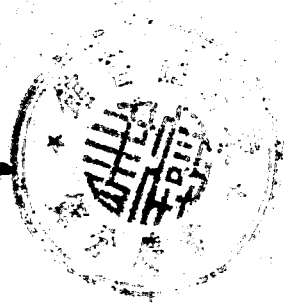


中國國民黨青年基本知識叢書編審委員會主編

樓桐孫編著

法學通論



正中書局印行

致讀者（代序）

讀者在未打開這本小冊子來翻閱以前，有好幾點地方，是應該預先給它的著者以原諒的。中國的法律，大體上可說已臻完備。尤其自抗戰以來，非常時期的特殊法規，為數亦很不少。加以出版人對於這冊子的字數，是定有限制的。因此，若干現行法規，或僅僅提到它的名稱，或連名稱都不會提到，這是無可奈何的事情。亦正惟因此，所以在取舍之間，或有或無，或詳或略，都以法律的重要性和一般的需要性為衡，而非完全出於著者的武斷或師心自用。我們談法學，自應以民族文化、民族生活為基本的立場。所以本書每凡講到中國法統的地方，都不惜要比較的詳加論述，希望這本小冊子，在讀者的眼光看來，能夠成為一本中國最新的法學通論。——因為本書的取材，係直至民國二十八年十一月為止。

中國法學也和中國民族一樣，目前正在復興運動時期之中。總理遺教，就是這種偉大復興運動的最高指導原理。國民政府一切立法，都以總理遺教為準繩。所以在這冊子中，也就不能不一再提到總理遺教和中國國民黨政綱政策。在著者的野心，希望能夠憑着這本小冊子指引讀

致讀者



3 2168 9027 1

MG
K90
77

者走向三民主義法治的大道上去。——這任務是異常艱巨的，切盼讀者大家共同努力！

出版人爲要儘速滿足現代青年們對於法學的求知欲，所以屬稿時間，亦是限得很短促的。書中自然不免有很多掛漏或錯誤的地方，還得諒讀者不吝指教！

民國二十八年十二月於巴縣獨石橋

目次

致讀者(代序)

第一章 什麼叫做法學通論	……	一
第一節 什麼叫做學問	……	一
第二節 「通」字的兩個解釋	……	二
第三節 法學通論是靜態的通	……	三
第四節 法學通論的讀者應該是動態的通	……	四
第五節 法學通論的定義	……	五
第二章 什麼是法學	……	七
第一節 社會意識與法律思想	……	七
第二節 東西法學同時並興	……	八
第三節 西洋法學的發展與中國法學的中衰	……	九

第四節	法學發展過程中所受他種科學的影響和趨勢………	一〇
第五節	中國法學的轉振和前途………	一四
第三章	法學在科學上的地位和他的分類………	一八
第一節	文化與分工………	一八
第二節	法學在科學上的地位………	一九
第三節	法學的分類………	二一
第四節	各種法律學科的本義………	二二
第四章	法系及法與其他社會規範的關係………	二四
第一節	法系………	二四
第二節	法與宗教的關係………	二七
第三節	法與道德的關係………	二八
第四節	法與禮制的關係………	三一
第五節	法與人品的關係………	三四

第五章 法律的概念	三六
第一節 法律的語源	三六
第二節 法律的定義	三七
第三節 法律的理想與目的	四四
第六章 法律的淵源	四七
第一節 法律的總源	四七
第二節 成文法	四九
第一款 成文憲法	五〇
第二款 法律	五一
第三款 自治法規	五三
第四款 條約	五四
第三節 不文法	五五
第一款 習慣	五五

第二款 工廠法工廠檢查法	一六五
第三款 團體協約法勞資爭議處理法	一六五
第四款 合作社法	一六六
第五款 土地法	一六八
第九章 法律的效力	一七一
第一節 關於人的效力	一七一
第二節 關於地的效力	一七三
第三節 關於時的效力	一七五
第十章 法律的解釋	一七七
第一節 法定解釋	一七七
第一款 立法解釋	一七八
第二款 司法解釋	一七九
第三款 行政解釋	一七九

第二節 學理解釋	:	六
第一款 文理解釋	:	七
第二款 論理解釋	:	八
	:	九
	:	十
	:	十一
	:	十二
	:	十三
	:	十四
	:	十五
	:	十六
	:	十七
	:	十八
	:	十九
	:	二十
	:	二十一
	:	二十二
	:	二十三
	:	二十四
	:	二十五
	:	二十六
	:	二十七
	:	二十八
	:	二十九
	:	三十
	:	三十一
	:	三十二
	:	三十三
	:	三十四
	:	三十五
	:	三十六
	:	三十七
	:	三十八
	:	三十九
	:	四十
	:	四十一
	:	四十二
	:	四十三
	:	四十四
	:	四十五
	:	四十六
	:	四十七
	:	四十八
	:	四十九
	:	五十
	:	五十一
	:	五十二
	:	五十三
	:	五十四
	:	五十五
	:	五十六
	:	五十七
	:	五十八
	:	五十九
	:	六十
	:	六十一
	:	六十二
	:	六十三
	:	六十四
	:	六十五
	:	六十六
	:	六十七
	:	六十八
	:	六十九
	:	七十
	:	七十一
	:	七十二
	:	七十三
	:	七十四
	:	七十五
	:	七十六
	:	七十七
	:	七十八
	:	七十九
	:	八十
	:	八十一
	:	八十二
	:	八十三
	:	八十四
	:	八十五
	:	八十六
	:	八十七
	:	八十八
	:	八十九
	:	九十
	:	九十一
	:	九十二
	:	九十三
	:	九十四
	:	九十五
	:	九十六
	:	九十七
	:	九十八
	:	九十九
	:	一百
	:	一百零一
	:	一百零二
	:	一百零三
	:	一百零四
	:	一百零五
	:	一百零六
	:	一百零七
	:	一百零八
	:	一百零九
	:	一百一十
	:	一百一十一
	:	一百一十二
	:	一百一十三
	:	一百一十四
	:	一百一十五
	:	一百一十六
	:	一百一十七
	:	一百一十八
	:	一百一十九
	:	一百二十
	:	一百二十一
	:	一百二十二
	:	一百二十三
	:	一百二十四
	:	一百二十五
	:	一百二十六
	:	一百二十七
	:	一百二十八
	:	一百二十九
	:	一百三十
	:	一百三十一
	:	一百三十二
	:	一百三十三
	:	一百三十四
	:	一百三十五
	:	一百三十六
	:	一百三十七
	:	一百三十八
	:	一百三十九
	:	一百四十
	:	一百四十一
	:	一百四十二
	:	一百四十三
	:	一百四十四
	:	一百四十五
	:	一百四十六
	:	一百四十七
	:	一百四十八
	:	一百四十九
	:	一百五十
	:	一百五十一
	:	一百五十二
	:	一百五十三
	:	一百五十四
	:	一百五十五
	:	一百五十六
	:	一百五十七
	:	一百五十八
	:	一百五十九
	:	一百六十
	:	一百六十一
	:	一百六十二
	:	一百六十三
	:	一百六十四
	:	一百六十五
	:	一百六十六
	:	一百六十七
	:	一百六十八
	:	一百六十九
	:	一百七十
	:	一百七十一
	:	一百七十二
	:	一百七十三
	:	一百七十四
	:	一百七十五
	:	一百七十六
	:	一百七十七
	:	一百七十八
	:	一百七十九
	:	一百八十
	:	一百八十一
	:	一百八十二
	:	一百八十三
	:	一百八十四
	:	一百八十五
	:	一百八十六
	:	一百八十七
	:	一百八十八
	:	一百八十九
	:	一百九十
	:	一百九十一
	:	一百九十二
	:	一百九十三
	:	一百九十四
	:	一百九十五
	:	一百九十六
	:	一百九十七
	:	一百九十八
	:	一百九十九
	:	二百

第一章 什麼叫做法學通論

第一節 什麼叫做「學問」

然而有條理的學識，都叫做「學問」。說到學問，千頭萬緒。即如我們在這本冊子裏所要討論的「法學通論」，亦是人生學問中的一小部分。

然而讀者千萬不可以爲學問太多太難，就生出一種「望洋興歎」的畏縮心理，失去了研究學問，追求真理的勇氣！那真叫「自暴自棄」，是青年們所最要不得的！其實學問有大有小，真理有淺有深。一個沒有受過初等教育的人，也知道水是往下流的，火是向上炎的，但那是「知其然而不知其所以然」，還只是一種知識而不是學問。求學問，就是要由於見其然，進而求個知其所以然。這樣，對於某些一定的事物，在某種一定的範圍之內，要求得學問，也就不是困難的事了。照 總理說，

只消這個「學識之難關」一過，則其他之進行，有如反掌。所以「知難行易」，亦祇是一種比較的說法，而決不可誤會為「知」是有超於想像的困難的。

因之，自我國的孔子孟子和西洋的蘇格拉底（Socrates）柏拉圖（Plato）等大聖賢以來，所謂學問，都只說是一種「明理」的工夫。中庸第十九章裏有說：「……博學之，審問之，慎思之，明辨之，篤行之。有弗學，學之弗能，弗措也；有弗問，問之弗知，弗措也；有弗思，思之弗得，弗措也；有弗辨，辨之弗明，弗措也；有弗行，行之弗篤，弗措也。人一能之，己百之；人十能之，己千之。果能此道矣，雖愚必明，雖柔必強。」無論何人，自己既然選定了一個對象和範圍而努力用功，不達到完全明白純熟的目的，決不放手，這就是做學問最好的方法。

據此，學問非他，就是對於各種事物而確知其全般現象和原理的系統的知識。

第二節 「通」字的兩個解釋

「通」這一個字，是最通俗不過的。某事辦得通辦不通，或某文通，某文不通等等，大家差不多每日都要說到。通字的用法和解釋，雖然很多，但歸納起來，大體可分為兩類。一類是「籠統」的意思，一

類是「明達」的意思。例如漢朝王充在論衡裏所說：「博覽古今者爲通人。」這種通人的通，是屬於第一類的意思的，因爲做通人的要件，是要對於新舊學問的書籍無所不讀。這一類的通，也可以說是「靜態的」通。

又如荀子所說：「上則能尊君，（在現代，就叫做「上則能忠國」），下則能愛民，物至而應，時起而辨，若是則可謂通士矣。」這是說「明達」的意思，所以平常我們也稱洞曉事理的人曰通。這也可以說是「動態的」通。

第二節 法學通論是靜態的通

在法律學校的課程裏和在若干機關招訓人員的考試科目裏，每每都有「法學通論」一門。可見這法學通論是一種獨立的學科。這學科的內容，雖然也和一切的學科一樣，可以隨時隨地有所變遷，而他的編製的方法，也可以隨著作人各自的見解而互有出入，但依照我們在上節裏所述關於「通」字的意義，法學通論的所謂通，應該是指靜止狀態的通。因爲一切學科的學問，可說都是靜態的。惟有在實際的運用上，方見其動。而運用學科的是人。即如本書的著者，是站在法治常態、公民

訓練和對一般青年所必須具備的關於現代法學的基本知識的立場上，來向讀者提供研究法學的
的必要準備和法學各科的共同原理，所以本書內容，幾乎完全是些東塗西抹的一鱗半爪，舉凡高
深的理論和專門的學術，雖或時將提及，但都「語焉不詳」。這是有意如此而無可奈何的。因為我
們的這本小冊子，是叫「法學通論」，而不是什麼憲法學、民法學、行政法學，或法律哲學等等……。

第四節 法學通論的讀者應該是動態的通

至於本書的到底通與不通，好在作者在第一節裏已經預為陳明，這是屬於靜態的問題——
書本是死的，無關宏旨。重要的是在讀者看了這書以後，能夠相感於心而有所動，如易經所說的能
夠「觸類而長之」，而旁通於其他各種專門的法律科學，作進一步的高深研究，以活用於社會上
一切的事物。換一句話說：法學通論如果是「博覽羣書」的通，那末讀法學通論的人，就應該努力去
做到「洞曉事理」的通。

因此，我們可以打一個譬喻，使讀者格外容易明白所謂法學通論，在整個法律學上，究竟是處
的什麼地位。

在任何現代國家裏關於研究法律和與法律上有關的一切學科，都早已成爲一種範圍極其廣泛而內容又極複雜的社會科學。這科學的內部，或堂皇富麗，或曲折玲瓏，或柳暗花明，或飛簷畫棟……儼如一座十分廣大的房屋。這屋又有他的設計，他的歷史，他的變遷和一切可能的糾葛。法學通論，可說只是這屋的現狀的一個「鳥瞰」，一幅飛機照相。舉凡這屋的全部輪廓，四至界線和出入門徑，庭池臺榭等項，看了這圖，都可知個大概。至於其中每一部分內容的構造，布置和裝飾藝術等，在這鳥瞰圖上是無法可以詳細知道的。

第五節 法學通論的定義

依此說來，可知法學通論既不是憲法、民法、刑法等法律各部門的縮影，亦不是以研究法律及權利本質爲主要目的的法律哲學，而祇是就特定國家一般法律學科的現狀，摘採他的共同原理和立法精神而加以闡述的一種概論。所以法學通論，也稱法律學概論。

現在再依我們所見，提出法學通論的定義如下：

法學通論，是以研究法學的必要準備爲範圍，對於法律學科各部門，論述其共通原理和系統

知識的科學

(子)法學通論是以研究法學的必要準備為範疇的。人類進化到了二十世紀的文明，每一個公民對於各種主要科學，都應具有研究上必要的準備。尤其法律學與日常人類生活在在皆有密切的關係。所以不同其人是否將要做法律家，那是另一問題，但都必須具有研究法學的必要準備，方算完成一個現代公民的條件。如果「算學」是一切自然科學的基礎，那末我們也可以相信「法學」是一切社會科學的進繩。一個現代的文明人，離開了法律，是根本無法生存於社會之中的。大家知道憲法是國家的根本大法，一切治權的組織和人民的自由，都是要靠憲法來作保障的。可是總理在中國國民黨第一次全國代表大會宣言裏早就說過：「憲法之所以能有效力，全恃民衆之擁護。」假如全國民衆不知憲法是什麼東西，則對於憲法，必不能加以擁護。結果，憲法雖經頒布，亦一定會成爲有名無實而毫無效力。我們要擁護憲法，完成「憲政」，則對於法學，非在研究上具有必要的準備不可。

(丑)法學通論是對於法律各學科論述其共通原理和系統知識的科學。知識而沒有系統，只能算是常識而非科學知識；事理而僅知片段，只能算是常理而非共通原理。法律學科的部門很

多。分而言之，一門有一門的原理和他成立變遷等各不相同的情況。總而言之，在同一國家的立法系統之下，各種法律相互間，都有一般的原理原則以相聯繫。法學通論既然是研究法學的必要準備的科學，那末，他的任務，便自然是專以提供關於國家法律及權利義務之一般的系統知識為主眼。而於各項共通原理的論述，又祇以「提綱挈領」，使讀者易於了解的必要程度爲止。過此以往，就得讓諸法律哲學的研究，不屬於法學通論的範圍。

依上所述，可知法學通論既不是每一法律學科的縮影，亦不是各種法律學科的雜燴，而是對於一國家全般法學，從原理和系統上作整個論述的科學。

第二章 什麼是法學

第一節 社會意識與法律思想

法學，亦叫法律學。學問由於人類的思想而興；思想又由於社會的現象而起。人類的法律思想，究係萌起於什麼時候？這當然是一個古遠難考的歷史問題。

然而人類最初的社會生活，團體生活，當推「部落」，那是無可置疑的有團體，能合羣，則同一羣體中團員與團員間種種相互的關係，必須有某些爲全團體所共同信守的規例，以資維持，那又是事實上必然的需要。到了一團體之中，大多數的分子都感覺有這種需要，那末，已有的規例，就一定能夠有效的施行，未有的規例，也一定能夠陸續的創造。

這需要慢慢的形成了一種共同「意識」。意識力量的集合運用起來，就產生出團體對於團員的一種「拘束力」，「強制力」。就廣義說，任何規例，不明他有沒有文字的表现，亦不明他表现的形態如何，只消是基於共同意識而生，而具有拘束力的，就都可稱爲法律。

因此，我們可以說人類的法律思想，是在部落時代就已經暴露萌芽的。

第二節 東西法學同時並興

不過部落社會，人口既少，組織簡單，一切生活關係，亦都毫不複雜。爲要規範這樣的社會生活，實際上確也用不着什麼成文法的幫助。況且，古代部落的酋長，既爲該部落全族的族長，又爲政治上的統治人，同時更爲全族祭祀大典的主祀人。這在中國，在周代以前，都是這樣的。（史學家或稱

之爲「巫覡政治」會長既然以一人而兼倫理、政治、宗教三種領袖的資格，則上面所說的「意識」也還只是一種混沌的團體意識，社會意識，而不是現在的「法律意識」。法律既與族例教條不分，則自然沒有什麼「法學」可說。大概法學的肇始，必在人類生活日趨繁雜，或在政治上形一封建制度以後。在歐洲，世界著名的羅馬十二銅標法（或稱十二銅表，又稱十二表法）起於公元前四百年；在中國，法學的興盛，以戰國時期爲長。東西法學，幾乎同時並興，這也是人類進化史上，一件頗堪玩味的史實。

第三節 西洋法學的發展與中國法學的中衰

人類愈繁殖，文明愈進步，社會關係愈益複雜，則規範社會生活的法律學，亦必跟着一天天的發達起來，那是勢所必至，理有固然的。羅馬自十二銅標法以後，政府詔令，裁判決議，漸加附益，蔚成巨觀，法學家稱爲模範時代。其間研究法學的大家，以時輩出，（在公元二世紀至三世紀間爲尤盛）互相攻錯，一說既立，幾與法律有同樣的效力，而爲法官所準據。自查士丁尼帝（Justinian）編纂法典，羅馬法學，可說已集大成。而以私法部分，尤爲發達。若干法律學說，亦多孕育於這個時期。

(參觀第六章第三節第三款)

東羅馬帝國解體後，羅馬法學一度中衰。

至公元十二世紀後，有「注釋學派」起，羅馬法學又告復興。

到了十五世紀至十六世紀之間，羅馬法就輸入於德意志。德意志繼受羅馬法，與固有法彙合而成爲普通法。自後歐洲各國的法律，差不多沒有不受羅馬法的重大影響的。羅馬法的爲各國法律所宗，猶之一英國爲世界憲政之母，一樣的爲學者所公認。

但在中國，當戰國時期，雖已有昌明的法學，可是偏於刑法而全然疏忽了民事。更自漢朝以後，儒家禮教，把人民日常生活的私法關係，完全劃歸於「禮」的範圍，支配了數千年中國士大夫的思想。於是法律意識，沒而不彰，法治精神，化爲烏有，直至清朝末年，始有繼受外國法重興法學的运动。這也是我們於論述法學發展時所不能不深致感慨的地方。至於「法」與「禮」的關係，以及我們現在對於這兩種規範所取的態度，後文將有論及，那是另一問題。

第四節 法學發展過程中所受他種科學的影響和趨勢

法律學是社會科學之一，而以規範人類社會生活為主要目的。因之，法學在他的發展過程中，也自然在在與其他社會科學，如哲學、政治學、社會學、經濟學等有連帶的關係而受其影響。

部落時代，姑不用說。即如上節所述歐洲中古時期的法學，宗教法規的色彩甚為深厚，就是種證明。

降至近世，宗教改革，政教分離，文藝復興，以及個人主義思想的發達，都給與歐洲法學以莫大的影響。公元第十七八世紀之間，自然法的學說大盛。至有主張以研究自然法為法學的使命者。到了盧梭的社會契約說（又稱民約論 Contract Social）誕生，以為國家和法律都是由於人民的合意而生，更是給與公法學以空前的刺激。共和立憲的制度，於焉大昌。

他方，人類經濟生活的進步和變遷，尤其與全般法學——不論國際法或國內法，公法或私法，——有極端密切的關係。

一般的說來，人類的經濟生活，都是由初民的自然生活狀態，慢慢的進入於漁獵游牧的生活狀態（部落時期），再由漁獵游牧的生活狀態，又慢慢的進入於農業生活狀態（封建時期）。商人在人類經濟舞臺上，雖也出現很早而成為重要的角色，但却向為一般所輕鄙。尤其在中國歷史上，自

秦漢以來，都用嚴厲方法來推行重農抑商的政策。所以古稱「四民」以「商」居於末位。

可是自公元十五世紀之末，哥倫布發現美洲以後，歐亞兩洲的交通，亦就跟着緊密起來，歐洲各國人民，競向海外擴展商業，而重商主義就盛極一時。直至於今，商業關係，猶為世界中心問題之一。因之，關於通商、交換、買賣、借貸、匯劃等種種契約關係，在法學上平添了不少新的衝動和問題。

尤其自公元十八世紀的後半紀，紡織機、蒸汽機相繼發明，生產方法既起了空前的變化，商工事業，隨而益盛。於是有所謂「產業革命」(或工業革命)的突興，中古封建制度和農業經濟，同被推翻，而資本主義的經濟乃起。人類經濟生活的莫大變遷，開首便就受到直接的決定影響的，是過去若干國家政治制度的命運。例如公元一七八九年的法國大革命，就是這種轉變的一個表徵。

其次，比較間接和遲緩，但所受影響也是很大而具有決定性的，那就是人類在另一方面，日常生活的社會關係方面的法律現象——法學。美國的獨立宣言和他的三權分立的憲法，法國革命時期的人權宣言和他的後來所頒布的拿破崙法典，都充分含有那時新興的資本主義經濟的自由主義的法律思想。例如到了今日已有一百三十餘年歷史的法國民法，他的基本的原則，依然是

建築在後面二個觀念上，不會變動，便是代表的證明。

(一) 私有財產權（即所有權）的絕對性；

(二) 契約自由。

「物極必反」雖是一句含有「至理」的「名言」。

資本主義的經濟體制，到了二十世紀的初年，便已在種種方面暴露了無數大大小小不可救藥的毛病。於是在若干經過長期醞釀的社會思想和學說之中，就有那跟着第一次歐洲大戰後在俄國突發的共產革命。

由於這一革命和蘇聯二十餘年來依據這革命原理所努力建立的體制看來，旁的不說，單說在法學上所表現出來的變遷和趨勢，歸納起來，我們大體上可以得到左列的幾點認識：

(一) 國家的政治組織和政權行使，要從過去操於個人、少數人、或特殊階級掌握中的，確實的儘量移轉於最大多數的人民之手，而大衆化（這最大多數的人民，在蘇聯憲法定明爲工人和農人）。

(二) 一國內重要的生產工具和富源，例如土地、礦藏、森林、礦產、水陸空交通、銀行、及各都市

主要的公共住宅等，都將由於私人所有而變為國家所有。

(三) 人民的「生存權」將在「各盡所能」的勞動形式下，由國家制定「勞動立法」予以關於工時、工資、保險等各種的保障。

(四) 一國內的男女待遇和若干男女國的問題，將格外歸於平等。

(五) 國家防禦外患——即國防的責任，被確認為全國人民神聖光榮的天職。

第五節 中國法學的轉捩和前途

中國為全世界開化最早，文明最優的大國。近世以來，在自然科學方面，雖然十分落後，無可諱言；但在社會倫理、政治哲學及法學思想方面，確是自古以來，最為發達，亦是為全世界學者所公認的。

現在單說法學。古書所載，如禮經說「伏羲始畫八卦，以變化天下法則」；淮南子說「神農之治，法省而不煩，故其化如神」等等一類的說法，多得不可勝舉。據法學家一般的論斷，中國古人著書，或出偽託，或喜臆測，真所謂「年湮代遠」，我們自也不願輕與置信。但孔子所述堯舜應

該是認爲可以徵信的史實。那末國語會話上所說「堯能舉均刑法以儆民」尙書堯典舜典厥載者干典制和皇陶氏的「作士」執法都是當時法學已有相當發達的證明。所以陳亮曾說「昔者三皇五帝一世共安於無事，至堯而法度始定，爲萬世法程。」日本學者如織田萬等亦都確認這種說法。（氏著法學通論十八頁）

大抵春秋以前，學在王官。到了秦朝，尙且還有一「若欲有學法令，以吏爲師」的辦法。故周代以前，法度雖已盛於朝廷，但法學尙未明於社會。降至戰國，古制漸漸消沉，王官在學術上的權威，當然亦已失去了。獨占的勢力，於是學者輩出，法學大彰。例如韓非子上所說「法者編著之圖籍，設之於官府，而布之於百姓。」商君所說「諸官吏及民有問，法令之所謂也。」於主法令之吏，皆各以武「故所欲問之法令」明告之……故天下之吏民無不知法者。吏明知民知法令也，故吏不敢以非遇民。」

這不統明明是說法律要有公開性嗎？

尹文子說「法行於世，則貧賤者不敢怨富貴，富貴者不敢陵貧賤……」管子說「君臣上下貴賤皆從法」又說「上下貴賤，相畏以法。」

這不就明明是說法律要有平等性嗎？

又如韓非子所說「釋法術而心治，堯不能正一國……」管子所說「爲人君者，棄法而好行私，謂之亂。」

這不就是說法律是具有客觀性嗎？

那時學者或政治家諸凡類此的主張，都各有特殊的發揮和一貫的理論，而又一一合於現代法學思想和法治精神的特徵，而且事實上商鞅相秦，管仲相齊，也確實都是以法治國而使國家達於強盛的。所以中國自古即有法學，而且法學極爲昌明，決不是我們自己誇張的話。

可惜的是自秦始皇統一中國，變封建的中國第一次成爲一個單一的國家以後，一心想厲行韓非子所說「使民以法禁而不以廢止」的百分之百的法治制度，嚴刑峻法，刻薄寡恩，而政治本身又過分的流於殘暴，引起人民慘痛的反感，致使秦朝的政權，不久即歸於覆滅，讓後來儒家的思想一帆風順，支配中國的政治和社會關係凡數千年，不獨法治精神，不得發揚，甚且法學思想都差不多要完全陷於息止的狀態。這決不是戰國時期諸大法學家所能意想得到的罷！

中國法學，自隨着秦朝的覆亡而衰以後，直至清朝末年始稍復興，但因清朝決沒有實行憲

政和法治的誠意，所以法學也終於沒有很顯著的進展……等到總理倡導革命，創立三民主義五權憲法，並頒布國民政府建國大綱，內承固有文化的精華，外合世界潮流的趨勢，上自政治，下至民生，基於國族，擴為大同，始能嚮往開來，為此後中國法學確立簇新的理想和基本的原則！這很顯赫的是中國法學史上的一個大轉捩！

而且依我們在上節裏所述，現代世界法學的潮流，是由私有資本主義的體制而趨於國家社會主義的體制，那末，社會主義就是融合於三民主義之中的一部分的理論，是實現三民主義最高理想的一個階段。這就是說將來的法學，由於我們建設三民主義國家的努力，必然會形成一種三民主義體系的法學！

何況「中國法系」，在世界法學思想上，本來是有他的獨特的光榮地位的。此後再加以三民主義的新的偉大的因素和動力，一定能夠創造中國法系的新生命，新紀元！

依以上各節所述，我們可以歸結一句，以作為法學的定義：

法學是研究人類社會生活中關於法律意識形態的發生、作用、變遷、和消滅而深求其原理的科學。換句話說，法學是以人類社會生活中，關於法的現象作為研究對象的學問。

第三章 法學在科學上的地位和他的分類

第一節 文化與分工

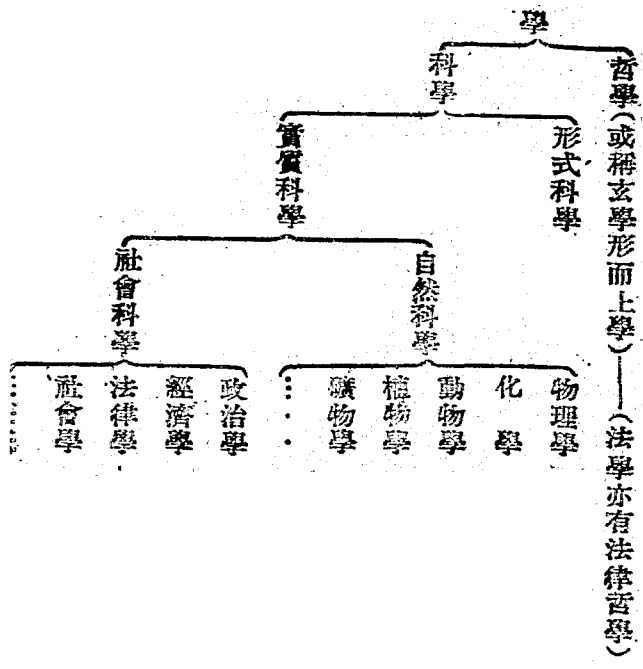
大抵文明愈進步，則分工愈精密；這已成了人類進化上不易的原則。亞丹斯密士（Adam Smith 公元一七二三至一七九〇年）從經濟現象方面發現分工的原理，實可說於現代科學的猛進，大有功績。（當一七九〇年，氏在一七五九年所發表的德性論 Theory of Moral Sentiments 發行第六版時，曾說還想從事於法律原理學的研究，可惜沒有着手，便不幸身故。所以我們在這裏提到他，亦不算完全是唐突的。）

即以法律學而論，亦是從其他社會規範——道德、宗教等範圍之中，慢慢的分裂而來。由於社會生活上的需要和學者理論上的探討，經過長時期的醞釀，始告成立的。原始人類的信仰，如「圖騰主義」（Totemism）之類，雖然祇說某些人類集團，崇拜某種動物——或某種植物，把那所崇拜的東西，認為是集團的始祖，而即以爲該集團神聖的表徵；但依一般學者的研究，其中確已充

分含有「某些事物，絕對不可侵犯」的意義。這可以證明在上古社會中，宗教、道德和法律三種東西，都只同受一個意識的支配而形成爲一種唯一的社會規範。直至現在，法律中尙遺存有宗教儀式的痕跡，決非偶然。例如「宣誓」，就是一個例證。

第二節 法學在科學上的地位

上節所述，祇是說明我們這法學，亦只是許多人類現代科學中的一種。那末，法學在現代人類全般學問上，究居於什麼地位呢？這所說「地位」，不是就重要性而言，學問對於人生，是沒有一樣不重要的，只因學問的範圍實在太廣。莊子所謂「人生也有涯，而知也無涯。」無論如何聰明睿智的人，生今之世，若要事事皆知，件件都曉，是絕對不可能的。因此，大家做學問，第一必須要注重分工。因此，我們講法學，亦得預先知道法學在學問系統上站的是什麼部門。界限既明，則攻研較便。列表如下，使初學的人可以明白學問上初步的門徑：



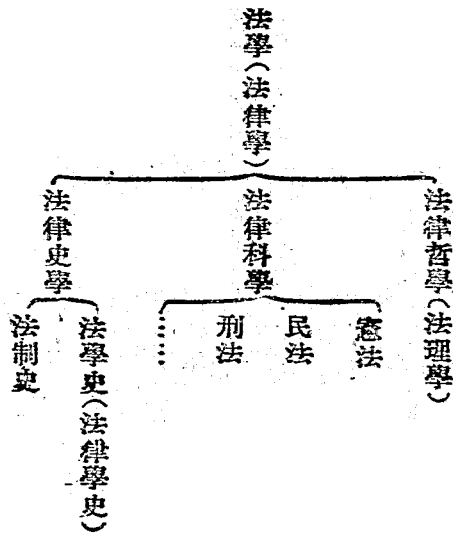
第二節 法學的分類

我們在本章的開始，即已提到分工兩字。因為在另一方面的意義，分工就是要專門化。學問分工，方可以成爲專門的學術；工作分工，方可以成爲專門的技能。法學在全般學問上是實質的社會科學中的一種，已如上文所述。現在再就法學本身的分類來加以檢討，好使有志法學的人對於茫茫學海，可以決定志願專攻那一類，那一門的法律科學。

法學應該怎樣分類？這在學者間並沒有一致的主張。有分爲一般法學與特殊法學的；有分爲立法法學與註釋法學的；有分爲公法學與私法學的。近來學者，又有將法學分爲公法學與民法學的；而後者又分爲身分法學、財產法學和勞動法學等三系。其實法學分類的辦法，並不是多大重要的問題。這不過是指示初學者以法學的輪廓和他所包涵的門類，以便在研究興趣上知所趨向而已，並非每種法律學科都與其他學科有固定不移的界限。這是我們所應注意的。

現依通常的見解，將法學分爲法律哲學、法律科學、與法律史學三大部門，列一簡表於下。至如立法原理學、社會法理學等，有人把他連同法律史學總稱爲比較法理學，與比較法律學對舉，亦有

把他歸入於法律科學之內，與法律史學並稱。本書則擬不將這些純理論的學科攔入，以清眉目。



第四節 各種法律學科的本義

法學在全般科學中的地位和他本身的分類，我們既然都已知道個大概，特再就各法律學科

的本義略加申述，尤其對於什麼叫做法律哲學和法律史學，不能不使初學的人有一個簡明的概念，則法律科學的對象和範圍，都格外可以顯露出來，而不致與其他法律學科有混淆不清的感想。什麼叫做法律哲學？就各種法律的全體現象，而探求其基本的、普遍的、最高原理的，叫做法律哲學。又名爲法理學。他的目的，是要超越時間和空間的限制，普遍的研求法律之所以發生、發達和變遷，而詳審其因果關係的所在，藉以確立法律上一切基準的觀念和原理。因爲這個原因，所以法律哲學的內容，除法律外，不能不涉及社會國家及權利義務等主要觀念以推究其本質。所以有人也就把這些問題專設爲法學通論的一編。但本書則不採分編的辦法，而一律僅標章節，各就相關的地方隨時論及。這是應該在此附帶聲明的。

法律史學是就一國家的法律學說和制度而研究其沿革經過的科學。研究學說沿革的，爲法學史；研究制度沿革的，爲法制史。法學史之與法制史，一如政治思想史之與政治史，經濟思想史之與經濟史。有志法學的人，對於法律史學的研究，是非常必要的。

至於法律科學，即指一國家現行的各種法律科別而言。俟後當有較詳細的分別論述，這裏暫且從略。

第四章 法系及法與其他社會規範的關係

第一節 法系

法系是法學的系统。凡一國法令，有爲古代所固有的，有由外國所承受的。每一種法制，都有一種歷史上的淵源，合若干法律而成爲國家整個立法的系統，叫做法系。國家民族，各受氣候、山川、風土和其他一切自然條件的影響和限制。因之，適應於某國家、某民族的法律，亦各有他的特性，而互有優勝劣敗的競爭。

古時，各地都有他的特殊習慣和法律。國家統一，法律亦慢慢的歸於一致。現代交通發達，文化溝通，一種比較進步優美的法制，自亦爲其他國家所樂於繼承。所以近世各國法律，都頗有歸於大同小異的趨勢。卽如我國各種現行法典，其中儘多承受外國法的部分。因此如欲就中外交古今的法律，一一考求其源泉，極屬不易。祇從大體上區分法學的系统，也是法學通論題中應有之義。

據一般學者的主張，世界法系共有十六種。有的是已經歸於消滅的，如埃及法系、巴比倫法系、

希臘法系，猶太法系，克雷特（Crete）法系，寺院法系是有的，是已經歸於混合而尚有殘存的，如羅馬法系，日耳曼法系，海法系是有的，是新近方纔創造的，如通常所謂大陸法系，英美法系是，其至今還歸然獨存，而成分又稱純粹的，則爲中國法系，印度法系，斯拉夫法系，穆罕默德法系等，亦有將世界法系大別爲五的，即：印度法系，回回法系（即穆罕默德法系，亦叫阿拉伯法系），羅馬法系，英吉利法系，中國法系是。

但無論怎樣分法，中國法系，必居其一，而且數千年來，中國民族是永遠受中國法系下的法制所支配的。直至今日，中國法律承受外國法的地方雖已很多，然而民族精神，民族生活依然是與我國固有法系息息相關的。

一種法系的成立和生存，必有他獨特的特質，稱卓越的精神。甲法系與乙法系之間，縱然不免有些互相類似的，地方，但根本上決然是絕不相同的。例如印度法系的特質，在於以階級制度爲依歸；回回法系的特質，在於以可蘭經典爲圭臬；大陸法系的特質，在於以羅馬法爲基礎；英國法系的特質，在於以習慣法爲準繩。至於中國法系的特質，則在於以儒家的仁義思想爲基礎，發而爲整個的，完美的禮教制度，在人類文明中獨樹一幟。雖在今日，物質科學固不如人，但中國政治哲學的博

大崇高，可以用作奠立世界和平的礎石，是爲全世界學者所公認的。

關於此點，何以中國法系與現代世界潮流，比其他法系更爲適宜，更易融合呢？這問題範圍極廣，有非法學通論所能詳盡。簡單說一句：中國法學自秦朝採用過於操切的手段——而沒有知道教育的方法——厲行法治，招致政治上的大失敗以後，儒家學者一本中正和平的立場和建制，把「上自天子，下至庶人」的一切人的關係及其活動現象，都納入於一種切實易行的社會生活和人生法則上去，使全國人民浸潤於自由氣氛之內，而無須斤斤於權利之爭，以「仁」施政，以「禮」行法，所以法學雖或中衰，而法治實未全消。依此，中國法系的特別優點——在現代或者有人也會說是他的劣點——是在於把法律與其他各種社會規範，如宗教、道德、禮制，乃至人品等打成一片，治爲一爐，使統治的人，不知有法而能行法，使被治的人，不知有法而能守法。這種辦法，依現代科學眼光看來，固然是籠統的，似乎不夠具體和嚴密，但却很富於彈性而合於人類本性究極的要求。中國法系之所以能夠和他的民族一樣，得然長存於這優勝劣敗的世界舞臺，而推陳出新，大有領導世界法學思想的希望，這顯然是一個重大的原因。

以下各節，再就此點加以分別的論述。

第二節 法與宗教的關係

古代社會，文化未開，對於宇宙間一切未能理解的自然現象，完全委之於神意，爲中外民族所同。羅馬大法學家烏爾比央（Ulpianus）在他的法學階梯裏，開宗明義，即以法學爲「神事及人事」的知識，正與不正的學問。因古時政事與祭事混爲一體，與中國所謂「國家大事，唯祀與戎」同一意味。故此，法律與教條，同以當時的社會意識爲本質，亦同爲當時社會唯一的規範，實際上殆無可分。甚有宗教意識，特別堅強，國家雖亡，而教規猶依然爲全族間唯一支配的法則，例如猶太人是中國民族，宗教意識，最爲微薄。其真含有宗教意味而爲全民族誠虔奉行，至今不衰的，莫如崇奉祖先一事。但這仍以「慎終追遠」，「數典」不可「忘祖」的儒家的人生思想爲基礎，是以在刑法上，除殺傷「直系血親尊親屬」加重處刑外（第二七二、二八〇條），關於「褻瀆祀典及侵害墳墓屍體」等事，並特設專章（第十八章），分別治罪，實與國俗民情極爲適合。

然而法律與宗教，究竟在各方面都有不同，其區別大體如左：

（子）從產生方面說，宗教是託於神意而創立的，法是本於國家權力，亦即人民公意而制定的。

(丑)從作用方面說，宗教是規範良心的，所以宗教的存在，全賴教徒的信仰以資維持；法是規範行為的，所以法律的施行，重在強制的力量以顯功效；

(寅)從制裁方面說，教徒違犯教規，最終裁判，委之於神；人民違犯法律，最終裁判，則為國家；

(卯)因此，從社會關係方面說，宗教是教徒對於主宰片面的關係；法是公共與個人雙方的關係。

第二節 法與道德的關係

法與道德，本質上並沒有什麼不同，非如法與宗教的互相對立，各行其是，而不相為謀。據動物學家的觀察，若干動物，都具有相當高度的道德觀念。何況「人為萬物之靈」，而可以不重道德！一個人沒有宗教信仰，例如自由思想家 (Liberals, Deists) 和無神論者，儘可以成為聞名的好人；但是一個人而完全不講道德，那就簡直不成其為人。孟子所謂「……無惻隱之心，非人也……」；「無父無君，是禽獸也！」都是這個道理。用現在的語來講，「無惻隱之心」就是沒有「同情心」，「無父無君」就是不孝父母，不愛國家；一個人要是這樣，試想還能算人嗎？

尤其中國法系的本質，可說只是「道德」二字。尙書所說「克明俊德，以親九族，九族既睦，平章百姓，百姓昭明，協和萬邦，黎民於變時雍！」大學說「德者本也，財者末也。」論語說「爲政以德，譬如北辰，居其所而衆星拱之。」孟子所說「以德行仁者王……以德服人者，中心悅而誠服也。」可見中國自古以來，政治設施，莫重於德，法令建制，莫貴於德，總之，一切典章文物，完全都以「道德」爲唯一的中心標準。孔子著春秋，「一字褒貶」，就完全是一部以道德觀念爲基準的「誅心」的法典，使古今不知道有多少「亂臣賊子」望而生畏……

卽以具體的法制而言，自漢朝以至於清朝，歷代律令，都沒有一事不悉心斟酌於道德之間，所謂「王道不外乎人情」，而「情」之與「法」，又必力求其一致。例如漢文帝禁「坐贓者」不得爲吏，（吏就是現在的公務員）東漢臧吏子孫，三世禁錮，宋太祖凡贓吏一律棄市，明太祖特設峻法以禁賄賂。反之，爲國除害，如周公的誅管蔡，美爲「大義滅親」，爲父母報讎，擅弓認爲可以「遇諸市朝，不反兵而鬥」，甚至違法把囚犯故縱，只須有合於情，後人都引爲盛舉。更如漢朝把罪名分爲公、私，以私德爲公德的基原，故治私罪重於公罪，唐明清各朝的定律，都因襲沿用。直至今日，一般觀念亦大體相同。

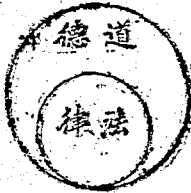
因為這個緣故，因為中國法系，一切建制，都以道德為重，所以大家輕於權利而重於義務，學者至有稱中國法系為義務本位的法系，確有理由。是以法律與道德的分化，在中國可說最遲。這於法治精神，固屬遺憾，但於民族道德，却是榮譽。

彼此，法與道德，實居於同一的領域之內，不過範圍廣狹，略有不同而已。

不道德的人，他的行為，固然不一定就違法。

但是那人如果專喜違法，却就一定是個不道德的人。

法律假如是個小圈，那末道德就是個大圈，而法律圈又是包含於道德圈之內的，所以法律與道德的關係，表示明白，有如下圖：



關係既明，再把二者的區別申述於後：

(子)從產生方面說，道德是隨着人類文化的進步，由若干聖賢哲士，著書立說，「化民成俗」而成立的，與法律之由於國家制定的不同。

(丑)從作用方面說，道德是要養成各個入優美的人格，而法律是要養成全國人守法的習性，前者側重於個人的為善，後者側重於社會的安寧，前

者勸告你應當怎樣，後者指示你非怎樣不可。

(寅)因之，從制裁方面說，道德貴在以自發的情緒，自由遵守，法是大家非嚴格遵守並絕對服從不可的。

(卯)法與道德，亦和法與宗教相同——在社會關係方面上，法規定你應該做的事，你就有必須做的責任，例如「賠償」、「扶養」等等，你若不做，對方的人，就有權來要求，使你非做不可。道德的義務，或所謂「道德責任」則不然，例如「孝親」、「報恩」等等，是社會上很高的道德，但對方却不一定能夠向你行使請求權。

第四節 法與禮制的關係

說到「禮」，更是中國法系本質上一個「大放異彩」的地方。歷代聖賢遺訓，闡明禮的意旨和功用的記載，不知有幾百千條，即按諸實際政治和社會生活，亦沒有一事不以禮為最後的依據。自漢朝以後，政府「斷獄」決疑，（很像現在司法上的終審判決或解釋法律），都以準據「經義」為貴。唐律彙歷代法制的大成，尤其一切都以禮為出入律化於禮之中，禮即為法之極，所以後來學者稱

中國爲「禮治的國家。」這可見禮在中國社會上的重要，因爲最足以代表中國王道精神的，莫過於禮。

禮起於殷朝的祭儀，周行封建，禮與刑漸相對立，而形成了封建階級的規範。到了春秋時期，禮治衰落，所以孔子就慨然以「克己復禮，天下歸仁」爲言。自此之後，孟子、荀子等大儒，都盡力發揮禮義的精華，禮的力量，一天增強一天，直到如今，依然成了中國民族文化的基礎。

禮究竟是什麼呢？上文說過，古人闡明禮字的意旨的地方，多得不可勝舉。凡紀綱國家，維繫社會的一切方法，以至天時、人心、陰陽、鬼神的關係，都沒有一事不歸納到禮的範圍裏去，所以簡軍說一句：禮是以人爲本位，所以支配萬事萬物的自然法則。這就是禮記所說：「夫禮所以定親疏，決嫌疑，別同異，明是非也；道德仁義，非禮不成；教訓正俗，非禮不備；分爭辨訟，非禮不決；君臣上下，父子兄弟，非禮不定；官學事師，非禮不視；班朝治軍，蒞官行法，非禮威儀不行；禘祠祭祀，供給鬼神，非禮不誠不莊。」這就是左傳所說：「禮所以守其國，行其政，無失其民者也。」這就是孟子所說：「仁義禮智根於心，恭敬之心，禮之端也。」荀子所說：「禮也者，法之大分，羣類之綱紀也。」這也就是禮裁所說：「禮是規規矩矩的態度，禮是嚴嚴整整的紀律。」這也就是新生活須知中所說：「何者

爲禮恭敬是主守法循理，戒慎將事，和氣肅容，善與人處，孝親敬友，克敦倫紀。這也就是中國國民黨黨員守則中，所以定明以「禮節爲治事之本」的道理。

禮的意旨和功用，既然是如此之深且廣，所以在中國，法與禮制，實有不可分離的關係，進一步說，中國向來的所謂禮，實在就是一種廣義的法。因爲中國自古以來，除刑事外，法多歸於禮，尤以民事關係，非禮莫明。例如因「冠禮」而知「成年」，因「昏禮」而知「婚姻」，因「喪禮」而知「親系」與「親等」，因「祭禮」而知「崇拜」與「倫常」。至如古代所謂「以賓禮親邦國」（見周禮）那疏簡直把禮的作用，由國內法而擴大到國際法上去了！

以上是說明在中國固有文化裏法與禮制關係的密切，爲我國習法學者所不可不知。然則法與禮制，究竟有什麼區別沒有呢？嚴格說來，亦可有後面幾點的區別：

(子)禮樂記說：「禮者，天地之序也。」所以古代，非天子不饗禮。而且這天子一定要是備賢明有德的天子，「雖在其位，苟無其德，亦不敢作禮樂焉。」（俱見中庸）孟子說：「民惟救死……而恐不贍，奚暇治禮義哉！」管子亦說：「衣食足，而後禮義興。」由此可知：(一)中國歷代的所謂禮，是由於聖明天子所制定的；(二)禮雖爲「國之幹」，「身之幹」，「人之幹」，（俱見左傳）但若人民生活

尙未解決，則禮制難於推行。所以禮又以德爲本。政府有德，能使人民安樂，而後禮義可興。這都是與法之由於國家制定，國愈亂，則法愈嚴，所謂「治亂世，用重典」的情形，顯然不同。

(丑)以言內容，法是注重社會實際生活的，禮則以注重形式生活爲多。所謂「禮儀三百，威儀三千」，流弊所及，致成繁縟，而爲後人所詬病。

(寅)禮儀往往是道德宗教的表徵，而以恭敬爲主。違禮失禮，結果祇成「不敬」或「失態」，受社會輿論的批評。但凡經法律規定的事項，是非遵守服從不可的。違法犯法的人，必將受到國家權力的強制或制裁。

第五節 法與人品的關係

依上面各節所述法與宗教、道德、禮制的關係，再可得到一個實際上極爲重要的結論，而亦爲中國法系固有的特色。

這結論是什麼？

就是法與人的關係。

近來論者，常常有「法治」「禮治」「人治」的爭辯，其實在中國文化裏，這三者是缺一不可的，根本上不成爲什麼問題。一個人若是有信心，重道德，有禮貌，則一生行爲，儘可與法律不發生衝突，反之，一個人若是沒有信心，不講道德，不重禮節，那一定就是爲非作歹的人，結果就自然非繩以嚴刑峻法不可。「夫禮，禁亂之所由生，猶防止水之所由來也。」禮者，禁於將然之前，而法者禁於已然之後。「俱見禮記」可見法之與禮，有先後之分，而無輕重之別。中庸說：「其人存，則其政舉；其人亡，則其政息。」可見雖有良法，決不能獨立生效，這就叫做「徒法不能以自行」。法之與人，本如輔車相依，那能偏廢？須知中國儒家的所謂「人治」，原指政治、道德、教育三者合一而言，初不專責於統治人的個個都是賢人哲士。總裁在行的哲學裏說：「這裏所謂人，並不是指個人，乃是指多數人，必須有明瞭這個政制的原理和價值的人，然後良好的政制，纔有人來運用，纔有人來實行。」因此，無論法治也好，人治也好，都決不應該是完全責望於個人或少數人的，國家政治的責任，全在多數人的國民全體。

第五章 法律的概念

第一節 法律的語源

法字，古文寫作灋，從水，從廌，從去。水取其平，廌是一種古代的異獸，他的性情喜直而惡曲，「所以觸不直者去之」。這是法的字源，亦即是法的本義。可見法的功用，貴在「平」「直」，以作社會關係的常規。

律字本為齊一的意思。虞書說：「乃同律度量衡，所以齊遠近，立民信也。」漢書律曆志亦說：「律以統氣類物……」又說文：「律，均布也。」段注：「律者，所以範天下之不一而歸於一，故曰均布。」可見律的功用，貴在「齊」「一」，以立社會關係定制。

爾雅釋詁說：「法，常也，律，常也。」又可見「法」「律」兩字，本可互訓，因其意義和功用，在規範社會的目的上完全相同。

戰國時候，魏「李悝撰次諸國法，著法經」，（晉書刑法志）到了商鞅，傳習法經，並改「法」為「律」。秦始皇滅六國，「法令由一統」，二世用趙高，「申法令」，「更為法律」。（史記秦始皇本紀及李斯傳）「法律」兩字的連用，當自此始。

說到法律兩字的語源，尚有一點應加注意的，就是在中國法系裏，無論稱法或稱律，內容都祇研究或規定刑法的事項而少及其他。因為李悝法經六篇，原為私人所著的刑法草案，其中所定，專重罪名，商鞅習之以相秦國，即用「律以正刑定罪」，漢初蕭何增訂為九章律，或竟全數載入，未加損益。這可說是中國有成文法的起始，但同時亦可窺知中國法律畸形的趨向與中國法學增長的機緣。

第二節 法律的定義

法律的語源，既如上述，但僅僅就法律一語在文字上構成的源泉加以稽考，而未足以盡法律在實際上的本義。

那末，法律到底是什麼呢？

關於這一個問題，自來學者聚訟紛紜，甚不易有一致的解答。現在先就各說略加敘述，然後依吾人的見解，來下一個比較概括而切合時代的定義。

有以法律為直接或間接本於神的意旨而制定的規則。這在學者叫做神意法說。這說在古代

社會最爲盛行；到了歐洲中古時代，因有基督教的昌明，教權極爲膨脹，法律思想亦多深受影響。教會士且有由「神國」(Civitas Dei)「神法」(Lex divina)以啓導「人國」(Civitas terrena)「人法」(Lex humana)的說法。當十三世紀時，德國某著名學者曾說：「天賜二劍以與世人：一與教皇以擁護神國，一與皇帝以擁護人國。」由此可見神意法說基本理論之一斑。

現在此說雖因人類知識文化的長足進步而已被認爲無稽，成爲過去，至多亦只認爲是宗教在法學上所存留的一些殘跡。但若在人類心靈中，真正失去了某種超現實的、超人的高尚理想和熱烈信念，則所謂世界和平和人類幸福，恐怕確是很難得到美滿的實現的。這理想與信念，在中國向來叫做天意或人心。天意與人心，是一而二，二而一的；其實就是某一社會在某一時代爲大家所認爲確實不移的正義。

所以法學進步，神意法說雖已不合時代的潮流，但正義觀念，當然永遠是人類關係中必不可或缺的基準，那是絕對無可置疑的！

又有命令法說，以法律爲主權者對於人民的命令。這在君主專制的政治之下，最爲盛行。又有自然法說，以爲法律本存在於自然之中，無須人力加以創制。人力所創制的法律，往往任意限制或

違反各人的自由意思，而與法律爲保障人民自由的目的背道而馳。這說自十五六世紀以後，在歐洲方見流行。至十七八世紀個人主義思想，自由主義思想，風起雲湧，勢力大盛。在人類思想上，固然是一種解放的曙光；在法律思想上，亦可說是對於命令法說的一種反動，一種革命。自從這自然法的學說昌明以後，舉凡政治、經濟、教育各方面，都受着極大的影響和衝動。這說對於人類社會進化的大功，實不可沒。

又有所謂強者法說，唯物史觀說。前者以法律爲強者支配弱者的護符；後者以法律爲富者剝削貧者的工具。這都可說是一種畸形的思想，專就社會病態而加以發揮，不足以語於正確的、進步的法律觀念，甚爲顯然。

又有歷史法說，以法律爲一國人民基於民族生活所自然發生的產物，決非外力所能加以左右。此說以德國的沙維尼(Savigny，公元一七七五至一八六一)集其大成。平心而論，這只能說是研究法學的一種方法，與復興民族的一種手段，亦不能認爲法律全貌的真相。因倡爲此說的，顯然具有某種政治上特殊的目的，若果採爲立法政策上唯一的標準，容易使該國民族在國際社會中流於過分的自大，結果每每足以擾亂或影響人類的和平。法律是保障人民和平的，所以歷史法

說，亦與法律的本旨不符。

那末，法律到底是什麼呢？

法律是爲要保障人民自由和平的生存，藉公力以施行的一種社會生活的規範。依此定義，再加以分析的說明如左：

(子) 法律是一種社會生活的規範。法律的對象是人。人生在世，不能沒有活動和一切行爲。所以法律的對象，又是人與人間因法律行爲所發生的種種社會關係。(雖然法律也有不少關於物的問題的規定，例如民法有物權，但那物不是法律的獨立對象，而是因人而及物的。) 因此，我們對於法律，又可得到後面一點重要的認識：

法律不是一種物質關係的規範。那種規範，是屬於自然科學的範圍而爲自然界物理的法則。物理的法則，是具有必然性的。(參觀第二章第三節) 例如天體運行，物體下落等是。至於社會生活的規範法則(Norme, norma, norma, north, 這字在現代歐美關於社會科學的著作中甚爲通用，而意義又極抽象，故特將西文註出，以便讀者自行體認。) 是一種「或然的」法則。所以法律並不是國家直接對於人民的命令，而祇是國家對於法庭的命令。換句話說，就是國家預先指示法庭，如遇有人做

出了某種違法犯法的行爲，即便予以某種的判斷或制裁。依此，法律只是法庭所據以處判的規則，而並不是各人平時一切行爲的規則。法律與宗教、道德等，雖然同爲社會生活的規範法則，但其間不同之點，亦即在此。（參觀第四章第二、三各節）。

（丑）法律是藉公力來施行的。公力（*La force publique*）亦可稱社會力（*La force sociale*）。因爲上節剛纔說過，法律是規範社會生活的。換句話說，法律是應該基於社會的共同意思而發生，所以也必須倚於社會的共同力量而收效。假如一法之立，被社會人民所認爲不妥，則法律本身，且將失去存在的理由（*La raison d'être*），更何能望其發生效力？例如現代的複決權，就是根據這種理論而發生。

因此，從前有些學者，或以爲法律是由於國家的制定，或以爲法律是具有強制的特點，實都未盡確實。誠然，近代成文法十分發達，大多數國家的最多的法律，都是由於國家的立法機關制定，公布施行。但各地合理的習慣，仍多不須經國家的制定而往往能夠與法律同具有規律社會生活的拘束力。現代社會生活，雖已日趨於開明而統一，但因關係的複雜性，亦同時跟着增大，一切生活表現，斷非成文法所能網羅無遺。所以各國立法，都仍然不能不承認若干習慣的存在。況且即在國

家制定的法典中，亦大多規定以習慣及法理作爲法律的補充。例如民法第一條：「民事法律所未規定者，依習慣，無習慣者，依法理。」就是一個證明。我們不說法律是由於國家制定，或說法律是強制規範，而祇說法律是藉公力來施行的，就是這個原因。

（寅）法律是爲要保障人民自由和平的生存的。法律既不是強者支配弱者的護符，也不是富者剝削貧者的工具，而應該是要保障一國人民自由和平的生存的。我們在第一節裏曾說：「法貴平直，以作社會關係的常規，律貴齊一，以立社會關係的定制。」「規」定而「制」立，使全國人民都可依照一定的規制，以作生活關係的準繩，而促進人類生存的繁榮和向上的發展，那纔是法律真正的功用。荀子說：「人生有欲，欲則求，求則爭，爭則亂，亂則窮。先王惡其亂也，故制禮以節制之。」禮在中國，就是廣義的法。史記亦說：「……五帝三王，隨時制事，法度制令，各順其宜，衣服器械，各便其用。……」墨子尚同，主張「治天下之國，若治一家，使天下之民，若使一夫。」都已充分說明法律是要平直齊一，「納民軌物」的意思。

然而我們於此有必須加以注意的。法律所保障的，固然有很多是關於個人自由的權利，但他的終極目的，是在保障團體的自由。保障個人自由，也只是於團體自由的空白之內，——即法律所

釋的自由範圍之內——爲要實現團體自由的一種辦法。總理說：「共和與自由全爲人民全體而講。」（民權主義）總裁說：「所謂自由，要以不侵犯他人的自由，不侵犯他人的權限，更要嚴守紀律，必須以法律來保障自由，爲實行自由的根據……尤其在整個民族存亡絕續之交，我們真正的民主的自由，決不是講個人或少數人的自由，而是要犧牲我們個人或少數人的自由，以求得整個國家民族的自由。可以說我們要求得自由，更是要潔清國家與個人的地位所在和時代環境的需要，使法律有效……」（二十七年七月六日國民參政會開幕詞）這都是法律保障自由的最精當、最進步的註解。

一國人民，人人都能於法律保障範圍之下，行使自己的自由，尊重他人的自由，則社會自然和樂，國家自然太平。合法自由，爲社會和平的先決條件。人人過自由和平的生活，則國家一切的建設事業方能推進，民生方能解決。總理在同盟會宣言裏說：「吾黨之責任，蓋不卒於民族主義，而實卒於民權、民生主義。前者爲之始端，後者其究竟也。」而如何方能實現民生主義的究極目的，則全在法律的保障和施行。所以我們說，法律是要保障人民自由和平的生存的。

第三節 法律的理想與目的

依照上節所述法律的定義，可知法律是於某一時期中，被某一特定社會最大多數人所認為是正當的客觀標準。英儒邊沁所謂「最大多數的最大幸福」可說就是法律的理想。

正當與客觀，是對不正當與主觀而言。如果法律而出於主觀，雖偶或正當，亦只是對於特定事物，在特定情況下的相對的正當。各人有各人的主觀，各人有各人的正當。如果大家都各自以為正當而各行其是，（？）那真是所謂「道其所道」，而決不能成爲人人共同遵守的法律。國家秩序與社會安寧，也決無法可以維持。在一般無治主義者（或稱無政府主義者 Anarchists）看來，如中國的老子，法國的蒲魯東（Proudhon 公元一八〇九至一八六一）等，這也夫豈不可算是他們理想上的境界。不過這境界只能在理想上存在罷了。依人類文化的現狀看來，在千萬年內，是斷斷不能實現的。因爲這種觀念，不是流於消極，便將陷於自私，和目前世界潮流，絕不相容。

那末，正當的客觀標準，到底是什麼呢？換句話說，必須在何種情況之下，方能算是客觀的絕對的正當呢？

對於這問題，古代希臘大哲柏拉圖在他所著的國家論中，曾有過一番的討論。柏氏以爲某特定事物對於某特定人利益與否，乃主觀的相對的正當條件，而非客觀的絕對的正當條件。要想求

得客觀的絕對的正當條件，必須本審慎的立場，公平的態度，就各種有關的情形加以考慮，而得最後的標準，這方能算是客觀的正當。再由這客觀的正當擴而充之，使成爲普遍的、無限的、終極的標準，方能算是絕對的正當。

法律是要具有這種客觀的正當標準的要件的。

管子說：「君臣上下貴賤皆從法。」漢張釋之說：「法者，天子所與天下共者也。」如果沒有客觀的絕對的正當標準，社會品類，萬有不齊，又如何能夠使大家「從」共？德國大儒康德（*Immanuel Kant*）公元一七四六至一八〇四年）亦和柏拉圖採同樣的見解，他曾說：「汝應考慮汝如果做了他人，則汝應該如何想法以求汝行爲的準則，」而稱這種準則爲「無上的命令」。這完全與中國所說「推己及人」和「己所不欲，弗施於人」的精神如出一轍。

其實這客觀的絕對標準，這無上的命令，在中國自古叫做「至善」，大學之道，在明明德，在親民，在止於至善。」總裁在科學的學庸裏解釋大學這一段話說過：「我們明德修身之後，便要推而廣之，將一般民衆的一切舊的、不良的、不適應於時代環境的思想風習剷除，使造成一種新的思想與風習，能與時代要求相適應，以確保生存與發展。這就是古人所謂「化民成俗」亦即近來所

推行的新生活運動之真實意義，必須如此，然後治平之功，纔有基礎。

法律是「治國平天下」的要件。

「修身」又是實行「法治」的基礎。

這是法律理想徹始徹終的整個的理論。

法律的理想既明，則法律的目的自見。有人以為法律是重在強制和制裁的，這並不是完美的說法。我們曾經一再提到，在中國，禮為廣義的法律，因為中國是自古重「王道」的國家，而「禮」即是「王道」最好的代表。中庸說：「為政以禮，禮者，政之本歟。」又說：「為國以禮。」孝經說：「安上治民，莫善於禮。」孔子說：「……道之以德，齊之以禮，有恥且格。」荀子說：「禮者，政之軌也。為政不以禮，政不行矣；……治民不以禮，動斯濇矣。」都無非說明要使行禮在於行法之先。易經所說：「訟則凶。」尚書所說：「刑罰於無刑。」孔子說：「聽訟吾猶人也，必也使無訟乎！」聖人之設防也，貴其不犯也。制五刑而不用，所以為至治。」要有完美的法律，而事實上又無須用到法律，這就是法律的目的。我們總結一句：「至善」是法律的理想，而「至治」是法律的目的。如果中國的大學是古代聖賢教人的方法（大學序言），那末現在的法律也可說是教育國民的一種學科。

第六章 法律的淵源

第一節 法律的總源

法律的淵源，簡稱法源。凡一切典章文物，都必然有他的來源，我們現在許多法律，到底從那裏來的呢？換句話說，法律產生的原因和存在的根據是什麼呢？

法律的來源，表面上決不是單一的，所以歷來學者關於這個問題，因着眼的不同，每每把法源分爲幾類或幾方面去觀察。

有的從法律的權力方面去觀察，看法律的力量到底是從那裏或那人來的。例如這法律的規定，到底是神意，是君主的意思，還是人民的公意？法律大抵都是國家的產物，因之，有人以爲說明國家的本質，就是法律的源泉。這叫做法律效力的淵源。

有的從構成法律的材料上去觀察，就各種材料追考其歷史上的源流。例如各國關於親屬、繼

承、婚姻等各種法規，都各有歷史上深遠的背景。這在中國於現行民法未頒布以前，尤為顯然。這叫做法律歷史的淵源。這種淵源的考查，在研究上實為重要，因非從歷史上的探討，不足以明社會生活的變遷和過程。

又有從法律的構成材料上去觀察，就各種材料辨別其性質上的源流。例如這條法律是由於習慣而成，那條法律是基於宗教而立等等……這叫做法律實質的淵源。

又有從法律制定的形式上去觀察，看那法律的形成本係須經過一種怎樣的方式。這就是說法律必須經過何種程序方為成立。這叫做法律的形式淵源。

亦有把法律淵源分為直接淵源與間接淵源的。前者如法律、命令、條約等是。因其一有此物，即有拘束的效力，故稱為直接淵源。後者則否，必須經過國家一定行為的認可，如立法或審判等，方得有拘束力。例如習慣、學說、判例、道德規則及教規等是。

上述各種的說法，都各有他的理由，我們不必一一加以評論。

但依我們所見，從一個方面或一種根據上去探討法源，當然不足以盡法源的全相。我們在前面曾經說過：「法學是研究人類社會生活中關於法律意識形態的發生、作用、變遷和消滅，而尋求

其原理的科學」(見第二章末)。實因人類社會生活的行動，無論在任何時期，任何文化水準，都必須確實維持着一種必要的秩序。既然有了生活行動的秩序，則在同一社會，同一團體中的人羣，自不得不具有遵守秩序的意識。至於這種意識的發生，或因畏懼天神的譴責，或因畏懼刑罰的制裁，或由於多年的習慣，或出於內心的模仿，或本於治者命令的服從，或基於公理正義的感想，總之，不論如何，在同一羣體中，團員與團員間種種相互的關係，必須具有某些為全團體所共同信守的規例」的意識(參觀第二章第一節)，然後那些規例——即法律，方能發生預期的效果。這種共同的法律意識，我們稱之為法律的總源。至若這種意識如何顯現出來，如何分流下去？又如何因為受到其他新的意識的補充，協調而發生轉變？那都是有時間性和空間性的極為複雜的問題。我們在探討法源時，自亦不必一一加以評論。現在依一般的體裁，將各項法源分節略述於後。

第二節 成文法

凡作成文書，依一定的手續與形式而公布的，就叫成文法，或制定法(參照法規制定標準法

第一條。憲法、民法、刑法、民訴訴訟法、刑事訴訟法等，固然都是成文法；即附隨於這些法典的法令與單行法，亦為成文法。近代立法，都趨重於成文法的制定。因法律為社會生活的規範，他的意義和範圍，實都以明確為貴。我們剛纔說過，法律是基於人民共同的意識而生，所以成文法雖然必須經於立法機關（立法者）而制成，但決不是即出於立法機關單獨的意思。法律既經制定公布之後，司法機關及全國政府機關，就應該負起執行的責任，嚴格實施，使社會知道這是共同意識的表現，並更藉以喚起人民的法律意識，一致來擁護法律的尊嚴，維持法律的效力。

第一款 成文憲法

憲法為國家的根本法。舉凡國家組織、政府主要各部門的設置及其各別的職權和相互的關係，乃至關於人民教育及經濟生活等基本原则，都可規定於憲法之內。

憲法又有成文憲法與不成文憲法之分。凡關於上述各事法則的全部，完全以明文規定而成為一有系統的單一法典的，就叫成文憲法。現代各國，除英、法兩國外，大都為成文憲法。憲法的效力是有絕對性的。所以成文憲法，實為一國法律主要的源泉。關於各項憲法上的問題，俟後當有較

詳細的討論。

第二款 法律

這裏所說法律，是指一切國家所制定的成文法律而言。如民法、刑法等是。成文法律的制定，都由於一定的立法機關——在中國爲立法院。制定的程序，通常爲法律案的提出、決議、認可、及法律的公布、施行五個階段（參照立法程序法及立法程序綱領）。

在中國平時有權提出法律案的，爲立法委員及行政、司法、監察、考試各院。（參照立法程序綱領第一款、國民政府組織法第二十四條第一項、第四十四、四十五、四十六各條。）

立法院爲全國最高立法機關，所以法律案的議決權，屬於立法院。（參照國民政府組織法第二十七條。）議決的方式，通常應該經過三讀會：第一讀會宣讀法律案的全文，從大體上決定應不予以進行討論；第二讀會乃逐條加以討論或修正；第三讀會，就第二讀會的決議加以表決，可否成爲法律。依民國十八年七月十日公布的治權行使之規程案第一款規定：「一切法律案（包括條例案及組織法案在內），及有關人民負擔之財政案，與有議決不得成立，如未經立法院議決而公布

施行者，立法院有提出質詢之責。其公布施行之機關，以總統、立法院不提出質詢者，以廢職論。可知議決又為立法程序中主要的階段。

立法院議決法律案，為國家內部確定意思的行為。但尚須經過國家意思的最後確定，那法律案方始確定為法律。這國家意思，由於國民政府的裁可而表示出來。

國家的立法意思，雖經裁可而告完成。但為要使全國人民得以周知，尚須向外有一種公開的表示。這表示的行為，叫做公布。公布的方法，依時代和文化的進步，各有不同。古代大都用朗讀法公布法律，後來，漸因文字發達，工具完備，而採用公簿登錄法，將此項登有法文全部的公簿，置於公共場所，以供人民瀏覽。其後，又有揭示法及傳觀法：前者將法律條文揭貼於公共場所，例如碑、銘、告示等；後者，將法文輾轉傳達，由各地官吏謄抄存用。到了近代印刷術發達之後，則法律公布的方式，幾一律以登載於公報行之。但如我國因人民教育尚未普及，除政府機關外，極少購閱公報的人。所以於登載公報之外，仍往往兼用揭示法以期普通。

法律雖經公布，但除若干組織法外，仍並不立即施行，而常常於公布與施行之間，定有相當的時期。這叫做施行期間。關於法律的施行期間，應視各地距離的遠近和交通的情形而決定。學者有

所謂同時施行主義與異時施行主義，前者又大別爲二：或不問距離的遠近，一律以公布之日爲施行之日；或由公布之日起算，經過一定期間後，方爲全國施行之日。異時施行主義，則以距離遠近爲標準，或即日施行，或於公報到達的第二日施行，或經過一定期間後施行。

但亦有法律雖經公布，而施行日期及區域，「分別以命令定之」的（土地法第六條）。這是因爲新法的規定，有若干事項，很難在全國同時普遍的施行，所以不能不顧慮實際的情況，而授與政府以相機決定的權。

這都是就平時而言。至如我國現值非常時期，因種種原因，勢難將新法一體付諸實行。經行政立法兩院會商結果，「關於新法律之施行，以命令到達後翌日起實行，以免一切困難云」（二十八年十月九日掃蕩報）。

第二款 自治法規

凡由自治團體，基於其自主權或自治立法權所發動而制定的法規，統叫自治法規。我國各縣自治，尙未完成，這種法規，事實上固然還是很少。但自治團體，既有法人的資格，（二十八年九月十

九日國民政府公布縣各級組織綱要第五目規定「縣爲法人，鄉（鎮）爲法人」。則關於其固有事項，或「中央及省委辦事事項」於不抵觸國家法令的範圍之內，自得制定法規以拘束團體內的分子。這種法規，在從前又稱「自治公約」。當然得爲法律的淵源。學者間亦有稱此等立法爲輔助立法的。（包括各省或聯邦國的各邦立法等。）

第四款 條約

國與國間所締結的契約，叫做條約。條約爲國家意思對外發動的結果，與對內發動，法理上雖有不同。但一經締約國批准，互換並公布之後，即有拘束締約各國政府及其全國人民的效力。故條約雖爲國際關係，實亦可認爲國內法的淵源。因條約既本於國家的意思，經交涉而予以簽訂，又必須經過締約國立法機關的議決批准，方能成立，是無論實質上或形式上，都具備了法律的條件。不過條約只可說是國際法上的成文法或制定法，理論上雖有拘束力量，實際上尙少制裁辦法。是以學者或有不認條約爲國內法的淵源的，亦非完全沒有理由。

第三節 不文法

不文法，係對於成文法而言。凡不依於立法程序制定並公布，但經國家予以認定和採用的，都叫不文法。一國人民的生活，縱橫錯雜，變化無窮。尤其我國領土廣大，交通不便，各地民商習慣，極爲繁複而各不相同。如欲專用成文法來加以規定，事實上決無此可能。所以我國民法第一條，就載明法律所未規定的，從習慣。因此各地合理的習慣，而該事項又還沒有法律明文規定的，那習慣就取得法律的效力。

有以爲不文法即指習慣而言的。而於習慣之下加一法字，稱爲習慣法。此種主張，實爲不妥。因習慣是習慣，法是法。習慣不過爲法律淵源之一種；習慣以外，尚有法理、習慣與法理，已經我國民法定爲法源之外，尚有學說、判決例等，亦爲不文法而構成法律的淵源。再分款略述於後：

第一款 習慣

人類都有模仿的本能。一個人的所爲，他人加以仿效；漸而至於數人，多數人都加以仿效；終乃

普遍的通行於某一地區，或某一階層的人之間，而成爲一般的法則。這是就橫的方面而言。今天這樣做，明天亦這樣做，久而久之，大家都這樣做，終乃成爲傳統不易的法則。這是就縱的方面而言。今縱橫兩方面的積累而成爲某一地區或某一階層的人所共同遵守的法則，就叫做習慣。這種習慣，在民間力量很大，有如法國心理學家呂朋所說，「吾人是往往受死人文配的」，就無非指這種習慣的力量而言。

因此，如果有人敢於違反習慣，就一定要受大家的指摘，甚至爲他的社會團體所不容，亦正惟因此，習慣就與法律發生了不少密切的關係。古代的法律，都是以舊習先例所積成的爲多。習慣之所以爲不文法之一，而爲法律淵源的原因，就在於此。

不過習慣之所以能夠成爲不文法而被認爲法律的淵源，亦須具有若干的要求：

(子) 第一，要這習慣確實是爲該地該時大家所慣行的。且這種慣行，必須有公認的客觀性，方能取得法的價值與效力。否則如小賤，節實之類，雖爲社會極普遍的風習，但非顯然是一種不良的風氣或陋規，而決不足以語於習慣法。這在學者則，做慣行說與權利確認說。

(丑) 其次，社會上所可適用的習慣，又須「以不背於公共秩序或善良風俗爲限」(民法第

二條。雖爲習慣而背於公共秩序，卽已違反社會的利益，或背於善良風俗，卽已違反道德的觀念。那末，那習慣本身，遲早且將受法律的剷正，或社會的淘汰，更何能成爲法律的淵源？

(寅)習慣雖爲慣行，而又不背於公共秩序或善良風俗。但若對於該項事實或問題，法律已有明文加以規定，亦卽不能以習慣爲口實，舍法律而用習慣。而且該習慣雖或有文書的記載，證明其存在，亦不得認該項記載爲成文法，引用他來與法律相抗衡。

(卯)一種確實存在(慣行)，既合於法律的限制(不背公共秩序或善良風俗)，而又爲法律明文所未規定的習慣，亦不是本來卽具有法律的拘束力，而須經過司法機關(或行政機關)引據以爲審判標準時，方爲習慣法成立的時期。因古代立法機關既不完備，審判官遇有爭訟而沒有法律明文可以適用時，就往往以習慣爲準。卽在今日，亦仍多如此。故我們說習慣法成立的時期，卽在審判官對於違反習慣的人而加以制裁的時期，實有歷史上的根據。這在學者稱爲法庭承認說。

習慣如已具備上述的要件而成爲法，則不問當事者的意思，是否願依照習慣法來處理，亦不問當事者知不知道有這種習慣法的存在，法院都應予以適用。同樣的理由，法院適用這種習慣法

如有錯誤，雖在法律審的上告審，亦得爭辯。因為這都是法律問題，而不是事實問題。

此外，還有一種應付帶說明的。這裏所說習慣，是社會的習慣而斷斷不是我們個人的習慣。不過如果個人的習慣，大家都培養得很好而努力剷除不良的習慣，則久而久之，社會的習慣亦就自然會好起來而成功為「善良風俗」，可與法律相輔而行以維持國家的「公共秩序」。這就是古人所說「化民成俗」的功夫，亦即是共同意識為法律總源的又一顯明的證據。

第一款 法理

萬事不外乎理。猶之古人所說：「王道不外乎人情」。

假使審判官遇到有些問題，法律既無可據，習慣又無所從，則僅有「斟酌酌理」以作為解決的標準，所以法理亦為法律的淵源。

凡事依於社會公理正義的觀念，細加分析，必可發現一種客觀的是非曲直的自然條理。這就叫做法理或自然條理。可見法理亦即中國古聖賢所說「致知格物」，「即物窮理」的功夫。

這法理不獨適用於民事，而且可以適用於刑事。近代各國盛行陪審制度，於法官之外，並有若

于公民陪同處刑以作最後的決定。這些陪審的人大都對於法律無甚研究，而且在陪審制度的精神上，就本來並不以法律爲重，而全憑陪審員對於情理的觀念發表意見。法國近來有所謂「情感罪」(Crime Passionné)的國家，每每不加處罰。這於培養民族向上的熱情和正氣，實亦不無裨益。審判官引用法理，當然要以不背於國情民俗爲限。例如孝親、敬老、重恩、尚義、抑強、扶弱、抑富、救貧等等，都是中國民族固有的精神，亦爲三民主義中心的理想。總理說：「三民主義都是一貫的，一貫的道理，便是打不平。」見革命軍（可升官發財篇）。打不平是革命的基本精神，亦卽是法律的終極使命。同時，也可說就是法理。

不過依民法的規定，必須法律既未規定，習慣又不存在，然後方可引用法理。是法理的效力，居於法律與習慣之後，而僅有補充的作用。這又是近代盛行法治一般的原則。讀者切不可因着自以爲講理而就輕法……

第二款 學說

學說本爲私家的著述，當然不能具有法律的效力。

可是學者的思想，往往能夠發現舊法的缺憾，而為新法的先驅。尤其在古代成文法尚未發達的時候，學說一經採用，就成為法律的直接源泉。例如羅馬戴有圖帝二世（Theodosius II），採當時五大法學家的學說，使有法律的效力。又如查士丁尼帝採當時三十九大家的學說編成法典，都是很顯著的例證（參攷第二章第三節）。

詳細的說，學說之所以成為法律的淵源，除剛纔上文所述的直接採用之外，還有間接採用的途徑。審判官當要下判決的時候，以學者的著作或論文作為參考，以補法律條文的不足，這就叫間接採用。中國歷代學者很多研討典章文物的經書，在實用上往往握有絕大的權威。即在今日，如果那人的行為，確於經典有合，誰也還不能說他真個不是。從前著名的「經義斷獄」，就是一個明證。一般看來，學說在大陸法系中，比在英美法系中更占勢力。

第四款 判決例

法院對於訴訟案件所下的判決，以後還有同樣或類似的案情發生，審判官即引據這判決以為判決的標準，叫做判決例。

有些學者，往往根據分權的理論，（在西洋向分爲立法、司法、行政三權，在中國分爲立法、司法、行政、監察、考試五權。）認爲判決例不應爲法律的淵源，因恐發生司法侵犯立法的流弊。其實，這種理由並不充足。因爲分權不過是國家選用政治一種分工的辦法，在實質上，本無法亦且不應加以絕對的隔離。尤其在三民主義體系的法學裏，立法、司法、行政、監察、考試這五種權力，都祇是政府的權，是治權，而政權則屬於人民所有，更沒有侵權的可言。

現判判決例的所以爲法律的淵源，是只指法院就一定案件所爲的具體的判決，以後對於同樣的案件，再爲同樣的判決，而認前判決有法律的效力。可見這決不是司法機關制定法律，乃由判決而成法律，與立法機關事先制定一般的抽象法律大不相同。

尤其盛行普通法的國家，如英、美兩國，其所謂普通法的內容，實以判決例爲唯一的成分。（見一九三八年出版Frederick E. Huchly 與 Miriam E. Cattan 所著比較政治學論第五章國家的法律基礎）這亦因爲英國立法，沒有受到羅馬法多大的影響，而爲不文法的國家，所以判決例的勢力，可謂最爲深厚。

至於中國，則雖因新式司法制度，歷史較短，但判決例在法律的應用上，亦已確立了相當的權

威。從前北京大理院和國民政府最高法院的判決例，有拘束全國法院的力量，這是因為他在法院組織上居於終審機關地位的緣故。所以在通常情形下，下級法院必須依照其判決以爲審判。故判決例之在中國，亦爲法律重要淵源之一。

學者又有依判決例的性質，將判例區分爲三類的：

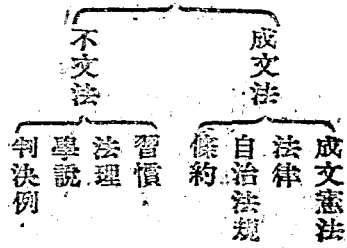
(子)原始判例與申述判例。前者爲創制的判決，後者則僅適用前者而爲判決。近代各國立法，逐漸完備，原始判例，已一天天的趨於減少了。

(丑)拘束判例與指示判例。前者，法院必須受其拘束，如美國最高法院的判決是；後者祇供法院的參考，如我國同級法院或高級法院的判決是。

(寅)絕對判例與相對判例。前者，如英美兩國最高法院的判決，不問其理由如何，下級法院都不得有所違反；後者則下級法院如認判例爲不當時，得依據獨自的理由，重行判決。我國判決例的適用，係屬相對主義。

現在再把本章所述各種法律的淵源列表於下，以清眉目：

法源（法律意識）



第七章 法律的類別

第一節 法律分類的意義和作用

關於區分法律的類別，有首先應加注意的：這在法律的體上，初無何等重大的關係和作用；這不過為便於說明，和使初學者對於某一種法律，得明其性質或功用，係屬於某一類範圍的概念而已。

且同一法律又往往因他在適用上係對於某另一法律而言，而其在類別上的地位，也就隨而變易，並無一定。例如乙法律對於甲法律本為繼受法，但若乙法律後來又為他國所繼受，則乙法律亦由繼受法而變為固有法了。又如乙法律對於甲法律為特別法，但若後來國家又根據乙法律的原則而另行制定其他單行的特別法，則乙法律亦由特別法而成為普通法了。

再則這種類別，是極為籠統而概括的。一般慣例，大都不獨專就國內法來加以分類，即國際法亦附帶列入，以與國內法相對稱。

這小冊子就是採用這廣泛的方式的，以便初學者對於人類全般的法學，略窺門類，然後再就各人興趣所近，擇定一門或數門，作進一步高深的研究。

第二節 成文法與不成文法

凡作成文書，依一定的程序與形式，而由國家以明令公布的，統叫做成文法，或制定法（參觀第六章第二節）。近代全世界的國家，都已趨向於成文法的立法，所以每種法律，都有一種完整的法典（Code），再把全國主要的法律，如憲法、民法、刑法等彙編起來，合成一部巨大的總法典，便叫

「六法全書」或「法規彙編」之類。李煜著法經六篇（據晉書刑法志所載，六篇爲盜、賊、網捕、雜具）學者稱爲中國成文法典的始祖。歷代定律，遂爲繁多。直至清朝，酌訂「律」文，而「例」則與時俱增，總稱爲大清律例。不過歷朝制律，都只偏重於刑事。故二千年來，刑律遂成爲中國唯一的成文法典，而爲中國法學的代表，這是應加注意的。

反之，凡不依於一定程序及形式，亦不須經過國家的公布，但於具有法律的效力時，由國家加以認定和採用的，都爲不文法（參觀第六章第三節）。換句話說：不文法雖或亦有文字的記載，但必然是沒有制定完整的法典的。英國是學者所認爲不文法國家的代表。美國的法律制度，直接繼承於英國，因之，美國在民法方面，亦爲不文法的國家。——英美兩國，都有所謂「普通法」，就是指法官對於沒有法律條文可以引用，或沒有習慣可以依據的事項，所下的裁判而言。（注意：這不是下文第五節所說的普通法。）

於此有應注意的：成文法或不文法，根本與那國家的法治不法治沒有關係。英國爲不文法國家，但世界法治的發達，首推英國。美國成文法典，亦已頗稱完備。但要使全國上下發揮法治的精神，則尙有待於國人一致的努力！

第三節 固有法與繼受法

這是單從法律的來源加以區別。凡依本國固有文化而制定的法律叫做固有法；反過來說，凡因受他國文化的影響，在本國國民生活上發生很多新的事實，新的問題，而本國原有的法律又不足以適應的規範和解決，於外國國家就不能不考察他國法律，採取其最合於自國國情民俗和世界法學潮流的，制定為本國法律，這就叫繼受法。例如號稱法制最為完備的德國，於他固有的習慣法之外，在公元十五、六世紀的時候，以繼受羅馬法為最多，又如日本，在古代簡直沒有文化可言，他的法制，幾乎完全是繼受我國隋唐法律，維新以後，又多繼受歐美的法制，與向所繼受於我國的互相混合，所以日本原來就是屬於中國法系的國家。

中國與章文物，自古最為文明，法制亦極完備而優美，惟自世界交通發達，國際通商，日趨繁盛，固有法多難適應，於是自清朝末年，若干法律，如光緒朝所頒布的大清現行刑律之類，就不得不直接繼受於日本，而間接繼受於歐美。

到了民國成立，袁其自國民政府奠都南京以後，中國法律，除仍保存若干固有文物的固有法

外，大都直接參考歐美各國最新的立法例，遵照三民主義的最高指導原理所編訂而成。例如民國十八年所公布施行的民法，就是如此。所以中國因為正在三民主義體系的法學復興運動之中，與其說是繼受外國法，毋寧說是參考外國法。原則上顯然是以固有法爲多，因為中國民族是有他的民族精神和固有文化的，必須如日本那本來沒有文化的國家，他的立法，方且說完全是繼受法。

繼受法又稱爲子法，被繼受法又稱爲母法。

中國對於日本，向來處於母法的地位，是日本法學者所一致公認的。

第四節 國際法與國內法

這是從法律制定的主體和法律適用的範圍而加以區分的。凡由國家所制定的法律，而以該國主權所及的範圍爲法律適用之範圍的，叫做國內法（亦可簡稱爲國法），反之，由國際社會所公認的法則，而以國家相互間的關係爲其適用之範圍的，叫做國際法。

國際法並非就是條約，條約不過是規定特定國家相互間之關係的，締約國以外的國家，即不受其拘束。國際法，在原則上，是全世界文明國家，都應一律受其拘束的。譬如國際聯合會盟約（簡

稱國聯盟約 Le Pacte de la Société des Nations) 加盟的會員國，雖然有五十多個，但亦並非就為國際法。因為有些大國——如美國，向來就未參加，又有些雖本為會員國，而因為不肯共同維持世界和平，已經退出的，如日本、德國等，就都不必受那盟約的拘束。

國際法又分為國際公法、國際私法二種。後者雖然冠有「國際」二字，實為國內法的一部分。因為國際私法是以本國主權的立場，對於幾個不同國籍的當事人間所發生的問題，確定那問題應該適用那一國的法律。

學者亦有不承認國際法為法律的，以為即就歐洲第一次大戰（一九一四至一九一八年）後的國際情況而言，雖有國聯，等於虛設，不能加任何侵略國以應受的制裁，雖有國際永久法庭，亦祇限於次要的，非政治性的爭議而予以裁決，不能以國際法為從違，強使各國就範。（參見第八章第二節第五款。）

事實上這是對的，但是須知法律的作用，重在定為行為的準則，而非重在制裁。沒有制裁，法律固易陷於無效，但若大家守法行法，不須於制裁，方為法律的理想。（參見第三章第三節）本於這種理想，我們仍認國際法為法律，而舉與國內法對稱。

第五節 普通法與特別法

這是專從法律適用範圍的廣狹大小而區分的。凡全國一般人一般事都可適用的法律，爲普通法；反之，祇限於特定人、特定事、或特定地方可適用的法律，爲特別法。這區別絲毫沒有一定的界限，全由於兩個法律的對待比較而來。以下再分八事，地三項略加敘述：

(子)以人爲標準而區別的。凡適用於全部人民的法律，爲普通法。例如民法、刑法等都是。不同人，凡涉及於民事或刑事範圍的問題，一律須依照民法或刑法的規定來加以解決。僅適用於一部人民的法律，爲特別法。例如陸、海軍禮節條例、陸、海軍服裝條例、陸、海軍刑法等都是。最近公布的公務員服務法，當然亦是特別法。

(丑)以事爲標準而區別的。凡適用於一般事項的，爲普通法；反之，僅適用於特別事項的，爲特別法。前者，如民法是；後者如公司法、海商法、票據法、保險法等。在一般國家的立法，都於民法（普通法）之外，另立商法（特別法）。中國現係採重民商法合一主義，故已並沒有獨立的商法。上文所稱爲民事特別法。現代經濟組織，又有表面上雖似公司，但實則完全與公司

不同的，我國近年亦已另立專法，以保護並促進這種新的經濟組織。這叫合作社法。依此說來，合作社法又爲公司法的特別法，而公司法——對於合作社法——反爲普通法了。將來各種合作事業發達起來，例如保險合作，工業合作等，國家亦未嘗不可各制專法。那時合作社法又將成爲普通法了。

(實)以地爲標準而區別的。凡適用於全國的，爲普通法，僅適用於領土之一部分的爲特別法。通常法律，都屬於前者；依地域而制定的特別法，實際上比較不多，在我國例如蒙古盟部旗組織法及管理喇嘛寺廟條例等是。清朝僅適用於青海的那番款條例，亦屬於這類特別法。至於有人把各省縣的法令，統統歸入於這類特別法之中，那實在是不妥當的。

依「特別法優於普通法」的原則，特別法與普通法同有規定而規定不同時，應適用特別法。特別法沒有規定時，再適用普通法，例如軍人犯罪，應適用陸海空軍刑法；陸海空軍刑法沒有規定時，再適用普通的刑法。這是應該注意的。

第六節 實體法與程序法

實體法亦叫主法，程序法亦叫手續法或助法。這是就法律所規定的內容而加以區分的。

凡規定關於權利義務之實體的法律，叫做實體法，例如民法、刑法等是。

什麼叫做實體呢？在法學上所稱實體，包括物質上或行為上的利害關係而言。例如民法第一九九條規定：

「債權人基於債之關係，得向債務人請求給付。

「給付，不以有財產價格者為限。

「不作為，亦得為給付。」

又如刑法第一〇〇條規定：

「意圖破壞國體，竊據國土，或以非法之方法變更國憲，顛覆政府而着手實行者，處七年以上有期徒刑，首謀者，處無期徒刑。

「預備或陰謀犯前項之罪者，處六月以上，五年以下有期徒刑。」

凡規定關於運用權利或履行義務之程序的法律，叫做程序法，例如民事訴訟法、刑事訴訟法、民事調解法等是。依照現行民事調解法的規定，凡不滿一千元之訟爭案件，都應先向民事調解庭

請求調解，調解不能成立，方得向法院正式起訴。如果原告人不先請求調解，逕行起訴，就是不合程序。又起訴時，應先明白被告人住居何地？那一個法院對於這案件有管轄權？然後再向那法院起訴。那法院方能接受。這都是程序問題。

所以所謂權利義務的實體，就是指何人享有權利，何人負有義務（責任），和這權利與義務所及的領域（範圍）而言。至於所謂程序，就是指那為要解決實體問題——性質及範圍——所應採取的方法而言。

不過這種區分，亦不是絕對的。在同一實體法之中，亦未嘗沒有程序法的規定。例如民法第一編第二節若干關於法人之設立等規定，就是一種程序的規定。同法第二編（債）第三二七條「債務人不為給付，或不為完全之給付者，債權人得聲請法院，強制執行，並得請求損害賠償」，亦明明是一種程序的規定。這是讀者應加注意的地方。

第七節 強行法與任意法

這是從法律的效力之強弱而加以區分的。凡基於公益上的理由，不許私人以自由意思隨便

伸縮的法律叫做強行法反之，凡爲私人的便宜行事起見，法律祇設立一個相當的範圍許私人於那範圍內，得定其各自間之關係的，叫做任意法，又稱容許法。因此，如憲法、刑法等屬於公法範圍的法律，大多爲強行法；如民法等屬於私法範圍的法律，大多爲任意法。前者，不問當事人的意思如何，都應一律依照法律的規定去行事；後者，因與公益認爲沒有直接的關係，所以法律雖有規定，但若私人間雙方意見一致，不依照法律的規定而另以自由意見爲約定時，法律亦承認那約定爲有效力。當事人如果沒有特別的約定，然後適用法律的規定，這規定的法律條文之適用與否，一任私人願意與否以爲斷，故叫做任意法。

可是實際上，有應注意的：公法並不全是強行法，私法亦並不全是任意法。例如刑法是公法，但刑法中規定關於「告訴乃論」的條文，很是不少；第二十七章全章，自第二百零九條至第三百十四條，關於「妨害名譽及信用罪」；第十八章全章，自第三百十五條至第三百十九條，關於「妨害秘密罪」；和自第二百二十一條至第二百三十條關於「妨害風化罪」等都是所謂「告訴乃論」就是「不告不理」的意思，可見都是任意的規定。

又如民事訴訟法亦本爲公法，但若「同一訴訟，數法院有管轄權者，原告得任何其中一法院

起訴」(第二二條)當事人「關於由一定法律關係而生之訴訟」並得以雙方合意自行擇定第一處之管轄法院(第二四條)這顯然也是任意的規定。

私法中亦往往有強制的規定。例如民法(債編)第二〇五條規定「約定利率超過週年百分之二十者，債權人對於超過部分之利息，無請求權」。換句話說就是不問債務人曾經同意約定與否，債權人一概不得向債務人請求高於週年百分之二十的利息。這顯然是爲要防止重利盤剝的經濟壓迫以保護社會上急於舉債的貧苦同胞的強制規定。又如民法(物權編)自第七五七至第七六一各條關於物權的創設及得喪變更等事，都不許當事人以自由意思別行約定，而必須依照一定的方式和手續(如登記、用書面等)方能有效。這亦是強制的規定。

不過就大體說：強行法以公法爲多，而任意法則以私法爲多而已。至於公法與私法的區別，請看下節。

第八節 公法與私法

關於公法與私法的區別，從來學者主張甚不一致。茲將各說略述於後：

(子) 利益說 這說起源於羅馬古代。當時羅馬法學家烏爾比安 (Ulpianus) 主張「公法爲關於羅馬本身的法，私法爲關於各人利益的法。」換句話說：凡以保護公共利益爲目的的法律，爲公法；反之，凡以保護私人利益爲目的的法律，爲私法。自後歐洲中古法學家如湯恩 (Thom) 拉遜 (Lasson) 等都採用這種說法。

實則所謂「利益」，並沒有一定的標準而隨主觀的觀念和時地民族各有不同。實際上究竟那些是公益？那些是私益？極難定準。利益說實在絲毫沒有說明。此其一。公法的規定，固以保護公益爲多。但從另一方面看，所謂「公益」，亦無非即是各人私益的總稱。公法亦決不能置私人利益於不顧而專重保護公益。例如憲法當然是公法。但關於人民信仰、言論等自由權的規定，我們能夠說他不在保護私人的利益嗎？反之，私法雖然重在保護私益，但亦須處處顧到公益。例如民法當然是私法。但關於公共秩序、婚姻等，我們能夠說他不在保護公共的利益嗎？至若民法中關於繼承的制度，學者甚且認爲是國家組織的基礎。其有關公益，不是很大嗎？況且現代關於私法的社會政策，日益加重，因而私法中的公益成分，亦日益增多。這是利益說不可採用的第二原因。至於有人說，以保護公益爲主的爲公法，以保護私益爲主的爲私法，這不過是公私利益的比重問題，而不是法律的

本體問題。我們自不可視利益的主從而定法律的公私。此其三。利益說既不足採，於是又有所謂

(丑)主體說 這說爲德國的德里尼克 (Jellinek) 英國的何蘭 (Holland) 等所主張。以爲公法是規定國家及公共團體間的關係，或國家及公共團體與私人間的關係；私法是規定私人相互間的關係。例如憲法、行政法、刑法等爲公法，民法、民事特別法（公司法、海商法等）爲私法。這與一般的觀念較之利益說，稍爲妥合。

但仍有可以疑議的：嘗國家或公共團體立於私經濟關係之地位時，即與私人訂立契約時，例如國家經營銀行事業或公用事業（自來水、電燈）等，難道在理論上亦將認爲是公法關係嗎？實則這種情形，現行法制，都認爲是私法的關係。國家或公共團體，有時既可爲私法關係的主體，可見主體說亦未能說明公法與私法的區分。

(寅)法律關係說 主張這說的，又可分爲數派：

第一派以爲公法是對人的法，私法是對物的法。這顯然是不明法理的謬說。因爲法律關係僅能發生於人格之間。任何法律，決不能離開了人格。而對於無人格的物體加以施行。

第二派以爲公法是規定國家本身行爲的法律關係的，私法是規定私人行爲的法律關係的。

這說亦不能成立。例如刑法爲公法，但「無故開拆或隱匿他人之封緘信函或其他封緘文書者，處拘役或三百元以下罰金」(刑法第三一五條)。難道私人函件，亦得稱爲國家本身的行爲嗎？

第三派以爲公法是規定平等者間的關係，私法是規定平等者間的關係，這亦不合。例如國際關係，理論上完全爲平等關係。難道國際公法可說是私法嗎？反過來說，民法是私法，但親屬中的親子關係，難道可說是平等關係嗎？

觀上述三派的主張，可見法律關係說，亦不能確定公法與私法的區別標準。

那末，公法與私法，到底應該怎樣區別呢？或者到底有沒有區別呢？

依我們的見解，與其說公法與私法是一定有區別的，不如說凡國家法律都是公的，而決沒有什麼私的法律可言。因爲我們曾經說過，法律不論公私，都是規範社會生活的，而且是由於社會共同意識而生的一種法則。現代人類文化的趨勢，在政治，則國家與個人，既已疑爲一體，在經濟，則公利與私利，已將治爲一爐，故在法律，亦可說已慢慢的將社會與個人聯做一線——因之，現代各國都有「社會立法」(Legislations sociales)之稱，很足以表明法學上這種新的傾向。大之，如國家對外的防禦戰爭，固認爲全民共同的神聖責任；小之，如個人日常的一切私人行爲，亦都受國家最

高的嚴格統制。甚至我們做工謀生或養牛畜犬，都沒有一事不受公共法律的保護或限制。可見公私法的區別，理論雖然很多，實際已不重要。我們於此，不過依一般的慣例略加敘述，使初學者得知前此各家學說的梗概而已。總理論：「民主政治類以維繫不做者，其根本存於法律。」民主政治就是全民政治。那末，民主政治所賴以維繫的法律，亦可說就是全民法律。所以公法與私法的區分，不是困難，實且已經沒有什麼用處。下章關於法律的系統，亦是根據這種意義而加以區分的，我們不妨在此預行聲明。

第八章 法律的系統

第一節 法律的系統與法學的分類法律的類別

這裏所講法律的系統，是指現實的各種法律（Lois positives），就其性能上的不同而加以分別，與上章所述法律的類別，係就法律的形式、來源、主體、適用範圍、規定內容及效力強弱等而各為類類的不同。與第三章第四節，將整個法律學分為法律哲學、法律科學和法律史學的法學

的分類，更異其趣。法學的分類，範圍最爲廣大（法律科學，只是其中的一部分）；法律的類別，屬於外延（Extension）的爲多，至本章所述法律的系統，則就一國現行各種重要法律的內容，各加以簡單的闡明，而使初學者對於各種現行法律得明悉其性能，以略知其統屬。

因之，學者編著法學通論，有稱這爲法律內容之分類的，有稱這爲法律之重要內容的，亦有特立一編而歸於「各論」之內的，本書一律分章分節，不設總論各論，而簡稱之曰「法律的系統」。這是應該預加聲明的，免使讀者對於各種分法——法學的分類，法律的類別，法律的系統——有混淆不清之感。

又公法與私法的區別，實際上已沒了什麼重要性，上章末節，業經說明，但依一般慣例及便利起見，本章系統，仍有公法的系統與私法的系統之分，並於此外再加一社會立法的系統，以明現代法學的潮流而補公私區分的不足。

第二節 公法的系統

屬於公法系統的法律，主要的有憲法、行政法、刑法、訴訟法、及國際公法五種，茲更分款略述於

後：

第一款 憲法

(子)憲法的意義。憲法二字，是中國古來就有的。不過在意義上似可分為根本法與普通法兩種。例如尚書「率與作事，慎乃憲」國語「賞善罰姦，國之憲法」似都指普通法律而言。周禮小宰注：「憲謂表懸之，若今新有法令也。」又唐韻集韻會說：「懸法示人曰憲，從皆省，從心，從目，觀於法象，使人曉然知不善之害，接於目，恍於心，凜乎不可犯也。」這都是以憲字作動詞用，法字方為名詞。憲法，似乎就是說現在的公布法律。

但此外若干地方，又顯然以憲法兩字合成一名，而含有現在所謂根本大法的意義的。例如尚書說命「監於先王成憲，其永無愆」晉書「稽古憲章，大建制度」唐書「永垂憲則，貽範後世」都含有垂諸久遠，不可輕違的意思。

這與現代歐美 Constitution (憲法) 一字，合義完全相同。考西文字源，原為建造房屋之意。所以現在法學上一般所稱憲法，其最主要的意義，是說規定政府各部分的組織，各部分的權力與職

務，及其相互間的關係。其次，關於人民的權利義務，近代各國憲法，亦多有詳明的規定。又其次，自上次世界大戰後，人類思潮，一時風起雲湧，故戰後若干憲法，每有社會哲學思想及經濟哲學思想反映於其間，以謀創設與社會、經濟、各種前進思想相協調的新的政治制度。有的企圖取消國內任何階級的特權，或創設社會主義的民主政治；有的並企圖憑藉憲法的效力，以造成一個新興的強健的國家。

總之，自上次世界大戰後所呈現的憲法的姿態，比較戰前原有的憲法的意義，已經複雜得多。又「憲政」兩字，已成為現代習見的名詞，簡單的說：「憲政」就是立憲政治——係對於專制政治而言。因之，凡談到「憲政」，就一定連帶想到「憲法」。凡熱心於「憲政運動」的人，往往都以從事於「制憲運動」為唯一的人手法門。這固然是一種進步的現象；但實際上並不是絕對不易的步驟。因為「憲法」與「憲政」，是兩件截然不同的東西：前者是形式，後者是實質；前者可以隨各人主觀的立場而理論萬有不同，而後者必須適應各國人民程度和歷史（時間）地理（空間）各種客觀的條件，方能使憲法有效的實施而策國家於長治久安的境界。例如我國在清朝以前，歷代都沒有成文的憲法；但因古時人民，都享有甚大的自由，我們似乎不能說中國從來沒有憲政。反之，自民元約

法以來，直至國民革命統一中國為止，一套一套的憲法，頒製很多，但我們深信中國憲政，尙有待於吾人此後莫大的努力。

(丑)憲法的類別 憲法可分爲成文憲法與不成文憲法，剛性憲法與柔性憲法及民定、協定或欽定憲法等。以下再略加分述。

(一)成文憲法與不成文憲法 這就是憲法的形式而加以區分的。凡用一種或數種文書，規定一切有關國家根本大事的，叫做成文憲法。近代立憲國家，差不多都頒製有憲法法典，所以都是成文憲法的國家（中國亦在其內）。成文憲法的制度，已有一百五十來年的歷史，故漸爲全世界所普遍採用。

不成文憲法的國家，以英國爲最著名。因爲英國並沒有制定一部完整的憲法法典，而若干憲法上的要素，都由於習慣和普通法與以確定並表明，如一千七百年的人身保護法（Act of Habeas Corpus）是。但亦有幾種制定法，如「大憲章」、「權利法」及一九一一年的國會法等，當然都爲英國憲法的一部分。

此外，如法國的憲法，雖亦不是整個制成的法典，而爲人權宣言和幾個基本組織法（Lois

Oraniques) 法的總稱。但却不能說是不文憲法。

(二) 剛性憲法與柔性憲法 這就憲法修改手續的繁簡難易而分的。凡修改憲法的機關和手續，同於普通法律而沒有特殊限制的，叫做柔性憲法。例如英國憲法是反之修改程序特別繁重的，叫做剛性憲法。例如美國憲法。其他各國憲法，都以折衷於英美二者之間的為多。例如法國憲法是。

這憲法修改的問題，表面上似不甚重要，但實際上往往關於各國人民憲政程度的高低和政治素養的深淺，凡政治素養深而憲政程度高的，憲法性能不妨較柔。反之，凡人民對於統治階級，信任未堅，對於行政領袖，選擇未甚自由的，就往往將憲法的修改定為剛性。但在美國，他的憲法修改手續之所以特別繁重，亦係實行高度分權主義——三權分立——的結果，又當別論。

歸納的說，凡修改憲法，必須由製憲會議 (Assemblée Consultante) 以高度的法定多數行之的，都是剛性憲法；反之，凡修改憲法，不須特別召集憲法會議，而即由通常立法機關以通常程序行之的，都是柔性憲法。

(三) 民定協定或欽定憲法 這是由制定憲法的主體而言。欽定憲法，是由國王制定頒布的。

例如日本憲法及一八一四年法王路易十八所宣布的憲法，是協定憲法，是由君民協意所制定的。例如一八五〇年的普魯士憲法，是至於現在最大多數共和國家的憲法，都係由人民制定而成，統叫民定憲法。

(實)最近二十餘年來世界憲法的新趨勢與其現狀的鳥瞰。自上次歐戰告終，德奧失敗，帝俄及於那時為共產革命所推翻，一時民主政治與威爾遜總統所倡民族自決的潮流，遂於頂點。因此，新興共和國與民主憲法，真如「雨後春筍」，琳琅滿前。其中，當以一九一九年八月十一日德意志聯邦共和國的衛瑪憲法最為新穎，譽滿一時。西班牙共和憲法亦具有若干特點，與德憲不相上下。戰後新憲法的趨勢，大都於民主政治的體制之中，富有社會主義的色彩。例如私有財產所有權的嚴被限制，勞動階級的特受保護，人民使用土地和締結契約的縮小自由，乃至關於國內少數民族的間題，亦加以相當的保護規定，使憲法有國際化的兆端等等，都是上次世界大戰所流無量鮮血以灌溉培養而生的人類之花。可惜這花還不是人類真正的「自由之花」而是一現即滅的曇花……

所以就現狀而言，德國憲法固已被希特勒加以重大的修改而完全失去原來民主的面目；西

西班牙共和憲法亦已隨共和政府的消滅而歸於烏有，變成佛朗哥極權的統治。他如捷克波蘭之類，更已失去國家的生存而遭受極權鐵騎的蹂躪。二十年來的憲法變遷，真如一部二十四史不知從何說起。於是學者們祇得於英法美等老牌的民主憲法之外，又有所謂「極權憲法」的新名詞。

極權憲法之業已確實形成而在法學上取得了相當地位的，當推蘇聯、意大利與納粹德意志三國。以下再就各該國憲法變遷的經過略加敘述，亦是新法學通論所應有事。（至於民主憲法，因歷史已久，知道的較易較多，不加贅述）。

（一）蘇聯 俄國在一九一七年以前，各地左派團體——蘇維埃——即早已有推翻沙皇統治而組織馬克思社會主義國家的計畫。一九一七年冬，布爾雪維克黨推翻臨時政府，攫取政權，即由蘇維埃大會通過法律，規定最高統治權屬於人民委員會與蘇維埃大會及其執行委員會。這可稱為蘇聯的臨時憲法。一九一八年一月五日，布爾雪維克黨因受社會革命黨的策劃，以武力解散國民大會。蘇維埃大會立即通過「勞動及被壓榨民衆之權利宣言」及「俄國人民權利宣言」兩個決議案。這為蘇聯憲法運動的第二步驟。

一九一八年四月，中央執行委員會得列寧的同意，成立憲法起草委員會，起草憲法。同年七月

三日受列寧核准，旋經第五次蘇維埃大會通過，這叫「俄羅斯社會主義聯邦蘇維埃共和國憲法」。後因烏克蘭、白俄羅斯及大高加索加入聯邦組織，又於一九二三年七月制定聯邦憲法。

其後，蘇維埃大會又指派新憲法起草委員會，以士丹林爲主席，其所擬定的新草案，經中央執行委員會核准後，於一九三六年六月十二日公布全國，徵求意見，並於同年十一月間召集蘇聯特別大會討論，修正通過。這就是一九三六年十二月五日該大會所通過的蘇聯現行憲法。在蘇聯國內人民，往往喜歡叫這憲法爲士丹林憲法。

(二)意大利 表面上，意大利仍受一八四〇年憲法的統治。該憲法規定意國爲君主立憲國。內閣對國會負責，國會由參眾兩議院組成。衆議員雖須由人民選舉，但實則衆議院早已成爲內閣的附庸。

自墨索里尼率領法西斯黨徒「進攻羅馬」，任內閣總理，一切行動，仍遵照法律形式。但憲法重要條文，多已由後來另訂的法律予以修改。

一九二五年十二月二十四日法律規定：內閣不再對國會負責而對國王負責，各部長則對國王及內閣總理負責——實則對墨索里尼負責。該法律又規定內閣有修改刑法刑事訴訟法，及司

法部與司法機關組織法的權力。同年十二月三十一日的法律，規定內閣有權修改關於公共治安的法律。

一九二六年一月三十一日法律，規定內閣經法律的授權，或遇有緊急事故時，得頒布與法律有同等效力的命令。因此，內閣已擁有完全的立法權。

一九三六年三月二十三日，墨索里尼又改組議院，使其完全成爲黨治下的機關。至政府政策及一切含有憲法性質的問題，都係諮詢法西斯大衆議會方能決定。故目前意大利統治權，已不是爲憲法原定各機關所分享，而完全集中於墨索里尼及法西斯黨之手。

(三)德國 希特勒自一九三三年一月三十日受任內閣總理後，立即解散國會，重行改選，使國社黨獲得多數。同年三月二十四日，新國會即通過授權法付與內閣以廣大的立法權。定期四年。但希特勒以國會中尚有他黨議員，又於十月間解散重選。同時，由內閣自行頒布法律。國社黨爲德國唯一合法的政黨。因此，德國現有的國會，就完全成爲希特勒御用的機關。希氏這權毀德意志共和國的工作，於九個月內完成，實可謂爲後來居上的極權政治家。於是，不出六年，他就伸出魔手，向國際來斯毀條約，燃起了這一次歐洲戰爭的火頭……

以上三個國家的極權憲法，都是小異而大同，異在意德兩國，形式上依舊保存原有的憲法，而蘇聯則徹底的另定新憲法，同在三國的最高立法權與行政權，都集中於一個機關——在意德為內閣，在蘇聯為最高議會的主席團。

(卯)中國憲法問題的情勢。中國這一個時期的國運，正在國民革命與三民主義建國運動的過程和成長之中。建國大綱規定：「國民政府本革命之三民主義五權憲法，以建設中華民國」(第一項)將建設程序，分為「軍政」、「訓政」及「憲政」三個時期(第五項)。每一時期，各有不同的對象和工作。「凡一省全數之縣，皆達完全自治者，則為憲政開始時期……」(第十六項)。「在憲政開始時期，中央政府當完成設立五院，以試行五權之治……」(第十九項)依此，可見現行的五院制度，係在全國縣自治尙未完成以前先行成立，乃因中國國民黨為要促成憲政，提早「授政於民」的「試行」性質，而並非事實上，我國真已達到了實行憲政的時期。

行憲政，要有憲法。而「憲法草案，當本於建國大綱及訓政憲政兩時期之成績，由立法院議訂，隨時宣傳於民，以備到時採擇施行」(第二十二項)。等到「全國有過半數省分達至憲政開始時期，即全省之地方自治完全成立時期，則開國民大會，決定憲法而頒布之」(第二十三項)。「憲法

頒布之日，即爲憲政告成之時……是爲建國之大功告成」(第二十五項)。

由此看來，我們的建國程序，是以軍事肇其始，而要以憲法集其成的。十五年來，雖因內政問題，迭生波折，但中央一切大計，都以三民主義的最高指導原理爲依歸。是以中國國民黨當軍事粗定之後，即於民國二十年召集國民會議，通過中華民國訓政時期約法凡八章八十九條，於同年六月一日公布。這是我國現行的憲法。差不多同時又由中國國民黨第四屆第三次中央委員全體會議，決議由立法院組織憲法草案起草委員會，歷時經年，開會數十次，並先刊布初稿，廣徵全國意見。於民國二十三年秋間，再經立法院七次大會，三讀通過；於同年冬間，經四屆六中全會送請第五次全國代表大會接受，並由五屆一中全會決定於二十五年五月五日宣布憲法草案，十一月十二日召開國民大會。後因時局關係，未能如期舉行。現雖尚在抗戰之中，但六中全會又已決定於民國二十九年十一月十二日召開國民大會，以備頒布憲法，實行憲政，而完成三民主義國家的建設。

第二款 行政法

(子)行政法的意義 中國向無「行政法」的名稱，係譯自西文的 Droit administratif

或 Executive Law。考西文本義，爲「管理」或「執行」的意思。故凡規定關於行政機關的組織及行政機關與其所屬人民間之關係的法規，通稱的行政法。中華民國訓政時期約法第三十二條規定：「行政、立法、司法、考試、監察五種治權，由國民政府行使之。」由此可知「國民政府總攬中華民國之治權」（國民政府組織法第二條），而「行政權」爲「治權」之一部分，以「行政院爲國民政府最高行政機關」（同上第一九條）。

不過關於司法行政，依現行法係於司法院之下，設「司法行政部，承司法院院長之命，綜理司法行政事宜」（司法院組織法第一、第四條）是司法行政亦隨「獨立審判」離「行政權」而獨立。這是在組織上曾經發生過爭議而確亦值得考慮的問題。

行政法雖有法的名稱，但其內容祇係多數單行的行政法規，而非如民法、刑法等有一個整個的法典。要易於明悉行政法的範疇，可就行政法與憲法作一簡明的比較。

憲法是國家的根本法。凡國家的基本組織（包括「政權」的行使與「治權」的運用）及其關係如國家主權的歸屬，（訓政時期約法第二條規定：「中華民國之主權，屬於國民全體。」）國家領土的範圍（同上第一條規定：「中華民國領土爲各省及蒙古西藏。」）及「人民之權利義務」（同上

第六條至二十七條）等，都須一一加以規定。至行政法僅爲「行政權」的組織及其與人民間的種種關係，而祇爲國家作用的一部分。

依此，行政法是直接基於憲法各項規定而生的公法，所謂「行政」是「政務」的「執行」或「管理」而決不是「政權」的「行使」。

（丑）行政法的內容 行政法的內容，十分廣泛而複雜。現分行政機關、行政行為、行政救濟、行政監督、及行政執行五項簡述於後：

（一）行政機關 行政機關又稱行政官署。行政機關的職責，在於執行，或管理公共的事務。公共事務有「國家事務」與「自治事務」之分，所以負責機關亦有「國家行政」與「自治行政」之別。前者稱行政機關，後者稱自治團體或公共團體。

通常每混稱省縣等行政官署爲「地方機關」，以與「中央機關」對稱。實則「縣爲自治之單位」，省乃「立於中央與縣之間，以收聯絡之效」（建國大綱第十八）。省的地位與性質，與其說是地方機關，毋寧說是中央機關方爲確當。尤其依民國二十八年九月十九日國民政府公布的「縣各級組織綱要」所定，縣政府的職權爲：（一）受省政府監督，辦理全縣自治事項；（二）受省政府指揮，執

行中央及省委辦事項，此項委辦事項的執行，「應於公文紙上註明之」，可知真正的「地方機關」，祇有自治的縣。省雖以省區爲其管轄「地方」，但係直接隸屬於中央，故其事務，仍爲國家事務，茲再將「官署」與「公共團體」分述於後：

(甲)官署（國家行政機關） 官署是執行國家事務的行政機關，官署之由官長一人所負責主持的，叫做獨裁制，或單獨制，那官署就叫做獨裁機關，例如各院長、各都部長等是官署之由官長數人所共同組成的，叫做合議制及合議機關，例如國民政府、各省省政府是，但無論獨裁制或合議制，其下都沒有補助機關及人員，承長官之命令，執行並管理該機關全部或一部的事務。

關於一切官署的組織，都須事先經由立法院制定組織法或組織條例。這在行政法上叫做「官制」。至於官署中一切官吏的任用、官等、官俸、服務會議、及獎勵、懲戒等事項，國家都制有一定的辦法，那就叫做「官規」。官署官吏遵照法令，執行公務的成績，叫做行政效率。官制是體，官規是用。官制是組織的機構，官規是服務的紀律。一個國家必須有完整敏捷的機構和公正嚴明的紀律，然後行政效率方能提高，一切事業方能進步。

(乙)公共團體（自治行政機關） 凡依法令的規定，在國家監督之下，以執行公共事務爲

目的的團體，統稱爲公共團體。這種團體，大都具有自治性質，故亦稱自治團體。自治單位爲縣。（建國大綱十八，縣各級組織綱要一。）下設鄉（鎮）而以保甲編制爲自治的基層。（縣各級組織綱要四五、二十九至四十、四十五至五十八。）依 總理所手訂的地方自治開始實行法，「地方自治之……志向，當以實行民權、民生兩主義爲目的。故其地之能否試辦，則全視該人民之思想知識以爲斷。若自治之鼓吹已成熟，自治之思想已普遍，則就：（一）清戶口，（二）立機關，（三）定地價，（四）修道路，（五）墾荒地，（六）設學校六事試辦之。俟收成效後陸續推及其他。」總而論之，此所建議之地方自治團體，不止爲一政治組織，亦並爲一經濟組織……順應世界之潮流，採擇最新之理想，以成一高尚進步之自治團體，以觀全國人民之幸福。若一縣辦有成效，他縣必爭先效行。如是由一縣而推之各縣，以至一省一國，而民國之基，於是乎立。有志之士，宜努力篤行之。」又建國大綱（八）規定：「在訓政時期，政府當派會經訓練合格之員，到各縣協助人民籌備自治。其程度以全縣人口調查清楚，全縣土地測量完竣，全縣警衛辦理妥善，四境縱橫之道路修築成功，而其人民曾受四權使用之訓練而完畢。其國民之義務，誓行革命之主義者，得選舉縣官以執行一縣之政事，得選舉議員以議立一縣之法律，始成爲一完全自治之縣。」

由此看來，完成縣自治，實為我們「建國」的基本工作。而前述縣各級組織綱要，又是國民政府促進自治以備實行憲政的一種重要的措施。因為「自治」與「憲政」有密切的連帶關係，都不是「空口說白話」所能成功，而必須全國前進的分子一致共同努力，從各縣地方事業上培植根基，方可實現。中國建國的成敗，全視自治的進退以爲衡。總理之所以諄諄勸導全國「有志之士，宜努力篤行之」就是這個道理。

此外又有公共組合，亦爲自治團體。公共組合爲公法人的一種，由於具有同類資格的人員所組成，而以處理特定的公共事務爲目的。通常亦稱爲「法團」。例如商會、農會、工會、高工運輸各業同業公會等都是。

還有一點應加附帶說明的：官署即國家行政機關的構成分子，稱爲官吏；公共團體中的職員，則稱爲公吏或吏員。官吏的地位，係由於國家的任命而來；後者則大都由於公民或團員的選舉。不過在我國現行法上，並沒有這種分別；凡依法令從事於公務之人員（刑法第一〇條）統稱公務員。（參照民法第一八六條，刑法第一三五至一四一各條及公務員服務法。）

（二）行政行爲 行政官署，於法令範圍內，對各個國家事務所爲之行爲，統稱爲行政行爲。由

實質上觀察行政行為，又可分為權力行為和權利行為兩種。前者係行政機關以公法人資格所為的行為，而後者則係以私法人資格所為的行為。前者有強制的性質，而後者則係與人民立於平等的關係。行政法，雖為公法，但行政機關在執行事務上，仍可與人民發生種種私法上的法律關係，例如買地、租屋、招工、購物等等。這些行為必須雙方合意方能成立，仍受民法的適用，不過為這些行為的方式或程序，由行政法予以規定而已。

至於權力行為，則行為即為命令或處分，一般國民都須受他的拘束，不可違背。茲再分行政命令與行政處分略述於後：

(甲)行政命令 行政機關依職權或依特別之委託所發布的法規，叫做行政命令。依現代一般憲政的原則，命令不得變更法律。例如民國二十五年中華民國憲法草案第一七五條第二項規定「命令與憲法或法律牴觸者無效」。但在特別情形，例如「遇外國先向本國宣戰或不宣戰而以武力向本國進攻時，總統得先發動員抵禦及戒嚴之命令，並依法請求追認」（同上第一六六條），這是一種例外。基於這例外的特別情形所發布的命令，稱為緊急命令。

其有為執行法律而發布的命令，稱為執行命令。

又有基於法律的委任而發布的命令，稱爲委任命令。例如立法院通過法律，對於該法律中某等特定事項，定明「以命令定之」，行政機關根據這種規定，爲處理那些事項所發布的命令，就是委任命令。故此種命令的發布權，以有立法機關的委任行爲爲條件。

發布命令，又有必須經某另一機關副署的，例如憲法草案第三七條規定：「總統依法公布法律，發布命令，並須經關係院院長之副署。」

(乙)行政處分 行政機關對於各個具體事件，依照法令所爲的單獨行政行爲，就叫行政處分。處分係對於特定事件所爲的行爲，以達到預期的結果，命令乃係預期普通一般的事項而加以規範。這是二者不同的地方。行政處分由於各種事件的不同，又有種種的區別。例如警察命令、軍事命令等，由主管行政機關對於該管人民命爲特定的作爲或不作爲，叫做命令行爲，或下令行爲。例如營業許可、開演許可等，關於一般禁止的行爲，由主管行政機關對於特定人就特定事而解除其禁止，叫做許可行爲。例如法人設立的認可，由主管行政機關對於當事人的法律行爲予以同意，使其發生法律上的效力，叫做認可行爲，或同意行爲；由主管行政機關對於當選人選舉的合法與否，官吏考試的合格與否，以及發明的審查等所爲的確認，叫做確認行爲；主管行政機關就人民與官

署間所發生爭執的事件，而決定其孰爲有理，叫做裁決行爲。又如歸化的告示，保安隊編入的告示等，由主管行政機關對於特定人或一般人予以通知使之明瞭，叫做通知行爲等等。

(三)行政監督 爲要使國家行政歸於統一而整飭規律，必須使各級行政機關互相隸屬，互相合作，方能收「如身使臂，如臂使指」的功效。是以行政監督，在國家事務繁複萬分的現代組織，尤有注意的必要。

監督方法雖有種種不同，但大體可如左述：

(甲)依於職權的監督 亦即是權力監督。這種監督，不待下級機關或第三人的申請，上級機關都可自行發動。上級機關基於此種監督權的作用，若認其下級機關的命令或處分，有違反法令或逾越權限時，得停止或撤銷之。例如內政部組織法第二條規定：「內政部對於地方最高級行政長官執行本部主管事務，有指示監督之責。」第三條規定：「內政部就主管事務，對於各地方最高級行政長官之命令或處分，認爲有違背法令或逾越權限者，得提經國務會議（按現爲行政院會議）議決後停止或撤銷之。」

更如二十八年九月七日公布修正外交部組織法第三條所定，對於各地方關於「對外關係」

問題的命令或處分，並得由外交部「先行令飭停止該命令或處分之執行」，以期迅赴事機而求國家行政的靈敏。這都是上級行政機關依於職權所為的監督。

「長官就其監督範圍以內所發命令，屬官有服從之義務。但屬官對於長官所發命令，如有意見，得隨時陳述。」（公務員服務法第二條），那亦是當然道理。

於此有一問題，即「公務員對於兩級長官同時所發命令」，或「主管長官與兼管長官同時所發命令」，究竟應該以那一個長官的命令為準呢？這問題已由公務員服務法加以明確合理的解決。依該法第三條規定：「公務員對於兩級長官同時所發命令，以上級長官之命令為準，主管長官與兼管長官同時所發命令，以主管長官之命令為準。」

(乙) 依於服務規律與監督 所謂服務規律，就是由於公務員的身分所生的一種特別紀律。這紀律的嚴弛，直接影響國家吏治的隆污，關係極為重要。上文曾經一再提到的公務員服務法，都凡二十五條，可說就是以施行這種監督為唯一的目的。例如「公務員應恪守誓言，忠心努力，依法律命令所定執行其職務。」（該法第一條）這是現代國家一切公務員最高的服務道德。又如公務員應絕對保守機密（第四條），「應誠實清廉，謹慎勤勉，不得有驕恣貪惰，奢侈放蕩及治遊賭博，吸

貪煙毒等足以損失名譽之行為」(第五條)不得假借權力或利用職務上的機會以作利己損人的行為(第六條)對於執行職務「不得畏難規避互相推諉或無故稽延」(第七條)以及不得「擅離職守」兼職兼薪或兼營商業及投機事業等等都有明文一一加以規定如有違反國家必「按情節輕重予以懲戒其觸犯刑法者並依刑法處罰」(第二十二條)。

主管長官對於所屬公務員有違反本法的行為「知情而不依法處置者」亦應受懲戒處分(第二十三條)。

這種監督權不獨適用於一切「受有俸給之公務員」即在「其他公營事業機關服務人員均適用之」(第二十四條)。

這公務員服務法在中國行政上可說是一個極嚴格極進步的法律論者或以為該法若干規定超出了法律的範圍而涉及道德的規則其實「服務」本是一種「道德」試問沒有道德的人還可以充任國家的公務員嗎？

(丙)依於指令訓令的監督 上級機關對於下級機關自動發布的命令預先與以法律命令的解釋或訓示以行政方針叫做「訓令」。上級機關對於下級機關有所請示時乃發布回令以指

示之，叫做「指令」。這種監督方式，在日常行政公文上最為習見，亦即屬於上文所說「下令行為」之內。

一般在行政上服務人員所謂「等因奉此」，多指這種監督方式而言。實則上述三種監督之中，依職權所為的監督，係糾正於事後，依指訓所為的監督，係慎重於事先，而最重要的，厥在於全國公務員必須本自律的精神，切實遵守公務員服務法的規定，「人人應該以服務為目的，不當以奪取為目的。」聰明才力愈大的人，當盡其能力而服千萬人之務，造千萬人之福。聰明才力略小的，當盡其能力以服千百人之務，造千百人之福。所謂巧者拙之奴。」（同見民權主義第三講）因為「所貴夫機關者，全在服從紀律。」（見總理共和與自由之真諦）而「官吏為國民之公僕，必須犧牲一己之自由平等，絕對服從國家以為人民謀自由平等。」（見總理致南洋各同志書）這替衆人來服務的新道德，就是世界上道德的新潮流。（見總理世界道德新潮流）

（四）行政救濟 行政機關所為行政行為或處分，有違法或侵害人民的權利或利益時，應准人民請求糾正，並賠償其因此所受之損失。這叫行政救濟。救濟方法，分訴願和行政訴訟兩種。

（甲）訴願 凡「人民因中央或地方官署之違法或不當處分，致損害其權利或利益者，得提

起訴願（訴願法第一條）依此，可知行政處分，分爲「違法」與「不當」兩種，而救濟方法亦因以不同。其一不服不當處分者，以再訴願之決定，爲最終之決定，其不服違法處分之再訴願，經決定後，得依法提起行政訴訟（同法第四條）。換句話說：凡行政官署的處分僅爲「不當」而未「違法」的，即以再訴願的決定爲最終的決定，不得提起行政訴訟。

什麼叫做再訴願及其管轄如何？訴願法第二條規定如左（照錄原文）：

願：（一）不服縣市政府之處分者，向省政府主管廳提起訴願，如不服其決定，向省政府提起再訴願；

訴願：（二）不服省政府各廳之處分者，向省政府提起訴願，如不服其決定，向中央主管部會提起再

訴願；（三）不服省政府之處分者，向中央主管部會提起訴願，如不服其決定，向主管院提起再訴願；

起再訴願；（四）不服特別市各局之處分者，向特別市政府提起訴願，如不服其決定，向中央主管部會提

起再訴願；（五）不服特別市政府之處分者，向中央主管部會提起訴願，如不服其決定，向主管院提起再

訴訟。

(六)不服中央各部會之處分者，向原部會提起訴願，如不服其決定，向主管院提起再訴願。如「人民對於前條以外之中央或地方官署提起訴願時，應按其管轄等級，比照前條之規定爲之。」(同法第三條)。

(乙)行政訴訟 凡「人民因中央或地方官署之違法處分，致損害其權利，經依訴願法提起再訴願而不服其決定，或提起再訴願三十日內不爲決定者，得向行政法院提起行政訴訟」(行政訴訟法第一條)。人民於提起行政訴訟時，「得附帶請求損害賠償」(同法第二條第一項)。但此項訴訟，一經行政法院的裁判，即不得上訴或抗告(同法第三條)。

關於行政訴訟的受理機關，在英美法系，都由普通司法機關受理。但大陸各國，則因承襲羅馬法系的精神，視國家爲神聖的組織，故行政訴訟，多特設行政法院加以受理。我國於二十一年即已公布行政法院組織法，設立「行政法院，掌理全國行政訴訟審判事務」(該法第一條)。這亦是採取羅馬法系的辦法。

(丙)訴願與行政訴訟的區別 訴願因行政官署的不當處分而生，以救濟人民利益的被侵

害爲目的，行政訴訟則因行政官署的違法處分而生，以救濟人民權利的被侵害爲目的。訴願以對於處分官署的直接上級機關提起爲原則（第1節第六款所定，向原部會提起爲例外）；行政訴訟則必須對行政法院提出。訴願爲兩審制，行政訴訟爲一審制。行政訴訟的提起，須先經再訴願的決定，或提起再訴願經過三十日內，上級機關不爲決定後方可；至訴願則不問處分的爲不當或爲違法，都可隨時提起。這是訴願與行政訴訟二者區別的大致。

（五）行政執行 爲要貫徹國家行政的目的，必須於嚴密監督之下，使行政命令和處分見諸實行。但若遇有因官署的故意或過失，而不能實行，或因人民的不服從而妨礙其實行，則不可不有一種強制的方法以資補救。規定這種行政上補救方法的法律，叫做行政執行法。強制處分，分間接與直接兩種（行政執行法第一條）。

（甲）間接強制處分又分兩種：

（一）代執行 凡「依法令或本於法令之處分，負有行爲義務而不爲者，得由該管行政官署或命第三人代執行之，向義務人徵收費用。」（同法第三條）代執行係指行爲義務而言，因不行爲違法，僅資上本無所謂代執行。且代執行雖係由官署自身或命第三人代而行之，但亦不可違反其

原來行爲之目的，例如掃除的義務，可使任何代人代行，但若要求某人種痘，則不可聽另一人來代爲執行。

(二)罰鍰 因此之故，凡「依法令或本於法令之處分，負有行爲義務而不爲其行爲，非官署或第三人所能代執行者」或「依法令或本於法令之處分，負有不行爲義務而爲之者」(同法第四條)，該管官署都可予以罰鍰的處分。這種罰鍰的數額，在中央各部會爲三十元以下，在省(市)政府爲二十元以下，在縣(市)政府爲十元以下，在其他行政官署爲五元以下(同法第五條)。

(乙)直接強制處分 凡不能依代執行及罰鍰加以強制，而遇有緊急情事時，行政官署對於人物、家宅或其他處所，得爲各種適宜的直接強制處分(同法第六條)。例如三人瘋奔，酗酒泥濘，或意圖自殺，或暴行鬥毆等，非立即直接強加管束，不能救護其生命或預防他人生命身體的危險或傷害，行政官署得對於那人施行管束(同法第六至第十一各條)。

(丙)行政的部門 前面說過，行政是「政務」的「執行」。換句話說：行政是關於「行政權」的運用，所以範圍廣泛而內容複雜。如果要將一切行政事項分門別類，詳加區析，不但無此可能，且非關重要。現在祇就其中重要的五種略述於後：

(一)內務行政 凡以保持社會的安寧秩序，和增進人民福利爲目的的行政事項，都叫內務行政。

內務行政，又可分爲二：

(甲)警察行政 即以國家的強制力，依法令限制人民各種行動的自由。當公元十七八世紀時，有所謂警察國家主義。依照這種主義，國家權力常常經由警察之手，深入於各個人民生活之中，以盡指導和監誑的能事。凡國家所認爲必要或於社會有利的事項，不論巨細，都定爲警察規則，強人民盲目奉行。例如德國、日本，世人都稱爲警察國家。消防事項，亦爲警察行政的一部分。

(乙)保育行政 即以國家的人力財力，積極的助長人民生活文化的提高，使享受更大的福利。例如衛生、防疫、禁毒、戒煙、教育、感化、宗教、及救貧、恤災等慈善事業都是。即如占現代國家事務主要成分的農、商、工、礦、漁、林各業及郵、電、鐵道、公路、航空、船舶等經濟事業，亦都屬於保育行政的範圍。總之，我們現在所要努力推行的「教」「養」「衛」「管」各項事宜，都可說是國家的內務行政。因此項行政，以助長人民的生活文化爲唯一目的，故亦叫助長行政。

(二)外務行政 凡因國家主權對外的活動，基於條約及國際公法而生的涉外事項及保護

旅外僑胞事項，都與外務行政。例如外交部組織法，駐外使領館組織條例，護照條例，查驗外人入境護照規則，管轄在華外國人實施條例，內地外國教會租用土地房屋暫行章程，臨時特許外國航空器飛航國境暫行辦法，僑務委員會組織法，及華僑登記規則等等，都是外務行政的法規。

(三)司法行政 「司法」是指民事刑事的審判而言，不可與「司法行政」混同。所謂司法行政，凡附隨於司法作用而生的一切事務皆屬之。例如法院的設置，法官的任免，律師的監督，監獄的改良，以及司法經費，執行判決等等都是。

司法行政的完善與否，與司法有極大的直接關係。法官的任用如不得人，法院的組織與監獄的設備如不完善，則雖有法律，仍難保障人民之自由。司法行政就是負這司法行政責任的全國最高機關。

(四)軍務行政 現代國家，首重國防。抵禦外侮為全國人民的天職。故軍務行政，如全國國防軍的編制，兵役的推行，要塞的設置，軍費及人事的經理，一切軍需品的製造，儲藏等等，都極關重要。全國海陸空軍行政事宜，以軍政部為最高主管機關。

(五)財務行政 凡關於國家財政上的收支及管理事宜，統稱財務行政。例如全國預算的

編製、全國賦稅的厘訂和徵收、法幣的發行、金融和外匯的管理、以及發行公債、管理公庫等等都是現代國家的國防及種種建設事業，支用極爲浩繁，故財政爲國家命脈所關，必須國計民生兼籌並顧，而又剔除中飽，「弊絕風清」，方算盡財盡行政的能事。世界各國的財政，以英國最爲健全。雖皇室增支少數費用，亦非經國會預先通過不可。

第二款 刑法

(子) 刑法的意義 凡人有不法行爲，必須負法律上的責任。不法行爲，有民刑之分，故法律責任，亦有民刑之別。民事責任，因有民事上的不法行爲而生，刑事責任，則由犯有刑事上的不法行爲而起。但亦有同一不法行爲而須兼負民刑兩方面之責任的。例如毀損他人名譽，一方應負刑法上的妨害名譽罪，他方並須負賠償名譽損失的責任。

法律上這種民刑責任的分別，是因爲二者的性質顯屬不同。

民事責任，僅以補償被害人因不法行爲所受的損失而冀能「恢復原狀」爲目的。刑事責任則以不法行爲所可加於社會的危害程度而定，被害人利益的保全猶爲次要問題。刑法之所以爲公

法，其理由在此。

且以刑法爲規定關於犯罪及刑罰的刑事法。法院組織法中關於刑事審判的部分及刑事訴訟法，都爲刑事法。刑法爲其中主要的一種。因此，實際上凡關於犯罪及刑罰的一切法規，都可稱爲刑法。但就形式上說，則我們所稱刑法，係指刑法典而言。

(丑) 刑法的目的 法律中最富於強制性的，莫如刑法。所謂「殺人者死」，自古認爲當然。然則刑法所定對於犯罪人的科刑，完全是一種報復的作用嗎？前此若于刑法學者，多採取這種主義，叫做「報復主義」。

這種主義，從社會立場說來，實爲不妥。例如某人殺殺，那殺人的人，不問其情由如何，固屬十分可惡。但若對他必須加以盲目的報復，務必置之於死而後快，那真所謂「死者已矣！生者何堪！」所以近代進步的立法，關於刑法上各種科刑的規定，其目的乃在於對犯罪人及一般國民盡指導、儆戒、教育、感化的責任，以期保護國家社會的安寧秩序，而增進公共的幸福。現在歐西有少數國家，已經把死刑一項根本廢除，就是這個道理。

況且從人類本性來講，生來本沒有一定的善惡。所有爲善爲惡，都由於後來的環境和教育所

養成。因之，現代刑法學的趨勢，甚且不以犯罪爲犯罪人個人的責任而認爲國家教化與社會制度的不良。中國自古以來的政治哲學，很高有這種高尚的思想。尙書所說：「刑期於無刑。」孔子所說：「聖人之設防也，貴其不犯也。制五刑而不用，所以爲至治。」可見在刑事方面採取「防閑主義」或「感化主義。」原爲中國法系傳統的精神。（參照第五章第三節法律的理想與目的。）

（寅）現行刑法的概要 中國法系向以刑法最爲發達，而發達亦最早。例如漢書胡建傳所引黃帝李法，即說「蠻蠻已定，穿窬不誦，是謂姦人，姦人者殺。」未嘗不可引爲中國刑法的起源。諸如類此的記載，各種經史古書中，多得不可勝數。但以出於附會或偽託的爲多，不足徵信。直至春秋戰國，法學確已大興。「吳子以法治楚，魏申商以法強秦。」（見管子鹽鐵論）迄於魏之李悝，撰次法經六篇，曰盜法，賊法，囚法，捕法，雜法，具法，傳之商鞅，改法爲律，以相秦國。據史記商君傳，李斯傳及劉向新序所說：「令民爲什伍，而於收司連坐，不告姦者腰斬，告姦者與斬敵首同賞，匿姦者與降敵同罰，民有二男以上不分異者倍其賦。」和「內刻刀鋸之刑，外深鉄鉞之誅，步過六尺者有罰，棄灰於道者有刑。」等等所謂「嚴刑峻法」。史家認爲商鞅所增加至秦二世尊用趙高「申法令」，「更定律」，是秦朝已有統一的法令，毫無可疑。自漢以後，歷朝律例繁興，不可勝述，至唐律而集其大成。

可是歷代法制，都以禮為準。禮正其始，刑防其失。禮教思想，不但高居刑名之上，而且深入於律例之中，使刑律成為禮化。律既有化於禮，禮亦無異為法。禮有所失，始入於刑。故中國古代立法創始於刑。這是治中國法律史學者所公認的，亦即為中國法系的特色。

降至清末變法，兼採西制，乃為中國法統轉向的開端。光緒二十八年（公元一九〇二）清廷設立修訂法律館，先將大清律例加以修正，叫做大清現行刑律。於宣統元年正式頒布，但仍禮刑未分，治中西律例於一爐。其後，雖有刑律草案的起草，終格於當時守舊派的反對，幾經修改，到了宣統二年方得公布。稱為暫行新刑律。這新刑律與大清現行刑律中關於民事的部分，延至國民革命軍北伐成功後方告失效。民國十七年三月十日，公布中華民國刑法，都凡三百八十七條。經修正後，餘三百五十七條，於民國二十四年一月一日公布，並另有施行法（十條），於同年七月一日全部施行。仍稱中華民國刑法。這就是我國的現行刑法。民國十七年所公布的刑法，稱為舊刑法。

現行刑法分總則、分別刑、總則分十二章，計九十九條。如法例、刑事責任、未遂犯、共犯、刑累犯、數罪併罰、刑之酌科及加減、緩刑、假釋、時效及保安處分等。均之。分則自第一〇〇條起至第三五七條未條為止，分為三十五章，則全為各種犯罪及處罰的規定。茲再依一般慣例，分犯罪與刑罰兩款。

略述於後：

(壹) 犯罪

(甲) 犯罪的意義 凡法律明文以刑罰的應該負責的不法行為，叫做犯罪。科刑定期，必須以犯罪行為為根據，而犯罪由構成，又有一定的條件，即：

(一) 「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限」(刑法第一條) 某人的行為，雖被一般所認為犯罪，但如刑法對於這種行為並未規定，則不得加以處罰。這就是通常所謂「律無正條不為罪」。這「罪刑法定主義」對於古時各國所行的擅斷主義，在刑事立法上是一種極大的進步。

(二) 法律雖有明文規定該行為，但行為人如係沒有責任能力的，他的行為亦不負刑事責任。例如「未滿十四歲人之行為」(第一八條第一項)、「心神喪失人之行為」(第一九條第一項)，依法都在「不罰」之列。其「十四歲以上，未滿十八歲人」或「滿八十歲人」或「精神耗弱人」之行為，則雖須加以處罰而得減輕其刑(同上兩條第二項)。

(三) 即在有責任能力的人，而其行為又有法律明文的規定，但其「行為非出於故意或過失

者，不謂「第一二條第一項」。「行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者為故意」。「第一三條第一項」。「行為人雖非故意，但按其情節應注意並能注意而不注意者為過失」。「第一四條第一項」。「過失行為之處罰，以有特別規定者為限」。「第一二條第二項」。「這是過失行為不罰的例外，例如「失火」，「第一七三條第二項，第一七四條第三項，第一七五條第二項，第一七六條等」。「過失決水」，「第一七八條第二項，第一七九條第三，四項，第一八〇條第三項，第一八一條第二項等」。「因過失致人於死」，「第二七六條」。「因過失傷害人」，「第二八四條」等。雖其行為出於過失，但以事關殺傷或公共危險，法律上仍須加以處罰，以期保護社會的安全和安寧。

(四) 非不法行為不為罪 所謂非不法行為，即其行為或「依法令」而行，「第二一條」，或本於「業務上之正當」而出，「第二二條」，或「對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利」，「第二三條」的手段，或「因避免自己或他人生命身體自由財產之緊急危險而出於不得已」的方，「第二四條」。此兩種行為，第一種為服從法令，第二種為執行業務，第三種為「正當防衛」，第四種為「急緊避難」。至於此者不能不有言於彼，雙方既難兼顧，則法律自不能以「殺身成仁」的道德標準責諸人人，所以此等行為，都在「不罰」之列。

除上文所學不罰的行爲以外，則一切不法行爲，都爲犯罪。

(乙) 犯罪的種類 犯罪行爲，依其動機、性質、或客觀事實，有種種的分別。現將各項類別略述於後：

(一) 故意犯與過失犯 因故意而成立的犯罪，叫做故意犯，非出於故意而係因過失所致的犯罪，叫做過失犯。前者又稱有意犯，後者又稱無意犯。

(二) 國事犯與常事犯 對於政治制度的犯罪，如內亂罪、外患罪，叫做國事犯，又稱政治犯。這種犯罪，在古代專制政治之下，爲大逆不道，但在近代，因思想自由主義的結果，認爲足以促進人類文明的進步，故在犯罪行爲中極爲榮譽。此外一般的犯罪，叫做常事犯，或普通犯罪。

(三) 普通犯與特別犯 這裏所說普通犯，是指普通刑法所規定的犯罪，海陸空軍刑法及其他特別法令所規定的犯罪，叫做特別犯。(犯特別法中之警察法規的，又叫違禁犯。)

(四) 現行犯與非現行犯 犯罪行爲在實行中，或實行剛告完畢，即被發覺的犯罪，叫做現行犯。犯罪當時未被發覺，事後始知道的，叫做非現行犯。這種區別，以犯罪發覺的時間爲準，關係頗爲重要。因爲現行犯如賭博罪，得不須簽發拘票，當場立可加以逮捕。

(五) 作為犯與不作為犯 因積極的行為而成立的犯罪，叫做作為犯。例如殺傷他人是。反之，因消極的行為而成立的犯罪，叫做不作為犯。例如「遺棄罪」是。不過不作為犯，必須那人負有作為的義務而不為者，方為犯罪。例如「依法令或契約」，「對於無自救力之人，應扶助養育或保護而遺棄之，或不為其生存所必要之扶助養育或保護者」是（第二九四條）。但若一般並無法令規定或契約關係的人，則自然不負這法律上扶養保護的責任。

(六) 親告罪與非親告罪 檢察官須待被害人「告訴乃論」的犯罪，例如妨害風化罪、妨害名譽及信用罪等，叫做親告罪。（參照第七章第七節。）不待告訴而檢察官即可起訴的犯罪，叫做非親告罪。犯罪事項，以後者為多。

(七) 即成犯與繼續犯 一達到既遂狀態而即完結其犯罪行為的犯罪，叫做即成犯。例如殺人及傷害人等，一到了殺死或傷害的狀態，犯罪行為即告完成。普通多數的犯罪，屬於此類。反之，犯罪行為已達於既遂的狀態後，尚繼續其犯罪的狀態於若干時間的犯罪，叫做繼續犯。刑法第五六條所定「連續數行為而犯同一之罪名者」，即指繼續犯而言。例如脫逃罪、竊匪人犯及淫泆證據罪、侵占罪及被人勸贖罪等都是。此種區別，對於犯罪的公訴時效極有關係。因時效自犯罪成立之

日起算。而繼續犯應自繼續事實的最終之日起算。

◎就廣義說「連續犯」與「慣行犯」亦包括於繼續犯之內。連續犯，即一次為之，固成一罪；數次為之，亦仍為一罪。如和盜罪是。慣行犯則須時常反復為同一犯行而始成立的犯罪。例如刑法第六六七條所定「以賭博為常業」的犯罪是。

(八)牽連犯與非牽連犯 刑法第五五條所定「一行為而觸犯數罪名，或犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者，從一重處斷。」這就叫牽連犯。例如以槍殺人而毀損他人的財物，則以殺人一罪論。又如盜竊財物而施暴行，雖兼犯暴行罪、強盜罪，但亦以強盜一罪論。這叫「一重處斷」。反之，一行為僅犯一罪的犯罪，叫做非牽連犯，或單行犯。

(九)一罪犯與併合論罪犯 一罪犯，以其所犯為一罪。併合論罪犯，則及於數罪。刑法第五〇條：「裁判確定前，犯數罪者，併合處罰之。」這就是關於併合論罪犯的規定。數罪併罰，事實上怎樣執行呢？依刑法第五一條規定如左（照錄原文）：

一 宣告多數死刑者，執行其一。

二 宣告之最重刑為死刑者，不執行他刑，但從刑不在此限。

三 宣告多數無期徒刑者，執行其一。

四 宣告之最重刑爲無期徒刑者，不執行他刑，但罰金及從刑不在此限。

五 宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以上各刑合併之刑期以下，定其刑期，但

不得逾二十年。

六 宣告多數拘役者，比照前款定其刑期，但不得逾四個月。

七 宣告多數罰金者，於各刑中之最多數額以上各刑合併之金額以下，定其金額。

八 宣告多數褫奪公權者，僅就其中最長期間執行之。

九 宣告多數沒收者，併執行之。

一〇 依第五款至第九款所定之刑，併執行之。

由此而言，可見併合犯與上文所說的牽連犯有別。牽連犯是一行爲犯罪，但從一重處斷併合犯係在裁判未確定前犯數罪，並不限於一行爲，故科刑上亦須併合論罪。

(一〇) 初犯與累犯 刑法第四七條規定：「受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑之執行而赦免後，五年以內再犯有期徒刑以上之罪者爲累犯。」累犯較初次犯罪之處罰要

「加重本刑至二分之一」初犯又名單犯，因其係單犯過一次的罪而經確定判決執行的。

(一)單獨犯與其犯 共犯又分「正犯」、「教唆犯」和「從犯」三種；「二人以上共同實施犯罪之行為者，皆為正犯」(第二八條)、「教唆他人犯罪者，為教唆犯」(第二九條第一項)、「幫助他人犯罪者為從犯」(第三〇條第一項)正犯與教唆犯，都照所犯的罪名同樣處罰；惟「從犯之處罰，得按正犯之刑減輕之」(第三〇條第二項)至於單身獨自所犯之罪，叫做單獨犯。

(二)未遂犯與既遂犯 犯罪人已經完全成功他的犯罪行為並達到預期目的，叫做既遂犯。

犯罪行為，亦有其種種經歷的階段，方克完成。在經過階段中的犯行，倘未完成或不生效果的，都稱未遂犯。

一般情形，凡犯罪的人，都先有預備或陰謀。原則上對於預備或陰謀，犯罪的企圖，不加處罰。惟若情節重大，例如「預備」殺人，或「殺直系血親尊親屬」的，自不能不特設處罰的明文。(第二七、二七二條第三項)又如「預備或陰謀」犯「外患罪」的亦同。

若若已着手於構成犯罪的行為，因意外障礙，以致未完成他的犯罪，那時「着手未遂犯」若

事實行後，並已終了他的犯罪行為，因意外障礙，以致他的行為未發生預期的效果，那叫「實行未遂犯」。依刑法第二五條第二項規定，這些「未遂犯之處罰，以有特別規定者爲限。所謂「特別規定」，即指刑法分則各條文內所定「前項之未遂犯罰之」而言。這種規定很多，祇須逐條檢查，便可明白。不過「未遂犯之處罰，得按既遂犯之刑減輕之」而已（第二六條前段）。

「但其行爲不能發生犯罪之結果，又無危險者」，學者稱爲「不能犯」。不能犯有絕對不能與相對不能之分，每種不能犯又各有犯罪客體不能與犯罪手段不能之別。例如犯罪者所欲殺的人，爲一已死的屍體，這叫「客體的絕對不能」。但如開槍欲殺某室的人，那人已不在室內，這叫「客體的相對不能」。例如誤認糖菓爲毒藥，用他來送給所欲殺的人吃下，那人決不致死，這叫「手段的絕對不能」。但如所用的確係毒藥，祇因分量不足或因被害人體質強健，未致於死，這叫「手段的相對不能」。這種犯罪，得「減輕或免除其刑」（同見第二六條後段）。現行刑法雖亦以不能犯視爲未遂犯，但在性質及處罰上都稍有不同。

又有犯罪人已着手於犯罪行爲的實行，「而因已意中止或防止其結果之發生」的，學者稱爲「中止犯」。例如本欲以毒藥殺人，忽又進藥那被害人使其解毒，不致於死，現行法亦列入於未

遂犯之內，得「減輕或免除其刑」(同見第二七條)。

(貳) 刑罰

(甲) 刑罰的意義及種類 國家爲要保障社會的和平與安全，對於犯罪人自不能不剝奪他的法益以去「害羣之馬」而資儆戒。這種剝奪法益的制裁叫刑罰。

依刑法第三二條規定，「刑」分爲主刑和從刑兩種。

「主刑」又分爲死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役及罰金五種(第三三條)。「從刑」則祇有褫奪公權和沒收兩種(第三四條)。有期徒刑爲二月以上，十五年未滿，但遇有加減時，得減至二月未滿或加至二十年。拘役爲一日以上，二月未滿，但遇有加重時，得加至四個月。罰金至少一元以上，所謂褫奪公權，就是被罰的人，失去爲公務員、公職候選人，及行使選舉、罷免、創制、複決四權的資格。褫奪公權的期限，或爲「終身」，或爲一年以上，十年以下，須視所科刑種爲定。罰金無力完納的，得依一元以上三元以下折算一日，身服勞役，勞役期限，不得逾六個月(第四二條)。

死刑爲生命刑。徒刑、拘役，爲自由刑。罰金、沒收，爲財產刑。褫奪公權爲名譽刑。總稱之，叫做「刑罰」。

(乙) 刑罰的酌量加減暫緩執行及假釋。犯罪狀態變化無窮，例如犯罪的動機、目的、手段、危險、或損害及犯罪人的情感刺激、生活狀況、平時品行、智識程度、與被害人的關係及犯罪後的態度等等，法院於科刑時，必須斟酌妥善，以加重或減輕刑量，方能合社會的輿論而得事理之平。因刑罰的目的，一方在保障社會的安寧，他方並在使犯罪人受到精神上的感化，而並非對於一切的犯罪人，都須科以一定不變的刑罰。故現行刑法關於「刑之酌科及加減」特設專章（第八章），以資適用，亦為古今中外立法必然的道理。至於詳細情形，不及細述。

因此之故，國家為要促進犯罪人的悔悟自新，並免使沾染監獄中若干不良的習氣，對於「受二年以下有期徒刑、拘役、或罰金之宣告」的輕刑，因某種情形，「認為以暫不執行為適當者」，又有「得宣告三年以上五年以下之緩刑」的規定（第七四條）。這種辦法，就叫做緩刑。所以緩刑並非說犯罪人不必受刑，只是因為犯罪人合於某種法定的條件而暫緩予以處刑而已。

如遇犯罪人因「受徒刑之執行而有懊悔實據」的，在受刑已達相當時期之後，可「由監獄長官呈請司法行政最高官署，得許假釋出獄」這叫假釋（第七七條）。假釋經過相當時期以後，「其未執行之刑，以已執行論」。但若在「假釋期中因他罪受刑之執行者」，那因他罪所執行的期間，仍

不得算入於假釋時期之內（第七九條）。

（丙）刑罰的時效 因時間的經過而免除追訴或行刑的，叫做時效。例如犯罪人應處死刑，無期徒刑，或十年以上有期徒刑的，如果已經過了二十年而未被追訴，那追訴權就因而消滅（第八〇條）；如果已經過了三十年而未被判刑的，那行刑權亦因而消滅（第八四條）等是。

（丁）保安處分 前面曾經說過，國家對於犯罪人的施刑，本以感化為目的，使能悔過自新，成為社會的有用之人。這是近代進步的立法。因之，我國現行刑法，亦規定如犯罪人「因未滿十四歲而不罰」，或「因未滿十八歲而減輕其刑」的，都「得令入感化教育處所，施以感化教育」；「感化教育期間，為三年以下」（第八六條）；「因心神喪失而不罰」或「因精神耗弱或瘖啞而減輕其刑」的，「得令入相當處所，施以監護」（第八七條）；至於鴉片罪或「因酗酒而犯罪」的，「得令入相當處所，施以禁戒」；禁戒期間為六個月或三個月以下不等（第八八條）；又若「有犯罪之習慣，或以犯罪為常業，或因遊蕩或懶惰成習而犯罪」的，得於刑後「令入勞動場所強制工作」，其期間為三年以下，與感化及監護期間同（第九〇條）；其他「受緩刑之宣告」或「假釋出獄」的，「在緩刑期內」或「在假釋中」，得交付「保護管束」（第九三條）。

諸凡以上所舉威化、監禁、禁戒、及保護管束的辦法，現行刑法特設一章（第十二章），總稱為保安處分。這確然都是「刑期無刑」的極合理的辦法。

第四款 訴訟法

（子）訴訟法的意義 法有實體法與程序法（或手續法）的區別，前在第七章第六節中已有說明。訴訟法為規定關於權利義務之運用的程序，與國家司法機關的制度（法院組織法）相輔而行，故為程序法。

程序法之最主要的，為法院組織法、民事訴訟法、刑事訴訟法三種，以下再略加分述：

（一）法院組織法 我國設有法院，歷史未久，為一種新的制度。但依一般觀察，在各種新政中，如議會、警察等，當推法院成精，比較最為優良。然因經費及人才種種關係，以觀歐西各國司法機關的組織，相去仍遠。

舊有法院編制法，頒布於清朝宣統元年（公元一九〇九），民國成立，則去抵觸國體的各條，其餘仍繼續有效。民國三年，廢止初級審判廳，公布縣知事審理訴訟暫行章程以作替代。四年六月

由司法部酌加刪訂，呈准重刊。其後於十四年稍有修正。至民國二十一年十月二十八日，公布法院組織法，於二十四年七月一日施行。同年七月又經一度修正。這為現行法院組織法。

全法分十五章，都凡九十一條。將法院分為地方法院、高等法院及最高法院三級（第二條）。通常由地方法院管轄民事刑事第一審訴訟案件，高等法院管轄「不服地方法院及其分院第一審判決而上訴之民事刑事訴訟案件」（第一七條第一款），而以最高法院為終審機關。凡「不服高等法院及其分院第二審判決而上訴之民事刑事訴訟案件」（第二二條第二款），都歸最高法院管轄審理。這叫三級三審制，與前者所行的四級三審制不同。因以前於地方審判廳（即現在的地方法院）下，尚有初級審判廳，故為四級。但審判則仍以三審為限，故為四級三審。

現行三級三審，係使訴訟案件的進行，與審理機關的等級相符合。在司法組織上，是一種進步。凡經三審的案件，一二兩審為事實問題與法律問題，終審（最高法院）則祇限於法律問題。

各級法院，都有檢察署及檢察官的配置。關於「實施偵查，提起公訴，實行公訴，協助自訴，擔當自訴，及指揮刑事裁判之執行」等事及其他法令所定職務之執行」（第二八條），「檢察官對於法院獨立行其職權」（第二九條）。但檢察官應「服從監督長官之命令」（第三一條）。因為檢察權

係代表國家而有全國一體的性質，與推事之應該「獨立審判」不受任何人干涉的不同。

我國版圖遼闊，因經費及人才關係，全國各縣，一時不能普遍的設立法院，因之，近年又有縣司法處組織暫行條例的頒布，設審判官一人專司審判，由縣長任檢察官，專司檢察，這亦是一種不得已的辦法。

其他如「司法年度及事務分配」、「法庭之開閉及秩序」、「法院之用語」、「裁判之評議」、「法律上之協助」及「司法行政之監督」等事，都分章規定於法院組織法之中。

(二)民事訴訟法 民事訴訟法為規定對於私權受有侵害時，得向國家訴請救助之程序的法律，私權的實體關係，原係規定於民法等私法之中，而保護私權之程序的民事訴訟法，何以列入於公法的系統之內？這因民事訴訟當事人，雖然多係私人（即國家自身與人民發生私權關係時，國家亦為民事當事人的資格），但保護人民私權，不得任各人以自力救助，乃為近代國家的責任之一，是以執行法律的機關，為國家的代表，故民事訴訟法亦為公法。

我國現行民事訴訟法，係民國二十四年二月一日公布，同年七月一日起施行。全法分九編，共六百三十六條。

(三)刑事訴訟法 亦分九編，共五百十六條，係於民國二十四年一月一日公布，同年七月一日起施行，除「法例」、「法院之管轄」、「法院職員之迴避」、「辯護人輔佐人及代理人」、「文書」、「送達」、「期日及期間」、「被告之傳喚及拘提」、「被告之訊問」、「被告之羈押」、「搜索及扣押」、「勘驗」、「人證」、「鑑定及通譯」及「裁判」等共通事項，分章規定於總則編（第一編）外，第二編的「第一審」、「分」、「公訴」、「自訴」兩章，第三編爲「上訴」、「分」、「通則」、「第二審」、「第三審」三章，第四編爲「抗告」第五編爲「再審」第六編爲「非常上訴」第七編爲「簡易程序」第八編爲「執行」第九編爲「附帶民事訴訟」。舉凡國家行使追訴權及刑罰權所必須遵循的程序和步驟，都很詳細的規定於刑事訴訟法之中。

比較的說來，如果民事訴訟法是民法的程序法，那末刑事訴訟法就是刑法的程序法。民法刑法爲「體」，所以叫做實體法；訴訟法爲「用」，所以叫做「程序法」。二者相輔而行，缺一不可。

(丑)現代訴訟法的趨勢和特色 司法所以主是非，斷曲直，爲國家主要任務之一。但欲求法律保障民權的實效，厲行法治的精神，則訴訟程序的運用和改良，關係實極重大。

因此，近代文明國家對於訴訟法的施行，顯有後列的三種趨勢：

(一) 陪審制度 這制度發源於英國，現代各國，爭相仿效。所謂陪審制度，就是關於民事刑事訴訟案件的審判，除常設法官外，並由具有一定資格的公民參加。因陪審員來自民間，對於社會意識，生活實況，知悉較為正確，足以糾正職業化而久與外界隔絕的法官對於審判案件的缺憾。況且現代民權發達，國為「民有」，司法事務，亦為「衆人事務」的一種，實行陪審制度，由人民直接參加司法權的行使，與人民參加立法權具同一意義。

根據上文所述的理由，所以歐美各國對於民刑訴訟，都採行陪審制度。日本則祇限於刑事。我國在現行法制中，則只有關於反革命案件，在一定條件下，適用陪審制度。（參照反革命案件陪審暫行條例。）

(二) 勞動裁判所 近代產業發達，都市繁榮，勞動與資本雙方一切的衝突，最足引致社會上莫大的糾紛。無數勞資問題，如果都須由通常法院職業化的法官加以審理，事實上極為困難，且不易得到公平的結果。因之，現時先進諸國，都將勞動裁判的程序，定入於勞動法之中，以別於通常的訴訟程序。我國亦有勞資爭議處理法與推定仲裁委員暫行辦法，亦就是迎合這種潮流以適應實際上的需要。

(三)迅速化與簡易化 「訟則凶」是中國自古就深入人心的一句格言。國為訴訟程度過於繁瑣，費時耗財，而又予不肖律師及少數貪污官吏以舞文弄法的機會，人民涉訟經年，往往所得不償所失，甚至因而破家蕩產的所在多有！所以近來各國對於訴訟程序，都有極力促其迅速化與簡易化的趨勢。尤其現代社會問題的繁夥，如僱傭、住宅、婚姻等事，更有必要。

例如日本的借家借地調停法與我國現行的民事調解法，亦即表現這種趨勢的一端。

第五款 國際公法

國際法是對國內法而言，國際公法是對國際私法而言。國際私法屬於國內法私法的系統。國際公法方為國際社會間真正的公法，所以從前一般又稱國際公法為萬國公法（參照第七章第六節）。

(子)國際公法的意義 規定國家與國家間權利義務的關係而為國際社會所公認的法則及慣例，總稱為國際公法。國際公法係由若干則例及條約所彙合而成，截至目前為止，學者的著述固然很多，但從來不曾能夠成立一部共同遵守的成文法典。

「國際」二字，出於左傳，當歐化東漸的初期，日本學者取之以譯 International。這爲東方國際法一語的來源，蓋因我國文化古遠，禮教昌明，當唐虞時代，大同的局面已具雛形，降及春秋，邦交大盛，五伯爭長，「均勢」以成，因之干戈之後，繼以玉帛，兵車之會，變爲衣裳，掉圖縱橫，鈞心鬪角，一國的興亡榮辱，往往繫於樽俎的折衝，儼然成爲「具體而微」的目前全世界的局勢。所以國際上若干法則和慣例乃至締盟訂約，確已於那時代早見萌芽。

歐洲國際法的起源，一般學者認爲係在羅馬帝國瓦解以後，（西羅馬於公元四七六年亡，東羅馬於公元一四五三年亡）經過三十年戰爭（公元十七世紀上半紀）而後各國獨立平等的觀念以立。

在過去，西洋學者有所謂歐洲國際法（*Droit international european*）的名詞，往往以他處的國家文化未開，不足以享受國際法的利益，白人所至的地方，都擇地聚居，自行治理，不肯受所在國法律的支配，儼然「化外之民」，自成一國。我國現尙存在有效的若干不平等條約和各國在華的「領事裁判權」，就是這種畸形現象，違反國際公法的遺跡，這是中華民族的恥辱。所以總理導革命，在民族方面，就是要求國際上的平等，「三民主義」一天沒有完全實行，我們的犧牲，便沒

有一天的止境」見總理黨員不可存心作官。因爲三民主義是一貫的，一貫的道理，便是打不平」(見同上革命軍不可升官發財)。

(丑)國際公法的類別 前面說過，各國邦交，或興于戈，或用玉帛。前者爲敵國，爲戰爭；後者爲與國，爲和平。因國際關係的不同，則適用的法則及慣例亦隨之而異。是以國際公法又有平時國際公法與戰時國際公法兩種。以下再分別略加敘述。

(壹)平時國際公法 這是國際間和平時期所應互相遵守的法律。平時國際公法主要的部分如左：

(甲)國家的基本權利 國際法的主體爲國家。立國於天地之間，非享有各種必要的權利不可。其中最主要的爲：

(一)自衛權 爲保持自國的生存獨立，對於外來一切危害侵略的行爲，都應全力予以抵抗。並排除，叫做國家自衛權。換句話說，自衛就是要以自己的力量和方法保衛自己。這可說是國家的「自助司法」。因爲國際間直至現在爲止，還沒有有一個真正能夠主持世界公理，抑強扶弱的裁判機關(參照第七章第四節)。這是國家自衛權與國內法上個人的正當防衛權(見本章第三款

(黃)(壹)(甲)(四)不同的所在。例如我國自「七七事變」後對於日本帝國主義的抗戰，就是本於這自衛權的發動，要保護國家的獨立和領土行政的完整。

(二)獨立權 國家一切內政外交，都應本於獨立主權而自由行使，不受任何他國的干涉，這叫獨立權。但有時因受條約的拘束，應受限制，那是例外。

(三)平等權 國際間一般的權利，例如「中立權」或國際會議的表決權等，各國應一律相互平等享受，不得歧視。

(四)相互尊重權 例如國家元首、外交使節、軍艦、軍隊、國旗、軍旗等，各國彼此之間，應互相尊敬，不得侮辱。

(五)交通權 國家在公務上互相交通，如郵電等，以及國民在生活互相往來，如遊歷、旅行、經營工商業等，都應准其自由，不得妨害。

(乙)國家的代表機關 國際往還，不能不有一定的代表，在彼此國境內互相設立機關，派駐人員，以傳達國家的意思，辦理日常交涉事務。這種代表，通常有如左列：

(一)外交官 甲國派駐在乙國辦理公務的人員，叫做外交官。外交官分大使、公使、及特使等。

前二者爲常駐的，後者爲臨時的。公使又分爲特任全權公使、公使、代理公使、代辦等。這不過都是形式上或待遇上的差別，實際的職務，並沒有什麼不同。

乙國對於甲國所派的大使或公使，在通常情形，都有接受的義務。但乙國如有正當理由時，亦有權對於那所派的人拒絕同意。這在國際上並不常見。外交官到達駐在國首都後，應先遞國書，方能行使職務。

外交機關、外交官及其家屬、隨員人等，在國際公法上，關於身體財產，都享有不可侵權及免稅權等，這叫做「治外法權」。

這種外交特權，近年蘇聯派駐各國的商務代表，亦往往在商約上訂明得以同樣享受。因爲蘇聯的對外貿易，是依憲法定爲國營的，所以蘇聯的商務人員，亦與外交人員同爲國家的代表。這是國際法上一種新現象。

(二)領事 甲國派駐乙國各重要都市口岸，專主管理甲國僑民關於通商航海等事務的官員，叫做領事。領事分爲總領事、領事、副領事等，都限於本國人方可充任。但又有名譽領事，則非本國真正的官吏，不過受本國的委託，管理領事事務，所以多係由外國人充任。

領事雖爲商事官，但亦準於外交官，得享受條約上或慣例上若干特權。

(丙)條約 凡國家間對於彼此共同關係的事項，各本自由意思規定關於該事項相互所享權利，所負義務而簽訂的文書，叫做條約。因規定事項內容的不同，又有友好條約、通商條約、友好通商條約（如有海上關係的，多稱通商航海條約）、媾和條約、同盟條約等。由於多數國家共同簽訂或可陸續加入的條約，叫做國際公約。例如由國際聯合會所主持的很多公約及九國公約，非戰公約等是。

訂立條約，可說是一種國際立法。除締約國應具有獨立、自由、及合法目的等實質的條件之外，成立程序，與國內立法大致相同。例如訂立條約的提議、商議（即交涉、討論）、簽立草約、再經各締約國依法批准，並互換、公布，方能發生效力。但少數關於政治軍事的秘密條約，當然不在此限。條約的有效期間及修改、廢止等事，都須在約文本身內載明；遇有解釋約文發生爭議時，並須定明以何國文字爲準。

(貳)戰時國際公法 國家與國家間發生戰爭時，交戰國所應共同遵守的法律，爲戰時國際公法。自上次歐洲大戰，繼續四年之久，生命財產，損失無數，各國人民對於戰爭，多已深惡痛絕。故自

凡爾賽和約簽訂後，提倡世界和平及非戰的空氣，極爲濃厚。但會幾何時，日本於一九一八「事件」，無故以武力侵占我東北四省，在遠東破壞和平，並繼以「七七事變」，對我國作全面的侵略，甘爲世界罪魁。果然意大利吞滅阿比西尼亞，德意志兼併奧大利，滅亡捷克，相繼而起。終於一九三九年九月間，由於德國的進攻波蘭，引起英、法的反對而釀成歐洲第二次的戰禍。無論日、德等國所持的理由如何，但總之，日德撕毀條約，爲激起戰爭原因之一，毫無庸疑。現在中國對日、英法對德都正在進行戰爭中，雖日本不顧人道，違反公法的暴行，層出不窮，法律暫歸無效。但人類存在之日，公理必有伸張的可能和必要。故我們對於戰時國際公法的主要內容，仍不可不略加敘述於左：

(甲) 戰爭的開始 國與國發生爭執或衝突，到了一方認爲已無和平解決的可能，必須與對方發生戰爭的時候，依照國際法，應該就其所主張的辦法向對方提出最後要求，(這要求通稱「最後通牒」，或譯音「哀的美敦」(Ultimatum))，限對方於一定的最長時間之內，提出滿意的答應。否則向對方宣戰，開始戰爭行爲。例如這次英、法兩國及英國各自治領，都曾於事先宣布與德國已處於戰爭的狀態。這叫「宣戰」。

至如日本對於我國的侵略，「不宜而戰」，顯係違法。

(乙)戰爭的效果 國與國間一經宣戰，則交戰國間一切外交關係完全斷絕，外交代表機關及人員一律互相撤回，交戰國所有的條約，都告失效，對於敵國僑民的身體財產，都得施以非常的處置等等，這都是因戰爭所發生的合法效果。至於戰爭的結局如何，那是結果，是事實問題，除停戰媾和等，大體上有一定的方式，外國法無從加以規定。

(丙)局外中立 第三國不加入交戰關係而宣布中立，稱為「局外中立」。宣布中立的國家，稱為「中立國」。例如這次英、法與德國的戰爭，蘇聯、意大利及巴爾幹各國，都先後宣布中立。日本並未正式宣布中立，但只聲明「不介入」於歐洲的戰事，這顯然又是他一貫的取巧辦法，想待時觀變以乘機取利。

中立國有種種的權利和義務。例如中立國的船舶和通商，交戰國不得加以破壞或襲擊，交戰國軍隊進入中立國的領土，中立國應即解除他的武裝，交戰國一方的軍艦駛入於中立國的港灣，中立國應限令於二十四小時內退出，如果交戰國兩方的軍艦同在中立國的港灣內，非在甲方軍艦退出二十四小時以後，不得聽任乙方的軍艦出發等等都是。

可是戰禍既經爆發，中立國的權利往往極難完全保持，不受侵犯。因此而使第三國捲入戰爭。

漩渦的事例不一而足。美國爲要防止這種情形的發生，特用國內立法的手段，預製「中立法」以補國際法的不足。

(三)國際聯合會 國際聯合會，亦稱國際聯盟，或萬國聯盟，係上次歐戰的偉大產品，成立於一九一九年。最初，除美國外，世界主要國家五十多個一律陸續參加。後日、德等國因破壞和平，先後退出。實際上國聯早已有名無實了。

聯合會的組織機構，分(一)大會，(二)行政院，(三)永久法庭。三大部分。學者有將這三部分比擬於立法、行政、司法三權之分立的，其實不妥。因國際聯合會既非國家，亦非超國家，又非聯合國家。嚴格的說，他實在不過是一種國家間自由聯合的團體。對於違犯盟約的會員國，不但事實上沒有制裁的機能，即在理論上亦本無拘束的權力。

不過該會自成立後，對於國際間一切非政治性質的事業，例如文化、衛生等項，貢獻頗多。那亦是大家所公認的。

第二節 私法的系統

屬於私法系統的法律，主要的有民法、各種民事特別法、及國際私法等。此中國際私法一門，他的本質，本與民法及民事特別法大不相同，但爲便於說明起見，且沒有其他地位更爲相宜，故祇得附列於此。

第一款 民法

(子)民法的意義。一般所稱民法(Droit civil)實質上本指全部私法而言，但在形式的意義上，規律私人生活關係的法典，叫做民法。

人類進化達於相當階段時，即形成一定國家組織的社會，而在此組織的社會生活中，可分爲公的生活關係與私的生活關係兩種。例如上節所述憲法、行政法、刑法等，都是規定關於國家組織和治權運用等公的生活關係的。至如關於家族的構成、社會經濟的關係、及私權的行使等，則爲私的生活關係。規範這種關係的法律，以民法爲最主要的部門。

民法雖爲規律私的生活關係的主要私法，但此外尙有其他私法，學者稱爲「特別私法」，或「民事特別法」。例如適用於商事關係的商法，就是重要的一種。故商法對於民法，原係立於特別

法的地位。

然而民事、商事，同爲私人生活中的私法關係。在近代社會的機層中，民事事項，互相牽涉，實在無法加以截然的畫分。例如在大陸法系，民商兩法並立的國家——德、法、日本等——原只基於沿革上的理由，視商人爲一特別的階級，應受特別法的管轄和保護。如果時至今日，仍以民商兩法分立並存，不僅適用上易於混淆——如公司的設立——且亦易於阻礙交易的安全與敏捷。所以民商合一，已爲現代立法顯著的傾向。其在民商合一的國家，很少由合而分的主張；而在民商畫分的國家，則大都提倡由分而合。

我國立法院於制定現行民法時，內本全民平等的宗旨，外合最新立法的潮流，特訂立民商合一的民法法典，將以前商人通例中的經理人與代辦商，和商行爲中的交互計算、行紀、倉庫、運送營業，及承攬運送等事項，編入於民法債編之中；一面另定公司法、保險法、海商法、交易所法等若干單行法規，作爲民事特別法。於是在中國現行立法中，商法的名稱早已不復存在。

我們曾經一再提到，中國古代的法制，民刑不分，公私混雜，大部分的民事關係，都畫入於「禮」的範圍。直至國民政府奠都南京，始努力於民法法典的編訂。自民國十八年五月二十三日起，至二

十年一月二十四日止，先後公布施行，計分五編，共凡一千二百二十五條。這為中國現行民法。

(丑)民法的內容。我國民法的編製，係採德國式，除第一編總則，計分七章，一百五十二條，為民法共通適用的規則以外，先為關於財產的規定，(第二編債，第三編物權)次為關於身分的規定，(第四編親屬第五編繼承)現再分編略述於後：

(一)總則編。我國現在立法，雖力求注重社會的公益，以期適應時代的潮流，但處於現代社會生活的狀態中，自不能超越現實的限度，致與實際情形相差過遠。故總則編除第一章法例(第一條至第五條)規定關於法律習慣及法理的適用次序，文件的簽名，蓋章，畫押，及數量的準據以外，示明民法的主要內容，仍應以個人為中心，以權利為本位。明白的說，就是在私法關係中，以人為私權的主體，故第二章為「人」，凡權利必有客體，「物」為私權的客體，故第三章為「物」，既有權利，必有權利的得喪和變更，而這權利的得喪變更，都由於人的行為與時間的關係，故第四章為「法律行為」，對於一切買賣，互易等具體事項，示以一般所能適用的抽象原則，——第五章為「期日及期間」，對於法律關係中發生「時間」問題時，示以計算的標準，——第六章為「消滅時效」，對於由一定狀態的延續而喪失權利時，示以原則上的規定。行使權利，亦不可不有一定的準繩，故第

七章爲「權利之行使」，示以若干斟酌標準，以下再分「人」、「物」、「期日及期間」、「消滅時效」和「權利之行使」五項加以簡述。

(甲)人 私權的主體爲「人」。人係包括「自然人」及「法人」而言。所謂「主體」係說「於法令限制內，有享受權利，負擔義務之能力」(第二六條)。這叫做「權利能力」。

「自然人」的權利能力，「始於出生，終於死亡」(第六條)。但胎兒只須「將來非死產者」關於他個人的利益，看做既已出生，亦有權利能力(第七條)。一個年紀未到七十歲的人，「失蹤」滿十年，或一個七十歲以上的人，「失蹤」滿五年後，法院「得爲死亡之宣告」，「推定其爲死亡」(第八、九條)。享有權利爲一事，行使權利又爲一事。有權利的人，未必都能行使他的權利。因此，於上文所述的「權利能力」之外，法律上又不能不有「行爲能力」的規定。有「行爲能力」的人，方能獨立享受權利，負擔義務。但通常所說「能力」都係指「行爲能力」而言。因爲「權利能力」連胎兒尙可享有，凡在法律上未死亡的「人」，當然一律不成問題。

那末，一個人應該到什麼時候纔有完全的行爲能力呢？

依民法第十二條規定：「年滿二十歲爲成年」。成年的人方有行爲能力。但雖已成年，而那人

「心神喪失，或精神耗弱，致不能處理自己事務」的，法院得宣告爲禁治產（第一四條）。禁治產的人，仍舊沒有行爲能力（第一五條）。反之，那人雖未成年，但如已結婚的（男滿十八歲，女滿十六歲），即有行爲能力。未成年，亦未結婚，而年紀以滿七歲以上的，則只有限制的行爲能力（第一三條）。

由此可知凡人都具有權利能力。凡成年的人而沒有被宣告爲禁治產的，都有行爲能力。雖未成年，但已結婚的人，亦有行爲能力。滿七歲以上的未成年人，祇有限制行爲能力。

「那末，無行爲能力人及限制行爲能力人」，在生活上關於一切法律行爲，又怎麼辦呢？法律上爲要補救這事實的困難，特爲規定這兩種人要「以其法定代理人之住所爲住所」（第二一條）。就是說「無行爲能力人」，因爲他完全沒有行爲能力，必須由他的法定代理人代「爲意思表示」並代「受意思表示」，以爲一切法律行爲（第七六條）。「限制行爲能力人」自己可「爲意思表示」或「受意思表示」，但應得法定代理人的允許（第七七條）。

「人」爲私權的主體。「人格」與「財產」又爲私權中最主要的標明。我國民法係採瑞士的立法例，於總則編中定明「人格權受侵害時，得請求法院除去其侵害」並得依法「請求損害賠償或

慰撫金」(第一八條)。例如身體、健康、名譽、自由等，都是不屬於財產上的人格權(參照第一九五條)。一個人的姓名，彼此之間，區分人我，關係甚大。我國民法亦仿德國、瑞士的先例，定有「姓名權」(第一九條)，與「人格權」同加保護。

這些能力和權利都為保持人格所必不可少。這不獨保護個人的生存，且亦有關於社會的公益。故我國民法(第一六、七兩條)又特加以強制的規定：權利能力、行為能力和自由，都不得由各人任意拋棄。

「法人」為一種法律上的「組織體」，而具有「虛擬的人格」(Personne fictive)，以擔當並發揮若干獨立的社會作用。社會生活愈複雜，則法人組織亦愈發達。

故在私法關係中，「法人」經登記成立後，除專屬於自然人的權利義務外，於法令限制的範圍內，亦與「自然人」同為私權的主體，同樣「享有權利，負擔義務」(第二六條)。

(乙)物。「物」有「不動產」與「動產」之分。前者如土地及其定着物，「不動產」的出產物，在尚未與「不動產」分離以前，亦為不動產的部分(第六六條)——凡「不動產」以外的一切「物」，都為「動產」(第六七條)。

「物」又有「主物」與「從物」之別。例如鎖鑰爲「主物」，鑰匙則爲「從物」。「主物」的處分，連帶及於「從物」。——除交易上有特別的習慣以外，凡非「主物」的成分，而常補助或完成「主物」的效用，同屬於一人的，統稱「從物」(第六八條)。

「物」又可分爲「原物」與「孳息物」。例如母牛爲「原物」，牛乳則爲「孳息物」，或桃樹爲「原物」，桃爲「孳息物」。這牛乳或桃，叫「天然孳息」。凡「有收取天然孳息權利之人，其權利存續期間內，取得與原物分離之孳息」(第六九、七〇條第一項)。——又如利息、租金及其他因法律關係所得的收益，叫「法定孳息」。凡「有收取法定孳息權利之人，按其權利存續期間內之日數，取得其孳息」(同上第二項)。

(丙)法律行爲。人人都有平等的權利能力。本於各人自由意思所發生的一切法律關係，例如物品的買賣、婚姻的締結等，都稱爲法律行爲。但欲使行爲成爲有效的法律關係，必須具備(一)行爲人有行爲能力，(二)行爲的合法性與合理性，(三)行爲人有「意思表示」的三個條件。

法律行爲違反強制或禁止的規定的(即不合法)，或有背於公共秩序或善良風俗的(即不合理)，都爲無效(第七一、二條)。又有若干法律行爲，必須依照法定的方式去做，方爲有效。例如

「不動產物權之移轉或設定，應以書面爲之。」（第七六〇條）「結婚應有公開之儀式及二人以上之證人。」（第九八二條）等，這「書面」與「公開儀式」都爲「法定方式」。如果要依照這方式，那行爲便爲無效（第七三條）。這在法學上叫做「要式行爲」。

我國民法爲要保護經濟上或知識上的弱者起見，定明如果有人故意乘那弱者一時的「急迫」情形，或「輕率」行爲，或沒有經驗，使他爲財產上的給付，或爲給付的約定，而「依當時情形，顯失公平」的，法院得撤銷那法律行爲，或減輕那弱者應負擔的給付（第七四條）。這亦是現代立法社會化的一點。

自由正確的意思表示，爲成立有效法律行爲的要件之一。

表示意思的人，稱爲「表意人」；對方受意思表示的人，稱爲「相對人」。雙方合稱，爲「當事人」。——當事人以外的人，稱爲「第三人」。

「表意人」要使自己意思表示，發生效律上的效果，應先有一種足以使「相對人」推斷自己係何意思的行爲或態度，例如語言、文字、「明示」或「默示」。這叫「表示行爲」。「解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句」（第九八條）。

「表意人」的表示行為，應爲使人能夠推斷他確有欲發生一定效果的意思。這種意思，叫做「效果意思」。例如「表意人」用語言表示意思（民法上稱爲對語），「其意思表示，以相對人了解時發生效力」（第九四條）。但「表意人」如係對於父母、借貸細物，或對於朋友禮貌寒暄等，他的「表示行為」，都顯然沒有欲發生一定效果的意思可言，故都不發生法律上的效果。

「表意人」除已經有了上述「表示行為」與「效果意思」以外，尚須自己確有做那「表示行為」的「意識」。這叫「表示意思」。這「表示意思」，可說是介於「表示行為」與「效果意思」之間的一種必要的連繫。如果沒有這「表示意思」，則雖有「表示行為」，而「意思表示」亦將不能成立。例如民法第八十六條規定：「表意人無欲爲其意思表示所拘束之意思（這意思，即我們所稱意識），而爲意思表示者」，而相對人又明知表意人沒有真意的，或如第八十七條所定「表意人與相對人通謀而爲虛偽意思表示」的：那意思表示都爲無效。不過在後者雙方通謀的情形中，而已經使不知情的第三人（法律上稱爲「善意第三人」）發生關係的，則不能對抗這「第三人」而已。

又如「意思表示」之內容有錯誤，或表意人若知其事情即不爲意思表示者」（第八八條），或「因傳達人或傳達機關傳達不實者」（第八九條），或表意人係「因被詐欺或被脅迫而爲意思表示

示者「第九二條」那「意思表示」或「不正確」或「非自由」都可以撤銷。

以上所述，都爲單純的法律行爲。

此外，又有「附條件」或「附期限」的法律行爲。法律行爲必須「於條件成就時發生效力」的，叫做「停止條件」；反之，須「於條件成就時失其效力」的，叫做「解除條件」。第九九條。例如甲與乙約定，必須乙在大學期考第一，每期津貼三百元。這是以乙期考第一爲停止條件。成績發表，乙居第一（條件成就），甲即須付乙三百元。又約乙在校如被記過處分，甲即當收回津貼。這是以乙被記過爲解除條件。條件成就與否，當事人不得爲自己的利益關係，加以不正當的阻止或促成（第一〇一條）。

「附期限」的法律行爲，亦有「附始期」與「附終期」之分（第一〇二條）。例如甲與乙約定，乙於下月一日應徵從軍日起，贈與乙手錶一枚。這下月一日爲「始期」。又約贈乙手錶，如乙兵役期滿，甲即收回手錶。這期滿爲「終期」。

丁、期日及期間。「時間」在人類社會生活中，非常重要。時間的計算，往往足以影響各人的權利義務。故法律不能不有「期日及期間」的規定，以作法律關係中計算「時間」的標準。

一定的日時，例如約定於某年月日時履行義務，叫做「期日」。

由這一定日期至他一定日期中的繼續時間，例如約定自某年月日起至某年月日止，讓與權利，叫做「期間」。

關於「期日及期間」的計算方法，向有「自然計算法」和「曆法計算法」兩種，前者係按實際時間精確計算，後者係按曆法所定的日、星期、月、或年而加以計算。所謂「曆」，係指通常所採用的太陽曆而言。我國民法第五章所定，係以採用曆法計算法為原則，但「以時定期間者，即時起算」（第一二〇條第一項），則係兼採自然計算法。至於以時以下的分秒為計算單位的，當然應依自然計算法核實計算，更無容疑。

（戊）消滅時效。凡請求權經過一定連續期間而不行使的，那請求權即時間的過去而發生消滅的效果。這叫做「消滅時效」。從反面說，因時效而取得權利的，叫做「取得時效」。事實狀態既經連續至相當時間之後，在這時期中，社會上往往已本於這種事實發生若干正當的法律關係，國家不可不予以確認以維持交易的安全和經濟的發展。這是法律上設立時效制度的理由。

時效通常為十五年（第一二五條），亦有定為五年（第一二六條），二年（第一二七條）的。

因請求權標的的性質而定。例如醫生的診費，律師的報酬等，醫生律師如不在二年間行使他的請求權，請求權即因而消滅。但在二年間，或醫生律師曾經「請求」，或債務人自己曾經「承認」，或因糾紛而曾經「起訴」，時效即告「中斷」。（第一二九條）。時效中斷後，須「自中斷之事由終止時重行起算」（第一三七條）；算足二年，再為完成。

時效完成後，債務人所負債務，並非根本已不存在，不過債務人「得拒絕給付」而已；因之，如債務人不知時效而已為給付之履行的，不得以不知時效為理由而請求返還（第一四四條）。

主權利已因時效而消滅的，原則上，從權利亦即從而消滅（第一四六條）。

時效制度，關係社會公益，為一種強行的規定，所以法律又定明當事人「不得以法律行為為加長或減短」時效的期間，「並不得預先拋棄時效之利益」（第一四七條）。

（己）權利的行使 權利固應保護，但亦不得「濫用」。這也是近代立法的新潮流。我國民法定明「權利之行使，不得以損害他人為主要目的」（第一四八條）。「為防衛自己或他人之權利所為之行為」，如果超過了「必要程度」，並應負相當賠償的責任（第一四九條）。即「因避免自己或他人生命身體自由或財產上急迫之危險所為之行為」，如「逾越危險所能致之程度」時，亦

應負損害賠償的責任(第三五〇條)。

(二)債編。債編自第一五三條起至第七五六條止，分通則、各種之債兩章，係於民國十八年十一月二十二日公布，十九年五月五日施行。債編主要的內容為私人間財產交易的關係，以個人利益為着眼。故意思自由、契約自由，亦以在本編內所應用的範圍為最廣。我國民法不沿襲過去的名詞——債權編，而改稱曰債，因債係包括債權債務而言，單稱債權，實為不當。

債關係，有由契約而生的契約，須「當事人互相表示意思一致」方為成立(第一五三條)。這種關係，可使他人代為成立，那叫「代理權之授與」(債編第一章第一節第二款)。

有由於「無因管理」的，例如甲出外旅行，乙未受甲的委任，並無義務而為甲管理事務，叫「無因管理」，其管理應依本人明示或可得推知之意思，以有利於本人之方法為之(第一七二條)。

有由於「不當得利」而生的，例如某人並「無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益，雖有法律上之原因而其後已不存在者，亦同」(第一七九條)。

有由於「侵權行為」而生的，所謂「侵權行為」係說「因故意或過失，不法侵害他人之權利」，即應負損害賠償的責任，依法應負有保護他人之責任的，而違反責任，亦「推定其有過失」(第一

八四條。

「債之標的」爲「請求給付」，給付不限於有財產價格的東西，即「不作爲亦得爲給付」（第一九九條）。應付利息的債務，未約定利率，亦無法律可據的，依週年百分之五計算（第二〇三條）。約定利率超過週年百分之二十的，超過部分的利息，債權人無請求權（第二〇五條）。這雖規定，係以禁止重利剝削爲目的，亦爲現代立法進步之點。

無論何人行使債權或履行債務，都應依照「誠實及信用」的方法（第二一九條）。如債務人不爲給付，或不爲完全的給付，或遲延給付，都應負損害賠償的責任（第二二七、二二九條）。或有些債務人本有權利可以行使，以資履行債務，而竟怠於行使時，債權人得以自己的名義行使他的權利，這叫做債權的「保全」，但這權利當然以不專屬於債務人本身的方可（第二四二條）。

債經關係人的承認，可以移轉。這叫「債之移轉」（第一章第五節）。

「債」依債務本旨，向債權人或其他有受領權人爲清償，經其受領者，債的關係即告消滅（第三〇九條）。清償的地點，通常以給付特定物爲標的的，於訂約時，那物約所在地爲之，其他一切的債，都應於債權人的住所地爲之（第三一四條）。

如遇債權人延不受領，或不能確知那債權人爲誰而難於給付時，債務人得依上文所述的清償地點，將他應給付的東西提存於提存所（第三二六、七條）。提存後，給付物一切危險，債務人即可不負責任（第三二八條）。

倘若二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期者，各得以其債務與他方之債務互相抵銷；但這當然應以債務性質可能抵銷的爲限（第三三四條）。但如係已被禁止扣押的債，或因故意侵權行爲而負擔的債，債務人都不得主張抵銷（第三三九條）。

債權人當然可以自由「免除」債務人的債務（第三四三條），如遇債權與他那對立的債務同歸於一人時，這叫債的「混同」，債的關係，通常亦即歸於消滅（第三四四條）。以上所述爲債的發生和消滅。

債有種種的不同。依債編第二章所列，計有買賣、互易、交互計算、贈與、租賃、借貸、僱傭、承攬、出版、委任、經理人及代辦商、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、無記名證券、終身定期金、和解、及保證二十四種。其中尤以買賣、贈與、租賃、借貸、僱傭、運送營業、及合夥各項，最爲日常社會關係所習見。因不屬於本書的範圍，概不詳述。

(三) 物權編 民法第三編物權，緊接債編之後，於民國十八年十一月三十日公布，與債編同時施行。自第七百五十七條起，至第九百六十六條止，共分十章。

第一章爲通則，凡八條，規定不動產物權的得喪變更，非經登記不生效力（第七五八條），其移轉或設定，應以書面爲之（第七六〇條）。動產物權的讓與，非將動產交付，不生效力（第七六一條）。在通常情形下，物權因拋棄而歸於消滅（第七六四條）。

第二章爲所有權。所有權爲私權中之最主要而最強大的。過去各國立法，多認所有權有絕對性。但自近代社會思想發達後，這絕對性已不存在。我國民法第七六五條規定：「所有人於法令限制之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉。」很合於現代立法的潮流。並爲確定社會上的法律關係起見，動產經「以所有之意思，五年間和平公然占有」的，即取得其所有權（第七六八條），未登記之不動產，則須占有二十年後，方得請求登記爲所有人（第七六九條）。數人共有一物的，叫做「共有」（第八一七條）。「各共有人得自由處分其應有部分」，不過應得共有入全體的同意（第八一九條）。

在他人土地上有建築物或其他工作物，或竹木爲目的而使用其土地的權利，叫做「地上權」。

(第八三二條)通常，地上權人得將其權利讓與他人(第八三八條)，這地上權並不因工作物或竹木的滅失而消滅(第八四一條)，這規定在第三章中。

第四章爲永佃權。支付佃租，永久在他人土地上爲耕作或牧畜的權利，叫做「永佃權」(第八四二條)。永佃權人亦得將他的權利讓與他人(第八四三條)，但「不得將土地出租於他人」(第八四四條)。

第五章爲「地役權」。以他人土地供自己土地便宜之用的權利，叫做「地役權」(第八五一條)。受便利的地稱爲「需役地」，供便利的地，稱爲「供役地」，享有「地役權」的，稱爲「地役權人」。地役權的行使，應擇於供役地損害最少的處所及方法爲之(第八五四條)。一到了沒有存續的必要時，法院因供役地所有人的聲請，得宣告「地役權」的消滅(第八五九條)。

第六章爲「抵押權」。債務人或第三人不移轉占有而提供擔保的不動產，債權人得「那不動產所賣得的價金而受清償的權利」，叫做「抵押權」(第八六〇條)。前述「地上權」「永佃權」及後文所述的「典權」都可作爲抵押權的標的物(第八八二條)。「抵押權」因抵押物的滅失而歸於消滅，但若因滅失而得有賠償金時，那賠償金仍應歸於抵押權人(第八八一條)。

第七章爲「質權」。「質權」分「動產質權」與「權利質權」兩種。凡因擔保債權，占有由債務人或第三人所移交的動產，債權人得就那動產賣得的價金而受清償的權利，叫做「動產質權」（第八八四條）。以可讓與的債權及其他權利，爲質權之標的物，叫做「權利質權」（第九〇〇條）。所謂「權利」，例如「無記名證券」，「有價證券」等，都可爲質權的標的物。

「典權」爲我國特有的習慣，且通行甚徧，但向來沒有法律可據，故亦極易引起糾紛。現行民法，特參酌習慣，於本編增訂「典權」一章（第八章），實很合於國情的需要。

什麼叫做「典權」呢？依民法第九一一條所下定義：「稱典權者，謂支付典價，占有他人之不動產而爲使用及收益之權。」以不動產典與他人的，稱「出典人」，受典的稱「典權人」。可見「典」不就是普通所說的「當」。中國一般習慣，都說「當字千年在，賣字不同頭」。這「千年在」，就是說出典人永遠有權得以原典價回贖典物的意思，事實上極易引起糾紛。民法爲矯正這種習慣，特規定「典權約定期限，不得逾三十年，逾三十年者，縮短爲三十年」（第九一二條）。如典權的期限，約定在十五年以下的，爲保護出典人起見，又規定不得在契約中，附有到期不贖，即作絕賣之條款」（第九一三條）。典權人雖得將典權讓與他人（第九一七條），但若對於典物因轉典或出租而受有損害，則

典權人應負損害賠償的責任（第九一六條）。

又習慣，出典人自願將典物的所有權讓與於典權人時，往往迭次請求「找貼」，致生糾紛。故民法第九百二十六條第二項，特以明文規定「前項找貼，以二次為限」，以杜爭端。

第九章為「留置權」。債權人非因侵權行為而占有屬於其債務人的動產，且其債權的發生，與該動產物有牽連的關係而又已屆清償期的，於未受清償前，得「留置」該動產，不返還於債務人。這叫「留置權」（第九二八條）。例如修錶匠於他應得的到期的修理費未受清償前，得留置該錶。是債權人並得收取留置物所生的孳息以抵償他的債權（第九三五條），但「應以善良管理人之注意，保管留置物」（第九三三條）。留置權因留置物的占有喪失，即歸消滅（第九三八條）。

對於某物有事實上管領的力量，叫做「占有」。占有是權利，還是一種事實。這在理論上向為爭議的問題。但我國民法則以「占有」為事實。故第十章的標題，只稱「占有」而不稱「占有權」。占有有「善意占有」與「惡意占有」之分。「善意占有」人依推定其為適法所有之權利，得為占有物之使用及收益（第九五二條）。惡意占有，人則如因其過失致使占有物滅失或毀損的，應負損害賠償的責任（第九五六條）。

占有因占有人失掉對於物的事實上管領力時而消滅（第九六四條）。

（四）親屬編 現行民法所定「親屬」係包含「血親」與「姻親」而言。與己身有血統關係的，叫做「直系血親」，雖沒有直系血統的關係，但與己身出於同源的，叫做「旁系血親」（第九六七條）。此外，凡血親的配偶，配偶的血親，以及配偶的血親之配偶，統叫「姻親」（第九六九條）。「姻親」係由婚姻關係而發生，故亦「因離婚而消滅」。夫死，妻再婚，或妻死，贅夫再婚，姻親關係亦即不復存在（第九七一條）。

親屬關係最密切，最主要的，爲「婚姻」、「父母子女」、「監護」、「扶養」、「家」及「親屬會議」等，民法各設專章，加以規定。

男滿十七歲，女滿十五歲後，方得訂定婚約（第九七三條）。「婚約」應由男女當事人自行訂定（第九七二條），且「不得請求強迫履行」（第九七五條）。這叫「婚姻自由」。

結婚年齡，必須男滿十八歲，女滿十六歲以上（第九八〇條）。結婚時，並應有公開的儀式及二人以上的證人（第九八二條）。直系血親，直系姻親，八親等以內的旁系血親和五親等以內的旁系姻親之不同輩分的，以及八親等以內的旁系血親之同輩分的（除表兄弟姊妹外），一律不得結婚。

(第九八三條)結婚後，除當事人另有約定外，妻應冠以夫姓(第一〇〇〇條)夫妻以「同居」為原則(第一〇〇一條)「於日常家務互為代理人」(第一〇〇三條)。

關於夫妻間財產的問題，我國民法定有「法定財產制」和「約定財產制」兩種，後者又分「共同財產制」、「統一財產制」及「分別財產制」三種。夫妻對於財產關係沒有約定時，通常「以法定財產制為其夫妻財產制」(第一〇〇五條)。至於在上述三種約定財產制中，選擇何種，無論婚前婚後，完全聽由夫妻自由(第一〇〇四條)。

◎結婚後，夫妻兩願離婚時，經以書面議定，並應有二人以上證人之簽名，得自行離婚(第一〇四九、一〇五〇條)。夫妻之一方，以他方有「重婚」、「與人通姦」、「不堪同居之虐待」、「廢棄遺棄」、「意圖殺害」、「不治之惡疾」、「重大不治之精神病」、「或他方」生死不明已逾三年」或「被處三年以上之徒刑，或因犯不名譽之罪」被處徒刑」的，都得向法院請求離婚，或妻對於夫的直系尊親屬為虐待，或受夫之直系尊親屬的虐待，「致不堪為共同生活者」，亦構成離婚的理由(第一〇五二條)。

第三章為「父子女」。父子女的關係，多由於血統而生，但亦有基於法律而生的，由於血

統而生的子女，又有「婚生子女」與「非婚生子女」之別。凡「由婚姻關係受胎而生之子女」（第一〇六一條），「妻之受胎，係在婚姻關係存續中者」（第一〇六三條），雖「非婚生子女，其生父與生母結婚者」（第一〇六四條），雖「非婚生子女，經生父認領（或經生父撫育）者」（第一〇六五條），都爲「婚生子女」，否則都爲「非婚生子女」。——但「非婚生子女與其生母之關係，視爲婚生子女，毋須認領」（第一〇六五條第二項）。

「收養他人之子女爲子女時，其收養者爲養父或養母；被收養者爲養子或養女」（第一〇七二條）。這是基於法律而生的父母子女的關係。除法律另有規定外，養子女與養父母的關係，與婚生子女同（第一〇七七條）。「收養者」的年齡，應比「被收養者」大二十歲以上（第一〇七三條），那收養方爲合法。

父母對於子女不得「濫用」其權利（親權）。否則其最近尊親屬或親屬會議得加以糾正，糾正無效時，並得請求法院停止父母的權利（第一〇九〇條）。

「未成年人」及「禁治產人」，應置「監護人」，加以監督並保護。故第四章設有「監護」的規定。至於「未成年人」及「禁治產人」本身，不得爲他人的「監護人」，自屬當然之理（第一〇九六條）。

對於不能依自己的財產或勞務爲生活的親屬間應「互負扶養之義務」。但若因負擔扶養義務以致自己不能維持生活的，法律上即「免除其義務」(第一一一八條)。何人應互相扶養，扶養的程度及方法可否變更，詳見親屬編第五章所定，不加細述。

以永久共同生活之目的而同居的親屬團體叫做「家」。家爲中國社會組織制度的基層，關係民族生活最爲重大。親屬編第六章特設「家」制，由「家族」而成「宗族」，又爲中國數千年來的「宗法」故並專設「親屬會議」一章(第七章)，以保持我民族文化之「固有精神」。

(五)繼承編 本編係於民國十九年十二月二十六日公布，次年五月五日施行，自第一千一百三十八條起，至一千二百二十五條(民法未條)止，分「遺產繼承人」、「遺產之繼承」及「遺囑」三章。

中國國民黨自始即極力提倡「男女平等」。在繼承方面，並曾於第二次全國代表大會關於婦女運動決議案，通過女子對於她的直系血親尊親屬的遺產有繼承權，由前司法行政委員會於民國十五年十月通令各省。因之，本編在施行上所引起的問題，較之民法其他各編爲特多。至於繼承關係的詳細情形，非本書所能概述，祇得從略。

第二款 民事特別法

在前面第一款(子)民法的意義中已經說過，中國立法採民商合一主義，故已沒有「商法」的名稱，但在社會生活的私權關係內，總有若干事項，其性質究與一般民事不同，所以於民法外，不能不有各種民事特別法以資適用。其中最重要的，有公司法、票據法、海商法、及保險法等，現再分別加以極簡單的提示。

(子)公司法 我國公司法係於民國十八年十二月三十日公布，二十年七月一日施行。全法分六章，共計二百三十三條。

凡「以營利爲目的而設立之團體」，稱公司（第一條）。公司分「無限」、「兩合」、「股份有限」及「股份兩合」四種（第二條）。凡公司都爲「法人」，非在主管區署登記後，不得成立（第三、五兩條）。各種各司，因組織的性質既各絕不相同，故關於公司的設立、內部關係、對外關係、及解散、清算等事項，亦自然各有不同的規定。總之，一方面要促進「企業」的發達，一方面又要保護社會的安全，是公司法主要的目的。

(五) 票據法 票據法係民國十八年十月三十日公布，即日施行，分「總則」、「匯票」、「本票」、「支票」及「附則」五章，計一百三十九條。可見所謂「票據」即指「匯票」、「本票」及「支票」而言。這在社會經濟流通上極為重要。

(頁) 海商法 海商法分「通則」、「船舶」、「海員」、「運送契約」、「船舶碰撞」、「救助及撈救」，共同海損及「海上保險」八章，共計一百七十四條，係於民國十八年十二月三十日公布，二十年一月一日施行。在歐洲，因海上商業發達很早，故自古即有羅度海法 (Lex Rhodia) 及康蘇拉度法 (Consulato delmare) 等，至公元一六八二年法國制定海事條例，分海事法院、海員及船舶、海上契約、港灣警察及海上漁獵五編，為現代海商法的嚆矢。

我國歷代都主閉關自守，「海禁」極嚴，既沒有公開的海上商業，故亦毋須於制定海事法規。直至清朝光緒末年，始有海船法草案的制定，後於民國十五年公布，改名為海商法案。國民政府廢止商法，故以單行法形式另制海商法。這就是現行的海商法。

(卯) 保險法 保險法係與海商法同時公布，分「總則」、「損害保險」及「人身保險」三章，共計八十二條。由於憂慮災患的多數人，聯合而分擔其間所生的損害，叫做「保險」(Insurance)。除

法律另有規定外，不論其保險的種類與性質如何，均「準用」本法的規定（第一條）。

第二款 國際私法

近代交通發達，真如「萬國一家」。各國人士，交往如梭。外國人又都享有私權，應受所在國的保護。各國又各有完整自主的法權，而各國間的法制，當然不能一致。因之，遇有涉及外國人的法律關係，本國法院，到底有沒有管轄權？假曰有權管轄，又到底應該適用那一國的法律？爲要解決這些問題，所以不能不有國際私法。由此可知國際私法，是對於私權關係中，涉及兩個以上不同國籍的當事人時，應先決定由那一國法院管轄，受那一國法律適用的私法。例如有美國人某甲，世居法國的巴黎，遊歷中國，在南京與日本人某乙結婚而發生法律問題。這樣，本案的當事人，一爲日本人某乙，一爲美國人某甲，而某甲的住所在巴黎。那末，到底何國何地的法院，對於本案有管轄權呢？如由中國江寧法院管轄，到底應依那一國的法律審判這問題呢？如由江寧法院依適當法律加以判決後，那判決的效力能否及於中國領土以外？如說能在中國以外發生效力，條件如何？效力的範圍又如何？這都是國際私法的問題。

國際私法，包括一切國內法律，國籍法雖爲公法，但爲國際私法的先決問題。故國際私法學者，對於國籍法，尤須加以充分的討論。

國際私法的任務，既在解決內外國不同或衝突的法律間，決定何者應予適用，故學者亦有稱國際私法爲法律之適用法的。更有稱國際私法爲「法律低能」的。因爲如果各國法制歸於「大同」，則國際私法就根本不能成立了。

依此，國際私法雖冠有「國際」兩字，但並非指兩國間的關係而言——那是第一款內所述國際公法的關係，乃係指異國間私人的法律關係而言。

第四節 社會立法的系統

社會立法，是一種新的法律系統。因爲自羅馬法以來，世人幾認爲「天經地義」的權利本位的個人所有權的觀念，現已慢慢的變爲義務本位的社會功用的觀念。從前在自由主義的法制下，勞動力被認爲一種商品，現則以勞動力爲人格的內涵，不僅已成爲個人的法益，而且已取得社會法益的重要地位。又如向來僅認爲「消費者」與「生產者」間，或出租人與承租人間，私人關係，現則

顯已具有社會關係的特質。

總之，從前一切個人本位財產本位的立法，現已變而注重於社會本位人格本位的立法，因之二十世紀一切社會問題的解決，就不能不有許多新的社會法規。這是近來法學上一個大轉變，亦即人類文化一種大進步！

在我國，自中國國民黨政綱對內政策定有「清查戶口，整理耕地，調正糧食之產銷，以謀民食之均足」(九)、「改良農村組織，增進農人生活」(十)、「制定勞工法，改良勞動者之生活狀況，保障勞工團體並扶助其發展」(十一)、「由國家規定土地法，土地使用法，土地徵收法及地價稅法，私人所有土地，由地主估價，呈報政府，國家就價徵稅後，並於必要時得依報價收買之」(十四)及「企業之有獨占的性質者，及為私人之力所不能辦者，如鐵道航路等，當由國家經營管理之」(十五)所有現代社會立法的最高指導原則，都已羅舉詳明。總理在民生主義中，關於土地問題及「生產」「消費」等經濟問題，應使如何「社會化」，又有極透徹的指示和發揮。是以國民政府自莫都南京後，除因對外要進行「收回法權」運動，儘先完成民法刑法等各法典的編訂外，對於社會立法，亦同時積極努力，以實行總理遺教而適合世界進化的潮流。

其中已公布的，如工會法、工廠法、合作社法、及土地法等，都為社會立法的重要法規。

第一款 工會法

「凡同一產業或同一職業之男女工人，以增進知識，技能，發達生產，維持改善勞動條件及生活為目的，集合十六歲以上現在從事業務之產業工人人數在一百人以上，或職業工人人數在五十人以上」所組織而成的團體，叫做「工會」（第一條）。適用於這種團體的法律，叫做「工會法」。我國工會法自民國十八年十月二十一日公布後，迭經修正。全法分工會的「設立」、「任務」、「監督」、「保護」、「解散」、「聯合」及「罰則」、「附則」各節。另有施行法二十五條（其中已刪去第五條一條），對於工會法的施行極關重要。

「產業工會、職業工會之種類，另以命令定之」（同上第二項）。什麼叫做「產業」和「職業」？依施行法第二條所定：「集合同一企業內各部分不同職業之工人所組織者，為產業工會。集合同一職業之工人所組織者，為職業工會」。

至於「國家行政、交通、國營產業、教育事業、公用事業各機關之工人，得援用本法組織工會。但

其職員、僱用員役、及軍事、軍事工業各機關之職員、僱用員役、及工人，不在此限」(第三條)官吏、技師、教員、管理員、及其他委任以上或聘用之人員為職員、錄事、勤務及所屬工廠之司書、書記、暨無關工業工作之人員、為僱用員役(施行法第四條)都不得組織工會。

第一款 工廠法 工廠檢查法

工廠法分總則、童工女工、工作時間、休息及休假、工資、工作契約之修正、工人福利、工廠安全及衛生設備、工人津貼及撫卹、工廠會議、學徒及罰則、附則十三章，共七十七條，係於民國二十一年十二月三十日公布。凡用發動機器之工廠，平時僱用工人在三十人以上的一律適用工廠法(第一條)。

工廠檢查法計二十條，於民國二十年二月十日公布後，曾於二十四年加以修正。凡工廠法第一條所規定的工廠，一律適用，以期工廠法的切實施行而謀工人的福利。

第三款 團體協約法 勞資爭議處理法

凡「僱主或有法人資格之僱主團體與有法人資格之工人團體，以規定勞動關係爲目的所締結之書面契約，稱爲「團體協約」。學徒關係，一個企業內部的勞動組織，關於職業介紹機關的利用及關於勞資糾紛調解機關或仲裁機關的設立或利用，亦屬於「勞動關係」範圍之內（團體協約法第一條）。這是爲要，保障勞工團體並扶助其發展」的。

勞資雙方的爭議，爲現代重要的社會問題。故又有勞資爭議處理法，由國家主管官署派代表一人或三人，會同勞資雙方所派代表各二人（該法第九條）組織調解機關，秉公處理。該法最初公布日期，爲民國十七年六月九日，嗣於二十一年迭經修正。全法分總則、勞資爭議處理之機關、勞資爭議處理之程序、爭議當事人行爲之限制及罰則、附則六章，共計四十四條。依第四十四條第二項規定：「本法修正公布前發生之爭議尚未解決者，得依法處理之。」

第四款 合作社法

凡「依平等原則，在互助組織之基礎上，以共同經營方法，謀社員經濟之利益與生活之改善，而其社員人數及股金總額均可變動之團體，叫做「合作社」（Societa Cooperative）。這是合作

社法第一條所示合作社的定義。

合作社法係於民國二十三年三月一日公布，次年九月一日施行。本法原分九章七十六條，二十八年由立法院略加修正，於同年十一月十七日公布，仍分九章，共計七十七條。這是我國現行的合作社法。

本法係由中央政治會議第三二五次會議議決「原則」十點，於二十一年九月三十日送達立法院制定。現將合作社法中重要各點，略述於後：

(子) 合作社的分類 總理在地方自治開始實行法裏會說：「此後之要事，為地方自治團體所應辦者，則農業合作、工業合作、交易合作、銀行合作、保險合作等事。」現行合作社法第三條所定合作社的業務，大體上就是遵照這種方法而加以分類的。但通常關於農工業的合作，稱為生產合作；交易合作，稱為消費合作；銀行合作稱為信用合作。此外又有運銷合作、利用合作等等。

合作社的「責任」，分為「有限」、「保證」、「無限」三種（第四條），都可與「業務」互相配合。

(丑) 合作社的設立 「合作社非有七人以上，不得設立」（第八條）。設立時，亦應向所在地主管機關登記（第九條）。主管機關對於合作社設立的呈請，「應於十五日內為准否之批示」（第

十條。

(寅)合作社的特質，合作社爲「人」的結合而不是「資本」的結合。故無論社員所認股爲多少，在社內一切權利完全平等。例如合作社法第四十九條規定：「社員大會開會時，每一社員僅有一表決權。」又合作社的宗旨，既係「謀社員經濟之利益與生活之改善」，而絕不以營利爲目的。故合作社如有盈餘，除提出公積金、公益金等以外，「其餘額之分配，以社員交易額之多寡爲標準」(第二十四條)，而不是以社員的社股金額爲標準。這都是合作制度的特點，與資本主義經濟體制下的「公司」組織根本不同。

第五款 土地法

土地爲國家成立的條件，爲經濟產業的要素。

中國國民黨對於農民運動第二次宣言，很正確的說：「土地本由天賦而以養人，『天下爲公』，不應專屬。」第一次全國代表大會宣言又說：「釀成經濟組織之不均者，莫大於土地之爲少數人所操縱。」故主張對於「農民之缺乏田地，淪爲佃戶者，國家當給以土地，資其耕作」。總理說：

「將來民生主義真是達到目的，農民問題真是完全解決，是要耕者有其田。

這「耕者有其田」五字，就是國民政府整個土地政策最高的原則，亦即是我國全部土地法中心的精神。

土地法係於民國十九年六月三十日公布，二十五年三月一日施行。全法分總則、土地登記、土地使用、土地稅及土地徵收五編，共計三百九十七條。這是社會立法中一部最重要的法典。

凡「水陸及天然富源」都爲土地法中所稱的「土地」(第一條)。「中華民國領域內之土地」屬於中華民國國民全體「所有」(其經人民依法取得所有權者爲私土地)(第七條)。是土地以全民公有爲原則；以私人依法取得所有權爲例外。但建國大綱第十款規定：「礦產水力之利，皆爲地方政府之所有」，故土地法第七條但書，又定明「但附着於土地之礦，不因取得土地所有權而受影響」至於「水道」、「湖澤」、「道路」、「礦泉地」、「瀑布池」、「天然水源地」、「名勝古蹟」及其他法令所禁止的私有土地，一律不得爲私有(第八條)。政府並得就「地方需要」土地種類「及」土地性質「各種情形」，分別限制個人或團體所有土地面積之最高額(第十四條)。

凡「所有權」、「地上權」、「永佃權」、「地役權」、「典權」、「抵押權」的取得、設定、移轉、變更或消滅。

不問其爲公有土地及私有土地，都應一律登記（第三十二條）。「登記時，由地政機關分別換給」書狀，那叫「土地權利書狀」（第一三九、一四〇條）。

無論何人，對於土地，應「施以勞力資本」而使用之。這叫「土地使用」（第三編）。土地使用的規定，以「地盡其利」，不使荒置爲目的。凡對於「市地」使用的限制，市內房屋的救濟，農地及「土地重畫程序」等，都有詳細的規定。

第四編爲「土地稅」。總理在民生主義中，力主應將土地的漲價歸公。故徵收土地稅，在國民社會經濟上，意義非常重大。

凡國家爲實施國家經濟政策，闢墾耕地，國防軍備，交通，公共衛生，改良市鄉，公用，公安，國營，建造政府官署及其他公共建築，教育，慈善及其他以公共利益爲目的的一切公共事業而需用土地時，得徵收私有土地（第三三五、三五六條）。故第五編爲「土地徵收」。徵收土地，事關民生，「應由需用土地人擬具詳細計畫，並附具徵收土地圖說」，分別聲請國民政府行政院，省政府核准辦理（第三三八、三三九條第三五四條）而與以「補償金」（第五編第四章）。

以上所述，不過爲土地法最簡單、最主要的輪廓——其實，本章所述一切現行法律都是如此。

「掛一漏萬，語焉不詳」，讀者欲詳細明悉各法律的內容，決非在法學通論中所能得到滿足，請各就該法律加以研究。

第九章 法律的效力

法律的效力，因「人」、「地」、「時」而不同。但民法有民法的特別效力，刑法有刑法的特別效力，亦未可以一概論。本書所述，係指法律的一般效力而言。

第一節 關於人的效力

法律關於人的效力，有屬人主義與屬地主義之分。法律伴隨於人而生其效力的，叫做屬人主義。例如甲國人在乙國，仍應服從甲國的法律。乙國人在甲國，亦仍應服從乙國的法律。是法律的效力，以那人的國籍為準。古代羅馬的市民法（*Jus civile*），是屬人主義最顯明的例證。

反之，一國法律，在其國之領土內，有絕對的效力的，叫做屬地主義。例如無論乙丙丁國人，在甲國內，都應一律服從甲國的法律。這種主義的發生，乃為封建制度的產品。人類生活進化到了封建

制度的階段，人民與土地關係日深，故法律與土地遂相聯屬。

大體上，可說法律都以屬地主義為原則，但實際上對於若干情事，不能不以人的關係而有所變更，以折衷於屬人主義。

一國法律應為國內人民所共守，這就是法律關於人的效力的原則。但亦有若干例外：

(一) 憲法上的義務，如兵役義務、納稅義務等，本國人雖在外國，仍應服從本國的法律。但海外僑胞，亦並不能因此而豁免一切僑居國捐稅的負擔。

(二) 民法中關於身分、能力、親屬繼承等事，本國人雖在外國，亦仍從本國的法律。例如成年年齡、禁治產、及婚姻成立要件等是。

(三) 依刑法第三條內所定：「……在中華民國領域外之中華民國船艦或航空機內犯罪者，以在中華民國領域內犯罪論。」又刑法第五條規定，中國人凡在中華民國領域外犯罪，外患罪、偽造貨幣罪、偽造有價證券罪、偽造文書印文罪、妨害自由罪及海盜罪，亦都適用本國刑法之規定。至中國公務員在外國犯瀆職罪、脫逃罪、偽造文書罪及侵占罪，亦同（第六條）。本國人在外國犯上述各罪，而其最輕本刑為三年以上有期徒刑的，除非犯罪地的法律定為「不罰」，亦仍適用

本國的刑法（第七條）又「同一行為，雖經外國確定裁判，仍得依本法處斷。但在外國已受刑之全部或一部執行者，得免其刑之全部或一部之執行」（第九條）。

（四）國際法上的通例，一國元首、外交使節及其眷屬、隨員等，雖身在外國，亦仍從本國法律。以上是就法律效力伸長於領域以外的本國人民而言。

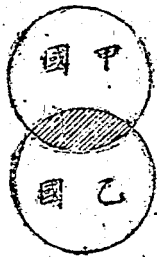
（五）各國國會議員，在會期中，除現行犯外，非經國會許可，不得加以逮捕或監禁；司法官在職務任內，不受法律的制裁；現役軍人，關於若干事項，不受普通法律的支配。此外，如我國民法所定，未滿七歲的未成年人，心神喪失或精神耗弱的禁治產人，亦不負法律上的責任。這都是法律在國內關於人的效力的例外。

第二節 關於地的效力

法律關於地的效力，與上節所述關於人的效力，有密切的關係。讀者應彼此相互參照，自易明瞭。

一國法律，對於其領土、領海、及領空，都以普遍施行為原則。這叫法律關於地的效力。這原則與

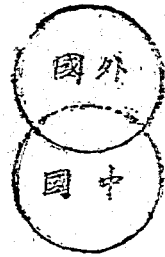
關於人的效力的原則，表面上似覺矛盾。但關於人時，以屬人主義為原則；關於地時，則以領地主義為原則。其間各有若干例外，雙方調合，以求國際上的協和。例如上節所述（一）、（二）、（三）、（四）各項，中國人雖在中國領域以外，仍受中國法律的支配。反之，從另一方面說，外國人在中國，關於這等事項，大體亦都應受各該本國法律的支配而不受中國法律的管轄。其中如船艦一物，學者向有一「浮動領土」之稱。至航空機，則「浮動性」更為強大。故在本國船艦及航空機內的本國人民，不問其船艦及航空機現在何處，國旗所到，國法的效力即隨之而生。不以領海領空的界線為限。這內外國的關係，是交互的而非片面的。圖而明之如下：



圖中國際相互交錯的地方，就是象徵各關係國法律關於地的效力的例外。

但在中國，關於地的效力，因不平等條約的關係，尚有一種特殊的限制，即「領事裁判權」是。享有領事裁判權的外國僑民，住居於中國領域之內，不受中國法律的管轄，而仍歸各該國領事依照各該國法律加以裁判，叫做領事裁判權。然而中國在外國的領事，對於中國僑民，則絕對沒有這種權力。可見這是片面的，不平等的，而為中國民族

一種恥辱這種時形的關係，亦可用圖表明如下：



圖中虛線，原為中國領土的範圍，但虛線以內，却為中國法律效力所不及，而為外國所侵奪。這就是外國侵略中國的法權。

此外，本國法律在本國內，間亦有適用於甲地而不適用於乙地的。這與上節所述關於人的效力第五項的情形相同，都是所謂特別法的結果。

（參照第七章第五節）。

第二節 關於時的效力

法律雖經公布，但若未定明施行日期，仍不發生效力。所謂施行日期，就是從那一天起發生效力的意思。關於此點，多數法律，都於末條定明「本法自公布日施行」。這是以公布之日，即為施行之日。亦有於法律中自行定明「本法各編之施行日期及區域，分別以命令定之」的，例如土地法是這一國之內，一法之中，施行日期與施行區域及施行部分，可以參差不一，而都與公布日期不同為一日的（參照第七章第二節第二款）。

法律的有敎期間，大都不自行定明，而施行至另有新法加以修正（部分的）或廢止（全部的）時為止。但憲法則往往在本法中自行定明修正的程序（參照第八章第二節第一款（五）（二））。此外在普通法律中，亦有些「暫行」性質的法律（以特別法爲多），在本法中自行定明有效期間的。例如懲治盜匪暫行條例第十一條規定：「本條例」行之期間，暫定爲六個月。」但立法機關並不受此種規定的拘束，仍可提前廢止或加以展期。

但總之，無論什麼法律，他的效力，都以不能溯及於該法律施行以前所已發生的事項爲原則。這叫法律不溯及既往。這原則，在美國並於憲法中加以明文的規定。這是爲要保障人民的「既得權」，以免社會上一切權利義務的複雜關係，因新法而引起無盡的糾紛。無論事實上及理論上都極爲重要。但近來關於推行社會政策的立法（社會立法），則亦往往有溯及既往的。例如團體協約法第三〇條規定：「團體協約在本法施行前訂立者，自本法施行之日起，適用本法。」這顯然是「種例外」。

「新法優於舊法」，是法學上又一原則。但若舊法所定，比新法所定對於當事人較爲有利時，不在此限。例如刑法第二條規定：「行爲後法律有變更者，適用裁判時之法律。但裁判前之法律有

利於行爲人者，適用最有利於行爲人之法律。」

又一「特別法優於普通法」。例如刑法爲普通法，陸海空軍刑法及懲治綁匪條例都爲特別法，關於軍人犯罪或綁案，特別法的效力，優於普通的刑法而先予適用。如特別法中沒有規定的情形，方能適用刑法。因此普通法雖已廢止，特別法仍可照舊存在施行，不受新公布施行的普通法的影響。但若新普通法定有明文廢止特別法的，則特別法亦即歸於失效。這亦是立法上所常有的事。

第十章 法律的解釋

法律原爲規律社會的事實，但有時事實問題雖已明確，而法律本身（文字及其意義），在適用上反或發生某種的疑義，爲要確悉法律的真意何在，而乃有法律解釋的問題。

法律在適用上既難免發生解釋的問題，故法律的解釋，實際上頗關重要，不能不有相當的標準以資準繩。一般將法律的解釋方法，分法定解釋與學理解釋兩種。現再分別簡述於左：

第一節 法定解釋

法定解釋 (interpretation legale) 亦稱有權解釋 (interpretation authentique) 就是指由國家自身對於法律所爲的解釋而言。此種解釋效力甚強。又可分爲立法解釋、司法解釋與行政解釋三種。

第一款 立法解釋

由立法機關所爲的法律解釋，稱爲立法解釋 (interpretation legislative)。

立法解釋的解釋方式，有在法律中示明法文之意義的。例如民法第六十六條「稱不動產者，謂土地及其定着物。」就是一種解釋的規定。在現行法典中，這種情形，很是不少。可見立法的解釋，其效力實等於法律，有絕對的拘束力。

有在施行法中加以解釋的。例如民法第三〇條，僅規定「法人非向主管官署登記，不得成立。」所謂「主管官署」，到底是什麼官署呢？民法總則施行法第十條的解釋：「依民法總則規定法人之登記，其主管官署爲該法人事務所在地之法院。」因施行法往往爲本法的補充，所以這種解釋方式，亦極爲常見。

又有人民、社會法團、或政府機關，對於法律文義上的疑義，請求立法機關予以解釋的立法權，關自應告知以立法當時的原意。這種事例，比較不很多。

第一款 司法解釋

法院對於法律所下的解釋，叫做司法解釋 (Interpretation judiciaire)。例如下級法院所為的判決，被上級法院撤銷時，上級法院的解釋，在一定限度內，亦應為有權的解釋。又人民對法律文義有疑義時，向法院詢問，法院予以解答，此種解答，法院本身，自應受其拘束。我國現行制度，關於司法解釋，由司法院內部以會議方式為之。故對外以司法院為統一解釋法令的最高機關。(司法院組織法第三條規定：「司法院院長經最高法院院長及所屬各庭庭長會議議決後，行使統一解釋法令及變更判決之權。」前項會議，以司法院院長為主席。)

第二款 行政解釋

上級行政機關，關於法律的執行，對於下級機關所為的訓令或指令，稱為行政解釋 (inter-

pretation administrative)。此種解釋在同一系統的行政機關間，亦有一定的拘束力。

第二節 學理解釋

就法律的文字，根據學理以爲解釋，叫做學理解釋（in interpretation doctrine）。通常又分爲文理解釋與論理解釋兩種如後。

節一款 文理解釋

立法者的意思，以文字表現於法律條文之中，法律文字，向主簡潔且一字數義，往往而有。加以無論立法當時如何斟酌，但既經公布施行之後，社會情勢，不斷變遷，人民意識，隨而改遷，故在適用上，終難免解釋的紛歧。就法文字句，依文法所爲的解釋，叫做文理解釋（interpretation grammaticale）。

立法者有見於此，除必要時，在各條文間，隨時作解釋的規定外，（即上節第一款所述立法解釋是。）對於重要法典，並特設專章，名曰法例（民刑兩法第一編第一章），將本法所習用的術語，

自行確定其意義和範圍，以免適用時有所出入。例如刑法第十條，就是法例中極重要的規定（照錄原文）：

刑法第一〇條 「稱以上，以下，以內者，俱連本數或本刑計算。——稱公務員者，謂依法令從事於公務之人員。——稱公文書者，謂公務員職務上制作之文書。——稱重傷者，謂左列傷害：

- 一 毀敗一目或二目之視能；
- 二 毀敗一耳或二耳之聽能；
- 三 毀敗語能、味能、或嗅能；
- 四 毀敗一肢以上之機能；
- 五 毀敗生殖之機能；

六 其他於身體或健康有重大不治或難治之傷害。」

法律本身如有法例的，不可不先查閱法例。這是爲文理解釋時所應注意的。此外，關於文理解釋，還有應加注意的，即：

（子）解釋法律字句應依照通常的意義。法律爲全國人民共同信守的規範。故現代立法家

在法律中所用的字句，都力求平易通俗，依照一般的通義。例如依民法第六十七條所定，凡「不動產以外之物」，都稱為「動產」。民法「稱不動產者，謂土地及其定着物」。那末，除土地及土地上的定着物，如房屋等以外，一切東西，都應歸入動產之列。這是通常的意義。因之不問那物為固體，為液體，抑為氣體，都可作為民法上物權的客體。又如一粒單獨的穀子，在物理學上亦不失為一個獨立的有體物，但在法學上，依通常意義，則決不能以一粒穀子設定「質權」。故適用法律，除專門名詞外，應就通常意義以為解釋。

(丑)法律條文的解釋應適應於社會生活的實際情況。法律一經公布施行，非有重大情形，不輕於修改。但現代社會的生活和一般的意識，常因時代而有所變遷。故解釋法文時，應注重於實際的情況加以適應，使法律得到靈活的應用而不致成為僵物。法國民法公布迄今，已達一百三十餘年，但仍依然有效，大都由於這種解釋的功用。例如我國民法第七十二條所定：「法律行為有背於公共秩序或善良風俗者，無效。」這所說「公共秩序或善良風俗」，並沒有一定不易的標準，而須完全以當時社會生活的實際情況為憑。例如甲乙在車站互約「爭先」登車，或甲約乙在公共場所裸體遊行等，都顯然是有背於現時公共秩序或善良風俗的行為，依法應解釋為「無效」。

第二款 論理解釋

極端的文理解釋，有時不獨不能闡明立法者的真意，反會生出了「舞文弄法」的曲解來。爲要防杜並糾正這種情形，惟有依論理（或音譯邏輯）的法則，就法律全體與先後各條文間統一的精神以爲解釋。這叫論理解釋（*interpretation logique*）。論理學是一種關於研究思維方法的學問（參照第三章第三節形式科學）。所以文理解釋，是依文字的法則以解釋法文的字句。論理解釋，是依論理的法則以研求法律的精神。這是二者不同的地方。論理解釋的方法有七，現分別略述於後：

(一)擴張解釋 (*interpretatio extensiva*)。這是就法文字句，從精神上作擴大範圍的解釋。刑法第二七一條規定：「殺人者處死刑……」。從文義說，必須犯罪人有實施殺人的作爲，方爲殺人。但有時僅由於消極的不作爲，亦可致人於死。例如乳母故意繼續若干時不嬰養嬰兒，倘使嬰兒因而致死，應從擴張解釋，斷爲殺人是。

(二)縮小解釋 (*interpretatio restrictiva*)。這是就法文字句，從意義上作縮小範圍的解釋。

例如中華民國憲法草案第二十二條規定：「人民有依法服兵役之義務。」憲法這「人民」兩字，應單解爲「男子」，而與通常所稱「人民」，係包括男女兩性的不同。

(三)當然解釋 (Interpretatio a Fortiori) 依這種解釋方法，即法令文字，雖沒有列舉的定明，但「舉一反三」，爲當然之理。例如公園中所立「禁折花木」的牌示，「竹」雖非「花木」，亦當然不准攀折。又「折」字，依文義，以拗斷爲折，但即以足加以「蹂躪」，亦當然在禁止之列。

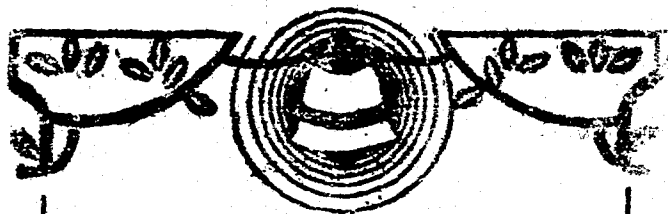
(四)反對解釋 (Interpretatio a Contrariis) 即依法文所定的結果，而推論其反面的結果。是例如民法第十二條規定：「滿二十歲爲成年。」那末，凡年齡未滿二十歲的人，必定都是「未成年」。

(五)補正解釋 (Interpretatio Ortica) 因立法者的疏忽，致文字上發生錯誤時，應統觀法律全文而設法補正之，叫做補正解釋。這種解釋，應用最少，非法律文字原有錯誤時，決不可妄加改竄。

(六)歷史解釋 (Interpretatio historica) 考查法律的成立和發展，從歷史上搜集正確的資料以爲解釋，叫做歷史解釋。這種解釋，以應用於理論上或立法所採的主義上爲多。例如中國現行

法律都以三民主義爲最高指導原則，法律條文如有缺陷或疑義時，應就三民主義的精神和他發展的過程以爲解釋。故亦稱沿革解釋。

(七)類推解釋 (Analogie) 卽法律對於某事項雖沒有明文直接規定但對於其他類似事項已有規定時，可擇取其中最爲相近的情形以爲解釋。這種解釋，在刑事法規上不宜輕於採用，但關於民事問題，大都認爲可以採用而已。



版權所有
翻印必究

中華民國二十九年七月初版
中華民國三十三年十一月一六 正中紙本

法學通論

全一冊 定價國幣二元五角

(外埠酌加運費照費)

中國國民黨中央宣傳部青年
基本知識叢書編譯委員會

主編者	編著者	發行人	印刷所	發行所
高桐孫	高桐孫	高明強	正中書局	正中書局

(1276)

重慶市圖書雜誌審查處世圖字第一二八五號審查證

58

15(44)

