

上海法學編譯社
法學叢書

法學通論

歐陽毅著

上海法學



書叢學法

論通學法

著 谿 陽 歐

冊 上

法學通論目錄

緒論.....(上册).....一

總論.....七

第一編 法學.....七

第一章 法學之觀念.....七

第一節 法學之意義.....七

第二節 法學與法術之關係.....九

第二章 法學之分類.....九

第一節 法律質學及現實法學.....一〇

法學通論 目錄

第二節 一般法學及特別法學	一一
第二章 法學研究之方法及學派	一二
第一節 依演繹研究法之學派	一二
第一款 自然法學派	一三
第二款 哲學法學派	二八
第二節 依歸納研究法之學派	二九
第一款 註釋法學派	三〇
第二款 比較法學派	三〇
第三款 歷史法學派	三三
第四款 社會法學派	三七
第四章 法系之概略	四五
第一節 印度法系	四六

第二節	回回法系	四八
第三節	猶太法系	五〇
第四節	羅馬法系	五二
第五節	日耳曼法系	五四
第六節	斯拉夫法系	五五
第七節	中華法系	五七
第五章	法學與他學科之關係	六八
第二編	法律	七三

第一章	法律之進化	七三
-----	-------	----

第一節	社會現象	七三
-----	------	----

第二節	復讎	七四
-----	----	----

法學通論 目錄

四

第三節 復仇之限制	七五
第四節 賠償	七八
第五節 差押	七九
第六節 公權力之擴張	八〇
第七節 法律之發達	八一
第一章 法律之本質	八二
第一節 通說	八三
第一款 技術規範與倫理規範	八三
第二款 法律規範與道德規範	八六
第三款 法律與道德之關係	九〇
第二節 自說	九二
第一款 技術規範爲法律	九三

第二款	道德規範爲法律	九五
第三款	禮式規範爲法律	九九
第四款	法律之定義	九九
第五款	法律命令說之差異	一〇七
第六款	法律與自然法則之區別	一〇九
第七款	法律與宗教之區別	一一一
第八款	法律與政治之區別	一一二
第二章	法律之內容	一一三
第一節	法律爲利益之保護	一一三
第二節	法律爲正義之執行	一一六
第三節	法治演進之順序	一一八
第四章	法律之類別	一二一

第一節	成文法及不文法	一一二
第二節	國際法及國內法	一二四
第三節	固有法及繼受法（附子法及母法）	一二六
第四節	普通法及特別法	一二七
第五節	強行法及任意法（附命令法及禁止法及補充法及解釋法）	一二九
第六節	實體法及手續法	一三二
第七節	原則法及例外法	一三四
第八節	公法及私法	一三五
第五章	法律之淵源	一四〇
第一節	直接淵源	一四一
第二節	間接淵源	一四四
第六章	法律之效力	一五三

第一節	關於時之效力	一五三
第二節	關於地之效力	一五八
第三節	關於人之效力	一六三
第七章	法律之改廢	一六六
第八章	法律之解釋	一六九
第一節	法律解釋之種類	一七一
第二節	法律解釋之準則	一七七
第九章	法律之適用	一八〇
第一節	司法機關適用法律之原則	一八一
第二節	行政機關適用法律之原則	一八三
第十章	法律之制裁	一八四
第一節	公法上之制裁	一八六

第一款 行政制裁	一八六
第二款 刑事制裁	一八八
第二節 私法上之制裁	一九二

第三編 國家 一〇三

第一章 國家之性質 一〇三

第一節 客觀國家說	一〇三
第二節 主觀國家說	一〇六
第三節 國家與社會	一〇九
第一款 社會之意義	二〇九
第二款 國家與社會之區別	二一〇
第三款 國家與社會之關係	二一一

第一章	國家之意義	一一三
第二章	國家之類別	一一八
第一節	君主國及民主國 <small>(國體之類別)</small>	一一九
第二節	專制國及立憲國 <small>(政體之類別)</small>	一二〇
第三節	全主權國及半主權國	一二一
第四節	單一國及複合國	一二二
第五節	普通國及永世中立國	一二四
第四章	國家之發達	一二五
第五章	國家之目的	一二七
第一節	原始目的	一二七
第二節	終局目的	一二三
第六章	國家之活動	一三六

第四編 權利及義務 二四一

第一章 權利之意義 二四一

第二章 權利之種類 二四五

第一節 公權及私權 二四六

第一款 公權之分類 二四七

第一項 行爲請求權 二五〇

第二項 自由權 二五三

第二款 私權之分類 二六一

第一項 人身權 二六一

第二項 財產權 二六四

第二節 對世權及對人權 二六五

第三節	原權及救濟權	二六六
第四節	主權利及從權利	二六七
第五節	專屬一身之權利及有移轉性之權利	二六八
第二章	權利之主體	二六八
第一節	自然人	二六九
第二節	法人	二七一
第三章	權利之客體	二七四
第一節	物之意義	二七四
第二節	物之種類	二七六
第四章	權利之取得	二八三
第六章	權利之變喪	二八六
第一節	權利之變更	二八六

第二節 權利之喪失	二八八
第七章 義務之意義	二九〇
第八章 義務之類別	二九三

各論

(下冊) 二九五

第一編 憲法	二九五
--------	-----

第一章 國家之政權	二九七
第二章 人民之權利 <small>(義務附)</small>	二九八
第三章 國家機關之組織	三〇一
第一節 英日君主立憲政治及法美民主政治	三〇二
第二節 瑞士民主政治	三〇三

第三節	蘇俄政治	三〇四
第四節	意大利法西斯蒂黨之政治	三〇七
第五節	土耳其之民主政治	三〇八
第六節	德意志之民主政治	三〇九
第七節	我國之五權憲法與全民政治	三一二
第一款	國家政治機關之組織	三一四
第二款	國家司法機關之組織	三一八

第二編 行政法

第一章	行政機關	三二四
第一節	官署及官吏	三二四
第二節	公共團體及公吏	三三三

第二章	公共建築物	三三八
第三章	行政行爲	三三九
第四章	行政救濟	三四二
第一節	訴願	三四二
第二節	行政訴訟	三四五
第五章	權限爭議	三四七
第六章	各部行政	三四八
第二編	刑法	三五五
第一章	犯罪	三五七
第一節	犯罪之意義	三五七
第二節	犯罪之主體及客體	三五九

第三節 犯罪行為之概略	三六二
第一款 犯意	三六一
第二款 預備	三六四
第三款 著手	三六五
第四款 實行	三六六
第四節 犯罪之種類	三六七
第二章 刑罰	三七八
第一節 刑罰之意義	三七九
第二節 刑罰之種類	三八〇
第一款 主刑	三八一
第二款 從刑	三八三
第三節 緩刑、假釋、及時效	三八五

第四節 刑罰之消滅.....三九〇

第三章 各論之意義及範圍.....三九二

第四編 民法.....三九五

第一章 總則編.....三九八

第一節 法例.....四〇〇

第二節 人.....四〇二

第一款 自然人.....四〇二

第二款 法人.....四〇四

第三節 物.....四〇六

第四節 法律行爲.....四〇七

第一款 意思表示.....四一〇

第二款	條件及期限	四一三
第三款	代理	四一五
第四款	無效及撤銷	四一七
第五節	期日及期間	四一八
第一款	一般之準則	四一九
第二款	期間之起算及終止	四一九
第三款	歷法計算法	四二一
第四款	年齡計算法	四二二
第六節	消滅時效	四二三
第七節	權利之行使	四二五
第一章	債編	四二六
第一節	債之概念及發生	四二七

第一款	契約	四二八
第二款	代理權之授與	四三四
第三款	無因管理	四三五
第四款	不當利得	四三六
第五款	侵權行爲	四三七
第二節	債之標的	四三八
第三節	債之效力	四三九
第四節	多數債務人及債權人	四四〇
第五節	債之移轉	四四二
第六節	債之消滅	四四四
第三章	物權編	四四七
第一節	通則	四四八

第二節	所有權	四四九
第三節	地上權	四五〇
第四節	永佃權	四五二
第五節	地役權	四五四
第六節	抵押權	四五四
第七節	質權	四五五
第八節	典權	四五七
第九節	留置權	四五八
第十節	占有	四五九
第四章	親屬編	四六〇
第一節	通則	四六一
第二節	婚姻	四六三

第三節	父母子女	四六七
第四節	監護	四六九
第五節	扶養	四七一
第六節	家	四七二
第七節	親屬會議	四七三
第五章	繼承編	四七四
第一節	遺產繼承人	四七五
第二節	遺產之繼承	四七七
第三節	遺囑	四七九
第五編	商法	四八七
第一章	商人通例	四八七

第一節	商人	四八八
第二節	商人能力	四八九
第三節	商業註冊	四九〇
第四節	商號	四九〇
第五節	商業賬簿	四九一
第六節	商業使用人及商業學徒	四九一
第七節	代理商	四九三
第二章	公司法	四九四
第一節	通則	四九四
第二節	無限公司	四九五
第三節	兩合公司	四九六
第四節	股份有限公司	四九六

法學通論 目錄

一一一

第五節 股份兩合公司	四九七
第六節 罰則	四九八
第三章 票據法	五〇一
第四章 保險法	五〇四
第一節 總則	五〇五
第二節 損害保險	五〇七
第三節 人身保險	五〇八
第五章 海商法	五〇九
第一節 船舶	五一〇
第二節 海員	五一一
第三節 運送契約	五二二
第四節 船舶碰撞	五二三

第五節	救助及撈救	五一四
第六節	共同海損	五一五
第七節	海上保險	五一六

第六編 民事訴訟法

第一章	總則	五一九
第一節	法院	五二〇
第一款	法院之管轄	五二〇
第二款	法院職員之迴避	五二一
第二節	當事人	五二一
第三節	訴訟標的之價額及訴訟費用	五二二
第四節	訴訟程序	五二四

第二章 第一審程序	五二六
第三章 上訴審程序	五二九
第四章 再審程序	五三一
第五章 特別訴訟程序	五三三
第一節 督促程序	五三三
第二節 保全程序	五三四
第三節 公示催告程序	五三五
第四節 人事訴訟程序	五三六
第七編 刑事訴訟法	五三九
第一章 總則	五三九
第二章 第一審	五四〇

第一節	公訴	五四〇
第二節	自訴	五四一
第三章	上訴	五四二
第四章	抗告	五四三
第五章	非常上訴	五四二
第六章	再審	五四四
第七章	簡易程序	五四五
第八章	執行	五四六
第九章	附帶民事訴訟	五四七

法學通論 目錄

法學通論 上冊

歐陽谿著

緒論

學問上之知識

宇宙事物。現象紛紜。吾人欲詳尋其脈絡。勢不可不有綜合、分析、彙類、組織之方法。以求其根本之原理而區別其本然之簡性。卽所謂學問上之知識是也。

科學知識與哲學知識互相爲用

學問知識。可大別爲科學知識與哲學知識之兩階段。其基於經驗而得者。則稱科學。其依於思考而得者。是爲哲學。又曰形而上學。惟經驗思考。互相爲用。究不能爲截然之區分。蓋不有思考。則經驗徒勞而無功。不有經驗。則思想空泛而無着。故必經驗加以思考。思考積於經驗。始能成爲完全之學問知識云。

法律科學

法學之研究。亦可爲上述之兩階段。卽對於固有之法律。從事一法或各法之研究。是爲法律之科學。名之曰現實法學。此現實法學中。實包含法制史及具體立法論。

法律哲學

法學通論之意義

即於現實具體存在之法律。爲存在及應如何存在之法律現象之研究也。基於此現實具體研究之結果。進而抽象以求法律之根本原理。而認識法律現象立於萬有現象中之位置。是爲法律之哲學。即所謂法理學是也。法學通論雖以研究現實法學爲主旨。然於法律之根本原理。亦不可不詳加研究。蓋即思考經驗。互相爲用。而非囿於一偏者也。茲將法學通論之意義說明如次。

法學通論云者。以研究法學之必要準備爲基礎。而授以法學各科之共通系統知識之學科也。

由右之定義而分說之。則

一、法學通論爲研究法學必要準備之學科。

人類生活。至爲繁複。法學即關於此種繁複生活之知識。而以其他之諸學科爲基礎者也。法學通論非民法、刑法、商法、憲法、等法律各部門之縮本。亦與法律史、及權利本質之法律哲學。異其範圍。其目的非在闡明關於法學各科之根本原

法學通論爲研究法學必要準備之學科

法學通論爲授
予法學各科之
共通系統知識
之學科

理。惟在授與法學研究上必要準備之普通知識。故凡關於法律、國家、權利、義務等根本問題。必須涉及。其關於法律各部門之概要。亦應加說明。以示與其他諸學科之關係。

二、法學通論爲授予法學各科之共通系統知識之學科。

法學通論之編別。學者間之主張。各有不同。有謂國家先法律而存在。宜先研究國家而後始及法律。故首國家。次法律。法律既明。乃及於權利義務。權利義務既畢。乃爲完全之法學。故次權利義務。而法學則爲最後之研究焉。然以著者之眼光視之。此種體制。殊難贊同。法學通論。既在研究法學各科之共通系統知識。則何謂法學。不可不於開宗明義第一章研究之。故本書之體系。首法學。法學之概要既明。乃進而研究法律之內容。以供實際上之應用。故次法律。法律既具。則國權日臻於鞏固。國家日趨於發達。於是乃爲國家之研究。故次國家。國家完成。則關於權利義務均有詳細之規定。適當之保障。故權利義務又次之。最後

法學爲無形之軍隊

始旁及法律各部門。俾初學者略具共通系統之法律知識。是則本書編別之微意也。至法學之要。所關甚鉅。日本松岡義正氏曾以法律與海陸軍並稱。且比之爲無形之軍隊。則法律與國家之關係可知矣。惟研究法學。須有一定之方法。不得其法。徒勞無功。茲舉其最要者言之。約有三點。

研究法學之三要點

第一、不可拘泥形式。

不可拘泥形式

法律有精神。有形式。精神爲形式之母。故法律之要。首在精神。次及形式。攷之羅馬法制史。當十八世紀之末。爲羅馬黃金時代。多數法學家。皆注重精神。故國運勃興。及其末世。治法律者。類拘泥形式。故國勢不振。其國勢之盛衰。隱隨法律爲消長。則法律之關係可知矣。徵之我國。當春秋戰國之際。李悝、商鞅、韓非、申不害之徒。闡明法理。故能稱雄一時。增輝史冊。漢唐草創。尙有聞人。逮宋以降。名法家言。幾同古董。抱經之士。恥談法術。而法律之學。遂徒存形式。國勢亦以陵夷。法律之要。更昭然矣。故治法學者。不可空談理論。

亦不可拘泥形式。必以精神爲主，以形式爲輔，斯得其正。

不可盲從舊說

第二、不可盲從舊說。

聚集古今學說。比較長短。決定從違。然後學有進步。治法學者亦然。事實隨時勢爲轉移。理論因事實而變遷。知舊派學說之不合於今日。卽可知今日學說之不適於將來。不能固執己見。亦不可專事盲從，孟子所謂『盡信書則不如無書』卽此義也。故治法學者。於各法學家之學說，務詳究其是非。其可從者取之。不可從者棄之。庶幾學有小得。業擅專長矣。

不可淺嘗輒止

第三、不可淺嘗輒止

學問之道。毫無止境。法學亦然。淺嘗者流。偶有一得。便侈然自足。迨覓諸實行。則毫髮之差。千里之謬。非第影響個人。抑且貽誤國是。趙括談兵。卽蹈此弊。不可不察也。故治法學者。既須詳究法律全體之原理。更須考研現行法令之概要。博覽旁通。循序漸進。則庶乎其不差矣。

研究法學可以
補救國是

以上三點。爲研究法學之必要方法。亦爲補救國是之根本要圖。我國積弱久矣。法權不振。羣引爲恥。講求法律。挽回利權。實爲我國民應盡之天職。尙望於松岡氏無形軍隊之喻。詳加玩味。則法學緝熙於光明。國運日臻於上理。非第個人之榮。抑亦邦家之光。是則區區所企禱而不已者。

總論

第一編 法學

第一章 法學之觀念

法學思想萌芽最早

法學之意義至羅馬始漸見說明

人類之日常生活。與法有密切之關係。故法學思想之萌芽。其歷史最早。在國家原始時代。已略具端倪。從而關於法律事項之處理。以及其他應用法理之術。亦相繼而起。至於法律學理之發達。則更較法律術之發達為最後。故關於法學之意義。至羅馬時代。始漸見說明。其在羅馬以前。則無可考究。以其尚未為法律學理上之研究故也。茲分說如次。

第一節 法學之意義

法學之意義。因時代之變遷。其主張各不相同。由斯俾尼安(Tiponus)曰。『法學者、神事人事之智識。正與不正之學科也。』此種定義。雖不免有混同法律道德及宗教之嫌。然按之當時之事實。法則之分化。尙未完全。固宜其爲如斯之主張也。至古羅丑氏(Grotius)則主張『法學爲從正義而生活之學。』其說雖較進步。然法學與法律混同。且不明法律與道德之區別。故亦難認爲允當。迨十六世紀。德儒來布尼斯(Leibniz)出。乃曰『法學爲權利之學。』是權利之觀念。由正義之觀念。分化而來。爲時尚淺。茲特折衷諸說而爲法學之定義曰。

『法學者、研究關於權利義務之系統的、一般的、及合理的之學科也。』
有系統卽有條理。乃可依一定之方法而研究之。使其結果爲有秩序之組織。一般具有普通之義。卽求其通於一般要素之謂也。合理云者。非僅依個人之想像、乃基於經驗所得之材料。而加以思考推理之法則者也。故此種定義。與法學通論之職責。完全相符。質言之。法學者卽考究關於法律原理之學問也。

法學爲考究關於法律原理之學

第二節 法學與法術之關係

法學在考究原理
法術在實地應用

法學之本義。既在攷究法律之原理。其應用此原理、以施於吾人日常生活之事業者。是爲法術。蓋事物之原理不明。則實地應用、其效不顯。故必知電氣之本質與作用。其術始可以一線之鐵。通消息於萬里。知熱學之理論及效用。其技始可駕一葉之舟。凌怒濤於絕海。蓋學問爲體。技術爲用。體用兼賅。效力始宏。法律亦然。由法學以究法律之本體。由法術以全法律之運用。法令之有起草。有編纂。訴訟之有判決、有辯護。雖皆屬於法術之範圍。然非先通法律之原理。則程序不明。措置多乖。此固勢理之必然者。惟就其發達之順序言之。則法術之起。先於法學。故法學又可謂爲由法術進步之學問也。

法術之發達先
於法學

第三章 法學之分類

總論 第一編 法學 第二章 法學之分類

法學所探討法律上之現象。既極複雜。故隨其現象之種類及範圍。而法學之分類。遂有多數之學說。茲就其研究之目的與範圍而區分之。

第一節 法律哲學及現實法學

研究目的上之分類

法律哲學之意義

法學因其研究目的之程度而區分之。有法律哲學及現實法學之二種。

義

第一、法律哲學 法律哲學一稱法理學。即旁通於各種法律現象而詳究其最高原理之學問也。此種法學。又稱爲一般窮極原理之學。具有一般性與窮極性之對象。其

一般哲學與特別哲學

研究之範圍。有涉及萬有現象之全體。而爲一般窮極原理之研究者。同時亦有對萬有現象之一部。而於其一部範圍內。爲一般窮極原理之研究者。前者稱一般哲學。後者稱特別哲學。其詳應於法理學中研究之。

現實法學之意義

第二、現實法學 現實法學。一稱成法學。即就一國一時代之法律現象而研究其理論之學問也。此種法學。非於法律甚形發達之際。不能成立。蓋法律與宗教道德相

法律哲學之發達先於現實法學

混之時。國家無獨立之成法。無研究現實法之必要。故斯時法律哲學雖已早具規模。而成法學則尚無基礎。如柏拉圖(Platon)亞里斯多德(Aristoteles)等之法律哲學。早倡於希臘。而成法學則羅馬法律家始踵行之。即其明證。現實法學研究之目的。雖不若法律哲學之深遠。然有裨於實用。不可不切實講求也。

第二節 一般法學及特別法學

研究範圍上之分類

法學因其研究範圍之廣狹而區分之。有一般法學與特別法學之二種。

一般法學之意義

第一、一般法學 一般法學者。研究關於法學全體觀念之學問也。此種法學。不拘泥法律現象之種類。或綜合其同一者。或比照其類似者。而以獲得學識之概要爲主眼。故凡從事法學者。必先經過研究一般法學之階級。然後始從事特別法學之研究。庶循序漸進。收效滋多。

特別法學之意

第二、特別法學 特別法學者。研究關於特殊社會之特種法律現象之學問也。其網

義

羅關於刑法之現象而詳加研究者。是爲刑法學。其綜合關於民法之現象而詳加研究者。是爲民法學。此外如憲法學、行政法學、商法學、訴訟法學等。皆屬於特別法學。此種法學。其研究之範圍。具有定限。故其結果。較之一般法學。亦甚精詳。惟學有次第。不可因特別法學之研究。遂置一般法學於度外也。

法學研究之方法
及學派

第三章 法學研究之方法及學派

凡學問之研究。大別爲演繹方法。及歸納方法之二種。法學之研究亦然。茲分節說明如左。

依演繹研究法
之學派

第一節 依演繹研究法之學派

演繹研究法者。不基於事實之經驗。乃以獨斷之理想爲根據而布衍之者也。依此研究法之學派。約有自然法學派及哲學法學派之二種。

自然法學派之
意義

第一款 自然法學派

自然法與純哲
學派之異點

自然法學派者。即主張普遍不易之理想法。存於現實法之上。而以之爲模範標準之學派也。此項思想。發達最早。柏拉圖亞里斯多德等均具此觀念。而爲自然法派之先河。亞起拉氏(Aquinas)曾用自然法之語。而謂羅馬法具有自然法之觀念焉。惟普通所謂自然法派者。尙非中世紀以前之法理學派。其與純哲學派根本相異之點。在以人類之自然狀態爲立論之基礎。蓋純哲學派、爲造化主義。而自然法派、爲人性論。純哲學派、爲主他主義。而自然法派、爲主我主義也。即古昔之人類屬自然狀態。今日之人類屬國家狀態。自然狀態。非基於神意。亦非基於人意。乃基於人類性情之自然。國家狀態。則人類基於契約而構成之人爲制度。故自然法論者。同時亦爲民約論者焉。

自然法論者即
民約法論者

自然法主義與
理想法主義之
異點

自然法主義與中世以前之理想法主義相異者。厥惟純哲學與純理論之點。以自然狀態之主張。在科學上觀察。涉於空泛故也。然當宗教改革及文藝復興之際。解放中

世以前各種束縛。遠紹柏拉圖亞里斯多德之緒業。更因教會之威權。而爲自由研究新機運之產物。且促自然科學與個人主義之發達。其功實有不可掩者。蓋此派之主張。既非希臘哲學之目的觀。又非中世紀神學之超自然主義。而以自然爲事物之最高決定。注重個人利己性。遂離希臘哲學中世神學之國家主義道德主義。而爲一種實利主義之發現焉。

古羅丑氏之平
戰條規論

自然法學派之鼻祖古羅丑氏 (Grotius) 著有『平戰條規論』實爲國際法之創始者。其主旨不尙各國之現實法。而採自然不易之自然法。並謂人類之天性。以自然法爲基礎。不問神之存在與否。而自然法終爲普遍不易之大法。欲判行爲之邪正。當以是否適合人類之道德性及社交性爲標準。卽所謂『性法』是也。人類之社交性爲自愛與他愛兩種。因天性上之驅使。遂由自然狀態而移於國家狀態。其形成國家狀態之唯一方法。卽人類相互之契約。而自然法、則爲遵守契約之使命。故國家者以圖謀共同之利益各自權利之享受爲目的。而爲自由人之完全結合者也。

又暴君論者之
民權論

古羅丑氏雖主張契約說。但尙非民約論之創始者。以國家及法律之成立。實原於契約。其思想已著於古代故也。至第十六世紀。自由思想民權論。盛行發達。『反暴君論者』之一派學者出。極端否認古來之絕對君權論。及神授君權論。抗論當時諸國之虐政。提倡人民主權之思想。以君主權基於君民之契約。事實上應予君主權以限制。無道暴君。係契約之違反者。人民當然有放逐討伐之權。此即民約論學說之概要也。

攸尼斯浦魯東
氏之暴政抗議

暴君放伐論之最著。爲一五七九年攸尼斯浦魯東氏 (Junius Brutus) 所著『暴政抗議』一書。主張君主之統治權。由君民間之契約而生。君主以保護人民之安甯幸福爲條件。人民遂移付主權於君主而表示其服從。其不遵守此條件之暴君。人民有放伐之權。同年布卡拉氏 (George Buchanan) 所著『史戈托拉多人之統治權』一書。亦爲同一之論調。

布卡拉氏之統
治論

民約論係由『君民統治契約論』漸進而爲『人民社會契約論』攸尼斯浦魯東及布卡

亞魯通鳩氏之
國家論

虎柯氏之教會
政治論

馬里拉氏之君
主論

拉氏等之民約論屬於前者。盧梭氏之民約論。屬於後者。其於此變遷而為過渡時代之代表者。厥惟德意志之亞魯通鳩氏 (Johannes Althusius) 其所著『國家論』一書併認兩種民約。而特以社會契約為國家法律之基礎。故亦有民約論創始者之稱。然當時其他學者之唱導社會契約論者。如英人虎柯氏 (Hooker) 之『教會政治論』伊斯巴尼亞人馬里拉氏 (Juan Mariana) 之『君主論』均先亞魯通鳩氏而著為論說。馬里拉氏之論。於社會契約論之彩色。漸趨鮮明。同時於自然狀態中。以各人之自由平等。為民約論之根據。遂肇社會契約論與自然法論合體之初基。亞魯通鳩之論述。雖較此等主張更為完善。究不能以社會契約論之創始者稱之。特比之攸尼斯浦魯東等之說。確有理論上之價值。且不愧為民約論中之傑出者焉。

霍布氏之市民
論及人性論

其同以人類之自然狀態與社會契約為論據之自然法論者。而與『反暴君論者』為反對之結論者。即後人評為『最理想最矛盾之思想家』英人霍布氏 (Hobbes) 是也。其所著『市民論』及『人性論』等書。主張人性為惡。一人之自愛心與他人之自愛心

相衝突。故人類相互之關係。並非和平親愛。實爲猜疑恐怖。而於自然狀態中以各個平等爲萬物共通之要素。遂不免人與人之戰爭。戰爭既起。則各人對於物之權利。均失其保障。且背好生惡死之自愛利己性。於是乎不得不避戰爭狀態而謀自安狀態。乃因契約之關係。於各人固有自由中。讓渡全部或一部於國家。以謀權利之保障。而國家遂因之完成焉。此自由之讓渡。爲絕對性。因之國家之主權者。有絕對之權力。人民對於國法之遵守。亦爲絕對之義務。若如革命暴君放伐論之主張。是解除社會契約而復歸於戰爭狀態。殊失人性之本然矣。故霍布氏否認反暴君論者之學說。而爲專制君主制之謳歌。且以國家之成立。原於人類自保性之要求。國家苟無絕對專制之支配權。則人類自保之目的。終不能達。是以根據自然法而主張一意思之專斷。並謂法律爲主權者之任意命令云。此種立脚於自然法主義而歸著於人定法之學說。雖稱爲霍布氏之矛盾。然在自然法論者。多所不免。特霍布氏較爲顯露耳。又民約原因論。古羅丑氏主張『社交性說』霍布氏反之而爲『非社交性說』其

主旨以人類具有社會生活建設國家之稟性。當無需乎協商行爲之契約。而國家自然發生。是古羅丑氏主張之結果。不啻國家自然發達說之源泉。反之人類原無成社會建國家之固有性。其所爲團體生活。實緣外部之強制。不能不因利害之關係而爲合意之商量。從而不能不借資於契約。此霍布氏理論之根據。而較古羅丑氏之說爲有力者也。

霍布氏之矛盾。爲自然法學之矛盾。故其學說之主張。仍不失自然法說之模型。當時各國。類受霍布氏之影響。咸以國家及法律。係基於人類之利己性。而爲契約之產物。泊斯賓塞氏 (Spencer) 之『實力說』出。乃全然離自然法說而爲獨立之主張。氏所謂『大魚吞細鱗之權利』非法律意味上之權利。而與國家之存在權同爲實力之支配。力卽權利。各人因權利而爲所欲爲。無所謂不法。不法僅限於不能耳。法之淵源。在國家以前爲個人之實力。其於國家。則爲實力之命令。故國家立法。謹守衡平。非上級威權之要求。乃期於政策之便利。卽認理想自然法與現實國法不

斯賓塞氏之實
力說

浦夫託魯夫氏
之自然法及萬
民法

相關聯。而以自然法論者之契約說爲謬誤，且爲非自然法論者立一準則焉。

其受霍布氏之影響。復歸於古羅丑氏之本系者。則爲浦夫託魯夫氏 (Pufendorf) 依其所著之『自然法及萬民法』之主張。人之固有性雖爲自愛性。但因神助及人助自保之必要上。兼具有性之社交性焉。此社交性之發動。常有壓倒自愛性之傾向。故僅此社交性。尚非國家狀態之導源。人類之自然狀態。雖非戰爭狀態而爲和平狀態。但此和平狀態。頗不確實。何時發生禍亂。殊難預測。人類因此災害之預防。遂發生兩種原約。乃依一種中間決議而爲國家之建設。卽依總員一致之合意。訂立『結社原約』以組織團體。次因其團員之多數決而定政體。最後則因奉行政體服從主權之旨而締結『服從原約』。此服從原約。非如霍布氏各人自由絕對讓渡之主張。從而國家之主權。亦不得爲絕對之專制。要之。此種折衷說。既不如霍布氏學說之澈底。而法律根底置重神意之點。又不及古羅丑氏之純法律論。蓋浦夫託魯夫氏自然法說。並非獨出心裁。從其大學教授之自然法講義觀之。不過因其祖述而爲宣

傳之資料耳。

陸克氏之民政
兩論

宗教改革文藝復興以後之自然法論。因受自然科學及個人主義之影響。頗與古代之自然法論相違。其最著此特徵之代表者。爲英吉利之陸克氏 (Rooke) 其主張非如其他自然法論之理性派。而以經驗爲知識淵源之感覺論。爲立論之根據。其所著『民政兩論』不採自然法論。而以自然狀態爲事實之存在。其論法卽所謂滅殺論法。先研究現在之國家狀態。於其中認識國家發達之結果而控減之。乃推知國家以前之自然狀態。此自然狀態中。各人之自由。因先占及勞動而爲財產之享有。其於阻止他人侵害之必要程度。有自由處罰權。特此種自由。非自恣之意。乃獨立之義也。故欲保全各人之獨立。不能不限制各人之自恣。自然狀態中。因乏此限制之擔保。遂常呈不安狀態。於是乃有舍自然狀態而爲國家狀態之必要。當自然狀態時。無所謂自由平等。僅於同等者中。承認一人爲首長及裁判官。及移於國家狀態。則依各人間之契約。而爲國家團體之設立。卽所謂多衆團體也。而此多衆團體設立時。其

福魯馬氏之族
父權論

團體具有整個之權力。更爲整個之行動。其行使權力之方法。則因團體員多數之意向而定。恰如物體之運動方向。因加力最大之方向而定者然。故各人依設立團體之契約。負有服從多數決之義務。但此項契約。非如霍布氏之主張。以個人權利之全部絕對移於國家政府。僅委任政府以立法權裁判權及刑罰權。且以擔保個人之自由及所有權之必要範圍內爲限。蓋此說之重心。在尊重個人之自由及財產權。故一方說明英國近世自由主義立憲政治之根本思想。他方則爲美國獨立之理論基礎。又陸克氏對福魯馬氏(Filmer)之遺著『族父權論』主張國家由親族團體之膨脹而成立之點。特著『所謂族父權說』之駁論。以兩者之學說相對照。頗饒興趣。蓋福魯馬以古證今。而陸克則以今推古。由自然狀態論論之。應以福魯馬之主張爲正確。

盧梭氏之社會
契約論

民約論之自然法說。至盧梭氏(Rousseau)出。始爲絕頂之旺盛。以其爲法國革命之理論根據也。嗣因實驗失敗。其勢漸衰。故盧梭氏非如普通世人所稱爲民約論之創始者。實爲民約論之完成者焉。其一七五三年所題『人類不平等起源論』之論文。

主張自由平等爲黃金世界之人類。極讚美自然狀態。以人身體之不平等。雖基於自然。而政治上之不平等。則基於『人約』。此人約之結果。遂生國家法律文明等障礙。宜使之還於自然。此氏最初之論據也。迨一七六二年最著名之『社會契約論』出。大反從來之觀念。而以人約爲國家及法律之說明。曾先設題曰：

『以聚合員全部之力。防護各聚合員之身體及財產。使各聚合員於聚合之後。仍如聚合以前、保持其固有之自由。而排除他人之侵害。其聚合之形態應如何。』

氏以社會契約說解答此問題。主張各人雖依社會契約讓渡自己權利之全部於共同體。但同時由共同體讓受同一之權利。故自己之權利。仍絲毫無損。而共同體之力。則加重權利之擔保焉。其主張非如古羅丑霍布氏等拋棄自己固有權利之全部或一部。更非如陸克氏絕對爲一部權利之保留也。此種社會契約。實基於人民之總意。即各人意思之『總和』而爲獨立之『總我』也。自其形態方面觀之。是爲國家。由其

作用方面觀之。是爲主權。而法律則爲其人民總意之表示。故法律之淵源。卽爲社會契約云。

民約論之內容

民約論之最初發達者。爲統治契約說。此種思想。因當時君權強大。遂生民權反抗之起因。而著眼於君民關係。惟統治契約。僅屬統治者之一方。而不及於各個之人民。於是民權之起原問題。不得不因之發生。其對此問題之答案。則爲社會契約說。後之民約論者。於此兩種契約。併爲保留。至浦虎託魯夫氏出。始完成複數契約說。盧梭氏則對於複數契約絕端否認。其於統治契約。亦指其非雙務契約。不過一方行爲之委任。惟對社會契約之點。則始終爲一貫之主張。故能占民約論代表之位置。而此單數契約說。遂爲民約論最純粹之學說焉。

自然法說之影響

自然狀態論及社會契約說。爲康德氏(Kant)以前自然法說之內容。其於世界歷史之影響。事實極爲顯著。卽因此種學說之胚胎。演成君主弑殺革命頻興之現象是也。如北美合衆國之獨立。當一六二零年十一月十一日。於墨夫拉瓦號(The mayflo-

Ver) 船中。訂立盟約。至一七七六年七月四日。遂發布「獨立宣言」。殆不外爲陸克民約論學說之實行。其次法國之大革命。則爲盧梭氏之自然狀態論所激發。遂仿美國之先例。而爲陸克民約論之繼承焉。迄法國革命失敗。自然法說。雖漸趨衰微。然打破中世紀之束縛沉滯。而爲全世界文運發展之一大轉運。其功實有足多者。惟此種學派。至康德氏出。乃有漸入純理想方面之傾向云。

康德氏之法律學原理

康德氏 (Kant) 受盧梭氏民約論之影響。其所著「法律學原理」一書。說明國家之起源曰：

「人民依己意而爲組織國家之行爲者。原約也。依此原約。全人民之各人。視爲共同體(即國家)之一員。因進化之故。特拋棄其外部之自由。而國家爲達各人之目的。同時取得外部之自由。故各人與國家。發生法律從屬關係。於適法狀態中。其自由毫無減損。而自然非法律上之自由。則全然拋棄。蓋此從屬關係之發生。實基於各人自己之立法意思故也。」

此說大旨與盧梭氏之主張相類。惟其「行爲」之解釋。注重「觀念」。且謂國家及法律。基因於契約。不可不爲理性要求之假定。至民約歷史之存在。則無須別爲證明焉。故盧梭之民約論。屬諸想像事實論。而康德之民約論。則爲觀念理想論。

康德學說之特點。以無正義狀態之自然社會。進爲正義狀態之國家。係基於原約。國家及法律之形式。則基於人之理性及意思。且謂國家法律爲無上命令各主張要。外舍現實法重理想法而爲自然法派中特出之代表。惟從來取法自然法派之自然主義。恆排斥實利主義。而康德則置重正義之倫理觀念。以匡正自然法說一部之謬誤。而開普通哲學及法律哲學之新生面。實不能不認爲著有功績。學者間至比之爲蘇格蘭底。非無因也。特康德之法理論。以個人之意思自由爲前提。而主張「理性個體之自治」。頗有絕對個人主義之傾向。然人類因兩性關係、血緣關係、經濟關係等。究不能爲個體之實在。且遺傳應化。與其他物質上之關係。當然應受自然律之支配。而不能爲絕對個體之自治。是絕對個人主義。在理論上實難澈底。不能不認此點。

爲康德學說根本上之謬誤云。

傅希德氏之自然法原論

其與康德比肩並立者。爲傅希德氏(Fichte)。一方與康德角勝負。他方受盧梭之影響。其所著『自然法原論』。實出刊於康德法律學原理之前。而與康德同以自由爲論據。卽主張各人原始自由。除自身以外。無論何人。絕無繩以法律之權利。從而國家及法律之基礎。乃由主權者之各個人。爲頃刻間自由承諾之表示。故國家應以實現個人之自由及原權爲目的。此卽最趨極端之自然法社會契約主義。其議論與康德同爲觀念論而非事實論也。又傅希德氏之主張。自然法於國家前及國家外均無存在之必要。社會契約。事實上亦無須締結。是其所謂原權者。不過爲學理上之擬制。而其所謂民約者。非實質上之民約。乃形式上之民約。非構成之民約。乃說明之民約也。

傅希德氏思想之轉變

傅希德之思想。迄於晚年而一變。蓋康德與傅希德初期之思想。爲個人主義及所謂法治國主義。卽法律自身絕對存在之觀念。康德所謂『國家解散之際。獄中最後之

商業鎖國主義

「殺人犯。應處死刑」。之思想也。然晚歲之傅希德氏。漸離開個人而注重民族。以民族之維持發達。爲國家及法律之目的。又國家無不動不變之觀念。應視爲一種發達品。卽所謂「文化國主義」之傾向也。氏又主張民約之一部係財產契約之觀念。國家認各個人爲經濟主體。而爲擔保其生存權之組織。其結論唱「商業上之鎖國主義」。而以物價及職業爲國家之法定。以謀財貨之均衡。對於外國通商。應予以禁止。此傳希德出發於個人主義。一轉而爲國家社會主義唱導之概略也。然傅氏之所以具此新傾向者。其理論上之轉機。在基於康德之尊重個人價值主義。應用於經濟上。而其感念上之轉機。則基於當時德意志人民愛國心之勃興云。

其他近世德意志之大哲學家海爾巴特氏 (Herbart) 及修伯哈瓦氏 (Schopenhauer) 單唱自然法民約論。但其性惡說係根據霍布氏之舊式論。殊無特別研究之價值。至十九世紀之後半。因吸收法國傅希德之學說而特出一新機軸之論述者。厥惟波希爾氏 (Beaussire)。其所著『法律原理』一書。主張自然狀態與社會狀態非如從來學者之

波希爾氏之法
律原理

說。繼續發生。而實係同時并存。以人既爲社會生活。更同時爲自然生活。故社會法則所不能束縛者。輒受自然法之支配。從來民約論者僅依社會契約說明社會之起源。殊爲謬誤。蓋社會非因契約而始。乃因其組織成分間之契約而存。以其契約爲默認不斷故也。此卽波希爾學說之概要。自然法說至此。遂離去歷史態度而爲論證態度矣。

以上爲自然法學派思想變遷之概要。因其於法學史上特放異彩。既開自然科學論法之端緒。復促全世界文運革新之機緣。其於國際法之發生。法理學之獨立。均具有顯著之功績。不能不詳細論列。以供法學上之參考也。

第一款 哲學法學派

哲學法學派之
意義

哲學法學派者。認現實法學與法理學有截然之區別。卽謂法理學非現實之學。乃理想之學。非現實觀察。乃價值批評。與其謂爲法律由來之學。毋寧謂爲法律目的之學也。此種法學。實萌芽於希臘哲學。認客觀主義與主觀主義相對立。客觀主義主

羅主義
理想法主義與
人定法主義

國家之團結由
於正義

希臘哲學以誠
客觀主義爲依
歸

張正常行爲存於客觀之標準。主觀主義則謂正常行爲不存在客觀之標準而屬於人爲之選擇。此二主義。應用於法理學方面。前者爲理想法主義。後者爲人定法主義。希臘哲學以蘇格拉底 (Socrates) 柏拉圖 (Platon) 亞里斯多德 (Aristoteles) 三氏爲最著。其主旨以國家之團結。由於正義。此種正義。非個人私意上之正義。乃觀念上共同之正義。非個人與其所屬物之正義。乃由個人觀念上認爲必要而生之正義也。非換言之。正義者人類達到國家目的之根本要素也。此種目的。本於人性之自然。非私意所得而左右。故不問個人意思如何。既爲國家之一構成分子。卽具有完成國家之責任。縱供國家之犧牲。亦屬當然之義務。法律者、卽因此觀念之必要。達到完成國家之目的。而自然存在者也。故個人對於法律。不能不絕對服從。此卽希臘法理思想之概要。而以純客觀主義爲依歸。

第二節 依歸納研究法之學派

依歸納研究法之學派

歸納研究法者。基於經驗所得之知識。以爲學理上之研究者也。依此研究法之學派。約有註釋法學派、比較法學派、歷史法學派、及社會法學派之四種。

第一款 註釋法學派

註釋法學派之意義

註釋法學派者。以解釋法律之文義爲主旨而專從事人定法之研究者也。始於意大利人伊耳里厄斯氏。當十二世紀之頃。伊氏曾講羅馬法典於波羅那大學。一時學者景從。座爲之滿。世稱之爲前註釋派。其後哥德不勒周氏。對於羅馬法典。復大加註釋。世稱之爲後註釋派。沿至今日。流派更多。惟疏解法律文字。雖亦法學上之要務。特以之爲獨立之研究法。殊乏重要之價值焉。

前註釋派與後註釋派

第一款 比較法學派

比較法學派之意義
比較法學派發達之原因

法律著眼於地理人種物產之事實。而於數種相異之法律。爲實驗比較上之研究者。是云比較法學。此種法學。因(1)諸國家之對立。(2)航海通商之旺盛。(3)殖民政策之發達。(4)比較言語學之進步等諸原因。至近世益趨發達。學者間有以之僅

爲法律學之一種研究方法者。然以一般專門學者從事此種研究。綜合此種比較研究之結果。以成法律本質論。則以之爲一獨立學派。固無不可者。惟比較法學中。更有二方面。其對於開明諸國之法制。爲比較之研究者。是爲比較立法學。其對於古今未開化民族之法制爲比較之研究者。則爲人種法律學。

比較立法學

比較立法學。盛行於法國。其代表者爲拉柏爾氏(Lambert)陸克氏等。法國法學之發達。卽由此等學者於世界各國之法制。比較研究。著爲論說。爲最大之貢獻也。一八六九年。巴黎設立比較立法學會。一八七六年三月。以部令設置外國立法調查會於司法部。至一八八九年。柏林設立國際比較法學會經濟學協會。一八九六年倫敦設立比較立法學會。均以法國爲模範而倣效之。此種比較立法學。其終局之目的。雖存於法律本質論。而其現實之效用。則使國際私法之裁判。易於措手。國法之創造、補充、及解釋。予以參考。更爲世界法運動供給資料焉。

人種法律學

人種法律學。盛行於德國。其創始者爲巴阿福氏(Bádhofen)。更得樸斯托氏(Post)多

數之著述。而斯學遂爲法律學中獨立之一部門。其爲此學派之中心者。卽戈拉氏。氏因崇尚海格爾氏『法律爲理性及論理之產物』之學說。遂唱法律爲歷史關係文化現象之論調。而以注重特殊民族之文化爲基礎。且謂世界歷史。係論理與非論理之結合。而以實驗研究各民族之文化爲必要。是卽人種法學主張之要旨也。然戈氏僅固執某法制之起源論。而於現代社會之任務。甚爲輕視。故學者間對其主張。頗多非難云。

比較法學研究法。約分國別比較法、人種別比較法、及法系別比較法三種。

比較法學派之
研究法
國別比較法

(甲)國別比較法 國別比較法者。注重法律爲地理之產物。而以國法爲比較單位也

。前述法國式之比較立法學。雖有顯著之效用。惟此方法僅限於開明國家之法律。而開明國家之法律。概由固有法及繼受法二要素而成。又聯邦制之國。一國之內。數法併存。僅以國境爲界之法制相比較。事實上頗欠周到。

人種別比較法

(乙)人種別比較法 人種別比較法者。著眼法律爲人種之產物。而以一人種之法律

法系別比較法

爲比較單位也。前述德意志人種比較法學之研究法。卽屬於此。但僅適於未開化社會法律之研究。關於開明國家之法律。則以國別比較法補其缺陷。故研究現代各國法律。非僅人種別比較法所能充分明晰。結局必二法併用。乃底於成。

(丙)法系別比較法 法系別比較法者。爲日本穗積陳重博士所編訂。而根於一九〇四年美國塞託路斯之萬國學藝會之報告者也。此方法根據一國之法律。由固有法及繼受法而成。此繼受法。稱『子法』。其爲模範之他國法。稱『母法』。於此子法母法間之系統關係。詳加比較。而研究其法源、法境、法勢之概要。是爲法系別比較法。蓋卽就全世界之法系而比較研究。以期博洽貫通云。

以上三種。均屬比較法學派研究之範圍。苟能切實講求。分別比較。則法學之要。思過半矣。

第二款 歷史法學派

歷史法學派之

歷史法學派。一稱沿革法學派。卽以法律之現象。應推闡歷史上之事實而詳加研究

意義
歷史法學派之
發達

者也。此派之主唱者爲攸里古氏。十九世紀之頃。其說盛行。大有壓倒自然法學派之趨勢。蓋其時因拿破崙蹂躪德意志諸國。由國民之自覺。對於自然法說。大生反動。而歷史派遂爾勃興。迄拿破崙經德意志敗退後。一八一四年。遂開德意志歷史法學派之新紀元。其議論之最動聽者。卽德意志復興統一論。實爲反對自然法說最有價值之主張。因此影響。而德意志最著名之薩比尼與德保氏之法典爭議。乃於是乎起矣。

薩比尼與德保
氏之法典爭議

德保氏之學說
一八一四年。哈得爾伯爾希大學教授德保氏(Mittnacht)。著有『德意志一般民法法典之必要』一書。主張德意志民族之統一。應以法律統一爲初步。共通法典之編纂。實爲當務之急。特所編纂之法典。應排除外國侵入之羅馬法。同時不可不求適應德意志民俗之根本法。而以正義理性爲主要。此論應時勢之要求。在德意志復興策中。最爲著名。蓋德保氏當時適率國民自覺會之代表。曾受自然法論之支配。故其主張。大有風靡一世之概。同年柏林大學教授薩比尼氏(Savigny)。著有『立法及現代

薩比尼之反對

論

法學所採之要務』一書。與德保爲反對之主張。謂法律非創造而成。恰如國語之發達於國民自然中。而非立法者之製作授於國民者。欲德意志民族之法律統一。非先統一德意志民族之法律思想不爲功。僅因一般法典之編纂。謀達統一之目的。適與作辭書以統一國語。同其旨趣。此極有力之駁論一出。德保之說。遂不見重於當時。准薩氏之論。非絕對否認法典之編纂。特以歷史法學準備之必要。爲時尚早耳。此兩種學說之爭論。歷八十餘年。迄一八九六年。始折衷兩種學說。而完成德意志之民法法典。

歷史法學派之
民族精神說

薩比尼之前。有虎柯氏(Hugo)。否認自然法說。謂法律學之內容。不可不採取經驗及歷史。遂爲歷史派之嚮導。迄薩比尼之論文出。其說更稱完整。與同時代之浦夫達氏(Puchta)相呼應。故其學說之勢力。稱極盛焉。此種學說。自其研究方法觀之。雖爲歷史法學。自其內容觀之。可稱爲民族精神說。卽法律爲民族精神之發現。而基於民族之法律確信者也。法律確信。卽法規之存在及有效之確信。而屬於民

民族之心理狀態爲法律之本質

族之心理狀態也。薩比尼及浦夫達均認此法律確信。屬民族心理狀態之自體。是爲法律之本質。而慣例、學說、判例、法文等。不過爲其所謂民族法之發現狀態耳。故法律之發達。純基於民族之心理。質言之。法律者與民族俱生。與民族俱長。與民族俱亡者也。此歷史法學派主張之特徵。亦即愛國精神之表現。德意志諸邦之日臻強盛。非偶然也。

又薩比尼於歷史法學研究之對象。以羅馬法爲主眼。此羅馬法繼承於德意志。幾視爲普通法。其後繼起之亞希霍氏、古里蒙氏等。咸謂法律既爲國民精神之發現。則德意志人不可不研究固有之德意志法。於是德意志歷史派中。遂有羅馬系與日爾曼系之別。前者溯德意志繼受羅馬法前之法源。後者則於德意志繼受羅馬法前之日爾曼法。爲無頭緒之研究。大有偏於考古癖之傾向。洎次第繼受羅馬法後。雙方對於法律狀態之研究。雖漸趨接近。然自民法法典之編纂大業告成。仍復有兩派對峙之勢。至英吉利方面。其學者馬伊翁民(Maine)之『古代法論』及其他著述。均採實驗

英國學者均採

實驗方法

歷史法學派之
變遷

方法。詳究法律沿革之原理。迄滿妥拉多氏(Maitland)輩出。遂集英國法學之大成。要之。近代之歷史法學。由薩比尼氏浦夫達氏之歷史派。一變而爲純科學之研究。更由歷史現實法學。漸進而爲歷史法理學之研究云。

第四款 社會法學派

社會法學派之
意義

社會學之思想
肇於孔托氏之
實驗哲學

社會法學派。爲近代新起之學派。盛行於德法兩國。卽主張法律爲社會法則。法律現象。應著眼於社會現象。而以社會學之方法爲法律學之研究者也。其思想之根源。肇於社會學鼻祖孔托氏(Comte)之『實證哲學』。以吾人之知識。僅限於現象界。研究現象及其相互關係而爲自然科學之證明。是爲哲學之任務。卽知識具有歸納及相對之研究。僅此相對之知識。不能供人生充分之用。實證哲學者。於自然法則之內容。爲滿足之認識。而不能拋棄自然法則之說明者也。故國家爲社會之一形式。法律則僅爲社會一現象研究之對象。國家學及法律學均吸收於社會學中。此卽孔托氏實證主義之概略也。其基礎之認識論。雖近似康德派。而於非個人主義及權利本

位主義之點。則與之全異。又孔托氏以個人對於社會只有義務而無權利。其重視社會觀念。雖與海格爾派相似。而輕視國家及法律特別意義之點。則又與之不同。蓋法律之出發點。非屬於個人。乃原於社會。此種主張。雖於法律學注入社會學之新生命著有功績。然其所謂實證學包括國家學及法律學。而以國家為特別社會。法律為特別社會現象之點。究未免與性質上相違焉。

社會學發達之
途徑

實證學之法律
學

社會學之法律學。以社會學與實證哲學同樣發跡。爾後實證哲學與社會學。漸次分歧。而法律學之狀態。始克獨立。由其發達之途徑觀之。社會學之發達。同樣經過實證學之傾向、生物學之傾向、心理學之傾向。今始入於綜合統一之傾向者也。實證學之傾向云者。乃注重社會法律現象之記述。拋棄其說明與批評。以國家現象、法律現象。均屬一般機械自然現象。而否認其人為分子之傾向也。蓋其於十九世紀自然科學之趨勢。法律學與歷史學及人種學之傾向相關聯。其為此思想之代表者。即奧大利之古樸洛韋雉氏(Gunplowies)。謂國家係因社會元素（非個人及家乃社會

階級)自然法則之運動。而發生之一種社會現象。社會學恰如太陽及諸行星、依永久不變之法則。而為社會集團運動之組織。從而社會學不能為價值之批判云。蓋氏社會學說之優點。在以集團為社會元素之實證。而其缺點。則沒却一面之真理。全然忽視個人而著眼於「階級鬥爭」。且具玩視道德之傾向。

第十九世紀之後期。社會學漸著眼於生物學之傾向。此蓋基於達爾文氏(Darwin)『進化論』之影響。而以之應用於社會國家法律之學也。如英之斯賓塞氏(Spencer)德之海格爾氏(Haeckel)各社會學者法律學者均屬之。故今日具此傾向者。大有指不勝屈之勢。此學派即以社會國家、由物理學之觀察而為生物學之證明。故進化論之要旨。特以生存競爭、自然淘汰、人為淘汰、適者生存、各理論而為國家及法律之說明焉。其學說之優點。在對於國家及法律之起源發達。併用自然發生論及人為創造說。且於科學上之主張。具有獨到之見解。然此派學者如尼丑氏(Netschke)。

則以現在與將來國家及法律之任務。為自然淘汰之指導。適者生存之助長。遂不

現代法律爲社會劣者保護主義

免陷於『社會優者主義』之傾向。殊難貿然贊同。蓋現在與將來國家及法律之任務。實爲生存競爭之抑制。自然淘汰之制止。不適者生存之保障。而爲『社會劣者之保護主義』也。此即所謂『法律之社會化』。而爲近代法學傾向之一要素焉。

心理學之法律學

社會學及法律學。更具心理學之傾向。蓋德之基爾開氏爲法律學者。美之瓦得氏爲社會學者。漸漸響應此傾向。至法之他爾托氏出。遂形成心理學之法律學。

基爾開氏之學說

基爾開氏 (Gierke) 爲日爾曼法系之翹楚。其大著『德意志團體法論』之開端。即謂人之所以爲人者。在人與人之結合。即與從來以個人意思爲基礎之法理論正相反對。而示以社會法學之態度也。其『團體說』主張人類各種協同團體。個人人格、個人意思、與團體人格、團體意思、爲各別存在。遂惹起『法人論』革新之學說。同時更爲心理學之法律學開一新傾向。韋託氏 (Wunat) 丑得爾曼氏 (Zitelman) 伊里乃苦氏 (Jellinek) 等碩學。均具此傾向。遂成有價值心理學之法律論。

瓦得氏之學說

瓦得氏 (Ward) 主唱所謂『活動社會學』以社會力之本質爲心理力。心理力者。與

物理力同屬實在且自然者也。社會現象之真原因。不外心理力。卽社會學之基礎。不存於生物學而繫於心理學也。吾人對於自然界之態度約有二種。一爲學生態度。一爲主人態度。自然作用。僅爲無意識之發現。其觀察殊欠充分。必應用自然力於社會目的。而爲有意識心理作用之研究。斯爲社會學之終局目的。蓋心理力實爲社會法學最有力之基礎觀念也。

他爾托氏之模倣論

其於社會心理學說明法律現象之學者中。最稱顯著者。卽他爾托氏 (Tarde) 其主張以模倣爲社會事實之基礎。語言美術。法律制度等一切文化之發達。皆發於人類之模倣性。故有『社會卽模倣』之命題。雖不能全然首肯。而模倣爲社會之一大勢力。則不能不表示贊同。故法律之發達。亦應視爲一大要素。蓋他爾托氏之模倣論。實爲心理社會法學中之最好適例也。

社會學應採綜合統一之研究法

至前世紀之末葉。瓦得氏始以社會學者著稱於世。其主張以此等實證學之方法、生物學之方法、心理學之方法中。僅取其一。不能完全解決社會學之問題。應綜合從

來推行及將來應行各方法。切實研究。始得成爲完全之社會學。今日之社會學。雖不能綜合各種方法而僅採單一。將來之社會學對於從來社會學分歧之各方面。不可不以統一研究爲特徵。吾人宜依從來經驗之所得。利用各部分、各局面、各細目、之知識。以建設全經驗最適切之總論。其目的在關於人類相互之關係。而非僅限於事實。其意義則增進一層之真知。依之以爲生活之指導。而賢良計劃之事業。乃得漸次推行。此種論說。恍若再見康德時代之統一傾向焉。

最近法學研究
之傾向

法學於最近綜合統一之研究。約有二傾向。其一、否認從來推行法律學之種種研究方法。僅以註釋方法之自足態度。爲社會學重要方法之說明。其他、攻擊法律學自身之自足態度。而以法律學爲社會學之一部。從來之法律學。僅於法律生活之諸現象中。爲一種法規之採取。故此種意味之法律學。實不足以說明獨立法律之現象。其結果非第法律學之不幸。而法律不追溯社會目的。審判官不了解社會目的。遂不能輕於容許。於是法律生活與事實生活恆不一致。而社會亦受無形之損害。故將來

法律爲自動機

械
社會法學

之法律學。不可不以社會學之方法爲主要。於社會學自身之一方面。離却概念法學、論理法學、而爲目的法學、利益法學焉。法律者乃由上部之孔。插入事實。由下部之孔。抽出判決之自動機械。而爲實際生活法則之活法律也。對此活法律加以研究。以期適用。是卽此種傾向之大旨。稱之爲『社會法學』。蓋以社會生活與法規之關係。爲法律學之研究也。因此傾向。對於從來之立法及裁判之實際。表示不滿。而所謂自由法運動。遂相伴而起。

自由法說

自由法說。具打破從來政治學法律學墨守孟德斯鳩氏三權分立主義爲金科玉律之卓見。以法律對現在及將來之生活需要。不能網羅規定。卽所謂『法規之無缺陷』。其勢難能也。而裁判官不能以無規定之故。拒絕判決。故裁判官具有法律補充之權能。實爲當然之事理。從來之法律學雖或爲法律無缺陷之假定。或援用立法者之意思。或許擴張解釋類推解釋等。畢竟不外默認裁判官之立法行爲。然法律無缺陷之假定。究屬空論。依一般憲法上之手續。未明定立法者之意思非法律。而擴張解釋

極端自由法說
之謬誤

類推解釋。其根據及範圍殊欠明確。究不如承認裁判官之法律補充能力為正當也。但極端之自由法說。以裁判官無變更法律之權能。認法規僅屬裁判官之指南針及教科書。特重視個個事件之衡平裁斷。而忘却一般法律安定之更為重要。遂不免發生滅視法律關於社會目的之大謬見云。

演繹法主理論
歸納法尚經驗

綜上所述。法律學之學派。雖大別為二。其屬於演繹法之研究者。則有自然法學派及哲學法學派之二種。其屬於歸納法之研究者。則有註釋法學派、比較法學派、歷史法學派、及社會法學派之四種。此外支派紛歧。不勝枚舉。得失短長。亦難罄述。惟此兩大研究法。一主演繹。收理論於事實之下。一主歸納。搜理論於事實之中。必理論經驗。相倚為用。研究手段。始克完成。雖大陸派如德意志之學者。其著書立說。多採取演繹法。海洋派如英吉利之學者。多採取歸納法。然係由其學風之沿革使然。究未可囿於一偏。致失學問之真諦也。

第四章 法系之概略

各民族均有特
別法

人類因氣候山川風土習慣之異而有種族之別。彼此競爭。前仆後繼。遂演成弱肉強食優勝劣敗之公例。惟各民族之間。欲維持其共同生活。勢不能不有適應於其民族之法律。以資遵守。於是各民族之間。彼此均訂有特別法。卽一部落一國家。亦無不有特殊之法律。故當拿破侖法典未完成以前。維爾特爾氏曾謂行旅之人。易一驛騎。則易一法律。其法律現象之雜糅可知矣。

法律有漸趨統
一之傾向

自航業發達。文化進步。國際交通。益趨繁密。法律制度。互相改善。於是世界法律。大有殊途同歸之趨勢。將來或合釋氏萬法歸宗之語。亦未可知。惟法律之盛衰。關係民族之強弱。旁徵宇內法律之變遷。俾知民族之存亡。固亦習法學者應盡之職責。且應觀感奮興。以促吾中國固有法系之發達。則德意志法學者之民族精神論。不得專美於前矣。茲分節說明如左。

第一節 印度法系

印度法系由阿利安人種造成

印度爲東亞文明古國。人種異常複雜。語言之主要者。凡二十五種。各地方言。不下三百種。七十五年前。英國政府爲印度人編纂法律字典。曾用九種文字與英文相對照。蓋印度自開國以來。曾六次被異族所征服。紀元前二千年爲阿利安人。紀元前六百年爲白爾沙人。紀元前四百年爲腓尼基人。自十一世紀至十五世紀之初。爲土耳其人。十五世紀中葉。爲蒙古人。至十八世紀中葉。則爲英吉利人。故文字法律。常因地域人種而不同。就中土耳其人及蒙古人之侵入。均攜回教以俱來。故印度人之遵守回教法律者。至今猶佔五分之一。其固有法律體系。則由阿利安人種造成。英吉利人雖取得印度政治上之支配權。然除公法及商法外。餘均仍依各種族之習慣法行之。

婆羅門法以馬

阿利安人種造成之法律系統。可大別爲婆羅門法與佛教法兩種。婆羅門法之最著者

倫法典爲最著

。卽爲『馬倫法典』。此法典之內容。約有四種階級。卽（一）僧侶、（婆羅門）。（二）武士、（刹帝利）。（三）庶民、（昆舍）。（四）奴隸。（普陀羅）是也。此種階級制度。至今猶存。史稱馬倫爲天神所降。其法典出於神授。故婆羅門教。概以馬倫法典爲基礎。更採入地方習慣。以爲適用上之準則。對於馬倫法典之註釋。學說極多。英人統治印度。曾於各派學說。輯爲『學說彙集』一書。關於印度人之審判。英籍審判官。恆招婆羅門之法學者相助理。故印度人日常生活之準則。概受馬倫法典之支配。

佛教法以達摩
闡典爲最著

紀元前六百年。釋迦牟尼之佛教。傳布印度各地。至紀元前二百五十年。阿育國王。皈依佛法。基於佛教教旨。頒布敕令數十種。遂構成『達摩法典』之體系。以爲宗教上道德上之準則。於是婆羅門教之階級制度。漸次打破。佛教勢力。乃超越印度國境。遍及緬甸、錫蘭、暹羅、中國暨南洋羣島。惟印度本國之佛法。於五世紀至八世紀之間。逐漸失勢。婆羅門教。乃再支配全國。至構成印度今日之法律現

象。

第二節 回回法系

回回法系以可蘭經典爲準則

回回文化。以阿刺伯爲根源。阿刺伯人屬塞密族之一支派。當七世紀之頃。謨罕默德出世。反抗阿刺伯人之傳統宗教。提倡道德一神教。曾受阿刺伯人之陷害。因攜其弟子轉徙於麥地納。惟其教旨。極得阿刺伯人之信仰。故其所著『可蘭』經典。及言行錄。非第爲阿刺伯人所崇尚。視爲生活之規範。且更東至印度。西至西班牙。由喜馬拉雅山以至地中海沿岸。皆受其支配。而『以色列』大帝國之建設。且更促回回法系爲特別之發展焉。

可蘭經典。關於法律之記載尙少。謨罕默德之言行錄。大有補助法律之效力。因其曾執行審判職務故也。嘗謂『從事祈禱。聚學者千人。不如法律家一人之得力』。其尊崇法律之思想可知矣。故自九世紀至十世紀之頃。以色列大帝國之回教法學家

回教法律家可
別爲五派

。盛行發達。遂演爲左列五派。

(一)馬勒開特派 分布地中海及中部亞非利加各地。

(二)西埃愛特派 分布波斯一帶。

(三)哈歷菲特派 分布土耳其、君士坦丁、敘里亞西部、阿剌伯、及印度之一部。

(四)哈爾得派 分布南部埃及、南阿剌伯、中央亞細亞及荷領西印度各地。

(五)鴻伯來派 分布中央阿剌伯一帶。

自以色列帝國
衰微回教法系
亦日趨衰弱

以上各派之著述。或粗具法典之形式。或對法規爲簡單之解說。其國王斯命滿。更創設斯命滿大學以宏造就。故於十六世紀之頃。回教法學。尤稱極盛。自十七世紀以降。以色列帝國衰微。其領地漸被列強侵削。故回教法系。亦隨之駸衰。最近回教法系國。如土耳其、波斯等。均漸傾於歐化。凡以色列帝國之法律舊制。幾於改革殆盡云。

第三節 猶太法系

猶太法系之發達約分三期

猶太法系一稱希伯來法系。誕生於紀元前一千二百年。至紀元五百年而銷失。其法律之形體。爲農業式。其法律之精神。屬宗教性。由其發達之程序考之。可大別爲

三期。

第一期之最著者爲摩西十誡

第一期由紀元前十二世紀至五世紀。以舊約全書內之摩西五書（卽創世紀、出埃及記、利己記、民紀教略、申命紀）所載故實與法典。爲其法源。此期內最重要之道德法律文書。爲摩西十誡。其時埃及王肆行暴虐。民不堪命。摩西乃假託神意救之於錫蘭山上。授以經典。蓋所以示君權之限制而救斯民於水火也。

第二期政權操於長老會議

第二期由紀元前四世紀至紀元前三世紀。此時期理論上雖仍保持神教。但政治上已漸次立於波爾西亞、腓尼基、及羅馬保護之下。內政上之政權。則由國王移於長老會議。以七十一人組織之。握最高審判之權力。此外耶路撒冷及各大都會。各有由

二十三人組織之地方長老會議。其下更有由審判官三人組成之下級法庭。各審判官均須受宗教法學校之訓練。至末期立於羅馬主權之下而保其自治者。尚有二百餘年。泊耶路撒冷被羅馬陷落。猶太人失其自治之能力。猶太法之勢力。遂不得不隨之銷散。

第三期猶太國
雖亡而猶太法
仍未消滅

第三期由紀元三世紀至五世紀。此時期猶太學者從事於紀元前四世紀以來判例學說之蒐集。反覆辯論。蔚成偉大之著作。足與研究羅馬法回回法之學者相對抗。至六世紀猶太人流寓各地。猶太法之體系。雖視爲消滅。但猶太法學者仍以希伯來文或阿刺伯文刊行猶太法之著作。因此猶太人雖散處各地。而其宗教生活、家庭生活、商業生活之共同習慣。尚依此等著作以維持之。故至今流寓異國之猶太人。均以希伯來文爲其所在國之第二國文。而以猶太法爲其所在國之第二國法。是猶太國家。雖早已淪亡。而猶太法系。究未歸於消滅。此則猶太人富於民族特性之效果也。

第四節 羅馬法系

羅馬法律淵源
於希臘索倫法
典

羅馬法約分四
期

羅馬法律淵源於希臘之『索倫法典』。其內容甚為完整。故其法境法勢。極屬優長。今揭其沿革大要如左。

英國史家牛頓氏。分羅馬法沿革為四期。自羅馬建國至十二銅表之制定。為不文法時代。屬第一期。自十二銅表之制定至共和政治之末葉。為成文法時代。屬第二期。此時代因十二銅表制成。國會遂常發布成文法。故稱為成文法時代。自帝國之初至亞歷山大之世。為成文法發達時代。屬第三期。此時代羅馬文化。甚形進步。僅十二銅表及其他簡單之法律。不足以應時勢之需要。於是援用判例及學說以補充之。自亞歷山大至周斯喜尼安帝。為法典編纂時代。屬第四期。此時代羅馬之成立文。已逐漸增加。其判例及學說更為浩瀚。於是重加搜集整理。遂成為完整之羅馬法典。

羅馬法典分法
典會典及教科
用典三部

羅馬法典。以君士坦丁帝時學者古里哥利安氏及俾爾摩尼安氏等之私撰法典爲基礎。其屬公家編纂者。則爲特爾托斯帝法典。其最著於世而爲近代法典編纂之模範。則周斯喜尼安法典是也。此種法典大別爲三。一法典。二會典。三教科用典。其後所重行編輯者則曰新法。至其總稱。則謂之國法全典云。

歐洲各國繼受
之羅馬法爲教
科用典

歐洲各國繼受之羅馬法。實爲教科用典一書。以其爲羅馬法典全部之綱領也。羅馬帝國滅亡久矣。其法境之擴張。法勢之蔓延。愈演愈宏。且有囊括全世界之概者。則以羅馬法之完整精粹。確具研究之價值。允爲全世界法典編纂之模範也。耶林克氏所著羅馬法精神論。會稱羅馬號令於世界者有三。統一世界者亦有三。當其盛時。以武力征服萬國。而國土統一。一也。帝國瓦解之後。仍握教皇之權。而宗教統一。二也。中世以後。使歐洲各國。相率繼受羅馬法。而法律統一。三也。此種論調。雖未免過當。然徵諸歷史上之陳績。亦不能不認爲具有理由云。

第五節 日耳曼法系

日耳曼法系以
慣習法著稱

近代法律。與羅馬法共占世界重要之地位者。厥惟日耳曼法系。此系法律。雖以慣習法著稱。不若羅馬法法典之完整。然歐洲各國之繼受羅馬法。僅限於民法及宗教法之局部。至憲法及其他公法上之規定。則類皆淵源於日耳曼之慣習法。以近代之歐洲。多屬日耳曼民族之領域也。

日耳曼法制之
變遷亦有四期

日耳曼法制之變遷。亦分爲四期。自羅馬人初發見日耳曼人至羅馬權力侵入日耳曼領土之時代。爲第一期。此時代之慣習法。可由羅馬史家他西特氏所著之『風土記』考究之。自佛蘭王國時代至戈爾大王國時代。爲第二期。佛蘭人爲日耳曼民族中之最發達者。此時代之慣習法。可由佛蘭人制度史考究之。自佛蘭王國分裂至第十世紀。爲第三期。此時代日耳曼法制分而爲二。其一爲德意志法制。其二爲英吉利法蘭西等國之法制。蓋正值歐洲之中世云。自歐洲各國繼受羅馬法至德意志民法

法典完成時代。爲第四期。此時代之民法及宗教法。多淵源於羅馬法。而公法上之制度。則仍爲日耳曼固有之習慣法。其沿革可由近代憲法史考究之。

日耳曼法制蔓延於大陸海洋等國

英吉利法律計分普通法與衡平法兩種

日耳曼法律之蔓延。於大陸則有德法奧等國。於海洋則有英美等國。故其法境法勢。日增優強。就中英吉人足跡所到之處。更有擴張其法力之趨勢。蓋英吉利之法。計分普通法與衡平法兩種。其用於普通裁判所者。則爲普通法。其用於衡平裁判所者。則爲衡平法。其衡平法之本質。類屬條理。凡固有制度。不輕於更改。故常歐洲各國繼受羅馬法之際。英國仍不變其固有之國法。其後雖繼受羅馬法。然由於間接。非若大陸諸國之直接繼受也。

第六節 斯拉夫法系

斯拉夫法系最複雜

斯拉夫人因缺乏政治上之妥協性。內亂頻仍。外敵常乘機侵入。故法制系統。亦極複雜。其西徙之波希米亞支族。與北徙之波蘭支族。早受日耳曼民族之侵略。故其

法律制度。大概受日耳曼法系之支配。其南徙巴爾幹半島之南斯拉夫支族。則或受羅馬法系之支配。或受回回法系之支配。概非斯拉夫民族之純粹法律。即在俄羅斯之斯拉夫族。雖於十五世紀即完成政治上之統一與獨立。惟法律之體系。大體由日耳曼羅馬等法系繼承而來。仍不能認為單純之斯拉夫法系。

俄羅斯之斯拉夫族亦係繼承他法系

俄羅斯至一千六百四十九年。始由亞勒啓斯帝制定『亞勒啓斯法典。』至尼古拉一世。更將各種法律。編為法規。集成十六卷。於一千八百三十五年一月一日施行。並規定每十年重新改版。泊亞歷山大一世出。力謀法律內容之改造。於一千八百六十年解放奴農。一千八百六十四年改革審判制度。一千九百零三年制定新刑法。一千九百〇七年。提出新民法於樞密院。至是俄羅斯之法律制度。更失却固有精神。一千九百一十七年。俄羅斯大革命起。制定共產主義之蘇維埃聯邦憲法。所有從來之一切法律制度。盡行打破。於是全社會陷於紊亂狀態。乃施行新經濟政策以補救之。今則民法及其各種法規。亦次第制定。而成為一種準共產主義之特別法系焉。

最近俄羅斯為準共產主義法系

第七節 中華法系

中華法系之特質有五

我國法系。歷史深長。體系浩瀚。領域廣汎。在各法系中。實具有優異之特質。就其最著者言之。約有左之五點。

農業生活法系 (甲) 中華法系爲農業生活法系。我國立國方針。以務農爲本。故關於農業之保護。

其規定最爲精密。

家庭本位法系 (乙) 中華法系爲家庭本位法系。我國以家庭爲國家組織之本位。故大學言天下之本

在國。國之本在家。個人僅屬組成家庭之一分子耳。關於保護家庭和平及統一之法規。非常發達。

民本主義法系 (丙) 中華法系爲民本主義法系。書曰。民爲邦本。本固邦常。故我國立法。概以保

護一般人民爲主眼。其單純擁護君權式特殊階級利益之法規。殊不輕見。

非宗教法系 (丁) 中華法系爲非宗教法系。我國法系。絕無宗教意味。古所謂「天子」受命於

天』『恭行天罰』等。雖均託言於天。但所謂天者。係民意集中之義。故曰『天視自我民視。天聽自我民聽。』又曰『天聰明。自我民聰明。天明畏。自我民明畏。』雖不無神道設教之旨趣。但一以民意爲準。與他種法系多以僧侶掌握法權者。迥不相同。

爲富有社會主義色彩之法系

(戊)中華法系爲富有社會主義色彩之法系。『盡人之力。盡地之利。』爲我國法律之神髓。故『老有所終。壯有所用。幼有所長。矜寡孤獨廢疾者皆有所養。』即爲後世社會主義之權輿。周代井田之制。概以土地爲國有。其按丁授田。使之耕種。以資仰事俯蓄。尤與近世『各盡所能』及『不勞動者不得食』之社會主義條件相符。故我國法系。最屬優異。

爲純潔獨立之法系

(己)中華法系爲純潔獨立之法系。我國法系。其性質甚屬純潔。且具有獨立之精神。雖元清兩代。爲異族侵入。但僅握一時政權。於固有法律系統。毫未紊亂。且不久均被我國民族所同化。尤於全社會之風俗習慣無關。至漢唐雖曾有西方

佛教之輸入。但教與法截然分離。亦與法律制度無甚關係。惟清末至今。雖釐訂法律。稍涉歐化。但基於文運進步。風俗習慣。有自然從同之趨勢。而非故意效顰者可比。故仍不失純潔獨立之精神也。

中華法系之發達大別爲五期

以上五點。爲我國法系優異獨具之特質。實非他法系所能望其項背。茲更就我國法系發生發達之跡而詳究之。則可大別爲五期。自伏羲至陶唐。爲萌芽時代。是爲第一期。自陶唐至商末。爲成熟時代。是爲第二期。自周初至戰國。爲發達時代。是爲第三期。自漢初至清末。爲因襲時代。是爲第四期。自清末至今爲鼎新時代。是爲第五期。分述如次。

萌芽時代

第一期 萌芽時代

中華法系肇始於伏羲

我國法系。肇始於太皞伏羲氏。易繫辭下卷曰。『古者包犧氏之王天下也。仰則觀象於天。俯則觀法於地。觀鳥獸之文。與地之宜。近取諸身。遠取諸物。於是始作八卦。以通神明之德。以類萬物之情。作結繩。爲網罟。以佃以魚。蓋取諸離。』

總論 第一編 法學 第四章 法系之概略

五九

此爲體會天地自然之大法以應用於人類社會之始。約當西歷紀元前三千四五百年間。卽民國紀元前五千三百餘年。

法律制度之誕生

洎後學術技藝。日有進步。社會組織。國家建設。亦次第完成。而法律制度。乃陸續誕生。如易繫辭下卷曰『神農氏作。日中爲市。致天下之民。聚天下之貨。交易而退。各得其所。』是爲商事法規之始。『重門擊柝。以待暴客。』是爲公安制度之始。『上古結繩而治。後世聖人。易之以書契。百官以治。萬民以察。』爲記事文書及契約之權輿。是爲萌芽時代。

成熟時代

第二期 成熟時代

堯典舜典爲最古之法典

唐虞之際。典章制度。大有可觀。當時童謠云。『立我蒸民。莫匪爾極。不識不知。順帝之則。』則者法也。其時帝室法度。支配人民生活。已可想見。其見於載籍者。尚書堯典舜典。其內容實涉及國家、社會、政教、刑獄全般各規範。可稱爲我國最初之法典。堯典首載經國之大道曰。『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。』不啻爲宣示政綱之誥令。又『乃命羲和。欽若昊天。歷象日月星辰。敬授人時。』可視爲頒布曆法之誥令。舜典所載『象以典刑。流宥五刑。鞭作官刑。撲作教刑。金作贖刑。眚災肆赦。怙終賊刑。欽哉欽哉。惟刑之卹哉。』實爲頒布刑法之誥令。此種典籍。成於距今四千三百年前。卽西歷紀元前二千三百年頃。實爲世界最古之法典。

甘誓爲軍法之先河

夏書因帝啓與有扈氏大戰於甘。作甘誓。曰。『予惟恭行天罰。左不攻於左。汝不恭命。右不攻於右。汝不恭命。御非其馬之正。汝不恭命。用命賞於祖。不用命戮於社。予則奴戮汝。』實開軍法之先河。其時約當西歷紀元前二千一百九十餘年。民國紀元前四千一百餘年也。

伊訓爲官刑所本

商書伊訓。伊尹爲大甲述烈祖之成德曰。『判官刑。儆於有位。曰。敢有恆舞於宮。酣歌於室。時謂巫風。敢有殉於貨色。恆於遊畋。時謂淫風。敢有侮聖言。逆忠直。遠耆德。比頑童。時謂亂風。惟茲三風十愆。卿士有一於身。家必喪。邦君有

一於身。國必亡。臣下不匡。其刑墨。』此爲官規之具體化。卽後代官刑之所本。

（約當西歷紀元前一千八百年之作）

夏代政要

周書洪範箕子爲武王述夏代典故曰。『天乃錫禹洪範九疇。初一日五行。次二曰敬用五事。次三日農用八政——一曰食。二曰貨。三曰祀。四曰司空。五曰司徒。六曰司寇。七曰賓。八曰師。』蓋食以養生。貨以懋遷。祀以崇本。工以利用。教以正德。刑以詰姦。賓以交際。師以禦患。此八事皆政之所自行。故曰八政。是爲夏后時代政制之大要。商代因之。

發達時代

第三期 發達時代

周禮爲最完全 法典

周代典章制度。詳於周禮。其全書包含憲法、行政法、土地法、租稅法、教育法規、民刑商事法規、訴訟法及國際公法等。實爲我國法系最完全之法典。成於周成王初年。約當西歷紀元前一千一百年。民國紀元前三千年也。

周禮體系。以六官爲綱。天官冢宰。總御百官。謂之治官。地官司徒。職司教化。

謂之教官。春官宗伯。職司典禮。謂之禮官。夏官司馬。職司軍政。謂之政官。秋官司寇。職司刑獄。謂之刑官。冬官司空。職掌工事。屬之工官。六官皆率屬六十。各有職事。更於職事之中。逐一爲實體法之規定。並臚列其手續。故周禮一書。可稱爲實體法兼手續法之法典。如『大宰施典於邦國。施則於都鄙。施法於官府。』典者經常大法也。治典、禮典、教典、政典、刑典、事典六種屬之。則者法也。祭祀、法則、廢置、祿位、賦重、禮俗、刑賞、田役、八種屬之。法卽官屬、官職、官聯、官常、官成、官官、官刑、官計、八種之法。卽所謂八法是也。其他足爲各種法規之淵源者。不勝枚舉。故略之。

李悝法經六篇

戰國初期。魏李悝集列邦之法及歷代之制。作法經六篇。東西學者均以之爲我國法典之始。因三代刑書散佚。而法經則首尾銜接。篇章井然也。六篇內容。一曰盜法。二曰賊法。三曰囚法。四曰捕法。五曰雜法。六曰具法。其意以王政莫急於盜賊。故以盜賊列首。盜賊須急於囚捕。故次設囚捕二篇。其輕俊、越城、博戲、供假

、不廉、淫侈、踰制、悉入雜法。而刑名加減之例。則爲具法。此卽李悝法經之次第。商鞅以之相秦。極著奇效。故周初至戰國。實爲我國法系發達時代。

因襲時代

第四期 因襲時代

漢九章律及魏律

漢高祖約法三章。卽殺人者死。傷人及盜抵罪。餘悉除去秦法。丞相蕭何以三章法不敷應用。乃於李悝六篇外。益以與律廡律戶律三篇。號『九章律』。魏改定新制。於漢律略加增益。將具律移置篇首。改稱刑名。其餘盜律、賊律、囚律、雜律四篇仍舊。而新增刼略律毀亡律等十三篇。共十八篇。是爲『魏律』。

晉泰始律及隋律

晉文帝令賈充定法律。就漢九章增十一篇。凡律令九百二十六條。計六十卷。故事三十卷。於晉泰始三年告成。號『泰始律』。嗣後宋、齊、梁、陳、周各有修改。至隋高祖開皇元年詔高穎蘇威等更定新律十二篇。是爲『隋律』。

唐律爲日本法律之源

唐代刑書。有律、令、格、式、四種。令者國家之制度。格者百官有司所常行之事。式者卽所常守之法。凡有違背及爲惡者。一以律斷之。四者均以太宗貞觀年間所

修者爲定本。計律三十卷、五百條。令二十七卷、一千五百四十六條。格一卷、七百條。式三十三卷。則以尙書省列曹之紀錄充之。號爲『唐律』。日本法律。卽直接淵源於此。

宋元明律

趙宋初用唐律。旋加修改稱爲『刑統』。凡三十一卷。胡元入主中國。曾於英宗三年頒定『大元通制』。頗改唐宋舊觀。明太祖平定武昌。卽命諸臣作『律令互解』。洪武七年。更頒行『大明律』。篇目一準唐律。凡十二篇。至二十二年重加改訂。明弘治中。又頒布『問刑條例』附諸律文之後。計律文四百六十條。條例三百八十條。共爲八百四十條。

清律概要

清順治三年。令法部詳譯明律。參以滿洲制度。刊布『大清集解附例』。雍正三年。再頒布『大清律集解』。乾隆五年。專設律例館。定五年修改一次。同時頒布大清律例爲四百三十六門。計千有餘條。以後迭經修訂。依同治十年所定。計『名例律』四十六條。『吏律』職制十四條。公式十四條。『戶律』戶役十五條。田宅十

一條。倉庫二十二條。課程八條。錢債三條。市廛五條。『禮律』祭禮六條。儀制二十條。『兵律』宮衛十六條。軍政二十一條。關律七條。廐牧十一條。郵驛十六條。『刑律』賊盜二十八條。人命二十條。鬥毆二十二條。罵詈八條。訴訟十二條。受贓十一條。詐僞十一條。犯姦十條。雜犯十條。捕亡八條。斷獄二十九條。『工律』營造九條。河防四條。通計四百三十六條。此外尚有『大清會典』『六部則例』等書。然均無特別改良。故自漢至清末。完全爲因襲時代。此時代關於法律制度。毫無進展。遂蒙清季領事裁判權設定之恥辱。

鼎新時代
第五期 鼎新時代

清光緒季年。因受領事裁判權之恥辱。乃力謀改良法律。派遣專使赴東西各國考察。並資送學生學習。二十八年。詔沈家本伍廷芳。將現行律例。參酌各法律。悉心攷訂。三十年。設立修訂法律館。關於審判制度及刑律、商律。均次第改革。粗具規模。辛亥革命。民國建立。乃有臨時約法之頒布。關於民事刑事事實體手續各法。

清末粗具規模

五權憲法開公
法上之紀元

民商合一關私
法上之新生命

亦漸次推行。至國民政府成立。對於立法事業。更持注重。本民族民權民生之主義。樹立五權憲法之基礎。於普通所謂立法司法行政三權外。創設監察考試二權。是為治權。由政府運用之。其屬於人民者。則有選舉權罷免權創制權複決權之四種。是為政權。即由人民行使之。又可稱之曰民權。此種憲法。實開公法上之新紀元。其次民商合一。以商法總則中之經理人代辦商。商行爲中之交互計算、行紀、倉庫、運送營業、及承攬運送。一併訂入民法債編中。而公司、票據、海商、保險各法。則特別訂定。俾資適用。尤足闢私法上之新生命。就中債物各編。禁止重利盤剝。提倡誠實信用。縮短消滅時效。限制個人權利。原以保全社會之公益。親屬繼承兩編。釐訂親屬關係。改良婚姻制度。廢止宗祧繼承。提高女子地位。所以尊重天賦之人權。至刑法之特質。廢除刑等制度。訂定科刑標準。嚴示易科限制。縮短緩刑年限。概以個人性格資力爲準則。允與近代刑事政策相符。而民事訴訟法之厲行和解。與刑事訴訟法之增設自訴。尤與人民之心理狀況相吻合。其他土地法、勞工

法、自治法、禁烟法、訴願法、漁業法、鑛業法、船舶法、出版法、工廠法等。類皆斟酌國情。參合時勢。各具特別立法精神。以謀國民經濟之發展。而促社會文化之進步。故其審詳之精詳。規條之完整。體例之周密。較之繼受羅馬法系大陸海洋諸國之國法。殆遠過之。此則吾中華法系鼎新之榮譽。非第可立雪領事裁判權之奇恥。且進而為全世界法律革新之模範焉。

第五章 法學與他學科之關係

法學以社會現象為研究之對象

法學者、以最複雜之社會現象為研究之對象者也。非與其他學科。互相研究。決難期完全之發達。蓋一切學問。皆非各自孤立。他種學科之研究。亦不能認為與法學毫無關係。即不能不借鏡於法學。故法學亦不能不借鏡於他科。茲就其最有密接關係者。分述如次。

第一哲學及哲學史

哲學之意義

心理學

智識哲學

宗教道德與法
律同屬倫理規
範

號稱統一一切學問知識之哲學及敍其沿革之哲學史。皆與法學有密切之關係。無俟詳言。關於哲學之定義。學者間雖各異其說。然撮其要者言之。則哲學者關於自然（即宇宙萬物之總體。）與人生（即由人之行動所生之結果。）之最高窮極統一之知識也。其最廣義之範圍。凡心理學、倫理學、宗教學、認識學、論理學等、均包含之。心理學者。研究精神之活動者也。而其主要之對象。則為精神機關、思想之聯合、本能、注意、感覺、觀念、認識、推理、情念、欲念等。法律不能離人之精神活動而存在。故不可不與心理學之研究相倚而研究之。況今日之實驗心理學。與法學最為密切。尤不能不詳加研究也。認識學及論理學。可合稱之為智識哲學。前者所以研究吾人如何始得認識外界之物。即研究主體與客體之關係者也。後者所以研究吾人所得之知識、及其運用方法之正否。即研究思考之法則者也。明乎此、則知識哲學之重要。不僅有關於法學。且於一切學問知識為必要不可缺者也。至宗教與道德。皆與法律同屬於倫理規範。其學科與法學有密切之關係。更可知矣。

第二社會學

法學從廣汎之意味言之。本可謂爲社會學之一分科。惟今之所謂社會學者。非關於特殊社會現象各學科（如國家法律經濟等各社會學科）之雜然集合。乃以是等諸學科爲基礎之社會性質、個人、家族、國家與各種社會之關係、社會活動之原因、法

則等爲其研究之對象者也。故國家爲社會之一形態。而法律爲人類關於國家生活之法則。其關係之密切。甚屬顯明。故近日法律社會學之學科。大有漸次發達之傾向。

第二經濟學

經濟學之概念

法律爲人類共同生活之準則。而人類生活。則以經濟爲源泉。則法律與經濟學之關係可知矣。且經濟學在研究人類之欲望。其價值論、貨幣論、匯兌論、及經濟思潮論。（即經濟學史）等。與法律上之權利義務極有關係。故立法家及司法家。均不可不了解國民經濟狀況。即不可不從事經濟學之研究。以資法律學之補助云。

第四歷史學

歷史學之重要

歷史於古今之源流。民族之盛衰。社會生活之狀況。政治文化之發展。與夫一切興亡成敗之迹。紀載特詳。故欲研究異時代之法律現象。非詳究歷史上之沿革不可。德意志民族之發展。卽由於歷史與之研究。而以民族精神說爲法律之本質也。蓋歷史與民族之心理狀態。極有關係。法律之主旨。在求民族精神之適合。勢不得不對於歷史上之沿革。詳加研究。此歷史法學派所以著稱於世。而歷史學亦實爲法律學最密切之學科也。

第五生物學及人類學

人類爲高等動物。其發達之程度。雖與其他生物懸殊。然究不能脫離生物進化變遷之理法。故生物學之研究。其補助吾人生活上之法律現象。良匪淺鮮。至人類學之研究。與法律學更爲密切。意大利各國之法學家。對於法律人類學及刑事人類學之研究。極爲注重。而比較法學派對於一般法學之研究。且有人種別比較法之存在。

人類學

生物學

則人類學與法律學之關係。更無俟詳言也。

此外醫學等
均與法學有關

此外如醫學數學物理學化學博物學地理學等。其與法學有直接或間接之關係者。不勝枚舉。蓋法律學既在研究法律上之學問知識。勢不能不借助人類社會諸學科之補助。以完成研究之終極目的云。

第二編 法律

第一章 法律之進化

法律進化之順序
欲明法律之本質。須先研究法律發達之順序。即所謂法律之進化是也。法律進化之

順序。約有種種階段。茲分節而說明之。

第一節 社會現象

社會之進化
法律者係人類現象。國家現象。而更爲社會現象者也。蓋人類非有社會。不能爲生存繼續之發達。故從來有人類生活之必要上由於社會構成之學說。依近時研究之進

步。人類祖先。原係一種哺乳動物。其發達至稱爲人類之程度。實爲社會構成之證明。即社會先個人而存在。而個人乃社會進化之產物。人類之生存繼續發達最適當

之社會狀態。卽爲國家。人類及人類社會諸制度。（宗教、道德、禮儀、言語、美術等）則爲社會之進化。自原始社會進化於國家。而爲直接間接之助長。其社會自身。亦於國家狀態。爲發達之完成。最後更於某程度某範圍。誘起全世界人類之社會生活焉。故法律者。人類社會之產物而爲社會生活之法則也。人類社會未形成國家以前。雖不能認法律之存在。然自原始社會至有法律之時。乃國家進化之端緒。故國家發達。法律亦隨之完成。將來更由國家而爲廣汎社會生活之規律。以爲全世界人類生活之規範。其發達當有不可思議者。

第二節 復讎

復仇爲法律之
起源

人類社會。至如何始有法律。不無研究之價值。依近時社會學者之主張。則以復仇爲法律之起源。蓋原始社會中。人類之社會生活。甚屬簡單。故斯時之社會範圍極小。其組織亦不完全。各個人非依賴社會之共助及社會之保護。不能自給自衛。其

復仇之意義

自衛作用中之最主要者、厥惟復仇。復仇者、於身體財產之受侵害者、及其親族友人等。對於加害者及其近親之身體財產予以損害之報復者也。此種制度。合於人情之要求。且對於無端之侵害。為威嚇之預防。其維持原始社會之秩序。最有效力。故有以復仇為美德。且更認復仇為被害者及其近親同族之義務焉。於原始社會中。

由個人復仇進
為團體復仇

其團體生活之最為鞏固者。厥惟血族團體。因個人復仇之觀念。漸次進步。遂由個人復仇。漸變而為血族團體之復仇。即凡關於一人之被害。其所屬之血族全體。均從事復仇。因一人之加害行為。其所屬之血族全體。共感報復之危險。而為基於血族團體連帶責任之觀念也。故一方較個人之復仇。更為進展。同時他方血族團體。愈增一層鞏固之團結。且為促成社會進化之一階段云。

第三節 復仇之限制

限制復仇所以
原始社會之復仇。雖於個人之生存。種族之維持上。為必要之自衛作用。倘於一團

維持共同生活

體內。恣意報復。勢必妨礙團體之繁殖。害及團體之治安。廢弛團體之凝聚力。而於團體之存在。將生特別之危險。於是團體統一之公權力。遂漸形顯著。且團體之範圍。次第推廣。多數之血族團體。營共同社會生活。其復仇更不能不愈加限制。

復仇之主要限制

茲舉復仇之主要限制如左。

(一)復仇程度之限制。此為對於復仇最古之限制。即自己所受之損害。以同種類同程度施於加害者之限度。為正當之復仇。如目償目、手償手、齒償齒、足償足之所謂反坐法。見於哈謨拉寶法典。(一九五條—一九七條—一〇〇條)及摩西法典(舊約全書埃及記第二十一章二三—二五)等古法中是也。今人雖指此為古代法苛酷之一證。而實為限制苛酷復仇之起源。

(二)復仇者範圍之限制。凡非被害者、及有關係之近親。不得為復仇。

(三)無許可復仇之禁止。即復仇須經團體主權者之許可。否則。不得擅行復仇。

(四)復仇期間之限制。即復仇有一定期間。其逾一定期間者。不得再行復仇。

(五) 非現行復仇之禁止。即須對於現在之侵害爲復仇。否則。應予禁止。

(六) 再復仇之禁止。即復仇以一次爲限。不得再次復仇。

(七) 避難市之設定。原始社會。不問加害者有無故意。概爲同樣之復仇。恆生苛酷之結果。於是摩西法律等古法。有避難市之制度。即凡非故意殺人者逃避其市內。得免復仇。而故意殺人者遁入避難市時。其市之長老及會衆。得審判之。認其無避難之資格時。得出之於市外而交付復仇者。(舊約全書埃及記第二十一章十三、十四。民數紀略第三十五章九—三二。申命記第十九章二、七、十一、十二。)此種制度。一方爲對於復仇之限制。他方爲刑事裁判之起源。

由私力制裁進
而爲公力制裁

團體之公權力。因如斯復仇之限制。同時經社會之進步。公許復仇。更於特種情形。與相手方以搜索逮捕。而爲易於復仇之援助。然僅於私力制裁加以公權力之干涉。洎漸次進化。其復仇遂爲公力制裁之刑罰焉。又古代刑罰爲反坐主義。關於決鬥

裁判等私力制裁所擬之訴訟手續。以被害者或其近親之親告爲裁判之要件。更採被害者及其近親爲刑罰執行之制度。雖不免涉於峻酷。要不外爲進化手段必經之過程。

第四節 賠償

賠償爲代替復仇之制度

復仇於範圍方法等限制外。其漸趨和緩而爲維持和平之手段者。則以賠償爲代替復仇之制度也。此種賠償制度。因經濟狀態之進步及貨幣制度之發達。而廣爲推行。於滅殺復仇之習俗。極著效力。最初以受賠償與否。及是否復仇。純由被害者方面之選擇。洎團體之公權力漸次發達。始有強制受領賠償之傾向。其先對於謀殺故殺等重大侵害。被害者方面於復仇或賠償受領中。有選擇權。而過失誤殺及其他輕微被害。則不得爲賠償受領之拒絕。後漸於被害方面。不得拒絕賠償受領。惟加害者不爲賠償之際。始採復仇之手段焉。至賠償價額。當初僅由當事者間之協定。漸次

由賠償分化爲
刑事罰金制度
民事損害賠償
制度

始有公權力之干涉。最後則依侵害之種類、程度、及被害者之身分、階級。而爲差等賠償額之規定。如哈謨拉賓法典。規定詳細之賠償金額。卽其例也。此種贖罪制度。更分化爲刑法之罰金制度。及民法之損害賠償制度。卽由私力制裁之進化。而爲公權力之制裁也。

第五節 差押

差押爲財產上
之復仇

民事法之起源。亦肇於復讎。可由前節之敘述而推知其大略。於此方面更有應行注意者。卽差押制度也。此制度爲財產上之復仇。凡因他人所生之損害、及他人不果履行義務時。對於其妻子（原始社會以妻子爲夫親之財產）及財物。得以私力差押之。而此差押之進化。約有次之三期。

差押進化約分
三期

第一期 對於差押財物。直接領有。以充賠償而慰憤怒。

第二期 以差押物爲擔保。強制相手方爲賠償或義務之履行。相手方不應此要求時

。始得沒收其差押物。

第三期 差押物之所有者。請求差押物之返還。可訴於團體之首長老等。而請其爲差押當否之裁判。

由私力救濟進
爲公權力救濟

此第三期漸開民事訴訟之端緒。法律先由訴訟法之發達。漸進於實體法。在初期之民事訴訟中。其原告多屬加害者及義務之不履行者云。卽於此方面。由私力救濟之進化。而爲公權力之救濟焉。

第六節 公權力之擴張

公權力之進化

由私力制裁、私力救濟、進化而爲公權力制裁、公權力救濟。乃世界諸民族原始社會共通之事實。而可由人種學及法制史研究證明者也。其進化之端緒。如前述之復仇、差押等。漸加以公權力之干涉。此時代之裁判目的。雖對其事件爲公正之裁決。而實爲和平之維持。迨民族團體。漸次擴大。以謀叛瀆祀婚姻違反等。有危及團

國家完成法律
效用更爲顯著

體基礎存在之罪惡。故以團體之公權力。直接自動處罰之。倘復仇漫無限制。亦有紊亂團體秩序之虞。於是漸知從來個人間之私事。與團體存續之公事。大有關係。由知覺積成經驗。公權力乃漸次發達。而法律之效用。亦甚形顯著。洎民族團體。稍具國家之形態。王權亦次第強大。而法律之進化。遂成爲當然之結果。一方禁壓復仇。他方雖有個人間之賠償。仍不能免除刑事上之責任。於是私鬥族戰。漸漸終熄。而所謂法治國狀態。乃底於成。學者於此現象。名之曰私力之公權力化。蓋即由個人之私力。演進而爲公權力之擴張是也。

第七節 法律之發達

法律因維持共同生活而發達

因上述之結果。乃知法律者。係基於私力之社會化、及公權力化。而發生發達者也。人類於其生理組織上。非有共同生活。不能生存。而人類得有今日之繁榮。蓋因其共同生活之點。比較他種動物有出類拔萃之特長也。依今日學者之研究。人類進

化之原始。即不外共同生活。雖野蠻未開化之人類。亦無不各具某程度某範圍之社會。有社會必有羣居。有羣居即不可無某程度之統一組織。其統一組織之重心。或由親權族父權。或由宗教之威力。或由於一個人之智力體力等。結果其社會組成員之各個人因有機力之聯合。遂生一種特殊之力。內之統一社會之組織。外之與他社會相對抗。其力即稱為社會力。及社會進於國家政治狀態時。其發現政治組織之社會力。稱公權力。而社會之共同生活。不可不有維持此共同生活之法則。此共同生活之法則。以其為社會存續發達之要件。遂漸次勵行其社會力及公權力。因其法則中之社會力與公權力。適於強行。故遂採用強行之手段。其因此社會力與公權力之強行而生之社會生活之法則。即所謂法律是也。故有適當法律之社會。其共同生活之法則。必適於社會之強行。由此因果循環。遂有今日國家及法律之實現焉。

法律為社會生活之法則

第二章 法律之本質

法律之本質。實爲法學上最重要之問題。普通法學通論中。均少詳密之敘述。以著者研究所及。惟日本積惠重遠之法律本質論。最爲精確。茲特介紹其學說而分節說明之。

第一節 通說

法則分技術規
範及倫理規範
兩種

人類爲有理性之動物。故有概括之能力。其意識之活動。非僅支配具體觀念。因達一定目的之履行。不可不有指示一貫行爲之法則。其法則總稱之爲規範。此規範可大別爲技術規範及倫理規範之二種。

第一款 技術規範與倫理規範

技術規範之意義

技術規範者。因達一定目的。而爲指示行爲方法之法則也。如衛生法則、教育法則、文化法則、建築法則等。卽人類欲達各種目的而爲技術規範之適例也。而此各個技術規範遵守之結果。在期一定目的之實現。然欲實現一定目的。必賴人類活動于

以他種目的達到之援助。否則。障礙橫生。目的難期。

倫理規範之意義

人生各種目的。常同時競合。欲期完全達到。其勢良難。不得不於此各種目的中加以選擇。何種目的。應自行犧牲。何種目的。應優先實現。其指示選擇行為之標準。而立指導之原則者。即倫理規範也。故倫理規範。於人類全目的中。為決定人類活動各種目的之相互關係之法則。即於實現一定目的時。依能力之多少。測定技術之優劣。更了解諸目的之相互關係。施以選擇。而由各人之德義判斷其當否也。

倫理規範為各個目的之立界定限。蓋各個目的之形式。因其相互關係之規定。欲求同時達到。其勢難能。但其目的自身。由其內容性質。適應於技術規範之遵守。而自然達到。故於此情況。技術規範與倫理規範之間。又可為實質規範與形式規範之區別。

倫理規範與技術規範之特徵

技術規範。隨吾人生活上應生目的之數量而存在。反之。倫理規範。乃規定各目的間之關係。而為對於人類活動之發現。人類生活方面。不可不有必然之同一。故倫

技術規範爲任意性倫理規範
爲義務性

理規範之特徵。爲單一統括。而技術規範之特徵。則爲各別複數。

技術規範爲指示一定目的到達之手段。故遵守技術規範與否。恆依其人付與該目的之主觀價值而定。反之。其人於活動對象數個目的之間。不可不設定調和之法則而爲必然之服從。以數個目的以上欲同時到達。其間不得不存調和之希望故也。卽技術規範爲任意性。而倫理規範。則爲義務性。

技術規範與倫理規範遵守之
異點

不遵守技術規範之結果。僅不能達到其對象之目的。其懈怠於其人他種之活動。不生何等影響。更於其人以外社會之全體。無何等直接之關係。倘不遵守倫理規範。則其人全活動之調和被破壞。不特影響其人之全生活。而社會全部之利益。亦生重大之關係。蓋人類之利益。集中於二個重心。卽個人與社會是也。倫理規範。不問其根本主義之如何。必於此二種類之利益。爲關聯之規定。蓋社會對各人之諸目的不調和。以及個人利益與社會利益之衝突。均不能不加以注意。以社會對於個人目的與集合之社會目的間。因一定關係之存在。實有利害關係故也。故社會之各員。

有倫理規範遵守之義務。否則。對於違反者。加以批難。其事情重大者。乃至處罰之。即倫理規範之遵守。非一任各個人主觀之判斷。其規範為命令性。而遵守則為客觀之義務性焉。

技術規範屬客
觀性倫理規範
屬主觀性

技術規範與倫理規範之內容。更可為別種之觀察。其內容為技術規範者。屬客觀性。即欲期一定目的之實現。須利用自然力。而自然力之作用。常為嚴格之恆久性。故依一羣現象法則所為之技術規範。乃該自然法則必然之結果。蓋技術規範之內容。係依客觀事實而定。惟其採用與否。則因其人與規範之關係。由主觀觀念而定云。至倫理規範。則非自然現象必然之結果。乃依各人之主觀。為人類活動諸目的之評價。而由各個人之傾向。以定諸目的之相互關係者也。故各人準據倫理規範以調和其全活動。雖屬客觀之必要。而倫理規範之內容。則實屬主觀之性質焉。

第二款 法律規範與道德規範

倫理規範又分

倫理規範。尚非法律直接實質上之必要目的。蓋法律於社會生活之內容。以總括各

爲道德規範及
法律規範兩種

種實質上之利益及活動爲定限。卽非僅特定目的之規範。而爲全生活之規範也。其內容非第自然法則必然之結果。因時與地之差異。法律之事實各殊。甚有完全相反者。故法律尙非倫理規範之全部。其相并而立者爲道德。卽倫理規範。又分爲道德規範與法律規範之二種。

道德規範之效
用

人生各種目的。因人力及手段之限制。欲求全部無限實現。殊屬難能。故各人於各種目的中。不得不爲各目的各利益相對之評價。施以選擇。其表示評價之標準者。厥惟道德規範。故道德規範。爲調和人身競合諸目的之法則。雖孤立社會生活以外之人。亦可適用。

人類因相互關
係而生存

然實際上毫無相互關係而岌然孤立之人。絕少存在。蓋人類生活之主目的。其利益非僅支配個人。乃支配社會生活之一般狀態。卽人非有他人之輔助。殊難生存。故僅謀自己個人之利益。其勢難能。遂不得不兼顧他人之利益焉。

法律規範之效

因人與他人間之關係。非僅自己諸利益相衝突。而自己之利益與他人之利益。其衝

用
突更難避免。於此相異之利益間。欲採用共通標準以爲秩序調和之設立。頗感困難。蓋社會多數之標準相並立。適用道德標準時。僅限於社會全部所承認通行者。始爲共通標準。此種標準。只能決定各個人間關係之大綱。究不能詳及其細目。以各人行爲之細目。係依主觀標準所決定也。抑人類活動之諸目的。因混合、錯綜、關係、從屬各問題。關於個人一身諸目的之評價。雖不甚困難。然欲於自己之目的及利益。與他人之目的及利益爲比較評價。則殊非易易。蓋他人之目的。其所得知者。僅限於外部之徵候。而不及主觀之細目。因未具其細目之知識。卽不能爲目的完全之評價也。欲詳其細目之知識。舍法律規範。其道無由。

道德規範與法律規範之差異

道德規範與法律規範。雖同屬倫理規範。惟道德爲利益評價之標準。法律則爲劃定利益實現之範圍。依此根本區別。道德與法律。遂生種種差異。

(一) 法律規範。存支配自己與他人之關係。其自身與自身之關係。不受支配。道德規範反之。其規定爲自己之義務。

(二)法律規範之適用。以自己之利益與他人之利益相對抗爲條件。從而對於他人利益之存在。應生遵守之義務。若其利益限於自己利益時。他人亦應爲法律之遵守。非經法律上之規定。不得解除其義務。反之。道德上之義務。對於他人之履行。與利益無關。

(三)道德規範。爲絕對義務。法律規範。爲相對義務。卽與權利相對應之義務也。故權利與義務相對待。權利消滅。義務亦隨之消滅。

(四)道德規範。爲關於良心之規定。法律規範。爲外部行爲之規定。故道德不容外力作用之強制。而法律不然。強制云者。不因信念所左右。而爲外部行爲所支配者也。

(五)道德規範。爲個人之法則。法律規範。則爲社會之法則。

柯爾諾夫氏之
學說可代表一
般法律本質論

以上爲俄國柯爾諾夫氏 (Korshunov) 學說之梗概。可代表從來法律本質論之通說。其立論之基礎。雖不無少異。而近世說學說。則概以法律爲人與人間外部關係之規

範。劃分各人利益之界限。保護其範圍內利益之實現。而鎮壓範圍之超過。以期趨於一致之正軌者也。柯爾諾夫氏之說。關於此種理論。極爲詳明。故可推爲法律本質論之代表。

第二款 法律與道德之關係

道德法律分
論

依法律本質論之結果。法律與道德。全然異其內容而爲各別之規範。蓋第十八世紀之頃。個人主義之學說。否認道德與法律之關係。以個人與他人無關。實具有絕對之自由。個人間之關係。由各自任意自由之行爲而生。故法律關於個人自由之範圍。以不侵犯他人之自由爲限度。至各人自由之內容如何。其自由應如何行使。乃屬於道德問題。其明示此區別之嚆矢者。爲托馬鳩氏(Thomasius)。氏以汝所不願爲者。他人不得爲之。爲法律之根本原則。汝對於他人所欲爲者。可對汝自身爲之。爲道德之根本原則云。

托馬鳩氏主張
個人主義

此個人主義之學說。乃對於當時教會之壓迫。國家干涉之過度而發生反響。遂不免

自由主義

有法律道德混同之嫌。蓋法律僅設個人自由外部之界限。而不能制裁個人內部之自由。其基於道德宗教主義之立法者。則謂個人之自由。原於良心自由之壓迫。法律與道德。全然不相牴觸。而最適合自由主義者也。

法律與道德非全然分離

然實際上法律與道德。亦非全然分離。欲強之分離。則法極禍生。爲害滋甚。蓋個人非絕對孤立之自由。社會乃基於個人自由之合意而成立。從而個人間之所謂自由界限。乃以社會存立之要求而定。卽由各個人之社會連帶關係而定者也。法律本質利益之界限。欲全然爲各利益之道德評價。其勢難能。而法律爲劃定行爲之外圍。理論與實際。亦不一致。因法律常生多少變動。不能固執不移也。惟今日之法律。較古法爲優者。卽不重契約之形式。而以其意思之合致爲契約成立之中心點。其於加害行爲。由法律上之性質而定。卽不依被害之結果。而基此加害者之犯意等是也。對於道德法律分離論所生之反動。卽爲道德法律合一論。其明示經過興味之事實者。傳希德氏一七九六年之自然法原論。唱導前說。而一八一二年之法學講義。乃移

道德法律合一

論主張法律爲道德之實現

於後說焉。其後學者間之主張各殊。有以道德法律同屬於道義方面者。有以法律爲指示道德目的之規定者。有以法律爲道德之最小領域者。更有以法律在形式道德在內容者。要之。此派之共同主張。大抵以法律爲道德之實現云。

道德與法律分化之理由

然法律不能爲道德之實現。其事例亦頗顯著。(一)法律之內容實際上非道德者。如法律行爲形式之規定、訴訟手續之規定等。全然離去道德觀念。(二)道德觀念。各人不必一致。而法律在謀一致之實現。故法律乃爲保障道德觀念。宗教思想之自由、而設之規定。(三)因反對道德觀念不一致。遂生法律規定之必要。社會進化。道德與法律之分化。卽基此理由。

論道德法律關係

於此通說中。不左袒道德法律分離說。亦不贊成道德法律合一說。主張道德與法律有別。而爲道德法律關係說者。則前述柯爾諾夫氏之學說也。

第一節 自說

前節爲關於法律本質論一般學者之主張。故列爲通說。本節爲積惠博士對於通說之批評。及個人關於法律本質論之主張。故列爲自說。分述如次。

第一款 技術規範爲法律

對於通說區分
技術規範與法
律規範之批評

通說關於技術規範與法律規範之區別。以法律屬倫理規範。卽法律係人與人間利益實現之劃界。而爲外部關係之規範也。其結論技術規範非法律。從而以技術規範爲內容。亦非真正之法律焉。然就現今法律之實際觀之。其以技術規範爲內容。實有不能謂爲非法律者。日本現行法規中頗多顯著之事例。如最近改正之造船規程。(大正、五、一二、二二、通令六五〇。)(參照明治二九、三、二四、法一六、造船獎勵法。)卽純然以技術規範爲內容。宛若一造船之小教科書也。又鐵道建設規程、鐵道運輸規程、鐵道信號規程、(明治三三、通令三三、三四、三五。)(參照明治三三、法六五、鐵道營業法。)(電氣工事規程(明治四四、通令二六。))等。亦以技術規範爲內容而爲行政法規。其他關於日本帝國議會、裁判所、學校等重

要法規。類皆包含技術範圍。而均不能不承認其爲法律也。抑柯爾諾夫氏所爲技術規範與倫理規範之根本區別。雖屬正當。但關於兩者性質上差違之主張。頗難首肯。氏初以技術規範之不遵守。不過個人對於該目的之結果。不能實現。而其人之外種活動、及社會全體不受影響各等語。殊爲謬誤。蓋社會連帶關係。愈趨廣汎密切。自然力之利用。日益發展。苟不遵守技術規範。則全社會大受損害。故今日技術規範之遵守。實爲社會之重要願望。而氏主張倫理規範有命令性。技術規範之遵守。一任個人主觀判斷之結論。遂亦不能認爲真確。卽技術規範。非任意性而爲義務性。且有時更爲必要之遵守焉。其次氏以技術規範之內容、屬客觀。倫理規範之內容、屬主觀之差別論。亦未便贊同。蓋倫理規範。乃基於人類有機體之自然事實、而爲社會生活之法則。是其確定爲客觀之點。顯與技術規範無異。同時技術規範。因其基礎之自然法則。尙未充分。不能確定爲客觀之點。亦與倫理規範無異。是兩者之確定與否。大致相同。僅其程度上微有差異耳。故當技術標準之技術規範不能

對於通說區別
倫理規範之批
評

確定周知之際。以社會之重心力。明示勵行。如前揭各技術法規。不能謂爲非全然需要之法律也。卽氏以法律規範爲倫理規範之一種。而謂技術規範爲全然異其管轄之別種法則。其根據殊嫌薄弱。

第二款 道德規範爲法律

分倫理規範爲道德規範與法律規範。認兩者間分業之區別。各異其內容而爲別種法則之學說。亦未便輕於承認。

道德與法律同
爲人生主要規
範

此說最初以道德規範爲指示調和個人一身競合諸目的之標準。其範圍雖屬正當。究不免失之狹隘。蓋道德因社會之發生及進化而爲社會生活之法則。本自強慎獨之教化。以完成個人之人格。適應社會之要求。如忠孝信愛等屬於道德規範中之美德。爲個人一身之準則。且更爲個人間關係之準則也。至他方法律規範。亦爲個人間關係之規定。是道德與法律。非如一般論者分業之主張。而同爲人生之主要規範。如刑法之內容。雖全部爲法律規範。同時亦可云道德規範。又憲法民法等各法律規範

。其根本原則。均歸著於道德規範。蓋個人一身諸目的之調和。與個人間諸目的之調和。非真全然各別。毫無關聯也。故以一身諸目的之評價選擇。為道德之標準。不能不顧慮自己與他人社會上之關係。因社會之成立。在調和個人間之目的。其調和此個人間之目的。則全恃道德為準繩。學者以道德法律為截然各別之標準。殊屬謬誤。

道德規範與法律規範之內容相同

其次以法律規範為規定個人間之關係。大體雖稱適當。然各法律中。亦非絕無道德規範。即關於個人一身之道德標準為內容者。如禁酒法、禁煙法、及動物虐待防止法等。不得謂為係個人間關係之規定。蓋前述個人一身之利害。與社會之利害相聯。故雖關於個人自己之道德行狀。依社會之要望。於必要可能之程度。以法律規範為內容。究無不可者。是前述道德規範與法律規範之區別論。其非充分明晰。更為顯然。

通較之定義係

最後以法律係個人自由活動之範圍而為利益實現之限界。此定義係基於自由人權論

基於自由人權
論等舊思想

、各人相敵說等個人中心主義之舊思想。而非適中法律之真髓也。蓋個人自由之保護。與個人自由之制限。雖屬法律之內容。究非法律之終局目的。因法律之正真任務。在為社會生活之規律也。而人類之社會生活。非僅以各人目的與利益之衝突為內容。必各人目的、與利益應合方面。亦復存在。斯為社會生活之真髓。故以法律為各個人利益衝突之立界限定。此種定義。於民法中物權法債權法等財產法規。雖尚相合。然大之對於國家。小之對於法人、夫婦、親子等共同團體各法規。則其主張之定義。非第牽強附會。且更反於此等制度之根本精神矣。

柯爾諾夫氏學
說之缺陷

如斯以一身諸目的之調和、與他人間利益之劃界。為道德規範與法律規範區別之標準說。其根底實具有重大之缺陷。即柯爾諾夫氏此根本區別所列舉道德法律之差違。殊難認為充分澈底也。

(一)法律規範。非絕無支配自身之關係。道德規範。則普通為支配自己與他人之關係。

(二)道德上之義務。雖由他個人之免除而消滅。法律上之義務。則鮮有因他個人之免除而完全消滅者。即國家對於法律上之義務。亦不得悉予免除。國家悉免除法律上之義務時。乃不成爲國家。

(三)權利爲法律規範產物之論。雖屬正當。而權利與義務確相對應之論。則殊非確實。蓋沿革上權利觀念。恆後於義務觀念而發達。又本來性質上。無對應權利之義務。亦無對應義務之權利。即法律上之義務。爲絕對義務。不得以此點爲道德與法律顯著之差違。

(四)以道德爲良心之規定。法律爲外部行爲之規定。亦不過具一面之真理。而不免有誤解危險之虞。道德由良心方面爲行爲之規律。法律則由行爲之規律而爲良心之陶冶。二者之目的。結局相同。其用外部強制與否。畢竟係程度問題。由直接狹義言之。外部強制。不僅隨法律規範。而由間接廣義觀之。雖道德規範。亦由於外部之強制云。

道德與法律同
爲社會法則

(五)要之。道德規範與法律規範。均非個人之法則。而同爲社會之法則也。

第二款 禮式規範爲法律

人類行爲之準則。除技術規範、及倫理規範外。更有一種禮式。自技術上觀之。雖似迂遠。然由直接倫理意義之形式規範視之。則此種禮式。對於維持共同生活之秩序。實有存在之價值。故社會生活之法則。其以禮式規範爲法律之內容者。在中古時代最爲重要。人所共知。卽今日日本之皇室祭祀令(明治、四一、皇室令一。)&及關於皇室各法規。多以禮式爲內容。其他亦非絕無禮式規範者。(例如服忌令、證院法第五條。)&故以法律爲劃定個人間利益法則之定義。及以法律爲倫理規範一部分之分類。均不適於此種法規。

第四款 法律之定義

綜合以上之批評。從來法律本質論之缺點。在以法律爲倫理規範中之分類。而與道德相對立。從而與技術規範不相容。蓋法律有以技術規範爲內容者。又有與道德規

範之主要部分相重複者。故以如斯內容之定義。究不能明確法律之本質。茲依研究之結果。而為法律之定義曰。

『法律者社會生活之規範。依社會力即公權力而強行者也。』

此為法律賅括之定義。係基於社會進化論之法律起源論而來。最屬適當。今更於此定義分析說明之。

法律為規範

(一) 法律者、規範也。即為行為之準則。於同一事情之下。常為同一行為之要求。又於同一事情之下。為同一行為時。常發生同一之效果。故對於個個事件之處分。不可不有法律形式之法律。又規範為因果律之根源。而非因果律說明之點。與自然法則異。

法律為社會生活之規範

(二) 法律者、社會生活之規範也。即社會生活之必要。利用自然力之技術規範。得為法律之內容。如關於國家諸機關及公私法人組織之法規。即其顯著之實例。又道德規範。亦畢竟為社會生活之規範。以其於社會生活之根底。有重大之關

係。當然視爲法律之內容也。此外如禮式及其他之風習規範等。於必要之際。亦均爲法律之內容。

規範爲廣義行
爲之準則

(三)規範云者。乃廣義之行爲準則。而非限於命令禁止之狹義也。法律之大部分。雖含有命令或禁止之意味。然亦有種種例外。如保障信教自由之規定。及無主物因先占取得所有權之規定等。其裏面雖可附會爲對於第三者之命令或禁止。而自其正面觀之。則命令禁止。究不得認爲該法規之真髓。又如債權法、物權法之規定。其起因雖對於他人之行爲爲命令或禁止。而今日則實爲對於權利者一定行爲之保障。且以付與其一定行爲之效果爲主眼云。卽法律不必爲強要之規定。乃於某行爲爲容許。或因某行爲發生某結果之內容而爲可能之規定也。蓋構成社會生活人類之行爲。非僅命令作爲、與禁止不作爲已也。雖隨意之作爲與不作爲。亦存於其中。而此隨意之行爲。其結果受保護時。亦實爲社會生活上之必要。故某學者謂容許雖非命令。然依特別威力之容許。與命令禁止。

有同等價值。而同為法律之內容焉。

法律為社會生活之強行規範

(四) 法律者、社會生活之強行規範也。即社會生活直接第一次之規範非法律。必因強行為第二次社會生活之規範。乃得謂之為法律。故從來之法律本質論。以法律道德立於同一之水平面而為社會生活規範之種別。其觀察之謬誤。實原於層次之混淆。蓋強行者、依外部之力。對於適用規範之個人。強要為規範之遵守也。其不遵守規範時。則施以違反規範之制裁。又因補正不遵守規範之結果。於個人或容許行為之際。預定其結果之實現。即所謂強制是也。社會規範。固隨社會之強制而生。即道德規範。亦不能認為無強制。蓋此種強制。由社會重心力之發現。甚為明確。其因此強制而生之規範。是為法律。惟社會生活之規範中。其性質有不適於強行者。亦有於社會生活上。無強行之必要者。故僅屬社會生活之規範。尚不得謂之為法律。

(五) 法律者、依社會力即公權力之強行而為社會生活之規範也。社會因有機力之聯

合。以繼續其共同生活狀態。故社會常由其組成員各個人爲有機力之聯合。而生統一社會之社會力。此社會力漸顯著爲社會之重心時。卽爲社會發達之徵候。其發達至某程度。更因社會力之保持。而爲有組織之社會時。其社會、卽稱之爲國家。此社會力則稱之爲公權力。而道德規範。始隨社會生活諸規範而爲社會生活之產物。更依社會力之維持。遂生社會生活規範之遵守。最後因社會生活具有強行之必要時。其規範與無強行之他規範異其性質。而有特殊之效力。是卽謂之爲法律。蓋社會至發達爲國家。其社會力爲公權力。而生強行之規範。乃爲最完全顯著之法律。惟此中有應加注意者。卽未成爲國家之原始社會。亦得爲法律之存在。其組成國際社會以上之國際法。更不能認爲非法律也。於國家法律規範之具有強行方法者。如刑罰及民事上之強制執行。行政上之強制執行等。均爲具體之強制手段。故學者間有以如斯具體強制方法之存否。爲法律與非法律區別之標準者。然國法之規定中。其不存如斯具體之強制者。亦

復不少。國家基本之憲法。即其事例之最顯著者。蓋強行云者。不必具備具體之強制手段。乃依社會國家之實力而為終局之擔保。因此終局之擔保。遂有具體強制手段之效力。故國家根本之憲法。具有最大強制力。而國際社會之國際法。亦不失為強行共同生活之規範焉。

道德規範因強
行而為法律規
範

(六)此定義之最大利益。在明瞭道德與法律之區別關係。兩者同屬倫理規範。並非異其內容而屹然各別。乃道德規範因強行而為法律規範也。即道德規範中。有強行之必要。且有強行之可能者。始得稱之為法律。其無強行之必要。且無強行之可能者。不得謂之為法律。同時道德以外之規範。如禮式規範、風習規範、技術規範等各社會生活規範中。具有強行之必要。且有強行之可能者。亦得視之為法律規範也。蓋法律為道德之實現。雖具一面之真理。但法律非道德全部之實現。而道德之實現。亦非全部之法律。即法律之目的。在有強行之必要。且有強行之可能而為社會生活之規範。其為此社會生活強行規範之重要部分。

。實不外道德規範之一部分焉。

道德規範之遵守爲法律上之義務

(七)道德規範爲法律規範時。其規範之遵守。爲法律上之義務。蓋規範之遵守本爲道德上之義務。不因其爲法律規範與否而生變更。又技術規範、禮式規範、風習規範等之遵守。其自身非有道德上之義務而由法律規定時。其遵守亦爲法律上之義務。至法律之遵守。則爲社會道德之重要義務。以其因法律上之義務而取得道德上之義務性質也。故道德上之義務。雖非法律上之義務。而法律上之義務。得視之爲道德上之義務云。於此意義中。道德規範與法律規範。可總括之爲倫理規範。

應探道德法律關係論

(八)以如斯觀念說明道德與法律之區別關係。可防止由道德法律合一論及道德法律分離論所生之弊害。蓋道德法律合一論。其弊傾於法律萬能主義。而以道德上之要求爲法律化。道德法律分離論。其害由他之意義。陷於法律萬能主義。而以不違背法律爲盡其能事。惟依吾人道德法律關係論。則法律上之善惡。不外

爲道德上善惡之一部。而以爲善無足、爲惡無不足、爲善之一部。卽僅爲法律上之善。而不得謂之爲盡善。至法律上之惡。道德上亦不能不以惡視之。例如時效制度。爲道德法律合一論所否認。而道德法律分離論者。則因時效取得權利。免除義務。乃視爲當然之準則。蓋因其觀念各殊故也。惟折衷吾人之道德法律關係論。既可明時效制度之精神。同時更因時效而知解除道德上之義務焉。

排斥惡法亦法
之命題

(九)於此惡法亦法之命題。不得不排斥之。惡法果足云法。則法之不守。實爲道德上之善。此種觀念。殊不足採。蓋法之所以爲法者。非僅具有公權力強行之形式。而以社會生活之規範爲內容。乃其必要之前提。其內容背反社會生活之要求時。僅屬形式上之法律。不得謂之爲真法律也。但他方關於法律之安定。亦爲社會生活重要之要求。故社會生活之規範。於客觀不能確定之際。因公權力之強行。不能不認爲具有法律之效用。雖其內容與社會生活之要求相背反。然

本定義便於法律學各部門之說明

客觀上既不能明確認定。其法律雖屬惡法。亦不能斷定其為非法律也。

(十) 法律依公權力之強行而為社會生活規範之定義。於法律學諸部門之任務。便於統一說明。普通所謂法律學者。為分析之現實法學。即公權力之現實如何。於如何社會生活之規範。適於強行。又社會生活之規範。如何付與特別之性質。而為分析之說明也。立法學則於如何社會生活之規範。為如何強行之研究。歷史法學則於如何社會生活之規範。為如何強行之探討。原始法學（人種法律學）則窮溯社會生活之規範依公權力而強行之起原。而法理學則對於社會生活之規範依公權力之強行作用。而推論其抽象之原理也。

第五款 法律命令說之差異

分析法學派所為之法律定義

法律為依社會生活規範之社會力即公權力而強行之定義。或以之與法律為主權者命令之定義相混同。此即法律命令說之觀念。而為古來一般廣行之學說也。其確立此說者。為英國分析法學派之奧斯丁氏。綜合此派之觀念所為法律之定義如左。

「法律者、於一獨立政治社會。政治之優者對政治之劣者。因其行爲之希望。對於違反者表示惡報之旨者也。」

此定義中之所謂政治優者。卽「主權者」。希望之表示。卽「命令」。惡報卽「制裁」也。要之。法律不僅以主權者之制裁爲強行之規範。而實爲主權者制定之命令云。然對此命令說。依積惠陳重博士之法理學講義。得爲如左之批難。

對於命令說之批難

- (1) 命令說爲形式論。而非表示法律之實質。
- (2) 以慣習法爲命令。殊有未當。
- (3) 以法律爲主權者之命令。與歷史上之事實不符。
- (4) 法律既爲主權者之命令。主權者何故不能不服從法律。未據說明。
- (5) 以法律爲命令。遂生國際法非法律之結論。
- (6) 以法律爲命令。則解釋法宣言法廢止法等。其結局均非法律。
- (7) 法律由人民之總意及社會之需要而生。非出自個體意思。

英國分析派之
學說近漸改良

(8) 命令說於義務本位之法律。其說明雖屬適當。而權利本位之法律。則殊難說明。

(9) 命令說於語原學上。頗有謬誤。

因如斯之批難。英國分析派之法律本質論。近時雖為相當之改良。於主權者制定之法制。代以主權者強行之法則。更於主權者之強行。代以裁判所之強行。然於前記各批難。尚不足為充分之解答。吾人之正義。於以法律為強行規範之點。雖似近世分析派之觀念。但強行規範之實質。為社會生活之規範。及強行作用之原力。均以社會力為立論基礎。與新舊分析派之定義。其出發點截然不同。對於命令說前記各批難。亦無一不應以吾人之定義為適當。

第六款 法律與自然法則之區別

法律與自然法
則區別之學說
有二

法律與自然法則之區別。學者間之議論。頗涉紛歧。法律者固意思而發為命令。自然法則。乃全然為別種觀念而基於從來之勢力。惟法律因必然關係之表示。與自然

法則無異之說。亦爲近時有力之主張。兩說雖各具理由。但亦不能無批評之餘地。蓋法律之內容。爲社會生活之規範。法律強行之原力。爲社會力。人類因社會生活各事項。一方隨社會生活而生社會生活之規範。他方因社會力之發達凝固。均無非本於自然現象。法律之意思云者。因人爲有機力之生物。法律以命令爲基礎。乃出於人類有機體生活上之要求。卽於此意義。法律爲自然現象。而法律現象。則應受自然法則之支配。然法律爲人爲之規範。而非自然現象。卽不能以自然法則視之。又法律現象。僅可爲科學研究之對象。而不能以法律規範直認爲自然法則也。蓋自然法則與法律規範。具有一致往復之現象。卽於必然因果關係表示之點。大致相同。而法律存在之理由。乃在此同一往復之現象。如殺人者刑。落體直下。爲刑法與物理學之原則。倘殺人者不科刑。落體不直下。則必別有原因。決非偶焉而然者。故物理學落體直下之語。不過爲自然現象認識之表示。而刑法之殺人者刑。則此現象希望之表示也。認識僅屬於當否之問題。希望則更生實現之問題。而法律則依

社會力之擔保。而具有強行之希望。因有此希望。始得爲此現象之實現。卽所謂自然法則者。乃必然因果關係之紀述。而法律則爲必然因果關係之原因。兩者雖同名爲(Law)。然究非同一種類。而實有顯著之差異。故以法律爲事物自然關係之論。雖採法律淵源論。而以法律規範爲法律本質論。則不能不認爲失其正鵠云。如斯法律現象。雖屬自然現象。而法律究不能認爲自然法則。僅爲法律因果關係之原因。此吾人以現實理想主義爲法律學立腳點之理由。而法律與法律學之價值。卽於是乎在。

第七款 法律與宗教之區別

古代法律與宗教混同

法律與宗教。古代幾於混同。宗教之精神。恆以法律之形體表彰之。如羅馬之神法與法律。日耳曼古代之宗教與法律。彼此錯雜。鮮有界說。而印度之馬倫法典與猶太之摩西經典。法典與宗教。完全符合。卽其明證。晚近民智日啓。教權寢微。宗教與法律。始漸釐然。蓋宗教以迷信爲本。而忱人以未來之禍福。以維持社會之秩

宗教爲良心上之制裁法律爲外部之強制

序。其立教之旨。在於感化。俾斯民本其畏神崇教之心。不敢蹈非禮踰矩之行。偶萌惡念。則有因果報應之說以警之。故其效用限於良心上之制裁。而不能爲外部之強制。法律不然。去迷信。棄教義。有犯斯刑。無待未來。以公益爲目的。以權力爲後盾。凡表現外部之行爲。均由法律支配之。故其效用。最爲廣大。依公權力之強行。遂爲人類社會生活之規範。此卽兩者區別之大較也。

第八款 法律與政治之區別

法律爲形式政治屬實質

法律與政治相對待。關於二者之區別。亦不可詳加研究。法律之要爲形式。政治之要在實質。無論何國。有形式上之法律。必有實質上之政治。而政治之推行。且必藉法律爲運用之準則。故法律可比之國家之骨骼。而政治乃爲國家之精神。無骨骼則精神固無所附麗。無精神則骨骼亦難以獨存。兩者輔車相依。實爲國家不可缺之要素焉。又法律之形式有定。而政治之變化靡常。美儒巴多氏(Bald)之言曰。專制國家。常有共和國之精神。共和國。亦常有專制國之精神。欲究國家之真象。當

於形式上求之。不宜於精神上求之。其所謂精神者。卽爲政治。而所謂形式。則爲法律也。精神無定形。形式有定形。故自國家法律觀之。孰爲君主。孰爲民主。甚屬瞭然。而自其政治上言之。則時而君主。時而民主。變幻靡定。蓋由法律區別國體易。而由政治區別國體難。以法律屬形式。而政治屬精神故也。故政治雖藉法律以行。然因政變靡定。時勢推移。恆有與法律不符之概焉。

第三章 法律之內容

法律爲社會生活之規範

法律之本質既明。於是乃進爲法律內容之研究。法律之內容。爲社會生活之規範。卽社會全體及社會組成員之各個人。欲謀人類生活之安定完美。而爲社會利益及個人利益之保護者也。茲分節說明如次。

第一節 法律爲利益之保護

法律保護之利益有三

法律之內容。其首要之目的。即爲利益之保護。關於法律保護事項。美國哈佛大學教授巴多博士(Bald)臚列甚詳。即個人利益、公共利益、及社會利益是也。分列如左。

個人利益有三 第一、個人利益。計分三項。

(一)人格之保護。如身體、名譽、信仰及意見等保護屬之。

(二)親族關係之保護。如婚姻、繼承等法律關係屬之。

(三)物質上之保護。內分四種。

(甲)財產。如財產繼承及遺囑處分等屬之。

(乙)職業及契約之自由。即職業可由個人選擇。契約基於雙方當事人之合意是。

(丙)約束利益。即對於利益爲相當之限制。

(丁)與他人利益之關係。即契約、社會、職業、公務、親族等「結社權」之

保護。

公共利益有二 第二、公共利益。計分二項。

(一) 法人及國家之利益。如人格之保護、物質之保護屬之。

(二) 公共事業之保護及國家之利益。

社會利益有六 第三、社會利益。計分六項。

(一) 一般之安定。如安全、健康、和平秩序、及交易之安定、取得之安定等屬之。

(二) 一般道德。即提倡公共道德。以維持社會上之共同生活。

(三) 社會制度之安定。即因有法律上之保護。社會制度。始有保障。

(四) 自然力之利用保存。自然力如水力風力電氣力等屬之。非有法律上之保護

。不能利用保存。

(五) 殘缺者及應受扶養者之保護。如公共醫院、嬰兒院、養老院等法律組織屬

之。

(六)個人道德及社會生活。因保護個人道德。而社會生活。乃愈形鞏固。

第二節 法律爲正義之執行

法律非自然法則。不必恆久不變。因時與地之關係而常生變化。其變化之最顯著者。則因社會生活規範中。有法律與非法律之別。如前節之諸利益。不必常爲法律之內容是也。抑各個人於社會之所應取而取。所應與而與者。爲法律之目的。法律家稱之爲『正義』。而法律卽正義之執行也。惟正義之執行。其原力有三。卽(一)宗教。(二)道德上之輿論。(三)國權是也。其由國權爲正義之執行者。並非全部之法律。卽隨時隨機之處分裁量等。亦得爲正義之執行。如裁判官卽爲最顯著之正義執行機關。而存於國家或法律以前者也。故裁判官之任務。不必僅由法律爲正義之執行。法律乃對於裁判官之自由裁量。加以發達之限制者也。卽正義之執行。有由法

正義執行有由

法律與不由法律之別

律與不由法律之別。乃因時與地及正義執行之人。於兩者相互之範圍以爲消長者也。蓋社會生活之規範。非全部適於法律之強行。故法律之採用。依巴多氏之主張。有法律之利益及法律之弊害二方面。分列如左。

五 法律之利益有

第一、法律之利益。計分五點。

(一) 法律指示正義執行之途徑。

(二) 法律可防止個人判斷之謬誤。

(三) 法律可防止正義執行之人爲不正之圖謀。

(四) 法律與正義執行人表示社會確定倫理觀念之標準。

(五) 法律有與正義執行人以前各個人全經驗之利益。

四 法律之弊害有

第二、法律之弊害。計分四項。

(一) 法律爲事與人一般包括之制定。且不顧個人性而常爲專斷之適用。

(二) 法律學及法律組織之發達。雖以法律爲手段。實則傾向於目的。

(三) 法律及法律組織之發達。不由法律爲正義之執行時。頗有侵入正當領域之傾向。

(四) 法律表示確定倫理觀念。在過渡時代。不能與現在進步觀念相一致。常於現在需要及正義觀念中。含有不適應之成分。

第三節 法治演進之順序

法律之特性

法律於一方有恆久性。他方則有變化性。同時一方具有自然性。他方則具有人爲性。蓋法律之基礎。爲社會生活之規範。乃基於自然而發生發達者也。其因此自然發達之進化而有法律效力者。卽爲慣習法。而他方社會生活之規範。其構成則含有人爲之成分。以法律之大部分。由國家制定。類屬人爲作用故也。卽何種社會生活之規範。可爲法律。及應具如何形式。始得謂之爲法律。雖間接由社會之輿論而定。其結局實直接由社會當時正義執行之人之智慮而定也。故人智之發達。於法律之本

慣習法爲自然
性制定法屬人
爲性

法治進化之順序大別爲五期

質及目的有正當之了解。從而爲正義之執行。卽所謂『法治』之範圍方法。乃因進化而益形發達者也。今溯法治進化之迹。大體爲左列順序。

古代法時代

第一期、古代法時代 此時代爲專制君主之命令。無所謂成文法。而以慣習法爲標準。其法治之範圍。尙未及社會生活之全般。

嚴格法時代

第二期、嚴格法時代 此時代由主權所定之成文法爲正義之執行。漸次擴大普及。而法文之解釋適用。特爲嚴格之注重。故一方生鞏固國家主權強大之結果。他方則認鞏固國家主權。發揚光大。爲事實上之必要。

自然法及衡平法時代

第三期、自然法及衡平法時代 此時代對於嚴格法主義之反動及世界國際社會觀念發達之結果。遂發生以自然法、衡平法、萬民法爲補正國法之思想。其主眼如左。

(1) 尊重個人人格爲權利之主體。

(2) 由形式趨重實質。

(3) 崇尚信義。

(4) 限制不當利得。

法律成熟時代

第四期、法律成熟時代 此時代併用自然法衡平法運動之主張。故國法漸臻完備

。國際法亦漸形發達。而國法則由義務本位之狀態。一變而為權利本位。其主
眼有左列二點。

(1) 個人之平等。

(2) 社會生活之安定。

法律社會化時代

第五期、法律社會化時代 此時代社會生活。日益複雜。社會政策之必要。愈形

顯著。乃由個人主義。代以集合主義。由自由放任主義。進而為國家干涉主義。
。而法律為社會生活規範之真面目。亦極形發揚。前此以個人為本位之法律。
遂轉而為以社會為本位。此即現在之趨勢。名曰『法律之社會化。』於是老弱者
貧困者之社會保護法。及以集合契約為中心之勞働法等。皆因此新傾向而益趨

重要焉。因此新傾向之結果。對於原來法律上之大原則。頗有種種限制。略述如左。

- (1) 財產權行使之限制。——權利之背於社會者。禁止濫用。
- (2) 契約自由之限制。——締約契約。須不違反法律上之規定。
- (3) 處分權之限制。——即處分權須依法律規定之範圍。
- (4) 債權者及被害之請求權。完全滿足之限制。
- (5) 無過失損害賠償責任。——被傭者之行爲對於雇主之責任。
- (6) 變更從來共有物及無主物之觀念而爲公有物。
- (7) 關於一家家族在社會上之利益。由法律予以保護。

第四章 法律之類別

法律爲社會生活之規範。故其本體。完全相同。惟因性質及形式上之差異。約有種

種之類別。茲舉其最要者而分節說明之。

第一節 成文法及不文法

成文法一曰制定法

成文法者。國家（公權力）以文書制定公布之法律也。其手續通常應由立法機關之制定。由行政機關之公布。如我國之現行民法刑法等凡經過立法院之制定而由國民政府公布施行者。皆稱為成文法是也。故成文法一曰制定法。惟於此有應予注意者。

成文法固以經過立法機關之制定為原則。惟例外雖未經立法機關之制定。如政府之命令及地方自治團體制定之條例規則等凡在不文法範圍以外者。亦皆屬於成文法。且有以國際條約列於成文法之中者。如德國新憲法第四條之規定。其一般認定國際法上之條規。亦與法律有同一之效力是也。

不文法一曰習慣法

不文法者。不依制定公布之形式。而由國家（即公權力）認定有法律之效力者也。如習慣、判例、學說等。其發生法律上之效力。乃由於國家公權力之認定。並非以文

書制定而公布之也。故不文法與成文法相對待。學說上一稱之曰習慣法。關於習慣法之研究。於下章法律淵源中詳細說明之。

不文法先成文
法而發生

考究法律發達之迹。不文法之發生。實先於成文法。蓋法律爲一般抽象之規範。國家之原始。不必爲一般及抽象規範之制定。乃因習慣及判例爲個別具體之實行。漸積而爲一般抽象之規範也。嗣以習慣之存在及內容。時有不明瞭不正確之遺憾。而判例亦不免受具體事實之拘束。而不得爲一般通行之短處。故當社會生活擴大複雜。飛躍發達之際。僅以習慣判例等不文法爲法律規範。殊不足以應社會之需要。於是成文法之必要及便利。乃日益增長。他方又因言語、文章、論理、組織等關係。人智逐漸進步。社會之重心力。凝集於一人或數人。其社會之先覺者、指導者。遂具有法律制定施行之權力。更由國家政治組織之整頓。法文起草、審查各機關。設備完善。而成文法之發生發達。於是遂不能不占法律重要之部位。故現今各國。概以成文法爲基本法。不文法爲補充法一卽夙以習慣及判例爲基本法之英國。其成文

現今各國以成
文法爲基本法
不文法爲補充

法

法之勢力。亦日益增長。此蓋當然之趨勢。而為社會生活規範發達。必經之途徑云。

第二節 國際法及國內法

國際法及國內法之意義

國內法者。依一國家（公權力）之認定而為強行之法律也。國際法者。依數國家之認定而規定國家相互間之權利義務之法律也。國內法中。不問成文法與習慣法。均行於一個主權之下。藉主權之強制力。而羈束全國人民。國際法則不然。各國均擁獨立無上之主權。不受他國主權之羈束。凡屬國內法上之強制力。不能施之於國際法。故學者中遂有指國際法非法律。而謂之為國際禮讓。或謂之為不完全之法律者。主張國際法非法律者。其說有三。第一說、以國際法無強制力。第二說、以國際法無立法者。第三說、以國際法無裁判所是也。其主張第一說者。為英之奧斯丁氏。其言曰。法律之強行力。不僅為實行法律之手段。且為法律成立之要素。故無強行力

國際法非法律之學說及批評

之國際法。不得謂之爲法律云。然以余輩觀之。無強行力者。究不失其爲法律。國內法之中。亦有無強行力者。如氏商法中各規定。多屬容許法。卽其例也。況法律之要素甚多。強行力僅居其一。因時代之變遷。應社會之需要。雖無強行力之國際法。究不能認其爲非法律也。第二說以國際法無立法者。故非法律。然細觀國際條約之成立。類皆經由各國立法機關之通過。是國際法亦非絕無立法機關之議決。卽不能以非法律視之。第三說以國際法無裁判機關。故非法律。然如海牙和平會。往往判斷國際間之紛爭。今之國際聯盟。其判斷是非之權。較海牙和平會之效力。尤爲強大。此說以國際法無裁判機關。殊欠允當。

國際法權指國
際公法

本上三點。國際法之爲法律。甚屬顯明。惟茲之稱爲國際法者。係指國際公法言。若國際私法。實爲國內法之一種。而爲規定本國法與他國法適用範圍之法律。故不屬國際法之範圍。其詳容後說明之。

第三節 固有法及繼受法（附子法及母法）

固有法及繼受法

固有法與繼受法之區分。不在本質與形式而在法律成立之來源。固有法者。即國家原有之法律。其內容根據於本國固有之社會狀態及民衆心理而定。最適合本國之風土、人情、禮俗、習慣。如我國明清以前各律例均屬之。繼受法則爲模仿外國法而制定之法律。如日本之大寶律令。係模仿我國之隋唐律例。德意志之民法法典。係模仿羅馬之制定法典。是隋唐律例爲日本之繼受法。而羅馬法爲德意志之繼受法也。

子法及母法

因此繼受之事實。遂生系統之關係。其所淵源之外國法。稱爲母法。繼受而成之法。則稱子法。就日本言。隋唐律例爲母法。其大寶律令爲子法。就德意志言。羅馬法典爲母法。其新制之民法法典爲子法。蓋取子母相承之義。以示法律之淵源也。要之。古代民智未開。交通閉塞之際。與他國絕少往還。亦無繼受他國法律之機會。故其通行之法律。大抵爲適合本國風土人情禮俗習慣之固有法。洎文化日新。交

古代國家多固有法今日國家多繼受法

通便利。國際往來。益形發達。借助他山。參酌外制。比比皆然。故繼受法遂爾盛行於各文明國間。如我國各種法律之制定。多擷取他國之成規。卽其例也。

第四節 普通法及特別法

普通法與特別法區別之標準有三

以地爲標準

普通法與特別法之區分。以法律效力所及之範圍爲標準。而其範圍之廣狹。則因地、因人、因事而各殊。故普通法與特別法之區別。約有左之三意義。

第一、以地爲標準之普通法及特別法。此區分法。以國境爲基礎。施行於領土一般原則之法律。爲普通法。其僅於領土內一部分施行之法律。爲特別法。如我國之民法、刑法。適用於中華民國全國之領土。是爲普通法。若各省各市各縣之單行條例。其範圍僅限於各該省市縣。而不能及於全國。是爲特別法。

以人爲標準

第二、以人爲標準之普通法及特別法。此區分法。以受法律適用之人民爲基礎。凡行於國民全般之法律。爲普通法。其僅行於國民一部分之法律。則爲特別法。

如刑法對於一般國民。皆得適用。卽爲普通法。若海陸軍刑法。惟對於海陸軍人適用之。則屬於特別法。

以事爲標準

第三、以事爲標準之普通法及特別法。此區分法。以受法律適用之事務爲基礎。

關於一般廣汎事項適用之法律。爲普通法。關於特別事項適用之法律。則爲特別法。如民法適用於一般民事事項。刑法適用於一般刑事事項。均屬普通法。若懲治盜匪條例。則專對於盜匪事務而設。票據法則專對於票據事務而設。皆特別法也。

普通法中有特別法

以上三種標準。非絕對之區別。乃相對之區別。蓋普通法中。未始不有特別法。如民法本爲普通法。然就規定未成年者、禁治產者、以及婚姻事項、繼承事項等分析觀之。則又可視爲對於特定人與事之特別法矣。又特別法有時亦可認爲普通法。如商人通例。對民法言。爲特別法。然對於公司法、票據法、海商法等。則公司法

特別法有時爲普通法

、票據法、海商法等皆特別法。而商人通例。則又屬諸普通法矣。

特別法優於普通法

普通法與特別法之區分。其實益在適用「特別法優於普通法」之原則。即特別法與普通法並存時。則先適用特別法。而後適用普通法是也。例如對於海陸軍人之犯罪。應先適用陸海軍刑法。而以普通刑法為補充。又如關於商事糾紛。應先適用商人通例。而以民法之適用為補充。是即特別法優於普通法之適例。而為法律適用之大原則焉。

第五節 強行法及任意法

(附命令法及禁止法
又補充法及解釋法)

強行法及任意法之區別

強行法與任意法之區分。以法律之遵守。能否任私人之選擇以為斷。即其法具有強制性。不准以私人之意思變更選擇者。是為強制法。其法雖有明確之規定。仍許私人以意思變更選擇者。則為任意法。強行法大概以公益上之理由而制定。有關於國家之安甯秩序。故不許以私意為選擇。應悉遵法律之規定。如憲法刑法行政法等多數公法法規屬之。任意法則大體於公益上無甚關係。其制定係基於個人之意思。雖

有主張公法爲
強行法私法爲
任意法者

公法亦有任意
性私法亦有強
制性

有規定之明文。然變更左右之。亦於國家之安寧秩序。無何等妨礙。故容許私意之選擇。而不必爲一定之遵守。如民法商法等多數私法法規屬之。因此結論。學者間遂有以公法爲強行法。私法爲任意法之主張焉。

公法雖多屬強行法。私法雖多屬任意法。然從實際上觀察之。則公法究未必盡屬強行法。私法究未必盡屬任意法。如選舉法本爲公法。然人民可任意拋棄選舉權而不爲投票。民事訴訟法亦屬公法。然關於裁判上之管轄。可容許雙方當事人之合意（民訴二三條）。是公法亦具有任意性而爲任意法之明證也。又民法本屬私法法規。然權利能力行爲能力及自由。均不得拋棄（民法一六條及一七條）。而男子未滿十八歲。女子未滿十六歲者。均不得結婚。（民法九八〇條）是私法亦具有強制性而爲強行法之明證也。觀此則公法爲強行法私法爲任意法之說。殊難認爲正確。

強行法與任意
法區分之效用

要之。強行法與任意法之區別。須視其性質及事務而定。不能遽以公法及私法而判斷之。至其區分之效用。則凡違反強行法者。其行爲概屬無效。甚至有受刑罰上之

強行法又細別
爲命令法及禁
止法

制裁者。如刑事處分、行政處分等。卽其例也。若任意法之違反。只須當事間別無異議。其行爲卽可生效。如民法中之債權法。規定債之清償。得由第三人爲之。（民法三一一條）然雙方當事人間另有訂定。不許第三人清償者。則應以當事人間之訂定爲有效。卽其例也。惟此項特約。既經合意訂定。則發生法律上之拘束力。不能任意翻悔。擅自變更。此又適用上所宜注意者。

強行法中可細別爲命令法及禁止法二種。命令法卽強制其爲某行爲。而禁止法則強制其不爲某行爲也。如各國憲法規定人民有納稅義務。以及驗契條例。印花稅規則等。均屬命令法。若刑法、違警法、禁烟條例等。則均屬禁止法。卽其例也。惟此種區分。亦不囿於公法私法之界限。民法及其他私中法。屬於禁止法者。實例甚多。如法定利率之限制。結婚年齡之限制等。皆禁止法也。故此種區分。宜詳究法規之內容。卽同一法規中。有屬命令法者。亦有屬禁止法者。更不能以公私界限而妄加斷定也。

任意法又細別
爲補充法及解
釋法

又任意法中可細別爲補充法及解釋法之二種。補充法乃補當事人意思表示欠缺之法規。即國家預設認爲適於條理之規定。於當事人不自定其實在法律關係之內容時。使之遵守適用。以完成其效力是也。如甲與乙爲婚姻。關於財產之所有。不另結特別契約時。應適用法定財產制。（參照民法第四編第二章第四節第二款）即其例也。解釋法乃解釋當事人意思之法規。即國家本於普通一般之慣例。推測當事人之意思。而設認爲適於當事人意思之規定。於當事人意思表示不完全。無從確知其實在法律關係之內容時。使之適用。以釋明當事人之意思是也。如甲買受乙之物品。關於價金之交付。別無規定時。應適用民法第三百七十一條之規定。其價金應於標的物之交付處所交付之。即其例也。

第六節 實體法及手續法

實體法與手續

實體法與手續法之區別。因法之關於權利義務之實質。抑關於運用權利義務之手續

而定。凡規定權利義務實質之法律。稱爲實體法。凡規定運用權利義務手續之法律。則稱爲手續法。手續法爲輔助實體法施行之程序。故一稱助法。又曰程序法。更曰形式法。而實體法則一稱主法。蓋主與助相對待。實質與形式相對待。而手續與程序。則又名異而實同也。如憲法爲實體法。選舉法、考試法等。則爲程序法。民法爲實體法。民事訴訟法則爲程序法。刑法爲實體法。刑事訴訟法則爲程序法。卽其例也。實體法在規定權利義務之實質。凡個人間相互權利義務。或國家與個人間相互之權利義務。皆規定於實體法中。惟此種相互之權利義務。應如何施行。其違反實體法之規定時。應施以何種強制。不可不有實施運用之手續法。故手續法者乃專規定實施權利義務之方法。及對於違反者加以制裁之方法。以助長實體法之效用者也。如甲爲權利者。乙爲義務者。乙對甲苟不爲義務之履行。則甲可具訴於法院。請求根據實體法判斷。其是非。以資救濟。是卽兩者區別之要點也。然此僅就大體言之。若從實際上觀察。則實體法中。未嘗無手續之規定。手續法中。亦未嘗無

實質之規定。非謂實體法中。不許規定運用權利義務之手續。而手續法中。不許規定權利義務之實質也。

第七節 原則法及例外法

原則法

原則法與例外法之區別。係依法律所認定之主義為標準。原則法者關於某特定事項可一般適用之法規。換言之。即與法律所規定之原則相符合。除被特別法所限制之範圍外。皆可適用之法規也。如民法第六條。規定人之權利能力。始於出生。是關於私權之享有。以出生為始期。此原則法之規定也。例外法者。係特別訂定之法規。換言之。即不符合法律原則認定之法規。乃限制原則法適用範圍之法規也。如民法第七條之規定。關於其個人利益之保護。視胎兒為既已出生。是此種私權之享有。不以出生為始期。此例外法之規定也。故第六條對第七條之規定言。為原則法。第七條對第六條之規定言。為例外法。此即二者區別之適例也。

例外法

第八節 公法及私法

公法與私法之
區分

公法私法之區分。學者間議論紛紜。幾於莫衷一是。茲舉其主要者言之。約有左之五說。

利益說

第一利益說 此說以利益爲標準。而爲公法私法之區別。即主張關於國家之公益者

爲公法。關於私人之利益者爲私法之學說也。其源出自羅馬。以當時羅馬法甚形發達。其學者由爾俾尼安(Ulpianus)等所爲公法私法之分類。謂規定關於羅馬自身之事者。其法律屬公法。而規定關於個人之事者。其法律則屬私法云。此種利益標準之主張。大體雖似允當。惟利益觀念。不易確定。而公私界限。更難分明。一般私人事務中。固往往涉及公益事項。即國家與私人間。亦不能謂其絕無私益關係也。如強盜殺人。就私人方面言。其直接受損者。本屬私人之利益。然不予禁阻。則肆行無忌。勢必妨害國家之安寧秩序。是又牽及公益矣。又如徵收租

稅。本屬國家職權。然苟橫征暴斂。毫不顧及私人經濟。則財源枯竭。民不堪命。非第有損個人。抑且害及國家。是又公益涉及私益之明證也。故此種標準之區分。究不免有公私混淆之虞。

應用說

第二應用說 此說以法律之應用爲標準。而爲公法私法之區別。卽謂法律之應用委之於權利者爲公法。其不委之於權利者爲私法。換言之。凡法律所規定之權利。得以私人之意思自由拋棄者。爲私法。其不許自由拋棄者。則爲公法也。此種區別。亦屬不當。如選舉法、公法也。然關於選舉權之拋棄。任諸個人之自由。是公法可由私人拋棄之明證也。民法、私法也。然權利能力行爲能力及自由。(參照民法一六條及一七條)均不得拋棄。是又私法不許私人拋棄之明證也。故此說亦無足採。

主體說

第三主體說 此說以主體爲標準。而爲公法私法之區別。卽主張法律規定國家與人民間之關係者爲公法。規定人民相互間之關係者爲私法之學說也。此種區分。適

亦具有理由。然所謂國家與人民間之關係及人民相互間之關係。其劃界極難正確。如竊盜本爲人民與人民相互間之關係。國家特設刑法以制裁之。是公法規定人民相互間關係之適例也。反之。如發行公債。本爲國家與人民間之關係。然既係債務。則純屬私法範圍。與私人相互間之關係無異。是私法又規定國家與人民間之關係矣。故此說亦難成立。

權力說

第四權力說 此說以權力關係爲標準。而爲公法私法之區別。卽主張法律規定權力關係者爲公法。規定權利關係者爲私法。而以公法爲服從關係。私法爲平等關係之學說也。此說所謂權力關係。係指有強制力言。所謂權利關係。係指無強制力言。然權力與權利二者。恆有不可分離之傾向。從實際上觀之。凡享有權利者。大體具有權力。而凡具有權力者。則大體享受權利。故規定權利者。未必卽爲平等關係。而規定權力關係者。未必卽爲服從關係也。如民法、私法也。其親權之行使。具有服從關係。是私法不必爲平等關係之明證。國際法、公法也。其締結

條約之國家。純立於平等地位。是又公法不必爲服從關係之明證也。故此說之主張。亦難認爲完善。

行爲說

第五行爲說 此說以行爲關係爲標準而爲公法私法之區別。卽謂法律規定自身之行爲者爲公法。規定私人之行爲者爲私法。如憲法選舉法議會法租稅法等。皆爲規定國家本身之行爲。故爲公法。物權債權親屬繼承法等。皆爲規定私人之行爲。故爲私法。此說雖較稱穩妥。但如公債條例、土地徵收法等。雖係規定國家自身之行爲。然實與私人之行爲無異。不能謂之爲公法。刑法之被害加害關係。雖屬規定私人間之行爲。然在保持國家自身之安寧秩序。究不能謂之爲私法。是此說亦不能認爲允當。

公法私法之區別應以資格關係爲標準

以上五說。皆難成立。以著者研究所及。應以資格關係爲公法私法區別之標準。卽公法者規定國家與國家。或國家與個人間關係之法律也。私法者規定個人相互間關係之法律也。前者如國際公法憲法行政法民法訴訟法等屬之。後者如民法商法等屬

國家具有公私
兩種資格

之。此係折衷法德英日多數學者之主張。頗得理論之正鵠。蓋國家與國家或國家與個人間之法律關係。原則上必適用公法。至國家與個人間締結契約。或發生其他債權債務之關係。有時雖依私法之原則判斷之。然國家與私人締結契約或為其他民事上之行爲時。非以國家之資格為之。乃以個人之資格為之。因國家具有公私兩種資格。在公法上可為權利義務之主體。在私法上亦可為權利義務之主體也。

要之。公法私法之區別。已為古今學說爭論之焦點。著者雖認前說為正鵠。然亦僅就個人主觀觀念而定。究不敢自信無批評之餘地也。且古今學說之變遷。常隨時勢為轉移。依松岡氏之主張。將來公法私法之區別。當以是否屬於財產關係為標準。凡規定財產關係之法。屬私法。非財產關係之法。屬公法。蓋世運日進。人民財產思想。日益發達。就理想言。將來必有以財產為本位者。故公法私法之區別。可分為三時期。一、過去。二、現在。三、將來。過去時期。以身分為本位。是為單本

公法私法之區
別分三時期

位制。其時卑統於尊。賤設於貴。只有階級制度。絕無平等關係。故古代法律。公

將來法律當以
財產爲本位

私混淆。洎後文化日新。科學進步。身分財產。兩相對立。法律之規定。遂由單位制而進於身分財產並立之複本位制。於是公法私法之議論。如雲而起。如前述各說。類皆從身分財產兩方面著想。然由兩方面分析公法私法。其事甚難。綜觀以上諸說。大率以關乎身分者爲公法。然民法中有物權債權親屬繼承各規定。親屬繼承。皆爲身分關係。現均收入民法。足徵身分財產。互相牽混。公私雜糅。區別良難。故現代學說。尙少折衷。將來以財產爲本位。則法律當由複本位制仍進爲單位制。親屬繼承。將別爲一種法律。不隸於民法中。專以財產非財產分別公法私法。則公私之辨論。不待煩言而解矣。此種理想上之主張。亦足供學說上之參考。故因研究之便而并存之。

第五章 法律之淵源

法律淵源之意

法律之淵源。簡稱曰『法源』。卽法律所據以產生之材料也。學者間對於此項用語

。頗有種種命意。其一用以表明法律權力之淵源。如云法律出於神意。或基於君主之意。又或發生於人民之總意者是也。其二用以表明法律智識之淵源。如指法典判決例及學說爲法律之淵源是也。其三謂法律成立之原因。爲法律之淵源。即本章所探之意義。

法律之淵源。可大別爲直接淵源及間接淵源兩種。茲分節而說明之。

第一節 直接淵源

直接淵源概屬
成文法

直接淵源云者。卽法律產生之材料。一以法律爲根源而有強制通行之效力也。如我國刑法之直接淵源爲暫行刑律。刑事訴訟法之直接淵源爲刑事訴訟條。是皆以前法爲後法之淵源者也。蓋法律有自然性與人爲性之別。其屬於自然性者。類係一般抽象之規範。故一稱自然法。其於一般抽象規範中。加以人爲之選擇。而以明文訂定者。是爲人定法。卽所謂成文法是也。近世各國所指爲法律之直接淵源者。概屬於

成文法。雖以墨守不文法之英國。亦漸有趨重成文法之傾向焉。

法律與命令之區別

成文法之形式。有基於立法權者。有基於施政權者。前者須經立法機關之議決。是為法律。後者僅由行政機關所頒行。是為命令。通常所稱之成文法。係該法律與命令兩種。而狹義之成文法。則不包含命令。

法律須經過制定及公布兩階段

成文法之形式。既有不同。故其完成之手續。亦因而有異。成文法之依於法律（即立法權）而成者。須經過制定與公布兩階級。其依於命令（即施政權）而成者則否。茲更就完成此狹義成文法（即法律）之手續言之。

法律制定又別為提案議決裁可三階段

第一法律之制定 成文法之制定。古今各國。其例不一。蓋因政體有異同。民智有啓閉故也。就多數之立法例言。其制定手續有三。即（一）提案。（二）議決（三）裁可。是也。提案權通常屬於元首及立法機關。各立法員私人則無提案權。有提案必須經一定手續之議定。凡法律必須經過三讀會。始行議決。第一讀會決定該案應否再付討論。第二讀會則將該案逐條審議之。第三讀會乃決定該案之全體通過。

民主國之元首
無裁可權

但亦有省略讀會之規定者。最後則立法機關議決之法律案。經由元首之裁可。乃為法律之完成。惟裁可之制。僅限於君主國之元首。在民主國則元首無裁可權。惟對於法律之內容有不滿意者。得繕具理由書。於一定期間內。提交立法機關覆議。若覆議結果。仍持前議。則元首雖有不滿。亦不可不公布之。

法律公布之方法

第二法律之公布 法律既經制定。本應發生拘束力。惟使一般國民了解法律之內容起見。應特別履行一種重要方式。即所謂法律之公布是也。法律公布之方法。約有左列數種。

朗誦法

(一)朗誦法 此方法於古昔文化未啓時行之。或於人民多數集合之處朗誦之。或於寺院說教之後朗誦之。

公簿登記法

(二)公簿登記法 即登錄法律於公簿。以備人民瀏覽之法也。此方法發達於民智漸開之日。於法院寺院等處備公簿以登錄之。

揭示法

(三)揭示法 此方法係揭示法律於人民輻輳之地。以便民衆周知。如羅馬之十二

銅表及我國通行之布告是也。

傳觀法

(四)傳觀法 此方法將法律用活版印刷或謄寫多份。輾轉傳遞。使人民觀覽之。

官報公布法

(五)官報公布法 此方法將法律登載公報。使民衆遵守。即現今各國通行之法。

公布與施行之區別

法律既經公佈後。人民即生絕對服從之義務。不得藉口於不知法律而寬宥其罪。惟法律之公布與法律之施行。在各國立法例中。雖有不另爲區別。即以公布之日。爲施行之期者。然在我國及法蘭西等國。則於法律公布之外。另定施行期間。以法律雖經公布。欲使人民了解。不能不設猶豫期間也。如我國民法總則編。於十八年五月二十三日公布。於同年十月十日施行。債編於十八年十一月二十二日公布。於十九年五月五日施行。物權編於十八年十一月二十二日公布。於十九年五月五日施行。即其例也。故就我國言。公布與施行。應別爲兩級段。此又研究上所宜注意者。

第二節 間接淵源

間接淵源之種類

間接淵源云者。卽法律產生之材料。非直接以法律爲淵源。乃於自然規範中。由國家加以人爲之選擇。使之發生法律之效力也。此種間接淵源。可別爲左之七種。

宗教有神國與人國之別

第一宗教 古代法律。類受神意之支配。奧古斯通氏 (Augustinus) 所倡之神政主義

。謂世界之原始。純受『神法』之支配。而爲單一之『神國』。其後因人類犯罪之墮落。乃施行『人定法』於地上。始有『人國』出現。卽現在之國家也。故國家及法律。實爲不得已之惡事。完成神國之聖教。及和平之擁護者。均永續存在。卽代表神國於地上之教會。亦具有統率權能。以與神國相終始。此卽所謂神學法學派主張之要旨。而以教卽法。法卽教之明證也。近世文化日開。雖無以宗教之自體爲法律者。然其以之爲法律之淵源者。仍屬不少。如法國禁止離婚之法律。係以婚姻由神意所命。不得不制定法律以禁止之。又如家長繼承法。係基於宗教上以吾人宜繼續祖先祭祀之思想而來。卽其例也。

條理卽道義

第二條理 條理者自然道理之謂。一曰正義。又曰正道。民法總則第一條規定『民

事法律所未規定者依習慣。無習慣者依法理。』此法理爲法律原理之簡稱。卽條理也。條理又稱自然法。卽推定社交上必應之處置。如事親以孝。愛子以慈。及一切當然應遵守之正道正義皆是也。凡合乎道義之行爲。人咸以爲是。反乎道義之行爲。人咸以爲非。以條理上之是非。判斷事物。恆能得社會上之同情。故國家探之以爲法律制定之材料。其效力且較學說爲強。以學說僅爲一二學者之見解。而學理則爲社會多數人主持之公道也。

學說爲制定法律之材料

第三學說 學說者。學者對於法律上主張之見解也。此種見解。純屬私人研究法律之論說。決無法律效力之可言。然國家制定法律。往往採用爲資料。甚有直接付以法律上之效力者。如羅馬特奧德斯二世。採用烏爾比安等五大法律家之學說。付以法律上之效力。由斯俾尼安帝採取當時三十九大家之論說。以編成法典是也。其以學說爲法律之間接淵源者。如英國政府採用海格爾之學說以制定法律。德國政府採用薩比尼與德保氏等之學說。以完成民法法典。卽其例也。惟近今各

國。鮮有以學說爲直接淵源。而付與以法律上之效力者。蓋因學者之解釋與批評。僅足供將來制定法律之材料。而不能直接使之生拘束之效力也。

習慣爲私法之淵源

第四習慣 習慣能否爲法律之淵源。近世學者間之主張。頗不一致。從來學說雖有以之爲法源者。然多數學者以爲僅能於私法範圍內以習慣爲法源。而公法之範圍內則否。

習慣者人民所永久遵據之行爲準則也。換言之。由慣行而發生之準則。雖無法律訂定之明文。而人人心中各存一公信之念。承認其有法律之效力者也。故苟無成文法時。習慣之效力。卽等於法律。此爲民法第一條所明定。無俟重爲聲鼓。惟習慣與習慣法。頗有區別。卽習慣未成法律以前。不過爲單純之習慣。旣成法律以後。卽爲習慣法。故習慣爲法律之淵源。習慣法則已成法律之本質矣。茲舉習慣之種類如次。

習慣與習慣法之差異

全部習慣及局 (甲)全部習慣及局部習慣 此以習慣所行之地域爲標準。其行於全國之習慣。是

部習慣

普通習慣及特別習慣

爲全部習慣。其僅行於某地方之習慣。乃局部習慣也。

(乙)普通習慣及特別習慣 此以習慣所行之人爲標準。普通習慣者。人人通行之習慣也。不論何人。皆適用之。特別習慣者。依特種之身分狀態地位所行之習慣也。如商事習慣。止行於商人。非商人即不能適用是也。

記載習慣及不文習慣

(丙)記載習慣及不文習慣 此以是否記載文書爲標準。其記載於文書之習慣。是爲記載習慣。其未載入文書之習慣。則爲不文習慣。

習慣成爲習慣法之學說

習慣與習慣法。既有不同。則習慣究應經何種程序始得成爲習慣法。不可不研究及之。關於此種問題之主張。學者間頗多異說。茲舉其重要者如次。

人民確信說

(子)人民確信說 此說以人民對於從來所行之習慣。確信有遵守之效力不敢違背時。其習慣即成爲習慣法。此種主張。蓋根據國民總意說之觀念而來。然法律是否出於國民之總意。尙屬問題。況既稱習慣。即已爲人民所確信。又何必再行經過確信。始得稱爲習慣法。是確信之性質。確信之時期。確信之變更。均

應爲詳細之解答。此說僅混稱確信。殊欠明晰。

國家認定說

(丑)國家認定說 此說謂習慣之成爲習慣法。由於國家之認定。卽國家對於習慣。承認其有法律之效力時。其習慣卽成爲習慣法是也。然此說亦有缺點。認定之表示。如果出自明認。則已由習慣而進於成文法。非復仍屬習慣法。若其屬於默認。則何時始確定爲默認之表示。殊無一定標準。是此說亦難成立。

永續慣行說

(寅)永續慣行說 此說以習慣於永久繼續通行而不變者。卽成爲習慣法。然永續通行。其標準亦不確定。蓋既稱習慣。自必已經過長久之時期。究須再經過多少期間。始與永續之內容相合。殊無一定之限界。是此說亦非正確。

法院認定說

(卯)法院認定說 此說以習慣法經法院採取認定爲判決之準繩者。卽爲習慣法。然法院係司法機關。只有司法權而無立法權。若以法院之認定爲法律。則直爲立法機關而非司法機關矣。是此說亦不免謬誤。

條件充實說

(辰)條件充實說 此說以習慣具備法律預定之條件者。卽爲習慣法。否則仍屬習

慣。惟條件亦有寬嚴之不同。其在海洋派之英國。則以（一）自古行之。（二）繼續行之。（三）毫無爭議行之。（四）確定者。（五）有強制力者。（六）適於條理者。（七）不違背法律及其他之習慣者。為條件充實。其在大陸派之德國。則以（一）須係同一行為。（二）須為多年之習慣。（三）須為法律上之習慣。（四）個人習慣與團體習慣均包含之。（五）不反於善良之風俗及完全之理性。為條件充實。此種解說。雖微有出入。然大體則以此說為適當。

習慣法之效力

習慣法之成立。應以條件充實為適當。業已說明。惟習慣法與成文法之效力如何。不可不研究及之。在昔羅馬共和時代。以為法律生於人民之意思。故由人民意思直接表現之習慣法。有改廢成文法之效力。迄帝政時代。則以法律生於主權者之意思。故因主權直接發動而成之成文法。有改廢習慣法之效力。其後羅馬法學者折衷之。則謂習慣法在原則上雖有改廢成文法之力。但關於特別事項而生之習慣法。則不得改廢成文法焉。至近代國家之多數立法例。則對於習慣法之效力。

習慣法不得變更成文法

明示限制。除關於其公秩序及土地事項外。類以習慣法無變更成文法之效力爲區則。卽成文法與習慣法並存時。成文法可變更習慣法。而習慣法不得變更成文法是也。蓋習慣法僅因條件充實而有法律效力。非若成文法之經過制定公布施行各手續。始能完成法律效力之嚴重。故除法律自身外。決不能任意變更廢止云。

判決例

第五判例 判例者卽法院對於訟爭案件所爲之判決。認爲有援用遵守之效力者也。古代法律未備。司法官兼有立法權。其所爲之判決。卽與法律無異。所謂審定法。乃集此判決例而成。沿至近世。法制完備。司法權與立法權截然分離。立法者之制定法律。實無依據判例之義務。但其判例足以補法律之不備。立法者援據之以爲制定或改廢法律之材料。固無不可者。蓋社會事項。既甚複雜。人事變遷。莫無窮極。當法律制定之際。雖云賅括靡遺。然積時漸久。情勢紛更。已制定之法律。往往不足以資應用。法院遇有該項訟爭。不能藉口無法可據而不予裁判。於是不能不由法院斟酌情形。秉公裁判。此項裁判。遂駸駸乎有代替法律之效用。

。其效用之最顯著者。厥惟最高法院之判決例。對於全國各司法機關。均有拘束之效力。

條約

第六條約 條約爲國家間所締結之信約。亦足爲法律之淵源。蓋國家與他國家所締結之條約。原期雙方遵守。以維持國際上之和平。故一經適法公布。卽有拘束締約國各人民間之效力。其爲國際法上之淵源。固屬顯明。卽國內法之制定及改廢。其基於條約者。亦爲事實上所恆有。如領事裁判權之行使。對於法權之影響甚著。其明證也。

外國法

第七外國法 外國法卽他國已制定之法律。而採用以爲法律制定及改廢之材料者也。一國有一國之法律。外國法無論如何完善。必不能適合本國固有之人情風俗習慣。故外國法在本國領域以內。絕無強制通行之威力。惟近世文化日闢。交通頻繁。各國制定法律。往往取他國之長。補己國之短。採集外國法以爲本國法制定改廢之基礎。卽所謂繼受法是也。

直接繼受與間
接繼受

繼受法有直接繼受與間接繼受之別。直接繼受。係純然採用外國之法律。如歐洲中世各國。直接採用羅馬法。近世南德意志各邦。直接採用拿破崙法典是也。間接繼受。即當國法制定時。以外國法爲模範。倣效其體裁與精神。以完成本國之法律。如我國最近頒行各法規。類以外國法爲基礎而斟酌損益之。其明証也。

第六章 法律之效力

法律之效力有
三

法律之效力云者。即法律頒行後。對於何時何地何人適用之之謂也，茲別關於時之效力、關於地之效力、及關於人之效力而分節說明之。

第一節 關於時之效力

關於時之效力

關於時之效力。即法律應在何時始能適用之謂也。茲分述其原則如次。

第一 法律公布後。經一定之施行期限。始生實施之效力。

法律之施行期限有三種制度

法律雖自公布時應生拘束力。然使人民生遵守之義務。通常另設一定之期限。是謂法律之施行期限。此種施行期限之規定。各國制度不一。茲舉其要者言之。(一)自公布之日起。須經過一定期限後。始通行全國。(二)自立法機關所在地起。依距離之遠近而各地異其施行之期限。(三)於法律公布後其施行期限另以法律規定之。此三制度中。我國採用第三法。如民法刑法及民刑訴訟法之公布。均另定施行期間。其明證也。日本係採用第一法。即自公布之日起。經二十日後。全國通行之。凡交通發達之國。多用此法。至土地廣闊交通不便者則多採第二法。又各國對於殖民地。亦多用第二法。如日本對於朝鮮台灣等。以法律到達其各該官署之翌日起。經七日而後施行之是也。

法律公布與施行同時

以上三方法外。尚有不設法律之施行期間。自公布日起即通行全國者。惟現今各國殊少採用。其採用時。亦須以明文定規於公布法律之中。如「本法自公布日施行」之類。我國票據法及票據施行法均採之。

法律以無溯及
力爲原則

第二 法律無溯及既往之效力。

此原則自羅馬法典第一編揭載以來。近代各國法律。均以之揭諸篇首。直認爲法律關於時之效力中確定不易之原則。蓋法律命令或禁止之事項。若有溯及既往之效力。是法律未制定之先。國民已生遵守之義務。又何須履行公布及施行各手續耶。且就國家之公益考之。苟許其效力有溯及性。則昨之所視爲正大光明者。今可以邪僻踰矩之行爲目之。昨日視爲正當應得之權利。今可以不當利得取消之。非第有損個人之權利。抑且妨害國家之安寧。故凡新頒之法律。其效力僅以施行之日爲起點。對於既往之事物。當然不生拘束力。惟此種原則。實際上亦有限制。茲略述如左。

法律不溯既往
爲適用上之原
則

(一) 法律不溯既往之原則。非立法上之原則。乃法律適用上之原則也。近代學者雖均贊同斯義。然各國法制。往往有視爲立法上之原則者。如北美合衆國憲法中。有不得制定事後法律之規定。而法國共和三年之憲法及那威國之憲法。亦

皆規定法律不可與以溯及既往之效力。其明證也。惟此種立法例。究非妥善。蓋使立法機關不能制定溯及既往之法律。將至法律永無改良希望。而嚮日社會之積弊。如苛稅雜捐等亦無改革之權能。殊背立法之本旨。故近世學說及立法例。均以此為適用法律之原則。而非立法上之原則。即凡適用法律時。原則上不得溯及既往。但法律別有明文可以溯及既往者。始能溯及之。

法律溯及既往
時不得侵害既
得權

(二)法律雖因特別規定。溯及既往。但不得侵害既得權。蓋舊法之改廢。由於不適合社會之情狀。新法之施行。則因其適合社會之情狀。是新法之良於舊法。較然甚明。惟人民依舊法既得之權利。(即既得權)若竟從新法剝奪之。勢必因個人身體財產之不安定。影響全社會之秩序。亦失國家立法之精神。故新法之效力。又以不得侵害人民之既得權為原則。

既得權與單純利益不同。既得權為已確定之權利。單純利益則僅為將來可得權利之希望。故既得之權利。新法雖不能侵害。而未來之希望。則新法可以變更

既得權之概略

取消之。如我國之財產繼承。舊法限於其子。新法則子女皆可承繼。倘繼承開始。在新法施行以前。則爲既得之權利。新法不能剝奪之。若繼承尙未開始。新法業已施行。則應依新法辦理。其希望雖被變更。甚至完全剝奪。固無不可者。茲詳述既得權之概略如次。

(甲)既得權之取得。須基於正當之權原。所謂由正當之權原取得之者。如因買賣贈與繼承承諸原因而取得之財產。及由契約而得之債權。皆因法律所認之行爲而取得之。是爲正當之權原。

(乙)既得權須係特定人之權利。既得權限於特定人之權利。如甲贈乙物。則乙係特定人。其權利應歸乙享有。若係一般國民或一部分國民所有之權利。非既得權可比。如得爲官吏之權與通行道路之權等。皆不得稱爲既得權。故新法可以限制或禁止之。又選舉權被選舉權亦非特定人之權利。因選舉法之修正。雖失去原有之選舉權及被選舉權。亦不得謂其有害既得權也。

(丙)凡身分能力等資格。不得稱爲既得權。如舊法翁姑爲媳之直系親屬。因刑法之頒布。而變爲旁系親屬。(刑法一六條二項)舊法結婚無明確限制。因親屬法之頒布。男未滿十八歲。女未滿十六歲者。不得結婚。(民法九八〇條)均不得謂爲侵害既得權。

第二節 關於地之效力

關於地之效力

關於地之效力。卽法應於何地適用之之謂也。茲分述其原則如次。

法律以通行全國領域爲原則

第一 法律以通行全國領域爲原則。

法律有屬人主義與屬地主義之別。屬人主義者。其法律追隨於其國之人民。無隨身處何地。皆必服從其本國之法律也。屬地主義者。其法律限於其疆域以內行之。凡在國境以內。無論何國人民。均有遵守服從之義務者也。古代各國之法律。概探屬人主義。其國之民。無論遷徙何地。皆不可不服從其法律。而外國人之旅

居國內者。自國法律之效力。亦鮮能及之。如羅馬之法律。爲羈束羅馬人之法律。羅馬人縱僑居他國。亦應受羅馬法律之支配。其明證也。然自中世紀以來。則各國法律。概採屬地主義。凡一國之法律。在其國境以內。以絕對通行爲原則。雖外國人入於其國境以內。亦應受其國法律之支配。又國境係包含領土領海領空言。卽凡屬一國領土領海領空之範圍內。均應受其國家法律之支配。是爲屬地主義之原則。但亦有左之例外。

第二 凡依國際公法享有治外法權者。雖在外國之領土內仍從本國之法律。

依國際公法享
有治外法權者
治外法權與領
事裁判權之差
異

治外法權。與領事裁判權不同。治外法權乃由國際禮讓而生。僅限於有特殊身分之人享有之。其制度爲普通各國所採用。若領事裁判權。則僅由特別條約而發生。出於他國之強制。非普通各國所同有。而爲帝國主義之外國人所專有。卽所謂應打倒之不平等條約是也。此爲我國之奇恥大辱。凡屬國民。均應奮興而挽救之。茲舉國際公法上能享有治外法權之資格者如左。

外國元首攝政
家屬侍從等

(一)外國元首(即一國行政首長如君主大總統執政主席等屬之)攝政及其家屬侍從等。外國元首。依國際慣例。與本國元首同其尊嚴。應不受本國法律之制裁。至其家屬隨從等。因國際交誼之禮讓。亦不受刑法上制裁。臨時攝政亦然。但其侍從爲本國之人民時。則不在此限。

外國使節及隨
從

(二)外國使節或其隨從者。外國使節雖有全權大使全權公使駐在公使代理公使及使館參贊武官書記官書記生等各隨從之別。然均不受駐在國法律之制裁。其理由有二。

(1)使節爲國家之代表。尊重外國國家。故應尊重其使節。

(2)外交最尚祕密。凡使節駐在外國。處理一切外交事務。若適用駐在國之法律。偶有犯罪嫌疑。一任駐在國之警察官吏。侵入使館。逮捕搜查。必至暴露其外交上之祕密。殊非所以維持國際間和平之道。故現代國際慣例。一國法律。不能支配外國使節焉。至其隨伴(其隨伴爲駐在國之人民者不在此限)

人等。不受法律上之制裁。其理由與外國元首侍從不受本國法律之制裁相同。

外國領事

(三)外國之領事 領事雖不如使節之尊崇。然其主管事務。亦嘗有關外交上之秘密。故近代國際慣例。於一定範圍內。亦使領事不受駐在國法律之制裁。

外國軍隊及國 船

(四)在內國之外國軍隊及其國船 對於外國軍隊。苟許其通過或駐屯於內國。則對於其軍隊不能施以法律上之制裁。其軍隊縱有犯罪行為。只能由其軍隊之本國法處理之。此亦近代國際上之慣例。對於外國之國船亦然。

特別法只行於 特別區域

於茲有應注意者。如第一項所述。凡一國之法律。當然通行於其國境之全部。但其法律限有特別之區域或一定之人者。則因法規中有特別規定之效果。僅對於特別區域或一定之人而適用之。

除上述例外外。尚有左列諸事項。雖在一國領域內。亦不適用其法律。

價權事項從契 (一)關於債權事項有契約者。從契約地之法律。關於契約行為之法律。多屬任意

約地之法律

法。故雖在一國領土內締結債權契約時。當事者得以明文表示其適用外國之法律。如甲乙二人在本國締結契約。聲明從丁國之法律。苟發生訴訟。則審判官應從丁國法律判斷之。但當事者之意思不明時。有主張從履行地之法律者。有主張從債務人住在地之法律者。此則視各國之立法例而適用之。

繼承遺贈事項
從本國法

(二)關於繼承及遺贈事項。從被繼承人及遺贈人之本國法。繼承事項。從繼承人之本國法。殆為一般學者所公認。日本及我國法例均採此主義。蓋繼承關係。由親屬及家族之關係而生。被繼承人必希望從本國法。若適用財產所在地之法律。則常遺產散在各國時。其法律關係既甚複雜。且亦大失被繼承人之願望。故應適用被繼承人之本國法。關於遺贈亦然。如法國人在中國死亡。不問其財產存留何國。仍從分配繼承法按繼承者之人數而分配之。至其財產所在地之法律。雖有長子繼承之規定。亦不能適用。以其與被繼承人之本國法相違也。

第三節 關於人之效力

關於人之效力

一國法律。對於其領域及人民。當然有絕對支配之效力。惟徵諸各國歷史。人類當部落時代。逐水草而居。獵禽獸以食。無一定之土地。其時法律專在拘束自國人民。而無支配外國人民之效力。如古代之猶太土耳其羅馬等國。僅屬猶太土耳其人羅馬人之法律。而非猶太國土耳其國羅馬國之法律。即學者間所稱之屬人主義是也。

屬地主義

。沿至封建時代。割疆分土。互相長雄。於是遂由屬人主義。一轉而為屬地主義。

折衷主義

今日多數國家。則以屬地主義為原則。而以屬人主義為例外。即所謂折衷主義是也。故欲明法律之效力。須人與地二者互相參照。始能得正確之觀念。關於地之效力。已於前節說明。茲就關於人之效力研究之。則得如次之原則與例外。

第一 凡一般國民。不可不遵守本國之法律。

國民以遵守本國法為原則

此即法律效力關於人之大原則也。蓋一國之法律。有支配全國人民之效力。一般

國民。不可不遵守服從之。但特別法不在此限。

第二 旅居外國之國民。應從其旅居國之法律。

旅居外國之國民應從旅居國之法律

一般國民。本應遵守本國之法律。惟當旅居外國之際。則不可不遵守該旅居國之法律。此蓋因屬地主義之結果而然也。但亦有左之例外。

凡憲法上之義務應從本國法

(一)關於憲法上之義務。雖旅居外國時。仍從本國法。憲法上之義務。如當兵納稅及從事其他公務上之義務屬之。此類義務。雖旅居外國之國民。亦不能免除。仍應遵守本國法律之規定。

身分能力事項亦從本國法

(二)關於身分能力各事項。雖僑居外國。仍適用本國法。凡關於身分能力之法律。皆與其國之風俗氣候人情有密切之關係。故所屬國民。雖在外國。亦不可不遵守本國之法律。例如成年年齡、禁治產宣告之原因、與夫婚姻成立之要件等均屬之。

刑法特別規定

(三)刑法中有特別規定者。雖在外國。仍適用本國法。如刑法第四條至第八條

事項從本國法

享有領事裁判
權之國亦用本
國法

所有各規定屬之。

(四)在某國有領事裁判權時。其人民雖住在某國。仍適用本國法。領事裁判權者。因國際間之條約一國人民雖在外國領土內。仍不受外國法律之支配。所有訴訟事件由本國駐在該國之領事裁判之之謂也。領事裁判。約分二種。一爲單純事件。卽其案件之兩造均爲一國人時。由其國之領事裁判之。一爲混合事件。卽其案件之兩造爲數國人時。則依被告主義定其管轄。以被告所屬國之領事裁判之。此與屬人主義之觀念。完全相合。若在歐洲中世採用屬人主義時代行之。固無足異。惟今日之國家。既悉以屬地主義爲根據。而一國之內。猶有此種裁判權之存在。實爲有國者之奇恥大辱。不可不急起直追。立予收回。以完全達到國際上平等地位也。

君主國之元首
不受法律制裁

第三 君主國之元首。賴不受法律之支配。

元首居一國統治之地位。法律上應保持其尊嚴。故在君主國。其君主爲最高無上

之主權者。絕對不受法律之制裁。如日本憲法明定「天皇神聖不可侵犯」。而英國則謂「國王不能爲不法行爲」。是皆不受法律支配之明證也。其在民主國。則大總統如有叛逆行爲。亦應受刑法上之制裁。此外則不負何種責任。又君主國之攝政。以其與君主之地位相同。亦不受法律之制裁。

法律對於有一
定身分之人其
效力應受限制

第四 法律之效力。有時對於有一定身分之人。應受限制。有一定身分之人。如各國之國會議員屬之。依憲法上之通例。凡議員在議院內所發之言論及其表決。於院外不負責任。故議員在院內對於政府之行動。雖爲非理之批評。亦不構成何種犯罪。此即法律對於有一定身分之人。其效力應受限制之明證也。但議員以其在院內發表之言論。出刊公布時。不在此限。其在院內爲普通犯罪行爲。如殺人放火傷害及其他暴動之行爲者。仍應受法律之制裁。

第七章 法律之改廢

法律之變更及廢止

法律之改廢者。即法律之變更及廢止之簡稱也。分言之。廢棄舊法。而更設代遞之新法者。是爲變更。廢棄舊法。而不更設代遞之新法者。是爲廢止。前者如廢止暫行新刑律而代以刑法屬之。後者如刑律補充條例廢止而不另設補充條例屬之。從學理上言。變更亦不過廢止之一種。但以有代遞之新法法律。故名變更。以示與單純廢止有別。茲列舉法律改廢之方法如左。

全部廢止及一部廢止

第一 全部廢止。及一部廢止。全部廢止者。使法律之全體失其效力也。一部廢止者。僅失去法律某部分之效力也。此區別乃就舊法廢止範圍而設。

內因廢止及外因廢止

第二 內因廢止、及外因廢止。此區別乃就舊法廢止之原因而設。內因廢止者。即因於法律之自身生有廢止之理由者也。外因廢止者。由於立法機關之意思對於現行法律予以廢止者也。

基於內因之廢止。可別爲左之三種。

內因廢止有三

(甲) 凡法律中定有一定有效期限者。於其期限滿了時。失去法律之效力。如當

頒布法律之當時。規定有效期限爲十年。自法律公布之日起。十年以內有效。經過十年後。則該法律當然失其效力是。

- (乙) 凡法律所規定之事物完全消滅時。則法律因而失效。如當戰爭發生之時宣布戒嚴或局外中立等法律。至戰爭告終和平實現之時。則此項法律。當然失效。
- (丙) 凡過渡法。因新法完全施行時。失其效力。過渡法者乃由舊法移於新法之際。所用以調和新舊二法之法律也。如刑法施行條例刑事訴訟法施行條例等屬之。此等施行條例。在規定新舊二法之適用。俟新法完全施行時。則此種過渡法。自然失其效力。

外因廢止有二

基於外因之廢止。可別爲左列二種。

明示廢止

(子) 明示改廢 凡於新法中明言廢止舊法者。是爲明示改廢。如民事訴訟法施行。而從前之民事訴訟簡易程序暫行條例。自新法施行日起廢止之。卽其例也。

此種舊法廢止之明文。大概附載於新法之編末。或於施行法編尾附載之。

默示廢止

(丑)默示改廢 其不於新法中明示廢止舊法者。是爲默示改廢。凡新制定之法律。與舊法所規定之全部或一部分相抵觸者。其舊法之規定。自歸於消滅。此默示改廢之原則。即法律格言中所謂後法廢止前法者是也。但默示改廢。僅限於抵觸矛盾之部分。其他部分。仍自存在。故新法規定與舊法全然相反者。舊法固應完全消滅。若僅其一部分相反時。則僅此相反部分失其效力。

法律改廢之通

例凡三

法律改廢之情形。各國立法例。頗不一致。茲揭其通例如左。

- (一)凡法律得以新頒行之法律改廢之。
- (二)凡法律不以命令改廢之。
- (三)凡法律不得以判例學說或習慣改廢之。

第八章 法律之解釋

法律解釋之意

法律之解釋者。探考法律真意之方法也。凡法律之制定。無論如何審慎周詳。條分

義

縷晰。然欲網羅萬有。纖細無遺。於適用之時。毫無疑問。絕對難能。此解釋法律所以最爲重要也。羅馬由斯喜尼安之編纂法典。禁止解釋。遂至適用之際。疑議橫生。終不奏效。法帝拿破崙於民法法典制定之後。見注解紛紜。學說遽起。深自惋嘆。而卒無如之何。是法律之不能不待於解釋。昭然明矣。

明顯疑義及隱
匿疑義

法律之疑義有二。一爲明顯疑義。一爲隱匿疑義。明顯疑義者。僅屬法律字義之不明。如文字欠妥、意義含混等屬之。隱匿疑義者。法文之字義。本甚明瞭。而其所規定之事物。則範圍不易確定。不能不加以解釋者也。如公務員三字。是否包括職官吏員及其他依法令從事於公務之議員及職員等而言。財物二字。是否包括有形財物及無形財物而言。皆屬隱匿疑義之範圍。蓋此種疑義。文字雖甚顯明。而範圍殊難確定。不能不借重解釋以探考立法當局之真意也。茲分法律解釋之種類及法律解釋之通則而說明之。

第一節 法律解釋之種類

法律解釋之種類。可大別爲強制解釋。及學理解釋之二種。

第一強制解釋

強制解釋者。即官廳本其職權以解釋法文。其所解釋之意義。視爲法律之真義。有一定之效力。對於人民及法律之執行者。均應生遵守之效果者也。細別之有立法解釋司法解釋及行政解釋三種。茲分述如次。

立法解釋

(一)立法解釋 立法解釋者。立法機關所爲之解釋也。其方法有左之二種。

(1)將解釋規定於本法中者 如刑法第二章之文例。即其明證。其不設文例專章者。則於條文中散見之。如民法總則第六十六條至第六十九條物權編第八百一十二條第八百六十條第八百八十四條及刑事訴訟法第一百四十九條第三項等屬之。蓋所以解釋用語之意義。規定其範圍之限制也。

(2) 明定解釋之法律者 如刑法施行法民法各編施行法民刑訴訟法施行法等均屬之。又如已嫁女子追溯繼承財產施行細則。亦即爲立法解釋之一種。蓋即以法律解釋法律也。

此等解釋。與法律同視。故亦有法律之效力。一切人民官署。均應受其拘束。但於此有應予注意者。凡參與立法人員。在立法會議之際。其所發言論。與對於法律所爲之見解。均係個人之意見。與尋常學者之意見相同。不能發生拘束力。必成爲正式法令。乃有強制之效力。蓋在未經成爲法令之前。其所發表之意見。僅爲立法者個人之意見。而非國家之意見。故不能與既成法令之效力相比擬。

司法解釋

(一) 司法解釋 司法解釋者。即司法官當適用法律時所爲之解釋也。不問解釋例或判決例。皆可謂之司法解釋。此種解釋。由司法官獨立行使其主張。不必顧及立法者之意思。更不必顧及上級官之意思。純基於自己之學識經驗。對於法律所爲之見解。其最有拘束力者。爲最高法院之判解。以最高法院爲全國最高司法機關

。有統一解釋法律之權。故其所爲解釋例及判決例。有拘束下級司法機關及人民之效力。

行政解釋

(三)行政解釋 行政解釋者。卽行政官署關於法律施行事項對下級機關所爲之解釋也。此種解釋。下級機關對於執行事項。有絕對遵守之義務。其執行以外之事項。則不受拘束。

學理解釋大別 爲三種

第二學理解釋

學理解釋者。卽以學理上之見解解釋法律之謂也。此種解釋。雖屬學者間之主張。無強制之效力。然往往有精密周詳。供國家機關之參考。而爲強有力之根據者。故雖私人之學說。亦能左右立法上及司法上之見解。而成爲法律之淵源。茲分文理解釋論理解釋及類推解釋三種而說明之。

文理解釋有四 原則

(一)文理解釋 文理解釋者。詮釋法律之文字俾知法律之意義也。其應遵守之原則有四。

(1) 解釋法律。不可不先着手於文理解釋。蓋法律之文句。即立法者意思之符號。欲知法律之真意。必先於法律上之文理求之。

(2) 法律之文句。須以平易通常之意義解釋之。並宜留意其慣用字例。

(3) 解釋法文。須注意法律之全體。以求貫通。不可拘泥於字句。

(4) 解釋法文。須兼顧法律之安定性與社會之生活狀況。

以上四項。均為文理解釋之原則。不可不一一遵守之。否則。解釋既誤。精義轉失。反致疑議橫生矣。

論理解釋有七

(一) 論理解釋 論理解釋者。斟酌制定法律之理由及其他一切情事。用以發見法律之真意也。但法律上文字之意義。仍須兼顧及之。故論理解釋。與文字解釋。恆相輔而行。未可偏廢。論理解釋。種類甚多。就其著者言之。約有七種。分述如次。

擴充解釋

(甲) 擴充解釋 擴充解釋者。法律中所規定之文字失之狹隘。或不足以表現立法

限制解釋

者之真意時。乃擴張其意義。使合於立法者意思之法也。此種解釋。在刑法上不許採用。其他法律。則不加禁止。蓋宇宙事物紛紜。法文勢難賅括。爲應用便利計。不能不加以擴張也。如國家之領土。以字義言。僅屬國家所有之土地。然從實際考察。則領海領空地地表地體均包含之。是即擴充解釋之適例也。

(乙)限制解釋 限制解釋與擴充解釋相反。即將法文之字義加以限制。使其範圍縮小以全法律之真義也。如刑法上之妨害秩序。必須嚴格解釋。適合法文限制之條件。(參照刑法一五六條至一六八條)乃能加以制裁。若僅因個人不守紀律。即以刑罰相加。則人人自危。將至一舉一動。無不觸犯刑章矣。

變更解釋

(丙)變更解釋 變更解釋者。即變易法文上通常之意義。而以特殊之意義解釋之也。如民法中之所謂善意第三者善意相對人等。此善意二字。乃指不知情之第三者或相對人言。與通常所謂慈善善良善等意義不同。是則變更解釋之通例也。

反對解釋

(丁)反對解釋 反對解釋者。即對於法文所規定之結果。而以反對之結果相推論

。以明法律之真義者也。如民法第十七條第二項『自由之限制。以不背於公共秩序或善良風俗者爲限』由反對之結果推論之。凡不背公共秩序善良風俗之自由。決不能加以限制。是卽反對解釋之適例也

當然解釋

(戊)當然解釋 當然解釋者。法文雖未明白規定。而可由當然之理論以解釋法律之真義也。如禁止垂釣。則打網雖未規定。當然必在禁止之列。又如禁止人力車通行。則貨車馬車汽車等。雖未明白列舉。當然不能通行。是又當然解釋之適例也。

補正解釋

(己)補正解釋 補正解釋者。因立法者之疏略。致法文顯有不完。而設法以爲之補正是也。如我國當適用暫行新刑律之際。袁項城當國。姬妾衆多。因無明文規定。乃設刑律補充條例以補正之。如所謂稱妻者妾準用之之類。卽其例也。

(庚)沿革解釋 沿革解釋者。卽搜集法律成立前歷史上之材料。以解釋現行法規之真義也。如關於刑法上之規定。其意義有不明確之際。可搜集刑法草案意見

沿革解釋

類推解釋爲刑
法所禁止

書。審查刑法報告書等。藉作歷史上之材料以解釋之。卽其例也。

(三)類推解釋 類推解釋與當然解釋略同。而其性質有異。卽所謂比附援引是也。此種解釋。在刑法上絕對禁止。以其於罪刑出入關係甚鉅故也。若在民法。則開宗明義第一條。卽揭明民事法律所未規定者。依習慣。無習慣者。依法理。習慣與法理。均可爲裁判上之根據。則其許爲類推解釋可知矣。

第二節 法律解釋之準則

解釋適用之順
序

關於法律解釋之種類。前節業已說明。惟各種解釋之適用。須有先後緩急之次序。卽所謂法律解釋之準則是也。茲舉其要者說明之。

先文理解釋後
論理解釋

第一 法律解釋之順序。先文理解釋。後論理解釋。文理解釋。係本於法律之文氣字義所爲之解釋。論理解釋。則斟酌法律制定之目的及其他一切事項所爲之解釋。二者雖同爲解釋法律之方法。然文字爲思想之標記

。故法律發生疑義時。宜先就文字觀察。以詳究法律之精神。故解釋法律之順序。宜先文理。後論理。

第二 論理解釋之結果。與文理解釋之結果相衝突時。宜從論理解釋。

論理解釋之效力優於文理解釋

論理解釋與文理解釋之結果相衝突時。其解決之學說。約分二派。主張從文理解釋者。則謂法文爲立法者意思之符號。解釋法律。不可不依照文理。且人民之所準據者。卽法律表現之文字。若採論理解釋。則人民之行爲。將有據文字爲合法。據理論爲不合法者矣。反之。主張從論理解釋之學者。則謂法律所貴乎解釋者。由於法律之不明不悉。欲期法律之明確詳悉。非文理解釋所能爲功。必藉論理解釋以補救之。故當二者之結果相衝突時。宜從論理解釋。此兩派之主張。雖各具有理由。然比較觀察。應以第二說爲允當。

第三 法律之文字。當從其制定時代之用例而解釋之。

法律文字宜從立法時之用例解釋之

文字之意義。每隨時代爲轉移。如古代以貝壳爲貨幣。而財字貨字皆從貝。後世以

金屬爲貨幣。而錢字銀字皆從金。卽其例也。法律之用語亦然。故解釋法律之文字。當從其制定時代之用例。否則。轉失法律之眞精神矣。

解釋宜注意相關聯之全文

第四 解釋法律。宜著眼法律相關聯之全文。

凡解釋法律。必注意法律相關時之全文。不可斷章取義。如普通所稱直系尊親屬。父母翁姑。均包含之。若細考刑法第十六條第二項之規定。則翁姑非媳之直系尊親屬。乃爲旁系尊親屬。苟不注意全文。則眞義既失。貽誤滋多矣。

法律文字宜就通常意義解釋

第五 法律之文字。應於通常之意義解釋之。

凡學術、技藝、及一切工商業上之用語。固應以其專門術語解釋之。若屬普通事件。則對於法文之解釋。應於通常意義中求之。如國民二字。不能僅作男子解。乃包括男婦老弱言。卽其例也。

變更解釋宜尙嚴正

第六 凡變更解釋。當從嚴正著眼。不可敷衍出之。

變更解釋。旣因特別理由。須變更通常之意義。則採用此種解釋。務宜特別鄭重。

否則。疑義滋多。莫知所指矣。蓋變更解釋之設。原以不能適用通則而起。若不從嚴格解釋。則仍與通則無異。故羅馬學者。稱此種解釋。曰嚴正解釋。非無因也。

關於刑罰或負
責任之解釋亦
宜嚴正

第七 凡加懲罰或負義務與負責任之法律。宜從嚴正解釋。

加懲罰或使負義務負責任之法律。如刑法官吏懲戒法租稅法徵兵法等都是。凡遇此等法律。必須嚴重解釋。否則。非第負擔不公。且致無辜受罰。殊非所以保護人民權利之道也。

第九章 法律之適用

法律適用之機
關有二

法律之適用者。有權限之官署。採用法律之謂也。詳言之。即能適用法律之機關。於其權限內適用法律之範圍是也。法律適用之機關有二。一為行政機關。一為司法機關。茲揭其普遍通行之原則如左。

第一節 司法機關適用法律之原則

不告不理之原則

第一、審判官不受當事人之請求。不得自行審判。

此爲審判上之大原則。無論民刑案件。非經正式起訴。審判官不能逕行審理。卽所謂不告不理之原則是也。

審判官不得拒絕審判

第二、審判官不得以法文不明不備爲理由。拒絕裁判。

社會事務紛紜。變化劇烈。欲制定完全適合社會進步之法律。其勢難能。苟使審判官得以法文不明不備爲理由。拒絕審判。則人民遇有事變發生。審判官均可託詞拒絕。不予裁判。殊與國家保護人民權利之本旨相違。故此種原則。亦屬必要。

審判官對於法律無取舍之權

第三、審判官不得以法律爲不正當而拒絕適用。

無論何種法規。既經公布施行。卽有強制通行之效力。雖其法律之內容。有違反道德或共同生活之事實。然既成爲國家之法律。則審判官不可不切實遵守。以爲裁判

上之準則。所謂惡法亦法之語。卽表示審判官對於國法無任意取舍之權也。蓋法律既係國家制定。無論正常與否。審判官只有適用之義務。若可藉口法律之不正當而拒絕採用。是以司法官而兼立法官之權。殊背近世政權分配之原則。況正與不正。毫無標準。倘能恣意捨棄。則雖正當之良法。亦可以不正當之惡法視之。將至國家法律。全體失效。一任司法官之意思爲左右。其弊當有不可勝言者矣。

違憲之法律審判官有無捨棄權約有三說

於茲有應注意者。憲法爲國家之根本大法。苟有違反憲法之法規。審判官有無拒絕適用之權。關於此種問題。學者間之主張。頗不一致。茲舉其重要者如次。

(1) 法律之實質違反憲法時。司法官得拒其適用。

(2) 法律之實質或形式違反憲法時。司法官得拒其適用。

(3) 法律之形式違反憲法時。司法官得拒其適用。

依第一說。法律實質之違反憲法者。如憲法中規定人民有信教自由權。而以法律限制之。是違憲也。違憲之法律應無效。審判官無適用無效法律之義務也。依第二說

本書採用第三說

之主張。凡法律實質之違憲者。固得拒絕其適用。卽其實質雖非違憲而形式上違憲者。亦無適用之義務。如實行責任內閣制之國家。根據憲法上人民有納稅義務之規定。而制定租稅徵收法。在實質上雖未違憲。然當該法公布之際。無內閣副署。卽爲形式上之違憲。司法官可不採用也。依第三說之主張。則僅法律之形式違反憲法者。得拒其適用。至法律之實質。是否違反憲法。非審判官所能定。以審判官無審查法律是非之權也。故實質上之違憲與否。其權限屬諸立法機關。司法不能侵立法官之權。卽不能拒不適用。惟形式上之違憲。則爲法律效力不完之表示。審判官可以拒絕適用。三說中應以此說之主張爲有力。近世學者多是認之。

第二節 行政機關適用法律之原則

第一、行政官雖無請求。亦須適用法律。

行政官與司法官不同。不能適用不告不理之原則。凡受有法律適用之委任。行政官

行政官可直接
適用法律

必須執行之。即行政官不問人民之願望如何。應以職權適用法律。

行政官不得拒絕法律之執行

第二、行政官不得拒絕法律之執行。

凡上級行政官命令下級行政官執行法律事件。下級行政官不得拒絕之。蓋行政官以服從長官之命令為原則。凡本於監督權所發之命令。下級官當然有遵守之義務也。但有時可詳敘理由。請求核示。如遭駁斥。仍應遵行。

行政官執行法律得發命令

第三、行政官執行法律得發命令。

法律僅規定大綱。不能詳及細目。故各國立法例。當執行法律之際。每由行政機關頒發命令。指定執行細則。俾資遵守。

第十章 法律之制裁

法律制裁有強制力

制裁者、對於破壞規範者所為之惡報也。制裁之用途甚多。其不守社交上之習慣者。必受社會之排斥。是為社會上之制裁。違反道德者。必受良心之刺戟。是為道德

法律制裁應採
惡報說

上之制裁。違反宗教教規者。常受破門之處分。（即開除教籍）是爲宗教上之制裁。本章所述者。則關於法律上之制裁。卽凡違反法律規範者。國家予以惡報之處分是也。法律之所以能普遍施行者。厥賴此惡報之制裁以維繫之。因有惡報。遂生強制力。因有強制力。故能使一般人民遵守。人人均有遵守之義務。而法律之效力。乃極顯著。社會之安甯秩序。亦因而維持保全。此法律制裁。所以爲國家施行法律必要不可缺之手段也。

法律制裁之實質。本爲一種惡報。惟依英儒邊沁氏主張。則善報亦屬制裁之一。蓋以人類之性情。常厭苦而喜樂。欲使人民遵守法律。宜利用此種性情。故制裁不限於惡報。徒使感受痛苦。並可以善報誘導之。其奉公守法者。卽錫以褒典。庶人民聞風興起。共以守法爲榮譽。故善報亦可認爲法律之制裁。此種主張。雖亦具有理由。但褒典僅屬獎勵之虛譽。毫無強制之實力。苟其人不尚虛榮。則違反法律。不蒙惡報。將至作奸犯科。層出不窮。而社會之秩序。亦紊亂而不可救藥矣。故法律

之制裁。應以惡報爲通說。

法律制裁有二種。法律制裁之種類。學者間之主張不一。茲大別爲公法上之制裁及私法上之制裁而證明之。

第一節 公法上之制裁

公法上之制裁。卽其人違反法規。有損國家之安甯秩序。由國家機關施以惡報之處分者也。此種制裁。可別爲行政制裁與刑事制裁之二種。分述如次。

第一款 行政制裁

行政制裁者。對於違反行政法規及行政處分之人。由國家施以惡報之處分者也。其種類有二。一爲對行政官吏之制裁。一爲對私人之制裁。

對於行政官之制裁有五

第一、對行政官吏之制裁。行政官吏之違背法規有忝職守者。或對其行爲加以制裁。如監督官署取消其違法命令及行政裁判機關變更其違法處分屬之。或對於違反

官吏之本身加以制裁。如懲戒處分屬之。懲戒處分之種類。現今各國所通行者。約有左之五種。

(甲)訓飭 即對於其違法行爲。加以申斥。俾資勉勵。

(乙)減俸 即對於原有俸給。減成給發。以示懲儆。

(丙)轉職 即轉調較差之缺。以示薄懲。

(丁)停職 即對於原職。暫行停用。候查明開復之類。

(戊)免官 即因違法情節過重。開除現職。以昭炯戒。

對於私人之制裁有二
第二、對私人之制裁 此即私人違反行政法規、或行政處分時所加之制裁也。內分

行政罰、及強制手段二種。

行政罰

(一)行政罰 行政罰中之最著者爲警察罰。即對於違反警察法規者由警察官署所科之罰則也。其他如印花、驗契、納稅、登記等。罰則甚多。凡行政機關對於人民之科罰均屬之。

強制手段有二

(二)強制手段 國家當施行政務之際。對於私人之強制手段。可大別爲對人強制、及對物強制二種。

對人強制手段有三

(子)對人強制 對人之強制手段有三。(一)爲代執行。卽義務者不履行義務之際。行政官署代爲義務之履行。或使第三者代爲之。而於事後向義務人徵收執行費用是也。(二)爲執行罰。卽預告義務者切實履行。倘逾期尚未履行。或履行而不完備時。則依預告之罰則處分之。(三)爲直接強制。凡因情勢急迫。或其他原因。不能用代執行或執行罰各方法強制其履行義務時。則直接對於義務者之身體。加以強制。使之履行其義務。如行政上之扣留羈押等。卽其例也。

對物強制

(丑)對物強制 義務人不履行財產上之義務時。則對於其所有之財物。強制而徵收之。如人民違反稅則。行政官署得扣押其財產而拍賣之是也。

第二款 刑事制裁

刑事訴訟分
訴自訴兩種

刑事制裁者。對於違反刑法或其他刑罰法之規定者。國家予以相當科罰之謂也。通常請求之方法。謂之刑事訴訟。內分公訴自訴兩種。公訴則由檢察官向法院提起之。自訴則由被害人逕向法院訴追之。

刑事制裁有五

刑事制裁之目的。以剝奪犯罪人之生命身體自由財產名譽爲主旨。統稱之曰五刑。卽生命刑、身體刑、自由刑、財產刑、名譽刑是也。分述如次。

生命刑

第一、生命刑 生命刑係剝奪犯罪者生命之刑。卽死刑是也。死刑爲刑罰之最重者。因其人罪大惡極。徒與以身體上之痛苦。不足以冀其悛悔。故爲維持國家之安甯秩序計。不得不斷送其生命、以免除國家及社會上之危險。如斬首、絞、殺、槍斃等是也。近代學者。盛倡死刑廢止之學說。以爲死刑之目的。在遏絕其再犯。以免紊亂社會之公安。然除死刑外。尚有妨止之方法。如無期徒刑。將其終身禁錮。卽可達到遏絕之目的。何必剝奪其生命耶。然反對派之主張。則以終身禁錮。非第有乘機脫逃之虞。且有徒耗國家廩粟之弊。兩害相權。應以仍用死刑爲

宜。故近代國家。除瑞士及塊洲少數國家實行廢止外。大多數仍保存死刑制度。惟從人道主義着眼。終以廢止爲宜。

身體刑

第二、身體刑 身體刑者。卽對於犯罪者之身體。施以痛苦之刑罰也。如古代之墨、劓、宮、剝及笞杖等刑均屬之。今則因其違反人道。悉予廢止。以自由刑代之。

自由刑分三種

第三、自由刑 自由刑者對於犯人之自由予以束縛之謂也。此種制度。一方予犯罪人以精神上之痛苦。使其自行悔改。一方禁其自由。使之不能再犯。較身體刑實爲優良。故近代國家均採之。我國現行刑法。對於此種制度。計分三種。其一爲無期徒刑。卽將犯人終身禁錮。其二爲有期徒刑。卽二月以上十五年以下。但遇有加減時得減至二月未滿加至二十年。其三爲拘役。卽一日以上二月未滿。但遇有加重時。得加至二月以上。（參照刑法第十九條二三四各款）

財產刑

第四、財產刑 財產刑者。卽剝奪犯人財產之刑罰也。刑法上之罰金沒收均屬之。（參照刑法第四十九條第五款及第五十條第二款）古代本有金作贖刑之制。得以

罰金可易科監禁

徒刑不能易科罰金

名譽刑

金錢免除其刑。至今日則以明文規定。苟所犯之罪不甚重大。且與財產上有關係者。皆可以科罰金。或於自由刑之外。併科以罰金。自一元以上至五千元以下。（參照刑法第四九條第五款一一三條第一款一二八條第一款及第二七一條）於裁判確定後。令其於一月以內完納。其因貧不能完納者。得以之易科監禁。以一元以上三元以下折算一日。但易科之監禁期限。至多不得逾一年。其罰金總額逾一年之日數者。以罰金之總額與一年之日數比例折算。（參照刑法第五十條所列各款）但科徒刑者。不能以金錢相贖。蓋財產爲身外之物。與個人之痛苦。無重大關係。使徒刑而可以金錢相易。則富者將恃富凌人。無惡不作矣。故我國刑法。徒刑不可易罰金。而罰金則可易監禁。以兩者之性質各殊故也。

第五、名譽刑 名譽刑爲從刑之一。卽剝奪犯人之特種資格。使之受名譽上之污點也。刑法上謂之褫奪公權。亦分無期及有期兩種。無期指終身言。有期則以一年以上十五年以下爲限。被褫奪之資格有五。（一）爲公務員之資格。（二）依法律所

定之中央及地方選舉爲選舉人及被選舉人之資格。(三)入軍籍之資格。(四)爲官公立學校教員職員之資格。(五)爲律師之資格是也。(參照刑法第五十七條各款及第五十六條各款)

第二節 私法上之制裁

民事訴訟一稱

私訴

私法上之制裁。一稱民事制裁。卽對於侵害權利懈怠義務之行爲。因私人之請求。而由國家依私法上之規定施以惡報之處分者也。其請求之方法。爲民事訴訟。或稱私訴。

刑事制裁與民事制裁之比較

刑事制裁與民事制裁之性質不同。刑事制裁。用以爲犯罪者科罰。民事制裁。則爲對於侵害權利懈怠義務者之懲處。惟實際上違反法律之行爲。常有一方爲犯罪行爲。他方爲侵權行爲。致生民事刑事兩種制裁者。如竊盜損毀等行爲。在刑法上爲犯罪行爲。應受刑事制裁。同時在民法上因竊取或毀棄他人所有物。爲侵權行爲。應

民事制裁之種類有八

損害賠償

受民事制裁。卽其例也。刑事制裁。大體由檢察官之公訴而生。但直接侵害個人法益之罪。及告訴乃論之罪。被害人及其法定代理人保佐人或配偶等。得逕向該管法院起訴。(參照刑法第三百三十七條及三百三十八條)謂之自訴。民事制裁。則由被害者之私訴而生。與刑事制裁之由檢察官訴追者不同。又當公訴提起之時。被害人可連帶爲私訴之請求。卽所謂附帶私訴是也。

民事制裁之種類甚多。茲就其重要者言之。約有左之八種。

(一)損害賠償 損害賠償者。卽凡因故意或過失損害他人權利之行爲。使之負賠償之責。以免被害人之權利無端受損者也。其與利益償還之異點。卽利益償還。限於財產。而損害賠償。則不限於財產。凡侵害他人之身體名譽自由等均屬之。惟賠償之代價。大抵以金錢計算之。卽學說所稱之償金制度是也。惟償金之種類不一。茲分述如次。

定額償金及不

(甲)定額償金及不定額償金 定額償金者。加害人賠償被害人定額金錢之謂也

定額償金

。此種損害。多生於違背契約及損壞財物之時。如債務人不履行債務。得以原本與利息並因違背契約所生之損害合併計算而定其賠償銀額。又如損壞他人所有物。即就其所有物之市價及修理費等定其賠償金額。皆定額償金也。不定額償金者。因毀損名譽自由身體等而生之償金也。其賠償金額。無確定標準。純由法院衡情判定之。

實額償金及名義償金

(乙)實額償金及名義償金 實額償金者。實際上被害人受有金錢之損失。對其損失予以償金之謂也。名義償金者。被害人實際上並無金錢損失。僅因其權利受損。而使加害人以金錢賠償之也。在法國立法例。凡無金錢上之損失者。不得提起訴訟。故不採名義償金制。英美主義則不限於金錢上之損失。凡權利被侵害時。皆得提起訴訟。請求賠償。我國亦採此制。

損害償金及懲罰償金

(丙)損害償金及懲罰償金 損害償金者。對於侵害權利之程度比較計算之償金也。如被害人受三百元之損失。即償金三百元。受五百元之損失。即償金五

回復權利

百元之類屬之。懲罰償金者。除損害償金外。更酌加金額。以爲懲罰之制裁者也。如被害人侵害權利之程度。只達五百元。法院以情節較重。處以超過實際上之金額爲八百元。其超過之金額。則爲懲罰償金。蓋以表示懲罰之旨趣也。

(一)回復權利 回復權利者。即使侵權人將不法所得之權利返還於權利所有人。以恢復其原有狀態之謂也。如甲之田產。被乙所侵占。甲可依法訴諸法院。請求將被占之田產判乙歸還。卽其例也。

履行義務

(二)履行義務 履行義務者。對於懈怠義務之人。強制其直接爲義務之履行者也。凡性質上不能以金錢賠償者。可要求爲直接之履行。如名人講演、教員授課、與優伶演戲等。既經訂定契約。必須直接履行。不能中途翻悔。否則。亦須爲損害賠償。如違約金等屬之。

無效及撤銷

(四)無效及撤銷 無效者其行爲完全不發生法律上之效力者也。申言之。卽以行

無效有絕對及
相對之別

爲人之意思表示爲要件。法律上應發生之效力。全然不發生之謂也。如債務本應有效。若因賭博而發生之債務。則完全無效。以其爲有背於公共秩序或善良風俗之行爲。在法律上不生效力也。（參照民法第七十二條）無效又有絕對無效及相對無效之別。絕對無效之行爲。乃對於一般人自初全然不發生法律上之效力。如無能力人之遺囑屬之。（民法一一八六條一項）相對無效之行爲。乃對於特定一私人自初全然不發生法律上之效力。如破產人於破產宣告後。關於破產財團所爲之法律行爲。唯對於破產債權人無效屬之。

撤銷與無效有
別

撤銷者其行爲在法律上可得撤銷。並因撤銷而喪失其效力。詳言之。即因法律行爲受不利益之人。本諸附著於其行爲之瑕疵。使喪失其行爲之效力者也。如當事人之能力不完、（參照民法七九條及八二條）意思表示之錯誤（民法八八條）傳達不實（民法八九條）及被詐欺脅迫（民法九二條）等屬之。故撤銷與無效異。無效之行爲。自始完全不發生法律上之效力。撤銷之行爲。則非全然

契約解除

不生法律上之效力。惟因其不具備法定條件。由有撤銷權者。得以撤銷之。必撤銷以後。始溯及自始無效。其未撤銷以前。仍得保留法律上之效力也。如限制行為能力人所訂立之契約。其法定代理人不如期確答時。始視為撤銷。乃喪失法律上之效力。其未經撤銷以前。該契約尚不能認為自始無效。（參照民法一一四條七九條及八〇條）即其例也。

(五)契約解除 契約解除者。雙方所締結之契約。因一方不履行其義務。他方之相對人得為契約解除之主張是也。如甲向乙購米千擔。屆期乙無米可交。甲可為契約解除之主張。即其例也。

人格剝奪限於 法人之制裁

(六)人格剝奪 人格剝奪者。係專對於法人之民事制裁。即法人之目的或其行為。有違反法律公共秩序或善良風俗時。法院得因主管官署檢察官或利害關係人之請求。宣告解散之是也。（民法第三十六條）法人之人格。由於法律所賦予。故得以法律剝奪之。若自然人則不能剝奪其人格。只能剝奪其權利。以自然

人當然為權利義務之主體。其人格出自天賦。非如法人之由於擬制也。

權利剝奪

(七)權利剝奪 權利剝奪者。即將違背民法規之人依法應享之權利。予以剝奪者也。如行親權之父母。濫用其對於子女之權利時。其最近尊親屬或親屬會議。得糾正之。糾正無效時。得請求法院宣告停止其權利之全部或一部。(民法第一千零九十條)是即剝奪親權之適例也。又如繼承人有左列各款情事之一者。喪失其繼承權。(參照民法第一千一百四十五條)

(1)故意致被繼承人或應繼承人於死。或雖未致死。因而受刑之宣告者。

(2)詐欺或脅迫。使被繼承人為關於繼承之遺囑。或使其撤銷、或變更之者。

(3)以詐欺或脅迫妨害被繼承人為關於繼承之遺囑或妨害其撤銷或變更之者。

(4)偽造變造隱匿或湮滅被繼承人關於繼承之遺囑者。

(5)對於被繼承人有重大之虐待。或侮辱情事。經被繼承人表示其不得繼承者

行爲之制止

以上第二款至第四款之規定。如經被繼承人宥恕者。其繼承權不喪失。否則一律喪失其繼承權。此又對於繼承權利剝奪之明證也。

(八)行爲之制止 行爲之制止者。即對於違反法規之行爲。由法院以職權制止之是也。內分中止廢止確制各方法。中止即中止其行爲之謂。如停止工作屬之。廢止即將其行爲完全廢止之謂。如將已成之建築物撤毀屬之。強制即強制其爲某種行爲或不爲某種行爲之謂。前者如強制其履行債務屬之。後者如禁止其不正營業屬之。

私人之直接制
裁有三

以上八種制裁。皆由國家機關行使之。惟當事機急迫之際。即私人亦可對於侵害權利者加以制裁。惟此種制裁。純屬例外。僅以正當防衛緊急避難及自助行爲三者爲限。茲分述如次。

正當防衛行爲

(甲)正當防衛行爲 正當防衛行爲者。即對於現時不法之侵害。爲防衛自己或他

人之權利所爲之正當行爲而生之損害。依法不負賠償之責是也。蓋正當防衛。爲保護權利之必要行爲。各人必具有此種正當防衛權。其權利始免他人違法之侵害。否則。他人任意侵害時。若無正當防衛權。其權利必不能完全行使。故此種正當防衛行爲。依法不負損害賠償之責。但正當防衛亦有一定限度。即其防衛之程度。必須與侵害程度相當。且以對於現在不法之侵害及防衛自己或他人之權利爲必要條件。若不具此法定要件而誤施防衛行爲。或雖具有法定要件。而爲過當之防衛行爲。致使他人受損害時。則仍應負相當賠償之責任也。(參照民法一四九條)

緊急避難行爲

(乙)緊急避難行爲 緊急避難行爲者。即因救護自己或他人生命、身體、自由、或財產上之緊急危險而出於不得已之行爲。致生損害於他人者依法不負賠償之責者也。此種緊急避難。亦爲保全權利之必要行爲。故與正當防衛。均不負賠償責任。蓋當緊急避難之際。如發生火警而衝破他人之戶牖。或因斷絕火路而

拆毀他人之屋瓦等行爲。倘亦使之負損害賠償之責。則個人之權利。既難行使。而社會之公益亦受損害。故法律特設緊急避難之規定。使之不負損害賠償之責。但緊急避難。亦有一定限度。即凡非避免危險所必要。或逾越危險所能致之損害程度時。則爲過當之救護行爲。仍應負相當賠償之責任。蓋恐權利人藉口救護。濫用權利。不能不有法律上之限制也。又救護行爲。雖合法定要件。且未超過救護程度者。如該項危險之發生。救護行爲人具有相當責任時。其因救護所生之損害。仍不能免除賠償之責。蓋該項行爲。既由行爲人所發生。自不能不負賠償責任。以免被害人權利受損也。(參照民法第一百五十條一二兩項)

自助行爲

(丙)自助行爲 自助行爲者。即因保護自己權利之必要。對於他人之自由或財產。施以拘束、押收、或毀損時。依法不負賠償之責任者也。就普通理論上言。對於他人之自由或財產。無故施以拘束、押收或毀損。本爲法律所不許。然於必要情形。爲保全自己權利起見。非對於他人之自由或財產。施以拘束、押收

或毀損。卽不能達到實現法律利益之目的者。則法律特設例外之規定。准各權利人行使自助行爲。其因自助行爲之必要。致損及他人之自由或財產者。依法不負賠償之責。蓋非有此例外之規定。無由實現其權利故也。惟此種自助行爲。亦須具備法定要件。卽（一）須目前不及受主管官署之援助。如盜賊深夜侵入行爲人之居宅行竊。一時官署援助不及。行爲人對於該盜賊施以拘束。致使失去其自由之類是。（二）非卽時爲之。則請求權無由實現。如甲負乙債百元。約期歸還。甲屆期催收。乙非第不如期履行。且竟隱匿不見。嗣甲遇乙小販。卽將其賣品扣留。以抵銷所負債項之類是。（三）預知日後實行。顯有困難情形。如甲竊乙物擬於出賣後。得價逃亡。適乙遇甲於途。若不將甲扣留。則日後無從追還失物之類是。蓋此三種情形。均非行使自助行爲不可。故凡具備此種法定條件者。依法不負損害賠償之責。其非合此法定要件時。則仍應負相當賠償之責任。蓋恐權利人藉口自助。濫用權利故也。（參照民法第一百五十一條）

第三編 國家

第一章 國家之性質

法律與國家相輔而行

國家與法律。常相輔而行。無國家固無以促法律之發達。無法律實無以促國家之完成。從人爲法言之。國家雖先法律而存。而從自然法言之。則國家實後法律而生。故本書之編別。法律之觀念既明。乃進而從事國家之研究焉。

客觀國家說與主觀國家說

欲從事國家之研究。須先知國家之性質。關於國家性質之主張。學者間之論議極爲複雜。大別之則有客觀國家說與主觀國家說之二派。茲分節而研究之。

第一節 客觀國家說

客觀國家說有

客觀國家說。一稱實質國家說。卽主張國家爲具體存在之說也。其重要者有四。(

四 事實說。(一)狀態說。(二)分子說。(三)自然有機體說。分述如次。

事實說 第一、事實說 此說謂國家爲事實上之存在。而非吾人理想上之假定。近日學者間

主張此說者頗多。然皆僅言國家爲事實而止。究其所謂事實者。屬諸有形事實。

抑屬無形事實。屬諸自然事實。抑屬社會事實。均未分別敘明。故此說不足以說

明國家之性質。

狀態說

第二、狀態說 此說主張國家爲統治狀態。其代表者爲康德氏。(Kant)即以國民

中各個人相互關係之狀態。爲國民狀態。國民全體與其分子相互間之狀態。爲國

家狀態。而國家卽爲統治關係之形成也。此種學說。分國家爲各種統治關係。對

於國家之統一觀念及永續觀念。頗難貫通。故不足採。

分子說有三

第三、分子說 此說以構成國家之一分子爲國家。而以土地人民及統治權三者與國家同視。以三者均爲構成國家之一分子也。茲分說如次。

土地說

(甲)土地說 歐洲中世。國家領土。與個人私產同視。當希臘羅馬時代。其國家

人民說

觀念。人民爲重。土地爲輕。故以人民組織之團體爲國家。迄於中世。則土地爲重。人民爲輕。遂以領有之土地爲國家。而國家觀念。乃大生變動。於是爭地爭城。殺人盈野。而領土之廣狹。遂與政權爲消長。此蓋歷史上顯著之事實也。徵之我國。普天之下。莫非王土。是以國家爲天下。諸侯爲國家。皆屬以土地爲國家之明證。然降至今日。則決不能以單純之土地。視爲國家。

(乙) 人民說 此說以組成國家之人民。與國家同視。卽希臘羅馬人之根本觀念也。歐洲中世。國家觀念雖變。然主張是說者。仍屬不少。卽近世主權在民之說。亦不外以此說爲根據。惟主權雖屬於人民。而以人民與國家同視。未免混淆。

統治權說

(丙) 統治權說 此說以握有統治權者視爲國家。如君主國卽視君主爲國家。共和國卽視大總統爲國家之類是也。因此朕卽國家之觀念。遂演成暴君專制之流毒。在理論上既不可通。在事實更爲禍最烈。殊無採取之價值。

要之。土地、人民、統治權三者。共爲構成國家之要素。決不能以一分子直視爲國家。是此等分子說之主張。均無研究之價值。

自然有機體說

第四、自然有機體說 此說以國家爲有機體。而以有機體爲說明國家之前提。細別之。有自然有機體說與心理有機體說之二種。自然有機體說。以國家爲自然科學上有機體之一種。其構成國家之個人。則純然爲受自然法則支配之獨立體。故此說以國家爲具體存在。應列於客觀說中。(心理有機體說。則於主觀說中說明之。)

○) 惟因研究自然有機體之結果。以之推論於國家。未免不倫。

第二節 主觀國家說

主觀國家說有

三

主觀國家說。一稱理想國家說。卽主張國家非具體之存在。而爲抽象之認定。乃由吾人心理作用而發生者也。其重要學說有三。(一)心理有機體說。(二)國體說。(三)人格說。分述如次。

心理有機體說

第一、心理有機體說

此說爲有機體說之一種。注重於主觀之一分子。非若自然有機體之馳於極端也。其主張之要旨。(一)認國家爲自始統一。(二)以國家具有人格。非若器械之可隨人意而變造之。至其以國家爲有機體之論據。卽有機體爲物質元素與精神勢力之結合。國家亦具此物質及精神之二要素。有機體物結合之各分子。互相關聯。以共同活動。且能各個獨立。國家亦然。有機體物之成長。係由內部充實而膨脹於外部。非若無機體物之因外部而膨脹。國家亦然。又有機體物由細胞組織而成。國家亦然。故近代學者。多主此說。然從實際觀察。國家之實質。究與有機體物不同。蓋有機體物之各部分。不可分割。而組成國家分子之個人。則可各自獨立生存。有機體物之生長消滅。由於自然。國家之盛衰興亡。則類由於人爲創造。有機體物之細胞。常相密接。國家分子之人民。則因城市山川之間隔。時相離異。兩者之內容。究不相符。是此說亦非確論。

團體說

第二、團體說

此說以國家爲人類繼續結合之團體。蓋以歐洲中世有宗教團體人民

團體等名義。遂認國家爲團體之一。近世自然法派。亦倡國家爲社會團體之說。惟其論據。均偏於法理。而未注重歷史上及社會上之事實。故與最近之團體說不同。最近團體說之主張。則以國家係多數人類之結合體。有鞏固之組織。與永續之目的。而非僅偶然爲人類多數之集合也。其說甚有理由。蓋國家與個人之關係。國家機關與國家全部或一部之關係。以及國家之自然發生發達與國家之人爲助長發達。皆可由團體說解釋之也。惟團體二字。應以社會二字表示之。與其稱國家爲團體。不如直以國家爲社會。至國家究屬何種社會。俟後說明之。

人格說

第三、人格說 此說以國家具有法律上之人格。卽國家在私法上爲權利之主體。在公法上爲統治之主體也。就理論上言之。其主張固屬正當。然人格須出自法律上之認定。有自然人而法律上不認爲有人格者。如古代之奴隸是。有非自然人而法律上認爲有人格者。如社團法人財團法人是。若國家之人格。亦須由法律認定之。則國家居最高之地位。由國家以制定法律。決不能以法律而認定國家。苟國家

而由於法律上之認定。則不成爲完全獨立國家。而爲寄人籬下之附庸矣。故此說亦不足採。

第三節 國家與社會

國家與社會有密切之關係

國家與社會。有密切之關係。欲明國家之實質。不可不先究社會之內容。茲分述如下。

第一款 社會之意義

社會之意義有四

社會二字之用語。每多混同。從其意義而分析之。約有最廣義、廣義、狹義、及最狹義之四種。

最廣義

第一、最廣義 社會二字。包括一般有羣衆之生物言。非僅限於人類。卽人類以外諸生物。如蜂蟻猿猴等。皆各有社會。

廣義

第二、廣義 不包含人類以外之生物。僅指人類之全體言。是爲人類社會。無文明

野蠻之區別。

狹義

第三、狹義 多數人類。以其特有之共通性結爲一體者。謂之社會。其範圍或與國家相等。而爲國家社會。或較國家爲大。如國際社會屬之。或較國家爲小。如各種職業社會屬之。因其範圍不定。常加冠詞以表異之。如政治社會、經濟社會、文明社會之類是。

最狹義

第四、最狹義 此種社會之範圍。恆較國家爲小。卽人類以其自由意思。因達各種目的。而成立之團體。謂之社會。亦有待國家之強制而成立者。如救貧社會賑災社會等屬之。

社會之意義。業已說明。茲所研究者。卽其範圍與國家同一之社會也。社會與國家既係同一劃界。則社會之分子。可視爲國家之分子。不過因觀察點之異。或爲國家或爲社會而已。

第二款 國家與社會之區別

國家與社會之區別

國家與社會。雖同一範圍。然社會與國家。究不能毫無區別。即社會之進為國家。

尚須有一定之要素也。

社會規範多屬任意性國家規範則有強制性

法律者、即使普通社會進為國家之要素也。故法律實為國家權力作用之特徵。雖原始社會。非僅為漫然人類之集合。必有支配之規範。特其規範。多屬任意性。而國家之規範。則有強制性。此其特徵也。要之。國家與社會之區別。純在強制規範之有無。有強制規範之社會。即為國家。無強制規範之社會。則為國家以外之社會。如經濟社會宗教社會等均無強制規範。即不能以國家視之。

第三款 國家與社會之關係

國家法律規範仍淵源社會自然規範

國家與社會之區別。雖在強制規範之有無。惟國家之強制規範。仍係淵源社會之規範而來。並非憑空創造。故規範與社會同時發生。而強制規範。則發達較後。蓋有社會即有規範。因某種規範。非賦予強制力。不能達到人類共同生活之目的。於是就其一部之規律而賦予強制力。遂生強制法規。有強制法規之社會。即為國家。試

就刑法比較觀察。甲國刑法所謂之行爲。乙國刑法或不罰之。其故在甲國之社會。認其行爲有害社會之生存發達。乃附以強制力而科罰之。而在乙國社會之情況。則以其行爲尚無若何之妨礙。無庸科罰也。是社會爲主。法律爲從。謂因社會而法律發生可也。卽謂因社會而國家發生亦可也。故法律完善。則社會亦完善。法律與社會實有相需之關係。不過法律欲完善無缺。其勢甚難。以社會之變遷無常。前之所謂爲良法者。異時或等於惡法。而不能適用。故往古來今之法律。不啻爲實際應用之機器。擇其良者取之。其不良者去之。如斯而已。

社會情狀有共通之趨勢故各國法規漸趨同

一

社會爲國家之基礎。國家爲社會之產物。故欲了解國家。必先了解社會。國家有其通之情狀。社會亦有共通之情況。國家有特別之情狀。社會亦有特別之情狀。近世各國家間。其國家組織與各種法規漸趨類似者。並非由於政治家立法家之隨意做造。乃由其國家社會之情狀。有共通之趨勢。而自然需要。其法律始能成功持久。苟甲國之社會情況與乙國全不相同。縱立法當局。如何竭力做效。決不能成功持久。

蓋社會之情狀不同。決不能勉強出之也。又社會事項。雖依各種原因而變遷。然其變遷之原因。究非盡存於國家。不過國家爲其變遷原因之一耳。蓋國家所以能左右社會之趨勢者。祇有外部之強制力。而人心之內部。則無由行使其強制力也。惟國家之舉動。恆於各種社會事業有關。欲考察社會事業。不可不藉國家之觀念以了解之。如經濟事業。對於國家之勢力。極有關係。欲知社會之經濟狀況。尤不可不從事國家之研究也。

第二章 國家之意義

國家之意義

關於國家之意義。學者間之主張。頗涉紛歧。茲就普通一般之國家言之。則國家者。在於一定之土地。而有統治組織及永續之人類社會也。分述如左。

一 國家爲社會之

第一、國家者社會之一也。凡生物之一羣。因有意識無意識及自動他動之集合。不問其結合力之強弱如何。均包含於最廣義社會範圍之中。國家卽此最廣義社會

之一。不過僅採狹義之範圍耳。

國家爲人類社會

第二、國家者人類之社會也。人類以外生物之集合體。與人類之集合體。常有類似之傾向。故皆稱之爲社會。而國家則以人類之社會爲限。至組成國家所必要之人數。則不加限制。大概以足形成統治組織之最低限度爲必要。擴而充之。則以全世界人類爲最大限度云。

國家係固著於一定土地之人類社會

第三、國家者在於一定土地之人類社會也。人類必不能離土地而生存。故國家之成立。人類與其政治事業外。土地亦爲唯一之要素。合此三者之組織體。是爲國家。其組織國家之土地。謂之領土。領土本非永遠不動。事實上每多伸縮。惟就其特定時間上觀之。則須具備永續性。始爲真正之領土。若游牧時代之人民。逐水草而居。獵鳥獸而食。遷徙無常。不得以領土視之。

國家爲有統治組織之人類社會

第四、國家者有統治組織之人類社會也。社會之各個人。或因人類之性質。而生自然之差別。或因人類之意思而生人爲之差別。並非爲平等之人類集合。其集合

對內稱統治權
對外稱主權

統治權之概要

統治權之分量

具有特種結合力。亦非聚散無常之偶然相會也。故普通社會之人類結合。無強制力。非有統治者與被治者之區別。而國家社會之人類結合。則須有強制力。因有統治者與被治者之差異。其基於強制力而組織之人類社會。即稱之為統治組織。此統治組織。即國家社會與普通社會最顯著之異點也。統治組織之中心。為統治權。一稱主權。即對內為統治權。而對外則為主權也。統治權即國法上最高權力之謂。權力云者。即一意思對於他意思具有優勢之地位者也。統治權既占國法上最優勢之地位。其不可分且無限制之性質。久為普通學者所是認。然此二者究非統治權必然之性質。蓋統治權之不可分。雖足以說明單一國家。對於聯邦國家。則不能以之為正當解釋。統治權之無限制。雖足以說明古代統治機關唯一之專制國家。而對於近世統治機關分立之立憲國家。則事實上又不必相符。以統治權亦不能漫無限制故也。茲舉統治權之概要如左。

(一) 統治權在於特定之地域。特定之時期。其分量之總額。常為同一。統治權

總額爲同一

之發動。雖因單一制與聯邦制及中央集權制與地方分權制之國家而有不同。然其分量之總額。則完全同一。

統治權以不可分爲原則

(二)統治權之可否分割。及其分割之程度方法。皆視各國歷史上之事實而定。統治權之分割。本屬特例。故必基於歷史上之事實。乃至發生危險。否則。仍以不可分爲原則。

統治權之運用各國不一

(三)統治權之運用及其運用之狀態。須因社會全般之發達決定之。統治權之運用。有屬於元首者。有屬於人民者。運用之狀態。有爲獨裁者。有爲合議者。常隨社會上之程度而生差異。此外又有因外交之關係及民族之種別而生差異者。故統治權之運用。及其運用狀態。不必一致。

統治權爲最高權其範圍不能超越法律以外

(四)統治權之優勢。不能超越法律以外。統治權爲國家最高權力。在國法上最占優勢。惟其優勢。祇限於法律上有之。不能超越法律以外。以法律之勢力。即統治權之範圍也。

統治權原則上
無限制事實上
亦有限制

國家爲繼續之
人類社會

人類不能離國
家而獨立

社交性

能力之差異

(五)統治權之運用。事實上亦有限制。統治權之運用。法律上固無限制。惟從事實上考察。統治權無限制之說。究難成立。如一國之習慣及輿論。雖屬專制國之無限主權。亦不能完全沒視也。

第五 國家者繼續之人類社會也。自人類之全體觀之。既達於國家生活。當然繼續爲國家之分子。雖間有因非常事變。而陷於無國家之狀態者。然不久即回復常態。必不能永久爲無國之人民。此固東西歷史自然之勢也。故國家生活。恆互非常永續之時間而不變。以人類之性質。不能離國家而獨立也。茲述人類之性質如左。

(一)人類之社交性。人類不能孤立生存。必賴互助。有互助斯有組織。有組織斯有社會。社會賦予強制力。遂成爲完全統治組織之國家。

(二)人類能力之差異。人類之智愚賢否不一。其在社會上之地位。常因能力之差異而不同。不能不有待於國家之組織。

生存競爭

(三)人類之生存競爭。從廣義言之。欲謀人類之生存。不能不為生存上之努力。有努力必有競爭。故生存競爭。乃成為天演公例。既有生存競爭。則必須為國家結合。

利己性

(四)人類之利己性。人類之利己性。出於賦稟之自然。無論何人。均不能免。欲達自利之目的。必須藉有共同目的之他人。互相扶助。彼此相需。遂為國家組織之源泉。

凡國家均有永續存在性

以上四點。皆為國家組成之淵源。故國家可視為永續之人類社會。雖歷史上國家之盛衰興亡。不少實例。然皆屬非常之事變。不能以此而認國家無永續存在之性質也。且不能以歷史上之滅亡國家。遂認其為非國家也。

第三章 國家之類別

國家種別有五

國家之類別。學者間之主張不一。茲舉其重要者。可大別為五種。即(一)君主國及

民主國。(二)專制國及立憲國。(三)全主權國及半主權國。(四)單一國及複合國。
(五)普通國及永世中立國是也。茲分節而說明之。

第一節 君主國及民主國（國體之類別）

君主國與民主國

君主國與民主國之區別。係以國體爲標準。卽所謂國體之分類是也。國體云者。依主權之主體而生之國家狀態也。故國體之區別。卽因主權之所在而定。主權存於君主者。則其國家爲君主國。主權存於人民者。則其國家爲民主國。一稱共和國。如日本及意大利。屬於君主國。而我國及法美等國則屬於民主國焉。

君主國有二

君主國又有世襲君主國與揖讓君主國之別。卽所謂家天下與官天下之區別是也。世襲君主國者。君主之地位。依一定之繼承順序而定之。我國自三代以至滿清。均採此制。日本亦採世襲制。其憲法第一條云。『大日本帝國。由萬世一系之天皇統治之。』又皇室典範第一條云。『大日本國皇位。爲祖宗之皇統。由男系之男子繼承

之。其明證也。揖讓君主國。卽不採世襲主義而採人才主義。其皇位之繼承。不私於其子。如堯之禪舜。舜之禪禹。蓋皆以舜禹爲賢而授之也。

第二節 專制國及立憲國（政體之類別）

專制國及立憲國

專制國與立憲國之區別。係以政體爲標準。卽所謂政體之分類是也。政體云者。主權活動之形態。卽本於政治上之作用之謂也。凡國家主權之活動。無行政司法立法三作用（此就一般國家言。我國則更有監察。考試兩種作用。下做此。）之分立。一般國民不能干預國政。並不得參與立法之作用。而其主權之活動。歸於一人之專斷者。是爲專制政體。反之。分主權之作用。爲行政司法立法三者。鼎立不相侵犯。一般國民得以干預國政。參與立法之作用者。是爲立憲政體。專制政體。盛行於二十世紀以前之國家。今則概有歸於立憲政體之趨勢云。

各國均有不文

專制國與立憲國之區別。不能以憲法之有無爲標準。蓋無論何國。其國家完成以後

憲法

。雖無成文之憲法。而其所以決定國體政體之根本法。卽不文憲法。皆當然存在也。通常所稱憲法之有無。僅指成文憲法之是否公布言。不能以此爲專制立憲之區別也。如英國本屬立憲國。其根本大法之內容。係由各個之成文法與多數之習慣法集合而成。並無統一之憲法。卽其明證。惟有成文憲法之國家。大體採三權分立之制。而屬諸立憲國。此則可由事實上而斷定者也。

國體政體之區別
僅供學理上
之研究

國體政體之區別。不過便於學理上之研究。從實際上觀察。有國體屬君主而政體爲立憲者。亦有國體屬民主。而政體實專制者。前者如周禮之六官分治屬之。後者如袁氏之個人獨裁屬之。故研究國體政體之類別。又不能不詳究其內容也。

第三節 全主權國及半主權國

全主權國與半
主權國

全主權國與半主權國之區分。係以其主權作用完全與否爲標準。而主由國際公法研究之也。半主權國者。其主權之作用。受種種之限制。不能完全自主者也。如前者

朝鮮之於日本。安南之於法國。馬來隔半島諸國之於英吉利。均因條約而受宗主國之限制。皆屬之。反之。其主權作用不受限制者。則爲全主權國。如我國、及日、美、法、英等國均屬之。

第四節 單一國及複合國

單一國及複合國

單一國與複合國之區別。在以國家之組織爲標準。單一國者。不與他國家相併合而組成。如中國日本屬之。日本雖曾併吞朝鮮。但非基於主權之結合而由於武力之攫取。故不認爲複合國。又殖民地亦非複合性質。以其屬於一個主權之下故也。反之。複合國者。二個以上之國家相結合而組成者也。其結合之方法及內容不一。從其主要者說明之。則有(一)君合國、(二)政合國、(三)聯邦、(四)合衆國之四種。

君合國

第一、君合國 君合國係基於人之結合。卽由多數國擁戴其共同之君主。以施行號令之國家也。至國內法及國際法上之一切關係。仍各自獨立。如千九百零七年前

之比利時國與孔哥國。千八百五十七年前之普魯士與盧森堡國皆屬之。

政合國

第二、政合國 政合國係基於特殊事項或地理關係而結合。即二個以上之國家。因

對外關係。合而爲一。其內部仍各有獨立之主權運用機關是也。如歐戰以前之奧

大利與匈牙利國。千九百零五年前之瑞典與挪威國屬之。

聯邦

第三、聯邦 聯邦者、複數國家。僅於一定之對內關係、及對外關係。爲共同之聯

合。而其他之一切關係在國內法上與國際法上仍各自獨立者也。例如派遣外交官及領事官之類。均由聯邦政府行之。其聯邦各國之主權。仍屬最高。而非更有最高之主權加乎其。故學者間又稱之爲國家聯合云。但此種聯邦。須有繼續聯合之目的。若日俄協商日英同盟之類。則非有繼續聯合之目的。均不得謂爲國家聯合。惟由千七百七十六年至千七百八十七之美國。千八百十五年至千八百六十六之德意志聯邦。始得謂之爲國家聯合焉。

合衆國

第四、合衆國 合衆國者。其組織之各國家。對內關係。雖各自獨立。而其上則更

有共通之主權。以行使其對外關係而完全形成一個國家者也。如現在之北美合衆國及瑞士國均屬之。故學說上一稱之爲聯合國家云。

第五節 普通國及永世中立國

普通國與永世中立國

普通國與永世中立國之區別。亦基於國際法上之分類。普通國之稱謂。係對永世中立國而言。卽凡非永世中立國之獨立國家。皆屬普通國。

永世中立國之設基於列強之均勢

永世中立國。與在戰時之局外中立不同。乃基於關係列強之條約。平時完全處於中立地位之國家也。此種中立國。係由列強之勢力平均而成。卽凡與條約有關之國家。均不能任意侵犯。否則。列強負有防護之義務。當環起而攻之。故此種中立國又稱之爲緩衝國云。第永世中立國雖立於不受侵犯之地位。同時應負遵守條約之義務。卽不得割讓土地與他國。除自衛外不得與他國開爭。保障他國之中立。並不得與他國締結攻守同盟或防禦同盟等條約是也。蓋以上事項。皆與列強設定永世中立國

之本旨相違。不能不加以種種限制也。瑞士自一千八百十五年以來。比利時自一千八百三十一年以來。盧森堡自一千八百六十七年以來。均已處於永世中立國之地位。然自國際聯盟成立以後。此種國家。幾無設定之必要。

第四章 國家之發達

國家發達可大別爲四期

社會演進之理。千差萬別。欲求一一殫述。其勢難能。惟由大量觀察。則自簡單而入於複雜。自隱微而趨於顯著。實爲不易之原則。國家之發達。亦復相同。茲溯其發達之跡而研究之。約有左之四期。

孤立時代

第一期、孤立時代。洪濛之初。人文未啓。游牧轉徙。聚散靡常。一家之間。互戴家長。各自孤立。母權父權之制。漸次產生。家屬但以服從家長爲天職。各家之間。一盤散沙。既無關聯。復不統一。各自逞其天賦之機能。恣肆於纒。爲所欲爲。了無忌憚。蓋大古荒陬之民。醉生夢死。窮老不相往來。而社會酬酢周旋

之儀無聞焉。是爲孤立時代。

部落時代

第二期、部落時代。世運漸進。生齒日繁。圓顛方趾。蔓延大地。隣里之村。比閭之族。彼此距離。益趨接近。而向之各逞天賦。恣意自由。無禮法以爲之制限者。遂至彼此傾軋。互不相凌。傾軋日烈。危險愈深。於是凜然覺悟。各捐小忿。共圖生息。因生息而扶助。因扶助而團結。遂有團體組織之發現。其才德勇武之士。受羣衆之推戴。發號施令。共相遵從。故部落以成。酋長以立。而治者與被治者之關係亦肇始焉。

封建時代

第三期、封建時代。部落之制。僅屬少數人民之集團。其勢力尙屬微弱。未足以長治而久安。且部落之間。偶有小故。輒起兵戎。競爭之餘。優勝劣敗。其部落之強有力者。遂益逞其蠶食鯨吞之手段。而弱小之部落。乃日歸於淘汰而自然減少。部落之數既少。部落之團體益大。於是文物制度。日趨進步。其優勝之酋長。遂擁有多數部落而爲統率之諸侯。諸侯之間。互相征伐。其最優勝者。更本其

國家統一時代

雄厚之勢力。爲諸侯之盟主。獨擅霸權。號令天下。而封建之局以成。

第四期、國家統一時代。封建之世。各逞武力。互爭長雄。遂至干戈擾擾。生靈

。騷亂之極。弱者先亡。強者獨存。其尤強者。乃至統一宇內。收剪滅掃蕩之功。而完全統一之國家生焉。凡此發達之跡。總覽各國史乘。挨次推索。無或爽者。至國家將來進化之跡。止於何境。大同世界。何時實現。則非此時所能預期。不過從理想上推測。終有達到之希望耳。

第五章 國家之目的

國家目的之古代學說有二

關於國家之目的。學者間之主張。互有異同。就古代之學說言之。可大別爲二種。其一統治權說。即主張係統治者或統治權之維持。其二神意說。即主張爲神道使命之實行是也。前者謂國家之目的。在維持統治者之地位。與統治者之權力。使之不失。國家雖有時亦有別種目的。但其終局之點。專屬於此。後者謂國家爲神道所創

統治權說

造。以天命爲主宰。故國家之目的。即在實行神道之命令。

依統治說之主張。以國家必有統治者與統治權。固屬不誤。然此僅可認爲達到目的之手段。而非可指爲國家本體之目的。若國家之目的而專在維持統治者與統治權之地位。是直屬一私人之國家。而非國民共同組織之國家矣。其思想殊爲謬誤。

神意說

依神意說之主張。謂萬物皆由神命。國家亦然。是直以宗教思想與政治思想相混淆。且更爲專制君主假託神意以愚昧人民之工具。其無研究之價值。更屬顯然。

國家目的之近代學說亦有二

此外尚有爲近代學者所主張之說。就其主要者言之。約有積極說與消極說之二種。分述如次。

積極說

第一、積極說 積極說之學說甚多。其最著者。謂國家之目的。在增進一般人民之幸福。近世英國邊沁氏之實利主義。卽此說之代表也。此說以增進幸福爲理由。固較統治說與神意說爲正確。然此說之流弊。非僅爲專制君主所假借。以爲不當之干涉。卽共和國之元首。亦往往利用之。徵之法國大革命後。千七百九十三年

頒布共和政治之憲法。有以增進人民幸福爲目的之明文。然政治當局。恆借此名義。濫用職權以干涉人民之自由。又我國民國元年頒行之約法第六條各款。亦明定人民享有各項自由權。按諸實際。完全相反。其明證也。且此說更不免有重視國家之嫌。蓋人民之幸福。乃人民自增進之。國家非能增進之。不過加以補助誘導之責而已。如經濟上之財貨。皆人民以自力取得。并非國家所授與。卽其適例。又幸福二字。亦屬含混。不能爲具體之說明。故此說仍不足採。

消極說

第二、消極說 消極說與積極說相反對。積極說以國家之目的無限制。凡增進人民幸福者。國家皆得爲之。消極說則以國家之目的有限制。除一部分爲國家所應爲者外。皆宜任人民爲之。此說之派別甚多。如個人主義說、放任主義說、法律維持說、權利保護說均屬之。其共通之主張。則以人類社會。不僅國家之一種。凡關於一般人民利益事項。尚有宗教團體慈善團體等可以擔任。不必盡由國家擔任之。國家之職責。專在於法律之維持。權利之保護而已。此說蓋爲反對積極說而

生。陸克氏康德氏斯賓塞爾氏。皆爲主張消極說之巨子。陸克氏之言曰。國家之目的。以保護個人之生命、自由、財產爲原則。其以強制法規限制個人。乃屬例外。康德氏之言曰。國家之目的。在實現人類之權利。秉政者當本其仁愛之心以治國家。不可專擅獨斷以摧殘人民之權利。剝奪人民之自由也。斯賓塞爾氏則根據生物學以倡政治上之個人主義。以爲各種生物之活動。純基於自由發達之結果。毫不假借外力。故其繁茂滋長。碁布全球。人類亦然。宜任其自由活動。不可過事干涉。否則。是以人民爲他種生物之不若。殊非所宜。

消極說之批評

陸克康德斯賓爾氏之主張。雖各具補偏救弊之苦衷。然究不足爲國家目的之說明。蓋政治上之國家主義趨於極端。固足以蹂躪個人之權利。然政治上之個人主義趨於極端。亦徒以滅殺國家活動之範圍。而不能使國家爲充分之發達。處今日列強競爭之世。尤非所宜。故亦難認爲適當。

國家目的有二
要之。以上諸說。均失之偏。惟日本小野塚氏所著政治學中。關於國家目的之主

張。頗稱周詳。茲摘要而說明之。約有原始目的與終局目的之二種。

第一節 原始目的

原始目的。即國家最初之目的。更別力之組織及運用。與法之組織及運用之二種。分述如次。

第一、力之組織及運用。國家諸目的中。其起原最早且占重要之地位者。力是也。力即武力。陸海軍隊之設備及活動屬之。陸海軍隊者。外之對他國家之侵凌。

內之對組成分子之反抗。皆爲最有力之排除方法也。故國家之始期。殆以此爲惟一之目的。蓋文化未啓。武力而外。不足以維持國家之存在。以國家組織之初。人民既存輕視。外國亦生覬覦。不能不以力之組織及運用。爲國家立脚之基礎也。至國家漸次發達。始漸覺有其他之目的。然力仍爲強制組織之根本要素。而與國家之存在相終始。雖國家爲充分之發達。亦絕不能除去此種目的也。惟專事武

力。亦非善政。不得不藉他種目的以輔助之。

法之組織及運用

第二、法之組織及運用。法之效用甚大。非僅爲個人間（國家分子）行爲之規範。凡國家諸機關之組織及作用。亦皆依之爲準則。無論何種國家。決不能離法而存在。故法之組織及運用。實爲國家之一大目的。蓋成文法之制定。雖在國家發達之後。而習慣法之流行。乃在國家組成之前。法與國家之存在。確有密切之關係也。又法之內容。雖因時代之變遷。古今異轍。然其所以維持國家之秩序。保護社會之安甯。不能不借助於法。此固東西各國所同概者。

法與力二者互相爲用

法與力二者。又有互爲目的。互爲手段之關係。如國家立法。必賴武力以運行之。是以法爲目的而以力爲手段者也。又國家編制軍隊。必賴法律以保持之。是以力爲目的而以法爲手段者也。故二者之效用。幾於相等。惟分別論之。則對外之關係。力爲重。法次之。如國際紛爭。雖有公法。然一切交涉。非有實力。必難取勝。且一旦決裂。更須訴諸武力。其明證也。對內之關係。法爲重。力次之。如維持秩序

財政亦國家之
要政

。保護安寧。均無一不賴法律之效用。而力之行使。乃在萬不得已之時。其明證也。但此僅就平時言。若當內亂頻仍。則力又轉重於法。惟法之目的。終爲國家所不可缺耳。

此外有不列入國家之目的內而爲國家原始所有者。是爲財政。當國家機關之運用。與一切政務之推行。均不能不借助於資財。故資財之支出與收入。實爲國家之要政。卽所謂財政問題是也。原始之國家。固不可不注重財政。發達之國家。對於財政問題。尤不可不有充分之研究。惟此僅爲達到各種目的之手段。而非國家原始之目的。故不列入國家目的中。

第二節 終局目的

終局目的對原
始目的言

終局目的。對原始目的言。卽國家最後之目的也。有謂原始目的。爲關於國家之存在。終局目的爲關於國家之發達者。然此等目的。互相關聯。其於國家之存在及發

達均屬必要。不必爲此截然之區別也。亦有以幼稚之國家。急於維持存在。故注重原始目的。而終局目的。僅爲達到原始目的之手段。至發達之國家。則力謀人文進步。故轉注重終局目的。而原始目的。又變爲達到終局目的之手段。然此種見解。亦趨極端。蓋此等目的。係適於一般之國家。非指一時代之國家言。應使兩者併立。無分輕重。所謂原始終局者。不過因國家發達之順序而加之冠詞耳。

終局目的有二

個人身心之發達

國家終局目的。可別爲個人身心之發達及社會文化之進步兩種。分述如次。

第一、個人身心之發達 國家之始期。本不能忘却個人身心之發達。惟必俟權力樹立之後。乃能爲種種之設施。而特別注重。故古代觀念。重視國家。個人僅爲國家之分子。離國家以外。別無所謂個人之權利。迨至近世。一方視個人爲國家之分子。他方則視個人離國家以外仍享有獨立之地位。此自陸克主義之反動國家萬能說及反暴君論者之學說倡導以來。始認個人之地位。不僅爲國家之分子。於是始以個人身心之發達。爲獨立之目的。而所以謀個人身心發達之設施。亦日趨完

備焉。

國家對人民不可過於干涉

個人身心之發達。既爲國家之一目的。國家欲達此目的。不可不慎重其手段。即國家不可爲過當之干涉。凡便於個人身心發達之境遇。宜予以相當之自由而爲適當之保護。否則。目的莫達。障礙橫生。殊非所宜。

社會文化之進步

第二、社會文化之進步 個人發達。則國家亦自進化。似不必更注及社會。然個人與社會。未可混淆。往往個人發達之國家。而社會之組織尙屬幼稚者。故離開個人而謀社會文化之進步。亦國家之一重要目的也。

國家對於社會事業亦不可輕於放任

有謂文化之進步。屬諸社會事業。非國家之目的。而以國家干涉爲不當者。如消極說之主張是也。然當茲競爭劇烈之際。國家苟無積極促進文化之目的。則教育工商經濟交通各事業。在在落後。必不免國際上之淘汰而歸於漸滅。殊背國家發揚光大之本旨。

以上四種目的

以上四種目的。均互相爲用。不可偏廢。學者間有僅以武力或法律之一種而指爲國

不可偏廢。國家之目的者。亦有僅以個人之發達或社會之進步而指爲國家之目的者。是皆囿於一偏而非正確之論也。

第六章 國家之活動

國家依主權而活動

國家依主權而統治之。無主權則無國家。故國家之活動云者。卽主權作用之義也。主權爲國家之最高權。其本體本不可分。惟主權之作用。則千差萬別。不勝枚舉。自法國孟德斯鳩 (Montesquieu) 倡三權分立說以來。各國多襲之。我國則實行孫中山氏之五權說。茲先就三權之概要說明之。

三權分立之解釋

所謂三權者卽立法司法及行政之三作用也。其意義之解釋。有形式說與實質說之二種。前者係由形式上觀察之見解。後者則從實質中分釋之見解也。茲分說如次。

形式說

第一、形式說 主權依其作用之形式(卽司主權作用之機關)而分爲三權時。則得如下之解說。

(一)立法者以議會（即立法院）而行使主權作用也。

(二)司法者依法院而行使主權作用也。

(三)行政者依議會及法院以外之機關而行使主權作用也。

形式說之批評

此種見解。表面上雖似相當。然徵諸多數國家之實例。則各國立法機關除關於法律案外。而預算之議決及請願之受理等立法以外之作用。亦兼爲之。是依議會而行之作用。非專屬於立法也。又法院於民事刑事之審判職務外。凡登記事務之執行。戶籍事務之監督。以及其他之非訟事件皆處理之。是形式說未必盡合於事實也。

實質說

第二、實質說 三權之區別。自其實質內容而分析之。則得如次之界說。

(一)立法者、制定法規之作用也。

(二)司法者、以維持法規爲直接之目的。而爲法規解釋適用之作用也。

(三)行政者、以法規之解釋適用爲手段。以維持社會之安寧秩序、增進人民之幸福爲目的之作用也。

實說較爲切
適

此種見解。比之形式說較爲適合。其所謂立法者。非僅指狹義之立法案。而爲廣義之制定法規。司法云者。以解釋法規而適用之於一定事實。爲其直接目的之作用。而在行政之解釋法規、適用法規者。則僅爲其手段。依此手段而欲達到之目的。則別有所在也。設有殺人事件發生。則解釋及適用刑法中關於殺人之條規。而謀其法規之維持者。乃司法之終局目的也。雖其結果有利於社會之安寧。及人民之幸福。而實則不過間接之反射作用耳。至若適用行政執行法而檢束危險之人物。禁止軌外之集會等類。非僅解釋適用此法規卽爲行政之終局目的。而欲依此以保持社會之安甯秩序。增進人民之幸福。乃以之爲手段而解釋適用之者也。但通常行政官有自由裁量權。

五權制於三權
外加監察考試
二權

以上爲各國通行之三權制。至孫中山氏所倡之五權制。卽於立法司法行政三作用外。更加以監察及考試兩作用。分言之。

(甲)監察者、職司糾彈而以澄清吏治爲目的者也。其執行此種職權者。爲監察院

監察權之獨立

(乙) 考試者、職司銓衡而以登庸人材爲目的者也。其執行此種職權者。爲考試院。監察考試二權。各國均未獨立。其監察權之作用。由議會行使之。卽所謂彈劾權是也。其考試權之作用。由行政機關行使之。而附於行政權之中。惟議會既職司立法。而又兼任彈劾。非第責任不專。且覺權限過重。故宜有以劃分之。以彈劾爲獨立之監察。庶幾責有專屬。毫無徇隱。如我國歷代採用之諫議制度。御史給諫。皆得獨立言事。雖以專制君主之誥命。亦得據理駁斥。不受任何限制。此卽監察獨立之沿革而爲中山所採用者也。至行政機關既有人行政之權。而又兼銓衡之任。則上下其手。進退出入。均可自如。以致諂庸在位。賢良失業。往往而有。故宜特別劃分。使銓衡之權。特別獨立。庶幾真材有登庸之機。政局有革新之望。如我國昔時之科舉制度。以考試爲掄才大典。人材之拔擢。專出於考試。較之以薦牘爲要需。憑勢力爲去留者。其公私得失。奚啻霄壤。此又考試獨立之沿革而爲中山所採用

考試權之獨立

者也。本上兩點。是五權之制。優於三權。當不俟煩言而解矣。

第四編 權利及義務

第一章 權利之意義

法律之本位

當研究權利義務之先。對於法律立腳點之重心觀念。不可不特別注及。卽所謂法律之本位是也。

法律由義務本位而入於權利本位

法律本位之普通觀念爲權利。故以法律爲權利之規定。法律學爲權利之學。乃現代學者間之通說。惟由人類社會之進化程序觀之。其於團體凝固現象之前而第一發生者。厥惟義務觀念。社會之重心力。卽因此義務之強要而發生法律。故義務先法律而存在。法律乃後義務而發生者也。其最初發生之義務。對於社會具有最高權力者。厥惟服從。因服從之結果。遂對於同體團員之他人。爲法律上義務之確定。因此種確定義務之結果。而權利觀念。乃漸次發生。更因個人之發展充實。由個人與最

現在法律有由
權利本位入於
社會本位之趨
勢

高權力對抗之結果。而確定發達。於是法律觀念。遂由義務本位而入於權利本位焉。權利本位。既由義務本位進化而來。從理想上推測之。法律之重心。當不必以權利為唯一之本位。以權利之擁護。係原於義務之強行。即因義務之強行而擁護權利。向非法律終局之目的。其終局之目的。在於促進社會生活之共同利益。以謀人類之安全。是法律之重心。將移於社會。而必以社會為本位。可斷言也。故當個人不自覺時代。法律之觀念。以義務為本位。及個人自覺時代。法律之觀念。以權利為本位。今漸入社會自覺時代。而法律之觀念。遂不能不注重社會之公益而以社會為本位云。

權利之意義有
二

關於權利之意義。學者間之主張。互有異同。就其重要者言之。有意思說與自由說之二種。分述如次。

意思說

第一、意思說。此說謂權利者。法律賦予意思之勢力或主宰力也。依此說之主張。以意思為要件。是必具有意思能力者。始能享有法律上之權利。若心神喪失或

精神耗弱之禁治產人。（參照民法第十四條及第十五條）或未滿七歲之未成年人。（民法第十三條第一項）皆無意思能力。將均不能為權利之主權而受法律上之保護矣。故此說殊不足採。

自由說

第二、自由說。此說以權利之本質。在保證法律上認許各人之自由。詳言之。各人天賦之自由。因社會之進化。人類之繁榮。彼此之間。常生衝突。法律乃劃定各人應有自由之範圍。使不相侵犯。而於其自由範圍內得為權利之主張也。但此說以權利即自由。亦欠完善。蓋自由固為權利之一種。而權利究不限於自由。且或因享有權利而轉不自由者。如享有親權之父母負有扶養子女之責任。是名義上雖享有權利。而實際上則增重負擔。轉不自由。其明證也。故此說亦無採取之價值。

權利之定義

以上二說。均無足採。茲特參酌多數學者之主張。折衷現代法律之趨勢。而為權利之定義曰。權利者。法律設定保護之利益也。更依此定義而分析說明之。

權利即利益

第一、權利者利益也。權利之觀念。雖因時地人三者而迥異。茲之所謂利益者。非僅指金錢上之利益。凡生活上必要之特定利益。均包含之。即滿足之意義也。如所有權之行使。則因物之使用或處分以滿足自己之利益。又如債權之行使。則使他人給付金錢物品或使他人爲某行爲以滿足自己之利益皆是也。又利益雖非基於直接滿足。而由間接以滿足之者。亦不失爲權利。如無行爲能力人由法定代理人代爲意思表示並代受意思表示。(民法第七十六條)即基於代理權而間接以滿足其利益。亦可以權利視之也。耶林氏 (Jhering) 曰。權利者、法律所保護之利益也。即屬此義。

權利由於法律
之設定

第二、權利者法律所設定者也。權利之存在。有主張出於自然者。有主張由於保護者。議論紛歧。莫衷一是。輒近學者。則羣以權利之存在。須基於法律之認定。彼天賦自由之權。雖一時爲自然法學派及政治家所主張。然詞涉空闊。漫無範圍。不得謂爲法律上之權利也。法律上之權利。必屬法律所明認之利益。其非法

律所明認者。雖有絕大利益。亦不能恣意攫取。卽不得視爲權利。蓋權利由法律所設定者。必爲正當利益。否則。必非正當利益。法律非第不爲設定。且更嚴予禁止。故不能以權利視之也。

權利因法律保護而存在

第三、權利者因法律之保護而存在也。權利不僅爲法律所設定。且更須得法律之保護。始能完全行使。苟僅有法律之設定而無法律之保護。仍不得謂之爲權利也。如所有權本爲法律所設定。倘所有權被他人侵害。而法律對於侵害者不予制裁。對於被侵害者不加保護。則此種所有權等於虛設。而無存在之希望矣。故權利云者。不僅爲法律所設定。且須得法律之保護。始能確實存在而爲真正之權利也。故凡法律設定之權利。必藉法律以保護之。如所有權被他人侵害。則有民事制裁以保護之。如人格權被他人侵犯。則有刑事制裁以保護之。其明證也。

第二章 權利之種類

權利區分之標準有五

權利區分之標準。學者間之主張。各不相同。茲舉最普通之分類而說明之。則有左之五項。

- (一) 公權及私權。
- (二) 對世權及對人權。
- (三) 原權及救濟權。
- (四) 主權利及從權利。
- (五) 專屬一身之權利。及有移轉性之權利。

第一節 公權及私權

公權及私權

公權私權之區別。學者間之議論紛歧。有依權利之主體以爲區別者。有依權利之起源以爲區別者。有依主張權利者之關係以爲區別者。然究非正確之標準。不如基於公法私法以區別之之爲當。即公權者。公法上之權利也。私權者。私法上之權利也。

公權私權各有
多種

公權大別爲國
家公權及國民
公權兩種

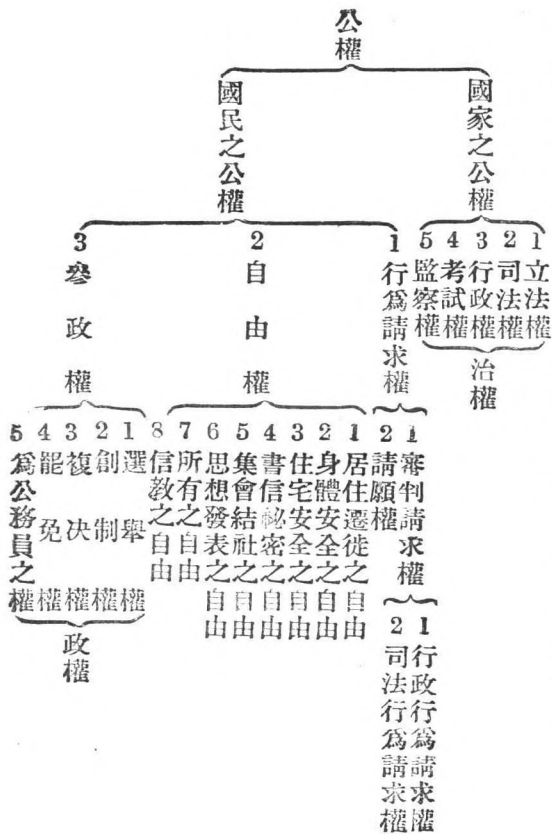
。但於此有應注意者。公權雖爲公法上之權利。然由公法上之處分及其他公法上行爲之結果而生之權利。則不可悉誤解爲公權。如特許專賣者。行政上之處分也。特許法雖爲公法。而因此而生之特許專賣權。則爲私權中之財產權。反之。請求特許之請求權。則爲公權。

公權私權又各得細別爲多種。茲先就公權之分類。加以說明。次款始述私權之分類。

第一款 公權之分類

公權約別兩大部。國家對於人民之權利。是爲國家之公權。人民對於國家之權利。是爲國民之公權。國家之公權。計分立法權、行政權、司法權、考試權、監察權五種。已於國家之活動中說明。第三編第六章國民之公權。計分行爲請求權、自由權、參政權三種。行爲請求權。更別爲審判請求權請願權二種。自由權更別爲居住遷徙之自由、身體安全之自由、住宅安全之自由、書信祕密之自由、集會結社之自由

思想發表之自由、所有之自由、及信教之自由八種。參政權更別為選舉權、創制權、複決權、罷免權、及為公務員之權五種。茲列表以明之。



學者間有主張國民之公權不能存在者。略謂私人對於國家不能主張權利。蓋權利必藉法律之保護。國家操制定法律之權。其對於國民權利之保護與否。一任國家之自由。故國民不得違反國家之意思。對國家主張權利。人民之權利。國家得以立法權廢棄之。凡經國家廢棄之權利。無論人民有如何之請求。法院無由保護之。其請求之是否允許。純係國家之自由。人民不得強制之。故不能認為國民之權利。依此說之主張。國民對於國家。既無所謂權利。則凡財產被國家侵害時。均無法以保障之。則生殺予奪。一任國家之自由。而為極端之國家萬能主義矣。國家雖有廢棄法律之立法權。然其立法權之行使。係由國民選舉之代表。而非個人所能專擅。必其法律有背於共同生活者始廢棄之。其有益於人民之共同生活者。決不能輕予廢棄。是立法權亦非漫無限制者。況權利既為法律所保護。其在保護之法律未廢棄以前。人民為法律範圍內之請求。國家實無權以剝奪之。致自陷於非法之地位。是國民對於國家得主張正當之權利。其理甚明。無庸詳加剖辯者也。茲將國民享有公權之實質

實可大別爲三
分項說明之。

第一項 行爲請求權

行爲請求權有
二

行爲請求權者。國民對於國家要求爲某種行爲之權利也。如所有人之財產被他人侵害時。得請求司法機關爲損害賠償之裁判。以保其權利。卽其例也。此項請求權。又可細別爲審判請求權及請願權二種。分述如次。

審判請求權有
二
行政行爲請求
權

第一、審判請求權。審判請求權更別爲行政行爲請求權及司法行爲請求權二種。
(甲)行政行爲請求權。卽私人因權利之保護。請求國家行政機關爲必要之處分者也。如請求業務登記、或特許其使用建築物。及對於行政官署之違法處分侵

司法行爲請求
權

害私人權利時。得向上級官署請求變更或廢止其處分。以保護其權利等是也。
(乙)司法行爲請求權。卽私人權利被侵害時。請求司法機關爲裁判上之保護是也。此種權利。各國憲法。均明定國民有請求國家爲審判之權。卽所謂訴權是也。學者間有主張民事訴權非公權者。然民事訴權。亦屬人民對於國家權利之

一。應以列入公權爲適當。

請願權之要件
有四

第二、請願權。請願權者國民爲私益或社會公益計。對於過去現在或將來之事項。陳述意見於國家。請求其採納實行之謂也。縱覽各文明國之憲法。靡不明認人民具有此項請願權。蓋所以集思廣益。俾人民各抒所見。詳陳利弊。以資改良。且得下情上達。不致彼此隔閡也。茲分述請願權之要件如次。

請願不限於公
益

(一)請願事件。不限於公益。卽私益亦得爲之。請願係人民對於國家行爲請求權之一。卽人民對於國家有陳述意見之權。其所陳述之事件。不問關係公益私益。皆可儘量發揮。不加限制。蓋國家之行動。雖以公益爲主旨。然請求之私益。旣無礙於公共之安甯幸福。國家當然應予人民以自由發揮之機會也。

請願不受時間
之拘束

(二)請願事件。不問過去現在或將來。皆得爲之。請願事件。不受時間性之拘束。卽不必以現在事件爲限。凡過去或將來之事項。皆得陳述之。如請求取消或變更以往之處分以保護私人之權利。或請求改良現在之制度以謀社會之利益

。或對於將來應興應革之事項。希冀切實施行。以促國運之進步。均可自由陳述。但因行政上之不當處分。侵害人民之權利時。其請求取消或變更該處分之程序。近世文明各國。多依行政訴訟法及訴願法之規定行之。惟英美兩國。行政官違法侵害人民之權利時。被害者得直訴之於普通司法機關。請求救濟。其他各國。則另設平政院以管轄之。我國在臨時約法有效時代。曾有平政院之設。即屬於此。

請願係對於國家爲之

(三)請願係對於國家爲之。請願之方法。有對於國會爲之者。有對於官廳爲之者。亦有對於自治團體爲之者。然國會官廳。乃國家之機關。而自治團體。亦受國家之監督。故可認爲向國家爲之。

請願由人民陳述意見以備國家之採擇

(四)請願者、人民陳述意見。請求國家之採擇施行者也。人民對於國家陳述意見。原冀國家之採納施行。雖採納與否。屬之國家機關。但人民既有請願之提出。國家機關。亦應切實審查。分別處理。苟有裨於實益。固無妨儘量採納。

逐一實施。以增進人民之幸福而謀國家之發展也。

第二項 自由權

自由權之爭在
歷史上最爲劇
烈

自由之爭。係反對暴君專制而起。故湯放桀。武伐紂。子輿氏曾以『賊仁者謂之賊。賊義者謂之殘。殘賊之人。謂之一夫。聞誅一夫紂矣。未聞弑君者也。』之正義評之。而一般學說。均稱湯武革命。應天順人。足徵淫威之不可徒逞。而民權之不可終奪也。自天賦人權之說興。暴君放伐之論起。自由之爭。愈演愈烈。美之離英獨立。法之革命頻仍。與夫滿清之覆滅。民國之肇造。雖尸骨滿山碧血成河而不少惜者。無非自由階之也。蓋專制之君。所以錮其民者。幾無所不用其極。人民蜷伏於虐政之下。鉗口結舌。蛙步荆棘。偶語棄市。三字含冤。鈎株連坐。閭閻爲墟。如漢宋黨錮。唐代清流。朱明東林復社之禍。滿清康乾文字之獄。讀史至此。有餘痛焉。惟物極必反。理勢之常。故斬木揭竿之徒。崛起隴畝之中。雖有金城湯池之固。犀象虎豹之威。恆一潰而不可復振。卒之人民得最後之勝利。謀自由之保障。

各國憲法上保
護之自由權約
有八種

乃與政府劃分權限。垂爲規律。而個人對於國家所享之自由權。始克確立。此種歷史上之往績。古今東西。靡不從同。有統治之責者。不可不引爲炯戒也。茲舉各國憲法上保障個人自由權之概要。略述如左。

居住遷徙之自由

第一、居住遷徙之自由。歐洲古代之國家。對於人民之居住轉徙。限制甚嚴。凡身列奴隸者。生老病死。均不能逾越主人監督之範圍。其無居住之自由。固不待詳論。卽奴隸以外之人民。欲移轉其居住。亦須經長官之許可。或課以通行之苛稅。以無形阻遏其往來。如所謂來住稅退去稅之類是也。泊十八世紀中葉。此制漸弛。沿至近世各國。乃於憲法中明定規定。以作人民自由之保障。第因維持風化之必要。仍有例外之限制。如妓戶必須萃處。不能任意遷徙。卽其例也。

居住自由之內
容

居住自由之意義。卽凡屬組織國家分子之國民。不問智愚賢否。均有永續居住國內之權利。國家不能放逐之。如所謂擯諸四夷不與同中國之現象。只能於古代行之。今則明定憲典。不能剝奪此種自由矣。雖人民因政治關係或其他刑事上之關

遷徙自由之內
容

係。常有自行逃避於外者。然此係畏罪之結果。非國家具有放逐之權也。

遷徙之自由。更包含三事。卽（一）出籍之自由。（二）國外居住之自由。（三）國內居住之自由是也。國內居住與國外居住。均屬人民之自由。理由甚顯。無俟贅敘。惟出籍一點。係指脫離國籍言。脫離國籍。古代各國法律。類皆禁止。至近世始認人民有脫離國籍之自由。特其條件與程序。仍有一定之限制。如我國國籍法第三章國籍喪失之規定。必無未結之民刑訟件、兵役之義務、應納未繳之租稅、及文武官職者。始准其出籍。既出籍後。所有中國人在內地特有之利益。均不得享受。其有夫之婦。不得單獨呈請出籍。又凡依法尚未成年及無能力者。亦不准自行呈請出籍。且出籍必經內政部之批准。始爲有效。是皆關於出籍之限制而非絕對自由。蓋脫離國籍。於國家權利有關。不能不有相當之限制也。（參照國籍法第十條至第十四條）

身體安全之自

第二、身體安全之自由。身體安全之自由者。卽人民之身體。非依法律。國家不得

由

逮捕、拘禁、審問、處罰之之謂也。現今文明各國。皆認人民有身體自由之權利。國家不得任意拘束之。即因犯罪關係。及其他侵權行為。應施以相當之制裁。亦必須依照法律上之程序行之。如關於刑事上之犯罪而施以逮捕監禁時。必須依照刑事法規行之。關於民事上之責任而施以訊問處罰時。必須依照民事法規行之之類是也。

住宅安全之自由

第三、住宅安全之自由。住宅為人民生活之本據。自應保持其安全、倘許任意侵入或搜索。則滋擾不堪。困頓孰甚。此各國憲法。所以明認人民之家宅。不得任意侵入或搜索也。雖有時因政治軍事或刑事上之關係。亦有加以侵入或搜索者。但必依據法律行之。如因戰事發生而為侵入或搜索者。必根據戒嚴法規行之。因犯罪行為發生而為侵入或搜索者。必根據刑事法規行之。又凡因保持公共安全及善良風俗而為侵入或搜索者。必根據警察法規行之。其明證也。

書信秘密之自由

第四、書信秘密之自由。書信之內容。有關於親屬中之秘密者。有關於愛情上之秘密者。亦有關於利益上之秘密者。然均屬於本人自身事件。他人決無暴露其秘

密之權。故各國憲法。對於書信秘密之自由。亦均明確認定。以資保障。但此種自由。僅就通常言之。若當軍事時期。及涉及訴訟證據。則國家機關。爲緊急狀態及搜索證據之必要。常有檢閱書信之權。

集會結社之自由

第五、集會結社之自由。集會者、多數人因共同目的。爲一時之集合者也。結社者、依多數人之合意。爲達共同目的以組織永續之團體者也。此等組合。亦屬人民之自由。各國憲法。多是認之。我國實行黨治。對於集合結社。須以不背於黨綱黨紀者。始得爲之。其於秘密之集合結社。禁制尤嚴。卽所謂黨外無黨黨內無派之策略。以貫徹一黨專政之本旨者也。

思想發表之自由

第六、思想發表之自由。卽人民得以言論或文字自由發表其意思之謂也。專制之世。偶語棄市。一字含冤者。所在多有。宏達之士。沉思所得。但能託諸風詠。倘或公開發表。慷慨陳詞。則文網之罹。儻不旋踵。亡清文字之獄。通儒碩彥。死喪枕籍。其明徵也。歐洲中世。對於印刷物品。亦採檢閱主

義。卽凡百著述。非先經政府檢查明析。不能刊布。故積學之士。僅能抱殘守缺。膠墨師說。而不能爲改良創造之主張。文化遲滯。良有以也。洎後法治進步。頓悟前非。個人思想之發表。一任自由。列諸憲章。於是書報雜誌。汗牛充棟。而學術發達。文運進步。遂致一日千里。且有巧奪天工之勢。乃知防民之口。甚於防川。治川者決之使導。治民者宜之言。誠爲不刊之論也。

所有之自由

第七、所有之自由。古代國家。人民無所有權。一切財產。均由專制之君主總領之。如所謂富有四海。貴爲天子。普天之下。莫非王土。卽當時財產制度之表現也。洎後天賦人權之說興。暴君放伐之論起。人民權利。漸次伸張。財產制度。大加改革。人民所有之自由。遂至列諸憲法。垂爲定規。向之君主私有之制。乃進而爲人民所有之制焉。今則土地國有之說。喧騰宇內。雖較君主私有。大相逕庭。然人民毫無私產。職務不免放棄。得失利弊。屬諸社會學之範圍。茲不暇詳爲評駁也。惟所有之自由。尙有相當之限制。如刑事上之罰金沒收。行政上之公

用徵收。國家仍有直接處分之權。其明證也。

第八、信教之自由。即人民對於宗教。有自由信仰之權是也。歐洲古代。對於人民信教。限制甚嚴。有禁止尊崇一教者。有因信仰某教即目爲異端邪說而施以虐待者。沿至中世。羅馬天主教盛行。其教皇之威權。遠在各國元首之上。當時國君之進退。幾視教皇之喜怒爲轉移。人民更無論矣。迨路德倡宗教改革之議。阻力橫生。爭端以起。人民因求信教自由之故。前仆後繼。死亡枕藉。歐人至今。猶有餘痛。我國自漢武帝採董仲舒之說。尊崇儒術。罷黜百家以來。弈葉君相。雖兢兢以儒家爲國教。然老莊清談之學。仍盛行於魏晉。釋迦寂滅之旨。復風靡於宋明。當時之政府。固未嘗橫加干涉於其間。是人民信教之自由。早著於歷史。非待憲典之規定。始具有此種權利也。惟現在提倡文化。捐除迷信。關於信教之自由。又不能不受種種限制耳。

第三項 參政權

參政權約有五種

參政權即人民參與國家政事之權。現代一般國家。人民之參政權。僅有爲公務員之權及選舉權(包被選舉權言)兩種。殊不足以盡督監之能事。我國現採全民政治。全國人民。均有預聞國家政事之權。而政權與治權。亦示明白區分。治權屬諸政府。即立法司法行政監察考試五權是也。政權屬諸人民。即選舉權創制權複決權罷免權是也。治權已詳述於第三編國家之活動中。爲公務員之權。雖係參政權之一。而非屬諸政權之範圍。茲特將選舉權創制權複決權罷免權之四種。分述如次。

爲公務員之權

選舉權

(一)選舉權 選舉權即人民依法有選舉及被選舉之權利。內分直接選舉與間接選舉兩方法。其由一般人民一次選定者。是爲直接選舉。其非一次選定。而更由初次當選人重爲選定者。是爲間接選舉。故間接選舉有初選、複舉之別。直接選舉無之。近代各國。類採間接選舉制。我國前頒之參眾兩院選舉法及現頒之國民會議代表選舉法。亦均採間接選舉制。

創制權

(二)創制權 創制權即人民有自行立法之權。國家之立法權。原屬諸人民選出之代

表。卽立法機關之代議士是也。然代議士雖由人民選出。究竟能否盡職。尙屬問題。如我國從前之參眾兩院。開會數年。日事紛爭。對於立法事業。毫無成績。其明證也。惟人民具有創制法律之權。則關於需要之法律。可依多數之表決。自行創定。以免代議士之專擅。此卽創制權設定之要旨也。

複決權

(三)複決權 複決權者。卽人民對於立法機關所訂定之法律。有審核決定之權利也。原來立法機關制定之法律。無論內容如何。人民只有遵守之義務。絕無審核之權利。雖其法律違反共同生活狀況。人民亦無權以否認之。如各國立法程序。一經制定公布。卽發生強制通行之效力。卽其明證。人民既具有複決之權。則對於立法機關制定之法律。可重行審核。認爲不良之惡法。得毅然撤消之。使之重行制定。或根據創制權自起而爲之。此卽複決權設定之要旨也。

罷免權

(四)罷免權 罷免權者。卽人民對於選出之代表、及政府任命之官吏。有撤回或廢免之權利也。從來議員官吏。一經選出或任命後。縱有枉法不良情事。只能受法

律上之制裁。人民無權將其罷免。在代議士固非經滿任或依法解散後。不能將其撤回。卽行政或司法官吏。非經上級機關之檢舉或監察機關之彈劾。亦不能輕於免官。以致貪官污吏。違法殃民。人民雖欲得而甘心者。亦憚於政府威權議員身分。而莫可如何。不肖之徒。且常因其勢力而阿附助長之。此苛政猛虎之論。所由作也。惟人民具有罷免權。則凡議員官吏之不良者。人民皆得撤除之。於是議員官吏。爲維持其固有之位置。亦不敢恣意橫行。而人民之政權。始得完全行使。此又罷免權設定之要旨也。

第一款 私權之分類

私權大別爲人身權及財產權二種

私權係基於私法上之權利。大別爲人身權及財產權兩種。人身權又別爲人格權及身分權。財產權又別爲物權債權及專用權。而人格權身分權物權債權及專用權中更爲種種之細別。茲分述如次。

第一項 人身權

人格權約有七種

人身權者、於權利人之自身有密切關係之權利也。計分人格權與身分權之二種。

第一、人格權 人格權即關於個人人格上之權利。其受他人侵害時。得請求法院除去之。(民法第十八條)約有七種。

甲、生命權 即保持個人生命安全之權利。無論何人。不能侵犯。

乙、身體權 即保持個人身體安全之權利。他人不能侵犯。

丙、自由權 即保持個人身體意思自由之權利。不受他人侵害。

丁、名譽權 即保持個人在社會上所有地位之權利。他人不得毀壞之。

戊、信用權 即保持個人在社會上所有信用之權利。他人不得妨害之。

己、姓名權 即禁止他人盜用個人專有名號之權利。以保持名稱上之安全。

庚、影像權 即禁止他人傳播個人自己影像之權利。以資保護。但亦有樂於傳播

影像以博世人之景仰者。如美國多用華盛頓影像。法國多用拿破崙影像。我國多用孫中山影像是也。惟影像為個人人格權之一。在法律上不能不有以保護之

身分權約有四種

第二、身分權 身分權即關於個人身分上之權利。其受他人侵害時。亦得請求法院保護之。內分四種。

甲、親屬權 亦簡稱親權。即父母對於子女之權利。(參照民法一〇五九條至一〇九〇條)

乙、家長權 即家長對於家族之權利。(參照民法一一二二條至一一二八條)

丙、監護權 即監護人對於被監護人之權利。(參照民法一〇九一條至一一〇九條)

丁、繼承權 即繼承人之繼承權利。(參照民法一一三八條至一一八五條)

第二項 財產權

財產權約有三種

財產權者、得以金錢計算之權利也。內分物權債權專用權之三種。分述如次。

第一、物權 物權者權利人不俟他人之行為直接支配其物之權利也。細別之有所有

權、地上權、佃權、地役權、抵押權、質權、典權、及留置權、之八種。其內容俟各論民法物權編述之。

第二、債權 債權者權利人使他人爲積極行爲或消極行爲之權利也。債權發生之原因。種類極多。如締結契約管理事務不當利得侵權行爲以及其他各種商行爲均屬之。其詳讓諸民法債編及各種商事法規中說明。茲不具及。

第三、專用權 專用權一稱智知權。又曰無形財產權。卽因個人精神之運用而產生之物。國家予以專利之權者也。如關於文藝學術或美術之著作物。均有著作權。其他應用物理化學而發明製作之物品。得有專賣權皆屬之。

第二節 對世權及對人權

對世權一稱絕對權
對人權一稱相對權

對世權及對人權之區別。係以權利之效力支配範圍爲標準。卽得對抗於一般人之權利。謂之對世權。一稱絕對權。如物權、專用權、人格權等屬之。反之。唯對於特

對權

定人始得對抗之權利。則謂之爲對人權。一稱相對權。如債權屬之。相對權無追及力。如甲對乙負有債務。乙之債權。只能向甲行使。對甲以外之人。卽無行使其債權之權利。其明證也。若絕對權。則有追及力。如乙之所有物爲甲侵佔。雖輾轉入於丙丁戊己以至庚辛壬癸之手。乙皆可對物主張其所有權。不限對甲一人可以追索。而可對甲以外之人爲追索。故凡對世權皆有追及力。此又兩者區別之實效也。

第三節 原權及救濟權

原權一稱第一權
救濟權一稱第二權

原權一稱第一權。卽法律直接所制定之權利。不因他人之違法行爲而存在者也。救濟權一名第二權。卽因原權受有侵害。因欲達救濟之目的而生之權利也。如物之所有權。不待他人侵害而爲法律上直接設定之權利。是爲原權。卽第一次設定之權利也。若他人侵害其物。所有人對於加害人有請求回復原狀之權利。是爲救濟權。卽因救濟原權而爲第二次設定之權利也。故物權可稱爲原權。因侵害物權而生之損害

賠償請求權。則爲救濟權。蓋僅有原權之設而無救濟權以保障之。將至任人侵害徒有權利之虛名而無權利之實益。此所以又有救濟權之必要。而爲第一權第二權區分之效用也。

第四節 主權利及從權利

主權利及從權利

主權利者、獨立存在之權利也。從權利者、附屬於他種權利而存在之權利也。如所有權爲獨立存在之權利。故所有權屬主權利之一種。地役權抵押權皆係附屬他種權利（地役權常附屬於所有權。抵押權常附屬於債權。）而存在之權利。故均屬於從權利。

從權利以主權利之存在爲前提。故其發生消滅或變更。均以附隨於主權利爲原則。如因債權發生而設定抵押權。因債權變更而抵押權變更。與因債權消滅而抵押權隨之消滅。其明證也。

第五節 專屬一身之權利及有移轉性之權利

專屬一身之權利及有移轉性之權利

權利因其性質或法律上之規定。有不可分離之關係者。是爲專屬一身之權利。如人格權及身分權。均有不可分離之關係。卽專屬一身之權利也。反之物權、債權、專用權均可自由移轉。其移轉時。仍於權利上之利益無損。則皆屬有移轉性之權利也

第三章 權利之主體

權利之主體爲人

權利之主體（義務同）爲人。卽法律上認其有享受權利之人格者也。古代法律。雖屬人類。亦不必具有法律上之人格。如奴隸時代之奴隸。家族制度之家屬。皆無法律上之人格。卽不能認爲權利之主體。亦有本非人類而可爲權利之主體者。如人類組織之社會團體。法律上認爲具有人格是也。近代各國。均採平等主義。凡屬人類

人有自然人與
法人二種

。皆得爲權利之主體。故人之意義。乃包括自然人與法人言。茲分節而說明之。

第一節 自然人

自然人一稱有
形人

自然人者、具備人類之形態而爲權利之主體者也。故稱之爲有形人。近代法律。雖採平等主義。但法律上認爲權利之自然人。亦須具備左列二條件。

第一要件須出
生

第一、須出生 所謂權利之主體者。係指權利能力言。人之權利能力。亦非漫無限制者。故我國民法。關於人之權利能力。亦有明白規定。即須出生於世者始能享有之。其未出生以前。僅屬胎兒。不能認其爲權利之主體也。但亦有例外。即關於胎兒個人利益之保護。以將來非死產者爲限。得視爲與已出生者有同一之資格是也。（參照民法第六條及第七條）

第二須生存

第二、須生存 人類由胎兒出生以後。即享有權利能力。無論其生存之久暫。一息尚存。均視爲權利之主體。惟生命終了時。則法律上以屍體視之。不復認其有權

利能力。即我國民法第六條後半段終於死亡之規定是也。

權利雖以平等為原則但在公法上頗多限制

要之。出生為權利取得之條件。死亡為權利消滅之條件。其出生以後死亡以前之自然。皆當然享有法律上之權利也。但此種權利平等之原則。僅限於私法上之權利為然。若從公法上觀之。雖名義上亦係採用此原則。實際上則殊多例外。如關於年齡上之限制。財產上之限制。及男女間之限制。雖各國立法例有寬嚴之不同。其間終有顯著之差別。則一也。

能力有權利能力與行為能力之別

人在法律上之能力有二。一曰權利能力。一曰行為能力。權利能力。係享有權利能力之謂。如民法第六條規定始於出生。終於死亡。即指享有權利之能力而言。故權利能力。人人皆享有之。至行為能力。係指發生法律上效果之能力。不問其行為之是否適法。在私法上均應發生效力者也。此種能力。則不必人人具有。如未滿七歲之未成年人及禁治產人。均無行為能力。其滿七歲以上之未成年人。僅有限制行為能力（參照民法第十三條各項第十四條及第十五條）是也。故有權利能力者。不必

有行爲能力。而有行爲能力者。則皆有權利能力。此又兩者區別之要點也。

第二節 法人

法人一稱無形人

法人本質之學說有四

法人者、有權利能力之社會組織體也。蓋各自然人之命運有限。欲達永久繼續之社會目的。非創設有權利能力之社會組織體不可。故法律上於自然人之外。對於此種社會組織體。賦予權利能力。認爲具有人格而爲權利之主體。是爲法人。以其不具備自然人之形態。又以無形人稱之。關於法人之意義及本質。古今學說甚多。其主要者約有四種。

法人擬制說

第一、法人擬制說 此說謂法人本無人格。其人格由於法律上之擬定。蓋權利基於意思力而生。凡享有權利者。必爲有意思力之自然人。其非自然人而享有權利者。乃法律對於自然人及財產之集合體賦予人格。而爲一種例外。卽所謂法人是也。

無主財產說

第二、無主財產說

此說以法人非有人格。僅屬一種權利。權利即財產。該項財產

。既不屬於自然人。則為無主。法人即指此欲達一定目的之無主財產言。此說一稱目的財產說。

全體受益說

第三、全體受益說

此說以法人非指無主財產。乃指受益者之全體言。蓋法人既係

擬制。則必另有享受利益之自然人。凡因法人成立而受利益者。即視為法人之本體。如公司之股董、學校之學生皆是。

法人實在說

第四、法人實在說

此說以法人為實在組織體。有思想能力。其組織法人之自然人

。以多數決或其他方法表示之意思。即為法人之意思。而非仍屬自然人之意思。依該意思而代表執行者。即為法人之行爲。而非仍屬自然人之代理行爲。

我國民法採法人實在說其成立須基於法律之規定

以上四說。以法人實在說為正確。且足補前三說之缺陷。蓋前三說僅知有出生之自然人。不知有社會組織之團體。僅知自然人有思想能力。不知社會組織體亦具有意思能力故也。我國民法即採此說。而以法人與自然人相對立。且於法令限制範圍內

。認爲權利之主體。如民法第二十五條法人非依本法或其他法律之規定。不得成立。其明證也。

法人有公法人
及私法人之別

私法人有社團
財團兩種

法人大別爲公法人與私法人兩種。公法人者、因公法而存在之法人。如國家、地方團體、公共建築物、公共組合等屬之。私法人者、因私法而存在之法人。更分社團財團兩種。其因達特定目的而爲人之集合者。是名社團。其因使用於特定目的而爲財產之集合者。是名財團。社團自其目的言之。又有營利社團與公益社團之別。營利社團之目的。專屬於經濟。故又稱爲經濟上之法人。如各種商事公司屬之。公益社團之目的。不專屬於經濟。故又稱爲非經濟上之法人。如政治、宗教、學術、技藝、社交、及其他非經濟上目的之社團均屬之。財團則專以公益爲目的。故僅屬公益法人而非營利法人。如學校、醫院、及其他由捐助行爲而設立之財團均屬之。社團之組織。以自然人爲基礎。故有社員總會。財團之組織。以財產爲基礎。故無社員總會。此又社團財團區別之要點也。

第四章 權利之客體

權利之客體爲物

權利之客體者。依法律之保護以滿足人類生活之資料者也。權利之種類不一。故客體之種類亦異。就其最著者言之。則權利之客體爲物。蓋所以別人爲權利之主體也。因其爲權利之目標。故一稱標的。又稱目的。茲就物之意義及種類分節說明之。

第一節 物之意義

物有有體物與無體物之別

物之意義。學者間之主張不一。羅馬法上之所謂物者。分有體物與無體物兩種。有體物係指人類感官可以觸知者言。如土地、建築物、動物、器具等屬之。無體物係指人類感官所不能觸知而僅以智能表現者言。如出版權、特許權等屬之。然現今各國之立法例。其所謂物者。僅以有體物爲限。故物之意義。亦僅於有體物中說明之。茲依有體物之範圍而爲物之定義曰。物者、占有空間位置人類以外外界之一部。而

物之定義

物爲人類以外
外界之一部

爲人類所支配以供生活需要之獨立體也。分析之。

第一、物者人類以外外界之一部也。自然人及法人。固不得謂之爲物。卽人之身體亦非物。古代奴隸制度。雖可以人身爲買賣。但因其有背人道。現代文明各國。悉廢除之。故所謂物者。須爲人類以外自然界之一部。如土地鳥獸草木之類屬之。

物占有空間之
位置

第二、物者占有空間之位置也。既名爲物。不問其爲固體、氣體、液體。均占有空間之位置。如木、石、鳥、獸、煤氣、水氣等屬之。反之。如光線、電力、熱力、音響、名譽、信用、行爲、權利、義務等。均不占有空間之位置。卽不能以物視之。

物受人類之支
配

第三、物者人類所得支配者也。法律上之物。應以人類所得支配者爲限。故日月星辰。在物理學上占有一定之空間。雖屬物之一種。然非人類所得而支配。故仍非法律上之物。

物得充人類生活之需要

第四、物者得充人類之生活需要者也。法律上之物。以足供人類之生活需要者爲限。若一粒之砂。一滴之水。物理上占有一定之空間。雖屬於物。然不足以充人類生活之需要。故法律上不屬於物。

物爲獨立體之存在

第五、物者爲獨立體之存在者也。法律上之物。須爲獨立體之存在。如一方之土地。一個之鐘表。均爲獨立體之存在。故均爲法律上之物。若牛馬之肢體。一旦分離。則牛馬均不能存在。故不能以物視之。惟此僅就生活之牛馬言。若已死之牛馬。則一足一耳。均爲獨立之一體。法律上又當以物視之矣。

第二節 物之種類

物之種類凡七

有體物之種類甚多。就其主要者言之。則有(一)不動產及動產。(二)主物及從物。(三)特定物不特定物。(四)消費物及不消費物。(五)融通物不融通物。(六)可分物及不可分物。(七)元物及孳息之七種。茲分說如次。

從物之三要件

第一、不動產及動產 不動產者、土地及其定着物之總稱也。（民法第六十六條一

不動產之意義

土地定着物之
四要件

項）土地之意義。係指水陸及天然富源言。（參照土地法第二條）即於空間有不變動之位置。而為支配地上、地面、（地表）地下、（地體）及空中各種權利標的之總稱也。無地上權則不能從事建築。無地面權則不能從事耕耘。無地下權則不能從事探掘。無空間權則不能行使航空及天空一切權利。故土地之保護。古今各國。均極重視。至土地之定着物。本非土地之構成部分。乃因使用之關係而永續固着於土地之物體也。從學理上言之。須有四要件。（一）土地之定著物。必非土地之構成部分。如溝渠等類。雖經人力造作。但仍屬於土地。即非土地之定着物。（二）土地之定着物。須固著於土地。即本諸自然或人工以與土地相緊接。非損壞土地或物體即不可分離者也。如樹木由土地而生。即本諸自然與土地相緊接。橋梁之類。則本諸人力與土地相緊接。均為定着物。若門窗之類。可分可合。雖取去亦與土地及房屋之全體無礙。即非定着物。（三）定着物須有一定之效用

。如自來水管。須掘藏於地體。始能成就自來水事業之作用。故爲定着物。若以古董埋藏於地下。則失却其效用。不能稱爲定着物。(四)定着物必須永續固著於土地。如房屋及一切建築物。均有永久繼續固著於土地之性質。是爲定着物。若僅屬停放建築物之材料於地面。隨時折取。而無永續固著之性質者。不得謂之定着物。此卽土地定着物之要點也。

動產之意義

動產者、卽土地及其定著物以外之物也。(民法第六十七條)如家畜等得因自力而動作之物、及衣服器具等得因他力而變動之物。固爲動產。卽凡不定著於土地之工作物。如承包土木工程木廠所設之板屋等。係暫時附著於土地之物。亦爲動產。其他爲觀覽而暫時附著於房屋之裝飾品等。不爲房屋之成分者。亦均屬於動產。而應適用動產物權之規定。

主物及從物

第二、主物及從物 主物係對從物言。卽非屬從之物而爲本體之物也。其意義可就從物之說明而知之。

從物者、非主物之構成部分。常助主物之效用。而同屬於一人所有之別體附屬物也。(民法第六十八條一項)分言之。(一)從物非主物之構成部分。即須與主物爲各別獨立之物體。如建築物之裝飾品。非建築物之構成部分。而與建築物爲別個獨立之物體。故爲從物。(二)從物常助主物之效用。即有助長主物日常使用之效力。倘係暫時供主物之用者。即非從物。如舢板爲輪船之從物。常助長輪船之效用。門戶爲建築物之從物。常助長建築物之效用。是爲從物。若車因固有之燈壞而暫代以燭。則燭非車所常用。不得謂之爲從物。(三)從物須隨主物同屬於一人之所有。即建築物之所有者。對於建築物之附屬品。亦有所有權。其附屬品始爲其建築物之從物。若建築物爲甲有。附屬品爲乙有。即不得謂之從物。惟此點與德國立法例頗有不同。德國係從維持經濟現狀著眼。即主物屬甲。從物屬乙。亦可爲主物從物之區分。我國及日本立法例。則爲保護從物之所有權起見。若所有者不同而亦爲主從之區分時。則從物之權。操於主物所有人之手。從物之所有人。

從物以附隨主
物爲原則

轉不能自由。故必以主從屬於同一所有人之所有爲要件。以上三點。係從物之觀念。其非此從物而爲從物被附屬之物。卽主物也。此種主物從物之區分。其實用在保交易上之安全。卽羅馬法上所謂『從應隨主』之原則。而謀經濟上之便利也。

特定物一稱不
代替物

第三、特定物及不特定物 特定物者。當事人著眼於物之特質而爲具體之指定者也。如某種書籍、某所房屋之類屬之。故凡爲特定物之交易時。當事人之一方。對於他一方。須給付其所約定之特定物。而不能以他物代替之。學說上又稱之爲不代替物。

不特定物一稱
代替物

不特定物者。當事人不著眼於物之特質。唯以抽象指定其種類或數量者也。如金千圓米百石之類屬之。故凡爲不特定物之交易時。當事人之一方。對於他一方。可給付同種同量之物。卽可以同種同量之物代替之。學說上一稱之爲代替物。

消費物及不消
費物

第四、消費物及不消費物 消費物者、因使用而歸於消滅之物也。如米麥油酒等。一經使用。卽歸消滅之類是。不消費物者。雖使用而不消滅之物也。如器具房屋

等。雖從其性質而使用之。仍不消滅之類是。通常消費物多屬代替物。如米、麥、油、酒、均可以同種同量之物代替之。故爲代替物。惟代替物不必皆屬消費物。如釘、針等雖可以同種同量之物代替之。屬於代替物。然究不因使用而歸於消滅。卽不能以消費物視之。其明證也。

融通物及不融通物

第五、融通物及不融通物 融通物者、可爲買賣讓與之目的。卽得移轉物之所有權之謂也。如土地房屋動物器具等屬之。不融通物者。不得爲買賣讓與之目的。卽不能移轉物之所有權之謂也。不融通物可大別爲公共物、公有物、及禁止物之三種。(一)公共物者、乃從其自然狀態。供一般公衆之使用。不得由個人獨占之物也。如空氣、光線、大洋、星辰等。無論何人。皆得共用。而不能爲個人之私有。

公共物

。卽其例也。惟公共物之一部分。亦有可作爲融通物者。如自大洋中汲取流水。則甕中之水。可爲個人之私有。是又屬於融通物矣。(二)公有物者、依於政治上之理由。而屬於國家及地方公共團體所有之物也。如城寨道路軍艦衙署之類屬之

公有物

禁止物

。此等公有物。不得爲買賣讓與之目的。故均爲不融通物。(三)禁止物者、因維持公共秩序而禁止私人之製造或持有者也。如鴉片、兵器、偽造貨幣及有傷風化之圖書等均屬之。此等禁止物。不得爲買賣讓與之目的。故亦爲不融通物。

可分物及不可分物

第六、可分物及不可分物 可分物者、由其性質、及當事人之意思、或法律上之規定。得分割之物也。不可分物者、基於物之性質、及當事人之意思、或法律上之規定。不能分割之物也。所謂性質上不能分割者。非害物之本質或減少其價值。卽不能分割之謂也。如一隻牛、一棟屋。分割之則必害其本質或減少其價值之類是。所謂基於當事人之意思不能分割者。如甲乙二人相與締結債權契約。對於債權之目的物卽金額。聲明須一次清償之類是。所謂基於法律上之規定不能分割者。如因債權之擔保而設定之抵押權質權之類是。故以上三種。均屬不可分物。反之。如無建築物之土地或萃集之穀物等。雖分割之而不害物之本質或其價值者。則皆可分物也。

元物及孳息

第七、元物及孳息 元物（原本）對孳息言。爲產出孳息之物。詳言之。原物者、

爲人類經濟基礎之根本財產。有永續供給產出物經濟效用之性質者也。如生果物之樹木。生利息之母金均屬之。孳息一稱果實。卽元物產出之物。詳言之。孳息者、乃應生活需要而消費之收益財產而爲永續被供給之產出物也。有天然孳息與法定孳息兩種。（參照民法第六十九條一二兩項）（一）天然孳息者。依物之用法

天然孳息

法定孳息

而收取之產出物也。如植物之果實。動物之產物。及其他凡依物之用法而適合於經濟上收穫之產物均屬之。（二）法定孳息者。爲物之使用上所生之對價。而依法律關係所得之金錢及其他物件之收益也。如債權所生之利息。賃屋所得之租金。及其他凡因法律關係所得之金錢收益、物品收益均屬之。

第五章 權利之取得

權利之取得與 權利之主體爲人。權利之客體爲物。業已分述於前。然物不能孤立而無主。故權利

權利之發生

必歸屬於特定之人。乃爲當然之結果。此種歸屬之事實。就特定人方面言之。是爲權利之取得。自權利本體言之。是爲權利之發生。

權利之發生有

二

權利之發生者。特定之權利。因於某事實而附着於特定之主體之謂也。有絕對發生與相對發生之二種。分述如次。

絕對發生

第一、權利之絕對發生 權利之絕對發生者。其權利因於某事實與他人之權利無關係。而附着於特定之主體者也。如因先占而所有權發生。因契約而債權發生。因婚姻而親屬權發生。因歸化而國民權發生。因達一定之年齡而選舉權被選舉權發生之類屬之。

相對發生

第二、權利之相對發生 權利之相對發生者。即權利因某事實於其本質無所變化。而僅其主體發生異動者也。如因買賣而買主取得賣主之所有權。因繼承而繼承人取得被繼承人之財產權屬之。故權利之相對發生。又稱之爲權利之移轉。惟此種相對之發生。僅限於財產權有之。其他在公權中各權利。固不得轉讓於他人。即

在私權中如親屬權人格權等權利。亦不能爲主體之異動。

權利之取得有

二
原始取得

。亦復相同。故學說上對於權利之取得。亦分爲原始取得及繼承取得之二種。原始取得者。卽不憑藉他人之權利而有獨立取得權利之事實者也。如絕對發生各權利均屬之。繼承取得者。卽須憑藉他人之權利。因繼承始有取得之事實者也。如相對發生各權利均屬之。

繼承取得

生各權利均屬之。

有償取得及無償取得

繼承取得。又大別爲(一)有償取得及無償取得。(二)包括取得及特定取得之二種。有償取得者。卽繼承權利時。須給付代價或報償者也。如買賣屬之。無償取得者。

包括取得及特定取得

卽繼承權利時無須給付代價或報償者也。如贈與屬之。包括取得者。卽繼承權利之全部。如甲出繼於乙。自繼承開始時。凡乙所有之財產。甲皆取得之是也。特定取得者。卽僅繼承特別指定之權利。如甲以手錶讓渡於乙。乙僅有繼承其手錶之權利是也。

第六章 權利之變喪

權利之變更及喪失

權利之變喪者。即權利變更與喪失之簡稱也。茲分權利之變更及權利之喪失兩者而說明之。

第一節 權利之變更

權利之變更有二。即不消滅權利之本質。而僅變易其形態之謂也。大別之有主觀變更與客觀變更之二種。

主觀變更

第一、主觀變更 主觀變更。係指權利主體之變更。分言之。即權利主體之改換與權利主體之增減是也。權利主體之改換。即新主體代舊主體而享有其權利。如甲以債權讓與於乙。乙即代甲而享有債權之類是。權利主體之增減。即一人之權利歸於數人。或數人之權利歸於一人。如原屬於甲之所有權。因改換而分爲乙丙丁

三人共同管有。或原屬甲乙丙丁四人共有之物。因改換而讓歸甲一人獨有之類是。

第二、客觀變更 客觀變更。係指權利客體之變更。分言之。即權利之數量、權利之內容、權利之形式有所變更是也。權利數量之變更。謂權利之範圍有增減。如甲借洋二千元於乙。嗣又續借五百元。是債權之範圍。較前增加。設甲借洋二千元於乙。乙已還甲洋五百元。是債權之範圍。較前縮小。此即數量變更之適例也。權利內容之變更。謂權利之種類有更易。或於固有權利外。新生別種之權利。如甲負乙債。到期不肯償還。乙於其固有債權之外。發生強制履行請求權。此即權利內容變更之適例也。權利形式之變更。謂權利方式上有所變更。如甲借洋五百元於乙。約定三年歸還。旋改三年為四年。而期間加長。或改三年為一年而期間縮短。此種期間之改定。於甲之債權內容無增減。僅屬方式上之改易。此即權利形式變更之適例也。

第二節 權利之喪失

權利之喪失有

二

權利之喪失者。權利與其主體相分離。即基於某事實而絕其與主體相連絡之事實也。從權利之效力言。有相對喪失與絕對喪失之二種。

相對喪失

第一、相對喪失 權利之相對喪失者。權利之本質不消滅。僅與其主體相分離之事實也。詳言之。權利之原主體雖喪失其權利。而權利之實質。依然存在。且同時仍受新主體之支配者也。如買賣或贈與。原主體因而喪失其所有權。同時新主體因而取得其所有權。就原主體方面觀察。是為權利之相對喪失。就新主體方面觀察。又為權利之繼承取得。即其例也。

絕對喪失

第二、絕對喪失 權利之絕對喪失者。權利之本質消滅而與其主體分離之事實也。詳言之。即權利之本質。全然消滅。無論何人。不能更行移轉讓渡之謂也。絕對喪失之原因甚多。就其最著者言之。約有四種。分述如次。

由權利固有原因而喪失

(一)由權利固有之原因而喪失。權利有基於自身之原因而喪失者。如甲歲給乙洋五百元。以乙終身為限。謂之終身定期金。至乙死亡之日。則此項債權。歸於消滅。卽其例也。

由當事人之意思而喪失

(二)由當事人之意思而喪失。權利有可隨當事人之意思拋棄者。有不得由當事人之意思拋棄者。前者為財產權。後者為人格權。如甲對乙有百元之債權。自願拋棄。則權利歸於消滅。是卽基於當事人之意思而喪失權利之適例也。若甲與乙訂立願為奴隸之契約。喪失人格權。則為法律所不許。以財產權雖可拋棄。而人格權不能拋棄故也。

由法律之規定而喪失

(三)由法律之規定而喪失。權利基於法律之設定。故權利之取得。由於法律之賦予。而權利之喪失。則由於法律之剝奪。如時效制度。於一定期間內。永續行使其權利者。為取得時效。其逾一定之期間而不行使其權利者。為消滅時效。是前者由於法律之賦予。而後者由於法律之剝奪。其明證也。茲之所謂由法

律之規定而喪失權利。係專指消滅時效言。如請求權因十五年間不行使而消滅。(民法第一百二十五條)利息、紅利、租金、贍養費、退職金等之給付請求權。因五年間不行使而消滅。(參照民法第一百二十六條)旅店、飲食店及娛樂場之住宿費、飲食費、座費、消費物之代價及墊款等之請求權。因二年間不行使而消滅(參照第一百二十七條各款)之類屬之。

由自然原因而喪失
權利之喪失。有基於自然原因者。即因天災不可抗力。致權利之目的物。根本消滅時。則權利亦隨之而喪失是也。如家屋之所有權。因房屋之被焚而喪失。船舶之所有權。因船舶之被沉而喪失之類屬之。

第七章 義務之意義

義務與權利相對待

義務與權利相對待。故義務之觀念。可由權利之觀念推定之。蓋權利義務。如影之隨形。響之隨聲。在法律上具有相互之關係。故權利之所在。即為義務之所在。義

對於孤立義務
說之否認

義務之定義

務之所在。亦即爲權利之所在。如父母之於子女。有行使親權之權利。即負有應扶養之義務。子女之於父母。有服從親權之義務。即享有被扶養之權利。推之買賣借貸暨其他一切法律事項。均無不然。雖學者間因法蘭西有禁止虐待牛馬法。以人對於牛馬雖負有不可虐待之義務。而牛馬對人實無享受不可虐待之權利。遂致倡爲孤立義務說者。此種主張。殊難贊同。蓋牛馬本無使人不能虐待之權利。但此種權利。由於國家法律之設定。其禁止虐待之權利在國家人民。不可虐待牛馬。乃對於國家法律之義務。非對於牛馬之義務。牛馬之不受虐待。乃基於國家法律之權利。非牛馬自身之權利。絕不能以孤立義務視之也。我國最近亦頒行保護耕牛規則。其要旨與法蘭西之禁止虐待牛馬法略同。至義務之意義。學者間之主張頗不一致。茲特折衷多數學說而爲義務之定義曰。

『義務者、法律強制各人行爲或不行爲之責任也。』
依此定義而分析說明之。

義務爲責任

第一、義務者、責任也。責任即當然應盡職責上任務之謂。故凡法律之規定。人民不可不服從之。是爲當然之責任。亦即當然之義務。蓋法律有命令與禁止之別。人民必就法律之所命者而從之。法律之所禁者而改之。乃免於法律之制裁。此義務之所以爲應盡之責任也。

義務爲行爲或不
行爲之責任

第二、義務者、行爲或不行爲之責任也。行爲指爲某事言。係積極之責任。不行爲指不爲某事言。係消極之責任。法律之內容。即規定何者應爲。何者不應爲。而示以行爲或不行爲之準則也。如當兵納稅。此法律上所應爲者。人民即負有行爲之責任。殺人放火。此法律上所不應爲者。人民即負有不行爲之責任。倘法律上所不應爲者而爲之。或法律上所應爲者而不爲之。是即違反個人應盡之責任。亦即違反法律上應盡之義務矣。

義務爲法律之
強制責任

第三、義務者、法律之強制責任也。責任二字。範圍甚廣。有宗教上之責任。有道德上之責任。有法律上之責任。宗教上之責任基於信仰。道德上之責任本於良

心。法律上之責任則根於強制。茲之所謂責任者。非信仰。非良心。乃爲法律上唯一之強制責任也。故凡違反法律上之責任。必受法律上之制裁。於是凡法律之所命者。人民負有行爲之義務。凡法律之所禁者。人民負有不行爲之義務。而義務遂爲法律上之強制責任焉。

第八章 義務之類別

義務之種類有三

關於義務之分類。學者間之主張。互有異同。茲就其主要者言之。可大別爲三種。即（一）公法上之義務及私法上之義務。（二）積極義務及消極義務。（三）第一義務及第二義務是也。分述如次。

公法上之義務
及私法上之義務

第一、公法上之義務及私法上之義務 公法上之義務者。即依於公法上應負擔之義務也。如當兵義務納稅義務等屬之。私法上之義務者。即依於私法應負擔之義務也。如父母有教養子女之義務。夫妻有同居之義務皆屬之。

積極義務及消極義務

第二、積極義務及消極義務 積極義務者。作爲之義務。卽應爲一定行爲之義務也。如甲借乙洋一千元。則甲應有如數清償之責任。是爲積極義務。消極義務者。不作爲之義務。卽不應爲一定行爲之義務也。如對於他人之財產權。負有不可侵害之義務。對於他人之人格權。負有不可毀壞之義務。均爲消極義務是。

第一義務及第二義務

第三、第一義務及第二義務 第一義務與第二義務之區別。其標準與權利中之原權及救濟權（第一權第二權）同。第一義務者。對於原權而存在。卽不許侵害他人權利之義務也。第二義務者。對於救濟權而發生。卽侵害他人權利時負有賠償之義務也。如負有不可侵害他人所有權之義務。是爲第一義務。由侵害所有權而生賠償之義務。是爲第二義務。故第一義務破而第二義務始生。與原權破而救濟權始生。其理由完全相同。

