

學通論

法政提要

上海政法學會印行

法學通論

政法學會印行

法政提要

弁言

共和國國民不可不具有法政智識顧法政諸書浩如淵海苦於無從入手本書網羅海外諸大家學說摘其精要編成袖珍本全書十六冊後附以民國各種法律草案及日本法律條文以資考鏡入專門學校三四年而卒業者讀此書數閱月而盡得其奧凡律師議員政黨黨員行政司法官吏及不肯放棄責任公民均宜各備一部即已習法政諸君既便溫故更省腦力應奉為枕中秘寶而有受文法官考試資格者尤應奉為應試金丹惟本社為攜帶便利起見印成小本如遇試驗幸勿懷挾入場茲將所採諸大家學說列後以示不敢掠美

法政提要目錄

日本法學博士梅謙次郎

法學士大石定吉

大石定吉 日本法學博士清水

澁 法學博士寬克彦

日本法學博士岡田朝太郎

法學士平沼騏一郎

梅謙次郎 岡田朝太郎 日本

法學士鈴木 喜三郎日本東京

控訴院部長判事松岡義正

梅謙次郎 岡田朝太郎 日本

法學士鈴木 喜三郎日本東京

控訴院部長判事松岡義正

梅謙次郎 岡田朝太郎 日本

法學士鈴木 喜三郎日本東京

控訴院部長判事松岡義正

梅謙次郎 岡田朝太郎 日本

法學士鈴木 喜三郎日本東京

控訴院部長判事松岡義正

法學通論

國法學

刑法

民法總則

民法物權

民法債權

民法

附民國憲法草案

附民國暫行新刑律規則
附民國暫行新刑律分則

附民國律總則草案

附民國律物權草案

附民國律債權草案

附民國律親屬草案
附民國律承繼草案

第一冊

第二冊

第三冊

第四冊

第五冊

第六冊

第七冊

日本法學博士志田鉦太郎

商法

總則 附 民國商律總則草案
附 日本商法會社正文

第八冊

日本法學博士志田鉦太郎

商法商行為

附 日本商法商行為正文

第九冊

日本法學博士志田鉦太郎

商法

手形 日本商法手形正文
海商 日本商法海商正文

第十冊

日本法學博士青木徹二

刑事

訴訟 附 民國刑事訴訟法草案

第十一冊

日本法學博士青木徹二

民事訴訟

附 民國民事訴訟律草案

第十二冊

日本法學博士中村進午

國際公法

戰時 附 民國國際公法

第十三冊

日本法學博士中村進午

國際私法

附 民國國際私法

第十四冊

日本法學博士金井延

經濟學

附 民國經濟學

第十五冊

日本法學博士小林五三郎

財政學

附 民國財政學

第十六冊

日本法學博士小林五三郎

監獄學

附 民國監獄學

第十七冊

日本法學博士下村宏

監獄學

附 民國監獄學

第十八冊

法學通論目次

第一編 法學

第一章 法學之性質

第二章 法學之類別

第三章 法學之各派

第一節 演繹派

第二節 歸納派

第四章 法學之系統

第五章 法學之前提

第二編 法律

第一章 法律之定義

第二章 法律與宗教之關係

第三章 法律與道德之關係

第四章 法律之類別

第一節 因於法律發生方法之類別

第二節 因於法律實質之類別

第三節 因於法律系統之類別

第四節 因於法律效力之類別

第五節 因於法律施行區域之類別

第五章 法律之淵源

第一節 慣習

第二節 宗教

第三節 條理

第四節 判例

第五節 學說

第六節 外國法

第七節 條約

第六章 法律之改廢

第一節 成文法之改廢

第二節 慣習法之改廢

第七章 法律之解釋

第八章 法律之效力

第一節 法律關於時之效力

第二節 法律關於地之效力

第三節 法律關於人之效力

法學通論目次終

法學通論

第一編

法學

第一章

法學之性質

法學者一種之科學也。故欲知法學先不可不知科學為何物。夫科學的智識與普通的智識異。科學的智識非个个之智識或智識之集積之謂。乃彙類其智識之謂也。故法學者研究存在於法律現象中之通性（即法理）之學也。申言之。即非研究法律現象中个个的智識之謂。乃彙類其現象而得其正確的智識之學也。法律的性質既如此。然與應用其原則而寔地施行之法術則又異。何則。法學者體也。法術者用也。論權利之性質及得失消滅者。法學也。依法學而寔地應用其法理者。法術也。雖然。由其本質上論之。法學為體。法術為用。而由其沿革上論之。則法術先起。法學後生。

第二章

法學之類別

法學之現象非常複雜。因標準之如何而生多少之類別。試分論如下。

(甲) 因研究材料之廣狹而生類別

(一) 一般法學及局地法學 一般法學者其收集研究之材料包括各國各地方之一般法學也。局地法學者其收集研究之材料限於一國或一地方之法學也。

(二) 國內法學及國際法學 國內法學者其收集研究之材料限於國內者也。國際法學者以獨立國家與獨立國家間之法律關係為其研究之材料者也。

(三) 普通法學及特別法學 普通法學者以普通一般的法律現象為其研究之材料也。特別法學者以特別的法律現象為其研究之材料也。

(乙) 因研究材料之新舊而生類別

法學者有現行法學與非現行法學。現行法學者即現在各國所行之各種法規而以此為研究之材料也。非現行法學者即往昔各國所行之各種法規而以此為研究之材料也。如彼沿革法學派之人全以非現行法學為研

完材料之基礎

(丙) 因研究材料之性質而生類別

依此而類別之。則有憲法學、行政法學、刑法學、訴訟法學、民法學、商法學、國際法學之別。

第三章

法學之各派

研究法學之方法。學者恆不一其道。其大要者。總不出演繹的、研究法學派及歸納的、研究法學派之二種。

第一節

演繹派

屬於此派者。非基於經驗。乃因各自之理性。而說明法之本體也。此派分四種如下。

(甲) 自然派

此派以自然法為前提。自然法者。吾人人類於國家成立以前

之自然狀態中所存之法也。人類之生活狀態。有國家狀態與自然狀態之二種。自然狀態較之今日之國家狀態。其自由平等。幸福更多。又對於自然法而有

人定法之名稱。人定法者指現今存在於各國之法。與人類之自然狀態中所行之法有別。自然法為萬世不易之法。常為人定法之模範。人定法之善否。以適合於自然與否為斷。然此派至今日。不行久矣。

(乙) 神意派 古代馬尼紐之法典。穆罕默得之經典等。高基於神意而定之者。其制裁即謂神明之所罰也。當時法學與神學尚無區別。至中世漸有所謂神意派者起。而唱法教一致之論。以宗教上之理說明法之原理。此派至今亦已絕迹。

(丙) 人性派 此派以為法者。適於人性者也。故言人定法者。以適合於人性法與否為標準。中世荷蘭之格羅梯司。英之霍布氏。皆以法為適合於人性。其說風行一時。

(丁) 理性派 此派以為法者。理性之命令也。吾人人類所以異於動物者。以其有理性也。依此理性。乃可以知法理。且常謂客觀的存在於諸國之法。非完全之法。法者。萬古不易者也。此若依吾人之理性。而推知法理之學派也。如古

之柏拉圖亞里斯多得及近世之康德皆屬此派

第二節 歸納派

屬此派者綜合事實而得智識即依此而說明法之根本原理也此派分三種如下。

- (甲) 分析派 此派取各法律之現象而分析解剖之以明其組織及成分而以發見存於其間之法律為目的也始於英之奧士丁如化學家以分析物質而知其成分者然例如所有權者包含使用收益處分之三元素者也占有權者包含有意思與實力之二元素者也英國法學家祖述奧氏者至今尚盛。
- (乙) 沿革派 此派以觀察法律現象之發達變遷即因之而研究其法理也德之拉比尼多為其始祖及薩比尼氏出此派益昌薩氏研究羅馬法之沿革曾倡為法律乃發達物非製作物之說以難赤勃之德國法典編纂論故以拉比尼多為此派之始祖母甯推薩比尼。
- (丙) 比較派 此派取存在於各國各地方之法律現象而比較對照之以發

見存於其間之法理為學派也。此法於古代已闢其端緒，但未完成。惟法人孟德斯鳩著萬法精理，採比較研究之法，集其大成，故通常皆推氏為此派之始祖。至此派因其比較研究所用之材料性質如何，更得分如下之派別。

(一) 國家別比較法學派。此派以國法為比較單位而研究其異同之如何。如孟德斯鳩即屬此派。

(二) 人種別比較法學派。此派以人種為比較單位而研究其異同之如何。德國格蘭耳及科恩等皆屬此派。

三 法條別比較法學派。此派以推求法律之系統為比較之單位而研究其異同之如何。次章詳論之。

第四章 法學之系統

各國法制大都有固有法及繼受法二種。繼受法與被繼受法之間有母子之關係，故一稱母法，一稱子法。母子兩法之間有同一之法條，即法律之系統。依其系統而研究之，乃生法學之系統。試舉要以說明之。

(甲) 印度法系 此法系為世界最古之法律最著為馬尼紐法典全係神授法寔即教典蓋即示婆羅門教之教旨者也其所行之地為印度及中亞細亞

(乙) 回回法系 此法系淵源于穆罕默得之教典所謂由神使所授者也是其所行之地為埃及波斯土耳其阿剌伯等國

(丙) 支那法系 此法系在唐虞三代時已極完備其編纂為法典者以戰國時魏李悝之法經六篇為始商鞅傳之改法為律漢蕭何仿之作律九篇此後又有魏律十八篇晉律二十篇隋唐明清皆各有律其所行之地支那之外有日本朝鮮安南等處蓋日本始以支那法為母法其繼授歐洲法制乃極晚近之事也

(丁) 羅馬法系 此法系其始純然為羅馬人種法之猶司勃爾猶司勃爾者即羅馬市民之法律非羅馬國之法律也其後版圖益大乃作猶司勃脫姆法以補其缺此法寔含有世界的性質至喬斯基尼阿帝編纂法律時遂總稱其法典為羅馬法律全書當時寔為羅馬法律極盛時代羅馬既亡法之勢力遂

亦中絕。至十二世紀意大利大學有所謂註釋學派者起。羅馬法學因之再振。昔愛林格著羅馬法精神論。謂羅馬法。令于世界者有三。統一世界者亦有三。當其盛時。以武力征服萬國。而國土統一也。及帝國瓦解。仍握教法之權。而宗教統一也。中世以後。使歐洲各國相率繼授羅馬法。而法律統一也。識者謂非過譽云。

(戊) 英國法條 英人富於保守性。故不問其為公法為私法。皆可謂有人種的性質者也。然則英國法何以能於公法之部分。為各國之模範。蓋英國人一方趨重定利。一方於公權公德之觀念。頗能發達。故耳。且充此保守之性質。使一國政治上問題。無急激之變更。而為健全之發達。如立憲制度及自治制度。各國無不奉英國為圭臬。非無因也。

第五章 法學之前提

無國家則無法律。國家者。法律之前提條件也。故國家為法律之基礎觀念。而法學自不能離國家而論。究夫宗教道德。未始不可以維持秩序。然僅由於人

之信仰良心而行之原非有由外部而得以強制之性質。法律則得由外部而強制之者也。而有此權利者。即國家。故可稱為法學之前提也。然欲以國家之性質種類目的等。詳細論究之。則屬於政治學及國法學之範圍。就其要者言之。要不外具體的觀察國家及抽象的觀察國家之二種。

(甲) 具體的國家

由具體的觀察國家之為何。則國家者。必於其統治權者之下。有一定之土地為基礎。而為共同生活之人類團體也。試說明其意義如下。

(一) 國家者。為共同生活之人類團體也。

國家以人類之團體為其成立之要素。固不待言。惟念此人類團體亦非單為多數人之集合物。而必有其聯合或活動之精神存在也。若其僅為形式的器械的混合而成。則國家終無由成立。何則。蓋所謂國家成立者。必其團體生活於一定目的之下。而於各個人種種之目的以外。別有團體之目的。在。并使各個人不可不自覺其為團體之分子也。

(二) 國家者以一定之土地為基礎也。

國家之成立必有一定之土地。此指今日之國家而言。若古代國家則不必以土地為要素。試觀察其沿革。可分為三時期。第一時期。祇認人民及統治權之二要素。而不以土地為要素。第二時期。以為土地即國家。故以土地及統治權為要素。而不以人民為要素。第三時期。則統治權、土地、人民三者相互維繫。而為國家之要素。此其為要素之土地。在國家組織中。特名之曰邦土。

(三) 國家者於統治權之下。以一定之土地為基礎。而為共同生活的人類團體也。

國家徒有土地、人民二要素。尚不得成為完全之國家。故不可不有一統治者。以統一之。國家者。須依統治權而制作法律。以強制其人民。然後能維持其國之秩序。統治權者。對於國內有保全全國民眾安甯之責。苟統治權一旦消滅。國家即成瓦解。而不得為完全之存在也。

(乙) 抽象的國家

由抽象的觀察國家之為何則國家者人格者也。此非指別種之國家而言。不過與具體的國家之觀察方面有所不同耳。原夫國家人格說之由來。寔基國家有机體說。此說古代已有倡之者。至德之伯倫智理而集其大成。伯氏於國家定義之說明有曰。國家者非無生命之器械。乃生活的物體也。迨格爾勃尔氏出力駁有机體說。而主張法人說。其後拉巴特氏復祖述之。其說遂大昌。蓋國家之可以為國家者。謂於各个人民之目的意思以外。必別有國家團體之目的意思之存在也。夫國家之意思。非必總計各个人民之意思。國家之活動。亦非總計各个人民之活動。此皆徵諸事實。而可信者。因事實之存在。而法律認其獨立存在之目的。而為法人。即所謂國家人格者也。雖攷古今法制。曾未有明認其國家為人格者。然從國際法上及國法上論之。則國家固為法律關係之主體。且就國家與私人間關係論之。此等關係。決非事實之關係。乃法律之關係。而即人格者間之關係也。

第二編 法律

第一章 法律之定義

法律者何。此為學法律者所最要而最難解之問題。古來學者所下法律之定義不一。試舉所信為正當者折言之。

(一) 法律者一種之規則也。

所謂規則者。即示事物之順序定道也。論語曰。有物必有則。爾雅曰。法常也。說文曰。律。均布也。唐律疏曰。律者。訓詮訓法也。爾雅郭璞註曰。法律皆所以詮量輕重也。尚書大傳註曰。奉天之大法。法亦律也。故謂之律。又說文註曰。律者。所以範天下之不一而歸於一。故曰均布。孟斯德鳩曰。法者。以其廣義。則本於事物性質之必要關係也。故日月星辰之燦然而麗。草木禽獸之雜然而成。育蕃息有自然之規則而不紊。以為行為之準繩。法律者。即其準繩之一種。豫想其有何等之原因。則必有何等之結果。以表章事物之順序定道者也。是則法律

(二) 法律者。行為之規則也。

法律非自自然界之規則。乃人類行為之規則。而又為其外部行為之規則。此其所以異於宗教道德之規則也。

(三) 法律者。行於國家者也。

國家為法律之前提條件。故法律者。經國家之制定。及承認。而在國家以前之人類社會中。則法律要未成立也。

(四) 法律者。國家之所制定。而又承認者也。

制定云者。即指成文法之所以生也。承認云者。即指慣習法之所以生也。

第二章 法律與宗教之關係

當未開化時代。行所謂政教一致之制度。但以其所存於宗教之經典中者。為法律之効力。近世國家及法律之研究。日益發達。於是全置宗教於國家政治以外。而尚以各人之信仰自由為原則。雖然。法律與宗教固同為關於人類之行為也。故於此兩者之區別。不得不一說明之。

(一)也。

法律者。須有國家為前提。宗教者。則有主宰宇宙間萬有之絕對的原因。殺人盜金。法律以其違反國家禁令而不許可。宗教亦以其違反神佛之意而不謂然。惟宗教不以國家為前提。故苟得於直覺的意識。認其神佛之存在。雖無國家。宗教仍得成立。反之。就神佛之存在。而生疑問。或倡無神之論。而在國家仍無妨於國法之成立。此二者於根本上。固絕不相侔者也。

(二) 法律者。直接關係於外部之行為。宗教者。直接關係於內部之精神也。宗教教義。亦多關於人之外部行為。然其所主重者。則在安心立命。關於內部精神之滿足。不滿足也。法律雖亦因其意思之如何。或不僅以行為為標準。然其主旨。則在強制外部行為。以謀國家之生存及發達也。

(三) 法律者。因吾人之理性。而得認識之外界之關係也。宗教者。基於感情之信仰。上所成立之關係。不得因人類之理性。而為理解之。不可思議之關係也。蓋法律為基於吾人之智性所發達的行為。規則。宗教則因全人生之目的。與

求自己之安心而為基於吾人感情所發達的法則也

(四) 法律者為國家之存續及繁榮之必要規則宗教亦非無此等之必要規則也

就此點觀之法律與道德之關係原屬相同可無復論矣

第三章 法律與道德之關係

未開之社會法律道德無甚區別法律乃僅因補助道德而存在及至今日法律與道德區別甚細雖二者之關係固甚密切試一究其異同如下

(一) 法律之前提條件為國家而道德者不必其為國家也
集人類而成社會即生道德之規則若法律則於未組織國家以前尚不得謂有法律之存在也

(二) 法律者外部行為之規則也道德者內部良心之規則也

法律為外部行為之規則雖行為基於意思然究以外部之行為為主而以推定其內部意思之善惡為限初非僅就良心而論究之也道德判定良心之善

惡往往有涉及於外部行為者。然其基礎終為內部之良心。不過推論其外部行為之善惡而已。

(三) 法律者為國家的共同生活之存續及其繁榮之必要規則。道德者則為國家必要規則而又兼為有益之規則也。

法律者不僅於國家之存續為必要之消極規則。並於國家之繁榮為必要之積極規則也。今日無論何國須有此二個之法則。否則國家必不能存立於世界。此等絕對條件。固為主權者所常信也。既為主權者之所信。則國法必隨主權者見解之異而生差別。於是同一規則。彼視為維持國家之必要者。此僅視為有益而委之於道德。雖由於事實認定之不同。而論理上則視為絕對的必要條件也。例如世界中有禁賭博之國。有不禁賭博之國。亦無非各國之立法者各以所見而為國法。而信為自國存續及繁榮之必要。然攷之道德。則無論關於大善大惡。有所規定。即於小善小惡。亦必使其作為或不作為。故道德不但有益於國家。必為國家之必要者。譬諸殺人與盜金。道德不許。國家亦

不許扶養親鄰。法律中固有規定。法律中尤所應為。至於殺身成仁之事。則非屬國家必要之條件。而全委之於道德規則者。故道德規則之有益於國家。可不辨而明。即道德規則之為國家所必要。亦不辨而明也。

法律與道德。雖有以上三種之不同。然二者之關係。直如兄弟之關係。法律者。道德之一部。以道德之規則為國家之必要。而不可缺者。是謂法律。故法律可以扶翼道德。并有補助道德不及之效用。道德者。不僅為法律之規則。且含有法律以外之規則。而不以國家為前提者也。道德不全。雖有法律。亦何益哉。

第四章 法律之類別

法律之類別。因其發生方法。或實質之如何。因並其他標準之如何而生者也。原因各殊。種類亦不一。茲舉普通所別者言之。

第一節 因於法律發生方法之類別

法律者。因其發生方法之如何。得類別為成文法及不成文法二者。成文法者。法律效力。因文書之記載而發生者是也。不成文法者。法律效力。不因文書之記載而

發生者是也。概皆基於慣習而定者。故今日慣習法之語。恆不與文法同意用之。

第二節 因於法律實質之類別

法律者因其實質之如何。得分之為公法私法主法助法及強行法聽任法之三種。

其一 公法私法之類別

區別公法私法之標準有三。試述如左。

第一 因於法律保護之目的而區別之之說

此說以為法律保護之目的在於公益者為公法。在於私益者為私法。但何謂公益。何謂私益。究不能為判然之界說。且更由法律實際觀之。刑法公法也。然有關於身體財產之罪。則屬私益之規條也。民法私法也。然以害公安之契約為無效。則屬公益之規條也。故以公益私益為分別公法私法之標準者。其說甚不當也。

第二 因於權力關係與權利關係而區別之之說

此說分法律關係為權力關係與權力關係二者。謂規定權力服從之關係者為公法。規定權利平等之關係者為私法。此說也。為公法學者所主張。不必其有大差。但果從此說。則國際法不可不謂之私法。何則。各國為自主獨立。其相互間。固皆對等關係也。民法亦可謂之公法。蓋親子關係。非平等關係也。故以此說為標準。而區別公私法。與諸國法制實際上用例。大相違悞。

第三 因於對人關係與對物關係而區別之之說

此說謂規定人對於物之關係。法規為私法。規定人對於人關係。法規為公法。詳言之。即人對於物之關係。須藉物質的之脫力。亦如用法律的意味之權力也。然法律無論如何。皆所以定人與人之關係。而非定人與物之關係。例如所有權。雖為直接行於物身上之權。而實規定人與所有者之關係。即如私法者。本為財產法。而私法中不得視為金錢。有並須保護人之生命身體自由名譽者。故如親權。夫權。後見權。皆非財產權。若公法中如臣民納稅而供公用其事。固有關於財產者在也。故以對人對物之關係。而類別法之公

私其說亦不當也。

要之以上各說皆不甚完全。茲將所信為比較正確而為多數學者所採用之區別標準以當事者之關係而類別之。則法者定人格者間之關係也。規定國家或其他為公法人之人格者與為私人之人格者間之關係及國家或其他為公法人之人格者間之關係者是為公法規定為私人之人格者間之關係者是為私法質言之。即公法者國家或其他之私法人總須為規定法律關係之一員。私法者則僅私人為其規定的法律關係之當事者。而國家或其他之公法人則在其法律關係之外者也。然國家或其他之公法人如有與私人為買賣或借貸之事時則又屬於私法之關係。因此有批難此說之不完備者。不知其關係乃生於私人之相互間。國家或其他之公法人不過偶為私法上契約之當事者故不足以打破此說也。依此標準而區別各種法典則憲法、行政法、刑事訴訟法、民事訴訟法、破產法、國際法等屬公法。民法、商法等屬私法。但有宜注意者公法中不無私法規定。私法中亦有公法規定。曰公法曰私法者不

遷就其大體言之而已

其二 主法助法之類別

定法律本體之權利義務者主法也。定其運用主法之手續方法者助法也。主法一名實體法。助法一法手續法。若徒有實體法之存在而無手續法以運用之，則缺實體法完全之效用。此即手續法之所以存在也。實體法即憲法、行政法、刑法、民法、商法等。其所以謂之主法者，以其為定權利義務之本體也。手續法即議院法、選舉法、行政裁判所法、行政訴訟法、民事訴訟法等。其所以謂之助法者，以其運用憲法、行政法、民法、商法等所規定之手續也。從性質上論之主法為實體助法為用。若從沿革上論之，則助法先生主法後起。

其三 強行法聽任法之類別

不拘私人之意思如何，可以絕對強行之者，強行法也。於私人意思有表示之場合，不依法規而依意思者，聽任法也。一名解釋法，又名補充法。例如刑法，其他刑罰法令，不拘私人之意思，皆絕對強行。反之民法中關於契約之規定，往

往僅於當事者意思不明之場合而適用法規即所謂聽任法也。然此乃法規之區別，非法典之區別。例如民法中關於婚姻相續之規定皆不許其有反對意思。固有強行法之性質也。又如公法中因市之條例而得更動市制之規定亦有聽任法之性質是也。

第三節 因於法律系統之類別

法律系統之類別，得分為固有法及繼受法二種。固有法者，基於一國固有之風俗習慣而發生之法律也。繼受法者，採用他國法律或模倣他國法律所成之法律也。然繼受法漸次同化於繼受國而亘於永久時，則即謂為固有法，亦無不可。繼受法謂之子法被繼受之法，謂之女法。而繼受他國之法，又分直接及間接二種。若採用他國法律而為自國法律者，直接繼受法也。參照他國法律為材料而成己國之法律者，間接繼受法也。

第四節 因於法律効力之類別

法律効力所及之點，得分為普通法及特別法二者。但其効力所及如何，有如

下三種之區別

第一 因於場所之類別

施行亘於全國一般之法律為普通法。施行限於國內某地之法律為特別法。例如北美合眾國之憲法為普通法，而紐約州法為特別法。然對於其州內之一團體法，又為普通法。

第二 因於人之類別

施行適於全國一般人民之法律為普通法。施行限於國內一部人民之法律為特別法。例如民刑法得行於一般人民為普通法。海陸軍刑法僅限於海陸軍人為特別法。

第三 因於事項之類別

施行亘於法律之一般事項者為普通法。施行限於特別之事項者為特別法。例如民法可行於民事之一般為普通法。商法僅行於商行為為特別法。然對於保險業法，或取引所法，又為普通法。

此種區別之寔益。於解釋適用上見之。蓋普通法對於特別法。常有補充之關係。故凡事之解法。必先適用特別法。特別法無規定者。始用普通法。此為定例。惟是前之特別法。不得因後之普通法而廢止。或變更。即前之普通法。亦不得因後之特別法而廢止。或變更。二者之關係。兩不相妨。故特別法被廢止時。普通法當然有其效力。普通法被廢止時。特別法亦不受其影響也。

第五節

因於法律施行區域之類別

施行區域云者。即因於國內國外之意。而為國內法及國際法之類別也。國內法者。為定在國家以內之關係。而規定國家與個人間。或個人相互間之關係。國際法者。為定國家與國家間之關係是也。

第五章

法律之淵源

法律淵源之意義。其說不一。有由法律而指其權力之所自出者。有解為受法律規定之效力之形式者。由前之說。則謂國家為法律淵源。其說不悞。然謂國家為法律之淵源。實謂國家為法律之前提。然則欲明法律淵源適當之意義。

如何不得不指法律受其效力所得之材料而編之為法律淵源者。即如下之七種是也。試次第說明之。

第一節 慣習

凡人類皆有模倣性。甲為乙做。乙踵丙和。積久遂成為慣習。其義甚泛。其可為法律淵源之慣習者。不可不具如下之條件。

(甲) 慣習須行於長期間而無中斷者。

其期間果須何年月日數。全為事實之問題。惟就抽象的。或一長期間之一種事實而論。則須有各個人反復慣行之事實之意思之存在也。

(乙) 慣習必須不得違背者。

若違背反復慣行之事。必為社會所擯斥。此亦其要件也。

(丙) 慣習要不違公之秩序或善良之風俗者。

國家之目的。原在維持公之秩序及善良風俗。故法律淵源之慣習。總無有反於公秩序良善風俗之理也。

第二節 宗教

當社會幼稚時代。行所謂政教一致之制度。近世宗教法律。判然分離。然在成文法中。淵源於宗教之教義者。亦復不少。如證人之宣誓。即其例也。

第三節 條理

條理者。何欲為充分之說明。雖覺困難。然大體似不可不解為正理。或道理。而與自然法學派所唱道之自然法。應無以異。故自然法以非人定法而不可為法律。然以立法者由此條理。或自然法而為成文法。及由不文法而制成國法者。固不少其例也。

第四節 判例

古代立法機關與司法機關。無甚區別。裁判官恆有制定法律之事故。在當時之判例。實可謂之法律也。近時司法獨立之主義盛行。所謂判例。皆不過一種事實。但此判例有因為成文法淵源者。例如佛國關於生命保險。抵當權。留置權等。皆從判例所定規則而制定。於成文法是有因為不文法之淵源者。即判

法例對於後之裁判官雖無法律之効力而事實影響所及若有私人準據而行則必生一慣習。慣習者即慣習法之所由來而即不文法之所由起也。

第五節

學說

學說特一事實。固无法律之効力。然可為法律之淵源者。則法制史之所證明也。例如羅馬特阿多替斯帝採當時五大法學家之學說。令有法律之効力。又如鳩斯梯尼阿帝採三十九大家之說。以編成法典。即如日本民法多係其編纂委員之博士之所有學說。皆其例也。

第六節

外國法

世界交通。他國之文物典章。法律制度。漸漸輸入。此亦自然之數也。故其因於交通而被輸入之法律。謂之母法。因其輸入而後成為法律者。謂之子法。前述法律之類別。常說明一國法律有繼承法。及固有法二種。蓋即言外國法之可為法律淵源也。

第七節

條約

條約者。國與國之約束也。非有直接而使人民受其羈束之力。但如北美合眾國憲法。則明明有條約與法律同一效力之規定。然其可以羈束人民者。固從明文規定而生。非條約當然之效力也。蓋條約與效力本非同一之物。故條約者。法律之淵源。而法律者。實從所云條約之事定而生者也。

第六章 法律之改廢

法律之改廢者。即改正法律及廢止法律之謂。但改正云者。則為廢止舊法。更制定可代舊法之新法。或發生新法之謂。廢止云者。則非廢止舊法。更制定可代舊法之新法。或發生新法之謂。然改正及廢止。於其舊法廢止。并使其效力消滅之點。暗中固無何等之差異。不過改正法律之場合。則有新法之制定。或發生廢止法律之場合。則無新法之制定。或發生此即二者之所由區別也。

第一節 成文法之改廢

欲說明成文法之改廢。可就舊法廢止之原因如何。而分為因於內由之改廢。及因於外由之改廢。二種。

(甲) 因於內由之改廢

因於內由之改廢者，即於其可為改廢之法律內部，而有改廢原由之場合是也。其場合有二。

(一) 法律所豫定實施期間，而其期間已滿時。

(二) 為法律目的之事物消滅時。

(乙) 因於外由之改廢

因於外由之改廢者，即從其可為改廢之法律外部，因於立法者之意思而被改廢之場合也。是其場合亦有二。

(一) 明示之改廢。即於新法中明言廢止舊法者，此為廢止之最明確者也。

(二) 默示之改廢。即不於新法中明言廢止舊法者，此場合兩法律不能

同歸於一，則從新法廢止舊法之格言。

第二節 慣習法之改廢

慣習法者，其存在之內容不甚明瞭，即其改廢亦不甚明白。然慣習法既與法

律有同一之效力。理論上亦應有改廢者。今舉其場合如左。

(甲) 因舊慣習法矛盾於新慣習法時之改廢。

此原則與成文法默示之改廢。理論稍同。

(乙) 因於慣習法不適用時之改廢。

成文法無因不適用而被改廢之事。然慣習法與之異者。蓋慣習法不適用於永久期間。即其不適用於新慣習法之發達之場合也。

(丙) 因慣習法矛盾於成文法之制定時之改廢。

慣習法有成文法補充的效力。以慣習法雖不得改廢成文法而成文法要有改廢慣習法之自由也。故舊慣習法與成文法之制定相矛盾時。而舊慣習法必歸于改廢。此事理之當然也。

第七章 法律之解釋

法律之解釋者。因欲勿誤用其法律。而于其意義之不明瞭者。確定之之方法也。其解釋之方法有二。

(甲) 文理解釋 謂據法律之文字而為解釋也有四法

(一) 要知習慣上普通之意義

(二) 合觀同一之法律以前後之用語解釋之

(三) 本文不能解釋者按他法之用語例解之

(四) 用他法律家之用語解釋之

(乙) 論理解釋 謂不據文字而據論理法以為解釋也其法亦有四

(一) 以同一之法律之規定比較而釋之

(二) 取他之法律之規定比較而釋之

(三) 視法律之目的為解釋以知立法者用意之所在

(四) 視法律之條例為解釋蓋若拘一條恐通甲未必通乙也

要之凡求立法之意先用文理解釋文理不明始用論理解釋論理者所以輔文
理之不逮若泥于文字雖至枉法律之意義而亦不顧則殊違解釋法律之目
的也

第八章 法律之效力

法律之效力者。即一定之事實發生時。法律可付與一定之效果者是也。分言之。則關於時之效力。地之效力。人之效力。三種。

第一節 法律關於時之效力

法律效力之關於時者。即謂從法律成立以後。其法律施行之期。除別有法律之停止期間。至于其有改廢之場合。則皆其有效力者也有此原則。而以下之三原則。自然發生。

(甲) 法律之效力。不溯既往。

(乙) 法律之效力。不及於改廢以後。

(丙) 法律之效力。停止於法律停止期間。

(甲) 法律之效力。不溯既往。

此即所謂法律不溯及之原則也。自羅馬鳩斯梯尼阿帝。以此原則載在哥特枯斯法典以來。於是諸國法典。亦認為萬世不易之原則。此關於時之法律效

力所以不得不視為必要也。蓋溯于既往云者，乃于法律未存在之時，對於一定之事，窺欲付與其效果之謂。而法律則僅關於將來而可據之。以為命令或禁令者，若欲溯其過去而為命令或禁令之事，則依今日現行法規為適法之取得權利，而明日新法律突然出現，復得溯及既往而使之消滅，又或依今日現行法規為適法之行為，而明日忽可使其變為犯罪，則人人將自疑，惴不安其所，非所以維持公共安甯之秩序也。但由理論上或由公益上觀之，此原則極為正當，而由實際上觀之，則不免疑義紛出。自前世紀以來，一般學者對於此問題各有論究，今畧述如左。

其一 此原則非立法上之原則，乃對於法律適用解釋上而言之者。

從以上所述，則此原則為立法上之原則乎？抑為法律適用解釋上之原則乎？界說頗不明晰。惟從來之法律及學說，凡以之為立法上原則者，則雖立法之人亦不得蔑視此原則。故如北美合眾國憲法，常有禁止事後發布法律之明文，即法國憲法亦採用之。蓋因當時立法之人，往往亂用權力，朝令

暮更民心一日不得安固故不得不以此原則為立法之必要近世權利思想日益發達故雖不以此為立法上之原則而立法者亦少有剝奪人民權利之虞又一方面則絕對拘束立法者使其不能製作溯于既往之法律是以今日對此原則無論何國憲法皆除去之而不以為立法上之基礎惟以之規定於法律中藉備法律適用解釋之準則而已例如法國民法第四條及其他大陸諸國民法皆規定法律溯于既往或於既遂之行為不得有其效力蓋即原於此意義者也如此之原則既非立法上之原則其應為執法官解釋法律或適用法律之準則自無疑義但立法者於其法律效力明示溯及既往時則執法者固不能不破壞此原則依其立法者之意思而以法律效力溯及既往為解釋之根據詳言之即在如此場合此原則雖為解釋法律或適用之準則亦不得顯其效用也

其二 此原則于法律之效力有及於既得權之意

前述此原則為解釋適用上之原則然尚有應挾小其範圍者蓋在解釋適

用之效力亦非有及於既往利益之意而只有及于既得權利之意也利益者何為將來應得權利之單純希望依于他人所為或事件之發生而可至消滅者是也權利者何則非從權利法理上之性質而言而單在說明既得權為何物也蓋既得權為在私法之區域由特定人依于特定取得原因於既往已經取得之權利不得依于他人所為或事件之發生而消滅者是也

(乙) 法律之效力不及於改廢以後

法律因於改廢當然消滅其效力然如前所述不得妨害既得權利之結果則在舊法時代所發生之事實雖在新法施行以後尚須受舊法之支配即裁判官不得拒絕其法之適用也惟舊法改廢以後而為現在或將來所發生之事實則不能受其支配此不可不知者也

(丙) 法律之效力不停止于法律停止期間

法律之停止與法律之廢止異詳言之即法律之停止者不過法律之適用一時停止而法律之自身固依然存在也惟自身依然存在故法律停止原因消

滅時即可回復從來法律之效力。例如當發戒嚴令時則其戒嚴令所行之地域內一時停止。或種法律之適用於此場合。法律之效力雖亦一時停止。然其原因消滅時即可復其法律效力。不過所謂法律適用之停止與所謂法律效力之停止當其停止之時實非可別為二物也。

第二節 法律關於地之效力

法律效力之關於地者。其主要之原則如左。

(一) 法律者行於全國一般者也。

古代行屬人主義。中世則尚行屬地主義。凡在國家主權行使之範圍內。不問為內國人與外國人均認為本國法律效力之所及者。詳言之。即法律以在其領土內。總可支配人民為原則。而在國家主權不及之領土外。則法律不有何等之效力也。

(二) 因於地之特別法律而僅行於國內之一部分者也。

因法律之種類各別有不能使全國歸于畫一者。則限定於其領土之一部分。

或一地方須更有可以施行之法律但在如此場合不可不以例外而表示持別之意思也。

(三) 法律已經停止時其法律僅得行於停止以外之場所也。

法律之停止者限於或種一定之場所而行之者也於此場合須從全國一般中除其一定場所以外而行於特別之區域者故對於第一原則為例外也。

(四) 在領海為行其領海國之國法者也。

領海者沿於一國海洋之部分也若在領土以外則為公海而不認領海現今各國皆以砲彈得達之距離以其沿岸為國家領土權之行使凡航行於領海或破泊於領海內之船舶無論屬於何國籍皆應從其國之法律者也惟軍艦則雖在外國領海亦適用本國法律。

(五) 在公海之船舶為行其船舶所屬國之法律也。

公海者各國所屬領海以外之海洋無論何國不能對之而行使主權者也是故在公海內對於自國船舶而有自國國法之效力者國際公法上當然之原則也。

(六) 在外國之公使館及其居留地，可行使自國法律者也。因外交官之身體、居宅均不可侵，故居留地亦許有治外法權，而使本國法律有其效力也。

第三節 法律關於人之效力

法律效力之關於人者，主要之原則如左。

(一) 法律者，對於全國一般人民而有其效力者也。

此原則最易明瞭，可無多述。

(二) 依於人之特別法，僅限於其一部類之人民適用之。

例如海陸軍刑法，僅可適用於海陸軍人是也。

(三) 有將法律免除之人時，法律權於其免除人以外之人適用之。

法律之免除者，即在特定之場合，對於特定之人，不得適用法律之意。如當大

赦及特赦之場合，許其已受刑罰宣告之人，不適用如斯之刑罰法例是也。

(四) 法律者，於國家之元首，其效力不可得而及者也。

君主國君主有不可侵權。不負刑事上之責任。共和國之大統領固非主權者。然既為國家之元首則亦足於政治上最高之地位。故對於謀叛以外。斷無刑事上之責任。是蓋可視為一種之特權。而與君主所有不可侵權異其性質者也。

(五) 在外國之臣民應服從其在留國之法律。

此原則即從屬地主義而生。即凡有在外國領土之事實者。無論何人應服從其國之法權也。

(六) 對於在外國領土內之外國人。而自國法律得生效力者。例如日本刑法規定對於皇室有犯罪時。不問其為內國人為外國人。在新法施行以後。對之必生效力是也。

法學通論終

