

法學通論

范源廉題

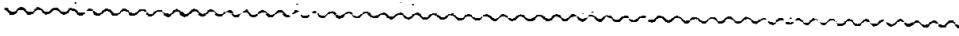


280
113
2

序

法學通論爲汎論法律之學持義貴新取材尙富世界學者精研法理思想變遷率月異而歲不同非若一成不變之物著以爲法令者比也若夫治斯學者陳陳相因舊說是封則往編具在豈待更有所論述哉是非取精用宏提要鉤玄則失之者遠矣予友王子漱蘋劬學有年研究深邃出其所學轉輸學子別成法學通論一書將以公世觀其徵取蓋亦宏斯旨也學子得由此以爲階梯進而窺公私各法之堂奧原本問學俾法律常識普及於人人則王子斯書不惟有裨學益更於法治之途爲助非淺句序於余謹以是期度爲王子之所領也時
中華民國十年六月鄭晟禮序於京寓之日乾乾館





序

二

序

欲臻國家於法治之域奚貴乎貴乎有完善之法律尤貴乎能普及法學知識於國民羅馬先賢有言曰吾人生活於法律動作於法律存在於法律誠哉法律之於國家於個人關係之重且大也有如此惟是法律之學乃精神的科學欲究其奧蘊窮其深理既非一朝一夕研究所得而能復不能強人人以悉喻是則對此浩瀚之法文悉其梗概明其綱領必有嚮導引之以入必有階梯携之以升階梯嚮導舍法學通論其誰屬哉余講授法學通論有年諸學子咸以坊間陳物不足以資攷鏡囑余別事編輯余不自揣勉從其請顧我國法律不備僅能就通論述其原理原則而於各論一編多無成規可循不得同時付梓深爲遺憾擬俟異日法律公布再行賡續故將已脫稿之前編用災梨棗聊供

序

二

學者初步並介紹普通法學知識於國民以期爲法治涓埃之助第倉
卒成書諸多未備識者諒之

中華民國十年六月一日

漱蘋王 觀自識

580
113
2

法學通論目錄

緒論

第一章 科學之分類

第一節 自然科學

第二節 精神的科學

第二章 法律學

第一節 沿革法律學

第二節 比較法律學

第三節 系統的法律學

第四節 法律哲學



目錄

一

二
四
六
九
一一
一二
一三
一五

第五節 法學通論	一六
第三章 法律學與其他科學之關係	一九
第一節 法律學與社會學之關係	二一
第二節 法律學與政治學之關係	二二
第三節 法律學與經濟學之關係	二三
第四節 法律學與醫學之關係	二四
本論	二五
第一章 法律之概念	二五
第二章 法律與國家之關係	二八
第三章 法律與宗教及道德之關係	三二
第一節 法律與宗教之關係	三三

第二節	法律與道德之關係	三五
第四章	法律之發生及其目的	三八
第五章	法律之維持	四〇
第六章	法律之效用	四一
第七章	法律之淵源	四三
第一節	立法（成文法）	四三
第一款	狹義之法律	四四
第二款	命令	四七
第二節	慣習（慣習法）	四九
第一款	慣習之意義	四九
第二款	慣習法之發生	五〇

第三款	慣習法之效力	五四
第三節	學說	五五
第四節	條理	五五
第五節	條約	五六
第六節	判決例	五六
第七節	外國法	五七
第八章	法律之效力	五七
第一節	法律關於時之效力	五八
第一款	法律不遡及之原則	五九
第二款	法律不遡及原則之適用	六二
第二節	法律關於人地物之效力	六七

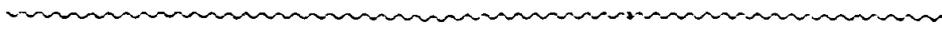
第一款	法域與國家領域同一之場合	七六
第二款	法域小於國家之領域	七七
第三款	法域大於國家之領域	七七
第九章	法律之解釋	八一
第一節	學理的解釋	八二
第二節	強制的解釋	八五
第十章	法律之分類	八七
第一節	國際法國內法	八七
第二節	成文法不文法	九〇
第三節	普通法特別法	九一
第四節	固有法繼受法	九三

第五節	實體法手續法	九五
第六節	強行法任意法	九六
第七節	公法私法	一〇〇
第十一章	法律之制裁	一〇四
第一節	制裁之意義	一〇五
第二節	制裁之種類	一〇六
第一款	公法上之制裁	一〇六
第二款	私法上之制裁	一一三
第十二章	法律之內容	一二七
第十三章	法律上之權利	一二九
第一節	權利之性質	一二九

第二節	權利之種類·····	一三四
第三節	權利之主體·····	一三六
第四節	權利之客體·····	一三二
第十四章	法律上之義務·····	一三四

法學通論目錄終

目錄



目錄

法學通論

法學士王 覲 著

緒 論

法學通論果爲何物乎曰說明法律學之大體爲初學法律者之階梯俾進而爲各種法律之研究養成實地應用之法律思想爲目的者也原法律有公法私法國內法國際法之區別其間互相關聯之處在在皆須融會貫通是故考究法律者非曉然法律學之綱領通觀法律相互之關係則有如墮入五里霧中茫茫不知所之法學通論乃足以網羅法律學之全體而無所遺庶異日研究各種法律特殊之原則得尋其途徑焉

法學通論之範圍係說明法律學之大要已如上所述矣至法律學果爲如何之科學與其他科學有如何之關係在一般科學上立於如何之地位不可不加以研究故本講義之順序分爲緒論與本論二編以緒論爲三章第一章說明科學之分類藉悉法律學之位置第二章說明法律學之範圍以示法學通論之本領再於第三章中說明法律學與其他科學之關係然後及於本論關於法律之意義淵源效力分類暨權利義務等法律全體之概念加以說明焉

第一章 科學之分類

人爲萬物之靈有理解事物之能力固矣然不能謂因單純經驗所得極薄弱之智識爲學識也若是則對於一定之現象能理解其原因結果之關係者曰學識稱學識之總體曰學又曰科學

古代人類不如今日之繁思想亦極幼稚故學識之範圍較爲廣汎文明進步宇宙

間之現象愈形複雜甚而種種不可理解之事物亦迭出無窮以吾人之人智欲悉此森羅萬象既不可能集數千年研究所得之科學於一身以求任此理解萬有之責尤貽挾山超海之恨不得已舍其全體而於一部分爲特別之研究此科學分類之所由來也

科學分類果以何爲標準乎自來有主觀主義與客觀主義主觀主義之分類卽一般主觀的觀察科學之學者以人爲基礎而對於科學之關係加以觀察之謂也此種分類咸知其不可故近世學者皆棄此而採客觀主義焉客觀主義有從科學之內容而分類者有從科學之方法而分類者亦有依爲科學客體之現象之內容而分類者以余觀之舍依於爲科學客體之現象之內容如何以區別外無他途故科學之分類得大別之以研究自然的現象爲目的之科學（自然科學）與以人爲的現象爲研究目的之科學（精神的科學）較爲適當惟宜注意者卽人爲的現象與自然的現象之區別非將吾人人類從宇宙萬有之中拔而出之以區分人類之現

象及人類以外之現象是也要不過爲便宜起見基於人類精神的活動之現象從自然之現象區分之稱爲人爲的現象而已蓋人類自體既屬自然的現象之一部人體之生理與他生物同受一般生物學原則之支配人之精神憑身體而存在精神自體亦一自然的現象又精神之組織性質及精神之活動作用莫不皆然是則所謂精神的科學屬於自然科學中之一也明甚由此觀之凡基於知情意作用所發之現象爲人爲的現象反是則爲自然的現象研究自然的現象之科學即稱爲自然科學研究人爲的現象之科學爲精神的科學今依此分類方法舉示主要之科學如左

第一節 自然科學

自然科學大別爲四(一)一般的自然科學(二)無機學(三)有機學(四)醫學
第一 一般的自然科學

(五)	(四)	(三)	(二)	(一)	第四	(五)	(四)	(三)	(二)
精神病學	病理學	衛生學	生理學	解剖學	醫學	人種學	人類學	動物學	植物學

第二節 精神的科學

人爲理性動物不獨能理解自然界人類的現象之特質卽對於精神界知情意諸現象之如何亦須攷究所謂精神的科學卽指理解此精神的活動作用而言古稱精神界中之科學爲形而上學者職是故也至此科學之細別乃依精神的機能之性質而分類故別爲廣義之文學及國家的科學

第一 文學

甲 哲學

- (一) 論理學
- (二) 心理學
- (三) 審美學
- (四) 倫理學
- (五) 宗教學

乙 狹義之文學

-
- (一) 言語學
(二) 修辭學
(三) 動作學
(四) 教育學
(五) 美術學
(六) 各種之應用科學
(七) 歷史學
- 第二 國家的科學
- (一) 道德學
(二) 法律學
(三) 國際法學
(四) 經濟學

(五) 社會學

(六) 政治學

準此分類以觀是法律學爲國家的科學中之一部國家的科學屬於精神科學範圍之內其地位自可瞭然矣

第一章 法律學

法律學者爲研究法律之學、詳言之、研究基於人類知性之社會的生活之秩序、說明其過去現在將來之科學也、法律的現象變遷靡常、因地因時、亦自有異、故有謂不得爲科學之目的、僅能以之爲技術、供吾人之應用者、是殆不然、何則、科學之爲物、係指對於諸種現象、理解其因果關係智識之總體而言、至技術、則爲達實際之目的、熟諳練達而已、在文化幼稚之古代、初無所謂法學、故學法律之人、以通典故、知章句爲自足、當是時、悉屬法術之徒、法學者則未見其有也、社會文明、法律的現

象漸次複雜欲圖行之而無礙非從實驗上發見一定普通之要素以爲單純之原則不爲功於是大法術家漸起而促法律學之發達時至今日科學進步學與術有本末之關係故研究法學者須先攷究其根本之科學然後及於末葉之技術焉準上以觀是法術者促法學之發達法學者助法術之完成其中關係密切自不待贅然從沿革上言之則法術先於法學可知也已

爲法律學研究目的物之法律現象因人類社會的生活狀態而不同因古今東西而其形式規定亦異其趣研究此種現象發見普通之要素對於過去現在將來加以說明非區分其目的物從各方面採取適當之研究方法頗形困難是故分法律學而爲三以古今法律之變遷爲研究之目的者曰沿革法律學研究東西法律之異同者曰比較法律學研究現行法律之理論者曰系統的法律學更進而別爲法學通論及法律哲學法學通論者爲研究法律學之階梯法律哲學者綜合以上研究之結果而研究其最高之原理者也

第一節 沿革法律學

所謂沿革法律學者以歷史的研究方法研究法律敘述古代之變遷及於現在之關係者也。欲知事物之現在推測將來非審察過去不可。欲理解現行之法律洞悉其法理亦須溯及法律歷史的淵源而研究其沿革。又評判現行法律之當否說明其將來之進步亦賴沿革的研究始克免乎空理空論之弊。夫法律爲人類社會的生活之必要條件故其發生也與人類社會自體相同其進步也與社會文化之開發相伴若是則僅研究現行法律決難得精確之知識當無待言。例如我國民法草案以我國固有之慣習爲主同時倣效德日諸國之法律學法學者必先明慣習之沿革研究其爲母法之德日法更進而溯及本源之羅馬法考其變遷然後能理解民法草案之意義。此沿革的研究爲縱的觀察法律而加以研究者也。

唱沿革的研究法學者爲德碩學薩比尼氏嘗謂法律與言語同爲發達物而非

製造物法律係發達國民之總意故與國民之總意同時變遷欲研究之舍遡及其本源以研究法律思想之沿革外無他途於是對於羅馬法潛心考究闡明法理竟成爲沿革法學派之巨擘

古代法律學與倫理學宗教學混同概目之爲自然法研究法學者悉以先天的理論爲基礎一般理想派徒肆空論當是時法律學地位異常危險殆不得稱爲科學自十九世紀初薩比尼氏出沿革的研究方法風靡歐美自然法學派因之大受打擊中世與近世法律得以大放異彩者是不可謂非氏之所賜也

第二節 比較法律學

比較法律學者比較古今東西之法律研究其性質之差異取其同點以理解法律進化之原則爲目的者也人類依於地球位置種族之不同法律固自有別然審其差異之由來集其同而彙類之則東西各國之法律莫不經同一之路徑且文明同

等之社會其法律的現象發生常自相符、尤不難發見普通之原則、此比較的研究方法誠屬不可忽也。

比較的研究方法、當十八世紀後半時代、法國學者孟德斯鳩、著有名『萬法精理』一書、比較古今各國之法律、發見其真理、復經意之威克、英國之明駑斯布拿、伊斯德之博斯托及克蘭等、諸碩學之研究、漸次發達、惟是採此方法、亦有種種之學派、不論時之古今、基於社會開發之程度如何、比較古今各國之法律、而究其變遷之大勢者、如克氏與明氏是也、從人類學上、依於人種而區別法律、比較異種間之法律者、博氏是也、總之法律之比較研究、極其重要、從社會文化進步、參閱世界各國之法律、取人之長補己之短、明其將歸於同一原則之趨勢、悉賴乎此、至沿革的研究、與比較的研究之不同、一則以時為基縱的觀察、法律一則以地為本、對於法律加以橫的觀察、而研究之。

第三節 系統的法律學

系統的法律學者分析一國現行之法律發見其原理原則以系統的排列而研究其法理之謂也。法律之研究以理解現行法之法理爲急務，故系統的法律學誠爲法律學中之樞健。例如憲法行政法所以研究國家統治權之本質及其作用，刑法則論定犯罪與刑罰之關係，民法商法乃闡明私權之本質及其效果，又民刑訴訟法係攷究私權保護及刑罰權行使之手續，此種種之法律所以區分爲公法私法手續法者，不過因研究之便宜，系統的分割而已，非各自獨立不相聯也。若是則對於各律非彙類分析加以系統的說明，自不能理解其原理原則，至逐條解釋法文而即自謂爲學，豈不大謬。

古代法律之研究以解釋法文之章句知悉慣例爲已足，初無所謂系統的研究也。迨近世系統的研究法律人才蔚起，法律學始形發達，英國有碩學邊沁氏者，分析錯雜無極之判例爲系統的研究原理之先導，而德意志薩比尼等出而繼之，致法律學有今日之盛。法國當編纂法典以前如博秋之法學大家固不乏人，至十九世

法律哲學原理 法律思想

紀初法典編纂成立後，研究法學者汲汲焉於法典之註釋，而事系統的研究者極屬稀罕，殊不知急於理解法文，不獨不能陶冶一法學家，即養成實際有爲之法律家，猶感不足，此系統的研究所以爲必要也。

第四節 法律哲學

所謂法律哲學者，以研究法律的現象最高原理或根本的原則爲目的者也。吾人依於沿革的研究，知法律之過去，理解古今變遷之由來，從比較的研究，明東西異同之所在，以系統的研究，悉現行法所認之原則，然此僅瞭然於過去，與現在必也。綜合此等研究之結果，於一國一時代之法律，不事拘泥，求法律根本上之原理，原則，理論上，法律究將如何，於是能洞悉法律之進路，評判現行法律之善惡，爲將來立法者所採方針之指導，以冀增進國家人民之福利，而法律學終極之目的，於斯達矣。

用哲學的研究法律的現象遠發達於希臘之古代蘇格拉底斯亞里斯多德等研究於前中世之霍布斯繼起於後近世則孟德斯鳩盧梭等諸儒輩出各開拓一派之學說矣要之法律哲學以沿革的比較的研究之結果爲主要材料更以近世所發達之社會學經濟學政治學倫理學等研究之結果爲其補助發現法律的現象之最高原理而法律學研究終極之本領於是乎成我國法律不備固不足以語此卽在日本學者以法律學誤爲現行法之解釋視此深邃之研究爲無用之長物不識法律哲學爲何者比比皆是以其精奧而忽之不亦貽因噎廢食之誚乎

第五節 法學通論

法律學有數千年之歷史且從社會之文化進步愈形發達吾人既知以沿革的比較的系統的哲學的研究法律的現象爲論定過去現在將來之科學然複雜如斯非先理解法律學大體之觀念通曉法律現象全體之原則則千端萬緒情恍迷離

此法學通論所以爲必要也、

第一 法學通論者、成法律學之階梯者也、

法律學爲精神的科學、研究極形困難、學法學者、雖有國文國語地理歷史等普通學之素養、然由普通學而進於法律學、其中尙有一大江灣存焉、測量深遠、指導進徑、非賴法學通論爲水中嚮導、不克達其目的、故曰法學通論者、成法律學之階梯者也、法學通論不僅爲法學專攻前修學之豫備教育、卽已從事法學之研究者、猶有修學之必要、何則、缺此主要學科、縱令入法律學之門、不克登其堂而入其室、以究其蘊奧、况吾人依於法律保生活之安全、不知其概要、則不悉己身之所以存在、其危險孰甚乎、

第二 法學通論者、明法律學之本領也、

專攻法律者、往往祇知有律、不知其他、法學通論所以矯正此弊、故說明法律學與社會的諸科學之關係、藉悉其地位、復於法律與道德宗教政治經濟等之關

係加以敘述使法律專攻者通觀社會的生活之大勢、曉然於所研究科學之本領、不拘泥法文之形式而明立法之精神。

第三 法學通論者明法律學之概要也

當今之世、非古昔專制時代可比、法律一出、必使人民週知、如人民罔解法文之意義、於不知不覺之間、觸犯法條、亦不得藉口於不知法律而免法網、是法學通論所以使人人明法律學之概要者也、至專攻法學者、常於一局部中有詳細之學識、而於法律學一般全體之觀念、竟付缺如、有不克充分闡明其專攻學科根本的原則之弊、亦賴法學通論有以矯正之。

第四 法學通論者成法律哲學之階梯也

法學通論說明法律學之概念、調和法律各部分與法律學之各原則、而為統一的說明（即法律哲學的說明）是法學通論為法律學之初步、法律哲學為法學通論之終極。

要之法學通論之目的，不獨使學法律者，知法律全體之概念，並令一國之人，通曉國法之大體，蓋國民公私之生活，皆統御於法律，生命身體自由財產，莫不惟法律保護之是賴，此普通教育學校，近無不增此一科者，羅馬古賢有言曰：吾人生活於法律，動作於法律，存在於法律，誠哉法律學概要之不可不知也。

第三章 法律學與其他科學之關係

一切科學互相關聯，不過為研究上之便宜，依於為科學目的之現象之如何而細別之為種種，是各科學之非絕對獨立也。明甚從理論上言之，則研究一科之學，須通曉科學全體，全體研究又不可不不得已，惟有擇其與己所專攻之學科有密切之關係者，加以考究，俾專攻學科得賴以完成焉。

法律學果與何科學有關係乎？曰：國語學、歷史學、心理學、倫理學、人類學、政治史等，為法學之補助，亦學法律學者所必攻究者也。蓋法律者為為政之要道，所以達政

means

ends

治目的之必要手段方法、法律隨政治變遷而發達、故研究法律、須注意政治之沿革、觀一國之政治、須知一國國家組織之憲法、研究一國之憲法、尤以洞悉其政治史爲必要、是憲法之研究與政治史之研究有密切之關係、不可須臾離也、心理學者、研究心之現象及精神活動之法則、與法律學亦有相聯之關係、何者、法律所以規律社會生活上精神的活動、離意思則無法律現象之可言、故研究意思自體之心理學爲學法律者所必須知、更由法律哲學方面觀之、在昔日法律與倫理道德混同之時代、固無論矣、然自獨立分離以來、明人性之本分、評判人類行動善惡之標準、舍倫理學外無他途、是倫理學與法律學亦有莫大之關係、依人類學研究之結果、得明人類進化之沿革、審人類相互之關係、闡明東西法律制度差異之由來、是人類學與比較法律學關係最深、今則以應用於刑法上而刑事人類學又日見其發達矣。

要之政治史、心理學、倫理學、人類學與法律學固有密切之關係、然自一般法律學

觀察之較此尤有甚焉者則同於法律學爲關於人類社會的生活之科學是也易詞而言之則法律學與社會學政治學經濟學醫學關係如何之謂也今以次略述之

第一節 法律學與社會學之關係

所謂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之科學也蓋構成人類社會在各個人則有男女長幼之別有士農工商之分在集合體則有家有村有國家政治的團體有商工業的團體有學藝技術及宗教的團體千態萬狀無極無窮然組織社會之各階級各部分與其他部分及社會全體自有不可相離之關係由此言之政治國家法律皆社會的現象無不依此社會學原則而受支配先儒有言曰因懼不能生存致成政治團體之礎有死亡恐怖乃成宗教信向之基則是吾人爲謀生存計由婚姻而成一家由家而村由村而國人口繁殖生存競爭

因之而起於是設法律制度以維持社會之秩序達社會生活之目的研究社會生活之秩序尤以溯其本源從社會學上研究社會的生活之實質自體明構成社會各部之關係爲必要社會學與法律學關係如斯修業法學者又豈可玩而忽之耶

第二節 法律學與政治學之關係

爲人類社會生活秩序之法律發生於人類社會組織國家以後是國家爲法律之源泉當無待贅而國家之所以異於單純人類社會者亦在依法組織之之一點故無國則法律亦不成立無法律國亦不存二者不可須臾離也

國家制法規律社會的生活之秩序依此統治其國民行其政務以達其目的是法律爲國家行使政策之一種手段當無待言法律既爲行使政策之手段則視國家之性質如何國體政體之種類如何自異其趣依政策之主義如何規定亦有不同

政治學
法律學
法律學
法律學

欲研究國家之性質闡明其存在理由及其目的評判各種國體政體之利害得失考究國家根本的政策之原理論定政治之要道非政治學不爲功故曰法律學與政治學有密切之關係也

第三節 法律學與經濟學之關係

法律所以達維持國利增進民福之目的者增進國利民福之社會的生活不外經濟關係而已法律與經濟有手段與目的之關係法律爲保護經濟關係而存在經濟關係賴法律保護始發達故研究法律須知經濟關係之原則夫經濟關係與人類社會之沿革固同起源然以科學的研究其原理闡明貨物之生產分配交換及消費之原則則經十八世紀後半亞丹斯密斯著富國論以來始見發達吾人依此經濟學之原則知土地所有權所以從村落共有制度進而爲個人私有制度又地上權永佃權借地權等使用他人土地之權利有付一定期限之必要者亦須依經

繼承稅

Income Tax

財產稅

稅之限制

個人自由

社會主義

緒論

第三章

法律學與其他科學之關係

二四

濟關係之原則始得理解其根本的法理要之現今之經濟關係以財產私有制度與自由競爭為基礎不獨私法成立於此基礎之上即一切公法莫不皆然是理解現行法律制度之法理原則必自知經濟學之原則始異日全廢私有財產制度為共產制度或制限一部分認土地國有制之諸大問題皆依經濟政策如何而定之法律以經濟關係基礎之變動為轉移故評判現行法律之當否指導將來立法之改良悉賴經濟學之原則有以解決是知研究法律學者須研究經濟學研究經濟學者亦依法律學之研究始克完成

第四節 法律學與醫學之關係

醫學者關於個人之身體生命一種之自然的科學也與法律學有何等之關係乎曰醫學與法學在學理研究上本無不可相離之關係然法術家研究法學以資實際應用醫學者以醫學研究之結果行審判鑑定時則見法律家須有醫學上之知

社會政策

識而醫學者亦必有法律上之知識也。例如有殺人者於此毒殺乎、爲毆打致死乎、抑依過失而致於死乎、殺人者爲精神病者乎、欲一一判定非有醫學的知識無由知之。故司法官適用法律賴醫學爲之補助。卽醫學者亦然。當審判鑑定限於職務上當默秘之事實則毋庸陳述。同時從醫學上公平正實以期盡厥職責是醫學者又不可無法律知識也。法律學與醫學在學術應用上既有如斯之關係此近世法醫學所以日見其發達也。

本論

第一章 法律之概念

法律之爲何、學說紛如、不遑枚舉、茲擇其最適當之定義說明於左、

法律云者、維持人類社會的生活、定生活關係之規則爲一般的且強而行之者

ought be to be

也、

今分析此定義、揭其要旨、而一一言之、

第一 法律者秩序也、規則也、

所謂秩序者、對於一定之原因、發生一定結果之事實者也、規則者、總稱其原因、結果之關係而言也、就實質上論之、法律之爲秩序、爲規則、與道德上宗教上自然界之物理上諸法則相等、同屬一定原因結果之關係、雖然、法律法則與自然界法則、其中有大差異存焉、差異者何、卽自然界之法則、與法律之規則、有必然與否之關係是也、詳言之、自然界之法則、乃事物必然之關係、不可以人力迴避者、法律則爲人爲之規則、事物之性質上、非有不得不然者、規則既屬人爲、因時代之不同、社會開發之程度如何、自異其趣、萬古不易之律、絕對無之、惟是伴於一定之事實、使發生一定結果之一點、則各律皆然、此其所以稱法律爲規則者也、

當注意者，即對於一定之原因發生一定結果之規則，與對於特定之事實發生特定之結果，不可不區別之。法律之制定為概括的，而設非規定特定之實事也，故規則云云乃抽象的、一般的意義，若以之為具體的及單獨的解則誤矣。

第二 法律者生活關係之規則也

法律與自然界規則之不同，在於定人類生活關係之一點。生活關係有人類對於其他人類之關係，有共同團體對其他團體之關係，姑無論其各人對於團體以及個人相互之關係，法律為定外界行為標準之規則，毫無足疑。法律為定外界行為之標準，此又與道德宗教定己身行為之準則有異。蓋道德上宗教上之法則，雖關係人之行為，其目的在對於自己之安身立命，定心意之關係而已，非對於他人行為之關係也。故曰法律者生活關係之規則也。

第三 法律者維持人類社會的生活定生活關係之規則也

人類生活關係不一而足，法律為維持人類之共同生活而制定規則，故凡關於

社會的生活關係之事項，莫不為法律之目的，社會生活之狀態，因地因時而不
同，法律之規定，亦自有異，然其為維持共同團體定生活關係之規則也，則不問
古今無分東西同出一轍。

第四 法律者依共同團體之公力得以維持生活關係之規則也。

徒法不能自行，法律既為生活關係之規則，必賴國家之主權始得維持，此點與
道德上宗教上之法則異，其性質道德上宗教上之法則，固自維持社會的生活
而出，然人之服從與否，全屬良心上之問題，即或不從，除受良心上之強制外，難
期規則之維持。

法律依共同團體之公力得以維持者，非國家加以制裁強而行之之謂，不過國
家制定法律以主權維持其規則而已，制裁之有無，非法律之要素也。

第二章 法律與國家之關係

自外
邪惡的制
裁
道德的
制裁

progress order
unity

法律爲維持共同團體之秩序而設已述之於前矣是法律之發生必以人類達於一定之文明組織共同團體得營社會的生活爲要件至若野處穴居則不足以語此

先儒有言曰因懼不能生存致成政治支配之礎有死亡恐怖乃成宗教支配之基是吾人人類爲生存競爭集父子夫婦而爲一家集數多之家族成一村落成一都會更擴張其範圍組織一大共同團體而有今日之國家聚多數人類於斯以營共同生活利害衝突於是乎起欲調和各人相互之利害以及各人私益與共同團體之公益全其生存維持共同團體之秩序胥法律之是賴是法律待國家之成立始發生國家亦依法律而後存二者有不可相離之關係也欲明法律之意義須知國家之爲何

國家者以一定之土地爲基礎有統治組織之人類共同團體也
今分析此定義而說明之

Independence
Neutrality

第一 國家者人類之共同團體也

國家爲人類社會之共同團體，離人類則不得存在。至數量以達於何度爲必要，固無一定制限。然居今日之國家，共同團體極形複雜，目的亦甚遠大，不能以少數人類之團結組織國家，自不待言。

第二 國家者以一定土地爲基礎之共同團體也

多數人類相聚而居，其集合體非占領一定之土地，使土地與團體間有永久的繼續的關係之存在，則國家不能成立。屬於國家一定之土地曰領土，又曰國家之領土。

第三 國家者有統治組織之共同團體也

國家以一定領土爲基礎，有相團結人類之統治的政治的組織。詳言之，卽此組織之共同團體中，有治者與被治者之區別。治者以團體全體之公力，強制其各部，使各團體員服從共同團體公益上必要生活關係之秩序是也。國家此種公

Independence Sovereignty

力乃統治國民最高之權力，稱此權力曰主權。主權得自兩面而觀察之。

一 對外 列國互相對峙，有不受他國干涉之權利。在國際法上稱爲國家之獨立權，又曰對外主權。

二 對內 治者以團體全體之公力治被治者，國法上稱爲統治權。統治權者，國家之最高惟一之權力，與獨立權爲對等之權利也。

當注意者，國家主權非別之爲二種，要不過以其活動作用而異其觀察耳。

國家主權雖屬惟一最高之權力，而其作用活動也，得分爲立法行政司法之三面而言之。

第一 國家者制定法律者也。國家制定法律謂之立法，其行使立法權也。有統治者自行編纂法典者，有以慣習行於國民間認爲有一定之秩序，附與法律同一之效力者，姑不論其制定方法之如何，其爲國家統治權所制定之規則也。則一參與國家立法之機關曰立法機關，立法機關者議會是也。

第二 國家者利用法律且執行法律者也。法律所以達國家目的，為為政之一種手段，故國家制律又從而利用執行之，謂之為國家行政權，行政機關即中央政府及地方官廳是也。

第三 國家者解釋法律而適用之者也。國家作法豈徒利用執行已哉，必也解釋法律應用於實際，是曰國家之司法權，審判廳即所以行使司法權者也。立法司法行政皆出自國家，已如上所述矣。猶有言者，即國家依自設之法律與個人同享有法律保護之權利是也。國家為公法人，得享有各種財產權，其所以異於私法人及私人者，不過其財產享有之範圍較為廣大耳。

第三章 法律與宗教及道德之關係

法律固為關於人類生活關係之規則，而不能網羅人類之衣食住，一一加以規律也。是知足為吾人人類行為之標準者，不獨法律，法律之所規定，不過一部分行為。

中之準則而已然則法律之外果何所依據乎曰道德上與宗教上之法則其最著者也

第一節 法律與宗教之關係

古代社會幼稚宗教與政治混淆致宗教爲治國撫民之要具關於人類生活關係之規則悉規定於經文中法律之實行專依賴神佛之威信迨文化進步宗教政治始獨立分離而法律乃躍出宗教範圍爲維持人類必要之規則矣由宗教支配國家一變而爲國家支配宗教除以一定宗教令國民遵奉外概行禁止是所謂國教制度時至今日政治思想發達法律亦隨之進步宗教與政治分別益顯於是信教自由莫不認爲憲法上之大原則雖然人類行爲從宗教上之教義法則而爲生活者所在皆有是法律與宗教同屬人類行爲之法則也明甚至其異點如何不可不加說明焉

第一 客體之差異 法律所支配之客體乃吾人對於其他人類之外界生活關係至宗教上所支配之客體則造物者與被造物者之關係以及神與人之關係而已宗教存乎信仰感情法律基於理性是則大異也

第二 威力之差異 法律者依共同團體之公力而發生以國家之主權行之反之宗教上之法則賴神力佛力以維持故其行使專視信仰力之強弱如何耳

第三 制裁之差異 法律所以爲人類行爲之規則因主權者對於違法者得加以外形上之強力外形上之強力何制裁是也至宗教上之法則則不過以神佛之冥罰對自己良心上予以苦痛耳

第四 目的之差異 法律以維持共同團體之秩序爲目的宗教則維持吾人內部感情上之秩序使之得安心立命而已

要之法律者爲維持共同生活基於吾人知性所發生之行爲之規則宗教則以得己之安心基於感情而後發達也知性與感情進步不同故宗教與法律匪特有異

且常相抵觸，至其全人類之生存，則相須相輔，此政教分離之今日，由宗教上之遺傳影響於立法司法行政，猶復不少者，不亦宜乎？

第二節 法律與道德之關係

中庸有言曰：率性之謂道，又曰：道也者，不可須臾離也。可離非道也。是道德者，亦人類之常則，足以使人類之品性歸於完全，其維持人類社會的生活之秩序也。最有力，故當道德法律混淆時代，道德為主，法律僅資補助，今也不然，二者獨立分離，其性質亦自有異，茲舉重要之學說，並說明其差點。

第一說 道德與法律，渺不相涉，法律自主權者之意思而成，道德則否，法律無善惡，此二者不能強使同一，是說也。謂道德與法律絕對不能相同，殊失極端。

第二說 法律由人作成，故其存廢得以人之意思定之，道德存乎自然，非人力所可得左右者也。

第三說 道德爲內部之強制所以抑制人之意思者法律則抑制人之行爲其強制力專屬於外部焉

第四說 道德與益於人法律不與危害於人故其目的有積極消極之差異雖然法律有時不無積極目的抑又何說

第五說 道德乃神對於公衆所下之命令法律則神對於個人所下之命令而已其所謂神固無足辯惟是法律亦公衆之所當遵守顧安得稱爲正確之標準乎

第六說 法律支配國民道德支配個人雖然道德僅行乎一國者不乏其例是亦支配國民也

第七說 法律因時因地而變更道德則永久不易者也論者謂法律靡定固矣然道德又何嘗不有變遷乎

第八說 法律依強制力而行道德無之

余於上列諸說取其適當者爲區別之標準而說明其異點如左

外——內
內——外

善惡
行不巧
社會制裁
毀譽

第一 客體之差異 法律與道德固同爲行爲之規則然爲法律之目的物者乃

表示意思之行爲至行爲原因意思之善惡如何所不問焉反之道德者專定意思善惡之準則故學者常稱法律爲行爲之規則道德乃心意之規則者殆以此也或曰法律有時依人意思之善惡而異其效果是法律亦屬意思之規則乎曰否法律考其意思之善惡者乃自表形於外部之行爲推定其內部意思之善惡而已道德反是其批評行爲之善惡也由內而及諸外簡言之卽以內部良心爲基礎對於表現於外部行爲之善惡而加以判斷是也法律所支配之行爲僅以他人之行爲爲目的道德所支配之行爲有對於他人者有對於己身者是法律與道德所支配之客體既異而其範圍又有廣狹之區分在焉

第二 威力之差異 法律源泉乃國家之主權故有存乎吾人意思以外之威力道德爲從良心上所發生之規則是無威力之可言 ()

第三 制裁之差異 法律所以爲吾人行爲之規則者依國家主權得強制故也

道德則無此外部之強制力，唯憑諸各人良心之力而已。學者謂法律爲強制的規則，道德爲放任的規則者，以此。

第四 目的之差異 法律之目的爲維持公共團體之秩序，增進社會之幸福，保護個人利益而發達社會之公共利益者也。道德則不然，其直接目的也在期人性之完全，使人生於此社會之上，求其達乎至善，至維持社會之秩序，乃其間接之結果，使然。

道德與法律雖有上述之差異，二者素不抵觸，不過其支配之行爲有廣狹而已。故違反法律者，必定背乎道德，而離乎道德者，非即違犯法律之規定也。近世文明各國，道德與法律相輔而行，法律之所規定，俟國民道德心之發達，始克達其目的。道德養成亦惟法律是賴焉。

第四章 法律之發生及其目的

法律何爲而發生乎曰法律者爲維持團體之生存整理秩序而發生也人類相集營共同生活必有意思之衝突意思衝突而爭奪擾攘將無寧日防止紛糾圖交際之圓滿惟法律是賴焉是人類政治的團體成而後有律不待言矣

法律有憲法民法刑法商法國際法等種種之別其目的自不一致或謂法律乃不得已而用之是故刑期無刑卽法律之目的然此專就刑罰法一部分而言之耳未能爲概括法律之全部也至於何者爲法律全部之目的學說紛如茲舉其重要者叙述如左

第一 享樂主義 享樂主義爲英儒邊沁氏所倡氏之言曰法律之目的在使最多數之人民享最大之幸福質言之卽法律之目的在使多數人民受快樂而避苦痛也例如盜賊竊財物而被捕入獄是盜賊固受苦痛矣囚少數之盜賊受苦痛而足以使多數人民安居樂處無覬覦之虞非所謂使社會之多數人民受無量之快樂乎此言雖是余尙不能表一致之贊同何則以多寡而定法律之目的

使盜賊多於良民又將如之何或又曰法律之目的正義也善也正義與善顧安得標準乎倡此說者以不能爲具體的說明乃以抽象語答之曰善惡之區分以多數人之贊同與否爲定此亦不能奉爲恒則蓋社會輿論因時變遷今之所謂善安知越數十百年不以爲惡輾轉相尋法律之目的復何有一定之準則其說之不足採不辯自明於是主張秩序之說出焉

第二 秩序主義 倡此說者爲德儒耶林氏曰法律爲確保人類生存之要件苟能保一般國民之安全秩序雖使一般國民受一切之苦痛亦所不惜故如對於有罪者繩之以法予以肉體上之苦痛卽所以保社會之安寧保社會之安寧爲亂羣除害馬此法律之所以設也此說較爲正確

第五章 法律之維持

法律固賴有國家之制裁以維持其效力然維持法律僅恃形式上之強制其力量

異常薄弱是故非有他物爲之輔助不爲功他物維何曰內部之強制是也內部之強制得分爲三(一)恐怖心(二)道德心(三)實利心恐怖心爲維持法律一大原因固無論矣因此內部之強制使之服從法律與外部強制並行者厥爲道德書曰刑罰者治世之藥石德教者興平之梁肉以德教除殘是以梁肉除病以刑罰理平是以藥石供養觀此足以證明至實利心所以爲使人服從法律原因者不過人欲利己之結果而法律賴以維持而已古代維持法律一任諸自助之力所謂自助卽凡受法律上之保護者以自己之獨力對於加害人爲防衛者也此種制度今世雖乏其例然在刑事上認被害者之正當防衛民事上認質權抵押權行使不藉國家之公力而爲權利之救濟者均不外自助之餘痕

第六章 法律之效用

夫僅有法律卽足以維持社會之安寧秩序而國家得以永久存立乎是則一大疑

問也使法律而能完全保國家之存立則凡有法律之國終無衰亡之日乃求其實際國家之存否有不關於法律者何耶解之者曰國之存否因法律有善與不善之分也雖然在法律制定之初未有知其不善而制定之者且善與不善須俟法律實施以後始得而判斷之若是果何從而預爲區別乎是非所敢知也

或謂法律有萬能之力者以爲有法則人人無不遵守而國以治是殆不然何則今有盜於此擅入人家強劫財物爲主人者諭之曰是爲法律所不許而謂盜賊將默爾而退袖手以去乎吾知其不然也法曰勿殺人勿放火如有放火殺人者刑將及焉設有之而死者已矣屋成灰燼又將如之何況犯人猶有倖免者乎或曰法律有正當防衛之規定以補其不逮此亦非確論也假定犯人之膂力過於正當防衛者則此規定未見其有實益卽以民事言之債權人對於債務人有索債之權利如有入焉負債務而不償債權人得請求審判衙門救濟審判廳下以判決命債務人履行否則令承發吏爲財產之差押或拍賣其財產得值以償使債務人貧無立錐則

將如之何是法律無萬能之力也更無足疑

法律既無萬能於是有補助法律之效用者在道德宗教良心慣習其良好之補助資料也

第七章 法律之淵源

法律之淵源云者以一定之規則所以爲法律而存在之方法形式之謂也法律之成立有種種之形式方法故不可不明其淵源或謂法律之淵源僅以立法及習慣爲限然亦有以判決例條理學說條約外國法包含在內者近世文明諸國首重成文次則習慣至判決例等則其間接之淵源而已今將立法及習慣詳加說明而略及其他焉

第一節 立法（成文法）

立法云者國家之意思依文書發表而成爲規則之謂也。法律得區分爲二：(一)狹義之法律、(二)廣義之法律。狹義法律係對於命令而言，廣義則並此狹義法律命令而有之。廣狹二義之由來，自有立憲政體始。古代君主專制國家之法則無區分法令之必要，以君主之意思卽法律故也。憲政發達，凡重要之立法須經議會之通過，而法律命令乃生形式上之區別。至其實質同爲生活關係之法則，均屬國家之意思，則毫無所異。今進而述二者之成立方法。

第一款 狹義之法律

制定法律因國體之不同而制度有差，隨時代之推遷而手續亦異，以不能爲概括的說明，故基於我國現行之法制而爲敘述焉。

第一 議案之提出 有議案提出之權者政府參眾兩院及議員是也。議案提出乃法律之草案，須俟兩院可決後而法律案始成。

政府提出議案對於兩院得任意爲之，惟預算則有例外之規定，非先提出於衆

veto power

議院不可

第二 議案之議決、議案提出經兩院之可決而法律案乃成凡國民行爲之繩準所以必由國民代表議決者是亦立憲政體之精神在法律制定之順序上所必須經過之階級也爲法律案之議決必履行一定之方式觀議院法第二十七條關於法律財政及重大議案非經三讀會不得議決之規定可以知之

第三 法律案之公布 提出議案加以議決法律案於是乎成立欲法律案成爲法律而發生拘束力者非經公布不可在君主國家法律案提出議決後猶有所謂裁可者可者即君主表示認爲法律之意也君主既有裁可權即有否認此法案權稱此否認曰不裁可權學者謂我國臨時約法有臨時大總統對於參議院議決事件有否認時得於咨達後十日內聲明理由咨院覆議（臨時約法第二十三條前段）云云是大總統亦有否認權者此種解釋由於文理解釋之誤何則該條雖認大總統有否認權獨不觀夫後段有參議院對於覆議事件如有到

會參議員三分二以上仍執前議時，仍照二十二條辦理之規定乎？議員仍執前議，大總統須予公布施行，是此種否認，不過促議院慎重而已，非若君主國之不裁可而法案即不成立也。

法律之公布，因時代而不同。古者多用朗讀公布法，朗讀公布者，當國民多數集合之場所，朗讀法律，以便週知之謂也。其次則為揭示公布法，即以法文勒於石刻於金，揭示於國民，又有繕錄法文，擇國民中之重要份子授之，所謂配達公布法是也。近世文化大進，交通頻繁，印刷術亦甚發達，各地皆有公報，故各國公布法律多以公報為之，曰公報公布。

第四 法律之施行 法律依公布始成立，國民遵奉法律之義務，因是而生，謂之法律之施行。施行方法，徵諸近世各國實例，約得為三：

- (一) 同時施行主義 此主義即自公布日全國一律實施。
- (二) 期限施行主義 自法律公布日始，經過一定之期限，全國一律實施。

(三) 異時施行主義 以公布之法律到着各地之日期爲斷詳言之卽依道里之遠近如何定公報之到達期限預定公報到達之翌日或經過一定期限爲實施之時期是也我國採用第一方法法律以公布日施行

第二款 命令

第一 命令之制定 制定法律屬諸議會故須經過提案議決之階級而命令則不然命令者元首及各行政機關所發布者也元首所發布之命令曰大總統令其他機關所發布者有所謂部令省令等自實質上言之命令與法律同爲國民行爲標準之法則是通常命令與狹義之法律並稱爲廣義之法律也何者以法律規定爲必要何者得以命令定之各國憲法規定不同故不能以片語概論近世立憲諸國凡關於人民之權利義務重大之事項須依法律之形式而規定之爲原則且命令不能變更法律是二者異其效力之要點法律不能以命令變更故不必以法律規定之事項一旦經過法律之形式者其廢止變更亦

與法律同惟是法律認爲得以命令廢止變更補充時不在此限學者稱此曰法律之委任依於法律之委任所發布之命令者曰委任命令我臨時約法三十一條卽明示此旨

徵諸各國制度約分命令爲四(一)緊急命令(二)獨立命令(三)執行命令(四)委任命令緊急命令者際國事緊急之秋值議院閉會之後所發布之命令有廢止變更法律之效力者也獨立命令者不論法律之規定如何爲維持公共安寧增進人民幸福計君主或其他機關所發布之命令也執行命令則爲執行法律必要之命令委任命令則依法律之委任而發布者也命令性質如此然各國憲法上規定頗不一致絕對不認有緊急命令與獨立命令者如英法比意等是也匪特不認緊急命令及獨立命令卽執行命令委任命令之範圍亦較他國狹小者如美國是也有緊急命令執行命令委任命令而無獨立命令者如普澳等是也兼此四者而有之如撒遜日本是也我國臨時約法有臨時大總統爲執行法律或基

於法律之委任得發布命令並得使發布之（臨時約法三十一條）之規定是我國約法除執行命令與委任命令外均所不認要之發布獨立命令之權民主國絕對否認至君主國又當別論矣

第二 命令之公布 命令與法律同非經公布則對於人民不發生拘束力公布之方法亦以公報爲之

第三 命令之施行時期 命令實施採同時施行主義與法律同

第二節 習慣（習慣法）

第一款 習慣之意義

習慣云者國民之全部或一部就同一之事項屢爲同類行爲之事實之謂也因此事實所發生之規則曰習慣法

習慣有一般習慣局地習慣普通習慣特別習慣之分一般習慣者全國所行之習

慣也。局地習慣者，一地方所行者也。普通習慣，一般人之所行，特別習慣則在於或種身分狀態地位之人所行之之謂也。局地特別均不失為習慣，惟一定之少數人民行之者則否。或曰：習慣須自吾人不可得記憶之初以繼續至今為必要。雖然，慣行年數為事實上之問題，以相當之長期於同一之事項反覆慣行則可。又何必定一定慣行之期間始得稱為習慣耶？

古代設成文法以作國民之規則者，甚罕。人類生活關係，悉律之以習慣。故習慣法發達最早。迨乎近世立法事業進步，各國制法統一，國內各地方之習慣以明確之法典規定，而習慣法不見其有必要。甚至有不認習慣法存在之國者。現今文明諸國除英美二國外，凡事法典編纂者皆以成文法為主要之淵源，習慣法其次焉者耳。

第二款 習慣法之發生

習慣達於如何時期始發生，可為權利義務準則之效力乎？易詞而言之，則習慣自

何時爲習慣法之謂也關於此學說紛歧莫衷一是今擇其重要者列舉如左

第一 永續慣行說 習慣爲習慣法而有法律之效力者一般國民對於同一之習慣自不可得記憶之初永續至今而不以其有拘束力爲怪習慣法於是乎成此說也僅云永續而始自何時不加說明是習慣與習慣法之限界果以何者爲標準而定之耶

第二 法庭承認說 習慣變而爲習慣法非永續行之之謂乃審判廳際特定事件之發生依習慣判決爲訴訟目的之權利義務時始變習慣爲法倡此論者對於立法權與司法權不能明確區別蓋審判官僅能適用既存之法律故依據已成之習慣法而判決訴訟事件則可承認習慣附與法律之效力則不可也

第三 國民總意說權利確信說 法律從國民之總意而成國民總意直接表示於外者即習慣法由立法者間接發表國民之意思者即成文法習慣而有法律之力乃國民從習慣所爲之行爲不僅一般認爲習慣且確信其爲權利於是變

習慣爲習慣法此說以習慣自國民之行爲而發達固矣但國民總意云云在民主主義之國法律從國民代表之意思而成猶可說也若君主國則國民多數之意思不有法律之力無由明習慣法之根據至謂確信其爲權利所謂確信之時果屬何時耶

第四 主權者認定說 主權者暗默認定習慣而與以法律之效力者是卽成爲習慣法若出自明示認定則非習慣法而爲成文法此說本暗默認定而立論然自何時認定亦無由知之

第五 法定要件說 習慣所以有法律效力者非習慣之力乃主權者對於具備一定要件之習慣明示默示附與法律之效力於是習慣變而爲法近世文明諸國司法與立法分離司法機關僅能適用既存之法律不得自作法以爲裁判故此說恰乎理論足以明習慣法之成立習慣法之要件有三臚列如左

(一) 不反於公共秩序善良風俗之習慣

法律之目的係維持人類社會之秩序習慣背此而行則不能附與以法律之效力反對者曰法律之善惡審判廳無鑑定之權惡法不失爲法故反乎公共秩序善良風俗之習慣亦得認之爲法是說也不明成文法與習慣法之區別也惡法不失爲法僅於成文法言之耳自法理上論則成文法無善與不善之分至習慣由國民多數之慣行而發生多數慣行未必盡善故立法者以不反於公共秩序善良風俗爲要件而附與法律之效力也

(二) 法令所認之習慣又法令中所不規定事項之習慣

法令所認之習慣云者民法商法其他法令以明文規定某事項得從地方習慣或商習慣之謂也近世成文法國設定法典排斥曖昧之習慣法成文法中已經規定之事項不認重複習慣法之存在爲原則然人生一切之關係悉舉而置諸法典又爲事實上所不能故法典規定其大體而於細微之事項則仍讓之習慣但習慣須以法律無規定者爲要件

(三) 習慣爲習慣法以法律上之習慣爲必要

茲所謂法律上習慣乃從習慣而爲行爲之人確信其爲義務爲必要道德上風俗上之習慣不得爲習慣法

第三款 習慣法之效力

習慣變而爲習慣法其效力如何學說紛歧各國所採主義亦不一致有附與習慣法以成文法之效力認爲得變更廢止成文法者古代羅馬法是也否認習慣法之成立不與何等之效力者如索遜民法是也僅能補充成文法之不逮不認其有廢止變更之效力者近世成文法國是也文化進步社會日新成文法雖發達不能網羅一切而規定於法文之中故否認習慣法之效力未爲得當然附與偉大之效力則又反乎設立法典之精神習慣法國如英美猶認習慣法僅有補充的效力而況其他我民法草案第一條有民事法律所未規定者依習慣法云云是我國亦認習慣法有補充的效力也

第三節 學說

學說云者學者對於法律目法理上所抒之意見也。評判法律之是非善惡補救法律之缺點解釋法律胥學說是賴焉。此其所以爲法律間接之淵源也。惟是宜注意者學說自體決非法律立法者以學者所發表之學說作參考之材料而已。

第四節 條理

條理云者自然道理之謂與正義正道其義一也。凡法無不自理出故各國多以之爲間接之淵源。

條理之爲物極不明瞭而各國多設適用條理之規定者何哉。蓋不如是審判官往往藉口於法律之不備拒絕審判不足以保障人權故也。我民法草案第一條有民事本律所未規定者依習慣法無習慣法者依條理云云卽示此旨。

第五節 條約

條約者國家與國家以文書表示之契約也。條約爲國家間所締結，是締結國雙方之人民無不遵奉。此條約之義務雖然拘束力所及僅以國家爲限，條約終難實行。故國家對外國爲條約之締結，同時以公布之形式發布條約於國內，而人民遵守義務。因是發生此種義務非被條約之拘束，乃條約爲法律之淵源。人民從此間接淵源所生之法律而受拘束也。

第六節 判決例

判決者審判官對於訴訟事件向當事人所下之判定也。審判官下判決須據法律。律無明文則依習慣條理。集此審判廳所下律無明文之判決例得爲作法之好資料。此判決例所以爲法律間接之淵源也。

審判廳下判決須受法律之拘束固無論矣至關於判決例果如何乎日本裁判官不受判例之拘束匪特下級廳與同級廳爲然卽對於上級裁判所之判例亦復如是英美下級審判廳須遵守上級廳之判例我國法律不備遇疑難問題專賴請求大理院之解釋大理院有統一解釋法令之權故對於大理院之判決例有遵奉之義務其他上級廳之判決例自不有何等之拘束力

第七節 外國法

外國法者外國所行之法律也外國法爲法律間接之淵源非適用外國法之謂乃取法乎外國作成法律由主權者附與自國法律效力之謂也

第八章 法律之效力

法律效力所及之範圍因時因地有所不同因人因物亦不能無異今別之爲二逐

次說明第一法律關於時之效力第二法律關於人地物之效力

第一節 法律關於時之效力

法律自成立以至於消滅得保有其效力詳言之習慣法具備法律上之要件成文法自公布施行發生效力至其消滅則爲法律廢止之時是也

法律有依於自體之規定而廢止者有依其他法律而廢止者例如定有期限之法律因其期限到來而消滅新律改正舊律因變更而消滅是變更法律以制定手續繁簡而有異法律制定經過重大之手續者不得以簡易手續變更之故習慣法不能廢止變更成文法猶之法律不能以命令廢止變更也

法律之廢止新律有明文規定者固無疑義若就同一事項前既有律可循復又制定新律則何所率由乎日後法優於前法兩律相觸在其抵觸之範圍內廢止舊法爲原則夫百世不易之法律古今絕無而法律之變更廢止不能俟一切之法律關

係了結然後施行則是在舊法之下所成立之法律關係繼續至於新法實施後將適用舊律乎抑適用新律乎又如新舊刑法所認犯罪前後迥然時適用上同感困難故制作新律須於法文中設經過的規定或發布一種過度法俾審判官有所適從學者常謂法律不得溯及既往溯及既往則是惡法斯語本未見其可惟是法律不有溯及的效力爲羅馬法所認之原則學者本此深加考究吾人又安可不悉其原則而明其適用乎

第一欸 法律不溯及之原則

當自然法學時代不發生溯及既往之問題何則法律順時勢而變更於不知不識之間故也迨成文法發達法律均以明文規定一旦變更廢止則對於新法是否應予以溯及力自有研究之必要羅馬法認法律無溯及既往之效力古代諸國法典亦奉此爲萬世不易之大原則雖然此所謂原則者非立法上之原則乃法律適用上之原則不過審判官不能溯及既往而適用法律耳如謂國家制法亦必循此而

行則是不僅不能爲法律之改良且不能除既往之弊害其危險孰甚焉

法律不遡及既往原則之適用也依法律關係之性質如何而異其趣關於刑法及其他刑罰法嚴格認此原則我刑法第一條明示此旨蓋行爲爲罪與否以其行爲當時法律之規定而決行爲當時法律不認爲有罪者至改正新律忽而爲罪則是人民不知而觸犯法條豈得爲平日本新舊刑法有新刑法之刑罰輕於舊法時適用其輕我國無此規定然自刑律第一條第二項前段觀之新法輕於舊法自與日本刑法同一解釋反之舊法輕於新法則仍以從重科刑是我國之採從新主義與日本之採從輕主義雖有不同而其不遡及既往一也

刑法以外之公法以有遡及力爲原則例如租稅法關於兵役之公法其他一切之行政法皆依新法之規定又如民事訴訟法刑事訴訟法法院編制法等亦同以不認其有遡及效則不克達法律改正之目的也

私法上以法律不得遡及既往而害既得之權利爲原則是私法上一經成立之權

利已受法律之保護不因法律之變更而受影響既得權云者特定之人依特定之取得原因所取得之權利之謂也既得權專以財產權爲限財產權以外之權利不認有此

當注意者既得權限於特定之人已取得之權利至將來有權利發生之希望者不得謂爲既得權又依法律之規定人人所得享有之權利者亦同例如從營業自由之原則得自由營業者新法加之以制限則其營業須受新法之支配

以上所言法律不有遡及效係法律適用上之原則法律無特別規定時適用法律者則以不能遡及既往論使立法者制定遡及既往之法律其有效固不待言惟是解釋此種法律須嚴格加以制限令其遡及範圍有狹隘之必要例如依新法廢止某制度之場合立法者僅云廢止時審判官當以將來發生之事項爲限其廢止前已成立之法律關係不受廢止之拘束至法律制度之廢止非一掃從來存在之關係則不能適合立法之精神者縱令有害既得權亦須遡及既往而適用之例如民

法施行前所有無期限之永佃權地上權等於民法施行後須在法定之存續期間內縮短其年限是其適例也

改正法律有害個人之既得權國家須負賠償之義務乎曰損害賠償依國家直接受利益與否以爲斷個人爲國家公益犧牲其權利因正義之要求國家固應以公共之資本償其損害較爲得當惟是國家所以任茲賠償之責者非不法行爲所致乃自法律之改正以適法行爲使個人蒙特別之負擔而發生者也至若依法律之明文認爲不得與以補償金者被害人對於國家不有請求損害賠償之權利自不待言

第三款 法律不遡及原則之適用

法律不遡及既往之原則對於各種私權之適用如何得分爲五端而說明之

第一 人格權

人格權云者生命權身體權自由權名譽權等之總稱也此等權利之發生悉依

法律之規定人人所同不得謂爲既得權故凡關於人格權之事項均受新法之支配又行爲能力以及附着身分上之權利皆然例如舊法以十八歲爲成年新法以二十歲爲成年在舊法已屆成年而於新法則否因新法之施行仍以無能力者論惟是舊法之下成爲能力者所爲之法律行爲是權已屬既得新法自不能否認其有效之行爲也

學者有以著作權發明特許權等爲人格權而謂既得權不限於財產權者余輩不認此等權利爲人格權稱之爲無體財產權故曰人格權中無所謂既得權也

第二 物權

物權之取得有特定之取得原因而後發生故其設定與取得也以其當時法律定之新法對於施行前所設定取得之物權不及其效力

物權之設定取得新法無遡及效至物權之效力則依新法規定而既得權之範圍受其制限蓋不如是不足以達法律改正之目的也

取得時效適用現行之新律何則權利因時效完成而取得時效未屆不過有權利取得之希望而已初無所謂既得權也

(一) 素無時效之場合 新設時效制度自施行日始適用時效是一方因時效而取得權利同時他方有權利之喪失

(二) 廢止時效之場合 廢止前因時效取得權利者自適用既得權之規定不以時效而受影響反之權利尙未罹乎時效因時效制度之廢止則不能爲權利之取得

(三) 新律延長時效之場合 舊律所認短期時效正在進行中因新律之制定忽告延長除已經過年限外須達新律所訂延長期限始克取得

(四) 新律縮短時效之場合 依舊律猶未罹乎時效而於新律所訂期限則已經過時認爲罹於時效而取得權利

第三 債權

債權關係成立以及其效力如何均依其成立當時法律之規定新法不得遡及施行前而適用之此外由侵權行爲不當利得事務管理所發生之債權者皆同雖然債權關係素以不反乎公共秩序爲要件是故舊法之下所成立有效之債權若新法認爲違背公共秩序者仍不得有效

第四 親屬

親屬得分爲三說明於左

(一) 婚姻 婚姻成立之要件無論其爲形式與實質皆以結婚當時之法律定之新律對於施行前已成之婚姻不及其效力是亦從婚姻之成立在法律上所取得爲夫爲妻之身分既經確定與財產權不能變更既得權有同一之意義也惟是廢除婚姻之制限要件在舊法所視爲無效而具備新法之要件者則新法有遡及力

婚姻之效力反是何則夫婦間之權利義務非既得之權利乃依法律規定件

諸身分之關係一般取得之權利義務也故法律有變更而效力亦隨之
次則夫婦間之財產關係有一定之制度者曰夫婦財產制夫婦財產制有二
成婚前有相互之特別契約者謂之契約財產制無契約一任諸法律之規定
者謂之法定財產制前者依契約成立當時之法律定之新律對於施行前所
成立之契約不及其效力後者則各國立法例不同而學說亦有差異有主張
與契約財產制同一者有謂依於新法之規定視為婚姻之效力者二說言之
有故持之成理余以前說較為適當故甚韙不遑及之議焉

(二) 親子 親子間法律關係之成立要件皆以成立當時之法律定之嗣子亦
然至其效力等則依新法之規定

(三) 監護 監護為親權之延長自受新法之支配

第五 繼承

(一) 繼承 繼承以所繼人之死亡而後開始是繼承開始以前無所謂既得權

自不待贅故繼承權依所繼人死亡當時之法律定之

(二) 遺囑 遺囑成立之要件皆依遺囑成立當時之法律定之新法對於其施行前已成立之遺囑無溯及力又遺囑人於死亡前得任意撤銷其遺囑撤銷之方法有二(一)明示撤銷依立遺囑方法記明遺囑要旨而撤銷之(二)默示撤銷前後遺囑相抵觸時前遺囑視為撤銷撤銷遺囑依撤銷當時之法律而受支配惟是因遺囑而取得權利之人與從繼承取得權利者同非俟遺囑人之死亡不得確定不確定自無所謂既得權故遺囑之效力以遺囑人死亡時之現行律定之不得依照遺囑成立當時之規定也

第二節 法律關於人地物之效力

古代各國法律着眼於人故效力所及之範圍僅以本國人為限是謂之屬人主義屬人主義云者即一國法律追隨人民而行之之謂古之猶太土耳其羅馬法皆此

類也

屬人主義之法律發生於古昔游牧時代當是時人民逐水草而居故法亦以人為主其後人類蕃衍游牧不足以贍民生於是結網而漁闢地以耕人與地漸生密切之關係再進則改野處穴居爲上棟下宇易革衣木食爲布帛菽粟經濟狀況因之發達而安土樂業人人不肯輕離鄉井蓋自游牧而進爲土著自無一定土地而進爲有一定之土地屬地主義之法律乃生此歐洲中世以降各國所以變屬人主義而採屬地主義也行屬地主義之結果服從於一國權力之下者得左列三種

- (一) 凡在內國之自國人民
- (二) 僑居國內之一切外國人民
- (三) 外國人與內國人所有之物存於國內者

絕對採取屬人主義本國法自不能及於外人設外人在國內有紊亂秩序之行爲是必逍遙法外屬地主義則沒却國民之特性阻碍本國之風俗習慣二者各趨極

端均不足以爲法故近世各國以屬地主義爲本而參酌屬人主義焉學者稱此主義曰混淆主義又曰折衷主義

因混淆主義之適用舉凡所受法律之支配者如下(1)治外法權(2)領事裁判權(3)能力(4)親屬國關係及親屬上之權利義務(5)繼承及遺囑(6)關於國民之特性(7)物權(8)契約(9)刑罰法(10)行爲之方式(11)出生之血統主義及出生地主義

第一 治外法權

治外法權者留滯一國領域內之人或物免除服從該國法律之義務者也是爲對於屬地主義之例外享此權利爲政治上及軍事上之代表例如大總統君主公使軍艦軍隊是其所以不服從滯在國之主權者要不外足以使之充分爲代表本國之行爲而已

第二 領事裁判權

領事裁判權者以條約之結果留滯國內之外人不服從內國之裁判而受其本

國所派遣領事之裁判者也是亦屬地主義之例外領事裁判權行諸我國自中英天津和約始厥後各國援最惠條款例得利益之均霑於是僑居我領域內之一切外人遂爲我法律效力之所不能及矣國家本主權之作用對外則不受他國干涉謂之爲獨立權對內則使領域內之人民皆有服從本國法之義務謂之爲統治權今因條約束縛之結果而以領事裁判權許與外人是獨立權與統治權均被制限喪權辱國恥孰甚焉夫外人欲保留此而不予我撤回者不過藉口於我國法律之不完備監獄之未改良司法人才缺乏不克充分保障外人之生命財產而已若是則我國欲圖補救此害須將上揭各端爲根本上之解決以冀達到完全收回之目的否則悠悠國恥吾恐終不可得而雪矣噫

第三 能力

能力云者人之享有權利或行使權利法律上之資格之謂也普通所稱能力係指行使權利而言行使權利之能力曰行爲能力行爲能力依本國之人情地勢

氣候風俗習慣等而受支配故亦爲屬地主義之例外至權利能力則否我法律適用條例第五條規定人之能力依其本國法者卽行爲能力是也

第四 親屬關係及親屬上之權利義務

親屬關係及親屬上之權利義務依其本國法定之是亦屬地主義之例外例舉

如左

(一) 婚姻

婚姻成立之要件因雙方國籍同否而有異國籍同則從其本國法國籍異則依當事人各該本國法（法律適用條例第九條）關於離婚則依其事實發生時夫之本國法及中國法均認其事實爲離婚原因者得宣告之（法律適用條例第十一條）離婚須從事實發生時夫之本國法者所以杜爲夫者擇其有利於己之法律而爲轉國籍之行爲也婚姻之效力以夫之本國法定之（法律適用條例第十條）

(二) 親子

子之身分依出生時其母之夫之本國法（法律適用條例第十二條）關於養子成立之要件在雙方同一國籍者自從其本國法國籍不同則依當事人各該本國法（法律適用條例第十四條）父母與子之法律關係依父之本國法無父者依母之本國法（法律適用條例第十五條）

(三) 扶養之義務

關於扶養義務問題視權利人義務人國籍同否而有異國籍相同適用其本國法國籍有異則據我法律適用條例第十六條之規定依扶養義務者之本國法是扶養義務之有無專視受扶養請求者之本國法如何耳但其請求猶以我國法律所許為要件故該條後段曰但扶養義務之請求權為中國法所不許者不在此限

法律適用條例第二十條曰繼承依被繼承人之本國法二十一條則有遺囑之成立要件及效力依成立時遺囑人之本國法之規定是繼承遺囑均爲屬地主義之例外此原則之適用不獨我法律適用條例爲然殆爲各國一般所採用者也

第六 關於國民之特性

凡一國人民每本其特有之性而享有權利負擔義務爲外人所不可得同有者是亦排斥屬地主義而適用屬地主義者也例如爲官吏之權利服兵役之義務是私權則不然內外人同等享有無分畛域

第七 物權

物權包含動產與不動產而言關於物權依物之所在地法此我法律適用條例第二十二條所規定者也反對者曰所在地法適用於不動產則可適用於動產上則不可也何則動產變更靡常以所在地之變更而異其法律之準據人民將

有不便之感且所有動產有時散在於各國必一一從其所在地法煩雜何堪反對派所持論調固未可厚非但依所有人之本國法如遇國籍不同之人共有財產時又將何所依據乎

第八 契約

關於契約所適用之法律依當事人之意思定之當事人意思不明時同國籍者依其本國法不同者依行爲地法爲原則觀我法律適用條例第二十三條之規定也明甚對此亦有種種反對之學說有謂契約重在履行故應從履行地法有謂契約置重債權以從債權人之本國法爲宜亦有謂爲債務人之利益應從債務人之本國法者尤有主張從訴訟地法者雖然契約以當事人之自由意思爲基礎當事人之意思不明除國籍相同者外以行爲地法爲適合於當事人之意思較爲妥當

策九 刑罰法

刑罰所以懲治擾害犯罪地之安寧秩序者是純爲屬地主義觀我刑律第二條有本律於凡在中華民國內犯罪者不問何人適用之之規定可以知之又法律適用條例第一條曰依本例條適用外國法時其規定有背於中國公共秩序善良風俗者仍不適用之愈足以瞭然矣

第十 行爲之方式

法律行爲之方式依行爲地法名此原則曰『場所支配行爲』各國法律一致所採用者也我法律適用條例第二十六條即明示此旨

第十一 出生之血統主義及出生地主義

因人之出生而賦與國籍徵諸各國所採主義約得其二(一)血統主義(二)出生地主義血統主義者子之出生以其父母之國籍爲國籍出生地主義則不問父母之國籍如何專依出生地而定之之謂也前者爲屬人主義後者爲屬地主義我國以血統主義爲原則加以出生地主義是可謂折衷主義之一種今據我國國

籍法從出生而爲中華民國國民者如左

- 一 生時父爲中國人者
 - 二 生於父死後其父死時爲中國人者
 - 三 生於中國地父無可考或無國籍其母爲中國人者
 - 四 生於中國地父母均無可考或均無國籍者
- 以上所言係說明關於人地物法律之適用至法律行諸區域內之範圍如何不可不一知之

第一款 法域與國家領域同一之場合

法律之效力不能普遍全球惟行乎一定之場所稱此法律所行之區域曰法域法律施行全國故法域範圍與國家之領域同一爲原則欲知法域須先說明領域之範圍

領域非僅指陸地而言海洋亦包含之定海洋之範圍爲國與國之關係故須依據

國際法之規定國際法以退潮時自陸地沿岸迄三海里之海洋視爲國家之專有稱此三海里之海洋曰領海若是則自陸地以至三海里爲國家之領域行諸領域內之法律曰普通法

第二款 法域小於國家之領域

法域與國家領域同一爲原則但國家從立法之便宜於領域之一部分因普通法效力之所不能及而制定一種專行之法律者是謂之法域小於領域例如我青海之番例條款蒙古之理藩院則例是此種法律僅行諸特別區域故名之曰特別法

第三款 法域大於國家之領域

法律從其本來之性質其效力不能及於國境外固不待言惟是他國法律所不行之場所雖國境外亦得其效力者即公海中自國之船舶是也此之謂法域大於國家之領域法域大於領域從國際法之原則與法律固有之效力自應爾爾無須乎明文之規定此點與領事裁判權必以條約之結果然後能行本國法於他國領

域內者是則有異

法律關於時地人物之效力已如上所述矣茲猶有附帶說明者卽就時與地之效力所關聯之事項得示二三之問題是也(一)隔地而結契約以何時爲契約成立之時乎(二)隔國而結契約從何國之法律而定契約之成立乎(三)就刑法上行爲言之犯罪原因與犯罪結果異其國界須從何國法律而判其犯罪乎又屬於何國之審判權乎今逐次說明之

第一 隔地而爲契約以何時爲契約成立之時期乎

隔地而爲契約依當事人意思合致而定之若當事人意思不明應以何時爲契約成立之時期自來有種種學說今擇其要者略述於左

第一說 要約人自承諾人受承諾之通知而知其有承諾時契約成立

是說也以締結契約費乎意思之合致意思合致與否要約人尙未之知即使契約成立而發生拘束承諾人之效力未免失諸苛酷故以要約人知其有承

諾時爲契約成立之時期雖然承諾人之爲承諾須通知要約人更自要約人表示已知悉之意旨契約成立迂緩而不敏且要約人了知與否頗難證明承諾人常蒙不利此主義不足奉以爲則也

第二說 承諾人對於要約人爲承諾同時契約成立

此說以當事人之意思合致爲契約之要素承諾原於合致故應同時成立雖然善則善矣弊亦隨之何則承諾人當未發承諾通知以前可得自由變更其意思卽已發送而承諾書面未到達時猶不保其不以快信撤回夫以尙未完成確定之意思表示遽謂其効力卽可發生烏在其爲當乎

第三說 承諾人對於要約人已發承諾之通知而契約成立

此說亦不免有缺所謂發承諾通知之時期果何所指乎且承諾人對於要約人發承諾通知後尙得以快信撤回其弊與第二說同

第四說 要約人受取承諾人之承諾狀而知其有承諾時契約成立

承諾人表示承諾即屬意思之合致承諾狀之有無於契約成立無與也若是則受取承諾狀不外表明要約人知其有承諾而已此說之缺點與第一說同我民法草案採取受信主義觀夫第一百九十四條向非對話人之意思表示自其通知到達相對人時生效力之規定可以知之受信主義合乎理論惟是承諾通知到達與否不易確知知之而後着手履行生交易之遲滯然與諸說相較是不可謂非完善之制度也

第二 隔國而締結契約須據何國法律而定契約之成立乎

我法律適用條例第二十三條第四項曰契約要約地與承諾地不同者其契約之成立及效力以發要約通知地爲行爲地若受要約人於承諾時不知其發信地者以要約人之住所地視爲行爲地是我國所採主義係據要約發信國之法律而定契約之成立者其立法之理由即不外圖要約人及承諾人雙方之利益而已何則承諾人接到要約通知得調查要約地之法律而決定其承諾與否不

如是必欲據發承諾通知地之法律則承諾書發自何國要約人不能預知知之不易則是以其所不知之法律而拘束之殊未見其可我法律適用條例所採用之主義爲今日各國一般所是認者也

第三 就刑法上之行爲言之犯罪原因與犯罪結果異其國界須據何國法律而判定其犯罪乎又屬於何國之審判權乎

本問題須例示以明之例如甲國人從乙國發槍射死留滯丙國之丁國人何國有審判管轄權乎又據何國之法律而判定其犯罪乎關於此有採原因地說者有取結果地說者採原因地說者則謂應從乙國之法律採結果地說者則謂應從丙國之法律余以爲不問其被害人與加害人之屬於何國凡原因結果地之審判廳有審判管轄權得從其國之法律而審判之

第九章 法律之解釋

法律文字貴乎明瞭否則實解釋之是賴惟人之所見不同解釋乃至紛歧致法文轉生疑義而滋流弊故有發布法令嚴禁法律之解釋者非無故也雖然制定法律本屬不易縱有學識經驗卓絕一世之人當編纂之任終難期乎無缺是以法律有不經解釋而意義卒不明晰者於是解釋一道遂成爲不易之論矣

解釋法律之方法有二(一)學理的解釋(二)強制的解釋學理的解釋者學者以學理解釋法文之謂也此僅能自述所見而不能強政府之採用故又曰無權解釋強制的解釋則不然強制的解釋者以法律之強制力命其爲一定之解釋如有不從卽以違反法律論須受一定之制裁故又曰有權解釋

第一節 學理的解釋

學理的解釋約分爲二卽文理解釋與論理解釋是也文理解釋者從法文中文章字句之意義而爲解釋者也論理解釋者不拘泥於文字而究立法之真意依據論

理以闡明法律之意義者也主張文理解釋者曰文字所以表彰意義故解釋法律不可求諸文字以外雖然僅以文字爲解釋未見其可使文義不明瞭時則解釋窮余以爲法文之解釋先據文理次及論理猶須考察制定法律當時社會與國家之狀態無他法律與社會上經濟上政治上之事項相關聯故也但文理與論理未必一致且常相背馳則解釋者諸多窒礙如之何其可乎曰解釋法律不外明立法之真義據文理而爲曲解反於解釋之精神是以置重於論理解釋爲宜

分論理解釋而爲三(一)制限解釋(二)擴張解釋(三)補正解釋制限解釋云者法律所定文義失於廣漠須縮小而加解釋之謂例如我約法第十四條曰人民依法律有服兵之義務茲所謂人民其殆指男子乎抑包含女子而言乎法文旣不明瞭此解釋上不得不加以制限而謂人民字樣僅以男子爲限也擴張解釋者法律所定文義過於狹隘不能盡立法者之意擴張其範圍而廣加解釋者也例如禁止斫伐樹木之揭示竹雖非木亦以禁止解釋之是補正解釋云者立法者不言其所欲言或

不能盡所欲言而解釋者以論理解釋補充之之謂也補正解釋不保無背立法者之真意故有主張不許用此解釋者雖然適用法律豈徒了解文義已哉必也明瞭立法之意思如謂補正解釋爲不可則制限與擴張亦應不許將何以補救立法者之誤謬故余以補正解釋爲必要惟當解釋之任者須切實用心勿輕易行之斯可耳

學理的解釋法律既如上所述猶有二事不可不注意者(一)法律所用文字不明瞭時宜寬大解釋質言之卽法律之所不制限者不可加以限制是也例如謂之曰人乃包含自然人與法人而言自然人無分老幼男女若限制解釋而故爲區分曰特定人則誤矣至特別之權利法懲罰法義務法以及法文有特別之規定者則否蓋此等法律於個人之權利義務及重大之影響故解釋不得不嚴格制限也(二)法律所不禁止之事項當視爲許可夫禁止即不許可乃所以示遵守也設於不禁止之事亦視爲不許可則胡事可爲胡事不可爲豈非漫無界限致人民無所適從乎故

法所不禁當以許可解釋之

第一節 強制的解釋

強制的解釋云者以國家之權力強制之使爲一定解釋之謂也分強制的解釋爲三立法的強制解釋司法的強制解釋行政的強制解釋是也

第一 立法的強制解釋

立法的強制解釋云者立法者以法律解釋法律意義之謂也此種解釋因其自身亦一法律故有否認其爲解釋者立法解釋得分爲三(一)發法令而爲解釋例如以施行律解釋本律是(二)於同一法令中詳加解釋例如民法草案第一編第四章曰物而於第一百六十六條曰稱物者爲有體物以第一百六十六條解釋第四章之所謂物是(三)上級官廳對於下級廳以指令爲解釋

關於立法解釋之原則有三第一立法解釋不遡於既往第二立法解釋爲一法

律故有拘束司法官行政官及一切人民之效力第三參與立法者當立法評議所發表之意見決不有強制的解釋力蓋此非國家之意思乃參與立法者之私見也

第二 司法的強制解釋

司法的強制解釋云者司法官適用法律對於法文所爲之解釋之謂也司法官下判決解釋法律毋須秉承上官之意旨憑智識學力以行解釋而受判決者有服從司法官所爲解釋之義務

司法解釋不能拘束一般人民及其他審判廳故關於同一法文各審判廳得自爲解釋無下同一判決之義務惟對於大理院之解釋則否觀法院編制法第三十五條有大理院長有統一解釋法令必應處置之權之規定可以知之

第三 行政的強制解釋

行政的強制解釋者行政官施行法律所爲之解釋者也此種解釋之效力僅及

於其施行事項故對於司法官與立法者不有何等之拘束因此而受拘束者惟下級行政官以及因此解釋而受執行之人民而已

第十章 法律之分類

法律依成立方法效力以及規定關係之不同得區分之爲種種學者有以法律分類應別爲自然法與人定法而說明者余以自然法非法律故否認此區別茲僅就成文法之分類加以敘述擇其重要者舉示如左

第一節 國際法國內法

國際法與國內法之區別法之性質由然所謂國際法者國家與國家間所行之法律依文明諸國之承認而定國家相互之權利關係者也易詞而言之則文明諸國相集而組織一國際團體定團體員（即國家）相互間權利義務關係之法則者也

國內法者關於國家內部之事件規定國家之行爲以及私人之行爲之法則者也
國內法通常稱爲法律學者亦有稱之爲國法者

國際法依文明諸國之承認而成立非一國之主權者對於其他國家有爲命令之
權故英國學者有謂國際法非法律而爲國際道德者其理由以爲國際法不啻無
主權者之命令且對於違反者不有一定之制裁法之性質不具夫何法之足言反
對是說者曰法律未嘗均出自主權者之命令依主權者所承認之法則亦不失爲
法彼習慣法而謂其非法律乎且國際法非絕對無制裁如對於違背局外中立之
法則爲運送戰時禁制品之船舶者得拿捕之又依於捕獲審檢廳之判決得沒收
被拿捕之船舶及荷物皆戰時國際法中所規定之嚴格制裁與刑事審判廳審判
犯罪沒收供犯罪用之物件有何異乎至謂國際法無司法機關而近來有萬國仲
裁裁判所之設立以備國際事件之裁判是國際法又安見其非法律耶
國際法是否爲法律爲學者所聚訟然自國際團體之實際觀之則國家相互間從

一定之慣例享有權利負擔義務正如成文法不發達之古代個人相互間從一定慣例有權利負義務同是國際法之爲法律也明甚惟是國內法發達在前國家本國內之法律思想應用於國家間而有國際法其成立之方法效力以及其規定關係等既與國內法有異自不能下同一之觀察茲就二者之差點比較說明於左

第一 國內法從主權者之命令或認定而生效力國際法乃由平等之國家相互承認而成國家與國家之上無最高權力者此其成立之方法有以異也

第二 自其規定之關係觀之二者亦自有別國內法者規定個人相互之權利義務以及國家與個人間命令服從之關係而國際法則國與國對等之關係卽所以規定一國對於他國所有權利義務之關係也

第三 國內法賴國家之主權以維持得以制裁強行其規則其效力強國際法則不然除訴諸列國之輿論及感情外專依自己之腕力以圖權利義務之實行其效力弱

第四 國際法上之自助無確實之保證國法上之自助則國家與以充分之保證是也

第二節 成文法不文法

成文法與不文法由於成立方法之有異也依文書形式而成立之法律曰成文法不記載於文書僅認定其有法律之效力者曰不文法古代不文法盛行如習慣法如裁判例如學說如條理者皆是惟習慣法發達最古故學者往往以不文法文字與習慣法文字並用實則習慣法以外尙有裁判例等種種之不文法在是安得以習慣法與不文法作同一意義解釋乎

成文法與不文法之得失不可不一知之

不文法非出自主權者之意思而基於實際之慣例與條理故其變遷也與世同移司法者如得其人則收運用良好之效不得其人則濫用法律曲庇罪人陷害無辜

其弊亦不堪設想成文法規定明顯審判官不能枉法文而下判決固無不文法中所列弊端惟是律無明文不得加以懲罰奸猾之徒嘗探索法文之罅漏而有逃脫法網之危險且審判官動輒拘泥文字無斟酌事情而爲判決之餘地是成文法又不如不文法之適合乎實際

成文法與不文法各有長短至其適用則以成文法爲先我民法草案第一條曰民事本律所未規定者依習慣法無習慣法者依條理即示此旨無成文而用不文僅以民事爲限至刑事則採罪刑法定主義故律無明文不得處罰

第三節 普通法特別法

因法律效力所及範圍之廣狹如何得區分爲普通法與特別法普通法云者行諸區域內一般法律之謂也特別法云者特種之區域內所行法律之謂也普通法與特別法區分之標準約得其三第一法律效力所及於土地之範圍第二法律效力

所及於人之範圍第三法律適用於所規定事項之範圍今逐次說明之

第一 以土地爲本而分爲普通法及特別法

從此區別言之則施行於全國一般之法律曰普通法如我中華民國全國所行之法律是國中特種區域所行之法律曰特別法如我蒙古之理藩院則例青海之番例條款是

第二 以人爲本而區分爲普通法及特別法

據此而爲區別則是一般國民所遵奉之法律曰普通法其效力僅及於特種之國民者曰特別法特種之國民云者從其職業身分地位能力等有異而言者也憲法刑法民法民事訴訟法刑事訴訟法等屬於前者陸海軍特別刑法官吏服務令等屬於後者

第三 以法律關係爲本而區分爲普通法及特別法

依法律所規定之事項而爲區別則是一般之法律關係所適用者曰普通法特

種之法律關係所適用者曰特別法例如民法所以定國民普通一般生活關係之法則故曰普通法商法乃關於商事所以定商人特別之生活關係者故曰特別法

此種區別甚不正確就法律所規定之生活關係言之何者爲通常一般之事項何者爲特別之事項是不過比較的相對的區別而已若以商事關係爲特別事項則刑事關係民事關係亦可謂爲特別事項舉凡人類之生活關係不能以一種法律包含規定者又何嘗非特別事項乎英美學者謂商法爲普通法而非特別法者信然

普通法與特別法有區分之必要者即其效力有優劣故也在同一之施行範圍內特別法與普通法相抵觸時特別法優於普通法而先適用

第四節 固有法繼受法

自法律發達之沿革觀之得區分爲固有法與繼受法固有法者基於自國固有之風俗習慣而成立之法律者也繼受法云者以外國法爲模範而作成法律之謂也法律固所以發表國民之精神然文明進步交通頻繁各國人民不僅爲有形貨物之交換且進而爲制度文化之交換取人之長補己之短勢所必然是以今世諸國純粹基於本國固有之制度而制定法律者未之有也

一國繼受他國之法律有直接與間接之區別直接之繼受法云者取他國之法律爲自國之法律而與以法律效力之謂也例如中世之德意志以羅馬法爲法律而採用之近世之比利時以法蘭西民法爲自國之法典是間接之繼受法云者立法者以他國之法律爲材料而制定法律之謂又審判官以依條理習慣之名義據他國法律爲判決之標準者亦然如近世意大利西班牙葡萄牙等之民法以法民法爲模範而制定之英國之慣習法因裁判官做羅馬法之原則所爲判決之先例而成立是其適例也

因法律之繼受而生母法子法之區別繼受者曰子法被繼受者曰母法例如羅馬法對於希臘法曰子法希臘法對於羅馬法稱母法是繼受法與固有法既有子母之關係於是區別之實益乃生解釋繼受法必遡及其母法明其學說悉其判例而後可故研究法律者須辨明法之爲繼受與否如爲繼受則須攷察母法之精神尤須參酌母法之母法而研究之

第五節 實體法手續法

實體法與手續法依法律規定之如何而爲區別者也所謂實體法者規定權利義務實質之法律也手續法者規定權利保護實行之手段方法者也憲法刑法民法商法等屬於前者刑事訴訟法民事訴訟法等屬於後者
實體法與手續法之區別係就法律大體而觀察之非將法律規定之全體爲一定之分類也例如商法爲實體法並規定註冊及其他之手續民事訴訟法爲手續法

而有訴權之規定是實體法中亦規定手續事項而手續法中又不乏權利義務之規定也雖然手續法中所規定之權利義務由於侵害民商法等之實體法中所規定之權利以及不履行所規定之義務而發生者因第一權利被侵害而有第二權利義務之規定以救濟之此英美學者所以稱實體法為主法手續法為助法德意志學者謂實體法為實質法手續法為形式法者職是故也

實體法與手續法之區別實益甚罕惟法律之解釋適用上則見其有必要審判官不得藉口於法律之不備而拒絕審判為近世文明諸國法律所認之原則此原則僅就實體法而言非包含手續法而為適用故實體法有缺審判官得探究立法之精神依學說條理而為判決至手續法不備則除拒絕判決執行外他無補救之方法在也

第六節 強行法任意法

強行法與任意法依法律規定之內容如何而分類也規定不得以當事人之意思變更法律之適用者曰強行法例如刑法以及其他刑罰^法之規定對於違反者加以制裁毫不問個人之意思如何而絕對適用者是任意法云者個人所爲之意思表示與法律所規定者有異而法律許容之之謂也如買賣以及其他契約之規定以當事人不表示反對意思爲限而受適用是

學者有以公法之規定爲強行法私法之規定爲任意法者是未得稱爲區別正確之標準何則公法之規定一聽諸個人之任意者不乏其例如選舉法固爲公法然選舉權之行使或拋棄任選舉權人之自由是亦任意法也又私法中有不許容個人之任意者如關於人格能力之規定物權存在制限之規定以及不法行爲之規定等均不得以個人之意思自由變更若是則何一而非強行法乎

學者有以法律之禁令與放任爲強行法與任意法區別之標準者曰勿殺勿盜法所禁也納稅服兵法所命也禁止命令不得任諸個人之自由故爲強行法反之如

關於婚姻之規定爲婚與否國家不得加以強制是卽所謂任意法斯言也似是而實非余闢其說之誤謬說明於左

一 禁止法與命令法屬於強行法固矣不屬於禁止命令之規定何所見而謂其非強行法乎例如婚姻一任諸各人之自由法律固未嘗加以命令禁止也一旦爲婚必也依據婚姻法之規定不許當事人爲反對之意思表示由此觀之則是國家強行其規定之一點與命令法禁止法毫無足異然則關於婚姻之規定亦強行法也論者僅以禁止命令爲強行法之說明毋乃失於狹隘乎

二 如論者所云放任個人之自由者爲任意法是一切法律無一而非任意何則關於不法行爲之規定以及刑罰之規定非國家對於不法行爲殺人之行爲加以禁止乃使殺人之人與夫爲不法行爲者負擔一定之結果而已若是則殺人與否爲不法行爲與否仍屬個人之自由與婚姻本乎人之任意既爲婚姻則須負擔一定之結果有何異乎

三 僅以禁止法命令法爲强行法則凡法律莫非强行可不認任意之存在何則民法中所載之任意法限於個人無反對之意思表示則依民法之所規定而定權利義務之關係有反對之意思表示時則從其意思從其意思依民法之規定均爲法律之適用與適用刑法稅法之規定殊無少異

準上以觀則强行法與任意法之區別不得依其爲禁令與否以爲斷惟以當事人對於立法者所立之規則得爲不同之意思表示與否而決一言以蔽之卽法律之規定關於公共秩序善良風俗者爲强行法有關公秩良俗無論當事人之意思如何必强而行之不得稍事許容故也

强行法與任意法區別之實益於解釋適用法律大有攸關如爲任意法則須攷察當事人之意思而定權利義務之關係至强行法則否更自强行法之範圍觀之於國際私法中制限外國法之適用定內國法適用範圍之標準是豈僅關於民商法中所規定法律行爲之有無效之問題乎

第七節 公法私法

公法與私法在法律學之分類中極其重要而對於區別之標準學說紛歧莫衷一是茲舉其重要者臚列於左

第一說 關於公益之法律謂之公法關於私益之法律謂之私法自羅馬之烏耳比安以來一般學者所是認此區別者也羅馬法典第一編曰公法者關於羅馬國事之法律私法者關於羅馬私人利益之法律其意即此雖然公益與私益之區別果以何爲標準乎蓋國家者爲個人之集合體維持國家公益即所以增進個人之幸福維持個人利益要不外達國家公共之目的例如對於財產上之犯罪刑法處罰犯人固關於國家之公益同時保護私有財產即所以維持個人之私益是故凡一事件關於單純公益或關於單純私益者實不多觀或曰國家所保護之利益有直接間接之分直接保護公益者曰公法直接保護私益者曰私

法雖然直接與間接乃屬程度上之問題顧安得稱爲正確區別之標準乎

第二說 以法律之應用委之於權利者曰私法否則公法易詞而言之則私法者規定個人可得自由拋棄之權利之法律也公法者規定個人所不得任意拋棄者也雖然選舉權對於親告之訴權得拋棄之親權夫權法律不許自由拋棄是公權未嘗不可拋棄而私法上之權利亦有絕對不許拋棄者也

第三說 規定國家與人民之關係者爲公法規定個人相互之關係者爲私法此種區別驟視之似亦完善實則不甚明顯何則國家與人民之關係而屬於私法者不乏其例又人民相互間之關係而屬於公法者尤復不少例如人民應國家所募集之公債從此所生權利義務之關係是亦公法乎又民事訴訟法係規定人民對於人民之訴訟手續而今日之學者莫不認其爲公法

第四說 私法者定人與物之關係之法則公法者定人與人支配關係之法則也雖然法律皆所以定人與人之關係而不有人支配人之關係故此說未見其可

第五說 定權力關係者曰公法定權利關係者曰私法權力關係云者一人對於他人服從關係之謂也權利關係云者個人相互之對等關係也倡此說者謂個人與國家之關係常爲服從之關係個人相互之關係常爲對等之關係是殆不然何則凡權利依國家之權力始發生權利關係與權力關係有不可相離之關係在也且近世憲政發達個人對於國家得有種種之權利何得謂悉屬命令服從之關係耶更自個人相互之關係言之子對於親妻對於夫均有服從之義務是私法又何嘗無服從之關係此說失諸正鵠無待多言

第六說 吾人共同生存之關係得區分爲公生活與私生活人民以公資格爲國家團體之一員同時以私資格爲社會團體之一員定前者之生活關係爲公法定後者之生活關係爲私法以個人之資格區分爲二惟關於參政權之法律與夫普通之私法足以說明而不能爲概括的區別也例如刑事訴訟法所規定者固爲公法之關係然所謂訴權所謂訴訟所謂犯罪所謂服從刑法均不得謂個

人以國家一員之資格而爲公生活關係是則不能以公生活與私生活爲公法私法區別之標準也明甚

上列各說失於偏頗皆不足爲公法私法區別之標準今余擇其比較的正確者說明如次

公法云者規定國家之主權自體以及主權活動之關係之法律也私法云者依主權之作用而定私人行爲之法律也據此而類分之則憲法議院法選舉法行政法地方自治制刑法刑事訴訟法民事訴訟法破產法等皆屬於公法國際公法亦然民法商法其他之法律皆屬於私法

憲法者規定主權自體及主權活動之法律關係行政法者定行政關係之法則皆公法中之最著者又選舉法所規定之選舉權被選舉權爲構成立法機關參與立法權活動關係之法則是亦公法也刑法刑事訴訟法之爲公法自無待贅至於民事訴訟法如何則各國學說不一英美法學者以其爲規定私權保護之手續概目

之爲私法德意志學者則謂民事訴訟法乃規定國家司法權運用之手續其中所規定之訴權爲個人對於國家要求強力行使之權利爲公權而非私權故亦爲公法就民事訴訟法爲規定關於國家主權活動之手續一點觀之與憲法行政法定主權活動之關係同彼以民事訴訟法爲私法者由於不知手續法之爲公法也二者以德意志學說爲正當是民事訴訟法亦爲公法破產法乃關於破產財團分配之規定爲國家行使司法權保護債權人之手續法亦屬公法國際公法爲規定國家對外主權活動之法則自應列於公法部有謂其爲列國對等之關係非公法而爲私法者是不足採也

學者有以公法私法之區別無何等實益而視爲無用之長物者殊不知公法上之現象與私法之現象大異其趣公法既不得依私法之法理而爲說明則是吾人研究法律又安可不分公法與私法爲二大部門以考究其特殊之法理原則乎

第十一章 法律之制裁

第一節 制裁之意義

制裁云者法律所與之苦痛也詳言之卽國家爲維持社會之秩序對於違法者加以苦痛之謂也茲分析此定義而說明之

第一 制裁者苦痛也

國家爲維持社會之秩序增進人民之幸福別善惡明賞罰加違法者以苦痛與善行者以獎賞獎賞非制裁此其所以單稱苦痛爲制裁也

第二 制裁者違法者所受之苦痛也

違法者何卽違犯法律之規定侵害他人權利以及不履行自己之義務者也是故與損害於人而爲法律所認許者不得謂之違法例如因正當防衛而致人於死不蒙何等之制裁是

第三 制裁者國家對於違法者所加之苦痛也

不許私人行使權力爲近世文明國所認之原則是故加違法者以制裁必藉國家之權力行之所有人對於不法奪取財產者不得以腕力取回債務人不履行債務而圖遠颺債權人不得扣留其身體刑法上除正當防衛外不得擅自報復故曰制裁者國家對於違法者所加之苦痛也

第四 制裁者國家爲維持秩序加違法者以苦痛也

制裁非國家之目的乃依此以期維持社會之秩序者也文化進步社會日新制裁亦因之而異其趣然其爲維持秩序加違法者以苦痛也則不問古今無分東西同出一轍

制裁之意義已如上述今進而言制裁之種類

第二節 制裁之種類

第一款 公法上之制裁

公法上之制裁云者待國家機關之請求而加苦痛於違反法律者之謂也公法上之制裁分爲刑罰法上之制裁及行政法上之制裁

第一 刑罰法上之制裁

刑罰法上之制裁云者刑法以及其他刑事法對於違法者加以制裁之謂而違法者因之剝奪其生命身體自由名譽財產之最大苦痛也刑罰法上之制裁得別之爲五

一 生命刑

所謂生命刑者即剝奪犯人生命之刑罰也古代執行死刑用磔殺焚殺鋸引車裂釜煮等種種殘酷之方法而今則使犯人永離社會爲目的不令其蒙無益之痛苦僅以絞殺斷首鎗殺電氣殺之方法爲之

近世歐洲各國盛唱死刑廢止論且不無實行廢止之國者其理由曰人之生命授之於神以人殺人甚不當也又曰死刑者所以使犯人與世長離也終身

禁之亦使永訣之一道又何用殺戮爲反對者曰終身拘禁不保無脫獄之虞且國家虛糜養費實足以增國庫之負擔而良民將不堪租稅重課之苦二說言之有故持之成理徵諸實例則保存死刑者較多然自立法論言之則死刑之存廢猶有研究之餘地在也

二 身體刑

身體刑云者加痛苦於犯人身體之刑罰也古代所行之劓刑荆刑笞杖等皆是此種刑罰不足以促犯人之悟悔徒長殘忍酷烈之性行故近世除笞刑猶有存者外餘悉廢止

尙有一種身體刑非與犯人身體上之痛苦而以之爲初犯再犯之標識並使社會之人目擊其狀而生戒心者卽黥刑是也黥刑之用不僅不能使犯人入於自新之途實足令其陷於自暴自棄之境此近世歐洲學者所以盛唱廢止也

三 自由刑

自由刑云者束縛犯人自由之刑罰也自由刑之目的不在使犯人身受痛苦在於拘束其自由使之遠隔社會加以精神上之苦痛也自由刑之種類各國不一我國現行刑律所認者如左

甲 徒刑 徒刑云者拘置於監獄之謂也徒刑分爲有期與無期無期徒刑者永遠拘置於監獄之謂也有期徒刑分爲五等列舉如左

- (1) 一等有期徒刑 十五年以下十年以上
- (2) 二等有期徒刑 十年未滿五年以上
- (3) 三等有期徒刑 五年未滿三年以上
- (4) 四等有期徒刑 三年未滿一年以上
- (5) 五等有期徒刑 一年未滿二月以上

乙 拘役 拘役者一日以上二月未滿監禁於監獄內是也

四 財產刑

財產刑云者剝奪犯人財產之刑罰之謂如罰金沒收是也沒收者對於違禁私造私有之物供犯罪所用及預備之物因犯罪所得之物且以犯人以外無有權利者爲限剝奪之一種之從刑也古代有贖罪制度凡犯死刑身體刑以及其他之刑罰者得易之以金而免其刑今則用財產刑之方法從犯罪之輕重應犯人之貧富由審判官酌量科之罰金額數爲一圓以上無資力者以一圓折算一日易以監禁

五 名譽刑

名譽刑者剝奪犯人之名譽或加之以恥辱一種之從刑我現行刑律第四十六條規定褫奪公權者是也茲將該條所認之名刑譽列舉如左

褫奪公權者終身褫奪其左列資格之全部或一部

- (1) 爲官員之資格

- (2) 爲選舉人之資格
- (3) 膺勳章之資格
- (4) 入軍籍之資格
- (5) 爲學校監督職員教習之資格
- (6) 爲律師之資格

第二 行政法上之制裁

行政法上之制裁云者國家爲強行行政法規或行政處分加違法者以苦痛之謂也對於國家有特別服從關係者所受之制裁謂之懲戒罰普通人所受之制裁曰行政罰執行罰今逐次說明之

一 懲戒罰

懲戒罰云者官吏律師公證人議員軍人學生等有特別服從之義務者違反其服務規律所受制裁之謂也稱此制裁曰懲戒處分例如學生違反校章而

受記過停學退學等之處分官吏依據文官懲戒條例而受褫職降等減俸記過申誡之處分是也

二 行政罰

行政罰云者對於違反行政法規者加以制裁之謂罰金與拘留是也就制裁自體論行政罰與刑法罰殊無少異惟其無須刑法上之所謂故意僅以違反爲制裁之要件故此種法規爲行政法而非刑事法違反此法規者乃行政犯而非刑事犯此學理上所以特爲區別之曰行政罰也

三 執行罰

執行罰云者對於依行政法令或行政處分負有行爲不行爲義務而違反之者所加之制裁也簡言之即對於不依國家之命令者加以強制處分之謂也國家命令有以物的給付爲目的者有以人的給付（即特定之作爲不作爲）爲目的者如爲物的給付則國家直行其強制徵收毋須依據強制執行之手

續至人的給付則除有緊急必要之場合外不得行直接強制處分（行政執行法第八條）義務者不遵命令而官署自爲義務者所應爲之行爲或命他人代行時其費用向義務者徵收之曰代執行代執行之規定不適於不作爲之義務作爲義務之性質上不得倩人代行者亦然當此際國家惟有命其爲一定之行爲或不行爲同時預爲告戒如一定之期間內不履行義務須處之以過怠金過怠金爲行政法上之制裁非若刑法上之罰金也故義務者不繳納之場合不得依刑法總則易科之規定須依國稅徵收法強制徵收其財產（行政執行法第五條）若義務者已受執行罰之處分猶不履行其義務時國家以實力抑制義務者之自由強制其作爲或不作爲是謂之直接強制處分

第二款 私法上之制裁

私法上之制裁者國家因私人之請求對於違反法律者所加之苦痛也私法上之

制裁又謂之民事制裁今分別說明如左

一 損害賠償

因故意或過失侵他人之權利而不法者於因侵害而生之損害負賠償之義務（民法草案第九百四十五條）此之謂不法行爲之制裁因不法行爲之結果侵害個人權利並危及社會之公益時加害者一方受民事制裁同時須受刑事制裁又債務人不履行債務或不爲完全之履行時對於債權人在損害賠償之責（民法草案第二百六十九條二百七十條一項）是損害賠償有時爲不法行爲之制裁有時爲債務遲延之制裁其原因固不同而其目的在回復損害發生前之原狀也則一原狀回復爲事實上不可能故法律對於一切之損害悉以金錢計算使被害人取得一定之金錢以救濟之（民法草案第三百八十五條第九百六十條第九百七十一條第九百六十一條參照）

二 無效

無效云者對於違法之行爲不附與法律上效果之謂也是之謂消極之制裁例如從賭博所生金錢債權之請求加強暴脅迫而爲金錢之借貸強迫相對人而爲婚姻是

三 撤銷

撤銷云者違法行爲依有撤銷權者之撤銷而失其效力之謂也是亦消極制裁之一種至何人有撤銷權對於何種行爲得加以撤銷從各律中之所規定茲不贅可撤銷之行爲在實行撤銷前仍保有其效力

四 直接履行

不依損害賠償之方法而使義務人履行被拘束之義務是謂之直接履行直接履行多由於債務性質不得依損害賠償以爲救濟者例如某俳優約定演劇而違約不能以金錢代償是

五 禁令

禁令云者審判廳對於違法行為以命令豫防禁止或廢止變更之謂也例如占有人之占有有被妨害之虞者得請求預防其妨害（民法草案第一千三百零一條）占有既被妨害得請求除去之（民法草案第一千二百九十九條）又建築工作物不遵守一定之距離而違反法律之規定者土地所有人得請求廢止或變更其建築是也（民法草案第九百九十五條第九百九十六條參照）

六 利益之返還

占有人之占有被侵奪時得請求返還其占有物（民法草案第一千二百九十七條）無法律上之原因因他人之給付或其他方法受利益致他人損失者負歸還其利益之義務（民法草案第九百二十九條）是亦因不法行為不當利得而受利益者為法律所不許令其返還斯制裁之道也

七 人格之剝奪

剝奪自然人之人格今世無之惟法人受解散之命令而解散者是即所謂人格

之剝奪

私法上之制裁爲國家對於違法者所加之苦痛故被害人須依訴訟手續請求國家之保護不得愬諸自己之實力以行德意志民法所認自助權英國法所認取戾權我民法草案絕對無之

第十一章 法律之內容

關於法律之外形已詳述且盡而其內容實質亦不可不加以說明故本章特標而出之

國家爲維持吾人類共同生存規定生活關係之規則謂之法律稱此法律所規定之生活關係曰法律關係是法律關係云者乃法律所規定人格者相互之關係之謂也法律一方定吾人得爲一定行爲之範圍同時於他方規定不可爲與不可不爲之範圍一定之範圍內得爲一定之行爲者即法律承認吾人行爲之自由而

予以保護者也於此保護之下所爲之行爲謂之權利於此不可爲與不可不爲之範圍內嚴守制限謂之自由之拘束稱此拘束曰義務是法律關係乃權利義務之關係法律以規定權利義務關係爲內容則謂法律爲權利義務之規則也可

權利義務爲對立之關係有權利必有義務有義務而無權利者實亙古所未見也古代法律以義務爲主權利不過其間接之規定故關於債權債務關係之規則稱之爲債務法近世法律則以權利爲本位以權利爲本位是法律之內容實質與其謂爲權利義務何如獨稱之爲權利較爲適宜

如上所言法律之內容卽權利規定權利者卽法律是權利與法律有不可相離之關係離權利則無法律舍法律亦無權利之可言古代諸國關於權利與法律嘗以同一言語表彰（例如拉丁語之 *ius* 法蘭西語之 *Droit* 德意志語之 *Recht* 意大利語之 *Diritto*）者職是故也

法律與權利雖本同一之觀念然示以同一之文字不僅毫無實益且徒滋混雜故

不若分別其名稱而用之惟是權利與法律有不可相離之關係自主觀的具體的觀察則爲權利自客觀的一般的觀察則爲法律法律之學卽權利之學是則不可不知也

第十三章 法律上之權利

第一節 權利之性質

權利爲法律之製造物無法律則無權利之可言彼自然之權利以及天賦人權非所謂法律上之權利也關於法律上之權利自來有種種學說今擇其重要者臚列如左

第一 本分說 權利者所以盡人之本分之道自然法學派所盛唱者也其說曰人爲萬物之靈對於禽獸草木對於己身對於他人莫不各有本分盡對人之本分斯卽所謂權利如父母對於其子盡教養之本分者是其適例此說以權利存

在不俟法律創定之一點爲法律學根本上之誤謬且本分云云不外今之所謂義務盡本分卽義務之履行以義務爲權利其何以明權利之眞意乎

第二 自由說 法律所以保障人之自由故吾人於法律範圍內所享有之自由是卽權利此說以自由爲權利殊失廣漠信如彼言則是飲食起居之自由亦將稱爲權利乎且保障吾人自由之權利除公法上所謂人權以及私法上所謂身體之自由權外均不以自由爲權利之內容若是則據自由而說明一切之權利不待智者而知其不然也

第三 能力說 權利之要素爲能力爲法律上之力而非實力中世學者之所唱道者也是說僅論權利之外形而不能說明權利之本體故亦未見其可

第四 意思說 權利本乎意思離意思權利則不能存在故權利爲意思之力此說本意思而立論固矣惟是以意思之力卽爲權利於幼年人神經病人之能享有權利不得說明况吾人意思之力不能謂其悉爲權利乎

第五 利益說 權利爲法律所保護之利益德儒耶林氏所主張者也法律保護云云不外依訴訟請求國家司法權之保護而已是權利之特質所以異於其他利益者亦卽在此

利益說能說明權利之目的故歐美學界爲之風靡然以權利之目的（卽利益）與權利自體相混是其缺點彼謂法律所保護之利益爲權利是則制定工場法保護勞動者之利益亦得稱爲權利之創設乎

第六 折衷說 能力說意思說利益說皆能揭破權利部分之眞理而未得窺其全豹不知權利乃法律上所認意思之力同時以法律所保護利益爲目的之意思之力合能力意思利益爲一鑪而冶之此近世最新之學說也余輩亦以此說爲正確故本此意義說明如左

權利云者關於生活關係一定之利益爲人格者所得享有法律上之力也今分析此定義揭其要旨而一言之

(一) 權利者法律上之力也。權利爲法律所認意思之力非吾人所有自然之意思力也。法律上之力與事實上之實力有異。與國家之權力亦有異。詳言之。卽不問權利者之有思想上實力與否。由法律附與此力而權利卽存在。此幼、少年、胎兒以及無形之法人亦得爲權利之主體也。權利既由法律所附與。故必依賴國家權力之保護。非如國家權力之有強制力也。若是則對於權利之侵害者。須請求國家行使權力。故曰權利者法律上之力也。

(二) 權利者得享有一定利益之法律上之力也。得一定之利益使之滿足其慾望爲權利之目的。茲所謂利益者。不以金錢爲限。凡物質的精神的足以爲吾人生活之資料者。皆是。或曰權利以利益爲目的。則是謂之曰權必有利益之存在。債務超過繼承財產。承繼人蒙不利益之場合。繼承權猶不失爲權利。乎曰然。繼承不僅以財產爲限。財產以外之利益。統屬於繼承權。是亦以利益爲目的也。

當注意者即權利以利益爲目的乃專指一定之利益而言非以漠然無定一般的利益爲目的也例如所有權以一定物之支配爲目的債權以一定行爲或不行爲爲目的是

(三) 權利者因人格者而存在之法律上之力也 關於生活關係一定之利

益爲人格者所得享有法律上之力曰權利是權利爲對於他人之權利權利人之外必須有義務人之對立自不待言

自然人得爲權利之主體者因法律認定其有人格故也如是則人格亦同乎權利非經法律認定不可法律有不認自然人爲人格者有非自然人而亦認其爲人格者前者如古代法律所認奴隸之制度後者如近世法律所認法人是也

權利爲法律上意思之力是自然人之能享有權利固甚明瞭至法人無形體無自然的意思不過法律認其爲有人格得享有權利而已謂其有意思之力

毋乃近於牽強乎曰否法人本不有自然的意思因自然人之自然的意思而有法律上之意思自法律上意思之一點觀之與自然人毫無少異此所以稱權利爲人格者關於生活關係一定之利益所得享有之法律上之力也

第一節 權利之種類

權利得區分爲種種舉示如左

第一 主權利從權利

主權利云者獨立存在之權利從權利者附隨於他權利而存在之權利也前者如債權是後者如質權是主權利消滅從權利亦隨之從權利消滅而主權利不因之受其影響

第二 公權私權

公權者國民所享有之權利私權者人類所得享有者也關於公權私權區別

之標準學說紛如今擇其重要者一述之

第一說 規定於公法上之權利爲公權規定於私法上之權利爲私權此說以公法私法爲區別公權私權之標準驟觀之似乎近理實則未爲正確彼憲法公法也其中所規定人民有保有財產自由之權利不得侵入家宅之權利安見公法中不有私權利之規定乎

第二說 公權云者定國家與人民關係之權利之謂私權者定人民相互關係之權利也雖然人民與國家之關係關於私權者有之人民相互間之關係關於公權者尤復不少顧安得稱爲正確區別之標準乎

第三說 關於公益之權利爲公權關於私益之權利爲私權此說以公益私益爲區別公權私權之標準然何者爲關於公益之權利何者謂之關於私益之權利殊欠明瞭

上列三說皆不得其正鵠余以爲關於國家秩序之事項國家對於人民直接所

與之權利曰公權否則私權

第三 對人權對世權

對人權者對於特定人之權利例如賣主對於買主有受對價之權利是對世權者對於一般人所得主張之權利也如使人不侵害己之所有權是

第四 普通權特別權

普通權者依一般法律所與之權利也特別權者依特別法律對於特種人所與之權利也前者如人人有使他人不害自己生命之權利後者如對於有特別身分之人非履行一定之手續不得逮捕是也

第五 個別權共同權

個別權云者權利屬於一人之謂如書一冊為某人所獨有是共同權云者對於一個目的物而多數人有權利之謂也例如甲乙丙三人於一所房屋之上共同而有權利是

第三節 權利之主體

權利之主體何曰人也何謂人從何時始得謂之人在何處可得爲人均屬權利主體根本上之問題爲吾輩所不可不深加研究者也

所謂人者指自然人與法人而言自然人之爲何爲人類學上之問題非法學範圍內所當研究者故人類學上所認之人即法律上之自然人法人者從人之集合或物之集合所成社會上之組織體得爲權利之主體者也其詳屬諸民法總論中茲略之

今進而論何時始得爲人之間題徵諸羅馬古代法律則以自母體分離（卽出生）出生後生存非鬼兒爲人之三大要件以出生爲自然人之要件是出生前之胎兒不得謂之爲人當母待贅然法律關於特種事項有例外之規定視胎兒爲既生而昇以人之權利者如胎兒有請求損害賠償之權（民法草案第九百七十一條）胎

兒有繼承之權（民法草案第一千四百六十一條）是也

出生後以生存爲限不獨羅馬法爲然普魯士奧地利等之法律有自然人出生後發聲啟目之規定是亦以出生後生存爲自然人之要件也

其次則以非鬼兒爲要件然非鬼兒不得悉謂之人故非鬼兒云者人而非鬼兒之謂非人亦不得爲權利之主體也

關於何處可得爲人之問題係專就法人而言之耳何則奴隸制度廢止之今日自然無往而不可爲權利之主體也

法人乃人之集合或物之集合從法律規定承認其爲權利之主體前已言之惟是須具備如何要件始得認爲法人則依各國之法律而有異故甲國所認許之法人乙國有不認其存在者

人有法律上能力者得享有權利行使權利之法律上之資格也分能力而爲
（一）權利能力（二）行爲能力前者得爲權利或義務主體法律上之資格之謂後者

則指因其行爲而有取得權利或負擔義務之能力而言也。自然人有權利能力自完全出生時始至行爲能力則依生理上之關係以及其他狀況有受制限者。法人於法令限制內有享受權利負擔義務之能力（民法草案第六十一條）自其依法令或規條設置必要之機關時起有行爲能力（民法草案第六十二條）。

人有內國人與外國人之別。內國人者，我國國元年所公布之國籍法規定中國人民之要件者是也。凡不屬於中華民國之人，皆稱之爲外國人。我國籍法規定爲中國人之原因如左：

- 第一 因出生而爲中國人
- 第二 因歸化而爲中國人
- 第三 因婚姻而爲中國人
- 第四 原爲中國人取得外國之國籍者，因國籍之回復而爲中國人
- 第五 因養子而爲中國人

第六 因認知而爲中國人

第七 外國人之妻隨同其夫而爲中國人

第八 外國人之子因其父母爲中國人隨之而爲中國人但依其本國法以未成年爲限

因出生而爲中國人前既言之矣因歸化而爲中國人者卽外國人以自己之志願而取得中華民國之國籍之謂也外國人歸化中國須得內務部之許可並須具備一定之要件要件有五(一)繼續五年以上在中國有住所者(二)年滿二十歲以上依中國法及其本國法爲有能力者(三)品行端正者(四)有相當之財產或藝能足以自立者(五)本無國籍或因取得中華民國國籍卽喪失其本國國籍者是也(國籍法第四條參照)

因婚姻而爲中國人者外國女子與中國男子爲婚姻而爲中國人是也中國女子與外國男子爲婚女子從其夫而爲外國人該外國人不因婚姻之結果而爲中國

人

原屬中國人取得外國國籍因國籍之回復而爲中國人者得別之爲二（一）與外國人爲婚取得外國國籍者因婚姻關係消滅後在中國有住所並具備一定之條件時經內務部之許可得回復中華民國國籍（二）依自己之志願以及從父母從夫喪失中國國籍而爲外國人者既於中國有住所並具備一定之條件時經內務部之許可得回復中華民國國籍是也（國籍法第十七條第十八條參照）

因養子而取得中華民國國籍自母須加以特別之說明

因認知而爲中國人者即其父或母爲中國人以外國未成年之子認爲自己之子而爲中國人之謂也但未成年者以非外國人之妻爲條件否則對於外國人加以認知有使夫妻生國籍相異之結果也

外國人之妻隨同其夫而爲中國人以及外國人之未成年子因其父母爲中國人隨之而亦爲中國人者無他即所以防止國籍有異其間有權利義務衝突之發生

是以爾爾也

內國人與外國人有區別之必要者以其權利義務有差等故也然所謂差等係就一般之權利義務而言私權不包含之

第四節 權利之客體

權利之客體云者物之謂也物也者即我民法草案第一百六十六條所稱有體物是也今舉示其種類如左

第一 動產不動產

凡物不變其形質本體得易其所在地者曰動產反是則為不動產前者如筆墨書籍等是後者如土地房屋是也

第二 融通物不融通物

融通物者得為交易之目的物不融通物云者不得為交易目的物之謂也後者

如日月星辰以及禁物等皆是前者如酒米筆墨等是也

第三 主物從物

主物者獨立可供使用之物從物者附隨於他物始得全其效用者也例如鑲爲主物錶鏈卽其從物也又屬於物之一部分而不有主從之關係者則不得目之爲從物如棹櫃中之抽屜是

第四 代替物不代替物

以同性質同種類同數量之物爲目的物者曰代替物反是則爲不代替物前者如米一石酒一斗是後者如祖先之系圖名將之甲冑是也代替物亦名不特定物不代替物亦名特定物

第五 可分物不可分物

取其一部而該物仍可獨立存在者曰可分物如布帛是因分割而失其物之本質或減煞其價格者曰不可分物如牛馬衣服是

第六 消費物不消費物

經一次之使用其物即因之消滅或變形者曰消費物反是爲不消費物前者如魚鳥菓物煙草是後者如家屋船舶是

第七 有體物無體物

有體物者物之存於空間可得以人之視官接觸者也無體物則反是燈台爲有體物煤氣電氣是爲無體物也

第八 有主物無主物

隸屬於人之權利支配下之物謂之有主物而不然者曰無主物無主物得變爲有主物例如飛翔於空中之鳥游泳於水中之魚本屬無主物因人之捕獲而爲有主物是

第十四章 法律上之義務

有權利必有義務是義務爲服從權利之強制自不待言然獨立加以觀察則義務之定義如左

義務云者受法律之強制而負行爲或不行爲之責任之謂也
今分析此定義而說明之

第一 義務者責任也

責任云者非規則之謂謂其必當服從規則者也詳言之則從規則之禁令爲所當爲不爲其所不當爲此義務所以爲責任也

第二 義務者行爲或不行爲之責任也

行爲者指積極的作爲而言不行爲云者消極的不作爲之謂也前者如繪畫是後者如不奏音樂是義務爲作爲或不作爲之責任故云

第三 義務者受法律之強制而負行爲或不行爲之責任也

義務一語極其廣汎宗教上之義務道德上之義務社會上之義務舉凡率由規

則所負行爲不行爲之責任者莫非義務而法律上義務之不同在依國家之強制力得強行之之一點故曰義務者受法律之強制所負行爲或不行爲之責任也

義務有積極義務消極義務第一義務第二義務之分積極義務者行爲之義務也如物之賣主對於買主有交付物之義務買主有支付對價之義務是消極義務云者不行爲義務之謂如不得侵害人之所有權是也第一義務即不侵害他人權利之義務第二義務由侵害他人之權利而始發生者也

中華民國十年六月十八日印刷
中華民國十年六月二十八日發行

法學通論
定價大洋捌角

著作人 劉陽王 覲

印刷所

北京安定門內
京兆公立第一工廠
電話東局一一八五



發行所

北京琉璃廠
公慎書局
電話南局四三〇

18

101048

(3)