五年，一修正之，不必定俟十年。我司法院爲研究現行司法法規，設有法規研究委員會，其研究之問題：一由司法院及其所屬各部院，會交議者；二由各級法院建議，經司法院院長認爲應付研究者，三由該會委員提出者，如研究之結果，司法院認爲現行法律有應修改者，自可隨時向立法院請其修正。有此機關，法律改良，易於着手，法典之弊，可以免矣。

第二節 因法律實質之類別

以法律實質，類別法律，可分爲公法與私法，主法與助法，及強行法與聽任法

三者。

一 公法與私法；分全般法律與私法者，自羅馬以來，已爲學者所是認；然其類別之標準，學說尙未一致，茲就其重要者，舉示一二。

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

然對此說，有非難者，曰：凡法律不問其種類如何，皆直接間接併公益及私益而保護之，無僅關於公益者，亦無僅關於私益者。例如：憲法，其目的爲保護公益，固不俟論，而自他方言之，且有保護私益之意旨，關於人民權利之規定，其最著也。又如刑法，亦爲關於公益之法律，而自他方言之，兼有保護私益之主意，關於身體財產之規定，其最著也。反之，民法雖屬私法，而自他方觀察之，直接間接又莫不有保護公益之趣旨。例如：以背於公共秩序之法律

行爲爲無效，及其他關於親屬，繼承之規定，其最著也。

2 以法律關係之性質爲標準者；此分甲乙兩說：

甲說 以法律關係之平等與否而定。此說，先區別權力與權利，謂權力者，對於服從而言，生於不平等關係，爲強制他人之意思，使服從自己之力。權利者，反乎此而生於對等關係，惟有得以請求而已。前提如此，則規定其權力關係之法律爲公法，規定其權利關係之法律爲私法。

然依此說，則如親屬編中親權及監護人之權利，非權利而爲權力，故關於此之規定，不得不謂爲公法；然諸國法律，皆置此於私法之良法中，學者，亦概認此爲私權利而不疑也。又如公法之刑法，自一方觀之，雖爲權力關係之規定，而自他方觀之，又有爲對等關係之規定者，如對於身體財產之規定，與民法中關於違約及侵權行爲之規定，其關係有何差異耶？盜物，殺人，與破壞契約，侵權行爲，此非平等關係而何，雖一處刑罰，一命賠償，而皆

不外夫國權作用，就此點觀之，又非權力關係而何？果爾，則民法必爲私法，刑法不必爲公法。且國際公法，學者雖謂此爲公法，而自此見解觀之，其規定正爲對等關係，遂不可不謂爲私法也。

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

然依此說，則如民法中，關於債權之規定，關於親權，監護人之規定，概屬於公法。關於物權，父母子女夫妻之財產關係，及繼承等之規定，概屬於私法。且如土地法之土地徵收鐵道法，亦不可不屬於私法也。此說，不外原因於羅馬法之所謂人事法物件法之區別，而以如斯標準，區別公法與私法者，不惟無何等實益之可言，且反乎諸國法制之實際矣。

3 以法律關係之主體爲標準者；此說，謂公法者規定之法律關係，其當事之雙方或一方，必常爲國家或其他公法人也。私法者，規定之法律關係，

當事人之雙方，必常爲私人也。

然國家或其他公法人，亦有立於私法關係者。例如：國家或其他公法人與私人間爲買賣或借貸之行爲是也。學者，或據此非難，謂果爾，則私法關係，其當事人之雙方，不必常爲私人；然國家或其他公法人，於此行爲，非以其資格而爲之，乃以與私人相等之資格而爲之，凡關於買賣，租賃，借貸等私法上所應履行之程序，國家或其他公法人，皆須履行，與私人同，故關於該法律關係之規定，仍不失爲私法也。是以多數學者，認此說較爲正確，且適於諸國法制之實際。

二 主法與助法；主法爲規定法律關係之自身。助法爲規定運用主法之程序，蓋法律之目的，在於認一定之生活關係而保護之，使此事實關係，轉而爲法律關係，換言之，卽生權利義務之關係，而規律此種關係者，主法也。故主法者，法律之實體也。學者有稱之爲實體法者以此；然僅有實體的規定，而運用之

程序，則法律效用，無由表現，此程序法，即助法之所由發生。二法相俟，始克完其效用。例如：憲法，（即約法），行政法，刑法，民法等之規定，為法律關係之自身。故為主法也，又如：國民政府及各院部會組織法，訴訟法，行政訴訟法，刑事訴訟法，民事訴訟法等之規定，為適用憲法（即約法）行政法，刑法，民法等之程序，故為助法也。

三 強行法與聽任法；自法律規定之實質言之，可分為強行法與聽任法二者。此種區別，與其謂為法律之類別也，寧謂為法規，即法律規定之區別。故即為私法，而其中有強行法，即強行的規定，有聽任法，即任意的規定。即為公法，而亦有此二種之規定也。

強行法者，其法律規定，不許法律關係之當事人，表示反對之意思以免其適從，即當事人入其法律關係與否？雖可自由，而一入其法律關係之後，必從其規定之法規也。此蓋因公益上之理由而然。故強行法，可謂為關於公益之法

規·憲法(即約法)，行政法，刑法等公法之規定，其中多強行法者，誠以此等規定，皆以公益爲主也。然在私法中，關於親屬，繼承之規定，強行法固占多數，而關於物權之規定，強行法亦復不少。強行法，可分爲命令與禁令二者：命令法者，對於當事人，命其或作爲之強行法也。例如：人民納稅之義務，夫妻同居之義務是。禁令法者，對於當事人者，禁其或作爲又命其或不作爲之強行法也。例如：監護人，不得受讓受監護人之財產是。命其或不作爲之禁令法，自一方觀之，雖爲一種之命令法，而其所命，究在於不作爲，故非命令法也。違反強行法時，有對於違反之人，科以刑罰者，既於違反之人，科以刑罰，則其法規常爲強行法，如刑法是也。有以其行爲爲無效者，既以違反或法規之行爲爲無效，則其法律關係，不認私人有反對之意思表示，其法規亦可知其爲強行法也。而法律，又有以其行爲爲無效，同時又對於行爲之人科以刑罰者，或又有以其行爲爲無效，而僅得以撤銷者。

聽任法者，其法律規定，許法律關係之當事人，可表示反對意思之法規也。故在私法，以聽任之法規爲多。蓋私法之事，以關於私益爲主，大有容當事人意思之餘地也。然在公法之範圍，亦非無聽任法。例如：民事訴訟法，學者見解，多謂爲之公法，而其規定中，聽任法亦不爲少。凡一切法規，概言之，非強行法，卽聽任法也。然有或種法規，果爲強行法？抑爲聽任法。有難乎爲之判別者在焉。

第三節 因法律系統之類別

以法律系統，類別法律，可分爲固有法與繼受法二者。固有法，爲依一國固有之民情風俗習慣等所發生之法律。繼受法，爲以他國之法律爲模範，採其材料所制定之法律。或直採用他國之法律爲其法律者。例如：日本之大寶令，爲倣法於我國隋唐之律令，我國之刑法及民法等，爲斟酌於東西各國之法典，故屬於繼受法。又如我國之法經，六典，日本之貞永式目，爲各本於自國固有之民情，風俗，故屬於

固有法是也。夫諸國人民，相互交通，不獨各國之間，有交換貨物之必要，其制度文物，亦不得不採彼之長，補我之短，此自然之趨勢也。故由法律系統上，究其淵源，諸國法律，無不由固有法及繼受法組織而成，而爲其模範之法律，又曰：母法，係於繼受之法律，又曰：子法。

第四節 因法律效力之類別

以法律效力，類別法律，可分爲普通法與特別法二者。而二者類別，又有因於地者；因於人者；因於事者。

- 一 因於地者； 因於地之類別者，以法境爲基礎。其所謂普通法者，行於全國一般之法律。其所謂特別法者，限於國內一域所行之法律也。例如：我國憲法（即約法），日本憲法，德意志憲法，北美合衆國憲法等，屬於普通法。又如：我國關於蒙古之諸法令，日本關於台灣之諸法律，紐約州民法，普通州法，巴丁州法，索遜民法等，屬於特別法是。然普通法與特別法之區別，常不明確

，同一法律也，有爲普通法，亦爲特別法者。如巴威倫州法，對於德國國法，爲特別法。而對於繆益市法，則爲普通法者也。普通法對於特別法，有補充的關係，故一國之內，縣法勝於省法，省法勝於國法。換言之，前者無規定時，始依後者之規定；但特別法決無廢止普通法之力，特別法廢止以後，則仍受普通法之支配，不待論矣。

二 因於人者； 因於人之類別者，以受法律適用之人爲基礎。其所謂普通法者，支配全國人民一般之法律。其所謂特別法者，關於或種人民所行之法律也。例如：各國之民法刑法，對於人民，不問其身分如何，職業如何，皆須行之，故爲普通法，又如：我國關於清皇帝辭位後優待之條件（元年二月十三日公布），關於清皇族待遇之條件（同上），關於滿蒙回藏各族待遇之條件（同上），陸海空軍刑法（十八年九月二十五日公布同日施行），陸軍兵役懲罰條例（二十六年七月十六日公布同日施行），公務員懲戒法（二十年六月八日公布同日施行）

，彈劾法（十八年五月二十九日公布同日施行），唯行之於特種之人，故爲特別法是。此種特別法，有發生特權者，特權，謂依特別法上特種之人所享有之利益的地位也。特權有因行政處分而生者；有因特別法而生者，茲所云者爲因法律所生之特權。前清皇室之優待，卽其例也。

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

農村戲劇運動 —— 3.16日

夏青講

今天所講的仍是和加生先生的材料是大不相同的。這是舊的形而上的者，身體還沒有提高，所以現在一定

更有他的意思。可看他們的提法。在42年的4月，方行區，吳村，經濟得到

② 水岳巨的戲劇團體，過去在41年前最高的三項，方行區之下。農村經濟得到

極大破口。主要是戲劇團體人，或禁外家，前幾方便，四川沒有文。西的要求，不但沒有專人的幫助

也沒有人去玩。那藝工轉，團體，或禁外家，前幾方便，四川沒有文。西的要求，不但沒有專人的幫助

先，是因各群名，或禁外家，前幾方便，四川沒有文。西的要求，不但沒有專人的幫助

第一義 習慣法成立之時期

在北平初規，或禁外家，前幾方便，四川沒有文。西的要求，不但沒有專人的幫助

載於文書為要，故又有不文法之名。然雖曰不文，非全記載於文書之謂，如法院文

是法規，或禁外家，前幾方便，四川沒有文。西的要求，不但沒有專人的幫助

問。故屬於習慣法成立之時期，即單純之習慣，於何時期始變為法律之問題。學說

為學說，或禁外家，前幾方便，四川沒有文。西的要求，不但沒有專人的幫助

舊。其根源，這個根源很大，他們也把自已的生活的習慣也帶出來，這似乎國在這些

多學生，却叫他們適用之於習慣，此說在於...

和之於後，固盛行於一時矣。

然此說，二缺點：1. 混同習慣與習慣法。2. 缺法律所必要之國家觀念。故

非國家承認說。此說謂習慣入行於人民之間，經國家之默認，即成法律。

此為英法學者所唱道。法之尊者曰：習慣法者，立法機關所默認之風俗慣行而成立

不拒止之時間...

然按此說，是習慣於成慣習法之時而為習慣法，不免有空泛之嫌。

在表日... 同即... 兩個... 一個... 把各地...

第一个阶段是反封建的初期时期，只是带着民族文藝方向，明确在一个时期农村运动

由农村运动的方向及 农村运动，更明确了，与政治生活，密切联系，有一二万人，就有三万人

参加斗争，农村运动，人民运动，农村运动，农村运动，农村运动，农村运动，农村运动，农村运动

力之代表者曰：法律之创作，非由於立法機關之隨意，仍為人民之法律觀念所

不能違背在內的，而又為人民之法律確信所表現者也。而人民之法律確信，直接發現者，

為習慣法，間接假立法者之手而發現者，為成文法，人民永久維持一定之慣行

切合作，半半合作，法律之確信，人民確信之自體，無以或習慣為法律

如何方針，開法與民合作，而本至，法律確信，法律確信，法律確信，法律確信，法律確信

為很大，法律確信，法律確信，法律確信，法律確信，法律確信，法律確信，法律確信

村中法律，法律確信，法律確信，法律確信，法律確信，法律確信，法律確信

法律確信，法律確信，法律確信，法律確信，法律確信，法律確信，法律確信

法律確信，法律確信，法律確信，法律確信，法律確信，法律確信，法律確信

法律與風俗是相連的。如以風俗之提高，則法律亦隨之而進步。然。如以風俗之進步，則法律亦隨之而進步。

一、法律與風俗之關係。法律與風俗之關係，在於法律之制定與執行。法律之制定，往往反映了當時之風俗；而法律之執行，亦往往影響了當時之風俗。

二、法律與風俗之區別。法律與風俗之區別，在於法律之強制性與風俗之自覺性。法律是由國家制定並強制執行之，而風俗則是由社會成員自覺遵守之。

三、法律與風俗之互動。法律與風俗之互動，在於法律之制定與執行往往受到風俗之影響，而風俗之變遷亦往往受到法律之影響。

四、法律與風俗之融合。法律與風俗之融合，在於法律之制定與執行往往吸收了風俗之精華，而風俗之變遷亦往往吸收了法律之精華。

五、法律與風俗之衝突。法律與風俗之衝突，在於法律之制定與執行往往與風俗之傳統相抵牾，而風俗之變遷亦往往與法律之規定相抵牾。

六、法律與風俗之協調。法律與風俗之協調，在於法律之制定與執行往往與風俗之傳統相適應，而風俗之變遷亦往往與法律之規定相適應。

七、法律與風俗之統一。法律與風俗之統一，在於法律之制定與執行往往與風俗之傳統相統一，而風俗之變遷亦往往與法律之規定相統一。

八、法律與風俗之對立。法律與風俗之對立，在於法律之制定與執行往往與風俗之傳統相對立，而風俗之變遷亦往往與法律之規定相對立。

九、法律與風俗之分離。法律與風俗之分離，在於法律之制定與執行往往與風俗之傳統相分離，而風俗之變遷亦往往與法律之規定相分離。

十、法律與風俗之結合。法律與風俗之結合，在於法律之制定與執行往往與風俗之傳統相結合，而風俗之變遷亦往往與法律之規定相結合。

若依判決而生效力時，是謂法律。若依判決而生效力時，是謂法律。若依判決而生效力時，是謂法律。

此係法律時，始變為法律。此亦為英之學者所主張，而根本上與人民確信說相。此係法律時，始變為法律。此亦為英之學者所主張，而根本上與人民確信說相。

同。其所謂法定條件者，依各國法律而定，依布魯謨氏之說，英國認習慣為法。同。其所謂法定條件者，依各國法律而定，依布魯謨氏之說，英國認習慣為法。

種所需之條件，厥數不一。自不可記憶之時所慣行者，其數不一。種所需之條件，厥數不一。自不可記憶之時所慣行者，其數不一。

種無爭。4 適用於法律。5 雖然確據。6 有強制力。7 不與他種法律或習慣相衝。種無爭。4 適用於法律。5 雖然確據。6 有強制力。7 不與他種法律或習慣相衝。

3 凡此種和風俗之關係，向來在社會學中，自無不承認其與風俗之關係。3 凡此種和風俗之關係，向來在社會學中，自無不承認其與風俗之關係。

2 凡此種和風俗之關係，向來在社會學中，自無不承認其與風俗之關係。2 凡此種和風俗之關係，向來在社會學中，自無不承認其與風俗之關係。

1 凡此種和風俗之關係，向來在社會學中，自無不承認其與風俗之關係。1 凡此種和風俗之關係，向來在社會學中，自無不承認其與風俗之關係。

六 奧田義八氏說：日本學者奧田義八氏曰：凡習慣變為習慣法時。1 人民須。六 奧田義八氏說：日本學者奧田義八氏曰：凡習慣變為習慣法時。1 人民須。

2 凡此種和風俗之關係，向來在社會學中，自無不承認其與風俗之關係。2 凡此種和風俗之關係，向來在社會學中，自無不承認其與風俗之關係。

有許多有種種意見，有的認為高文育有阻礙學解運動潮。故沙魯氏強詞爭辯是學解運動的反映，和

引理，在於地過在的爭論。大家同意小者，他們一定是以學解運動為主要內容，且其精神

未過去一樣。一把切實地行同。國之法律學法成立之外形的要素。即人民之同意。

加起來。有法之根據非根據。其意實與法律學法成立之要素。即人民之同意。其意實與法律學法成立

之成立，所以必俟國家之承認也。然則國家之承認，果在何時乎？凡法律不經

有三萬以上。國家之承認。不能成立。故習慣之變為法律也。亦必須國家之承認。然不

解者了。其意實與法律學法成立之要素。即人民之同意。其意實與法律學法成立

家觀認其習慣之事實。蓋在國家之權力範圍以內。人民全體，對於或行為之進

則信人為法律。而事人遵行，即不得視為國家之承認也。故習慣至人民之

村內之法律也。即得國家之承認。於其時，則非依法律而有兩個的實之

德之學者，如沙魯氏及莫魯氏，亦皆採此說。或難之曰：依此說時，則

4. 特別與本國慣法何時為習慣法，則能知之之憾。此言誠然，謂人民確認習慣為法律之

② 山村：斗争的不好。张汉卿与支母各用一方手。只争一口气。三十担
米。这二亩地是国家的。我们国家是社会主义。国家是社会主义。国家是社会主义。
得起？

（一）
（二）
（三）

斗争的不好。张汉卿与支母各用一方手。只争一口气。三十担米。这二亩地是国家的。我们国家是社会主义。国家是社会主义。国家是社会主义。

有一个村没有好领导。没有好领导。没有好领导。没有好领导。没有好领导。没有好领导。

有一村没了一定好的领导。包村干部包村干部。包村干部包村干部。包村干部包村干部。

有的作中中去。周貞慶公說：①這是志區。文高以學支子區城。②有以志區圖不此海名

詳貞需要(生)等類其就是支系。這大帶我的分布到。這大劇。生給們又研究電一杆。支育

與對利用的以這表。且體行須為同一。若其相則與大同也。若其相則與大同也。若其相則與大同也。若其相則與大同也。若其相則與大同也。

數个体元。有行於一定之階級。會者。然於其範圍以內。皆可見其習慣法之成。而

我們所辦。不復舊章。而須。若其相則與大同也。若其相則與大同也。若其相則與大同也。若其相則與大同也。

很公演劇。去教(習)等類其就是支系。這大帶我的分布到。這大劇。生給們又研究電一杆。支育

小作。的及子。若一。若其相則與大同也。若其相則與大同也。若其相則與大同也。若其相則與大同也。

學者。若其相則與大同也。若其相則與大同也。若其相則與大同也。若其相則與大同也。

產。若其相則與大同也。若其相則與大同也。若其相則與大同也。若其相則與大同也。

見。若其相則與大同也。若其相則與大同也。若其相則與大同也。若其相則與大同也。

行。若其相則與大同也。若其相則與大同也。若其相則與大同也。若其相則與大同也。

也。若其相則與大同也。若其相則與大同也。若其相則與大同也。若其相則與大同也。

與。若其相則與大同也。若其相則與大同也。若其相則與大同也。若其相則與大同也。

身。若其相則與大同也。若其相則與大同也。若其相則與大同也。若其相則與大同也。

多倫多大學法律——3. 22.

是部古的。司馬的說。在男兒活給提些意見。這大家就序。

張主任

①. 司馬的說。 法學通論

1111

白話文。在法學通論。司馬的說。在男兒活給提些意見。這大家就序。在法學通論。司馬的說。在男兒活給提些意見。這大家就序。在法學通論。司馬的說。在男兒活給提些意見。這大家就序。

有人介紹。在法學通論。司馬的說。在男兒活給提些意見。這大家就序。在法學通論。司馬的說。在男兒活給提些意見。這大家就序。

其第。在法學通論。司馬的說。在男兒活給提些意見。這大家就序。在法學通論。司馬的說。在男兒活給提些意見。這大家就序。

即來。在法學通論。司馬的說。在男兒活給提些意見。這大家就序。在法學通論。司馬的說。在男兒活給提些意見。這大家就序。

其在。在法學通論。司馬的說。在男兒活給提些意見。這大家就序。在法學通論。司馬的說。在男兒活給提些意見。這大家就序。

白話。在法學通論。司馬的說。在男兒活給提些意見。這大家就序。在法學通論。司馬的說。在男兒活給提些意見。這大家就序。

有人。在法學通論。司馬的說。在男兒活給提些意見。這大家就序。在法學通論。司馬的說。在男兒活給提些意見。這大家就序。

在法。在法學通論。司馬的說。在男兒活給提些意見。這大家就序。在法學通論。司馬的說。在男兒活給提些意見。這大家就序。

是知。在法學通論。司馬的說。在男兒活給提些意見。這大家就序。在法學通論。司馬的說。在男兒活給提些意見。這大家就序。

在在的這各新團體的活力，口口聲聲說他必去推一變事而反，因而藉口推不致，實即如
波連利王國，其國體是專制，其法律是專制，於知習慣法之存否，亦頗有效力焉。

我們又才知是也，國體與法律不無關係。而我們所定之憲法，但我們在此中，我們
3. 波連利王國，其國體是專制，其法律是專制，於知習慣法之存否，亦頗有效力焉。

3. 波連利王國，其國體是專制，其法律是專制，於知習慣法之存否，亦頗有效力焉。

3. 波連利王國，其國體是專制，其法律是專制，於知習慣法之存否，亦頗有效力焉。

3. 波連利王國，其國體是專制，其法律是專制，於知習慣法之存否，亦頗有效力焉。

3. 波連利王國，其國體是專制，其法律是專制，於知習慣法之存否，亦頗有效力焉。

3. 波連利王國，其國體是專制，其法律是專制，於知習慣法之存否，亦頗有效力焉。

3. 波連利王國，其國體是專制，其法律是專制，於知習慣法之存否，亦頗有效力焉。

3. 波連利王國，其國體是專制，其法律是專制，於知習慣法之存否，亦頗有效力焉。

3. 波連利王國，其國體是專制，其法律是專制，於知習慣法之存否，亦頗有效力焉。

3. 波連利王國，其國體是專制，其法律是專制，於知習慣法之存否，亦頗有效力焉。

此局局員有打下去。去年草草的打下去。

可以打和知知局局員。我們也打了一個。這是一個原則。凡是有打打打。也是

有。他的打和知知局局員。我們也打了一個。這是一個原則。凡是有打打打。也是

有。他的打和知知局局員。我們也打了一個。這是一個原則。凡是有打打打。也是

有。他的打和知知局局員。我們也打了一個。這是一個原則。凡是有打打打。也是

有。他的打和知知局局員。我們也打了一個。這是一個原則。凡是有打打打。也是

有。他的打和知知局局員。我們也打了一個。這是一個原則。凡是有打打打。也是

有。他的打和知知局局員。我們也打了一個。這是一個原則。凡是有打打打。也是

有。他的打和知知局局員。我們也打了一個。這是一個原則。凡是有打打打。也是

有。他的打和知知局局員。我們也打了一個。這是一個原則。凡是有打打打。也是

有。他的打和知知局局員。我們也打了一個。這是一個原則。凡是有打打打。也是

有。他的打和知知局局員。我們也打了一個。這是一個原則。凡是有打打打。也是

有。他的打和知知局局員。我們也打了一個。這是一個原則。凡是有打打打。也是

有。他的打和知知局局員。我們也打了一個。這是一個原則。凡是有打打打。也是

有。他的打和知知局局員。我們也打了一個。這是一個原則。凡是有打打打。也是

有。他的打和知知局局員。我們也打了一個。這是一個原則。凡是有打打打。也是

有。他的打和知知局局員。我們也打了一個。這是一個原則。凡是有打打打。也是

由是觀之，法律之一，即由大體之變遷，又由小體之變遷，行政程序之變遷，其公佈者，已制定之法律內容，因此賦與以轉東方，其公佈之程序，非制定之一要件，成文法雖未公布，而於制定程序完了之時，即為成文法。

故成文法，立之時期，與習慣法相異，類為明瞭也。而近世之立憲國，成文法之種類不同，其制定，公布之形式亦異，此屬於國家治權之活動，其制定，公布之程序，如何之於茲不適。

在法外，有以同享之思想，其制定，公布之程序，如何之於茲不適。第一章 法律之改變。其制定，公布之程序，如何之於茲不適。

其制定，公布之程序，如何之於茲不適。第二章 法律之改變。其制定，公布之程序，如何之於茲不適。

其制定，公布之程序，如何之於茲不適。第三章 法律之改變。其制定，公布之程序，如何之於茲不適。

其制定，公布之程序，如何之於茲不適。第四章 法律之改變。其制定，公布之程序，如何之於茲不適。

其制定，公布之程序，如何之於茲不適。第五章 法律之改變。其制定，公布之程序，如何之於茲不適。

中日法學界之新發展與法學通論

以習慣法成立之標準決之。

二 因於成文習慣兩法相抵觸之改廢；

有改廢習慣法之力。故制定成文法，與習慣法相抵觸時，即習慣法改廢之原因

中華日報。據面各文藝界的人，覺得自己是一個戰士，總覺得人是不應該被知識與

三 因於不適用之改廢；習慣法有多年不適用之事實時，其為法律之效力，自歸於消滅也。

第二節 成文法之改廢

第一款 因於內由之改廢

因於內由之改廢者，由於法律自身，有改廢之原由，而改廢之者也。其重要者

如左

一 因於法律之施行期間至屆滿時之改廢；法律中關於全部或一部，豫定有效之期

間，因其期間屆滿失其效力。例如：英國之僱主條例。其有效期間，定為七年

的，用刑庭的，是常要一種便於教育的東西。只是是常要些，

反力的。所以法律不能不... 我們法律... 不是用法律... 是

我國之憲法... 暫定一年是也。但其期間屆滿之後。非無更新之者

行期間。暫定一年是也。但其期間屆滿之後。非無更新之者

法律之標的事物至消滅時之改廢。法律標之事物，永久消滅，則法律亦

不復有其效力。例如：日本國立銀行條例，銀行營業期告終，國立銀行悉行

閉業，此條例亦歸廢止是。蓋此等法律，皆以其事物存續，為其存在之必要條

件者也。人或視此原則，不免有奇異之感，然此原則，不惟為多數學者所公認

且實際上亦頗屬重要，若成文法除以成文法改廢之外，不歸消滅，則在我國

民國二十七年之人民，不可不守盤古時代之法律。在日本，昭和之人民，不

可守德川時代之法律。何則？盤古，德川之法律，亦國家之成文法，不能以

制定之機關消滅，遂謂此法亦歸於消滅也。故往時之法律，其效力者，多因

其標之事物永久消滅，而來廢止之結果矣。然制定法律時之社會情形，雖有

變遷，而法律不因之滅消，蓋制定法律時之社會情形，為制定法律之理由，所

影響也。但法律之變遷，並非因社會情形之變遷而變遷，其變遷之理由，固

有他。但法律之變遷，並非因社會情形之變遷而變遷，其變遷之理由，固

有他。但法律之變遷，並非因社會情形之變遷而變遷，其變遷之理由，固

5. 對於新舊法律的寫法？

以他給原來的寫法。上字。以進於舊來字。以原來的化。詳細成

與型。有權初在用法。以便立法機關制定法律之原動力也。因此事物變遷，更為立法機關改正法律之

6. 尤需文字是也。原動力而已，而不可與其種的事物之消滅相混同焉。

尤需文字是也。適用之事件，在終結時之發生。有新法改正舊法時，有調和新舊二法之法

律。稱之曰經過法，此經過法，至新法悉行實施時，自歸廢止。例如日本明治

十四年第八十一號布告是也。此布告規定犯罪於改定律例存在之時，而發覺於

他自已定年。現行刑法實施之後者，照新舊二法，從輕處斷。故舊法時代之犯人，悉被處刑

毫不受。或至死亡，或罹時效，則新刑法全有效力，此經過法，自歸於消滅。然此不

過前示第二原則之一適例耳。

要素：告知文字。因於外由之改廢。及新法之原因，而改廢之，即因於立法機

告報是實。因於外由之改廢者，由於法律以外，有改廢之原因，而改廢之，即因於立法機

以是實。關意思而改廢之者也。此為發生新法，改廢舊法，可分為明示之改廢與默示之改廢

短精。記者的文字。及新法之原因，而改廢之，即因於立法機

短精。記者的文字。及新法之原因，而改廢之，即因於立法機

短精。記者的文字。及新法之原因，而改廢之，即因於立法機

不要誤。 明示之改廢者，以新法指定舊法，明言其改廢之謂。為此舉

定例。明示之改廢者，以新法指定舊法，明言其改廢之謂。為此舉

廢之最顯著者。例如：我危書氏國緊急治罪法，於二十年一月三十一日發布時

其原有之第十條第二項規定一暫行革命治罪法，於本法施行之日廢止。

日本刑法附則第五條規定一此法律，自明治三十三年十一月一

日施行。自其日即廢治罪法。一是也。

默示之改廢者，不明言以新法改廢舊法，而因新法與舊法相

抵觸，舊法自被其改廢之謂。蓋新舊二法相抵觸時，可知立法機關有改廢舊法

之意。法語謂：一新法廢止舊法。一即為此義。例如我現行刑法，雖無廢止

舊刑法之明文，而此二者既相抵觸，則舊刑法於新刑法之實施，全屬廢止。此

律例，於現行刑法，雖無廢止改定律例之明文，而此二者既相抵觸，則改定

律例，於現行刑法，雖無廢止改定律例之明文，而此二者既相抵觸，則改定

附則，明定從來之法律規則，與此法律抵觸者廢止之，不抵觸者仍有效力。日

律例，於現行刑法，雖無廢止改定律例之明文，而此二者既相抵觸，則改定

修改案。再加以研究的材料與容合起來。英士口中說出來的一連個調查——

這也在西容在加。因此他的批評。——這兩位可以對法學界與法大的教授。

這經改多(也月不~~...~~文字)。句付律一第(人~~...~~)。產生的問題。

本憲法第七十六條之規定，即屬此例。然此等明文，不過特將默示改廢之理論。

明言之而已，縱令無此明文，而有抵觸者，亦當然歸於改廢也。至明示之改

廢，於行用法律者，固為便宜，而立法機關當制定法律之際，往往於其影響所

及，難以豫定其新法果於如何之舊法相抵觸，有不能豫測之苦。因於可改廢

之舊法，不為列舉明言者不少，故認默示之改廢，蓋出於不得已也。然則有解

釋法律責任之舉，及法律廢止之權。而不慎重以審查之。而以上面說

的出來改的。第三節 法律改廢之範圍。報告文學的內容

法律之改廢，有行於法律之全部者，有行於一部份者，前者曰：全部之改廢。後

者曰：一部份之改廢。例如：舊刑事訴訟法(十七年九月一日施行)於現行刑事訴訟

法(二十四年七月一日施行)之施行，全為廢止者，屬於全部之改廢。又如：公務

員懲戒委員會組織法第六條第七條第八條，於二十七年五月十二日，以國民政府令

公布修正及國民參政會組織條例第三四兩條於全年六月二十日修正之者，屬於一

部份。白在~~...~~中，有的~~...~~大。

因~~...~~同~~...~~

有知識的回去。 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 19. 20. 21. 22. 23. 24. 25. 26. 27. 28. 29. 30. 31. 32. 33. 34. 35. 36. 37. 38. 39. 40. 41. 42. 43. 44. 45. 46. 47. 48. 49. 50. 51. 52. 53. 54. 55. 56. 57. 58. 59. 60. 61. 62. 63. 64. 65. 66. 67. 68. 69. 70. 71. 72. 73. 74. 75. 76. 77. 78. 79. 80. 81. 82. 83. 84. 85. 86. 87. 88. 89. 90. 91. 92. 93. 94. 95. 96. 97. 98. 99. 100.

憲法部長：其改廢之範圍不明了者良多。茲將處此場合之原則，舉之如左：
新法所明定之改廢範圍，限於新法所指定之部分，及其他；但此原則，有

1. 改廢一條規時因其條規所生之結果條規亦歸改廢。詳言之，改廢一制度時，於此相關之諸法規，則皆改廢。即改廢一法規時，其以此為前提之法規

亦歸改廢。但學者間，無非
2. 改廢一條規時，對其餘規所有之例外條規，亦歸改廢。但學者間，無非

3. 改廢一條規時，對其餘規所有之例外條規，亦歸改廢。但學者間，無非

4. 改廢一條規時，對其餘規所有之例外條規，亦歸改廢。但學者間，無非

5. 改廢一條規時，對其餘規所有之例外條規，亦歸改廢。但學者間，無非

6. 改廢一條規時，對其餘規所有之例外條規，亦歸改廢。但學者間，無非

7. 改廢一條規時，對其餘規所有之例外條規，亦歸改廢。但學者間，無非

法律學維不... 也要... 起來

法律學通論

條 凡於一部... 其效力時... 亦皆失其效力

向大... 亦皆失其效力... 與前項相同

法... 其效力... 亦皆失其效力... 與前項相同

法... 其效力... 亦皆失其效力... 與前項相同

法... 其效力... 亦皆失其效力... 與前項相同

法... 其效力... 亦皆失其效力... 與前項相同

法... 其效力... 亦皆失其效力... 與前項相同

法... 其效力... 亦皆失其效力... 與前項相同

法... 其效力... 亦皆失其效力... 與前項相同

法... 其效力... 亦皆失其效力... 與前項相同

法... 其效力... 亦皆失其效力... 與前項相同

法... 其效力... 亦皆失其效力... 與前項相同

進行如左。 法律之效力

第三編 法律之效力
第一章 關於時之法律效力

關於時之法律效力者，法律於何時有羈束力之謂，研究此問題者，在知法律於何時得其效力，於何時失其效力也。有效力之法律，於一定之事實發生，有予以廢止他人之權利者，其效力即無法律，廢止以後無法律，法律

廢止以後無法律，法律
廢止以後無法律，法律

廢止以後無法律，法律

法律成立之時，發生效力；法律之效力，無論為習慣法與成文法，皆於其

成立時發生，支配其成立所發生之事實。此不俟言，然命題有二，須究之。

一、法律之施行期限及法律不溯既往之原則也。即法律於制定程序完成之時，即為成立。雖然，未經公布，人民無由知之，即公佈矣，而公佈之時，非全國周知之時，於人民不

知之時，即為成立。雖然，未經公布，人民無由知之，即公佈矣，而公佈之時，非全國周知之時，於人民不

知之時，即為成立。雖然，未經公布，人民無由知之，即公佈矣，而公佈之時，非全國周知之時，於人民不

知之時，即為成立。雖然，未經公布，人民無由知之，即公佈矣，而公佈之時，非全國周知之時，於人民不

知之時，即為成立。雖然，未經公布，人民無由知之，即公佈矣，而公佈之時，非全國周知之時，於人民不

知之時，即為成立。雖然，未經公布，人民無由知之，即公佈矣，而公佈之時，非全國周知之時，於人民不

知之時，即為成立。雖然，未經公布，人民無由知之，即公佈矣，而公佈之時，非全國周知之時，於人民不

時局之艱危... 法律之施行日期... 中華民國政府公布之日施行之法律施行日期條例規

第一種：依廿一年十二月廿三日國民政府公布同日施行之法律施行日期條例規

定，凡法律明定自公布日施行者，在首都以刊登該法律於國民政府公報之日

或公布該法律之命令，依限應到達各主管官署之日起，發生效力。在各省、市

以刊登該法律之公報或公布該法律之命令，依限應到達該省、市最高主管官

署之日起，發生效力。（第一條）至公報或公布之命令，應到達各地方之期限

因距離之遠近，各不相同。依法律施行到達日期表（與上條例全日公布施行

者）之規定，分首領與各省區。前者，為三日與五日兩種。後者，自十五日

一百二十日不等。此蓋取第三方法者，法律明定自公布日施行者甚多，如憲法

國民政府組織法、各院、部、會、組織法及禁煙治罪暫行條例、禁煙

條例暫行條例（此種條例均係廿五年五月三日，國民政府公布）等，概規定自公

布之日施行，即其例也。又凡法律特定有施行日期者，自特定日期起，發生效

力。如第一條之例。他報。過去沒有什麼程度，一切在出車本

又說，生活也困難而本報，却又說了，國家事務者不被捕了。也覺得

規則也甚嚴。是文業的。另一个人想捕。我也從來沒有理白了一切。又覺得

...

參加大。在東準備派數集。但北大有。一。動。參加。軍的回去。？
不。說。以。出。事。很。中。的。中。流。思。想。生活。安。心。的。只。需。雷。法。恩。
想。就。向。的。施。道。自。能。講。論。對。付。案。一。次。提。上。十。次。通。報。《。刑。法。史。的。》

最高主管官署。在特定期限之後者。依限期到達之日起。發生效力。
（第二）
（條）如。前。條。之。法。律。法。令。自。公。布。之。日。起。發。生。效。力。其。有。特。別。之。規。定。者。不。在。此。限。之。中。

（第二）如。前。條。之。法。律。法。令。自。公。布。之。日。起。發。生。效。力。其。有。特。別。之。規。定。者。不。在。此。限。之。中。
（第二）如。前。條。之。法。律。法。令。自。公。布。之。日。起。發。生。效。力。其。有。特。別。之。規。定。者。不。在。此。限。之。中。

（第二）如。前。條。之。法。律。法。令。自。公。布。之。日。起。發。生。效。力。其。有。特。別。之。規。定。者。不。在。此。限。之。中。
（第二）如。前。條。之。法。律。法。令。自。公。布。之。日。起。發。生。效。力。其。有。特。別。之。規。定。者。不。在。此。限。之。中。

（第二）如。前。條。之。法。律。法。令。自。公。布。之。日。起。發。生。效。力。其。有。特。別。之。規。定。者。不。在。此。限。之。中。
（第二）如。前。條。之。法。律。法。令。自。公。布。之。日。起。發。生。效。力。其。有。特。別。之。規。定。者。不。在。此。限。之。中。

（第二）如。前。條。之。法。律。法。令。自。公。布。之。日。起。發。生。效。力。其。有。特。別。之。規。定。者。不。在。此。限。之。中。
（第二）如。前。條。之。法。律。法。令。自。公。布。之。日。起。發。生。效。力。其。有。特。別。之。規。定。者。不。在。此。限。之。中。

（第二）如。前。條。之。法。律。法。令。自。公。布。之。日。起。發。生。效。力。其。有。特。別。之。規。定。者。不。在。此。限。之。中。
（第二）如。前。條。之。法。律。法。令。自。公。布。之。日。起。發。生。效。力。其。有。特。別。之。規。定。者。不。在。此。限。之。中。

所，過去這本解釋法。但它的目的，在於...

該法律之公報或公布該法律之命令到達之日起發生效力者，自其公布或發命

起算其到達期限。參閱民法第一百二十條第二項。自其到達之

日，即發生效力。故不問其人民之能力如何，情形如何，不得以不知法律為口

實而免其責任。法語謂：「不知法律不能寬恕。」即此義。蓋若知法律，而又仍用

之，則法律之效力，終至有名無實，而無能為之用也。然天災事變

則，法律之效力，則有例外規定。蓋法律於此，縱屆施行期限，而不能

實施。例如：法律施行日期條例，有刊登該法律之公報，或公佈該法律之命令

如因天災事變，致不能依限到達時，自其到達之翌日起，發生效力（第四條）

這是一個小小的問題。如天災事變，致不能依限到達時，自其到達之翌日起，發生效力（第四條）

法律不遑既往之原則。法律不遑既往之原則，自羅馬法典揭載以來。法

國民法、普魯士法及其他諸國之法律，皆應用之。遂在法律關於時之效力中

不可動之一大原則。此原則之意義，不過謂法律施行於施行以後所發生之事實

一切又非法律所不及。故法律不遑既往之原則，自羅馬法典揭載以來。法

國民法、普魯士法及其他諸國之法律，皆應用之。遂在法律關於時之效力中

不可動之一大原則。此原則之意義，不過謂法律施行於施行以後所發生之事實

一切又非法律所不及。故法律不遑既往之原則，自羅馬法典揭載以來。法

國民法、普魯士法及其他諸國之法律，皆應用之。遂在法律關於時之效力中

不可動之一大原則。此原則之意義，不過謂法律施行於施行以後所發生之事實

一切又非法律所不及。故法律不遑既往之原則，自羅馬法典揭載以來。法

國民法、普魯士法及其他諸國之法律，皆應用之。遂在法律關於時之效力中

自巴登傳差不走了，一直到今年南情有增高，滿而史也走了。也克萊，便自滿

與 ② 法律的走向的，則人下其不助。 ③ 法律之性質，故適於既往之法律。

一、法律之最大者也。反致效為自法律判奪其為法律之性質，故適於既往之法律。

非法律也。然以近世之法律論，此等法制學說，誠屬謬誤。何耶？國家之制

定法律，為應時勢之所必需，時因政治上、社會上、經濟上、道德上之種種理

由，應使法律效力，適及於過去者，不能謂其必無，若以此為立法上之原則，

則國家於昔日之弊政，不能制新法以改革之，於既往之犯罪，不能制新法以宥

恕之，於從來之苛稅，不能制新法以減免之，法律改良，將至無望，可知適及

既往之法律，不必概為惡法也。若以此為非法律，又豈可得乎？此近日之多數

學說，所以不視此為立法上之原則也。此原則既非立法上之原則，則以立法機

關之意思，得使法律適及既往，自無庸疑，故生結果如左：

甲、以法律明文，規定及於既往者，適及既往，為免除昔日弊習，確固從來

權利計，設立新法者，明定其法律，得適用於公佈以前之事物者，不少。即

進而言之，雖其新法之法律，有害於既往權利，且僅乎社會利益，而無有及

於既往權利之弊。故他似有非法律之弊。然亦有文化之程度，在彼其間，則

史，豈能為其來時定。故近時與之徒，亦其弊也。故其法也。

因。這樣就打破了因也。同時也看起來也份了過去及換換你們兒
類。現在打破日本。又來出字了。尤其看不要一盤二白公道理。 有如何西。

於既往明文時，司法官不得拒其適用。如我民法親屬編關於婚約之規定，除

第九百七十三條外，於民法親屬編施行前所訂之婚約，亦適用之（民法親屬
編施行法第四條）。

編施行法第四條。雖在民法繼承編施行前而在一定日期後
亦不適用其效力。女子對於其直系血親屬之遺產，亦有繼承權（民法繼承編施行法第二條
也。不適用。女子對於其直系血親屬之遺產，亦有繼承權（民法繼承編施行法第二條

便。原應在遺產繼承法。及法國共和國二年四月十七日之法律，以私生子之權利，與嫡出子同等
也。原應在遺產繼承法。及法國共和國二年四月十七日之法律，以私生子之權利，與嫡出子同等

河。原應在遺產繼承法。及法國共和國二年四月十七日之法律，以私生子之權利，與嫡出子同等
也。原應在遺產繼承法。及法國共和國二年四月十七日之法律，以私生子之權利，與嫡出子同等

有如何西。立法機關意思，明在及於既往者，適及既往；凡根本上以新法廢止舊法
也。原應在遺產繼承法。及法國共和國二年四月十七日之法律，以私生子之權利，與嫡出子同等

不。原應在遺產繼承法。及法國共和國二年四月十七日之法律，以私生子之權利，與嫡出子同等
也。原應在遺產繼承法。及法國共和國二年四月十七日之法律，以私生子之權利，與嫡出子同等

也。原應在遺產繼承法。及法國共和國二年四月十七日之法律，以私生子之權利，與嫡出子同等
也。原應在遺產繼承法。及法國共和國二年四月十七日之法律，以私生子之權利，與嫡出子同等

新法之適用，必求其速，尤貴普及，私人之利益，雖有因之受害，而決無任

故新法之適用，必求其速，尤貴普及，私人之利益，雖有因之受害，而決無任

國家公益之理，此為法律適用之原則。然以國家新法，致人民以前取得之權利

至於廢滅，亦非增進國家公益，維持法律信用之第一道。且以新法之故，致

人民現有之身分、財產，至於變異，又不可謂適於道德，利於經濟。於是不以

國家新法，害人民權利，又為法律適用之第二原則。故謂法律不溯既往者，為

法律不溯既往及其效力於既得權之義，於法律適用之法理，方為適合。而欲此

意義之釋然，尚不可不明其何為既得權焉。既有不實之權利，因以管也

既得權者，特定之人，依特定之法律行為，所取得之權利，而不能依他

人之行為，使其消滅之謂。例如：依婚姻取得之同居權，依契約取得之債權，

即為依法律行為所取得，而他人不能剝奪之，故為既得權也。其結果如左：

甲 未定權，非既得權。將來有取得希望之權利，得以他人之行為或他事件

之發生而消滅之者。稱曰：未定權。為單純之希望，而非既得權。例如：依

是最大之勇氣。是最大之勇氣。是最大之勇氣。是最大之勇氣。是最大之勇氣。

之生同等的特點：在法中我作得與他。同法不致。一因才集。及是也

同字一不不不便。一由學通論

法心加了法了法心到法心所有權之希望，得以所有者之行為消滅之。是為未定權，而非

法心加了法了法心到法心所有權之希望，得以所有者之行為消滅之。是為未定權，而非

法心加了法了法心到法心所有權之希望，得以所有者之行為消滅之。是為未定權，而非

法心加了法了法心到法心所有權之希望，得以所有者之行為消滅之。是為未定權，而非

法心加了法了法心到法心所有權之希望，得以所有者之行為消滅之。是為未定權，而非

法心加了法了法心到法心所有權之希望，得以所有者之行為消滅之。是為未定權，而非

法心加了法了法心到法心所有權之希望，得以所有者之行為消滅之。是為未定權，而非

法心加了法了法心到法心所有權之希望，得以所有者之行為消滅之。是為未定權，而非

法心加了法了法心到法心所有權之希望，得以所有者之行為消滅之。是為未定權，而非

法心加了法了法心到法心所有權之希望，得以所有者之行為消滅之。是為未定權，而非

法心加了法了法心到法心所有權之希望，得以所有者之行為消滅之。是為未定權，而非

法心加了法了法心到法心所有權之希望，得以所有者之行為消滅之。是為未定權，而非

法心加了法了法心到法心所有權之希望，得以所有者之行為消滅之。是為未定權，而非

法心加了法了法心到法心所有權之希望，得以所有者之行為消滅之。是為未定權，而非

法心加了法了法心到法心所有權之希望，得以所有者之行為消滅之。是為未定權，而非

法心加了法了法心到法心所有權之希望，得以所有者之行為消滅之。是為未定權，而非

法心加了法了法心到法心所有權之希望，得以所有者之行為消滅之。是為未定權，而非

法心加了法了法心到法心所有權之希望，得以所有者之行為消滅之。是為未定權，而非

法心加了法了法心到法心所有權之希望，得以所有者之行為消滅之。是為未定權，而非

法心加了法了法心到法心所有權之希望，得以所有者之行為消滅之。是為未定權，而非

得. 據這的. 只可這是受. 知. 律. 的. 10) 題. 令. 令. 律. 的. 人. 律. 在. 五. 个. 人. 就. 可. 了. 得. 了.
五. 十. 个. 人. 取. 得. 者. 故. 非. 既. 得. 權. 即. 令. 以. 新. 法. 變. 更. 之. 制. 限. 之. 直. 為. 適. 用. 而. 亦. 不. 反. 乎. 原.

則。但人爲妻爲夫之身分，不可與屬其身分之權利混同。

右所說明之主義，證之法制及學說之趨勢，益可確實。稍古之法制，概以最單純之體裁，規定此原則，唯有法律不及效果於過去之行爲及事件而已，均未言明不於既得權。普法意諸國之民法規定，即屬此例。然嚴格解釋此規定時，又發見諸種不便，學者乃制限規則，謂法律不遡既往，及其效果於既得之權利及既遂之行爲。新法之効力可及者，惟於未定之權利，未遂之行爲耳。奧國民法（民五），遂改此原則之體裁，而規定之曰：「法律不遡既往，故不其効果於既遂之行爲及既得之權利。」而此規定，尙失於廣泛。何則？立法機關往往以公益上理由，對於既遂之行爲，既得之權利，認新法效果，有遡及之必要。故索遜民法（民二）又改其體裁，而規定之：「法律對於既遂之行爲，既得之權利，不及其效果，但法律明文或自其目的有反對之規定時，不在此限。」此

原則至此。殆得正當之意義。學說亦漸歸於一致。雖然，此等規定，尙不可謂爲完全，蓋法律之規定，唯設權利，不及行爲，故雖爲既遂之行爲而未生權利者。尙不不在保護之列也。可知法律不遡既往之原則者，不過爲除立法機關之意思外，不及效果於既得權之義，始得之矣。

二 法律停止之間無其效力；法律之停止者，一定之期間，停止法律效力之謂。法律之停止，與法律之廢止異，非廢止法律之自體，不過一時故停止其適用而已。故停止之原因，一旦消滅，其效力再爲回復。例如：依戒嚴法施行戒嚴之間，其地域之或種法律，停止適用。又如禁煙治罪暫行條例施行之間，刑法鴉片章與該條例牴觸各條，停止適用是也。

三 法律廢止之時，失其效力；法律因廢止而消滅，消滅之法律，無效力之可言，故廢止之舊法，對於現在及將來所發生之事實，則無支配之力。然在舊法之下所發生之事實，如新法規定，尙受舊法之支配時，關此訴訟，司法官尙須

適用舊法，以爲判斷。例如：刑法第二條第一項但書是也。

第二章 關於人之法律效力

關於人之法律效力者，法律於何人有羈束力之謂。研究此問題者，在知法律對於何人及其效力也。欲明乎此，須先知其主義之變遷如何。時當古代，行所謂民族主權，主權者爲一民族之首長，非一國家之元首，故其時之法律，與其謂爲行於一定之地域也，寧謂爲行於一定之民族。此之謂：屬人主義，人之所到，法卽隨之。及乎中古，國家漸有一定之土地，民族主權，一變而爲屬地主權，法律亦漸由屬人主義，一變而爲屬地主義。迨至近世，遂全爲屬地主義，換言之，凡在一國之土地內者，必服從其國之法律也。然極端適用此主義時，諸種不便，因之而出，故所謂區別法主義生焉。區別法規之性質，探求折衷之適用。於屬地主義，加以制限，又爲近世之傾向也。而在此傾向之下，關於人之法律效力，其主要原則如左：

一 凡法律，一般國民，皆須遵守； 國權支配一國之人民，故凡爲國民者，皆

須服從其國之法律，然此原則，最爲廣泛，不可不依下揭之原則，而受其制限焉。

二 因於人之特別法，或種之國民，須遵守之；何爲因於人之特別法，前已說明，而此種法律，惟在其法律關係內者，須遵守之。例如：陸海空軍刑法，惟陸海空軍軍人遵守之是也。但不無例外該法第二條之規定，卽其一例。

三 得法律之免除者，限於受其免除之事項，免遵守之義務；法律之免除者，對於一定之人，特不適用法律之謂。法律之免除，與法律之停止異。法律之停止者，於或期間，對於全般，不適用法律之謂。而法律之免除者，於特別場合，對於特別之人，不適用法律之謂也。又法律之免除，與通常所謂特權異。特權者，依據特別法，在其特別法關係內之國民，一般所有之權利。而法律之免除者，對於特別之人，不適用全般所適用之法律。故予以特權者，爲特別法之適用。而法律之免除者，爲法律之適用也。法律免除之最著者，爲大赦與特

赦。卽於受刑罰之宣告者，特爲免除刑罰，故可謂對於特別之人，不適用法律也。但得法律之免除者，限於受其免除之事項，可免遵守法律之義務，而關於以外之事項，仍有遵守法律之義務，則不俟言。

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

1 一國之國民，雖僑居外國，而其身分能力，以本國法支配之；我法律適用條例及日本法例，皆規定人之能力，依其本國法；親屬之關係，及自其關

係所生之權利義務，亦依其本國法者（法律適用條例第五條第十七條日本法律例第三條第廿二條），即認此原則者也。身分者何？指人在親屬關係上之地位及由此地位所生之權利義務之總稱也。消極的言之，爲人在社會上之地位，而此地位，非因於契約者也。雖然，身分二字，易啓誤解，我法律適用條例及日本法例，特謂爲「親屬關係，及由此所生之權利義務。」而不謂之爲身分者，以此（法律適用條例第十七條，日本法例第二十二條），故茲所謂身分者，可知爲家長，家屬，父母，子女，夫妻之關係，及由此所生之繼承順序並扶養義務等之總稱也。能力者何？指人之享有權利，或行使權利之資格也，故爲公權私權之享有或行使，詳言之，即成年，未成年，自治產，禁治產，監護，婚姻能力，收養子女能力，財產之取得或處分之能力，遺囑能力等之總稱也。此等身分能力，與其國之氣候，風俗，人情，及習慣等，皆有密切關係，諸國民法規定，各具特色，關於此等事項，若不使受本國法之

支配，其不條理，未有甚於此者，故近世文明國，皆以依據本國法爲通則。例如：日本男子不至十七歲，女子不至十五歲，不許爲婚姻，而英國以男子十四歲，女子十二歲，爲適婚年齡，若日本人僑居英國，十五歲之男子，與十三歲之女子結婚，而身分能力，應以日本人之本國法支配，故在日本，不能認此夫妻之身分；又若我國僑居英日，未滿十八歲之男子與未滿十六歲之女子結婚（民法第九百八十條），在我國亦不能認爲此夫妻之身分，以反乎我民法之規定也。

2 一國之國民，雖僑居外國，而公法上國民之義務，以本國法支配之；公法上國民之義務者，如納稅，當兵，從事公務，憲法上及行政法上所規定之義務也。此等義務，爲專因國籍所定者，故苟爲一國之國民，雖僑居外國，而非脫本國國籍，不能免之也。又關於刑法，僑居外國之國民，應從僑居國之刑法，以不受本國刑法之適用爲通則；然一國之國民，在外國犯罪，有害

本國之安寧秩序時，例如內憂罪，外患罪，及偽造貨幣罪等，尙以本國法處斷之爲常；但國家之刑罰權，不能行於外國，惟有待其歸來，罰之而已。

3 依慣例或條約，雖僑居於外國，而仍以本國法支配之；此卽一國之人，僑居外國，不從其僑居國之法律，而仍受本國法支配之特權也。其主要者如左：

甲 外國之君主，或總統及其從者；

乙 外國使節，使館館員，及其家屬，從者；

丙 外國領事；

丁 外國之軍隊；

戊 依條約有領事裁判權國之人民。

五 法律對於外國人，限於僑居其國內者，及其效力；但有特權者，不在此限；

關於私法，不分內外國人，一律適用，此爲近世諸國之原則。關於公法，多

依事項以區別之。即公法中，關係於人民資格之法規。例如：關於選舉之法律，關於官吏公吏之法律，及關於兵役之法律等，雖非無例外，而要以其效力於外國人爲通例。蓋此等法規，皆與國籍有密切關係，而一人不得爲數國之人民也。反之關於安葬，秩序，風俗，衛生，及其他刑罰，警察等法律，又以其效力於外國人爲常。比國學者，舉其理由曰：「外國人若不守此種法律，則僑居國之秩序，不能維持，且此種法律，可以保護外國人之身體財產，外國人亦不可不爲之報酬，而尊重其僑居國人之身體財產也。」

六 法律之效力，有不及於一國之元首者；一國之元首，有君主與總統之別，在君主國，君主多不受法律之效力。蓋君主國之君主，神聖不可侵犯，若受法律支配，則傳喚於法廳，加之以刑罰，不惟有傷尊嚴，且有害於公益也。然法律不及君主，既爲基於公益，則於無害公益之虞者，不妨適用。故關於政治上之事項，君主全無責任，而由大臣負擔。2 關於民事，以事項區別，即甲關

於人事，如君主之成年，未成年，婚姻等，諸國多有特定之規程，以不依通常之民法爲常例。乙關於財產上之事項，限於無別項法規時，以從民法之規定爲通例。丙關於民事訴訟，近世諸國，對於君主，多採許其提起之制，至其程序，不依通常之民事訴訟法，別有特種之程序，或不以君主爲被告，而以其出納官吏爲被告，或如英國，實際上雖與訴訟無異，而特名之曰：權利之請願，司法官於受理之先，須受皇帝之勅許。3 關於刑事，君主全無責任，「王不能爲惡」。爲英國古之格言，各國皆奉之爲原則，即君主雖有任何行爲，能法律上不視之爲惡事，稱此曰：君主之神聖不可侵。

共和國之總統則異是，非不受法律之效力，惟與受法律之免除者相同。關於或種事項，不過有特權而已。故1 關於政治之事項，以制度不同，責任亦異，採總統制者，總統負責，如美國是；採內閣制者，內閣負責，如法國是。2 關於民事，無論爲人事爲財產，皆以從民法之規定爲通例，又關於民事訴訟，

亦從民事訴訟法之規定，與一般人民無異。3 關於刑事，除謀叛行為外，多無責任，如法國是。

第三章 關於地之法律効力

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

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

二 因於地之特別法，惟行於國內之一部；例如：我國關於蒙古地方制度，王

公待遇，及蒙藏喇嘛寺廟之各種法規，即惟行於蒙古及西藏。各寺廟之所在地。又如：英國，於不動產，以長子繼承爲通則，而肯多州稱曰：嘉委爾肯多，又爲分配繼承。然此繼承法，爲特別法，故僅行於英國一部之肯多州是也。又聯邦及合衆國，此例最多。紐約州憲法，僅行於北美合衆國一部之紐約州，其一例也。若一國之內，有異其法境之類似法律時，以法境狹者，勝於法境廣者爲通則。例如：歐美各國，一市府有其市府之法，而市府之上，有州在焉，州有州法，州法之上，又有國法。當支配其市府之人民也，市法勝於州法，州法勝於國法；然此市法或州法，須爲適法成立者。若國法於一定之事項，既爲規定，而不許州法或市法再規定其同一之事項時，則應依據國法，則不俟言。

三 法律不行於效力停止之地；何爲法律停止，前既說明，此有限於時間與場所而停止其效力者。於此場合，在停止期間，其停止內地，一定之法律，不能行之。例如：發布戒嚴令時，其警戒地域及接戰地域，或種之法律，不能行之。

是也。

四 法律行於自國之領海；海洋爲世界人民所共用，各國船舶，固可以自由航行；然若一國之領土，以海岸爲限界，國權不能闕此一步，則國家之安寧，將不可維持，人民之利益，殆頻於危險，故國際法認有所謂：領海者，各國皆以其沿海之或範圍，爲自國之領海，行自國之國權，並施行自國之法律，雖外國船舶，停泊于此，亦須使之服從焉。而今日所認爲國際法上之原則者，以自海岸三海里爲領海，而國際法學者主張改爲六海里，此應以砲彈所達之最遠距離爲標準也。

五 法律以慣例條約之結果，行於外國；此卽在外國，不服從外國國法之特權。故有此特權時，本國法常可行之於外國，例如：各國之在外使館，及在我國尚有領事裁判權之外人僑居我國，而各以其本國法行之是也。

六 法律行於外國領海內之自國軍艦及公船；公船者，爲特帶國家公務之船舶

• 例如：平時郵政船，戰時運輸船是也。軍艦及公船，在本國領海內或大洋時，受本國法支配，固不待論；而從在外國之領海內，亦須受本國法之支配。此蓋本於國際間之互讓，及實際上之必要，國際法上不得使此等船艦享有特權也。如在沿海碇泊之各國軍艦，其中發生犯罪，依各該國之法令處斷，而不能適用沿海國家之刑法，即爲此例。

七 一國之法律，行於公海中之自國船舶；一國之領海內，可行其國之法律，故非軍艦公船之普通船舶，如商船等，一入他國之領海內，不可不服從其國之法律。此蓋以普通船舶，雖服從外國法律而於本國之國權無傷也。然在公海，即不屬於何國領海之海上時，此海上之管轄，無論何國，均不隸屬，故適用有船籍之本國法於其船舶者，又自然之勢也。

第四章 關於事之法律効力

關於事之法律効力者，法律於法律關係所及之羈束力之謂。研究此問題者，在

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

近世之法律觀念，概探屬地主義，國家在自國領土以內，惟可行自國法，而於外國法，不可不排斥之，是外國法，固不許行於自國以內，故一國以內，卽生涉外

法律關係，而可適用之法律，莫不悉爲自國法也；然近世文明諸國，交通頻繁，人事紛紜，涉外法律關係，不能悉使之從自國法之規定，故於或場合，關於或種法律關係，有以自國法認外國法，特予以法律效力而適用者，此蓋基於文明國間之互讓，非原則上固應如是也。故涉外法律關係，雖謂其適用外國法，而非以本諸外國國權之外國法，行於自國之謂。誠以自國國權，對於外國法，賦與以法律效力，而適用之之謂也。又嚴正言之，於涉外法律關係，非適用外國法，而適用可從外國法之規定，以爲審判之自國法也。故茲所論者，不外於一定之涉外關係，其如何事項，可以自國法之規定以爲適用，其如何事項；特以自國法認外國法之規定以爲適用之問題矣。其各事項之準據法如左：

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

際私法上一般所共認者也。

二 關於財產之事項，從左區別：

1 關於物權之事項依其標的物之所在地法； 關於動產不動產上物權之事項，依其標的物之所在地法者，殆爲國際私法上現今之通說（法律適用條例第廿二條第一項本文日本法例第十條）；然古來諸國之立法例及學說，其歸趣不一；蓋自國土地，如適用外國法，則與領土國權之觀念，有相背馳，故關於不動產，依所在地法，雖爲古來諸國之所是認，而關於動產，或謂可依所有人之本國法，或占有人之住所地法，又爲一般所通行。及乎近世，商業工業，漸見發達，關於動產之涉外關係，亦逐日加多，使從其所有人之本國法時，實際上有所不便之感。况近世之國家觀念，又有使其領土內之一切物件，不可不從自國法之必要。關於此點，不惟無區別動產不動產之理由，且若使從所有人之本國法時，又於不同國籍之數人，共有一動產之事項，亦不

能定其適用之法律。此所在地法主義，所以爲今之學者所共認也。故凡關於物權之事項，其權利之性質，存否，效力，得喪，移轉，及其他一切，皆適用所在地法（法律適用條例第二十二條第二項），縱令係外國人所有，而其標的物存在於自國內時，亦適用自國法，惟動產之性質，不時移轉，適用之法律，亦一時相異而已。例如：在甲國購資一物，攜之行於乙國，後在丙國賣售於人，關於購買，從甲國法，在乙國之間，從乙國法，關於售賣，從丙國法是也。

2 關於債權事項，契約，依契約地之法，其他，依其原因發生地之法；關於法律行爲之法律，爲聽任法，聽任法之重要性質，在於幫助各人之任意行爲，避其複雜條件之規定，故合意適用之法律，以當事者明示或默示之意思而定，此通則也（法律適用條例第二十三條第一項，日本法例第十七條第一項），多數學者，皆採此說。故例如：甲乙二人，在丙國爲契約，明言依丁

國法律，現以此契約，爭訟於戊國，戊國司法官，須從丁國國法之規定，以爲判斷；若當事者之意思不明，應從何地法律判斷，學者主張不一；有謂可依履行地法者；有謂可依債務人之住所地法者。而我國則爲：同國籍者，依其本國法，國籍不同者，依行爲地法；日本則爲：依行爲地之法律焉（法律適用條例第二十三條第二項日本法例第七條第二項）。

債務之發生，不僅由於法律行爲，亦有由於他之原因，如事務管理，不當得利；而發生者，此等場合，爲有一定之事實時，法律上命以一定之義務，故應適用之法律，不得探求當事人之意思而定，而以適用事實發生地之法律爲通例（法律適用條例第二十四條，日本法例第十一條）。例如：甲在丙國，對於乙之財產，加以損害，而訴訟起於丁國時，丁國司法官，須從丙國法律，以定甲之責任是也。

又關於因不法節侵權行爲發生之債權，在我國爲依行爲地之法律（法律）

適用條例第二十五條第一項本文)；而日本則仍爲依事實發生地之法律(日本法例第十一條)。

三 關於繼承及遺贈之事項，依被繼承人及遺贈者之本國法；關於繼承，概依被繼承人之本國法者，今日學說，殆相一致(法律適用條例第二十條，日本法例第二十五條)，蓋繼承關係，由親屬或家屬之關係而生，不僅被繼承人希望受本國法之支配，且以財產之所在地法，適用於繼承，則遺產散在之時，反有害被繼承人之意思，感諸種之不便也。關於遺贈亦然。故例如：法國人死於日本，其財產無論散在何國，惟依分配繼承法是也。

四 關於行爲方式之事項，依行爲地法；此爲國際私法上之一原則。法語謂：「場所支配行爲」，卽此義也。其理由有二：1 行爲方式，如使從本國法時，則有不能爲或行爲者。2 行爲方式爲保護當事者所設，各國國情，不一其揆，故行爲方式，須依其行爲地法之規則。例如：英國人在德國爲契約依德國國法

，作成公正證書，或私署證書，現起訴於法國，法國司法官，對此證書，須予以公正證書或私署證書之效力是也（法律適用條例第二十六條第一項日本法例第八條第一項）。學者，或釋「場所支配行爲」之原則，謂此所謂行爲者，爲關於一切之行爲也。此說不無謬誤。蓋其文辭，雖曰：行爲，而其真意，實指行爲之形式。歐美學者間，殆無異詞。又方式有二種：一曰：內部方式，即法律行爲實質之條件者，例如：契約之成立條件，當事者之能力等是也。二曰：外部方式，即可爲法律行爲之證據者。例如：通常之證書等是也。而所謂場所支配行爲，其行爲之方式，爲專指外部方式而言，亦無持異論者。

五 關於訴訟程序之事項，依法院地法；訴訟程序，可依其提起訴訟國之法律。蓋訴訟程序之法律，屬於公法，一國之法院，依其國法所定之組織權限以外，不得有或行動，故關於此等程序不能依據外國法令，有必然者。故例如：關於訴訟之原被兩造，雖皆爲外國人，其原因雖亦起於外國，而其訴狀之書式，

審判之程序，採證之規則，執行之方法等，皆必依其法院所在地之法是也。

右所說明，爲應適用於涉外法律關係之法律原則也。然依此等諸原則，若有關係於自國之治安時，則外國法之效力，決不能認定，不問當事人之國籍如何，行爲地之所在如何，及財產之性質如何，必以自國法適用之。蓋有害於自國之公安，而尙認外國法之效力者，與國權之觀念，實不能容也。例如：身分能力，雖以從本國法爲原則，而苟於自國之公安有害，公益有損時，則依於外國法之身分能力，不能承認。北美合衆國，不認貴族之特權，英國不認奴隸持主之身分，德國認土耳其人一夫數妻的婚姻所生之身分能力，我國及日本不適用有反乎公共秩序或善良風俗之外國法（法律適用條例第一條，日本法例第三十條）等，皆基於此理由之規定矣。

第四篇 法律之運用

第一章 法律之行用

第一節 法律行用之意義

國家徒有法律，不能爲之用，惟施之於事實，始可收其實效也。施法律於事實云者，對於特別之事實，確認其法律效力之謂。名此活動曰：法律之行用。此爲法律行於實際之意義，故不限於有公權力者爲之，雖一私人亦有爲之者。例如：學者爲攻究法理，人民爲適法生活，皆實施法律於事實是也。然通常所謂法律之行用云者，指有威信之法律實行而言。一私人之適施法律，不謂之曰：行用，蓋以國家之權力，對於事實，確認其法律效力者，方爲法律行用之意義也。

法律之行用，以行政官及司法官司之爲常，即行政官行用法律，而爲行政處分；司法官行用法律，而爲審判。而以行政處分之目的，而行用法律，曰：法律之執

行；以審判之目的，而行用法律，曰：法律之適用。例如：行政官從租稅法，應私人之資產，徵收租稅者，法律之執行也；司法官從刑法處罰犯罪者，從民法定權利之所在者，法律之適用也，然法律之適用，與法律之執行，其實質原無不同，惟異其機關與目的而已。孟德斯鳩氏曾唱立法，行政，司法三權鼎立之說，聳動一時，而近世學說，全反乎此，謂國權爲一非二，立法，司法，行政，考試，監察，皆爲一國權之發動，惟依其作用，有區別而已。故國權之作用，可分爲立法權及廣義之行政權二者。制定法律之權，爲立法權；行用法律之權，爲行政權。又別此行政權，以行政官署所行者，曰：狹義之行政權；以司法官署所行者，曰：司法權。故行政官及司法官，皆爲任法律行用之職務，而其間所異者，惟司法官於一定事實，確認法規之效力，爲其最終之目的；行政官於一定事實，確認法規之效力，不過爲行政處分之一程序耳。故稱前者曰：適用法律；後者曰：執行法律而已。此外固無以異也。

第二節 法律之執行

第一款 執行之機關

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

第二款 執行之原則

關於法律之執行，其重要原則如左：

一 行政官署，不得拒絕法律之執行；法律經公布及命其執行之後，行政官署，不可不執行之，若無相當理由，而怠其執行時，可依公務員懲戒法及其他之規則，而受相當之制裁。

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

三 行政官署，爲執行法律得發命令；凡法律概定法規之大綱，執行之時，不可不另定細則，故行政官署，得發命令，定其執行之細則，稱此曰：執行命令權。此命令權之範圍，諸國法制，雖各不同，而要無不認此制度者。例如：我國憲法，卽約法，第七十五條規定：「公布法律，發布命令，由國民政府主席依法署名行之，」第七十六條規定：「各院部會得依法發布命令。一是也。

四 行政官署，於法律之範圍內，得爲其執行上便宜之處分；行政官署，非如

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

第三節 法律之適用

第一款 適用之機關

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

法律之適用權，一稱司法權。凡一國之司法權，由法院依法律行之，爲近世立憲國之原則，（美合衆國憲法第三條第一節），然當其適用之也，依據法律，以獨立不羈之意思，解釋執行，內不受上級司法官署之掣肘，外不容立法權及其他行

政權等之干涉，誠以法院所司者爲正道，爲公平，若無特殊之地位，嚴格之保障，恐難乎爲公明正大之審判也。

第二款 適用之原則

關於法律之適用，其重要原則如左：

一 司法官於未受請求之事項，不可爲審判；司法官之職任，在於適用法律，故有明白請求時，始可爲之審判，若自行探知而爲審判時，則於公益有害而不能許之也。而此審判之請求，在近世立憲國，關於民事，私人之原告爲之，關於刑事，國家代表之檢察官爲之。又於民事裁判，採形正證據主義，司法官惟可就於訴訟當事人所聲請之事項，爲之裁判，而若於未要求之事項，或僅就要求之一部，或超於所要求者，下判決時，則其裁判，可依上訴而破壞之也。

二 司法官於法庭以外，不可爲審判；訴訟及裁判之程序方法，古代多不完備，故其時之司法官或裁判於自己宅第，或聽訟於便宜場所，固無一定之地，爲

之羈束。近世立憲國，審判必設法庭，不許於法庭以外爲之，法庭外之裁判，當然不生效力，此蓋恐司法官有偏倚不正之行，當事者蒙含冤莫明之怨也。又法庭雖於法院內開之；而高等法院或地方法院於必要時，得於管轄區域內未設分院地方，臨時開庭（法院組織法第六十三條本文第六十四條第一項）。

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

第一說：謂司法官惟於法律之公布式，有審查其違法與否之權，故法律之公布，若爲適法時，其以外之形式及實質，縱或違反憲法，而司法官不可不適用之。

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

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

近世之立法例及學說，多採第三說。我國憲法，即約法亦採之。蓋審查法律之實質（即法律規定之事項），適合憲法與否，屬於立法權，而約法上立法權，屬於立法院，（約法第七十一條及國民政府組織法第二十九條）是法律之

實質審查權，亦在立法院；而司法官對於法律，其實質違憲與否，固無爭執之權也。然法律之形式，若違反憲法，則不能謂之曰：法律，司法官得拒絕其適用。例如：法律未經立法院之議決，國民政府主席之公布，（約法第七十五條）不能強司法官以適用是也。

然執行命令，即為執行法律，元首自發或使行政官署所發之命令，違反於法律時，司法官得拒絕其適用與否？學說殆為一致。即執行命令，非可以違反法律者，故其形式不適法時，得拒絕其適用，其實質有違反法律時，亦得拒絕其適用也。

四 司法官不得以法律之不明不備或欠缺為口實，而拒絕其審判；國家之設司法官也，原為對於人民，使之判決訴訟，而訴訟之發生，多因於法律之不明，不備，或有欠缺，故司法官若得以此等理由，拒絕其審判，則反乎國家設官之本意，人民相互之間，將以私門判定曲直，以腕力保護權利，社會秩序，錯亂

紛糾，殆無可收拾之日，此此原則之所生也。然法律有不明不備或欠缺時，司法官於此，又將何以處之？述之如左：

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

2 法律之規定，有不備或欠缺時，依刑事民事不同，而原則各異。

甲 關於刑事，法律有不備或欠缺時，宣告無罪，爲近世諸國法制之通則。蓋在往時，司法官不俟法律明文，得由自己意思，以或行爲爲罪而處罰之，然此制度，易滋流弊，法國革命以後，犯罪之成立，以有法律明文爲必要，無明文時，無論何種行爲，不得處罰，且於法律規定，亦不許其援引比附，以明所謂罪刑法定主義。（法國刑法第四條，意刑一，德刑二，比刑二，我刑一）賊以如何行爲爲罪，若任司法官之專擅，則同一行爲也，甲可謂爲有

罪，乙可謂爲無罪，甲可謂應重罰，乙可謂應輕罰，危險不可勝言也。

乙 關於民事，法律有不備或缺時，先爲法律之補充，索其可適用之法律，若無可據者時，以近世之通說，可依習慣，無習慣時，可依條理。我國民法第一條之規定，即採此說。法與兩國民法，謂可依自然法，比國民法謂可依衡平法，其條文不同，而精神一也。

昔時司法官遇法律有不備或缺時，有請示立法者指揮之制度；然不惟使審判程序，至於延滯，且於司法獨立，亦有妨害，故近世諸國，皆不取之，司法官於此，對於人民，不得拒絕其審判，對於立法者，亦不待其指令也。

五 司法官，於受其請求之事項，不得以設定一般法規之方法。而爲審判；此爲司法職權性質上所生之結果。蓋司法官之職權，在於判決訴訟，若法律上於

其判決，予以一般法規之形式時，是司法官對於人民權利，可以設定準則，有侵害立法者之地位，而司法權貴乎獨立，不計立法權之濫事干涉，不許司法權之逾越範圍，此此原則之所以生也。是故司法官之審判一事件，雖有命國民全般遵守者，而如此之命令，毫不能發生效力，雖然，在司法的行政之範圍內，法院以一行政官署之地位，設定一般審判或各法院應適用之訴訟規例，則不禁止之。往昔法國各州之法院，常以所下之判決，爲例規之決議，在其管轄區域內，至公布新法時止，假有法律之效力，卽此例也；然此種制度，不惟使司法權，侵害立法權，且判決例有不能畫一之虞，故當大革命時，於司法權立法權之區別，特爲申明，更以民法第五條規定此原則，以力矯其弊矣。

六 凡判決，於爲此判決之法院及就其事件確定之；此原則之生，爲由於法律適用上之便。蓋若對於同一法院就於同一事件，得屢次請求裁判時，則訴訟無有終期，奸黠者之刑戮，可邀暫免，權利者之地位，不得確定，且數次判決，時

或矛盾，亦有害審判之威信，故自公益上言之，凡依適法程序之判決，可推定其已得事實之真，法理之正，於同一之法院，有不得破壞之者，若欲平反，不可依上訴審之程序，上訴，如經上訴審之裁判，又經過上訴期間之裁判，則斷然確定，絲毫不可動移，稱之曰：確定判決。而確定判決不可動之效力，在訴訟當事人間，稱之曰：既判力。在法院謂爲：一事不再理之規則；然此原則，不無例外。對於確定判決，得以再審或非常上訴之方法推翻（民事訴訟法第四百九十二條以下，刑事訴訟法第四百一十三條以下及第四百三十四條以下），即爲其例；但許再審及非常上訴者，須限於判決謬誤明瞭，不俟言也。

第二章 法律之解釋

第一節 解釋之意義

法律之規定，其中不明悉之點，一般稱之曰：法律之疑義。其疑義顯出於法律之表面者，曰：表現疑義；隱匿於法律之裏面者，曰：隱匿疑義。如文章用語，意

義曖昧，法規條文，前後衝突，是疑義之現於法律表面者，故屬於表現疑義；如其文語明瞭，法條確正，而於此相當之事物，不能明悉，是疑義之藏於法律裏面者，故屬於隱匿疑義也。蓋以法律不問爲習慣法與成文法，皆依言語文章，以爲表彰，而其言語文章，不過傳達吾人思想之符號，人之思想，依符號表示，不能絲毫無違，恰合分際，且言語文章之意義，及於此相當之事物，亦與時俱變，不能免諸種之變化，法律疑義之生，卽起因於此也。是故制定法律之事，卽以精於法理，飽有經驗之名士爲之，產出法律之源，卽以富於理想，重夫權利之人民當之，亦不免有疑義。此誠爲不得已之數，而解釋法律之必要，由之而生矣。

法律之解釋者，爲明確法律之疑義，闡明其意思之活動也。學者於法律之解釋，或有解於廣義者；或有解於狹義者。解於廣義者，以解釋法律，爲發揚法律真意之一切方法，法律之鑑識，亦在其中；解於狹義者，以解釋法律，惟可用於法文文辭之不明悉者。然法律之鑑識，爲對於法律，勘其有無謬誤愆脫之活動，而非明確

其疑點之活動。又文辭，不過爲傳達思想之符號，其解釋成文法也，非探文辭之意義。而在於依其意義，以求法律之真意，故不文法有疑義時，亦須有明之之方法，謂此活動，曰：解釋，亦無妨也。美國學者，有謂：「解釋云者，爲對於傳達思想所用之符號，發明其真意之謂。」一雖不曰：言語文章之真意，而曰：符號之真意，然法律之解釋，非爲明確符號真意之活動，而爲就其符號，闡明其法律真意之活動，彼此不可混同。學者，又有以法律之解釋，與法律之補充及適用相混同者。如謂：刑法不許解釋者，與法律之補充混同。如謂：決某事件，應用某法，爲法律之解釋者，與法律之適用混同。蓋法律之補充，屬於法律真意確定後之作用，如法律關於現在某事，缺其規定，故類推其有規定者之精神，以其同一理由，推及於未規定者，以補法律之缺典，此活動爲法律之補充，非法律之解釋也。又於某事應適用某法與否，非法律之真意有疑義，不過爲適用上之疑義，故決此疑義之活動，亦非法律之解釋也。

第二節 解釋之類別

第一款 公式解釋

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

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

1 於法文中插入解釋文之方法；此為就法律中之文章字句，有生疑義之處者，加以解釋條文，以明其意義。例如：我國民法第六十六條第一項規定：「稱不動產者，謂土地及其定着物」是也。此種條文，曰：解釋條項。英國之成文法，於其法律之冒頭或末尾，常設附則，附此種條文者，頗多。

2 以附屬法，解釋主體法之方法；此為就主法律中之文章字句，有生疑義

之虞者，特以解釋條文，加於附屬法律之中，以明其意義。例如：日本民法中之法文，有依其附屬法之民法施行法而解釋之是也。

3 因解釋法文，特發新法之方法；此爲就於一法律中之文章字句，有生疑義之虞者，特發他之法律，以明其意義。例如：日本爲解釋其帝國憲法第六十七條，特發會計法補則是也，而以新法解釋他之法律者，固不以特發成文法爲要，以不文法解釋成文法或不文法，亦無妨也。例如：法律之某條文，習慣上解爲一定之意義，立法機關若默認之，卽以不文法爲解者也。稱此曰：習慣的解釋。

此外尚有見印度刑法及契約法等之例，因謂於法律中，插入適例，爲立法的解釋方法之一種者，然示適例者，爲解釋法律時所供給之資料，不可以此直謂爲法律之解釋。學者動以立法的解釋，爲有制定法律之權力者所行之解釋。

如日本發布市町村制時所附之理由書，如我國普通所行之例，下級官署，關於

法律之解釋，恆請示於上級官署，上級官署對此所發之指令等，皆有謂此為屬於立法的解釋之方法者。然此不外為當局者關於法律解釋，所表示之意見，而非立法的解釋，縱令為制定法律之權力者，而非依其效之形式時，其所定之解釋，亦不能使之生羈束也，故以此等解釋，為立法的解釋者，殊覺未當。

二 司法的解釋；司法的解釋者，司法官判決之際，適用法律，所為之解釋也。此種解釋，與立法的解釋異，他無解釋之方法。學者動以司法的解釋，解於狹義，謂此為普通法院之審判官所下之解釋者。然凡適用法律，而為判決者，所為之解釋，其效力不因普通審判官與其他審判官，而有差異，故寧解於廣義，謂司法的解釋中，凡審判官判決之際，適用法律，此下之解釋，悉包含之。方為正當也。就我國現制論，有適用法律，為審判之職權者，普通審判官外，有行政法院之評事；公務員懲戒委員會之委員，陸海空軍軍法會審之審判長，審判官，未設法院或司法處之各縣地方之縣長，承審員及兼事法官之縣長等，

此等公務員，有爲審判之資格，固審判官也。故其所爲之判決，就於其事，生羈束力，固與普通審判官所爲之判決，無以異也。

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

第二款 私見解釋

私見解釋，一曰：學理的解釋，或無權的解釋。即依一私人見解，所下之解釋。可別爲文理的解釋，及論理的解釋二者。此解釋現於法律，判決，或處分時，爲公式解釋。

一 文理的解釋；文理解釋者，對於法律，闡明其基於文字意義之法律真意者也。法文不明悉時，此方法最爲必要，而依此解釋，所可依據之材料，必須存於其法律以內，如文辭之本義，草句之構造等是也。

二 論理的解釋；論理的解釋者，參酌法律發生之原內理由沿革，及其他關於

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

- 1 法律之淵源； 例如：制定法律之準備書類，草案，說明書，會議之議事錄，及可為其法律材料之習慣，或習慣法，母法等是也。
- 2 法律之沿革； 例如 制定法律時之情事，與舊法之關係，及其制定法律之目的等是也。
- 3 法律之比較； 法律各部之比較，及與其他法律之比較是也。
- 4 法律之理論； 制定法律，必從學理，故無以上之材料時，可以學理為解

釋之材料。

5 法律之結果；法律各有目的，故可以適合其目的之方法，推究法律之結果，以爲解釋之材料。

第三節 解釋之標準

第一款 關於解釋之共通標準

解釋法律之共通標準，其重要原則如左：

法律之解釋，不可爲之於無疑義者；前既說明，法律之解釋，爲明確法律之疑義，闡明其真意之活動，故法律之意義精確時，無須爲之解釋者，當然之理也。

一 先從文理的解釋，依其解釋方法，法律真義，既爲明瞭時，不可再爲論理的解釋；法律所用之文字字句，爲傳達意思之符號，法律之真意，須就此符號探究之，故文章字句，義意明白，而尙有疑點，非十分證明，不可了解時，仍

以其文章字句之意義，爲其法律之真意，不許離其文章字句而爲之解釋也。

三 文理的解釋之結果，與論理的解釋之結果相抵觸時，須從論理的解釋之結果；法律之規定，不能絕無疑義，司法官於此，尙須據以判決，既如前所述。而法律所用之文章字句，時或全不明瞭，時或前後衝突，僅以文理的解釋，尙有不能適用者時，須更以論理的解釋，察其精神之所在，妥爲補正，以期適合於真義。換言之，須於文章字句以外，探法律之真意，以從其結果也。然學者，有持反對之說曰：「法律之文章字句，爲立法者意思之符號，故其意思如何，不待求之於外也。若許其論理的解釋，可以及於文理的解釋時，則非法律之解釋，而爲變立法機關之意思，以枉法文內之規定也。」又曰：「人民之知法律也，不外依於文章字句，解釋法律，若反於文章字句時，則人民無所適從矣。」此說，雖亦言之成理，而若適用法律，惟依文理的解釋，不許爲反其結果之論理的解釋，則欲適用甲法律，有不能不破壞乙法律者，未免有顧此失彼之

嫌，故此學說，爲拘泥於意思之符號，而忘失精神之所在也。

第二款 文理的解釋之標準

可爲文理的解釋之標準者，其重要原則如左：

一 法律之文辭，須關聯於法律全體而解釋之；法律之文辭，前後必相關聯，故若孤立解釋，將不免矛盾之虞。例如：我刑法第二十三條本文，有一對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行爲，不罰。之規定，其所謂「他人」者，其中含有親屬與否？須考察刑法全體而定之。又如日本帝國憲法，有所謂「法律」者，其含有命令與否？亦須通覽憲法全體而定之是也。

二 法律之文辭，須從平易通常之意義解釋之，解釋於特別意義時，不可無特別之理由；茲所謂平易通常之意義者，指其文辭普通所附之意義而言，非謂專門家或技術家所附之意義，及依於一地方慣例之意義者。蓋國家之制定法律，原爲國民全般而設，故用普通一般意義之文辭以制定之者，當然之事也。然立

法者之意思，若用其文辭於特別意義時，仍須從其意義。例如：關於商工，技藝，及學術等法律中所用之文辭是也。

三、法律之文辭，須從法定之意義解釋之；此原則爲右第二則之例外，若法律特定文辭之意義時，非有特別之理由，則須從其意義解釋。例如：我國法令中有所謂「商人」者。依三年三月二日公布之商人通例，定有一定之意義，又如：日本法律中有謂「養子」者，通俗謂此僅爲男子，而日本民法親屬編所謂養子者，兼男女言，故須從此意義解釋之是也。

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

第三款 論理的解釋之標準

可爲論理的解釋之標準者，其重要原則如左：

一 法律之文辭，除有特別理由外，須廣義解釋之；法律中之用語，寧從廣義解釋，不可妄事制限，而用語之意義，失於廣泛，有逾越立法者之意思時，則仍須限縮之，以適合於立法者之真意。例如：依憲法，卽約法人民依法律有應考試之權，人民依法律有服公務之權，人民依法律有服兵役及工役之義務等（第二十三條，第二十四條，及第二十六條；）此法文之人民文辭，通常雖含男女兩性而言，而依論理的解釋之結果，自其法律之目的言之，此之所謂人民者，關於兵役義務，可謂爲限於男性是也。稱此曰限縮解釋。

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

事項，實在其規定之中矣。稱此曰擴張解釋。

三 法律之規定，相互抵觸時，可補正其一方面解釋之；立法者之編制法文也。或因於未注意，或由於不熟練，致條文規定，反其真意時，不可不變更其文面上之意義，妥爲補正，以適合於法律之真意。此等方法，用之不當，雖屬危險，而兩種規定，互相抵觸，其一明爲立法者之未注意時，則於其規定之文面意義，變更補正，以避其前後抵觸，使之兩有效力，皆可適用，此誠必要之舉也。稱此曰：補正解釋。

四 法律之用語，其範圍不一定時，須寬大解釋之；例如：人之用語，可謂包含男、女、老、幼而言。單數文字，可謂含有複數，複數文字，可謂含有單數是也。稱此曰：寬大解釋。

五 以特別理由，其規定爲變則時，須嚴正解釋之；變則者，因有特別理由，不適用通則而設。解釋法律，若擴張變則之範圍，則反乎設此之理由。法語謂

：「立法者欲從通則。」即其義也。故如免除租稅之法令，付與特權之法令，皆不可不嚴密解釋之也。稱此曰：嚴正解釋。

六 科刑罰或令負義務之法律，亦須嚴正解釋之；法律科人以刑罰，使人負義務者，原爲不得已之舉，規定既須從狹，用語尤貴嚴明，故如刑法違警罰法，公務員懲戒法，陸海空軍懲罰法，陸海空軍刑法，印花稅法等，皆不可不嚴密解釋之也。學者或以刑法上不許比附援引之規則，與此原則同視，謂：刑法第一條「行爲之處罰，以行爲時之法律有明規定者爲限。」之規定，卽爲發揚此原則者。然刑法之不許比附援引，爲法律適用之原則，而非解釋之原則也。茲所言之原則，爲定法律意義之原則，依此定其意義之後，始可見不許比附援引之原則適用，不可不知。

第四節 解釋之效力

法律解釋之效力，因其解釋爲公式與私見而異。卽公式解釋者，其解釋以闡明

法律之真意而生公效力，而私見解釋者，毫不生公效力，此所以一曰：有權的解釋。一曰：無權的解釋也。然公式解釋之效力，亦有強弱，自其效力上細別之，可分為絕對的有權解釋及相對的有權解釋二者，絕對的有權解釋者，對於一般人民，且就於一般場合，皆有效力之謂；相對的有權解釋者，惟對於或機關又或人民有效力之謂。分論於左：

一 絕對的有權解釋； 法律之作成，由於立法者，故立法者，不可不有定其意義之權力，若立法者為立法院或國會，則解釋之權在立法院或國會，如我國及法國是。若立法者為君，則解釋之權在君主，如日本是。而立法的解釋，為基於國法上之解釋權，故與法律有同一之效力，而為絕對的有權解釋也。德之學者，有謂：立法的解釋，即為法律，故不可謂之曰：解釋。此說雖非無一面之理由；然苟為說明法律之意義時，固不妨謂為解釋。立法的解釋，既有法律之效力，則1.此解釋自羈束一般之人民並各法院。2.不論何等場合，皆有效力。

3. 與原法律日一體，由原法律公布之時，即生效力；但不得以此之故，遂謂解釋法可以遡及既往也。蓋解釋法者，非以新法適用於公布以前之事件，不過從立法者當初之意思，解釋原法律以適用之而已。

二 相對的有權解釋； 行政官有解釋法律之權力，故行政的解釋，爲有權的也。然此解釋，不得羈束法院，固不俟言，即對於私人，亦無何等效力，惟對於屬其監督權內之下級官署，可以羈束之，故爲相對的也。司法官亦有解釋法律之權力，故司法的解釋，爲有權的也。而法院之行審判權，原屬獨立，故1. 法院得不求立法者之解釋，而自爲解釋。2. 法院不受行政的解釋之羈束，得獨立爲法律之解釋；但法院獨立解釋云者，非不羈束於立法的解釋之意。3. 法院不受他法院之羈束，各法院得獨立而爲解釋，然以此之故，各法院之解釋，不無相異，實有害於法律之統一，故近世諸國，皆設上訴法院，以期解釋之一致。依我國國法，第三審法院認第二審判決，爲不適用法律，或適用不當時，則廢

棄之。或自爲判決，或將該事件發還於原第二審法院或發交其他同級法院；民事訴訟法第四百六十四條，第四百六十五條，第四百六十六條，第四百七十五條及第四百七十六條。而受發回或發交之法院，應以第三審法院，爲廢棄理由之法律上判斷，爲其判決之基礎是最高法院發回或發交下級法院之案件，下級法院對於該案件，不得違背該法院法令上之意見，而最高法院各庭關於法律上之見解，與本庭或他庭判決先例有異時，應由院長呈由司法院院長召集變更判例會議決定之（法院組織法第二十五條）。又統一解釋法令及變更判例，應依一定之規則爲之（十八年一月四日公布司法院統一解釋法令及變更判例規則）日本民事訴訟法第四百四十七條，第四百四十八條，第四百五十條，及裁判所構成法第四十八條規定，亦此例也。然司法的解釋，惟就其事件，生既判力於訴訟當事者之間，故其解釋爲相對的也。

三 無權的解釋。無權的解釋，爲一種學說，卽解釋者毫無解釋法律之權力，

故此等解釋，決不生公效力，惟其解釋，出於著名學者研究，在學理上得其正鵠時，或為審判上之參考，或為習慣法之淵源，不過事實上具有偉大之勢力而已。

第三章 法律之鑑識

第一節 鑑識之意義

法律之解釋，若解於廣義，法律之鑑識，亦其一種也。而法律之鑑識，以別論之，較為便宜，且覺正當。夫法律之鑑識云者，對於法律之記錄，識別其真偽謬誤之活動也。蓋法律之記錄，由於謄寫之誤，印刷之謬，誤漏愆脫，或不能免，故當適用之際，不可不明其真偽，正其謬誤，法律之鑑識，即指此活動而言也。學者或以法律之鑑識。其於廣義謂為評定其是非真偽之意義者，依此意義，則鑑識者，於識別法律之真偽外，尚須：第一，識別法律之利害得失，正邪善惡。第二，識別法律之全部或一部，有無效力？然，其第一，為關於法律之性質目的，應屬於立法論

或政治論；第二，雖爲法學中所應研究，而此屬於憲法上之理論，不合於鑑識法律之中。學者又謂：法律之鑑識，爲不正當之事者。然識別法律之錯誤，雖不無誤會之弊，而欲發揚法律之真意，此種活動，誠不可缺，研究古代法律，尤爲必要，卽近世之法律，其須此雖少，而亦不能謂其必無。例如：委斯多發賴國千八一三年一月一八日之勅令，其第三條原文，有「純收入十分之一」，而其他法令全書，爲「總收入十分之一」。又如：日本舊民法債權擔保編第四十條，有「依前條」，明爲「前數條」之誤，同編第二百二十四條末項，有「第二百三十條」，明爲「第二百三十一條」之愆是也。

第二節 鑑識之類別

法律之鑑識，因其目的可分爲初等鑑識及高等鑑識二者。

一 初等鑑識；初等鑑識，一曰：蒐集鑑識，就法律之記錄，鑑定其外形的性質，蒐集其可認爲真實者，依其時代價值，順序排列之手續之謂。卽高等鑑識

之先，豫求其材料之方法也。須行此鑑識者，多在於古代法律，而其行之之法，與鑑定古書無異，惟於條文與非條文之部分（例如註解等），不可不留意區別耳。

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

第三節 鑑識之標準

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

一 近世之法律，除其謬誤明瞭者外，不可爲之鑑識；近世諸國法制，概設定之法律公布式，依其公布式所公布之記錄，卽爲法律之正本，而不可不以此爲真正者，似無鑑識之必要矣。然縱令爲正本矣，而手民之誤，不能保其必無，又縱令正本與原本一致矣，而原本本身，未必無編纂之誤，筆記之謬，故雖近世法律，其誤謬明瞭時，亦有依其鑑識以釐定之必要也。

二 古代之法律，須一般爲法律之鑑識；古代法律，及雖屬現行法而爲往時所發布者，多無正本，且繕印之間，過誤愆謬，亦恆有之，故當適用或究研時，法律之鑑識，最爲切要，且大有效用，而爲此者，必先依初等鑑識，集諸法之原本記錄，以鑑別其外形之真，次依高等鑑識，行法文之選擇修補，以發揚其

法文之正，研究羅馬法時，此法尤爲必要。

第四章 法律之補

第一節 補充之意義

法律之補充，有謂含于法律之解釋中者，此爲以法律之解釋，解於廣義之結果，亦寧以別論之，較爲便宜，且覺正當，原夫在會之現象，千態萬狀，無有窮極，法律者，不過設一般之規定而已，故法律之規定，對於一切關係，不能盡行網羅，往往有法律關係存在，而可適用之法規，竟至闕如者，亦數之所不能免也。於是乎法律補充之必要生矣。法律之補充者，推其法律規定之精神，以求其可適用於未規定者之規則之活動也。蓋法律之解釋，爲對於既有之法規，以求有意義爲目的，而不探求其新規則，法律之補充。不求其意義爲目的，而專推究其新法規，卽法律之解釋，在法律有疑義時爲必要，法律之補充，在法律有缺點時爲必要也。要之，法律之補充，爲屬於法律真意確定後之作用，如有或事項焉，爲法律所未規定，應

用何法，不得而知，惟有推其法律所規定者之精神，探其同一理由，以推及此於未規定者，以補法律之缺點。是先用法律之解釋，而後有法律之補充矣。

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

第二節 補充之方法

爲法律之補充者，須依論理之作用，而通常所用之方法有四：

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

二 類推論法； 類推論法者，以法律所規定者，與未規定者，明有同一理由，故規定者之規則，亦可適用於未規定者之論法之謂。是以既規定者爲小前提，

求其大前提，更依此求他之小前提也。此論法，爲補充法律之所應用，而用此時，其明白規定之規則，須爲過則的，若爲例外的規定，決不許用此論法。蓋凡例外的規定，皆因特別原因，不能適用一般之原則而設，故若用類推論法於例外的規定時，則有反乎立法者之意思，此關於刑罰法，義務法，及制限法等，所以不許用類推論法也。而類推論法，有與擴張解釋相似者，然彼爲解釋立法者之意思，此爲補充法之缺點，於此全異其性質也。

三 反理論法者；反理論法者，法律所規定者，與未規定者，全相反對，故以反對規定者之於規則，適用於未規定者之論法之謂。是由於一之規定，論究其裏面如何也。此種作用，常依二法語而表示之。卽一曰；「規定其一，卽知其二也。」二曰；「此所包括者，彼所排斥也。」此論法，亦爲補充法律之所常用，然用此時，若十分注意，則有枉立法者意思之虞。例如：行政法中有一刑餘之人，不得爲官吏。一以反理論法，則非刑餘之人，自可爲官吏。又如：

探兩院制國會之國，其國會組織法多有「豫算決算，須先經衆議院之議決。一以反理論法，則預算決算，不得先經參議院之議決，此洵至當也。然如日本憲法第二十七條，有「日本臣民，不被侵其所有權。」以反理論法，則外國人，可被侵其所有權，或日本臣民，可被侵其所有權以外之權利。又如：我國憲法，即約法第六條，有「中華民國國民，無男女種族宗教階級之區別，在法律上一律平等。」以反理論法，則外國人民，有男女種族宗教階級之別，不能在法律上一律平等。如此論結，實反乎立法者之意思，故補充法律，惟依賴此方法時，頗屬危險，不可不注意焉。

四 強理論法；強理論法者，以法律所規定者之理由，在其未規定者，更爲強大，故其規定者之規則，亦可適用於未規定者之論法之謂。此論法有二：

1 由大及小之論法；此即關於重大事件，爲法律所容許，或不以爲必要時，則輕微事件，當然容許，或不以爲必要之論法也。例如：揭示路口，准牛

馬通行，則准人之通行，不俟言矣。

2 由小及大之論法；此卽就於輕微事件，爲法律所禁止，或以爲必要時，則重大事件，當然禁止，或以爲必要之論法也。例如：出示湖禁，禁止投釣，則不許其投網，不俟言矣。

第五編 法律之制裁

第一章 制裁之性質

第一節 制裁之觀念

制裁非法律之必要條件，前既說明矣。然法律之施行也，欲其有效，須附制裁以強行之者，究言多數，於是乎有法律之制裁。故法律雖不能謂其皆有制裁，而法律之制裁，可謂皆法律也。制裁者何？以廣義言，為依一定之勢力，維持一定之規則，使犯則者所被之惡報也。故非法律之專有物，凡可稱為法者，無不皆有制裁。自然法有自然之制裁，例如：反乎自然之法，而仲夏播種，則苗輒枯，嚴冬解衣，則感風寒，此惡報也。如道德法，如宗教法者，亦何嘗無制裁，行為不良，世人嘲笑，自問天良，亦覺苦痛，道德上之制裁也。違背教宗，缺乏信仰，或受其冥罰，或不安於心，宗教之制裁也。法律之制裁，其實質亦與此同。其所異者，惟在國

家依其權力，使違反法律者被受之一點而已。是故法律之制裁者，爲國家爲強行其法律，以法律使反法者所被之惡報也。分析說明於左：

一 制裁者，惡報也；欲快樂而避痛苦者，人類通情也，故人欲使人爲或行爲，使人避或行爲時，予爲之者，常以快樂。予不避之者，常以痛苦，此慣用之手段也。國家強行法律，雖亦利用此人情，而國家對於遵守法律者，不能予以快樂，換言之，不能以善報誘導，爲強行法律之手段。何則？國家若取此方法，以施行法律，則不欲褒賞者，不遵守法律，則莫如之何也已。反之對於違反法律者，予以痛苦，人民無取捨之自由，故足爲強行法律之手段，蓋褒賞無強制之性質，而惡報有此性質也。故諸國法律，皆以惡報爲法律之制裁，無以善報爲一制裁者。英儒亞當斯謂：善報亦可爲制裁者。然制裁不可無強制的性質，且欲以褒賞誘民心，亦非國庫之所可負擔也。

二 制裁者，使反法者所受之惡報也；使受制裁，不可不以反法爲條件，故非

反法而受之惡報，不可謂爲制裁。又制裁爲使反法者所受，故其痛苦之程度，須較守法之痛苦爲大，否則無爲制裁之效力矣。

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

四 制裁者，國家使受惡報也；制裁，爲依國家之強力，使反法者所受之惡報也。故以違反法律，受社會擠斥・被良心叱責，雖爲反法者所受之惡報，而非依於國家之強力，故不可謂爲制裁。又制裁，須依國家之強力，故必有強制之性質，不問反法者欲受之與否，不可不加諸其身也。然制裁不必限於以國家之公力，直接臨夫反法者，又不必限於用物質的勢力者，要在予反法者以意思上之苦痛耳，故或國家直接加以制裁，或許私人加之。又或依公力強制，或依

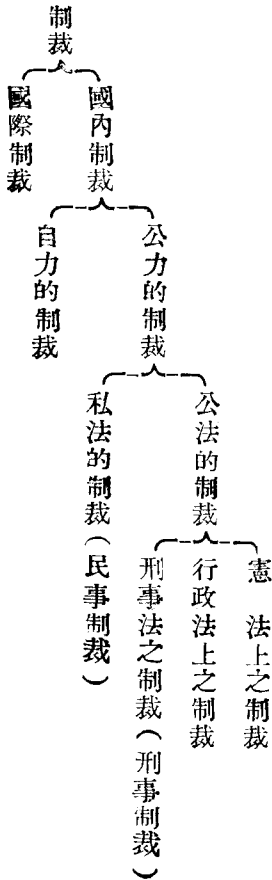
命令強制，其法雖不一致，而皆有制裁之效力，洵以有公力在於後也。是制裁之適用方法，雖有種種，而無不基於國家之強力焉。

五 制裁者，國家以法律，使受之惡報也； 往古加制裁於反法者，不必依法律爲要，竊以主權者之隨意爲常則，迄乎近世，權利之觀念發達，欲加制裁於反法者，不可不依夫法律之規定；換言之，法律定應加制裁之事實與條件，非合此事實與條件時，不許加制裁也，刑罰的制裁，於此原則，尤須嚴守，文明諸國之法制，皆有法律無正條時，不論何種行爲。不爲犯罪者，卽爲此義。要之，法律之制裁，其實質爲惡報。其客體爲反法者。以強行法律爲其目的。以國家強力，爲其基礎。從法律規定以適用之者也。但此觀念，爲自國法上觀察之，不可不知。

第二節 制裁之區別

法律之種類不同，強行之手段自異，故法律之制裁，亦有數種：可大別爲國內

制裁及國際制裁二者。國內制裁者，對於違反國內法之規定者所加之制裁也。國際制裁者，對於違反國際公法之規定者所加之制裁也。國內制裁，又細別之，可分爲公力的制裁及自力的制裁二者。公力的制裁者，依國家公力所加之制裁也，國家許私人所加之制裁也。而公力的制裁，更二分之。對於違反其公法之規定者所加之制裁，曰公法的制裁。對於違背其私法之規定者所加之制裁，曰私法的制裁。公法的制裁，由其根本之法律區別，更可分爲憲法上之制裁，行政法上之制裁，及刑事法上之制裁。即如左圖：



第二章 公力的制裁

第一節 公法的制裁

第一款 憲法上之制裁

憲法上之制裁者，違反憲法所加之制裁也。一國元首，多不受法律之羈束，故雖憲法上之制裁，而以不及於元首爲通則。我國^{憲法}第十九條第十一款規定，大總統惟有謀叛行爲時，得以彈劾，雖非全不負責，而特爲此限制者，亦不外此意也。然憲法非全無制裁之法律，憲法上之制裁，多爲對於國務員責任之制裁也。所謂國務員之責任者，有政治上之責任，與法律上之責任二者。政治上之責任者，由失政，卽施不測於國家利益之政策所生之責任也。法律上之責任者，由違反憲法所生之責任也。憲法上之制裁，卽爲對於後者。蓋國務員於爲其國務員之職務，有遵守憲法之義務，故若有違反憲法之行爲，例如：於應國務之命令，而閣署時，不免違憲之責任。英國慣例，對於政治之責任，議會當彈劾之任，或稱爲不信任投

票，對於一閣員或全內閣，議決不置信任之旨，或稱爲徵稅拒絕，否決預算或稅法案，于行政所必需之經費，絕其支付之途。然議會之此種行動，非對於閣員違反憲法所生之責任者，故雖可謂爲政治上之制裁，而不得謂爲憲法上之制裁也。日本憲法第五十五條第一項，規定國務各大臣輔弼天皇任其責，且廣定對於天皇輔弼之責任，非僅定法律上之責任而已。故在日本，大臣有違憲之行爲時，其任責固不俟言，於有失政，誤輔弼之時，亦不可不任其責。我國臨時約法第十九條第十二款規定參議院對於國務員，認爲失職或違法時，得以總員四分之三以上之出席，出席員三分之二以上之可決彈劾之。其所謂失職者，不能盡其職務之謂。違法者，違反法律之謂。同法第四十三條規定國務員輔佐臨時大總統負其責任，故在我國臨時約法時代，國務員有不能盡其職務及違反法律行爲。固應負責，而對於總統有誤其輔弼之時，亦不可不負其責也。至問國務員法律上之責任，加以制裁之方法，各國不同。日本憲法，無何等規定，欲問其責，當在大皇之隨意。普國憲法，雖規定可加制裁

，而未定其實行方法。（普國憲法第六條），英國於違憲者，有加以刑事制裁。美國及德國諸邦，常犯與違反憲法，明白區別，特定對於違憲之制裁。我從前臨時約法第四十七條，規定國務員受參議院彈劾後，大總統應免其職。此可謂爲憲法上之制裁也。諸國法制中，爲其制裁者，有左列數種：

- 一 譴責（巴丁一千八百十年法律）。
- 二 非職卸職權停止（同上）；
- 三 免官（秦遜憲法第一百四十八條，奧國責任者法第二十三條，諾威一千八百二十八法律，美國憲法及我國臨時約法）
- 四 分限剝奪（巴威倫一千八百四十八年法律，巴丁一千八百二十年法律，諾威法律，美國憲法）；
- 五 公權剝奪（奧國責任法第二十三條）；
- 六 罰金（諾威法律）；

七 自由刑（普國一千八百六十三年責任法第五條）；

八 死刑（諾威法律）；

其他違反憲法之行為，而同時觸犯刑法或侵害私權時，有加以刑事制裁或民事制裁者（奧國責任法第二十三條及第二十四條）。而憲法上之制裁，或兩院一致（巴威倫憲法第一十條、索遜憲法第一百四十一條），或各院獨立，（普國憲法第六條、奧國責任法第七條），或僅下院（英美兩國憲法，法國一千八百七十五年七月憲法第十二條），為原告，提起所謂國務員訴訟，經國務法院之審問加之，國務法院，或以普通最高法院充之（普國憲法第六十一條，巴倫憲法第十條），或以上院充之）英美兩國憲法，法國一千八百七十五年七月憲法第三條），或有為之組織特別審法院者，至關於所謂國務員訴訟之性質，或謂為仲裁事件，或謂為懲戒事件，又或謂為刑事事件，學說不一，然謂國務員訴訟，為特種之訴訟事件，故其制裁，亦為特種之制裁者，蓋至當矣。

第二款 行政法上之制裁

行政法上之制裁者，對於違背行政法規或行政處分者所加之制裁也。而此制裁，有對於行政官者，與對於一私人者。

一 對於行政官之制裁；行政官有違背職守義務，玷污官吏身分，喪失官吏信用時，國法所加之制裁爲對於行政官之制裁也。而此制裁，有對於行爲自體，與對於官吏其人之別。對於官吏行爲之制裁者，對於官吏所爲之命令或處分，變更之或撤銷之是也。行此制裁，有爲監督官署者，例如；省政主席撤銷縣長之違法命令是。有爲特別監督機關者，例如：行法院院撤銷各官署之不法處分是。而對於行法院，請求撤銷或變更違法處分之法，稱曰：行政訴訟。對於官吏其人之制裁者，對於官吏本身所加之懲處也。稱曰：懲戒處分。諸國通用之懲戒處分，其種類如左：

1 申誡；此爲懲戒處分中之最輕微者。即咎其既往，戒其將來之謂。

2 減俸；即於一定之期間，或未定之期間，減其俸給額之謂。

3 轉職轉官；使其轉他官職之謂。而使轉之官職，常較現任之官職，有不利益之地位也。

4 轉地；使轉現任地之謂。

5 免官；剝奪官吏身分之謂。

依我國公務員懲戒法，除法律別有規定者外，凡公務員皆受此法懲戒（第一條）。以免職，降級，減俸，記過，及申誡，為懲戒處分（第三條）。而受免職處分者，除免其現職外，並於一定期間，停止任用，其期間至少為一年（第四條）。受降級處分者，依其現任之官級，降一級或二級改敘，自改敘之日起，再經過二年，不得敘進。受降級處分，而無級可降者，比照每級差額，減其月俸，其期為二年（第五條）。減俸，依其現在之月俸，減百分之十或百分之二十支給，其期間，一月以上一年以下。（第六條）。記過者，自記過之日

起，一年內不得進級。一年內記過三次者，由主管長官，依前條之規定減俸（第七條）。申誡以書面或言詞爲之。而懲戒處分，因其官職之爲簡任，薦任，或委任，及其所屬之官署，長官之不同，而執行之形式各異。（第九條）。而此外尚有以特別法，對於或職務之公務員，規定其制裁者，如各種單行之懲戒法規是也。而此等制裁，既無刑事上制裁之刑罰性質，又無民事上制裁之賠償性質，全屬一種特別之事。然公務員，不僅被行政法之制裁而已，其行爲若觸刑事之法規，或害私人之權利時，其受刑事制裁，或民事制裁，又不待論。

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

1 刑罰；

2 行政罰； 行政罰中最重者，爲警察罰，加於警察犯者。關於一般刑罰，與行政罰之差異，學說紛歧，即實際亦無判然區別之標準，惟普通學說，謂

一般刑罰，爲對於發生實害或危害之行爲所加之制裁，而行政罰，爲對於有導引實害或危害之虞之行爲所加之制裁也。

3 強制手段；國家之行政，有對於特定之人，強制其特定之積極或消極之行爲，而使之履行者，曰；行政上之強制手段。通常有左列二種：

甲 人的強制手段；在財產關係以外，對於特定之人，強制其特定之積極或消極之行爲者，曰：人的強制手段。此手段通常有三種：1. 爲代執行。即義務者不肯履行其義務時，官署自爲義務者所應爲之行爲，或命第三人爲之，後由義務人徵收其費用之謂。2. 爲執行罰。一曰：強制罰。即爲使其履行義務計，豫告不履行時，有應加之刑罰，經過一定期日，而義務者尙不履行其義務或不完全履行時，乃加其豫告之刑罰之謂。執行罰與行政罰相異者，前者以對於特定之人，強制其特定之積極的或消極的行爲爲目的，而後者以維持法規爲目的。故執行罰，雖在其豫告之後，而執行與否，仍任行政官之自

由也。我行政執行法之罰鍰，即執行罰也。3. 爲直接強制。即依代執行或執行罰不能強制其履行義務，又有緊急情形時，直打強制義務者之身體。而使之履行義務之謂。我行政執行法中對於人之管束，即屬此種。

乙 物的強制手段； 強制義務者給付財產之方法者，曰：物的強制手段。例如：強制納稅時，押收財產，而予以拍賣是也。

第三款 刑事法上制裁

第一項 刑罰之觀念

刑事法上之制裁者，對於違反刑法及其他之刑事法者所加之制裁也。而一稱曰；刑事制裁。刑事制裁者，在於科以刑罰。刑罰者，國家依刑法及其他刑事法，以犯罪爲理由，而使受之惡報也。更詳說如左：

一 刑罰者，惡報也； 制裁者，惡報也。刑罰爲制裁之一種，故亦爲惡報也。

惟刑罰予反法者之痛苦，常較他之惡報爲大。

二 刑罰者，依刑事法所定而科之者也；凡制裁爲依據法律，使反法者所受。

前既說明。是科刑罰，必不可不依刑事法之所定。換言之，法律無明文者，不論何種行爲，不得罰之。我刑法第一條之規定，皆示明此主義者也。

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

第二項 刑罰之類別

古來諸國法律所用之刑罰，種類頗多，而概括言之，不外就于犯罪行爲者之生命，財產，名譽，自由，及能力等，剝奪之，制限之，或毀傷身體，或與以痛苦，以爲刑罰。故刑罰可別爲左之六種，但在往古，不惟對於犯罪行爲者，而對其家屬，亦有處以刑罰者。

一 生命刑；剝奪生命之刑罰，即死刑也。例如：鼎烹，車裂，鋸引，剖腹，及斬，絞等是。

二 身體刑；對於身體，加以毀損，或與以痛苦之刑罰也。例如：笞，杖，及其他刑足等是。

三 財產刑；剝奪資產之刑罰也。例如罰金，及沒收是。

四 名譽刑；對於名譽，加以毀損，或竟為剝奪之刑罰也。一曰：加辱刑，有附加於死刑之名譽刑者，例如：棄尸於市，梟首示衆是。又有如今日褫奪官位，勳章等之名譽刑者。然今日之名譽刑，多含於能力刑之中。

五 自由刑；對於身體之自由，加以制限或竟為剝奪之刑罰也。例如：遠地，追放，手鎖，又如今日之徒刑流刑，懲役，拘禁，拘留等是。

六 能力刑；對於權利能力及行為能力，加以限制，或竟為剝奪之刑罰也。例如：剝奪公權及停止公權是。

罪之大小不同，刑之輕重亦異，時在往古，峻刑盛行，及乎文化進步，刑罰亦漸至於寬大，有廢死刑者，（意國及瑞士等），有廢身體刑者（英國有笞杖），近世諸國之刑罰，自由刑占其大部，財產刑次之。蓋此二者可以從罪之大小，伸縮自在，又於刑罰之目的，可以剴切達到也。

第二節 私法的規裁

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

一 強制履行； 強制履行者，從法院之判決，強制的使義務者，履行其所負之義務之謂。例如：甲乙爲買賣契約之後，乙不交付物件，依甲之訴，命乙交付。又如：甲之物件，被乙不法占有，依甲之訴，命乙返還也。在羅馬法系諸國之法律，強制履行，爲民事制裁之本則，不論何種義務，而苟爲事實上得使之履行，且不羈束身體，而得使其履行之義務時，權利人得求其履行義務，固

不能代以償金，使之滿足也。反之，在英國法，稱強制履行，曰：特別履行，限於特別情事，不能以償金爲適切之賠償方法時，始許之也。

二 損害賠償； 損害賠償者，從法院之判決，爲補償損害，使加害人對於被害

人，交出一定金額之謂。而其金額，曰償金，故損害賠償不可無左列之條件。

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

2 賠償須爲填補其損害者； 卽須補償其自侵害權利所生之損害也。故交納訴訟費用，不可謂爲損害賠償。

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

又償金依其性質，可分數種加左：

甲 定額償金，不定額償金；定額償金者，契約當事人，豫以合意，對於不履行或遲延之一方使其賠償一定金額之謂。例如：為建築契約者，合意約定，如有背此約時，須以一定之金額為償金而交付之如違約金是也。不定額償金者，依法院之判決，確定其賠償金額之謂。例如：關於名譽回復，或損害賠償之訴，法院所定之償金是也。定額償金，必限於契約，侵權行為之償金，必限於不定額償金。其不定額償金，契約時雖非無之，而侵權行為時，則常為不定額償金也。此二種償金之差異，學者有謂定額償金者，法院不得增減其額，而不定額償金者，則得以減少；但法律於定額償金，有規法院得以減少者，我民法第二百五十二條，即其一例。

乙 實額償金，名義償金懲罰償金；實額償金者，被害人實際上所受之損害，其償金足以償之之謂，例如毀損他人鐘表，賠償足以修理之金額是也。而實額償金，常含有償被害者所受之損害，與補所失之利益得二者。名義償金

者，被害者之權利，雖被侵害，而未受實際上損害之時，加害者應交付最少額償金之謂。例如甲委託乙於上月晦日，購某公司股票，乙乃屆時未購，然本月朔日後，某公司股票之價，即大爲低落，乙若於上月晦日購買，則甲蒙非常之損害矣，此等場合，是甲於實際上，雖毫無損失，而權利則被乙侵害，甲若訴乙於法院，請求損害賠償時，法院命乙以賠償名義，交付最少之金額於甲是也。然此種制度，惟英國法認之，大陸諸國與日本及我國，均不取此。懲罰償金者，其償金超過於實際損害之謂。蓋損害賠償之目的，雖爲對於被害者之損害，使之填補，非懲罰也。然不定額償金，其額由法院定之，故若加害人之行爲，出於重大過失，或惡意時，法院基於被害人之請求，命加害人，交付超過其實際損害之金額，亦不爲苛。例如：以惡意毀傷他人之名譽是也。在英國法，司法官之科此償金，雖頗自由，而在羅馬法系諸國之法律，則有限制，若通常時，限於得以預期之損失與利益，使之賠償。不及

其他，惟於有惡意者，其損害雖可預期，而若爲不可避之結果者，亦得加於賠償中也。

三 失權；失權者，使違反法律者，依法院之判決，喪失一定權利之謂。例如：親權者濫用親權時，使失其親權，不與家長同居家屬，使其受養育或教育之權利，受刑罰之配偶者，使失其以他方之犯罪爲理由，謂求強制離婚之權是也。

四 回復原狀；回復原狀，一曰：回復權利，權利被他人侵害，依法院之判決回復其損害前之原狀之謂。例如：非正當之繼承人爲繼承時，依正當繼承人之訴，使其回復繼承權。又如契約當事人之一方，不履行其義務，以他方之請求，解除其契約，使之回復原狀是也。而原狀回復，除有相當理由，不能以損害賠償爲適切之救濟法外，以不許之爲常。

五 禁令；禁令者，依法院之命令，對於不法行爲之豫備繼續或進行者，使之

變更中止或禁止之謂。例如：甲着手掘井，有害鄰居乙之宅舍，依乙之訴，使之變更，又如：甲開始製造，有害附近人之營業，依附近人民之訴，禁其製造是也。而禁令有二種：一爲假禁令，一爲本禁令。假禁令者，被告之行爲，果否侵害權利？尙待確定，至審判終結，一時中止其行爲之謂。例如：甲入乙之山林採薪，乙以甲之行爲侵害權利，請求禁令，而甲以有採薪權答辯時，法院於甲之有無採薪權？尙未判定之間，停止其採薪是也。本禁令者，被告之行爲，侵害權利，初卽明瞭，或明瞭之後，永久禁止其行爲之謂。如前例，確定甲無採薪權時，改假禁令爲本禁令，永久禁止其採薪是也。

第三章 自力的制裁

第一節 自力的制裁之觀念

自力的制裁者，國家對於私人，許其於權利被他人之違法行爲侵害，或將受侵害之際，得以自力加於反抗者之惡報也。在古昔時，國權未至確立，政令未及天下

，人民多藉自力，保護其生命，身體，及其財產等，以私鬥決曲直，以腕力爭勝負，弱肉強食，國家之秩序，永無寧日，故近世國家，設立諸種機關，使行統治權，權利有被侵害，或將受侵害時，或以警察權保護，或以審判權救濟，不許以私人之腕力，反抗其不法行爲，又不許以自力之強制，回復其侵害權利，若有反乎此者，則處之以刑罰。然不論於任何場合，皆適用此原則，則危害逼於目前，而不能排除，惟有袖手以待全力之發動，反非國家認人民權利之本意，於是乎以法律規定，限於事勢急迫，不遑待公力時，許以私人之自力，對於自己將受侵害或被侵害之權利，得以保護，並回復行，此自力的制裁，所以因之而起也。而自力的制裁，亦有刑事與民事之區別，自力的刑事制裁者，其制裁手段，相等於犯罪行爲所用之刑罰之謂，自力的民事制裁者，其制裁手段，可屬於侵權行爲所用之民事之制裁之謂。

第二節 自力的刑事制裁

諸國通常所認爲自力的刑事制裁者如左：

一 正當防衛權； 正當防衛權者，爲防衛自己或他人之生命身體及其自由，得以必要之反擊，加於暴行之權利之謂。例如：甲揮刀殺乙，乙爲防禦，得以殺甲是也。

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

然此二種權利，原屬例外之事，行此權利者，不可不具備一定之條件，依刑法規定，此種行爲，須對於現在不法之侵害，而爲出於防衛自己或他人之權利者，且其行爲，又以不至過當爲要也。

其他爲自力的刑事制裁之手段，尙有自助權及緊急行爲權，而於自力的民事制裁之部併論之。

第三節 自力的民事制，

自力的民事制裁，法制不一，其重要者如左：

一 留置權； 留置權者，債權人占有其債務人之動產，雖無契約，而於未受清償之間，得留置其物之權利之謂。

二 追止權； 追止權者，出賣動產者，於運送其物品之間，買受人之成無資力者時，得于途中，追回其物，使不交付於買受人之權利之謂。此權利英國法認之，而其他諸國亦無禁止之者。

三 取回權； 取回權者，自己之財產，被他人不法奪去時，得自爲取回權利之謂。此亦爲英國特別之制。

四 自助權； 自助權，爲德國法系之法制所認者。爲豫防危難，回復權利，或使之鞏固計，得奪去物品，或破壞毀損之，及拘留有逃亡嫌疑之義人，或阻止義務人之抵抗等權利之謂。（德國民法第二百二十九以下）。然此爲非常之

手段；行此權利者，必限于不違假公力時，又不可超其必要之範圍，且須即時通知法院，以請求相當之處分也。德國民法，認此種手段。故此種行爲，在刑法上亦無責任也。

五 緊急行爲權；緊急行爲權，亦爲德國法系之法制所認者，而與前者相似而少異，卽爲避止自他人之物所生之危難計，準毀損其物之權利之謂。而行此權利者，限於爲避危難，別無他途之時。例如：甲陷於乙之甕中，不得已破之而出是也（德國民法第二百二十八條）。緊急行爲權，非爲對於侵害權利之人，而爲對於危難原因之物，此點雖與防衛權相異，而關於刑事，亦得認有此權。

第四章 國際的制裁

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

一 報復；報復者，他國毀損自國利益，而主張其利益時，自國亦報之以同一行爲之謂，例如：甲國對於乙國之輸入品，課以苛酷之關稅時，乙國亦對於甲國之輸入品，課以同率之關稅，甲國虐待乙國之人民時，乙國對於甲國人民，亦同一虐待是也。要之，報復之目的，爲對於不條理之處置，亦施以不條理之處置，在於使他國之自爲覺悟也。

二 復仇；復仇者，他國有害自國權利之行爲時，自國亦爲害他國權利之行爲以復讎之謂。復仇之手段，往古最爲激烈，而近世通常所用者，或沒收加害國家或其人民在自國之財產，或抑留加害國之船舶，或停止條約上之義務履行，或拒絕加害國之人民入口，或逮捕加害國之代表者，官吏，及人民以爲人質等是也。

三 平時封港；平時封港，始於一千八百二十七年英法俄之艦隊，封鎖希臘之海岸，即非戰爭而封鎖加害之濠港，杜絕其輸出輸入之途也。然此手段，於第

三國之利益。不無妨害。故學者問於此手段之當否？頗有異論。又有謂行此手段時，須以被鎖國以外之諸國船舶出入自由爲條件者。

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

第六編 法律之體系

關於法律之體系，可分爲：一 公法之體系。其主要者，爲憲法，行政法，刑法，訴訟法，及國際公法等。二 私法之體系，其主要者，爲民法，民事特別法，及國際私法等。三 社會法之體系，其主要者，爲勞動法，土地法等。公法私法，已述於前，所謂社會法者，係由公法私法之中，抽出關於勞動，土地，經濟等法制，而列爲一體系者，蓋歐戰以還，社會進化，特爲迅速，人類思想，非常變遷。一法律社會化一之思潮，彌漫各國，從前之個人本位主義，一變而爲社會本位，財產本位，一變而爲人格本位，權利本位，一變而爲義務本位，二十世紀之社會問題，不能不賴社會法規，爲之解決也。茲將右列諸法，分章略述之！

第一章 憲法

第一節 憲法之意義

何謂憲法？有實質的與形式的兩種意義，前者，指規定國家組織，及其活動範圍的原則之法規，謂之憲法，其規定之方式，不問爲習慣法的，抑爲成文法的，而成文法方式中，又不問爲命令之方式，抑爲法律之方式；而任何國家，皆有之，否則非完全之國家。後者，具備成文方式之一國大法，謂之憲法。現代各國憲法，多屬此義。依後之意義，我國現行憲法，即中華民國訓政時期約法也。

第二節 歐戰後憲法之趨勢

世界大戰後，各國法制，受時代潮流，皆有重大之變遷，其憲法，可分兩大趨勢；一 爲社會主義之憲法；一 爲社會改良或民主主義憲法。前者，祇有蘇聯一國。後者，有德意志聯邦及西班牙共和國等，而德國憲法最爲完善。分述如左：

一 爲社會主義之憲法；蘇聯爲無產階級獨裁國家，其憲法之規定，皆以工人及農民利益爲標準，而於資產階級之利益，則予以剝奪，茲就其主要特點一述之！

1 權力機關之統一；國家機關組織之原則，除我國爲五權分立外，各國多

爲三權分立，蘇聯則將此三權或五權，合而爲一，統屬於全國蘇維埃大會指揮之下，此大會閉會時，則屬於由自己選舉而成之中央執行委員會，此委員會之下，則有中央人民委員會，由各委員分任一切行政，並附設全國最高法院於內，管理司法。是全國權力機關之區分，祇有縱的；而無橫的，祇有隸屬的；而無對立的。

2 無產階級專政：一國之政權，應屬於某一階級，蘇聯以少數支配多數，於情理不合，無產階級，既在一國人口中占多數，則一國政權，應由無產階級所獨攬，故明定：全蘇政權，應屬於勞動階級；而其實施，則以何人有選舉權及被選舉權，與何人無選舉權及被選舉權之方法表見之。

3 擁護工農利益：在憲法中主要之規定，爲自由權與受教育權。前者，爲信教，言論，及集會結社之絕對自由。後者，爲完全而且普通之免費教育，而勞工法及勞農法，則更有擁護勞工利益之詳細規定。

二 社會改良或民主主義之憲法；社會改良或民主主義，爲限制個人自由，注重社會利益，即使社會各階級在法律保護之下，獲得一種利益之調和也。茲以德憲爲主，就其主要特點一述之：

1 私有財產之限制；

甲 國家因公共福利之故，得依法律所定，沒收私有財產。

乙 國家因住居之需要，及獎勵移民，開墾或發達農業之故，得沒收私有土地。

丙 一切私人經濟之企業，適於社會經營者，國家得依法律，與以賠償，收爲公有。又得由各邦或公共團體參加管理，或依法支配之。

丁 由勞力，資本之土地增價，應爲社會利用。

戊 繼承財產，得以一部，歸之國家。

2 權利行使之限制；

甲 所有權，負有義務。所有權之行使，同時又當增進公共福利。

乙 開拓或利用土地，爲土地所有人，對於社會之義務。

3 契約自由之限制；重利盤剝之借貸契約，及違反善良風俗之契約，均不認爲有效。

4 特別保護勞農階級；勞動者立於國家特別保護之下，其特別保護，不僅對於體力勞動者爲然，即對於精神勞動者，如著作家，美術家等，亦有特別保護之規定。

5 勞工會議與經濟會議；勞工會議，由工錢之工人與薪水之僱員，推舉代表組織之。經濟會議，由勞動階級代表，僱主，及其他利害相關之階級，如消費者聯合會，婦女聯合會等之代表組織之。前之會議，其目的，在代表勞動階級一方面之利益，僅在就利害衝突之點，而謀單方利益之解決。後之會議，其目的，在使各階級共同合作，以增進共同之利益。

6 直接民主政治；此即各機關間，或國家機關與人民本身間，發生衝突時，由人民直接投票表決之各規定。

第三節 中華民國訓政時期約法概要

中華民國訓政時期約法，係二十年五月十二日，國民會議通過，同年六月一日，國民政府公布，同時施行。其前文曰：

國民政府，本革命之三民主義，五權憲法，以建設中華民國，既由軍政時期，入於訓政時期，尤宜公布約法，共同遵守，以期促成憲政，授政於民選之政府。茲謹遵創立中華民國之中國國民黨總理遺囑，召集國民會議於首部，由國民會議，制定中華民國訓政時期約法如左。

全部分八章，都八十九條。第一章曰：總綱。規定：領土範圍，主權所屬，及國籍，國體，國旗，國都等。第二章曰：人民之權利義務。規定：平等，選舉，罷免，創設，複決之權，各種精神的自由，身體財產之保障，請願權，訴訟權，訴願

權，行政訴訟權，應考試權，服公務權等，與納稅，服兵役，工役及服從公署職權行爲之義務等。第三章曰：訓政綱領。其主要者，係規定中國國民黨全國代表大會，代表國民大會，行使中央統治權，及國民政府，訓導人民，行使選舉，罷免，創制，複決四種政權，並行使行政，立法，司法，考試，監察五種治權。第四章曰：國民生計。其主要者，係獎勵及保護人民生產事業，墾殖全國荒地，開發農田水利；設立農業金融機關，獎勵農村合作事業；實施倉儲制度，預防災荒，充裕民食；發展農業教育，注重科學實驗。厲行農業推廣，增加農業生產；獎勵地方興築農村道路，便利物產運輸；並興辦各種鑛業及航業；人民得選擇職業及營業，並組織職業團體；勞資雙方，以協調互利爲原則；國家應實施保護勞工法規，勞動保險制度；禁止借貸之重利及不動產使用之重稅等。第五章曰：國民教育，以三民主義爲教育之根本原則，並定義務教育及獎勵，補助私立學校，華僑教育，及學術，技術之研究與發明等。第六章曰：中央與地方之權限。係採均權主義，並定課稅之劃分等

。第七章曰：政府之組織。內分中央制度與地方制度。前者，採五權制度；後者，分爲省，縣兩款。又有特別情形之地方，得設各種市區。在蒙古，西藏，得就地方情形，另定其地方制度。第八章曰：附則。規定約法效力及約法解釋權之行使等。

第二章 行政法

第一節 行政法之意義

行政法者，規律行政權之組織及其作用之法則也。行政法與憲法，民法等不同，未有整個的行政法典，不過爲多數行政法規之總稱。蓋行政之範圍，爲無限定的，由國家治權之機能中，除去屬於立法，司法，考試，監察而外，均屬於行政；且由法律國家，進展而爲文化國家之途中，國家之任務，日益擴大，行政範圍，隨之增加，其關於行政法規，汗牛充棟，原多單行製定，固無所謂行政法典者在也。茲於行政法之內容，分行政一般之事項與行政各部之事項，略就其主要者一述之！

第二節 行政法之內容

第一款 行政一般之事項

關於行政一般之事項，行政法學上，普通分類如左：

一 行政機關；國家之治權，除為國家自身所行使外，更設立地方團體，授以某範圍之治權，使之自治，其分授於自治團體之權力，以行政權為最顯著。是行使行政權之機關，有二：一 國家行政機關；二 自治行政機關。即行政官署與自治團體是也。

1 行政官署及官吏；

甲 行政官署；

子 意義；行政官署，謂屬於行政首長之下，就於一定行政事務，有決定

並表示國家意思於外部的權限之機關也。此為官治之行政機關。規定此機關之組織及其權限之法規，謂之：官制。例如在中央，有各院，部，會之

組織法等；在地方，有省政府及其市之組織法等是。

丑 種類； 行政官署之種類，因觀察點不同，大要可分如左：

A 單獨制，獨裁制及合議制官署； 單獨制，獨裁制官署，均以一人構成之。其意思之決定，既爲一人，其責任之交歸，自亦爲一人。例如：中央之行政院院長，各部部长，地方之各行政督察專員，各縣縣長是，然此官署，常有多數之補助機關，如副院長，次長司長科長等官吏是。合議制官署，通常以三人以上構成之。其意思，由全體合議議決，其責任，自亦由全體分任。例如：各稱委員會是。

B 中央官署與地方官署； 行政權限，及於全國者，曰：中央官署。例如：行政院院長，各部部长是。行政權限，限於一定之地方者，曰：地方官署。有在內地方官署與在外地方官署之分。前者，例如：縣長，市長是。後者，例如：駐在外國之領事是。

C 普通官署與特別官署； 在一區域之內，就一般事務，有行政權限者

，曰：普通官署。例如：省政府，直隸于行政院之省市長及縣長市長等是。在一區域之內，僅就特種事務，有行政權限者，曰：特別官署。例如：電政管理局局長，郵政管理局局長，統稅局局長，及鐵路管理局局長等是。

乙 官吏；

子 意義； 官吏，謂依一官之方式，被任而組織官署或爲其補助者也。官吏關係，由選任或任命而成立。關於任命行爲，其性質如何，有三種學說：一 私法上契約說；二 單方行政行爲說；三 公法上契約說。

丑 種類；

A 高等官與普通官； 凡由國民黨執行委員會選任或直接，間接由國民政府所任命者，曰：高等官。分爲：選任，特任，簡任，薦任四種，除選任外，又各分若干級。由所屬官署，逕自任命者，曰：普通官。卽委

任官。亦分若干級。其詳皆規定於暫行文官官等官俸表。

B 政務官與事務官：凡得參與國家行政方針之決定者，曰：政務官。

我國現認爲政務官者，爲：一 國民政府委員；二 各院院長。副院長，及委員；三 各部部长，副部长，政務次長，及各委員會委員長，副委員長；四 各省政府委員，主席及廳長；五 直隸於行院之市長；六 駐外大使，特使，公使，及特任，特派官吏。凡依既決定之方針而執行者，曰：事務官。

此外又有文官與軍官，長官與輔佐官，教育官與技術官，有給官與無給官，不及具述。

寅 地位及責任：官吏，有法律之特別地位，立於服務紀律之下，而負有一定之責任者也。其權利之主要者，一爲經濟的，即：1 俸給權；2

卹金權；3 職務。實費請求權。其詳有公務員卹金條例，國內出差旅費

規則等之規定。二爲自分的，以保持地位爲最主要者，即非因法定之事由及程序，不受免職或停職之處分。其義務之主要者，約可分爲六種：一 執務；二 服從；三 忠實；四 嚴守祕密；五 保持品位；六 不爲一定行爲是也。其詳規定於官吏服務規程之中。但官吏違反義務或民刑法令時，須受懲戒法之處分，刑事法上之制裁，或負民事法上之賠償責任。其詳規於公務員懲戒法，刑法及民法等之中。

2 自治團體及職員；自治團體，爲國內獨立團體之一種，以管理公務，即公共事務爲目的，於一定範圍內，對國家保有獨立自營之權利與義務。故自法律上言其性質，所謂自治團體者，爲處於國家之下，以管理公共事務，爲其存在目的之法人也。有地方團體與公共合作兩種：

甲 地方團體；以一定之地域及人民爲基礎而成。例如：縣，市等是。其縣長，市長，一方爲國家之官吏，而同時爲地方自治團體之機關也。

乙 公共合作； 公共合作，一曰：公共組合。爲司理特定的公共事務之機關，而僅以 員爲基礎。例如：商會，農會等是。雖所謂：某縣縣市商會。某鄉鎮農會，似亦存在於一定區域之上者；然其對於區域之關係，與地方團體不同，其區域乃爲確定社員資格之要件；而非如地方團體，得直接支配其地域也。

二 營造物；

1 意義； 何謂營造物？有廣狹兩義。就廣義言，凡爲達一定目的之行政設備皆屬之；就狹義言，則僅指直接供一般公眾利用之行政設備也。有由國家設置者，有由自治團體設置者。其成立，廢止，管理，及利用等，均有各種法規，以資依據。

2 種類； 狹義之營造物，其目的不同，約可分左列四種：

甲 增進人民精神上利益之營造物； 例如：學校，圖書館，博物館，感化院

及習藝所等是。

乙 增進人民身體上利益之營造物； 例如：自來水廠，衛生試驗所及國立或公立醫院等是。

丙 增進人民經濟上利益之營造物； 例如：農，工業實驗所，蠶絲，棉業試驗場，國貨陳列館；乃至郵政，電報，電話，鐵道，公路及公共汽車等是。

丁 救濟社會之營造物； 例如：救濟院；及殘廢教養院等是。

三 行政行爲； 行政行爲，即行政機關依公法所爲之作用，而能發生特定的法律效果之總稱也。此種行爲，甚爲繁雜；而其主要者，則爲：行政命令與行政處分二者。行政命令，例如：國民政府令（約法第七五條，國民政府組織法第十四條），行政院令（約法第七十六條，國民政府組織法第二十五條），各部，會令（約法第七十六條）；省政府令（省政府組織法第二條）；市政府令（市組織法第十二條）；縣政府令（縣組織法第五條）；設治局令（設治局組織法

〔例第三條〕等是。行政處分，其主要者，1. 爲解除禁止之許可，卽就原則上爲法律所禁止之行爲，對特定人解除其禁止，使得適法而爲之處分。例如：火藥營業之許可，醫師，藥師營業之許可等是。2. 爲同意處分之認可，爲補充的處分之一種，卽對特定人之行爲與以同意，使之完全發生法律效果之處分。例如：社團章程變更之許可（民法第五十三條第二項）；區長俸給及監察委員辦公費之核定（區自治施行法第十五條）及學校設立之認可等是。3. 爲設定權利處分之特許。例如：漁業權，礦業等，特許權及商標權之設定等是。

四 行政救濟； 人民之權利或利益，因行政上不當或違法之處分，受有損害時，不可不請求國家救濟，由國家爲一定之處置，此謂之行政救濟。其主要之救濟，爲訴願與行政訴訟兩種：

1 訴願， 訴願者，爲人民因違法或不當之行政處分，致其權利或利益，受損害時，請求原處分機關之上級官署，以行政上程序，審查該處分，並爲一定之

決定也。其訴願事項，訴願人，訴願機關，訴願提起之期間與方式，乃至訴願之審理及決定等，皆詳定於訴願法。

2 行政訴訟；行政訴訟者，爲內官署之違法處分，致人民之權利受損害時，請求行政法院，以審判程序，審查該處分或決定，而爲一定之裁決者也。其行政訴訟之事項，行政審判之機關，行政訴訟當事人，行政訴訟之程序等，皆詳定於行政法院組織法，行政訴訟法及行政法院處務規程等。

第二款 行政各部之事項

關於行政各部之事項，行政法學上普通採用之分類，多分爲：內務，外務，財務，及軍務等各種行政。

一 內務行政：內務行政，指除財務，外務，軍務等行政外之一般對內行政而言。非專指內政部所司之行政，爲以保持公共安寧秩序，增進人民福利，爲其直接目的之行政也。凡內政，教育，經濟，交通等部所司之行政，皆爲內務行

政。可分爲消極的與積極的兩類：一卽警察行政；一卽保育行政，或曰：助長行政。

1 警察行政；關於警察行政之意義，學說雖未一致；然不外爲排除危害，限制人民自由之行政也。例如：取締危險物品，集會，結社及出版等屬之。關於此云適用法規，爲數頗多，而主要者，則爲違警罰法，行政執行法及出版法及查驗自衛槍砲及給照暫行條例，發給旅居中國外人自衛槍枝執照暫行條例等是。

2 保育行政；保育行政，爲發展社會文化，增進國民福利，國家自行經營不以行使權力爲本質之事業，或特許他人經營，或保護私營事業，及爲達此等目的計，而賦課各種負擔於人民之作用也。保育行政之範圍，日益擴大，而舉其要者，不外下列四種：甲 衛生行政，卽關於保健及醫藥之事項；乙 教化行政，卽關於登記，宗教感化及教育等事項；丙 經濟行政，卽關於

農業，漁業，鑛業，森林，狩獵，商業，工業，電力，瓦斯，道路，河川，郵政，電報，鐵道，船舶等事項；丁救濟行政，即關於救貧，恤難，及慈善等事項。關於此等之適用法規，則種類繁多，不遑枚舉。

二 軍務行政；軍務行政，為國家維持，管理其陸海空軍隊，及為達此目的所為之設施，或課人民以兵役及其他負擔之作用也。關於此之適用法規，其主要者，為兵役法，防空法，軍事教育法，及要塞堡壘地帶法等是。

三 財務行政；財務行政，為國家關於資產之整理，歲出，歲入及收支適合等事項之經營設施及支配等之作用也。以會計，貨幣，銀行，賦稅，國債等，為其主要之事項。於此有會計法，預算法，財政收支統籌法，銀本位幣鑄造條例，銀行法，及各種稅法，各種國債即公債之法規等，為數甚多。

四 外務行政；外務行政，為國際交涉，及關於在外僑民暨居留外中外商業之一切事務也。關於外務機關之組織，使領之遣派，本國旅外僑民之保護，及

國內外僑之管理等，爲其主要之事項。於此有外交部組織法，僑務委員會組織法，外交部特派員辦事處暫行規程，國聯會中國全權代表辦事處組織條例，駐外使領館組織條例，護照條例，及查驗外人入境規則等。

第三章 刑法

第一節 刑法之意義

何謂刑法？有實質的與形式的兩種意義，前者，以規一犯罪與刑罰之法律，謂之刑法。犯罪，爲對於社會生活，加以危害之違法行爲，如殺人，放火，竊盜，詐欺等是。刑罰，爲對於犯罪者所科之制裁，如死刑，徒刑，拘役，罰金等是，依此意義，凡民事法規，行政法規，及警察法規等，凡散見於一國法令中之刑罰法規，不聞其名稱如何？皆刑罰也。後者，以具有刑法式之法律，謂之刑法。依後之意義，我國刑法，卽爲國民政府，於二十四年一月一日公布，於同年七月一日施行之中華民國刑法也。

第二節中華民國刑法概要

我刑法，分總則與分則兩編。總則編，分十二章：一曰：法例；二曰：刑事責規；三曰：未遂犯；四曰：共犯；五曰：刑；六曰：累犯；七曰：數罪併罰；八曰：刑之酌科及加減；九曰：緩刑；十曰：假釋；十一曰：時效；十二曰：保安處分。分則編，分三十五章：一曰：內亂罪；二曰：外患罪；三曰：妨害國交罪；四曰：瀆職罪；五曰：妨害公務罪；六曰：妨害投票罪；七曰：妨害秩序罪；八曰：脫逃罪；九曰：藏匿人犯及湮滅證據罪；十曰：偽證及誣告罪；十一曰：公共危險罪；十二曰：偽造貨幣罪；十三曰：偽造有價證券罪；十四曰：偽造度量衡罪；十五曰：偽造文書印文罪；十六曰：妨害風化罪；十七曰：妨害婚姻及家庭罪；十八曰：褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪；十九曰：妨害農工商罪；二十曰：鴉片罪；二十一曰：賭博罪；二十二曰：殺人罪；二十三曰：傷害罪；二十四曰：墮胎罪；二十五曰：遺棄罪；二十六曰：妨害自由罪；二十七曰：妨害名譽及信用罪；二十八曰：

妨害秘密罪；二十九日：竊盜罪；三十日：搶奪強盜及海盜罪；三十一日：侵占罪；三十二日：詐欺背信及重利罪；三十三日：恐嚇及擄人勒贖罪；三十四日：贓物罪；三十五日：毀棄損壞罪。都三百五十七條。又刑法施行法，係國民政府於二十四年四月一日公布，同年七月一日施行，都十條。

刑法總則編，規定犯罪之一般的要素，及刑罰之共同原則。分則編，規定各個犯罪之特別的構成要素，及應科刑罰之限度。對於海陸空軍刑法，違警罰法，懲治貪污暫行條例及其他刑罰法令，而居於普通法之地位。總則之效力，不僅及於分則各章；且及於其他定有刑罰之特別法令及實質刑法，故茲就總則編之主要者一述之。

一 犯罪；

1 犯罪之意義； 犯罪，為以刑罰為制裁之「責違法行為也。凡一犯罪事實，惹起其犯罪者，謂之：犯罪主體。被受其犯罪者，謂之：犯罪客體。惹起

其犯罪之動作，謂之：犯罪行爲。而犯罪行爲，在精神的方面須爲有責行爲，即須有責任能力，並須具責任條件，即須有故意或過失是。處罰其行爲之法令，謂之：刑罰法令。即須爲違反禁令或命令之行爲。此等爲構成犯罪之一般要素。又凡各種犯罪，如內亂，殺人等，其種類不同，態樣各異，其構成之也，必各有特別要件。即此等爲構成犯罪之特別的要素。

一 爲罪種的要素，一爲罪樣的要素。

2 犯罪之犯罪之態樣；即發生犯罪之形式也。

甲 未遂犯；未遂犯，謂已着手於犯罪行爲之實行；而構成該必特別要件之全部或一部之結果，未爲發生之狀態也。其未遂之原因，有因犯人意外障礙者，曰：障礙未遂犯；有因自己任意中止者，曰：中止未遂犯；又有因行爲無發生犯罪結果之能力者，曰：不能未遂犯。而障礙未遂犯，又有兩種：一着手未遂犯。爲犯罪已着手矣；而因意外障礙，未得完結其實行者；二

實行未遂犯。爲實行已完結矣；而因意外障礙，未發生其要素之結果者（刑
法第二十五條至第二十七條）

乙 共犯； 凡罪有一人單獨犯之者；有數人共同犯之者。前者，曰：單獨正犯；後者，曰：共犯。單獨正犯，更可分爲：直接正犯與間接正犯二者。直接正犯者，單獨而犯罪之全部之謂。例如：以一人而殺人者，不問其使用自然力，機具或其他之物與否？而以不使用人類爲要，若使用自己以外之人時，則非爲間接正犯，而卽爲共犯。蓋其被使用者，若無刑法上受刑罰之責任能力時，其使用者，爲間接正犯；若有刑法上受刑罰之責任能力時，則生各爲共犯之關係也。而共犯有下列三種：一 共同正犯，爲二人以上共同實施犯罪行爲者；二 教唆犯，爲教唆他人犯罪者。被教唆人雖未至犯罪，教唆犯仍以未遂犯論；但以所教唆之罪，有處罰未遂之規定者爲限；三 從犯，爲幫助他人犯罪者。雖他人不知幫助之情者，亦同（刑法第二十八條至第三

十一條)。

3 犯罪之個數；犯罪，既爲以刑罰爲制裁之有責違法行爲，則犯罪之個數，應以行爲之個數定之；然刑法上定犯罪之權，非純依自然的意義之行爲之數而定。茲分一罪與數罪，分述之！

子 一罪；

A 數行爲一罪；數行爲一罪者，爲數行爲而成立一罪之謂，卽有二數以上之動作與結果，而無法律上獨立性質，不能成立數罪也。刑法上以數行爲爲一行爲而構成一罪者，有下列五種：一 結合犯，謂對於異種法益，有二數以上之違法行爲，爲一罪構成要件之謂。例如：內亂罪有殺人，放火等種種暴動行爲而爲一內亂罪是。二 集合犯，爲反復同一行爲或有反復傾向的犯罪行爲之謂。此又可分爲三種：甲 營業犯，卽以得繼續的收入爲目的而反復同一行爲者。乙 職業犯，卽雖以反復同

一行爲爲要素，而不以得繼續的收入爲必要者。丙 慣行犯，即依所反復之行爲而更生反復之傾向者。三 繼續犯，爲不但生違法之狀例，且以維持狀況，爲罪之構成要件，而違法狀況繼續之間，繼續其實行之謂。例如：私行拘禁罪是也。四 連續犯，爲連續同種犯罪行爲之謂。例如：連日竊一倉之米，每夜爲猥褻之行爲是。五 吸收犯，爲立法機關，方規定犯罪之際，默以低程度之行爲，吸收於高程度之行爲中以處罰之謂。例如：殺人罪之傷害行爲，被吸收於殺人行爲是。六 不獨立行爲，爲僅一行爲，不能獨立處罰之謂。例如：共犯，爲教唆或幫助行爲之後，又加入實施犯罪行爲，其教唆或幫助行爲，即失其獨立性質是。

B 一行爲數結果； 一行爲數結果者，爲一行爲而法律上定爲罪之數結果之謂。此卽一行爲能觸犯數罪名，或犯一罪而其方法或結果之行爲犯他罪名者。例如：資他人之刀以殺人，並因壓止家人之抵禦，而毀損

他人之物者，爲觸犯竊盜罪，殺人，及毀棄損壞罪是。刑法於此，從一重處斷（刑法第五十五條），即比較此三罪科刑之輕重，從其重刑之一罪處斷也。

丑 數罪； 茲所謂數罪，爲數行爲而成立數罪之謂。同一人而犯數罪時，其處分方法，規定於刑法者，爲累犯及數罪併罰二者。

A 累犯； 同一人而再犯罪者，謂之；累犯；然刑法所謂累犯，有一定之條件。即受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行，而赦罪後，再犯有期徒刑以上之罪者，爲累犯，加重其刑至二分之一（刑法第四十七條）。

B 數罪併罰； 同一人在裁判確定前犯數罪者，如何處罰？刑法定爲：併合處罰之。分別宣告其罪之刑，依一定之規定，定其應執行者（刑法第五十一條）。關於此有三主義：一 吸收主義，即以重刑吸收輕刑之

理由，僅科以數罪中最重之刑者。二 併科主義，即以有刑之理由，科以相當其和之刑者。三 折衷主義，而折衷主義，又分數種。本法採其中之限制併科主義。即以併科主義爲原則，有事實上及法律上之障礙時，或採用吸收主義，或全不併科，或僅於法定之範圍內併科之者也。

二 刑罰；

1 刑罰之意義及種類； 刑罰，爲國家對於經有罪之確定判決者所加之制裁也。刑罰之目的，在於防衛社會。其方法有二：一 爲社會的適合方法；一 爲社會的排除方法。依刑法之規定，分主刑及從刑兩種：主刑，謂獨立科處之刑罰。如：死刑，無期徒刑，有期徒刑，拘役，及罰金是。從刑，謂附隨于主刑而科處之刑罰，如褫奪公權，及沒收是。

2 後刑假釋及時效； 刑罰之目的，在於維持安寧秩序，舉自懲他戒之實，而非在報復也。故對於一切犯罪，不必須常科罰。此各國法刑，所以皆承緩

刑，假釋，及時效之制度也。

甲 緩刑； 緩刑，爲對於一定之犯罪，雖宣告一定之刑罰，乃於一定期間，緩其執行，如緩刑期滿，而緩刑之宣告，未經撤銷，其刑之宣告，失其效力也。刑法上緩刑之條件如左：

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，認爲以暫不執行爲適當者，得宣告二年以上，五年以下之緩刑，其期間自裁判確定之日起算。

一 未曾受有期徒刑以上刑之宣告者；

二 前受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢，或赦免後，五年以內，未曾受有期徒刑以上刑之宣告者（刑法第七十四條至第七十六條）。

乙 假釋； 假釋，與對於一定刑之執行，而有悛悔實據者，逾一定之時期後，許假釋出獄，又關一定之時期，未經撤銷假釋者，其未執行之刑，以已執

行論也。

丙 時效； 時效者，因時之經過，使其取得或消滅權利之制度也。有民事法上之時效與刑事法上之時效。前者，因時之經過，取得或消滅私權之謂。後者，因時之經過，消滅刑罰追訴權或刑罰執行權之謂。後者，唯認有消滅時效，而無取得時效。（刑法第八十條至第八十五條）例如：有人雖有犯罪行為，而一定之期間內，國家不予追訴，則追訴權因不行使而消滅。又如：有人雖受刑之宣告，而宣告確定後，國家於一定之期間，未予執行，則行刑權，因不行使而消滅是也。

3 保安處分； 保安處分，為世界最新刑事政策，將以濟刑罰之不及，而收預防之效力，且足改善特種犯人，意至善也。刑法專設一章規定之，其種類，按照我社會現狀，酌定為八種：一 少年犯之感化教育（刑法第八十六條）；二 精神障礙或機能欠缺犯之監護（刑法第八十七條）；三 吸用毒品

犯之禁戒（刑法第八十八條）；四 酗酒犯之禁戒（刑法第八十九條）；五 習慣，常業，游蕩或懶惰犯之強制工作（刑法第九十條）；六 花柳病或癡瘋犯之強制治療（刑法第九十一條）；七 代第一種至第五種的處分及緩刑期內或假釋中之保護管束（刑法第九十二條，第九十三條）；八 外國人之驅逐出境。

子 期間；保安處分之期間，除強制治療，無一定之期間外，餘則按其種類性質，分爲：三年以下，六個月以下及三個月以下三種；但此期間，在終了前，法院得免其處分之執行，在終了後，又得酌量延長之。

丑 處所；保安處分之處所，除感化教育，爲感化教育處所，強制工作，爲勞働場所外，餘皆曰：相當處所，即有足以爲各該處所的必要設備之處所也。果否相當？自應以具體的事件與現實的設備認定之。

第四章 訴訟法

第一節 訴訟法之本質

法有實體法與程序法之別，一曰：主法與助法。訴訟法，即程序法或助法，而其主要者，爲民事訴訟法與刑事訴訟法二者。其本質如何？分左列三點一述之！

一 當事人訴訟之機構；所謂當事人訴訟，爲有原告，被告，攻擊防禦，審判官以獨立之地位而判斷之謂。民事訴訟法之訴訟法，固爲；當事人訴訟；而近代之刑事訴訟法，亦採此機構，故其秩序，兩者相似，不過刑事訴訟之原告，爲國家機關之檢察官而已。即刑事訴訟法所規定之法律關係，一方爲法院，他方爲檢察官及被告，亦有三面的關係，與民事訴訟法之法律關係，同其形式也。然民事訴訟與刑事訴訟，其目的不同。一以保護人民私權爲目的；一以實現國家刑罰爲目的。故有左述之差異。

二 民事訴訟與刑事訴訟；民事訴訟，其程序之標的，爲私法上之權利關係，其當事人之原告及被告，皆爲私人而相對峙。雖國家或公法人，亦有爲原告或

被告之時，而限於民事訴訟，全與私人立於同一之地位，故各當事人，各以自己之利益爲基礎，而爲攻防防禦，審判官應依法律及正義，於對立之兩方利益，予以調和。若刑事訴訟，則於相反，原告之檢察官，爲代表國家公益之機關，而對於被告之利益，亦應於可能之範圍，予以保護。檢察官與被告之間，其利益之對立，與民事訴訟，原被告兩造之利益相反，雖非無相異之處，然過於重視此點，遂謂檢察官與被告之間，全非利益之對立，亦屬錯誤，如由純粹之理論之，在民事訴訟之原告與被告，亦應以客觀的正義爲念，唯限於客觀的正義之下，主張權利，無所謂根本的對立，存乎其間；然此僅屬理想，而在事實上利益對立，終不能免。且不獨民事訴訟之原被告兩造爲然，縱在刑事訴訟，其檢察官與被告之間，此種情事，亦不能免，不過在民事訴訟，爲私益與私益之對立；而在刑事訴訟，爲公益與私益之對立而已。

異，則民事訴訟法與刑事訴訟法，自亦有下列原則之不同。民事訴訟，爲關於私法之事，在原則上其程序之進行及其運命如何？一任當事人之意思，審判官依當事人所提出之資料，而爲裁判卽足。此卽爲民事訴訟法所行之「處分主義」或「辯論主義」，尤其於事實之認定，苟爲當事人所不爭時，則在原則上於實體的真實相合與否？無再予顧慮之必要，在於或限度之內，民事訴訟法所行者，可謂之爲「形式的真實」。若在刑事訴訟法，則其程序之運命如何？不能一任當事人之意思，縱被告對於檢察官起訴之犯罪事實，完全承認不諱，或檢察官對於一旦起訴之被告，主張無罪；而法院未必一定據之以爲裁判。推事不受當事人主張及其所提出，證據資料之拘束，應就所信爲適當者，以盡調查之能事。此爲刑事訴訟法所行之「職權主義」；而其認定事實，無論任何場合，不能以「形式的真實」爲滿足，而不可不爲「實體的真實」之探求。然上述原則之差異，不必認爲絕對的，民事訴訟法，將以職權調查之範圍，加以擴充（民

事訴訟法第二百八十八條第二百八十九條)。在刑事訴訟法，無檢察官之提起公訴，不得開始程序，原爲不告不理之原則；而我刑事訴訟法，明定關於起訴之裁量權。又雖已提起之公訴，又許其撤回（刑事訴訟法第二百二十二條第二百三十三條第二百四十八條）等，皆對於當事人訴訟主義，而加以職權主義者也。

第二節 民事訴訟法概要

民事訴訟法者，規定私權之保護及實行之程序法也。我民事訴訟法，係民國二十四年二月一日，國民政府公布，同年七月一日施行，分編規定，第一編曰：總則。法院，當事人，訴訟費用，訴訟程序等四章屬之。而法院章，又分：管轄，法院職員之迴避兩節。當事人章，又分：當事人能力及訴訟能力，共同訴訟，訴訟參加，訴訟代理人及輔佐人等四節。訴訟費用章，又分訴訟費用之負擔，訴訟費用之擔保，訴訟救助等三節。訴訟程序章，又分：當事人書狀，送達，期日及期間，訴訟

程序之停止，言詞辯論，裁判，訴訟卷宗等七節。第一編所規定者，以後各編，除有特別規定及爲其性質上所不容者外，於所定訴訟程序，均適用之。第二編曰：第一審程序。通常訴訟程序，簡易訴訟程序兩章屬之。通常訴訟程序章，又分：起訴，言詞辯論之準備，證據，和解，及判決等五節。證據節，分：通則，人證，鑑定，書證，勘驗，證據保全等六目。第三編曰：上訴審程序。第二審程序，第三審程序兩章屬之。第四編曰：抗告程序。抗告，謂對於裁定，向上級法院，聲明不服，求其予以廢棄或變更之方法也。第五編曰：再審程序。再審，謂經過上訴期間，又歷盡審級之確定的終局判決，限於法律有規定之重大事由者，得再審理之例外事實也。例如：判決法院之組織不合法，爲判決基礎之證物係偽造或變造（民事訴訟法第四百九十二條）者，得以再審之訴，聲明不服是。第六編曰督促程序，督促程序，謂關於給付金錢或其他代替物或有價證券一定數量之請求，以債權人之主張爲基礎，向債務人發附條件之支付命令，若債務人對該命令不提出異議時，即宣告假執

行之程序也。第七編曰保全程序。保全程序，指保全強制執行之假扣押及假處分而言。前者，係就金錢請求或得易為金錢請求之請求保全強制執行；後者，係就金錢請求之請求保全強制執行。第八編曰：公示催告程序。公示催告程序，謂法院依當事人聲明，以公示之方法，催告利害關係人，令其申報權利，于不申報權利時，使其發生失權的效果之程序也。第九編曰：人事訴訟程序。婚姻事件程序，親子關係事件程序，禁治產事件程序，宣告死亡事件程序等四章屬之。第六百三十六條又我民事訴訟法施行法，係二十四年五月十日國民政府公布，同年七月一日施行。都十五條。

第三節 刑事訴訟法概要

刑事訴訟法者，規定國家刑罰權實行之程序法也。我刑事訴訟法，係二十四年一月一日，國民政府公布。同年七月一日施行，第一編曰：總則。法例，法院之管

傳喚及拘提，被告之訊問，被告之羈押，搜索及扣押，勘驗，人證，鑑定及通譯，裁判等十五章屬之。第二編曰：第一審。公訴，自訴兩章屬之。刑事訴訟。由檢察官提起者，謂之二公訴；由被害人提起者，謂之二自訴。而公訴章，又分：偵查；起訴，審判等三節，偵查，爲準備起訴之前，用以蒐集材料，斷定起訴與否之程序也。起訴，爲檢察官偵查所得之證據，足認被告有犯罪嫌疑，制作起訴書，敘述事實上及法律上之理由，向法院提起公訴之程序也。審判，爲法院就原告，即檢察官或自訴人所起訴之刑事案件，斷定刑罰權之有無及其範圍之程序也。第三編曰：上訴。通則，第二審，第三審等三章屬之。第四編曰：抗告。第五編曰：再審。第六編曰：非常上訴。非常上訴，爲對於已確定之判決，以違背法令爲理由，由最高級法院之檢察長，請求最高法院撤銷或變其判決之程序也。第七編曰：簡易程序。爲刑第六十一條所列各種輕微案件，因其具有特定情形，由檢察官申請，不經通常審判程序，逕以命令處刑之程序也。第八編曰：執行。第九編曰附帶民事訴訟

，附帶民事訴訟，謂將請求回復損害之民事訴訟，附帶於刑事訴訟，以提起之程序也。蓋犯罪，既侵害社會公益，而同時亦復有侵害個人私權者，法許因犯罪而受損害之人，於刑事訴訟程序，附帶提起民事訴訟，由刑事法院，合併審判，則程序不重複，裁判無抵觸，省時節費，其利甚溥也。都五百一十六條。又我刑事訴訟法施行法，係二十四年四月一日，國民政府公布，同年七月一日施行。都十六條。

第四節 縣司法廳辦理訴訟補充條例及其司法處刑事案件覆判暫行條

例概要

凡未設法院各縣之司法事務，暫於縣政府設縣司法處處理之。為普設縣地方法院前之過渡辦法，國民政府，於二十五年四月九日，公布縣司法處組織暫行條例，同日施行。縣司法處之組織，既與縣地方法院不同。其辦理民事訴訟刑事案件，除適用或准用民事訴訟法，刑事訴訟法及其他關於法院通用之法外，不能不另有程序法，以資補充，故國民政府於二十五年六月二十七日，有縣司法處辦理訴訟補充

條例之公布。同日施行。都三十一條。又刑事案件，關係人民之生命自由及財產，至重且鉅，除刑法第六十一條各罪比較輕微不計外，凡縣司法處之刑事條件，未經上訴或撤回上訴或上訴不合法，未經第二審爲實體上之審判者，應由該管上級法院覆判，以昭慎重，於二十五年六月二十七日又有縣司法處刑事案件暫行條例之公布，同日施行。都十四條。此二條例，其性質亦爲暫設法。

第五章 國際公法

第一節 國際公法之意義

國際公法者，依二個以上國家之意思，而規定國家相互間的權利義務之法則也。由慣例與條約而成，並無所謂國際公法的法典。分平時國際公法與戰時國際公法兩部。

第二節 國際公法之內容

第一款 平時國際公法

平時國際公法者，在和平時期中國際間之法則也。其內容之主要者，約舉如左：

一 國家之國際權或基本權；國際權之種類，不一而足，大別之可分爲原始權及偶有權二者。原始權，係國家，以國家而成立存在，同時當然享有之權利。偶有權，爲國家與他國的條約所獲得之權利。故原始權，任何國家，自其成立之初卽有之，其取得之也，無須何等特別之權原。而偶有權，非當然隨於國際人格者，必俟條約，始可取得。其種類之多，猶之債權之種類，不能列舉。至原始權，則異於是，雖學者議論不一，而大體可區別如左：

1 獨立權；各國合作，成立國際團體；而其主權，則毫不放棄，是以各國，內對國民，最高無上之權力；外對他國，不羈獨立，此曰國家有獨立權，即對內爲主權，對外爲獨立權，內無主權，則外不得獨立，外不獨立，則內無完整主權。主權，爲國家成立之一要素，而獨立權爲國家原始權之主要

者。故獨立權，爲一國不受他國拘束羈絆之謂也。然世界各國，彼此利害，時有衝突，獨立權因而被毀損或限制者不少。法律上雖應一國尊重他國之獨立權，而事實上及政治上，乃不免干涉或戰爭之事。局外中立國，半主權等，其獨立權之受限制，卽其例也。

2

自衛權；一國固須尊重他國之獨立權，不可有毀損之行動，然一國亦無犧牲自己之存亡安危，而尊重他國獨立權之義務，故一國之存在及安危，當瀕於危殆之時，爲防衛自己，得執行必要之措置。以此之故，有時發生侵害他國獨立權之結果，亦屬不得已之舉。所謂國家之自衛權，於是乎生焉。國家之有自衛權，猶個人之有正當防衛權；然國家之自衛權，較個人之正當防衛權，尤爲緊要。蓋個人之上，尙有國家權力爲之保護；而國家非以自己之力量保護自己，則其生存，卽無法維持，故自衛權，亦國家原始權之一，卽國家以自衛之必要，干涉他國內政外交，強行一定之要求，或進兵他國領土

，或捕拿公海上他國船舶，留置船員，及在其他必要之範圍，任何緊急手段，亦得執行。此等行爲，雖與他國之獨立權，本不相容，而獨限於以自衛權爲理由之場合，則爲正當。國際法學者，謂：「一國之自衛權，優先於他國之獨立權」，卽爲此義也。

3 平等權；有主權之國家有獨立權，在國際法上爲平等，國家有平等權者，此之謂也。然在國際法雖爲平等，而在政治上不必盡然，現在事實上歐美強國，以所謂歐洲協調，門羅主義，闊步世界，擯羈歐美，東亞日本，以侵略戰爭，陳兵我土，殺人奪地，蠻橫無比。尙何有平等之可言？故學者或謂：「國家之平等權，爲無意義之語」。但政治上之不平等，不妨法律上之平等，試觀國際團體內之表決權，非不問國土之大小，實力之強弱，各國各有一個之表決權耶？數強國間之台意，在法律上固無強制他國之理由，學者又謂：「所謂強國二字，在國際法上實無意義，一宜哉言乎！各國於外交上使

用自國國語或隨意選擇其國號國旗，及關於禮式儀式之對等，此皆爲平等權之表現也。

4 榮譽權；國家應尊重他國之獨立權，故國家對於他國有維持自國榮譽受相當尊敬之權利，稱此曰：國家之榮譽權。若一國侵害他國之榮譽，被侵害國，對於加害國，得要求損害賠償及其他的救濟，並得執行戰爭及其他之手段，國家不使他國或他國國民，對於自國國徽，國旗，軍艦旗等，加以侮辱，又使自國代表官吏駐在外國，享有一定特權，皆此榮譽之效果也。

二 代表機關；國家行使國際權之機關，有元首，外交部部長，外交官及領事官，元首爲一國之首長，握外交大權，當宣戰，講和，締結條約之任，而輔弼元首，當外交之衝者，爲行政院外交部部長，外交部部長在國內指揮監督外交官及領事官。

1 外交官；外交官，爲駐在外國司外交事務之官吏，有大使公使之別，而

公使有特命全權公使駐在公使及代辦公使之分，大使直接代表元首；特命全權公使，以元首之名司外交事務，駐在公使雖同於此而席次較劣，代辦公使，惟以政府之名，司外交事務，而其職務上原無何等差別，不過待遇上有所不同耳。

又外交官及其屬員，家屬，在駐在國得享有諸種特權，即保障其身體及財產之不可侵；不服從駐在國之法律及裁判，並免除關稅及其他一定之課稅是也。

2 領事官；領事官，為駐在外國，司本國人民通商航海之事務，有總領事，領事，副領事之別。領事官，非本國之政治的代表者，為監視商業上利益之一官吏，故其特權，不及外交官；惟以其為駐在外國之一國官吏，事實上與外交有密接之關係而已。

三 條約；

1 條約之成立要素； 條約，爲國際法上國家偶有權原因之一。蓋國際法上，國家之有偶有權，猶之私法 個人之有管權。私法上債權之原因，有契約，代理權之授與，事務管理，不當得利，及侵權行爲等。國際法上偶有權之原因，雖亦得認此五種，而其中以條約爲偶有權原因中之最顯著者。條約，爲發生國際法 效果的國家間之合意。國家偶有權之得，喪，變更，卽由此而生。國家之有條約，猶個人之有契約也，條約之成立要素如左：

甲 須有當事者二個以上之國家，而該當事國，不可不有國際行爲能力；故半主權國，自己不得與他國締結條約，而由宗主國或保護國代爲之。

乙 須有一定之標的； 例如：關於通商航海或互不侵犯領土而結約是。而其標的，須爲適法，且屬可能。卽不得以違反國際法原則之事項爲標約而締結條約也。

丙 須有合意； 條約，爲雙方行爲，固須當事國間意思之合致；而其合意，

又須爲任意且自由者。故不可有詐欺，脅迫，及錯誤等情形。當事國爲台意之程序，先派談判委員，會商條約內容，談判調協時，製定條約書，各自簽字，更經本國元首或立法機會之批准，始爲成立。蓋爲鄭重其事也。而簽字國如無重大事由，不得拒絕批准，是又關於國際之信用矣。

2 條約之種類及效力；條約之種類，不能列舉，猶之私法上契約之種類，無有窮極，其標的苟屬適法可能時，國家間於任何條約，皆可締結，其區別，可分爲政治的條約及社會的條約兩種。例如：同盟條約，講和條約，割讓條約，屬於前者；通商航海條約移交，（引渡）犯罪人條約，屬於後者。

條約之效力，惟生於締結當事國之間，決不及於第三國，此爲原則，故任何強國間之條約，其意旨雖如何美善；而不得羈束未加人之他國，而條約之發生效力，須爲有效成立。換言之，須不爲無效或得撤銷者。蓋條約缺其成立條件，即應爲無效。例如：一 當事國無行爲能力；二 談判委員無締

結條約之權限；三 標的之不能或不法；四 未得批准等情形苟有其一，應爲無效是也。又條約於一定之場合，雖爲成立，而因有瑕疵得以撤銷者。例如：締結條約之際，對於談判委員有詐欺，脅迫，或其條約與國家之自衛權相抵觸等情形，苟有其一，得以撤職是也。又條約於一 其履行終了；二 有效期間屆滿；三 解除條件成就；四 標的物或締結國消滅；五 開始戰爭；六 雙方合意；七 或一方行使解除權時，則歸於消滅。唯無解除權之場合，當事國之一方，得解除條約與否？又因如何事由得解除之？學者多有

議論

四 國際爭議之處理；處理國際之爭議，有平和的方法與強制的方法兩種：

1 平和的處理方法；平和的處理國際間紛爭之方法，根據海牙平和會議所決定之國際紛爭平和的處理條約，可分爲左列五種：

甲 局外周旋；爲第三國爲解決他國間之紛爭，促進其開始談判之行爲之謂

• 非直接參與其談判者。

乙 居中調停； 爲第三國於他國間之紛爭，直接參與談判，援助其解決之行為之謂。

丙 國際審查委員會之事實審查； 爲依平和的處理條約所認之國際審查委員會，審查事實。見解不同所生之紛爭之謂。原非裁判，故無拘束力。而此委員會，以每一事件由當事國之特別約請而組織之。

丁 仲裁（公斷）裁判； 爲依當事國之申請，以仲裁裁判官解決法律上紛爭之方法，限於當事國於仲裁者無特別協約時，依平和的處理條約，在海牙常設仲裁（公斷）院爲之。國際聯盟規約亦有此規定各締盟國任命四人以下之裁判官，其任期爲六年。

戊 國際聯盟規約； 依國際聯盟規約，解決紛爭之機關有三：即國際聯盟理事會調查之解決；前揭之仲裁裁判，及國際常設法院是也。

二 強制的處理方法； 強制的解決國際爭議之方法有左列三種：

甲 報復； 相對方雖不違反國際法上之義務，而爲不公平，不利益之行爲時，被害國，亦爲同一或同種之行爲，促其反省，以止其不當行爲之謂。例如：甲國對乙國之輸入品，課徵重稅，或於乙國人民之待遇有不公平時，雖屬甲國之權利而要爲不當，故乙國亦得爲同樣之行爲是也。

乙 報仇； 甲國違反國際法上之義務，侵害乙國之權利，即不僅爲不當而並爲不法行爲時，乙國亦爲同種或同程度之不法行爲促其反省之方法之謂。例如：甲國對於乙國之人，妨害交通，侵害財產時，乙國對於甲國之人，亦爲與此種或同程度之其他不法行爲之類是也。與報復不同之點有二：一 原因爲不法；二 不必報以同種之行爲。而扣留船舶，即在自國之港灣領海內，扣留他國之船舶，及載貨，爲報仇手段之最有力者。

丙 平時封鎖； 以艦隊監視他國領海之一部或全部，遮斷交道，即封鎖於平

時之謂。而平時封鎖，亦有用干涉手段者。一千八百二十七年英法俄艦隊封鎖希臘海岸，即為對於希臘獨立所行之干涉行為也。

五 國際組織尤其國際聯盟會；國際間為處理一定之事務，組織委員會，事務局，或仲裁（公斷）院者，為臨時或永久之機關者，不少。而民國八年六月二十

八日，歐戰和議告成，國際聯盟會，應運而生，為消弭戰爭，維持和平，超越各國以上之唯一機關，學者認為：其性質似聯邦而無統轄各邦（各會員國）之權力；似同盟而具攻守戰爭以外之作用；似太上國家而會員國得自由退出聯盟。為國際間之一種新組織。其本身成為國際法上之主體。其組織與職權，大要如左：

1 國際聯盟之組織；一為聯盟總會，即定期開會，凡關於聯盟一切協議，由此機關為之，是為立法部；二為聯盟理事會，即由聯盟國選出理事國之會議，是為行政部；三為常設法院即在海牙解決各國家間條約之解釋及其他國

際法上諸問題，是爲聯盟之司法部。

2 國際聯盟之職務； 在維持國際間之和平，爲達其目的計，有制限軍備；由理事會及常設法院解決紛爭；公表條約；委任統治；處理勞働問題及其他社會問題等方法。其制裁有聯盟國中有經理事會或常設法院之裁決或判決後，不逾三個月而訴諸戰爭者，視爲對於聯盟全部爲戰爭行爲者，與之斷絕通商國交也。

第二款 戰時國際公法

戰時國際公法者，關於國家間戰爭之法則。卽規定國際法的主體間實力的鬥爭之法則也。夫永久和平，是否空想？姑不具論。而國家間時有戰爭，則爲不可爭之事實。凡國際間紛爭之起，或由當事國間交涉談判；或由第三國局外周旋，居中調停，乃至仲裁（公斷）裁判；或由當事國以報復，報仇，如平時封港之強制手段等，一方壓迫他方，盡其種種應有之辦法，然若於一國之名譽或獨立，就有重大利害關

係時，訴之于戈，一決紛爭，此亦爲不得已之舉，於是乎戰爭生焉。然此指自衛戰爭而言。若侵略戰爭，則殊難以說明，或謂：戰爭不可避免，因無國際聯盟規約第十六條第二款之共同出兵討伐，即起國家之制裁，惜乎各會員無爲正義而決戰之勇氣，以致人類相殘，曷勝浩嘆！而國家間開始戰爭之狀態，曰：戰爭狀態，基於戰爭狀態發生之國際關係。曰：非常國際關係，與此相對之平時國際關係，曰：通常國際關係。戰爭一旦開始，交戰國之間，生一定之權利義務，交戰國與第三國之間，亦生一定之權利義務。前者，曰：交戰關係；後者，曰：局外中立關係。茲就此兩種關係，分述戰時國際公法之主要內容於左：

一 交戰關係； 交戰關係，爲交戰國基於交戰國之地位，對於敵國所有的權利義務之關係也。略分數點說明之！

1 戰爭開始； 交戰關係，因戰爭之開始而發生，戰爭之開始，有由於開戰之宣告者，有由於戰鬥之事實者。不問爲何場合，有戰爭之開始，即發生戰

爭狀態。戰爭當事國，爲交戰國，即發生交戰關係。

2 開戰效果； 戰爭關係之效果，其重者，除日永久的關係之外，各當事國間一般之條約，或廢止或停止之，外交機關，當然解任。對於敵國人之身體財產，得爲非常處分，交通，船舶，商業等，皆受限制。然雖爲敵人，而關其身體財產之私權，則務須尊重。此爲近世之慣例。乃歐戰時，所謂文明國之處置，竟多於此相反，日本對我國之侵略戰爭，其滅絕人道，違反國際公法，尤爲世所共見。

3 戰爭法規； 關於戰時行爲之法規慣例，其主要者，爲一千八百九十九年及一千九百七年，關於陸戰法規慣例之規定，及一千九百六年紅十字條約，一千九百九年倫敦宣言，及其各國制定之海上捕獲條例等法規；而一千九百七年海牙平和會議所決定或希望而通過者亦復不少，有害敵手段，俘虜死者傷者病者之待遇，攻擊，攻圍，砲擊，間諜，降伏，軍使，封鎖，禁制品，

休戰，徵發敵人財產及其他之規定。又科學發達，武器日新，航空飛機，益形激烈，空中戰爭規約，於一千九百二十三年在海牙，已有訂定，然尙未經各國簽字，尙未成爲國際公法。

4 戰爭終了；交戰關係隨戰爭終了而消滅。戰爭終了，通常由于締結講和條約；但交戰國之一方，屈服他國，或雙方厭亂，入止戰鬥行爲時，亦有爲戰爭之終了者。戰爭終了後，交戰國間恢復和平狀態；而開戰前交戰國間之各種條約於如何範圍當然恢復效力？學說不一，唯在實際上，講和以後，所有條約，多至改訂。

局外中立關係；局外中立關係，爲交戰國之一方與第三國之間所有的權利義務之關係也。此關係自第三國所知或二國間發生戰爭狀態之時，卽爲發生。關於局外中立，海牙第二回和平會議關於陸戰海戰中立國權利義務之條約，倫敦宣言等。中立國對於交戰國，仍維持和平關係，在自國領土，領海內，有

不使交戰國之一方或雙方執行戰鬥行為或其準備行為，及軍隊軍艦航空機之通過等，乃其當然之權利義務。又局外中立關係，隨戰爭之終了而消滅，蓋各國既無戰爭，則已國自無局外中立之理也。

第六章 民法

第一節 民法之意義

民法有實質的與形式的兩種意義。前者，謂民法，爲關於私權實體之成文法與不文法之總稱。後者，則指民法法典而言。通常稱民法者，均指民法法典。依後之意義，我現行民法，即十八年五月二十三日，國民政府公布，同年十月十日施行之民法第一編總則；十八年十一月廿二日公布，十九年五月五日施行之民法第二編續；十八年十一月三十日公布，十九年五月五日施行之民法第三編物權；十九年十二月二十六日公布，二十年五月五日施行民法第四編親屬及第五編繼承也。

第二節 民法之立法精神

我民法之立法精神，根據三民主義，即自由，平等，博愛之三原則，同時兼顧，爲社會主義本位之立法，即所謂：法律社會化也。其五編之特色，約舉如左：

- 一 注重社會公益；於左列各規定見之：
 - 1 法人設立之限制（民法第三十條）；
 - 2 消滅時效及取得時效期間之縮短（民法第一百二十五條至第一百二十七條，第一百四十七條，第七百六十八條）；
 - 3 表示主義之採用（民法第八十六條至第九十二條）；
 - 4 占有之保護及即時取得之規定（民法第九百四十三條，第九百四十四條，第九百六十條，第八百零一條，第八百八十六條）；
 - 5 物權登記要件主義之採用（民法第七百五十八條）；
 - 6 典權人取得與物所有權之規定（民法第九百二十三條第二項）；
 - 7 結婚撤銷效力之限制（民法第九百九十八條）；

- 8 非婚生子女之請求認領權（民法第一千零六十七條）；
 - 9 糾正父母對於子女之權利之濫用（民法第一千零九十條）；
 - 10 親屬會議對於監護人之監督（民法第二百零六條，第二百二十三條）；
 - 11 扶養之義務（民法第一千一百一十四條，第一千一百一十七條至第一千一百二十條）；
 - 12 限定繼承之容許（民法第一千一百五十四條至第一千一百六十三條）；
 - 13 遺產管理人之選置（民法第一千一百七十七條）；
 - 14 繼承特留分之規定（民法第一千二百二十三條）。
- 二 適合國民經濟； 於左列各規定見之：
- 1 關於引水，排水，及使用他人土地之規定（民法第七百七十五條，第七百七十八條，第七百七十九條，第七百八十三條，第七百八十五條至第七百八十九條，第七百九十二條）；

- 2 越界建築，非即提出異議，不得請求遷拆之規定（民法第七百九十六條）；
 - 3 因附合，混合，取得動產所有權之規定（民法第八百一十一條，第八百一十三條）；
 - 4 因加工取得他人動產之規定（民法第八百一十四條）；
 - 5 主物之處分，及於從物之規定（民法第六十八條第二項）。
- 三 確認無過失責任；於左列各規定見之：
- 1 正當防衛，逾越必要程度之賠償責任，不問其就逾越之原因，有無過失（民法第一百四十九條）；
 - 2 緊急避難，因逾越危險所能致損害之程度之賠償責任，（民法第一百五十二條）
 - 3 因自助行為之損害賠償（民法第一百五十一條，第一百五十二條）；
 - 4 無意識或精神錯亂中所為行為之賠償責任（民法第一百八十七條第四項）；

5 無行為能力人或限制行為能力人之賠償責任（民法第一百八十七條第三項）；

6 僱用人之賠償責任（民法第一百八十八條第二項）；

7 無權代理人之賠償責任（民法第一百十條）。

四 酌減義務；於左列各規定見之：

1 損害賠償責任之減輕（民法第二百一十七條，第二百一十八條）

2 過失責任之從輕酌定（民法第二百零二條，第二項）；

3 違約金之酌減（民法第二百五十二條）；

4 分期給付或緩期清償之容許（民法第三百一十八條）。

五 限制自由；於左列各規定見之：

1 急迫，輕率，及無經驗者之保護（民法第七十四條）；

2 權利濫用之禁止（民法第一百四十八條）；

- 3 利息之限制（民法第二百零三條，第二百零五條，第二百零六條）；
 - 4 違約金之減少（民法第二百五十一條，第二百五十二條）；
 - 5 所有權行使之限制（民法第七百六十五條，第七百三十三條至第七百八十四條）；
 - 6 出租人終止租約之限制（民法第四百五十七條）
- 六 平等原則；於左列各規定見之：
- 1 男女平等之原則；
 - 甲 妻的行為能力限制之撤廢（民法第十三條）；
 - 乙 男女均得為家長（民法第一千一百二十四條）；
 - 丙 離婚條例，夫妻相同（民法第一千零五十二條）；
 - 丁 收養子女，須得他方配偶之同意（民法第一千零七十四條）；
 - 戊 男女平等繼承（民法第一千一百三十八條）；

- 己 配偶互有繼承權（民法第一千一百四十四條）。
- 2 父母子女間及家內家屬間之平等；於左列各規定見之。
 - 甲 父母對於子女，有保護及教養之權利義務（民法第一千零八十四條）；
 - 乙 父母濫用其權利時，得由最近親屬或親屬會議糾正之（民法第一千零九十條）；
- 丙 家長管理家務，應注意於家屬全體利益（民法第一千一百二十六條）。
- 3 非婚生子女與婚生子女間之平等；此即非婚生子女，經父認領者，視為婚生子女（民法第一千零六十五條）。
- 4 僱用人與受僱人間之平等；關於受僱人，尤其關於工人之保護，因勞動法規有詳細規定，故民法僅有第四百八十三條，第四百八十七條及第四百八十八條等之規定。
- 5 承租人與出租人間及所有權人與永佃權人間之平等；關於承租人及永佃

權之保護，民法第四百二十五條，第四百五十七條，第四百五十九條，第四百六十條及第四百四十四條之規定。

6 著作人與出版人間之平等；關於著作人之保護，民法第五百一十八條，第五百一十九條至第五百二十七條之保護。

7 債權人與債務人間之平等；關於債務人之保護，民法規定不少，如抵充債務之指定（民法第三百二十一條），及關於分期買賣，請求支付全部價金之限制等規定，即其一例。

七 增進種族健康；於左列各規定見之：

1 明定結婚最低年齡，以限制早婚之害（民法第九百八十條）；

2 明定一定親等之親屬間，不得結婚，以杜遺傳不良之影響（民法第九百八十三條）；

3 明定不治之惡疾，及重大不治之精神病，得為解除婚約及離婚之原因，以

期合乎優生學（民法第九百七十六條，第一千零五十二條）。

第三節 民法五編概要

民法之編制，有兩種方式：一 羅馬式編制法，分民法爲「事法」、「財產法」及「訴訟法」三編。二 德國式編制法，分民法爲總則，債權，物權，親屬，繼承五編。我國民法，採後之方式，亦分五編，凡一千二百二十五條唯第二編不曰：債權；而曰：債務。蓋指債權。債務，有隱寓保護債權人債務人雙方之意也。又民法各編，各有施行法，先後公佈，各於各編施行之日施行。

一 總則編； 總則編，爲關於各種私權及其法律關係之共通規定也。

第一章 法例； 此爲瑞士民法之例，首冠法例章，摭拾各編適用之通則，凡五條，規定民事法律之補充及其順序與習慣之限制（民法第一條，第二條）；使用文字之條件（民法第三條），及表示數量之准則（民法第四條，第五條）。

第二章 人；人，指有人格者而言。何謂人格？即得為權利義務主體之能力也。何謂人格者？即此能力之主體也。第一節，人；第二節，法人，法人即非自然人而有權利義務主體之能力者也。法人節又分三款：一曰：通則；二曰：社團；三曰：財團。社團，為以人之集合為基礎之法人，有以營利為目的者，有以公益為目的者。營利，謂以分配利益於社員為目的之營業。公益，謂宗教，慈善，技藝，學術或其他有關社會一般之利益。財團，為以財產之集合為基礎之法人。

第三章 物；此為關於私權客體中物之規定。物，謂外界之一部，而保有處所之存在，吾人得以利用的獨立一體之有體物也。物有不動產，動產，主物，從物，及天然孳息，法定孳息之分。不動產者，謂土地及其上之著物。動產者，為不動產以外之物。從物，為非主物之成分，常助主物之效用，而同屬於一人者。天然孳息，謂果實，動物之產物，及其他依物之用法所收穫之出

產物・法定孳息，謂利息，租金，及其他因法律關係所得之收益。

第四章 法律行爲； 法律行爲，爲以當事人之意思表示爲要素，其意思表示示，法律。始生私法的效果之法律要件也。本章爲關於法律行爲之規定。其內容分：通則；行爲能力，意思表示，條件及期限，代理，無效及撤銷等六節。

第五章 期日及期間； 期日，謂不可分之一定時點。例如：一月一日午前十時，又如：明日正午，來月一日之類是。期間，謂自一定時點至他一定時點之間。例如：自本年四月十六日起至六月十五日止之類是。本章，爲關於期日及期間之規定。

第六章 消滅時效； 時效，爲以一定時間之經過，與一定事實狀態之繼續，而生取得或喪失權利之事實，卽於一定期間，繼續或事實上之狀態，因而爲權利得喪之方法也。我民法取得時效于物權編第一章所有權第一節通則之中

（民法第七百六十八條至第七百七十二條）。本章，為關於消滅時效之規定。第七章 權利之行使。權利之行使，謂為享受權利之實質的利益，實行依法所賦與的法律上之力。本章為關於權利行使之規定。有禁止權利濫用者（民法第一百四十八條）；有自力救濟者。自力救濟，分自衛行為與自助行為；而自衛行為，又分正當防衛與緊急避讓二者（民法第一百四十九條至第一百五十二條）。

二 債編； 債編，為關於債之規定。債與物權，同為財產權中之最顯著者，係日常極普通之事。所謂債，即此特定之人，對彼特定之人，為特定之事或不為之關係。此特定之人，曰：債務人；彼特定之人，曰：債權人。一係由債之權利而示其關係；一係由債之義務而示其關係。就權利方面言，謂之：債權，為使特定之人，為特定之事或 為之之權利。即要求為特定工作為或不作為之權利也。就義務方面言，謂之債務，為對特定之人，為特定之事或不為之之義

務，即應特官人之要求，爲特定之作爲或不作爲之義務也。

第一章 通則； 通則，爲適用於各種之債之共通規定，分節如左：

第一節 債之發生； 債之發生，爲債之關係，客觀的新發生之謂。若債權之讓與（民法第二百九十四條），或債務之承擔（民法第一百條），則爲債之移轉；而非債之發生也。因民法所發生之債，其由於物權關係的共有，或親屬關係的扶養者，爲與他項法律關係相絆，方發生之債；而獨立發生之債，則有五種原因：一曰：契約；二曰：代理權之授與。代理權之授與，謂本人對於他人授與以代理權之行爲也（民法第一百六十七條）。三曰：無因管理；無因管理，謂未受委任，並無義務，而爲他人管理事務也（民法第一百七十二條前段）。四曰：不當得利，不當得利，謂無法律之原因，而受利益，致他人受損害之事也（民法第一百七十九條）。五曰：侵權行爲。

第二節 債之標的；債之標的，爲特定人之作爲或不作爲；而債權人基于債之關，得向債務人請求之作爲或不作爲，法律上謂之給付。故給付云者，爲債 人之作爲或不作爲之總稱也（民法第一百九十九條第一項第三項）。債之標的，一 須爲可能；二 須爲適法；三 須爲確定或得確定；四 須不限於「財產價格者」。又關於物之債，關於金錢之債，基於意思之債，損害賠償之債等，因其標的不同，民法有種種之規定。

第三節 債之效力；債，在法律上之效力，而使其實現之作用，謂之曰：債之效力。債權人有使債務人爲給付之權利；有爲給付之義務。債之效力，在於給付，當事人如有遲延，應負責任。民法上關於給付與遲延之規定，爲債之對內之效力。而爲保全債權，民法上關於保全之規定，爲債之對外的效力。又契約之標的，確保，解除，終止，及雙務契約之效力與關於第三人之契約等，與債之關係，關係尤鉅，故民法均有種種之規定。

第四節 多數債務人及債權人；尋常債務債權之關係，多在於債務一人及債權一人之間；而有時債務人一方有數人，或債權人一方有數人，或債務人債權人雙方均有數人。此之謂：多數當事人之債。民法特設多數債務人及債權人一節，其目的以同一給付爲標的之債，有多數主體者也。多數主體之債，大要有三種：一、可分之債（民法第二百七十一條）；二、連帶之債（民法第二百七十二條，第二百九十一條）；三、不可分之債（民法第二百九十二條，第二百九十三條）。民法於此皆有種種之規定。

第五節 債之移轉；債之關係，雖爲特定人間之關係；而其主體，與債之成立當時之主體，無常同一之必要，故民法有債之移轉之規定。而債之移轉，有由於債權之讓與者；有由於債務之承擔者。債權之讓與，爲債權人與第三人以移轉債權爲內容之契約（民法第二百九十四條第一項本文）。債務承擔，爲第三人與債權人或債務人，以移轉債務爲內容之契約（民法第

三百條，第三百零一條）。又債之移轉，有由於特種債務承擔者；而特種債務承擔有二：一 爲概括承受，即就他人之財產或事業，概括承受其資產或負債之契約（民法第三百零五條第一項）；二 爲繼承承受，即一營業與他營業合併而互相承受其資產及負債之契約（民法第三百零六條前段）。

第六節 債之消滅； 債之消滅，謂債權債務，客觀的，絕對的至於不存在也。與所謂主觀的，相對的，即債之移轉不同。民法關於債之消滅之通則及債之消滅原因如：一 清償，二 提存，三 抵銷，四 免除，五 混同等，皆有規定。

第二章 各種之債； 本章，共分二十四節，規定：買賣，互易，交互計算，贈與，租賃，借貸，僱傭，承攬，出版，委任經理人及代理商，居間，行紀，寄託，倉庫，運送營業，承攬運送，合夥，隱名合夥，指示證券，無記名

券，終身定期金，和解，保證等各個債之關係。其中之經理人及代理商，爲應訂入於商法總則編者，其中之交互計算，行紀，倉庫，運送營業，承攬運送等，爲應訂入於商行爲編者，而我民法則一併訂入於此，蓋爲符合民商合一之旨也。

三 物權編；物權編，爲關於物權之規定，物權之觀念，可分兩點言之。一 物權，爲直接管領物之權利，得對於一般世人主張之，故物權爲絕對權，亦曰：對世權。非如債權之行使，祇可對於特定人爲之。二 物權，以權利人，義務人及物，爲其要素；唯權利人及被其管領之物，均爲特定，而義務人，則非特定，故在外觀上，權利人與物之關係，頗爲密切，而權利人與義務人之關係，似若疏遠而已。

第一章 通則 通則，爲適用於各種物權之規定，凡八條。於物權之創設，變動及消滅等，皆有規定。

第二章 所有權； 所有權，爲完全管理物之權利，分不動產所有權與動產所有權兩種。爲物權中最重要者。本章分四節：一 通則，規定所有權之內容及其取得時效。二 不動產所有權。規定其意義，範圍及土地所有權之相關關係等。三 動產所有權。規定其意義及取得之方法。四 共有。規定普通共有與共同共有之意義及共有人之權利義務等。

第三章 地土權 地土權 謂以在他人土地上 建築物或其他工作物或竹木爲目的而使用其土地之權也。社會進步，經濟發達，土地價值，日益騰貴，建築物或其他工作物或竹木之所有人，有時無力兼有土地之所有權，故地上權。爲應經濟上之需要。本，規定其意義，效力及消滅等。

第四章 永佃權； 永佃權，謂支付佃租，永久在他人土地上爲耕作或牧畜之權也。雖耕者應有其田，而一時未易辦到，土地之永佃，在永佃權人及土地所有人雙方，均爲有利。本章規定其意義，效力及消滅等。

第五章 地役權； 地役權，謂以他人土地，供自己土地便宜之用之權也。本章規定其意義，取得，效力及消滅等。

第六章 抵押權； 抵押權，謂對於債務人或第三人不移轉占有而供担保之不動產，就其賣得價金，受清償之權也。本章規定其意義，範圍，效力，及消滅等。

第七章 質權； 質權有兩種：因担保債權，占有由債務人或第三人移交之動產，得就其賣得金，受清償之權，謂之：動產質權；其以可讓與之債權及其他權利，為質權之標的物者，謂之：權利質權。本章，第一節規定動產質權之意義，設定：担保範圍，效力及消滅等。第二節，規 權利質權之性質，通則及特則等。

第八章 典權； 典權，謂支付典價，占有他人之不動產，而為使用及收益之權也。本章規定其意義，期限，效力及消滅等。

第九章 留置權； 留置權，謂債權人，占有屬於其債務人之動產；而具有一
定之要件者，於未受清償前，得留置其動產之權也。本章規定其意義，效力
及消滅等。

第十章 占有； 我民法謂：對於物有事實上管領之力者，爲占有人（民法第
九百四十條）。是認占有爲法律所保護之一種事實關係，故不曰：占有權；
而曰：占有。本章規定其意義，種類，取得，效力及消滅等。

四 親屬編； 親屬編，爲關於親屬之規定。

第一章 通則； 通則，爲適用於各章之規定，規定血親之親系親等，姻親之
親系親等及姻親關係之消滅等。

第二章 婚姻， 婚姻，謂依法律所承認之一男一女的共諾，以永久共同生活
爲目的之法律行爲也。婚姻係人生之最大者。故分五節規定：一曰：婚約；
二曰：結婚；三曰：結婚之普通效力；四曰：夫妻財產制；五曰：離婚。夫

妻財產制節，分三款：一曰：通則，二曰：法定財產制，三曰：約定財產制。而約定財產制，又分三目：一曰：共同財產制，二曰：統一財產制，三曰：分別財產制。

第三章 父母子女；廣義之父母子女，則因血統而生者及基於法律而生者，皆包含在內。前者，例如：婚生子，非婚生子是，後者；例如：收養子女是也。本章規定誕生子女，收養子女，父母之權利義務，及父母權義之消滅等。

第四章 監護；監護，爲對於脫親權之未成年及禁治產人之身體財產，施行保護監督之職。蓋人之無能力，有由于年齡幼稚者，有由於精神異狀者，在服從其父母親權之間，固無另置監護人之必要，如父母俱亡或父母俱存而不能行使親權時，則不能不待他人之保護也。本章分兩節規定：一爲未成年人之保護；一爲禁治產人之保護。

第五章 扶養； 扶養，爲一定之人，不能維持生活，而無謀生能力，由一定之人，供給生活資料之謂也。扶養，不獨人倫之常道，且爲法律之義務，其負扶養義務者與受扶養權利者，卽扶養當事人之範圍如何？扶養之要件如何？及扶養之程度，方法與其如何變更等，皆規於本章之中。

第六章 家； 稱家者，謂以永久共同生活爲目的之團體，本章規定家之意義，家長家屬之權利義務及其權義之取得等。

第七章 親屬會議； 親屬會議者，由一定人數之會員所組織的會議體，爲特定之人，議決特定事項之機關也，本章，於親屬會議之組織，有種種規定。

五 繼承編； 繼承編，爲關於繼承之規定。繼承，爲一定順序之繼承人，於一定之時期，繼承被繼承人所有財產的權利義務之行爲也。繼承有宗祧繼承與遺產繼承之別。我國舊法，關於繼承事項，尊重宗祧，而遺產繼承，不過爲宗祧繼承之附隨結果，我民法不規定宗祧繼承，一革數千年繼承法之舊例，繼承人

，不限于卑親事，更不限于男子；且繼承人得爲限定之繼承，故本編所謂繼承，自爲遺產之繼承。

第一章 遺產繼承人；本章規定：法定遺產繼承人。指定遺產繼承人，及繼承權之責失及回復等。

第二章 遺產繼承；本章分三節規定：一曰：效力，二曰：限定之繼承，三曰：遺產之分割，四曰：繼承之拋棄，五曰：無人承認之繼承。

第三章 遺囑；遺囑，爲自然人以其死後發生效力之目的，自爲之要式的單獨行爲也。其內容，不限於財產處分。例如：指定監護人（民法第一千零九十三條），亦遺囑也。本章分六節規定，一曰：通則。二曰：方式。其方式有五：一 自出遺囑；二 公證遺囑；三 密封遺囑；四 代筆遺囑；五 口授遺囑。三曰：效力。四曰：執行。五曰：撤銷。六曰：特留分。特留分，爲被繼承人財產之一部，而不許其自由處分，以須爲繼承人特留之部分

也。

第七章 民事特別法

第一節 民事特別法之由來

輒近學者多倡民商法合一之說。一千九百零一年，債士債務法，苟爲民商法合一之規定，近如蘇俄民法，暹羅民法，亦皆實行合一；誠以商事亦屬民事，商法之於民法以外，成爲特別法典者，不過基於沿革而然，並非有何等理論之根據也。我民法取民商合一主義，凡向在商法中規定，而性質上便於在民法中合一規定者，均分插於民法之中，已如前述；然如：公司，票據，保險，海商及商業登記法等，其性質特殊，不便合一於民法中者，則另以單行法制定之。此等單行法，對於民法法典，則稱爲民事特別法焉。

第二節 公司法概要

公司法，係國民政府於十八年十二月二十六日公布，二十年七月一日施行。分

章規定。一曰：通則。二曰：無限公司。無限公司章程：設立，公司之內部關係，公司之對外關係，退股，公司之解散，及決算等六節。三曰：兩合公司。四曰：股份有限公司。股份有限公司章程：設立，股分，股東會，董事，監察人，會計，公司債，變更章程，解散，及清算等十節。五曰：股份兩合公司。六曰：罰則。都二百三十三條。又公司法施行法，係國民政府於二十年二月二十一日公布，同年七月一日施行，都三十三條。茲唯就公司之種數一述之！

公司，謂以營利爲目的而設立之團體，且爲法人也。公司法所定之公司種類，以股東對公司之關係如何？爲其分類之標準；而若組織其他公司，則非本法所許。

一 無限公司；無限公司，謂股東之全體，對於公司之債，就其自己全部之財產，負連帶無限責任之公司也。此種公司爲公司中之最單純者，與民法上之合夥，大略相同；然合夥，爲契約關係；而公司則爲法人。

二 兩合公司；兩合公司者，謂以無限責任股東，與有限責任股東，兩者混合

組織之公司也。此因無限公司之股東，如有一二人不願負無限責任時，則無由組織，故法律爲應實際之需要，特設此種公司。以一部股東，與無限公司股東相同，負連帶無限之責任；而以一部股東，僅以出資爲限，負其責任也。

三 股份 限公司； 股份有限公司，謂以營業之所需，先行確定其資本額，再就其總額，分爲股份，由七人以上之有限責任股東，所組織之公司也。所謂：股份，即將資本之總額，劃爲若干股，每股爲均分資本總額之單位，股東對於公司之權利義務，卽以此單位爲標準。所謂：有限，而除股份銀數外，無其他責任。近來大規模之實業，多賴股份有限公司，以資發展，此種公司，於國民經濟，爲利甚鉅；而弊亦隨之，法律不能不有詳細規定，故在公司法中特占重要之地位。

四 股份兩合公司； 股份兩合公司，謂以無限責任股東與股份有限責任股東，聯合所組織之公司也。在股東責任，分爲有限無限之點，頗似兩合公司；而在

資本一部分爲股份一點，又類似股份有限公司。

第三節 票據法概要

票據法，係國民政府，於十八年十月三十日公布，同日施行。分章規定。一曰：總則。二曰：匯票。匯票分：發票及款式，背書，承兌，參加承兌，保證，到期日，付款，參加付款，追索權，拒絕證書，複本，及贖本等十二節。三曰：本票。四曰：支票。五曰：附則。都一百三十九條。又票據法施行法，係國民政府，於十九年七月一日公布，同日施行。都二十條。茲唯就票據之意義，及其種類一述之！

一 票據之意義； 票據，謂發票人約定自己或委託他人支付票面所載金額之證券也。發票人約定自己支付票面所載金額之證券。謂之本票，發票人委託他人支付票面所載金額之證券。謂之：匯票與支票。

二 票據之種類；

1 匯票；匯票，謂發票人委託付款人對於受款人或執票人，於到期日或憑票，無條件支付一定金額之證券也。匯票，在謀金融之流通，為信用證券之一種，關係經濟，甚為重大，故本法於匯票之規定，特別周詳，共占九十六條。

2 本票；本票，為票據之一種，其不同於匯票者，在匯票，為發票人委託第三人為票據金額之支付；而本票，則於發票人與受款人以外，不必再有付款人，以為本票之承兌，然兩者之作用，則極相似，故關於匯票之規定，於本票多得准用，故本法關於本票之規定，僅四條而已。

3 支票；支票，謂發票人以第三人支付一定金額之票據也。支票，由第三人支付金額，與本票同；而與匯票，則頗類似。然匯票之作用，在於信用之利用；而支票之作用，則在於單純之支付，其目的所在，無非為避免金錢授受之危險與煩累而已。故本法對支票，設種種特別規定，計十八條。

第四節 保險法概要

保險法，係國民政府，於十八年十二月三十日公布。分章規定。一曰：總則。分：通則。契約之成立，契約當事人之義務，時效等四節。二曰：損害保險。分：通則，火災保險，責任保險等三節。三曰：人身保險。分：通則，人壽保險。傷害保險等三節，都八十二條。茲唯保險之意義及其種類一述之！

一 保險之意義； 保險，指契約者與被補正者間之關係而言，即被補正者，爲一定之給付，於因一定不測之危險事故，而受生活的利益之滅失或毀損時，由經營者予以補正之保障也。

二 保險之種類； 前述之滅失或毀損，有爲物質的；有爲精神的。以補正物質的爲內容之保險，謂之損害保險。一曰：物的保險。以補正精神的爲內容之保險。謂之：慰濟保險。一曰：人的保險。蓋人之精神的缺損，即精神上之不安與痛苦，補正之方，不外慰慰也。又前述之補正保障，以不測之危險事故爲根

據，故在損害保險，其起因涉及於可生物質的損害之一切事故，即起因於火災者，有火災保險；起因於水災者，有水災保險；起因於運送災害者，有運送保險；起因於航海災害者，有海上保險。要之，可生物質的缺損之事故，其範圍廣泛，而保險之種類亦多；而在慰藉保險，其起因涉及於可生精神的缺損之一切事故，即起因於人之死亡者，有死亡保險，起因於人之生存者有生存保險，併稱此兩者曰：生命保險。又可生精神缺損之事故，尤有疾病。起因於疾病者又有病災保險。然各國法制，關於保險之種類，不盡相同。本法則分爲損害保險與人身保險二大類。

1. 損害保險：即物的保險之意。爲當事人之一方，爲以填補因偶然之事故所生之損害，給付一定之保險費，其相對人對之給付一定之保險金額之契約也。分兩種如左：

甲 火災保險：火災保險，謂火災保險人，對於保險標之物之滅失或損害。

係於由火災所致時，負擔賠償責任之契約也。火災保險，在損害保險中，最為重要，故學者常以海上保險，火災保險並列，而稱為水火保險。

乙 責任保險；責任保險，謂以損害賠償責任之消極無形利益之標的而訂立之保險契約也。此種保險之發生，一由於行紀保管與倉庫營業之發達，二由於公司營業與汽車營業之勃興。例如：倉庫營業人，受人委託，代管物品，深恐被火焚毀或被人盜竊，致受損害，而以該保存物之損害賠償為目的，而與保險人訂立火災保險或盜竊保險。又如：駕駛汽車人，因為減輕自己之過失行為，致人受有損害之責任，向保險公司，要保汽車損害賠償之保險，使保險人代負其損害之責，皆所謂責任保險也。本法第四十一條規定：對於他人物品之保存，有損害之賠償，有利害關係者，得以其保存或賠償為目的，而訂立保險契約，即明示責任保險之一種。

2 人身保險；人身保險，即慰藉保險之意。謂當事人之一方，以關於相對

人或第三人之生，死或傷害，給付一定之保險費，其相對人對之給付以一定之保險金額之契約也。分兩種如左：

甲 人壽保險； 壽保險，謂以人之生存或死亡爲保險標的之契約也。一曰：生命保險。

乙 傷害保險； 傷害保險，謂以人之傷害，爲保險標的之契約也。此種保險，普通多爲工人所要保，爲勞動保險之一。

第五節 海商法概要

海商法，係國民政府，於十八年十二月三十日公布。於二十年一月一日施行，分章規定，一曰：通則，二曰：船舶。船舶章分：船舶所有權，優先權及抵押權兩節。三曰：海員。分：船長，船員兩節。四曰：運送契約。分：貨物運送，旅客運送，船舶拖帶等三節。五曰：船舶碰撞。六曰：救助及撈救。七曰：共同海損。八曰：海上保險。都一百七十四條。又海商法施行法，係國民政府，於十九年十一月

二十五日公布，二十年一月一日施行。都九條。茲將海商法之內容，略述之！

一 船舶； 本法所謂船舶，指在海上航行及在與海相通，能供海船行駛之水上航行之船舶而言。船舶之國籍，爲分別本國船與外國船之標準。船舶爲具有不動產性質之出產，故關於船舶所有權，除本法有特別規定外，適用民法關於動產之規，而又得爲抵押權之標的物。

二 海員； 海員，謂乘船舶而從事於船上勤務之人員也。分船長與船員兩種。船長，爲指揮海員而管理船舶之一切事務者也。船員，乃船長以外一切之海員也。海員之權利義務如何？本法有種種規定。

三 運送契約； 運送契約，爲承攬，雙務，有償及要式契約之一。分爲三種：
1 貨物運送； 貨物運送契約，有二：一 以件貨之運送爲目的者，曰：搭載契約；二 以船舶之全部或一部供運送爲目的者，曰：傭船契約。

2 旅客運送； 旅客運送契約，與貨物運送契約，大致相同，亦有搭客與傭

船之分；而備船亦有全部與一部兩種。又水上旅客運送，與陸上旅客運送有異。例如：水陸運送，其旅客之膳費，包括於票價之內，即其一也。

3 船舶拖帶； 船舶拖帶，謂以此船拖帶彼船也。關於拖船及其所有人之損害賠償，其責任如何？本法皆有規定。

四 船舶碰撞； 船舶碰撞，謂二個以上之船舶，互相接觸也。近代汽船航海，往來頻繁，碰撞之虞，層見疊出，誠航海中之重大問題，故本法有種種規。

五 救助及撈救； 救助及撈救，即海難救助之意。救助，為海難程度較輕時之救法，撈救，為海難程度較重時之救濟。前者，例如：船舶或貨物，未離海員之占有，而 第三人加以救助，致 救濟是。後者，例如：船舶或貨物，已離海員之占有，行 沉沒，漂流，而由第三人予以協助，致得救濟是。

六 共同海損； 共同海損，對單獨海損而言。單獨海損，謂因天災，不可抗力，或侵權行為所生之損害。共同海損，謂在海難中，船長為避免船舶積貨之共

同危險，所爲之處分，而直接發生之損害及費用。共同海損制度，爲同舟共濟之意。其損害如何分担等，本法有特別規定。

七 海上保險；海上保險；其保險事故，爲海上之危險。此點與保險法上之損害保險不同，其他則無大異，故關於海上保險，本章無規定者，適用保險法之規定。

第八章 國際私法

第一節 國際私法之意義

國際私法者，謂就內外私法，定其適用區域之法則也。分析之如左：

一 國際私法，法則也； 例如：我國七年八月五日公布施行之法律適用條例，第五條至第二十六條，日本明治三十一年六月二十一日公布，同年七月十六日施行之法例，第二條至第三十條及商法施行法第二十五條及第二十六條等所規定之成文法則，皆國際私法也。

二 國際私法，適用法則也；國際私法，非直接規定權利義務之法則；乃關於權利義務的準則法律之適用法則。民法及民事特別法，規定權利義務之內容實質，學者謂之實體法或實質法；國際私法，規定此實體法之適用區域，學者謂之適用法則，而以適用法則，定其適用區域之法律，有為內國之實體法者；亦有為外國之實體法者。故或為國際私法之內容實質者，非權利義務自體，即非涉外的法律關係自體；而為適用於此法律關係的內外諸國之實體法，例如：我國法律適用條例第五條第一項曰：人之能力，依其本國。日本法例第三條第一項曰：人之能力，依其本國決定之，是成爲「兩條之內容實質者，非人之能力自體，而為適用於其能力之本國民法是也。

三 國際私法，為關於內外諸國私法的適用之法則也；國際私法，非對於內外諸國之公法，私法等一般法律，定其適用區域；而唯對於民法及特別民事法等私法，定其適用區域而已。

四 國際私法，國內法也； 國際私法，非規定國家間關係之法則，即非國際法，乃一國之立法機關，關於內外私法之適用，所制定或認定之法則。其為國內法，與民法及民事特別法等，毫無所異。

第二節 國際私法之性質

國際私法，為公法？抑為私法？自形式上言之，似為公法。蓋例如：民法施行法及刑法施行法等，凡定關於時之法律適用區域者，在形式上屬於公法。國際私法，亦在形式上，非規定權利義務之法則，而為於權利義務的準則之實體法，定其適用區域之法則，故似可謂為公法。然自實質上言之，國際私法，為於涉外的法律關係，指定應適用之私法，依此，於法律關係之內容，以間接定其在私法上之權利義務，故可謂之，私法上權利義務之間接的法則。使其屬於私法，亦非不當也。唯應注意者，國際私法之所謂：「私法」，非其內容之法則性質，純為私法，不過為關於內外私法適用之法則耳。且國際私法之所謂：一

「國際」，在沿革上，國際法或國際公法之所謂：「國際」其意義亦不相同。後者，為國家間之關係，即國家與國家之關係；而前者，為通俗所謂國際的或內外諸國的，故國際私法之所謂：國際，非其規定為國際的，乃受其規定適用之法律關係，為國際的或涉外的，不可不辨。

第三節 國際私法與國際法之關係

國際私法，為國內法之一部分，故與國際法之差異，猶之民法及民事特別法與國際法之差異，其主要者，有左列四點：

一 立法上之差異； 國際私法，與普通國內法相同，為一國立法機關所制定或認定之法則；而國際法，為文明諸國，依其明示或默示之共同行為，所成立之法則。

二 當事人之差異； 規律國家與國家之關係者，為國際法；而規律國家與個人或個人相互之關係者，為國內法。故受國際私法適用之當事人，為個人，或國

家有時亦爲當事人；然必與個人同一資格，即以一外國法爲之而受適用，而非以國家資格而受適用也。而受國際法支配之當事人，雙方皆爲國家，而非個人，雖私人有因運輸戰時禁制品而受制裁者，其個人，似亦爲國際法上權利義務之主體；然縱在此場合，其國際法上權利義務之當事人，仍爲國家自體，而非個人也。

三 法律關係之差異；國際私法上之法律關係，唯於有外國的要素之點，與普通私法上之關係不同；卽爲在國家主權保護之下的內外人間之權利義務關係。而國際法上之法律關係，爲國家以國家對於他國家之權利義務關係。國家之上無國家，故其關係，爲絕對的平等關係，非若個人相互間之相對的平等關係也。

四 救正方法之差異；解釋國際私法而適用者，爲一國之法院，故國際私法上之救正方法，與普通私法上之救正方法相同。當事人應依民事訴訟法之規定，

對於法院，請求保護。而解釋國際法而適用之權利，各國皆平等享有，若國家間，就國際法之解釋適用，意見不同時，次以外交談判，仲裁裁判，報復或戰爭之方法，解決而外，別無他途，雖近有國際法庭之設，承認加入之國家，漸次增多，凡加入之國家間，關於條約式國際法之解釋適用，遇有紛爭時，該常設法庭，因有權管轄；而就國際私法上之問題，則不能行使管轄權。故在今日，國際紛爭之平和處理方法，雖為發達，而國際私法與國際公法之救正方法，仍不相同也。

第四節 法律適用條例概要

我國七年八月五日，公布施行之法律適用條例，即我國之國際私法。分章規定：
 一曰：總綱；二曰：關於人之法律；三曰：關於親族之法律；四曰：關於繼承之法律；五曰：關於財產之法律；六曰：關於法律行為方式之法律；七曰：附則。都二十七條，其大概與日本法例規定略同。然制定遠在現行民法之前，其規定及用語

等，與現行法，間有不符，立法機關，誠有從新另行制定之必要。

第九章 勞動

第一節 勞動法之意義

勞動法者，謂定勞動關係之法則也。分析勞動與勞動關係如左：

一 勞動； 勞動法上之勞動，謂根據有償契約，處于從屬的地位，履行法律上義務，而為職業之勞動也。其所用為精神的，抑為肉體的？即為勞心的，抑為勞力的？其處所，為工場，抑為家庭？為屋內，抑為戶外？其勞動者之性別，為男子，抑為女子？勞動者之年齡，為成年，抑為幼童？為業務，為工業，為農業，為商業，抑為其他職業？皆非所問；唯如為自己事業而勞動；為親屬關係而勞動，為運動，娛樂之目的而勞動；為研究調查之目的而勞動；基於人民義務而服兵役，工役之勞動；基於國際法關係之俘虜勞動；基於執行刑罰之囚徒勞動及醫師，律師，教育家等，自由職業之勞動等，皆非勞動法上之所謂勞

動。

二 勞動關係； 勞動關係，謂以勞動給付爲目的，從僱主的有價僱使之契約關係，依現代勞動法之特質，其關係，非僅爲僱主與勞工間之授受關係，而同時爲被僱者之身分關係，且爲社會關係也。自古至今，勞動授受之態樣，大凡經過四種階段，各以其時代之思想，爲其背景，或分析言之，以明所謂勞動關係。

1 不自由勞動之思想； 不自由勞動之思想，即奴隸制度時期，不認勞動者有人格的價值。

2 勞動租賃借貸之思想； 勞動租賃借貸之思想，即一自由人之被他自由人使用，已不取自己借貸或債奴之形式；而以自己之勞動，借貸於相對人，所謂：勞動租賃契約時期，較上古已爲劃期之進境。

3 僱傭契約之思想； 僱傭契約，即自由契約之思想，自法國大革命而後，

自然法之思潮，以人之支配關係，反乎倫常，凡有羈束壓迫個人之制度，皆應廢除，勞動關係，受此影響，力去身分的要素，而加以債權的要素，遂認勞動關係，爲兩人格者間的勞動對報酬之交換關係，勞動商品之買賣關係，純債的勞動關係。同時遂以勞動契約，訂定於法典之中，從自來租賃借貸之觀念，而賦與以法典上獨立之地位。一千七百九十四年，普國普通法，規定此契約於「關於行爲契約」章。一千八百一十一年，奧國民法，規定此契約於「關於勞動給付之有償契約」章，一千八百九十六年，德國民法，明治二十九年，日本民法，一千九百一十一年，瑞士債務法等，皆以僱傭契約規定之。我民法，規定「僱傭」於各種債章，以與租賃，借貸並列。其第四百八十二條曰：稱僱傭者，謂當事人約定，一方於一定或不定之期限內，爲他方服勞務，他方給付報酬之契約，皆其例也。

勞動契約之思想，二十世紀之法律思想，脫去個人主義的財產主義之皮

殼，一經而為國體主義的人本主義的社會觀。勞動，亦由商品的地位，而加以人格的價值，不僅為個人的法益，並進而為社會共同的法益，此為時代之當然要求，任何人不得不首肯者。蓋被僱者提供之勞動，非若物的給付，脫離本人，在外部有獨立之經濟價值，而為存於內部，與本人不可分離之人格價值。被僱者，對於雇主為從屬的關係時，其勞動之供給，在事實上為其人格自體之提供。自此點言之，勞動關係，與僱傭關係不同，於價的要素之外，尚有身分的要素，為不對等人格者間之人的關係，不但此也，凡勞動力，自被僱者本人有之，雖絕為其私有物，而自社會生活方面有之，尚有社會共同利益性質。如：勞動分配，勞動時間，勞動工資，及勞動爭議等，凡與勞動力有關者，無一不與社會公益，有密探之關係。例如：一個工廠的一個職工之勞動，為一個工廠的一個職工之勞動，為一個工廠組織全體之構成要素，而担负全工廠之利益，又一個企業組織，經濟組織之構成要素，而關係一

國企業組織，經濟組織之利益。自此點言之，各個勞動關係，在從來法的形式上，雖以甲乙間之個人關係而成立，而在現代社會法，同時為社會關係。國家為全部之利益計，實有予以統制之必要。此各國之勞動法，所以一反契約自由主義而取干涉主義也。

第二節 勞動法之範圍及系統

勞動法之範圍如何？系統如何？分左列兩點說明之！

一 勞動法之統一傾向；勞動立法，自初出發於保護工廠勞動者立法，英國一千八百零二年制定學徒條例，開諸國工廠法之先例。此為今日膾炙於人口者。在其他諸國，工業法乃至工業業例，亦較其他勞動立法之部門，發生為早，前世紀中葉，既臻大成者不少，其後產業發達，隨而礦業勞動者，海員，農業勞動者等類似之勞動階級，漸次出現，勞動法之範圍，遂因之擴張，此等勞動者，亦為保護之對象，最初之保護工廠勞動者立法，推移為保護廣意義之勞動者

立法。然此勞動立法，又以勞動組織合法，勞動爭議法，勞動者保險法等其餘之部門，爲其範圍。勞動保護法，更一進而成爲勞動者法之觀念。合各種勞動者及各部門之法制，而成爲勞動者階級之統一法。其內容與形體，齊完備。此爲勞動立法，由第十九世紀以入第二世紀新時代之狀態也。

二 勞動之部門區別； 統一的勞動法，從其內容，分爲若干部門，歐美各國學者之新書論文，關於勞動之範圍及系統，尙無一定之見解，日本孫田秀春氏謂：勞動法之目的，不僅爲整備僱主與被僱者之契約關係（勞動契約），而以被僱者之從屬的勞動爲中心，所生之一切法律關係，皆規律之。故各個之僱主及被僱者以外，多有直接間接之關係者在焉。例如：國家一方面，由包括全勞動力之立場，適備勞動市場，保護業者，使容易於締結勞動契約，此可謂之：勞動調整。他方面由其庇護者之立場，制定多數之強行法規，對於僱主，使其負擔保護被僱者之公法義務，禁止其搾取，此可謂之：勞動保護。使多數之被

傭者；以自助的手段，組織勞動組合，此可謂之：勞動組織。使其獲得團體交涉權，與僱主或僱主組合，以團體的協定勞動條件，此可謂之：團體協約。使於與僱主所生之團體的爭議，任解決糾葛之責，此可謂之：勞動爭議。又使與僱主共同組織保護組合，分担疾病，災害，老弱殘廢，失業等各種勞動的損害及危險，任相互救濟之責，此可謂之：勞動保險。

第三節 勞動法概要

勞動法之編制，體例有二：一爲法典制；一爲單行法制。我國係取單行法制，而憲法即約法，爲諸法之淵泉，茲先述約法關於勞動法之規定，次述各種單行勞動法。

一 約法上關於勞動法之規定；

- 1 關於職業團體之組織； 人民爲改良經濟生活及促進勞資互助，得依法組織職業團體（約法第三十九條）。

2 關於勞資間之調協互利原則；勞資雙方，應本調協互利原則，發展生產事業（約法第四十條）。

3 關於保護勞動法則之實施；爲改良勞工生活狀況，國家應實施保護勞工法規。婦女兒童從事勞動者，應按其年齡及身體狀態，施以特別之保護（約法第四十一條）。

4 關於勞工保險制度之實施；爲預防及救濟由傷病，廢老，而不能勞動之農民工人等，國家應施行勞工保護制度（約法第四十二條）。

二 各單行勞動法之概要。

1 工廠法；本法係國民政府，於十八年十月二十一日公佈，同年十一月一日施行。二十年十二月十二日修正第十六條，二十一年九月二十七日修正第二、三十條，同二十二年七月二十日修正第三條。計分八節。一曰：設立；二曰：任務；三曰：監督；四曰：保護；五曰：解散；六曰：聯合；七曰：罰則。

八曰：附則·都五十三條。

2

工會法施行法；本法係國民政府，於十九年六月六日公佈，同日施行。二十年十二月十九日修正第十三條第十六條，二十二年七月二十日修正第四條第五條·都五十二條。

3

工會法各疑點解釋文；本文係立法院，二十九年五月二十四日，九十二次會議通過·行政院於同年六月十三日，訓令工商部者·計二十一項，此係立法的解釋，與法律有同一效力。

4

工廠法；本法係國民政府於十八年十二月三十日公佈，於二十年八月一日施行·二十一年十二月三十日修正公佈，同日施行·計分十三章：一曰：總則；二曰：童工女工；三曰：工作時間；四曰：休息及休假；五曰：工資；六曰：工作契約之中止；七曰：工人福利·八曰：工廠安全與衛生設備；九曰：工人津貼及撫卹；十曰：工廠會議；十一曰：學徒；十二曰：罰則；十

三曰：附則・都七十七條。

5 工廠去施行條例； 本條例係國民政府於十九年十二月六日公佈，於二十年八月一日施行・二十一年十二月三十日修正公布，同日施行・都三十八條。

6 工廠查法； 本法係國民政府於二十年十月十日公佈，二十年十月一日施行・都二十條。

7 團體協約法； 本法係國民政府於十九年十月二十六日公佈，二十一年十一月一日施行・計分五節：一曰：總則；二曰：限制；三曰：効力；四曰：存續期間；五曰：附則・都三十一條。

8 勞資爭議處理法； 本法係國民政府於十九年三月十七日修正公佈，同日施行・二十一年九月二十七日修正公佈・同日施行・最初公佈日期，爲十七年六月九日・計分六章：一曰：總則；二曰：勞資爭議處理之機關；三曰：日

年六月九日・計分六章：一曰：總則；二曰：勞資爭議處理之機關；三曰：日

：勞資處爭議理之程序；四曰：爭議當事人行爲之限制；五曰：罰則；六曰：附則。都四十四條。

9 最低工資公約；本公約係國民政府於十九年三月三日批准，都十一條。

第十章 土地法

第一節 土地制度之大勢

土地，爲人類生存之基礎，國家存立之要，土地制度，如何規定？與各國各時代之統治組織，皆相關聯，隨時代之要求，多有變遷，每遇革命發生，常樹立新土地制度，以求社會之安定與發展。自十八世紀之來，法國大革命而後，所謂：土地解放，次第彌漫全球，私有財產制度，尤其對於土地，確立個人所有權絕對之法制。乃近自俄國革命及大戰後之歐洲諸國，社會化之思想，勃然而興，土地制度，遂有逆轉的改革，關於土地之所有，使用，收益，及耕作地之分配等，基於社會化

之理論，爲種種之改革，其間寬嚴緩急，雖不相同，而一洗從來所有權絕對之觀念則一，語其制度，有對於大地主之土地所有權，強制收用，或無償沒收，另行分配，以扶植中農，小農之獨立；或廢止個人之土地所有權，收爲國有，在國家統制管理之下，經營農業，或制定家產法，或以繼承法限制之，以保護經營農業之最小單位面積；或以土地農業之利用，爲義務化；或以公共利益，強制土地之改良；或以永佃權，對於土地所有權，以勤勞財產，擁護耕作；或併行租稅政策，對於土地之地租及繼承，課以高率之累進稅，或對於因社會的經濟情事之土地增益，課以增益稅，而公收其地代等。時在今日，社會化立法之土地法，極爲活躍，此爲識者所共認也。

第二節 土地法之意義

土地法者，國家爲達一定之土地政策，所定關於土地的權利義務之法則也。分析於左：

一 土地； 在憲法之土地，爲領土，包含領海，領空；在民法之土地，爲不動產。而土地法之土地，則爲：水陸及天然富源（土地法第一條）。所謂：天然富源，即指存在於水陸之空氣，光線，熱力等之物質與力量，自然輔助人類，而能充分供給其應用者而言，與土地在經濟學上之意義相當。土地有內包與外延：前者，爲土地所具之物理的，化學的及經濟的性質，即天然富源；後者，爲土地所及之範圍，即種種之水陸也。

二 土地政策； 係因時，因地而異，我黨之土地政策，爲：平均地權，其目的，在使土地所有權平等化，且使土地使用權，及收益權，皆平等化。換言之：不但使土地社會化，且使土地生產經營，及生產結果，皆社會化也。

三 關於土地之權利義務； 我土地法之權利義務，係根據 總增遺教及我黨政綱，而詳爲規定者，其重要之點，爲：1 私有土地面積最高額之限制；2 私有土地所有權移轉，設定負擔或租賃之限制；3 私有土地使用之限制；4

土地租用人權利之保障；5 地價租及土地增值稅之征收；6 土地徵收等。

第三節 土地法概要

我國與土地法有關之法規，尙未完全制定，茲分已頒布者與待頒布者一述之！

一 已頒布者；

1 土地法；土地法之編制體例亦有法典制與單行法制二種。我土地法，係效法典制，即將我黨政綱對內政策第十四條中所謂：「由國家規定土地法，土地使用法，土地徵收法及地價稅法」之各法，分編規定於一個法律之中，並加入土地登記編，名曰：土地法。國民政府於十九年六月三十公布，二十五年三月一日施行。計分五編：一曰：總則。法例及施行；土地所有權；土地重劃；土地測量等四章屬之。二曰：土地登記。通則；登記簿冊及登記地圖；登記程序；登記費；土地權利書狀等五章屬之。而登記程序章，又分：通則；第一次土地登記程序；所有權登記程序；所有權以外權利登記程序；

塗銷登記等五節。三曰：土地使用。通則；市地；農地；土地重劃程序等四章屬之。而市地章，又分：使用限制；屋救濟兩節。農地章，又分：耕地租用；荒地使用兩節。四曰：土地稅，通則；地價之申報及估計；改良物價值之估計；地價冊；稅地區別；土地稅徵收；改良物徵稅；欠稅；土地稅之減免；不在地主稅等十章屬之。五曰：土地徵收。通則；徵收準備；徵收程序；補償地價；遷移費；訴訟與公斷；罰則等七章屬之。都三百九十七條。

2

土地法施行法；土地法施行法，係國民政府於二十四年四月五日公布，

二十五年三月一日施行。共分編與土地法同；而以土地法，非每章皆有規定施行法之必要，故未設章，都九十一條。其要旨，約有三點：

甲 就土地法所未明定之事項，應為規定者，加以規定；

乙 因各地方，在土地法施行前，已經舉辦之土地行政事項，於土地法施行後

